

# مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية مُحكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي

العدد الثامن والثلاثون - السنة العاشرة - محرم - صفر - ربيع الأول ١٤١٩ هـ - مايو (أيار) - يونيو (حزيران) - يوليو (تموز) ١٩٩٨ م

مكتب  
البحوث الفقهية المعاصرة

## في هذا العدد

|                            |                               |
|----------------------------|-------------------------------|
| المباني الآيلة للسقوط      | الدكتور/ ياسين بن ناصر الخطيب |
| اثتمام المفترض بالمتنفل    | الدكتور/ نقل بن مطلق الحارثي  |
| دية المرأة في الفقه        | القاضي/ حسن أحمد علي الحمادي  |
| الإسلامي والقضاء الإماراتي |                               |

## فتاوى الفقهاء

- ضمان الصائغ والحداد والصفار ومن بمعناه والنقاش .
- حكم من وجد بخطه قذف، فأنكر خطه .
- مايقع به الطلاق من الكلام وما لايقع .
- بيان الوقت الذي يبرأ فيه من استتجر على عمل معين في عين.

## مسائل في الفقه

- حكم صلاة الجنازة على من مات وهو مرتكب لبعض الكبائر من الذنوب.
- حكم مايقع من تعارض أو تغاير بين شهادة الشهود .
- حكم الأفعال التي يرتكبها شخص قبل إسلامه.
- حكم ما إذا باع الوصي عقاراً ليتيم من غير حاجة ولااضطرار إلى ثمنه.
- حكم ما إذا كان من الجائز بيع الوقف في حال تعطل منافعه.

بسم الله الرحمن الرحيم

مجلة

# البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية مُحَكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي

ساحب ورئيس تحريرها د/ عبدالرحمن بن حسن النفيسة

## العنوان :

المملكة العربية السعودية

البيعية - 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

الأردن : دينار

الكويت : دينار

البحرين : ٧٠٠ فلس

تونس : ٨٠٠ مليم

السودان : ١٢ جنيهات

مصر : ٣ جنيهات

المغرب : ١٤ درهماً

موريتانيا : ١٢٠٠ أوقية

العراق : دينار

سلطنة عمان : ٧٥٠ بيزه

قطر : ١٢ ريالاً

ليبيا : ١٠٠٠ درهم

البحرين : ١٢ ريالاً

تونس : ٨٠٠ مليم

السودان : ١٢ جنيهات

مصر : ٣ جنيهات

المغرب : ١٤ درهماً

موريتانيا : ١٢٠٠ أوقية

العراق : دينار

سلطنة عمان : ٧٥٠ بيزه

قطر : ١٢ ريالاً

ليبيا : ١٠٠٠ درهم

البحرين : ١٢ ريالاً

تونس : ٨٠٠ مليم

السودان : ١٢ جنيهات

مصر : ٣ جنيهات

المغرب : ١٤ درهماً

موريتانيا : ١٢٠٠ أوقية

العراق : دينار

سلطنة عمان : ٧٥٠ بيزه

قطر : ١٢ ريالاً

ليبيا : ١٠٠٠ درهم

## وكيل التوزيع : الشركة السعودية للتوزيع

جدة - ٦٥٣.٩٠٩

مكة المكرمة - ٥٥٨٥.٧٨

الطائف - ٧٤٥٤٢٢٢ - ٧٤٩١٨٣١

المدينة المنورة - ٨٤٨٣٦٣٠

ينبع - ٣٢٢٥٨٣٤

جيزان - ٣٢٢.١٠٤

الرياض - ٤٧٧٩٤٤٤

القصيم - ٣٢٤٣.٧٠

حائل - ٥٣٢١٥٥٥ - ٥٣٢.٦٧٥

الدوادمي - ٦٤٢٢٢١١

حفر الباطن - ٧٢٢٢٢٩٣

الزلفي - ٤٢٢٧٨٤٩

الخفجي - ٧٦١٩٤٧

الدمام - ٨٤١.٨٤٠

الجبيل - ت : ٣٦١٥٦٦٠

الهفوف - ت : ٥٨٩٦٠.٧

الافلاج - ت : ٤٩١٦٧٣٧

الجوف - ت : ٦٢٥١٨٨٢

بيشة - ت : ٦٢٢٦٤٦٢

الإحساء - ت : ٥٩٢٧٧.٧

ابها - ت : ٢٢٤٢٨٤١ - ٢٢٤.٦٨٠

تبوك - ت : ٤٢٢١١٦٤ - ٤٢٢١٨١٢

نجران - ت : ٥٢٢١٧٨٢

الوجه - ت : ٤٤٢٢٤٦٧

الجمعة - ت : ٤٢٢٣١٦٨

القريات - ت : ٦٤٢١٢٩٦

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 المعتمدة 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 تضمنها .
  - (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 رأوا 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
- المباني الآيلة للسقوط ..... ٧
- الدكتور/ ياسين بن ناصر الخطيب
- ائتمام المفترض بالمتنفل ..... ١٠٦
- الدكتور/ نفل بن مطلق الحارثي
- دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي ..... ١٣١
- القاضي/ حسن أحمد علي الحمادي

### • فتاوى الفقهاء :

- ضمان الصائغ والحداد والصفار ومن بمعناه والنقاش ..... ٢١٧
- حكم من وجد بخطه قذف، فأنكر خطه ..... ٢١٩
- مايقع به الطلاق من الكلام وما لايقع ..... ٢٢٠
- بيان الوقت الذي يبرأ فيه من استنجر على عمل معين في عين ... ٢٢٢

### • مسائل في الفقه :

- حكم صلاة الجنازة على من مات وهو مرتكب لبعض الكبائر من الذنوب ..... ٢٢٤
- حكم ما يقع من تعارض أو تغاير بين شهادة الشهود ..... ٢٣٢
- حكم الأفعال التي يرتكبها شخص قبل إسلامه ..... ٢٣٧
- حكم ما إذا باع الوصي عقاراً ليتيم من غير حجة ولا اضطرار إلى ثمنه ..... ٢٤٣
- حكم ما إذا كان من الجائز بيع الوقف في حال تعطل منافعه ..... ٢٤٧

## رسالة من هيئة المجلة

الاجتهاد والتقليد طريقتان مختلفتان تمام الاختلاف .. التقليد ترك العقل ينكفي وينحسر ويتبع طريق الآخرين. والاجتهاد ترك العقل "يعمل" ليعطي إبداعه للآخرين. قد يكون هذا العمل (يدوياً) حين يبذل عالم فينتج عملاً ما من خلال تجربة يمارسها بفعل بسيط إلى أن تتطور لتكون حدثاً عالمياً. وقد عرفنا ذلك من تاريخ علماء المسلمين الذين أبدعوا في علوم الطب وصنع الدواء والبناء والفنون والزخارف وعرفناه من تاريخ العلماء في الأمم الأخرى منذ الزمن الغابر إلى الزمن المعاصر.

وقد يكون عمل العقل (نظرياً) حين ينكب عالم على دراسة أمر من أمور الحياة فيعطي للإنسانية علماً تتعلم منه أمور حياتها وضوابط سلوكها، وقد رأينا هذا في تاريخ الإنسان .. وفي تاريخنا عرفنا الفقهاء الذين فهموا حقائق دينهم وحضارتهم فوضعوا لأمتهم الكثير من القواعد والأسس لحل قضاياها ونوازله .. وعرفنا الحكماء الذين كانوا يبينون لأمتهم مواقع الخطأ فيحذرونها منه ويبينون لها سبل الصواب ويدعونها إليها.

من هنا نجزم متيقنين أنه لا تقوم لأمة قائمة ولا يبقى لها وجود ولا تسود لها حضارة إلا إذا تركت عقولها تبذل وعيونها تبصر وقواها تعمل.

لقد علمنا الإسلام هذه الحقائق بكل دقائقها وجلالها وما ذاك إلا لأنه دين الفطرة ودين الحياة ودين العلم. وإذا كان العلم يتم في البدء عن طريق التلقي فإن الاجتهاد يظل أمراً محتوماً على من تلقى

العلم وإلا بقي علمه في بداياته. لهذا خاطب الله أولي الألياب ..  
 خاطب العقلاء والعالمين والمتفكرين والمتذكرين. قال تعالى في  
 محكم التنزيل: ﴿إِنْ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>(١)</sup> ﴿إِنْ فِي ذَلِكَ  
 لَآيَاتٍ لِّلْعَالَمِينَ﴾<sup>(٢)</sup> ﴿إِنْ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ﴾<sup>(٣)</sup> ﴿قَدْ  
 فَصَّلْنَا الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَذْكُرُونَ﴾<sup>(٤)</sup> وفي مخاطبة الله عز وجل لهؤلاء  
 بتلك الصفات أمر عام يقتضي تعلم العلم والبعد عن الجهل لأن  
 الأمر بالشيء يقتضي النهي عن ضده.

●●● هذا هو العلم والإبداع بكل صورته، وعلى النقيض منه التقليد  
 بكل تبعاته ونقائضه حين ينحسر العقل عن دوره فيبحث عن شيء  
 يتعلق به يحسبه له وهو عليه، ويظنه نفعاً له بينما هو ضرر عليه،  
 ويراه ميزة له بينما هو نقيصة عليه .. لقد عرفنا التقليد أنه مرحلة  
 ضعف سرعان ما تتحول إلى حالة من العدم، وعرفناه مرحلة عجز  
 تنتصب فيها حواجز الركود وتقوى فيها غلبة النفس وسيطرة  
 الهوى.

إن الانحسار الذي شهدته أمتنا بعد العصور العلمية المشهودة  
 في تاريخها كان بسبب عجز الخلف عن اتباع طريقة السلف في  
 الاجتهاد والإبداع وتحسر العقل من الركود .. لقد انشغل الخلف  
 بحواشي الحياة، واستسلموا لنوازع العجز والضعف فانكفأت  
 المواهب، وانحسر العقل ووهنت القوى فصار مجرد التقليد علماً،  
 وصار الاجتهاد جهلاً فتداعت الأمم على الأمة حتى أصبحت فرقاً  
 وأشتاتاً إلى أن قبض الله لها العديد المصلحين من عباده .. كان

(١) سورة الرعد من الآية ٣.

(٢) سورة الروم من الآية ٢٢.

(٣) سورة النحل من الآية ١٢.

(٤) سورة الأنعام من الآية ١٢٦.

فيها العز بن عبدالسلام، وكان فيها ابن تيمية وكان فيها ابن القيم  
الجوزية وجموع من العلماء الأفذاذ جاهدوا بعلمهم وفقهم فَرَّقَ  
المبتدعين والمنحرفين ومن كان على شاكلتهم من أصحاب الملل  
والنحل الضالة في زمانهم.

●●● إن الأمة تشكو اليوم تداعي الأمم عليها بلغاتها وثقافتها،  
 وأنماط سلوكها وأخلاقها .. ومن سنن الحياة أن الأقوياء  
يستحوذون على الضعفاء، والعلماء على الجهلة، والأذكياء على  
الأغبياء، والعاملين على الكسالى والعجزة.

وليس أخطر على أي أمة من الأمم من الانسلاخ من تراثها  
وثوابتها، وتقليد غيرها لأنها ستكون حينئذ هدفاً لحضارات الأمم  
الأخرى وأخلاقها وأنماط سلوكها فتموت كما ماتت وبادت أمم من  
قبلها.

والله المستعان

# المباني الآيلة للسقوط

الدكتور/ ياسين بن ناصر الخطيب(\*)

المقدمة:

الحمد لله وسلام على عباده الذين اصطفى، وعلى ألهم وصحبهم أهل الوفاء.

وبعد:

فإن كثيراً من الأمور الكبيرة قد تكون أسبابها يسيرة لاتجلب الانتباه، ومن ذلك هذا البحث فقد كان سبب الكتابة فيه أنني رأيتُ في مكة المكرمة - حرسها الله تعالى - دائرة حكومية كُتِبَ عليها (لجنة الكشف في المباني الآيلة للسقوط) فشدني هذا العنوان حتى جعلني أفكر في الكتابة في هذا الموضوع، خاصة أنني رأيتُ أبنية في بعض الأماكن قديمة مائلة خطرة آيلة للسقوط، ثم جرني التفكير إلى أبعد من الأبنية: إلى المكتبات التي خزائنها مائلة إلى روادها، أو الرفاعات في الموانئ والمطارات إذا سقطت أو سقط منها شيء مما تحمله من حمولات ثقيلة أو سقط منها عامل، وكذلك أعمدة الكهرباء إذا سقطت أو سقطت أسلاكها بفعل التآكل أو العواصف والأمطار أو سقط العامل منها، والأشجار والنخيل في البيوت والشوارع إذا سقطت على شيء فآلتفتة، والعمارات التي تبني فتسقط في أثناء البناء أو بعده مما يدخل تحت البناء المائل من الأصل، أو تحت البناء المستقيم ثم سقط مباشرة، كل هذه لها أحكام تدخل ضمناً مع أحكام الحائط المائل.

فالحائط المائل مثال جاء به الفقهاء حسب بيئتهم وعُرفهم ليقيس عليه من يأتي بعدهم ما يستجد من أمور حسب بيئتهم وعُرفهم أيضاً.

ولذلك، فإنني في بحثي هذه المسألة لأأريد أن أنقل كلام الفقهاء - رحمهم الله - الذي دونوه حسب عُرفهم وعصرهم، وإنما أريد أن أحكم على هذه المسألة من واقعنا

---

(\*) أستاذ مساعد بكلية الشريعة - قسم القضاء - جامعة أم القرى - مكة المكرمة.

المعاش، ويثبتنا وعصرنا، وذلك - أيضاً - من واقع المصلحة التي أرادها الإسلام في تشريعه للناس.

فالمصلحة في مثل هذه الأمور هي التي يجب على الباحث أن يجعلها نصب عينيه، يقول الإمام الغزالي<sup>(١)</sup> - رحمه الله تعالى - "ومقاصد الشرع قبله المجتهدين، من توجه إلى جهة منها أصاب الحق"<sup>(٢)</sup>.

ويقول شيخ الإسلام ابن القيم<sup>(٣)</sup> - رحمه الله تعالى - "فإن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها"<sup>(٤)</sup>.

ومعلوم أن الشريعة عبادات ومعاملات، فالعبادات، وإن كانت مبنية على الحكم والمصالح إلا أن المراعى فيها التعبد أكثر، وأما العوائد (المعاملات) ومساثلنا منها - فالمراعى فيها الحكم والمصالح أكثر، مما يراعى فيها التعبد، ولذلك نلاحظ أن الفقهاء اجتهدوا في أبواب المعاملات ناظرين إلى الحكم والمصالح حسب بيئتهم وعصرهم، ونحن كذلك يجب أن نلاحظ الحكم والمصالح حسب بيئتنا وعصرنا، ولانقف عند ما حارروه أو نجمد على ما قرروه. يقول ابن القيم رحمه الله:

#### (١) الغزالي (٤٥٠ - ٥٠٥هـ)

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

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

(٢) أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، منهج البحث في الفقه الإسلامي، ص ٩٣-٩٤ نقلاً عن كتاب الاجتهاد، الرد على من أخذ إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد فرض في كل عصر، ص ١٨٢.

#### (٣) ابن القيم (٧١٩-٧٦٧هـ)

هو الإمام محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية الحنبلي برهان الدين، عالم في النحو والفقه، له المؤلفات النافعة.

ابن العماد، شذرات الذهب، ٦/٢٠٨.

(٤) ابن القيم، محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ط ١، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، ٣/١٤، ذكر ذلك في فصل في تفسير الفتوى واختلافها بحسب تفسير الأزمنة والامكنة والأحوال والنيات والعوائد.

## \* المباني الآيلة للسقوط \*

(فمهما تجدد في العرف فاعتبره، ومهما سقط فآلغه، ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك، وسله عن عرف بلده فأجره عليه وأفته به، دون عرف بلدك، والمذكور في كتبك، قالوا: فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين. اهـ<sup>(١)</sup>) هذا وقد سميت البحث بـ (المباني الآيلة للسقوط)

وقد رتبته البحث على مقدمة وخمسة فصول وخاتمة.

كانت المقدمة في سبب اختيار البحث، وذكرت فيها كلام بعض العلماء عن وجوب اعتبار المصلحة في الحكم على الأشياء.

وتكلمت عن الاحتمالات المصاحبة لبناء الحائط المائل وسقوطه.

وعن شروط ضمان صاحب الحائط المائل.

وكان الفصل الأول: في بناء الحائط في ملكه وفي غير ملكه.

والفصل الثاني: في الإبراء من الضمان.

والفصل الثالث: في طلب نقض الحائط المائل.

والفصل الرابع: في سقوط الحائط، وسقوط ماعليه من الأشياء.

والفصل الخامس: في أهلية صاحب الحائط المائل وبقاء ملكيته له.

والفصل السادس: في كيفية التضمن.

والفصل السابع: في نظام لجنة الكشف على المباني الآيلة للسقوط.

والخاتمة.

---

(١) ابن القيم، أعلام الموقعين، ٨٩/٣. وانظر لهذا الكلام وغيره كتاب الأستاذ الدكتور أبي سليمان عبد الوهاب إبراهيم، منهج البحث في الفقه الإسلامي خصائصه ونقائضه، المكتبة المكية، دار ابن حزم، ط ١، ١٤١٦هـ/١٩٩٦م. ص ٩٠ وما بعدها، فمنه أغلب المقدمة.

هذا وإذا كانت المسألة ليست خلافية، أو ذكرها فقيه واحد، فإني إن رأيتها صحيحة أقول: وهذا صحيح. أو نحو ذلك، وإلا بينت وجه الصواب حسب الأدلة، وإذا لم أجد دليلاً أو تعليلاً أو مناقشة لمذهب من المذاهب واستطعت أن أستدل لهم أو أناقش قلت: وأستطيع أن أستدل أو أناقش لكذا.

وقد تتكرر بعض المسائل لاختلاف موضوعها في المطالبة والإشهاد والضمان وكيفية التضمنين.

وبالله التوفيق.

## ١- الاحتمالات المصاحبة لبناء الحائط وسقوطه

بناء الحائط لا يخلو من أن يبنيه صاحبه في ملكه أو في ملك الغير، فإن بناه في ملك الغير فإما أن يبني الحائط مستقيماً وإما مائلاً، أو يكون بإذن أولاً، وإذا بناه مستقيماً ثم مال، فإما أن يميل إلى ملك صاحبه، أو إلى الطريق، أو إلى ملك الغير، والطريق إما عام وإما خاص، وفي كل إما أن يطلب منه نقضه وإصلاحه أم لا، والطالب للنقض إما أن يكون من أهله وإما أن لا يكون، والمطلوب منه النقض إما أن يكون ممن يستطيع التصرف في الحائط المائل وإما أن لا يستطيع، والمالك للتصرف إما مالك حقيقي وإما حكمي، والذي تقدم بنقض الحائط إما أن يكون أشهد على المطالبة وإما ألا يكون، وإذا أشهد فإما أن يكون أتى بنصاب الشهادة وإما لم يأت، وصاحب الحائط إما أن يكون عالماً بميلان حائطه وإما لا، وإما أن يكون الوقت كافياً للهدم بعد المطالبة وإما لا، أوجب عليه الحاكم النقض أم لا.

وإذا قصر فهل يضمن أم لا، وإذا أثلث شيئاً فإما أن يكون نفساً وإما مالاً، وفي كل هل يضمن هو أو العاقلة، وماذا لو أنكرت العاقلة، ثم ما الحكم فيما لو تعثر بأنقاض الحائط الساقط فمات، أو تعثر بالقتيل بالأنقاض ومات، هذه وغيرها كثير ستبحث في هذا البحث بإذنه تعالى.

ونبدأ ببيان شروط ضمان الحائط المائل حتى نسير بعد ذلك على هذه الشروط حسب الإمكان، والله المستعان.

## ٢- شروط ضمان صاحب الحائط المائل:

اتفق الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على بعض الشروط واختلفوا في بعضها الآخر وإليك أقوال الفقهاء في كل مذهب:

اشتراط الحنفية<sup>(١)</sup> لتضمنين من بنى جداره شروطاً - في الاستحسان عندهم - وهي:

(١) الشيباني، محمد بن الحسن سنة (١٨٩هـ)، الأصل، حققه أبو الوفاء الأفغاني، دار=

- ١- أن يبينه في ملكه، مستقيماً، ثم يميل<sup>(١)</sup>.
  - ٢- أن يتقدم إليه في نقضه وإصلاحه، ولا يشترط الإشهاد إلا للإثبات أمام القضاء لو أنكر التقدم إليه.
  - ٣- الإمكان: وهو أن تمر فترة - بعد الطلب - كافية للنقض ولم يفعل.
- ويمثل ذلك قال المالكية<sup>(٢)</sup> إلا أنهم يشترطون الإشهاد على التقدم والطلب - في

= المعارف النعمانية، الهند، يطلب من المكتبة المدنية، لاهور، ص ٦٦٧-٦٦٨ السرخسي، شمس الأئمة محمد بن أحمد (ت ٤٩٠هـ)، كتاب الميسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، ٩/٢٧، الكاساني، أبوبكر بن مسعود (ت ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، ٢٨٣/٧ وما بعدها، الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي (ت ٧٤٣هـ) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط/بولاق ١٣١٤هـ، ١٤٧/٦، الحصكفي، محمد علاء الدين بن علي (ت ١٠٨٨هـ)، الدر للمختار في شرح تنوير الأيضار دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٣٨٤/٥، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت ١٢٥٢هـ)، رد للمحتار حاشية على الدر المختار، مطبوع مع الدر المختار دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الحصكفي، محمد علاء الدين بن علي (ت ١٠٨٨هـ)، بدر المتقى في شرح المتقى، دار الطباعة العامرة، تصوير دار إحياء التراث العربي، ٦٥٧/٢، داماد، عبدالله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، ٦٥٧/٢.

- (١) ذكرت هذا شرطاً واحداً مع أنه ثلاثة شروط لأن الكل متفقون عليها.
- (٢) ابن قرحون، إبراهيم بن علي اليعمرى (ت ٧٩٩هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، خرج أحاديثه وعلق عليه وكتب حواشيه الشيخ جمال مرعشلي، ط ١، سنة ١٤١٦هـ/١٩٩٥م، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٥٢/٢، الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد (ت ١٢٠١هـ)، الشرح الكبير على مختصر خليل، طبع بدار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه، ٣٥٦/٤، الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت ١٢٣٠هـ)، حاشية على الشرح الكبير، مطبوع مع الشرح الكبير للدردير، ٣٥٦/٤، الدردير، الشرح الصغير، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م، ٤٤٠/٢، الصاوي، أحمد بن محمد الصاوي، حاشية بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مطبوع مع الشرح الصغير، الحطاب محمد بن محمد بن عبد الرحمن (ت ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط ٢، ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م، دار الفكر، ٣٢١/٦، المواق، محمد بن يوسف العبدري (ت ٨٩٧هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل مطبوع بهامش مواهب الجليل، ٣٢١/٦.

## • المباني الآيلة للسقوط •

المذهب عندهم - ومنهم من يشترط ذلك عند الحاكم.

ويرى الشافعية<sup>(١)</sup> في المذهب عندهم - عدم الضمان إذا بناه في ملكه مستقيماً ثم مال وسقط، تقدم إليه وطلب منه نقضه أم لم يطلب، أمكنه أم لم يمكنه.

وفي وجه آخر - اختاره كثير من أئمتهم - يضمن بشرطين هما:

١- أن يبنيه في ملكه، مستقيماً، ثم يميل.

٢- أن يمكنه إصلاحه ولم يفعل.

وأما الحنابلة<sup>(٢)</sup> فالمذهب عندهم كالمذهب عند الشافعية: أنه لا ضمان عليه إذا بناه في ملكه مستقيماً ثم مال وسقط، سواء أمكنه نقضه أم لم يمكنه، طولب بتنقضه أم لم يطالب.

والرأي الثاني عندهم: أنه إن طولب بتنقضه وأمكنه - وقد بناه في ملكه مستقيماً ومال فعليه الضمان فيما تلف فيه، فشروطهم كالحنفية، إلا أنهم لا يذكرون الإشهاد.

(١) الماوردي، علي بن محمد بن حبيب (ت ٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير، تحقيق محمود سطوحى، وجماعة، المكتبة التجارية، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، ٢٠١/١٦، الشيرازي، إبراهيم بن علي أبو يوسف (ت ٤٧٦هـ)، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، ١٩٣/٢، ابن حجر، أحمد ابن محمد الهيثمي (ت ٩٧٤هـ)، تحفة المحتاج شرح المنهاج، دار صادر، ١٤/٩-١٥، الشرواني، عبد الحميد الشرواني حاشية على تحفة المحتاج، والعبادي أحمد بن القاسم (ت ٩٩٤هـ)، حاشية على تحفة المحتاج، مطبوعتان مع تحفة المحتاج، المحلى محمد بن أحمد جلال الدين (ت ٨٦٤هـ)، شرحه على منهاج الطالبين، دار الفكر، بيروت، ١٤٨/٤، قليوبي أحمد بن أحمد شهاب الدين (ت ١٠٦٩هـ)، حاشيته على شرح المحلى، مطبوع مع شرح المحلى، عميرة، شهاب الدين أحمد البرلسي (ت ٩٥٧هـ)، حاشيته على شرح المحلى، مطبوع مع شرح المحلى.

(٢) ابن قدامة، موفق الدين، عبدالله بن أحمد المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، المغني، بتحقيق د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ود. عبدالفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر، ط/١، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، ٩٤-٩٥، البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس (ت ١٠٥١هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، أمر بطبعه جلالة الملك فيصل بن عبدالعزيز آل سعود، مطبعة الحكومة بمكة، ١٣٩٤هـ/١٣٧/٤، البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، المكتبة السلفية لصاحبها محمد عبدالمحسن الكتبي، باب الرحمة بالمدينة المنورة، ٤٢٩/٢.

فشروط عدم الضمان هي:

- ١- أن يبينه في ملكه.
  - ٢- أن يكون بناؤه مستقيماً.
  - ٣- أن يميل بعد استقامته.
  - ٤- أن يطلب منه تقضه (يتقدم إليه بنقضه).
  - ٥- أن يتمكن من ذلك.
  - ٦- أن يسقط الحائط على شيء - إنسان أو مال - فيتلفه.
- هذه هي الشروط المتفق عليها والمختلف فيها، وسنسير عليها - غالباً - لأن هناك تداخلاً فيها، ثم نبين حالات الضمان، وكل ذلك في مسائل مرقمة متسلسلة.

## الفصل الأول

### بناء الحائط في ملكه وفي غير ملكه

٣- الحائط إذا بناه في ملكه مستقيماً فعال وسقط:

إذا بنى إنسان حائطاً في ملكه، وكان بناؤه مستقيماً، ثم مال وسقط على إنسان أو مال فأُتلفه، فهل يضمن صاحب الحائط<sup>(١)</sup> ما يتلف به أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال أهمها أربعة:

القول الأول: قال أصحابه يضمن صاحب الحائط ما يتلف به بشروط هي:

- ١- أن يبنيه مستقيماً في ملكه.
- ٢- أن يميل إلى غير ملكه.
- ٣- أن يتقدم إليه بطلب نقضه أو إصلاحه، واشتراط المالكية الإشهاد عليه.
- ٤- أن يمكنه نقضه أو إصلاحه ولم يفعل.
- ٥- أن يسقط فيتسبب عنه تلف<sup>(٢)</sup>.

وهو قول المالكية<sup>(٣)</sup> واشتراطوا الإشهاد على التقدم.

(١) الماوردي، الحاوي، ٢٠١/١٦.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٩٤/١٢.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ٢٥٢/٢، الدردير، الشرح الكبير، ٣٥٦/٤، الحطاب، مواهب الجليل، المواع، التاج والإكليل، ٣٢١/٦.

قال الحطاب ما ملخصه: قال ابن القاسم في المدونة: إن أشهد عليه ضمن وإلا قلا وإن كان مخوفاً وروي عنه أنه إذا كان ميلانه شديداً حتى خيف انهدامه واشتكى عليه جاره وجب هدمه إذا أمره السلطان أو من له الولاية وإلا ضمن.

وقال عبدالمك بن الملاجشون وابن وهب لا يضمن إلا إذا قضى عليه السلطان بالهدم فلم يفعل. وقال لشهب وسحنون: إذا بلغ الحائط ما لا يجوز لصاحبه تركه لشدة ميلانه فهو متعد ضامن أشهد عليه أم لا. ١ هـ.

عليش، محمد بن أحمد (ت ١٢٩٩ هـ)، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الباز، ٥٥٩/٤.

والحنفية<sup>(١)</sup> استحساناً، وهو رواية عن أحمد نصرها جماعة من الحنابلة<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: إذا بنى خائطه مستقيماً ومال إلى غير ملكه وسقط فإن صاحبه لا يضمن ما يتلف بسببه سواء علم بميله أم لم يعلم، وسواء طولب بنقضه أم لم يطالب، وسواء أمكنه إصلاحه أو نقضه أم لم يمكنه.

وهو نص الشافعي<sup>(٣)</sup>، وهو المذهب عند الحنابلة، وبه قال الظاهرية<sup>(٤)</sup>، وهو القياس عند الحنفية.

وهو قول الحسن البصري<sup>(٥)</sup>، وإبراهيم النخعي<sup>(٦)</sup>، وسفيان<sup>(٧)</sup>، الثوري<sup>(٨)</sup> حيث قالوا:

(١) الشيباني، الأصل، ٥/٥٦٣، الزيلعي، تبين الحقائق، ٦/١٤٧، الفرغاني، بداية المبتدي، وهو متن الهداية، والهداية، ١٠/٣٢١، وقاضي زاده أفندي، نتائج الأفكار السرخسي، المبسوط، ٢٧/٩-٨، الغزي، صالح بن محمد التمرناشي الحنفي (ت ١٠٥٥ هـ)، تنوير الأبصار وهو متن الدر المختار مرجع سابق، ٥/٣٨٤، وانظر الحصكفي، الدر المختار وابن عابدين، زد المختار مرجعين سابقين، ٥/٣٨٤، الجصاص، الرازي، مختصر اختلاف الفقهاء، ٥/١٦٨ م ٢٢٧٩، القدوري، أحمد بن محمد (ت ٤٢٨ هـ)، الكتاب، وشرحه للميداني، عبدالغني الغنيمي، (ت القرن الثالث عشر)، اللباب في شرح الكتاب ١٤٠٠ هـ/ ١٩٨٠ م، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، الناشر مكتبة الباز للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، ١/١٦٧.

(٢) ابن قدامة، المغني، ١٢/٩٥، البيهوتي، كشف القناع، ٤/١٣٧، البيهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٢/٢٤٩.

(٣) العاوري، الحاوي، ١٦/٢٠١، الشيرازي، المهذب، ٢/١٩٣، الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب (ت ٩٧٧ هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة ألقاظ المنهاج، الناشر المكتبة الإسلامية لصاحبها رياض الشيخ، ٤/٨٦.

(٤) ابن حزم الظاهري، علي بن أحمد بن حزم (ت ٤٥٦ هـ)، قولت على النسخة التي حفظها أحمد محمد شاكر، دار الفكر، ١٠/٥٢٧-٥٢٨، م ٢١٠٢.

(٥) الحسن البصري (٢١-١١٠ هـ) الحسن بن يسار البصري أبو سعيد، تابعي، كان حبر الأمة في زمنه وأحد الفقهاء الشجعان التساك، شب في كنف علي بن أبي طالب.

ابن حجر تقريب التهذيب، ١/١٦٥، ترجمة ٢٦٣، الأصفهاني، حلية الأولياء، ٢/١٣١، ترجمة ١٦٩.

(٦) النخعي (٤٦-٩٦ هـ)

إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود أبو عمران النخعي، من أكابر التابعين صلاحاً وصدق رواية وحفظاً للحديث، كان إماماً مجتهداً.

الأصفهاني، حلية الأولياء، ٤/٢١٩.

## \* المباني الآيلة للسقوط \*

إن لم يطالب به لم يضمن.

القول الثالث: إنه إن أمكنه تداركه بنقضه أو إصلاحه ولم يفعل حتى سقط ضمن  
طولب به أم لم يطالب.

وهو وجه عند الحنابلة، وجه عند الشافعية، قال الماوردي<sup>(١)</sup> هو أصح الوجهين  
عندي، وقدمه الشيرازي<sup>(٢)</sup> في المذهب، وبه قال أيضاً ابن أبي هريرة<sup>(٣)</sup>، والقفال  
الشاشي<sup>(٤)</sup>، وأبو الطيب الطبري<sup>(٥)</sup>، والرويات<sup>(٦)</sup> وغيرهم<sup>(٧)</sup>.

= (٧) الثوري (٩٧-١٦١هـ)

سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، أبو عبدالله أمير المؤمنين في الحديث، وسيد أهل زمانه  
في علوم الدين والتقى.

الاصفهاني، حلية الأولياء، ٣٥٦/٦.

(٨) ابن قدامة، المغني، ٩٥/١٢، وانظر ابن المنذر، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري  
(ت ٣١٨هـ)، الإشراف على مذاهب أهل العلم، تحقيق محمد نجيب سراج الدين، دار إحياء  
التراث الإسلامي بقطر، ط ١، سنة ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، ١٩١/٢، ذكر أن هؤلاء الثلاثة قالوا:  
إن أشهد على صاحبه فأتلف شيئاً فصاحبه ضامن.

(١) الماوردي (٣٦٤-٤٥٠هـ)

علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن الماوردي، أقضى قضاء عصره، من العلماء الباحثين، له  
الكتب في مختلف الفنون.

ابن كثير، البداية والنهاية، ٨٠/١٢، الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، ١٠٢/١٢ ترجمة ٦٥٣٩.

(٢) الشيرازي (٣٩٣-٤٧٦هـ)

إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق، شيخ الإسلام علماً وعملاً وورعاً وزهداً، كان الطلبة  
يرحلون إليه من الشرق والغرب.

الأسنوي، طبقات الشافعية، ٧/٢ ترجمة ٦٧٢.

(٣) ابن أبي هريرة (٣٤٥هـ)

القاضي، أبو علي الحسن بن الحسين البغدادي المعروف بابن أبي هريرة، أحد أئمة الشافعية،  
تفقه على ابن سريج.

الأسنوي، طبقات الشافعية، ٢٩١/٢ ترجمة ١٢١٤، ابن هداية الله، طبقات الشافعية، ص ٧٢.

(٤) القفال الشاشي (ت ٤٠٠هـ)

أبو الحسن القاسم بن أبي بكر محمد بن علي القفال الشاشي، كان عظيم الشأن جليل القدر،  
وبه تخرج لفقهاء خراسان، صنف الكتب المفيدة.

ابن هداية الله، طبقات الشافعية، ص ١١٢، تهذيب الاسماء واللغات، ٢٧٨/٢ ترجمة ٤٧١. =

وهو قول عبدالرحمن بن أبي ليلى<sup>(١)</sup>، وأبي ثور<sup>(٢)</sup>، وإسحق بن راهويه<sup>(٣)</sup>،  
وبه قال أشهب<sup>(٤)</sup> وسحنون<sup>(٥)</sup> من المالكية إذا كان ميله شديداً.

= (٥) أبو الطيب الطبري (٣٤٨-٤٥٠هـ)

طاهر بن عبدالله بن طاهر الطبري، قاضي من أكابر فقهاء الشافعية في عصره، كان إماماً ورعاً حسن الخلق.

الاستنوي، طبقات الشافعية، ٥٨/٢ ترجمة ٧٥٩، ابن هداية الله، طبقات الشافعية، ص ١٥٠،  
البغدادى، تاريخ بغداد، ٣٥٨/٩، ت ٤٩٢٦.

(٦) الروياني (٤١٥-٥٠٢هـ)

عبدالواحد بن إسماعيل بن أحمد، أبو المحاسن فخر الإسلام، قاضي من كبار فقهاء الشافعية في عصره.

النووي، تهذيب الأسماء واللغات، ٢٧٧/٢، ابن العماد، شذرات الذهب، ٤/٤.

(٧) عميرة، الحاشية، ١٤٨/٤.

(٨) ابن أبي ليلى (ت ٨٦هـ)

عبدالرحمن بن أبي ليلى الأنصاري المدني ثم الكوفي، ثقة من الثانية، مات بوقعة الجمامم وقيل غرق.

ابن حجر، تقريب التهذيب، ٤٩٦/١ ترجمة ١٠٩٤.

(قلت) هو غير من ترجم له باسم عبدالرحمن بن محمد المولود سنة ٧٤هـ، والمتوفى سنة ١٤٨هـ كما في الأعلام ١٨٩/٦.

(٩) أبو ثور (ت ٢٤٠هـ)

إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، من أكابر الفقهاء، قال أحمد بن حنبل: هو عندي في مسلخ سفيان الثوري، له مذهب مستقل.

ابن هداية الله، طبقات الشافعية، ص ٢٢-٢٣، البغدادي، تاريخ بغداد، ٦٥/٦ ت ٣١٠٠.

(١٠) إسحق بن راهويه (١٦١-٢٣٨هـ)

إسحق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي أبو محمد، ثقة حافظ مجتهد قرين لأحمد بن حنبل، قال الدارمي: ساد إسحق أهل المشرق والمغرب بصدقه.

تاريخ بغداد، ٣٤٥/٦ ترجمة ٣٣٨١، تقريب التهذيب، ٥٤/١ ترجمة ٣٧٤.

(١١) ابن قدامة، المغني، ٩٥/١٢، وقال ابن المنذر في الإشراف على مذاهب أهل العلم ١٩٠/٢ إن إسحق يقول هو ضامن أشهد أو لم يشهد، وبه قال أبو ثور إذا علم ذلك فتركه، وبه قال ابن

أبي ليلى.

(١٢) أشهب 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، الأعلام، ٣٣٣/١.

(١٣) سحنون (١٦٠-٢٤٠هـ)

ومثله روي عن ابن القاسم<sup>(١)</sup>.

القول الرابع: لا يضمن إلا إذا قضى عليه الحاكم بالهدم فلم يفعل. وهو قول  
عبد الملك<sup>(٢)</sup>، وابن وهب<sup>(٣)</sup> من المالكية<sup>(٤)</sup>.

## الأدلة:

استدل أصحاب القولين الأول والثالث القائلون بالضمان بما يلي:

١- إن من بنى حائطه مائلاً من الأساس، ثم سقط. فإنه يضمن ما يتلف به، فكذلك  
يؤخذ بميله إذا مال بنفسه، فصار بتركه مائلاً على ميله مفرطاً كما كان بينائه  
مائلاً متعدياً، فهو يضمن بالتقريط كما يضمن بالتعدي، فوجب أن يستويا في  
وجوب الضمان.

٢- إنه لو أشرع جناحاً في داره - إلى الشارع - أقر عليه - وضمن ما تلف به، وهو  
لا يقر على ميل الحائط، فكان أولى أن يضمن ما تلف به<sup>(٥)</sup>.

= عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي، الملقب بسحنون، قاضي فقيه، انتهت إليه رئاسة العلم  
بالمغرب. زاهد لايهاب سلطاناً في الحق، رفيع القدر أبي النفس. القرافي، توشيح الديباج،  
ص ١٥٦، البغدادي، هدية العارفين، ٥٦٩/١. سجنون يضم السين.

(١) ابن القاسم (١٣٢-١٩١هـ).

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

(٢) ابن الماجشون (ت ٢١٢هـ).

عبد الملك بن عبدالعزيز بن عبد الله التيمي بالولاء أبو مروان، ابن الماجشون فقيه مالكي فصيح  
مفتي زمانه.

ميزان الاعتدال. ١٥٠/٢.

(٣) ابن وهب (١٢٥-١٩٧هـ).

عبد الله بن وهب بن مسلم الفهري المصري أبو محمد. فقيه من الأئمة من أصحاب الإمام  
مالك، جمع بين الفقه والحديث والعبادة.

شذرات الذهب، ٣٤٧/١.

(٤) الحطاب، مواهب الجليل، ٣٢١/٦، الدسوقي، الحاشية. ٣٥٦/٤.

(٥) الماوريدي، الحاوي ٢٠٢/١٦.

٣- قال أصحاب القول الأول الذين يشترطون المطالبة:

إن هواء الطريق قد اشتغل بحائطه (المائل) وحين قد أشهد عليه، فقد طولب بالتفريغ والرد - أي إلى الاستقامة - فإذا امتنع من ذلك بعدما تمكن منه، كان ضامناً بمنزلة مالو هبت الريح بثوب ألقت في حجره فطالبه صاحبه بالرد عليه فلم يفعل حتى هلك ضمن - بخلاف ما قبل الإشهاد، ولأنه لو لم يطالب بالتفريغ فهو نظير الثوب إذا هلك في حجره قبل أن يطالبه صاحبه بالرد.

٤- ولأنه بالمطالبة في هدم الحائط أو إصلاحه يتعدى معنى العذر في حقه وهو الجهل بميل الحائط<sup>(١)</sup>.

٥- إن حق الجواز في الطريق حق لكل مسلم مستطرق، وميل الحائط يمنعهم من ذلك، فكان لهم المطالبة بإزالته فإذا لم يزله وسقط ضمن، كما لو وضع عدلاً على حائطه نفسه، فوقع في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به إنسان، فإنه يضمن ما يتلف به<sup>(٢)</sup>.

٦- ولأن دفع الضرر العام واجب<sup>(٣)</sup>.

٧- ولأن لو لم نوجب عليه الضمان (فإنه) يمتنع عن التفريغ، فتقطع المارة حذراً من أن يقع الحائط عليهم، فيتضررون بذلك، ودفع الضرر العام واجب، وله تعلق بالحائط لأنه ملكه، فتعين لدفع هذا الضرر، وكم من ضرر خاص يجب تحمله لدفع الضرر العام، كالرمي إلى الكفار وإن تترسوا بصبيان المسلمين<sup>(٤)</sup>.

هذا ولم يذكر المالكية لما قالوه دليلاً، لكنني أستطيع أن أستدل لاشتراطهم الإشهاد على الطلب فأقول: لأن صاحب الحائط قد ينكر الطلب فيكون الإشهاد حجة تُثبت هذا الطلب، وأقول: إن هذا كما قال الحنفية ليس شرطاً للضمان وإنما هو شرط لإثبات الطلب.

(١) السرخسي، الميسوط ٩/٢٧.

(٢) ابن قدامة، المغني ٩٦/١٢.

(٣) الحصكفي، الدر المختار ٣٨٤/٥.

(٤) الزيلعي، تبين الحقائق ١٤٧/٦.

## • المباني الآيلة للسقوط •

وكذلك نقول بالنسبة للذين اشترطوا الإشهاد عند الحاكم إلا لعذر، فهم أيضاً يريدون أن يثبتوا الطلب بصورة رسمية لا يمكن معها الإنكار. والذين قالوا بأن الحائط إذا مال ميلاً شديداً فيجب على صاحبه نقضه ويضمن أشهد عليه أم لا، ذلك لأن الميلان الشديد عرضة للسقوط في كل لحظة فيجب عليه تداركه بدون توان، ولا يحتاج إلى الإشهاد، لأن لسان الحال أبلغ من لسان المقال.

٨- احتج الماوردي<sup>(١)</sup> للقائلين بالضمان إذا طوبى بنقضه فقال على لسان أبي حنيفة: إن أنكر الوالي - أي طلب نقض الحائط - وأشهد عليه ضمن، وإن لم ينكره ولم يشهد عليه لم يضمن لأمرين:

أحدهما: أنه يصير بعد الإنكار والمطالبة متعدياً فلزمه الضمان لتعديه وهو قبل ذلك غير متعد فلم يلزمه الضمان لعدم التعدي.

والثاني: إذا تلتق الوديعة قبل الطلب. فلا ضمان أو بعد الطلب فإنه يضمن، وذلك لأن يده على الحائط قد استحق عليه بعد ميله والطلب رفعها كما استحق على المودع بعد الطلب ردها، فوجب أيضاً أن يستويا في الفرق بين المطالبة والإمساك.

واستدل أصحاب القول الثاني القائلون بعدم ضمان مايتلفه سقوط الحائط إذا بناه في ملكه مستقيماً بما يلي:

١- إن أصله في ملكه، وميله ليس بفعله فصار كما لو مال فسقط لوقته وهذا غير مضمون فكذلك إذا ثبت منتصباً ثم صار<sup>(٢)</sup> مائلاً ثم سقط.

٢- إن طيران الشرر من تاجيج<sup>(٣)</sup> النار أخطر، وضرره، أعم وأكثر، ثم ثبت أنه لو أجيح في داره ناراً طار شررها لم يضمن ماتلف بها، لحدوثه عن سبب مباح، فوجب إذا بنى حائطاً فمال أن لا يضمن ماتلف به. وسقوط الضمان في الحائط

(١) الماوردي، الحاوي، ٢٠٢/١٦-٢٠٣ بتصرف.

(٢) في الحاوي ٢٠١/١٦ إذا ثبت مائلاً وهو خطأ لأن الكلام فيما إذا بناه منتصباً فيميل.

(٣) في الحاوي ٢٠١/١٦ أجيح.

أولى، لأنه لا يقدر على التحرز عن ميله، ويقدر على التحرز من شرر النار<sup>(١)</sup>.

٣- نقل ابن قدامة<sup>(٢)</sup> عن أبي حنيفة في القياس في قوله:

لأنه بناه في ملكه، ولم يسقط بفعله، فأشبهه ماله يطالبه بنقصه، أو سقط قبل ميله، أو لم يمكنه نقضه، ولأنه لو وجب الضمان به - بسقوطه لم تشتط المطالبة به كما لو بناه مائلاً إلى غير ملكه<sup>(٣)</sup>.

٤- إن الإشهاد فعل غيره، فلا يكون سبباً لوجوب الضمان عليه<sup>(٤)</sup>.

٥- قال ابن حزم محتجاً على عدم ضمان نفس من قتل بسبب الحادث المائل:

فوجدنا صاحب الجدار المائل، لا يسمى قاتلاً لمن قتله الجدار في لغة العرب، وقد يكون غائباً بأقصى الشرق والحائط بأقصى الغرب، فإذا لا يسمى قاتلاً عمداً ولا قاتلاً خطأً، فلا دية في ذلك، ولا كفارة، ولا ضمان لما تلف من مال، إذ الأموال محرمة، ولا يجوز الحكم بغرامة على أحد لم يوجبها نص والإجماع<sup>(٥)</sup>.

وأستطيع أن أستدل لأصحاب القول الرابع القائلين بأنه إذا قضى الحاكم على صاحب الحادث المائل بنقض حائطه فلم يفعل حتى سقط وأتلف أنه ضامن فأقول:

إن حكم الحاكم واجب التنفيذ، وخاصة فيما فيه مصلحة واضحة ظاهرة، وهذه المصلحة فيه ظاهرة فكان عليه المبادرة إلى هدم حائطه المائل أو ترميمه، وحيث

(١) الماوردي، الحاوي، ٢٠١/١٦.

(٢) ابن قدامة (٧٠٥-٧٤٤هـ).

محمد بن أحمد بن عبد الهادي بن عبد الحميد المقدسي الجماعلي الأصل، الصالحي، الحنبلي (شمس الدين أبوعبدالله)، مقرئ فقيه أصولي نحوي محدث حافظ مفسر لغوي عارف بالرجال، تلميذ ابن تيمية، صنف الكتب الكثيرة، الشوكاني، البدر الطالع ١٠٨/٢-١٠٩ ترجمة ٣٩٩، ابن العماد، شذرات الذهب ١٤١/٦، البغدادي، هدية العارفين، قال: ولد سنة ٧٠٤هـ.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٩٥/١٢.

(٤) السرخسي، المبسوط، ٩/٢٧.

(٥) ابن حزم، المحلى، ٥٢٨/١٠، ٢١٠٢.

قصر فإنه ضامن لما يتلف به. والله أعلم.

### المناقشة:

اشتراط الحنفية التقدم إلى صاحب الحادث بهدمه، ولم يشترطوا الإشهاد وإنما طلبوا الإشهاد لإثبات التقدم إليه إذا أنكر هذا التقدم.

واشتراط المالكية الإشهاد عليه، وبعضهم اشتراط الإشهاد عند الحاكم فنقول: أما الطلب إلى صاحب الحادث المائل فهو واجب إذا كان صاحبه لا يعلم به.

وأما الإشهاد عليه، فإن الإمام الماوردي ناقش الذين اشتراطوا الإشهاد فقال:

إذا قلنا بالضمان أو بعدم الضمان فلا يعتبر في واحد منهما إنكار الوالي والإشهاد عليه.

لأننا إن قلنا بسقوط الضمان عمن بنى حائطه مستقيماً في ملكه فلا يجب الضمان بإنكار الوالي ولا بالإشهاد، وإن قلنا بوجوب الضمان فلا يسقط بإنكار الوالي ولا بالإشهاد، وقياساً على البئر، فمن حفر بئراً في ملكه وهلك به إنسان فإنه هدر ولا يجب الضمان أنكر الوالي أم لم ينكر، شهدوا عليه أم لم يشهدوا.

ولو حفر بئراً في غير ملكه فهو ضامن أنكر الوالي أم لم ينكر شهدوا عليه أم لم يشهدوا، فلم يكن لإنكار الوالي ولا للإشهاد تأثير في وجوب الضمان ولا في عدمه.

وناقش الماوردي<sup>(١)</sup> دليلي أبي حنيفة، في اشتراط الطلب إلى صاحب الحادث وقوله، فإن طلب إليه هدمه فلا يهدمه وسقط وأتلف فإن صاحبه يضمن وإن لم يطلب إليه هدمه لا يضمن، واحتج بدليلين رد الماوردي وناقشه عن الدليل الأول بما قدمناه قبل قليل، ورد على التسوية بين الوديعة والحائط من حيث المطالبة فقال:

واحتجاجة بالوديعة لا يصح، لأن المودع نائب عن غيره، فجاز أن يتعلق ضمانها بطلبه، وليس صاحب الحادث المائل نائباً فيه عن غيره فلم يتعلق ضمانه بإنكاره وطلبه. اهـ.

(١) الماوردي، الحارثي، ٢٠٣/١٦.

وأستطيع أن أناقش ابن حزم في قوله بأن صاحب الجدار المائل لا يسمى قاتلاً لمن قتله الجدار في لغة العرب فأقول: إن أراد أنه لا يسمى قاتلاً مباشرة، فنعم، وإن أراد أنه لا يسمى قاتلاً بتسبب فلا نسلم له قوله، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - سمى الذين أفتوا - جهلاً - للصحابي الذي به جرح بوجوب الاغتسال، قال عنهم النبي - صلى الله عليه وسلم -: (قتلوه قتلهم الله) الحديث<sup>(١)</sup>.

وجه الاستدلال بالحديث أنه صلى الله عليه وسلم سماهم قتلة بمجرد فتواهم، فكيف بسقوط الحائط.

### الترجيح:

من المعلوم أن السير في الطريق حق لكل مار، وأن الجلوس في البيوت حق لساكنيها، ولا شك أن ميل الحائط - ويقاس عليه ميل خزانة الكتب وما شاكل ذلك - ميلاناً مخيفاً معناه منع الناس من السير في الطريق أو اضطرابهم سلوك غيره - إن كان هناك غيره - وفي هذا مشقة ظاهرة، وكذلك لو كان الحائط مائلاً إلى دار الغير فمعناه حرمانهم من الجلوس تحته خوف السقوط.

ثم إن القاعدة (الضرر يزال)<sup>(٢)</sup> والقاعدة الثانية (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام)<sup>(٣)</sup>.

وأيضاً فكون الشريعة جاءت بحفظ الضرورات الخمس: النفس والدين والعقل والمال والعرض، وكون الحائط بهذا الشكل من الميلان فيه خطورة على النفوس وعلى الأموال وغيرهما، كل ذلك يجعلنا نقول عن هذا الحائط: إنه تجب إزالته أو إصلاحه إذا علم صاحبه به أو نبه إليه أو طلب منه نقضه وإصلاحه، إذا كان بعيداً عن البلد أو عن مكان الحائط.

(١) رواه الإمام أحمد في المسند، ١/ ٣٧٠، وانظر السيوطي عبدالرحمن بن أبي بكر (ت ٩١١هـ)، الفتوح الكبير في ضم الزيادات إلى الجامع الكبير، ٢/ ٢٩٥.

(٢) علي حيدر، شرح المجلة، ١/ ٣٢ م ١٩.

(٣) نفسه، ١/ ٣٦ م ٢٦.

## • المباني الآيلة للسقوط •

وحينئذ فالراجح - والله أعلم - أن الحائط إذا بُني مستقيماً في ملك صاحبه، ثم مال إلى الطريق العام أو الخاص، أو إلى ملك الغير بحيث يخشى منه السقوط وعلم به مالكة<sup>(١)</sup> أو طلب إليه من قبل الناس أن يهدمه أو يصلحه، ثم تركه حتى سقط، وأتلف نفساً أو ماله فإن صاحبه ضامن لكل ذلك، ونحن كما رأينا أن الفقهاء اختلفوا إلى ثلاثة اتجاهات، فمنهم من نظر القياس، ومنهم من نظر القياس واستحسن للمصلحة، ومنهم من تردد، فالذي أخذ بالقياس هم الشافعية المتقدمون في الأصح من مذهبهم حيث بنوا المسألة على القياس فلم يضمنوا صاحب الحائط سواء علم به أم لم يعلم أنذر أم لم ينذر أمكنه إصلاحه أم لم يمكنه، فجاء من بعدهم فاخترار التضمنين بناءً على المصلحة - وإن لم يذكروا ذلك - منهم كبار علماء الشافعية كأبي إسحق المروزي، وأبي علي بن أبي هريرة، والماوردي، وقال: أصح الوجهين عندي.

والذين قالوا بالقياس ثم استحسنوا للمصلحة وهم الحنفية، أو أخذوا بالمصلحة مباشرة وهم المالكية هؤلاء ضمنوا صاحب الحائط المائل كل مايتلف بسبب سقوطه من نفس أو مال إذا كان مقصراً.

وأما الإمام أحمد فله في المسألة روايتان، والمذهب عند الحنابلة أن لاضمان وهذا على القياس.

وعلى هذا فالأخذ بالمصلحة أولى من الأخذ بالقياس في هذه المسألة خاصة إذا رأينا أن القياس غير مقبول فيها شرعاً أو عقلاً.

إذا لايعقل أن تعفي الشريعة من الضمان من له حائط مائل بشدة إلى الطريق العام، إذا سقط وأتلف الأنفس والأموال، ولهذا قال الزحيلي<sup>(٢)</sup>.

"وهذا في تقديره إفراط في الأخذ بالقياس، وراي غريب، لايتفق مع العدل وقواعد رفع الضرر في الإسلام، لاسيما في وقتنا الحاضر، حيث يزبحم السكان، ويكتظ البنيان، ويتضرر الناس كثيراً من انهدام الحائط الذي أهمل صاحبه في

(١) ذكر أن العلم كاف، ابن أبي ليلى وأبو ثور. قاله ابن حزم في المحلى، ١٠/٥٢٧.

(٢) الزحيلي

من الفقهاء المعاصرين كتب كتباً نافعة من أهمها كتابه الفقه الإسلامي وأدلته.

