

مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية مُحكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي

العدد السابع والعشرون - السنة السابعة - دور الأخر - جمادى الأولى - جمادى الآخرة ١٤١٦ هـ - أكتوبر (تشرين الأول) - نوفمبر (تشرين الثاني) - ديسمبر (كانون الأول) ١٩٩٥ م

في هذا العدد

- قاعدة دره الحدود بالشبهات الدكتور/ عبدالخالق بن الفضل لحدود
وأثرها في الفقه الجنائي الإسلامي
الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج الدكتور/ شوقي لحمد دنيا
العقد للموقوف في الفقه الإسلامي الدكتور/ يوسف عبدالفتاح المرصفي
الاستحسان عند الحنفية وموقف الدكتور/ حسين مطاوع الترتوري
الشافعية منه
التعسف في استعمال الحق في الدكتور/ عبدالحفيظ رواس قلعه جي
الفقه الإسلامي

فتاوى مجلس مجمع الفقه الإسلامي

- مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي .
- سد الذرائع .

مسائل في الفقه

- حكم ما إذا أخذ الزوج من مال زوجته دون رضاها .
- لامجال للشك مع اليقين .
- حكم ما إذا عين الأب وصياً على أولاده القصر ثم تبين أنه غير أمين .
- السماح للزوجة بالعمل لا يعني إخلالها بواجباتها الزوجية .
- تربية الولد الصغير من واجبات أبيه .

□ الفوائد: ٥٠٠٠٠٠٠

قواعد النشر وطرقه

تود هيئة «مجلة البحوث الفقهية المعاصرة»، أن تبدي للإخوة الباحثين:

أن قواعد النشر في المجلة تقتضي بما يلي :

- (١) أن يكون البحث المراد نشره مبتدئاً على الفقه الإسلامي .
- (٢) أن ينصب البحث على القضايا ، والمسائل ، والمشكلات المعاصرة ، والبحث عن الحلول العملية والعملية لها في الفقه الإسلامي ومفاهيمه المعتمدة عند أهل السنة والجماعة .
- (٣) أن يتصف البحث بالموضوعية ، والأمانة ، والشمول ، وتباعد المنهج العلمي في البحث من حيث التفرغ والإسناد والتوثيق .
- (٤) أن يكون البحث مما لم يسبق نشره في كتاب ، أو مجلة ، أو أي لغة نشر أخرى . ويشمل ذلك البحوث التي سبق تقديمها للجامعات أو الندوات العلمية ، وإخلاؤها .
- (٥) أن يرفق بالبحث إفادة تتضمن عدم نشره من قبل .
- (٦) أن يختم البحث بخلاصة تبين النتيجة والرأي ، أو الآراء التي تضمنها البحث .
- (٧) أن يرفق بالبحث خلاصة مستوفية له لترجمتها إلى اللغة الإنجليزية .
- (٨) ألا تقل صفحات البحث عن عشرين صفحة من صفحات المجلة .
- (٩) يكتب اسم الباحث ثلاثياً مع تليفته العلمية إن وجدت .
- (١٠) يتم تحكيم البحوث من قبل فقهاء وعلماء متخصصين وفقاً للمردج بين قواعد التحكيم ، وإجراءاته . ومن هذه القواعد عدم معرفة المحكمين لأسماء الباحثين ، وعدم معرفة الباحثين لأسماء المحكمين سواء وافقوا على نشر بحوثهم أو أبداً بعض الملاحظات عليها أو رأوا عدم نشرها .

(١١) تدفع المجلة مكافأة عن البحث في حال نشره .

(١٢) البحوث التي لا تنشر لا تعاد لأصحابها .

الفهرس

- رسالة من هيئة المجلة ٤
- قاعدة دره الحدود بالشبهات وأثرها في الفقه الجنائي الإسلامي ... ٧٠
- الدكتور/ عبدالخالق بن المفضل أحمدون
- الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج (ت ٧٣٧هـ) ٧٧
- الدكتور/ شوقي أحمد دنيا
- العقد للوقوف في الفقه الإسلامي ١٢٠
- الدكتور/ يوسف عبدالفتاح المرصفي
- الاستحسان عند الحنفية وموقف للشافعية منه ١٤٨
- الدكتور/ حسين مطاوع الترتوري
- التصسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ١٨٢
- الدكتور/ عبدالحفيظ زواس قلعه جي
- فتاوى مجلس مجمع الفقه الإسلامي :
- مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي ٢١٥
- سد الذرائع ٢١٧
- مسائل في الفقه :
- حكم ما إذا أخذ الزوج من مال زوجته دون رضاها ٢١٩
- لامجال للشك مع ليقين ٢٢٥
- حكم ما إذا هين الأب وصياً على أولاده القصر ثم تبين أنه غير أمين ٢٣٠
- السماح للزوجة بالعمل لايعني إغلاها بولجبتها الزوجية ٢٣٤
- تربية الولد الصغير من واجبات لبيه ٢٣٨
- الفقهاء الخالدون :
- أبو بكر الصديق ٢٤٣
- الدكتور/ محمد بن سعد الشويح

رسالة من هيئة المجلة

اليوم الآخر :

تحتفي الأمم بيوم أو ليام معينة تستذكر فيها حادثة من الحوادث ، أو واقعة من الوقائع التي أثرت في تاريخها ، ومسارها ، وفي أجيالها .. وقد تكون هذه واقعة استقلال تهربت به من تسعيرة عانت منها ، أو واقعة نصر تحققت لها بعد هزيمة كانت تثقلها زمناً أو أزماناً . ومن الطبيعي - والحال كذلك - أن تعمل كل أمة ما تذكر به أجيالها ، بما أثر في هيلتها من حرائث ، وما صاحب تاريخها من وقائع .

ونحن في هذه البلاد نحتمي في أفئدتنا ، ومشاعرنا بيوم آخر يندر مثله في التاريخ المعاصر . ذلكم هو اليوم الأول من برج الميزان الذي أعلن فيه توحد بلادنا في كيان واحد ، وأمة واحدة اجتمعت بعد فرقة والتأمت بعد شتات ، وتألفت بعد تلور ، وقويت بعد ضعف ، واقتضرت بعد هزيمة .

نعم ذلك هو القول الحق ، فقد جمعها الملك عبدالعزيز - رحمه الله - بإيمانه ، وحكمته ، ومسيره ، بعد أن أراد الله أن يكون هو الجامع لها بعد الفرقة ، والموحد لها بعد الشتات ، والمحتوي لها بعد الضياع .. لقد كانت هذه الوحدة - بما تميزت به - فريدة في التاريخ المعاصر ، وكان رحمه الله فريداً في هذا التاريخ .. استعان بالله فلما كان وقول كل عليه فنصوه ، لحب أمته في هذه البلاد فأحبته ، وقدر نفسه لها فبايعته ، فكانت بينه وبينها علاقة طاعة ، وعلاقة محبة فظلت تستذكر دائماً بقلوبها ومشاعرها ما صنعته لها من وحدة ، وما أسسه لها من دولة . لقد بُنيَ هذا الكيان على " التوحيد " وعلى اتباع شرع الله وتنفيذ أحكامه ، واقتفاء سيرة السلف الصالح ، قصارت هذه البلاد تعرجاً متميزاً في الأمن والاستقرار في عالم تضطرب فيه المفاهيم ، وتلتطمش فيه النظريات ، وتتصادم فيه الأهواء .

في ذلك اليوم الأغر قامت دولة عصرية ، ورسم كيان شامخ مبني على المحبة والتسامح لا يستعصب لمذهب من المذاهب ، أو طريقة من الطرق .. وإنما يتَّبِعُ شرع الله ، وتتَّفِذُ أحكامه ، ويتَّبِعُ سنة رسوله عليه الصلاة والسلام - في أقواله وأفعاله وتقاريره - وفي هذا قال رحمه الله في أحد البلاغات : إن مصدر التشريع والأحكام لا يكون إلا من كتاب الله ومما جاء عن رسوله عليه الصلاة والسلام ، أو ما أقره علماء الإسلام الأعلام بطريق القياس ، أو أجمعوا عليه معاليس في كتاب ولا سنة ، فلا يحل في هذه الديار غير ما أحله الله ، ولا يحرم فيها غير ما حرمه " (١) .

إذا فالمرجع والمصدر الجامع والأول والأخير كتلِب الله تعالى ومنة وسوله صلى الله عليه وسلم .. والمرجع في الفقه مبني على التسامح واليعد عن المشقة ، والبحث عن الحق والعقل أينما وجدا ، وهذا بيِّن في القرار الذي أقرته الهيئة القضائية عام ١٣٤٧ هـ . فقد نصت الفقرة (١) منه على " أن يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقاً على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل ... " ثم نصت الفقرة (ب) من هذا القرار على أنه " إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور ، ووجد القضاء في تطبيقها على مسألة من مسائله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم ، يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب ، بما تقتضيه المصلحة ، ويقرر السير على ذلك المذهب مراعاة لما ذكر " (٢) .

وفي هذا المقام ننقل بالنص ما قاله الدكتور/ محمد عبدالجواد محمد وكيل كلية الحقوق بجامعة القاهرة سابقاً عندما تحدث في فصل طويل عن التسامح المذهبي عند الملك عبدالعزيز قال : " وبذلك يكون الملقب له الملك عبدالعزيز قد عاد بالإسلام إلى متابعه الصافية الأولى ، سواء في القرن الأول ، قبل ظهور للمذاهب الفقهية ، أو في القرنين

(١) أدب هذا البلاغ في الثاني عشر من جمادى الأولى سنة ١٣٤٣ هـ .

(٢) مجموعة النظم ، قسم القضاء الشرعي من سنة ١٣٤٥ هـ - ١٣٥٧ هـ ، ص ١٤ .

مطبعة أم القرى - مكة المكرمة - المملكة العربية السعودية ، ١٣٥٧ هـ .

الثاني والثالث، حيث وجدت المذاهب ، ولكنها لم تكن تعدو اختلافاً في الرأي ، كما كان الحال في عهد صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حيث اختلفوا في الرأي ، ولكنهم لم يتشاحتوا ولم يتفاضلوا بعضهم على بعض . ولم تكن المذاهب الفلسفية سبباً لتفروق المسلمين إلا حين استغلتها الأهواء السياسية للدول أو الدويلات التي انشطر إليها العالم الإسلامي حين بدأ يضعف وتتفرق كلمته * (١) .

وفي الختام نتوجه إلى المولى القدير أن يجزي الملك عبدالعزيز خير الجزاء على ما صنعه لبلاده ، وأمه كما نتوجه إلى الله جل وعلا أن يديم على هذه البلاد نعمه الظاهرة والباطنة ويديم توفيقه على قائدها خاتم الحرمين الشريفين الملك فهد بن عبدالعزيز آل سعود ، وعلى ولي عهده الأمين صاحب السمو الملكي الأمير عبدالله بن عبدالعزيز نائب رئيس مجلس الوزراء ورئيس الحرس الوطني ، وعلى صاحب السمو الملكي الأمير سلطان بن عبدالعزيز النائب الثاني لرئيس مجلس الوزراء ووزير الدفاع والطيران والمفتش العام .

وأخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين .

(١) التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية ، ص ٨٧-٨٨ ، وانظر :
للصفحات من ٧٤-٨٨ ، ط ١٣٩٧ هـ ، جامعة القاهرة ، والكتاب الجامعي .

قاعدة درء الحدود بالشبهات وأثرها في الفقه الجنائي الاسلامي

الدكتور/ عبد الخالق بن المفضل أحمدون^(*)

تمهيد :

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على رسوله الصادق الأمين .

أما بعد :

لإن قواعد الإثبات الجنائي الإسلامي تهدف إلى براءة البريء بقدر ما تستهدف إلى إدانة المجرم بدرجة كبيرة من اليقين ، بمعنى أنه يجب أن تثبت براءته بسبب صحيح غير وهمي أو معارض بالوقائع^(١) .

فإن أية قاعدة في الإجراءات الجزائية العامة تظل دون مراء مسلماً بها ، وهي : أن براءة كل فرد هي الأساس الأول .

وإن لشروط الفقهاء انتفاء الشبهة عن الجريمة يتفق تماماً مع روح الشريعة الإسلامية التي عملت على حماية الفرد من الضرر والخطر ، ولاشك أن إدانة الفرد أمر خطير يؤدي إلى إصابته في شخصه وماله ، ومن ثم كان من اللازم أن يكون الفعل المنسوب إلى المتهم ثلثاً ثبوتاً قطعياً لا يتطرق إليه احتمال أو شك ، لأن الأصل في الإنسان " براءة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات ، ومن الأقوال كلها ومن الأفعال بأسرها " ^(٢) . حتى يقوم الدليل على إدانته ، لأن مجرد الحس والتهمة والشك مظنة للخطأ والغلط ، وما كان كذلك لا يستباح به تأليم المسلم والحاق

(*) استاذ الفقه والقاصد الشوعية بكلية الآداب والعلوم الإنسانية ، قسم الدراسات الإسلامية بطوان - المغرب .

(١) لافتر : المحلى لابن حزم ٢٤٣/١١ .

(٢) قواعد الأحكام للشيخ ابن عبد السلام ٣٢/٢ . وراجع : غاية الاختصار لابي شجاع ٣٥٤/٢ .

الضرورية . يقول الفقري : " الأصل عدم اعتبار الشبهة ، وبناء الأمر على الأصل والغالب ، لكن الشرع اعتبرها في أوج الرفع ، وهو للولاية والشهادة والفقه فلا يقدم عليها معها وتدفع بها ، وحضيض الإهانة وهي الحدود ، ففي الأوج دفع على التنصيص وفي الحضيض ستر على المكتسب " (١) .

وإذا كانت قاعدة الدرة بالشبهة التي قررها الفقهاء استناداً إلى التطبيق النبوي الحكيم إنما وضعت لحماية شخص الفرد من الضرر وافتراس براءته أولاً ، وتفسير الاحتمال لصالحه ، والتضييق من نطاق العقوبة ، فهذا لا يعني بتاتاً أن نوقف تنفيذ العقوبة بافتراض احتمال بعيد أو مجرد شبهة ، بل الهدف من ذلك كله هو : جعل القاضي المسلم على بيئة من حق الفرد في الأمن ، وبالتالي افتراض براءته من الفعل المنسوب إليه ، بحيث لا يقضي بالإدانة إلا بعد ثبوت دليل الإدانة لديه ثبوتاً يقينياً قطعياً وذلك باستعمال طرق الإثبات المقررة في الشريعة الإسلامية ، والتي وضعت أصلاً لصالح المتهم ، ولذلك فليس كل شبهة دارة للحد ولذا على القاضي أن يستنفذ جميع الطرق الممكنة للوصول إلى إثبات الإدانة أو نفيها .

إن اشتراط أثباتين الكبير لإثبات إدانة المتهم يجعلنا نتبين بعمق مدى أهمية قاعدة " درة الحدود بالشبهات " في النظام الجنائي الإسلامي وخطورتها . وهذا البحث يتجه - إن شاء الله تعالى - إلى معالجة هذا الموضوع من خلال المباحث التالية :

- المبحث الأول : مبدأ العقو في الشريعة الإسلامية .

- المبحث الثاني : السند الشرعي للقاعدة .

- المبحث الثالث : صلة القاعدة بالبراءة الأصلية .

- المبحث الرابع : الحيل وصلتها بالقاعدة .

- المبحث الخامس : أثر القاعدة في جرائم التعزير .

- المبحث السادس : موقف ابن حزم من القاعدة .

(١) القواعد الفقهية لابن المقرئ ، القاعدة : ١١٦١ .

المبحث الأول مبدأ العفو في الشريعة الإسلامية

يصادفنا في الفقه الجنائي الإسلامي مبدأ شرعي مهم ، له علاقة وثيقة بقاعدة درء الحدود بالشبهات ، وهو مبدأ تفضيل الخطأ في العفو على الخطأ في العقوبة . وهذا المبدأ هو جزء من نظام العفو الذي وضعته الشريعة الإسلامية لحماية حقوق المتهمة ورعاية مصلحته .

وأصل هذا المبدأ الحديث النبوي : (أدروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجنتم لمسلم مخرجاً قتلوا سيئله ، فإن الإمام أن يخطئه في العفو خير من أن يخطئه في العقوبة) (١) .

ويرى عبدالقادر عودة أن مبدأ درء الحدود بالشبهات على أهميته ، يعتبر تطبيقاً لمبدأ الخطأ في العفو ، في الحالات التي يؤدي فيها درء الحد إلى تبرئة الجاني (٢) . وجاء في الإتحاف للمرنلاوي : " قال المصنف في المغني وللشافع : يسقط قبل المرافعة والمطالبة به عند الحاكم ، وهو ظاهر كلام ابن منجا في شرحه . وعمل أحمد بقوله : تدرأ الحدود بالشبهات " (٣) .

ونظراً لهذه العلاقة الوثيقة بين قاعدة درء الحدود بالشبهات وبين الخطأ في العفو، رأيت أن أفرد هذا المبحث للكلام عن نظام العفو في الشريعة الإسلامية من خلال النقاط التالية :

- ١ - النقطة الأولى : أصل العفو من الكتاب والسنة .
- ٢ - النقطة الثانية : العفو في جرائم الحدود .
- ٣ - النقطة الثالثة : الستر على الجاني في جرائم الحدود .

(١) سنن الترمذي ج ٤ ص ٢٥ ، لسان الكبرى للبيهقي ج ٨ ص ٢٣٨ ، كنز العمال ج ٥ ص ٣٠٩ .

(٢) لتشريع الجنائي الإسلامي ٢١٧/١ .

(٣) الإتحاف في معرفة راجع من الخلاف للمرنلاوي ١٠/٢٦٥-٢٦٦ .

١- الكلمة الأولى : أصل العفو من الكتاب والسنة :

جاء الإسلام بالعقوبة والعفو جميعاً ، ولكنه لم يأمر بالعفو على الإلزام ، وإنما أمر به على التدب والاستحياب . ومكن للمحتدى عليه من الدفاع عن حقه ، ولكنه أوصاه بالسعاحة والصفح و الصلح والعفو بدلاً .

وهذا واضح من خلال كثير من الآيات التي أمرت بالعفو احتساباً وطلباً للاجر والثواب ، أذكر منها :

١- قوله تعالى : ﴿ فاعفوا واصفحوا حتى يأتي الله بأمره ، فإن الله على كل شيء قدير ﴾ (١) .

٢- قوله تعالى : ﴿ وإن تعفوا أقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم ، إن الله بما تعملون بصير ﴾ (٢) .

٣- قوله تعالى : ﴿ وإن تعفوا وتصفحوا وتتفروا فإن الله غفور رحيم ﴾ (٣) .

٤- قوله تعالى : ﴿ إن توبوا خيراً أو تظفروا أو تعفوا من سوء فإن الله كان عفواً قديراً ﴾ (٤) .

٥- قوله تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلهما ، فمن عفا وأصلح فليجره على الله ، إنه لا يحب الظالمين ﴾ (٥) .

ومن أروع ما استعمله القرآن للتزويد في العقوبة والترغيب في العفو : أسلوب المشاكلة ، وهو ضرب آخر من التحذير من الأخذ بالعقوبة . وبيان ذلك : أن المشاكلة " ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته " . والامر الذي تحدث المشاكلة في نفس السامع هو إيقاظها إلى التشاكل والتشابه بين الامرين نتيجة للإيعاء النمطي الذي يحدث التعبير عنهما بلفظ واحد ، مع أنهما في العقوبة مختلفان ، ليتأثر السامع بذلك التشاكل في اتجاهه نحوهما . فمرة يسوي القرآن بين العقوبة والاعتداء بتسميتهما " عقوبة " ، مع أن الاعتداء ليس في الحقيقة

(١) سورة البقرة من الآية ١٠٩ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٣٧ .

(٣) سورة التغولين من الآية ١٤ .

(٤) سورة النساء الآية ١٤٩ .

(٥) سورة الشورى الآية ٤٠ .

❖ قاعدة دية للحدود بالذهبيات وإثراها في اللقاة الجنائي الإسلامي ❖

عقوبة ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقَبْتُمْ بِهِ وَإِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ ﴾ ^(١) وتارة يسوي بينهما بتسميتهما عدواناً أو إساءة ، مع أن العقوبة ليست في الحقيقة عدواناً ولا إساءة ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَنتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ ﴾ ^(٢) .

ومما يمكن إلحاقه بالمشاكلة ، ذلك السعوى في الإيحاء بتسمية الجنائي والمجني عليه أخوين . وذلك في قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ عَلَى لَه مِنْ لُخِيهِ شَيْءٍ فَلَئِنْ كَانَ لِلْمَعْرُوفِ وَإِنَاءِ إِلَيْهِ بِلُصْبَانٍ ، ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ﴾ ^(٣) (٤) .

وتأتي السنة النبوية لتدعم هذا الجانب الإنساني العظيم وتزجده قوة وقداسة .

١- عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (ماعفاً رجل عن مظلمة إلا زاده الله بها عذراً) رواه أحمد ومسلم والترمذي وصححه .

٢- وعن أنس قال : " ما رفع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو " رواه الخمسة إلا الترمذي .

٣- وعن أبي الدرياء قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (ما من رجل يصاب في جسده فيصدق به إلا رفعه الله به درجة ، وحط به عنه خطيئة) رواه ابن ماجه والترمذي ^(٥) .

٢ النقطة الثانية : للعفو في جرائم الحدود :

إن القاعدة العامة في التشريع الجنائي الإسلامي ، أن العفو جائز كونه عفو لا تنقضاء العقوبة أو إسقاط الحق ^(٦) ، وإفلات الجنائي من العقاب حماية لشخصه .

(١) سورة النحل الآية ١٢٦ .

(٢) سورة البقرة من الآية ١٩٣ .

(٣) سورة البقرة من الآية ١٧٨ .

(٤) انظر في المشاكلة : الإتهان في علوم القرآن للسيوطي ٩٤/٢ .

(٥) انظر هذه الأحاديث في تيل الأوطار ٣٣/٧ .

(٦) قال لكستاني : " وشواطه أن يكون العفو من صلب الحق لأنه إسقاط الحق وإسقاط الحق ولاحق محال ، فلا يصح .. والعفو ضرر محض لأنه إسقاط الحق أصلاً ورأساً " - بدائع الصنائع ٢١٦/٧ . وجاء في الكافي لابن قدامة ٥٠/٤ : " ويصح العفو بلفظ العفو لقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ عَلَى لَه مِنْ لُخِيهِ شَيْءٍ فَلَئِنْ كَانَ لِلْمَعْرُوفِ وَإِنَاءِ إِلَيْهِ بِلُصْبَانٍ ، ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ﴾ (٣) (٤) . ويبلغ الإسقاط لأنه إسقاط للحق " .

وهذه القاعدة إذا كانت تسري في نطاق جرائم القصاص ^(١) والتعازير ^(٢) بعمومها فهي أيضاً تسري في مجال الحدود و لها أحكام خاصة تضيق من نطاقها وعمومها .

إن ما يميز جرائم الحدود عن غيرها من الجرائم ، هو أن العقوبة عليها محددة تحديداً دقيقاً ، وإنها ذات صبغة مطلقة ، لا يتوقف تطبيقها على حالة الجاني

(١) تجيز الشريعة الإسلامية العفو في القصاص تخفيفاً ورحمة ، وترغب فيه وتجعله من أفضل القربات والطاعات قال ابن تيمية : " استشفاء الإنسان حقه من الدم عدل ، والعفو إحسان ، والإحسان هنا أفضل . لكن هذا الإحسان لا يكون إحساناً إلا بعد العدل ، وهو أن لا يحصل بالعفو ضرر ، إلا حصل به ضرر كان ظمناً من العاصي ، إما لنفسه وإما لغيره ، فلا يشرع " الإنصاف للمردوي ٣/١٠ .

ولجميع أحكام العفو في القصاص في المصادر الفقهية : البدائع ٢٤٦/٧ ، بداية المجتهد ٤٠١/٧ ، الشرح الكبير للدردير ٤٣٠/٤ ، للمهذب ١٨٩/٢ ، المغني ٧٤٢/٧ .

(٢) لجازت تشريعية العفو في جرائم التعزير والشفاعة فيها ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " اقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم " .

جاء في تبصرة الحكام : " يجوز العفو عن التعزير والشفاعة فيه إذا كان لحق الله ، فإن تجرد عن حق الآدمي ، وانفرد به حق السلطنة ، كان لسولي الأمر مراعاة حكم الأصح في العفو والتعزير وله التشريع فيه . روي عن النبي صلى الله عليه وسلم : اصفحوا إلي ، ويقضي الله على لسان نبيه ما يشاء ولو تعافى الخصمان عن النتب قبل النزاع إلى وفي الأمر سقط حق الآدمي ، وفي حق السلطنة والتقويم والأدب وجهان : أظهرهما : عدم المنقوط فله مراعاة الأصح من الأمرين - والأصح أنه لا يسقط التعزير بإسقاط ملوحيب يسبب ولو نص على العفو والإسقاط . ويسقط بإسقاطه ضمناً ، كما إذا عفا مستحق الحد عن الحد قبل بلوغ الإمام ، وإن لم يسقط بإسقاطه ، والحالة هذه ، لا تدرجه في الحد السابق وقيل لا يسقط إذ وجوب التعزير ملتزم بالحد بمجرد حق السلطنة ، فلا ينبغي سقوطه بإسقاطه الحد ٢ - وقد نقله عن الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٧-٢٣٨ وراجع في أحكام العفو في التعزير : فتح القدير ٢١٢/٤ ، شرح المرقاقي ٩٢/٨ ، سوامب الجليل ٣٢٠/٦ ، الإقناع ٣٧٠/٤ ، انظر النص السابق في تبصرة الحكام ٢٦٥/٢ .

❖ قاعدة دية العنود بالشبهات وأثرها في الفقه الجنائي الإسلامي ❖

ومشاعره الخاصة، فمتى أصبحت الجريمة عامة، أي متى اتصلت بعلم السلطة المختصة، أصبح الجزء من شأن الصالح العام، ووجب تطبيقه بلا هوادة ولا رافة، ويعمل التساهل ذلك، بأن الحدود من حقوق الله تعالى لا يجوز العفو أو الشفاعة فيها بعد رفعها إلى الحاكم، فما كان من حق الفرد إسقاطه فهو حقه، ومالم يكن له إسقاطه فهو حق الله (١).

ويؤيد هذا ما تناقلته كتب الحديث من وقائع حدثت في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم تذكر منها :

١- عن عائشة رضي الله عنها " أن فريشاً أهدمتم المخزومية التي سرقت، قالوا : من يكلم رسول الله، ومن يجترئ عليه إلا إسماع حبه رسول الله صلى الله عليه وسلم، فكلم رسول الله فقال : تشفع في حد من حدود الله، ثم قام فخطب فقال : يا أيها الناس، إنما شمل من كان قبلكم، إنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وإني أرى أن الله لو أن قاطعة بنت محمد سرقت لقطع محمد بها " (٢).

٢- عن صفوان بن عبيدة، أن صفوان بن أمية قيل له : إنه إن لم يهجر ذلك فقدم صفوان المدينة فنام في المسجد وتوسد ربهاء، فجاء سارق فلخذ ربهاء، فلخذه صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأمر به أن تقطع يده فقتل له صفوان : إني لم أجد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة، فقال الرسول : لهلا قبل أن تأتيني به " (٣).

٣- عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، أن الزبير بن العوام لقي رجلاً قد أخذ سارقاً وهو يريد أن يذهب به إلى السلطان، فشجع له الزبير ليؤسره، فقال : لا، حتى

(١) القدرق ١/ ١٤١.

(٢) رواء الست واحد والبيهقي، نيل الأوطار ٧/ ١٥٣، وأرواء الغليل ٧/ ٣٥١.

(٣) الأوطار بشرح الزرقاني، كتاب الحدود ٤/ ١٥٨، ورواه الخمسة إلا القومضي، أرواء الغليل ٨/ ٧٤.

أبلغ به السلطان، فقال الزبير: إذا بلغت به السلطان، فلعن الله الشافع والمشفع^(١). واستخداً إلى هذه الآثار، أفتى فقهاء المسلمين بعدم جواز العفو في الحدود بعد رفعها إلى الإمام.

جاء في للدونة: " ليس إلى الوالي أن يعفو إذا انتهت إليه الحدود "^(٢). ونقل الأبي عن شيخه المازري أن الشفاعة في الحدود بعد بلوغها الإمام جرحه إذا كانت ممن لا يظن به جهل ذلك^(٣). فالأصل العلم في جرائم الحدود أنه لا يجوز العفو فيها ولا الشفاعة بعد رفعها إلى القضاء^(٤).

(١) الموطن السابق.

وقد رد ابن حزم جميع الآثار التي احتج بها العلماء في هذه المسألة، ثم قال: فإذا ليس في هذا الباب أثر يعتمد عليه، فالرجوع إليه هو طلب الحكم في هذه المسألة من غير هذه الآثار. فتظروا في ذلك. فوجدنا قد صرح بالبراهين أن الحد لا يجب إلا بعد بلوغه الإمام، وصحته عنده، فإذا الأمر كذلك فالترك لطلب صاحب قبل ذلك مباح، لأنه لم يجب عليه فيما فعل حد بعد، ورفع أيضاً مباح، إذ لم يمنع من ذلك نص ولا إجماع فإذا كلا الأمرين مباح، فالأصل إتيان دون أن يفتى به، أن يعفى عنه ما كان مهلة ومستوراً، فإن أدى صلحه وجاهره فرفعه لعب إلينا^(٥) المحلى ١٥٣/١١.

وغرض ابن حزم من هذا الموقف أن يرجح دائماً الجانب الذي يحقق مصلحة الجماعة والفرد معاً، فإن تعارضت المصلحتان قدمت مصلحة الجماعة، وأدب الفرد بقدر ما يستحق بشرفه، وفي ذلك أيضاً تربية لمن تقع له عورة مسلم. إن يسترفها، إيناراً وترفعاً عن التعرض لأعراض الناس، حتى من يقعون تحت طائلة القانون. فإين هذا ممن يلون في أعراض الأبرياء، ومن حوفتهم لتفيل القوم ونشر الأكاذيب لتدمير أخلاق المجتمع؟

(٢) المدونة ٦٧/١٦. وقارن بالإفتاح لخطيب الشرييني ١٨٣/٢.

(٣) لإكمال إكمال الملم شرح صحيح مسلم: الأبي، ٤٤٣/٤.

(٤) ووجد رأي في الفقه الإسلامي يعتبر العفو من مسقطات العقوبة في جريمة السرقة إذا صدر من جميع المجني عليهم. وهو رأي الزيدية. ولا يأخذ به فقهاء المذاهب، التفسير الجنائي الإسلامي: هبة القادر عودة ٦٣٠/٢. وفي حاشية الفرقاوي ٤٣٥/٢: وفي التميمي أن معاوية عفا عن سارق جده أنشأه أمه:

يعني (أمير المؤمنين) لصيماً بعفو كان تلقى تكلاً بشيئها

فلا خير في الدنيا وكانت خبيثة إذا ملأه مالي فارتقت بها يميني

فعفا عنه معاوية. قال: وهذا مذهب الصحابي فلا يرد.

● قاعدة دية الحدود بالشبهات وأثرها في الفقه الجنائي الإسلامي ●

ونجد استثناء من هذا الأصل العام ، في جريمة القذف . فقد اختلف الفقهاء في مدى جواز العفو في هذه الجريمة . وقد كان هذا الاختلاف من أهم النتائج الموضوعية التي ترتبت عن التفرقة بين حق الله وحق العبد ^(١) . ومن المتفق عليه ، أن جريمة القذف فيها حقان : حق لله تعالى ، وحق للمعدوف ، ولكن الفقهاء اختلفوا في أي الحق أقوى :

١- للحنفية والظاهرية يعتبرون الجريمة متعلقة بحق الله تعالى ، وبذلك لا يجوز للمعدوف أن يعفو عن القاذف بعد ثبوت الجريمة عليه ورفعها إلى القضاء ، لأن حد القذف من حقوق الله تعالى ، فليس للفرد أو الجماعة إنقاذه كباقي الحدود ويعبر الكسائي عن وجهة نظر الحنفية بقوله : * إن سائر الحدود إنما هي حقوق الله تعالى ، لأنها وجبت لمصالح العامة ، وهي دفع فساد يرجع إليهم ويقع حصول الصيانة لهم ... وكل جناية يرجع لفسادها إلى العامة ومففعة جزائها يعود إلى العامة ، كان الجزاء للولجب بها حق الله عز وجل على الخلو ، تأكيداً للنفع والدفع ، كي لا يسقط بإسقاط العبد ، وهو معنى نسبة الحقوق إلى الله ، وهذا المعنى موجود في حد القذف ، لأن مصلحة الصيانة ودفع الفساد يحصل للعامة بإقامة هذا الحد ، فكان حق الله كسائر الحدود . إلا أن الشرع شرط فيه الدعوى من المعدوف ، لأن المعدوف يطالب القاذف بظاهره وغالباً لدفع العار عن نفسه فيحصل ما هو المقصود من شروع الحد ، ولأن حقوق العباد تجب بطريقة المائلة إما صورة ومعنى ، وإما معنى لاصورية ، لأنها تجب بمقابلة المثل جبراً ، والجهير لا يحصل إلا بالمثل ، ولا معاملة بين الحد والقتل ، لاصورية ولا معنى ، فلا يكون حقه ^(٢) .

= ولنا : أن الواقعة إذا ثبتت ، فإن ما حكم به معاوية مردود ، لأنه مخالف للحديث : (تعافوا لخطوه فيما بينكم ، فما بلغني فقد وجب) ومخالف لإجماع العلماء . وإما يقتل مدعي الصحابي في القضايا الاجتهادية التي لم يرد فيها نص من الكتاب أو السنة ، ولم يحصل عليها إجماع ، ولم يخالف فيها أحد من الصحابة . راجع : أثر الأئمة المختلف فيها ، في الفقه الإسلامي : مصطفى البغا ص ٣٢٨ ، ما بينها .

(١) في أصول النظام الجنائي الإسلامي : محمد سليم العوا ، ص ٧٦ .

(٢) بنبائع المصناعات ٥٦٦/٧-٥٧ . وفي تبين الحقائق للزليعي ٤/٢ ، نص محمد في الأصل أن حد القذف ، حل للعبد كقتصاص .

وربما ابن حزم جميع حجج من رأى للعفو في الذنب بعد بلوغه الإمام .
واستدل على رأيه بصحيف عائشة رضي الله عنهما قالت : " لما نزل عذري قام النبي على التبر فأمر بالراقة والرجلين فضربوا عنقه " .
قال ابن حزم : " فهذا الرسول أقام حد القذف ولم يشاور عائشة أن تعفو أم لا ، فلو كان لها في ذلك حق لما عطله عليه السلام وهو أرحم الناس " .
ولاحتج كذلك بما فعله عمر رضي الله عنه حيث جلد أبا بكر ونافعا وشبل بن معبد إذ رآهم قد ذفوا ، ولم يشاور في ذلك المغيرة ولا رأى له حقاً في عفو أو غيره .
قال : فيبطل قول من رأى للعفو في ذلك ^(١) .

٢- ويلحق الشافعية والحنابلة حق العبد في القذف ويعتبرونه جريمة تقع اعتداء على حق شخصي للمقذوف ، وهو حقه في صيانة سمعته من التهمة بالزنا .
ويعمل الشافعي كون حد القذف من حقوق العباد أنه لا يستوفى إلا بعتابته فكان للمقذوف حق للعفو فيه كالفصاح .

ويستدلون على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم : (أيعجز عنكم أن يكون كلبي ضمضم) ، كان يقول : تصدقت بعرضي " .

قال الشيرازي في المهذب " إن التصديق بالعرض لا يكون إلا بالعفو عما يجب له " ^(٢) .
ويرى ابن قدامة المقدسي نفس الرأي ، قال : " ولنا أنه حق لا يستوفى إلا بعد مطالبة الأدي بـاستيفائه ، فسقط بعفوه كالفصاح . وفارق سائر الحدود ، فإنه لا يعتبر في إقامتها الطلب باستيفائها .. ولأنهم قالوا : تصح دعواه ويستحلف فيه ويحكم الحاكم فيه بعلمه ولا يقبل وجوبه عنه بعد الاعتراف ، فنل على أنه حق لأدي " ^(٣) .

ويتفق فقه أبي ثور مع الشافعية والحنابلة ^(٤) .

(١) المحلى ٢٨٩/٦١ .

(٢) المهذب ٢٧٥/٢ . وانظر : الرجيز للقرافي ١٧٠/٢ .

(٣) للفتي ٢١٧/٨ . وانظر : المحرر في الفقه لمجد الدين ابن تيمية ٩٦/٢ والروض للربيع ص ٣٨٦-٣٨٧ .

(٤) فقه أبي ثور : صحتي حصن علي جبر ص ٧٢٣ .

● قاعدة دهر الحدود بالذهبيات والرها في الفقه الجنائي الإسلامي ■

٣- وقد تعددت الآراء في مذهب مالك حول معصاة العفو في جريمة القذف، وهي كالتالي :

- ١- العفو يصح إلى ما قبل التبليغ ، أما إذا بلغ الحادث فلا عفو .
- ٢- العفو يصح إلى ما قبل أداء الشهود الشهادة .
- ٣- العفو جافز حتى بعد التبليغ ، إذا قصد المقدوف الستر على نفسه (١) .

جاء في المدونة : " قال ابن القاسم : حد القرية قد جاء فيه بعض الاختلاف، أن العفو جافز ، وإن انتهى إلى الإمام . وكان مالك يقول مرة ثم نزع عن ذلك " (٢) . وفي موضع آخر : " لا يجوز لمن عفا في قذف أن يرجع فيما عفا عنه ، ولا عفو إذا بلغ السلطان السلطان إلا أن يريد ستر " (٣) .

وفي تبصرة الحكام : " قال أصبغ : سمعت ابن القاسم يقول : لا يجوز عفو لعد عن أحد بعد أن يبلغ الإمام إلا ابن في أبيه ، والذي يريد ستر " ، وقد قال مالك : إذا زعم المقدوف أنه يريد ستر " فعفا إن بلغ الإمام لم يقبل الإمام ذلك حتى يسأل عنه سر " ، فإن خشي أن يشبه القاذف ذلك عليه أجاز عفو ، وإن أمن ذلك عليه لم يجوز عفو . قال ابن القاسم : سواء كان ذلك في نفسه أو أبيه بعد موته . قال أصبغ : ولا يسقط الحد أبداً بعفو المقدوف إذا أراد ستر " إلا بأمر لا يخفى حتماً من بيته قد عرفت أو طائفة قد حضرت إقامة الحد عليه " (٤) .

ويقال تمصيص المالكية في المسألة ، يتضح أن رأيهم أقرب إلى رأي الحنفية والظاهرية ، وهو الرأي السديد الذي يتفق مع النصوص والوقائع التي يستدل بها العلماء في هذا الصدد .

وقد وفق الإمام الكسائي في التفريق بين حقوق الله تعالى وحقوق العباد لينتهي في الأخير إلى أن حد القذف من حقوق الله تعالى ، لا يقبل العفو ولا الشفاعة .

(١) مواهب الجليل ٣٥/٦ .

(٢) للمدونة ٤٩/١٦ .

(٣) للمدونة ٧٠/١٦ .

(٤) تبصرة الحكام ٢٤٠/٢ .

٣- للنقطة الثالثة : الستر على الجاني في الحدود :

كما ندب الإسلام إلى العفو عن الجاني ، ندب إلى ستره وإخفاء جريمته وعدم كشفه وفضحه أمام الناس . وقد اتخذتصوص السنة النبوية موقفاً صريحاً من ذلك .

١- عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (من سقر عورة أخيه المسلم سقر الله عورته يوم القيامة ، ومن كشف عورة أخيه المسلم كشف الله عورته حتى يفضحه بها في بيته) (١) .

٢- وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (ما ستر الله على عبد في الدنيا إلا ستر عليه في الآخرة) (٢) .

٣- وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة) (٣) .

٤- وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : (إن الله ستر يهب الستر) (٤) .

٥- وفي واقعة معاز الأسلمي ، قال الرسول صلى الله عليه وسلم لهزال حين رفع إليه : (ياهزال لو سترته بردفك لكان خيراً لك) (٥) .

ولما كانت الشهادة تكتسي أهمية بالغة في الإجراءات للقضائية باعتبارها الوسيلة العادية للإثبات من أجل ضبط الحقوق وحمايتها من الضياع ، كان كل مسلم مطالباً بإداء الشهادة ، حرصاً منه على حماية حقوق الناس من الاعتداء

(١) سنن ابن ماجه ، باب السقر على المؤمن ١٢١٢/٢ .

(٢) التهذيب لابن عيناكبر ٣٤١/٥ ، ورواه البزار والطبراني عن أبي موسى الأشعري بلفظ :

' منستر الله على عبد ذنباً لميعره به يوم القيامة ' قيش القنير ١٩٩/٥ .

(٣) عارضة اليهودي شرح سنن الترمذي لابن العربي ، كتاب الحدود ١٩٩/٦ .

(٤) صحيح من طريق زهير عن عبدالمك بن أبي سليمان العزيمي . رواه أبو داود والنسائي

والبيهقي . إرواء الغليل ٣٦٧/٧ .

(٥) وانظر التهذيب ١١٥/١٢ ، والمصنف ٣٢٠/٧ . قال ابن حجر في فتح الباري ١٢٤/١٢ .

' يلخص من القضية أنه يستحب لمن وقع في مثل قضيت أن يتوب إلى الله تعالى ويستتر على نفسه لا يذكر ذلك لأحد وإن من أطلع على ذلك بستر عليه ولا يفضحه ولا يرفعه إلى الإمام ، بهذا جزم الشافعي .

❖ قاعدة دية الحدود بالشبهات وأثرها في الفقه الجعفري الإسلامي ❖

ورأيه أشار الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث : (ألا أخبركم بخير الشهادة الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها) (١) .

فقد مدح الرسول الذي يتقدم إلى الشهادة قبل أن يطلب إليها ويسأل عنها، ومع ذلك فقد ورد حديث يذم فيه الشاهد الذي يحرص على أداء شهادته من غير أن يسألها ترغيباً في الستر على الجاني .

عن عمران بن حصين قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : (خيركم قرني ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم) قال عمران * لا أدري أذكر النبي بعد قرنين أو ثلاثة قال النبي : " إن بعدكم قوماً يقونون ولا يؤتمنون ويشهدون ولا يستشهدون ويؤذون ولا يؤفون ، ويظهر فيهم السمن " (٢) .

وقد أجاب شراح الحديث عن التعارض الظاهر بين الحديثين ، وسعوا إلى التوفيق بينهما (٣) فجعلوا الحديث الأول متعلقاً بالشاهد الذي يؤدي شهادته أمام الحاكم قبل أن يسألها في محض حق الله الذي يستدام تعريمه (٤) ، أو من كانت عنده شهادة بحق لا يعلم بها صاحبها فيأتي إليه ليخبره بها ، أو يموت من له حق على آخر ويكون له شاهد يشهد بذلك الحق فيأتي ذلك الشاهد إلى ورثته ويعلمهم بذلك (٥) .

جاء في نوازل أبي الحسن الطوسي : * معاً علم من الدين ، وتواطأت عليه نصوص المصنفين ، أن من أضر شهادته في حق من حقوق الله تعالى وكان مما يستدام تحريمه ولم يبادر إلى الرقع بالشهادة ، فذلك جرحة فيه ترد شهادته ... وهو

(١) رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه وأحمد ، نيل الأوطار ٣٣٤/٨ .

(٢) رواد البخاري ، كتب الشهادات ، فتح الباري ٢٥٨/٥ - ٢٥٩ .

(٣) وقد ذهب البعض إلى ترجيح أحدهما على الآخر - فقال ابن عباير إلى ترجيح حديث زيد بن خالد لكونه من رواية أهل المدينة ، تقدمه على رواية أهل العراق ، وبالحق فزعم أن حديث عمران هذا لا أصل له . ومال غيره إلى ترجيح حديث عمران لا اتفاق الشافعيين عليه وانفراد مسلم بإخراج حديث زيد . فتح الباري ٢٥٩/٥ ، ونقله الشوكاني بنفسه ، ثم قال : والحاصل أن الجمع مهما أمكن فهو مقدم على الترجيح . نيل الأوطار ٣٣٥/٨ - ٣٣٦ .

(٤) شرح الزرقاني على الموطأ ٣/٣٧٨ .

(٥) قال ابن حجر : وهذا أحسن الأجوبة . وبهذا أجاب يحيى بن سعيد شيخ مالك ومالك وغيرهما . فتح الباري ٢٦٠/٥ .

المراد بقول ابن شاس : الحقوق المشهود فيها قسعان : حق لله تعالى ، وحق لأدمي . وحق الله نوعان : نوع يتأيد فيه التحريم ، ونوع لا يتأيد فيه ، فأما ما يتأيد فيه التحريم فيقبل فيه الشهادة على المبادرة ، إذ تجب المبادرة بها ، وتغير القيام بها من غير عذر جرحه " (١) .

وقال الرملي من المشافعية ، مبيناً ما يشمله الحديث الشريف الذي جعل للمبادرة للشهادة قبل الطلب من خير الشهود ، قال : محمول على ما تقبل فيه شهادة الحسية .. أو على من عنده شهادة لا يعلمها فيندب له إعلامه ليعلمها منه ، بل لو قيل بوجوبه عند انحصار الأمر فيه لم يبعد (٢) .

وجعل شراح حديث عمران الذي تم فيه الرسول صلى الله عليه وسلم للمبادرة إلى الشهادة من غير طلب ومطلقاً بحقوق الأديين (٣) ، أو بحق من حقوق الله الذي لم يستدم تحريمه ، ويلحقون بذلك الحدود ، لأن الشهادة فيها لا تجب أصلاً ، ويندب للشاهد أن يسكت لما فيه من الستر على الجاني ، ولكن الحدود تدرك بالشبهات (٤) . فالشاهد في الحدود مخير بين أن يشهد على الجاني وبين أن يستتر عليه والستر أفضل نقلاً وعقلاً ، فيما إذا لم يسأل .

(١) نوازل العلمي ١/ ٢٢ .

(٢) نهاية المحتاج ٨/ ٣٠٥ .

(٣) فتح الباري ٥/ ٢٦٠ .

(٤) نظرية الإثبات (الشهادة) حسين مؤمن ص ٢٦ ، وكذلك ص ٣٢٩ . وفي مخطوط : مبدع

الحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام ، لابي الوليد بن هشام الأزدي ١/ ٦ :

قال ابو الوليد بن رشد من كتاب الشرح له : إن الشهادة تنقسم على خمسة أقسام :

١- قسم لاتصح الشهادة به إلا بعد إيماء إليه ، وهي الشهادة الخاصة بالمال .

٢- قسم منها يلزم القيام بها وإن لم يدع إليها وهي الشهادة بما يستتاب فيه التحريم : مثل الطلاق والعق ، وشبه ذلك لإلهي ظاهراً فوق للشهب .

٣- وقسم منها يختلف على قرائن في وجوب القيام بها ، وهي الشهادة بالمال للغائب .

٤- وقسم منها لا يلزم القيام بها إذا لم يدع إليها ، وهي الشهادة على ما مضى من الحدود التي لا يتعلق بها حق لمخلوق ، كالزنا وشرب الخمر ، فهنا لا يلزم القيام بها إذا لم يدع إليها ، ويستحب فيها الستر .

٥- وقسم لا يجوز للشاهد القيام وإن دعي إليها وهي التي يعلم الشاهد من ياعنها خلاف ظاهرها .

• قاعدة دية الحنود بالشبهات وإلزامها في الفقه الجنائي الإسلامي •

حدث مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب : أن رجلاً من أسلم جاء إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، فقال له : إن الآخر زنى ، فقال له أبو بكر : هل تكرت هذا لأحد غيري فقال : لا فقال له أبو بكر : فتب إلى الله واستقر بستر الله ، فإن الله يقبل التوبة عن عباده (١) .

قال أبو إسحاق الحموي : * أعلم أن كل ما قبل فيه شهادة الحسبة ، معاهو من حدود الله تعالى ، فالمستحب للشاهد ألا يشهد به ، لأنه مدفوع إلى المستر وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء * (٢) .

ويرى بعض الفقهاء أن المستر وارد بالنسبة لمن لم يعتد المعصية ولم يتهتك بها ، أما إذا وصل الحال إلى إشاعتها والتهتك بها ، بل افتخر بعضهم بها (٣) ، فيجب الشهادة لأن الشهادة بها أولى من تركها .

جاء في البحر الرائق شرح كنز الدقائق : * قال في الكنز : وسقها في الحدود أحب . قال ابن نجيم : هذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به ، أما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به ، بل بعضهم ربحا افتخر به ، فيجب كون الشهادة أولى من تركها لأن المطلوب الشارع لإخلاء الأرض من المعاصي والفواحش بالخطابات المقيدة لذلك (٤) .

(١) شرح الزرقاني على الوطأ ، كتاب الحدود ١٣٧/٤ .

(٢) أئب القضاة ص ٤٠٤ ، وقاين بنهاية المحتاج ٣٠٧/٨ ، ومغني المحتاج ٤٢٧/٤ .

(٣) كان الرسول صلى الله عليه وسلم يستهجن ذلك القيل الخطير لدى بعض الناس الذين يقومون في الحرام خفية ، ثم إذا بهم يثفرون بما فعلوا ، وينشرون قصة مغامرهم هذه فربحوا غير مبالين . يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (كل أمتي معلى إلا المجاهدين) وإن من المجلة أن يعمل الرجل بالليل عملاً ، ثم يصبح وقد ستره الله فيقول : عملت البارحة كذا وكذا وقد بات يستره ربه ويكشف ستر الله عنه * البخاري كتاب الأدب ، فتح الباري ٤٨٦/١٠ ، قال ابن بطال في شرح الحديث : في الجهر بالمعصية استخفاف بحق الله تعالى ورسوله وبصالح المؤمنين ، وفيه ضرب من العناد فهم وفي الستر بها ، السلامة من الاستخفاف ، لأن للمعاصي مثل أمها ، ومن إقامة الحد عليه من كان فيه حد ، ومن التعمير إن لم يوجب حد ، وإذا تمحض حق الله فهو أكرم الأكرمين ، ويحتمى سيق غضبه . فلذلك إذا ستره في الدنيا لم يفضحه في الآخرة . والذي يجاهر بقرته جميع ذلك ، فتح الباري ٤٨٧/١٠ .

(٤) البحر الرائق لابن نجيم ٦٥/٧ .

وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين والزجر بهم ، فإنما ظهر الشره في الزنا مثلاً والشر ، وعدم المبالاة به وإشاعته ، فإخلاء الأرض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عزمها ، فمن قصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء ، وهو الحدود بخلاف من زنى مرة أو مراراً مستتراً مثخوفاً متتداً عليه ، فإنه محل استحباب ستر الشاهد ^(١) .

وفي لدونة : " كل من لم يعرف عنه أدنى للناس ، فإنه لا يرى به بأساً أن يتشفع له عالم يبلغ الإمام أو الشرط أو الحرس ، ومن عرف بذلك لا يشفع له " ^(٢) . ويرى ابن حزم أن الستر مطلوب في الذنب يصيبه للمسلم ما بين ربه تعالى ، ولم يقل أحد من بين أهل الإسلام بإباحة العستر على المسلم في ظلم ظلم به مسلماً كمن أخذ مال مسلم بحراية ، وأطلع عليه إنسان ، أو غصبه امرأته ، أو سرق حراً وما أشبه ذلك ، فهنا فرض على كل مسلم أن يقوم به حتى يرد الظلمات إلى أهلها ^(٣) . وحرصاً على عدم إشاعة الفاحشة ، واستراً على الجاني ، شدد الشارع الحكيم في تصليب الشهادة في جريمة الزنا ، واشترط أربعة شهود . وهذا الشرط إنما الهدف منه ستر العفة وتحري اليقين حتى لا يقام حد على بري .

قال ابن القيم الجوزية : " وأما الزنا فإنه بالغ في ستره ، كما قدر الله ستره فاجتمع على ستره شرع الله وقدره ، فلم يقبل فيه إلا أربعة يصفون الفعل وصف مشاهدة ينتمي معها الاحتمال " ^(٤) .

فستخلص مما تقدم من النصوص التي عرفت وجهة النظر الإسلامية في العفو والستر على الجاني ، أن الشارع الحكيم يحرص على الرفع من كرامة القود وقيمه ، وعلى حماية شخصه ، حتى في الحالات التي يقدم فيها هذا الفرد على ارتكاب السيئة واقتواف المعصية ، فيطلب جانب العفو والستر على جانب الزجر والردع بالعقوبة . وفي هذا دليل على أن العقوبة لم تكن في أي حال من الأحوال ، هي الوسيلة

(١) فتح القدير ١١٤/٤ ، وحاشية الشافعي ١٦٤/٢ .

(٢) اللدونة ٧١/١٦ ، وحاشية النسوفي ١٧٩/٤ .

(٣) المحلى ١٧٦/١١ .

(٤) اعلام الموقعين ٦٥/٢ . وقانون بلعكام القرآن لابن العربي ٨٧/٢ .

❖ قاعدة دره الحدود بالشبهات وثالثها في الفقه الجنائي الإسلامي ❖

الأساسية لمكافحة الجريمة والردية ، وإنما كانت آخر ما يعتمد إليه الحاكم إذا فشلت طرق الترجية والتهديب . (٢)

ولتحقيق هذا الغرض في شكله الإجرائي وصياغته ، وضعت الشريعة الإسلامية قاعدة : دره الحدود بالشبهات .

ويعتبر الباحثون في الفقه الإسلامي أن روح القاعدة ومآنتنتجه من آثار في المحاكمة الجنائية ، من الحقوق الأساسية للإنسان والتي لا يجوز الإخلال بها في المجتمعات للعاصرة ، ولا يتصور خلو النظم الجنائية الحديثة منها . وذلك حتى لا يفتح الباب لتحكم القضاة وتسلطهم ، وإخذ الناس بالظنون والتهم .

(٢) هذا هو رأي الباحث الفاضل ، ولكن لحدأ لا ينكر أهمية العقوبة وثالثها بالنسبة للذين يرتكبون الجرائم ويعيثون بالمرأ والأيرباء " المعلقة " .

المبحث الثاني

أصل القاعدة أو السند الشرعي للقاعدة

إذا كان الباحثون في الفقه الإسلامي يتفقون على مشروعية القاعدة والعمل بها في مجال الإجراءات الجنائية ، فقد اختلفت وجهات نظرهم في أصلها ومستندها . فيرى البعض أنها قاعدة نصية مرتبطة بنص صحيح وارد عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، بينما يرى البعض الآخر أنها قاعدة لفظية لاتقوم على سند ثابت عن الرسول صلى الله عليه وسلم .

وسأبين فيما يلي وجهة نظري في المسألة من خلال الأدلة التي تحصلت لدي . لقد أولى الفقهاء أهمية بالغة لهذه القاعدة ، لكونها تتفق مع روح الشريعة التي حرصت على حماية الفرد من الضرر ورعاية مصلحته . وفرد ما قاله العز بن عبد السلام " وإنما غلب دونه للحدود مع تحقق الشبهة ، لأن للصلة العظمى في استيفاء الإنسان لعبادة النيان ، والحدود أسباب محظرة ، فلا تثبت إلا عند كمال المفسدة وتمحضها " (١) .

ويبين أبو عبد الله البخاري الزاهد ذلك في عبارة واضحة فيقول : " ومن جملة محاسن الشرع في الحدود كلها أن في الحدود كلها يتكف للدره ، قال الرسول صلى الله عليه وسلم : " ادوموا الحدود ما استطعتم ، يدرأ بآدنى الشبهات " (٢) . إن الرأي الغالب في مدونات الفقه الإسلامي وفي بعض البحوث الفقهية الحديثة هو أن قاعدة الدره بالشبهة تساعد نصية تقوم على أصل ثابت عن الرسول صلى الله عليه وسلم (٣) .

(١) قواعد الأحكام ١٣٧/٢ .

(٢) محسن الإسلام وشرائع الإسلام ص ٦٦ .

(٣) الحقوية في الفقه الإسلامي ، محمد أبو زهرة ص ١٩٩ . في أصول النظام الجنائي الإسلامي ص ٨٨ ، هامش ١٤٨ .

• قاعدة دية الحدود بالشبهات وإثرا في الفقه الجنائي الإسلامي •

وقد خالف الدكتور سليم العوا في ذلك ، وذهب إلى أن القاعدة لا تقوم على سند ثبتت عن الرسول ، وبذلك ينفى اعتبارها قاعدة فقهية ، أخذ بها الفقهاء كجزء لا يتفصل عن نظام الفقه الجنائي (١) .

وقد جعل مأخذه في هذا الرأي مقالته القرافي في الفروق : " سؤال ١ قلت لبعض الفضلاء : الحديث الذي يستدل به الفقهاء ، وهو ما يروى "لدرءوا الحدود بالشبهات" لم يصح ، وإذا لم يكن صحيحاً ما يكون معتمداً في هذه الأحكام . جوابه : قال لي : يكفي أن نقول حيث أجمعنا على إقامة الحد وكان سالماً عن الشبهة ، وما قصر عن محل الإجماع لا يلحق به ، عملاً بالأصل حتى يدل للدليل على إقامة الحد في صور الشبهات ، قال القرافي : وهو دليل حسن " (٢) .

فالقاعدة عند فقهية ، تلزم القاضي المسلم بتحري أدلة الإدانة وإيقاف تنفيذ العقوبة إذا قامت لديه شبهة في ثبوت ارتكاب الجريمة المرجحة للعقوبة الحدية والقتل ببراءة المتهم إذا تعارضت في الفعل المنسوب إليه أدلة التحريم وأدلة التحليل ، أو لم تكن الهيئات المقدمة في الدعوى الجنائية كافية لإقناع القاضي بثبوت الجريمة (٣) .

والذي يتجه إليه نظري ويميل إليه رأيي في المسألة ، هو أن القاعدة نصية قامت على أصل ثابت عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، وهو قوله : " ادروا الحدود بالشبهات " . وهذا الحديث روي بطرق وأساليب مختلفة مرفوعة وموقوفة ، والمرفوعة كلها ضعيفة لا يصح منها شيء ، إلا أن كثرة الطرق التي روي بها الحديث تزيد صحة الاحتجاج به وتقوي احتمال نسبته إلى الرسول صلى الله عليه وسلم .

وسأقوم فيما يلي بتخريج الأحاديث التي اعتمدها الفقهاء في هذا المضمار وبيان درجتها من الصحة أو الضعف .

١- عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص ٨٧-٨٨ .

(٢) الفروق ٣/ ١٧٤ .

(٣) في أصول النظام الجنائي الإسلامي السابق .

• ادركوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخصوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطئه في الغزو خير من أن يخطئ في العقوبة " .

أخرجوه الترمذي والدارقطني والحاكم والبيهقي ، كلهم من طرق عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة ^(١) .

قال الترمذي : لا تعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي وروى وكيع عن يزيد بن زياد نحوه ولم يرعه ، ورواية وكيع أصح ، ويزيد بن زياد ضعيف في الحديث ^(٢) .

وقال البيهقي : " تفرد به يزيد بن زياد الشامي وفيه ضعف ، ورواية وكيع أقرب إلى الصواب " ^(٣) .

فالحديث المروي عن عائشة ضعيف ، لأن مداره على يزيد بن زياد الدمشقي ، وهو ضعيف . قال ابن حجر العسقلاني : " يزيد بن زياد أو ابن أبي زياد القوسي الدمشقي متروك من السابعة " ^(٤) .

وفي تلخيص الحبير : " قال عنه البخاري : منكر الحديث " ^(٥) .

وفي كتاب الجرح والتعديل لأبي محمد الرازي : " قال ابن نمير " يزيد بن أبي زياد الدمشقي الذي روى عنه وكيع ليس بشيء وحديثنا عبد الرحمن قال : سألت أبي عنه فقال ضعيف الحديث ، كان حديثه موضوع " ^(٦) .

وفي الكاشف للذهبي : " يزيد بن زياد ويقال ابن أبي زياد الدمشقي .. واه ^(٧) . وقال للحاكم في المستدرک : " هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ^(٨) قوله ،

(١) عارضة الأحوذى ١٩٨/٦ ، سنن لناد قطنى ٨٤/٣ ، المستدرک للحاكم ٣٨٤/٤ ، السنن الكبرى ٢٢٨/٨ .

(٢) عارضة الأحوذى ١٩٩/٦ .

(٣) السنن الكبرى ، السليق ، وانظر ، تصب الراية لأحاديث الهداية ٣٠٩/٣ .

(٤) تقريب التهذيب ٣٦٤/٢ .

(٥) تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير : ابن حجر العسقلاني ٥٦/٤ .

(٦) الجرح والتعديل ٢٦٢/٩ .

(٧) الكشاف في معرفة من له رواية في الكتب الستة : أبو عبدالله الذهبي ٢٤٢/٣ .

(٨) المستدرک على الصحيحين في الحديث : أبو عبدالله الحاكم ٣٨٤/٤ .

❖ قاعدة دهر الحنود بالمشبهات والوهما في الفقه الجنائي الإسلامي ❖

- الذهبي بقوله : " قلت : قال الفسائي : يزيد بن زهيد شامي مترك " (١) .
 وذكر البيهقي في السنن الكبرى رواية أخرى عن رشدين بن سعد عن عقيل
 عن الزهري وهي رواية ضعيفة ، مذكورها على رشدين بن سعد . وهو ضعيف (٢)
 قال ابن حجر : " رشدين بن سعد بن مفلح المصري ، أبو الحجاج المصري
 ضعيف ، رجع أبو حاتم عليه ابن لهيعة وقال ابن يونس : كان صالحاً في دينه ،
 فأدركته غفلة الصالحين فمات في الحديث " (٣) .
 فرشد بن هذا ضعفه قوم كثيرون وقالوا : لا يكتب حديثه ، منهم : أحمد
 ابن حنبل ويحيى بن معين ، وأبو زرعة (٤) .
 ٢- وعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه
 وسلم يقول : (أدروا الحنود بالمشبهات) أخرجه الدارقطني والبيهقي من
 طريق مختار الثمار عن أبي مطر عن علي (٥) .
 قال البيهقي : " في هذا الإسناد ضعف " (٦) وعلمته مختار الثمار وهو
 ضعيف ، قال فيه ابن حجر العسقلاني : " مختار بن نافع التميمي ، ويقال
 العكلي ، أبو إسحاق الثمار الكوفي : ضعيف " (٧) .
 قال الرازي : سألت أبي عنه فقال شيخ منكر الحديث " (٨) .
 وروى البيهقي عنه بإسناد آخر له عن علي وزاد : ولا ينبغي للإمام أن يعطل
 الحدود ثم عقب بقوله : قال البخاري : المختار بن نافع منكر الحديث (٩) .

(١) تلخيص المستدرك للذهبي ٣٨٤/٤ .

(٢) السنن الكبرى ٢٣٨/٨ .

(٣) تقريب التهذيب ٢٥١/١ .

(٤) الجرح والتحليل ٥١٢/٣ .

(٥) سنن الدارقطني ٨٤/٢ ، السنن الكبرى ٢٣٨/٨ ، نصب الواية ٣٠٩/٣ .

(٦) السنن الكبرى ٢٣٨/٨ .

(٧) تقريب التهذيب ٢٣٤/٢ ، وانظر الكشاف ١١٢/٣ .

(٨) الجرح والتحليل ٣١١/٨ .

(٩) السنن الكبرى ، السابق ، وانظر تلخيص الحبير ٥٦/٤ .

٣- وعن ابن عباس قال الرسول صلى الله عليه وسلم: (ادبروا الحدود بالهيبات)

رواه الحارثي في مسند أبي حنيفة له من طريق مقسم عن ابن عباس (١).

ورواه ابن عدي في جزءه له من حديث أهل مصر والجزيرة عن ابن عباس بزيادة: وأقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم، إلا في حد من حدود الله تعالى. قال الحافظ ابن حجر في تخریج المختصر وهذا الإسناد إن كان بين ابن عدي وابن لهيعة مقبول فهو حسن (٢).

٤- وعن أبي هريرة قال قال الرسول صلى الله عليه وسلم: (انقروا الحدود ما

وجنتكم لها منافعاً) رواه ابن ملجة من طريق وكيع عن إبراهيم بن الفضل عن

سعيد بن أبي سعيد عن أبي هريرة (٣) ومن هذا الوجه رواه أبو يعلى في مسنده (٤).

وهذا إسناد ضعيف، علته إبراهيم بن الفضل.

قال الحافظ ابن حجر: " إبراهيم بن الفضل المغمومي المدني، أبو إسحاق.

ويقال: إبراهيم بن إسحاق مقروك من الثامنة (٥).

وقال الرازي: " كتب إلي صيد الله بن أحمد بن حنبل قال: سمعت أبي يقول:

إبراهيم بن الفضل ليس بقوي في الحديث، ضعيف الحديث. وقال يحيى بن

معين: إبراهيم بن الفضل المدني ليس حديثه بشيء " (٦).

٥- وروي عن عمر بن عبدالعزيز مرسلاً، قال: إن الرسول صلى الله عليه وسلم

قال: " ادبروا الحدود بالهيبات " .

أخرجه ابن عساکر في تاريخ دمشق من طريق محمد بن أحمد بن ثابت إلى

أبي عمران الجويني قال: قال عمر بن عبدالعزيز: " لأجلدن في الشراب كما

فعل جدي عمر بن الخطاب، ثم أمر صاحب عسسه وضم إليه صاحب خيره،

وقال لهما: من وجدتماه سكران فتيتاني به. قال: فطافا ليلتهما حتى انتهيا إلى

(١) مسند أبي حنيفة للحارثي ص ٣٢.

(٢) فيض القدير ١/ ٢٢٧-٢٢٨.

(٣) سنن ابن ملجة ٢/ ١١٢.

(٤) نصب الرأية لأحاديث النهاية: التلخيص ٣/ ٣٠٩-٣١٠.

(٥) ترويض التهذيب ١/ ٤١.

(٦) الجرح والتعديل ٢/ ١٢٢.

❖ قاعدة درء الحدود بالشبهات وتقرها في الفقه الجنائي الإسلامي ❖

بعض الأسواق ، فإذا بشيخ حسن الشيبه ، بهي المنظر عليه ثياب حسنة مملوثة في ثيابه ، سكران وهو يتقيأ . فحملناه فأوقفناه بحضوره عمر بن عبدالعزيز وقصا عليه قصته من أولها إلى آخرها فأمر عمر باستنكاهه ، فوجد منه رائحة فلما فرغ قال له عمر : أنصف نفسك ياشيخ ولا تعد ، فقال : يا أمير المؤمنين قد ظلمتني . قال : وكيف قال : لأنني عبد وقد هدبتني حد الأحرار . قال : فأغتم عمر وقال : لظلمات علينا وعلى نفسك ، أقلا أخبرتنا أنك عبد فتحدك حد العبيد . فلما رأى اهتمام عمر به رد عليه ، وقال : لايسؤك الله يا أمير . قال : فضحك عمر ، وكان قليل الضحك ، حتى استلقى على مسنده وقال لصاحب محبته وصاحب خبره : إنا رأيتما مثل هذا الشيخ في هيئته وعلمه ولهمه وأنبه لملحلا أموره على الشبهه ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " ادروا الحدود بالشبهه " (١) .

ورواه من هذا الوجه أبو سعد بن السعدي في ذيل تاريخ بغداد (٢) .

قال الحافظ ابن حجر : في سنده من لايعرف (٣) .

٦- عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : " لأن أخطيء في الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات " . أخرجه ابن أبي شيبة من طريق إبراهيم النخعي . بجماله ثقات ، لكنه منقطع بين إبراهيم وعمر (٤) .

وذكره محمد تجم الدين الفزي في كتابه : اتفاق ما يحسن من الأخبار الدائرة على الأئمة (٥) .

وأخرج البيهقي من طريق أبي طاهر الفقيه إلى الحسن بن صالح عن أبيه قال : بلغني أو بلغنا أن عمر رضي الله عنه قال : إن حضرتونا فاسألوا في العهد أو في العفو - جهنمكم ، فإني أن أخطيء في العفو أحب إلي من أن أخطيء في العقوبة .

(١) إرواه الغليل ٣٤٣/٧ .

(٢) للمقاصد الحسنة : همام الدين السخاوي من ٣٠ فيض القدير ٢٢٧/١ .

(٣) للمقاصد الحسنة ، السابق .

(٤) إرواه الغليل ٣٤٣/٧ .

(٥) كشف الظاهه ومزيل الإلباس إسماعيل العجلوني ٧٤/١ .

- قال البيهقي : متقطع وموقوف ^(١) . وأخرجه ابن حزم في كتابه " الإيصال " له بسند صحيح ^(٢) .
- ٧- وعن عطاء قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : استتر من الحدود ما وراءه ، أي ادروها ما قدرتم . رواه الخرائطي في مكارم الأخلاق ^(٣) .
- ٨- وعن علي بن أبي طالب قال : " إذا بلغ في الحدود عسى ولعل ، فالحدود معطلة " ^(٤) . ورواه أبو جعفر الصدوق بإسناده إلى قضائيا أمير المؤمنين علي .
- ٩- عن أبي عقبة ابن عمر بن عبد العزيز قال : " ادروا للحدود ما استطعتم في كل شعبة ، فإن الوالي إذا أخطأ في العقوب خير من أن يتعدى في العقوبة " ^(٥) .
- ١٠- وعن عبد الله بن مسعود قال : " ادروا الحدود ما استطعتم ، فإنكم أن تتخطوا في العفو خير من أن تتخطوا في العقوبة . وإذا وجنتم لمسلم مخرجاً فادروا عنه للحد " ^(٦) . وعنه أيضاً قال : " ادروا الجلد والقتل عن المسلمين ما استطعتم " قال البيهقي : وهذا موصول ^(٧) .
- وأخرجه ابن أبي شيبة ، وهو حسن الإسناد ^(٨) . وعنه أيضاً قال : " ادروا

(١) السنن الكبرى ٢٣٨/٨ .

(٢) تلخيص الحبير ٥٦/٤ ، المقاصد الحسنة ص ٣٠ ، تمييز الطيب من الخبيث لابن الديج الشيباني ص ٩ ، كشف الخفاء ٧٢/١ .

(٣) كنز العمال ٤٠٠/٥ .

(٤) كنز العمال ٤٠١/٥ ، إرواء الغليل ٣١/٨ .

(٥) سيرة ومناقب عمر بن عبد العزيز : عبد الرحمن بن الجوزي ص ١٢٣ .

وفي نفس المصدر ص ١٠٢ ، كتب عمر بن عبد العزيز إلى عدي بن أرطاة فقال : " قاتلو من قامت عليه بيعة عدل فخذ بها قامت عليه به البيعة ، ومن أقر لك بشيء فخذ بها أقر به ، ومن أنكز فاستحل به العتيم . دخل سبيله وأيم الله ، لأن يلقوا الله عز وجل بخيانتهم أحب إلي من أن ألقى الله بهماتهم " .

(٦) السنن الكبرى ٢٣٨/٨ . قال الدكتور واهس قلعة جي : هذه العبارة كان يريد بها عمر قيل لابن مسعود ، موسوعة فقہ عبداللہ بن مسعود ص ٢٢٩ .

(٧) المصدر السابق ، وفي تلخيص الحبير : [أصبح ماقيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وايل عن ابن مسعود : " ادروا الحدود بالشبهات ، وانقصوا لقتل عن المسلمين ما استطعتم " ٥٦/٤ .

(٨) إرواء الغليل ٢٦/٨ .

❖ قاعدة دره الحدود بالشبهات وأثرها في الفقه الجنائي الإسلامي ❖

الحدود عن عباد الله " أخرجه مسند في مسنده من طريق يحيى بن سعيد بن عاصم عن أبي وائل (١) .

١١- وعن عمرو بن شعيب عن أبيه ، أن عبدالله بن مسعود ومعاذ بن جبل وصقبة ابن عامر الجعفي ، قالوا : " إذا اشتبه عليك الحد فادراؤه ما استطعت " .

أخرجه للدارقطني ، والحديث معلول بإسحاق بن أبي فروة ، وهو متروك (٢) .

١٢- وعن حماد عن إبراهيم النخعي قال : " كان يقال : ادعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإذا وجدتم للمسلم مخرجاً فادراؤا عنه ، فإنه أن يخطئ حاكم من حكام المسلمين في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة " (٣) .

فالظاهر إذن أن القاعدة استندت إلى أحاديث مرفوعة إلى الرسول صلى الله عليه وسلم ، وإلى آثار موقوفة ومتقطعة ، والذي صبح منها بعض الآثار الموقوفة . ورغم ما قيل في طرق الحديث وأسانيده ، فإنه قد ترجح لدي الاحتجاج به في إعمال القاعدة في الحدود ، كما أرجح أن تكون نسبتها إلى الرسول صلى الله عليه وسلم صحيحة .

وأنكر أدلتي على ذلك فيما يلي :

١- إن كثرة الطرق التي ورد بها الحديث قوت سنده إلى درجة يجوز معها الاحتجاج به في إعمال القاعدة ولزومها .

وإلى هذا الرأي ذهب الشوكاني في قوله : " ومافي الباب وإن كان فيه لقال المعروف ، فقد شد من عضده ما ذكرناه ، قبض على بعد ذلك للاحتجاج به على مشروعية دره الحدود بالشبهات المحتملة لاسمطلق الشبهة " (٤) .

٢- أن الحديث وإن لم يصح من جهة الإسناد ، فهو صحيح من جهة المتن ، ومعناه مقطوع من جهة الشرع وموافق لمقتضى العقل . بل هو من الحقوق الأساسية

(١) المقاصد الحسنة ص ٣٠ ، كشف الخفاء ١/ ٧٤ .

(٢) سنن البارقطني ٣/ ٨٤ ، ٣/ ١٢٠ ، المصنف لعبد الرزاق ٧/ ٤٠٢ .

(٣) المصنف ١٠/ ١٦٦ ، وقاين بموسوعة فقه إبراهيم النخعي ٢/ ٢١٥ .

(٤) نيل الأوطار ٧/ ١١٨ ، الروضة الندية شرح الدرر الجبهة: القنوجي ٢/ ٢٧٠ .

وقد رمز السيوطي للحديث بالحسن ، فتحقيقه المناوي بقوله : نعم هو حسن بشواهد وعليه يحمل رمز المؤلف ، قبض القدير ١/ ٢٢٨ .

للإنسان التي لا يجوز الإخلال بها، وإن الشك فيه شك في ضروري (١).
قال ابن عابدين: " طعن بعض الظاهرية في الحديث، بأنه لم يثبت
مرفوعاً، والجواب أن له حكم الرفع، لأن إسقاط الوجوب بعد ثبوته بالنسبية
خلاف مقتضى العقل " (٢).

٣- إن القول بأن القاعدة فقهية يفتح المجال للخروج عنها وعدم اعتبارها وهذا
خلاف مقتضى الشرع، وإهدار لأهم حق من حقوق الإنسان في مجال
الإجراءات الجنائية. ولم يقل أحد من الفقهاء بجواز الخروج عنها وعدم الأخذ
بها، وابن حزم وإن رد الحديث من جهة الإسناد فهو لم يقل بالخروج عن
مقتضاه ومعقوله، بل إن أكثر التطبيقات الفقهية الواردة في مذهبه موافقة لأوامر
فقهاء المذاهب الأخرى في مجال إعمال القاعدة.

وإن وجهة النظر التي أبداهما الدكتور سليم العوا في هذا الصدد تبدو متناقضة
غريبة عن السياق العام الذي سار فيه فقهاء المسلمين.

يقول الدكتور للعوا: " إذا ثبت أن القاعدة فقهية لانصيغ فإنه لا حرج على من
لم يأخذ بها من الفقهاء، ثم يضيف قائلاً: " مادام لا يقول بإثبات الحد مع
وجود الشبهة " (٣).

فهو في الوقت الذي لا يرى فيه حرجاً على من لم يأخذ بالقاعدة، يعود فيلزم
بها، لأن عدم القول بإثبات الحد مع وجود الشبهة هو عين للقاعدة، وفي ذلك
تناقض ظاهر.

٤- إن مما يرجح صحة الاحتجاج بالحديث، ما صدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من
تطبيقات عملية لمقتضى القاعدة، مما يقري لاحتمال نسبة الحديث إليه. ويذكر العلماء
في هذا الصدد مجموعة من الوقائع المنقولة عن الرسول صلى الله عليه وسلم منها:

١- حديث ابن عباس أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " لو كنت رجلاً لهدأ يغير
بيتاً لرجعت فلانة، فلما ظهر منها الزبية في حنظلها وهيئتها وعن ينخل عليها " (٤).

(١) فتح القدير ١٤٠/٤.

(٢) حاشية ابن عابدين ١٥٥/٣.

(٣) في أصول النظام الجنائي الإسلامي ص ٨٩.

(٤) نيل الأوطار ١١٧/٧.

♦ قاعدة دره لحدود بالهيبات وأثرها في الفقه الجنائي الإسلامي ♦

٢- حديث سهل بن سعد : " أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فسأل : إنه قد زنى بامرأة سماها ، فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فدعاها وسألها عما قال ، فأنكرت ، فحدّه وتركها " (١) .

فجعل الرسول صلى الله عليه وسلم إنكارها شبهة ، فبدأ عنها الحد ، وحد الرجل حد القذف . وهذا هو الموافق لمساق الحديث . لذلك قال الأوزاعي وأبو حنيفة : يحد للقذف فقط . قالوا : لأن إنكارها شبهة (٢) .

٣- حديث أبي هريرة قال : جاء الأسلمي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فشهد على أنه أصاب امرأة حراماً أربع مرات ، كل ذلك يعرض عنه ، فأقبل عليه في الخامسة فقال : أتيتها ؟ - أو كما قال - قال : نعم . قال : كما يقبيل المورود في المكحلة والرشاء في البئر ؟ قال : نعم . قال : فهل قدرني ما أئزنا ؟ قال : نعم . أتيت منها حراماً ما يقبلي الرجل من أمر امرأته حلالاً . قال : لما تريد بهذا القول ؟ قال : أريد أن تظهرني . فأمر به ، فوجم (٣) .

يبدو من هذه الواقعة أن الرسول صلى الله عليه وسلم أعرض عن الأسلمي في أول وهلة ورغبة في الستر عليه ، وكراهة أخذه بإعترافه ، ولما أصر الرجل على الاعتراف ، استحصل الرسول صلى الله عليه وسلم أهواله احتياطاً للدرء ، ويحتمل عن مسقط الحد .

وقد استدل به العلماء على أن استقصال المقر عن المسقطات المجمع عليها واجب على الإمام (٤) .

قال الإمام الأبي : " لما تقرّر في أصول الفقه أن الحكم لا يثبت وإن وجد المقتضى حتى يحصل الشرط ويتنقي المنع ، سلك الرسول صلى الله عليه وسلم هذا المسلك ، والمقتضى هنا موجود ، وهو الاعتراف ، ولم يبق إلا حصول الشرط وانتفاء المانع ، فسأل الرسول صلى الله عليه وسلم أولاً هل هناك مانع ، ثم سأل عن حصول الشرط ، وإنما قدم السؤال عن المانع وإن كان الأصل تقديم حصول الشرط ،

(١) رواه أحمد وأبو داود ، نيل الأوطار ١١٩/٧ .

(٢) نيل الأوطار ١٢٠/٧ .

(٣) نيل الأوطار ١١٢/٧ .

(٤) نفسه

♦ قاعدة دهر الحدود بالشبهات وتوثرها في الفقه الجنائي الإسلامي ♦

٢- حديث سهل بن سعد : " أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إنه قد زنى بامرأة سماها ، فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فدعاها وسألها عما قال ، فأنكرت ، فحده وتركها " (١) .

فجعل الرسول صلى الله عليه وسلم إنكارها شبهة ، فدرأ عنها الحد ، وحدث الرجل حد القذف . وهذا هو الموافق لسياق الحديث ، لذلك قال الأوزاعي وأبو حنيفة : يحده للقذف فقط ، لا : لأن إنكارها شبهة (٢) .

٣- حديث أبي هريرة قال : جاء الأسلمي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فشهد على أنه أصاب امرأة حراماً أربع مرات ، كل ذلك يعرض عنه ، فأقبل عليه في الخامسة فقال : أثبتتها ؟ - أو كما قال - قال : نعم . قال : كما يغيب المروء في المكحلة والرشالة في البئر ؟ قال : نعم . قال : فهل تدري ما الزنا ؟ قال : نعم ، أثبت منها حراماً ما يلقي للرجل من أمر امرأته حلالاً ، قال : فما تريد بهذا القول ؟ قال : أريد أن تطهرني . فأمر به ، فرجم " (٣) .

يبين من هذه الواقعة أن الرسول صلى الله عليه وسلم أعرض عن الأسلمي في أول وهلة رغبة في الستر عليه ، وكراهة لفضه باعتراقه ، ولما أصبر للرجل على الاعتراف ، استقصى الرسول صلى الله عليه وسلم أحواله لاحتياطاً للدرء ، ويحتمل عن مسقط للحد .

وقد استدلل به العلماء على أن استقصال للنظر عن المسقطات المجمع عليها واجب على الإمام (٤) .

قال الإمام الأبي : " لما تقرر في أصول الفقه أن الحكم لا يثبت وإن وجد المقتضى حتى يحصل للشرط وينتفي المانع ، سلك الرسول صلى الله عليه وسلم هذا السلك ، والمقتضى هنا موجود ، وهو الاعتراف ، ولم يبق إلا حصول للشرط وانتفاء المانع ، فسأل الرسول صلى الله عليه وسلم أولاً هل هناك مانع ، ثم سأل عن حصول الشرط ، وإيضاً قدم السؤال عن المانع وإن كان الأصل تقديم حصول الشرط ،

(١) رواه أحمد وأبو داود ، نيل الأوطار ١١٩/٧ .

(٢) نيل الأوطار ١٢٠/٧ .

(٣) نيل الأوطار ١١٩/٧ .

(٤) نفسه

حرصاً على انتقاء الحد ^(١) .

ونستخلص من كل ما تقدم ، أن القاعدة نصية تقوم على مستند صحيح ثابت عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، وقد أجمعت الأمة على قبوله والعمل به في القضايا الجنائية ، وما لجمع عليه الفقهاء المجتهدين لا يجوز مخالفته والعمل على غير مقتضاه . وبذلك ، فإن الخروج عن القاعدة يعتبر خروجاً عن الإجماع .

(١) إكمال إكمال المعلم للإبي ٤٤٦/١ .

المبحث الثالث

صلة القاعدة بعبء البراءة الأصلية

بيئت فيما سبق أن قواعد الإثبات الجنائي في الشريعة الإسلامية لا تهدف إلى إثبات إدانة الجاني بقدر ما تهدف إلى إثبات براءته وإبعاد التهمة الموجهة إليه . وقد جاءت إرادة المشرع الحكيم من أجل تحقيق هذا الهدف واضحة من خلال " قاعدة درة الحدود بالشبهات " . ولذلك قرر الباحثون في الفقه الإسلامي أن هذه القاعدة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقاعدة افتراض البراءة التي وسعت الشريعة الإسلامية من مجال تطبيقها لتشمل النواحي المدنية والجنائية والتمديدية ^(١) . فالأصل في الإنسان براءة جسدته من القصاص والحدود والعقوبات ، ومن الأقوال كلها ومن الأفعال بأسرها ^(٢) .

ومقتضى هذه القاعدة أن للتهم بريء في نظر العدالة حتى تثبت إدانته بدليل صحيح . فيلزم أن يكون ثبوت الإدانة يقينياً ، أي مبنياً على الجرم واليقين لا على الظن والاحتمال . إنما كان الدليل الذي ساقه الحاكم وعول عليه في إدانة للتهم هو دليل ظني مبني على مجرد الاحتمال ، فإن الحكم يكون معيياً متوجياً للنقض ^(٣) . قال ابن رشد الجدل ^(٤) في جزء من جوابه على سؤال وجهه إليه موسى بن حماد قاضي حضرة مراکش ، من رجل شاع عليه أنه يدين يدين التصارى حتى أدى ذلك إلى النظر في أمره قال : " لاتقام الحدود في القتل وغيره بالسمع ، ولاغلبة الظنون ، وإنما تقام بالبيينة العادلة من المسلمين .

(١) في أصول النظام الجنائي الإسلامي ص ٩١ .

(٢) قواعد العز بن عينا السلام ١٣٧/٢ .

(٣) أصول الإجراءات الجنائية : حسن سابق المصفاوي ص ٦٨٧-٦٨٨ ، وموسوعة الفقه والقضاء ١٥٩/١ .

(٤) هو محمد بن أحمد بن محمد بن عبدالله بن رشد ، ولد سنة ٤٤٥ هـ . كان شيخ الفقه بالأندلس والمغرب على مذهب مالك وأصحابه ، معترف له بصحة النظر وجودة التأليف وبفقه الفقه . وكان ثانياً في الأصول والقوانين . من تصانيفه : البيان والتحصيل في مسائل للدونة ، المقدمات والعهدات على النونية . توفي سنة ٥٢٠ هـ . شجرة النور الزكية ص ٦٢ ، الديباج المذهب ص ٢٧٨ - الأعلام ٣١٦/٥ .

ألا ترى أنه لو استفاض على رجل من المسلمين أنه شارب للخمر فوجدت الخمر في داره وبين يديه وعلى مائنته مرة بعد أخرى ، لما وجب عليه حد شرب الخمر ، وإن غلب على الظن شربه لها ، ولو استفاض على رجل أنه يزاني امرأة فاجرة معلومة بالفجور ، فوجدت معه في داره ، قد أطلق عليها بابه ، وانفرد بها مدة من الأزمان ، لم يجب عليه حد الزنا وإن غلب على الظن بظوفه معها المدة الطويلة من الزمان زناه بها ، وإنما يجب عليه بذلك العقوبة الوجبة " (١) .

وقال الشافعي : " أصل ما اتبني عليه الإقراواني لأعمل باليقين وأطرح الشك ولا استعمل الغلبة " (٢) .

وقال ابن حزم : " كل من حكم بتهمة أو بإحتياط لم يستيقن أمره أو بشيء خوف ذريعة إلى مالم يكن بعد ، فقد حكم بالظن . فإذا حكم بالظن فقد حكم بالكذب والباطل " (٣) .

وعلى هذا الأساس ترد الحكمة المشهورة التي تقول : " إن إفلات مائة مذنب من العقاب أفضل من إدانة بريء واحد " (٤) . وهو ما عبر عنه الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه بقوله : لأن أخطيء في العفو لحب إلي من أن أخطيء في العقوبة (٥) . وأشار إليه الخليفة عمر بن عبدالعزيز في كتابه لعدي بن أوطاة قال : " لأن يلقوا الله عز وجل بخيانتهم أحب إلي من ألقى الله بمائتهم " (٦) .

إن قاعدة البراءة الأصلية تبقى قاعدة مسلماً بها في الإجراءات العامة . ولن نستطيع أن نخرج من هذا اليقين الأولي الإيقين عكسي ، أي أنه يجب أن تستلقت جميع الفروض المعقولة لمصلحة المتهم ، والالتفات هنا اعتباطاً ، على حين يمكن أن

(١) مسائل ابن رشد الجيد ٩٢٥/٥ ، رانظر السؤال في صفة : ٩٢٣-٩٢٤ ، وفي الدونة ٣٦/١٦ : قلت أرايت إن تزوج امرأة وتقدم مكنه معها بعد الفتحول بها ، فشهدوا بالزنا عليه ، فقال الرجل : ملجامعنا منذ نخلت عليها . قال : لم أسمع من مالك فيه شيئاً ، إلا أن مالكاً قال لي في شيء كلمته فيه - إنه يقال ادروا الحدود بالنسب ،

(٢) الإبداء وانتظار السيرة ص ٥٣ .

(٣) الأحكام في أصول الأحكام ١٣/٦ .

(٤) النظرية العامة للقاعدة الإجرائية الجنائية : عبدالفتاح مصطفى الصفي ص ١٥ .

(٥) السنن الكبرى للبيهقي ٢٣٨/٨ .

(٦) سيرة ومناقب عمر بن عبدالعزيز لابن الجوزي ص ١٠٣ .

● قاعدة دره الحنوف بالشبهات وأثرها في الفقه الجنائي الإسلامي ●

ثبت براءته بسبب جميع . لأن أي افتراض وهمي أو معارض بالواقائع لن يقوى على أن يفرض إدانة أو : يؤسس براءة . ولذلك كان من اللازم ألا تعمل قاعدة " دره الحنوف بالشبهات " على إطلاقها وألا نحملها على معنى شامل غير مسلم به . وهذا ما حصل ابن حزم على رفض القاعدة بقوله " لا يحل دره حد بشبهة ولا إقامته بشبهة ، وإنما هو الحق واليقين فقط " (١) .

فتمنى قام أي شك في إسناد الفعل إلى المتهم ، وجب القضاء ببرأته . ومن هنا وجدت القاعدة المعروفة في النظم المعاصرة التي تلغي بأن الشك يقصر دائماً لصالح المتهم : وهذه القاعدة تماثل في الفقه الإسلامي قاعدة : اليقين لا يزول بالشك (٢) .

وهذه القاعدة يجعل بها في جميع فروع الشريعة من عبادات ومعاملات وعقوبات وقضوية وفي سائر الحقوق والالتزامات (٣) . لذلك قال السيوطي : " أعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه ، والمسائل المفضجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر " (٤) .

فعلى القاضي المسلم أن يقوم بتطبيق شروط الجريمة على الوقائع ، فإن اقتنع بحدوث تلك الوقائع وانطبق الأوصاف المصددة للجريمة عليها واستأدما للمتهم ، قرر إدانته وحكم بتجريمه . وإن لم يستنع بحدوث تلك الوقائع المكونة للجريمة ، أو اقتنع بحدوثها دون ثبوت نسبها إلى المتهم ، نطق ببرأته . كل ذلك وفق القاعدة التي تحصلت لديه بحرية تامة .

ويجب الإشارة إلى أن هذه الحرية ليست مطلقة ، بل هي مقيدة أساساً بوجوب استلزام القاضي اقتناعه من دليل كامل على الأقل ، يطمئن إليه من بين الأدلة التي تطرح أمامه في مجلس القضاء .

وإذا عرفنا هذا ، سهل علينا فهم مقصود الفقهاء بقولهم : للثبوت حكم . يقول القرافي : " إن قامت الحجة على سبب الحكم ، وكمل وانتفت عنه الريبة وحصلنا الشروط وجميع المطلوب فيه ، فلا شك أنه يتعين على الحاكم على الفور أن

(١) المحلى ٢٤٣/١١ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٩ ، وأثر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٦ .

(٣) المختل الفقهي لعام ٩٦٧/٢ .

(٤) السيوطي المصدر السابق .

يحكم ، فإذا حكم صار الحكم من لوازم الثبوت " (١) .

وعملًا يقاعدة البراءة الأصلية ، جعلت البينة على المدعي ، لأن جانيه أضعف من لجل أنه يريد أن يثبت ، وجعلت اليمين على من أنكر ، لأنه أقوى جانباً من أنه يدعي الأصل ، إذ الأصل براءة الذمة (٢) .

فالأصل أن من ادعى على شخص ديناً أو غصباً أو جناية ونحوها ، لا يحكم له بأصل دعواه ، والقول بقول المطلوب منه وهو المدعى عليه مع يمينه ، لأن الأصل يعضده ويخالفه الطالب وهو المدعي ، وهذا الأصل هو : براءة الذمة (٣) .

والأصل في هذا كله حديث ابن عباس ، أن النبي صلى الله عليه وسلم : " قضى باليمين على المدعى عليه " (٤) .

وفي رواية أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه " (٥) .

(١) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص ٣٧ ، ونقله الوضري في المعيار ١٠/٧٣ .

(٢) حاشية العدوي ٣١١/٢ ، وانظر الطرق الحكيمة ص ٧٥ .

(٣) الفروق ٤/٧٤ ، وانظر شرح القاموس للامية الزقاق ١/١٢٩ .

(٤) رواه البخاري ومسلم . قيل الأوطار ٨/٣٤٤ ، وإرواه الغليل ٨/٣٦٤ .

(٥) أخرجه الطبراني من رواية سفيان عن لقع عن ابن عمر بلفظ : " البينة على المصفي واليمين على المدعى عليه " وأخرجه الإسماعيلي من رواية جريج بلفظ " ولكن البينة على الطالب واليمين على المطلوب " . وأخرجه الترمذي بلفظ " ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر " قال الحافظ ابن حجر : وهذه الزيادة ليست في الصحيحين ، وإسنادها حسن . فتح الباري ٥/٢٨٢ . وقد ألف القاضي أبو الوليد الباجي رسالة صغيرة في شرح الحديث ، وقد أسلفها على الفقه أبي محمد عبدالله بن محمد التميمي . وقد حققها وقدم لها أبو هيدر حسن بن عقيل الظاهري ، ونشرها بالمجلة السعودية المتخصصة " عالم الكتب " . المجلد الثاني ، العدد الأول ، رجب ١٤٠١ هـ ، مايو ١٩٨١ م ، ص ٧٢-٧٧ ، واختار لها عنوان " معنى الله في قول الرسول البينة على المدعى " .

وقد حمل الجمهور الحديث على عمره في حق كل واحد ، سواء كان بين المدعى والمدعى عليه اختلاط أم لا . وعن مالك : لا تفرجه اليمين إلا على من بينه وبين المدعى اختلاط ، لتلا يتنقل أهل السنة أهل الفضل بتعليقهم مراراً . وقريب من مالك قول الأصطخري من الضاعفة : إن قرآن الأحوال إلا شهدت بكل المدعى لم يلتفت إلى دعواه . فتح الباري ٥/٢٨٢ ، قيل الأوطار ٨/٣٤٤ . وانتظر اختلاف أصحاب مالك في هذه المسألة في حاشية كونهلجي ١/١٩٧ . وقال ابن ارحون : اعتبار الخلطة واشتهارها هو للشهور . تبصرة الحكام ١/٢٠٠ .

