

مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية مُحكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي

العدد العاشر والثلاثون - السنة الثامنة - ربيع الآخر - جمادى الأولى - جمادى الآخرة ١٤١٧ هـ - أكتوبر (تشرين الأول) - نوفمبر (تشرين الثاني) - ديسمبر (كانون الأول) ١٩٩٦ م

مكتبة مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

في هذا العدد

- استخدام الجيلتين الخنزيري في
الغذاء والدواء
الدكتور/ ياسين بن ناصر الخطيب
الإنتفاع بالوديعة
الدكتور/ محمد الزحيلي
القضاء في الإسلام
الدكتور/ يوسف عبدالفتاح للرصافي
الخيارات في العقود في الفقه
الإسلامي
التأمين الصحي في المنظور الإسلامي
الدكتور/ سعود بن عبدالله الفتيان
"قضية للبحث"

فتاوى الفقهاء

- وجوب الأجرة .
- حكم ما إذا أخل الوكيل بشرط من شروط الوكالة .
- رجوع الشهود عن شهادتهم .
- ضمان العلم ومن بمعناه .

مسائل في الفقه

- حكم عقد الزواج الذي لم يوثق ثم أعقبه حدوث خلاف أدى إلى عدم إتمام الزواج وتمسك الزوج بالعقد رغم تسلمه للمهر الذي دفعه لزوجته .
- حكم التاجر الذي يحتكر بضاعته أملاً منه في ارتفاع سعرها في السوق .
- حكم البائع الذي ذكر للمشتري أن البضاعة " محل البيع " قد سيمت بكذا وكذا مما جعل المشتري يزيد في ثمنها ثم تبين له أن البائع لم يكن صادقاً فيما ذكره .
- حكم من حفر بئراً بالقرب من بئر جاره مما أدى إلى نقصان الماء فيها وإصابة مازرعه فيها من نبات وأشجار بأضرار بالغة .
- حكم من ورث مالا فيه شبهة من حرام .

بمأزولهم في بلادهم في الزمان

مجلة

البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية مُحكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي

ساحب ورئيس تحريرها د/ عبدالرحمن بن حسن النفيسة

العنوان :

المملكة العربية السعودية

البيدة - شمال شرق مسجد الأميرة سارة
هاتف : ٤٣٥١٨٧٢ فاكس ٤٣٥٢٢٩٧

برقياً : الفقهية

عنوان المراسلات :

ص ب ١٩١٨ - الرياض ١١٤٤١

* الاشتراكات :

قيمة الاشتراك السنوي ، للدوائر الحكومية

والمؤسسات والشركات ٢٠٠ ريال

* الأفراد : ١٠٠ ريال

سعر النسخة :-

السعودية : ١٢ ريالاً	قطر : ١٢ ريالاً
الأردن : دينار	ليبيا : ١٠٠٠ درهم
الإمارات : ١٢ درهماً	الكويت : دينار
البحرين : ٧٠٠ فلس	اليمن : ١٢ ريالاً
تونس : ٨٠٠ مليم	سوريا : ٣٥ ليرة
السودان : ١٢ جنيهاً	
مصر : ٣ جنيهات.	الاشتراك السنوي
المغرب : ١٤ درهماً.	أمريكا
موريتانيا : ١٢٠٠ أوقية.	كندا
العراق : دينار	أوروبا
سلطنة عمان : ٧٥٠ بيزه	١٢ دولاراً

وكيل التوزيع : الشركة السعودية للتوزيع

* جدة - ت : ٦٥٣.٩٠٩	* الجبيل - ت : ٣٦١٥٦٦٠
* مكة المكرمة - ت : ٥٥٨٥.٧٨	* الهفوف - ت : ٥٨٦٩٦.٧
* الطائف - ت : ٧٤٥٤٢٢٢ - ٧٤٩١٨٣١	* الأفلاج - ت : ٤٩١٦٣٧
* المدينة المنورة - ت : ٨٤٨٣٦٣.	* الجوف - ت : ٦٢٥١٨٨٢
* ينبع - ت : ٣٢٢٥٨٣٤	* بيشة - ت : ٦٢٢٦٤٦٢
* جيزان - ت : ٣٢٢.١٠٤	* الأحساء - ت : ٥٩٢٧٧.٧
* الرياض - ت : ٤٧٧٩٤٤٤	* أبها - ت : ٢٢٤٢٨٤١ - ٢٢٤٢٨٠
* القصيم - ت : ٣٢٤٣.٧٠	* تبوك - ت : ٤٢٢١٨١٢ - ٤٢٢١١٦٤
* حائل - ت : ٥٣٢١٥٥٥ - ٥٣٢.٦٧٥	* نجران - ت : ٥٢٢١٧٨٢
* الدوادمي - ت : ٦٤٢٢٢١١	* الوجه - ت : ٤٤٢٢٤٦٧
* حفر الباطن - ت : ٧٢٢٢٢٩٣	* المجمعة - ت : ٤٣٢٢١٦٨
* الزلفي - ت : ٤٢٢٧٨٤٩	* القريات - ت : ٦٤٢١٢٩٦
* الخفجي - ت : ٧٦٧١٩٤٧	
* الدمام - ت : ٨٤١.٨٤٠	

مكتبة مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

قواعد النشر وشروطه

- تود هيئة « مجلة البحوث الفقهية المعاصرة » أن تبدي للإخوة الباحثين أن قواعد النشر في المجلة تقضي بما يلي :
- (١) أن يكون البحث المراد نشره مبنياً على الفقه الإسلامي .
 - (٢) أن ينصب البحث على القضايا ، والمسائل ، والمشكلات المعاصرة ، والبحث عن الحلول العلمية والعملية لها في الفقه الإسلامي ، ومفاهيمه المتعددة عند أهل السنة والجماعة .
 - (٣) أن يتصف البحث بالموضوعية ، والأصالة ، والشمول ، واتباع المنهج العلمي في البحث من حيث الاعتماد على المراجع الأصلية والإسناد والتوثيق وتخريج الأحاديث مع إيضاح درجتها .
 - (٤) أن يكون البحث مما لم يسبق نشره في كتاب ، أو مجلة ، أو أي أداة نشر أخرى . ويشمل ذلك البحوث المقدمة للنشر إلى جهة أخرى أو تلك التي سبق تقديمها للجامعات أو الندوات العلمية وخلافها .
 - (٥) بيان المراجع العلمية في هوامش الصفحات مع ترجمة موجزة عن العلم أو الأعلام الذين وردت الإشارة إليهم .
 - (٦) بيان المراجع العلمية ومؤلفيها في نهاية كل بحث حسب الحروف الهجائية مع بيان مكان وزمان طباعتها وجهة نشرها .
 - (٧) أن يرفق بالبحث إفادة تتضمن عدم نشره من قبل .
 - (٨) أن يختم البحث بخلاصة تبين النتيجة والرأي ، أو الآراء التي تضمنتها .
 - (٩) أن يرفق بالبحث خلاصة مستوفية له لترجمتها إلى اللغة الإنجليزية .
 - (١٠) ألا تقل صفحات البحث عن عشرين صفحة من صفحات المجلة .
 - (١١) يكتب اسم الباحث ثلاثياً مع وظيفته العلمية إن وجدت .
 - (١٢) يتم تحكيم البحوث من قبل فقهاء وعلماء متخصصين وفقاً لنموذج يبين قواعد التحكيم ، وإجراءاته . ومن هذه القواعد عدم معرفة المحكمين لأسماء الباحثين ، وعدم معرفة الباحثين لأسماء المحكمين سواء وافقوا على نشر بحوثهم أو أبدوا بعض الملاحظات عليها أو أروا عدم نشرها .
 - (١٣) تدفع المجلة مكافأة عن البحث في حال نشره .
 - (١٤) البحوث التي لا تنشر لا تعاد لأصحابها .

* ترتيب البحوث في المجلة يخضع لاعتبارات فنية .

* " الآراء المنشورة في المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها " .

الفهرس

- رسالة من هيئة المجلة ٤
- استخدام الجيلتين الخنزيري في الغذاء والدواء ٦
الدكتور/ عبدالفتاح محمود إدريس
- الانتفاع بالوديعة ٣٩
الدكتور/ ياسين بن ناصر الخطيب
- القضاء في الإسلام ٩٧
الدكتور / محمد الزحيلي
- الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي ١٥٠
الدكتور/ يوسف عبدالفتاح المرصفي
- التأمين الصحي في المنظور الإسلامي " قضية للبحث " ٢٠٢
الدكتور / سعود بن عبدالله الفنيسان

● فتاوى الفقهاء :

- وجوب الأجرة ٢١٣
- حكم ما إذا لغل الوكيل بشرط من شروط الوكالة ٢١٥
- رجوع الشهود عن شهادتهم ٢١٦
- ضمان المعلم ومن بمعناه ٢١٨

● مسائل في الفقه :

- حكم عقد الزواج الذي لم يوثق ثم أعقبه حدوث خلاف أدى إلى عدم إتمام الزواج وتمسك الزوج بالعقد رغم تسلمه للمهر الذي دفعه لزوجته ... ٢١٩
- حكم التلجر الذي يحتكر بضاعته أملاً منه في ارتفاع سعرها في السوق ٢٢٩
- حكم البائع الذي ذكر للمشتري أن البضاعة " محل البيع " قد سيمت بكذا وكذا مملعل المشتري يزيد في ثمنها ثم تبين له أن البائع لم يكن صادقاً فيما ذكره ٢٣٧
- حكم من حفر بئراً بالقرب من بئر جاره مما أدى إلى نقصان الماء فيها وإصابة ما زرعه فيها من نبات والشجار بأضرار بالغة ٢٤٢
- حكم من ورث مالا فيه شبهة من حرام ٢٤٨

رسالة من هيئة المجلة

اليوم الأغر :

اليوم الاول من برج الميزان يوم أغر في حياة هذه البلاد ومسيرتها . وحين نستذكر هذا اليوم نتذكر فيه بأقننتنا ومشاعرنا ما تحقق لها من وحدة بعد فرقة ، وأمن بعد خوف ، واستقرار بعد اضطراب ، ووثام بعد شتات، وقوة بعد ضعف، ونصر بعد هزيمة . وحسبنا في هذه البلاد فريدة في التاريخ المعاصر فهي أول وحدة في تاريخ العرب الحديث .. وفوق كل ذلك وأهم منه أول دولة أسست على دين الله ، وعلى تطبيق شرعه ، واتباع سنة نبيه ورسوله ، وما كان عليه خلفاؤه وصحابته ، وما كان عليه السلف الصالح من هذه الأمة في عهودها الزاهرة ، فأصبحت هذه الوحدة - ويكل المعاني والمقاييس - وحدة قلوب ، ووحدة مشاعر ، ووحدة أمن واستقرار ورخاء .

نعم ذلكم هو القول الحق ، فقد دعا الملك عبدالعزيز - رحمه الله - هذه البلاد إلى "الاجتماع" فأتت إليه .. ودعاها إلى الوحدة فلبت نداءه .. ألغى ما بينها من الفوارق ، وأزال ما بينها من الحواجز .. جاهد من أجلها وأحبها فأحبته بكل معاني الحب . وما كان هذا ليحدث إلا بفضل من الله ثم ما كان عليه الملك عبدالعزيز من سيرة الصالحين ، فقد آمن بالله وتوكل عليه فنصره ، واستعان به فأعانه فحقق له ما أراد من وحدة القلوب ، وصفاء النفوس فتحولت هذه البلاد إلى كيان شامخ متميز فيما يقوم به من خدمة دين الله ، وخدمة قبلة المسلمين ومقدساتهم .

وأصبح هذا الكيان نموذجا فريدا في الامن والاستقرار، ومثلا

صالحاً في المحبة والتسامح لا يتعصب لمذهب من المذاهب ، ولا لحزب من الأحزاب ، ولا لملة من الملل .. كيان يقيم حدود الله ، ويطبق شرعه قولاً وفِعْلاً وتَقْريراً لا يعوقه في ذلك عدل عادل ، أو تأخذه لومة لائم.

" إن مصدر التشريع والاحكام لا يكون إلا من كتاب الله ومما جاء عن رسوله عليه الصلاة والسلام ، أو ما أقره علماء الإسلام الاعلام بطريقة القياس ، أو أجمعوا عليه مما ليس في كتاب ولا سنة ، فلا يحل في هذه الديار غير ما أحله الله ولا يحرم فيها غير ما حرمه " .

ذلكم هو ما قاله الملك عبدالعزيز في أحد البلاغات إلى أمته (١) . فالمرجع إذاً والمصدر الأول والآخر كتاب الله تعالى ، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، ثم ما يلي ذلك من المصادر الشرعية الأصلية والفرعية فبذلك أصبحت السيادة في هذه البلاد لشرعية الله ، وفقهها الخالد .

وفي الختام ندعو الله أن يرحم الملك عبدالعزيز آل سعود ويجزيه خير الجزاء على ما صنعه لأمته وبلاده . كما ندعو الله عز وجل أن يديم على هذه البلاد نعمه الظاهرة والباطنة ، ويدعم توفيقه على قائدها خادم الحرمين الشريفين الملك فهد بن عبدالعزيز 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 .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

والصلاة والسلام على نبيه ورسوله محمد الأمين .

(١) البلاغ الصادر في الثاني عشر من شهر جمادى الأولى سنة ١٣٤٣ هـ .

استخدام الجيلتين الخنزيري في الغذاء والدواء

الدكتور/ عبدالفتاح محمود إدريس (*)

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ، ومن سار على نهجه إلى يوم الدين ... وبعد :

فلقد اكتشف العلم في العصر الحديث مصادر للدواء ، وطرقاً للعلاج ، لم تكن معروفة من قبل ، كما أن مختبرات البحث العلمي ، قد طورت أساليب العلاج ، وصنوف الدواء وأنواع الغذاء بصورة لم تسبق ، وكان لسوء الطالع أن يصدر ذلك كله من عالم لاحتكمه ميادئ الشريعة الإسلامية ، وأن يعيش المسلمون على هامش حضارة هذا العالم ، عالة على غيرهم في كل شيء ، وإن كانت هناك أصوات تيرر تخلف المسلمين بعلى شتى ، وكان من نتيجة ذلك أن أصبح غذاء المسلمين كدوائهم ولباسهم وغيره ، محكوماً بتدبير غيرهم ، لا بتدبير أنفسهم ، وقد نجم عن ذلك مشكلات وعقبات ، كان من رحمة الله سبحانه بعباده ، أن تكفل دينه الحنيف بحلها ، في إطار ما حوته الشريعة الإسلامية من أحكام تتضمن اليسر وعدم العنت بالمكلفين بها ، فالشريعة السمحة ما جاءت لتسد على الناس منافذ حاجاتهم الحقيقية ، وإنما جاءت لتلبية الحاجات الصحيحة ، التي تستلزمها ظروف الحياة ومتطلباتها في كل زمان ومكان ، تيسيراً على الخلق ، ورقعاً للعسر والعنت والمشقة عنهم .

ولهذا كان هذا البحث الذي يعرض لبعض المشاكل الناجمة عن استيراد ما أنتجته الحضارة المادية ، تهافت المسلمون عليه ، بزعم أنه الحل الجاهز الميسور ، لبعض مشاكلهم الصحية والغذائية وغيرها ، ريثما يتمكنون من اللحاق بركب الحضارة ، فيستغنون بمنتجاتهم عن منتجات غيرهم .

(*) أستاذ الفقه المقارن المساعد بكلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر ، القاهرة .

● استخدام الجيلاتين الخنزيري في الغذاء والدواء ●

ومن هذه المشكلات ، استخدام الجيلاتين المتخذ من بعض أجزاء الخنزير ، في صناعة بعض المواد الغذائية والدوائية .

وأبين في هذا الصدد حقيقة الجيلاتين ، ومصادره ، وطريقة إنتاجه واستخداماته المختلفة ، كما أبين حكم أجزاء الخنزير المختلفة من حيث طهارتها أو نجاستها ، وحكم تناولها ، وحكم تناول ما اشتمل على جيلاتين الخنزير من الأغذية والأدوية ، وذلك في ستة فروع على النحو التالي :

الفرع الأول : حقيقة الجيلاتين .

الفرع الثاني : استخدامات الجيلاتين .

الفرع الثالث : حكم أجزاء الخنزير .

الفرع الرابع : مدى طهارة النجاسات بالاستحالة .

الفرع الخامس : تناول الأغذية المحتوية على جيلاتين الخنزير .

الفرع السادس : استخدام جيلاتين الخنزير في الدواء .

الفرع الأول حقيقة الجيلاتين

أبين في هذا الفرع المقصود بالجيلاتين ، ومصادره ، وطرق إنتاجه .

أولاً : المقصود بالجيلاتين :

الجيلاتين : عرفه أ.د. وفيق الشرقاوي ^(١) بأنه عبارة عن : البروتينات المستخلصة من المادة اللاصقة ، لأنسجة الجلود أو العظام الحيوانية "كولاجين" ^(٢) بعد معاملتها بطرق كيميائية ، وهو مادة صلبة بيضاء اللون ، بها لون أصفر خفيف ، تذوب بسهولة في الماء الساخن ، وتعطي محلولاً لزجاً ، عندما يبرد المحلول أو يتجمد في صورة هلام شفاف .

وقال عنه د. محمد الهواري ^(٣) : هو مادة بروتينية تشبه بروتين الدم "الهيموجلوبين" والأنسولين وبروتين البيض ، ومن خواصها أنها ذوابة في الماء ، وتستخلص بمعالجة مادة الغراء الموجودة في جلد الحيوان "الكولاجين" ، أو مادة العظمين "الأوسين" ^(٤) الموجودة في عظامه ، بالماء في وسط حمضي أو وسط قلوي . وبين البروفسور : محمد عبدالسلام ^(٥) حقيقته ، فقال: هو محصول من محاصيل تفكك البروتينات ، يتم الحصول عليه بواسطة تفكيك الهيكل الكيميائي للبروتينات الحيوانية ، المعروفة باسم "الكولاجينات" ، وذلك بإقحام جزيئات من الماء في مواضع مختلفة من هذا الهيكل ، مما يؤدي إلى تكسير الأربطة الكيميائية التي تربط بينها ،

(١) رئيس مجلس الإدارة والعضو المنتدب بالشركة العربية للمنتجات الجيلاتينية الدوائية بمصر .

(٢) الكولاجين الحيواني : عبارة عن مادة بروتينية أكثر تعقيداً من الجيلاتين ، وهي التي تقوم بربط خلايا الأنسجة الضامة المختلفة ، بجميع أعضاء جسم الحيوان ، ومن أهم أنواعها ما ينتج بعد التحلل المائي لمادة الأوسين .

(٣) نائب رئيس المركز الإسلامي في آخن / ألمانيا .

(٤) الأوسين : عبارة عن مواد إسفنجية من البروتينات ، التي تربط بين خلايا العظام وبعضها ، ويتم الحصول عليه بعد التخلص من الأملاح المعدنية التي تكسو العظم ، وخاصة فوسفات الكالسيوم ، ولذلك يلزم معالجة العظام لاستخلاص مادة الأوسين الغنية بالجيلاتين .

(٥) أستاذ بالمعهد الاتحادي لحفظ الصحة والطب البيطري ببرلين / ألمانيا .

• استخدام الجيلاتين الخنزيري في الغذاء والدواء •

وتشكيل هياكل كيميائية جديدة أصغر حجماً ، وتجرى هذه العملية التي يطلق عليها اسم الحلمة "أي التحلل بواسطة الماء" ، إما في بيئة حمضية، وإما في بيئة قلوية ، وإما باستعمال إنزيمات مختارة لأغراض خاصة .

ثانياً : مصادر الجيلاتين :

يستخلص الجيلاتين الخام من المصادر الأساسية التالية :

- ١- جلود الإبل والبقر والجاموس والغنم والماعز والخنازير .
 - ٢- عظام الإبل والبقر والجاموس والغنم والماعز والخنازير .
 - ٣- القصاصات المتبقية من الجلود الصالحة للدباغة ، بعد أخذ القطع الكبيرة التي تستخدم في صناعة المنتجات الجلدية .
 - ٤- تجرى الآن أبحاث لدراسة إمكان استخلاص الجيلاتين من الأسماك .
- وهذه المصادر يمكن تصنيفها إلى قسمين هما : جلود الحيوانات وعظامها .

القسم الأول : الجلود :

وهي تتنوع إلى أنواع ثلاثة :

- ١- جلود خضراء أو طازجة : وهي جلود الحيوانات التي تم سلقها في المجازر ، وهذه الجلود ترسل إلى مصانع استخلاص الجيلاتين في ثلاجات خاصة ، خلال أربع وعشرين ساعة .
- ٢- جلود جافة : وهي تلك التي تجفف لدبغها في مصانع دبابة الجلود ، وما يستخدم منها في صناعة الجيلاتين ، هي تلك الأجزاء المتبقية من الصناعات الجلدية والتي لاتصلح فيها ، كالجلد حول الرقبة ، وما على الأرجل الأمامية والخلفية ، وما يغطي الذيل ، وهذه الأجزاء ترسل لمعالجتها قبل الاستخلاص .
- ٣- جلود جافة معالجة بأملاح الكروميوم : وهي بقايا جلود الحيوانات التي تم معالجتها بأملاح الكروميوم أثناء الدباغة ، ويجب معالجتها ومعادلتها قبل استخلاص الكولاجين منها .

القسم الثاني : العظام :

وأهم العظام التي يستخرج منها الجيلاتين : عظام الجمجمة ، والقفص الصدري ، والعمود الفقري ، والأرجل الأمامية والخلفية ، وعظام الذيل ، وتنوع العظام إلى نوعين :

١- عظام خضراء أو طازجة : وهي الناتجة بعد ذبح الحيوانات ، وتقطيعها وتخليص العظام من اللحم ، وترسل هذه العظام إلى مصانع استخلاص الجيلاتين ، في ثلاثيات خاصة خلال ثمان وأربعين ساعة ، وتحتوي هذه العظام على نسبة من المواد الدهنية وبقايا اللحم .

٢- عظام جافة : وهي بقايا الهياكل العظمية للحيوانات ، وتخلو من المواد الدهنية وبقايا اللحم بفعل حرارة الشمس .

ثالثاً : إنتاج الجيلاتين :

يتم إنتاج الجيلاتين من جلود الحيوانات وعظامها وفقاً للخطوات التالية :

١- إزالة الشحوم :

في هذه المرحلة تتم إزالة الشحوم وبقايا اللحم ، من الجلود والعظام الخضراء ، بغسلها بالماء البارد في أحواض كبيرة ، حيث تطفو الشحوم وتترسب الأتربة والشوائب في القاع ، أما الجلود والعظام الجافة فلا تحتوي على مثل هذا الشحم .

٢- إزالة الأملاح المعدنية :

تتكون العظام من مادة "الأوسين" الغنية بالجيلاتين ، والمكسوة بغطاء صلب من الأملاح المعدنية ، مثل فوسفات وكربونات الكالسيوم ، والحديد ، والمغنسيوم ، والمنجنيز ، ولهذا يتم إضافة محلول حمض الأيدروكلوريك المخفف إليها لإزالتها أولاً ، ثم يتم ترسيبها بإضافة محلول الجير المطفأ فينتج ثاني فوسفات الكالسيوم .

٣- المعالجة قبل عملية الاستخلاص :

تحتاج العظام بعد إزالة الشحوم وأملاح الكالسيوم منها ، إلى عملية خاصة لتحويل الأوسين إلى كولاجين ، يسهل تحلله بالماء لاستخلاص الجيلاتين ، وذلك بنقل العظام إلى أحواض بها الجير المطفأ ، حيث يتم قلبها باستمرار ليتخللها الهواء ، منعاً لتحللها بالميكروبات ، وحتى يصل الجير إلى أنسجة العظام الداخلية ، فيحسن من نوعية المنتج النهائي من الجيلاتين ، وتتراوح المدة اللازمة للتجهيز ما بين أربعة أسابيع إلى ثمانية ، ويمكن اعتبار هذه العملية بمثابة تخمير للعظام أو الجلود ، ولذا يلزم التخلص من الجير بعد نضوج العظام أو الجلود ، بالفصل

• استخدام الجيلاتين الخنزيري في الغذاء والدواء •

بالماء المستمر، ثم تضاف إليه كميات من الأوكسجين المركز، أو حمض الكريتوز ، التي تزيل الألوان ، وتعمل كمادة حافظة وقائقة للميكروبات .

وتسمى هذه الطريقة في المعالجة، بالطريقة البطيئة، وينتج عنها جيلاتين [ب] ، الذي يستخدم في صناعة أفلام التصوير ، والكبسولات الصلبة التي تستخدم في تعبئة الأدوية ، ويمتاز هذا النوع بجودته العالية ، ومواصفاته الدقيقة .

وهناك طريقة أخرى في المعالجة أسرع من السابقة ، تستخدم حمض الأيدروكلوريك فيها عند معالجة الجلود ، وخاصة جلود الخنازير ، وبعض أنواع من الأوسين ، أو جلود بعض الحيوانات الأخرى ، ويتم ذلك داخل أحواض مخصصة لذلك ، ولمدة تتراوح بين يوم أو يومين فقط ، وهذه الطريقة تعرف بالطريقة الحامضية ، التي ينتج عنها جيلاتين (أ) الذي يستخدم أكثره في الصناعات الغذائية ، وهو يقل في جودته عن النوع السابق .

٤- استخلاص الجيلاتين من الكولاجين :

يتم هذا الاستخلاص بوضع الكولاجين داخل أجهزة موضوعة على التوالي ، حيث يتم الاستخلاص بالماء العادي عند درجة حرارة ٢٥م تقريباً ، ترفع ٥م في الجهاز الذي يليه لتصل إلى ٢٠م ، وهكذا حتى تصل درجة حرارة الماء الذي يستخلص به الجيلاتين إلى ٨٠م .

٥- التركيز والتجفيف والتعبئة :

ترشح المحاليل ذات التركيز الخفيف ، المحتوية على جيلاتين ذائب في الماء - وهي ساخنة - خلال مرشحات ، ثم يتم نقلها إلى أجهزة التركيز تحت ضغط جوي منخفض ، لتصل نسبة التركيز إلى ٣٥٪ ، وعند ذلك يتم رفع درجة الحرارة إلى درجة الغليان لبرهة ، ثم يبرد الجيلاتين حتى يتجمد ، ثم يكبس في شبكة مثقوبة ليخرج على هيئة خيوط رفيعة ، تقطع بعد ذلك إلى قطع صغيرة ، ثم تطحن إلى مسحوق ناعم أو خشن ، توطئة لاستخدامه في الأغراض المختلفة^(١).

(١) أ.د. وليق الشرقاوي : الجيلاتين ١-٦ ، د. محمد الهواري : الطعام والشراب بين الحلال والحرام ٨-١٠ ، بروفيسور: محمد عبدالسلام : مشكلة استخدام المواد المحرمة في المنتجات الغذائية والدوائية ٢-٤ .

الفرع الثاني استخدامات الجيلاتين

يستخدم الجيلاتين على نطاق واسع في الصناعات الدوائية والغذائية وغيرها ، لما له من خواص عدة تجعله مناسباً لمثل هذه الاستخدامات .

ومن استخداماته في الصناعات الغذائية مايلي :

أ- استخدام الجيلاتين في تغليف اللحوم ، وحيوانات البحر المختلفة من أسماك

وربيان وغيرها، وكذلك لحم البقر المملح (البولبيف)، وغيرها من اللحوم المعلية.

ب- استخدامه في صناعة المثلجات (كالجيلاتي والآيس كريم) ، ومنتجات الألبان :

كالجين الطري ، والجبن القريش ، واللبن الرائب (الزبادي) المخلوط بالفاكهة ، والكريما المخفوقة .

ج- استخدامه في صناعة الحلويات المختلفة ، مثل : بعض أنواع اللبان أو العلك

وحبات الحلوى الهلامية ، والسكاكر، والكريمات والملبسات ، والمارش مالو

(سكر وجيلاتين وزلال البيض) .

د- استعماله في صناعة الأطعمة المهيأة على شكل مساحيق مهلمة : كمسحوق

الهلام (الجيلي) ، ومسحوق البودنج وغيرها .

هـ- استعماله في المخبوزات وصناعة الحلوى : كالعجائن ، والكعك ، والقطائر ،

والتورتية بأشكالها المختلفة .

و- استخدامه في صناعة المشروبات المختلفة : كمشروبات الحليب ، والحساء ،

وعصائر الفاكهة ، وغيرها .

ز- استعماله في صناعة المربيات ، كمادة مجمدة بها ، والحلويات كمادة مزيّنة لها .

ح- استخدامه في تجهيز أقوات للمرضى ، الذين أجريت لهم جراحة في القناة

الهضمية ، أو المصابين بقرحة في المعدة أو الإثنا عشر .

ط- استخدامه في صناعة الأغذية المنخفضة السعرات الحرارية ، التي تستخدم

للتحكم في وزن الجسم ، وتغذية مرضى السكر .

ي- كما يستخدم كبديل للدهون الحيوانية والنباتية في إعداد بعض الأغذية .

● استخدام الجيلاتين الخزيري في الغذاء والدواء ●

ومن استخداماته في الصناعات الدوائية مايلي :

- أ- استخدامه في تحضير كبسولات الدواء القاسية أو اللدنة ، والكبسولات الدوائية الدقيقة .
- ب- استعماله في إنتاج أقراص المص القاسية أو الطرية ، ونحوها من المستحلبات المحملة بالفيتامينات والمواد العلاجية الأخرى .
- ج- استخدامه في إنتاج معاجين الأسنان والمعلقات والمراهم والكريمات .
- د- استعماله في إنتاج الأقراص أو الملبسات الدوائية التي تغلف بالجيلاتين ، لمنع الذوبان السريع لها .
- هـ- استخدامه في تحضير التحاميل (البوسات) الشرجية والمهبلية ، لأنه يذوب بفعل حرارة الجسم .
- و- استخدامه كمرقء (موقف لنزيف الدم) في الأعمال الجراحية وكمضاد للتهيج في الحروق وغيرها من إصابات الجلد .
- ز- استعماله كبديل أو موسع للبلازما (لاستخدامه عند الحاجة إلى تعويض حجم الدم الناقص) .

ومن استخداماته في الصناعات الأخرى مايلي :

- استخدامه في صناعة أفلام التصوير ، والمواد اللاصقة ، والورق ، والشباب ، وصناعة الأصباغ في الغزل والنسيج (١) .

(١) المصادر السابقة في الفرع الأول .

الفرع الثالث حكم أجزاء الخنزير

أبين في هذا الصدد حكم أجزاء الخنزير ، من حيث الطهارة أو النجاسة ، وحكم تناولها في حال الاختيار ، وذلك في مقصدين على النحو التالي :

المقصد الأول : مدى طهارة أجزاء الخنزير .

المقصد الثاني : حكم تناول أجزاء الخنزير .

المقصد الأول مدى طهارة أجزاء الخنزير

لا خلاف بين الفقهاء على أن الخنزير لا تعمل فيه الذكاة ، فلا تطهر أجزاؤه ولا تطيب بها ، فإذا ذكي صار ميتة ، ولا خلاف بينهم كذلك على أن جميع أجزائه نجسة ، وباستثناء شعره ، الذي يرى جمهور المالكية طهارته ، وباستثناء جلده الذي يرى الظاهرية طهارته بعد الدبغ ، وهو رواية عن أبي يوسف ومالك ^(١) .

والدليل على نجاسة أجزاء الخنزير ما يلي :

الكتاب الكريم : قال تعالى: ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أَمَّا لَغِيرِ اللَّهِ بِهِ ﴾ ^(٢) .

(١) البهري : العناية ، الخوارزمي : الكفاية ، ابن الهمام : فتح القدير ١/ ٨٢، ٦٤، ٦٥، ٨٢، الحصكفي : الدر المختار و رد المحتار لابن عبيد ١/ ١٣٦، ١٩٦/٥ ، الكلساني : بدائع الصنائع ١/ ٢٢ ، ابن عبد البر : الكافي في فقه أهل المدينة للملكي ١٦١ ، المنوفي : كفاية الطالب الرباني ٤/ ١٢٩ ، الشيخ عليش : شرح منج الجليل ١/ ٦٠٠ ، النفراوي : الفواكه الدواني ١/ ٤٥٢-٤٥٤ ، النووي : المجموع ١/ ٢١٥، ٩/ ٥ ، الشرييني : مغني المحتاج ١/ ٨٧، ٤/ ٢٩٩ ، الكوهجي : زاد المحتاج ١/ ٧٣ ، ابن قدامة : المغني ١/ ٦٦، ٧٠، ٨٢، الكافي ١/ ١٤، ٤٨٩ ، الشيباني : نيل المآرب ٢/ ٣٩٦ ، ابن حزم : المحلى ١/ ١٦١، ١٥٣، ٧/ ٣٩٠، ٨/ ٦٤، ٦٨ ، القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٢٢٢-٢٢٣ ، ابن العربي : أحكام القرآن ١/ ٥٤ .

(٢) سورة الانعام من الآية ١٤٥ .

● استخدام الجيلاتين الخنزيري في الغذاء والدواء ●

وجه الدلالة من الآية :

الرجس : هو القذر والنجس ^(١) ، والضمير في " فإنه " يعود إلى أقرب مذكور إليه ، وهو المضاف إليه " الخنزير " كما قال ابن الهمام والبايرتي وابن حزم ، أو المضاف " اللحم " كما قال ابن كثير ، وعلى كلا التاويلين تكون أجزاء الخنزير نجسة ، وفقاً لما بينوا ، إذ قال ابن الهمام والبايرتي : إن الهاء في قوله تعالى : ﴿ فإنه رجس ﴾ عائدة إلى الخنزير ، لقربه وإن كان مضافاً إليه ، إلا أن الضمير صالح لعوده إليه ، كما هو صالح لعوده إلى المضاف ، وهو اللحم ، وإذا جاز عود الضمير إلى كل من المتضايفين في اللغة - والموضع موضع احتياط - فرجوعه إلى المضاف إليه فيما نحن فيه أولى ، لكونه أشمل للأجزاء وأحوط في العمل ^(٢) ، وقال ابن حزم : إن الضمير في لغة العرب ، يرجع إلى أقرب مذكور إليه ، فصح بالقرآن أن الخنزير بعينه رجس ، فهو كله رجس ، وبعض الرجس رجس ^(٣) ، فدللت الآية الكريمة وفقاً لما تناولها به العلماء ، على أن أجزاء الخنزير نجسة .

المقصد الثاني

حكم تناول أجزاء الخنزير

لاخلاف بين الفقهاء في حرمة تناول أجزاء الخنزير المختلفة في حال الاختيار ، فلا يحل تناول لحمه ، أو شحمه ، أو جلده ، أو عصبه ، أو غضروفه ، أو حشوته ، أو مخه ، أو عظمه ، أو رأسه ، أو أطرافه ، أو لينه ، أو غيرها من سائر أجزائه ^(٤) . وقد استدل لحرمة تناول أجزاء الخنزير المختلفة حال الاختيار بما يلي :

(١) ابن منظور : لسان العرب ٣٩٨/٧ .

(٢) فتح القدير والعناية ٦٥/١ .

(٣) المحلى ٣٩٠/٧ .

(٤) فتح القدير والعناية ٦٥،٦٤/١ ، شرح منح الجليل ٦٠٠/١ ، المجموع ٥/٩ ، مغني المحتاج

٢٩٩/٤ ، نيل المأرب ٣٩٦/٢ ، الكافي ٤٨٩/١ ، المحلى ٣٨٨/٧ ، الجامع لأحكام القرآن

٢٢٣، ٢٢٢/٢ .

أولاً : القرآن الكريم :

١- الآية السابقة .

٢- قال سبحانه: ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾^(١).

وجه الدلالة منهما :

ظاهر الآيتين يفيد حرمة تناول لحم الخنزير ، إلا أن العلماء قالوا : بحرمة تناول جميع أجزائه ، وعللوا تخصيص اللحم بالذكر في الآيتين -دون بقية أجزاء الخنزير - بأن اللحم معظم مقصوده ، فقال ابن كثير : إن اللحم المنصوص على حكم تناوله في الآيتين ، يعم جميع أجزاء الخنزير حتى الشحم ، وقال الجصاص : إن لحم الخنزير وإن خص بالذكر ، إلا أن المراد جميع أجزاء الخنزير ، وقد خص اللحم بالذكر ، لأنه أعظم منفعته ، فخص بالنهي تأكيداً لحكم تحريمه ، وحظراً لسائر أجزائه ، وقال القرطبي : خص الله تعالى ذكر اللحم من الخنزير ، ليدل على تحريم عينه ، وليعم الشحم وما هنالك من الغضاريف وغيرها ، إذ الشحم مع اللحم يصدق عليه اسم اللحم ، فيدخل الشحم في اسم اللحم^(٢) .

ثانياً : السنة النبوية المطهرة :

روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (والذي نفسي بيده ليوشكن أن ينزل فيكم ابن مريم عليه السلام حكماً مقسطاً ، فيكسر الصليب ، ويقتل الخنزير ، ويضع الجزية ، ويفيض المال حتى لا يقبله أحد)^(٣) .
وجه الدلالة منه :

أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بما سيكون من أمر أمته ، من نزول عيسى عليه السلام ، وقتله الخنزير ، وأنه ينزل بحكم الإسلام ، ويحكم به ، وقد صوب رسول الله صلى الله عليه وسلم قتله الخنزير ، مع نهيه عن إضاعة المال^(٤) ، فلو

(١) سورة المائدة من الآية ٣ .

(٢) ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ٧/٢ ، القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٢٢٢/٢ ، الجصاص : أحكام القرآن ١٢٤/١ .

(٣) أخرجه البخاري ومسلم في الصحيحين (صحيح البخاري ٢٧/٢ ، صحيح مسلم ٧٦/١) .

(٤) فقد روي عن أبي هريرة قال : " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قيل وقال ، وكثرة السؤال ، وإضاعة المال " أخرجه البخاري في صحيحه ١٢٥/٤ .

● استخدام الجيلاتين الخنزيري في الغذاء والدواء ●

كانت الذكاة تعمل في شيء من الخنزير ، لما أباح قتله فيضيع ، فصح بهذا حرمة تناول جميع أجزائه ، ومنه الشحم .

ثالثاً : الإجماع :

حكى كثير من العلماء إجماع المسلمين على تحريم تناول جميع أجزاء الخنزير ، فقد قال النووي : أجمع المسلمون على تحريم شحمه (أي الخنزير) ودمه وسائر أجزائه ، وقال المقدسي : لاخلاف في تحريمه بين أهل العلم ، وقال ابن حزم : أجمعت أقوال العلماء على حرمة عين الخنزير ، فلا يحل أكل شيء منه ، سواء في هذا لحمه ، أو شحمه ، أو جلده ، أو عصبه ، أو غضروفه ، أو خشوته ، أو مخه ، أو عظمه ، أو رأسه ، أو أطرافه ، أو لبنه ، أو شعره ، الذكر والأنثى ، الصغير والكبير في ذلك سواء ، وقال القرطبي : لاخلاف أن جملة الخنزير محرمة (١) .

(١) المجموع ٢٥/٩ ، مغني المحتاج ٢٩٩/٤ ، المقدسي : الشرح الكبير ٦٧/١١ ، المحلى ٣٨٨/٧ ، ٣٩٢ ، الجامع لأحكام القرآن ٢/٢٢٣ .

الفرع الرابع مدى طهارة النجاسات بالاستحالة

الأصل في تطهير النجاسات ، أن يكون بإزالتها وغسلها بالماء الطاهر ، إلا أن غسلها به لا يتعين لإزالة النجاسة الحقيقية ، وذلك لوجود مواد وطرق أخرى ، تزول بها النجاسة - غير الغسل بالماء - في بعض الأحوال ، للتيسير ورفع الحرج ، وقد اختلف الفقهاء في اعتبار هذه الطرق جميعاً مزيلات للنجاسة ، فبعضهم ضيق من دائرتها ، وبعضهم توسع في ذلك ^(١) ، ومن هؤلاء فقهاء الحنفية ، الذين جعلوا مزيلات النجاسة أكثر من ثلاثين طريقاً ، وقد عددها الحصكفي فقال : ذكروا أن التطهير يكون بغسل ، وجري الماء على نحو بساط ، وبخوله من جانب وخروجه من آخر بحيث يعد جارياً ، وغسل طرف ثوب نسي محل نجاسته ، ومسح صقيل (كالسيف والمرأة) ، ومسح نطع وموضع محجمة وفصد بثلاث خرق ، وجفاف أرض ، وذلك خف ، وفرك مني ، واستتجاء بنحو حجر ، ونحت ملح وخشبة ، وتقور نحو سمن جامد ، بأن لا يستوي من ساعته ، وذكاة ، وبيع ، ونار ، وندف قطن تنجس أقله ، وقسمة مثلي ، وغسل وبيع وهبة وأكل لبعضه ، وانقلاب عين ، وقلبها بجعل أعلى الأرض أسفل ، ونزح بثر ، وغورانها ، وغوران قدر الواجد ، وجريانها ، وتخلل خمر ، وتخليلها ، وغلي اللحم ، ونضح بول صغير .

وقد نظم بعضها الحصكفي فقال :

وغسل ومسح والجفاف مطهر	ونحت وقلب العين والحفر يذكر
وببغ وتخليل ذكاة تخلل	وفرك وذلك والندخول التقور
تصرفه في البعض ندف	ونزحها ونار وغلي غسل بعض تقور ^(٢) .

وأجتزئ الاستحالة من هذه الطرق ، لبيان مدى طهارة الأعيان النجسة باستحالتها .

(١) شرح الخرشي ٨٨/١ ، الأبهي : جواهر الإكليل ١١/١-١٣ ، الكومجي : زاد المحتاج

٧٧/١-٨٤ ، ابن قدامة : الكافي ٨٧/١-٩٢ ، ابن حزم : المحلى ١٣١/١-٢٥٨ .

(٢) الحصكفي : الدر المختار ، ابن عابدين : رد المحتار ٢٠٩/١-٢١٠ .

● استخدام الجيلاتين الخنزيري في الغذاء والدواء ●

الاستحالة في عرف الفقهاء :

والاستحالة التي يترتب عليها هذا الحكم ، عبر عنها ابن عابدين بأنها : " تغير العين النجسة ، وانقلاب حقيقتها إلى حقيقة أخرى ، كانقلاب الخمر خلأ ، والخنزير ملحاً ، والسرجين رماداً " ، والاستحالة بمعناها السابق تختلف عن تغير الوصف ، الذي لا يترتب عليه ذلك الحكم ، كصيرورة اللبن جبناً ، والبر طحيناً ، والطحين خبزاً ونحو ذلك (١) .

الاستحالة في المصطلح العلمي :

عرف د. الهواري الاستحالة بهذا الاصطلاح بأنها : " كل تفاعل كيميائي يحول المادة إلى مركب آخر : كتحويل الزيوت والشحوم على اختلاف مصادرها إلى صابون " (٢) . وعرفها د. أبو الوفا بأنها : " تحول المادة إلى مادة أخرى مختلفة ، لها صفات فيزيائية وكيميائية ، وذلك نتيجة للتغيرات الكيميائية في البناء الجزيئي للمادة ، وفي الكيمياء العضوية يتم تحويل المواد عن طريق البناء أو التحلل الكيميائي ، ومن أمثلة الاستحالة : تحول الكحول إلى خل " (٣) .

الفرق بين الاستحالة وبين كل من الاتحاد الكيميائي والخلط :

والاستحالة بالمعنى السابق تختلف عن الاتحاد الكيميائي بين المواد : الذي تتفاعل فيه عدة مواد بالخلط تفاعلاً كيميائياً ، وتتحد معاً لتكون مركباً كيميائياً له صفات فيزيائية وكيميائية مختلفة عن مكونات الخليط ، وبذلك تتحول المواد وتذوب خصائصها لتكون مواد جديدة ، وذلك كتفاعل المعادن أو القلويات مع الأحماض لتكوين الأملاح .

كما تختلف الاستحالة عن الخلط الذي هو مجرد تداخل أجزاء مادة ، في أجزاء مادة أو مواد أخرى ، ليتكون من ذلك مخلوط أو مزيج أو مستحلب أو محلول ، صلب أو رخو أو سائل أو غاز ، ويظل كل مكون من مكونات الخليط ، محتفظاً بصفاته وأثاره الطبيعية والكيميائية والأقرباذينية ، وكل مادة من مواد الخليط تمر

(١) رد المحتار ١/٢١٠ .

(٢) د. محمد الهواري : استحالة النجاسات ٢ .

(٣) د. أبو الوفا عبدالأخر : مبحث إعلامي حول الاستغناء عن المحرمات والنجاسات في الدواء والغذاء ٢٥ .

داخل جسم الإنسان بعمليات التمثيل الغذائي " الإيض " ، كما لو كانت غير مختلطة بغيرها .

أما الصفات الطبيعية المشتركة التي تطرأ على الخليط ، من لون أو طعم أو رائحة أو قوام ، فهي صفات عارضة بالنسبة لكل مكون من مكونات الخليط ، ولا تغير من حقيقته ، كخلط شحم الخنزير ، بشحم البقر ، وكل مكون من مكونات الخليط قد تكون له صفات طبيعية قوية ، تغلب على الصفة المشابهة لباقي المكونات ، بحيث تصبح محصلة الصفة للخليط ، هي من هذه الصفة القوية ، حتى ولو كان بأقل كمية .
فشمم الخنزير إذا خلط بتوابل ذات لون أحمر ، أصبح لون الخليط أحمر ، وإذا خلط بمادة ذات نكهة تغيرت رائحة اللحم وطعمه ، وإذا عجن خبزاً مع دقيق أختفى ، والكحول إذا خلط بالعصائر ، أو مكسبات الطعم واللون ، فإنه يتغير كلية وينتج خليطاً له صفات طبيعية مختلفة عن صفات الكحول ، وكذا إذا خلط بزيوت عطرية ، أعطى خليطاً ذا رائحة .

وهذا الخلط لا يترتب عليه ، زوال خصائص المواد المخلوطة وذوبانها ، وإنما تظل مكونات الخليط باقية على حقيقتها ، مهما تغيرت صفاتها الطبيعية ، ويمكن فصل هذه المكونات بعضها عن بعض ، كما أن آثارها كمطعم أو مشروب داخل جسم الإنسان تظل كما هي (١) .

وقد اختلف الفقهاء في مدى طهارة الأعيان النجسة بالاستحالة على مذهبين :
المذهب الأول :

يرى أصحابه أن نجس العين لا يظهر بالاستحالة (بخلاف الخمر التي فصل الفقهاء حكم طهارتها بالتخلل أو التخليل على ما أبين بعد) .
وهو قول أبي يوسف وبعض الحنفية ، وبعض المالكية ، وإليه ذهب الشافعية ، وهو ظاهر مذهب الحنابلة ، وعليه جمهور أصحاب أحمد (٢) .

(١) د. يحيى خواجي ، د. أبو الوفا عبدالأخر : إعادة النظر في فتاوى الإبالة للمطعمومات ومستحضرات الزينة المخلوطة بالمحرمات والنجاسات ٥-٦ .

(٢) رد المحتار ١/٢١٠ ، ابن الهمام : فتح القدير ١/١٧٦ ، الشيرازي : المهذب ١/٤٨٠ ، الشربيني : مقني المحتاج ١/٨١ ، ابن قدامة : المغني ١/٧٢ ، الرادوي : الإنصاف ١/٢١٨ ، ابن تيمية : مجموع الفتاوى ٢١/٧٢ .

● استخدام الجيلتين الخنزيري في الغذاء والدواء ●

المذهب الثاني :

يرى من ذهب إليه أن نجس العين يطهر بالاستحالة .
وهو قول الطرفين من الحنفية ، وإليه ذهب جمهور أصحابهما ، وعليه
الفتوى في المذهب لعموم البلوى به ، وهو مذهب جمهور المالكية ، وقول ابن
تيمية ، وقول مخرج في المذهب الحنبلي ، قياساً على الخمرة إذا انقلبت ، وجلود
الميتة ، إذا دبغت ، والجلالة إذا حبست ، وإلى هذا المذهب ذهب الظاهرية (١) .

أدلة المذهبيين :

استدل أصحاب المذهب الأول على أن نجس العين لا يطهر بالاستحالة بما يلي :
الاستصحاب :

إن أمثال العذرة والسرجين والخنزير والكلب قد حكم بنجاسة عينه ،
وما حكم بنجاسة عينه لا يزول عنه الحكم ولو استحال إلى مادة أخرى مادامت
عينه باقية (٢) .

استدل أصحاب المذهب الثاني على أن نجس العين يطهر بالاستحالة بما يلي :

أولاً : القياس :

إن العين النجسة إذا انقلبت إلى عين أخرى ، فإنها تطهر ، قياساً على طهارة
الخمير بتخللها ، وجلود الميتة إذا دبغت ، والجلالة إذا حبست والنطفة النجسة إذا
تحولت إلى علقة نجسة ، ثم تحولت العلقة إلى مضغة فتطهر به (٣) .

ثانياً : المعقول :

١- إن الأحكام إنما هي على ما حكم الله تعالى بها فيه ، مما يقع عليه ذلك الاسم
الذي خاطبنا الله عز وجل به ، فإذا سقط الاسم فقد سقط الحكم ، فإذا استحالت
صفات عين النجس أو الحرام ، بطل عنه الاسم الذي به ورد ذلك الحكم ، وانتقل
إلى اسم آخر وارد على حلال طاهر ، فليس هو ذلك النجس ولا الحرام ، بل قد

(١) ابن نجيم : البحر الرائق ٢٣٩/١ ، رد المحتار ٢١٠/١ ، فتح القدير ١٧٦/١ ، شرح الخريشي
٨٨/١ ، الدردير : الشرح الكبير ٥٠/١ ، ابن جزري : القوانين الفقهية ٣٤ ، المغني ٧٢/١ ،
مجموع فتاوى ابن تيمية ٦٨/٢١ ، المحلى ١٦٦-١٦٧ ، ١٧٨-١٧٩ .

(٢) المذهب ٤٨/١ .

(٣) رد المحتار ٢١٠/١ ، فتح القدير ١٧٦/١ ، تسهيل المدارك ٤٠/١ ، المغني ٧٢/١ .

صار شيئاً آخر ذا حكم آخر ، وكذلك إذا استحالت صفات عين الحلال الطاهر ، فبطل عنه الاسم الذي ورد به ذلك الحكم فيه ، وانتقل إلى اسم آخر وارد على حرام أو نجس ، فليس هو ذلك الحلال الطاهر ، بل صار شيئاً آخر ، ذا حكم آخر كالعصير يصير خمراً ، أو الخمر يصير خلأ ، أو لحم الخنزير تأكله الدجاجة فيستحيل فيها لحم دجاج حلالاً ، وكالماء يصير بولاً ، والطعام يصير عذرة ، والعذرة والبول تدهن بهما الأرض ، فيعودان ثمرة حلالاً ، وكنقطة ماء تقع في خمر أو نقطة خمر تقع في ماء ، فلا يظهر لشيء من ذلك أثر ، وهكذا كل شيء ، والأحكام للأسماء ، والأسماء تابعة للصفات ، التي هي حد ماهي فيه ، المفرق بين أنواعه (١) .

٢- إن الشرع رتب وصف النجاسة على تلك الحقيقة ، وتتقي الحقيقة بانتقاء بعض أجزاء مفهومها ، فكيف بالكل ، فإن الملح الذي صار إليه الخنزير أو الميتة الواقعان في مملحة ، غير العظم واللحم ، فإذا صار ملحاً ترتب حكم الملح ، ونظيره في الشرع النطفة نجسة ، وتصير علقة ، وهي نجسة ، وتصير مضغة فتطهر ، والعصير طاهر ، فيصير خمراً فينجس ، ويصير خلأ فيطهر ، فعرفنا أن استحالة العين تستتبع زوال الوصف المترتب عليها (٢) .

٣- إن ما كان محكوماً بنجاسته إذا استحال إلى شيء آخر ، غير ما كان محكوماً عليه بالنجاسة ، كالعذرة تستحيل تراباً ، والخمر يستحيل خلأ ، فقد ذهب ما كان محكوماً بنجاسته ، ولم يبق الاسم الذي كان محكوماً عليه بالنجاسة ، ولا الصفة التي وقع الحكم لأجلها ، وصار كأنه شيء آخر ، وله حكم آخر (٣) .

الرأي الرابع :

والذي أرى رجحانه من هذين المذهبين - بعد الوقوف على ما استدل به لهما - هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، من أن نجس العين لا يطهر بالاستحالة ، لما وجهوا به مذهبهم ، ولأن نجس العين لم تحصل نجاسته بالاستحالة حتى تزول بها .

(١) المحلى ١/١٦٦-١٦٧ ، ١٧٨-١٧٩ .

(٢) البحر الرائق ١/٥٧ ، فتح القدير ١/١٧٦ ، رد المحتار ١/٢١٠ .

(٣) الشوكاني : السيل الجرار ١/٥٢ .

● استخدام الجيلاتين الخنزيري في الغذاء والدواء ●

وأما ما استدل به أصحاب المذهب الثاني على طهارة الأعيان النجسة بالاستحالة، فموضع نظر لما يلي :

أ- إن القول : بأن الحكم تابع للاسم الذي به ورد الحكم ، بحيث يسقط الحكم بسقوط الاسم ، قول منقوض بجلد الميتة قبل الدباغ وبعده ، فإنه يصدق عليه مسمى جلد ميتة قبل الدبغ وبعده، وإن كان حكمه بعد الدبغ مخالفاً لحكمه قبله ، هذا فضلاً عن وجود من يقول ببقاء الحكم ، وإن زال الاسم وتبدلت حقيقة العين المحكوم بطهارتها أو نجاستها .

ب- إن القول : بأن الشرع رتب وصف النجاسة على حقيقة العين النجسة ، بحيث تنتفي الحقيقة بانتفاء بعض أجزاء مفهومها ، قول لا يسلم به على إطلاقه ، إذ المستحيل عن النجاسة أصله عين نجسة ، ولم يحدث بعد الاستحالة ما يزيل عنه وصف النجاسة ، فيبقى على حكم الأصل استصحاباً للحال .

ج- إن قياس الأعيان النجسة التي تطهر بالاستحالة ، على الخمر تصيير خلاً ، وجلد الميتة إذا دبغ ، والجلالة إذا حبست ، والنفطة إذا تحولت إلى مضغة ، والعذرة تستحيل تراباً ، قياس غير سديد لما يلي :

أ- أما القياس على الخمر تستحيل خلاً ، فإننا نقول : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أراق الخمر وأفسد أوعيتها ، وأمر غيره بإراقتها وإفساد أوعيتها ، وذلك في كثير من الأحاديث، منها: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أتية بمدية - وهي الشفرة - فأتيتها بها ، فأرسل بها فأرهفت ، ثم أعطانيتها ، وقال : " اغد عليّ بها " ففعلت ، فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة ، وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام ، فأخذ المدية مني فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته ، ثم أعطانيتها وأمر الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويعاونوني ، وأمرني أن آتي الأسواق كلها ، فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته ، ففعلت فلم أترك في أسواقها زقاً إلا شققته " (١) ، وما رواه أنس رضي الله عنه

(١) أخرجه أحمد في مسنده ، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد وقال : رواه أحمد بإسنادين في أحدهما أبو بكر بن أبي مريم وقد اختلف ، وفي الآخر أبو طعمة وقد وثقه محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي ، وبقي رجاله ثقات ، وقد أشار الترمذي إلى هذا الحديث ، وذكره ابن حجر في فتح الباري وعزاه إلى أحمد ولم يتكلم عليه (مسند أحمد ٧١/٢ ، الهيثمي : مجمع الزوائد ٥٣/٣ ، الشوكاني : نيل الأوطار ٥/٣٣٠ .

" أن أبا طلحة سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمرًا ، فقال : **أهرقها** " ، قال : **أفلا نجعلها خلًا ؟** ، قال : **" لا "** ^(١) ، وما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : **" قلنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما حرمت الخمر : إن عندنا خمرًا لبيتم لنا ، فامرنا فأهرقناها "** ^(٢) ، وما روي عن أم سلمة رضي الله عنها : **" أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها ، وقد نبذت نبذًا في جرة ، فخرج والنبذ يهدر ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " ما هذا ؟ " ، فقالت : فلانة اشتكت بطنها ، فنقعت لها ، فدفعه برجله فكسره ، وقال : (إن الله لم يجعل فيما حرم عليكم شفاء)** ^(٣) ، وما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : **" إن رجلاً كان يهدي للنبي صلى الله عليه وسلم راوية خمر ، فأهداها إليه عامًا وقد حرمت ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " إنها حرمت " ، فقال الرجل : أفلا أبيعها ؟ ، فقال : إن الذي حرمها حرم أن يكارم بها اليهود " ، أفلا أكارم بها اليهود ؟ ، قال : " إن الذي حرمها حرم أن يكارم بها اليهود " ، قال : فيكيف أصنع بها ؟ قال : شنها على البطحاء "** ^(٤) ، والأمر بإراقة الخمر وإفساد أوعيتها ، يقتضي النهي عن إمساكها مطلقاً ، ولو كان لغرض تخللها أو تخليلها ، إذ الأمر بالشئ نهى عن ضده ، ولو كان يجوز الانتفاع بها في اتخاذها خلًا أو نحوه ، لما أمر بذلك ، لأنه يكون إضاعة للمال الذي نهى رسول

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ١٩١/٢ .

(٢) أخرجه أحمد في مسنده ، وأشار إليه الترمذي (مسند أحمد ٢٦/٣ ، نيل الأوطار ١٨٧/٨ - ١٨٨) .

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه وصححه ، وأخرجه الحاكم في المستدرک وقال : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، وأخرجه البيهقي في سننه وسكت عنه ، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ، وقال : رواه أبو يعلى والبزار والطبراني في الكبير ، ورجال أبي يعلى رجال الصحيح ، غير حسان بن مارق فقد وثقه ابن حبان ، وأخرجه ابن حزم في المحلى وقال : في سننه سليمان الشيباني وهو مجهول . (ابن بلبان : الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٦٩/١٠ ، الحاكم : المستدرک ٢١٨/٤ ، البيهقي : السنن الكبرى ٥/١٠ ، مجمع الزوائد ٨٦/٥ ، العيني : عمدة القاري ٣/٣٤ ، المحلى ١٧٥/١ - ١٧٦) .

(٤) رواه الحميدي في مسنده ، وله شاهد في مسلم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما (صحيح مسلم ٦٨٩/١ ، نيل الأوطار ١٧٠/٨) .

● استخدام الجيلاتين الخنزيري في الغذاء والدواء ●

الله صلى الله عليه وسلم عن إضاعته ^(١) ، ولأنه يترتب على أمر أبي طلحة وأبي سعيد الخدري وغيرهما بإراقة خمر الأيتام إضاعة مالهم ، فيجب على هؤلاء الصحابة ضمانها لهم ، ولو كانت تطهر بالاستحالة أو يجوز إمساكها والانتفاع بها بوجه لنبيه رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه إليه ، كما نبه أهل الشاة الميتة - وهي نجسة - إلى جواز دبيع جلدتها والانتفاع به ، وذلك لأن وقت السؤال عن حكم الانتفاع بها هو وقت الحاجة إلى البيان ، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة إليه .

فإذا أمسكت الخمر بالمخالفة لذلك وصارت خلأ ، فإما أن يكون ذلك بتخليلها بنفسها أو بنقلها من موضع إلى آخر ، وإما أن يكون بتخليلها بالمعالجة ، فإذا تخللت بنفسها فإنها تطهر وتحل باتفاق الفقهاء ^(٢) ، لما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (نعم الأدم الخل) ^(٣) ، وكل ما في الحديث الذي استدل به على ذلك أنه امتدح الخل ، ولا يدل هذا من قريب أو بعيد على إباحة اتخاذ الخمر خلأ ، ولا يدل كذلك على طهارة وحل الخل المنقلب عن الخمر ، إلا أن يكون العموم في لفظ " الخل " ، ولكن هذا العموم مخصوص بالأمر بإراقة الخمر ، أو النهي عن إمساكها حتى تنقلب خلأ ، فيكون الخل الممتدح في الحديث هو ما اتخذ من غير الخمر ، وأما تخللها بنقلها من موضع إلى آخر ففيه خلاف الفقهاء ، فمذهب الحنفية والأصح من مذهب الشافعية أنها تطهر وتحل به ، وهو مذهب الحنابلة إن لم يقصد ناقلها تخليلها بذلك ، فإن قصد تخليلها به فإنها لا تطهر ، وثمة وجه في مذهب الشافعية أنها لا تطهر ولا تحل به ^(٤) ، ومن ثم فإن حكم الأصل مختلف فيه هنا ، ولا يقاس فرع (وهو

(١) ذلك ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أنه قال : " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قيل وقال ، وكثرة السؤال ، وإضاعة المال) . أخرجه البخاري في صحيحه ١٢٥/٤ .

(٢) السرخسي : المبسوط ٧/٢٤ ، ابن رشد : بداية المجتهد ٤٧٢/١ ، ابن النجار : منتهى الإرادات ٤١/١ ، ابن القيم : إعلام الموقعين ٢/٢٠٤ ، المحلى ٨/١٤٧ ، النووي : شرحه على صحيح مسلم ١٣/١٥٢ ، القنوجي : السراج الوهاج ٧/٤٩٩ .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (مع شرح النووي عليه ١٤/٧) .

(٤) الكاساني : بدائع الصنائع ٦/٢٩٣٧ ، المغني ٨/٣٢٠-٣٢١ ، البهوتي : كشف القناع ٦/١٢٠ ، شرح النووي على صحيح مسلم ١٣/١٥٢ ، السراج الوهاج ٧/٤٩٨ .

الأعيان النجسة المستحيلة (على أصل محل خلاف ، وفي تحليل الخمر بالمعالجة خلاف الفقهاء كذلك ، فمذهب جمهورهم (جماعة من الصحابة ، والراجح من مذهب المالكية ، ومذهب الشافعية ، وجمهور الحنابلة ، وداود الظاهري) عدم جواز تحليلها ، وأنها تبقى على نجاستها وإن تحولت إلى خل ، ولا يحل تناولها ، وذهب بعض الفقهاء إلى أنها تطهر وتحل بالتحليل ، وقد روي هذا عن بعض الصحابة ، وإليه ذهب الحنفية ، وهو قول مرجوح عند المالكية ، ووجه عند الحنابلة ، وقول ابن حزم ^(١) ، فحكم الأصل مختلف فيه كذلك ، فكان قياس الأعيان النجسة المستحيلة عن حقيقتها على الخمر تستحيل إلى خل قياس فاسد ، لما سبق .

٢- وأما القياس على جلد الميتة إذا دبغ ، فهو قياس مع الفارق ، لأن حقيقة الجلد بعد الدبغ هي عين حقيقته قبله ، فلم تستحل عينه ، ولم يتغير مسماه ، ولهذا فإنه لا يصلح دليلاً على استحالة الأعيان النجسة ، والقياس عليه كذلك قياس فاسد لوقوع الخلاف في طهارته بعد الدبغ ، إذ روي عن عمر وابنه عبدالله ، وعمران بن حصين وعائشة ، عدم طهارته بعد الدبغ ، وهو رواية عن مالك ومشهور مذهب الحنابلة ، خلافاً لما يراه جمهور الفقهاء من طهارته بعد الدبغ ، على تفصيل بينهم فيما يظهر منه بالدباغ ^(٢) .

٣- والقياس على الجلالة إذا حبست قياس مع الفارق ، لأن لحم الجلالة ولبنها أو بيضها ، الذي حرم تناوله قبل الحبس حقيقته باقية لم تتغير بعده ، ولم تستحل عينه إلى شيء آخر غير اللحم أو اللبن أو البيض ، ولهذا فلا تصلح دليلاً على استحالة الأعيان النجسة .

٤- والقياس على النطفة تتحول إلى مضغة قياس فاسد ، لاختلاف الفقهاء في حكم الأصل ، إذ روي عن ابن عمر وعلي ، وسعد بن أبي وقاص وعائشة ، وغيرهم

(١) المبسوط ٧/٢٤ ، بدائع الصنائع ٦/٢٩٣٧ ، بداية المجتهد ١/٤٧٢ ، المغني ٨/٣٢٠ ، كشف القناع ٦/١٢٠ ، المحلى ٨/١٤٧-١٤٨ ، القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٦/٢٨٩-٢٩٠ ، شرح النووي على صحيح مسلم ١٣/١٥٢ ، السراج الوهاج ٧/٤٩٨ .
(٢) بدائع الصنائع ١/٢٧٠ ، رد المحتار ١/١٣٥-١٣٦ ، النفراوي : الفواكه الدواني ١/٤٥٢ ، بداية المجتهد ١/٧٦ ، الرملي : نهاية المحتاج ١/٢٥٠ ، المغني ١/٦٦ ، المحلى ١/١٥٣-١٥٨ .

• استخدام الجيلاتين الخنزيري في الغذاء والدواء •

من الصحابة مايفيد طهارة المني (وهو النطفة المذكورة) ، وهو مشهور مذهب الشافعية ، وإليه ذهب الحنابلة والظاهرية ، وإن كان الحنفية والمالكية يرون نجاسته (١) ، ولا يقاس فرع على أصل محل خلاف بين الفقهاء .

ومن ثم كان الراجح هو القول بعدم طهارة الأعيان النجسة بالاستحالة . وقد صدرت توصية عن الندوة الفقهية الطبية الثامنة ، للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، المنعقدة بالكويت في الفترة من ٢٢-٢٤/٥/١٩٩٥م تفيد أن " الاستحالة التي تعني انقلاب العين إلى عين أخرى تغايرها في صفاتها ، تحول المواد النجسة أو المتنجسة إلى مواد طاهرة ، وتحول المواد المحرمة إلى مواد مباحة شرعاً " .

(١) رد المحتار ٢٨٠/١ ، المبسوط ٨١/١ ، بداية المجتهد ٧٩/١ ، الصاوي : بلغه السالك ٣٨/١ ، نهاية المحتاج ٢٤٣/١ ، مغني المحتاج ٨٠/١ ، المغني ٤٦/١ ، المحلى ١٦٢-١٦٣ .

الفرع الخامس

تناول الأغذية المحتوية على جيلاتين الخنزير

بينت من قبل أن الجيلاتين الخنزيري يستخلص من جلد الخنزير وعظامه بطرق كيميائية ، كما بينت اتفاق الفقهاء على نجاسة أجزائه ، ومنها تلك التي يستخلص منها الجيلاتين ، ووفقاً لما رجحت من قبل ، فإن جلد الخنزير وعظامه لا تظهر بالاستحالة ، فإذا تحولت إلى جيلاتين فإن نجاستها باقية بعد هذا التحويل كحالتها قبله ، إذا سلم أنها تستحيل استحالة كاملة عند تحويلها إلى جيلاتين ، إلا أن هذا غير مسلم ، فقد قال بعض المتخصصين في هذا المجال ^(١) : إن جلود الخنازير وعظامها لا تستحيل استحالة كاملة ، وإنما تستحيل استحالة جزئية ، ويمكن بطريقة التحليل الطيفي ، التعرف على أصل الجيلاتين المستخلص من جلود الخنازير وعظامها ، بعد العمليات الكيميائية المختلفة التي يتم بها استخلاصه ، وذلك لوجود بعض الخصائص في هذا الجيلاتين يمكن بها التعرف على أصله الذي استخلص منه ، ومع إمكان التعرف على أصله هذا ، فلا يمكن القول بأن أجزاء الخنزير التي تحولت إلى جيلاتين قد استحالت استحالة كاملة .

ووفقاً لهذا فلا يجوز تناول الأطعمة والأشربة المحتوية على جيلاتين الخنزير في حال الاختيار ، لاشتمالها على نجس أجمع الفقهاء على حرمة تناوله في هذه الحالة ، ولاتوافر حال الضرورة في حق من يتناول هذه الأغذية ، لوجود الكثير منها مما لا يحتوي على هذا الجيلاتين مما يمكن الاغتذاء به ، وفي الأغذية المحتوية على جيلاتين الحيوانات المذكاة غنية عنه ، وقد صدر القرار رقم [١١] من مجلس مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الثالثة المنعقدة بعمان / الأردن من ١١-١٦ أكتوبر ١٩٨٦ م ، الذي نص فيه على أنه " لا يحل لمسلم استعمال الخمائر والجيلاتين المأخوذة من الخنازير في الأغذية ، وفي الخمائر والجيلاتين المتخذة من النباتات أو الحيوانات المذكاة شرعاً غنية عن ذلك " ^(٢) .

(١) د. وفيق الشرقاوي . رئيس مجلس الإدارة والعضو المنتدب بالشركة العربية للمنتجات الجيلاتينية الدوائية بمصر .

(٢) قرارات مجمع الفقه الإسلامي وتوصياته بجدة ٤٣ .

● استخدام الجيلاتين الخنزيري في الغذاء والدواء ●

ويقول د. عبدالآخر : " من السهل تجهيز الجيلاتين من عظام الحيوانات المذكاة وجلودها ، وهو يفوق في مواصفاته الجيلاتين الخنزيري ، كما يفضل في سلامته من التلوث الميكروبي والطفيلي ، الذي كثيراً ما ينتقل من الخنزير إلى الجيلاتين ، بسبب عمق الإصابات في جلد الخنزير الذي يحضر منه الجيلاتين " (١) .

ولكن إذا جهل حال الطعام أو الشراب ، ولم يعلم محتواه ، وعما إذا كان يشتمل على هذا الجيلاتين أم لا ، وعمت البلوى بذلك ، ومشت حاجة الناس إلى تناول هذه الأغذية ، جاز تناولها في هذه الحالة ، لأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، سواء كانت الحاجة عامة أو خاصة (٢) .

وقد صدرت توصية عن الندوة الفقهية الطبية الثامنة ، للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المتعقدة بدولة الكويت في الفترة من ٢٢-٢٤/٥/١٩٩٥م مفادها : طهارة الجيلاتين المتكون من استحالة عظم الحيوان النجس وجلده وأوتاره ، وحل أكله ، بناء على أن الاستحالة تحول المواد النجسة أو المتنجسة إلى مواد طاهرة ، وتحول المواد المحرمة إلى مواد مباحة شرعاً .

ومما يدعو إلى العجب أن أكثر الأطعمة المعدة في بلاد المسلمين - لاسيما المحفوظة في علب - لا يبين محتواها ، اللهم إلا عبارات هزيلة ، يكتنفها الغموض والتجهيل ، إما لأن أهل هذه البلاد من ذوي الأمية الثقافية ، وإما لأن اللهث وراء الماديات وترويج هذه المنتجات هو الغاية ، دون نظر لعقيدة من يتناولونها أو صحتهم ، في الوقت الذي تلزم فيه قوانين الدول الغربية منتجي السلع الغذائية ، بكتابة مكونات كل منتج غذائي عليه بوضوح ، شاملاً الأرقام العالمية المضافة للأطعمة ، ورمزها المصطلح عليه من السوق الأوروبية ، على بطاقة تعريف المادة الغذائية ، بشكل واضح لاليس فيه ، إلى جانب الفئة التي ينتمي إليها في التصنيف كأن يذكر مثلاً أن هذا المركب المضاف " ملون ، حافظ ، مضاد للزفخ ، مستحلب ، مثبت ، مكثف للقوام ، محسن للنكهة ، مساعد على التصنيع " ، وقد وجد المسلمون في سويسرا أن من بين مكونات بعض الأغذية ، التي تحمل الأرقام الكودية التسالية

(١) د. عبدالآخر: مبحث إعلامي حول الاستغناء عن المعمرات والجلسات في الدواء والغذاء ١٩ .

(٢) السيوطي : الأشباه والنظائر ٨٨ .

شحم الخنزير ، وبعضها يحتوي على جيلاتين خنزيري ، ولهذا فقد توقفوا عن استعمالها ، وهي المواد الغذائية التي تحمل بطاقة تعريفها الأرقام : ١١٠١، ١٠١، ١٢٠، ١٥٠، ١٥٣، ١٦٠، ١٦٠، ١٦٠، ١٦٣، ٢٠٠، ٢٧٠، ٣٠٤، ٣١٠، ٣١٢، ٣٢٥، ٣٢٦، ٣٢٧، ٣٣٤، ٣٣٦، ٣٣٧، ٣٥٠، ٣٥٣، ٤٢٢، ٤٣٠، ٤٣٦، ٤٦٢، ٤٧٠، ٤٧٨، ٤٨١، ٤٨٣، ٤٩١، ٤٩٥، ٥٤٢، ٥٧٢، ٥٧٥، ٦٣١، ٩٠٤^(١) ، وهذا يدعونا نحن المسلمين إلى الالتزام بمثل ذلك ، حتى يعلم من يتناول مثل هذه المنتجات ، حقيقة محتواها ، وعما إذا كان من المباحات أو مما يحرم تناوله .

(١) د. محمد الهواري : الطعام والشراب بين الحلال والحرام ١٧، خطاب أرسله المهندس : أحمد سليم إلى بريد الأهرام القاهري ، وبه هذه الأرقام الكونية ، وقد أشير إليه في العدد ١٧١١ من صحيفة الأهرام بتاريخ ١٩٩٥/٧/٣١ م .

● استخدام الجيلاتين الخنزيري في الغذاء والدواء ●

الفرع السادس

استخدام جيلاتين الخنزير في الدواء

بيئت من قبل أن الجيلاتين يتخذ من جلود وعظام الحيوانات ، وأنه يستخدم في الصناعات الدوائية في تحضير كبسولات الدواء ، والتحاميل الشرجية والمهبلية ، وإنتاج أقراص المصّ المحملة بالفيتامينات والمواد العلاجية الأخرى ، وإنتاج الأقراص أو الملبسات الدوائية التي تغلف به ، وإنتاج معاجين الأسنان والمعلقات والمراهم والكريمات ، كما يستخدم كموقف لنزف الدم في العمليات الجراحية ومضاد للتهيج في الحروق وغيرها من إصابات الجلد ، كما يستعمل كبديل أو موسع للبلازما ، عند الحاجة إلى تعويض الدم .

كما بيئت اتفاق الفقهاء على نجاسة أجزاء الخنزير ، ومنها جلده وعظامه التي تصنع منها الجيلاتين ، وحرمة تناول أي جزء من أجزائه في حال الاختيار باتفاق كذلك ، ورجحت مذهب القاطنين بأن الاستحالة لا أثر لها في تحويل نجس العين طاهراً ، كما بيئت رأي بعض المتخصصين في استخلاص الجيلاتين من الجلود والعظام ، وأن هذه الأجزاء لا تستحيل استحالة كاملة عند تحويلها إلى جيلاتين ، وإنما تستحيل استحالة جزئية .

ونظراً لإمكان استخلاص الجيلاتين من جلود الحيوانات المذكاة شرعاً وعظامها ، وهي كثيرة إذا أخذ في الاعتبار ما ينبح من هذه الحيوانات في الحرم في موسم الحج هدياً أو أضحية أو كفارة ، أو ما ينبح المسلمون أضحية في يوم النحر ببلادهم ، أو يعقون به ، أو نحو ذلك ، فلا ضرورة ولا حاجة إلى استخلاصه من جلود الخنازير وعظامها ، لتوافر البديل المباح الذي يفي بحاجة المسلمين ، فضلاً عن إمكان الاستعاضة عن الجيلاتين في صناعة محافظ الأدوية بـ " مثيل السليلوز " .

فلإذا جاءت المواد الصيدلانية من خارج البلاد الإسلامية ، مستخدماً فيها جيلاتين مجهول المصدر ، ومست حاجة الناس إلى استخدام هذه الاشكال الصيدلانية، جاز استخدامها حينئذ ، تنزيلاً للحاجة منزلة الضرورة .

وقد صدر قرار من مجلس مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الثالثة المنعقدة بعمان / الأردن من ١١-١٦/١٠/١٩٨٦ م ، يمنع المسلم من استعمال الجيلاتين المأخوذ من الخزائير في الغذاء ، استغناء بالجيلاتين المتخذ من الحيوانات المذكاة شرعاً ، وهذا يقتضي منع استخدامه في الدواء كذلك ، لهذا البديل المباح .

كما صدرت توصية من الندوة الفقهية الطبية الثامنة ، للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، المنعقدة بدولة الكويت في الفترة من ٢٢-٢٤/٥/١٩٩٥ م ، مفادها : طهارة الجيلاتين المتكون من استحالة عظم الحيوان النجس وجلده وأوتاره ، وحل تناوله ، بناء على أن الاستحالة تحيل النجس أو المتنجس طاهراً ، والمحرم مباحاً شرعاً .

خلاصة البحث

- ١- الجيلاتين عبارة عن: البروتينات المستخلصة من المادة اللاصقة ، لانسجة الجلود أو العظام الحيوانية ، بعد معاملتها بطرق كيميائية ، وهو مادة صلبة بيضاء بها لون أصفر خفيف ، تذوب في الماء الساخن ، وتعطي محلولاً لزجاً عندما يبرد المحلول أو يتجمد في صورة هلام شفاف .
- ٢- يستخلص الجيلاتين من جلود الإبل والبقر والجاموس والغنم والماعز والخنازير وعظامها ، وتجري أبحاث لدراسة إمكان استخلاصه من الأسماك ، وتتبع عدة خطوات لاستخلاصه من هذه المصادر وذلك بإزالة الشحوم وبقايا اللحم العالقة بالجلود والعظام ، وإزالة الأملاح المعدنية المختلفة التي تكسو العظام : كالماغنسيوم والمنجنيز وفوسفات وكربونات الكالسيوم ، ومعالجة الجلود والعظام قبل استخلاص الجيلاتين منها ، إما في بيئة حمضية أو بيئة قلوية لمدة زمنية معينة تختلف في الطريقة الأولى عن الثانية، وبعدها يستخلص الجيلاتين ، الذي يتم ترشيحه ثم تركيزه وتجفيفه وتشكيله على نحو يمكن معه استخدامه في الأغراض المختلفة .
- ٣- يستخدم الجيلاتين في الصناعات الغذائية والدوائية وغيرها ، ومن استخداماته في الصناعات الغذائية : استخدامه في تغليف منتجات اللحوم ، وفي صناعة المثلجات ، ومنتجات الألبان ، وصناعة المربيات ، والحلويات ، والمخبوزات ، والمشروبات ، والأطعمة المهيأة على شكل مساحيق مهلمة ، والأغذية المنخفضة السعرات الحرارية ، بالإضافة إلى استخدامه كبديل للدهون في الغذاء ، ومن استخداماته في الصناعات الدوائية : استخدامه في تحضير التحاميل وكبسولات الدواء ، وأقراصه المحملة بالمواد العلاجية ، وإنتاج معاجين الأسنان ، والمعلقات ، والمرام ، والكريمات ، واستخدامه كمرقء ومضاد للتهيج ، وكبديل أو موسع لبلازما الدم عند الحاجة إلى تعويض الدم المفقود ، ومن استخداماته في غير الصناعات الغذائية والدوائية : استخدامه في صناعة الأفلام ، والمواد اللاصقة ، والورق ، والثقاب ، وصباغة خيوط النسيج .

٤- اتفق الفقهاء على أن الخنزير لا تعمل فيه الذكاة، فلا تطهر أجزاؤه ولا تطيب بها ، فإذا نبح صار ميتة ، كما اتفقوا على أن جميع أجزائه نجسة ، باستثناء شعره ، الذي يرى جمهور المالكية طهارته ، وباستثناء جلده الذي يرى الظاهرية طهارته بعد الدبغ ، وهو رواية عن أبي يوسف ومالك ، واتفقوا كذلك على حرمة تناول أي جزء منه في حال الاختيار .

٥- اختلف الفقهاء في حكم طهارة أجزاء الخنزير وغيرها من الأعيان النجسة باستحالتها إلى حقيقة أخرى محكوم بطهارتها ، فبعضهم ذهب إلى أن نجس العين لا يطهر بالاستحالة ، استصحاباً لحكمه قبلها ، مادامت عينه باقية ، وذهب بعض آخر منهم إلى طهارته بها ، قياساً على جلد الميتة إذا دبغ ، والجلالة إذا حبست ، والخمر إذا تخللت ، والنطفة إذا صارت مضغة ، وقد رجحت مذهب الأولين ، لما وجهوا به مذهبهم ، ولاستدلال الآخرين بأقيسة موضع نظر ، والاستحالة التي يترتب عليها انقلاب النجس طاهراً عند من يقولون به من الفقهاء ، هي : تغير العين النجسة ، وانقلاب حقيقتها إلى حقيقة أخرى ، كانقلاب الخمر خلأ ، وعرفها الكيميائيون بأنها : كل تفاعل كيميائي يحول المادة إلى مادة أخرى ، لها صفات فيزيائية وكيميائية مغايرة للأولى كتحويل الكحول إلى خل ، والزيت أو الشحوم إلى صابون ، وهي بمعناها هذا تختلف عن الاتحاد الكيميائي : الذي تتفاعل فيه عدة مواد بالخلط تفاعلاً كيميائياً ، وتتحد معاً لتكون مركباً له صفات فيزيائية وكيميائية ، مختلفة عن مكونات الخليط ، كما تختلف عن الخلط الذي تتداخل به أجزاء مادة في أجزاء مادة أو مواد أخرى ، ليتكون من ذلك مخلوط أو مزيج أو مستحلب أو محلول ، بحيث يظل كل مكون من مكونات الخليط محتفظاً بصفاته وأثاره ، كما لو كان غير مختلط .

٦- إذا سلم بأن نجس العين يطهر بالاستحالة ، وأن جلود الخنازير وعظامها - التي يستخلص منها الجيلاتين - تطهر بالاستحالة ، إلا أننا لانسلم أن هذه الأجزاء تستحيل إذا تحولت إلى جيلاتين ، فقد توصل أ.د. وفيق الشرقاوي - رئيس مجلس إدارة الشركة العربية للمنتجات الجيلاتينية الدوائية بمصر ، إلى أن أجزاء الخنزير التي يستخلص منها الجيلاتين ، لاتستحيل استحالة كاملة ، ويمكن بطريقة التحليل الطيفي التعرف على أصل الجيلاتين المستخلص من أجزاء

● استخدام الجيلتين الخنزيري في الغذاء والدواء ●

الخنزير ، بعد العمليات الكيميائية المختلفة التي يتم بها استخلاصه ، ولهذا فإن الجيلتين المستخلص من هذه الأجزاء يكون نجساً كأصله .

٧- ومن ثم فلا يجوز تناول الأطعمة والأشربة المحتوية على جيلاتين خنزيري في حال الاختيار ، لاشتمالها على نجس ، أجمع الفقهاء على حرمة تناوله في هذه الحالة ، ولا تتوافر حال الضرورة في حق من يتناول هذه الأغذية ، لوجود الكثير منها مما لا يحتوي على هذا الجيلتين ، مما يمكن الاغتذاء به ، وفي الأغذية المحتوية على جيلاتين الحيوانات المذكاة شرعاً غنية عنه ، ولكن إذا جهل حال الغذاء ، ولم يعلم محتواه ، وعمت البلوى بمثله ، ومست حاجة الناس إلى تناوله ، جاز تناوله في هذه الحالة ، تنزيلاً للحاجة منزلة الضرورة .

٨- ولا يجوز كذلك تناول الأدوية المشتمة على جيلاتين خنزيري في حال الاختيار ، لما سبق ، ولاندعو الضرورة إلى تناول مثل هذه الأدوية ، لوجود كثير منها لا يحتوي على جيلاتين ، مما يمكن التداوي به ، ووجود جيلاتين متخذ من الحيوانات المذكاة شرعاً ، يمكن أن يحل محل الجيلاتين الخنزيري في المستحضرات الدوائية ، ولكن إذا جاءت هذه المستحضرات من خارج البلاد الإسلامية ، واستخدم فيها جيلاتين مجهول المصدر ، ومست حاجة الناس إلى استعمال هذه المستحضرات ، جاز لهم ذلك حينئذ ، تنزيلاً للحاجة منزلة الضرورة .

وبعد فالحمد لله تعالى في البدء والنهاية ، وأصلي وأسلم على خاتم أنبيائه ورسله ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ، ومن آمن بدعوته ، وسلك سبيله إلى يوم الدين .

ثبت المرجع

- ١- القرآن الكريم .
- ٢- الإحسان بتعريب صحيح ابن حبان ، رتيه علاء الدين بن بلبان الفارسي ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ٣- أحكام القرآن : أحمد بن علي الرازي الجصاص ، دار الكتاب العربي ، بيروت .
- ٤- أحكام القرآن : محمد بن عبدالله (ابن العربي) ، دار الجيل ، بيروت .
- ٥- استحالة النجاسات : د. محمد محمود الهواري ، أعمال الندوة الفقهية الطبية الثامنة ، المنعقدة بالكويت في الفترة من ٢٢-٢٤/٥/١٩٩٥ م .
- ٦- الأشباه والنظائر: جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة.
- ٧- إعادة النظر في فتاوى الإبلاحة للمطعومات ومستحضرات الزينة المخلوطة بالمحرمات والنجاسات : د. يحيى تاصر خولجي ، د. أحمد أبو الوفاء عبدالآخر .
- ٨- إعلام الموقعين : أبو عبدالله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية ، دار الجيل، بيروت .
- ٩- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف : علي بن سليمان المرادوي ، مطبعة السنة المحمدية .
- ١٠- البحر الرائق : زين الدين بن نجيم ، دار المعرفة ، بيروت .
- ١١- بنائع الصنائع في ترتيب الشرائع : أبو بكر بن مسعود الكاساني ، مطبعة الإمام ، القاهرة .
- ١٢- بداية المجتهد : محمد بن أحمد بن رشد "الحفيد" ، دار المعرفة ، بيروت .
- ١٣- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك : أحمد بن محمد الصاوي ، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة .
- ١٤- تفسير القرآن العظيم: إسماعيل بن كثير القرشي، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة.
- ١٥- الجامع لأحكام القرآن : محمد بن أحمد القرطبي ، دار الكتب المصرية ، القاهرة .
- ١٦- جواهر الإكليل: صالح عبدالسميع الأبى الأزهرى، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة.
- ١٧- الجيلاتين : د. وفيق عبدالله الشرقاوي ، أعمال الندوة الفقهية الطبية الثامنة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة بالكويت في الفترة من ٢٢-٢٤/٥/١٩٩٥ م .

● استخدام الجيلتين الخزيري في الغذاء والدواء ●

- ١٨- الدرالمختار: محمد بن علي الحصكفي ، ورد المختار عليه محمد أمين بن عابدين ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- ١٩- زاد المحتاج : عبدالله بن حسن الكوهجي ، إدارة إحياء التراث بدولة قطر .
- ٢٠- السراج الوهاج من كشف مطالب صحيح مسلم بن الحجاج : صديق بن حسن القنوجي . مطابع الدوحة الحديثة ، الدوحة .
- ٢١- السنن الكبرى : أحمد بن الحسين البيهقي : مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية ، حيدرآباد الدكن ، الهند .
- ٢٢- السيل الجراز : محمد بن علي الشوكاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ٢٣- شرح الخرشي على مختصر خليل : محمد بن عبدالله بن علي الخرشي المطبعة الأميرية ، القاهرة .
- ٢٤- الشرح الكبير : الشيخ أحمد الدردير ، طبع مع حاشية الدسوقي عليه ، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة .
- ٢٥- شرح منح الجليل : الشيخ محمد عليش ، مكتبة النجاح ، ليبيا .
- ٢٦- شرح النووي على صحيح مسلم : يحيى بن شرف النووي ، دار الفكر العربي، بيروت .
- ٢٧- صحيح البخاري : محمد بن إسماعيل البخاري ، عالم الكتب ، بيروت .
- ٢٨- صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج النيسابوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٢٩- الطعام والشراب بين الحلال والحرام : د. محمد محمود الهواري ، أعمال الندوة الفقهية الطبية الثامنة السابقة .
- ٣٠- عمدة القاري : محمد بن أحمد العيني ، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة .
- ٣١- الفتاوى الكبرى : أحمد بن عبدالحليم بن تيمية ، مكتبة المثنى ، بغداد .
- ٣٢- الفواكه الدواني : أحمد بن غنيم النفراوي ، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة .
- ٣٣- القوانين الفقهية: محمد بن أحمد بن محمد(ابن جزي الكلبي)، دار العلم، بيروت.
- ٣٤- الكافي : عبدالله بن قدامة المقدسي ، المكتب الإسلامي ، بيروت .
- ٣٥- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي : يوسف بن عبدالله بن عبدالمبر ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ٣٦- كشف القناع عن متن الإقناع : منصور بن يونس البهوتي ، مكتبة النصر الحديثة ، الرياض .

- ٣٧- كفاية الطالب الرباني: علي بن خلف المتوفي المصري، دار الفكر العربي، بيروت.
- ٣٨- مبحث إعلامي حول الاستغناء عن المحرمات والنجاسات في الغذاء والدواء : د. أحمد أبو الوفاء عبدالأخر ، أعمال الندوة الفقهية الطبية الثامنة السابقة .
- ٣٩- المبسوط : محمد بن أحمد السرخسي ، مطبعة السعادة ، القاهرة .
- ٤٠- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: علي بن أبي بكر الهيثمي، مكتبة القدسي، القاهرة.
- ٤١- المجموع : يحيى بن شرف النووي ، مطبعة التضامن الأخوي ، القاهرة .
- ٤٢- المحلى: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، دار الاتحاد العربي، القاهرة.
- ٤٣- المستدرك على الصحيحين في الحديث : محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري ، مكتبة المطبوعات الإسلامية ، حلب .
- ٤٤- مسند أحمد بن حنبل ، المكتب الإسلامي ، بيروت .
- ٤٥- مشكلة استخدام المواد المحرمة في المنتجات الغذائية والدوائية : البروفسور : محمد عبدالسلام ، أعمال الندوة الفقهية الطبية الثامنة السابقة .
- ٤٦- المغني : عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، عالم الكتب ، بيروت .
- ٤٧- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج : محمد بن أحمد الشربيني الخطيب ، مطبعة ، مصطفى الحلبي ، القاهرة .
- ٤٨- منتهى الإرادات : محمد بن أحمد (ابن النجار) ، دار العروبة ، القاهرة .
- ٤٩- المذهب في فقه الإمام الشافعي : إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة .
- ٥٠- نهاية المحتاج : محمد بن أحمد بن حمزة الرملي ، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة .
- ٥١- نيل الأوطار : محمد بن علي الشوكاني ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة .
- ٥٢- نيل المأرب شرح دليل الطالب: عبدالقادر بن عمر الشيباني، مكتبة الفلاح، الكويت.
- ٥٣- الهداية : برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، وفتح القدير عليه : كمال الدين محمد بن عبدالواحد (ابن الهمام) ، والعناية : محمد بن محمود البابرتي، والكفاية : للخوارزمي، مطبعة دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

الانتفاع بالوديعة

الدكتور / ياسين بن ناصر الخطيب (*)

مقدمة :

الحمد لله ، والصلاة والسلام على عباده الذين اصطفى وعلى آلهم وصحبهم
أهل الوفاء . وبعد :

فإن قضية الانتفاع بالوديعة كانت ولا تزال من القضايا التي تشغل تفكيري منذ
أمد بعيد ، ذلك لأنها تتعلق بأمانة الإنسان وضميره ، بل تتعلق بعبادته ودينه ، حيث
إن الوديعة من الأمانات التي أوجب الشارع المحافظة عليها ورعايتها ، لذلك جاءت
الآيات الكثيرة ، والأحاديث المختلفة في الحث على المحافظة على الأمانات عموماً ،
وعلى الوديعة خصوصاً .

فمن الآيات :

١- قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ
رَبَّهُ ۖ ﴾^(١).

٢- قوله تعالى : ﴿ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْكُمْ مَنْ يَمْلِكُ أَنْ يُؤَدِّيَ الْأَمَانَاتَ إِلَى أَهْلِهَا ﴾^(٢) .

وقد علق القرطبي^(٣) على هاتين الآيتين تعليقات مفيدة قال فيها : هذه الآيات من

(*) ولد الدكتور/ ياسين بن ناصر بن محمود الخطيب في مدينة الفلوجة في العراق ، وقد حصل
على البكالوريوس في العلوم الشرعية بجامعة بغداد وحصل على الماجستير والدكتوراه من
جامعة أم القرى بمكة المكرمة ، وشغل منصب رئيس قسم العلوم الشرعية بمعهد العلوم
الإسلامية في جاكارتا ، ألف وحقق عدداً من الكتب ، ويعمل حالياً في قسم القضاء بكلية
الشريعة بجامعة أم القرى في مكة المكرمة .

(١) سورة البقرة من الآية ٢٨٣ .

(٢) سورة النساء من الآية ٥٨ .

(٣) القرطبي (ت ٦٧١هـ) محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي الاندلسي أبو
عبدالله القرطبي ، من كبار المفسرين ، كان من عباده الله الصالحين والعلماء العارفين . مقدمة
الجامع لأحكام القرآن ، ص : و ، ز .

أمهات الأحكام ، تضمنت الدين والشرع ، ثم ذكر من المخاطب بها ، ثم ذكر قصة مفتاح الكعبة ، ثم ذكر حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم القائل : (القتل في سبيل الله يكثر الذنوب كلها - أو قال كل شيء - إلا الأمانة ، والأمانة في الصلاة ، والأمانة في الصوم ، والأمانة في الحديث ، وأشد ذلك الودائع) ذكره أبو نعيم في الحلية (١) .

٣- قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون ﴾ (٢) .

٤- وقوله تعالى : ﴿ والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون ﴾ (٣) .
ومن الأحاديث ما يلي :

١- عن يوسف بن ماهك المكي (٤) . قال :

كنت أكتب لفلان نفقة أيتام كان وليهم ، فغالطوه بألف درهم ، فأدأها إليهم ، فأدركت لهم من مالهم مثليها ، قال قلت : أقبض الألف الذي ذهبوا به منك ؟ قال : لا . حدثني أبي أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (أد الأمانة إلى من ائتمنك ، ولا تخن من خانك) .
وروى عن أبي هريرة (٥) مثله سواء بسواء (٦) .

(١) القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن ، دار الكتاب العربي ١٣٨٧ هـ- ١٩٦٧ م ، ٥/٢٥٥-٢٥٦ ، وانظر ٣/٤١٤ ، وتعليقه على الآية الأولى .

(٢) سورة الانفال الآية ٢٧ .

(٣) سورة المؤمنون الآية ٨ ، سورة المعارج الآية ٣٢ .

(٤) يوسف بن ماهك (ت ١٠٦ هـ) وقيل غير ذلك . يوسف بن ماهك بن بهزاد الفارسي المكي ثقة . ابن حجر ، أحمد بن علي ، تقريب التهذيب ٢/٣٨٢ ترجمة ٤٤٩ ، حققه وعلق حواشيه عبد الوهاب عبد اللطيف ، دار الباز ، مكة .

(٥) أبو هريرة (٢١١ ق.هـ- ٥٥٩ هـ) عبد الرحمن بن صخر الدوسي الصحابي بل أكثر الصحابة حفظاً للحديث ورواية له ، أسلم سنة سبع ولزم النبي صلى الله عليه وسلم ، روى ٥٣٧٤ حديثاً ، ولي إمرة المدينة مدة .

ابن حجر ، الإصطية في تمييز الصحابة ١٣٩٨ هـ/ ١٩٧٨ م ، دار الفكر ٤/٢٠٢-٢١١ ، ترجمة ١١٩٠ ، ابن عبد البر ، الاستيعاب ٤/٢٠٢-٢١٠ مطبوع مع الإصطية .

(٦) رواه أحمد وأبو داود والترمذي والدارمي .