صيانته وترميمه وبخاصة بعد لفت نظره وإنذاره، وبذلك يضمن صاحب الحادث أو البناء ما يترتب على سقوطه من أضرار إذا كان مقصراً في إزالة الضرر<sup>(١)</sup>.

ولهذا قال المالكية: إن هذه الشروط إذا لم يقر بميلانه - أي لم يعلم - فإن أقر بميلانه ضمن دون حاجة إلى الشروط وهو اختيار الأجلة من علماء المالكية، وتقدم أنه رأي كبار فقهاء الشافعية كأبي إسحاق الشيرازي، وابن أبي هريرة، والقفال الشاشي، وأبي الطيب الطبري، والرويانى، والماوردي، وغيرهم.

وانظر إلى قول محمد بن الحكم<sup>(٢)</sup>: "وينبغي للقاضي إذا كان الحادث مخوفاً لا يمهل أصحابه أن يحضروا حتى يهدم أعلى المكان، فإن لم يحضروا أمر بهدمه وأنفق على ذلك من نقضه إن لم يجد لهم مالا".

وبالضمان قال شريح<sup>(٣)</sup> وقتادة<sup>(٤)</sup> والنخعي والثوري ومالك وأبو حنيفة والحسن بن حي<sup>(٥)</sup> إن شهدوا عليه.

(١) الزحيلي وهبة، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، ١٤٠٢ هـ/١٩٨٢ م، ص ٢٦٣. وجعل قول أصحاب القياس مبنياً على قاعدة (أن ما كان أوله غير مضمون لا يتقلب مضموناً بتغيير الحال). ١ هـ.

(٢) محمد بن الحكم (٢٦٨-١٨٢ هـ)

أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن عبدالحكم بن أعين المصري من أكابر الفقهاء انتهت إليه رئاسة العلم بمصر، له المؤلفات الكثيرة. كان الشافعي معجباً به. ابن هداية الله، طبقات الشافعية، ص ٣١، ذكر المحقق مراجع ترجمته. وانظر لقوله الخطاب، مواهب الجليل، ٦/٣٢١.

(٣) شريح (٧٨ هـ)

شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي أبو أمية من أشهر القضاة الفقهاء، كان ثقة مأموناً في القضاء، له باع في الأدب والشعر.

ابن حجر، تقريب التهذيب، ١/٣٤٩ ترجمة ٥١، ابن العماد، شذرات الذهب ١/٨٥.

(٤) قتادة (١١٨-٦١ هـ)

قتادة بن دعامة بن عزيز أبو الخطاب السدوسي البصري، مفسر حافظ، كان أحفظ أهل البصرة ومع علمه بالحديث كان رأساً بالعربية ومفردات اللغة وأيام العرب والنسب. طبقات الحفاظ، ص ١١٥، ت ١٠٤.

(٥) الحسن بن حي (١٩٩-١٠٠ هـ)

الحسن بن صالح بن صالح بن حي الهمداني الثوري، ثقة فقيه عابد.

ابن حجر، تقريب التهذيب، ١/١٦٧ ترجمة ٢٨٤.

## • المباني الآيلة للسقوط •

وقال ابن المنذر<sup>(١)</sup> في الإشراف على مذاهب أهل العلم<sup>(٢)</sup> إن إسحق يقول: هو ضامن أشهد أو لم يشهد، وبه قال أبو ثور إذا علم ذلك فتركه. وبه قال ابن أبي ليلى. اهـ

وكل ذلك حرصاً على نفوس الناس وأموالهم، وحرصاً على المصلحة العامة، يقول التسولي في شرحه لتحفة الحكام: "وكم من مسألة جرى الحكم فيها بخلاف المشهور ورجحها العلماء للمصالح العامة.

ولذلك فإنني أرجح - كما قلت - أن من مال حائطه - وكان بناءً في ملكه مستقيماً وعلم به، وتمكن من إسقاطه ثم تركه حتى سقط وأتلف، فهو ضامن لما أتلف من نفس أو مال، ولذلك نجد أن الإمام عامراً الشعبي وهو من القضاة المشهورين كان يمشي ومعه رجل فقال الرجل: إن هذا الحائط لمائل - وهو لعامر، ولا يعلم الرجل أنه لعامر - فقال عامر - أي الشعبي: ماأنت بالذي تفارقني حتى أنقضه، ثم بعث إلى العملة فنقضه<sup>(٣)</sup>، ولذلك فإنه يجب أن تقوم الحكومات بالتفتيش على ذلك والزام أصحاب الحيطان المائلة أو ماشاكلها بإصلاحها حفاظاً على الصالح العام.

إذا عرفنا هذا فسيكون الترجيح في المسائل مبنياً على هذا الأساس.

والله الموفق.

(فائدة) وعلى هذا يقاس كل شيء على الحائط: فمن زرع نخلاً أو شجراً في الشارع، وسقطت على إنسان أو سيارة واقفة وأتلفت إن زرعها بإذن الوالي مستقيمة ثم مالت وهو يعلم بها، ضمن كل ما يترتب عليها، وكذلك عمود الكهرباء والهاتف ورافعات البناء وغيرها.

(١) ابن المنذر (ت ٣١٠هـ)

أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري فقيه مجتهد كان شيخ الحرم بمكة أحد الأئمة الاعلام.

الاستوى، طبقات الشافعية، ١٩٧/٢ ت ١٠١٤، ابن هداية الله، طبقات الشافعية ص ٥٩.

(٢) ١٩٠/٢، وانظر لأقوال الفقهاء غير الأربعة ابن قدامة، المغني، ٩٦/١٢.

(٣) الشيباني، محمد بن الحسن، الأصل، ٥٦٨/٥.

#### ٤- بناء الحائط مائلاً إلى ملك نفسه:

إذا بنى إنسان حائطه مائلاً من البداية فلا يخلو: إما أن يميل إلى ملك نفسه وإما إلى غير ملكه: من طريق عام أو خاص أو ملك الغير.

فإن بناء مائلاً إلى ملك نفسه، فلا خلاف في أنه ليس بضامن لما يتلف بسبب ميله وسقوطه، لأنه لم يتعد على أحد، ولأنه تصرف في خالص حقه، فلا يضمن. على هذا اتفق الأئمة الثلاثة الحنفية والشافعية والحنابلة<sup>(١)</sup>، ولم يذكر ذلك المالكية<sup>(٢)</sup>، لأنه لا يحتاج إلى ذكر.

#### ٥- بناء الحائط في ملك الغير:

هذه المسألة من الوضوح بمكان، ولذلك لم يتعرض لها إلا القليل من الفقهاء لأن الإنسان ليس له الحق في ملك الغير إلا بإذن صاحب الملك، وذلك على قاعدة (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه أو بلا سبب شرعي)<sup>(٣)</sup>، ولذلك نص الحنابلة على أنه إن بنى حائطه في ملك الغير ضمن ما يتلف بسببه ولو لم يطالب بتقصه<sup>(٤)</sup>. ١ هـ.

(قلت) سيأتي أن الإنسان إذا بنى الحائط مائلاً إلى ملك الغير فهو ضامن، لأنه ليس له الانتفاع بهواء ملك الغير<sup>(٥)</sup> فكيف إذا كان البناء في ملك الغير فالضمان هنا أولى.

(١) السرخسي، المبسوط، ٩/٢٧، المرغيناني، الهداية، ٣٢٢/١٠، والزيلعي، تبين الحقائق، ١٤٨/١، الميداني، الباب، ١٦٨/٢، الماوردي، الحاوي، ٢٠٠/١٦، الشربيني، مغني المحتاج، ٨٦/٤، ابن قدامة، المغني، ٩٤/٢، البهوتي، كشف القناع، ١٣٨/٤.

(٢) الدردير، الشرح الصغير، والصاوي، الحاشية، ٤٤٠/٢، الدردير، الشرح الكبير، والنسوقي، الحاشية، ٣٥٦/٤، الخطاب، مواهب الجليل، المواق، التاج والإكليل، ٣٢٢-٣٢١/٦.

(٣) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٦٤/٢، أخر شرح المادة ٩٢٨.

(٤) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٤٢٩/٢.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٩٤/١٢.

## • المبانى الآيلة للسقوط •

(قلت) نعم. وهكذا لو حفر بئراً، أو بنى مظلة أو أخرج جناحاً كل ذلك مضمون إذا كان في ملك الغير، وذلك على القاعدة.

### ٦- بناؤه مائلاً إلى غير ملكه:

وإن بناه ابتداءً مائلاً إلى غير ملكه. وهذا يشمل الطريق العام والطريق الخاص وملك الغير، فإذا بناه هكذا فهو ضامن - إذا سقط وأتلف - كل ما يتلف بسبب سقوطه.

على هذا اتفق الأئمة الأربعة<sup>(١)</sup> وذلك لأنه متعدد بينائه مائلاً إلى غير ملكه، ولتصرفه في هواء لا يملكه، لأنه إن أماله إلى ملك غيره تعدى عليه، وإن أماله إلى الطريق لم يستحق منه إلا ما يضرر فيه كالجناح، لذا يضمن ما تلف بسقوطه من نفوس وأموال<sup>(٢)</sup>.

وقال ابن قدامة معللاً الضمان: لأنه متعدد بذلك، فإنه ليس له الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك، ولأنه يعرضه للوقوع على غيره في غير ملكه، فأشبهه مالهو نصب فيه متجلاً يصيد به، وهذا هو مذهب الشافعي، ولا أعلم فيه خلافاً<sup>(٣)</sup>.

### ٧- الدار المستحقة منفعتها للغير:

إذا بنى حائطه في ملكه مائلاً إلى ملكه الآخر فقد عرفنا أنه لا يضمن ما يتلف بسبب سقوطه لأن الحق له، والملك له يتصرف فيه كيفما يشاء، ولكن إذا كانت الدار

---

(١) الحصكفي، الدر المختار ٣٨٥/٥، ابن فرحون، التبصرة، ٢٥٢/٢، ابن شاس جلال الدين عبدالله بن نجم (ت ٦١٦هـ)، عقد الجواهر الثمينة، تحقيق د. محمد أبو الوفا الأفغاني، ط/١، دار الغرب الإسلامي، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م، ٣٥٣/٣، الماوردي، الحاوي، ٢٠١/١٦، وانظر قليوبي، حاشيته على المحلى، ١٤٨/٤. ابن قدامة، المغني، ٩٦/١٢، البيهوتي، كشف القناع، ١٣٨/٤.

(٢) الماوردي، الحاوي، ٢٠١/١٦.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٩٤/١٢.

مستحقة منفعتها لغير المالك بإجارة أو وصية، فهل يجوز له أن يبني فيها حائطاً مائلاً إلى ملكه؟ لا يجوز.

نص الشافعية<sup>(١)</sup> وحدهم على هذه المسألة فقالوا:

لو كان ملكه مستحقاً لغيره بإجارة أو وصية، كان كما لو بناه مائلاً على ملك غيره، لأن منفعة الهواء تابعة لمنفعة القرار، قاله الأذري<sup>(٢)</sup>. قال الشربيني<sup>(٣)</sup>.

والظاهر في هذه عدم الضمان كما مر في حفر البئر في ملكه المستأجر. قال الشربيني ناقلاً كلام الأذري: ثم رأيت هذا البحث لشيخى. اهـ.

(قلت) وجود البئر في ملكه منفعة للدار فلا يضمن ما يسقط فيها بخلاف الحائط المائل إلى داخل الدار وفيها ساكن غيره فهو سبب لتلف النفوس والأموال، وأيضاً فإن البئر يمكن سد فوهتها أو تعلية جدارها بخلاف الحائط المائل.

وعلى هذا فيجب على من بنى حائطه مائلاً إلى ملكه، وفيه ساكن غيره يجب عليه ضمان ما يتلف بسبب سقوط الحائط. والله أعلم.

## ٨- سقوط الحائط دون ميل

اتفق الفقهاء<sup>(٤)</sup> على أن من بنى حائطه مستقيماً في ملكه ثم سقط هذا الحائط من

(١) الشربيني، المغني، ٨٦/٤.

(٢) الأذري (٦٢٧-٧٠٨هـ).

أحمد بن محمد بن عبد الواحد الأذري فقيه مفسر ألف جمع التوسط والفتح بين الروضة والشرح في عشرين مجلداً وشرح المنهاج وسماه غاية المحتاج وغيرها.

الشوكاني، البذر الطالع، ٣٣/١-٣٥.

(٣) الشربيني (٩٧٧هـ).

محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي المعروف بالخطيب الشربيني، شمس الدين، فقيه مفسر نحوي صرفي له الكتب النافعة.

ابن العماد، شذرات الذهب، ٨/٣٨٤.

(٤) السرخسي، المبسوط، ٩٨/٢٧، الشلبي، شهاب الدين أحمد بن محمد (ت ١٠٢١هـ)، حاشيته

على تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، مطبوع مع تبیین الحقائق، ١٤٨/٦، قال: لأن بناء

الحائط لم يكن جنایة، الدردير، الشرح الكبير، ٣٥٦/٤، الماوردي، الحاوي، ٢٠١/١٦، ابن

قدامة، المغني، ٩٥/١٢.

دون ميلان. فإن صاحبه لا يضمن ما يتلف بسبب سقوطه، لأنه بناء في ملكه فلم يكن فيه اعتداء على أحد، ولأنه بناء مستقيماً ليس فيه خطورة على أحد، ولأنه لم يشغل بأرضه غير ملكه ولم يشغل بهوائه ملكاً لغيره، وسقوطه ليس بفعله، فلا يضمن لعدم تعديه.

(قلت) وهذا صحيح لما عللوا به.

(وصلة) وكذلك من غرس شجرة أو نخلة أو وضع سُلماً في داره وسقط فلا ضمان عليه، والله أعلم.

## ٩- إذن الإمام في بناء الحائط مائلاً لا يسقط الضمان

إذا أذن الإمام في بناء حائط مائلاً إلى الطريق أو إلى ملك الغير، فإن هذا الإذن لا ينفع في إسقاط الضمان، لأن قول الحاكم والإمام مقبول فيما فيه نفع وفائدة ولا يقبل قولهما فيما فيه ضرر وعليه فإذا أذن الإمام بينائه مائلاً إلى غير ملكه ثم سقط وأتلف شيئاً، فصاحبه ضامن لكل ما يتلف بسبب سقوطه، لأن إذن الإمام مباح، لكن بشرط سلامة العاقبة.

ذكر ذلك الشافعية<sup>(١)</sup>.

(قلت) وكذا لو بناء ثم أبراه الحاكم بعد البناء لا يصح إبراءه لليلة التي تقدمت، والله أعلم.

## ١٠- هدم الحائط المخوف:

إذا بنى إنسان حائطه مائلاً وكان مخوفاً، فهل للقاضي أو غيره هدمه؟ قال المالكية والشافعية<sup>(٢)</sup>: نعم.

(١) الشرييني، مغني المحتاج، ٨٦/٤.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل، ٣٢١/٦، قليوبي، الحاشية، ١٤٨/٤.

قال الخطاب<sup>(١)</sup>: وينبغي للقاضي إذا كان الحائض مخوفاً (أن) لا يمهل أصحابه أن يحضروا حتى يهدم المكان، فإن لم يحضروا أمر بهدمه، وأنفق على ذلك من نقضه<sup>(٢)</sup> إن لم يجد لهم مالاً<sup>(٣)</sup>، وقال في التبصرة: وينبغي للحاكم إذا كان الحائض مخوفاً أن لا يمهل أصحابه بل يلزمهم الحضور لهدمه، فإن لم يحضروا أمر بهدمه وأنفق على ذلك من نقضه<sup>(٤)</sup>.

وقال قليوبي<sup>(٥)</sup> - مامعناه - إذا بناه مائلاً يجبره الحاكم على نقضه وإصلاحه، فإن لم يفعل قلل العامة نقضه حينئذ<sup>(٦)</sup>.

الذي أرجحه أن يرفع أمره إلى القاضي ليرى رأيه فيه، لأن للقاضي البيت في أمور العامة وحتى لاتتسبب الأمور

## ١١ - الحائض المائل إلى الطريق، والمائل إلى ملك الغير

يوجد فرق بين الحائض المائل إلى الطريق وبين الحائض المائل إلى ملك إنسان في حكمين، مع العلم أن كليهما مضمون إذا أشعر صاحب الحائض:

الحكم الأول: أن التقدم بنقض الحائض المائل إلى ملك إنسان إنما يكون من

(١) محمد الخطاب (٩٠٢-٩٥٤هـ)

محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطاب الرعيني، (أبو عبد الله شمس الدين) فقيه أصولي، ولد بمكة وتوفي بطرابلس الغرب، له التصانيف الكثيرة، البغدادي، هدية العارفين، ٢٤٢/٢.

(٢) النقض: بكسر النون وبقاف - ساكنة وضاد معجمة: ما ينقض، يقال: أصلح نقض بنائك. الوسيط (نقض).

(٣) الخطاب، مواهب الجليل، ٣٢١/٦.

(٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ٢٥٢/٢.

(٥) القليوبي (ت ١٠٦٩هـ)

أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي الشافعي شهاب الدين أبو العباس عالم مشارك في كثير من العلوم، له مؤلفات كثيرة في الطب والفقه والحديث وغيرها، البغدادي، هدية العارفين، ١٦١/١.

(٦) قليوبي، الحاشية، ١٤٨/٤ نقلاً عن الأنوار

صاحب ذلك الملك، ولا حكم للتقدم من آخر غيره.

الحكم الثاني: أن التأجيل والإبراء من الحادث المائل إلى ملك إنسان - بعد التقدم - صحيحان، أما التأجيل والإبراء - بعد التقدم بالنسبة للحادث المائل إلى الطريق العام فلا يصحان من أحد.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(١)</sup> وهو معلوم مما سيأتي، وعليه كافة المذاهب وإن لم يذكره.

## ١٢- مال بعضه إلى طريق وبعضه إلى دار

إذا بنى حائطه مستقيماً ثم مال بعضه إلى الطريق، وبعضه إلى دار فأشهد عليه أهل الدار وطلبوا منه نقض الحادث أو إصلاحه ولم يفعل حتى سقط وأتلف ضمن صاحب الحادث ماتلف بسبب سقوط حائطه.

وذلك لأن الحادث واحد، فصح الإشهاد من أهل الدار لأمري:

أحدهما: لأن بعضه مال إلى ملكهم فصح الإشهاد فيما مال إلى ملكهم.

والثاني: لأن البعض الآخر من الحادث مال إلى الطريق، والطلب فيما مال إلى الطريق يصح من العامة، وأهل الدار من العامة، فصح إشهادهم فيما مال إلى دارهم وفيما مال إلى الطريق، لذلك فصاحب الحائط يضمن لتقدم الإشهاد على السقوط، هكذا قال الحنفية<sup>(٢)</sup>.

فإن كان الذي أشهد على صاحب الحادث من غير أهل الدار بل من العامة، فإن إشهاده صحيح لأمري: أحدهما: لأنه أشهد فيما مال على الطريق، لأنه من العامة الذين لهم الحق في المرور في الطريق فأشهاده إذن صحيح، وصح إشهاده فيما مال

(١) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٦٤/٢، آخر شرح المادة ٩٢٨.

(٢) الشيباني، الأصل، ٥٧٤/٥، السرخسي، المبسوط، ١٣/٢٧، البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٨٢، الحصكفي، الدر وابن عابدين، الحاشية، ٣٨٥/٥، قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٦/٤، علي حيدر، شرح المجلة، ٥٦٣/٢.

إلى ملك الغير، لأن الإشهاد لا يتبعض، فإذا صح الإشهاد في البعض صح في الكل، ذكر ذلك الحنفية<sup>(١)</sup> أيضاً وهو صحيح إن شاء الله. فإن لم يبال بالإشهاد ضمن وعز

### ١٣- حائط بعضه صحيح وبعضه مائل:

فهذا لا يخلو إما أن يكون الحائط قصيراً وإما طويلاً.

فإذا كان الحائط بعضه صحيح وبعضه مائل، فأشهد على صاحبه ولم يصلحه، فسقط كله فقتل إنساناً أو أتلّف مالا، فعلى صاحبه الضمان، لأنه متسبب ومتعد حيث أشهد عليه بعد لفت نظره ولم يصلحه، قال ذلك الحنفية<sup>(٢)</sup>.

وقال الشافعية - في الأصح عندهم - إذا بنى بعض الجدار مائلاً والبعض الآخر مستوياً فسقط المائل ضمن كل ما يتلف بسببه، لأنه متعد بينائه مائلاً، وإن سقط كل الجدار ضمن نصف ما تلّف بسببه، ولأن المستوى لاضمان فيه، إنما الضمان في المائل.

(قلت) الجدار إذا بني بعضه صحيحاً وبعضه مائلاً، فسقط المائل جرّ معه الصحيح، لأن البنيان يمسك بعضه بعضاً بقاء وسقوطاً، فإذا انهار المائل انهار معه الصحيح، ولذا فإن الراجح أن ضمان كل ما يتلف بسبب سقوط هذا الحائط على مالكه، وهذا هو الوجه المقابل للأصح عند الشافعية. والله أعلم هذا إذا لم يكن الحائط طويلاً.

فإذا كان الحائط طويلاً، وكان بعضه صحيحاً وبعضه مائلاً فتقدم إليه في القسم المائل وأشهد عليه، ثم سقط الحائط وأتلّف مالا أو نفساً اختلف الحنفية<sup>(٣)</sup> والشافعية<sup>(٤)</sup>: قال الحنفية: ننظر فإن كان التلف بسبب القسم المائل ضمن

(١) المراجع نفسها.

(٢) قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٦/٢، الحصكفي، البدن، ٣٨٦/٥، علي حيدر، شرح المجلة، ٥٦٠/٢.

(٣) قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٦/٢، علي حيدر، شرح المجلة، ٥٦٠/٢.

(٤) ابن حجر، التحفة، ١٤/٩، وانظر شرواني، الحاشية.

## • المباني الآيلة للسقوط •

صاحبه ماتلف بسبب سقوطه، لأنه متعدد حيث نبه إلى الخطر ولم يصلحه.

وإن كان التلف بسبب سقوط الحائط غير المائل لايضمن، لأن الحائط لما كان طويلاً بحيث لا يكون وهاء بعضه سبباً في انهدام باقيه، فهو في حكم حائطين أحدهما واه غير صحيح، والثاني صحيح، فإذا صحت المطالبة في القسم الواهي، فإنها لاتصح في القسم الصحيح، لأن هذا إشهاد قبل وهاء الحائط وهو لا يصح. انظر الفقرة (٣٠).

وقال الشافعية - وهم لم يذكروا فرقاً بين الطويل والقصير - إنه إذا بنى بعضه صحيحاً وبنى الآخر مائلاً وسقط الجزء الذي بذاه مائلاً، ضمن كل مايتلف بسببه، لأنه متعدد بينائه مائلاً، وإن سقط كل الجدار ضمن نصف ماتلف بسببه في الأصح.

(قلت) لعل العلة في هذا لأنه تعدى في النصف ولم يتعد في الكل. والله أعلم.

(قلت) الذي أفهمه أن مقابل القول الأصح وهو الصحيح أنه يضمن مايتلف بسبب سقوطه كل ما يتسبب عن ذلك من أضرار. اهـ

(قلت) والراجح والله أعلم أنه يضمن في الحالتين، لأن الحائط المائل سيؤول إلى السقوط لامحالة، لذلك فإنه بمجرد التقدم إليه يجب عليه اتخاذ التدابير الوقائية حتى لايسقط ويتلف أرواح الناس وأموالهم، وأما كون الحائط الطويل بمنزلة حائطين فهذا غير صحيح، لأن الحائط متماسك فسقوط بعضه يتسبب في سقوط باقيه في غالب الأحوال، فالتخلخل الذي يصيب السليم بسبب سقوط الواهي ثم الرجة القوية عند سقوط الحائط كل ذلك يسبب سقوط الحائط السليم غالباً.

نعم لو كان نصفه مبنياً بالطين ونصفه بالآجر أو الأسمنت فهذا ينطبق عليه أنهما كحائطين، ويمكن أن يسقط أحدهما ولايسقط الآخر، أما في مسألتنا حيث لم يفرق فلا يكون كحائطين، والمرجع أهل الخبرة. والله أعلم.

## الفصل الثاني الإبراء من الضمان

### ١٤- لا ينفع الإبراء في الطريق العام:

إذا بنى رجل حائطه مائلاً إلى الطريق وأبراه الإمام، أو غيره من الضمان فهل يبرأ منه أم لا؟

اتفق الأئمة الحنفية والشافعية والحنابلة<sup>(١)</sup> على أن الإمام لا يملك إبراء صاحب الحائط المائل إلى الطريق من الضمان، ولو أبراه فإن الإبراء لا يصح لأن الحق لجميع المسلمين فلا يملك واحد منهم إسقاطه لا الإمام ولا غيره.

(قلت) وهذا مبني على قاعدتين: هل الإبراء إسقاط أو تملك<sup>(٢)</sup>، وعلى كل الاحتمالين فلا يصح إبراء الإمام صاحب الحائط من ضمان الحائط الذي بني مائلاً إلى الطريق أو إلى ملك الغير، لأن الطريق ملك لكل المسلمين فلا يصح تملكه لواحد منهم، وإن قلنا إنه إسقاط فكذلك لا يستطيع الإمام إسقاط حق المسلمين في طريقهم، وملك إنسان لا يجوز تملكه للغير ولا إسقاطه إلا بإذن من صاحبه.

القاعدة الثانية: التصرف على الرعية منوط بالمصلحة<sup>(٣)</sup>.

يقول الأستاذ مصطفى الزرقاء<sup>(٤)</sup>: ذلك لأن الولاية من الخليفة فمن دونه من العمال

(١) الحنفية: الدر المختار، ٣٨٥/٥، الزيلعي، تبين الحقائق، ١٤٨/٦، البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٨٣، الشربيني، مغني المحتاج، ٨٦/٤، قال: يضمن وإن أبراه الإمام منه. ابن قدامة، المغني، ٩٦/١٢.

(٢) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (ت ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد فقه الشافعية وفروعها، الطبعة الأخيرة، ١٣٧٨هـ/١٩٥٩م، مصطفى البابي الحلبي، ص ١٧١.

(٣) حيدر علي حيدر أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥١/١، ٥٨م، اللباني، سليم رستم باز (ت ١٣٣٨هـ) شرح المجلة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، مصور على طبعة الأستانة، سنة ١٣٥٠هـ، ٤٢/١، ٥٨م، الزرقاء، مصطفى أحمد، المنخل الفقهي العام، ط ٩، مطبع ألف ياء الأدب، دمشق، ١٩٦٧/١٩٦٨م، ص ٥٠ الفقرة ٦٦٢، القاعدة ٣٤.

(٤) الزرقاء

مصطفى أحمد الزرقاء، فقيه حنفي معاصر ألف المنخل الفقهي العام في ثلاثة مجلدات كبار ضمنه الكثير من النظريات الفقهية المعاصرة ولقت طلاب العلم إلى هذه الأمور وحضر الندوات العالمية في الفقه.

## • المباني الآيلة للسقوط •

الموظفين في فروع السلطة الحكومية، ليسوا عمالاً لأنفسهم وإنما هم وكلاء عن الأمة في القيام بأصلح التدابير... فكل عمل أو تصرف من الولاية على خلاف هذه المصلحة... غير جائز. اهـ. بتصرف.

ولاشك أن القاعدة العظيمة هي التي تحكم هذا البحث كله ألا وهي (الضرر يزال)<sup>(١)</sup> وأي ضرر أكثر من ميلان حائط على طريق المسلمين؟

لذا فالراجح أن إبراء الإمام أو غيره لا ينفع في الحائط المائل إلى الطريق العام.

### ١٥ - الإبراء في الطريق الخاص:

وإن مال الحائط إلى طريق غير نافذ (طريق خاص) فهل يصح الإبراء من الجناية التي يسببها سقوط هذا الحائط المائل أم لا؟ نقول: هنا تفصيل.

فإذا كان في هذا الطريق غير النافذ مسجد أو بئر مسيلة<sup>(٢)</sup> فهو كالشارع أي كالطريق العام لا يبرأ صاحبه بإبراء أحد، على ذلك نص الشافعية<sup>(٣)</sup>.

وإن لم يكن في الطريق غير النافذ شيء مما يستدعي استطرار الناس له كالمسجد والبئر المسيلة فقد اختلفت عبارات الفقهاء في ذلك.

فالحنفية عموماً الحكم فلم يذكروا طريقاً نافذاً أو غير نافذ، قال الكاساني<sup>(٤)</sup> في البدائع<sup>(٥)</sup> فإن كان ميلان الحائط إلى الطريق، فالتأجيل باطل وإن كان ميلانه إلى دار رجل فأجله صاحب الدار أو أبرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار، فذلك جائز، ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط. اهـ.

فالكاساني هذا عجم الطريق، ولم يبين عاماً من خاص، ثم اقتصر على ذكر التأجيل في الطريق وذكر التأجيل والإبراء في الدار.

(١) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٨٣، القاعدة الرابعة.

(٢) أو فيه مدرسة أو دائرة رسمية أو دار صفة... إلخ.

(٣) الشربيني، ٨٦/٤.

(٤) الكاساني (ت ٥٨٧هـ).

أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين فقيه حنفي، الملقب بملك العلماء، تزوج عالمة الفقه فاطمة بنت علاء الدين محمد السمرقندي لما شرح التحفة لوالدها فزوجها والدها له وجعل الشرح مهراً فقالوا شرح تحفته وتزوج ابنته.  
الكنوي، الفوائد البهية ص ٥٣.

(٥) ٢٨٤/٧، والحصكفي، بدر المتقي وداماد، مجمع الأنهر، ٦٥٨/٢-٦٥٩.

وأما الشافعية<sup>(١)</sup> فقالوا: والميل إلى طريق غير نافذ: إن كان فيها مسجد أو بئر مسجلة فكالشارع، وإلا فملك لغير. ١هـ أي كملك الغير.

ومعلوم أن في ملك الغير، يستطيع المالك أن يبرئ صاحب الحائط من الضمان كما سيأتي، وإذا كانوا جماعة فلا بد من رضاهم، لأن الحق لهم.

وقال الحنابلة<sup>(٢)</sup>: وإن مال إلى درب غير نافذ فالحق لأهل الدرب والمطالبة لهم، لأن الملك لهم ويلزم النقض بمطالبة أحدهم، ولا يبرأ بغيره وتأجيله إلا أن يرضى بذلك جميعهم. ١هـ.

ولم يذكر المالكية هذه المسألة.

(الخلاصة): يظهر مما تقدم أن الشافعية والحنابلة يجعلون لأصحاب الطريق (الخاص) غير النافذ الحق في إبراء صاحب الحائط المائل مما يتسبب عن سقوطه، لأن الحق لهم فلم يحددهم إسقاطه.

أما الحنفية فيجعلون الطريق واحداً سواء كان شارعاً للجميع أو أنه طريق خاص غير نافذ - أو هكذا يفهم من عباراتهم -

والراجح قول الشافعية والحنابلة خاصة إذا كان الطريق الخاص لا يسلكه إلا ساكنوه، نعم إذا كان طريقاً خاصاً فيه ما هو للعامة كالمدارس والدوائر الرسمية أو دوائر الصحة فهذا كالطريق العام. والله أعلم.

## ١٦ - حق المبرئ في الطريق العام:

إذا أبرأ إنسان ما من مال حائطه إلى الطريق العام من الضمان، فلا يبرأ كما تقدم.

فما الحكم إذا سقط الحائط على هذا المبرئ، أو على شيء من ماله، فهل يضمن صاحب الحائط المائل ماسببه سقوطه من ضرر أم لا يضمن بناء على الإبراء السابق؟

(١) الشريبي، المغني، ٨٦/٤.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٩٧/١٢.

نص الحنفية على أن صاحب الحادث كما يضمن ضرر المتضرر يكون ضامناً أيضاً، إذا الحق الضرر بالمؤجل أو المبرئ، لأن إبراءه لم يقع موقعه لأن هذا المعنى يعتبر في الشركة الخاصة لا العامة<sup>(١)</sup>، وكذا لو أجله.

ولم أجده لغير الحنفية.

(قلت) وهو صحيح، لأننا لما أبطلنا الإبراء والتأجيل أصبح المبرئ والمؤجل وغيره سواء. والله أعلم.

#### ١٧- أبرأه صاحب الملك:

ما الحكم إذا بنى شخص حائطاً مائلاً إلى ملك الغير فطلب منه صاحب ذلك الملك أن ينقضه، ثم أبرأه من هذا الطلب، ليبرأ من الضمان على رأي من يشترط الطلب إليه، فهل يبرأ من الضمان إذا أبرأه من مال الحادث إلى ملكه؟

قال الفقهاء الثلاثة الحنفية والشافعية والحنابلة<sup>(٢)</sup>: نعم يبرأ من الضمان، لأن الحق للمبرئ وهو يملك إسقاطه<sup>(٣)</sup>.

(قلت) هو الصحيح ولو أبرأه غير المالك لم يصح، ولو كان الحاكم، للقاعدة (الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل)<sup>(٤)</sup>.

#### ١٨- أبرأه ساكن الدار:

هل للساكن في الدار التي فيها حائط مائل إبراء صاحب الحائط وتأجيله؟

نعم لهذا الساكن الحق في التأجيل والإبراء من الجناية، قال ذلك الحنفية، فقد قالوا: التأجيل والإبراء من الجناية من حق ساكن الدار المائل إليه الحائط، سواء

(١) علي حيدر، دررالحكام، ٥٦١/٢.

(٢) الحصكفي، الدر المختار ٣٨٥/٥، الشريبي، ٨٥/٤، قاسه على إخراج الجناح وابن قدامة، المغني، ٩٦/١٢.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٩٦/١٢.

(٤) علي حيدر، شرح المجلة، ص ٨٤، م ٩٥.

المالك أو الساكن<sup>(١)</sup>.

(قلت) نعم هذا صحيح، والساكن هو صاحب الحق في هذه المسألة سواء سكن بإجارة أو وصية أو إعارة. والله أعلم.

## ١٩- التأجيل كالإبراء:

التأجيل: وهو أن يطلب أحد الناس من صاحب الحائط المائل إلى الطريق أن يهدمه، لأنه مائل ومخوف، فيقول صاحب الحائط لهذا الطلب أمهلني مدة كذا لأنني مشغول - مثلاً - فهل يصح التأجيل. أقول:

إن التأجيل كالإبراء فيما تقدم<sup>(٢)</sup>.

وإذن فلا يصح التأجيل في الطريق العام لامن الطالب ولامن القاضي، وإن مال إلى الطريق الخاص فيصح التأجيل إذا كان من جميعهم، وإذا أجل بعضهم فهو باطل، وإذا كان ميله إلى ملك الغير فالحق له: فإذا كان واحداً فله الحق في التأجيل، وإذا كانوا جماعة فلا بد من رضاهم جميعاً.

وانظر المراجع السابقة في الإبراء. والله أعلم.

---

(١) الحصكفي، الدرالمختار، ٣٨٥/٥.

(٢) انظر المراجع السابقة في الإبراء فقرة رقم (١٤) وما بعدها، والبغدادى، غانم بن محمد أبا محمد، مجمع الضمانات، ط/١، ١٤٠٧ هـ/١٩٨٧ م، عالم الكتب، ص ٨٣.

## الفصل الثالث

### طلب نقض الحائط المائل

#### ٢٠- التقدم إلى صاحب الحائط المائل (المالك الحقيقي):

المالك: إما بالغ رشيد أوقاصر عليه ولي أو وصي، فالأول: مالك حقيقي، والولي والوصي مالك حكمي.

اشتراط الحنفية والمالكية ونصوص أحمد - لتحقيق الضمان - أن يسبق السقوط مطالبة من يملك نقض الحائط المائل.

والمطالبة: أن يقول من له المطالبة: إن حائطك هذا مخوف - أو مائل - فأنقضه أو أهدمه حتى لا يسقط ويتلف شيئاً<sup>(١)</sup>. أو يقول له: أصلح جدارك<sup>(٢)</sup>.

(قلت) المطالبة مشروطة بما إذا لم يكن صاحب الحائط الحقيقي يعلم بميله، فإن كان يعلم بميله، وأنه مخوف فلا يحتاج إلى المطالبة، ولكن الفقهاء أمروا بالتقدم إليه زيادة في الأعذار، ولذلك قال السرخسي<sup>(٣)</sup> في المبسوط: إن بالمطالبة ينعدم معنى العذر في حقه وهو الجهل بميل الحائط<sup>(٤)</sup>.

#### ٢١- فإن لم يطالب بالنقض؟

اتفق الحنفية وابن القاسم من المالكية وهو مانص عليه الإمام أحمد<sup>(٥)</sup> أنه إن سقط

(١) الشيباني، الأصل، ٥٦٧/٥، الكاساني، البدائع، ٢٨٣/٧، البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٨٢، ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٣٨٤/٥.

(٢) الدردير، الشرح الكبير، ٣٥٦/٤.

(٣) السرخسي (ت ٤٩٠هـ).

محمد بن أحمد بن أبي سهل ليوبكر السرخسي (شمس الأئمة)، كان إماماً علامة حجة متكلماً منافراً أصولياً مجتهداً أوجد زمانه، أملى المبسوط في السجن في الحب من حفظه. اللكنوي الهندي، الفرائد البهية في تراجم الحنفية، ص ١٥٨-١٥٩، البغدادي، هدية العارفين، ٧٦/٢.

(٤) ٩/٢٧ بتصرف.

(٥) السرخسي، المبسوط، ٩/٢٧، البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٨٢، الحصكفي، الدرر، ٣٨٥/٥، ابن القاسم عبد الرحمن بن القاسم (ت ١٩١هـ)، المدونة الكبرى، دار الفكر، ٥٠٧/٤، ابن فرحون، التمهيد، ٢٥٢/٢، ذكر خلاف أشهب، الدردير، الشرح الكبير والحاشية للسوقي، ٣٥٦/٤، الخطاب، المواهب، والمواق، التاج، ٣٢١/٦ لم يذكر خلافاً، وابن قدامة، المغني، ٩٥/١٢.

الجدار قبل أن يطالب بنقضه أن لا يضمن.

وقال أشهب من المالكية: إن بلغ - ميلان الحائط - إلى حالة لا يجوز لصاحبه أن يتركه لشدة ميله فهو ضامن وإن لم يشهد<sup>(١)</sup>.

وقال ابن الماجشون: لا يضمن إلا إذا قضى عليه السلطان بالهدم فلم يفعل<sup>(٢)</sup>.

والشافعية<sup>(٣)</sup> لا يشترطون التقدم إلى ربه كما مر، والمذهب عندهم أن لاضمان إذا بنى حائطه مستقيماً في ملكه ثم مال وسقط سواء علم به أم لم يعلم، أشهد أم لم يشهد، تمكن من إصلاحه أم لم يتمكن، فهذا هو المذهب عندهم. وقيل: إن أمكنه هدمه وإصلاحه ضمن، وقال الحسن البصري والنخعي: إن أشهد على صاحبه قاتل شيئاً فصاحبه ضامن.

(قلت) هو كما مر أن مالك الحائط إن كان يعلم به وأنه مخوف فلا يحتاج إلى مطالبته وهو ضامن طوالب به أم لم يطالب، أشهد عليه أم لم يشهد. والله أعلم.

## ٢٢ - الإشهاد على المطالبة:

اختلف الفقهاء في ذلك<sup>(٤)</sup>:

فقال الحنفية: لا يشترط أن يكون مع التقدم إشهاد، إنما يشترط الإشهاد لإثبات التقدم أمام القضاء فيما لو أنكر التقدم إليه.

وقال المالكية: يشترط الإشهاد فإن لم يشهدوا عليه لم يضمن<sup>(٥)</sup>.

وأما الحنابلة فهم لا يشترطون الإشهاد إلا رواية عن الإمام أحمد، قال في الإقناع:

(١) والمالكية ليس عندهم طلب مجرد من الإشهاد فهم يعبرون بالإشهاد دون ذكر للطلب مع أنهم ذكروا التقدم إلى صاحب الكلب العقور دون ذكر الإشهاد، المدونة ٥٠٦/٤، ابن شاس، عقد الجواهر، ٣/٣٥٣، وإن لم ينذر ففي الضمان خلاف، وقال الدردير في الشرح الكبير، ٤/٣٥٦ إن لم ينذر أي مع الإشهاد فلا ضمان. أ.هـ.

(٢) الخطاب، مواهب الجليل، والمواق، التاج والإكليل ٦/٣٢١، ابن شاس الجواهر الثمينة، ٣/٣٥٣.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، وانظر النووي، المنهاج، ٤/٨٦.

(٤) ابن المنذر الإشراف على مذاهب أهل العلم، ٢/١٩١ م ١٤٤٥.

(٥) الخطاب، مواهب الجليل، والمواق، التاج والإكليل ٦/٣٢١، ابن شاس، الجواهر الثمينة، ٣/٣٥٣.

## • المباني الآيلة للسقوط •

وعنه - أي عن أحمد - إن طولب بنقضه وأشهد عليه ضمن.

واختاره جماعة. اهـ قال البيهوتي<sup>(١)</sup>: لأن ترك الهدم مع المطالبة تفريط<sup>(٢)</sup> وقال شريح وقتادة والنخعي: إن شهدوا عليه ضمن، وبه قال سفيان الثوري<sup>(٣)</sup>.

(قلت) الأمر كما قال الحنفية<sup>(٤)</sup> بأن وجوب الإشهاد من باب الاحتياط حتى لا يستطيع أن ينكر المطالبة، وإلا فالمطالبة كافية له إذا كان لا يعلم. والله أعلم.

### ٢٣- إذا اعترف بالمطالبة:

إذا أقر صاحب الحائط المائل بأنه قد طولب بنقضه ممن له حق المطالبة ولم يصلحه حتى سقط فحينئذ يضمن، لأنه مفرط.

قال ذلك الحنفية والمالكية<sup>(٥)</sup>.

فقد قال الحنفية: لو اعترف صاحب الحائط أنه طولب بنقضه، وجب عليه الضمان، وإن لم يشهد عليه.

وقال المالكية: ومفهوم أذنه أنه إن لم ينذر - أي مع الإشهاد - فلا ضمان عليه إلا أن يعترف بذلك مع تفريطه فيضمن.

(قلت) هذا صحيح. والله أعلم.

### ٢٤- الإشهاد عند الحاكم:

إن قضية انهدام الحائط المائل إلى الشارع العام تحتاج إلى تركيز شديد لأنها

(١) البيهوتي (١٠٠٠-١٠٥١هـ).

منصور بن يونس بن صلاح الدين البيهوتي الحنبلي، فقيه له مؤلفات كثيرة كلها في فروع الحنابلة.

المحبى، خلاصة الأثر، ٤/٤٢٦.

(٢) انظر المراجع السابقة في المسألة قبل هذه، والبيهوتي، كشف القناع، ٤/١٣٧.

(٣) ابن حزم، المحلى، ١٠/٥٢٧.

(٤) قال الزيلعي في تبیین الحقائق ٦/١٤٧: والشرط طلب النقض منه دون الإشهاد وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من اثباته عند جحوده أو جحود عاقلته فكان من باب الاحتياط. كالإشهاد على طلب الشفعة.

(٥) يابرتي، محمد بن محمد الرومي الحنفي (ت ٧٨٦هـ)، شرح العناية على الهداية، مطبوع مع الهداية، ١٠/٣٢٢، حيدن شرح المجلة، ٢/٥٦١.

تدخل في مجال الضروريات فهي تدخل في النفس والمال وقد تدخل في العقل، لذلك أولاهها الفقهاء وخاصة المالكية عنايتهم واهتمامهم وهم الذين يهتمون بالمصلحة على ما هو معلوم، أما الأئمة الحنفية فإنهم ذكروا المسألة ولم يشترطوا الشهادة عند القاضي، قال قاضي خان<sup>(١)</sup> في فتاواه: وتصح المطالبة بالتفريغ عند القاضي وغيره.

وقال علي حيدر<sup>(٢)</sup> في شرح المجلة: لا يشترط أن يكون التقدم في حضور الحاكم، ولو حصل في حضور الحاكم فهو معتبر<sup>(٣)</sup>.

وأما المالكية فقد فصلوا في المسألة فقالوا: ننظر.

إن أنكر رب الحائط ما قيل له من غرر الحائط احتج إلى التقدم إلى الحاكم، وإن أقر بأن حائطه مخيف نفعت الشهادة عليه دون حكم<sup>(٤)</sup>.

ثم ننظر فإن كان الحائط بلغ حداً يجب عليه هدمه فيه لشدة ميلانه، ثم تركه فيضمته، وإن لم يكن إسهاد ولا حكم، قاله أشهب وسحنون.

وقال بعضهم: فإن لم يشهد عليه لم يضمن، وإن كان مخوفاً مالم يقر بذلك.

#### (١) قاضي خان (٥٩٢ هـ)

الحسن بن منصور بن محمود الأوزجندی الفرغاني الحنفي فخر الدين أبو المحاسن فقيه مجتهد في المسائل. له الفتاوى في أربعة مجلدات والمحاضر، وشرح أدب القاضي للخصاف وغيرها.

ابن العماد، شذرات الذهب، ٣٠٨/٤.

#### (٢) علي حيدر أفندي

كان من فطاحل هذا العصر وأفتان هذا الدهر الذين قلما يجود الزمان بمثلهم، كان الرئيس الأول لمحكمة التمييز وأمين الفتيا ووزير العدلية في الدولة العثمانية ومدرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالأستانة.

انظر أول درر الحكام شرح مجلة الأحكام، كتب الترجمة المحامي، فهمي الحسيني.

(٣) قاضي خان، الحسن بن منصور الأوزجندی (ت ٥٩٢ هـ)، فتاوى قاضي خان بلوچستان، ١٤١٠ هـ/١٩٩٠ م، ٤٠٤/٢، البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٨٢، حيدون شرح المجلة، ٥٦١/٢، وكتبت الكلمة المحاكم بدل الحاكم.

(٤) ابن القاسم، المدونة، ٥٠٧/٤، الخطاب، مواهب الجليل، المواق، التاج والإكليل، ٣٢١/٦، ابن فرحون، التبصرة، ٢٥٢/٢، الدردير، الشرح الكبير ٣٥٦/٤، والشرح الصغير، ٤٤٠/٢، وانظر الدسوقي في حاشيته، الزرقاني، شرحه لمختصر خليل، ١١٧/٨، عيش، منح الجليل، ٥٥٩/٤.

هذا كله إذا لم يكن حكم سابق من قبل القاضي، فإن حكم القاضي بهدمه ولم يفعل فهو ضامن.

(قلت) لأن الحاكم لا يحكم إلا إذا رأى أن المصلحة في هدمه، بأن كان ميلانه شديداً، فإن تقدم إليه السلطان دون حكم وذلك على حسن النظر للرعية ولم يهدمه وسقط وأتلف نفساً أو مالا فصاحبه ضامن لكل التلف.

فإن لم يكن شيء من ذلك هنا اختلف المالكية.

فقال ابن القاسم وابن أحمد الجيزي<sup>(١)</sup>: لا يشترط إسهاد الحاكم.

فقد قال ابن القاسم في المدونة: إن أشهدوا عليه ضمن، وإن لم يشهدوا عليه لم يضمن. اهـ.

ونقل في العتبية<sup>(٢)</sup> عن ابن القاسم قوله: يكفي بمطالبة الجار ومن يخاف أذيته وضرره وإن لم يكن سلطان.

ونقل الشيخ الدردير<sup>(٣)</sup> عن الجيزي أنه يشهد جماعة المسلمين ولو مع وجود حاكم.

وقال أشهب وسحنون: الإسهاد لا يكون إلا من القاضي أو ممن له النظر في ذلك، ولا ينفع إسهاد غير القاضي، أما نهى الناس وإسهادهم فليس يلزم إلا أن يكون ذلك

(١) الجيزي (ت ٧٧٩هـ)

زين بن أحمد بن موسى الجيزي شيخ الإمام القرافي، كان مرجع المالكية في الإفتاء في مصر كان متواضعاً.

القرافي توشيح الديباج، حلية الابتهاج، ص ١٠١-١٠٢.

(٢) العتبية: كتاب منسوب إلى مصنفه محمد بن أحمد العتبي (ت ٢٥٤هـ)، الكشف ١١٢٤.

(٣) الدردير (١١٢٧-١٢٠١هـ)

أحمد بن محمد 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.

البغدادي، هدية العارفين، ١/ ١٨١.

في بلد ليس به حاكم، فإن إشهاد الجيران والناس في ذلك كاف.

(قلت):

١- أما قولهم: إن أنكر رب الحائط ما قيل له من غرر الحائط احتيج إلى التقدم إلى الحاكم، وإن أقر بأن حائطه مخيف نفعت الشهادة عليه دون حكم. نقول:

أما الأول وهو أنه إذا أنكر احتيج إلى التقدم إلى الحاكم فصحيح لثبوت عليه الأمر.

وأما الثاني: وهو قولهم وإن أقر بأن حائطه مخيف نفعت الشهادة عليه دون حكم، نقول:

إذا كانت هذه الشهادة من باب الاحتياط كي لا ينكر فنعم، وإن كانت على أنها شرط، وأنه إذا لم يشهد عليه لا يضمن، فهذا غير صحيح، لأنه مادام أنه يعترف بميلان حائطه، فالحاجة إلى جعل عدم الإشهاد نافياً للضمان. والله أعلم.

٢- وأما قولهم، إن كان الحائط بلغ حداً يجب عليه هدمه فيه لشدة ميلانه ثم تركه فيضمنه، وإن لم يكن إشهاد ولا حكم، نقول: إن هذا يؤيد ما رجحناه سابقاً من أنه متى علم بميلانه وخطره وجب عليه نقضه أو إصلاحه. والله أعلم.

٣- وأما قولهم: إن حكم القاضي بهدمه، ولم يفعل فهو ضامن فهذا صحيح، لأن القاضي ما حكم بهدمه إلا لما رأى أن هذا هو المصلحة.

٤- وكذا نقول في الفقرة التالية لو تقدم إليه السلطان دون حكم ولكن على حسن النظر للرعية ولم يهدمه صاحبه أنه يضمن.

٥- وأما ما اختلف فيه المالكية فنقول: إن الراجح راجع إلى المصلحة، فإن كان صاحبه حاضراً وعلم بميلانه، وأنه مخوف فلا يحتاج إلى إشهاد ولا إلى حكم حاكم، خاصة إذا عُرف الأمر وانتشر الخبر، نعم إن تأخر عن هدمه أو إصلاحه، فعلى الحاكم أن ينقضه أو يصلحه. والله أعلم.

## ● المباني الآيلة للسقوط ●

وأما إذا كان الأمر يتعلق بدار إنسان بعيد عن المارة فهذا مما يخفى فلا بد من الإشهاد عليه، وكذا لو كان في طريق خاص.

ولا يخفى أن المالكية لا يفرقون بين ميلان الحائط إلى الطريق العام أو إلى الطريق الخاص أو إلى ملك الغير.

وقال ابن فرحون<sup>(١)</sup> (٢): والإشهاد لا يكون إلا من القاضي أو من له النظر في ذلك، ولا ينفع إشهاد غير القاضي، أما نهى الناس وإرشادهم فليس بلازم إلا أن يكون ذلك في بلد ليس به حاكم، فإن إشهاد الجيران والناس في ذلك كافٍ.

قال بعض القرويين: ينظر فإن كان رب الحائط مقراً بغرره نفع الإشهاد دون حاكم، وإن كان منكراً فلا بد من التقدم إلى حاكم. اهـ.

(قلت) كل هذا على سبيل الاحتياط، وإلا فكما مر أن علمه بالميلان وتركه دون إصلاح كاف في وجوب الضمان بينه وبين الله تعالى، لكن قد يتمادى في غيه وينكر الميلان أو يكابر، فعند ذلك تتخذ الوسائل الكافية لردعه: من التقدم إليه ثم الإشهاد ثم رفع أمره إلى الحاكم.

وقال الدردير<sup>(٣)</sup>: يشهد عليه بذلك عند حاكم أو جماعة المسلمين ولو مع إمكان حاكم. اهـ فهذا دليل على أن المسألة مسألة مراحل يرتقى بها حسب الحاجة والمصلحة.

## ٢٦- نصاب الشهادة:

إذا سقط الحائط المائل على إنسان وقتله، نظرنا: فإن كان صاحبه لا يعلم وقد

---

(١) ابن فرحون (٧١٩-٧٩٩هـ)

إبراهيم بن علي بن محمد اليعمرى المدني المالكي (أبو الوفاء، برهان الدين)، تفقه وبرع وصنف وجمع، له المؤلفات النافعة.

القرافي، توشيح الديباج، ص ٤٥، ابن العماد، شذرات الذهب، ٦/٣٥٧.

(٢) ابن فرحون، التبصرة، ٢/٢٥٢.

(٣) الدردير، الشرح الكبير، ٤/٢٥٦.

تقدم إليه يهدم الحائط فلم يفعل فهو ضامن للدية على العاقلة، فإذا أنكرت العاقلة التقدم فلا بد من البيعة، فما البيعة؟

قال الحنفية<sup>(١)</sup> يكفي في البيعة رجلان أو رجل وامرأتان، لأنها شهادة على التقدم إليه لأعلى القتل.

وإذا أشهد على الحائط المائل ... كافران أو صبيان ثم ... أسلم الكافران أو بلغ الصبيان، ثم سقط الحائط المائل فأصاب إنساناً فقتله فهو ضامن لذلك.

وكذا لو سقط الحائط المائل قبل ... وإسلام الكافرين وبلوغ الصبيان ثم شهدا، وكان ... الإسلام والبلوغ قبل شهادتهما جازت الشهادة، لما بينا أن المعتبر هو التقدم إليه، والإشهاد عند ذلك احتياط فيكون صحيحاً من هؤلاء وهم أهل للشهادة عند الأداء فوجب قبول شهادتهم<sup>(٢)</sup>.

(قلت) لعل المراد بالشهادة هنا الإخبار والتقدم فقط دون الشهادة الخاصة. والله أعلم.

## ٢٧- الإشهاد عند الحاكم مع المطالبة.

لم يذكر اشتراط الحاكم إلا المالكية وكما يلي.

في المدونة<sup>(٣)</sup>: أنه إن أشهدوا عليه ضمن، وإن لم يشهدوا عليه لم يضمن وإن كان مخوفاً. اهـ.

(١) الشيباني، الأصل، ٥٧١/٥-٥٧٢، قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٤/٢ ويثبت أيضاً بكتاب القاضي إلى القاضي، ونظام، الفتاوى الهندية، ٣٧/٦، المرغيناني، البداية والهداية، ٣٢٢/١٠، العزي، تنوير الألبان الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٦/٥.

(٢) السرخسي، المبسوط، ١٢/٢٧، وانظر البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٨٣، نظام، الفتاوى الهندية، ٣٧/٦.

(٣) ابن القاسم، المدونة، ٥٠٧/٤.

## • المباني الآيلة للسقوط •

قال الحطاب<sup>(١)</sup> معلقاً على كلام المدونة، ولم يبين عند من يكون الإشهاد قال ابن عبدالسلام<sup>(٢)</sup>؛ ومعناه عند القاضي أو من له النظر في ذلك ولا ينفع الإشهاد إذا لم يكن كذلك إذا كان رب الحائط منكراً لميلانه، بحيث يخشى عليه السقوط، وأما إن كان مقراً، فإنه يكفي بالإشهاد وإن لم يكن عند حاكم، قاله بعض القرويين.