❖ قاعدة درء العبور بالشبهات ولثرتها في الفقه الجنائي الإسلامي ❖

قال الأبى في شرح الحديث : " والحديث أصل من أصول الأحكام عند التنازع ، أن لا يحكم لأحد بدعواه في أي شيء كانت الدعوى قليل أو كثير ، أي رجل كان للدعي شريفاً أو وضيعاً ، حتى يستند إلى مايقوي دعواه ، لأن الدعوى متكافئة ، والأصل براءة الذم " (١) .

وعملاً بقاعدة البراءة الأصلية أخذ الفقهاء بحكم النادر والغوا الغالب . ومن صور المسألة :

١- دعوى الصالح التقى على رجل غاصب ظالم درهماً ، قالغالب صدقه والنادر كتبه . ومع ذلك قدم للشرع حكم النادر على الغالب وجعل القول قول الفاجر ، لطفاً بالعباد بإسقاط الدعوى عنهم ، وإندراج المصالح مع غيره ، سداً لباب الفساد والظلم بالدعوى الكائنة .

٢- أخذ المصراع المتهمين بالتهمة وقرائن أحوالهم دون الإقرار الصحيح والبيئات المعتبرة ، قالغالب مصادفته للصواب والنادر خطؤه ، ومع ذلك ألغى الشرع صوناً للأعراض والأطراف عن القطع .

٣- أخذ الحاكم بقرائن الأحوال من التظلم وكثرة الشكاوى والبكاء ، مع كون الخصم مشهوراً بالفساد والعتاد ، قالغالب مصادفته للحق والنادر خطؤه ، ومع ذلك منعه الشارع منه وجرمه .

٤- من وجد بين فخذى امرأة وهو متحرك حركة الواطئ ، وطال الزمان في ذلك ، قالغالب أنه وطء زنا والتادر عمنه . ومع ذلك ألغى الشارع هذا الغالب سخرأ على عباده ، ولم يحكم بوطنه ولا بعننه (٢) .

فالأصل في هذه الأحوال أو ماشاربها براءة الشخص من العقوبة لأن الشارع متشوف إلى درء الحد (٣) .

وعملاً بقاعدة البراءة الأصلية لم يأخذ الفقهاء ببينة المدعى عليه بعد إنكاره . فإنما أنكر المدعى عليه ما ادعاه عليه خصمه ، ثم أقام بيته تشهد له بأنه قضاه

(١) إكمال إكمال المعلم ٤/٥ .

(٢) الفروق ١٠٦/٤ . ١١٠ . والقصود منها عدم إيقاع حد الزنا لانقضاء العقوبة بالكتابة "المجلة" .

(٣) غاية الاختصار لأبى شجاع ٣٥٤/٢ .

في دعواه ، فإن هذه البينة لا تقسم ولا يعمل بها ، لأنه كذبها بإنكاره .
وذلك كان يدعي شخص على آخر حقاً من الحقوق المالية ، أو يتهم في جنائية ،
فينكر المدعى عليه من أصله ، ويلقي المدعي ببينة تشهد له بما ادعاه ، فيقيم المدعى
عليه بينة تشهد له بأنه قضاه حقوقه أو مصالحه في تلك الجنائية ، فإن هذه البينة
لا يعمل بها ، لأنه كذبها بإنكاره .

يقول أبو الوليد البلخي : " وإذا أنكر لحد الخصمين لصاحبه عند الحكم في
حق أوقف عليه ، فقيد إنكاره ، ثم ثبت عليه ذلك الحق وأثبت إيمناً أنه دفعه إلى
الطلب له فلا حكم له بذلك البينة ، إذ قد زورها بإنكاره لأصل الحق . قاله ابن
القاسم والشهب .

وقال ابن الملقشون ^(١) : يحكم ببينته بالبراءة من ذلك الحق . ومن كتب اللعان
من المدونة ما يدل على ذلك ، وهو آتيس الأصول ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم :
" لا يحل مال امرئ مسلم إلا من طيب نفس منه " ، وقوله عليه الصلاة والسلام :
" ادعوا الحدود بالشبهات " ^(٢) .

وقد عرض التارخي لهذه المسألة في شرحه للامية الزقاق ، وذكر فيها أربعة
أقوال نقلها من التوضيح .

فإذا أنكر المدعى عليه شيئاً مما يتعلق بالذمة ، أو أنكر الدعوى في الربح أو فيما
يقضي للحد ثم رجع ، أو قامت عليه البينة فأتى بما يبرره ، ذكر التوضيح في هذا
أربعة أقوال ، وهي :

- ١ - لابن نافع ^(٣) : تقبل منه في جميع الأشياء .
- ٢ - لغير ابن القاسم : لا يقبل ما أتى به في جميع الأشياء .

(١) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن عبدالله التيمي بالولاء ، أبو مروان ابن الملقشون فقيه مالكي ،
نارث عليه الفقه في زمانه . لفتى عليه عبد الملك بن حبيب ، أضر في آخر عمره توفي سنة
٢١٢ هـ . الديباج المذهب ١٨٢ . شجرة النور الزكية ٥٦ .

(٢) فصول الأحكام : أبو الوليد البلخي ص ١٨٢ .

(٣) هو عبدالله بن نافع مولى بني معزوم ، المعروف بالصائغ ، وكنته أبو محمد كان مفتي أهل
المدينة يراي مالك . لزم مالكاً وكان لا يقدم عليه لحداً . سمع منه سحنون وكبار أصحاب مالك .
توفي بالمدينة ١٨٦ هـ . ترتيب المدارك ١٢٨/٢ - ١٣٠ .

■ قاصرة دره الحدود بالشبهات وتوفا في الفقه الجفائي الإسلامي ■

- ٣- لابن المواز^(١) : تقبل منه في الحدود دون غيرها .
- ٤- لابن القاسم في المدونة : تقبل منه في الحدود والاصول ، ولا تقبل منه في الديون وشبهها من المنقولات .
- وقد اعتمد الاجهوزي^(٢) وأصحابه قول ابن القاسم .
- وقد وجه التاودي قول ابن القاسم ، فقال : ولعل الفرق ، أن الحدود يتساهل فيها لدورها بالشبهات " (٣) .
- بعد هذا ، يتبين لنا مدى اهتمام الإسلام بالإثبات ، حرصاً منه على سلامة الافراد وحماية لهم من الظلم والتعسف . فالشخص لا يعتبر مستحقاً للعقوبة إلا بعد أن تثبت إدانته ثبوتاً يقينياً ، لأن افتراض برأته مقدم على افتراض إدانته حتى يثبت الدليل القطع ، إذ الأصل براءة الذمة من القصاص والحدود والتحذيرات ، والشرح الحكيم يتشرف دائماً إلى دره الحد .

(١) هو أبو عبيدة محمد بن إبراهيم بن زياد الاسكندراني ، المعروف بابن المواز ولد سنة ١٨٠ هـ ، تفقه بأبي للماجهون وابن عبدالحكم ، واعتمد على أصبغ . كان راسخاً في الفقه والحديث توفي بدمشق سنة ٢٦٩ هـ ، وقيل سنة ٢٨١ هـ . ترتيب المأثرة ١٦٧/١ - ١٧٠ هـ . شجرة النور الزكية ١٨ .

(٢) هو علي بن محمد بن عبد الرحمن بن علي ، أبو الإرشاد ، نور الدين الأجهوزي . فقيه مالكي ، ومن العلماء بالحديث . ولد سنة ٩٦٧ هـ ، وتوفي سنة ١٠٦٦ هـ . من كتبه : شرح الدرر السنية في نظم السيرة النبوية ، شرح رسالة أبي زيد القيرواني ، الزهرات الوردية ، مجموعة فتاواه . خلاصة الآثار للمجيب ١٥٧/٣ ، الأعلام ١٢/٥ .

(٣) شرح التاودي للامية الزقاق ١/٢٢٧-٢٢٩ .

المبحث الرابع الحيل في دهر الحدود

لقد قشمت نصوص الفقهاء فرجحت أن ما اعتبره البعض منهم شبهة دائمة للحد، اعتبره البعض الآخر حيلة باطلة في الشرع، استحل بها ما حرره الله في دينه وشرعه. وأغلب المصور التي اعتبرها الفقهاء حيلة ومخارج باطلة، هي واردة في الفقه الحنفي.

ولم نجد في كلام الفقهاء عند توجيههم للحديث: "أدرهوا الحدود بالشبهات"، وما يشير إلى لفظ الحيلة أو الاحتيال في الدهر، إلا ما نص عليه فقهاء المذهب الحنفي في كتبهم، فالكمال بن الهمام من الحنفية، عند توجيهه للحديث ورده على ابن حزم قال: "الحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في دهره بلا شك، ومعلوم أن هذه الاستقاسات المفيدة لقصد الاحتيال للدهر كلها كانت بعد الثبوت" (١).

وفي فواتح الرحموت: "أن الشبهة النارية هي الشبهة في تحقق السبب، والحديث محمول عليه، والمأمورية هو الاحتيال في ثبوت الحد كيلا يثبت يستقصاه السؤال عن الشهود وعدم طلب المشهود عليه وتحول ذلك" (٢).

وفي الدر المختار للحصكفي: "فيستقضي القاضي احتيالا للدهر، فإن بينوه وقالوا: رأيناه وطنها في فرجها كالكيل في المكحلة، هو زيادة بيان احتيالا للدهر" (٣). وقيل أن أعالج هذه المسألة أرى من المفيد أن نتعرف على مراد الفقهاء بالحيلة، يعرف ابن تيمية الحيلة بأنها الطريقة الخفية التي توصل إلى المقصود، فإن كان المقصود حسنة كانت الحيلة حسنة، وإن كان المقصود سيئا كانت الحيلة سيئة، ثم أصبحت تطلق في نظر الفقهاء على كل وسيلة يستحل بها ما حرره الله تعالى (٤).

(١) فتح القدير ١/٤٠٠، يابح الصنائع ٦/٢٧٠، وفي مرسعة فقه إبراهيم النعيمي ٩/٣٢٤، قال: يحتال لدهر الحد بالشبهة.

(٢) فواتح الرحموت: عيالعلي الانصاري ٢/٣١٨.

(٣) الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد علاء الدين الحصكفي ٢/٢٨٩.

(٤) الفتاوى الكبرى ٣/١٩١، طبعة دار المعرفة، لشيخ الإسلام ابن تيمية.

❖ قاعدة دواء الحدود بالشبهات وإثراء في الفقه الجنائي الإسلامي ❖

ويقول ابن تيمية أيضاً " الحيلة أن يقصد سقوط الواجب ، أو حل الحرام بفعل لم يقصد به ما جعل ذلك الفعل له أو ما شرع ، فهو تغيير الأحكام الشرعية بأسباب لم يقصد لها ما جعلت تلك الأسباب له ، وهو يفعل تلك الأسباب لأجل ما هو تابع لها لا لأجل ما هو المتبوع المقصود بها ، بل يفعل السبب لما ينافي قصده من حكم السبب ، فيصير بمنزلة من طلب ثمرة الفعل الشرعي واثنيته وهو لم يأت بقواعده وحقيقته " (١) .

ويعرف الشاطبي الحيلة بقوله : " فإن حقيقتها المشهورة : تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر . فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع : (٢) . ويشترط فيها القصد من المكلف لإبطال الأحكام الشرعية (٣) .

ويقسم ابن تيمية الحيل إلى أربعة أسام :

١- الطرق الخفية التي يتوصل بها إلى محرم في نفسه ، بحيث لا تهل بمثل ذلك السبب بحال . فمتى كان المقصود بها حراماً في نفسه ، فهي حرام باتفاق المسلمين .

٢- أن يقصد بالحيلة أخذ حق أو دفع باطل ، لكن يكون الطريق في نفسه حراماً .

٣- أن يقصد حل ما حرمه الشارع ، وقد أبلحه على سبيل الضمن والتبع إذا وجدت بعض الأسباب ، أو سقوط ما أوجبه ، وقد أسقطه على سبيل الضمن

(١) نلس المصدر ١٠٩/٣ .

(٢) الموافقات ٢٠١/٤ .

(٣) نفسه ، وقارن بأعلام الموقعين ١٦٢/٣ .

والشاطبي في بحثه جمع بين الذرائع والحيل . ففي كلامه على الحيل يذكر الذرائع وفي كلامه عن الذرائع يذكر الحيل . الموافقات ٣٦٠/٢-٣٨٩/٢-٣٩٠ . ويقوم من مجموع كلامه أن الذرائع أوسع من الحيل وأهم ٣٩٩/٢-١٩٩/٣ ، وهو الذي يفهم من كلام ابن تيمية أيضاً حيث يقول : " والكلام في سد الذرائع واسع لا يكاد ينضبط ، الفتاوى الكبرى ٢٦٤/٣ ، وتجوز الحيل عنه يناقض سد الذرائع الفتاوى الكبرى ٢٦٥/٣ ، وانظر أعلام الموقعين ١٥٩/٣ .

والنتج إذا وجد بعض الأسباب فيريد المحتال أن يتعاطى ذلك السبب قاصداً به ذلك الحيلة والسقوط .

٤- الاحتيايل على أخذ بدل حقه أو عين حقه بخيانة . وهي عنده ليست من الحيل المحضه ، بل هي بمصالح الأرائع أشبه ، وإنما ذكرها لأجل ما فيها من التحايل (١) .

ويقسم الإمام الشاطبي الحيل إلى ثلاثة أقسام ، بناء على المصالح التي وضعت الشرعية لها وهي :

- ١- مالاخلاف في بطلانه ، كحيل المناققين والمرائين .
 - ٢- مالاخلاف في جوازه ، كالنطق بكلمة للكفر إكراهاً .
 - ٣- ما هو محل إشكال وغموض ، مالم يتبين بدليل قاطع موافقته لمقصد الشارع أو مخالفته له .
- ومراد الاختلاف ، اختلاف نظر الفقهاء في موافقته لمقصد الشرع أو مخالفته له فمن رأى أنه غير مخالف للمقصد أجاز الحيلة فيه ، ومن رآه مخالفاً منع الحيلة (٢) .

وعلى القسم الثالث ترد جملة الحيل والمخارج التي قال بها الفقه الحنفي في إعمال قاعدة دره الحدود بالشبهات .

ومن تتبع كلام الفقهاء في ميث الحيل ، يتبين أن الحيل قسمان :

- ١- قسم جائز : ويطلق عليه : الحيل الشرعية . وهي التي يقصد بها التوصل إلى تحويل حكم لأخر بواسطة مشروعة في الأصل (٣) . ولاخلاف بين العلماء في قبول هذا النوع .

٢- قسم غير جائز : وهي للحيل التي تقوت المصالح المقصودة من التشريع شرعت الأعمال الشرعية من أجلها . وهو مراد ابن تيمية من قوله : "فانحيلة

(١) الفتاوى الكبرى ٣/١٩٢-٢٠٢ .

(٢) المواقفات ٢/٣٨٧-٣٨٩ .

(٣) انظر الأمانة على مشروعية هذه الحيل في الفتاوى الكبرى ٣/٢٧١ ، وأعلام الموقعين ٣/١٨١ ، وانظر الأمانة عليها في أعلام الموقعين ٣/٣٤٩ ، إلى آخر الجزء .

● قاعدة دهر الحدود بالشبهات وإلزامها في الفقه الحنفي الإسلامي ●

أن يقصد " سقوط للوجوب " أو حل الحرام بفعل لم يقصد به ما جعل ذلك الفعل له أو مباح " (١) .

وشبهت هذا التقسيم : بأن كل ما ناقض أصلاً شرعياً أو قوت مصلحة شرعية وناقضها فهو الحيل الباطلة ، وكل ما لم يهدم أصلاً شرعياً ولم يعارض مصلحة شهد الشرع باعتبارها فهو من الحيل للجائزة (٢) .

وما ينبغي التنبيه عليه ورد الأمور إليه ، أن القول بالحيلة الباطلة لم يرد في كلام أحد من الأئمة ، وهم منزّهون عن إحداث مثل هذا القول ، ولا ينبغي لأحد أن ينسب لهم ذلك .

يقول ابن تيمية : " وقد ذكرنا ما دل على تحريم الحيلة وإبطالها ، وإنما غرضنا هنا أن هذه الحيلة التي هي محرمة في نفسها لا يجوز أن ينسب إلى إمام أنه أمر بها ، فإن ذلك قدح في إمامته ، وذلك قدح في الأمة حيث انتموا بمن لا يصلح للإمامة ، وفي ذلك نسبة الأمة إلى تكفير أو تفسيق ، وهذا غير جائز " (٣) .

ويقول تلميذه ابن القيم : " ولا يجوز أن ينسب هذه الحيل إلى أحد من الأئمة ، ومن نسبها إلى أحد منهم ، فهو جامل بأصولهم ومقاديرهم ومنزلاتهم في الإسلام " (٤) . والذي يظهر ، أن الخلاف الواقع بين الأئمة ليس في أصل منع الحيل وإبطالها ، وإنما هو خلاف نظر في المصالح وتحقيقها وترجيح بعضها .

فالإمام الشاطبي في تعرضه لمبحث الحيل ، بنى كلامه على اعتبار المآلات قاعدة الحيل فقال : " فمأل العمل فيها خرم لقواعد الشريعة في الواقع " (٥) .

واشترط القصد في إبطال الأحكام ، وذكر أن من أجاز الحيل كأي حنيفة ، اعتبر المال أيضاً ، ونظر إلى مصلحة مقصودة للشارع ، فهو أيضاً اختلاف في النظر

(١) الفتاوى الكبرى ١٠٩/٣ ، وانظر الأئمة على إبطال هذه الحيل في نفس المصدر ١١١/٣-١١٢ ، وإعلام الموقعين ١٨٠/٣ . وانظر أمثلتها في هذا المصدر ٣٧٥ .

(٢) الموافقات ٢/٢٨٧ .

(٣) الفتاوى الكبرى ٣/١٧٠ .

(٤) إعلام الموقعين ٣/١٧٨ ، ٣/٢٨١ .

(٥) الموافقات ٤/٢٠١ .

إلى المصلحة ، وأبها أرجح ، ولذلك مسمى المعلق الخلاف من باب تحقيق المناط ^(١) .
وأبو حنيفة لا يخالف في أن قصد إبطال الأحكام معنوي ، أما إبطالها ضمنياً بحسب وجه المصلحة المقترحة فلا ^(٢) .

وإذا كان فقهاء المذهب الحنفي قد أخذوا أكثر من غيرهم في استعمال الحيل واللبس عن المخارج والأعذار ، فذلك راجع إلى أصل منهجهم الذي ساروا عليه في استنباط الأحكام وتتبع التوازل والوقائع . وهذا المنهج قام في غالبه على الرأي . ومما يؤخذ عليهم فيه أنهم بالغوا في استعماله فلم يأملوا من الوقوع في الخطأ ^(٣) . ومع ذلك ، لا يصح القول بأنهم أجازوا الخروج عن الشرع وإبطال مقاصد الأحكام ومخالفة الحق باستعمال الحيل والمخارج أكثر من غيرهم . ولذلك قال ابن القيم : وإن كان بعض هذه الحيل قد تفلذ على أصول إمام ، بحيث إذا فعلها للتحيل نفذ حكمها عنده ، ولكن هذا أمر غير الإن فيها وإلغائها وتعليمها ، فإن إيلغائها شيء وفنونها إذا فعلت شيء ، ولا يلزم من كون الفقيه والفتي لا يبطلها إن يبيحها ويأمن فيها ^(٤) .

وليس المسلم ملزماً بالأخذ بما قاله إمام من الأئمة إذا رأى في ذلك مخالفة لمقصود الشرع حتى ينجر من العقاب . ولذلك أفتى الفقهاء بمنع تقليد من يفتي بالحيل ، ونقض حكمه ، وتحريم تتبع رخص المذاهب . يقول ابن القيم الجوزية :
" وقد اتفق السلف على أنها بدعة محدثة (يعني الحيل) فلا يجوز تقليد من يفتي بها ، ويجب نقض حكمه ، ولا يجوز الدلالة للمقلد على من يفتي بها . وقد نص الإمام لحسد على ذلك كله .. وهذا يرد قول من قال : لا إنكار في المسائل المختلف فيها . وهذا خلاف إجماع الأئمة .

ويقول الشاطبي : " فإذا صار المكلف في كل مسألة عنت له يتجمع رخص للمذاهب (الحيل في تلك المذاهب) وكل قول وافق هواه فيها ، فقد خلع ريقه التقوى ، وتماهى في مثلبة الهوى ، ونقض ما لزمه الشارع وأخر ما قدمه " ^(٥) .

(١) قارن بما ذكرته هنا مع إرشاد القول للشوكاني ٢٠٦ - ٢٠٧ .

(٢) المواقفات ١٠٢/٤ .

(٣) انظر ما قاله ابن تيمية في هذا الصدد الفتاوى الكبرى ٢/٢٣٢ .

(٤) اعلام الموقعين ١٧٨/٣ .

(٥) المواقفات ٢٨٦/٢ - ٢٨٧ .

• قاعدة درة الحدود بالشبهات وأثرها في لفقة الجنائي الإسلامي •

ويقول ابن قزوين في التبصرة : " قد يكون تصاهر الحاكم والمفتي وانحلاله بأن تحمله الأغراض الفاسدة على تتبع الحيل المخطورة أو المكروهة ، والتمسك بالشبهة طلباً للتخصيص على من يورم نفعه أو التخليط على من يريد ضرره ، قال ابن الصلاح : ومن فعل ذلك فقد هان عليه دينه " (١) .

ومن الحيل الشرعية الجائزة في الحدود ، ما رواه أبو أمامة بن سهل عن سعيد ابن سعد بن عبادة ، قال : ' كان بين أبياتنا رويجل ضعيف مخدج ، فلم يرح الحبي إلا وهو على أمة من إمامهم يخطب بها ، فذكر ذلك سعد بن عبادة لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان ذلك الرجل مسلماً ، فقال : اضربوه حده . قالوا : يا رسول الله إنه أضعف مما تحسب ، لو ضربناه مائة قتلناه ، فقال : غدوا له عكلاً فيه مائة شمر أخ ثم اضربوه به طويده واحده . قال : ففعلوا " (٢) .

(١) تبصرة الحكام ٦٦/١ .

وحكى أبو الوليد الناجي رحمه الله عن يثق به أنه وقعت له واقعة تأتني فيها وهو غائب جمعة من نقهاتهم ، يعني فقهاء المالكية ، بما يقصره ، فلما عاد مسألهم فقالوا : ما علمنا أنها لك ، واقفه بالرواية التي توافق قصده . تبصرة الحكام ٦٤/١ . وذكرها ابن القيم في إعلام الموقعين ٢١١/٤ . إن مسألة تتبع الرخص من لخطر القضايا التي تناولتها مباحث علم الأصول . فقد اختلف الأصوليون في مسألة تتبع الرخص ولتمتياز ما كان سهلاً مهسوراً من الأحكام بأن يأخذ المكلف من كل مذهب مامو الامون فيما يقع من النوازل . وقد تحصل من هذا الخلاف مذهبان :

١- الأول يمتنع من تتبع الرخص وتطبيق الأحكام ، لأن قائمة وضع للشرعية لإخراج المكلف من داعية هواه ، وتخيير بين القولين نقض لذلك الأصل . المواقفات ١٣٦/٤ .

٢- الثاني يجيز تتبع الرخص وتطبيق الأحكام بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى أن يطبق المكلف حكماً لا يجيزه واحد من المذاهب أو المذاهب الملقق منها الحكم . التمهيد في تخرير الفروع على الأصول : جمال الدين الأسنوي ص ٥٢٨ .

ويشترط الآمدي لجواز تتبع الرخص ألا يكون المكلف قد يأسر التصرف وفق حكم ما ، ويريد الانتقال من هذا الحكم إلى حكم آخر هو أخف ، لما في ذلك من اضطراب في المعاملات بين الناس . يقول : ' إن كل مسألة من مذهب الأول تصلح عمل بها له تقليد الغير فيها ، ومالم يتصل عمله بها . فلا مانع من اتباع غيره فيها " . الإحكام في أصول الأحكام : الآمدي ٣١٩/٤ .

(٢) أخرجه الشافعي والسنائي وأبو داود والبيهقي والدارقطني والطبراني . قال ابن حجر العسقلاني : إسناده الحديث حسن . نيل الأوطار ١٢٩/٧ .

قال الشهرستاني : " وهذا العمل من الحيل المأذونة شرعاً وقد جوز الله مثله في قوله تعالى : ﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضَلْفًا ﴾ الآية (١) .

ومحل الشاهد في هذا الحديث ، أن الضرب بالعتكال ليس هو للحد الوجوب في الأصل ، بليل لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لهم قبل أن يرضيهم إلى هذا : اضربوه حده وإنما هو وسيلة شرعها الرسول صلى الله عليه وسلم للفوصل إلى إسقاط الحد في حق مثل هذا الرجل .

ومن الحيل الباطلة في الحدود ما ذكره ابن القيم الجوزية واعتبره وسائل محرمة للمهروب من حكم للشروع (٢) .

١- أن يقب السارق السطح ولا يتدخل ، ثم يدخل شريكه فيخرج المتاع من السطح فيدرا عنه الحد .

٢- أن يئذل أحدهما من السطح فيفتح الباب من الداخل ويدخل الآخر فيخرج المتاع (٣) .

٣- أن يدعي السارق أن المال ماله ، فيسقط عنه الحد بمجرد دعواه ، ولو كان صاحب الشيء المسروق معروفاً ، والناس تعرف أن المال ماله والشبهة في ذلك أن المسروق منه صار خصماً له في ملكية الشيء المسروق ، وإذا ال الأمر إلى الخصومة لا يستوفى الحد (٤) .

٤- أن يبلغ الجوهرة والدنالير فيخرج بها فيدرا عنه الحد . والشبهة في ذلك أن الابتلاع لا يعتبر سرقة ، وإنما يعتبر اتلافاً يعاقب عليه بالتمزيق (٥) .

(١) المصدر السابق ١٣٠/٧ .

(٢) إعلام الموقعين ٣٠٤-٣٠٥/٣ .

(٣) قال به أبو حنيفة ، وخالفه الأئمة الثلاثة وأبو يوسف ، فتح القدير ٢٤٣/٤ ، وفتح الصلح ٦٦/٧ ، تبين الحقائق ٧١٤/٣ ، للدونة ٧٣/١٦ ، شرح الزرقاني ١٠٤/٨ ، مواهب الجليل ٣١٠/٦ ، الإهراف ٢٧٤/٢ ، المهذب ٢٨٠/٢ ، أسنى المطالب ١٤٧/٤ ، المغني ٢٥٥/٨ ، كشف القناع ٨٠/٤ ، البحر الزخار ١٧٧/٥ .

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٥٢٤/٢ ، تبين الحقائق ٢١٩/٣ ، للدونة ٧٤/١٦ ، الإشراف ٢٧٧/٢ ، المهذب ٢٨٣/٢ ، أسنى المطالب ١٣٩/٤ ، نهاية المحتاج ١٤٤/٧ ، كشف القناع ٨٥/٤ ، المغني ٢٨٦/٨ ، الإنصاف ٢٨١/١٠ .

(٥) وقد اختلف الفقهاء فيما لا يفسد بالابتلاع على أربعة أقوال ، فنظرها في : فتح القدير ٢٦٤/٤ ، ينابيع الصلح ٨٤/٧ ، شرح الزرقاني ٩٩/٨ ، المهذب ٢٩٧/٢ .

● قاعدة دره الحدود بالشبهات وتأثيرها في الفقه الجنائي الإسلامي ●

٥- أن يغير هيئة المسروق بالحرز ثم يخرج به ، كأن يجزئ السارق الشيء المسروق ثم يخرج به على دفعات ، فإنه يدرأ عنه الحد إذا لم تبلغ كل دفعة نصاب السرقة والشبهة هنا أن المخرج قصد أن يخرج في كل مرة نصاباً تحايلاً منه ^(١) .

٦- أن يدعي أن رب الدار أدخله داره وفتح له باب داره ، فيسقط عنه الحد وإن كتبه ، والشبهة هنا أن الإلن بالدخول يخرج الوضع المأذون في دخوله من أن يكون حرزاً ، والأخذ من غير حرز لا قطع فيه ^(٢) .

وقد اعتبر ابن القيم هذه الاجتهادات الفقهية حياً لا تأسف ولا تنسقط الحد ولا تثير أدنى شبهة ، ثم قال : " ومحال أن تأتي شريعة بإسقاط عقوبة هذه الجريمة بها ولا سياسة عادلة ، فإن للشرائع مبنية على مصالح العباد ، وفي هذه الحيل أعظم الفساد . ولو أن ملكاً من الملوك وضع عقوبة على جريمة من الجرائم لمصلحة رعيته ثم أسقطها بأمثال هذه الحيل عد متلاعياً " ^(٣) .

وقد دفعت هذه الاجتهادات الفقهية الدكتور أبو المعاطي إلى الشك في مدى صلاحية النصوص الفقهية المختلفة للتطبيق في مجال إعمال قاعدة دره الحدود بالشبهات ، واعتبر هذه النصوص سبباً في تميع كثير من القضايا الأساسية في التشريع الإسلامي ، مما توجب عنه في النهاية تعطيل الحدود تعطياً كلياً ، ودعا بالتالي إلى ضبط هذه للسائل وتاصيلها واعتبره أمراً ضرورياً يخدم التشريع الإسلامي من ناحية التطبيق ^(٤) .

وكان من بين المواضيع التي دفعت هذا الباحث إلى إصدار هذا الحكم ، وهو موضوع الحرز في جريمة السرقة . فقد اعتبره موضوعاً من ابتكار الفقهاء ، ونظرية

(١) وهو لجهاد أبي حنيفة، بدائع الصنائع ٧٧/٧-٧٨، وانظر شرح الزرقاني ٩٦/٨ .

(٢) وهو رأي أبي حنيفة ، بدائع الصنائع ٧٣/٧-٧٤، فتح القدير ٣٤١/٤، أحكام القرآن، للجصاص ٥٠٨/٢، تهذيب الحقائق ٢٢٠/٣-٢٢١ .

وقايف بأراء الفقهاء الآخرين . الدولة ٧٢/١٦-٧٥، شرح الزرقاني ١١١/٨، أملى للطالب

١٤٢/١-١٤٧، حاشية البجيرمي ١٦٨/١، للفتي ٢٧٠/٨، كشف القناع ٨٤/٤ .

(٣) أعلام الموقعين ٣٠٤/٣ .

(٤) النظام العقابي الإسلامي : أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح ص ١٧ .

غريبة سخطت الفقه الإسلامي لتكون سبباً في تميع كثير من القضايا المتعلقة بجريمة السرقة لأنها لا تقوم علي سند ثابت من القرآن والسنة . وقد جاء كلامه أكثر صراحة وجبراً . ونورده فيما يلي نصه كاملاً للأمانة وأهميته . يقول الدكتور أبو المعاطي:

"ولذلك عندما عرضت كثير من القضايا ، تضاربت الآراء حولها بشكل غريب ومحزن وذلك لانشيء إلا لمحاولة إلقاء نظرية غريبة ، فتأشجها في الواقع العملي لا يمكن أن يؤديها . فالرجل ينالم في المسجد ويضع ثوبه تحت رأسه ، فإذا سرق الثوب من تحت رأسه قطع السارق ، لأنه سرقه من حرز ، وإذا قلب الرجل وهو نائم وانفلت الثوب من تحت رأسه لم يقطع السارق ، لأنه سرق شيئاً غير محرز .

وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وثأوله أخر خارج البيت فلا قطع عليهما ، ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئاً لم يقطع ، والطارط طرطرة خارجة من الكم لم يقطع ، وإن أدخل يده في الكم يقطع . فهل يمكن أن يكون هذا هو قصد الشارع ؟

تطبيق حد السرقة ، وهل يتلق هذا مع روح الإسلام التي أساسها العدالة الكاملة وحفظ العهد والأمانة وهل يمكن أن يقول أحد إن الرجل يضيف للرجل في بيته ويقتنه فيسرق الضيف الضيف ففدراً عنه الحد ، لأن صاحب البيت أباح له دخول الحرز ، وهل جزاء الإحسان في الإسلام إلا الإحسان ، السارق جمع إلى جانب السرقة خسة النفس وخيانة الأمانة ، أكون ذلك مجزراً لدره لحد عنه ؟

نخرج من كل هذا بحاجتنا الماسة إلى ضبط كثير من القواعد ، إن أردنا للتشريع الإسلامي تطبيقاً حقيقياً بيننا " (١) .

وإذا كنت أوافق الباحث في وجهة نظره المتعلقة بضرورة ضبط قضايا الفقه الإسلامي ، فإنني لا أوافق في الأسباب التي وثب عليها حكمه ، وذلك من ناحيتين:

- ١- الفلتحة الأولى : أن القول بأن نظرية الحرز غريبة ليس لها أصل هو قول لا يقوم على أساس ثابت . فمن جملة الأحاديث التي اعتمدها العلماء في هذه

(١) للرجع السابق من ١٩-٢٠ .

■ قاعدة دره الحدود بالشيئات وأثرها في الفقه الجنائي الإسلامي ■

المسألة قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " لا قطع في ثمر ولا كثر " (١) . وعلى فرض أن الأخير الذي احتج به الفقهاء فيه مقال ، فإن العلماء قد أجمعوا على اشتراط الحرز ، وإجماعهم حجة شرعية . ولذلك ، قال ابن المنذر من الحنابلة : ' وليس فيه خبر ثابت ولا مقال لأهل العلم إلا ما ذكرناه فهو كالإجماع ، والإجماع حجة على من خالفه " (٢) .

٢- **النتيجة الثانية :** أن لجهود الفقهاء لم تكن أبداً سبباً في تجميع قضايا الفقه الإسلامي ، بل هي التي أغنته وأثرت ، وبفضلها أدى وظيفته وأثبت قدرته على مواجهة الحياة البشرية في تطورها وتوسعها واحتياجاتها ومستجداتها في جميع المجتمعات التي غطاها الإسلام بسلطانه .

ومن يتأمل الفقه الإسلامي في عصوره الأولى يتبين له أنه نشأ مجهود حر يبذل في سبيل استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة المستنبطة ، وهو مجهود لم يكن مقيداً بمدارس فقهية مغلقة ، ولم يكن فقه أحد من الفقهاء ملزماً لفقيه آخر ، حتى في الفترة الأولى من قيام المذاهب والمدارس (٣) .

وتظنر لأن جهود الفقهاء المؤهلين لاستنباط الأحكام كانت حرة طليقة . فقد وقع خلاف كبير في لحكام الوقائع المعروضة ، وهو اختلاف له دواعيه وأسبابه (٤) . وهذا الاختلاف لم يكن ناشئاً عن الهوى أو عن رغبة في الاختلاف ، بل كان بناء على تفاوت وجهات النظر في كثير من المسائل المذهبية ، وهو أمر لا يعد بدعة منهم أو معوجة في عملهم . فقد اختلف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في اجتهاداتهم ، وعد ذلك من مزايا الفقه الإسلامي وولادة من محاسنه . وقد نقل عن عمر بن عبد العزيز قوله : " ما أحب أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يختلفوا ، لانه لو كان قولاً واحداً كان الناس في ضيق " (٥) .

(١) رواه الخمسة ، قبل الأوطار ١٤٣/٧ .

(٢) المغني ٢٤٨/٨ .

(٣) اعلام المرقمين ٢٠٠/٢ - ٢٠١ .

(٤) راجع في ذلك رسالة البطلانوسي " الإنصاف في التنبيه على الأسباب التي أوجبت الاختلاف بين المسلمين " . وقد رد الاختلاف إلى ثمانية أمور من ١٠ .

(٥) الموافقات ١٢٥/٤ .

وإنما اشترط الفقهاء الحزم لوجوب القطع في السرقة ، لأن عقوبة السرقة بالشفة الشدة والقسوة ، لهذا وجب الاحتياط والتشدد في تطبيقها . وقد أشرت سابقاً إلى أن الشدة التي أخذت بها الشريعة الإسلامية اللصوص ليست سوى شدة ظاهرة وفي نطاق النظرية . أما من الناحية العملية ، فكلما كانت العقوبة أشد تنكيلاً قل غالباً تطبيقها .

والنتيجة التي نخرج بها هي : أن الضوابط التي تنطبق بها العقوبة البدنية في التشريع الجنائي الإسلامي ، والضمانات الأكيدة في مجال الإثبات لضمان سلامة التطبيق يحقق لنا الموازنة بين فرض العقوبة البدنية الشديدة وبين الابتعاد بها عن احتمال الخطأ .

وقد كانت هذه الاختلافات الفقهية في للسبل الفرعية من الأمور التي حملت ابن حزم على نم الاختلاف والظعن في صحة الحديث : * لاختلاف أمتي رحمة * (١) . ليقر في النهاية أنه ليس في الوضع أن يعتقد أحد كون شيء واحد حراماً حلالاً في وقت واحد على إنسان واحد ، ولا أن الدين ينتقل حكمه من تطيل إلى تحريم إذا حرم الشيء مقت ما وظله مقت آخر ، وأن المقتي ليس له أن يشرع ولا أن يحلل ولا أن يحرم ، وإنما عليه أن يخبر عن الله تعالى بحكمه في هذه الثلاثة . وعن المحال أن يكون حكم الله تعالى فيها غير مستقر ، إما بتطيل وإما بتحريم وإما بوجوب ، وقوله تعالى : ﴿ التَّوْحِيدُ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ﴾ (٢) مبين أن حكم الله قد استقر في كل لازلة ، إما بتحريم وإما بتحليل وإما بإيجاب ، ومن حلل وحرم باختلاف الفقهاء ، فقد أقر أنهم يظنون ويحرمون ويوجبون ، لهذا كفر ممن اعتلده (٣) .

(١) الأحكام في أصول الأحكام : ابن حزم ٦٤/٥ والحديث رواه نصر للنخعي في المسجة والبيهقي في الرسالة الأشعرية معلقاً بغير سند وأورده أبو عبدالله الحلي في كتاب الشهادات من تعليقاته ، والنيل في مسند الفرموس من حديث ابن عباس مرفوعاً بلفظ : لاختلاف أصحابي رحمة . قال العراقي : سنده ضعيف . وقال والده أبو زهرة : رواه أم بن أبي إياس في كتاب العلم والطم بلفظ : اختلاف أصحابي لأمتي رحمة وهو مرسل ضعيف . انظر الفقيه ٢٠٩/١-٢١٠ .

(٢) سورة المائدة من الآية ٣ .

(٣) الأحكام في أصول الأحكام ٨٤/٥ .

● قاعدة دهر العتود بالذهبات والآراء في الفقه الجنائي الإسلامي ●

وهذا الكلام يجعلنا نحس الحاجة الماسة إلى ضبط قضايا الفقه الإسلامي المختلفة والمتشعبة ، وحاجتنا إلى ضرورة توحيد الأحكام الفقهي في الواقعة الفرعية الواحدة واختيار الرأي الأكثر صواباً من بين الآراء المتعددة فيها . وحاجتنا إلى الاستفادة من جميع المزايا والنظريات الفقهية النافعة ، وعدم الاقتصاد على المنهج الواحد ، ونختار من الآراء مانراه الأصلح بحسب قوة دليله ويمرر للتطبيق وقربه من مقاصد الشريعة ومبادئها ، فنكون بذلك أمام رأي واحد واضح النص ولجب التطبيق في جميع الأقطار التي تتحن بالإسلام ^(١) .

وبهذا نضعن للامة الإسلامية سلامة تطبيق طريقتها وتوحيد اتجاهها ومسارها . ولن يتأني هذا إلا إذا حل الاجتهاد الجماعي محل الاجتهاد الفردي .
فلذا كان لاختلاف الفقهاء مزية ونعمة في حياة هذه الامة ، لأنه يدفعها وينمي مستواها الفكري ، ويثري مجالها التشريعي ، فلنني أرى من الواجب اليوم على العلماء أن يعملوا على تنقية الفقه الإسلامي من الشوائب التي عقلت به والتي لا تتحصل بها مقاصد الشريعة والحكمة من التشريع ، بل من شأنها أن تفتح أبواب الفساد والانحلال والخروج للصريح على الشرع الإسلامي ، ولا أدل على ذلك من نظرية العقد وصورته التي قال بها أبو حنيفة لدره الحد عن الزلاني .

(١) وقد تنبه إلى ذلك لحد العلماء في أوائل العصر العباسي . فقد كتب عبدالله بن المقفع رسالة سماها " رسالة المصالحية " ورفعها إلى الخليفة أبي جعفر المتصور شرح له فيها : أنه في البصرة يقضي بدل اللقحة والأموال في حادثة ، ويقضي في الكوفة بحرمتها لاختلاف اجتهاد القضاة ، وأشار عليه أن يوجد ما يقضي به بين الناس . جاء في هذه الرسالة : " وبما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين المصيرين وغيرهما من الأمصار والقولحي ، لاختلاف هذه الأحكام للفتنة التي قد بلغ اختلافها أمراً عظيماً في الدماء والفرج والأموال ، فيستط في ناحية منها ما يحرم في ناحية أخرى .. قلوا رأي أمير المؤمنين أن يأمر بهذه القضايا والسير المختلفة فتفرق إليه في كتاب ، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر في ذلك أمير المؤمنين وأمضى في كل قضية رأي الذي يلهمه الله ، ويعزم عليه عزماً وينهى عن القضاء بخلافه وكتب بذلك كتاباً جامعاً ، لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلفة صواباً بالخطأ حكماً ولحسناً صواباً ، لرجونا أن يكون لاجتماع السير لبرية لإجماع الأمر برأي أمير المؤمنين وعلى لسانه . ثم يكون ذلك من إمام آخر آخر الدهر " . منتقبات من رسالة المصالحية لابن المقفع : دراسة للراجي التهامي الهلندي ص ٤١ .

ولعل هذا ما دفع شيخ الإسلام ابن تيمية إلى أن يصرح بوعي عميق بالمسؤولية التي يتحملها العالم من أجل إصلاح المجتمع وتنظيم شؤونه التشريعية ، وما يلحق هذا المجتمع إذا هو لخل بهذه المسؤولية ، فهو يصرح ويقول : " بل المفسدة التي تحصل بفعل واحد من العامة محرماً ما لم يعلم تحريمه ، ولم يمكنه معرفة تحريمه ، أقل بكثير من المفسدة التي تنشأ من إحلال بعض الأئمة لما قد حرمه الشارع وهو لم يعلم تحريمه ولم يمكن معرفته تحريمه ولهذا قيل : اهدر دماء العالم ، فإنه إذا زل زل بزلته عالم " (١) .

(١) يقع الملام عن الأئمة الاعلام : ابن تيمية ص ٩٥ ، وقانن بعلام للوقوع ١٩٢/٢ - ١٩٤ . فقد ذكر مجموعة من الأحاديث في المسألة .

❖ قاعدة دية الحدود بالشبهات وإثرا في الفقه الجنائي الإسلامي ❖

المبحث الخامس أثر القاعدة في جرائم التعزير

سبق أن بينت أن قاعدة الدية بالشبهة التي قال بها الفقهاء ، قامت على سند من السنة ، وهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " أدروا الحدود بالشبهات " . وقد تمسك الفقهاء بهذا اللفظ ليجعلوا القاعدة مقصورة على جرائم الحدود دون جرائم التعزير ، وألحقوا القصاص بالحدود ^(١) .
ولذلك قال السيوطي : " الشبهة لا تسقط التعزير " ^(٢) . وقال ابن نجيم :
" التعزير يثبت مع الشبهة " ^(٣) .

وقد وجدت في كتب الفقهاء ما يخالف هذا الكلام ، ويعتبر الشبهة في إسقاط التعزير . جاء في نهاية المحتاج : " لا يظهر أنه يقضي بعلمه في حدود الله كالزنا والحدارية أو سرقة أو شرب وكذا التعازير لسقوطها بالشبهة " ^(٤) ، فعطف التعازير على الحدود في الإسقاط بالشبهة .
والسيوطي في معرض كلامه عن هذه المسألة ، جاء برأي مخالف لما ذهب إليه ، وهو رأي للفتاوى الروزي ^(٥) ، قال : " ولا يسقط الغنية بالشبهة لأنها تضمنت

(١) لطلاق بعض الفقهاء لفظ الحد على القصاص .

ذكره أحمد فتحي يهسي نقلاً من رسالة " الحدود والتعازير " للبرزوي ، مخطوط بدار الكتب المصرية . العقوبة في الفقه الإسلامي ص ١٢٤ .

(٢) الأشباه والنظائر ص ١٢٣ .

(٣) الأشباه والنظائر ص ١٣٠ ، وانظر الاختيار لتطيل المختار للموصلي ١٥١/٢ .

(٤) نهاية المحتاج ج ١ ص ١٦١/٧ .

(٥) هو أبو بكر عبدالله بن أحمد بن عبدالله ، المعروف بالفتاوى . فقه شافعي . كان ياوراً في الفقه وحفظ المتن ، كثير الآثار في مناهج الإسماع الشافعي . له : " شرح فروع محمد بن الحداد المصري " في الفقه .

كانت مصنعه عمل الأفتال قيل أن يشتغل بالفقه . توفى في سبستان سنة ٤١٧ هـ . طبقات الشافعية الكبرى ١٩٨/٣ ، وفيات الأعيان ٢٥٢/١ ، الأعلام ٦٦/٤ .

غرامة ، بخلاف الكفارة فإنها تضمنت عفوياً ، فالتحقت في الإسقاط بالشبهة بالحد " (١) فالحد الكفارة ، وهي من التعازير ، بالحد في الإسقاط بالشبهة . ونقل ابن قرحون عن ابن عبدالسلام تعليقه على الحديث : " وإن الإمام ليخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة " قال : " وإن كان هذا الكلام جاء في الحدود فهو متناول لغيرها من الزلجر " (٢) .

وهذا الرأي سليم ، يتفق مع الأصل الذي شرعت له القاعدة وهو ضمان مصلحة المتهم وتحقيق العدالة . وهذا كما يتحقق في الحدود يتحقق في التعازير ، فكل متهم في حاجة إلى الاستقامة من هذين الاعتبارين ، سواء كان متهماً في جرائم الحدود أو في جرائم التعازير وليس في كتب الفقهاء ما يبرر كون القاعدة شرعت لتطبيقها في الحدود دون التعازير ، ولذلك لا أرى بأساً في توسيع مجال القاعدة لتشمل جرائم التعازير ، وقد مال كل من الباحثين : عبدالقادر عودة ، ومحمد سليم العوا إلى هذا الرأي (٣) .

والإشارة على هذا الرأي كثيرة ، أتذكر منها :

١- إن تأسيس القاعدة على قاعدتي افتراض البراءة واليقين لا يزول بالشك يقتضي إجراء هذه القاعدة في جرائم التعازير كما نجريها في جرائم الحدود والقصاص . وقد مر أن قاعدة اليقين لا يزول بالشك يعمل بها في جميع الأمور من عبادات ومعاملات وعقوبات .

٢- إن لفظ الحد وإن أطلق اصطلاحاً على العقوبات المقدرة على الجرائم المعينة ، إلا أنه يطلق على الجرائم والمعاصي نلتها ، وقد استعمل لفظ الحد في الحديث النبوي ليدل على الجريمة والعصية .

فعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " من أصاب حداً فسوته الله عليه وعفا عنه ، فإلله أكرم من أن يعود في شيء قد عفا عنه " (٤) .

(١) الإشباه والنظائر السابق .

(٢) تبصرة الحكم ٣٠١/٢ .

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي ٢١٦/١ ، في أصول النظام الجنائي الإسلامي ٩٧-٩٨ .

(٤) رواه الترمذي ، جامع الأصول : ابن الأثير ٣٤٩/٤ .

❖ قاعدة درة الحدود بالمشبهات والقرها في الفقه الجنائي الإسلامي ❖

وعن أنس رضي الله عنه قال : " كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم ، فجاءه رجل فقال : يا رسول الله ، إني أصبت حداً فأقمه علي ، ولم يسأله " (١) .

وعلى هذا ، فلا يستبعد أن يكون المراد بلفظ الحد في كلام الصحابة الذين روي عنهم عبارة : درة الحد بالمشبهة هو مطلق الجريمة لا العقوبة المعينة ، بمعنى : أنه لا تنسب الجريمة إلى شخص بحكم قضائي إلا عند ثبوتها بغير شبهة . وليس هناك ما يدل على عكس هذا الرأي .

٣... لأنه من المقرر أن العفو في جرائم التعزير إذا وصلت إلى علم السلطة جائز ولو كان الفعل خالياً من المشبهة ، لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : " أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم " ، وهذا يقتضي بالأولى والأحرى ، أن تدوا العقوبة عن المتهم في جريمة التعزير مع قيام المشبهة .

وقد أبدى الدكتور العوا وجهة نظر سليمة ، فاقترح أن تسمى القاعدة : " درة العقوبة بالمشبهة " ، وذلك نفعاً لأسباب اللبس والوهم في مدى جريانها خارج نطاق الحدود .

والذي حمله على ذلك ، اقتناعه الشديد بما تحصل لديه من الأدلة ، بأن القاعدة فقهية لا تقوم على نص ثابت ، وبالتالي فلا مانع عنده بتوسيع نطاقها لتشمل الحدود والقصاص والتعازير .

واعتقد أن هذه الحجج كافية في الإقناع بوجوب إعمال قاعدة الدرة بالمشبهة في جرائم التعزير ، وإن كان الرأي الغالب عند الفقهاء حصرها في مجال الحدود .

(١) رواه البخاري ومسلم . قال الثوري : هذا الحد معناه معصية من المعاصي الموجبة للتعزير ، نيل الأوطار ١١٤/٧ .

المبحث السادس

موقف ابن حزم من القاعدة

سبق القول بأن فقهاء المسلمين أجمعوا على إعمال قاعدة دره الحدود بالشبهات وقد استندوا في ذلك على الحديث : " ادروا الحدود بالشبهات " ، ولم يخرج عن هذا الإجماع إلا ابن حزم الظاهري ، والذي لا يزيد إعمال القاعدة ، ويعتبرها مبدأ خطيئاً يمكن أن يذهب بفعالية نظام الحدود كله في مكافأة الجريمة ، فالحدود عنده لا يحل أن تدرك بشبهة ولا أن تقام بشبهة .

يقول في كتابه المحلى :

" وأما قولهم ادروا الحدود ما أمكنكم ، فقد ثبت بطلان هذا القول ، وإنه لا يحل دره حد بشبهة ولا إقامته بشبهة في عين الله تعالى ، وإنما هو الحق واليقين فقط ، ويكفي في بطلان قول من قال : ادروا الحدود بالشبهات وإنه قول لم يأت به قرآن ولا سنة ، وإنما جاء القرآن والسنة بتحريم دم المسلم وبشهرته حتى يثبت عليه حد من حدود الله تعالى ، فإذا ثبت لم يحل دره أصلاً فيكون عاصياً لله تعالى " (١) .

فحجة ابن حزم أن الحديث الذي ينسب عليه الفقهاء كلامهم في إعمال القاعدة غير صحيح ، وإنما جاء من طرق ليس فيها عن النبي نص ولا كلمة ، وكلها لاخير فيها (٢) .
وجدير أن أذكر النص الكامل الذي أبدى فيه وجهة نظره بجرأة وصرلعة ، بعد أن ساق الطرق التي روي بها الحديث ، قال ابن حزم :

" فحصل مما ذكرنا أن اللفظ الذي تعلقوا به لانطه روي عن أحد أصلاً وهو ادروا الحدود بالشبهات ، لا عن صاحب ولا عن تابع ، إلا الرواية المساقطة التي أوردها من طريق إبراهيم بن الفضل عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر وإبراهيم بساقط ، وإنما جاء كما ترى عن بعض الصحابة مما لم يصح ادروا الحدود ما استطعتم ، وهذا لفظ وإن استعمل أدنى إلى إبطال الحدود جملة على كل حال ، وهذا خلاف إجماع أهل الإسلام وخلاف الدين وخلاف القرآن والسنة ، لأن كل أحد هو

(١) المحلى ١١/٢٤٢ .

(٢) نفس للمصدر ١١/١٥٣ .

● قاعدة دهر الحنود بالشبهات وأثرها في الفقه الجنائي الإسلامي ●

مستطيع على أن يدرك كل حديتيه فلا يقيمه ، فبطل أن يستعمل هذا اللفظ وسقط أن تكون فيه حجة لما ذكرنا ، وأما اللفظ الآخر في ذكر الشبهات فقد قلنا : ادعوا ، لانعرفه عن أحد أصلاً ، إلا ما ذكرنا مما لا يجب أن يستعمل ، فقط لأنه باطل لا أصل له ، ثم لا سبيل لأحد إلى استعماله ، لأنه ليس فيه بيان ماهية تلك الشبهات ، فليس لأحد أن يقول في شيء يريد أن يسقط به حداً هذا شبهة إلا كان لغيره أن يقول ليس بشبهة ولا كان لأحد أن يقول في شيء لا يريد أن يسقط به حداً ليس هذا بشبهة إلا كان لغيره أن يقول بل هو شبهة . ومثل هذا لا يحل استعماله في دين الله تعالى ، إنه لم يأت به قرآن ولا سنة صحيحة ولا سقيمة ولا قول صاحب ولا قياس ولا معقول مع الاختلاط الذي فيه كما ذكرنا ، وبالله تعالى التوفيق " (١) .

- ويستند ابن حزم في تأكيد رأيه إلى مجموعة من الأدلة ، كلها مرتبطة بالنص ، وهي :
- ١- أن الحد إذا ثبت لم يحل أن يدركاً بشبهة ، لأنه لرض من فرائض الله تعالى لقوله : ﴿ تلك حدود الله فلا تعتوها ﴾ (٢) .
 - ٢- أن من جهل أوجب الحد أم لم يجب ، فقرضه أن لا يقيمه لأن الأعراض والعماء حرام ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (إن دماءكم وأعراضكم بينكم حرام) (٣) .
 - ٣- إذا اشتبه الأمر على المرء ولم يدرك ما حكمه عند الله تعالى ، فالورع أن يمسكه وهذا فرض لا يحل لأحد مخالفته ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " للحلال بين والحرام بين ، وبينهما أمور مشتبهة ، فمن تركها اشتبه عليه من الإثم كان لما استبان له أثمه والمعاصي حصى الله ، ومن يرتع حول الحصى يوشك أن يواقعها " (٤) .
- وقد رد الفقهاء رأي ابن حزم بالأدلة الآتية :
- ١- إن الحديث وإن روي موسلاً فإنسانه لا يقدح وإن للوقوف لي هذا كله له حكم

(١) المعلى ١١/ ١٥٤ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٢٩ .

(٣) رواه الستة ولحمود والدارقطني والطبراني . فتح الباري ١/ ١٥٧ - ٣/ ٥٧٢ .

(٤) فتح الباري ١/ ٢٩٠ .

المرفوع ، لأن إسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى المقل . بل مقتضاه أن بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة ، فحيث ذكره صحابي حمل على الرفع (١) .

٢- إن فقهاء الأمصار أجمعوا على أن الحدود تدرا بالشبهات ، واجتماعهم حجة على من خالفهم (٢) .

٣- إن الأمة قد تلقت الحديث بالقبول ، وفي تتبع المروي عن الرسول صلى الله عليه وسلم ما يقطع في المسألة ، كقوله لما عز : " لعنك قبلت ، لعنك لمست " (٣) . وكذا قوله للسارق : " ما إثمك سرق " (٤) .

قال الكمال بن الهمام بعد عرض هذه الأدلة : " فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في درته بلاشك ... فكان هذا المعنى مقطوعاً بثبوته من جهة الشرع ، فكان الشك فيه شكاً في ضروري ، فلا يلتفت إلى قلته ولا يعول عليه " (٥) .

ويكاد الدكتور أبو المعاطي يميل في البداية إلى رأي ابن حزم ، ويرى أن الحديث حتى ولو ثبتت صحته فإنه يجب أن يفسر من خلال الإطار العام لمقاصد الشرع في المصنوع التي لا تؤدي إلى إبطال نظام الحدود ككل . ثم يقرر أن للقول بالشبهات بالصورة التي عالجها الفقهاء أدى إلى الشك في صلاحية تطبيق النصوص في واقع الناس ، ليقدر في النهاية صحة قول ابن حزم ، ويتبنى في الأخير رأيه صريحة وهو: كما لا يصح أن تقام الحدود بشبهة ، فلا يصح أن تدرا بشبهة (٦) .

ويوجهنا في هذا الصدد رأي أكثر توفيقاً وتعديلاً ، وأقل حدة وتطرفاً ، وهو رأي الدكتور العوا . فقد حاول أن يوفق بين الآراء ويجمع بين وجهات النظر التي تبناها الفقهاء انطلاقاً من اقتناعه الخاص بكون القاعدة فقهية وليست نصية .

(١) فتح القدير ٤/١٤٠ ، حاشية ابن علقين ٣/١٥٥ .

(٢) المسددين المسبقين ، والفروق للقرافي ٣/١٧٤ .

(٣) رواد أحمد والبخاري وأبو داود ، نيل الأوطار ٧/١١ .

(٤) رواد أبو أمية المخرومي ، نيل المسالك لابن حجر : رجال ثقات ، نيل الأوطار ٧/١٥٠ .

(٥) فتح القدير ٤/١٤٠ .

(٦) النظام العقابي الإسلامي ص ١٧ ، ٢١ .

● قاعدة دية الحدود بالهبةات وقرها في الفقه الجنائي الإسلامي ●

وقد أداه التناهي هذا إلى التماس العذر لابن حزم في عدم أخذه بالقاعدة . فهو يقول :
" إنا ثبت أن القاعدة فقهية لانصية ، فإنه لاخرج على من لم يلخذ بها من الفقهاء ،
كما فعل ابن حزم ، ملغاهم لايقول بوثبات الحد مع وجود الشبهة ، ويكون النعي عليه
في هذا الخصوص نعيّاً في غير محله " (١) .

وقد أكد في النهاية أن الخلاف بين الفقهاء وابن حزم هو خلاف ظاهري فقط
ذلك أن ابن حزم وإن أنكر القاعدة بالصياغة التي يتداولها بها الفقهاء ، فإنه لا يخالف
في مؤداها ، وهو عدم جواز إقامة الحد ، أي توقيع العقوبة أو الحكم بها ، حيث لم
يثبت ارتكاب الجريمة ووجوب إقامة الحد كلما ثبت لدى القاضي ارتكاب الجريمة
الموجبة له . وليس فيما ذهب إليه ابن حزم في الفرضين مخالف من فقهاء المذاهب
ومذهبه في الفرض الأول مطبق لضمون القاعدة وإن أنكر لفظها (٢) .

(١) في أصول النظام الجنائي الإسلامي ص ٨٩ .

(٢) نفسه .

نتائج البحث

وفي الختام أسجل هنا أهم النتائج التي توصل إليها البحث ، وهي كالتالي :

- ١- إن الشريعة الإسلامية الحكيمة لحاطت وسائل الإثبات للجنايات بمجموعة من الفئود الإجرائية والمضوابط الأخلاقية لحماية الفرد من الإذابة والتهمة ، لأن افتراض البراءة هو الأصل .
- ٢- إن قاعدة الدرة بالشبهة هي تطبيق عملي لمبدأ تفضيل الخطأ في العفو على الخطأ في العقوبة الذي وضعت الشريعة الإسلامية لحماية حقوق المتهم ورعاية مصلحته استناداً إلى الحديث النبوي الشريف : " ادروا الحدود عن المسلمين ما لا يضرهم ، فإن وجدتم مسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فلو أن الإمام أن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة " ولذلك كان العفو في الفقه الجنائي الإسلامي من وسائل إسقاط الحق وإنقضاء العقوبة .
- ٣- إن كثيراً من الباحثين في الفقه الإسلامي يعتبرون أن روح القاعدة وما تنهجه من آثار في المحاكمة الجنائية من الحقوق الأساسية للإنسان والتي لا يجوز الإخلال بها في المجتمعات المعاصرة ، ولا يتصور خلق للنظم الجنائية الحديثة منها ، حتى لا يفتح الباب لتحكم القضاة وتسليمهم ويؤخذ الناس بالظنون والتهم .
- ٤- إن البحث يتجه إلى اعتبار القاعدة نصية تقوم على سند ثابت في السنة وأفعال الصحابة ، خلافاً لما ذهب إليه البعض من اعتبار القاعدة لفقيه لا أصل لها ، وضعها الفقهاء لإلزام القاضي بتمرير أدلة الإدانة إذا لم تكن البيانات المقدمة في الدعوى الجنائية كافية لإثباته بثبوت الجريمة ، وقد فصلت القول في هذه المسألة .
- ٥- إن قاعدة الدرة بالشبهة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ افتراض البراءة التي وسعت الشريعة الإسلامية من مجال تطبيقها لتشمل الفواهي المدنية والجنائية والتعبدية ، لأن المتهم برئ في نظر العدالة حتى تثبت إدانته بدليل يقيني ، أما إذا كان الدليل احتمالياً فإن اليقين لا بدعاه الاحتمال ، وبالتالي يجب تفسير الشك لصالح المتهم ، وهو مبدأ معروف في النظم الجنائية المعاصرة .

❖ قاعدة دية الحدود والشبهات وأثرها في الفقه الجتائي الإسلامي ❖

- ٦- إن الفقهاء الذين قالوا ببدء العقوبة بالشبهة نظروا إليها من جانبها المعقول والمشروع ، فأغلقوا جميع مفاضة الحيل للهروب من العقاب ، وأفتوا بمنع تقليد من يقتني بها ولوجبوا نقض حكمه ، وحرّموا تتبع الرخص سعياً وراء سد الطرق على من يريد انتهاك حرّمات الدين والإفلات من العقوبة باسم الحيل .
- ٧- إن البحث يتّجه إلى توسيع مجال أعمال القاعدة لتشمل الحدود والقصاص والتعازير خلافاً لما هو سائد في مدونات الفقه الإسلامي التي قروت حصص القاعدة في مجال الحدود والقصاص .
- ٨- إن الإمام ابن حزم وإن كان يرفض القاعدة بالصياغة المتداولة في كتب الفقه الإسلامي ومذاهبه ، فهو لا يخالف في مؤداها ومضمونها ، لأن معناها - كما قال الكمال بن الهمام - " مقطوع بثبوتها من جهة الشرع . فكان الشك فيه شكاً في ضروري ، فلا يلتفت إلى قائله ولا يعول عليه " .

والله يقول الحق وهو يهدي السبيل وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

فهرس المصادر والمراجع

التفسير وعلوم القرآن :

- ١- الإتيان في علوم القرآن : السيوطي ، جلال الدين (ت ٩١١ هـ) . المكتبة الثقافية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٧٣ م .
- ٢- أحكام القرآن : الجصاص ، أبو بكر أحمد بن علي الرازي (ت ٣٧٠ هـ) ، المطبعة البهية ، مصر ، ١٣٤٧ هـ .
- ٣- أحكام القرآن : الشافعي ، أبو عبدالله محمد بن إدريس (ت ٢٠٤ هـ) . جمعه أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي (ت ٤٥٨ هـ) . عرف الكتاب وقامه محمد زاهد بن الحسن الكوثري كتب موامشه : عبدالقني عبدالخالق . دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٠ هـ .
- ٤- أحكام القرآن : ابن العربي ، أبو بكر محمد بن عبدالله (ت ٥٤٣ هـ) . تحقيق علي محمد الجاوي . الطبعة الأولى ، دار إحياء الكتب العربية ، ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٧ م .

الحديث وأحكامه :

- ٥- إتحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام : ابن دقيق العيد ، تقي الدين القسيري (ت ٧٠٢ هـ) . دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- ٦- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل : الألباني ، محمد ناصر الدين . أشرف عليه : زهير الشاويش . الطبعة الأولى ، المكتبة الإسلامية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٧٩ م .
- ٧- إكمال إكمال المعلم ، شرح صحيح مسلم : الأبي ، محمد بن خلفه الوهستاني (ت ٨٢٧ هـ) . دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- ٨- تأويل مختلف الحديث : ابن قتيبة ، عبدالله بن مسلم الدينوري (ت ٢٧٦ هـ) . صححه وعلقه : إسماعيل بن إبراهيم ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان .
- ٩- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير : ابن هجر العسقلاني ، أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي (ت ٨٥٧ هـ) صححه وعلق عليه : عبدالله هاشم اليماني المدني ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م .

❖ قاصدة دره الحنود بالذهبيات وأثرها في الفقه الجنتاني الإسلامي ❖

- ١٠- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد : لبن عيادير ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد القمري (ت ٤٦٣هـ) ، تحقيق جماعة من العلماء المغاربة ، مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، مطبعة فضالة ، المحمدية ، المغرب .
- ١١- سنن الدارقطني : الدارقطني ، علي بن عمر (ت ٣٨٥هـ) ، تحقيق : السيد عبدالله هاشم ، دار المحاسن للطباعة ، القاهرة ، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م .
- ١٢- السنن الكبرى : البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي (ت ٤٥٨هـ) ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان .
- ١٣- سنن للصبغى : ابن ماجه ، أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٣هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة النازية ، مصر .
- ١٤- سنن النسائي : النسائي ، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب (ت ٣٠٣هـ) شرح جلال الدين السيوطي وحاشية السندي . دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- ١٥- شرح الزرقاني على الموطأ : الزرقاني ، محمد . تصحيح : لجنة من العلماء . دار الفكر ، ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م .
- ١٦- شرح السنة : الفراء الهروي ، أبو محمد الحسين بن مسعود (ت ٥١٦هـ) . تحقيق ، شعيب الأرنؤوط ، وزهير الشلويش ، الطبعة الثانية ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .
- ١٧- شرح معاني الآثار : الطحاوي ، أبو جعفر أحمد بن محمد الأزدي (ت ٣٢١هـ) . تحقيق : محمد زهري النجار دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .
- ١٨- حارضة الأحادي شرح سنن للترمذي : ابن للحري ، أبو بكر . الطبعة الأولى ، المطبعة المصرية ، مصر ، ١٣٥٠هـ - ١٩٣١م .
- ١٩- فتح الباري شرح صحيح البخاري : الحافظ ابن حجر العسقلاني . وضع أرقامه : فؤاد عبد الباقي ، وقام بإخراجه والإشراف على طبعه : محب الدين الخطيب ، المكتبة السلفية ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- ٢٠- فيض القدير شرح الجامع الصغير : المناوي ، محمد عبدالرؤوف (١٠٣٩هـ) . الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩١هـ - ١٩٧٢م .

- ٢١- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس :
المصطوفي ، إسماعيل بن محمد عبد الهادي الجراحي (ت ١١٦٦ هـ) صححه
واشراف على طبعه . أحمد الفلاش . الطبعة الثالثة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ،
لبنان ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .
- ٢٢- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال : علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين
الهندي البرهان فوري (ت ٩٧٥ هـ) . ضبطه ووضع فهرسه : بكري حياتي ،
وصفوة السقا . مؤسسة الرسالة ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .
- ٢٣- المستدرک علی الصحيحین : الحاكم ، أبو عبدالله محمد بن عبدالله النيسابوري
(ت ٤٠٥ هـ) . الطبعة الأولى ، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية ، حيدرآباد
البنك - الهند ، ١٣٤٢ هـ .
- ٢٤- المسند : أبو حنيفة ، النعمان بن ثابت (ت ١٥٠ هـ) .
الطبعة الأولى ، مطبعة شركة المطبوعات الطمية ، ١٣٢٧ هـ .
- ٢٥- المسند : الشافعي ، أبو عبدالله محمد بن إدريس .
دار للكتب الطمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .
- ٢٦- مشكاة المصابيح : التبريزي ، محمد بن عبدالله الخطيب . تحقيق : محمد ناصر
الدين الألباني ، الطبعة الثانية ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٩ هـ -
١٩٧٩ م .
- ٢٧- المصنف : عبدالرزاق الصنعاني ، أبو بكر بن معام (ت ٢١١ هـ) . تحقيق :
حبيب الرحمن الأعظمي ، الطبعة الثانية ، منشورات المجلس العلمي ، المكتب
الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٣ م .
- ٢٨- معالم السنن : الخطابي ، أبو سليمان محمد بن محمد الهيثمي (ت ٣٨٨ هـ) .
المكتبة العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .
- ٢٩- المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على ألسنة : السخاوي ،
شمس الدين أبو الخير محمد بن عبدالرحمن (ت ٩٠٢ هـ) . تصحيح : عبدالله
محمد بن الصديق . الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،
١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

• قاعدة دره المنود بالشبهات وأثرها في الفقه الجنائي الإسلامي •

- ٣٠- المنتقى شرح الموطأ : الباجي ، أبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسي (ت ٤٧٤هـ) . الطبعة الأولى ، مطبعة للسعادة ، القاهرة ، مصر ، ١٣٣٢هـ .
- ٣١- نصب الرأية لأصحابيت الهداية : الزيلعي ، جمال الدين أبو محمد عبدالله بن يوسف (ت ٧٦٢هـ) ، ومعه حاشية : بغية الأمل في تخريج الزيلعي ، بعناية المجلس العلمي الأعلى ، دار الحديث ، القاهرة ، مصر .
- ٣٢- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار : الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد بن عبدالله (ت ١٢٥٠هـ) . الطبعة الأخيرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر .

الرجل :

- ٣٣- تقريب التهذيب : المافظ ابن حجر العسقلاني ، تحقيق : عبدالوهاب عبداللطيف ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م .
- ٣٤- الجرح والتعديل : الرازي ، أبو محمد عبدالرحمن بن أبي حاتم التميمي (ت ٣٢٧هـ) . طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- ٣٥- الكاشف : الذهبي ، أبو عبدالله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قيمان (ت ٧٤٨هـ) . دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

الفقه :

- ٣٦- الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام : القرافي ، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس (ت ٦٨٤هـ) . علق حواشيه : الشيخ محمود عرفوس . نشره وراجع أصله : عزت الطاهر الدمشقي . الطبعة الأولى ، مطبعة الأنوار ، مصر ، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م .
- ٣٧- الاختيار لتحليل المختار : الموصلي ، أبو الفضل عبدالله بن محمد الحنفي (ت ٦٨٣هـ) ، عليه تعليقات ، الشيخ محمود أبو دقيقة . الطبعة الثالثة ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م .
- ٣٨- الاختيارات الفقهية : ابن تيمية . لختمها العلامة : علاء الدين أبو الحسن علي ابن محمد البعلبي الدمشقي (ت ٨٠٣هـ) . تحقيق : محمد حامد الفقي . دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

- ٣٩- أسنى المطالب شرح روض الطالب : زكريا الأنصاري ، أبو يحيى الشافعي (ت ٩٢٦ هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة الميمنية ، مصر ١٣١٣ هـ .
- ٤٠- الإشراف على مسائل الخلاف : القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصره البغدادي (ت ٤٢٢ هـ) . مطبعة الإرادة .
- ٤١- أصول الفتيا على مذهب الإمام مالك : الخشتي ، محمد بن حارث (ت ٣٦٦ هـ) . تحقيق : الشيخ محمد العجوب ، والدكتور محمد أبو الألفان ، والدكتور عثمان بطيخ . الطبعة الأولى ، الدار العربية للكتاب ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .
- ٤٢- الإفتاح في فقه أحمد بن حنبل : أبو الفتح شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي (ت ٩٦٨ هـ) . تحقيق : عبد اللطيف محمد موسى السبيكي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- ٤٣- الإفتاح في حل ألفاظ أبي شجاع : الشريفي ، أحمد الخطيب (ت ٩٧٧ هـ) . دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- ٤٤- الأم : الشافعي ، محمد بن إدريس . صححه : محمد زهري التجار . الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م .
- ٤٥- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف : الرداوي ، علاء الدين بن الحسين ابن علي بن سليمان (ت ٨٨٥ هـ) . تحقيق : محمد حامد الفقي . والكتاب عمله تصحيحاً للمفترق وتوسع فيه ، واختصره في مجلد سماه : " التفتيح المشيع في تخريج أحكام المقتع " . ولابن مناج لختصار سماه ، الدر المنقذ والجوهر المعجور في معرفة الراجح من الخلاف المطلق في الفروع " . الطبعة الثانية ، دار إحياء التراث العربي ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .
- ٤٦- البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ابن نجيم ، زين العابدين إبراهيم بن محمد (ت ٩٧٠ هـ) . الطبعة الأولى ، للطبعة العلمية ، القاهرة ، مصر ، ١٣١١ هـ .
- ٤٧- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار : ابن القزويني ، أحمد بن يحيى (ت ٨٤٠ هـ) . عليه تعليقات مصححه : عبدالله بن عبدالكريم الجرائي . أشرف عليه راجعه : عبدالله محمد الصديق ، وعبد الحفيظ سعد عطية . للطبعة الأولى ، مطبعة السنة المحمدية ، مصر ١٣٦٨ هـ - ١٩٤٩ م .

❖ قاصدة دره الحدود بالشبهات وتقرها في لفقه الجنائي الإسلامي ❖

- ٤٨- بداية المجتهد ونهاية المقتصد : ابن رشد ، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت ٥٩٥هـ) . الطبعة السادسة ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م .
- ٤٩- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود (ت ٥٨٧هـ) . الطبعة الأولى ، مطبعة الجمالية ، مصر . ١٣٢٨هـ - ١٩١٠م .
- ٥٠- بلفة السالك لأقرب المسالك : الصاوي ، أحمد بن محمد المالكي . وهو حاشية على الشرح الصغير لأحمد بن محمد الدردير . دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م .
- ٥١- التاج والإكليل شرح مختصر خليل : الواق . أبو عبدالله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري (ت ٨٩٧هـ) . مطبعة السعانة ، مصر ١٣٢٩هـ - ١٩٠٧م .
- ٥٢- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق : الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي (ت ٧٤٥هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية ببغداد ، مصر . ١٣١٥هـ - ١٩٠٠م .
- ٥٣- تحفة العبيب على شرح الخطيب : البجيرمي ، سليمان (ت ١٢٢٦هـ) . وهو شرح الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب الشربيني ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م .
- ٥٤- تحفة الطلاب بشرح تفقيح الباب : زكريا الأنصاري . دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- ٥٥- الجامع الكبير : محمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩هـ) عني بمقالة نصوصه : أبو الوفاء الأصفهاني . الطبعة الأولى . مطبعة الاستقامة ، مصر . ١٣٥٦هـ - ١٩٣٦م .
- ٥٦- حاشية للدسوقي على شرح الدردير : ابن عرفة الدسوقي ، شمس الدين محمد ابن محمد . الطبعة الأولى ، مطبعة السعانة ، مصر ١٣٢٩هـ - ١٩١١م .
- ٥٧- حاشية شهاب الدين الرملي ، أبو العباس أحمد بن حسين الأنصاري (ت ٨٤٤هـ) . موجود بهامش أسنى الطالب . الطبعة الأولى ، المطبعة الميمنية ، مصر ١٣١٣هـ - ١٨٩٦م .

- ٥٨- حاشية شهاب الدين أحمد الشلبي .
- موجود بهامش تبين الحقائق للزيلعي. المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ١٣١٥هـ .
- ٥٩- حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد القيرواني : علي بن أحمد الصعدي العنوي المالكي . دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- ٦٠- حاشية على تحفة الطلاب : الشرفاوي ، عبدالله بن إبراهيم الشافعي (ت ١٢٢٦هـ) ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- ٦١- حاشية على الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام : الضاضي ، أبو سعيد محمد ابن مصطفى بن عثمان . ولقد شرح الغرر هو لمحمد بن قواموز ، الشهير بعلاخسرو (ت ٨٨٥هـ) ، الطبعة الأولى ، المطبعة العثمانية ، ١٣١٠هـ .
- ٦٢- حاشية على الدر المختار شرح تنوير الأبصار : أحمد الطحطاوي الحنفي - دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- ٦٣- الدر المختار شرح تنوير الأبصار : محمد علاه الدين الحصكفي . دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م .
- ٦٤- رد المحتار على الدر المختار : ابن عابدين ، محمد أمين . الطبعة الثالثة ، المطبعة الأميرية ببولاق ، مصر ١٣٢٣هـ .
- ٦٥- رسائل ابن نجيم . تحقيق : الشيخ خليل المس . الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .
- ٦٦- الروض المربع يشرح زاد المستقنع : منصور بن يونس البهوتي الحنبلي . دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- ٦٧- الشرح الكبير شرح مختصر خليل : أبو البركات سيدي أحمد الدودير (ت ١٢٠١هـ) ، الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة ، مصر ١٣٢٩هـ - ١٩١٢م .
- ٦٨- شرح الزرقاني على متن خليل : الزرقاني ، عبد الباقي (ت ١٠٩٩هـ) . رواية حاشية النبناني (ت ١١٩٤هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية ببولاق . مصر ، ١٣٠٦هـ .
- ٦٩- شرح كنز الدقائق : أبو السعود علي منلا مسكين (ت ٩٥٤هـ) .
- ٧٠- شرح لامية الزقاني : التاودي ، أبو عبدالله محمد بن سودة (ت ١٢٠٩هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة الجديدة ، فاس ، المغرب ، ١٣٤٩هـ .

• قلعة دره الحنود ببلقهبات واثرها في الفقه الحنبلي الإسلامي •

- ٧١- شرح منتهى الإرادات : المجهوتي ، منصورين يونس الحنبلي (ت ١٠٥١ هـ) .
شرح به منتهى الإرادات لفتي الدين محمد بن أحمد بن النجار الحنبلي . موجود
بمعرض كشف القناع على متن الإقناع ، الطبعة الأولى ، المطبعة الشرفية ، مصر
١٣١٩ هـ .
- ٧٢- شرح المجموع الفقهي : الأمير ، محمد المالكي ، وعليه حاشية الشيخ حجازي
العدوي ، المطبعة البهية ، مصر ، ١٣٠٤ هـ .
- ٧٣- شرح نظم العمل : السجلعاسي ، أبو عبدالله محمد بن قاسم الرياطي .
شرح به نظم العمل للفاسي لأبي زيد عبدالرحمن بن عبدالقادر الفاسي
(ت ١٠٩٦ هـ) . المطبعة الحجرية بقاس .
- ٧٤- غاية الاختصار : أبو شجاع ، أحمد بن الحسين بن أحمد الأصفهاني .
الطبعة الثالثة ، منشورات المكتبة للعصرية ، بيروت .
- ٧٥- الفتاوى الخيرية لنفع البرية : خير الدين الوريلي الحنفي (ت ١٠٨١ هـ) .
المطبعة الأميرية ببولاق ، مصر ، ١٣٠٠ هـ .
- ٧٦- الفتاوى الكبرى : أبو العباس تقي الدين ابن تيمية .
دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- ٧٧- الفتاوى الكبرى : ابن حجر الهيتمي ، أحمد (ت ٩٧٤ هـ) .
بمهامه فتاوى شمس الدين محمد الوريلي . دار الكتب العلمية ، بيروت ،
١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .
- ٧٨- فتاوى النووي للمصنعة بالمسائل المتطورة : النووي ، محيي الدين يحيى بن
شرف (ت ٦٧٦ هـ) . تزيين تلميذه : علاء الدين بن العطار . الطبعة الأولى ،
مطبعة الاستقامة ، ١٣٥٢ هـ .
- ٧٩- فتح القدير شرح الهداية للعرفيناني : للكمال بن الهمام محمد بن عبدالواحد
(ت ٦٨١ هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية ببولاق ، مصر ، ١٣١٦ هـ .
- ٨٠- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : زكوى الأنصاري ، دار المعرفة ، بيروت ،
لبنان .
- ٨١- فصول الأحكام وبيان ماقتضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام : أبو الوليد
الباجي . تحقيق : محمد أبو الأجلان . طبعة الدار العربية للكتاب ، وللؤسسة
الوطنية للكتاب ، تونس ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

- ٨٢- المحرر في فقه الإمام أحمد بن حنبل : مجد الدين بن تيمية ، أبو البركات (ت ٦٥٩هـ) . مطبعة السنة المحمدية ، ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م .
- ٨٣- العطى : ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد (ت ٤٥٦هـ) . تحقيق : لجنة إحياء التراث العربي . طبعة دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، لبنان .
- ٨٤- مختصر الشيخ خليل : خليل أبو الضياء إسحاق بن موسى (ت ٧٧٦هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية ببولاق ، مصر ، ١٣٠٦هـ .
- ٨٥- المدونة الكبرى : الإمام مالك بن أنس الأصبحي (ت ١٧٩هـ) . رواية سحنون بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام مالك . الطبعة الأولى ، مطبعة السعانة ، مصر ، ١٣٢٣هـ .
- ٨٦- المذهب أحمد في مذهب الإمام أحمد : ابن الجوزي ، أبو الفرج عبد الرحمن (ت ٦٥٦هـ) مطبعة بومباي ، الهند ، ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م .
- ٨٧- مسائل ابن رشد الجد : ابن رشد محمد بن أحمد (ت ٥٢٠هـ) . تحقيق ودراسة : محمد الحبيب التيجاني . رسالة فلولم للدراسات العليا . نوقشت بدار الحديث الحسنية . مرقونة على ستانفيل ، مكتبة عبدالله كنون ، رقم ٤٧٥ .
- ٨٨- مسائل الإمام أحمد : أحمد بن حنبل ، برواية ابنه عبدالله . تحقيق : زهير الشاويش . المكتب الإسلامي ، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .
- ٨٩- المطلع على أبواب المفتح : أبو عبدالله محمد بن أبي الفتح البيهقي (ت ٧٠٩هـ) . طبعة المكتب الإسلامي ، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .
- ٩٠- المعيار المعرب والجامع المعرب عن فتاوى أهل إفريقيا والأندلس والمغرب : التونسي سريسي ، أبو العباس أحمد بن يحيى (ت ٩١٤هـ) . خرجه جماعة من العلماء بإشراف الدكتور محمد حجي ، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .
- ٩١- معين الحكام على القضايا والأحكام : أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الوقيع التونسي مخطوط بمكتبة عبدالله كنون . رقم ٦٥٣١ .
- ٩٢- المغني : ابن قدامة ، موفق الدين عبدالله المقفسي . شروح به مختصر أبي القاسم الخراقي ، تحقيق : السيد محمد رشيد رضا . دار الفار . مصر . ١٣٦٧هـ .

♦ للصلة دور العنود بالهيبات والرها في الفقه الجنائي الإسلامي ♦

- ٩٣- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج : الشريفي ، محمد الخطيب . مطبعة دار الكتب العربية الكبرى . مصر ، ١٣٢٩هـ .
- ٩٤- مفيد الحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام : ابن هشام الأزدي . مخطوط بمكتبة عبدالله كنون رقم ٦٥٤٨ .
- ٩٥- منار السبيل في شرح الليل : ابن ضويان ، إبراهيم بن محمد بن سالم . شرح به كتاب " دليل الطالب لتل الطالب " لزين الدين مرعي بن يوسف الكرسي الطبعة الرابعة ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .
- ٩٦- منح الجليل شرح مختصر خليل : محمد عيش . الطبعة الأولى ، دار الكتب العربية الكبرى ، مصر ١٣٩٤هـ .
- ٩٧- المنحة المودودة على تحفة ابن عاصم وشرح ابن سودة : العراقي ، عبدالقادر ابن قاسم . الطبعة الأولى ، مطبعة حجازي ، مصر ١٣٥٤هـ - ١٩٣٦م .
- ٩٨- منهاج الطالبين وعمدة المفتين : للتوحي ، يحيى بن شرف . دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- ٩٩- المهذب في فقه الإمام الشافعي : الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي (ت ٤٧٦هـ) الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م .
- ١٠٠- مواهب الجليل شرح مختصر خليل : الخطاط ، أبو عبدالله محمد بن محمد الرعيني (ت ٩٥٤هـ) . الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٩هـ .
- ١٠١- مواهب الخلاق شرح لامية الزقاق : الصنهلجي ، أبو الشقاء بن الحصن الغلزي (ت ١٣٦٥هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة الجديدة ، فاس ، المغرب ، ١٣٤٩هـ .
- ١٠٢- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : الرملي ، شمس الدين محمد بن شهاب الدين (ت ١٠٠٤هـ) الطبعة الأولى ، مطبعة مصطفى الفندي ، مصر ١٣٠٤هـ .
- ١٠٣- نوازل العلوي : العلوي ، أبو الحسن علي بن عيسى الحسيني الشريف . تحقيق : المجلس العلمي بقاس . مطبوعات وزارة الأوقاف ، مطبعة فضالة ، المحمدية ، المغرب ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .
- ١٠٤- نوازل السننوي : السننوي ، أبو عبدالله محمد بن أحمد (ت ١٠٣٦هـ) . المطبعة القاسية لصاحبها عمر بن أحمد بن الخياط ، ١٣٤٥هـ .

- ١٠٥- النهاية شرح بداية المبتدي : الفرغيناني ، علي بن أبي بكر (ت ٥٩٣ هـ) .
الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية ببولاق ، مصر ، ١٣١٦ هـ .
- ١٠٦- الوجيز : القرطبي ، أبو حامد محمد (ت ٥٠٥ هـ) .
مطبعة الآداب والمؤيد ، مصر ، ١٣١٧ هـ .
- ١٠٧- القواعد الفقهية : المقرئ الجدي ، أبو عبدالله محمد بن أحمد (ت ٧٥٩ هـ) .
دراسة وتحقيق : محمد بن أحمد الدرنباقي . أطروحة الدكتوراه مرقونة على
سقانجيل . بدار الحديث الحسنية رقم : ١١٥٣ .

الأصول :

- ١٠٨- إرشاد اللحوّل إلى تحقيق الحق من علم الأصول : الشوكاني ، محمد بن علي
(ت ١٢٥٥ هـ) . للطبعة الأولى ، مطبعة السعادة ، مصر ١٣٢٧ هـ .
- ١٠٩- الإحكام في أصول الأحكام : الأسدي . علي بن أبي علي بن محمد
(ت ٦٣١ هـ) . دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .
- ١١٠- الأحكام في أصول الأحكام : ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد .
الطبعة الأولى ، منشورات دار الأفاق الجديدة ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .
- ١١١- الإشارات في أصول المالكية : أبو الوليد البلخي .
الطبعة الثالثة ، المطبعة التونسية ، تونس ، ١٣٥١ هـ .
- ١١٢- الإتهاف في التنبيه على الأسباب التي أوجبت الاختلاف بين المسلكين :
البيضاوي أبي محمد عبدالله ، مصر ، ١٣١٩ هـ .

القواعد الفقهية :

- ١١٣- إتحاف الأبصار والبصائر : أبو الفتح محمد الحنفي .
صححه : الشيخ محمود العلاف الحنفي ، الطبعة الأولى ، المطبعة الوطنية
بالألكندرية ، مصر ١٢٨٩ هـ .
- ١١٤- الأشباه والنظائر : السيوطي ، جلال الدين . دار الكتب العلمية ، بيروت ،
١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

● قاعدة دره النود بالشبهات وأثرها في الفقه الجنتاني الإسلامي ●

- ١١٥- الأشياء والنظائر : زين نجيم . زين العابدين بن إبراهيم .
دار الكتب العربية ، بيروت ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .
- ١١٦- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك : الوفشوي، أبو العباس بن أحمد .
تحقيق : أحمد الخطابي ، طبعة اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي ، الرباط ،
١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .
- ١١٧- للفروق : للقرافي ، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس (ت ٦٨٤هـ) .
الطبعة الأولى ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، ١٣٤٦هـ .
- ١١٨- قواعد الأحكام في مصالح الأنام : عز الدين بن عبد السلام ، أبو محمد
عبد العزيز (ت ٦٦٠هـ) . مطبعة الاستقامة ، القاهرة . مصر .

الفقه العام والسياسة الشرعية :

- ١١٩- الأحكام السلطانية : الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البغدادي
(ت ٤٥٠هـ) . دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م .
- ١٢٠- الأحكام السلطانية : أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد الحنفلي (ت
٤٥٨هـ) . تصحيح وتعليق : محمد حامد الفقي . الطبعة الأولى ، مطبعة
مصطفى البابي الحلبي ، مصر ١٣٥٦هـ - ١٩٣٨م .
- ١٢١- أدب القضاء : الحموي ، شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن أبي النعم (ت
٦٤٢هـ) . تحقيق : محمد مصطفى الزحيلي . الطبعة الأولى ، مطبوعات مجمع
اللغة العربية بدمشق ، مطبعة زيد بن ثابت ١٩٧٥م .
- ١٢٢- الاعتصام : الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى (ت ٧٩٠هـ) .
دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- ١٢٣- إعلام الموقعين : ابن القيم الجوزية . راجعه وعلق عليه : طه عبدالرؤوف .
دار الجيل - ١٩٧٣م .
- الدراسات الفقهية الحديثة :
- ١٢٤- أصول الإجراءات الجنائية : للرصفاوي ، حسن صادق منشأة المعارف ،
الإسكندرية ، مصر ، ١٩٦٤م .

- ١٢٥- التشريع الجنائي الإسلامي ، عبدالمقادر عودة ، دار للكتاب العربي ، بيروت .
- ١٢٦- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي : للشيخ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي .
- ١٢٧- العقوبة في الفقه الإسلامي : أحمد فتحي بهنسي . دار الشروق ، بيروت . ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .
- ١٢٨- فقه الإمام أبي ثور : علي جبر سعدي حسين . دار الفرقان ، مؤسسة الرسالة ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .
- ١٢٩- في أصول النظام الجنائي الإسلامي . محمد سليم العوا . دار المعارف . القاهرة .
- ١٣٠- المدخل الفقهي العام : مصطفى أحمد الزرقا . مطابع ألف - باء الاديب - دمشق . ١٩٦٧ م .
- ١٣١- موسوعة فقه إبراهيم النخعي : محمد رواس قلعة جي . مطابع الهيئة للنسوية العامة للكتاب ، مصر . ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .
- ١٣٢- موسوعة فقه عبدالله بن مسعود : محمد رواس قلعة جي . مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، مطبعة المدني . المؤسسة السعودية ، ١٩٨٤ م .
- ١٣٣- موسوعة القضاء والفقه لدول العربية : حسن الفاكهاني ، الدار العربية للموسوعات القانونية . مصر . ١٩٧٥ م .
- ١٣٤- انتظام العقابي الإسلامي : أبو العاطي حافظ أبو الفتوح طبعة تجارية .
- ١٣٥- نظرية الإثبات - للشهامة : حسين مؤمن طبعة ١٩٥١ م .
- ١٣٦- النظرية العامة للقاعدة الإجرائية الجنائية : عبدالفتاح مصطفى الصيقي . مطبوعات جامعة بيروت العربية . ١٩٧٤ م .

الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج (ت ٧٣٧هـ)

بحث في الدوافع والأهداف في المجال الاقتصادي

الدكتور/ شوقي أحمد بنيا (*)

تمهيد

ملخص للبحث :

يتميز الاقتصاد الإسلامي بميزات متعددة ، لعل من أهمها ما يوجع إلى دوافع وأهداف الوحدات الاقتصادية الاستهلاكية والإنتاجية . ولعل من خيرة الكتب الإسلامية التي تناولت هذه المسألة كتاب " المخل " للشيخ زين الحاج رحمه الله . حيث قام بدراسة هذه المسألة وتحليلها بقدر كبير من العمق والتفصيل ، ولم يشأ ابن الحاج أن يقتصر في تناوله لهذه المسألة على الجانب النظري التأسيسي فقط بل جمع معه عرضاً موسعاً للعديد من النشاط الاقتصادي في المجالات المختلفة الاستهلاكية والإنتاجية والتبائلية والتوزيعية ، موضحاً في كل ذلك كيف تكون دوافع وأهداف المسلم ، وكيف تؤثر تلك الدوافع والأهداف على الأساليب والأنوات المستخدمة ، وعلى نوعية السلع والخدمات ومدى جودتها . وهو في كل ذلك يصف الواقع ثم يقدم ما يراه من تصويبات وتصحيحات إسلامية . ويبحثنا هذا ماهر إلا دراسة وتحليل وتقويم لما قدمه ابن الحاج في هذا الصدد .

أهمية البحث :

إن دراسة ما قدمه الإمام زين الحاج من عطاء اقتصادي في كتابه " المخل " وتحليله وتقويمه وموازنته بما قدمه غيره من علماء المسلمين هو في نظر الباحث على درجة كبيرة من الأهمية ، التي لا تلغى عند مجرد المعرفة بما قدمه علماؤنا حيال علم

(*) استاذ بجامعة أم القرى في مكة المكرمة ، قسم الاقتصاد الإسلامي . وله مؤلفات وبحوث عديدة في التنمية ، إضافة إلى اهتمامه وبحوثه في الاقتصاد الإسلامي .

الاقتصاد - وهي في حد ذاتها هدف يستحق السعي إليه - لكنها تتعدى ذلك بكثير .
 ففرعية القضايا التي شال بها ومدى أهميتها بين للقضايا الاقتصادية ، ومدى تناول
 العلماء السابقين أو حتى اللاحقين له لهذه القضايا ، كل ذلك يضفي أهمية متزايدة
 على ما قدمه ابن الحاج من عطاء اقتصادي ، تركز حول مسألة بالغة الأهمية في
 مجال علم الاقتصاد الإسلامي وكذلك الوضعي ، وهي مسألة " الدوافع والأهداف " (١)
 حيث تمثل تلك المسألة نقطة الخلاف الكبرى بين الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد
 الوضعي . ومما يؤكد وي زيد في تلك الأهمية أن معالجة ابن الحاج لها لم تجر
 مجرد عرض نظري فلسفي مجرد ، وإنما جاءت تحليلاً دقيقاً قائماً على استقراء جيد
 لمختلف مجالات النشاط الاقتصادي كما تجر في الواقع ، ثم تبيان شاف لكيفية
 تطبيق ما يراه الإسلام من بواعث وأهداف عليها . مضيفاً إلى ذلك مسألة على درجة
 كبيرة من الأهمية ، وهي توضيح الأثر البارز لهذا الدوافع والأهداف على أسلوب
 و " تفكير " العمل الاقتصادي من جهة وعلى نوعية وجودة المنتجات من جهة
 أخرى . ومعنى ذلك أن سلوك المسلم الاقتصادي لا ينفك لتمييزه عن غيره عند الدوافع
 والأهداف فقط بل يتعداه إلى الوسائل والأساليب .