● الانتفاع بالوديعة ●

- ٢ - عن أبي حرة الرقاشي ^(١) عن عمه - في حديث طويل - وفيه :
 " من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها " ^(٢) .
- ٣ - عن أبي هريرة رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (أية المنافق ثلاث) - وفي رواية - وإن صام وصلى وزعم أنه مسلم : (إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا أؤتمن خان) ^(٣) .
- فهذه الآيات والأحاديث وغيرها كثير جداً من ناحية ، ثم ما يحصل من كثير من الناس من التلاعب بالوديعة والانتفاع بها بشتى أنواع الانتفاع خاصة إذا كانت الوديعة ماثلة أمام المستودع كالسيارات والدواب ، أو كانت تلبي حاجة ماسة وهي حاضرة كالنقود ، أو كانت اثاث بيت وعند المستودع وليمة عرس أو مائة فلان نجد أن هؤلاء لا يجدون حرجاً في التصرف بالوديعة ، وخاصة إذا كان يجد في نفسه أن صاحبها طيب القلب أو له معه زمالة ، أو كان المستودع يجد في نفسه أنه متى تلفت الوديعة أو ضاعت أو تضررت فإنه على استعداد ومقدرة مالية على التعويض عنها ، من ناحية أخرى .
- وهذا كما هو معلوم تفكير خاطيء وتصرف مشين إذ إن مجرد إخراج الوديعة من حوزها هو انتهاك لها يوجب الإثم على المستودع كما يوجب الضمان عليه .

== أحمد في المسند ٤١٤/٣ ، وأبو داود في سنن أبي داود ، كتاب الإجارة ، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده ٣٥٣٤-٣٥٣٥ ، ٢٩٠/٣ عن يوسف بن ماسك وأبي هريرة ، والترمذي ، الجامع الصحيح [١٢] ، كتاب البيوع [٣٨] ، باب حدثنا أبو كريب ح ١٢٦٤ ، ٥٦٤/٣ وحسنه ، والدارمي ، سنن الدارمي ، كتاب البيوع ، باب في أداء الأمانة ولجنتاب الخيانة ٢٦٤/٢ .

(١) الرقاشي ، مات بعد المائة .

حنيفة : أبو حرة الرقاشي ، مشهور بكنيته وقيل اسمه حكيم . ثقة من الثالثة .

ابن حجر ، تقريب التهذيب ٢٠٧/١ ترجمة ٦٤٤ ، الهندي ، محمد طاهر ، المغني في ضبط أسماء الرجال ، دار الكتاب العربي ١٣٩٩ هـ ، ص ٧٤ ضبط (الحره) ، ص ١١٢ ضبط (رقاش) .

(٢) أحمد في المسند ٧٣/٥ .

(٣) رواه البخاري ومسلم .

البخاري [٢] ، كتاب الإيمان وشرائعه [٢٤] علامات المنافق ١٤/١ .

ومسلم [١] ، كتاب الإيمان [٢٥] باب بيان خصال المنافق ح ١٠٧-١٠٩ ، ٧٨/١ .

كل ذلك جعلني أحاول أن أبين في هذا البحث حكم الانتفاع بالوديعة من جوانبه المختلفة ابتداء من نية الانتفاع بالوديعة - نية الخيانة - ووصولاً إلى تسلف الوديعة والاتجار بها ، وحكم الربح الحاصل منها ، ناقلاً ماقاله الفقهاء الكرام في هذه المسألة ، مع الأدلة والمناقشة إن وجدت ثم الترجيح .
وقد قسمت هذا البحث إلى مقدمة وستة فصول وخاتمة .
المقدمة بينت فيها أهمية الموضوع ، والآيات والأحاديث التي تحت على المحافظة على الوديعة .

الفصل الأول : في حكم الوديعة ، وفيه مطالب ثلاثة .

المطلب الأول : حكم إيداع الوديعة من قبل صاحبها المودع .

المطلب الثاني : حكم قبول الوديعة من قبل المستودع .

المطلب الثالث : حكم الوديعة من حيث إنها عقد جائز أو لازم .

الفصل الثاني : استعمال الوديعة ، وفيه مطالب :

المطلب الأول : نية خيانة الوديعة .

المطلب الثاني : إخراج الوديعة لاستعمالها بإذن صاحبها .

المطلب الثالث : أخرجها ليستعملها ظاناً أنها ملكه ، فلم يستعملها .

المطلب الرابع : أخرجها ليستعملها ظاناً أنها ملكه ، واستعملها .

المطلب الخامس : أخرج الوديعة لينفقها فتلفت .

المطلب السادس : أخذ بعض الوديعة ليستعمله فتلف المأخوذ .

المطلب السابع : إذا كانت الوديعة دابة فركبها أو ثوباً فلبسه فتلف .

المطلب الثامن : أخذ بعض الوديعة ليستعمله فلم يستعمله ورده بعينه ثم

ضاعت كلها .

الفصل الأول في حكم الوديعة

وفيه ثلاثة مطالب :

نتكلم في حكم الوديعة من ثلاث نواح : الأولى : إيداعها ، والثانية : قبولها وما يطرأ عليها من الأحكام التكليفية الخمسة ، والثالثة : من حيث الجواز وال لزوم .

المطلب الأول

- ١ - **الناحية الأولى :** وهي حالة المودع عند إيداع الوديعة وما يطرأ عليه من أحكام. ذكر الفقهاء المالكية لهذا الموضوع - إيداع الوديعة من قبل المودع - خمسة أحكام :
 - (أ) الوجوب :
 - إذا خاف فقدها الموجب هلاكه أو فقره إن لم يودعها ، مع وجود قابل لها يقدر على حفظها .
 - (ب) الحرمة : كمودع شيء غصبه ، ولا يقدر القابل على جردها لردّها إلى ربها أو للفقراء إن كان المودع مستغرق الذمة :
 - (قلت) بأن كان حق الفقراء أكثر من ماله .
 - (ج) الإباحة : من حيث ذاتها للفاعل والقابل .
 - (د) الندب : حيث يخشى ما يوجبها دون تحققه .
 - (هـ) الكراهية : حيث يخشى ما يحرمها دون تحققه (١) .

(١) الصاوي ، أحمد بن محمد ، حاشية بلغة السالك ، دار المعرفة ١٣٩٨ هـ - ١٩٨/٢ ، وانظر الشيخ عليش ، محمد بن أحمد (ت ١٢٩٩ هـ) ، شرح منيع الجليل على مختصر خليل ، دار الباز ٤٥٣/٣ .

المطلب الثاني

٢- الناحية الثانية :

إن الوديعة تجرى عليها الأحكام الشرعية الخمسة بالنسبة لقبولها وأخذها .

(أ) تحرم : إن كان المودع ممن يعجز عن حفظها ، ولا يثق بأمانة نفسه فيها .

(ب) يكره قبولها وأخذها على من قدر على حفظها ولم يثق بأمانة نفسه فيها (أي شك) فإن كان أميناً قادراً على القيام بها ووثقاً من حفظ نفسه فيها فهذا ينظر .

(ج) يجب أن لم يكن هناك غيره ممن يقوم بها ويأمن على نفسه فيها .

(د) يتنبأ إن كان هناك غيره ممن ذكر أعلاه .

(هـ) يباح قبولها إن علم المالك أن هذا الإنسان لا يوثق بأمانته ، ومع ذلك أودعها إياه (١) .

هذا ما ذكره الشافعية في كتبهم .

وقال الحنفية : هي مستحبة .

وقال الحنابلة : قبولها مستحب لمن علم أنه ثقة قادر على حفظها ، ويكره لغيره إلا برضا ربها .

ولم أر للمالكية نصاً في قبولها إلا أنهم قالوا بالإباحة من حيث ذاتها للفاعل والقابل .

(١) الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب (ت ٤٥٠ هـ) الحاوي الكبير ١٠/٣٨٦ ، النووي ، المنهاج وشرحه للمحلى ، والحاشية للقليلوبي ٣/١٨٠-١٨١ ، ابن حجر ، أحمد بن محمد ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، دار صادر ٧/٩٩-١٠٠ .

داماد ، محمد بن سليمان ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٢/٣٣٨ ، ابن نجيم زين الدين ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٧/٢٧٣ ، الحصكفي ، محمد علاء الدين ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ابن عابدين ، محمد أمين ، حاشية رد المحتار ٤/٤٩٤ ، الصاوي ، أحمد بن محمد المالكي ، حاشية بلغة السالك ٢/١٩٨ ، ابن قدامة ، موفق الدين عبدالله بن أحمد ، المغني بتحقيق التركي والحلو ٩/٢٥٦ ، النجدي عبدالرحمن بن القاسم ، حاشية على الروض المربع ٥/٤٥٦-٤٥٧ .

المطلب الثالث

٣- الناحية الثالثة : وهي الجواز واللزوم .

اتفق الفقهاء على أن عقد الوديعة عقد جائز من الطرفين ، فلكل واحد من المودع والمستودع فسخها متى شاء ^(١) .

قال الغزالي في الوجيز في الفقه الشافعي ^(٢) : فهو عقد جائز من الجانبين ، ينفسخ بالجنون ، والإغماء والموت ، ويعزله نفسه .

وإذا انفسخ العقد بقيت الوديعة أمانة شرعية في يده كالشوب تطيره الريح إلى داره ^(٣) .

(١) السرخسي ، شمس الأئمة محمد بن أحمد ، المبسوط ١٠٨/١١ ، داماد ، المجمع ٣٣٨/٢ .
ابن جزى ، محمد بن أحمد ، القوانين الفقهية ص ٢٤٦ ، الدردير ، أحمد بن محمد الشرح الكبير
والنسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة ، الحاشية ٤٣٢/٣ .
الماوردي ، الحاوي ٣٨٦/١٠ ، الغزالي ، محمد بن محمد ، الوجيز ٢٨٤/١ .
ابن قدامة ، المغني ٢٥٦/٩ ، النجدي عبدالرحمن بن القاسم ، حاشية على الروض المربع
٤٥٧/٥ .

(٢) الغزالي (٤٥٠-٥٠٥هـ)

محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي أبو حامد زين الدين ، حجة الإسلام ، له نحو
مائتي مصنف ، رحل إلى البلاد الكثيرة وله المؤلفات الشهيرة .

ابن العماد ، شذرات الذهب ١٠/٤ ، الأسنوي ، طبقات الشافعية ١١١/٢ ترجمة ٨٦٠ .

(٣) ٢٨٤/١ ، وانظر المنهاج وشرحه للمحلى ١٨١/٣ .

الفصل الثاني استعمال الوديعة

وفيه مطالب :

المطلب الأول نية خيانة الوديعة

٤- إذا نوى خيانة الوديعة باستعمالها - ولم يفعل ذلك - لم يصر ضامناً . على هذا اتفق الأئمة الأربعة ^(١) . صرح بذلك الأئمة الثلاثة ، وأشار إليه المالكية . وقال ابن سريج ^(٢) ، وهو وجه عند الشافعية ، يضمنها .

الأدلة :

استدل ابن سريج على قوله بأن مجرد نية الخيانة يوجب الضمان بما يلي :
إن المستودع أمسك الوديعة لأعلى نية الحفظ ، وإنما أمسكها بنية الخيانة ، فيضمنها كالملتقط إذا أمسك اللقطة بقصد التملك ، وكما لو نوى الخيانة ابتداءً .
واستدل الجمهور على قولهم بأن مجرد النية لا يوجب الضمان بما يلي :

(١) قاضي زادة ، نتائج الأفكار تكملة فتح القدير ٤٨٩/٨ ويعمرد النية لا يصير ضامناً وابن نجيم ، البحر الرائق ٢٧٧/٧ ، ابن عبد البر ، أبو عمر يوسف بن عبدالله الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ١٣٥/٢ أول الوديعة ذكر أن الضمان بالتعدي ولم يذكر النية . الغزالي ، الوجيز ٢٨٥/٢ ، الماوردي ، الحاوي ٣٩٥/١ ، ابن حجر ، التحفة ١٢٣/٧ ، الشرييني ، محمد الخطيب ، المغني ٨٩/٣ ، ابن قدامة ، المغني ٢٧٢-٢٧٣ .
(٢) الماوردي ، الحاوي ٣٩٥/١٠ ، ابن قدامة ، المغني ٢٧٢/٩ . وابن سريج (ت ٣٤٠ هـ)

عمر بن أحمد بن عمر الشافعي المعروف بابن سريج أبو حفص ، فقيه له أربع مائة مصنف كان يفضل على أصحاب الشافعي حتى على المزنبي .
الاستنوي ، طبقات الشافعية ٣١٦/١ ترجمة ٥٩٣ ، البغدادي ، هدية العارفين ٧٨١/١ .

● الانتفاع بالوديعة ●

١- من السنة :

قوله صلى الله عليه وسلم : " عفي لامتي الخطأ والنسيان ولمسئتي به
أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل به " (١) . فدل على أن مجرد حديث النفس دون
كلام أو عمل لا أثر له .

٢- من المعقول :

لأنه بالنية لم يخن ولم يتعد لابقول ولا بفعل ، فيكون كالذي لم ينو .

٣- أن النية إنما تراعى في حقوق الله تعالى لافي حقوق آدميين ، ولو جاز أن
يصير متعدياً بالنية لجاز أن يصير خائناً وسارقاً بالنية .

٤- ولأن النية ما أثرت في حرزها ، فلم تؤثر في ضمانها (٢) .

المناقشة :

رد الجمهور على ابن سريج وجماعته من الشافعية قياسهم المودع إذا نوى خيانة
الوديعة على الملتقط إذا التقط الوديعة بقصد التملك بأن هذا قياس مع الفارق ،
ذلك أن الملتقط أخذ اللقطة بنية الخيانة ، فوجب عليه ضمانها ، لأنه اقترن الفعل
وهو الأخذ بنية الخيانة ، ولم تكن النية مجردة ، ولذلك لو التقطها ناوياً تعريفها ،
ثم بعد ذلك نوى الخيانة لما أصبح ضامناً لها ، لأن النية الآن مجردة من الفعل .
وردوا على قول الشافعية بأن نية الخيانة الحاصلة بعد تسلم الوديعة توجب
الضمان كما لو نوى ابتداء ، ردوا فقالوا : بأن هذا قياس مع الفارق أيضاً ، لأن
النية في الابتداء اقترنت بالفعل ، فكان استلام الوديعة مقترناً بنية خيانتها
فأثرت النية بخلاف مسألتنا (٣) .

الترجيح :

والراجح في المسألة أن النية المجردة عن العمل لا يبنى عليها شيء لقوله صلى الله

(١) البخاري [٦٨] ، كتاب الطلاق [١١] باب الطلاق في الإغلاق ، صحيح البخاري
١٦٨/٦-١٦٩ .

(٢) الماوردي ، الحاوي ٣٩٥/١٠ .

(٣) الشربيني ، مغني المحتاج ٨٩/٣ .

عليه وسلم : " إنما الأعمال بالنيات " (١) .

فما لم يقترب بالنية عمل فمجرد النية لا قيمة له ، ولذلك اشترطوا مقارنة النية لأول العمل (٢) .

فالراجح إذن أنه لا يضمن إذا نوى الخيانة بعد الإيداع .

أما إذا نوى الخيانة عند تسلم الوديعة فإنه يضمن قطعاً ، لأن النية قارنت الفعل (٣) . وكذا لو نوى أن يأخذ ثم أخذ ضمن من وقت النية ، وإن تأخر الأخذ عن وقت النية .

٥- أثر هذه النية :

قال الشافعية (٤) : محل الخلاف في التضمن ، أما التائيم : فلا خلاف أنه يائم بنية الأخذ .

المطلب الثاني

٦- إخراج الوديعة لاستعمالها بإذن صاحبها

لا يخلو إخراج الوديعة لاستعمالها من أمرين : إما أن يكون إخراجها لاستعمالها بإذن من صاحبها ، أو أنه أخرجها بدون إذن منه .

فإن أخرجها ليستعملها بإذن صاحبها فما هو التكليف الفقهي لهذا العمل ؟

(١) البخاري [١] باب كيف كان بدء الوحي ٢/١ ، ومسلم [٣٣] كتاب الإمارة [٤٥] باب قول صلى الله عليه وسلم إنما الأعمال بالنية ح ١٥٥ رقم الحديث ١٩٠٧ ، ١٥١٥/٣ .

(٢) المقرئ ، محمد بن محمد بن أحمد ، القواعد ، بتحقيق د. أحمد بن عبدالله بن حميد ، طبع جامعة أم القرى ، مركز البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي ، السنة بلا ، ١/٢٨٦ ، القاعدة الثالثة والستون .

(٣) قال الشرواني في حاشيته على التحفة ١٢٣/٧ موضحاً المقصود بالنية : والمراد بالنية كما قال الإمام : تجريد القصد لأخذها ، لا ما يخطر بالبال وداعية الدين تدفعه فإنه لا أثر له ، وإن تردد الرأي ولم يجزم ، فالظاهر عندنا أنه لاحكم له حتى يجرد قصد العدوان . أ.هـ ومثل ذلك قال الشربيني في المغني ٨٩/٣ .

(٤) الماوردي ، الحاوي ٣٩٥/١٠ ، مغني المحتاج ٨٩/٣ ، وانظر التحفة ١٢٣/٧ . قليوبي الحاشية ١٨٦/٣ .

• الانتفاع بالوديعة •

يرى الفقهاء الحنفية والحنابلة أن هذا الإذن باستعمال الوديعة يحول العقد من عقد إيداع إلى عقد إعارة ، ذلك لأن الإعارة هي (تملك منفعة مؤقتة لبيعوض)^(١) .
أو هي (إباحة نفع عين يحل الانتفاع بها، تبقى بعد استيفائه ليردها على مالكةا)^(٢) .
فالوديعة إذا أذن صاحبها للمستودع بالانتفاع بها بلاعوض فهي إعارة وإن كان العقد بصيغة الإيداع^(٣) . وذلك على أساس القاعدة الفقهية : " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " ^(٤) .
والذي أراه أن أصول المذاهب الأخرى مثل الحنفية والحنابلة في ذلك .

المطلب الثالث

٧- أخرجها ليستعملها ظاناً أنها ملكه فلم يستعملها

مقدمة :

إذا أخرج المستودع الوديعة من حرزها ليستعملها فلا يخلو :
إما أن تكون الوديعة من القيميات أو من المثليات .
فإن كانت الوديعة من القيميات ، فقد اتفق الفقهاء على أن المستودع لا يجوز له أن يستعملها أو ينتفع بها بدون إذن مالكةا^(٥) .

(١) الخطاب ، محمد بن محمد بن عبدالرحمن (ت ٩٥٤هـ) ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، والمواق ، محمد بن يوسف (ت ٨٩٧هـ) ، التاج والإكليل لمختصر خليل ٢٦٨/٥ .

(٢) الحجاوي ، شرف الدين أبو النجا ، موسى بن أحمد ، زاد المستقنع ، والبهوتي ، منصور بن يونس ، الروض المربع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ٩ ، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨ م ، وانظر مجلة الأحكام العدلية ١٩٦/٤ - ١٩٧ مع شرح علي حيدر .

(٣) علي حيدر ، شرح مجلة الأحكام العدلية ٢٦٧/٤ ، النجدي ، عبدالرحمن بن محمد بن قاسم ، حاشية الروض المربع لشرح زاد المستقنع ، ط ٢ ، ١٤٠٣هـ - ٤٥٧/٥ قال لمن أذن للمالك في التصرف لفعل صارت عارية مضمونة .

(٤) علي حيدر ، شرح مجلة الأحكام العدلية ١٨/١ المادة [٣] .

(٥) السرخسي ، المبسوط ١٢٣/١١ ، ابن عبد البر ، الكافي ص ١٣٧ ، ابن حجر ، التحفة ١٢٢-١٢١/٧ ، ابن قدامة ، المغني ٢٧٩/٩ .

وإذا كانت من المثليات ، وأخرجها ليستعملها بدون إذن مالکها ، فلا يخلو حال المستودع حين إخراجها من أمرين :
أحدهما : أن يخرجها ظاناً أنها ملكه .
والثاني : أن يخرجها غير ظان أنها ملكه .
فإن أخرجها وهو يظن أنها ملكه فإما أن يستعملها أو لا .
فإن أخرجها من مكانها - ظاناً أنها ملكه - ولم يستعملها وأعادها إلى مكانها ، فلا ضمان عليه ، نص على ذلك الشافعية فقط (١) .

وذلك لأنه أولاً : لم يستعملها ، وثانياً : لأنه لم يكن ينوي الخيانة ، لأنه كان يظن أنها له ، وأصول بقية المذاهب لاتأبى هذا . والله أعلم .

المطلب الرابع

٨- أخرجها ليستعملها ظاناً أنها ملكه واستعملها

فإن استعملها ضمن سواء ظن أنها ملكه أم لا ، لأنها بالاستعمال دخلت في ضمانه . بهذا قال الفقهاء (٢) .

(١) الشربيني ، المغني ٨٩/٣ .

(٢) الحصكفي ، الدر المختار ، ابن عابدين ، رد المحتار ٤٩٨/٤ ، السرخسي ، المبسوط ١١/١١ ، الدردير ، الشرح الكبير ٣/٤٢٠ ، ابن عبد البر ، الكافي ٢/١٣٧ ، ابن حجر ، التحفة وحواشيها ٧/١٢١ ، الشربيني ، المغني ٣/٨٩ ، ذكر أنه يضمن مالو استعمل الوديعة ظاناً أنها ملكه مع أنه لاخيانة . ابن قدامة ، المغني ٩/٢٧٣ .

المطلب الخامس

٩- أخرج الوديعة لينفقها فتلفت

إذا كانت الوديعة دراهم ، فأخرجها لينفقها ، فتلفت ، فهل يضمنها ؟
قال الشافعية والحنابلة ^(١) : يضمن .
وقال الحنفية والمالكية ^(٢) : لا يضمن إلا بالتعدي .

حجة الأولين : هي أن الفعل اقترن بنية التعدي ، فبطل الاستئمان - أي تغيرت يده من حال الأمانة إلى حال الخيانة - فصاركما لو جردها ثم أقر بها .
وقال الحنفية في استدلالهم على عدم الضمان: إن أخذه الدراهم لم يناف الضمان ، وبمجرد النية لا يصير ضامناً ، ولأنه ممسك لها بإذن صاحبها .

رد الأولان ، بأن النية هنا لم تتجرد عن الفعل - حتى يقال : وبمجرد النية لا يصير ضامناً - بل إنها اقترنت بالفعل ، فهو قد أخرجها لينفقها ، فوجب الضمان لأنه تعدٍ ، ولأن يده بالتعدي تغيرت من يد الأمانة إلى يد الضمان .
والراجع في هذه الحالة الضمان ، لأنه تعدى على الأمانة إذ أخرجها من حرزها بغير إذن ربها ، وهذا مناف للحفظ . والله أعلم .

(١) ابن حجر ، التحفة وحواشيها ١٢٢/٧ ، الشربيني ، المغني ٨٩/٣ ، ابن قدامة ، المغني ٢٧٣/٩ .

(٢) بليرتي ، محمد بن محمد ، شرح العناية ٤٨٩/٨ ، ابن القاسم ، عبدالرحمن بن القاسم ، المدونة ٣٥٣/٤ .

المطلب السادس

١٠- أخذ بعض الوديعة ليستعمله فتلف المأخوذ

إذا أخذ بعض الوديعة كالدرهم لينفقها ، أو الثياب ليستعملها ، فتلف المأخوذ من يده ، ضمنه وحده دون بقية الوديعة .
على هذا اتفق جميع الفقهاء ^(١) .
وبدليلهم على ذلك دليل عقلي ، وهو أن الضمان يجب بقدر الخيانة وقد خان في البعض دون البعض ^(٢) .
قلت : وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى .

المطلب السابع

١١- إذا كانت الوديعة دابة فركبها أو ثوباً فلبسه فتلف

إذا أودع دابة فركبها ، أو ثوباً فلبسه ، فتلف ، ضمن باتفاق الفقهاء الثلاثة الحنفية والشافعية والحنابلة ، وسحنون ^(٣) من المالكية ^(٤) .

- (١) السرخسي ، المبسوط ١١/١١١ ، المرغيناني ، علي بن أبي بكر ، الهداية شرح بداية المبتدي ٨/٤٨٩ ، داماد ، المجمع ٢/٣٤٢ . ويعمل بقوله في (قدر) الإنفاق بيمينه ابن القاسم ، المدونة ٤/٣٥٣ ، لبن الجلاب ، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين (ت ٣٧٨هـ) ، التفريع ، دراسة وتحقيق دحسين سالم الدهماني ، دار الغرب الإسلامي ، ط ١ ، ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م ٢/٢٧١ ، الدردير ، الشرح الكبير ٣/٤٢٢ ، للمواق ، الناج والإكليل ٥/٢٥٤ ، الشافعي ، محمد بن إدريس ، الام ٤/١٣٥ ، الماوردي ، الحاوي ١٠/٣٩٧ ، ابن حجر ، التلخفة ٧/١٢٢ ، ابن قدامة ، المغني ٩/٢٧٧ .
- (٢) الخطاب ، مواهب الجليل ٥/٢٥٤ ، الشربيني ، المغني ٣/٨٩ .
- (٣) سحنون (١٦٠-٢٤٠هـ) عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي الملقب بسحنون ، قاض فقيه ، انتهت إليه رئاسة العلم بالغرب ، كان زاهداً لايهاب سلطاناً في الحق ، رفيع القدر لبي النفس . القرافي ، توشيح النبيل ص ١٥٦ ، البغدادي ، هدية العارفين ١/٥٦٩ سحنون بضم السين .
- (٤) الكلساني ، أبو بكر بن مسعود ، البدائع في ترتيب الشرائع ٦/٢١١ ، مجلة الأحكام العدلية ٤/٢٥٢ م ٧٨٧ ، القدوري ، أحمد بن محمد (ت ٤٢٨هـ) ، الكتاب ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م ، المكتبة العلمية ، بيروت ٢/١٩٨ ، الدردير ، الشرح الكبير ٣/٤٢٠-٤٢١ ، الشربيني ، المغني ٣/٨٨ ، ابن قدامة ، المغني ٩/٢٧٩ .

● الانتفاع بالوديعة ●

وقال ابن القاسم ^(١) : إذا ركبها في محل تعطب في مثله غالباً أو جهل الحال أو استوى الأمران ، وتلفت ، ضمن كان التلف بسماعي أو بتعديه ، وإن ركبها بمحل لاتعطب فيه عادة ، فلا ضمان إذا عطبت بسماعي أو غيره .
دليل الجمهور هو أن مجرد استعمال الوديعة سبب للضمنان فكذا هنا ولم أجد لابن القاسم دليلاً .
والراجح هو مذهب الجمهور لقوة دليلهم .

المطلب الثامن

١٢- إذا أخذ بعض الدراهم لينفقه ، فلم ينفقه ، ورده بعينه ، ثم ضاعت كلها فما الحكم ؟

قال الحنفية والمالكية ^(٢) : لا ضمان عليه .
وقال الشافعية والحنابلة ^(٣) : يضمن ما أخذ فقط دون بقية الدراهم سواء تميز ما أخذ أو لم يتميز باختلاطه بها ، ولأن هذا الخلط حاصل قبل الأخذ .

الأدلة :

استدل الأولان على قولهما بعدم الضمان ، فقالا : إن الأخذ من الوديعة لا ينافي الضمان وبمجرد نية الإنفاق - مع عدم الإنفاق - لا يصير ضامناً كما لو نوى أن يفصب فلم يفعل .

(١) ابن القاسم (١٣٢-١٩١هـ)

عبدالرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري أبو عبدالله ، ويعرف بابن القاسم ، فقيه جمع الزهد والعلم ، تفقه بالإمام مالك ونظرائه ، روى المدونة عن الإمام مالك . البغدادي ، هدية العارفين ١/٥١٢ .

(٢) بلبرتي ، العناية ٨/٤٨٩ ، داماد ، المجمع ٢/٣٤٢ ، المدونة ٤/٣٥٣ لم يحدد .

(٣) ابن حجر ، التحفة ٧/١٢٢ ، الشرييني ، المغني ٣/٨٩ ، لبن قدامة ، المغني ٩/٢٧٧ .

واستدل الآخران القائلان بالضمان فقالا :

إن المودع لما أخذ من الوديعة - بغير إذن صاحبها - فقد تعلق الضمان بذمته بالأخذ ، بدليل أنه لو تلف في يده قبل رده ضمنه ، فلا يزول الضمان إلا برده إلى صاحبه كالمغصوب .

المنافشة :

ناقش الآخران الأولين استدلالهما على عدم الضمان بأن الأخذ لا ينافي الضمان وبمجرد النية لا يصير ضامناً فقالا : إن النية لا قيمة لها إذا تجردت عن الفعل ، وهنا اقترنت النية بالأخذ ، فهو قد أخرجها لينفقها ، فوجب الضمان لأنه تعدى .
(قلت) وقولهما : إن الأخذ لا ينافي الحفظ غير مقبول لأن الأخذ انتهاك للحرز بدون إذن ربه .
وقولهم : إنه ممسك لها بإذن صاحبها صحيح ، ولكنه أخرجها بغير إذن صاحبها ، ولم يلتزم بحفظها كما يجب فوجب الضمان .

الترجيح :

والراجح - والله أعلم - أنه بإخراجها الدراهم تعدى ، وتغيرت يده من الأمانة إلى الضمان فلا يبرأ إلا إذا أعاد الوديعة إلى صاحبها مع ما أخذه منها أو يحدث له المودع انتمائاً ، فإن تلفت الوديعة كلها ضمن ما أخذ فقط لأنه موضع التعدي وتقدم نظيره أنفاً فقرة [١٠] . والله أعلم .

المطلب التاسع

١٣- وإذا أخذ بعض الوديعة - كدرهم من عشرة دراهم ، فلم يردّه ولكن ردّ بدله، وكان متميزاً عن باقي الدراهم، لمخالفته لها بسواد أو بياض أو سكة، وتلفت الدراهم، ضمن الدرهم فقط

على هذا اتفق الفقهاء الثلاثة : الحنفية والشافعية والحنابلة (١) .
وقال المالكية : إن رد مثله برئء من الضمان (٢) .

الأدلة :

استدل الشافعية على ضمان الدرهم فقط فقالوا : لأنه تعدى بالدرهم ولم يتعد بالتسعة .

ويرى المالكية أن رد المثلي - في المثليات - كرد العين فلا يقتضي الضمان .

الترجيح :

والصحيح هو قول الجمهور الذي يرى ضمان الدرهم الذي أخرج من حرزه من غير إذن صاحبه ، فهو له - إذن - ضمان لتعديده ، ولا يضمن غيره لعدم تعديده . والله أعلم .

(١) الحصكفي، بدر المنتقى في شرح المنتقى ٣٤٢/٢، الشافعي، الام ١٣٥/٤ قال مصحح كتاب الام عند قول الربيع : ثم وضع غيره معروفاً لعله عينه، فإنه السابق قبله تأمل . كتبه مصححه . أ.هـ قلت: لعل الربيع أراد أن ينبه إلى شيء آخر، الشرييني ، المغني ٨٩/٣ فالباقي غير مضمون عليه ، الخرقى ، عمر بن الحسين أبو القاسم ، المختصر ، لبن قدامة ، المغني ٢٧٨/٩ .

(٢) ابن القاسم، المدونة ٣٥٣/٤ لم يفصل بين متميز أو لا، ابن الجلاب، التفريع ٢٧١/٢ سقط ضمانه .

المطلب العاشر

١٤- فإن كانت المسألة المتقدمة بحالها فرد بدل الدرهم الذي أخذه، وكان الدرهم الذي رده غير متميز بعلامة فارقة عن باقي الوديعة ، فضاعت الوديعة كلها

فقد اختلف الفقهاء :

فقال أبو حنيفة والشافعية ^(١) : يضمن الكل .

وقال مالك في المشهور ^(٢) عنه : إنه إن رد بدله فلا ضمان .

وقال الحنابلة ^(٣) ورواية أخرى عن مالك أنه يضمن ما أخذ من الوديعة فقط .

وقال صاحبان : أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله - ردها بالخيار بين التضمن ومشاركة المستودع .

حجة أبي حنيفة في أنه يضمن الجميع ، قال : لأن بعضه يضمنه بالاستهلاك اتفاقاً عند الحنفية والبعض خطأ ، والأخيرة حجة الشافعية أيضاً ^(٤) .

والقاعدة عند أبي حنيفة أن الخلط النافي للتمييز تعد ، فيوجب الضمان ويقطع الشركة ^(٥) . ا.هـ .

ورد الشيخ بابرتي ^(٦) على من يقول : اجعل رد الدرهم قضاءً للدين ولا تجعله

(١) المرغيناني ، الهداية ، بابرتي ، العناية ٤٨٩/٨ ، داماد ، المجمع ٣٤٢/٢ ، فصل في المسألة ، الكاساني ، البدائع ٢١٣/٦ ، الشافعي ، الام ١٣٥/٤ ، وإن كان لا يميز ضمن العشرة ، لبن حجر ، التحفة وشرواني ، الحاشية ١٢٢/٧ ، الشرييني ، المغني ٨٩/٣ .

(٢) ابن عبد البر ، الكافي ١٣٦/٢ ، نقل رواية ابن وهب ، وابن القاسم ، المدونة ٣٥٣/٤ .

(٣) ابن قدامة ، المغني ٢٧٧/٩ ، م ١٠٧٤ .

(٤) الشرييني ٨٩/٣ ، شرواني ، الحاشية ١٢٢/٧ .

(٥) بابرتي ، العناية ٤٨٨/٨ .

(٦) بابرتي (٧١٠-٧٨٦هـ) محمد بن محمد بن محمود بن أحمد البابرتي الرومي الحنفي (اكمل

الدين) فقيه أصولي قرضي متكلم مفسر محدث نحوي ، كان معظماً ، حضر السلطان ومن

دونه جنازته . ابن العماد ، شذرات الذهب ٢٩٣/٦-٢٩٤ ، البغدادي ، هدية العارفين ١٧١/٢ ،

الهندي ، الفوائد البهية ص ١٩٥ .

● الانتفاع بالوديعة ●

خطأ ، ردُّ فقال: إنه لا يجوز أن يتفرد المستودع بالقضاء بغير محضر من صاحبه^(١).
وحجة مالك في أنه لا يضمن إذا رد البذل ، بأن من رد البذل فكأنه لم يتعد .
وحجة الحنابلة في ضمان ما ائلف فقط ، هو لأنه تعدى على هذا فقط ، ولم يتعد على الباقي.
وحجة الصحابين في تخييرهما المالك بين التضمن ومشاركة المستودع هو لأن
الخط بالجنس استهلاك من وجه دون وجه ، فالمودع لم يستطع بالخط أن يصل إلى
حقه صورة ، ولكن يمكنه أن يصل إلى حقه معنى بالقسمة ، فله ذلك وإلا فله أن
يضمن المستودع^(٢) . فيميل إلى أيهما شاء .
الترجيح :

والذي أرجحه هنا : هو أن الضمان يتعلق بالدرهم الذي أخرجه بتعديه بغير إذن
صاحبه ، ولعلاقة للضمان بما لم يتعد به ، كما لو كان الدرهم متميزاً . والله أعلم .

المطلب الحادي عشر

١٥- إذا أذن رب الوديعة (المودع) للمستودع أن يأخذ من الوديعة ، ولم يأمره برد بدل ما أخذ

فأخذ من الوديعة ثم رد بدل ما أخذ ، فالحكم أنه على الخلاف السابق فيما إذا
لم يأذن له بالأخذ فأخذ .
ذكر ذلك الحنابلة ، وقال القاضي^(٣) : يضمن الكل^(٤) .

(١) العناية ٤٨٩/٨ .

(٢) بلبرتي ، العناية ٤٨٨/٨ .

(٣) القاضي (٣٨٧-٤٥٨هـ) .

محمد بن الحسين بن محمد بن خلف الفراء البغدادي الحنبلي أبو يعلى محدث فقيه مفسر
أصولي ، حدث وأفتى ودرس وتولى القضاء .

الخطيب البغدادي ، تاريخ بغداد ٢/٢٥٦ ترجمة ٧٣٠ ، ابن العماد ، شذرات الذهب
٣/٣٠٦-٣٠٧ .

(٤) ابن قدامة ، المغني ٩/٢٧٨ .

حجة الحنابلة : لأنه تعدى في ما أخذ دون غيره
وأستدل للقاضي فأقول : لأنه خالف أمر المودع حيث لم يأمره برد بدل ما أخذ
والراجع هو الأول كما رجحنا في المسألة رقم [١٤] والله أعلم .

المطلب الثاني عشر

١٦- إذا كانت المسألة المتقدمة بحالها فأخذ المستودع من العشرة
دراهم الوديعة درهماً واحداً وأنفقه، ولم يرد ما أخذ فهلك كل المال

فقد اتفق الفقهاء ^(١) على أن المستودع يضمن ما أنفق - وهو درهم واحد - ولا
يضمن ما بقي .

وحجتهم في ذلك هو أن التعدي كان فيما أنفق ، وبقي الحفظ في الباقي ، ولم
يتعيب الباقي بما أخذ وأنفق ، إذ المفروض أن الوديعة مما لا يضره التبعض ، ولأنه
أُتلف شيئاً محدداً فوجب ضمانه .
(قلت) هذا هو الحق . والله أعلم .

المطلب الثالث عشر

١٧- إذا عد الدراهم المودعة ، أو وزنها ، أو ذرع الثوب الوديعة
ليعرف قدر ذلك

قال الشافعية : لاضمان عليه ^(٢) .

وحجتهم هي أن الشرع ورد بمعرفة ذلك في اللقطة، وهي أمانة شرعية . فهذه أولى .

(١) السرخسي ، المبسوط ١١١/١١ ، بلبرتي ، العناية ٤٨٩/٨ ، داماد ، المجمع ٣٤٢/٢ ، ابن
القاسم ، المدونة ٣٥٣/٤ ، الرواق ، التاج والإكليل ٢٥٤/٥ ، الشربيني ، المغني ٨٩/٣ ، ابن
قدامة ، المغني ٢٧٧/٩-٢٧٨ .

(٢) الشربيني ، المغني ٨٩/٣ .

وهو كذلك إن شاء الله تعالى . ويمكن أن يقال بأن ذلك من حفظها .

المطلب الرابع عشر

١٨- إذا أودع المودع الدراهم الوديعة مدفونة فنبشها فتلفت الوديعة كلها

قال الشافعية ^(١) يضمن الجميع سواء أخذ منها عند النبش أم لا . وحجتهم في ذلك : أن الدفن حرز للمال ، وأن النبش هتك لذلك الحرز فهو إذن تعد يوجب الضمان . (قلت) وهو الصحيح . والله أعلم . وهذا يخالف عد الدراهم ووزنها ، ذلك لأن عد الدراهم لا يترك أثراً وهذا يترك أثر النبش فيكون دليلاً للصوص على الوديعة .

المطلب الخامس عشر

١٩- لو أودع وديعة في صندوق مقفل ، أو في كيس مختوم ، ففتح القفل عن الصندوق وكسر الختم عن الكيس

قال الشافعية والحنابلة ^(٢) : يضمن الوديعة كلها سواء أخذ منها أم لا . وبه قال الحنفية كما سيأتي . ٢٠- وأما عن الصندوق والكيس ففي ضمانهما عند الشافعية وجهان ، أوجههما الضمان .

(١) الشرييني ، المغني ٨٩/٣ .

(٢) المالوردي ، الحاوي ٣٩٤/١٠-٣٩٥ وجهان ، أصحهما الضمان ، ابن حجر ، التحفة ١٢٣/٧ ، ابن قدامة ، المغني ٢٧٧/٩-٢٧٨ نقل عن أبي حنيفة أنه لا يضمن إلا الكيس والصندوق .

وقال الحنفية ^(١) : إذا لم يأخذ شيئاً حتى ضاع ، أو مات المستودع ، فإن كانت الوديعة قائمة بعينها ترد على صاحبها ... وإن كانت لا تعرف بعينها فهي دين في تركته يحاص الغرماء . أ.هـ .

(قلت) فهذا معناه أنه يضمن الوديعة إذا لم تعرف ، ولا يضمنها إذا كانت موجودة بعينها فأبو حنيفة مع الجمهور .

وحجتهم هي أن قفل الصندوق وختم الكيس كتم للوديعة وحفظ لها ^(٢) ، وفتح القفل وكسر الختم هناك للحرز تعدى فيه - بلا إذن - فيضمن .

(قلت) وهو الصحيح، أنه يجب ضمان القفل والصندوق والكيس إذا تعيب شيء منها، كما أنه ضامن للوديعة كلها سواء أخذ منها أم لا ، ولأنه بفتح القفل وكسر الختم عرض الوديعة للضياع فيجب الضمان . والله أعلم .

المطلب السادس عشر

٢١- لو أودعه كيساً مربوطاً بخيط ، أو رزمة قماش مربوطة

بخيط ، فحل الخيط عنهما

فلا ضمان ، لأن ذلك موضوع لمنع الانتشار لا لكتم الوديعة عن رؤية الغير .

نكر ذلك الشافعية ^(٣) .

(١) الكسانى ، البدائع ٢١٣/٦ .

(٢) حيدر ، شرح مجلة الأحكام العنلية ٢٥٥/٤ قال : مبنى الوديعة على الستر والإخفاء .

(٣) ابن حجر ، التحفة ١٢٣/٧ ، الشربيني ، المغني ٨٩/٣ إلا أن يكون مكتوماً عنه فيضمن ، الرملي ، شهاب الدين محمد بن أحمد ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ١٢٩/٦ ، قليوبي ، شهاب الدين أحمد القليوبي ، الحاشية ١٨٦/٣ .

المطلب السابع عشر

٢٢- لو خرق الكيس من فوق الختم

لم يضمن إلا نقصان الخرق ، فإن خرقه متعمداً ضمن جميع الكيس . نص على ذلك الشافعية و الحنابلة (١) .

المطلب الثامن عشر

٢٣- إذا أودع الرجل وديعتين منفصلتين ، فأنفق إحداها وكانتا من المثليات ضمن ما أنفق فقط

ذكر ذلك الحنفية (٢) . وهو على أصول بقية المذاهب صحيح . قال ابن عابدين (٣) - مالمخصه - هذا في المثلي الذي لا يضره التبعض ولم أر من ذكر ما إذا كان يضره التبعض هل يضمن الكل أو ما أخذ ونقصان ما بقي ؟ أ.هـ . (قلت) الراجع - والله أعلم - أنه يضمن جميع ما لا ينتفع به بعد التبعض ، وذلك كاجزاء معمل متكامل ، ضيع المستودع بعضها إن كان يعسر الحصول على ماضيع ، فإن أمكن الحصول على الأجزاء التي استعملها أو تعدى بضياعها فعليه ضمان ماضيع فقط ، وأجرة مدة التأخير . والله أعلم .

(١) الشربيني ، المغني ٨٩/٣ ، ابن قدامة ، المغني ٧٨/٩ ، قال فعليه ضمان ما خرق خاصة . أ.هـ .
(٢) الحصكفي ، الدر المعhtar ، وابن عابدين ، الحاشية ٤٩٨/٤ . قلت : الذي خرقه هو الكيس .
(٣) ابن عابدين (١١٩٨-١٢٥٢هـ)

محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز بن عابدين الدمشقي الحنفي ، فقيه أصولي ، ولد بدمشق وتوفي بها . هدية العارفين ٣٦٧/٢ وذكر له مؤلفات عديدة .

المطلب التاسع عشر

٢٤- إذا تعدى على الوديعة أجنبي وأتلفها فلا ضمان على المستودع لعدم تعديه ، وعلى ربه أن يتبع من أتلفها

نص على ذلك المالكية ^(١) ، وأصول بقية المذاهب معه ، لعدم التعدي من المستودع .

المطلب العشرون

٢٥- إذا كانت الوديعة كتاباً فهل يجوز قراءته ؟

ذكر ذلك الحنفية والشافعية ^(٢) واختلفوا .

أما الحنفية ففي الدر المختار : أن له القراءة من مصحف الوديعة : لأن له ولاية هذا التصرف ، وقال في المتانة : لو كان الرهن مصحفاً أو كتاباً ليس له أن يقرأ بغير إذنه .

ومنع ذلك الشافعية ، إذ جعلوا من عوارض الضمان القراءة في كتاب الوديعة ، ولم يذكروا المصحف ولا الأدلة .
والذي أرجحه المنع إلا بإذن لأن ذلك استعمال للوديعة .

(١) الدسوقي ، حاشيته على الشرح الكبير ٤٢٠/٣ .

(٢) الحمصكي ، الدر المختار ٥٠١/٤ ، البويكاني ، محمد جعفر السندي ، المتانة في مرمرة الخزانة ، أو فتاوى البريكاني ص ٦٣٣ ، ابن حجر ، التحفة ١٢٢/٧ ، الشرييني ، مغني المحتاج ٨٨/٣ .

الفصل الثالث

٢٦- أخذ الحق من مال الوديعة

ويسمى (مسألة الظفر)

إذا كان لإنسان على آخر حق فمنعه منه مع اعترافه بالدين أو جحد الدين أصلاً ، ثم إن المدين أودع عند صاحب الحق مالاً وديعة فهل يحق لصاحب الحق أن يأخذ قدر حقه من الوديعة ؟

ذكر هذه المسألة البغوي ^(١) عند كلامه عن حديث هند ^(٢) بنت عتبة بن ربيعة أم معاوية التي جاءت تشكو بخل زوجها أبي سفيان ^(٣) رضي الله عنهم الذي في نهايته قول النبي صلى الله عليه وسلم: "خذي مايكفيك وولديك بالمعروف" . متفق عليه ^(٤) .

(١) البغوي (ت ٥١٦هـ)

أبو محمد الحسن بن مسعود المعروف بابن الفراء البغوي الشافعي ، فقيه محدث مفسر له معالم التنزيل في التفسير ، كان ديناً ورعاً قانعاً باليسير .

طبقات الشافعية للأسنوي ١٠١/٢ ترجمة ١٧٧ ، شذرات الذهب ٤٨/٤ .

(٢) هند (ت ١٤هـ) وقيل غير ذلك .

هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف الصحابية القرشية ، عالية الشهرة ، والدة معاوية بن أبي سفيان ، أسلمت عام الفتح ، ماتت في خلافة عمر وقيل في خلافة عثمان .

ابن حجر ، الإصابة في معرفة الصحابة ٤/٤٢٥-٤٢٦ ترجمة ١١٠٣ ، ابن عبد البر ، الاستيعاب في أسماء الأصحاب ٤/٤٢٤-٤٢٧ .

(٣) أبو سفيان (٥٧ ق.هـ-٣٤هـ) وقيل غير ذلك .

صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف القرشي الأموي ، كان أسن من النبي صلى الله عليه وسلم بعشر سنين ، والد معاوية ، أسلم عام الفتح ، شهد حنيناً والطائف وتزوج - صلى الله عليه وسلم - ابنته أم حبيبة قبل أن يسلم .

ابن حجر ، الإصابة ١٧٨/٢-١٨٠ ترجمة ٤٠٤٦ ، ابن عبد البر ، الاستيعاب ٢/١٩٠-١٩١ .

(٤) رواه البخاري (٤٦) كتاب المظالم (١٨) باب قصاص المظلوم إذا وجد مال ظلمه ١٠١/٣ و(٦٩) كتاب النفقات (٩) باب إذا لم ينفق الرجل لمرأته أن تلذذ بغير علمه ما يكفيها ولدها بالمعروف ١٩٣/٦ ، ومسلم (٣٠) كتاب الأقضية (٤) باب قضية هند (١٧١٤) ٣/١٣٣٨ .

فذكر البغوي في شرح السنة فوائد وأنواعاً من الفقه ... فقال :
ومنها : أن من له حق على غيره يمنعه إياه فظفر من ماله بشيء جاز له أن يقتضي
منه حقه ، سواء كان من جنس حقه أو لم يكن إياه ، ثم يبيع ماله من جنس حقه ،
فيستوفي حقه من ثمنه .

ثم بين البغوي كيفية استنباط هذا الحكم من حديث هند فقال :
وذلك أنه معلوم أن منزل الرجل الشحيح لا يجمع كل ما يحتاج إليه أهله وولده
من النفقة والكسوة وسائر المرافق التي تلزمه لهم ، ثم أطلق لها الإذن في أخذ كفايتها
وكفاية أولادها ، ولا يكون ذلك إلا بصرف غير جنس حقه في تحصيل ما هو من
جنس حقه ، وهذا هو قول الشافعي (١) .

وذهب قوم إلى أنه يأخذ من ماله من جنس حقه ، حتى لو أودعه دراهم ، وله
على المودع مثلها فله أخذها من حقه ، فإن جحد المودع ماله ، كان له أن يجحد
وديعة ، فيمسكها عن حقه ، وإن كانت الوديعة دنائير فليس له أن يجحدها وأن
يأخذ منها حقه ، وهو قول سفيان الثوري (٢) .

وقال أصحاب الرأي : يأخذ أحد النقيدين عن الآخر ، ولا يجوز الأخذ من جنس آخر .
وذهب مالك إلى أنه لا يجوز جحود وديعة سواء كان من جنس حقه ، أو لم يكن .
واحتج بما روي عن أبي هريرة قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : (أد الأمانة
إلى من اتتمنك ولا تخن من خائنك) (٣) .

(١) انظر لقول الشافعية مع شرح السنة ٢٠٥/٨ ، ابن حجر ، فتح الباري ٥٠٩/٩ .

(٢) الثوري (٩٧-١٦١ هـ)

سفيان بن سعيد بن مسروق الكوفي أبو عبدالله الفقيه ، قال ابن عيينة : وما رأيت أعلم
بالحلال والحرام منه . توفي بالبصرة .

النوي ، تهذيب الاسماء واللغات ٢٢٢/١ ترجمة ٢١٥ ، هدية العارفين ٣٨٧/١ .

(٣) رواه أبو داود والترمذي ، الترمذي [١٢] كتاب البيوع [٣٨] باب حديث ١٢٦٤-٣/٥٦٤
وقال حديث حسن غريب ، ورواه أبو داود : كتاب الإجارة ، باب في الرجل يأخذ حقه من
تحت يده ح ٣٥٣-٣/٢٩٠ .

● الانتفاع بالوديعة ●

رواه الترمذي ^(١) وقال :
وقد ذهب بعض أهل العلم إلى هذا الحديث وقالوا : إذا كان للرجل على آخر شيء فذهب به فوقع له عنده شيء ، فليس له أن يحبس عنه بقدر مذهب له عليه .
ورخص فيه بعض أهل العلم من التابعين ، وهو قول الثوري ، وقال إن كان له عليه دراهم فوقع له عنده دنائير فليس له أن يحبس بمكان دراهمه إلا أن يقع له عنده دراهم ، فله حينئذ أن يحبس من دراهمه بقدر ماله عليه . أهـ كلام الترمذي .
ونعود إلى البغوي الذي بين مايراد من الحديث الذي احتج به مالك وهو (أد الأمانة إلى من ...) الحديث . فقال : والمراد من هذا - يعني الحديث أن يخونه بعد استيفاء حقه بزيادة جزاء لخيانته ، فأما استيفاء قدر حقه فمأذون له فيه من جهة الشرع في حديث هند ، فلا يدخل تحت النهي عن الخيانة ^(٢) .
(قلت) النقل عن المالكية لعله عن غير المشهور أو عن غير المذهب ، لأن المذهب أن للمستودع الأخذ منها بقدر حقه إن أمن العقوبة والرذيلة وربها ملد أو منكر أو ظالم ، ويشهد له (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه ...) ^(٣) إلخ ولا فرق بين أخذ العين والمثل والقيمة على المذهب .
نعم ، مانقله الشيخ البغوي ذكره الشيخ خليل ^(٤) في مختصره ^(٥) ، والشيخ خليل

(١) الترمذي (٢١٠-٢٧٩هـ)

محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاک السلمي ، أبو عيسى ، محدث حافظ مؤرخ فقيه تلميذ البخاري وشاركه في شيوخه وسمع منه البخاري ، أحد الأئمة ، ثقة حافظ .

ابن حجر ، تقريب التهذيب ١٩٨/٢ ترجمة ٦٠٣ ، ابن العماد ، شذرات الذهب ١٧٤/٢-١٧٥ .

(٢) البغوي ، أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء (ت ٥١٦هـ) ، شرح السنة ، بتحقيق شعيب الأرنؤوط ، وزهير الشاويش ، طبع بأمر جلالة الملك فيصل بن عبدالعزيز آل سعود ، المكتب الإسلامي ، السنة بلا ، ٢٠٣-٢٠٧/٨ ح ٢١٤٩ .

(٣) سورة البقرة من الآية ١٩٤ .

(٤) خليل الجندي (ت ٧٦٧هـ)

خليل بن إسحق بن موسى بن شعيب المالكي المعروف بالجندي (ضياء الدين أبو المودة) محدث فرضي أصولي. السيوطي، حسن المحاضرة ٤٦٠/١ ترجمة ٨٣ ، البغادي، هدية العارفين ٣٥٢/١ .

(٥) خليل ، خليل بن إسحق (ت ٧٦٧هـ) ، مختصر خليل، الدردير، الشرح الكبير، الدسوقي، الحاشية ٤٣١/٣ .

(ت ٧٦٧ هـ) متأخر كثيراً عن الإمام البغوي (٥١٦ هـ) .

وأما النقل عن الحنفية أصحاب الرأي ، ففيه شيء ، وهو أن الحنفية يقولون بأن صاحب الحق متى ظفر بجنس حقه من مال المديون يكون له أن يأخذه ، والأصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ، وكذلك إن كان المال ديناً عليه وأنكره ثم أودعه مثله ، فأما إن أودعه شيئاً من غير جنس حقه لم يسعه إمساكه عنه ، لأن هذا بيع عند اختلاف الجنس فلا ينفرد هو به ، والأول استيفاء وصاحب الحق ينفرد بالاستيفاء .

وحكى عن ابن أبي ليلى ^(١) رحمه الله التسوية بينهما للمجانسة من حيث المالية ، ولكنه بعيد ثم رد عليه . أ. هـ . ^(٢) .

أما عند الحنابلة فلهم فيه كلام طويل أنقله من المغني ، إذ يقول الخرقى ^(٣) :
ومن كان له على أحد حق ، فمنعه منه ، وقدر على مال ، لم يأخذ منه مقدار حقه ، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خائنك " . أ. هـ .

ثم فصل ابن قدامة ^(٤) المسألة فقال ماملخصه :

(١) ابن أبي ليلى (ت ٨٦ هـ)

عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري المدني ثم الكوفي ، ثقة من الثانية ، مات بوقعة الجمل
وقيل : غرق . ابن حجر ، تقريب التهذيب ١/ ٤٩٦ ترجمة ١٠٩٤ ، قلت : هو غير من ترجم له
يلسم عبد الرحمن بن محمد المولود سنة ٧٤ هـ والمتوفى سنة ١٤٨ هـ كما في الاعلام ٦/ ١٨٩ .

(٢) السرخسي ، المبسوط ١١/ ١٢٨ باختصار .

(٣) الخرقى (ت ٣٣٤ هـ)

عمر بن الحسين بن عبدالله بن أحمد الخرقى البغدادي الحنبلي ، أبو القاسم ، فقيه له تصانيف
كثيرة احترقت ، وتوفي بدمشق .

البغدادي ، تاريخ بغداد ١١/ ٢٣٤-٢٣٥ ترجمة ٥٩٧٣ ، ابن العماد ، شذرات الذهب ٢/ ٣٣٦ .
(٤) ابن قدامة (٧٠٥-٧٤٤ هـ)

محمد بن أحمد بن عبد الهادي بن عبد الحميد المقدسي الجماعيلي الأصل ، الصالحي ، الحنبلي
(شمس الدين أبو عبدالله) ، مقرر له فقيه أصولي نحوي محدث حافظ مفسر لغوي عارف
بالرجال ، تلميذ ابن تيمية ، صنف الكتب الكثيرة .

الشوكاني ، البدر الطالع ٢/ ١٠٨-١٠٩ ترجمة ٣٩٩ ، ابن العماد ، شذرات الذهب ٦/ ١٤١ ،
البغدادي ، هدية العارفين ٢/ ١٥١ ، قال : ولد سنة ٧٠٤ هـ .

● الانتفاع بالوجبة ●

إن كان الذي عليه الحق مقراً به بإذلاً له ، لا يجوز الأخذ من ماله إلا ما يعطيه بلا خلاف ... وإن ائتمها - من عنده الحاجة - أو تلفت فصارت ديناً في ذمته - بأن اعتدى عليها - وكان الثابت في ذمته من جنس حقه تحاصاً - أي سقط الدين ، فهو بمعنى الاستيفاء - في قياس المذهب والمشهور من مذهب الشافعي .

وإن كان مانعاً له لأمر يبيع المنع، كالإعسار لم يجز أخذ شيء من ماله بلا خلاف . وإن كان مانعاً له بغير حق ، وقدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان ، لم يجز له الأخذ أيضاً .

وإن لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً ولا بينة ، أو لا يجيبه إلى المحاكمة فالمشهور في المذهب أنه ليس له أخذ قدر حقه ، وهو إحدى الروايتين عن مالك . قال ابن عقيل (١) : وقد جعل أصحابنا المحدثون لجواز الأخذ وجهاً في المذهب أخذاً من حديث هند .

وقال أبو الخطاب (٢) : ويتخرج لنا جواز الأخذ ، فإن كان المقدور عليه من جنس حقه أخذ بقدره ، وإن كان من غير جنسه تحرراً واجتهد في تقويمه لحديث هند ، ولقول أحمد في المرتبة : يركب ويحلب بقدر ما ينفق ، والمرأة تأخذ مؤنتها ، ويأثع السلعة يأخذ من مال المفلس بغير رضاه (٣) .

(١) ابن عقيل (٤٣١-٥١٣هـ)

علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي الظفري الحنبلي (أبو الوفاء) فقيه أصولي مقرئ واعظ ، له عدة مصنفات .

ابن كثير ، البداية والنهاية ١٨٤/١٢ ، قال عنه : شيخ الحنابلة . ابن العماد ، شذرات الذهب ٤٠٣٥/٤ ، البغدادي ، هدية العارفين ٦٩٥/١ ذكر له كتاب الروايتين والوجهين في ٤٧٠ مجلداً .

(٢) أبو الخطاب (٤٣٢-٥١٠هـ)

محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوثاني البغدادي الأزجي الحنبلي (أبو الخطاب) فقيه أصولي متكلم فريقي أدب ناظم .

ابن كثير ، البداية والنهاية ١٨٠/١٢ ، ابن العماد ، شذرات الذهب ٢٧/٤-٢٨ ، شيخ الحنابلة ، البغدادي ، هدية العارفين ٦/٢ ذكر مؤلفاته .

(٣) ابن قدامة ، المغني ١٤/٣٣٩-٣٤٢ م ١٩٤٥ .

وقال الشافعي : إن لم يقدر على استخلاص حقه ببينة فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه .

ومشهور مذهب مالك : إن لم يكن لغيره عليه دين ، فله أن يأخذ بقدر حقه ، وإلا لم يجز لأنهما يتحاصان في ماله إذا أفلس .

وقال أبو حنيفة: له أن يأخذ بقدر حقه إن كان عيناً أو ورقاً أو من جنس حقه ، وإن كان عرضاً لم يجز، ثم ذكر أن حجة المجيزين حديث هند ، ثم ذكر أدلة الحنابلة بالمنع .

٢٧- خلاصة الأقوال (١) :

اختلف الفقهاء - كما مر - في جواز أخذ الحق من مال الوديعة إذا أنكره المودع أو كان ممطلاً على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إن لصاحب الحق أن يأخذ من الوديعة سواء كانت الوديعة من جنس حقه أم لا .

وبهذا قال ابن أبي ليلى والشافعي ، وهو المشهور من مذهب مالك . وبه قال ابن عقيل وأبو الخطاب من الحنابلة .

القول الثاني : ليس لصاحب الحق أن يأخذ شيئاً من الوديعة مطلقاً سواء كانت الوديعة من جنس حقه أم لم تكن .

وهذا هو المشهور من مذهب الحنابلة ، وهو رواية في المذهب المالكي اقتصر عليها الشيخ خليل في مختصره .

القول الثالث : إذا كان الحق من جنس مال الوديعة فلصاحب الحق أن يستوفي حقه منه وإلا فلا ، وهو قول الثوري والحنفية .

الأدلة :

استدل أصحاب القول الأول الذين أجازوا أخذ الحق من مال الوديعة سواء كان من جنس الحق أم لا بحديث هند بنت عتبة المشهور ، والذي فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم: (خذي مايكفيك ووليك بالمعروف) وهو حديث صحيح متفق عليه كما تقدم .

(١) كما هي في كتبهم وليس كما نقلها غيرهم عنهم كما علمت من النقل عن البغوي وغيره . وانظر فتح الباري ١٠٩/٥ .

● الانتفاع بالوديعة ●

وجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق لها الإذن في أخذ كفايتها وكفاية أولادها ، ولا يكون ذلك إلا بصرف غير جنس حقها في تحصيل ما هو من جنس حقها (١) .

واستدل المانعون من ذلك مطلقاً أي سواء كانت الوديعة من جنس الحق أم لم تكن بحديث " أد الأمانة إلى من ائتمك ولا تخن من خانك " (٢) .

وجه الاستدلال بالحديث أن الإنسان متى أخذ من مال الممتنع أو المعاطل بغير علمه ، فقد خانته فيدخل في عموم الخبر ، وقال صلى الله عليه وسلم : (لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه) (٣) .

ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض ، وإن أخذ من جنس حقه ، فليس له تعيين الحق بغير رضا صاحبه ، فإن التعيين إليه ، ألا ترى أنه لا يجوز أن يقول اقضني حقي من هذا الكيس دون هذا ، ولأن كل ما لا يجوز له تملكه إذا لم يكن له دين لا يجوز له أخذه إذا كان له دين ، كما لو كان باذلاً له .

واستدل أصحاب القول الثالث الذين فرقوا بين مال الوديعة إذا كان من جنس الحق فأجازوا الأخذ منه وبين ما إذا لم يكن من جنس الحق فمنعوا أخذ الحق منه ، بحديث هند نفسه ، وقالوا : إذا كان الحق من جنس الوديعة فيجوز أخذ الحق منها لأن هذا استيفاء حق ، فينفرد صاحب الحق بأخذ حقه منه ، وأما إن كان من غير جنسه فهو بيع ، والبيع لا ينفرد به صاحب الحق .

المناقشة :

بعد أن عرفنا أدلة كل قول نجد أن الحنابلة ناقشوا أصحاب القول الأول وأصحاب القول الثالث المستدلين بحديث هند بنت عتبة فقالوا : إن أحمد اعتذر عنه بأن حقها واجب عليه في كل وقت .

وهذا إشارة منه إلى الفرق بالمشقة في المحاكمة في كل وقت ، وفي المخاصمة

(١) البغوي ، شرح السنة ٢٠٥/٨ .

(٢) وتقدم قريباً أنه حديث حسن .

(٣) أحمد في المسند ٧٢/٥ عن أبي حرة الرقاشي عن عمه ١١٣/٥ عن عمرو بن يثربي .

كل يوم تجب فيه النفقة ، بخلاف الدين .

وفرق أبو بكر ^(١) بينهما بفرق آخر ، وهو أن قيام الزوجية كقيام البينة ، فكان الحق صار معلوماً بعلم قيام مقتضيه .

وبينهما فرقان آخران :

أحدهما : أن للمرأة من التبسط في ماله - بحكم العادة - ما يؤثر في إباحة أخذ الحق ، وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الأجنبي .

الثاني : أن النفقة تراد لإحياء النفس ، وإبقاء المهجة وهذا مما لا يصبر عنه ، ولا سبيل إلى تركه ، فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة بخلاف الدين ، حتى نقول: لو صارت النفقة ماضية لم يكن لها أخذها ، ولو وجب لها عليه دين آخر لم يكن لها أخذه ^(٢) . أ. هـ

(قلت) ونستطيع أن نناقش أصحاب القول الثالث بأن حديث هند بنت عتبة نص في الموضوع ولا اجتهد مع نص .

وقولهم بأن أحمد - رحمه الله - اعتذر عن حديث هند بأن حقها واجب عليه في كل وقت نقول : وكذلك أداء الدين واجب أدائه في كل وقت يجد فيه قضاء . وما فرقوا به بالمشقة في المحاكمة والمخاصمة لادليل عليه .

وتفريق أبي بكر بأن قيام الزوجية كقيام البينة حجة عليهم لأن الدين ثابت بالبينة أو بالإقرار فهو أقوى من المشبه ، على أن هذا الفرق لادليل عليه أيضاً ، وكذلك الفرقان الآخران بلادليل ، وأيضاً فقولهم إن للمرأة من التبسط في ماله .. إلخ نقول: هذا قد يؤثر في حد السرقة لكن لا يؤثر في حرمة الأخذ من مال الغير .

وكذا نرد قولهم إن النفقة تراد لإحياء النفس .. إلخ ، نقول بأن المال أيضاً من الضروريات الخمس ولا يجوز المساس به ، هذه مناقشة علماء الحنابلة .

أما مناقشة ابن قدامة فنقول :

إن استدلاله على عدم جواز أخذ الحق من المال الذي ظفر به بحديث "أد الامانة ..." .

(١) أبو بكر الخلال (٢٣٤-٣١١ هـ)

أحمد بن محمد بن هارون بن يزيد البغدادي ، محدث فقيه .

الخطيب البغدادي ، تاريخ بغداد ١١٢/٥ - ١١٣ ترجمة ٢٥٢٢ ، ابن كثير ، البداية والنهاية

١٤٨/١١ ، ابن العماد ، شذرات الذهب ٢/٢٦١ أنفق عمره في جمع مذهب الإمام أحمد .

(٢) ابن قدامة ، المغني ١٤/٣٤١-٣٤٢ .

● الانتفاع بالوديعة ●

الحديث فقد أجاب عنه البغوي بقوله : والمراد من هذا أن يخونه بعد استيفاء حقه بزيادة جزاء لخيانته ، فأما استيفاء قدر حقه فمأذون له فيه من جهة الشرع في حديث هند ، فلا يدخل تحت النهي عن الخيانة . أ.هـ (١) .

قلت : وأما استدلاله بقوله صلى الله عليه وسلم : (لا يحل مال امرئ مسلم ..) الحديث فمردود بجواز أخذ مال المفلس وتوزيعه على الغرماء ولو بلا طيب نفس منه . وكذا قوله : ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض .. إلخ كله مردود بحال المفلس الذي يتحاص الغرماء حقوقهم منه سواء كان ماله من جنس حقوقهم أم لا . وتؤخذ أمواله جبراً عليه .

الترجيح :

بعد هذه المناقشة أجدني أميل إلى ترجيح قول أصحاب القول الأول المجيزين أن يأخذ الإنسان حقه ممن امتنع من أدائه أو جحده وليس له بيئة أو له بيئة ولكن الممتنع لا يحضر المحاكمة وماشاكل ذلك . وذلك لأن حديث هند بنت عتبة واضح الدلالة على المراد ، إذ إن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز لها أن تأخذ من مال زوجها أبي سفيان ، ولم يفرق بين ما إذا كان ذلك من جنس حقه أو لم يكن بشرط أن يأخذ حقه فقط . كل هذا إذا لم يستطع تخليص حقه بالمحاكم أو بالتوسط لدى أهل الخير وماشاكل ذلك ، وإلا فلا يجوز الأخذ من مال الوديعة حتى يستوفي كل الطرق التي يستطيع أن يستخلص حقه بها . والله أعلم .

(١) البغوي ، شرح السنة ٢٠٦/٨ .

الفصل الرابع

٢٨- تسلف الوديعة للاتجار بها

يكاد يتفق الفقهاء من حيث العموم على أن أحد أسباب ضمان الوديعة هو الانتفاع بها بغير إذن من ربها حتى إن بعض الفقهاء يعبر عن ذلك بالتعدي^(١) . وذلك لأن حفظ الوديعة مأموره شرعاً^(٢) ، واستعمالها والانتفاع بها مناقض للحفظ فحينئذ يكون سبباً للضمان . والله تعالى يقول في وصف المؤمنين: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾^(٣) .

ومع أن ذلك معلوم إلا أن المالكية قسموا الوديعة إلى قسمين : وديعة من القيميات ووديعة من المثليات ، كما قسموا المستودع إلى قسمين غني مليء وفقير معدم ، فإن كانت الوديعة من القيميات حرم على المستودع تسلفها بدون إذن المودع . جاء في شرح المواقي في التاج والإكليل قول الشيخ خليل " وحرم سلف مقوم

(١) المرغيناني ، بداية المبتدي ، والمرغيناني ، الهداية ٤٨٩/٨ ، قال : وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها ، أو ثوباً فلبسه ، ... إلخ ، السرخسي ، المبسوط ١٢٣/١١ لأن السبب الموجب للضمان وهو الاستعمال معلوم ، المغنمي ، عبدالغني بن طالب (ت ١٢٩٨ هـ) ، اللباب في شرح الكتاب ، دار الباز ، ١٤٠٠ هـ/ ١٩٨٠ م ١٩٦/٢ تنقلب إلى الغصب عند المخالفة أو التعدي ، الدريد ، الشرح الكبير ٤٢٠/٣ وتضمن بانتفاعه بها بلا إذن ربها ، وابن عبدالبر ، الكافي ص ١٣٧ ومن التعدي أن يودع دابة فيركبها ، النووي ، المنهاج والشريبي ، المغني ٨٨/٣ ومنها أن ينتفع بها بأن يلبس أو يركب خيانه ، ابن حجر ، التحفة ١٢١/٧-١٢٢ ، وابن قدامة ، المغني ٢٧٩/٩ ، ولو تعدى فلبس الثوب ... إلخ ، والحجاوي ، الزاد ، والبهوتي ، الروض ص ٢٥٨ .

(٢) الشريبي ، الإقناع ٤٤/٢ .

(٣) سورة المؤمنون الآية ٨ ، سورة الماعز الآية ٣٢ .

● الانتفاع بالوديعة ●

ومع عدم " فنقل عن اللخمي ^(١) : ليس للمودع أن يتسلف الوديعة إذا كان فقيراً ، فإن كان موسراً . فإن كانت الوديعة عروضاً أو مما يقضى فيه بالقيمة أو مما يكال أو يوزن ، وكان يكثر اختلافه ولا يتحصل أمثاله كالكتان فليس للموسر أيضاً أن يتسلفها . أ.هـ .

(قلت) فهذا واضح أن القيمي لا يجوز تسلفه ، بل إن المالكية - مع أنهم يقولون إذا رد المستودع الوديعة برىء من الضمان فإنهم لا يبرئون من يتسلف القيمي من الضمان .

قال المواق ^(٢) : وكذلك لو تسلف جميعها ثم رد مكانها لبرىء ، كان أخذها على السلف أو على غيره ، ولا شيء عليه إن هلك بعد أن ردها ، ولو كانت ثياباً فلبسها ^(٣) حتى بليت ، أو استهلكها ثم رد مثلها لم تبرأ ذمته من قيمتها ، لأنه إنما لزمته قيمته ^(٤) . (قلت) لأن القيمي هو الذي تختلف أفراده وليس له مشابه في الأسواق ، وذلك كالأشياء التي تصنع باليد ، تتفاوت حجماً ولوناً وجودة ورقة ، وخشونة ... إلخ . كالبيوت وغيرها .

أما المثلي فهو ما لا تختلف أفراده ويوجد له نظير في الأسواق كالحبوب والدرهم وما تنتجه المصانع . أ.هـ .

وتسلف القيمي عند المالكية محرم مطلقاً أي سواء كان المستودع المتسلف لها غنياً

(١) اللخمي المقدسي (٥٤٤-٦١١هـ)

علي بن الفضل بن علي بن مفرج اللخمي المقدسي الإسكندراني المالكي (أبو الحسن - شرف الدين) محدث حافظ فقيه . ابن العماد ، شذرات الذهب ٥/٤٧-٤٨ ، الإمام الحافظ المفتي ، البغدادي ، هدية العارفين ١/٧٠٤ .

(٢) المواق : كان حياً سنة ٨٩٧هـ .

محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الأندلسي الفرناطي المالكي الشهير بالمواق ، الإمام العلامة العامل الخطيب . ضابط المذهب . القرافي ، توشيح الديباج ص ٢٣٤-٢٣٥ ترجمة ٢٥١ .

(٣) الثياب والحبوب وما يكال أو يوزن - عند فقهاء المالكية - إن كانت لا تختلف فهي من المثليات وإن كانت تختلف فهي من القيميات ولذلك نجد أن النقل يختلف من فقيه إلى آخر ، ولذلك حدد اللخمي في قوله السابق : أو مما يكال أو يوزن وكان يكثر لاختلافه ولا يتحصل أمثاله . أ.هـ .

(٤) المواق ، التاج والإكليل ٥/٢٥٤ ، وانظر الخطاب ، مواهب الجليل معه .

أو فقيراً ، وإن كانت الوديعة من المثليات كالدرهم والحبوب مثلاً حرم عليه تسلفها إن كان معدماً ، وكره له ذلك إن كان مليئاً .

ثم إن محل كراهة تسلف المستودع المثلّي للمثلّي حيث لم يبيع له ربهما ذلك ، أو يمنعه بأن جهل الحال ، وإلا أبيح له تسلفها إذا أذن له في ذلك . ومنع في الثاني أي إذا منعه ، ومنعه له إما بالمقال أو بقيام القرائن على كراهة المودع تسلف المستودع لها ^(١) .

وفي المواق قال الباجي : اختلف في جواز التسلف من الوديعة بغير إذن ربهما ، ففي المعونة ^(٢) أنه مكروه . وفي العتبية ^(٣) عن مالك تركه أحب إليّ ، وقد أجازته بعض الناس فروجع في ذلك فقال : إن كان له مال فيه وفاء وأشهد فأرجو أن لا بأس به ^(٤) .

وفي الشرح الكبير بين الشيخ الدردير ^(٥) تعليلاً لتلك الأحكام فقال مامعناه : إن حرمة تسلف المقوم بغير إذن المودع ، لأن الأغراض تختلف فيه . فلا يقوم غيره مقامه .

أما المثلّي فلا يحرم تسلفه على المثلّي غير الماطل ، لأنه مظنة الوفاء مع كون مثل المثلّي كعينه . فالتصرف الواقع فيه كلا تصرف . أ.هـ .

بعد أن عرفنا اتفاق الفقهاء الثلاثة : الحنفية والشافعية والحنابلة على أن تسلف الوديعة تعد عليها ، لأنه مخالف للرعاية المأمور بها في قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ

(١) الدسوقي ، حاشيته ٤٢١/٣ بتصرف ، وقال الشيخ ابن عبد البر في الكافي ١٣٧/٢ وينبغي أن يشهد إذا استسلفها .

(٢) المعونة : كتاب في الفقه المالكي اسمه المعونة في شرح الرسالة للقاضي عبد الوهاب بن علي المعروف " بلبن الطوف " المالكي المتوفى سنة ٤٢٢ هـ . كشف الظنون ١٧٤٣/٢ .

(٣) العتبية (وهو في مسائل الإمام مالك) منسوب إلى مصنفه فقيه الأندلس محمد بن أحمد بن عبد العزيز العتبي القرطبي المتوفى سنة ٢٥٤ هـ . كشف الظنون ١١٢٤/٢ .

(٤) المواق ، التاج والإكليل ٢٥٤/٥ .

(٥) الدردير ١١٢٧-١٢٠١ هـ .

أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حامد العدوي المالكي الأزهرى الخلوتي الشهير بالدردير (أبو البركات) فقيه مصنف أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، وفتح القدير في أحاديث البشير النذير ، وغيرها . البغدادى ، هدية العارفين ١/٨١ .

● الانتفاع بالوديعة ●

لأماناتهم وعهدهم راعون ﴿^(١)﴾ ، ومخالف لقوله تعالى : ﴿إِنْ اللَّهُ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَقْدُوا الْأَمَانَاتَ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ ﴿^(٢)﴾ نقول :

سيأتي مزيد من تفصيل للرد على المالكية القائلين بجواز تسلف الوديعة للمليء إذا كانت الوديعة من المثليات ، وذلك عند الكلام عن الترجيح بعد الكلام عن الاتجار بالوديعة ، لأن تسلف الوديعة والاتجار بها قد يتلازمان وقد ينفصلان .

فتسلف الوديعة قد يكون لأغراض كثيرة ومتعددة غير الاتجار بها ، فقد يتسلف الإنسان الوديعة ليشتري بها طعاماً لاهله ، أو أثاثاً لداره ، أو ليوفي بها ديناً عليه ، أو ليتزوج بها ، أو ليشتري بها داراً أو مركباً ، وقد يتسلفها للاتجار بها وردها إلى صاحبها متى طلبها .

وقد يختلف الاتجار بالوديعة عن التسلف ، فقد تكون الوديعة من المثليات كالدرهم والدنانير والحبوب فيتاجر بها المستودع دون نية تسلف ، وإنما يبيع ويشترى فيبيع . فإذا عرفنا حكم تسلف الوديعة ، فما حكم الاتجار بها ؟ فنقول :

٢٩- وأما الاتجار بالوديعة فقد ذكر ذلك الشيخ الدردير في الشرح الكبير فقال مامعناه :

إن التجارة كالتسلف فيما مر من أحكام : أي من حيث إن الوديعة إما قيمة أو مثلية ، وإن المستودع إما غني مليء أو فقير معدم ، وإن التجارة فيها إما أن تكون بإذن من ربها أو لا .

وقيل : إن التجارة كالتسلف في الكراهة فقط ، قال النسوقي ^(٣) وهو أي هذا القول الأخير ضعيف ، فيكون التشبيه تاماً على الأظهر ^(٤) .

(١) سورة المؤمنون الآية ٨ .

(٢) سورة النساء من الآية ٥٨ .

(٣) النسوقي (ت ١٢٣٠هـ) .

محمد بن أحمد بن عرفة النسوقي المالكي ، قدم القاهرة ودرس بالآزهر ، وتوفي بالقاهرة .

من مؤلفاته حللته على مغني اللبيب لابن هشام ، وحلشيه على شرح الدردير لمختصر خليل .

البغدادي ، هدية العارفين ٣٥٧/٢ .

(٤) الدردير ، الشرح الكبير ٤٢١/٣ .

ثم بين الشيخ الدسوقي قضية ما إذا كانت الوديعة عرضاً من الأعراض - وهو تعبير عن القيمي - ثم تصرف بها المستودع وتاجر بها وفاتت الوديعة . فما الحكم ؟ قال :

والحاصل أن الوديعة إذا كانت عرضاً وباعها المستودع ليتجر فيها سواء باعها بنقد أو بعرض ، فإن ربحها يخير - إن كانت قائمة بيد المشتري - بين أخذها ورد البيع ، وبين إمضائه وأخذ ما بيعت به .

وإن فاتت بيد المشتري - يعني هلك - خير ربحها بين رد البيع وأخذ قيمتها من المودع ، وبين إمضاء البيع وأخذ ما بيعت به ، لأنه بيع فسخولي ، فإن رد صاحبها البيع وأخذها فلا يكون هناك ربح للمودع - المستودع - وإن أجازة ، وأخذ ما بيعت به أو أخذ قيمتها فقد يكون له ربح إذا اتجر بثمنها قبل قيام ربحها عليه . أ.هـ .

ثم نقل قولاً عن الشيخ عبد الباقي الزرقاني ^(١) ، والشيخ محمد الخرخشي ^(٢) وفنده . أ.هـ . ^(٣) .

هذه هي بعض أحكام تسلف الوديعة عند المالكية ثم بعض أحكام الاتجار بها .

٣٠- وإذا أردنا أن نعلق على هذه الأحكام فنقول :

١- إن هذه الأحكام لم يذكر لها دليل واحد ، تستند عليه لادليل شرعي ولا دليل عقلي مقبول .

٢- إن هذه الأحكام تخالف روح الإسلام في كل ما يتعلق بالوديعة من حفظ وصيانة ورعاية .

(١) عبد الباقي الزرقاني (١٠٢٠-١٠٩٩ هـ)

عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المالكي الفقيه . له شرح الموطأ وله شرح على مختصر خليل . البغداد ، هدية العارفين ٤٩٦/٢ .

(٢) محمد الخرخشي (١٠١٠-١١١٠ هـ)

محمد بن عبدالله بن علي الخرخشي (أبو عبدالله) (نسبة إلى أبي خراش قرية بالبحيرة من أعمال مصر) ، صنف جزء على البسمة في أربعين كراساً ، وشرح مختصر خليل وله شرح

آخر عليه . البغداد ، هدية العارفين ٣٠٢/٢ .

(٣) انظر الدسوقي ، الحاشية ٤٢١/٣ .

● الانتفاع بالوديعة ●

٣- ولو أخذنا بآيات القرآن الكريم التي تتحدث عن الأمانة لوجدنا أنها تعبر بلفظ الرعاية (راعون) بدل الحفظ ، لأن الرعاية فوق الحفظ . فقد يحفظ الإنسان الوديعة وهي مما يتلقاها الحفظ إذا لم تنتشر في الهواء ، أو لم تلبس كالحبوب وملابس الصوف والسجاد ، ولكن التعبير بالرعاية معناه أنك تراعي الحال التي تصلح بها الوديعة . وانظر إلى الأثر الذي بين فيه ابن مسعود (١) - رضي الله عنه - قيمة حفظ الأمانة التي تفهم من عقوبة من ضيع الأمانة ، فقد قال رضي الله عنه يغفر للشهيد إلا الأمانة ، والوضوء من الأمانة ، والصلاة والزكاة من الأمانة ، والوديعة من الأمانة ، وأشد ذلك الوديعة ، تمثل على هيئتها يوم أخذها ، فيرمى بها في قعر جهنم ، فيقال له : أخرجها ، فيتبعها ، فيحملها في عنقه ، فإذا أراد أن يخرج بها زلت منه ، فيتبعها فهو كذلك دهر الدهرين . أ.هـ (٢) ومعلوم أن هذا الأثر بمنزلة الحديث المرفوع للنبي صلى الله عليه وسلم - من عند الصحابي ، لأنه لا مجال فيه للرأي .

ثم نناقش رأي المالكية هذا فنقول : إذا كان ليس لكم مستند لشرعي ولا عقلي مقبول في جواز التسلف من الوديعة أو كراهة ذلك ، فما وجه التفريق بين القيمي والمثلي ، والكل مأمور بحفظه ورعايته ؟ ثم ما وجه التفريق بين الغني والفقير ؟ مع أن الفقير أكثر حاجة من الغني إلى تسلف الوديعة والاتجار بها وكسب الربح .

الترجيح :

وعلى هذا فالراجح هو قول الجمهور الذين لم يبيحوا للمستودع الانتفاع ولا التصرف بالوديعة إلا في شيء تقتضيه طبيعتها كتعريض الحب للهواء والصوف للشمس وماشاكل ذلك .

(١) ابن مسعود (ت ٣٢هـ)

عبدالله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي أبو عبد الرحمن ، أسلم قديماً وهاجر الهجرتين وشهد بدرًا والمشاهد بعدها ، ولزم النبي صلى الله عليه وسلم ، قال علي رضي الله عنه : لو أمرت أحداً بغير شوري لأمرت ابن أم عبد . ابن حجر ، الإصابة ٣/٣٦٨-٣٧٠ ترجمة ٤٩٥٤ ، ابن عبد البر ، الاستيعاب ٢/٣١٦-٣٢٤ .

(٢) القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري أبو عبدالله، الجامع لأحكام القرآن ، دار الكتاب العربي، ط ١٣٨٧هـ/ ١٩٦٧م ، ٩/٢٠٠ ، عند تفسير قوله تعالى: ﴿يَوْمَ تَبْلَى السَّرَائِرُ﴾ سورة الطارق الآية ٩ .

نعم إذا أذن له المالك في التصرف بها فهذا شيء جائز وقد عرفناه سابقاً .

٣١- وأما إذا عرف أن صاحب الوديعة يسمح بتسلفها والاتجار بها علماً شبه يقيني ، فنقول سئل شيخ الإسلام ابن تيمية ^(١) عن الاقتراض من الوديعة بلا إذن صاحبها فلجاب :

وأما الاقتراض من مال المودع ، فإن علم المودع علماً اطمأن إليه قلبه أن صاحب المال راض بذلك ، فلا بأس بذلك ، وهذا إنما يعرف من رجل اختبرته خبرة تامة ، وعلمت منزلتك عنده ، كما نقل مثل ذلك عن غير واحد ، وكما كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يفعل في بيوت بعض أصحابه ، وكما بايع عن عثمان - رضي الله عنه - وهو غائب .

ومتى وقع في ذلك شك لم يجز الاقتراض . أ.هـ . ^(٢) .

وقال الشيخ زروق المالكي ^(٣) : وإن علم طيب نفس صاحبها ، والمتصرف مليء جاز بلا كراهة ، وإن كان معدماً مما تؤدي به منع ^(٤) . أ.هـ .

(١) ابن تيمية (٦٦١-٧٣٨ هـ)

أحمد بن عبدالحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي شيخ الإسلام (تقي الدين، أبو العباس) محدث حافظ مفسر فقيه مجتهد ، له المصنفات النافعة .
ابن كثير ، البداية والنهاية ١٤/١٣٢-١٤١ ، الشوكاني ، الدر الطالع ١/٦٣-٧٢ ، إمام الأئمة المجتهد المطلق .

(٢) ابن تيمية ، الفتاوى ٣٠/٣٩٤-٣٩٥ .

(٣) زروق (٨٤٦-٨٩٩ هـ)

أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرلسي الفاسي المالكي الشهير بزروق (شهاب الدين أبو الفضل) ، فقيه محدث له المؤلفات النافعة ، قال المناوي : خطبته الدنيا فخطب سواها ، وعرضت عليه المناصب فردها وأباه .

ابن العماد ، شذرات الذهب ٧/٣٦٣ سماه إسماعيل بن محمد بن عيسى وذكر نفس الميلاد والوفاة ، البغداد ، هدية العارفين ١/١٣٦ ، القرافي ، توشيح الديباج وحلية الابتهاج ، دار الغرب ص ٦٠-٦١ ترجمة ٢٧ .

(٤) زروق ، أحمد بن أحمد بن محمد محمد البرنس ، شرح رسالة أبي زيد القيرواني ، دار الفكر ، ١٤٠٢ هـ/١٩٨٢ م ، ٢/٢١٣ .

● الانتفاع بالوصية ●

ونقل ابن جزى (١) الجواز عن أشهب (٢) (٣) .

(قلت) والذي أراه أن الإنسان قد يعلم طيب نفس صاحبها بتسلفها وقد يكون المستودع مليئاً ، لكن قد يحتالجها صاحبها في وقت ليس عند المستودع شيء يدفعه لصاحبها بدلها ، فلذلك فإني أرى أنه إذا لم يكن هناك إذن صريح - أو كالصريح - بالاقتراض والتسلف فلا يجوز ذلك قطعاً لمد الأيدي والتلاعب بالودائع التي أمر الله تعالى بحفظها ومراعاتها . والله أعلم .

(١) محمد بن جزى (٦٩٣-٧٤١هـ)

محمد بن أحمد بن عبدالله بن يحيى بن جزى فقيه مكرى خطيب له تأليف في علوم مختلفة ، توفي قتيلاً (شهيداً) في معركة طريف .

انظر مقدمة تفسيره التسهيل بتحقيق محمد عبد المنعم اليونسي وإبراهيم عطوة عوض ، دار الكتب الحديثة ، ص (د-ط) .

(٢) لشهب القيسي (١٤٥-٢٠٤هـ)

أشهب بن عبدالعزيز بن داود القيسي العامري الجعدي أبو عمرو فقيه الديار المصرية في عصره ، ثقة فقيه مات بمصر .

ابن حجر ، تقريب التهذيب ٨٠/١ ترجمة ٦٠٩ ، وانظر الزركلي ، الاعلام ٣٣٣/١ .

(٣) ابن جزى ، القوانين الفقهية ص ٢٤٦ .

الفصل الخامس

٣٢ - الربح الحاصل بسبب الاتجار بالوديعة

مقدمة :

معلوم أن الفقهاء يمنعون التصرف بالوديعة سواء كانت من المثليات أو من القيميات ، ولا يحلون الاتجار بها ولا رهنها ولا تلجيرها إلا بإذن من مالكها لأن الواجب حفظها ورعايتها ، ولذلك نجد أن الشافعية والحنابلة بل الحنفية يذكرون الربح الحاصل من الاتجار بالوديعة في باب الغصب ولا يصرحون به في الوديعة ، على أساس أن المستودع متى تصرف بالوديعة أصبح غاصباً ، وأصبحت الوديعة مفقوبة يجري عليها ما يجري على الغصب من أحكام .

إلا أن المالكية - رحمهم الله تعالى - جعلوا تسلف الوديعة والاتجار بها مكروهاً أو جائزاً إذا كانت الوديعة من المثليات وكان المستودع ملئاً يستطيع أن يرد الوديعة متى جاء ربه ، وحرّموا ذلك في الوديعة إذا لم تكن من المثليات أو كان المستودع فقيراً لا يستطيع أن يرد الوديعة أو مثلها عند الطلب .
وتقدم ذلك موضحاً عند الكلام عن تسلف الوديعة .

ونريد الآن أن نبحث في الربح الحاصل بسبب الاتجار بالوديعة . فنقول :

٣٣- اختلف الفقهاء في الربح الحاصل بسبب الاتجار بالوديعة على أقوال هي :
القول الأول : الربح للمستودع .

وبه قال المالكية ^(١) وأبو يوسف من الحنفية ^(٢) مطلقاً ، قالوا : سواء كانت الوديعة مثلية أو قيمية ، وسواء اشترى بها ونقدها ، أو اشترى بغيرها ونقدها من

(١) الدردير ، الشرح الكبير ٤٢١/٣ وذكر الدسوقي في الحاشية قولاً للزرقاني والخرشي ورده ، الخطاب ، مواهب الجليل ٢٥٤/٥ ، الزرقاني ، شرح مختصر خليل ١١٥/٦ - ١١٦ .

(٢) السرخسي ، المبسوط ١١١/١١ - ١١٢ ، الحصكفي ، البدر ، وداماد ، البحر ٤٥٩/٢ ، فصل المسألة .

● الانتفاع بالوديعة ●

الوديعة ، وبه قال الحنفية فيما إذا كانت مثلية فاشترى بها ونقد غيرها ، أو اشترى بدراهم في الذمة ثم نقدها من دراهم الوديعة أو أطلق .
وهو القول الأظهر عند الشافعية ^(١) ، وهو احتمال عند أبي الخطاب من الحنابلة ، قالوا : بشرط أن يشتري بدراهم في ذمته ثم ينقد الثمن من دراهم الوديعة ، وهو قياس قول الخرقى ^(٢) .
القول الثاني : الربح للمودع (صاحب الوديعة) والسلع المشتراة له .
وبه قال الحنابلة مطلقاً ، وبه قال الشريف أبو جعفر ^(٣) ، وأبو الخطاب من الحنابلة فيما إذا اشترى بعين المال ، وهو احتمال عند أبي الخطاب أيضاً فيما إذا اشتراه في ذمته ثم نقد الأثمان (أي المغصوبة أو المودعة) .
القول الثالث : على المستودع أن يتصدق بالربح ولا يطيب له أكله .
وهو رواية عن أحمد رواها عنه الشريف أبو جعفر ^(٤) .
وبه قال أبو حنيفة ومحمد ^(٥) إذا لم تكن الوديعة دراهم ، أو كانت دراهم فاشترى بعينها ونقدها . وقد بين ذلك الكرخي ^(٦) فجعلها على أربعة أوجه فقال :

(١) الشرواني ، حاشيته على التحفة ٤٢/٦ فالربح له ... فإن اشترى بالعين بطل ، والشرييني ، المغني ٢/٢٩١ والربح له في الأظهر ... أما إذا اشترى بعينه فالجديد بطلانه .

(٢) ابن قدامة ، المغني ٧/٣٩٩ الربح للمالك ، والسلع المشتراة له . وانظر ابن قدامة المقنع ص ١٥٠ قال : فإن اتجر بالدراهم فالربح للملكها ، وإن اشترى في ذمته ثم نقدها فكتلك . وعنه الربح للمشتري .

(٣) أبو جعفر (ت ٥٣٣هـ)

محمد بن محفوظ بن أحمد بن حسن بن أحمد الكلواني البغدادي الحنبلي أبو جعفر فاضل ألف الكتاب الفريد في الفقه الحنبلي . البغدادي ، هدية العارفين ٢/٨٨ قال : الكلواني .

(٤) ابن قدامة ، المغني ٧/٣٩٩ .

(٥) ولختلفت الفتوى في هذه المسألة . فقول الفتوى على قول الصلحين ، وهو قول الصدر الشهيد وأبي الليث السمرقندي ، وقيل المختار عند المشايخ أنه لا يطيب له مطلقاً ، ذكر ذلك الحصكفي في البدر ، وداماد في المجمع ٢/٤٥٩ .

(٦) الكرخي (٢٦٠-٣٤٠هـ)

عبيد الله بن الحسين بن دلال الكرخي أبو الحسن الحنفي الفقيه، عدوه من المجتهدين في المسائل.
ابن العماد ، شذرات الذهب ٢/٣٥٨ ، الهندي ، الفوائد البهية ص ١٠٨ ، وبعضهم يسميه عبدالله . انظر معجم المؤلفين ٦/٤٥٦ .

- ١- (فإن أشار إليهما) أي إلى دراهم الغصب والوديعة ونقدهما فذلك لا يطيب له الربح ويتصدق به عندهما خلافاً له ، أي لأبي يوسف .
 - ٢- وإن أشار إلى غيرهما ونقدهما ، أي نقد دراهم الغصب والوديعة .
 - ٣- أو أشار إليهما ونقد غيرهما .
 - ٤- أو أطلق إطلاقاً ولم يشر إليهما ، ولا إلى غيرهما بل قال اشترت ب درهم ولكن نقدهما طاب له الربح اتفاقاً .
- قيل وبه يفتي ، دفعاً للخرج عن الناس في هذا الزمان ، وهو قول الصدر الشهيد (١) ، وبه كان يفتي الإمام أبو الليث (٢) .
والمختار عند مشايخنا (أنه لا يطيب مطلقاً) (٣) .

الأدلة :

استدل أصحاب القول الأول على قولهم بأن الربح للمستودع بما يلي : قال السرخسي (٤) (٥) : لأنه ربح حصل في ملكه ، وذلك لأنه لما ضمن الوديعة أصبح

(١) الصدر الشهيد (٤٨٣-٥٣٦ هـ)

عمر بن عبدالعزيز الحنفي المعروف بالصدر الشهيد (أبو محمد حسام الدين) فقيه أصولي من أهل بخارى ، كان الملوك يصدرون عن رأيه ، توفي شهيداً . الهندي ، الفوائد البهية ص ١٤٩ قال عنه : إمام القروع والأصول المبرز في المعقول والمنقول .

(٢) أبو الليث (ت ٣٩٣ هـ)

نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي (أبو الليث ، إمام الهدى) فقيه مفسر محدث حافظ ، له المؤلفات القيمة . الهندي ، الفوائد البهية ص ٢٢١ بين مؤلفاته بالسنين ، البغدادي ، هدية العارفين ص ٤٩٠ .

(٣) الحصكفي ، داماد ٤٥٩/٢ .

(٤) السرخسي (ت ٤٩٠ هـ)

محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي (شمس الأئمة) ، كان إماماً علامة حجة متكماً مناظراً أصولياً مجتهداً أوجد زمانه ، أملى المبسوط في السجن في الحب من حفظه .

اللكلكنوي الهندي ، الفوائد البهية في ترجم الحنفية ص ١٥٨-١٥٩ ، البغدادي ، هدية العارفين ٧٦/٢ .

(٥) ذكر ذلك وهو يتكلم عن الخلط . السرخسي ، المبسوط ١١١/١١ ، ابن نجيم ، البحر الرائق ٢٧٧/٧ ذكر صحة البيع .