ونقل في العتبية أن ابن القاسم يكفي بمطالبة الجوار ومن يخاف أذيته وضرره وإن لم يكن سلطاناً.

(قلت) هذا حسب حال صاحب الحائط ودينه، فإن كان مشهوراً بالصدق كفت المطالبة بدون القاضي، وإلا وجب الإشهاد عند القاضي لإثبات التقدم أمام القضاء فيما لو أنكر التقدم إليه. وانظر الفقرة (٢٤).

### ٢٨- المشورة بالنقض ليست مطلوبة:

المطالبة بالنقض هي أن يقول الإنسان لصاحب الحائط المائل: إن حائطك هذا مائل إلى الطريق أو مخوف أو متصدع فاهدمه.

فإن أبدى شخص لصاحب الحائط مشورة أو نصيحة فقال له: إن حائطك مائل، وينبغي لك أن تهدمه، فلا يكون ذلك طلباً ولا إلهاداً.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(٣)</sup>.

(قلت) كما عرفنا فإن مجرد إعلامه بميلان حائطه يوجب عليه أخذ التدابير الوقائية وإلا فيضمن.

(١) الحطاب، المواهب، ٣٢١/٦.

(٢) ابن عبدالسلام (٦٧٦-٧٤٩هـ).

محمد بن عبدالسلام بن يوسف الهواري المنستيري أبو عبدالله فقيه مالكي كان قاضي الجماعة بتونس، ولي قضاء تونس ١٥ عاماً ومات بالطاعون.

الديباج، ص ٣٣٦.

(٣) قاضي خان، الفتاوى ٤٠٤/٢. البغدادى، مجمع الضمانات، ١٨٢/٢، ابن عابدين، الحاشية، ٣٨٤/٥.

## ٢٩- غيبة رب الحائط:

إذا غاب رب الحائط المائل المخوف فإن أمر الحائط يرفع إلى الحاكم ليرى فيه رأيه.

نص على ذلك المالكية<sup>(١)</sup>.

(قلت) وهو الصحيح.

## ٣٠- التقدم بالنقض قبل ميلان الحائط:

نص الحنفية<sup>(٢)</sup> على أن التقدم والإشهاد قبل صيرورة الحائط مائلاً إلى الانهدام غير صحيحين، فلو انهدم بعد ذلك، فلا ضمان، لعدم وجود التعدي ابتداء وانتهاء. اهـ.

(قلت) وهذا شيء واضح.

المطالب بالنقض:

تختلف المطالبة من حيث المطالب حسب ميلان الحائط، فقد يميل الحائط إلى ملك مالك الحائط نفسه أو إلى طريق عام أو إلى طريق خاص أو إلى ملك الغير، ولكل واحد من هذه الأشياء حكمه.

## ٣١- المطالبة وميل الحائط إلى ملك صاحبه:

فهذا لا يطالب بإزالته وإذا سقط فلا ضمان على صاحبه لعدم تعديه<sup>(٣)</sup>. وهذا واضح. وتقدم، وكذا لو مال إلى موات أو أرض خالية:

## ٣٢- المطالبة إذا مال الحائط إلى الطريق العام:

فقد اتفق الحنفية والحنابلة<sup>(٤)</sup> على أن لكل مسلم أو ذمي المطالبة بإزالته زاد

(١) ابن القاسم، المدونة، ٥٠٧/٤، ابن فرحون، التبصرة، ٢٥٢/٢.

(٢) الشيباني، الأصل، ٥٧٥/٥، العزي، تنوير الأبصار، الحصكفي، الدر المختار ٣٨٦/٥، حيدري، شرح المجلة، ٥٦٠/٢.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ٨٦/٤.

(٤) السرخسي، المبسوط، ٩/٢٧، الزيلعي، تبیین الحقائق، ١٤٧/٦، ابن قدامة، المغني، ٩٦/١٢، البهوتي، الكشف، ١٣٧/٤.

الحنفية ... والصبي المأذون له.

وذلك - أي جواز المطالبة لكل أحد - لأنه حق لكل واحد منهم. فكان له المطالبة بنقضه.

(قلت) وهذا صحيح، لأن الطريق المسلوب يكسر تلف الأنفس إذا سقط حائط فيه لذا فلكل واحد حق المطالبة برفعه<sup>(١)</sup>.

### ٣٣- المطالبة إذا مال الحائط إلى طريق خاص:

فالمطالبة تصح من كل واحد من أهله، لأن الحق لهم ولا تصح المطالبة من غيرهم. ذكر ذلك الحنفية<sup>(٢)</sup> ولم يفرق الحنابلة بين الطريق العام والطريق الخاص<sup>(٣)</sup>.

(قلت) هذا إذا لم يكن فيه شيء للعامة كالمسجد والبئر المسبلة والمدرسة وماشاكله، فإن كان فيها شيء من ذلك فلكل أحد التنبيه والتقدم لصاحبه بهدمه، لأن الحق للجميع. والله أعلم.

### ٣٤- المطالبة وميل الحائط إلى ملك الغير:

فهذا على نوعين: فإما أن تكون الدار لشخص وإما لجماعة، فإن كانت لشخص، فلا بد أن تكون المطالبة من ساكن الدار سواء كان هو المالك أو كان مستأجراً لها أو مستعيراً أو غيرهما، فإن طالبه غير الساكن فلا عبرة بتلك المطالبة.

وإن كانت الدار لجماعة فلكل واحد منهم مطالبة صاحب الحائط بنقضه، فإن سقط الحائط بعد التقدم إلى ساكن الدار وأتلف شيئاً لساكنيه أو لغيرهم ضمن صاحب الحائط ماتلف، بهذا صرح الحنفية والحنابلة<sup>(٤)</sup>.

(١) حيدر شرح المجلة، ٥٥٨/٢، مادة ٩٢٨، قال: وإن كان الانهدام على الطريق العام فلكل أحد حق التنبيه.

(٢) حيدر شرح المجلة، ٥٥٨/٢، مادة ٩٢٨، قال: وإذا كان قد اتهم إلى الطريق الخاص يلزم أن يكون المنبه ممن له حق المرور في ذلك الطريق. اهـ.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٩٦/١٢، الفقرة ١٤٨١.

(٤) قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٤/٢، ٤٠٥/٢، الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٥/٥، حيدر شرح المجلة، ٥٦٣/٢، مادة ٩٢٨، ابن قدامة، المغني، ٩٦/١٢.

(قلت) نعم هو الصحيح، لأنهم إن لم يطالبوا بهدمه فكانهم راضون بميله. والله أعلم.

### ٣٥- من الذي يطالب بالنقض؟

ويطالب بالنقض من يستطيع التصرف بالحائط بهدم أو إصلاح (وهو المالك حقيقة أو حكماً) فالمالك حقيقة: هو البالغ العاقل الرشيد غير المحجور عليه وتقدم، والمالك حكماً: هو الولي والوصي والحاكم وغيرهم وسيأتي. وقد اتفق الفقهاء الأربعة<sup>(١)</sup> على هذا وهو أن التقدم لا ينفع إلا إذا كان من له اقتدار على التصرف<sup>(٢)</sup> في الحائط بهدمه أو إصلاحه (المالك الحقيقي والمالك الحكمي).

(قلت) وهذا صحيح، لأنه لافائدة من مطالبة من لا يستطيع التصرف في الحائط، قال علي حيدر في شرح المجلة<sup>(٣)</sup>: لأن التقدم إلى من لم يكن مقتدرًا على هدم الحائط المذكور وإصلاحه سفه فلا حكم له. ا.هـ.

### ٣٦- الطلب إلى المالك الحكمي:

المالك الحكمي هو الذي ينوب عن المالك الحقيقي لقصور في المالك الحقيقي كالصغير والمجنون والواقف والمحجور عليه، وعلى ذلك فالمالك الحكمي وكيل يتصرف عن المالك الحقيقي، وذلك كالولي والوصي وناظر الوقف وولي المحجور عليه والحاكم، وغيرهم<sup>(٤)</sup>.

والوكيل في هذه الحالة على نوعين: وكيل خاص ينوب عن شخص خاص، ووكيل عام ينوب عن الأمة، وستتكم عن كل واحد بالتفصيل.

(١) الحصكفي، الدر المختار، ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٤/٥، حيدر شرح المجلة ٥٦١/٢، ابن فرحون، التبصرة، ٢٥٢/٢، الدردير، الشرح الكبير، ٣٥٦/٤، الدردير، الشرح الصغير، ٤٤٠/٢، الشربيني، مغني المحتاج، ٨٦/٤، ابن قدامة، المغني، ٩٦/١٢، البهوتي، الكشف، ١٣٧/٤.

(٢) الملك غير التصرف فقد يملك الإنسان ولا يتصرف كالمحجور عليه، يملك ولا يستطيعون التصرف وقد يتصرف ولا يملك كالوصي والولي والقاضي في أموال القاصرين. ا.هـ. ولا أنكر المرجع.

(٣) ٥٦١/٢.

(٤) الدسوقي، حاشيته، ٣٥٦/٤، وانظر ابن عابدين، الحاشية، ٣٨٤/٥.

### ٣٧- الطلب إلى الوكيل العام:

الوكيل العام: هو الحاكم والقاضي ومن يتولى عملاً للدولة.

ويقوم كل من يمر بالطريق - بالنسبة للحائط المائل إلى الطريق العام - بالطلب إلى صاحب الحائط بنقضه أو إصلاحه إذا كان حاضراً، فإن كان غائباً فالحاكم هو الذي يقوم مقامه.

قال الدسوقي<sup>(١)</sup> في حاشيته: والوكيل العام: هو الحاكم إذا كان رب الدار غائباً، ولم يكن له وكيل خاص اهـ.

(قلت) وهذا واضح، لأن الأمر يهم الجميع ولم يكن صاحب الحائط حاضراً، لذلك فلا يترك الأمر سائباً وإنما يقوم الحاكم بعمل ما فيه المصلحة والله أعلم.

### ٣٨- الطلب إلى الوكيل الخاص:

هو ناظر الوقف وصي الصغير والمجنون، والولي على المحجور عليه وكل من يستطيع التصرف في الحائط المائل، دون أن يكون مالكا له.

فإذا كان الحائط لواحد من هؤلاء الذين لا يتصرفون بأنفسهم فإن التقدم بنقض الحائط أو إصلاحه إلى من يتوب عنهم من ناظر الوقف وولي أو وصي الصغير والمجنون والمحجور عليه هذا التقدم صحيح وإذا لم يقم الوكيل الخاص بذلك بعد التقدم إليه فيجب الضمان.

على هذا اتفق الفقهاء<sup>(٢)</sup> الثلاثة غير الشافعية، وذكر الشافعية أن المطالبة تكون

(١) الدسوقي (ت ١٢٣٠هـ)

محمد بن أحمد بن عرفة النسوقي المالكي. قدم القاهرة ودرس بالأزهر، وتوفي بالقاهرة، من مؤلفاته حاشية على مغني اللبيب لابن هشام، وحاشية على شرح الدردير لمختصر خليل. البغدادي، هدية العارفين، ٢/ ٣٥٧.

(٢) النسوقي، حاشيته، ٤/ ٣٥٦، وانظر ابن عابدين، الحاشية، ٥/ ٣٨٤.

(٣) الشيباني، الاصل، ٥/ ٥٦٨، المرغيناني، الهداية، بابرقي، شرح العناية، ١٠/ ٣٢٢، الحصكفي، الدرر، ٥/ ٣٨٤، البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٨٢، ابن عابدين الرز، ٥/ ٣٨٤، علي حيدر =

للمالك.

قال الفقهاء، لأن الوكيل الخاص نائب عن القاصر، والإشهاد على البولي إشهاد على من تحت ولايته.

ولأن فعل الوصي والولي والقيم والأب والجد كفعل الصبي، والتقدم إليهم كاللتنقدم إلى الصبي بعد بلوغه.

(قلت) وهذا صحيح حسب اتفاق الفقهاء وعلمهم، وقول الشافعية إن المطالبة تكون للمالك. نعم وهذا مالك حكماً.

### ٣٩- تقدم الأجنبي:

إذا تقدم إلى مالك الحائط أو المتصرف فيه أجنبي، وكان ميل الحائط إلى دار مالك الحائط - فإن هذا التقدم لقيمة له، وبالتالي فإن الحائط إذا سقط على دار الجار فليس للجار - بناء على التقدم من الأجنبي - أن يطلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء سقوط حائطه، نص على ذلك الحنفية<sup>(١)</sup>.

(قلت) الذي رجحته أن علم مالك الحائط بميلانه وأنه مخوف كاف في وجوب الضمان عليه سواء أعلمه الأجنبي أو غيره، نعم إن لم يثق بقول الأجنبي فهذا عليه أن يتثبت. والله أعلم.

### ٤٠- الطلب إلى من لا يملك ولا يتصرف:

ذكر الفقهاء الأربعة<sup>(٢)</sup> أن الطلب يكون إلى مالك الحائط المائل أما التقدم إلى غيره

= شرح المجلة، ٥٥٩/٢ م ٩٢٨، الدردير الشرح الكبير، الدسوقي، الحاشية، ٣٥٦/٤، الدردير، الشرح الصغير، الصاوي، الحاشية، ٤٤٠/٢، الزرقاني، شرح المختصر، ١١٧/٨، ابن حجر، التحفة، شرواني وابن قاسم، الحاشيتين، ١٤/٩-١٥، الشربيني، مغني المحتاج، ٨٦/٤، ابن قدامة، المغني، ٩٦/١٢، البهوتي، كشف القناع، ١٣٧/٤.

(١) علي حيدر، شرح المجلة، ٥٦٣/٢.

(٢) الشيباني، الاصل، ٥٦٨/٥، المرغيناني، الهداية، بابرقي، شرح العناية، ٣٢٢/١٠، الحصكفي، الدرر، ٣٨٤/٥، البغداد، مجمع الضمانات، ص ١٨٢، ابن عابد، الرد، ٣٨٤/٥، علي حيدر =

فلان ينفذ فإن كان مالك الحائط ممن لا يقدر على التصرف كالصبي والمجنون والمحجور عليه، فقد ذكر الثلاثة غير الشافعية أن التقدم إليهم لأفائدة منه لأنهم لا يستطيعون التصرف في الحائط بنقض أو إصلاح.

(قلت) هذا صحيح.

#### ٤١- حالة مستثناة من الطلب ممن لا يتصرف ولا يملك:

نص الفقهاء على أن الطلب لا يقبل إلا ممن يستطيع التصرف في الحائط المائل، لأنه لأفائدة من الطلب إلى غيره كما عرفنا، لكن ذكر الحنفية<sup>(١)</sup> أن هناك حالة واحدة يكون الطلب فيها إلى من لا يملك ولا يستطيع أن يتصرف في الحائط المائل، تلك الحالة هي ما إذا توفي رجل وترك ابناً وترك داراً حائطها مائل إلى طريق أو ملك إنسان، وعلى المتوفى ديون تستغرق التركة كلها بحيث لا يبقى منها شيء للابن، فحينئذ يكون التقدم إلى الابن بنقض الحائط مع أنه غير مالك والطلب إليه صحيح.

(قلت) نعم، يكون الطلب إلى الابن حتى توزع التركة على الدائنين ويعلم صاحب الحائط المائل فيكون الطلب إليه وإعلامه. والله أعلم.

وإذا أشهد على الابن هذا ولم ينقضه حتى سقط ومات به إنسان ضمن والله أعلم.

#### ٤٢- التقدم إلى ساكن الدار التي فيها الحائط المائل (من لا يملك) (المنتفع):

إذا كان صاحب الدار غير ساكن فيها بأن كانت الدار مؤجرة أو مرهونة أو معارة

= شرح المجلة، ٥٥٩/٢ م ٩٢٨، الدردير الشرح الكبير، الدسوقي، الحاشية، ٣٥٦/٤، الدردير، الشرح الصغير، الصاوي، الحاشية، ٤٤٠/٢، الزرقاني، شرح المختصر، ١١٧/٨، ابن حجر، التحفة، شرواني وابن قاسم، الحاشيتين، ١٥١٤/٩، الشربيني، مغني المحتاج، ٨٦/٤، ابن قدامه، المغني، ٩٦/١٢، البهوتي، كشف القناع، ١٣٧/٤.

(١) قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٥/٢

فقد اتفق الفقهاء الأربعة<sup>(١)</sup> على أن الطلب إلى ساكن الدار ممن لا يستطيع التصرف فيها لا قيمة له، ولذلك لو سقط الحائط بعد التقدم إلى ساكن: من مؤجر أو رهن أو مستعير وأتلف إنساناً أو حيواناً، فإنه لاضمان على ربه لعدم المطالبة، ولا على ساكنها لأنه لا يملك التصرف فيها.

(قلت) نحن هنا بين أمرين: الأول: مالك الدار والثاني: ساكنها.

١- أما بالنسبة إلى مالك الدار فإن كان يعلم بميلانها، وأنه مخوف فلا يعفى من الضمان، سواء طلب منه ذلك أم لا، مادام يعلم به، وعرفنا أن هذا رأي بعض الفقهاء منهم أشهب وسحنون علاوة على الشافعية الذين يشترطون علمه بميلانه وإمكان تصليحه فقط.

٢- أما بالنسبة للساكن من مستأجر أو مستعير أو مرتهن فإن هؤلاء إن كانوا يستطيعون إبلاغ المالك وجب ذلك، وحينئذ يصبح المالك عالماً بالأمر، وبالتالي فهو مسئول عن ضمان حائطه.

وإن كانوا لا يستطيعون إبلاغ المالك، وجب عليهم إبلاغ الحاكم في البلد الذي هم فيه أو القاضي، ليتخذ الأمر الذي يراه مصلحة للمسلمين، ولا يجوز أن نقول: بأن المالك لا يضمن لعدم المطالبة، والساكن لا يضمن لعدم التصرف، وحينئذ يترك الأمر سائياً، وتهدر الأنفس والأموال فهذا غير صحيح. والله أعلم.

#### ٤٣- الطلب وحائط المسجد المائل (النفع العام):

إذا مال حائط في المسجد فمن الذي يطالب بنقضه أو إصلاحه؟

(١) الشيباني، الأصل، ٥/٥٦٨، الزيلعي، تبين الحقائق، ٢/١٤٨، بابر تي، شرح العناية، ١٠/٣٢١، الحصكفي، الدرر، ٥/٣٨٥، قاضي خان، الفتاوى، ٢/٤٠٥ ابن القاسم، المدونة، ٤/٥٠٧، الزرقاني، شرح المختصر، ٨/١١٧، عليش، المنع، ٤/٥٥٩، ابن فرحون، التيسرة، ٢/٢٥٢، الدردير، الشرح الكبير، ٤/٣٥٦، وانظر الحاشية معه، الشرح الصغير، ٢/٤٤٠، الشربيني، مغني المحتاج، ٤/٨٦، ابن قدامة، المغني، ١٢/٩٦، البهوتي، الكشف، ٤/١٣٧.

## ● المياني الآيلة للسقوط ●

قال الحنفية<sup>(١)</sup>: يطالب به من بناه وإذا لم ينقضه أو يصلحه فالدية على عاقلته.

(قلت) نعم، والاولى أن يرفع أمره إلى ولي الأمر، لأن هذا مما يجعل للنفع العام، وهكذا كل شيء للنفع العام كالجسور والمدارس والمستشفيات وغيرها.

### ٤٤- الطلب إلى الراهن (العقد اللازم من جانب واحد):

إذا كان على إنسان دين فلهن داراً له مقابل هذا الدين، وكان أحد جدران هذه الدار مائلاً إلى الطريق العام أو الخاص أو إلى ملك الغير فلا ينفع التقدم إلى المرتهن، لأنه لا يملك التصرف في الحائط - وعرفنا ذلك - ولكن هل يستطيع شخص أن يتقدم إلى الراهن، وهو أيضاً لا يستطيع التصرف في الدار لأنها مرهونة عند الدائن؟ وعقد الرهن من العقود اللازمة من جهة الراهن والجائزة من جهة المرتهن<sup>(٢)</sup>؟

قال الفقهاء: نعم يتقدم إلى الراهن، لأنه مالك لها، منهم من أفصح عن ذلك وهم الحنفية<sup>(٣)</sup>.

قال قاضي خان: ولو أشهد على الراهن فسقط الحائط وأتلف شيئاً، كان ضامناً، لأن الراهن يملك الإصلاح، بأن يقضي دينه ويسترد الرهن. اهـ.

وصرح المالكية والشافعية والحنابلة<sup>(٤)</sup> بأن التقدم إلى المالك، ولا يخفى أن الراهن مالك، إلا أن الحنابلة قالوا بأن الراهن إذا أمكنه فكاك الرهن فلم يفعل ضمن، لأنه أمكنه النقص.

(قلت) وهذا صحيح لما علل به الحنفية هذا إن استطاع فكاك الرهن وإلا فلا يضمن، والله أعلم.

(١) المرغيناني، الهداية، ٣٢٢/١٠، ابن عابدين، الحاشية، ٣٨٤/٥، قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٤/٢، علي حيدر، شرح المجلة، ٥٦١/٢.

(٢) الزرقاء المنخل الفقهي العام، ٥٧٨/١.

(٣) الشيباني، الأصل، ٥٦٨/٥، الحسكي، ٣٨٦/٥، البغدادي، مجمع الضمانات ص ١٨٢.

(٤) المدونة، ٥٠٧/٢، الدردير، الشرح الكبير، ٣٥٦/٤، وأنظر حاشية الدسوقي، والزرقاني، على المختصر، ١١٧/٨، عيش، المنح، ٥٥٩/٤، قليوبي، الحاشية ١٤٨/٤، وابن قدامة، المغني، ٩٦/١٢.

## ٤٥- الطلب إلى المؤجر (العقد اللازم من الطرفين):

الإجارة من العقود اللازمة من الطرفين، فإذا كانت الدار التي فيها الحائط المائل مؤجرة فهل يصح التقدم إلى المؤجر مع أن الدار بيد المستأجر بعقد الإجارة، وهل يستطيع المؤجر أن يلغي هذا العقد بناء على هذا العذر وهو خوف سقوط الحائط المائل على نفس أو مال؟ ذكر الجواب الحنفية والحنابلة.

فقد نص الحنفية<sup>(١)</sup> على أن التقدم إلى المؤجر صحيح، وأن المؤجر يستطيع أن يلغي العقد بهذا العذر.

قال الحصكفي في الدر: وكذا - أي يصح - التقدم إلى المؤجر لأن الإجارة تنفسخ بالأعذار وهذا عذر.

وقال الزرقاء: النوع الثالث: عقود الأصل فيها اللزوم، ولكن في طبيعتها شيء من عدم اللزوم في ظروف محدودة... وجملة عقودها اثنان: الإجارة، فإن الأصل فيها اللزوم في حق المتعاقدين، فيجبر الطرفان على تنفيذها، إن فقهاءنا قرروا فيها جواز الغدول والفسخ بالأعذار الطارئة، إذ يكون في تنفيذ الإجارة إهدار مالي أو إصرار غير معقول.

وقال الزرقاء: وعلى هذا النظر قامت (نظرية الظروف الطارئة) في الفقه الأجنبي

أ.هـ.

أما الحنابلة<sup>(٢)</sup> فإنهم قالوا: إذا أجر داره ومال حائطها، فطوبى المالك بنقضه فلم يمكنه استرجاعها من المستأجر ونقض الحائط، فلا ضمان عليه لعدم تقريطه، وإن أمكنه استرجاعها... فلم يفعل ضمن، لأنه أمكنه النقض أ.هـ.

(قلت) نعم هذا مبني على قدرته على استرجاعها، فإن لم يقدر على ذلك، فعليه أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليرى ما فيه المصلحة فيحكم به.

وعلى ذلك فإذا لم يمكنه استرجاعها ولا حاكم وانهار الحائط فلا ضمان عليه، وإن

(١) ابن عابدين، الحاشية، ٣٨٤/٥، علي حيدر شرح المجلة، ٥٥٩/٢، وانظر الزرقاء، مصطفى

أحمد، المختل الفقهي العام، ٤٥٤/١، ابن قدامة، ٩٦/١٢.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٩٦/١٢.

## • المباني الآيلة للسقوط •

رفع أمره إلى الحاكم ارتفع عنه الضمان أيضاً، وإن أمكنه استرجاعها ولم يسترجعها، ثم لم ينقضها، حتى سقطت، وسببت تلفاً فإن رب الحائط ضامن. والله أعلم.

### ٤٦- الطلب إلى المودع والمعير (العقد الجائز من الطرفين):

الإيداع والإعارة من العقود الجائزة بمعنى أن لكل واحد من المتعاقدين حل العقد متى شاء، ومن هنا فإن صاحب الدار التي فيها حائط مائل - إذا كان قد جعلها وديعة أو أعارها لإنسان ليسكن فيها، فإنه إذا طوّل بنقض الحائط، فإن عليه أن يبادر إلى استرجاع الدار من المودع والمستعير لينقض الحائط أو يصلحه، على ذلك نص ابن قدامة في المغني<sup>(١)</sup>، وبين أنه إن أمكنه استرجاعها فلم يفعل ضمن، لأنه أمكنه نقضه.

أهـ. (قلت) وهذا صحيح إن شاء الله. وإن أمكنه الرفع إلى الحاكم وجب.

### ٤٧- المطالب بنقض الحائط المشترك:

الحائط المشترك إما أن تكون هذه الشركة حاصلة بشراء أو هبة أو وصية أو نحوها وإما أن تكون حاصلة بالإرث، والحكم فيهما واحد.

ذكر الحنفية والحنابلة<sup>(٢)</sup> لهذه المسألة حكيمين مختلفين بناهما الحنفية على القياس والاستحسان وبناهما الحنابلة على وجهين.

فإذا كان حائط مائل لشركاء فطوّل أحد الشركاء بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه حتى سقط ففي القياس أن لاضمان، وهو وجه عند الحنابلة أو توجيه عدم الضمان هنا، لأن هذا الشريك وهذا الوارث لا يستطيع التصرف في الحائط بمفرده بل لابد من موافقة الجميع.

قال السرخسي في المبسوط: فالقياس أن لاضمان على أحد منهم، لأن أحد

(١) ٩٦/١٢.

(٢) السرخسي، المبسوط، ١٠/٢٧، المرغيناني، الهداية، ٣٢٣/١٠، قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٦/٢، الحصكفي، ابن عابدين، الدر والرد، ٣٨٤/٥، ابن قدامة، المغني، ٩٦/١٢.

الشركاء لا يتمكن من نقض الحائط، كما لا يتمكن من بنائه، ولم يوجد التقدم إلى الباقيين، فلا يصح هذا الإشهاد، ولا يكون هو متعدياً بتركه التفريغ بعد هذا. اهـ. أي فلا يضمن.

واستحسن الحنفية الضمان، وهو وجه عند الحنابلة، وتوجيهه أنه يضمن ذلك، لأنه يتمكن من النقض بمطالبة شركائه وإلزامهم النقض، فصار بترك ذلك مفرطاً.

وأيضاً فإنه يمكنه نقض الحائط برفع الأمر إلى القاضي ليطالب الشركاء فلما لم يرفع الأمر إلى القاضي صار مفرطاً، فيضمن.

قال السرخسي: لأنه كان متمكناً من أن يطلب شركاءه ليجتمعوا على هدمه، وهذا لأن الإشهاد على جماعته يتعذر عادة، فلو لم يصح الإشهاد على بعضهم في نصيبهم أدى ذلك إلى الضرر والضرر مدفوع.

(قلت) واستحسن الضمان أرجح لما عللوا به، وأيضاً لأنه قد لا يستطيع التعرف على جميع الشركاء، فالمطالبة والتقدم إلى أحدهم كافية في التبليغ وعليه هو - لكي يتخلص من الضمان - أن يبلغ شركاءه.

هذا وقد نص الحنفية والحنابلة على أن المتقدم إليه يضمن عند سقوط الحائط بقدر حصته في ذلك الحائط.

قال الحصكفي<sup>(١)</sup> في الدرر: حائط بين خمسة أشهد على أحدهم فسقط على رجل ضمن خمس الدية أي ضمن ماتلف به من مال أو نفس لتمكنه من إصلاحه بمرافعته للحاكم، قال ابن عابدين<sup>(٢)</sup>: هذا استحسان وفي القياس لا يضمن أحد. اهـ.

(قلت) نعم سيأتي ذلك في الضمان.

(١) ٣٨٥/٥.

(٢) ابن عابدين (١١٩٨-١٢٥٢هـ).

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

#### ٤٨- التقدم إلى صاحب الحائط بإزالة نقضه:

إن الإشهاد على الحائط إشهاد على الإنقاض<sup>(١)</sup>.

فإذا لم يتقدم إلى صاحب الحائط بنقضه أو إصلاحه وسقط وعثر شخص بنقضه لا يضمن لعدم التعدي، ولأنه إذا لم يضمن مايتلف بالحائط فأولى أن لا يضمن مايتلف بالنقض، فإذا لم يتقدم إلى صاحب الحائط بنقضه أو إصلاحه حتى سقط فتقدم إليه برفع النقض فلم يفعل في مدة يمكنه فيها ذلك ضمن، قاله الحنفية<sup>(٢)</sup>. وقال الشافعية: لافرق بين أن يطالب بنقضه أم لا<sup>(٣)</sup>.

(قلت) نعم إذا لم يعلم، وإن علم فلا يؤثر عدم التقدم إليه في الضمان. والله أعلم.

#### ٤٩- رفع أنقاض الحائط الساقط:

الذي يفهم من كلام الحنفية - أنه ضامن إذا تعثر بالنقض شخص فهلك - أنه يجب عليه رفع النقض خاصة إذا تقدم إليه بهدم الحائط أو برفع النقض. وهذا واضح.

وكذلك يفهم من قول الحنابلة.

إلا أن الشافعية لما كان لهم رأيان في المسألة فإنهم جعلوا الرأي الأصح مبنياً على القياس كما سيأتي في تسلسل النتائج، ولذلك وقعوا في أخطاء متسلسلة، فقالوا: لا يلزمه رفع الأنقاض وإن أمره به الإمام، وقطع الطريق مالم يتجاوز العادة في الطول<sup>(٤)</sup>.

(قلت) وهذا إغراق في القياس، كيف لا يضمن وقد شغل طريق الناس ومنع

(١) المرغيناني، الهداية، ٣٢٣/١٠، الحصفكي، الدر المختار ٣٨٦/٥، قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٦/٢.

(٢) قاضي خان، ٤٠٦/٢، علي حيد، شرح المجلة، ٥٥٩/٢.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ٨٦/٤.

(٤) قليوبي، الحاشية على شرح المحلى، ١٤٨/٤، وانظر ابن حجر، التحفة، ١٥/٩، قال: وقال نعم إن قصر في رفعه ضمن كما قاله جمع متقدمون واعتمدوا الأذرعى وغيره لتعديه بالتأخير.

المرور بها، وأمره الوالي برفع النقض، فكل واحدة من هذه الثلاث سبب لرفع النقض ثم هي سبب للضمان. والله أعلم.

#### ٥٠- انتقال ملكية الانقاض:

إذا سقط حائط مائل إلى الطريق فلم يرفع مالك الحائط أنقاضه حتى باع النقض لشخص آخر، فقد برئ من ضمان مايتلف بسبب النقض، لأن البيع ينقل الملكية فينقل التصرف.

قال ذلك الحنفية<sup>(١)</sup> وهو صحيح، وعلى قياس الشافعية<sup>(٢)</sup> لا يبرأ، لأنه إذا لم يبرأ حال بيع الحائط فأولى أن لا يبرأ عند بيع النقض.

(قلت) وكذا لو وهبه أو أخرجه عن ملكه بأي سبب، فالراجع أنه لا يضمن إذا نقل ملكية النقض إلى غيره. والله أعلم.

#### ٥١- عثر بأنقاض شيء على الحائط سقط معه:

إذا كان لإنسان حائط مائل فوضع عليه جرة فسقط الحائط المائل فسقطت الجرة التي عليه بسقوطه فعثر إنسان بها أو بحطامها نظرنا.

فإن كانت الجرة ملكه ضمن، لأن مالك الجرة يجب عليه أن يفرغ الطريق من أنقاض جرتة كما يجب عليه أن يفرغه من أنقاض الحائط، فلما لم يفعل، فهو متعد، لأنه شغل الطريق بملكه، فيضمن، وإن كانت ملك غيره فلا يضمن، لأن التفريغ إلى مالكها.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(٣)</sup>.

(قلت) وهذا صحيح، ومالكها الثاني يضمن إذا علم بأن نقضها في الطريق وأمكنه رفعه ولم يرفعه حتى تلف به إنسان أو مال.

(١) الزيلعي، تبين الحقائق، ١٤٩/٦، الحصكفي، الدر، ٣٨٦/٥.

(٢) الشربيني، مغنى المحتاج، ٨٦، ٤.

(٣) المرغيناني، الهداية، ٣٢٣/١٠، الزيلعي، تبين الحقائق، ١٤٩/٦، البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٨٤.

## الفصل الرابع

### سقوط الحائط المائل وسقوط ما عليه من الأشياء

٥٢- سقوط شيء كان على الحائط بدون الحائط:

إذا كان لإنسان حائط فوضع على حائطه شيئاً فوق الشيء فأصاب إنساناً، فلا ضمان عليه فيه، لأنه وضعه على ملكه، فهو لا يكون متعدياً فيما يحدثه في ملكه، ويستوي أن يكون الحائط مائلاً أو غير مائل، لأنه في الموضعين لا يكون ممنوعاً من وضع متاعه على ملكه ا.هـ.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(١)</sup>. قال في الفتاوى العالمكيرية<sup>(٢)</sup> لأنه قد انقطع أثر فعله بوضعه على الحائط، وهو في هذا الوضع غير متعد فلا يضاف إليه التلف ا.هـ.

وفصل الشافعية<sup>(٣)</sup> فقالوا: إن كان سقوطه بانهيار الجدار تحته لم يضمنه وإلا ضمن.

(قلت) قول الحنفية جار على القياس لكني لم أجد لتفريق الشافعية دليلاً.

٥٣- سقوط الحائط بصاحبه:

إذا كان رجل على حائط له - والحائط مائل أو غير مائل - فسقط الحائط بالرجل - من غير فعله - وأصاب إنساناً فقتله، كان ضامناً لما هلك بالحائط، وإن كان أشهد عليه في الحائط، ولا ضمان عليه فيما سواه ا.هـ أي لا ضمان عليه لو كان غير مائل أو كان مائلاً ولم يشهد عليه.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(٤)</sup>.

(١) الشيباني، الأصل، ٥٦٩/٥، السرخسي، المبسوط، ١١/٧٢، المرغيناني، بداية المبتدي والهداية، ٣٢٣/١٠، الزيلعي، التبيين، ١٤٩/٦.

(٢) ٣٥/٦.

(٣) قليوبي، الحاشية، ١٤٩/٤.

(٤) قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٥/٢، الشيباني، محمد بن الحسن، الأصل، ٥٧١/٥، قال: والحائط المائل والسقف في ذلك سواء.

وقال الشافعية<sup>(١)</sup>: إن سقط به الحائط فلا ضمان، وإن سقط وحده ضمن.

(قلت) لعل دليلهم هو لأن سقوط الحائط على شيء غير مضمون في المذهب عندهم، لكن سقوط الشخص من الحائط فيه الضمان. اهـ.

(قلت) وضمانه إذا أشهد عليه فيه هو لأنه كان الواجب عليه أن يهدمه بعد أن تقدم إليه فيه، فلما تركه حتى انهدم ضمن ما تلف بسببه.

هذا عند الحنفية، أما الشافعية فلم يشترطوا التقدم إليه أساساً لذلك فتفريقهم بين أن يسقط مع الحائط أو بدونه لا دليل عليه. والله أعلم.

#### ٥٤- سقط صاحب الحائط من حائطه على إنسان فقتله:

إذا كان رجل على حائط له فسقط على إنسان فقتله - من غير أن يسقط الحائط - كان ضامناً دية المقتول، لأنه بمنزلة نائم انقلب على إنسان فقتله، فإنه يكون ضامناً له سواء كان ذلك في ملك الساقط أم لا، لأنه باشر قتله، وفي المباشرة الملك وغير الملك سواء.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(٢)</sup>.

وقال الشافعية<sup>(٣)</sup> إن كان سقوطه بسقوط الحائط لم يضمن وإلا ضمن.

(قلت) ما رآه الحنفية هو الصحيح لأنه لا وجه للتفريق بين أن يسقط مع الحائط أو بدونه. والله أعلم.

(فائدة) وكذلك لو كان عامل يعمل على عمارة أو على رافعة البناء فسقط على شخص ضمنه، وكذلك لو صعد إنسان على شجرة ليحني ثمارها أو نخلة ليلقحها وسقط وقتل إنساناً ضمن. وهكذا.

(١) قليوبي، الحاشية، ١٤٩/٤.

(٢) الشيباني، الأصل، ٥٧١/٥، وسواء تعقل فسقط أو نام فقتل فسقط فهو ضامن لما أصاب

الأسفل، والحائط المائل والسقف في ذلك سواء، قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٥/٢.

(٣) قليوبي، الحاشية، ١٤٩/٤.

## \* المباني الآيلة للسقوط \*

وهذا يسمى قتلاً بالمباشرة، ولذلك فسواء سقط من ملكه أو من غير ملكه فهو سواء<sup>(١)</sup>.

وكذلك لو تردى من جبل على رجل فقتله أو سقط في بئر حفرها في ملكه على إنسان فيها فقتله فكل ذلك مضمون على القاتل، ولو كانت البئر في الطريق.

### ٥٥- سقط صاحب الحادث على شخص في الطريق فمات الساقط:

إذا كان شخص على حائط له، فسقط من الحائط على إنسان في الطريق فمات الساقط، نظرنا:

فإن كان الذي في الشارع يمشي في الطريق فلاضمان عليه، لأنه غير متعد بمشيه في الطريق ولا يمكنه التحرز عن سقوط غيره عليه.

وإن كان الذي في الشارع واقفاً في الشارع أو قاعداً أو نائماً كانت دية الساقط عليه، لأنه متعد بالوقوف والقعود والنوم في الطريق فيضمن، فإن كان واقفاً أو قاعداً أو نائماً في ملكه فلاضمان عليه، لأن للإنسان أن يقف أو يقعد أو ينام في ملكه.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(٢)</sup>.

(قلت) وهو الصحيح إن شاء الله. وهذا على قاعدة (مالا يمكن الاحتراز منه فلاضمان فيه)<sup>(٣)</sup>.

وكذلك لو كانت سيارة في الطريق فسقط عليها إنسان فمات فإن كانت السيارة تسير فلاضمان، لأنه لا يمكن التحرز عن سقوط إنسان من فوق عليها، وسيرها في الطريق مرخص فيه، وإن كانت واقفة فصاحبها ضامن لكل ما يتلف بسبب وقوفها، لأن وقوفها في الشارع غير ماذون فيه إلا إذا وقفت لإشارة المرور فهذا لاضمان على صاحبها بناء على القياس. والله أعلم.

(١) الشيباني، الأصل، ٥٧١/٥.

(٢) الشيباني، الأصل ٥٧١/٥، قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٥/٢.

(٣) الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٢٢٢، القاعدة ١٣.

## ٥٦- الدق على الحائط المائل (التسبب في السقوط):

أما لو صعد على الحائط المائل ودق عليه شيئاً لإصلاحه فسقط الجدار وقت الدق فعلى عاقلة الداق الدية، وأما بعد الدق، فإن كان السقوط مترتباً على الدق السابق لحصول الخلل به ضمن وإلا فلا، ذكر ذلك الشافعية<sup>(١)</sup>.

(قلت) نعم لأن الدق يزيد الحائط الواهي وهاء فيكون بفعله هذا متعدداً فيضمن.

## ٥٧- سقوط الحائط بأفة سماوية:

إذا كان حائط مائل تقدم إلى صاحبه بهدمه فلم يهدمه حتى ألحقه الريح قال محمد بن الحسن هو ضامن<sup>(٢)</sup>.

(قلت) نعم لأنه مقصر بتركه مائلاً، وكذلك لو كان السقف واهياً ولم ينقضه أو يصلحه لقول محمد بن الحسن رحمه الله، والحائط المائل والسقف سواء<sup>(٣)</sup>.

(١) ابن حجر، التحفة، ١٥/٩، قليوبي، الحاشية، ١٤٩/٤، وانظر الشربيني، المغني ٨٦/٤.

(٢) نظام، الفتاوى الهندية، ٣٩/٦.

(٣) الشيباني، الاصل، ٥٧١/٥.

## الفصل الخامس

### أهلية صاحب الحائط المائل وبقاء ملكيته له

#### ٥٨- بقاء القدرة على التصرف حتى سقوط الحائط:

إذا بنى إنسان حائطه مستقيماً ثم مال إلى الطريق العام أو الخاص أو إلى ملك الغير وتقدم إليه من يستطيع التقدم بهدمه أو إصلاحه، فالى متى يبقى هذا الطلب قائماً بحيث إذا سقط الحائط يضمن؟ نقول:

هناك أسباب إذا حصلت يبطل التقدم إلى مالك الحائط - الحقيقي والحكمي - من هذه الأسباب: زوال التصرف، فمتى أصبح الإنسان لا يستطيع التصرف في الحائط لأي سبب كان فإن التقدم والطلب إليه والإشهاد عليه كلها تبطل. واليك التفصيل:

#### ٥٩- جنون المالك (زوال التصرف):

إذا تقدم لإنسان حائطه مائل، ولم يهدمه حتى جن نظرنا:

فإن كان جنونه مطبقاً، فقد زال التقدم، فإذا سقط الحائط بعد الجنون فلا ضمان على أحد، لأن المجنون لا تكليف عليه، ولزوال قدرته على التصرف بالحائط، فلا يستطيع الآن هدمه ولا إصلاحه، ذكر ذلك الحنفية<sup>(١)</sup>، وذكر الشافعية والحنابلة خروج الحائط عن ملكه وسيأتي.

فإن كان جنونه غير مطبق - بأن كان متقطعاً - فالظاهر أن الإشهاد والتقدم لا يبطلان، وأنه إذا سقط الجدار بعد التقدم والإشهاد إليه، وكان متمكناً من هدمه أو إصلاحه ولم يفعل أنه ضامن لذلك، ذكر ذلك الحنفية أيضاً.

(قلت) نعم هذا صحيح، ولكن يجب الرفع إلى الحاكم ليرى فيه رأيه حسب المصلحة. والله أعلم.

(١) الحصكفي، الدرر وابن عابدين، الحاشية، ٣٨٥/٥، البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٨٣، علي حيدر، شرح المجلة، ٥٦٢/٢.

## ٦٠- ارتداد المالك (زوال الملك والتصرف):

إذا ارتد المالك عن الإسلام - بعد أن أشهد عليه بأن حائطه مائل - فإن تصرفه يزول على القول بأن ملكه يزول بمجرد الردة - وحينئذ فإن ملكه للحائط يبطل ويبطل معه الإشهاد، وكذا لو لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه فإن ملكه يزول عن أملاكه.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(١)</sup>.

(قلت) هذه مسألة طويلة ومتشعبة تدخل في الكثير من الأمور سواء العبادات والمعاملات والمناكحات، والمهم هنا أن المرتد تزول عنه ملكيته لأمواله، لذلك يصبح غير مالك للحائط المائل، فإذا سقط يعد ارتداده فإنه لا يضمن مايتلف بسبب سقوطه لأن التقدم والإشهاد قد انتهى مفعولهما بمجرد ارتداده. والله أعلم.

## ٦١- بيع الحائط المائل (نقل الملكية بعقود المعاوضات):

قلنا بأن الشرط في ضمان الحائط المائل أن يبقى مالكا للحائط حتى سقوطه، فإذا انتقل الحائط عن ملك صاحبه إلى غيره، بأي عقد ناقل للملكية - وكان قد طلب منه نقض حائطه المائل أو إصلاحه - فلم ينقضه حتى باع الحائط - فما الحكم؟

قال الحنفية والحنابلة<sup>(٢)</sup> والبلقيني<sup>(٣)</sup> من الشافعية: إن التقدم والإشهاد يبطلان، فلو

(١) قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٤/٢، الحصكفي، الدر وابن عابدين، الحاشية، ٣٨٥/٥، البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٨٣.

(٢) الشيباني، الأصل، ٥٦٨/٥، السرخسي، المبسوط، ١٠/٧٢، قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٤/٢، الحصكفي، الدر المختار وابن عابدين، الحاشية، رد المحتار، ٣٨٥/٥، البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٨٣، علي حيدر شرح المجلة، ٥٦٢/٢، ابن قدامة، المغني، ٩٧/١٢، للبهوتي، كشف القناع، ١٣٨/٤، الشربيني، مغني المحتاج، ٨٦/٤ قال: وقال البلقيني: الأصح عندي لزوم المالك أو عاقلته حالة التلف. اهـ ذكر ذلك فيما لو بناء مائلا ولم يذكر التقدم.

(٣) البلقيني (٨٠٥-٧٢٤هـ)

عمر بن رسلان بن نصير الكثاني الشافعي الإمام العلامة الحافظ الفقيه ذو الفنون المجتهد، سراج الدين، أبو حفص، انتهت إليه رئاسة المذهب والإفتاء وولي قضاء الشام. السيرطي، طبقات الحفاظ، ص ٥٤٢-٥٤٣، ت ١١٧٤.

## • المباني الآيلة للسقوط •

سقط الحائط بعد البيع فلا ضمان على البائع لانتقال الحائط من ملكه إلى غيره فهو إذن لا يستطيع التصرف فيه، ولا ضمان على المشتري إذا لم يعلم، لأن أحداً لم يطالبه بنقضه وإصلاحه.

وقال الشافعية<sup>(١)</sup>: إن بنى الحائط مائلاً إلى الطريق العام وطولب بنقضه أو إصلاحه فلم يفعل حتى باعه لآخر وسقط، وهو عند المشتري، فالضمان على البائع، ولا يبرأ البائع من الضمان ببيعه، وإن كان ميل الحائط إلى دار إنسان فباعه المالك الذي مال الحائط إلى ملكه ودفعه إليه فينبغي أن يبرأ بذلك.

وقال ابن عقيل<sup>(٢)</sup> من الحنابلة: إن لم يكن باعه حيلة على الفرار من نقضه فلا يضمن، ولا يضمن.

### الأدلة:

استدل الحنفية والحنابلة على قولهم بسقوط الضمان ببيع الحائط المائل فقالوا: لأن الحائط لما سقط لم يكن ملكاً للذي باعه، وإنما هو الآن ملك للمشتري، ولأن البائع لا يستطيع الآن التصرف فيه فلا يتمكن من هدمه، وإذن فلا تفریط منه إذا سقط بعد البيع.

وأيضاً فلا يضمن المشتري، لأنه لم يطالب بنقضه بعدما اشتراه، فلا ضمان عليه. وأستطيع أن أستدل للشافعية<sup>(٣)</sup> فأقول: إن البائع لما علم بكون الحائط مائلاً إلى ملك الغير فهو معتد إذا لم يهدمه، فإذا سقط فيضمن ما يتلف بسببه فإذا باعه فلا يعفى من التعدي.

ولم يذكر ابن عقيل دليلاً.

(١) الشرييني، المغني، ٨٦/٤، قليوبي، الحاشية، ١٤٩/٤.

(٢) 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، شيخ الحنابلة، ابن العماد، شذرات الذهب، ٤٠٣/٤-٤٠٤، البغدادي، هدية العارفين، ١/٦٩٥ ذكر كتاب الروايتين والوجهين في ٤٧٠ مجلد.

(٣) الاستدلال مأخوذ من مفهوم كلام البلقيني الآتي.

### المناقشة:

رد البلقيني استدلال الشافعية القائلين بأن البائع يضمن، لأنه متعدد بتركه فقال:  
لو تعلق الضمان بالواضع أو بعاقلته لتعلق بالصانع الذي وضعه للمالك.

(قلت) وكلام الشافعية فيما لو بناء مائلاً، وهذا متعدد أساساً فيضمن ولا ينتقل  
الضمان بالبيع إلى المالك.

### الترجيح:

لاشك أن الضمان يتعلق بمن له تصرف في الحائط بالهدم والإصلاح ولما باع  
المالك حائطه إلى آخر، فإن المسؤولية تقع على الآخر، نعم لو لم يعلم المشتري بعيب  
الحائط ولم يعلمه البائع أو كان يعلم به ولكنه لم يتمكن من إصلاحه، فهو غير  
ضامن. والله أعلم.

### ٦٢- عادي بخيار عيب أو رؤية:

لو باع مالك الحائط المائل حائطه إلى شخص - بعدما أشهد عليه - ثم رد الحائط  
عليه بعيب - بقضاء أو غيره - أو بخيار رؤية أو بخيار شرط للمشتري، ثم سقط  
الحائط، وأتلف شيئاً، لا يجب الضمان إلا بإشهاد جديد بعد الرد.  
ذكر ذلك الحنفية<sup>(١)</sup>.

(قلت) مادامنا قررنا أن المطلوب العلم، وقد أعلم البائع بأن حائطه مائل ومخوف،  
ومادام أن البيع انتهى بإرجاع المبيع فمعنى ذلك أنه مسئول عن الحائط، والإشهاد  
(الإعلام) الأول كافٍ في ذلك. والله أعلم.

### ٦٣- البيع مع الخيار:

من المعلوم أن التقدم إلى صاحب الحائط المائل شرط في الضمان<sup>(٢)</sup>، فإذا باع

(١) نظام الدين، الفتاوى الهندية، ٣٧/٦.

(٢) وقد رجحنا أن يعلم بالميلان، فإن علم بالميلان وأنه مخوف فلا حاجة إلى التقدم ولا إلى  
الإشهاد عليه، وإن لم يعلم احتجنا إلى ذلك، لكن الكلام الآن مع من اشترط المطالبة وهم  
الحنفية والمالكية والحنابلة، أما المالكية فلم يذكروا هذه المسائل.

## • المباني الآيلة للسقوط •

حائطه سقطت مطالبته إذا كان العقد بدون خيار فإن كان فيه خيار فلا يخلو الخيار إما أن يكون للبائع وإما للمشتري وإما لهما معاً.

فإن كان الخيار للبائع ثلاثة أيام، فطلب منه نقض الحائط وهو في مدة الخيار، نظرنا: فإن نقض البيع فالإشهاد صحيح، لأنه كان مالكا متمكناً من نقض الحائط، وقد تكرر ذلك حين فسخ البيع، وإن أوجب بطل الإشهاد لأنه زال الحائط عن ملكه.

ولو كان الخيار ثلاثة أيام للبائع فتقدم إلى المشتري في نقض الحائط فالتقدم غير صحيح، لأنه الآن ليس متمكناً من هدم الحائط حتى إن البائع وإن أوجب له البيع لم يكن على واحد منهما الضمان، لأنه خرج عن ملك البائع، ولم يطلب من المشتري الهدم.

ولو كان الخيار للمشتري ثلاثة أيام فتقدم إليه في نقض الحائط المائل نظرنا، فإن رد البيع في مدة الخيار بطل الإشهاد، لأنه أزال الملك بفسخ البيع، فكانه أزاله بالبائع.

وإن أوجب البيع، فالإشهاد صحيح، لأن التقدم إليه حين تقدم صحيح، إما لأنه مالك، وإما لأنه متمكن من هدم الحائط وقد تقرر ذلك بإسقاط الخيار.

وإن كان الخيار للبائع ثلاثة أيام ولم يكن قد تقدم إلى البائع فتقدم إليه في أثناء مدة الخيار ثم سقط الحائط لم يضمن البائع، لأن البائع غير متمكن من الهدم بعدما أوجبنا البيع فيه مطلقاً.

ذكر ذلك كله السرخسي في المبسوط<sup>(١)</sup>.

(قلت) وهذا صحيح إن شاء الله تعالى.

---

(١) ١٠/٢٧، ونظام وجماعة، الفتاوى العالمية المعروفة بالفتاوى الهندية، بشاور باكستان، ٣٧/٦ نقله عن المبسوط، وانظر ابن عابدين، حاشية رد المحتار ٢٨٥/٥، علي حيدر، شرح المجلة، ٥٦٢/٢.

## ٦٤- إهداء الحائط المائل (نقل الملكية بعقود التبرعات):

لا تختلف الهدية عن البيع إلا في شيء واحد وهو التسليم والقبض، ذلك لأن عقد الهبة من العقود العينية التي لا تلزم إلا بالقبض<sup>(١)</sup>.

فإذا أهدى صاحب الحائط حائطه وتسلمه المهدى له، فإن المهدى صاحب الحائط - إذا سقط الحائط في يد المهدى له - يبرأ من الضمان، لأن ملك الحائط والتصرف فيه انتقلا عن ملكه، فإذا تقدم إلى المهدى له بعد تسلم الهدية (الحائط المائل) ثم سقط الحائط ضمن المهدى له، وإن لم يتسلمه فهو من ضمان المهدى.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(٢)</sup> والحنابلة<sup>(٣)</sup>، لكن قال الحنابلة: إن قلنا يلزم الهبة بلا قبض زال الضمان عن المهدى بمجرد العقد.

(قلت) نعم هذا صحيح بعد أن يعلم المهدى له بميلان الحائط.

## ٦٥- (فائدة):

وكالبيع والهبة كل عقود ينقل الملكية كما لو صالح على الحائط أو جعله صداقاً، أو عوضاً عن خلع، أو طلاق، ... ونحوها مما ينقل الملك<sup>(٤)</sup>.

(قلت) هذا صحيح.

## ٦٦- بطلان التقدم للمالك الحكمي (الوكيل الخاص):

ولي الصبي أو المجنون أو السفیه والوصي عليهم، وكذلك متولي الوقف كل هؤلاء ينوبون عن غيرهم في التصرف.

ولذلك لو تقدم إلى متولي الوقف، وتوفي بعد ذلك المتولي المذكور أو عزل، فإن

(١) المبطل الفقهي العام، ٣٣٦/١، الفقرة ١٦٣.

(٢) الحصري، الد ٣٨٥/٥، علي حيدر، شرح المجلة، ٥٦٢/٢.

(٣) البهوتي، كشف القناع، ١٣٨/٤.

(٤) البهوتي، كشف القناع، ١٣٨/٤.

## • المباني الآيلة للسقوط •

حكم التقدم ينتهي، ولا يبقى، وكذلك لو وقع التقدم لولي الصبي أو وصيه لأجل حائط الصبي المائل إلى الانهدام، قبلغ الصبي أو مات الولي أو الوصي المذكور فإن التقدم الماضي ينتهي ويُلغى، وكذلك لو مات الأب أو الجد، فاذا جدد التقدم ثبت حكمه من جديد.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(١)</sup>.

(قلت) وكما قلت سابقاً فإن إعلام مالك الحائط المائل كاف في وجوب القيام بما يراه الولي مناسباً تجاه خطورة ميلان حائطه، وإن لم يفعل وسقط فهو ضامن لما يتلف بسببه سواء المالك الحقيقي أو المالك الحكمي ولا يسقط إعلامه بعد ذلك.