ولبن الحاج بهذا وذاك قدم لنا بتفصيل جيد معلومات اقتصادية قيعة عن
 النشاط الاقتصادي وبعض نظمه وتنظيماته التي سادت في بعض المجتمعات
 الإسلامية السابقة ، مما يمثل مادة علمية طيبة لأحد فروع الدراسة الاقتصادية
 المعروف بالتاريخ الاقتصادي .

تعريف بلبن الحاج وكتاب المدخل :

هو أبو عبدالله محمد بن محمد بن محمد الحيدري القليلي الفاسي القيرواني
 التلمساني للمصري ، المشهور بلبن الحاج .

(١) هذه المسألة على مستوى الاقتصاد الوضعي تتعرض لها تالغ ومشهور في العديد والعديد
 من كتب مبادئ وأصول علم الاقتصاد ، فعند الاستهلاك وكذلك الإنتاج نجد الهدف النهائي
 محض بل مادي بحث إنه الحد الأقصى من الإقبال ومن الأرباح ، أما على مستوى الاقتصاد
 الإسلامي - فرغم شجوع معرفة مواقف الإسلام من شتى نشاط الفرد ، ومن ثم إشارة غلبية
 العلماء القدامى إلى تلك المسألة في ثنايا كلامهم إلا أننا لم نشعر - فيما اطلعنا عليه - على
 مؤلف لأحدهم انصرف أساساً إلى معالجة هذه القضية بخلاف ابن الحاج .

■ الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج *

من علماء القرنين السابع والثامن الهجريين ، قال فيه وفي كتابه المدخل ابن فرحون :
" من عباد الله الصالحين العلماء العاملين ، من أصحاب الشيخ أبي محمد ابن أبي
جمرة ، كان فقيهاً عارفاً بمذهب مالك ، سمع بالمغرب من بعض شيوخه ، وقدم
للقاهرة وسمع بها الحديث وحدث بها . وهو أحد المشايخ المشهورين بالزهد والخير
والصلاح . وصنف كتاباً سماه المدخل إلى تنمية الأعمال بتسمين الثبات والتنبية على
كثير من البدع الممكرة ، وهو كتاب جليل جمع فيه علماً غزيراً . والاهتمام بالوقوف
عليه مستعين " (١) ، وقال العلامة ابن حجر من هذا الكتاب : " هو كثير الفوائد ،
كشف فيه عن مغاييب وبدع يفعلها الناس يتساهلون فيها ، وأكثرها مما ينكر ،
وبعضها مما يحتل ، وذكر فيه أن شيخه أبا محمد بن أبي جمرة أشار إليه بتعليم
الناس مقاصدهم في أعمالهم ، فكتبه وسماه المدخل إلى تنمية الأعمال بتحسين
النهايات " (٢) . ومما تجدر الإشارة إليه أن الكتاب لم يقف عند حد الأعمال
الاقتصادية وأهدافها وبيواعثها ، وإن كانت قد لحتلت فيه حيزاً كبيراً بكثير من غيرها .

(١) ابن فرحون ، قديح المذهب ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ص ٣٢٧ .

(٢) جلال الدين السيوطي ، حسن المحاضرة ، المطبعة الشرقية ، ١٣٢٧م - ج ١ ، ص ١٩٥ . حلمي
خليقة ، كشف الظنون ، وكالة المعارف الخلية ، ١٩٤٣م - ج ٧ ، ص ١٦٤٣ . خير الدين الزركلي ،
الأعلام ، المطبعة الثانية بدون ذكر ناشر أو سنة النشر ، ج ٧ ، ص ٢٦٤ . الشيخ محمد مخلوف ،
شجرة النور الزكية ، بيروت ، دار الكتاب العربي ، ص ٢١٨ .

مخطط البحث : (٥)

لشتمل عطاء ابن الحاج الاقتصادي على العديد من المسائل والبحوث الاقتصادية. وإن اندرجت كلها تحت لوله الدوافع والأهداف . ولسهولة دراسة ماقدمه يمكن تصنيفه على النحو التالي :-

١ - الدوافع والأهداف في المجال الاقتصادي :

١ / ١ - الدوافع والأهداف في الاقتصاد الوضعي .

١ / ٢ - الدوافع والأهداف في الاقتصاد الإسلامي كما يراها ابن الحاج .

١ / ٣ - مناقشة وتعليق .

١ / ٤ - تقار ومترقيات .

٢ - الملكية :

٣ - الإنتاج (الكسب) :

٣ / ١ - أهمية الإنتاج عند المسلم .

٣ / ٢ - الإنتاج والعلم .

٣ / ٣ - مجالات الإنتاج ونماذج من النشاط الاقتصادي .

٣ / ٤ - الفش التجاري والصناعي .

٣ / ٥ - علاقات العمل .

٤ - الاستهلاك :

٤ / ١ - حلجات الإنسان وريافته .

٤ / ٢ - الحاجة إلى اللبس .

٤ / ٣ - الحاجة إلى الطعام .

٤ / ٤ - الحاجة إلى المسكن .

٥ - الملاحظة الاقتصادية لمواجهة الانحرافات الإنتاجية والاستهلاكية .

٦ - التوزيع .

الخاتمة :

(٥) اعتمدنا في بحثنا هذا على طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٧٢ م .

١- دوافع وأهداف الوحدات الاقتصادية

١/١- الدوافع والأهداف في الاقتصاد الوضعي :

قد تكون مسألة الدوافع والأهداف في الاقتصاد الوضعي من الوشوح بحيث لا تحتاج إلى وقفة طويلة ، لقد ارتضى الأهداف الخاصة المادية غاية له . فالإنسان ينتج ويعمل وينخرط في النشاط الاقتصادي مدفوعاً ومستهدفاً شيئاً واحداً هو الحصول على المال والمزيد منه ممثلاً في مختلف أشكاله من نقود لسلع الخدمات . هذه هي غايته الكبرى من نشاطه الاقتصادي باعتراف علماء وفلاسفته ^(١) .

وحتى لو تحقق من وراء ذلك مصالح اجتماعية لبقية أفراد المجتمع فإن ذلك يلقي عرضاً وتبعاً ويغير قصد . وقد صرح بذلك أبو الاقتصاد الوضعي آدم سميث . ولقيت مقولته هذه قبولاً واسعاً ^(٢) . هنا عن الاقتصاد الوضعي فعادنا عن الاقتصاد الإسلامي ؟ وهل الدافع والهدف من ممارسة النشاط الاقتصادي هو تحقيق العائد للمالي ؟ أم هو تحقيق أمور أخرى ؟ أم هو خليط من هذا وذاك ؟ وبعبارة أخرى هل يمكن القول إن هدف المسلم من نشاطه الاقتصادي الحصول على الأموال أيّاً كان شكلها ؟ أم أن ذلك مرقوض ؟ وإذا كان ذلك مرقوضاً فهل الصواب أن يقال إن المسلم يتغيا غايات روحية (مرضاة الله وطاعته) من وراء هذا النشاط ؟ أم

(١) جون هرمان ولنتال . تكوين العقل الحديث ، ترجمة دجورج طعمة ، بيروت ، دار الثقافة ، ج ١ ، ص ٤٦٨ . - حسين عمر ، نظرية القيمة ، جدة ، دار الشروق ، ١٤٠٢ هـ ، ص ٤٦ وما بعدها . محمد جميل توليق وآخرون ، اقتصاديات الأعمال ، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٧٩ م ، ص ٩١-٩٥ . د . أحمد رشاد موسى ، اقتصاديات للشروع الصناعي ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ص ١٦١ وما بعدها .

Jack Hirshleifer, Price theory and Applications, N. gerscy, INC ; Engheewood chiffs, 1980, PP.265-268 .

(٢) A. Smith, an Inquiry into the Nature and causes of the wealth of nations, ed. Edwin cannac N.Yourk ; Modren Library, 1937, Book IV, Chapter 77, P. 423 .

الصواب أن يقال إنه يتقيا غايات روحية مضافاً إليها ما يحصل عليه من عائد اقتصادي ؟ أم لن أي هدف من هذه لأعبار عليه إسلامياً ؟
الإجابة العلمية على هذا التساؤل هي أولاً على درجة كبحرة من الأهمية لأنها تعمل لمفروق طرق بين الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي ، وهي ثانياً محفوظة بالكثير من الصعاب ، وتتطلب قدراً طيباً من الدراسة والبحث في الشريعة ومعرفة جيدة بمقاصدها وتكليفاتها لما قد يبدو على بعض جزئيتها من تعارض .

١/٢- الدوافع والأهداف في الاقتصاد الإسلامي كما يراها ابن الحاج :

اتبنى شيخنا ابن الحاج رحمه الله للإجابة عن هذا التساؤل الذي هو مفروق في تساؤل أعم وأشمل يتعلق بمقصود المسلم من مقتطف أعماله ونشاطه ، الاقتصادي منها وغيرها . ومن أجل هذا السؤال العام لاف كتبه الذي نحن بصده حالياً .
لن استقرأ ما تقدمه ابن الحاج حيال هذه المسألة وهو كطير مفتب بين ثنائيا كتبه كله يوصلنا إلى موقف واضح صريح أكد عليه ابن الحاج في أكثر من مناسبة . وهو أن يكون النافع والباعث على العمل أيأ كان مجاله وإياً كانت طبيعته هو طاعة الله تعالى وامثال أوامره . هذا الهدف العام أو الغاية الكبرى تتغصب وتتفرع إلى العديد من للشعب والفروع حسب طبيعة العمل ومجاله فهي في المجال الاقتصادي تتوجم في كذا وكذا وفي المجال الديني تتوجم في كذا وكذا . ثم تعدد تلك الأهداف المشتقة أو المتفرعة للتفرع مرة أخرى حسب كل مهنة أو حرفة أو عمل . فهي في الزراعة كذا وكذا وهي في التجارة كذا وكذا وهي في الصناعة كذا وكذا . بل لقد امتد تشعبها أو تدبرها بمعنى أدق عند ابن الحاج إلى ما هو أدنى من ذلك وأضيق فهي في صناعة الملابس كذا وهي في صناعة الخبز كذا وهي في تجارة الأقوات كذا وفي تجارة الجملة كذا وفي تجارة التجزئة كذا إلخ . وفي كل هذه المراتب نجد التناقص التام فالكل طاعة وعبادة لكنها متعددة الألوان والصروح حسب كل نشاط . ومنوق نرى عند تعرضنا لبعض النماذج الاقتصادية التي طرحها كيف يكون الباعث عليها طاعة الله وعبادته وماهي ضرورة هذه الطاعة في كل مهنة ونشاط .
إن ابن الحاج بهذا الموقف الصحيح الجيد قدم لنا تفسيراً واضحاً سهلاً يدركه

● الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج ●

كل قارئ للآية الكريمة ﴿ وَمَلَخْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴾ ^(١) . كذلك قدم لنا تمييزاً دقيقاً بيننا وبين سلفنا الصالح . لقد كانت كل أعمالهم من خلال هذه البواعث والمقاصد عبادة وطماعة حتى ما كان منها بعيداً بطبيعته عن هذه العبادات والشعائر المعروفة . بينما نحن في لحسن حالاتنا لانستشعر العبادة والطاعة إلا عند تأدية تلك الشعائر وما عدا ذلك فلا .

يقول ابن الحاج : " نحن اليوم إنما العبادة عندنا ما كان من الصلاة والزكاة والصوم والحج والجهاد ... وبقي ما عدا ذلك عقدنا على أقسام ، فحتماً من يفعلها للدنيا ، ومنها من يفعلها راحة ، ومنها من يفعلها غفلة ونسياناً " ^(٢) . وقد نبه ابن الحاج هنا على مسألة جد مهمة وهي أنه في المجال الاقتصادي ليس هناك ما يمنع الفرد من تعصيل العائد المالي طالما أن تتيه ونوالهه وباعته كان على النحو المتقدم من طاعة الله واستتال أوامره . " وتلبسه بهذه النيات لا يمنعه من أخذ ما يرتفق به إذا بدا له ، ولا ينقص ذلك من أجره شيئاً " ^(٣) . كما أنه بالنسبة للوحدة الاقتصادية الاستهلاكية - للستهلك - ليس هناك على الإطلاق ما يمنع من شعور المرء باللذة والمتعة وللبهجة من خلال استخدامه لهذه الطيبات في سد حاجاته .

يقول في ذلك : " اعلم رحمنا الله وإياك أن النية النافعة هي أن يقصد المرء بعمله وجه الله تعالى ، سواء كانت النفس تحب ذلك وتشتهيه أو تبغضه وتقلبه ، فإن السنة وإنه الحسد لم ترد بمخالفة النفس على الإطلاق ، بل يلتبغها للأمر والنهي ، وأنها محكمة لاحكامها مأمورة لا أمرة ، فإن صالاف الامتثال غرضها واختيارها وشهوقتها لم يضر العامل ذلك " ^(٤) . وفي تعليقه على الحديث الشريف " وفي بيعكم لعدنكم صدقة " يقول : " فدل هذا الحديث على أن الإخلاص ليس من شرطه إلا تكون فيه شهوة باعتة على فعل العمل ، بل يشترط فيه شرط واحد وهو أن تكون حظوظ النفس وشهوقتها تابعة للنية الصالحة ، وتكون النية جميعها متوجهة لمجرد

(١) سورة النازيات الآية ٥٦ .

(٢) ص ٩٠ ج ١ .

(٣) ص ١١٢ ، ج ٤ .

(٤) ص ٢٩٧ ، ج ٤ .

العبادة * (١) .

معنى ذلك يوضح أن ابن الحاج يرى أن المسلم لا ينبغي له أن يكون هدفه من نشاطه الاقتصادي هو تحقيق العائد المادي ، الربح ، الأجر ، الرزق ، والذي يخل ضمن للمصطلح الإسلامي الشائع (الرزق) .

لكن لماذا لا يحسن بالمسلم أن يكون هدفه من هذا النشاط هو الحصول على هذا العائد (الرزق) ؟ .

يجيب ابن الحاج على ذلك بعبارات عديدة قالها غير مرة في كتبه تدور كلها حول مضمون مفاده أن قسمة الرزق قد حسمت منذ القدم ، وأن رزق الإنسان سيصله لامحاله ، وبأن استقواء الوقائع يوضح عدم وجود معامل ارتباط طردي قوي بين التنازع والرزق ، فكم من مكتسب فقير ، وكم من مكتسب لا يكون رزقه في نشاطه الذي يعمل .

وهذه بعض عبارات الشيخ " ... للرزق لا يسوقه حرص حريص ، ولا يهلب بالاحيل والتدبير . ألا ترى أن كثيراً ممن لا يحسن التصرف ، للمال لديه كثير ، وعكسه ممن يحسن للتصرف بسبب حذقه ونباهته فقهر لأشياء له . وكذلك تجد بعض من لا يحسن صنعة لديه الرزق كثير ، وبعض من يحسن جملة منافع لا يقدر على قوت يومه إلا بمشقة وتعيب " (١) . وأمر الرزق تابع لذلك لا متبوع . إذ إن الرزق مقسوم قد فرغ منه ، فليس للمرء قدرة على أن يزيد فيه شيئاً يصناعته ولا بصيلته ، ولا على أن ينقص منه شيئاً يكسبه وتركه لعائلته ، بل يكون عمله خالصاً لوجه الله تعالى لا يبتغي به بدلاً ولا عوضاً " (٢) . وإذا كان ذلك كذلك فينبغي له أن يقتسم ماسبق له من هذا الخير العظيم والثواب الجزيل ، فيصمم فيه ، ويجرد ما لله تعالى . ويخلصها من نفس ما تتعلل به النفوس من تحصيل النجا وكسبها وطالب الرزق والزيادة منه ، إذ إن الرزق مقسوم ، وقد قدره الله تعالى قبل أن يخلق الخلق ... وإذا كان ذلك كذلك فالرزق قد فرغ منه ، فلا يسوقه حرص حريص ، ويعمل على

(١) ص ١٩٨ ، ج ٤ .

(٢) ص ١٩٠ ، ج ٤ .

(٣) ص ١١٠ ، ج ٤ .

للتخلص من هذه الدنائة ، ويرجع إلى ماهر الاولى والا رجح عند وه (١) .

١/٣ - تعقيب ومناقشة :

كلام ابن الحاج هنا في حلجة إلى وقفة متأنية لتجلي مضمونه الصحيح الذي يتفق واحكام الإسلام .

أي قصد ابن الحاج بذلك أن طلب الرزق والسعي له وابتغائه كل ذلك مما لا يمسن بالمسلم ؟

أغلب الظن أنه لا يقصد ذلك وإن كان في بعض عباراته ما قد يفيد ذلك . ونحن نرجح عدم قصده هذا المضمون لأمريين اثنين . أولاً أن ذلك يتناقض تماماً وماكرس له جهده في جزء كبير من الكتاب حول النشاط الاقتصادي وأهميته في المجالات المتعددة . وثانياً أن ذلك يصطدم بالعديد من النصوص الشرعية الصريحة الصحيحة التي تحث على طلب الرزق والسعي له وابتغائه ، سواء في ذلك النصوص القرآنية والنصوص النبوية . وذلك معالايخى على شيخ مثل ابن الحاج ، تواتر ذلك لايجعلنا في حلجة هنا إلى التعرض له . وإذا لم يكن هذا هو مقصد ابن الحاج فما هو مقصده من أقواله تلك ؟ كي نفهم مقصده فهماً جيداً علينا أن نميز بدقة بين السبب والهدف . إن ابن الحاج لا يمانع في مباشرة الأسباب الاقتصادية بل يبحث عليها . وهو في الوقت ذاته لا يرى أن يكون الهدف من اتخاذها هو الحصول على الرزق وإنما مجرد الطاعة والامتثال . معنى ذلك أنه يأمر بالعمل ويهتم كل الاهتمام بالعمل الاقتصادي على مستوى السبب والأداة ولكنه يرفضه على مستوى البواعث والأهداف . أي أن الإنسان المسلم عليه أن يعمل ويمارس نشاطه الاقتصادي مدفوعاً في ذلك ومستهدفاً طاعة الله تعالى ومرضاته وامتثال أوامره في السعي والعمل دون أن يلتفت إلى ما قد يحققه من عائد مادي لا كلياً ولا جزئياً . ونحن نرى أن الإسلام يتسع لهذا ولذاك بل يتسع لأبعد من ذلك . إن طلب الرزق والسعي له واستهدافه جزئياً أو كلياً هو جزء أصيل من طاعة الله ومرضاته .

ولعل من أوضح النصوص في ذلك ما رواه كعب بن عجرة رضي الله عنه

(١) ١٧هـ ، ج ٤ -

قال : مر على النبي صلى الله عليه وسلم رجل قرأى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من جلده وتشاطه ، فقالوا يا رسول الله ، لو كان هذا في سبيل الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : * إن كان خرج يسعى على ولده صغاراً فهو في سبيل الله ، وإن كان خرج يسعى على أبوين شيخين كبيرين فهو في سبيل الله ، وإن كان خرج يسعى على نفسه يعفها فهو في سبيل الله ، وإن كان خرج يسعى رزاه ومقصرته فهو في سبيل القيطان * ^(١) . بالتأمل في هذا الحديث الشريف توجد النص صريحاً في كون سعي الرجل لتوفير متطلبات الحياة من الأرزاق له ولعائلته لا يتعارض أبداً ومرضاة الله وطاعته .

إن فهمي لما في الإسلام من مبادئ ولحكام يجعلني أرى أن الإسلام يتسع لثلاثة مسالك قد يسلكها المسلم .

١- أن يكون الهدف هو مجرد الطاعة والامتثال دون أن يكون لتحقيق العائد المادي (الرزق) أي منخل في ذلك .

٢- أن يكون الهدف هو المسابق مضافاً إليه الحصول على العائد المادي (الرزق) .

٣- أن يكون الهدف هو فقط الحصول على الرزق أو العائد المادي ليؤمن لنفسه متطلبات حياته .

وفي رأيي أن المسلك الأول هو مسلك كبار الورعين وإن المسلك الثاني هو مسلك جمهور المسلمين ولا يتنافى مع الورع المطلوب إسلامياً ، وإن المسلك الثالث غير مرفوض إسلامياً لكنه أقل المسالك درجة حيث فوت على صاحبه نيل الثواب الكبير ، كمن يستهلك لمجرد الاستمتاع الحلال .

ولا يلوتقاً ونحن على مشارف الانتهاء من مناقشة أين الحاج في هذه القضية الخطيرة أن نؤكد على وجود علاقة قوية بين السعي والعمل والحصول على الرزق عكس ما قد يفهم من كلام أين الحاج ، إن للعلاقة قوية مع ملاحظة أمرين- أولاً : أن هذه هي القاعدة العامة ولامانع من وجود استثناءات تقل أو تزيد .

وثانياً : إن هذه العلاقة تنصرف إلى المبدأ أو الأصل وليس إلى الدرجة والمقدار في بعض النشاط ، فليس هناك بالضرورة علاقة نالية بين مقدار العمل ومقدار

● الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج ●

العائد المادي ، فكم من جهد كبير لم يحقق إلا عائداً قليلاً .
وبما تجدر الإشارة إليه أن بعض المفكرين المعاصرين من مسلمين وغيرهم
يرون مسبق أن رأه ابن الحاج من حيث عدم سلامة استهداف العائد المادي من
رأه النشاط الاقتصادي مثل الدكتور/ عبدالرحمن يسري الذي يصور ويدافع
بقوة على عدم استهداف المسلم من نشاطه الاقتصادي سوى مرضاة الله دون
الحصول على لعائد المادي ومثل ماكيلاند ونظريته المعروفة بدوافع الإنجاز^(١) .

١/٤ - آثار ومتطلبات :

ولعل من أهم الآثار المترتبة على ما قدمه ابن الحاج حيال هذه المسألة مايلي :

١- دخول كل مجالات النشاط الاقتصادي لدخل الإطار الشرعي ، فهي إما طاعة لها
ثوابها وإما معصية عليها إثمها ، إن تم الامتنال على مستوى الأهداف والوسائل
فهي طاعة وليست مجرد عمل لخبوي . وإن لم يتم فهي معصية . يقول ابن
الحاج موضحاً ذلك : " وإذا كان ذلك كذلك فيحصل منه أنه لا فرق بين صلاته
وتصريفه فيما هو فيه . إذ إن كل ذلك قد يرجع إلى الله تعالى خالصاً ، فبقي في
كل أحواله متقلباً في العبادات وهذا - ممارسة النشاط الاقتصادي - أفضلها
بعد الإيمان بالله وأداء المفروضات لأن هذا تقع متعدد - عام - وذلك أرجح في
الوزن وأعظم عند الرب " ^(٢) وفي ذلك ما فيه من التحريض القوي على النشاط
الاقتصادي السليم : لما ورأه من هذه الدوافع السامية والتي لا تقف عند الدافع
المادي الخاص ، والذي قد يقل أو لا يتحقق فيضعف النشاط لعدم تحقيق الهدف ^(٣) .

٢- كما يترتب على ذلك أثر بالغ الأهمية هو الحرص القوي على سلامة الوسائل
والأساليب الاقتصادية حتى تتسق وتواءم الممارسة مع الدوافع والأهداف . وفي

(١) د. عبدالرحمن يسري ، التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الاسلام ، الاسكندرية : مؤسسة
شباب الجامعة ، ص ٣٠ ومبعضها .

(٢) ص ٤٠ ج ٤ ، قارئ الرواقب الاصفهاني ، الذوقية ، للقاهرة ، دار المصنوعة ، ١٩٨٥ م ، ص ٩٥ .

(٣) د. عبدالرحمن يسري ، مرجع سابق ، ص ٣٠ .

توضيح ذلك يقول ابن الحاج : " لكن يتعين عليه ان يتجنب في صناعته كل ما يعلم أنه مفسد لثيقه او منقصر لها " (١) .

٣- والضرورة المترتبة على ذلك كله على المستوى الاقتصادي هو تحقيق أعلى قدر من الكفاءة الاقتصادية من جهة وأعلى مستوى مرض من الرقابية ، حيث تتوافر السلع والخدمات المحتاج إليها بدرجة عالية من الجودة .

(١) ص ١٤ ، ج ١ .

٢- الملكية

تناول ابن الحاج مسألة الملكية بمنهج علمي متميز ، فلم يعقد لها فصلاً مستقلاً يناقشها فيه مناقشة نظرية فلسفية محضة قد تكون فائتها قليلة ، ولكنه تخير بنحلاً يقرم على مناقشتها من خلال التصرفات المالية المختلفة ، وخاصة مايتعلق منها بالإتفاق .

لكثيراً ما يعرض لتصرفات إتفاقية ثم يبين أن تلك التصرفات غير صحيحة شرعاً لأنها تتنافى وحقيقة قضية الملكية ، ثم ينفك قائل أن ملكية الإنسان للأموال ملكية غير تامة ، ويعني بذلك أنها منبثقة من ملكية تامة ومطلقة هي ملكية الله عز وجل للأموال . ويؤكد على أن المغزى من ذلك هو ضبط التصرف المالي للأفراد بالضوابط الشرعية التي تجيز بعض التصرفات وتقرض بعضها .

ومن عباراته في هذا الشأن هذه العبارة الجامعة * وإن كان للإنسان أن يتصرف في ماله لكنه تصرف غير تام ، محجوراً عليه فيه ، لأنه لايمك الملك التام ، لأنه أيج له أن يصرفه في مواضع . ومنع أن يصرفه في مواضع ، فالمال في الحقيقة ليس هو ماله ، وإنما هو في يده على سبيل العارية ، على أن يصرفه في كذا ولا يصرفه في كذا ، وهذا بين منصوص عليه في القرآن والحديث * (١) .

وإذا كان ذلك في الملكية الخاصة فإن الموقف مع الملكية العامة هو نفسه بل أكد في ضرورة الانتزاع بالضوابط الشرعية . فقد أكد ابن الحاج على أهمية عدم الاعتداء على الأموال العامة وضرب لذلك أمثلة منها شواطئ الأنهار والبصار والطرق ، موضعاً ضرورة عدم تمكين الحاكم أي فرد من الاعتداء على تلك الممتلكات بالبذاء أو الإقامة ، لما في ذلك من إلحاق الضرر بعامة الناس (٢) .

ونسجل لابن الحاج أن موقفه هنا متسق تماماً مع مواقف علماء الإسلام ومركز بحق وصدق فهم على النصوص الشرعية . كما أنه بهذا النهج ربط بوضوح بين موقف الاقتصاد الإسلامي من قضية الملكية والآثار المترتبة على ذلك في السلوك

(١) من ١٢٥ ج ١ .

(٢) من ٢٤٠ ج ١ ، ص ١٠٨ ج ١ .

الاقتصادي . وهو بذلك في الأخير يقدم لنا تمييزاً جوهرياً بين الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد للوضع السائد في الغرب والشرق .

حيث من نقاط التمايز الكبرى بين الاقتصاديات المختلفة الموقف من مسألة الملكية .

٣- الإنتاج " الكسب "

لا أظن أنني هنا في حاجة إلى التذكير بالمفهوم الاقتصادي المعاصر لمصطلح الإنتاج والذي يتصرف إلى إيجاد المنافع أو زيادتها . وأنه بذلك ينتظم العديد من المجالات والنشاط من زراعي وصناعي وتجاري وخدمي متنوع . ولا يقف عند حد بعضها فقط كما كان الحال لدى الفكر الاقتصادي من قبل .

ومن هذه الزاوية يمكننا أن نشير بداية إلى أن هذا المفهوم كان جلياً واضحاً في فكر ابن الحاج مع سبقه الزمني الكبير حتى للفكر الاقتصادي الوضعي التقليدي . والدارس لكتاب المنخل لابن الحاج يجده قد تتلوه قضية الإنتاج من زوايا متعددة أو من أكثر زواياها . وفي هذه الفقرة ستقوم بعرض مآقده والتعقيب عليه على النحو التالي :

٣/١- أهمية الإنتاج لدى المسلم :

يذهب ابن الحاج - بحق - إلى أن إنتاج ما يحتاجه المجتمع الإسلامي يحتل درجة من الأهمية تصل به إلى كونه فرضاً اجتماعياً " كلاًئياً " وذلك من المنظور الشرعي ، ناهيك عن أهميته من المنظور الدنيوي . وعندما نعرج على زاوية النشاط والمجالات الإنتاجية سنقدم مزيداً من العرض والتحليل لهذه المسألة . حيث يوضح ويحدد الأهمية الخاصة لكل نشاط .

ونركز هنا على مسألة طرحها ابن الحاج رحمه الله بهذا الخصوص ، وهي عرض موقف بعض الناس الذين يذهبون إلى أن قضية الإنتاج " الكسب " هذه هي قضية دنيوية محضة وأن موقف الإسلام منها موقف التزميد بل للقدم مستنديين في ذلك على فهم غير صحيح لحديث شريف ثم قيامه بعد ذلك بتبيان المعنى الصحيح لهذا الحديث ، مضيفاً إلى ذلك حثيات تجعل الإنتاج مطلباً شرعياً . يقول ابن الحاج : " زعم بعض الناس أن التكسب هو من الأمور الدنيوية ، لأن النفوس جُهلت على حب الدنيا واكتسابها . وقد ورد في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :

« حب الدنيا رأس كل خطيئة »^(١) . والجواب عنه أن الذم إنما ورد في نفس الحب لا في نفس التكسب ، فكلم من مكسب زاهد ، وكلم من تارك راغب . على أن مقدار الضرورة ليس من الدنيا على ما قلناه الطماء ، بل هو اعظم من الاشتغال بأمور الآخرة . فلو تكسب الإنسان يتبناه أنه يكلم إخوانه المسلمين القيام بضرورته وما يحتاج إليه لكان في أجل الأعمال ، لأنه جمع بين فرض وتقل . أما الفرض فهو قوام دينه وستر عورته وتجميله الشرعي . وأما التقل فهو رفع ما يحتاج إليه من ذلك عن إخوانه المسلمين ، وبعد أن ساق شرأ مطولاً عن عمر رضي الله عنه في الحصر على التكسب وعدم تركه ارتكافاً على ممارسة عبادة غير مفروضة قال : لعل ذلك على أن التكسب أفضل من الانقطاع للمصانعة إذا كان عالة على إخوانه المسلمين ، ومن أفضل الأعمال إشغال السور على قلب ولهم من المسلمين فكيف بجعاة منهم ، فإن لم يمكن فأقل ما يكون رفع الكلفة عنهم ، والمتسبب - التكسب - قد رفع كلفته عن إخوانه المسلمين ، وفي ذلك إشغال الرملة عليهم ، فكان التسبب في أفضل الأعمال ، ثم مع ذلك يكون على يقين من قوته من أين يدخل عليه لتحزبه في كسبه مما تلهاه الشريعة المحمدية أو تكرهه . اللهم إلا أن تكون لورثته مستترقة في التعبد فانقطاع أواى به وأفضل »^(٢) .

وهذه الفقرة المطولة تحمل العديد من الضامين الاقتصادية في حجة إلى بيان وتعليق ومن ذلك :

- مضمون العبارة المذكورة في جعلته معروف ومشهور لدى الفكر الاقتصادي الإسلامي من قبل ابن الحاج^(٣) .

والجديد فيه هو ما يذهب إليه من فرضية للتجمل الشرعي ، وعدم تقني ذلك

(١) رواه البيهقي في الشعب مرسلاً ، وهو حديث ضعيف وقيل موضوع ، انظر قيسر القدير ، ج ٣٦٨/٣ .

(٢) ص ٣١٦ ، ج ٤ .

(٣) انظر : ابن الحصن ، الكسب ، تحقيق د. سهيل زكار ، نشر عبدالهادي حرسوتي ، دمشق ، ص ٦١ ومبعضها .

الراغب الأصفهاني ، الفريفة إلى مقام الشريعة ، القاهرة : دار الصنعة ، ١٩٨٥ م ، ص ٣٨٥ .

أبو حامد الغزالي ، إحياء علوم الدين ، بيروت : دار المعرفة ، ص ٢٢٤ ومبعضها ، ج ٢ .

● الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج ●

إلا بالكسب . وهذا فهم جيد للتشريع الإسلامي في المجالات الاقتصادية حيث يدفع عنه ما يرسي به من حض وتحرير أصحابه على الاكتفاء بالضرورات وأدنى الحاجيات . يقول الله تعالى : ﴿ قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق قل هي للذين آمنوا في الحياة الدنيا .. ﴾ (١) .

ويقول صلى الله عليه وسلم : " كل ما شئت واليس ما شئت ما أخطأتك خصلتان ، سرف ومخيلة " (٢) .

- من أجل وأحسن ما في عبارته تلكيده الصريح على ما تجليه البطالة من قارسية على المستوى الاقتصادي والمقوى النفسي وذلك من خلال ما ترقبه من زيادة حجم " الإعالة " الذي يمثل عبئاً على الغير ولا شك أن إعفاء المسلم غيره من تحمل هذا العبء يدخل الضرور على نفسه وذلك مطلب إسلامي . ونحن نضيف إليه أنه مطلب إسلامي لما هو أبعد من ذلك وأعمق ، فالبطالة والإعالة تجلبان متاعب وضروراً لاجتماعية واقتصادية مباشرة وغير مباشرة ، معروفة جيداً لدى علماء الاجتماع وعلماء الاقتصاد مما لا يحوجنا هنا إلى الخوض فيها . ومهما يكن من أمر فإن مقولة ابن الحاج هذه تعد قولاً صحيحاً دقيقاً لموقف الإسلام من قضية البطالة وترك ممارسة النشاط الإنتاجي .

- ذهب ابن الحاج إلى القول بتفضيل ترك الكسب للفقير المنقطع للعبادة أمر لا يمكننا القول على إطلاقه ، وماتواه أن الإسلام يأمره بالكسب ولا يعفيه عنه طالما له قدرة عليه ، بذلك ردت التصوص الشرعية الصحيحة وجرى عليه العمل في صدر الإسلام .

- كثيراً ما يوازن ابن الحاج للنشاط الإنتاجي بالعبادات أو بالاشتغال بأمور الآخرة ، موضحاً أن كفة الإنتاج ترجح الكفة الأخرى لما فيه من النفع المتعدد والاشتغال على تأدية فرض ونقل عكس العبادات وأعمال الآخرة . والمسألة من حيث المبدأ لا غبار عليها لكنها في حاجة إلى تحرير وتوضيح . فالمعروف أن الإسلام لا يقيم حدوداً فاصلة بين أعمال الدنيا وأعمال الآخرة .

(١) سورة الاعراف الآية ٣٢ .

(٢) رواه أحمد وأبو داود : لفظه سئل السلام ، نشر جامعة الإمام محمد ، الرياض ، ص ١٦٤ ج ٤ .

فالمطلوب في كل أعمال الإنسان الصلاح والإخلاص ، وبذلك يكون طاعة ، بغض النظر عن طبيعته .

٢/٣- الإنتاج والعلم :

من المسائل التي ركز عليها شيخنا بتوفيق نادر مسألة العلاقة بين ممارسة النشاط الاقتصادي وتوفير المعرفة . فقد ذهب إلى ختمية توفر المعرفة لدى من يمارس هذا النشاط ، والشئ العجيب هنا فوق ذلك هو إصراره على أن المعرفة المطلوبة نوعان : معرفة شرعية ومعرفة فنية . ومن عبارته في ذلك قوله عن الزلزلة : ' لكننا تحتاج إلى معرفة بالفقه وحسن معاملة في الصناعة مع النصيح الثام والإخلاص فيها ' (١) . ويقول عن الفراسة - زراعة الحدائق - لكننا تحتاج إلى علم بها وعلم فيها . أما العلم بها فهو العلم بصناعة الفراسة وما يصلحها وما يفسدها . وأما العلم فيها فهو تعلم لسان العلم ، وما يجوز فيها وما يحرّم وما يكره وما يباح ' (٢) . ويعمم القول على مختلف النشاط في عبارة أخرى جامعة (٣) .

إن تأكيد ابن الحاج على ضرورة توافر كلتا الموعرفتين يعتبر إسهاماً بارزاً في كل مبرود النشاط الاقتصادي ويزيد من كرامته . فهي دعوة إلى إقامة للزبد والمزبد من المناوس الفقية ومعامل الأبحاث والمراكز التدريبية إضافة إلى توافر المدارس العلمية الشوعية . ولو استقصدنا بهذه الأراء الجيدة لكان واقع المسلمين اليوم مختلفاً كل الاختلاف ، ولما احتجنا إلى استيراد المعدات والآلات والخبراء مما أوقعنا فيما نعلنه اليوم من تبعية تقنية (٤) . كذلك ما كان ليشجع في دنيا الأعمال ما يشجع من جهل فاضح بالعبود والعهد من الأحكام الشرعية المتعلقة بالمجال الاقتصادي .

وقد كان ابن الحاج على درجة طيبة من الوعي بالواقع وما قد يكون عليه ، حيث كثيراً ما لا يتاح التحلم الجيد للممارسين للنشاط الاقتصادي ، من ثم فقد بين

(١) ص ٤٠ ، ج ٤ .

(٢) ص ١٠ ، ج ٤ .

(٣) ص ٩٣ ، ج ٤ .

(٤) د. جورج قدم ، الفقيه الاقتصادية ، بيروت : دار الفلحة ، ١٩٨٢ م ، ص ١٤٤ ، وما بعدها .

● الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج ●

مايجب عمله عندئذ وهو سؤال أهل العلم المختصين . " وإذا كان ذلك كذلك فمن فيه أهلية لتعلم العلم المحتاج إليه في حرقته فيقتعين عليه التعلم ، ومن لم يكن فيه أهلية لذلك فليسال العلماء " (١) .

ومن اللافت للنظر ماقام به ابن الحاج من ربط رائع بين توافر هذه المعرفة وسلامة وصحة الممارسات والأساليب الإنتاجية بحيث لا تتعارض مع البواعث والأهداف . فيقول في إحدى الصناعات : " فينبغي للمكلف أن لا يبدس ما هو فيه من هذه الطاعة بشيء مما يشونها أو يذهب بثوابها ، وذلك لا يحصل له إلا بالعلم ، والعلم لا يحصل إلا بالتعليم أو بالسؤال " (٢) .

ومن الواضح أننا لو نفذ ما اشار به شيخنا في هذا الشأن بالذات لأصبح لدينا اقتصاداً يتمتع بسمات الكفاءة والرشد ، وهذا مايدعو إليه الاقتصاد الإسلامي ، وماتطمح إلى تحقيقه الاقتصاديات المعاصرة لكن دون جدوى .

٣/٣- مجالات الإنتاج ونماذج من النشاط الاقتصادي :

يتبع وتجميع وتطيل ماقدمه ابن الحاج في هذا المجال تجده قد تناول جوانب على درجة كبيرة من الأهمية ، ومن ذلك عنلية الإسلام وعرضه الفائق على مختلف النشاط الاقتصادي ، (٣) معاليفه أهمية تنويع الاقتصاد القومي ، ومن ثم قوته وتوازنه . ومن ذلك أيضاً الوعي القوي بما هنالك من ترتيب ومفاضلة بين بعض النشاط وبعضه الآخر ، والمعايير المستخدمة في ذلك ، مما يعني أهمية عملية دراسات الجدوى وتقييم المشروعات . ومن ذلك أيضاً إشغال ابن الحاج كلاً من النشاط للتجاري والنشاط الخدمي ضمن النشاط الاقتصادي الذي لاغنى عنه . وأخيراً فعن عرضه للمهن والحرف المختلفة ومايجري في كل منها من ممارسات صحيحة أو

(١) ص ٤ ، ج ٤ .

(٢) ص ٢١ ، ج ٤ .

(٣) وممايسجل لابن الحاج هنا أنه بهذا العرض الفصل تدبر لنا الموقف الإسلامي حيال مسألة التخصص وتقسيم العمل والتي يحترمها الإسلام ويحضر عليها ظلالاً ارتكزت على عوامل وأسس موضوعية .

خاطئة ، وتقديمه لما ينبغي أن تكون عليه تلك الممارسات وما تتوَلَّف عليه من مقومات ومتطلبات ، من عروضه لكل هذا قد كشف لنا عن صفحات مهمة من التاريخ الاقتصادي للمجتمع الإسلامي من جهة وعن الآداب الإسلامية في المجال الاقتصادي من جهة أخرى .

وفي هذه الفقرة يهتما التركيز على مسألتين . هما : فكرة تنويع النشاط الاقتصادي والمفاضلة بينه ثم عرض لنماذج مما قدمها . فيما يتعلق بالمسألة الأولى نجد الشيخ يقول : " اعلم وقلنا الله وأياك أن جميع الصنائع فرض على الكفاية في الغالب ، لكن بعضها أكد من بعض ... فإننا علم ذلك فأكد ما على المكلف من الصنائع والحرف الزراعة التي بها قوام الحياة وقوت النفوس لذلك بدئ بها على سبيل التثنية على ما بعدها ، ويعقبها إن شاء الله تعالى الكلام على ما يستتر به العورة ، وذلك راجع إلى صفة الصياكة وهي القزازة ، ثم الأكث فالأكث ، والأولى فالأولى بحسب مايسره الله تعالى " (١) . معنى ذلك أن كل للحرف والمهن المحتاج إليها يتحتم وجوبها ، والمفاضلة بينها تدور حول أمرين . درجة الحاجة وعموميتها .

وفيما يتعلق بالمسألة الثانية نلاحظ أن ابن الحاج قد تناول العديد والعديد من النشاط في مختلف المجالات الاقتصادية وغيرها . ونكتفي بعرض بعض النماذج ذات الصبغة الاقتصادية في مجال الزراعة ومجال الصناعة ومجال التجارة ومجال الخبصات .

١/٣-٣- الزراعة :

يقول في أهميتها وفي معيار هذه الأهمية : " فإننا علم ذلك فأكد ما على المكلف من الصنائع والحرف الزراعة ، فبني بها قوام الحياة وقوت النفوس ... ثم إن خيرها عتد للزراع ولإخوانه المسلمين وغيرهم ، والطير والبهائم والحشرات . كل ذلك يقتنع بزراعتها " (٢) . من الواضح أن معايير الأفضلية ترجع إلى مدى شدة الحاجة إلى النشاط ومقتباته ، وإلى مدى عمومية النفع المتحصل منه . وقد أمدد الاقتع في الزراعة فشمع كل عناصر البيئة الحيوية المحيطة .

{ (١) ص ٣ ، ج ٤ .

{ (٢) ص ٤ ، ج ٤ .

● الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج ●

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة والإشادة في أن إلى ماثلت إليه ابن الحاج الانظار من سوء الاوضاع التي عليها المزارعون ، والتي لحالهم إلى كونهم مثل الأسرى يل كونهم غير آدميين معاهم فيه من المظالم وشظف العيش - وخاصة منهم زراع الحبوب ، أما زراع الفواكه فهم أحسن حالاً مادياً ومعتوياً ^(١) . واعتقد أن هذه الاوضاع العميقة مازالت متفشية في الكثير من بلدان العالم الإسلامي المعاصر ، الأمر الذي تصيب في تدهور الإنتاج الزراعي وعرقلة التنمية الاقتصادية الرشيدة ^(٢) . ثم وقوع العالم الإسلامي فريسة للتبعية الفئائية وماتجليه من مخاطر ومضار على مختلف الأصعدة ^(٣) .

٢/٣-٣- صناعات الغزل والنسيج والملابس :

ذهب ابن الحاج إلى أن تلك الصناعات تلي الزراعة في الأهمية ، وأنها من أفضل الصناعات ، ويجب توافرها بالقدر الكافي لسد حاجات المجتمع " لأن بها تقع السترة غالباً ، والسترة واجبة في الشرع " ^(٤) . وهي متعلقة بستر العورة ... ثم للتجمل المطلوب في السفة للطهرة ، ثم ما يدفع به الحر والبرد " ^(٥) . ولا يلوته أن يؤكد على سلامة الهدف من ممارسة هذه الصناعات " يسهل مايفعله في أمر صناعتها على ثبة إسقاط الفرض عنه وعن إخوانه المسلمين ، برفع الكلفة عنهم في تحصيل ما يحاوله وتيسير ذلك عليهم والنصح لهم فيه ، وأمر الرزق تابع لذلك لا متبوع " ^(٦) .

(١) ص ٩-١١ ج ٤ .

(٢) أنيريت هلمين ، اقتصاديات التنمية ، ترجمة جورج خوري ، عمان : مركز الكتب الأردني ، ١٩٨٨ م ، ص ٨٥ ومقدمة .

(٣) لمعرفة موسسة بليمان التبعية وسوء آثارها ، انظر رسالة تلميذا الدكتور عمر الرزوقي للدكتوراه والتي نشرناها عليها " التبعية الاقتصادية في البلاد العربية ومعالجتها في الاقتصاد الإسلامي " جامعة أم القرى ، ١٤١٥ هـ .

(٤) ص ١٢ ج ٤ .

(٥) ص ١٥ ج ٤ .

(٦) ص ١١ ج ٤ .

وقد كشف لنا ابن الحاج عن بعض التتبعات الاقتصادية التي كانت سائدة في هذه الصناعات ومن ذلك أنه كانت هناك مصانع للنسيج يعمل بها عمال بأجرة ، ومنها مصانع كانت تمتلك السلعة الوسيطة (الغزل) ومنها ما كان يستقبل الغزل من أصحابه ويقوم بنسجه لهم مقابل أجر محدد ^(١) .

٢/٣/٢ - التجارة :

كما استعرض ابن الحاج العديد من الصناعات المختلفة تتناول النشاط التجاري من جوانب متعددة ، من حيث لسلع محل التجارة ، ومن حيث نطاق النشاط التجاري ، وهل هو النطاق الداخلي أو النطاق الخارجي ، ومن حيث كونه نشاط جملة أو نشاط تجزئة . وهو في كل ذلك يركز على الأهداف وعلى المنافع المتحققة من وراء هذا النشاط ، وعلى الأرباح وما ينبغي حيالها وعلى النعاية وترويج المبيعات ، وعلى التنظيم البيعي ، وعلى الائتمان التجاري . وعلى ما هنالك من صور عديدة للقضايا التي ستفرد لها فقرة قائمة إن شاء الله .

إن الأهداف تتركز حول التيسير على المسلمين ، وتوفير احتياجاتهم ، دون تحميلهم المزيد من المشقة والعناء حيث يجدون ما يحتاجونه في المكان المناسب وفي الوقت المناسب وبالكمية المطلوبة ^(٢) .

وهذه بعض أقواله : * يتعين على التجار أن يجلس بنية التيسير على إخوانه المسلمين وإعانتهم بما يحصله في دكانه من السلع ، حتى يأتي من هو مضطر أو محتاج فيجد حاجته ميسرة ، دون تعب ، لأن بعض الناس يحتاج إلى عشرة أذرع مثلاً أو أكثر من ذلك أو أقل فلو كلف هذا المشتري أن يشتري سوسية أو مقطوعاً على الكمال حتى يأخذ حاجته منه لشق ذلك عليه وصعب ، فلأن قد تعين أن ما يحاوله في دكانه من باب التيسير على إخوانه المسلمين ... ثم يضيف إلى هذه النية نية الإيمان

(١) ص ١٧ ، ج ١ .

(٢) في قولنا أنواع التجار المختلفة انظر : د. محمد سعيد عينا الفلاح ، إدارة التسويق ، بيروت : دار الجامعة ، ص ١١٢ - ١٤٩ .

• الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج •

والاحتساب ونصح من يباشره من إخوانه المسلمين فيما يعاملهم به ، ويتوكل على الله في رزقه ، حتى يكون عنده وجود الدكان وعدمه سواء بالنظر إلى الرزق المقسوم المقدّر " (١) . ويقول عن التاجر الدولي : " يكون المعتد عليه في نيته التيسير على إخوانه المسلمين من أهل الإقليمين اللذين يتردد بينهما أو الأقاليم ، فييسر على هؤلاء ما يحتاجون إليه مما ليس عندهم أو كلن عندهم لكنه قليل . وكذلك على الآخرين ، ويجعل طلب الرزق تبعاً لذلك مع توكله على ربه عز وجل " (٢) .

ويقول عن تاجر العطار : " ثم إن العطار لا يظفر أمره من أحد قسمين ، إما أن يكون من القسم الذي يشتري من الكارم - المنتج - أو من القسم الذي يشتري من العطار . لأن كان الأول فيحتاج إلى تخلص نيته في بيعه وشراؤه ، بأن ينوي به الله تعالى لاغيره ، إذ إن أكثر إخوانه المسلمين لا يقدرون على محاولة ما هو يحاوله ، لأن غيره من العطارين الضعفاء إذا احتاج أحدهم أن يشتري من الزبائن أوقية أو نحوها أو من المسك أو غيرهما بحسب حال تلك السلعة لا يقدر على شرائها من الكارم في الغالب ، فيكون هو ، ينوي بذلك التيسير على إخوانه المسلمين ، مثاله أن يشتري من المسك بعانة دينار أو أقل أو أكثر من الزبائن أو المسك أو غيرهما من السلع ، فيبيعه هو في مكانه بخمسة الدراهم والعشرة ومائتين ذلك أو أقل منه .

فهذا الفعل يكون معيذاً قبيحاً لإخوانه المسلمين ... وإن كان العطار من القسم الثاني ، وهو الذي يشتري من العطار المتقدم ذكره فيحتاج أن يخلص نيته فيما يحلوه ، فيجعلها لويه عز وجل ، ويكفيتها كما تقدم فيمن قبله ، وهو أن ييسر على إخوانه المسلمين ما يحتاجون إليه من السلع التي يحاولها - يتاجر فيها - فييسروا لهم قربية من مواضعهم ، لأن في خروج بعضهم إلى موضع العطارين الكبار مشقة عليهم . ووجه آخر وهو أن الغالب في الناس من يشتري الأوقية ونصف الأوقية والربع والثلث ، إلى غير ذلك . والعطار المتقدم ذكره لا يلتفت إلى ذلك . فيكون هنا يشترائه منه ميسراً على إخوانه المسلمين ما يحتاجون إليه ، سيما إن كان مكانه في

(١) ص ٢٩ ج ٤ . لكن ابن الحاج سرح في عبارة أخرى بما يفيد عدم العانعة في لاجتماع هدف لتعمية الاموال مع تلك الأهداف ، حيث يقول : " والتاجر قد تارق أهله وتعب في السفر وخاطر للوجه المتقدمة وللعمية المال وإصلاحه " ص ٦٣ ج ٤ . وانظر: كذلك ص ١٤٧ ج ٤ .

(٢) ص ٥٦ ج ٤ .

موضوع بعيد من العطارين الكبار ، فإنه يعظم ثوابه بذلك ، لأنه قد تضطر الرزاة وغيرها من أرباب الضرورات أن يخرجوا لشراء ذلك ، فإنه وجدوا ما يحتاجون إليه قريباً من بيوتهم زال عنهم التعب والمشقة في مطيعهم لموضع العطار الكبير ، فكانه أعطاهم ذلك من جهته بلائمن ، إذ إن ما يلصقهم من الخس في تلك المواضع البعيدة أكثر مشقة * (١) .

وفيماء يتعلق بالنسيئسات البهيمية والأرباح نجد الشيخ يفضل نظام البيع بالمصارعة على نظام التروحية ، لا يتعمده بدويرة أكبر عن الشبه والمصومات ، إذ لن يضطر التاجر عادة فيه إلى الكذب . وبين الحاج يؤيد تحقيق الأرباح في التجارة لكنه يرى من الأفضل عدم المبالغة فيها . كما أنه بحث على المناصفة والمساواة في البيع والشراء حتى يأمن تغرير التجار ، ومن أقواله في ذلك : " ويتنبى له أن يكون هيناً ليناً في بيعه وشرائه مع وجود التحفظ على نفسه من الإجحاف بها فيما يخل بحالها ، فإذا باع سامح بالشيء الذي لا يضر بحاله وكذلك إذا اشترى * (٢) ويتنبى السامحة مع من يعلم أنه من أهل الدين والخير حقيقة لا مجازاً ، فيترك له بعض الربح أو كله ما لم يضر بحال * (٣) .

وفيماء يتعلق بالائتمان نجد أبرز الحاج لا يصبذ هذا النوع من التعامل للباطع وللشعري ، لأن المداينة لها مضارها المتعددة التي قد تذهب برأس المال للتاجر من جراء ما يقدم من ديون ، إضافة إلى ما تجره من ويلات على المستهلكين . وفي ذلك يقول الشيخ : " ويتنبى له أن قدر أن لا يبيع إلا بالتقيد قليلاً ، ولا يبيع بالدين . لأن للبيع به يؤول إلى المنازعة والمخاصمة في الغالب ... فإن تعلق صلاح الشخص وحاجته فلا بأس به ، إذ إن فيه إعانة لأخيه المسلم وتقريباً عنه * (٤) . كما يقول : " ويتنبى له أن مهما قدر أن لا يشتري بالدين قليلاً لوجهين . أحدهما أن يسد ذلك باب النزاع والخلف في الوعد ، والثاني أن يزيل بذلك عن نفسه ما يتوقعه من قتل بسبب الدين الذي يأخذه ... اللهم إلا أن يضطر إلى الدين ، ويكون من يداينه متصفاً

(١) من ٧٦ ، ج ٤ .

(٢) من ٢٨ ، ج ٤ .

(٣) من ٢٨ ، ج ٤ .

(٤) من ٢٤ ، ج ٤ .

٤/٣- قطاع الخدمات :

لم يقف تناول ابن الحاج في مدخله عند النشاط الزراعي والصناعي والتجاري بل تجاوزه إلى النشاط الخدمي فتناول خدمة التعليم وخدمة الصحة . ونكتفي هنا بعرض إجمالي لبعض ما قدمه حيال خدمة الصحة .

لقد راعه ما رآه سائداً في عصره من احتكار غير المسلمين لمهنة الطب في بلاد المسلمين وبين ما في ذلك من المضار الفيزيائية والنفسيّة ، وأهاب بالمجتمع الإسلامي أن يقضي على هذه الظاهرة غير السليمة وأن يؤمن الأفراد كل ما يحتلجونه من سلع وخدمات كلما كان ذلك ممكناً .

ومن الأمور الطبية تأكيده على عمق العلاقة بين توفر هذه الخدمات والمحافظة على الدين حيث يقول : " ثم انظر إلى اشتغالهم - غير المسلمين - بتحصيل هذه الأساليب الثلاثة وهي : طب الأبدان وتكحيل العينين - طب العينين - ومعرفة الحساب - علوم الاقتصاد والإدارة والمعاملة - لأنهم توصلوا بسببها إلى إتلاف حال المسلمين غالباً في أبنائهم ودينياهم ، وذلك أن الإنسان إنما يهيم صلاح دينه ، وهاته ، فإن اعتل بدنه احتاج إلى مباشرة الطبيب له ، والكمال لعينيه ، وإن كان له مال لاحتاج لمن يحصره ويصعبه ، ولد تضمن ذلك الإخلال بالدين ، لأنه يوقوع الخلل في لحدها يقع الخلل في الدين غالباً . ألا ترى أن المكلف تلزمه الصلاة قائماً فإذا حصل له الخلل في جنبه رجع إلى الجلوس لأن أشتد رجع إلى الاضطجاع ، وكذلك يقطر في شهر رمضان ، إلى غير ذلك وهو كثير " (١) .

ويؤكد على سلامة للباحث والهدف من تأدية هذه الخدمة بائتمان السنة في للتطبيب وإعانة المسلمين . وفي ذلك يقول : " العلم علمان : علم الأديان وعلم الأبدان وكلاهما إذا تخلصت النية فيه كان من أعظم المصائب " (٢) ويعود فيؤكد على ضرورة تعلم مهنة الطب فيقول " وإذا كان ذلك كذلك فيتعين على طلبة العلم ومن فيه أهلية للعلم والمعرفة أن يشتغل بهذا العلم في هذا الزمان لفئة من يشتغل به من

(١) من ١٢٠ ج ٤ .

(٢) من ١٤١ ج ٤ .

بالسماحة والمدين فلا بأس إذن * (١) .

وحتى ندرك مآقي نظرة الشيخ من عمق ودقة فراجع ماسببه الائتمان غير الرشيد من ويلات ومضار على الافراد والمؤسسات (٢) .

— أما فيما يتعلق بالدعاية وترويج المبيعات ، فقد اطنب فيها وأبدع شيخنا رحمه الله ، لقد كانت لديه معلومات طيبة عما يجري في دنيا التجارة من إعلانات ومسابيب لترويج المبيعات وقد تبين له أن الكثير من ذلك مخالف لمبادئ الشرعية لما فيه من خداع وغش وكذب واختلاق لمنافع مزعومة في السلعة . وبالطبع فإن ذلك يجب التحرز منه على الأقل حتى لا يفسد المقصود من التجارة . على أنه من جهة أخرى لا يمنع في الإعلان عن لبضاعة وترويجها طالما التزم التاجر الصدق وعدم المبالغة . ومن أقواله في ذلك : * وينبغي له أن لا يمدح سلعته ولا يثني عليها بلفظ ولا كناية . ويكفي في ذلك الشاهدة من المشتري وغيره ، لأنه إن فعل ذلك فالغالب عليه الخروج عن الحد في الإغيار بفلاف مامي عليه ... وبعض الناس في هذا الزمان يمدح سلعته بالكذب ويذكر لها اسماً غير اسمها المعروف بين الناس ... وبعضهم يذكر في السلعة التي يطوف بها منافع يختلقها ويسمعوها من لا علم عنده بذلك . وكلها عوائد اصطالحوا عليها وذلك مذهب البركة ... فيجمعون على أنفسهم التعب والنصب والمشقة وقلة الرزق لعدم البركة * (٣) . واليهم نعيش في حالة من الاتجار الإعلانى غير الحقيقي ، وآثاره الاقتصادية والاجتماعية واضحة جليلة (٤) .

(١) ص ٧٩ ، ج ٤ .

(٢) د. لؤي مرسي ، الرقسمية تجدد نفسها ، الكويت : سلسلة عالم المعرفة (١٤٧) ١٩٩٠ م ، ص ٢٨٧ وملاحظتها .

د. محمد عمر شاهراة ، نحو نظام نقدي عادل ، قرجينا ، للمهد العاليي للفكر الإسلامى ، الطبعة الثانية ، ص ١٨١ وملاحظتها .

(٣) ص ١٠٦ ، ج ٤ .

(٤) د. سمير محمد حسن ، الإعلان بدون ذكر فائده ، الطبعة الثالثة ، القاهرة : ١٩٨٤ م ، ص ٢٣-٤٣ .

المسلمين ، حتى إنه ليؤكد الاشتغال به أن يكون فرض عين * (١) .
رحم الله شيخنا . كانه كان يستشرف ما نحن عليه اليوم من تخلف علمي بجزائر
ماعليه الأمم الأخرى من تقدم علمي مذل ، ولاشك أن تخلفنا في مجال العلوم يعد
معوقاً إسلامياً في طريق تقدمنا ونهضتنا .

٣/٤- الغش التجاري والصناعي :

مما يثير اهتمام القارئ المستغل ذلك للتناول الفصل الدقيق لموضوع الغش
التجاري والصناعي ، والذي لحاط بأبعاده المختلفة ، من حيث الصور والأشكال ،
ومن حيث الدوافع ، ومن حيث الآثار ، ومن حيث موقف الإسلام منه .
ومما تجدر الإشارة إليه أن ابن الحاج قد تناول هذا الغش عند تناوله لمختلف النشاط
الاقتصادي الأمر الذي يفيده المعرفة والدراية للوسعة بهذا النشاط وما يجري فيه ،
إن موقف الشريعة من الغش من الوضوح بمكان . ومع ذلك فكثيراً ما نكر بذلك
شيخنا رحمه الله .

ومن صور الغش التجاري التي عرضها . نسبة السلعة إلى غير منتجها الحقيقي
أو غير بلدها ، وكذلك عدم مطابقة البضاعة للعينات ، وعدم العرض الجيد الواضح
للسلع حتى ترى على حقيقتها (٢) .

ومن صور الغش الصناعي عدم مراعاة متطلبات الجودة في العملية الإنتاجية
سواء من حيث الوقت اللازم ، أو نوعية المواد الخام والوسيطة ، واستخدام نوعيات
رديئة لأخصبها ، أو من حيث أسلوب و " تكتيك " الصناعة ، أو من حيث خلط
الاصناف الجيدة بأصناف رديئة (٣) .

ومن الأشياء الجديرة بالإشادة هنا أنه قدم معياراً موضوعياً للغش الصناعي
يقوم على مقتضى علم الصناعة ، فكل شيء يرى أهل الصناعة أنه غش فيجتنبه (٤) .

(١) ص ١٤٩ ، ج ٤ .

(٢) ص ٣١ ، ج ٤ .

(٣) ص ١٢ وما بعدها ، ج ٤ .

(٤) ص ١٤ ، ج ٤ .

وقد بين دافع المنتج لارتكاب الغش أنه تقليل التكلفة ومن ثم تحقيق المزيد من الأرباح ^(١) . ولكنه أكد على أن الآثار المترتبة على ارتكاب الغش في المدى الطويل هي محق البركة وضياح الأموال ^(٢) . وقدم تفسيراً اقتصادياً جيداً لحرمة الغش أنه أكل أموال الناس بالباطل كما أن إضاعة الأموال ، حتى ولو علم المشتري بذلك . فلربما باعها دون أن يبين ما فيها من غش ^(٣) .

٥/٣- علاقات العمل :

طالما هناك مشروعات إنتاجية . زراعية كانت أو صناعية أو تجارية أو خدمية ففي حالات كثيرة نجد أصحاب أعمال - منظمين - ونجد عمالاً . ومعنى وجود هؤلاء وهؤلاء وجود علاقات عمل محكومة بضوابط معينة . فلكل قبل الآخر حقوق وعليه واجبات . كما أن هناك إطاراً حاكماً لايحق لأحدهما أن يطلب من الآخر شيئاً خارجه . وعلى من لا يلتزم بذلك من الطرفين أن يقاطع ، صاحب عمل كان أو عاملاً من قبل الطرف الآخر .

وفي ذلك يقول : " ويحتاج الصانع إلى النصيح وبذل المجهود لمعلمه ، ويتبع غرضه وما يأمر به من المصلحة في ذلك ، اللهم إلا أن يأمره بشيء مما يقتضي التدليس أو غيره مما تقدم فلا يرجع لمعلمه فيه ، فإن أبى المعلم تركه ومر إلى غيره ممن يخلص نمته عنده " ^(٤) ، " ومن ذلك أن المعلم إذا كلف الصانع الذي عنده أن يخط بالخيط من غير أن يقتله فلا يفعل ولا يرجع إليه في ذلك ، لأن الخيط إذا لم يفتل لم تكن له قوة تقويم الخياطة معها . وكذلك لو أمره أن يشل ويوسع بين الغرزتين وما أشبه ذلك فلا يرجع إليه فيه " ^(٥) ، كما يقول : " ويتعين عليه - صاحب العمل - أن لا يترك أحداً من الصناع يفعل ما تقدم ذكره من كشف الصورة - عند القيام بالعملية الإنتاجية - فمن لم يسمع منهم ما أمره به أخرجه من موضعه

(١) ص ١٨ ، ج ٤ .

(٢) ص ١٣ ، ج ٤ .

(٣) ص ١٢ ، ج ٤ .

(٤) ص ١٧ ، ج ٤ .

(٥) ص ٢١ ، ج ٤ .

• الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج •

وأتى بغيره ، واشترط عليه ستر عورته مع الشروط المتقدم ذكرها في التحفظ على الصلوات في أوقاتها ، فإذا فعل ذلك برئت ذمته وحصل له الثواب والبركة فيما يحاوله وعرفت عاقبته " (١) ، " ولو كان الصانع يتعطل على دينه ، ومستأجره يطلب منه دوام العمل ويشح عليه بإيقاع الصلاة في وقتها فهو أثم ، لأن الصلاة لا يدخل إيقاعها بشروطها في الإجارة ولو شرط ، لأنه مستثنى في الشرع الشريف ، ويجب على المستأجر أن يعطيه الأجرة كاملة ، ويحرم على الصانع أن يطيعه في ترك الصلاة والجمعة وصوم شهر رمضان ، ولا يعمل عند من هذا حاله ، لأنه مأمور بهجرانه ، فكيف يعمل عنده وفي نفس العمل عنده إغاة له " (٢) .

وخلاصة القول إن الضوابط الإسلامية في هذا الصدد تؤكد على ضرورة احترام العامل لقواعد ونظم العمل مادامت لا تخالف أمراً شرعياً ، كما تؤكد على ضرورة قيام صاحب العمل بإعطاء العامل حقوقه كاملة . وعندما ينحرف أي منهما عن اللجادة فعلى الطرف الثاني ترك التعامل معه .

(١) ص ٨٨ ، ج ٤ .

(٢) ص ١٦٢ ، ج ٤ .

٤- الاستهلاك

من المعروف في علم الاقتصاد أن الاستهلاك يمثل أحد أركان النظرية الاقتصادية شأنه شأن الإنتاج والتوزيع والتبادل . وإن كان هذا النشاط يتطلب أن يكون له دوافعه وأهدافه التي تحببه من مجرد نشاط اقتصادي دفيوري إلى طاعة وعبادة فإن الاستهلاك هو الآخر له دوافعه ومقاصده التي تؤثر بدورها في تكييفه وفي نمطه وأسلوبه .

ومن هنا المنطلق وجدنا " الممثل " بقسح مجالاً رحباً للاستهلاك . وفيما يلي نعرض لأهم القضايا التي طرحها ابن الحاج في هذا المجال .

١/٤- حاجات الإنسان ونور العوامل الاجتماعية فيها :

يعد إسهام ابن الحاج في هذه القضية على درجة كبيرة من الأهمية لما تحتله هذه القضية من أهمية في النظرية الاقتصادية من جهة ^(١) . ولتوعية مآقده ابن الحاج حيالها من جهة ثانية .

لقد ذهب ابن الحاج إلى أن البيئة الاجتماعية لها أثرها البارز في نشأة الحاجات وتعددتها ^(٢) . ومعنى ذلك أنه لعلاج هذه المشكلة لابد من علاج العادات والتقاليد ثم بين أنه بالنسبة للمسلم فإن الدين يمارس مهمة تحديد الحاجات الحقيقية ووضع الإطار الصحيح لها في موجهة مآقد يكون للعادات من أثر سلبي حيالها . وقد ذكر

(١) ولا يدل على ذلك من تبريح الاقتصاديين وهم يصدرو دراسة للشككة الاقتصادية والتي تقوم أساساً على الحاجات بأن هذه المشكلة كانت وراء نشأة علم الاقتصاد .

انظر: د. فهد المحجوب ، الاقتصاد السياسي ج ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ٢٠ .

(٢) ص ١٢٩ ج ١ . وانظر في تأكيد علماء النفس وغيرهم على أثر العوامل الاجتماعية في حاجات الإنسان د. مختار حمزة ، مبادئ علم النفس ، جدة . المجمع العلمي ، ١٩٧٩ م ، ص ٧٤ وما بعدها . د. سعد جلزل ، المرجع في علم النفس ، القاهرة ، دار المعارف ، ١٩٦٣ م . ص ٢٤٧ وما بعدها . د. محمد سعيد عبدالفتاح ، إثارة التمييز ، مرجع سابق ، ص ٥٥ ، أريك فروم ، الإنسان بين المظهر والجوهر ، ترجمة سعد زهران ، الكويت : سلسلة عالم المعرفة - ١٤٠١ هـ ، ص ١٩٠ .

في ذلك موقفاً جيداً لشيخه أبي محمد يقول فيه : ' هذه الضرورات - الحاجات التي اعتادها الناس وأصبحت لازمة في حياتهم - تقطع من أصلها ولا حاجة تدعو إليها . مثال ذلك أن يقول الفقيه لا بد من فوقانية على صفة ، ولا بد من عمامة على صفة ، ولا بد من كتيب ، ولا بد من دابة ، فإذا جاءت الدابة لا بد لها من غلام وكلفة في الغالب . ولا بد لبعضهم من بقلة ، وبعضهم يتخذ لغلالة بغلة أيضاً ، وقد يحتاج الغلام إلى زوجة . فلا يزال هكذا في ضرورات حتى يرجع في الدنيا متوسع الحال وهو عند نفسه أنه مضروب . حتى لقد بلغني عن بعض من في الوقت من أرباب الدنيا المتسعة عليه أنه يقول أستحق أخذ الزكاة ، نظراً منه إلى ما قدمناه وأشباهه من المسكن على صفة والزوجة والملبس والمطعم والأواني والجواري والخدم والغلمان . فقأتي الدنيا بحذافيرها للواحد منهم وهو مهموم ، تجده يشكو من كثرة الضرورات التي ينهياها . فكان سيدي محمد يقول هذه الضرورات تقطع من أصلها فلا ضرورة إلا شرعية ، والضرورات الشرعية لا يحتاج فيها في الغالب إلى كلفة . فالحاصل أن هذه التي لهم إنما حدثت من مخالفة الشرع ' (١) .

٤/٧ - الحلبة إلى اللبس :

ذهب ابن الحاج إلى أن الدوافع والمقاصد من إشباع تلك الحاجة تتمثل في ستر العورة ، وفي لتجعل الشرعي وفي حماية الجسم من الحر والبرد ، والأولان مطلوبان شرعاً والآخر مطلوب قنطرة وغريزة إلا إذا اقترن بنية امتثال المحافظة على النفس فهو أيضاً مطلوب شرعياً .

وغير خاف أن هذه الوظائف لسلعة الثياب هي وظائف إسلامية نص عليها الكتاب والسنة ومن أقوال ابن الحاج في ذلك : ' ... فإن اللبس من جهة الحاج - يقصد من حيث الأصل - قرآن أراد أن يردّه إلى جهة الوجوب فلذلك موجود ، يلبسه بنية ستر العورة ، وذلك واجب ، ثم لا يخلو الثوب إما أن يكون مما يتزين به أو لا ، فإن كان كذلك ضم إلى نية الوجوب امتثال السنة في إظهار نعم الله تعالى ... وإن كان مما يحتاج إلى ثياب كثيرة لا بد منها يلبسها لأجل حر أو برد فينبغي بذلك دفع

الحر أو البرد عنه مقتلاً في ذلك حكمة الله تعالى وإظهار العجالة إليه والاضطرار ،
في لبسه " (١) ، وله عبارة أخرى يثمن فيها على عدم جواز ترك الإنسان للباس ،
لأنه حق لله من جهة وحق لبدنه من جهة أخرى (٢) .

وينتج عن تلك المقاصد في الثياب خلوها من المضافات الشرعية ، والتي منها
الإسراف وعدم مراعاة أحكام اللباس الشرعية الأخرى .

ومما تجدر الإشارة إليه أن شيخنا قد حدد بدقة مفهوم الإسراف في كل جوانب
الاستهلاك بأنه لستهلاك مالا حاجة إليه . وقد أشار إلى صور عديدة للإسراف في
الملبس ومن ذلك تطويل الثوب والأكمام وتوسيعهما ، حيث لاحاجة للإنسان في ذلك ،
وإنما هي مجرد غيبة الخيلاء والتفاخر . وما يثير الاهتمام أنه اعتبر الإسراف
إضاعة للأموال كما أنه إضاعة لحقوق الغير (٣) .

وفي ذلك يقول : " فتوسيع الثوب وكبيره وتوسيع الكم وكبيره ليس للرجل
حاجة به فيجتمع مثل ما زاد على الكبيرين سواء بسواء ... فليس له أن يضع المال لا
حيث أجزئ له أن يضعه ، إذ إنه يتصرف فيما لا يؤذن له فيه ، وما يفعلونه من صفة
الاتساع والكبر في الثياب فليس بمشروع إذ إن ذلك ليس به حاجة " (٤) .

٤/٣ - الحاجة إلى الطعام :

بين أمين الصاج أن الأكل على " خمس مراتب ، ولعب ، ومندوب ، ومباح ،
ومكروه ، ومحرم .

والمندوب ما يعينه على تحصيل النوافل ، وعلى تعلم العلم وغير ذلك من الطاعات .
والمباح الشبع الشرعي ، والمكروه ما زاد على الشبع قليلاً ولم يتضرر به ، والمحرم
البطنة وهي الأكل الكثير المضر للبدن " (٥) .

وعلى المسلم أن يعتمد بطعامه التقوى على الطاعة وأن يستشعر الحاجة

(١) ص ٢٢ ، ١٣٦ ج ١ .

(٢) ص ٢٨ ، ج ٤ .

(٣) ص ١٢٥ ، ج ١ ، ص ٦٦ ج ٢ .

(٤) ص ١٢٥ ، ج ١ .

(٥) ص ٢١٢ ج ١ .

والافتقار^(١) وأكد على أن أكل ماليس به حاجة يعتبر إضاعة للمال^(٢) .
والواقع أن ابن الحاج في تناولته لاستهلاك الطعام والثياب لم يأت بجديد حيث سبقه العديد من علماء الإسلام إلى تناول ذلك بل وبشكل أعمق وأوسع ومن هؤلاء الإمام محمد بن الحسن^(٣) .

٤ / ٤ - الحلبة إلى المسكن :

بين ابن الحاج أن وظيفة السكن هي الاستئجار من الناس ومن الشمس ومن المطر ومن كل ما يؤذي . وأكد على عدم جواز اتساع السكن اتساعاً خارقاً لغير ضرورة شرعية وعدم جواز الطلاء والزخوة بالذهب وغيره لأن ذلك كله من باب إضاعة المال^(٤) .

ومن الواضح أن ابن الحاج يقتضي في ذلك ما هو معروف وثابت في الشريعة حيال السكن وأحكامه .

ولو قلبنا النظر في أحوال المسلمين حيال هذه السلعة المهمة لوجدنا الفرق واضحاً فهناك المساكن التي تفوق الحاجة الحقيقية ، وهناك على الوجه الآخر ما يقابلها من مساكن لا تلبي المتطلبات .

(١) من ٢١٢ ج ١ .

(٢) من ٢٦٦ ج ٢ .

(٣) انظر المكسب، مرجع سابق، من ٧٤ ومجموعها .

(٤) من ٢٠٦ ج ٤ .

٥- المقاطعة الاقتصادية لمواجهة الانحرافات الإنتاجية والاستهلاكية

لعل من أحسن ما قدمه للشيخ حيال المجال الاقتصادي هو طرحه لما يمكن تسميته بالمقاطعة الاقتصادية لأصحاب السلوكيات المنحرفة إنتاجياً واستهلاكياً ، حملاً لهم على تصحيح هذه الانحرافات .

ولقد تناول هذه المسألة ذات الأهمية الفائقة من أبعادها المختلفة ، والتي منها: الحكم الشرعي للمقاطعة الاقتصادية ، والآثار الاقتصادية المترتب عليها ، ومدى فعاليتها في تحقيق آثارها ، والصعوبات التي قد تحول دون ممارستها ، ثم الصور العديدة للانحرافات التي تجب مقاطعتها سواء من قبل المستهلكين أو أصحاب الأعمال أو العاملين .

ففي صناعة الملابس يقول : " لو كان للأوب مما لا يجوز لبسه أو يكره فبوره على صاحبه ولا يخطئه له ، وإن كان مضطراً لأجرته " (١) .

وفي موطن آخر يتحدث عن مقاطعة صاحب عمل لم يحم بإلزام عماله بالضوابط والآداب الشرعية : " وإذا كان كذلك فيتعين هجرته ، وأقل ما يمكن ترك الشراء منه ، لأنه إذا لم يشتر منه كسنت عليه معيشته ، لكن بعد أن يعلمه بأن ترك الشراء منه إنما هو لأجل عدم تقييده على الصناعات التي يعملون عنده " (٢) .

كذلك رأيناه يطالب العمال بعدم للمشاركة في بناء المنازل المخالفة للآداب الإسلامية (٣) . وقد أشار إلى ما قد يكون هناك من صعوبات تحول دون قيام هذه المقاطعة ، ومن ذلك الوضع المعيشي للصانع الذي يلجئه للعمل أو ضرورة صاحب العمل واحتياجه للعامل أو حاجة المشتري للشراء . وفي ذلك يقول : " فإن قال الصانع مثلاً إذا تمررت معاً ذكرتموه نهيتم العيشة أو قلت . والحاجة تدعو إلى الصناعة لأجل الضرورات والعائلة ، وقل أن تتلنى الصناعة مع ما ذكرتم . قال جواب أن التحرز من تلك المفاسد هو الذي يجلب الرزق جلباً ويسوقه سوفاً لأن الله مع المتقين

(١) ص ٢١ ومليحها ج ٤ .

(٢) ص ١٦٤ ج ٤ .

(٣) ص ٢٠٧ ج ٤ .

● الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج ●

الموفين بالأمانة ، ولاشك أن من نصبح في صنعته فقد نصح لإخوانه المسلمين .
ومن فعل ذلك كثر الحلال لديه ، لأنه إذا عرف بذلك بادر إليه أهل الصلاح
والعلم وكان كثير من إشغالهم على دينه ... * (١) .

وفي عبارة أخرى يقول : " فلان قال صاحب الوراقة - دار الفشر - إن فعلت
ما ذكرتموه قل إن أجد صانعاً يعمل فيتعطل عليّ السبب . قال جواب : إن الخير
والحمد لله لم يعدم من المسلمين ، وإن عدم في قوم فهو موجود في آخرين ، بل نجد
الأمر على عكس هذا ، وهو أن الصانع إذا علموا من الشخص أنه يوسع لهم في
أوقات الصلوات ، ويتمرد على دينه ودينهم ، ويسامحهم ، ويتفاهى لهم في شيء
ما من الزيادة على أجرتهم بما لا يضره كثر خطابه وعزته أمره ، وحصلت له البركة
في كل ما يحاوله * (٢) .

وقد تعرض شيخنا رحمه الله لعقبة أخرى تقف أمام وجود مقاطعة فعالة تتمثل
في صعوبة الاتفاق على ذلك من الجمهور . فيقول : " ولعل قائلًا يقول إن الهجران
- المقاطعة - لا يفيد من واحد ولا من اثنين حتى يتركه سائر المشتريين . فالجواب أن
الوليد والاثنين ومن حذا حنوهما لهم في ذلك الأجر للعظيم ، لأنهم قاموا بوظيفة
تعينت عليهم وجمع من المسلمين ، فكان في إنكار الوليد والاثنين فائدة عظيمة ...
ولأن الغالب وقوع السؤال من بعض الناس عن موجب ترك شراء الدقيق وغيره
وترك طعن القوت وغيره عند من هذه صفته ، فإذا سئل الوليد والاثنان أخيرا
يموجبه فيشيع الأمر . ولو كان الوليد والاثنان لا يغيرون حتى يجتمع الناس معهما
على التغيير لادى ذلك إلى ترك الإنكار مرة واحدة ، لأن غيرهما يقول كمقالتهم ، ثم
كذلك ، ثم كذلك ، فيؤدي هذا إلى عدم التغيير بالكلية ، فيقع العذاب على الجميع كما
نطق بذلك الحديث الشريف : " إذا ظهر فيكم للنكر فلم تقبروه يوشك أن يعم الله
الكل بعباب * (٣) .

(١) ص ٨٥، ج ٤ .

(٢) ص ٨٨، ج ٤ .

(٣) ص ١٦٥، ج ٤ .

وأمين الحاج رحمه الله بهذا الموقف الطيب يناهز باستخدام سلاح في مواجهة الانعزاقات الاقتصادية أثبتت الوقائع فعاليتها . ويجعله من باب النهي عن المنكر وتقديره ، وفي ذلك ما فيه الدعم والتقوية لهذا السلوك .

ومما يؤسف له أن الاقتصاد الوضعي لا يلتفت لحل تلك المسألة ، ولا يحفل بها . تاركاً الأمر للقانون من جهة ، وللموقف الثقافي للمستهلكين من جهة أخرى . وشتان بين هذا وبين موقف الاقتصاد الإسلامي .

٦- التوزيع

هناك إشارات متفرقة إلى ما يعرف اقتصادياً بالتوزيع ، حيث نجد إشارة ابن الحاج إلى كل من الأجور والأرباح والإيجارات ، لكنها إشارات سريعة لم يركز فيها على الجانب التوزيعي لها .

كذلك نجد يشير إلى أهمية مراعاة الفقراء ومعونتهم في مناسبات عديدة خاصة عند تناوله لخدمة للعلاج .

والشيء اللافت للنظر في هذا المجال هو تناوله المركز للزكاة لاسيما مالها من أبعاد توزيعية ، لقد تحدث عنها عند تناوله للزراعة والتجارة مؤكداً على حتمية إخراجها كاملة وعدم الانصياع وراء وساوس النفس والشيطان من أنها تنقص الأموال . ولعل من أهم مآثبه عليه هنا أن عدم إخراج الزكاة يعد غصباً لحقوق الفقراء وعلمائنا على مالهم عند المكلف بالزكاة ، حيث هم شركاء له بمقدار الزكاة .

كذلك مآثبه عليه من قيام الحكومات عادة بجبالية أموال تحت مسميات متعددة ، فيقوم التاجر أو غيره بحساب هذه الأموال من الزكاة عليه .

وقد بين رحمه الله أن ذلك كله مرفوض شرعاً إلا في حالة واحدة هي عندما تأخذ الحكومة هذه الأموال تحت مسمى الزكاة ملتزمة بالأحكام الشرعية لها في جبايتها وإنفاقها . وهذه بعض عباراته " لا ينبغي للزارع أن يترك حق الفقراء من الزكاة لقول أحد بسبب أنه إن فعل ذلك امتحنت البركات وذهبت ، على سبيل التجربة والمشاهدة ، بل عليه أن يعطي الفرج ويخرج الزكاة منه وعما فضل ، فبذلك تكثر البركة ويقع الخلف وتحصل الإعانة على الطاعة والاستقامة على السفة " (١) . ولنجذر مما يسلكه بعضهم ، وهو أن ما يؤخذ منه من الظلم يحسبه على الفقراء مما يستحقونه من الزكاة في ماله إذا حال الحول عليه ، وذلك غصب لهم ، والغصب فيه مالقي ، إذا كان المقصود منه غنياً فكيف به في حق الفقير المضطر المحتاج إلى ذلك .. وبعض من يتسبب إلى الدين منهم يتحفظ من هذا ، ولكن ما يؤخذ منه على تسمية أنه زكاة يحسبه من الزكاة .

{١} مره ج٤

وتلك لا يجوز أيضاً ، وهو غصب للفقراء والمساكين .. لأن الزكاة الشرعية لها أحكام تخصها ... وكل ما يؤخذ منه على قسمة أنه زكاة ليس فيه شيء من تلك الشروط ... وإذا كان ذلك كذلك فلا تجزئه وإن سميت زكاة . وقال مالك رحمه الله : " بللعاني استعجننا لا باللفاظ ، فكأنهم يسمونها زكاة لأجرة بها " (١) . ومن المسائل التي أشار إليها معنية الزكاة موضحاً مدى أهمية ذلك (٢) .

وعند فتاؤه لخدمة العلاج قال : " ويتبغي الطبيب أن يكون عنده المرضي على أصناف ولا يجعلهم صنفاً واحداً ، فمنصف يأخذ منهم ، ومنصف لا يأخذ منهم ، ومنصف إذا وصف لهم شيئاً أعطى لهم ما ينفعونه فيه .

قال الأول إذا بلغ من له سعة في دنياه ، والثاني مباشرة الطعام والصالحين المستورين في حال دنياهم .. والثالث للفقراء الذين لا يقدرون على كفايتهم في حال الصحة فهؤلاء يعطيهم فمن ما يصفه لهم إن كانت له جنة - غنى ومقدرة " (٣) .

كذلك وجدنا ابن الحاج يحمل حملة قوية على الأغنياء الذين يتعبدون للحج أكثر من مرة وبجوارهم الفقراء والمحتاجين ، ويدين أن ذلك مخالف للملوك الإنشائي الإسلامي الصحيح الذي يدعو إلى التوازن وحتمية مراعاة التكافل الاجتماعي (٤) .

(١) ص ٧٢، ج ٤ .

(٢) ص ٧٥، ج ٤ .

(٣) ص ١١٥، ج ٤ .

(٤) ص ١١٨، ج ٤ .

الخاتمة

من هذا العرض السريع لبعض ما قدمه للشيخ ابن الحاج في منخله من عطاء اقتصادي يمكن لنا أن نوجز أهم النتائج فيما يلي :

١- يمكن القول إن مسألة الدوافع والغايات في النشاط الاقتصادي قد خدمت في

هذا الكتاب خدمة طيبة قل أن نجدها في كتاب إسلامي آخر . وقد حاول المؤلف - مؤلفاً - حل ما يبدو من تعارض حول بعض المفصوص الشرعية في هذا الصدد ، ومن خلال ذلك كله اتضح للباحثين في الاقتصاد الإسلامي خاصة والاقتصاديين عامة مدى جوهريه وضخامة الفرق بين السلوك الاقتصادي للمسلم وللغير . من حيث الدوافع والغايات . وهو بذلك أيضاً يوضح لنا بعبارة مدنى عمق العلاقة والارتباط بين الاقتصاد والشرعية ، وأخيراً فقد أكد على طبيعة الآثار المترتبة على ذلك وأهميتها والتي تتمثل أساساً في التحفيز الإسلامي القوي للنشاط الاقتصادي ، حيث لم يعد بالنسبة للمسلم مجرد نشاط قطري بل أصبح مطلباً شرعياً يثاب عليه ، وفي سلامة الأسلوب والادوات والممارسات الاقتصادية وترشيدها حتى تتسق مع طبيعة الباعث والهدف ، وأخيراً الجودة الفعلية للمنتجات وعدم شيوع المنتجات الرديئة النوع .

٢- من المسائل التي ركز عليها بقوة ، والتي تعتبر من الأهمية بمكان لدى الاقتصاديين اليوم مسألة تنوع وتكامل القطاعات الاقتصادية فكل ما يحتاجه المجتمع من صناعات وحرف وأعمال يجب على الجماعة توفيرها ، كذلك نجده يؤكد على قضية المفاضلة والترجيح بين النشاط معتمداً في ذلك على معايير أفضل بكثير من المعايير التجارية الشائعة ، إنها مدنى ماقي المشروع أو النشاط من نفع عام من جهة ومدى ضرورة المنتج الذي يقدمه من جهة أخرى . وهو بهذا يوضح مقصود الإسلام من [إنجاز تنمية شاملة رشيدة .

٣- كذلك من المسائل ذات الأهمية البالغة في دنيا الاقتصاد الكفاء والرشيدين مسألة توافر المعرفة الفنية والشرعية لدى القائمين على النشاط الاقتصادي . وقد نالت تلك المسألة عناية خاصة لدى شيخنا وحفنه الله . وكأنه كان يستشرف واقعنا الإسلامي المعاصر ويستشعر مدى حاجتنا الملحة اليوم لتوافر هذه المعرفة

المتكاملة ، والتي من جراء فقدانها وقعنا في التبعية " للتقنية " وقضت السلوكيات الاقتصادية التي ترفضها الشريعة .

٤- كذلك وجبنا له إسهاماً طيباً إزاء قضية الحاجات ومليعتها والوظائف التي تشجع من أجلها ومدى تعددها ، وقد أشار إلى أهم العوامل المحددة لتلك الحاجات فهي دفء الناس وهي البيئة والوسط الاجتماعي المحيط سابقاً بذلك للعلماء المعاصرين الذين يؤكفون حالياً عمق تأثير هذا العامل .

لكن ابن الحاج رحمه الله يقدم لنا حلاً لقضية التعدد المختلطي لهذه الحاجات وهو الانزول بموقف الشريعة . وعدم الجري وراء كل متطلبات العادة . وكذلك تنظيم الحاجات وأساليب إشباعها والسلع والخدمات للشعبة لها ، وقد أيدج والجاد في تفسير وتصوير وتحديد حقيقة الإسراف ، من حيث إنه استهلاك مالمس بالإنسان حاجة حقيقية مشروعة إليه ، موكراً على أنه في كل صورة ماهر إلا إضاعة للمال من جهة وإضاعة لحقوق الغير من جهة أخرى . ويلفقه اقتصادية يمكن القول إن الإسراف يضر بالإننتاج من جهة ويضر بالتوزيع من جهة أخرى إضافة إلى ما يحدث من أضرار على جبهة الاستهلاك .

٥- ومادامنا بصدد النشاط الاقتصادي وما يجري واقعياً وما ينبغي أن يكون فلا مفر من تناول قضية الغش في المجال التجاري والمجال الصناعي . وقد ركز ابن الحاج بقوة وفي مناطق عديدة على هذه القضية فاضحاً صورها وأساليبها كاشفاً عن للعوامل الدافعة لها موضحاً الآثار السيئة المترتبة عليها .

٦- ولعل من لأجل ما قدمه في المجال الاقتصادي ما يعرف بالمنافسة الاقتصادية كمسلك عملي فعال لمواجهة الحرفقات سلوك الوحدات الاقتصادية على اختلاف أنواعها ، مشيراً في ذلك إلى مدى فعالية هذا الأسلوب ، والصعوبات التي قد تعترضه .

٧- ولعل من المفرائد القيمة التي تستقيها من هذا الكتاب ما قدمه لنا من صورة حية للتأريخ الاقتصادي والاجتماعي في حقبة زمنية معينة لبعض المجتمعات الإسلامية مما يثير معرفتنا للمواضعة بالتأريخ الاقتصادي للمجتمع الإسلامي .

٨- من خلال ما قدمه ابن الحاج سواء من الفلحية الواقعية أو من الفلحية المعيارية ، أو بعبارة أخرى من حيث ماهر كائن ومن حيث ما ينبغي أن يكون . فقد رسم

• الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج •

لنا صورة جيدة لمجتمع إسلامي لاهو بالمثالي الكامل ولاهو بالبعيد كل البعد عنه ، وإنما هو مجتمع فيه للجانب المثالي وفيه صور من التقصير ، ونحن اليوم في حاجة ماسة إلى من يقدم لنا مثل هذه الصور عن المجتمع الإسلامي والسلوك الاقتصادي لأفراده كي يمكن لنا بناء الفطريات الاقتصادية الإسلامية في ضوء هذا الواقع العادي الذي يظهر فيه السلوك الاقتصادي للمسلم .

٩- ولعل من أطرف الفوائد إدراكنا لدى ماكان عليه علماءنا السابقون من داية طيبة بالمجالات الاقتصادية وما يجري فيها وما يتطلبه كل مجال من متطلبات ومقومات ، وما كانوا عليه من إدراك مشرايد لأهمية المجال الاقتصادي وحدوده في نظر الشريعة الإسلامية .

١٠- قد لا يروق لبعض الاقتصاديين المعاصرين أسلوب ابن الحاج ومدى ما في أفكاره من اتساق وعمق وقد يتعالى على الأمثلة التي قدمها ومبرراته حيالها . كل ذلك لأنه ينظر له بمنظار زاهن متجاهلاً مدى ضخامة الفجوة الزمنية الفاصلة بيننا وبينه والتي تبلغ ستة قرون ، كانت فيها أوروبا تعيش مرحلة للعصور الوسطى بما يسيطر عليها من ظلام وجهل ، والله تعالى نسأل أن يرحم شيخنا ابن الحاج على ما قدمه من عطاء اقتصادي قيم وأن يعيننا على العمل بكل ما قدمه من صواب .

والله تعالى اعلى واعظم

مصادر البحث ومراجعته حسب ورودها في البحث

أولاً - المصادر

المدخل لابن الحاج ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٢ م

ثانياً - للراجع

- ١- ابن فرحون ، الديباج الذهب ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، بدون تاريخ .
- ٢- جلال الدين السيوطي ، حسن المحاضرة، المطبعة الشرقية ، ١٣٢٧ هـ ، بدون ذكر بلد النشر .
- ٣- حاجي خليفة ، كشف الظنون ، وكالة المعارف الجلييلة ، ١٩٤٣ م ، بدون ذكر بلد النشر .
- ٤- خير الدين الزركلي ، الأعلام ، الطبعة الثانية ، بدون ذكر بلد النشر .
- ٥- الشيخ محمد مخلوف ، شجرة النور الزكية ، بيروت ، دار الكتاب العربي .
- ٦- جون هـرمان واتفال ، تكريم العقل الحديث ، ترجمة د. جورج طعمة ، بيروت ، دار الثقافة .
- ٧- د. حسين عمر، نظرية القيمة ، جدة ، دار الشروق ، ١٤٠٢ هـ .
- ٨- د. محمد جميل توفيق وآخرون ، اقتصاديات الأعمال ، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٧٩ م .
- ٩- د. أحمد رشاد موسى ، اقتصاديات المشروع الصناعي ، القاهرة : دار النهضة العربية .
- ١٠- Hirschleifer, Price theory and Applications, (New Jersey, INC; Englewood Cliffs), 1980.
- ١١- Smith A. , An Inquiry into the Nature and causes of the wealth of Nations, ed. Edwin Cannan (New York : Modern Library, 1937),
- ١٢- د. عبد الرحمن يسري، التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الإسلام ، الإسكندرية : مؤسسة شباب الجامعة.
- ١٣- المناوي ، فيض القدير شرح الجامع الصغير .

● الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج ●

- ١٤ - محمد بن الحسن الشيباني، الكسب، تحقيق د. سهيل زكار، دمشق، نشر عبد الهادي حرسوفي.
- ١٥ - الراغب الاصفهاني، الذريعة إلى مكارم الشريعة، القاهرة: دار الصحوة، ١٩٨٥ م.
- ١٦ - أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، بيروت، دار المعرفة.
- ١٧ - الصنعاني، سبل السلام، الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
- ١٨ - د. جورج قروم، للتبعية الاقتصادية، بيروت، دار الطليعة، ١٩٨٢ م.
- ١٩ - إفريث هاجن، اقتصاديات التنمية، ترجمة جورج خوري، عمان، مركز الكتب الاردني، ١٩٨٨ م.
- ٢٠ - د. محمد سعيد عبدالفتاح، إدارة التسويق، بيروت، الدار الجامعية.
- ٢١ - د. فؤاد مرسي، الرأسمالية، تجديد نفسها، الكويت، سلسلة عالم المعرفة، (١٤٧) ١٩٩٠ م.
- ٢٢ - د. محمد عمر شاذلي، نمو نظام نقدي عادل، فوجينيا، المعهد العالي للفكر الإسلامي، الطبعة الثانية.
- ٢٣ - د. سمير محمد حسن، الإعلان، القاهرة، الطبعة الثانية، بدون ذكر ناشر.
- ٢٤ - د. رامت المصنوب، الاقتصاد السياسي، القاهرة، دار النهضة العربية.
- ٢٥ - د. مختار حمزة، مبادئ علم النفس، جدة، المجمع العلمي، ١٩٧٩ م.
- ٢٦ - د. سعد جلال، المرجع في علم النفس، القاهرة، دار المعارف، ١٩٦٢ م.
- ٢٧ - أريك فروم، الإنسان بين المظهر والجوهر، ترجمة سعد زهران، الكويت، سلسلة عالم المعرفة، ١٤٠١ هـ (١٤٠).
- ٢٨ - د. عمر المرزوقي، التبعية الاقتصادية في البلاد العربية وعلاجها في اقتصاد إسلامي، رسالة دكتوراه، قسم الاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، ١٤١٥ هـ.