● الانتفاع بالوديعة ●

مالكاً لها بأثر رجعي مستند إلى وقت وجوب الضمان ، ولهذا نفذ بيعه ، فكان هذا ربحاً حاصلاً في ملكه وضمانه ، فيطيب له كما في حصة ملكه .

وقالوا : بأن المودع عندما وضع الوديعة لم يودعها طلباً للفضل والربح وإنما أراد حفظها فله أصل المال دون الربح .

واستدل الشافعية وأبو الخطاب القائلون بأنه إذا اشترى في ذمته ثم نقد ثمنها من الوديعة أن الربح له ، فقالوا : لأنه اشترى لنفسه في ذمته ، فكان الشراء له والربح له ، وعليه بدل المصوب .

واستدل أبو حنيفة أيضاً فقال : وذلك لأن الدراهم لاتعين بنفس العقد مالم ينضم إليها التسليم ولهذا لو أراد أن يسلم غيرها كان له ذلك ، فأما بالقبض يتعين نوع تعين ، ولهذا لا يملك استرداد المقبوض من البائع ليعطيه مثلها .

فلهذا قلنا : إذا استعان في العقد والنقد جميعاً بالدراهم الوديعة لايطيب له الفضل ، وكذلك إذا اشترى بها مأكولاً ونقدها لايحل له أن يأكل ذلك قيل أداء الضمان .

ولو اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد تلك الدراهم - دراهم الوديعة - حل له أن ينتفع بها . واستدل أصحاب القول الثاني القائلون بأن الربح للمودع (صاحب الوديعة) فقالوا : لأن الربح نماء ملكه فكان له ، كما لو اشترى بعين المال ^(١) .

واستدل أصحاب القول الثالث القائلون بأن المستودع يتصدق بالربح ولا يطيب له أخذه فقالوا :

لأن الربح حصل للمستودع بسبب كسب خبيث ، فإنه ممنوع من بيع الوديعة ، والربح الحاصل بسبب كسب خبيث سبيله التصديق به .

ولأن المستودع عند البيع يخبر المشتري أنه يبيع ملكه وحقه وهو كاذب في ذلك ، والكذب في التجارة يوجب الصدقة ، لقوله - صلى الله عليه وسلم : (يامعشر التجار إن الشيطان والإثم يحضران البيع فشوبوا بيعكم بالصدقة) ^(٢) .

(١) ابن قدامة ٢٩٩/٧ - ٣٠٠ .

(٢) الترمذي ، أبو عيسى ، محمد بن عيسى بن سورة (ت ٢٧٩هـ) ، الجامع الصحيح [١٢] كتاب البيوع [٤] باب ما جاء في التجار ، وتسمية النبي صلى الله عليه وسلم إياهم ح ١٢٠٨ ، ٥١٤/٣ ، رواه عن قيس بن أبي غرزة . وقال عن الحديث حسن صحيح ، وذكره بإسناد آخر صحيح . وانظر السيوطي ، الفتح الكبير ٤٠٢/٣ .

وفي رواية: (يامعشر التجار إن هذا البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه بالصدقة)^(١). أ.هـ.
فعملنا بالحديث في إيجاب التصديق بالفضل .

المناقشة :

لم أجد مناقشة للأقوال الثلاثة المتقدمة وأدلتها ، وإنما أستطيع أن أناقش القائلين بأن المستودع يتصدق بالربح الحاصل من الاتجار بالوديعة فأقول :
المال الناتج عن التجارة (الربح) ليس مالاً سائياً ، أو ليس مالاً لا يعلم له مالك حتى يقال بأنه يتصدق به ، بل هو مال منسوب إما إلى المودع وإما إلى المستودع ، وحتى المال اللقطة الذي لا يدري له مالك لا يجب التصديق به بل للملتقط أن يملكه بشرط الضمان كما هو معلوم ، ولا نستطيع أن نقول بأن هذا الربح يشبه ما إذا غصب إنسان مالاً لآخر ولا يعرف مالكة فحينئذ من الممكن أن نقول بأنه يتصدق به ^(٢)، فهذا قياس مع الفارق لأن هذا بين مالكين معلومين .
وإن قال الربح إما أن يكون للمودع (صاحب الوديعة) وإما للذي عمل بالوديعة وبيع (المستودع) .

الترجيح :

إن من المعلوم أن المستودع إذا تعدى ^(٣) على الوديعة وتلفت ^(٤) بسبب تعديه ، فإنه يضمن الوديعة ، ومعلوم أن إخراج الوديعة واستعمالها والانتفاع بها سبب للضمان عند جميع الفقهاء كما تقدم ، كما أنه سبب للإثم .
ومعلوم أيضاً أن الوديعة متى كانت موجودة عنده بعينها فإنه ملزم بردها إلى حرزها ، وبناء على ذلك فلا يصح أن يقال بأنه بالضمان ملك الوديعة مع أنه مطالب

(١) أبو داود ، سنن أبي داود ، كتاب البيوع ، باب في التجارة يخالفها الحلف واللغو ح ٣٣٢٤ ، ٣٣٢٧ ، ٢٤٢/١ ، والسيوطي ، الفتح الكبير ٤٠٢/٣ .

(٢) ابن قدامة المقدسي ، موفق الدين عبدالله بن أحمد (ت ٦٢٠ هـ) ، المقنع ط ١ ، ١٣٩٩ هـ ، ص ١٥٠ .

(٣) التعدي : هو فعل مالا يرضاه المودع ، ولا يجوز له الشرع في حق الوديعة . مجلة الأحكام العدلية ٢٣٥/٢ .

(٤) الإتلاف : هو إعجاز المالك عن الانتفاع بالوديعة . الكسانى ، البدائع ٢١٣/٦ .

● الانتفاع بالوديعة ●

بردها على صاحبها .

- وبناء على ذلك فلا يقال بأن الربح للمستودع بناء على أنه ملك الوديعة بالضمان لما علمت، لكن نستطيع أن نقول بأن الربح للمستودع للأسباب التالية :
- ١- إن هذا يتفق مع القاعدة التي تقول بأن (الخراج بالضمان) ، ومادام أنه ضمن الوديعة بالاتجار بها ، وأنه ضامن لها سواء تلفت أو خسرت ، فكذا يأخذ ربحها إذا ربح .
 - ٢- إن فائدة سعي الإنسان له ، ومضرته عليه ، فكما أن المستودع لما تاجر بالوديعة إذا خسر ضمن فكذا إذا ربح أخذ .
 - ٣- إن المودع لم يجعل وديعته ليربح بل جعلها عند المستودع لتحفظ فليس له إلا وديعته عيناً إذا كانت باقية ، ومثلها أو قيمتها إذا كانت تالفة ^(١) .
- من مجموع هذه الأدلة يتبين لنا أن الربح للمستودع . والله أعلم .
- نعم إذا كانت الغلة من نماء الملك كالصوف والحليب والولد فهو للمالك ^(٢) ، لأنهم نصوا على أن منافع الوديعة لصاحبها ^(٣) .

(١) الدردير ، الشرح الكبير ٤٢١/٣ ، ذكر ما إذا تلفت .

(٢) ابن قدامة ، المغني ٣٨٤/٧ .

(٣) مجلة الأحكام العدلية ٢٧٩/٤ ، المادة ٧٩٨ .

الفصل السابع

٣٦- أجره الانتفاع بالوديعة

إذا انتفع المستودع بالوديعة فسكن الدار، أو ركب الدابة، فهل يلزمه أجره للمدة التي انتفع بها أو للمدة التي حبسها فيها؟
 اختلف الفقهاء في ذلك كما يلي:
 القول الأول: قال الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) إذا كان للمدة التي انتفع بها أجره لزمته الأجرة لتلك المدة، وبه قال المالكية^(٣)، كما نقله الشيخ محمد الحطاب^(٤)، واشترط الشيخ عدوي^(٥) لوجوب الأجرة أن يكون المودع ممن يأخذ أجره وإلا فلا، وقال هذا هو الحق عندنا.
 وبه قال الحنفية في الوقف ومال اليتيم وما يعد للاستغلال.
 القول الثاني: للحنفية^(٦). وهو أن الأجرة لا تجب.

(١) النووي، المنهاج ص ٦٢، ابن حجر، التلخيف ١٠٥/٧، ١٢١.

(٢) الخراقي، المختصر، وابن قدامة، المغني ٤٠٦/٧، وابن قدامة، المقنع ص ١٤٦ وذكر من أحمد رواية التوقف عن ذلك. ثم قال: قال أبو بكر: هذا قول قديم رجح عنه.

(٣) للدسوقي، حاشيته ٤٢١/٣ نقله عن الشيخ عدوي، والحطاب، مواهب الجليل ٢٧٤/٥. قال، ويؤخذ منه أن من تعدى على دابة وديعة وركبها فعليه أجرتها، فتأمل.

(٤) محمد الحطاب (٩٠٢-٩٥٤هـ).

محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب الرعيني (أبو عبد الله شمس الدين) فقيه أصولي، ولد بمكة وتوفي بطرابلس الغرب، له التصانيف الكثيرة البغدادي، هدية العارفين ٢٤٢/٢، القرافي، التوشيح ص ٢٢٩-٢٣١ ترجمة ٢٤٠.

(٥) عدوي (١١١٢-١١٨٩هـ).

علي بن أحمد بن مكرم الله الصعدي العدوي المالكي الأزهرى الشهير بالصعدي فقيه محدث أصولي متكلم له المؤلفات الكثيرة.

البغدادي، هدية العارفين ٧٦٩/١.

(٦) الحصكفي، بدر المنتقى، داماد، مجمع الأنهر ٤٦٧/٢.

● الانتفاع بالوديعة ●

وهو قول المالكية في نقل الشيخ عدوي : إذا كان مثل المودع لا يأخذ أجره .

الأدلة :

استدل أصحاب القول الأول على قولهم بأن الانتفاع بالوديعة موجب للأجر فقالوا : لأن المنفعة مال متقوم مضمونة بالعقود كالأعيان فتجب أجرتها إذا انتفع بها أو فانت . واستدل الحنفية القائلون بعدم وجوب الأجرة بأثر عن عمر وعلي - رضي الله عنهما - إذ حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وحرته ورد الجارية مع عقرها على المالك ، ولم يحكما بوجوب أجر منافع الجارية والأولاد مع علمهما أن المستحق يطلب جميع حقه ، وأن المغرور كان يستخدمها مع الأولاد ، ولو كان ذلك واجباً لما سكتا عن بيانه بوجوبه عليهما ، ولعدم المماثلة بين المنافع والدرهم لانعدام البقاء في المنافع .. فلا يكون تقومها لذاتها بل لضرورة ورود عقد ولا عقد هنا ^(١) .

المناقشة :

في الحقيقة فإن خلاف الحنفية للجمهور في وجوب أجره الانتفاع بمنافع الوديعة أو المغصوب راجع إلى شيء مهم هو هل المنافع أموال أم لا ؟ فالجمهور على أنها أموال ، والحنفية لا يعدونها أموالاً إلا في الوقف ومال اليتيم وما يعد للاستقلال .

وقد بين الشيخ محمد أبو زهرة ^(٢) ذلك كله ورد على الحنفية بأناة وصبر في كتابه " الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية " ^(٣) .

ولم يذكر المالكية دليلاً للفرق بين ما إذا كان المودع يأخذ الأجر أم لا إلا إذا قلنا

(١) الحصكفي ، البدر ، داماد ، المجمع ٢/٤٦٧-٤٦٨ .

(٢) محمد أبو زهرة (١٣١٦-١٣٩٤هـ) .

محمد بن أحمد أبو زهرة ، من علماء الشريعة الإسلامية ، تعلم بمدرسة القضاء الشرعي ، درس العلوم الشرعية والعربية وعين استاذاً محاضراً للدراسات العليا في كلية أصول الدين وعضواً للمجلس الأعلى للبحوث العلمية ووكيلاً لكلية الحقوق بجامعة القاهرة . ألف أربعين كتاباً .
الاعلام ٢٥/٦-٢٦ أكبر علماء الشريعة في عصره ، معجم المؤلفين ص ٥٨٥ ، المستدرك .

(٣) دار الفكر العربي ص ٥٢-٥٤ .

بأنهم بنوه على العرف كما اتنا لم نجد دليلاً على الفرق بين أموال الوقف وأموال
اليتيم والمعد للاستقلال عند الحنفية .

الترجيح :

مادمنا عرفنا أن الشيخ محمد أبو زهرة قد رد على الحنفية عدم اعتبارهم المنافع
من الأموال ، وهو من أئمة المذهب الحنفي ، فإن الرأج هو مذهب الجمهور القائل
بأن الأجرة وأجبة فيما إذا انتفع المستودع من الودعة ، وذلك هو الذي يتمشى مع
طبيعة الشريعة التي تقول " لا ضرر ولا ضرار " فمادام المستودع قد انتفع بالودعة
واستعملها فلا بد من دفع الأجر . والله أعلم .

٣٧- أخذ الأجرة على الودعة .

نص الشافعية على أن المستودع له أن يأخذ أجرة على قبول الودعة . قال
الشربيني : إن له أخذ أجرة الحفظ كما له أن يأخذ أجرة الحرز^(١) .
(قلت) هذا هو الصحيح .

(١) الشربيني ، مغني المحتاج ٣/٧٩-٨٠ ، وقال : ومنعه الفارقي وابن أبي عصرون لأنه صار
ولجياً عليه ، فأنشبه سائر الواجبات .
والمعتمد الأول : كما هو ظاهر كلام الأصحاب . وقد تؤخذ الأجرة على الواجب كما في سقي
اللبأ . أ.هـ .

الخاتمة

- ١- لاشك أن الوديعة من الأموال المعصومة ذات القيمة الكبيرة التي جعلت صاحبها لا يستطيع أن يفرط فيها فجعلها أمانة ووديعة عند إنسان يثق بأمانته ، ويستطيع حفظها ، بل أوجب الإسلام عليه إيداعها حتى لاتضيع عليه .
- ٢- ومن هنا فإن الإسلام حث المستودع على أن يتبصر في نفسه - قبل قبول الوديعة - فإن لم يجد في نفسه القدرة على حفظها وصيانتها فحرام عليه قبولها ، والتورط في أخذها .
- ٣- وإن كان يجد في نفسه الكفاءة التامة والأمانة الكاملة على حفظها ، فقد حبيب الإسلام إليه قبولها إعانة لأخيه المؤمن وحفظاً لماله الذي هو أحد الضروريات الخمس التي جاء الإسلام بحفظها والاهتمام بها .
- ٤- ومن هنا فإن مجرد نية خيانة الوديعة - جعلته الشريعة - سبباً في الإثم والمعصية .
- ٥- كما رأينا أن الإسلام جعل الضمان على من يخرج الوديعة من حرزها ليستعملها ، وبذل يده من يد الأمانة إلى يد الضمان ، لأن ذلك يعد تعدياً على الوديعة وانتهاكاً لحفظها ، كل ذلك ليرينا الإسلام حرصه على الأمانات واهتمامه بحقوق الناس .
- ٦- بل إننا رأينا أن مجرد فتح القفل أو كسر الختم عن الوديعة سبب لضماتها ، فأي اهتمام أكثر من هذا الاهتمام .
- ٧- كما توصلنا إلى أن المستودع الذي يتصرف بالوديعة يوجب عليه الإسلام أجرة المثل إن كان لها أجرة جزاء انتفاعه .
- ٨- وبالمقابل رأينا أن الشريعة الغراء - وهي تنظر إلى الوديعة هذه النظرة الخاصة - أجازت للمستودع إذا ظلمه المودع فأخذ حقه فمطله أو جرده أن له أخذ حقه من الوديعة التي عنده، لأن الشريعة كما تحفظ حق المودع تحفظ حق المستودع .
- ٩- ورأينا أن تسلف الوديعة والاتجار بها حرام ، لأنه اعتداء على الوديعة بدون حق وحينئذ فهو لها ضامن .

١٠- ورأينا بالمقابل أن الربح الذي ينشأ عن الاتجار بالوديعة هو لمن عمل به ولمن حصله ، لأنه الخسارة عليه ، وعليه الضمان .

هذه هي أهم النتائج التي توصلت إليها من هذا البحث ، وهي نقاط قيمة تريك حرص الإسلام على حفظ الحقوق وإداء الأمانات إلى أهلها ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

وصلى الله على النبي الكريم محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

المراجع

- * أحمد بن حنبل ، أحمد بن محمد بن حنبل (ت ٢٤١هـ) ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ، ط ٢ ، ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م ، المكتب الإسلامي ، بيروت .
- * الأسنوي ، عبدالرحيم بن الحسن الرموي (ت ٧٧٢هـ) ، طبقات الشافعية ، تحقيق كمال يوسف الحوت ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م .
- * الأمين ، حسن عبدالله ، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة ، إصدار البنك الإسلامي للتنمية ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م ، جدة .
- * بابرتي ، محمد بن محمد الرومي الحنفي (ت ٧٨٦هـ) ، شرح العناية على الهداية ، مطبوع أسفل نتائج الأفكار ، مصطفى الحلبي .
- * البخاري ، محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦هـ) ، صحيح البخاري ، المكتبة الإسلامية ، إستانبول ، تركيا .
- * البغدادي ، إسماعيل باشا ، هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين ، المكتبة الفيصلية ، مكة المكرمة .
- * البغوي ، أبو محمد الحسين بن مسعود (ت ٥١٦هـ) ، شرح السنة ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، وزهير الشاويش ، طبع بأمر جلالة الملك فيصل بن عبدالعزيز آل سعود ، المكتب الإسلامي .
- * البويكاني ، محمد جعفر السندي ، المتانة في مرمة الخزانة ، أو فتاوى البويكاني ، بتحقيق أبي سعيد غلام مصطفى السندي ، ط ١ ، ١٣٨١هـ/١٩٦٢م ، لجنة إحياء الأدب السندي ، كراتشي .
- * البهوتي ، منصور بن يونس ، الروض المربع ، ط ٩ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م .
- * د. التركي ، منصور إبراهيم ، الاقتصاد الإسلامي بين النظرية والتطبيق ، دراسة مقارنة ، المكتب المصري الحديث .
- * الترمذي ، محمد بن عيسى بن سورة (ت ٢٧٩هـ) ، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

*** مجلة البحوث الفقهية المعاصرة * * السنة الثامنة - العدد الحادي والثلاثون ١٤١٧ هـ ***

- * ابن جزى ، محمد بن أحمد (ت ٧٤١ هـ)، القوانين الفقهية ، دار الباز، مكة المكرمة .
- * ابن الجلاب ، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين (ت ٣٧٨ هـ)، التفریع ، دراسة وتحقيق حسين سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، ط ١، ١٤٠٨ هـ/ ١٩٨٨ م .
- * الحجاوي ، شرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد ، زاد المستقنع ، ط ٩ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٤٠٨ هـ/ ١٩٨٨ م .
- * ابن حجر ، أحمد بن علي العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ) .
- الإصابة في تمييز الصحابة ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، ١٣٩٨ هـ/ ١٩٧٨ م ، دار الفكر .
- تقريب التهذيب ، حققه وعلق على حواشيه وقدم له عبدالوهاب عبد اللطيف ، توزيع دار الباز ، مكة المكرمة .
- فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري ، صححه وحققه الشيخ عبدالعزيز بن عبد الله بن باز ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبدالباقي ، أشرف على طبعه محب الدين الخطيب .
- * ابن حجر ، أحمد بن محمد الهيتمي (ت ٩٧٤ هـ)، تحفة المحتاج بشرح المنهاج دار صادر .
- * الحصكفي ، محمد علاء الدين بن علي (ت ١٠٨٨ هـ) .
- بدرالمنتقى في شرح المنتقى ، مطبوع مع مجمع الأنهر .
- الدر المختار في شرح تنوير الأبصار ، دار إحياء التراث العربي .
- * الخطاب ، محمد بن محمد بن عبدالرحمن (ت ٩٥٤ هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ط ٢، ١٣٩٨ هـ/ ١٩٧٨ م ، دار الفكر .
- * حيدر ، علي حيدر أفندي ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- * الخضري ، أحمد حسن الحسني ، الوديعة المصرفية في ضوء الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير على الآلة الكاتبة سنة ١٤٠٢-١٤٠٣ هـ/ ١٩٨٢-١٩٨٣ م ، جامعة أم القرى، مكة المكرمة .
- * الخطيب البغدادي ، أحمد بن علي (ت ٤٦٣ هـ)، تاريخ بغداد ، دار الباز للتوزيع .

● الانتفاع بالوديعة ●

- * داماد ، عبدالله محمد المعروف بداماد أفندي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، دار إحياء التراث العربي .
- * أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥هـ) ، سنن أبي داود ، مراجعة محمد محيي الدين عبدالحميد ، دار الفكر .
- * الدردير ، أحمد بن محمد بن أحمد (ت ١٢٠١هـ) ، الشرح الكبير على مختصر خليل ، عيسى الحلبي ، بهامشه حاشية الدسوقي .
- * الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة (ت ١٢٣٠هـ) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، عيسى الحلبي .
- * أبو الذهب ، محمد جلال ، أصول علم الاقتصاد ، ١٩٧٩م ، الناشر مكتبة عين شمس .
- * الزرقاني ، عبد الباقي بن يوسف (ت ١٠٩٩هـ) ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ، دار الفكر .
- * زروق ، أحمد بن أحمد بن محمد المالكي (ت ٨٩٩هـ) ، شرح متن رسالة أبي زيد القيرواني ، ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م ، دار الفكر .
- * أبو زهرة ، محمد بن أحمد (ت ١٣٩٤هـ) ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي .
- * السرخسي ، شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت ٤٩٠هـ) ، كتاب المبسوط ، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م ، دار المعرفة ، بيروت .
- * السيوطي ، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد (ت ٩١١هـ) ، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة ، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم ، ط ١ ، ١٣٨٧هـ / ١٩٦٧م ، عيسى الحلبي .
- * الشافعي ، محمد بن إدريس (ت ٢٠٤هـ) ، الأم ، أشرف على طبعه محمد زهري النجار ، دار المعرفة ، بيروت .
- * الشربيني ، محمد بن أحمد الخطيب (ت ٩٧٧هـ) .
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، الطبعة الأخيرة ، مصطفى الحلبي ١٣٥٩هـ / ١٩٤٠م .
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، المكتبة الإسلامية .

● مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ● ● السنة الثامنة - العدد الحادي والثلاثون ١٤١٧هـ ●

- الشرواني ، عبد الحميد الشرواني، حاشيته على تحفة المحتاج بشرح المنهاج للنووي ، دار صادر .
- الشوكاني ، محمد بن علي (ت ١٢٥٠هـ) ، البدر الطالع بمحلسن من بعد القرن السابع ، دار المعرفة .
- الصاوي ، أحمد بن محمد المالكي ، بلغة السالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير ، دار المعرفة .
- ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر (ت ١٢٥٢هـ) ، رد المحتار حاشية على الدر المختار ، مطبوع مع الدر المختار ، دار إحياء التراث العربي .
- ابن عبد البر ، أبو عمر يوسف بن عبدالله النمري (ت ٤٦٣هـ) . الاستيعاب في أسماء الأصحاب ، مطبوع مع الإصابة .
- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، تحقيق د. محمد بن محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩ م ، دار الهدى .
- عطية ، جمال الدين ، المشاركة المثالية في البنوك الإسلامية ، مقالة في مجلة الملك عبدالعزيز ، الاقتصاد الإسلامي ، المجلد ١ ، سنة ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩ م ، مركز النشر العلمي بالجامعة .
- عlish ، محمد بن أحمد (ت ١٢٩٩هـ) ، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ، دار الباز .
- ابن العماد ، أبي الفلاح عبد الحي الحنبلي (ت ١٠٨٩هـ) ، شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، دار الفكر ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٨ م .
- الغزالي ، محمد بن محمد أبو حامد (ت ٥٠٥هـ) ، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩ م ، دار المعرفة ، بيروت .
- الغنيمي ، عبد الغني بن طالب (ت ١٢٩٨هـ) ، اللباب في شرح الكتاب ، دار الباز ، مطبوع مع الكتاب للقدوري .
- ابن القاسم ، عبد الرحمن بن القاسم (ت ١٩١هـ) ، المدونة الكبرى ، دار الفكر .
- قاضي زاده ، شمس الدين أحمد بن قودر ، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار تكملة فتح القدير على الهداية ، مصطفى الحلبي ، ط ١ ، سنة ١٣٨٩هـ/ ١٩٧٠ م .

● الانتفاع بالوديعة ●

- * ابن قدامة ، موفق الدين عبدالله بن أحمد المقدسي (ت ٦٢٠هـ).
- المغني ، بتحقيق د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي ، ود. عبدالفتاح محمد الحلو ،
مجر للطباعة والنشر ، ط١ ، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م .
- المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني رضي الله عنه ، ط١ ،
١٣٩٩هـ/١٩٧٩م ، دار الباز ، مكة المكرمة .
- * القدوري ، أحمد بن محمد (ت ٤٢٨هـ) ، الكتاب ، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م ، المكتبة
العلمية ، بيروت .
- * القرافي، محمد بن يحيى بدر الدين (ت ٩٤٦هـ)، توشيح الديباج وحلية الابتهاج ،
تحقيق وتقديم أحمد الشتيوي ، ط١ ، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م ، دار الغرب الإسلامي .
- * القرطبي ، محمد بن أحمد الانصاري ، الجامع لأحكام القرآن ، دار الكتاب العربي
١٣٨٧هـ/١٩٦٧م .
- * قليوبي ، شهاب الدين أحمد بن أحمد (ت ١٠٦٩هـ) ، حاشية على شرح المحلى ،
مطبوع مع شرح جلال الدين المحلى ، ط٤ ، دار الفكر .
- * الكاساني ، أبو بكر بن مسعود الملقب بملك العلماء (ت ٥٨٧هـ) ، بدائع الصنائع
في ترتيب الشرائع ، ط٢ ، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- * ابن كثير ، عماد الدين أبو القداء إسماعيل بن عمر (ت ٧٧٤هـ) ، البداية
والنهاية ، ط٢ ، ١٤١١هـ/١٩٩٠م ، مكتبة المعارف ، بيروت .
- * الماوردي ، علي بن محمد بن حبيب (ت ٤٥٠هـ) ، الحاوي الكبير، تحقيق محمود
سطرجي ، المكتبة التجارية .
- * المحلى ، جلال الدين محمد بن أحمد (ت ٨٦٤هـ) ، شرح المحلى على منهاج
الطالبين ، ط٤ ، دار الفكر .
- * المرغيناني ، برهان الإسلام علي بن أبي بكر (ت ٥٩٢هـ).
- بداية المبتدى ، مطبوع مع الهداية .
- الهداية شرح بداية المبتدى ، مصطفى الحلبي .
- * مسلم ، مسلم بن الحجاج (ت ٢٦١هـ) ، صحيح مسلم ، تحقيق محمد فؤاد
عبدالباقى ، المكتبة الفيصلية .

❖ مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ❖ ❖ السنة الثامنة - العدد الحادي والثلاثون ١٤١٧ هـ ❖

- ❖ المسير ، محمد زكي ، مقدمة في الاقتصاديات الدولية واقتصاديات النقود ، ١٩٨٣ م ، دار النهضة العربية .
- ❖ المقرئ ، محمد بن محمد بن أحمد ، القواعد ، بتحقيق د. أحمد بن عبدالله بن حميد ، طبع جامعة أم القرى ، مكة المكرمة .
- ❖ المواق ، محمد بن يوسف العبدري (ت ٨٩٧ هـ) ، التاج والإكليل لمختصر خليل ، مطبوع بهامش مواهب الجليل .
- ❖ النجدي ، عبدالرحمن بن القاسم (ت ١٣٩٢ هـ) ، حاشية الروض المربع بشرح زاد المستقنع ، ط ٢ ، ١٤٠٣ هـ .
- ❖ ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم (ت ٩٧٠ هـ) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، مكتبة رشيدية ، باكستان .
- ❖ النووي ، يحيى بن شرف محيي الدين (ت ٦٧٦ هـ) .
- ❖ تهذيب الأسماء واللغات ، إدارة الطباعة المنيرية .
- ❖ منهاج الطالبين وعمدة المفتين ، عيسى الحلبي .
- ❖ الهندي ، أبو الحسنات محمد عبدالحى اللكنوي (ت ١٣٠٤ هـ) ، الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، الناشر نور محمد كراجي .
- ❖ الهندي ، محمد طاهر (ت ٩٨٦ هـ) ، المغني في ضبط أسماء الرجال ومعرفة كنى الرواة وألقابهم وأنسابهم ، دار الكتاب العربي ، سنة ١٣٩٩ هـ .

القضاء في الاسلام

الدكتور/ محمد الزحيلي (*)

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، الرحمن الرحيم ، الذي أنزل القرآن العظيم ، وقال : ﴿ لقد أرسلنا رسلنا بالبينات ، وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ، ليقوم الناس بالقسط ، وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ، ومنافع للناس ، وليعلم الله من ينصره ورسله بالغيب ، إن الله قوي عزيز ﴾ (١) .

والصلاة والسلام على رسول الله ، المبعوث رحمة للعالمين ، الذي هاجر إلى المدينة المنورة ، وأقام الدولة الإسلامية ، وكان فيها القاضي الأول في الإسلام ، وقد أنزل الله تعالى عليه في محكم التنزيل قوله تعالى: ﴿ إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق ، لتحكم بين الناس بما أراك الله ، ولا تكن للخائنين خصيماً ﴾ (٢) . وقال تعالى: ﴿ وإن احكم بينهم بما أنزل الله ، ولا تتبع أهواءهم ، ولحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك ، فإن تولوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم ، وإن كثيراً من الناس لفاسقون ﴾ (٣) .

ويعد : فإن القضاء في الإسلام يمثل صورة مشرقة في التاريخ الإسلامي ، ويتبوأ مركزاً مهماً في الشريعة الغراء ، ويحتل ركناً أساسياً في الفقه الإسلامي ، وتتمثل فيه الصورة الحقيقية الناصعة للتطبيق الصحيح لأحكام الله تعالى نظرياً وعملياً ،

(*) أستاذ ووكيل كلية الشريعة للشؤون العلمية ، بجامعة دمشق، له بحوث ومؤلفات في الفقه .

(١) سورة الحديد الآية ٢٥ .

(٢) سورة النساء الآية ١٠٥ .

(٣) سورة المائدة الآية ٤٩ .

وترنو إليه الأنظار في الحاضر والمستقبل لإعادة أمجاد الأمة ، وتحقيق العزة والكرامة للأفراد ، وتأمين حماية حقوق الإنسان وإقامة العدل في الأرض ، وتنفيذ أحكام السماء .

وقد اخترت الكتابة في هذا الموضوع لتقديم بعض جوانب القضاء في الإسلام ، وإعطاء صورة موجزة عن هذا الصرح المشيد ، والتذكير بمآثره الماضية ، وعقد الرجاء على تطبيقه ومكانته في ظل الرؤية القيمة للتقدم والنهوض والإصلاح في مجتمعنا العربي المعاصر ، ومستقبلنا الإسلامي المرتقب ، والعودة إلى رحاب الشريعة الغراء التي حققت لامتنا العزة والكرامة ، والأمن والأمان ، وبوأتها المكانة السامية تحت أشعة الشمس طوال عدة قرون ، وتهيب بأبنائها - اليوم - إلى الصحو المرجوة لتعيد لها الأمجاد .

ونبين بانيء ذي بدء أن هذا الموضوع واسع وكبير وشامل ، ولايسعنا الإحاطة بجوانبه ، وعرض مبادئه في هذا البحث الموجز ، ولذلك فإننا نتناول بعض النقاط البارزة فيه ، وإثارة بعض الأمور ، لنقدم لمحات سريعة عن القضاء في الإسلام ، ونذكر ببعض الملامح الأساسية فيه ، ليكون تذكراً لغيره ، وتنبيهاً لسواه ، تحقيقاً لقوله تعالى: ﴿ إن في ذلك لذكرى لمن كان له قلب ، أو ألقى السمع ، وهو شهيد ﴾ (١).

خطة البحث :

ورأيت أن أعرض هذه المقتطفات في أربعة فصول ، وخاتمة ، حسب الخطة التالية :

الفصل الأول عن تعريف القضاء وأهميته ومكانته وصلته بالعدل .

الفصل الثاني في فصل السلطات كأحد الجوانب في تنظيم القضاء في الإسلام .

الفصل الثالث في نظام المحاكم ، وتقسيمها إلى المحاكم المدنية والجنائية .

الفصل الرابع في الإجراءات القضائية .

الخاتمة ، وفيها أهم النتائج للبحث ، والمقترحات التي نراها ونقدمها .

منهج البحث :

وسوف ألتزم في البحث بالمنهج التاريخي والموضوعي ، وذلك بالاعتماد على

النصوص الشرعية الواردة في الموضوع في القرآن الكريم ، والسنة الشريفة ، مع

(١) سورة ق الآية ٣٧ .

• القضاء في الإسلام •

بيان الفهم الثاقب للعلماء والائمة والمجتهدين والفقهاء من خلال المذاهب الفقهية ، وأردف ذلك بأمثلة من التطبيق العملي ، والنماذج الواقعية من تاريخ القضاء في الإسلام .

ونسأل الله التوفيق والسداد ، وأن يرزقنا الإخلاص ، ويجنبنا الزلل ، وأن يأخذ بيدنا إلى ما يحبه ويرضاه ، وأن يحقق لهذه الأمة آمالها الجسام ، ويلهمها الرشد والرشاد إلى سواء السبيل ، ملتزمة بقوله تعالى: ﴿وَأَنْ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَلَتَبِعُوا وَلَا تَتَّبِعُوا السَّبِيلَ ، فَتَفْرَقَ بَكُمْ عَنْ سَبِيلِهِ ، ذَلِكَ وَمَا كُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (١) ، والحمد لله رب العالمين .

الفصل الأول تعريف القضاء وأهميته

القضاء لغة :

جمع أفضية ، وقضى يقضي قضاء أي حكم ، وهو محدود ومقصود ، وقضى عليه قضاء وقضيا ، ورجل قضي : سريع القضاء ، واستقضى : صار قاضياً .
والقضاء لغة : لفظ مشترك بين عدة معانٍ ، فيكون بمعنى إحكام الشيء وإمضائه ، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾ (٢) ، ويأتي بمعنى الفراغ من الشيء ، ومنه : قضى حاجته ، ويكون بمعنى الحتم والإلزام ، ومنه قوله تعالى : ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلا تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ (٣) ، ويكون بمعنى الأداء والإنهاء ، ومنه : قضى دينه ، وقوله تعالى : ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ﴾ (٤) ، ويكون بمعنى الحكم أي المنع ، ومنه : حكمت السفية ، أي أخذت على يديه ، ومنعته من

(١) سورة الانعام الآية ١٥٣ .

(٢) سورة الإسراء من الآية ٤ .

(٣) سورة الإسراء من الآية ٢٣ .

(٤) سورة الحجر من الآية ٦٦ .

• القضاء في الإسلام •

٣- فصل الخصومة ، وقطع النزاع ، وإنهاء الخلاف الواقع بين الطرفين ، أو بين الخصمين ، ولينتهى عند الحكم ، وتعود الأمور إلى مجاريها ، ويسود الوثام والوفاق بين الناس .

وأحسن تعريف للقضاء هو تعريف الحنفية ، وهو : " الفصل بين الناس في الخصومات ، حسماً للتداعي ، وقطعاً للنزاع ، وبالأحكام الشرعية المتفقة من الكتاب والسنة " (١) .

وهذا التعريف ينص على أمرين :

١- أن الهدف والغاية من وجود القضاء هو فصل الخصومات ، وقطع المنازعات ، وأنه شرع لأجل ذلك ، كما سبق ، ليعيش الناس في سلام وطمأنينة ، وأمن وتعاون ومحبة .

٢- أن الهدف السابق يتحقق ويتم بتطبيق أحكام الله تعالى التي أنزلها في الكتاب والسنة ، وتستفاد بالنص أو بالاجتهاد ، وبالعبرة أو بما تشير إليه النصوص من مصادر التشريع التي تبين حكم الله تعالى ، وتقديم شرعه لإصلاح الفرد والمجتمع ، تنفيذاً لقوله تعالى : ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ، ويسلموا تسليماً ﴾ (٢) .

ولكن المتأمل في هذه التعريفات يجدها قاصرة على القضاء العادي العام ، ولا تشمل قضاء المظالم ، ولا قضاء الحسبة اللذين يهدفان إلى حفظ الحقوق ، وحماية الأمن ، وإقامة العدالة ، وتطبيق الشريعة الغراء ، والالتزام بالأحكام الشرعية في العقيدة والأخلاق ، والعبادات والمعاملات ، ولو لم توجد خصومة أو تخاصم ، أو اختلاف .

ولذلك نقدم تعريفاً شاملاً ومختصراً للقضاء عامة ، وأنه : " سلطة الفصل بين المتخاصمين ، وحماية الحقوق العامة ، بالأحكام الشرعية " (٣) .

فالقضاء سلطة ملزمة للفصل بين الخصوم لحماية الحقوق ، وتطبيق الشريعة ، بالالتزام بالأحكام الشرعية ، وإلزام الناس بها ، ومنع ما يضر الفرد والمجتمع ،

(١) حاشية ابن عابدين ٤/٥٩ بتصرف ، وانظر : التعريفات للجرجاني ص ١٨٥ .

(٢) سورة النساء الآية ٦٥ .

(٣) أصول المحاكمات الشرعية والمنية ، الزحيلي ص ٣١ .

حكاماً ، أم موظفين ، أم مواطنين عاديين ، ويتعاون القضاء العادي ، وقضاء المظالم ، وقضاء الحسبة على تحقيق ذلك .

أهمية القضاء :

إن علم القضاء - نظرياً وعملياً - من أجل العلوم قدراً ، وأعزها مكانة ، وأشرفها مركزاً ، لأنه يحفظ الحقوق والآنفس ، ويبين الحلال والحرام ، وهو من وظائف الأنبياء والمرسلين^(١) ، قال تعالى: ﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض ، فلحكم بين الناس بالحق ، ولا تتبع الهوى ، فيضلك عن سبيل الله ﴾^(٢) ، وقال تعالى: ﴿ وإن حكمت فالحكم بينهم بالقسط ، إن الله يحب المقسطين ﴾^(٣) .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إن الله لا يقبل من أمة لا يؤخذ للضعيف فيهم حقه) وفي لفظ : (كيف تقبل من أمة لا يؤخذ للضعيف حقه من شديدهم)^(٤) ، وجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم منصب القضاء من النعم التي يباح الحسد عليها ، فقال عليه الصلاة والسلام : (لا حسد إلا في اثنين : رجل آتاه الله مالاً فسلطه علىهلكه في الحق ، وآخر آتاه الله الحكمة ، فهو يقضي بها ، ويعمل بها)^(٥) ، والأحاديث في ذلك كثيرة .

قال الإمام أحمد : " لا بد للناس من حاكم ، أتذهب حقوق الناس ؟ " ^(٦) .

وإن الأحكام - سماوية كانت أم وضعية - تنقسم إلى قسمين ، القسم الأول : أحكام تخول الأفراد الحقوق التي يتمتعون بها ، والقسم الثاني : أحكام تؤيد هذه

(١) انظر : تبصرة الحكام ١/٢-٣ ، تاريخ القضاء في الإسلام ، الزحيلي ص ١٣ ومابعدها .

(٢) سورة ص من الآية ٢٦ .

(٣) سورة المائدة من الآية ٤٢ .

(٤) رواه الشافعي (بئان السنن ٢/٢٣١) وابن ماجه (٢/٨١٠) وابن حبان (موارد الظمان ص ٣٧٤) ، والحاكم وصححه (٣/٢٥٨) والبيهقي (١٠/٩٣) وابن خزيمة والطبراني ، ورجاله ثقات ، وأبو يعلى ورجاله رجال الصحيح (مجمع الزوائد ٤/٢٩٧) ، التلخيص الحبير (٢/٤٠٢) ، الفتح الكبير (١/٣٥١) .

(٥) رواه البخاري (١/٣٩) ومسلم (٦/٩٧) وأحمد (١/٣٨٥-٤٣٢) وابن ماجه (٢/١٤٠٨) والبيهقي (٤/١٨٨) وأحمد في مكان آخر (٢/٣٨ ، ١٥٢ ، ٤٥٩) وانظر : الفتح الكبير ٣/٣٤٣ .

(٦) المغني ١٤/٥ ط الرياض المحقة .

● القضاء في الإسلام ●

الحقوق ، وتضمن لها التنفيذ ، وهذان القسمان متلازمان ، فإذا فقد أحدهما فقد الآخر ، وإن التتبع والاستقراء يدلان على هذا التلازم بين الحق ومؤيده في الجملة ، وأنه لافائدة من منح الحقوق والنص عليها إذا لم تطبق فعلاً ، ويتمتع بها الافراد والجماعات ، وتتوافر لها الحماية والتطبيق والتنفيذ ، سواء أكان ذلك بالرغبة أم بالرهبة ، بالعقيدة أم بالقول ^(١) .

يقول المفكر إهرنج ، أحد العلماء الألمان : "الحق بدون قوة ملزمة كلمة فارغة لامعنى لها" ^(٢) .

ويعبر عن ذلك أمير الشعراء أحمد شوقي فيقول :

وترى الحق عزيزاً في القنا هيناً في العزل المستضعفين
سنن كانت ، ونظم لم تزل فساد فوق باع المصلحين

وإن الشريعة الإسلامية الغراء وضعت الأحكام الرشيدة للبشرية ، ومنحت الافراد جميع الحقوق التي يتمتعون بها ، ثم رسمت لهم الطريق لما رستها ، وأرشتهم إلى أقوم السبل لرعايتها والحفاظ عليها ، ومنع الاعتداء عليها ، ومعاقبة من يسلبها ^(٣) . وهذا المؤيد للأحكام مخول إلى السلطة التي يتمتع بها صاحب الولاية ، أو القيم على إقامة الشرع ، وقد منحها ربنا عز وجل إلى نبيه محمد صلى الله عليه وسلم باعتباره رئيساً للدولة ، وقاضياً فيها ، فقال تعالى: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق ، لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾ ^(٤) ، وقال تعالى: ﴿وإن لحكم بينهم بما أنزل الله ، ولا تتبع أهواءهم﴾ ^(٥) ، ثم انتقلت هذه السلطة إلى خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فممن بعده ، وتركزت بعبارة أدق بالسلطة القضائية التي تجمع بين فقه العلماء ، وعقل الحكماء ، ونفوذ الحاكم ، الذي يستمد منه القاضي القوة والسلطة ، لكونه نائباً عنه .

(١) المبدل الفقهي العام ، للزرقا ٦٠٦/٢ ، النظريات الفقهية الزحيلي ص ١٥ .

(٢) أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، الزحيلي ص ٦ .

(٣) انظر تفصيل نظرية المؤيدات بتوسع في المبدل الفقهي العام ٦٠٦/٢ ومبجدها ، النظريات الفقهية ، الزحيلي ص ١٥ ومبجدها ، حقوق الإنسان في الإسلام ، الزحيلي ص ٢٠ .

(٤) سورة النساء من الآية ١٠٥ .

(٥) سورة المائدة من الآية ٤٩ .

وهكذا كلف الله تعالى الدولة ، الممثلة بسلطانها القضائية ، ونظامها القضائي ، بحماية الحقوق ، والحفاظ عليها ، والقاضي هو الرقيب اليقظ ، والحارس الأمين ، لتطبيق الأحكام ، وحفظ الحقوق ، وردها إلى أصحابها ، ومنع العدوان والاعتداء ، فيقيم العدل ، وينفذ شريعة السماء التي نزلت لإنقاذ الناس من الظلم والظلام والظلمات ، ويطبق حدود الله تعالى ، قال عز وجل : ﴿ لقد أرسلنا رسلنا بالبينات ، وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ، ليقوم الناس بالقسط ﴾^(١) وقال تعالى: ﴿ وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ، إن الله نعما يعظكم به ﴾^(٢) وقال تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله ، شهداء بالقسط ، ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى ، واتقوا الله ، إن الله خبير بما تعملون ﴾^(٣) .

فالقضاء ركن من أركان الدولة، وجزء مهم من مقومات المجتمع، وتقع على مسؤوليته حماية النفس والأرواح والأموال والأعراض والحقوق، ويؤمن الطمأنينة والسلام في المجتمع .

والقضاء عند الأمم رمز لسيادتها واستقلالها ، والأمة التي لا قضاء فيها لاحق فيها ، وتاريخ القضاء في كل أمة عنوان على مجدها ، ودلالة على تطور العقل فيها ، ودرجة التفكير التي وصلت إليها^(٤) .

أهداف القضاء :

ويظهر مما سبق أن الهدف الذي وجد من أجله القضاء في الإسلام ، والمقصد الذي يسعى إليه ، هو تحقيق العدل ، وإقامة القسط ، وحفظ الحقوق ، واستتباب الأمن، والمحافظة على النفس والأموال، ومنع الظلم، وإقامة الحدود والأحكام ، والأخذ على يد الجناة والمجرمين ، ومعاقبتهم على ما جنت أيديهم ، بهدف منعهم من العودة إلى مثل هذا العمل الممنوع ، وزجر غيرهم من الإقدام على مثل ذلك ، فالعاقل من اعتظ بغيره .

(١) سورة الحديد من الآية ٢٥ .

(٢) سورة النساء من الآية ٥٨ .

(٣) سورة المائدة الآية ٨ .

(٤) انظر : تاريخ القضاء في الإسلام ، الزحيلي ص ١٣ ومابعدا .

● القضاء في الإسلام ●

كما وجد القضاء للحفاظ على حقوق الآخرين ، ومنع الاعتداء عليها ، وتأمين الحماية لها ، وضمان ردها إلى أصحابها إذا سلبت منهم عدواناً وظلماً ، أو تعويضهم عنها مادياً أو معنوياً .

ويهدف القضاء إلى إقامة العدل بين الناس ، فقراء أم أغنياء ، رجالاً أم نساء ، مواطنين أم أصحاب سلطة ، مسلمين أم غير مسلمين ، كما نصت على ذلك الآيات السابقة .

لأن العدل قامت به السموات والأرض ، وهو أساس العمران ، ولأن القضاء أفضل مظهر يتمثل به العدل الذي جعله أرسطو "قوام العالم" وهو أساس الملك ، وأقوى دعامة لاستتباب الأمن ، واستقرار النظام ، ورقي المجتمع ، وتقدم الأمة .

وإن القضاء والعدل يدلان على أشكال الدول والحكومات ، ويظهران مدى استقرار الأشخاص في الحكم ، ونظرتهم إلى الأفراد والأمة والإنسان .

يقول الثعالبي : " بالرأي تصلح الرعية ، وبالعادل تملك البرية ، من عدل في سلطانه استغنى عن أعوانه ، من مال إلى الحق مال إليه الخلق ، إذا رعيت قاعدل ، فالعدل يصلح الرعية ، وإن ظلم السلطان لم يعدل أحد في حكم ، وإن عدل لم يجسر أحد على ظلم " ثم يقول : " الظلم مسلبة للنعم ، والبقي مجلبة للنقم ، أقرب الأشياء صرعة الظلوم ، وأنفذ السهام دعوة المظلوم ، من طال عدوانه زال سلطانه ، من ظلم عقى أوليائه ، ومن كثر ظلمه واعتداؤه قرب هلاكه وفناؤه ، شر الناس من كفل الظلوم ، وخذل المظلوم " .

القضاء بالعدل :

وقد بعثت الرسل ، وأنزلت الكتب لتحقيق العدل ، واعتنى به الإسلام بشكل خاص ، وحرص عليه القرآن الكريم حرصاً شديداً ، قال تعالى: ﴿لقد أرسلنا رسلاً بالبينات ، وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط﴾^(١) ، وهو العدل ، وقال تعالى: ﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان﴾^(٢) ، وقال تعالى: ﴿وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ، إن الله نعماً يعظكم به﴾^(٣) .

(١) سورة الحديد من الآية ٢٥ .

(٢) سورة النحل من الآية ٩٠ .

(٣) سورة النساء من الآية ٥٨ .

ودعا القرآن الكريم إلى العدل في آيات كثيرة ، وبين أنه أحد الأوامر الإلهية التي أمر الله بها نبيه ، وأحد المقاصد الرئيسية للدعوة والرسالة ، فقال تعالى : ﴿ وأمرت لأعدل بينكم ﴾ (١) .

وحذر القرآن الكريم من مجانية العدل وتركه ، مهما كانت الأسباب والبواعث والدوافع ، فقال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله ، شهداء بالقسط ، ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا ، اعدلوا ، هو أقرب للتقوى ، واتقوا الله ، إن الله خبير بما تعملون ﴾ (٢) .

وطالب القرآن الكريم ترك بعض المباحات الشرعية إذا كانت ستؤدي إلى الميل عن العدل ، فتعدد الزوجات جائز شرعاً ، ومباح في الدين ، ولكنه إن أدى إلى الظلم ، وترك العدل ، فيجب تركه ، قال تعالى : ﴿ فأنكحوا ما طاب لكم من النساء ، مثنى وثلاث ورباع ، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ، ذلك أدنى ألا تعولوا ﴾ (٣) .

وقرن القرآن الكريم ، وأنه من سبل الشيطان وغواياته ، وأسلحة أعوانه ، فقال تعالى : ﴿ فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا ﴾ (٤) .

وأثنى القرآن الكريم على الأمة العادلة ، والأفراد العادلين ، فقال تعالى : ﴿ ومن قوم موسى أمة يهدون بالحق وبه يعدلون ﴾ (٥) ، وقرن القرآن الكريم بين الدعوة إلى الحق ، والهداية إلى الصواب ، وبين العدل في تطبيق شرع الله ودينه ، فقال تعالى : ﴿ ومن خلقنا أمة يهدون بالحق وبه يعدلون ﴾ (٦) .

وأمر القرآن الكريم بالعدل حتى بالقول ، والأمر ، والنهي ، والتربية ، والصلح ، والإصلاح ، والتعليم ، وفي كل ما يصدر عن الإنسان ، فقال تعالى : ﴿ وإذا قلتم فاعدلوا ، ولو كان ذا قربى ، وبعهد الله أوفوا ﴾ (٧) ، وقال تعالى : ﴿ فليعمل وليه

(١) سورة الشورى من الآية ١٥ .

(٢) سورة المائدة الآية ٨ .

(٣) سورة النساء من الآية ٣ .

(٤) سورة النساء من الآية ١٣٥ .

(٥) سورة الأعراف الآية ١٥٩ .

(٦) سورة الأعراف الآية ١٨١ .

(٧) سورة الانعام من الآية ١٥٢ .

• القضاء في الإسلام •

بالعدل ﴿^(١)﴾ ، وذلك في كتابة الديون وتسجيلها، والإقرار للأخرين ، وقال تعالى : ﴿ **إِنْ قَامَتْ فَاصلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ ، وَأَقْسَطُوا ، إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ** ﴾ (٢) .
وأناط القرآن الكريم كتابة الحقوق والديون حصراً بالكاتب بالعدل ، فقال تعالى في آية المداينة : ﴿ **وَلِيَكْتَبَ بَيْنَكُم بِالْعَدْلِ** ﴾ (٣) .

وحدد القرآن الكريم مقاصد الشريعة ، والإطار الذي نزل به الدين ، وأنه محصور بأمور ، أولها وأهمها العدل ، فقال تعالى : ﴿ **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ، وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى ، وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ** ﴾ (٤) .
وأكد القرآن الكريم الصلة الوثيقة ، والعلاقة الوطيدة ، بين دينه وشرعه وكلماته وبين العدل ، فقال تعالى : ﴿ **وَتَمَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ صِدْقاً وَعَدْلاً ، لَا مُبْدِلَ لِكَلِمَاتِهِ ، وَهُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ** ﴾ (٥) .

وهكذا يصل العدل - في الإسلام - قمته ، ويسفر عن حقيقته الكاملة في الحكم والقضاء ، وفصل المنازعات ، وأن الله تعالى حصر سبيل الحكم بالعدل ، وأنه لا يقبل من الحاكم والقاضي إلا ذلك .

وقد فطن المسلمون إلى أهمية القضاء والعدل ، نظرياً وعملياً ، فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه : (**الضعيف فيكم قوي عندي حتى آخذ الحق له ، والقوي فيكم ضعيف عندي ، حتى آخذ الحق منه ، إن شاء الله**) (٦) .

وقال عمير بن سعد رضي الله عنه - والي حمص : " ما يزال الإسلام منيعاً ما اشتد السلطان ، وليس شدة السلطان قتلاً بالسيف وضرباً بالسوط ، ولكن قضاء بالعدل وأخذاً بالحق " (٧) .

(١) سورة البقرة من الآية ٢٨٢ .

(٢) سورة الحجرات من الآية ٩ .

(٣) سورة البقرة من الآية ٢٨٢ .

(٤) سورة النحل الآية ٩٠ .

(٥) سورة الانعام الآية ١١٥ .

(٦) هذا جزء من خطبة أبي بكر رضي الله عنه (انظر : السيرة النبوية لابن هشام ٦٦١/٤ ، الروض الأنف ٢٦٢/٤ ، طبقات ابن سعد ١٨٢/٣ ، البداية والنهاية ٣٠١/٦ ، شرح نهج البلاغة ١٥٩/١٧ ، تاريخ الخلفاء للسيوطي ص ٦٩) .

(٧) انظر : طبقات ابن سعد ٣٧٥/٤ ، تاريخ القضاء في الإسلام ، الزحيلي ص ١٧ .

وقال ابن القيم الجوزية رحمه الله تعالى : (إن الله أرسل رسله ، وأنزل كتبه ، ليقوم الناس بالقسط ، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات ، فإذا ظهرت أمارات العدل ، وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه) (١) .

وقال القاضي ابن فرحون المالكي : " علم القضاء من أجل العلوم قدراً ، وأعزها مكاناً ، وأشرفها ذكراً ، لأنه مقام عليّ ، ومنصب نبوي ، به الدماء تعصم وتسفح ، والأبضاع تحرم وتنكح ، والأموال يثبت ملكها ويسلب ، والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم ويكره ويندب " (٢) ، ثم يقول : " ولاغربة في امتياز علم القضاء عن فقه فروع المذهب ، لأن علم القضاء يفتقر إلى معرفة أحكام تجري مجرى المقدمات بين يدي العلم بأحكام الوقائع والجزئيات " (٣) .

ويبين العلامة النباهي المالقي أهمية القضاء ، وأنه أعظم مؤسسات الدولة ، وأهم الخطط فيها ، فيقول : " خطة القضاء في نفسها عند الكافة من أسنى الخطط ، فإن الله تعالى قد رفع درجة الحكام ، وجعل إليهم تصريف أمور الأنام ، يحكمون في الدماء والأبضاع والأموال ، والحلال والحرام ، وتلك خطة الأنبياء ومن بعدهم من الخلفاء ، فلا شرف في الدنيا بعد الخلافة أشرف من القضاء " (٤) ، وينقل عن سبقه ، فيقول : " خطة القضاء من أعظم الخطط قدراً ، وأجلها خطراً ، لاسيما إذا اجتمعت إليها الصلاة ، وعلى القاضي مدار الأحكام ، وإليه النظر في جميع وجوه القضاء " (٥) .

التنظيم القضائي :

رافق القضاء الإنسانية منذ مهدها ، وسيظل معها إلى اللحد ، كما كان القضاء من مهمات الأنبياء ، وأعمال الرسل عليهم الصلاة والسلام ، واعتنى به الخلفاء والولاة والأمراء ، والأئمة ، والفقهاء والقضاة ، وتولاه المصلحون والوجهاء الذين يقبلون مناصب الرئاسة والزعامة والسلطة .

(١) الطرق الحكمية ص ١٤ ، وقد تناول ابن القيم رحمه الله هذه المعاني في مجالات كثيرة من كتبه ، انظر : بدائع الفوائد ٣/ ١٥٣ ، أعلام الموقعين ٤/ ٣٧٣ تحقيق طه سعد .

(٢) تبصرة الحكام ١/ ٢ .

(٣) المرجع السابق ١/ ٣ .

(٤) تاريخ قضاة الاندلس ص ٢ .

(٥) المرجع السابق ص ٦ .

● القضاء في الإسلام ●

والتنظيم القضائي في الإسلام عبارة عن مجموعة القواعد والأحكام التي توصل إلى حماية الحقوق العامة ، وفصل الخصومات ، وقطع المنازعات ، وإصدار الأحكام وتنفيذها ، وما يحتاج إليه من وسائل ووسائط وأجهزة وهيئات وعناصر ، وهو موضوع عظيم اهتم به الفقهاء المسلمون اهتماماً كبيراً ، وأولوه بالعناية والدراسة ، وعرضوه في جميع كتب الفقه الكبيرة والصغيرة ، المطولة والمختصرة ، ثم أفرده كثير منهم بالتصنيف والتأليف ، وخصوه بعنوان "أدب القضاء" أو "أدب التقاضي" أو "أدب الحكام" (١) .

وشارك القضاة المسلمون في مختلف العصور في بناء صرح الفقه عامة ، وأحكام القضاء ، والتنظيم القضائي خاصة ، وكان القضاء باستمرار يرفدون الفقه والفقهاء بمعين لا ينضب من الاجتهادات والقواعد والضوابط التي تنبع من التطبيق العملي ، والواقع القضائي ، وما يلاحظونه بالممارسة والفراصة ، ويستمدون أسسه وجذوره من مقاصد الشريعة ونصوصها المحفوظة ، حتى صارت جهود القضاة في التصنيف والتأليف والشروح تشكل شطر التراث الفقهي في مختلف المذاهب ، وكان الدافع إلى ذلك حماية الحقوق ، والفصل في المنازعات ، والصمود أمام الباطل ، والإصرار على الحق ، لا يخافون في الله لومة لائم ، مع كل ما يتعرض له القاضي أحياناً - في سبيل ذلك - من عزل ، وإهانة ، ومضايقة ، واضطهاد ، وسجن ، ونفي ، وقتل (٢) .

ونظمت الدولة الإسلامية في مختلف العصور والأماكن القضاء أحسن تنظيم ، وكان القضاء الإسلامي ، والقضاة المسلمون ، مضرب المثل في النزاهة والتجرد والموضوعية والحياد والعدل .

وإن الشريعة الإسلامية الغراء ترحب بكل تنظيم وتطور للقضاء الشرعي ، بما يحقق أهدافه وغاياته ، ويتمشى مع التطور الحضاري ، والتنظيم المعاصر ، والنظم الحديثة (٣) .

(١) انظر أهم الكتب القضائية في كتاب "أدب القضاء" لابن أبي الدم ص ٧١٨ ومابعدها ، أصول المحاكمات الشرعية ، الزحيلي ص ٢٣ ، مرجع العلوم الإسلامية الزحيلي ص ٣٦١ ومابعدها .

(٢) انظر أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ، مقدمة التحقيق ص ٣٠ .

(٣) انظر بحث : فصول في القضاء الإسلامي ، للدكتور إسماعيل البدوي ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، التي تصدر عن جامعة الكويت ، السنة ٤ ، العدد الثامن ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م ، ص ٥٣ ومابعدها .

الفصل الثاني

فصل السلطات

القضاء جزء من كيان الدولة الإسلامية ، ويشمل أحد أركان المجتمع ، ولكنه في الوقت نفسه يتمتع بالاستقلال والفصل عن بقية السلطات ، ويشرف على تطبيق جميع الأحكام والأنظمة النافذة .

والحديث عن فصل السلطات يقتضي منها أن نبين الصلة بين القضاء والدولة أولاً ، ثم صلة السلطة القضائية عن بقية السلطات ، واستقلال القضاء عن غيره من السلطات ، وما يؤدي ذلك ويؤكد من أحكام .

القضاء جزء من الدولة الإسلامية :

سبق البيان أن القضاء ركن من أركان الدولة ، وإننا بمجرد أن ننطق بلفظ القضاء في الإسلام ، أو التنظيم القضائي ، نفهم منه بالضرورة والتلازم وجود الدولة الإسلامية التي وضع أساسها ، وشيد بناءها ، رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد هجرته إلى المدينة المنورة ، وقامت الدولة الإسلامية تنشر النور والهداية ، وتحافظ على مصالح الناس ، وتقيم العدل ، وتحمي الأفراد ، وتصون الأحكام ، ويلجأ إليها المظلوم المعتدى عليه ، لترد عنه العدوان ، وترفع عنه الظلم ، وتعطيه السلطة والمؤيد على التمتع بحقوقه .

وقد تولى رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء والفصل بين الناس بنفسه ، فأرسى دعائم العدل ، ونشر رواق الحق ، وأسس دستور القضاء ، فكان التشريع يصدر عنه ، ثم يشرف على تنفيذه ، فيضع الحدود بين الناس في علاقاتهم ضمن قواعد الشريعة السمحاء ، ومبادئها العامة ، ومن ثم كان المرجع الأول لرد الحقوق إلى أصحابها ، ونصرة المظلوم ، ورد الظالم ، فترفع إليه دعاوى الخلاف والمنازعات ، ليقول فيها القول الفصل ، فيكون قوله قضاء من جهة ، وتشريعاً من جهة ، وقواعد حقوقية ، ومبادئ قضائية عامة من جهة ثالثة ، وعين القضاة للحكم بين يديه ، وأرسل النجباء من صحابته للقضاء بين الناس في مختلف الأصقاع الإسلامية المفتوحة ، وسار على دربه الخلفاء من بعده .

● القضاء في الإسلام ●

فالقضاء يحتل مركزاً مهماً في الدولة ، ويمثل جانباً رئيسياً من أعمالها ، ويُعد واجباً عليها ، وأساساً قديماً في حياتها وبقائها ، ولذلك قيل : "العدل أساس الملك" والقضاء يستمد قوته من الدولة في لجوء المتخاصمين إليه ، وإصدار الأحكام عليهم ، والزامهم بها ، وتنفيذها عليهم ، وقد منعت الشريعة الغراء أصحاب الحقوق من الحصول عليها بأنفسهم ، وقوتهم الذاتية ، لمنع الفوضى ، والنار ، والتجاوز في الاستيلاء ، وفرضت عليهم رفع الدعوى إلى الدولة للاحتكام أمام القضاء وطلب الحقوق (١) .

فالتنظيم القضائي يؤكد وجود الدولة في الإسلام ، وأن الشريعة الغراء دين ودولة ، وهذا بدوره يعد رداً قاطعاً على بعض المستشرقين وأتباعهم ، الذين يقولون بما لا يعرفون ، ويثيرون الشبه والتهم ، ويعلنون عدم وجود دولة في الإسلام ، وينادون بفصل الدين عن الدولة في ظل الشريعة ، ويحاولون إبعاد الشرع عن الحياة العملية والسلطة الرسمية ، وينكرون وجود التشريع الإسلامي الذي ينظم معاملات المجتمع ، ويقيم العدل بينهم ، مع أن تعاليم الإسلام ونصوصه قد انطوت على المبادئ الأساسية في التشريع السياسي والاقتصادي والاجتماعي والعسكري والمدني ، وأنها لم تكن مجرد مبادئ روحية فردية ، وأنها برزت إلى الوجود ، وأقامت مجتمعاً ودولة في المدينة المنورة ، والجزيرة العربية ، ثم في العالم (٢) .

والواقع أنه لا قيام للدولة بدون القضاء والعدل ، ولا وجود لتنظيم قضائي بدون دولة ، ولم نعرف في التاريخ وجود تنظيم قضائي بدون دولة أو قوة تحميه ، ولم نسمع وجود تنظيم قضائي في المنفى ، فالقضاء جزء من الدولة ، والدولة لا تعيش ، ولا تستكمل أسسها إلا بالقضاء ، فالتلازم بينهما ثابت ، وإن القضاء أحد السلطات

(١) استثنى الفقهاء بعض الحالات التي يجوز لصاحب الحق أن يستوفيه بنفسه ، وتسمى مسألة الظفر بالحق ، انظر تفصيل هذا الموضوع في : نظرية الدعوى ١/ ١٢٢-١٧١ والمراجع المشار إليها .

(٢) إذا نظرنا في كتب الشرائع والقوانين نجد التعصب لولحد منها يدفع الباحث إلى التمسك بعبارات عامة أو إشارات رمزية ، أو كلمات سريعة ، للتدليل على أهميته وعظمته وسبقه على غيره ، بينما يغفل هؤلاء النصوص الصريحة والقطعية والطويلة والبيّنة في الشريعة الإسلامية لإعلان مبدأ ، أو الدعوة إليه ، أو السبق له ، وهذا نلاحظه في كتب بعض المستشرقين ، ومن تبعهم ، ثم القفز أحياناً عن تاريخ الحضارة الإسلامية وتشريعاتها ونظمها .

في الدولة ، وأنها سلطة مستقلة ، وهذا يقتضي منا البحث في انفصال السلطة القضائية عن بقية السلطات ، مؤكدين أن القضاء في الإسلام هو الرقيب الدقيق ، والمشرف الحازم والأمين على تطبيق الأحكام الشرعية ، وتنفيذ أحكام الدين على جميع الأفراد ، سواء كانوا رؤساء أم مرؤوسين ، حكاماً أم رعية ، وبالتالي فإن القضاء يقف أمام أصحاب النفوذ أو القوة والسلطة لمنعهم من الاستبداد ، أو الخروج على الشريعة والأحكام ، ويحجر عليهم استغلال السلطة والسطوة والقوة لمصالحهم الشخصية ، أو لمآربهم الذاتية ، أو لشذوذهم الفكري ، لتبقى كلمة الله هي العليا ، وشريعة الله هي السائدة ، لتحقيق العدل والأمن والامان لجميع الناس .

الفصل بين السلطة القضائية وبقية السلطات :

عرف الفقهاء المسلمون القضاء - كما سبق - بأنه : الفصل بين الناس في الخصومات ، حسماً للتداعي ، وقطعاً للنزاع ، بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة (١) .

وقد مرت السلطة القضائية في التاريخ الإسلامي بثلاث مراحل :

المرحلة الأولى :

في العهد النبوي ، وخلافة أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، وجزء من خلافة عمر بن الخطاب ، وكان القضاء مرتبطاً بالسلطات الأخرى في الدولة الإسلامية ، وقد رأينا - قبل قليل - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان على رئاسة الدولة ، ويتولى هذا العمل القضائي الجليل في المدينة المنورة ، وأرسل عدداً من أصحابه إلى الولايات الإسلامية ، وخولهم جميع السلطات في تبليغ الإسلام ، وحفظ الأمن والنظام ، ورعاية الشؤون الدينية ، وإدارة البلاد ، وتولي القضاء ، وقد يرسل - عليه الصلاة والسلام - شخصين أو ثلاثة إلى قطر ، بشكل قيادة جماعية ، ويوزع الأعمال بينهم والاختصاصات ، واستمر الأمر على هذا المنوال طوال فترة الرسالة النبوية في المدينة ، وفي خلافة أبي بكر الصديق ، وجزء من خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

(١) حاشية ابن عابدين ٤/٤٥٩ بتصرف .

● القضاء في الإسلام ●

المرحلة الثانية :

في عهد عمر بن الخطاب ومن بعده ، حتى عهد هارون الرشيد في الخلافة العباسية ، وفي هذه الأثناء انتشر الإسلام في أطراف الجزيرة ، وفتحت البلاد ، وكثرت أعمال الولاة في الولايات الكبيرة ، واقتضى الأمر أن يوفر الخليفة جهده للأمور الخارجية وشؤون الأقطار ، وأن يتفرغ الولاة للجهاد والإدارة ، فأصدر الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمره بفصل أعمال القضاء عن أعمال الولاة ، وعين القضاء في عاصمة الدولة ، وفي المدن الإسلامية ، فولى أبا الدرباء قضاء المدينة ، وشريح بن الحارث قضاء الكوفة ، وأبا موسى الأشعري قضاء البصرة ، وعثمان بن أبي العاص قضاء مصر ، وعين للأمور البسيطة قاضياً خاصاً ، وقال له : رد عني الناس في الدرهم والدرهمين^(١) ، وعين عبادة بن الصامت قضاء فلسطين... وهكذا في بقية الأقطار^(٢) .

وجعل عمر سلطة القضاء تابعة له مباشرة ، وتشدد في اختيار القضاة ، وكان يختارهم بنفسه ، أو يفوض الأمر إلى الوالي ، وجعل القضاء مسؤولين أمامه ، وصار يرسل القضاة ، ويسأل عنهم ، وعن أخبارهم وأحكامهم وسيرتهم ، ويطلب منهم مكاتبته والرجوع إليه في شؤون القضاء المعضلة ، دون أن يتدخل الحاكم أو الوالي في أعمالهم ، ووضع أول دستور لسلوك القاضي في رسالته لأبي موسى الأشعري ، ورسالته لأبي عبيد^(٣) .

ولما ظهر تعدد السلطة في الولايات ، وتقسيم الاختصاص بين الوالي والقاضي ،

(١) أخبار القضاة لوكيع ١/١٠٤ ، ١٠٥ ، القضاء في الإسلام ، عرنوس ص ١٢ ، عبقرية الإسلام ، العجلاني ص ٤٣٩ .

(٢) قال بعض المؤرخين إن عمر عين شريحاً على قضاء البصرة ، وأبا موسى الأشعري على قضاء الكوفة ، وأكد الطبري عكسه ، وهو ما ذكرناه ، ولكن ثبت أن أبا موسى تولى قضاء البصرة ، وقضاء الكوفة ، في مرحلتين مختلفتين . (انظر : القضاء في الإسلام ، مذكور ص ٢٥ ، القضاء في الإسلام ، عارف النكري ص ٧٩ ، سيرة عمر بن الخطاب ، علي ونلجي العنطاوي ٢/٦٧٧ ، الإسلام والحضارة العربية ، محمد كرد علي ٢/١٣٤ ، مقدمة ابن خلدون ص ٢٢٠ ، تاريخ القضاء في الإسلام ، الزحيلي ص ٨٧ ، ١٠٩ ، ١٤٠ .

(٣) الإسلام والحضارة العربية ٢/١٣١ ، تاريخ القضاء في الإسلام ، الزحيلي ص ٨٧ ، وستقي رسالة عمر .

اتجه بعض الولاة إلى اعتبار القاضي تابعاً له ، وخاضعاً لتوجيهاته ، وله حق الرقابة والإشراف والظعن بالأحكام ، ورفض تنفيذها ، فأصر القضاء على استقلالهم عن الولاة ، وحصل سوء تفاهم في بعض الأقطار ، حتى وصل الأمر إلى الخليفة العادل عمر بن الخطاب في المدينة ، فأكد استقلال القضاء عن الولاة ، وأن الولاة والأمراء لاسطة لهم ، ولا سلطان على القضاء ، وفصل بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية لتحقيق العدل الكامل ، والتجرد التام ، والموضوعية في الدعوى والإثبات ، وإصدار الأحكام وتنفيذها .

وأكد الخليفة عمر فصل القضاء في عدة مناسبات ، ونكتفي بذكر قصته مع معاوية وعبد الله بن الصامت رضي الله عنهما ، لنرى هذا التأكيد ، وأن عمر حجب سلطة معاوية - الوالي والحاكم - عن أعمال ونفوذ عبادة - القاضي في فلسطين - وجعل علاقة القاضي مرتبطة بالخليفة مباشرة .

قال الأوزاعي : " أول من تولى قضاء فلسطين عبادة بن الصامت ، وكان معاوية قد خالفه في شيء أنكره عليه عبادة في الصرف ، فأغلظ له معاوية في القول ، فقال له عبادة : لا أسألك بأرض واحدة أبداً ، ورجل إلى المدينة ، فقال له عمر : ما أقدمك ؟ فأخبره ، فقال : أرجع إلى مكانك ، فقبح الله أرضاً لست فيها ، ولا أمثالك ، وكتب إلى معاوية : لا إمرة لك على عبادة (١) .

وبذلك تحقق فصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية ، وصار للقضاء سلطة وولاية تتبع مباشرة الخليفة ، وتتلقى منه التوجيه والتعيين ، والإرشاد والإشراف والمراقبة ، واستمر الأمر كذلك حتى ظهرت المرحلة التالية .

المرحلة الثالثة :

منذ عهد هارون الرشيد وحتى العصر الحاضر ، وفي هذه المرحلة استقل القضاء كاملاً عن بقية السلطات ، وحتى عن الخليفة ، بعد أن أحدث هارون الرشيد منصب قاضي القضاء (٢) ، وأسند هذا المنصب إلى القاضي أبي يوسف ، كما سنشرحه في الفقرة التالية .

(١) انظر : الاستيعاب ، لابن عبد البر ٤١٢/٢ طبع الهند ، ليد الغلبة ، لابن الأثير ١٦٠/٣ ص ، بار الشعب ، سنن ابن ماجه ٨/١ .

(٢) الأصح أن يقال (رئيس القضاء) المجلة .

استقلال القضاء :

ظهر في العصر العباسي منصب جديد باسم "قاضي القضاة" وهو بمثابة وزير العدل في وقتنا الحاضر ، وأول من تولى هذا المنصب الجليل القاضي أبو يوسف ، يعقوب بن إبراهيم ، صاحب أبي حنيفة ، وصاحب كتاب "الخراج" وذلك في عهد هارون الرشيد الذي كان يجلب القاضي أبا يوسف ، ويحترمه .

وأول مظهر هذا المنصب كان في بغداد ، ولا يطلق إلا على قاضي بغداد حاضرة الدولة الإسلامية ، وعاصمة الخلافة العباسية .

فقد عين الرشيد أبا يوسف قاضياً للقضاة ، وأسند له مهمة الإشراف على القضاء والقضاة في سائر أقطار الخلافة العباسية ، وتنازل له نهائياً عن التدخل في شؤون القضاء ، فأصبح القضاء مستقلاً استقلالاً كاملاً حتى نهاية الخلافة الإسلامية .

وأصبح لقاضي القضاة الرئاسة على سائر القضاة في الدولة والأقاليم المختلفة ، ويتولى الإشراف عليهم ، وتنظيم أمورهم ، وتعيينهم وعزلهم ، وكان يرشح من يراه من أهل الصلاح والعلم لهذا المنصب ، ويستصدر له أمراً من الخليفة بتقليده القضاء (١) .

وصار القضاة في العاصمة وسائر الأقاليم يتبعون حقيقة قاضي القضاة ببغداد ، الذي يتصل مباشرة بالخليفة ، وانقطعت تبعية القاضي لوالي الإقليم سياسياً وإدارياً .

وكان الرشيد لا يقلد قاضياً ببلاد العراق وخراسان والشام ومصر إلا من أشار به القاضي أبو يوسف ، وكان أبو يوسف يختار القضاة ، ويطوف عليهم ويتفقد أحوالهم وسيرهم ، وهو أول من بدل لباس العلماء ، وميزهم بلباس خاص ، بعد أن كانوا يلبسون كسائر الناس ، فميزهم ليعرفهم عامة الأمة .

وممن اشتهر بهذا المنصب أيضاً القاضي يحيى بن أكثم الذي ولاه الخليفة المأمون منصب قاضي القضاة ، وطلب منه امتحان القضاة الذي يراد تعيينهم من وجوه الفقهاء وأهل العلم (٢) .

(١) انظر: نظام الحكم ، طاهر القاسمي ص ٢٤٢ ، تاريخ القضاء ، عرنوس ص ٩٦ ومبعضها ، لتنظم

القضائية في مصر ص ٦٥ ومبعضها ، تاريخ القضاء في الإسلام ، الزحيلي ص ٢٣٠ ، ٢٤٢ .

(٢) أخبار القضاة ، وكيع ١٣١/٢ ، ١٤٥ .

الفصل الثالث

نظام المحاكم

تمارس الدولة الإسلامية وظيفتها في إقامة العدل بواسطة المحاكم التي يستقر فيها القضاء ، وتعرض عليهم القضايا فيها ، فيقررون للناس حقوقهم عند إنكارها أو الاعتداء عليها ، ويحفظونها لهم بسلطة الدولة عند التعرض لها ، أو محاولة إنكارها ، أو انتهاكها .

وإن جهات القضاء في الإسلام ثلاث ، وكل جهة قضائية رئيسية لها محاكمها الخاصة ، ونظامها المستقل ، واختصاصها الكامل ، ومن ذلك يظهر أن المحاكم في الشريعة الإسلامية ثلاثة أنواع ، وهي : ١- محاكم القضاء العادي . ٢- محاكم قضاء الحسبة . ٣- محاكم قضاء المظالم ، وسوف نذكر اختصاص كل منها .

أولاً : محاكم القضاء العادي :

وهي أوسع المحاكم انتشاراً ، وإذا أطلق القضاء فهي المراد ، وتختص بالنظر في الأمور التالية ^(١) :

- ١- فصل المنازعات ، وقطع التشاجر والخصومات التي تقع بين الناس العاديين ، إما عن صلح ، أو تراض ، أو لإجبار بحكم بات ، ويمكن أن تدخل فيما يعرف اليوم بمحاكم الصلح ، أو المحاكم الجزئية ، أو محاكم الأمور المستعجلة .
- ٢- إقامة الحدود نيابة عن الإمام ، وتسمى اليوم محكمة الجنايات .
- ٣- النظر في الدماء والجروح والتعازير ، والقصاص بالنفس ، والقصاص بما دون النفس ، أو القصاص في الأطراف ، وتدخل اليوم في المحاكم الجزائية ، ومحكمة الجنايات .
- ٤- تصفح الشهود والأمناء ، واختيار النواب في المعاملات المدنية والمالية ، والقوام

(١) انظر : بداية المجتهد ٤/٤٩٧ ، تبصرة الحكام ١/٦٥ ، فتح القدير ٥/٩٧ ، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٧ ، مقدمة ابن خلدون ص ٢٦١ ، مقارنة المذاهب في الفقه ، شلتوت والسايس ص ٥٥ ، سبل السلام للصنعاني ٣/١٧٤ ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، للدكتور مصطفى السباعي ١/١٤٨ ، أصول المحاكمات الشرعية ، الزحيلي ص ٧١ ، ٧٩ .

على ناقصي الأهلية ، والنظار على الوقف والأموال ، والأوصياء على الصغار والقصر والمحجور عليهم .

٥- استيفاء الحقوق، وإيصالها إلى أصحابها ومستحقيها ، وقمع الظالمين عن التعدي والغصب ، وغير ذلك، وهو ما يعرف اليوم بقاضي التنفيذ، أو محكمة التنفيذ ، أو تنفيذ الأحكام .

٦- ثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرف لجنون أو صغر ، والحجر على السفية والمبذر ، ورعاية اليتامى والقاصرين، وحفظ أموالهم، واستثمارها بالطرق الشرعية المشروعة .

٧- تزويج الأيامى ، ومن لا ولي لها ، لأن القاضي ولي من لا ولي له ، وهذا عند الجمهور ، بينما يرى الإمام أبو حنيفة أن هذا لا يدخل في نطاق ولايته إلا احتياطاً، لجواز أن تنفرد المرأة البالغة - عنده - بعقد النكاح، ومباشرته بنفسها .

٨- تنفيذ الوصايا بحسب شروط الموصي، فيما أباحه الشرع، ولم يحظره ، وتدخل هذه الاختصاصات الثلاثة الأخيرة وغيرها اليوم بمحاكم الأحوال الشخصية ، أو المحكمة الشرعية والمالية والطائفية .

٩- النظر في الأوقاف ، بحفظ أصولها ، وتنمية فروعها ، والقبض عليها ، وصرفها في سبيلها .

١٠- النظر في المصالح العامة من عمارة المساجد ، وإصلاح الطرقات ، وبناء الأسوار والجسور ، والإشراف على المدارس والتعليم ، وكل عمل يرى الإمام أو الخليفة أو الدولة إسناده للقضاء العادي ، وتكليفه بالنظر فيه ، لما يتمتع به القضاء من الثقة والنزاهة ، والحياد والتجرد ، وحسن أداء الأعمال .

وإن محاكم القضاء العادي هو جهة الولاية الأصلية في إنهاء المنازعات بين الناس ، سواء كانت مدنية أو جنائية ، أو أحوالاً شخصية ، وهذه الاختصاصات لم تنتقل إلى القضاة دفعة واحدة ، كما سنرى ، وإنما استأثرت بالخلفاء والولاة - في الصدر الأول - بالنظر في الأمور المهمة كالحدود والقصاص والجروح ، ثم تنازلوا عنها للقضاة (١) .

(١) انظر : تاريخ القضاء في الإسلام ، عرنوس ص ٢٤ ، القضاء في الإسلام ، مشرفة ص ١٢٦ .

ثانياً : محاكم قضاء المظالم :

وكانت تسمى ديوان المظالم ، ويقوم - في ظل الدولة الإسلامية - بمهام كثيرة ، ووظائف متعددة ، وكان يمارس اختصاصاً استشارياً وتنظيماً واختصاصاً تأديبياً وتفتيشياً على الموظفين وعمال الدولة ، كما يمارس اختصاصاً قضائياً ، وذلك بالنظر في الخلافات والخصومات التي تقع بين الرعية والحكام وأصحاب النفوذ ، شأنه في ذلك شأن " مجلس الدولة " أو " القضاء الإداري " في الأنظمة المعاصرة ^(١) .

ونذكر هنا اختصاصات والي المظالم القضائية فقط ، لنبين الفرق بينه وبين القضاء العادي .

وإن اختصاصات قاضي المظالم هي النظر في الأمور التالية :

- ١- المظالم الواقعة من الولاة على الرعية ، ومن الحكام على من تحت سلطانهم من العمال والموظفين .
- ٢- مايقع من الولاة من اغتصاب أموال بيت المال ، وخزانة الدولة ، والأموال العامة ، وما يغتصبونه من الناس مستغلين سلطتهم ووظيفتهم .
- ٣- مايقصبه الأقوياء وأصحاب النفوذ من أموال الناس .
- ٤- النظر في أمور جباة الضرائب ، وما يرتكبونه من جور في جباية الأموال .
- ٥- النظر في حالة كتاب الدواوين والدوائر والمؤسسات والقائمين عليها ، في إدارة شؤونها ، فينظر في صلاحيتهم لأدائها ، وخدمتهم ، وأمانتهم فيها ، وهذا نوع من أنواع الرقابة على موظفي الدولة ومستخدميها .
- ٦- النظر في أمور الأوقاف من ناحية تنفيذ شروطها ، وبناء الخراب منها ، ومحاسبة النظار عليها .
- ٧- النظر في تظلم الموظفين والمستخدمين والعمال والعسكريين فيما يتعلق بأرزاقهم ، وأوضاعهم والعنت الواقع بهم .
- ٨- تنفيذ أحكام القضاة ، وأوامر المحتسب ، التي عجزا عن إنفاذها .

(١) انظر نشأة قضاء المظالم والتعريف به ومقارنته بالأنظمة المعاصرة في كتاب : القضاء الإداري بين الشريعة والقانون ، للدكتور عبدالحميد الرفاعي ص ٧٩ ومابعدها .

٩- النظر بين المتشاجرين، والحكم بين المتنازعين ، كما يحكم به القضاء .
وهذه الاختصاصات تبين أن لناظر المظالم ، من فضل الهيبة ، وقوة اليد ، ما ليس للقضاء في كف الخصوم عن التجاحد ، ومنع الظلمة من التغالب والتجاذب ، كما يقول الماوردي ^(١) ، ولذلك اشترطوا فيه أن يكون جليل القدر ، نافذ الأمر ، عظيم الهيبة ، ظاهر العقبة ، قليل الطمع ، كثير الورع ، لأنه يحتاج في نظره إلى سطوة الحماة ، وثبت القضاء ، فاحتاج إلى الجمع بين صفتي الفريقين ^(٢) .
واتفق الفقهاء على اشتراط أن يكون والي المظالم رجلاً ، لأن قاضي المظالم يحكم على الأمراء والوزراء والإمام ، وينفذ أحكام الشرع عليهم ، وهذا لا يتحقق إلا في الرجل ، كما أن لوالي المظالم سلطة واسعة في البحث والنظر وطرق الإثبات والاستدلال بالآمارات والقرائن وشواهد الأحوال ، ولذلك اشترطوا أن يكون مجتهداً ما أمكن ^(٣) .

ثالثاً : محاكم قضاء الحسبة :

الحسبة هي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه ، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله ^(٤) ، وتمثل الحسبة معلماً بارزاً في تنظيم المجتمع الإسلامي ، والمعروف كل ما أوجب الشرع الإسلامي فعله ، أو استحسنته وندب إليه ، والمنكر : كل ما يخالف أحكام الشرع ، وهو أعم من المعصية ^(٥) .
وقد شرعت الحسبة في الإسلام ليكون المجتمع فاضلاً بتطبيق أحكام الله تعالى ، ودينه وشرعه ، فيسود فيه الفضائل ، وتحمى منه الرذائل ، فهي لمقاومة الشر ، وحماية المكارم ، وتطبيق النظام والآداب في الحياة .
والحسبة نظام خاص مستقل ينطوي على اختصاص إداري ، تقوم به في الوقت

(١) الأحكام السلطانية ، للماوردي ص ٧٧ ، القضاء الإداري ، الرقاعي ص ١٥٨ ومبعدها .

(٢) الأحكام السلطانية ، للماوردي ص ٧٧ .

(٣) الأحكام السلطانية ، للماوردي ص ٧٩ ، ٨٠ ، تاريخ القضاء في الإسلام ، الزحيلي ص ٢٥٠ .

(٤) الأحكام السلطانية ، للماوردي ص ٢٤٠ .

(٥) انظر : إحياء علوم الدين للغزالي ٢/٢٥٧ ، الحسبة في الإسلام ، فهمي ص ٦٠٣ من لسبوع الفقه الإسلامي بدمشق .

● القضاء في الإسلام ●

الحاضر إدارات كثيرة متخصصة ، تشرف عليها عدة وزارات في الدولة ، كالشرطة لتنظيم المرور ، ومنع المخالفات ، وأجهزة التموين لمراقبة الأسواق والأسعار والتجارة ، هيئة تفتيش الدولة ، أو المراقبة العامة ، ولذلك سمي شيخ الإسلام ابن تيمية كتابه " الحسبة في الإسلام أو وظيفة الحكومة الإسلامية " كما تمارس الحسبة نظام الاتهام الفردي الذي يعبر عنه بدعوى الحسبة في المخالفات والأمور الجنائية والآداب العامة ، وتقوم النيابة العامة اليوم ، أو نظام النائب العام ، والمحامي العام ، والإدعاء العام ، بجانب ضيق من الحسبة ، كما تشمل الحسبة أخيراً جانباً قضائياً ، وهو الذي يهمننا في هذا البحث ، ليقوم المحتسب بضبط المخالفات في أماكن وجودها ، وفرض العقوبة أو الغرامة على صاحبها ، ومنع المعتدي من الاعتداء ، لوقفه عن عدوانه وظلمه ، وتجاوزه وخروجه عن النظام والأحكام .

فالمحتسب ينظر في الدعاوى المتعلقة بالحقوق المعترف بها التي ترفع إليه ، أو تصل إلى علمه ، أو يراها مباشرة بعينه ، دون أن يحتاج إلى رفع دعاوى ، أو سماع الحجج والبيانات ، مثل دعاوى الغش والتدليس ، والتطفيف والتلاعب بالأوزان والأسعار ، أو التعدي في البناء ، والتجاوز في العمران ، والمخالفة في السلوك والتصرفات المالية والشخصية والاجتماعية ، والخروج عن الآداب والأحكام الشرعية في البيع والشراء ، ويحاكم بالتعزير والغرامة على مرتكب المخالفات والمحرمات التي لا تصل إلى الحد والقصاص ، ويأمر منع المنكرات بسرعة ، مما يقربه من نظام القضاء المستعجل في العصر الحاضر في القوانين الغربية المستوردة . وهذا الجانب القضائي في الحسبة دعا الحكومات في بعض البلاد الإسلامية ، كالعبيديين في مصر والمغرب ، والامويين في الأندلس ، إلى إدخالها في ولاية القاضي ^(١) .

واختصاص قاضي الحسبة ، كما يؤخذ من تعريفها ، يشمل امرين :
الاول : الامر بالمعروف فيما يتعلق بحقوق الله تعالى ، والنظام العام ، وحق المجتمع ، أو الأمة ، وحقوق آدميين ، والحقوق المشتركة بينهما .

(١) انظر : الحسبة ، الشيخ علي الخفيف ص ٩٥٤ ، الحسبة في الإسلام ، فهمي ص ٦٠٨ وكلاماً من لسبوع الفقه الإسلامي بدمشق ، تاريخ القضاء في الإسلام ، الزحيلي ص ٢٥٣ .

الثاني : النهي عن المنكر ، سواء كانت المنكرات تتعلق بحقوق الله تعالى ، أو بحقوق الأدميين ، أو الحقوق المشتركة بين الحقين (١) .

ويضاف إلى هذه المحاكم محكمة قاضي العسكر التي وجدت في العصور المتأخرة في الدولة الإسلامية ، وهي التي تفصل في خصومات الجند ، وهي وظيفة دينية جلية قديمة ، وإن قضاة العسكر أربعة ، كل واحد من مذهب (٢) .

وقد تعددت محاكم القضاء العادي خاصة ، وانقسمت إلى عدة محاكم بحسب الاختصاص القضائي الذي قرره الفقهاء ، وطبقه الخلفاء والحكام ، كما سنبينه بإيجاز .

الاختصاص القضائي :

يقوم الاختصاص القضائي على أساس توزيع القضايا والمشاكل والمنازعات على عدد من المحاكم التي تعمل في وقت واحد ، وتختص كل محكمة بأنواع معينة من المنازعات .

وتختلف اعتبارات هذا التوزيع الذي يقوم عليه اختصاص المحاكم ، فقد يكون التوزيع أصلاً بحسب المؤسسات القضائية التي تتحمل عبء التنظيم القضائي ، ومن هنا تنقسم الأعمال القضائية - في الأصل - على أنواع المحاكم السابقة ، وهي محاكم القضاء العادي ، ومحاكم قضاء المظالم ، ومحاكم قضاء الحسبة ، ومحاكم قضاء العسكر .

وقد يكون الاختصاص القضائي يعتمد في كل نوع من أنواع القضاء على الزمان ، أو على المكان ، أو على أنواع الحقوق المتنازع فيها ، ومن هنا ظهر الاختصاص المكاني ، والاختصاص الزماني ، والاختصاص النوعي أو الموضوعي ، قبل محاكم الأسرة ، أو محاكم الأحوال الشخصية ، ومحاكم الجنايات ، والمحاكم الجزائية ، ومحاكم المعاملات أو الأموال ، ومحاكم العقارات ، ومحاكم الوقف .

(١) انظر : الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٤١ ، نهاية الرتبة للشيرازي ص ١١ ، نهاية الرتبة ، لابن بسام ص ٢١٧ ، معالم القرية ، لابن الإخوة ص ١٥ ، إحياء علوم الدين ، ٢٥٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٢٨ .

(٢) انظر : نظام الحكم في الشريعة ص ٢٥٨ ، القضاء الإداري ص ٥٩ ، أخبار القضاة ٢٦٩/٣ .

● القضاء في الإسلام ●

وفكرة الاختصاص في أصلها تقوم على تعدد المحاكم في البلد الواحد والزمان الواحد .

والمحكمة هي مكان جلوس القاضي للنظر في الخلاف الناشئ بين الناس ، وتعرف في الفقه الإسلامي بمجلس القضاء ، وذكر الفقهاء أداباً كثيرة تتعلق بمجلس القضاء ، لا مجال لذكرها هنا .

المحكمة الشرعية :

ويقوم النظام القضائي في الإسلام - في الأصل - على وحدة المرجع القضائي ، فكان القاضي المسلم ، وهو ما يعرف اليوم بقاضي الشرع ، أو المحكمة الشرعية ، هي المرجع الوحيد للفصل في جميع المنازعات التي تحدث بين الناس ، بغض النظر عن موضوع الدعوى وأطرافها ، فينظر القاضي الشرعي بصورة نهائية في كل الخلافات التي تتعلق بالأسرة ، والمال والحقوق، والتصرفات بين الناس ، وفي الحدود والقصاص والعزير التي يجمعها اصطلاح الجنايات ، ويتعبير آخر تختص المحكمة الشرعية بكل الأحكام الشرعية .

وفي الصدر الأول من تاريخ الإسلام اقتصر القضاة غالباً على فصل المنازعات المدنية والمالية ، دون الدخول في الجراح والجنايات ، وكان النظر في الحدود والقصاص والجروح محصوراً بالخليفة أو الوالي لأهميتها ^(١) ، وكان قرار التعيين يبين للقاضي مجال تخصصه ، ففي بعض الأحيان يقتصر عمله على الفصل في قضايا الزواج والانكحة ، وأحياناً يتحدد في البت في مسائل المعاملات ، ثم يفوض النظر في الجنايات إلى قاض آخر ، وقد يعين الإمام أو الوالي عدداً من القضاة في بلد واحد ، مع تخصيص كل منهم في نوع معين من الخصومات ، أو في زمن معين من النهار ، أو في مكان معين من البلد ، كما يجوز أن تكون ولاية القاضي مقصورة على حكومة معينة بين خصمين ^(٢) .

وفي عهد الخليفة الأموي معاوية رضي الله عنه استحدث اختصاص النظر في الجراح ، فقد ذكر الكندي أن معاوية بن أبي سفيان كتب إلى القاضي سليم بن عتر

(١) انظر : الأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٢-٧٣ ، الإسلام والحضارة العربية ، محمد كرد

علي ١٥٤/٢ ، غياث الامم ، للجويني ص ١٣١ ، أدب القضاء ، لابن أبي الدم ص ٩١ .

(٢) الأحكام السلطانية ، للماوردي ص ٧٣ ، نظام الحكم ، القاسمي ص ٢٥٦ .

التجبيي يأمره بالنظر في الجراح ، وإن يرفع ذلك إلى الديوان ، فكان سليم أول قاض نظر في الجراح وحكم بها ^(١) .

ويتبين لنا من ذلك وجود عدد من المحاكم في زمان واحد ، وفي مكان واحد ، وتختلف باختلاف أنواع التخصص زماناً ومكاناً ، وموضوعاً ، وعموماً وخصوصاً .

أولاً : الاختصاص المكاني :

وهو تقييد القاضي بالقضاء في بلدة معينة أو ناحية منها ، ولا تكون له الولاية على البلد الآخر ، أو الناحية الأخرى ، ويتم هذا التخصيص بتعيين عدد من المحاكم في بلد واحد ، أو في بلدين مختلفين ، وتحدد ولاية كل محكمة بأن تشمل بلداً كاملاً ، أو مدينة وملحقاتها ، أو جزءاً من بلد معين ، ويكون اختصاصها شاملاً لجميع الحقوق ، ولكن في مكان وإطار معينين .

قال الماوردي : " ويجوز أن يكون القاضي عام النظر، خاص العمل ، فيقلد النظر في جميع الأحكام في أحد جانبي البلد ، أو في محطة منه ، فتتخذ جميع أحكامه في البلد الذي قلده ، والمحطة التي عينت له ، وينظر بين ساكنيه وبين الطارئین إليه " ^(٢) .

وقال ابن قدامة : " ويجوز أن يولي قاضياً عموم النظر في خصوص العمل ، فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلد بعينه ، فينفذ حكمه فيمن سكنه ، ومن أتى إليه من غير مكانه ، ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل " ^(٣) .

وكان القاضي يعين للولاية الإسلامية كلها ، أي القطر ، أو المحافظة أو المنطقة ، ويستقر في مركز القطر أو المحافظة أو الولاية ، وترجع إليه السلطة القضائية فيها ، ولعل منشأ هذا أن الخصومات كانت قليلة ، والقضاء أشبه بالإفتاء ، بالإضافة إلى حصر اختصاص القضاء عند إنشاء ديوان المظالم ، والتزام الناس بالترقية والآداب الإسلامية .