### ٦٧- إمكان النقض بعد المطالبة:

يجمع الفقهاء<sup>(٢)</sup> الذين يقولون بوجوب الضمان وبوجوب التقدم إليه بنقض الحائط المائل أو إصلاحه - على أن إمكان النقض أو إمكان الإصلاح شرط في وجوب الضمان.

وإمكان النقض بعد المطالبة: هو أن يكون بين سقوط الحائط وبين المطالبة بالنقض مدة يمكنه نقضه فيها.

وذلك لأن الضمان يجب بترك النقض الواجب، ولا وجوب بدون الإمكان، حتى لو طُلب بالنقض فلم يفرط في نقضه، ولكنه ذهب يطلب من ينقضه، فسقط الحائط،

(١) الكلساني، البدائع، ٢٨٥/٧، علي حيدر شرح المجلة، ٥٦٢/٢-٥٦٣.

(٢) السرخسي، المبسوط، ٩/٧٢، الكلساني، البدائع، ٢٨٥/٧، الحصكفي، الدرر وابن عابدين، الحاشية، ٣٨٤/٥، المرغيناني، بداية المبتدي والهداية، ٣٢٢/١٠، قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٤/٢، البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٨٢، علي حيدر شرح المجلة، ٥٦٢/٢، ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ٣/٣٥٣، الدردير، الشرح الكبير والدسوقي، الملتقى، ٣٥٦/٤، الخرشي على المختصر، ١١١/٤، عليش، منح الجليل، ٥٥٩/٤، الماوردي، الحاوي، ٢٠٢/١٦، لم يذكر الإمكان، وإنما ذكر القول الثاني دون تفصيل، وذكر الإمكان ابن حجر، التحفة ١٥/٩، المنهاج وشرحه للمطلى وعميرة، الحاشية، ١٤٨/٤، الشربيني، المغني، ٨٦/٤، ابن قدامة، المغني، ٩٥/١٢، البهوتي، الكشف، ١٣٧/٤، البهوتي، شرح المنتهى، ٢٤٩/٢.

فتلّف به، شيء فلاضمان عليه، لأنه إذا لم يتمكن من النقض لم يكن بترك النقض متعدياً، فبقي حق الغير حاصلًا في يده بغير صنعه فلا يكون مضموناً عليه. ا.هـ (١).  
وإذن فإمكان النقض هو: مرور وقت يمكن الهدم فيه بعد التقدم. هكذا قال الحنفية (٢).

وأما المالكية فقد قال الشيخ الدردير معلقاً على قول الشيخ خليل (وأمكز تداركه) بأن يتسع الزمان الذي يمكن فيه الإصلاح ولم يصلح فيضمن. ا.هـ (٣).  
وأما الشافعية، فهم يرون أن من بنى حائطه مستقيماً ثم مال وسقط فلاضمان عليه طوّل أم لم يطالب أمكنه تداركه أم لم يمكنه، هذا هو المذهب إلا أن هناك قولاً أيدته جماعة كثيرة من كبار الشافعية كالشيرانزي وأبي الطيب الطبري والرويانى وغيرهم، واختاره الماوردي يقول: إن أمكنه هدمه وإصلاحه فلم يفعل ضمن، وهذا مقابل المذهب عند الحنابلة.  
والأول هو المذهب عندهم.

(قلت) نعم يشترط إمكان النقض أو الإصلاح للضمان، وذلك بعد أن علم به أو طلب منه أن ينقضه أو يصلحه فلم يفعل، وعلى ذلك فلو أنهدم الحائط وأضر بأحد بينما كان صاحب الحائط ذاهباً - بعد التقدم إليه - على هذا الوجه لتدارك العملة للهدم، فلا يلزم الضمان، لأن المدة اللازمة لتدارك العملة مستثناة شرعاً (٤). والله أعلم.  
٦٨ - كيفية التضمن إذا كان التالف إنساناً أو مالا:

اتفق الفقهاء (٥) الذين ذكروا (كيفية التضمنين) على أن التضمنين في الحائط المائل، هو على صاحب الحائط ثم تتحمل العاقلة الدية، هذا في إتلاف النفس، أما في إتلاف الأموال فضمانها في مال صاحب الحائط، ذكر ذلك الحنفية والحنابلة.

(١) الكاساني، البدائع، ٢٨٥/٧.

(٢) علي حيدر شرح المجلة، ٥٦٢/٢.

(٣) ٣٥٦/٤.

(٤) علي حيدر شرح المجلة، ٥٦٢/٢، وانظر اللبناني، شرح المجلة، ٥٢٢/١، ٩٢٨م.

(٥) المرغيناني، الهداية، ٣٢١/١٠، ابن قدامة، المغني، ٩٧/١٢، البهوتي، الكشاف، ١٣٨/٤.

## • المباني الآيلة للسقوط •

وقال المالكية الضمان على صاحب الحادث. وقيل على عاقلته ما بلغ الثلث<sup>(١)</sup>.  
وقال المرغيناني في تعليقه لكون النفوس على العاقلة، لأنه جناية دون الخطأ،  
فيستحق التخفيف كي لا يؤدي إلى استئصاله والإجفاف به. اهـ  
(قلت) نعم فإن العاقلة تتحمل دية شبه العمد ودية الخطأ، وهذا دون الخطأ  
فلا بد أن تتحمل العاقلة دية القتل. والله أعلم.

---

(١) الزرقاني، شرح المختصر، ١١٧/٨، عليش، المنح، ٥٥٩/٤، وقال هذا مذهب المدونة.

(قلت) يريد الضمان لا العاقلة. انظر المدونة، ٥٠٦/٤.

## الفصل السادس

### كيفية التضمنين

#### ٦٩- إذا كان التالف يحتاج إلى عمل:

هذا إذا كان التالف لا يحتاج إلى عمل كالبناء من جديد أو الإصلاح فإن كان يحتاج إلى عمل كما إذا سقط الحائط المائل على حائط جاره السليم وأسقطه، فصاحب الحائط الثاني مخير - في التضمنين - بين أن يضمه قيمة الحائط مبنياً ويترك له الانقاض، وبين أن يأخذ صاحب الحائط الثاني الانقاض ويضمه النقصان، ولا يجبره على البناء كالأول<sup>(١)</sup>.

(قلت) هذا التخيير جيد وصحيح، ولكن يمكن أن يخير أيضاً بين إعطاء القيمة كاملة وبين أن يبنيه له كما كان، لأن الضرر يزال وإزالة الضرر بإعادة الشيء على ماكان عليه، أو يضمن القيمة. والله أعلم.

#### ٧٠- شروط تحمل العاقلة الدية:

إذا سقط الحائط المائل إلى طريق عام أو خاص أو إلى ملك الغير بعدما طولب بتنقذه، وتمكن من نقضه ولم ينقضه، فهو ضامن له، وضمن النفوس الدية<sup>(٢)</sup>.

فإن أنكرت العاقلة أن الدار له أو أنكرت المطالبة والإشهاد - بأن قالت إن صاحبهم لا يعلم بميل الدار، فلا تثبت المطالبة عليهم إلا بالبينة، ولو كانت الدار في يده، ذكر ذلك الحنفية والحنابلة<sup>(٣)</sup> وقالوا: لأن الأصل عدم الوجوب فلا تثبت إلا ببينة، ولأن قيام اليد على الدار وإن كان دليلاً على الملك له ظاهراً إلا أنه لا يصلح حجة

(١) علي حيدر، شرح المجلة، ٥٦٠/٢.

(٢) المرغيناني، الهداية، ٣٢١/١٠.

(٣) قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٥/٢، ابن قدامة، المغني، ٩٧/١٢، البهوتي، الكشف، ١٣٨/٤.

## • المباني الآيلة للسقوط •

لوجوب المال على العاقلة وحينئذٍ فلا يجب المال على العاقلة، ولأن الظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجع به الدعوى.

(قلت) نعم هذا صحيح اهـ.

فإن لم تكن هناك بيئة فلا يجب على العاقلة شيء إلا بإثبات ثلاثة أشياء:

(١) أن الدار لصاحبهم.

(٢) وأنه تقدم إليه بنقضه<sup>(١)</sup>.

(٣) وأن الميت مات بسبب سقوط الحائط عليه.

ذكر ذلك الحنفية والحنابلة أيضاً<sup>(٢)</sup>.

(قلت) نعم، لأن الحق لهم في نفي الضمان فلا بد من إثبات أن الحق عليهم.

٧١- أقر أن الحائط له:

إذا كان الحائط مائلاً وسقط على إنسان وقتله فطليت الدية من العاقلة فأنكرت العاقلة أن الدار لصاحبهم، أو أنكرت أنه طلب منه نقضه فاعترف من بيده الحائط أن الحائط له أو أنه طلب منه نقضه، فلا يصدق على العاقلة ولا يجب الضمان عليه قياساً، لأنه أقر بوجوب الدية على العاقلة، والمقر على الغير إذا كان مكنباً في إقراره لا يضمن شيئاً، وفي الاستحسان عليه دية القتل إن أقر بالإشهاد عليه، لأنه أقر على نفسه بالتعدي، فإذا تعذر الإيجاب على العاقلة، بطريق التحمل يجب (وجب) عليه. اهـ<sup>(٣)</sup>.

ولأن العاقلة لاتضمن الاعتراف<sup>(٤)</sup>.

(١) وإن كان مات بتمثره بنقض الحائط فيجب الإشهاد على النقض أيضاً عند محمد ولا يكفي

الإشهاد على الحائط كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف، شلبي على تبين الحقائق، ١٤٨/٦.

(٢) المراجع نفسها.

(٣) قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٥/٢.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٩٧/١٢.

(قلت) نعم هذا على قاعدة (أن الإقرار حجة قاصرة على المقر)<sup>(١)</sup> بخلاف البينة.

## ٧٢- ضمان حائط القاصر:

إذا وهى حائط الصغير أو المجنون فتقدم إلى وليه بهدمه فلم يفعل وسقط الحائط على إنسان فقتله أو على شيء فأتلفه، هنا اختلف الحنفية والمالكية.

فقال الحنفية<sup>(٢)</sup>: الضمان في مال الصبي.

وقال المالكية<sup>(٣)</sup>: الضمان على وصي غير المكلف في ماله، ولو كان لغير المكلف مال.

## الأدلة:

لم أجد لأي من الفريقين دليلاً إلا قول ابن عابدين بأن الإشهاد على الولي إشهاد على من تحت ولايته من صغير أو مجنون. ا.هـ.

لكن يمكن أن يستدل للحنفية، بأن الوصي وكيل لغير المكلف يقوم مقامه والضمان في مال غير المكلف كما لو اشترى له، قال المرغيناني في الهداية، لأن فعل هؤلاء كفعله.

وأما حجة المالكية فظاهرة، وذلك لأن الوصي قد تقدم إليه وأشهد عليه بأن الحائط مائل مخوف فكان الواجب عليه أن يتداركه، فإذا لم يفعل فهو ضامن له في ماله، لأنه هو المقصر وليس الصبي.

الترجيح: بعد أن رأينا الأدلة: فإني أرى أن حجة المالكية أقوى وأولى، وهذا في ضمان الأموال، أما ضمان الأنفس فعلى العاقلة على الأصل<sup>(٤)</sup>.

(١) علي حيدر، شرح المجلة، ٦٨/١ مادة ٧٨.

(٢) المرغيناني، الهداية، ٣٢٢/١٠، ابن عابدين، الحاشية، ٣٨٤/٥.

(٣) الزرقاني، شرح المختصر، ١١٧/٨.

(٤) قاضي زاده، نتائج الأفكار، ٣٢٢/١.

## ٧٣- ضمان حائط الوقف:

ونأظر الوقف على هذا الخلاف<sup>(١)</sup>، فقد اشترط المالكية لضمان ناظر الوقف أن يكون الناظر قد قصر، كما إذا كان للوقف مال يصلح منه، أو كان مليئاً ويمكن أن يتسلف ويصلحه فإذا قصر فإنه يضمن في ماله. اهـ.

وقال الحنفية: الضمان على عاقلة الواقف، لأن القيم نائب عنه فيكون الإشهاد على القيم إشهاداً على الواقف... قال الرملي: ويؤخذ من عاقلة الواقف إن كان له عاقلة فيما تتحمله، فإن لم تكن له عاقلة، أو كان مما لا تتحمله (كالأموال) فلا يؤخذ من القيم، ولا يرجع في الوقف، لأن الوقف لازمة له.

(قلت) والراجح هو قول المالكية لما تقدم. والله أعلم.

## ٧٤- ضمان حائط المسجد:

إذا مال حائط المسجد بعد استقامته فيكون الإشهاد على من بناه - وهذا تقدم - وكذلك الضمان على من بناه، ولذلك تكون الدية على عاقلته. ذكر ذلك الحنفية<sup>(٢)</sup>.

(قلت) هذا على الأصل إذا بقي الذي بناه مسئولاً عنه، أما إذا سلمه إلى الأوقاف مثلاً فإن المسؤولية الجنائية أو التقصيرية لهذا الحائط تقع على المسئول عن المساجد في وزارة الأوقاف، ولا تقع على الواقف، ولا على المصلين لأنهم غير معومين. نعم لهم المطالبة بنقض الحائط، ولهم الرفع إلى القاضي. والله أعلم.

## ٧٥- ضمان حائط الموقوف على المساكين:

المساكين الذين أوقف عليهم بستان له حائط، أو دار أو ماشاكل ذلك على قسمين: معلومين بأن كانوا طلاب معهد معين، أو مكان معين، وغير معلومين

(١) الحصكفي، الدر المختار، ابن عابدين، الحاشية، ٣٨٤/٥، الزرقاني، شرح المختصر، ١١٧/٨.

(٢) الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٦/٥، وانظر ابن عابدين، الحاشية معه.

كالفقراء والمساكين، وفي كلتا الحالتين فهم لا يضمنون شيئاً إنما الضمان على الذي أوقف الوقف، لأنه هو المسئول عنه.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(١)</sup>.

(قلت) ولا يخفى أنه إذا سلم الحائط إلى جهة الوقف أو إلى إدارة المعهد فإن المسئولية تقع على من تسلم هذا الوقف. والله أعلم.

#### ٧٦- ضمان حائط اللقيط والكافر:

لقيط له حائط مائل، فأشهد عليه، فسقط الحائط، وأتلف إنساناً - بعدما تمكن من نقضه ولم ينقضه - كانت دية القتل في بيت المال، لأن صاحب الدار - اللقيط - كان متمكناً من الهدم والإصلاح، فإذا لم يفعل ضمن، ويكون ضمان جنايته في بيت المال، لأن ميراثه يكون لبيت المال - إذا لم يكن له وارث - فجنايته تكون في بيت المال.

وكذا الكافر إذا أسلم ولم يوال أحداً أي ليس له عاقلة، وله حائط مائل أشهد عليه وتمكن من هدمه وإصلاحه، ولم يفعل، حتى سقط وأتلف إنساناً فديته في بيت المال لما ذكرنا.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(٢)</sup>.

(قلت) وهو صحيح إن شاء الله تعالى.

#### ٧٧- حائط عليه جناح:

لرجل حائط بناه مستقيماً في ملكه ثم أصبح مائلاً إلى الطريق أو إلى ملك الغير وله على الحائط جناح مشرع إلى الطريق فباع الحائط لرجل آخر وقد تقدم إلى المشتري في نقض حائطه، فسقط الحائط المائل والجناح الذي عليه، نقول:

(١) نفسه.

(٢) قاضي خان، الفتاوى، ٢/٤٠٥، البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٨٤.

## • المباني الآيلة للسقوط •

هنا اجتمع عندنا عاملان: أحدهما: ليس فيه تعد والآخر فيه تعد، أما الأول الذي ليس فيه تعد فهو بناء الحائط مستقيماً في ملكه، لأنه له في ملكه أن يعمل ما يشاء، وأما الذي ليس له أن يعمل فهو إشراع الجناح على الشارع أو على ملك الغير، لأنه متعدد في شغل هواء الطريق ببناؤه، وهواء الطريق كأصل الطريق حق المارة، فمن أحدث فيه شيئاً كان متعدداً ضامناً، ففي الجناح كان متعدداً بأصل الوضع<sup>(١)</sup>.

فإذا كانت المسألة كذلك ننظر:

فإن كان الحائط هو الذي طرح الجناح، كان صاحب الحائط ضامناً لما أصاب ذلك، لأن الجناح ليس له أثر في السقوط، فهو مدفوع إلى السقوط من قبل الحائط، والحائط دافع له إلى السقوط.

وقد صح التقدم في الحائط إلى صاحبه، فصاحب الحائط ضامن إذن. ولو كان الجناح هو الساقط وحده، كان الضمان على البائع الذي باع الحائط والجناح، لأن بيع الحائط مع الجناح لا ينقل المسؤولية إلى المشتري، لأن البائع متعدد بإشراع الجناح أساساً بخلاف من بنى حائطه مستقيماً ثم مال وباعه فإن المسؤولية عن الحائط المائل تنتقل إلى المشتري، فإذا تقدم للمشتري ثم سقط الحائط ضمن ما يتلف بسبب حائطه، وإن لم يتقدم له فلا يضمن المشتري شيئاً، ولا يضمن البائع أيضاً.

ولأن في إشراع الجناح شغل هواء الطريق به، والجناح الآن هو الساقط، فكان ضمان ما تلحق به على الذي أشرع الجناح.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(٢)</sup>. وهو على قياس الشافعية صحيح.

(قلت) وهو صحيح إن شاء الله تعالى. ويقاس عليه أن كل عمل في الطريق يضيقها فهو ممنوع وصاحبه ضامن لما تلحق به، كمن بنى أمام بيته دكة يجلس عليها، أو وضع فوق دكانه مظلة عن الشمس، أو مظلة لسيارته فهو ضامن لكل ما يتلف بهما. والله أعلم.

(١) انظر للتعليل السرخسي، المبسوط، ٩/٢٧ ذكر ذلك عند كلامه عن بناء الحائط مائلاً إلى الطريق، وانظر ١٠/٢٧ قال: بخلاف الجناح فهناك كان جانباً بأصل الوضع.

(٢) الشيباني، الأصل، ٥/٥٧٦، السرخسي، المبسوط، ١٤/٢٧.

## ٧٨- ضمان الحائط المشترك:

إذا كان حائط مشترك بين خمسة، أشهد على أحدهم ولم يشهد على الباقيين، فلم يخبرهم الذي أشهد عليه ولم يصلح الحائط، فسقط الحائط وأتلف إنساناً فما الحكم؟

هناك قياس واستحسان.

فالقياص أن لاضمان على أحد لأن التقدم يجب أن يكون إلى من يستطيع التصرف في الحائط، والشريك لا يستطيع أن يتصرف وحده في الحائط بدون إذن الشركاء فلذلك لا يضمن.

والاستحسان أنه يضمن، لأنه - صحيح أنه لا يستطيع أن يتصرف في الحائط بمفرده - لكنه يستطيع أن يخبرهم بميل الحائط ليجمعوا على نقضه أو أن يرفعه إلى الحاكم لينظر فيه رأيه، فإذا لم يفعل ذلك فهو ضامن لتقصيره.

إذا عرف ذلك فإن هذا الذي أشهد عليه يضمن خمس الدية، أي يضمن بقدر نصيبه من الحائط، ما يتلف من نفس على عاقلته ومن مال في ماله. والله أعلم.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(١)</sup> ويقرب منه قول المالكية أن الضمان على الرؤوس لأعلى الأنصباء ولذلك إذا كانت الدار على الأنصباء<sup>(٢)</sup> فأعذر إليهم، فانهدمت على شيء، فعلى الجميع الضمان لأعلى الأنصباء<sup>(٣)</sup>.

(قلت) نعم هذا الشريك مقصر فيضمن. والله أعلم.

(١) المرغيناني، بداية المبتدي، الهداية، ٣٢٤/١٠، الحصفكي، الدر المختار، ابن عابدين، الحاشية، ٣٨٥/٥.

(٢) أي إذا كانت مشتركة بالثلث والسدس والنصف فلا يضمنون على قدر أنصبتهم بل يضعون على قدر رؤوسهم كما ضمنا الذي تقدم إليه من خمسة خمس التالف.

(٣) ابن فرحون، التيسرة، ٢٥٢/٢.

## ٧٩- الشريك المتعدي:

إذا كانت دار بين ثلاثة، حفر أحدهم فيها بئراً، أو بنى حائطاً، فمال الحائط، فتقدم إليه فيه فلم يصلحه، وسقط فعطب به رجل، فالضمان على الحافر أو الباني، لأنه متعد في حق صاحبيه حيث بنى دون موافقتهم، فكيف يتم تضمينه؟ ذكر ذلك الحنفية واختلفوا<sup>(١)</sup>.

فقال أبو حنيفة: يضمن ثلثي الدية، أو ثلثي المال، لأنه تعدى في الثلثين لصاحبيه، لأنه بنى دون إذن منهما، ولم يتعد في ثلث نفسه، لأنه ملكه يعمل فيه ما يشاء، وقد حصل التلف بعة واحدة وهي السقوط في عمق البئر، أو الثقل الساقط عليه من سقوط الحائط.

وقال أبو يوسف ومحمد عليه نصف التلف الحاصل من حفر البئر أو سقوط الحائط، لأن التلف نوعان: معتبر وغير معتبر، فالتلف بنصيب المشاهد عليه معتبر، وبنصيب غيره هدر، لأن الإشهاد - أي التقدم - شرط، وفي الحفر والبناء باعتبار ملكه غير متعد، وباعتبار ملك شريكه متعد فكانا قسمين فانقسم الضمان عليهما نصفين. اهـ.

(قلت) الراجح قول أبي حنيفة، لأننا ننظر ههنا إلى التعدي قبل النظر إلى الإشهاد، فالتعدي حصل بالثلثين، ولم يكن إشهاد، ثم التقدم ليس شرطاً إذا كان عارفاً به، فثبت أن قول أبي حنيفة أولى. والله أعلم.

## ٨٠- حائط لاثنتين عليه حمولة لأحدهما:

حائط لاثنتين بنياه مستقيماً لأحدهما عليه حمولة: بناء أو غيره وليس للآخر عليه حمولة، فمال الحائط إلى ملك الشريك الذي ليس له حمل على الحائط، وتقدم هذا الشريك الذي ليس له حمل إلى الشريك الذي له حمل ونبيه، فالتقدم هذا صحيح،

(١) المرغيناني، بداية المبتدي، الهداية، ٣٢٤/١٠، الحصفكي، الدر المختار، ابن عابدين، الحاشية،

لأن الميلان إلى داره، ثم إن الشريك إذا لم ينقض الحائط، ولم يصلحه، فانهدم الحائط وأحدث ضرراً للشريك المتقدم فعندئذ يضمن صاحب الحمولة، نصف الضرر.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(١)</sup>.

(قلت) الحائط هنا مشترك، فإذا كان وضع الحمولة بإذن من الشريك وكان قد تقدم إليه بالنقض، فنعم يضمن الشريك نصف ما يتلف بسبب سقوط الحائط، وإن كان الواجب عليه إن لم يتفق على نقض الحائط أن يرفع أمره إلى الحاكم، وإن كان وضع الحمولة دون إذن الشريك وسقط الحائط بسبب الحمولة فالضمان كله على الشريك الذي له الحمولة لتعديه بعدم أخذ موافقة شريكه، والقاعدة أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي، وهذا قد تعدى<sup>(٢)</sup>.

وإن كان السقوط ليس بسبب الحمولة بأن سقط الحائط بسبب الأمطار أو الرياح الشديدة، فهذا عليه النصف، لأن نصف ما يحصل من ضرر على صاحبه ونصفه عليه. والله أعلم.

#### ٨١- تشقق الحائط:

الذين ذكروا تشقق الحائط هم الحنفية والحنابلة وسفيان الثوري.

فالحنفية جعلوا تصدع<sup>(٣)</sup> الحائط وهاءه<sup>(٤)</sup> كميله، ولم يفرقوا بين ما إذا كان للتصدع أو التشقق بالطول أو بالعرض.

قال الغزي<sup>(٥)</sup> في تنوير الأبصار: "مال حائط إلى الطريق العامة ضمن ربه".

(١) علي حيدر، شرح المجلة، ٥٦٣/٢.

(٢) علي حيدر، شرح المجلة، ٨٣/١ مادة ٩٣، وانظر الزحيلي، نظرية الضمان، ص ١٩٨، وبين أن نص المادة إلا بالتعمد، والصواب إلا بالتعدي.

(٣) صدعته صدعاً من باب نفع، شققته، المصباح (صدع).

(٤) وهي للحائط وهيا، من باب وعد: ضعف واسترخى. المصباح (وهى).

(٥) الغزي (٩٨٠-١٠٥٥ هـ).

صالح بن محمد بن عبدالله بن أحمد الخطيب الغزي التمرتاشي الحنفي، فقيه أديب مشارك في بعض العلوم.

البغدادى، هدية العارفين، ٤٢٣/١.

## • المباني الآيلة للسقوط •

علق ابن عابدين على ذلك فقال (قوله مال حائط)... فيشمل المتصدع والواهي<sup>(١)</sup>.  
وعلى هذا فإن حكم تشقق الحائط وتصدعه ووهائه حكم المائل عند الحنفية  
بلافرق.

وأما الحنابلة فإنهم فرقوا في الحائط إذا تشقق، بين ما إذا كان تشققه طولاً أو كان  
تشققه عرضاً فقالوا:

وإن تشقق الحائط عرضاً فكميله. فلا ضمان إن لم يطالب بنقضه، وكذا إن طالب  
على المذهب، وذلك لأن الشقوق إذا كانت بالعرض فإنه يخشى سقوطه فيكون حكمه  
حكم المائل.

وعلى الرواية الثانية يضمن إذا طوّل وأشهد عليه.

وإن كانت شقوقه طولاً، وكان مستقيماً، فهذا لا يخشى، سقوطه فلا يجب نقضه، وكان  
حكمه حكم الصحيح<sup>(٢)</sup>.

وأما الثوري<sup>(٣)</sup> فإنه أيضاً لم يفرق بين ما إذا كان الشق طولاً أو عرضاً لكنه  
ذكر أنه إن كان قائماً وهو مشقوق لم يجبروا على نقضه، وإن كان مائلاً أجبروا على  
نقضه.

الترجيح:

لم أجد مناقشة للأدلة، وذلك لأن كل هذه الأدلة عقلية بحتة، والذي أرجحه أن  
ذلك عائد إلى أهل الخبرة فما رأوه خطراً أجبروا صاحبه على هدمه، أو هدمه القاضي  
ودفع قيمة الهدم من بيع نقضه. والله أعلم.

٨٢- وهي بعضه:

وإذا وهي بعض الحائط، وهو ليس بطويل، وما بقي منه صحيح غير واه<sup>(٤)</sup>

(١) ابن عابدين، رد المحتار ٣٨٤/٥.

(٢) البهوتي، كشاف القناع، ١٣٨/٤، وانظر البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٢٤٩/٢، ابن قدامة،  
المغني، ٩٧/١٢.

(٣) ابن المنذر الإشراف على مذاهب أهل العلم، ١٩١/٢.

(٤) يتصور ذلك فيما إذا كانت تحت بعضه حفرة ملئت بماء المطر فوهى منها ذلك النعش.

فتقدم إلى مالكة فيه فلم يصلحه حتى سقط ماوهى ومالم يه فقتل إنساناً فهو ضامن له لأنه حائط واحد، فإذا وهى بعضه وهى كله إلا أن يكون الحائط طويلاً، وسيأتي حكمه.

إذا كان الحائط طويلاً بحيث إذا وهى بعضه لم يه مابقي منه، وتفرق ذلك - أى سقط الواهى منه أو سقط الصحيح - فحينئذ يضمن ما أصاب الواهى منه، ولا يضمن ما أصاب الذي لم يه منه، لأنه إذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة حائطين، والتقدم إليه إنما يصح في الحائط المائل أو الواهى دون الحائط الصحيح، فإذا أصاب الذي لم يه منه شيئاً لم يكن عليه فيه ضمان لأنه لم تتوجه عليه المطالبة فيه. اهـ هكذا قال الحنفية<sup>(١)</sup>.

بالنسبة للشافعية<sup>(٢)</sup> فإنهم تكلموا عن الحائط المائل فقالوا مامعناه: إذا بنى بعض الجدار مائلاً والبعض الآخر مستوياً فسقط المائل، ضمن كل مايتلف بسببه، وإن سقط كل الجدار ضمن نصف ماتلف بسببه. اهـ ولم يفرقوا بين الحائط الطويل وغيره ولا المتشقق طولاً أو عرضاً.

(قلت) تعليل ذلك أن الجدار إذا وقع نصفه الذي بناه مائلاً - وهو متعدد بهذا البناء - فيجب عليه ضمان كل التلف الحاصل بسبب سقوط هذا البعض، لأن هذا البعض هو سبب التلف.

وأما إذا وقع كل الحائط فعليه نصف الضمان، لأن الحائط مائل وغير مائل، وهو متعدد بالمائل غير متعدد بغير المائل، فيجعل الضمان تصفيين.

وعلى هذا فالذي أراه أن الحائط إن مال بعضه سقط كله، لأنه متماسك والتماسك كما ينفعه مستقيماً يضره إذ سقط، إذا يسقط الصحيح بسقوط المائل.

(١) الشيباني، الأصل، ٥/٥٧٥، السرخسي، المبسوط، ٢٧/١٣، وانظر قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٦/٢.

(٢) ابن حجر، التحفة، ٩/١٤، الشربيني، المغني، ٤/٨٦، وانظر ٤/٨٥ تكلم عن الجناح والحائط المائل مثله.

• المياني الآيلة للسقوط •

نعم إذا كان مبنياً نصفه بطين ونصفه الآخر بأجر أو أسمنت فهذا يمكن أن لا يسقط أحدهما بسقوط الآخر. والله أعلم.

(قلت) وأيضاً إذا قال أهل الخبرة إنه إن سقط بعضه سقط كله ضمن كل ما يترتب على سقوطه، وإن قالوا إذا سقط بعضه لا يسقط كله فهو بمنزلة حائطين، والطول والقصر غير منضبطين، وأهل الخبرة أعرف بذلك. والله أعلم.

### ٨٣- حائط أعلاه لرجل وأسفله لآخر:

ذكر هذه المسألة الحنفية فقط وقالوا:

وإذا كان سفلى الحائط لرجل وأعلاه لآخر<sup>(١)</sup> وقد وهى<sup>(٢)</sup> فتقدم فيه إليهما - أي طُولياً بهدمه فلم يفعل - ثم سقط العلو فقتل إنساناً، فالضمان على صاحب العلو دون صاحب السفلى، لأن العلو غير مدفوع بالسفل، ولكنه ساقط بنفسه، وقد صح التقدم فيه إلى صاحبه فيجعل صاحبه كالمكلف لما سقط عليه العلو. اهـ- (٣).

وإن سقط من العلو طائفة فأصاب إنساناً فقتله، فالضمان على صاحب العلو<sup>(٤)</sup>.

فإن وهى الحائط الذي علوه لشخص وسفله لآخر أو مال إلى الطريق فتقدم إلى أحدهما فيه دون الآخر، فلم ينقضه ولم يصلحه، ثم سقط فأصاب إنساناً ضمن الذي تقدم إليه النصف من ذلك إذا كان الحائط الذي أصابه كله<sup>(٥)</sup>.

(قلت) وهذا صحيح لما عللوا به.

(١) يتصور ذلك في دار مشتركة بين اثنين بنى لهما سفله ثم بنى الآخر العلو. اهـ.

(٢) (قلت) الوهاء غير الميل فقد يكون الحائط مستقيماً لكنه ضعيف مسترخ واه، وقد يكون مائلاً وهو قوي، فمسائل الميل غير مسائل الوهى. فتدبر.

(٣) الشيباني، الأصل، ٥/٥٧٥، السرخسي، المبسوط، ٢٧/١٣، ابن عابدين، رد المحتار ٣٨٤/٥.

(٤) الشيباني، الأصل، ٥/٥٧٥.

(٥) للسرخسي، المبسوط، ٢٧/١٣.

#### ٨٤- دار ذات طابقين:

ولو كانت دار من طابقين تصدع الطابق العلوي، فتقدم أهل الطابق السفلي إلى أهل الطابق العلوي لإصلاحه، فلم يصلحوه، وسقط وأتلف نفساً أو ماله، فإن أهل العلو ضامنون، لما يتلف بسبب سقوط الطابق العلوي.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(١)</sup>. وهو صحيح لتقصيرهم بعد أن طولبوا بالنقض. والله أعلم.

#### ٨٥- حائطان أحدهما مائل:

حائطان أحدهما مائل والآخر صحيح، فأشهد على المائل، فلم يسقط وسقط الصحيح وأتلف شيئاً كان هدرًا.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(٢)</sup>.

(قلت) نعم لأن كل حائط منفصل عن الآخر. والله أعلم.

#### ٨٦- ضمان هدم حائط الغير:

حائط مائل لرجل، أخذ الحاكم صاحبه وأمره بهدمه، فضمن رجل أن يهدمه بأمره، فهو جائز والضمنين أن يهدمه بغير إذنه.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(٣)</sup>.

(قلت) لأن أمر الحاكم يكفي عن أخذ الإذن إذ أمره مبني على المصلحة.

#### ٨٧- ضمان عمال البناء:

رجل له حائط مائل، استأجر عملة ليهدموه، فقتل الهدم من فعلهم رجلاً منهم أو

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٤/٥، أول الباب.

(٢) قاضي خان، الفتاوى، ٤٠٦/٢، الحصكفي، الدر المختار وابن عابدين، الحاشية، ٣٨٦/٥.

(٣) نظام، الفتاوى الهندية، ٣٩/٦.

## • المبادئ الآيلة للسقوط •

من غيرهم، فالضمان عليهم دون رب الحائط، لأنهم مباشرون إتلاف من سقط عليه شيء من أيديهم في حالة العمل.

ذكر ذلك الحنفية<sup>(١)</sup>.

(قلت) نعم هذا مبني على قاعدة (المباشر ضامن وإن لم يتعمد أو لم يتعد)<sup>(٢)</sup>.

### ٨٨- ضمان تسلسل الأضرار أو تسلسل النتائج:

تعريفه وأمثلة عنه:

إذا ترتب على فعل مؤذ ضرر، فأكثر، فإنه يسأل المتسبب عن كل الأضرار إذا كان لفعله أثر فيها، أما إن انقطع أثر فعله بتدخل سبب آخر فلا يضمن<sup>(٣)</sup>.

أو هو: أن يترتب على التعدي أضرار متعددة. اهـ<sup>(٤)</sup>.

(قلت) هذا تعريف غير دقيق، لأن هذا تعريف الضرر فقد يطلق الإنسان إطلاقاً نارية فتكسر الزجاج وتقتل الإنسان دفعة واحدة، ولا يسمى ذلك تسلسل الأضرار وإنما هذا تسبب في الأضرار أو مباشرة للأضرار، لأن الإطلاقة نفسها كسرت الزجاجاً وقتلت الإنسان.

أما الذي أراه في تعريف تسلسل الأضرار

فهو: أن يقوم إنسان بعمل ما، فيحدث عنه ضرر ثم يحدث عن هذا الضرر ضرر آخر، ويحدث عن الآخر ضرر ثالث، وهكذا فيسأل عن كل هذه الأضرار المتسلسلة

---

(١) الشيباني، الأصل، ٥/٥٧٥، السرخسي، المبسوط، ٢٧/١٣-١٤، نظام، الفتاوى الهندية، ٣٩/٦.

(٢) علي حيدون شرح المجلة، ٨٢/١، مادة ٩٢.

(٣) الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان، ص ٤٦، نقلاً عن المسؤولية المدنية والجناحية في الشريعة للاستاذ المرحوم محمود شلتوت، ص ٢٦.

(٤) فيض الله محمد فوزي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ط ١، سنة ١٤٠٣ هـ/ ١٩٨٣ م، مكتبة التراث الإسلامي، الكويت، ص ١٠٣.

الناجمة عن فعله الضار. هـ.

مثاله: إنسان رمى حجراً على شباك غيره فكسر زجاجة، فسقطت الزجاجة على إنسان فشجته، فكسر الزجاج ضرر، وتولد عن هذا الضرر - كسر الزجاجة - ضرر آخر - شج رأس الإنسان الجالس تحتها.

## ٨٩- حكم تسلسل الأضرار

إذا كان تسلسل النتائج نتج من تعدد، فإن المتعدي يضمن جميع الأضرار المترتبة على عمله الضار ما بقي أثر تعديه فيها، فإن انقطع بتعدي شخص آخر لم يضمن - أي الأول<sup>(١)</sup>.

واليك التفصيل:

ذكر الحنفية والشافعية مسألة تسلسل الأضرار بالنسبة للحادث المائل، وذكروا للمسألة أمثلة، وبيّنوا حالات الضمان من عدمها، وسنذكر مقالته الحنفية<sup>(٢)</sup> أولاً ثم نتبعه مقالته الشافعية فنقول:

وضع الحنفية قاعدة تخص التقدم والمطالبة بالهدم، لتكون أساساً لضمان تسلسل الأضرار فقالوا: (الإشهاد على الحادث المائل إشهاد على النقص)<sup>(٣)</sup>، وخالف أبو يوسف فقال: لا بد من الإشهاد على النقص<sup>(٤)</sup>.

ومعلوم أن المراد بالإشهاد التقدم والطلب إلى صاحب الحادث بالهدم لأن الإشهاد ليس شرطاً عندهم للضمان، وإنما هو شرط لإثبات التقدم فهو احتياط فقط.

(١) فيض الله محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ١٠٣.

(٢) الكاساني، البدائع، ٧/٢٨٤، قاضي خان، الفتاوى، ٢/٤٠٦، المرغيناني، الهداية، ١٠/٣٢٣، الزيلعي، تبين الحقائق، ٦/١٤٨.

(٣) المرغيناني، الهداية، ١٠/٣٢٣، الحصكفي، الدر المختار، ٥/٣٨٦، قاضي خان، الفتاوى، ٢/٤٠٦.

(٤) شلبي، حاشيته على تبين الحقائق، ٦/١٤٨.

## • المباني الآيلة للسقوط •

وأما الشافعية<sup>(١)</sup> فإن المسألة عندهم على قولين:

قال النووي<sup>(٢)</sup> في المنهاج: ولو سقط - أي الحائط - بالطريق فعثر به شخص، أو تلف به فإلزامان في الأصح.

قال الشرييني - معلقاً على كلام النووي هذا ومبيناً سبب عدم الضمان فقال:

لأنه بنى في ملكه بلا ميل، والسقوط لم يحصل بفعله. اهـ ثم بين أن عدم الضمان هو الأصح سواء أقصر في رفع الانقاض أم لا، ثم قال:

والثاني - أي القول الثاني الصحيح مقابل الأصح - عليه الضمان لتقصيره بترك ماسقط الممكن له.

قال الأذرعى: وهو المختار.

وعلى الأول لافرق بين أن يطالب أو لا. اهـ

(قلت) القول الأصح عند الشافعية بنوه على قياس، وهو أن أساس هذه المسألة مقيس على مسألة أخرى، وهي أن الإنسان إذا بنى في ملكه بئراً - وهو غير متعد - ثم سقط فيها إنسان فإلزامان فكذا هنا، لما بنى الحائط مستقيماً في ملكه، ولم يتعد على أحد، ومال الحائط وسقط، فإلزامان لعدم التعدي، وهذا كما ترى قياس مع الفارق، فالبئر حفرة في الأرض لا تسقط على أحد، ومع ذلك لو حفر إنسان بئراً في ملكه بلا تعد ودعا أحداً للدخول إلى داره، وكان أعمى أو في ظلمة، وكان يمر على البئر في طريقه وكانت مكشوفة، ولم يعلم بوجودها فإنه يضمن<sup>(٣)</sup>.

فالحائط إذا كان مائلاً إلى الطريق وهو يعلم به أو طلب منه هدمه ثم لم يهدمه فكيف لا يضمن؟ فهذا القياس أوقع الشافعية في هذا المأزق، ولكن الحنفية تخلصوا من هذا القياس بالاستحسان.

(١) الشيرازي، المهذب، ١٩٣/٢، ابن حجر، التحفة، ١٥/٩، وانظر حاشية الشيرازي، المحلى شرح المنهاج، وحاشيتي قليوبي وعميرة، ١٤٨/٤.

(٢) النووي (٦٣١-٦٧٦هـ).

يحيى بن شرف بن مري بن حسين النووي الدمشقي الشافعي محيي الدين، أبو زكريا، محدث فقيه حافظ لغوي حفظ العلوم المختلفة. الأسنوي، طبقات الشافعية، ٢/٢٦٦-٢٦٧، ت ١١٦٢.  
(٣) ابن حجر، تحفة المحتاج، ٩/٩، الشرييني، مغني المحتاج، ٨٣/٤، وبذلك قال الحنابلة، ابن قدامة، المغني، ٩٤/١٢.

ولذلك نجد الكثير من الفقهاء الشافعية قالوا بالضمان، فيما إذا علم بميلان حائطه ولم ينقضه منهم الماوردي وغيره<sup>(١)</sup>.

ولذلك أيضاً اختار الأذري الضمان، وذلك لأنه كان يمكنه أن يرفع الانقاض فلم يرفعهما فهو مقصر.

والراجح إذن أن الإنسان إذا ترك أنقاض حائطه الساقط فإنه يضمن كل مايتلف فيه على ما قال الحنفية. والله أعلم.

ولم أجد للحنابلة<sup>(٢)</sup> مقالاً في هذه المسألة إلا أنهم قالوا: لو وضع عدلاً على حائط نفسه فوق في ملك غيره، فطوب برفعه فلم يفعل حتى عثر به إنسان يضمن. اهـ.

(قلت) هذا صحيح وهو جار على قول الحنفية وعلى قول الأذري ومن وافقه من الشافعية وهو الصحيح. والله أعلم.

#### ٩٠- أقسام تسلسل الأضرار:

قسم علي حيدر شارح مجلة الأحكام العدلية<sup>(٣)</sup> تسلسل الأضرار إلى أقسام:

١- إتلاف بالذات.

٢- إتلاف بالواسطة.

٣- إتلاف لبالذات ولبالواسطة.

(قلت) نسميه الإتلاف بالتسبب البعيد.

#### ٩١- الإتلاف بالذات:

وهو أن يتسبب عن الفعل الضرر ضرر، ثان وثالث دون تدخل أجنبي<sup>(٤)</sup>، حكمه أن

(١) الماوردي، الحاوي، ٩٤/١٦.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٩٥/١٢.

(٣) علي حيدر شارح المجلة، ٥٦٠/٢ وأعطى أمثلة متداخلة.

(٤) هذا التعريف اقتبسته من أمثلة شرح المجلة، ٥٦٠/٢، ولم أجد لحداً عرفه. اهـ. البحث.

## • المباني الآيلة للسقوط •

يضمن كل مايتسلسل من ضرر.

مثاله: لتسلسل ضرر واحد: سقط الحائط المائل بعدما أشهد عليه، فعثر<sup>(١)</sup> ينقضه<sup>(٢)</sup> الساقط في الطريق رجل، فمات، فإن صاحب الحائط يضمن تلف هذا الشخص إذا كان هناك وقت لرفع النقض ولم يرفعه.

مثاله لتسلسل ضررين:

سقط الحائط المائل - بعد الإشهاد - على حائط رجل آخر فسقط حائط الآخر على إنسان فقتله، ضمن صاحب الحائط الأول الحائط الثاني ودية القتيل.

### ٩٢- الإلتاف بالواسطة:

هو أن يتسبب عن الفعل الضار ضرر ثان وثالث ولكن بتدخل أجنبي.

حكمه: أن الضمان ينقطع بتدخل الأجنبي.

مثاله لتسلسل ضرر واحد:

سقط الحائط المائل فتعثر بالنقض شخص فمات، ثم عثر بالميت ثان فمات.

فيضمن صاحب الحائط دية القتيل الأول، لأن قتله تسبب عن التعثر بالنقض المتسبب عن سقوط الحائط، ورفع نقض الحائط واجب على صاحب الحائط، فلما لم يرفعه في وقته الممكن، فإنه تسبب في قتل الشخص الذي تعثر به، فيضمن، لكن صاحب الحائط لا يضمن دية القتيل الثاني الذي تعثر بالشخص الميت، لأن رفع الميت الأول ليس من واجب صاحب الحائط، وإنما هو من واجب أولياء القتيل.

مثاله لتسلسل ضررين:

سقط الحائط المائل على حائط سليم فأسقطه، فقتل الحائط الثاني شخصاً تحته،

(١) عثر بتثليث التاء، شيرواتي، الحاشية، ١٥/٩.

(٢) نقض بكسر النون، أنقاض الحائط، قال الحصكفي في الدرر ٣٨٦/٥ النقض بالكسر ماينتقض من الجدار اهـ وانظر الوسيط (نقض).

ضمن صاحب الحائط الأول الحائط الثاني والقَتِيل، وتقدم، لكن لو تعثر بأنقاض الحائط الثاني رجل فمات، فديته ليست على صاحب الحائط الأول، لأن رفع أنقاض الحائط الثاني على مالكه، لذا فالدية على الثاني.

### ٩٣- الإتلاف بالسبب المنفصل<sup>(١)</sup>:

هو أن يتسبب الفعل الضار في شيء علاقتة بالفعل الضار بعيدة (منفصلة).

حكمه: عدم الضمان.

مثاله: إذا سقط الحائط المائل، فأجفل حيواناً ففر الحيوان لخوفه فتسبب بضرر إنسان أو مال، فإن صاحب الحائط لا يضمن هذا الضرر<sup>(٢)</sup>.

(قلت) نعم هذا صحيح. والله أعلم.

---

(١) (قلت) لم يسمه علي حيدر في شرح المجلة ٥٦٠/٢، بل قال: أما إذا لم يتلفه مكنز بالذات أو بالواسطة. اهـ. وسميته الإتلاف بالسبب المنفصل لأنني وجبته الانسب. اهـ. الباحث.

(٢) علي حيدر، شرح المجلة، ٥٦٠/٢.

## الفصل السابع

### لجنة الكشف على المباني الآيلة للسقوط

بعد الانتهاء من البحث وتتميماً للفائدة راجعت لجنة الكشف على المباني الآيلة للسقوط بمكة المكرمة فافادني المهندس المسئول بفوائد مكتوبة، وأخرى شفوية عن طريق الخبرة.

أما الفوائد المكتوبة<sup>(١)</sup> فهي المصطلحات المتعارف عليها، وهي حسب الحاجة.

يقصد بكلمة (الطرق) جميع الشوارع والطرق العامة والخاصة والميادين والأرصقة. يقصد بلفظ (البناء) كل إنشاء حديث بما في ذلك حفر الأساسات أو أي أعمال إنشائية... أو إقامة رواشين أو مشارف (برندات) أو مظلات، يقصد بكلمة (الترميم) إزالة أي خراب طراً على بعض أو كل بناء قائم وإصلاحه على الوضع الذي كان عليه قبل وقوع الخراب به، بشرط أن لا يصل الهدم إلى ما يقرب الذراع من سطح الأرض. يقصد بعبارة (صاحب الملك) الشخص المالك له أو القائم بأمر إدارته بالوكالة أو الولاية أو الوصاية أو غيرها.

تبليغ الإنذارات أو الإعلانات إلى صاحب الملك أو من يقوم مقامه، يجوز أن يكون بواسطة مراسل الدائرة، أو عن طريق البريد المسجل بعنوانه المعروف أخيراً إن وجد وإلا فعلى البلدية أن تقوم بإلصاق الصورة بشكل ظاهر في المكان المملوك للمنذر أو في الأماكن الظاهرة من البلدة ويعلن عن ذلك في الصحف المحلية.

ثم بين نظام الطرق والمباني أنه لا يجوز دخول أي مكان بقصد التأكد من أنه قد روعي فيه تطبيق جميع التعليمات والأوامر الخاصة بإقامة بناء أو هدمه أو إصلاحه... إلا بعد الاستئذان، وإذا كان المراد دخول حجرة أو جزء من منزل مخصص للنساء، فيجب إعطاء مهلة كافية للسكان، ليستطيع خلالها نقلهن، أو ليتخذ

---

(١) هي الأنظمة واللوائح والتعليمات الخاصة بوزارة الشؤون البلدية والقروية.

مايراه من الوسائل لتوفير راحتهم.

أي بناء أو جزء منه أصبح خرباً وغير قابل للسكنى وفي بقاءه على حالته تلك ضرر على الأبنية المجاورة أو على السكان أو المارة يتخذ في ذلك قرار من قبل هيئة الأمانة أو البلدية يطلب من سلطة المباني وعلى سلطة المباني بعد ذلك إعلام صاحب ذلك البناء بضرورة هدمه ضمن مدة مناسبة تحدد له في الإعلان نفسه وعلى صاحب البناء أو من يقوم مقامه تنفيذ مقتضيات الإعلان خلال المدة المعينة حالاً.

الأبنية الخربة المنذرة بالسقوط والتي تضطر الأمانة أو البلديات إلى إنذار أهلها لتقويض بعض منها أو كلها حسب مقتضيات المادة السابقة يجب أن يلاحظ فيها ما يأتي:

أ - إذا كانت عائدة البناء ملكاً لشخص واحد لم يستطع تنفيذ قرار الأمانة فيما دعت إليه المصلحة من هدم البناء بعضاً أو كلاً فيجب تكليفه من جهة الاختصاص وإذا تحقق امتناعه عن عدم مقدرة فتكلف البلدية بإجراء عملية الهدم من صندوقها على أن تعود فيما صرفته على الملك نفسه فتخصم المقدار المصروف من أنقاض البناء إن خشباً أو حجراً أو مائلاً ذلك على أن تعلن صاحب الملك بذلك مع تكليفه بالحضور حين البيع الذي يجب أن يكون المزداد العلني في المزداد العلني عن طريقها بمعرفة شيخ الحجارة وشيخ الدالين.

ب - إذا كانت عائدة البناء ملكاً إلى أشخاص متعددين مشتركين في الملكية وامتنعوا عن تنفيذ قرار الأمانة في الهدم يكلفون بإجراء ذلك عن طريق جهة الاختصاص وإذا تحقق لدى الجهات المختصة يسر البعض وعسر الباقيين فيخير الموشر في القيام بعملية الهدم على أن يعود فيما صرفه على الانقاض التي يجب أن يجري بيعها بمقتضى ماتوضح في الفقرة السابقة وأن تقوم البلدية بإجراء ما ذكر حسب مقتضيات الفقرة نفسها.

ج - أما إذا كان البناء وقفاً أهلياً خاصاً ومشتركاً أو خيرياً أو وقفاً عاماً فتتبع فيه إحدى الطريقتين الآتيتين:

## • المبانى الآيلة للسقوط •

١- إما أن تكلف نظارة الوقف بالقيام بعملية الهدم، إن كان له غلة وكان الواقف ولحداً أو نوع الوقف أهلياً، وفي حالة عدم وجود غلة للبناء الموقوف من ذا النوع فتقوم البلدية بإجراء ذلك من صندوقها باسم المصلحة العامة على أن يجري تأمين هذه المصاريف من البند المرصود في ميزانيتها باسم المصاريف فوق العادة.

٢- أما إذا كان البناء وقفاً عائداً لإحدى المؤسسات الخيرية، فتكلف جهاتها القيام بعملية الهدم، وإذا لم تكن لها جهة معينة أو لم يكن لها جهة تؤمن المبلغ المطلوب صرفه لهذا الغرض فتقوم مديرية الأوقاف العامة بما يجب نحو ذلك من البند المقرر في الفقرة الآتية:

٣- أما إذا كان الوقف عاماً، وهو الذي لم تعرف له جهة مخصوصة، وكان مربوطاً بمديرية الأوقاف العامة ولم تكن له جهة صرف أو غلة فتقوم مديرية الأوقاف العامة بإنفاذ القرار المتخذ بشأن القيام بعملية الهدم لأماكن من هذا القبيل، على أن يكون ذلك من البند المخصص باسم (مصاريف فوق العادة) أما إذا كان هذا النوع من الوقف غير مربوط بإدارة الأوقاف، ولم يكن له قيد في سجلاتها فتقوم البلدية بإجراء عملية الهدم حسب مقتضيات الفقرة (ج) من هذه المادة.

أما الفوائد غير المكتوبة فقد تفضل بها مهندسو اللجنة وهي:

إذا كانت الشقوق التي في الجدار نافذة فهذا معناه أن الجدار خطر يجب إزالته ولو لم يكن به ميلان، ولانتظر إلى كون الشق بالطول أو العرض، أما إذا كانت الشقوق غير نافذة أو كانت في التلييص (الإكساء) فلاخوف منها حالياً.

أما إذا كان الحائط مائلاً فاللجنة تعرف بخبرتها الطويلة أن الحائط خطر أم لا حسب قوة الميلان وحسب مادة البناء، وحسب عمر البناء فالبيت الشعبي يقدر بخمسين سنة، والأسمنت بمائة سنة، وذلك بمعرفة معلم (بناء) بلدي في اللجنة.

وقال: إن هناك إزالة جزئية لبعض الأدوات وهناك إزالة كلية حسب الضرورة.

إذا أخطرت اللجنة بوجود بناء آيل للسقوط فإن اللجنة تكشف على البناء وتملا النموذج المرفق حسب الواقع.

## الخاتمة

بعد هذه الجولة الطويلة في مسائل سقوط الحائط المائل (٩٣) مسألة رأيت ان الإسلام العظيم قد أحاط بكل ما يهم المجتمع المسلم، فنظم أحكامه وأحكم نظامه، ورأيت أن الكثير من المسائل نص عليها، وأن الكثير من المسائل وضع لها الأسس التي تستنبط منها أحكامها، ومن ذلك مسائل الحائط المائل الذي رجعت إلى أحكامه في كتب الفقه المذهبية، وبعد البحث استطعت أن أتوصل - بفضل الله تعالى - إلى الأمور التالية:

١- اهتم الإسلام بالضروريات الخمس: الدين والعقل والنفس والمال والعرض اهتماماً كبيراً، ولما كان ميلان الحائط وسقوطه يؤدي إلى تلف الأنفس والأموال فقد كتب عنه الفقهاء بما يفي ويكفي.

٢- لا يجوز لإنسان أن يفعل في الطريق العام ما يؤذي المارة كدكة أو مظلة أو جناح أو غيرها، فإن فعل ضمن كل ما يتلف بسببها، لأنه متعد بفعله.

٣- إن من بنى حائطه مستقيماً ثم مال وسقط بمرور الزمن لا يضمن إلا بشروط هي:

أ - أن يبنيه في ملك نفسه.

ب - مستقيماً.

ج - ثم يميل ويسقط.

د - أن يتلف معصوماً.

هـ - أن يعلم صاحبه بميلانه وخطورته أو يطلب منه هدمه أو إصلاحه ولم يفعل.

٤- إن من تعدى فبنى الجدار مائلاً إلى الطريق أو ملك إنسان أنه ضامن وكذا لو تعدى فبنى حائطاً في ملك غيره أنه له ضامن أو بنى في ملكه حائطاً مائلاً ولكن

## • المباني الآيلة للسقوط •

سكنه غيره بإجارة أو إعارة فإنه يضمن مايتلف به أما إذا بناه مستقيماً فسقط دون ميلان، فلا يضمن.