العقد الموقوف في الفقه الاسلامي

الدكتور/ يوسف عبدالفتاح المرصفي(*)

القدمة :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الخلق أجمعين ، سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه واتباعه لهم بإحسان إلى يوم الدين . وبعد :
فإنه من الخير أن يتصب على الصغير - وعن في حكمه - ولي يستثمر ماله ، ويرعى شئونه ، ويتصرف عنه فيما لا يملك التصرف فيه ، لنقص ولايته ، وفي ذلك مافيه من رعاية للصغير وحفظ لماله .

ومن مظاهر حماية للصغير ، عدم نفاذ تصرفه الناصر بين الضرر والنفع . بل يتعقد موقوفاً على إجازة من له لولاية عليه - عند جمهور الفقهاء - أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً - كأن يهب ماله بدون عوض ، فلا تتعقد وبالتالي لا تقبل الإجازة ، وتصرفاته النافعة نفعاً محضاً - كقبول الهبة - فإنها تتعقد صحيحة نافذة . فإذا بلغ اليتم رشداً دفعت إليه أمواله يتصرف فيها بعرفته بعد أن أصبح أهلاً للتصرف .

كذلك من الخير القول بأن تصرف الفضولي - قد يكون في حالات غير قليلة - من مصلحة لذلك في البيع ، والمشتري له في الشراء ، وهذا أمر يحدث فعلاً في الحياة العملية ، فمن الخير لهذا أن نقول بانعقاده موقوفاً على إجازة من له الإجازة ، كما أن الأصل في التصرفات الشرعية الصحة لا الفساد .

وقد تناولت موضوع - العقد الموقوف - عند الفقهين به - في أربعة مجلدات :

في المبحث الأول : عرفنا العقد الموقوف في مطلب أول - وفي الثاني تحدثنا عن القائلين بوقف العقد مع ترجيح رأي القائلين بالبطلان ، وفي البحث الثاني : تحدثت عن حكم العقد الموقوف لنقص الأهلية - في أربعة مطالب : في الأولى :

(*) كلية الشريعة - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الإحساء .

♦ العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ♦

تحدثت عن ترتيب الولاية على القاصر والمجور ، وفي الثاني : عن مدى ولاية الولي في التصرف في مال الصغير أو المجور ، وفي المطلب الثالث : تحدثت عن مدى أهلية الصغير والمجور في التصرف . وفي المطلب الرابع : عن الإجازة تحققها أو تخلفها .

وفي المبحث الثالث : تحدثت عن حكم العقد الموقوف لتعلق حق الغير بالمطل - في أربعة مطالب : في الأول : تكلمت عن تصرف الفضولي - فبدأت بالتعريف به ، ثم تحدثت عن بيعه قبل الإجازة ثم عن شرائه ، وأخيراً عن إجازة تصرف الفضولي وكيف تكون ، وما إذا تحققت الإجازة أو تخلفت - وقد أوضحنا أن كل شيء في المبيع قبل الإجازة فهو للمشتري . وفي المطلب الثاني : تحدثت عن بيع المرهون باعتبار تعلق حق الدائن به . وفي المطلب الثالث - عن بيع المستاجر لتعلق حق المستأجر به - وفي الرابع : عن بيع المريض مرض الموت لتعلق حق الورثة بالمبيع .

وفي المبحث الرابع : تكلمت عن طبيعة العقد الموقوف .. لآخلص إلى أنه عقد صحيح ، وليس فاسداً أو باطلاً ، وأنه فقط موقوف على إجازة من له الإجازة - فإذا لجأه صح ونفذ من وقف انعقاده وهذا رأي الحنلية والمالكية - ورأي عند الحنابلة - وهو الرأي الجدير بالاعتبار لأنه يحقق مصلحة للعائلة في البيع ، والمشتري له في الشراء ، إضافة إلى أن الأصل في التصرفات الشرعية الصحة لا الفساد .

والله تعالى يقول الحق وهو يهدي السبيل .

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه والتابعين .

المبحث الأول متى يكون العقد موقوفاً - والقائلون بالوقف

المطلب الأول متى يكون العقد موقوفاً

يكون العقد موقوفاً إذا كان صادراً من ناقص الأهلية - أما إذا كان صادراً من عديم الأهلية فالعقد باطل .

كذلك يكون العقد موقوفاً إذا كان محله غير مملوك للمتصرف - أو كان مملوكاً له وتعلق به حق الغير .

فسبب توقف العقد يرجع إذن إلى إرادة ناقصة أو إلى محل ناقص . ويتمثل السبب الأول في الصبي المميز - ويندرج تحته العبد والعقود المميزة والأسقية وذو الفعلة - وكذلك المكره - في قول زافر من الحنفية ، من حيث إن إرادته ناقصة كإرادة ناقص الأهلية .

ويتمثل السبب الثاني في القضيولي - ويندرج تحته البائع ، إذا باع مرة أخرى من غير مشترطه - والغاصب - والمترد - والنائب ووكيل النائب إذا جاوز الحدود المرسومة للنيابة - ومالك العين المرهونة أو العين المؤجرة أو العين المعطاة مزارعة إذا كان البذر من قبل العامل - والمريض مريض فلوت إذا باع لوارثه ، ووصي الميت إذا باع للوارث - والوارث إذا باع لمورثه المريض - والورثة إذا باعوا التركة المستغرقة ... (١) .

(١) مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة والعشرون من ١٣٢٢ ، د. زكي عبدالمجيد .

المطلب الثاني

القائلون بالعقد الموقوف

يقول بالعقد الموقوف الحنفية ^(١) - والمالكية ^(٢) - ورواية عن أحمد ^(٣) - أما الشافعية ^(٤) - والرواية الأخرى عند الحنابلة ^(٥) - فإنهم لا يعترفون بالعقد الموقوف ، فهو والقاسد والباطل سواء .

(١) جاء في البنايع ، للكلصاني - ج ٧ ص ١٧٠ : والتصرف لا يخلو إما أن يكون من الأقال ، وإما أن يكون من الأفعال - أما التصرفات القولية فعلى ثلاثة أقسام . نفع محض - ضرر محض - وبالمزج بين الضرر والنفع ، وإما الصبي العاقل فتصح منه التصرفات الثلاثة - بالاختلاف - ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالإجماع . وأما الفائدة بين الضرر والنفع - كالبيع والشراء والإجارة وتحوها . فيعتقد عننا - موقوفاً على إجازة وليه ، فإن إجازة جاز وإن رد بطل .^{*}

(٢) جاء في شرح الخرشي ج ٥ ص ٢٩٢ : " الصبي المميز إذا تصرف بمعاوضة بغير إذن وليه ، فنلك موقوف على نظر وليه - من إجازة أو رد - كان الولي لياً أو غيره حيث استوت مصلحة الرد والإجازة - وأما تصرفه بغير معاوضة - كهدية .. وما أشبه ذلك - فإنه يتعين على الولي رده - وللصبي المميز إذا تصرف بغير إذن وليه ، ولم يعلم بذلك إلا بعد خروجه من الحجر أو علم وسكت أو كان مهولاً لوليه له وتصرف ثم خرج من الحجر بأن بلغ وشيئاً ، فإن النظر في ذلك له لا لغيره - فإن شاء رده ، وإن شاء لمضاه كما كان لوليه " .

(٣) جاء في المغني ج ٤ ص ٢٩٨ باب الحجر : " ومتى أذن له وليه لتصرف صح تصرفه " .
(٤) جاء في المجموع - شرح المذهب ج ٩ ص ١٤٧ : " كما لا تصح من الصبي تصرفاته القولية لا يصح قبضه في تلك التصرفات - فلو أقب له الولي شيئاً وقبله ثم قبضه الصبي بالئن الرغبات لم يصح قبضه ، ولا يحصل لك فيه بهذا القبض " .

(٥) جاء في المغني ج ٤ ص ٥٠٨ : " وأما المجهور عليه لمق نكس فثلاثة - الصبي والمجنون والسفيه - وهذا الباب - الحجر - مختص بهؤلاء الثلاثة ، والصغير عليهم حجر عام لأنهم يستحقون التصرف في أموالهم ونعمهم " .

البحث الثاني حكم العقد الموقوف لنقص الأهلية

نتحدث - في هذا البحث - عن ترتيب الولاية على القاصر والمحجور - وعن مدى ولاية الولي في التصرف في مال الصغير أو المحجور - وعن مدى أهلية الصغير والمحجور في التصرف - وعن تصرفات ناقص الأهلية قبل الإجازة - ثم عن الإجازة " تحققها أو تخلفها " .

المطلب الأول ترتيب الولاية على القاصر والمحجور

أول الأولياء الأب - ثم وصيه - ثم وصي وصيه - يلي ذلك الجد لأب ثم وصيه - ثم وصي وصيته يلي ذلك القاضي - ثم من نصبه القاضي وهو الوصي - وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف في مال الصغير إلا من ينصبه القاضي وصياً .
ويلحق بالقاصر المحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، فينصب له قيم يكون بمثابة الوصي . هذا عند الحنفية (١) .

(١) يقول صاحب البدائع ج ٥ ص ١٥٢ : " ولاية في الأصل نوعان : نوع ينبت بتولية المالك ، ونوع ينبت شرعاً لا بتولية المالك - أما الأول : فهو ولاية الوكيل ، وإن لم يكن المجلد ، أي الموقوف عليه محل التصرف ، معارفاً له لوجود الولاية المستفانة من الوكيل - وأما الثاني : فهو ولاية الأب والجد ، والوصي والقاضي - فتسبب هذا النوع من الولاية في التحقيق شيان : أحدهما الأبوة - والثاني : القضاء ، لأن الجد من قبل الأب أب لكن بواسطة ، ووصي الأب والجد استغناء متهما ، فكان ذلك ولاية الأبوة من حيث المعنى ، ووصي القاضي يستلزم الولاية من القاضي - فكان ذلك ولاية القضاء معنى " .

وعند المالكية والحنابلة :

فإنهم لا يشترطون الولاية للجد ولا لوصيه - لأن الجد يستوي مع الأخ في درجة القرابة ، ولا ولاية للأخ . وكذلك الجد - فهم يرون أن الجد ليست لديه الشفقة اللازمة في المحافظة على أموال المقاصر وتنميتها ^(١) .
وعند الشافعية :

يلبي الأب في الولاية الجد - فهم يقولون ولي للصبي أبوه ثم جده ، ثم وصيهما ثم القاضي " ولا تلبي الأم في الأصح " ^(٢) .

المطلب الثاني

مدى ولاية الولي في التصرف في مال الصغير أو المحجور

لا يملك الولي - أيأ كان - أن يتصرف في مال الصغير أو المحجور تصرفاً ضاراً ضرراً مذهباً - فليس له أن يهب مال الصغير أو المحجور ، ولا أن يتصدق به ، ولا أن يوصي به ، ولا أن يقرض ماله .
ويملك الولي - أيأ كان - أن يباشر لمصلحة الصغير أو المحجور تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً ، فله أن يقبل الهبة والصدقة والوصية والعارية والكفالة وأن يزوج أمته أما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر ، فيملكها الولي بشرط ألا يلحق بالصغير

(١) الشرح الكبير - للتسوي ج٢ ص ٣٠٠ - كشف القناع ج٢ ص ٢٢٣ . يقول ابن قدامة في المغني ج٦ ص ٣٥ " وقال أبو حنيفة للجد ولاية على ابن ابنه وإن سفل ، لأن له ولاية وتصديقاً فائده الأب - ولا صاحب الشافعي - في الأم - عند عدم الأب والجد وجهاً : أحدهما : أن لهما ولاية لأنها لحد الأبوين فاشبهت الأب - ولنا : أن الجد يولي بواسطة فلقبه الأخ والعم ، وفاق الأب قوله يولي بنفسه ، ويجب الجد ويخلفه في ميراثه وحجبه ، فلا يصح إخلاله به ولا قياسه عليه - وأما المرأة فلا تلي لأنها مقصورة لتلقي النكاح بحال ، فلا تلي مال غيرها ولأنها لا تلي بولاية القضاء ، فكذلك بالنسب " .

(٢) مغني المحتاج - للشويعي الخطيب ج٢ ص ١٧٢ - المذهب ج١ ص ٢٢٤ .

أو المحجور الغبن الفاحش - فله أن يبيع مال الصغير أو المحجور بأكثر من قيمته أو بمثلها أو بأقل منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وله أن يشتري بماله شيئاً بأقل من قيمته أو بمثلها أو بأكثر منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وله أن يؤجر ماله بأكثر من أجره المثل أو بأجرة المثل أو بأقل منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وله أن يستأجر له شيئاً بأقل من أجره المثل أو بأجرة المثل أو بأكثر منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وله أن يعير ماله استحساناً - والقياس أن الإعارة تعليق المنفعة بغير عوض فلا تجوز - ولكنها جازت استحساناً - لأنها من توابع التجارة وضرواتها فتملك بملك التجارة ، ولهذا ملكها المأذون ، وله أن يرهن ماله بدين ، لأن الرهن من توابع التجارة ، ولأنه قضاء الدين ، وهو يملك قضاء دينه من ماله فيملك الرهن بدينه - وله أن يأذن له بالتجارة - إذا كان يعقل البيع والشراء - لأن الإذن بالتجارة دون التجارة ، فإذا ملك التجارة بنفسه فلأن يملك الإذن بالتجارة أولى - وهذا هو الحكم في سائر التصرفات التي تدور بين النفع والضرر ^(١) .

(١) جاء في مغني المحتاج ج ٢ ص ١٧٣ ، ويتصرف الولي بالصلحة ، ويبني دوره بالطين والأجر لباللبن والجص - ولا يبيع عقاره إلا لحاجة أو غيبة ظافرة - وله بيع ماله بعوض ونسيئة للمصلحة . وإذا باع نسيئة لشهد وأرتهن به - ويأخذ له بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة ويؤكفي ماله ، وينفق عليه بالمعروف - فإذا ادعى بعد بلوغه على الأب والجدة بيعاً بلا مصلحة صدقاً باليمين - وإن ادعاه على الوصي والأمين صدق هو بيمينه * وجاء في كشف القناع ج ٢ ص ٢٢٤ ، ليس للوصي أن يرتهن أو يشتري أو يبيع شيئاً من مال من تحت ولايته لنفسه - إلا الأب لعدم الشهمة ، إذ يترك حظ نفسه لولده - وبهذا فارق الأب الوصي والحاكم * وجاء في جامع الفصولين ج ٢ ص ٢١ * . ولو لم يكن للميت وصي - فلا يبيع - وهو الجد - يبيع العروض والشراء ، إلا أنه لو باع التركة لدين أو وصية لم يجز بخلاف وصي الأب * وجاء في الأشباه والنظائر ج ١ ص ٣٧٠ * لا يملك القاضي التصرف في مال اليتيم ، مع وجود وصية ، ولو كان منصوبه * .

المطلب الثالث

مدى أهلية الصغير والمحجور في التصرف

أما إذا باشر الصغير المميز أو المحجور المميز التصرفات بنفسه ، فإنه يملك منها ما ينفع نفعاً محضاً ، وتصرفه يكون صحيحاً تافلاً . ولا يملك منها ما يضر ضرراً محضاً ، وتصرفه يكون باطلاً ، وإذن لا يملك أحد -- لاناقص الأهلية ولا الولي -- أن يتصرف في مال الصغير أو المحجور تصرفاً يضر ضرراً محضاً .

أما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر - فهذه إذا باشرها ناقص الأهلية بنفسه تنعقد صحيحة موقوفة عند الحنيفة والمالكية ورأي عند الحنابلة فإذا أجازها الولي ، أو أجازها ناقص الأهلية بعد أن يستكمل أهليته ببلوغه سن الرشد ، أو بفك الحجر عنه فلأت لي حقه ^(١) .

تصرفات ناقص الأهلية قبل الإجازة :

التصرف الذي يدور بين النفع والضرر ، ويباشره ناقص الأهلية ينعقد صحيحاً ذلك أن عبارة ناقص الأهلية صالحة لإنشاء التصرفات ، فهو قادر على فهم معاني العبارات التي تنعقد بها العقود .

ولكن لما كانت قدرة ناقص الأهلية على التمييز قدرة محدودة ، وكان التصرف يدور بين النفع والضرر ، فإنه لا يؤمن على تقدير مايجره عليه التصرف من نفع أو ما يلحقه به من خسارة . فكان تصرفه موقوفاً لايتخذ لهنا السبب ، حتى يراجعه

(١) جاء في البدائع ج ٥ ص ١٤٩ * وكذلك الصبي المحجور عليه إذا باع مال نفسه أو اشترى أو تزوج امرأة أو فعل مالاً فعل عليه وله إجازة عليه - ويتوقف على إجازة وليه مادام صغيراً ، أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ ، إن لم يوجد من وليه في حالة صغره - حتى لو بلغ الصبي قبل إجازة الولي فلإجازة بنفسه جاز ، ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير إجازة ، لأن هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها ألا ترى أنه لو لفظها وله جازت لاعتملت التوقف على الإجازة ، لأنه لا يبلغ لقد ملك الإنتهاء ، فأولى به أن يملك الإجازة . ولأن ولايته على نفسه فوق ولاية وليه عليه في حال صغره ، فلما جاز بإجازة وليه ، فلأن يجوز بإجازة نفسه أولى ^١ .

الولي - أما عند الشافعي وراي عند أحمد - فالتصرف باطل لا ينعقد ولو لجأزه الولي .

والفرق بين الحكمين ظاهر ، فليس معنى أن التصرف موقوف هو أنه لم ينعقد ، أو أنه انعقد فاسداً ، بل التصرف قد انعقد صحيحاً ولكنه لا ينتج أثره قبل إجازة الولي له - فقبل الإجازة يكون بيع القاصر ماله ، ولو بكثير من قيمته موقوف الأثر ، ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ولا يلزم المشتري دفع الثمن - ولكن المبيع وإن كان موقوفاً ، لا يكون قليلاً للمفسخ ، فلا يجوز فسخه ولا الرجوع فيه ، لامن للمشتري ولامن ناقص الأهلية - بل على هذين أن يتربصا بالمبيع إجازة الولي ، فإن لجأز نفذ المبيع ، وإن لم يجز بطل .

المطلب الرابع

الإجازة " تحققها أو تخلفها "

يبقى تصرف ناقص الأهلية موقوفاً ، إلى أن يتيقن مصيره بإجازته أو بعدم إجازته - فإن أجاز نفذ ، وتميز عن التصرف الباطل تميزاً كبيراً إذ أصبح تصرفاً نافذ الأثر - وإن تخلفت الإجازة لعدم ، ولختلط بالتصرف الباطل فأصبح باطلاً مئة - وليس هناك وقت معلوم إذا انقضى اعتبر التصرف مجازاً أو غير مجاز ، بل يبقى موقوفاً إلى أن يعلن من له حق الإجازة إجازته أو عدم إجازته .

يقول الكسائي في صمد إجازة تصرف ناقص الأهلية : " وكذلك الصبي المحجور عليه إذا باع مال نفسه ، أو اشترى أو تزوج امرأة أو فعل بنفسه ماله فعل عليه ولله لجأز عليه ، يتوقف على إجازة وليه مادام صغيراً ، لو على إجازته بنفسه بعد البلوغ - إن لم يوجد من وليه في حالة صغره ، حتى لو بلغ الصبي قبل إجازة الولي ، فلجأز بنفسه ، جاز ، ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير إجازة ، لأن هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها - ألا ترى أنه لو فعلها وليه جازت فاعتل التوقف على الإجازة - وإنما يتوقف على إجازته بنفسه أيضاً بعد البلوغ كما يتوقف على إجازة وليه في حالة صغره ، لأنه لما بلغ فقد ملكه الإنشاء فأولى أن يملك الإجازة

ولأن ولايته على نفسه فوق ولاية وليه عليه في حال صغره قلما جاز بإجازة وليه ، فلأن يجوز بإجازة نفسه أولى - ولايجوز بمجرد البلوغ ، لأن الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه ، وأنه فعل فاعل مختار ، والبلوغ ليس صنعه فلا يعقل إجازة ويمثله إذا طلق الصبي امرأته أو خالعها أو وهب ماله أو تصدق به أو باع ماله بمحاباة أو اشتري شيئاً بأكثر من قيمته قدر مالا يتقبلن في مثله عادة أو غير ذلك من التصرفات ممالو فعله وليه في حال صغره لايجوز عليه ، لاينقد ، حتى لو أجاز وليه أو الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للإنشاء ، بأن يقول بعد البلوغ أو فعت ذلك الطلاق ، فيجوز ويكون ذلك إنشاء لإجازة - وكذلك وصية الصبي لاتنقد ، لأنها تصرف لمجيز له حال وجوده - ألا ترى أنه لو فعل الولي لايجوز عليه ، فلا يتوقف ، وسواء أطلق أو أضافها إلى حال البلوغ كما قلنا حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده لاتجوز وصيته إلا إذا بلغ وأجاز تلك الوصية بعد البلوغ فتجوز - لأن الإجازة منه بمنزلة إنشاء الوصية ، ولو أنشأ الوصية بعد البلوغ صح ^(١) .

والإجازة تصرف يستند إلى وقت التعاقد - والذي يملك الإجازة هو الولي أو ناقص الأهلية نفسه عندما يستكمل أهليته - ويجب أن يكون هناك مجيز للتصرف وقت صدوره ووقت صدور الإجازة ، فإذا صدر من ناقص الأهلية تصرف لا يملكه وليه ، كان التصرف باطلاً فلا تلحقه الإجازة - وقد يكون المجيز وقت صدور الإجازة غير المجيز وقت صدور التصرف ، فيكون هناك ولي يملك الإجازة وقت صدور التصرف ، ثم لا يكون هو المجيز ، بل يجيز التصرف ناقص الأهلية عند استكمال أهليته - لكن إذا أعلن الولي عدم إجازته للتصرف ، لم تصح الإجازة بعد ذلك من التصرف نفسه بعد استكمال أهليته .

(١) المباحث ج ٥ ص ١٤٩ .

المبحث الثالث

حكم العقد الموقوف لتعلق حق الغير بالمحل

نتحدث في هذا المبحث عن تصرف الفضولي - بيع المرهون - بيع المستأجر - بيع المريض مرض الموت -

المطلب الأول تصرف الفضولي

من الفضولي :

الفضولي - في الفقه الإسلامي - من يتدخل في شئون الغير دون توكيل أو نيابة ، وليس من اللازم أن يقوم بحلقة ضرورية عاجلة - فمن باع سأل غيره دون أن يكون وكيلًا بالبيع أو نائبًا عن المالك فهو فضولي^(١) ، ويستوي في ذلك أن يبيعه على أنه مال الغير أو أن يبيعه على أنه ماله هو ، وسواء علم المشتري أنه فضولي أو لم يعلم - ومن اشترى لغيره مالا دون توكيل أو نيابة يكون فضولياً - ومثل ذلك سائر التصرفات كالهبة والإجارة والقرض وغيرها ، وتحدث فيما يلي عن بيع الفضولي ثم عن شركائه ولغيره عن إجازة تصرفه .

(١) جاء في المغني ج ٤ ص ٢٠٥ ، " وإن اشترى بغير إذن أو باع بغير إذن لو اشترى لغير موكله بغير ماله أو باع ماله بغير إذن ففيه روايتان : إباحة البيع باطل ، ويجب رده ، وهذا مذهب الشافعي وفي شورطين الفذر ، والثانية : لبيع والشراء صحيحان ويقلب على إجازة المالك ، فإن أجازته نلذ ولزم البيع ، وإن لم يجزه بطل ، وهذا مذهب مالك وإسحاق وقول في حنيفة في البيع ، فإما الشراء فعنده يقع للمشتري بكل حال ' . وجاء في البيان ج ٤ ص ١٢٨ : ' لا ينفذ بيع الفضولي لاتعدام الملك والولاية ، لكنه ينقد موقفاً ' .

١- بيع الفضولي قبل الإجازة :

يكون البيع الصادر من الفضولي منعقداً صحيحاً ولكنه موقوف ، فلا ينتج أثر البيع إلى أن يجاز - مثله مثل تصرف ناقص الأهلية - فيكون للتصرف وجود ، ولكن يوقف أثره ، فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ويتوقف التزام المشتري بدفع الثمن ، جاء في فتح القدير ^(١) . " بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية ، وعندهما ، يوجب موقوفاً ، لأن الأصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك ، والضرر في فساد الملك لا في توقفه " .

وعند المالكية ^(٢) تصرف الفضولي موقوف أيضاً - وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة ^(٣) . ويترتب على أن بيع الفضولي موقوف النتائج الآتية :

(١) ج ٥ ص ٣١٦ .

(٢) جاء في القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٥ : " فأما الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه كذلك ، فهو بيع الفضولي فيلغى ويتوقف على إذن ربه ، وقال الشافعي : لا ينعقد " .

(٣) للمفتي ج ٢ ص ٢٠٥ .

وعن سبب لاختلاف الفقهاء في بيع الفضولي - يقول ابن رشد - في بداية المجتهد ج ٢ ص ١٤٣ ، ولتفتوا من هذا في بيع الفضولي ، هل ينعقد أم لا ؟ . وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط أن رضي به صاحب المال أمضى للبيع وإن لم يرض فسخ - وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير إذنه على أنه إن رضي المشتري صح الشراء وإلا لم يصح - فعنه الشافعي في الوجوهين جميعاً ، ولجأه مسالك في الوجهين جميعاً - وفرق بينه أبو حنيفة بين البيع والشراء : فقال يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء . وعدة المالكية . ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم . دفع إلى عروة البارقي ديناراً وقال : اشتر لنا من هنا الجلب شاة ، قال : فلهتويت هاتين دينار . وبعت إحدى الشاتين دينار . وجئت بالثقة والدينار . فقلت يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم ، فقال : اللهم بارك له في صفقة يمينه - ووجه الاستدلال منه أن النبي صلى الله عليه وسلم - لم يأمره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع . فصار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير - وعلى الشافعي في الأمرين جميعاً - وعدة الشافعي : أنه لا يبيح للرجل ما ليس عنده - والملكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره ، قالوا والدليل على ذلك أن النبي إنما ورد في حكيم بن حزام ، وقصيته مشهورة ، وذلك أنه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده بسبب الخلاف المسألة المشهورة . هل إذا ورد -

- ١- إذا سلم الفضولي المبيع إلى المشتري ، فهلك قبل الإجازة ، فالمالك أن يضمن الفضولي والمشتري أيهما شاء وأيهما اختار ضمانه يبرئ الآخر ، لأن في التضمن تمليكا منه ، فإذا ملكه من أحدهما لا يمكن تمليك من الآخر ، فإن اختار تضمين المشتري بطل البيع ، لأنه يرجع عليه بالقيمة لا بالثمن المسمى ، ولأن القيمة كالحذ العين فكانت انتزعت العين من يده ولم يجر البيع فبطل - ويرجع المشتري على الفضولي بالثمن الذي دفعه له ، لا بما ضمن - وإن اختار تضمين الفضولي ، نظر هل كان الفضولي قد قبض المبيع من ماله مضمونا عليه فيكون قد ملكه بالضمان مستثنيا إلى وقت القبض أي إلى وقت سلقه على صدور البيع إلى المشتري ، فيكون البيع قد صدر من ماله فينقل - أما إذا كان الفضولي قد قبض المبيع من ماله أمانة في يده ، فيكون وقت أن باعه للمشتري غير ماله ، وإنما وجب الضمان عليه بتسليمه المبيع للمشتري بعد صدور البيع ، فلا يبعد بيعه للأخر سبب ملكه عن عقد البيع ، ويرجع الفضولي على المشتري بالقيمة ، لأن المشتري تسلم المبيع فملك عنده ، ويده يد ضمان ^(١) .
- ٢- إذا سلم الفضولي المبيع إلى المشتري ، لباع المشتري المبيع من مشتر ثلثه .

= انتهى عن سيب حمل على سبيه أو يعم " . وجاء في المهلب ج ١ ص ١٦٦ ، عند الشافعية - " ولا يجوز بيع مالا يملكه من غير إذن ماله ، لما روي عن حكيم بن حزام - أن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال ، لا تبع ما ليس عندك ، ولأن مالا يملك لا يقدر على تسليمه ، فهو كالظهور في الهواة أو السمك في الماء " .

وما استشهد به الشافعية جزء من حديث ذكر الشوكاني - في غيل الاوطار ج ٥ ص ١٥٥ ، " عن حكيم بن حزام قال : قلت يا رسول الله : يكتفي الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما لي به منه ، ثم ابتاعه من السوق ، فقال : لا تبع ما ليس عندك " . رواه النسائي ، يقول الشوكاني " الحديث لترجعه لهضاً ابن حبان في صحيحه ، وقال الترمذي : حسن صحيح ، وقد روي من غير وجه عن حكيم ، ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم : لا تبع ما ليس عندك " أي ما ليس في ملكك وقدوة ، أي ما ليس حاضراً عندك ولا غائباً في ملكك وتحت حوزتكم ، قال القفطي : انتهى في هذا الحديث عن بيع الأعيان التي لا يملكها " . وذكر النووي - في المجموع ج ٩ ص ٤٥٩ ، والقول الثاني ، وهو القديم ، أن بيع الفضولي ينقل موقفاً على إجازة المالك ، إن إجاز صح البيع وإلا لم " .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٢١٣ ، البحر الرائق ج ٦ ص ١٤٩ .

قاي عقد إجارته المالك جاز هذا العقد خاصة بون العقد الآخر ، ذلك أن القسولي
 بتسليمه المبيع إلى المشتري يكرن غاصباً ، والغاصب إذا باع المفسوب وسلمه ،
 ثم باعه المشتري من غيره ، ثم أجاز المالك لعده البيعين ، فإنه ينفذ ما أجازته
 المالك خاصة ، لأن الغصب لا يزيل ملكه ، فكل بيع من هذين البيعين يوقف على
 إجازته لمصادفته ملكه ، فتكون إجازته لأحد البيعين تمليكاً للعين من المشتري
 يحكم هذا البيع ، فلا ينفذ ماسواه ^(١) . وقد يقال إن للمالك إذا أجاز البيع الأول ،
 فانتقل الملك إلى المشتري من الغاصب ، وجب أن ينفذ تبعاً لذلك البيع الثاني إذ
 يتبين أن المشتري من الغاصب قد باع ملكه إلى المشتري الثاني - ولكن يرد على
 ذلك بأن ملك المشتري من الغاصب أصبح باتاً بالإجازة - وملك المشتري من
 المشتري موقوف لعدم إجازته - والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله - جاء
 في ابن عابدين ج ٤ ص ٢٢٠ : " وأما عدم نفاذ البيع - أي البيع الصادر من
 المشتري من الغاصب بعد إجازته للمالك لبيع الغاصب - ، قبطانه بالإجازة ، لأنه
 يثبت بها الملك للمشتري باتاً ، والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله وكذا لو
 وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فروثه ، فهذا كله يبطل الملك
 الموقوف ، وأورد عليه أن بيع الغاصب ينفذ بإداء الضمان مع أنه طرأ ملك بات
 للغاصب على ملكه للمشتري الموقوف وأجيب بأن ملك الغاصب ضروري ضرورة
 أداء الضمان فلم يظهر في إبطال ملك المشتري " .

وجه في البحر الرائق ^(٢) : " وأما بيع المشتري من الغاصب فإنما لا يصح
 لبطلان عقده بالإجازة ، فإن به يثبت الملك للمشتري باتاً ، والملك البات إذا ورد
 على الموقوف أبطله ، وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات
 فروثه فونه كله يبطل الملك الموقوف ، لأنه لا يتصور اجتماع البات والموقوف في
 محل واحد على وجه يطرأ فيه البات " .

٣- إذا صار القسولي مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه ، فإن بيعه يبطل ، وله بعد
 أن أصبح مالكا أن ينقل الملك للمشتري بعقد مبتدأ ، لا بإجازة للعقد الأول . جاء

(١) المبسوط ج ٢٤ ص ٩٦ .

(٢) ج ٦ ص ١٥١ .

في الفتاوى الهندية ^(١) : " ومن باع ملك غيره ثم اشتراه ، وسلم إلى المشتري لم يجز ، ويكون باطلاً لا فائدة - وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه حتى إن الماصب إذا باع المصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه ، ولو اشتراه الماصب من المالك أو وهبه منه أو ورثه منه لا ينفذ بيعه قبل ذلك * . ويمكن أن يقال هنا أيضاً إن ملك الفضولي قد أصبح يثماً ، فطرا على ملك المشتري منه ، وهو ملك موقوف - لمطله ^(٢) .

وتعين الملكية بين ما إذا ملك الفضولي المبيع بالميراث ينتقل ما كان لورثته له فيصح أن يلقح البيع الصادر منه قبل انتقال الملك بالميراث ، وبين ما إذا ملك المبيع بسبب آخر - كالبيع والهبة والصدقة ، فيصح البيع الصادر منه ولا يجوز له نقضه ، ويكون الملكية ، على خلاف الصنفية ، فيما إذا صار الفضولي مالكا للمبيع بسبب غير الميراث بعد صدور البيع منه ، فعند الحنفية يبطل البيع ، ويصح عند الملكية .

جاء في حاشية النسوتي على الشرح الكبير للدردير ^(٣) : " وللماصب إذا باع المصوب قبل ملكه من ربه نقض بيع ما باهه أو وهبه أو اعتقه أو وقله إن ورثه من المصوب منه - لانتقال ملكه لورثته له - لا إن اشتراه من المصوب منه بعد أن باهه أو ملكه بهبه أو صدقة من المصوب منه ، فليس له النقض ، تنبيه : من فروغ هذه المسألة شريكه في دار باعها كلها تعدياً ، ثم ملك حظ شريكه ، فإن ملكه بإرثه رجح فيه ويلخذ نصيبه بالشفعة ، وإن ملكه بهراه أو هبة أو صدقة فلا رجوع له * .
بيع الفضولي قبل الإجازة قبل الفسخ من الطرفين :
بيع الفضولي - وهو موقوف قبل الإجازة .

هو أيضاً قابل للفسخ من الجهتين : جهة المشتري ، وجهة الفضولي نفسه . وهذا بخلاف ناقص الأهلية - فسيهه موقوف ، ولكنه غير قابل للفسخ لأن جهة المشتري ولا من جهة ناقص الأهلية ، ومن ثم يكون للفضولي فسخ البيع الصادر منه ، حتى لو أن المالك أجازته بعد ذلك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف - وإن كان له الفسخ ليندفع

(١) ج ٣ ص ١١١ .

(٢) ابن علقين ج ٤ ص ٢٢٠ .

(٣) ج ٣ ص ١١١ .

الحقوق عن نفسه ، قبلته بعد الإجازة يصير كالوكيل ، فترجع حقوق العقد إليه ، فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب ، وفي ذلك ضرره ، فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته ، والمشتري فسخ البيع قبل الإجازة - تحرزاً عن لزوم العقد - جله في البائع (١) : " ولو فسخه البائع " الفضولي " قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم ، ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان قد نقده .. وكذا إذا فسخه المشتري بنفسه .. إن البيع الموقوف لو اتصلت به الإجازة ، فالحقوق ترجع إلى العاقد ، فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه ، فله ذلك " .

أما عند المالكية فبيع الفضولي لازم من جهة الفضولي ، ومن جهة المشتري غير لازم " متحل " من جهة المالك .

٢- شراء الفضولي :

عند الحنفية - إذا اشترى الفضولي شيئاً لغيره ، وأضاف العقد لنفسه - هو والبائع - ولم يضيفه إلى الغائب ، فإن العقد ينقذ في حقه هو ، ولا يتوقف على إجازة الغائب ، فيصبح بحكم هذا العقد النافذ في حقه مشترياً لنفسه ، وهو إن شاء الله اشترى والدين بثمنه ، وله أن يبيع ما اشتراه بعقد مبدئياً إلى الغائب أو إلى غيره - وهذا مالم يكن الفضولي من غير أهل لزوم العهدة ، بأن كان صبياً أو محجوراً ، فلا يجد العقد نافذاً عليه لعدم الأهلية - فيتوقف على إجازة الذي اشترى له . أما إذا أضاف العاقدان العقد إلى الغائب ، فإثره ينصرف إلى هذا الغائب ويتوقف على إجازته - كما في بيع الفضولي جاء في الفتاوى الخاتية - على هامش الفتاوى الهندية (٢) ، في هذا الصدد : " وشراء الفضولي ، ويكون مشترياً لنفسه - وهو على وجوه أربعة : أحدها : أن يقول البائع بعث هذا من فلان الغائب بثلث درهم ، ويقول الفضولي : اشتريت لفلان أو يقول : قبلت لفلان أو قال قبلت ولم يقل لفلان - فهذا للعقد يتوقف على إجازة الغائب ، إن أجاز يكون الشراء لفلان ، وإن لم يجز يظل العقد ، والثاني : أن يقول المالك بعث هذا منك بكذا ، فقال الفضولي : قبلت أو اشتريت ، ونوى الشراء لفلان - فإن

(١) النبلع ج ٥ ص ١٥١ ، وأيضاً فتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ ، وأيضاً البحر الرائق ج ٦ ص ١٤٨ .

(٢) الفتاوى الخاتية على هامش الفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٧٣ ، وأيضاً البحر الرائق ج ٦ ص ١٤٩ .

الشراء بنقد عليه ، ولا يتوقف - ولو قال الفضولي : لشترت هذا فلان بكذا . وقال البائع : بعث منك ، ليل فيه روايتان - والصحيح أنه باطل لا يتوقف .. والراجح : أن يقول المالك بعث منك هذا بكذا لأجل فلان ، وقال المشتري : لشترت أو قبلت . أو قال المشتري أولاً لشترت هذا لأجل فلان ، لقال البائع : بعث - فإنه بنقد على المشتري ولا يتوقف

وعند المالكية ، شراء الفضولي كبيع موقوف دائماً - أضيف العقد إلى الغائب أو أضيف إلى الفضولي .

جاء في الخطاب (١) : * لم يذكر المصنف حكم شراء الفضولي ، وحكمه كبيعه . قال في التيطية : من باع سلعة لغيره بغير إذنه ، فإن البيع ينعقد ، ولا يكون للمبتاع جل الصلقة إذا أخذها المبتاع لنفسه - انتهى فإن لم يجر الشراء ، لزمّت السلعة المشتري الفضولي . ولا رجوع لوب المال على البائع بما دفعه له المشتري ، إلا أن يكون المشتري أشهر عند الشراء أنه إنما لشترى للفلان بماله وإن البائع يعلم ذلك أو صدق المشتري فيه أو تقوم بينة أن الشيء الذي لشترى به ملكه المشتري له . فإن أخذ المشتري له ماله ولم يجر الشراء ، انتقض البيع نسباً إذا صدق البائع ولم ينتقض في قيام البينة أن المال له بل يرجع على المشتري بمثل الثمن ويلزمه البيع . هذا قول ابن القاسم * .

٣- إجازة تصرف الفضولي :

شروط صحة الإجازة :

الإجازة تصدر من المالك ويجب لصحتها أن تتوافر الشروط الآتية :

- ١- قيام الأطراف الثلاثة - وقت صدور الإجازة - البائع والمشتري والمالك .
- للموات أحدهم قبل صدور الإجازة من المالك ، لم تصح الإجازة - ولا تقوم الولاية مقام من مات .

(١) الخطاب ج٤ ص ٢٧٢ ، وأيضاً حاشية السوي على الفهرسي ج٥ ص ١٨ .

جاء في فتح القدير ^(١) : " ولو ملك المالك ، لا ينفذ بإجازة الوارث ... وهو بخلاف القسمة - عند أبي حنيفة وأبي يوسف - فإن القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير جازت بإجازة ورثته بعد موته - فستحساناً - لأنه لا فائدة في نقض القسمة ثم الإعادة ، وقول محمد : القسمة مبادلة كالبيع ، فلا تجوز بإجازة ورثته - هو القياس - والاستحسان مقدم " .

٢- قيام المبيع - وكذلك الثمن لو كان عيناً - فلو ملك قبل إجازة المالك ، لم تصح الإجازة فإن كان قد ملك في يد المالك ، ملك عليه ، وإن ملك بعد التسليم إلى المشتري فالمالك بالخيار - إن شاء ضمن للفضولي وإن شاء ضمن للمشتري .

٣- أن يكون للتصرف مجيز - وقت صدوره - ذلك أن التصرف إذا لم يكن له مجيز وقت صدوره ، لم تتصور إجازته فوراً عقب صدوره ، وإجازته في المستقبل قد تحدث وقد لا تحدث ، فإن حدث كان الاتعقاد مفيداً ، وإن لم تحدث لم يكن مفيداً ، فلا ينعقد التصرف مع الشك في حصول الفائدة لغذاً بقاعدة " ما لم يكن ثابتاً بيقين لا يثبت مع الشك " فإذا لم ينعقد التصرف لالتحقه الإجازة - لأن الإجازة للمنعقد - أما إذا كان للتصرف مجيز وقت صدوره أمكن تصور الإجازة في الحال عقب صدوره ، فكان الاتعقاد مفيداً فينعقد لالتحقه الإجازة - ونرى من ذلك أنه يشترط لصحة الإجازة قيام كل عناصر التصرف - العاقدین والمحل والمجيز - وقت صدور الإجازة ، ووقت صدور التصرف - أما أنها تكون قائمة وقت صدور الإجازة ، فلأن الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه ، ولا يتحقق الإنشاء بدون العاقدین والعقود عليه ، لذلك كان قيامها شرطاً للحقوق الإجازة ^(٢) .

وأما أنها تكون قائمة وقت صدور التصرف ، فيبدو أن السبب في ذلك يرجع إلى فكرة استناد الإجازة إلى وقت صدور التصرف - فمما دام العقد إذا لم يجز ينقذ من وقت صدوره - وجب أن تكون عناصر المنفعة قائمة في هذا الوقت .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ .

(٢) البنائع ج ٥ ص ١٥١ .

فإنما ذهب الفضولي مال البائع أو تصدق به ، انعقد التصرف موقفاً على الإجازة ، لأن البائع يملك هذه التصرفات بنفسه فكان لها مجيز وقت صدورهما - فتتوقف على إجازة المالك - أما إذا كان المالك صبياً أو محجوراً ليس من أهل هذه التصرفات - لم يكن للتصرف مجيز وقت صدوره ، فلا ينعقد ، ومن ثم لا تلحقه الإجازة .

كيف تكون الإجازة :

والإجازة تكون بالقول أو بالفعل . وأي لفظ يدل على الإجازة يكفي فإنما قال للمالك: أجزت البيع أو رضيت به أو قبلته أو أي لفظ في هذا المعنى - كان هذا إجازة ^(١) .

والإجازة بالفعل قد تكون صريحة أو ضمنية - فتسليم المالك البيع للمشتري أو أخذه الثمن منه إجازة صريحة بالفعل - وهبة المالك الثمن للمشتري أو التصديق به عليه ، إجازة بالفعل ضمنية - وسكوت المالك بعد علمه بتصرف الفضولي لا يكون إجازة - ولو قال للمالك: لا أجيز ، يكون رداً للبيع فيسقط ، ولا تلحقه الإجازة بعد ذلك .

تحقق الإجازة وتخللها :

إذا وجدت الإجازة مستجمعة لشرايطها ، على الفور الذي أسلفناه ، نفذ البيع . وصار الفضولي بمنزلة الوكيل ، إذ الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ^(٢) .

(١) جامع الفصولين ج ١ ص ٣١٥ .

(٢) جاء في البحر الرائق ج ٦ ص ١٥١ : ولو باعه فضولي ولجره نحر ، أو رهنه لو زوجه ، فلجيزاً معاً ، يثبت الأقوى ، فيجوز البيع ويبطل غيره ، لأن البيع أقوى ، وكذا تثبت الهبة إذا وهبه فضولي ولجره نحر . والإجازة أقوى من الرهن لأنها ملك المفعلة ، بخلاف الرهن ، والبيع أقوى من الهبة ، لأن الهبة تبطل بالشيوخ ، ولو تباع غاصياً عرض لرجل واحد ، فلجيز للمالك لم يجز ، لأن فائدة البيع تثبت المالك والرقبة في التصرف ، وبما حاصلاً للمالك في المبدل بنون هذا العقد فلم ينعقد ، فلم تلحقه إجازة - ولو غصباً من رجلين وتباعاً ، ولجيز للمالك جاز ، ولو غصباً للفقيرين من واحد ، وعقد العسوف وتباعاً ، ثم أجاز جاز ، لأن القدر لا تنجز في العاوضات ، على كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب ^١

• للعقد للوقوف في الفقه الإسلامي •

ولأن الفضولي صار كالوكيل ، بعد الإجازة ، فإن حقوق العقد ترجع إليه ، كما ترجع إلى الوكيل ، أما حكم العقد فينصرف إلى المالك ، وينفذ البيع بالإجازة مستنداً إلى وقت صدوره ، لا إلى وقت صدورها - أي أن للإجازة أثراً رجعياً ، وإن كانت إنشأه من وجه ، جاء في البحر الرائق (١) : " والأهل في تصرف الفضولي أن كل تصرف جعل شريعاً سبباً للحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية لم يستعقب حكمه ويتوقف : إن كان مما يصح تعليقه جعل معلقاً ، ولا احتجنا أن نجعله سبباً للحال مثلاً حكمه إن أمكن . فالبيع ليس مما يتعلق ، فيجعل سبباً للحال ، فإذا زال المانع من ثبوت حكم الإجازة ، ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد " .

والفلك كان كل ما يحدث في المبيع من كسب أو ولد أو عقر قبل الإجازة ، فهو للمشتري ، وينقل ملك المبيع إلى المشتري من وقت البيع الصادر من الفضولي ، لأن وقت الإجازة الصادرة من المالك ، ويكون الثمن للمالك إن كان قائماً ، لأنه بدل ملكه ، وإن ملك في يد الفضولي يملك له ، كما إذا كان الفضولي وكيلاً في الإبتداء وملك الثمن في يده .

أما إذا رد المالك البيع وأعلن عدم إجازته له ، فلن يبيع يسقط ولا يستطيع المالك إجازته بعد رده ، وفي هذه الحالة إذا كان المبيع قد سلم إلى المشتري وملك ، وجب أن يرد قيمته إلى المالك لأن يده يده ضمان . وإذا كان المشتري قد سلم الثمن إلى الفضولي وملك في يده ، ملك أمانة ولا يرجع المشتري عليه بشيء ، على هذا التفصيل الذي جاء في البحر الرائق (٢) . " ولو لم يجز المالك وملك الثمن في يد الفضولي ، اختلف للشيخ في رجوع المشتري عليه بملكه ، والأصح أن المشتري إن علم أنه فضولي وقت الأداء لا يجوز له ، ولا رجوع عليه ، كذا في الفتية ، وصرح للشارع بأنه أمانة في يده فلا ضمان عليه إذا ملك ، سواء ملك قبل الإجازة أو بعدها " . وإذا سكنت المالك لا يجيز للبيع ولا يرد ، فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزاً أو غير مجيز ، فيبقى البيع موقوفاً حتى يجيزه المالك لو يرد .

(١) للرجوع السابق ص ١٥٦ .

(٢) البحر الرائق ج ٦ ص ١٤٧ .

وعند الملكية ، إذا باع الفضولي بحضرة المالك ، وسكت هذا ، اعتبر سكوته إجازة .
 وإن باع بغير حضرته ، وبلغه ، فسكت عاماً من وقت علمه ، اعتبر سكوته إجازة .
 وعندهم أيضاً ، يطالب المالك المميز الفضولي بالثمن ، مالم يمض عام ، فإن مضى
 وهو ساكت سقط حقه ، هنا إن بيع بحضرته ، وإن بيع بغير حضرته مالم تمض مدة
 للحيازة عشرة أعوام (١) .

المطلب الثاني

بيع المرهون

المرهون تطلق به حق الدائن المرتهن ، لبيعه يتعقد صحيحاً مطلقاً على إجازة
 الدائن المرتهن ، فإذا أجاز ، نفذ البيع في حق الجميع ، البائع والمشتري والمرهون ،
 وإذا لم يجز : قرأى يذهب إلى أن البيع يسقط حتى لو افترض الرهن الرهن ، والقرأى
 الأصح هو أن البيع لا يتوقف إلا في حق المرتهن ، فإذا افترض الرهن نفذ البيع في حق
 البائع والمشتري .

وليس للرهن فسخ البيع الذي صدر منه للمشتري - أما المشتري فله خيار
 الفسخ إن لم يعلم بالرهن - عند أبي يوسف و عند أبي حنيفة ومحمد له خيار الفسخ
 وإن علم بالرهن - وهذا هو الصحيح وعليه الفتوى .

ويكون تأويل هذا الرأي الأخير أن المشتري ، وقد علم بالرهن ، لشترى على أن
 يفتك البائع العين المرهونة من مرتبتها ويسلمها إليه ، فإذا لم يفعل فسخ المشتري
 البيع . وإذا باع الوامن العين المرهونة للمرتبة نفسه ، نفذ البيع في حق الرهن
 والمرتهن دون حاجة إلى إجازة (٢) .

(١) حاشية النسائي ج ٢ ص ١٢ ، المحطاب ج ٤ ص ٢٦٩ ، القرشي ج ٥ ص ١٧ .

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١١٠ ، المحطاب ج ٤ ص ٤٦٩ ، القرشي ج ٥ ص ١٧ ، النسائي ج ٢ ص ١١٠ .
 المذهب ج ١ ص ٣١٢ ، المغني ج ٤ ص ٢٦٣ .

المطلب الثالث بيع المستلجّر في مدة الإجارة

المستلجّر متعلق به حق المستلجّر ، كما المرهون تعلق به حق المرتهن ، فبيع المستلجّر كبيع المرهون ينفذ صحيحاً موقوفاً على إجازة المستلجّر ، فإذا أجاز للمستلجّر البيع نفذ في حق الجميع ، وانفسخت الإجارة ، ووجب على المستلجّر تسليم العين للمشتري ، ولكن له حق حبسها حتى يسترد ما عجله من الأجرة . وإذا لم يجز للمستلجّر البيع ، فالبيع لا يتوقف إلا في حقه ، فإذا انقضت الإجارة نفذ البيع ، ووجب تسليم العين إلى المشتري .

وليس للمؤجر فسخ البيع الذي صدر منه للمشتري ، أما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالإجارة ، عند أبي يوسف ، وعند أبي حنيفة ومحمد له خيار الفسخ وإن علم بالإجارة .

وإذا باع المؤجر العين للمستلجّر نفسه ، نفذ البيع في حقهما دون حاجة إلى إجازة - كما في بيع المرهون - .

ونرى من ذلك أن جملة الأحكام التي قررناها - في بيع المرهون - تسري هنا أيضاً في بيع المستلجّر ، والفرق بين البيعين محل خلاف .

جاء في ابن عابدين : " ووقف بيع للمرهون والمستلجّر ... إن أجازته المرتهن والمستلجّر نفذ ، وهل يملك الفسخ ؟ قيل : لا وهو الصحيح ، وقيل : يملك المرتهن دون المستلجّر لأن حقه في المنفعة ، ولذا لو هلك العين لا يسقط دينه وفي الرهن يسقط ، وجزم في الخاتمة بالثاني . ولكن في حاشية الفصولين للرملّي عن الزيلعي : لا يملك المرتهن الفسخ في أصح الروايتين (١) .

وجاء في البحر : " وفرق بينهما الكرايعسي ، فجعل للمرتهن الإجازة والفسخ دون المستلجّر فلا يملكه ، فأرقاً بأن للمستلجّر حقه في المنفعة ، ولذا لو هلك العين لا يسقط دينه ، وفي الرهن يسقط ، وهو استيفاء حكمي ، وتقترح على الفرق ما لو تعدد بيع المؤجر ، فأجاز المستلجّر - البيع الثاني - نفذ الأول ولو تعدد بيع الرهن ، فأجاز

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢١٣ .

الموتون - البيع الثاني - نفذ، لا الأول " . ذلك اننا لو قلنا بالفرق بين الموهون والمستاجر ، وباع المؤجر العين مرتين ، فإجازة المستاجر للبيع الثاني ليست إلا نزولاً من حقه في المنفعة ، فخلصت العين من الحق الذي تعلق بها ، وسلمت تصرفات البائع فيها ، فنفذ البيع لأنه مقدم على البيع الثاني - ولو باع الواهن العين مرتين - فإجازة الموتون للبيع نزول عن حقه في العين لأنها لا في المنفعة إلى المشتري الثاني ، فخلص العين لهذا المشتري ، وينفذ البيع الصادر إليه دون البيع الصادر إلى الأول * (١) .

المطلب الرابع

بيع المريض مرض الموت

بيع المريض مرض الموت حكمه عند المحابلة حكم الوصية ، لا ينفذ في المقدار المحلبي به إلا في ثلث للتركة ولغير الوارث - أما إذا صدر البيع لوارث مهما كانت قيمة المقدار المحلبي به ، لم يدر لغير وارث و زاد قيمة للمقدار المحلبي به على ثلث التركة ، فالبيع للوارث ، وكذلك البيع لغير الوارث فيما زاد على الثلث - ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة الورثة - فإن لجأه نفذ في حق الجميع ، ولا بطل البيع للوارث ، وبطل فيما زاد على الثلث لغير الوارث . والأصل في ذلك أن التركة يتعلق بها حق الورثة ، لأن موت المورث فحسب بل أيضاً من يده مرضه الأخير - وهو مرض الموت - ذلك أن المورث إذا تصرف في مرض موته ، فهو إنما يوصي - ويكون لتصرفه حكم الوصية ، فتكون تصرفات المريض مرض الموت موقوفة على إجازة الورثة الذين تعلق حقهم بالتركة ، كما توقف بيع الموهون على إجازة الموتون ، وبيع المستلجر على إجازة المستاجر .

والورثة يتعلق حقهم بثلاث التركة إذا كان التصرف لغير وارث ، ويتعلق بكل التركة إذا كان التصرف لوارث (٢) .

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١١٠ .

(٢) البداية شرح بداية المبتدي - لشيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرضائي للريثاني ج ٤ ص ٢٣٦ . كتاب الوصايا - حاشية السنوسي ج ٤ ص ١٢٢ .

المبحث الرابع طبيعة العقد الموقوف

إذا تخلقت الولاية على محل العقد أو الولاية على نوع التصرف ، لا يكون العقد نافذاً بل يكون موقوفاً .

والولاية على محل العقد تكون بأن يثبت للعاقد حق الملك في هذا المحل أو التيابة من المالك ، وألا يتعلق بالمحل حق للغير ، كأن يكون مرهوناً أو مستأجراً ، فقير المالك ، أي الفخولي ، ليست له ولاية على محل العقد ، وإذا كان العقد الصادر منه قد صدر من أهل له في محل صالح لحكمه ، فمن ثم يتعقد صحيحاً ، إلا أن هذا العقد يكون موقوفاً لانعدام الولاية على المحل ، فلا يتخذ إلا بإجازة المالك ، ومالك العين المرهونة أو المستأجرة ليست له ولاية كاملة على محل العقد لتعلق حق المرتب أو للمستأجر به ، فالعقد الذي يصدر منه واقعاً على هذا المحل يكون موقوفاً على إجازة المرتب أو للمستأجر .

والولاية على التصرف تكون باستكمال العاقد القدر الواجب من التمييز لنوع التصرف الذي يبشره ، ومن التصرفات ما يكفي فيه مجرد التمييز ، ومنها ما لا يكفي التمييز فيه بل يجب بلوغ سن الرشد ، فالولاية على التصرف هي الأهلية للتصرف .

ومن هذا نرى أن العقد الموقوف ، هو العقد الذي انعقد صحيحاً لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه ، ولكن نقصه أحد عنصري النفاذ للملك أو الأهلية . ولم تسلم مرتبة العقد الموقوف من الخلاف - فالشافعية يتكروون هذه المرتبة ، ويذهبون إلى أن العقد الموقوف هو عقد باطل ، ويجعلون الملك والأهلية من عناصر الانعقاد لامن عناصر النفاذ .

وعند الحنفية رأي يذهب إلى أن العقد الموقوف عقد غير صحيح ، ويبقى في مرتبة بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، فالعقد عند من يقولون بهذا الرأي : إما عقد غير صحيح ويشمل : العقد الباطل فالعقد الموقوف ، فالعقد الفاسد ، على هذا الترتيب ، وإما عقد صحيح ، ويشمل العقد النافذ فالعقد اللازم .

ولكن الرأي الراجح ، عند الحنفية ، هو أن العقد الموقوف مرتبة من مراتب العقد الصحيح ، فهو ليس بعقد باطل ولا بعقد فاسد ، بل هو قسم من أقسام العقد الصحيح ، وهو من مراتب الصحة يقع في أثناءها ، ويليه في القوة العقد النافذ فالعقد اللازم .

جاء في البحر الرائق (١) : " والعشايع طريقتان : فمنهم من يدخل الموقوف تحت الصحيح فهو قسم منه ، وهو الحق لصديق التعريف وحكمه عليه ، فإنه ما أجاز الملك من غير توقف على القبض ، ولا يضر توقفه على الإجازة كتوقف البيع الذي قسمه الفقهاء على إسقاطه - ومنهم من جعله قسماً للصحيح ، وعليه مشى الفقهاء الزيلعي ، فإنه قسمه إلى صحيح وباطل وفاسد وموقوف ، وقسمه في فتح القدير : إلى جائز وغير جائز وهو ثلاثة : باطل وفاسد وموقوف ، فجعله من غير جائز ، وبما بالجائز للنافذ ولم أر فيما عندي من الكتب من سماه قسماً ، إلا في بيع الموهون والمستلجر ، فقال في البائع ، من شرائطه ألا يكون له المبيع حق لغير البائع ، فإن كان لا ينفذ كالرهن والمستلجر ، واختلفت عبارات الكتب في هذه المسألة ، في بعضها أن البيع فاسد ، وفي بعضها أن البيع موقوف وهو للصحيح * .

والذي أوقع اللبس في مرتبة العقد الموقوف ، وهل هي من مراتب العقد الصحيح ، أو من مراتب العقد غير الصحيح ، ما وقع من الاضطراب في حكم بيع المكره والهزل ، فبيع المكره قد تضاربت المذاهب في حكمه ، فهناك من يقول إنه باطل ، ومن يقول إنه فاسد ، ومن يقول إنه موقوف ، ومن يقول إنه نافذ غير لازم ، ويتردد في بعض كتب الفقه إنه فاسد موقوف (٢) .

وصحيح ذلك بأن المراد بالوقف أنه موقوف الاعتقاد عند من يقول بالبطلان ، أو موقوف الصحة عند من يقول بالفساد ، أو موقوف النفاذ عند من يقول بالوقف ، أو موقوف اللزوم عند من يقول بعدم اللزوم . ومن ثم يكون بيع المكره غير صحيح عند من يقول ببطلان أو فساده ، وهو صحيح عند من يقول بوقفه أو بعدم لزومه ، فلا يتدخل العقد الموقوف في العقد الفاسد ، ولا يكون قسماً منه ، أما بيع الهزل فقد

(١) البحر الرائق ج ٦ ص ٧٠ .

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ١٧٧ ، ابن علقين ج ٤ ص ١٠٤ .

* العقد الموقوف في الفقه الإسلامي *

اختلفوا في حكمه بين باطل وقاسد ، والصحيح أنه باطل ، لأن الهزل غير راض
بأصل البيع (١) .

ونرى من ذلك - أن بيع المكره لا يجمع بين الفساد والوقف بل هو إما فاسد أو
موقوف ، وأن بيع الهزل باطل ، لا فاسد ولا موقوف ، فلا يتدخل الوقف في الفساد،
ولا يتلاقى الفساد مع الوقف أصلاً - فالعقد للفاسد غير العقد الموقوف ، الأول غير
صحيح ، والثاني صحيح ، فيكون العقد الموقوف إذن قسماً من العقد الصحيح .

(١) النيسوط ج ٢٤ ص ٥٥ .

المراجع مرتبة حسب ورودها في البحث

أولاً : القرآن الكريم .

ثانياً :

- ١- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، في الفقه الحنفي ، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧ هـ .
- ٢- شرح الخرشي على متن خليل في الفقه المالكي ، لمحمد بن عبدالله الخرشي المالكي ، أول من تولى مشيخة الأزهر توفى سنة ١١٠١ هـ .
- ٣- المغني في الفقه الحنبلي لأبي محمد عبدالله بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ١٢٠ هـ .
- ٤- المجموع شرح المذهب في الفقه الشافعي ، لأبي زكريا محيي الدين بن شرف بن مري بن حسين النووي ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ .
- ٥- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير في الفقه المالكي لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ .
- ٦- كشاف القناع على متن الإقناع في الفقه الحنبلي ، لشيخ الإسلام منصور بن إدريس الحنبلي .
- ٧- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، في الفقه الشافعي ، للشيخ محمد الشربيني الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧ هـ .
- ٨- المذهب في الفقه الشافعي للشيخ الإمام أبي إسحاق إبراهيم بن محمد الشيرازي .
- ٩- فتح القدير شرح الهداية في الفقه الحنفي ، لكمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي ، المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٦٨١ هـ .
- ١٠- القوانين الفقهية ، في الفقه المالكي لمحمد بن جزي الكلبلي القرناطي المتوفى سنة ٧٤١ هـ .
- ١١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، في الفقه الحنفي للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم المصري .
- ١٢- المبسوط في الفقه الحنفي لأبي بكر محمد بن أبي سهل ، المعروف بشمس الدين السرخسي .

♦ الفقه المأثور في الفقه الإسلامي ♦

١٣- حاشية ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، وهو معروف بحاشية ابن عابدين ، في الفقه الحنفي ، للسيد محمد أمين الشهير بابن عابدين .

١٤- الفتاوى للهندية واسمها الفتاوى العالمكيرية ، المعروفة بالفتاوى الهندية ، في ستة أجزاء ، على هامش الثلاثة الأولى الفتاوى الخانية لقاضيهان المتوفى سنة ٢٩٥هـ . وعلى الأخرى الفتاوى البزازية ، لابن البزاز المتوفى سنة ٨٢٧هـ . في الفقه الحنفي .

١٥- مؤلف الجليل لشرح مختصر لمي الضياء سيدي خليل في الفقه المالكي ، لمحمد ابن عبدالرحمن المعروف بالحطاب والمتوفى سنة ٩٥٤هـ .

١٦- جامع القصولين ، في الفقه الحنفي لمحمود بن اسماعيل ، الشهير بابن قاضي سعاوه ، المتوفى سنة ٨٢٣هـ .

١٧- الهداية شرح بداية المبتدي لشيخ الإسلام يرماني الدين لمي الحسن علي بن أبي بكر بن عبدالجليل الرشيداني الموحيني ، في الفقه الحنفي ، المتوفى سنة ٥٩٣هـ .

١٨- مجلة القاتون والاقتصاد تصدر في القاهرة .

وصلى الله وسلم وبأرك على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين والحمد لله رب العالمين .

الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه

الدكتور/ حسين مطلوع الترتوري^١

المقدمة :

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، ولقد صدق الله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً . وبعد :

لإن البحث الذي يعنى القارىء هو : الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه .

اشتمل على :

مقدمة في مشكلة البحث، والدراسات السابقة فيه ، وأهميته ، وأهدافه .

وتعريف الاستحسان في اللغة والاصطلاح ، ناقضت تلك التعريفات ، ولخزنت تعريفاً جامعاً مانعاً له .

وأنواع الاستحسان باعتبار دليل وأنواع الاستحسان من حيث قوته وضعفه .
بيئت أن الاستحسان عند الحنفية نوعان : استحسان قياس ، واستحسان غير القياس : وهو كل استحسان ثبت عندهم بدليل غير القياس ، سواء أكان نصاً ، أم إجماعاً ، أم ضرورة .

وتكررت أمثلة لهذه الأنواع مع شرحها .

وموقف الإمام الشافعي من الاستحسان .

وتحقيق ثلاث مسائل تتعلق في الاستحسان مما اختلفت فيها آراء العلماء وهي :
الأولى : بيان أن ما نسب إلى الحنفية بأن الاستحسان ترك القياس لما يستحصته

(١) استاذ أصول الفقه - قسم ثقافة الإسلامية ، كلية التربية ، جامعة الملك سعود .

العقل غير صحيح ولا دليل عليه .

الثانية : بيان أن الخلاف في الاستحسان خلاف حقيقي ، لا كما قال بعض العلماء إنه خلاف في التسمية واللفظ لا في الحقيقة والمعنى .
الثالثة : بيان أن ما قاله بعض العلماء بأنه لا ينحلق استحسان مختلف فيه غير صحيح .

والأدلة على حجية استحسان القياس عند الحنفية .

مشكلة البحث :

تظهر المشكلة التي يحاول الباحث معالجتها من خلال الدراسات السابقة لهذا

الموضوع ، ويظهر ذلك في للنقطتين التاليتين :

١- اختلف العلماء في تعريف الاستحسان وتحديد مدلوله عند الحنفية ، وقد نسب بعضهم إلى الحنفية أو إلى بعض الحنفية صراحة أو بالإشارة أن الاستحسان عندهم: ثوك القياس لما يستحسنه العقل من غير دليل ، أو أنه دليل يتفدح في نفس المجتهد وتقتصر عنه عبارته . ومن هؤلاء العلماء أبو بكر للباقلازي المالكي المتوفى سنة ٤٠٣هـ فيما نقله عنه الغزالي^(١) ، وأبو الحسن الماوردي الشافعي المتوفى سنة ٤٥٠هـ^(٢) ، وأبو إسحق الشيرازي الشافعي المتوفى سنة ٤٧٦هـ في التبصرة^(٣) وفي اللمع^(٤) ، وأبو حامد الغزالي الشافعي المتوفى سنة ٥٠٥هـ في المنحول^(٥) وفي المستصفى^(٦) ، وأبو الحسن الأمدي الشافعي المتوفى سنة ٦٣٦هـ^(٧) ، وأبو سعيد البیضاوي الشافعي المتوفى سنة ٦٨٥هـ^(٨) .

وتابع هؤلاء العلماء القدامى عدد من العلماء للعاصرين في رسائلهم العلمية

(١) الغزالي ، المنحول ص ٤٢٩ .

(٢) الماوردي ، أدب القاضي ص ٦٥٠-٦٥١ .

(٣) الشيرازي ، التبصرة ص ٤٩٦-٤٩٣ .

(٤) الشيرازي ، اللمع ص ١٢١ .

(٥) الغزالي ، المنحول ص ٣٧٥ .

(٦) الغزالي ، المستصفى ٢/٢٧٥-٢٨٠ .

(٧) الأمدي ، الأحكام ٤/١٥٧ .

(٨) البیضاوي ، المتهاج - ومع نهلية السور وسلم الوصول ٤٠٠/٣٩٨ .

التي كتبوها ، أو في بعض الكتب التي اقتصت في الحديث عن الأدلة المختلف فيها .
ومن هؤلاء : مصطفى البغا^(١) ، وعبد العزيز الربيعة^(٢) ، ومحمد البوطي^(٣) .

والسؤال الذي يطرحه الباحث ويحاول أن يجيب عنه في هذا البحث : هل قال
لحد من الحنفية : إن الاستحسان ترك القياس لما يستحسنه العقل من غير دليل ؟ أو
إنه دليل ينقدح في نفس المجتهد وتقتصر عنه عبارته ؟

ب- ذهب عدد من العلماء إلى أنه لا يتحقق استحسان مطلق فيه . ومن هؤلاء
العلماء أبو عمرو بن الحاجب المالكي المتوفى سنة ٦٤٦ هـ^(٤) . وجمال الدين الاستويعي
الشافعي المتوفى سنة ٧٧٢ هـ^(٥) . وجمال الدين المعلى الشافعي المتوفى سنة
٨٦٤ هـ^(٦) . ومحب الله ابن عبد الشكور للحنفي المتوفى سنة ١١١٩ هـ^(٧) .
والشركاني المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ^(٨) .

وتابع هؤلاء العلماء القدامى جل العلماء المعاصرين الذين كتبوا عن الاستحسان
في رسائل علمية أو في بعض الكتب التي اقتصت في الحديث عن الأدلة المختلف
فيها . ومن هؤلاء : مصطفى البغا^(٩) ، والطيب الخضري^(١٠) ، وعبد العزيز الربيعة^(١١)
، وصالح بن حميد^(١٢) .

والسؤال الذي يطرحه الباحث ويحاول أن يجيب عنه في هذا البحث : ما مدى

(١) البغا ، أثر الأدلة المختلف فيها ص ١٢٧ .

(٢) الربيعة ، أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها ص ١٥٦ .

(٣) البوطي ، ضوابط الصلحة ص ٢٣٧ .

(٤) ابن الحاجب ، المختصر ، ومعه شرحه للأصلهاني ، ٢٨٩/٣ .

(٥) الاستويعي ، نهاية العول ، ومعه سلم الوصول ، ٤٠٢/٤ .

(٦) المعلى ، شرح جمع الجوامع ٣٩٥/٢ .

(٧) ابن عبد الشكور ، فوائد الرحموت ، ومعه مسلم للثبوت ، ٣٢١/٢ .

(٨) الشركاني ، إرشاد الفحول ص ٤٠٢ .

(٩) البغا ، أثر الأدلة المختلف فيها ص ١٢٧ .

(١٠) السيد الخضري ، الاجتهاد فيما لاتص فيه ٢٢/٢-٢٣ ، ١٦ .

(١١) الربيعة ، أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها ص ١٨٢-١٨٤ .

(١٢) ابن حميد ، رفع الحرج ص ٣٠٥ .

● الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه ●

دقة القول بأنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه ؟

أهمية البحث :

تأتي أهمية هذا البحث من خلال بيان المشكلة التي يحاول الباحث معالجتها ، من خلال ما ورد في المصادر والدراسات السابقة لعدد من العلماء من إشكالات تحتاج إلى مزيد إيضاح وبيان أو تصحيح في بعض الجوانب .

أهداف البحث :

يهدف هذا البحث إلى :

- ١- بيان تعريف الاستحسان عند الكرخي الذي استقر عليه .
 - ٢- مناقشة تعريفات الحنفية للاستحسان والمختار تعريف للاستحسان يكون جامعاً مانعاً .
 - ٣- بيان حقيقة الاستحسان عند الحنفية من خلال أقوالهم في كتبهم المعتمدة ، ومن خلال دراسة بعض المسائل الفقهية التي استندوا فيها إلى الاستحسان . وأنه ليس تركاً للقياس لما يستحسنه العقل من غير دليل ، وليس دليلاً يتقدم في نفس المجتهد وتقتصر عنه عبارته . وذكر أول من نسب هذه الأقوال للحنفية ، وأنه لم يرد في كتب الحنفية شيء من ذلك .
 - ٤- بيان أن مذهب إليه بعض العلماء للأقدامى ، وتبعهم فيه جلّ العلماء المعاصرين بأنه (لا يتحقق استحسان مختلف فيه) غير صحيح .
 - ٥- بيان أن قول الشافعي (إنما الاستحسان تلذذ)^(١) ، ينطبق على بعض أنواع الاستحسان عند الحنفية ، وعلى رأسها استحسان القياس الذي ترجع أكثر استحسنات الحنفية إليه ، والذي يعتبره الحنفية أدق الاستحسنات مسكاً .
 - ٦- مناقشة أدلة الشافعية في إبطال استحسان القياس المبينة- على تخصيص الفلة ، وبيان الرأي الراجح في هذه المسألة .
- وقد اقتصرنا في هذا البحث على الاستحسان عند الحنفية مع أن غيرهم من

(١) الشافعي ، الرسالة ص ٥٠٧ . وقد نسب إلى الشافعي في كثير من المصادر القديمة { من استحسن فقد شُرع } . انظر : ابن برهان . الوصول إلى الأصول ٢/ ٢٣٠ ، الفزالي ، السمعاني ١/ ٢٧٤ ، الشافعي . الاعتصام ٢/ ١٤٦-١٤٧ ، القسلي ، كشف الأسرار ٢/ ٢٩٩ ، ابن النجار ، شرح الكوكب المنير ٢/ ٤٢٩ .

الملكية^(١) والحنبلية^(٢) قال به للأسباب التالية :

- (١) أنهم أكثر من قال بالاستحسان وتوسع فيه .
- (٢) أن أكثر المطاعن وجهت للحنفية لأخضعوا بالاستحسان سواء من الشافعية والظاهرية الذين أنكروا الاستحسان أو من بعض المالكية والحنبلية الذين قالوا به^(٣) .
- (٣) أن إبا حنيفة أول من قال بالاستحسان وتبعه تلاميذه وأكثروا منه^(٤) .
- (٤) لاختلاف الحنفية في معنى الاستحسان . قال عبد العزيز البخاري (ولما اختلفت عبارات أصحابنا في تفسير الاستحسان الذي قال به إبا حنيفة رحمه الله)^(٥) .
- (٥) كثرة إقسام المستحسان عند الحنفية مقارنة بغيرهم ممن قال به .
- (٦) أن الاستحسان الذي فكره الشافعية كما سيظهر في هذا البحث لاستحسان القياس ، وأكثر استحسانات الحنفية وأدقها مسلماً من هذا النوع كما صرح بهذا الجصاص^(٦) .

(١) الاستحسان عند المالكية : القول بالرأي البليغ . وإلى هذا ذهب محمد بن خزيمة مثله ، ومحمد بن العربي . انظر : البجلي، أحكام الفصول ص ٥٦٤ ، ابن العربي، أحكام القرآن ٧٤٥/٢ ، الشافعي، للوالقات ٢٠٨/٤ ، الشافعي، الاعتصام ١٤١/٢ ، وذكر الشافعي تعريفاً آخر للاستحسان في الموافقات أيضاً ضمن من السابق فقال : (هو في مذنب ماله الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي مستقصاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس) . انظر : الشافعي، للوالقات ٢٠٦/٤ .

(٢) الاستحسان عند الحنبلية : المدول عن القياس إلى دليل هو الذي منه . وأنكر الحنبلية أن يتروك المجتهد ليدل غير القياس للاستحسان . انظر : التكرتاني ، التمهيد ٩٣/٤ ، ٩٤-٩٥ .

(٣) انظر : ابن العربي ، أحكام القرآن ٢٢٧/١ ، الخزعلي ، المدول ص ٣٧٧ ، ٤٣٩ ، التكرتاني ، التمهيد ٨٩/٤ ، ابن حزم ، الأحكام ١١٢/٢ .

(٤) ابن حزم ، الأحكام ١٩٢/٢ ، ابن حزم ، ملخص إبطال القياس والرأي والاستحسان والتقليد والتقليد ص ٩ .

(٥) البخاري ، كشف الأستار ٣/٤ .

(٦) الجصاص ، الفصول ق ٢٩٥ (١) .

تعريف الاستحسان في اللغة وفي الاصطلاح

الاستحسان في اللغة : على وزن استفعال ، وهو مأخوذ من الحسن ، وهو تقيض القبح ، والاستحسان عد الشيء حسناً ^(١) .

الاستحسان في الاصطلاح :

أولاً : تعريف أبي الحسن الكرخي :

نقل عن أبي الحسن الكرخي تعريفين للاستحسان :

الأول : أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة يمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول ^(٢) .

الثاني : ترك حكم إلى حكم هو أولى منه لولادة لكان الحكم الأول ثابتاً ^(٣) .

ثانياً : تعريف أبي بكر الرازي الجصاص : ترك القياس إلى ما هو أولى منه ^(٤) .

ثالثاً : تعريف أبي زيد اللبوسي :

ذكر أبو زيد اللبوسي تعريفين للاستحسان :

الأول : دليل يعارض القياس الجلي ^(٥) .

الثاني : الميل بالحكم عن الطريق الظاهر إلى الخفي بتلليل شرعي ^(٦) .

رابعاً : تعريف للبزدوي : لحد القياسين ^(٧) .

خامساً : تعريف السرخسي : التلليل الذي يكون معارضاً للقياس الظاهر الذي تسبق

(١) الجوهري ، تاج اللغة وصحاح العربية ، مادة (حسن) ٢٠٩٩/٥ ، الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، مادة (حسن) ١٧٦/٩ .

(٢) البخاري ، كشف الأسرار ٣/٤ ، البصري ، المعتمد ٨٤٠/٢ ، الكلوثاني ، التمهيد ٩٣/٤ ، الرازي ، المحصول ج ٢ ق ٣ ص ١٦٩ ، الأمدي ، الأحكام ١٥٨/٤ .

(٣) للجصاص ، الفصول ق ٢٩٥ (١) .

(٤) للمصدر نفسه ق ٢٩٥ (١) .

(٥) للنجري ، تفهيم أصول الفقه وتحديد آفة الشرع ٨١٥/٢ .

(٦) للمصدر نفسه ٨١٧/٢ .

(٧) البخاري ، كشف الأسرار ٣/٤ .

إليه الأوامر قبل إتمام التأمل فيه ^(١) .

مناقشة التعريفات المذكورة للاستحسان عند الحنفية :

سأقتصر في المناقشة على المأخذ الجوهرية على هذه التعريفات بقية الوصول إلى تعريف مختار يتطابق على معنى الاستحسان .

أولاً : مناقشة تعريف الكرخي :

يؤخذ على التعريف الأول أنه غير جامع ولا مانع .

أما كونه غير جامع : فلأن هناك بعض أنواع الاستحسان عدل فيها عن الاستحسان إلى القياس ^(٢) وهنا ما سماه الحنفية : القياس الذي ظهر فساد واستتور وجه صحته وأثره . وقالوا هو مقدم على الاستحسان الذي ظهر أثره وخفي وجه الفساد فيه .

وأما كونه غير مانع : فلأنه يتخلل فيه العدول عن العموم إلى الخصوص وعن المنسوخ إلى المناسخ ^(٣) . وقد ذكر الكرخي في التعريف كلمة (الإنسان) والأولى أن يقول (المجتهد) لأن الاستحسان ضروب من ضروب الاجتهاد لا يصح إلا من المجتهد .

ويؤخذ على تعريف الكرخي الثاني كما أخذ على التعريف الأول أنه غير مانع . ولكنه جامع خلافاً للتعريف الأول .

ومع أن التعريف الأول للاستحسان عند الكرخي هو الذي اشتهر أكثر ، إلا أن التعريف الثاني أولى أن ينسب إليه من وجهين :

الأول : أنه سلم من بعض ما أخذ على التعريف الأول ، فيكون الكرخي قد عدل عن التعريف الأول إلى الثاني بعد أن تبين له أن التعريف الأول الذي قاله غير جامع .

الثاني : أن الذي نسب التعريف الثاني للكرخي الجصاص وهو من تلاميذه ^(٤)

(١) السرخسي ، أصول ٢/ ٢٠٠ .

(٢) البخاري ، كشف الأسرار ٢/ ٣ ، البصري ، المعتمد ٢/ ٨٤٠ .

(٣) البخاري ، كشف الأسرار ٢/ ٣ ، البصري ، المعتمد ٢/ ٨٤٠ ، الرازي ، المحصول ج ٢ ص ٦٩ ، التفتازاني ، المظهير ٣/ ٣ .

(٤) درس الجصاص الفقه على الكرخي وتفرج عليه وانتفع بعلومه . انظر : ابن أبي الوفاء ، الجوامع المضية ٢/ ٤٩٣ .

واقرب من غيره إليه .

والذي يظهر لي أن الكرخي كان يعرف الاستحسان بالتعريف الأول فاشتبه ذلك عنه ، ثم عدل عنه إلى التعريف الثاني ولم يشتبه عنه عدوله ، ولكن الرازي أثبتته لأنه تلعبت الكرخي ، فهو أقرب الناس إليه وأعرف من غيره بما انتهى إليه شيخه من آراءه .

ثانياً : مناقشة تعريف الجصاص :

يؤخذ على تعريف الجصاص أنه غير جامع ولا مانع .
أما كونه غير جامع : فلأن بعض المسائل عطل فيها الحنفية عن الاستحسان ضعيف الأثر إلى القياس . ولأن كثيراً من صور الاستحسان عندهم ليس فيها ترك للقياس الأصولي ، فإن الحنفية يبدلون بالاستحسان عن قياس وهن غير قياس^(١) . وأما كونه غير مانع : فلأنه يدخل فيه العدول عن حكم ثبت بالقياس إلى حكم منسوخ .

ثالثاً : مناقشة تعريف أبي زيد الأول :

يؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع ولا مانع . فهو غير جامع كالتعاريف التي سبقته ، وما قيل فيها يقال فيه .
وأما كونه غير مانع : فلأن كلمة (دليل) تكررت مطلقة في التعريف فتصدق على الدليل القوي وعلى الدليل الضعيف لأن المطلق مائل على شائع في جنسه .
والدليل الضعيف لا يعارض القياس ولا يترك القياس به ، وليس كل معارضة للقياس للجلي بتليل تعتبر استحساناً بل لابد أن يكون الدليل قوياً راجحاً . ثم إن الاستحسان ليس دليلاً يعارض القياس الجلي ، بل هو ترك الدليل الضعيف والعمل بالدليل القوي وليس ذات الدليل .

مناقشة التعريف الثاني لأبي زيد للاستحسان :

يؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع ولا مانع .
أما كونه غير جامع فلأن بعض صور الاستحسان عدول إلى النص أو الإجماع ... وهذه الأدلة أكثر ظهوراً من القياس والمعقول .

ولما كونه غير مانع : فلأنه يدخل فيه ميل المجتهد عن العلم إلى العام المخصص، وعن التسوخ إلى التلسخ ، إذا كان الدليل المخصص أو التلسخ غير ظاهر . ثم إن قبا زيد ذكر كلمة (بطل) مطلقة كما في التعريف الأول فيقال هنا ما قيل هناك .

رابعاً : مناقشة تعريف البرزوي للاستحسان :

يؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع ولا مانع .

أما كونه غير جامع : فلأنه حصر الاستحسان في نوع من أنواعه وهو استحسان القياس ، ثم إن بعض الأمثلة التي ذكرها الحنفية ليس فيها عدول عن القياس الأصولي (١) .

وقد أجاب البخاري عن هذا الاعتراض بأن مراد البرزوي تعريف الاستحسان الذي وقع فيه الخلاف ، لأن بقية الأنواع كاستحسان الأثر وغيره لم يقع فيها خلاف (٢) .

وأما كونه غير مانع : فلأن تقديم القياس ضعيف الأثر على القياس قوي الأثر عمل بأحد القياسين ولا يعتبر هذا استحساناً عند الحنفية . فكان الولجب وضع قيد (القوي) ، ثم إن الاستحسان ليس لحد القياسين ، بل هو ترجيح لحد القياسين .

خامساً : مناقشة تعريف السرخسي للاستحسان :

هذا التعريف غير جامع : لأنه حصر الاستحسان بمعارضة القياس الظاهر . وليس كل استحسان فيه معارضة للقياس الظاهر الأصولي (٣) ، ثم إن الاستحسان ليس ذات الدليل بل هو ترجيح لذلك الدليل على غيره .

التعريف المختار :

يمكن أن نعرف الاستحسان تعريفاً جامعاً مانعاً يخلو مما وجهه التعريفات

السابقة من انتقادات نفقوله هو : ترجيح المجتهد الاجتهاد الخفي على الاجتهاد الظاهر لدليل أقوى .

(١) البصري ، المعتمد ٨٣٩/٢ .

(٢) البخاري ، كشف الأسرار ٤/٤ .

(٣) البصري ، المعتمد ٨٣٩/٢ .

أنواع الاستحسان

الاستحسان باعتبار دليله نوعان :

النوع الأول

استحسان القياس

وهو الذي وقع الخلاف فيه بين الحنفية وبين الشافعية . فالشافعي لم ينكر على أبي حنيفة استحسان الأثر أو الإجماع أو الضرورة ^(١) ، بل إن الشافعي قال في بعض المسائل بالاستحسان كتقدير للثقة ^(٢) ، وزمن التأجيل في الشفعة ^(٣) ، والتحليف بالمصنف ، ووضع الأصبعين في صماخي الأذنين عند الأذان ^(٤) .

وقد أجاب الماوردي عن استحسانات الشافعي وبين أنها لم تكن عن هوى أو شهوة فقال : (وأما استحصانه الثقة بقدر ثلاثين درهماً ، فلأن ابن عمر قاله) ^(٥) ومذهبه في القديم أن الصحابي إذا انفرد يقول لم يظهر خلافه فهو حجة . وأما استحسانه الشفعة أن يؤجل ثلاثاً ، فلأن الناس قد أجمعوا على تأجيله في قريب الزمان في بيته بقية ليلته وإسهاله لزمان أكله وشربه ولباسه فجعل القريب مقدراً بثلاثة أيام لقوله تعالى : ﴿ تمتعوا في دأركم ثلاثة أيام ﴾ ^(٦) فجعلها حداً للقرب . وأما استحسانه للمالك أن يحلف بالمصنف فلأن الأيمان قد تغلط في كثير من

-
- (١) البخاري ، كشف الأسرار ٤/٤ ، الماوردي ، أدب القاضي ١/٦٦٠ ، الأمدي ، الأحكام ٤/١٥٧ .
 (٢) للثقة : مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة يطلق وما في معناه . انظر : الشربيني ، منتهى المحتاج ٣/٢٤١ .
 (٣) الشفعة : حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بموَض . انظر : الشربيني ، مغني المحتاج ٢/٢٩٦ .
 (٤) البخاري ، كشف الأسرار ٤/٤ ، الماوردي ، أدب القاضي ١/٦٦٠ ، الأمدي ، الأحكام ٤/١٥٧ .
 (٥) دواء البهقي وعبدالرزاق عن ابن عمر موقوفاً . فتنظر : ابن حجر ، تلخيص الحبير ٣/١٩٤ . وانظر مدد المسألة في : المطيعي ، تكملة المجموع ١٥/٥٤٧ .
 (٦) سورة هود من الآية ٦٥ .

الأحوال ، فجاز أن تغلف بالمصحف المرجب للكتابة لما فيه من فضل الخوف والتحرج ^(١) . وأما استحسانه أن يضع أصبعيه في صمأخي أذنيه ، فلأن بلائاً كان يفعله بمشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(٢) ، ولأنه أمد لصوته ^(٣) . فلم يخل ما استحسنته من دليل اقترن به . والاستحسان بالدليل معمول عليه . وإنما تنكر العمل بالاستحسان إذا لم يقترن به دليل ^(٤) .

وأكثر استحسانات الحنفية وأدقها مسلكاً استحسان القياس ^(٥) .

ولاستحسان القياس أن يكون فرع يتجانبه أصلاً فهو يشبه كل واحد من جهة ، وترجيح قياس الفرع على أحد الأصلين اللذين يشبههما لقوة أثره وإن كان خفياً هو استحسان قياس أي القياس المستحسن ^(٦) . وقد ساءل الحنفية استحسان قياس للتمييز بينه وبين القياس الظاهر الذي يكون ضعيفاً ، واستحسانهم ترك القياس الظاهر الضعيف للقياس الخفي القوي . وهذا نظير قول النحاة هذا منصوب على المصدر ، وهذا منصوب على الظروف ، وهذا منصوب على التعجب ، للتمييز بين المعاني الفاصلة ^(٧) .

أمثلة لاستحسان القياس عند الحنفية :

المثال الأول : إذا اختلف البائعان في الثمن والسلمة غير مقبوضة ولا بينة لأحدهما ^(٨) . قال الحنفية : إن البائعين اتفقا على حق المشتري وهو المبيع ، واختلفا في حق

(١) الشربيني ، مغني المحتاج ٤/٧٣ .

(٢) رواه الحاكم في المستدرک وقال : صحيح على شرطهما ، رواه ابن خزيمة في صحيحه . الظاهر : ابن حجر ، تلخيص الجبير ١/٢٠٤ .

(٣) النووي ، المجموع ٣/١١٥ .

(٤) المارودي ، لمب القاضي ١/٦٥٨-٦٦١ .

(٥) الجصاص ، الفصول ٢٩٥ (١) .

(٦) الجصاص ، الفصول ٢٩٥ (١) ، السرخسي ، الميسر ١٠/١٤٥ .

(٧) التبرسي ، تقديم أصول الفقه ٢/٨١٥-٨١٦ ، السرخسي ، الفصول ٢/٢٠٠-٢٠١ ، البخاري ، كشف الأسرار ٤/٤ .

(٨) التبرسي ، تقديم الفصول للفقه ٢/٨١٥-٨١٦ ، السرخسي ، الفصول ٢/٢٠٦-٢٠٧ .

البائع . فالبايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها ^(١) .
والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) ^(٢) .
ولما لم يكن لأحدهما بيضة فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنهما اتفقا على أصل
البيع ، والبائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها ، وهذا هو القياس الظاهر . وبعد
التأمل في المسألة قال الحنفية : يجب التحالف على البائع وعلى المشتري ، لأن
المشتري يدعي على البائع وجوب تسليم السلعة بالثمن الذي يدعيه ، فيكون البائع
مدعى عليه ، وهو منكر دعوى المشتري فيلزمه يمين . ولأن البائع يدعي زيادة الثمن ،
والمشتري ينكرها فيلزمه يمين . وهذا هو القياس الخفي للراجح لقوته . لذا قلوا :
يحلف البائع والمشتري في هذه المسألة لاستحساناً .

واللاحظ أن الحنفية ذكروا القياس الظاهر ، والقياس الخفي . ومرادهم بالقياس
الظاهر الاجتهاد الذي يظهر لبداهة من غير تأمل عند تحقيق المقاط ، وهو أن المشتري
هو المنكر لدفع الثمن الذي يطالب به البائع فيلزمه الحلف . ومرادهم بالقياس الخفي
الاجتهاد الذي يكون بعد زيادة تأمل ولمعان نظر في تحقيق الناطق في الحديث ، وهو
أن كلاً من البائع والمشتري مدعى عليه ومنكر للدعوى ، ولابينة للمدعي فيلزم البيمين
منهما .

وقد جعل محمد بن الحسن الشيباني ^(٣) هذه المسألة من باب استحسان الاثر،
وثبته السرخسي ^(٤) ، وابن أمير الحاج ^(٥) ، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم : (إنما
لختلف البيعان وليس بينهما بيضة والبيع قائم بيمينه ، فالقول ما قال البائع لو يترانان

(١) حق المشتري في المبيع يتعين بالتعيين في العقد ، ولذلك قلنا إن المتبايعين اتفقا على حق
المشتري وهو المبيع ، بخلاف حق البائع في الثمن فإنه لا يتعين بالعقد ، لأن الثمن يثبت في
للأمة ، ولا يتعين الثمن إلا بالقبض ، ومن هنا كان المدعي هو البائع ، وطلب اليمين من
المشتري . انظر : الكاساني ، بدائع الصنائع ٣٢٢٢/٧ .

(٢) الحديث بهذا اللفظ أخرجه البيهقي في سننه عن ابن عباس . انظر : الزيلعي ، نصب الراية
٩٦-٩٥/١ .

(٣) الشيباني ، الأصل ١٠٧/٥-١٠٨ .

(٤) السرخسي ، المبسوط ٢٩/١٣ .

(٥) ابن أمير الحاج ، التقرير والتنبيه ٢٢٥/٣ .

البيع (١). ولأن الحديث ضعيف كما ترى فلن للمسألة لا تصلح أن تكون من باب استحصان الآخر .

المثال الثاني : حكم سؤر سباع الطير (٢) .

ذهب الحنفية إلى نجاسة سؤر سباع البهائم وكل ما لا يؤكل لحمه ، لأن لعابه نجس فيفسد الماء ، لما روي أن عمر بن الخطاب وعمر بن العاص رضي الله عنهما وينا حوضاً ، فقال عمر بن العاص : يا صاحب الحوض هل ترد حوضك السباع ؟ فقال عمر بن الخطاب يا صاحب الحوض لا تخبرنا (٣) . فنهى عمر عن الإخبار لئلا يعل على نجاسة سؤر سباع البهائم وإلا لما كان للسؤال ولا للنهي معنى . ولأن عين سباع البهائم وكل ما لا يؤكل لحمه منها مستحب غير طيب ، فيقاس عليه سؤرها كذلك ، كالكلب والخنزير (٤) .

وقال الحنفية : سؤر سباع الطير نجس قياساً على سؤر سباع البهائم ، والعلّة في ذلك حرمة تناول اللحم في كل ، ولكنهم قالوا إن سؤر سباع الطير طاهر استحصاناً . قال السرخسي (وما لا يؤكل لحمه من الطير في القياس نجس ، لأن ما لا يؤكل لحمه من سباع الطير معتبر بما لا يؤكل لحمه من سباع الوحش ، لكننا استحصنا قلنا بأنه طاهر مكروه لأنها تشرب بمنقارها ، ومنقارها عظم جافه بخلاف سباع الوحش فإنها تشرب بلسانها ، ولسانها رطب بلعابها . ولأن في سؤر سباع الطير تتحقق البلوى فإنها تنقض من الهواء فلا يمكن صون الأواني عنها خصوصاً في الصحاري بخلاف سباع الوحش) (٥) .

وللملاحظ هل هذا المثال ما يلي :

(١) رواه النازمي في سننه في كتاب البيوع ، باب إذا اختلف البيعان ١٦٦/٢ . والحديث ضعيف لانقطاعه ، فإن عبد الله بن مسعود الكوفي يروي عن أبيه ولم يسمع منه . انظر : ابن حبان ، تهذيب التهذيب ٢١٥/٦ .

(٢) انظر هذه المسألة في البخاري ، كشف الاستوار ٧/٤ ، النسفي ، كشف الاستوار ٢٩٢/٢-٢٩٣ ، التتقاضي في الطويح ٥/٣ .