ولو قلد الإمام القاضي بلداً ، وسكت عن نواحيها ، فإن جرى العرف بإبعادها عنه لم تدخل في ولايته ، وإن جرى إضافتها دخلت ، وقد يكون التقليد على جميع البلاد ،

(١) الأحكام السلطانية، الماوردي ص ٧٣، الولاة والقضاء ، الكندي ص ٣٠٩، نظام الحكم ص ٢٥٦.

(٢) الأحكام السلطانية ، للماوردي ص ٧٣ .

(٣) المغني ٨٩/١٤ ، وانظر : حلاسية ابن علبدين ٣٥/٤ ، كشاف القناع ٢٩٢/٦ ، ادب القضاء ، ابن أبي الدم ص ٩١ .

● القضاء في الإسلام ●

أو على ناحية منها ، كما قلد رسول الله صلى الله عليه وسلم علي بن أبي طالب قضاء اليمن ، وقلد معاذ بن جبل القضاء في ناحية منها (١) .

ويلاحظ في الاختصاص المكاني أن القاضي ينظر في دعاوى الأشخاص الذين يقطنون المنطقة المحددة له ، كما ينظر دعاوى غير القاطنين فيها ، إذا كانوا مارين بها ، أي ينظر كل قضية تحدث أو تقع في المجال المكاني المعين ، وإذا كانت الدعوى بين مقيم في المنطقة وبين آخر في منطقة أخرى ، فالأصل أن يراعى في الاختصاص المكاني مكان المدعى عليه عند الحنفية والمالكية ، فإن كان المدعى عليه مقيماً في منطقة المدعى سمع منه ، وإلا ردها لعدم الاختصاص ، ويستثنى من قاعدة مكان إقامة المدعى عليه بعض الحالات ، فتسمع في مكان إقامة المدعي ، وإن كان المدعى عليه خارجها ، كدعوى النفقة الزوجية ، أو نفقة الحاضن ، فتسمع في مكان إقامة الزوجة والحاضن ، وكذا إذا كان النزاع على عقار ، فتكون المحكمة المختصة هي المحكمة التي تقع في دائرتها العقار ، ولو كان المدعى عليه في مكان آخر (٢) .

وقال الشافعية والحنابلة وبعض المالكية والقاضي أبو يوسف من الحنفية : يراعى مكان واختيار المدعي ، لأنه إذا ترك ترك ، وهو صاحب الحق في الدعوى (٣) .

ثانياً : الاختصاص الزماني :

وذلك بوجود عدد من المحاكم تعمل كلها في وقت واحد ، وفي مكان واحد ، لكن مع توزيع العمل بينهما ، فيعين قاض للنظر في أول النهار ، ويعين آخر للنظر في آخر النهار ، وكذا لوعين للقضاء في أيام معينة في الأسبوع جاز .

ويمكن أن يدخل في هذا النوع القاضي المناوب في أيام العطل والأعياد ، أو في الليالي وأيام الجمع ، وهو ما يعرف اليوم بقاضي الأمور المستعجلة .

قال الماوردي : " ولو قال : قللتك النظر بين الخصوم في كل يوم سبت جاز ، وكان مقصور النظر فيه ، فإذا خرج يوم السبت لم تزل ولايته قائمة لبقائها على

(١) انظر : مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣٨٠/٤ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٩١ ، سير

أعلام النبلاء ٣٨١/٢ ، ٣٨٢ ، أخبار القضاة لوكيع ٨٤/١ ، ١٠٠ ، ١٠١ .

(٢) القضاء في الإسلام ، مذكور ص ٥٣ .

(٣) نظرية الدعوى ٢٢١/١ ومابعدها .

أمثالها من الأيام ، وإن كان ممنوع النظر فيما عداه من الأيام " (١) .

ثالثاً : الاختصاص الموضوعي أو النوعي :

إن القاضي إما أن يكون عام النظر في جميع الدعاوى والخصومات في المعاملات والمناكحات والجنايات ، ويشمل عمله الأمور العشرة التي عددناها في اختصاص القضاء العادي ، وإما أن يكون خاص النظر في نوع معين منها ، أو فئة خاصة دون غيرها ، وذلك بتخصيص محكمة للحدود والقصاص والجروح (الجنايات) ، ومحكمة للنظر في المعاملات والأموال ، ومحكمة للزواج والطلاق والميراث وما يتعلق بها من أحكام الأسرة ، أو تخصيص بعض المحاكم للنظر في الدعوى ذات المقدار المعين من المال ، وما يزيد عنه ينظر لدى محكمة أخرى ، وجميع هذه الأنواع والاختصاصات كانت موجودة في الدولة الإسلامية عامة .

قال ابن قدامة : " ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل ، فيقول : جعلت إليك الحكم في المداينات خاصة في جميع ولايتي ، ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال ، نحو أن يقول : احكم في المائة فما دونها ، فلا ينفذ حكمه في أكثر منها ، ويجوز أن يوليه عموم النظر في عموم العمل ، وخصوص النظر في خصوص العمل " (٢) .

وقال أيضاً : " ويجوز أن يولي قاضيين وثلاثة في بلد واحد ، يجعل لكل واحد عملاً ، فيولي أحدهم عقود الانكحة ، والآخر الحكم في المداينات ، وآخر في النظر في العقار ، ويجوز أن يولي لكل واحد منهم عموم النظر في ناحية من نواحي البلد " (٣) . وكان القضاة في دمشق مثلاً على المذهب الشافعي ، ويعين لها قاض شافعي ، فلما جاء الملك الظاهر أحدث سنة ٦٦٤ هـ القضاة الأربعة على المذاهب الأربعة (٤) . قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ليزيد بن أخت النمر : اكفني بعض الأمور ،

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٣-٧٤ ، وانظر : حاشية ابن عثيمين ٣٥/٤ .

(٢) المغني ٩٠-٨٩/١٤ .

(٣) المغني ٩٠/١٤ .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٧ ، النظم القضائية ص ٦٨ .

• القضاء في الإسلام •

يعني صفارها ، ورد الناس عني في الدرهم والدرهمين ^(١) .
كما يجوز إنشاء المحاكم في قضية معينة ، وينتهي اختصاصها بانتهاء النظر فيها ، كما يجري اليوم ، وكما هو ثابت في سيرة الرسول صلى الله عليه وسلم مع عمرو بن العاص ، وعقبة بن عامر الجهني ، وحذيفة بن اليمان ^(٢) .

وإن بحث اختصاص المحكمة ، أو القاضي ، أو تعدد المحاكم وتنوعها ، من أدق المباحث ، إذ ليس له حدود مقررة ، وليس له تقدير في الشرع ، وإما يرجع إلى الاجتهاد والمصلحة ، وتحقيق العدل ، ومراعاة الأحوال والأزمان والامكنة ، وقد يدخل في بعض الأزمنة والامكنة في ولاية القضاء مالا يدخل في غيرها ، وكذا لعكس ، وللقاضي في الشريعة اختصاص عام إذا كانت ولايته عامة ، واختصاص خاص إذا كانت ولايته خاصة محدودة ، وهذا يرجع إلى الكتاب الذي يكتبه الإمام ، أو المسؤول عن تعيين القضاة ، للقاضي عند تقليده وتعيينه .

ويظهر من هذا أن القضاء في الإسلام يقوم على توزيع الأعمال القضائية على عدد معين من المحاكم والقضاة ، والمفصلين عن بعضهم بعضاً ، وكانت المحاكم متعددة في الوقت الواحد ، وفي المدينة الواحدة ، وإذا تنازع الخصمان في اختيار إحدى المحاكم أجيب الطالب " المدعي " وروعي حق المدعى عليه في بعض الأحيان ، وهذا بخلاف ما تجري عليه قوانين أصول المحاكمات العربية اليوم التي تتفق مع رأي الحنفية والمالكية ، وإن كان كل من الخصمين مدعياً ومدعى عليه تحاكما عند أقرب المحكمتين إليهما ، فإن استويا في القرب عمل بالقرعة ^(٣) ، كما يتم التعاون بين المحاكم عن طريق : " كتاب القاضي إلى القاضي " ^(٤) .

(١) أخبار القضاة ، وكيع ١/ ١٠٤ ، ١٠٥ ، تاريخ القضاء عربوس ص ١٢ ، تاريخ للقضاء في الإسلام ، الزحيلي ص ٨٧ .

(٢) انظر : الأحكام السلطانية ، الماوردي ص ٩٢ ، المغني ١٤/ ٩٠ ، حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٥٠ ، المستدرک للحاكم ٤/ ٨٨ ، سنن الدارقطني ٤/ ٢٠٣ ، ٢٢٩ ، سنن ابن ماجه ٢/ ٧٨٥ .

(٣) انظر : الاختصاص القضائي وتعدد المحاكم في : القضاء في الإسلام ، مذكور ص ٢٦ ، القضاء في الإسلام ، عطية مشرفة ص ١٠٩ ، ١١٠ .

(٤) المغني ١٤/ ٧٣ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٤٦٠ وما بعدها ، والمراجع المشار إليها عند الشافعية ، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٣٥ ، كشف القناع ٦/ ٣٥٥ ، القوانين الفقهية ص ٢٩٧ .

ونشير هنا إلى وجود هيئة قضائية عليا ، تشرف على المحاكم الأولى ، وتراقب أعمالها ، وتراجع أحكامها ، وتدقق ما يصدر عنها ، وتفتش عليها ، وتتصفح قراراتها ، فإن وجنتها مناسبة ومتفقة مع الشرع أقرتها ، وإن خالفت النص أو الإجماع أو القياس الجلي نقضتها ورفضتها ، وأعادتها إلى المحكمة التي أصدرتها لتعيد النظر فيها ، وهو ما يسمى اليوم بمحكمة الرقابة ، أو محكمة التمييز ، وتسمى في الأردن محكمة الاستئناف الشرعية ، وفي تونس محكمة التعقيب ، وفي المغرب المجلس الأعلى ، وفي مصر محكمة النقض ، وفي ليبيا المحكمة العليا ، وفي المملكة العربية السعودية محكمة التمييز كسورية (١) . ويمكن تعداد أنواع المحاكم في القضاء الإسلامي للعصر الحاضر ، مع مراعاة التطور الحديث ، والتوسع في جنابات القضاء ، كما يلي :

- ١- محكمة القضاء الشرعي عامة .
 - ٢- محكمة الأحداث أو الصغار .
 - ٣- محكمة الأمور اليسيرة أو محاكم الصلح ، أو المحاكم الجزئية .
 - ٤- محكمة الأمور المستعجلة .
 - ٥- محكمة العسكر .
 - ٦- المحاكم الجزائية ومحكمة الجنايات .
 - ٧- محكمة الأسرة أو الأحوال الشخصية .
 - ٨- المحكمة المدنية أو البداية أو المعاملات .
 - ٩- المحكمة التجارية .
 - ١٠- المحكمة العليا ، أو محكمة المراقبة ، أو محاكمة النقض أو التمييز .
- ويوجد الكثير من هذه المحاكم في البلاد العربية كالمملكة العربية السعودية وغيرها (٢) .

(١) تاريخ القضاء في الإسلام ، الزحيلي ص ٤٨٠ ، ٤٨٥ ، ٤٩١ ، ٥٠١ ، ٥١٢ .

(٢) التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية ، الزحيلي ص ١٥٧ وبعدها ، تاريخ القضاء الزحيلي ص ٥١٩ .

الفصل الرابع الإجراءات القضائية

إذا كان التنظيم القضائي في الإسلام على ما رأينا من الدقة والإحكام ، والإتقان وجودة الاختيار ، وحسن التطبيق ، فالواقع أن هذه الأمور لا تمثل إلا نصف القضاء ، وشطر العدل ، لأنه لا يكفي إقرار الحق والاعتراف به ، ولا يجدي فتح المحاكم وتنظيمها واختيار القضاة ، إذا لم يكن الطريق أمام القضاء معبداً ، وسبيل الحكم سهلاً ، وسير القضاء منظماً ومحكماً ومستقناً ، وذلك أن المحاكم والقضاة يشكلون هيكل القضاء أثناء الثبات والاستقرار ، بينما تبين الإجراءات القضائية ، التي تسمى اليوم أصول التقاضي أو المحاكمات ، الصورة والجوهر أثناء الحركة والعمل والنشاط ، وهذا هو المعيار الحقيقي في تحقيق العدل ، وكثيراً ما يدهش العقل لفكرة أو لمبدأ ، فإذا طبق تراجع عنه ، وانكشف زيفه ، والشرعية الغراء ، وضعت أصول التقاضي على أقوم منهج ، وأحكمت مبادئه ، ورسم رسول الله صلى الله عليه وسلم الأسس العامة التي كانت منار الأمة في تحقيق العدل ، وكانت رسائل عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم إلى القضاة تقيم دستور التقاضي بين الناس ، وترشد إلى أقوم المناهج في الإجراءات القضائية .

وهذه الإجراءات القضائية كثيرة وواسعة ، وتنسجم مع كل وسيلة تساعد في إحقاق الحق ، وفصل المنازعات ، وتدخل في عنوان "السياسة الشرعية للإمام والدولة " (١) .

وقد تختلف - أحياناً - إجراءات التقاضي بين الدعوى المدنية والشرعية ، والدعوى الجنائية ، ويظهر الفارق بما يسبق الدعوى الجنائية من تحقيق تقوم به الشرطة والأمن الجنائي المعاصر ، وقاضي التحقيق ، وقاضي الإحالة ، ويبرز فيها دور النيابة العامة ، والمحامي العام ، والحق العام ، أو حق الله ، أو حق المجتمع ، مع ما يرافق الدعوى الجنائية من حبس المتهم احتياطاً ، وتقييد حريته ، وقد يناله شيء من التهديد والإنذار لحمله على كشف الحقيقة والاعتراف بها ، وهذا إذا قويت

(١) انظر: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، لابن تيمية ص ١٠، تبصرة الحكام ١٣٢/٢.

الشبهة حوله ، وتعددت القرائن التي تدينه ، وتشير إلى جنائته ، وفي الأمور المدنية يتم حجز المتنازع فيه أو توضع عليه إشارة الحجز ، أو يوضع في مكان خاص ، ويعين له حارس قضائي .

ولابد من الإشارة أيضاً إلى البساطة في الإجراءات القضائية في الإسلام ، لسهولة الوصول إلى الهدف والعناية ، ويساعد على ذلك التربية الدينية ، والوازع الداخلي ، والضمير الديني ، ومراقبة الله تعالى ، والخوف منه ، وما يترتب على ذلك من قلة المنازعات والدعاوى .

ويمكننا أن نشير هنا باختصار شديد إلى أهم الإجراءات القضائية في القضاء الإسلامي ، وأن المؤسسات القضائية تسير على أربع مراحل فقط ، في سبيل قطع النزاع ، وإنهاء الخلاف ، ورد الحق إلى صاحبه ومنع الاعتداء ، وهي الدعاوى ، والإثبات ، والحكم والتنفيذ ، وأفرد الفقهاء لكل منها كتاباً فأكثر ، وصنفوا في كل منها مؤلفات كاملة ، ونعرف كلاً منها بـ **سطور** .

أولاً : الدعوى :

عرفها بعض الحنفية بقولهم : " مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته " (١) ، وعرفها القرافي المالكي بقوله : " طلب معين ، أو ما في ذمة معين ، أو ما يترتب عليه أحدهما ، معتبرة شرعاً ، لا تكنبها العادة " (٢) .

وعرفها الخطيب الشربيني الشافعي بقوله : " إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم " (٣) .

وعرفها ابن قدامة الحنبلي بقوله : " إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء عليه " (٤) .

واستنتج الدكتور محمد نعيم ياسين تعريفاً عاماً فقال : " هي قول مقبول ، أو ما يقوم مقامه ، في مجلس القضاء ، يقصد به إنسان طلب الحق له ، أو لمن يمثله ، أو

(١) درر الحكام ٣٢٩/٢ ، العناية على الهداية مع شرح القدير ١٣٧/٦ .

(٢) الفروق للقرافي ٧٢/٤ .

(٣) مغني المحتاج ٤٦١/٤ ، وانظر : أدب القضاء ، ابن أبي الدم ص ١٨٤ .

(٤) المغني ٢٧٤/١٤ .

حمايته " (١) شفهاً أو كتابياً .

ويمكننا اختصار ذلك بأن الدعوى : إخبار الشخص بحق لنفسه على غيره في مجلس القضاء (٢) .

والشريعة الغراء حصرت الوصول إلى الحق عن طريق رفع الدعوى أمام المحاكم التي تقيمها الدولة ، وتشرف على تنظيمها ، وسير العمل فيها ، وبذلك قضت إلى الأبد - ومنذ أربعة عشر قرناً - على أسلوب القضاء الفردي ، والانتقام الشخصي ، والاختصاص ، والاعتماد على قوة الخصم ، أو القبيلة ، أو سطوة العشيرة في سبيل الوصول إلى الحق ، وإن فقدت القوة الخاصة ضاع الحق ، وقد نقلت الشريعة هذه القوة إلى الدولة ، لتحمي الحق لصاحبه ، مهما كان وضعه ، سواء كان قوياً أم ضعيفاً ، ولا تزال كلمة أبي بكر الصديق الماثورة تجلجل في أصداء التاريخ عندما قال: "القوي فيكم ضعيف عندي حتى أخذ الحق منه، والضعيف فيكم قوي عندي حتى أعطيه حقه" (٣)، قال الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ ، وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ ، وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ، فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ، إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾ (٤) . ثم قال تعالى : ﴿ فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ، ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ ، وَيَسْلَمُوا تَسْلِماً ﴾ (٥) .

والدعوى أركان وشروط ، ولها أنواع وقواعد وأسس وأحكام .
وأركان الدعوى أربعة ، وهي المدعى ، والمدعى عليه ، والمدعى به ، والصيغة (٦) ، لأن الدعوى تتوقف على هذه الأشياء ، فالمدعى به هو الحق المتنازع عليه ، أو المطالب

(١) نظرية الدعوى ١٠١/١ .

(٢) أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، الزحيلي ص ١١٧ .

(٣) هذا جزء من خطبة أبي بكر رضي الله عنه، وسبقت الإشارة إلى المرجع عند الكلام في أهداف القضاء .

(٤) سورة النساء من الآية ٥٩ .

(٥) سورة النساء الآية ٦٥ .

(٦) هذا عند جمهور الفقهاء ، ويرى الحنفية أن الدعوى لها ركن واحد وهو الصيغة أو الطلب ، انظر تفصيل ذلك في نظرية الدعوى ١٨٠/١ وما بعدها .

به ، أو الذي وقع الاعتداء أو المخالفة عليه ، ويسمى - فيما بعد - محل الإثبات ، والمحكوم به ، والصيغة : هي المطلب المقدم إلى القاضي للنظر فيه ، والحكم فيه ، والمطالبة به من الخصم ، والمدعي والمدعى عليه معا طرفا الدعوى أو الخصومة ، ويرى الحنفية أن ركن الدعوى هو الصيغة فقط .

ويهتم الفقهاء بكثرة بالتمييز بين المدعي والمدعى عليه ، لأنهما طرفا الخصومة والنزاع في الدعوى ، ويترتب على كل منهما واجبات والتزامات ، لذلك يحرص القاضي على التقريق بينهما ، وتمييز المدعي من المدعى عليه ، ليسهل عليه النظر في الدعوى ، والسير فيها ، وتكليف كل طرف ما يجب عليه شرعاً ، وبناء على التمييز بينهما يحدد مسار الدعوى كلها من الأساس ، لذلك وضع الفقهاء عدة ضوابط ومعايير للتمييز بينهما ، ونكتفي بذكر اثنين منها :

الأول : أن المدعي من إذا ترك الخصومة ترك ، والمدعى عليه من إذا ترك الخصومة لم يترك .

الثاني : أن المدعي من يخالف قوله الظاهر ، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر ^(١) . ويشترط في الدعوى عدة شروط لاعتبارها شرعاً ، وللنظر فيها أمام القاضي ، وهي شروط في المدعي ، وشروط في المدعى عليه ، وشروط في المدعى به ، وشروط في الصيغة .

فيشترط في كل من المدعي والمدعى عليه أن يكون أهلاً لرفع الدعوى والجواب عنها ، والقيام بإجراءاتها ، بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً ، وأن يكون كل منهما ذا شأن وعلاقة وارتباط في القضية التي أثرت حولها الدعوى ، وأن يعترف الشرع لكل منهما بهذه الصفة واشترط الحنفية حضور المدعى عليه ، ومنعوا الحكم والدعوى على الغائب إلا نادراً .

ويشترط في المدعى به أن يكون مشروعاً ، بأن يقره الشرع ، أو أن يكون المدعى به جائزاً شرعاً ، ويكون فيه مصلحة لصاحبه ، وأن تكون هذه المصلحة محمية بالقضاء ، ويعبر بعض الفقهاء عن هذا الشرط بشرط الإلزام في الدعوى ، كما يشترط في المدعى به أن يكون معلوماً ، وذلك بتمييزه عن غيره ، إما بالإشارة إليه ،

(١) انظر : أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٨٥ ، ١٨٧ ، معين الحكام للطرابلسي ص ٥٢ ، تبصرة الحكام ١/١٢٢ ، درر الحكام ٢/٣٢٩ ، رد المحتار ٥/٥٣٢ ، تكملة فتح القدير ٦/١٣٩ .

● القضاء في الإسلام ●

أو بيان حدوده ، أو تعيين أوصافه بالجنس والنوع والصفة والمقدار ، حتى يتحدد في الدعوى ، ويتم الإدعاء به والخصومة عليه ، وبالتالي ليحكم به القاضي ، ويتم عليه تنفيذ الحكم ، ويستثنى من ذلك حالات مذكورة في كتب الفقه .

ويشترط في المدعى به أن يكون مما يحتمل الثبوت عقلاً أو عادة أو شرعاً ، وأن تكون الدعوى في مجلس القضاء (المحكمة ، أو ديوان المحكمة ، أو الارشيف) ، وأن تكون الدعوى والصيغة جازمة وتدل على رغبة صاحبها في مدعاه ، وإضافته لنفسه بدون تشكك أو تردد ، كما اشترط بعض الفقهاء شروطاً أخرى في الصيغة ، بأن لا تكون متناقضة ، وأن يحدد المدعي خصمه في الدعوى ، ويطلب بالحق ، ويطلب القاضي بإحضار المدعى عليه ومطالبته بالجواب ، واشترط الحنفية أن تكون الدعوى من المدعي مباشرة ، ولا تصح الوكالة في رفع الدعوى إلا بموافقة المدعى عليه (١) . والدعوى إذا استكملت شروطها فهي دعوى صحيحة ، وإلا فباطلة ، وإن نقص شرط يمكن استدراكه سميت الدعوى ناقصة ، أو فاسدة ، ويطلب تداركه أو تصحيحه حتى يمكن النظر فيها (٢) .

كما تنقسم الدعوى إلى دعوى جنائية ، وتسمى دعوى التهمة التي يكون محلها عملاً شائئاً ، أو محرماً ، أو ممنوعاً ، ويرتب الشارع على فاعله عقوبة في الدنيا ، وتختص بإجراءات التحقيق التي تسبق الدعوى ، مع حبس المتهم ، أو توقيفه ، وتكون نتيجتها إما البراءة ، وإما توقيع العقوبة إن ثبت الفعل الممنوع أو المحرم أو الشائن ، وإلى دعوى غير جنائية ، أو دعوى غير التهمة ، وتسمى اليوم الدعوى المدنية ، ويكون محلها في الأصل عملاً مباحاً ومشروعاً وجائزاً ، ولكن حصل الاختلاف فيه ، أو في آثاره ونتائجه ، وهذه الدعوى تختلف عن سابقتها في الإجراءات ، والإثبات ، والحكم ، والتنفيذ (٣) .

وتنقسم الدعوى المدنية إلى دعوى الدين الذي يثبت في الذمة ، ودعوى العين التي

(١) انظر شروط الدعوى في أدب القضاء ، لابن أبي الدم ص ١٩٠ ، درر الحكام ٣٣١/٢ ، رد المحتار ٥٤٧/٥ ، تكملة فتح القدير ١٤٤/٦ ، تبصرة الحكام ١٣٠/١ ، المغني ١٧٤/١٤ ، نظرية الدعوى ٢٧١/١ .

(٢) انظر : المدخل الفقهي العام ، للأستاذ مصطفى الزرقا ٨٤٤/٢ ، نظرية الدعوى ٢٣٦/١ .

(٣) انظر : الطرق الحكيمة ، لابن القيم ص ٧٨ ، ٨٢ ، ٨٨ ، أصول المحاكمات الشرعية ص ١٢٧ .

يكون محلها عيناً موجودة في الخارج ، ولها جرم في الوجود ، وتشغل حيزاً محدوداً في الكون، وتنقسم دعوى العين أيضاً إلى دعوى المنقول ، ودعوى العقار ، والثمره من هذا التقسيم هو الاختلاف في تحديد شرط العلم بالمنقول عن العلم بالعقار ، وتحديد المحكمة المختصة ، وطبيعة الحكم ، وكما تشمل الدعوى المدنية دعوى الحقوق الشرعية التي يكون محلها حقاً شرعياً مجرداً دون أن يكون عيناً أو ديناً ، كالنسب والنكاح والحضانة ، وتسمى اليوم الدعوى الشرعية ، أو دعوى الأحوال الشخصية ، كما تشمل الحقوق الشرعية الدعوى بالشفعة والوكالة والولاية والأهلية وعوارض الأهلية ، وغير ذلك ^(١) .

وإجراءات النظر في الدعوى تسير على مراحل ، ولها قواعد محددة ، أهمها : النظر في طلب الدعوى عند تقديمها للتأكد من صحتها ومدى انسجامها مع اختصاص المحكمة أو القاضي ، ثم إحضار الخصمين ، أو من يقوم مقامهما ، ثم سماع أقوال الطرفين ، وبعد ذلك ينتقل القاضي إلى الأساس الثاني "الإثبات" مع وجوب التزامه بأداب النظر في الدعوى ، وهي كثيرة ، أهمها : المساواة بين الخصمين ، وعلنية المحاكمة ، وحرية الدفاع ، واعتدال حال القاضي ، والمشاورة ، وغيرها ^(٢) .

ثانياً : الإثبات :

وهو إقامة الحجة والدليل أمام القاضي بالطرق التي حدتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار ^(٣) .

فإذا سمع القاضي أقوال الخصوم ، وميز بين المدعي والمدعى عليه ، فلما أن يقر المدعى عليه بالحق المدعى به ، وهنا يأمره القاضي بإبراء ذمته ، وتنفيذ ما أقر به ، وتسليم الحق للمدعي ، وإن أنكر المدعى عليه طلب القاضي من المدعي الأدلة والحجج والبيانات التي تثبت حقه .

وذلك أن الحق والعدل الذي يريد القاضي إقامته وتحقيقه يتيه بين ادعاءات الخصوم ، ولا بد من كشفه وإظهاره وبيانه للقاضي ليحكم به ، وإلا ضاع الحق

(١) أصول المحاكمات الشرعية ص ١٢٨ ، نظرية الدعوى ١/٢٤١ .

(٢) نظرية الدعوى ٢/٤٠ ومبعضها .

(٣) انظر : وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ، للدكتور محمد الزحيلي .

● القضاء في الإسلام ●

وذهب في متاهات الظلم والطغيان ، وبين أيدي الطغاة ، وأرجل الظالمين والباغين ، وعلى المدعي أن يثبت حقه في مجلس القضاء ، وإلا فقد ، وذهب في أدراج الرياح ، وأصبح هباء منثوراً ، قال الشاعر :

والدعوى إن لم يقيموا عليها بينات أصحابها أدياء

ولا يستطيع القاضي أن يحكم بمجرد طلب المدعي وأدعائه ، لأنه قد يكون كاذباً ومفترياً أو واهماً ، وهذا ما حذر منه رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على من أنكر " وفي رواية البيهقي : " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " (١) ، وقال عليه الصلاة والسلام للمدعي : " شاهداك أو يمينه ... ، ليس لك إلا ذلك " (٢) .

فلابد لحماية الحق من دليل وبينة تثبته وتظهره أمام القضاء ، ولذا قيل : الدليل فدية الحق .

وقد نظم الإسلام الإثبات ، ونص على الحجج والبيانات ، وبذل سلفنا الصالح الجهد الكبير لدراسته وبحته والتفريع عليه ، ووضعوا للقاضي منارات يستضيء بها في إثبات الحق ، وجاء القضاء في ظل الدولة الإسلامية فأكملوا البناء وزينوه وزخرفوه ، حتى أصبح القضاء والإثبات نموذجاً ومثلاً رائعاً لمن ينشد الحق والعدل (٣) .

والشارع الحكيم أرسى أقدس مبدأ في تحقيق العدل ، ومنع أصحاب الأهواء من الادعاءات الباطلة ، وذلك بوجود الإثبات أمام القاضي للفصل في القضية ، ورأى المشرع الحق والمساواة والواقع بين الأفراد عندما قرر المبدأ الذي وصلت إليه البشرية في عصرها الحاضر : " البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر " ، ونادى رسول

(١) هذا الحديث رواه البخاري ومسلم وأحمد وأصحاب السنن والبيهقي (صحيح البخاري بشرح السندي ٥٢/٢ ، صحيح مسلم بشرح النووي ٢/١٢ ، جامع الترمذي مع تحفة الأحوي ٥٧٠/٤ ، سنن أبي داود ٢٧٩/٢ ، سنن النسائي ٢١٨/٨ ، سنن ابن ماجه ٧٧٨/٢ ، سنن البيهقي ٢٥٣/١٠ ، نيل الأوطار ٢١٦/٨ ، سبل السلام ١٣٤/٤ ، نصب الراية ٣٩١/٤) .

(٢) رواه البخاري ومسلم ، وأصحاب السنن (صحيح البخاري حاشية السندي ٥٢/٢ ، ٧١ ، ٤ ، ١٦٤ ، صحيح مسلم بشرح النووي ١٥٨/٢ ، سنن أبي داود ١٩٧/٢ ، مسند أحمد ٣٧٩/١ ، نصب الراية ٩٥/٤ ، التلخيص الحبير ٤٠٧/٢) .

(٣) انظر أهمية الإثبات في وسائل الإثبات ص ٣٣ .

الله صلى الله عليه وسلم بشعار الإثبات ، وطبقه عملياً لمنع الظلم ، والوقوف أمام الظالم من التسلط على حقوق الناس ، فأوجب البيئة على المدعي وأنشط الحكم بها ، فإن عجز وجبت اليمين على المدعى عليه .

وأقرت الشريعة وسائل كثيرة للإثبات ، أهمها سبعة ، وهي : الشهادة والإقرار ، واليمين والكتابة ، والقرائن وعلم القاضي (عند بعض الفقهاء والمذاهب) والخبرة والمعاينة ، وتحت كل منها تفاصيل كثيرة ، وفروع عديدة ، ولكل منها أركان وشروط وأحكام مفصلة بينها الفقهاء ، ولا مجال لعرضها هنا .

ثالثاً : الحكم القضائي :

وهو فصل الخصومة ، وحسم النزاع ، بقول أو فعل يصدر عن القاضي ، ومن في حكمه ، بطريق الإلزام . وذلك أن ثبوت الحق أمام القاضي لا يعتبر غاية في ذاته ، وإنما هو وسيلة إلى إصدار الحكم ، بإعطاء الحق لصاحبه ، وهذا هو القصد من الدعوى والإثبات ، وهو الهدف والغرض والغاية التي وجد من أجلها القضاء ، وهو معرفة صاحب الحق ، وفصل النزاع في الخصومة ، وهو المرحلة الأخيرة من مراحل الدعوى ، بل هو أهم مرحلة في الدعوى ، ولا قيمة لدعوى وإثبات إذا لم يصدر بعدهما حكم ، ولا ميزة للقضاء إذا لم يقترن بحكم ملزم ، ولا فائدة من الاعتراف بالحقوق إذا لم تحمها الدولة ، وتحافظ عليها وتردها إلى أصحابها .

وحكم القاضي له أسس شرعية لإصداره ، وله شروط عدة ، أهمها (١) :

- ١- أن تتقدمه دعوى صحيحة إذا كان الحق المتنازع فيه من حقوق العباد ، أما حقوق الله تعالى ، أو حقوق المجتمع ، أو حقوق الأمة ، أو النظام العام ، فلا يشترط فيها تقديم دعوى ، وإنما تتولى الدولة ، أفراداً أو جماعات ، هيئات ومؤسسات ، ومنها الشرطة والنيابة العامة ، وقضاء الحسبة ، والقضاء عامة ، بالمحافظة على حقوق الله تعالى ومراقبتها ، ومنع الاعتداء عليها ، وتسمى فقهاً : دعوى الحسبة .

(١) انظر : الروضة للنووي ١١/١٦٢ ، تبصرة الحكام ١/٨٨ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٤٨٨ ، نظرية الدعوى ٢/٥٨١ ، وملبعها ، المغني ١٤/٢٩ .

• القضاء في الإسلام •

- ٢- أن يكون الحكم بصيغة جازمة لإنهاء النزاع ، وإلزام الخصم بالمحكوم به .
- ٣- أن يكون الحكم واضحاً ، بأن يبين فيه بشكل تفصيلي ودقيق اسم المحكوم له ، والمحكوم عليه ، والمحكوم به ، دون لبس أو إبهام ، مع أمور أخرى كذكر اسم المحكمة والقاضي وتاريخ الحكم .
- ٤- أن يكون الحكم موافقاً للأحكام الشرعية ، لأن القاضي مكلف ومعين للفصل بين المتنازعين بالأحكام الشرعية المتلقاة من مصادر الشريعة ، كما سبق في تعريف القضاء ، قال تعالى : ﴿ وَإِنْ أَحْكَمْتُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ، وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾ ^(١) ، وقال تعالى : ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَلْحَكْمَ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ ﴾ ^(٢) ، وقال تعالى : ﴿ وَإِنَّا حَكَمْتُ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ ^(٣) ، والعدل والقسط والحق هو ما نزله الله تعالى في شريعته ودينه ، وماعداه فهو الظلم والجور والباطل ، قال تعالى : ﴿ فَمَا نَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ ﴾ ^(٤) ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمعاذ لما بعثه إلى اليمن قاضياً : (كيف تقضي إن عرض عليك قضاء ؟ قال : أقضي بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله ، قال : فإن لم تجد بسنة رسول الله ؟ قال : اجتهد رأيي ولا ألو . أي لا أقصر ، فسر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وضرب على صدره ، وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ، لما يرضي الله ورسوله) ^(٥) .

- ٥- استحب بعض الفقهاء أن يبين القاضي أسباب الحكم ومستنده فيه ، قال الإمام الشافعي : " وأحب للقاضي إذا أراد القضاء على رجل أن يجلسه ، ويبين له ، ويقول له : احتججت عندي بكذا وجاءت البيينة عليك بكذا ، واحتج خصمك بكذا فرايت الحكم عليك من قبل كذا ، ليكون أطيب لنفس المحكوم عليه ، وأبعد عن

(١) سورة المائدة من الآية ٤٩ .

(٢) سورة المائدة من الآية ٤٢ .

(٣) سورة النساء من الآية ٥٨ .

(٤) سورة يونس من الآية ٣٢ .

(٥) هذا الحديث رواه أبو داود ٢٧٢/٢ ، والترمذي ٥٥٧/٤ ، وأحمد ٥/٢٣٠ ، ٢٣٦ ، ٢٤٢ .

والدارمي ٦٠/١ ، والبيهقي ١١٤/١٠ وغيرهم ، (جامع الأصول ٥٥/١٠) .

التهمة ، وأحرى إن كان القاضي غفل من ذلك عن موضع فيه حجة أن يبينه " (١) .
وهذا ما اعتبرته القوانين الوضعية المعاصرة ، وجعلت تسبب الأحكام شرطاً
أساسياً لصحتها .
رابعاً : التنفيذ :

أي تنفيذ الحكم القضائي الذي صدر عن القاضي ، وتوافرت شروطه ، واستنفذ
إجراءاته الكاملة ، فيكون تنفيذ الأحكام القضائية هو الهدف الأخير من وجود القضاء
والمحاكم ، ورفع الدعوى والتحقيق فيها والإثبات ، وإصدار الحكم من القاضي ، كما
سبق في رسالة عمر رضي الله عنه : " فإنه لا ينفع تكلم بحق لانفاذ له " (٢) ، لأن
المقصود الحقيقي أن يصل صاحب الحق إلى حقه ، وأن يرفع الظلم والعدوان عن
المظلوم ، وأن ترد الحقوق إلى أصحابها ، وأن تصان الأنظمة والأحكام ، والحرمان
والمقدرات ، وأن يؤخذ على يد المجرم ، ويمنع من الإجرام والاعتداء ، وينزجر غيره
عن مثل فعله ، وأن يلتزم كل إنسان بماله وما عليه ، وأن يحفظ الدماء والأعراض
والأموال ، وأن يتم تطبيق الشريعة الغراء على النهج السليم ، وأن ينال المعتدي جزاءه
العادل ، ليكون ذلك ردةً لغيره ، وزجراً له ، وكل هذا لا يتحقق إلا عن طريق تنفيذ
الأحكام التي يصدرها القضاة بعد الدعوى والبحث ، والتحقيق والإثبات ، ومعرفة
حكم الله تعالى في الواقعة .

وإن الخصومة أو الدعوى لا تنتهي بإصدار الحكم ، بل لابد من تنفيذه بطريقة
صحيحة ، لما قد ينشأ من خلاف بين المتنازعين في التنفيذ ، ولما قد يعترض التنفيذ
من صعوبات جديدة ، ومشاكل طارئة ، وقد يقع في التنفيذ كثير من مجاوزة الحكم

(١) الام للإمام الشافعي ٢٣٤/٦ طبع دار الفكر .

(٢) هذا جزء من رسالة عمر المشهورة إلى أبي موسى الأشعري رواتها البيهقي ١١٥/١٠ ، ١١٩ ،
والدارقطني ٢٠٦/٤ ، وذكرها الماوردي ، الأحكام السلطانية ص ٧١ ، وابن القيم (اعلام
الموقعين ٩١/١) والسرخسي (المبسوط ٦٠/١٦) وابن فرحون (تبصرة الحكام ٢١/١)
وغيرهم ، وقال ابن القيم : " وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول ، وبنوا عليه أصول الحكم
والشهادة " وشرحه بما يزيد عن خمسمائة صفحة ، وانظر : مقدمة ابن خلدون ص ٢٢١ ،
شرح نهج البلاغة ٩٠/١٢ ، أخبار القضاة ، وكيع ١/٧٠ ، ٢٨٣ ، روضة القضاة للسمناني
١٤٧٨/٤ .

● القضاء في الإسلام ●

والحق ، أو تقصير فيه ، أو يساء استعماله ، ويستغل لمقاصد أخرى ، لذلك احتل التنفيذ هذه الأهمية .

يقول ابن فرحون المالكي: "فالتنفيذ غير الثبوت والحكم ، فالثبوت هو الرتبة الأولى ، والحكم هو الرتبة الوسطى ، والتنفيذ هو الرتبة الثالثة" (١) .

وإذا لم ينفذ الحكم القضائي أصبح عبثاً ، وفقد مسوغ وجوده ، والحكمة من إنشائه ، وأضحت الأحكام القضائية مجردة عن قوتها وهدفها ومفعولها ، وأصبحت مجرد توصية واستشارات ، وهذا ما حذر منه الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه بقوله " فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له " .

وإن القوة الملزمة في الأحكام القضائية هي أهم ما يميزها عن الإفتاء والاستشارات ، كما ذكرنا سابقاً ، وإن عدم تنفيذ الحكم يفقد الدولة هيبتها ، ويسود في المجتمع القوضى ، ويفقد الإنسان كرامته وإنسانيته ويتطلع إلى المنافذ التي توصله إلى حقه ، إما بالقوة والبطش والثأر ، وإما بالوسائل الدنيئة كالرشوة والتحايل ، وهو ما يجري في شريعة الغاب ، وينذر بانهايار الأمة والمجتمع (٢) .

وإن الحكم القضائي واجب التنفيذ وجوباً كاملاً على القاضي الذي أصدره ، وعلى الدولة التي تقف وراءه ، لتمنحه القوة في القضاء ، والإلزام في الأحكام ، ويجب على جميع أجهزة الدولة أن تتعاون في تنفيذ الأحكام القضائية ، وإلا تعرضت لخطر الإثم والظلم والإعراض عن حكم الله تعالى ، وهذا خطر كبير وجسيم في الدنيا والآخرة ، ولذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث العسيف : " واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها " ، فغدا عليها فاعترفت ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت " (٣) .

وقد يقوم المحكوم عليه في الأحكام المالية والمدنية والشرعية بتنفيذ الحكم القضائي تلقائياً من نفسه ، وإلا طلب منه القاضي ذلك بشيء من الصرامة ، وملوحاً بالتهديد ، وإلا أرسل القاضي إلى أجهزة الدولة لتقوم بتنفيذ الحكم بالقوة والرهبة

(١) تبصرة الحكام ١١٦/١ .

(٢) انظر : معين الحكام ص ٥٢ ، لسان الحكام ص ٢٢٢ ، أدب القضاء للغزالي ٢٩٧/١ ، تاريخ القضاء ، عرنوس ص ١٤٥ ، نظرية الدعوى ٢/٢١٥ .

(٣) صحيح مسلم ٢٠٥/١١ ، نيل الأوطار ٩١/٧ ، أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم ص ١٦ .

واستعمال السلطة ، والاستعانة بالشرطة ، ولا مانع من إشراف قاضي التنفيذ على ذلك ، كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في قضائه بالدين لكعب بن مالك على ابن أبي حدرد ، فقال له : " قم فاقضه " (١) .

ويشترط في تنفيذ الأحكام القضائية عدة شروط ، وترتبط بها عدة إجراءات خاصة ، وأداب جمة ، منها :

١- أن يتم تنفيذ الأحكام الجنائية ، والعقوبات البدنية عن طريق الدولة حصراً ، وتحت إشرافها ورقابتها ، أما الأحكام غير الجنائية فيمكن للمحكوم عليه أن ينفذها طوعاً واختياراً ، ولا تولت الدولة القيام بذلك ، كما سبق في حديث العسيف ، وأحاديث رجم ماعز ، والقضاء في جناية قتل اليهودي الذي رضى رأس جارية بين حجرين (٢) .

٢- أن يتولى القاضي بنفسه الإشراف على تنفيذ الحكم ، أو ينيط التنفيذ إلى دائرة التنفيذ القضائية ، أو قاضي التنفيذ ، قال ابن فرحون المالكي : " وهو (أي تنفيذ الحكم) على قسمين : تنفيذ حكم نفسه ، وتنفيذ حكم غيره ... " (٣) .

٣- اشترط الفقهاء أن يتم تنفيذ الحدود بحضور الإمام (الحاكم الأعلى) أو من ينوب عنه ، لتتم العلانية في التنفيذ ، وأن يتم الرجم والجلد على رؤوس الأشهاد ، ليحقق الحكم أهدافه كاملة (٤) ، لقوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (٥) ، وهو ما حدث في حديث العسيف ، ورجم ماعز .

٤- التقيد في الحكم ، فيشترط في التنفيذ أن يتم في إطار الحكم وحدوده فقط ، وبشكل دقيق ومحدد ، وكل زيادة أو نقص أو تغيير فيه يعتبر تجاوزاً للحق ، وظلماً وجوراً وعدواناً ، ولهذا اشترط الفقهاء أن يكون التنفيذ مع وجود القاضي ، وإشراف الدولة .

(١) سنن أبي داود ٢/٢٧٣ ، نيل الأوطار ٨/٢٨٧ .

(٢) نيل الأوطار ٧/١٨ .

(٣) تبصرة الحكام ١/١١٦ ، وانظر : أصول المحاكمات الشرعية ، الزحيلي ص ٢٧١ .

(٤) المهذب للشيرازي ٢/٢٦٩ طبع الحلبي بالقاهرة .

(٥) سورة النور من الآية ٢ .

• القضاء في الإسلام •

٥- أن يكون التنفيذ للحكم النهائي بعد أن يستكمل جميع شروطه الموضوعية ، وإجراءاته القضائية ، كإنتهاء المواعيد والأجال والأعذار والتعجيز والنطق بالحق ، والتوقيع على الحكم من الجهات المختصة ، أو المحكمة العليا ، أو قاضي القضاة ، أو رئيس الدولة ^(١) .

وهناك آداب كثيرة ، وإجراءات متعددة لكل نوع من أنواع تنفيذ الأحكام القضائية، نحيل القارئ فيها إلى كتب سلفنا الصالح، وتراثنا الفقهي الزاخر^(٢).

(١) تبصرة الحكام ١٦٦/١ وما بعدها .

(٢) انظر : حاشية ابن عيدين ، رد المحتار ١١/٤ ، حاشية النسوي ٣٢٠/٤ ، مغني المحتاج ١٥٢/٤ ، ١٧٤ ، المغني ٢٩/١٤ ، ١١١ ، أدب القضاء ، لابن أبي الدم ص ٤٦٦ .

الخاتمة

وتتضمن عرضاً لأهم ميزات القضاء في الفقه الإسلامي ، لبيان الخلاصة السريعة لهذا النظام الفريد ، ثم نذكر أهم التوصيات والمقترحات في ذلك لمستقبل مجتمعنا الإسلامي المعاصر .

ميزات القضاء في الفقه الإسلامي :

يمتاز القضاء في الفقه الإسلامي ، وفي تاريخه التطبيقي العملي في ظل الدولة الإسلامية بميزات كثيرة عن غيره من الانظمة القضائية الأخرى ^(١) ، أهمها ما يلي :

١- إن ميزات الشريعة الإسلامية عامة تنطبق على القضاء الإسلامي ، لأنه جزء منها ، ويتميز عن غيره بما تتميز به الأحكام الشرعية من الثبات والمرونة ، والتطور والدقة ، والشمول والموضوعية ، وأنها خالدة وثابتة على مر الأجيال وتوالي الدهور .

وأهم ميزات الشريعة أنها أحكام إلهية ربانية سماوية ، أنزلها رب العالمين لتحقيق السعادة الكاملة للبشرية في الدنيا والآخرة ، ولل فرد والمجتمع ، وأنزلت لتحقيق سعادة الإنسان عامة ، مهما كان وضعه وجنسه ، دون أن تقيم أعمدة للتمييز الطبقي والعنصري والقومي والديني والطائفي ^(٢) .

٢- يمتاز القضاء في الإسلام باعتماده على العقيدة الإسلامية ، وارتباطه بالإيمان بالله تعالى الذي يعلم السر وأخفى ، والإيمان بالحساب والعقاب ، والجزاء والثواب يوم القيامة في محكمة أحكم الحاكمين ، وأمام رب العالمين ، وأعدل العادلين ، فالعقيدة تواكب أحكام القضاء ، وتحرس أعمال القاضي ، وتصور تطبيق العدالة ، وهذا يقلص كثيراً من الدعاوى والخلافات ، ويلزم القاضي بمراقبة الله ، والحكم بالعدل والحق ، ويضمن حسن تنفيذ الإجراءات القضائية كاملة .

(١) انظر : أصول المحاكمات الشرعية ص ٢٨١ ، تاريخ القضاء في الإسلامي ، الزحيلي ص ٥٢٣ .

(٢) انظر : نظرة في تاريخ الفقه الإسلامي ، للدكتور علي حسن عبدالقادر ص ١ ومابعدها .

• القضاء في الإسلام •

كما يرتبط القضاء في الإسلام بالأخلاق الفاضلة المطلوبة من المسلم في التعامل ، وحتى عند التنازع والخصام ، وأمام القضاء ، مع ما يلزم من تطبيق الأخلاق والآداب الإسلامية بين القاضي والخصوم ، ومع الشهود ، وبقية العناصر المشتركة في التقاضي ، لتبقى الفضيلة تنشر رواقها حتى في حالة النزاع والخصام ، وعلى رحاب المحاكم والقضاء والتنفيذ ^(١) .

٣- يمتاز القضاء الإسلامي بالموضوعية في تطبيق العدالة على جميع الناس ، دون تمييز بين كبير أو صغير ، وغني أو فقير ، وقوي أو ضعيف ، ورجل أو امرأة ، ومسلم أو ذمي ، لتطبق العدالة على الجميع ، كما قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه ، وثبت بنص الآيات والأحاديث .

وتاريخ القضاء في الإسلام مشحون بالأمثلة التي تدل على تطبيق هذه الميزة عملياً ، منذ السيرة النبوية ، إلى العهد الراشدي ، فالعصر الأموي إلى العصر العباسي ، ومابعدده منها قصة العتالين مع المنصور عند قاضي المدينة ، وقصة علي مع اليهودي ، والقبطي مع ابن عمرو ، والمخزومية ومحاولة أسامة بن زيد الشفاعة لها ، والعز بن عبد السلام في دمشق والقاهرة .

٤- يمتاز القضاء في الإسلام عن غيره بتجنب الشكليات ، والتخفيف من الإجراءات ما أمكن ، وأن الموضوع محصور بين وجود النزاع ، والخلاف بين الأشخاص ، ثم مرحلة الدعوى والنظر فيها، وسماع أقوال الخصوم ، ثم الإثبات وإصدار الحكم ، ثم التنفيذ ، لتكون النتيجة واضحة وسريعة في إنهاء النزاع والخلاف ، ورد الحقوق إلى أصحابها ، واستقرار الأحكام ، وحفظ الحقوق ، وصيانة الأموال والدماء ، خلافاً لما يجري اليوم ، في ظل الأنظمة الوضعية المستوردة التي تكثر فيها الشكليات التي تغل يد القاضي ، وتعرقل طريق العدالة ، وتنصب العقبات الكثيرة أمام الإنسان للوصول إلى حقه ، أو دفع العدوان عنه ، وليستغل ذلك أحياناً المحابون والقضاة والمعتدون وأصحاب الأهواء .

٥- القضاء في الإسلام مجاني ، وتتولى الدولة نفقاته كاملة ، لأنه أحد مرافق الدولة الحيوية ، وأهم مؤسساتها في تطبيق الشرع ، وتأمين الحقوق للأفراد ،

(١) انظر : الإسلام عقيدة وشرعية ، للشيخ محمود شلتوت ص ٤ ومابعددها ، أصول المحاكمات الشرعية ص ١٣ ومابعددها .

ولإقامة الشرعية ، وحماية المجتمع ، وتوفير الأمن فيه ، وعلى الدولة أن تراعاه وتشرف عليه وتتكبد نفقاته ، وتحرص على سلامته ، كما تفعل في التعليم والتموين ولقمة العيش والدفاع ، فليس بالخبز وحده يحيا الإنسان ، وكى لاتكون النفقات الباهظة الاصلية والجانبية سبباً في عرقلة تطبيق العدالة ، وإقامة الدين ، وتأمين الحقوق لأصحابها ، ولذلك ورد في الحديث الشريف الذي مر سابقاً : (إن الله لا يقدس أمة لا يؤخذ للضعيف فيهم حقه من القوي ...) وإن حاجات الإنسان الضرورية كثيرة ، ومنها الأمن والطعام .

٦- يعتاز القضاء في الإسلام بحكم شرعي خاص ، وهو وجوب الإسراع في النظر بالدعوى والتحقيق فيها ، والسير في إجراءاتها ، وإصدار الحكم للفصل في النزاع ، وإنهاء الخلاف ، ورد الحقوق إلى أصحابها بأسرع وقت ممكن ، دون مماطلة ، أو إقرار للظالم على ظلمه ، أو وضع يده على مال غيره ، أو التأخير في كشف الجريمة ، وفي هذا مصلحة للفرد بإنهاء الخصومة مع الخصم ، والوصول إلى الحق ، ورد العدوان ، ومصلحة للمجتمع والدولة في بتر أسباب النزاع والعداوة والشحناء ، ليعود الوثام والتعاون والتكافل والتناصر إلى أفراد المجتمع ، وهذا الإسراع محصور في مجال الإجراءات والمواعيد وأصول المحاكمات وتحديد الاوقات والتأجيل ، وليس على حساب الناحية الموضوعية التي يجب على القاضي فيها التأنى والبحث والتقصي والإثبات ، والسؤال عن الشهود والمزكين ودراسة القضية ، واستشارة العلماء فيها ، والسعي للصلح بين المتخاصمين ، وخاصة في الأمور العائلية ، وبين الأقارب وذوي الرحم وفي مجال الدماء وخوف الفتنة ، وهذا المصدر الشرعي هو الأساس لوجود نوع من المحاكم ، المسماة " محاكم الصلح " .

أما في القوانين الوضعية فالإجراءات طويلة ، وأساليب التحايل والمماطلة متعددة وكثيراً ما تضيق الحقوق قبل نهاية الدعوى ، وتؤجل الدعاوى لاتفه الأسباب ، ولاوقات بعيدة ، ويتقاذفها المحامون من جانب إلى آخر ، وإن وصل المدعي إلى حقه فبعد وقت طويل .

٧- وأخيراً ، فإن الأحكام الشرعية التي يعتمد عليها القضاء الإسلامي ، ويحكم بها القضاة ، هي أحكام سماوية ربانية عادلة عدالة مطلقة ، بخلاف الأحكام

● القضاء في الإسلام ●

الوضعية والنظم الجائرة المبتسرة ، والمستوردة ، والمتقلبة مع تغير الحكومات والأنظمة والفئات والأشخاص على مراكز الحكم والسلطة ، مما يوجي بعدم اطمئنان القضاة والخصوم والأفراد إلى الأحكام والحقوق المحكوم بها ، مع تعرضها للتبدل والتناقض في القضية الواحدة .

التوصيات والمقترحات

بعدما ذكرنا نوقن أن تاريخ الإسلام والمسلمين في القضاء مليء بالصفحات

المشرقة ، والسجلات الناصعة ، ولذلك نوصي بما يلي :

١- أن تكشف هذه الصفحات الناصعة في القضاء الإسلامي ، لتكون منارةً
للسالكين ، وقدوة للباحثين ، ومفخرة للأجيال ، ويأتي في القمة القضاة
والقضاء في الإسلام نظرياً ، وعملياً ، أو فكرة وتطبيقاً ، مما يوجب علينا أن
نقرره في جامعتنا ، وخاصة في قسم التاريخ ، والحضارة ، والقضاء ، وكلية
الحقوق ، وكلية الشريعة ، لدراسة تاريخ القضاء في الإسلام ، ومعرفته بشكل
جيد ، والاستفادة منه ، ومن خبرات الأجداد والأجيال السابقة في الأحكام
والنظريات ، والاجتهادات القضائية .

٢- الإسلام عقيدة وشريعة، شريعة للعمل والحياة ، شريعة للنظام والتطبيق، شريعة
للسعادة والتقدم، شريعة تنظم علاقة الإنسان بربه، وتحكم علاقته بنفسه، وتراكم
علاقته بأفراد مجتمعه، والإسلام دين ودولة، إيمان ونظام، والإسلام كل لا يتجزأ.
ولذلك نوصي ، ونطالب ، بتطبيق الشريعة الإسلامية كاملة في البلاد
الإسلامية ، وعلى الشعوب المسلمة ، لتعود شريعة الله تحكم أرض الله ودار
الإسلام ، ويعود المسلمون إلى مكانتهم وعزتهم ، وشرفهم وسؤددهم الذي
حققه الأجداد بتحكيم شرع الله ودينه ، كما يسود الأمن والأمان ، وحقوق
الإنسان كاملة غير منقوصة .

٣- إن تطبيق القضاء في الإسلام خاصة ، والشريعة الإسلامية عامة ، يسهم في
بناء الوحدة العربية المنشودة ، ويحقق خطوة مهمة وعظيمة في توحيد الأنظمة
في البلاد العربية ، ثم الإسلامية ، بدل أن تتجه يمنة ويسرة ، شرقاً وغرباً .
لذلك نقترح إصلاح أنظمة القضاء ، واستعداد تشريعاتها من الفقه الإسلامي ،
مع الدعوة إلى إصلاح القضاء ، وإصلاح حال القضاة عقيدة وإيماناً ، فكرياً
وسلوياً ، علماً وعملاً ، مع الاستفادة من التطور الحديث ، والتقنيات المعاصرة ،
والتجارب النافعة ، والأحكام السديدة ، بما لا يتنافى مع عقيدة الأمة ، وتراثها ،
ودينها ، وتاريخها ، ويتفق مع ماوصلت إليه الحضارة البشرية في هذا القرن .

أهم مصادر البحث

- ١- الأحكام السلطانية ، علي بن محمد ، أبو الحسن الماوردي ٤٥٠هـ ، مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦ م .
- ٢- أدب القضاء ، إبراهيم بن أبي الدم ٦٤٢هـ تحقيق الدكتور محمد الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق ١٤٠٢هـ/١٩٨٢ م .
- ٣- الإسلام والحضارة العربية ، محمد كرد علي ١٩٥٣م ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ١٣٣٤هـ/١٩٣٦ م .
- ٤- أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، الدكتور محمد الزحيلي ، مؤسسة الوحدة ، دمشق ، ١٤٠١هـ/١٩٨١ م .
- ٥- إحياء علوم الدين ، محمد بن محمد الغزالي ٥٠٥هـ ، القاهرة ، بدون تاريخ .
- ٦- بداية المجتهد ، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد ٥٩٥هـ ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ، د.ت .
- ٧- تاريخ قضاة الأندلس ، أبو الحسن النباهي ٧٩٣هـ ، المكتب التجاري ، بيروت ، بدون تاريخ .
- ٨- تاريخ القضاء في الإسلام ، الدكتور محمود عرفوس ١٣٥٥هـ ، المطبعة المصرية الحديثة ، القاهرة ، ١٣٥٢هـ/١٩٣٤ م .
- ٩- تاريخ القضاء في الإسلام ، الدكتور محمد الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق ١٤١٥هـ/١٩٩٥ م .
- ١٠- تبصرة الحكام ، إبراهيم بن علي بن فرحون ٧٩٩هـ طبعة مصر ١٣٠١هـ ، مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، ١٣٧٨هـ/١٩٥٨ م .
- ١١- حاشية ابن عابدين ، رد المحتار ، محمد أمين بن عابدين ١٢٥٢هـ/ مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦ م .
- ١٢- الروض المربع ، منصور بن يونس البهوتي ١٠٥١هـ ، المطبعة السلفية ، القاهرة ١٣٩٢هـ .
- ١٣- سبل السلام ، محمد بن إسماعيل الصنعاني ١١٨٢هـ ، مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، ١٣٨٩هـ/١٩٦٠ م .

- ١٤- سنن الترمذي مع تحفة الاحوذى للمباركفوري ، الترمذي ٢٧٩ هـ ، مطبعة المدني ، القاهرة ، ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٣ م .
- ١٥- سنن أبي داود ، سليمان بن الأشعث ٢٧٥ هـ ، مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٣٧١ هـ / ١٩٥٢ م .
- ١٦- السنن الكبرى ، أحمد بن الحسين البيهقي ٤٥٨ هـ ، تصوير عن طبعة حيدر آباد ، الهند ، ١٣٤٤ هـ .
- ١٧- صحيح البخاري ، محمد بن إسماعيل البخاري ٢٥٦ هـ ، دار القلم ، دمشق ، ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م .
- ١٨- صحيح مسلم بشرح النووي ٦٧٦ هـ ، مسلم بن الحجاج ٢٦١ هـ ، المطبعة المصرية ، القاهرة ، ١٣٤٩ هـ / ١٩٣٠ م .
- ١٩- الطبقات الكبرى ، محمد بن سعد ٢٣٠ هـ ، دار صادر ، بيروت ، ١٣٨٨ هـ / ١٩٦٨ م .
- ٢٠- الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية ، محمد بن قيم الجوزية ٧٥١ هـ ، مكتبة دار البيان ، دمشق ، ١٤١٠ هـ / ١٩٨٩ م .
- ٢١- فتح القدير شرح الهداية ، الكمال بن الهمام ٨٦١ هـ ، المكتبة التجارية ، مصر ، ١٣٥٦ هـ .
- ٢٢- الفتح الكبير مع الزيادات للسيوطي ، يوسف النبهاني ١٣٥٠ هـ ، دار الكتب العربية ، مصر ، ١٣٥٠ هـ .
- ٢٣- القضاء في الإسلام ، الأستاذ محمد سلام مدكور ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٣٨٤ هـ / ١٩٦٤ م .
- ٢٤- القضاء في الإسلام ، عطية مشرفة ، شركة الشرق الأوسط ، مصر ، ١٩٦٦ م .
- ٢٥- كشف القناع ، منصور بن يونس البهوتي ١٠٥١ هـ ، مطبعة الحكومة ، مكة المكرمة ، ١٣٩٤ هـ .
- ٢٦- مرجع العلوم الإسلامية ، الدكتور محمد الزحيلي ، دار المعرفة ، دمشق ، ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م .
- ٢٧- المغني ، عبدالله بن قدامة المقدسي ٦٢٠ هـ ، مكتبة هجر ، الرياض ، ١٤١٣ هـ / ١٩٩٢ م .

● القضاء في الإسلام ●

- ٢٨- مغني المحتاج ، محمد الشربيني الخطيب ٩٩٧هـ ، مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، ١٣٧٧هـ / ١٩٥٨م .
- ٢٩- نظام الحكم في الشريعة ، المحامي ظافر القاسمي ، دار النفائس ، بيروت ، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م .
- ٣٠- نظرية الدعوى ، الدكتور محمد نعيم ياسين ، وزارة الاوقاف ، عمان ، الاردن ، بدون تاريخ .
- ٣١- نيل الأوطار ، محمد بن علي الشوكاني ، ١٢٥٠هـ ، مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، ١٩٦١م .
- ٣٢- وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، الدكتور محمد الزحيلي ، دار البيان ، دمشق ، ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م .

الخيارات في العقود في الفقه الاسلامي

الدكتور / يوسف عبدالفتاح المرصفي (*)

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والعاقبة للمتقين ، والصلاة والسلام على سيد المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين .
أما بعد :

فمن رحمة الله تعالى بعباده ، ومن يسر الشريعة الإسلامية الغراء ما تقرر - في مجال العقود - من حق فسخ العقد اللازم بعد تمامه ، تفادياً لما قد يلحق أحد المتعاقدين - أو كليهما - من حرج - هذا الحق هو ما يعرف في الفقه الإسلامي باسم " الخيار " :

فالعقد اللازم متى وجد مستكماً لأركانه وشروطه ، لا يجوز لأحد المتعاقدين فسخه إلا برضا الطرف الآخر - وقد لا يرضى - فيقع الناس في حرج شديد نتيجة لعدم التروي والتسرع في إتمام الصفقات ، أو قد يوصف له المبيع على غير الحقيقة ثم يكتشف به عيباً لم يكن يعلم به وقت التعاقد .

ومن أجل رفع الحرج - المحتمل الحدوث - كان تشريع الخيارات .
وقد تحدثت عن ثمانية خيارات هي : خيار الشرط - خيار التعيين - خيار الرؤية - خيار العيب - خيار النقد - خيار المجلس - خيار التدليس - خيار الغبن .
وقد حاولت أن أعرضها عرضاً أميناً موثقاً مع المقارنة والترجيح حتى تكون الدراسة مفيدة نافعة إن شاء الله .

أسأل الله العلي العظيم أن يجعلها خالصة لوجهه الكريم ، إنه نعم المولى ونعم النصير . وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين .

(*) استاذ مساعد في كلية الشريعة ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الإحساء .

"معنى الخيار"

١- في اللغة :

جاء في مختار الصحاح ^(١) : الخيار بالكسر خلاف الاشرار ، وهو أيضاً الاسم من الاختيار - وخيره بين الشيئين أي فوض إليه الخيار .

٢- في الاصطلاح الشرعي :

يريد الفقهاء بالخيارات معنى يقترب من المعنى اللغوي .

فهي عندهم : أن يكون لأحد العاقلين - أو لكليهما - الحق في اختيار أحد الأمرين - إما إمضاء العقد وتنفيذه ، وإما فسخه ورفع من أساسه .

وهذه الخيارات منها ماورد به نص خاص - كخيار الشرط وخيار الرؤية - ومنها ما ثبت بمقتضى القواعد العامة - كخيار العيب والتدليس - ومنها ما ثبت بالقياس - كخيار النقد وخيار التعيين .

ولذلك نجد الفقهاء لم يتفقوا إلا على بعضها فقط، والباقي كان مجالاً لاختلاف الاجتهادات . ومن ناحية أخرى نجد بعض هذه الخيارات يثبت بإيجاب الشارع حتى لو لم يشترطه المتعاقدان - كخيار الرؤية وخيار العيب - ومنها ما يتوقف ثبوته على اتفاق العاقلين ، فلا يثبت إلا بالاشتراط - كخيار الشرط وخيار التعيين . كما أن الفسخ الذي يثبت بهذه الخيارات قد يثبت متى أراد صاحب الخيار بدون توقف على قضاء القاضي - كما في خيار الشرط والرؤية - وقد يتوقف على قضاء القاضي فلا يثبت قبله - كما في خيار العيب - لأن العيوب الموجبة للفسخ تحتاج إلى تقدير خاص لا يكفي فيه نظر العاقلين .

وأنواع الخيارات كثيرة - اختلف الفقهاء في عددها ^(٢) .

(١) ص ١٩٤ ، الخاء مع النياء .

(٢) فابن نجيم المصري الحنفي عددها ، في البحر الرائق ج ٢ ص ٢ ، في أول خيار الشرط ثلاثة عشر ، وفي الاشباه والنظائر ج ٢ ص ١٩٤ ، في أحكام الفسخ عددها ثمانية عشر ، وصاحب الدر المختار ج ٤ ص ٩٦ ، يعددها تسعة عشر ، ويراجع في هذا أيضاً جامع الفصولين فإنه قد خصص فصلاً طويلاً في كتابه للخيارات ، وهو الفصل الخامس والعشرون بين فيه أنواع الخيارات والعقود التي يصح فيها كل نوع ج ١ ص ٢٣٨ .

١- خيار الشرط

تعريفه :

هو أن يكون لأحد العاقدين - أولهما معاً - أو لمن ينبيه كل منهما الحق في إجازة العقد أو فسخه باشتراط ذلك في العقد - ولذلك سمي خيار الشرط فإذا قال البائع للمشتري مثلاً : بعث لك هذه الدار بمائتي ألف ريال ، على أنني بالخيار أو على أنك بالخيار - مدة ثلاثة أيام - وقبل المشتري ، كان للبائع الحق في فسخ العقد في هذه المدة - وكذلك المشتري - فإذا مضت المدة من غير أن يعلن البائع أو المشتري رأيه في الإمضاء أو الفسخ سقط حق كل منهما في الفسخ ولزم العقد .
وهذا الخيار - كما يدل عليه اسمه - لا يثبت إلا بالشرط عند جمهور الفقهاء فسيببه هو الاشتراط .

أما عند الإمام مالك - فهذا الخيار يثبت إما بالشرط ، وإما بالعادة ^(١) على معنى أنه لو جرت عادة الناس بثبوت الخيار - في سلعة من السلع - ثبت الخيار فيها من غير شرط .

مشروعية خيار الشرط : خيار الشرط مشروع - مع كونه مخالفاً لمقتضى العقد - ودليل مشروعيته ^(٢) :

ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما ، قال : ذكر رجل ، هو حبان بن منقذ ، لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، أنه يخدع في البيع فقال : (إذا بايعت فقل لا خلافة) متفق عليه ، وزاد ابن إسحاق : (ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال ، فإن رضيت فامسك ، وإن سخطت فاردد) ^(٣) .
والحديث صريح ، في تشريع الخيار ، لمعنى معقول وهو الاستيثاق والتأكيد من

(١) شرح الرسالة للنفاوي ج٢ ص ٢٥٣ .

(٢) سبل السلام ج٣ ص ٩ .

(٣) رواه البخاري في كتاب الخصومات ٣ ، وفي كتاب البيوع ٤٨ ، وفي الاستقراض ١٩ ، ورواه مسلم في كتاب البيوع ٤٨ ، ورواه أبو داود في كتاب البيوع ٦٦ ، ورواه النسائي في كتاب البيوع ١٢ ، ورواه مالك في الموطأ في كتاب البيوع ٩٨ ، ورواه أحمد ٧٢/٣ .

● الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي ●

إن هذا العقد لا عين فيه ، ليكون الرضا به تاماً ، وليس في الحديث ما يفيد أنه خصوصية لحبان .

يقول ابن رشد ^(١) : "وأما جواز الخيار فعليه الجمهور ، إلا النووي وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر ، وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثاً ، وما روي في حديث ابن عمر : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار ^(٢) ، وعمدة من منعه أنه غرر ، وأن الأصل هو اللزوم في البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع - قالوا : وحديث حبان إما أنه ليس بصحيح ، وإما أنه خاص لما شكا إليه صلى الله عليه وسلم ، أنه يخدع في البيوع ، قالوا وأما حديث ابن عمر وقوله فيه - إلا بيع الخيار ، فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ ، وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو أن يقول أحدهما لصاحبه اختر " .

مدة خيار الشرط :

لا خلاف بين الفقهاء على جواز اشتراط ثلاثة أيام فأقل ، فلو قال أحد المتبايعين ، بعد البيع ولو بأيام ، جعلتك بالخيار ثلاثة أيام ، صح بالإجماع ^(٣) .

أما إذا اشترط أكثر من ثلاثة أيام فقد اختلف الفقهاء على النحو التالي :

١ - ذهب أبو حنيفة وزفر والشافعي ، إلى عدم إجازة هذا الشرط ، ويرون أنه عقد فان ، والسبب في ذلك أن خيار الشرط جاء على خلاف القياس والأصل فيه الفساد لأنه يناقض مقتضى العقد فيقتصر فيه على ما ورد به النص وهو ثلاثة أيام ^(٤) .

٢ - ويرى الصاحبان وأحمد - إجازة شرط الخيار بأي مدة يتفق عليها المتعاقدان - طالبت أم قصرت - مادامت محددة معلومة ، لأن الخيار شرع للحاجة ، وقد

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٧٢ .

(٢) رواه البخاري في كتاب البيوع ٤٢-٤٤-٤٧ ، ورواه مسلم في كتاب البيوع ٤٥ ، ورواه أبو داود في كتاب البيوع ٥١ ، والنسائي في كتاب البيوع ٩ ، ١١ ، ومالك في البيوع ٧٩ ، وأحمد ٥٦/١ .

(٣) فتح القدير ج ٥ ص ١١١ .

(٤) المبسوط ج ٣ ص ٤١ ، فتح القدير ج ٥ ص ١١١ ومبعضها ، البدائع ج ٥ ص ٢٦٤ .

يقتضي الاختيار والموازنة والاستشارة وقتاً أكثر من ثلاثة أيام ، وقصر العاقلين واتفاقهما على مدة أطول من ذلك ، دليل على أن موضوع العقد يقتضيه حتى يتم الخيار عن رضا أكيد يرتفع معه الغبن - وقالوا : إن المدة التي جاءت في الحديث كانت خاصة بالشخص المخاطب نفسه ، لأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - لاحظ كفايتها له ولعقوده ^(١) .

٣- أما الإمام مالك - فينظر إلى محل العقد لا إلى اتفاق المتعاقدين - لأن المدة تختلف باختلاف السلع ، فلا يقيد بالثلاثة - كما في قول أبي حنيفة وزفر والشافعي، ولا تقوض إلى تقدير العاقلين - كما في قول الصحابين والإمام أحمد . وإذا كان المعيار عند المالكية هو أن تكون المدة مناسبة فينبني على ذلك أنه لو حدد العاقدان مدة أكثر أو أقل من المدة المتعارف عليها ، ردت إلى المدة المتعارف عليها ، ومثل ذلك ما إذا كانت المدة مجهولة، كأن يقول: أنت بالخيار متى تشاء - فإن العقد يصح وتتحدد المدة بما يتناسب مع العقود عليه ^(٢) .

أما عند الإمام أحمد - فإن شرط الخيار مع جهالة المدة شرط فاسد ، فيفسد الشرط ، وحده ، ويصح العقد ، ويكون لازماً ، ويلغو الشرط وحده . وعند الحنفية ، فالشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية ، يتعدى فساده إلى العقد ، ويحكم بفساد العقد أيضاً ^(٣) .

لمن يكون الخيار :

يجب تعيين من له خيار الشرط ، فقد يكون هو المشتري وقد يكون البائع أو كلاهما

ويصح أن يكون خيار الشرط لأجنبي ^(٤) ، ويعتبر وكيلاً عن العاقد - إذا رأى هذا العاقد أن الأجنبي خبير هو في حاجته إلى خبرته لإتمام الصفقة ، ويكون الخيار ثابتاً للعاقد والأجنبي معاً .

(١) المغني ج ٣ ص ٥٨٩ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٢ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) جاء في فتح القدير ج ٥ ص ١٢٦ " ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره ، فأيهما لجاز الخيار ، وأيهما نقض انتقض " .

• الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي •

وقد جاء في المادة (٣٣٢) من مرشد الحيران : " ويصح أن يجعل خيار الشرط لكل من العاقدين ، أو لأحدهما دون الآخر أو الأجنبي " . وقد يجعل البائع لنفسه خيار النقد - فيشترط أنه إن لم ينقد الثمن في خلال مدة معينة ، هي المدة الجائزة للخيار ، فلا بيع ، والخيار على هذا الوجه ليس موضوعاً للتروي ، ولكن لفسخ البيع عند عدم دفع الثمن في مدة معينة ، ولكن قد يقبض البائع الثمن ومع ذلك يشترط أن له الخيار ، فإذا اختار ففسخ البيع رد الثمن ، والخيار على هذا الوجه هو خيار شرط للتروي (١) .

وقد خالف في جواز أن يكون خيار الشرط لأجنبي - الإمام زفر من الحنفية وهو الرأي الثاني للإمام الشافعي .
ووجه هذا الرأي أنه كائن من آثار العقد ، وحكم من أحكامه ، فلا يصح أن يجعل شيء من ذلك لغير العاقدين .

العقود التي يدخلها خيار الشرط :

من العقود ما لا يقبل الفسخ مطلقاً ، ومنها ما يتوقف الفسخ فيه على رضا طرفيه ، ومنها ما يقبل الفسخ مطلقاً ، ومنها ما يقبله من جانب دون الآخر .
وقد أفصحت عن ذلك المادة (٣٣٠) من مرشد الحيران : " خيار الشرط يصح فيما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة ، كالبيع والإجارة والمساقاة والمزارعة وقسمة القيميات المتحدة والمختلفة جنساً والصلح عن مال والرهن والكفالة والحوالة والإبراء والوقف والإقالة والخلع وفي ترك الشفعة بعد الطلبين الأولين " . وجاء في المادة (٣٣١) " خيار الشرط لا يصح في النكاح والطلاق والصرف والسلم والإقرار والوكالة والهبة والوصية " .

ويظهر أن عدم صحة خيار الشرط ، في النكاح والطلاق ، أن هذين تصرفان لا يحتملان الفسخ فلا يحتملان التعليق على شرط ، وفي الصرف والسلم أنهما لا يتمان إلا بالقبض فيلزمان به ولا يحتملان الفسخ بعد ذلك ، وفي الإقرار أن طبيعته لا تحتمل التعليق ، وفي الوكالة والهبة والوصية أنها تصرفات غير لازمة من الأصل

(١) المرجع السابق ص ١١٤ .

فلا حاجة فيها لخيار الشرط (١) .

أثر الخيار في العقد :

لا خلاف بين الفقهاء على أن الخيار يؤثر في العقد ، فيمنع لزومه بالنسبة لمن له الخيار حتى يبت فيه بالإمضاء فيلزم .
ولكنهم اختلفوا في ترتب آثار العقد وأحكامه عليه أو لا :

١- ذهب الحنفية والإمام مالك - ووافقهم الإمام أحمد في قول عنه إلى أن أحكام العقد لا تترتب عليه مادام الخيار قائماً (٢) .

فإذا كان الخيار للبائع لا يخرج المبيع عن ملكه ، ولا يجبر المشتري على دفع الثمن .
وإذا كان الخيار للمشتري لا يخرج الثمن عن ملكه ، ولا يلزم البائع بتسليم المبيع إليه .
ووجهتهم في ذلك - أن العقد في أصل وضعه لازم ، والخيار منع لزومه بالاتفاق ، والأحكام التي تترتب على العقد اللازم غير الأحكام التي تترتب على العقد غير اللازم ، فلو قلنا بترتب الأحكام على العقد المشروط فيه الخيار لكننا مرتبين أحكاماً عليه غير أحكامه ، على أن من شرط الخيار لنفسه لم يتم رضاه بالعقد ، والأحكام لا توجد إلا مع الرضا التام .

(١) لم يفرق الحنفية في العقود التي تقبل خيار الشرط بين العقود اللازمة من الجانبين أو من جانب واحد - بينما جعل الحنابلة العقود اللازمة من جانب واحد مما لا يقبل خيار الشرط ، كذلك جعل الحنابلة الكفالة والحالة من العقود غير اللازمة وبالتالي فهي لا تقبل خيار الشرط " حاشية ابن علبدين ج ٤ ص ٥٢ ، المغني ج ٣ ص ٥٩٤ " .

(٢) جاء في فتح القدير ج ٥ ص ١١٥ " وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام هذا السبب ، الذي هو البيع ، بالرضا .. ولا يتم الرضا مع الخيار لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه ، فلم يتم السبب في حق البائع لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا ، فلا يوجب حكمه في حقه ، فلا يخرج المبيع عن ملكه ، فلهاذا جاز تصرفه فيه - فنقد عقده فيه - ولو كان في يد المشتري ، ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال ، وبالتعليل المذكور يعرف أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لاتحاد نسبته إلى كل من له الخيار " .

• الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي •

٢- وذهب الحنابلة ^(١) في أظهر القولين عندهم ، إلى أن الأحكام تنترتب على هذا العقد ، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ، وهو قول الشافعي لأنه عقد صحيح نافذ ، وهو سبب صحيح لترتب الأحكام عليه ، ولا يوجد مانع يؤخر ثبوت هذه الأحكام ، وأثر الخيار قاصر على منع اللزوم فقط لا يتعداه إلى شيء آخر .
وتظهر ثمرة الخلاف ، في مؤونة المبيع والزيادة فيه ، فعلى الرأي الأول تكون المؤونة على البائع والزيادة له ، وعلى الرأي الثاني تكون المؤونة على المشتري والزيادة له ^(٢) .

(١) جاء في الشرح الكبير على متن المتن ج٤ ص ٧٠ * ينتقل الملك في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب ، ولا فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما أيهما كان ، وهو أحد أقوال الشافعي ، وعن أحمد أن الملك لا ينتقل حتى ينتقض الخيار ، وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي ، وبه قال أبو حنيفة ، إذا كان الخيار لهما أو للبائع ، وإن كان للمشتري خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري ، لأن البيع الذي فيه الخيار عقد قاصر فلم ينتقل الملك كالهبة قبل القبض .

وللشافعي قول ثالث ، إن الملك موقوف ، فإن أمضيا البيع تبينا أن الملك للمشتري ، وإلا تبينا أنه لم ينتقل عن البائع . ولنا ، أي للحنابلة ، قول النبي صلى الله عليه وسلم : " من باع نخلاً بعد أن يؤثر ثمره للبائع إلا أن يشترطه المبتاع " ^(١) . فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه ، وهو عام في كل بيع ، ولأنه بيع صحيح فنقل الملك عقيدة كالذي لأخيار فيه ، ولأن البيع عليك بدليل أنه يصح بقوله ملكتك ، فيثبت به الملك كسائر البيع ، لأن التمليك يدل على نقل الملك إلى المشتري ويقضي لفظه ، وقد اعتبره الشرع وقضى بصحته فوجب اعتباره كما يقتضيه ويدل عليه لفظه ، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه * .

(١) رواه البخاري في المساقاة ١٧٥ ، ورواه مسلم في البيوع ٨٠ ، والترمذي في البيوع ٢٥ ، والنسائي في البيوع ٧٦ .

(٢) جاء في الشرح الكبير على متن المتن ج٤ ص ٧٠ * ما يحصل من غلات المبيع وثمراته في مدة الخيار فهو للمشتري أمضيا العقد أو فسخاه ، وقال الشافعي : إن أمضيا العقد وقلنا الملك للمشتري أو موقوف والنماء المنفصل له ، وإن قلنا الملك للبائع أو موقوف فالنماء له ، وإن فسخا العقد ، وقلنا الملك للبائع أو موقوف ، فالنماء له وإلا فهو للمشتري . ولنا ، قول النبي صلى الله عليه وسلم * الخراج بالضمآن " (ب) . وهذا من ضمان المشتري . فيجب أن يكون نماؤه للمشتري كما بعد انقضاء الخيار ، ويتخرج أن يكون النماء المنفصل للبائع ، إذا فسخا العقد بناء على قولنا : إن الملك لا ينتقل ، وأما النماء المنفصل فهو تابع للمبيع بأي حال ، =

انتهاء خيار الشرط :

ينتهي خيار الشرط بأمور :

- ١- إمضاء العقد أو فسخه ، في مدة الخيار ، سواء كان ذلك صريحاً أو دلالة .
 - ٢- مضي مدة الخيار من غير اختيار أحد الأمرين .
 - ٣- تعيب محل العقد أو هلاكه في يد المشتري بعد قبضه ، إذا كان الخيار له ، ذلك لأن فسخ العقد بعد القبض موجب لرد المقبوض ، وبعد هلاكه لا يمكن رده ، وإذا تعيب يمتنع رده ، وحينئذ لا يكون هناك معنى لإبقاء الخيار ، ويستوي في ذلك الهلاك بفعل من له الخيار أو بفعل غيره أو بأفة سماوية .
 - ٤- زيادة محل العقد بعد قبضه زيادة متصلة ، سواء أكانت متولدة منه كسمن الحيوان ، أم لا ، كالبناء والأشجار ، أو زيادة منفصلة متولدة منه كولد الحيوان وثمره البستان .
 - ٥- موت من له الخيار عند الحنفية والحنابلة ، لأن خيار الشرط لا يورث عندهم لأنه رغبة ومشیئة ، ومثل هذا لا يخلف الوارث فيه المورث .
- والمالكية والشافعية على العكس من ذلك - يذهبون إلى أن وراثته هذا الخيار لأنه حق متعلق بالمال ، وأثر من آثار العقد ، وليس من الحقوق الشخصية " (١) .

== كما يتبعه في الرد بالعيب والمقابلة * .

- (ب) رواه الخمسة عن عائشة رضي الله عنها ، وضعفه البخاري وأبو داود وصححه الترمذي وابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان والحاكم وابن القطان "سبل السلام ج٢ ص ٥٠٤" ، رواه أبو داود في البيوع ٧١ ، والترمذي في البيوع ٥٢ ، والنسائي في البيوع ١٥ ، وابن ماجه في التجارات ٤٣ ، وأحمد ٤٩/٦ ، ٢٠٨ ، ٢٢٧ .
- (١) جاء في بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص ١٨٤ ، "إن الأصل عند المالكية والشافعية هو أن الحقوق تورث كالأموال ، إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال ، وأن الأصل - عند الحنفية ، هو أن المال يورث دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال - فموضع الخلاف هو : هل الأصل أن تورث الحقوق كالأموال أو لا - ثم بعد أن بين اختلافهم في وراثته بعض الخيارات واتفاقهم على البعض الآخر قال : وسبب اختلافهم هو أن من انتقد له في شيء منها أنه صفة للعقد ورثه ، ومن انتقد له أنه صفة بذی الخيار لم يورثه "أشار إليه الشيخ محمد مصطفى شلبي، المدخل ص ٦٠٥.

٢- "خيار التعيين"

خيار التعيين خيار يشترطه المشتري عادة ، بأن يكون المبيع أحد أشياء معينة يختار المشتري واحداً منها بعد التجربة أو بعد التأمل والتروي . ويشترط ألا تزيد الأشياء التي يختار منها المشتري على ثلاثة ، لأن خيار التعيين شرع استحساناً - على خلاف القياس - للحاجة إلى دفع الغبن بالتحري ، والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة لا أكثر لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والردئ ، فبقي الحكم فيما يزيد على الثلاثة مردوداً بها أصل القياس ، وهو المنع ويحتاج المشتري إلى خيار التعيين إذا كان لا يمكنه دخول السوق بنفسه أو كان في حاجة إلى استشارة خبير فيما يأخذ وفيما يدع ، فيشترط هذا الخيار ليتسنى له اختيار ما يناسبه خارج السوق أو بعد الرجوع إلى رأي خبير . ويأخذ زفر والشافعي وأحمد بالقياس ، فعندهم خيار التعيين يفسد البيع ، لما فيه من الجهالة - والجهالة غرر - وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر (١) .

ولكن أبا حنيفة وصاحبيه أجازوا هذا الخيار ، استحساناً على خلاف القياس لأن الناس محتاجون إلى مثل هذا النوع من المعاملة (٢) .

(١) رواه مسلم في كتاب البيوع ٤ ، ورواه أبو داود في كتاب البيوع ٢٤-٢٥ ، ورواه الترمذي في البيوع ١٧ ، والنسائي في البيوع ٢٧ ، وابن ماجة في التجارات ٢٣ ، والدارمي في البيوع ٢٩-٣٠ ، ومالك في البيوع ٧٥ ، ولحمد ١١٦/١ ، ٢٠٢ .

(٢) جاء في البدائع : "إذا قال بعتك أحد هذه الأثواب الأربعة بكذا ، وذكر خيار التعيين أو سكت عنه - أو قال بعتك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار ، فالبيع فاسد لأن المبيع مجهول - ولو ذكر الخيار بأن قال : على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا وترد الباقي - فالقياس أن يفسد البيع ، وفي الاستحسان لا يفسد . وجه القياس أن البيع مجهول ، لأنه باع لهما غير عين - وهو غير معلوم ، فكان المبيع مجهولاً فيمنع صحة البيع ، كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار . وجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط ، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن ، وورود الشرع هناك يكون وروداً هنا ، والحاجة تندفع بالتحري في الثلاثة لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والردئ ، فيبقى الحكم في الزيادة مردوداً إلى أصل القياس " ، البدائع ج ٥ ص ١٥٦ .

وجاء في فتح القدير "وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحلجة إلى اختيار ما هو الأرفق =

مدة الخيار:

اختلف الفقهاء فيما إذا كان يشترط بيان المدة ، في خيار التعيين :

فقال بعضهم : لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة الخيار ، لأن المبيع لو كان شيئاً واحداً معيناً وشرط فيه الخيار ، كان بيان المدة شرط الصحة ، في غير مذهب مالك ، وكذلك يكون الحكم لو كان المبيع شيئاً واحداً غير معين ، إذ إن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار ، وهذا مفسد للبيع .

وقال آخرون : يصح خيار التعيين من غير ذكر المدة ، لأن خيار التعيين بخلاف خيار الشرط لا يمنع ثبوت الحكم في الحال في أحد الأشياء غير عين ، وإنما يمنع تعيين المبيع ، فلا يشترط له بيان المدة .

والصحيح هو وجوب بيان المدة ، ويكون حدها هو حد المدة في خيار الشرط . فعند أبي حنيفة لا يجوز أن تزيد المدة على ثلاثة أيام ، وعند أبي يوسف ومحمد يجوز الاتفاق على أية مدة ولو طالت ، وعند مالك تنتقد المدة بتقدير الحاجة ^(١) .

واشترط تحديد المدة ، في خيار التعيين ، إذا لم يكن معه خيار الشرط فإن كان معه استغنى عن تحديدها بتحديد مدة خيار الشرط ^(٢) .

وإذا اجتمع خيار الشرط وخيار التعيين ، وحدد لكل منهما مدة ، يكون ابتداء مدة خيار التعيين بعد الإجازة بخيار الشرط ، أو مضي مدته إن لم توجد إجازة ويلزمه التعيين بعد انتهاء المدة - وإذا لم يذكر لخيار التعيين مدة يلزمه التعيين بعد انتهاء

== والافق لمن يقع الشراء له حاضراً أو غائباً ، ظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري ، لأن البائع لاحتاجة له إلى اختيار الأوفق والأرق ، لأن البيع كان معه قبل البيع ، وهو أدري بما لا منه ، فيرد جانب البائع إلى القياس ، فلماذا نص في المجرى على أنه لا يجوز في جانب البائع ، وذكر الكرخي أنه يجوز ، استحساناً ، لأنه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع ، قياساً على الشرط " فتح القدير ج ٥ ص ١٣١ .

(١) جاء في المبسوط " ثم نص في هذا الموضع على تقدير الخيار بثلاثة أيام ، وهو الصحيح ، لأن هذا خيار ثبت بالشرط ، فلا بد فيه من إعلام المدة ، وإن أطلق ذلك في غير هذا الموضع من الكتب " المبسوط ج ١٣ ص ٥٥ . " وجاء في فتح القدير : " لا يضمن توقيت خيار التعيين بالثلاثة - عند أبي حنيفة - كما في خيار الشرط لأنه أصله ، وعندهما أي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة " فتح القدير ج ٥ ص ١٣٢ .

(٢) شرح المجلة العدلية ج ٢ ص ٢٦٢ .

● الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي ●

مدة خيار الشرط ، لأنه هو الوقت الذي يلزمه فيه البيع في واحد غير معين ، فيصير المشتري شريكاً للبائع فيجب على التعيين بطلب البائع .

أثر خيار التعيين في العقد :

إذا اقترن البيع ، بخيار التعيين - نفذ وثبت الملك للمشتري في أحد الأشياء غير عين إذا كان الخيار له ، ولم يزل شيء عن ملك البائع إذا كان الخيار للبائع .
ولكن البيع - وإن كان نافذاً - يكون غير لازم ، وينطوي خيار التعيين على خيار شرط هو الذي يجعل البيع غير لازم .

فإذا كان الخيار للمشتري كان له أن يرد الأشياء جميعاً ولا يلزمه أخذ شيء منها ، وإذا كان الخيار للبائع ، كان له فسخ البيع واسترداد كل الأشياء ، ولا يلزمه ترك شيء منها للمشتري ، وذلك كله طوال مدة الخيار .

ولن له الخيار أن يختار أحد الأشياء - في خلال مدة الخيار ، ليكون هو المبيع ، والاختيار قد يكون صراحة أو دلالة - ويكون دلالة إذا تصرف المشتري في أحد الأشياء تصرف المالك ، فيكون هذا دليلاً على أنه لاختاره ، أو تصرف البائع في أحد الشئتين - تصرف المالك - فيكون هذا على أنه اختيار أن يكون المبيع هو الشيء الآخر .

فإذا اختار من له الخيار ، لزم البيع ، واعتبر المبيع متعيناً منذ البداية واستند تعيينه إلى وقت العقد ، وإذا انقضت مدة الخيار دون أن يختار من له هذا الحق ، نقض البيع في جميع الأشياء عند المالكية ^(١) - وعند الحنفية ^(٢) . ينبرم البيع في أحدهما ، وعلى من له الخيار أن يعين ^(٣) .

وأما عند الشافعية والحنابلة ، فخيار التعيين غير جائز للفرار ^(٤) .

(١) الحطاب ، مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٢٥ .

(٢) فتح القدير ج ٥ ص ١٣٢ .

(٣) جاء في البدائع ج ٥ ص ٢٦١ " حكمة ثبوت الملك للمشتري في أحد المذكورين غير عين ، وخيار التعيين إليه ... والآخر يكون ملك البائع أمانة في يده إذا قبضه ، لأن قبضه بإذن المالك لا على وجه التملك ولا على وجه الثبوت فكان أمانة ، وليس للمشتري أن يأخذها جميعاً ، لأن المبيع أحدهما " .

(٤) جاء في المهذب ط ١ ص ٢٦٣ ، " لا يجوز بيع عين مجهولة ، كبيع وثوب من ثواب ، لأن ذلك فرار من غير حاجة ، ويجوز أن يبيع قفيزاً من صبرة لأنه إذا عرف الصبرة عرف القفيز منها ، فزال الفرار " المشرح الكبير على متن المقنع ج ٤ ص ٧١ .

مسقطات خيار التعيين :

يسقط هذا الخيار بواحد مما يلي :

١- تعيين محل العقد :

ويكون ذلك باختيار أحد الشيئين المخير فيهما - سواء كان ذلك صراحة ، كقوله : اشتريت هذا ، أو رضيت به - أو كان بطريق الدلالة ، كتصرفه في أحد الأشياء المخير فيها بما يدل على رضاه .

٢- هلاك أحد الشيئين بعد قبض المشتري :

فإن الهالك هنا يتعين محلاً للعقد ويلزم بدفع ثمنه المحدد له ، والباقي يتعين للأمانة - وإذا كان الهالك عند البائع ، فإن الباقي يتعين للاختيار ، فإذا هلك واحد من اثنين أو اثنان من ثلاثة كان الباقي هو المبيع وينتهي الاختيار^(١) .

٣- تعيب أحد الشيئين بعيب يمنع الرد :

فإن الآخر يتعين محلاً للعقد للضرورة .

هل يورث خيار التعيين :

ينقل خيار التعيين إلى الوارث إذا مات من له الخيار قبل التعيين ، لأن ملك المورث ثبت في واحد غير معين ، فيثبت الخيار لوارثه ليتعين ماله من مال البائع ، فلو انقضت المدة من غير أن يعين ، أجبر على التعيين ودفع ثمن الذي عينه من تركة مورثه ، ولو كان مع خيار التعيين خيار الشرط يبطل حكم خيار الشرط بموت صاحبه لأنه لا يورث .

(١) المبسوط ج ١٣ ص ٥٥ ، الحطاب ج ٤ ص ٤٢٣ .

٣- خيار الرؤية

معنى خيار الرؤية :

معناه في اصطلاح الفقهاء - حق يثبت بمقتضاه للعاقد أن يفسخ العقد بوقت لا يتغير فيه ^(١) .

مشروعية خيار الرؤية :

إذا كان سبب هذا الخيار هو عدم رؤية محل العقد عند التعاقد فيكون موضعه التعاقد على شيء غائب - وقد اختلف الفقهاء على صحة العقد على الشيء الغائب .
١- فالشافعي - في مذهبه الجديد - يرى أن العقد على الغائب لا يصح ، ومن ثم لا يكون لهذا الخيار موضع عنده في العقود الصحيحة ، مستدلاً بأن بيع الغائب بالوصف فيه غرر ، والغرر منهي عنه ^(٢) .

٢- والحنفية يقولون بمشروعية هذا الخيار مستدلين بما رواه الطحاوي والبيهقي ، أن عثمان بن عفان باع لطلحة بن عبدالله أرضاً بالبصرة ، لم يرها واحد منهما - ولما قيل لكل منهما إنك قد غبت ، قال : إني الخيار ، ثم حكما جبير بن مطعم بينهما فحكم بالخيار لطلحة ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد ، فكان إجماعاً سكوتياً ظاهراً ^(٣) .

٣- والمالكية يصححون بيع الغائب في إحدى صورتين : ١- إذا وصف بما يبين جنسه ونوعه . ٢- إذا لم يوصف ولكنه اشترط الخيار عند رؤيته - فإذا لم يوجد وصف ولا اشتراط لا يصح بيع الغائب . وعلى هذا فهم لا يعترفون بخيار الرؤية ^(٤) .

٤- والحنابلة يصححون بيع الغائب بشرطين : ١- أن يكون المبيع من الأشياء التي يصح فيها السلم - وهي الأشياء التي يمكن تعيينها بالوصف . ٢- أن يصفه

(١) المنخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، محمد مصطفى شلبي ص ٦١٧ .

(٢) المهذب ج ١ ص ٢٦٣ .

(٣) فتح القدير ج ٥ ص ١٤٠ .

(٤) حاشية النسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٤ .