٥- لا يجوز لقاض ولا حاكم ولا غيرهما الإذن ببناء حائط مائل أو إبقائه أو تأجيل هدمه، أو إبراء صاحبه إذا كان الحائط مخوفاً ويخشى سقوطه على الطريق الخاص أو العام أو يسقط على ملك غير صاحب الحائط. فإن أبرأه من يميل الحائط إليه أو أجله فله ذلك.

٦- إذا كان صاحب الحائط عالماً بميلان حائطه وخطورته فلا يحتاج إلى طلب ولا إلى إشهاد اللهم إلا إذا كان ذلك للإثبات عليه أمام القضاء من أجل الضمان، وإذا كان لا يعلم فلكل واحد إعلامه والإشهاد عليه حسبة لله، فإذا علم أو أعلم وأمكنه ذلك، ولم يفعل، فهو ضامن ولا تسقط مسئوليته عنه متى علم.

٧- على ولي الأمر أن يأمر بتشكيل فرقة للبحث عن الأبنية القديمة الآيلة للسقوط، وأن يطلب من أهلها هدمها أو إصلاحها، فإن لم يفعلوا فعليه هدمها وكذا لو غاب أصحابها.

٨- كما يجب على صاحب الحائط إذا سقط أو أسقطه أن يبادر برفع أنقاضه وإلا فهو ضامن لكل مايتلف بهذه الانقاض.

٩- ولي الصبي أو المحجور عليهم مؤلخذ بالضمان من ماله إذا قصر في هدم حائط المحجور عليه أو في رفع أنقاضه مادام هو المسئول عن حائط المحجور عليهم.

١٠- متى انتقلت ملكية الحائط المائل إلى غير المالك بسبب ناقل للملكية فعلى من انتقل إليه الملك أن يبادر بهدم حائطه ورفع أنقاضه أو إصلاحه، وإلا فهو مسئول عن ضمان مايتلف بسبب الحائط وأنقاضه إذا علم به وتركه.

١١- إن ضمان الحائط المائل إذا كان بسبب تلف نفس فهو على عاقلة المتسبب، وإذا كان التلف مائلاً فهو في مال صاحب الحائط.

- ١٢- إن ميلان الحائط وتشققه وهاءه سواء في الضمان، وكذلك الطويل والقصير والعالي والسافل يضمن من تعدى أو قصر فيه والمرجع لأهل الخبرة.
- ١٣- عمال البناء إذا هدموا الحائط المائل فسقط على أحدهم أو على أحد غيرهم ضمنوه حسب الرؤوس لأنهم مباشرون للهدم.
- ١٤- إذا كان الحائط لشركاء فأعلم أحدهم فلم يهدمه ولم يصلحه حتى سقط وأتلف نفساً أو مالا ضمن الذي أعلم من ذلك بقدر حصته.
- ١٥- يضمن صاحب الحائط المائل إذا علم به وأمكنه ولم يصلحه كل ما يتسلسل من أضرار بسبب سقوط الحائط، مالم يتدخل سبب آخر، ويسمى ذلك تسلسل الأضرار أو تسلسل النتائج.
- ١٦- إذا وضع إنسان شيئاً على حائطه فوقع فأصاب أحداً فلا ضمان لعدم التعدي.
- ١٧- وإذا وقع الحائط بصاحبه على إنسان فقتله ضمن الساقط التلف، إن كان الحائط مائلاً وعلم بميله.
- وإن وقع بدون الحائط على إنسان فقتله فكذلك يضمن لأنه مباشر للقتل.
- وإن وقع الساقط على إنسان أو سيارة فمات الساقط نظرنا فإن كان الإنسان المسقوط عليه أو السيارة تمشي في الطريق فلا ضمان وإن كان الإنسان واقفاً أو جالساً أو نائماً في الطريق أو كانت السيارة واقفة في الطريق فالضمان.
- والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب.
- والحمد لله والصلاة والسلام على محمد ومن والاه.

## المراجع

- كتبت المعلومات حسب ماهو موجود في الكتاب وغير الموجود لم أنبه عليه.
- الأسنوي، عبدالرحيم بن الحسن الأرموي (ت ٧٧٢هـ)، طبقات الشافعية، تحقيق كمال يوسف الحوت، ط/١، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الأصفهاني، أبونعيم أحمد بن عبدالله (ت ٤٣٠هـ)، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، دار الكتب العلمية، بيروت.
- بابر تي، محمد بن محمد الرومي الخنفي (ت ٧٨٦هـ) شرح العناية على الهداية، مطبوع أسفل نتائج الأفكار، مصطفى الحلبي.
- البغدادي، إسماعيل باشا البغدادي، هدية العارفين أسماء المؤلفين وأثار المصنفين، المكتبة الفيصلية، مكة المكرمة.
- البغدادي، غانم بن محمد أبو محمد (ت ١٠٣٠هـ)، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ط/١، عالم الكتب، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس (ت ١٠٥١هـ)، شرح منتهى الإرادات، المكتبة السلفية لصاحبها محمد عبدالمحسن الكتبي، باب ١/ بالمدينة المنورة.
- كشف القناع عن متن الإقناع، مطبعة الحكومة بمكة ١٣٩٤هـ.
- الجصاص، الرازي أبوبكر أحمد بن علي (ت ٣٧٠هـ)، مختصر اختلاف الفقهاء، دراسة وتحقيق عبدالله أحمد نذير، دار البشائر، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، (ت ٨٥٢هـ)، تقريب التهذيب حققه وعلق حواشيه وقدم له عبدالوهاب عبداللطيف، توزيع دار الباز، مكة المكرمة.
- ابن حجر، أحمد بن محمد الهيتمي، (ت ٩٧٤هـ)، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار صادر.
- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت ٤٥٦هـ)، المحلى، قوبلت على النسخة التي حققها أحمد محمد شاكر، دار الفكر.

● مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ● السنة العاشرة - العدد الثامن والثلاثون ١٤١٩هـ ●

- الحصكفي، محمد علاء الدين بن علي (ت ١٠٨٨هـ)، بدر المتقى في شرح الملتقى، مطبوع مع مجمع الأنهر.
- الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، دار إحياء التراث العربي.
- الخطاب، محمد بن محمد بن عبدالرحمن (ت ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط/٢، ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م، دار الفكر.
- حيدر، علي حيدر أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الخطيب البغدادي، أحمد بن علي (ت ٤٦٣هـ)، تاريخ بغداد، دار الباز للتوزيع.
- داماد، عبدالله محمد المعروف، بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي.
- الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد (ت ١٢٠١هـ)، الشرح الكبير على مختصر خليل، عيسى الحلبي.
- الشرح الصغير على مختصر خليل، دار المعرفة، بيروت.
- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، عيسى الحلبي.
- الزرقاء، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط/٩، مطابع ألف باء الأدب، دمشق، ١٩٦٧/١٩٦٨م.
- الزحيلي، وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، أو أحكام المسؤولية المدنية والجناثية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.
- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ط/بولاق ١٣١٤هـ.
- السرخسي، شمس الأئمة محمد بن أحمد (ت ٤٩٠هـ)، كتاب المبسوط ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، دار المعرفة، بيروت.
- أبوسليمان، عبدالوهاب إبراهيم، منهج البحث في الفقه الإسلامي خصائصه

• المباني الآيلة للسقوط •

- ونقائصه، المكتبة المكية، دار ابن حزم، ط/١، ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.
- السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر (ت٩١١هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، الطبعة الأخيرة ١٣٧٨هـ/١٩٥٩م، مصطفى البابي الحلبي.
- طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
- ابن شاس، عبدالله بن نجم بن شاس (ت٦١٦هـ)، تحقيق محمد أبو الأجران، و١. عبدالحيظ منصور، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم أهل المدينة، دار الغرب الإسلامي، ط/١، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.
- الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب (ت٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، المكتبة الإسلامية.
- الشرواني، عبدالحميد الشرواني، حاشيته على تحفة المحتاج بشرح المنهاج للنووي، دار صادر.
- الشلبي، شهاب الدين أحمد بن محمد (ت١٠٢١هـ)، حاشية على تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، مطبوع مع تبيين الحقائق.
- الشوكاني، محمد بن علي، (ت١٢٥٠هـ)، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، دار المعرفة.
- الشيباني، محمد بن الحسن (ت١٨٩هـ)، كتاب الأصل المعروف بالميسوط، صححه وعلق عليه أبو الوفاء الأفعاني، دار المعارف النعمانية، الهند.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي أبو يوسف (ت٤٧٦هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت.
- الصاوي، أحمد بن محمد المالكي، حاشية بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، بيروت.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت١٢٥٢هـ)، رد المحتار حاشية على الدر المختار، مطبوع مع الدر المختار، دار إحياء التراث العربي.

- العبادي، أحمد بن قاسم القاهري، شهاب الدين (ت ٩٩٤هـ)، حاشيته على التحفة، مطبوع مع تحفة المحتاج، دار صادر.
- عlish، محمد بن أحمد (ت ١٢٩٩هـ)، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الباز.
- ابن العماد، أبي الفلاح عبدالحى الحنبلي (ت ١٠٨٩هـ)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار الفكر، ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م.
- ابن فرحون، إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمرى، (ت ٧٩٩هـ)، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام، خرج أحاديثه وعلق عليه الشيخ جمال مرعشلي، ط/١، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- فيض الله، محمد فوزي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ط/١، سنة ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، مكتبة التراث الإسلامي، الكويت.
- ابن القاسم، عبدالرحمن بن القاسم (ت ١٩١هـ)، المدونة الكبرى، دار الفكر.
- قاضي خان، الحسن بن منصور الأوزجندی (ت ٥٩٢هـ)، فتاوى قاضي خان، بلوخستان، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.
- قاضي زاده، شمس الدين أحمد بن قودر، نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار تكملة فتح القدير على الهداية، مصطفى الحلبي، ط/١، ١٣٨٩هـ/١٩٧٠م.
- ابن قدامة، موفق الدين، عبدالله بن أحمد المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، المغني، بتحقيق د.عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ود. عبدالفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر، ط/١، ١٤٠٨/١٩٨٨م.
- القرافي، محمد بن يحيى بدر الدين (ت ٩٤٦هـ)، توشيح الديناج وحلية الابتهاج، تحقيق وتقديم أحمد الشتيوي، ط/١، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣، دار الغرب الإسلامي.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (ت ٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد، المعلومات الأخرى غير موجودة.
- الكاساني، أبوبكر بن مسعود الملقب بملك العلماء (ت ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في

## • المبانى الآيلة للسقوط •

- ترتيب الشرائع، ط/٢، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ابن كثير، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر (ت٧٧٤هـ)، البداية والنهاية، ط/٢، ١٤١١هـ/١٩٩٠م، مكتبة المعارف، بيروت.
- اللبباني، سليم رستم باز (ت١٣٣٨هـ)، شرح المجلة، دار الكتب العلمية، مصور عن طبعة سنة ١٣٠٥هـ.
- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب (ت٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير، تحقيق محمود سطرجي، المكتبة التجارية، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
- ابن المنذر، محمد بن إبراهيم بن المنذر (ت٣١٨هـ)، الإشراف على مذاهب أهل العلم، تحقيق محمد نجيب سراج الدين، دار إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر، ط/١، سنة ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
- المواق، محمد بن يوسف العبدري (٨٩٧هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، مطبوع بهامش مواهب الجليل.
- نظام وجماعة من العلماء، الفتاوى العالمية المعروفة بالفتاوى الهندية، نوراني كتب خانة بشاور، باكستان.
- النووي، محيي الدين يحيى بن شرف (ت٦٧٦هـ)، تهذيب الأسماء واللغات، إدارة الطباعة المنيرية.
- ابن هداية الله، أبوبكر بن هداية الله الحسيني (ت١٠١٤هـ)، طبقات الشافعية، حققه عادل نويهض، ط/١، ١٩٧٩م.
- الهندي، أبو الحسنات محمد عبدالحى اللكنوي (ت١٣٠٤هـ)، طرب الأمائل بتراجم الأفاضل، نور محمد، كارخانه تجارت كتب كراچي.
- الفوائد البهية في تراجم الحنفية، نور محمد، كارخانه تجارت كتب كراچي.

## اتتمام المفترض بالمتنفل

الدكتور/نفل بن مطلق الحارثي(\*)

الحمد لله رب العالمين حمداً يوافي نعمه ويكافئ مزيده والصلاة والسلام على أفضل نبي وأكرم مرسل. أما بعد:

فلإن هذا البحث يتعلق بجزئية تتعلق بمسألة تتعلق بنية الإمام والمأموم في الصلاة وهذه الجزئية التي تتعلق بذلك هي اتتمام المفترض بالمتنفل وقد أفرقتها بالبحث دون غيرها من جزئيات هذه المسألة التي تتعلق بنية الإمام والمأموم لشدة الحاجة إليها ولاسيما في شهر رمضان المبارك الذي يؤدي فيه المسلمون صلاة التراويح بعد صلاة العشاء مباشرة حيث لا يخلو أي مسجد من المساجد التي تقام فيها صلاة التراويح من وجود مسبوقين بصلاة العشاء، فالحاجة إليها أشد من الحاجة إلى غيرها لكثرة وقوعها وشدة الاختلاف فيها، وإذا صحت فغيرها من باب أولى.

وقد اقتصرنا فيها على ذكر أهم أقوال أهل العلم وأدلتهم دون ذكر بعض الفروع التي قد تتفرع منها حرصاً مني على الاختصار وعدم التطويل.

ولأهمية تلك الجزئية أفرقتها بالكتابة فكانت موضوع هذا البحث الذي ذكرت فيه اختلاف الفقهاء بين ممانع ومجيز واستعرضت فيه أدلة كل منهم كما ذكرت فيه أيضاً مناقشة بعضهم لبعض في الاستدلال والتوجيه ثم ذكرت بعد ذلك في الترجيح أظهر القولين في هذه الجزئية، ثم ختمت البحث.

فما كان فيه من صواب فمن الله وحده وما كان فيه من خطأ فمن نفسي والشيطان وأستغفر الله وأتوب إليه من كل ذنب وخطيئة. والحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

---

(\*) أستاذ مساعد بكلية الملك عبدالعزيز الحربية - قسم العلوم الإسلامية.

## ائتمام المفترض بالمتنفل

أكثر أهل الفقه على صحة عكس هذه المسألة وهي ائتمام المتنفل بالمفترض خاصة أئمة المذاهب الأربعة وأتباعهم<sup>(١)</sup>، بل إن بعضهم حكى الإجماع على ذلك<sup>(٢)</sup> للأحاديث الصحيحة الواردة في ذلك وهي كما يلي:

- ١- حديث أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أبصر رجلاً يصلي وحده فقال:
- (ألا رجل يتصدق على هذا فيصلي معه)<sup>(٣)</sup>.

فدل هذا الحديث على صحة ائتمام المتنفل بالمفترض لأن المتصدق متنفل وهو مأموم والمتصدق عليه مفترض وهو إمام لأنه لم يصل. فرضه بعد<sup>(٤)</sup>.

- ٢- حديث يزيد بن الأسود - رضي الله عنه - أنه صلى مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو غلام شاب فلما صلى إذا رجلان لم يصليا في ناحية المسجد فدعا بهما فجاء بهما ترعد فرائصهما فقال: (مامنعكما أن تصليا معنا قالوا: قد صلينا في رجالنا فقال: لا تفعلوا، إذا صلى أحدكم في رحله ثم أدرك الإمام ولم يصل فليصل معه فإنها له نافذة)<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر المبسوط ١٣٦/١ وبيدائع الصنائع ١٤٣/١، والمدونة ٨٨/١ والكافي ٢١٣/١ والام ١٧٣/١ والمجموع ١٦٩/٤ وشرح منتهى الإرادات ٢٦٢/١ والإنصاف ٢٧٧/٢ والمحلى ٣١٥/٤.

(٢) انظر التمهيد ٣٦٩/٢٤ والمغني ٦٨/٣ وقوانين الأحكام الشرعية ص ٦٨ ورحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٥٠.

(٣) سنن أبي داود كتاب الصلاة باب في الجمع في المسجد مرتين ٣٨٦/١ وسنن الترمذي أبواب الصلاة باب ماجاء في الجماعة في مسجد قد صلى فيه مرة ٢٨٩/١ ومسند الإمام أحمد ٥/٣ قال الترمذي: وحديث أبي سعيد حديث حسن وقال الألباني صحيح. صحيح سنن أبي داود ١١٤/١.

(٤) انظر المغني ٦٨/٣.

(٥) سنن أبي داود كتاب الصلاة باب فيمن صلى في منزله ثم أدرك الجماعة يصلي معهم ٣٨٦/١ وسنن الترمذي أبواب الصلاة باب ماجاء في الرجل يصلي وحده ثم يدرك الجماعة ٢٨٧/٢٨٦/١ وسنن النسائي كتاب الإمامة باب إعادة الفجر مع الجماعة لمن صلى وحده ١١٢/٢ ومسند الإمام أحمد ١٦١/١٦٠/٤. قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وقال الألباني: صحيح. صحيح سنن أبي داود ١١٥/١.

٣- حديث عبدالله بن مسعود وأبي ذر رضي الله عنهما - وفيه أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: (إنها ستكون أئمة يؤخرون الصلاة عن مواقيتها فلا تنتظروهم بها ولجعلوا الصلاة معهم سبحة)<sup>(١)</sup>. يعني نافلة.

فدل هذان الحديثان الأخيران على صحة ائتمام المتتفل بالمفترض لأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمر من صلى فرضه في بيته أو في غيره ثم أدرك صلاة الإمام أن يصلي معه وتكون صلاته معه نافلة له.

فهذه المسألة لاختلاف بين أئمة المذاهب الأربعة في صحتها ولكن الاختلاف بينهم في عكسها وهي ائتمام المفترض بالمتتفل والتي هي موضوع هذا البحث. فقد اختلف الأئمة فيها على قولين:

القول الأول المنع. والقول الثاني الجواز.

فأما القول الأول وهو المنع فهو مذهب الحنفية<sup>(٢)</sup> والمالكية<sup>(٣)</sup> ورواية عن الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - وعليها أكثر أصحابه بل هي المذهب عندهم<sup>(٤)</sup>. وبذلك قال سعيد بن المسيب والحسن البصري في رواية عنه والزهري وربيعة وغيرهم<sup>(٥)</sup>. وقد استدلل هؤلاء على قولهم بالأحاديث والقياس والعقل فمن الأحاديث:

١- حديث عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - قال: (إنما جعل الإمام ليؤتم به فإذا ركع فاركعوا وإذا رفع فارفعوا وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً)<sup>(٦)</sup>.

(١) صحيح مسلم كتاب المساجد ومواضع الصلاة باب الندب إلى وضع الأيدي على الركب في الركوع ونسخ التطبيق ٦٨/١ وباب كراهية تأخير الصلاة عن وقتها ١٢٠/١ ومسند الإمام أحمد ٤٥٩/١، ٤٥٩/٥، واللفظ له وكذلك أخرجه الإمام أحمد من حديث شدد بن أوس - رضي الله عنه - المسند ١٢٤/٤.

(٢) انظر المبسوط ١٣٦/١ وبيدائع الصنائع ١٤٣/١.

(٣) انظر التفریع ٢٢٣/١ وقوانين الأحكام الشرعية ٦٨/١.

(٤) انظر المغني ٦٧/٣ والإنصاف ٢٧٦/٢ وشرح منتهى الإرادات ٢٦٢/١.

(٥) انظر مصنف ابن أبي شيبة ٦٩/٢ والمجموع ١٦٩/٤.

(٦) صحيح البخاري كتاب الأذان باب إنما جعل الإمام ليؤتم به ١٦٩/١ وصحيح مسلم كتاب الصلاة باب ائتمام المأموم بالإمام ١٩/٢.

## • ائتمام المفترض بالمتنفل •

٢- حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: (إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه فإذا كبر فكبروا وإذا ركع فاركعوا ..... الحديث)<sup>(١)</sup>. قالوا: يجب على المأموم الائتمام بالإمام في كل شيء من الصلاة ولا يجوز له الاختلاف عليه.

.. وائتمام المفترض بالمتنفل من الاختلاف عليه لاختلاف النية بينهما، فالمأموم يأتى بالإمام بنية الفرض والإمام يؤم المأموم بنية النفل، ومن كان كذلك فقد اختلف على إمامه ولم يأت به ومن اختلف على إمامه ولم يأت به فصلاته غير صحيحة، لأن هذا من أعظم الاختلاف على الإمام وقد نهينا عن ذلك<sup>(٢)</sup>.

٣- حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - في صفة صلاة الخوف قال: غزوت مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قبل نجد فوازننا العدو فصافقنا لهم فقام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يصلي لنا فقامت طائفة معه وأقبلت طائفة على العدو وركع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بمن معه وسجد سجدتين ثم انصرفوا مكان الطائفة التي لم تصل فجاءوا فركع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بهم ركعة وسجد سجدتين ثم سلم فقام كل واحد منهم فركع لنفسه ركعة وسجد سجدتين<sup>(٣)</sup>.

قالوا: لو جاز ائتمام المفترض بالمتنفل لأتم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الصلاة بالطائفة الأولى ثم نوى النفل وصلى بالطائفة الثانية لينال كل طائفة فضيلة الصلاة خلفه من غير الحاجة إلى المشي وأفعال كثيرة ليست من الصلاة<sup>(٤)</sup>.

(١) صحيح مسلم كتاب الصلاة باب ائتمام المأموم بالإمام ١٩/٢ وياي النهي عن مبادرة الإمام بالتكبير وغيره ٢٠/٢.

(٢) انظر التسغني ٦٧/٣ وشرح منتهى الإرادات ٢٦٢/١ وشرح الزرقاني على الموطأ ٢٧٧/١ ونيل الأوطار ٢٠٧/٣.

(٣) صحيح البخاري كتاب الصلاة باب صلاة الخوف ٢٢٦/١، وصحيح مسلم كتاب المساجد ومواضع الصلاة ٢١٢/٢.

(٤) بدائع الصنائع ١٤٣/١ وشرح فتح القدير ٣٧٢/١/٣٧٣.

٤- حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - (الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن، اللهم ارشد الأئمة واغفر للمؤذنين)<sup>(١)</sup>.

قالوا: الإمام ضامن لصلاة المأمونين وضمان الشيء للشيء يجوز فيما كان فوقه ولايجوز فيما كان دونه فصلاة الإمام المفترض تشتمل على أصل الصلاة وصفة الفرضية. وصلاة الإمام المتنفل لا تشتمل إلا على أصل الصلاة دون صفة الفرضية.

فصلاة الإمام المفترض أقوى من صلاة الإمام المتنفل فيصح الائتنام به لأن صلاته تشتمل على صلاة المؤتم به وزيادة بخلاف صلاة الإمام المتنفل فهي لا تشتمل على صلاة المؤتم به فلا يصح الائتنام به<sup>(٢)</sup>.

وأما القياس:

فقد قاسوا صلاة المفترض خلف المتنفل على صلاة الجمعة خلف من يصلي الظهر في عدم الصحة فإذا كانت صلاة الجمعة لاتصح خلف من يصلي الظهر فكذلك صلاة المفترض لاتصح خلف المتنفل<sup>(٣)</sup>.

وأما العقل:

فقد دل على عدم صحة اقتداء المفترض بالمتنفل لأن الاقتداء ببناء أمر وجودي لأنه متابعة شخص آخر في أفعاله بصفاتهما وهو مفهوم وجودي لاسلب فيه وبناء الأمر الوجودي على المعدوم بصفاته غير متحقق لأن وصف الفرضية معدوم في حق الإمام المتنفل فلايجوز الاقتداء به في الفريضة، وهذا الدليل مبني على قاعدة

(١) سنن أبي داود كتاب الصلاة باب مايجب على المؤذن من تعامد الوقت ٣٥٦/١ وسنن الترمذي أبواب الصلاة باب ملجاء أن الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن ٢٦٩/١ وسنن ابن ملجة كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها باب مايجب على الإمام ٣١٤/١ ومسند الإمام أحمد ٢/٢٨٤/٤٢٤/٤٦١/٤٧٢ قال العراقي: رواه أحمد من حديث أبي أمامة بإسناد حسن وقال الألباني: صحيح انظر المغني عن حمل الأسفار في الأسفار بهامش إحياء علوم الدين ١٧٣/١ وصحيح سنن أبي داود ١٠٥/١.

(٢) شرح معاني الآثار ١/٤١٠/٤١١ والمبسوط ١/١٣٧ وشرح فتح القدير ١/٣٦٦/٣٧٤.

(٣) انظر المغني ٣/٦٧.

## • انتقام المفترض بالمتنفل •

أن صلاة المأموم مبنية على صلاة الإمام<sup>(١)</sup>.

وأما القول الثاني: فهو الجواز وهو مذهب الإمام الشافعي<sup>(٢)</sup> - رحمه الله تعالى - والرواية الثانية عن الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - وهي الأصح عند ابن قدامة<sup>(٣)</sup> وبذلك قال الأوزاعي وابن المنذر وأبي ثور وعطاء وطاوس وغيرهم<sup>(٤)</sup>.

واستدلوا على ذلك بالأحاديث والقياس والعقل فمن الأحاديث:

١- حديث جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - أن معاذ بن جبل - رضي الله عنه - كان يصلي مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - العشاء الآخرة ثم يرجع إلى قومه فيصلّي بهم تلك الصلاة<sup>(٥)</sup>.

وفي رواية أخرى عن جابر - رضي الله عنه - أن معاذاً - رضي الله عنه - كان يصلي مع النبي - صلى الله عليه وسلم - العشاء ثم ينصرف إلى قومه فيصلّي بهم هي له تطوع ولهم فريضة<sup>(٦)</sup>.

فدللت الرواية الأولى والثانية عن جابر - رضي الله عنه - على أن معاذاً - رضي الله عنه - كان يصلي العشاء الآخرة مرتين الأولى مع النبي صلى الله عليه وسلم - وكانت له فريضة والثانية مع قومه إماماً لهم وكانت له نافلة فدل ذلك على صحة

(١) انظر الميسوط ١٣٧/١٣٦/١ ويدائع الصنائع ٣٧٢/١ وشرح فتح القدير ٣٧٢/١ وشرح معاني الآثار ٤١٠/٤١١.

(٢) انظر الأم ١٧٣/١ والمجموع ١٦٧/٤.

(٣) انظر المغني ٦٧/٣ والإنصاف ٢٧٦/٢.

(٤) انظر السنن الكبرى للبيهقي ٨٧/٣.

(٥) صحيح البخاري كتاب الأذان باب إذا طول الإمام وكان للرجل حاجة فخرج فصل ١٧٢/١ وصحيح مسلم كتاب الصلاة باب القراءة في العشاء ٤٢/٢، واللفظ لمسلم.

(٦) الأم ١٧٣/١ وسنن الدارقطني كتاب الصلاة باب ذكر صلاة المفترض خلف المتنفل ٨٦/١. والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الصلاة باب الفريضة خلف من يصلي النافلة ٨٦/٣ ومصنف عبد الرزاق باب لا تكون صلاة واحدة لشئ ٨/٢ وشرح معاني الآثار كتاب الصلاة باب الرجل يصلي الفريضة خلف من يصلي تطوعاً ٤٠٨/٤٠٩ والأم ١٧٣/١ قال ابن حجر: وهو حديث صحيح رجاله رجال الصحيح. فتح الباري ١٩٦/٢.

اتتمام المفترض بالمتنفل لأن معاذاً - رضي الله عنه - كان يؤم قومه وهو متنفل وهم مفترضون<sup>(١)</sup>.

٢- حديث عمرو بن سلمة - رضي الله عنه - وفيه أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال لقومه:

صلوا صلاة كذا في حين كذا وصلوا كذا في حين كذا فإذا حضرت الصلاة فليؤذن أحدكم وليؤمكم أكثركم قرآنًا، فنظروا فلم يكن أحد أكثر قرآنًا مني لما كنت أتلقي من الركبان فقد دوني بين أيديهم وأنا ابن ست أو سبع سنين... الحديث<sup>(٢)</sup>.

فهذا الحديث يدل على صحة اتتمام المفترض بالمتنفل لأن عمرو بن سلمة - رضي الله عنه - كان يؤمهم وهو متنفل - لصغر سنه - وهم مفترضون ولو كان شيء ينهى عنه لنهى عنه الوحي لأنه كان في زمنه<sup>(٣)</sup>.

٣- حديث أبي بكره - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صلى بالقوم في الخوف ركعتين ثم سلم ثم صلى بالقوم الآخرين ركعتين ثم سلم، فصلى النبي - صلى الله عليه وسلم - أربعاً<sup>(٤)</sup>.

٤- حديث جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى بطائفة من أصحابه ركعتين ثم سلم ثم صلى بآخرين أيضاً ركعتين ثم سلم<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر الأم ١٧٣/١ والمغني ٦٧/٣.

(٢) انظر الحديث بأكمله في صحيح البخاري كتاب المغازي باب وقال الليث حدثني يونس ٩٦/٩٥/٥.

(٣) انظر فتح الباري ٢٣/٨.

(٤) سنن أبي داود كتاب الصلاة باب من قال: يصلي بكل طائفة ركعتين ٤٠/٢ وسنن النسائي كتاب صلاة الخوف ١٧٨/٣ والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الصلاة باب الفريضة خلف من يصلي النافلة ٨٦/٣ واللفظ للنسائي قال النووي: حديث أبي بكره صحيح رواه أبو داود بإسناد صحيح. المجموع ٢٩١/٤ وقال الألباني: صحيح.

صحيح سنن أبي داود ٢٣٢/١.

(٥) سنن النسائي كتاب صلاة الخوف ١٧٨/٣ وأصله في صحيح مسلم باب صلاة الخوف ٢١٥/٢ غير أنه لم يرد فيه أنه سلم من الركعتين الأوليين وخرجه البخاري مختصراً في كتاب المغازي باب غزوة ذات الرقاع ٥١/٥ كما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى كتاب الصلاة باب الفريضة خلف من يصلي النافلة ٨٦/٣.

## • ائتمام المفترض بالمتنفل •

وهذا يدل على صحة ائتمام المفترض بالمتنفل لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى بالطائفة الثانية متنفلاً وهم مفترضون<sup>(١)</sup>.

٥- حديث عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى ... الحديث)<sup>(٢)</sup>.

فعموم هذا الحديث يدل على أن لكل أحد ما نوى فلا إمام نيته وللمأموم نيته لاتعلق لإحداهما بالأخرى ولذلك يصح ائتمام المفترض بالمتنفل<sup>(٣)</sup>.

وأما القياس:

فقد قاسوا صلاة المفترض خلف المتنفل على صلاة المتم خلف القاصر والمتنفل خلف المفترض والمسبوق خلف السابق والناذر خلف المفترض وهكذا.

فإذا كانت صلاة هؤلاء خلف هؤلاء صحيحة مع اختلاف نياتهم فكذلك صلاة المفترض خلف المتنفل صحيحة مع اختلاف نيتيها<sup>(٤)</sup>.

وأما العقل:

فقد دل على صحة ائتمام المفترض بالمتنفل لأن كل واحد منهما يصلي بنية نفسه لا بنية غيره فإذا ائتم المفترض بالمتنفل صح ذلك لأن نية كل واحد منهما نية لنفسه لاتفسدها نية غيره وإن خالفتهما. فصلاة المأموم لاتفسد باختلاف نيته عن نية الإمام فهما صلاتان اتفقتا في الأفعال فجاز ائتمام المصلي في إحداهما بالمصلي في الأخرى دون نظر إلى اتفاق نيتيها<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر الام ١٧٣/١ والمغني ٣/٦٧.

(٢) صحيح البخاري باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ٢/١. وصحيح مسلم كتاب الإمامة باب قوله - صلى الله عليه وسلم - إنما الأعمال بالنية ٤٨/٦.

(٣) انظر المحلى ٣١٨/٤ والسنن الكبرى للبيهقي ٣/٨٧.

(٤) انظر الام ١٧٣/١ والمغني ٣/٦٨.

(٥) انظر الام ١٧٣/١ ومغني المحتاج ١/٢٥٣ والمغني ٣/٦٨.

## المناقشة:

بعد استعراض أدلة كل من القولين السابقين نشرع في مناقشة أدلة كل قول على حدة حتى نتمكن من معرفة الراجح من المرجوح من خلال المناقشة.

**ونبدأ بمناقشة أدلة القول الأول وهي كما يلي:**

١- استدل أصحاب القول الأول بحديثي:

عائشة وأبي هريرة رضي الله عنهما - المتقدمين على عدم صحة ائتمام المفترض بالمتنفل في الصلاة لاختلاف نية كل منهما عن الآخر.

وقد أجيب عن ذلك:

بأن المراد بالائتمام المأمور به في هذين الحديثين هو الائتمام بالأفعال الظاهرة دون النيات كما جاء ذلك مفسراً في قوله - صلى الله عليه وسلم - : (فإنما ركع فاركعوا وإنما رفع فاركعوا وإنما صلى جالساً فصلوا جلوساً)<sup>(١)</sup>. وفي رواية (فإنما كبر فكبروا وإنما ركع فاركعوا)<sup>(٢)</sup>.

فالائتمام خاص بالأفعال الظاهرة دون غيرها<sup>(٣)</sup>.

٢- استدل بعض أصحاب القول الأول بحديث ابن عمر - رضي الله عنهما - على عدم صحة اقتداء المفترض بالمتنفل إذ لو جاز ذلك لأتم الرسول - صلى الله عليه وسلم - بالطائفة الأولى فرضاً ثم صلى بالطائفة الثانية نفلاً.

ونجيب عن ذلك فنقول:

قد أتم الرسول - صلى الله عليه وسلم - بالطائفة الأولى فرضاً ثم صلى بالطائفة الثانية نفلاً.

كما في حديثي أبي بكرة وجابر - رضي الله عنهما - المتقدمين وحديث ابن عمر

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر المحلى ٣١٧/٤ والاصطلاح في الخلاف ٢٨٨/١، وبداية المجتهد ١٢٣/١ والمقني

٦٨/١ والمجموع ١٧١/٤.

## • ائتمام المفترض بالمتنفل •

رضي الله عنهما - يدل على جواز تلك الصفة الواردة فيه لا على وجوبها لأن كل حديث يروى في أبواب صلاة الخوف فالعمل به جائز كما قال الإمام أحمد<sup>(١)</sup> - رحمه الله تعالى - فلاحجة حينئذ في حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - لأنه قد ثبتت صفة على خلاف ما استدل به عليه.

٣- استدل أصحاب القول الأول بحديث أبي هريرة - رضي الله عنه - (الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن) على عدم صحة ائتمام المفترض بالمتنفل لأن الإمام المتنفل لا يضمن صلاة المأموم المفترض.

ويجاب عن ذلك بأن يقال: الإمام ضامن لصلاة المأموم وإن كان المأموم مفترضاً والإمام متنفلاً<sup>(٢)</sup>. فالضمان لا يشترط فيه الاتفاق مع النية بين الإمام والمأموم<sup>(٣)</sup> لأن معنى ضمان الإمام لصلاة المأموم إكمالها بحكم المتبوعية فإذا أكمل فله الأجر وإذا نقص فعليه الوزر<sup>(٤)</sup>.

٤- قياس أصحاب القول الأول صلاة المفترض خلف المتنفل على صلاة الجمعة خلف من يصلي الظهر في عدم الصحة منتقض بالمسبوق في الجمعة إذا أدرك أقل من ركعة فإنه ينوي بها الظهر خلف من يصلي الجمعة<sup>(٥)</sup> بل ومنقضى أيضاً بصحة صلاة الجمعة خلف المسافرين<sup>(٦)</sup> ولا أثر لاختلاف النية في ذلك.

٥- استدل بعض أصحاب القول الأول بالعقل على منع ائتمام المفترض بالمتنفل لأنه لا يجوز عندهم بناء أمر وجودي وهو وصف الفرضية في المأموم المفترض على أمر عدمي وهو عدم ذلك الوصف في الإمام المتنفل وهذا يرجع إلى أصل عندهم وهو أن صلاة المأموم مبنية على صلاة الإمام من كل الوجوه<sup>(٧)</sup>.

(١) المغني ٣/٣١١.

(٢) انظر الفتاوى ٢٣/٣٨٥/٣٨٦.

(٣) انظر المجموع ٤/١٤٥.

(٤) انظر الاصطلاح في الخلاف ١/٢٨٨.

(٥) انظر إحياء علوم الدين ١/١٧٩ والمغني ٣/٦٨/١٨٥.

(٦) انظر المجموع ٤/١٧١.

(٧) انظر شرح معاني الآثار ١/٤١٠/٤١١.

ولكن لا يسلم لهم بهذا الأصل لأنه موضع اختلاف بين الأئمة (١) خاصة ما يتعلق بالنية منها لأنها عند بعضهم من الوجوه التي لا تبني فيها صلاة المأموم على صلاة الإمام (٢).

فهي خارجة عن هذا الأصل فلا تبني عليه ولا دليل لهم فيه.

قال ابن حزم - رحمه الله تعالى -: (إنه لم يأت قط: قرآن، ولا سنة ولا إجماع ولا قياس يوجب اتفاق نية الإمام والمأموم) (٣).

### مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني:

بعد أن تمت مناقشة أدلة القول الأول نشعر في مناقشة أدلة القول الثاني وهي كما يلي:

أولاً: استدل أصحاب القول الثاني على صحة ائتمام المفترض بالمتنفل بحديث جابر في قصة صلاة معاذ - رضي الله عنهما - كما تقدم.

وقد أورد أصحاب القول الأول على الاحتجاج به عدة اعتراضات أجاب عنها أصحاب القول الثاني ومن أهمها ما يلي:

١ - احتمال نسخ حديث جابر - رضي الله عنه - لأنه كان في أول الإسلام حينما كانت تصلى الفريضة في يوم مرتين وقبل أن ينهى عن ذلك كما في حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: إني سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: (لاتصلوا صلاة في يوم مرتين) (٤).

(١) انظر بداية المجتهد ١٥٩/١ والفتاوى ٢٣/١.

(٢) انظر الأم ١٧٣/١.

(٣) المحلى ٣١٦/٤.

(٤) سنن أبي داود كتاب الصلاة باب إذا صلى في جماعة ثم أدرك جماعة أيعيد ٣٨٩/١ وسنن النسائي كتاب الإمامة باب سقوط الصلاة عن صلى مع الإمام في المسجد جماعة ١١٤/٢ وشرح معاني الآثار كتاب الصلاة باب صلاة الخوف ٣١٦/١ والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الصلاة باب من لم ير إعادتها إذا كان قد صلاها في جماعة ٣٠٣/٢ وهو حديث صحيح. انظر المحلى ٣٣٠/٤ وصحيح سنن أبي داود ١١٥/١.

## • اهتمام المفترض بالمتنفل •

وحديث خالد المعافري قال: (كان أهل العوالي يصلون في منازلهم ويصلون مع النبي - صلى الله عليه وسلم - فنهاهم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يعيدوا الصلاة في يوم مرتين)<sup>(١)</sup>.

فلما نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك كما تقدم كان النهي عن ذلك نسخاً له لأن النهي لا يكون إلا بعد الإباحة<sup>(٢)</sup>.

ويجاب عن ذلك بأن النسخ مجرد دعوى احتمال والنسخ لا يثبت بالاحتمال<sup>(٣)</sup> خاصة أن النهي عن الصلاة في يوم مرتين محمول على أن تصلى كل منهما على وجه الفرض مرتين لأعلى أن إحداهما فريضة والأخرى نافلة<sup>(٤)</sup> لأن هذا جائز باتفاق أهل العلم<sup>(٥)</sup>. ومن ذلك صلاته - صلى الله عليه وسلم - في الخوف مرتين - كما في حديث جابر وحديث أبي بكرة<sup>(٦)</sup> - رضي الله عنهما - وكذلك أمره - صلى الله عليه وسلم - بإعادة صلاة الجماعة كما في حديثي يزيد بن الأسود وحديث أبي سعيد الخدري<sup>(٧)</sup> رضي الله عنهما، وعليه فلا تعارض بين أحاديث النهي وأحاديث الفعل والأمر. لأن كلاً منها محمول على أمر آخر فلا تعارض بينها وإن كان ولا بد من القول بالنسخ فأحاديث النهي أولى به من أحاديث الأمر.

قال ابن المنذر قدل هذا الحديث - يعني حديث يزيد بن الأسود - على أن أمره الرجلين بأن يصليا مع الناس بعد نهي عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس لئلا يقول قائل: إن ذلك منسوخ لأن ذلك كان في حجة الوداع<sup>(٨)</sup>.

(١) وهو حديث مرسل. شرح معاني الآثار كتاب الصلاة باب صلاة الخوف ١/٣١٧ والمحلّى ٣٢٩/٤.

(٢) انظر شرح معاني الآثار ١/٤١٠ وشرح فتح القدير ١/٣٧٢.

(٣) انظر الإحكام لابن دقيق العيد ٦٢/٢ وفتح الباري ١٩٦/٢.

(٤) انظر السنن الكبرى ٢/٣٠٣ والأوسط في السنن والإجماع والاختلاف ٢/٤٠٧.

(٥) انظر المغني ٣/٦٨.

(٦) تقدم تخريجهما.

(٧) تقدم تخريجهما.

(٨) الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف ٢/٤٠٥.

وقال ابن حجر: بل لو قال قائل: هذا النهي منسوخ بحديث معاذ - رضي الله عنه - لم يكن بعيداً. ولا يقال: القصة قديمة لأن صاحبها استشهد بأحد<sup>(١)</sup> لانا نقول كانت أحد في أواخر الثالثة<sup>(٢)</sup> فلأمانع أن يكون النهي في الأولى والإذن في الثالثة مثلاً، ثم استدل بحديث يزيد بن الأسود العامري المتقدم وقد كان في حجة الوداع في أواخر حياة النبي صلى الله عليه وسلم.

٢- الاحتجاج بحديث جابر - رضي الله عنه - احتجاج من باب التقرير ومن شرطه أن يعلمه النبي - صلى الله عليه وسلم - حتى يقره أو ينكره<sup>(٣)</sup>. ويدل على عدم علمه - صلى الله عليه وسلم - به ملأء في حديث معاذ بن رفاعة الزرقى الأنصاري.

عن رجل من بني سلمة يقال له: "سليم" أتى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: إنا نظل في أعمالنا فئاتي حين نمسي فنصلي فيأتي معاذ بن جبل فينادي بالصلاة فئاتي فيطول علينا فقال له النبي صلى الله عليه وسلم - (يامعاذ لا تكن فتاناً إما أن تصلي معي وإما أن تخفف عن قومك)<sup>(٤)</sup> فالرسول - صلى الله عليه وسلم - لم يكن يعلم بذلك بدليل قوله: - صلى الله عليه وسلم -: "إما أن تصلي معي" أي ولا تصل بقومك "وإما أن تخفف بقومك" أي ولا تصل معي<sup>(٥)</sup>. وأجاب عن هذا الاستدلال أصحاب القول الثاني بأن التقدير الأولى في فهم هذا الحديث أن يقال: "إما أن تصلي معي فقط إذا لم تخفف بقومك وإما أن تخفف بقومك فتصلي معي"<sup>(٦)</sup>.

(١) صاحب القصة هو سليم الأنصاري من ربط معاذ بن جبل - رضي الله عنهما - وهو الذي خرج من صلاة معاذ بن جبل - رضي الله عنه - كما سيأتي في حديث معاذ بن رفاعة الزرقى بعد قليل وقد استشهد - رضي الله عنه - في غزوة أحد. انظر الإصابة ٧٥/٢.

(٢) أي في شهر شوال من السنة الثالثة، انظر السيرة النبوية لابن هشام ٦٠/٢.

(٣) انظر شرح فتح القدير ٣٧٢/١.

(٤) مسند الإمام أحمد ٧٤/٥ وشرح معاني الآثار كتاب الصلاة باب الرجل يصلي الفريضة خلف من يصلي تطوعاً ٤٠٩/١ والمحلى ٣٢٥/٤ وهو حديث مرسل.

انظر المحلى ٣٢٦/٤ وفتح الباري ١٩٤/٢.

(٥) انظر شرح معاني الآثار ٤١٠/١ وشرح فتح القدير ٣٧٢/١.

(٦) انظر المحلى ٣٢٨/٤ وفتح الباري ١٩٧/٢.

## • اتمام المفترض بالمتنفل •

لما فيه من مقابلة التخفيف بترك التخفيف لأنه موضع النزاع المستول عنه<sup>(١)</sup> وهذا يدل على علم النبي - صلى الله عليه وسلم - به<sup>(٢)</sup>.

٣- قالوا ليس في حديث جابر - رضي الله عنه - في صلاة معاذ - رضي الله عنه - مع النبي - صلى الله عليه وسلم - أولاً وبقومه ثانياً ما يدل على أنه نوى بالأولى الفريضة وبالثانية النافلة، فمن الجائز أنه نوى بالأولى النافلة وبالثانية الفريضة وكلا الأمرين محتمل وليس أحدهما بأولى من الآخر إلا بدليل عليه<sup>(٣)</sup>.

فأجاب أصحاب القول الثاني عن هذا الاعتراض وقالوا: بل هناك دليل يدل عليه وهو أن معاذاً - رضي الله عنه - كان ينوي بصلاته الأولى مع النبي - صلى الله عليه وسلم - الفريضة وبصلاته الثانية بقومه النافلة، وهو ما جاء في الرواية الثانية من زيادة عن جابر - رضي الله عنه - وهي قوله: "هي له تطوع ولهم فريضة"<sup>(٤)</sup>.

وقد اعترض على ذلك بأن النبي - صلى الله عليه وسلم - ما أمر به معاذاً - رضي الله عنه - ولا علمه منه حتى يقره أو ينكره عليه وأن هذه الزيادة مدرجة في متن الحديث فهي من قول جابر - رضي الله عنه - أو من قول غيره من الرواة وليس في ذلك دليل صحيح على حقيقة فعل معاذ<sup>(٥)</sup> رضي الله عنه.

وأجيب عن ذلك بأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد علم بهذا الأمر من معاذ - رضي الله عنه - وأقره عليه ولم ينكره وإنما أنكر عليه التطويل في الصلاة كما جاء في بعض الروايات عن جابر - رضي الله عنه - قال: كان معاذ يصلي مع النبي - صلى الله عليه وسلم - ثم يأتي فيؤم قومه فصلّى ليلة مع النبي - صلى الله عليه وسلم - العشاء ثم أتى قومه فأمرهم فافتتح بسورة البقرة فاتحرف رجل فسلم

(١) انظر فتح الباري ١٩٧/٢.

(٢) كما جاء صريحاً في صحيح مسلم عن جابر - رضي الله عنه - كما في الرواية الآتية بعد قليل.

(٣) انظر شرح معاني الآثار ٤٠٨/١.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) انظر شرح معاني الآثار ٤٠٩/١ ببعض التصرف.

ثم صلى وحده وانصرف فقالوا له: أنا فقت يا فلان؟ قال: لا والله ولأتين رسول الله - صلى الله عليه وسلم فلا أخبرنه فأتى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: يا رسول الله إنا أصحاب نواضح نعمل بالنهار وإن معاذاً صلى معك العشاء ثم أتى فافتتح بسورة البقرة فأقبل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على معاذ فقال: يا معاذ أفتان أنت؟ اقرأ بكذا واقرأ بكذا<sup>(١)</sup>. ففي هذه الرواية أخبر الرجل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن معاذاً - رضي الله عنه - كان يصلي معه العشاء الآخرة ثم يأتي قومه فيصلي بهم تلك الصلاة وكان يطول فيها والرسول - صلى الله عليه وسلم - كان يعلم بذلك ولم ينكره عليه أما دعوى إدراج زيادة "هي له تطوع ولهم فريضة"<sup>(٢)</sup> فقد أجاب عنها ابن حجر بقوله: الأصل عدم الإدراج حتى يثبت ذلك بالتفصيل وما كان مضموماً إلى الحديث فهو منه خاصة إذا روي من وجهين. والأمر هنا كذلك فإن الشافعي أخرجها من وجه آخر عن جابر<sup>(٣)</sup>. - رضي الله عنه - كما أنه لا يظن بجابر - رضي الله عنه - أو غيره من الرواة أن يخبروا بأمر غير مستندين فيه إلى دليل ولا سيما جابر - رضي الله عنه - فقد كان ممن يصلي مع معاذ - رضي الله عنه - فهذا الأمر محمول على سماعه منه. وعلى افتراض أن هذه الزيادة من بعض الرواة عن جابر - رضي الله عنه - فهي زيادة من ثقة وزيادة الثقة لا تقدر في الصحة خاصة إذا كان هذه الثقة كعمرو بن دينار وأمثاله الذين روى هذه الزيادة عن جابر - رضي الله عنه - (٤) كما أنه لا يظن بمعاذ - رضي الله عنه - أيضاً أن يترك فضيلة الفرض خلف النبي صلى الله عليه وسلم - ويأتي بها مع قومه<sup>(٥)</sup> خاصة بعد سماعه قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : "إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة"<sup>(٦)</sup>.

(١) صحيح مسلم كتاب الصلاة باب القراءة في العشاء ٤١/٢. ٤٢.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر الأم ١٧٢/١. ١٧٣.

(٤) انظر فتح الباري ١٩٦/٢ والمطلى ٣١٩/٤.

(٥) انظر المطلى ٣٢٦/٤ وإحكام الأحكام ٦٠/٢.

(٦) صحيح البخاري كتاب الأذان باب إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة ١٦١/١ وصحيح

مسلم كتاب المسافرين باب كراهية الشروع في نافلة بعد شروق المؤذن ١٥٤/١٥٣/٢ واللفظ له.

## • ائتمام المفترض بالمتنفل •

٤- ادعى بعضهم بأن صلاة معاذ - رضي الله عنه - بقومه بعد أن صلى مع النبي - صلى الله عليه وسلم - دعت إليها الضرورة في ذلك الوقت لقلة القراء، فلما كثّر القراء بعد ذلك انتفتت الضرورة فلما انتفتت الضرورة ارتفع الحكم بزوالها<sup>(١)</sup>.

وهذا الادعاء بمثابة دعوى النسخ المتقدمة وليس على ذلك دليل - كما تقدم - بل الدليل يقضي بأن القدر المجزئ من القراءة في الصلاة يحفظه كثير من أصحاب معاذ<sup>(٢)</sup> - رضي الله عنه - ومازاد على الحاجة من القراءة فلا يصح أن يكون سبباً لارتكاب ممنوع شرعاً في الصلاة حسب هذا الادعاء<sup>(٣)</sup> وعلى هذا فلا ضرورة تدعو إلى ذلك.

ثانياً: استدل أصحاب القول الثاني على صحة ائتمام المفترض بالمتنفل بحديث عمرو ابن سلمة - رضي الله عنه - حيث أمّ قومه وهو دون سن التكليف كما تقدم وقد اعترض على ذلك بأنه كان في ابتداء الإسلام حين لم تكن صلاة المأموم متعلقة بصلاة الإمام فلما تعلقت بها نسخ ذلك الحكم<sup>(٤)</sup>. وقيل إنهم فعلوا ذلك باجتهادهم ولم يطلع النبي - صلى الله عليه وسلم - على ذلك حتى ينهى عنه وينكره لأنه كان في حي من أحياء العرب البعيدة عن المدينة النبوية<sup>(٥)</sup>.

ويجاب عن ذلك بأن يقال دعوى النسخ بلا دليل لأن صلاة المأموم لم تكن غير متعلقة بصلاة الإمام في ابتداء الإسلام حتى يدعى النسخ.

فدعوى النسخ دعوى بالاحتمال فقط والنسخ لا يثبت بالاحتمال كما تقدم. ودعوى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يطلع على ذلك، يجاب عنها بأن يقال: لا يقع في زمن الوحي ما لا يجوز لأنه لو وقع في زمن الوحي ما لا يجوز لنهى عنه الوحي كما في استدلال جابر - رضي الله عنه - على جواز فعل العزل بوقوعه في زمن تنزل

(١) انظر الإحكام ٦٢/٦١/٢.

(٢) انظر المطى ٣٣٣/٤.

(٣) الإحكام ٦٢/٢ ببعض التصرف.

(٤) بدائع الصنائع ١/١٤٣.

(٥) انظر المغني ٧١/٧٠/٣.

القرآن من غير أن ينهى عنه القرآن. قال جابر - رضي الله عنه - : "كنا نعزل على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - والقرآن ينزل" <sup>(١)</sup>. زاد إسحاق قال سفيان: لو كان شيئاً ينهى عنه لنهانا عنه القرآن <sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: استدل أصحاب القول الثاني بحديثي أبي بكرة وجابر - رضي الله عنهما - على صحة ائتمام المفترض بالمتنفل واعترض عليهما بالنسخ أيضاً <sup>(٣)</sup> كما اعترض على حديث جابر - رضي الله عنه - في قصة صلاة معاذ - رضي الله عنه - بالنسخ، وقد تقدمت الإجابة على ذلك بما يغني عن إعادتها هنا.

كما اعترض عليهما أيضاً بأن ذلك كان قبل أن تقصر الصلاة في السفر والخوف فكانت الأربع ركعات التي صلاها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرضاً له. أما أصحابه فقد صلت كل طائفة منهما معه ركعتين وبقي لكل منهما ركعتان قضتاهما بعد ذلك فلاحجة في ذلك لأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - صلى بالطائفة الثانية مفترضاً لا متنفلاً <sup>(٤)</sup>.

ولكن يجيب عن هذا الاعتراض حديث عائشة - رضي الله عنها - قالت: (الصلاة أول ما فرضت ركعتان فأقرت صلاة السفر وأتمت صلاة الحضر) <sup>(٥)</sup>. فأصل الصلاة كانت ركعتين فكيف يقال إن ذلك كان قبل أن تقصر الصلاة في السفر ركعتين! بل وكيف يدعي نسخ حديث أبي بكرة وهو من متأخري الإسلام حيث أسلم يوم الطائف <sup>(٦)</sup>. ولم يشهد بالمدينة قط خوفاً ولا صلاة خوف <sup>(٧)</sup>.

(١) صحيح البخاري كتاب النكاح باب العزل ١٥٣/٦/١٥٤ وصحيح مسلم كتاب النكاح باب حكم العزل ١٦٠/٤.

(٢) صحيح مسلم كتاب النكاح باب حكم العزل ١٦٠/٤.

(٣) انظر شرح معاني الآثار ٣١٦/١.

(٤) المصدر السابق ٣١٧/١.

(٥) صحيح البخاري أبواب التقصير باب يقصر إذا خرج من موضعه ٣٦/٢ وصحيح مسلم كتاب صلاة المسافرين باب صلاة المسافرين وقصرها ١٤٢/٢ واللفظ للبخاري.

(٦) انظر الإصابة ٥٧١/٣/٥٧٢ وبهامشه الاستيعاب ٥٦٧/٣.

(٧) المحلى ٣٣٣/٤.

## ❖ ائتمام المفترض بالمتنفل ❖

كما أن ذلك كان فعل الصحابة - رضي الله عنهم - بعد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في صلاة الخوف وكان إمامهم يصلي بطائفة ركعتين ثم يسلم ثم يصلي بالطائفة الأخرى ركعتين ثم يسلم<sup>(١)</sup>!