(٣) رواه مالك في الموطأ في كتاب الطهارة ، باب الطهور للرضع ص ٢٦-٢٧ .

(٤) السرخسي ، المبسوط ٤٨/١-٥٠ ، الكاماني ، بفتح السنائع ١٢٤/١ .

(٥) السرخسي ، المبسوط ٥٠/١-٥١ ، الكاماني ، بفتح السنائع ١٢٤/١ .

١- أثر عمر الذي استدل به الحنفية على نجاسة سؤر سباع البهائم عام في سباع البهائم وفي سباع الطير، لأن ورود الماء عند العرب لا يختص بالبهائم كما جاء في لسان العرب (ما ورد من جماعة للطير والابل وما كان قهراً ورد . تقول: وردت الإبل والطير هذا الماء وردياً ، وورثته أو راناً) (١) .

فقياس الطير على البهائم لا يصح لورود النص .

٢- لو سلمنا أن هذا الأثر خاص بسباع البهائم ثم قاس الحنفية سباع الطير على سباع البهائم بجامع حرمة أكل اللحم في كل . فإن المسألة لا يوجد فيها عدول عن قياس ظاهر إلى قياس خفي . أي أنه لا يوجد فرع يتجانبه أصلان ، بل غاية ما يقال إن الحنفية لم يلحقوا سباع الطير بسباع البهائم لعدم تحقق مفاط الحكم ، فإنهم حكموا على سؤر سباع البهائم بالنجاسة للاقتداء لعابها للنجس الماء الذي تشرب منه ، وهذا غير متحقق في سؤر سباع الطير ، لأنها تشرب بمقتارها ، والنقار عظم جاف لا يحمل الرطوبة فلا يتنجس الماء لعدم اختلاط للعاب للنجس به (٢) .

٣- هذه المسألة تصلح أن تكون مثلاً لاستحسان الضرورة عند الحنفية ، لأنهم قالوا بعدم نجاسة سؤر سباع الطير للضرورة ، لأن سباع الطير تنقض من الهواء فلا يمكن صون الأواني عنها .

المثال الثالث : رجل قال لزوجته : إذا حضت فأنت طالق . فنقول : قد حضت (٣) .

قال الحنفية : القياس في هذه المسألة أن لا تصدق الزوجة حتى يعلم وجوب الحيضة منها ، أو يصنفها للزوج . وذلك إلحاقاً لهذه المسألة بعدة مسائل نظيرة لها قالوا فيها بأن المرأة لا تصدق في إيقاع الطلاق عليها أو على غيرها ، وهذه المسائل أصل بالنسبة لهذه المسألة ، منها :

١) لو قال رجل لزوجته : إذا حضت فامراتي الأخرى طالق . فقالت قد حضت .

(١) ابن منظور، لسان العرب مادة (ورد) ٤٥٦/٣ .

(٢) قال الحنفية بجواز سؤر سباع الطير، لأنها في الغالب تتناول الجيف والليثات، فكان مقتارها في معنى منقار النجاسة الضلالة . انظر : الكلباني ، بنائع لصنائع ٢٢٤/٩ ، لبخاري ، كشف الأمراء ٨-٧/٤ .

(٣) الجصاص، القصور ٢٩٥-٢٩٦ (١)، السرخسي، الفصول ٢/٢٠٢ ، المبسوط ١٠٣/٦-١٠٤ .

وكنيتها الزوج لم تطلق المرأة الأخرى .

(ب) لو قال رجل لزوجته : إن فخلت الدار فانت طالق . فقالت بعد ذلك : قد فخلت الدار . فإنها لا تطلق حتى يعلم ذلك ببينة أو بإقرار الزوج .

(ج) لو قال رجل لزوجته إن كلمت زيدا فانت طالق . فقالت بعد ذلك قد كلمته . فإنها لا تطلق حتى يعلم ذلك ببينة أو بإقرار الزوج .

وقد عرض لهذه المسألة عند الحنفية أصل آخر منع من إلحاقها بنظائرها من الأمثلة المذكورة ، وأوجب إلحاقها به مستحسناً ، وهذا الأصل هو : فيقول قول المرأة قيعا لا يعلم إلا من جهتها ولا يطلع عليه غيرها . وقد دل على هذا الأصل قوله تعالى: ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَلْفَقًا أَلَهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾ (١) ، أي من الحيض ، كما قال عكرمة والزهري والتخمي . ومن الحمل كما قال ابن عباس . ومن الحيض والحمل كما قال مجاهد (٢) .

ووجه إلحاق هذه المسألة بالأصل الثاني ومنع إلحاقها بالأصل الأول ، أننا صدقنا المرأة فجعلنا قولها كالبينة في الأحكام التي تفحصها مما لا يطلع عليه غيرها . والحيض مما لا يطلع عليه غيرها . أما المسائل التي تورث الأصل الأول فلو أننا لم نصديقها . إذا قالت : قد حضت في المسألة الأولى والثانية ، لأن قبحها لحكماً تخص غيرها . ولم نصديقها إذا قالت فخلت الدار أو كلمت زيدا في المسألة الثالثة والرابعة ، لأن الحكم وإن كان متعلقاً بها ويخصها وحدها إلا أن دخولها الدار أو كلامها لزيد مما يطلع عليه غيرها ، بخلاف الحيض .

وبعد دراستي لأمثلة كثيرة لاستحسان القياس عند الحنفية وجدت أن أدق هذه الأمثلة وأكثرها انطباقاً على تعريف استحسان القياس الذي ارتضاه الجصاص ، وهو ما أرجحه ، هي الأمثلة التي سلفها الجصاص (٣) ، فإننا نجد فيها قرعاً يتجانبه أصلاً يلحق بالقوامها وإن كان خفياً ، أما المثال الذي سبقه النبوسي ومن تبعه فلا يعد من استحسان القياس بناء على تعريف الجصاص ، وإن كان ينطبق على مفهوم النبوسي للاستحسان فإنه قال (فعملي تعارض

(١) سورة البقرة من الآية ٢٢٨ .

(٢) للارطبي، الجامع لأحكام القرآن ١١٨/٣ .

(٣) فلي منها المثال الثالث للذكور . ولم يذكر غيره خفية الإطالة .

● الاستحسان عند الحنفية وموقف الخلافية منه ●

دليلان في حكم الحادثة ، وأحدهما رأي ظاهر ، طريقه واضح سبيله ، والآخر خفي أثره سرُّ خيره ، فالظاهر قياس ، والآخر استحسان ^(١) . فالملاحظ أن النبوسي جعل الرأي الظاهر قياساً مع أنه أعم . وقد أكد النبوسي هذا المعنى بقوله (فصار الفعل المستحسن هو المعال بحكمه عن الطريق الظاهر إلى الخفي بدليل شرعي) ^(٢) .

ومن هنا تنتفي الاعتراضات التي وجهت لتعريفات الحنفية ، بأنه لا يوجد عدول عن قياس ، أو دليل يعارض القياس ، أو أحد قيسين في جميع مسائل استحسان القياس . ونستطيع أن نقول إن مراد الحنفية باستحسان القياس لحد أمرين :
(أ) عدول المجتهد عن قياس ظاهر إلى قياس خفي أقوى . والمراد بالقياس هنا القياس الأصولي . ويصدق على هذا المعنى الأمثلة التي ساقها الجصاص .
(ب) عدول المجتهد عن إجتهااد ظاهر إلى إجتهااد خفي أقوى . وهذا أعم من سابقه . ويصدق على هذا المعنى الأمثلة التي ساقها للنبوسي وغيره من الحنفية . وقد أشار مصطفى شلبي في بحثه القيم إلى هذا المعنى بقوله : (والذي ظهر لي بعد طول البحث أنهم - أي الحنفية - تكلفوا في موضعين : الموضع الأول : جعلهم القياس المقابل للاستحسان يأتوا به قياساً أصولياً مع أنه يبدو في أغلب الصور بمعنى القاعة العامة الملقوذة من مجموع الأدلة الواردة في نوع ولحده أو بمعنى مقتضى الدليل العام ...) ^(٣) .

(١) (٢) النبوسي ، تلويح أصول الفقه ٨١٧/٢ .

(٣) شلبي ، تعليل الأحكام ص ٣٣٧ . ولم أر أوضح ولا أدق من حديث الدكتور شلبي فيما أطلعت عليه من أبحاث في موضوع الاستحسان . وإن كان كلامه ص ٣٧٣ يدل على أن الاستحسان المبرهنة عند الشافعي لاستحسان المعروف فقط . وهذا مما أخلفه فيه كما سيظهر في هذا البحث .

أنواع الاستحسان من حيث قوته وضعفه في مقابلة القياس : (١)

يقسم الاستحسان في مقابلة القياس . وكذلك القياس في مقابلة الاستحسان إلى نوعين (٢) :

الأول : استحسان قوي أثره وإن كان خفياً ، في مقابل قياس ضعيف أثره وإن ظهرت قوته . وهذا عند الحنفية استحسان تسعية ومعنى ، ومقدم على القياس . ومعظم استحسان القياس عند الحنفية من هذا النوع .

الثاني : استحسان ظهر أثره وخفي فسادُه ، في مقابل قياس ظهر فسادُه (أي وضعفه) واستتوت صحته وقدره . وهذا عند الحنفية استحسان تسعية لا معنى . والاستحسان معنى عديم هو القياس لانضمام معنى خفي له . وهو قوة أثره . لكن المؤثر في الحكم (٣) . والقياس هنا مقدم على الاستحسان . وهذا النوع قليل جداً مقارنة بالنوع الأول ولا تزيد مسائله على اثنتي عشرة مسألة (٤) .

(١) هذه القسمة لا تصلح أن تكون للاستحسان وحده ولا للقياس وحده ، بل هي لكل واحد منهما في مقابل الآخر . فالقياس الخفي من معارضة الاستحسان خارج عن هذا التقسيم . وكذا الاستحسان الثابت بالحق أو الإجماع أو الضرورة خارج عنه أيضاً . لذا جعلت هذا البحث بعد استحسان قياسي مباشرة . انظر : البخاري، كشف الأسرار ٢/٤ .

(٢) هذه القسمة باعتبار النتيجة النهائية والعملية ، لأننا إما أن نرجح الاستحسان ، وهو الأكثر أو نرجح القياس الذي انضم له معنى خفي ، وقد ظهر هذا في مسائل معدودة . انظر : السرخسي ، الفصول ٢/٢٠٣ ، البخاري، كشف الأسرار ٢/٤ . أما من الناحية النظرية فلأن للقياس في مقابلة الاستحسان ست عشرة صورة : (قياس صحيح الظاهر والباطن مع استحسان صحيحهما ، مع استحسان فاسدهما ، مع استحسان صحيح الظاهر لا الباطن . مع استحسان فاسد الظاهر لا الباطن . قياس فاسدهما مع استحسان فاسد الظاهر لا الباطن . مع استحسان صحيح الظاهر لا الباطن . مع استحسان صحيح الظاهر لا الباطن . مع استحسان فاسد الظاهر لا الباطن . مع استحسان صحيحهما ، مع استحسان فاسدهما . قياس فاسد الظاهر لا الباطن . مع استحسان كذلك ، مع استحسان صحيح الظاهر لا الباطن ، مع صحيحهما ، مع فاسدهما) . انظر : ابن أمير الحاج ، التقرير والتحبيب ٣/٢٢٧ .

(٣) البخاري ، كشف الأسرار ٣/٤ .

(٤) الرازي ، حاشيته على شرح المدار من ٨١٥-٨١٦ ، أما عبدالعزیز البخاري فقال إنها لا تنمى ست أو سبع مسائل . انظر : البخاري ، كشف الأسرار ١٠/٤ .

النوع الثاني استحسان غير القياس

وهو كل استحسان ثبت عند الحنفية بدليل غير القياس ، سواء كان نصاً ، أم إجماعاً ، أم ضرورة ^(١) . ويمكن تعريفه بأنه : ترجيح المجتهد الاجتهاد الشفهي على الاجتهاد الظاهر لدليل أقوى من كتاب أو سنة أو إجماع أو ضرورة .
ويقسم استحسان غير القياس إلى أقسام :
أولاً : استحسان النص : وهو نوعان :

- (أ) ما ثبت بنص من القرآن ، كجواز الوصية ، فإن الأصل عدم جوازها لأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، والموت مزيل للملك ، فيكون التملك في وقت زوال الملك . وبناء على هذا الأصل فإن الوصية لا تجوز عند الحنفية ، إلا أنهم أجازوها استحساناً ^(٢) لقوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾ ^(٣) .
- (ب) ما ثبت بأثر صحيح ، كجواز الصوم لمن أكل أو شرب ناسياً ، فإن القياس يوجب فساد الصوم بالأكل أو الشرب لأن الشيء لا يبقى مع وجود ما ينافيه ، والصوم هو : الإمساك عن الطعام والشراب والجماع بفرائض مخصوصة ^(٤) . لكن الحنفية عدلوا عن القياس في هذه المسألة إلى الاستحسان لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (إذا نسي فأكل وشرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه) ^(٥) .

(١) القصاص ، الفصول في ٢٩٨ (١) - ٢٩٩ (٢) ، الديبسي ، تلويح أصول الفقه ٨٦٨/٢ ، السرخسي ، أصول ٢٠٢/٢ ، البخاري ، كشف الأسرار ٤/٦-٦ ، ابن ملك ، شرح المنار ص ٨١٢ ، وقد اقتصر الحنفية في كتبهم الأصولية على هذه الأنواع الثلاثة فقط . وزاد عليها الدكتور محمد مصطفى شلبي في كتاب القيم تعليل الأحكام ص ٣٥٤-٣٥٧ ، أنواعاً أخرى من خلال النظر في كتبهم الفقهية .

(٢) الكسائي ، بدائع الصنائع ١٠/٨٣٧ .

(٣) سورة النساء من الآية ١١ .

(٤) الكسائي ، بدائع الصنائع ٢/٩٧٤ .

(٥) البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب الصوم باب الصائم إذا أكل أو شرب نسياً ٢/٢٣٤ ، وانظر هذه المسألة في : البخاري ، كشف الأسرار ٤/٥ .

ويلاحظ أن الحنفية لم يعدلوا عن قياس أصولي في الوصية ، بل عدلوا عن أصل ثبت عندهم بأنه كثيرة من القرآن والسنة والعقول وهو : إعطاء الإنسان حق التصرف بماله في حياته . وكذا بالنسبة للصائم الذي أثبتوا له مسومه بعد أن أكل نفسياً ، فأنهم لم يعدلوا عن قياس أصولي ، بل عدلوا عن أصل ثبت حكمه بالقرآن ، وهو : إباحة الجماع والاكل والشرب في ليل رمضان لقوله تعالى : ﴿ لَعَلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ الرَّفَثِ إِلَىٰ مَسَاجِدِكُمْ ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ﴾ ^(١) . ثم أمر الله سبحانه بالإمساك عما إباحه إلى غروب الشمس بقوله : ﴿ ثُمَّ أَتَمُوا الصَّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ﴾ ^(٢) . فعن أكل أو شرب أو جامع زوجته لا يكون صائماً بمقتضى هذه الآية سواء أكان عامداً أم ناسياً . لكن عدلوا عن ذلك الحكم بالنسبة للناسي للحديث .

ثانياً : استحصان الإجماع : ومثاله جواز عقد الاستصناع ^(٣) فيما فيه للناس تعامل . فلن الأمة تتعطل من غير تكبر مع أنه يتعارض مع قول النبي صلى الله عليه وسلم : (لا تبع ما ليس عندك) ^(٤) . والقياس يالئ مثل هذا العقد لأنه يبيع معدوم للحال حقيقة ، وهو معدوم وصفاً في الذمة ، ولا يجوز بيع شيء إلا بعد تعيينه أو ثبوته في الذمة ^(٥) . كما في بيع السلم فإنه ثابت في الذمة لتعيين أوصاف المسلم فيه ، وتحديد الأجل ، وقبض الثمن في مجلس العقد وغير ذلك من الشروط ^(٦) .

(١) سورة البقرة من الآية ١٨٧ .

(٢) سورة البقرة من الآية ١٨٧ .

(٣) هو عقد على بيع في الذمة شرط فيه العمل . انظر : الكلساني ، بذائع الصنائع ٢٦٧٧/٦ .

(٤) جزء من حديث رواه الترمذي في صحيحه في كتاب اليهود باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده ٥٢٥/٣ . وانظر : البخاري ، الجامع للمصحيح ٢٤/٣ .

(٥) البقاري ، كشف الأسرار ٥/٤ ، السرخسي ، أصول ٢٠٣/٢ ، لين ملك ، شرح المنار ص ٨١٣ ، التفتازاني ، التلويح ٤/٣ ، ابن أمير الحاج ، التلويح والتجويد ٢٢٤/٣ .

(٦) الكلساني ، بذائع الصنائع ٣١٤٨/٧ ومليحه . والفروق الجوهرية بين الاستصناع وبين السلم ، أنه يشترط في السلم بيان المدة (أي تحديد أجل التسليم) ، وأن يقبض الثمن في المجلس . بخلاف الاستصناع ، فيجوز دفع الثمن في المجلس عند العقد ويجوز تأجيله . ومن هنا كان السلم مما يثبت في الذمة ، لأنه دين بخلاف الاستصناع ، فإنه لا يثبت في الذمة ، لأنه دين ، والأعيان لا تثبت في الذمة . انظر : الكلساني ، بذائع الصنائع ٣١٦٧، ٣١٦٨، ٣١٦٩/٧ .

والملاحظ هنا أيضاً أن الحنفية لم يعدلوا عن قياس بمعناه عند الأصوليين ، وإنما عدلوا عن أصل ثبت عندهم وهو : عدم جواز بيع شيء إلا بعد تعيينه أو ثبوته في اللغة .
ثالثاً : استحسان الضرورة : ومثاله الحكم بطهارة الصياض والآبار والأواني إذا لاقتها نجاسة ، سواء بنزح الماء كله أو بعضه أو بغسل الإناء ، مع أن القياس يلبي ذلك ، لأن الدلو تنجس بملاقاة الماء ، فلا تزال تعود وهي نجسة ، وكذلك الإناء إذا لم يكن في أسفله ثقب يفرج الماء منه إذا أجري من أعلاه لأن الماء النجس يجتمع في أسفله فلا يحكم بطهارته . ولكن الحنفية عدلوا عن القياس وحكموا بطهارة ما تقدم ذكره استحسان ضرورة ^(١) .

ويلاحظ هنا أيضاً أن الحنفية في هذه المسألة لم يعدلوا عن قياس أصولي . بل عدلوا عن أصل ثبت عندهم عقلاً وهو : أن النجاسة إذا لامت الماء تنجس كل الماء .
 وقد خالف الجصاص وابن أمير الحاج جمهور الحنفية ، فعد الجصاص هذه المسألة من استحسان الإجماع ^(٢) . وعدها ابن أمير الحاج في بعض صورها من الاستحسان بالأثر فقال (والحق أن تطهير الآبار لا يعد مطلقاً من هذا القبيل ، إذ لا يخفى أن ما وجب فيه تزج البعض فهو من الاستحسان بالأثر) ^(٣) .

والذي أراه أن ما ذهب إليه الجصاص ضعيف ، لعدم ثبوت انعقاد الإجماع في هذه المسألة ، وإلا لما خفي ذلك على جمهور الحنفية وغيرهم من الفقهاء . وأما ما ذهب إليه ابن أمير الحاج فهو صحيح على مذهب جمهور الحنفية الذين الحقوا قول الصحابي فيما يمكن فيه الرأي بالسنة . أما على مذهب الكرخي والندويسي فلا يصح ، لأنهما لم يلحقا قول الصحابي فيما يمكن فيه الرأي بالسنة ^(٤) .

وقيل أن أقدم الحديث عن أنواع استحسان غير القياس . لايد من التأكيد على حقيقة وهي : أن الشافعي لا ينكر هذه الأنواع كما سبق تقرير ذلك في بداية الحديث عن استحسان القياس . بل أكثر من ذلك فإن الشافعي أثبت في رسالته العدول عن

(١) الندويسي، تقويم أصول الفقه ٢/ ٨٢٠، قسوي، أصول ٢/ ١٠٣، البقاعي، كشف الأسرار

٤/ ٦-٥ ، ابن ملك، شرح المنار ص ٨١٣ .

(٢) الجصاص، الفصول ٢٩٨ (ب) .

(٣) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير ٣/ ٢٢٢ .

(٤) أمير بادشاه ، تيسير التحرير ٣/ ١٣٢-١٣٣ .

اصل ثبت عنده بعدة أدلة فالخرج منه مسألة جزئية ، وإثبت لها حكماً مغايراً للأصل
الثابت عنده لتدليل جزئي يقتضى ذلك . وهذا الأصل هو : أن الالتزامات والغرامات
للمالية تثبت في مال الرجل سواء بحق وجب عليه لله أو أوجبه الله عليه للأدعيين ،
وأنه لا يكلف أحد شره عنه . ومن أدلة هذا الأصل التي ذكرها الشافعي :

قوله تعالى: ﴿ وَأَقْرَأَ الزَّكَاةَ ﴾ ^(١) وقوله تعالى: ﴿ وَأَقْرَأَ النَّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ ثَحْلَهُ ﴾ ^(٢) .
وقوله تعالى: ﴿ فَلْيَنْ أَحْصُوا مَا أَسْتَقْبَرُوا مِنَ الْهَدْيِ ﴾ ^(٣) . وقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ
يُظَاهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَلَاقُوا ﴾ ^(٤) .
وقوله تعالى: ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مَقْتِدًا فَأَجْزَلُهُ مِثْلُ مَقْتُلٍ مِنَ الْقَتْلِ ﴾ ^(٥) .

وقوله تعالى: ﴿ كَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ... ﴾ ^(٦) .
وقد عدل الشافعي عن هذا الأصل المذكور الذي يقتضي أن كل غرامة مالية
تلتزم في مال المكلف ، ولم يحكم على القاتل الخطأ بدفع الدية من ماله ، بل قال تجب
على العاقلة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في الحر المسلم يقتل خطأ
مائة من الإبل ، وقضى بها على الحائقة ^(٧) .

وبعد استعراض تعريف الاستحسان وأمثلة التي ذكرها الحنفية في كتبهم
ومناقشة تلك التعريفات والأمثلة تبين لي :

أولاً : أن مذهب إليه بعض العلماء القدامى وتبعهم فيه بعض العلماء المعاصرين أن
الاستحسان عند الحنفية أو عند بعضهم : ترك القياس لما يستحسنه العقل من غير
دليل . كلام غير صحيح ولا دليل عليه . فإن الحنفية لعرف بمنلول الاستحسان عند
إمامهم وعند أصحابه ومن تبعهم من علماء المذهب . ولم أر أحداً من الحنفية قال إن
الاستحسان ترك القياس لما يستحسنه العقل . وأول من نسب هذا القول إلى الحنفية

(١) سورة البقرة من الآية ٤٣ . وموضع كثيرة في القرآن الكريم .

(٢) سورة النساء من الآية ٤ .

(٣) سورة البقرة من الآية ١٩٦ .

(٤) سورة المجادلة من الآية ٣ .

(٥) سورة المائدة من الآية ٩٥ .

(٦) سورة المائدة من الآية ٨٩ .

(٧) الشافعي ، رسالة ص ٥٤٩ - ٥٥٠ .

● الاستحسان عند الحنفية ومواقف الخاقانية منه ●

أبو بكر الباقلاني المالكي المتوفى سنة ٤٠٣هـ ، وتبعه في ذلك عدد من العلماء القدامى والمعاصرين . فكيف يستساغ أن يكون القاضي الباقلاني أعرف بمعنى الاستحسان عند أبي حنيفة أو عند الحنفية من الكرخي للحنفي المتوفى سنة ٣٤٠هـ ، ومن الجصاص الحنفى المتوفى سنة ٣٧٠هـ ، وكلاهما قبل الباقلاني ، وهما أول من عرف الاستحسان عند الحنفية وتبعهما الدبوسي والبيزدي والسرخسي^(١) . وهم من أئمة علم الأصول عند الحنفية وأعرف بمدلول الاستحسان في مذهبيهم من الباقلاني وغيره ممن تبعه من العلماء من غير الحنفية . فإن كنا لا نجيز أخذ آراء أصحاب المذهب في المسائل الفقهية من كتب غيرهم فمن باب أولى أن لا نجيز أخذ رأي الحنفية في المراد بتدليل كلّي عندهم وقبح الاختلاف بينهم وبين غيرهم في حجيته من كتب غيرهم .

ثالثاً : قال بعض العلماء المعاصرين إن الخلاف في الاستحسان خلاف في التسمية واللفظ لا في الحقيقة والمعنى^(٢) .

والقول بأن الخلاف في الاستحسان خلاف في التسمية واللفظ ، لا في الحقيقة والمعنى ، غير صحيح لما يلي :

١ - كيف يكون الخلاف في التسمية وقد ورد لفظ الاستحسان في القرآن في قوله تعالى : ﴿ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ ﴾^(٣) وقوله : ﴿ وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ ﴾^(٤) وقوله : ﴿ وَأَسِرْهُمْ هُمْ خَالِدُونَ بِأَسْنِهِمْ ﴾^(٥) وجاء في الآثار قول ابن مسعود (ما رواه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)^(٦) .

(١) انظر هرفاش مسبق في تعريف الاستحسان في الاصطلاح .

(٢) الهنكا ، أثر الأئمة للمختلف فيها من ١٢٧هـ ، ميقا ، للرأي واقره في مدرسة المدينة من ٤١٢هـ ، الربيعية ، أدلة التفريع المختلف في الاحتجاج بها من ١٨٤هـ ، ابن حميد ، ربيع الحج من ٣٠٥هـ .

(٣) سورة الزمر من الآية ١٨ .

(٤) سورة الزمر من الآية ٥٥ .

(٥) سورة الاعراف من الآية ١٤٥ .

(٦) رواه الإمام أحمد في كتاب السنة ، وهذا الأثر موقوف بحسن ، انظر : السقاري ، المقاصد الحسنة من ٣١٧هـ .

وقال به الإمام الشافعي نفسه ^(١) .

٢- أنه يتعارض مع ما قاله كبار علماء الشافعية : أن خلافهم مع الحنفية في الاستحسان خلاف في المعنى لا في اللفظ . يدلل أنهم قالوا الاستحسان عند الحنفية قول بلا دليل ^(٢) ولو أن الاستحسان عند الحنفية قول بالدليل لما أكرر عليهم الشافعية ذلك .

ثالثاً : ما ذهب إليه بعض العلماء القدامى وتابعهم فيه جل العلماء المعاصرين الذين كتبوا عن الاستحسان بأنه (لا يتحقق استحسان مختلف فيه) ^(٣) .

ليس صحيحاً على إطلاقه ، فإن الشافعي أنكر وعاب في الرسالة على من يقول بالاستحسان ، فقال (ولو جاز تعطيل القياس ، جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرون من الاستحسان) ^(٤) . وقال (وإنما الاستحسان ثلث) ^(٥) . وعقد الشافعي في كتاب الأم كتاباً لإبطال الاستحسان ^(٦) . فكيف نقول مع كل هذا لا يتحقق استحسان مختلف فيه ! نعم إن تلك العيارة تصدق على استحسان غير القياس كاستحسان النص أو استحسان الإجماع . فإن الشافعي لا ينكر هذا الاستحسان ، كما بينت هذا في بداية الحديث عن استحسان القياس ^(٧) . أما استحسان القياس الذي هو أدناها مسلماً وترجع أكثر استحسانات الحنفية إليه ^(٨) ، فلأولجح عندي أن الخلاف فيه متحقق . وأن الشافعي وعلماء الشافعية ينكرونها لأنه راجع إلى تخصيص العلة . وهو بلعل عند الشافعية ، وقد ذكر الرازي ، والأمدى ، وسراج الدين الأرموي أن استحسان القياس راجع إلى تخصيص العلة .

(١) انظر : مسبق عن استحسان القياس .

(٢) انظر : مواضع مسبق في (أ) مشكلة البحث .

(٣) انظر : مواضع مسبق في (ب) مشكلة البحث .

(٤) الشافعي ، الرسالة ص ٥٥٥ .

(٥) المصدر نفسه ص ٥١٧ .

(٦) الشافعي ، الأم ٢١٧/٧ - ٢٧٠ .

(٧) انظر : مسبق عن استحسان القياس .

(٨) الجصاص ، الفصول ١٩٥ (١) .

وهو باطل . قال الرازي (وإنما الخلاف في المعنى ، وهو : أن القياس إذا كان قائماً في صورة الاستحسان في سائر الصور ثم ترك العمل به في صورة الاستحسان ويقي محمولاً به في غير تلك الصورة ، فهذا هو القول بتخصيص العلة . وهو عند الشافعي وجمهور المحققين باطل^(١)) . وقال الأمدي (ومنهم من قال إنه عبارة عن تخصيص قياس بذليل هو أقوى منه ، وحاصله يرجع إلى تخصيص العلة وقد عرف ما فيه^(٢)) . وقال الأرموي (ثم إن أصحابنا أنكروا الاستحسان على الحنفية ، والخلاف ليس في اللفظ ... بل في المعنى ، وهو أن القياس إذا كان قائماً في صورة الاستحسان متوركاً فيها ومحمولاً به في غيرها لزم تخصيص العلة . وهو عندنا وعند جمهور المحققين باطل ، قبيل الاستحسان^(٣)) .

وبناء على هذا التوجيه يمكننا أن نقول : إن ما جاء في الرسالة للشافعي (ولو جاز تعدد القياس ...) يكون مفهوماً ومقبولاً . أي ولو جاز القول باستحسان القياس المبني على جواز تخصيص العلة الذي لا تشره ، يكون هذا تعدياً للقياس ، وليس عملاً به . ولا يجوز أن نتعدى القياس فنقول بتخصيص العلة . أما القول بأن الشافعي لم يفكر الاستحسان الذي قال به الحنفية ، بما في ذلك استحسان القياس^(٤) فهو قول مردود . وإلا فأي استحسان أنكر الشافعي ؟ ومن هم القائلون به ؟ وأين كتبهم التي لحثت على آرائهم وأدلتهم ؟ .

لاشك أن الشافعي أذكر استحسان القياس عند الحنفية في المقام الأول . والأهل يعقل أن يعطي الشافعي إنكار الاستحسان مثل تلك الأهمية في كتبه ويكون قائلاً

(١) الرازي ، المصنوع ج ٢ ق ٣ من ١٧٣ .

(٢) الأمدي ، الأحكام ٤/١٥٨ .

(٣) الأرموي ، التخصيص من المصنوع ٢/٣١٩ .

(٤) حصرته الحديث في استحسان القياس . لأن أكثر استحسنات الحنفية راجعة إليه . ولأن الحنفية لم يتصوروا في كتبهم الأسرية على غيره من الاستحسنات المتقابلة فيها كاستحسان العرف مثلاً . ثم إن العرف في استحسان العرف إما أن يراه به العلقات المستحقة للعمامة ، فهذا لا يجوز تركه الدليل الشرعي به . أو أن يراه به العادة التي اتفقت عليها الأمة من أهل الفن والتقدم ، وهذا راجح للإجماع . انظر : الأمدي ، الأحكام ٤/١٥٩ .

مغموراً غير معروف ؟ فإنه لو صدر القول بالاستحسان من غير مجتهد ، لما أخذ من الإمام الشافعي مثل هذا الاهتمام . لكن لما صدر القول بالاستحسان من أبي حنيفة ذلك الإمام الذي روى عن الشافعي نفسه أنه قال : قيل للإمام مالك بن أنس : هل رأيت أبا حنيفة ؟ قال : نعم . وأيت رجلاً لو كلمك في هذه السارية أن يجعلها دعماً لقام بحجته^(١) . وهو الذي قال في شيرازي في حقه : إن كان يجوز لأحد أن يتكلم لي دين الله براه . فإمر حنيفة إذا قال استحسنت^(٢) . ثم إن الشافعي لم يكن بعيداً من عصر أبي حنيفة حتى نقول إنه أنكر الاستحسان الذي اشتهر في عصره ولم ينكر الاستحسان الذي قال به أبو حنيفة ، فقد ولد في نفس السنة التي توفي فيها أبو حنيفة وهي سنة ١٥٠ هـ . وقد صرح الشيرازي الشافعي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ بأن الشافعي أنكر الاستحسان المحكي عن أبي حنيفة ، بل وحرر محل النزاع في بيان الاستحسان الذي ينكره الشافعية وهو : استحسان القياس بقوله (الاستحسان باطل . وهو ترك القياس لما يستحسنه الإنسان من غير دليل . وحكي عن الشافعي رضي الله عنه ويشير المريسي القول عن أبي حنيفة بالاستحسان ، وهو : ترك القياس لما يستحسنه الإنسان من غير دليل)^(٣) .

(١) الصالح ، عقود الجمان ص ١٧٦ .

(٢) الموفق المكي ، مناقب أبي حنيفة ٨٤/١ .

(٣) الشيرازي : القنطرة ص ٤٩٢-٤٩٣ .

قد يفترض فيقال : إن الحنفية يتركون القياس للدليل . فكيف ينسب الشيرازي ومن قبله الشافعي إلى الحنفية أن الاستحسان ترك القياس لما يستحسنه العقل من غير دليل ؟ والجواب عن ذلك : أن استحسان القياس يرجع إلى تخصيص القلة عند الشافعية ، ولا يوجد دليل صحيح يبين تخصيص القلة عندهم فكان استحسان القياس عندهم ترك القياس من غير دليل ، وهو باطل .

حجية الاستحسان

لما كان الشافعي يقول باستحسان غير القياس كما بيئت في بداية الحديث عن استحسان القياس ، وجب أن ينصب الحديث في حجية الاستحسان على استحسان القياس ، الذي قال الشافعية إنه راجع إلى تخصيص العلة ^(١) . ولما كان تخصيص العلة عندهم باطل ، فإن الاستحسان يكون باطلاً أيضاً . وأما الحنفية القائلون بحجية استحسان القياس ، فالذي أراه أن الاستحسان عندهم حجة . ويمكن أن يردوا على الشافعية من وجهين :

الوجه الأول : ويمتثل للماتعون من تخصيص العلة كلبى منصور والماتريدي والبرزنجي والمصرخسي وعبدالحزيم البخاري ومشايخ سمرقند وبخاري ، فإنهم يوافقون الشافعي ويقررون من الأئمة على منع تخصيص العلة ^(٢) ومع ذلك يرون أن استحسان

(١) تخصيص العلة هو : تخلف الحكم في بعض الصور عن الوصف المعنى علة للمنع . وقد يمتنع قيلال : التخصيص يرد على اللفظ لا على المعاني . فكيف جاز لنا أن نقول تخصيص العلة مع أن العلة من المعاني لا من الالفاظ . والجواب عن ذلك : أن المعنى في ذاته وإن كان شيئاً واحداً فهو ليس من باب العموم ، إلا أنه يوصف بالعموم بالنظر إلى تعدد محالها التي يؤثر فيها . فباطل العلماء على إخراج بعض المصطلح التي توجد فيها العلة لعدم تأثيرها في ذلك المحل وتصر تأثير العلة على بقية المحال تخصيصاً ، لمعالجة ذلك لتخصيص للعام الذي هو إخراج بعض أفراد من إرادة للفظ العام له وتخصيص بقية للعموم على بقية الأفراد . انظر : البخاري ، كشف الأسرار ٤ / ٣٦ .

(٢) اختلف العلماء في تخصيص العلة المستنبطة :

فذهب أبو الحسن الكرخي وأبو بكر الرازي الجصاص وأبو زيد النيسابري وأكثر العراقيين من الحنفية إلى أن تخصيص العلة المستنبطة جائز ، وهو مذهب المعتزلة . وذهب مشايخ سمرقند ومشايخ بخاري وأبو منصور الماتريدي إلى عدم جواز ذلك . انظر : الجصاص ، الفصول ص ١٢٣ ، ١٤٤-١٤٥ ، سمرقندي ، ميزان الأصول ١٣٠-١٣١ ، البخاري ، كشف الأسرار ٣٦ ، ٣٢ . وذهب عامة المالكية إلى أن تخصيص العلة باطل ، انظر : الباجي ، أحكام الفصول ص ٥٨٦ . وذهب جمهور الشافعية إلى بطلان تخصيص العلة ، وعزا الرازي إلى الشافعي وإلى جمهور المحققين القول ببطلان تخصيص العلة ، وعزا الجويني ذلك إلى معظم الأصوليين . انظر : الجويني ، البرهان ٩ / ٩٧٧ ، الرازي ، المجموع ج ٢ ص ١٧٣ ، الأمدى ، الأحكام ٢ / ٢١٨ . ونقل ابن التاج اختلاف الجنبلة في هذه المسألة ولوصل الأقوال فيها =

القياس حجة لأنه ليس من باب تخصيص العلة . لأن تخصيص العلة تخلف الحكم في بعض الصور عن الوصف المدعى .

وليس الأمر كذلك في مسائل الاستحسان ، فإن انعدام الحكم في مسائل الاستحسان إنما هو لانعدام العلة . فقد ذهب الحنفية إلى عدم نجاسة سؤر سباع الطير لأن العلة وهي : ملاقة لعبائها للماء لم تتحقق . قال السرخسي بعد أن ذكر هذا المثال: (من ادعى أن القول بالاستحسان قول بتخصيص العلة فقد أخطأ ، لأن بما ذكرنا تبين أن المعنى الموجب لنجاسة سؤر سباع الوحش الرطوبة النجسة في الآلة التي تشرب بها ، وقد انعدم ذلك في سباع الطير فانعدم الحكم لانعدام العلة وذلك لا يكون من تخصيص العلة في شيء ^(١) . وذكر مثل هذا القول البيهقي ووافقه البخاري ^(٢) ، وذكر مثله أيضاً السمرقندي ^(٣) . وما قالوه في هذا المثال يقال في كل صور استحسان القياس عند الحنفية : إنه لا يوجد وصف اتفق على عليته وتختلف الحكم في بعض الصور عنه .

وبناء على أن الاستحسان ليس تخصيصاً للعلة ، قال الحنفية : إنه لا يصح القول إن العمل بالاستحسان أولى من العمل بالقياس ، بل الصحيح أن نقول العمل بالاستحسان هو المتعين ويجب ترك القياس به ^(٤) .

الوجه الثاني : ويمثله الكرخي والجصاص والنبوسي وأكثر العراقيين من الحنفية الذين أجازوا تخصيصاً للعلة . فيكون الاستحسان عندهم جائزاً ، وإن كان من قبيل تخصيص العلة .

= إلى عشرة . إلا أن لما يعلى يرى عدم جواز تخصيص العلة وعزا هذا القول للإمام أحمد .

انظر: الفراء، العدة ١٣٨٦/٤ ، ابن النجار، شرح الكوكب المنير ٦٤-٥٧/٤ .

وأما العلة النصية فقد رجح عبدالعزیز البخاري جواز تخصيصها لقيام الأدلة على ذلك .

انظر: البخاري ، كشف الأسرار ٣٣/٤ .

(١) السرخسي ، الفصول ٢٠٤/٢ .

(٢) البخاري ، كشف الأسرار ٨-٧/٤ .

(٣) السمرقندي ، ميزان الأصول ص ٦٣٥ .

(٤) السرخسي ، الفصول ٢٠١/٢ ، السمرقندي ، ميزان الأصول ص ٦٣٥ ، البخاري ، كشف

الأسرار ٨/٤ ، التفنازاني ، التلويح ١٠/٣ .

❖ الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه ❖

والذي يظهر لي أن ما ذكره البرزدوي والسرخسي والسمرقندي ومبداً لعزير البخاري من أن الاستحسان ليس من باب تخصيص العلة هو الراجح، لأن الذي ينبغي في أمثلة استحسان القياس عند الحنفية بالتحفظ أن العلة متعمدة في الحكم المستحسن فيتعذر الحكم - وهذا بخلاف تخصيص العلة فإن العلة موجودة ولكن تخلف الحكم عنها لما منع - ومن هنا يكون استحسان القياس حجة - ولا يكون القول به قولاً من غير دليل - .

مصادر البحث

- الأرموي ، سراج الدين محمود بن أبي بكر .
التحصيل من المحصول . تحقيق : عبد الحميد علي أبو زنيد . بيروت ، ط ١
مؤسسة الرسالة ، سنة ١٤٠٨ هـ .
- الأسنوي ، عبد الرحيم بن الحسين بن علي :
نهاية السؤل شرح منهاج الوصول في علم الأصول ، ومعه سلم الوصول ،
بيروت ، عالم الكتب . د . ت .
- الأصبحي . مالك بن أنس :
المدينة الكبرى . بغداد ، مكتبة المثنى ، ١٩٧٠ م . الموطأ . شرح أحمد راتب
عرموش . د . ت .
- الأصفهاني . محمود بن عبد الرحمن بن أحمد :
بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب . تحقيق : د . محمد بقا . مكة المكرمة ،
ط ١ ، مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى ، ١٤٠٦ هـ .
- الأمدي . علي بن أبي علي بن محمد :
الأحكام في أصول الأحكام . تعليق : الشيخ عبدالرزاق عفيفي . الرياض ، ط ١ ،
مؤسسة النور ، سنة ١٣٨٧ هـ .
- أمير بادشاه . محمد أمين بن محمود البخاري :
تيسير التحرير شرح التحرير لابن الهمام . بيروت ، ط ٢ ، دار الكتب العلمية ، سنة
١٤٠٣ هـ .
- ابن أمير الحاج . محمد بن محمد بن الحسن :
التقرير والتحبير شرح التحرير لابن الهمام . القاهرة ، ط ١ ، المطبعة الأميرية ، سنة
١٣١٦ هـ .
- الباجي . سليمان بن خلف :
أحكام الفصول في أحكام الأصول . تحقيق : د . عبدالله الجبوري . بيروت ، ط ١ ،
مؤسسة الرسالة ، سنة ١٤٠٩ هـ .

● الاستعسان ضد الحنفية ومواقف الشافعية منه ●

- الباحسين . يعقوب عبدالله :
- وقع الحرج في الشريعة الإسلامية . البصرة ، مطبعة جامعة البصرة، سنة ١٩٨٠م .
- البخاري . عبدالعزیز بن أحمد بن محمد :
- كشف الأسرار عن أصول البيهقي . بيروت، دار الكتاب العربي، سنة ١٩٧٤م .
- البخاري . محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة :
- الجامع الصحيح العند المختصر من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنته وأيامه . استانبول ، المكتب الإسلامي ، سنة ١٩٧٩م .
- البصري . محمد بن علي بن الطيب :
- المعتمد في أصول الفقه . تحقيق : محمد حميد الله ، ويتعاون : أحمد بكير ، وحسن حنفي . دمشق، المعهد العلمي الفرنسي ، سنة ١٣٨٥هـ .
- البغا . مصطفى :
- أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي . دمشق، دار البخاري . د.ت .
- البوطي . محمد سعيد رمضان :
- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية . دمشق، ط١، مطبعة العلم ، سنة ١٩٦٥م .
- الترمذي . أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة :
- الجامع الصحيح . تحقيق : أحمد شاكر، ومحمد فؤاد عبدالباقي، وإبراهيم عطوة . القاهرة، ط٢، مطبعة مصطفى الحلبي ، سنة ١٣٨٨هـ .
- الجصاص . أحمد بن علي الرازي :
- الفصول في الأصول ، نسخة ميكروفيلم برقم ٨٤٠٩ في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ، مصورة عن المخطوط الموجود في دار الكتب المصرية برقم ٢٢٩ . وأبواب الاجتهاد والقياس منه ، بتحقيق : د. سعيد الله القاضي . لاهور ط١، المكتبة العلمية ، سنة ١٩٨١م .
- الجوهري . إسماعيل بن حماد :
- تاج اللغة وصحاح العربية . تحقيق : أحمد عبدالغفور عطار . بيروت، ط٢، دار العلم للملايين ، سنة ١٩٧٩م .
- ابن الحاجب = انظر الاصفهاني .

- ابن حجر ، أحمد بن علي الصقلاني :
تلخيص الحبير في تخریج أحاديث الراقي الكبير . تصحيح : عبدالله هاشم
اليمني . بيروت ، دار المعرفة ، ١٣٨٤ هـ .
- ابن حزم . علي بن أحمد بن سعيد :
الأحكام في أصول الأحكام . بيروت ، ط٢ ، دار الجيل ، سنة ١٤٠٧ هـ . ملخص
إبطال القياس والرأي والاستحسان والتقليد والتعليل . تحقيق : سعيد الأفغاني .
دمشق ، مطبعة جامعة دمشق ، سنة ١٩٦٠ م .
- ابن حميد . صالح عبدالله :
رفع الحرج في الفسوية الإسلامية . مكة المكرمة ، ط١ ، جامعة أم القرى ، سنة ١٤٠٣ هـ .
- الداودي . أبو محمد عبدالله بن عبدالرحمن :
سنن الدارمي . تحقيق : عبدالله هاشم يماني . القاهرة ، دار المحاسن للطباعة
والنشر ، سنة ١٩٦٦ م .
- الدبوسي ، أبو زيد عبيد الله بن عمر :
تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع . تحقيق : د. عبدالرحيم صالح الأفغاني .
رسالة دكتوراة مقدمة للجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، سنة ١٤٠٣ هـ .
- الرافزي ، محمد بن عمر بن الحسين :
المحصل في علم أصول الفقه . تحقيق : د. طه جابر فياض العلواني . الرياض ،
ط١ ، جامعة الإمام محمد بن سعود ، سنة ١٤٠١ هـ .
- الربيعية ، عبدالعزيز عبدالرحمن :
لملة التشريع المختلف في الاحتجاج بها . بيروت ، ط٣ ، مؤسسة الرسالة ، ١٤٠٢ هـ .
- الرهاوي . يحيى الرهاوي :
حاشية الرهاوي على شرح القار لأبن ملك . تركيا ، للطبعة العثمانية ، سنة ١٣١٥ هـ .
- الزبيدي . محمد بن محمد بن محمد الحسيني :
تاج العروس من جواهر القاموس . بنغازي ، دار ليبيا ، سنة ١٩٦٦ م .
- الزيلعي . عبدالله بن يوسف :
نصب الرأية لأحاديث الهداية . القاهرة ، ط١ ، دار المأمون ، سنة ١٣٥٧ هـ .

● الاستحسان عند العتلية وموقف الشافعية منه ●

- الصخاوي . أبو الخير محمد بن عبد الرحمن :
المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة . علق عليه :
عبد الله الصديق . بيروت ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، سنة ١٩٧٩ م .
- السرخسي . محمد بن أحمد بن أبي سهل :
أصول السرخسي . تحقيق : أبي الوفاء الأفغاني ، بيروت ، دار المعرفة ، سنة
١٣٩٣ هـ . البسوط . بيروت ، دار المعرفة سنة ١٩٨٦ م .
- السموقندي . أبو بكر محمد بن أحمد :
ميزان الأصول في نتائج العقول . تحقيق : د. محمد زكي عبد الجبار ، الدوحة ،
ط ١ ، مطابع الدوحة الحديثة ، ١٤٠٤ هـ .
- السيد . الطبيب الخفزي :
الاجتهاد فيما لا نص فيه . الرياض ، ط ١ ، مكتبة الحرمين ، سنة ١٤٠٣ هـ .
- الشاطبي ، أبو إسحق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي . الموافقات في أصول
الشريعة . تعليق : عبدالله دراز . القاهرة ، المكتبة التجارية الكبرى ، د.ت .
- الشافعي . محمد بن إدريس بن العباس القرشي الطليبي :
الأم . القاهرة ، دار الشعب ، د.ت .
الرسالة . تحقيق : أحمد محمد شاكر .
القاهرة ، ط ٢ ، دار التراث ، سنة ١٣٩٩ هـ .
- الشويبي . محمد الخطيب :
مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج . بيروت ، دار الفكر ، سنة ١٩٧٨ م .
- شلبي . محمد مصطفى :
تعليق الأحكام ، بيروت ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، سنة ١٤٠١ هـ .
- الشوكاني . محمد بن علي بن محمد :
إرشاد القهول إلى تحقيق الحق من علم الأصول . تحقيق : محمد سعيد البدري .
بيروت ، ط ٢ ، مؤسسة الكتب الثقافية ، سنة ١٤١٢ هـ .
- الشيباني . محمد بن الحسن :
الأصل . تصحيح : أبي الوفاء الأفغاني . وحقق الجزء الخامس منه : د. شفيق
شحاته . كراتشي ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، د.ت .

- الشيرازي . أبو إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزيابادي :

التبصرة في أصول الفقه . تحقيق : د. محمد حسن هيثو - دمشق ، دار الفكر ، سنة ١٤٠٠ هـ - للامع في أصول الفقه - بيروت ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، سنة ١٤٠٥ هـ .

- الصالحي . محمد بن يوسف :

عقود الجمان في مناقب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان . خيدر آباد ، مطبعة المعارف ، ١٩٧٤ م .

- ابن العربي . أبو بكر بن محمد بن عبيد الله :

أحكام القرآن . تحقيق محمد علي قباوي . القاهرة ، مطبعة عيسى الحلبي ، د.ت .

- الفزالي . محمد بن محمد بن محمد الطوسي :

شفاء الغليل في بيان التشبيه والمخيل ومسالك التعليل . تحقيق : د. محمد الكبيسي ، بغداد ، مطبعة الإرشاد ، سنة ١٣٩٠ هـ .

المستقصى من علم الأصول . القاهرة ، المطبعة الأميرية ، سنة ١٣٢٢ هـ .

المخول من تعليقات الأصول . تحقيق : د. محمد حسن هيثو ، د.ت .

- الأفراد . أبو علي محمد بن الحسين البغدادي :

العدة في أصول الفقه . تحقيق : د. أحمد سبر للباركي . الرياض ، ط٢ ، سنة ١٤١٠ هـ .

- القرطبي . محمد بن أحمد الأنصاري :

الجامع لأحكام القرآن . القاهرة ، دار الكتاب العربي ، سنة ١٣٨٧ هـ .

- الكلساني . أبو بكر بن مسعود بن أحمد :

بنائع الصنائع في ترتيب الشرائع . قدم له وخرج أحاديثه : أحمد مختار عمر .

القاهرة ، مطبعة العاصمة ، د.ت .

- الكلوثاني . محفوظ بن أحمد بن الحسن :

الشهيد في أصول الفقه . تحقيق : د. مفيد أبو عمشة ، و د. محمد علي إبراهيم .

مكة المكرمة ، جامعة أم القرى ، ط١ ، سنة ١٤٠٦ هـ .

- اللاويدي . أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب :

أدب القاضي . تحقيق : محيي الدين هلال . بغداد ، مطبعة الإرشاد ، سنة ١٩٧١ م .

● الاستعمان عند الحنفية وموقف الشافعية منه ●

- المكي . الموفق بن أحمد :
- مقابب أبي حنيفة . بيروت ، دار الكتاب العربي ، سنة ١٩٨١ م .
- ابن ملك . عز الدين بن عبد اللطيف بن عبد العزيز :
- شرح للنار ومعها عدة حواشي . تركيا ، المطبعة العثمانية ، سنة ١٣١٥ هـ .
- ابن منظور . أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم :
- لسان العرب . بيروت ، دار صادر ، د . ت .
- ابن النجار . محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى :
- شرح الكوكب المنير شرح مختصر التحرير للمرداوي . تحقيق : د . محمد الزحيلي ، د . نزيه حماد . مكة المكرمة ، جامعة أم القرى ، سنة ١٤٠٢ هـ .
- النسفي . أبو البركات عبدالله بن أحمد :
- كشف الأسرار شرح المصنف على المختار . بيروت ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، سنة ١٤٠٦ هـ .
- النووي . يحيى بن شرف بن مري بن حزام :
- المجموع شرح للمذهب . القاهرة ، مطبعة الإمام ، د . ت .

التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي

الدكتور/ عبدالحفيظ رواس قلعه جي(*)

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبيه الأمين . أما بعد ،

فيشمل الكلام في التعسف في استعمال الحق البنود التالية :

١- تعريف التعسف وأنواعه .

٢- تقسيم الشاطبي للتعسف .

٣- الصلة بين التعسف والدراخ .

البند الأول

تعريف التعسف وبيان أنواعه

١- تعريف التعسف لغة واصطلاحاً :

للتعسف لغة : يطلق على الميل والظلم . يقال : عسف عن الطريق : إذا مال

وعدل وعسف السلطان وتعسف إذا ظلم (١) .

ومنه يقال للآجير عسيف لما يقع عليه من الجور والظلم وفي الحديث الشريف

(إن لبني كان عسيفاً على هذا فزنى بأموائه) (٢) .

الحق لغة ماوجب وثبت (٣) .

تعريف التعسف اصطلاحاً :

إن هذه الكلمة غير معروفة لدى الفقهاء المسلمين بلفظها وإن كانت معروفة

(*) استاذ مساعد في كلية التربية الاساسية - الكويت .

(١) القاموس المحيط مادة عسف .

(٢) رواه البيهقي انظر بلوغ الرام كتاب الحدود باب حد الزنا .

(٣) القاموس المحيط .

• التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي •

جمعناها شأنها في ذلك شأن سائر المصطلحات للقانونية .

وقد عرفه الأستاذ أحمد فهمي أبو سنة بأنه " استعمال الحق على وجه غير مشروع " (١) .

وأنا أرى أن كلمة غير مشروع غير دقيقة في هذا المعنى إذ أن غير المشروع لا يكون حقاً فكونه حقاً وكونه غير مشروع تناقض وقع فيه الأستاذ المحاضر عن غير قصد منه . وعرفه الأستاذ الدكتور فتحي الدروني بأنه : « مناقضة قصد الشارع في تصرف ماذون فيه بحسب الأصل » (٢) .

وأنا أرى أن تعريف الدكتور الدروني أدق من تعريف للشيخ أبي سنة إلا أن فيه غموضاً وتعقيداً لذا أرى أن يعرف التعسف بما يلي :

« استعمال الحق على وجه يخالف قصد الشارع » .

تحليل التعريف وإيضاحه :

- ١- نقولنا : استعمال الحق خرج به التعدي إذ أن للتعدي لا يكون حقاً ، أما التعسف فقد استعمل حقاً ولكن هذا الحق مخالف لقصد الشارع . وقد مثل ابن قدامة للحالتين وسمى التعدي باسمه ، ولكنه لم يسم التعسف بهذا الاسم فقال : « إن من بنى حائلاً مائلاً عن الطريق أو إلى ملك غيره فسقط على شيء أتلفه ضمنه لأنه تلف بسبب تعدي فيه ، وإن بناه مستقياً لعمال إلى الطريق أو إلى ملك غيره فالمرء المالك ينتفضه أو أمره مسلم أو ذمي ينتفض المائل إلى الطريق وأمكنه ذلك ولم يفعل ضمن ما تلف به في أحد الوجهين لأن ذلك يضر للمالك والمارة فكان لهم المطالبة بإزالته فإن لم يزله ضمن كما لو بناه مائلاً ، الثاني لا يضمن لأنه وضعه وسقط بغير فعله فأشبهه الجرة التي ألقتها الريح » (٣) .
- ٢- وقرأنا على وجه يخالف قصد الشارع فإنه قد عرف في الأصول أن قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع .

(١) محاضراته في أسبوع الفقه الإسلامي في دمشق ص ١٠٤ .

(٢) التعسف في استعمال الحق ص ٣١٣ .

(٣) الكافي لابن قدامة ص ٦٣ .

والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة إذ أن الشريعة موضوعة لمصالح المياد على الإطلاق والمطلوب من المكلف أن يجرى على ذلك في أفعاله ولا يقصد خلاف ما قصد الشارع . ولأن المكلف خلق لعبادة الله تعالى وذلك راجع إلى العمل على وفق القصد في وضع الشريعة ^(١) .

وعلى ذلك فكل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض للشريعة . وكل من ناقضها فقصده في المناقضة باطل فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل .

أما أن العمل المناقض باطل فظاهر أن المشروعة إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة ^(٢) .

وقد استدل الشاطبي على أن من ابتغى في الشريعة ما لم توضع له فهو مناقض لها من وجوه :

أحدها :

أن الأفعال والتروك من حيث هي أفعال وتروك متماثلة عقلاً بالنسبة إلى ما يقصد بها فإذا قصد المكلف عين ما قصده الشارع بالإذن فقد قصد وجه المصلحة على أنه وجه فهو جدير بأن يحصل له ، وإن قصد غير ما قصده الشارع وذلك إنما يكون في الغالب لتوهم أن المصلحة فيما قصد لأن العاقل لا يقصد وجه المفسدة كفلحاً ، فقد جعل ما قصده الشارع مهمل الاعتبار وما أهمل الشارع مقصوداً معتبراً وذلك مضادة للشريعة ظاهرة .

الثاني :

أن حاصل هذا القصد يرجع إلى أن ما رآه الشارع حسناً فهو عند هذا القاصد ليس بحسن ، وما لم يره الشارع حسناً فهو عنده حسن وهذه مضادة أيضاً .

الثالث :

أن الله تعالى يقول : ﴿ ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبعه ﴾

(١) الموافقات ٢/ ٣٣١ .

(٢) الموافقات ٢/ ٣٣٢ .

● التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ●

غير سبيل المؤمنين قوله ما تولى ﴿^(١) الآية . وقال عمر بن عبد العزيز : (سن رسول الله صلى الله عليه وسلم وولاه الأمر من بعده سنناً الأخذ بها تصديق لكتاب الله واستكمال لطاعة الله وقوة على دين الله ، من عمل بها هتد ومن استتصر بها متممور ، من خالفها اتبع غير سبيل المؤمنين وولاه ما تولى وأصله جهنم وساءت مصيراً ، والأخذ في خلاف مأخذ الشارع من حيث القصد إلى تحصيل للمصلحة أو دهره المفسدة مشاقة ظاهرة ^(٢)) .

الرابع :

أن الأخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد أخذ في غير مشروع حقيقة لأن الشارع إنما شرعه لأمر معلوم بالفرض فإذا أخذ بالقصد إلى غير ذلك الأمر المعلوم فلم يأت بذلك المشروع أصلاً ، وإذا لم يأت به تلقض الشارع في ذلك الأخذ من حيث صار كالتفاعل لغير ما أمر به والتارك لما أمر به ^(٣) .

الخامس :

أن المكلف إنما كلف بالأعمال من جهة قصد الشارع بها في الأمر والذمى فإذا قصد بها غير ذلك كانت بقرض القاصد وسائل لما قصد لا مقاصد إذ لم يقصد بها قصد الشارع فتكون مقصوبة ، بل قصد قصداً آخر جعل الفعل أو الترك وسيلة له ، فصار ما هو عند الشارع مقصود وسيلة عتده ، وما كان شأنه هذا ففرض لإبرام الشارع وهدم لما بناه ^(٤) .

وقد ذكر الشاطبي لهذا أمثلة كثيرة منها في الإيمان كإظهار كلمة التوحيد قصداً لإحراز السم والمال ومنها في العبادات كالصلاة لينظر إليه بعين الصلاح ، ومنها في المعاملات وهو ما يتصل بفكرة التعسف كالوصية بقصد مضارة

(١) سورة النساء من الآية ١١٥ .

(٢) للوافقات ٣٣٤/٢ .

(٣) المصدر السابق .

(٤) للوافقات ٣٣٥/٢ .

الورثة ونكاح المرأة لبعثها لطلقها وما أشبه ذلك ^(١) .

أنواع التعسف في استعمال الحق :

إن التعسف في استعمال الحق لا يقتصر على المعاملات بل تشمل العبادات والعقود واللكية والفاكحات والطلاق وغيرها . فمن التعسف في العبادات إسقاط الزكاة عن المكلف بطريق الحيلة وذلك لأن للمكسود بمشروعية الزكاة رفع رذيلة الشح ومصلحة إرفاق المساكين ، وإحياء النفوس المعرصة للتلف فمن وهب في بحر الحول ماله هروياً من وجوب للزكاة ، ثم إذا كان في حوله آخر وقبل ذلك استوهبه ، فهذا العمل تقوية لوصف الشح وإمداد له ورفع لمصلحة إرفاق المساكين ، فمعلوم أن صورة هذه الهبة ليست هي الهبة التي نطب الشرع إليها لأن الهبة إرفاق وإحسان للموهوب له وتوسع عليه غنياً كمن أو فقيراً وجلب لمحبته ومؤلفته ، وهذه الهبة على الضد من ذلك . وإن كانت على المشروع من التمليك الحقيقي لكن ذلك مرافقاً لمصلحة الإرفاق والتوسعة ورفعاً لرذيلة الشح ولم يكن هروياً لاداء الزكاة فتأمل كيف كان القصد للمشروع في العمل لا يهدم قصداً شرعياً والقصد غير الشرعي مادم للقصد الشرعي ^(٢) .

ومن ذلك النهي عن جمع بين مفترق أو الفرق بين مجتمع خشية الصدقة التي ورد النهي عنه في حديث أنس رضي الله عنه ^(٣) .

وصورة الجمع بين المفترق أن يكون لثلاثة نفر مائة وعشرون شاة لكل واحد منها شاة صدقة فإذا اظهروا المصدق جمعوها لثلاث يكون فيها إلا شاة واحدة فتبطل عن ذلك ، وصورة التفريق بين مجتمع أن الخليطين إذا كان لكل منهما مائة شاة وشاة فيكون عليهم ثلاثة شياه فإذا اظهروا المصدق فرقاً غفمهما فلم يكن على كل واحد منهما إلا شاة ، قال الخطابي : قال الشافعي : الخطاب في هذا خطاب للمصدق ورب المال معاً ، وقال : الخشبة خشبتان خشية الساعي أن

(١) المصدر السابق .

(٢) المرافقات ٢/ ٣٨٥-٣٨٦ .

(٣) رواه البخاري وأبو داود في كتاب الزكاة .

• التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي •

تقل الصدقة وخشية رب المال أن تكثر الصدقة فأمر كل واحد منهما ألا يحدث في المال شيئاً من الجمع والتفريق خشية الصدقة (١) .

٢- التعسف في استعمال حق الملكية :

فمن ذلك مسائل عليه مالك في المدونة من أنه لو أن رجلاً حفر بئراً بمعية عن بئر جاره وكان أحياءاً قبل ذلك فانقطع ماء البئر الأولى وعلم أنه إنما انقطع من حفر هذه البئر الثانية أنه يقضي عليه بردم هذه البئر التي حفرها (٢) . وكذلك نص مالك في المدونة أنه لو كان لإنسان بئر يسلي بها أرضه وفيها فضل ماء وإلى جانبها جاره له قد زرع زرعاً على بئر له فلنهارت بئره فحاف على زرعته الهلاك قبل أن يصيبا بئره فإنه يقضي له أن يشرب فضل ماء جاره إن كان في مائه فضل والا فهو لحق به وقال ابن القاسم : يقضي عليه بغير ثمن (٣) .

وخالف في ذلك للحنفية ففي المحيط حفر بئراً في داره فإن كانت تضره بجاره لا يمنع منه ، ويروي أن الإمام أبانحنفة رحمه الله تعالى شكاً إليه رجل من بئر أحدثها جاره في داره فقال له لحفر في دارك بالوعة قبالة بئره لو ناره قطع بئر الماء ونجا من ضرره (٤) .

وكذلك نص مالك في المدونة فيمن فتح أبواباً وكوى يشرف منها على عيال جاره أو داره أنه يمنع من ذلك واستدل على ذلك بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إليه رجل أحدث غرفة على جاره ففتح عليها كوى فكتب إليه عمر بن الخطاب أن يوضع وراء تلك الكوى سريراً ويقوم عليه رجل فلأن كان ينظر إلى ما في دار الرجل منع من ذلك وإن كان لا ينظر لا يمنع من ذلك . وأما مسأله فرائ أن ما كان من ذلك ضرراً منع وما كان من ذلك مما لا يتناول النظر إليه لم يمنع من ذلك (٥) . وخالف في ذلك الحنفية والمشافعية والظاهرية

(١) معالم السنن للخطابي ٢٦/٢-٢٧ سبل السلام ٢٣٧/٢-٢٣٨ .

(٢) المدونة ١٩٦/٦ .

(٣) المدونة ١٩١/٦ .

(٤) الفتاوى البنزوية على علمش الهدية ٤١٩/٦ طبع دار إحياء التراث العربي لبنان ١٩٨٠ م .

(٥) المدونة ١٩٧/٦ .

فقالوا إن لكل واحد أن يفتح ما شاء في حائطه من كوة أو باب أو أن يهدمه إن شاء في داره أو في دربه غير نافذ أو نافذ ويقال لجاره ابن في حائط ما تستر به على نفسه (١).

ومن ذلك من كانت له أرض لها ماء لا طريق له إلا في أرض جاره ولم يكن فيه ضرر لجاره فعند الحنابلة في ذلك روايتان : إحداهما : لا يجوز لأنه لا يملك للتصرف في ملك غيره بغير إذنه . والثانية : يجوز (٢)، واستدلوا لهذه الرواية بما روى مالك في النوطا عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضمالة بن خليفة ساق خليجاً له في للعرض فأراد أن يمر به في أرض محمد ابن مسلمة فابى محمد فقال الضحاك لم تمتعني وهو لك متعة تشرب به أولاً ونحراً ولا يضرك فابى محمد فكم فيه الضمالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه فوعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يغلي سبيله فقال محمد : لا فقال عمر لم تمنع أخاك ما يتقعه وهو لك نافع ؟ يسقي به أولاً وآخرأ وهو لا يضرك فقال محمد لا والله، فقال عمر : والله ليعمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك (٣).

وخالف في ذلك مالك فقال : لبي، العمل على حديث عمر بن الخطاب في هذا، ولقد سئل مالك عن الرجل يكون له مجرى ماء في أرض رجل فأراد أن يحوله في أرض ذلك الرجل إلى ما هو أقرب من ذلك المجرى إلى أرضه فقال مالك : ليس له ذلك ، وليس له أن يحوله عن موضعه (قال مالك) وليس العمل في هذا على حديث عمر بن الخطاب قال وإنما جاء حديث عمر بن الخطاب بهذا في عيته أنه كان له مجرى في أرض رجل فأراد أن يعوله إلى موضع آخر هو أقرب إلى أرضه من ذلك الموضع فابى عليه الرجل فأمره عمر بن الخطاب أن يجريه (٤).

(١) الفتاوى البرازية ٤١٤/٦ - العنلى ٢٤١/٨ - مفتي للمحتاج ١٨٦/٢ .

(٢) الكافي لابن قنلة ٢/٢٠٩ - القواعد لابن رجب ٢٠٣ .

(٣) رواه مالك في النوطا كتاب الاقضية باب المرفق .

(٤) المدونة ١٩٣/٦ .

• التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي •

ومن ذلك ماذهب إليه الظاهرية من أنه لايجل لأحد أن يمنع جاره من أن ينخل خشباً في جداره ويجبر على ذلك أحب أم كره إن لم يأتين له فإن أراء صاحب الحائط هدم حائطه كان له ذلك (١).

وهو قول الشافعي في القسيم وهو متصوص عليه في الجنيذ أيضاً حكاها البويطي عن الشافعي وهو من رواة الجنيذ فتحصل أن عنده في الجنيذ روايتين الأولى عدم الجواز والثانية الجواز كالقديم لكن قيداً بشروط :

- ١- ألا يحتاج المالك إلى وضع جذوعه عليه .
 - ٢- ألا يزيد الجار في ارتفاع الجدار .
 - ٣- ألا يملك الجار شيئاً من جدار البقعة التي يريد تمسيقها .
 - ٤- ألا يعني عليه أزجاً (٢) .
 - ٥- ألا يضر عليه مالا يحمله الجدار ويضر به .
 - ٦- ألا يملك إلا جداراً واحداً (٣) .
- واستدلوا على ذلك بالسنة والعقول .

أما السنة :

فما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
(لا يمنع جار جاره أن يضع خضبة في جداره) . ثم يقول أبو هريرة رضي الله عنه : مالي أراكم معرضين ؟ . والله لأرmeen بها بين أكتافكم (٤) .

أما العقول :

فإن الرسول صلى الله عليه وسلم قد نهى عن منع فضل الماء بما روي عن أبي هريرة يلفظ : " لا يمنع فضل الماء ليعلم به فضل الكلا " (٥) . فإذا وجب

(١) المصلى ٢٤٢/٨ .

(٢) الأزج بيت بني طولا ويقال له بالمناوسية أوستات قال الأعشى : بناء سليمان بن داود حلبة له لزج صمد وطى موثل ، انظر لسان العرب .

(٣) مغني المحتاج ١٨٧/٩ .

(٤) متفق عليه انظر بلوغ الغرام للمافظ ابن حجر كتاب الصلح .

(٥) متفق عليه زاد ابن حبان ، فيهرزل للآل وتومرغ العمالي ، انظر التفتيس للخبير، ابن حجر، إحياء الوفاء.

بذل فضل الماء والكأ لاستفائه عنه وحاجة غيره وجب بذل فضل الحائض لاستفائه عنه وحاجة جاره (١) .

وفصل الحائض بين أحوال ثلاثة :

١- إن كان يضمر بالماء أو يضعف من حملة لم يجز لقول النبي صلى الله عليه وسلم : (لا ضرر ولا ضرار) (٢) .

٢- وإن كان لا يضمر وبه غنى عنه لم يجز عند أكثر الأصحاب لأنه تصرف في ملك غيره بما يستغني عنه كفتح الطاقة وغرز للسمار وأجازه ابن عقيل واستدل كذلك بالسنة والعقول :

أما السنة :

فلحديث أبي هريرة رضي الله عنه السابق .

وأما للعقول :

فلأن ما ليجح لحاجة لاتعتبر له حقيقة الحاجة ، كانتزاع الشقص المشفوع والفسخ بالعيب .

٣- وإن احتاج إليه بحيث لا يمكنه التسقيف إلا به جاز لحديث أبي هريرة السابق (٣) .

وخالف في ذلك الحنفية ومالك والشافعي في الجديد في الرواية المشهورة (٤) واستدلوا على ذلك بالسنة والعقول :

أما السنة :

فقوله عليه الصلاة والسلام : (لا يهل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه) (٥) .

وأما للعقول :

فلأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلا يجوز بغير إذنه كالحمل على

(١) المذهب ٤٤١/١ .

(٢) الحديث رواه مالك والشافعي مرسلاً ، انظر كشف الخفاء للعجلوني ،

(٣) الكافي لابن قدامة ٢/٣١٢ .

(٤) الفتاوى الفيزائية بهامش النتيجة ٤١٣/٦ ، المذهب ٤٤١/١ ، البلجي على الموطأ ٦/٤٣ .

(٥) الحديث رواه الدليمي في مسند الفردوس عن أنس . انظر كشف الخفاء .

● التمسك في استعمال الحق في قلعة الإسلامي ●

بهييمته والبناء في أرضه وحملوا حديث أبي هريرة السابق على التذنب لقوة العمومات العارضة وبلان الضمير في جناره لصاحب الخشب أي لا يمنع جاره أن يضع خشبه على جدار نفسه وإن تضرر به من جهة منع للضوء وفحوه ، ويتأيد بأنه القيس الفقهى والقاعدة النحوية فإنه أقرب من الأول فوجب عود الضمير إليه ^(١) .

٣- التمسك في العقود :

إن العقود الشرعية ترتب حقوقاً لكلا العاقدين في محل العقد وذلك يجعل من الشارح وحكمه الرضعي ، وإذا ثبتت هذه الآثار فإنه لا يجوز التمسك في استعمال الحق الذي ثبت في حال الإنشاء ^(٢) ، فلحمد والشافعي مثلاً يريان إثبات خيار المجلس عند إنشاء العقد بحيث إذا تم الإيجاب والقبول لا يتم الالتزام بمقتضى العقد بل إن لكلا العاقدين التقايل من العقد قبل التفرق ، ومع ذلك فقد قرر الحنابلة في أحد قوليهما أنه لا يصح أن يفترق أحد العاقدين إلا بإذن الآخر لتكون للعقد الآخر قرصة التروي فقد قال ابن رجب في قواعده : مفارقة أحد المتبايعين الآخر يفيد إثنه خشية أن يفسخ الآخر فيه روايتان :

إحدهما : يجوز لفعل ابن عمر رضي الله عنهما .

الثانية : لا يجوز لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا يحل أن يفارقه خشيته أن يستقبله) ^(٣) وهو صريح في التحريم وهو اختيار أبي بكر وصاحب المغني ^(٤) .

وإن الحقوق التي تثبت في العقود لا يصح إساءة استعمالها . وعلى ذلك نص فقهاء الحنفية على أن من استأجر حائزاً أو داراً فإن له أن يسكنها ويعمل فيها ما أراد غير أنه لا يسكن حائزاً أو قصاراً أو طحناً من غير رضا المالك أو

(١) المهذب ١/٤٤١ ، مغني المحتاج ١/١٨٧ .

(٢) التمسك في استعمال الحق للشيخ أبي زهرة ضمن لسبوح الفقه الإسلامي ص ٦١ .

(٣) روى الخمسة إلا ابن ماجه ورواه الدارقطني وابن خزيمة وابن الصارود ، انظر بلوغ المرام للحافظ ابن حجر كتاب البيوع باب الخيار .

(٤) القواعد لابن رجب ص ٩٠ .

اشتراطه ذلك في عقد الإجارة لأنه يوهن البناء فيتوقف على الرضا ^(١) .

وكذلك نص الحنفية على أن من استلجر أرض وقف وغرس فيها أو بنى ثم مقبت مدة الإجارة فالمستلجر استيفائها بأجر المثل إذا لم يكن في ذلك ضرر ، ولو لم يبق الوقوف عليهم إلا القليح ليس لهم ذلك ويترك الزرع بأجر المثل إلى إدراكه ، وقد للحق الحنفية المستلجر المستعير فيترك إلى إدراكه بأجر المثل ^(٢) .

وكذلك نص الحنابلة على أن من استلجر أرضاً للزراعة مدة ثم انقضت مدة ولم يحصد خير المالك بين أخذه ودفع نفقته وبين تركه بالأجرة وليس له الأمر بقلعه فإن كان يقاؤه بغير تفريط إما لشدة برد أو قلة مطر فعلى المؤجر تركه بالأجرة لأن زرعهم يحق فكان عليه المسمى للمدة وأجر المثل للزائد ليس غير ^(٣) .

ومن التعسف في الوكالة أن يعزل الموكل الوكيل دون علمه فإن في هذا إضراراً به إذ يعود حكم العقد إليه ويلتزم به : فلذلك نص الحنفية والظاهرية والشافعية في قول لهم إلى أن من وكل وكيلاً ثم عزله فإنه لا يتعزل قبل العلم بالعزل فإن لم يعلم لم يتعزل الوكيل وقد استدلوا لمنهزم بما يلي :

١- أن في إضراره ضرراً به لأنه قد يتصرف بعد العزل قبل أن يبلغه فيلزمه الضمان بذلك والضرر مدفوع شرعاً .

٢- إذا عزله بغير علمه بعد أن وكله وأطلقه على البيع والشراء والإنكاح لمسماة أو غير مسماة خديعة وقس ^(٤) .

٤- التعسف في الإنكاح :

ومن التعسف في الإنكاح أن ينكح المرأة وليس مقصده استدامة العشرة الزوجية بينه وبين زوجته بل مقصده أن يحطها لزوجها الأول ، وهذا الإنكاح قد اختلفت أقطار المجتهدين فيه :

(١) الدر المختار على مذهب ابن عيينة ١٨/٥ .

(٢) الدر المختار على مذهب ابن عيينة ٢١-١٩/٥ .

(٣) الكافي لابن قدامة ٣٢٦-٣٢٧ .

(٤) انظر نظرية العقد للمؤلف ص ٣١٠ والمراجع التي لعزت إليها .

● التعسف في استعمال الحق في اللغة الإسلامي ●

فذهب الحنفية والشافعية إلى أن التحليل إن نواه الزوجان بقلوبهما أو توأما عليه فبأن النكاح صحيح قال الشافعي في الأم : " ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي ألا يمسيكها (ألا يوسمها) لو أقل أو أكثر لم يفسد النكاح أبداً إنما أقسده بالعقد الفاسد " (١) .

وقال الحنفية : إن شرط التحليل في نفس العقد فهو مكروه أما لو نوي ذلك بقلوبهما ولم يشترطاه بالقول فلا عبرة به ويكون الرجل منهوراً لقصد الإصلاح (٢) .

وذهب المالكية والحنابلة إلى أن المحلل لا يقيم على نكاحه حتى يقيم نكاحاً جديداً فإن أصابها ثلثها مهر مثلها ولا يحلها إصابته لزوجها الأول سواء علماً أو لم يعلم إذا تزوجا ليحلها وبه قال الثوري والأوزاعي (٣) .

٥- التعسف في الطلاق :

ومن التعسف في الطلاق أن يضارها لتقتدي منه فقد عمل هو بغير الشرع حين أضر بها لغير موجب مع القدرة على الوصول إلى الفراق من غير إضرار ، فلم يكن التضرير إذا طلبته بالقضاء تسريحاً بإحسان ولا خوفاً من أن لا يقيما حدود الله لأنه فداء مضطر وإن كان جائزاً لها من جهة الاضطراب والخروج من الإضرار وصار غير جائز له إذ وضع على غير للشرع (٤) .

(١) الأم ٧٤/٣ .

(٢) للزيلعي ٥٩/٢ - المبلغ ١٨٧/٣ - ١٨٨ .

(٣) بداية المجتهد ٥٨/٢ الجامع لأحكام القرآن ١٤٩/٣ - الفتاوى لابن تيمية ١٠٣/٣ .

(٤) للرافعات ٢٨١/٢ .

البند الثاني تقسيم الشاطبي للتصنف

قسم الإمام للشاطبي رحمه الله تعالى في الموافقات الحق من حيث استعماله مع نفعه للفاعل ومضرته لغيره إلى شائبة أقسام وبعضها فروع لبعض فلتجاره في التقسيم حيث قال :

جلب المصلحة أو دفع المفسدة إن كان مانعاً فيه على ضربين :

- ١- أحدهما : أنه لا يلزم عنه إضرار غيره .
الثاني : أن يلزم عنه ذلك . وهذا الثاني شريبان أيضاً .
- ٢- الضرب الأول أن يقصد الجالب أو الدافع ذلك الإضرار كالموخص سلحته قصداً لطلب معاشه وصحبه قصد الإضرار بغيره .
الضرب الثاني : ألا يقصد إضراراً بلحد وهو صمان أيضاً :
- ٣- القسم الأول : أن يكون الإضرار عاماً كتلقي الملع وبيع الحاضر للبادي والامتناع عن بيع داره وفدائه وقد اضطر الناس إليه لمسجد أو غيره .
القسم الثاني أن يكون الضرر خاصاً وهو نوعان :
- ٤- النوع الأول : أن يلحق الجالب أو الدافع بمنعه من ذلك ضرره هو محتاج إلى دفعه كالدافع عن نفسه مظلمة يعلم أنها تقع بغيره . أو يسبق إلى شراء طعام أو ما يحتاج إليه أو إلى صيد أو حطب أو ما غيره عاكفاً أنه إن حازره لستضر بغيره يعلمه ولو أخذ من يده استضر .
النوع الثاني : أنه لا يلحقه بذلك ضرره هو على ثلاثة أنواع :
- ٥- الأول : أن يكون أدائه إلى المفسدة قطعياً كحفر البئر خلف باب الدار في النظام بحيث يقع للداخل فيه بلا بد وشبه ذلك .
- ٦- الثاني : أن يكون أدائه إلى المفسدة نادراً كحفر البئر بموضع لا يؤدي غالباً إلى وقوع أحد وكل الأغذية التي غالباً أنها لا تضر بلحد وما أشبه ذلك .
الثالث : أن يكون أدائه إلى المفسدة كثيراً لا نادراً وهو على وجهين :

٧- أ- أن يكون للضرر غالباً كبيع السلاح من أهل الحرب والعنب من الخمار وما يفسد به ممن شأنه الفش وتحول ذلك .

٨- ب- أن يكون الضرر كثيراً لا غالباً كمساكن بيوع الأجال فهذه ثمانية أقسام (١) . أما الأول : وهو أن لا يلزم عنه إضرار باحد فإنه باق على أصله من الإذن ولا إشكال عليه ولا حاجة إلى الاستدلال عليه للثبوت الدليل على الإذن ابتداء .

وأما الثاني : وهو أن يلزم منه ضرر بغيره وقد قصد صاحب الحق للضرر بغيره كالرخص سلعته بقصد معاشه وإضراره بغيره فقد قال الشاطبي فيه : إنه لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار للثبوت الدليل على أنه لا ضرر ولا ضرار ولكن يبقى النظر في هذا العمل الذي ليجتمع فيه قصد تلحق نفسه وإضرار غيره هل يمنع فيصير غير مأذون فيه ؟ أو يبقى على حكمه الأصلي من الإذن ويكون عليه إثم ما قصد ؟ .

هذا مما يتصور فيه الخلاف على الجملة وهو جار على مسألة الصلاة في الدار المغصوبة ، ومع ذلك فيقتل في الاجتهاد تفصيلاً . وهو أنه إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل ولتنتقل به إلى وجه آخر في استهلاك تلك المصلحة أو دونه تلك المصلحة حصل له ما أراد أولاً ، فإن كان كذلك فلا إشكال في منعه منه لأنه لم يقصد تلك الوجه إلا لأجل الإضرار فلينتقل عنه ولا ضرر عليه ، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد سوى الإضرار وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستتضر منه للغير فحق الجالب أو الدافع مقدم وهو ممنوع من قصد الإضرار ، ولا يقال : إن هذا تكليف بما لا يطاق . فإنه إنما كلف ينفي قصد الإضرار وهو يدخل تحت الكسب ، لا يبقى الإضرار بعينه .

وأما الثالث : وهو ألا يقصد منه الإضرار باحد ويكون الضرر عاماً . فلا يخلو أن يلزم من منعه الإضرار به بحيث لا يجبر أو لا فإن لزم قدم حقه على الإطلاق على تنازع ضعيف مدركه في مسألة الترس التي فرضها الأصوليون قبيحا إذا ترس الكفار بمسلم وعلم أن الترس إذا لم يقتل استؤصل أهل الإسلام . وإن

يمكن إيجاب الإضرار ورفع جملة لماهية الضرر العام أولى فيمنع الجالب أو المنافع مما هم به لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة بدليل النهي عن تلقي السلع ومن بيع الحاضر للبائدي وتوافق المسلمين على تضمين الصانع مع أن الأصل فيهم الأمانة وقد زادوا في مسجود رسول الله صلى الله عليه وسلم من غيره مما من رضي ومن لا يرضى وذلك يقتضي بتقديم مصلحة العموم على مصلحة الخصوص ، لكن بحيث لا يلحق بالخصوص مضره . (أقول : وفي هذا وردت القاعدة الفقهية بتحمل الضرر الخاص في سبيل رفع الضرر العام) .

القسم الرابع : وهو أن يكون الضرر خاصاً ويلحق صاحب الحق بمنعه من حقه الضرر وهو محتاج إلى فعله فإن الموضع في الجملة يحتمل نظريتين :

نظر من جهة إثبات للحفظ ونظر من جهة إسقاطها . فإذا اعتبرنا للحفظ فإن حق الجالب أو النافع مقدم وإن استضر غيره بذلك لأن جلب النفع أو دفع المضره مطلوب للشارع مقصود ولذلك أبيحت الميتة وغيرها من المحرمات الأكل والرطب بالأياس في الحرية للحاجة للناس في طريق المواصلات إلى الأشياء من ذلك كثيرة دلت الأدلة على قصد الشارع إليها . وإذا ثبت هذا فما سيق إليه الإنسان من ذلك فقد ثبت حقه فيه شرعاً بحوزه له دون غيره وسبقه إليه لا مخالفة فيه للشارع فصح . وبذلك ظهر أن تقديم حق المسبوق على حق السابِق ليس بمقصود شرعاً إلا مع إسقاط السابِق لطفه وذلك لا يلزمه ، بل قد يتعين عليه حق نفسه في الضروريات فلا يكون له غيره في إسقاط حقه لأنه في دفع الضرر واضح ، وكذلك في جلب المصلحة إن كان عدمها يضر به .

وقد سئل الدودي : هل ترى لمن قدر أن يتخلص من غرم هذا الذي يسعى بالخروج إلى السلطان أن يفعل ؟ قال : نعم ولا يحل له إلا ذلك قيل له : فإن وضع السلطان على أهل بلدة وأخذهم يعال معلوم يردونه على أموالهم هل لمن قدر على الخلاص من ذلك أن يفعل ؟ .

وهل إذا تخلف أخذ سائر أهل البلد يتحلم ما جعل عليهم ؟ قال : ذلك له قال : ويدل على ذلك قول مالك رضي الله عنه في الساعي يأخذ من غنم أحد الخطاه شاة وليس في جميعها نصاب أنه مظلمة دخلت على من أخذ منه لا

• التمسك في استعمال الحق في الفقه الإسلامي •

يرجع من أخذت منه على أصحابه بشيء . قال : ولست أخذ في هذا بما روي عن مسحتون : لأن الظلم لا أسوة فيه ولا يلزم لحناً أن يولج نفسه في ظلم مخافة أن يوضع الظلم على غيره والله تعالى يقول : ﴿ إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون في الأرض بغير الحق ﴾ ^(١) هذا ما قال . قال الفارابي : ورأيت في بعض المنقولات نحو هذا عن يحيى بن عمر أنه لا بأس أن يطرحه عن نفسه مع العلم بأنه يطرحه على غيره إذا كان المظروح جوراً بيناً ، وذكر عبالغني في المؤلف والمختلف عن حماد بن أبي أيوب قال : قلت لحمام بن أبي سليمان : إني أتكلم فترفع عني الغوية فإذا رفعت عني وضعت على غيري . فقال : إننا عليك أن تكلم في نفسك وإذا رفعت عنك فلا تبال على من وضعت . ومن ذلك الرشوة على دفع الظلم إذا لم يقدر على دفعه إلا بتلك وإعطائه المال للمحاربين والكفار في فداء الأسارى ، ولما نعي الحاج حتى يؤدوا خراجاً كل ذلك انتفاع أو دفع ضرر بتمكين من العصية . ومن ذلك طلب فضيلة الجهاد مع أنه تعرض لموت الكافر على الكفر وقتل الكافر المسلم بل قال عليه الصلاة والسلام : (وددت أن أقتل في سبيل الله ثم أحيى ثم أقتل ..) ^(٢) الحديث . ولازم ذلك دخول قتله النار ، وقول أحد إبنى آدم : ﴿ إني أريد أن تهره بياضتي وألحمك ﴾ ^(٣) بل العقوبات كلها جلب مصلحة أو دفع مفسدة يلزم عنها إضرار الغير إلا أن ذلك كله اتقاء لجانب المفسدة لأنها غير مقصودة للشمارع في شرع هذه الأحكام ولأن جانب الجالب والدافع أولى ^(٤) . هذا كله مع اعتبار الصلوة وإن لم تعتبرها فيتصور ههنا وجهان :

لحمهما :

إسقاط الاستعانة والدخول في المواصلة على سواء وهو محمود جداً وقد فعل في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال عليه الصلاة والسلام : (إن

(١) سورة القصص من الآية ٤٢ .

(٢) رواه البخاري في كتاب الإيمان .

(٣) سورة المائدة من الآية ٦٩ .

(٤) المواقفات ٣٤٩/٢ - ٣٥٢ .

الأشعريين إذا أرموا في الغر أو قل طلعهم حيالهم بالمدينة جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد فهم بني وإنا منهم (١). وذلك أن مصطط الحظ قد رأى غيره مثل نفسه وكأنه أخوه أو ابنه فعلى هذا الترتيب كان الأشعريون رضي الله عنهم لأنه عليه الصلاة والسلام كان في هذا المعنى الإمام الأعظم وفي الشفلة الأب الأكبر ، وذلك جميعه جار على مكارم الاخلاق وهو لا يقتضي استبعاداً ، وعلى هذه الطريقة : لا يلحق العامل ضرر إلا بمقدار ما يلحق الجميع أو أقل . ومن نظر من يمد المسلمين كلهم شهيداً واحداً على مقتضى قوله عليه الصلاة والسلام : (المؤمن للمؤمن كالبنيان المرصوص يشد بعضه بعضاً) وفيك رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أسلميه) . وقوله صلى الله عليه وسلم : (مثل للمؤمنين في قوائمهم وقراصمهم وتعاطفهم مثل الجعد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الاعضاء بالمشورة والمحعى) (٢). وسائر ما في هذا للحق من الأحاديث . وأصل هذا من القرآن ما وصف الله به المؤمنين من أن بعضهم لولياء بعض . وما أرموا به من اجتماع الكلمة والأخوة وترك الفرقة وهو كثير . ولا يستقيم ذلك إلا بهذه الأشياء وإشبابها وما يرجع إليها .

الوجه الثاني :

الإشارة على النفس . وهو أصرق في إسقاط الحفظ وهو أن يترك حظه لحظ غيره اعتماداً على صحة اليقين ، وهو من محاسن الأخلاق . وهو ثابت من خلق رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفه للرضي وهكذا كان للمصلحة . وهو ضريان : " إشارته بالملك " من المال وبالزوجة بفرلها لتحل للمؤثر ، و " إشارته بالنفس " كما في الصحيح أن لها طلعة ترس على النبي صلى الله عليه وسلم يوم لحد وكان النبي صلى الله عليه وسلم يتطلع ليري القوم فيقول له أبو طلحة لا تشرف يا رسول الله يصيبك سهم من سهام القوم . فحري بون شريك . ووالى

(١) الحديث رواه البخاري في كتاب الشركة ومسلم في فضائل الصحابة .

(٢) الحديثان متفق عليهما ، انظر رياض الصالحين باب تعاليم حرمان المسلمين وبيان حقوقهم .

● القنصل في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ●

بيده رسول الله صلى الله عليه وسلم فشلت ^(١) . وحديث علي ابن أبي طالب رضي الله عنه في مبيته على فراش رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ عزم الكفار على قتله مشهور ، والمثل السائر : والجود بالنفس أقصى غاية الجود ، وتحصل أن الإتيار مبني على إسقاط الحفظ المعاملة ، فتحمل المضرة اللاحقة بسبب ذلك لا عتب فيه إذا لم يخل بمقصد شرعي فإذا أخل بمقصد شرعي فلا يعد ذلك إسقاطاً للحظ ولا هو محمود شرعاً . أما أنه ليس بمحمود شرعاً فلأن إسقاط الحفظ إما لمجرد أمر الأمر وإما لأمر آخر أو لغير شيء ، فكونه لغير شيء عبث لا يقع من العقلاء ، وكونه لأمر الأمر يضاد كونه مخالفاً بمقصد شرعي لأن الإخلال بذلك ليس بأمر الأمر ، وإذا لم يكن كذلك فهو مخالف ومخالفة الأمر ضد الموافقة له فثبت أنه لأمر ثالث وهو للحظ ^(٢) .

القسم الخامس : وهو أنه لا يلحق للجالب أو الدال على ضرر ولكن أدائه إلى المفسدة قطعي عادة فله نظران :

(نظر) من حيث كونه قاصداً لما يجوز أن يقصده شرعاً من غير قصد إضرار بأحد ، فهذا من هذه الجهة جائز لا محذور فيه (ونظر) من حيث كونه عالماً بلزوم مضرة الغير لهذا العمل المقصود مع عدم استضراره بقره . فإنه من هذا الوجه مظنة لقصد الإضرار ولأنه في عمله إما فاعل لإباح صرف لا يتعلق بفعله مقصد ضروري ولا حلجي ولا تكميلي فلا قصد للشارع من إيقاعه حيث يوقع ، وإما فاعل للمأمور على وجه يقع فيه مضرة مع إمكان فعله على وجه لا يلحق به مضرة ، وليس للشارع قصد في وقوعه على الوجه الذي يلحق به الضرر دون الآخر .

وعلى كلا التقديرين فتوخيه لذلك للفعل على تلك الوجه على علمه بالمضرة لا بد فيه من أحد أمرين : إما تخصيص في النظر للمأمور به وذلك ممنوع وإما قصد إلى نفس الإضرار وهو ممنوع أيضاً . فيلزم أن يكون ممنوعاً من ذلك الفعل لكن إذا فعله فبعد متعدداً لفعله ويضمن ضمان اللعدي على الوجهة وينظر في الضمان بحسب النفوس والأسوال على ما يليق بكل نازلة ولا يعد قاصداً له

(١) رواه البخاري في غزوة أحد .

(٢) للرافعات ٣٥٢/٢ - ٣٥٧ بالمقتضا .

البينة إذا لم يتحقق قصده التعدي ، وعلى هذه القاعدة تجري مسألة الصلاة في الدار المغصوبة والذبح بالنسكين المغصوبة وما لحق بهما من المسائل التي هي في أصلها مألوفون فيها ويلزم عنها إضرار الغير ، ولأجل هذا تكون العبادة عند الجمهور صحيحة مجزأة والعمل الأهلي صحيحاً ويكون عاصياً بالطرف الآخر وضامناً إن كان ثم ضمان ، ولا تضاد في الأحكام لتعدد جهاتها . ومن قال هناك بالفساد يقول به هنا وله في النظر الفقهي مجال رحب يرجع ضابطه إلى هذا المعنى ^(١) .

وأما السادس : وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً . فهو على أصله من الإذن لأن المصلحة إن كانت غالبية فلا اعتبار في النور بانخراطها إلا لا توجد في العادة مصلحة عرصة عن المفسدة جملة إلا أن الشارع إنما اعتبر في معاريي الشرع عليه المصلحة ولم يعتبر تدور المفسدة لإجراء للشرعيات مجرى العادات في الوجود . ولا يعد هنا قصد القصد إلى جلب المصلحة أو نفي المفسدة . مع معرفته بتدور الضرر عن ذلك تقصيراً في النظر ولا قصداً إلى وقوع الضرر فالعمل إذن باق على أصل المشروعية .

والدليل على ذلك أن ضوابط المشروعات هكذا وجدناها كالقضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج مع إمكان الكذب والوهم والغلط وإباحة القصر في المسافة المحدودة مع إمكان عدم الشقة كالمالك المتوفى . ومنعه في الحضر بالنسبة إلى ذوي الصنائع الشاقة . وكذلك إعمال خبر الواحد والأقيسة الجزئية في التكليف مع إمكان خلافها والخطأ فيها من وجوه ، لكن ذلك نادر فلم يعتبر واعتبرت المصلحة الغالبة ^(٢) .