بالصفات التي تضبطه وهي الأوصاف التي يترتب على ذكرها أو عدمه -
 اختلاف في الثمن غالباً .
 فإذا باع غائباً - من غير وصف بعينه - كان البيع غير صحيح - وإذا باع
 الموصوف جاز له رده إذا لم يجده على الصفة التي عينها أو وجد به عيباً (١) .

اختلاف المذاهب في هذا الخيار :

اختلفت المذاهب الفقهية في هذا الخيار وفيما يلي نستعرض أقوالهم :
 ١- عند الحنفية :

يقول الحنفية : إن هناك عقوداً تقع على الأعيان المعينة ، وتكون غير لازمة
 لأحد العاقدين ، لأن هذا العاقد لم تسبق له رؤية العين محل العقد ، فيكون له
 خيار الرؤية ، حتى إذا رأى العين المعقود عليها كان له أن يمضي العقد أو أن
 يفسخه ، ويستدل الحنفية على مشروعية هذا الخيار بما روي عن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم " من اشترى مالم يره فله الخيار إذا رآه " (٢) .
 ويثبت خيار الرؤية - كما يثبت خيار العيب ، شرعاً لا شرطاً ، أي يثبت بحكم
 الشرع دون حاجة إلى شرط خاص يدرج في العقد ، وهذا بخلاف خيار الشرط
 وخيار التعيين، لأنه يشترط لثبوتها من شرط خاص فإذا انعدم لم يقم الخيار .
 العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية :

يثبت خيار الرؤية في عقود أربعة : عقد البيع إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات،
 وإجارة الأعيان ، وقسمة غير المثليات ، والصلح على مال هو عين بالذات .
 وهذه كلها عقود تحتل الفسخ ، ولا يثبت خيار الرؤية في العقود التي
 لاتحتل الفسخ ، كالمهر وبذل الخلع والصلح عن دم العمد ، وقد جاء في المادة
 (٣٣٩) من مرشد الحيران : " حق فسخ العقد ، بخيار الرؤية ، يثبت من غير

(١) المغني ج٤ ص٧٤ ومابعدها .

(٢) رواه مسلم في البيوع ١٧-٢٤-٢٥-٢٧ ، ورواه أبو داود في البيوع ٤٦ ، ورواه الترمذي
 في البيوع ٢٩ ، ورواه النسائي في البيوع ١٤-١٨ ، والإيمان ٢٩ ، ورواه ابن ملجة في
 التجارات ٤٢ ، والديات ٢ ، ورواه الدارمي في السنن ٧ ، والديات ٢ ، وفي البيوع ١٩-٢٣ ،
 وفي الوصايا ٢٣ ، ورواه أحمد ٤٨/٣ .

• الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي •

شرط في أربعة مواضع ، وهي الشراء للاعيان التي يلزم تعيينها ولا تثبت ديناً في الذمة والإجارة ، وقسمة غير المثليات ، والصلح عن مال على شيء بعينه ، ولا يثبت خيار الرؤية في العقود التي لا تحتل الفسخ * .
ومن هذا نرى أن هناك شرطين لثبوت خيار الرؤية :

أولاً : أن يكون المحل المعقود عليه مما يتعين بالتعيين ، فلو تباع العاقدان عيناً بعين ، ثبت الخيار لكل واحد منهما (١) .

ثانياً : أن تكون العين التي بيعت لم يراها المشتري ، عند البيع ، فإن اشترها وهو يراها ، كما يقع ذلك كثيراً ، فلا خيار له ، وإذا كان المشتري لم ير المبيع وقت الشراء ، ولكن كان قد رآه قبل ذلك ، فإن كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم يتغير فلا خيار له ، وإن كان قد تغير عن حاله فله الخيار ، لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر ، فكان مشترياً شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه .
ثم إن خيار الرؤية ليس موقتاً بوقت ، خلافاً لما ذهب إليه بعض الفقهاء من أنه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ، ولزم البيع فيه ، والمختار أنه لا يتوقت ، بل يبقى إلى أن يوجد ما يسقطه (٢) .

حكم العقد حال قيام خيار الرؤية :

يكون العقد ، حال قيام خيار الرؤية من وقت الرؤية ، غير لازم فللمشتري الرجوع عنه وفسخه بعد الرؤية ، أما البائع فالعقد يكون لازماً من جانبه أي أنه ليس له خيار الرؤية .

وخيار الرؤية يمنع من تمام حكم العقد - فلا يتم حكم البيع إلا إذا رأى

(١) يقول الكسائي في تحليل ذلك : " وإنما كان كذلك لأن المبيع إذا كان مما لا يتعين بالتعيين ، لا يفسخ العقد برده ، لأنه إذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ ، فيبقى العقد ، وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله ، فإذا قبض برده وهكذا إلى مالا نهاية ، فلم يكن الرد مفيداً ، بخلاف ما إذا كان عيناً ، لأن العقد يفسخ برده ، لأنه يتعين بالعقد ، فيتعين في الفسخ أيضاً ، فكان الرد مفيداً " بدائع الصنائع ج٥ ص ٢٩٢ * .

(٢) فتح القدير ج٥ ص ١٤١ .

المشتري المبيع ولم يرده (١) .

ولكن خيار الرؤية لا يمنع انعقاد العقد صحيحاً ، بل ولا يمنع نفاذه ، فثبتت الملك للمشتري في المبيع ، ويثبت الملك للبائع في الثمن ، بالرغم من قيام خيار الرؤية . وعدم لزوم العقد ، في خيار الرؤية يقوم في أساسه على فكرة الغلط ، إذ يفترض أن المشتري لم يجد المبيع على الحال التي ظنها بل وجده على حال لا يصلح معها للغرض المقصود فأساس خيار الرؤية هو غلط المشتري في شيء لم يسبق له رؤيته (٢) .

٢- خيار الرؤية عند الملكية :

العين المباعة - إذا كانت حاضرة في مجلس العقد ولم يكن في رؤيتها مشقة يجب أن يراها المشتري ليصح العقد ، فإذا اشتراها بعد رؤيتها انعقد البيع صحيحاً نافذاً لازماً ولا خيار فيه للرؤية .

وإذا اشتراها دون أن يراها ، لم يصح العقد ، وهذا هو الحكم أيضاً إذا كانت العين قريبة جداً من مجلس العقد ، بحيث تمكن رؤيتها دون مشقة .

أما إذا كانت العين غائبة عن مجلس العقد ، أو كانت حاضرة ولكن في رؤيتها مشقة كثوب يخشى أن يلحقه الفساد من تكرار النشر عليه ، جاز بيعها على الصفة ، إذا لم تكن العين بعيدة جداً ، فتوصف وصفاً يميزها عن غيرها ويفردها بذاتيتها ، فإذا بيعت العين على هذا النحو ، انعقد البيع نافذاً ، وليس للمشتري خيار الرؤية ، ولكن له خيار الوصف ، إن كانت العين على غير ماوصفت .

ويدخل في البيع على الوصف ما يعرف بالبيع على البرنامج ، بأن تذكر أوصاف العين في دفتر مكتوب ، فيشتريها المشتري على هذه الأوصاف ، فإن

-
- (١) جاء في فتح القدير : " باب خيار الرؤية قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم ، واللازم بعد التمام " فتح القدير ج٥ ص ١٣٧ " وجاء في البدائع " إن شراء مالم يره المشتري غير لازم ، لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة " البدائع ج٢ ص ٢٩٢ .
- (٢) جاء في البدائع ج٥ ص ٢٩٢ " إن شراء مالم يره المشتري غير لازم .. لأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجد خللاً فيه ، واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار ولأن من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه فيحتاج إلى التدارك ، فثبت الخيار لإمكان التدارك عند الندم نظراً له ، كما ثبت خيار الرجعة شرعاً نظراً للزوج تمكيناً له من التدارك عند الندم " .

وجدت لزوم البيع ، وإلا كان للمشتري خيار الوصف .

ويغني عن الوصف رؤية متقدمة ، بأن يكون المشتري قد سبق له أن رأى العين قبل البيع ، وبأن تكون العين لم تتغير عما كانت عليه وقت الرؤية .

فإذا لم يسبق للمشتري رؤية العين ، ولم توصف على النحو المتقدم ، أو وصفت ولكنها كانت بعيدة جداً ، لم يجز البيع إلا إذا جعل المشتري لنفسه الخيار إذا رأى المبيع ، أما إذا انعقد البيع على الإلزام بأن اشترط على المشتري ألا يكون له الخيار أو سكت العاقدان عن شرط الخيار ، فالبيع باطل ^(١) .

وعلى هذا فخيار الرؤية غير معروف في مذهب مالك ، إلا في حالة العين الغائبة التي لم توصف أو في حالة البعيدة جداً ولو وصفت ، مادامت العين في هاتين الحالتين لم تسبق رؤيتها ، ولا يثبت الخيار إلا بالشرط ^(٢) .

(١) جاء في القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٦ ، يجوز في المذهب بيع الشيء الغائب على الصفة أو رؤية متقدمة ، وأجازه أبو حنيفة من غير صفة ولا رؤية ، ومنعه الشافعي مطلقاً ويشترط في المذهب في المبيع على الصفة خمسة شروط : الأول - ألا يكون بعيداً جداً ، كالاندلس وأفريقية . الثاني : ألا يكون قريباً ، كالحاضر في البلد . الثالث : أن يصفه غير البائع . الرابع : أن يحضر الأوصاف المقصودة كلها . الخامس : ألا ينقد ثمنه بشرط إلا في المأمون ، كالعقار ، ويجوز النقد من غير شرط ، ثم إن خرج المبيع على حسب الصفة والرؤية لزوم البيع ، وإن خرج على خلاف ذلك فللمشتري الخيار ^٤ .

(٢) جاء في بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٢٧ . المبيعات على نوعين - مبيع حاضر مرئي فهذا لا خلاف في بيعه - ومبيع غائب أو متعذر الرؤية ، فهذا اختلف العلماء - فقال قوم : بيع الغائب لا يجوز بحال من الأحوال ، لا إذا وصف ، ولا إذا لم يوصف ، وهذا لشدة أقوال الشافعي ، وهو المشهور عند أصحابه ، أعني أن يبيع الغائب على الصفة لا يجوز ، وقال مالك وأكثر أهل المدينة : يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته - وقال أبو حنيفة : يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ، ثم له إذا رآها الخيار ، فإن شاء أنفذ البيع ، وإن شاء رده ، وكذلك البيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة ، وعند مالك : أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم ، وعند الشافعي : لا ينعقد البيع أصلاً في الموضعين ، وقد قيل في المذهب : يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار ، خيار الرؤية ، وقع ذلك في المدونة ، وأنكره عبد الوهاب ، وقال : هو مخالف لاصولنا ^٥ .

٣- خيار الرؤية عند الشافعية :

للشافعي في خيار الرؤية قولان : قول قديم وقول جديد .

ففي القول القديم : يجوز بيع العين الغائبة ، ويثبت للمشتري خيار الرؤية . ثم إن في افتقار صحة البيع إلى ذكر صفات المبيع ثلاثة أوجه : أحدها : أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات . الثاني : أنه لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة . والثالث : أن صحة البيع لا تقتصر إلى ذكر شيء من الصفات ، فيجوز بيع العين الغائبة دون وصف ، لأن الاعتماد على الرؤية ، وقد ثبتت للمشتري خيارها ، ويكون للمشتري الخيار على الفور عند رؤية العين المبيعة ، في وجه - وفي وجه آخر : أن العقد إنما يتم بالرؤية فيثبت له خيار ، كخيار المجلس ، وأما إذا رأى المشتري المبيع قبل العقد ، ثم اشتراه ، فإن كان مما لا يتغير كالعقار وغيره جاز بيعه . وهذا القول - القديم - في مذهب الشافعي يقارب مذهب أبي حنيفة في خيار الرؤية ، فهو يثبت للمشتري هذا الخيار حتى لو ذكرت جميع صفات المبيع .

وفي القول الجديد : رؤية المبيع شرط في صحة العقد - سواء كانت العين حاضرة أو غائبة ، وسواء سبق للمشتري رؤيتها أو لم يسبق ، ففي جميع الأحوال لا يصح البيع إلا في المبيع المرثي وقت العقد ، ومن هنا لا يكون للمشتري خيار الرؤية ، فهو قد رأى العين وقت العقد وارتضاها ، بل إن رؤيتها وقت العقد شرط في صحة البيع .

وفي هذا يختلف مذهب الشافعي - في القول الجديد - عن مذهب أبي حنيفة اختلافاً بيناً - فالقول الجديد ينفي خيار الرؤية أصلاً ، بل هو يوجب رؤية المبيع ، فلا يعود هناك مقتضى لخيار الرؤية .

والشافعي في اشتراطه رؤية المبيع وقت العقد لصحة البيع ، في قوله الجديد ، وهذا من شأنه أن يضيق كثيراً من نطاق التعامل - يحتاج بنهي النبي صلى الله عليه وسلم - عن بيع الغرر - والغرر موجود فيما لم يره المشتري ، وينهي ، عليه الصلاة والسلام ، عن بيع ماليس عند الإنسان ، والمراد ماليس بحاضر مرثي للمشتري ، ثم إن المقصود في المبيع هو المالية ، ومقدار المالية لا يصير معلوماً إلا بالرؤية ، فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالية ،

• الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي •

والببيع بيع دين وبيع عين ، والطريق لمعرفة المبيع هو دين الوصف ، وإذا تراضى الوصف عن حالة العقد لم يجز البيع ، أما الطريق لمعرفة العين فهو الرؤية ، وإذا تراخت الرؤية عن حالة العقد لم يجز هنا أيضاً البيع ^(١) .

مذهب أحمد بن حنبل :

الظاهر - في مذهب الإمام أحمد - أن العين الغائبة التي لم توصف ولم تتقدم رؤيتها لا يصح بيعها ، فيجب حتى يصح العقد إما الرؤية من البائع والمشتري

(١) جاء في المذهب ج ١ ص ٢٦٣ : " ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها ، فإن علم الجنس والنوع ، بأن قال : بعتك الثوب المروي الذي في كمي ، أو الفرس الانهم الذي في إصطبلتي ، ففيه قولان : قال في القديم : .. يصح ويثبت له الخيار إذا رآه - لما روى ابن أبي مليكة أن عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة أرضاً بالمدينة ناقلة بأرض له في الكوفة ، فقال عثمان : بعت مالم أراه ، فقال طلحة إنما النظر إليّ لأنني ابتعت وأنت قد رأيت ما ابتعت ، فتحاكما إلى جبير بن مطعم ، فقضى على عثمان أن البيع جائز ، وإن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيباً . وقال في الجديد : لا يصح لحديث أبي هريرة ^(٢) : أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع الغرر - وفي هذا النوع غرر .. فإذا قلنا بقوله القديم فهل تقتصر صحة البيع إلى ذكر الصفات أم لا ؟ فيه ثلاثة أوجه : أحدها أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه - والثاني : لا يصح حتى تذكر الصفات المذكورة - والثالث : أنه لا يقتصر إلى ذكر شيء من الصفات وهو المنصوص في الصرف ، لأن الاعتماد على الرؤية ويثبت له الخيار إذا رآه ، فلا يحتاج إلى ذكر الصفات ، فإن وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ، ثبت له الخيار ، وإن وجده على ما وصف أو أعلى ففيه وجهان : أحدهما : لا خيار له لأنه وجده على ما وصف ، فلم يكن له خيار كالمسلم فيه - والثاني : أن له الخيار لأنه يعرف بيع خيار الرؤية فلا يجوز أن يخلو من الخيار ، وأما إذا رأى المبيع قبل العقد ثم غاب عنه ثم اشتراه ، فإن كان مما لا يتغير كالعقار وغيره ، جاز بيعه ، وقال أبو القاسم الأنطاقي : لا يجوز في قوله الجديد لأن الرؤية شرط في العقد ، فاعتبر وجودها في حال العقد كالشهادة في النكاح ، والمذهب الأول لأن الرؤية تتراد للعلم بالمبيع ، وقد حصل العلم بالرؤية المتقدمة فعلى هذا إذا اشتراه ثم وجده على الصفة الأولى لأخذه ، وإن وجده ناقصاً فله الرد لأنه ما التزم العقد فيه إلا على تلك الصفة .. " .

(١) رواه مسلم في البيوع ٤ ، ورواه أبو داود في البيوع ٤ ، ورواه النسائي في البيوع ٢٧ ،

ورواه ابن ماجه في التجارات ٣٢ ، ورواه الدارمي في البيوع ٣٩ ، ورواه أحمد

٢/٢٥٠/٢٧٦ .

جميعاً ، وإما سبق الرؤية بزمان لا تتغير العين فيه ، وإما وصف العين بحيث يذكر من صفاتها ما يكفي في صحة السلم ، فإن وقع البيع على هذا النحو ، كان صحيحاً لازماً ، وليس للمشتري ولا للبائع خيار الرؤية فيه - ولكن إذا وصف المبيع فجاء على غير الوصف - كان للمشتري خيار الخلف في الوصف ، وإذا كانت العين المبيعة حاضرة في مجلس العقد ، فإنه يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع ، كداخل الثوب ، فلو باع ثوباً مطوياً أو عيناً حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله ، كان كبيع الغائب ، فيجب وصف المبيع حتى يصح البيع ^(١) .

(١) جاء في المغني ج ٤ ص ٧٤ ، " وفي بيع الغائب روايتان : أظهرهما أن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه ، وبهذا قال الشعبي والحسن والأوزاعي ومالك وإسحاق ، وهو لحد قولي الشافعي ، وفي رواية أخرى أنه يصح وهو مذهب أبي حنيفة ، والقول الثاني للشافعي ، وهل يثبت خيار الرؤية ؟ على روايتين : أشهرهما ثبوته ، وهو قول أبي حنيفة ، ولحتج من أجازاه بعموم قول الله تعالى : ﴿ ولعل الله البيع ﴾ وروي عن عثمان وطلحة أنهما تباعا داريهما بالكوفة والأخرى بالمدينة ، فقيل لعثمان : إنك قد غيبته ، فقال : ما أبالي لاني بعته مالم أره ، وقيل لطلحة فقال : لي الخيار لأنني اشتريت مالم أره ، فتحاكما إلى جبير فجعل الخيار لطلحة ، وهذا اتفاق منهم على صحة البيع ، ولأنه عقد معاوضة فلم تقتصر صحته إلى رؤية المعقود عليه كالنكاح ، ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه نهى عن بيع الخمر " رواه مسلم " ولأنه باع مالم يره ، ولم يوصف له فلم يصح - كبيع النوى في التمر - ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم - والآية مخصوصة بالأصل الذي ذكرناه ، وأما حديث عثمان وطلحة ، فيحتمل أنهما تباعا بالعينة على أنه قول صحابي ، وفي كونه حجة خلاف ، ولا يعارض به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم والنكاح لا يقصد منه المعاوضة ، ولا يفسد بفساد العوض ، ولا يترك ذكره ، ولا يخله شيء من الخيارات ، وفي اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات ، واضرار بهن ، على أن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة في النكاح ، فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع ، فإن قيل : فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : " من اشترى مالم يره فهو بالخيار إذا رآه " والخيار لا يثبت إلا في عقد صحيح ، قلنا هذا يرويه عمر بن إبراهيم الكردي وهو متروك الحديث ، ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه ، إذا ثبت هذا فإنه يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع كداخل الثوب ، فلو باع ثوباً مطوياً أو عيناً حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله ، كان كبيع الغائب ، وإن حكمنا بالصحة للمشتري الخيار عند رؤية البيع في الفسخ والإمضاء ، ويكون على الفور " .

• الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي •

ويتبين من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف ، في الظاهر من مذهب أحمد . على أن هناك رواية ثانية في مذهب أحمد ، وهي أنه يجوز بيع العين التي لم توصف ولم تتقدم رؤيتها ، ويكون للمشتري - في هذه الحالة - خيار الرؤية ، بل إن البائع يكون له هو أيضاً خيار الرؤية - إذا لم تسبق له رؤية المبيع ، فإذا ثبت للمشتري أو للبائع خيار الرؤية على هذا النحو ، فلن له الخيار عند رؤية المبيع الحق في الفسخ أو الإمضاء ، ويكون ذلك على الفور عقب الرؤية ، وقيل ينقيد بالمجلس الذي وجدت الرؤية فيه ، لأنه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط ، فنقيد بالمجلس ، كخيار المجلس ، وإن اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ العقد ، لأنه غير لازم في حقه ، وإن اختار إمضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم ، لأن الخيار يتعلق بالرؤية ، ولأنه يؤدي إلى إلزام العقد على المجهول فيفرضي إلى الضرر ، وتتفق هذه الرواية الثانية في مذهب الإمام أحمد ، مع ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة ، في أن المبيع الذي لم تسبق رؤيته ، ولم يوصف يثبت فيه للمشتري خيار الرؤية ، ولكنها تختلف عن المذهب الحنفي ، في أنها تثبت خيار الرؤية للبائع أيضاً ، وليس للبائع ، خيار الرؤية ، عند الحنفية كذلك لا تثبت ، هذه الرواية عند الإمام أحمد ، خيار الرؤية للمشتري ، إذا وصف المبيع وجاء على الصفة ، في حين أنه يثبت خيار الرؤية للمشتري ، ولو وصف المبيع وجاء على الصفة .

وفي رواية ثالثة ، عند الإمام أحمد ، أن البيع على الصفة لا يجوز ، وأن البيع على رؤية سابقة لا يجوز ، فيشترط إذن ، في صحة البيع ، رؤية المبيع حال العقد ، لأن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع ، فلم يصح البيع بها ، ولأن ما كان شرطاً ، في صحة العقد وهو الرؤية ، يجب أن يكون موجوداً حال العقد . وتتفق هذه الرواية الثالثة ، في مذهب الإمام أحمد ، مع مذهب الشافعي في قوله الجديد ، بينما تختلف اختلافاً بيناً عن المذهب الحنفي .

ويتضح مما تقدم أن الظاهر ، في مذهب الإمام أحمد ، لا يعرف خيار الرؤية ، وهو في ذلك يخالف المذهب الحنفي ، ولكنه يجيز البيع على الصفة دون رؤية المبيع ، وهو في ذلك يخالف مذهب الشافعي في قوله الجديد .

على أن هناك روايتين أخريين ، في مذهب الإمام أحمد ^(١) ، هما غير الظاهر من مذهبه : الأولى ، تقرب من مذهب الحنفية ، إذ تثبت خيار الرؤية للمشتري فيما لم يوصف ، ولم تتقدم فيه رؤية بل هي تذهب إلى مدى أبعد من المذهب الحنفي ، إذ تثبت خيار الرؤية للبائع أيضاً . والثانية : تتفق مع مذهب الشافعي ، في قوله الجديد ، إذ تنفي خيار الرؤية بتاتاً ، وتنفي جواز البيع ، على الصفة أو على سابق الرؤية ، وتشترط لصحة البيع رؤية المبيع حال العقد .

(١) جاء في المغني ج٤ ص ٧٤ وما بعدها : * وفي بيع الغائب روايتان : أظهرهما أن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه ، وبهذا قال الشعبي والحسن والأوزاعي ومالك وإسحاق ، وهو لحد قول الشافعي ، وفي رواية أخرى أنه يصح ، وهو مذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي ، وهل يثبت خيار الرؤية على روايتين أشهرهما ثبوته وهو قول أبي حنيفة * .

٤- خيار العيب (١)

معنى خيار العيب :

هو أن يكون للمتملك الحق في إمضاء العقد أو فسخه - إذا وجد عيباً في محل العقد المعين بالتعيين لم يطلع عليه عند التعاقد (٢) .

فسببه إذن ظهور عيب كان موجوداً بمحل العقد قبل أن ينتقل إلى يد الممتلك ، ولم يظهر منه ما يدل على رضاه به ، وإنما ثبت له هذا الحق في تلك الحالة لانعدام رضاه بالعقد حيث كان ينبغي السلامة في المعقود عليه ليكون انتفاعه به انتفاعاً تاماً ، فلما فانت سلامته بوجود العيب ، أثبت الشارع له حرية الإبقاء على العقد أو إلغائه ، وإن شاء تمسك بحقه كاملاً وأزال عن نفسه هذا الالتزام مالم يوجد مانع يمنع من ذلك ، وإن شاء تغاضى عما يصيبه من ضرر ، وأبقى العقد كما كان .

متى يثبت خيار العيب :

خيار العيب يثبت دون شرط - كخيار الرؤية - في العقود التي تحتل الفسخ وهو من هذه الناحية يفارق خياري الشرط والتعيين اللذين لا يثبتان إلا بالشرط .

على أن هناك فرقاً دقيقاً - من هذه الناحية - بين خيار الرؤية وخيار العيب ، فخيار الرؤية يثبت بحكم الشرع ، أما خيار العيب فهو إذا لم يكن في حاجة إلى شرط صريح به ، إلا أنه يثبت بالشرط دلالة إذ سلامة المبيع من العيب شرط ضمن في العقد ، ولما كانت السلامة في العقد دلالة ، فقد صارت كالشرط نصاً .

جاء في البدائع (٣) - في هذا المعنى : " إن السلامة شرط في العقد دلالة ، فعلم المسلم المبيع لا يلزم البيع ، فلا يلزم حكمه ، والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد أن السلامة في المبيع مطلوبة المشتري عادة إلى آخره ، لأن غرضه الانتفاع بالمبيع ، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة ، ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع ، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة ، فكانت كالمشروطة نصاً ،

(١) يسمى عند الإمام مالك بخيار النقيصة ، كما يسمى خيار الشرط بخيار التروي .

(٢) محمد مصطفى شلبي - المخل ص ٦٠٦ .

(٣) البدائع ج ٥ ص ٢٧٤ .

فإذا فلتت المساواة كان له الخيار ، ، وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضاً لأنه عقد معاوضة ، والمعاوضات مبناهما على المساواة عادة وحقيقة ، وتحقيق المساواة في مقابلة البذل بالمبدل ، والسلامة بالسلامة ، فكان إطلاق العقد مقتضياً للسلامة ، فإذا لم يسلم المبيع للمشتري يثبت له الخيار ، لأن المشتري يطالبه بتسليم قدر الفاتت بالعيب ، وهو عاجز عن تسليمه ، فيثبت له الخيار " . وقد انبنى على هذا الفرق أن اعتبر خيار الرؤية من حق الشرع ، فلا يجوز فيه الإسقاط الصريح مقصوداً ، وإنما يسقط دلالة بإمضاء البيع ، فيسقط بطريق الضرورة ، أما خيار العيب فاعتبر من حق العبد ، فيجوز فيه الإسقاط الصريح مقصوداً (١) .

على أن خيار العيب - إلى جانب قيامه على الشرط دلالة في العقد ، يقوم أيضاً على نص - في الشرع - كخيار الرؤية . ويورد الفقهاء عادة أن الأصل في شرعية خيار العيب ما روي عن النبي (٢) صلى الله عليه وسلم أنه قال: "من اشترى شاة محفلة فوجدها مصراً ، فهو بخير النظرين ثلاثة أيام - وفي رواية - فهو بأحد النظرين إلى ثلاثة ، إن شاء أمسك ، وإن شاء رد ورد معها صاعاً من تمر ، يقول الكاساني: " وانظر أن المذكورين هما : نظرا الإمساك والرد ، وذكر الثلاثة في الحديث الشريف ليس للتوقيف ، لأن هذا النوع من الخيار ليس بموقت ، بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد ، لأن المشتري إن كان به عيب يقف عليه المشتري في هذه المدة عادة ، فيرضى به فيمسكه ، أو لا يرضى به فيرده ، والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري ، علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المشاهدة ، والله عز وجل أعلم (٣) .

(١) المرجع السابق ص ٢٩٧ .

(٢) رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لاتصروا بالإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر " متفق عليه ، ولمسلم " فهو بالخيار ثلاثة أيام " وفي رواية للبخاري عن ابن مسعود موقوفاً " من لشترى شاة محفلة فردها فليرد معها صاعاً " وزاد الإسماعيلي " من تمر " . سبل السلام ج ٢ ص ٤٩٨ وص ٥٠٢ ، رواه البخاري في البيوع ٦٤ ، ومسلم في البيوع ١١ ، وأبو داود في البيوع ٤٦ ، والنسائي في البيوع ١٤ ، ومالك في البيوع ٩٦ ، ولحمد ٢٤٢/٢ .

(٣) البدائع ج ٤ ص ٢٧٤ .

• الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي •

وخيار العيب - كخيار الرؤية أيضاً ، لا يثبت إلا في العقود التي تحتل الفسخ ، كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن مال على شيء بعينه ، وقد ورد في المادة (٣٤٢) من مرشد الحيران : " يثبت حق فسخ العقد بخيار العيب من غير اشتراط في العقد ، فمن عقد عقد شراء أو إجارة أو أجرى مع شريكه قسمة مال مشترك القيميات أو المثليات المتحدة أو المختلفة الجنس أو صالح عن دعوى مال معين على شيء بعينه ، فله فسخ ونقض القسمة بخيار العيب ، إذا وجد في مشريه أو في العين المستلجرة أو في بدل الصلح أو في الحصة التي أصابته من القسمة عيباً قديماً ، لم يعلم به وقت العقد أو حين القسم ، ولم يوجد منه ما يدل على الرضا به بعد اطلاعه عليه ، ولم يشترط البراءة من العيوب ، فإن وجد شيء من ذلك سقط حق خياره ، ولزمه العقد والحصة التي أصابته في القسمة " .

الشروط الواجب توافرها في العيب ليثبت به الخيار :

- ١- يجب أن يكون العيب مؤثراً في قيمة المبيع :
وهذا يعني أن يكون من شأن العيب أن يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً فعلى سبيل المثال يعد الهشم عيباً مؤثراً ، والصدع عيب مؤثر في الحوائط . والتعويل في كل ذلك على عرف التجار ، فما كان من شأنه أن ينقص ثمن المبيع ، في عرفهم ، فهو عيب يوجب الخيار ^(١) .
- ٢- ويجب أن يكون العيب قديماً :
كذلك يجب أن يكون العيب قديماً ثابتاً وقت عقد البيع أو بعد ذلك ولكن قبل التسليم ، فلو حدث بعد التسليم لا يثبت الخيار لأن ثبوته لغوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة ، وقد سلمت السلعة سليمة ولم يحدث العيب إلا بعد التسليم .
- ولا يكفي أن يكون العيب قد حدث قبل التسليم ، بل يجب أيضاً أن يبقى ثابتاً

(١) وعند المالكية ، قد يكون عيباً يوجب الخيار سوى الجوار في الدار المستأجرة ، وما يلحق الشيء من أوهام العامة ، كأن تكون الدار شؤماً أو أن تكون مشهورة بعوارف ، الجان ، الخطاب ج ٤ ص ٤٣٦ .

بعد التسليم ، لأن العيب إذا حدث قبل التسليم و زال أيضاً قبله ، فقد قبض المشتري المبيع سليماً من العيب ، فلا يكون له الخيار .

أما إذا حدث العيب بعد التسليم ولكنه استند إلى سبب قبل التسليم ، فعند الشافعية خلاف في هذه المسألة - جاء في المذهب (١) .

" وإن حدث العيب بعد القبض نظرت ، فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد ، لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث ، وإن استند إلى ما قبل ، ففيه وجهان : أحدهما أنه يرد ، وهو قول أبي إسحاق . والثاني : أنه لا يرد ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة .

٣- ويجب أن يكون العيب غير معلوم من المشتري والا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب :

يجب أن يكون المشتري غير عالم بوجود العيب ، في وقت العقد وفي وقت القبض معاً ، فإن كان عالماً به في أي وقت من هذين الوقتين فلا خيار له ، ذلك أن إقدامه على الشراء مع العلم بالعيب رضاء به منه دلالة ، وكذلك إذا لم يعلم بالعيب عند العقد ثم علم به وقت القبض ، فقبضه للمبيع مع علمه بالعيب دليل على الرضا ، لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند التعاقد .

وقد يرضى المشتري بالعيب دون أن يعلم به ، وذلك إذا اشترط عليه البائع البراءة من العيب فقبل منه هذا الشرط ، فإذا أبرأ المشتري البائع من كل عيب أو من عيب بالذات قائم وقت العقد ، فإن الإبراء لا يتناول العيب الذي يحدث بعد البيع وقبل القبض .

وإن أبرأه من كل عيب أو من عيب بالذات يحدث بعد البيع وقبل القبض ، فالشرط قاسد ، لأن الإبراء لا يحتمل الإضافة إلى زمن مستقبل ولا التعليق بالشرط ، فهو وإن كان إسقاطاً فيه معنى التمليك فلماذا لا يحتمل الارتداد بالرد ، وكان ذلك بيعاً دخل فيه شرط فاسد ففسد .

وإن أبرأه من كل عيب أو من عيب بالذات وأطلق البراءة دون أن يخصص

(١) المذهب ج١ ص ٢٨٥ .

• الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي •

بالعييب القائم وقت العقد أو العيب الحادث بعده ، انصرف ذلك عند محمد بن الحسن إلى العيب القائم وقت العقد دون العيب الحادث بعده ، وعند أبي يوسف تعم البراءة العيبين، ويبرأ البائع من العيب القائم وقت العقد والعيب الحادث بعده (١) .

حكم العقد حال قيام خيار العيب :

العقد نافذ غير لازم : إذا توافرت في العيب الشروط المتقدمة الذكر ، لم يمنع ذلك من انعقاد العقد صحيحاً نافذاً لازماً من جهة البائع ولكنه يكون غير لازم من جهة المشتري . فثبتت الملك للمشتري في المبيع للحال ، لأن ركن البيع مطلق عن الشرط ، أما شرط السلامة الثابت دلالة فهو ليس بشرط في السبب ، كخيار الشرط ، وليس بشرط في الحكم كخيار الرؤية فيكون أقره في منع اللزوم لا في منع أصل الحكم . أما خيار الشرط فقد نخل على السبب فمنع انعقاده في حق الحكم مدة الخيار ، ولذلك لا يزول الملك عن البائع بشرط الخيار مدة خياره .

وأما خيار الرؤية فقد نخل على الحكم ومنع تمامه ، فمنع لزوم العقد حتى بعد القبض . وهذا بخلاف خيار العيب فإنه لا يدخل على السبب ولا على الحكم ، فهو جعل العقد غير لازم قبل القبض ، وقابلاً للفسخ بعد القبض ، أما كونه غير لازم قبل القبض فدليل ذلك أن المبيع إذا كان لا يزال في يد البائع ، وأراد المشتري الرد بالعيب

(١) ويختلف حكم البراءة من العيب ، في مذهب الشافعي ، جاء في المهذب ج١ ص ٢٨٨ ، * إذا باع عينا بشرط البراءة من العيب ففيه طريقان : أحدهما .. أن المسألة على ثلاثة أقوال ، أحدها أنه يبرأ من كل عيب ، لأنه عيب رضي به المشتري فبرئ منه البائع كما هو أوقفه عليه . والثاني : لا يبرأ من شيء من العيوب ، لأنه شرط يرتفق به لأحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة ، كالأجل المجهول ، والزمن المجهول . والثالث : أنه لا يبرأ إلا من عيب واحد هو العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعظم به البائع .. لأن الحيوان يفارق ماسواه ، لأنه يقتدي بالصحة والسقم ، وتحول طباعه ، ولما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى ، فدعت الحاجة إلى التبري من العيب الباطن فيه ، لأنه لا سبيل إلى معرفته وتوقيف المشتري عليه . وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر ولا في العيب في غير الحيوان ، فلم يجز التجري منه مع الجهالة ، والطريق الثاني : أن المسألة على قول واحد ، وهو أنه يبرأ من عيب باطن في الحيوان لم يطمع به ، ولا يبرأ من غيره * .

• الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي •

كيف يكون الرد بخيار العيب :

إذا ثبت للمشتري خيار العيب ، كان له أن ينقض البيع ، وينقض البيع قبل القبض بإرادته وحده ، كأن يقول : فسخت البيع أو نقضته أو رددته وما هو في معناه ، ويشترط علم البائع بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يشترط هذا العلم عند أبي يوسف ، كما هو خلافهم في خيار الشرط وفي الرؤية ، أما بعد القبض فإن النقص لا يكون إلا بالتراضي أو التقاضي .

ما الذي يترتب على الرد بخيار العيب ؟

إذا نقض المشتري البيع بخيار العيب ، انفسخ العقد ، ورد المشتري المبيع معيباً إلى البائع إن كان قد قبضه ، واسترد الثمن إن كان قد دفعه .

وعند الحنفية ، ليس له أن يمسك المبيع معيباً ويرجع على البائع بنقصان الثمن ، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ، ولأن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من الثمن المسمى فيتضرر بنقصان هذا الثمن ، ودفع الضرر عن المشتري ممكن برده للمبيع (١) .

وعند الشافعية : " إن قال البائع أمسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب ، لم يجبر المشتري على قبوله ، لأنه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن ، فلا يجبر على إمساك معيب ببعض الثمن ، وإن قال المشتري أعطني الأرش لأمسك المبيع ، لم يجبر

الرؤية متصلاً بلاخلاف بين أصحابنا ، وجه قول الشافعي رحمه الله أن هذا نوع فسخ فلا تقتصر صحته إلى القضاء ولا إلى الرضاء ، كالفسخ بخيار الشرط بالإجماع وبخيار الرؤية على أصلكم ، ولهذا لم يفتقر إليه قبل القبض وكذا بعد ، ولنا أن الصفقة تمت بالقبض ، ولحد العاقدين لا ينفرد بفسخ الصفقة بعد تمامها كالإقالة ، وهذا لأن الفسخ يكون على حسب العقد لأنه يرفع العقد ، ثم العقد لا يتعقد بأحد العاقدين ، فلا يفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضي ، بخلاف ما قبل القبض ، لأن الصفقة قبل القبض ليست بتامة ، بل تمامها بالقبض ، فكان بمنزلة القبول ، كأنه لم يسترد ، بخلاف الرد بخيار الشرط ، لأن الصفقة غير منعقدة في حق الحكم مع بقاء الخيار فكان الرد في معنى الدفع والامتناع من القبول ، وبخلاف الرد بخيار الرؤية لأن عدم الرؤية منع تمام الصفقة لأنه أوجب خللاً في الرضاء ، فكان الرد كالدفء ، أما ههنا إذ الصفقة قد تمت بالقبض ، فلا تحتل الانفساخ بنفس الرد من غير قربة القضاء أو الرضاء ، والله عز وجل أعلم " .

(١) البدائع ج ٥ ص ٣٧٤ .

البائع على دفع الارش ، لأنه لم يبذل المبيع إلا بجميع الثمن فلم يجبر^١ على تسليمه ببعض الثمن " (١) . وهم بهذا مثل الحنفية .

وعند المالكية (٢) : تنقسم العيوب إلى ثلاثة ، عيب غير مؤثر وليس فيه شيء وعيب يسير ، ويرجع المشتري فيه بنقصان الثمن ، وعيب فاحش ، ويكون المشتري فيه بالخيار بين الرد والإمسak ، فإذا أمسك ليس له أن يرجع بنقصان الثمن ، ففي العيب الفاحش يتلاقى الحنفية والمالكية .

وعند الحنابلة (٣) : يكون للمشتري الخيار بين الرد أو الإمساك مع الرجوع بنقصان الثمن .

- الارش - وهو قسط مابين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن بينما الحنفية والشافعية يرون أنه ليس له إلا الإمساك أو الرد ، لا أرش له إلا أن يتعذر رد المبيع . على أن للمشتري أن يرجع بنقصان الثمن إذا توافرت شروط ثلاثة :

١- أن يتعذر عليه رد المبيع ، كان هلك المبيع ، أو نقص ، أو زاد ، وهو في يده .
٢- وأن يكون هذا التعذر غير أت من قبله ، فإذا كان التعذر أتياً من قبله لم يرجع بنقصان الثمن ، لأنه يصير حابساً المبيع بفعله ممسكاً عن الرد ، فلو باع المبيع المعيب أو وهبه ثم علم بالعيب ، لم يرجع بنقصان الثمن ، لأنه بالبيع أو الهبة صار ممسكاً عن الرد .

٣- وألا يصل إلى المشتري عوض عن المبيع ، فإن وصل إليه عوضه ، لم يرجع بالنقصان ، لأنه لما وصل إليه عوضه صار كأنه باعه ، ولو باعه ثم اطلع على عيب به لم يرجع .

مايسقط به خيار العيب (٤) :

يسقط خيار العيب ، فيلزم البيع ، للأسباب الآتية :

١- هلاك المبيع :

يسقط خيار العيب بهلاك المبيع ، لفوات المحل ، فإن هلك المبيع وهو في يد

(١) المذهب ج١ ص ٢٨٤ .

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٦٧ .

(٣) الشرح الكبير على متن المقنع ج٤ ص ٨٦ .

(٤) البدائع ج٤ ص ٢٧٦ ، المغني ج٤ ص ٧٥ ، المذهب ج١ ص ٢٩٠ ، بداية المجتهد ج٢ ص ١٤٥ .

• الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي •

البائع ، انفسخ البيع ولا يرجع البائع على المشتري بشيء من الثمن لأنه يحمل تبعه الهلاك قبل القبض ، وإن ملك المبيع وهو في يد المشتري فهلاكه عليه لأنه قد قبضه ، ولكنه يرجع بنقصان الثمن بسبب العيب .

٢- نقصان المبيع :

إذا نقص المبيع قبل القبض ، وكان النقصان بغير فعل المشتري أو فعل أجنبي ، أي بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بأفة سماوية ، فهذا ومالم يكن به عيب سواء ، ويكون للمشتري الخيار ، إن شاء أخذ المبيع وطرح قدر النقصان ، وإن شاء ترك ، كما إذا لم يجد بالمبيع عيباً ، ذلك أن له الخيار في الرد حتى لو لم يكن بالمبيع عيب ، فلا يحتاج إلى خيار آخر ، وإن كان النقصان بفعل المشتري كان للمشتري أن يرضى بالمبيع معيباً ولا يرجع بشيء ، وإن شاء رجع بنقصان العيب على البائع ولكن للبائع ، في هذه الحالة ، أن يأخذ المبيع فيسقط جميع الثمن ، وإن كان النقصان بفعل أجنبي ، فالمشتري بالخيار ، إن شاء رضي بالمبيع بجميع الثمن واتبع الجاني بالأرض ، وإن شاء ترك ويسقط عنه جميع الثمن ، واتبع البائع الجاني بالأرض ، كما إذا لم يجد المشتري بالمبيع عيباً .

وإذا نقص المبيع بعد القبض ، وهو في يد المشتري ، أي كان سبب النقص ثم وجد المشتري به عيباً ، لم يكن له أن يرده بالعيب ، ذلك أن شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التي كان عليها عند القبض ، ولم يوجد لأن المبيع خرج عن ملك البائع معيباً بعيب واحد ويعود على ملكه معيباً بعيبين ، العيب القديم والنقصان ، وهو إذا كان يضمن العيب القديم ، فإنه لا يضمن النقصان لأنه حدث بعد القبض ، والمبيع في يد المشتري ، فأنعدم شرط الرد ، وللمشتري أن يرجع بنقصان الثمن للعيب ، إلا إذا رضي البائع بأخذ المبيع ورد كل الثمن ^(١) .

(١) وعند الإمام مالك للمشتري أن يرد المبيع ، في هذه الحالة ، ويرد معه أرض النقصان ، يقول ابن جزى "القوانين الفقهية ص ٢٦٦" ، المسقط الرابع حدوث نقص المبيع ، عند المشتري فهو بالخيار إن شاء رده ورد أرض العيب الحادث عنده وإن شاء تمسك به وأخذ أرض العيب القديم ، والأرض قيمة العيب ، وقال الشافعي (١) وأبو حنيفة (ب) ليس له الرد ، وإنما يأخذ أرض العيب .

(١) المهذب ج ١ ص ٢٩٠ .

(ب) البندانج ج ٤ ص ٧٥ .

٣- زيادة المبيع :

إذا حدثت الزيادة ، قبل القبض ، فإن كانت متصلة متولدة من الأصل ، كالكبر والسمن ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، ولأن هذه الزيادة تابعة للأصل فكانت ببيعه تبعاً ، وما كان تبعاً في العقد يكون تبعاً في الفسخ ، وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل ، كالصبيغ في الثوب والبناء على الأرض فإنها تمنع الرد بالعيب ، لأن هذه ليست بتابعة بل هي أصل بنفسها ، فتعذر رد المبيع ، إذ لا يمكن رده بدون الزيادة لتعذر الفصل ، ولا يمكن رده مع الزيادة لأنها ليست بتابعة في العقد فلا تكون تابعة في الفسخ ، ويكون للمشتري الرجوع بنقصان الثمن ، وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل ، كالولد والثمر واللبن ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، فإن شاء المشتري ردهما جميعاً ، وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن ، وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل ، كالغلة والكسب ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة وإنما هي مملوكة بملك الأصل ، فبالرد يفسخ العقد في الأصل وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بغير ثمن ، عند أبي حنيفة ، لكنها لا تطيب له لأنها وإن حدثت على ملكه إلا أنها ربح مالم يضمن ، وعند أبي يوسف ومحمد تكون الزيادة للبائع لكنها لا تطيب له .

وإن حدثت الزيادة ، بعد القبض ، فإن كانت متصلة متولدة من الأصل ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، إن رضي المشتري بردها مع الأصل التي هي تابعة له ، وإن أبى المشتري الرد وأراد الرجوع بنقصان الثمن كان له ذلك ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد ليس للمشتري أن يرجع بنقصان الثمن على البائع إذا أراد البائع استرداد المبيع معيباً ورد الثمن كله .

وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ويرجع المشتري على البائع بنقصان الثمن (١) .

وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل ، فإنها تمنع الرد بالعيب ويرجع المشتري بنقصان الثمن ، لأن الزيادة حصلت في ضمان المشتري ، فإن ردها مع

(١) البائع ج ٥ ص ٢٨٦ .

• الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي •

الأصل كانت للبائع أرباح مالم يضمن ، وإن استبقاها ورد الأصل فإنها تبقى في يده بلائمن وهذا تفسير الربا . وهذا بخلاف هذه الزيادة قبل القبض ، فإنها تحصل في ضمان البائع ، فجاز ردها مع الأصل إلى البائع لحصولها في ضمانه ، ومن ثم جاز الرد بالعيب .

وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، ويرد الأصل على البائع ، والزيادة للمشتري طيبة له لأنها حصلت في ضمانه (١).

٤- إسقاط المشتري للخيار :

ويسقط خيار العيب بإسقاط المشتري له إسقاطاً مقصوداً صريحاً أو هو في معنى الصريح ، نحو أن يقول أسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البيع أو أوجبته وما يجري هذا المجرى ، لأن خيار العيب حقه فله أن ينزل عنه . وكإسقاط الخيار إبراء المشتري البائع من العيب ، لأن الإبراء إسقاط وله ولاية الإسقاط ، والخيار حقه والمحل قابل للسقوط . وقد سبق أن رأينا أن خيار الرؤية ، بخلاف خيار العيب ، لا يسقط بالإسقاط المقصود الصريح .

٥- رضا المشتري بالعيب بعد العلم به :

ويسقط خيار العيب برضاء المشتري بالعيب بعد أن علم به ، لأن حق الرد إنما هو لفوات السلامة المشروطة دلالة في العقد ، وإذا رضي المشتري بالعيب بعد العلم به فقد دل على أنه نزل عن هذا الشرط أو أنه لم يشترطه ابتداء . والرضا قد يكون صريحاً ، كأن يقول المشتري : رضيت بالعيب أو أجزت هذا البيع ، وما يجري هذا المجرى .

وقد يكون الرضاء دلالة ، كأن يصدر من المشتري ، بعد العلم بالعيب ، فعل يدل على الرضاء به ، كما إذا كان المبيع ثوباً فصبغه أو أرضاً فبنى عليها أو حنطة فطحنها أو لحماً فشواه ، ويعتبر تصرف المشتري في المبيع ، بعد العلم بالعيب رضا بالعيب دلالة ، فإذا باع المبيع أو وهبه وسلمه ، كان في الإقدام على هذه التصرفات ، مع العلم بالعيب ، دليل الرضاء بالعيب .

(١) المرجع السابق .

٦- تصرف المشتري في المبيع قبل العلم بالعيب :

وإذا تصرف المشتري في المبيع ، بأن أخرجه عن ملكه ، حتى قبل علمه بالعيب سقط خياره ، لتعذر رد المبيع إلى البائع ، فإذا باع المبيع أو وهبه وسلمه وهو غير عالم بالعيب ، سقط خياره ، ولكن لو فسخ تصرفه ، ورد إليه المبيع بخيار شرط أو خيار رؤية مثلاً ، عاد إليه حق خيار العيب ، وجاز له رد المبيع للبائع . ولا يسقط خيار العيب ، بموت المشتري ، فإذا مات ، قامت ورثته مقامه في الخيار ، وهو في هذا كخيار التعيين يورث ، أما خيار الشرط وخيار الرؤية فإتھما لا يورثان .

٥- " خيار المجلس "

صور هذا الخيار :

أن يقع البيع جائزاً ، في فترة المجلس ، ويكون لكل من المتعاقدين الخيار ، فإذا تفرقا لزم العقد ، ولا خيار لأحدهما .
يقول ابن قدامة : " يقع البيع جائزاً ولكل من المتبايعين الخيار في فسخه مادام مجتمعين مالم يتفرقا " (١) .

القائلون بخيار المجلس :

يقول بهذا الخيار الشافعية (٢) والحنابلة ، وعندهم أن أيّاً من المتعاقدين يكون له خيار الرجوع مادام مجلس العقد قائماً لم ينقض ، فإذا انقض المجلس بطل الخيار ، أي أن خيار المجلس يثبت عندهم ، في الفترة ما بين صدور القول ، وانصراف المتعاقدين أو أحدهما عن مجلس العقد ، أي قبل تفرق المتعاقدين بالبدن .
وقد روي ذلك عن عمر وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة ، وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاوس والزهري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيدة وأبو ثور (٣) .

(١) المغني ج٤ ص٦٠ .

(٢) جاء في المذهب ج١ ص٢٢٧ : " وإذا انعقد البيع يثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار من الفسخ والإمضاء إلى أن يتفرقا أو يتخيرا " . وجاء في المغني ج٤ ص٦٠ ، " .. أن البيع يلزم بتفرقهما لدلالة الحديث عليه ، ولا خلاف في لزومه بعد التفرق ، والمرجع في التفرق إلى عرف الناس وعادتهم فيما يعدونه تفرقاً ، لأن الشارع علق عليه حكماً ولم يبينه ، فدل ذلك على أنه أراد ما يعرفه الناس كالقبض والاحتراز " .

(٣) المغني ج٤ ص٦٠ .

الذين لا يقولون بخيار المجلس :

ينكر الحنفية ^(١) والمالكية ^(٢) خيار المجلس ، عندهم أن العقد متى تم في مجلسه بصدور القبول امتنع على أي من المتعاقدين بعد ذلك أن يرجع ، لأن صفة العقد الإلزام ، ولا إلزام إذا أجزنا لأي منهما الرجوع .

أي أن الحنفية والمالكية يجعلون مجلس العقد ينقض ، ضرورة - بصدور القبول - إذ يستوي من الناحية العملية - ، ألا يكون لأحد من المتعاقدين حق الرجوع بعد صدور القبول ، وأن يكون المجلس قد انقض بصدور القبول .

أدلة القائلين بخيار المجلس :

١- ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : " إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا ، وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتابعا على ذلك فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن تابعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع " ^(٣) .

٢- ما رواه عبدالله بن عمر وعبدالله بن عمرو وحكيم بن حزام ، وقد رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا " . والحديث صريح في حكم المسألة .

وقد عاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته للحديث مع روايته له وثبوته عنده ^(٤) .

أما الذين لا يقولون بخيار المجلس فيستدلون :

(١) جاء في الهداية (فتح القدير ج ٥ ص ٨٧) : " وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ، ولا خيار لولاحد منهما إلا من عيب وعدم رؤية " .

(٢) وجاء في المدونة الكبرى (ج ١٠ ص ٢٠) " قلت لابن القاسم هل يكون البيعان بالخيار ما لم يتفرقا في قول مالك ؟ قال : قال مالك لا خيار لهما وإن لم يتفرقا . قال : قال مالك " البيع كلام ، فإذا أوجبا البيع بالكلام وجب البيع ، ولم يكن لأحدهما أن يمتنع مما قد لزمه ، وقال في حديث ابن عمر " البيعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار " ليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه " .

(٣) متفق عليه واللفظ لمسلم ، سبق تخريج الحديث .

(٤) سبل السلام ج ٣ ص ٧ .

* الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي *

- ١- بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
" البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا ، إلا أن تكون صفقة خيار ، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله " ^(١) . وفي رواية : " حتى يتفرقا عن مكانهما " .
وما رواه أبو داود عن ابن عمر وبلفظ " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، إلا أن تكون صفقة خيار ، ولا يحل له أن يفارقه صاحبه خشية أن يستقبله " .
- ٢- قوله تعالى: ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾ ^(٢) . وقوله تعالى: ﴿ ولشهدوا إذا تباعتم ﴾ ^(٣) . والإشهاد إن وقع بعد التفرق لم يطابق الأمر . وإن وقع قبله لم يصادف محله .
- ٣- أما الحديث الذي يستدل به القائلون بخيار المجلس ، فإنه منسوخ بحديث "المسلمون على شروطهم" والخيار بعد لزوم العقد يفسد الشرط .
- ٤- كذلك فالحديث يمكن حمله على المتساومين ، فإن استعمال البائع في المساوم شائع ^(٤) .

وقد أجاب القائلون بخيار المجلس بما يلي :

- ١- الآية مطلقة ، وقد قيدت بالحديث .
- ٢- أما القول بأن الحديث منسوخ ، فالأصل عدم النسخ ، والا يثبت بالاحتمال .
- ٣- أما ما قيل من أن الإمام مالك روى الحديث ولم يعمل به فقد قالوا : إن مخالفة الراوي لا توجب عدم العمل بروايته ، لأن عمله مبني على اجتهاده ، وقد يظهر له ما هو أرجح عنده مما رواه وإن لم يكن أرجح في نفس الأمر .
- ٤- أما استعمال البائع بمعنى المساوم فهو من باب المجاز ، وحمل الكلام على الحقيقة أولى ^(٥) .

(١) رواه الخمسة إلا ابن ماجه ، ورواه الدارقطني وابن خزيمة وابن الجارود .

(٢) سورة النساء الآية ٢٩ .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

(٤) سبل السلام ج ٣ ص ٧ .

(٥) سبل السلام ج ٣ ص ٧ .

لحكام خيار المجلس عند القائلين به :

جاء في المذهب ^(١) : " وإذا انعقد البيع يثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء إلى أن يتفرقا أو يتخيرا " .

وجاء في المغني ^(٢) " الفصل الثاني أن البيع يلزم بتفرقهما لدلالة الحديث عليه ، ولا خلاف في لزومه بعد التفرق ، والمرجع في التفرق إلى عرف الناس ، وعانتهم فيما يعدونه تفرقاً ، لأن الشارع علق عليه حكماً ولم يبينه ، فدل ذلك على أنه أراد ما يعرفه الناس ، كالقبض والإحراز ... " .

وهكذا نرى أن لكل من العاقدين ، عند الشافعية والحنابلة ، خيار المجلس أي خيار الرجوع في العقد بعد تمامه ، ويستقل في ذلك بإرادته وحدها ، وهذا هو الفرق بين خيار المجلس والتقابل ، إذ التقابل لا يكون إلا بتوافق الإرادتين ومع ذلك ينقطع خيار المجلس ، ويصبح العقد باتاً لا رجوع فيه بأحد الأمور الآتية : انقضاء المجلس أو التفرق بالأبدان - التخاير - موت أحد المتعاقدين :

١- انقضاء المجلس - أو التفرق بالأبدان :

يكون ذلك بأن يتفرق المتعاقدان ببدينيهما بحيث إذا كلم أحدهما الآخر ، على العادة لم يسمع كلامه ، فينقض المجلس بذلك وينقطع الخيار ، والمرجع في التفرق إلى العرف وعادة الناس فيما يعدونه تفرقاً ، ويغلب أن يكون بأن يبعد الصاحب عن صاحبه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة .

على أن التفرق يجب أن يكون تفرقاً طبيعياً لا تعمد فيه ولا إكراه ، ومتى حصل تفرق المتعاقدين انقطع خيارهما ، قصداً ذلك أو لم يقصده ، علماء أو جهلاء .

٢- والتخاير يكون بأن يقول أحد المتعاقدين للآخر ، قبل أن يتفرقا ببدينيهما ، اختر إمضاء العقد أو فسخه ، فيقول الآخر : اخترت إمضاءه أو فسخه وبذلك يبت المتعاقدان في مصير العقد قبل التفرق وانقضاء المجلس ، وإن سكت المسئول لم ينقطع خياره .

وقد يختار أحد المتعاقدين من تلقاء نفسه ، إمضاء العقد دون أن يخيره صاحبه ،

(١) المذهب ج ١ ص ٢٥٧ .

(٢) المغني ج ٤ ص ٦ .

● الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي ●

فيلزم العقد في حقه وحده ، ويبقى المتعاقد الآخر على خياره ، كما لو كان خيار الشرط لهما فأسقط أحدهما خياره دون الآخر .

٣- وموت أحد المتعاقدين ، قبل التفرق وانقضاء المجلس ، يبطل خياره عند أحمد ، لأنه قد تعذر منه الخيار ، والخيار لا يورث ، والأصح عند الشافعي أن موت المتعاقد لا يبطل خياره ، فيثبت للوارث قياساً على خيار الشرط ، ومن بقي من المتعاقدين حياً يبطل خياره . لأن الخيار يبطل بالتفرق ، والتفرق بالموت أعظم . وقد يتنازع المتعاقدان بعد الاتفاق على أن أحدهما اختار الفسخ ، في جريان التفرق وانقضاء مجلس العقد قبل اختيار الفسخ ، والأصل عدم التفرق ومن يدعي التفرق يطالب بالبيئة (١) .

بعد هذا العرض نستطيع القول بأن الأولى عدم القول بخيار المجلس ، وهو مذهب إليه الحنفية والمالكية ، وذلك للأسباب الآتية :

١- القول بخيار المجلس يقتضي تعليق مصير العقد إلى حين انقضاء المجلس ، ولما كان وقت انقضاء المجلس غير منضبط ، لأنه متوقف على التفرق ، والخلاف في التفرق كبير ، كما أنه قد يكون بالإكراه أو بالموت ، وهذا يؤدي إلى الإخلال باستقرار التعامل .

٢- القول بخيار المجلس يزعزع من قوة العقد الملزمة ، كما أنه إهدار لحرمة العقد باستقلال أحد المتعاقدين بفسخه بعد تمامه عن طريق خيار المجلس ، هذا إلى أن القول بخيار المجلس يجعل هناك مجلسين لا مجلساً واحداً ، مجلس العقد ، ومجلس الخيار .

٣- أما الحديث الذي يستدل به القائلون بخيار المجلس ، فقد كثرت فيه الروايات ولعل خير ما يقال فيه : إن الخيار الذي جاءت به السنة هو بين قول البائع قد بعته وبين قول صاحبه قد قبلت منك ، للمخاطب بالبيع الرجوع قبل قبول صاحبه عما قال ، وللمخاطب قبول ذلك القول مالم يفترق هو وصاحبه بأبدانهما ، فإذا افترقا بيديهما لم يكن له أن يقبل بعد ذلك (٢) .

(١) المذهب ج ١ ص ٢٥٧ ، المغني ج ٤ ص ٦ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٧٤ .

٦- "خيار النقد"

هذا نوع آخر من الخيارات أثبتته الحنفية ^(١) ، لحاجة الناس إليه في معاملاتهم .

صورته :

أن يتبايع اثنان من غير دفع الثمن على أن يؤدي المشتري الثمن في مدة معينة ، وإن لم يؤديه في هذه المدة فلا بيع بينهما ، فإذا قبل الطرف الآخر هذا الشرط صح البيع والشرط معاً .

وعلى المشتري أن ينقد الثمن ، في المدة المحددة ، فإن فعل ذلك لزم البيع ، وإن لم يفعل ، كان البيع فاسداً ، إذا بقي المبيع على حاله لم يتغير .

وهذا الخيار كما يثبت للمشتري ، يثبت للبائع ، بأن يدفع المشتري الثمن ويجعل للبائع الخيار في رد الثمن ، في مدة معينة ، فيقول له : إن رددت الثمن في هذه المدة ، فلا بيع بيننا ، ويقبل البائع .

ففي هذه الصورة يثبت الخيار للبائع في رد الثمن إلى المشتري ، فإن رده ارتفع البيع وإن لم يرده لزم العقد .

وهذا الخيار جائز ، استحساناً ، على خلاف القياس ، ولذلك منعه زفر لتمسكه في الغالب بالقياس ، ووجه الاستحسان : أن الحاجة قد تدعو إلى مثل هذا النوع من الشروط ، وهو في الحقيقة نوع من خيار الشرط ، لأن الخيار هنا يثبت بالشرط ، ولو لا الشرط ما ثبت .

وقد اتفق القائلون بهذا الخيار على صحته ، إذا حددت المدة بثلاثة أيام أو أقل كيوم أو يومين ، واختلفوا فيما إذا كانت المدة معلومة أكثر من ثلاثة الأيام ، كأربعة مثلاً فأبو حنيفة يقول بفساد البيع ، ومحمد يقول بصحته ومعه أبو يوسف في قوله الأخير ، والخلاف هنا كالاخلاف في خيار الشرط . وهذا الخيار لا يورث ، باتفاق القائلين به ، لأنه رغبة ومشية ، والرغبات ليست محلاً للإرث ، وهذا الحكم يستوي فيه ما إذا كان الخيار للبائع أو المشتري ، إلا أنه إذا كان الخيار للبائع في رد الثمن

(١) حاشية ابن عبيدين ج ٤ ص ٥٧١ .

• الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي •

يلزم البيع بموته ، لأن الموجب لإمضاء العقد هو عدم رد الثمن ، وقد تحقق عدم الرد بموته . وإذا كان الخيار للمشتري في نقد الثمن يبطل البيع بموته حيث كان الموجب للإمضاء هو نقد الثمن ولم يتحقق النقد قبل موته ، ويتعذر بعد موته حيث لا يخلفه أحد فيه (١) .

(١) المنخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، محمد مصطفى شلبي ص ٦٣١ .

٧- " خيار التدليس "

خيار التدليس :

يكون بما يزيد في الثمن ، كتصيرية اللبن في الضرع ، وتحسين شكل السيارة المستعملة بقصد رفع ثمنها مثلاً . وجمع ماء الرحي وإرسالها عند عرضها ، فهذا يثبت للمشتري خيار الرد ^(١) .

قال البخاري : أصل التصيرية حبس الماء ، يقال صريت الماء ، ويقال للمصرأة " المحفلة " وهو من الجمع أيضاً ، ومنه سميت مجامع الناس محافل .
والتصيرية حرام ، إذا أريد بها التدليس على المشتري ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم " لاتصروا الإبل " ^(٢) وقوله : " من غشنا فليس منا " ^(٣) . فمن اشترى مصرأة من بهيمة الأنعام ، وهو لا يعلم تصيرتها ثم علم فله الخيار : في الرد أو الإمساك .

روي ذلك عن : ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس ، وإليه ذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم ^(٤) .
وذهب أبو حنيفة ومحمد ^(٥) إلى أنه لا خيار له ، لأن ذلك ليس بعيب بدليل أنها لو لم تكن مصرأة فوجدها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها والتدليس بما ليس بعيب

(١) الشرح الكبير مطبوع مع المغني ج٤ ص ٨٠ .

(٢) من حديث أبي هريرة المتفق عليه ، ولسلم " فهو بالخيار ثلاثة أيام " وفي رواية له علقها البخاري ، ورد معها صاعاً من طعام لاسمراء " . قال البخاري : والتمر أكثر ، سبل السلام ج٢ ص ٤٩٨ ، سبق تخريجه .

(٣) من حديث أبي هريرة الذي رواه مسلم ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبرة طعام فدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً ، فقال : " ما هذا يا صاحب الطعام ؟ " قال : أصابته السماء يا رسول الله ، فقال : " أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ، من غش فليس مني " رواه مسلم ، سبل السلام ، ج٢ ص ٥٠٢ ، رواه مسلم في كتاب الإيمان ١٦٥ ، ورواه الترمذي في البيوع ٧٢ - ٢٥ .

(٤) الشرح الكبير ج٤ ص ٧٧ .

(٥) البدائع ج٥ ص ٢٨١ .

• الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي •

لا يثبت الخيار ، كما لو علفها فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل .
ويستدل القائلون بخيار التدليس ، بما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر " متفق عليه (١) .

(١) رواه البخاري في البيوع ٦٤ ، ورواه مسلم في البيوع ١١ ، وأبو داود في البيوع ٤٦ ، والنسائي في البيوع ١٤ ومالك في البيوع ٩٦ ، ولحمد ٢٤٢/٢ .

٨- خيار الغبن^(١)

لم يرد في الشرع ما يدل على تحديد الغبن ولذلك يرجع فيه إلى العرف .
ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد ، وحده أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى ، في الإرشاد بالثلث وهو قول مالك لقول النبي صلى الله عليه وسلم " والثلث كثير " وقيل : السدس . والأولى أن يرجع فيه إلى العرف .
وللغبن صور ثلاث .

الأولى : تلقي الركبان - فإذا تلقى الركبان قباعهم أو اشتري منهم فلهم الخيار إذا هبطوا السوق ، وعلموا أنهم قد غبنوا غبناً يخرج عن العادة .
روي أنهم كانوا يتلقون الأجلاب فيشترون منهم الامتعة قبل أن يهبطوا الأسواق فربما غبنوهم غبناً بيناً فيضروا بهم وربما أضروا بأهل البلد لأن الركبان إذا وصلوا باعوا امتعتهم ، والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعاً ويتربصون بها السعة ، فهو في معنى بيع الحاضر للبادي الذي نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عنه ^(٢) .

روي ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد " . وعن أبي هريرة مثله " متفق عليهما " ^(٣) .
موقف الفقهاء من تلقي الركبان :

١- كثير من العلماء يكرهونه ، ومنهم عمر بن عبدالعزيز ومالك والليث والأوزاعي والشافعي وإسحاق .

٢- أما أبو حنيفة فلم ير في تلقي الركبان بأساً .

٣- وروي عن الإمام أحمد أن البيع باطل لظاهر النهي في إحدى روايتين ^(٤) .

(١) الغبن في اللغة غبنه في البيع ، خدعه ، وبابه ضرب ، وقد غبن فهو مغبون ولا يخرج المعنى الشرعي عن المعنى اللغوي ، أي الخداع ، فهو خداع البائع للمشتري .

(٢) الشرح الكبير مع المغني ج ٤ ص ٧٧ .

(٣) متفق عليه واللفظ للبخاري أخرجه البخاري في كتاب البيوع ٧٢ .

(٤) فتح الباري ج ٤ ص ٢٥٦ ، نيل الأوطار ج ٥ ص ١٦٦ ، المغني ج ٤ ص ٢١٨ .

• الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي •

والجمهور على أن من خالف سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وتلقى الركبان واشترى منهم ، فالبيع صحيح ، قاله ابن عبد البر .

والقول بصحة البيع يؤيده ما رواه أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار " (١) رواه مسلم .

والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح - ولأن النهي - لالتمعني في البيع - بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بإثبات الخيار فأشبهه بيع المصراة - وفارق بيع الحاضر للبادي - فإنه لا يمكن استدراكه بالخيار إذ ليس الضرر عليه إنما هو على المسلمين .

وعلى ذلك يكون للبائع الخيار ، إذا علم أنه غبن .

ويشترط الحنفية لثبوت الخيار أن يغبن فعلاً ، فإذا لم يغبن فلا خيار ، لأنه إنما يثبت لأجل الخديعة ودفع الضرر عن البائع ، ولا ضرر مع عدم الغبن . وهذا ظاهر مذهب الشافعي (٢) .

ويحمل إطلاق الحديث في إطلاق الخيار في قوله صلى الله عليه وسلم " فهو بالخيار " إذا علم أنه غبن . يؤيد ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار إذا أتى السوق ، فيفهم منه أنه إشارة إلى معرفته بالغبن في السوق ، ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع .

وظاهر كلام الخراقي ، أن الخيار يثبت له بمجرد الغبن وإن قل والأولى أن يتقيد بما يخرج عن العادة ، لأن مادون ذلك لا ينضبط . ويقول المالكية (٣) :

إنما نهى عن تلقي الركبان لما يفوت به من الرقق بأهل السوق لئلا ينقطع عنهم ماله جلسوا من ابتغاء فضل الله ، قال ابن القاسم : فإن تلقاها متلق فاشترها عرضت على أهل السوق فيشتركون فيها .

(١) رواه مسلم في البيوع ١٦-١٧ ، وأبو داود في البيوع ٤٣ ، والترمذي في البيوع ١٢ ، والنسائي في البيوع ١٨ ، وابن ماجة في التجارات ١٦ ، والناهمي في البيوع ٢٣ ، ولحمد . ٢١٤/٤ .

(٢) المذهب ج ١ ص ٢٨٩ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٤٥ .

الصورة الثانية : النجش (١) :

ويقصد بالنجش أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ليغري المشتري ، ويكون له الخيار إذا غبن .

والنجش حرام وخداع . قال البخاري : " الناجش أكل ربا خائن ، وهو خداع باطل لا يحل " لما روى ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهى عن النجش (٢) متفق عليه .

أقوال الفقهاء في بيع النجش :

- ١- ذهب إلى صحة العقد مع النجش ، الحنفية والشافعية . واشترط الشافعية لثبوت الخيار ، ألا يكون النجش بمواطأة من البائع وعلمه ، فإذا كان بمواطأة منه فقال بعضهم : لا خيار للمشتري ، لأن التقريط منه حيث اشترى مالا يعرف قيمته . ويرد على ذلك بأن النجش تغريس بالعائد ، فإذا غبن ثبت له الخيار كما في تلقي الركبان . كذلك إذا قال البائع : أعطيت بهذه السلعة ، مالم يعط ، قصده المشتري ثم كان كاذباً ، فالبيع صحيح ، وللمشتري أيضاً الخيار لأنه في معنى النجش .
- ٢- وذهب إلى بطلان العقد - الإمام أحمد - واختاره أبو بكر - وهو قول مالك - لأن النهي يقتضي الفساد . ويرد على ذلك بأن النهي عاد إلى الناجش لا إلى العائد فلم يؤثر في البيع . وإذا كان في البيع غبن ، لم تجر العادة بمثله ، فللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء ، كما في تلقي الركبان ، فإن كان يتغابن بمثله فلا خيار له ، وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن (٣) .

الصورة الثالثة: المسترسل (٤) :

المسترسل : هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة . وقال أحمد : المسترسل

(١) الشرح الكبير مع المغني ج ٤ ص ٧٨ .

(٢) رواه البخاري في البيوع ، ورواه مسلم في البيوع برقم ١٥١٦ .

(٣) الشرح الكبير مع المغني ج ٤ ص ٧٩ ، البدائع ج ٥ ص ٢٨٢ ، المهذب ج ١ ص ٢٩٠ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٤٦ .

(٤) الشرح الكبير مع المغني ج ٤ ص ٧٩ .

• الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي •

الذي لا يحسن أن يماكس ، وفي لفظ الذي لا يماكس فكانه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغيبه .

أقوال الفقهاء في المسترسل :

- ١- إذا غبن المسترسل الغبن الذي يخرج عن العادة - كما في تلقي الركبان والنجش- يثبت له الخيار بين الفسخ والإمضاء - وإلى هذا ذهب الحنابلة وهو قول مالك .
- ٢- وقال أبو حنيفة والشافعي أن البيع يلزمه ولا فسخ له لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كغير المسترسل ، وكالغبن اليسير . ويرد الحنابلة على ذلك بأنه غبن حصل لجهله بالمبيع فثبت له الخيار كالغبن في تلقي الركبان ، وأما غير المسترسل فإنه دخل على بصيرة بالغبن ، فهو كالعالم بالعيب ، وكذا لو استعجل فجهل ما لو ثبت لعلمه لم يكن له خيار لأنه انبنى على تفريطه وتقصيره ^(١) .

(١) الشرح الكبير مع المغني ج٤ ص٧٩ ، البدائع ج٥ ص٢٨٢ ، المهذب ج١ ص٢٩٠ ، بداية المجتهد ج٢ ص١٤٦ .

الخاتمة

وبعد :

فلعلي بهذا العمل - المتواضع - أكون قد تحدثت عن أهم الخيارات فكتب الفقه تعرضت لأكثر من ذلك ، ولكن عمدت إلى ما يكثر شيوعه في المعاملات وما يحتاجه كثير من الناس .

وتشريع الخيارات - في الفقه الإسلامي - من تيسيرات الشريعة الغراء ، ومن رحمة الله بعباده المؤمنين . ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾^(١) .
وقد رأينا أن خيارات : الشرط والتعيين والرؤية والعيب والتدليس والغبن - تعطي لمن له الخيار حق فسخ العقد - رفعا لما قد يتعرض له من حرج في حالة لزوم العقد .

أما خيار المجلس - فهو لا يتعلق بلزوم العقد بل بانعقاده - فهو يعطي للمتعاقدين حق الرجوع عن العقد - إلى حين انقضاء المجلس ، فإذا انقض فلاحيار - وهذا طبعاً عند القائلين بخيار المجلس - وهم الشافعية والحنابلة - بل إن بعض الباحثين "د/ السنهوري"^(٢) . يرى أن يكون هناك مجلسان : مجلس العقد ، وينقض بالقبول ، أو بالإعراض عن التعاقد - ومجلس الخيار ، ويعقب مجلس العقد فوراً ، ولا ينقض إلا بتفرق المتعاقدين بالبدن .

أما الحنفية والمالكية - فهم ينكرون خيار المجلس ، حيث إن المجلس ينقض عندهم - ضرورة - بصور القبول ، ومن ثم لا يكون هناك خيار .

وأخيراً - فإنني أرجو أن أكون قد وفقت في حسن العرض ومناقشة الآراء والأدلة مع الترجيح .

كما أرجو - أن ينفع الله بما كتبت ، وأن يكون خالصاً لوجهه الكريم . "والله يقول الحق وهو يهدي السبيل" وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه والتابعين .

(١) سورة البقرة من الآية ١٨٥ .

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٢ ص ٢١ .

المراجع

- أولاً : القرآن الكريم .
- ثانياً : المراجع مرتبة على حسب ورودها في البحث :
- ١- مختار الصحاح : أحد كتب اللغة لمحمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي المطبعة الأميرية سنة ١٩٢٥ م .
- ٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، في الفقه الحنفي ، للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، الشهير بابن نجيم المصري ، وبهامشه الحواشي المسماة بمنحة الخالق على البحر الرائق للسيد محمد أمين الشهير بابن عابدين في ثمانية أجزاء القاهرة سنة ١٣٣٤ هـ .
- ٣- الأشباه والنظائر : جمع فيه ابن نجيم القواعد العامة للفقه وما يدخل تحت كل قاعدة من المسائل الأشباه والنظائر ، مطبعة وادي النيل بالقاهرة سنة ١٢٩٨ هـ .
- ٤- رد المحتار على الدر المختار - شرح تنوير الأبصار - وهو معروف بحاشية ابن عابدين - في الفقه الحنفي ، للسيد محمد أمين الشهير بابن عابدين ، الطبعة الثالثة بالمطبعة الأميرية بالقاهرة سنة ١٣٢٦ هـ .
- ٥- جامع الفصولين : في الفقه الحنفي ، لمحمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سماوة ، المتوفى سنة ٨٢٣ هـ الطبعة الأولى ببولاق سنة ١٣٠١ هـ في جزئين .
- ٦- الرسالة : لأبي محمد عبدالله بن أبي زيد عبدالرحمن النفراوي القيرواني إمام المالكية في وقته ، وكان يعرف بمالك الصغير .
- وقد شرح الرسالة أبو عبدالله محمد بن إبراهيم بن خليل التتائي المالكي المتوفى سنة ٩٤٢ هـ وسماه " تنوير المقالة في حل ألفاظ الرسالة تحقيق د. محمد عايش عبدالعال شبير .
- ٧- سبل السلام : شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، وهو شرح العلامة الصنعاني على متن بلوغ المرام للحافظ ابن حجر العسقلاني ، مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية .

- ٨- بداية المجتهد ونهاية المقتصد : في الفقه المالكي، لأبي الوليد أحمد بن محمد بن رشد المشهور بالحفيد المتوفى سنة ٥٩٥هـ في جزئين ، مطبعة الاستقامة سنة ١٩٣٨م .
- ٩- فتح القدير : شرح الهداية ، في الفقه الحنفي ، لكمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي المعروف بابن الهمام ، مع تكملة نتاج الافكار في كشف الرموز والاسرار ، لشمس الدين المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨هـ .
- ١٠- المبسوط : في الفقه الحنفي ، لأبي بكر محمد بن أبي سهل ، السرخسي المتوفى سنة ٤٣٨هـ ، مطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٣٣١هـ في ثلاثين جزءاً .
- ١١- البدائع : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، في الفقه الحنفي ، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧هـ ، في سبعة أجزاء ، الطبعة الاولى بمصر سنة ١٣٢٨هـ .
- ١٢- المغني : في الفقه الحنبلي ، لأبي محمد عبدالله بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠هـ ، الطبعة الثالثة عام ١٣٦٧هـ ، لدار المنار في تسعة أجزاء .
- ١٣- شرح المجلة العدلية : مجلة الأحكام العدلية ، لسليم بن رستم بازالبستاني ، بيروت سنة ١٣٠٥هـ - ١٨٩٨م .
- ١٤- مواهب الجليل : لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل ، في الفقه المالكي ، لإمام المالكية في عصره محمد بن عبدالرحمن، المغربي الاصل، المكي المولد ، المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤هـ ، مطبعة السعادة سنة ١٩٢٩م في ستة أجزاء .
- ١٥- المهذب : في الفقه الشافعي ، للشيخ الإمام أبي إسحاق إبراهيم بن محمد الشيرازي طبع سنة ١٣٤٣هـ بالقاهرة ، جزءان في مجلد واحد .
- ١٦- القوانين الفقهية : لمحمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي المتوفى سنة ٧٤١هـ ، في الفقه المالكي ، مطبعة النهضة بتونس عام ١٩٢٦م .
- ١٧- فتح الباري : بشرح صحيح البخاري ، للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ . المطبعة السلفية بالقاهرة .
- ١٨- الشرح الكبير : على متن المقنع للشيخ الإمام شمس الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ، المتوفى سنة ٦٨٢هـ ، في الفقه الحنبلي ، طبعة دار الكتاب العربي ، بيروت .

● الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي ●

- ١٩- نصب الراية : لأحاديث الهداية : للإمام جمال الدين أبي محمد عبدالله بن يوسف الحنفي الزيلعي ، مع حاشيته " بغية الملعي في تخريج الزيلعي " ، طبعة المركز الإسلامي للطباعة والنشر ، القاهرة .
- ٢٠- المدخل : في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ، للشيخ محمد مصطفى شلبي ، دار النهضة العربية ، بيروت .

التأمين الصحي في المنظور الاسلامي

«قضية للبحث»

الدكتور/ سعود بن عبدالله الفنيسان (*)

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أفضل المرسلين نبينا محمد وصحابته أجمعين وبعد :

فيعد التأمين - والتأمين الصحي خاصة من النوازل التي ظهرت في هذا العصر ولم تكن معروفة من قبل . ولا بد من عرض تلك القضايا على الأدلة والقواعد الشرعية . إذ ما من قضية إلا وللإسلام فيها حكم .

ويجد للناس من الأحكام بقدر ما يحدثونه من أحداث وقضايا، ذلك أن النصوص في الكتاب والسنة محصورة ومتناهية ، أما القضايا والحوادث فغير متناهية ، بل هي في تزايد مطرد وأهل العلم الشرعي المجتهدون هم الذين يبينون أحكام النوازل ، والمستجدات التي تنزل بالامة في كل عصر ، مستشهدين بقول الله تعالى: ﴿وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم﴾^(١) وقوله : ﴿ما فرطنا في الكتاب من شيء﴾^(٢) وقوله: ﴿ولو رده إلى الرسول وإلى أولي الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم﴾^(٣) .

ومستشهدين بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إذا حكم الحاكم فاجتهد

(*) أستاذ مشارك في قسم القرآن وعلومه بكلية أصول الدين بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، وعميد كلية الشريعة بالجامعة سابقاً وله بحوث شرعية قيمة .

(١) سورة النحل من الآية ٤٤ .

(٢) سورة الانعام من الآية ٣٨ .

(٣) سورة النساء من الآية ٨٣ .

• التأمين الصحي في المنظور الإسلامي " قضية للبحث " •

فأخطأ فله أجر واحد ، وإذا حكم فاجتهد فأصاب فله أجران (١) .

وهذه المستجدات التي تنزل بالأمة (كالتأمين الصحي) مثلاً ، لابد من اجتماع رأي الفقيه المتبصر بأمور عصره مع رأي الطبيب المختص ، إذ لا يمكن للفقيه أن يصدر حكمه الجازم في المسألة دون الاطلاع على آراء الأطباء وذوي التجربة ولا يمكن للطبيب أن يفتي في المسألة لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره وهذه الكلمات المرقومة في هذه الورقة بحاجة إلى أن يجتمع عليها الفقهاء والأطباء في نقاش وحوار علميين حتى يمكن الوصول إلى النتيجة الشاملة والحكم الفاصل في مسألة (التأمين الصحي) .

والله ولي التوفيق .

(١) سنن الدارقطني ج٤ ص ٢١٠-٢١١ .

تعريفات تتعلق بالبحث

التأمين : في اللغة مصدر للفعل الرباعي أمن يؤمن تأميناً فهو طلب للأمان والطمأنينة . وتتعدد أنواع التأمين إلى أنواع وأشكال كثيرة جداً غير أنه يمكن حصرها إجمالاً بأن يقال : ينقسم التأمين من حيث الشكل إلى نوعين : تعاوني وتجاري ومن حيث الموضوع : إلى تأمين من الأضرار اللاحقة للمال وتأمين على الأشخاص (الحياة) ومنه التأمين الصحي ومن حيث العموم والخصوص : إلى تأمين اجتماعي ، تقوم به المؤسسات ، والهيئات لعموم أفرادها ، كالتأمينات الاجتماعية والتقاعدية . وتأمين فردي يكون الفرد فيه طرفاً مباشراً في العقد وتعريف كل نوع لايهمنا في هذا البحث اللهم إلا التأمين على الأشخاص فيمكن تعريفه على وجه التقريب بأن يقال :

التأمين على الحياة : عقد يلتزم به المؤمن (شركة التأمين) أن يؤدي إلى المؤمن له (المستأمن) أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه - مبلغاً من المال عند حصول الضرر مقابل مبلغ مالي يدفعه المؤمن له (المستأمن) إلى المؤمن (الشركة) دفعة واحدة أو على أقساط .

التأمين الصحي : عقد بين طرفين يلتزم به الطرف الأول (المستشفى) بعلاج الطرف الثاني (فرداً كان أو جماعة) من مرض معين أو الوقاية من المرض عامة مقابل مبلغ مالي محدد يدفعه إلى الطرف الأول دفعة واحدة أو على أقساط .

الإجارة في اللغة المجازاة . وفي اصطلاح الفقهاء : عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معينة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة .

الجعلة في اللغة : اسم لما يجعله الإنسان لغيره وهي مثلثة الجيم أي تنطق بالضممة والفتحة والكسرة .

وفي اصطلاح الفقهاء : التزام عوض معلوم على عمل معين (معلوم أو مجهول) بمعين أو مجهول .

وأكثر الفقهاء يبحثنها في كتبهم مع الإجارة لشدة الترابط بينهما حيث كل منهما عقد على عمل مباح مقابل عوض . وبعض الفقهاء يبحثها في آخر باب اللقطة لأن

• التامين الصحي في المنظور الإسلامي " قضية للبحث " •

الجمالة طلب التقاط الدابة الضالة مثلاً .

وحيث إن الجمالة هي الأظهر لحمل (التامين الصحي) عليها سنبين أدلتها الشرعية .

من الأدلة على مشروعية الجمالة :

١- قوله تعالى : ﴿ ولئن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾ ^(١) ووجه الاستدلال : أن الاسم الموصول (من) من ألفاظ العموم والمخاطب (العائد) غير معين ، فدللت الآية على جواز الجمالة والمشاركة على العمل المجهول لأنه لا يدري بأي وسيلة يؤدي بالمفقود هل يأتي به المجهول له على قدميه أو راكباً ليسلمه إلى الجاعل - دافع الجعل - كما دلت الآية على جواز أن يكون الأجر (الجعل) غير معلوم . ووجه ذلك أن حمل البعير يتفاوت بتفاوت البعير قوة وضعفاً فمن الجمال ما يحمل (٥٠) كيلاً ومنها ما يحمل أكثر من ٢٠٠ كيل كما أنه لم يحدد النوع المحمول فقد يحمل على البعير ذهب أو فضة أو تراب أو حطب . كما دلت الآية أيضاً على جهالة (المعاقد) المجهول له فلا يلزم تعيينه في العقد كأن يقول : من أتاني بدابتي . أو عالج مريضني فله كذا . وقد استدل بعض الفقهاء بهذه الآية على مشروعية الكفالة والجمالة . والحق أن دلالتها على الجمالة أظهر وأبين من دلالتها على الكفالة . ووجه ذلك أن الجاعل ملتزم عن نفسه ، والكفيل ملتزم عن غيره . والمناذي في الآية التزم بالجعل عن نفسه ولم يذكر أنه نائب عن غيره ، وليس في الآية ما يدل على النيابة عن الغير ، والآية في سياق شرع من قبلنا . وهو شرع لنا إذا لم يكن في شرعنا ما يخالفه كما هو منصوص عند جمهور العلماء وقد جاءت الآية موافقة لشرعنا .

٢- حديث أبي قتادة في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين (من قتل قتيلاً له عليه بيعة فله سلبه) وفي رواية أنس (من قتل كافراً فله سلبه فقتل أبوطالحة يومئذ عشرين رجلاً ولُخذ أسلابهم) أخرجه الإمام أحمد في المسند وأبو داود في السنن . ووجه الاستدلال ظاهر من تعيين الجعل وهو السلب ولم

(١) سورة يوسف من الآية ٧٢ .

يعين المَجْعُول (المَقْتُول) ولا المَجْعُول له (القاتل) .

٣- حديث أبي سعيد الخدري في الصحيحين أيضاً في قصة الرقية على سيد الحي لما لدغته حية وطلب أهل الحي من الصحابة رقية سيدهم وكانوا استضافوهم قبل ذلك فأبوا أن يضيفوهم . فقال أبو سعيد : لا نرقيه حتى تجعلوا لنا جعلاً فجاءوهم على قطع من الغنم فقرأ عليه أبو سعيد سورة الفاتحة فشفي من ساعته كأنما نشط من عقال . فلما رجعوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعهم الغنم وأخبروه تبسم وقال : (ما أدراك أنها رقية ؟ اضربوا لي معكم بسهم) . ووجه الاستدلال من الحديث ظاهر جلي حيث ذكر الجاعل والمَجْعُول والجعل وعدمه . وإنما اللازم تعيين المَجْعُول الذي هو (القتل) في الحديث الأول و (الرقية) أو (الشفاء) في الحديث الثاني .

٤- والجعالة من المعاملات التي كانت في الجاهلية ولما جاء الإسلام أقرها وعد ذلك تشريعاً .

٥- وقد عمل بالجعالة من الصحابة عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وابن عباس وابن عمر ولم يعرف لهم مخالف من الصحابة ولا من جاء بعدهم فصار العمل بها اجتماعاً .

٦- ثم إن الضرورة والمصلحة العامة تدعوان إليها في كل عصر . وفي العصور المتأخرة بوجه أخص والحاجة إليها قائمة وملحة لا تقل عن الحاجة إلى الإجارة وإن كان بينهما فروق نجعلها فيما يأتي :

الفروق بين الإجارة والجعالة من وجوه :

- الوجه الأول : عقد الجعالة يجوز على عمل مجهول بخلاف الإجارة .
- الوجه الثاني : عقد الجعالة يصح من غير معين بخلاف الإجارة .
- الوجه الثالث : في عقد الجعالة لا يشترط قبول العامل بخلاف الإجارة .
- الوجه الرابع : عقد الجعالة عقد جائز وعقد الإجارة عقد لازم .
- الوجه الخامس : في عقد الجعالة لا يستحق العامل المَجْعُول له الأجرة إلا بالعمل بخلاف الإجارة فإن الأجير العامل يستحق الأجرة بمجرد العقد .

● التأمين الصحي في المنظور الإسلامي * قضية للبحث *

الوجه السادس : يتعقد عقد الجعالة مع وجود الجهالة والضرر فيه بخلاف الإجارة.
الوجه السابع : لا يستحق العامل الجعل إلا بعد الفراغ من العمل بخلاف الإجارة
فيمجرد العقد وإن أخر إلى نهاية العقد فلا بأس بذلك .

الوجه الثامن : تجوز الجعالة في أفعال القرية كان يقال : من أذن بهذا المسجد أو
صلى فيه إماماً فله كذا ، بخلاف الإجارة فلا تجوز في أفعال القرية .
وهناك فروع فقهية متروكة بين الجعالة والإجارة منها :

- (أ) مشاركة الطبيب على بزم المريض .
- (ب) مشاركة المعلم على تعليم القرآن .
- (ج) المعاودة على استخراج المياه من الآبار والعيون على صفة معلومة مع صعوبة الأرض وليونتها وقرب الماء أو بعده .
- (د) مغارسة الأشجار كأن يعطي الرجل أرضه لمن يغرس فيها أشجاراً فإذا بلغت عدد كذا أو أثمرت صارت الأرض والشجر بينهما .

من نصوص الفقهاء في الجعالة (أو التأمين الصحي) :

- ١- قال ابن قدامة : يجوز الاستئجار على الختان والمداواة وقطع السلعة - السعال - لانظم فيه خلافاً لأنه فعل فعل مباح يحتاج إليه مأذون فيه شرعاً فجاز الاستئجار عليه كسائر الأفعال المباحة ^(١) .
- ٢- وقال المرداوي : (لو قال من دوائ لي هذا حتى يبرأ من جرحه أو مرضه أو رمد عينيه فله كذا . صح جعالة وقيل إجارة لاختار الأول ابن أبي موسى والخرقي والزركشي) ^(٢) .
- ٣- وقال شيخ الإسلام ابن تيمية : (... ومن هذا الباب أي الجعالة - إذا جعل الطبيب جعلاً على شفاء المريض جاز كما أخذ أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم الغنم على شفاء سيد الحي فرقاه بعضهم حتى برأ فأخذوا القطيع فإن جعل كان على الشفاء لا على القراءة ولو استأجر طبيباً لإجارة لازمة على

(١) المغني ١١٧/٨ .

(٢) الإنصاف ٣٩١/٦ .

الشفاء لم يجز لأن الشفاء غير مقدور له فقد يشفيه الله وقد لا يشفيه فهذا ونحوه مما تجوز فيه الجعالة دون الإجارة اللازمة (١) .

وقال في موضع آخر (والجعالة في معنى الإجارة) (٢) .

٤- وقال الزركشي (وتجوز إجارة الطبيب لأنه فعل مباح مأذون فيه أشبه سائر الأفعال المباحة ويقدر ذلك بالمدة ويبين قدر ما يأتي له كل يوم ، مرة أو أكثر من ذلك . ولا يجوز التقدير بالبرء عند القاضي ، وجوزه ابن أبي موسى وأبو محمد لكن جعله جعالة لجواز جهالة العمل فيها ويجوز اشتراط الكحل من الطبيب على الأصح (٣) .

٥- وقال ابن رشد (والجعل والإجارة على منفعة مظنون حصولها مثل مشاركة الطبيب على البرء والمعلم على حذق التلميذ والناشد على وجود العبد الأبقي) (٤) وقال ابن رشد أيضاً سئل ابن القاسم وابن وهب عن الطبيب يشارط المريض يقول : أعالجك فإن برئت فلي من الأجر كذا وكذا وإن لم تبرأ غرمت لي ثمن الأدوية التي أعالجك بها فكرهاه وأجازه الإمام مالك بن أنس . وسئل الإمام مالك عن كسب البيطار - أي البيطري - فقال ما أرى به بأساً (٥) .

٦- وقال ابن شاس فروقاً مترددة بين الجعالة والإجارة ذكر منها : مشاركة الطبيب على برء العليل .. (٦) .

٧- وقال الشراملسي (إن جعل الشفاء غاية للجعل كالتداوي إلى الشفاء . أو لترقيني إلى الشفاء فإن فعل ووجد الشفاء استحق الجعل ... وإن لم يجعل الشفاء غاية ذلك نحو : لتقرأ عليّ الفاتحة سبعاً استحق براءتها سبعاً لأن لم يقيد بالشفاء) (٧) .

(١) مجموع الفتاوى ٥٠٦/٢٠ .

(٢) مجموع الفتاوى ١١٥/٣٠ .

(٣) شرح مختصر الخرقى ٢٥٠/٤ .

(٤) بداية المجتهد ٢٣٢/٢ .

(٥) البيان والتحصيل ٤٥٥/٨ .

(٦) عقد الجواهر الثمينة ٥/٣ .

(٧) حاشية الشراملسي على نهاية المحتاج ٤٦٥/٥ .

• التأمين الصحي في المنظور الإسلامي " قضية للبحث " •

وجوه الاختلاف بين التأمين على الحياة وبين التأمين الصحي :

بما أن التأمين الصحي قد يتبادر للذهن أن له علاقة ما بالتأمين على الحياة نظراً لتعلقهما بالشخص المؤمن عليه غير أن بينهما تبايناً من وجوه كثيرة منها :

١- التأمين على الحياة (سبق تعريفه) : عقد مبني على جهالة في اثناء العقد وبعده أي حال الحياة وبعد الممات وفيه غرر في قدر العوض وأجله . أما التأمين الصحي : فهو عقد على منفعة قائمة موجودة خال من الجهالة والغرر المفسدين للعقد .

٢- التأمين على الحياة يقوم على معاوضة مال (المستأمن) بمال المؤمن (شركة التأمين) وهذه المعاوضة المالية فيها التفاضل والتأجيل وهما ربا الفضل والنسيئة المحرمان في الكتاب والسنة وإجماع الأمة .

أما التأمين الصحي فهو معاوضة مال بمنفعة قائمة أو محتملة الوجود وهذا من باب العقود على المنافع المباحة . والجعالة والإجارة من عقود المعاوضات غير المالية في الشريعة الإسلامية فلا يدخلها الربا .

٣- عقد التأمين على الحياة يدفع فيه المؤمن (الشركة) للمؤمن له (المستأمن) مبلغاً من المال لورثته عند حصول الوفاة .

أما التأمين الصحي فإن المؤمن (المستشفى) لا يدفع نقوداً للمؤمن له عند حصول الضرر كالمرض أو الوفاة وإنما يقوم بمعالجته مقابل ما دفعه من نقود . فالعقد منسوب على العلاج أصالة والمال بالتبع بخلاف التأمين على الحياة فإن المال فيه مقصود أصالة وتبعاً من الطرفين على السواء .

٤- إن شركة التأمين شركة تجارية بحتة فهي عندما تدفع التعويض للمستأمن أو لوليه عند الموت أو الحادث إنما تدفعه كوسيط فقط . فالتزامها هذا التزام بما لا يلزم شرعاً . لأنها قد تدفع أكثر مما أخذت عند حصول الحادث أو الضرر وقد تأخذ أكثر مما دفعت لو لم يحصل الحادث أو الضرر وكونها وسيطاً يخرجها أن تكون طرفاً شرعياً في العقد .