وإبعاً؛ وأما الاستدلال بعموم حديث عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى ..... الحديث).

والقياس والعقل على صحة ائتمام المفترض بالمتنفل كما تقدم فلم يرد أي اعتراض عليها حسب اطلاعي والاستدلال بها مستقيم. والله أعلم.

---

(١) انظر المحلى ٤/٣٣٣/٣٣٤.

## الترجيح

بعد استعراض أدلة كل فريق ومناقشة كل منها على حدة تقرر أن أدلة الفريق الأول لا تقوم بها حجة ولا تستقيم بها دلالة على موضع النزاع إلا دلالة بعيدة لا يثبت بها استدلال ولا يقوم بها برهان وما استدل به من قياس وعقل منتقض بما أجاب به الفريق الثاني واستدل به من قياس وعقل أيضاً كما تقدم وهذا بخلاف أدلة الفريق الثاني فهي قائمة الحجة مستقيمة الدلالة في موضع النزاع.

وهذا أمر ظاهر من خلال المناقشة المتقدمة فالقول الثاني أرجح من القول الأول من حيث قوة الأدلة وسلامتها من الاعتراضات الوجيهة ولكن يبقى القول الأول في مقام الاحتياط والخروج من الخلاف فقط. وهذه الأمور هي السائغة في المسائل الفقهية الخلافية.

وبهذا يتقرر صحة ائتمام المفترض بالمتنفل في الصلاة ولكن لا ينبغي أن يكون ذلك إلا خلف إمام راتب له الأولوية في الإمامة<sup>(١)</sup>. كما في حديث أبي مسعود الأنصاري - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله فإن كانوا في القراءة سواء فأعلمهم بالسنة فإن كانوا في السنة سواء فأقدمهم هجرة فإن كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم إسلاماً). وفي رواية أكبرهم سنأ<sup>(٢)</sup>.

وكما في حديث أبي بكرة وحديث جابر - رضي الله عنهما - في إمامة النبي - صلى الله عليه وسلم - الطائفة الثانية من أصحابه - رضي الله عنهم - في صلاة الخوف كما تقدم. وكذلك كما في إمامة معاذ بن جبل وعمرو بن سلمة - رضي الله عنهما - قومهما كما تقدم أيضاً. لأنه لا يجوز للإمام أو غيره أن يعيد صلاة الجماعة إلا فيما وردت به السنة كما تقدم ذكر ذلك<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر الفتاوى ٣٨٦/٢٣.

(٢) صحيح مسلم كتاب المساجد ومواضع الصلاة باب من أحق بالإمامة ١٢٣/٢.

(٣) في الأسطر المتقدمة بالنسبة للإمام أما بالنسبة للمأموم فقد تقدم ذكر ذلك في مقدمة البحث عند ذكر الأحاديث التي تدل على صحة ائتمام المتنفل بالمفترض.

## • ائتمام المفترض بالمتنفل •

وعليه فلو نخل أحد إلى أحد المساجد في شهر رمضان المبارك فوجد جماعة ذلك المسجد يصلون التراويح وهو لم يصل العشاء بعد فله النخول معهم بنية فريضة العشاء فإذا سلموا قضى ما بقي من صلاته خاصة إذا كان إمامهم إماماً راتباً فلا ينبغي الاختلاف عليه بإقامة جماعة أخرى. والله أعلم.

قال ابن حزم: (ولو وجد المرء جماعة تصلي التراويح في رمضان ولم يكن صلى العشاء الآخرة فليصلها معه ينوي فرضه فإذا سلم الإمام ولم يكن هو أتم صلاته فلا يسلم بل يقوم فإن قام الإمام إلى الركعتين: قام هو أيضاً فائتم به فيهما ثم يسلم بسلام الإمام)<sup>(١)</sup>

ولكن الأولى أن يتم بقية صلاته منفرداً قال النووي: (ولو صلى العشاء خلف التراويح جاز فإذا سلم الإمام قام إلى ركعتيه الباقيتين، والأولى أن يتمها منفرداً)<sup>(٢)</sup>. وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: (ومن هذا الباب صلاة العشاء الآخرة خلف من يصلي قيام رمضان يصلي خلفه ركعتين ثم يقوم فيتم زكعتين فأظهر الأقوال جواز هذا كله)<sup>(٣)</sup>.

(١) المحلى ٣١٥/٤.

(٢) المجموع ١٦٨/٤.

(٣) الفتاوى ٣٨٦/٢٣.

## الخاتمة

تتلخص خاتمة هذا البحث فيما يلي:

- ١- صحة ائتمام المتنفل بالمفترض وعليه أكثر أهل العلم لورود السنة المطهرة بذلك من غير معارض لها.
  - ٢- اختلاف الفقهاء في ائتمام المفترض بالمتنفل على قولين مشهورين:
    - أ- القول الأول المنع وأدلته وبيان أوجه الاستدلال منها.
    - ب- القول الثاني الجواز وأدلته وبيان أوجه الاستدلال منها.
  - ٣- مناقشة أدلة القول الأول دون جواب عنها.
  - ٤- مناقشة أدلة القول الثاني والجواب عنها.
  - ٥- تخريج القول بجواز ائتمام المفترض بالمتنفل لقوة أدلته.
  - ٦- وفي هذا الترجيح تيسير على الأمة ورفع للحرج وهذا مقصد من مقاصد الشريعة التي جاء بها رسول الهدى محمد الأمين عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم.
- والحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

## المصادر والمراجع

- ١- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام للشيخ تقي الدين أبي الفتح الشهير بابن دقيق العيد، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٢- إحياء علوم الدين تصنيف الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي وبذيله كتاب المغني عن حمل الأسفار في الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأسفار لأبي الفضل عبدالرحيم بن الحسين العراقي، دار المعرفة - بيروت - لبنان.
- ٣- الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر العسقلاني وبهامشه الاستيعاب في أسماء الأصحاب تأليف أبي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر، دار الفكر - دار صادر بيروت. الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨هـ مطبعة السعادة مصر.
- ٤- الاصطلاح في الخلاف تأليف أبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني التميمي تحقيق نائف العمري، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع الطبعة الأولى ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٥- الام تأليف محمد بن إدريس الشافعي أشرف على طبعه وياشر تصحيحه محمد زهري النجار دار المعرفة - بيروت - لبنان.
- ٦- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل تأليف شيخ الإسلام الفقيه علاء الدين أبي الحسين علي بن سليمان المرداوي صححه وحققه محمد حامد الفقي الطبعة الأولى ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م. توزيع مكتبة السنة المحمدية ومكتبة ابن تيمية - القاهرة.
- ٧- الاوسط في السنن والإجماع والاختلاف لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري تحقيق الدكتور أبي حماد صغبر أحمد بن محمد حنيف، الطبعة الأولى سنة ١٩٠٢هـ - ١٩٨٨م دار طيبة للنشر والتوزيع.
- ٨- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع تأليف الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٩- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.
- ١٠- التفريع لأبي القاسم عبيد الله بن الجلاب البصري دراسة وتحقيق الدكتور حسين بن سالم الدهماني الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.

- ١١- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد تأليف أبي عمر بن يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر النمري تحقيق سعيد أحمد أعراب ١٤١١هـ - ١٩٩١م المملكة المغربية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
- ١٢- الجامع الصحيح للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم، الموسوعات الإسلامية، دار الفكر.
- ١٣- رحمة الأمة في اختلاف الأئمة تأليف أبي عبدالله محمد بن عبدالرحمن الدمشقي العثماني الشافعي، الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م. شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
- ١٤- سنن ابن ماجه للحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني حقق نصوصه ورقم كتبه وأبوابه وعلق عليه محمد فؤاد عبدالباقي ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م، دار إحياء التراث الإسلامي.
- ١٥- سنن أبي داود للإمام الحافظ أبي داود ومعه كتاب معالم السنن للخطابي وهو شرح عليه إعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد - دار الحديث - طباعة ونشر وتوزيع - حمص - سورية - الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.
- ١٦- سنن الترمذي، نشر مكتبة دار الدعوة بحمص ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥، أشرف على التعليق والطبع عزت عبيد الدعاس.
- ١٧- سنن الدارقطني للإمام الكبير علي بن عمر الدارقطني عني بتصحيحه وتنسيقه وترقيمه وتحقيقه السيد عبدالله هاشم يمانى المدني بالمدينة المنورة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م وبذيله التعليق المغني على الدارقطني تأليف أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، دار المحاسن للطباعة، القاهرة.
- ١٨- السنن الكبرى للبيهقي، دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت لبنان، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٦هـ وفي ذيله الجواهر النقي.
- ١٩- سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، حاشية الإمام السندي، دار الفكر، بيروت ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
- ٢٠- السيرة النبوية لابن هشام حققها وضبطها وشرحها ووضع فهرسها مصطفى السقا، إبراهيم الإيباري، عبدالحفيظ شلبي، الطبعة الثانية ١٣٧٥هـ - ١٩٥٥م. ملتزم بالطبع والنشر شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

• اهتمام المفترض بالمتنفل •

- ٢١- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك وهو شرح الإمام محمد الزرقاني على صحيح الموطأ للإمام مالك بن أنس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
- ٢٢- شرح فتح القدير تأليف الإمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام الحنفي الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
- ٢٣- شرح معاني الآثار للإمام أبي جعفر حمد بن محمد الطحاوي، حققه وقدم له وعلق عليه محمد سيد جاد الحق مطبعة الأنوار المحمدية، القاهرة.
- ٢٤- شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر.
- ٢٥- صحيح البخاري للإمام أبي عبدالله البخاري الجعفي طبعة بالأوقست عن طبعة دار الطباعة العامرة باستانبول دار الفكر.
- ٢٦- صحيح سنن أبي داود باختصار السند صحح أحاديثه محمد ناصر الدين الألباني - اختصر أسانيده وعلق عليه وفهرسه زهير الشاويش - الناشر مكتبة التربية العربي لدول الخليج، توزيع المكتب الإسلامي في بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- ٢٧- فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام ابن حجر العسقلاني، المكتبة السلفية.
- ٢٨- قوانين الأحكام الشرعية تأليف محمد بن أحمد بن جزي، تحقيق ومراجعة وتقديم الشيخ/ عبدالرحمن حسن محمود، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م عالم الفكر.
- ٢٩- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي تأليف ابن عبدالبر النمري القرطبي، مكتبة الرياض الحديثة بالرياض تحقيق وتقديم وتعليق الدكتور محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
- ٣٠- المبسوط لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت، لبنان ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٣١- المجموع شرح المذهب للشيرازي للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي حقه وعلّق عليه وأكمّله بعد نقصانه محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة.

٣٢- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد العاصمي النجدي وساعده ابنه محمد، تصوير الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ مطابع دار العربية، بيروت - لبنان.

٣٣- المحلى لابن حزم صححه حسن زيدان طلبة، الناشر مكتبة الجمهورية العربية بمصر سنة ١٣٨٨هـ - ١٩٨٦م.

٣٤- المدونة الكبرى للإمام مالك بن انس، دار صادر - بيروت، طبعت بمطبعة السعادة بجوار محافظة مصر سنة ١٣٢٣هـ لصاحبها محمد إسماعيل.

٣٥- مسند الإمام أحمد بن حنبل، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر - بيروت - دار صادر للطباعة والنشر - بيروت.

٣٦- المصنف في الأحاديث والآثار - تأليف الحافظ أبي بكر بن أبي شيبة، حقه وصححه الأستاذ عامر العمري الأعظمي، واهتم بطبعته ونشره مختار أحمد الندوي السلفي، الدار السلفية، بومباي - الهند.

٣٧- المصنف للحافظ الكبير أبي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م، المجلس العلمي - المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان.

٣٨- المغني شرح مختصر الخرقي لموفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد ابن قدامة. تحقيق د/ عبدالله بن عبدالمحسن التركي والدكتور عبدالفتاح محمد الحلو، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، هجر للطباعة والتوزيع والإعلان إمبابة - القاهرة.

٣٩- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربيني الخطيب على متن المنهاج لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م. ملتزم الطبع والنشر شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

٤٠- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار للشيخ محمد بن علي ابن محمد الشوكاني ١٩٧٣م، دار الفكر، دار الجيل، بيروت - لبنان.

# دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي

القاضي/حسن أحمد علي الحمادي(\*)

## مقدمة:

(١) مكانة الموضوع من وجهة الفقه والقضاء. (٢) طريقة البحث. (٣) خطة البحث.

١- غير خاف، أن الإسلام قد رفع من شأن المرأة، حتى وضعها في الموضوع اللائق بكرامتها وعزتها الإنسانية. وسأوى بينها وبين الرجل في الأهلية والحقوق والتكاليف الشرعية، إلا فيما رفه فيه عنها، صوناً لها، ورفقاً بها، وتخفيفاً عنها. واختصها الشرع الإسلامي بما يلائم كيانها الخُلقي والخُلقي، رحمة وعدلاً من الله عز وجل، وإحساناً، وفق حكمته وعدله البالغ.

هذا وأن الله عز وجل، كما ساءى المرأة بالرجل في الأهلية<sup>(١)</sup>، والتكاليف، ساواها في المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية وساواها مع الرجل في القصاص، إذا كانت مجنياً عليها فمن اعتدى عليها يعتدى عليه بمثل ما اعتدى عليها، غير أن الشارع الحكيم، عز وجل، رأى أن عقوبة القصاص، وإن كانت مشروعة وعادلة، إلا أنها لا تكون مناسبة في جميع الأحوال، فإنها وإن شرعت للعمد، فلا تصلح في الخطأ، إذ ينتفي القصد الجنائي العمدي فيها، ومن الظلم أن يعاقب المخطئ - وهو لم يرد أن يصيب غيره بمثل ما يعاقب به العامد.

٢- ومع هذا، لا نعني أن يعفى المسؤول والمعتدي من كل مسئولية وضمان، فمن العدالة أن يصابان الدم من الهدر وأن يضمن الجاني نتيجة ما أحدثه، ولذلك قرر الشارع الدية وحدد مقاديرها، حتى لا يكون تقديرها من قبل القضاة هوياً ومبالغة.

---

(\*) قاضٍ بمحكمة أبوظبي الاتحادية.

(١) ر: أحكام المرأة لأحمد إبراهيم: ص ١. عوارض الأهلية لحسين النوي، رسالة دكتوراه: ص

١٠١، عوارض الأهلية في الشريعة لحسين خلف: ص ٢.

فهل تتساوى المرأة مع الرجل في التعويض ؟ أم أن الرجل يتميز عليها في هذه المسألة؟

إنه يتعين علينا، أن نتفحص موقف الفقه الإسلامي أيساوي المرأة بالرجل في الدية؟ أم أن ديتها على النصف من ذلك؟

إن الإجابة على هذه الأسئلة، هي ما عزمنا الأمر على التصدي له في هذا البحث وهو من المهم بـمكان بسبب أنها مسألة شائكة احتدم فيها الخلاف ولا زال أنصار المرأة يوجهون سهام نقدهم للإسلام من خلال هذه النقطة.

٣- وغير خاف أيضاً، ما ينبني على هذه الإجابة من شأن في مجال الفقه الموازن، من بيان عظمة القانون الإسلامي في تكريمه للمرأة وتقديره لحقها في التعويض وأن تكون هذه الدية مقدرة بمقدار لامجال للاجتهاد في نقصانه أو زيادته سواء قلنا بأنها مساوية لدية الرجل أو أنها على النصف، إذ المرأة في غير دين الإسلام قد هُضمَ حقها ولم تتل إلا الفئات.

وقد غدا الفقه الإسلامي موضع اهتمام رجال القانون المحدثين منذ أن اعترفت المؤتمرات الدولية بما لمبادئه من قيمة فقهية وقضائية لا يمارى فيها، وما تحتويه المذاهب الفقهية الإسلامية من ثروة حقوقية هائلة.

٤- طريقة البحث:

نهجنا في هذا البحث طريقة موضوعية تاريخية موازنة. فهي موضوعية: لأنها تعتمد على النصوص أولاً، ولن نبدأ بنظرية ثم نقوم بتأسيس النصوص على هداها بل نقطة البداية هي النصوص نفسها نرتفع منها لتؤسس النظرية.

وهي تاريخية: لأنها تقتفي أثر أمهات الكتب الفقهية في الماضي البعيد، وهي موازنة: لأنها توازن بين المذاهب الفقهية المختلفة للفقه الإسلامي، لأنها كلها تمثل هذا الفقه، والاقتصار على مذهب واحد لا يعطي الصورة الحقيقية عن عظمة هذا الفقه. ولن نفتصر على الفقه، بل نتناول أحكام القضاء واجتهاداته، والقوانين العربية المؤصلة على أحكام الشريعة الإسلامية.

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي \*

### ٥- خطة البحث:

سنمضي في بحثنا وفق الترتيب التالي:

المبحث التمهيدي: الدية بصفة عامة وتأصيلها الشرعي.

المطلب الأول: ماهية الدية، ومشروعيتها.

المطلب الثاني: الطبيعة الفقهية للدية.

المبحث الأول: مقدار دية المرأة في رأي الفقهاء.

المطلب الأول: الرأي المضيق.

المطلب الثاني: الرأي الموسع.

المطلب الثالث: رأينا.

المبحث الثاني: دية المرأة والقضاء الإماراتي الحديث.

أولاً: قضاء المحكمة الاتحادية العليا.

ثانياً: قضاء محكمة التمييز بدبي.

ثالثاً: رأينا الخاص.

## المبحث التمهيدي

### الدية بصفة عامة وتأصيلها الشرعي

تمهيد:

إن جريمة القتل من أكبر الجرائم شناعة. وما فتئ الناس منذ أن تكونوا جماعات، وقبائل شتى، وظهر فيما بينهم تعارض الرغبات والشهوات يرونها كذلك، إذ إن هذه الجريمة سلب لحياة المجني عليه بغير حق، وترميل لنسائه وتيتيم لأطفاله وحرمان لذويه وأهله وزعزعة لهدوء المجتمع واستقراره فلهذا لانكاد نجد في كل عصور التاريخ جماعة من الجماعات هانت عليها الأنفس وغضت طرفها عن هذه الجريمة وآثارها البشعة، فلم تكثر بها.

وقد جاء الإسلام واضعاً سبل الوقاية من هذه الجريمة ففرض العقوبات واتخذ الحد الوسط بين الإفراط والتفريط فأقر عقوبة القصاص للقتل العمد وأباح به دم الجاني، ﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل﴾<sup>(١)</sup>، وبهذا الأصل حد الإسلام من الآثار السلبية للجريمة، في شخص المجني عليه وقرابته وفي هدوء المجتمع واستقراره<sup>(٢)</sup>.

وقد رأى الشارع الكريم أن من العدل أن يكون الجزاء مماثلاً للجريمة، وأن يفعل بالجاني مثل ما فعل بالمجني عليه، غير أن الشارع قد لاحظ أن عقوبة القصاص وإن كانت محققة للعدل بيد أنها لاتصلح في كافة الأحوال فإنها وإن كانت مناسبة للعمد، فهي ليست كذلك في حالة شبه العمد، أو الخطأ، حيث لم يقصد الجاني إحداث ما وقع من ضرر، ولم تتجه نيته إلى الفتك بغيره.

إلا أن عدم مشروعية القصاص في مثل هذه الأحوال ليس معناه إعفاء القاتل من

(١) سورة الإسراء من الآية ٣٣.

(٢) الإسلام عقيدة وشريعة، للأستاذ محمود شلتوت: ص ٣٠١ وما بعدها، وحماية الأنفس والأعراض للدكتور علي عبدالواحد: ص ٧ وما بعدها.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي •

كل مسؤولية، إذ يجب في الشريعة أن يصاب دم المجني عليه، عن الهدر وأن يضمن الفاعل ما أحدثه من ضرر، إذا كان ذلك نتيجة لازمة لخطئه الذي أقدم عليه، وقد توصل الشارع بذلك إلى تقرير الدية، لا لأنها تصلح كمماثلة للأدمي، وإنما لصون الدم عن الهدر وتعويضاً للمجني عليه أو ورثته عما قاسوه من الآم بسبب الجاني<sup>(١)</sup>.

وسنبحث في هذا المطلب، عن: أولاً: الدية، وماهيتها: لغة واصطلاحاً، ومشروعيتها في الشريعة الإسلامية. ثانياً: الطبيعة الفقهية للدية.

### المطلب الأول

#### ماهية الدية ومشروعيتها

٧- تقسيم:

نعرض فيما يلي، لماهية الدية، ومشروعيتها في شعبتين: نتناول في الأولى منهما ماهية الدية، وسنبحث في الثانية: مشروعية الدية.

#### الشعبة الأولى: ماهية الدية:

٨- الوضع المنطقي السليم، في البحث العلمي، وترتيب العمل العقلي، يقتضي حين نطلب حقيقة معينة، أن نبدأ ببيان حقيقتها، وعناصرها المكونة لها، قبل أن نشعر في تعيين خصائصها، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره. وبناء عليه، نعرف الدية كما يلي:

٩- ١- لغة:

الدية: حق القتل، وأصلها ودية، مشتقة من الودي<sup>(٢)</sup>، وهو دفع الدية، كالعدة من

(١) الدية في الشريعة الإسلامية: للدكتور علي صادق أبو هيف: ص ٣٠، ٣١.

(٢) لسان العرب لابن منظور: ج ١٥ ص ٣٨٣.

الوعد، والزنة من الوزن، ونظائرها، تقول: وديت القتل أدية، وديا، ودية أعطيت ديته، وانتديت أخذت ديته، وتقول في الأمر: فلاناً، وللاتنين: ديا فلاناً، وللجمع دوا فلاناً<sup>(١)</sup>.  
١٠ - ٢ - اصطلاحاً:

نبحث فيما يأتي: (أ) تعريف فقهاء المذاهب الفقهية. (ب) تعاريف الفقهاء المحدثين. (ج) تعريفنا المختار.  
(أ) تعريف فقهاء المذاهب الفقهية:

وضع فقهاء المذاهب الإسلامية المختلفة، تعاريف للدية، تكاد كلها أن تكون ولحدة في المبنى والمعنى.  
١١ - المذهب الحنفي:

تشابهت تعريفات فقهاء الحنفية للدية، وجاءت عبارات التعاريف على وتيرة واحدة. فعرف الفقيه الزيلعي الدية في كتابه تبين الحقائق، بأنها: (اسم للمال الذي هو بدل النفس أو طرف)<sup>(٢)</sup>.  
وعرفها الفقيه المحقق سعدي جلبي، بأنها: (المال الواجب بالجنابة في نفس أو طرف)<sup>(٣)</sup>.

وجاء في كتاب البداية في شرح الهداية، بأن الدية: (اسم لضمان تجب بمقابلة الأدمي، أو طرف منه)<sup>(٤)</sup>.

وقد فرق الإمام السرخسي في كتابه النفيس المبسوط، بين ما يدفع في القتل، وما يدفع في الجراحات، فأطلق على الأول اسم (دية)، والثاني لفظ (أرش). فقال في تعريف الدية، بأنها: (مال مؤدى في مقابلة متلف، ليس بمال، وهو النفس، والأرش

(١) تحرير التنبيه للنووي: ص ٣٢٩، تهذيب اللغ للازهري: ج ١٤ ص ٢٣٣، ومفردات الراغب الأصفهاني: ص ٨٦٢.

(٢) تبين الحقائق للزيلعي: ج ٦ ص ١٢٦، والتعريفات للجرجاني: ص ١١١.

(٣) حاشية المحقق سعدي جلبي: ج ١٠ ص ٢٧٠.

(٤) البداية للعيني: ج ١٢ ص ٢٠٢.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي •

بدل مادون النفس<sup>(١)</sup> .

وسار بعض شراح الفقه الحنفي، على التفرقة ذاتها التي انتهى إليها الإمام السرخسي في كتابه المبسوط، ومن هؤلاء الفقيه المحقق ابن عابدين في حاشيته فقال معرّفاً الدية، بأنها: (اسم للمال الذي هو بدل النفس، والأرش: اسم للواجب فيما دون النفس)<sup>(٢)</sup> .

١٢- وحاصل هذه التعريفات، أن فقهاء الحنفية اختلفت أراؤهم الفقهية في بيان ماهية الدية، هل هي مال واجب بالجناية على النفس، أم أنها مال واجب بالجناية على النفس والأطراف، أي أنها بدل للأطراف والنفس معاً. والتحقيق في المذهب كما بين ذلك القاضي الفقيه المعروف بقاضي زاده : (أنها اسم لضمان يجب في نفس أو طرف منه)<sup>(٣)</sup> .

١٣- المذهب المالكي:

جاء في شرح حدود ابن عرفة، بيان لماهية الدية، بأنها: (مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه، أو بجرحه مقدراً شرعاً لا باجتهاد)<sup>(٤)</sup> .

وعرف الفقيه النفراوي الدية، بتعريف مغاير في الألفاظ لتعريف ابن عرفة، فقال إنها: ((مقدار معلوم من المال على عاقلة القاتل في الخطأ، وعليه في العمد، بسبب قتل آدمي حر معصوم)<sup>(٥)</sup> .

١٤- أخذ فقهاء المذهب المالكي تعريفهم للدية، من تعريف العلامة ابن عرفة، الذي أورده في كتابه (حدود ابن عرفة)، وقد اتفقوا على هذا التعريف، وأن الدية تجب

(١) المبسوط للسرخسي: ج ٢٦ ص ٥٩.

(٢) الدر المختار لابن عابدين: ج ٥ ص ٣٧٩.

(٣) نتائج الأفكار لقاضي زاده: ج ١٠ ص ٢٧١.

(٤) شرح حدود ابن عرفة للرصاص: ج ٢ ص ٦٢١.

(٥) الفواكه الدواني للنفاوي: ج ٢ ص ٢٥٧. (ن البهجة شرح التحفة للتسولي: ج ٢ ص ٣٧٥ س ٨،

ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب: ج ٦ ص ٢٥٧ س ١٦١، وشرح زروق: ج ٢ ص ٢٣١).

بقتل إنسان حر، في العمد والخطأ، وهو مقدار معلوم قدره الشارع.

١٥- المذهب الشافعي:

لم تخرج عبارات فقهاء المذهب الشافعي، في تعريفهم، وبيانهم لماهية الدية، عن تعريف الفقيه الرملي للدية، في كتابه الموسوم (نهاية المحتاج)، والمتتبع لكتب المذهب، يرى أن عبارات التعريف تكاد تكون واحدة في اللفظ والمعنى، حذو القذة بالقذة، فقد عرف الرملي الدية، بقوله: (هي المال الواجب بالجنابة على الحر في نفس، أو فيما دونها)<sup>(١)</sup>.

١٦- قد يُعترض على هذا التعريف بأنه غير مانع من دخول غير الدية، كالحكومة، أو الأرض غير المقدر، ذلك أن عبارات التعريف (أو دونها)، قد تفيد الجراحات غير المقدرة، والتي ترك الشارع للقاضي الاجتهاد في تقديرها.

١٧- مذهب الحنابلة:

عرف فقيه الحنابلة، العلامة البهوتي في (كشف القناع) الدية، بأنها: (المال المؤدى إلى مجني عليه، أو وليه، بسبب جنابة)<sup>(٢)</sup>.

هذا التعريف الذي ذكره الفقيه البهوتي في كتابه، شمل المال الواجب بالاعتداء، سواء كانت الجنابة عمداً، أو شبه عمد، أو خطأ، وهو مال مؤدى للمجني عليه، إذا كان الاعتداء على طرف من أطرافه، أو إلى ورثته، إذا كانت الجنابة على نفسه، وكان من الأفضل إضافة لفظ مقدر إلى التعريف حتى لا يدخل الأرض غير المقدر في تعريف الدية.

(ب) تعاريف الفقهاء المحدثين:

١٨- بين الإمام محمد عبده تعريفه للدية، في أثناء تفسيره لسورة النساء، فقال: هي: (ما يعطى إلى ورثة المقتول عوضاً عن دمه، أو عن حقهم فيه)<sup>(٣)</sup>.

ويرد على هذا التعريف، أنه غير جامع، إذ أنه قصر الدية أو التعويض إلى

(١) نهاية المحتاج للرملي: ج ٧ ص ٢٩٩. (ن: مغني المحتاج للشربيني: ج ٤ ص ٥٣، وقلوبى وعامرة: ج ٤ ص ١٢٩، والتوقيف على مهمات التعريف للمناوي: ص ٣٤٥).

(٢) كشف القناع للبهوتي: ج ٦ ص ٥، الروض المربع للبهوتي: ص ٤٣٤.

(٣) تفسير المنان: ج ٥ ص ٣٣٣.

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي \*

ما يدفع لورثة المجني عليه، وأغفل ما يعطى إلى المجني عليه، عن دية أطرافه كالعين، والأنف، وبقيّة أعضاء الجسم، فضلاً أنه أضاف كلمة (عن حقهم فيه)، وهذه الكلمة ليس لها محل في التعريف، وتغني عنها كلمة (عوضاً عن دمه).

١٩- وعرفها الأستاذ المحقق أحمد إبراهيم في كتابه (أحكام المرأة)، بقوله أنها: (هي الجزاء المالي الذي يصار إليه إذا سقط القصاص)<sup>(١)</sup>.

وقد قصر رحمه الله، الدية على الاعتداء على النفس، جرياً على المذهب الحنفي.

٢٠- وعرفها الشيخ محمد أبوزهرة، بأنها: (القصاص المعنوي، وهي مقادير من الأموال، تجب تعويضاً للمجني عليه، أو ولي الدم، عما نزل به من أذى)<sup>(٢)</sup>.

٢١- كما عرفها الشيخ محمد الخفيف بقوله: (مآل قدره الشارع عوضاً عن النفس أو طرف)<sup>(٣)</sup>.

٢٢- أما الدكتور علي صادق أبوهيف، فقد استعرض في أطروحته للدكتوراه (الدية في الشريعة الإسلامية وعادات مصر الحديثة)، تعريف الدية عند فقهاء المذهب الحنفي، ثم نقد تعاريف الفقه الحنفي، ورأى أن تعريف الدية، هي: (المال الذي يوديه الجاني أو القاتل، إلى الجريح أو ورثة القتيل، كعوض عن الدم المهدور)<sup>(٤)</sup>.

٢٣- أما الدكتور عوض أحمد إدريس، فقد عرف الدية بتعريف جديد في كتابه (الدية بين العقوبة والتعويض)، لم يسبق أن قال بهذا التعريف أحد من الفقهاء، قديماً أو حديثاً، فقد عرفها، بأنها: (المقابل المقدر من قبل الشارع للضرر البدني، الواجب بالتعدي خطأ على حياة المسلم الذكر الحر المعصوم بالقتل)<sup>(٥)</sup>.

إن هذا التعريف الذي أورده الدكتور عوض أحمد، يرد عليه، أنه قصر الدية على القتل الخطأ، أما القتل العمد الذي يسقط فيه القصاص، أو شبه العمد فلم يدخله في التعريف، كما فرّق بين دية القتل الخطأ، ودية الأطراف جرياً على رأي بعض فقهاء

---

(١) أحكام المرأة للأستاذ أحمد إبراهيم: ص ٥٧٢.

(٢) العقوبة في الإسلام للشيخ محمد أبوزهرة: ص ١٨٠.

(٣) بين الدفاع الاجتماعي والشريعة الإسلامية للأستاذ المحقق علي الخفيف: ص ١٠.

(٤) الدية في الشريعة الإسلامية للدكتور علي أبوهيف: ص ٢٦.

(٥) الدية بين العقوبة والتعويض للدكتور عوض إدريس: ص ٢٤.

المذهب الحنفي، أضف إلى أنه أدخل في التعريف بعض العناصر التي تعد شرطاً في وجوب الدية، وليست داخلة في ماهية الدية كالحر، إذ أنه إذا لم يكن حراً فلا يستحق الدية على رأي بعض الفقهاء.

فضلاً أن الدكتور قصر الدية في تعريفه، على (المسلم)، (الذكر)، مع أن الفقهاء أعطوا للمرأة والكافر في حالة الجناية عليهم دية، أيًا كانت قيمتها، نصف دية، أو دية كاملة، وسَمُو دية الكافر والمرأة دية، ولو كانت بالنسبة للرجل نصف دية.

٢٤- وفي أطروحته للدكتوراه بعنوان (المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي)، عرف الدكتور الكويتي بدر جاسم اليعقوب الدية، بأنها: (المال الذي يؤديه المسؤول عن الضرر الذي يصيب النفس، إلى المضرور أو إلى ورثته، تعويضاً عن الضرر في الحالات التي تجب فيها هذه الدية)<sup>(١)</sup>.

### (ج) تعريفنا المختار:

٢٥- بعد أن استعرضنا، تعريفات فقهاء المذاهب الفقهية، وتعريفات الفقهاء المحنثين، نذكر تعريفنا المختار للدية:

وهي: (المال المقدر شرعاً، بالتعدي على النفس، أو عضو من أعضاء الجسم، للمجني عليه، أو ورثته).

٢٦- تحليل التعريف وإيضاحه:

نحلل فيما يلي عناصر التعريف:

أولاً: المال: مقابل مقدر، حدده الشارع الحكيم. وهذا التعويض المقدر، جاءت السنة النبوية وفصلت مقاديره، وقد قلنا (مال) لندلل على أن الدية تعويض، وليست عقوبة، كما يذهب البعض، ويعرف الدية بناء على هذا التكيف، بأنها جزاء.

---

(١) المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي للدكتور بدر جاسم: ص ١٦٣.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي •

ثانياً: وهذا التعويض المؤدى إلى المجني عليه، أو ورثته - إن كان الاعتداء على النفس - مقدر، فلا مجال للاجتهاد في تقديره، أو الزيادة عليه، أو النقصان، إلا إذا كانت هناك أضرار لم تعوضها الدية، كنفقات العلاج، وبذلك تختلف الدية عن الحكومة والأرش غير المقدر، لأن الجروح إذا لم يكن لها دية مقدرة، ترك للقاضي الاجتهاد في التعويض، ويطلق عليها الفقهاء: الأرش، أو الحكومة.

ثالثاً: إنما قلنا: (بالتعدي على النفس، أو عضو من أعضائها)، لأن التعويض المقدر شرعاً، لا يجب للورثة إلا بإزهاق روح المجني عليه بغير حق، ولا يجب التعويض المقدر للمجني عليه، إلا بالاعتداء على طرف من أطرافه، أو الإضرار بمعاني هذه الأطراف. ويطلق البعض على التعويض الذي يكون بالاعتداء على الأطراف، مصطلح (أرش)، وهذا يخالف ما في كتاب عمرو بن حزم، حيث إن النبي صلى الله عليه وسلم، أطلق لفظ الدية، على التعويض المقدر لذهاب معاني الأطراف، أو الاعتداء على أعضاء الجسم، كدية السمع، ودية البصر، ودية الجماع.

رابعاً: ثم إن هذا التعويض، لا يستحقه بالاعتداء، إلا من أصابه ضرر مباشر من ذلك، كالمجني عليه، المجرورح في عضو من أعضائه، يستحق الدية عن الطرف الذي أصيب من جراء الجناية، أو كورثة المجني عليه، يستحقون الدية بإزهاق روح مورثهم، أما غير ذلك من الأشخاص، فلا تعويض لهم، وإن أصابهم ضرر فإنه يكون ضرراً غير مباشر، كشخص ينفق على أسرة، فإذا قتل خطأ، فلا تعويض لهم، باعتبار أنهم تضرروا من موته، وأنه كان ينفق عليهم تبرعاً.

## الشعبة الثانية: مصادر الدية:

### ٢٧- تقسيم:

الدية في الشريعة الإسلامية، مشروعة بالقرآن الكريم، المصدر الأول والرئيس للتشريع، ثم السنة النبوية المطهرة، التي فصلت وبيّنت ما أجمله الله عز وجل، في كتابه المجيد، ثم الإجماع.

٢٨- ١- القرآن الكريم:

١- يقول الله عز وجل في محكم تنزيله، مبيناً أن من اعتدى على نفس مؤمنة دون قصد العمد، فإنه يعطي الورثة الدية، ويكفر عن هذا الخطأ: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمَنَةٍ وَدِيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنَ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُمْ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمَنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنَ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمَنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾<sup>(١)</sup>.

وهذه الآية الوحيدة التي ورد فيها صراحة لفظ الدية، حيث أوجب الله - عز وجل - الدية لورثة المجني عليه في جريمة القتل الخطأ.

٢- وقال الله تعالى في سورة البقرة: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِعد ذلك فله عذاب اليم﴾<sup>(٢)</sup>.

إن هذه الآية لم تذكر الدية صراحة، لكن الفقيه العلامة ابن العربي، المالكي المذهب، ذكر أن الآية توجب عن طريق المعنى والنظر وجوب الدية في حالة العفو دون توقف على رضا القاتل<sup>(٣)</sup>.

٢٩- ٢- السنة النبوية:

جاءت سنة الرسول صلى الله عليه وسلم، تفصل ما أجمله القرآن العظيم، وتبين عامه ومطلقه، وسنكتفي ببعض الأحاديث التي تدل على مشروعية الدية، ومنها:

١- عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبيه عن جده، أن رسول الله صلى

(١) سورة النساء الآية ٩٢.

(٢) سورة البقرة الآية ١٧٨.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي: ج ١ ص ٦٦.

## ♦ دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي ♦

الله عليه وسلم: (كتب إلى أهل اليمن كتاباً، فيه الفرائض والسنن والديات، وبعث به مع عمرو بن حزم، فقرئت على أهل اليمن نسختها: من محمد النبي صلى الله عليه وسلم إلى شرحبيل بن عبد كلال، ونعيم بن عبد كلال، والحارث بن عبد كلال، قيل ذي رعين ومعاقر وهمدان، وكان في كتابه: أن من اعتبط مؤمناً قتلاً عن بيته، فإنه قود، إلا أن يرضى أولياء المقتول، وأن في النفس الدية مائة من الإبل، وفي الأنف إذا أوعب جدعه الدية، وفي اللسان الدية، وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية، وفي الذكر الدية، وفي الصلب الدية، وفي العينين الدية، وفي الرجل الواحدة نصف دية، وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، وفي العنقلة خمس عشرة من الإبل، وفي كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل، وفي السن خمس من الإبل، وفي الموضحة خمس من الإبل، وأن الرجل يقتل بامرأة، وعلى أهل الذهب ألف دينار<sup>(١)</sup>).

(١) أخرجه النسائي في سننه، كتاب القسامة، في ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول واختلاف الناقلة عنه: ج ٨ ص ٥٨. وأخرجه مالك في الموطأ، كتاب العقول، باب ذكر العقول: ص ٤٧٤، وأخرجه البيهقي في سننه، كتاب الديات، باب دية النفس: ج ٨ ص ٧٣، وأخرجه ابن حزم في المحلى: ج ١ ص ٨٢ ج ٥ ص ٢١٣، ٢١٤، ج ٦ ص ١٣، ١٤، وأخرجه الحاكم في مستدركه، باب كتاب الزكاة: ج ١ ص ٣٩٥، وأخرجه الذهبي في التلخيص: ج ١ ص ٣٩٥. وقال الإمام ابن عبد البر عن هذا الحديث في (التمهيد: ج ١٧ ص ٣٣٨، ٣٣٩): (لاخلاف عن مالك في إرسال هذا الحديث بهذا الإسناد، وقد روي مسنداً من وجه صالح، وهو كتاب مشهور عند أهل السير، معروف ما فيه عند أهل العلم، معرفة تستغني شهرتها عن الإسناد، لأنه أشبه بالتواتر في مجيئه، لتلقي الناس بالقبول والمعرفة). وقال في (الاستذكار: ص ٢٥ ص ٢٨): (وفي إجماع العلماء في مصر، على معان ما في حديث عمرو بن حزم، دليل واضح على صحة الحديث، وأنه يستغني عن الإسناد، لشهرته عند علماء أهل المدينة، وغيرهم).

وجاء عن الإمام الشافعي في (الرسالة: ٤٢٢): (ولم يقبلوا كتاب آل عمرو بن حزم، والله أعلم، حتى يثبت لهم أنه كتاب رسول الله). وقد أورد ابن حجر في (تلخيص الحبير: ج ٤ ص ٢٢)، مقالة عن يعقوب بن سفيان: (لا أعلم في جميع الكتب المنقولة، كتاباً أصح من كتاب عمرو بن حزم هذا، فإن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، والتابعين، يرجعون إليه، ويدعون رأيهم).

فهذا الحديث الصحيح عن الرسول الأعظم، صلى الله عليه وسلم، بين فيه مقادير دية النفس، والأعضاء، والأطراف والجروح.

٢- عن ابن مسعود، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: (جعل الدية في الخطأ أخماساً)<sup>(١)</sup>.

ووجه الدلالة من هذا الحديث، أن دية القتل الخطأ من الإبل، مخففة، عكس القتل العمد، فإنها مغلظة.

٣٠- ٣- الإجماع:

إن الإجماع، ليعد المصدر الثالث المتفق عليه، من مصادر التشريع الإسلامي، وقد أجمعت الأمة على مشروعية الدية، ووجوبها، كما بينها الرسول صلى الله عليه وسلم، فقد جاء في كتاب المغني لابن قدامة، من الفقهاء المحققين في مذهب الحنابلة: (أجمع أهل العلم على وجوب الدية)<sup>(٢)</sup>.

---

== وقال العلامة المحدث أحمد شاكر، معلقاً على هذا الحديث، ومبيناً صحته في (هامش الرسالة: ٤٢٣): (وأما كتاب آل عمرو بن حزم، فإنه كتاب جليل، كتبه النبي صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن، وأرسله مع عمرو بن حزم، ثم وجد عند بعض آل، رَوَاهُ مِنْهُ، وأُخِذَ مِنْهُ، وقد تكلم العلماء طويلاً في اتصال سنده وانقطاعه، والراجح الصحيح عندنا، أنه متصل صحيح). وانظر تفصيل ذلك في الكتب التالية: نصب الرأية للزيلعي: ج ٤ ص ٣٤٠، تلخيص الحبير لابن حجر: ج ٤ ص ٢٢، وإرواء الغليل للالباني: ج ٧ ص ٣٠٠.

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده: ج ٥ ص ٢٢٩، حديث رقم ٣٦٣٥.

(٢) المغني لابن قدامة: ج ٧ ص ٢٥٩.

## المطلب الثاني الطبيعة الفقهية للدية

٣١- لئن اتفقت الأنظار الفقهية على مشروعية الدية، في جرائم القتل، بأنواعها المختلفة، إلا أنها اختلفت في تكييف طبيعتها الفقهية، ونستعرض فيما يلي، مختلف هذه الآراء، فنبدأ بالرأي المتجه إلى أنها عقوبة، ثم الرأي القائل بأنها تعويض، وأخيراً الرأي الذي يعطي لها طبيعة خاصة مختلطة.

### ٣٢- الرأي الأول: الدية عقوبة:

يذهب أصحاب هذا الرأي، والذي يمثلته جمهرة من الفقهاء المحدثين<sup>(١)</sup>، إلى أن الدية عقوبة جنائية، حددها الشارع الحكيم، عز وجل، بقوله: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾<sup>(٢)</sup>.

٣٣- ويدعمون رأيهم بالعديد من الحجج، التي تبرهن أن الدية عقوبة. ومن هذه الحجج: أن الدية عقوبة مقدرة من الله، عز وجل، في كتابه الكريم، يوقعها القاضي كعقوبة، باعتبار أنها قيمة للنفس لها مقدار معلوم، لا يزداد عليها ولا ينقص منها، ولا تخضع للاجتهاد في تقديرها، ثم لأنها عقوبة، تحل دائماً محل القصاص، إن امتنع تطبيقه لسبب من الأسباب، أو تنازل الورثة عنها، فيسقط القصاص، يتعين إنزال عقوبة بديلة للقصاص، ألا وهي الدية، فضلاً عن أن الدية، لها عناصر العقوبة في الشريعة<sup>(٣)</sup>، من حيث الناس سواية أمام الشريعة، وأن العقوبة تطبق عليهم جميعاً، دون تمييز بين أحد، فكذلك الدية تطبق على الجميع، ولا تتغير من شخص لآخر، غني،

(١) نظرية الضمان لعلّي الخفيف: القسم الأول، ص ٥، تعويض المجني عليه أو ورثته لمحمود مصطفى: ص ٥، العقوبات الشرعية وأسبابها لوهبة الزحيلي: ص ٢٥٥، القصاص والديات والعصيان المسلح في الفقه الإسلامي: ص ٢٢، النظام العقابي الإسلامي لأبوالمعاطي حافظ: ص ٤١٨، وقد ذهب الدكتور أبوالمعاطي إلى أنها عقوبة في القتل العمد.

(٢) سورة النساء من الآية ٩٢.

(٣) الدية بين العقوبة والتعويض لعوض أحمد: ٥٢١.

أو فقير، حاكم، أو محكوم، أضف إلى ذلك أنها تقضى دون طلب من الورثة، كشأن العقوبة دائماً.

٣٤- هذا، وقد أخذ قانون العقوبات الإماراتي، المؤصل على أحكام الشريعة الإسلامية وفقهها، الصادر في سنة ١٩٨٧ م، بهذا الرأي، معتبراً أن الدية عقوبة، توقعها المحكمة على الجاني، في الجرائم العمدية في حالة سقوط القصاص، وفي الجرائم غير العمدية. فقد جاء في نص المادة ٢٩ من القانون السالف الذكر، أن من بين العقوبات التي يعاقب بها مرتكب الجنحة، هي الدية، كما نصت المادة ٦٦ من قانون العقوبات، بأن: (العقوبات الأصلية، هي: (١) عقوبات الحدود والقصاص والدية)، ما مفاده أن الدية تعد عقوبة تقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها على المتهم.

٣٥- وقد ساير القانون اليمني بشأن الجرائم والعقوبات، الصادر في سنة ١٩٩٤ م، المؤصل على أحكام الشريعة الإسلامية، أحكام قانون العقوبات، في تكييف الدية على أنها عقوبة، مقدرة من الله، عز وجل، على الجاني في الجرائم التي تجب فيها الدية، فقد نصت المادة ٣٨ من قانون العقوبات اليمني على أن: (العقوبات الأصلية إحدى عشرة، وهي: (٧) الدية)، كما جاء في المادة ٧٠ من القانون ذاته، أن: (الدية عقوبة بديلة عن القصاص في أحوال سقوطه على النحو المبين في الفصل السابق، وعقوبة أصلية في الأحوال التي ينص عليها القانون الشرعي، فيما عدا ذلك)، من هذه النصوص التي نقلناها، يتبين أن القانون اليمني أخذ بتكييف الدية على أساس أنها عقوبة، كما أخذ بذلك القانون الإماراتي.

٣٦- أما القضاء، فتطبيقاً لهذا الرأي، قضت محكمة النقض الإماراتية - وهي بصدد تقرير مبدأ: أنه لا يجوز الجمع بين الدية والعقوبة التعزيرية في جريمة القتل الخطأ، بأن تكييف الدية في قانون العقوبات الإماراتي، على اعتبار أنها عقوبة أصلية في جريمة القتل الخطأ فقالت: (إن كلاً من المادة ٢٦، ٢٩ من قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ م، قد نصت على اعتبار الدية (عقوبة)، ثم جاءت المادة ٦٦ بعدهما من القانون ذاته، لتؤكد في فقرتها الأولى، على أن هذه العقوبة، هي من العقوبات الأصلية، عندما قالت: (العقوبات الأصلية، هي: (١) عقوبات الحدود والقصاص

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي \*

والدية)، وهذا الوصف الطبيعي لتكليف الدية، يتفق كلياً مع أحكام الشريعة الإسلامية، المستمدة من الكتاب والسنة، إذ قال الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً وَدِيَةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾<sup>(١)</sup>، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (وَأَنْ فِي النَّفْسِ مِائَةُ مِنَ الْإِبْلِ).

هذا، وإذ تأكد بأن الدية، هي: عقوبة أصلية في جريمة القتل الخطأ فإن الحكم بها مجتمعة مع عقوبة الحبس، سيؤدي حتماً إلى تسليط عقوبتين، من أجل الجرم الواحد.

٣٧- وحيث إنه كان الأمر كذلك، وكانت النتيجة الحكمية، التي انتهت إليها الحكم المطعون فيه، أن قضى بمعاقبة المطعون ضده بالحبس والدية معاً، من أجل الجريمة الواحدة، وهي القتل الخطأ، فإنه يكون بذلك قد وقع في خطأ، مما يتعين معه تصحيح هذا الخطأ، والاكتفاء بعقوبة الدية وحدها، بوصفها العقوبة الشرعية، التي يتحتم الحكم بها، بناء على ما اقتضته أحكام الفقرة الأولى من المادة الأولى لقانون العقوبات، والتي تنص على وجوب أن تسري في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية، أحكام الشريعة الإسلامية، بوصفها المصدر الرئيس الأول في الدولة، والواجب الاتباع، بناء على ما اقتضته أحكام المادة<sup>(١)</sup>.

٣٨- ثم أكدت هذا المعنى محكمة النقض في حكم آخر لها - وهي بصدد بيان مبدأ جديد، وهو جواز اجتماع التعزير مع الدية، والعدول عن الرأي السابق - فقد ذهبت إلى أن الدية في تكييفها، هي عقوبة أصلية إلى جانب العقوبة التعزيرية التي يحكم بها في جريمة القتل الخطأ، وشبه العمد، والعمد عند امتناع القصاص، فقالت: (إنه ولئن كان فقهاء الشريعة الإسلامية، قد اختلفوا حول جواز الجمع بين الدية وبين العقوبة التعزيرية، في جريمة القتل الخطأ، فبينما ذهب البعض إلى إجازته تبعاً،

(١) سورة النساء من الآية ٩٢.

(٢) ن: الطعن ٢٨ لسنة ١٢ جزائي، محكمة اتحادية عليا، جلسة ١٩٩٠/٦/٦م، قضاء الحدود والقصاص والدية للقاضي حسن الحمادي: ص ١١٠ ف ١٩٦، قانون العقوبات فقهاً وقضاء لمحمد محرم.

لأن الدية في حقيقتها مجرد تعويض، وأجازته البعض الآخر، اتباعاً لما أمر به أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، من زيادة حد الشرب أربعين جلسة أخرى تعزيرية، ذهب فريق آخر إلى عدم جوازه، باعتبار أن الدية عقوبة أصلية وليست بدلية، فلا يجوز الجمع بينها، وبين أية عقوبة أصلية أخرى.

٣٩- وحيث إن ولي الأمر بما له من سلطة رفع الخلاف، أجاز في المادة ٣٣١ من قانون العقوبات الجمع بين عقوبة الدية، وبين العقوبات التعزيرية، المقررة لجرائم المساس بحياة الإنسان، وسلامة بدنه، ومنها جريمة القتل الخطأ، المنصوص عليها في المادة ٣٤٢ من القانون ذاته، وذلك في الحالات التي يمتنع فيها توقيع عقوبة القصاص، وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون، بصدد المادة ٣٣١ المذكورة، أن حكمها يسري على جميع الحالات التي تمتنع فيها عقوبة القصاص، سواء، لأن الجريمة هي في الأصل من جرائم القصاص (القتل العمد)، ولكن انتفى شرط من شروط توقيعه، فتستحق الدية بدلاً عنه، وإما لأن الجريمة ليست في الأصل من جرائم القصاص، كالقتل الخطأ، والاعتداء على ما دون النفس عمداً، فهنا تكون الدية هي العقوبة الأصلية، وذلك إلى جانب العقوبة التعزيرية، التي رأى المشرع الجمع بينها، وبين الدية<sup>(١)</sup>.

٤٠- وقد نقضت محكمة النقض، حكماً لدائرة استئنافية، رأت إلى أن الدية هي مجرد تعويض مدني، واستبعدت المحكمة العليا هذا الرأي، من منطلق أن قانون العقوبات الإماراتي، المؤصل على فقه الشريعة الإسلامية، اتجه إلى أن الدية هي عقوبة مشتركة بين القتل العمد، الذي لا قصاص فيه، وبين شبه العمد والخطأ<sup>(٢)</sup>.

٤١- ولقد تواترت أحكام محكمة النقض<sup>(٣)</sup>، ومخاكم الاستئناف الإماراتية<sup>(٤)</sup>، في

(١) الطعن ٢٨ لسنة ٩، هيئة عليا، جلسة ١٩٩١/٢/٢٧م، قضاء الحدود للقاضي حسن الحمادي: ف ١٩١.

(٢) الطعن ١٠ لسنة ١٢، جزائي، جلسة ١٩٩٠/٥/٢م، قضاء الحدود، مرجع سابق: ف ٢٠١.

(٣) ز الطعن ١٢٥ لسنة ١٢ جزائي، جلسة ١٩٩١/١٢/٢٦م، ف: ١٩٣، الطعن ٣٥ لسنة ١٥ جزائي، جلسة ١٩٩٣/١٠/٢٧م، ف: ١٩٢، الطعن ٥٣، ٥٧ لسنة ١٠ جزائي، جلسة ١٩٨٩/١/٢٢م، ف: ١٩٥، الطعن ٧٧، ٧٨، ٧٩ لسنة ١٢ جزائي، جلسة ١٩٩١/٣/٢م، ف: ١٩٩، قضاء الحدود.

(٤) استئناف ١٩٨٨/٩٨م جزائي الشارقة، ف: ١٩٧، استئناف ١٩٨٣/١٤٥م جزائي أبوظبي، ف: ٢٠٠.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي •

تكييف الدية، على اعتبار أنها عقوبة أصلية في جرائم الاعتداء، بيد أن هذا الرأي لم يكن مستقراً لدى المحكمة العليا، ومحاكم الاستئناف، لوجود رأي آخر في تكييف الدية، من قبل دوائر محكمة النقض، أو دوائر محكمة الاستئناف، وسنطرق هذه الآراء عند استعراضنا لبقية الآراء في تكييف الدية.

٤٢- وفي السودان قضت المحكمة العليا، في ظل قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م، بأن تكييف الدية في هذا القانون، على أنها عقوبة، توقع على الجاني الذي له أهلية العقوبة، لأنها تحمل في طياتها معنى الزجر والردع، ولاتوقع على الحدث الذي لم يبلغ، فقالت: (إن الدية تحمل معنى عقوبة الزجر والردع، فلا يجوز توقيفها على المتهم الحدث الذي لم يبلغ)<sup>(١)</sup>.

٤٣- نقد:

حاول أصحاب هذا الاتجاه، أن يثبتوا نظرية معينة، وهي أن تكييف الدية عقوبة، غير أن هذه النظرية لم تسلم من النقد، ووجهت لها اعتراضات كثيرة، منها:

أولاً: أن الآية القرآنية التي استشهد بها أنصار الرأي الأول، ليس في نصها ما يفيد أن الدية عقوبة، وإنما في نصها أن الدية تسلم للورثة، والتسليم أقرب لاعتباره تعويضاً من أن يكون عقوبة.