وأما السابع : وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة ظناً كبيع العنب ممن يتخذ خمراً فيحتفل بالخلاف . أما أن الأصل الإباحة والإذن فظاهر كما تقدم في السادس .

(١) للرافعات ٢/ ٣٥٧ - ٣٥٨ .

(٢) للرافعات ٢/ ٣٥٨ - ٣٥٩ .

وأما أن الضرر والمفسدة تلحق هنا . فقول يجري الفن مجرى العلم فيمنع من الوجهين المذكورين أولاً ٢ . لجواز تخلفهما وإن كان التخلف نادراً ، ولكن اعتبار الظن هو الأرجح (١) لأمر :

أولهما : أن الظن في أبواب العملية جار مجرى العمليات . فمظاهر جرياته هنا .
الثاني : أن المنصوص عليه من سد الذرائع لدخل في هذا القسم كقوله تعالى : ﴿ ولا تمسوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم ﴾ (٢) . فإنهم قالوا : لتكن عن سب الهتنا أو لنسب إلهك . فنزلت . وفي الصحيح عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه قيل يا رسول الله كيف يلعن الرجل والديه . قال يسب أباً للرجل فيسب أباه ويسب أمه فيسب أمه) (٣) .

الثالث : أنه داخل في التعاون على الإثم والعصيان النهي عنه . والحاصل من هذا القسم أن الظن بالمفسدة والضرر لا يقوم مقام المقصد إليه فالأصل الجواز من الجلب أو الدفع وقطع النظر عن اللوازم الخارجية إلا أنه لما كانت المصلحة تسبب مفسدة بسبب الحيل أو من باب التعاون منع من هذه الجهة لا من جهة الأصل فإن التشبيب لم يقصد إلا مصلحة نفسه ، فإن حمل محل التعدي فمن جهة أنه مظنة للتقصير وهو أخفض وتبعية من القسم الخامس ولذلك وقع الخلاف هل تقوم مظنة الشيء مقام المقصد إليه أو لا ؟ (٤) .

وأما الثامن : وهو ما يكون أدائه إلى المفسدة كثيراً لا غالباً ولا نادراً كمسائل بيوع الأجل ، فهو موضع نظر والتباس والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإنان كحذهب أبي حنيفة والشافعي وغيرهما وذلك لأن العلم والظن بوقوع المفسدة متفكيكان إذ ليس هذا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ولا قرينة

(١) هذا عند مالك وأحمد ولما أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله والنظاهرة فقد أخذوا بالأصل من الإباحة والإنان وقد حقت ذلك في نظرية السبب من رسالتي سلطان الإعادة .

(٢) سورة الأنعام من الآية ١٠٨ .

(٣) البخاري ٣/٨ .

(٤) الموافقات ٢/٣٥٩ - ٣٦٠ .

ترجع أحد الجانبين على الآخر واحتمال القصد المفسدة والإضرار لا يقوم مقام القصد إليه ولا يقتضيه لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة .

وأيضاً فإنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصراً ولا قاصداً كما في العلم والظن ، لأن ليس حظه على القصد إليهما أولى من حمله على عدم القصد لواحد منهما ، وإذا كان كذلك فالتسبب النانون فيه قوي جداً إلا أن مالكاً وأحمد رحمهما الله تعالى اعتبراه في سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعاً . وذلك لأن القصد لا ينضبط في نفسه لأنه من الأمور الباطنة . لكن له مجال هتأ وهو كثرة الوقوع في الوجود أو هو مظنة ذلك . فكما اعتبرت المظنة وإن صحح التخلف كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد ولهذا أصل وهو حديث أم زيد بن أرقم ^(١) .

وأيضاً فقد يشروع الحكم لغة مع نواتها كثيراً ، كحد الضر فإنه مشروع للزجر والزجر به كثير لا غالب فاعتبرنا الكثرة في الحكم بما هو على خلاف الأصل . فالأصل عصمة الإنسان من الإضرار به وإيلاهما كما أن الأصل في مسالمة الإثن فخرج عن الأصل هنالك لحكمة الزجر وخرج عن الأصل هنا من الإبلحة لحكمة سد الذريعة إلى المنع وأيضاً فإن هذا القسم مشارك للقسم السابع وهو ما يكون أدأؤه إلى المفسدة ظنياً كبيع العنب من الخمار في وقوع المفسدة بكثرة فكما اعتبرت في المنع هناك فلتعتبر في المنع هنا كذلك . وأيضاً فقد جاء في هذا القسم الكثير من النصوص فقد نهى عليه الصلاة

(١) حديث أم ولد زيد بن أرقم هو ما روته العاصية بنت أئمة أنها قالت : دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم وأمومت على عائشة رضي الله عنها فقلت أم ولد زيد بن أرقم : يا أم المؤمنين إني بيعت من زيد ... إلى العطاء بثمانمائة . فاحتاج إلى ثمنه ففكرت منه قبل الأجل يستعانة فقلت عائشة : بثمان مئريت وبثمان مئريت . أبلغني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يبق . قالت : أرايت إن تركت ولذت باستعانة يئنا ؟ قالت : نعم فمن جاءه مرهقة من ربه فلتتهى فله بثسلف أم . روله البخاري : انظر نيل الأوطار ٥/٢١٧ .

والسلام عن الخليطين^(١) ومن شرب النبيذ بعد ثلاث^(٢) . وعن الانتهاز في
الوعية التي لا يعلم يتخمير النبيذ فيها وبين عليه الصلاة والسلام أنه إنعا نهي
عن بعض ذلك لئلا يتخذ ذريعة فقال : لو رخصت في هذه لأوهك أن تجعلوها
مثل هذه^(٣) . يعني أن النفوس لا تقف عند الحد المباح في مثل هذا ووقوع
الفسدة في مثل هذه الأمور ليست بغالبة في العادة وإن كثرت وقوعها وحرم
صلى الله عليه وسلم الخلوة بالمرأة الأجنبية^(٤) وأن تسافر مع غير ذي
محرم^(٥) . ونهى عن بناء للمسجد على القبور وعن الصلاة إليها^(٦) وعن الجمع

(١) أخرجه البخاري ومسلم وبإسناد حسن عن عطلة بن أبي رياح عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يتخذ الزبيب والتمر جميعاً ونهى أن يتخذ البسر والرطب جميعاً ، وأخرج
الجماعة إلا الترمذي عن عبدالله بن قتادة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
خليط الزبيب والتمر ، وعن خليط البسر والتمر ، وعن خليط الزهر والتمر وقال : انتبهوا لكل
ولحدة على حدة . انظر نصب الرعية للزيلعي كتاب الأشربة .

(٢) عن ابن عباس قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يشرب نبيذ فوق ثلاث . رواه الطبراني
ورجاله كثرة . انظر مجمع الزوائد كتاب الأشربة باب في ما يشرب من التمسك الحلو ونحوه .

(٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم وفد عبد القيس
حين قدموا عليه عن الخبثاء وعن النقيع وعن الخزف والزيادة المجبوبة وقال : انتبه في سفائهم
أوكمه ونفروبه حلوا قال بعضهم اثنان لي يا رسول الله في مثل هذا قال : إن جعلها مثل هذه
ولها ربيده يصف ذلك ، رواه النسائي كتاب الأشربة باب الإذن في الانتهاز التي خصصها
بعض الروايات .

(٤) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : لا يخلون لهنكم بامرأة إلا مع ذي محرم متفق عليه .
انظر رياض الصالحين باب تحريم الخلوة بالأجنبية .

(٥) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا يخل
لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر سفراً يكون ثلاثة أيام فصاعداً إلا معها إرمها أو
تقوها أو زوجها أو بنتها أو ذو محرم معها) . رواه الجماعة إلا الترمذي . انظر فتاوى
والفتوى باب توقيف المرأة أن تسافر وحدها بغير محرم .

(٦) عن أبي هريرة الترمذي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا تصلوا إلى
القبور ولا تجلسوا عليها) . رواه مسلم - كتاب الجنائز ، باب النهي عن تخصيص القبور
والبناء عليه .

بين المرأة وعملها أو خالتها^(١) وقال : إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم^(٢) وحرم نكاح مافوق الأربع لقوله تعالى : ﴿ذلك أئني الاتعولوا﴾^(٣) . وحرم خطبة المعتدة تصريحاً ونكاحها ، وحرم على المرأة في مدة الوفاة الطيب والزينة وكذلك الطيب^(٤) وعقد النكاح للمحرم^(٥) . ونهى عن البيع والسلف^(٦) وعن هدية المديان^(٧) إلى غير ذلك مما هو ذريعة ، وفي القصد إلى الإضرار والفساد فيه كثيرة وليس بغالب ولا كثري .

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على عمها أو خالتها رواء الجماعة وفي رواية : نهى أن يجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وعمتها . رواء الجماعة إلا ابن ملجأ وقمرندي . انظر نيل الأوطار كتاب النكاح باب النهي عن الجمع بين المرأة وعمتها .

(٢) ورمت هذه الزيادة عند ابن حبان وجعل الخطاب فيها للنساء حيث قال : إنك إن فعلت ذلك قطعتم أرحامكم . انظر نيل الأوطار للشركاني ، الكتاب والباب السابق .

(٣) سورة النساء من الآية ٣ .

(٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما قال مثل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس المحرم فقال : [لا يلبس المحرم اللبس ولا الجماع ولا القبريس ولا السراويل ولا ثوباً معه ويس ولا زطوان ...] الحديث رواء الجماعة . انظر نيل الأوطار كتاب الحج باب ما يجتنبه المحرم من اللباس .

(٥) عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب) . رواء الجماعة إلا البخاري وليس للترمذي فيه " ولا يخطب " . انظر نيل الأوطار كتاب الحج ، باب ما جاء في نكاح المحرم .

(٦) عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال : " لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع .. " الحديث رواء الخمسة إلا ابن ملجأ . انظر نيل الأوطار أبواب الشروط في البيع باب النهي عن جمع شرطين من ذلك .

(٧) عن أنس رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إذا قرض لصكم قرصاً فاعدي إليه أو حمل على النية فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جزء بينه وبينه قبل ذلك) . رواء ابن ملجأ وعن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إذا قرض فلا يأخذ هدية) . رواء البخاري في تاريخه . انظر نيل الأوطار : كتاب القرض باب الزيادة عند الوفاء والذي عنها قبله .

• التصسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي •

ثم ختم كلامه بهذه القاعدة الهامة التي تصلح قانوناً للتعسف والذرائع على حد سواء فقال : «والشريعة مبيّنة على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز عما عسى أن يكون طويلاً إلى مفسدة . فإذا كان هذا مطعوماً على الهمة والتفصيل فليس للعمل عليه ببذخ في الشريعة بل هو أصل من أصولها راجع إلى ما هو مكمل إما لضروري أو حلجي أو تحسيني ^(١) .

(١) المرافعات ٢/٣٦١ - ٣٦٤ .

البند الثالث

مسألة التعسف في استعمال الحق بالذرائع

ويتفرع الكلام في هذا البند إلى شعبتين :

- الأولى : بيان معنى الذرائع إجمالاً للكشف عن ماهيتها وحقيقتها .
الثانية : بيان مدى القلازم بين سد الذرائع والتعسف في استعمال الحق .

الشعبة الأولى

بيان معنى الذرائع إجمالاً

نتكلم في هذا عن معنى الذرائع إجمالاً للكشف عن ماهيتها وحقيقتها وتوكيد التفصيل إلى نظرية السبب من رسالتي سلطان الإرادة العقدية .
تعريف الذرائع لغة وشرعاً :

الذرائع جمع ذريعة والذريعة في اللغة الوسيلة ^(١) .

أما حقيقتها شرعاً فهي كما يقول الشاطبي التوصل بها إلى مصلحة إلى مفسدة ^(٢) ومعنى سد الذرائع رفعها ومؤدى الكلام أن وسيلة المحرم محرمة ووسيلة الواجب واجبة فالفاحشة حرام والنظر إلى عورة الأجنبية حرام لأنها تؤدي إلى الفاحشة والجمعة فرض فالسعي إليها فرض وترك البيع لأجل السعي فرض أيضاً . وبيان ذلك أن موارد الأحكام قسمان : مقاصد وهي الأمور المكونة للمصالح في نفسها ووسائل وهي الطرق المفضية إليها ^(٣) .

(١) الصباح المنير ج ١ ص ٢٠٨ .

(٢) الموافقات ١/١٩٩ .

(٣) ذلك للشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله ص ٢٢١ .

يقول الإمام القرطبي في الفرق :

" أعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها وتكره وتندب وتباح . فإن الذريعة هي الوسيلة . فكما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة كالصبي للجمعة والحج وموارد الأحكام على قسمين مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في نفسها ووسائل وهي الطرق المفضية إليها وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحریم وتحليل غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها . والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل وإلى أقيح المقلصد أقيح الوسائل وإلى ما يتوسط متوسطة " (١) .

ويقول ابن القيم رحمه الله تعالى في إثبات ذلك الأصل للقيم وتصوير ما يلي :
 " لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأساليبها تابعة لها معتبرة بها فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضالها إلى غايتها وارتباطها . ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإنان فيها بحسب إفضالها إلى غايتها . فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود . ولكنه مقصود قصد الغايات وهذه مقصودة قصد الوسائل . فلذا حرم العرب تبارك وتعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريره وتبليتها له ومنعاً لأن يقرب حماه . ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحریم وإغراء للنفوس به وحكمه تعالى وعلمه يلي ذلك كل الإساءة . بل سياسة ملوك الدنيا تنبئ ذلك . فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع المفضية إليه لعد متفادياً ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده . وكذلك الأطباء إذا أرادوا حسم للدواء منعوا صلحيه من الطرق والذرائع الموصلة إليه وإلا فسد عليهم ما يرمون بإصلاحه . فعما التطن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال . ومن تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها " (٢) .

(١) الفرق للقرطبي ٣٣/٢ .

(٢) إعلام الموقعين ١٢٧/٣ .

حائلة سد الذرائع وما هيئتها :

والأصل في اعتبار الذرائع هو النظر في مآلات الأفعال وما تنتهي في جملتها إليه فإن كانت تتجه نحو المصالح التي هي أهم المقاصد والغايات من معاملات بني الإنسان بعضهم مع بعض كانت مطلوبة بمقدار يناسب طلب هذه المقاصد وإن كانت لا تساويها في الطلب ، وإن كانت مآلاتها تتجه نحو المقاصد لئلا تكون محرمة بما يناسب مع تحريم هذه المفاسد وإن كان التحريم أقل في الوسيلة ^(١) .

يقول الإمام الشاطبي رحمه الله تعالى في الموافقات :

" انظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال موافقة أو مخالفة . وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإتمام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستلزم أو لمفسدة تدبر ، ولكن له مآل على خلاف المقصد فيه . وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تنتدفع به ولكن له مآل على خلاف ذلك فإنما يطلق القول في الأول بالشرعية قريباً أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها ، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالشرعية ، وكذلك إذا أطلق للقول في الثاني بعدم الشرعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد فلا يصح إطلاق القول بعدم الشرعية ^(٢) .

ويستدل الشاطبي على أن النظر في مآلات الأفعال مقصود شرعاً بلمور :

- ١- إن التكاليف واجبة إلى مصالح للعباد ، وهي إما دنيوية وإما أخروية أما الأخروية فتراجعة إلى مآل المكلف في الآخرة ، وأما الدنيوية فلن الأعمال مقبولة لنتائج المصالح فإنها أسباب المسببات هي مقصودة للشارع والمسببات هي مآلات الأسباب فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب وهو للنظر في المآلات ^(٣) .

(١) مآلة للاستاذ لبي زهرة ٤٠٦ .

(٢) الموافقات ١٩٤/٤ - ١٩٥ .

(٣) الوجع السليق .

٢- إن مآلات الأفعال إما أن تكون معتبرة شرعاً أو غير معتبرة ، فإن اعتبرت فهو المطلوب ، وإن لم تعتبر أمكن أن يكون للأفعال مآلات مضادة المقصود تلك الأعمال وذلك غير صحيح لما عرفت من أن التكاليف لمصالح العباد ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد ، وأيضاً فإن ذلك يؤدي إلى أن لا تتطلب مصلحة بفعل مشروع ولا تتوقع مفسدة بفعل ممنوع وهو خلاف ونظم الشريعة (١) .

٣- الأدلة الشرعية والاستقواء للثام أن المآلات معتبرة في أصل المشروعية كقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ (١). وقوله : ﴿ كَتَبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامَ كَمَا كَتَبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ (٢) وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلَانِ وَتَسْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لَتَأْكُلُوا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (٣). وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَسْبِعُوا الْأَمْوَالَ الَّتِي فِي بُحْرَانٍ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسْبِعُوا اللَّهَ غَيْرَ عِلْمٍ ﴾ (٤).

٤- الأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلها فإن غالبها سماح في عمل غير مشروع في الأصل لما يقول إليه من الرفق المشروع قال ابن العربي حين أخذ في تقرير هذه المسألة : اختلف الناس بزعمهم فيها وهي متفق عليها بين العلماء فأتهموها وانخروها (١) وله في الشرع أمثلة كثيرة كالقرض مثلاً ، فإنه ربا في الأصل لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل ، ولكنه أبيح لما فيه من التوسعة على المحتاجين بحيث لو بقي على العمل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين ، ومثله بيع العربة بخرصها ثعراً فإنه بيع الرطب باليابس ولكنه أبيح لما فيه من الرفق

(١) للرجوع السابق.

(٢) سورة البقرة الآية ٢١ .

(٣) سورة البقرة من الآية ١٨٣ .

(4) سورة البقرة الآية ١٨٨ .

(٥) سورة الانعام من الآية ١٠٨. ووجه الدلالة في هذه الآية أن سب الأوثان سبب في تخفيف الهة الشرك، لكن لما وجد له مال أخر وهو سيهم الله تعالى نهي عن هذا العمل للذي يذهب إليه مع كونه سيئاً في نفسه أولاً لهذه الحال. انظر هامش الموافقات للشيخ عبد الله د ١٩٧/٤.

(٦) الموافقات ١٩٨/٤ .

ورفع الحرج بالنسبة إلى المعري والمعري ولو امتنع مطلقاً لكان وسيلة إلى منع الإعراض كما أن ربا النفسنة لو امتنع في القرض لا امتنع أصل الرفق من هذا الوجه (١).

النظرة الموضوعية في سد الذرائع :

وإذا كان الأصل في اعتبار الذرائع هو النظر إلى مآلات الأفعال وما تنتهي في جملتها إليه فإن النظر في ذلك يتجه إلى العمل وثمرته لا إلى قصد العامل ونيته فإذا كانت النتيجة حسنة طالب الفعل وإن كانت سيئة طلب الترك بقطع النظر عن النيات الحسنة والسيئة التي تختفي وراء هذا الفعل فقد يفعل الإنسان الخير ويقصد من وراء الشر كالمصلي رياء وللرجس سلعة يقصد إضرار غيره وقد يفعل الشر وتكون نيته الخير كمن يصب الأوثان فلا عبرة بالنيات إنما المعبرة بما آل إليه الفعل من حسن وقبح ومصلحة أو مفسدة (٢).

الشعبة الثانية

مدى التلازم ما بين سد الذرائع والتعسف في استعمال الحق

كنا نذكرنا أن الذرائع تقوم على النظر إلى مآلات الأفعال وما تفتحي في جملتها إليه من خير أو شر ، وأن النظرة في ذلك نظرة موضوعية لا ناتية بمعنى أنه ينظر فيه إلى العمل وثمرته لا إلى العامل ونيته وعلى ذلك فمن سب الأوثان مخلصاً فقد آل عمله إلى سب الله تعالى من قبل المشركين فهو قد أحسن للنية ولكن عصى الله تعالى لأن عمله قد انتهى إلى شر . والنظر إلى مآلات الأفعال هو نتيجة طبيعية للتعسف فإن من مارس حقاً مشروعاً ولكنه آل إلى ضرراً آخرين فإنه يمنع من استعمال هذا الحق وذلك كمن فتح نافذة تطل على نساء جاره فإنه يمنع وهو منع ماله في المدونة كما أنه مذهب عمر بن الخطاب . ونستطيع أن نقول إن مآلات الأفعال شجرة

(١) الموافقات ٤/ ٢٠٧ .

(٢) انظر في هذا المعنى مالك الفضية الشيع في زهرة ٤٠٦ - ٤٠٧ .

لها فرعان أحدهما التعسف والآخر الذرائع وإن شئت فقل إن مآلات الأفعال بناء له فصامتان إحداهما التعسف والأخرى الذرائع .

هذا وإن بين الذرائع والتعسف تداخلاً فهما يشتركان في دائرة واحدة وينفرد كل في دائرة مستقلة فمن الأمور المشتركة بينهما القسم السابع والثامن من تقسيم الشاطبي للتعسف أما السابع فهو ما يكون الضرر كثيراً كثيراً كبيع الأجل وقد منع مالك وأحمد هذين النوعين لأنه في بيع الأجل مثلاً جعل مال ذلك البيع مؤدياً إلى بيع خمسة نقداً بعشرة إلى أجل والسلعة لقو لا معنى لها لأن المصالح التي لأجلها شرع البيع لم يوجد منها شيء . ومن اسقط الذرائع كأبي حنيفة والشافعي فإنه اعتبر المال أيضاً لأن البيع إذا كان مصلحة جاز وما فعل من البيع الثاني فتحصيل لمصلحة أخرى متفرقة عن الأولى فكل عقدة لها مآلها ومآلها في ظاهري الإسلام مصلحة فلا مانع على هذا إن ليس ثم مال مفسدة على هذا التقدير ^(١) .

وهكذا نجد أن الفريقين قد حكما مآلات الأفعال وإن اختلفا في كيفية هذا التحكيم ، وعاتان الصورتان مما اختلف فيه الحنفية والشافعية من جهة والمالكية والحنابلة من جهة أخرى . فهما صورتان من صور التعسف كما أنهما صورتان من صور الذرائع وهما مع ذلك يتفرعان عن أصل واحد وهو النظر إلى مآلات الأفعال .

فيأذا أضفنا إلى ذلك التعريف الذي اخترته للتعسف وهو : " استعمال الحق على وجه يخالف قصد الشارع " ، ومعلوم أن قصد الشارع من التشريع سد للذرائع والطرق للوصول إلى الفساد تبين لنا الصلة الوثيقة بين التعسف في استعمال الحق وبين الذرائع ، والله تعالى أعلم .

المراجع والمصادر وحسب ورودها في البحث

- ١- القاموس المحيط - مجد الدين محمد بن يعقوب الطبريزي آبادي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ٢ ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .
- ٢- صحيح البخاري - الإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري - دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- ٣- نظرية المحسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي - الدكتور / فقيهي الدرويني ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ٢ ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .
- ٤- الكافي لابن قدامة .
- ٥- الموافقات في أصول الشريعة - لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي ، تعليق عبدالله دولز ، القاهرة ، المكتبة التجارية الكبرى .
- ٦- سنن أبي داود - للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، المكتبة العصرية ، بيروت ، لبنان .
- ٧- معالم السنن للخطابي .
- ٨- سبل السلام - محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- ٩- المدونة الكبرى - للإمام مالك بن أنس الأصمعي ، رواية الإمام سحنون بن سعيد اللقنوي عن الإمام عبدالرحمن بن قاسم ، ومعها مقدمات لبن رشد ، دار الفكر ، بيروت .
- ١٠- الفتاوى البزازية على هامش الهندية ، طبع دار إحياء التراث العربي ، لبنان .
- ١١- المحلى بالآثار - للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الاندلسي ، تحقيق الدكتور عبدالغفار سليمان البنداري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٨ هـ .
- ١٢- مفتي المعتاج إلى معرفة الفاظ الفهاج - الشيخ محمد الشربيني الخطيب ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر .
- ١٣- القواعد - للحافظ أبي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض .

• التصف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي •

- ١٤- الموطأ - للإمام مالك ، رواية يحيى بن يحيى الليثي ، إعداد أحمد ولقب عوموش ، دار التفاهن ، بيروت ، ط ١٠ ، ١٤٠٧ هـ .
- ١٥- لسان العرب - لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ، دار الفكر ، بيروت .
- ١٦- بلوغ الرام - للحافظ ابن حجر العسقلاني ، تصحيح محمد حامد الفقي ، مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .
- ١٧- تلخيص الصبير في تخرريج الأحاديث الرافعي الكبير ، للحافظ ابن حجر العسقلاني ، تصحيح عبدالله ماضم الليماني ، بيروت ، دار المعرفة ، ١٣٨٤ هـ .
- ١٨- المنهذ - لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، دار الفكر .
- ١٩- كشف الخفاء ومزيل الإلباس - الشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني ، تصحيح أحمد القلاش ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ٣ ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .
- ٢٠- اللبجي على الموطأ .
- ٢١- التصف في استعمال الحق - للشيخ أبي زهرة .
- ٢٢- الدر المختار على هامش ابن عابدين ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م .
- ٢٣- نظرية العقد - الدكتور عبدالحفيظ رواس قلعه جي .
- ٢٤- الام - محمد بن إدريس الشافعي - تصحيح محمد زهوي الفجار - دار المعرفة ، بيروت .
- ٢٥- بدائع الصنفات في ترتيب الشرائع - للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكلساني الحنفي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط ٢ ، ١٤٠٢ هـ .
- ٢٦- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١٠ ، ١٤٠٨ هـ .
- ٢٧- الجامع لأحكام القرآن - لأبي عبدالله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي ، دار الكتاب العربي ، ط ٢ .
- ٢٨- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية - جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم وابنه محمد ، إشراف الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين ،

- ٢٩- رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين - للإمام النووي ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م .
- ٣٠- نيل الأوطار شرح مفتي الأخبار - محمد بن علي بن محمد للشوكاني ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان .
- ٣١- نصب الراية لأحدث الهداية ، عبدالله بن يوسف الزيلعي ، القاهرة ، ط١ ، دار المأمون ، ١٣٥٧ هـ .
- ٣٢- التزيين والترهيب - الإمام الحافظ زكي الدين عبدالعظيم المنذري ، دار الويلن للتراث ، القاهرة ، ط١ ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .
- ٣٣- صحيح مسلم بشرح النووي - أبو الحسين مسلم بن حجاج بن مسلم النيشوري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- ٣٤- المصباح المفيد - أحمد بن محمد بن هلي المغربي القيومي ، المكتبة العلمية ، بيروت ، لبنان .
- ٣٥- مالك - للشيخ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي ، ط٢ .
- ٣٦- الفروق - للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي ، عالم الكتب ، بيروت .
- ٣٧- إعلام الموقعين عن رب العالمين - شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بأبن قسيم الجوزية ، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد - المكتبة المعاصرة ، صيدا ، بيروت ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .

فتاوى مجلس مجمع الفقه الاسلامي

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله
وصحبه

قرار رقم : ٩٥ / ٨ / ٩٥

بشأن

« مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي »

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي
بجمهورية الإمارات العربية المتحدة من ١ إلى ٦ ذي القعدة ١٤١٥ هـ الموافق ١-٦ أبريل
١٩٩٥ م .

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع : « مبدأ التحكيم
في الفقه الإسلامي » .
وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله .

قرر مايلي :

أولاً : التحكيم اتفاق بين طرفي خصومة معينة ، على تولية من يفصل في منازعة
بينهما ، بحكم ملزم . يطبق الشريعة الإسلامية .
وهو مشروع سواء أكان بين الأفراد أم في مجال المفازعات الدولية .

ثانياً : التحكيم عقد غير لازم لكل من الطرفين المحتكمين والحكم ، فيجوز لكل
من الطرفين الرجوع فيه ما لم يشرع الحكم في التحكيم ، ويجوز للحكم أن

يعزل نفسه - ولو بعد قبوله - مادام لم يصدر حكمه ، ولا يجوز له ان يستخلف غيره دون إذن الطرفين ، لان الرضا مرتبط بشخصه .

ثالثاً : لا يجوز التحكيم في كل ما هو حق لله تعالى كالحدود ، ولا فيما استلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المتحاكمين معن لا ولاية للحكم عليه ، كاللعان ، لتعلق حق الولد به ، ولا فيما يتفرع للقضاء دون غيره بالنظر فيه .

فلذا قضى الحكم فيما لا يجوز فيه التحكيم فحكمه باطل ولا ينفذ .

رابعاً : يشترط في الحكم بحسب الاصل توافر شروط القضاء .

خامساً : الاصل ان يتم تنفيذ حكم الحكم طواعية ، فلان ابي احد المتحاكمين ، عرض الامر على القضاء لتنفيذه ، وليس للقضاء نقضه عالم يكن جوراً بيناً أو مخالفاً لحكم الشرع .

سادساً : إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية يجوز لاحتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية توصلاً لما هو جائز شرعاً .

سابعاً : دعوة الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي إلى استكمال الاجراءات اللازمة لإقامة محكمة العدل الإسلامية الدولية وتمكينها من أداء مهامها المتصوص عليها في نظامها .

بسم الله الرحمن الرحيم
للحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله
وصحبه

قرار رقم : ٩٦/٩/٩٥

بشأن

« سد الذرائع »

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي
بجمهورية الإمارات العربية المتحدة من ٢ إلى ٦ ذي القعدة ١٤١٥ هـ الموافق ١ - ٦
أبريل ١٩٩٥ م .

بعد اطلاع على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع :
« سد الذرائع »
وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله .

قرر ما يلي :

- ١- سد الذرائع أصل من أصول الشريعة الإسلامية ، وحقيقته : منع الميكلات التي
يتوصل بها إلى مفسد أو محظورات .
- ٢- سد الذرائع لا يقتصر على مواضع الاشتباه والاحتياط ، وإنما يشمل كل ما من
شأنه التوصل به إلى الحرام .
- ٣- سد الذرائع يقتضي منع الحيل إلى إتيان المحظورات أو إبطال شيء من
الطلبات الشرعية ، غير أن الحيلة تفتقر عن الذريعة باشتراط وجود القصد
في الأولى دون الثانية .

٤- والدوائر أنواع :

(الأولى) مجمع على متعها : وهي المضموم عليها في القرآن الكريم والعنة الذبوية الشريفة أو للزبوية إلى المفسدة قطعاً أو كثيراً غالباً ، سواء كانت الوسيلة مباحة أم مستحبة أم واجبة . ومن هذا النوع العقود التي يظهر منها القصد إلى الوقوع في الحرام بالنص عليه في العقد .

(والثانية) مجمع على فتحها : وهي التي ترجع فيها للمصلحة على المفسدة .

(والثالثة) مختلف فيها : وهي التصرفات التي ظاهرها الصحة ، لكن تكتنفها تهمة التوصل بها إلى باطن محظور ، لكثرة قصد ذلك منها .

٥- وضابط إبادة الذريعة : أن يكون إلحاقها إلى المفسدة نادراً ، أو أن تكون مصلحة الفعل أرجح من مفسدته .

وضابط منع الذريعة : أن تكون من شأنها الإفضاء إلى المفسدة لا معالة (قطعاً) أو كثيراً أو أن تكون مفسدة الفعل أرجح مما قد يترتب على الوسيلة من المصلحة .

مسائل في الفقه (*)

٨٨ - حكم ما إذا أخذ الزوج من مال زوجته دون رضاها :

وملأه السؤال : أن زوجة أودعت عند زوجها راتبها على أساس أن يحفظه لها عند الحاجة . وبعد أن تجمع لديه مبلغ كبير رغبت الزوجة في استرداده منه فرد لها بمحسه وأمسك البعض الآخر . وعندما حاولت اقتلعه برد ماله فغضب وترعبها فسكتت منه خوفاً من طلاقها .

فهل يحل لهذا الزوج ما قبل أم أن عليه ولجأ في رد مال زوجته لها ؟
والجواب على هذا من وجهين : الأول من حيث العموم ، ومبناه أنه لا يجوز لأحد الأخذ من مال غيره دون إذنه وطيب نفسه ، ذلك أن اختصاصه بهذا المال اختصاص مطلق لا يقيد به إلا ما وردت النصوص بتقييده (كسلطة الوالد على مال ولده) كما سيأتي وقد عظم الله أمر الشدي على مال الغير فقلل تعالى : ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بهتاناً ﴾ (١) وقال تعالى في مال اليتامى : ﴿ إن الذين ياكلون أموال اليتامى ظلماً إنما ياكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً ﴾ (٢) .

وقد أكدت الفسفة حرمة مال الغير فعن أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه) (٣) وقال عليه الصلاة

(*) هذه المسائل ترد من الإخوة القراء ويتولى الإجابة عليها صاحبها المجلة ورئيس تحريرها الدكتور / عبدالرحمن بن حسن النفيسة .

(١) سورة البقرة من الآية ١٨٨ .

(٢) سورة النساء الآية ١٠ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ١٠٠ . دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي ج ٤ ص ١٧٢ ، دار الويلان للتراث ، القاهرة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، كلز العمال في سنن الأقوال والأفعال للبرهان فوري ج ١ ص ٩٢ . مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م ، كشف الغطاء ومزيل الألباس للمجلوني ج ٢ ص ٤٩٨ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ٣ ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

والسلام : (لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لآخٍ ولا جانياً فإذا أخذ أحدكم عصاً أخيه فليردها إليه) ^(١) . وروى عن أصحباب النبي صلى الله عليه وسلم أنهم كانوا يسبغون معه فنام رجل منهم فانطلق بعضهم إلى نخل معه فأكذه منه ففزع لئلا النبي صلى الله عليه وسلم : (لا يحمل مسلم أن يدرج مسلماً) ^(٢) . فدل هذا على أن الضرر لا يقتصر على أخذ المال بل يتعدى إلى النفس بترويعها فجاء الضرر مضاعفاً عن أخذ المال وترويع صلحيه .

الوجه الثاني : من حيث الخصوص - وبما أن الله تعالى فرض للمرأة حقها فمن تعدى عليها فقد تعدى على حق فرضه الله لها سواء كان المتعدى زوجاً أو غيره ومن هذه الحقوق حلها في صداقها ومالها فلا يحل للزوج أن يأخذ منه شيئاً إلا بطيب نفسها وليل ذلك قول الله تعالى في كتاب العزيز : ﴿ وأتوا النساء صدقاتهن نحلة لأن طين لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً ﴾ ^(٣) وقال تعالى : ﴿ وتاتيمن لهن فتنوا فلا تغفلوا منه شيئاً فتأخذوه بهتاكاً وثاماً سبيها ﴾ ^(٤) ﴿ وكل من تأخذه وقد احسنكم إلى بعض ولخذل منكم ميثاقاً ظاهراً ﴾ ^(٥) وقال تعالى : ﴿ فأنكسوهن بإذن أهلن وأتوهن لجورهن بالمعروف ﴾ ^(٦) والنحلة هي الآية الأولى هي صداق المرأة الذي فرضه الله لها ، وهي في اللغة العطية من غير أخذ عوض وبطيب نفس ^(٧) .

(١) سنن أبي داود ج ٤ ص ٢٠١ ، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد ، المكتبة العصرية ، بيروت ، السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ١٠٠ ، دار المعرفة بيروت ، لبنان ، مجمع الزوائد للهيتمي ج ٤ ص ١٧٢ ، دار الريان للتراث القاهرة ، دار الكتاب العربي بيروت .

(٢) سنن أبي داود ج ٤ ص ٢٠١ ، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد ، المكتبة العصرية ، بيروت ، بيروت ، مسند الإمام أحمد ج ٥ ص ٣٦٢ ، المكتب الإسلامي ، السنن الكبرى للبيهقي ج ١٠ ص ٢٤٩ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

(٣) سورة النساء الآية ٤ .

(٤) سورة النساء من الآية ٢٠ .

(٥) سورة النساء الآية ٢١ .

(٦) سورة النساء من الآية ٢٥ .

(٧) المسباح النير للهيتمي ج ٢ ص ٥٩٥ ، المكتبة العلمية ، بيروت ، لبنان .

وقال الإمام الرازي في معنى قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلِقَ لَكُمْ مِنْ شَيْءٍ مِنْ أَنْفُسِكُمْ فَإِنْ مِمَّنِ الزُّوجَاتِ لِلزَّوْجِ شَيْئاً مِنَ الصَّدَاقِ عَنْ طَبِيعَةِ نَفْسٍ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ السَّبَبُ هَكَذَا فِي أَخْلَاقِ الزَّوْجِ أَوْ سَوْءِ مَعَاشِرَتِهِمْ مَعَهُمْ فَكَفَرُوا وَأَنْتَقَضُوا ثُمَّ قَالَ : " وَفِي الْآيَةِ دَلِيلٌ عَلَى ضَيْقِ الْمَسْئَلَةِ وَجَرَبِ الْاِحْتِيَاظِ حَيْثُ بَنِيَ الشَّرْطُ عَلَى طَبِيعِ النَّفْسِ فَقَالَ (فَإِنْ طَلِقَ) وَلَمْ يَقُلْ : فَإِنْ وَفَرَ أَوْ سَمِعَ إِعْلَاماً أَنَّ الْمُرَاعَى هُوَ تَجَانُّفِي نَفْسِهَا عَنِ الْمَوْجُوبِ طَبِيعاً " (١) .

ولا تطيب نفسها إذا وهبت الزوج من صداقها ثم طلبته بعد الهبة ، وروي أن امرأة جاءت مع زوجها إلى شريح في عطية أعطتها له وهي تطلب الرجوع فقال شريح رُدِّ عليها ، فقال الرجل اليس قد قال الله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلِقَ لَكُمْ مِنْ شَيْءٍ مِنْ أَنْفُسِكُمْ لَوْ طَلَبَتْ نَفْسُهَا عَنْهُ لَمْ يَجْعَلْ فِيهَا (٢) . وروي أن رجلاً أعطته امرأته ألف دينار صداقاً كان لها عليه ثم طلقها فخاصمته إلى عبدالمك بن مروان فقال الرجل أعطتني طيبة به نفسها فقال عبدالمك " فإِنَّ الْآيَةَ الَّتِي بَعْدَهَا تَقُولُ : ﴿ فَلَا تَلْخُصُوا مِنْهُ شَيْئاً ﴾ أَرَدَ عَلَيْهَا (٣) كَمَا رَوَى أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَتَبَ إِلَى قَضَاتِهِ : (إِنْ النِّسَاءُ يَعْطِينَ رِغْبَةً وَرَهْبَةً فَلْيُعَا مِرَاةً أَعْطَتْهُ ثُمَّ أَرَادَتْ أَنْ تَرْجِعَ فَنَازِلُهَا) (٤) .

وفي قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْتُمْ لِحُدُودِهِمْ لِقَاراً فَلَا تَلْخُصُوا مِنْهُ شَيْئاً .. ﴾ أمر للزَّوْجِ بِالْأَمْرِ بِأَخْذِ شَيْءٍ مِنَ الْمَهْرِ الَّذِي أُعْطِيَ لَزَوْجَتِهِمْ إِذَا أَرَادُوا أَنْ يَفَارِقُوهُنَّ وَيَسْتَبْدِلُوا مَكَانَهُنَّ غَيْرَهُنَّ وَفِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَتَوَهَّنَ لِجُورِهِمْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ أمر أيضاً للزَّوْجِ بِأَنْ يَعْطُوا زَوْجَاتَهُمْ مَهْرَهُنَّ عَنْ طَبِيعِ نَفْسٍ وَأَلَّا يَبْخَسُوهُنَّ هَذَا الْحَقُّ الَّذِي فَرَضَهُ اللَّهُ لَهُنَّ . وَأَحْكَامُ الشَّرِيعَةِ قَائِمَةٌ عَلَى لِحْظِ لِحْظِ الزَّوْجَةِ بِمَا لَهَا وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ مِنْهُ إِلَّا مَا طَلَبَتْ بِهِ نَفْسُهَا سِوَا مَا كَانَ هَذَا الْمَالُ مَدَاقِماً أَوْ رِثَةً أَوْ رِثَةً أَوْ أَيْ نَوْعٍ آخَرَ مِنَ أَنْوَاعِ الْمَالِ ، وَيُاسْتَنْتَهِ مَا يَجِبُ لَهَا مِنَ الْتَفَقُّةِ تَطْلُ الْعِلَاقَةِ بَيْنَ مَالِ

(١) انظر تفسير الفخر الرازي ج ٩ ص ١٨٨ - ١٨٩ ، دار الفكر .

(٢) انظر : للمصنف لعبد الرزاق ج ٩ ص ١١٤ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ط ٢ ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

(٣) تفسير الفخر الرازي ج ٩ ص ١٨٩ ، دار الفكر .

(٤) للمصنف لعبد الرزاق ج ٩ ص ١١٤ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ط ٢ ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

الزوج ومال زوجته قائمة على اختصاص كل منهما بماله . ففي المذهب الحنفي لو هدر أوبنى الزوج لزوجته داراً أو نحوها وكانت العمارة لو البناء بأموها فكل ذلك لها وليس للزوج إلا تلقاها ، ولو بنى الزوج بناء لنفسه بالآلة وأدواته وفوازمه في عرفة زوجته وبدون إقالتها فالبناء له ولكنه يعد غاصباً عرضتها فيجبر على تدبير العرفة لدى سلبية الزوجة بذلك ^(١) .

وفي مذهب الإمام مالك قال المتبني " لم يختلف قول مالك إن الرجل إذا أكل مال زوجته وهي تقطر ولا تغير أو أنفقت عليه ثم طلبته بذلك أن ذلك لها وإن كان عديماً في حال الإنفاق ويقضي لها عليه بعد هبتها أنها لم تنفق ولا تتركه يأكل إلا لتراجع عليه بحقها ^(٢) وفي الدونة .. إن أنفقت عليه وهو حاضر ملي أو معدم فلها لتياعه بذلك إلا أن يرى أن ذلك معنى الصلة ^(٣) .

وفي مذهب الإمام أحمد ليس لغير الأب الأخذ من مال غيره بغير إذنه لأن الخير ورد في الأب لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم حينما جاءه رجل فقال : يا رسول الله إن لي مالاً وولداً . وإن أبي يريد أن يجتاح مالي فقال : (أنت ومالك لأبيك) ^(٤) . فدل هذا على أنه ليس للزوج ومن عداه (باستثناء الأب) أن يأخذ من مال غيره إلا بإذنه . أما إن وهبت المودة من مالها لزوجها فعن أحمد روايتان : إحداهما لا يجوز لها

(١) دور المحاكم شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر تعريب تهمسي الحسيني ، كتاب الشوكات ص ٦٤١-٦٤٢ وكتاب الحوالة ص ٥١٤ ، منشورات ، مكتبة النهضة ، بيروت ، لبنان ، وحلقة الطحطاوي على الدر المختار ج ٢ ص ١٠٠ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م .

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق هامش كتاب مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ١٩٣ ، دار الفكر ، ط ٢ ، ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .

(٣) نفس المرجع وانظر شرح منج الجليل للشيخ محمد عليش ج ٧ ص ٧٦-٧٧ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

(٤) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٦٩ ، تحقيق محمد إزاء عبدالباقي ، ط دار إحياء الكتب العربية - بيروت ، عيسى البابي الحلبي ، وانظر سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٨٩ ، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد للمكتبة العصرية ، سجداً ، بيروت ، مسند الإمام أحمد ج ٢ ص ٢٠٤ ، الكتب الإسلامي ، السنن الكبرى للبيهقي ج ٧ ص ٤٨٠ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للذهبي ج ٤ ص ١٥٤ ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان .

الرجوع فيها وهو قول طائفة من الأئمة والتابعين . والرواية الثانية أن لها للرجوع ، فقد سئل رحمه الله عن المرأة تهب ثم ترجع فجعل النضاء غير الرجال ثم ذكر الحديث " إننا يرجع في المواهب للنساء وشرار الأقوام " ثم ذكر حديث عمر : إن النضاء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة وأما امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تحتصره فهي الحق به . وعنه رواية ثالثة : إننا إذا وهبت له مهرها فإن كان قد سألها ذلك رده إليها رضيت أو كرهت لأنها لا تهب إلا مضافة غضبه أو إضراره بها بأن يتزوج عليها . وإن لم يكن قد سألها ولو رعت به فهو جائز (١) قال الإمام ابن قدامة " فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قربة من مسأله لها أو غضبه عليها أو ما يبل على خوفها منه فلها الرجوع لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تطب بها نفسها وإنما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى : ﴿ إِنْ كَانَ طِبْنُكُمْ عَنْ هِيءٍ مِنْهُ فَلْيُكَلِّمُوا هُنَّ مِنْكُمْ رِيبًا ﴾ (٢) .

وينبغي على من سبق أنه لا يحل للزوج - في السؤال - أن يمسك مال زوجته لأن إمساكه له يعد من باب الغصب والتعدي على حق غيره وهذا محرم بالإجماع . والحكم الشرعي فيه واضح فيجب عليه رده فإن لم يفعل وجب إجباره على رده . أما تهديده ووعيده لزوجته فهو إثم آخر عليه أن يقلع عنه لأنه من باب الأذى للذي نهى الله عنه في قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بغير مَلَائِكَةٍ فَقَدْ لَحِظُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ (٣) .

(١) المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج ٦ ص ٢٩٧-٢٩٨ ، نوار الكتاب العربي ، بيروت ، مكتبة دار البيان ، بغداد . وانظر مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحبياني ج ٤ ص ٤٠٤-٤٠٥ ، ٤١٠ ، متقوسرات الكتب الإسلامي نسحق ، شرح الزركشي على مختصر القرني ج ٤ ص ٣١١-٣١٢ ، تحقيق عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين ، ط ١ ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م ، الإنصاف للموداري ج ٧ ص ١٥٤ - ١٥٥ ، تحقيق محمد حامد لافي ، دار إحياء التراث العربي ، مؤسسة قنارىخ العربي ، بيروت ، لبنان .

(٢) المغني والشرح الكبير للرجع السابق .

(٣) سورة الأحزاب الآية ٥٨ .

وخلاصة المسألة أنه من حيث العموم لا يجوز لأحد الأخذ من مال غيره بدون طيب نفسه ، لأن اختصاصه بماله لاختصاص مطلق لا يقيد إلا ما وردت السنة بتقييده كسلطة الولد على مال والده . وقد نهى الله تعالى عن أكل المال بالباطل في قوله تعالى ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾ وأكدت السنة حرمة مال الغير لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه) .

أما من حيث الخصوص فإن الله تعالى أقرض للمرأة حقوقاً ومن ذلك صفاتها ومالها أموالها فمن تعدى عليها فقد تعدى على حق فرضه الله سواء كان المتعدى زوجاً أو غيره وعلى هذا لا يهل للزوج في المسألة أن يمسك مال زوجته لأن إمسكه يعد من باب القسب والتعدي على مالها ، وهذا محرم بالإجماع والحكم الشرعي فيه واضح ، فيجب عليه رده فإن لم يفعل وجب إجباره على رده . أما وعيده لها فهو إثم لغيره عليه أن يقرب منه .

والله أعلم .

٨٩ - لامجال للشك مع اليقين :

ومفاد السؤال أن شخصاً كلن مديناً بمبلغ لحد تصقلقه، وقد أوفاه هذا الدين قبل وفاته - ورغم ذلك أصبح يشك في وفائه لهذا الدين ، بل أن هذا الشك أصبح يلزمه في بقلته ومنله .

وقد سأل ربة صديقه عما إذا كان في أوراق مورثهم ما يقيد من هذا الدين أو وفائه ، أو عدم وفائه فأجابه أنهم لم يجدوا عنه شيئاً ، بل إنهم هلوا - مكاناً ورد في السؤال - عما قد يكون لمورثهم عنده وذلك لمعرفتهم بصداقته وملازمته له ، ورغم ذلك يسأل السائل عما يجب تجاه هذا الشك .

والجواب - أن هذا الشك قد يكون من الوسواس التي قد تفتاب الإنسان لتغلب عليه فيتحول اليقين عنده إلى شك ، ويصبح الشك عند كاليقين ، ولهذه الوسواس أسباب عدة : منها ما قد يكون مصدره الحرص على إتقان أمر من الأمور ومن ذلك مثلاً الحرص على النظارة حين يشك المتطهر فيما إذا كان قد اتقن طهارته أم لا ، ومن ذلك وفاء الدين - كما هو الحال في السؤال - حين يشك المدين فيما إذا كان قد أوفى دينه أم لا ، خاصة إذا كان دائنه قد توفي أو كان بعيداً عنه لا يستطيع التيقن منه ، ومن أسباب الوسواس ما قد يكون نفسياً لتعرض صاحبها لأمر سبب له الشك والوهم . و منها ما يكون مصدره عضوياً كمرض الجسد أو أحد أعضائه مما يؤثر على النفس فيسبب لها الشك والظن وهكذا .

وقد أوجب الإجماع إزالة الشك إذا وُجدَ اليقين لما في الشك من التردد والخوف ، وسوء الظن ، وعدم انضباط النفس . فقد روى عبد الله بن زيد أنه شكى إلى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة قال : (لا يتصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً)^(١) . وروى أبو سعيد الخدري رضي

(١) صحيح البخاري ج ١ ص ٤٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢ ص ٤٠٠ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، سنن الترمذي بشرح العالقات جلال الدين السيوطي وحفظه الإمام السندي ج ١ ص ٩٩ ، دار الفكر ، بيروت ، ط ١ ، ١٣٤٨ هـ - ١٩٣٠ م ، سنن ابن ماجه ج ١ ص ١٧١ ، تحقيق محمد فؤاد عين الله ، ط دار إحياء الكتب العربية فيصل عيسى البابي الحلبي ، السنن الكبرى للبيهقي ج ٢ ص ٢٥٤ ، دار المعركة ، بيروت ، لبنان .

الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن)^(١) وروى عبدالرحمن بن عوف أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر واحدة صلى أو اثنتين ليقن على واحدة ، فإن لم يدر اثنتين صلى أو ثلاثاً فليبن على اثنتين فإن لم يدر ثلاثاً صلى أو أربعاً فليبن على ثلاث وليسجد سجدة قبل أن يسلم)^(٢) .

والأصل في هذا اليقين ، فمن نخل المسجد متطهراً لا ينتفض وضوءه إلا إذا ثبقت خروج شيء منه إما بالصوت أو بالرائحة وما وسيلتان لليقين وما عندهما فهو شك يجب طرحه . والشك في الركعتين يعني اليقين من واحدة . والشك في الثلاث يعني اليقين من الركعتين فجاء الأمر بطرح الشك والبناء على اليقين .

وقد أسس الفقهاء على هذه الأحاديث قواعد عدة : ومنها - القاعدة الشهيرة في المذهب الحنفي بأن " اليقين لا يزول بالشك " ^(٣) وقد تفرع من هذه القاعدة قواعد أخرى منها " الأصل بقاء ما كان على ما كان " وذلك للدلالة على وجوب ثبات التثبت وعدم الشك فيه " ^(٤) وقد تفرع من هذه القاعدة أيضاً مسائل عدة : منها - أن من ثبقت الطهارة وشك في الحدث فهو مقطوع . ومن ثبقت الحدث وشك في الطهارة فهو محدث . ومنها - أنه إذا كان لأحمد على محمد ألف ريال مثلاً فبرهن محمد على أداء الدين أو إبرائه منه ثم برهن على أن له على أحمد ألفاً لم يقلل حتى يبرهن أنها حادثة بعد الأداء أو الإبراء ^(٥) . ومنها - أن حوض الماء الذي يتعرض للأيدي أو الجرا و

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ج ٥ ص ٦٠ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، وانظر سحن القسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحظية الإمام السندي ج ٢ ص ٢٧ ، دار الفكر ، بيروت ، ط ١ ، ١٣٤٨ هـ - ١٩٣٠ م ، مستند الإمام أحمد ج ٢ ص ٧٢ ، الكتب الإسلامية .

(٢) سنن الترمذي ج ١ ص ٢٤٢ ، تحقيق عبدالغاب عبدالمطيف ، دار الفكر ، بيروت ، ط ٢ ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، كنز العمال للبرهان لوري ج ٧ ص ٤٧٠ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .

(٣) الأذبله والتظاير لابن نجيم ص ٥٦ - ٦١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

(٤) المرجع السابق .

(٥) المرجع السابق .

الوسخة يجوز الوضوء منه ما لم يُقَلَّم به نجاسة . ومنها - طهارة طين الطرقات وأن من أكل لقر الليل وشك في طلوع الفجر صح صومه لأن الأصل بقاء الليل (خلافاً للإمام أبي حنيفة الذي يرى أنه مسيء بالأكل مع الشك) . ومن ذلك أنه لو شك الصائم في الغروب لم يأكل لأن الأصل بقاء النهار . وأن المرأة إذا ادعت عدم وصول النفقة والكسوة المقرَّين لها في مدة مديدة فللقول قولها ، لأن الأصل بقاؤهما في نعمته كالمديون إذا ادعى دفع الدين وأنكر الدائن .. (١) .

ومن القواعد الفقهية في هذا المجال أن " ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين " . ومن ذلك أن من لم يفته من الصلاة شيء ، وأحب أن يقضي صلاة عمره منذ أدركه لا يستحب له ذلك إلا إذا كان أكبر ظنه فسادها بسلب الطهارة ، أو ترك أحد شروطها فحينئذ يقضي ما غلب على ظنه ، وما زاد عليه يكره منه لو رُود الفقه عنه (٢) . ومن شك في ركوع أو سجود وهو في الصلاة أعاد ، وإن كان بعدما فلا . (٣) ومن شك هل طلق زوجته أم لا لم يقع . ومن شك أنه طلقها واحدة أو أكثر بنى على الأقل إلا أن يستيقن بالأكثر . ومن كان عليه دين وشك في قدره وجب عليه إخراج المتيقن منه (٤) .

وجملة ما في المذهب الحنفي في هذه المسألة " أن اليقين السابق لا يزول بالشك الطارئ ، وأنه لا يزول إلا بيقين مثله " ومثال ذلك : " مالو أقر شخص بمبلغ لأخر قائلاً أظن أنه يوجد لك بذمتي كذا مبلغ لإقراره هذا لا يترتب عليه حكم لأن الأصل براءة الذمة ، والأصل هو للمتيقن فما لم يحصل يقين يشغل ذمته لا يثبت المبلغ عليه للمقر له ، إذ أن إقراره لم يشأ منه عن يقين بل عن شك وظن ، وهذا لا يزِيل اليقين ببرائة ذمة المقر ... " (٥) .

(١) الإشبيلية والنظائر لابن نجيم نفس المرجع .

(٢) نفس المرجع .

(٣) نفس المرجع .

(٤) نفس المرجع .

(٥) دود الأحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر الكتاب الأول ص ٢٠ ، تعريب فهمي الحسيني ، مكتبة النهضة ، بيروت ، لبنان .

وفي مذهب الإمام مالك أن كل مشكوك فيه سواء كان سبباً ، أو شرطاً ، أو مانعاً ملغى . وفي تهذيب الفروق مايلي : " فكل سبب شككنا في طريقته ^(١) لم ترتب عليه مسببه وجعلنا ذلك السبب كالعدم والمجزوم بعدمه فلا ترتب الحكم ، وكل شرط شككنا في وجوده جعلناه كالمجزوم بعدمه فلا ترتب الحكم .. " ^(٢) .

وفي مذهب الإمام الشافعي يرى الإمام عز الدين بن عبد السلام * إننا نقول إن الله تعالى أوجب علينا في الأقوال والأفعال مانحن عنه الواجب فإذا كان المتيقن هو المظنون فالمكلف يتيقن أن الذي يأتي به مضمون له وأن الله تعالى لم يكلفه إلا مايطلعه وإن قطع به بالحكم عند ظنه ليس قطعاً بمتعلق ظنه بل هو قطع بوجود ظنه ، وفروق بين الظن وبين القطع بوجود المظنون فعلى هذا من ظن الكعبة في جهة فرائه يقطع بوجود استقبال تلك الجهة ولا يقطع بكون الكعبة فيها .. " ^(٣) .

وفي مذهب الإمام أحمد أن من تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء ، أو ثوب ، أو أرض ، أو بدن ثم شك في زوالها بنى على الأصل إلى أن يتيقن زواله ، ولا يكتفي في ذلك بظنية الظن ولا غيره ^(٤) .

وعلى هذا ينبغي القول أن المتيقن لعمل عمله عليه أن يفي على يقينه ، ولا يعمل عنه بالشك لو الظن لأن اليقين لا يصدر إلا من إدراك ، ولا يكون الإدراك إلا من عقل. والشك لا يصدر إلا من ضعف في هذا الإدراك تبعاً لما قد ينتاب النفس من الوسواس. وقاعدة اليقين لا يزول بالشك قاعدة عظيمة ينبغي عليها الكثير من المسائل في الفقه فعلاً الأصل في الأرض الطهارة استدلالاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:

(١) الطبراني هو : الحصول بفترة انتظار الصباح الغير القويومي ج٢ ص ٣٧٧ ، للكتب العلمية . بيروت لبنان .

(٢) تهذيب الفروق والقواعد الفسنية في الاسرار الفقهية هاشم الفروق للقرطبي ج٢ ص ١٧٣ - ١٧٤ ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان .

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام ، ج ٢ ص ٤١ - ٥٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، وانظر الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي ص ٥٠ - ٥٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ط ١ ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

(٤) القواعد للحافظ ابن عديم ص ٣٤٠ - ٣٤٢ ، مكتبة الرضا الحديثة ، بالرياض .

(وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً فإيها رُجِل من أمتي أدركته الصلاة فليصل)^(١) . فطهارة الأرض متيقنة ، ولا يعدل عن هذا اليقين إلا بيقين مثله وهو وجود تجلسة فيها .

والأصل براءة ذمة الإنسان ، وهذه الذمة لا تشغل بالاحتمال فلا يطالب إنسان بحق مالم يكن هذا الحق متيقناً كالنقطة على الوادين أو الأولاد . والأصل سلامة الإنسان من الإثم والفواحش لكونه مولوداً على الفطرة ، ولا يعدل عن هذا اليقين إلا بيقين مثله ، وهو ارتكابه للخطيئة والمسائل في هذا كثيرة .

والأمر واضح في المسألة ، فالدين متيقن أنه أوفى دلفنه دينه قبل وفاته فأصبح دينه في حكم المعنوم والشك في هذا لا يشغل ذمته لأنه دليل ضعيف في موليجه دليل قوي هو الوفاء فوجب طرحه بحكم قاعدة اليقين لا يزول بالشك .

وخلاصة المسألة أن الإسلام أوجب إزالة الشك إذا وجد اليقين ، لما في الشك من عدم الانضباط ، وضعف الإدراك . ومن القواعد الهامة في الفقه أن اليقين لا يزول بالشك ، وأن ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين مثله فمن تطهر وشك في الحدث فهو متطهر ، ومن تيقن الحدث وشك في الطهارة فهو محدث . ومن تيقن وفاء دينه برحت ذمته ولا تشغل هذه الذمة بالشك لأن الوفاء يقين والشك لا يرفع اليقين .

وعلى هذا فإن ثيقن للدين في المسألة كالف لبراءة ذمته ، وما ينتهي من شك ناتج عن الوسواس التي قد يتعرض لها بعض الناس لأسباب عديدة وعليه أن يتغلب عليها بما هو معروف في مثل هذه الحال .

والله أعلم

(١) صحيح البخاري ج١ ص٨٦ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، سنن الترمذي ج١ ص٢١٠-٢١١ ، دار الفكر ، بيروت ، ط١ ، ١٣٤٨ هـ - ١٩٢٠ م ، السنن الكبرى للبيهقي ج١ ص٢١٢ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

٩٠ - حكم ما إذا عين الأب وصياً على أولاده القصر ثم تبين أنه غير أمين :

ومفاد المسألة سؤال يشير إلى أن أحد الأباء قد عين أحد أبنائه وصياً على إخوته القصر ليحفظ أموالهم ، ويخلق عليهم ويقوم على شئوهم بعد وفاته . وبعد وفاة الموصي قام الوصي بما عهد إليه تجاه القصر إلا أن أهمهم لاحظت عليه بعد ذلك عدم الاستجابة لحاجاتهم ، وتصوره في الثقة الشرعية لهم رغم ما عهده من أموال لهم . كما لاحظت عليه سوء سلوكه وخلقه مما جعلها تغشى على أموال القصر من الضياع . والسؤال : هو ما يجب فعله تجاه هذا الوصي ؟

والجواب - من حيث العموم - أن تعيين الوصي من باب التاميز له ليقوم بما أوصاه به الموصي ، ولهذا التاميز شأن عظيم لأنه باب من أبواب الأمانة . وقد وصَّى الله الأنبياء والرسل عليهم السلام أن يبلغوا رسالاتي إلى خلقه ليأتمروا بما أمروا وينتهوا عما نُهوا . والإيصاء هنا بمعنى الأمر وهنا بيّن في قول الله تعالى : ﴿ هو شرع لكم من الدين ما وصَّى به نوحاً والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه .. الآية ﴾ (١) ووصَّى الله أهل الكتاب - أي أمرهم - بالتقوى ولجنتاب للكفر فقال تعالى : ﴿ ولقد وصينا الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وإياكم أن اتقوا الله وإن تكفروا فإن لله ما في السموات وما في الأرض وكان الله غنياً حميداً ﴾ (٢) ووصَّى الله الإنسان - أي أمره - بفعل الطاعات ولجنتاب المعاصي ومن ذلك يرد بوالديه وشكرهما على هتيعهما فقال تعالى : ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين أن لشكر لي ولوالبك إليّ المصير ﴾ (٣) .

والوصي مكلف من الموصي ، والمكلف ملزم بإداء ما وصَّى به ولهذا بلغ الأنبياء والرسل عليهم السلام رسالات الله تنفيذاً لأمره . فقلل تعالى لتعبيه عليه الصلاة

(١) سورة الشورى الآية ١٣ .

(٢) سورة النساء من الآية ١٣١ .

(٣) سورة لقمان الآية ١٤ .

والسلام : ﴿ يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغت رسالته ﴾ ^(١) وحيثما وصى الله الولد ببسر والديه جعل له جزءاً إن خيراً فخير وإن شراً فشر .

والوصي مؤتمن على ما وصي به ولهذا شدد الفقهاء على ما يجب أن يكون عليه الوصي من الأمانة والخلق القويم . ففي المذهب الحنفي لو أوصى الموصي إلى وصي فاسق بذلّه القاضي لأن الفاسق منهم بالخيانة وفي الخيانة بلا شك ضرر للموصي عليه لهذا حق للقاضي عزله بحكم ولايته في دفع الضرر وعليه إقامة غيره ^(٢) . وقد سئل الإمام مالك هل يعزل الوصي عن الوصية إذا كان خبيثاً فقال : نعم . إذا كان الوصي غير عدل فلا تجوز الوصية إليه وقال : (ليس للعتيق أن يوصي بحال غيره وهم ورثته إلى من ليس بعدل) ^(٣) .

وعند الإمام الشافعي لا تجوز الوصية إلا إلى بالغ مسلم عدل أو امرأة قلر أوصى الرجل إلى من تجوز وصيته ثم حدث للموصي إليه حالٌ تخرجه من أن يكون كافياً لما استند إليه أو أميناً عليه لضررت الوصية من يديه . فإن ضعف عن الأمانة أخرج بكل حال وعلى الوصي إخراج ما لليتيم قفى عنه من كسوة ونفقة وما قد يحتاجه من غانم ^(٤) . وعند الإمام النووي " وإن أوصى إلى رجل فتخير حاله بعد موت الموصي - فإن كان أضعف ضم إليه معين أو أمين وإن تغير بفسق أو جنون

(١) سورة المائدة من الآية ٦٧ .

(٢) جالسية رد المحتار لابن عيينة وتكملتها لفيظه ج ٦ ص ٧٠٦-٧٠٧ ، دار الفكر ، بيروت ، ط ١ ، ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م ، ونتاج الأفكار لقاضي زاده علي الهندية للمرخياني ج ١ ص ٤٩٩-٥٠٣ ، دار الفكر ، بيروت ، ط ١ ، ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م .

(٣) للدونة الكبرى برواية مسنون مع مقدمات ابن رشد ج ٤ ص ٢٨٧ ، دار الفكر ، بيروت ، وانظر في ذلك عقد الموامر للشعيبة لابن شاس ج ٣ ص ٤٢٧-٤٢٨ ، دار الغرب الإسلامي ، ط ١ ، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م . وانظر كذلك مراميب للجليل للخطاب ج ٦ ص ٣٨٩ ، دار الفكر ، ط ٢ ، ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م . وشرح منج الجليل لعليش ج ٩ ص ٥٧٩-٥٨٠ ، دار الفكر ، ط ١ ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

(٤) الام للإمام الشافعي ج ٤ ص ١٢٠-١٢١ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

بطلت الوصية إليه ويقيم الحاكم من يقوم مقامه ^(١).

وفي مذهب الإمام أحمد تصح الوصية إلى الرجل العاقل المسلم الحر العادل إجماعاً كما تصح الوصية إلى المرأة بنليل أن عمر رضي الله عنه أوصى إلى حليمة . ومن لم يكن عدلاً في دينه لم تصح الوصية إليه ، لأن عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية إليه وقد روي عن الإمام أحمد روايتان : إحداهما - عدم صحة الوصية للفاسق والرواية الأخرى صحة الوصية إليه . ففي رواية ابن منصور إذا كان الوصي مجتهداً لم تخرج من يده . وفي قول الخرافي إذا كان خائفاً بضم إليه أمين ^(٢). وفي هذا قال الإمام ابن قدامة ، " وكلام أحمد في إبقائه في الوصية على أن خيافته طرأت بعد الموت ، فأما إن كانت خيافته موجودة حال الوصية إليه لم تصح لأنه لا يجوز تولية الخائف على يتيم في حياته ، فكذا بعد موته ولأن الوصية ولاية وأمانة ، والفاسق ليس من أهلها ، فعلى هذا إذا كان الوصي فاسقاً فسقط حكمه حكم من لا وصي له . وينظر في ماله الحاكم ، وإن طرأ فسقه بعد الوصية زالت ولايته وأقام الحاكم مقامه أميناً وهذا لاختيار القاضى ^(٣) .

وينبغي على مسبق وجوب توافر العدالة في الوصي فإن كان فاسقاً لم تصح الوصية إليه لأن فسقه دليل على خيافته للأمانة . ولما كانت الوصية ولاية وأمانة وجب عزله وإقامته غيره بنظر الحاكم ، ولكن الفسق ليس صفة دائمة فقد يفسق

(١) المجموع شروح الفتاوى ج ١٥ ص ٥٠٨-٥١٢ ، دار الفكر ، واظفر نهلية المحتاج إلى شرح المنهاج مع حاشية الشيرازي ج ٦ ص ١٠٠-١٠١ ، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ط الأخيرة ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م ، كفاية الاختيار في حل غاية الاختصار للحسيني ج ٢ ص ٢٥ ، دار الفكر ، بيروت ، فسراج الوهاج للعمراوي على شرح متن المنهاج لشرف الدين يحيى النوري ص ٢٤٥ ، دار العروة ، بيروت ، لبنان .

(٢) الغني والشرح الكبير للإمام ابن قدامة ج ٦ ص ٥٦٩-٥٧٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، مكتبة دار البيان ، بغداد ، ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م .

(٣) نفس المرجع وانظر أيضاً كشاف الفتاوى عن متن الإنقاذ لليهودي ج ٤ ص ٣٩٢-٣٩٤ ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، شرح مقهى الإشارات لليهودي ج ٢ ص ٥٧٤ ، دار الفكر ، شرح الزركشي على مختصر الخرافي للزركشي ج ٤ ص ٤١ ، تحقيق عبدالله بن عبدالرحمن الجبرين ، دار أولي النهى ، بيروت ، ط ٢ ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م ، مطلق أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحبياني ج ٤ ص ٥٢٩-٥٣١ ، المكتب الإسلامي ، دمشق .

الوصي وقتاً من الزمن ممايجرح عدالته . ثم يتوب ، وهنا يحق للمحاكم النظر في إعاقته كما لو كان عدلاً أميناً إذا توافرت فيه شروط العدالة والأمانة .

ومع أن العدالة شروطها وفي مقدمتها ديانة الرجل وحسن خلقه وسلوكه فقد يجرح في عدالته مايفعله في زمن ولايجرحها مايفعله في زمن آخر . ومن ذلك على سبيل المثال ، أن مشي الرجل وهو جالس للراس أو لكفه في السوق قد يؤثر على عدالته عندما يكون هذا الفعل مستهجنًا بين الناس في زمن ولكن هذا للفعل قد لا يؤثر على عدالته في زمن آخر، وذلك إما لفعل الناس له أو لعدم استهجانهم له ، وهكذا . وما ورد في السؤال عن سوء سلوك الوصي ، وسوء خلقه ، وتقصيره في أداء واجبه تجاه إخوته مسألة وقائع ، فإنما ثبتت هذه الوقائع التي تدعيها أمهم وجب عزله ، واختيار من يقوم مقامه حفظاً لأموال القصر ورعاية لشئونهم إلى حين رشدهم .

وخلاصة المسألة : أن الوصي مكلف من الوصي ، والتكليف يلتزم بالإلزام . والوصي مؤتمن على ماؤمّني به . ولهذا شدّد الفقهاء على مايجب أن يكون عليه للوصي من الأمانة والخلق النويم ووجوب توافر العدالة فيه فإن كان فاسداً لم تصح الوصية إليه لأن فسقه دليل على خيانتة ، ولما كانت الوصية ولاية وأمانة وجب عزله وإقامة غيره بنظر المحاكم .

وماورد في السؤال عن سوء سلوك الوصي وتقصيره في واجبه تجاه إخوته مسألة وقائع فإذا ثبتت هذه الوقائع التي تدعيها أم القصر وجب عزله واختيار من يقوم مقامه حفظاً لأموال القصر . ويمكن أن تكون الأم هي الوصي إذا توافرت فيها شروط الوصاية .

والله أعلم

٩١ - السماح للزوجة بالعمل لا يعني إخلالها بواجباتها الزوجية :

ومفاد المسألة سؤال يشير إلى أن أهل المرأة قد لفتوا نظرهم على خضوعها لزوجها بالسماح لها بالعمل إذا أراد الزواج منها فقبل ذلك طائفة وتفقد هذا الشرط ، ولكن وجد بعد ذلك أن زوجته لا تقوم بواجباتها الزوجية المعتادة ، وعندما يكملها في ذلك تتذرع بعدة أعذار منها قبوله شروط أهلها عليه بالسماح لها بالعمل وقبوله بهذا الشرط .

والسؤال هو عما إذا كان السماح لها بالعمل يمسك بواجباتها الزوجية المعتادة ؟

والجواب أن الأصل في الزواج " السكنية " بين الزوج وزوجته وفي هذا قال الله تعالى : ﴿ هو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها .. ﴾ (١) وقد جعل الله ذلك من آياته الدالة على عظمته وكمال قدرته قال تعالى : ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يفتكرون ﴾ (٢).

ولاستحقاق السكنية إلا مع حسن للعائشة ، وقيام الزوج بما يجب عليه نحو زوجته وهذه الواجبات كثيرة ، ومنها وجوب معاشرتها لها بالعروف والصبر عليها ولو كره منها أمراً وفي ذلك قال الله تعالى : ﴿ وعاشروهن بالمعروف فلو كرهتموهن لمسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً ﴾ (٣) وقال رسوله عليه الصلاة والسلام : (لا يترك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقاً رضي منها آخر) (٤) .

(١) سورة الأعراف من الآية ١٨٩ .

(٢) سورة الروم الآية ٢١ .

(٣) سورة النساء من الآية ١٩ .

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ٥٨٠ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، مسند الإمام أحمد ج ٢ ص ٣٢٩ ، للكتب الإسلامي ، المصنف الكبير للبيهقي ج ٧ ص ٢٩٥ ، دار الفکر ، بيروت ، لبنان .

وقال عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع: (استقروا بالنساء خير) فأتاهن عنكم عوان .. (١) ومن واجبات الزوج نحو زوجته الإنفاق عليها ، وإكramها ، وإمسكها بالمعروف ، ولا تنطق للسكينة إلا مع حسن ملاءمة الزوجة لزوجها ، وقيامها بما يجب عليها نحوه . وهذه الواجبات كثيرة وجماعها كلها " طاعته " مالم يكن في ذلك معصية لله . والأحاديث في هذا كثيرة منها ما رواه ابن ماجه عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لو أموت لحدنا أن يسجد لاحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها) (٢) ومنها ما رواه أيضاً عن أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (أيماً أموات ملكت وزوجها منها وأمر دخلت الجنة) (٣) .

وليس من الواضح في السؤال طبيعة الواجبات الزوجية المعتادة ، وعلى فرض أن هذه الواجبات طليخ الطعام ، ونظافة المنزل ، وتربية الأولاد ، ونحو ذلك مما هو معروف لدى عامة الناس - على هذا الفرض يمكن القول أن الزوجة ملزمة بأداء هذه الخدمة لزوجها خاصة إذا كان غير قادر على تأمين من يقوم بأداء هذه الخدمة . وقد سماها الفقهاء " الخدمة الباطنة " ففي مذهب الإمام مالك أن المرأة إذا لم تكن أملاً للإخدام فعليها الخدمة الباطنة من عجن وكبس وفرش وطبخ وإن كان الزوج معسراً

(١) سنن ابن ماجه ج١ ص٥٩٤ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ط دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البيهلى الطبى ، مصر ، سنن الترمذى ج٣ ص٤٦٧ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م .

(٢) سنن ابن ماجه ج١ ص٥٩٥ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، ط دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البيهلى الطبى ، مصر ، سنن الترمذى ج٣ ص٤٦٥ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م ، كفى العمال للبرهان قورى ج١٦ ص٣٣٢ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٣٩٩ م - ١٩٧٩ م ، مجمع لأزوائد ومذبح الفوائد للهيتمي ج٤ ص٣١٠ ، دار الوبان للتراث - القاهرة ، دار الكتب العربى ، بيروت ، لبنان .

(٣) سنن ابن ماجه ج١ ص٥٩٥ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، ط دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البيهلى الطبى ، مصر ، سنن الترمذى ج٣ ص٤٦٦ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م .

فلا خدمة عليه ولو كانت الزوجة ممن تُخَدَّم (١) .

وللإمام أحمد رأي مخالف لعلبه رحمه الله .. ليس على المرأة خدمة زوجها من العجن والخبز والطبخ وأشباهه . وعند أبي بكر بن أبي شيبة وأبي إسحاق الجوزجاني من علماء المذهب الحنبلية أن عليها ذلك . واحتجاً بقصة علي وفاطمة فقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على لبنته فاطمة بخدمة البيت وعلى علي ما كان خارج البيت من عمل واستدل الجوزجاني بقول النبي صلى الله عليه وسلم : (لو كنت أمراً لكان لي يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها ولو أن رجلاً أمر امرأته أن تنقل من جبل أسود إلى جبل أحمر أو من جبل أحمر إلى جبل أسود كان عليها أن تفعل) قال " فهذه طاعته فيما لا منفعة فيه فكيف بمؤنة معاشه " (٢) .

والعنى واضح في علاقة الزوج بزوجته ، فكما أن الزوج ملزم بنفسه زوجته ومعاشرتها بالمعروف فإنها ملزمة بـ " طاعته " في غير معصية الله . ومن طاعته قيامها بواجبها الزوجية وهذه الواجبات تختلف باختلاف الزمان ، وتغير العادات ، فإذا كانت مثيلاتها يقيم بواجبات الفزل من طبع ونظافة ونحو ذلك وجب عليها أن تقوم بها ، وليس من حقها أن تطلب من زوجها ما ليس من عادة مثليها أن يطلبتها .

هذا من جهة المثال ، أما من جهة الحال فليس من حق للزوجة أن تطلب من زوجها شيئاً لا يقدر عليه ولو كُنْ مثيلاتها يُخَدَّمَن لأن القيام بالواجب يتحتم مع

(١) شرح مناجيل العليش ج ٤ ص ٣٩٣-٣٩٤ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م ، والفتاوى والإكامل لمنهصر خليل للمسوق هاشم سوامب الجليلي للسلطاني ج ١ ص ١٨٥-١٨٦ ، دار الفكر ، ط ٢ ، ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .

(٢) الملفي والشرح الكبير لابن قدامة ج ٨ ص ١٣٠ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ط ٢ ، دار الفار ، مصر ، ط ٢ ، ١٣٩١ هـ - ١٩٧٢ م ، وانظر : السلسلة الشرعية في إصلاح الرافعي والرواية لابن تيمية ص ١٦٩ ، تحقيق بشير محمد عيون ، مكتبة دار البيان ، دمشق ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، كذلك الفتاوى من من الإفتاء للبهوتي ج ٥ ص ١٩٥-١٩٦ ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، مطالب أولي النهى في شرح عقاية المنتهى للرحبيشي ج ٥ ص ٢١٣-٢١٤ ، منشورات المكتب الإسلامي ، دمشق ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، ج ٦ ص ٤٣٣ ، الوثائق العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد ، ط ٢ ، ١٤٠٥ هـ .

القدرة، ومالا فلا. استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿ لَا يَكْفُلُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ (١).
والزوجة في السؤال مسئولة عن ولجياتها الزوجية المعتادة لسوء بغيرها من
الزوجات ممن من مثلها، فإذا كانت لا تستطيع ذلك وجب عليها الاستعانة بخادمة
تساعدها إذا رضي زوجها بذلك وتكون نفقة هذه الخدمة عليها.
أما القول بأن موافقة زوجها على عملها يعفيها من مسئوليتها الزوجية، فامر
لا يتفق مع القرض من الزواج وهو السكنية بما تقتضيه من المودة وحسن المعاشرة بين
الزوجين ولا يتفق مع ما أوجب للشرع الإسلامي من وجوب طاعة الزوجة لزوجها.

وبخلاصة المسألة: أن الأصل في الزواج للسكنية بين الزوج وزوجته والأمر
واضح في علاقة الزوج بزوجته فكما أن الزوج ملزم بنفقة زوجته ومعافاتها
بالمعروف فإنها ملزمة بطاعته في غير معصية الله، ومن طلعت قيامها بولجياتها
الزوجية المعتادة. وهذه الولجيات تختلف باختلاف الزمان والعبادات فإذا كُنَّ مثيلاتها
يقمن بولجيات المنزل من طهي ونظافة ونحو ذلك وجب عليها أن تقوم بها، وليس من
حقها أن تطلب من زوجها ما ليس من عادة مثيلاتها أن يطلبه. كما أنه ليس من حق
الزوجة أن تطلب من زوجها عمالا يدر عليه من الخدمة ولو كُنَّ مثيلاتها يُخَدَمْنَ لأن
القيام بالولجب يتم مع القدرة ومالا فلا.

فإذا كانت الزوجة في السؤال لا تستطيع للقيام بخدمة المنزل وجب عليها
الاستعانة بخادمة تساعدها إذا رضي زوجها بذلك وتكون نفقة هذه للخادمة عليها.

والله أعلم

(١) سورة البقرة من الآية ٢٨٦.

٩٢ - تربية الولد الصغير من ولجبات أبيه :

ومفاد المسألة سؤال يظهر إلى أن الأب طلق زوجته وله منها أولاد صغار (ذكور وإناث) يعيشون معها في بيت أهلها .. ومع بلوغ بعضهم سن العاشرة والتحاقهم بالمدرسة لمس - كسأورد في السؤال - أنهم في حجة إلى تربيته وملاحظته إلا أنه وجد معارضة شديدة من أمهم وأهلها تحت حجج كثيرة . والسؤال هو عما إذا كان يحق للأب أو أهلها منع والد الصغار من تربية أولادهم وملاحظتهم في هذه السن ؟

والجواب : إن تنشئة الولد وتربيته أسس في سلامة شخصه ، وسلامة سلوكه ، واستقامة خلقه فمن الواضح أن الولد في سنه الأولى لا يدرك ما يضره وما ينفعه ، فهو جالسكبد يحتاج إلى ملاحظة وتوجيه فيؤمر بما يجب أن يؤمر به ، وينهى عما يجب أن ينهى عنه .

وينها ناهيه الفتيان منا على ماكان عوده أبوه

ومسئولية الوالد عن ولده مسئولية كبرى ليست محصورة في غذائه وكسائه وشرابه ، بل تشمل تنشئته وتربيته على أسس صحيحة . وهذه المسئولية أصعب من الإنفاق عليه ، فقد يعيش على البسيط من القوت ، ولا يخسر في هذا شيئاً يذكر ولكن خسارته في تربيته لا يعرضها شيء . والذين ضلوا سبيل السبيل في حياتهم هم بلا شك الذين فقدوا التربية الصحيحة عندما كانوا في سن تقبل تربيتهم وتوجيههم وملاحظتهم . ومعنى هذا أن الولد أمانة عند والده ، وعليهما أداء هذه الأمانة ، ولا يكون ذلك إلا بالتربية للصحيحة . والد اهتم الفقه الإسلامي بتربية الولد وتنشئته ، وفي ذلك يقول الإمام الغزالي " اهتم أن الطريق في رياضة الصبيان من أهم الأمور وأركها ، والصبي أمانة عند والديه . وقلبه الطاهر جوهره نفيسة سافجة خالقة عن كل نقش وهسورة وهو قابل لكل ماأنقش ومائل إلى كل ما يعال به إليه ، فإن عود الخير وعلمه نشأ عليه وسعد في الدنيا والآخرة وفادركه في ثوابه أبوه وكل معلم له ومؤدب وإن عود الشر وأعمل إهمال البهائم شقي وهلك وكان الوزر في رقبة القيم

عليه والوالي له ، وقد قال الله عز وجل: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا ﴾ (١) . ومهما كان الأب يمسونه عن نار الدنيا فبأن يمسونه عن نار الآخرة أولى. وصيانيته بأن يؤمّه ويهتبه ويعلمه محاسن الأخلاق ويحفظه من القرناء السيئة (٢) .

وفي مذهب الإمام أبي حنيفة أن " الغلام إذا استغنى (أي بلغ سبع سنين) يحتاج إلى التأديب والتخلق بخلق الرجال وتحصيل أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم والأب على ذلك أقوم وأقدر مع أنه لو ترك في بيها (أمه) لتخلق بخلق النساء وتعود بشعائهن وفي هذا ضرر .

وهذا المعنى لا يوجد في الجارية فتترك في يد الأم بل تمس الحاجة إلى التفرغ في يدها إلى وقت البلوغ لحملتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ، ولا يحصل ذلك إلا وأن تكون عند الأم ثم بعد ملحاظت أن بلغت عند الأم .. تقع الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها عن طمع فيها .. فلا بد ممن ينوب عنها والرجال على ذلك أقدر (٣) .

ويجبر الأب أو الوصي على أخذ الولد بعد استغنائه لأن نفقته وصيانيته عليه بالإجماع ومن ثم فهو أقدر على تأديبه وتعليمه وإن بلغت الجارية فالعصبة أولى يقدم الأقرب فالأقرب ، وعند محمد تدفع إلى الأب إذا بلغت لتحقق الحاجة إلى الصيانة (٤) .

(١) سورة التهم من الآية ٦ .

(٢) إحياء علوم الدين للغزالي ج ٣ ص ٧١ ، تصحيح الشيخ عبدالعزیز الميرولي ، دار الفهم ، بيروت ، ط ٢ .

(٣) مباحث الصنائع للكلساني ج ٤ ص ٤١-٤٤ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ط ٢٠٢٠-١٤٨٢ م ، وانظر شرح فتح القدير على النهاية لابن الهمام مع شرح العناية على النهاية للبرقي ج ٤ ص ٣٧٧ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط ٢ ، الباب في شرح الكتاب للقمي ج ٣ ص ١٠٢ ، المكتبة العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

(٤) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٣ ص ٥٦٦-٥٦٨ ، دار الفكر ، بيروت ، ط ٢ . ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م ، حاشية المحطوطي على الدر المختار للمحطوطي ج ٢ ص ٢٤٧ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م .

وفي مذهب الإمام مالك لا يجب التفريق بين الولد وأمه إلا أن تتزوج أو يحتاجها، ولكن يحق للأب تأديب ابنه بالنهار، ويحسب إلى الكتاب ثم يسلمه إلى أمه في الليل وحضائته . كما يحق له أن يؤدبه وهو عند أمه . أما البنت فتكون عند أمها حتى تبلغ النكاح فإذا بلغت وخيف عليها في أمرها فإن كانت الأم في حرز فهي أحق بها حتى تنكح وإن بلغت البنت ثلاثين أو أربعين سنة ما كانت بكرًا فسلمها أحق بها مالم تنكح الأم أو يخلف عليها فعندئذ يكون أبوها أحق بها (١) .

وفي مذهب الإمام الشافعي إذا افترق الأبوان وهما في قرية واحدة فالأم أحق بالولد مالم تتزوج . فإذا بلغ أحدهم سبعاً أو ثمان سنين ، وهو يعقل خبير بين أبيه وأمه وكان عند أيهما اختار . فإن اختار الأم فعلى الأب نفسه ، ولا يمنع من تأديبه والذكر والأنثى في ذلك سواء ويخرج الغلام إلى الكتاب والصناعة إن كان من أهلها ، ويأوي عند أمه . وإن اختار الأب لم يكن لهذا منعه من أن يتي أمه وتتيه . وإن كانت بنتاً لم تمنع أمها من أن تتتيها .. (٢)

وفي مذهب الإمام أحمد : إذا بلغ الغلام سبع سنين وهو عاقل واتفق أبواه أن يكون عند أحدهما جاز . فإن اختلفا في حضائته خيره الحاكم فكان مع من اختار منهما . والمستند في التخيير ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت إن زوجي يريد أن ينزع ابنه مني وأنه قد نفعتني وسقائي من بئر أبي عتبة . فقال استئهما عليه فقال الرجل: من يحول بيني وبين ابني ؟

(١) اللؤلؤ الكبرى برواية مشحون ج٢ ص ٢٤٤-٢٤٥ ، دار الفكر ، مواهب الجليل للخطيب مع التاج والإكليل للسواق ج٤ ص ٢١٤-٢١٥ ، دار الفكر ، ط ٢ ، ١٣٩٨ هـ-١٩٧٨ م ، وشرح منح الجليل لعليش ج٤ ص ٤٢١ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤٠٤ هـ-١٩٨٤ م .

(٢) الأم للإمام الشافعي ج ٥ ص ٩٢ ، دار المعرفة ، بيروت ، والمجموع شرح المهلب للنووي ج ١٨ ص ٢٣٦-٢٤٠ ، دار الفكر ، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرومي ج ٧ ص ٢٣٣ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ط ١ ، ١٣٨٦ هـ-١٩٦٧ م ، المسراج للرواج للغمراوي على متن المنهاج لإبي النور ج ١ ص ١٧٥ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، الرجيز للزفالي ج ٢ ص ١١٨ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٩٩ هـ-١٩٧٩ م .

فقال النبي صلى الله عليه وسلم للسلام (لفتقر أيها شعث) فلختم أمة فذهبت به ^(١) .
ولا يفتقر السلام قبل بلوغه سبع سنين ، فإن لفتقر أباه كان عنده ليلاً ونهاراً
ولا يمتنع من زيارة أمة . فإن مرض كانت أحق بتمريضه في بيتها . وإن لفتقر أمة كان
عندها ليلاً ومعد أبوه نهاراً ليعلمه الصنعة والكتابة ويؤديه .

وإذا بلغت الجارية سبع سنين فأكثر فحضانتها لأبيها إلى البلوغ (وجوباً)
ويعد البلوغ تكون عنده إلى الزفاف (وجوباً) . والغرض من ذلك الحفظ لأن الأب لحفظ
لها فوجب أن تكون عند نظره . ولا تمتنع الأم من زيارتها ^(٢) .

قلت : ولعل ماورد في المذهب الحنطلي في هذه المسألة هو الصواب فإذا بلغ الولد
(ذكر أو أنثى) السابعة من عمره فالحق أن أباه أولى به لكونه أقدر على حفظه
وصيافته ومراقبة سلوكه لأن الولد في صفوه - سواء كان ذكراً أو أنثى - لا يدري
ثقله . ولا ضرره . وهو يميل إلى الراحة . وعدم التعلم والأدب فلهذا يحتاج إلى من
يحفظه ويعلمه ويؤديه ليكون ذلك النفع له في دينه ودنياه . ولما كانت القرينة
والتعليم مهمة صعبة فإن الأب أقدر عليها من الأم . لهذا ينبغي تسليم الابن والبنت
إلى أبيهما إذا بلغا سبع سنين لكي يقوم بتربيتهما وحفظهما .

ومع مااللام من دور مهم في تربية ولدها إلا أن عاطفتها قد تغلب عليها فتهمل
لبنها أو بنتها فيقلب مآلويده من نفع لهما إلى ضرر قد لاتدركه إلا بعد قوات
الوقت .

والصحيح المتي تذرعت بها أم الأولاد وأهلها في السؤال ليست واضحة ، فإن

(١) مسند الإمام أحمد ج٢ ص٤٤٧ ، المكتب الإسلامي ، مصنف ابن أبي شيبة ج٥ ص٢٢٧ ، الفار
السلفية - هندا ، السنن الكبرى للبيهقي ج٨ ص٣ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، سنن أبي
داود ج٢ ص٢٨٤ ، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد ، المكتبة الحصرية ، صيدا ، بيروت .
سنن النسائي ج٦ ص١٨٥-١٨٦ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، ١٣٤٨هـ - ١٩٣٠م .

(٢) كشاف القناع للبهوتي ج٥ ص٥٠١ ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م ، والفني والشرح
الكبير للإمام ابن النما ج٩ ص٣٠١ ، دار الكتب العربي ، بيروت ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م ، وشرح
حقن الإزادات للبهوتي ج٣ ص٢٦٥-٢٦٦ ، دار الفكر ، مطابع أولي النهى في شرح غالية
للمنهمي للرحباني ج٥ ص٦٧ ، منشورات المكتب الإسلامي بمطبع ، كتاب الفروع لابن مفلح
ج٥ ص٦٢٠ ، عالم الكتب ، بيروت ، ط٤ ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م .

كان الأب - مثلاً - غير صالح في نفسه فلا يحق له تربية أولاده لأن الفاقد للشيء لا يعطيه . أما إن كان أهلاً لتربيتهم فله ذلك إذا بلغوا السابعة من عمرهم .

وبخلاصة المقالة : أن تربية الولد (نكراً أو اتناً) أساس في سلامة شخصيته وسلامة سلوكه واستقامته في خلقه . ولهذا فهو أمانة عند والده وعليهما إتمام هذه الأمانة . والولد في صغره لا يدرك ما يضره وما ينفعه ، وهو في سنه الأولى يعيل إلى الزمانة وعدم التعلم فلهذا يحتاج إلى من يحفظه ويعلمه ويؤببه ، ولما كانت التربية مهمة صعبة ، فإن الواجب تعليمه إلى أبيه إذا بلغ سبع سنين لكي يقوم بتربيته لأنه أقدر عليها من الأم . والحجج التي تدرجت بها الأم وأهلها في السؤال ليست واضحة لأن كان الأب غير صالح في نفسه فلا يحق له تربية أولاده أما إن كان أهلاً لتربيتهم فيكونون عنده في الفهارس ويسلمهم لأبهم في الليل إذا كانوا في حضانتها . أما إن كانوا قد بلغوا سن السابعة من العمر فيكونون عنده في الفهارس وفي الليل وعليه تمكن أبهم من تربيتهم .

والله أعلم

الفقهاء الخالدون:

أبو بكر الصديق

(٥٠ ق هـ - ١٢ هـ)

الدكتور/ محمد بن سعد المشويخ

كان رضي الله عنه من تلاميذ مدرسة النبوة ، الذين حملوا لواء الدعوة لدين الله ، وحرصوا على التفقه في شريعة الإسلام وحكمتها ، بالدعوة والعلم والتعليم . وكان من أفاضل صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن أكابرهم الذين نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القدر فيهم حيث قال : (لا تسبوا أصحابي ، فإن أحدكم إن يبلغ مد أحدهم ولا نصيفه) ، فصحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين حملوا العلم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كانوا هم في مقدمة الضمير لهذه الأمة ، لما اتصفوا به من أمانة وصدق ، وإخلاص في حسن الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ، وحرص على تبليغ ما عرفوا عنه ، خوفاً من النكتم بكلامان العلم ، الذي توعد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يبلغ ما عنده من علم بعدما سئل عنه : بأنه (يلجم بلجام من نار يوم القيامة) .

وهذه الخيرية أخبر عنها القرآن الكريم بصفتها في قوله تعالى : ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله ﴾ (١) فقد أخرج ابن جرير وابن أبي حاتم عن السدي في قوله تعالى : ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس ﴾ ، قال : قال عمر رضي الله عنه : لو شاء الله لقتل : " أنتم " فكننا كلنا ، ولكن قال : " كنتم " خاصة في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومن صنف مثل صنيعهم ، كانوا خير أمة أخرجت للناس ، الآية .. ثم قال : (يا أيها الناس من سره أن يكون من تلكم الآية) ، فليؤد شرط الله منها * (٢) .

(١) سورة آل عمران من الآية ١١٠ .

(٢) كنز العمال ١/ ٢٣٨ .

وليان صلى الله عليه وسلم توضيحاً لفئات من أمته بحصرها وعملها على نيل الله جل وعلا : دعوة وتبليغاً ، وعملًا وتعليمًا ، وجهادًا ومناقعة فقال عليه الصلاة والسلام : (خير القوم قوتي ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم) .

وإن المتتبع للفقه في دين الإسلام ، ليرى حرص الصحابة أولاً على حسن الأخذ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في متابعة مجالسه ، والتأسي بسنته والسؤال عما اشكل ، ثم تقييد ذلك بالعمل والتبليغ والدعوة والتعليم : جهادًا ومناقعة ، بامانة وسنق ، وفي مقدمتهم الخلفاء الراشدون الذين أمر صلى الله عليه وسلم بتأديع سنتهم والأخذ بها وقرن ذلك بتأديع سنته لقال صلى الله عليه وسلم قى وصيته للأمة ، في الحديث الذي رواه أحمد بسنده إلى العرياض بن سارية رضي الله عنه ، وجاء فيه : ' فعليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين ، عضوا عليها بالنواجذ ' (١) .