أما التأمين الصحي فالتجارة ليست هي الأصل فيه وإن كان الربح المادي مقصوداً لدى المؤمن (المستشفى) لكن طلب شفاء المريض والثقة في المستشفى لدى العملاء أكبر عنده من الربح المادي .

- ٥- ثم إن شركة التأمين تشغل المال في غير الغرض الذي تعوقد معها من أجله - وهو دفع الضرر كما أنها تقوم بتشغيله بالربا في البنوك وإعطائه المشتركين .
- أما التأمين الصحي فإن المال الذي يقبضه المستشفى يصرف في الغرض الذي من أجله أبرم العقد بين الطرفين ، أو فيما له به علاقة . فيصرفه في شراء الأدوية والتعاقد مع الأطباء المختصين ومساعدتهم ، وتأمين الوسائل اللازمة لعلاج المرضى وراحتهم ورفع أداء المستشفى بجملته وكفاءته من حيث النظافة والصيانة .
- ٦- عقد التأمين على الحياة عقد إذعان وإلزام وهو من عقود المعاوضات المالية أما عقد التأمين الصحي فهو من عقود التبرع والنفع العام للناس فطلب الربح من أحد الطرفين فقط أو وجود الجهالة والضرر اليوسيرين لا يبطلانه بخلاف عقود المفاوضات المالية .

الخلاصة

إن التأمين الصحي إذا حمل على الجعالة في الفقه فهو جائز لما سبق من ذكر أدلة الجعالة من الكتاب والسنة ، وأيضاً فإن الأصل في العقود والشروط الإباحة والحل . ما لم يأت من الشارع دليل على المنبع بنص صحيح أو قياس صريح والجهالة في عقد التأمين الصحي - إن وجدت - مغتفرة معفو عنها كما في الجعالة والإجارة للمنفعة أو ضمان المجهول . وقد نص الفقهاء على أن الجهالة إذا وجدت في هذه المعاملات لاتضر بالعقد . فلا يقدح في صحة ضمان المجهول جهل المضمون به أو الجهل بالمضمون عنه . كما لا يقدح في صحة الإجارة عدم وجود المنفعة المؤجرة عند العقد . ولا يقدح في الجعالة عدم تعيين المجهول له ولا تعيين الجعل أو قدره . وأيضاً إن عقود المعاوضات في الشريعة مبنية على جلب الصالح ودرء الفساد وغالب مبنياها الاجتهاد بخلاف العبادات فإن مبنياها الاتباع والتوقيف وهي من حقوق الله . أما الأخرى فهي من حقوق العباد . فشرع الله فيها النظر والاجتهاد . والله أعلم وصلى الله على معلم الناس الخير النبي الأمي .

المراجع

- | | | |
|-----------------------------------|---|----------------------|
| المغربي | - | لابن قدامة . |
| البيان والتحصيل | - | لابن رشد . |
| بداية المجتهد | - | لابن رشد . |
| الإنصاف في مسائل الخلاف | - | للمرداوي . |
| شرح الزركشي على الخرقي . | | |
| الكافي | - | لابن قدامة . |
| مجموع الفتاوى | - | لابن تيمية . |
| كشف القناع | - | للبيهوتي . |
| عقد الجواهر الثمينة | - | لابن شاس . |
| حاشية الشرملي على نهاية المحتاج . | | |
| إعلام الموقعين | - | لابن القيم الجوزية . |

فتاوى الفقهاء

١- وجوب الأجرة

الإمام عبدالقادر بن عمر التغلبي الشيباني الحنبلي (*)

تجب أجرة في إجارة عين ولو مدة لا تلي العقد أو إجارة ذمة بعقد ، سواء اشترط فيه الحلول أو أطلق العقد ، كما يجب للبائع الثمن بعقد البيع (وتستقر الأجرة) كاملة (بفراغ العمل) إن كانت العين بيد مستأجر كطباخ استؤجر لطبخ شيء في بيت المستأجر فطبخه وفرغ منه وإلا فيدفع غير ما بيد مستأجر معمولاً ، كما لو اتفقا على أن الطباخ يطبخ ما استؤجر على طبخه في داره فيستحق الأجرة عند دفعه إلى المستأجر (و) تستقر الأجرة كاملة في ذمة المستأجر أيضاً فيما إذا كانت الإجارة على مدة (بإنتهاء المدة) حيث سلمت إليه العين التي وقعت الإجارة عليها ، ولا حاجز له عن الانتفاع ولو لم ينتفع (وكذا) تستقر الإجارة أيضاً (ببديل تسليم العين) المعينة لعمل في الذمة (إذا مضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها ولم تستوف) كما لو قال : اكتريت منك هذه الدابة لا ركبها إلى بلد كذا ذهاباً وإياباً بكذا وسلمها إليه المؤجر ، ومضت مدة يمكن فيها ذهابه إلى ذلك البلد ورجوعه على العادة ، ولم يفعل نقل ذلك في المغني عن الأصحاب (ويصح شرط تعجيل الأجرة) على محل استحقاقها ، كما لو أجره داره سنة خمس في سنة ثلاث ، وشرط عليه تعجيل الأجرة في يوم العقد (وتأخيرها) كما لو شرط المستأجر على المؤجر أن لا تحل عليه الأجرة إلا عند ابتداء سنة سبع (وإن اختلفا) أي المؤجر والمستأجر (في قدرها) أي الإجارة ، ولا بينة لأحدهما ، أو لهما بينة (تحالفا) فيحلف المؤجر : ما أجرتك بكذا ، وإنما أجرتك بكذا ، ثم المستأجر ما استأجرت بكذا ، وإنما استأجرت بكذا ، فإن نكل أحدهما لزمه ما قال

(*) من فقهاء المذهب الحنبلي ولد سنة ١٠٣٠هـ وتوفي سنة ١١٣٥هـ .

صاحبه بيمينه (و) إن لم يرض أحدهما بقول صاحبه (تفاسخا) بلا حكم حاكم (فإن كان قد استوفى) المستأجر ماله أجرة (فأجرة المثل) أي مثل تلك العين في مدة الاستيفاء (والمستأجر أمين لا يضمن) ما تلف (ولو شرط على نفسه الضمان إلا بالتعدي أو بالتفريط ويقبل قوله) بيمينه (في أنه لم يفرط أو) ادعى المستأجر (أن ما استأجره) من دابة وكانت دعواه في المدة أو بعدها قبل قوله بيمينه لأنه مؤتمن ، والأصل عدم الانتفاع (وإن شرط) مؤجر الدابة (عليه) أي على مستأجرها (أن لا يسير بها في الليل أو) شرط عليه أن لا يسير بها (وقت القائلة أو) شرط عليه أن (لا يتأخر بها عن القافلة ونحو ذلك مما فيه غرض صحيح) للمؤجر (فخالف) أي خالف المستأجر ما شرط عليه (ضمن) لمخالفته الشرط (ومتى انقضت مدة الإجارة الصحيحة (رفع المستأجر يده) عن العين المستأجرة (ولم يلزمه الرد ولا مؤنته كالمودع ، بخلاف العارية ، وتكون بعد انقضاء مدة الإجارة في يده أمانة ، وإن تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه (١) .

(١) نيل المآرب بشرح دليل الطالب ج ١ ص ٣٣٠ - ٣٣١، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد ، مكتبة ومطبعة دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البابي الحلبي ، مصر .

٢- حكم ما إذا أخل الوكيل بشرط من شروط الوكالة

الإمام أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (*)

وسئل عن الوكيل إذا أخل بشرط بأن قال له لا تتبع بالنسيئة ولا تدخل البلدة الفلانية ونحو ذلك وخالف فهل تفسد الوكالة فإذا قلت بفسادها وتصرف فيها بعد الفساد فهل يكون تصرفه هذا صحيحاً وريح ذلك لمن يكون وإذا تلف المال هل يضمن وهل الوكالة والإذن سيان بمعنى واحد أو بينهما فارق كقوله أذنت له ببيع هذا أو وكلته ببيع هذا أوضحوا لنا ذلك (فأجاب) إذا أخل الوكيل بالشروط كان قال له موكله لا تتبع أو لا تشتتر بنسيئة قباع أو اشتري بها بطل البيع أو الشراء ولا ربح للوكيل ولا لموكله بل العين باقية على ملك مالکها لم تخرج عنه فلا يتصور هنا ربح لأن العقود الواردة عليها من الموكل والوكيل وفروعهما كلها باطلة وإذا خالف الوكيل الشرط وباع فاسداً وسلم المبيع ضمنه لتعديده وكذا لو استرده وتلف في يده والوكالة أخص من مطلق الإذن بدليل قولهم حيث فسدت الوكالة ولم يفسد الإذن فتصرف الوكيل على وفقه صح التصرف رعاية لعموم الإذن دون خصوص الوكالة وفائدة صحة الوكالة مع نفوذ التصرف في فاسدها استقرار الجعل المسمى إن كان بخلافه في الفاسدة فإنه يسقط وتجب أجره المثل والله أعلم (١).

(*) من فقهاء المذهب الشافعي ولد سنة ٩٠٩هـ وتوفي سنة ٩٧٤هـ .

(١) الفتاوى الكبرى الفقهية ج ٣ ص ٨٥، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

٣- رجوع الشهود عن شهادتهم

القاضي عبدالوهاب البغدادي (*)

إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أن شهدوا وقبل حكم الحاكم ، قبل رجوعهم ولم يحكم بتلك الشهادة في كل شيء شهدوا به وكذلك إن رجع بعضهم خلافاً لمن قال إنه يحكم ولا يلتفت إلى رجوعهم ^(١) لأن الحكم إنما يكون بشهادة يثبت عليها ورجوعهم عنها يجعلهم بمنزلة من لم يشهد فيصير الحكم للثاني من قوليهما دون المرجوع عنه كالحاكم إذا اجتهد ثم بان له الخطأ قبل تنفيذ الحكم .

فإن رجعوا بعد استيفاء الحكم لم ينتقض برجعوعهم ثم لا يخلو المشهود به أن يكون مالا أو طلاقاً أو قتلاً أو حداً ، ولا يخلو رجوعهم أن يكون إخباراً عن غلط أو تعدد كذب فمن شهد بمال قلما حكم به قالاً غلطنا في الشهادة لم ينتقض الحكم ولم يرجع على من أخذ المال ويغرمانه للمشهود عليه ، وإن رجع أحدهما غرم نصف الحق وقال عبدالملك في الغلط لا يرجع عليهما بشيء .

وإن قالوا تعمدنا الكذب رجع عليهما بغير خلاف وكذلك لو رجع أحدهما بإكذاب نفسه غرم نصف المال ، فإن شهدا بقتل أو قطع ثم رجع أحدهما أو كلاهما بعد الآخر غرما الدية إن كان غلط وإن كان عن عمد يقتص منهما (ويغرمان الدية أيضاً هذا قول ابن القاسم ، وقال أشهب يقتص منهما) في العمد وإن رجع أحدهما فعلى الخلاف الذي ذكرناه .

وإن شهدا بطلاق ثم رجعا لم يغرما للزوج الصداق ، فإن شهدا أنه تزوج امرأة

(*) من فقهاء المالكية ولد سنة ٣٦٢ هـ وتوفي سنة ٤٢٢ هـ .

(١) حكى عن أبي ثور أنه شذ عن أهل العلم وقال يحكم بها (المغني : ٢٤٥/٩) .

• فتاوى الفقهاء •

وطلقها قبل الدخول فاغترمه الحاكم نصف الصداق ثم رجعا غرما النصف الذي غرمه ، ولو شهدا على دخوله بزواجه عنده وهو مقر بالنكاح منكر للدخول ثم رجعا عن شهادتهما غرما نصف الصداق (١) .

(١) المعونة على مذهب عالم المدينة (الإمام مالك بن أنس) ج٣ ص١٥٦٠-١٥٦١، تحقيق حميش عبدالحق ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، الرياض ، مكة المكرمة ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م .

٤- ضمان المعلم ومن بمعناه

لأبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي (*)

المعلم إذا ضرب صبياً أو الأستاذ المحترف إذا ضرب التلميذ قال أبو بكر محمد ابن الفضل إن ضربه بأمر أبيه أو وصيه ضرباً معتاداً في الموضع المعتاد لا يضمن وإن ضربه غير معتاد ضمن فإن ضربه بغير أمر أبيه أو وصيه فمات ضمن تمام الدية في قولهم سواء ضربه معتاداً أو غير معتاد وفي الأشباه من أحكام المحارم المعلم إذا ضرب الولد بإذن الأب لم يغرم إلا أن ضربه ضرباً لا يضرب مثله ولو ضربه بإذن الأم غرم الدية إذا هلك والجد كالأب إلا في اثني عشر ذكرناها في الفوائد من كتاب الفرائض أهـ وفي الخلاصة والبيزانية ضرب الأستاذ أو المعلم الصبي بلا إذن المولى والوصي وتلف ضمن وإلا فلا ولو ضرب الأب أو الوصي الابن فمات لا يضمن لأنهما يضربان لأنفسهما لعود النعمة إليهما بخلاف المعلم والضرب بإذن من له الولاية وفي الفتاوى في ضرب الأب لا يضمن ولا يرث عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يضمن ويرث وتجب الكفارة أهـ (١) .

(*) من فقهاء المذهب الحنفي ولد سنة وتوفي ١٠٣٠ هـ .

(١) كتاب مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ص ٥٤، المطبعة الخيرية، الجمالية ، مصر ، ط ١ ، ١٣٠٨ هـ .

مسائل في الفقه (*)

١٠٨ - حكم عقد الزواج الذي لم يوثق ثم أعقبه حدوث خلاف أدى إلى عدم إتمام الزواج وتمسك الزوج بالعقد رغم تسلمه للمهر الذي دفعه لزوجته :

ومفاد المسألة السؤال التالي : استفتاء عن الحكم الشرعي في مسألة واقعة .
أحاول تلخيصها كالآتي :

عقد رجل على امرأة عقد زواج شرعياً (كما نعبر عنه هنا بالجزائر : الفاتحة..... أي أن ولي الزوجة وافق على زواج موليته من الرجل المعني ، ودفع هذا الأخير المهر ، واتفقا على موعد الدخول ، وقرئت فاتحة الكتاب العزيز ...) لكن هذا العقد لم يوثق بعد ولم يسجل في أوراق رسمية .

ثم بعد ذلك حدث خلاف بين الزوجة وأهل الزوج ، فتراجعت الزوجة وأهلها عن الزواج مع ملاحظة أن الزوجة ما رأت زوجها ولا كلمته .

حاول الزوج أن يصلح الأمور مع أولياء الزوجة لكنه لم يفلح ... وفي آخر محاولة أرجع ولي الزوجة المهر إلى الزوج ، فلخذه هذا الأخير وانصرف إلى غير رجعة ، ولم يتلفظ بلفظ طلاق أو خلع ... مضى على ذلك من الوقت ست سنوات .

- والمرأة الآن تسأل : هل انصراف الزوج ، وأخذه للمهر يعد طلاقاً أم خلعاً مع أنه ما تلفظ بشيء ؟ .

وهل تعد هذه المرأة إلى الآن في عصمته مع ملاحظة أن هذا الرجل يتحدث إلى الناس قائلاً بأنه لا يزال متمسكاً بالعقد ، وإلى الآن يتحدث ، لكنه لم يحاول الرجوع

(*) هذه المسائل ترد من الإخوة القراء ويتولى الإجابة عليها صاحب المجلة ورئيس تحريرها الدكتور/ عبدالرحمن بن حسن النفيسة ، ويتم توثيق الإجابة وإسنادها وتحكيمها وفقاً لقواعد النشر في المجلة .

إلى أهل الفتاة ، ربما يقول ذلك قصد الإضرار بها ، وتركها هكذا معلقة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة ، مع أنه لا ننب لها فيما حصل ، إذ إن أهله أهانوها جداً لأنها لا تملك المال الكافي لتجهيز نفسها .. مما اضطرها وأهلها إلى التراجع حفاظاً على كرامتها . فكان رفض إتمام الزواج .
هذه المرأة تنتظر جواباً يقلل من معاناتها في زمن انعدمت فيه الرحمة " .

والجواب على سؤال الأخت السائلة من الجوائر يتطلب معرفة عقد الزواج ، والشروط اللازمة لصحته ، وما إذا كان يجب توثيق هذا العقد في أوراق رسمية ، وحكم قبول الزوج للمهر الذي دفعه وماذا يجب عليه نحو المرأة المشار إليها في السؤال .. وسنبحث هذه المسائل باختصار على النحو التالي :

عقد الزواج والشروط اللازمة لصحته :

وقبل البحث في هذا تنبغي الإشارة إلى مسألة الخطبة ، وهل تعد عقداً أم مجرد رضا مبدئي من ولي المخطوبة بتزويج موليته من الخاطب ؟
والمعروف والمعتاد أن الخطبة ليست أكثر من رغبة الخاطب في الزواج من مخطوبته ، ووعد وليها بتزويجه منها وقد يصاحب ذلك إقامة حفل بين أسرتي الخاطب والمخطوبة ويسمى في الوقت الحاضر (الشبكة) ، وقد يكون مجرد ألفاظ عامة ، وتجري العادة في بعض البلدان الإسلامية على (قراءة الفاتحة) في أثناء الخطبة أو بعدها .

وقد ذكر الله الخطبة في كتابه العزيز في قوله تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم .. ﴾ ^(١) والمقصود به التعريض بخطبة المعتدة التي توفي زوجها ثم قال تعالى في الآية التالية : ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ ^(٢) والمقصود به النهي عن إتمام العقد إلا بعد انتهاء ما ترتب على الزواج السابق .

وقد سئل السيوطي رحمه الله عن رجل خطب امرأة ثم رغبت عنه هي أو وليها فهل يرتفع التحريم عن يريدها خطبتها وهل الخطبة عقد شرعي وهل هو عقد جائز من

(١) سورة البقرة من الآية ٢٣٥ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٣٥ .

● مسائل في الفقه ●

الجانبين أم لا ؟ فأجاب بقوله " يرتفع تحريم الخطبة على الغير بالرغبة عنه فيما يظهر وإن لم يتعرضوا له وإنما تعرضوا لما إذا سكتوا أو رغب الخاطب ، والظاهر أن الخطبة ليس بعقد شرعي ، وأن تخيل كونها عقداً فليس يلزم بل جائز من الجانبين قطعاً" (١).

وقد تعرض لهذه المسألة من المتأخرين قدرني باشا (٢) بقوله " الوعد بالنكاح في المستقبل ، ومجرد قراءة الفاتحة بدون إجراء عقد شرعي بإيجاب وقبول لا يكون كل منهما نكاحاً ، وللخاطب العدول عن خطبها ، وللمخطوبة أيضاً رد الخاطب الموعد بتزويجها منه ، ولو بعد قبولها أو قبول وليها - إن كانت قاصرة - هدية الخاطب ودفعه المهر كله أو بعضه " (٣) .

قلت : وينبغي على من سبق أن مجرد خطبة الخاطب ، ومجرد رضا ولي المخطوبة بتزويج موليته منه لا يعد عقداً شرعياً سواء قرئت الفاتحة ، أو قدم الخاطب هدية ، أو مهراً أو نحو ذلك . ولا تنتج الخطبة آثارها إلا بعد إتمام العقد من الناحية الشرعية ولا يعني هذا القول إلغاء أي معنى أو أثر للخطبة ، بل يجب أن يكون العدول عنها لسبب معقول فإذا كان القصد من العدول تزويج شخص آخر فهذا لا يجوز لأن واجب المسلم ألا يخطب على خطبة أخيه ، ومن واجب ولي المرأة ألا يعدل عن إتمام الزواج لمجرد غرض دنيوي لما في ذلك من الإثم .

وفي مذهب الإمام أحمد أنه " لا يكره لولي مجبر الرجوع عن الإجابة لغرض ، ولا يكره لامرأة غير مجبرة رجوع عن إجابة لغرض صحيح لأنه عدول عما يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حفظها والولي قائم مقامها في ذلك وإن لم يكن الرجوع لغرض صحيح كره منه ومنها لما فيه من إخلال الوعد والرجوع عن القول ولا يحرم لأن الحق بعد لم يلزم كمن ساوم سلعته ثم بدا له ألا يبيعها" (٤).

-
- (١) الحاوي للفتاوي للسيوطي ج١ ص٢٤٨-٢٤٩ ، السلام العالمية للطبع والنشر ، القاهرة .
 (٢) اسمه محمد قدرني باشا كان من رجال القضاء في مصر وكان وزيراً للمعارف والحقانية ، ولد سنة ١٨٢١ م وتوفي ١٨٨٨ م ، انظر الاعلام ج٧ ص٢٣١ .
 (٣) المادة الرابعة من كتاب الأحكام الشرعية .
 (٤) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، للرحبياني ج٥ ص٢٥ ، منشورات المكتب الإسلامي ، ط١ ، ١٣٨٠ هـ - ١٩٦١ م ، وانظر كشفاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج٥ ص١٩ ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

أما عقد الزواج وشروطه فقد بينه الفقهاء ففي مذهب الإمام أبي حنيفة لا بد في النكاح من إيجاب وقبول في مجلس واحد "بألفاظ مخصوصة" أو ما يقوم مقام اللفظ كالكتاب أو كالإشارة المعلومة من الأخرس وصفة الإيجاب "الا يكون أحدهما لازماً قبل وجود الآخر حتى لو وجد الإيجاب من أحد المتعاقدين كان له أن يرجع قبل قبول الآخر كما في البيع لأنهما جميعاً ركن واحد فكان أحدهما بعض الركن والركن المركب من شيئين لا وجود له بأحدهما (١) .

وفي المذهب يتم العقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتملك والصدقة (٢) ولا ينعقد إلا بحضور شهود لقوله صلى الله عليه وسلم (لا نكاح إلا بشهود) (٣) والشهود رجلان أو رجل وامرأتان لقبول شهادتهما اعتباراً بقبولها على المال (٤) .

وفي مذهب الإمام مالك يشترط في عقد الزواج أربعة شروط : أولها - الصيغة وهي كل لفظ يقتضي التملك على التأييد في حال الحياة وثانيها المحل وهو المرأة الخالية من الموانع وثالثها الصداق لاستحقاقه في عقد النكاح وعدم جواز القراضي

(١) بدائع الصنائع للكلساني ج٢ ص٢٢٩-٢٣٢، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٠٢ هـ-١٩٨٢ م، وانظر حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابد ج٣ ص٩، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٣٨٦ هـ-١٩٦٦ م.

(٢) شرح فتح القدير لابن الهمام ج٣ ص١٨٩-١٩٣، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط٢، وانظر الاختيار لتعليل المختار لابن مودود ج٣ ص٨٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، كشف الحقائق شرح كنز الدقائق لعبد الحكيم الأفغاني ج١ ص١٦٢، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان.

(٣) نصب الراية للزيلعي ج٣ ص١٦٧، المكتبة الإسلامية.

(٤) الاختيار لتعليل المختار لابن مودود ج٣ ص٨٣-٨٤، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، وانظر حاشية رد المحتار لابن عابد ج٣ ص٢١-٢٣، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٤٠٢ هـ-١٩٨٢ م، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري للحمد اليمني ج٢ ص٦٦، مكتبة إمدادية، ملتان، باكستان، اللباب في شرح الكتاب للغنيمي، ج٣ ص٣، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٠ هـ-١٩٨٠ م.

على إسقاطه . أما الشرط الرابع فهو العاقد وهو الزوج والولي ^(١) .
وفي مذهب الإمام الشافعي مثل الشروط المشار إليها في مذهب الإمام مالك إلا أن صيغة العقد لاتصح إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح أي ما اشتق منهما وذلك على خلاف ما ورد في المذهبين الحنفي والمالكي من جواز الصيغة بكل لفظ يفيد التعليل ^(٢) .
وفي مذهب الإمام أحمد يشترط للنكاح خمسة شروط هي :
أولاً - تعيين الزوجين لأن المقصود فيه التعيين فلم يصح بدونه . ثانياً - رضا الزوجين لأن العقد يخصهما فإن لم يرضيا أو أحدهما لم يصح العقد ، ويقوم مقامهما من له حق الولاية في حال صغرهما أو أحدهما أو عدم قدرتهما أو أحدهما على التصرف كفاقد العقل . ثالثاً - الولي فلا يصح النكاح إلا به لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا نكاح إلا بولي) ^(٣) وقوله عليه الصلاة والسلام :

(١) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ج٢ ص١١-١٤، تحقيق الدكتور/ محمد أبو الأجنان ، الأستاذ/ عبدالحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م، وانظر كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام للكناني ، هامش كتاب تبصرة الحكام .. لابن فرحون ص٣-٤، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط١، وشرح منح الجليل لعليش ج٣ ص٢٥٧-٢٦٨، دار الفكر ، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٠٤هـ- ١٩٨٤م، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ج٣ ص٤١٩، دار الفكر، ط٢، ١٣٩٨هـ- ١٩٧٨م، التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ج٣ ص٤١٩، هامش مواهب الجليل ، دار الفكر ، ط٢، ١٣٩٨هـ- ١٩٧٨م .

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرمل ج٦ ص٢٠٩-٢١١ ، ٢١٧، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ط الأخيرة ، ١٣٨٦هـ- ١٩٦٧م ، وانظر الآم للإمام الشافعي ج٥ ص٢٢-٢٣، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، المذهب للشيرازي ج٢ ص٣٥-٤١، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م ، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي ج٧ ص٢٢٠، دار إحياء التراث العربي .

(٣) سنن أبي داود ج٢ ص٢٢٩، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحمد ، المكتبة العصرية ، صيدا، بيروت ، سنن الترمذي ج٣ ص٤٠٧، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٨هـ- ١٩٨٧م ، سنن ابن ماجه ج١ ص٦٠٥، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، فيصل عيسى البابي الحلبي ، مصر ، مسند الإمام أحمد ج٤ ص٣٩٤، للمكتب الإسلامي ، سنن الدارمي ج٣ ص١٣٧، دار الكتب العلمية ، بيروت ، السنن الكبرى للبيهقي ج٧ ص١٠٧، ١٠٨، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيتمي

(أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ..) (١) . رابعاً - الإشهاد على النكاح توثيقاً واحتياطاً من الإنكار . أما خامس الشروط فهو خلو الزوجين أو أحدهما من الموانع كالقربة أو الرضاعة أو نحو ذلك (٢) .

وينبغي على ماسبق أنه إذا كان العقد المقصود في السؤال وعد الولي للخاطب بالزواج ، فإن هذا التصرف يعد مجرد خطبة وليس عقداً سواء قرئت فاتحة الكتاب ، أو أقيم حفل ، أو دفع الخاطب مهراً . وللخاطبين ، أو أحدهما العدول عن الخطبة . أما إذا كان العقد المقصود في السؤال هو أن ولي المرأة أو من يقوم مقامه قد أجاب الخاطب بقوله (انكحت أو زوجت) ثم قبل الخاطب بذلك بقوله (قبلت) أو بر (نعم) أو نحو ذلك مما يفيد القبول وشهد على ذلك شاهدان ، فقد تم العقد بأركانه وأصبح صحيحاً بعد توافر الشروط الأخرى كالخلو من الموانع بين الزوجين .

توثيق العقد في أوراق رسمية :

توثيق العقود بالكتابة بين أصحابها أمر يتطلبه الشرع لحاجتهم إليه عندما يجحد أحدهم صاحبه أو تطرأ عليه غفلة ، أو يصاب بنسيان . وقد أمر الله بالكتابة في آية الدين في قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه

== ج ٤ ص ٢٨٦ ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، سنن الدار
 قطني ج ٣ ص ٢١٩ ، تحقيق السيد عبدالله هاشم يماني المدني ، دار المحسن للطباعة ، القاهرة .
 (١) سنن الترمذي ج ٣ ص ٤٠٨ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،
 ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م ، سنن ابن ملجة ج ١ ص ٦٠٥ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، فيصل عيسى
 البابي الحلبي ، مصر ، سنن الدارمي ج ٢ ص ١٣٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، السنن الكبرى
 للبيهقي ج ٧ ص ١٠٥ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثم
 ج ٤ ص ٢٨٥ ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، سنن الدار
 قطني ج ٣ ص ٢٢١ ، تحقيق السيد عبدالله هاشم يماني المدني ، دار المحسن للطباعة ، القاهرة .
 (٢) كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج ٥ ص ٤١ - ٦٠ ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ،
 ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، وانظر المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج ٧ ص ٣٣٧ - ٣٤١ ، دار الكتاب
 العربي ، بيروت ، لبنان ، ط ٢ ، ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م ، كتاب الفروع لابن مفلح ج ٥ ص ١٦٨ - ١٩٢ ،
 عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، ط ٤ ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، الإنصاف للمرابوي ج ٨ ص ٥١ - ١٠٥ ،
 تحقيق محمد حامد الفقي ، دار إحياء التراث العربي ، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ،
 لبنان ، ط ١ .

• مسائل في الفقه •

وليكتب بينكم كتاب بالعدل .. الآية ﴿^(١)﴾ ، والإشهاد بين الناس في تعاملهم مطلب شرعي لما فيه من التوثيق ونفي الشك في حال وقوعه من أحدهم وقد أمر الله به في قوله تعالى في الآية السابقة: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ ^(٢) ، وقوله تعالى : ﴿واشهدوا إذا تبايعتم ...﴾ ^(٣) .

وقد تباينت آراء الفقهاء في مسألة الأمر بالكتابة والإشهاد فمنهم من يرى أن المقصود توجيه الناس وإرشادهم إلى توثيق معاملاتهم لمصلحتهم ودفع الضرر عنهم فمتى تحققت المصلحة أو انتفى الضرر بدون كتابة أو إشهاد فقد تحقق الغرض ولم يبق للتوثيق حاجة وهذا هو ما يفهم من المذاهب الأربعة ^(٤) ، ومنهم من يرى أن المقصود بالأمر الوجوب والإلزام بدلالة الظاهر من الآية وقد روي أن عبدالله بن عمر رضي الله عنه كان يُشهد إذا باع بنقد ، ويكتب إذا باع بنسيئة وقال بذلك أيضاً بعض التابعين ^(٥) . هذا بالنسبة لعموم العقود والمعاملات ، أما بالنسبة لعقد النكاح فلا بد من الإشهاد عليه لاتفاق جمع من الفقهاء على ذلك بدليل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم :

(١) سورة البقرة من الآية ٢٨٢ .

(٢) نفس الآية ٢٨٢ .

(٣) نفس الآية ٢٨٢ .

(٤) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص٢٠٥-٢٠٦ ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، لحكام القرآن لابن العربي ج١ ص٢٤٧-٢٥١ ، تحقيق علي محمد البجاوي ، دار الفكر ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص١٦٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج٤ ص٣٦٧ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م ، بدائع الصنائع للكسائي ج٢ ص٢٥٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م ، المجموع شرح للمذهب ج٩ ، ص١٥٤-١٥٥ ، ج١٣ ص٩٨-٩٩ ، دار الفكر .

(٥) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص٢٠٥-٢٠٦ ، مرجع سابق ، لحكام القرآن لابن العربي ج١ ص٢٥٨ ، مرجع سابق ، جامع الاحكام الفقهية للقرطبي ج٢ ص٤-٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م ، المحلى بالآثار لابن حزم ج٦ ص٣٥١-٣٥٢ ، تحقيق الدكتور/ عبدالغفار سليمان البنداري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م .

(لا نكاح إلا بولي وشاهدين)^(١) .

وفي رواية عن أحمد أنه يصح بغير شهود وفعله ابن عمر والحسن بن علي وغيرهم^(٢) .

قلت : ولعل الصواب الإشهاد لأن الزواج شأن عظيم يستوجب التوثيق والإشهار فأما التوثيق فأمر قد تقتضيه الأحوال وفساد الزمان فقد يجحد الزوج زواجه ومن ثم يضيع نسب ولده أو أولاده فيكون الشهود حجة عليه وأما الإشهار فهو مطلب شرعي للدلالة على الزواج ، ومعرفة الناس به لتفريقه عن غيره من العلاقات غير المشروعة . ولهذا حث عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : (فضل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت)^(٣) . وقال : (أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدقوف)^(٤) . وعن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت زفقتنا امرأة إلى رجل من الأنصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم : (يا عائشة ما كان معكم لهو فإن الأنصار يعجبهم اللهو)^(٥) ، أو كما قال عليه أفضل الصلاة والسلام . وقد يشهد الناس تغييراً في أحوالهم وقد يطرأ بينهم فساد في المعاملات أو سوء

(١) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيتمي ج٤ ص٢٨٦ ، قال ابن حجر فيه أبو بلال الأشعري وهو ضعيف ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، كنز العمال للبرهان فوري ج١٦ ص٣٠٨ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

(٢) المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج٧ ص٣٣٩ - ٣٤٠ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ، ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م ، الإنصاف للمرداوي ج٨ ص١٠٢ ، تحقيق محمد حامد الفقي ، ط١ ، دار إحياء التراث العربي ، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، لبنان .

(٣) سنن الترمذي ج٣ ص٣٩٨ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، سنن النسائي ج٦ ص١٢٧ ، ط١ ، السنن الكبرى للبيهقي ج٧ ص٢٨٩ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، سنن ابن ماجه ج١ ص٦١١ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، فيصل عيسى البابي الحلبي ، مصر ، مسند الإمام أحمد ج٣ ص٤١٨ ، المكتب الإسلامي .

(٤) سنن الترمذي ج٣ ص٣٩٩ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، السنن الكبرى للبيهقي ج٧ ص٢٩٠ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، كنز العمال للبرهان فوري ج١٦ ص٢٩١ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

(٥) صحيح البخاري ج٦ ص١٤١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، وانظر السنن الكبرى للبيهقي ج٧ ص٢٨٨ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

● مسائل في الفقه ●

في السلوك فيقتضي ذلك من حكامهم زيادة في الاحتياط حفظاً لحقوق رعاياهم ومصالحهم فلا يكتفون بما هو معروف أو مستعاد بينهم فيوجبون - مثلاً - توثيق أمر لم تكن الأحوال توجبه في الماضي ومن هذا ما يعرف الآن في مختلف البلدان بتوثيق عقود الزواج كتابة وفي أوراق رسمية فإذا جعل الحاكم المصلح من هذا التوثيق شرطاً للزواج وجب لزوم هذا الشرط ووجب على المكلف تنفيذه ويصبح العقد مختلفاً في حال عدم الوفاء به .

ويتنبني على ماسبق أنه إذا كان من اللازم توثيق عقد الزواج توثيقاً رسمياً ، وأن ذلك شرط من شروط هذا العقد ولم يتم أحد بتوثيقه فقد اختلف شرط من شروط الزواج .

حكم قبول الزوج للمهر الذي دفعه :

ويفهم من السؤال أن الزوج أخذ المهر الذي دفعه للمرأة ، ونفترض هنا أنه عقد عليها عقداً صحيحاً بركتيه (الإيجاب والقبول) وبشروطه كالرضا ، والخلو من الموانع وغير ذلك مما سبق بيانه .

وعلى أثر الخلاف الذي حدث بين هذه المرأة وأهلها ومحاولته إصلاحه وعدم تمكنه من ذلك قبل - كما ورد في السؤال - بإعادة المهر الذي دفعه وبناء على هذا يعد منهياً لعقد زواجه لأن قبوله بإعادة مهره دليل على (إقالته) للمرأة (وهذه الإقالة) تشبه الخلع المعروف شرعاً حين يسترد الزوج الخالع مادفعه فتبين منه الزوجة .

فإذا كان الأمر كذلك فلا يحل للرجل المشار إليه أن يدعي تمسكه بعقد الزواج ، لأن ذلك يعد من الظلم ، وغمط الحقوق ، وبخس الناس أشياءهم . وقد نهى الله عن ذلك في قوله تعالى: ﴿ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا في الأرض مفسدين﴾ (١) . كما يعد ذلك من الأذى الذي نهى الله عنه وتوعد فاعله في قوله تعالى: ﴿والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً﴾ (٢) .

والأفضل للمرأة في السؤال اللجوء إلى القضاء لبيان الأمر ، ورفع الظلم عن

(١) سورة الشعراء الآية ١٨٣ .

(٢) سورة الأحزاب الآية ٥٨ .

المظلوم ، وإعطاء كل ذي حق حقه وفقاً لشرع الله وسنة رسوله محمد عليه أفضل الصلاة والسلام .

وخلاصة المسألة - إنه إذا كان العقد المقصود في السؤال وعد الولي للخاطب بالزواج ، فإن هذا التصرف يعد مجرد خطبة وليس عقد زواج سواء قرئت فاتحة الكتاب ، أو أقيم حفل ، أو دفع الخاطب مهراً ، وللخاطبين ، أو أحدهما العدول عن الخطبة . أما إذا كان العقد المقصود في السؤال هو أن ولي المرأة قد (أجاب) الخاطب ثم (قبل) هذا بإيجاب الولي وشهد على ذلك شاهدان فقد تم العقد بأركانه ، وأصبح صحيحاً بعد توافر الشروط الأخرى كالخلو من الموانع بين الزوجين .

وإذا كان من اللازم في بلد المرأة توثيق عقد زواجها توثيقاً رسمياً ، وأن ذلك شرط من شروط هذا العقد ولم يتم أحد بتوثيقه فقد لختل شرط من شروط الزواج .

أما قبول الزوج للمهر الذي دفعه فيعد دليلاً على (إقالته) للمرأة (وهذه الإقالة) تشبه الخلع المعروف شرعاً حين يسترد الزوج الخالع مادفعه فتيين منه الزوجة . وإذا كان الأمر كذلك فلا يحل للرجل المشار إليه في المسألة أن يدعي تمسكه بالعقد لأن ذلك يعد من الظلم الذي حرمه الله . كما يعد من الأذى الذي نهى الله عنه وجعل صاحبه محتسماً للبهتان والإثم المبين .

ولعل الأفضل للمرأة في السؤال أن تلجأ للقضاء لبيان الأمر ، ورفع الظلم عن المظلوم ، وإعطاء كل ذي حق حقه .

والله أعلم

١٠٩ - حكم التاجر الذي يحتكر بضاعته أملاً منه في ارتفاع سعرها في السوق :

ومفاد المسألة أن تاجرين يستوردان بضاعة متماثلة من الخارج ولما ظن لهما أن سعر البضاعة المذكورة سوف يرتفع في السوق العالمية نتيجة لبعض الأحداث اتصل بالتاجر الآخر وطلب منه أن يتوقف عن البيع رغبة في الحصول على مبلغ عالٍ للبضاعة التي يستوردانها فوافقته على ذلك .

والسؤال هو عما إذا كان فعلهما يعد في حكم الاتجار المشروع أم أنه من باب الاحتكار المحرم ؟ وإذا كان الأمر كذلك فهل هناك تحديد لنوع البضائع التي يحرم فيها الاحتكار والبضائع التي لا يحرم فيها ؟

وقيل الجواب على ما ذكر ما هو معنى الاحتكار في اللغة والشرع ؟

في اللغة معناه الحبس . يقال احتكر عمرو الطعام إذا حبسه إرادة الغلاء ^(١) . أما في الشرع فهو أن يبتاع طعاماً من المصر أو من مكان يجلب طعامه إلى المصر ويحبسه إلى وقت الغلاء ^(٢) .

أما الجواب على السؤال فمن وجهين :

الوجه الأول : اتفاق التاجرين المشار إليهما في المسألة على عدم بيع البضاعة التي يستوردانها رغبة في الحصول على مبلغ عالٍ لها . وهذا الاتفاق يعد غير مشروع لأنه ليس من باب ما أمر الله به من التعاون على البر والتقوى بل هو من باب مانع الله عنه من التعاون على الإثم والعدوان في قوله تعالى : ﴿ وتعاونوا على البر

(١) المصباح المنير للفيومي ج١ ص١٤٥ ، المكتبة العلمية ، بيروت ، لبنان .

(٢) الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلي ج٤ ص١٦١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ج٣ ص٤٧٢ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ط الأخيرة ، ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م .

والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ولتقوا الله إن الله شديد العقاب ﴿١﴾ .
فالتجارة من الأمور المهمة التي تهم الأمة - أي أمة - لتعلقها بالكثير من أمور حياتها من مطعم ومشرب وملبس ولهذا تعمل الأمم على وضع القواعد والأحكام لتنظيمها فيما يباح منها وما يحرم وما يستحب منها وما يكره ، وما للتاجر من حقوق وما عليه من التزام وتكليف . ولأن التجارة مصدر من مصادر جمع المال وكسبه ، فإن سوء سلوك التاجر من الأمور المحتملة لكون النفس تحب المال وتحرص عليه مصداقاً لقول الله تعالى : ﴿ وتحبون المال حباً جماً ﴾ (٢) .

لذا يتعين أن يكون للتجارة قواعد من أجل مصلحة الأمة في الأضرار في أرواقها، وأن توضع قواعد تحكم سلوك التاجر وتضبط تعاملاته وذلك لمصلحة الأمة من جهة ومصلحته هو من جهة أخرى بحيث يكون كسبه حلالاً .

والإسلام الذي جاء رسالة خالدة تنظم حياة الإنسان وتضبط سلوكه بآرك التجارة وحث عليها . فعندما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أي الكسب أطيب قال : (عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور) (٣) . وفي الوقت نفسه حذر عليه الصلاة والسلام من سوء السلوك في التجارة حين قال : (ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولا يزكّيهم ولهم عذاب أليم فقيل من هم يا رسول الله ؟ فقد خسروا وخلبوا . قال : المنان والمسبل إزاره والمنفق سلعته بالهطف الكاذب) (٤) .

وفي تقرير وتوجيه آخر خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات مرة إلى المصلى فوجد الناس يتبايعون فقال موجهاً كلامه لهم " يامعشر التجار : فاستجابوا لندائه عليه الصلاة والسلام ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه فقال : " إن التجار

(١) سورة المائدة من الآية ٢ .

(٢) سورة الفجر الآية ٢٠ .

(٣) مسند الإمام أحمد ج ٤ ص ١٤١ ، المكتب الإسلامي ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمى ج ٤ ص ٦١ ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، دارالكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، كنز العمال للبرهان قوري ج ٤ ص ١٣ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢ ص ١١٤ ، مؤسسة الكتب الثقافية ، سنن الترمذي ج ٣ ص ٥١٦ ، تحقيق محمد فؤاد عبيد الباقي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م ، وانظر سنن النسائي ج ٥ ص ٨١ ، دار الفكر ، بيروت ، ط ١ ، ١٣٤٨ هـ - ١٩٣٠ م .

يبعثون يوم القيامة فُجَارًا إِلَّا مَنْ اتَّقَى اللَّهَ وَبِرٌّ وَصَدُقٌ (١) .

والمقصود بتقوى الله أمور كثيرة منها اجتناب التاجر للغش والخيانة والخداع والتهافت على جمع المال دون مراعاة لشروط الكسب . والبر والصدق أساسان في عمل التاجر الأمين فإذا اتقى الله وبرٌ وصدق في معاملاته فقد استوفى شروط التاجر الأمين الذي قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم: (التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء) (٢) .

وقد كان سلف الأمة من التجار يتحرى أن يسلك في تجارته المسلك الذي يدخله في وصف التاجر البر الصدوق ليكون مع الذين وعدهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمنزلة العالية مع النبيين والصديقين والشهداء . وفي ذلك روى الإمام الغزالي (٣) " عن بعض السلف أنه كان "بواسط" فجhez سفينة حنطة إلى البصرة وكتب إلى وكيله : بع هذا الطعام يوم يدخل البصرة ولا تؤخره إلى غد فوافق سعة في السعر فقال له التاجر : لو أخرته جمعة ربحت فيه أضعافاً ، فأخره جمعة فربح فيه أمثاله ، وكتب إلى صاحبه بذلك فكتب إليه صاحب الطعام : يا هذا إنا كنا قنعنا بربح يسير مع سلامة ديننا ، وإنك قد خالفت وما نحب أن نربح أضعافه بذهاب شيء من الدين فقد جنيت علينا جناية فإذا أتاك كتابي هذا فخذ المال كله فتصدق به على فقراء

(١) سنن الترمذي ج٣ ص٥١٧-٥١٨ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م ، سنن ابن ماجه ج٢ ص٧٢٦ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، فيصل عيسى البابي الحلبي ، مصر ، السنن الكبرى للبيهقي ج٥ ص٢٦٦ ، دارالمعرفة ، بيروت ، لبنان ، سنن الدارمى ج٢ ص٢٤٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

(٢) سنن الترمذي ج٣ ص٥١٥ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م ، سنن الدارمى ج٢ ص٢٤٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، كنز العمال للبرهان قوري ج٤ ص٧ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م ، سنن الدارقطني ج٣ ص٧ ، تحقيق السيد عبدالله هاشم يماني المدني ، دار المحسن للطباعة ، القاهرة .

(٣) الغزالي : محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، أبو حامد ، حجة الإسلام ، فقيه شافعي ، له مؤلفات عديدة في الفقه وأصوله وغيرها منها : الوسيط ، والبسيط ، والوجيز ، والمستصفي ، وإحياء علوم الدين . ولد سنة ٤٥٠هـ ، وتوفي سنة ٥٠٥هـ ، انظر وفيات الأعيان لابن خلكان ج٤ ص٢١٦ ، الاعلام للزركلي ج٧ ص٢٢-٢٣ .

البصرة ، وليتني أنجو من إثم الاحتكار كفافاً لا علي ولا لي (١) .

والاحتكار ينافي صفة التقوى كما ينافي صفة الأمانة في التجارة لما فيه من التضييق والحرَج والإضرار بالناس في أقواتهم فاقضى ذلك تحريمه أو كراهيته كراهية تحريم ، كما يقول بذلك بعض الفقهاء ، وقد ورد في النهي عن الاحتكار أحاديث كثيرة منها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (الجالب مرزوق والمحتر محروم وفي رواية ملعون) (٢) . وقوله عليه الصلاة والسلام : (من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجنام والإفلاس) (٣) . وقوله عليه الصلاة والسلام : (من احتكر طعاماً أربعين يوماً فقد برىء من الله وبرىء الله منه) (٤) (٥) .

وللفقهاء أقوال كثيرة في مسألة الاحتكار نجتزئ منها بما يحتاجه الجواب على السؤال ففي المذهب الحنفي عرفوا الاحتكار بأنه ابتياع طعام من المصر أو من مكان يجلب طعامه إلى المصر ويحبسه (المحتكر) إلى وقت الغلاء ، وشرطه أن يكون مصرّاً يضر به الاحتكار "لأنه تعلق به حق العامة " وعلق الإمام علاء الدين الكاساني (٦) على ماورد في الأحاديث من الوعيد للمحتكر فقال " ومثل هذا الوعيد لايلحق إلا بارتكاب الحرام ولأن الاحتكار من باب الظلم ، لأن ما يبيع في المصر فقد

(١) إحياء علوم الدين للغزالي ج٢ ص٦٩ ، تصحيح الشيخ عبدالغزير السيروان ، دار القلم ، بيروت ، لبنان ، ط٢ .

(٢) سنن ابن ماجه ج٢ ص٧٢٨ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، فيصل عيسى البابي الحلبي ، مصر ، سنن النوارمي ج٢ ص٢٤٩ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان السنن الكبرى للبيهقي ج٦ ص٣٠ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، كنز العمال للبرهان قوري ج٤ ص٩٧ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

(٣) سنن ابن ماجه ج٢ ص٧٢٨ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، فيصل عيسى البابي الحلبي ، مصر ، كنز العمال للبرهان قوري ج٤ ص٩٧ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

(٤) مسند الإمام أحمد ج٢ ص٣٣ ، المكتب الإسلامي ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيتمي ج٤ ص١٠٠ ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، كنز العمال للبرهان قوري ج٤ ص٩٩ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

(٥) الاختيار لتعليل المختار لابن مودود ج٤ ص١٦ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

(٦) الكاساني : أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، علاء الدين ، فقيه حنفي من أهل حلب له مؤلفات عديدة في الفقه توفي سنة ٥٨٧ هـ . انظر الاعلام للزركلي ج٢ ص٧٠ .

• مسائل في الفقه •

تعلق به حق العامة فإذا امتنع المشتري عن بيعه عند شدة حاجتهم إليه فقد منعهم حقهم ، ومنع الحق عن المستحق ظلم وأنه حرام وقليل مدة الحبس وكثيرها ، سواء في حق الحرمة لتحقيق الظلم (١) .

وفي مذهب الإمام مالك يمنع من يحتكر إذا كان فعله يضر بالسوق (٢) .
وفي مذهب الإمام الشافعي يحرم الاحتكار في الأقوات وهو أن يشتري الشيء وقت الغلاء ليمسكه ويبيعه بعد ذلك بأكثر من ثمنه للتضييق واعتبره بعض أصحاب المذهب غير محرم بل مكروهاً (٣) .

وفي مذهب الإمام أحمد يحرم الاحتكار بدليل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من احتكر فهو خاطيء) (٤) وله ثلاثة شروط : أن يكون المحتكر مشترياً فلو جلب شيئاً أو أدخل من غلته شيئاً فأنخره لم يكن محتكراً . الشرط الثاني - أن يكون المشتري قوتاً فاما الحلواء والعسل والزيت وأغلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم . الشرط الثالث - أن يضيق على الناس بشرائه (٥) .

-
- (١) بدائع الصنائع للكلستاني ج ٥ ص ١٢٩ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ط ٢ ، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .
(٢) المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون ج ٣ ص ٢٩٠ ، دار الفكر ، وانظر مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ج ٤ ص ٢٢٧ ، دار الفكر ، ط ٢ ، ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م ، البيان والتحصيل لابن رشد ، ج ٩ ص ٣٣٩ - ٣٤٠ ، تحقيق أحمد الحلي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط ٢ ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ، المعيار المعرب والجامع المغرب للونشريسي ج ٦ ص ٤٢٥ ، نشر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية للمملكة المغربية ، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .
(٣) المجموع شرح المذهب للنووي ج ١٣ ص ٤٤ - ٤٩ ، دار الفكر ، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ج ٣ ص ٤٧٢ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ط الأخيرة ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م ، الحاوي الكبير للماوردي ج ٧ ص ٨٤ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م ، حواشي الشرواني وابن قسّم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي ج ٤ ص ٣١٧ - ٣١٨ ، دار إحياء التراث العربي .
(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١١ ص ٤٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ٢٩ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
(٥) المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج ٤ ص ٢٨٣ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ط ٢ ، ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحبياني ج ٣ ص ٦٣ - ٦٤ ، منشورات المكتب الإسلامي ، ط ١ ، ١٣٨٠ هـ - ١٩٦١ م ، والطرق الحكيمة في السياسة

وحاصل أقوال الفقهاء تحريم الاحتكار لما فيه من الإضرار بالناس والتضييق عليهم في اقواتهم ، فالعلة في تحريمه نفي الضرر ودفع الظلم عن الناس واتفاق التجارين على عدم بيع بضاعتهم انتظاراً لارتفاع سعرها يعد احتكاراً يؤدي إلى التضييق على الناس ويخس أشيائهم ، والإضرار بحاجاتهم مما يعد بالتالي من باب الظلم والفساد في الأرض وفي ذلك يقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَتَحَنَّنُوا فِي الْأَرْضِ مَفسدين ﴾ (١) .

الوجه الثاني - البضائع التي يحرم فيها الاحتكار :

في المذهب الحنفي يرى الإمام أبو يوسف أن الاحتكار يجري في كل ما يضر العامة قوتاً كان أو لا لأن الكراهة لمكان الإضرار بالعامّة وهذا لا يختص بالقوت والعلف .

وعند أبي محمد أن الضرر في الأعم الأغلب إنما يلحق العامة بحبس القوت والعلف فلا يتحقق الاحتكار الآن (٢) .

وفي مذهب الإمام الشافعي أن الاحتكار المحرم هو في الأقوات خاصة قوت آدمي والدواب ويمكن أن يلحق بذلك احتكار الثياب في وقت البرد الشديد مع حاجة الناس إليه وحبس وسائل النقل للجند وقت الجهاد (٣) .

وفي مذهب الإمام أحمد سبقت الإشارة إلى أنه يشترط في الاحتكار كونه قوتاً فأما الإدام والخلوى والعسل والزيت وأغلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم (٤) .

== الشرعية لابن القيم ص ٢٤٣ ، تحقيق محمد حامد الفقي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، وانظر كتاب الفروع لابن مفلح ج ٤ ص ٥٣-٥٤ ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، ط ٤ ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، تحقيق محمد حامد الفقي ، دار إحياء التراث العربي ، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، لبنان ، ط ٢ ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع لعبد الرحمن بن محمد بن قسّم ج ٤ ص ٣٩٠-٣٩١ ، ط ٣ ، ١٤٠٥ هـ .

(١) سورة الشعراء الآية ١٨٣ .

(٢) بدائع الصنائع مرجع سابق والاختيار لتعليل المختار مرجع سابق .

(٣) المجموع شرح المذهب مرجع سابق نهاية المحتاج مرجع سابق .

(٤) المغني والشرح الكبير مرجع سابق ، كتاب الفروع مرجع سابق .

● مسائل في الفقه ●

أما في مذهب الإمام مالك فالاحتكار في كل شيء من الطعام والكتاب والزيت وجميع الأشياء والصوف والسمن والعسل والعصفر وكل ما يضر بالسوق^(١) .

قلت : ولعل الصواب هو ما ذهب إليه الإمام مالك وأبو يوسف فحاجات العامة ليست محصورة في الأقوات فحسب، فكما يحتاجون للخبز يحتاجون - بالتوكيد - إلى الزيت . وكما يحتاجون إلى الطعام يحتاجون في الوقت نفسه إلى اللباس . ولعل الفقهاء الذين رأوا الاحتكار في القوت فقط نظروا إلى الحاجة في ذلك الوقت قضيقوا من معنى الاحتكار .

أما في الوقت الراهن فقد تعددت الحاجات وتنوعت الرغبات على نحو لم يكن معروفاً أو معتاداً في الأزمنة الماضية فالصابون - مثلاً - وأدوات الكهرباء والسيارات وأدواتها بل والطوى والعسل ونحو ذلك من المطعومات والمشروبات والملبوسات ، أصبحت مما لا يستغني عنه الإنسان المعاصر فأصبح احتكارها - يدخل في مفهوم الاحتكار المحرم .

ويؤيد هذا أن الأحاديث التي وردت في النهي عن الاحتكار قد وردت بصيغة الإطلاق فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا يحتكر إلا خاطيء"^(٢) . وقوله عليه الصلاة والسلام : " من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطيء"^(٣) . دليل واضح على تحريم الاحتكار في عمومته سواء تعلق بالأقوات أو غيرها .

(١) المدونة الكبرى مرجع سابق ومواهب الجليل مرجع سابق .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١١ ص ٤٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٧١ ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، لبنان ، سنن الترمذي ج ٣ ص ٥٦٧ ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م ، مسند الإمام أحمد ج ٦ ص ٤٠٠ ، المكتب الإسلامي ، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٢٨ ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، فيصل عيسى البابي الحلبي ، مصر ، سنن الدارمي ، ج ٢ ص ٢٤٩ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ٣٠ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

(٣) مسند الإمام أحمد ج ٢ ص ٣٥١ ، المكتب الإسلامي ، مجمع الزوائد ومنيع الفوائد للهيثمي ج ٤ ص ١٠٠ - ١٠١ ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، كنز العمال للبرهان فوري ج ٤ ص ٩٧ مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

وخلاصة ما سبق أن الاحتكار من الأمور المحرمة لما فيه من تضيق على الناس في أقواتهم وحلجات حياتهم ، وفعل التجارين المشار إليهما يعد عملاً غير مشروع لأنه ليس من باب ما أمر الله به من التعاون على البر والتقوى بل هو من باب مانهى الله عنه من التعاون على الإثم والعدوان .

وينبغي عدم حصر الاحتكار في الأقوات فقط كما ذهب إليه بعض الفقهاء بل ينبغي تعميم معنى الاحتكار على كل ما فيه (حلجة للناس) من طعام وشراب ولباس ونحو ذلك مما تعددت فيه الحلجات وتنوعت فيه الرغبات في الزمن المعاصر .

والله أعلم

١١٠- حكم البائع الذي ذكر للمشتري أن البضاعة " محل البيع " قد سيمت بكذا وكذا مما جعل المشتري يزيد في ثمنها ثم تبين له أن البائع لم يكن صادقاً فيما ذكره :

ومقاد المسألة ، أن شخصاً ذهب إلى أحد المحال لشراء سيارة فوقع نظره على واحدة من السيارات المستعملة المعروضة للبيع ، فسأل صاحب المحل عن قيمتها فاجابه بأنها قد سيمت بكذا وكذا فصدق المشتري فزاد على السوم مستدلاً بالسوم السابق ، فوافق صاحب المحل ، واستلم المشتري السيارة بعد انتهاء إجراءات البيع . وبعد مدة تبين له أن أحداً لم يسم السيارة ، وأن صاحب المحل لم يكن صادقاً في قوله . والسؤال هو ، عما إذا كان يحق للمشتري رد السيارة أم لا ؟

والجواب على هذا ، أنه إذا ثبت عدم صدق صاحب المحل فيما ذكره فيعد فعله هذا من باب الغش حين أسبغ على السيارة صفة السوم ، بينما لم تكن كذلك مما جعل المشتري يرغب في شرائها مستدلاً بمعرفة من قيل أنه سبق أن سامها . والغش من الأمور المحرمة لما فيه من فساد التعامل بين الناس ، وإشاعة البغضاء بينهم مما يقضي إلى الفساد في الأرض ولهذا قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من غش فليس منا " (١) .

كما يعد فعل صاحب المحل من باب " خيانة الأمانة " فقد ائتمنه المشتري حين سأل عن قيمة السيارة ، فأجابه إجابة كاذبة حين كان من المفترض فيه شرعاً عدم خيانة السائل في سؤاله ، واستجابة لقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا

(١) سنن الترمذي ج٣ ص٦٠٦ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م ، سنن الدارمي ج٢ ص٢٤٨ ، دار إحياء السنة النبوية (بدون) . سنن ابن ماجه ج٢ ص٧٤٩ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، مطبعة إحياء الكتب العربية ، القاهرة (بدون) سنن أبي داود ج٣ ص٢٧٢ ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، المكتبة المصرية ، صيدا ، بيروت . السنن الكبرى للبيهقي ج٥ ص٣٢٠ ، دار المعرفه ، بيروت ، لبنان (بدون) .

الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون ﴿١﴾ واستجابة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (أد الأمانة إلى من ائتمنك) ﴿٢﴾. كما كان من المفترض فيه شرعاً عدم الكذب لكيلا يكون في عداد المنافقين الذين وصفهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله: (آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا ائتمن خان) ﴿٣﴾. وقد تعرض الفقهاء لهذه المسألة في "بيع المراجعة" ﴿٤﴾.

ففي مذهب الإمام أبي حنيفة قد تظهر الخيانة في "صفة الثمن في المراجعة" كما لو اشترى شيئاً نسيته ثم باعه مرابحة على الثمن الأول، ولم يبين أنه اشتراه نسيته ثم علم المشتري فله الخيار بالإجماع إن شاء أخذه، وإن شاء رده لأن المراجعة عقد بُني على الأمانة فاعتمد المشتري على البائع، وائتمنه في الخبر عن الثمن الأول، فكانت الأمانة مطلوبة في هذا العقد "فكانت صيانتها عن الخيانة مشروطة دلالة فواتها يوجب الخيار كفوات السلامة عن العيب" ﴿٥﴾.

(١) سورة الانفال الآية ٢٧ .

(٢) سنن الدارمي ج ٢ ص ٢٦٤، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (بدون) المستدرک ج ٢ ص ١١-١٢، تحقيق/ مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١ (١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م). مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثم ج ٤ ص ١٤٤-١٤٥، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان (بدون). سنن الدارقطني ج ٣ ص ٣٥، تحقيق/ السيد عبدالله هاشم يعاني المدني، دار المحاسن للطباعة، القاهرة (بدون).

(٣) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للعسقلاني ج ١ ص ١١١، تحقيق/ محب الدين الخطيب محمد فؤاد عبدالباقي وقصي محب الدين الخطيب، دار الريان للتراث، القاهرة، ط ١ (١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م). سنن النسائي للسيوطي، المجلد الرابع، ج ٨ ص ١١٦، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط ١، (١٣٤٨ هـ - ١٩٢٣ م). سنن الترمذي ج ٤ ص ١٣٠، تحقيق/ عبدالرحمن محمد عثمان، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط ٢ (١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م).

(٤) المراجعة أن يبيع بريح فيقول رأس مالي في هذا الشيء مائة وأبيعك إياه بريح عشرة أو خمسة عشرة.

(٥) كتاب بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ٢٢٥-٢٢٦، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط ٢، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م، وانظر شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٦ ص ٥٠٠-٥٠١، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط ٢، شرح العناية على الهداية للبرقي ج ٦ ص ٥٠٠، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط ٢، الهداية شرح بداية المبتدى للمرخياني ج ٦ ص ٥٠٠، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط ٢.

وقد تظهر الخيانة في " قدر الثمن في المراجعة " كما لو قال اشترت عشرة وبعته بربح (كذا) ثم تبين أنه اشتراه بتسعة ، فعند الإمام أبي حنيفة يحق للمشتري الخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء يترك . وعند أبي يوسف لا خيار له ، ولكن يحط من الثمن قدر الخيانة (١) .

وفي مجلة الأحكام العدلية مايلي : " إذا ظهر في المراجعة خيانة البائع فالمشتري مخير إن شاء ترك المبيع لأن رضاء المشتري قد زال ، وإن شاء قبله بجميع الثمن المسمى ، ويقال لهذا " خيار الخيانة " . والخيانة تكون أولاً في مقدار رأس المال كان يضم البائع على رأس المال مصرفاً لا يجوز ضمه عليه ، أو أن يبين مثلاً ما لا كلفه تسعة ريالاً فيبيعه مراجعة باثني عشر ريالاً ، ثم يتحقق بعد ذلك المال أن كلفه ثمانية ريالاً فقط فللمشتري إن شاء ترك المبيع ، وإن شاء قبله بكل الثمن المسمى " (٢) .

وفي مذهب الإمام مالك إذا وقعت المراجعة محتوية على الكذب سواء بالزيادة في الثمن ، أو الغش ، أو كتمان العيب فهي شبيهة بالببيع الفاسد . وقد سئل الإمام مالك عن اشترى سلعة بالمراجعة ثم تبين أن البائع زاد عليه ، أو كذب فقال : إن كان لم يتلفها فللمشتري الخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن ، وإن شاء تركها .. (٣) " فإن فاتت السلعة قومت ، فإن كانت قيمتها أقل من رأس المال ومن الربح لم ينقص من ذلك ، وإن كانت قيمتها أكثر مما ابتاعها به المبتاع وريحه لم يزد على ذلك لأنه قد رضي بذلك أولاً " . وفي المذهب أن الخيار للمشتري ليس مطلقاً ، فإذا كذب البائع في الإخبار بالثمن بزيادة بأن قال خمسون ، وهو أربعون لزم البيع المشتري إن حطه أي

(١) بدائع الصنائع نفس المرجع السابق، الاختيار لتعليل المختار لمودود الموصلي ج٢ ص٢٩، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، الباب في شرح الكتاب للفنيمي ج٢ ص٣٤، المكتبة العلمية ، بيروت ، لبنان، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر، الكتاب الأول ، البيوع ص٣٢١-٣٢٢، تعريب فهمي الحسيني ، مكتبة النهضة ، بيروت ، بغداد .

(٣) المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون ج٣ ص٢٥٠-٢٥١، دار الفكر ، وانظر حاشية النسوي على الشرح الكبير للنسوي على شرح الدردير ج٣ ص١٦٨-١٧٠، دار الفكر، مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٤٩١، دار الفكر ، ط٢، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م .

أسقط البائع الكذب أي القدر الذي زاده ، وهو عشرة قرآن لم يُحطه بخير بين التمسك والرد ^(١) .

وفي مذهب الإمام الشافعي إذا قال البائع اشتريت هذا الشيء بمائة ، وأبىعه مرابحة فبان أنه اشتراه بتسعين بيينة أو إقرار ، فالأظهر أنه يحط الزيادة وربحها لأنه تمليك باعتبار الثمن الأول ، ولا خيار للمشتري لأنه رضي بالأكثر فرضاه بالأقل أولى . كما أنه لا خيار للبائع لتدليس . وفي قول آخر يثبت الخيار لأنه قد يكون للمشتري غرض في الشراء بذلك المبلغ .. ^(٢) .

وفي مذهب الإمام أحمد ، من باع شيئاً بيع مرابحة فعلم المشتري أن البائع زاد في رأس ماله رجوع عليه بالزيادة وحطها من الربح . وللمشتري الخيار بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح ، وبين تركه لأن المشتري لا يأمن الخيانة في هذا الثمن ولأنه ربما كان له غرض في هذا الشراء بذلك الثمن بعينه وفي قول آخر في المذهب لا خيار له ^(٣) .

(١) شرح منح الجليل على مختصر خليل لعليش ج٥ ص ٢٧٩-٢٨٠ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ج٥ ص ١٨١ ، دار الفكر ، بيروت ، بلفة السالك لأقرب السالك للصاوي على الشرح الصغير للدريز ج٢ ص ٨٠-٨١ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٩ هـ-١٩٨٨ م ، تسهيل المذكر شرح إرشاد السالك للكشناوي ج٢ ص ٢٨٣-٢٨٤ ، دار الفكر .

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ج٤ ص ١١٦-١١٧ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ط الأخيرة ١٣٨٦ هـ-١٩٦٧ م ، وانظر المجموع شرح المنهاج للنووي ج١٣ ص ١١١-١١٣ ، دار الفكر ، الأم للإمام الشافعي ج٣ ص ٩٣ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشريني الخطيب على متن المنهاج للنووي ج٢ ص ٧٩ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ١٣٧٧ هـ-١٩٥٨ م ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب للانصاري ج٢ ص ١٧٩ ، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه ، مصر .

(٣) المغني والشرح والكبير لابن قدامة ج٤ ص ٢٥٩-٢٦٠ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ط ٢ ، ١٣٩٢ هـ-١٩٧٢ م ، وانظر كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج٣ ص ٢٣١-٢٣٢ ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٣ هـ-١٩٨٣ م ، وانظر مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحيبي ج٣ ص ١٢٨-١٢٩ ، منشورات الكتب الإسلامية بدمشق ، ط ١ ، ١٣٨٠ هـ-١٩٦١ م ، المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص ١٠٤ ، الكتب الإسلامية ، بيروت ، دمشق ، ١٤٠٠ هـ-١٩٨٠ م .

• مسائل في الفقه •

وقياساً على ما سبق من أقوال الفقهاء في مسألة الخيانة في المراجعة يعد البائع في المسألة قد خان أمانته ، لأنه لم يصدق في جوابه على سؤال المشتري ، فحق لهذا الخيار في إمساك السيارة أو ردها .

وفي حال إمساكها ينبغي النظر في قيمتها الحقيقية وقت الشراء فإن كانت هذه القيمة أقل من القيمة المسماة في العقد (أي المبلغ الذي دفعه المشتري زيادة على قول البائع) فللمشتري الحق في الحط من هذه القيمة بقدر الخيانة .
فإن اختار رد السيارة رغم الحط من قيمتها فله ذلك نظراً لخيانة البائع له، وفي هذه الحالة يجب عليه دفع أجرة المثل عن المدة التي استعمل السيارة فيها .

وبخلاصة المسألة ، أنه إذا ثبت عدم صدق صاحب المحل فيما ذكره عن سوم السيارة ، فيعد فعله هذا من باب "خيانة الأمانة" لأنه لم يصدق في جوابه على سؤال المشتري ، فحق لهذا الخيار في إمساك السيارة ، أو ردها . وفي حال إمساكها ينبغي النظر في قيمتها الحقيقية وقت الشراء ، فإن كانت هذه القيمة أقل من القيمة المسماة في العقد ، فللمشتري الحق في الحط من هذه القيمة بقدر الخيانة . فإن اختار رد السيارة رغم الحط من قيمتها فله ذلك ، نظراً لخيانة البائع له . وفي هذه الحالة يجب عليه دفع أجرة المثل عن المدة التي استعمل السيارة فيها .

والله أعلم

١١١ - حكم من حفر بئراً بالقرب من بئر جاره مما أدى إلى نقصان الماء فيها وإصابة مازرعه فيها من نبات وأشجار بأضرار بالغة :

ومفاد المسألة أن صاحب مزرعة صغيرة (لسترحة) حفر فيها بئراً لسقي مازرعه فيها من نبات وأشجار.. ولما اشتري جاره الأرض المجاورة له ، وحفر فيها بئراً بالقرب من بئرهِ لاحظ أن الماء ينقص منها مما تسبب في إصابة النبات والأشجار بأضرار بالغة .

ويتنبهه للأمر كما يقول - وجد أنه لا سبيل إلى رفع الضرر إلا بالاستعانة بوسائل أخرى لسقي ما زرعه ، مما يترتب عليه مبالغ باهظة .

ويقول : إن السبب فيما أصاب نباته وأشجاره من ضرر يعود إلى ما أحدثه جاره ، فما الحكم في ذلك ؟ .

والجواب أن من القواعد الشرعية عدم حق أحد في الإضرار بغيره عملاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " المسلم أخو المسلم لا يظلمه" ^(١) وقوله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار" ^(٢) . وقوله : " لا يلغزن أحدكم متاع صاحبه

(١) سنن للترمذي ج ٣ ص ٢١٨ ، تحقيق/عبدالرحمن محمد عثمان، دار الفكر ، بيروت ، لبنان، ط ٢ (١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م) ، سنن أبي داود ج ٤ ص ٢٧٣ ، تحقيق/محمد محيي الدين عبدالحميد، المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت (بدون) مختصر مسلم بشرح الإمام النووي ج ١٦ ص ١٢٠ - ١٢١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان (بدون) .

(٢) سنن الدارقطني ج ٣ ص ٣٥ ، تحقيق/السيد عبدالله هاشم يماني المدني ، دار المحاسن ، القاهرة (بدون) ، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٤ ، تحقيق/ محمد فؤاد عبدالباقي ، مطبعة دار الكتب العربية (بدون) ، المطا ص ٥٢٩ ، دار النفائس ، بيروت ، لبنان ، ط ١٠ (١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م) ، كنز العمال ج ٣ ص ٩١٩ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان (١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م) ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيتمي ج ٤ ص ١١٠ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان (بدون) .

● مسائل في الفقه ●

لاعباً ولا جاناً وإن أخذ عصا صاحبه فليردها عليه" (١). وقوله عليه الصلاة والسلام: "من كسر شيئاً فهو له وعليه مثله" (٢).

والضرر قد يكون مقصوداً من فاعله فيسمى عمداً ، وقد يكون غير مقصود ، فيسمى خطأ ويستدل على معرفة هذا من ذلك تبعاً لطبيعة الفعل ومظاهره ، وما يمكن معرفته من مقاصده ، وأغراضه . ويكون جزاء كل منهما حسب طبيعته . وقد ينتج الخطأ من تباين المصالح بين أصحابها فيظن هذا أن ما يفعله حق له دون أن يشعر بما يسببه ذلك من ضرر لغيره . ويظن الآخر أن ما فعله الأول قد أضرب به فيشكو من هذا الضرر ، وقد يكون لكل منهما وجهة نظر فيصيب أحدهما ويخطئ الآخر.. ويبقى ميزان العدل هو الأساس في الحكم لهذا، أو الحكم على ذلك.

وقضية الجارين - محل المسألة - واحدة من الحوادث التي تقع دائماً بين المتجاورين نظراً لتداخل المصالح بينهما ، فصاحب "الاستراحة" يدعي حقه في ماء بئر ، وأنه لا يجوز لأحد أن ينقص منه بأي وسيلة . وصاحب البئر المحدث يدعي أنه لم يفعل شيئاً يؤخذ عليه لأنه حفر في أرضه ، ولم يكن في نيته أن ينقص ماء جاره ، فإذا حدث هذا فليس من حق أحد أن يعترض عليه ، أو ينسب له خطأ وهكذا .

وفي الفقه حلول عدة لهذه القضية وأمثالها ، ففي المذهب الحنفي أن القياس في مثل هذا أن يفعل المالك ما بدا له مطلقاً لأنه يتصرف في خالص ملكه ولكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره إلى غيره إذا كان الضرر بيناً ، وهو ما يكون سبباً

(١) سنن أبي داود ج ٤ ص ٣٠١، تحقيق/ محمد محيي الدين عبد الحميد ، المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت (بدون) ، سنن الترمذي ج ٤ ص ٤٠٢، تحقيق/ كمال يوسف الحوت ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، ط ١ (١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م) ، كنز العمال ج ١٠ ص ٦٣٧، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان (١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م) .

(٢) سنن الدارمي ج ٢ ص ٢٦٤، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان (بدون) .

للهدم أو يخرج عن الانتفاع بالكلية أي ما يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية (١). وفي مذهب الإمام مالك قال عياض (٢) إن "حريم البئر ما اتصل بها من الأرض التي من حقها أن لا يحدث فيها ما يضر بها ظاهراً كالبناء والغراس ، أو باطناً كحفر بئر يُنشف ماءها أو يذهب .." (٣). "ومن أراد أن يحفر بئراً في ملك نفسه ويخاف منه الإضرار بجاره لم يكن له ذلك وقيل: إن كان له مندوحة عنه فليس له ذلك وإن لم يكن له مندوحة عنه فله ذلك ..." (٤). وقال أشهب (٥) "ما احتقره الرجل في ملكه مما يضر بجاره فليس له ذلك إن كان يجد من ذلك بدأ ولم يضطر إليه ، فاما إن كان به إلى ذلك ضرورة ، ولم يجد عنه مندوحة فله أن يحفره في حقه وإن أضر بجاره ، لأنه يضر به منعه ، كما أضر بجاره حفره فهو أولى أن يمنع جاره أن يضر به في منعه

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٤٧-٤٤٩، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٣٩٩ هـ-١٩٧٩ م، وشرح فتح القدير لابن الهمام ج ٧ ص ٣٢٥-٣٢٦، دار الفكر، بيروت، لبنان، جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ج ٢ ص ٢٦٧، ط ١، المطبعة الأزهرية ١٣٠٠ هـ، وانظر الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلي ج ٣ ص ٦٨، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان .

(٢) عياض : هو عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن اليحصبي السبتي ، أبو الفضل ، ولد سنة ٤٧٦ هـ وتوفي ٥٤٤ هـ عالم أهل المغرب وإمام أهل الحديث في وقته ، ولي قضاء سبتة ومولده فيها ، ثم قضاء غرناطة . له تصانيف عديدة منها (ترتيب الدارك وتقريب المسالك في معرفة أعلام مذهب الإمام مالك) و(شرح صحيح مسلم) . انظر الاعلام للزركلي ج ٥ ص ٩٩، وفيات الاعيان لابن خلكان ج ٣ ص ٤٨٣ .

(٣) حاشية النسوقي على الشرح الكبير للدريز ج ٤ ص ٦٧، دار الفكر، وانظر الكواكب الدرية في فقه المالكية لمحمد جمعه عبدالله ج ٣ ص ٣٠٩-٣١٠، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، ط ١٠، ١٩٩٤ م-١٩٩٥ م، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للصاوي على الشرح الصغير للدريز ج ٢ ص ٢٩٤، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤٠٩ هـ-١٩٨٨ م .

(٤) التلخيص في الفقه المالكي للبغداد ج ١ ص ٤٣٢، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني، المكتبة التجارية - مكة المكرمة .

(٥) لشهب : هو لشهب بن عبدالعزيز بن داود القيسي العامري الجعدي ، أبو عمرو . فقيه الديار المصرية في عصره . كان صاحب الإمام مالك . قال الإمام الشافعي رضي الله عنه : ما رأيت أفقه من لشهب لولا طيش فيه . كانت ولادته بمصر سنة ١٤٥ هـ وتوفي ٢٠٤ هـ ، انظر : الاعلام للزركلي ج ١ ص ٣٣٣، وفيات الاعيان لابن خلكان ج ١ ص ٢٣٨ .

له من الحفر في حقه لأنه ماله ... " (١) .

وقد ذكر ابن شاس (٢) أن البئر " ليس لها حريم محدود لاختلاف الأرض بالرخاوة ، والصلابة ولكن حريمها مالا ضرر معه عليها . وهو مقدار مالا يضر بمائها ولا يضيق مناخ إبلها ولا مرابض مواشيها عند الورد ، ولاهل البئر منع من أراد أن يحفر أو يبني بئراً في ذلك الحريم " (٣) .

وفي مذهب الإمام الشافعي لكل واحد من الملاك أن يتصرف في ملكه على العادة في التصرف ، وإن تضرر به جاره ... فلو حفر فيه بالوعة أفسدت بئر ماء جاره أو بئراً أنقصت ماءها لم يضمن ، مالم يكن قد خالف العادة في توسيع البئر ، أو تقريبها من الجدار ، أو لكون الأرض خواردة تنهار إذا لم تطو فلو لم يطوها فيضمن في هذه كلها ويمنع منها لتقصيره (٤) .

وفي مذهب الإمام أحمد من كانت له بئر فيها ماء فحفر آخر بئراً بالقرب منها فينسرق إليها ماء البئر الأولى فليس له ذلك سواء كان الذي حفر البئر الثانية في ملكه (كما هو الحال في رجلين متجاورين في دارين حفر أحدهما بئراً في داره ثم حفر الآخر بئراً أعمق منها فسرى إليها ماء الأولى) ، أو كانتا في أرض موات فسبق أحدهما فحفر فيها بئراً ثم جاء الآخر فحفر بالقرب منها بئراً تجتذب ماء الأولى .

(١) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم أهل المدينة لابن شاس ج٣ ص١٢-١٣، تحقيق د/محمد أبو الأجفان ، ١/ عبدالحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي ، ط ١، ١٤١٥ هـ- ١٩٩٥ م .

(٢) ابن شاس : عبدالله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي، أبو محمد . فقيه مالكي، من كبارهم . كان مدرساً بمصر، له (عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم أهل المدينة) فقه. توفي سنة ٦١٦ هـ، انظر الاعلام للزركلي ج٤ ص١٤٢، وفيات الاعيان لابن خلكان ج٣ ص٦١ .

(٣) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم أهل المدينة مرجع سابق، وانظر التفريع لابن الجلاب ج٢ ص٢٩١، تحقيق الدكتور/حسين بن سالم الدهماني ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٠٨ هـ- ١٩٨٧ م، فسهل المبارك شرح إرشاد السالك للكنشواوي ج٣ ص٥٤، دار الفكر .

(٤) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملّي ج٥ ص٣٣٧-٣٣٨ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط الأخيرة ١٣٨٦ هـ- ١٩٦٧ م ، وانظر المجموع شرح للذهب للنووي ج١٥ ص٢١٩، دار الفكر ، وانظر مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشريفي الخطيب ج٢ ص٣٦٤، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٣٧٧ هـ- ١٩٥٨ م، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار للحسيني ج١ ص٣١٨، دار الفكر، قلوبني وعميرة ج٣ ص٩٠، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة، فيصل عيسى البابي الحلبي .

والعلة في عدم الجواز أن الجار أحدث ضرراً لجاره فلم يجز له ذلك كما هو الحال في الدق الذي يهز حيطانه ويخربها ، أو إلقاء التراب عليها مما يضر به مما هو منهي عنه عملاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " (١) .

ويتبين مما سبق أن لقضية التداخل بين الجارين في هذه المسألة ونحوها وجهان متلازمان : الأول - حق المالك في التصرف في ملكه . والوجه الثاني - عدم حق أحد في الإضرار بغيره ، الأمر الذي يقتضي " الموازنة " بين مالهذا ، وذلك من حق ، ومن ثم تغليب حق أحدهما على الآخر . وتعرف الموازنة من خلال طبيعة الإحداث " فإذا كان إحداث الجار يسبب ضرراً لجاره وجبت الحماية لهذا الأجير ، ولو كان الأول يتصرف في ملكه لأن تصرفه يجلب له مصلحة ، وضرر جاره يجلب له مفسدة " ودره المفاسد أولى من جلب المنافع " (٢) لما يترتب على المفاسد من الأذى والتعدي على الحقوق ، وهذا منهي عنه بعموم قول الله تعالى : ﴿ ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين ﴾ (٣) . وقوله تعالى : ﴿ ولا تقسدا في الأرض بعد إصلاحها ﴾ (٤) كما أنه منهي عنه بعموم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا ضرر ولا ضرار) (٥) وقوله عليه

(١) المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج٦ ص١٨٣ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ، ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م ، وانظر كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج٣ ص٤٠٨ - ٤٠٩ ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، وانظر فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ج٣ ص١٦ - ١٧ ، جمع وترتيب عبدالرحمن بن قاسم وابنه محمد ، إشراف الرئاسة العامة لشئون الحرمين الشريفين ، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى للرحبياني ج٤ ص١٨٨ - ١٨٩ ، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق .

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج١ ص٣٧ ، تعريب فهمي الحسيني ، مكتبة النهضة ، بيروت ، بغداد .

(٣) سورة البقرة من الآية ١٩٠ .

(٤) سورة الأعراف من الآية ٥٦ .

(٥) سنن الدارقطني ج٤ ص٢٢٨ ، تحقيق / السيد عبدالله هاشم يماني المدني ، دار المحاسن للطباعة والنشر ، القاهرة (بدون) . سنن ابن ملجة ج٢ ص٧٨٤ ، تحقيق / محمد فؤاد عبدالباقي ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية (بدون) . الموطن ص٥٢٩ ، دار النفائس ، بيروت ، لبنان ، ط١٠ (١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م) . كنز العمال ج٣ ص٩١٩ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان (١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م) . مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيتمي ج٤ ص١١٠ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان (بدون) .

• مسائل في الفقه •

الصلاة والسلام : (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره)^(١) .
وينبغي على هذا أنه إذا ثبت أن البثر المصححة قد تسببت في جذب الماء من بئر
الجار الآخر جاز لهذا طلب منع الإحداث لعل الضرر . ويعرف السبب من خلال
الخبرة الفنية في هذا الأمر .

وبخلاصة المسألة أن من المبادئ الشرعية عدم حق أحد في الإضرار بغيره ، فإذا
كان إحداث الجار يسبب ضرراً لجاره وجب حماية هذا ، ولو كان الأول يتصرف في
ملكه لأن تصرفه يجلب له مصلحة ، وضرر جاره يجلب له مفسده ، ودفع المفسد
أولى من جلب المنافع لما يترتب على المفسد من الأذى ، والتعدي على الحقوق مما هو
منتهي عنه بعموم كلام الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم .
فإذا ثبت أن البثر المصححة من الجار قد تسببت في جذب الماء من بئر الجار الآخر
جاز لهذا طلب منع الإحداث ويعرف السبب في الضرر من خلال الخبرة الفنية في
هذا الأمر .

والله أعلم

(١) سنن ابن ملجة ج٢ ص١٢١١ ، تحقيق / محمد فؤاد عبدالباقى ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية
(بدون) . صحيح البخاري ج٧ ص٧٨-٧٩ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان (بدون) . كنز
العمال ج٩ ص٤٩-٥٥-٥٦ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان (١٣٩٩هـ-١٩٧٩م) .

١١٢- حكم من ورث مالا فيه شبهة من حرام

ومفاد المسألة أن شخصاً كان يتعاطى التجارة ، وكان أحد أبنائه يعرف أن في مدخلات أبيه المالية شبهة من حرام كعدم التورع من الربا . وقد نصحه بتقنية معاملاته المالية ، ولجئتاب ما قد يلحق بذمته من حقوق الله وحقوق الناس ، وكان يرد عليه في كل مرة أن تصرفه صحيح وأنه يعرف وأجبه فيما يفعل .

ولما توفي الأب ترك مالا لورثته ، وعند قسمتهم له وتوزيع الأنصبة عليهم توقف الابن المشار إليه عن أخذ نصيبه بحكم الحرج الذي يشعر به نحو مال أبيه ، وما فيه من شبهة .

والسؤال عما إذا كان يجوز له أخذ نصيبه من هذا المال ، أو أن إنما سيلحقه فيما لو فعل ؟ .

والجواب أن الأصل الشرعي ألا يكتسب الإنسان إلا مالا حلالاً منزهاً - أولاً- من حقوق الله ، وعدم الاجترار عليها لما في ذلك من عصيان لأوامره وإتيان لنواهيه . فالامتناع عن أداء الزكاة مثلاً فيه جحود لحق الله فيما أمر به من أدائها لمستحقيها ممن عينهم ، ووصفهم في كتابه العزيز في قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبِهِمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ (١) .

وأكل الربا فيه محاربة لله ورسوله ، وليس أشد معصية من أن يكون الأكل له موصوفاً بهذا الوصف في قول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ تَلْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ، وَإِنْ تَبْتِمُ فَلَكُمْ رِوُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾ (٢) .

كما أن الأصل الشرعي أن يكون كسب الإنسان منزهاً - ثانياً - من حقوق

(١) سورة التوبة الآية ٦٠ .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٧٩ .

● مسائل في الفقه ●

الآدميين، وعدم الاجترار عليها بالغش أو الخيانة أو السرقة أو الغصب ، أو أكلها بأي صورة من الصور المحرمة لما في ذلك من عدم انتهاء لنهي الله في قوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً ﴾ ^(١) . أي أن هذين الأصلين الشرعيين يقتضيان وجوباً أن يكون مطعم الإنسان ومشربه وملبسه من حلال طاعة لأمر الله تعالى في قوله عز وجل : ﴿ يا أيها الناس كلوا مما في الارض حلالاً طيباً ولا تتبعوا خطوات الشيطان إنه لكم عدو مبين ﴾ ^(٢) . ومع أن هذه الآية نزلت - كما يقول ابن عباس رضي الله عنه - في قوم من ثقيف وغيرهم حرّموا على أنفسهم السواشب والوصائل والبائز ^(٣) ، إلا أنها عامة في حكمها في وجوب الأكل من الحلال الخالي من حقوق الله وحقوق آدميين . وقد أتبع الله الحكم بالأمر بالأكل من الحلال والتأكيد عليه بالنهي عن اتباع خطوات الشيطان وقد فسر ذلك الإمام الرازي بقوله " كأنه قيل لمن أبيح له الأكل على الوصف المذكور احذر أن تتعداه إلى ما يدعوك إليه الشيطان وزجر المكلف بهذا الكلام عن تخطي الحلال إلى الشبه كما زجره عن تخطيه إلى الحرام لأن الشيطان إنما يلقي إلى المرء ما يجري مجرى الشبه فيزين بذلك ما لا يحل له فزجر الله تعالى عن ذلك ثم بين العلة في هذا التحذير وهو كونه عدواً مبيناً متظاهراً بالعداوة ... " ^(٤) .

قلت : وهذه مقدمة موجزة للإجابة على السؤال عن مسألة الحلال وشبه الحرام خاصة في هذا الزمان الذي تعددت فيه وسائل جمع المال ، وما يصاحب هذه الوسائل من مداخلات وشبه عديدة يقف منها المتبصر موقف الحائر خاصة عندما يشهد الشره والتدافع على جمع المال دون مراعاة للأسس الشرعية ، وربما كان هذا هو ما شعر به الابن محل المسألة حين أنكر على أبيه ما كان يفعله ثم توقف عن أخذ نصيبه من تركته . وقد تطرق الفقهاء لهذه المسألة ففرقوا بين ما إذا كان المال المحرم قائماً بعينه ، وبين ما إذا كان هذا المال مختلطاً ومجتمعاً من الحرام . ففي المذهب الحنفي

(١) سورة النساء الآية ٢٩ .

(٢) سورة البقرة الآية ١٦٨ .

(٣) تفسير الفخر الرازي للإمام الرازي ج ٥ ص ٢ ، دار الفكر ، ط ٣ ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

(٤) تفسير الفخر الرازي ج ٥ ص ٢ - ٥ ، المرجع السابق .

"إذا علم (الوارث) أن كسب مورثه حرام يحل له ولكن إذا علم المالك بعينه فلا شك في حرمة ووجوب رده عليه" (١).

فمثلاً لو مات رجل ويعلم - وارثه أن أباه كان يكسب ماله من حيث لا يحل له ولكنه لا يعلم الطالب بعينه لكي يرد عليه حل له الإرث ، ولكن الأفضل أن يتورع ويتصدق بنية خصماء أبيه . كما أنه لا يحل له إذا علم " عين الغصب " وإن لم يعلم المالك " (٢).

وفي مذهب الإمام مالك لا يرث الورثة المال الحرام ولا تجوز فيه وصايا المورث لأن التباعات هي أحق بماله من ورثته ومن أهل وصاياه لكونها ديون عليه ولا ميراث لأحد إلا بعد أداء الدين عملاً بقول الله عز وجل : ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾ (٣). " فإن جهل (الوارث) أهل التباعات ويثس من معرفتهم تصدق بالمال عنهم فإن كان الورثة فقراء ساغ لهم أن يأخذوه على سبيل الصدقة عن أهل التباعات لا على سبيل الميراث عن مورثهم ... " (٤).

وفي مذهب الإمام الشافعي من ورث ماله ولم يعلم من أين اكتسبه مورثه أمن حلال أم من حرام ولم يكن هناك علامة فهو حلال باتفاق العلماء أما إن علم أن فيه حراماً وشك في قدره أخرج مقدار الحرام بعد التحري عنه فإن لم يعلم ذلك ولكن علم أن مورثه كان يتولى أعمالاً فيها شبهة يحتمل أنه لم يكن يأخذ عن عمله شيئاً أو أنه قد أخذ ولكن لم يبق لديه منها شيء لطول المدة فهذه شبهة يحسن التورع عنها ولا يجب أما إن علم أن بعض ماله كان من الظلم فيلزمه إخراج ذلك القدر بالاجتهاد . وإخراج الحرام أو مقدار ما يخرج منه يكون على أحوال ثلاثة : الأول - أن يكون للمال مالك معين فهذا يجب الصرف إليه أو إلى وارثه وإن كان غائباً فينتظر حضوره

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٩٩ ، دار الفكر ، بيروت ، ط ٢ ، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م .

(٢) نفس المرجع .

(٣) سورة النساء من الآية ١١ .

(٤) فتاوى ابن رشد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد ج ١ ص ٦٤٢-٦٤٣ ، وانظر المعيار المعرب والجامع المقرب للنشر في ج ٦ ص ١٤٧ ، نشر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية للمملكة المغربية ، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .

• مسائل في الفقه •

أو الإيصال إليه وإن كانت للمال زيادة ومنفعة فتجمع إلى وقت حضوره . الثاني - أن يكون المال للمالك غير معين وقع اليأس من الوقوف عليه ولا يعرف أنه مات عن وارث أم لا فهذا يوقف حتى يتبين الأمر فيه وقد يصعب رده لكثرة ملاكته كالغلول من الغنيمة فهذا يتصدق به عنهم - الحالة الثالثة - أن يكون المال من الأموال المرصدة لمصالح المسلمين فهذا يصرف للمساجد وغيرها من مصالحهم كالقناطر والطرق^(١) .

وفي مذهب الإمام أحمد إذا اختلط المال الحلال بالحرام فيخرج قدر الحرام بالميزان فيدفعه إلى صاحبه وقدّر الحلال له فإن لم يعرفه وتعدّرت معرفته تصدق به عنه ^(٢) ، وينبني على هذا أن الوارث إذا كان يعرف أن مال مورثه قد اختلط الحلال فيه بالحرام وجب عليه إخراج قدر ما يعرفه من الحرام فيه ورده إلى صاحبه أو أصحابه فإن لم يعرفهم تصدق به عنهم .

أما إن كان المال كله حرام فلا يجوز للوارث أخذه استدلالاً بما روي أن أبا طلحة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمرًا فقال له عليه الصلاة والسلام أهرقها فقال: أبو طلحة أفلا أجعلها خلًا فقال عليه الصلاة والسلام (لا) ^(٣)^(٤) ، فدل هذا على أن المال إذا كان من أصل حرام لم يحل للوارث أخذه .

وينبني على ما سبق أن الابن في المسألة إذا كان يعلم أن أباه قد اكتسب مالاً من حرام وكان (الابن) يعرف هذا المال بعينه فيجب عليه وعلى الورثة الآخرين رده إلى صاحبه أو أصحابه .

فإن كان المال الحرام غير معروف بذاته لاختلاطه بغيره من أموال حلال فيجب

(١) إحياء علوم الدين للغزالي ج ٢ ص ١٢٠-١٢١، تصحيح الشيخ عبدالعزيز السبروان، دار القلم، بيروت، لبنان، ط ٣ .

(٢) فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ج ٢٩ ص ٣٠٨ ، جمع وترتيب عبدالرحمن بن قاسم وابنه محمد ، إشراف الرئاسة العامة لشئون الحرمين الشريفين .

(٣) سنن أبي داود ج ٣ ص ٣٢٦ ، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد ، المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، لبنان .

(٤) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ج ٤ ص ٣٢٥ ، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد ، المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .

التحري عن القدر الحرام منه ورده إلى صاحبه أو أصحابه إن كانوا معروفين أو إلى ورثتهم . فإن لم يعرفوا فيتصدق به عنهم وهذا إذا كان المال غير محرم في ذاته فإن كان من خمر أو مخدرات أو نحوها مما هو محرم أصلاً فيجب إتلافه .

وخلاصة المسألة أن الأصل الشرعي ألا يكتسب الإنسان إلا مالاً حلالاً خالياً من حقوق الله وحقوق الأدميين وهذا الأصل يقتضي أن يكون مطعم الإنسان ومشربه وملبسه من حلال وكما يجب على المكلف أن يطعم أولاده من حلال يجب عليه ألا يورثهم إلا من حلال فإذا كان الابن المشار إليه في المسألة يعلم أن أباه قد اكتسب مالاً من حرام وكان يعرف هذا المال بعيته فيجب عليه رده إلى صاحبه . فإن كان المال الحرام غير معين بذاته فيجب رده إلى صاحبه ، أو ورثته فإن لم يعرفوا فيتصدق به عنهم .

فإن كان المال محرماً في ذاته كالخمر أو المخدرات أو نحو ذلك مما هو محرم أصلاً فيجب إتلافه .

والله أعلم

Third : The owner of money is the community and this should be paid in the building of mosques and so no ⁽¹⁾ .

In Al Imam Ahmed school of thought if money is mixed (Haram with Halal), then he should get rid of the Haram amount but if he couldn't know the owner, he can pay it as a charity for him ⁽²⁾ .

According to this if the inheritor knows he should do the same .

But if the money is wholly unlawful then he is not permissible to take it and the evidence is what narrated About Aba Talha that he asked the Prophet peace and payers be upon him about orphans who inherited wine and the Prophet peace and prayers be upon him said : **(pour it down Abu Talha said : Can I make it vinegar the Prophet said : No)** ^{(3) (4)} .

This proved that the money of Haram can not be inherited .

According to what mentioned we say that the son in question if he knows that his father has gained money by Haram and son knows the amount in specific he should - and so his brothers - return it to owners .

But if the Haram amount is not determined then they should try their best to get rid of what they think equal and if the owner are not known to them, thus they should pay it as charity on the owners behalf .

To conclude : The origin of Sharia law for a person is to gain money lawfully and this origin insures that the food, drink and clothes of the person should be of lawful money . It is the same for the person to do this and also to leave for his inheritance lawful money .

The son in question, if knows the owner of the prohibition (Haram) should return it to him or his inheritance and in case he did not know, he should pay it as charity for him but if the money is Haram itself like wine or drugs, they should be spoiled .

Allah is All Knowing .