ثانياً: أن دية القتل الخطأ، لا يتحملها الجاني وحده، وإنما تتحملها العاقلة معه، وكما هو معلوم شرعاً، أن العقوبة في الشريعة الإسلامية - كما بين ذلك المحققون من علماء الفقه - شخصية، استناداً لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾<sup>(٢)</sup>، فلو كانت الدية في طبيعتها عقوبة، لم يلزم بها الشارع الحكيم العاقلة، ولكان عاقب بها الجاني فقط، رداً له وزجراً لما اقترفه من خطأ، ولكنه حملها العاقلة، ليبين أنها ليست عقوبة، وإنما ضمان تتضامن به العاقلة مع الجاني في التخفيف من حدة هذه الجريمة.

(١) القانون الجنائي الإسلامي السوداني - شرح القسم العام والحدود للقاضي عوض الحسن: ص ١٢٩.

(٢) سورة الأنعام من الآية ١٦٤.

ثالثاً: ان من خصائص العقوبة في الشريعة الإسلامية، أنه يقضى بها، ولا يجوز إسقاطها، أو التنازل عنها، إلا أن الدية يجوز للمجني عليه، أو الورثة، التنازل عنها، أو التصالح عليها، بل حثت الشريعة ولي الدم، أو المجني عليه على العفو المطلق.

رابعاً: ان فقهاء الشريعة الإسلامية، بنوا أساس المسؤولية المدنية، على الضرر وليس على الخطأ، فهناك حالات عديدة ضمن الفقهاء مرتكب الفعل الضار الدية، ولم يكن ثمة خطأ من جانبه، باعتبار أنه باشر الضرر<sup>(١)</sup>. فإذا اعتبرنا أن الدية عقوبة، والعقوبة لا تكون إلا بناء على خطأ، فيه إهمال أو تقصير، أو تعدد إتيان الفعل، فكيف نفسر تضمين الذي وقع منه الضرر دون أن يكون هناك خطأ وقع منه، إلا بتكليف الدية، على أساس أنها تعويض مقدر من قبل الشارع الحكيم.

خامساً: ان أهم نقد وجه إلى هذه النظرية، أن الدية يلزم بها المجنون، والصبي غير المميز، والعقوبة في الشريعة يشترط لها شرطان، الإدراك والاختيار، فكيف نعاقب من لا إدراك له، ولا اختياراً.

#### ٤٤- الرأي الثاني: الدية تعويض:

خالف أنصار هذا الاتجاه، أصحاب الرأي الأول، القائلين بأن تكليف الدية، هي أنها عقوبة، واعتبروا أن الطبيعة الفقهية للدية أنها مجرد تعويض محض مدني<sup>(٢)</sup>.

(١) الفعل الضار والضمنان فيه للأستاذ مصطفى الزرقا: ص ٧٣، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام للدكتور محمد فوزي قبيض الله: ص ٨٩، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي للدكتور محمد أحمد سراج: ص ١١٦.

(٢) ر: الدية بين العقوبة والتعويض لعوض أحمد: ص ٥٥١، أحكام الدية في الشريعة الإسلامية للدكتور فالح محمد: ص ٦٢، أهلية العقوبة في الشريعة والقانون للدكتور حسين توفيق: ص ١٤، الإسلام عقيدة وشريعة للأستاذ العلامة محمود شلتوت: ص ٤١٥، مدى استعمال حقوق الزوجية للدكتور السعيد مصطفى: ص ٢٥٧، التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعي والفقه الإسلامي للدكتور سعيد عبد السلام: ص ٢٨٢، النظام الإسلامي في تعويض المضرور من الجريمة للدكتور هلال فرغلي: ص ٣٠، النظام العقابي الإسلامي للدكتور أبو المعاطي حافظ: ص ٤١٨، وقد ذهب إلى أن الدية في القتل الخطأ، إنما هي مجرد تعويض مدني، المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي للدكتور بدر جاسم: ص ١٦٨، في أصول النظام الجنائي الإسلامي للدكتور محمد العوا: ص ٢٥٢، الحدود في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الحليم عويس: ص ٦٢.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي •

ترضية لورثة المجني عليه عن فقدته، والحرمان منه، أو ترضية للمجني عليه بفقده عضواً من أعضاء جسمه، أو ذهاب معنى من معانيه.

٤٥- وسندهم في ذلك:

أن الدية في جريمة الاعتداء على النفس الخطأ، لا يتحملها الجاني الذي أحدث الضرر وإنما تلتزم بها العاقلة، لصيانة الحقوق، ومعاونة المخطئ في العبء المالي الذي يلزمه، وتتكون من عصيته وعشيرته. فهي ضمان خالص، وليست من العقوبة في شيء منها، فالدية لا تجب جزاء للجريمة، ولا ردعاً، ولا زجراً لها، بل هي تعويض للضرر الذي لحق بالمجني عليه، من جراء الاعتداء، ولهذا التزم بها حتى من ليس لهم أهلية تحمل العقوبات في الإسلام، كالمجنون، والصبي غير المميز، فضلاً عن أن الدية تتعدد بالفعل الضار الواحد إذا حدث أضراراً عدة بمن اعتدى عليه، كقطع يد، وإصابة عين.

٤٦- ويقول الدكتور محمد إبراهيم الدسوقي، مبيناً هذا المعنى: (ويجب لتحديد طبيعة الدية، البدء بالمساواة بين الدية البديلة للقصاص، إذا وجب هذا القصاص، وتنازل عنه المجني عليه، أو ولي دمه مقابل دية، والدية تجب ابتداءً عند امتناع القصاص، إذا يبدو أن الأمر واحد في الحالتين، إذ الدية البديلة للقصاص، والدية الواجبة، تنتهيان إلى نفس القاعدة وهي أن الدية والقصاص، لا يجتمعان، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن استبدال الدية في القصاص لا يسبغ عليها الصفة الجنائية، التي يتصف بها القصاص، فقد شرع القصاص في الشريعة الإسلامية، جزاء للاعتداء على حق العبد، وفي إيقاعه حد للتأثر والفتن، وترضية للنفس كافية للمجني عليه، أو قبيلته، قد تغني عن المطالبة بعوض مالي، فإذا كان القصاص مما لا يجبر الضرر من وجهة نظر المجني عليه، أو قبيلته، وقد اختار الدية وتنازل عن القصاص، فقد سوى بين نفسه، وبين الذي تعرض لجريمة، لا يجب فيها القصاص، وتجب فيها الدية ابتداءً، فالدية كبديل للقصاص، والدية الواجبة ابتداءً، يبدو أنهما تستويان في طبيعتهما.

٤٧- فالأصل أن الدية تجب محددة شرعاً، فهي مائة من الإبل، أو ألف دينار، أو

عشرة آلاف درهم، ومع ذلك يجوز فيها الصلح بأقل أو أكثر، على أساس التراضي. والذمي والمستامن، والمسلم، سواء في الدية ..... ولم يرد في كتب الفقه، ذكر لقيام التفرقة في مقدار الدية، حسب المنزلة الاجتماعية للجاني، أو المجني عليه، أو ثروة أيهما.

٤٨- هذه الأحكام التي قررها الفقه الإسلامي في شأن الدية، تشير إلى الموضوعية المطلقة في التقدير بين جميع المسلمين ..... ومما يؤكد موضوعية الدية أيضاً، في الشريعة الإسلامية، كتعويض مالي يبتعد عن العقوبة، أنها لا تتفاوت باختلاف خطورة الاعتداء ذاته، فالعمد وغير العمد، والقتل الخطأ كل ذلك يوجب دية موحدة. ولعله مما يؤكد اقتراب الدية إلى جبر الضرر، أكثر منها إلى العقوبة أنها تجب كاملة ليس في القتل وحسب بل في تعطيل منفعة عضو يؤثر في القدرة الجسمانية، في الكسب والسعي في الحياة، وتحصيل الرزق، كاللسان أو اليدين، أو العينين، أو العقل، ولو كانت صفة العقوبة لها اعتبار جوهري في الدية، لوجب التفاوت في مقدارها حسب مدى الاعتداء<sup>(١)</sup>.

٤٩- وأما عن القوانين التي التزمت هذا الرأي، واعتبرت أن الدية تعويض مدني، يستحقه المجني عليه. فمنها القانون الكويتي المدني، الذي اتجه نحو هذا الرأي معتبراً أن الدية في تكليفها، عبارة عن تعويض عن الضرر الجسماني<sup>(٢)</sup>، وليست عقوبة.

وأيضاً سار على خطى القانون الكويتي، القانون الجنائي الإسلامي السوداني الجديد، الصادر في سنة ١٩٩١ م وعد أن تكليف الدية يكمن في أنها تعويض مدني، فقد جاء في المادة ٤٥/٥ من القانون الجنائي: (أن الدية تستوفي وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية) ومؤدى هذا النص، أن الدية تعويض، وإن كانت عقوبة لنص القانون صراحة على استيفائها وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية<sup>(٣)</sup>.

(١) تقدير التعويض بين الخطأ والضرر للدكتور محمد الدسوقي: ص ٦١ وما بعدها.

(٢) المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي لبدور جاسم: ص ٢٠٧.

(٣) القانون الجنائي الإسلامي السوداني للقاضي عوض الحسن: ص ١٢٥.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي •

٥٠- هذا بالنسبة للفقه والقانون، أما القضاء، ففي دولة الإمارات العربية المتحدة، لم يجد هذا الرأي صدًى كبيراً في أحكام القضاء الإماراتي. فلم تأخذ به المحكمة العليا، وردته في أحكام لها<sup>(١)</sup>.

٥١- لكن بعض الدوائر<sup>(٢)</sup> من المحاكم الاستثنائية الجنائية، تبنت هذا الاتجاه، واعتبرت أن الطبيعة الفقهية للدية، لا تعدو إلا أن تكون تعويضاً مدنياً محضاً، ولا تدخل الدية ضمن عناصر العقوبة، بيد أن محكمة النقض، خالفت هذا الرأي، ولم تسأير ما اتجهت إليه المحاكم الاستثنائية، فنقضت الحكم، وأوردت العناصر الجنائية للدية، معتبرة أنها عقوبة.

٥٢- وذهب القضاء السوداني، (المحكمة العليا)، مذهب المحاكم الاستثنائية الإماراتية، في تكيف الطبيعة الفقهية للدية، وأنها تعويض، وفقاً لما جاء في القانون الجنائي الإسلامي السوداني، ففي حكم للمحكمة العليا، قررت أن الدية تعويض، ولا تسقط هذه الدية، بتمضية المحكوم عليه فترة الحبس، أو الحكم عليه بعقوبات تعزيرية، فقالت هذه المحكمة: (إن الدية تعويض مستحق، لا تسقط بقضاء فترة الحبس (كالغرامة)، أو بعقوبة تعزيرية أخرى، وأنه لا بد من دفعها متى قررها الإمام، ولا تسقط إلا بالعفو، أو يدفعها ولي الأمر نيابة عن المحكوم، الفارم)<sup>(٣)</sup>.

٥٣- وقد تابعت المحكمة العليا السودانية، في تزعم هذا الرأي، فنقضت حكماً لمحكمة استثنائية، أوجب الدية على المحكوم عليه، ثم حبسه على ذمة دفع الدية، فأشارت المحكمة العليا، بأن قرار تحصيل الدية يكون بالطريق المدني، وأن حبس المدان على ذمة دفع الدية لا يجوز إلا في حالات استثنائية، حتى لا يكون منافياً لروح

---

(١) الطعن ٢ لسنة ٩ هيئة عليا، جلسة ١٩٩١/٢/٢٧، قضاء الحدود للقاضي حسن الحمادي: ١٩١.

(٢) الطعن ١٠ لسنة ١٢ جزائي، جلسة ١٩٩٠/٥/٢، قضاء الحدود للقاضي حسن الحمادي: ٢٠١.

(٣) القانون الجنائي الإسلامي للقاضي عوض الحسن: ص ١٢٥.

## الشرعية والعدالة<sup>(١)</sup>.

٥٤- كما أعربت عن هذا الاتجاه بوضوح، محكمة الاستئناف العليا الكويتية (دائرة التمييز) فقضت بأن الدية تعويض عن الإصابة ذاتها، وفي حكم آخر لها، قررت أن الدية تعويض عن كل ضرر يصيب النفس<sup>(٢)</sup>. وقضت أيضاً، أن: (الدية المستحقة عنها، إنما هي تعويض عن ذات إصابة النفس، فهي حق للمضرور وتدخل في ماله وتعد تركة يتقاسمها ورثته)<sup>(٣)</sup>.

٥٥- نقد:

لم يسلم أصحاب هذا الاتجاه، من مهاجمة أنصار الاتجاهين الآخرين، فوجهوا تقدمهم إلى هذا الرأي على النحو التالي:

أولاً: أن الدية ليست تعويضاً بالمعنى الصحيح، فهي لم تقدر باعتبار أنها تعويض، لكل ما يتبع الجريمة من الأذى والضرر وإنما لمقابل النفس أو الأعضاء التي أتلقتها الجناية، فهي تعويض الضرر المعنوي وهو الأذى الجسماني الناشئ عن الفعل، ولا تعويض الضرر المادي.

ثانياً: في جريمة القتل العمد، تكون الدية في مال الجاني، فهي زجر له، وبالتالي تشبه الغرامة، فالجاني يتحملها لوحده، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾<sup>(٤)</sup>.

ثالثاً: أن التعويض يختلف من شخص إلى آخر، بحسب الضرر الذي لحق به، والكسب الفائت، أما الدية فإنها مقدرة من الشارع الحكيم، فهي كعقوبة لا يجوز

(١) الطعن م ع/ف ج/٤٤٦/١٩٩٢م، مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٩٢م، المكتب الفني للمحكمة العليا، ص ٢١٠.

(٢) الطعن ١٥ لسنة ١٩٧٤، محكمة الاستئناف العليا، دائرة التمييز، جلسة ٢٤ فبراير ١٩٧٥م. الطعن ٥٠٥ لسنة ١٩٨٦م، محكمة الاستئناف العليا، الدائرة التجارية الثانية، جلسة ١٧/١/١٩٦٨م، المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة، مرجع سابق: ص ٢٠٧.

(٣) الطعن ٨٨ لسنة ١٩٨٤م تجاري، محكمة الاستئناف العليا، جلسة ١٢/١٢/١٩٨٤م، مجلة القضاء والقانون، الكويت، ص ١١٢.

(٤) سورة الأنعام من الآية ١٦٤.

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي \*

تعديلها، أو إنقاصها، ولا تتغير من شخص إلى آخر.

رابعاً: التعويض في الشريعة الإسلامية، لا يقضى بغير طلب من المضرور، أما الدية فيجب القضاء بها من غير طلب المضرور.

### ٥٦- الرأي الثالث: الدية ذات طبيعة مختلطة:

وقف أصحاب هذا الاتجاه، موقفاً وسطاً بين الرأيين السابقين، وقالوا: إن الدية ذات طبيعة مختلطة، أو طبيعة خاصة، فهي جزاء يدور بين العقوبة والتعويض، أو لها صفة الجزاء المالي، الذي له معنى العقوبة والضمان. فهي تشبه الغرامة، لما لها من معنى الزجر والردع، ولحرمانها الجاني في بعض الحالات جزءاً من أمواله، وتشبه التعويض لأنها تعوض المضرور عما أصابه من ضرر. ولأنها عقوبة جنائية، لا يتوقف الحكم بها على طلب المضرور، وهي ذات حد واحد، فليس للمحكمة إسقاطها، أو وقفها، ولأنها تعويض تدخل في مال المجني عليه، دون خزانة المحكمة<sup>(١)</sup>.

٥٧- ولتوضيح ذلك، نورد ما ذكره الأستاذ عبدالقادر عودة، عن الطبيعة الفقهية للدية، باعتبار أنها عقوبة وتعويض:

(جعلت الشريعة الدية، عقوبة أصلية للقتل والجرح في شبه العمد والخطأ، ومصدر هذه العقوبة، القرآن، وسنة الرسول صلى الله عليه وسلم، قاله جل شأنه، يقول: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأً ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا﴾<sup>(٢)</sup>، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول: (إن في قتل عمد الخطأ، قتل السوط، والعصا، والحجر، مائة من الإبل).

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للأستاذ الكبير عبدالرزاق السنهوري: ج ١ ص ٥١، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية للدكتور فكري عكاز: ص ٢٢٧، الدية في الشريعة الإسلامية للدكتور أحمد بهنسي: ص ١٤، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر للدكتور محمد الرقاعي: ص ٢٢٩، المجتهدون في القضاء للدكتور صبحي محمصاني: ص ٨٩، النظرية العامة للموجبات والعقود لصبحي محمصاني: ج ١ ص ١٥٣، نظرية العقد للأستاذ السنهوري: ص ٦٦، العقوبات المالية بين الشريعة والقانون للدكتور حميد القعاطي: ص ٧٧، الفعل الضار للأستاذ مصطفى الزرقا: ص ١٣٣.

(٢) سورة النساء من الآية ٩٢.

٥٨- والدية مقدار من المال، وهي إن كانت عقوبة، إلا أنها تدخل في مال المجني عليه، ولا تدخل خزانة الدولة، وهي من هذه الناحية أشبه بالتعويض، خصوصاً، وأن مقدارها يختلف تبعاً لجسامة الإصابات، ويختلف بحسب تعمد الجاني للجريمة، وعدم تعمده لها.

٥٩- ومن الخطأ اعتبار الدية تعويضاً، لهذا التشابه القوي بينها وبين التعويض إذ الدية عقوبة جنائية، لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد، وكذلك من التجوز اعتبارها عقوبة خالصة، وهي مال خالص للمجني عليه، وأفضل ما يقال في الدية، أنها: عقوبة وتعويض معاً، فهي عقوبة لأنها مقدرة جزاء للجريمة، وإذا عفا المجني عنها، جاز تعزيز الجاني بعقوبة تعزيرية ملائمة، ولو لم تكن عقوبة لتوقف الحكم بها على طلب المجني عليه، ولما جاز عند العفو عنها، أن تحل محلها عقوبة تعزيرية، وهي تعويض لأنها مال خالص للمجني عليه، ولأنه لا يجوز الحكم بها، إذا تنازل المجني عليه عنها، وعقوبة الدية ذات حد واحد، فليس للقاضي أن ينقص منها شيئاً، أو يزيد في مقدارها<sup>(١)</sup>.

٦٠- ومن القوانين الشرعية التي سارت على هذا الاتجاه، قانون المعاملات المدنية الإماراتي، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون سالف الذكر، بيان لطبيعة الدية، من حيث إنها ذات طبيعة مختلطة في طبيعتها، بعض عناصر العقوبة، وبعض عناصر التعويض: (إن الدية أو الأرش يجمع بين العقوبة والتعويض، ومن ثم فإذا استحققت الدية أو الأرش، فلا يجمع بين أي منهما وبين التعويض<sup>(٢)</sup>).

٦١- هذا، وإذا كان الفقه والقانون قد فتنا بهذه النظرية، وبتكيف طبيعة الدية، على أساس أنها ذات طبيعة مختلطة، أي أنها عقوبة وتعويض في آن واحد، فإن القضاء كان أكثر افتتاناً بها، فراح يبني على أساسها أحكامه.

(١) التشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ عبدالقادر عوده: ج ١ ص ٦٦٩.

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية: ص ٣١٠.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي •

وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه: (من المقرر في الشريعة الإسلامية، أن الدية هي العقوبة الأصلية، والتعويض المقرر عن القتل شبه العمد، هي ليست بدلاً من عقوبة أخرى، والأصل فيها قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (إن في قتل عمد الخطأ، قتل السوط، والعصا، والحجر، مائة من الإبل)، ودية شبه العمد، تجب على العاقلة، وليست في مال المجني، وذلك في مذهب جمهور الفقهاء أبو حنيفة والشافعي وأحمد، وفي تأصيل ذلك، أن مذهب الشافعي وأحمد على أن الدية، تجب ابتداءً على الجاني، لأنه هو الذي ارتكب الجناية، إلا أنها تنتقل منه إلى العاقلة، تخفيفاً عنه ومناصرة له، ولأن حفظ القاتل في الواقع، واجب على عاقلته، وإذا لم يكن للجاني عاقلة، أو كان له ولكنها لا تستطيع حمل الدية، وجب أن يرجع بها عليه، لأنه هو المسؤول عن الدية أصلاً، ويجب الحكم بالدية في شبه العمد، لو لم يطلب المجني عليه، أو وليه الحكم بها، لأن الدية عقوبة لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد)<sup>(١)</sup>.

٦٢- غير أن محكمة النقض الإماراتية، وإن أخذت بهذا الرأي، الذي يرى الدية عقوبة وتعويضاً، إلا أنها سارت ربحاً من الزمن على تكييف الدية عقوبة أصلية، كما رأينا ذلك في الرأي الأول.

٦٣- ثم إن محكمة النقض، في حكم لها عام ١٩٩٠م، وهي بصدد مناقشة محكمة الاستئناف، فيما ذهبت إليه من تكييف الدية على أنها تعويض مدني محض، ليس فيها شبهة العقوبة، اتجهت إلى الجمع بين الرأي القائل: أنها عقوبة، والرأي الآخر القائل: بأنها عقوبة وتعويض.

فقد جاء في حكمها: (أن كلاً من المادة ٢٦، ٢٩ من قانون العقوبات رقم ٣ لسنة ١٩٨٧م، قد نصت على اعتبار الدية عقوبة، ثم جاءت بعدها المادة ٦٦ من القانون ذاته، لتؤكد في فقرتها الأولى: على أن هذه العقوبة، هي من العقوبات الأصلية،

(١) الطعن ٢٠ لسنة ٦ جزائي، جلسة ١٩٨٦/٥/٢١م، قضاء الحدود للقاضي حسن الحمادي: ف ٢٠٢.

عندما قالت: (العقوبات الأصلية: هي (١) عقوبات الحدود والقصاص والدية)، وهذا ما يستبعد الرأي الأول من الآراء الثلاثة المختلفة للباحثين، القائل بأن الدية هي مجرد (تعويض مدني)، ويأخذ بالرأيين الآخرين القائلين: الأول: بأن الدية هي عقوبة جنائية، والثاني: يرى أنها جزاء يدور بين العقوبة والتعويض، لما لوحظ في الدية بعض عناصر العقوبة الجنائية، مما يقربها إليه، ولما لوحظ أيضاً بعض عناصر التعويض المدني).

٦٤- ثم شرعت المحكمة، في سوق عناصر العقوبة الجنائية، وعناصر التعويض، فقالت: (وأهم هذه العناصر كالاتي:  
فبالنسبة لعناصر العقوبة الجنائية:

١- إنها مقدرة من الشارع مقدماً قبل وقوع الضرر وبذلك فقد شاركت العقوبة الجنائية في مبدأ الشريعة.

٢- إن الدية تحل محل القصاص في حالة السقوط، أو الامتناع من تطبيقه، وتكون بدلاً من القصاص، ولكنها تجب في القتل كعقوبة أصلية، لأنها ليست بدلاً لعقوبة أخرى، لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمَنَةً وَدِيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾<sup>(١)</sup>.

٣- عدم تغيير مقدار الدية من شخص لآخر، بما يجعلها تتحد مع عناصر العقوبة الجنائية القائلة: بالمساواة بين جميع الناس أمام القانون، تحقيقاً للعدالة والمساواة.  
وبالنسبة لعناصر التعويض في الدية:

١- تحميل غير الجاني عبء دفع الدية، وإنما تتحملها العاقلة.  
٢- تحميل غير المسؤول عبء دفع الدية، إذ أن الدية تستحق ولو كانت بفعل الصبي، والمجنون، وفي حالات الضرورة.  
٣- تحميل بيت المال للدية، وذلك إذا لم يكن للجاني عاقلة، أو له عاقلة، ولكنها غير قادرة على تحمل كل الدية<sup>(٢)</sup>.

(١) سورة النساء من الآية ٩٢.

(٢) الطعن ١٠ لسنة ١٢ جزائي، جلسة ١٩٩٠/٥/٢م، قضاء الحدود، مرجع سابق: ف ٢٠١.

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي \*

٦٥- كذلك قضت محكمة النقض، في حكم لاحق للحكم السابق، بأنه: (قد سبق لهذه المحكمة، أن اعتبرت الدية بمثابة الجزاء الذي يدور بين العقوبة والتعويض، أخذاً بآراء العديد من العلماء، ومنهم المرحوم الشيخ عبدالقادر عودة، وذلك لما لوحظ في الدية، من بعض عناصر العقوبة الجنائية، مما يقربها إليها، ولما لوحظ أيضاً من بعض عناصر التعويض المدني)<sup>(١)</sup>.

٦٦- وهكذا، تؤكد محكمة النقض، كما أكدت في حكمها السابق، أن طبيعة الدية، طبيعة خاصة فهي بمثابة الجزاء، الذي يحمل في جانبه عناصر العقوبة الجنائية، وفي الجانب الآخر عناصر التعويض المدني.

٦٧- لكن المحكمة الاتحادية العليا (محكمة النقض)، لم تكن مستقرة على هذا الرأي، فكانت تتأرجح تارة، بأن الدية عقوبة في القتل العمد، بدلاً من القصاص، وفي القتل الخطأ<sup>(٢)</sup>، وتارة أخرى أن الدية ذات طبيعة مميزة، تجعلها دائرة بين العقوبة والتعويض في آن واحد<sup>(٣)</sup>.

٦٨- إلا أنه سرعان ما استقرت على هذا الرأي، مقتنعة به، فراحت تبني أحكامها على أساسه. فقضت: (أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن الدية في الشريعة، وقانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧م، عقوبة أصلية للقتل والجرح شبه العمد والخطأ، وهي مقدار من المال، وهي إن كانت عقوبة، إلا أنها تدخل في مال المجني عليه، وهي من هذه الناحية أشبه بالتعويض.

٦٩- وبوصفها عقوبة جنائية، فإن الحكم بها لا يتوقف على طلب الأفراد، وهي ذات حد واحد، ليس للقاضي أن ينقص منها شيئاً، أو يزيد عليها، فمقدارها ثابت لكل جريمة ولكل حالة، فدية الصغير كدية الكبير، ودية الضعيف كدية القوي، ودية

(١) الطعن ٧٧، ٧٨، ٧٩ لسنة ١٢ جزائي، جلسة ١٩٩١/٣/٢٠م، قضاء الحدود: ف ١٩٩.

(٢) الطعن ١٢٥ لسنة ١٢ جزائي، جلسة ١٩٩١/١٢/٢٦م، الطعن ٢٨ لسنة ١٢ جزائي، جلسة ١٩٩٠/٦/٦م، قضاء الحدود: ف ١٩٣، ١٩٦.

(٣) الطعن ٤٩ لسنة ١٤ جزائي شرعي، جلسة ١٩٩٢/١٠/٣م، الطعن ٢٥ لسنة ١٥ جزائي شرعي، جلسة ١٩٩٣/٦/٢٦م، قضاء الحدود: ف ٢٠٤ - ٢١١.

الوضيع كدية الشريف، ودية المحكوم كدية الحاكم.

كما أن في الشريعة الإسلامية أحكاماً خاصة بالنسبة لمن يتحملها، وما إذا كان هو الجاني وحده، أم بالاشتراك مع العاقلة، أما من حيث اعتبارها شبيهة بالتعويض فلدخولها في مال المجني عليه<sup>(١)</sup>.

٧٠- ثم عادت المحكمة، فأكدت هيأها بهذا الرأي في أحدث أحكامها، في سنة ١٩٩٣ م، إذ قالت: بأن (قضاء المحكمة، قد استقر على أن الدية، إلى جانب أنها عقوبة، فهي أشبه بالتعويض لدخولها في مال المجني عليه، بغية ترضيته، أو ورثته)<sup>(٢)</sup>.

٧١- نقد:

وجه أصحاب الاتجاهين الأول والثاني، تقدمهم للاتجاه الأخير، على النحو التالي:  
أولاً: أن الدية لو كانت في أحد شقيها تعويض، لما جاز الحكم بها دون طلب المجني عليه، أو ورثته، إذ أن التعويض وفق المفهوم الشرعي، لا بد له من طلب حتى يقضى به.

ثانياً: أن المتفق عليه بين المجتهدين الفقهاء، أن المجني عليه، أو أولياء الحق في الدية، يمكنهم التصالح مع الجاني في مقدار الدية، بالزيادة أو النقصان، أما العقوبة الجنائية فهي حق للمجتمع فلا يملك المجني عليه، أو الورثة التصالح عليها.

ثالثاً: أن الغرامة، وهي عقوبة مالية مقررة شرعاً، تعود المصلحة في توقيعها إلى الدولة، التي يؤول إليها المال المحكوم به، وذلك غير قائم في خصوص الدية.

رابعاً: الرأي الغالب في الفقه الإسلامي، يذهب إلى عدم جواز توقيع عقوبة تعزيرية، إلى جانب الدية، فلو اعتبرناها عقوبة في جانب لما أمكن الجمع بينها وبين التعزير.

(١) الطعن ٥٢ لسنة ١٤ جزائي، جلسة ١٩٩٢/٥/٢٧ م، قضاء الحدود: ف ٢٠٧.

(٢) الطعن ١١٣ لسنة ١٥ جزائي، جلسة ١٩٩٣/١/٥ م، قضاء الحدود: ف ٢٠٦.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي •

خامساً: يرى أنصار الرأي الأول، أن التعويض في الشريعة الإسلامية يقدر بقدر الضرر الذي حصل فعلاً، بيد أن الدية مقدرة من المشرع الإسلامي تقديرًا لامجال للزيادة فيه أو النقصان، وقد أعلن رسول الإسلام عليه الصلاة والسلام قوله: (المؤمنون متكافؤ دماءهم)<sup>(١)</sup>، وبهذا التحديد تكون الدية عقوبة محضاً.

٧٢- رأينا:

تجاذبت آراء فقهاء الإسلام، وتنازعت حججهم، للطبيعة الفقهية للدية، في الفقه الإسلامي، فمن معتبر أنها عقوبة جنائية، مقدرة من الشارع الإسلامي، ومن مُصِرٌّ على أنها لاتخرج عن مضمون التعويض، وفق المفهوم الشرعي الصحيح، للضمان والتعويض، ومن ثالث يرى فيها شبهاً بالعقوبة، وشبهاً بالتعويض، إذ أنها ذات طبيعة مختلطة ومزدوجة خاصة، تجمع بين عناصر العقوبة الجنائية، وبين عناصر التعويض المدني، فهي دائرة بين العقوبة والتعويض.

٧٣- وقبل أن ندلي بدلونا في الموضوع، ونسهم فيه إسهاماً. نقول: إن هذا الموضوع موضوع شائك، وخطير، ويحتاج إلى النية المخلصة، والتوفيق من الله، العلي الحكيم، لنصل إلى رأي سديد، على درجة عالية من الدقة. فضلاً عن أن هذه المسألة، لم تأت فيها نصوص قطعية أو ظنية مباشرة، من النصوص الإسلامية، وإنما هي اجتهادات فقهية من خلال نصوص الشريعة الإسلامية، ومقاصدها العامة، وفقه المذاهب الإسلامية، لفهم طبيعة الدية الفقهية، وتكييفها.

٧٤- إن الدية في رأينا - والله أعلم - إنما هي مجرد تعويض، وضمان مدني خالص، للمجني عليه، أو ورثته، وليست من العقوبة في شيء، إنها ذات طبيعة خاصة، دائرة بين العقوبة والتعويض. وكفي للتدليل على أن الدية في تكييفها، لاتخرج عن كونها تعويضاً، أن المقرر في فقه الشريعة الإسلامية، وما استقر عليه قضاء

---

(١) أخرجه النسائي في سننه، كتاب القسامة، باب القود بين الأحرار والمماليك في النفس: ج ٨ ص ١٩.

المحكمة الاتحادية العليا<sup>(١)</sup>، أن مناط المسؤولية الجنائية شرعاً، هما: الإدراك والاختيار، فإذا عدم الإدراك، أو الاختيار، فلا عقوبة في الإسلام، وهذه قاعدة عامة شرعية.

فالمجنون والصبي غير المميز، لاعتقاب عليهما، على ما يرتكبانه من جرائم، فإذا اعتبرنا أن الدية عقوبة جنائية، توقع على الجاني، جزاء للجريمة التي ارتكبها، فكيف يتصور شرعاً أن توقعها على فاقد الإدراك، كالمجنون والصبي، وهما شرعاً ليعاقبان بالعقوبات الجنائية، وإنما يكون الضمان في أموالهما، إذا أتيا أي ضرر

٧٥- فإن، لا يمكن أن نكيف الدية إلا على أساس أنها تعويض محض، مقدر من الشارع، الذي يفترض أن يغطي - حكماً واعتباراً - جميع الأضرار التي لحقت بالمجني عليه من الجنابة، أضف إلى أن الدية تجب كاملة ليس في القتل فحسب، بل عن تعطيل منفعة عضو من أعضاء جسم الإنسان، ولو كانت الدية عقوبة، لوجب أن تكون بقدر جسامته الاعتداء ففي القتل أشد جسامته من الاعتداء على مادون النفس، فضلاً عن أنها تجب في مال العاقلة، والعقوبة شخصية، إذ قال الله عز وجل: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾<sup>(٢)</sup> وليس من العقل والمنطق، أن يعاقب من يرتكب الجرم<sup>(٣)</sup>، وإنما وجبت الدية على العاقلة لدفع معنى العقوبة عن الجاني كما صور ذلك فقيه من فقهاء الإسلام الكبار الإمام السرخسي، فيقول: (فأوجب الشرع الدية صيانة لنفس المقتول من الهدر وفي إيجاب الكل على القاتل إجحاف واستئصال فيكون العقوبة وقد سقطت عنه لعذر فضم الشرع إليه العاقلة لدفع العقوبة عنه)<sup>(٤)</sup>.

(١) التشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ المحقق عبدالقادر عودة: ج ١ ص ٣٨٦ والمسؤولية والجزاء للدكتور علي عبدالوحد وافي: ص ٣٨، والأسباب المسقطه للمسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية للأستاذ حمد محمد فرج: ص ١٢٩، الطعن ٥١ لسنة ١٦ جزائي شرعي جلسة ١٩٩٤/٦/٢٥ م الطعن ٣٧ لسنة ١٤٦ جزائي شرعي جلسة ١٩٩٤/٦/٤ م الطعن ٥٨ لسنة ١٥ جزائي شرعي جلسة ١٩٩٣/١٢/١٨ م قضاء الحدود والقصاص والدية للقاضي حسن الحمادي: وف ٤٩ - ٥٧.

(٢) سورة الأنعام من الآية ١٦٤.

(٣) المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي للدكتور بدر جاسم: ص ١٧٠.

(٤) المبسوط للسرخسي: ج ٢٦ ص ٦٦.

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي \*

ويقول في مكان آخر:

(جنايات الصبي والمعتوه والمجنون عمدتها وخطؤها كلها على العاقلة .. لأن العمد بنية القصد لأنه ضد الخطأ فمن يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد إلا أنه ينبني على هذا القصد حكمان: أحدهما القود، والآخر: الدية في ماله حالاً، والصبي ليس من أهل أحد الحكمين وهو العقوبة لأن ذلك ينبني على الخطأ وهو غير مخاطب وهو من أهل الحكم الآخر وهو وجوب الضمان في ماله)<sup>(١)</sup>...

ويدعم الفقيه الأصولي المالكي ابن العربي في مؤلفه النفيس (أحكام القرآن) مقولة الإمام السرخسي في عبارات أدبية رائعة:

(أوجب الله تعالى الدية في القتل الخطأ جبراً كما أوجب القصاص في القتل العمد زجراً وجعل الدية على العاقلة رفقاً وهذا يدل على أن قاتل الخطأ لم يكتسب إثماً ولا محرماً)<sup>(٢)</sup>.

(١) المبسوط للسرخسي: ج ٢٦ ص ٨٦.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي: ج ١ ص ٤٧٤.

## المبحث الأول مقدار دية المرأة في رأي الفقهاء

٧٦- تمهيد:

في نهاية القرن السادس الميلادي، انطلق من مكة المكرمة: صوت النبي الكريم والقائد العظيم نبي الهدى محمد صلى الله عليه وسلم ينصب الميزان الحق العادل لكرامة المرأة ويعطيها حقها كاملاً غير منقوص ويرفع عن كاهلها الإصر والإهانة ويعلن إنسانيتها الكاملة وأهليتها الحقوقية التامة من غير أن ينقص ذلك مثقال ذرة ويصونها عن العبث وفتنة الاستمتاع الشهواني الحيواني ويجعل منها عنصراً فعالاً في نهضة وتنمية مجتمعتها.

٧٧- ولا يزال الشرع الإسلامي سابقاً كل القوانين الحديثة في أمر خطير جداً، وهو ما يتعلق بشخصية المرأة الحقوقية وأهليتها في اكتساب الحقوق والواجبات. لقد منحها الله تبارك وتعالى منذ أربعة عشر قرناً حق التصرف المستقل بكل ما تملك كما منح الرجل، لا يزيد أحدهما على الآخر شيئاً وهذا هو الشيء الذي لاتزال قوانين الحضارة الغربية تفتقده.

مضى على المرأة المسلمة خمسة عشر قرناً وهي لاتختلف عن الرجل في شيء، ولم تشتك ضيماً فيما يتعلق بأهليتها التي منحها الإسلام. وفي ممارسة الحقوق المالية، فقد ساوى الشارع الحكيم بين الذكر والأنثى في المسؤولية الجنائية والمدنية، وفي الولاية على المال والعقود فمتى بلغت المرأة سن النكاح وهي رشيدة كان لها أن تتصرف بمالها، مستقلة بجميع التصرفات القولية والفعلية، وأن تعقد عامة العقود من بيع وشراء ووكالة، وليس لأبيها أو زوجها ولا لغيرهما أن يتدخل في ذلك، لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أُنْسِمَ مِنْهُمْ رَشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾<sup>(١)</sup>، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الأئمة الفقهاء والعلماء. ولها بعد حق التقاضي مع خصومها على قدم المساواة بالرجل.

إذن مما سبق يتبين أن الإسلام حرص على أن يعطي المرأة الأهلية الكاملة ولم

(١) سورة النساء من الآية ٦.

ينقصها من أهليتها مقدار قنطار<sup>(١)</sup>.

٧٨- نعم: لقد أعطى الإسلام المرأة أهليتها الكاملة وسأواها بالرجل في جوانب عديدة وفرق بينهما في أمور أخرى. ومن المؤكد أن هذا التفريق، لعلقة له بالمساواة في الكرامة الإنسانية، أو الأهلية والحقوق، وإنما لضرورات نفسية واجتماعية.

وعلى الرغم من اتفاق الفقهاء على بعض الجوانب التي افترقت فيها المرأة عن الرجل، لضرورات اجتماعية ونفسية بيد أنهم اختلفوا في جوانب أخرى، ومن هذه الجوانب دية المرأة أكون مساوية للرجل؟ باعتبار إنسانيتها الكاملة، وأهليتها الحقوقية أم على النصف من دية الرجل لضرورات اجتماعية<sup>(٢)</sup>. هذا ما سنراه في هذا المبحث.

٧٩- تقسيم:

سنقسم هذا المبحث إلى: المطلب الأول: الرأي الأول المتُصّف لدية المرأة. المطلب الثاني: الرأي الثاني المساوي دية المرأة بالرجل. المطلب الثالث: رأينا الخاص.

### المطلب الأول

#### الرأي الأول: دية المرأة نصف دية الرجل

٨٠- تزعم أنصار هذا الاتجاه، فقهاء المذاهب الفقهية الإسلامية، الحنفية، والمالكية والشافعية والحنابلة الرأي الذي يفرق بين دية المرأة ودية الرجل، بحيث تكون دية المرأة نصف دية الرجل، في حالة كانت مجنياً على نفسها أو على أحد أعضائها وسنستعرض في هذا المطلب النصوص الفقهية لهذه المذاهب، وأدلتها والاعتراض

(١) المرأة بين الفقه والقانون للدكتور السباعي: ص ٢٥، الإسلام والمرأة للأستاذ سعيد الأفغاني: ص ٤١.

(٢) هناك آراء متفرعة عن ذلك: فرأي يقول أنها على النصف من دية الرجل إلا في أريش الموضحة، ورأي يساوي ديتها إلى ثلث ديته، ورأي يرى التسوية إلى النصف وما زاد فهو على النصف.

على هذه الأدلة من قبل الاتجاه الآخر.

### (١) النصوص الفقهية للمذاهب:

٨١- ننقل فيما يلي، نصوصاً عن المذاهب الفقهية الإسلامية المختلفة، تؤكد ما سبق:

٨٢- ١- المذهب الحنفي:

جاء في تبیین الحقائق: (ودية المرأة على النصف من دية الرجل، في النفس وفيما دونها، روي ذلك عن علي رضي الله عنه، موقوفاً ومرفوعاً. وقال الشافعي رحمه الله:

الثلث وما دون الثلث لا ينتصف، لما روي عن سعيد بن المسيب: أنه السنة، وقال الشافعي: السنة إذا أطلقت يراد بها سنة النبي صلى الله عليه وسلم. ولنا: ما روينا، وما روي من أن كبار الصحابة رضي الله عنهم، أفتوا بخلافه ولو كان سنة النبي صلى الله عليه وسلم لما خالفوه<sup>(١)</sup>.

وفي المبسوط: (بلغنا عن علي، أنه قال: في دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وما دونها، وبه نأخذ)<sup>(٢)</sup>.

وفي تحفة الفقهاء: (إن دية المرأة على النصف من دية الرجل، بإجماع الصحابة، مثل عمر وعلي وابن مسعود وزيد رضي الله عنهم وغيرهم فإنهم قالوا دية المرأة على النصف من دية الرجل)<sup>(٣)</sup>.

وجاء في بدائع الصنائع: (وإن كان أنثى فدية المرأة على النصف من دية الرجل، لإجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإنه روي عن سيدنا عمر، وسيدنا علي، وابن

(١) تبیین الحقائق للزيلعي: ج ٦ ص ١٢٨.

(٢) المبسوط للسرخسي: ج ٢٦ ص ٧٨.

(٣) تحفة الفقهاء للسمرقندي: ج ٣ ص ١١٣، ١١٤.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي •

مسعود، وزيد بن ثابت، رضوان الله تعالى عليهم، أنهم قالوا: في دية المرأة أنها على النصف من دية الرجل، ولم ينقل أنه أنكر عليهم أحد، فيكون إجماعاً، ولأن المرأة في ميراثها وشهادتها على النصف من الرجل، فكذلك في ديتها<sup>(١)</sup>.

٨٣- ٢- المذهب المالكي:

جاء في المعونة: (ودية المرأة على النصف من دية الرجل، لقوله صلى الله عليه وسلم: (دية المرأة على نصف من دية الرجل)<sup>(٢)</sup>).

وجاء في التلقين: (والدية تختلف باختلاف حرمة المقتول ودينه، فدية المسلم الذكر هي الدية الكاملة، وقد بينها، ودية المرأة المسلمة نصفها، ودية الكتابي الذكر كدية المرأة، ودية إنائهم نصف دية ذكورهم)<sup>(٣)</sup>.

وفي الذخيرة: (وفي النكت: إنما استويا دون الثلث، لتسوية السنة في الجنين بين الذكر والأنثى، وهو دون الثلث، وفي النسائي قال: رسول الله صلى الله عليه وسلم: (عقل المرأة، مثل عقل الرجل حتى يبلغ ثلث ديتها)، وفي الموطأ عن سعيد بن المسيب، وجماعة من التابعين، قال ابن يونس: لم يختلف أن دية نفسها كنصف دية نفسه، وأنها على النصف منه في الميراث والشهادة)<sup>(٤)</sup>.

٨٤- ٣- المذهب الشافعي:

جاء في الأم: (لم أعلم مخالفاً من أهل العلم، قديماً ولا حديثاً في أن دية المرأة نصف دية الرجل، وذلك خمسون من الإبل فإذا قضى في المرأة بدية فهي خمسون من الإبل، وإذا قتلت عمداً فاختر أهلها ديتها، فديتها خمسون من الإبل، أسنانها أسنان دية عمد، وسواء قتلها رجل أو نقر أو امرأة، لايزاد في ديتها على خمسين من الإبل)<sup>(٥)</sup>.

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ج ٧ ص ٢٥٤.

(٢) المعونة للقاضي عبدالوهاب البغدادي: ج ٣ ص ١٣٣٦.

(٣) التلقين للقاضي عبدالوهاب البغدادي: ص ٤٨١.

(٤) الذخيرة للقرافي: ج ١٢ ص ٣٧٥، وتبيين المسالك للشيباني: ج ٤ ص ٤٣٩.

(٥) الأم للشافعي: ج ٦ ص ١٠٣، مغني المحتاج للشربيني: ج ٤ ص ٥٦، ٥٧.

وجاء في المذهب: (ودية المرأة نصف دية الرجل، لأنه روي ذلك عن عمر، وعثمان، وعلي، وابن عباس، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم)<sup>(١)</sup>.

وفي الحاوي الكبير: (قال الشافعي رضي الله عنه: ودية المرأة وجراحها على النصف من دية الرجل فيما قل أو كثر. قال الماوردي: دية المرأة في نفسها على النصف من دية الرجل، وهو قول الجمهور، وقال الأصم وابن علية، ديتها كدية الرجل لأمرين: أحدهما: أن تساويهما في القصاص، يوجب تساويهما في الدية. والثاني: أن استواء الغرة في الجنين الذكر والأنثى، يوجب تساوي الدية في الرجل والمرأة، لأن الغرة إحدى الديتين.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور، رواية معاذ بن جبل، وعمر بن حزم أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: (ودية المرأة على النصف من دية الرجل)، وهذا نص، ولأنه قول عمر وعلي وابن عباس، وزيد بن ثابت، رضي الله عنهم، وليس يعرف لهم مخالف فصار إجماعاً، ولأن الدية مال، والقصاص حد، والمرأة تساوي الرجل في الحدود، فساوته في القصاص، ولاتساويه في الميراث، وتكون على النصف منه، فلم تساوه في الدية، وكانت على النصف منها، وفيه انفصال.

فأما الجنين، فلأن اشتباه حاله في الحياة والموت، والذكورية والأنوثة، أوجبت حسم الاختلاف بإيجاب الغرة، مع اختلاف أحواله، فلم يجز أن يقاس عليه، مازال عنه الاشتباه والحسم فيه التنازع)<sup>(٢)</sup>.

٨٥-٤- مذهب الحنابلة:

جاء في المغني: (ودية الحرة المسلمة نصف دية الحر المسلم، قال ابن المنذر، وابن عبد البر: أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل، وحكى غيرهما: عن ابن علية والأصم، أنهما قالاً: ديتها كدية الرجل، لقوله عليه الصلاة والسلام: (وفي النفس المؤمنة مائة من الإبل)، وهذا قول يخالف إجماع الصحابة، وسنة النبي

(١) المذهب للشيرازي: ج ٢ ص ٢٥، روضة الطالبين للنووي: ج ٧ ص ١٢١.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي: ج ١٢ ص ٢٨٩، ٢٩٠.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي •

صلى الله عليه وسلم، فإن في كتاب عمرو بن حزم: دية المرأة على النصف من دية الرجل، وهي أخص ما ذكروه، وهما في كتاب واحد، فيكون ما ذكرنا مفسراً لما ذكروه مخصصاً له<sup>(١)</sup>.

وفي كشف القناع: (ودية المرأة مسلمة كانت أو كافرة، نصف دية رجل من أهل دينها، حكاه ابن المنذر، رواه ابن عبد البر إجماعاً)<sup>(٢)</sup>.

وفي منار السبيل: (ودية الحرة المسلمة على النصف من ذلك [أي من دية الرجل] روي ذلك عن عمر، وعثمان، وعلي، وزيد، وابن عمر، وابن عباس، ولا يخالف لهم، وحكاه ابن المنذر وابن عبد البر إجماعاً)<sup>(٣)</sup>.

### (ب) أدلة الرأي الأول:

٨٦- يستند منصفو دية المرأة بالنسبة للرجل، من المذاهب الفقهية، إلى أدلة نقلية وفنية في دعم رأيهم، ورفضهم لمساواتها بالرجل، وسنستعرض فيما يلي هذه الأدلة:

#### ٨٧- ١- الأدلة النقلية:

تكاد تتلخص الأدلة النقلية، التي يأتي بها أنصار الرأي الأول لدعم وجهة نظرهم في أن النبي صلوات الله وسلامه عليه، جعل للمرأة نصف دية الرجل، وأن الآثار وردت عن فقهاء الصحابة أنهم اتبعوا هذه السنة ونصفوا دية المرأة، وانعقد إجماعهم على ذلك.

#### ٨٨- ١- السنة النبوية والآثار:

يستند أنصار هذا الرأي إلى أحاديث مروية عن الرسول صلى الله عليه وسلم،

(١) المغني لابن قدامة: ج ٧ ص ٥٣١، شرح الزركشي للزركشي: ج ٦ ص ١٤٢.

(٢) كشف القناع للجهوتي، ج ٦ ص ٢٠، ومطالب أولي النهى للرحياني: ج ٦ ص ٦٦.

(٣) منار السبيل لابن ضويان: ج ٢ ص ٣٤٠.

وأصحابه الكرام، في تصنيف دية المرأة.

أ- ما جاء في كتاب عمرو بن حزم، الذي بعثه النبي صلى الله عليه وسلم، أن: (دية المرأة على النصف من دية الرجل)<sup>(١)</sup>.

ووجه الدلالة من هذا الحديث، أن الرسول صلى الله عليه وسلم بين في كتاب عمرو بن حزم، أنواع الدية ومقاديرها، وبين في هذا الكتاب دية المرأة، وأنها على النصف من دية الرجل.

ب- عن معاذ بن جبل، رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: (دية المرأة على النصف من دية الرجل)<sup>(٢)</sup>.

والمستفاد من هذا الحديث، أن دية المرأة ليست مساوية لدية الرجل، وأنها على النصف من ديته.

ج- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (عقل المرأة مثل عقل الرجل، حتى يبلغ الثلث من ديتها)<sup>(٣)</sup>.

ووجه الاستدلال، أن دية المرأة مثل دية الرجل، حتى يبلغ الثلث، فإذا بلغ الثلث، فإن ديتها تكون على النصف، ويبين هذا المعنى الفقيه الصنعاني فيقول: (وهو دليل على أن أرش جراحات المرأة، يكون كأرش جراحات الرجل إلى الثلث، وما زاد عليه

(١) هذه الفقرة لم يروها عمرو بن حزم في كتابه، الذي خرجناه فيما سبق، يقول الفقيه المحدث ابن حجر في كتابه تلخيص الحبير: (هذه الجملة ليست في حديث عمرو بن حزم الطويل، وإنما أخرجها البيهقي من حديث معاذ بن جبل) (تلخيص الحبير: ج ٤ ص ٢٨)، ن: إرواء الغليل للشيخ الألباني: ج ٧ ص ٣٠٦).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الديات، باب ما جاء في دية المرأة: ج ٨ ص ٩٥، وقال: روي من وجه آخر، عن عبادة بن نسي، وفيه ضعف، وقال ابن حجر: أن البيهقي قال: إسناده لا يثبت مثله (تلخيص الحبير ج ٤ ص ٢٨، والجواهر النقي للتركمان: ج ٨ ص ٩٥):

(٣) أخرجه النسائي في سننه، كتاب القسامة، باب عقل المرأة: ج ٨ ص ٤٤، وهو ضعيف، (ن: إرواء الغليل: ج ٧ ص ٣٠٩).

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي \*

كان جراحاتها مخالفة لجراحاته، والمخالفة بأن يلزم فيها نصف ما يلزم في الرجل<sup>(١)</sup>.  
د - عن مكحول أو عطاء، قالوا: (أدركنا الناس، على أن دية المسلم الحر على عهد النبي صلى الله عليه وسلم، مائة من الإبل، فَقَوَّمَ عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، تلك الدية على أهل القرى، ألف دينار، أو اثني عشر ألف درهم، ودية الحرة المسلمة إذا كانت من أهل القرى، خمسمائة دينار أو ستة آلاف درهم، فإذا كان الذي أصابها من الأعراب، فديتها خمسون من الإبل، ودية الأعرابية إذا أصابها الأعراب خمسون من الإبل، لا يكلف الأعرابي الذهب ولا الورق)<sup>(٢)</sup>.

الدلالة من هذا الأثر، أن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، أصدر مرسوماً قوم الدية وعادلها، فجعل المائة من الإبل تساوي، ألف دينار، أو اثني عشر ألف درهم، وجعل دية المرأة المسلمة الحرة إذا كانت من أهل القرى، خمسمائة دينار أو ستة آلاف درهم، أي نصف دية الرجل، فإذا كانت المجني عليها أعرابية أو الجاني أعرابياً، فديتها خمسون من الإبل.

وهذا المرسوم الذي أصدره عمر بن الخطاب لا يصدر عن رأيه، وإنما لابد أن يكون قد سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم، لأن هذه الأحكام لامجال للعقل في اختراعها، ولا يصدر عن اجتهاد، والمقرر شرعاً، أن الحديث الموقوف على الصحابي، يكون في حكم المرفوع إذا كان لامجال للعقل في إدراكه.

هـ - وعن شريح قال: (أتاني عروة البارقي من عند عمر أن جراحات الرجال والنساء تستوي في السن والموضحة، وما فوق ذلك، فدية المرأة على النصف من دية الرجل)<sup>(٣)</sup>.

(١) سبل السلام للأمير الصنعاني: ج ٣ ص ١٢١٨.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الديات، باب ما جاء في دية المرأة: ج ٨ ص ٩٥، وسنده ضعيف، ورجاله ثقات غير مسلم، وهو ابن خالد الزنجي، ولكن له طريق آخر في مصنف ابن أبي شيبة، وإسناده صحيح (مصنف ابن أبي شيبة: ج ٩ ص ٣٠٠).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الديات، في جراحات الرجل والنساء: ج ٩ ص ٣٠٠ وإسناده صحيح.

ووجه الدلالة، أن عمر بن الخطاب ساوى بين جراحات الرجال والنساء في السن والموضحة، أما إذا كان أكثر من ذلك، فإن دية المرأة نصف دية الرجل. وفعل عمر في حكم المرفوع، إذ أن لامجال للعقل في إدراكه.

و - وعن حماد بن إبراهيم، عن علي رضي الله عنه، أنه قال: (عقل المرأة على النصف من عقل الرجل في النفس وما دونها)<sup>(١)</sup>.

ووجه الاستدلال من هذا الأثر الموقوف، أن رابع الخلفاء الراشدين جعل دية المرأة نصف دية الرجل في النفس وفي الجراح، وهذا الحكم لامجال للعقل في تعقله، وإنما لا بد من أن يكون الإمام علي سمعه من الرسول صلى الله عليه وسلم، أو رأى النبي عليه الصلاة والسلام يحكم به.

ز - وعن الشعبي، أن علياً رضي الله عنه، كان يقول: (جراحات النساء على النصف من دية الرجل، فيما قل أو كثر)<sup>(٢)</sup>.

ودلالة من هذا الأثر أن علياً كان يرى أن جراحات النساء على النصف من ديات الرجال، وذلك في الجراحات القليلة أو الكثيرة.

ح - وعن عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، رضي الله عنهما، أنهما قالا: (عقل المرأة على النصف من دية الرجل، في النفس وما دونها)<sup>(٣)</sup>.

فهذان صحابيَّان جليلان، يريان أن دية المرأة تكون نصف دية الرجل، في النفس، وفي الجراحات، وهذا الرأي من الصحابين، لامجال للعقل إدراكهما، إذ يستحيل أن يقولوا هذا الرأي من عندهما دون أن يسمعا من الرسول صلى الله عليه وسلم.