إذا علم هذا فإن الفقه في الدين موفية يعطيها الله من يشاء من عباده ، سمعتها القرآن الفهم بالعمل ، ومحركها التقوى حيث يقول سبحانه: ﴿ واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم ﴾ (٢) . حيث يجب على الفقيه أن يتلمس الأمور التي نحت عليها شريعة الإسلام ليعملها ، ويحرص على ملئها منه ليجتنبها . والفقيه يقتصر بالفتوى لأن الفتى لا يقول إلا عن علم وفقه ، ولذا قال العلماء : إن للفقيه شروطاً منها: الورع والفتنة ، والذكاء والحفظ ، مع الحرص على التخليق ، والقوة الحسنة .

وأبو بكر الصديق : عبدالله بن عثمان بن عامر بن عمرو بن كعب بن سعد بن تميم بن مرة بن كعب بن لؤي القرشي أبو بكر الصديق بن أبي قحافة ، هو أول صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم إيماناً به ، ويأتي على رأس القرن الأول الذي كان فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومُرسناً أنه قال فيه عليه الصلاة والسلام : (خير القوم قوتي) الحديث ، حيث أخرج ابن سعد عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه سئل : من كان يفتي الناس في زمن رسول الله صلى الله عليه

(١) الترغيب والترهيب ١/ ٧٨ .

(٢) سورة هجره من الآية ١٨٢ .

وسلم ٩. فقال : أبو بكر وعمر رضي الله عنهما ، ما أعلم غيرهما * (١) فكان من الله الصلحية وأعلمهم بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولد رضي الله عنه بعد الفيل بسنتين وستة أشهر ، وصحب رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل البعثة وسبق إلى الإيمان به ، واستمر طوال إقامته بمكة معه ، ورافقه في الهجرة وفي الفار وفي المشاهد كلها إلى أن مات ، صلوات الله وسلامه عليه . وكانت الرؤية معه يوم تبوك ، وحج في الناس في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبإمره سنة تسع ، واستقر خليفة في الأرض بعده صلى الله عليه وسلم ، ولقيه المسلمون خليفة رسول الله .

وقد جاءت سيرته في مصادر عديدة ، منها ما أورده ابن حجر في كتابه الإحسان في تمييز الصحابة ، وملجأ عند ابن الأثير في كتابه أسد الغلبة ، وعند ابن عساکر في تاريخه حيث استقرقت سيرة أبي بكر جزءاً كاملاً ، وابن سعد في الطبقات الكبرى لمشيح للترجمة استقصاه وتوثيقاً ، كما ذكر ابن كثير في تاريخه البداية والنهاية ، وتوثيقاً لمكانته في الإسلام ، وأنه أول من أسلم من الرجال ، وفي تصديقه لرسول الله صلى الله عليه وسلم في خبر البعثة ، وأنه ألف في مناقبه وقضاياه هو وعمر بن الخطاب ثلاثة مجلدات .

وقد أسلم على يديه من خيرة صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم عثمان بن عفان ، والحمة بن عبيد الله والزبير بن العوام ، وسعد بن أبي وقاص ، وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم .

ولازم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخذ عنه ، ودافع عنه بنفسه وماله ، كما أخذ عنه رواية : عمر وعثمان وعلي ، وعبد الرحمن بن عوف وابن مسعود ، وابن عمر وعبد الله بن عمرو ، وابن عباس وحذيفة وزيد بن ثابت ، وعقبة بن عامر ومعلق بن يسار ، وأنس بن مالك وأبو هريرة ، وأبو أمامة وأبو برة الأسلمي ، وأبو موسى الأشعري ، ولبناته عائشة وأسما وغيرهم من الصحابة .

كما روى عنه من كبار التابعين الصلحي ، ومرة بن شراحيل الطبيب ، واسط البجلي وأبي بن حازم ، وسويد بن غفارة ، كما ذكر ذلك ابن حجر العسقلاني في

الإصابة ، ولبن الأثير في لسان الغاية * (١) .

ويكنيه شرفاً ومكانة لما أراد أن يرسل صلى الله عليه وسلم معانداً إلى اليمن أنه استشار بعض أصحابه ، فقال كُلُّ برأيه . فقال عليه الصلاة والسلام : (إن الله يكره لوق سمعته أن يضطأ أبو بكر) أخرجه الطبراني من حديث عن معاذ بن جبل رضي الله عنه . ولا نزاع بين أهل السنة والجماعة ، أنه رضي الله عنه لفضل الأمة بعد نبيها صلى الله عليه وسلم ، وذكره الله في كتابه الكريم في سورة التوبة مقترناً بهجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تعالى : ﴿ إِلَّا تَتَصَوَّرُوهُ فَقَدْ نُصِرَهُ اللَّهُ إِذْ أَخْرَجَهُ الَّذِينَ كَفَرُوا ثَانِي لَثَمِينَ إِذْ هَمَّ فِي الْفَارِ ﴾ (٢) حيث طمانه صلى الله عليه وسلم بقوله الكريم : (ما ظنك بالثنتين الله تظلمهما) ؟ (٣) . وهو من المشرة المبشرين بالجنة وهم لحياه ، فقد أخرج أبو يعلى بسنده عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه بفناء البيت ، إذ جاء أبو بكر ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : (من سره أن ينظر إلى عتيق من أنثاء فليتنظر إلى أبي بكر) ، ولذا لُقِبَ بـ عتيق .

ويؤكد مكانته علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، حيث ذكر الإمام أحمد رحمه الله في كتابه فضائل الصحابة لثأراً كثيرة عن علي رضي الله عنه في فضل أبي بكر . من ذلك ما رواه الترمذي بسنده عن أبي جحيفة قال : سمعت علياً يقول : " ألا أخبركم بخير هذه الأمة بعد نبيها : أبو بكر . ثم قال : ألا أخبركم بخير هذه الأمة بعد نبي بكر : عمر " .

وروى حديثاً بسنده عن الحكم بن جطل ، قال : سمعت علياً يقول : لا يفضلني أحد على أبي بكر وعمر إلا جلسته جلد المفقري . * (٤) .

وكان أبو بكر رضي الله عنه موقفاً في أموره ، لأنه كان مراقباً لله في عمله ، متقياً ربه في أمور دينه والله يقول : ﴿ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً ﴾ (٥)

(١) الإصابة ٢/٣٣٣ ، وتتنظر المصادر الأخرى المشار إليها .

(٢) سورة التوبة من الآية ١٠ .

(٣) انظر تفسير ابن كثير لسورة التوبة .

(٤) فضائل أبي بكر في هذا الكتاب .

(٥) سورة الطلاق من الآية ٢ .

﴿ ويرزقه من حيث لا يحتسب ﴾ ^(١) ، لذا كانت له مواقف كثيرة في أمور الدين ، تتفق مع المصدر التشريعي ، حيث إن إقرار رسول الله صلى الله عليه وسلم لأي فعل أو قول ، يعتبر مفعلاً من مداخل الصفة : المصدر الثاني للتشريع الإسلامي التي هي قول النبي صلى الله عليه وسلم وفعله وإقراره .

وقد ذكر الجويني رحمه الله في الوريقات : إن أبا بكر رضي الله عنه حلف ألا يأكل الطعام في وقت غضبه ، ثم أكل لما رأى الأكل خيراً ، وأقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على فعله . كما أقره صلى الله عليه وسلم على قوله رضي الله عنه : بإعطاء سبب التفتيل لقائله . حيث جعل العلماء ذلك دليلاً على جواز من الفاعل ، كقوله صلى الله عليه وسلم . وهو صلى الله عليه وسلم معصوم عن أن يقر أحداً على منكر ^(٢) .

كما ظهر موقف من مواقف نفسه في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بإدراكه لدلالة النصوص الشرعية .

قائلصحابه رضوان الله عليهم ، عندما فلجأهم خير موت رسول الله صلى الله عليه وسلم ثباتت أرائهم ، فقد جرد عمر بن الخطاب رضي الله عنه سيفه ، وتوعد من يقول يموت رسول الله . ولا سمع هو وغيره من الصحابة ، ثلاثة أبي بكر هذه الآية : ﴿ وما محمد إلا رسول قد خلت من قبله الرسل ، ألوان مات أو قتل ، انقلبتم على أعقابكم ، ومن ينقلب على عقبيه لن يضر الله شيئاً ، وسيجزي الله الشاكرين ﴾ ^(٣) . قال : فكانني لم أقرأ هذه الآية من قبل .

وأخرج البيهقي وابن عساكر وغيرهما عن عائشة رضي الله عنها حديثاً مطولاً جاء فيه : لما اختلفوا في نقطة إلا طار أبي - تعني أبا بكر - فلما نهاها ولصحتها ، قالوا : أين يذفن رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ ، فما وجدنا عند أحد من ذلك علماً ، فقال أبو بكر رضي الله عنه : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (ما من نبي يقبض إلا دفن تحت مضجعه الذي مات فيه) . قالت : ولخففوا في

(١) سورة الملاق من الآية ٣ .

(٢) انظر الوريقات ص ٥٥-٥٦ ، ولطائف الإشارات شرح نظم الوريقات ص ٣٩ .

(٣) سورة آل عمران الآية ١٤٤ .

ميراثه . فما وجدوا عند أحد من ذلك علماً . فقال أبو بكر : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (إنما معشر الأنبياء لأنور . ما تركنا صدقة) كذا في منتخب الكفر ج ٤ ص ٣٤٦ (١) .

كما اعترف له عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالفقه في حروب الردة . عندما أصر على قتال منافعي الزكاة . واعتبرها من حق لا إله إلا الله ... فقد ذكر ابن كثير رحمه الله في تاريخه أن وُسود العرب لما جعلت تقدم المدينة . يقرّون بالصلاة . ويمتنعون من أداء الزكاة . ومنهم من امتنع عن دفعها للصديق . وذكر أن منهم من احتج بقوله تعالى : ﴿ خذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ ﴾ (٢) قالوا : فلسنا ندفع زكاتنا إلا لمن صلاته سكن لنا . وأنشد بعضهم :-

أطعنا رسول الله إذ كان بيننا قروا عجياً ما جال ملك أبي بكر

وقد تكلم الصحابة مع الصديق في أن يتركهم . وماهم عليه من منع الزكاة . ويقال لهم حتى يتمكن الإيمان في قلوبهم . ثم هم بعد ذلك يزكون . فامتنع الصديق من ذلك وأباه . وقد روى الجماعة إلا ابن ماجه عن أبي هريرة أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال لأبي بكر : علام تقتل الناس ؟ . وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (أمرت أن أقاتل الناس . حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله . وأن محمداً رسول الله صلى الله عليه وسلم . فإذا قالوا عصموا مني ليمانهم وأموالهم إلا بحقها) . فقال أبو بكر رضي الله عنه : (والله لو متعوني عناقاً) - وفي رواية عقلاً . كانوا يؤمنون به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لاقاتلنهم على منعها . إن الزكاة حق المال . والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة . قال عمر : فما هو إلا وأيت الله قد شرح صدر أبي بكر للقتال . فعرفت أنه الحق (٣) .

وأورد العصامي في صمط النجوم للعوالي معلومات عن حروب الردة . منها قول عمر لأبي بكر عندما خرج في المهاجرين والأنصار : ألفت الناس . وأرق بهم . فقال

(١) حياة الصحابة للكاندلموي ٣/٣٦٢ .

(٢) سورة التوبة من الآية ١٠٣ .

(٣) انظر البداية والنهاية لابن كثير ٦ / ٣١١ .

له أبو بكر : أجبار في الجاهلية خوار في الإسلام ؟ . إنه قد انتطح الرحي . وثم الدين ، أيتقش وأتأحي ؟ .

ثم خرج لقتال الطوائف المرتدة ، حتى بلغ نعاء . بقاء نجد . وهربت الأعراب يذاريهم فكلم الناس أبا بكر بالرجوع إلى المدينة وأن يؤمر على الجيش رجلاً .

فما زالوا به حتى يمت خالداً وأمره أن يقتل الناس على خمس ، من ترك واحدة منهم ، قتله عليها ، كما يقتل من ترك الخمس جميعاً : (على شهادة إلا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وصوم رمضان ، والحج إلى البيت من استطاع إليه سبيلاً) (١) .

ومن سعة علمه وفقهه ستة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حرص على جمع القرآن الكريم من صدور الرجال ومن كل شيء كتب فيه ، حتى لا يختلوا ، وأودع ذلك بعد جمعه وتمحيصه عند عائشة ، حتى جاء عثمان بن عفان رضي الله عنه فلخرجه بمشورة كبار الصحابة على الصورة المعروفة اليوم باسم الرسم العثماني .

وفي مسند أبي بكر للسروزي جاءت لحاديث ثبت عن أبي بكر رضي الله عنه المسنة ، وحرصه على تطبيق دلالة النصوص الشرعية : في حفظ سر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي اهتمامه بالحكم الشرعي توكفاً ودلالة ، وفي حث ليفته عائشة على عدم رفع الصوت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي ورعه وتقواه عن أكل ماله شيعة الحرام ، حتى ولو كان من أعمال الجاهلية ، قيل أن يسلم صاحبها .

كما ذكر ابن حجر في الإصابة أنه كان ناجراً ووجيهاً في الجاهلية ، وقد أسلم وعنده أربعون ألفاً حرص على إنقاذها في تحرير المستضعفين وإعالة المسلمين من الأرقاء الذين استذلهم المشركون ليجمعهم من تسلط للمشركين ، وكان ممن اشترى وأعتق : بلال بن رباح ، وعامر بن فهيرة ، ونذيرة ، والهذية وليبتها ، وجارية بني القزامل ، وأم عيسى (٢) .

وغير هذا من أمور عديدة هي من مكانته في فهم نصوص شرع الله الذي

(١) انظر سبط التجوم للمرواني ٢/٢٤٩ .

(٢) الإصابة ٢/٣٢٤ .

شرع لعباده ومن حرصه على التفقه في الدين ، وتطبيقه عملاً ، ليكون قدوة صالحة في تبليغ الأمر على وجهه الصحيح للامة ، اهتماماً منه رضي الله عنه بأداء الامانة ، وحفظ الدين ، وسلامة العقيدة حتى يظهر أمر الله ولو كره الكافرون .

وقد توفي رضي الله عنه يوم الاثنين في جمادى الاولى سنة ثلاث عشرة من الهجرة ، وهو ابن ثلاث وستين سنة ، في مثل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد ذكر ابن سعد من طريق الزهري أن ابا بكر والحارث بن كلدة ، اكلا خزيرة اعميت لابي بكر ، وكان الحارث طبيباً فقال لابي بكر : ارفع يدك والله إن فيها لسمّاً سنة ، فلم يزالا عطين حتى ماتا بعد انقضاء السنة في يوم واحد ، وقد أورد هذه الرواية ابن حجر العسقلاني في وفاء أبي بكر رضي الله عنه ^(١) . فرحم الله أبا بكر ورضي الله عنه ، فما لمعلمه يصنّه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وما أقواه وأصلبه في الحق وفي الحرص على نشر دين الله وما أرق قلبه وأكثر بكاؤه عندما يخطر في عيادته ، خالداً أمام ربه !

وقد استشهد الفقهاء والمحدثون بعلم أبي بكر وروايته وضوذج ذلك ما أورده الكتاني في كتابه معجم فقه السلف ، حيث أورد له اثنين وثلاثين مسألة كلها يستشهد بها الفقهاء ويأخذون في عمل أبي بكر وترجيحه قرينة تعين في تاصيل الفتوى الفقهية .

كما أورد له ابن قدامة في موسوعته الفقهية : المغني أكثر من مائتين وخمسين مسألة كلها يرجح بها رأياً في الدلالة للأخذ به في المسائل الفقهية ... فكان بذلك يستحق أن يؤخذ من أفعاله مجالاً لإبراز نفسه رضي الله عنه كما أبرز في مؤلف مستقل فقه عمر وابن عباس وعبدالله بن مسعود وغيرهم ، وقد كتب حفيثاً في سيرته وعبريته عدة مؤلفات منها ما ألفه عباس محمود الطراد ، وما كتبه طه حسين وغيرهما .

(١) الإصابة ٣٣٦/١

Abu Bakr died on Jumadal Awal, year 13 H, at 63 years of age . May Allah be pleased with Abu Bakr, he was the most learnt of the Prophet's (pbuh) Sunnah . He was firm in defending the truth and in propagation of Islam, though he was a tenderhearted man , when he stood humbly before Allah for prayer solely, he could not stop himself from crying .

The jurisprudents and the traditionists argued with knowlege and narration of Abu Bakr . Al Kittani in his book " Dictionary of Predecessor's Jurisprudence", has mentioned about eighty two problems for Abu Bakr , which were used by the jurists to support their verdicts. Also, Ibn Qudama mentioned in his book " Al Moghni ", more than two hundred and fifty problems for Abu Bakr, used to support favoring a juristic argument over another . For this reason, his works were considered to show his juristic knowlege . May Allah be pleased with him .

Turn back on your heels ?
If any did turn back
On his heels, not the least
Harm will he do to Allah;
But Allah (on the other hand)
Will swiftly reward those
Who (serve him) with gratitude ⁽¹⁾ .

Omar said , as if he had never read this verse before . Aisha commented, no point of dispute raised, in that situation unless it was settled by her father (Abu Bakr) . First, they asked , where to bury the Prophet (pbuh), then Abu Bakr said that, he had heard the Prophet (pbuh) saying (A deceased Prophet to be buried under the bed on which he died) . Aisha said, they also disputed about the heritage of the Prophet (pbuh) , till Abu Bakr said, he heard the Prophet saying (We, Prophets are not inherited, as our belongings (after death) is a charity) ⁽²⁾ .

Omar Ibn Al Khatab realized the deepest juristic knowledge of Abu Bakr, during the war against apostates, when he (Abu Bakr) insisted to fight those who refused to pay Zakat . According to his view, Zakat is one of the commitments of the testimony (No God But Allah)

Collection of Holy Qur'an also proved, the unlimited learning and juristic knowledge of Abu Bakr . Fearing future disagreement about the Qur'an, he collected it from the Companions who memorized it and from any object on which it was written, then kept it all with his daughter Aisha . When Othman Ibn Affan has been nominated as Calif, after consultation with the leaders of the Companions, got the collected Qur'an from Aisha and distributed it to different states in the form which is known up till now as Othmani calligraphy .

There were so many other works in the service of Islam performed by Abu Bakr : As mentioned above, he was well educated in legal texts and was very restrict in his application, so as to give a good example to the nation . He was so concerned to fulfil his obligations, preservation of the religion and safety of the creed .

(1) Surat Al-Imran, verse 144 .

(2) Montakhab Al Kamr, 4/346 .

They two were in the Cave " (1) ,

In that situation the Prophet (pbuh), relieved his worry and assured him, saying : " **Have no fear, for Allah, is with us** " . Abu Bakr was one of the ten people, who have been promised with the Garden by the Prophet (pbuh) . Aisha narrated, once Allah's Messenger (pbuh) , was sitting with his Companions in the yard of the house, then Abu Bakr came in, the Prophet (pbuh) said (That who is pleased to see a man who is freed from the Fire, he should look at Abu Bakr) .

Abu Bakr (may Allah be pleased with) was of successful conduct and performance, as he was righteous and observed God in all his deeds, Allah says :

**" And for those who fear
Allah, He (ever) prepares
A way out, " (2)**

There were so many cases in which the attitude of Abu Bakr came corresponding to the views of the source of legislation (Quran and Sunnah) . Since such conduct was approved by the Prophet (pbuh) , it is regarded as one of the entries to Sunnah . Example for this , approval of the Prophet (pbuh) Abu Bakr's advise , to give the property of a killed person (in Jihad) to his slainer. Scholars considered this, as a legal evidence, because the Prophet was faultless and he would not adjunt evil deed (3) .

Another example for the broad juristic knowledge of Abu Bakr and of his deep awareness regarding legal evidences, was his conduct after the death of the Prophet (pbuh) . At that moment, the Companions were stunned and perplexed between belief and disbelief, till they listened to Abu Bakr reciting :

**Muhammad is no more
Than a Messenger : many
Were the Messengers that passed away
Before him . If he died
Or were slain, will ye then**

(1) Surah At-Tauba, verse 40 .

(2) Surah , At-Talaq, verse 2 .

(3) Al Warraqat, pages 55-56 .

take it firmly)⁽¹⁾ .

He was the first of the Companions to believe in the Allah's Messenger (pbuh) , and the head of the Prophet's (pbuh) century, which is referred to in his saying (The best of centuries is my century) . Ibn Omar said that, he has been asked who was used to give verdicts (fatawa) during the time of the Prophet (pbuh), he replied : Abu Bakr and Omar (may Allah be pleased with them) , and he added he did not know other than those two ⁽²⁾ . Abu Bakr was the best jurisprudent among the Companions and the most knowledgeable of the Prophet's (pbuh) Sunnah .

He was born in year 50 B.H. He accompanied the Prophet (pbuh) before the Mission, and he was the first to believe in him . Abu Bakr was the bearer of the flag in Tabuk Battle and led people to Hajj during the Prophet's (pbuh) life . He was nominated as Caliph after the death of the Prophet (pbuh) , and entitled as Allah's Messenger Caliph

They were a number of best Companions who adopted Islam at hands of Abu Bakr, those including : Othman Ibn Affan, Talha Ibn Obi-adallah, Azzobayer Ibn Al Awam, Abdul Rahman Ibn Awof (may Allah bless them all) . He had accompanied Allah's Messenger, and learnt from him . Some of the Companions have narrated Prophet's (pbuh) sayings in his authority, such as : Omar, Othman, Ali , Abu Hurairah, Anas Ibn Malik, and his two daughters Aisha and Isma' and others .

People of Sunnah agreed to the priority of Abu Bakr in Islam and that, he is the best of this nation after the Prophet (pbuh) . He has been mentioned in the Holy Qur'an (Surat At-Tauba) in association with the Prophet's Migration, Allah Almighty says :

“ If ye help not (the Prophet) ,
(It is no matter) : for Allah
Did indeed help him,
When the Unbelievers
Drove him out : being
The second of two

(1) Al Targheeb wal Traheeb , 1/78 .

(2) Tabagat Ibn Saad , 4/151 .

ETERNAL JURISPRUDENTS ABU BAKR ASSEDIQ (50 B.H - 13 A.H)

Dr. Mohammed Ibn Saud Al Shewai'er

Abu Bakr Assediq he was one of the outstandings of the prophetic school, those who raised the call flag for Allah's religion, and having strong aspiration to learn Shari'ah and its wisdom .

Abu Bakr Assediq (may Allah bless him), was best of the cream of the Prophet's (pbuh) Companions, whom he prohibited their abuse, he said (Do not insult my Companions, as your mudd (measure) will not be the same of their mudd or half of it) . The Companions of the Prophet (pbuh) , were the van of the righteous of this nation for their noble characters, of honesty and sincerity, and for their wise following of the Allah's Messenger (pbuh) . Allah Almighty says, referring to this advance guard :

**" Ye are the best,
Of peoples, involved
For mankind .
Enjoying what is right ,
Forbidding what is wrong
And believing in Allah " (1) .**

If we review the Islamic jurisprudence, we will realized that, the Companions we so keen to learn from the Prophet (pbuh), by attending his teaching circles, following his Sunnah and inquiring when inquiry was necessary to understand a problem or so . All this followed, from their part, with complete adherence and application to what they have learnt . Then, in turn, they have played their role in reporting and teaching, with utmost devotion and honesty . At the top of those Companions were Orthodox Caliphs, whom the Prophet (pbuh) enjoined their followship and associated this, with the adoption of his Sunnah, as he said in his will to the nation (Adhere to my Sunnah and the teachings of the Orthodox Caliphs who will come after me, and

(1) Surat Al-Imran, verse 110 .

hands of parents and they are obligated to perform their duties related to his cultivation. A child in his prime age is unable to realise what is useful to his coming life. In this age he has a natural inclination to the relaxation and avoidance of education thus he is needful to be supervised and educated. As the cultivation of a child is a complicated mission, so it becomes necessary to hand over him to his father as he reaches seventh year of his age in order to be educated well because father has a better ability for this than the mother. As for the arguments which used their mother and her relatives as a pretext are unclear in the question. If the father is an incompetent person he has no right to take hold of children but if he is competent for their supervision he must take them with him daytime and handover them to their mother at night if they are in mother's custody. If they have reached seventh year of age they must be kept with father day and night while mother has a right for their visitation from time to time.

Allah Knows best

be kept under his supervision but mother should not be prevented from her visitation ⁽¹⁾ .

I say the opinion of Hanabilah in this issue is predominant and preferable that when a male or female child enters seventh year of his age his father is more suitable to take his hold as he has a better capability of his protection, safety and guidance, because a child in his primeage can not realize what is useful and what is harmful to him whether he is male or female . He is naturely attentive to easyness and voidance of education, thus he is in a need to be educated and supervised so that he may become fortunate in this world and in the after world . When it is a reality that education and cultivation of a child is a complicated assignment then it is clear that father is more capable to do this duty, therefore it becomes necessary to handover hold of a child to his father as he enters seventh year of his age in order to his education and protection .

Despite the mother has a considerable role in upbringing of a child but, sometimes her sympathy may overcome her responsibilites, which turns to a negligence and it may be harmful to the child, but usually this harm is realized after passage of proper time .

As for the arguments pleaded with it by mother of children and her relatives are unclear in the question . For example if the father is realy not good himself , he has no right of upbringing child because one who has lost something can not provide it to others, but if he is an appropriate person he must take hold of children as they reach the seventh year .

To sum up, the proper supervision and education of a male or female child provides a firm foundation to the security of his personality and to the correctness of his behaviour and to the soundness of his character . Consequently he is a consignment in the

(1) Kashaf Al-Qina'e Lil Bahooti, vol.5,P.501 published by Alam Al Kutub, Beirut, 1403H-1983AD, Al Mughni wa Al Sharhul Kabeer Lil Imam Ibn Qudamah , vol.9,P.300 Printed by Darul Kitab Al Arabi Beirut, 1392H-1972AD Sharah Muntahi Al-iradaat Lil-Bahooti, vol.3,P.265-266 Darul Fikr, Matalib ole-Al-Nuhaa fi Sharah Ghayah Al Muntahaa Lir-Rahibani, vol.5,P.670, published by Manshoorat Al-Kutub Al Islami Damascus, Kitabul Furoo'a Li Ibn Muflih vol.1, P.620. Published by Alam Al Kutub Beirut forth edition 1405H - 1985AD .

hand over him to the mother at night . If the child selected his father his mother has right to visit him, and in case of daughter also, mother must be allowed to visit her from time to time ⁽¹⁾ .

In Imam Ahmed's opinion, if a sensible child reached seventh year of his age and his parents are in agreement to keep him with any of both, he may live according to their settlement, but if they are in disagreement the child will given a right of choice thus he will be with that one who is selected by the child and the evidence to this rule is the Hadith narrated by Abu Hurairah (may Allah be pleased with him) that a woman came to the Prophet (pbuh) and said, " O, Messenger of Allah, my husband wants to deprive me of my son, who is helpful to me and brings water from Abu uttibah's well .The Prophet said, captivate your son, but father said, who can intervene between me and my son ? . The Prophet said to the boy , " you may select one of your parents . He selected his mother and she went along with him ⁽²⁾ .

The male child will not be given this right of choice before he reaches seventh year of his age , if he selected his father, he will live with him day and night and child will not be repulsed from the visitation of his mother . In case of his illness his mother is more deserving to look after him at her own residence . In case he selects his mother, he will live with her at night but with his father at day in order to be educated and cultivated by him .

When a girl reached seventh year, her upbringing is duty of her father and after becoming adult she will live with father till be married in order to protection of her virtuousness . It is necessary that she must

(1) Al-Umm Lil Imam Al Shafie, vol.5,P.92, published by Darul Marifah Beirut Al-Majmoos Sharah Al-Muhazab Li An-Nowawi,vol.18,P.336-340, Darul-Fikr, Nihayah Al-Muhtaj Ela Sharah Al Manhaj Lir Ramali, vol.7,P.233.Published by Shirkah Maktabah and Matbaah Al Babi Halabi and sons Egypt final edition, 1386H - 1967AD, As Siraj Al-Wahaj Lil ghamrawi Ala Matan al Minhaj Li Yahya Al-Nowawi, P.475, Darul Maarifah, Beirut Lebanon, Al-Wajeez Lil Ghazali, vol.2,P.118 Published by Darul-Maarifah, Beirut, 1399H-1979AD .

(2) Musnad Al Imam Ahmed, vol.2,P.447 Al Maktab Al-Islami, Mesannaf Ibn Abi Shuaibah vol.5,P.237 Ad-Dar-As-Salfiyah India, Al-Sunan al-Kubra Lil Bahaqi, vol.8,P.3, published by Darul-Marifah Beirut Lebanon, Sunan Abu Dawood vol.2,P.284 verified by Muhammad Muhyud-Din Abdul - Hameed published by Al-Maktabatul Asariyah Salda Beirut, Sunan Al Nasai vol.6, P.183-186 printed by Darul-Fikr Beirut Lebanon first edition 1348H-1930AD.

not be achieved without mother's help . But after she reaches her adulthood she is necessitous to supervision of her father , as he has a better capability to shelter her and for protection of her virtuousness ⁽¹⁾ .

The jurists are in agreement that a father or guardian of child should be forced to take hold of child when he reaches seventh year of his age as he has a better capability to do this duty . As for a girl when she reaches her adulthood, the most important matter is her safety and protection , so she must be kept in her father's custody ⁽²⁾ .

Imam Malik is of the opinion that , it is not a suitability to separate a child from his mother however, if she wished to be married again, the separation is preferable . In case the son is living in custody of mother, his father has a right to take his hold daytime to educate him but at night, he must be handed over to the mother. As for a daughter, she will be kept in mother's custody till she reaches her maturity . After reaching rationality, her situation must be observed, if her mother is at a well fortified place, the mother is more deserving to keep her in her custody till her marriage. If a maiden daughter reached an age of thirty or forty, her mother is worthier to be lived with her, but if the mother has married again or she is worried about her safety, thereupon she will be kept with her father ⁽³⁾ .

According to Shafi'e school of thought , when parents of a child are in separation and they both live in same town, the mother is more deserving to keep the child with her till she does not marry again . When a child enters seventh year of his age, he will be given a right of choice between his father and mother, if he is sensible for this, so if he selected his mother, his father is obligated to provide his expenditures and he has a right to educate him whether the child is male or female and he will take his child with him to a school daytime and

(1) Bada' As sana' lil Kasaani, vol.4, Pages 42 and 44, published by Darul-Kutub Al Arabi Beirut Lebanon second edition, 1402H-1982AD, see also Sharah Fatah Al-Qadeer Ala Al-Hidayah li Ibn Hammam with Sharah Al Inayah Ala- Al -Hidayah lil-Tabarti, vol.3,P, 103, published by Al Maktabatul- Ilmiyah Beirut Lebanon, 1400H - 1980 AD .

(2) Hashiah Raddul-Mukhtar Ala-Ad-Durril -Mukhtar Li Ibn Abideen vol.3,P, 566-568 published by Darul Fikr Beirut second edition, 1399H-1979AD, Hashiah At-Tatawi Ala-Ad-Durril-Mukhtar Lit -Tahtawi vol.2,P, 247, Darul Marifah, Beirut Lebanon, 1395H - 1975AD .

(3) Al-Mudawwanah Al-Kubra Narrated by Sahnoon vol.2, p.244-245, darul Fikr, Mawadhib Al-Jalil Lil -Hatah with Taf Wal-Akhd Lil-Mawaq, vol.4,P, 214-215 published by Darul Fikr second edition, 1398H - 1987AD, And Sharah Manhil-Jaleel Lilaleech vol.4,P.421, printed by Darul-Fikr Beirut, Lebanon, first edition, 1404H - 1984AD .

rectness of supervision and cultivation of a child . With respect to this issue Imam Ghazali defines that it must be in one's knowledge that the manner of children's education is the most important issue in one's practical life . The child is a consignment in custody of parents . His heart is pure . It is a precious essence . It is innocent void of any figure and picture . He possesses an ability to be dappled according to the wishes of his parents, thus if he is habituated and educated with goodness he will grow up at goodness and will become fortunate in this world and in the after world . Consequently his father , all his teachers and cultivators will share credit of his good deeds, otherwise if he was habituated with evil and he inclined to the negligence like animals, he will become wretched and ruined, and his parents and guardians will also share the burden of his offenses . Almighty Allah says in his Holy book .

“ O ye who believe
Save yourselves and your
Families from a fire ” (1) .

Whatever his father tries to protect him from the difficulties of this world, but it is more important to protect him from the difficulties of afterworld and this protection depends on correct cultivation, education for good characters and his safety from wicked companions (2) .

According to school of Imam Abu Hanifa, a boy when he enters the seventh year of his age, becomes needy to be cultivated and educated to the motives of sound character, also for achievement of moral qualities and attainment of means to gain the knowledge in his coming practical life . It is manifest that his father has a more capability to fulfil these responsibilities . If the child will be left in his mother's custody, he will be habituated with natural disposition of women and this may effect his characters .

But this signification is not applicative to a girl she may be kept with her mother rather it is better to be left in her mother's custody while she is going to become mature in order to be educated with proprieties of women and their morals and house duties and this aim can

(1) Surat Al-Tahrim, from verse 6 .

(2) *Ihya' Ulloom Al-Din li Ghazali* vol.3, p.71, corrected by Al Sheikh Abdul Aziz As Sairwan published by Darul-Qalam Beirut third edition .

Allah knows best .

92- Cultivation Of Young Child Is One Of The Obligatory Duties Of His Father

In this enquiry, the enquirer says, " A person divorced mother of his young (male and female) children . Now these children are living with their mother in her parents's home . When some of them entered the tenth year of their ages and joined a school, their father realised, (as mentioned in the question) that they were in a serious need of his supervision and due attention, but when he tried to supervise them, faced an intense resistance accompanied with so many arguments from their mother and her relatives .

The enquirer asks whether the mother mentioned above and her relatives have a right to repulse father of children from their supervision in this age ? .

As an answer to this question, the upbringing and cultivation of a young child in a proper way provides a firm foundation to the safety of his personality and correctness of his behaviour and soundness of his character . It is very much distinct that a child in his prime age can not realise what is harmful and what is useful to him . He is of course in a want of supervision and guidance, so he must be directed to useful ways and must be interdicted from harmful ones, because the habits and character of a child develop in accordance with guidance of his parents .

The responsibility of a father with this concern is a great liability . It is not limited up to feeding and clothing but it concludes the education and cultivation of him on the correct lines hence this responsibility is more complicated than providence of expenditures . Sometimes a child may live on minor foodstuff and it may not harm him so much, but lack of supervision proves an uncompensable harm to his personality . It is not doubted that majority of the people who lost the even way in their lives were those who lost the proper supervision in their prime age . It means that a child is a consignment in the hands of parents , and thay are obligated with performance of their duties concerning to upbringing of child . This duty is unpaid in the absense of proper supervision . The jurists have emphasized on the cor-

from her domestic duties this statement does not meet the real essence of marriage which is " Tranquillity " which demands cordiality and kind conduct between the couple of mates , as well as it does not meet with the essence of obligatory obedience which is required from a wife from Islamic point of view .

Thus to conclude this issue we say that, the real essence in the marriage is tranquillity between a husband and his wife. The definition of their relationship is manifest . so as the husband is obligated to provide her daily expenses and to have a good dealing with her, in the same way, the wife is obligated to show her obedience to her husband when it is not contrary with the commands of Allah. This is a part of obedience that she must perform her usual house duties . These duties may be different according to changes of times , places or costumes of the people . So if the other women similar to her are performing these duties as, cooking, cleaning home or some others like this, she is obligated to pay these duties. Moreover she has no right to demand something from her husband, which he has not a capability to provide it , although her similars are being served with these facilities, because all the obligations are conditioned with existence of capability . Therefore if the wife mentioned in the issue is not capable to perform her domestic duties she is obligated to arrange a maidservant for her help from her own pocket if her husband agrees with this .

prostrate her husband . If a husband ordered his wife to shift something from a black mountain to a red one or from a red mountain to a black one, she was obligated to do so . "

Jozjani explains, this is a sample of unconditional obedience from a wife for her husband so how should be her obedience in the matters of her husband , which are concerning to his earning duties ⁽¹⁾ . The meanings of relationship between husband and wife are manifest, just as the husband is obligated to provide her daily expenditures and to deal with her in a good character while she is obligated to remain obedient to him avoiding disobedience of Allah . the performance of her house duties is a part of obedience . These duties may be different with the passage of time or due to a change in peoples customs . So in a certain place if the women similar to her are performing these duties, then she is obligated to do the same . She has no right to demand anything which her similars do not demand from their husbands , but it is just for an example as for as concerning to the real situation of any family we must observe the financial condition of husband . So if the husband is not capable to provide these services, she has no right to demand it though her similars are being served in their homes . This rule is based on the ground that every responsibility becomes obligatory with the existence of capability as an argument we present Allah's saying " .

**On no soul doth Allah
Place a burden greater
Than it can bear ⁽²⁾ .**

So the wife mentioned in the issue is obligated to perform her house duties along the lines of her similars . If she is not capable to do these duties, she is obligated to provide a maidservant from her own pocket with a condition of her husband's agreement to this . As for saying that the permission of her husband for a job gives her any relief

(1) Al-Mughanni wal-Sharhul-Kabeer li-Ibni-Qudamah, vol.8,P.130 Darul-Kutub Al-Arabi, Beirut, Lebanon printed by Darul-Manar, Egypt second edition 1392H-1972AD , and see, Al-Siyasatul-Shari'yah fi Ishahil-Raai wal-Raiyah li-Ibn Taimiyah, P. 169, verified by Basheer Mohd Uyoon, printed by Maktabah Darul bayan Damascus, 1405H-1985AD Kushaaful-Qina'e min masaa' Al-Iqna'e li-Bahooti vol.5, Pages 195-196 printed by Az-lam Al-Kutub, Beirut, Lebanon, 1403H-1983AD, Matalib oli-Nuhaa fi Sharah ghayatil-Mustahaa. Li-Rahibani, vol.5 pages, 263-264, Manshoorat Al-Maktabatul-Islami, Damascus Hashiyah Al-Roaz Al-Muraba, Sharh Zad Al-Mustagna li-Abdul Rahman bin Mohd bin Qasim vol.6,P.433 printed by Al-Riasatul-Aammah li-Idaratil-Buboeil-Umriyah wal-iftaw wal-Darwah wal-Ishad Third edition 1405H . Al-Biladyh .

(2) Surah Al-Baqarah, from verse 286 .

tions is narrated by Ummi-Salamah may Allah be pleased with her that the Prophet (PBUH) said, " When a woman died in a condition that her husband was pleased with her, she will be entered to the Paradise ⁽¹⁾ .

There is no clear specification in the question to the sort of duties which are not being done by the wife . As a suposition if these are such as mealcooking, cleanness of home or childrens upbringing which are recognized by the common people . So we can say that wife is obligated to perform these duties, espesially when her husband is unable to afford the expenses of any servant . These duties are named by jurists " interior services " .

According to Imam Malik's school of though that a woman if she does not belong to a served family is obligated with the performance of interior services such as baking , cooking, sweeping and its similars, but if the husband is indigent, he is not obligated for the arrangements of these services , although the wife is belonging to a served family ⁽²⁾ .

while Imam Ahmed (may mercy of Allah be upon him) holds a contrary opinion to this he defines that wife is not obligated to perform above mentioned duties. In the opinion of Abu Bakr Ibn Abi Shaibah and Abu-Ishaq Al-Jozjani (Scholars of Hanbali jurisprudence) wife is obligated to perform these duties and they have presented an evidence from the domestic life of daughter of the Prophet (may peace and blessing of Allah be upon him) when the Prophet made a decision that Fatima was responsible to pay her house duties while Ali was responsible to earn daily expenses . Jozjani has presented an evidence with the following saying of the Prophet (MPUH) , " If I would order any one to prostrate any one, I did ordered a wife to

(1) Sunan Ibn-Majah vol,1,P,595, verified by Mohd Fouad Abdul Baqi printed by Dar ul-Yaul-Kutub Al-Arabiah, Faisal Hsa Al-Babi Al-Halabi Egypt, Sunan Al-Tirmadhi , vol.3,P,466, verified by Mohd Fouad Abdul Baqi, printed by Darul-Kutab-Al-Imiyah, Beirut, Lebanon, 1409H-1987 AD .

(2) Sharh Manhal-Jalil Li-Aleesh, vol,4,Pages 393-394, printed by Darul-Fikr Beirut, Lebanon, first edition, 1404H-1984, and Al-Taj wal-Akleel Li-Mukhtasir Khalil lil-Mawwab, Harnish Mawahlbil-Jalil lil-Battab, vol,4,Pages , 185-186 printed by Darul fikr second edition,1398H-1987AD.

And this tranquillity can not be achieved without a kind dealing and determination of husband on performance of his obligatory duties. One of these is his goodconduct with his wife and to be patient at some unpleasant matters , Allah says,

Live with them
On a footing of kindness and equity
If ye take a dislike to them
It may that ye dislike
A thing, and Allah brings about
Through it a great deal of good ⁽¹⁾ .

And his Prophet (may peace and blessing of Allah be upon him), said Any believer must not separate his wife, if he is unpleasant with some of her character he may be pleased with some other character of her . The Prophet (PBUH) also said at the occasion of farewell Pilgrimage, Deal with your wives in a good manner because they are like assistants with you ⁽²⁾ .

From the duties of a husband is to provide expenditures to his wife and to show due respect to her and dealing with her in a kindness character . The above stated tranquillity can not be achieved but when a wife also has a good response for her husband as well as she has to perform her obligatory duties . Though these responsibilities are numberless but we may express their meanings collectively with a single word " obedience " to her husband, but it must not be contrary with Allah's obedience. There are so many narrations concerned with this issue one of them is narrated by Ibn-Majah, " Mother of believers " Ayshah" " may Allah be " pleased with her narrates that the Prophet (PBUH) said , " If i would command any one to prostrate any one, I did commanded wife to prostrate her husband ⁽³⁾ . One of these narra-

(1) Surat Al-Nisa from verse, 19 .

(2) Sunan Ibn-Majah vol,1,P,594 verified by Mohd Fouad Abdul-Baqi, printed by Dar-ihyaul-Kutub Al-Arabiyyah, Faisal Eisa Al-Babi Al-Halabi, Egypt . Sunan Al-Tirmadhi vol,3,P,467 , verified by Mohd Fouad Abdul-Baqi, printed by Darul-Kutub Al-Ilmiah Beirut, Lebanon, 1408H-1987AD .

(3) Sunan Ibn-Majah vol,1,P,594 verified by Mohd Fouad Abdul-Baqi printed by Dar-ihyaul-Kutub Al-Arabiyyah, Faisal Eisa Al-Babi Al-Halabi, Egypt, Sunan Al-Tirmadhi vol,3,P, 467, verified by Mohd Fouad Abdul-Baqi printed by Darul Kutub Al-Ilmiah, Beirut , Lebanon , 1408H-1987AD, Kanzul-Ummal lil-Burhan fourth vol,16, P, 332 printed by Mouassasatul-Risalah Beirut, 1399H-1979D, Majmaul-Zawaid wa Maabaul-Fawa'id lil-Haithmia, vol.4,P, 310, printed by Darul-Rayaa Lil-Turath-Cairo Darul-Kitab-Al-Arabi, Beirut, Lebanon .

91- Wife's Job Does Not Mean Her Negligence Of Her House Duties :

An enquirer indicates that when he proposed to get engaged to a girl, her parents demanded his agreement to permit their daughter to do a job after the marriage . So he agreed to accept this condition submissively, but after the marriage he found that his wife was not performing her house duties in a proper way . when he notified her to her responsibilities , she presented many arguments and reminded him with his agreement to permit her to do the job .

The question is the mentioned permission provides the wife any protection from the performance of her house duties ? .

as an answer to this question, the basic essence in the marriage is " tranquillity " between husband and his wife . Allah Almighty says in this concern in his Holy book .

**" It is he who created
You from a single person,
and made his mate of like nature,
In order that he might dwell
With her (in love) ⁽¹⁾ .**

Allah has specified it as a great sign which is indicative to the greatness and omnipotence of him . As he says ,

**And among his signs
Is this , that he created
For you mates from among
Your selves, that ye may
Dwell in tranquillity with them
And he has put love and mercy
Between your (hearts) verily in that
Are signs for those who reflect ⁽²⁾ .**

(1) Surat Al-Aa'raf from verse, 189 .

(2) Surat Al-Rum, verse 21 .

guardianship will be returned back to him .

Despite there are some obligatory conditions of the equitability of a guardian such as honesty, goodness and sincerity, but some of his deeds may be harmful to his equitability in a certain circumstance but the same deeds are not harmful to him in other times . For example, he is walking bareheaded among the people, or eating something in a marketplace, this may effect his equitability as this action is condemned by the people, but the same action is not harmful to his equitability as it is not condemned by the people .

As in connection with misbehaviour and misconduct of the guardian and his failure in fulfilling his responsibilities towards the necessities of his younger brothers as mentioned in the question , depends on facts of the case . If the happenings claimed by the mother are proved, it is necessary to remove the guardian and to appoint a proper person in his place as a security of orphan's property and a better sponsorship to their affairs till they reach their rationality .

To summarize the case, the guardian is entrusted by the deviser and entrustment requires compulsion so the guardian is consigned with the testament, therefore jurists have emphasized on the existence of honesty, good character and acquitance of the guardian . If he is dissolute the testament is invalid to him, because his dissolution is an evidence to his dishonesty . So as testament is a consignment, it becomes necessary to remove him and to appoint an appropriate person according to the opinion of jurists .

As for his misbehaviour and negligence to pay his responsibilities towards his younger brothers as stated in the question, so it depends on facts of the case . If the happenings claimed by mother of the children are proved, it becomes necessary to remove him and to appoint a proper person in his place, as a security of orphan's property and the appointment of the mother as a guardian is also permissible if she possesses the above mentioned qualities .

Allah knows best .

According to the Imam Ahmed's school of thought verily the testament is valid for a person who is sensible, Muslim independent and honest, as it is also valid for a woman possessing the mentioned qualities. The evidence on this rule is that Omer (may Allah be pleased with him) appointed her daughter, "Hafsah" (may Allah be pleased with her) as a devisee. One who is Muslim but not fair and honest, has no right to become a guardian. There are two narrations narrated by Imam Ahmed concerning with this issue. The first says that testament for an unfair devisee is invalid, while the second allows him to act as a guardian. According to the narration of Ibn-Monsoor, incase when a devisee is only charged with any treason, he will not be deprived of his right. In the opinion of Imam Al-Kharqi, if he is dishonest, an honest person will be attached with him ⁽¹⁾. Imam Ibn-Qudama holds in this connection, "if the dishonesty is existed in the devisee at the time of performance of testament in the life of deviser, the testament is invalid because any dishonest person has no right to be a guardian to orphans, because the testament is a consignment and guardianship so a dissolute person can not be authorized with it. Therefore if a devisee is found dishonest, the rule on this is that the testament is invalid. Thus the Judiciary will appoint any alternate in his place ⁽²⁾.

Based on the stated evidences, one should be assured of the honesty of his devisee, if he is dissolute, he has no right to be a guardian, because his dissoluteness is an evidence on his dishonesty, while the testament is a consignment and guardianship. It is so much necessary to remove the dishonest person from this responsibility and to appoint an appropriate person in his place, but, the dissoluteness is not a constant character. sometimes a devisee may be dissolute for a short period, but later he repents from the sins. In this case the judge will examine his position, if he is satisfied with his character, his right of guardianship will be returned back to him.

(1) Al-Mughanni wal-Sharhul-Kabeer lil-Imam Ibn-Qudamah, vol,6,P,569-572 printed by Darul Kitab Al-Arahi, Beirut, Maktaba Darul-Hayan, Baghdad, 1392H-1972AD.

(2) The same reference and also see, Kashaaf-ul-qina'e ann matani-l-iqna'e lil-Bahooti, vol,2,P,574, Printed by AlamulKitab, Beirut, 1403H-1983AD, Sharah mustahil-Aliradat lil-Bahooti, vol,2,P. 574 printed by Darul-fikr, Beirut, Sharah Al-Zarkashi Ala mukhtasiri Khargi,lil-Zarkashi, vol,4,P,411. Verified by Abdullah bin Abdul-Rahman Al-Jabreen, printed by Dar oli-Nuhaw, second edition [404H-1993AD, Matolib Oli-Nuhaw li Sharhi-ghayyid-Muntahaw lil-Rahibani vol,4, P. 529-531, printed by Al Maktabat-Islami Damascus.

As we said that a devisee is trusted to act upon the bequest, thus the jurists have emphasized at the honesty and noble character of devisee. So according to Hanafi school, if a deviser recommended a dissolute person who is blamed with dishonesty and dishonesty of course is harmful to deviser's successors, the Judiciary has an authority to change him with an honest person being as acting wardian to the orphans ⁽¹⁾.

Imam Malik was questioned, " if a devisee might be removed from the guardianship in case, he was a malignant person " . He replied, " Yes " if the devisee is unfair the testament will be invalid to him " . Moreover he defined " it is not allowed for any deviser to recommend any dishonest person for the maintenance of his property because the ownership of this property is going in hands of others (his successors) ⁽²⁾ .

Imam Shafai holds that any one has no right to become a guardian if he is not adult, Muslim and fairperson, either male or female . If a deviser recommended a suitable person and with the passage of time he became unfair the testament would considered invalid . The devisee is not allowed to use orphan's property but according to his

most important needs ⁽³⁾ . Imam Al-Nowawi holds that if a person was recommended as a guardian and after deviser's death occurred a change in his circumstances , his situation will be examined by Judiciary, so if he proved weak due to any disease or oldness, an assistant will be appointed with him, and if he turned to a dissolute or mad person, he will be disqualified and any other person will be appointed in his place ⁽⁴⁾ .

(1) Hashiah Raddul Mukhtar, Ibtai-Ashidin and its supplement, vol.6,P.701,702 printed by Darul-Fikr Beirut, second edition 1385H-1966AD. And Nafaijul-Afkar Qadhiadah Ali, Al-Hidayah al-Murghinani vol.10,P.499-503 Printed by Darul-Fikr Beirut second edition 1397H-1977AD .

(2) AlMudawwanatul-Kubra with narration of Sahnoon with prefaces, Ibtai Rashed vol.4,P.287, printed by Darul-Fikr Beirut and see Agdul-Jawahir Al Saminable ibni-Shaus vol.3, P.427-428 , Printed by Darul gharb Al Islami First edition, 1415H-1995AD and see Mawalibul Jalil li-Hamah vol.6,P.389, Printed by Darul Fikr second edition 1398-1987 and Sharh-Manhul-Jalil li-Alish vol.9,P, 579-580 printed by darulfikr first edition 1404H-1984 AD .

(3) Al-Umm li-Imamul-Shafa'i vol.4,P.120-121, Printed by Darul-Maarifa Beirut Lebanon .

(4) Al-Majmoos, Sharhul-Muhazzib, vol.15,P.508-512, printed by Darul-fikr, and also see, Nihayatul-Muhaj ala-Sharhil-Minhaj, with margin, Al-Shabramukhi, vol.6,P.100-101, Shirkah Maktaba and matbaah, Mustafa al-Babi Al-Hainbi and sons Egypt , final edition 1386H-1967AD, Kifayatul-Akhyar fee baillil-ghayatul-fhtisar lil-Hussarai, vol.2,P.35 printed by Darul-fikr, Beirut . Al-Ssirajul webhaj li-Gharrawi ala-Sharhe-Matnail-mahaj lie-Sharfuiddine Yahya Al-Nowawi, P.245, Printed by Darul-Maarifa, Beirut Lebanon .

**“ Verily we have directed the people of
The book before you and you (O'muslims)
To fear Allah . But if you deny him, to !
Unto Allah belong all things in the heaven and
On earth, And Allah is free of all wants
Worthy of all praise ⁽¹⁾ .**

And in the next verse Allah has ordered the human being using same word “enjoined” to do the pious deeds and to avoid committing offenses and to have good treatment with his parents and to express gratitude toward his parents for their kindness . He says ,

**“ And we have enjoined on man (to be good)
To his parents . In travail upon travail
Did his mother bear him and in years twain
His weaning (hear the Command) , Show
Gratitude to me and to thy parents
To me is (thy final) goal ⁽²⁾ .**

In fact the devisee is trusted with the property from the deviser, and he is obligated to act upon the bequest . Thus the Prophets conveyed the messages of Allah as an implementation to the commands of Allah . So Allah commanded his Prophet in his Holy book saying, .

**“ O'messenger ! proclaim ,
The (Message) which hath been
Sent to thee from thy Lord .
If you didst not thou wouldst
Not have fulfilled and proclaimed
His Mission ⁽³⁾ .**

And when Allah commanded a son to do good with his parents and fixed his deed as a recompensable . If he would do good recompensed with good and if he did wrong, will be recompensed according to his dealing .

(1) Surah Al Nisa, verse, 131 .

(2) Surah Luqman, verse , 14 .

(3) Surah Al-Ma'idah, from verse, 67 .

90- Rule On Case When A Father Devised Someone As A Guardian For His Young Children . But After His Death Became Clear That The Devisee Was Dishonest :

The enquirer says that one of the fathers devised one of his sons as a guardian for his young brothers for the maintenance of their property and to control their affairs . After his death the guardian started performing his duties . But their mother after some period realized that he was not fulfilling their necessities as required, as well as she noticed a negligence to their expenditures, despite the existence of their property with him . She also observed his misbehaviour towards them . So she became unsatisfied of situation thinking the waste of orphan's property .

The Question says , " what might be done against this guardian . The answer to this question is a two fold. With respect to its generality the appointment of guardian is considered as an enjoined for the maintenance of the inheritance, and this authority has a great importance as it is a kind of consignment . Allah Almighty enjoined on his Prophets to convey his messages to his creation as they may act upon their orders and avoid their prohibitions and " enjoined " here means command, as it is manifest in the following Quranic verse, " .

" The same religion has he
Established for you as that
Which he enjoined on " Noah "
That which we have sent
By inspiration to thee- And that
Which we enjoined " on Abraham "
Moses and Jesus . Namely that you
Should remain steadfast in religion
And make no division there in ⁽¹⁾ .

Allah as well as commanded the people of the book to be pious and to avoid disbelief . Allah says ,

(1) Surah Al Shura, verse, 13 .

In short Islam has obligated removal of doubt in the presence of certainty because the doubt is production of lack of discipline and weakness of awareness. And one of most important rules of Islamic jurisprudence is that the certainty can not be removed by doubt and what it is proved by certainty can not be removed but with the same certainty. Therefore one who gained purity and doubted in the existence of impurity, he is pure. And one who got assurance of impurity and doubted in the existence of cleanness, he is impure. Therefore one who is assured of his debt's payment, is discharged and his position will not change due to any doubt because his payment is certainty and doubt can not remove it.

Thus the certainty of debtor is sufficient for his acquittance and any kind of scruples which sometimes strike human mind due to many reasons, may not make him guilty and one should overcome these scruples.

Allah knows best.

not be contented with the excess of his supposition or any thing like this ⁽¹⁾.

Thus we can say that one who is confident of the correction of his opinion in any action, must remain confident and not be shaken by any kind of doubt so that the certainty comes through awareness and awareness comes through mentality, while doubt comes due to weakness of this awareness. Thus many kinds of scruples strike human mind.

This basic rule that "Certainty cannot be removed by doubt" is a great rule. Many rules of jurisprudence are based on this rule, for example see this rule that, "All the earth is basically clean and pure" and it is verified with the saying of Holy prophet (may peace and blessing of Allah be upon him), "whol the earth is considered clean for me (and my followers) so any believer when he entered the time of prayer, he must say his prayer on any part of the earth ⁽²⁾.

So the purity of the earth is assured and this assurance will not be vanished but by the same assurance and it will be existence of dirtiness. The basic essence in the stated issue is acquittance of a person and this acquittance can not be removed by any possibility. Thus any one must not claim for any right which is not assured, like the parents's right of recieving there expenditures from there sons. And the basic essence is the soundness of the man from committing sins and atrocities as he has been natured on innocence. This assurance will not be removed but with the same assurance and it will be commitment of any offence.

The Islamic judgment is very clear in the stated issue that the debtor is assured of payment to the creditor before his death so his debt will be considered as nonexistent and any doubt will not be allowed to shake this certainty. so that the doubt is weak evidence against the strong evidence of certainty of his payment to the creditor.

(1) Al-Qawaid Hafiz Ibnul-Rajah P.340-342 printed by Maktaba Al-Riyadh al-hadisah Al-Riyadh.

(2) Sahihul-Bukhari, vol.1, P.76 Printed by darul Kutubil-Ilmiy, Beirut Lebanon. Sunnan-Al-Nasai, vol.1,P. 210-211, Printed by Darul-Fikr, Beirut, Lebanon first edition, 1348H, 1390AD Alsunanul kubra Ill Buhari, vol.1,P. 212 printed by Darul Marifa, Beirut Lebanon.

Whol that holds Hanafi School of thought in this issue is that the previously obtained certainty will not be removed with an accidental doubt but it will be removed with a same certainty .

For an example to this , if a person confessed before another that the former is debtor to the later for so and so amount, this confession will not prove him debtor , because the real essence is his acquittance and his confession is not based on certainty but it is based on doubt . So this doubt can not remove the certainty which is acquittance of confessor ⁽¹⁾ .

According to Imam malik's school of thought, every doubted matter is cancelled wether it is a reason, condition or a resistance . In Tahzeebal-Furooque narrated as folowing " .

Any accidental motive will not be applied as a rule, and it will be considered as nonexistent and clipped due to its nonexistence ⁽²⁾ .

According to Shafa'i school of thought , Imam Izzuddin Ibn Abdul Salam gives his opinion that Allah Almighty has imposed on us some words and some deeds . We sometimes imagin something as an obligation . So when a confident person becomes suspected in his opinion, Allah does not requires from him more than his assumption and if he decided according to his supposition , his decision will be considered under the influence of his opinion . Thus one who supposed that Kaaba " was to a certain direction and turned his face towards this direction, his decesion will be considered according to his supposition it does not obligate that "Kaaba" is in the same direction ⁽³⁾ .

Imam Ahmed is of opinion that one who was confident with the purity or impurity of water, clothes, ground or his body then he suspected in the removal of dirtiness, he must base his opinion on the achievement of certainty that dirtytness has been removed and he must

(1) Durarul-Hukkam, sharah mujallanal-Ahkam Ali Hayder First book P, 20 . translated by Fahmi Al Hussaini , Printed by Maktabah Al-Nnahrzah, Beirut, Lebanon .

(2) Tahzeebul Furooque walqawaid ul-Sunniah fil- Asraril-Fiqhiyah Hamishul-furooque lilqasafi vol.2, P,173-174 printed by Aalamul kutub, Beirut, Lebanon .

(3) Qawaidul-Ahkam fi masalihil-ammam, Izzudine Abdul-Salam vol,2,P.51-52, printed by Darul kutub Al-Ilmiyah, Beirut, Lebanon and also see Al-Ashbah wal-Nusair fi Qawaid -wu-furoo'a fiqhahil-Shafeyah, Al-Sayyid P.50-55 printed by Darul-kutubil-ilmiyah Beirut, Lebanon first edition 1403H 1983AD.

Another of those rules for example is that Mohammad is debtor to Ahmed for one thousand and Mohammad is satisfied that he has payed this amount to Ahmed, then he came to know that Ahmed was also debtor to him for one thousand, he will be not considered deserving for this amount till it is not verified that Ahmed became debtor after the payment ⁽¹⁾. One of these rules is that a tub of water which is used for cleaning dirty hands and jars, it is permissible to make ablution with its water till there a proof available for existence of impurity same this the rule is that the mud of paths is clean and that if a person had a meal in the latest moments of night and doubted in dawn's ascending, his fast is lawful because the basic essence is existence of night, but Imam Abu, Hanifah holds that it is harmful to eat in the existence of doubt. If a faster is doubted in sunset, he is not allowed to eat because the basic essence is existence of day. When a woman claimed against her husband that she had not recieved her fixed expenditures and clothes for a certain period her claim will be expected, because the essence of issue is her existence in the supervision of her husband like a creditor ⁽²⁾.

From the rules of jurisprudence in this field is that which is proved by certainty will not be removed by anything but by the same certainty. So one who missed nothing in the performance of his prayer and desired to complete all the prayers of his life, since his realization. It is not allowed for him to repeat his prayers but if he became impure in his opinion or he missed any validity condition in his prayer. so he will act according to his opinion ⁽³⁾.

One who doubted in performance of "Raku" (bowing down) or prostration he is allowed to repeat it with a condition if he remembered it during his prayer but if he remembered after finishing his prayer, he must not repeat it ⁽⁴⁾.

One who doubted if he divorced his wife or not or doubted in the number of divorce must be satisfied with the least number. One who is debtor to anyone and doubted in the amount of debt, must assure with the correct amount ⁽⁵⁾.

(1) The same reference as above.

(2) Al Ashbah wal-Nazair as above.

(3) Same as above.

(4) Al-Ashbah wal-Nazair ibni-Nujaim.

(5) Same as above.

rates, the Prophet (may peace and blessing of Allah be upon him) said , " when any of you doubted in his prayer and did not know if he prayed three Raka'a or four, he would have to deduct the doubt and act according to his assurance ⁽¹⁾ .

Abdul Rahman bin Aof Narrated that he heard the prophet (PBUH) saying when any of you became inattentive during his prayer and did not know, if he prayed one or two Raka'a (prayerunit), He would count it one and must be satisfied. If he doubled in three or four, he must count it three, and prostrate twice before finishing his prayer ⁽²⁾ .

And the essence in the mentioned above is certainty, so who he entered the mosque after making an ablution, his ablution would never be abolished till he did assure with something coming out of his body, a sound or a fact and the existence of any of these two means having certainty . Everything except these will be considered a doubt . It must be deducted totally. The doubt in two Raka'a (prayerunit) means certainty in one and like this doubt in three means certainty in two so the basic need is deduction of doubt and basement on certainty . Islamic jurists have framed many rules on the basis of these narrations the most important of these is according to Hanafi school of thought, that the certainty will not be vanished due to doubt ⁽³⁾ .

There are some branch rules derived from this basic rule . One of them is that the basic position will be remained unchangeable in its real form and it leads to obligation of stability of that which is proved and to non existence of doubt ⁽⁴⁾ .

Also there are many branch rules from this rule , one of those is that one who is assured of the validity of his ablution and doubted in ritual impurity, his ablution is valid, and who he is assured of his ritual impurity and doubted in his prayer, he is in a condition of impurity .

(1) Sahih Muslim Bisharhil-Nawawi, vol.5,P.60. Printed by Darul kutubil-Imiah Beirut Lebanon and see sunan al-Nasai bisharhil, Hafiz jalaal-dine Alsayooti and hashia al-Imam-Saudi vol.3,P.27, Darulfiqr, Beirut, Lebanon, First edition 1348H. 1930 AD. Musnad Al-Imam Ahmed, vol.3,P.72 printed by al-maktabat-ul-Islami .

(2) Sunan Al-Tirmadhi, vol.1,P. 24, verified by Abdul Wahab Abdul-Latif printed by Darul fiqr Beirut second edition, 1403H. 1983 AD. Konzul Ummal Al-Burhan fouri vol.7,P.470 Mousasatul Risala Beirut, 1401H, 1981 AD .

(3) Al-Ashbah wal-Nazair Ibt-Najem P. 36-61 Printed by Darul-kutubilimiah Beirut, Lebanon, 1400 H .

(4) The same refrence as above .

89- No Space For Doubt With Certainty :

The enquirer says that a person was indebted to one of his friends . He payed this debt before his creditor's death. In spite of this he was doubted wether he payed this debt or not . This doubt griped him day and night , so he asked the successors of his late friend if they did find any indication in the documents of their testator about the payment of this debt . But they did find nothing, more over they excused him as it is stated in the question recogniosing his friendship and sencerity. In spite all this, the inquirer is suspected and doubted .

In an answer to this question, this doubt may be considered as the scruples which sometimes overcome the man, so the certainty becomes doubt and doubt shapes as certainty. There are some causes for these scruples . It occurs sometimes trying to avoid some unlauded practices . For example one's desire to obtain complete cleanness, when he is doubted in its occurence this is like the payment of debt as stated in the question, that debtor is doubted in the payment of his debt, especialy in case the death of creditor or being on a distance which makes the certainty suspected and the reasons of these scruples are sometimes purely psychic . Sometimes it is caused by any disease effecting on the body and nervous system of the person .

Islam has emphasized on removal of doubt because of hasitation, fear and distrust and also indiciplinary actions causes .

Abdulah bin Zaid narrated that he complained to the prophet (may peace and blessing of Allah be upon him), about a man who thinks that he has found something abrogater for his prayer . Prophet said , He must not leave his place before listening a sound or finding any fart ⁽¹⁾ . Abu Saeed Al-Khudri (may Allah be pleased with him) nar-

(1) Sahihul-Bukhari vol.1, P.43, printed by Darul kutub Al-ilmia Beirut Lebanon. Sahibe Muslim Bisharih , Nowawi vol.3,P.49-50 , Printed by Darul kuab al- alitmia, Beirut Sunan Al Nasai Bisharih Hafiz Jalaluddine Alsayooti and Hashia Al Imam Alssandi vol.1,P.99, printed by Darul fikr, Beirut, First edition, 1348H. 1930, AD. Sunnan Ibn-Majah vol.1P.171 Verified by Mohamund Fouad Abdul Baqi, printed by Dar, Ilysaal kutub - Al arabiah, Faisal Eisa alababi Al balahii. Alsunanal-kubra lil-Bahaqi vol.2,P.254. Printed by Darul. Marifa, Beirut Lebanon .

his free willingness .

As In the concern of an individual, Allah has allotted rights to the woman and her dower is one of them she also has right to possess her property . so anyone if he over steps her, actually over steps a right allotted by Allah, equally if he is a husband or any other person. So based on stated demonstrations, we say that the husband mentioned in the question is not allowed to hold up his wifes property and his hold will be regarded as an extortion and a violence to the property of his wife and this is prohibited unananimously. The judgment of Shari'ah in this case is very clear that he has to return back this property , other wise he will be compelled for its restoration by judiciary . As to his threatening to his wife, so it is an additional sin and he must repent from it .

(God knows best)

The Imam Ibn-i-Qudama says, " the apparent meaning of this narration is, that when ever the grant will be accompanied with husbands wish or his anger with his wife or any sign of wife's fear, she will be given back her property. Inview the fact that visible situation indicates that she is not satisfied with her decision while Allah's allowance is conditional with her satisfaction ⁽¹⁾ . As he says in a Quranic verse, " If they grant any part of their dowers to you, take it and enjoy it) ⁽²⁾ .

And it provides a base according to we have previously said that the husband stated in the question is not allowed to take hold of anything from his wife's property. Because this hold will be regarded as a kind of constraint and overstep the rights of others . And this is unlawful unanimously in Islamic jurisprudence . In this concern we may find a very manifest Islamic judgment . So he has to return this property other wise he will be compelled for its restoration by judiciary. As to his threatening his wife it is an additional sin. He has to avoid it Because it is a kind of prohibited harm . Allah the most high says " .

" And those who annoy,
believing men and women
Undeservedly,
bear on themselves,

Clumy and glaring sin " ⁽³⁾

In conclusion the rule in this case is that any one jenerally is not allowed to take hold of any one's property with out his free willingness . So that his speciality with possession to his property is absolute and it can not be restricted except the demonstrations narrated by Sunnah . For example authority of father on his Son's property . Allah has forbidden to eat up any one's property through illegal methods , He says in his Holy book ; (Eat not up your property among yourselves in vanities) ⁽⁴⁾ . The Sunnah also emphasized on its prohibition . The Holy prophet says, it is not allowed for anyone to use Muslims property with out

(1) Surat Al-Nisa ; verse, 4 .

(2) Surat Al-Ahzab, verse, 38 .

(3) Surat Al-Nisa, verse, 29 .

(4) Surat Al-Nisa, verse,29 .

except the observation of relationship⁽¹⁾.

According to jurisprudence of Imam Ahmed anyone except a father is not allowed to take anything from one's property with out his permission . But in concern of a father we find a Hadith of Prophet, when a person came to the prophet PBUH and complained " , Oh Messenger of Allah, I possess some property for me and my children's necessities but my father wants to trespass my property the Prophet gave a ruling, " you and all your Property belong to your father "⁽²⁾ .

So this Hadith verifies that this facility is not available for husband and others with an exception for father to grasp his son's property with out his permission . However if a wife gifted a part of her property to her husband in this connection there are two narrations . According to first of both, woman has no right to claim for returning of gifted property . This is the view of a group of Imams and some jurists . The second narration says that she has a right of reclaim . One Imam was questioned about a woman who gifted her dower to her husband then claimed for its restoration the Imam replied that the women were not like the men and mentioned a Hadith, " only the gifts given by women and meanpeople are restored then mentioned Hadith of Omer. He says, " the women sometimes gift their property to their husbands willingly and other times fearfully. So if any of them gifted something to her husband then claimed for its restoration she would be more deserving for that property. There is also a third narration narrated by Imam Ahmed, " incase a woman granted her dower to her husband and he had ever wished for this grant, he would have to restore this property. Because sometimes a woman grant her dower to him fearing his anger or a step of second marriage, but if she granted with out his wish, he would be allowed to use this property"⁽³⁾ .

(1) Sunan Abi-Majah vol.2,P.769 Resegreh Mohd Fouad Abdul Baqi Print, Dar Ihya'ul Kutubil Arabia by Faisal Eissa Alhabbi-AlHalbi, see Sunan Abi Dawood vol.3,P.289 R, Mohd Mohayyid-dine Abdul Hameed, Al Maktabatul-Asariyah, Saldas Beirut, Musnad al-Imam Ahmed, vol.2,P.204 Al Maktabul Islami, Ahsunani kubra Lilbahaqi ,vol.7, P. 480 Darulma'arif Beirut Lebanon, Majma'ulzawaid wa monhaul fawaid lil Haihani vol.4, P.154, Darul-Rayyan Liburus Cairo, Danalkitab il Arabi Beirut Lebanon .

(2) Al Mughniul and Al Sharhul Kaber IbiQudama vol.6,P.297-298. Darul kitubil Arabi Beirut Maktaba Darul bayan Baghdad and see Matalib'ullianuha fee sharh ghayatil mustaha Al mahibani vol.4,P.404-405, 410 Monshooratul kutubil Islami Dimascus . Sharah Alzzarkashi Ala Mukhtasiril kharji vol.4, P.311-312 Verified by Abdullah bin Abdul Rahman bin Abdullah aljakreen second,edition 1414H,1993AD. Alinsaf ilmordawi vol.7,P.154-155 verified by Mohd Hamid Alfaqi Dar Ihya'uturail Al Arabi Beirut Lebanon.

(3) AlMughanni and Al Sharhul Kaber the same reference as above.

In Allah's saying,

(And give them their dowers
According to what is reasonable) .

Allah has ordered husbands to pay the dowers of their wives towards them with their good pleasure and would not lessen this right which Allah had allotted to them and the judgments of Shariah are based on the speciality of woman with the right of ownership and that the husband has no right to use it but with the free willingness of his wife. Equally if the property contains on dower, inheritance or salary or it may be any other kind of property. Except the obligatory amount for maintenance there is a remaining connection between the property of husband and property of wife and it is based on speciality of everyone in possessing his property . According to Hanfi jurisprudence, if a husband constructed a house or a building for his wife and the construction was made with her orders, all that property would belong to the wife and the husband would not be allowed to take anything from this property except his expenditures . And if the husband made a construction for himself with his own instruments and materials but constructed it inside the courtyard of his wife without her permission, he would be regarded as the owner of that building but violater towards the rights of his wife and would be compelled to vacate her place while she would demand for it ⁽¹⁾ .

According to maliki jurisprudence, says Mutabatti , " view of Imam Malik does not differ to Ahnaf's view that a husband when he used the property of his wife while she was knowing it and not try to change the situation or she spent some property on her husband . After that she claimed for its return back it must be returned to her. Though the husband was penniless at the time of spending property and a decision would be made in the favour of wife against the husband after her oath that she had not spent with her willingness and would not allow him to spend anything more and she claimed for her right ⁽²⁾ .

As narrated in Mudawwana, " If a wife spent on her husband in his presance though he was vigorous or impecunious, she would follow it

(1) Attaj walakleei Lilmuhtasar Khali-Lilmawaq margin of book, mawahibul Jalil by Hat-tab vol.4,F.193 Darulfiqr Ad.2.1398,H.1978 AD.

(2) The same reference as above and see Sharah Mankil Jullil by Al Sheikh Mohd Aleesh vol.7,P.76-77 Darulfiqr Beirut Lebanon .

ingness ⁽¹⁾ . She would not do it with her good pleasure, when she remitted her dower to her husband and then asked him to return it back . It is narrated that a married woman came to the Judge Qadhi Shuraih in the company of her husband and submitted a complaint that she had gifted some property to her husband and now she decided to return it back . Shuraih ordered the husband to return her property back, the man recited the verse of Quraan,

(If they remit any part of it to you
With their own good pleasure,
Eat up and enjoy it with right good cheer) .

“But Shuraih did not accept his view and told him “ .

that if she was satisfied with her decision, she never asked to return its property ⁽²⁾ . It is also narrated that a woman gifted an amount of one thousand Dinars from her dower to her husband . But the husband divorced her after taking possession of property . She raised a case to Abdul Malik Bin Marwan . The man replied that she had gifted him that property with her free willingness But Abdul Malik said, “ the later verse in the Holy Quran says , (Do not take the least bit of it back) so you have to restore her property . ⁽³⁾

It is narrated that Umer Ibni Khattab MABPWH issued an order to all the Islamic jurists that the women some time gift their property to their husbands under some pressure . So any of them if reclaimed to return back her property, it must be in her possession ⁽⁴⁾ . Look at the verse,

(If you had given any of them
A whole treasure for dower,
Take not the least bit of it back) .

Allah Almighty has ordered to husbands that they are not allowed to take any part of dower which they have gifted to their wives when they decided to abandon them or to take one wife in place of another .

(1) See Almusannif Abdul Razzaque, vol.9, P.114, Printed by Almaktabatul- Islami Beirut Ad, 2,1403, H. 1983, Ad.

(2) Tafseer Fakhruddine Al Razi vol.9, P. 189. Darul Fikr.

(3) Almusannif Abdul Razzaque vol.9,P.14 Almaktabatul- Islami Beirut Ad,2,1403H. 1983 AD.

(4) Durarul-Ahkam Sharah mujallata-shi'can, Ali Haider, Arabic translation Fahmi Al-Hussaini, Kitabu-Lsharakat p. 641-642 and Kitabu-Lhawala p.315, Manshoorat, Maktabatunnabha Beirut Lebanon. And Tahtawi's margin on Durul Mukhtar, vol.4.P. 100 , Darul Maarifa, Beirut, Lebanon 1395,H.1975 AD.

He also says,

" (If ye had given her
A whol treasure for dower,
Take not the least bit of it back
Would you take it by slander
And a manifest wrong) ⁽¹⁾ .

(And could you take it
When you have gone in unto eachother
And they have taken from you solemn covenant) ⁽²⁾ .

He also says,

(Wed them with the leave of their owners
And give them their dowers
According to what is reasonable) ⁽³⁾ , "

Almihlah "in the former verse means dower of woman allotted to her by Allah the most high . And its linguistic meanings are a free gift with out taking any compansation ⁽⁴⁾ . Al Imam Al Rrazi says in the meanings of Allah's saying ,

(If they of their own good pleasure
Remit any part of it to you) .

He explains, if the women remit any part of their dower to their husbands with their own good pleasure, without finding any re-fractoriness in the inborn qualities of their husbands or any miss-behaviour towards them. Eat up this property and spend it as you like . Razi says that this verse is a proof for the distress of the path and one should be very much careful, as their is a basic condition for using this property and that is the free willingness of woman⁽⁵⁾. So Allah says " If they remit any part of this property " does not say if they gifted or allowed . It is an indication that the gifter is totally free in her will-

(1) Surat Al Nisa verse , 20 .

(2) Surat Al Nisa verse, 21 .

(3) Surat Al Nisa, verse 23 .

(4) Al-Misbahul muneeer lil-Fiyoomi, vol,2,595 printed by Al-Maktabul-Ilmiyah, Beirut-Lebanon .

(5) See the Tafseer Fakhruddin Al Razi, vol,9, P.188- 189, Darulfiqr .

anyone to eat up the property of a Muslim without his willingness ⁽¹⁾ and the Prophet PBUH Also said, " do not grasp any of you property of his brother jestingly or seriously . If one of you borrowed a stick from his Muslim brother it should be returned it to its owner ⁽²⁾ " Narrated by some of companions of prophet PBUH that they were travelling with the prophet PBUH while one of them went to sleep. Meanwhile some of them moved towards his arrow and grasped it- The owner of arrow was frightened . The prophet PBUH said at this occasion, " It is not lawful for a Muslim to frighten his Muslim brother ⁽³⁾ . So this ruling leads to the defination of harm, it does not contain only on the grasp , but it also tranpasses to the frightening of any body . In this way the harm will be multiplied with grasp of one's property and frightening of its owner.

The second aspect of this answer related with a certain person is based on another Islamic law that Allah Almighty has allotted rights to the woman, so the person who will become overstepping towards her, will overstep a right allotted by Allah. Equally if the tranpasser was a husband or another person . Among these rights of woman there is a right of ownership of her property and her dower, so the husband is not allowed to take anything from her propherty without her willingness and the proof on this judgment is the saying of Allah in his Holy Book , he says,

" And give the woman (on marriage)
Their dowers as a free gift,
But if they of their own good pleasure
Remit any part of it to you,
Take and enjoy It with right good cheer "⁽⁴⁾ .

- (1) Al-Sunan al Kubra, Al-Bahaqi vol,6,P.100, Darul marifa Beirut . Majmaul Zawaid, Monbaul Fawaid, Haihmi, vol,4,P.172, darul Rayan Li'Inharas Cairo. Darulkitab al Asabi Beirut Kanzul Ummal fi Sunnan al aqwal wal-afaa' Al-Burhan fouri vol,1,P.92 mouassasat-ul-risalah li-Al Ajjooni vol,2,P.498 printed by mouassasat-ul-risalah beirut, third edition, 1403H, 1983 AD .
- (2) Sunan Abi Dawood vol,4,P. 301 . Verified by mohd muhammad Abdul Hameed printed by Maktaba Asaria Saïda Beirut . Al-Sunan al-Kubra lil-Bahaqi vol,6,P.100 printed by Darul-Ma'arif Beirut Lebanon . Majmaul zawaid Al Haihmi vol,4,P.172, Darul Rayan li'Inharas Cairo, Darul-Kitah Al Arabi Beirut .
- (3) Sunan Abi Dawood vol,4,P.301 Research, mohd muhayyudin Abdul Hameed Al Maktabatul Asaria Saïda Beirut . Musnad Al-Imam Ahmed vol,5,P.362 , printed by al-maktabat-ul-Islami; Al-sunan al-Kubra lil-Bahaqi , vol,10,P. 249, printed by Darul-ma'arif Beirut Lebanon : "
- (4) Surah Al Nisa, verse 4 .

CASES FROM JURISPRUDENCE (Fiqh Point of View) (*)

88- What is the judgement of shariah about a Husband who grasped the property of his Own wife with out her willingness ?

An enquirer says in the question is that a wife kept her salary with her husband expecting preservation of her property and its presentation toward her in her necessities . When a valuable amount was collected, she wished to receive her money back but he payed some of it while grasped the rest . When she tried to make him agree for this payment, he got angry and began to threaten her. She become silent fearing from divorcement . Is this action permissible for the husband or there is a compulsion for him to restore her property ? .

The answer to this question has two aspects . First is common for all the people and based on the law of Shariah that any one is not allowed to grasp anyone's property with out his permission and willingness that the specialty of the owner with his property is absolute . It cannot be limited except the provisions mentioned in Islamic Shariah for its limitations.

For example, Father's command at the property of his son, as we shall explain it later . Allah almighty magnified to transcend property of others . Allah says,

**" Eat not up your property
Among your selves in vanities " (1) .**

He also said about the property of orphans,

**" Those who unjustly eat up
The property of orphans eat up a fire
Into their own bodies ,**

They will soon be enduring to a blazing fire " . (2)

The Sunnah also stresses on interdiction of the properties of others. Anas Ibn Malik narrated that Allah's Prophet said, not lawful for

(*) These questions are sent by the readers of journal to the editorial board and DR. Abdul Rahman Hassan Al Nafessa proprietor of journal and editor in chief replies to them .

(1) Surat Al-Baqarah, verse 183 .

(2) Surat Al-Nisa, verse 10 .

ing to malicious acts frequently, always or mostly, even the means leading to such actions is permissible, recommended or obligatory . Of this type are the contract intended apparently to allow committing the sin by stipulating it in the text of the contract .

The second one :- Linanimously permissible, where the interest outweighs the malicious acts .

The Third one :- Is the one which is not agreed upon. It is the act that apparently seems correct but it includes a suspect that might lead to prohibited inner intent .

- 5- The control for permitting the evasive legal devices takes into consideration that it will seldom leads to malicious acts or where the interest of the act outweighs the malicious acts .

The control for forbidding the evasive legal device is when it is expected to it must lead to malicious acts or mostly the malicious act is likely out weighs the interest that might arises out of the mean .

**In the name of Allah, Most
Gracious, Most Merciful**

**Praise be to Allah the cherisher and Sustainer of the Worlds
and all prayer and blessings be upon His prophet and the seal
of His Messengers, Muhammad, his family and his compan-
ions .**

**Decision No. 96/8/D9
Regarding
" Prohibition of Evasive legal devices "**

The council of Majma'a Al-Fiqh Al-Islami held its ninth session in Abu Dhabi, United Arab Emirates during the period as of 1st Dhul Qada, 1415H corresponding to 1st April, 1995 upto 6th Dhul Qada, 1415H corresponding to 6th April, 1995 .

Upon reviewing the various studies and researches received by the council on " Prohibition of Evasive legal devices " and upon listening to the precise discussions that took place around this subject matter .

Has unanimously decided the following :

- 1- Prohibition of evasive legal devices is by origin one of the principles of Islamic Shari'a which may be defines as forbidding the permissible acts that may lead to the malicious or forbidden acts .
- 2- Prohibition of evasive legal devices is not only confined to are as of suspicion and cautiousness , but includes anything may lead to the forbidden (Har'am) .
- 3- Prohibition of evasive legal devices requires halting all tricks to commit the prohibited acts or neglect essential acts should be observed in accordance with Shari'a requirements, but there is a difference between the trick and excuse since the former requires availability of Intent while the latter does not .
- 4- **Types of Evasive legal devices :**

The First one :- Linanimously prohibited as those provided for in the Holy Quran, Prophet's traditions (Hadith) or those lead-

- unless he has already issued his judgement ; and it is not permitted for him to appoint another arbitrator without obtaining the consent of both parties since their previous acceptance is connected with him in person .

Thirdly :

Arbitration is not permissible, whatsoever, in all rights of Almighty Allah such as Punishments stipulated in the Quran or issues requiring an affirmation or denial of a verdict for non arbitrating parties, that he can not pass judgement over them as cursing since the son's right is related to him or in issues where judicial circles have sole jurisdiction for consideration .

In case the arbitrator passes a certain judgement or an issue that may not be considered through arbitration, then his judgement will become null and void and non enforceable .

Fourth :

The arbitrator must meet judicial conditions ought to be observed in compliance with origins of Shari'a .

Fifth :

The original issue is to enforce the judgement of the arbitrator voluntary ; and in case one of the arbitrators disagree, the dispute will be raised before the judiciary for enforcement. The judiciary shall have no right to revoke it, unless it is a clear act of injustice or contrary to the legal judgements .

Sixth :

In case there are no International Islamic Courts, the Islamic countries or firms may refer their disputes to non-Islamic international courts to reach a settlement that is conformable to Islamic Shari'a .

Seventh :

Member countries in the Islamic Conference Organization are invited to complete the required procedures to establish the International Islamic Court of Justice and to enable the court to perform its valuable roles provided for in its Act .

Fatawa of the Council of Majma'a Al-Fiqh Al-Islami

In the name of Allah, most Gracious, most Merciful

**Praise be to Allah the Cherisher and Sustainer of the
worlds and all prayer and blessings be upon His Prophet
and the Seal of His Messengers, Muhammad, his family
and his companions .**

Decision No. 95/8/D9 Regarding

" Arbitration in Islamic Jurisprudence "

**The Council of Majma'a Al-Fiqh Al-Islami held its ninth session
in Abu Dhabi, United Arab Emirates during the period as of 1st Dhul
Qada , 1415H corresponding to 1st April, 1995 up to 6th Dhul qada,
1415H corresponding to 6th April, 1995 .**

**Upon reviewing the various studies and researches received by the
Council on the subject of " The Principle of Arbitration in Islamic Ju-
risprudence" ,**

**And upon listening to the precise discussions that took place
around this subject matter,
Has unanimously decided the following :**

Firstly :

**Arbitration is an agreement between two conflicting parties in a
specific dispute to assign an arbitrator (s) to pass a binding judgement
over a conflict arising between them. This binding judgement should
be in conformity with Islamic law (Shari'a) .**

**Arbitration, as defined above, is a permissible and legitimate prac-
tice whether between individuals or in international conflicts arena .**

Secondly :

**Arbitration is not an obligatory contract for both concerned par-
ties, and the arbitrator. Both parties may abandon arbitration, unless
the appointed arbitrator (s) has already commenced the arbitration pro-
cess . The arbitrator may also withdraw himself - even after his acceptance**

ests. The other division is, the means , that lead to these interests ⁽¹⁾ .

The Reality of The Prohibition of Evasive Legal Devices :

The source of the pretext, is to look into the outcome of the actions and their destinations. If this outcome is directed toward the interest, which is the most important intent of the people's transactions, the destination is accepted. But if the destination of the action is directed to an evil, it is prohibited to a degree proportional to that of the evil, though prohibition of the pretext or means is lesser ⁽²⁾ .

A reasonable look to the prohibition of evasive legal devices :

On this regard, Shariah observes the action and its fruit not the intention of the person who does the action. If the result of the action is good, it is accepted, if it is bad it will be prohibited, regardless of the good intention. Sometimes, a man can do a good action but with ill intention, like the one who reduces the price of his commodity to harm others, and a man can do a bad action, but with good intention, like the one who curses the idols. This means, the intention is not regarded, and the consideration is given to the result or to the outcome of the action, whether it is good or bad and whether it leads to an interest or to an evil ⁽³⁾ .

Association of the Prohibition of Evasive Legal Devices with the Right Abuse :

As we have seen above, pretext, is to look into the action outcome, not to the intention. A man who is , sincerely, cursing the idols, his action leads to disobedience, because it is resulted in cursing of Allah Almighty by the pagans, though his intention is good . Looking into the outcome of the action, is similar in the case of the right abuse. One who is using a right to harm others should be forbidden, like the man who opens a window that exposing his neighbour's women .

(1) Malik, Al Shaikh Mohd Abu Zahrah, 221 .

(2) Malik, Al Shaikh Mohd. Abu Zahrah, 406 .

(3) Malik, Al Shaikh Mohd. Abu Zahrah, 406-407 .

Abdullah ibn Omar Narrated : The Prophet (phum) said '(It is one of the greatest sins that a man should curse his parents. " It was asked (by the people), " O Allah's apostle ! How does a man curse his parent ? " the Prophet (pbuh) said, the man abuses the father of another man and the latter abuses the father of the former and abuses his mother)⁽¹⁾ . c) It is regarded as cooperation in doing vice and aggression.

- 8- Using right in a way that mostly (not frequent or rare) leads to an evil, such as a pioned time sales. This category is confusing, as it is , basically, permissible from view point of Abu Hanifa', Shafi'e schools and others, because assertion or suspicion of a following of evil occurrence is not existing. Occurance or non-occurance of a following evil, is just a probability with no evidence, therefore assumption of intentional harm should not be considered as a real intention. The concerned person (benefit gainer) should not be looked at, as having undesirable intention, though the permissible action is highly suggestive to do so. For this reason, Maliki and Hambaly schools included this category under prohibition of evasive legal devices, depending on the frequency of the following occurrence of evil or harm, and intention itself can not be controlled as it is something hidden with the prevalence of suspicion. Shatiby concluded that Shari'ah is based on precaution and firmness to avoid what leads to an evil⁽²⁾ .

The Relation Between The Right Abuse And The Pretexts :

Explanation of the Meaning of pretexts : The linguistic definition of a pretext is an instrumentality, in Shariah, pretext is defined as using a legal device to an interest in a way that leads to an evil⁽³⁾ . Prohibition of evasive legal devices, is the removal of means that lead to an evil. That is to say, a means to a forbidden is forebidden, and a means to duty is duty. For example viewing of a foreign woman (unrelated) is forbidden as it leads to adultery. To clarify this, we have to say that, judgement sources are two divisions : The first division is, the intents, which forming the inter-

(1) Al Bukhari vol.8, page 3 .

(2) Al Mowafiq'at 2/361-364 .

(3) Al Mowafiq'at 4/199 .

case, such an action is a violation and the concerned person has to bear the burden of his violation against the public (lives or properties) . But if his intended harm does not occur his intention will not be regarded ⁽¹⁾ .

- 6- Using the right in a way that rarely leads to an evil. Interest in this case is legitimate and no consideration is given to rare occurrence of evil, because normally there is not interest that is completely safe from harm, whatsoever. In Shari'ah priority is given to the interest and rarity of evil occurrence is not considered . This is the conception of Shariah , adapting ordinance to life to be customary. Gaining benefit or averting evil , with being aware of rarity of harm occurrence, is not considered as short sighting or harm intention, and the action is legitimate. This is evident from the legislation adjustment, as we found, that a verdict can be given in cases of blood, property and honour, on basis of a witness, although lie, illusion or fabrication is expected, but this is rare, the consideration is given to major public interest ⁽²⁾ .
- 7- Using right with suspicion it may use lead to an evil . Example for this is selling of grapes to a person who use it for making liquor. It is known, from Shariah point of view that all actions are basically permissible, but can a suspicion of a following harm or evil, be adopted as a basis for a prohibition of a permissible action ? As in similar cases, the occurrence of the following harm is not rare, it is more likely to take suspicion into consideration, for the followings : a) Suspicion is considered in case of practical subjects (blood, property), so it is probably to be regarded here also. b) This category falls under prohibition of evasive legal devices, Allah Al Mighty says :

" Revile not ye
 Those whom they call upon
 Besides Allah, lest
 They out of spite
 Revile Allah'
 In their ignorance ... " ⁽³⁾ .

(1) Al Mowafiqat 357-358 .

(2) Al Mowafiqat 358-359 .

(3) Surat Al An'am, verse 108 .

is confirmed, a man right in what he gains in precedence, is legal, and he would not be deprived that right, unless he, willingly, accept, to deny his right. But he has no option in cases of emergency to deny his right, as warding off harm, or gaining benefit (if vital) . Example : Bribery, if it is the only way to avert injustice or oppression, ransom to enemy or infidels to release captives, pilgrims paying money to bandit. In all these cases a benefit gained through committing a sinful deed or corruption . As a matter of fact, a punishment is harming someone for the interest of the community or to avert evil, that is to say, harm is not intended to itself by the legislator, but the motive is reasonable ⁽¹⁾ . (B) Denial of self interest : Here also , there are two standpoints : 1- Denial of selfishness and adoption of consolation. This highly appreciated and it has been applied during the Prophet (pbuh) era . The Prophet (pbuh) said : (When the people of Ash'ari tribe ran short of food during the holy battles, or the food of their families in Madena ran short, they would collect all their remaining food in one sheet and then distribute it among themselves equally by measuring it with a bowl . So these people are from me, and I am from them) ⁽²⁾ . In this case harm is evenly distributed and the concerned person is affected as all , or may be less . 2- Altruism (unselfishness) : It is the denial of self interest for the sake of the others. This is one of the high moral characters, and it is evident from the behaviour of the Prophet (pbuh) and his companions . Denial of the private interest in such way, with bearing the inevitable harm that follows, is accepted unless it violates Shariah purposes, and in this case it is not considered as denial of self interest or acceptable from Shari'ah point of view ⁽³⁾ .

- 5- Using right to gain an interest that, in itself, will not result in a harm, but it leads inevitably to an evil. There are two views for this category : a) Achieving a legitimate benefit without intention to harm anyone, this is permissible . b) Knowing that to gain an interest will, ultimately, leads to the harm of others, though negligence of this benefit will not hurt its gainer. This action can be interpreted either as matter of short sighting or intentional harm and both are not allowed from Shari'ah point of view . In this

(1) Al Mowafiq't 2/349-352 .

(2) Narrated by Al Bukhari in the book of the partnership, and Muslim in (the merits of the companions) .

(3) Al Mowafiq't 2/353-357 .

Maliki and Hanbaly jurist said, if the marriage has been concluded with intention of divorce to legalize the woman for an ex-husband, the marriage is void, and a new marriage contract to be concluded with a new Maher (dower), if he has slept with her. This intercourse will not legalize the woman to her ex-husband as the marriage has been concluded with such intention of divorce. Al Thouri and Al Awza'e have the same view ⁽¹⁾.

- 5- Divorce abuse : Such as a man harming his wife to enforce her to pay a compensation, while he can divorce her without resorting to such behaviour ⁽²⁾.

Al-Shatiby's categorization for right abuse :

Imam al Shat'by has classified right abuse, as it produces benefit to its doer and harm to the others, to eight categories :

- 1- No harm results from using right .
- 2- Using right in away to benefit from it and to harm others intentionally . Example for this : Reducing a commodity price to gain benefit with intention to cause loss to rivals . Al Shatiby said, no dispute about forbidding intention of harming others, as it is evident, no harm or reciprocal harming .
- 3- Using right without intention to harm specific person but the harm is common, and giving private interest a periority over the public interest . It is possible , such person can be dealt with, in away that not affecting his right, otherwise the public interest is having the priority . Examples for this, is the prohibition of the urbanite's sale for nomadic, reception of commodities, agreed solidarity given to the craftsmen, though they are basically supposed to be honest .
- 4- Using right results in a specific harm, but prevention from using this right will harm the concerned person as he needs to do it . In this situation there are two views looking to the interest obtained : (A) affirming the benefit gained . This is because, in Shariah, interest gaining is prior to evil prevention even if this interest results in harm to others, this is why, it is permitted to eat the flesh of a dead (and Other prohibited foods) in case of emergency . As this

(1) Bodayat Al Mojtahid 2/58, Al Fatawa, Ibn Al Qayem Al Jawziyah 3/103 .