(1) Ithya Olum Addin- v,2, p, 120-121 , Reviced by I Sheikh : Abdul-Aziz Al-Sirwan , Dar Al-Qalam . Beirut , Lebanon 3d edition .

(2) Fatawa Sheikh Al Islam - Ibn Taymiyyah v.29 . p. 308 , collected and arranged (Abdul-Rahman Ibn Qassim) and his son (Mohammed) . Supervised by Two Holy mosques Af-fair General Presidency .

(3) A'lam Al Muwageen - v.4 . p. 325, By (Ibn al-Qayim) v,4, p, 325, verified by (M-M- Abdul Hameed) , Al-Maktabah Al-Aa'sreyah, Sida, Beirut , 1407 H - 1987 .

(4) Sunan Abi Daoud, v,3, p, 326, verified by (M-M-Abdul Hameed) Al-Maktaba Al-Aa'sreyah, Sida, Beirut, Lebanon .

*** Cases From Jurisprudence (Fiqh Point of View) ***

I say : This is a brief introduction to answer your question about lawful and unlawful (Halal and Haram) especially in this time where in which there are multi-means to collect money and there are many doubts and suspicions concerning the process of collection and many people are standing unknowingly as happened to this son in question .

Jurists have explained this and differentiate between the pure unlawful money and the money mixing of Halal and Haram .

In Hanfiyah school : if the inheritor knows that the money of his (legator) is not (Halal) he is allowed to use it but if he knows the real owner of money, he should return it to him ⁽¹⁾ . In Al Imam Malik school the inheritors have no right to inherit unlawful money and they have to receive the money after returning to owners their shares in that money as almighty Allah says :

**“(The distribution in all cases
Is) after the payment
Of legacies and debts ”** ⁽²⁾ .

But if the inheritor could not recognize the real owner of unlawful (Haram) money, he is obliged to pay money as charity for him, and if the inheritors are poor they can take money as charity and not as inheritance ⁽³⁾ .

Al Shafey's school states that he who died and the inheritors do not know if his money is not lawful, are allowed to use money . But if they know that money or a part of it is not lawful he should get rid of the mount he doubted .

The getting rid of the Haram money takes three ways : First if the money concerns a specific owner who is known to the inheritors, they should repay to him or his inheritors and if he is absent and the money makes profits, then whenever he comes back he should receive the money with its profits. Second : the owner of Haram money is not known then if the recognition of the owner becomes impossible then the money should be paid as charity on their behalf .

(1) Hashiat Rad Al Muhtar - Ibn Abdeen v. 5 . p. 99, Dar , Al-Fikr , Beirut, Lebanon, 2nd edition 1386-1966 .

(2) Surat Al Nisa'a verse 11 .

(3) Fatawa Ibn Rushd - v. 1 . p. 642 - 643, see Al-Mia'yar Al-Mu'arab (Al-Wansharisi) v.6, p. 147 , published by Ministry of Endowment and Islamic Affairs, Morocco , 1401 H - 1981 .

**But if ye turn back
ye shall have
Your capital sums;
Deal not unjustly
And ye shall not
Be dealt with unjustly” (1) .**

Second : The origin of trade is to be impartial of people rights in all cases as Almighty Allah says :

**“ O ye who believe
Eat not up your property
Among yourselves in vanities
But let there be amongst you
Traffic and trade
By mutual good will
Nor kill (or destroy)
Yourselves : for verily
Allah hath been to you
Most Merciful ! (2) .**

That means the two origins make the food and cloth that people use to be Halal . As Almighty Allah says :

**“ O ye people !
Eat of what on earth
Lawful and good
And do not follow
The footsteps of the evil one
For he is to you
An avowed enemy ” (3) .**

Although this verse had been directed to people from Thqif (Arabic tribe) who prevented themselves some lawful food-As Ibn Abbas said⁽⁴⁾ But it bear a general rule to all people to eat and drink lawfully and avoid the people properties and rights .

(1) Surat Al Bagara v. 279 .

(2) Surat Al Nisaa' , v. 29 .

(3) Surat Al Baqarah verse. 168 .

(4) Tafseer Al-Fakhr (Al-Razey) v,5, p, 2, Dar Al-Fikr 3d edition 1405 H - 1985 .

This is prohibited by Almighty Allah saying :

**“ But donot transgress limits
For Allah loveth not transgressors ” (1) .**

Allah says :

**“ Do not mischief on the earth,
After it hath been
Set in order” (2) .**

And also it is prohibited by the Prophet peace and prayers be upon him Hadith **“Not to harm, nor to be harmed” (3)**. And also to his saying **“ He who believes in Allah and the day of judgement should not cause harm to his neighbor ” (4) .**

According to these, if it is proven that the second well has caused harm to the first one, the first one can have the chance to prevent him due to harm caused which can be evaluated and determined by the experts .

To conclude : It is of the legal principal for any one to use his own property without causing any harm to others . accordingly if the second one caused a harm to the first, he should be prevented even if he is getting some benfit from this because the preventions of harm is prior to the gaining of benefits .

And the knowing of the harm is determined by the experts in this field .

Allah is All Knowing .

(1) Surat Al Bagara v. 190 .

(2) Surat Al A'raf v.56 .

(3) Sunan Al'dar Qutni v,4, p, 228, vertified by (A.Hashim Yamani) Dar Al-Mahasin for printing and publishing, Cairo , Al-Muttaa . P, 529, Dar Al-Nafais Beirut, Lebanon, 10th edition 1407H-1987, Kanz Al-Ummal v,3, p, 919, Mu'asasat Al-Risalah, Beirut, Lebanon, 1399-1979 .

(4) Sunan Ibn Maja v. 2 . P. 1211, vertified /M. Fuaad Abdul Baqi . Matba'at Dar Ihya Al-Kutub Al-A'arabeyah, Sahih Al-Bukhari , v7, p, 78-79 , Dar AlKutub , Al I'lameyah Beirut, Lebanon, Kanz, Al-ummal V, 9, p, 49-55-56, Mu'sasat, Al Risalah, Beirut, Lebanon, 1399H-1979 .

*** Cases From Jurisprudence (Fiqh Point of View) ***

Ibn Shas ⁽¹⁾ mentioned that the well has no protected extension because the lands nature is different in softness and solidity but its protection is to cause no harm to it such as decreasing its water or lessening the place of animals using it and well owner has the right to prevent others from doing this ⁽²⁾.

In Al Imam Al Shafe'y school, each one of owners has the sole right to deal with his own property even if this dealing caused a harm to his neighbors unless otherwise it is proved that he exagrated in expanding the well or digging very near to his neighbor well etc ⁽³⁾.

In Al Imam Ahmed school, if someone has already dug a well and another one came and dug a well near him and this well caused harm to the first one, then the second one is not permissible.

The cause of prohibition is the harm happened to the first one which is not permissible according to the Prophet peace and prayers be upon him says, "Not to harm nor be harmed" ⁽⁴⁾.

According to above mentioned, we saw that this case has two faces :

First : The owner right to use his property.

Second : The prohibition of causing harm to others. These two faces require the equilibrium between them to run justice.

The equilibrium can be known from the nature of the case (i.e) if the doing of the second causes any harm to the first, there the first should be protected even if the behaviour of the second gains benefit to him that because of the legal base "The prevention of harm is prior to the gaining of benefits" ⁽⁵⁾.

(1) Ibn Shas : Abullah Ibn Nagm Ibn Shas Ibn Nizar Al-Sa'adey, Maliki jurist, he was a teacher in Egypt, he has got (Iqd Agwahir Athamina) Died 616H see Al -A'alam (Zirakley) v,4, p, 142.

(2) Iqd Al Gawahir Al Thameena - see Attafrica' (Ibn Gallab) v,2, p, 291, verified by (Dr.Hussain, Addahmaney) Dar Al-Gharb Al-Islami, Beirut, Lebanon 1st edition 1408H-1987.

(3) Nihayat Al Muhtag . v.5 p. 337-338, (Al Ramley) Mustafa Al-Babi Al-Halabi printing press and library company Egypt. Last edition 1386-1976, see Al-Magmou'a Shareh Al-Muhathab (Al-Nawawi) v,15, p, 219, Dar Al-Fikr, See Kifayat Al-Akhyar (Hussayni) V,1, p, 318, dar Al-Fikr.

(4) Al Mughni - Ibn Qudama v.6 . p. 183, Dar Al-Kitab Al-Aa'rabi, Beirut, Lebanon, 2nd edition 1392H-1972, see Kashaf Al-Quina'a (Al-Bahoti) v,3, p, 408-409, A'lam Al-Kutub, Beirut, Lebanon 1403-1983, Matallib Auli Al-Nuha (Ruhaybani), v,4, p, 188-198, Manshurat Al-Kitab Al-Islami, Damasus.

(5) Durar Al-Hukkam Shareh Majjalat Al-Ahkam (Ali Haydar) v,1, p, 37, Arabicised (Fahmay Al-Husseini) Maktabat Al-Nahdha, Beirut, Baghdad.

To go to the case : we say; this case is one of the repeated events which take place between the neighbors according to contradiction of interests as they both feel that they are practising their natural rights and no one is intentionally making harm to the other .

In jurisprudence there are many solutions to this problem and likewise . In Hanafi school there is a freedom for the owner to do what he likes unless it seems that the owner action caused a harm to others such as preventing people from using light by building a very high wall ⁽¹⁾ .

In Al Imam Malik school, Ayyad ⁽²⁾ said the area considered as extension of the well is the near area which is not permissible for others to build upon or plant or to dig another well which can decrease its water ⁽³⁾ .

Therefore, he who wants to dig a well in his land and it seems that there may be any harm to his neighbour, he is not permissible ⁽⁴⁾ .

Ashhab ⁽⁵⁾ said (He who digs a well in his land and seems that, there may be any harm to his neighbor, he is not permissible if he is not obliged to do so, whenever a necessity arises, he is permissible to dig it in his land even if he causes a harm to his neighbor for he may cause harm to himself if he doesn't . As he causes harm to his neighbor when he digs his well , it will be prior to prevent his neighbor of causing harm to him as he prevents him from digging a well in his land because it is his own money)⁽⁶⁾ .

- (1) Hashiat Raddal Muhtar . Ibn Abdeen v.5 . P. 447, Dar, Al-Fikr 2nd edition , 1399H-1979, Shareh Faith Al-Qadir (Ibn Hammam) v,7, p, 325-326, Dar Al-Fikr, Beirut, Lebanon, Jam'ai Al-Fusulien (Ibn Qadi Samawa) v,2, p, 267, 1st edition, Al-Matba'a Al-Azhareyah, 1300H .
- (2) Ayyadh Ibn Musa Al-Sabti, Abu Al-Fadhl, Born 476H, Died 544H, scholar of Moroccan people (A'alim Ahl Al-Maghreb) and Hadith jurist in his era. He was appointed in Sabta and Ghornatah judiciaries . He has many books (Shareh Sahih Moslem) see Al-A'alam (Al-Zirakley) v,5, p, 99, and Wafeyat Al-A'ayan (Ibn Khalkan) v,3, p, 83.
- (3) Hashiat Al Dusugi - v.4 . P. 67, Dar Al-Fikr, see Al-Kawakib Addureyah Fi Fiqh Al-Malikiyah (M-Juma'a) v,3, p, 309-310, Al-Maktaba Al-Azhareyah, Liturath, Cairo 10th edition 1994-1995 . Lughat Assalik Liaqrab Al-Masalik Ila Mazhab Al-Imam Malik (Al-Sawi) v,2, p, 294 , Dar Al-Ma'arifah, Beirut, Lebanon , 1409H-1988 .
- (4) Al Talgeen Fil Fiqh Al Maliki - v.1 , P. 432, (Al-Baghdadey) Al-Maktabah Atigareyah Mekka Al-Mukarramah .
- (5) Ashhab Ibn Abul Aziz Al Qaysi Al-Ga'adi jurist of Egypt in his era , He was a friend of Al-Imam Malik - Born in Egypt 145H, Died 204H, see Al-Aa'lam (Zirakley) v,1, p,333, (Wafeyat Al-A'ayan (Ibn Khalkan) v,1, p, 238 .
- (6) Iqd Al Gawahir Al Thameena - Ibn Shas v.3 . P. 12 , verified (Dr, M. Abul Agfan) (Abdul Hafeez Mansour) Dar Al-Gharb Al-Islami 1st edition 1415H - 1995 .

111 - Arule on one who digged a well near his neighbor well which decreased the water in it and caused damages to his trees and other plants

The case in breif : The owner of the small plantation has digged a well to irrigate his plants and Trees, and when his neighbor has made the same, he noticed that the water became very few in his well to the extent that there has been great damage to his plants and trees .

When he tried to find another solution he found that all other alternatives are expensive . He asked what will be the legal rule ? .

The answer is that the harm of people is not permissible in Sharia principles according to the Prophet peace and prayers be upon him saying the (Muslims are brothers and no one is allowed to deal unjustly with another) ⁽¹⁾ and his saying "you are not allowed to harm people nor are people allowed to harm you" ⁽²⁾ . And his saying : " One never takes other's properties whether he intends or not . Even if he takes his stick , he should give it back" ⁽³⁾ . And his sayings " Whoever breaks something, it will be his, but he should return it in its proper shape " ⁽⁴⁾ .

The harm may be done intentionally and may be by mistake and the determination of this is based on the nature of the doer and his purposes and the punishment should be according to his intention .

Sometimes the mistake happens when there is contradiction in personal interests, where the first one feels that he is practising his rights without looking to the harm occurred to the second . Here the reference of the right decision is the justice .

-
- (1) Sunan Al Tirmithi v.3 . P. 218 , Dar Al-Fikr, Beirut, Lebanon 2nd edition 1403H-1983 , Sunan Abi Dawood v, p, 273, Al-Maktabah Al-Asreyah, Sida . Beirut . Mukhtasar Muslim (Shareh Al -Nawawi) v. 16, p, 120-121, Dar Al-Kutub Al-Ilmeyah, Beirut, Lebanon .
 - (2) Sunan Al Darghuthni v.3 . P. 35, Dar Al-Mahasin, Cairo, Sunan Ibn Magah v.2, p, 784, Dar Al-Kutub Al-Aa'rabeyah printing press . Al-Muataa p, 529, Dar -AlNafais, Beirut, Lebanon, 10th edition (1407H - 1987) Kanz Al-Ummal V.3, p,919, Mu'sasat Al-Risalah, Beirut, Lebanon , 1399H-1979 .
 - (3) Sunan Abi D'aoud, v.4, p, 301, verified (M.M,Abdul Hameed) Al-Maktabah Al'Asreyah, Sida, Beirut, Sunan Al-Turmuthi, v.4, p,402, verified , Kamal Al-Hout , Dar Al-Kutub Al-Ilmeyah, Beirut, Lebanon, 1st edition 1408H-1987, Kanz Al-Ummal, v.10, page 637, Mu'sasat Al-Risalah, Beirut, Lebanon , 1399H-1979 .
 - (4) Sunan Aldirami v.2, p,264. Dar Al-Kutub Al-Ilmeyah , Beirut, Lebanon .

he will also have the option but he will be responsible for the rent cost of using this car for the period between sale and return .

In conclusion : If the seller was dishonest in telling the truth about the car price then this behaviour is considered as betrayal of trust, and the buyer has the option to accept or return, but in case of accepting, the false amount should be refunded , and if he chose to return it he has to pay the rent for using that car during the period between sale and return .

Allah is All Knowing

price or cheated him . He said " if the commodity is still existant then the buyer has the option to accept or refuse ⁽¹⁾ .

But if the commodity is not existant, it can be valued and if the value is less than its cost price as well as the profit, he will not pay less, and if the value is more, he will not pay more because the seller was selling with consent .

In the Maliki school the buyer option is not absolute, it is restricted to the seller cheating such as to say it costs fifty where as it is really forty. Here the buyer has the option if the seller insisted on the same price and did not drop the increase ⁽²⁾ .

In Al Imam Al Shafe'y : If the seller said I bought for one hundred and I would like to sell on Murabaha basis but the buyer discovered that he bought for ninety through an evidence or declaration then the more correct action is to drop the present increase as well as its profit . And the buyer has no option because he accepted the higher price at the big . Therefore, he will definitely accept the lower price ⁽³⁾ .

In Al Imam Ahmed school , he who sells on (Murabaha) basis but he increased the price for the buyer , whenever the buyer knows this the seller has to lower price to the right level and the buyer has the option to accept with increase or to return, and in other saying of the same school he has no option ⁽⁴⁾ .

According to what has been mentioned and discussed about betrayal in felling the cost price of (Murabaha) sale, the seller is considered as dishonest, and the buyer has the option to accept the car or return it.

And in case he accepted it, he has the right to reduce the price to the level of the real cost price with correct profit .

But if he chose to return it although the seller is reducing the price

(1) Al Mudawwana Al Kubra v.3. p.250-251, narrated by Al-Imam Sahnoun , v,3, p. 250-251, Dar Al-Fikr, see Mawahib Al-Galil (Hattab) v,4, p. 491, Dar Al-Fikr 2nd edition 1398H-1978 .

(2) Sharh Manh Al Galeel v.5 P.279-280, Sharh Al-Zurqani, Ala, Mukhtasar Khalil v,5, p.181, Dar Al-Fikr , Beirut, Ashal Al-Madarik Lisharh Irshad Al-Salik (Kishnawi) v,2, p. 283-284, Dar Al-Fikr .

(3) Nihayat Al Muhtag, v.4 . p.116-117 , Mustafa Al-Halabi Al-Babi printing press and bookshop company, Cairo, Egypt last edition 1386H-1967. See, Al-Magmo'a sharh Al-Muhathab (Nawawi) v,13, p. 111-113, Dar Al-Fikr. Al-Um, (Imam Al-Shafe'ae) v,3, p. 93 , Dar Al-M'arifah, Beirut, Lebanon. Fath Al-Wahab Bi Sharh Manhag At-tullab (Al-Ansarey) v,2, p. 179, Dar Ihya al-Kutub Al-A'rabia , Eissa Al-Babi Al-Halabi and his parteners, Egypt .

(4) Al Mughni v.4 . p.259-260 , (Ibn Qudama), Dar Al-Kilab Al'arabi , Beirut, Lebanon 2nd edition 1392H-1972, see Khashaf Al-Qin'a (Bahoti) v,3, p. 231-232 , A'alam Al-Kutub, Beirut, Lebanon, 1403H-1983, see Matalib Auli, Al-Nuha (Ruhaybani) v,3, p. 128-129, Manshorat Al-Kitab Al-Islami , Damascus 1st ed, 1380H-1961 .

he would betray) ⁽¹⁾. And the jurists have discussed this matter in (Murabaha) sale ⁽²⁾.

In Al Imam Abu Hanifa the betrayal may be related to the description of (Murabaha) price (i.e) if the someone purchased something on the deferred payment basis and he sold it on Murabaha basis according to the cost price but he didn't mention that he is defering the price, here if the later purchaser knows this, he will have the option to accept or return it .

Because the Murabaha sale is based on honesty , and the honesty is required in this sale and the contrary gives the chance of option ⁽³⁾ .

On the other hand betrayal may appear in the price itself (i.e) if he says I purchased for ten but it was really nine, Abu Hanifa sees that the purchaser has the option to take with the determinant amount on return . Abu Yousif sees that he has no option but he will reduce the increase made by betrayal ⁽⁴⁾ .

In Al Ahkam Al Adliyah journal we read : " If there is any betrayal in Murabaha , then the buyer has the option of accepting or refusing as there will be no consent , If he accepted he will be using (betrayal option) as is usually called . The betrayal will be first in the capital quantity (i.e) to add some irrelevant items, or increase the cost price to increase (Murabaha) price . If the buyer made sure that the price told is not genuine, then he has the option to accept or return ⁽⁵⁾ .

In Al Imam Malik if Murabaha contains lying either in price , cheating , or hiding commodity defects, the sale seems to be void . Al Imam Malik had been asked about the one who buys a commodity on Murabaha basis, but he discovered that the seller has increased the

(1) Fath Al Bari v.5. p.111, Al-Asqalani , Dar Al-Ryan Liturath , Cairo 1st edition 1407H-1986 , Sunan Al-Nisa'ei (Souyoti) Fourth book , v,8, p,116, Dar Al-Fikr- Beirut, Sunan Al-Turmuthi , v,4,p,130, verified (Abdul-Rahman. M,Othman) Dar , Al-Fikr, Beirut, Lebanon 2nd edition (1403H-1983) .

(2) Murabaha sale is a kind of sale in which the seller tells the cost price and sale price (i.e) , to determine the cost price and the profit .

(3) Bade' Al Sana'e-Al Kasani v.5. p.225-226, Dar Al-Kitab , Al-Aarabi-Beirut, Lebanon, 2nd edition, 1402H-1982, see Sharh Fathal Qadir (Ibn Hammam) v,6, p,500-501 , Dar Al-Fikr, Beirut, Lebanon, 2nd edition 1402H-1982, Sharh , Bidayat Al Muptad'e (Merghanani) v,6, p,500, Dar Al-Fikr, Beirut, Lebanon , 2n edition .

(4) Ibid .

(5) Durar Al hukkam - Sales p.321-322, Sharh Majallat Al-Ahkam, Al'adleyah (Ali Haydar) First book, Al-Buyo'a , p. 321-322, Arabicized (Fahmey Al-Husayni), Maktabat Al-Nahdha, Beirut, Baghdad .

110 - The rule on the seller who deceived the buyer by telling him that the goods have already been priced in order to increase the price

The case in brief : A buyer went to a car show to purchase a car, he saw a second hand car and asked the seller about its price, he told him that someone has offered the price of so and so, then the buyer increased the determinant price and bought it. After a while he knew that the seller was a liar and there isn't any one who had already offered that price.

The question : It is permissible for the buyer to return it ?

The answer to this question is that : If it is proved that the seller was not telling the truth then this will be considered as cheating because he misled the buyer and the buyer accordingly increased the price.

The cheating is not permissible as it leads to corruption and prevails hatred between people therefore the Prophet peace and prayer be upon him said **"He who deceived us is not one of us"** (1).

Moreover, the action of the seller is also considered as betrayal of trust because the buyer has trusted him when asked about the value of the car, but he cheated him and he should be in respond of Almighty Allah saying :

**"O ye that believe !
Betray not the trust
Of Allah and the Messenger
Nor misappropriate knowingly
Things entrusted to you "** (2).

And also he should be in respond to the Prophet peace and prayers be upon him saying (The hypocrite has three signs; if talks, he would lie if promises, he would break, and if he has been trusted

(1) Sunan Al Tirmithi v.3. p. 606, verified by M.Fuaad, Dar Al-Kutub Al-Ilmiah. Beirut, Lebanon 1408H-1982. Sunan Addrami v.2, p. 248. Dar Ihya Elssunah Al-Nabaweeyah. Sunan Abi Da'ood v.3, p. 272, verified M. M Abul - Hamid Al-Maktabah Al-Asreeyah Sida. Beirut. A Sunnan Al Kubrah (Bayhaqi) v.5, p. 320, Dar Al-Maarifah Beirut, Lebanon.

(2) Surat Al Anfal, verse 27.

In Al Imam Ahmed, Monopoly is restricted in food only and somethings like sweets, honey, oil , etc are not considerable ⁽¹⁾ .

As for Imam Malik monopoly is prohibited in all things prepared for market, such as food, books , oil, and all that can affect supply and demand in the market ⁽²⁾ .

I say : The correct opinion is what established by Imam Malik and Abu Yousif as the wants of people are not limited to food only, they need also oil, clothes etc . And as I think the Imams who restricted monopoly were looking to the need of people to food at that time .

But today, the wants of people are unlimited and many products such as soap, electricity tools, cars and spare parts and so on become nowadays of necessity and then any monopoly to such things will be as prohibited as the food .

There are many Hadiths that are assuring this as the prohibition of monopoly is wholly general such as (He who monopolizes is sinful)⁽³⁾ and his saying "He who monopolizes goods in sake of raising the price is sinful" ⁽⁴⁾ .

These Hadiths show that monopoly is generally prohibited either in food or others .

By way of a conclusion, we say that monopoly is prohibited as it makes narrowness to people in their food and other needs of life . The behaviour of these two traders is considered illegal , for , it is not from what Allah has ordained people to co'operate in righteousness and piety . But it is from what Allah has prohibited people to co'operate in righteousness and piety .

We note that it is fair not to restrict monopoly in food as mentioned by some jurists but it should be generalised to all goods that are wholly needed by people for good life .

Allah is All Knowing

-
- (1) Al Mughni - Washareh-Al-Kabir (Ibn Qudama) v,4, p, 283, Dar Al-Kitab Al-Arabi, Beirut, Lebanon 2nd edition 1392H-1972 . Matalib Auli Al-Nuha (Rohaybani) v,3, p, 63-64, Al Kitab Al Islami publications 2ed 1380H-1961. See (Al Forou'a) by Ibn Muflih , v,4, p, 53-54 , A'alam Al-Kutub, Beirut, Lebanon, 4th ed, 1405H-1985, Dar Ihya Atturath Al-A'rabi - Beirut . Lebanon .
 - (2) Al Mughni - Ibid .
 - (3) Sahih Muslim. Narrated by (Nawawi) V.11, p, 43, Dar Al Kutub All Ilmeyah Beirut , Lebanon, Sunnan Al Turmuthi V,3, p, 567, Al Sunan Al Kubrah (Bayhaqi) V,6, p, 30, Dar Al Ma'arifah , Beirut, Lebanon .
 - (4) Musnad Al Imam Ahmed, v.3, p, 351, Al Maktab Al Islami - Kanz Al Ummal Lil-Burhan . V, 4, p, 97, Mu'sasat Al- Risalah , Beirut, Lebanon, 1399H-1979 .

In Al Imam Malik, school, the monopoly is not permissible if there is any harm ⁽¹⁾.

In Al Imam Al Shafe'e monopoly of food is not permissible and to some school jurists it seems as undesirable ⁽²⁾.

Al Imam Ahmed school prohibits monopoly referring to the Prophet peace and prayers be upon him saying . "Monopolist is considered sinful" ⁽³⁾.

The monopoly has three conditions. The food should be bought because if he imports or produces then no monopoly here . The second : The bought thing should be food, because sweets, oil, are not considered . The third , if there is narrowness resulting from monopoly of food .

Generally, jurists see prohibition of monopoly because it affects the living standards of people . The reason lays behind its prohibition is to remove injustice from the people . The two traders agree not to sell their goods waiting for the price to increase is considered as monopoly which leads to narrowness in people's life and affects their needs . This is considered as corruption and injustice . Allah says :

**" And withhold not things
Justly due to men,
Nor do evil in the land,
Working mischief " ⁽⁴⁾ .**

The goods that are not permissible for Monopoly :

In Hanfi school , Imam Abu Yousuf sees that monopoly is not permissible for all kinds of goods no matter if it is food or not .

Abu Mohammed restricted monopoly in food only as the majority of people is affected by food monopoly .

In Al Imam Al Shafe'y, the monopoly is restricted to man and animal food ⁽⁵⁾. But some other goods may be under monopoly prohibition such as clothes in winter as people will be in much need to it .

(1) Al Mudawwanah Al Kubra, v. 3 . p. 290, Dar Al Fikr . See Mwahib - Al Jalil - Lish-areh Mukhtasar Khalil , v, 4, p, 227, Dar Al-Fikr 2nd edition 1398H-1978 , Al Bayan Wa Tahsil (Ibn Rushd) v,9, p. 339-340 , Dar Al Gharb - Al-Islami , Beirut , Lebanon 2ed, edition 1408H-1988 .

(2) Al Magmou-Al Nawawi v.13 . p. 44-49, Dar Al Fikr . Nihayat - Al Muhtaj Ila Shareh Al Minhaj (Ramly) v,3 p, 472, Mustafa Al-Babi Al-Halabi printing press and book-shop , Egypt , last edition 1386H-1967 . Al Hawi Al-Kabir (Ma-Wardey) v,7, p, 84 , Dar Al-Fikr -Beirut, Lebanon 1414H-1994 .

(3) Sahih Muslim (Shareh Al Nawawi) v,11, p, 34, Dar Al-Kutub Al-Ilmeya, Beirut, Lebanon. Al sunnah Al-Kubrah (Bayhaqi) , v, 6, p,29, Dar Al-M'aarifa , Beirut, Lebanon .

(4) Surat Al Shu'ara V, 183 .

(5) Badei Al Sana'e Al Kasani .

For example, Al Imam Al Ghazaly ⁽¹⁾ had narrated that some of the forefathers were in place (Wasit) and he shipped wheat to Al Bisrah (place in Iraq) and wrote to his agent , sell it the day it arrives and don't delay it . When he recieved the shipment the market was full of the same product, then the other traders told him that if he waited for the next friday, the price would be doubled, he did so and got double price and wrote to food owner telling him what happened . Then the food owner wrote to him "We wish that we got little profit with Allah obedience, and we did not wish to loose some of our obedience in sake of getting much profits. Take all money and pay it to poors and I wish I had been forgiven neither benefits nor sins ⁽²⁾ .

Monopoly versus Allah fearing as well as honest in trade because it makes harm and narrowness to people in their food and accordingly it is not permissible .

There are many Hadithes in Sunaah prohibit monopoly. Some of them , the saying of the Prophet peace and prayer be upon him " **The seller is fortunate and the monopolist is cursed**" ⁽³⁾ and his saying "He who hide food for monopolistic purposes, will be injured of leprosy and insolvency" ⁽⁴⁾ . Jurists have many saying in monopoly but we will quote what will do for this question .

The Hanafists have defined monopoly as the purchase of the food of the village and hiding it til its prices incerase and they stipulated that the village people will affected by this hiding .

Al Kasani⁽⁵⁾ said that the threatening concerning monopoly reveals that it is Haram and monopoly is an action of injustice, because if the buyer could not buy due to high price, then the monopolist would be preventing him from his own right and this is unfair ⁽⁶⁾ .

(1) Mohmmmed Ibn Mohmmmed Etoussi , Shafi'i jurist, Has many publications in jurisprudence (Al Wasit) (Al-Wageez), Born . 450H, Died, 505H, See (Al -A'alam) By Al Zirkley, v, 7, p, (22-23) .

(2) Ihya Olummed-Din-Al Ghazali v.2.p. 69, reviced by Sheikh Sirwan, Dar - Al-Qalam, Beirut , Lebanon , Ed No 2, .

(3) Sunan Ibn Maga, v.2. p. 728 , vertified by Mohammed Fuaad, Mu'sasat, Al Risalah, Beirut , Lebanon (1979) .

(4) Sunan Ibn Maga v.2, p. 228, Sunan Al Drami v, 2, p. 249 .

(5) Al Kasani, Abu Bakr Ibn Masud , Hanafi jurist from Halab . He has many jurisprudence publications . Died (587H) .

(6) Bade' Al Sana'e - Al Kasani v.5 . p. 129, Dar Al Kitab Al Arabi Beirut, Lebanon . Ed, 2, (1982).

The trade is one of the important issues for the community - any community- as it deal a lot with food, water, and clothes, etc ... Accordingly, the authorities make regulations and rules that can organize it and determine the permissible, unpermissible, desirable and undesirable actions, and so the rights and liabilities of the trader .

As the trade is one of the sources of money collection, then the bad behaviour of the trader is expeted because everybody likes money and keens to collect it , as Almighty Allah says :

**" And ye love wealth
Within ordinate love " (1) .**

According to this , there should be regulations that organize the trade operations to maintain the benefits of the community and protect their interests and at the same time protect the trader from un lawful act (Haram) .

As Islam is an eternal message, that comes to organize the human life and behaviour , it makes incentive to practice the trade . When the Prophet peace and prayers be upon him had been asked about the best work, he said **"the man manual work and any blessed sale"** (2) .

In another warning and advice, the Prophet peace and prayers be upon him said to a group of people **"O; traders : they got silent, he said All traders will stand on day of judgement as wicked except those who fear Allah and become pious and say only the truth"** (3) .

The fearing of Allah has many meanings were, to avoid cheating, treason, and illegal money collection . The piousness and the saying of the truth are fundamental for the trader therefore, if he fulfils these, he will be considered as honest trader whom the Prophet peace and prayers be upon him says about **"The truthful and honest trader is in the company of prophets, the sincere, and martyrs"** (4) . The fore-fathers traders were stepping a way of trade in which they can be counted as pious, and honest traders who had been promised to be in a campany of the prophets, sincere, and the martyrs .

(1) Surat Al Fajr verse 20 .

(2) Musnad Al Imam Ahmed v,4, p, 141, Al Maktab Al-Islamic v,4, p, 61, Dar Al'rayan , liturath , Cairo, Kanz Al-Ummal Lilburhan v,4, p,13, Mu'sasat Al-Risalah , Beirut, Lebanon 1399H-1979 .

(3) Sunan Al Tirmthi v,3 . p, 517-518, Vertified , (Muhmmmed Fuaad), Dar Al-Kutub Al-Ilmeeyah Beirut, Lebanon, Sunan Ibn Magah, vertified (Mohammed Fuaad) v,2, p, 726 , Al-Sunan Al-Kubra (Bayhaqi) v,5, p, 266 , Dar Al-Ma'rifah - Beirut, Lebanon .

(4) Sunan Al Tirmithi v,3, p,515, dar Al-Kutub Al Ilmeeyah, Beirut, Lebanon .

109- The rule on the Trader who Monopolizes his goods saking for Price to increase

The case in brief : Two traders who import same goods . When one of them think that the price of this goods will increase due to some reasons, he contacted the other trader and ask him to give up selling in order to get big money for their imported goods; and he agreed with him .

The question says : Is this agreement considered as legal trade or as a prohibited monopoly ? If yes , what are the goods in which monopoly is permissible and vice - versa ?

And before the answer . what do we mean by monopoly, linguistically and legally ?

Linguistically, it means keeping or hiding, when we say that Amr monopolizes food, we mean to state that he kept it away in-order its price may increase ⁽¹⁾ And from the legal point of view, (Shari'a) monopoly means, some one who either purchases food from town or from other place to be brought to the town in order to keep it for the time when prices increase ⁽²⁾ .

The answers has two ways :

First : The agreement between these two traders mentioned in the above question of not selling their imported goods with a desire of getting big money for it . This agreement is considered illegal, for it is not from what Allah has ordained people to co'operate in righteousness and piety, but it is from what Allah has prohibited people to co'operate in righteousness and piety . In this regard Allah Almighty says :

**“ Help ye one another
In righteousness and piety,
But help ye not are another
IN sin and rancour :
Fear Allah : for Allah
Is strict in punishment”⁽³⁾ .**

(1) Al-Musbah - Almunir, By Al Fayoumi vol,1, p, 145, Al Maktaba Al Ilmeyah, Beirut , Lebanon .

(2) Al Ikhtiyar Li-Ta'alcel Al-Mukhtar, By Ibn Maudoud Al- Mausili , vol, 4, p, 161 , Dar Al - Kutub Al Ilmeyah , Beirut, Lebanon .

(3) Surat Al Ma'dah verse 2 .

**Nor do evil in the land
Working mischief " (1) .**

And it will be deemed as annoying of believers which Almighty Allah has prohibited in his saying :

**" And those who annoy
Believing men and women
Undeservedly, bear (on themselves)
A calumny and a glaring sin " (2) .**

It seems better for that woman to resort to judiciary to explain the matter and they will treat her justly according to Sharia rules and Sunnah .

To conclude : If the mentioned case just a promise from the wife guardian to the husband then this behaviour will considered as an engagement and not a marriage contract either they recited Al Fatiha or they celebrated or a suitor paid a dower, and accordingly the two suitors or one of them can cancel this engagement .

But if the mentioned case was a contract with all required pillars then it will be a marriage contract but if the documentation is obligatory in that country, then one of the conditions is not fulfilled .

But beside all that if the suitor has accepted to receive the dower he already paid, then this will be like (khul'a) which is known in Sharia and leads to divorce .

If the matter as explained above then the suitor has no right to consider his contract valid because this is an injustice and annoying and they are both prohibited and bearing a calumny and glaring sin .

We think better for that woman to resort to judiciary to explain the matter and so they will treat her justly .

Allah is All Knowing

(1) Surat Al Shu'araa verse 183 .

(2) Surat Al Ahzab verse 58 .

This is for the contracts and transactions in general but in marriage contract the presence of witnesses is obligatory because of the consensus of jurists and it is evident by the saying of the Prophet peace and prayers be upon him " No marriage without a guardian and two witnesses " (1) .

It is noticed that Imam Ahmed considered that the marriage can be effected without witnesses and Ibn Omer and Al Hussan Ibn Ali and others had made this .

I say : think that the presence of witnesses is the correct action because marriage is a significant matter that should be authenticated and declared .

As for the documentation may be of great importance at certain conditions especially when there is corruption because the husband may deny that he is married which loses his fatherhood on his children here the witnesses will be good evidence .

At the same time the declaration is legally needed to prove marriage and people should know it to differentiate it from all illegal practices . Accordingly, the Prophet peace and prayers be upon him says " The only difference between legal intercourses and illegal is the declaration by using tambourine " (2) .

People may witness some changes in their social situations, and also corruption may appear in their transaction or bad behaviour may take place, accordingly, more precaution should be taken into consideration to save guard the benefits of all subjects and accordingly the documentation of marriage contracts should be obligatory in writing .

The rule on the dower received by the husband after he had paid it .

It is understood from the question that the husband had been refunded the dower he paid for the wife . In this case the contract will be cancelled (assumed that there were a real contract) because the receiving of dower is evidence for divorcing the wife .

But if the matter is being as explained above the husband is not allowed after receiving the dower to insist on the validity of his marriage contract because this is some sort of injustice , ambiguity and with hold of people things justly due .

Almighty Allah has prohibited this, saying :

**" And withhold not things
Justly due to men**

(1) Magna'a Al Zawaid-Al Haithami v,4, p,286, Kanz Al-Ummal Lilburhan , v,16, p, 308, Mu'sasat Al-Risalah, Beirut, 1399H - 1979 .

(2) Sunan Al Tirmizi,v,3 . p,398, verified, M-Fuaad, Dar Al-Kutub , Al-Ilmeyah, Beirut, Lebanon, Sunan Al-Nisa'e v,6, p, 127 1st edition. Asunan - Al-Kubrah (Bayhaqi) v,7, p, 289, Dar Al-Ma'rifah, Beirut, Lebanon .

*** Cases From Jurisprudence (Fiqh Point of View) ***

Almighty Allah has ordained to write the debts in his saying :

**“ O ye who belive !
When ye deal with each other
In transactions involving
Future obligations
In a fixed period of time
Reduce them to writing
Let a scribe write down
Faithfully as between
The parties ” (1) .**

And the presence of witnesses is necessary as it will prevent doubts by assuring documentation . As Almighty Allah says :

**“ And get two witnesses
Out of your own men ” (2) .
“ But take witnesses
A Commercial contract ” (3) .**

But jurists did not agree wholly in the obligation of writing down the debts and the presence of witnesses, some of them see that the verse meant to direct people to authenticate their transaction to avoid any harm that may be occurred if there is no documentation . But if this aim is achieved without documentation , then the documentation will not be necessary and that what can be understood from the four appointed schools .^(*)

Some of them see that the verse means the obligations as shown clearly in the meaning of it and it is narrated that Abdullah Ibn Omer may Allah be pleased with him presented witnesses if he sells in cash or in deferred payment and some of late comers (Tabi'een) also said so ⁽⁴⁾.

(1) Surat Al Bagara verse 282 .

(2) Surat Al Bagara verse 282 .

(3) Surat Al Bagara verse 282 .

(*) Ahkam Al Quran, Al Gassas v,2, p, 205-206, verified , M-Assadiq Qamhawi, Dar Ihya Atturath Al-Arabi, Beirut , Lebanon, Ahkam Al-Quran (Ibn Arabi) v,1, p, 247-251 , Dar-Al-Fikr, Tabsirat Al-Hukkam (Ibn Farhoun) v,1, p, 167, Dar Al-Kutub , Al-Ilmeya, Beirut, Lebanon, 1st ed. Bae' Assanya' (Kasani) , v,2, p, 252, Dar Al-Kitab Al'Arabi, Beirut, Lebanon, 2nd edition 1402H - 1982, al-Majmu' Sharh Al-Muhazab , v,9, P, 154-155, v,13, p, 98-99, dar Al-Fikr .

(4) Ibid v,2 . p,205-206 .

Third : The guardian , as the contract will be incorrect if the guardian is not present as the Prophet peace and prayers be upon him says: " **There is no marriage contract without the guardian being present** " ⁽¹⁾.

And he peace and prayers be upon him also says " **Any woman who contracted for herself without the approval of her guardian, this contraction will be void** " ⁽²⁾ .

Fourth : The presence of witnesses for precaution of future conflicts and documentation .

Fifth : The two contractors (husband and wife should be free of any prohibitive restrictions ⁽³⁾.

According to what has been mentioned above we conclude that the case mentioned in the question is just a promise of the wife guardian to the suitor to let him marry . And this behaviour is just an engagement and not a contract even if they recited Surat Al Fatiha, made a celebration or the suitor paid a dower .

The two suitors have equally the right to cancel it .

But if the case means that the wife guardian or whoever on behalf has offered saying I accept to marry you and the suitor accepted using the term I accepted or (yes) or likewise and there were two witnesses then the contract is completed and all pillars are fulfilled and it will be correct if other conditions are available such as non-prohibitive restrictions between the two spouses .

Marriage contract documentation :

It is requested by Sharia to authenticate all contracts in writing as it prevents from the occurrence of mistakes, forgetting in the future .

-
- (1) Sunan Abe Dawoud v,2. p,229, verified by M- Muhyi Addin . Al-Maktabah Al'asryah, Sida , Beirut . Sunan Al-Turmuthi , v,3 . p, 407, verified by M-Fuaad . Dar Al-Kutub , Al-Ilmehyah . Beirut, Lebanon 1408H - 1987 . Sunan Ibn Magah v,1 . p, 605 . Sunan Al-Dramey v,3, p, 137, Dar Al-Kutub - Al-Ilmyah , Beirut , Asunan , Al Kubra (Bayhaqi) v,7, p, 107-108 , Beirut, Lebanon .
 - (2) Sunan Al Tirmithi v,3. p,408, verified by (M-Fuaad Abul-Baqi) Dar Al-Kutub Al'ilmeyah Beirut Lebanon 1408H - 1987 , Sunan Al-Drami v,2, p, 137 , Dar Al-Kutub Al-Ilmehyah , Beirut, Asunan Al-Kubrah (Bayhaqi) v,7, p, 105, Dar Alma'rifah, Beirut, Lebanon, Sunan, Addar Qutni v,3, p, 221, Dar Al-Mahasin printing press Cairo.
 - (3) Kashshaf Al Qina'a An Matu Al IQna'a Al Bahouti v,5. p,41-60, A'lam Al-Kutub , Beirut , Lebanon 1983, see Al-Mughni, (Ibn Qudamah) v,7, p, 337-341, Dar Al-Kitab AlArabi, Beirut, Lebanon , 2, edition, 1392H-1972 , Al-Insaf (Mardawi) v,8, p, 51-105 , Dar Ihya Aturath , Al-Arabi , Beirut, Lebanon 1st edition .

* Cases From Jurisprudence (Figh Point of View) *

ceptionation are considered as one pillar ⁽¹⁾ .

In this school the marriage is contracted only if there is a word giving the meaning of marrying, marriage, donation, possession, and charity ⁽²⁾ . It will not be contracted unless there are some witnesses as the Prophet peace and prayers be upon him says "there is no marriage without the presence of witnesses" ⁽³⁾ .

The witnesses can be either two men or a man with two women ⁽⁴⁾ .

In Al Imam Malik school there are four restrictions :

First : The law-formula : It means the possessions for good in whole life .

Second: The woman contracted for : Here they meant the woman that is free of any prohibitive restrictions .

Third : The dower, as it is due when there is a marriage contract and can not be cancelled even if there is a joint consent .

Fourth: The Husband contracting and the guardian ⁽⁵⁾ .

Al Imam Al Shafe'y agreed with all conditions made by Malikiyah but he restricted further, the law-formula which will be correct only if there is a word of marriage or derived from it to give the same meaning, where as other terms such as possessions, donation ...ect are not acceptable ⁽⁶⁾ .

Imam Ahmed school stipulated five conditions :

First : The determination of two spouses , husband and wife .

Second : The consent of the two spouses. And the non-consent of any of the two will make the contract incorrect . But if one of them or both are young or insane, the guardian should replace him or them in this matter .

(1) Bad'e Al Sana'e v,2. p,229-232, Dar Al-Kitab Al Arabi , Beirut, Lebanon, Ed 2, 1982 .

(2) Sharh fath Al Gadeer-Ibn Al Hammam v,3 . p,189-193, Dar Al-Fikr , Beirut, Lebanon Ed 2, 1982, see, Kashf Al-Haqaiq (Abul Hakim, Al-Afqani), v,1, p,162, Idarat Al-Quran wal Aulum Al-Islameyah , Krachi, Pakistan .

(3) Nashb Al Rayah-Az-Zayla'e v,3 . p, 167 .

(4) Al Ikhtiyar li-Ta'aleel Al Mukhtar-Ibn Mawdoud v,3 . p,83-84, Dar Al-Kutub Al-Ilmehyah, Beirut , Lebanon, see Hashiyat Radul-Mukhtar (Ibn A'abdeen) v3, p,2 ,23, Dar Al-Fikr Beirut, Lebanon Ed 2 , 1402H - 1982 Alubab Fi Sharh Al-Kitab (Ghonnaymi) v, 3, p, 3, Al-Maktaba Al Ilmyah Beirut, Lebanon 1400H - 1980 .

(5) Aqd Al Gawahir Al Thameena-Ibn Shas v,2, p,11-41, verified (by Dr Mohammed Abu Agfan) Dar Al-Gharb Al-Islami Ed 1 , 1415H-1985, see Sharh Manhul Galeel (Ilesh) v,3, p, 257-268, Dar Al-Fikr, Lebanon, 1st Ed 1404H-1984 .

(6) Nihayat Al Muhtag ila Sharh Al Minhag-Al-Ramly v,6. p,209-211, Mustafa - Al-Halabi printing press and bookshop company , Egypt last edition 1967, see Al-um (Al-Imam Al-shafe'i) v, 5, p, 22-23 . Dar Al-Ma'rifah, Beirut, Lebnon , Al- muhathab (Al -Shirazi) v2, p(35-41) Dar Al-Fikr , Beirut, Lebanon .

(or her guardian) refused to marry him can an other suitor come and engage her ? and is the engagement considered as a legal contract ? Is it permissible for both parties ?

He answered " The new suitor is allowed to present himself as long as the old one is not accepted even if he is not told directly . And the engagement is not an obliged contract ⁽¹⁾ .

Gadari Basha,⁽²⁾ one of the later jurisprudents, says " The promise of the marriage in the future is not considered as marriage contract, and so the recitation of Surat Al Fatiha and the suitor can change his mind at any time and so the betrothed even if she or her guardian accepted the dower or part of it or any gifts ⁽³⁾ .

I say : According to the preceeding Fatawa, the betrothal process will not be deemed as legal contract whether the suitor has prescnted any gift or dower or they have recited Surat Al Fatiha and no effect will be applied until otherwise the marriage contract is issued . This does not cancel the meaning or effect of the betrothal , but the suitor or betrothed changing in mind should be according to justifiable reasons . That is to say, if the purpose is to give a chance to another suitor it will not be permissible as long as the second suitor should not present himself if she is already betrothed , and so the girl guardian should not change his mind due to personal benefits as this will not be permissible .

In Al Imam Ahmed school of thought , the guardian who forcibly accepted to marry can change his mind for a certain purpose, and so the betrothed without being forced can change her mind for a right purpose because it is a changing from harm to benefit and the contrary is reprehensible ⁽⁴⁾ .

But marriage contract and its conditions has been illustrated by jurists : In Imam Abu Haneefa school of thought there should be offer an acceptation in same council of marriage in specified terms or what gives same meaning such as writing or a well known mark .

The offer needs acceptation and before that the first party (offering) can cancel it as happens in sales contracts because the offer and ac-

(1) Al Hawi lil Fatawa v.7 . P, 248-249, Al Salam Al Aa'lamyah for printing and publications Cairo .

(2) His full name is Mohammed Gadari Basha on of Egyptian judges , he was acting as education minster born in 1821-died 1888 (see Al A'lam v.7. p, 231 .

(3) The fourth article of Al Ahkam Al Sharia book, Al Maktab Al Islami publications, Ed 7,1961, see (Khashaf Al Qin'a (Bahwati) v,5, p,19, A'alam Al-Kutub Beirut, Lebanon 1983.

(4) Matalib Oli An-Nuha-Al Ruhaibani-v,5. p,25 .

It will be noticed that the wife made no sin but his family have insulted her because she has no enough money to prepare herself the thing that compeled her and her family to do what happened to guard their dignity . This wife asks for a legal rule that can reduce her suffering in the time that there is no mercy .

The answer to this question requires the knowing of the marriage contraction and the conditions needed to make it correct and to what extent it is obligatory to authenticate the contraction in writting . Also the rule of accepting the return of the dower by the husband . All these matters will be discussed as follows :

The marriage contraction and its correctness conditions :

Before we discuss this matter, we have to know about the process of engagment, is it a contract or amere agreement or promise for marriage ? .

It is well known that the engagement reflects the suitor desire to marry a certain woman and also reflects the promise her guardian to accept him as a husband and this promise may be corporated by a celebration day called now (Al Shabka) and the engagement may be effected in generall terms or be restricted to the reciting of (Surat Al Fa-tiha) before or after the engagement .

Almighty Allah mentioned the engagement in Holy Quran saying :

**“ There is no blame
On you if ye make
An offer of betrothal
Or hold it in your hearts” (1) ,**

The meaning here concerning the widow under (Iddah) and so he says :

**“ Nor resolve on the tie
Of marriage till the term
Prescribed is fulfilled” (2) .**

Here the meaning concerning the prohibition of the new marriage before the previous one, if any, concluded .

Al Suyoti had been asked about a man betrothed a woman but she

(1) Surat Al Bagarah verse 235 .

(2) Surat Al Bagarah verse 235 .

CASES FROM JURISPRUDENCE (Fiqh) POINT OF VIEW (*)

108-The Rule on Marriage contraction that has not been documented and disagreement happened after that between husband family and his wife but the husband insisted on the correctness of the contraction although he already received the dower he paid before

The question in brief : We ask for legal verdict for this case : Aman made his marriage contract with a woman legally (which we call here in Algeria Al Fatiha) . That means the wife guardian agreed to marry the wife to him and he paid the dower and agreed for the coition date and they read Al Fatiha but this contraction has not been documented.

After that a conflict occurred between the wife and her husband family which led to the wife reversion and family of this marriage with the remark that she has not ever seen him nor has she talked to him .

The husband tried to solve the problems but failed and the wife guardian returned the dower to him and he received it and went for good, but he did not give any divorce or Khula' word (khula is the divorce on compensation basis) .

After 6 years of this case, the wife is asking : Is the husband leaving and receiving dower considered as divorce or Khula' although he did not utter .

Is the wife considered under bond of marriage ? with the remark that the husband is still saying that he is at his word of contraction although he did not try to go back to the wife family . He may say that for the purpose of insulting her and leaving her suspended neither be married nor divorced .

(*) These questions sent by readers and editor-in-chief . Dr Abdur-Rahman Ibn Hassan Al Nafisa answers them according to the publication regulations of the journal .

Satisfaction Guaranty on a teacher and a like

By: Abi Mohammed Ibn Qanim Ibn Mohammed Al Baqdad^(*)

The case stated if a master beat an apprentice, or a teacher beat a student ... Abu Bakr Mohammad Ibn Al-Fadl stated that if he had beaten him ordinary beating in an ordinary place in his body on his father order or recommendation, he (the teacher or the master) should not satisfy guaranty but if he beat him in unordinary beating, he should satisfy guaranty . If he beat him but not on his father order or recommendation and then the student died, he should satisfy guaranty in full Diah (blood money) weather he beat him ordinary or unordinary beating .

In the rules alike on unmarriageables, if a teacher beat a student on his father permission, he should satisfy not guaranty, except if he beat him unordinary beating, but if he beat him on his mother permission, he should satisfy guaranty if the student died . The father is like the grand father (except in the twelve cases we mentioned in Al-Fawaid min kitab Al-Faraid and in Al-Khulasah and Al-Bazaziah). If the teacher or the master beat the student or apprentice but not on his patron or guardian permission and he died, the teacher or the amaster should satisfy a guaranty other wise he should not .

If a father or a guardian beat the son and he died they should not satisfy a guaranty because they beat for themselves as the advantage would return to them unlike the teacher as the beating is on the permission of that who has the guardianship in his hand . In juristic legal opinions about the beating of the father, that the father shall niether satisfy guaranty nor he shall inherit . This is according to Abi Hanifah but Abu Yousif sees that he shall not satisfy guaranty but inherit and shall pay expiatory gift ⁽¹⁾ .

(*) Hanafist Jurist (.....H - 1030H) .

(1) Kitab Majma Al-Damanat Fi Mathab Al-Imam Al-Azam Abi Hanifah Al-Numan, p. 54, Al-Maktabah Al-Khairiah, Egypt .

Revocation of witnesses of their testimony

By: The Jurist Abd Al-Wahap Al-Baqdadi (*)

If witnesses revoked of their testimony after they testified but before the judge decision, the judge should accept their revocation and not decide on that testimony whichever was testified by them. This is also would be applied if some of them revoked - despite the saying that he shall judge and not pay attention to their revocation - because the decision is to be on irrevocable testimony, so their revocation rendered them as if they untestified, hence the decision should be on the later testimony other than revoked one . This is like a judge who made independent reasoning, then discovered a fault before judgement execution .

The decision should not be annulled if they revoked after pronouncing the decision . The testified case might be either wealth divorce, killing or punishment stipulated in the Quran . Their revocation might be either attestation on an error or intentional lying .

If they testified on wealth but after the decision was issued they stated that their testimony was fault, the decision should not be annulled and not to return against that for whom the wealth was decided, instead they should pay a fine for the person against whom they testified . But if one of them revoked he should be fined half of the claim . Abd Al Malik said that the fault should not reverse on them .

If they said they intended lying it should reverse on them - agreeably - and likewise if either of them revoked off his testimong by telling the truth he should be fined half of the wealth . If they testified on killing or amputation then one or both of them one after another revoked , they should pay Diyah (blood money) on error testimony .

If they testified on a divorce, then revoked they should not be fined the dower for the husband. If they testified that he married the woman then divorced her before coition and a judge fined him half of the dower but after that they revoked, they should be fined the half which was paid by the husband. If they testified on his coition, and he professed marriage but denied coition, they should pay half of the dower ⁽¹⁾.

(*) Malikist Jurist (362H - 422H) .

(1) Malik Ibn Annas: Al-Maunah Ala Mathhab Alam Al-Maddinah, vol,3, p, (1560-1561) .

A Rule on an agent who broke a delegation condition

By: Imam Ahmad Ibn Mahammad Ibn Ali Ibn Hajjar Al-Haithami⁽¹⁾

He was asked if an agent broke a condition as he had been told to sell not on delay, not to get into so land and so forth, but he did. Was the delegation invalid ? If you judged so but he disposed of it after that . Was his disposition valid ? and to whom that profit return ? If the wealth damaged, should he satisfy guaranty ? were delegation and permission alike in meaning or there were some differences between them ? As to say I gave him a permission to sell or delegated him to sell so .

His answer was that, if the agent broke the condition as the authorizer told him to sell not but he did, the sale or buying was null and void and there was no profit niether for the agent nor for the autherizer; yet the material was to be still in its owner possession and no profit was expected in that case because all contracts of the agent, authorizer and their descendants were null and void . If the agent broke the condition and sold on incorrectness, and delivered the sales, he should satisfy guaranty for his transgression and similiary if he revendicated it and damaged in his hand .

The delegation is more peculiar than unconditional permission as it is said wherein the delegation became incorrect but the permission still correct and the agent desposed of accordingly, his disposition is valid observing permission generalization other than delegation peculiarity . The advantage of delegation validity with effectiveness of disposition inspite of its incorrectness, is the stability of specified payment, otherwise the claim is waived and fair rent imposed as a duty . Allah knows best ⁽¹⁾ .

(1) Al-Fatawi Al Fiqhiah Al-Kubrah, vol,3, p, 85, Dar Al-Kutub Al-Ilmiah, Beirut .

holder swear " swear that I didnot hired you for ... but hired you for ... If one of them refused to take the oath, the statement of the other one on the oath would be obligated on him . If either of them was unwilling of the other one statement, they should annul but other than on the decision of a judge . If the leaseholder was paid the rent in full then he should pay the fair rent . The lease holder is a trustee that he shall not satisfy guaranty in case of damage . If he made a condition on him self to satisfy guaranty but only in case of transgression or negligence, his statement on the oath that he did not neglect should be accepted .

If the lease holder claimed that what he had rented as abeast that alegation was in or after the specified period, his statement on the oath should be accepted because he was entrusted .

If the renter (i.e) the renter of the beast made a condition on a leaseholder that he should not ride at night, not ride at midday, not delay from the caravan and etc but he did (i.e) the leaseholder broke the condition, he should satisfy guaranty for his breaking the condition . Whenever the specified rental period elapsed the leaseholder had no discretion on the rented kind and its returning as well as its provisions are not incumbent upon him as a bailee but unlike gratuitous loan and the kind is to be deposited in trust in his hand . If it damadged by other than his negligence, no satisfaction guaranty should be on him ⁽¹⁾.

(1) Nail Al-Maarib be Sharh Dalcel Al-Talib, vol.1 , p, 330-331, Dar Ihia al-Kutab Al-Arabiah .

Fatawa Al-Fuqaha (Jurists Legal Opinions)

Hire Duty

By: Al Imam Abdul Gadir Ibn Omer Al-Taqlupi A Shaiban (*)

A hire is imposed as a duty on a rent of a kind even on a period of time that follow not a fair wage on the contract , wether this contract stipulated occur (date of time to be due) or freed contract . Thus, a seller shall have the price of sale on the contract . The rent fixed in full after the work accomplishment when the kind is in a lease holder hand e.g as a cook that was hired to cook something with in the house of a lease holder, then he finished it, otherwise he should deliver it cooked unless it was in a lease holder hand; as if they agreed that the cook would cook the material at his house and on delivering it to the lease holder's, he deserve the hire .

The hire also fixed in full within the lease holder responsibility if the rent was to be on specific period of time and the kind, on which the rent would be paid , delivered to him with no a bar for advantage but if he did not get advantage, the rent also fixed in full on delivering a replacement of the specific kind if the period in which the advantage could be obtained passed in vain; as if he said I would rent that beast from you to ride to so land, to and fro, for so ...". then the renter delivered it to him, then a period of time in which he could go and return elapsed .

The condition on paying the rent in advance to its occur is true, as if one rented one's house to somebody in the year (5) and made a condition that the rent was to be paid in advance in the year (3) . The condition on paying the rent in delay is also true; as if the lease holder made a condition on a renter that the rent should not occur till the beginning of the year (7) . If they disagreed (i.e) the lease holder and the a renter on its quantity (i.e) the rent, and one or both of them had evidences , they should take the oath, that the renter swears " I swear that I did not rent it from you for ... but I rent it for then the lease-

(*) Jurist Hanbalist { (1030H - 1130H) } .

- 2- Al Mirdawi ⁽¹⁾ : He who says "I will pay so and so for the one who cures this one til he gets free of his disease" will be deemed as Juaalah and it is said Ijarah ⁽²⁾ . Ibn Rushd says : Juaala and Ijarah on expctation of gaining some benifits such as the stipulation to the doctor to cure the patient til he gets healthy ⁽³⁾ .

The differencies between life insurance and health insurane :

- 1- Insurance of life is based on risk in sale (Gharar) where as insurance of health is based on getting some benefits known to the contractors .
- 2- Insurance of life based on payment against payment which is later and more which means usury (Riba). But juaala is a payment against benefit .
- 3- Insurance of life is a contract in which the insured pays sum of money to insurance company in order to gain more money for his inheritance when death happens . But in health insurance the Hospital does not pay money for the insured .
- 4- Insurance company uses money in other purposes rather than what already contracted for as well as it deposits it in banks which deals in usury (Riba). But in health insurance the hospital uses money in the same purpose (i.e) purchase of medicine and contraction with specialist doctors and so on .

Allah is All Knowing

(1) Al Mirdawi : Ali Ibn Suhaman Ibn Ahmed Al Mirdawi, Hanbali jurist, born in Mirda, left for Dimshgh (syra) . He has many publications, Born in 817H and died 885H . Al Zerkely v, 4, p, 292 .

(2) Al Insaf v,6, p, 391 .

(3) Biddayat Al Mujtahid v,2, p, 232 .

* Health Insurance from Islamic Point of View (A case for Study) *

**A camel load; I
Will be bound by it " (1) .**

This verse proves the permission of Juaalah and the participation of unknown work because no one knows he will bring it by what means .

It also proves that the rent may be unknown and proves that the payee may not be known at the time of contraction .

- 2- Al Juaala is one of the transactions that had been applied in (Jahiliyah) pre-Islamic paganism age and when Islam came, it got legalized .
- 3- The number Prophet companions (of Sahaba) had applied it like Omer Ibn Al Khattab, Abdallah Ibn Massoud , Ibn Abbas, and Ibn Omer and no one is known as contradictor to their applications .
- 4- The necessity and benefit necessitate the application of Juaalah in all eras .

The difference between Ijarah (hiring) and Juaalah(rent) :

There are many differences between Ijarah contracts and Juaalah, some of them are :

- 1- In the juaalah contract, the two parties can agree to do uncertain work , but in Ijarah, the work should be certain .
- 2- The juaalah reward can be undeterminant but in Ijarah the reward should be determinant .
- 3- Juaalah is optional contract but Ijarah is obligatory .
- 4- Juaalah contract is permissible though it is based on uncertainty and harm , but Ijarah will not be permissible in these cases .

There are other juristic branches lie between Ijarah and Juaalah; some of them are :

- 1- The stipulation to the doctor to cure patient til he becomes healthy.
- 2- The stipulation to the teacher to learn Quran .
- 3- The contraction to bring out water from wells and wells springs at specific condition in spite of the difficulties shown on land nature , easiness, nearness of water or farness .

Some of the jurists texts about Juaalah (or health insurance) :

- 1- Ibn Qudama (2) : Ijarah is allowed for cure or circumcision, we know no objection in it , It is just a lawful action (3) .

(1) Surat Yousuf, verse 72 .

(2) Ibn Qudamah : Abdallah Ibn Mohammed Ibn Qudamah Al Magdissi Al Hanbali . One of the most fame Hanabila jurists . He has many publications one of them is (Al Mughni) born in 541H and passed away in 620H . Al Zerkely v.4. p.67 .

(3) Al Mughni v,8, p, 117 .

Health Insurance from Islamic Point of View (A case for Study)

Dr. Saud Ibn Abdullah Al Finaisan (*)

Insurance and health insurance in specific is one of the problems of this decade that was not known to people before . For this reason it should be studied in respect of texts and Sharia rules, as there is no case that Islam has not made the finest solution for .

These current events such as health insurance should be practised after making sure that it is permissible by Sharia and the opinion of the jurist in this regard should be accompanied by the specialized doctor . As the jurist can hardly decided unless he gets the experts opinion, and so the doctor can not make any jurist legal opinion (Fatwa) in the case .

Defintions concerning the terms of the research :

Life insurance : A contract between the insurance company and the insured to pay him a certain sum of money when a damage of any determinant kind occured against the premium paid at a time or installment .

Health insurance : A contract between two parties, in which the first party (Hospital) is responsible for clinical treatment of the second party (patient) or preventing him from aspecified desease against certain sum of money paid to the first party at a time or in installments .

Al Ijarah (Hiring) : a contract on getting use of a certain permissible utility or fully described for acertain time .

Al Juaalah (rent) : An obligation for paying certain sum of money against a specified work performed by the second party .

As Juaalah is the nearest contract to the health insurance, we would like to explain its legal evidences .

1- Allah saying :

**“ For him who produces it
Is (the reward of)**

(*) Professor in faculty of Usul Ed-Din in Imam Mohammed Ibn Saud Islamic University, previously Dean of Sharia faculty , he has invaluable researches installments .

- 1- The council option makes the contraction based on the adjournment of the council and not only the separation of contractors .
- 2- It weakens the obligation of the contract .

Sixth : Money option (Khiair Al Nagd) :

It is another type of option which had been permitted by Al Hanafia due to the need of people to it in their transactions .

It means that two persons contracted in such away that the buyer delays money to a certain time but if he did not pay at the certain time, the sale will not be effected . Then the buyer will have the option .

Seventh : The option of concealing the defects :

If the seller makes decoration to mislead the buyer in order to raise the price, then the buyer will have the option to return the commodity or accept it .

Eighth : The deception option (Khiair Al Ghobn) :

If the buyer goes outside the village to meet the sellers who come from far distances and he frauded them by giving them low prices . Here the seller will have the option to accept or refuse .

The Hanafia have stipulated the occurrence of fraud as a condition to apply the option .

There is another type of fraud called (Al Nag'sh) and it means that some one increases the price of a commodity to temptate others but he is not intending to buy . Here the real buyer will have the option to reject . The jurists sayings in (Nagsh) .

Al Hanafia and Al Shafeyia considered that the contract is correct and the option is applicable . Al Imam Ahmad and Malik considered the contract is void .

The third type called (Al Mustarsila) ⁽¹⁾ . Al Mustarsil is the one who is awareless of the commodity price and knows little about selling and buying techniques .

The jurists sayings in Al Mustarsil :

The Hanabilists and Maliki see that the abnormal fraud gives the chance of this option either to accept or to cancel .

Abu Hanifa and Al Shafeye' say that the sale is obligatory and the Mustarsil has no chance to cancel because the lower price of the defect free commodity will not void the contract .

Allah is All Knowing .

(1) Al Sharh Al Kabir Maa Al Mughni vol, 4 . P, 79 .

The evidences of those who accepted :

- 1- What is narrated by Ibn Omer that the prophet peace and prayers be upon him says " if the buyer and the seller got contracted, each of them has the right to accept or reject unless they got seperated but if they seperated without using this khiar, thus the sale is obligatory ⁽¹⁾ .
- 2- It is also narrated that the Prophet peace and prayers be upon him say " The seller and buyer has the right to accept or reject unless otherwise they seperated .

The evidences of those who rejected :

- 1- What Abu Doud had narrated about Ibn Omer the seller and the buyer have the option of accepting or refusing unless otherwise they get seperated, except the commodity that is known as option commodity , and his freind is not permissible to leave him .
As Almighty Allah says :
" But let there be amongst you
Traffic and Trade
By mutual good - will " ⁽²⁾ .

But the Hadith evidencing the council option is abrogated by the Hadith "Muslims are at their agreements" and the Hadith also may interpreted as bargaining process .

Those who proved the council option presented the following :

- 1- The verse is absolute and it restricted the Hadith .
- 2- The origin is the non- abargation of the Hadith .
- 3- The consideration of the seller as a bargainer in the Hadith is not real .

The rules of the council option :

If the sale contract is effected, each contractor could have the option to accept or reject till they seperate and according to this we see in Al Shafeyia and Al Hanabila , that each one of the contractor has the right of accepting or rejecting the sold commodity but only according to following conditions, the contractors have no right to reject and the contract is deemed obligatory .

- 1- The seperation after contraction .
- 2- If one of a them gives the other the chance to choose either acceptance or cancelation .
- 3- The death of one of the contractors ⁽³⁾ .

By way of conclusion we see that it is perferable not to apply the council option as Al Hanafia and Al Malikia see it due to the follwing.

(1) Wholly agreed , the wordings are Muslim's .

(2) Al Mugni vol, 4 . p, 6 .

(3) Surat - Al-Nisa , v, 29 .

Malikiah differentiate between three types of defects (Not effective, minor, effective) and the buyer is free to accept or refuse in the third type ⁽¹⁾.

Hanabila say : The buyer is right if accepted or , returned or asked for decreasing price and this can be achieved by three conditions :

- 1- If the sold can't be returned because it has been destroyed .
- 2- This destruction happened out of his hand .
- 3- The buyer did not receive any compensation for the sold .

Fifth : council option (Khiar Al Maglis) :

The sale is contracted correctly and can be cancelled before one of the two contractors leaves the place of contracting or both , but if one of them or both leave the place of contraction then it will be obligatory. Ibn Qudama said "The sale can be contracted correctly and every one of the contractors can cancel it unless one of them or both leave the place of contracting" ⁽²⁾.

Those who confirmed the council option :

Al Shafeyiah and Al Hanabila say that each one of the contractors has the right of canceling the contract as long as they are still in the council of contraction but whenever they leave no chance for the council option ⁽³⁾ and their evidence is that Omer ⁽⁴⁾ and Ibn Abbas ⁽⁵⁾ and Abu Huraira ⁽⁶⁾ had narrated this .

Those who rejected the council option :

The Hanafists and Malikists denied the council option and see that whenever the buyer and seller contracted, the contraction will be obligatory even if they did not get separated .

(1) Al Quwaneen Al Fighiah , p, 267 .

(2) Al Mughni , vol, 4, p. 6 .

(3) Al Muhazab vol,7 , p, 227 .

(4) Omer Ibn Al Khattab (40 before H. - 23H), Omer Ibn Al Khaffab Ibn Nufail Al Gurashi Al Adawi Abu Hafs . The 2nd lawful calif and the first one who called the commander of the Faithful , called by the prophet Mohammed peace and prayers be upon him Al Faroug . (Tahtheeb Al Tahtheeb 7/385/387) .

(5) Ibn Abbas (died 69H) Abdullah Ibn Abbas Ibn Abdul Muttalib Al Hashimi . Uncle son of the Prophet peace and prayers be upon him he was called Al Habr . Ibn Omer said that he is the most aware of what the Prophet advised (Tahtheeb Al Tahtheeb 5/242-245) .

(6) Abu Huraira (21b.H. 59H) Abdul Rahman Ibn Sakhr Al Dousi Al Sahabi , the most narrator of the Prophet Hadiths, got Muslim in the seventh year of Higraph . He narrated 5374 Hadiths (Ibn Hagar - All Saba 4/202-211) .

that makes the option obligatory ⁽¹⁾ .

- 2- The defect should be before delivery : That means if the defect occurred after delivery, then no option here will take place ⁽²⁾ .

The defect occurred before delivery but immediately terminated is not considered as the defect that forms the option sometimes the defect occurred after delivery, but it results from reasons happened before delivery, here shafeyiah sees that the buyer has the option to return (According to Abe Ishag)⁽³⁾ and also he has no option (According to Abe Ali taken from Abe Huraira) .

- 3- The defect should not be known to the buyer at the time of contraction and the seller has not stipulated acquittance : If the buyer has been aware that the commodity is defective before contracting or at the time of contraction then he has no option , because he bought the commodity although it is defective and accepted the acquittance of the seller. But if the acquittance was from all defects then here the condition of acquittance is untrue and the contraction will also be untrue ⁽⁴⁾ .

The rule of the contraction when defect option is effective :

Of the elements of defect are available then the contraction will be correct and obligatory to the seller but no obligatory to the buyer.

When the sale process is effected, then the defect option will take place after possessing of the commodity and the return will be either by agreement or by judgement, because the contraction will not be prohibited but the same way it was already be applied ⁽⁵⁾ .

How can the buyer return the goods using the defect option ?

If the buyer finds a defect he may prohibit the contraction by his own accord if the sold is not yet delivered , but Abu Hanifa and Mohammed had stipulated the knowledge of the seller about Prohibition . Where Abu Yousif did not stipulate this .

In Al Shafeyiah school : If the seller said to the buyer "don't return the sold and I will compensate you the value of the defect, the buyer will not be compelled to accept this because they agreed on defect-free commodity . And if the buyer said the same to seller "give me the value of the commodity also the seller is not compelled to pay him the mentioned amount .

(1) Al Khittab vol,4 . p, 436 .

(2) According to Malikkiah, and it is so, called Ohda , 3 .

(3) Abu Ishag (393-476H) Ibrahim Ibn Ali Ibn Yousif Al Faironsabadi Al Shirazi, Abu Ishag, one of the Shafeyiah jurists, he was jurisconsult in his era . He has many publications in jurisprudence (Al Zerkely, Al A'lam 1/51) .

(4) Al Muhazab vol,1 . p, 288 .

(5) Al Mughni vol,5 . p, 287 .

The rule on the contract when the option of vision has been established :

The contract at the establishment of the option of vision, at the time of vision is not obligatory and the buyer can abrogate it after seeing the sold thing . But the contract is obligatory on the part of the seller who has no right of the option of vision .

Fourth : Defect option (Khیار Al Eib) :

It means that the buyer has the right or option to accept the commodity or refuse it when there is any defect arises after contraction ⁽¹⁾ .

When does (Khیار Al Eib) take place ?

It can be applied without stipulation in the revocable contracts, and there is a minor difference between vision option and defect option, as the first takes place by Sharia rules but the defect option needs no explicit confession but it can apply by implied condition .

Al Bade'i says ⁽²⁾ " The defect free principle is an implied condition in the contract . And if the sold thing is defective the sale is not obligatory. The evidence is that the buyer when buys his own aim is to get benefit of the sold thing and no getting benefit unless the sold is defect free. Therefore, if he found any defect, then he has the option to accept or to return. The defect free principle is one of the contract requirements because it is compensatory contract and this kind of contraction is based on equality . But when there is any defect the buyer here has the option to decrease price to the level equal to the defect and when failed then the buyer has the option to accept or refuse .

The vision option is not permissible to ignore it as a condition deliberately in the contract but the defect option can be ignored ⁽³⁾ .

But the defect option also has an evidence in Hadith as narrated that the Prophet says " He who buys a sheep full of milk and he finds out that it is of no milk has the option for three days either to accept it or to return" ⁽⁴⁾ .

The conditions that should be available to use the defect option :

- 1- The pointed defect should affect the price of the commodity , this means that the defect of the commodity will lead to decrease the price such as blindness of the slave and deavage in building , and everything that decreases the price of the commodity is the defect

(1) It is called by Imam Malik *khیار Al Nageedah* .

(2) Al Bade'i .

(3) Ibid vol.5,p. 297 .

(4) Ibid vol, p, 274 .

Third : The option of vision :

As a technical term this option means the right of the contracting party to annul the contract ⁽¹⁾ .

The legality of the option of vision :

If the reason of this option is not seeing the subject of the contract at the time of contracting, the contracting process will take place on an absent thing . The jurists disagreed regarding this .

- 1- According to Imam Shafi to conclude a contract on an absent thing is invalid . He based his rule on the fact that to sell an absent thing depending on description only involves (Gharar) sale of risk which is prohibited ⁽²⁾ .
- 2- The Hanafi school legalized this option having as a proof when Caliph Othman sold Talhah a land in Al-Bisrah without neither of them saw it . When both of them were told that they had deceived each one of them said : I had the option ⁽³⁾ .
- 3- According to the Maliki school the sale of an absent thing is valid according to two forms : The first is to describe its nature and kind . The second is to stipulate the option when it is seen . If there is no description or choice the sale of an absent thing is invalid . Hence the Maliki school does not permit the option of vision .
- 4- According to the Hanbali school the sale of the absent thing is valid if, first, the sold commodity is one of the things that can be transacted through Salam i.e (credit sale), and second to describe the absent thing with the attributes that determine it, such as when selling an absent thing without being described in particular, the sale is invalid, and the described thing can be given back ⁽⁴⁾ . The option of vision is established in four contracts : The sale contract if the sold commodity is determined, leasing, the division of the non-exact equivalents and the settlement of a dispute on a certain property .

These are all contracts that can be annulled. The option of vision is not established in the contracts that cannot be abrogated such as the dowery and the settlement regarding a murder .

(1) Mohamad Shalabi : An Introduction to Islamic Fiqh p, 617 .

(2) Al-Muhazab vol,1, p, 263 .

(3) Fat'h al-Qadir vol,5,p,140 .

(4) Al-Mughni, vol,4, p, 74 .

period even if it is longer. According to Malik the period is determined according to needs ⁽¹⁾ .

The effect of the option of determination on contracts :

If the sale has been connected to the option of determination the buyer's ownership will be fixed and executed . Although the sale process is executory it remains un-necessary. The option of determination involves an option of conditionality which renders the sale unessential . If the buyer has the option, he can give back all things he has taken and it is not obligatory on him to take any one of them .If the seller has the option, he can abrogate the contract and restore all things and it is not obligatory on him to give the buyer anything; and this should be done within the duration of the option . The contracting party who has the option should choose one of the things during the period of the option which it can be explicit or implicit . If the period of the option has expired and neither of the contracting parties who has this right has not chosen the sale, it will be abrogated in all the things according to Maliki school ⁽²⁾ . According to the Hanafi school, the sale can be concluded in one of the things ⁽³⁾ . But according to Shafi and Hanbali schools, ⁽⁴⁾ the option of determination is impermissible because it involves gharar i.e aleatory ⁽⁵⁾ .

The forfeiting of the right of the option of determination :

This option drops with one of the following :

- 1- The determination of the subject of the contract . This is done by choosing one of the two things that are based on option whether explicitly or implicitly .
- 2- The damage that befalls one of the two things after the buyer has received the commodity ⁽⁶⁾ .
- 3- The defect in one of the two things that renders the commodity unsuitable for being given back .

Can the option of determination be inherited ?

The option of determination transfers to the inheritor if the contracting party who has the right of this option has died before he has determined .

(1) Fat'h al-Qadir vol,5, p, 132 .

(2) Al-Khitab vol,4, p, 425 .

(3) Fat'h al-Qadir vol,5,p, 132 .

(4) Al-Sharh alKabir vol,4,p, 71 .

(5) Al-Muhazab vol,1,p, 263 .

(6) Al-Mabsoot vol.13 , p, 25 .

The expiration of the option of conditionality :

This contract ends with the following matters :

- 1- The conclusion or abrogation of the contract within the option duration whether this is explicit or implicit .
- 2- The expiration of the option period without choosing conclusion or cancellation of contract .
- 3- The defect that befalls the subject of the contract after the buyer has received it if he has the option .
- 4- The increase in the subject of the contract after it has been received e.g the price of an animal .
- 5- The death of the party who has the option because, according to Hanafi and Hanbali school the option of conditionality is not inherited .

Second : The option of determination :

This option is usually stipulated by the buyer, when the sold commodity is one of three particular things he chooses one of them through experience or reflection . The buyer chooses on condition that the things do not exceed three items because this option was legalized on the basis of approbation as opposed to analogy . The aim being to repel deception . Only three things should be inquired because things are confined to good, fair and bad . The buyer needs the option of determination if he can not personally enter the market or if he needs an advisor. Zafar and Imam Shafi adopted analogy because, according to them, the option of determination renders sale invalid since it involves jahalah i.e ignorance which is considered gharar i.e aleatory and uncertainty. The Messenger of Allah, peace and prayers of Allah be upon him, prohibited gaharar sale ⁽¹⁾. But Abu Hanifah permitted this option on the basis of approbation contrary to analogy because people need such transactions ⁽²⁾ .

The period of this option :

Jurists disagreed as to the stipulation of the option duration in the contract . Some of them said this sale is not permitted unless the period of the option has been fixed . Others said the option is valid without fixing the period. The valid rule is to fix the option duration which is limited according to the period in the option of conditionality . According to Abu Hanifa the period should not exceed three days . According to Abi Yusuf and Mohammad it is permissible to agree to any

(1) Muslim : Book of sales .

(2) Fat'h al-Qadir vol,5, p, 131 .

stipulated three days time or less . But if the stipulated time was more than three days there would be disagreement among them .

Who has the right of option ?

It can be either the buyer or the seller or both of them . Giving the right of option of conditionality to a third party ⁽¹⁾ is valid and he is considered as an agent for the contracting party .

The contracts that are affected by the option of conditionality :

Some contracts can not be annuled . Some can be abrogated only through the consent of the two contracting parties . Others can be absolutely annuled . According to clause 330 of Murshid Al-Hayran i.e (the guide of the perplexed person) : The option of conditionality is valid in the contracts that can be abrogated such as sale contract and leaving of preemption contract etc . In clause (331) the option of conditionality is not valid in marriage, divorce , donation and will contracts . Because marriage and divorce can not be abrogated and subsequently can not be based on conditionality , the option of conditionality is invalid regarding these contracts . In agency (wakalah), donation and will contracts there exist unnecessary acts, hence no need for the option of conditionality ⁽²⁾ .

The effect of option on contracts :

There is no disagreement among jurists that options affect contracts . But there are differences in what result from the effects and rules of the contract :

- 1- According to Malik , Abu Hanifa ⁽³⁾ and Ahmad the rules of the contract do not affect it as long as there is an option ⁽⁴⁾ .
- 2- According to the Hanbali school the rules affect the contract whether the option is for the two contracting parties or for only one of them . This was also the opinion of Imam Shafi because it is a valid contract .

(1) Al-Mughni vol, 3, p, 589 .

Al-Mabsoot vol,3, p, 541 .

Bidayat al-Mujtahid vol,2, p,182 .

(2) Hashiyat Ibn Abdin : vol,4,p,52 . Fat'h al-Qadir vol,5,p,126 .

(3) Abu Hanifa (80-150H) An Nu'man Ibn Thabit Al Taimi, Al Kufi The Imam of Hanafists, jurist , one of the appointed four imams for Sunnah people . Born in Kufa . Many publications were made to talk about him (Al Zerkely, Al A'lam 8/36) .

(4) Fat'h al-Qadir vol,5,p, 115 .

First : The stipulated right of cancellation :

Definition :

It is the right of one of the two contracting parties , or both of them, or their agents to conclude or cancell the contract by stipulating these terms in the contract . For instance , if the seller says to the buyer : I have sold you this house for two hundred thousands Riyals and you and I have the option to conclude or annul the contract within a period of three days . If the buyer has accepted the offer, the seller has the right, as well as the buyer, to abrogate the contract within this period . When this period has elapsed, they will forfeit such a right . According to the consensus of jurists this option is confirmed through conditionality only. But according to Imam Malik ⁽¹⁾ this option is confirmed either through conditionality or habit ⁽²⁾ . For example , if people have the habit of confirming option in a particular commodity , this confirmation of option should be followed without any conditionality .

The legality of the stipulated right of cancellation or conclusion of contracts :

The evidence of this legality is in what was narrated by Ibn Omar, Allah be pleased with him, who said that a man came to the Messenger of Allah saying that he cheated in selling . The Messenger of Allah, Allah be pleased with him, said to him : when you sell do not cajole ⁽³⁾ . Ibn Rushd⁽⁴⁾ said that according to the consensus of jurists option is permissible except Al Nawawi ⁽⁵⁾ and Ibn Shibrima ⁽⁶⁾ .

The duration of the option of conditionality :

There is no disagreement among jurists as to the permissibility of a

(1) Malik (95-179H) Al Imam Abu Abdullah Malik Ibn Anas Ibn Abe Amer Ibn Amro bin Al Hareth Al Asbahi Al Medani Imam of Al Madina (Dar Al Higraph) , one of the fourth Imams of sunnah followers , to whom the Maliki School of though belongs (Ibn khillikan, wafiyat Al A'yan 4/135/137 .

(2) Al-Nafrawi : Sharh al-Risalah vol,2, p, 253 .

(3) Subul al-Salam vol,3, p, 9 .

(4) Ibn Rushd (520-595H) : Mohammed bin Ahmed Ibn Mohammad Ibn Rushd Al Andalusí, Abulwaleed, classified 50 books, he was asked about medicine as he asked about jurisprudence, he was so-called Ibn Rushd (grand son) .

(5) An-Nawawi (631-676H) Yahia Ibn Sharaf bin Merri Ibn Hassan Al Huzami Al Hurani An-Nawawi , Al Shafey, Abu Zakaria Muhyid-Din . Jurist and Hadith scientist . He has many publications (Al Zerkely, Al A'lam 8/1491 .

(6) Ibn Abe Shibrima (72-144H) Abdullah Ibn Shibrimah Ibn Hassan Ibn Al Munzir Ibn Dirar Ibn Amro Ibn Malik Ibn Zaid Ibn Kaab Abu Shibrima Al kufi . He was a judge jurist, poet, (Al Asghalani. Tahtheeb Al Tahtheeb (5/220-221) .

Options Contracts in Islamic Jurisprudence (Fiqh)

By Dr. Yusuf Abdul Fattah Al Mursafe (*)

Because of Allah's mercy and the easiness of the Islamic law (Shariah) people have the right to annul the binding contract after it has been concluded, and this is called the option in contracts . If the terms and conditions of the contract have been completed and fulfilled neither one of the two parties has the right to abrogate it without the consent of the other party . In regard to life necessities and speed the two parties might fall under mistake, deception or fraud (dol in French) . Consequently narrowness will befall people . To remove this narrowness options were legalized .

The meaning of option :

Linguistically ⁽¹⁾ option means choice . As an Islamic legal term (Shariah) it is the right of either one of the two contracting parties or both of them to conclude and execute the contract or to annul it . Some of these options were specially prescribed or according to general rules such as fraud .

Some of them were confirmed according to analogy such as the option of determination . Hence jurists agreed only as to some of these options and disagreed as regard to the rest . On the other hand some of these options are confirmed according to the principles of Islamic law (Shariah) even though they are not stipulated by the two contracting parties such as the option of vision (seeing) and the option of defect . We notice that the annulment of the option might be determined by the party who is going to take the option or by the judge's rule as in the option of defect, because the defects that necessitates contract abrogation need a special assessment since the discretion of the two contracting parties is not sufficient . Options are numerous . Jurists are in disagreement as to their exact number ⁽²⁾ .

(*) Assistant professor the faculty of Shariah -Al-Ahsa , Al-Imam Ibn Sau'd Islamic University .

(1) Mukhtar al-Sihah p. 194 .

(2) Ibn Najem Al-Misri : Al-Bahr al-Ra'iq vol.2,p.2 .

- 3- Islamic judiciary characterized by subjectivity in application of justice among the people , without distinction between elder and young, or strong and weak .
- 4- Islamic judiciary is always avoiding artificials .
- 5- The judiciary in Islam is free, and the state will pay all its expenditures .
- 6- judiciary in Islam characterized by viewing the case instantly .

Suggestions and Recommendations :

- 1- We recommend to distribute these valuable pages of Islamic jurisdiction to all Moslem states so as to be minaret for the followers and best guide for researchers . judges are classified on the top- whicheverer, we have to introduce them in our universities .
- 2- Islam, is faith and Sharia, religion and state it is a complete non-partially, so, it is not for trading. And because of that, we recommend and require the implementation of Sharia laws in all or the Islamic world . In case that to give a chance for Allah's laws to be implemented in Allah's land, and Moslems recapture their situation and honour .
- 3- The implementation Islamic judiciary in Islam especially and Islamic Sharia in general, will contribute in establishing the required Arab unity, and stride step forward, for the sake of implementing a united legislation in Arab and Islamic countries .

*** Judiciary in Islam ***

- 1- The perfect case, must be tackled before , if the dispute is upon the right of worshippers, Allah the Glorify right or society right . In this condition, the case will be raised by the state and specialized establishments .
- 2- The sentence should be in a perfect formula in order to settle the disputation easily .
- 3- The sentence will be clear, without ambiguity or confusion .
- 4- The sentence should be in accordance with Sharia' laws .
- 5- Some jurists prefer that, the judge would explain the causes of the sentence and its source .

Fourth : Execution :

It is considered as a last purpose of the judiciary, and courts. Because the aim of this and that, is to return the right to the owner, litigation or the case will not be finished by issuing the sentence only, but by executing it efficiently. So if the judiciary sentence should not be executed, it becomes nonsense. Moreover the judgement becomes sarcasm or a comedy. beside that, it will lose its meaning . We notice that the compulsory power of judiciary is characterized more than consultations . The execution of a sentence is performing by a judge and the state . so the sentenced person may obey the judge totally .

Conditions of executing sentences :

- 1- A criminal case, will be performed and supervised by the state, accordingly the sentenced person may obey a judge .
- 2- A judge himself , should supervise the execution of a sentence .
- 3- Executing the punishments in the presence of the governor or his vice.
- 4- To execute the sentence as it is .
- 5- To perform the final sentence absolutely .

Conclusion :

The characteristics of judiciary in Islam approach :

- 1) Shari'a laws are characterized as constant, flexible, developed, accurate and subjective ones . These rules are derived from Heavens, and they are eternal and permanent which are formulated by the Creator . So no chance for fault or forgetfulness .
- 2- Judiciary in Islam depends upon Islamic faith which related to belief which connected with accounting in the day of judgement punishments and rewards .

be fair to both parties of the case - Also the sentence must be loudly .

Defence liberation must be taken , a judge neutrality is the essence, and performing consultation ⁽¹⁾ .

*** Second : Evidence :**

It is a statement of confirming the arguement and the proven, before the judge, in accordance with Sharia laws . If the judge listen to both opponents and differentiate between claimant and defendant . So the defendant, either declare that , he is guilty, and hence he will be ordered to perform himself . Eventually the demanded right will be returned to the owner. The judge can not act the sentence according to claimant . Because he may say false . The right must be protected by evidence to confirm .

Evidence is a redemption of the right . Islamic arranges the evidence, and stated the cases . Jurists had formulated for the judge, minarets of evidence. And as a result, the judgement and evidence become as examples of the best model to those who require right and justice ⁽²⁾ . The law-giver, put the most brilliant worship principle for satisfying justice . This as a matter of fact will be performed before a judge in order to solve the troublesome . The law-giver also considered right and equality between both opponents . This which had been required by the developed nations . (proof will be from claimant, and oath for defendant) .

Prophet of Allah peace and prayer be upon him confirmed the matter of evidence, and practised it operationally to prohibit injustice, Sharia stated number of means for evidence, such as witness, declaration, oath, writing , relation, judge, knowledge, experience and interview .

Third : Jurisdictional sentence :

It means a separation between litigation and settled expropriation by saying or action done by a judge and a court member. This will take place by means of obligation . The essence of that, is to return the right to the owner . This is the aim behind the case and evidence and judgement. Judgement sentence, characterized by legal bases and number of terms to be issued ⁽³⁾ .

(1) Case theory 40/2 ... etc .

(2) The importance of Evidence in Evidence means p, 23 .

(3) Judges' guidance 88/1 .

*** Judiciary in Islam ***

*** Law-formula :**

It is the application which is introduced to the judge to view upon it.

- * Claimant and defendant are the two parties of the case, two parties Al Hanafia stated that , the main part of the case is only the law-formula. therefore, the jurists consider the differentiation between the claimant and the defendant then, consequently, there are some measurements been stated by jurists to differentiate between them.

First : Claimant, if he neglects the case, will be set free . Defendant the one who , if he neglects cases will not be allowed .

Second : Claimant , his statement may be different from the evident . Defendant, his statement may identify the evident ⁽¹⁾ .

The terms of the case :

There is a number of terms of the case, in order to be considered by a judge . So that, the important factor of the claimant and defendant, that each one must be of relation to the case. Al Hanafia considered the presence of the defendant as a must. And prevent sentence upon the absentee, except in rare cases. Demanded is the right which should be legal and of interest to the owner. And, hence, this right should be protected by the judgement. Eventually, some jurists consider it as obligation. It would have been known and characterised. It is the thing will be proven mentally and legally, in custom .

*** Conditions of Law - formula :**

In terms of law-formula, it should not be contradicted . Moreover the claimant must specify his opponent in the case . Al Hanafia stated, that the introduction of the case must be directly by the claimant himself. If the conditions of a case are complete, it can be considered as correct case, otherwise, it is void. The absence of any of its conditions caused it as incomplete and false case ⁽²⁾. The case has two main divisions, criminal case, it is called accusation case. Civilian case, it is called debt case, which can be divided into case and estate case. The viewing procedure case, has certain steps and rules. The important factors in this condition, are as following :

To view the application which concern the case . To check whether it is correct or false . And to what extend the judgement specialization rule is .

The presence of the two parts is essential, or ones who will represent them . Hence , the judge will listen to both . Eventually a judge must

(1) Ibin Abi Aldam . Ibid , p, 185, 187 .

(2) M-Al Sarka introduction to General jurisdiction 844/2 .

Here, also the role of attorney general will be distinguished. This difference will be existed until performing restriction of Liberation. The judgement procedures in Islam will come through four stages aiming to settle the disputation and returning the right to the owners . There are four stages in courts case, evidence, sentence, and execution .

First : The case :

It had been defined by Al-Hanafia' as (requiring the right at council of case settlement, where, it is proven) ⁽¹⁾. And defined by Al Gu-rafi Al Maliki ⁽²⁾ as (a certain application or in holding of certain person, or as a result of the two mentioned conditions, considered legally and approved by habit) ⁽³⁾ .

Hence, we can say, the case if the information of a person himself, that he has a right being kidnapped by some person else ⁽⁴⁾, at the council of judgement, accordingly, the brilliant Islamic sharia, permits, that, a person will return his rights by raising his case to the courts which founded by the state . Eventually it eliminated and forever, the style of solitary judgement,as Almighty Allah says :

**" O ye who believe
Obey Allah, and obey the Messenger
And those charged
With authority among you
If ye differ in anything
Among yourselves, refer it
To Allah and His Messenger
If ye do believe in Allah
And the last day" ⁽⁵⁾ .**

So, in law, there are pillars for any case . Also, it has many kinds and rules. These are four pillars (claimant, defendent, law-formula and demanded) ⁽⁶⁾ .

*** Demanded :**

It is the right upon which the dispute comes to existence .

(1) Rad Al A'hkam 32912 .

(2) Ahmed Ibn Idris Abul Abbas , one of Malikiyya scholars , born , live, died in Egypt, has valuable books in jurisprudence . (Al-Zakhira, Ywaqit Fi Ahkam Al-Mwaqit) passed away 684H, see Zirakely v,1, p, 94-95 .

(3) Al Karaki v,4, p, 72 .

(4) Al Sohaili principles of legal and lirlilan courts . p. 117 .

(5) Surat Al Nisaa , verse 59 .

(6) The case theory 180/1 , and after it .

*** Judiciary in Islam ***

The judge in Islamic law, performing a general and private specialization . This should be implemented in accordance with the resolution of his appointment . Therefore , we have to consider, here , the existence of high jurisdiction commission, which devoted to control the first level courts, supervise and check their sentences , and so forth audits all the cases come from them .

Afterwards, if there are discrepancies in the first level courts, sentences in the text, analogy and unanimity, the high commission will criticise them - and return them to the judgement or viewing as in controlling court or discretion this in Jordan called appeal court , in Tunisia called following court, in Egypt called critique , court and in Saudi Arabia called discretion ⁽¹⁾ .

The types of courts in Islamic judiciary in contemporary consideration of the late development .

- 1- Legal judgement court .
- 2- Accidents court .
- 3- Small courts .
- 4- Emergency court .
- 5- Military court .
- 6- Crime court .
- 7- family court .
- 8- Civilian court .
- 9- Commercial court .
- 10- The high court or discretion court .

Jurisdiction Procedures :

In this point, we consider to perform the accuracy and perfection . But these only represent a half of the judgement, and half of justice. Because the declaration of the right and approving is not enough . Therefore, it is nonsense to open the courts, if the way is not paved, before the judgement, so that the way of judgement must be easy. Beside, that, the courts and judges will perform the structure of judgement . Meanwhile, the procedures of judgement are considered as the essence of judging. We notice, that Sharia' law implement, the essence of judgement in a complete and perfect form. Eventually Prophet of Allah put the main rules of the Islamic state, which are being as minaret to the nation to perform justice. The judgement procedures are different, in accordance with the kind of the case. Whether it is criminal, civilian, or legal. Hence, the difference will be clear, at the first step of investigation, which is done by police, and two judges of investigation,

(1) Al zohaili . History of judiciary in Islam p, 480, 485, 1191, 501,512 .

First : Specialisation regards to place :

According to this situation, the judge should be tied down by the authority of jurisdiction in a certain country exclusively . However, there had been added, that the authority of each court, should be specified. Beside that its specialisation includes all rights in a certain place .