(2) Al Mowafiqat 2/386 .

- 2- If the wall is not affected, it is not allowed in the view of most Hanbly jurists, because it is considered as using other's property, even if the owner is not in need of that wall. Ibn Aqeel said it is permissible, as per Sunnah (above mentioned hadith, narrated by Abu Huraira), and reasonability: what has been permitted for need of a man, does not mean his ownership to what he uses.
- 3- If the neighbour cannot build his ceiling without using the neighbouring wall, he is permitted to use it, according to Abu Huraira Hadith mentioned above ⁽¹⁾. This is opposing the view of Hanafi, Maliki and Shafi'e in the famous narration ⁽²⁾. They based on Sunnah and reasonability, as for Sunnah, the Prophet (pbuh) said: (A muslim property should not be used without his permission) ⁽³⁾. As for reasonability, they said, using of wall is getting benefit from other's property without urgent need and without the owner's permission, is not permissible, and thus Abu Huraira Hadth is just a recommendation.

3- Contracts Abuse :

The Rights stated in contracts should not be abused. Hanafi jurist decided that, a man who rents a shop or a house, has the right live or to work in, but he has no right to allow the rented property (shop or house) to be used by a blacksmith, fuller or miller without the concetion of the owner, unless it is stated in the lease, as the usage of the building by such persons may lead to its weakening ⁽⁴⁾.

4- Marriage Abuse :

To Marry a divorced woman with intention of dismissal to leglazier her re-marriage to ex-husband. The jurist have different views in such marriage.

Hanafi and Shafie jurist said that the marriage is void, even when it is known to the both sides it is just a matter of legalizing a future marriage to the ex-husband ⁽⁵⁾.

(1) Al Kafi Ibn Qudama.

(2) Al Falawa Al Bazaziya 6/413, Al Mohazab 1/441, Al Baij Ala Al Muwatta 6/43.

(3) Narrated by Al Daylomi from Anas, in Musnad Al Firdaws. See Kamaf Al Khafa.

(4) Al Dir Al Mukhtar, Ibn A'ideen, 5/18.

(5) Al Ooun 3/73, Al Zaila'e 2/92, Al Bada'e 3/187-188.

right to use the land of his neighbour without his permission. The other view : It is permissible ⁽¹⁾ . Malik has another view that, a man has no right to change the path of water channel to his land which existing in another man's land ⁽²⁾ .

- 3) Zahereya (supporters of apparent meaning) ; said a man has no right to refuse for his neighbour to use his building wall as a ceiling support, and he has to be enforced whether he likes it or not, unless he has intention of demolishing the wall ⁽³⁾ .
- 4) Shafi'e school has two views on the same subject. The first view : It is not permissible. The other view it is permissible but with defined conditions which include : a) The owner of the building has no need to use it as a support for his own ceiling wood . b) The neighbour should not increase the height of the wall . c) The neighbour should not own the part of the wall he is going to use as ceiling support . d) The neighbour should not overload the wall . e) This neighbour has only one wall . This view has a support from the Sunnah (tradition) and reasonability . From Sunnah, Abu Hurairah narrated : the Prophet (pbuh) said, (a man has not to refuse using of his wall by his neighbour as ceiling- wood supporter) . As for reasonability, the Prophet (pbuh) forbade prohibition of usage of water surplus, Abu Hurairah narrated: (Water surplus should not be prohibited to be used (by those who need it) to avoid prohibition of using pasture grass surplus ⁽⁴⁾ . So if the usage of water and pasture is allowed, wall that is not needed by its owner can be used by his neighbour ⁽⁵⁾ .

Hanbaly Jurists have indicated three cases in the above mentioned matter :

- 1- If putting of the wood (ceiling) is harmful to the wall, it is not permissible, the Prophet (pbuh) said : (no harming or reciprocal harming) ⁽⁶⁾ .

(1) Al Kafi Ibn Qudama 2/209, al Qurwa'ed (Ibn Rajib) 203 .

(2) Al Modarwana 6/196 .

(3) Al Mohalla 3/242 .

(4) See, Al Talkhees Al Hakeem, Ibn Hajar, Revival of the Dead .

(5) Al Mohazab : 1/441 .

(6) Narrated, Al Shafi'e and Malik, see : Kashf Al Khaf'a (Al Aglouni)

Guidance has been plainly
Conveyed to him, and follows
A path other than that
Becoming to men to faith,
We shall leave him

In the path he has chosen ... ⁽¹⁾.

From this verse, it is clear that having intention other than that of Shariah to reach to an ijtihad or to avert harm, is absolute deviation from aims of the lawgiver ⁽²⁾.

- 4) Handling a lawful matter with intention other than that of the lawgiver, ⁽³⁾.
- 5) Obligations of Shariah should be fulfilled in accordance to the goals of the lawgiver, deviation from that, these obligations will become means to what has been intended.

Categories of the Right Abuse :

- 1- Right Abuse is not confined to transactions only, but, include worship also. Example for worship abuse :

Avoidance of Zakat by using tricky ways, such as donation of a property close to the end period zakat is due (Ha'wl). Zakat is enjoined to fight miserliness and for the benefits of the poor, and donation in that way, is not encouraged by Shariah, but it is just a way to escape Zakat and hence obliterating the goals for which it has been enjoined.

- 2- Abuse of ownership right :

- 1) As per Malik in his Modawwana : A man digs a well far from his neighbour existing well, and this results in water shortage in the latter's well, the former is ordered to dump his well ⁽⁴⁾.
- 2) A piece of land, the only path for watering it is through the neighbour's land, Hanbaly school has two views in this matter : The first view : It is not allowed, as the owner of the first land has no

(1) An-Nisa , verse 115 .

(2) Al Mowafiqat 334/2 .

(3) The above source .

(4) Al Modawwanat 6/196 .

RIGHT ABUSE IN THE ISLMIC JURISPRUDENCE

Dr. Abdul Hafeez Rawwas Qal'aji (*)

Defenition And Gategories Of Right Abuse :

- 1- Linguistically : Means Devaition or Tyranny ⁽¹⁾. Right abuse as a Term is defined by Dr. Fathi Al Derainy, as using the right in away that contradicting the goals of the law giver, in act which is basically permissible ⁽²⁾.

Analysis and explanation : a) It is surpassing right use to transgression. On the other hand, right abuse means using right but in away that against the law giver intent. b) It is known from the source of transactions that, the man intention from his action, should adhere to the aim of Shariah. As Shariah has been laid for the absolute public interest, the people should observe the coincidence of their actions intention with the aims of Shariah. The man has been created to worship Allah Almighty, hence, all his actions should be in accord with Shariah intent ⁽³⁾. That means, anyone who seeks in Shariah commandment a purpose that it has not been laid for, is contradicting Shariah and his intention is void.

According to Shariby, using of Shariah for purposes that it has not been laid for, is absolute contradiction to it, for the following reasons :

- 1) Orders and prohibitions : If a man has the same intention of the lawgiver, from his action, that means, he adheres to what Shariah aims to. But the contradiction occurs if his intention antagonises Shariah goals.
- 2) Thinking that, the result of an action intention, which is determined by the lawgiver, as good, is not good, and vice versa. This is a clear contradiction.
- 3) Allah Almighty says :
" If anyone contends with
The messenger even after

(*) Assistant professor, Basic Education college, Kuwait.

(1) Al Qamus Al Moheet, verb : Abuse.

(2) Right Abuse Page 313.

(3) Al Mowafiq't.

garded analogy approbation as an argument, can turn down the Shafie jurists claims , in accordance with two views .

The first view represented by the Hanafi jurists who agreed with Shafie and other scholars, regarding the invalidity of specialization of the cause, but they still consider analogy preference as an argument and it is not involved with casue specialization . That is because specialization of the cause means a different judgement applied to special forms of the cause . This is not the situation in cases of approbation, where there is no judgement, as there is no cause . Hanafis have decided that, water remainder of rapacious birds, is not filthy, as the cause of contamination, birds saliva to come into contact with water, does not occur. After mentioning this example Al Sarikhasi stated that, the claim which defines approbation as specialization of the cause, is incorrect . In this example, the cause of filth of the remainder of rapacious animals i.e. saliva of these animals contaminates the drinking container, is not existing in case of rapacious birds . As the cause of filth is not existing, therefore the judgement regarding it, is not applicable, and this is not related to specialization of the cause ⁽¹⁾ . What has been mentioned in this example, is also applied to all forms of Hanafi's analogy approbation, that is to say, if the cause is agreed upon, the judgement will not differ with the different forms of this cause .

The other view represented by Al Karakhi, Al Jassas, Al Dabousi and others who accepted specialization of the cause .

Finally, I conclude that, the first stand point, that approbation is not specialization of the cause, is favorable . This is because , reviewing of approbation cases in Hanafi school, reveals the absence of causes in these cases, and therefore absence of judgements . However, in case of specialization of the cause , cause is existing, but the judgement differs due to preventive reasons, hence analogy approbation is argument with supporting evidence .

(1) Al Sarikhasi, Al Osool 2/204 .

- 3- the view of some of the old scholars, which has been adopted by most of the contemporary scholars, that, disputed approbation can not be achieved, is absolutely not correct . Imam Al Shafie, in his book Al Ressalah, blamed those who adopted approbation and stated that, approbation is a matter of enjoyment ⁽¹⁾ . Also , in his book Al Imm Shafie has assinged a chapter for the invalidity of approbation ⁽²⁾ . The statement " a disagreed approbation can not be achieved " , is applied to the forms of approbation not related to analogy, such as text or independent reasoning (Ijtihad) preference, and Shafie did not deny this form of approbation . In my opinion, disagreement is confirmed in the case of analogy approbation, which is the most accurate form practised by Hanafis, and it is denied by Shafie and the jurists of Shafi school because of the particularization of cause , which is invalid in their school . Al Razi Al Amdi and Sirajul Din Al Amoury stated that, analogy approbation is based on specializing the cause, and therefore it is void.

As for those who said that, Shafie did not deny the Hanafi's approbation , their statement is refuted . If it so, which form of approbation has Shafie rejected ?

And who were the jursits said that statement ? Where are their books which show their opinions and evidences . No doubt, Shafie has denied Hanafi's approbation, because it is illogical that, Shafie gave this great consideration to the rejection of approbation in his books, and the origin of the approbation rejection was unknown . This is on one hand, on the other hand , Shafie has lived in a time not far from Abu Hanifa's era, so it is irrational, that Shafie denied preference at his time and abandoned that adopted by Abu Hanifa. Al Sherazi Al Shafie, has mentioned that, Imam Al Shafie has rejected approbation according to Abu Hanifa ⁽³⁾ .

Role of Approbation as an argument :

The Shafic jurists stated that, approbation is based on specialization of the cause, which is invalid in their School , so in turn, approbation is invalid also . In my view, Hanafi jurists, who re-

(1) Al Shafie, Al Ressalah, page 507 .

(2) Al Shafie, Al Oum 11267-270 .

(3) Al Sherazi, Al Tabsira, page 492-493 .

scholar who attributed this incorrect definition to Hanafis, was the Malki scholar, Abu Bakr Al Baghlani, and he has been followed in his claim by a number of past and contemporary scholars. It is not convincing that, Al-Baghlani, knew the meaning of Hanafi's approbation, better than Abu Hanifa or other Hanafi scholars such as Al Kharakhi Al Hanafi and Al Jassas Al Hanafi, who were the first to define the meaning of approbation as adopted by Hanafis. Those were followed by Al Dabousi, Al Bazdawi and Al Samkhasi, and all of them were prominent jurists of principles in Hanafi school, and knew the meaning approbation better than Al Baghlani and other non-Hanafi scholars .

- 2- Stating that the dispute about approbation, is only in terminology, and not in meaning , is not true for the following reasons :
- (a) How to disagree about the term approbation, while it is mentioned in many verses of Holy Qura'n, Allah Almighty says :

" Those who listen
to the Word ,
And follow the best of it ... " (1) ,

And He says :

" And follow the Best
That which was revealed
To you from your Lord , ... " (2) .

And He also says :

" , and enjoin
Thy people to hold fast
By the best in the precepts ... " (3) .

- (b) It is contradicting to what has been stated by the major Shafie jurists that, the disagreement with Hanafis concerning approbation, is about the meaning not the terminology .

(1) Surah Az-Zumar, verse 18 .

(2) Surah Az-Zumar, verse 55 .

(3) Surah Al-A'raf, verse 145 .

mentioned many evidences to confirm this principle, Allah Al-mighty says :

" Give Zakat ... " (1)

He also says :

**" And give the women
(On marriage) their dower
As an obligation " (2)**

And he says :

**" If any of you doth so
Intentionally, the compensation
Is an offering , brought
To Ka'ba, of domestic animal
Equivalent to the one he killed ... " (3)**

Imam Al Shafie had deviated from the above mentioned principle which states the liability of the responsible to pay fines from his money, and he did not subject a person who committed accidental homicide to pay the blood money (diyah) from his own money. Al Shafie has decided that, the liability of diyah payment falls upon the responsible family/ tribe, according to the judgment of the Prophet (pbuh) in a case of a free Muslim to be killed accidentally, his blood money (diyah) should be paid by the family/tribe of the person who committed the unintentional homicide (4) .

From this review, I reach to the following conclusions :

- 1- The claim of some of the past scholars, in which they have been followed by some of the contemporary scholars, that the approbation adopted by Hanafis or some of them, is a deviation from analogy to reason's favorite without evidence, is incorrect claim and it has no proof . The Hanafis, including their Imam and scholars, were aware of the real meaning of approbation , and no one of them adopted approbation as it is defined in that claim . The first

(1) Surat Al-Baqara, verse 43 .

(2) Surat An-Nisan, verse 4 .

(3) Surat Al Ma'ida, verse 95 .

(4) Al Shafie, Al Ressalah page 549-550 .

then he should complete his fast, for what he has eaten or drunk has been given to him by Allah)⁽¹⁾.

- (ii) **Consensus Approbation** : Example for this, is permission of people contracting in their dealing with each other (a contract to perform a certain job) . It is practised with no denial from nation, though it is opposing the Prophet (pbuh) *hadith* (One should not sell what he does not own) ⁽²⁾ . According to analogy, such contract (obligation to be fulfilled) is not acceptable because it is similar to a selling of non existing subject, as selling is not permissible unless this commodity is specified or confirmed materially ⁽³⁾ .

Hanafis have not deviated from analogy as it is known by fundamentalists, but they deviated from a confirmed principle of theirs which is , invalidity of selling non existing subject unless it is defined or confirmed by guarantee .

- (iii) **Necessity Approbation** : Example : Purity of pools, wells or containers, if it come in contact with filth, this is performed either by draining all water or part of it, or by washing the container. As per analogy this is not acceptable , the bucket (Dalow) becomes filthy when it touches the contaminated water, and its filth persists as it is dropped in water each time . It is same condition in case of a container, it is has no hole in its bottom for water leak , the filthy water will remain in the bottom , and so the container is not pure. Hanafis gave up this analogy, and adopted approbation of necessity to judge with the purity of pools, wells or containers ⁽⁴⁾ .

Imam Al Shafie did not disprove these forms of approbation . He stated in his book, *Al Rissalah*, that he took a subsidiary case from a principle which is confirmed by evidences, and applied a different judgement from that of the principle , for the existence of a liable evidence . This principle is , the obligations and fines to be paid from one's money, either against Allah's right or people's right enjoined by Allah , and nobody should shoulder the responsibility of such payment on his behalf . Imam Al Shafie has

(1) *Sahih Al Bukhari* 2/234 .

(2) The previous reference 3/23 .

(3) *Al Bukhari*, *Kash Al Asrar* 4/5 .

(4) *Al Debousi*, *Taqweem Osoul Al Fiqah* 2/820 .

Forms of approbation based on its effectiveness against analogy :
There are two forms of approbation regarding this classification :

- 1) Approbation of intense effect, even though it is hidden, against apparent analogy of weak effect . Hanafi School regard this form as approbation from both sides of terminology and meaning .
- 2) approbation of apparent effect and hidden weakness, against analogy of apparent weakness and hidden effect . This form, only approbation as a term ⁽¹⁾ .
- 2- Approbation that is not analogy : It is approbation that confirmed by Hanafi scholars with evidence other than analogy, whether it is a text, consensus or necessity . This category can be defined as, favoring of qualified scholar (mujtahid) to hidden independent reasoning rather than apparent independent reasoning, based on conclusive evidence from Qur'an, Sunnah, consensus or necessity ⁽²⁾ . This category can also be classified into two sub-categories :

(i) Text approbation : This is in turn has two forms :

- (a) Approbation which is confirmed by a Qur'anic text, such as will (wasseyah) permission . As principles are concerned, in Hanafi school, will is not permissible , because it is an ownership after death, whereas death is eliminating ownership, but they allow it on approbation basis, ⁽³⁾ for Allah Almighty says :

“(The distribution in all cases
Is) after the payment
Of legacies and debts ⁽⁴⁾ “ .

- (b) Cases which have been confirmed by sound tradition, such as fasting validity of one who eats or drinks accidentally . From analogy point of view, such fasting is void, because a condition can exist in the presence of its contradiction, but in this case Hanafis deviate from analogy to approbation depending on a tradition, The Prophet (Pbuh) said, (If somebody eats or drinks forgetfully

(1) Al Bukhari, Kashf Al Asrar 4/3 .

(2) Al Jassas, Al Fousul 298-299 (A) .

(3) Al Kasani, Bada'e Al Sana'i 10/4837 .

(4) Surai An-Nisa, verse 11 .

replied, (I had) ⁽¹⁾.

Analogy, in view of Hanafi school, in this case, the wife should not be believed, till occurrence of menses (monthly period) becomes known. The other alternative, the man believes his wife. Hanafi scholars have joined this case with other similar cases. They stated that, a woman should not be believed, in divorcing herself or another woman. These cases form a principle to cases like the followings: A man said to his wife, (If you enter the house, you will be divorced), Then his wife said, (I have entered) The wife should not be divorced, till entry occurrence is confirmed, either by evidence or by husband statement.

In Hanafi school there is another principle, that prevents joining this case with its similars from the aforementioned examples, and it is joined only on approbation basis. This principle is, the acceptance of a woman statement in affairs which could not be known except from her, affairs such as monthly period and pregnancy⁽²⁾, as stated in the following verse:

**" And it is not lawful for them
To hide what Allah
Hath created in their wombs ... " ⁽³⁾.**

The reason that this case follows the second principle and preventing it from to be joined with the first principle, that we believe the woman's statement in matters of private nature, such as monthly period, which can be known only from her. But in cases that can be confirmed by others (house entry), the first principle is adopted, and woman's statement should not be accepted.

Now, we can say, the purpose of Hanafi from analogy approbation is one of the followings:

- (a) A qualified scholar (mujtahid) deviates from apparent analogy to more effective hidden analogy.
- (b) A qualified scholar (mujtahid) deviates from apparent independent reasoning to effective hidden independent reasoning (Ijtihad).

(1) The previous reference.

(2) Al Qur'ani, Al Jamel li Ahkam Al Qura'n 3/118.

(3) Surat Al-Baqarah, verse 228.

judgements but it is favoring of one judgement over another .

- 5- **Definition of Al Sarrikhast :** This definition restricts approbation only to the opposing of apparent analogy , whereas not all forms of approbation opposing the apparent fundamental analogy ⁽¹⁾ . Moreover, approbation is not the evidence itself , but it is favoring of this evidence over other evidences .

Standard definition : Approbation is a condition when, a qualified scholar (mujtahid) is favoring a hidden independent reasoning (Ij-tehad) rather than apparent independent reasoning, on basis of a conclusive evidence .

Classification of Approbation :

- 1- Approbation of analogy : Shafies and Hanafis disagreed about this form . Imam Al Shafie did not deny Abu Hanifa's approbation of tradition, consensus or necessity ⁽²⁾ , even in some cases, Imam Al Shafie, adopted approbation, as in the case of estimating divorce present (30 Dirham) as per Ibn Omar ⁽³⁾ . Al Mawordi said that, all Imam Al Shafie's cases of approbation were joined with evidences, because Shafi school denies any case of approbation without evidence ⁽⁴⁾ .

The most accurate cases of Hanafi approbation, are the analogy approbation cases ⁽⁵⁾ . The analogy approbation, is the a case when a subsidiary is situated between two principles, and it is similar to both . Favoring of a subsidiary analogy over one of the two principles, because of intense effect of this principle, even if it is hidden, is analogy approbation ⁽⁶⁾ . Hanafis called this analogy approbation, to distinguish it from apparent analogy which could be weak , and because they favor the hidden conclusive analogy rather than the apparent weak analogy .

Examples of Hanafi's analogy approbation : A man said to his wife ,(when you have your meneses, you will be divorced) , the wife

(1) The previous reference .

(2) Al Bukhari, Kasha' Al Asrar 4/4 .

(3) Al Moti'e, Takmilat Al Mejmou .

(4) Al Mawardi, Adab Al qudi, .

(5) Al Jassas, Al Fasoul 295, 4 .

(6) The previous reference .

The second definition is more likely to be attributed to Al Karakhi for two reasons : (i) It is safe from some of the criticism of the first definition . (ii) This definition was attributed to Al karakhi by Al Jassas, one of his closest students .

- 2- The definition of Al Jassas is not comprehensive or decisive, because Hanafi scholars have deviated in a lot of cases, from approbation to analogy . In additon to this, in many forms of approbation, Hanafi scholars did not abandon the fundamental analogy , though they resort to approbation whether there is analogy or not ⁽¹⁾ . Also this definition is not decisive, because it is including deviating from a judgement decided by analogy to abrogated judgement .
- 3- The definition of Abu Zaid Al Dabousi : The first definition like the other definitions not comprehensive or decisive . In his definition he did not specify what kind of evidence, so it could be conclusive or weak evidence . Analogy can not be opposed or deviated from, by a weak evidence, whereas not every opposition with an evidence to obvious analogy is considered as approbation, unless the evidence is conclusive . On the other hand, approbation is not an evidence that opposing the clear or obvious analogy, but it is abandonment of the weak evidence and application of a conclusive one .

Abu Zaid's second definition is also not comprehensive or decisive . It is not comprehensive, because some forms of approbation , are withdrawal to text or consensus, as these evidences are more frequent than analogy and reasonability . The definition is not decisive , because a qualified scholar (Mujtahid) may deviate from a general judgement to specific case judgement within that general judgement, or from abrogated to abrogating judgement .

- 4- Definition of Al Bazdawi : He confined approbation to only one category, which is approbation of analogy . Besides, the examples which have been mentioned by Hanafi scholars did not include deviation from fundamental analogy ⁽²⁾ . In addition to that, adoption of a weak effect analogy instead of intense effect analogy, is adopting one of two analogy judgements and it is not approbation in view of Hanafi scholars as approbation is not one of two analogy

(1) Al Basy, Al Mo'tamad 2/839 .

(2) The previous reference .

- 6- Discussion of the Shafi scholars evidences for invalidity of analogy approbation, which is based on the specification of the cause (effective case), and explanation of the favorable view .

Definition of approbation : Linguistic : good or nice ⁽¹⁾ . As a term, approbation has many definitions :

- 1- Definition of Abu Al Hassan Al Karakhi : This scholar has two definitions for approbation . The first : To refrain from a similar judgement of a similar case to another judgement , due to strong reasons ⁽²⁾ . The second : to abandon a judgement in a case to another more favorable judgement ⁽³⁾ .
- 2- Definition of Abu Bakr Al Razi Al Jassas : Preference is to disregard analogy to more proper judgement ⁽⁴⁾ .
- 3- Definition of Abu Zaid Al Dabousi: He has two definition for approbation . The first: approbation is an evidence that opposes the apparent analogy ⁽⁵⁾ . The second : approbation is to abandon an obvious judgement to an obscure one, based on a legal evidence ⁽⁶⁾ .
- 4- Definition of Al Bazdawi : approbation, is one of two analogy judgements .
- 5- Definition of Al Sarkhasi : approbation , is an evidence that is opposing a deeply thought analogy ⁽⁷⁾ .

Discussion :

- 1- The first definition of Al Karakhi is not comprehensive, because in some cases, approbation is neglected in favor of analogy ⁽⁸⁾ . Moreover, this definition is not decisive, because it includes deviating from generality to specialization and from the abrogated to the abrogating ⁽⁹⁾ . The same can be said about the second definition but it is more decisive .

(1) Al Jawhari, Taj Allogha wa Sihah Al Arabeya 3/2099 .

(2) Al Bukhari, Kashf Al Asrar 4/3 .

(3) Al Jassas, Al Fusoul 295,4 .

(4) The above reference .

(5) Al Dabousi, Taqweem Osoul Al Fiqah wa Tahdeed Adilat Al Shari' 2/615 .

(6) The above source .

(7) Osoul Al Fiqah, Al Sarkhasi, 2/200 .

(8) Al Bukhari, Kashf Al Asrar, 314 .

(9) The above reference .

Approbation(Istihsan) Of Hanafi School And The Stand Of Shafi'e Scholars

Dr. Hussain Motawe'i Al Tartoury (*)

The subject of the research : This research deals with two points :

- A- Disagreement of the scholars about the Hanafi's approbation definition and meaning . Some of these scholars attributed to Hanafis or to part of them, that approbation is to refrain from analogy to discretion without having an evidence, or evidence is there, but the jurists failed to express . Among those scholars : Abu Bakr Al Baglani (Maliki) ⁽¹⁾ , Abu Al Hussan Al Mawordi (Shafie) ⁽²⁾ , Abu Al Hassan Al Sherazi (Shafie) ⁽³⁾ .

The researcher is trying to answer, whether that mentioned above is the view of Hanafi scholars .

- B- Some of the scholars Abu Amro Ibn AlHajib Al Maliki, ⁽⁴⁾ Jamale Din Al Asnawi Al Shafi'e ⁽⁵⁾ and Mohib Ibn Abdul Shakour Al Hanafi ⁽⁶⁾ stated that, disagreed approbation can not be accomplished. The question is : Whether this statement is accurate or not ?

Objectives of the research :

- 1- Explanation of Karakhy's definition for approbation .
- 2- Discussing Hanafis definition for approbation and selection of suitable definition .
- 3- Discussion of the essence of Hanafi's approbation as per their books and says .
- 4- Explaining how the statement " Disagreed approbation can not be accomplished " is incorrect .
- 5- Showing how Al Shafi'e statement " approbation is a pleasure (mental luxury) ⁽⁷⁾ , is applied to some categories of approbation of Hanafis .

(*) Professor of the principles of jurisprudence, Islamic culture department, college of Education, King Saud University .

(1) Al Ghazali , Al Markhoul, page 439 .

(2) Al Mawordi, Adab Al qudi page 650-651 .

(3) Al Sherazi, Al tabssara 492-493 .

(4) Ibn Al Hajib, Al Mokhtasar, 3/281 .

(5) Al Asnawi, Nihaya Assawil, 4/402 .

(6) Ibn Abdul Shakour, Hawath Al Rahmout and Muslim Athobout, 2/321 .

(7) Al Shafie, Al Rissalah, page 507 .

Fourthly : Sale contract issued by a sick person in his last illness :

If a sick person sold a part of his property during his last illness to his heir or to anyother one, it will be considered as a testament, so it is valid in the limits of one third of the property . Therefore the sale contract with respect to his heir or non heir, if it exceeds the limits of one thrd, is correct but suspended unless it is verified by the successors of late person . If they permitted, the contract is valid for all parties, otherwise it is totally cancelled with regard to his heir but valid for non heir, up to an amount equal to one third of property ⁽¹⁾ .

Nature of suspended contract :

From the jurisprudence point of view a suspended contract is a contract which is considered as correct due to existence of majority of elements required for its validity, but due to nonexistence of one of the two required elements, it is suspended .

The lacking element may be ownership or capability of its contractor . Like many other issues, this issue is also unsafe from the variation of jurists's opinions about its validity. The Shafie school of thought holds that a contract can not be considered as suspended one, it must be regarded as a valid or invalid . As for Hanafi jurists, some of them are beholders of its invalidity but preferable opinion from Hanafi school is that a suspended contract is a type of correct contracts ⁽²⁾ .

(1) Al Hidayah Sharah Bidayah Al Muftadi Li Al-Murghinani vol,4,P. 231, Hashiyah Al-Dasooqi, vol, 4,P. 422 .

(2) Al Bahr Ar Raniq, vol,6, P. 70 .

pledgee . As he permits, the sale becomes valid with respect to all parties, seller, purchaser and pledgee . If the pledgee does not permit, in this case some jurists hold opinion that the sale contract is canceled even if the pledgee redeems the pledged item . But the preferable opinion is that the contract is suspended in the favor of pledgee, as he redeems the property, the sale becomes valid with regard to the seller and purchaser .

In the opinion of Imam Abu Yousuf, if the pledger of property sold it to a purchaser , the pledger has no right to cancel this contract, however the purchaser has a right of its cancellation of he was not aware of the situation, while Imam Abu Hanifah and Imam Mohommad see that the purchaser has a right of cancellation although he was aware of situation and we see this opinion correct and legal . If the pledger sold the pledged item to its pledgee, this sale contract is correct and valid with respect to the both parties with out any requirement of a permission ⁽¹⁾ .

Thirdly : Sale of a rented Property :

A rented property is related to rights of its tenant, thus its sale is correct but depends on the permission of the tenant, as the tenant permits for its sale it will become valid with regard to all parties and the tenancy agreement will be considered repealed and tenant is obligated to handover the sold item to its purchaser, however he has a right of withholding the sold item unless his paid amount returns to him, if he did not issue a permission, the sale contract is suspended till expiry of tenancy period . The sale becomes valid after expiry and tenant is compelled to handover the rented property to its purchaser . The hirer has no right to cancel the sale contract of hired property after its sale by himself . As for purchaser's right of cancellation, Imam Abu Yousuf holds that he has a right to cancel the contract if he did not know that the sold property was a rented one . While Imam Abu Hanifah and Imam Mohammad are of an opinion that he has right of cancellation though he was acquainted with the situation . If a hirer sold the rented property to its tenant, the sale contract is valid with regard to the both parties with no need of any permission ⁽²⁾ .

(1) See Hashiyat Ibn Abideen, vol,4,P. 213 .

(2) See Hashiyah Ibn Abideen, vol, 4, P. 213 .

Achievement of authority or its retardation :

If there is existence of an authority including all above mentioned conditions, the sale contract is valid . After gaining this authority the curious person will be considered as a representative . All the benefits happened through the sold item before issuance of authority by its owner, are for the purchaser, and the ownership of sold item will transfer to the purchaser since occurrence of sale made by curious not since the time of permission from owner. The price of sold item is for owner . If this amount consumed by curious it is consumption of a consignment . As for, if the owner rejected the sale contract and announced with its impermissibility to the curious, the sale contract is canceled . In case if the sold item was handed over to the purchaser and it was consumed in his hold before issuance of authority from the owner to its seller, its price will be returned to the owner as he is the final authority in this contract, but if the purchaser handed over the price to seller and he consumed it, it is consumption of a consignment and purchaser will be claimed for nothing⁽¹⁾ .

In the case of owner's silence, neither he permits nor rejects the contract, its validity remains suspended till he accepts or rejects it . In the opinion of Maliki jurists, if the " curious " sold something in the presence of its owner and he remained silent, his silence would be considered as his permission, but if he sold something in the absence of owner and he was informed afterwards, but remained quiet for one year since became in his knowledge about sale contract, its quietness will be considered as a permission . The owner will demand the cost of sold item from the curious before the year ends, but if entire the year passes and he is still quiet, his right of receiving amount will be dropped . This is in case when the curious sold the item in the presence of owner, but if he sold it in the absence of owner the acquisition period will be extended to ten years⁽²⁾ .

Secondly : Sale of a pledged Property :

As the Pledged property is related to the right of pledgee creditor, hence the validity of its sale contract depends on the permission of

(1) See Al-Bahr Ar-Rasid, vol.6, P. 141 .

(2) Hashiyah Ad-Darocqi, vol.4,P.12, Al-Hattab, vol.4,P. 269 .

permission of the absent . In this case the curious will be regarded as purchaser due to validity of this contract. So he will be considered owner of the item and responsible for the payment of its cost and he is allowed to sell this item with a new contract to the absent or to another person . If the curious purchaser was a child or incompetent person this contract is invalid with regards to himself because of his incapability and its validity depends on the permission of the absent for whom this item was purchased . But if the both parties joined the contract to the absent it will turn to the absent and its validity will depend on his permission ⁽¹⁾ . The Maliki jurists hold that purchase contract made by curious is suspended like wise his sale contract whether the contract was joined to the absent or to the curious ⁽²⁾ .

3- Authority of curious's disposition, and its validity depends on the following conditions :

- 1) Existence of each of three parties at the time of issuance of authority, seller, purchaser and owner . If one of them died before issuance of authority from owner, the contract would be regarded invalid and successors of the died are not responsible to act at his place ⁽³⁾ .
- 2) Existence of sold item as well as specification of its rate . If the sold item was consumed before issuance of authority, this authority is invalid .
- 3) The curious must be authorized at the time of sale's occurrence .

Formation Of Authority :

An authority may be issued by saying, acting or any wording indicative to permission . For example the owner said, I have permitted for sale or I am agree to this, or I accept it or any other statement of same meanings will be considered as a permission ⁽⁴⁾ . As for the permission by action, it may be open or implied, If the owner handed over sold item to purchaser or recieved its cost with out any statement, it is open permission, while if he gifted the price to purchaser or gave him in charity, it is implied permission .

(1) See Al-Bahr Ar Raaiq, vol.6,P. 149 .

(2) See Al-Hattab, vol.4,P. 272 .

(3) Fatah Al-Qadeer, vol.5,P.312 .

(4) Jamie Al-Faoulain, vd, 1,P. 315 .

- 3- When a curious gained ownership of sold item after its sale , his former sale contract is invalid . He will transfer ownership of sold item to purchaser by a new contract, not by the permission gained for first contract ⁽¹⁾ .

Maliki jurists are of an opinion that if a curious person became owner of a sold item after its sale, and this item was not inheritance but it was a kind of sold property or donation or charity, the mentioned sale is correct but Hanafi school of thought does not see it valid ⁽²⁾ .

The sale contract issued by a curious is able to be invalidated from the both parties seller and purchaser : This sale differs the sale by incompetent because his disposal is suspended but unable to be invalidated, but the sale made by the curious has a possibility in it to be abrogated, despite the owner issued an authority after the sale . With this regard the sale contract issued by curious may be abrogated . Verily curious has been given this right in so much as he may get rid of the rights which may be imposed on him as he becomes a representative after obtaining an authority and the rights of dealing transfer to him. He may be demanded for delivery of sold item or he may face a dispute when any fault will be found in the sold item, it may prove harmful to him therefore he must get rid of these rights before gaining approval as a representative . The purchaser also have been given a right to cancel the contract as a protection for him against the compulsion of contract ⁽³⁾ .

As for Maliki school's opinion, they see that sale contract made by curious is essential with regard to seller and purchaser but un-essential from the direction of the owner .

2- Purchasing by a curious person :

According to Hanafi jurisprudence if a curious person purchased something for another person and he and the seller joined the contract to themselves and did not join it to the absent person, this contract is valid with respect to himself and it does not depend on

(1) Al-Fatawa Al-Hindiyyah, vol,3,P,111 .

(2) Hashiyyah Ad-Dusooqi ala Al-Sharhul Kabir Lid-Dur-Dir vol,3,P,111 .

(3) See Al-Badai, a vol,5,P,151, Fatah Al-Qadeer vol,5,P,312 .

contract made by a curious⁽¹⁾ and there is one of two narrations from Hanball school supporting this point of view⁽²⁾.

The Following results appear from the suspension of a sale contract issued by the curious :

- 1- If a curious handed over sold item to purchaser before attaining authority from its owner and purchaser consumed it, the owner has a right to sponsor one of the both parties, seller or purchaser . When one of them will be sponsored by the owner , the second will get free of his responsibility, because this sponsorship means transfer of ownership hence after he sponsored one of them it is impossible for him to sponsor the second . If the owner slected the purchaser the sale contract will be considered invalid as he will recieve the real price of item not the stated price in sale contract, and recieving real price is similar to recieving same item. In this case the purchaser will claim his paid amount from the curious . On the other side if the owner selected sponsorship of curious, then the position of curious will be observed, if he had taken hold of sold item before sale, from its owner and this grip was insured, he would be considered as a possessor of the item with gaurantee founded at the time of possession, thus this sale will be considered a sale from the owner and it is valid . However if the curious possessed the item as a consignment in his hands , it will be considered that the purchaser purchased it from a nonowner.

It is necessary after occurrence of sale to hand over the sold item to the purchaser as a gaurantee, and the curious will demand the price from the purchaser because he had possessed the item and consumed it in his possession⁽³⁾.

- 2- If the curious handed over the purchased item to the purchaser and he sold it to anyother one, in this case one of the both contracts approved by the owner will be considered valid while second will be canceled⁽⁴⁾.

(1) Al Qawancen Al-Fiqhiyah Li-Ibn Jazl P, 245 .

(2) Al Mughni , vol,4,P, 203 .

(3) Fathul-Qadeer vol,5,P, 313 .

(4) Al-Mabsoot, vol,24,P,96 .

had been lifted from him ⁽¹⁾ .

Fourthly : Achievement or retardation of authorization :

Disposition of incompetent is suspended for its validity on the manifestation of issuance of authorization . If it is achieved, the disposition is valid but if retarded it is invalid . Validity of authority does not depend on a certain time but it depends on the declaration of authority holder ⁽²⁾ . As this authority is based on the time of contract, so it becomes necessary to define the time of issuance of authority . If an incompetent made a disposal which is not authorized to him from his guardian, it is invalid . If the guardian announced with non-existence of his permission to an incompetent for a disposal, he is not allowed to make the same disposal after completing his capability .

Rule on suspended contract which is related to any other's right :

Firstly : Disposition of a curious :

As we mentioned before that a curious person is he who interfere other's affairs with out any authorization so one who sold something belonging to any other one without having an authority from its owner, he is a curious, ⁽³⁾ , whether he presented the sold property as another's or his own, wether the purchaser knew it or did not know that the seller was a curious . In the same way the purchase for another person with out having authority is also purchase by curious . All the disposals made by curious such as gifting, hiring and lending of property will be considered as disposition of a curious .

1- Sale by curious before possessing authority :

A sale contract issued by a curious is correct, but it is suspended till having a permission. The existence of disposition is admitted, but its validity is suspended . So the ownership of sold item will not be transferred to purchaser and purchasers obligation with payment will be suspended temporarily . ⁽⁴⁾ Maliki jurists also see the suspension of

(1) Badai-Az-Sanai, vol,5,P, 149 .

(2) The same above mentioned reference .

(3) Al naughai, vol,4,P, 203 .

(4) Fathul-Qadeer vol,5,P,316 .

devisee of the devisee, next to him is judiciary then that who is appointed by the judiciary . Thus any one has no right to deal with the property of orphans except he who is appointed by the judiciary .

According to Hanafi jurisprudence the same rule will be applied on incompetent as he is similar to orphan because of his idiocy or foolishness .

So it is necessary to appoint a guardian to him ⁽¹⁾ Maliki and Hanbali jurists do not see validity of guardianship for grandfather nor for his devisee ⁽²⁾ . While according to Shafi'e school the father is next to grandfather who may hold custodianship ⁽³⁾ .

Secondly : Limits of guardian for the maintainance or orphan's or incompetent's Property :

It is impermissible to a guardian to make a damaging disposal in orphan's Property . He has no right to gift it , or to give it in charity, or to make a testament about it , or to lend it to anyone. However he is allowed to continue his disposals which may prove useful to orphan or incompetent . He May except gifts, charity and a testament for them . As for his disposals between loss and benefit, he is allowed to carry on them with a condition that it must not affect as an excessive disadvantage to the property . He should try his best to gain most benefits for them and to protect them against every loss, in selling, purchasing, hiring or pledging . He must allow the orphan to carry on a trade with his property if he is capable of this, as well as he must be allowed to make all the disposals having possibility of benefit and loss ⁽⁴⁾ .

Thirdly : Limits of orphan and incompetent's capability in disposition of their property :

When a matured orphan or ward started disposition of his property himself, the beneficial disposals made by him are correct and valid, but he is not allowed to make damaging disposals . As for the disposals between loss and benefit it will be considered as correct but its validity depends on permission of guardian or he who has achieved his capability by reaching his adulthood or in case that guardianship

(1) Bida'i-As-Sana'i, vol.5,P,152 .

(2) Ash-Sharah Al Kabir Lid-Dusooql, vol.3,P,300, Kasbaaf, Al-Qinn'a, vol.2,P,322 .

(3) Muhtaj Al-Muhtaj Lish-Sharbi Al Khateeb, vol.2,P,173 .

(4) Muhtaj al-Muhtaj , vol.2,P, 173, Jamie Al-Fusoolain , vol.2,P,21 .

The first motive appears for example in a discriminating boy . It also includes the discriminating idiotic and foolish and according to Imam Zufr (a Hanafi jurist) as well as a forced person, as his volition is imperfect like an incapable person . The second motive appears in acurious person's disposal (who interferes affairs of people with out possessing an authority or representation) as well as the following categories fall under this motive .

A seller who sold an item to a purchaser then sold it again to another person, it also includes to an exotorter and an assistant or his representative who over stepped the limits of assistance ⁽¹⁾ .

Secondly : Among the beholders of suspension of contract, there are some Hanafi and Maliki jurists as well as there is a narration from Imam Ahmed, ⁽²⁾ in this concern . As for Shafi'e school and a narration from Hanbali school ⁽³⁾ , these jurists do not see the suspension of any contract they consider this type of contract as an invalid one .

We Prefer opinion of those who are beholders of suspension, due to the following reasons :

- 1- The real essence in the validity any contract is its correctness . It isn't possible to make a decision for its invalidity in the existence of correctness .
- 2- This type of contract may prove beneficial to its owner so the decesion for its invalidity means loss of this benefit, but its validity depends on the permission of a capable person .
- 3- The opinion of its supention is held by the majority of the jurists with an exception of Shafie and some Hanbali jurists .

Rule on Suspended contract due to incapability :

Firstly : Classification of guardianship for underage and incompetent :

First of all those , who are close relatives to orphan's father are more capable of guardianship then devisee of the father , after to him

(1) Legislation and economy journal twenty fifth year's edition page . 122, by Dr.Zaki Abdul burr.

(2) Badai As-Sana'i li Kasani, vol.7, P. 170, Sharah Al-Kharshi, vol.5P,292, Al-Mughni, vol.4,p. 468 .

(3) Al-Majmoa Sharah Al-Muhazzib, vol.9,P, 157, Al-Mughni. vol.4,P.503 .

Suspended Contract In Islamic Jurisprudence

By: Dr. Yousaf Abdul Fattah Al Mursifi (*)

It is good to appoint one as a guardian to the underage and similars, who may invest his property and to maintain his affairs and to make disposals in the Property, in his interest, which he is incapable to make it . The real essence in this appointment is his protection and security of his property .

This is one of indicatives to this security that according to majority of Islamic jurists, a disposal made by orphan in his property in the rotating affairs between benefit and loss, is invalid and its validity depends on the permission of his guardian . As for harmful dealings by orphan like gifting something to anyone without having compensation are invalid, however useful dealings as accepting something are valid, and after he reaches his maturity , he will be handed over his property so that he may use it according to his ability as he becomes capable for it .

In the same manner it is a good opinion that a disposition made by a curious person (who interfere other's affairs with out an authority or representation) may be useful to the seller as well as to purchaser because it often happens in practical life, so it will in common interest if we say that its validity depends on the permission of a capable person .

Suspension of Contract and Its Supporters among the Jurists :

Firstly : How a contract becomes suspended :

A contract becomes suspended, if it is issued by an incapable person and when the mentioned item is unpossessed to disposer, or it is possessed but related to one's right .

(*) Member of the teaching staff , college of Shar'a, Imam Muhammad bin Saud Islamic university Al-Ihsaw .

obtain rizzq (sustenance), as Allah the Almighty backs the devout who fulfil their religion's commitments . Moreover, one who advises his Muslim brothers , in field of his work, will be known to righteous people who may ask for his services .

Another problem of the boycott, which has been discussed by Ibn Al Hajj, is the public consensus . He concluded that, a boycott by one or two people is not effective , unless it is common. But one or two and those who follow them, have carried out their duty and will be rewarded (in the Hereafter), for the important role they have played. When the reasons to boycott to someone become known to the public, then it will be common ⁽¹⁾ .

6- Distribution :

Ibn Al Hajj has referred , in his book , to what is known economically, as distribution. He pointed out the poor's necessity to the aids, especially when he discussed the medical care service . Ibn Al Hajj has also referred to the Zakat and its distribution, when he discussed commerce and agriculture . He confirmed upon the commitment of full paying of Zakat, and not to hear to self or Satan temptation that Zakat decreases wealth . He added, refusal of Zakat paying, is extortion of poors' right , as they are sharers , with the portion of Zakat, in the wealth of whom it is obliged .

Ibn Al Hajj also mentioned that , some governments collect money under different designations, and in response, merchant or nther, deducts what he has paid to the government from the due Zakat . He explained that, this is unlawful , except in one case, if the government collects this money as zakat, with full adherence to Shari'ah regulations regarding collection and distribution ⁽²⁾ .

May Allah Almighty reward mercifully our Sheikh, Ibn Al Hajj, for his valuable presentation, and may He help us to adopt what is sound therein .

Allah Knows best .

(1) Page 165, vol. 4 .

(2) See vol. 4, pages : 8, 72,75, 145, 218 .

(makrouh) consumption is little more than filling, but not harmful. Finally, forbidden (moharam) consumption, is stuffing one's belly with harmful sequel ⁽¹⁾.

Muslim food consumption, in the view of Ibn Al Hajj, should be with the intention to have the strength and energy to perform his duties, and the Muslim should be a ware of the condition of need and poverty ⁽²⁾. He confirmed that consumption of unnecessary foods is just wasting of money ⁽³⁾.

D- Housing :

Ibn Al Hajj viewed the function of housing as to have a shelter from the public and protection from the natural conditions like rains and sun. He decided that, a house should not be very spacious without legal excuse, and it should not be painted or decorated with gold, because it is wasting of money ⁽⁴⁾.

5- Economical Boycott to encounter violations of production or consumption :

Clothes tailing : Ibn Al Hajj said, if the thobe (rob) is illegal or it is reprehensible to wear, the tailor should refuse to sew it, even if he is in need of money ⁽⁵⁾. Ibn Al Hajj, also said employer should be subjected to boycott, if he does not order his worker to comply with rules of Shari'ah, such as to stop buying from him, after informing the public about the reason of the boycott ⁽⁶⁾.

Masons, also are asked not to build houses that do not comply with the Islamic regulations ⁽⁷⁾. Though this boycott may be faced with difficulty on the part of the masons, that they may be in need for this work, or the need of the employer for the workman. But Ibn Al Hajj, commented that, be aware of the evils, is a cause to

(1) Page 212, vol. 1.

(2) Page 212, vol.1.

(3) Page 66, vol. 2.

(4) Page 206, vol. 4.

(5) Page 21, and the following pages, vol. 4.

(6) Page 164, vol.4.

(7) Page 207, vol.4.

The conclusion is that, Islamic rules for labour relations confirm the necessity of adherence of the employee to labour rules and systems as far as it is not violating Shariah regulations. On the other hand, employer is obliged to give the employee his full dues. Deviation from this by one side, gives the other side the right to quit.

4- Consumption :

It is one of the important matters which have been discussed by Ibn Al Hajj :

- A- Muslim's requirements and the role of the social factors : Ibn Al Hajj has decided that, the social environment has an important role in generating man's needs ⁽¹⁾. To treat this problem, we should deal with the habits and traditions. Ibn Al Hajj explained that, Islam specifies the exact needs of the Muslims within a frame that protects these needs or requirements to be affected negatively by the social habits.
- B- Clothing : Ibn Al Hajj stated in his book that, the motives and purposes of need, for clothes are concluded in the followings :
 i) covering of the private parts. ii) Beautification, which is recommended by Shariah. iii) Protection from natural conditions like heat and cold. The first and second purposes are required legally, while the third purpose is a natural or instinctive need, but it will become a legal obligation if it is joined with need for self preservation ⁽²⁾. Ibn Al Hajj gave examples of some forms of immoderation in clothes like using long and wide thobe (robe). He considered such attitude, not a necessity but it is just a matter of arrogance and wasting of money ⁽³⁾.
- C- Food : In relation to this, Ibn Al Hajj has classified food consumption into five categories : Essential (duty), recommended (mandoub), permissible (mobah), reprehensible (makkrrouh) and forbidden (moharam). Recommended (mandoub) food consumption helps the muslim to perform superfluous and learning. The permissible (mobah) consumption or eating, to eat one's fill. Reprehensible

(1) page 129, vol.1.

(2) Page 23, vol. 1.

(3) Page 125, vol. 1, page 66, vol. 2.

in failure to perform the religious rituals, such sitting or laying (if the ailment is severe) in prayer and breakfasting in Ramadan ⁽¹⁾. Ibn Al Hajj confirmed the necessity to learn medical sciences by the students, who were capable, and advised them to adopt the medical profession due to the shortage in number of Muslims who practised this profession at that time. Actually, he regarded working in medical profession as individual obligation ⁽²⁾.

E- Commercial and Industrial Forgery :

Ibn Al Hajj has discussed some forms of forgery :

- 1) Attribution of a commodity to producer or country other than that of its origin .
- 2) Non matching of the goods with the samples .
- 3) Bad display of the commodities to hide defects ⁽³⁾ .

Industrial forgery : Negligence of specification and quality control in production . This includes : Incompliance with the specification of time of production, quality of the raw material , production techniques or mixing of low quality material with good quality material ⁽⁴⁾ .

Ibn Al Hajj decided that, the consequence of forgery in the long run, is the effacement of blessing and wasting of money ⁽⁵⁾ . He gave economical explanation for invalidity of forgery and it is eating people's money illegally .

F- Labour Relations :

The employer and employee have obligations towards each other within an agreed boundry. Both sides should comply with this boundry and no commitment should be asked outside it . Ibn Al Hajj stated that, the worker should serve his master (employer) hardly and to follow the work rules unless it is something against the interest like forgery or deception. In this case the worker has the right to quit to another honest employer ⁽⁶⁾ .

(1) Page 120, vol.4 .

(2) Page 149, vol. 4 .

(3) Page 31, vol. 4 .

(4) Page 12, and the following pages, vol. 4 .

(5) Page 13, vol. 4 .

(6) Page 17, vol. 4 .

and its produces and the benefit that covers the environment elements (animals ..) .

(ii) Textile and clothing industry :

According to Ibn Al Hajj, this activity, comes next to agriculture in importance . It is one of the best industries which should be available to satisfy the community requirement. Clothes are used to fulfil Shari'ah commandment regarding covering of private parts, beautification as recommended by Sunnah as well as protection against natural conditions (heat and cold) .

(iii) Commerce :

Ibn Al Hajj has discussed the different aspects of the commercial activity such as commodities, activity scope (internal and external), whole sales, retail sales etc . In all these aspects, Ibn Al Hajj, emphasized on the objectives of the activity and the gained benefits . Also , he discussed how to deal with the profits, advertising and sales promotion, selling systems, commercial insurance and types of forgery .

Commerce should have the goal of facilitating the availability of the community requirements and obtaining of necessities without difficulties at anytime . In other words, these objectives should contribute to the welfare and easy life ⁽¹⁾ .

Ibn Al Hajj affirmed reasonable profit gaining in commerce. Also, he encouraged bargaining in selling and purchasing to be save from merchants deceiving. In relation to this, he said, (One should deal smoothly in selling and buying, with taking care not to be harmed) ⁽²⁾ .

D- Public utilities :

Ibn Al Hajj have also, approached the public utilities in his book in the discussion of education and health services . Here, we will deal with what he has mentioned about the health services . As per Ibn Al Hajj, a man is caring for his health, and seeks the consultation of physician or ophthalmologist (Kahal) in case of a disease . It is known that , in some cases, disease or ailment results

(1) See : Dr. Mohd. Saeed Abdul Fatah, Marketing management, Beirut, University house, page 117-141 .

(2) Page 38,vol,4 .

, it is regarded as social obligation (collective) from Shariah point of view, not to mention its importance to life Ibn Al Hajj mentioned that, some people claimed, working for the purpose of earnings is matter of involving in this life, depending on the Prophet's (pbuh) saying : (Love of this worldly life, is a lead to every sin) ⁽¹⁾ . What is dispraised in this Hadith the love of life itself, not the effort for earnings . Scholars said that, to satisfy one's need is not loving of this worldly life, even more, it is greater than engulfed in good deeds. If a man is working with the intent to satisfy his needs and save the community the burden of his requirement provision, actually he joins both obligation (satisfaction of his needs) and superfluous (removes the responsibility of provision of one's requirement, from the Muslim brothers) .

B. Production and Knowledge :

Ibn Al Hajj confirmed the necessity of knowledge to those who are practising economical activities. He specified two kinds of knowledge : legal (Shari'ah) and technical knowledge. For example, he said, agriculture needs a good knowledge of jurisprudence and related technology with adoption of consultation ⁽²⁾ .

Ibn Al Hajj also , emphasized the importance of knowledge for practioners of economical activities, especially for those who do not have adequate education . He stated that, such people should consult the specialists . Those who are capable, they have to learn the subject they need in their profession . The incapable of learning, should consult the specialits ⁽³⁾ .

C. Fields of production and examples of economical activities :

Ibn Al Hajj has discussed many activities in different fields of economy, here some examples :

- (i) **Agriculture :** It is the most important trade, on which life depends . Its benefits not only to the farmer, but also to his Muslim brothers and others, as well as animals ⁽⁴⁾ . Agriculture is given a priority as a trade, because of the need to this economical activity

(1) Narrated by Al Baihaqi in al Sho'ab (incompletely transmitted) . It is said that, it is a doubtful or fabricated Hadith. See Faiz Al Qadeer, vol.3,Page, 363 .

(2) Page 4, vol. 4 .

(3) Page 4, vol. 4 .

(4) Page 4, vol. 4 .

or it is an offence and hence it is sinful. In other words, if the objectives and means are in accordance with Shariah, then the economical activity is not just an action of this life, but it is a pious deed. If the condition is not so, it will be disobedience⁽¹⁾.

- 2- Legality of means and tools : In order that the practice, should be in accord with the motives and objectives. Ibn Al Hajj clarifies this : that a man should avoid in his practice all things that may spoil his intent⁽²⁾.
- 3- The result of the conditions, stated above by Ibn Al Hajj, on the economy is, the achievement of highest levels in both economical efficiency and welfare with the availability of high quality services and commodities.

- 2- Ownership : Ibn Al Hajj, stated that, man's wealth ownership is not absolute. It is derived from the complete and absolute Allah's ownership. He confirmed, this means that, people's financial transactions should be carried within the legal frames which permit some actions and prohibit others. According to him, a man usage of wealth is bounded, this is because his expenditure is permitted in some cases and prohibited in others. As a matter of fact, the man's, wealth is just a loan for consumption⁽³⁾.

If this is the situation in the private ownership, it is more emphasized in the case of the public property (mass property) to adhere to the legal (Shariah) commandments, Ibn Al Hajj has confirmed the importance of avoiding violation against public properties, and gave examples : River's banks, sea shores, roads. It is the responsibility of the authorities to protect such properties against any violation from the public by building or residing⁽⁴⁾.

3- Production :

A- The importance of production for the Muslim :

According to Ibn Al Hajj, the importance of producing all the requirements of the Muslim community, reaches to a degree that

(1) Page 4, vol. 4.

(2) Page 14, vol. 4.

(3) Page 125, vol. 1.

(4) Page 240, vol. 1, page 108, vol. 4.

C- Discussion and comments : Did Ibn Al Hajj mean that effort of the Muslim earn the means of living not suiting him as a Muslim ? Definitely not, for two reasons : 1- This is contradicting his views about the importance of the economical activity and its different aspects .

2- It is opposing to the Shariah statements that, encouraging Muslim to work hardly for earning of rizzq . As a matter of fact, Ibn Al Hajj has no objection to the practice of the economical activities, even more, he is encouraging it . According to his view , the Muslim goal should not be obtaining rizzq itself, but the mere obedience and submission . This means that, Ibn Al Hajj recommended working and to take the economical factors into consideration at the levels of both, means and tools, but he rejected motives and objectives. A Muslim should work and practise any economical activity with motives and intentions of obedience to Allah , with adherence to His commands pertaining to rizzq earning, without looking to the material return, whether partially or totally. In my opinion, Islam accommodates all . Working with intention to earn rizzq (sustenance), either totally or partially, is a real part of Allah obedience . The most obvious text in connection to this, what had been narrated by Ka'ab Ibn Ajra' (may Allah be pleased with him) : The companions of the Phrophet (pbuh) saw a man who was working hardly, they said : (O Allah's apostle ! If the effort of this man is in the cause of Allah ?) , the Phrophet (pbuh) replied them : (If this man is working hardly to satisfy the needs of his children or that of his aged parents or the need of himself , his effort is in the cause of Allah. But if he is doing that for boasting and heprocrisy, his effort is in the cause of the Satan) ⁽¹⁾ .

This Hadith is a clear text, that states, the man's effort to satisfy the living requirement of his family, is not opposing to Allah's obedience .

D- Conclusions :

The most important consequences of Ibn Al hajj's presentation of this subject can be concluded as follows :

- 1- All aspects of the economical activity are included within the legal frame of Shari'ah. It is either obedience which should be rewarded

(1) Narrated by Al Tabarany .

B- Motives and objectives of the Islamic economy as viewed by Ibn Al Hajj :

Ibn Al Hajj stated clearly in his book that, a motive of sort of activity, should be the obedience of Allah Almighty and following of His orders. From this standpoint, Ibn Al Hajj gave a clear interpretation to the following verse :

**" I have only created
Jinns and men, that
They may serve me " (1) .**

Ibn Al Hajj has pointed accurately, the distinction between us and our good predecessors . All their practices and deeds were acts of devotion motivated by the obedience of Allah , even in the practices that are far from to be rituals in nature. While in our case, we do not feel devotion or obedience except when we perform the rituals .

Ibn Al Hajj stated, in his book, that in economical activities, there is nothing to restrain a man from gaining wealth, as far as his intention and motivation is the obedience of Allah Almighty (2) . Also , there is nothing to prevent the consumer from enjoyment he feels in using different products to satisfy his needs (3) .

According to Ibn Al Hajj, a purpose of the muslim from his economical activity should not be the material earnings : profits, charges and yield , all which are included under the Islamic term rizzq (sustenance) . This subject of sustenance has been decided since eternity , that a man must obtain his rizzq (sustenance) . It is evident from the real life that, there is no linking factor between the productivity and the sustenance . We may find a hard working person but he is still poor, and another one who is his sustenance not obtained from the activity he is doing . If it is so , a man should praise Allah for what he has been given, and to be sincere in his devotion and intentions, that he must not ask for more and more, since his sustenance has been decided before creation (4) .

(1) Surat , Az-Zariyat, verse 56 .

(2) Surat , Az-Zariyat, verse56 .

(3) Page 113, vol , 4 .

(4) Page 17, vol, 4 .

Economical Thought of Ibn Al Hajj (737H.) Research In Movtives And Objectives

Dr. Shawgi Ahmad Dunia (*)

The importance of the research : Ibn Al-Hajj had analized accurately with a keen look the different aspects of economical activities as they in real life . He explained the motives and goals of Islam in dealing with the economical activities, and the impact of these motives and goals in the economical techniques and in the quality of the produces .

Introducing Ibn Al Hajj and his book " Al Modkhal "(Introduction) : Abu Abdullah, Mohammad Ibn Mahammad Al Abdari Al Fasi Al Qairawani Al Missry, renowned as Ibn Al Hajj . He was a jurist of 7/8 Hejri century (Maliki school scholar), he was famous for his monasticism and righteousness . He wrote a book of great value named : " Introduction to business developing, through intent improvement and waring against a lot of prohibited innovations . " This book is worthy of study for the profuse knowledge it contains ⁽¹⁾ .

1- Motives and objectives of the economical units :

A- Motives and goals of the positive economy : The material value is the purpose of the positive economy. The man is working and producing with the motivation of collecting more and more of wealth in its different forms : money, commodities or services . This is the main objective of the positive economy as it is acknowledged by its scholars and philosiphers ⁽²⁾ . Social interest , if occurs, in this sort of economy, it is just achieved accidentally and not intentionally .

(*) Ateacher in the department of Islamic economies, Uin Al Qura Unlvesity, Makkah Al Mokramah. He has many papers and researches in the development and Islamic economies .

(1) Ibn Farhoun, Al Debaj Al Mozahab, Beirut, Dar Al Kutob Al Elimeya , 327 .

(2) John Randal, Formation of the modern mind, part 1,P. 468 .

**" ... These are the limits
Ordained by Allah ;
So do not transgress them ... " (1) .**

- 2) If the judge fails to know, whether the penalty is due or not, it is his obligation not to apply it, because honours and bloods are sacred .
- 3) If he is uncertain regarding Divine judgement in the case he is handling, he is obliged, out of piety, to withhold from giving a verdict .

The jurists refuted Ibn Hazm's argument, depending on the following :

- 1- Though the Hadith (on which the rule founded) is incompletely transmitted, but it resembles the traceable Hadith regarding its authenticity, as it is narrated by a Companion (2) . This is because, it is irrational to eliminate a penalty based on suspicion after the crime is proved, in other words no penalty elimination after proving the crime .
- 2- All countries jurists agreed upon the elimination of penalties based on suspicion, and their consensus is an argument against the opponents (3) .
- 3- The nation has accepted the Hadith, and this matter was decided by tracing what have been narrated from the traditions of the Prophet (pbuh), as in the case of Ma'ez, when he said to him (You might kiss, you might touch) (4) .

Dr. Al Awa stated that the dispute between the jurists and Ibn Hazm is superficial . Although Ibn Hazm denied the predominant rule text, but he did not refuse its significance, i.e no penalty is applicable unless the crime is proved, and it becomes an obligation which should be performed . In both cases, there is no contradiction between Ibn Hazm and any of the Schools (5) .

(1) Surat Al-Baqarah, verse 229 .

(2) Fath Al Qadeer, 4/140, Hashiyat Ibn Abdeem, 3/155 .

(3) The last two references in addition to Al Foroug, Al Grafi, 3/173 .

(4) Nayel Al Awlar, 7/111 .

(5) Principles of the Islamic penal system, page 89 .

to the crimes and sinful deeds as general . The term used to refer to this last meaning in the Hadith in the authority of Ali Ibn Abi Talib, he narrated : The Prophet (pbuh) said : (One who has committed hadd " sin " and Allah covers him and forgives his sin, as Allah is more generous than to recur in what He has forgiven)⁽¹⁾ . Based on this Hadith, it is more likely that, the term as it is used in the Companions' statement " Elimination of penalty on suspicion criterion " means crime at large .

- 3) It is known that, forgiveness in cases of discretionary penalties, is permissible after reporting to the authorities, even if the action is free from suspicion . So, it is more entitled to eliminate the penalty of such crime in existence of suspicion .

Finally, regarding this matter, I conclude that, the above mentioned arguments, are adequately persuasive for adoption of the penalty elimination rule in cases of discretionary penalties, though the majority of jurists limited it to the prescribed penalties .

6- Ibn Hazm's view regarding the rule :

The Muslim jurists unanimously agreed upon the application of penalty elimination on suspicion basis, founded on the Prophet's (pbuh) Hadith (Eliminate prescribed penalties on suspicion criterion) . Only the phenomenalist, Ibn Hazm, opposed application of the rule, regarding it as a serious factor that threatening the efficiency of the prescribed penalties system in prevention of crimes . According to his view, it is not permissible to eliminate or to apply prescribed penalty on suspicion basis⁽²⁾

Ibn Hazm argued with lack of authenticity of the Hadith on which the rule is founded . As per his justification, this Hadith has been transmitted through chains in which there is no prophetic text⁽³⁾ . Ibn Hazm supported his argument with the following evidences, all of which linked to texts :

- 1) If a crime of prescribed penalty (hadd) is proved, it is not permissible to eliminate penalty on suspicion criterion, because the penalty is Allah's ordain as it is stated in the following verse :

(1) Ibn Al Atheer, Jami'i Al Osoul, 4/349 .

(2) Al Mohalla, 11/243 .

(3) Al Mohalla, 11/153 .

ishment, though they included retaliation with the prescribed penalties ⁽¹⁾. Al Seyouti said that, doubts can not eliminate a discretionary penalty ⁽²⁾, and Ibn Nojayem stated that, the crime of discretionary penalty can be proved even if there is suspicion ⁽³⁾. But there is an opposing view in the juristic books, that suspicion can eliminate a discretionary penalty. It is mentioned in "Nihayat Al Mohitaj" that, depending on his knowledge, the judge gives his verdicts on crimes such as adultery and theft as well as crimes of discretionary punishments, as the penalties of these crimes are eliminated on suspicion criterion. ⁽⁴⁾. Also, Ibn Farhoun narrated the comment of Ibn Abdul Salam about the Hadith "It is better for Imam to be mistaken in pardon than to be mistaken in penalty". He stated (Ibn Abdul Salam) that, though the Hadith specifies the prescribed penalties, but other penalties can be included ⁽⁵⁾.

This view coincides with the principle, for which the rule has been layed, i.e. securing the defendant's interest and achievement of justice, and this is attainable in both cases of penalty, either prescribed or discretionary. Moreover, there is no text in juristic books confines this rule to the cases of prescribed penalties only, so I do not see any harm to elaborate the scope of the rule to cover the crimes of the discretionary penalties. The researchers, Abdul Gader Owdah and Mohammed Saleem Al Awa have adopted this view, ⁽⁶⁾ which is supported by many evidences including the followings :

- 1) The establishment of this rule on the rule of "presumption innocence and the rule of "Suspicion will not eliminate certainty", indicates its application on crimes of discretionary penalties as well as on crimes of prescribed penalties and retaliation. In addition to that, the rule of "suspicion will not eliminate certainty", is applicable to all aspects of rituals, transactions and penalties.
- 2) The word "Hadd", from terminology point of view, is applied for the prescribed penalties of certain crimes, as it is also applied

(1) Penalty in Islamic jurisprudence, page 124.

(2) Al Ashbah wal Nuza'at, page 123.

(3) Al Ashbah wal Nuza'at, page 130.

(4) Al Kamli, Nihayat Al Mohitaj, 7/161.

(5) Tabserat Al Hokkam, 2/301.

(6) The Islamic penal legislation, 1/216.

once, and they did)⁽¹⁾. Al Shawkany said that, this trick was legally permissible⁽²⁾, Allah Almighty says :

"And take in thy hand

A little grass, and strike ... "⁽³⁾.

It is clear from the aforementioned Hadith, that hitting with the paricle is not the prescribed penalty, but it is a device indicated by the Prophet (pbuh) to eliminate the punishment in the case of such man of physically weak condition .

Example for void tricks , what have been mentioned by Ibn Al Qayem, and he considered it as invalid devices to escape a legal judgement⁽⁴⁾, the tricks used to eliminate theft penalty :

- 1) A burglar digging a hole in a house roof, then his partner enters to bring properties, so the former will escape theft penalty .
- 2) One of the burglars drops from the roof and opens the house gate from inside . The other burglar goes in and brings the properties⁽⁵⁾ . This trick was accepted by Abu Hanifa and rejected by the other Imams and Abu Yousof .

Ibn Al Qayem refuted all these juristic discretions and considered them as void tricks which did not arouse any doubt or eliminate penalty. He also added, there is no law or justice policy that eliminates penalty of such crime, because laws are based on the interests of the public, and these tricks are generating factors of massive corruption⁽⁶⁾.

5- The effect of elimination of penalty on crimes of discretionary punishments (Tu'zeer) :

The jurists adhered literally to the expression of Hadith, (eliminate prescribed punishments " hodoud " , on suspicion criterion), so they excluded the crimes of the discretionary pun-

(1) Nayel Al Awtar, 7/129 .

(2) Nayel Al Awtar, 7/130 .

(3) Surat Sad, verse 44 .

(4) A'alam Al Mowaggen 3/304-305 .

(5) Fath Al Qadeer 4/243, Al Modawwanah 16/73, Al Mahabab 2/280 .

(6) A'alam Al Mowaggen, 3/304 .

that goal . But the jurists identified as tricks, all devices to deem permissible what have been forbidden by Allah ⁽¹⁾ . Imam Al Shatibi has classified tricks into three divisions, according to the objectives of these tricks as decided by Shari'ah , as following :

- 1- Agreed upon void tricks : hypocrites' tricks .
- 2- Agreed upon permissible tricks : to utter a word of disbelief under compulsion.
- 3- Disputed tricks : when there is no solid evidence, and whether the objectives of these tricks conform with the goals of the lawgiver or not . Accordingly, the jurists who regarded trick's objective achieved Shari'ah goals, legalized its use, and those who considered these objectives contradicting Shari'ah prevented the trick use ⁽²⁾ .

We have to notice that, no one of Imams endorsed using of bad (void) tricks, as they were free from such conduct and it should not be attributed to them. Ibn Al Qayem regarded attribution of void trick adoption to Imams is unacceptable and it is ignorance of the esteem position of those Imams in Islam ⁽³⁾ . However, a Muslim is not obliged to follow a view of anyone of Imams, if he feels that, this view is contradicting Shari'ah , in order to escape punishment (in the Hereafter) . This is the reason for the jurists' verdict (Fatwa), which prevents following the verdicts of scholar who favors using of tricks, and revokes his judgement . The verdict also, prohibits following of excuses (Rokhas) in different schools of thoughts ⁽⁴⁾ .

Example for legal trick used to eliminate a penalty, what had been narrated by Abu Umamah Saeed Ibn Saad Ibn Obadah, he said (There was a physically weak man in our locality . Once , this man had been seen slept with one of the females.... Saad Ibn Obadah reported the occurrence to the Prophet (pbuh) . As that man was a muslim, the Prophet (pbuh) , ordered that the man to be punished . They said " O Allah's Apostle ! He is weak beyond your imagination. If we beat him hundred lashes, we will kill him .The Prophet (pbuh) told them to take ethkal (panicle) of hundred shamrakh ⁽⁵⁾ , and to hit the man

(1) Ibn Taimiyyah, Al Hattabi Al Kutub 3/191 .

(2) Al Mowafiqat, 2/387-389 .

(3) A'salam Al Mowafiqat 3/178,281 .

(4) Al Mowafiqat, 2/386-387 .

(5) The subsidiary branch with which date fruits attach to the main branch .

purgatory oath, because he is presumed to be innocent⁽¹⁾. Principally no verdict is given upon a claim of debt or crime or others, till the suspect gives his statement and oath, as innocence is a basic right⁽²⁾. The source of this rule, the Hadith narrated on the authority of the Prophet (pbuh), he said (If the people are given according to their allegations, some people may claim blood and wealth of some men, were it not for the oath compelled upon the defendant)⁽³⁾.

The jurist, in accordance with rule of the presumption innocence, took into consideration the rare and disregarded predominant probability, such as the case of money claim by a righteous man against extorter. Normally, the righteous man is trustworthy and it is rare to attribute lying to him, eventhough Shari'ah giving priority to this rare probability, and regards the statement of the extorter, for reasons of mercy and dismissal of claims against such person and the likes, in order to prevent corruption, injustice and false claims. The principle in the aforementioned case and those similar to it, is the acquittal of suspect, in accordance with the lawgiver intention in elimination of the penalty⁽⁴⁾.

Also, in adherence with the rule of presumption innocence, the jurists disregarded the evidence presented by the defendant after his denial, to refute the claim of the accuser, because this evidence has been already invalid with the denial of the accusation. For instance, somebody claimed financial rights or accused another one in a certain crime. The accused denied the claim, then the accuser presented a proof to support his claim. In response, the accused presented an evidence to prove that, he has fulfilled his financial commitment towards the accuser, or that he has reconciled with him regarding the crime. This evidence is not acceptable, as it is already void with the denial of the accusation.

4- How to manage elimination of the penalty (or tricks forelimination of penalty) :

Ibn Taimeyah defined the trick as an hidden approach to achieve a goal, whether this trick is good or bad depends upon the nature of

(1) Hasbeyat Al Adawi, 2/311.

(2) Al Porouq, 4/74.

(3) Fath Al Bari, 5/282.

(4) Abu Shoja'a, Ghayat Al Ekhtrasr, 2/374.

3- The relation between the rule and the Presumption Innocence :

The penal procedures in Islamic Shari'ah aim to the proving of the conviction of the suspect as well as to the proving of his innocence and dismissal of the accusation . The intention of the wise lawgiver to achieve this objective is manifested by the rule of elimination of the prescribed punishment on suspicion criterion. For this reason, the Islamic jurisprudence scholar realized the strong association between this rule and the presumption innocence rule , which Shari'ah has broaden the scope of its application, to cover all civil, penal and rituals aspects⁽¹⁾ . Essentially, man is free from retaliation, prescribed punishments (Hodoud) and discretionary punishments (Ta'zeer)⁽²⁾ .

The conception of the presumption innocence rule is the innocence of the accused in view of justice , till his conviction is proved with a solid evidence, that is to say, conviction proof should be based on absolute certainty not on probabilities or assumptions . Imam Al Shafie said that, he is adopting certainty and eliminating suspicion and probability to reach to the correct judgement⁽³⁾ .

Whenever there is suspicion about the act ascribed to the accused, his innocence should be decided . This generated a rule, known in the modern judicial systems, that is the interpretation of suspicion for the interest of the suspect . This rule resembles another rule in Islamic jurisprudence, that is the rule of, suspicion can not eliminate certainty⁽⁴⁾ . This rule is applicable to all branches of Shari'ah, including rituals, transactions, penalties, judgements and in all rights and obligations⁽⁵⁾ .

According to the rule of the presumption innocence, the claimer (weak party) should present the necessary evidence to prove his daim, whereas the denier or suspect (strong party) should be subjected to

(1) Principles of Islamic penal system, page 91 .

(2) Qua'ed Al Ahkam, 2/137 .

(3) Al Seyouti, Al Ashbah wal Naza'ir, page 53 .

(4) Al Seyouti, Al Ashbah wal Naza'ir, page 51 .

(5) General juristic introduction, 2/967 .

prescribed punishments on basis of suspicion, is text rule supported by a documentary evidence from the Sunnah ⁽¹⁾.

Dr. Saleem Al Awa has another view. He stated that the rule has no documentary evidence from the Sunnah of the Prophet (pbuh), and so it should be regarded as a juristic rule forming unseparable supplement of the penal jurisprudence ⁽²⁾.

In my view, the rule is based on a documentary evidence traced to the Prophet (pbuh), that is his Hadith (Eliminate the prescribed punishments on suspicion criterion).

The argument based on this Hadith is supported by the practices of the Prophet (pbuh) in accordance with the rule. Scholars have mentioned many occurrences attributed to the Prophet (pbuh): 1- Abdullah Ibn Abbas narrated, the Prophet (pbuh) said (If I have stoned somebody without evidence, I would have stoned Fulanah ⁽³⁾, for her suspicious appearance and conduct and of those who were visiting her) ⁽³⁾. 2- The Hadith that narrated on the authority of Sahl Ibn Saad, he said (a man has come to the Prophet (pbuh) and stated that he has committed adultery with a woman-he named her. The Prophet (pbuh) called the woman and asked her, the woman denied. The Prophet (pbuh) punished the man and released the woman) ⁽⁴⁾. The Prophet (pbuh) considered the woman's denial as a suspicion factor for elimination of her punishment, whereas he applied the prescribed punishment on the man. Al Awza'e and Abu Hanifa said that, the man was punished for slander only, because the woman's denial aroused suspicion ⁽⁵⁾. From the aforementioned cases, it is apparent that, the rule is a text rule which is based on a documentary evidence from the Sunnah of the Prophet (pbuh), and the nation agreed to its acceptance and application on criminal cases.

(1) Mohammed Abu Zahrah, The punishment in the Islamic jurisprudence page 199.

(2) Principles of Islamic penal system page 87-88.

(3) Nayel Al Awar 7/117.

(4) It is a term used in Arabic language to call a person instead of his real name for certain purpose. It is used here by the Prophet (pbuh) to refer to a certain woman so as not to disclose her.

(4) Nayel Al Awar 7/119.

(5) Nayel Al Awar 7/120.

of those who are not used to sinful deeds or doing it openly, and not in the case of immoral suspects, where the testimony is requested .

To limit the spread of criminal frauds and to cover the suspect, the wise law-giver stipulates the presence of four witnesses in adultery crime. Needless to say, this condition is important to preserve chastity and to avoid application of penalty on an innocent . Ibn Al Qayem Al Jawzzeyah said (It is exaggerated in covering up of adultery crime, as both Divine law and Divine destiny state its cover, and not less than four eye witnesses are required, to describe the action with its accurate details, to eliminate any probability)⁽¹⁾ .

2- The source of the rule :

There is a dispute between the scholars of Islamic jurisprudence regarding the source of the rule of elimination of penalty on suspicion criterion, some of these scholars considered it as a text rule , related to a sound tradition of the Prophet (pbuh), other sholars have a view that, it is a juristic rule without a documentary evidence from the Sunnah of the Prophet (pbuh) .

The jurists gave this rule a great importance, as it is corresponding to the spirit of the Islamic Shari'ah regarding protection of a person from harms and observation of his interest . Al Ezz Ibn Abdul Salam said (Elimination of prescribed punishment is given precedence, to preserve man for the higher interest of worshipping Allah Almighty . The prescribed punishments are restricted devices involved with the occurrence and proof of the crime)⁽²⁾ . Abu Abdullah Al Bukhari said (Among the merits of Shari'ah regarding the prescribed punishment that, the elimination of the penalty can be managed . The Prophet (pbuh) said " Eliminate the punishment as far as you can, even on basis of least suspicion "⁽³⁾ .

The common view in the records of the Islamic jurisprudence and in the contemporary juristic researches that, the rule of elimination of

(1) A'alam Al Muwag'een 2/6 .

(2) Qua'ed Al Ahkam, 2/137 .

(3) Mahasen wa Shra'ye Al Islam, page 66 .

iii) Cover up of criminal and crime of prescribed punishments :

Islam recommends covering the criminal and his crime and not to disclose his act before the public as it is scandalous. This is quite clear from the Sunnah, Ibn Abbas narrated, the Prophet (pbuh) said (One who covers the bad deeds (awrah) of his Muslim brother, Allah will cover his bad deeds in the Day of judgement, and one who discloses the bad deeds of this Muslim brother, Allah will disclose the bad deed of his till he will be scandalous therein his house) ⁽¹⁾. Aisha (Allah bless her) also narrated, the Prophet (pbuh) said (One who covers a servant in this world, Allah will cover him in the Hereafter) ⁽²⁾. Nevertheless, the witness has a great importance in judicial procedures, as it is the proof material device for preservation and protection of rights. Hence, each Muslim is obliged to give testimony, the Prophet (pbuh) said : (Shall I not inform you of the best of witnessesses, it is the person who offers to give his testimony, before he is requested to do so) ⁽³⁾. But there is another Hadith in which such witness is dispraised to recommend covering of the suspect, Omran Ibn Husain narrated, the Prophet (pbuh) said : (There will be people coming after you, who are disloyal, who can not be trusted, and offer their testimony without being asked to give, and they are making vows without fulfilling them, and fatness is common in them) ⁽⁴⁾. The explainers of this Hadith, related it to the testimony involves servants, rights ⁽⁵⁾ or one of Allah's rights which is not permanently protibited, and they also linked it to the crimes of prescribed punishments. In these cases, the testimony is not obliged, and it is recommended not to offer for reasons of covering the criminal, as the prescribed punishments can be eliminated on suspicion basis ⁽⁶⁾. So, the witness of the prescribed punishment crime, is having the choice to offer his testimony or to withhold it, and this is favorable, to cover the suspect, unless he is requested to give this testimony.

Some of the jurists have the view of preferring cover up in case

(1) Sunnan Ibn Majah, vol.2, page 212.

(2) Ibn Abdul Barr, Al Tamheed 3/341.

(3) Na'yel Al Awtar, 8/334.

(4) Faith Al Bari, 5/258-259.

(5) Faith Al Bari, 5/260.

(6) Hussain Mo'amen, The Proof Theory, 31.

to the crimes of retaliation (Qesas) ⁽¹⁾ and crimes of discretionary punishments (Ta'zeer) ⁽²⁾, but in case of prescribed punishment crimes, it is bounded with some regulations to limit its scope.

The crimes of the prescribed punishments distinguished from other crimes, in that the punishment is restricted and of absolute nature, and its application does not depend on the condition or the sentiment of the criminal. Moreover, if the crime becomes known to the authorities, the punishment is regarded as public interest matter and should be applied without delay or pity. Scholars agreed that, prescribed punishments, are Allah Almighty rights, which can not be forgiven after forwarded to the authorities. Private rights can be waived, upon the will of the concerned person, whereas which he can not release, is Allah right ⁽³⁾.

The jurists have different views regarding the crime of slander. It is agreed that there are two rights in such crime: Allah's right and the victim's right. The jurists disputed which of the two is having the priority from legal point of view. 1- Hanafis and phenomenologists (Zahireyah), considered slander crime involving Allah's right, and the victim should not forgive the accused, after the crime is proved and forwarded to the judiciary. Ibn Hazm has refuted all the arguments favoring forgiveness in slander crime after raising to the authorities Imam ⁽⁴⁾. 2- Shafies and Hanablies are of the view that, in the case of slander crime victim's right is prior, as it is a crime against his private right to preserve his reputation from accusation of adultery. Al Shafie argued, the defamation punishment is servants' right, which will be fulfilled upon reclaim, hence the victim has the right of forgiveness, such as in the case of retaliation ⁽⁵⁾. Ibn Qudama Al Maqdesi, has the same view ⁽⁶⁾. In Maliki school, there are many stand points: 1- Pardon is possible before reporting the crime to the authorities and no pardon after that. 2- Pardon can be adopted before witnesses giving their testimony. 3- Pardon is possible after reporting, if the victim seeks cover ⁽⁷⁾.

(1) See Al Insaf, Al Mawardi, 10/3.

(2) Al Ahkama Al Sultaniyah, Al Mawardi, 237.

(3) Al Foroug 1/141.

(4) Al Kasani, Bada'e Al Sana'e, vol.7, page 56.

(5) Al Mohazzab 2/235.

(6) Al Moghni 3/217.

(7) Mawneh Al Jaleel, 6/205. Al Modawamah 16/49,70.

of faulty pardon, in case where the elimination of the penalty results in the innocence of the criminal ⁽¹⁾ .

i) Source of pardon in Qura'n and Sunnah :

In Islam both, penalty and pardon or forgiveness, are adopted . Pardon is not ordained or compulsory, but it is optional and recommended . Islam secures the victim's rights, but it recommends pardon and indulgence . There are many verses in Holy Qura'n that stated this recommendation . Allah Almighty says :

**"But forgive and overlook
Till Allah brings about
His command; for Allah
Hath power over all things " (2) .**

And He says :

**"The recompence for an injury
Is an injury equal thereto
(In degree) : but if a person
Forgives and makes reconciliation
His reward is due
From Allah : For (Allah)
Loveth not those who
Do wrong " (3) .**

Recommendation of forgiveness as per tradition, the Hadith that is narrated in the authority of Abu Hurairah, the Prophet (pbuh) said A man who forgives injustice to which he has been exposed , will be rewarded from Allah with more honour) ⁽⁴⁾ .

ii) Forgiveness in crimes of prescribed punishments (Hedoud) :

The general rule in Islamic penal legislation, that forgiveness is permissible as means for punishment elimination, rights waiver and the suspect dismissal for his own safety. Though this rule is applicable

(1) Islamic penal legislation, 1/217 .

(2) Surat Al-Baqarah, verse 109 .

(3) Surat Ash-Shura, verse 40 .

(4) Narrated by Ahmed, Muslim and Al Tirmidhi .

The rule Of Eliminating Penalty On Suspicion Criterion And Its Role In Islamic Penal Jurisprudence

Dr. Abdul Khallq Ibn Al Mofazal Ahamadoun (*)

The rules of crime proof in Islamic jurisprudence, are directed to confirm the innocence of innocent, as well as the conviction of the criminal, with great certainty in both cases . The condition set forth by the jurists, that doubts about the crime should be warded off, conforms with the spirit of Islamic Shari'ah regarding protection of people from harms and dangers. This does not mean to refrain from punishment application for assumption or for mere suspicion, but the motive is that, the Muslim judge should be aware of the rights of the suspect to be secured, and therefore to presume his innocence regarding the accusation, and so the judge should not utter the verdict unless the conviction is evident beyond doubts ⁽¹⁾ .

The stipulation of great certainty regarding the conviction proof, confirms the importance of the rule of " No penalty on suspicion criterion " .

1- Pardon In Islamic Shari'ah :

In Islamic penal jurisprudence, it is favorable to be mistaken in pardon than to be mistaken in conviction, and this rule forms a part of pardon implement in Shari'ah. The source of this principle, the Hadith of the Prophet (pbuh), he said , (Eliminate the prescribed punishments (Hodoud) whenever it is possible : and if you can manage a dismissal of a Muslim (The suspect "do it . It is better for Imam to be mistaken in pardon than to be mistaken in penalty) ⁽²⁾ . Abdul Gader Owda thought that, the rule of elimination of the prescribed punishment, though it is important, it is considered as application for the principle

(*) Professor of jurisprudence , college of Arts and Humanities, Islamic studies Department, Tarwan, Morocco ,

(1) Ibn Hazm, Al Mohalla, 11/243 .

(2) Sunan Al Tirmizi, vol.4, Page 25 .

schools of thought were also not a reason to division of Muslims, but the Muslims fell in to disunion and separation when the Lords of some Muslim states started exploitation of these schools for their certain political aims, in a time when Muslim world was divided in to small states due to its weakness and mutual conflicts⁽¹⁾.

Coming to an end we pray to Allah Almighty humbly to Reward King Abdul Aziz credit of his kind deeds for his country and his nation . We pray to Allah to bestow continually his open and secret Blessings upon this country .

We pray to Almighty Allah to help Leader of our nation, custodian of two Holy Mosques, King Fahad Bin Abdul Aziz and Crown prince His Royal Highness Prince Abdullah Bin Abdul Aziz vice Prime Minister and Presedent National gaurd and His Royal Highness Prince Sultan Bin Abdul Aziz second vice Prime Minister Minister of defence and aviation, and Inspector General, to achieve their aims .

And the close of their cry (in the Paradise) will be, " Praise be to Allah, The Cherisher and Sustainer of the Worlds .

(1) Legislative development in Kingdom of Saudi Arabia, pages 87,88 and also see pages, 84-88 published in, 1397 H by Cairo University , and university book .

are clashed . In the mentioned esteemed day this modern state rose up and a great society came in existence framed on the basis of love and kindness . It does not take side with a certain school of thought against others . It verily follows up Allah's sacred law with implimentation of his commands and it follows up the Sunnah of His Prophet (pbuh) according to his sayings, doings and reports . With regard to this focus, the late king explained in one of his declarations, he said, " The source of Legislation and rules in this state will be only the Holy Book of Allah and Sunnah of His Prophet and that which is confirmed by chief Islamic jurists by analogy or their unanimous opinions . Only which is permitted by Allah is permitted in this state while prohibited by Allah is prohibited here ⁽¹⁾ .

Thus the first and last comprehensive source of legislation in this state is Holy Book of Allah and Sunnah of His Prophet and the source in jurisprudence is based on tolerance and farness from difficulties and search for truth and justice where ever it is found . This essence is manifest in the resolution confirmed by judiciary council in 1347.H. The Paragraph " A " in this resolution stipulates that the channel of judicature adopted in all the courts will be according to the legal opinions given by Hanabilah school of thought . After that, Paragraph " B " in the resolution stipulates that, if an opinion in any issue from the mentioned school has some difficulties in its implimentation or having a contradiction with common intrest, it may be revised and re-searched in the light of opinions from other schools of though in public intrest ⁽²⁾ .

Here we like to report text of the statement mentioned by Dr. Mohammad Abdul Jawwad privious procurator, Law faculty, Cairo university , as he stated in a lengthy chapter in his book about the doctrinal tolerance by King Abdul Aziz (may Allah excuse him) . He says, " The King reverted with Islam to its main and pure sources whether these were in first century before the appearance of four schools or in second and third centuries when these schools were in existence . Then the diversity in the jurists was not more than verification of opinions as it was in the time of companions of the Prophet (pbuh) . They were beholders of diffirent opinions, but they did not wrangle with eachother and did not contend for superiority . The four

(1) This release was broadcasted in twelvth day of jamadiul owla in, 1343 H .

(2) Regulation series, legal ruling division, from 1345.H to 1357H, page, 14 printed by ummul-Qura press Makkah Al-Mukaramah, first edition 1357 H .

A Letter From The Staff

An Esteemed Day :

Every nation in this world entertain one or more days in which it remembers an event or incident that has a special impact on its history, on its tendency and on its generations . This incident may be its independence from a subordination or a victory achieved after troublesome defeats of ages . This is a natural process that every nation makes its efforts to recollect these events for its coming generations .

We also in our homeland through our souls and feelings are entertaining an esteemed day uncomparable in contemporary history . It is the first day of " Libra, " in which the unity of our nation in a single structure was announced and our nation was assembled after separation, it was convened after dispersal and was combined after estrangement and was strengthened after frailty and was triumphed after defeats. Yes, this is an authentic statement, and this nation was unified by king Abdul Aziz (may mercy of Allah be upon him) . He achieved this goal by his granted fiducial power, wisdom and toleration, after that Allah wanted him to be collector of this nation after its disunity, dispersion and waste . So this nation was distinguished with this unparalleled unity in the contemporary history of nations and with regard to this achievement king Abdul Aziz (may Allah's mercy on him) is a unique personality in this history . He sought the help of Allah, so Allah helped him, he loved his nation and the nation replied him with the same love . He devoted himself for the welfare of nation, and his nation paid its homage to him . The relationship of his nation with him was based on submission and passion, therefore this nation always remember through their souls and feelings the kind actions of Malik Abdul Aziz (may Allah forgive him) and his efforts made for achievement of this unity and establishment of this state .

It is to be noticed that structur of this state was based on the " monotheism and abidance by Islamic law and implimentation of its rules and on following up the steps of worthy Ancestors . Hence this country became a distinct model of peace and stability in this world where the concepts are disturbed, theories are compititive and wishes

«Whom Allah intends good grants him
the knowledge and insight in Religion». Hadith

CONTEMPORARY JURISPRUDENCE RESEARCH JOURNAL

A Journal Specialised in Islamic Jurisprudence

Editor-in-Chief

Dr. Abdur Rahman Hassan Al Nafisah

Price Per Copy

K.S.A.	SR. 11	Egypt	SE 3
Jordan	J.D. 1	Morocco	D. 12
U.A.E.	D. 32	Mauritania	ON 1500
Bahrain	B.F. 700	Iraq	I.D. 1
Tunisia	Mm 300	S. of Oman	P. 110
Algeria	D. 12	Qatar	QR 12
Sudan	S. 12	Libya	L.Dr 1000
Syria	LL. 35	Kuwait	K.D. 1
		Yemen	YR 12

Annual Subscription

U.S.A., Canada & Europe : US \$ 12

Annual Subscription: For Govt.

Offices and Agencies: SR. 200

For Individuals: SR. 100

Address:

Badr, North east of Princess Sarah
Mosque, Riyadh, K.S.A

Phone 4351872

Fax 4352257

DISTRIBUTORS:-SAUDI DISTRIBUTION CO.

Jeddah	: 6694700	Medina	: 3128181	Al-Husa	: 3236442
Riyadh	: 4779448		: 3129001	Basha	: 2270647
	: 4779460	Yanbu	: 3225834	Adha	: 2270647
Dammam	: 3412317	Cairo	: 2320104	Tabeuk	: 4270012
	: 3410640	Qassim	: 3249330		: 3223164
Taiif	: 7491231	Hail	: 5321555	Majran	: 3229001
	: 7491212	Damodam	: 6422221	Karu'at	: 6421296
Makkah	: 5585679	H. Al-Badr	: 1225293	Sharora	: 5521125
	: 5584720	Zulfi	: 5927781	Kha'ge	: 7662671

Mailing Address P.O.Box 1918 - Riyadh 11441 - Kingdom of Saudi Arabia

CONTEMPORARY JURISPRUDENCE RESEARCH JOURNAL

A Journal Concerned with Islamic Jurisprudence

27th Edition - Seventh year
Oct, Nov, and Dec, 1995

IN THIS ISSUE

- | | |
|---|--|
| - A letter from the Staff | By: Dr. Abdul Khaliq Bin Al |
| - Rule of Eliminating Penalty on Suspicion Criterion | Mufadhal Ahmedoon . |
| - Research in Economical Thought of Ibn Al-Hajj | By: Dr. Shawgi Ahmed Dunia. |
| - Suspended Contract in Islamic Jurisprudence | By: Dr. Yousuf Abdul Fattah Al Mursifi . |
| - Istihsan of Hanafi School and stand of Shafi'e Scholars | By: Hussain Motawe'i Al-Tartoury . |
| - Right Abuse in the Islamic Jurisprudence | By: Dr. Abdul Hafeez Rawwas Qal'aji . |

FATAWA AL-MAJAM'A AL-FIQHIA

- Arbitration in Islamic Jurisprudence .
- Prohibition of evasive legal devices .

CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW

- Rule on A husband who grasped his wife's property without her willingness .
- No space for doubt with certainty .
- Rule on a devisee , who proved dishonest .
- Wife's job does not mean Her negligence of her house duties .
- Father is obliged with the cultivation of his young child .

ETERNAL JURISPRUDENTS

- | | |
|---------------------|----------------------------|
| - Abu Bakr As-Sadiq | By : Dr Mohammad Bin Sa'ad |
| | As-Showe'i'ar . |