Al Mawardi stated that "It will be permissible for the judge to generalise viewing and specialize in acting " (1) .

In the era of Islamic state, the judge had been appointed for the whole region and been staying in the capital of the region . After his appointment as a region judge and operationally he ignores certain area of the region, conventionally, it should be independent from his authority.

The main principle, here is to consider the place of the defendant . Otherwise, considering the residence of claimant and defendant . If they are in one place, it will be easy . Cases of wife and children survive money paid by the husband should be excepted from this rule . Because it is permissible for the wife to raise her problem in the place of her residence .

Second : Specialization regards time :

In this situation, there will be number of courts acting all at one time and in the same place . But in accordance with job distribution, Hence, a judge should be appointed for viewing at the beginning of the day and so on . This is also including, the alternative judge in days of vacations and Bairams or night shifts and Firdays . Eventually he is the judge of emergency cases .

Third : Objective / Qualitative specialization :

Generally, the judge either acting general ones view upon cases, or specialized in acting a certain kind of cases . It will be possible to found courts for the sake of dealing with certain cases . And afterwards postpone their specialization, when a judge view upon it, such as being carried on nowadays . It had been confirmed in the era of Prophet Mohammad peace and prayer be upon him, with Amro Ibn Al A'as and Agabah Ibn Amir and Huzaifa Ibn Al Yaman (2) .

Afterwards, the consideration of specialization of the court or judge is more accurate , because it has neither limits , nor legal (Sharia) estimation. Accordingly, it depends upon discretion, considering surrounding circumstances, place and time of the case .

(1) Al Mawardi, Ibid .

(2) Al Mawardi Ibid . p. 92 .

*** Judiciary in Islam ***

- 4) Return of human right to their owners .
- 5) Mortmains .
- 6) Public benefits of Muslims .

Second : Greavance courts (Mathalem) :

They were initially called Diawan Al Mathalem and they concerned in consulting, legislative and punishment aspects, such as injustice occurred by the rulers - whether monetary or domination .

Jurists agreed that the judge of injustice should be a man .

Third : Al Hisba courts :

Al Hisba means the public morality orders and prohibition of bad behaviour ⁽¹⁾. Al Hisba had been into existence in order to initiate a moral community. It contains several departments in the state such as police attorney general and so on .

The authority of Al-Hisba judge or as mentioned in the former definition included two aspects :

First : To order the people to perform the fairness towards Allah right, the general system and the right of the society .

Second : To ordain people not to involve in forbidden, whether it concerns Allah rights or worshippers right, and combination of these rights ⁽²⁾. Beside these courts there is the court of military judge .

Jurisdiction :

It is performing the distribution of the cases between a number of courts which operate at one time and each court specialised in certain kinds of disputation . However, this distribution, sometimes may be according to the jurisdiction establishment, time, place or the kind of the disputed rights . The thought of jurisdiction originally stands upon a number of courts in a country at one time .

The Legal Court :

Islamic system stands upon the unity of judiciary . On the other hand, Islamic judge is the judge of law, implies that, it constitutes the sole reference in all cases . In the era of Islamic state the judges had been concentrated upon the separation between the civilian and financial cases . They intended to avoid the cases of wounds and crime. Accordingly, the viewing upon crimes only by the governor of the state . And then the resolution of a judge appointment , should verify the function, and specialisation of the judge . Therefore , a number of courts had been established at one time .

(1) Al Mawerdi , p, 240 .

(2) Al Souti, Al Ashbah wal nazair p, 528 .

state had been expanded and the Calif Omer had been devoted to external affairs and therefore, he separated between judiciary and the other works and responsibilities of the rules . And he appointed judges in all cities of the Islamic state and made the judges under his direct control .

The third phase : Started at (Haroon Al Rasheed) ⁽¹⁾ era and extended till today in which the judiciary has been separated completely from all other .

Judiciary independance :

In Al Abbas era , there appeared a new name called Gadi Al Gudat (judge of judges), it equals the minister of justice nowadays, the first judge of judges the jurist Abu Yousuf, ⁽²⁾ the friend of Abu Hanifa and the author of (Al Kharaj) book in Haroon Al Rasheed era . This occupation appeared at the first time in Baghdad .

Haroon Al Rasheed had never intruded in judgement, and the judge of judges was the one who controls, supervises, and look after judges ⁽³⁾ .

After Abu Yousuf, Yahia Ibn Aktham ⁽⁴⁾ had become the judge of judges in Al Mamoun ⁽⁵⁾ era ⁽⁶⁾ .

Courts system :

The Islamic states prevails justice through courts . There are three type of courts :

First : Public courts : They are the most prevailing and they concern in the following :

- 1) Resolution of disputes among people .
- 2) Criminal courts .
- 3) Judgement in Blood, wounds , and Retaliations .

(1) Haroon al Rasheed Ibn Mohammed Ibn Mansour Al-Abbasi, Fifth Caliph in Abbasid state, in Iraq, He was the most famous among them, He was scholar in Arab arts as well as Hadith and jurisprudence, He was brave , good warrior and generous . Born, 149H-193, see Al'alam (Zerakly) v,8, p, 62 .

(2) Abu Yousuf : Y'acoub Ibn Ibrahim, Al-Ansari Al Kuffi, He was a close friend of Al-Imam Abu Hanifa as well as being his student. He was jurist, and Hadith keeper, First one who makes books about principles of jurisprudence according to Al-Imam Abu Hanifa school of thought . Born 113H, Died , 182, see Al'alam (Zerakely) v,8, p, 193 .

(3) Thafer Al Gasemi , p, 242 .

(4) Yahya Ibn Aktham Ibn Mohammed Al-Osaydi, a judge and was of status and famous, from the nobles of jurists, He was born in (Maru) . He was appointed for (Bisra) judiciary (202H) Born, 159H, passed away 242H. See Al'alam (Zerakly) v,8, p, 138 .

(5) Al-Mamoun : Abdullah Ibn Haroun Al-Rasheed, the seventh of Calif of Abbasid state in Iraq, one of the great Kings in his knowledge and expanding of his rule, born 170H- Died 218H, see Al'alam (Zerakely) v,4, p, 142 .

(6) Wakee' , Ibid 2/131 - 145 .

*** Judiciary in Islam ***

Judiciary organization is a set of rules and bases that lead to protect human rights and up disputes and conflicts . It is of great significance that all jurists have taken much care of and they used many polite names to mean it such as (judiciary courtesy, judge politeness,... etc.) ⁽¹⁾ .

The Muslim jurists have participated in building the jurisprudence rules in general and judgement organization specially . They resort to Sharia texts to obtain their rules and legal opinion (Fatwa), and the fundamental incentive was to protect human rights and end up disputes no one to fear but Allah ⁽²⁾ .

The Islamic state in all eras has organized the judgement and the judges were becoming a good example in justice , fairness, and neutrality ⁽³⁾ .

Separation of powers :

Judiciary is characterized by independence and separation of all other power . It supervises all rules applications , and the following shows the relationship between judiciary and other powers .

Judiciary is a part of Islamic state : It is known that judiciary is a pillar of the Islamic state that the Prophet peace and prayers upon him had established after Higraph to Madina to keep in safe all human rights by obtaining justice . The Prophet peace and prayers be upon him had become a judge and made the state constitution of judiciary . He worked as legislative and excutive at the same time . And he chose the best of his followers to practise the judgement all over the Islamic state ⁽⁴⁾ .

The judiciary organization insures that there is a real government in Islam and Sharia .

The seperation between judiciary and other powers :

The judiciary had stepped three phases : First in the era of the Prophet peace and preyers be upon and his friend Abu Bakr and some time of Omer era . The judiciary was linked with other powers . And the Prophet peace and prayers be upon him on the top of the state government and he chose a number of his followers to judge in many Islamic districts .

The second phase in the era of Omer Ibn Al Khattab and who came after til the period of Haroon Al Rasheed . In this period the Islamic

(1) Ibn Abe Ad-Dam , p, 718 .

(2) Ibid p. 30 .

(3) Ismail Yadawi , Sharia and Islamic studies journal 8th issue , 1407 . p, 53 .

(4) Nathariyat Al Da'awa , 1/122 - 171 .

The Prophet peace and prayers be upon him makes the judiciary one of Allah graces that people are allowed to feel envy towards it , as mentioned in many (Hadiths) . Al Imam Ahmed says "there should be a judge, or people rights will be lost" ⁽¹⁾ .

Sharia rules or any man made rules are divided into two : Rules give the persons the authority to use their property and rules confirming these properties, and these two divisions are complementary and should be protected .

The German thoughtful (IHRING) said that properties without authority is nonsense ⁽²⁾ .

Sharia has made many rational rules that help people practise freely their rights but it draws the right way they can practise them .

The purposes of judiciary :

The main purpose of judiciary is to insure justice and keep human rights . Books are sent to people and so Prophets to insure justice Quran is very keen to insure justice . Almighty Allah says .

**" Allah commands justice, the doing
Of good, and Liberality to kith
And kin " ⁽³⁾ .**

Muslims are also be attentive to the importance of justice and judgement theoretically and practically . Abu Bakr says " The weak among you is strong for me til I return to him his rights, and the strong among you is weak til I take human rights from him if it's Allah's will . (In Shaa Allah) ⁽⁴⁾ .

Ibn Al Qayem also said " Allah has sent Messengers and desended books in order to direct people towards justice . The jurstice on which skies and earth stand and wheresoever it appears, that means there is Sharia of Islam ⁽⁵⁾ .

Judiciary organization :

People have known judiciary since avery long time and still . The prophets and so the four lawful califs and the reformers have all involved in judiciary .

(1) Al Mughni 14 - 5 .

(2) Al Zuhaily, I bid, p, 6 .

(3) Surat Al Nahl verse 90 .

(4) Al Bidayah wan - nihayah 6/307 .

(5) Badaa Al Fawaid 3/153 .

* Judiciary in Islam *

From the above mentioned we can get the following elements :

- 1- Al Gada'a (judiciary) is the notification of Almighty Allah rules in a certain problem and bringing out the people rights .
- 2- The compulsion of the two parties with the legal rule .
- 3- The resolution of the conflicts and ending up the disputes .

The best definition is the Hanafists' which says "The resolution of conflict between people and ending up disputes according to Sharia rules in Quran and Sunnah ⁽¹⁾ .

This definition states two matters :

- 1) The aim of judiciary is the resolution of conflicts and ending up disputes in order to let people live in peace .
- 2) That aim should be achieved by applying Sharia rules as taught by Quran and Sunnah .

But these definitions are restricted to general judiciary and not including greavance (Al Mathalem) and (Al Hisba) judiciary which aim at keeping people rights, security and application of Sharia rules.

Therefore, we can present this definition which can be comprehensive and breif " It is the authority of ending up disputes and protecting general rights by Sharia rules " ⁽²⁾ .

The importance of judiciary :

Judiciary is one of the most useful sciences as it keeps in safe the human rights and bodies, and it explains the prohibition (Haram) and allowed (Halal) . It is furthermore one of the Prophets duties . Almighty Allah says :

**" O David ! we did indeed
Make thee a vicegerent
On earth : so judge thou
Between men in truth (and justice)
Nor follow thou the lusts
(Of thy heart), for they will
Mislead thee from the path
Of Allah" ⁽³⁾ .**

As the Prophet peace and prayers be upon him says , Allah does not glorify people who do not give the powerless his rights .

(1) Hashiat Ibn Abdeen 4/459 .

(2) Al Zuhaily , usul Al Muhakamat p, 31 .

(3) Surat Sad verse , 26 .

Judiciary in Islam

Prof. Mohammad Al Zuhaily (*)

Introduction :

Praise be to Allah , Lord of the Universe, who has sent to his servants the holy Quran, and peace and prayers be upon his Messenger, who has sent for mercy of people, and who emigrated from Makkah to Medina and established the Islamic state , and become the first judge in Islam .

The judiciary in Islam is a bright picture in History of Islam, it keeps a dominant location in sharia and a back bone in jurisprudence .

Moreover it represents the right application of Almighty Allah rules practically and theoretically. And I have chosen this subject matter to explain it in brief although it is very elaborated and comprehensive .

The definition of judiciary and its importance :

Judiciary in language has several meanings but in Sharia it has been defined by Al Bahoti Al Hanbali ⁽¹⁾ as the compulsion of people to accept , legal rule and resolution of conflicts ⁽²⁾ .

It is also defined by Ibn Rushd Al Maliki ⁽³⁾ as "The notification of the legal rule on away of compulsion" ⁽⁴⁾ .

Al Shafeyiah jurists have defined it as "The resolution of conflicts by following Allah rules" ⁽⁵⁾ .

(*) Professor, Dean of the college of Shari'a for scientific affairs . University of Damascus, has many researches in jurisprudence .

(1) Mansour Ibn Younus, Sheikh of Hanabilah in Egypt in his time, His name Bahoti derived from Bahot, a village in Gharbeyah, Egypt . He has many books (Iktishaf Al Qurna'a) (Daqayq Auli Al-Noha) Born 1000 (Higrah), Died, 1051 (H). This definition from (Al I'alam) written by (Al-zirakley) volume 7, page 307 .

(2) Kashshaf Al Gina'a , 6/285 .

(3) Mohammed Ibn Ahmed Ibn Rushd . (Alandulosity) . From Qurtuba classified , about 50 books (Bidayat Al Muftahid, wa-Nihayat Al Muqtasid) , (Minhaj Al addilah) born 520H died 595H . From (Al I'alam) by Al-Zirakly . Vol, 5, p, 318 .

(4) Tabsirat Al Hukkam , 2/8 .

(5) Hashiat Al Shergawi, 2/491 .

*** Utilization of Deposit ***

Collecting a rent on deposit :

Shafeya provided for his (Shirbeeni) ⁽¹⁾ said that he is entitled for payment against safe-keeping and I agree with this .

Conclusion :

- 1- Undoubtedly a deposit is a secured property of big value and this is why its owner deposited it to avoid its loss .
- 2- Islam had encouraged the person to evaluate himself before accepting a deposit , if he were trust-worthy he may accept it otherwise he should not .
- 3- Mere intention to commit a breach of trust is itself a sin .
- 4- Islam provided obligation for compensation on the person who takes the deposit outside its hidden place or unfastens it for the purpose of using it .
- 5- Mere opening or breaking the lock or seal of a deposit makes the depository liable for compensating it .
- 6- Borrowing of a deposit or trading with it, is prohibited because it constitutes an illegal trespass on the deposit .
- 7- Profit gained from trading with a deposit, is due for the person who carried out or executed the transaction because, he also bears the risk of liability a compensation in case of loss .

These are the results we arrived to by this research which include valuable points that reflect the extent of care Islam owes to the safety and security of personal property rights and also the honesty provided for by Islam in connection with return of an entrusted property which shows how practical Islam is . In the last supplication we say : " Al-Hamdo Lillah Rab Al-Alameen" . All praise be only to Allah, the lord of the Universe .

(1) Al Shirbeeni - Mughni Al Muhtag v, 3, p,79 - 80 .

Rent of utilizing the deposit :

In case the depository profits from keeping or taking care of the deposit (e.g . He utilized the house for his own residence) should he pay any rent for this utilization-period ? jurists conflicted upon this . In the first, the Shafeya ⁽¹⁾ and Hanabela ⁽²⁾ : "If any rent is due for the period he utilized it, then he should pay this rent" . Also the Malekeya ⁽³⁾ agreed to this . The Hanafeya agreed to this only in case of dedication and orphans property that can be utilizable ⁽⁴⁾ .

The second opinion of Hanafeya is that no rent is due .

Supporting Evidences :

Supporters of the first opinion say that he who utilizes a property like real estate, as provided by contracts, should pay the rent . The Hanafeya who do not agree to payment of rent referred the matter to "Omer Ali" who judged that the owner is entitled to the slave and the value of her illegitimate child who was set free while his mother was returned to her owner, but they did not judge that their rent should be paid to owner ⁽⁵⁾ .

Discussion :

The opinion of the Hanafeya indicates and highlights an important issue which can be briefed in : Whether benefits can be considered parts of the original property or not ? .

The "Gamhour" say that it is part of the property, but the Hanafeya disagree with this except in case of dedication or orphans property. The malekeya did not mention any clear rule and differentiate between them, but they have just stucked to tradition only .

Preponderance :

The most preponent is the opinion of the "Gamhour" that says that rent is due in case of depository's benefiting from the deposit . It also commensurates with Sharia nature and spirit because rent becomes a must whenever the depository had benefited from the deposit by utilizing it .

(1) Al Nawawi - Al Minhag , p, 62 .

(2) Ibn Qudama, Al Mughni v, 7, p, 406 .

(3) Al-Dosougi v, 3, p, 421 .

(4) Damad v, 2, p, 467 .

(5) Ibid .

*** Utilization of Deposit ***

the deal and paid it from the deposit, so he will be entitled for its profit because he made the deal of buying at his own risk a for himself, so both buying a profit will be his .

Abu Hanifa said " Dirhams can't be specified by the same contract unless accompanied by handing over . In case he wishes to hand over ones else, he could so . I believe that if he utilizes the deposited money in contract, then the outcoming profit will not be legally his , if he bought it by separate money but used the deposit in payment , then he will be entitled for the profit . The supporters of the second opinion who say " Profit should be for the owner "provided evidence by saying :

"The profit is a growth for his own property " .

Supporters of the third opinion who believe that "Depository may spend profit for charity purposes" argued by saying "This profit had been gained wrongfully, simply, because he is not allowed to sell the deposit and because when selling it, he normally informs the buyer that he is selling his own property which is untrue because lying in business, creates an obligation for charity .

Discussion :

We negotiate this matter with those who say that "Depository may spend profit for charity purposes" by saying that this profit is not a property that has no owner, but it should be either owned by the depository or owner and therefore, the profit should either belong to owner or depository .

Preponderance :

It is undoubtedly known that, in case the depository commits trespass on the deposit and lost it, he will be liable for compensating it . It is also known that wherever the original deposit is available in his custody, he is bound to return the same to its safe custody . It is not correct to say that the profit is for the guarantee of the deposit and accordingly, the depository shall have no right in taking the profit gained . Nevertheless, we can say that depository may be entitled to this profit due to the following reasons : 1) This commensurates with the rule saying "Kharaj is guaranteed" Kharai (land-tax) . 2) The common rule is that a person might enjoy the benefits of his efforts in the same way as he suffers their failure or losses . 3) The owner has not deposited his property for gaining purposes, but he just kept it with depository for safety purposes and accordingly, he is only entitled to his original deposit . Of all the above we may conclude that the profit should be for depository .

bought with another money which he replaced or cashed from the deposit . The (hanafeya) supported this opinion also but in case of similarity deposits only . Shafeya also support this opinion ⁽¹⁾ .

- 2- "Profit should be due to owner and invested in goods for his interest". This is the opinion of the (Hanabela) as provided by (Elsharif Abu Gaafar) and (Abul-Kattab) in case the purchasing is made by the original property" .
- 3- The depository shall distribute the profit as a charity and it will be preferable for him not to eat from it "as provided by Abu-Gaafar" ⁽²⁾ ⁽³⁾ . "Al-Karakhi" ⁽⁴⁾ also explained this by dividing it into four when he said : 1) Regarding money obtained as a profit from deposit, he should spend them only on charity basis . 2) In case he refers to others and cashed them, i.e cashed both . 3) In case he refers to them and cashed others . 4) In case he released some without referring to them or others, but instead of that, he said, I bought for one Dirham, but preferred cashing them to avoid embarrassment with people at this time . What our Sheikhs say is that "it is entirely wrong and not preferable" ⁽⁵⁾ .

Supporting Evidences :

Those supporting the first opinion of : "profit for Depository" provided the following as supporting evidence :

Sarkhasi ⁽⁶⁾ ⁽⁷⁾ said Because it is a profit gained from a property in his possession and custody and so it will be legal as if it is an outcome of his own property, because when he guaranteed the deposit it became his ownership untill the guarantee-date is due . Accordingly, he executed the deal and the obtained profit is in his ownership and under his guarantee . They also added "The owner has kept the deposit for safety and not for profit purposes, therefore, he will be entitled for its original amount only but not for its profit . The Shafeya (Abul-Khattab) also said "whereas he made

(1) Al Sharwani v,6, p, 42 .

(2) Ibn Qudama, Al Mughni v,7, p, 399 .

(3) Abu Gaafar (died 533 H) . Mohammed Ibn Mahfouz Ibn Ahmed Ibn Hasan Al Baghdadi Al Hanbali has a book in Fiqh called Al Kitab Al Farced Fil Fiqh Al Hanbali (Al Bagdadi) v,2, p, 88 .

(4) Al Karakhi (260-340 H) Obaid Allah Ibn Al Hussein Ibn Dallal Al Karkhi jurist (Ibn Al Imad, v, 2, p, 358) .

(5) Al Haskafi v, 2, p, 459 .

(6) Al Sarkhasi (died 490 H) Mohammed Ibn Ahmed Ibn Abe Sahl Ibn Bakr Al Sarkhasi - jurists, Imam of his coledges . (Al Bagdadi v, 2, p, 76) .

(7) Al Mabsout v,11, p, 111 .

• Utilization of Deposit •

"Ibn Tameya" ⁽¹⁾ was asked about borrowing from a deposit without permission and replied that "No objection to borrow in case the depository is quite satisfied and sure that the owner agrees to this". In case there is any doubt, borrowing shall be prohibited. Sheikh (Zarouq Al-Maliki) ⁽²⁾ said: "In case the owner's good heartedness is evident, the borrower is financially sound then borrowing can be allowed without hatred but in case of his being poor, borrowing shall be restricted. I may add an additional comment "The owner may be known to be good hearted and has no objection on borrowing provided also the depository may be rich, nevertheless, the owner might be in need of it at a time when the depository might not be able to repay the owner for it. For this reason, I believe that no borrowing shall take place unless upon clear permission or consent from the owner in order to give no chance of any misuse of deposits which Allah instructed us to take care of.

Profit obtained through Trading with Deposits :

It is undoubtedly known that jurists restrict and prohibit any disposal of, trading with, rent or hiring of a deposit unless upon owner's consent or approval because safe-keeping of it is something obligatory. Shafeya and Hanablea are of the opinion that profit obtained as a result of trading with a deposit is considered as rapine. The Malekeya treat it as hated or possible in case the deposit is a similarity and the depository is rich and could return it upon request, but at the same time they have banned it in case the depository is poor. Regarding the profit obtained as a result of trading with deposit, we say : jurists disputed on either :

- 1- Profit shall be entirely due for depository. This is the opinion of Malekeya ⁽³⁾ and Abu Yousif ^{(4) (5)} (of the Hanafeya) when they said irrespective of the type of deposit whether being a valuable or a similarity and whether he traded with it and converted it to cash or

(1) Ibn Taimiah (661-738H) Ahmed Ibn Abd Al-Haleem Ibn Abdulsalam Ibn Taimiah Al-Harani, Al-Dimashqi Al-Hanbali Shiekh Al-Islam Taqi Adin Abu Al-Abass, jurist, has Al-Nafia publications, Ibn Katheer Abidaiah wa Al-Nihaiah v,14, p, 132-142.

(2) Zaroug (846-899 H) Ahmed Ibn Ahmed Ibn Mohammed Ibn Eesa Al Fasi Al Maliki well known as Zaroug, jurist, has many useful publications (Ibn Al Inad v,7,p,363).

(3) Al Derdeer, Ibid, v, 3, p, 421.

(4) Abu Yousuf (113-182 H) Yagoub Ibn Ibrahim Ibn Habib Al Ansari Al Kufi Al Baghdadi Ibn Yousuf, friend of Al Imam Ibn Hanifa and student 10, the first who prevailed his thought. Jurist, Allamah, Al Zerkley, v, 8, p, 193.

(5) Al Sarkhasi, Al Mabsout 11/111 - 112.

which the depository disposed of in a trading transaction which resulted in its elapse or missing what would the legal rule be ?

He says : " The owner shall have the option in case of its being available with the buyer either to cancel the deal and return it or to take the sales-revenue and sign for receipt of it . In case of its being missed or lost from the buyer, the owner will have the option of either rejecting its sale and returning its value from the depository or by signing for its sales acceptance and receiving its sale revenues. In case the owner rejects the deal and returns it, there will be no profit. In case he accepts the deal and takes its selling revenue he might be entitled to some profit in case of its being invested in trading operations before being returned by him ⁽¹⁾ .

Malekeya comment on these rules in connection with deposit as follows :

- 1- Not a single evidence has been provided in support of these rules which could legally or logically be accepted .
- 2- These rules contradict the spirit and principles of Islam which provides for the safety and security of deposits .
- 3- If we take e.g the Quran texts and versions regarding deposit we will find all of them providing for " carefulness" instead of "keeping" because carefulness is highly-evaluated than keeping" .

(Ibn Masoud) in talking about safe-keeping of a deposit or trust mentioned that " All sins of a (Shaheed) martyr are forgivable except for trust". Trust or honesty includes e.g Wadoo (ablution) and deposit e.c". In discussing the Malekeya's opinion we say : whereas you don't have a legal or logical evidence due, so what is the reason for differentiating between "valuables" and "similarities" since all are instructed to keep in safety and take care of ? Also what is the reason for differentiating between rich and poor ? Although the poor is actually more in need than the rich for borrowing the deposit, trading with it and gaining profit therefrom .

Preponderance :

The more preponderant is what the "Gamhour" majority of scholars said . They have forbidden and restricted the depository to utilize or dispose of the deposit in his custody in any way except that which is naturally required by it (such as disposing of seeds to air) unless upon owner's consent or in case of his being that the owner will have no objection on borrowing the deposit or trading with it .

(1) Al Dosougi , Foot note v, 3, p, 421 .

* Utilization of Deposit *

borrow it . "Al-Baqi" ⁽¹⁾ said in "Al-Mawaq" ⁽²⁾ :

There is a lot of conflict regarding the borrowing from a deposit without its owners consent or permission . It is hated in "Al-Ma'oonah" In "Al-Otbeyah" it has been said with reference to Malik "I prefer not to do it" ⁽³⁾ . In "Al-Sharh Al-Kabeer" there is some justification for these rules mentioning that the reason for prohibiting the depository not to borrow from a deposit in his possession without the owner's permission is due to the variation in objectives and also because it can't be substituted in case it has been within valuables category. In case of similarity deposits, they can be borrowed by a rich depository who is not dilatory or reluctant because he is expected to return it, provided that its equivalent is available .

After knowing that the three "Mathahib" Hanafeya, Shafeya and Hanabela have arrived to an agreement that the borrowing of a deposit constitutes a trespass on it and we also note that the borrowing of a deposit could be for different and various aims except using it in trade . A person might borrow from a deposit in order to buy food for his family . He might also borrow it to trade with it and return the same to owner upon request . Trading with a deposit may vary from borrowing it because it may be a similarity , such as money, which the depository may utilize it in trading without any intent to borrow, but may use it in buying and selling transactions out of which he makes profit . We know what is the rule regarding deposit borrowing, but what is the rule in case of trading with it ?

Regarding trading with deposits Sheikh "Al-Dardeer" ⁽⁴⁾ commented in "Al-Sharh Al-Kabeer" saying : Trading is like borrowing in rule, whether the deposit is one of the "valuables" or "similarities". The depository is either rich and satisfied or poor, and trading with a deposit may either be permitted by owner or not . They say also "Trading is like borrowing in hatred only" ⁽⁵⁾ .

"Al-Dusougi" ⁽⁶⁾ said : In case a deposit is one of the valuables

(1) Al Bagī (403-474H) Sulaiman Ibn Khalaf Ibn Saad Al Gurtobe Abul Waleed Al Bagī , Maliki jurist, Hadith narrator, he has many publications Al Zerkely v, 3, p, 125 .

(2) Al Muwaq ; Mohammed Ibn Yousuf Ibn Abe Al Gasim Al Andalusi known as Al Muwaq (Tawsheeh Al Dibag - 234-235) .

(3) Ibid v, 5, p, 254 .

(4) Al Dardeer (1127-1201 H) Ahmed Ibn Mohammed Ibn Ahmed Al Maliki Al Azhari well known as Al Dardeer jurist, has many publications (Hadiyat Al Arifcen v,1, p, 181) .

(5) Al Dardeer, Al Sharh Al Kabeer v, 3, p, 421 .

(6) Al Dosougi (died 1230 H) Mohammed Ibn Ahmed Al Dosougi Al Maliki , learned in Al Azher - Egypt died in Cairo (Ibid - 2/357) .

without owner's permission to the extent that some jurists expressed this by "Trespass" ⁽¹⁾. Of course the safety-keeping of a deposit is provided for by Sharia rules and regulations,⁽²⁾ e.g the Quran verse that reads .

**" Those who faithfully observe
Their trusts and their covenants " ⁽³⁾.**

All this is quite clearly understood, but the Malekeya have divided the deposit into two parts :

1) Valuable Deposits . 2) Similar kind Deposits . They have also divided the depository into two categories : 1- Rich . 2- Poor .

In case the deposit is one of the valuables then the depository shall not be entitled to borrow it without owners permission or consent . It has been explained in "Altag wal-Akaleel" that Sheikh Khaleel⁽⁴⁾ said "The Depository shall not borrow a deposit if he were poor, if he were rich, he shall not borrow a deposit that can be bought for money or that which can be weighed , measured or that has got so many varieties or cannot be easily achieved or obtained such as textile. I agree that this indicates that valuable deposits should not be borrowed . The Malekeya also said " In case the depository returns the deposit he will be free from any liability for it, but in case of valuables the borrower shall not be released from liability ⁽⁵⁾ . I believe that the valuable is that sort of property which you may find similar, but not typical , types of it in markets. (e.g hand made things). But the similar is that type of property which does not vary totally, or the one which you may find its typical in markets (e.g cereals and coins or bank-notes) . Borrowing valuables is extremely prohibited by Malekeya, whether the entrusted borrower is rich or poor . In case the deposit is one of the Similarities (e.g Dirham "money") he shall be prohibited from borrowing it in case he were a poor . It is hated also the borrowing of a rich depository for a similarity deposit without its owners consent ,but in case the owner was consented, then he may

(1) Bidayat Al Muhtadi , v,8, p, 489, Al Sharh Al Kabear v, 3, p, 420 .

(2) Al Shirbeeni v, 2, p, 44 .

(3) Surat Al Muminoun , verse 8 .

(4) Khaleel Al-Khabari (died in 767H) Khalil Ibn Ishaq Ibn Musa Ibn Shuaep Khown as Al-Kidawi (Dia Al-Din Abu Al-Muadah) Fandamentalist , Al-Baqdadi, Hadiyah Al-Arifeen, vol,1, p, 352 .

(5) Al Tag Wal Ikleel v, 5, p, 254 .

* Utilization of Deposit *

Discussion :

The Hanabala discussed opinions provided for by the three groups who based their evidence on "Hinds Hadeeth" and said that Ahmed apologized by saying that her right is binding for him at all times, unlike the debt and that "Abu Bakr" had differentiate between them on grounds that marriage is like evidence in which right should be clearly provided for. There are also two other differences :

- A) The wife, unlike a foreign person, may economise or reduce her expenses out of her husbands money .
- B) The main purpose of spending is to keep people alive and therefore, taking money for such a purpose is allowable . I may also discuss the same matter with the third group of opinion by simply saying that "Hind's Hadeeth" is a provision that leaves no chance for other interpretation-Also the differentiation of "Abu Bakr"⁽¹⁾ by saying that marriage is like evidence is that " this argument is not in their favour or is even contrary to what they say" because debt is clear through evidence and logic and that there is no evidence to this differentiation also . We also reject their statement saying "spending is for the purpose of keeping people alive" by saying that "property also is one of five necessary things that should remain untouched". Regarding the argument raised by "Ibn Quodama" ⁽²⁾ we say that "Albaqawi" replied him by saying that : "the object behind this Hadeeth "Return ..." is meant not to betray him by taking more than what is due as a punishment for him, but taking the equivalent of his right is legally permitted according to Hind's Hadeeth" which does not bear any provision for betraying .

Preponderance :

We are more inclined to support jurists who were of the opinion that : "a person may collect his right in property from he who withholds it , refuses to pay it or denied it in case of lack of evidence .

Borrowing a deposit to trade with it :

Jurists nearly agree in general that one of the reasons for guaranteeing or securing a deposit is that because it can be utilized

(1) Ibn Bakr (234 - 311 H) , Ahmed Ibn Mohammad Ibn Haroun Ibn Yazeed Al-Bagdady, jurist . Ibn al-Imad, Shatharat Al-Thahab, vol.2, p, 261 .

(2) Ibn Qudama (705-744H) Mohammed Ibn Ahmed Ibn Abdal Hadi Al Magdisi Al Salihi Al Hanbali (Shams Ed-Din Abu Abdullah) jurist Hadith narratw student of Ibn Tay-miyyah (Al Shawkani v, 2, p, 108-109) .

to his denial and lack of evidence, then he may take only the equivalent of his due property right . This is one of two sayings referred to Malik . In one " Ibn Aqeel" ⁽¹⁾ said : our new colleagues provided for the legacy of right-collection in the "Mathab" by referring to Hind's "Hadeeth". "Abul-Khattab" ⁽²⁾ said " Regarding the legality of right-collection from a deposit it is permissible , in case the deposit is similar to his right, then he may take the equivalent, but not more . If the deposit is different in kind from what is due then the creditor should thoroughly investigate and inquire about "Hind's Hadeeth" ⁽³⁾ .

" Al-Shafei" said : " If he couldn't levy his right due to lack of evidence then he may take its equivalent whether being of the same or different kind or nature" .

The "Mashhour of Malik" says : If he were not indebted to others he may collect his right only, otherwise he will not be entitled to take because in case of his insolvency they can also levy their dues from his right in property."Abu Haneefa" said " He may collect within the limits of his right in specie, if otherwise then he will not .

Supporting Evidences :

The group of the first opinion based their argument on " Hind's Hadeeth" because our Prophet has given her the authority to take what suffices her and her children . The group of the second opinion based their argument on the Hadeeth " **Return the trust to he who has entrusted you and don't betray he who betrays you**" . The reason for referring to this Hadeeth is that wherever a person takes from the Property of an unwilling to pay person without his knowledge, this act will be considered some sort of betraying . Whenever he takes or collects his right from a property different in kind this will be an unamicable compensation . The group of the third opinion referred also to "Hind's" Hadeeth and said that :

In case the right is of the same kind of the deposit, then property right can be collected therefrom, because this is a collection for something which is due, but in case of being different, this will be considered a deal which shouldn't be singly completed from one part only .

(1) Ibn Aqeel (431-513H) Ali Ibn Aqeel Ibn Mohammed Ibn Aqeel Al Baghdadi (Abu Al Wafaa) jurist, he has many publications (Al Bidayah Wan Nihayah) v,2, p, 184 .

(2) Abul Khattab (432-510H) Mahfouth Ibn Ahmed Ibn Al Hassan Al Baghdadi Al Hanbali , jurist, (Ibn Al Imad v,2, p, 27-28) .

(3) Al Mughni, Ibn Qudama v,14, p, 339 - 342 .

* Utilization of Deposit *

from such deposit . Since the depositor had withheld his property-right then he will be entitled also to withhold his deposit from him". "Al-Thowri" says that : "In case the deposit is Dinars (money) he cannot withhold all of it, but may only take his due right therefrom" . Other jurists say : " He may collect gold instead of silver and vice versa, but shall not be entitled to collect it from another of different kind.

" Malik" argued that "deposit shall not be withheld " on the basis of the Hadeeth of Prophet that says " **Return the trust to whom he had entrusted you and don't betray he who betrays you**" ⁽¹⁾. Some jurists referred to this Hadeeth and said : "In case a man has something due from another, got hold of it , he should not be entitled to withhold it) . Again we return to Al Baqawi who explained the objective of the Hadeeth on the basis of which Malik argued saying that " Betraying him by taking excess after the collection of his right as a punishment for his betrayal is not allowable, but it is legally allowable by Sharia to collect the equivalent of his suspended right . I believe that the argument referred to Malekeya is not so popular or may be contrary to what known in the Mathhab (school of thought) because there is no difference between collecting the same or similar value . But the argument referred to the Hanafeyah saying that : wherever the creditor gets hold of his same property out of the debtor's property he may take it referring to "Hind's" Hadeeth of Prophet Mohammed peace and prayers be upon him sounds more clear . In case such a property is a debit which the debtor rejected or denied and then later deposited its similar with the creditor , the creditor shall not be entitled to withhold something that is different from his due property right . The Hanabela explained this issue in detail as for " Ibn Godama" argument that says : In case the debtor is accepting the debit and is willing to pay no body shall be entitled to take any of his property without his amicable approval, even if by loosing it . In case of being lost, it would accordingly turn to become a debit for which he will be solely responsible because he had trespassed it as it the required amount is similar to his own in making set off . If his rejection or withholding payment is due to a legal excuse , such as insolvency, then nobody will be entitled to take or deduct anything from his property without consent even if such withholding is not justifiable. It shall also be prohibited to take or collect such amount from his deposit in case there is any chance of levying it through legal procedures . If this is not achievable due

(1) Sunnan al Tirmizi -v, 3, p, 564, Abu Dawod, vol,3, p, 290 .

Twentieth : In case the deposit or entrusted material is a book, could it be read ?

This had been negotiated by the "Hanafeya and Shafeya" ⁽¹⁾ but they didn't arrive to an agreement there to . The Hanafeya say that the entrusted is allowable to read if the deposit is "Quran" because he has the dominion or jurisdiction to such practice . The "Shafeya" Prohibited this on grounds that it constitutes one of the barriers of the gurantee . I will be more inclined to support such prohibition unless upon owner's consent because this is a utilization for deposit .

Taking the due right (debt) from a Deposit :

In case somebody is entitled to a property right due from another person who withheld or refused to pay or refund it to him and this debtor deposited some property with the creditor as a trust, should the creditor be entitled to collect the equivalent of his property right from this deposit ? This issue has been mentioned by " Al Baqawi" ⁽²⁾ within the course of Hadith of "Hind" who came to Prophet Mohammed peace and prayers be upon him complaining of the stinginess of her husband "Abi-Sofyan" the outcome of which our Prophet peace and prayers be upon him lastly said **" Take amicably what is sufficient for you and your son"** ⁽³⁾. (Agreed upon) . According to this "Al-Baqawi" said : "whoever has got a suspended property right being withheld by another person and has got the chance of refunding any part thereof may utilize this chance to refund his dues therefrom if such right is of the same kind or may even refund its equivalent out of its value" . Al-Baqawi" then explained how he arrived to this judgement from the Hadith of "Hind" by saying : " The home of a stingy man does not contain what is being required by his wife and children necessary for their expenses and other requirements , so the wife may be entitled to take whatever is sufficient for her and her children therefrom "Al-Shafeyi ⁽⁴⁾ commented on this by saying " this can only be obtainable through the conversion of what is variant from this right into what is similar or equivalent to it . Other jurists went to say that " He should collect his dues or rights from a deposit of the same kind" , i.e In case he requires money "Darahim" from somebody who deposited the same with him, then he can collect them

(1) Al Durr Al Mukhtar v,4, p, 501 .

(2) Al Baqawi (died 516H) Abu Mohammed Al Hassan Ibn Masaud known as Al Baqawi Al Shafey jurist, Hadith narrator, Quran interpreter (Tabaqat Al Shafeya v,3, p,101 .

(3) Sahih Al Bukhari v,3, p, 101 - Muslim , v,3, p, 1338 .

(4) Sharh Al Sunnah v,8, p, 205 , Fath Al Bari, v, 9, p, 509 .

* Utilization of Deposit *

it should remain as a debit to be taken from his inheritance . I believe that by this the deposit is ensured and guaranteed even if unknown but does not stand liable for it in case of being available . "Abu Haneefa and the Gamhour" ⁽¹⁾ Argument is that the locking of the Box and sealing of the bag are both considered as a sort of concealment and safe-keeping of the deposit while opening the lock and removal or force-opening of the seal is considered a breach to such concealment . It also constitutes an illegal trespass without owner's consent and hence he should be liable for compensation for all of them (i.e the lock, the box and the bag) .

Sixteenth : In case the entrusted person receives a deposit in string-tied bag or a bundle of cloth tied with a string, then he untied the string , what would be the legal rule ?

The " Shafeya" ⁽²⁾ say that there is no liability for compensation because this tying is meant for the prevention of dispersement but not for concealing or hiding it from being seen by others .

Seventeenth : In case he pierced the sealed bag without breaking or touching the seal ? "Shafeya and Hanabela say that" ⁽³⁾ : No liability except for shortage resulting from this piercing . In case he pierces it intentionally then he will be liable for compensating the whole content of the bag .

Eighteenth : In case the entrusted person receives two similar but separate deposits and spent one of them what would be the legal rule ? The "Hanafeya" ⁽⁴⁾ say that he should be liable for compensating what he had spent only . Other schools agree to this . "Tbn Abdeen" ⁽⁵⁾ says "this is applicable in case of similarities that can't be affected by splitting . I believe that he should be liable for all that remains useless after this splitting or separation .

Nineteenth : In case another foreign person commits trespass on the deposit and lost it, the entrusted person shall not be liable because he didn't commit the trespass himself. The owner should trace the person who lost it . The Malekeya ⁽⁶⁾ and other basic schools provided for this because of the main reason that trespass had not been committed by the entrusted person .

(1) Sharh Al Majalla , v.4, p, 255 .

(2) Ibn Hagar , Al Tuhfa v,7, p, 123 .

(3) Al Shirbeeni , al Mughni v,3, p, 89 .

(4) Ibn Abdeen , Al Hashia , v,4, p, 498 .

(5) Ibn Abdeen (1198-1252H) Mohammed Ameen Omer Ibn Abd Al Aziz, jurist, born in Damascus and died there (Hadiyat Al Arifeen) (2/367) .

(6) Al Dosougi , v,3, p, 420 .

and didn't return it . Afterwards the whole deposit was lost . The jurists agreed ⁽¹⁾ that the trustee should only be liable for what he had spent, which is "one Dirham only" , but shall not be liable for the rest . Their argument is that the trespass had been committed in connection with what he had spent, but the remainder is still kept safely . The Deposit can't be influenced or harmed by splitting and whereas he had spent a specific part of it therefore, he should be liable for what he had lost . I agree that this is correct .

Thirteenth : In case the entrusted person counted the money or weighed it or measures the cloth in order to know its amount or length, what would be the legal rule then ? .

The Shafeya say that there is no liability on him in this case ⁽²⁾. Their argument and right to know in Al-Luqatah (money found in the street). We think that this sounds more clear and convincing and we stand in support of it .

Fourteenth : In case the entrusted person received the deposit buried or hidden in sand, then he unburied or concealed it which led to its total damage , what would be the legal rule then ? .

The Shafeya said " He should be liable for compensating it in total, irrespective of whether he has taken part of it during the unearthing or not . Their argument in support of this is that such burial is considered to be a sealing for this property while the unearthing is a contravention to it and accordingly should be treated as a trespass that creates an obligation for compensation, and I believe that this is correct. This is, of course, different from counting or weighing the money because counting money , contrarily to unburial , does not casue any effect .

Fifteenth : In case the entrusted person had received the deposit locked in a box or in a stamped or sealed bag, then he opened the lock of that box or destroyed the stamp or seal to open the bag what be the legal rule then ? .

The "Shafeya and Hanabela" ⁽³⁾ say : "He should be liable for compensating the whole deposit whether he has taken part of it or not . The "Hanafeya" also supported this . Regarding the box and the bag should also be compensated . The Hanafeya said ⁽⁴⁾ : "In case he didn't take any of it until the death or disappearance of the entrusted person while the deposit is existing, then it should be returned to the owner . In case of its being unknown in specific then

(1) al Shirbeeni , v,3, p, 89 .

(2) Ibid .

(3) Al Mawardi , Al Hawi v,10, p, 394 - 395, Al-Mughni, Ibn gudamah, vol,9, p,277-278 .

(4) Al Kasani, Al Badei v,6, p, 213 .

* Utilization of Deposit *

only". The "two friends of Abu Haneefa (Al Saheban) spoke about The option of either liability for compensation or sharing the loss with the owner". Abu Haneefa's evidence for this total liability for compensation is that part of it is compensation due to spending (as agreed to by the Hanafeya) and the remainder is due to its being mixed with the other (as argued by the Shafeya) also ⁽¹⁾.

The rule of Abu Haneefa is that "Mixing which diminishes significance is to be considered a trespass which will impose liability".

"Baberti" ⁽²⁾ replied to those who say : " consider the return of the one Dirham as a payment for (Debit) and don't treat it as a mixture" by saying " the entrusted person shall not be solely entitled to arrive to a judgement in the absence of the owner or a case-diary". Malik argued that no liability exists in case the alternative is returned. The Hanabela's argument in being liable for the loss is that because of its only being the subject matter for the trespass .

The argument of "Al-Sahebain" in their leaving the option, of either claiming compensation or sharing loss with the trustee, to the owner is based on the assumption that mixing of different type and nature is some sort of illegal spending .

Perponderances : My own weighing of evidence in this case is that liability for compensation here is concerning the "One Dirham" which he had taken out through committing trespass and without the owners consent or approval - Liability has nothing to do with anything which had not taken through trespass .

Eleventh : In case the owner consents the entrusted person to take for the deposit, but did not instruct him to return, what he had taken and accordingly the entrusted person returned the alternative of what he had taken , then the judgemnet here will be contrary to the above (i.e as if he had taken without being allowed to do so) . This was mentioned by the "Hanabela" .

Also Al Qadi said " he should be liable for the whole" ⁽³⁾ . This was supported by the "Hanabela" due to their argument that says " He had breached the trust by committing trespass on what he had taken other than the rest i.e partial breach of trust) .

Twelveth : In case of the above case where the entrusted person took one Dirham out of "Ten" Dirhams deposited with him, spent it

(1) al Shirbee, v.3, p, 89 .

(2) Baberty (710-786H) Mohammed Ibn Mahmoud Ibn Ahmed Al Baberti , Al Hanafy , jurist, Quran interpreter, Hadith narrator, linguistic scientist Ibn Al Imad v.6,p.293-294 .

(3) Al Mughni , v.9, p, 278 .

sort of credit . In case the deposit was lost or spent in whole , he should be responsible only for what he had taken because of its being the subject matter of the "Trespass" .

Nineth : If he takes part of the deposit, e.g one "Dirham" out of "ten Dirhams" and did not return it , but returned a substitute for it , which was more different from the rest of money in shape or mint, or even looking to be more light or dark than the rest, then in case of spending or loss of the whole, he will be responsible only for this "One Dirham". The three schools (Hanafeya, Shafeya and Hanabela) agreed to this ⁽¹⁾. The "Malekeya" said " If he returned its similar substitute, he will not be liable for compensation" ⁽²⁾ .

Corroborating Evidences :

In corroboration of the liability for the one "Dirham" only the Shafeya said : "Because of his committing trespass on one Dirham only but not on the other remaining nine Dirhams" . The Malekeya are of the opinion that "Returning a simialr in similarities is something similar to returning a property which ultimately does not necessiate any liability for compensation" .

Preponderances : The most truely is the opinion of the "Gamhour" (Majority-group of jurists) who concluded that he is liable for compensating the only "one Dirham" he had taken out of its sealed or locked place without owner's consent or approval and he will be considered liable due to his committing a trespass, but shall not be liable for the rest because he did not commit trespass against them" .

Tenth : As for the above case and in case of his returning a similar substitute instead of the "same Dirham" he had taken, and in case this alternative Dirham he had returned is not bearing a significant mark that signifies it from the rest of the (Deposit) and in case of the total lose or spending of the whole deposit what will happen ?

Here the "Immams" did not agree to one opinion . "Abu Ha-neefa" and "Al Shafei" ⁽³⁾ said "he should be liable for compensating the whole in total" . Malik said ⁽⁴⁾ : " There is no liability once he had returned the alternative" .

The "Hanabela" ⁽⁵⁾ said : "He is liable for what he had taken

(1) Al-Haskafi, Badr, Al-Muntafa, vol,2, p, 125 , Al Umm 4/135- Al- Mughni v,9, p, 278 .

(2) al Mudawwanah v,4, p, 363 , Al-Umm, vol,4, p, 135 .

(3) Al Inayah ,v, 8, p, 489 .

(4) Al Kafi, v,2, p, 136 .

(5) Ibn Qudama, v,9, p, 277 .

* Utilization of Deposit *

Seventh : In case he took some money for spending, returned them back without spending them and later they were all lost, what would the rule be ? .

The " Hanafeya and Malekeya" say ⁽¹⁾ : "No liability for compensation against him". The "Shafeya and Hanabela" say ⁽²⁾ : " He should be liable for compensation within the limits of the amount he had taken only and not for the rest, irrespective of whether what he had taken is specified, or not due to being mixed with each other because even this mixing happened before this sum had been taken .

Evidences : The first two supported their opinion by the fact that : "Taking from a deposit does not contradict the liability and that he does not become liable because of his mere intention to spend, which didnot happen, e.g like a person who intended to usurpation . But did not become usurpated . The other two supported their opinion by saying that" : The liability of the keeper, when taking part of the (Deposit), is relevant to his intent, in other words : It what he had taken is lost or damaged in his hands, before being returned, then his liability for compensating it will continue until he returns it .

Discussion : the last two negotiated with the first two the evidence they have provided in support for the "No liability for compensation" saying that the "taking or removal" does not contradict liability and that mere intention does not stand as an evidence for liability. In this connection they said that "Mere intention, not accompanied by a direct act, is valueless". But in this specific case the intention had been accompanied by taking , as he had taken or removed it for the purpose of spending and this is a trespass that necessitates obligation for compensation .

Furthermore they said : "It is true that he is keeping it according to owner's consent, but he had removed and taken it without his consent or approval and this act contravenes the supposed care and safety. Therefore, liability for compensation here becomes a must .

Preponderances : It seems more preponderant that using of deposit without the owner's consent is a clear trespass and that his hands turned to become the hands of a liable person instead of an entrusted person . Accordingly, he will not be acquitted until he returns the (Deposit) to its owner in complete along with what he had taken of it , or until and unless the owner recreates him some

(1) Baberty, Al-Inaiah, vol,8, p, 289, al-Mudawanah, vol,4, p, 353 .

(2) Ibn Hagar , Al tuhfa , v, 7, p, 122, Ibn Qudamah, Al-Mughni, vol,9, p, 277 .

of it according to the owners agreement . The first said that intention in this case can't be separated from the act but had been accompanied by it . He had taken it out for the purpose of spending it and this constitutes an obligation because it is an act of trespass . And even his hand changed from a treasurers hand to a trespassers' hand . the more prepondarent here is the treasurers' liability for compensation because he had committed a trespass on the deposit in his custody and used it without owner's consent which is considered a contravention of his job as a custodian .

Fifth : In case he took some portion of the deposit for utilizing it and this portion was spent : In case he takes a portion of the deposit (e.g liquid money) for spending but this portion was spent or lost from his hands , then he will be solely liable for compensating this portion lost, not for the remaining untouched deposit . All jurists agreed to this,⁽¹⁾ logically because the liability should be equivalent to the contravening act and in this case he had contravened in some other than the rest . I think that this is correct .

Sixth : In case the Deposit or entrusted thing is an animal and he mounted or a cloth and he used and caused damage to it in this case he is liable according to agreement of the three schools " Hanafeya, Shafeya, Hanabela" and also Sahnoun" ⁽²⁾ ⁽³⁾ on behalf of the "Malekeya" . "Ibn Al-Qasim" said ⁽⁴⁾ .

In case he rode it and it was damaged whether in a place where this damage is probably expected to him or , due to his lack of knowledge, is unexpected, or there is similarity in both cases, the liability for damage shall be for the act of trespass . In case he rode it in a place where normally its damage is unexpected, then there is no liability whether the damage is unexpected, then there is no liability whether the damage is of value or otherwise . The evidence raised in support of this by the majority of jurists is that" mere use of a trust is a ground for liability for compensation" and this is more prepondent due to the strength of their evidence .

(1) al Mabsout v, 11, p, 111, Al Mudawanah, vol,4, p, 353, Al-Um,4, 135, Al-Mughni, vol,9, p, 277 .

(2) Sahnoun (160-240H) Abdal Salam Ibn Saced Ibn Habeeb, Known as Sahnoun , a jurist, judge (Al Baghdadi v, 1, p, 569 .

(3) Badei Al Sanaei , Al Kasani , v, 6, p, 211, Al Sharh Al-Kabeer, v,3, p, 420-421, Al-Shirpeeni, Al Shirpeeni, Al Mughni, vol, 3, p, 88, Ibn Qudamah, Al-Muqni, vol,9, p, 279.

(4) Ibn Al Qasim (132-191H) Abdal Rahman Ibn Al Qasim Ibn Khalid Ibn Ganada Al Masri taught in Maliki school, he narrated , Al Mudawwana of Al Imam Malik (Al Baghdadi, 1, p, 512) .

* Utilization of Deposit *

are of the same opinion similar to that of the "Hanabela and Hanafeya" in this specific issue .

Thirdly : In case of taking the (Deposit) out for the purpose of using it believing that it is his own property, but ceased from doing so :

Whenever the entrusted person takes out the deposit from its safety-place for the purpose of using it , the deposit should either be something of value or the like .

If it were valuable, as jurists agreed, the entrusted person is not allowed to use or utilize it without its owner's consent ⁽¹⁾ . If it were a similarity and he took it out for the purpose of using it without owner's consent, then the entrusted should either be :

- a) Thinking or believing that it is his own when taking it out .
- b) Not thinking or believing that it is his own .

If he took it out believing that it is his own, he should either use it or not . If he didn't use or utilize it and returned it back without using it , then there is no guarantee or compensation on him . Only the "shafeya" have provided for this because ⁽²⁾ :

First : He didn't use or utilize it .

Second: There is no guilty intention, because he believes it to be his own.

Third : Wherever he took it for the purpose of using it, irrespective of whether he believes it to be his own or not, this means that, due to such use, it has entered into the scope of his liability, jurists said so ⁽³⁾ .

Fourth : He took out the (Deposit) for the purpose of spending it or disposing of it, but it had been spent if, it were liquid money which he took out for spending, but it were partially spent would he then be liable for it ? .

The " Shafeyya and Hanabela" ⁽⁴⁾ said that he should be liable for its compensation . The " Hanafeya and Malekeya" ⁽⁵⁾ said that he should be liable for compensation if he transgresses . The logic of the first ones is that the act had been accompanied with the trespass-intent and accordingly the trustees' case was changed from being a trustee to being a breacher which meant as if he had denied it and then later admitted it . The "Hanafeya" said that using the deposit did not contravene the liability because he can't be liable for mere intention as he had got hold of it and became in possession

(1) Al-Mapsout Al-Sirkhisi, v,11, p, 123, Al-Kafi, P, 137, Al-Tuhfah v,7, P, 121, Ibn Qudamah, Al-Mughni v,9, p, 279 .

(2) Al Shirbeeni , Al Mughni , v,3. p. 89 .

(3) Radal Muhtar Ala Dur Al Mukhtarv, 4, p, 498, Al-Sharh Al-Kabeer, Al-Dirdir v,3, p,420,Al-Tuhfah wa Hawashiha v,7, p, 121-122 , Al-Mughni, v,9, p, 273 .

(4) Al Tuhfa wa Hawashecha v,7, p, 122, Al-Mughni Ibn Qudamah, v,9, p, 273 .

(5) Baberti - Sharh Al Inaya v, 8, p, 489 .

because the intention had been connected with the direct action which in other words means that the receipt of such deposit was linked to the intention of breaching it and in this case the intention was effective .

Preponderance (Weighing of Evidence) :

In this case it is preponderant that mere intention ⁽¹⁾, without being accompanied by any direct act , does not constitute a ground for any legal responsibility according to the "Hadeeth" of our Prophet "Mohammed " peace and prayers be upon him . (Acts are based on intentions) ⁽²⁾ . And therefore,"intention" separated from any act is valueless . Even the attempt to do any act is conditional to intention ⁽³⁾ . It is prepondant , therefore , that he is not to be guaranteed in case he had intended the breach of trust after the deposit was made but in case this intention took place immediately after receipt of the deposit, then he should definitely provide security, simply because the intent here had accompanied the act ⁽⁴⁾ . The same rule shall be applicable even if the breach-act was delayed in following the intention .

- 5- The effect of intent as "Al Shafeiya" said ⁽⁵⁾ : "The dispute is about securing gaurantee, but as far as incrimination is concerned there isn't any dispute about it .

Secondly : The use of deposit without having the owner's consent : the use of the deposit may take place either with owner's consent or without it . What will the judgement be in case of its being used with owner's consent ?

The " Hanabela " and " Hanafeya " jurists are of the opinion that such consent to utilize or use a certain deposit will convert the contract to a - Loan Contract , because the loan contract is a contract for "a Temporary interest ownership which is non-compensatable"or "a Permission to utilize a deposit" ⁽⁶⁾ . This is mainly based on the legal jurisprudence that says" In contracts the criterion lies in intents and meanings but not in utterings or thoughts" ⁽⁷⁾ . I think that the other school "Mathahib" or doctrines

(1) Mughni Al-Muhtaj, v,3, p, 89 .

(2) Ibid , v,1, p, 2 .

(3) Al Mugre' , v,1, p, 286 , verified by Dr.Ibn Hameed-printed at Um AlQura university . Scientific Research centre .

(4) Hashiat Al Sharawani ,v, 7, p, 123 .

(5) Al Hawi - v,10-395 .

(6) Al Tajwal Ikkel , v, 5, p, 268 .

(7) Ali Haider 4/267 .

* Utilization of Deposit *

Utilization of Deposit :

Firstly: Intention to commit a breach of trust: If he intends to commit a breach of trust by utilizing it he will no longer become entrusted.

The four "Imams" ⁽¹⁾ have agreed to this. "Ibn Soraig" ⁽²⁾ said that mere intention to commit the breach of trust necessitates the bond or security due to the apprehension that "The trustee had accepted and took possession of the deposit not willing to take care of it, but he held it with the intention of breaching it. In this way he is just like a "Picker" who had previously intended to commit this breach from the start. On the other hand, the "consensus" of jurists brought evidence on their statement that "mere intention does not necessitate bond or security" due to the following :

1- Sunnah : The statement and Hadeeth of Prophet :

That says "My nation will be forgiven for acts of mistake or forgetting and also for any thoughts which were not disclosed or practically carried-out or executed " ⁽³⁾ .

This indicates that mere thinking or intention without being accompanied by disclosure or direct act shall be of no impact .

2- According to reason : Because he, by just intending, has not actually committed any breach of trust whether verbally or practically and in this case will be treated as if he had not even intended .

3- Intention can be considered a sin only in case of being related to the rights of Allah but not to those of Human .

4- Because this intention has not actually effected its seal or fasten, accordingly, its security has not been affected ⁽⁴⁾ .

Discussion : The "consensus" of jurists replied to "Ibn Soraij" and his "Shafeyah" group that the comparison they have made between the trustee (in case of mere intending a breach of trust) and the "picker" (in case of his picking up the deposit with the intention of owning it) is that such comparison is variant, because the "picker" has practically moved or picked up the property with a wrongful intention or guilty intention and accordingly, he had to secure or bail it . They also replied to the presumption made by the "Shafeya" stating that "the existing guilty or wrongful intention necessitates security or bail as if this intention had been existing at the time of receipt of the deposit " is that his comparison is variable

(1) Al Bahr Al Raig , v, 7, p, 277, Al-Kafi v,2, p, 135, Al-Wajecz, v,2, p,185, Al-Mughni, v,3, p, 89 .

(2) Al Mughni , v,9, p, 272, Ibn Soriag died in (340H) Omer Ibn Ahmed Ibn Omer Ash-shafi Known as Ibn Soriag Abu Hafis, a Jurist has 400, publications Al-Ashawi, Tab-agat Al-Shshafiah, v,1, p, 316 .

(3) Al Bukhari 68 .

(4) Al Hawi v,10, p, 395 .

- D) Recommendation : It may be considered as obligatory without evidence of obligation .
- E) Undesirability : It may be considered as unlawful without evidence ⁽¹⁾ .

Second : The following five sharia rules will govern the acceptance and keeping of Deposit :

- A) Will be unlawful and forbidden in case the depositor is not capable of keeping it safely .
- B) Its acceptance and keeping shall be undesirable for he who is capable of keeping it , but is unsure of his own trustworthiness .
- C) It becomes obligatory in case there is no other person who could safely keep it and who could trust himself as being trustworthy .
- D) Can be recommended in case any of the abovementioned is available.
- E) Its acceptance is legally justifiable in case the owner knows that such a person is not trustworthy, but irrespective of this knowledge he gave it to him ⁽²⁾. This had been provided for by "Al-Shafeeya" in their books . Also the "Hanafeya" said that it is "Preferable". On the other hand the "Hanabelah" said : Its acceptance is "agreeable" to he who knows himself to be trustworthy and is capable of keeping it, but is , at the same time, hateful to others on whom these terms are not applicable. Regarding the "Malekeyah", I have not seen them any clear provision for its acceptance, Nevertheless, they have mentioned that it is "permissible" for both the depositor and acceptor .

Third : Obligation and permissibility : Jurists have agreed that a deposit contract is a permissible contract that can be made between two parties subject to its being terminated by either party at any-time he wishes so to do ⁽³⁾ . "AlGhazali" ⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾ . Said " It is a permissible contract to be made between two parties subject to termination in case of insanity, unconsciousness, death . In case of the termination of the said contract, the deposit will remain as a legal trust for which the trustee will remain legally- responsible ⁽⁶⁾ .

(1) Al Sawi , v,2 , p,198 , Hashiya Bi-Lughat Assalik . Dar Al Maa'rifa 1398H .

(2) Ibn Hagar , v, 7, p, 99 - 100, Tuhfat Al-Muhtag - Dar Sadir .

(3) Al Sarkhasi, Al Mabsout v,11, p,108 .

(4) Al Wajeez , v,1, p, 284 .

(5) Al Ghazali (450-505H) Mohammed Ibn Mohammed Al Ghazali Al Tousi, made nearly 200 publications . Ibn Al Imad 4-10 .

(6) Al Minhag , v, 3, p, 181 .

*** Utilization of Deposit ***

Abu Hurairah conveyed the Hadeeth from Prophet Mohammed peace and prayers be upon him saying that **" The Indications of the hypocrite are three : In case he talks he lies, in case of promising he doesn't fulfil and in case of being entrusted he betrays "** ⁽¹⁾ . There are many other Similar Ayat (verses) and Hadeethes providing for the importance of the proper tackling of deposits . Nowadays we find that there are many wrongful practices in relation with deposits or trusts, especially material ones in possession of the depositary such as the car for example, or deposits which may serve in solving his pressing needs like money or otherwise . This is entirely a wrongful thinking needs like money or otherwise . This is entirely a wrongful thinking and a bad and shameful behaviour or conduct, because the mere unfastening or opening of the lock or seal containing deposit or trust inside it is itself a breach of trust which is to be considered a crime or sin that necessitates punishment and guarantee on the depositary . All these above guidelines have pushed me try to explain in this research the legislations about utilization of deposits, attempt of breach of trust upto the borrowing of such deposit or trading with it , the judgment about the profit or interest sustained there from, starting with the statements and ideas of one respectable jurists about this matter along with the evidences, clues, discussions, if any preponderance or weighing of evidence, Hereinafter we will briefly discuss the above issues :

Deposit from the legal point of view :

Firstly : The condition of the bailer at the time deposit was made or effected and the subsequent rules that may follow .

- A) It's obligatory : In case he fears its loss which might result in his poverty or damage if he does not deposit the same, in addition to finding the accepting depositary who is capable of honestly taking care of it .
- B) Sanctity : Whenever such deposit is being made against the owner's wish, and the acceptor is unable to return it back to its owner or through distributing it to the poors if the trustee is financially vested .
- C) Permissibility : It's being permissible whether to the depositor or trustee .

(1) Narrated by Al Bukhari and Muslim .

Utilization of Deposit

By : Dr. Yassin Ibn Nasir Al-Khateeb (*)

This issue of making gain or profiting from a deposit had been occupying my mind and thinking for a long period because of its being relevant to person's ethics , worship and religious exercise . A Deposit is one of the trusts which Allah had obliged us to take care of . Many Quranic verses and Hadithes have included several provisions encouraging us to take care of it . Of these e.g .

**" And if one of you
Deposits a thing
On trust with another
Let the trustee
(faithfully) discharge
His trust, and let him
Fear Allah" (1) .**

and Allah says

**" Allah doth command you
To render back your trusts
To those to whom they are due" (2) .**

Al Qortobi (3) commented on the above two verses by saying" These versions are considered put of the main referencial judgements which were inclusive of religion and legislation" . He also explained who were concerned by them and also mentioned the Hadeeth of Prophet Mohammed peace and prayers be upon him , that mentioned " **Killing for the sake of Allah will retribute for all sins (or everything) except trust and honesty in prayers , in fasting , in talking and the most aggravated trust is in deposits "** .

(*) Born in "Al-Falujah, Iraq, has bachelor of legal science, Baqdad university, Master and Doctorate , univesity of Um al-Qurah Makka Al-Mukaramah, recently has been working in Um Al Qura university, Faculty of Sharia, judiciary department .

(1) Surat Al Bagarh, verse 283 .

(2) Surat Al Nisaa , verse 58 .

(3) Died (671H) Mohammed Ibn Ahmed Al Ansari Al Andalusi one of the greatest Quran interpreters .

*** The Uses of Pig Gelatin in Foods and Medicines ***

lots of foods that contain pure and lawful gelatin such as the foods that contain the gelatin of the animals slaughtered according to Islamic legitimate principles . The council of Islamic jurisprudence in Jaddah in its third session held in Amman, Jordan from 11-16 October 1986 issued resolution # (11) stating that : it is impermissible for any Moslim to use in foods the gelatin or any other substances extracted from pigs because the clean and lawful gelatin and other substances needed for human food are extracted from plants and Islamically slaughtered animals ⁽¹⁾ .

But if the components of foods and drinks are unknown and whether they contain this gelatin or not and if due to that calamity has prevailed and people needed these foods and drinks , it is permissible in such conditions to eat and drink them because the need has become equal to necessity whether the need is general or special ⁽²⁾ .

The uses of pig gelatin in medicines :

Due to the possibility of extracting gelatin from Islamically slaughtered animals which are available in great numbers such as the animals slaughtered during the Haj (pilgrimage) season in the Holy Haram (sanctuary) or the animals slaughtered by Muslims as sacrifice in their countries in the greater Bairam there is no necessity or need to extract gelatin from pig skins or bones, because the legitimate substitute which fulfills the Muslim needs is available . Moreover it is possible to substitute gelatine by cellulose in making medicines . Therefore it is impermissible to take medicines containing pig gelatin in case of option ; and it is not necessary to take these medicines because the gelatin extracted from the Islamically slaughtered animals can be used as a substitute for the pig gelatin in pharmaceutical products . But if these products are imported from outside the Muslim countries and they contain gelatin extracted from an unknown source and that people are in dire need to use these products, they are permitted according to Islamic legitimate principles to use these medicines because in such a case the need is equal to necessity .

Referring to the decision issued by the council of Islamic Jurisprudence in Jaddah in its 3rd session held in Amman, Jordan from 11-16 October 1986 that prohibits Muslims from using gelatin extracted from pigs in their foods dispensing with the gelatin extracted from Islamically slaughtered animals, it is also exigent to forbid its uses in medicines because there is a clean lawful substitute .

(1) Resolutions and recommendations of the council of Islamic Jurisprudence in Jaddah 43.

(2) Al Ashbah wa naza'ir : Al Sayouti p, 88 .

of Allah, peace and prayers of Allah be on him, replied : No ⁽¹⁾.

Based on the aforementioned, if the liquor could be purified through transformation or could be kept to make use of, the Messenger of Allah, peace and prayers of Allah be upon him, would have drawn his companions attention to such a fact . As to the analogy regarding the skin of the dead animal if it is tanned, it is also an invalid analogy, because the nature of the skin after tanning is its same nature before tanning . Its material will not transform into another material and it is still called "skin" after and before the tanning process . Hence such an analogy is not suitable as a proof for transforming impure things into pure things according to the Islamic law (Shariah). Besides there was a controversy among jurists with regard to the purification of the skin after tanning. According to Caliph Omar and his son Abdu Allah Ibn Omar, Omran Ibn Husein and Sayidah Aysha the skin of the dead animal is not clean after tanning as narrated by Malik and as popular among the Hanbali jurists contrary to the consensus of jurists opinion that the skin of the dead animal is clean after it is tanned ⁽²⁾.

A recommendation was issued by the 8th medical, jurisprudential forum of the Muslim organization for Islamic medical sciences held in Kuwait from 22 to 24 May 1995 regarding the following :

The transformation process which means the converting of a material into another material with different characteristics, transforms the impure materials into clean materials, and transforms the unlawful materials into lawful materials according to Islamic law (Shariah) .

Taking foods containing pig gelatin :

According to the previous preponderant opinion the skin and bones of the pig can not be purified through transformation . If they are turned into gelatin their impurity will remain unchanged as has been the case before the transformation process if it is taken for granted that they transform completely into gelatin, but this is not so . Some specialists said that the skins and bones of pigs do not transform completely, but partially ⁽³⁾. Hence, it is Islamically impermissible to take , in case of option, foods and drinks containing pig gelatin because they are najas i.e impure and subsequently they are unlawful (haram) to be eaten or drunk according to the consensus of jurists. On the other hand necessity is not a prerequisite for eating these foods because there are

(1) Sahih Muslim 2/191 .

(2) Bada'i Al Sana'i 1/270 , Bidayat Al Mujtahid 1/76 , Al Mughni 1/66 .

(3) Dr. Wafiq Al Sharqawi : Chairman of board of directors and the managing director of the Arabian company for gelatinous and pharmaceutical products in Egypt .

* The Uses of Pig Gelatin in Foods and Medicines *

- b) According to Shariah (Islamic law) the characteristics of impurity are based on the previously mentioned fact. If a pig or a dead animal fall in a saline (salt works) and have consequently become salt except the bones and the flesh there will result from that the rule on the salt ; the juice is pure but when it turns into alcohol it becomes pure and clean ⁽¹⁾.
- c) According to the Islamic legitimate rules if the impure thing is transformed into another thing such as when the human excrement turns into earth and alcohol turns into ginger the previous rule of impurity together with the name and characteristics of the unclean thing will vanish and will have a different rule ⁽²⁾.

The outweighing opinion :

I see that the conclusion of the jurists' first opinion is preponderate because the impure thing can not be purified through transformation .

As to the conclusion of the jurists' second opinion that the unclean same can be purified through transformation , it is a disputable case for the following reasons :

- a) Saying that the rule follows the name on which that rule has been given is refuted by the fact that the skin of the dead animal has this same name before and after tanning though the rule after tanning is different from the rule before tanning .
- b) When the impure thing is transformed into another thing it remains impure after it has been transformed because nothing occurred after transformation that has removed the characteristics of impurity . Hence the rule is on the original .
- c) To analogize the impure materials that purify through transformation to alcohol becoming ginger and the skin of the dead animal if it is tanned is an invalid analogy : The Messenger of Allah, peace and prayers of Allah be upon him, spilled the liquor and broke its vessels and ordered the people to do the same thing . Anas , Allah be pleased with him, narrated that Abu Talhah asked the Messenger of Allah, peace and prayers of Allah be on him, about some orphans who inherited liquor . The Messenger of Allah , peace and prayers of Allah be upon him ordered him to spill it . Abu Talhah then asked the Prophet, peace and prayers of Allah be upon him if it was possible to turn it into ginger . The Messenger

(1) Far'h Al Qadir 1/176 .

(2) Al Sail Al Jarar 1/52 .

Jurists have disagreed among themselves as to the extent to which the filthy things are purified through transformation . There are two contradicting opinions . The first opinion is that the uncleanness of the same is not purified through transformation (unlike alchohol if it becomes ginger) . This is the opinion of Aby Yusif, some Hanafi, Maliki and Shafi'i jurists. The Hanbali jurists mostly adopt this opinion ⁽¹⁾. The second opinion is that the filthy thing is purified through transformation . This is the opinion of some Hanafi jurists, the consensus of the Maliki jurists , Imam Ibn Taymiyah ⁽²⁾ and some Hanbali and Zahiry jurists ⁽³⁾ .

The evidences of the two opinions :

The jurists of the first opinion inferred that the rule on things such as the human excrement , the pig and the dog was one of impurity . Consequently the Islamic rule of impurity on any same is permanent, even if it is transformed into another substance as long as the original same exists ⁽⁴⁾ .

The jurists of the second opinion inferred their rules through analogy and reason .

1- Analogy :

If the impure same is transformed into another one, it becomes clean by analogy to alchohol when it turns into ginger, and to the skin of the dead animal when it is tanned ⁽⁵⁾ .

2- Reason :

- a) If the characteristics of the impure , unlawful thing is transformed into another clean, lawful thing, the Islamic legitimate name given to the former same will cease to be according to the given Islamic rule. Subsequently this name of the unlawful, impure thing is replaced by the later name given as a legitimate rule on the lawful, clean thing because the new transformed material is no more impure and unlawful; It has become another thing with another different rule ⁽⁶⁾ .

(1) Rad Al Muh'tar v.1, p, 210 , Al Muhazab v.1, p, 10, 48, Majmo Al Fatawi v.21,p,72 .

(2) Ibn Taymiyah (661-738H) : Ahmed Ibn Abdul Haleem Ibn Abdus Salam Ibn Taymiyah Al Harrani Al Dimashghi Al Hanbali Sheikh of Islam (Taghi al Din, Abu Labbas) representative of the science of Hadith , interpretater of Quran , jurist , he has many invaluable publications (Ibn Katheer, Al Bidalah wal Nihaiah (14/132-141) .

(3) Fat'h Al Qadir v.1,p.176, Al Sharh Al Kabeer v.1,p.50, Fatawi Ibn Taymiyah v.21, p.68.

(4) Al Muhazab v.1, p, 48 .

(5) Rad Al Muh'tar v.1, p, 210 , Al Mughni v.1, p, 72 .

(6) Al Muhalah v, 1, p, 166 .

*** The Uses of Pig Gelatin in Foods and Medicines ***

The extent to which Najasat i.e (filthy things) are purified through transformation :

Transformation as a *fiqhi* i.e jurisprudential term means the changing of the unclean same from its original nature into another nature, such as turning alcohol into ginger ⁽¹⁾. Scientifically, transformation means any chemical reaction that converts the substance into another compound such as altering fats and oils, with all their different sources, to soap ⁽²⁾.

The difference between transformation and the chemical combination and mixture respectively :

Transformation, scientifically, differs from the chemical combination where several substances react chemically when mixed and combined to form a chemical compound with physical and chemical characteristics that differ from the components of the mixture. Through this process the substances transform and their characteristics dissolve forming new substances, such as the reaction of metals or alkali with acids to form salts.

Transformation also differs from mixture which is merely an interference of a substance particles with another substance particles to form a mixture or emulsion. Every component of this mixture preserves its natural, chemical and pharmaceutical characteristics and effects. Each of the mixture substances passes through the assimilation of food process as if it is not mixed with another substance.

As to the common, natural characteristics regarding the colour, the taste, and the smell that occur unexpectedly on the mixture, they are accidental with respect to each of the mixture components, that its nature is not changed such as mixing pig fat with cow fat. Moreover each of the mixture components might have its own strong natural characteristics that prevail over the similar characteristics of the other components. For example if the pig fat is mixed with red spices, the colour of the mixture will be red; and if it is mixed with a flavorful substance, the smell and taste of the fat will change. It is not consequent upon this mixture the vanishing and dissolution of the mixed substance characteristics. The components of the mixture remains as they are regardless of the changing of their natural characteristics ⁽³⁾.

(1) Rad Al Muh'tar 1/210.

(2) Dr. Mohamd Al Hawary : Istihalat Al Najasat p.2.

(3) Dr. Yahiyah Khawjl, Dr. Abu Al Wafa Abdu Al Akhar : E'adat Al Nazar fi fatawi Ib-ahat Al Matomat wa mustahtrat al-Zeena al-Makhloota bil muharamat wa alnajasat 5-6. Translation : Re-considering the rules on the lawfulness of foods and cosmetics mixed with unlawful and unclean substances.

two interpretations the bodily parts of the pig are unclean ⁽¹⁾.

Rule on eating pig parts :

There is no difference of opinion among jurists as to the unlawfulness of eating pig parts in case of personal option . Hence it is unlawful to eat anything of all the pig parts ⁽²⁾.

The Quranic evidence is found in the aforementioned verse in surat Al Ana'am, verse # 145 and in Surat Al Maidah : Allah said

" Forbidden to you (for food)

Are : dead, meat , blood,

The flesh of swine, and that

On which hath been invoked

The name of other than Allah " ⁽³⁾ .

Apparently the two verses denote that eating pig flesh is unlawful . But jurists have ruled that it is unlawful to eat any of the pig parts and they have accounted for specifically mentioning flesh in the two verses regardless of the other pig parts that the most intended part for eating in the animal is its flesh ⁽⁴⁾.

The evidence from Sunnah :

Abu Hurairah, Allah be pleased with him, narrated that the Messenger of Allah , peace and prayers of Allah be on him, said that Jesus Christ, peace be upon him, would descend from heaven to earth to apply justice among people . He would break the cross, kill the pig, impose the tribute and make money abundant and excessive that nobody would accept it ⁽⁵⁾ . Apparently, the Prophet peace and prayers be upon him want to denote what will happen to his Umma (people) when Jesus descends , kills the pig and descend with the rule of Islam . If the pig can be slaughtered according to Islamic principles, Jesus will have not permitted its killing . This is an evidence that eating all pig parts including the fats is unlawful .

According to the consensus of Moslem scholars all pig parts are unlawful (Haram) to be eaten . Al Nawawi said that according to the unanimous resolution of Moslems, the fats, blood and all other parts of the pig are unlawful. Al Maqdasi said that there was no disagreement among Moslim scholars that all the pig parts are unlawful ⁽⁶⁾ .

(1) Fat'h Al Qadeer wal Inayah 1/65 , Al Muhalah 7/390 .

(2) Fat'h Al Qadeer 1/64 , Sharh Manh Al Jalil 1/600 , Al Kafi 1/489 .

(3) Surat Al Maidah, verse # 3 .

(4) Tafsir Ibn Kathir 2/7 , Al Qurtuby 2/222 , Ahkam Al Quran 1/124 .

(5) Sahih Al Bukhary 2/27 , Sahih Muslim 1/76 .

(6) Al Majmou 9/25 , Al Sharh Al Kabir 1/67 .

The extent to which pig parts are clean :

There is no disagreement amongst jurists that the parts of a slaughtered pig are not pure and pleasant . Although it is slaughtered according to Islamic principles it is considered a dead animal . The jurists do not disagree that all the pig parts are impure apart from its hair which according to the Maliki consensus is pure and apart from its skin which is pure after it has been tanned according to Al Zahiriyah as narrated by Abu Yusuf ⁽¹⁾ and Malik ^{(2) (3)} . The evidence that the pig parts are unclean is found in the Holy Quran : Allah said :

O Mohammad , say to them,

" I do not find in what has been revealed to me anything forbidden to an eater to eat Except that it be carrion or the blood that has been shed or the flesh of swine, for it is unclean, or flesh of an animal that has become profane because of having been slaughtered in any other name than that of Allah " ⁽⁴⁾ .

In this Quranic verse which mentions "the flesh of swine, for it is unclean", the pronoun (it) refers to the swine according to the opinion of Ibn Al Hammam ⁽⁵⁾, Al Babarti ⁽⁶⁾ and Ibn Hazm ⁽⁷⁾, or it refers to the 'flesh' of the swine according to Ibn Katheer ⁽⁸⁾. But despite the

-
- (1) Abu Yousuf (113-182H) : Yaghouh Ibn Ibrahim Ibn Habib Al Ansari Al Koufi Al Baghdadi , the student and close friend of the Imam Abu Haneefa . He was a jurist and Hadith keeper . The first one who originated the study of jurisprudence according to Abu Haneefa school of thought . He has many publications in Hanafi jurisprudence (Al Zerkely, Al A'lam 8/193) .
 - (2) Malik (95-179H) : The Imam Abu Abdallah Malik Ibn Anas Ibn Malik Ibn Abe Amir Ibn Amro Ibn Al As Ibn Ghaiman Al Asbahi Al Madani the Imam of Al Madina and he is one of the fame jurists (Ibn Khillikan, wafiyat Al A'yan 4/135-137) .
 - (3) Path al Qadir 1/64 , Bada'i Al Sana'i 1/22 , Al Kafi 161 , Sharh Manh Al Jalil 1/600 , Al Mughni 1/66 , Al Majmo 1/215 , Al Muhalah 1/153 .
 - (4) Surat Al-An'am from verse 145 .
 - (5) Ibn Al Hummam (790-861 H) Mohammed Ibn Abdul Wahid Ibn Abdul Hameed Ibn Masoud Al Askaudn . Kamal Ed-Din Known as Ibn Al Hammam . One of Hanafiyah Imams , fully aware of religions , interpretation, jurists, Arithmetic Arabic language and the science of logic . Born in Al Askandriya and died in cairo , He has many publications in Hanafiya jurisprudence (Al Zerkely, Al A'lam 6/255) .
 - (6) Al Babarti (710-786H) Mohammad Ibn Mohammad Ibn Mahmoud Ibn Ahmed Al Babarti Al Roumi Al Hanafi (Akmal Ed-Din) jurist, inheritance jurist, interpreter, linguistic (Ibn Al Imad, Shazarat Al thahab) 6/293-294 .
 - (7) Ibn Hazm (384-456H) Ali Ibn Ahmad Ibn saeed bin Hazm Ibn Ghalib Ibn Saleh Ibn Khalaf Al Umawi Al Andalusi Abu Mohammad Al Zaheri . He has many publications (Hagi Khalifa) Kashf Al Zunoun 5/690-691 .
 - (8) Ibn Katheer (701-774H) Ismail Ibn Omer Ibn Katheer Ibn Daw Ibn Dire Al Gurashi Al Basrawi'Al Dimashghi Abu Al Fida'a Imad Ed-Din . Quran Keeper, Historical, jurist he has many publications . (Al Zerkely, Al A'lam 1/320) .

4- Gelatin extraction from collagen :

This is done by placing the collagen inside machine-operated apparatuses arranged in sequence where extraction is completed through ordinary water at a 25° approximately . The temperature is then raised 5° in the next apparatus to reach 30° . This system is followed untill the water temperature reaches 80° .

5- Concentration, desiccation and packing :

Diluted solutions containing gelatin that dissolves in water are percolated while hot through filters . Then they are transfered to concentration apparatuses under low air pressure to reach a concentration rate of 35% . At this point the temperature is raised to the boiling degree for a while . Then the gelatin cools untill it hardens . After that, the gelatin is pressed in a meshed net to come out in the form of thin threads that are then cut into small pieces and be grind into fine or coarse powder to be used in different purposes ⁽¹⁾ .

The Uses of Gelatin :

Gelatin is used in the following food industries : meat and sea food packing, canned meat, ice-creams , gelatin sweets, dairy products , powdered foods such as pudding, different kinds of pastries, cakes and tarts, different drinks such as milk, soup and fruit juice . It is used in making jams as a hardening substance and in making sweets as a decorating substance, it is also used in making low calorie foods and as a substitute to animal and vegetable oils in preparing some foods .

The uses of gelatin in medicine industries : It is used in making hard or fine medicinal capsules, hard or soft suction tablets, tooth-pastes, creams, oinments , medicinal gelatin - coated tablets and suppositories to prevent quick melting and in preparing pessaries and rectum suppositories because gelatin dessolves in reaction to body temperature . Gelatin is also used in other industries such as photography films, sticky substances, paper, matches and dying materials in spinning and textiles ⁽²⁾ .

(1) Gelatin : Dr. Rafik Al Sharqawi 1- 6 , Al Tam wa Sharab Bain Al Halal wal Haram : Dr. Mohammad Al Hawari 8 - 10 .

(2) Ibid .

*** The Uses of Pig Gelatin in Foods and Medicines ***

Second : Bones :

The most important are the bones of the skull , the chest, the vertebral column, the legs and the tail . These bones are of two kinds :

1- Fresh bones :

After the animal is slaughtered, it is chopped and the bones are separated from the flesh. These bones are sent in special refrigerators within 24 hours .

2- Dry bones :

These are the remaining bones of animal skeletons . They are free from fats and flesh remains .

The Production of Gelatin :

Gelatin is produced from animal skins and bones according to the following steps :

1- Removing of fats :

Fresh skins and bones are washed with cold water in big basins where fats float and dust and blemishes precipitate at the bottom .

2- Removing of salts :

Bones are made of gelatin-rich osseous substance which is covered with a hard coat of mineral salts such as calcium, iron and magnesium phosphate and carbonate . Hence the diluted hydrochloric solution is added to bones to dissolve them . Then they are precipitated by adding hydrated lime which produces calcium phosphate .

3- Pre-extraction processing :

After fats and calcium salts are removed , bones are moved to basins containing hydrated lime where they are continuously stirred for air to permeate to prevent microbe decomposition . This method makes the lime reach bone tissues to improve the product quality of gelatin . The duration necessary for preparation ranges from 4 weeks to 8 weeks . This method of processing is called the slow method that produces gelatin (B) . There is another quicker method that uses the hydrochloric acid in skin processing . This method takes place inside special basins . The duration is from one to two days . This method is called the acid method which produces gelatin A .

The Uses of Pig Gelatin in Foods and Medicines

Dr. Abdul Fattah Mahmoud Idris (*)

What is gelatin ?

It is the protein that is extracted from the sticky substance found in animal skin or bone tissues (collagen) after they have been chemically processed .

It is a hard white substance with a light yellow colour that dissolves easily in hot water giving a sticky solution when it turns cool or hard in the form of a transparent gelatin .

Sources of gelatin :

Raw gelatin is extracted from the following main sources : Skins and bones of camels, cows, buffalos, sheep, goats , pigs and the remaining cuttings of skins suitable for tanning. Researches are now under way to study the possibility of extracting gelatin from fish. These sources can be classified into two sections : Skins and bones .

First : Skins .

There are three kinds of them :

1- green or fresh skins :

These are the skins of animals flayed in the abattoirs . They are sent to gelatin extraction plants in special refrigerators within 24 hours .

2- Dry skins :

These skins are dried for tanning . What is used of these skins in extracting gelatin are those parts of skin around the neck , on the legs and tail because they are not suitable in leather industries .

3- Dry, cromium salt-processed skins :

These are the remaining animal skins that are cromium salt-processed during tanning .

(*) Assistant Profosser of comparative jurisprudence, Faculty of Sharia and Law, Azhar University, Cairo , Egypt .

*** A letter from the staff ***

“ The source of legislation and rules shall be only from the Book of Allah, what was said by His Prophet may Allah’s blessing and peace be upon him or that was settled by Islamic outstanding scholars either by anology or by consensus on that which neither in the Book nor in Sunnah . Nothing is to be lawful in this land other than that that is allowed by Allah nor to be forbidden other than that that is prohibited by Him ”.

This is the one of the messages which were stated by King Abdulaziz to his nation ⁽¹⁾ .

Thus, the first and the last sources and references are : The Book of Allah, Sunnah of His Prophet and then the ascendent and subsidiary references . So Shari’ah and its eternal Fiqh (jurisprudence) have been prevailing in this country .

Finally, we pray to Allah to rest King Abdulaziz Al-Saued in peace and reward him best for what he has done for his nation and country, and we pray to Allah to whom belongs Might and Majesty to maintain His seen and unseen bounties on this land and keep his successfulness on its leader King Fahd the Custodian of the Two Holy Mosques and on the Crown Prince, His Royal Highness Prince Abdullah Ibn Abdulaziz, Deputy Premier and Head of the National Guard and on His Royal Highness the Prince Sultan Ibn Abdulaziz Second Deputy Premier, Minister of Defence and Aviation and General Inspector .

Praise be to Allah the lord of Universe .

And blessing and peace may be upon His Prophet the trustee, Mohammed .

(1) The Messege issued in 12/5 - 1343 H .

A Letter From The Staff

An Esteemed Day :

The first day of the Scale is an esteemed day in the life and the course of this country . When we recall this day, we emotionally and sentimentally remember what has been realized to this land; unity after disunity, security after fear, stability after disturbance, strength after weakness, reconciliation after scattering and factory after defeat .

The unity of this land is unique in recent history because it is the first unity in modern Arab history. Over and above, it was the first country that has been founded on Allah's religion, application of His Shari'ah and following Sunnah of his Prophet as well as what had been done by his companions and the righteous ancestors of this nation in its bloomy eras . Thus the untiy of land by all meanings and prespectives becomes unity of hearts, sentiments , stability , security and unity of welfare .

Indeed this is the truth, the king Abdulaziz May he rest in peace, had called this land for a meeting and it obeyed him, he had called it for unity, it carried out his calling . He cancelled all differences and removed all barriers as well . He loved it sincerely, and so did it . He strived for its sake and it submitted to him. All that would not have happened without Allah virtue and the course of the righteous men that had been adopted by him . He believed and trusted in Allah, so He helped him , and his aims to unify hearts was realized . Thus, this country has changed into lofty distinguished entity for what it has been doing in serving Allah's creed as well as Kiblah and the holy places of Muslims .

This entity has become a unique model in security as well as stability; and a good example of passion as well as tolerance; no fanaticism to any particular school, to any specific party nor to any sect . An entity that establishes punishments stipulated in Quran and applies His Shari'ah in words, deeds and the Prophet silent approval .

Contents

- **A letter from the staff** 3
- **The Uses of Pig Gelatin in Foods and Medicines** 5
Dr. Abdul Fattah Mahmoud Idris
- **Utilization of Deposit**15
Dr. Yassin Ibn Nasir Al-Khateeb
- **Judiciary in Islam** 39
Dr. Mohammed Al Zuhaili
- **Options Contracts in Islamic Jurisprudence (Fiqh)** 52
Dr. Yusuf Abdul Fattah Al-Marsafe
- **Health Insurance from Islamic Point of View** 63
(Acase for study)
Dr. Saud Ibn Abdullah Al Finaisan

- **FATAWA AL FUQAHA**
(Jurists legal opinions)
- Hire Duty 66
- Arule on an agent who broke a delegation condition.....68
- Revocation of witnesses of their testimony 69
- Satisfaction guaranty on a teacher and alike70

- **CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW**
- The Rule on marriage contraction that has not been71
documented, and disagreement happened after that
between husband family and his wife .
- The Rule on the trader who monopolizes his goods...79
saking for price to increase.
- The Rule on the seller who decieved the buyer by 84
telling him that the goods have already been priced
in order to increase the price .
- The Rule on one who digged a well near his 88
neighbor well which he decreased the water in
it and caused damages to his trees and other plants .
- The Rule on one who inherited money and feels 92
suspicion of unlawfulness (haram) in it .

In the Name of Allah, Most Gracious, the Most Merciful

Principles and Regulations for Publication

Contemporary Jurisprudence Research Journal staff would like to notify researchers that principles of publication in the journal necessitate the following :

- 1- Research submitted for publication, should be based on Islamic (Fiqh) jurisprudence .
- 2- Research should concentrate on issues, questions and contemporary problems and the way of finding both scientific and practical solutions for them according to Islamic (Fiqh) jurisprudence, and its concepts which is authorized by the people of Sunnah and the consensus (Ijm'a).
- 3- Research should be subjective and comprehensive. It should follow a scientific method by depending on original references, documentation and explanation of (Ahadith) showing their degree of authentication .
- 4- Any research submitted for publication, should not have been published in either a book, a journal or any other means of publication. Researches submitted for publication to another journal or those which were presented to universities or scientific symposiums and the like, will not be published .
- 5- Stating of scientific references in the footnotes along with a short definition for the figures mentioned in the research .
- 6- Scientific references and their authors' names should be alphabetically indicated at the end of any research . Place and date of printing along with the publishing house should also be mentioned .
- 7- A statement indicating that the research has not been published before, should be attached to the research .
- 8- Research should be concluded by a brief summary indicating results and opinions included in it .
- 9- A satisfied abstract should be attached to the research to be translated into English .
- 10- Pages of research should not be less than twenty pages of the journal.
- 11- Researcher's name should be fully written along with his scientific post, if any.
- 12- Researches should be arbitrated by (Fuqahaa) jurists and specialized scholars (Ulama) according to a method which indicates principles and procedures of arbitration . From this principles : is that arbitrators should not know the names of researchers and vice versa, whether arbitrators recommend to publish their researches or show some observations or even recommend not to publish them.
- 13- The journal should pay a compensation for the research after being published .
- 14- Researches which not published, will not be returned .

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. 12	Egypt	LE. 3
Jordan	JD.1	Moroco	D. 12
U.A.E	D.12	Mauritania	On.1200
Bahrain	B.F. 700	Iraq	I.D. 1
Tunisia	Mm. 800	S of Oman	P.750
Algeria	D.12	Qatar	QR.12
Sudan	Ls.12	Libya	L.Dr.1000
Syria	L.L. 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 :

Badia . North east of Princess Sarah
Mosque . Riyadh . K.S.A
Phone . 4351872
Fax . 4352297

DISTRIBUTORS : SAUDI DISTRIBUTION CO .

- | | | |
|----------------------------|------------------------|--------------------------|
| * Jeddah : 6530909 | * Makkah : 5585078 | * Taif : 7491831-7454222 |
| * Madina : 8483630 | * Yanbu : 3225834 | * Gizan : 3220104 |
| * Riyadh : 4779444 | * Qassim : 3243070 | * Hail : 5320675-5321555 |
| * Dawadamy : 6422211 | * H.Al-Batin : 7223293 | * Zulfe : 4227849 |
| * Khafgi : 7671947 | * Dammam : 8410840 | * Jubail : 3615660 |
| * Hofuf : 5869607 | * Aflag : 4916737 | * AlJouf : 6251882 |
| * Beasha : 6226462 | * Al Ehssa : 5927707 | * Abha : 2242841-2240680 |
| * Tabouk : 4221164-4221812 | * Najran : 5221782 | * Al Wagh : 4422467 |
| * Al Majmah : 4323168 | * Keru'at : 6421296 | * Sharora : 5321125 |

Mailing Address P.O. Box 1918 - Riyadh 11441 - Kingdom of Saudi Arabia

مكتبة مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

CONTEMPORARY JURISPRUDENCE RESEARCH JOURNAL

A Journal Concerned with Islamic Jurisprudence

31st Edition - 8th year
Oct, Nov, and Dec, 1996

مكتبة مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

IN THIS ISSUE

- | | |
|---|---------------------------|
| - A letter from the Staff | Dr. Abdul Fattah Mahmoud |
| - The Uses of Pig Gelatin in Foods and Medicines | Idris |
| - Utilization of Deposit | Dr. Yassin Ibn Nasir |
| | Al Khateep |
| - Judiciary in Islam | Dr. Mohammad Al Zuhail |
| - Options contracts in Islamic (Fiqh) Jurisprudence | Dr. Yusuf Abdul Al Fattah |
| - Health Insurance from Islamic Point of View | Dr. Saud Ibn Abdullah |
| (Acase for Study) | Al Fenaيسان |

FATAWA AL-FUQHA' (Jurists Legal Opinions)

- Hire Duty .
- A Rule on an agent who broke a delegation condition .
- Revocation of witnesses of their testimony .
- Satisfaction Guaranty on a teacher and alike .

CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW

- The Rule on Marriage contraction that has not been documented and disagreement happened after that between husband family and his wife but the husband insisted on the correctness of the contraction although he already received the dower he paid before .
- The rule on the Trader who Monopolizes his goods saking for Price to increase .
- The rule on the seller who deceived the buyer by telling him that the goods have already been priced in order to increase the price .
- Arule on one who digged a well near his neighbor well which decreased the water in it and caused damages to his trees and other plants
- Arule on one who inherited money and feels suspicion of Unlawfulness (Haram) in it .