(١) أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الديات، باب ما جاء في جراح المرأة: ج ٨ ص ٩٦، وأخرجه ابن عبد البر في الاستدكار، باب عقل المرأة: ج ٥ ص ٦١.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الديات، باب ما جاء في جراح المرأة: ج ٨ ص ٩٦، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه، باب متى تعاقل الرجل المرأة: ج ٩ ص ٣٩٧.

(٣) أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الديات، باب ما جاء في جراح المرأة: ج ٨ ص ٩٦، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار ج ١٢ ص ١٣٥.

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي \*

ط - وعن ابن أبي نجيج عن أبيه: (أن رجلاً أوطأ امرأة بمكة، ففُضِيَ فيها عثمان، رضي الله عنه، بثمانية آلاف درهم دية وثلاث<sup>(١)</sup>).

ووجه دلالة الأثر، أن الخليفة الراشد عثمان رضي الله عنه، أعطى لورثة المرأة نصف دية الرجل، وأعطاهم أيضاً ثلث دية تغليظاً لموتها في الحرم<sup>(٢)</sup>.

ي - وعن الشعبي، قال: (وكان ابن مسعود يقول: دية المرأة في الخطأ على النصف من دية الرجل)<sup>(٣)</sup>.

ووجه الاستدلال، أن الصحابي الجليل ابن مسعود، وهو من كبار فقهاء الصحابة، يرى أن دية المرأة نصف دية الرجل، وهو في حكم المرفوع إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، إذ لا مجال للعقل في إدراكه.

٨٩-٢- الإجماع:

للإجماع قوة النص، مادام ثابتاً ممن أصدره، ومنهم أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم. وكان لمحدثي فقهاء الإسلام أن يستندوا إلى هذا المصدر الرئيس في استنباط كثير من الأحكام.

ولقد استند أصحاب الاتجاه الأول إلى الإجماع كدليل نقلي، بأن الصحابة الكرام، ومن بعدهم من الفقهاء، أجمعوا على أن دية المرأة ما هي إلا على النصف من دية الرجل.

٩٠- وننقل فيما يلي نصوصاً عن المذاهب تؤكد ما يلي:

جاء في المغني: (قال ابن المنذر وابن عبد البر: أجمع أهل العلم على أن دية

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الديات، في جراحات الرجال والنساء: ج ٩ ص ٣٠٠، وأخرجه البيهقي في سننه، كتاب الديات، باب ما جاء في دية المرأة: ج ٨ ص ٩٥، وإسناده صحيح.

(٢) دية المرأة للشيخ أحمد المبارك: ص ٢٧.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، باب متى يعاقل الرجل المرأة: ج ٩ ص ٣٩٧.

المرأة نصف دية الرجل<sup>(١)</sup>.

وجاء في الاستذكار: (قال أبو عمر: أجمعوا على أن دية المرأة نصف دية الرجل)<sup>(٢)</sup>.

وفي مراتب الإجماع: (اتفقوا على أن أهل البادية مائة من الإبل، في نفس الحر المسلم المقتول خطأ، لا أكثر، ولا أقل، وأن في نفس الحرة المسلمة المقتولة منهم خمسين من الإبل)<sup>(٣)</sup>.

وفي بداية المجتهد: (أما دية المرأة، فإنهم اتفقوا على أنها النصف من دية الرجل في النفس فقط)<sup>(٤)</sup>.

٩١ - ١ - الأدلة الفنية:

بحث أصحاب الرأي الأول تعليل تنصيب الفقهاء لدية المرأة، واعتبارها على النصف من دية الرجل، فمنهم من ذهب إلى أن سبب التنصيب لدية المرأة، لنقص ملكيتها في النكاح، فإن ملكية النكاح للرجل وحده، ولاتملك المرأة منه شيئاً.

ويشير الإمام السرخسي صاحب كتاب، المبسوط من أئمة الفقه الحنفي، إلى هذا المعنى، وهو بصدد الحديث بدية الجنين، وأنه لا فرق بين الذكر والأنثى فيها، بخلاف دية المرأة: (نقول في الجنين، إنما قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، لأنه يتعذر الوقوف على صفة الذكورة والانوثة في الجنين، خصوصاً إذا لم يتم خلقه، ولأن الوجوب باعتبار قطع السر فقط، والذكر والأنثى في ذلك سواء، وها هنا الوجوب باعتبار صفة الملكية، وحال الأنثى على النصف من حال الذكر، فالذكر أهل

(١) المغني لابن قدامة: ج ٧ ص ٧٩٧.

(٢) الاستذكار لابن عبد البر: ج ٢٥ ص ٦٣.

(٣) مراتب الإجماع لابن حزم: ص ١٦٢، والإجماع لابن المنذر: ص ١٩٠. والإشراف على مذاهب

أهل العلم لابن المنذر: ج ٢ ص ١٣٩.

(٤) بداية المجتهد لابن رشد: ج ٢ ص ٥٠٦.

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي \*

لملكية النكاح والمال جميعاً، والآنثى أهل لملكية المال دون النكاح<sup>(١)</sup>.

٩٢- غير أن بعض فقهاء المذهب الحنفي، يعللون بأن المرأة أنقص حالاً من الرجل، ومنفعتاً أقل منه دائماً، فيما أن الدية تعويض عن المفقود، فيقتضي ذلك، أن يكون تعويض فقد المرأة أقل من تعويض فقد الرجل<sup>(٢)</sup>، فيقول المرغيناني في الهداية، بعدما ذكر أن دية المرأة نصف دية الرجل، معللاً ذلك: (بأن حالها [أي المرأة] أنقص من حال الرجل، ومنفعتاً أقل، وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف)<sup>(٣)</sup>.

٩٣- على أن أهم دليل فني يستند إليه أصحاب الرأي الأول، في سبب تنصيف دية المرأة، وكون عدم قابليتها لأن يكون لها دية كاملة، هو أن شهادة المرأة لدى جمهرة فقهاء الإسلام، على النصف من شهادة الرجل، وأن ميراثها الذي حددته الشريعة نصف الرجل، فكذا لا بد أن تكون ديتها نصف دية الرجل.

وإلى هذا المعنى، ألمح الفقيه القرطبي المالكي، في كتابه المذكور (الجامع لأحكام القرآن): (قال أبو عمر: إنما صارت ديتها - والله أعلم - على النصف من دية الرجل، من أجل أن لها نصف ميراث الرجل، وشهادة امرأتين بشهادة رجل)<sup>(٤)</sup>.

وأيضاً جاء هذا المعنى عند الفقيه الرازي: (وقد ذهب أكثر الفقهاء، أن دية المرأة نصف دية الرجل ..... حجة الفقهاء أن علياً، وعمر، وابن مسعود، قضوا بذلك، ولأن المرأة في الميراث والشهادة على النصف من الرجل، وكذلك في الدية)<sup>(٥)</sup>.

## (ج) الاعتراض على الرأي الأول:

٩٤- لم يكن مسلك الرأي الأول، المنصف لدية المرأة، بالمسلك المقبول عند أنصار الرأي الثاني، ونورد فيما يلي، اعتراضات أنصار الاتجاه (الرأي) الثاني على أدلة

(١) المبسوط للسرخسي: ج ٢٦ ص ٧٩، ٨٠، س ٢٣.

(٢) العقوبة للأستاذ أبو زهرة: ص ٥٧٢، وتفسير المناز: ج ٥ ص ٣٣٣.

(٣) الهداية للمرغيناني: ج ٤ ص ١٧٨.

(٤) تفسير القرطبي: ج ٥ ص ٣٢٥.

(٥) تفسير الرازي: ج ٩ ص ٢٣٣.

الرأي الأول، وترمي هذه الاعتراضات إلى نفي هذه الأدلة، في تنصيف دية المرأة.

٩٥- ١- الرد على الدليل النقلي:

٩٦- أ- دليل السنة:

تصدى للاعتراض على أدلة السنة: التي عول عليها أنصار الرأي الأول كثير من الباحثين العصريين، ومنهم الدكتور خالد رشيد الجميلي، والأستاذ الفقيه محمد أبو زهرة، والأستاذ المحقق الفقيه أحمد إبراهيم.

٩٧- قال الأول في توضيح قوة هذه الأحاديث التي استند إليها الرأي الأول: ( وبعد النظر إلى أدلة المذاهب، التي نصت على تنصيف دية المرأة لدية الرجل، تبين أن الحديث الواحد منها، هو حديث عمرو بن شعيب، وهذا الحديث لا يصح الاعتماد عليه، لأن البخاري لم يرو عن عمرو بن شعيب في صحيحه، ولأن عمرو بن شعيب إذا روى عن أبيه عن جده، فلا تقبل هذه الأحاديث عند المحدثين، وقد اعترض على صحته صاحب نصب الراية، ووجه اعتراضه: (قال صاحب التنقيح، وابن جريح حجازي، وإسماعيل بن عباس ضعيف في روايته عند الحجازيين).

أما رواية الإمام علي رضي الله عنه، فكانت موقوفة عليه، ومرفوعة للرسول صلى الله عليه وسلم، وجاء في نصب الراية: (قال المصنف رحمه الله: دية المرأة نصف دية الرجل، وروى هذا اللفظ موقوفاً على علي رضي الله عنه، ومرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم، قلت: أما الموقوف، فأخرجه البيهقي، عن إبراهيم، عن علي ابن أبي طالب، وقيل أنه منقطع، فإن إبراهيم لم يحدث عن أحد من الصحابة). أما حديث عمرو بن حزم، فقد اشرنا خلال هذا البحث انه لم ينص على تنصيف دية المرأة<sup>(١)</sup>.

٩٨- أما الأستاذ أبو زهرة فقد ذهب إلى أن هذه الأحاديث أخبار آحاد لا تقوى على نسخ الحكم القطعي من القرآن، الذي خصص للنفس سواء ذكراً أو أنثى دية كاملة:

(١) الدية وأحكامها للدكتور خالد الجميلي: ص ٣٧٦.

## ❖ دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي ❖

(والنصوص أكثرها أخبار آحاد، والتوفيق بينها ممكن، ولا يمكن ترجيح خبر على خبر، والآية صريحة في عموم أحكام الدية في القتل الخطأ، لأن الله تعالى يقول: ﴿فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة﴾ والنبي صلى الله عليه وسلم بين الدية بقضية عامة، وهي مائة من الإبل)<sup>(١)</sup>.

٩٩- غير أن الأستاذ المحقق العلامة أحمد إبراهيم، في كتابه النفيس الموسوم (أحكام المرأة)، بين أن هذه الآثار الواردة عن الصحابة الكرام، إنما هي محض اجتهاد منهم فيقول: (الظاهر أن قضاء علي، وعمر، وابن مسعود مبني على الاجتهاد، ومن ادعى بناءه على نص من كتاب، أو سنة صحيحة ثابتة فعليه الدليل)<sup>(٢)</sup>.

١٠٠- ب - الرد على دليل الإجماع:

اعترض أنصار الاتجاه الثاني، على هذا الإجماع، بأنه ليس إجماعاً بيانياً صريحاً، وإنما هو إجماع سكوتي، ذلك أن آراء الصحابة أعلنت من بعضهم، ولم ينكر سائرهم، فكان إجماعاً سكوتياً، وقد أنكر كثير من فقهاء الأصول حجية الإجماع السكوتي<sup>(٣)</sup>.

١٠١- ٢- الرد على الدليل الفني:

سبق أن أسلفنا، إلى أن الدليل الأهم، الذي عول عليه أصحاب الاتجاه الأول في تصنيفهم لدية المرأة، وخاصة الحنفية، هو كون نقصان ملكية المرأة في النكاح، ونشير هنا، إلى أنه مما يدعو إلى العجب، أن يعولوا على النقصان في ملكية المرأة للنكاح في تصنيف الدية، وفي الوقت ذاته، الذي يعترفون فيه بتسوية مركز الرجل والمرأة في القصاص، وأن الرجل يقتل بالمرأة، أي أن الأنوثة، ونقصان ملكيتها، لم يؤثر في حقها في القصاص من الرجل، أضف إلى أن الأصوليين لم يجعلوا

(١) العقوبة للأستاذ أبوزهرة: ص ٦٤٦.

(٢) أحكام المرأة للأستاذ أحمد إبراهيم: ص ١٠٠.

(٣) العقوبة لأبي زهرة: ص ٦٤٦، الإجماع للأستاذ علي عبدالرازق: ص ٧٣، أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى: ص ٣١٧، البرهان في أصول الفقه للجويني: ج ٢ ص ٦٩٩، إرشاد الفحول للشوكاني: ص ٨٤ أصول الأحكام الشرعية للدكتور يوسف قاسم: ص ١٦١.

## الأنوثة سبباً في نقص أهلية المرأة.

١٠٢- ومما استندوا إليه أيضاً، هو أن شهادتها وميراثها على النصف من شهادة وميراث الرجل، وقد تصدى لنقض هذا الدليل الفني، الذي عولوا عليه، كل من الأستاذ محمود شلتوت، والأستاذ محمد أبو زهرة.

جاء في كتاب (الإسلام عقيدة وشرعية):

(ولا يزال في الناس إلى يومنا هذا، من يرى أن إنسانية المرأة، أقل من إنسانية الرجل، وإنها لذلك، كانت في الميراث على النصف من ميراث الرجل، وكانت كذلك في الشهادة، ويقولون إن ذلك هو حكم الإسلام، وقد قرره القرآن ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِي﴾<sup>(١)</sup>، (فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان)<sup>(٢)</sup>).

والحق، أن حكم المرأة في الميراث، ليس مبنيًا، على أن إنسانيتها أقل من إنسانية الرجل، وإنما هو مبني على أساس آخر قضت به طبيعة المرأة في الحياة العامة، وكان من مقتضاه: أن يتحمل الرجل نفقات الأسرة، من زوجة، وبنين، وأقارب، وأن يتحمل كذلك المهر، الذي يقدمه للمرأة عنواناً على رغبته فيها، وبذلك ما يحب في سبيل الاقتران بها، وأن تحتل المرأة تدبير البيت، وشؤون الحمل والوضع، والتفرغ لحضانة الأطفال، والقيام على أمرهم.

وفي ظل هذا الأساس، نرى بالموازنة بين نصيب الرجل والمرأة، أن المرأة أسعد حظاً من الرجل في نظر الإسلام: أوجب لها مهراً لا حد لأكثره: ﴿وَأَتَيْتُمُ امْرَأَتَكُمْ تَقْتَاراً فَلَا تُلْغُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾<sup>(٣)</sup>. وأوجب لها على الرجل نفقتها وكسوتها، وجميع ما تحتاج إليه بالمعروف لبيئتها، حتى أوجب الخادمة والخادمتين: ﴿لِيَنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾<sup>(٤)</sup>. وأوجب لها إذا ما طلقت نفقة العدة، على ما وجبت لها في حياتها

(١) سورة النساء من الآية ١١.

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٨٢.

(٣) سورة النساء من الآية ٢٠.

(٤) سورة الطلاق من الآية ٧.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي •

الزوجية، وأوجب لها (المتعة)، وهي ما يبذله لها الرجل بعد طلاقها غير نفقة العدة، مما تحفظ به نفسها، وكيانها: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين﴾<sup>(١)</sup>.

أما الرجل فهو كما قلنا، مطالب بنفقته على نفسه وأولاده، وعليها، وعلى نواثب الحياة كلها، التي تنشأ من مكافحته لها، ثم على والديه، وأقاربه إذا كانوا ضعافاً، أو فقراء.

وإذن، فبماذا يمتاز الرجل عنها؟ الرجل مطالب بكل شيء، والمرأة لاتطالب بشيء، فما أسعدها وما أشقاه!.

هذا هو الأساس الذي بنى عليه الإسلام، أن المرأة تكون في الميراث على النصف من الرجل، وواضح جداً، أن وضعهما في الميراث، لاعلاقة له بالإنسانية التي يشتركان فيها على حد سواء، وإذا فمن خطأ النظر، أن تقاس الدية في مقدارها للرجل والمرأة على الميراث).

١٠٣- ويمضى الإمام شلتوت في نحض الدليل الفني، الذي استند إليه منصفو دية المرأة، في دعم دعواهم، وأظهر إلى مدى كبير الغلط في قياس الدية على الشهادة.

(وليس قياس الدية على الشهادة، أقوى من قياسها على الميراث، فإن قوله تعالى: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾<sup>(٢)</sup>، ليس وارداً في مقام الشهادة التي يقضي بها القاضي، ويحكم، وإنما هو وارد في مقام الإرشاد إلى طريق الاستيثاق، والاطمئنان على الحقوق بين المتعاملين وقت التعامل: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولاياب كاتب أن يكتب كما علمه الله﴾ إلى أن قال: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾<sup>(٣)</sup>، فالمقام مقام استيثاق على الحقوق لا مقام قضاء بها.

والآية ترشد إلى أفضل أنواع الاستيثاق، الذي تطمئن إليه نفوس المتعاملين على حقوقهما.

(١) سورة البقرة الآية ٢٤١.

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٨٢.

(٣) سورة البقرة من الآية ٢٨٢.

وليس معنى هذا، أن شهادة المرأة الواحدة، أو شهادة النساء اللاتي ليس معهن رجل، لا يثبت بها الحق، ولا يحكم بها القاضي، فإن أقصى ما يطلبه القضاء هو (البينة) وقد حقق العلامة ابن القيم، أن البينة في الشرع أعم من الشهادة، ومن ذلك، كل ما يتبين به الحق ويظهره، هو بينة يقضي بها القاضي ويحكم، ومن ذلك، يحكم القاضي بالقرائن القطعية، ويحكم بشهادة غير المسلم، متى وثق بها واطمأن إليها، واعتبار المراتين في الاستيثاق، كالرجل الواحد، ليس لضعف عقل المرأة الذي يتبع نقص إنسانيتها، ويكون أثراً له، وإنما هو لأن المرأة - كما قال الأستاذ الشيخ محمد عبده: (ليس من شأنها الاشتغال بالمعاملات المالية، ونحوها من المعاوزات، ومن هنا تكون ذاكرتها فيها ضعيفة، ولاتكون كذلك في الأمور المنزلية، التي هو شغلها، فإنها فيها أقوى ذاكرة من الرجل، ومن طبع البشر عامة، أن يقوى تذكرهم للأمور التي تهمهم، ويمارسونها، ويكثر اشتغالهم بها).

والآية جاءت على ما كان مألوفاً في شأن المرأة، ولا يزال أكثر النساء كذلك، لا يشهدن مجالس المداينات، ولا يشتغلن بأسواق المعاملات، واشتغال بعضهن لا ينافي هذا الأصل، الذي تقضي به طبيعتها في الحياة، إذا كانت الآية ترشد إلى أكمل وجوه الاستيثاق، وكان المتعاملون في بيعة يغلب فيها اشتغال النساء بالمبيعات، وحضور مجالس المداينات، كان لهم الحق في الاستيثاق بالمرأة، على نحو الاستيثاق بالرجل، متى اطمأنوا إلى تذكرها، وعدم نسيانها، على نحو تذكر الرجل، وعدم نسيانه<sup>(١)</sup>.

١٠٤ - وأدلى الأستاذ الفقيه محمد أبو زهرة في كتابه النفيس (العقوبة) بأدلة هي في غاية السداد والإحكام، في دحض التعليل الفني التي استنده أصحاب الرأي الأول لدعم رأيهم. إذ يقول الأستاذ في رده على فقيه الحنابلة (ابن قدامة):

(ونرى من هذا النظر أنه نظر [أي ابن قدامة] إلى المالية، ولم ينظر إلى الأدمية، وإلى جانب الزجر للجاني، والحقيقة أن النظر في العقوبة إلى قوة الإجماع في نفس المجرم، ومعنى الاعتداء على النفس الإنسانية، وهي قدر مشترك عند الجميع، لا يختلف باختلاف النوع، فالدية في ذاتها عقوبة للجاني، وتعويض لأولياء المجني

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي \*

عليه، أو له هو ذاته إذا كان ذلك في الأطراف، وعلى ذلك ينبغي أن تكون دية المرأة كدية الرجل على سواء، إذ هي عقوبة الدماء، ولأن المعتدي بقتل امرأة كالمعتدي بقتل رجل سواء<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### الرأي الثاني: دية المرأة تساوي دية الرجل

١٠٥- رأينا سابقاً، أن المذاهب الفقهية الإسلامية، قد انتهت إلى أن المرأة، أو ورثتها، يستحقون دية، في مقدارها هي نصف دية الرجل، بالجناية عليها، ورأينا كيف أنهم حشدوا أدلتهم النقلية والفنية في دعم دعواهم، وسنرى فيما يلي، أنه على النقيض من ذلك، فقد ذهب الظاهرية وبعض فقهاء المعتزلة، وجمهرة كاثرة من الفقهاء العصريين<sup>(٢)</sup>، بالتوسعة في دية المرأة، واعتبارها مثل دية الرجل.

وسننقل في هذا المطلب، النصوص الفقهية للفقهاء، كما سنتحدث عن أدلتهم النقلية والفنية واعتراضات الرأي الأول على أدلتهم.

#### (١) النصوص الفقهية للمذاهب:

١٠٦- ننقل فيما يلي نصوصاً من المذهب الظاهري، ومذهب ابن علية الأصم، والفقهاء العصريين.

١٠٧- ١- المذهب الظاهري:

لم نجد نصاً صريحاً في المذهب الظاهري، يرمي إلى تنصيف دية المرأة، وإنما هي إشارات المح إليهما الفقيه ابن حزم الظاهري، في موسوعته النفيسة (المحلى)، وهو يتحدث عن إفضاء المرأة، ومذاهب فقهاء الأمصار في ذلك.

فقد جاء في المحلى: (وأما نحن: فنقول: إن كان ذلك [أي إفضاء الرجل المرأة] وقع منه في زوجية من غير قصد، فعاشت وبرئت، فلا شيء في ذلك، لانه مخطيء، وقد أباح الله تعالى له وطء زوجته، فلم يتعد حدود الله في ذلك، وإن كان فعل ذلك عامداً وهو يدري أنها لاتحمل، أو فعل بامة كذلك، أو بأجنبية فعليه القصاص، ويفتق

(١) العقوبة للاستاذ أبو زهرة: ٦٤٦.

(٢) ضمان العدوان في الفقه الإسلامي للدكتور محمد سراج: ص ٣٥٩، المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة للدكتور بدر جاسم: ص ١٩٨، فلسفة العقوبة للدكتور فكري أحمد: ص ٢٩٠، دية المرأة وأهل الكتاب في شريعة الإسلام للاستاذ عز الدين بليق: ص ٢١، الحدود في الشريعة الإسلامية للدكتور عبدالحليم العويس: ص ٧١.

منه بحديد مقدار ما فتق منها، متعدياً، وعليه في الأجنبية مع ذلك الحد، ولا غرامة في شيء من ذلك أصلاً، إلا أن فعل ذلك مخطئاً فماتت فالدية كاملة لأنها نفس<sup>(١)</sup>.  
١٠٨- ٢- مذهب الأصم وابن علي:

لم نطلع على مؤلفات الفقيهين من المعتزلة، وإنما وردت آراؤهما في كتب فقهاء المذاهب الإسلامية.

فقد جاء في المغني: (أجمع أهل العلم على أن دية المرأة، نصف دية الرجل، وحكى غيرهما: عن ابن علي<sup>(٢)</sup> والأصم<sup>(٣)</sup>)، أنهما قالوا: ديتها كدية الرجل، لقوله عليه الصلاة والسلام: (وفي نفس المؤمن مائة من الإبل)<sup>(٤)</sup>.

وفي تفسير الفخر الرازي: (مذهب أكثر الفقهاء، أن دية المرأة نصف دية الرجل، وقال الأصم وابن علي: ديتها مثل دية الرجل، حجة الفقهاء: أن علياً، وعمر، وابن مسعود، قضوا بذلك، ولأن المرأة في الميراث، والشهادة على النصف من الرجل، وحجة الأصم قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾، وأجمعوا على أن هذه الآية، دخل فيها حكم الرجل والمرأة، فوجب أن يكون الحكم فيها ثابتاً بالسوية<sup>(٥)</sup>).

(١) المحلى لابن حزم: ج ١٠ ص ٤٥٦ وفي النفس شيء من هذا النص، ومن تأويلنا لقصد ابن حزم، في العبارة: (فماتت فالدية كاملة لأنها نفس)، ذلك لأن ابن حزم في موضع آخر، وهو يتحدث عن دية أصابع المرأة، ادعى الإجماع على أنها نصف دية الرجل، فمن المحتمل قصد ابن حزم (الدية لأنها نفس) أي وجوب دية المرأة على المفضي لها، وأدى ذلك لموتها، لأنها نفس فوجب ديتها، خلافاً لمن ذكرهم ابن حزم أنه لا دية لها. (المحلى: ج ١٠ ص ٤٤٠).

(٢) ابن علي: قال عنه خير الدين الزركلي هو: (إبراهيم بن إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم الأسدي، أبو إسحاق بن علي: من رجال الحديث. مصري. كان جهيمياً، يقول بخلق القرآن. قال ابن عبد البر: له شذوذ كثير، ومذاهبه عند أهل السنة مهجورة. جرت له مع الإمام الشافعي مناظرات. وله مصنفات في الفقه، شبيهة بالجدل. منها "الرد على مالك" نقضه عليه أبو جعفر الأبهري. توفي ببغداد وقيل بمصر، ولد سنة ١٥١هـ - وتوفي سنة ٢١٨هـ). انظر: الأعلام للزركلي ج ١ ص ٣٢. (المجلة).

(٣) الأصم: قال عنه خير الدين الزركلي هو: (عثمان بن أبي عبد الله بن أحمد أبو عبد الله، قاضٍ من فقهاء الإباضية. توفي سنة ٦٣١هـ) انظر: الأعلام للزركلي ٢٠٨/٤.

وقد ورد في حكم المحكمة الاتحادية العليا أن الرجلين من أهل الاعتزال، الأول: ابن علي الذي قال فيه الشافعي: (ضال يضل الناس) وقال فيه الإمام أحمد بن حنبل: (ضال مضل). والثاني أبوبكر الأصم الذي خالف رأي أئمة المسلمين بقوله بخلق القرآن. انظر صفحة ٢٠٢ من هذا البحث (المجلة).

(٤) المغني لابن قدامة: ج ٧ ص ٧٩٧.

(٥) تفسير الفخر الرازي: ج ١٠ ص ٢٣٣.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي •

١٠٩-٣- مذهب الفقهاء العصريين:

جاء في الإسلام عقيدة وشريعة: (ولإذا كانت إنسانية المرأة من إنسانية الرجل، ودمها من دمه، والرجل من المرأة، والمرأة من الرجل، وكان القصاص هو الحكم بينهما في الاعتداء على النفس، وكانت جهنم والخلود فيها، وغضب الله ولعنته، هو الجزاء الأخروي في قتل المرأة، كما هو الجزاء الأخروي في قتل الرجل، فإن الآية في قتل المرأة خطأ، هي الآية في قتل الرجل خطأ).

ونحن ما دمنا نستقي الأحكام أولاً من القرآن، فعبارة القرآن في الدية عامة مطلقة، لم تخص الرجل بشيء منها عن المرأة: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾، وهو واضح في أنه لا فرق في وجوب الدية بالقتل الخطأ، بين الذكر والأنثى.

نعم، اختلف العلماء في مقدار الدية، أهو واحد في الرجل والمرأة، أو ديتها على النصف من دية الرجل؟

وقد ذكر الإمام الرازي الرأيين في تفسيره الكبير، فقال: مذهب أكثر الفقهاء أن دية المرأة نصف دية الرجل، وقال الأصم وابن علي: ديتها مثل دية الرجل. وحجة الأكثر من الفقهاء، أن علياً، وعمر، وابن مسعود، قضوا بذلك، وأن المرأة في الميراث والشهادة على النصف من الرجل فيهما، فكذا تكون على النصف في الدية.

وحجة الأصم قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾، وأجمعوا إلى أن هذه الآية، دخل فيها حكم الرجل والمرأة، فوجب أن يكون الحكم فيهما ثابتاً بالسوية<sup>(١)</sup>.

وجاء في أحكام المرأة في الشريعة الإسلامية، للأستاذ المحقق أحمد إبراهيم: (أما بالنسبة للدية، وهي الجزاء المالي الذي يصار إليه إذا سقط القصاص لسبب ما، مع ثبوت جريمة القتل على ما سيأتي، فمذهب الجمهور: هو الفرق بين الرجل والمرأة في الدية، فقد جعلوا دية المرأة على النصف من دية الرجل، وخالفهم في ذلك أبو بكر الأصم وابن علي، إذ جعلوا دية المرأة كدية الرجل تماماً).

وحجة الجمهور: أن علياً، وعمر، وابن مسعود قضوا بذلك ولأن المرأة في الميراث على النصف من الرجل، فكذا في الدية.

(١) الإسلام عقيدة وشريعة للأستاذ محمود شلتوت: ٢٦٠.

وحجة الفريق الآخر: قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾، وأجمعوا على أن هذه الآية دخل فيها حكم الرجل والمرأة، فوجب أن يكون الحكم فيهما ثابتاً بالسوية.

أقول: أولاً: الظاهر أن قضاء علي، وعمر، وابن مسعود مبني على الاجتهاد، ومن ادعى بناءه على نص من كتاب، أو سنة صحيحة ثابتة فعليه الدليل.

ثانياً: قياس دية المرأة على نصيبها من الميراث قياس مع الفارق، فدية المرأة جزاء جنائية على نفس كاملة، لافرق بينها وبين نفس الرجل، كيف وكلاهما أمام التكاليف الشرعية سواء؟ ونصيب المرأة من الميراث مراعى فيه قدر ما يكفيها. فكيف يقاس أحدهما على الآخر؟ على أن كون نصيب المرأة على النصف من نصيب الرجل في الميراث، ليس على عمومه.

ومما أوردناه هنا، يخرج لنا قول لبعض فقهاء الشريعة، وهو أنه لافرق بين الرجل والمرأة في حكم الجنائية على كل متهما، لا من حيث الجزاء البدني وهو ما ذهب إليه الجمهور، ولا من حيث الجزاء المالي، وهو ما ذهب إليه الأصم وابن عليه<sup>(١)</sup>.

وفي العقوبة في الفقه الإسلامي: (ينبغي أن تكون دية المرأة كدية الرجل على سواء بسواء، إذ هي عقوبة الدماء ولأن المعتدي بقتل امرأة، كالمعتدي بقتل رجل على سواء).

ولذلك، نرجح كلام أبي بكر الأصم، والنصوص أكثرها أخبار آحاد، والتوفيق بينها ممكن، ولا يمكن ترجيح خبر على خبر، والآية صريحة في عموم أحكام الدية في القتل الخطأ، لأن الله تعالى يقول: ﴿ودية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة﴾، والنبي صلى الله عليه وسلم بين الدية بقضية عامة، وهي مائة من الإبل<sup>(٢)</sup>.

### (ب) أدلة الرأي الثاني:

١١٠- كما استند أنصار الرأي الأول، في دعم اتجاههم: بأن دية المرأة نصف دية الرجل، إلى أدلة نقلية وفنية، استند أيضاً أصحاب الاتجاه الثاني، إلى أدلة نقلية

(١) لحكام المرأة للأستاذ أحمد إبراهيم: ص ١٠٠.

(٢) العقوبة في الفقه الإسلامي للأستاذ محمد أبو زهرة: ص ٥٧٣.

وفنية في أنه لا فرق بين الرجل والمرأة في الدية.

١١١- ١- الأدلة النقلية:

تنقسم الأدلة النقلية، إلى أدلة من الكتاب، وأدلة من السنة، وتكاد تتلخص هذه الأدلة النقلية، في أن الشارع الحكيم حين بين الديات، سواء في القرآن أو في السنة النبوية المطهرة، بينها عامة مطلقة، ولم يفرق بين الرجل والمرأة، ولم يخص أحدهما بشيء من التمييز.

١١٢- ١- الدليل القرآني:

تمسك أنصار الاتجاه الموسع، القائلين بتسوية مركز المرأة بالرجل في الدية، بالآية القرآنية الوحيدة، التي تحدثت عن دية القتل الخطأ، وأن هذه الآية جاءت عامة ومطلقة في دية النفس.

قال الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً، وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مَسْلُومَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾<sup>(١)</sup>.

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة، أن الله عز وجل أوجب الدية في هذه الآية، بالجناية على النفس المؤمنة خطأ، ولم تفرق الآية بين الرجل والمرأة، بل ساوت مراكزهم من حيث الدية، إذ أن الآية كما يقول فقهاء الشريعة جاءت عامة ومطلقة في إيجاب الدية، بقتل هذه النفس المحرم قتلها، سواء كان المقتول رجلاً أو امرأة.

ثم إن هذه الآية، أجمع الفقهاء أنه نخل فيها حكم الرجل والمرأة، فوجب أن يكون الحكم فيها ثابتاً بالسوية.

١١٣- ب - دليل السنة:

كما جاء القرآن الكريم ببيان الدية بشكل عام ومطلق، مساوياً المرأة بالرجل في الدية إذا قتلت هذه النفس المحرم الاعتداء عليها، كذا جاءت السنة النبوية الشريفة، بأحاديث عامة في الدية، دون أن تفرق بين المتماثلين الرجل والمرأة.

(١) سورة النساء من الآية ٩٢.

١١٤- فقد ذكر أهل السنن، كتاب آل عمرو بن حزم، الذي بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى أهل اليمن، وجاء فيه تفصيل الفرائض والسنن والديات، وكان من ضمن ما جاء في هذا الكتاب الذي تلقاه العلماء بالقبول والعمل به: (وأن في النفس الدية، مائة من الإبل)<sup>(١)</sup>.

وجه الاستدلال من هذا الحديث، أن الرسول صلى الله عليه وسلم، بين مقادير الدية كاملة، في الأعضاء والنفس، وأنواعها، ولم يرد في هذا الحديث ذكر التفرقة بين الرجل والمرأة في دية النفس، أو الأعضاء، وإلا كان بينه النبي صلى الله عليه وسلم، بل المستفاد من كلمة النفس، أنها تشمل الرجل والمرأة، الصغير والكبير، الذكر والأنثى.

١١٥- كما أن أصحاب هذا الرأي، دعموا دعواهم بالإضافة إلى كتاب عمرو بن حزم، بورود أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم، في بيان مقدار دية القتل الخطأ، دون تفرقة بين الرجل والمرأة، وهذه الأحاديث متواترة في هذا السياق.

كالحديث الذي أخرجه أبوداود، عن النبي صلى الله عليه وسلم: (إن في قتل خطأ شبه العمد، ما كان بالسوط، والعصا، مائة من الإبل)<sup>(٢)</sup>.

والحديث الذي رواه البخاري، أنه: (اقتتل امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فقتلتها وما في بطنها، ف قضى النبي صلى الله عليه وسلم، أن دية جنيثها عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها)<sup>(٣)</sup>.

فهذان الحديثان يؤكدان، أنه لا فرق بين دية الرجل والمرأة، وأن النقل تواتر في سنة الرسول صلى الله عليه وسلم بالدية للمقتول، دونما تفصيل بين ذكر أو أنثى، وأنه في الحديث الذي رواه البخاري، لو أن النبي عليه الصلاة والسلام، قضى للمرأة بنصف دية الرجل، لبلغنا ذلك، ولكنه قضى لها بدية، والدية هي مائة من الإبل.

(١) أخرجه النسائي في سننه، وأخرجه مالك في الموطأ، كتاب الديات: ج ٣ ص ٥. (ن ف ٣١).  
(٢) أخرجه أبوداود في سننه، كتاب الديات، باب دية الخطأ شبه العمد: ج ٤ ص ٦٨٣، ح: ٤٥٤٧، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الديات، باب دية شبه العمد مغلفة: ج ٢ ص ٨٧٧، حديث ٢٦٢٨.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب جنين المرأة: ج ٩ ص ٢٠.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي •

١١٦- ومما سبق من الأحاديث، يلاحظ أن مقدار الدية متساو لجميع المسلمين، لافرق بين العالم والجاهل، وصاحب المهن العالية وغيرها، ولابين الشريف والضعيف، بل الكل أمام الخالق عز وجل سواسية كأسنان المشط، وفي حق الحياة سواسية.

فالنفس البشرية واحدة، ولاختلاف بينهم في مقدار التعويض، ولذلك حددها الرسول صلى الله عليه وسلم حداً واحداً، لافرق بين أحد من الناس.

هذا، وأن ظاهر حديث (أن في النفس) عام، ومطلق، لايفرق بين دية المرأة، ودية الرجل، فإنه صلى الله عليه وسلم ذكر الدية عامة، والعام يفهم على عمومته، حتى يوجد دليل يخصصه، أو أريد بالعموم الخصوص<sup>(١)</sup>.

### ١١٧ - ٢- الأدلة الفنية:

تتاول أصحاب هذا الرأي، نقدهم لتصنيف دية المرأة، وأنه لاوجه لقياس دية المرأة على ميراث دية الرجل، وأنه قياس مع الفارق.

وإذا كان لا بد من القياس، فلماذا لا يقيس أنصار الاتجاه الأول، على مسألة القصاص في النفس بين المرأة والرجل، إذ كل منهما يقتل بالآخر، وكلاهما أمام التكاليف الشرعية سواء.

فإنسانية المرأة مثل إنسانية الرجل، ودمها مثل دمه، وفي القصاص، هو الحكم الإلهي بينهما، في الاعتداء على النفس، فلماذا لا تكون الدية بينهما كذلك؟ والآية في قتل المرأة خطأ، هي الآية في قتل الرجل خطأ<sup>(٢)</sup>.

١١٨- ويورد الأستاذ أبو زهرة تعليلاً آخر، للتسوية بين الرجل والمرأة في الدية، على أساس الأدمية، بعد أن عقب على رأي الفقيه ابن قدامة:

(ونحن من هذا النظر، أنه نظر إلى المالية، ولم ينظر إلى الأدمية، وإلى جانب الزجر

(١) العقوبة للأستاذ أبو زهرة: ص ٥٧٢.

(٢) الإسلام عقيدة وشريعة: ص ٢٦٠.

للجاني، والحقيقة أن النظر في العقوبة إلى قوة الإجماع في نفس المجرم، ومعنى الاعتداء على النفس البشرية، وهي قدر مشترك عند الجميع، لا يختلف باختلاف النوع<sup>(١)</sup>.

(ج) الاعتراض على الرأي الثاني:

١١٩- نازع أصحاب الاتجاه الأول، أصحاب الاتجاه الثاني، في مسلكتهم بمساواة دية المرأة بالرجل، وفندوا دعواهم على النحو الآتي:

١٢٠- ١- الرد على الدليل النقلي:

نازع فقهاء المذاهب الفقهية، المؤيدون لعدم مساواة المرأة بالرجل في الدية، في صلوح أدلة القرآن والسنة، لدعم دعوى أنصار الرأي الموسع، الذاهب لعدم التفرقة بين الرجل والمرأة في مراكزهم الشرعية بالنسبة للدية.

ويقول هؤلاء الفقهاء أن الآيات والأحاديث الواردة في بيان دية النفس، وأنها مائة من الأبل، قد جاءت عامة، تشمل الذكر والأنثى، سواء في آية سورة النساء، أو في كتاب آل عمرو بن حزم، بيد أن هذه الآية، والأحاديث الأخرى، قد جاءت أدلة من السنة تخصصها، وذلك كحديث معاذ بن جبل في تنصيف دية المرأة، وحديث عمرو ابن حزم، الذي بين العلامة ابن قدامة من الحنابلة، أنه ورد فيه تنصيف دية المرأة، فهو مخصص للفقرة الأولى من حديث كتاب عمرو بن حزم، فضلاً عن الصحابة الكرام، عمر وعثمان، وعلي قضوا بتنصيف دية المرأة، وفعل هؤلاء الصحابة، وقولهم، يعتبر في مرتبة الحديث المرفوع، إذا كان لا مجال للعقل في إدراكه، فوجب قبوله<sup>(٢)</sup>.

١٢١- ٢- الرد على الدليل الفني:

لم يجد الفقهاء في تعليل أصحاب الرأي الثاني، بالأكدمية، وإنسانية المرأة، وزجر الجاني، ما يكفي لدعم وجهة نظرهم، في مساواة المرأة بالرجل في الدية.

(١) العقوبة لأبي زهرة: ص ٥٧٣، وتدوين السنة للإستاذ إبراهيم فوزي: ص ٢٧٧.

(٢) دية المرأة للشيخ أحمد عبدالعزيز: ص ٢٤ وما بعدها.

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي \*

فيقول الشيخ أحمد المبارك، في رده على هذين التعليلين:

(إن الأدمية، واشتراك الناس فيها، ليست أساساً في إصدار الأحكام، بل إن النوع من حيث هو نوع، له أحكام تخصه، فالذكورة مشترطة في كثير من المواطن في الفقه الإسلامي، في إمامة الصلاة للذكور وفي الولاية العامة، وفي غيرهما.

ولا يوسع المسلم إلا قبول ما جاء من عند الله ورسوله، وفي باب الدية نفسها، عدد الله أحكام الدية ونوعها، تبعاً للصفة التي يكون عليها المقتول خطأ، ففي قوله تعالى: ﴿فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة﴾<sup>(١)</sup>، ورتب الخلود في جهنم على قاتل المؤمن متعمداً، بخلاف قاتل الكافر متعمداً، مع اشتراك كل من هؤلاء في الأدمية قال تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾<sup>(٢)</sup>.

فهذه التفرقة القرآنية المنزلة من الله سبحانه وتعالى، تبين أن العقاب على من يقتل خطأ أو عمداً، إذا كان المقتول مؤمناً، أو غير مؤمن، تعتبر مؤشراً واضحاً، على أن الأدمية من حيث هي، لاتصح في الإسلام أساساً للقول بمساواة العقوبة على القاتل خطأ، بدون تفرقة بين المجني عليه من ذكورة وأنوثة).

١٢٢- ويمضي الأستاذ أحمد عبدالعزيز المبارك، في تنفيذ التعليل الثاني:

(أما التعليل الثاني، فهو يلاحظ عندما تقع جريمة القتل عمداً، والأصل فيها القصاص من الجاني، وسواء أكان المقتول ذكراً أو أنثى، إلا أن يعفوا أهل المجني عليه، ويطالبوا بالدية، والذي يقتل متعمداً، هو الذي ينبغي أن يلاحظ في العقوبة المقررة عليه، ودعه، وزجره، واستئصال روح الجريمة من المجتمع، بالعقوبة الرادعة الزاجرة لامثاله، ولكن في القتل الخطأ، فإن القاتل لا يقدم على الجريمة باعتبار أن المجني عليه أنثى، وأن العقوبة ستكون خفيفة، ولذا فلا بأس من الإقدام عليها، وإنما تقع منه خطأ)<sup>(٣)</sup>.

(١) سورة النساء من الآية ٩٢.

(٢) سورة النساء من الآية ٩٣.

(٣) دية المرأة في الفقه الإسلامي للشيخ أحمد عبدالعزيز المبارك: ص ٣٩ وما بعدها.

## المطلب الثالث

### تقدير أدلة الفريقين

١٢٣- بعد أن استعرضنا أدلة الفريقين، في مسألة دية المرأة، ومدى مساواتها بدية الرجل، نستطيع أن ندلي بدلونا في هذا الموضوع الشائك وأن نرجح ما يظهر لنا أنه أقرب إلى الصواب لظهور دليله وقوة حجته.

لكن قبل أن نعطي رأياً في المسألة، ونحاز إلى أي الاتجاهين، نقدم لرأينا بمقدمتين تمهيداً لبيان رأينا.

١٢٤- أ- المقدمة الأولى: حجية الإجماع السكوتي:

تنازع مجتهدو الإسلام في مدى حجية الإجماع السكوتي، وننقل فيما يلي تلخيصاً للدكتور معروف الدواليبي، في بيان آراء الأصوليين في حجية الإجماع السكوتي.

(وأما الإمام الشافعي، فقد أخذ بالإجماع تبعاً لمفهومه الذاتي، كما شرحناه آنفاً، وهو عبارة عن اتفاق العالمين في كل الأمصار.

وفوق ذلك، فإن الشافعي لم ير من الإجماع إلا ما كان قولياً، أي أنه لم ير الإجماع السكوتي، وهو أن يذهب واحد من أهل الاجتهاد إلى رأي، ويعرف في عصر، ولا ينكره عليه منكر، لأن الشافعي يشترط في الإجماع، أن ينقل عن كل عالم رأيه في الأمر، وأن تتفق الآراء جميعاً في هذا الأمر، ويحتج لذلك بقاعدة فقهية هي (لا ينسب لساكت قول).

١٢٥- ويتضح من ذلك، أن الشافعي تشدد كثيراً في شروط الإجماع، على خلاف أستاذه مالك، فبينما أخذ مالك بالإجماع الواقعي المعروف في عهد كبار الصحابة، وهو إجماع أهل المدينة، نرى أن الشافعي لا يرى ذلك إجماعاً، ما لم يكن إجماع جميع العلماء في جميع الأمصار، وما لم يكن قولياً كما أسلفنا، وفي ذلك من الصعوبة، ما يتعذر معها وقوع الإجماع.

١٢٦- لذلك يقول الشافعي رداً على أستاذه مالك: (لست أقول، ولا أحد من أهل العلم،

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي \*

هذا مجتمع عليه، إلا لما لا تلقى عالماً أبداً إلا قاله لك، وحكاة عن قبله، كالظهر أربع، وكبحريم الخمر، وما أشبه ذلك).

ويقول أيضاً: (أنه لم يدع الإجماع فيما سوى جمل الفرائض التي كلفتها العامة أحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا عالم علمته على ظهر الأرض، ولا أحد نسبته العامة إلى العلم، إلا حيناً من الزمان)، لأنه سرعان ما يتبين له: أن قولاً غيره قد قيل فيه.

وبناء على هذا، فإن الشافعي رغم قوله بالإجماع كأصل من أصول الشريعة، قد أنكر وقوع الإجماع إلا في جمل من الفرائض.

وبعبارة أوضح، أن الشافعي الذي أقر بالإجماع كأصل من أصول الشريعة، قد اعترف بوقوعه فيما سميناه بالإجماع النقلي عند مالك، وذلك في قليل من جمل الفرائض.

غير أنه لم يعترف بوقوعه في الإجماع الاجتهادي المستنبط من الرأي، بعد أن كثرت الأمصار عند المسلمين، وتفرق العلماء فيها، وأصبح من المتعذرات اتفاقهم جميعاً على اجتهاد واحد فيما يجد من الحوادث، ويكون للاجتهاد فيها دخل. وأما الإمام أحمد بن حنبل، فهو على التحقيق يذهب في الإجماع مذهب أستاذه الشافعي، وقد شرحناه.

١٢٧- وأما الأحناف في ذلك، فقد ذهبوا كالشافعي من جهة الإجماع، إنما هو اتفاق جميع العالمين من الأمة في زمن على ما مر من الأمور

غير أن الأحناف خالفوا الشافعي، وسهلوا أمر الإجماع وذلك بأخذهم بالإجماع السكوتي، إلى جانب الإجماع القولي<sup>(١)</sup>.

(١) أصول الفقه للدكتور الدواليبي، ص ٣٢٣ وما بعدها، ن: أصول الفقه للشيخ محمد الخضري: ص ٣١٩، والإجماع لأحمد حمد: ص ٨٥، وأصول الأحكام الشرعية لاستاذنا يوسف قاسم: ص ١٦١.

١٢٨- ب - المقدمة الثانية: الموازنة بين أدلة الفريقين:

إن الممعن في أدلة الفريقين من أصحاب الاتجاهين، يرى أنهم لم يعتمدوا في رأيهم، على دليل صريح قاطع من القرآن الكريم، والسنة النبوية، يذهب إلى أن دية المرأة نصف دية الرجل، أو أن يعطي المرأة الدية الكاملة كشقيقها الرجل.

بيد أن الثابت مما استعرضناه من أدلة الفريقين آنفاً، وجود أقوال وقضاء للصحابة الكرام، عمر، وعثمان، وعلي، وابن مسعود، وزيد، تنحو منحى تنصيف دية المرأة.

فهل هذا القول القضاء من الصحابة الكرام، حكم سمعوه من الرسول صلى الله عليه وسلم، فيأخذ حكم المرفوع إليه، أم اجتهدوا ذهبوا إليه؟ هذا ما سنحققه في بند رأينا الخاص.

١٢٩- رأينا:

إذا كان الإمام (مالك) رضي الله عنه، قد أطلق كلمته الخالدة الداوية في أذان الأجيال العلمية المتعاقبة، حين قال: (كل واحد منا يرد، ويرد عليه إلا صاحب هذا القبر)<sup>(١)</sup>. مشيراً إلى قبر النبي صلى الله عليه وسلم، فإن لنا أن نناقش أئمتنا الكبار - مع عظيم تقديرنا لمكانتهم الفقهية - وأن ننازعهم الرأي في آرائهم الاجتهادية. فاقول:

١٣٠- إنني أميل إلى الرأي الثاني لقوة مبناه. ولعل قوة مبنى هذا الرأي، تعود إلى تعويله على نص القرآن الكريم، والسنة النبوية، من جهة، وهما عماد الخيمة في هذه المسألة: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾. فهذه الآية في قتل الرجل خطأ، هي الآية نفسها في قتل المرأة خطأ، وآية القرآن الكريم في الدية عامة مطلقة، لم تخصص الرجل بمزية أكبر من المرأة، فلا فرق في وجوب الدية في الخطأ بين الذكر والأنثى.

(١) سير أعلام النبلاء للذهبي ج ٨ ص ٩٣.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي •

وتدعمت هذه الآية، بقول النبي صلى الله عليه وسلم، في الكتاب الذي بعثه إلى أهل اليمن، وسمي بـ (كتاب آل عمرو بن حزم): (وأن في النفس المؤمنة، مائة من الإبل)، فهذا الرسول، صلى الله عليه وسلم، يبين وجوب الدية، ومقدارها بالاعتداء على النفس، والأعضاء، بقضية عامة، لم تفرق بين الرجل والمرأة، بل تساوي الرجل مع المرأة في هذه القضية.

وأكثر من ذلك، أن النبي صلى الله عليه وسلم، كما في الحديث الذي رواه الإمام البخاري، في كتاب الديات، باب دية جنين المرأة، قد قضى بدية المرأة على عاقلتها، ولم ينقل أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى المرأة نصف الدية، ولو نقل لوصل إلينا.

وما أدري، أيعقل أن لا يبين الرسول صلى الله عليه وسلم هذه القضية، وهي مما لا يتصور تأخير البيان عن وقته!! فتبين من ذلك، أن الشارع الحكيم لم يفرق بين الرجل والمرأة في الدية، بدليل أنه لم يصدر عن النبي صلى الله عليه وسلم قولاً في مقدار دية المرأة، فوجب الرجوع إلى عماد الخيمة، وهما نص آية سورة النساء، وحديث آل عمرو بن حزم.

١٣١- ومما اعتمد عليه الرأي الموسع أيضاً، أدلة فنية سليمة من جهة أخرى، وعلى مبادئ دينية، هي على مستوى عالٍ من المرونة والخصوصية، كإنسانية المرأة، ووجوب القصاص من الرجل إذا اعتدى على المرأة، فلماذا لاتقاس الدية على وجوب القصاص من الرجل وتتساوى المرأة مع الرجل! وقد قال الإمام المزني: (الفقهاء من عصر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، وهلم جرا، استعملوا المقاييس في الفقه في جميع الأحكام من أمر دينهم قال: وأجمعوا أن نظير الحق حق، ونظير الباطل باطل، فلا يجوز لأحد إنكار القياس، لأنه التشبيه بالأمر، والتمثيل به)<sup>(١)</sup>.

١٣٢- ورب قائلين يقولون، إن هذا الاجتهاد يخالف ما استقر عليه فقهاء الصحابة الكبار من أمثال عمر، وعثمان، وعلي، وابن مسعود، وزيد بن ثابت، وأن قول الصحابي، أو قضاؤه في أمر لا مجال للعقل فيه، يكون في حكم المرفوع، كما أوضح ذلك الأصوليون من علماء الإسلام<sup>(٢)</sup>، فنقول أن هذا اجتهاد من الصحابة الكرام في

(١) جامع بيان العلم وفضله للإمام ابن عبد البر: ج ٢ ص ٨٧٧.

(٢) الكفاية في علم الرواية للخطيب البغدادي: ص ٦٠٥ والنكت على كتاب ابن الصلاح للعسقلاني:

ج ٢ ص ٥٣٠، والوسيط في علوم ومصطلح الحديث للأستاذ أبرشيه: ص ٢١٠.

هذه المسألة، كما حققها الأستاذ المحقق، أحمد إبراهيم، وذكر أن هذا الرأي من الصحابة مبني على اجتهادهم، ومن ادعى غير ذلك، فعليه الدليل من كتاب وسنة صحيحة ثابتة، بل الدليل عليهم من كتاب الله عز وجل، الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، ومن سنة رسول لا ينطق عن الهوى، علمه شديد القوى، فضلاً عن أن الصحابة الكرام اختلفوا فيما بينهم في دية المرأة المسلمة بالنسبة لجراحاتها، فريق يرى أنها النصف من الرجل في كل شيء، وآخر يرى أنها تساوي الرجل إلى الثلث في الجراح، ثم على النصف، وثالث يرى أنها تساوي الرجل في الموضحة والسنن، حتى أن الرواية عن عمر تتعدد، فمرة يرى أن المرأة ديتها على النصف من الرجل في كل شيء، وتارة أخرى يرى أنها تساويه في الموضحة والسنن كما بين ذلك سابقاً.

فهذا الخلاف من الصحابة فيما بينهم في هذه القضية يدل - والله أعلم - على أن آراءهم لم تصدر من حكم سمعوه من الرسول صلى الله عليه وسلم، له حكم المرفوع، وإنما اجتهاد منهم.

١٣٣- أما دعوى الإجماع فمردودة، لأن الإجماع الصحيح الذي تثبته الأدلة، والذي لا يجوز لأحد خلافه: هو في الأمور المعلومه من الدين بالضرورة كلها، وليس شيء غيرها يسمى إجماعاً.

وما أجمل ما سطره بقلمه الإمام الفيلسوف أبو الوليد ابن رشد في كتابه: (فصل المقال فيما بين الشريعة والحكمة من الاتصال):

١٣٤- (وقد يدل على أن الإجماع لا يتقرر في النظريات بطريق يقيني، كما يمكن أن يتقرر في العمليات، أنه ليس يمكن أن يتقرر الإجماع في مسألة ما في عصر ما، إلا بأن يكون ذلك العصر عندنا محصوراً، أن يكون جميع العلماء الموجودين في ذلك العصر معلومين عندنا، أعني معلوماً أشخاصهم، ومبلغ عددهم، وأن ينقل إلينا في المسألة مذهب كل واحد منهم فيها، نقل تواتر، ويكون مع هذا كله قد صح عندنا أن العلماء الموجودين في ذلك الزمان متفقون، على أنه ليس في الشرع ظاهر وباطن، وأن العلم بكل مسألة يجب أن لا يكتم عن أحد، وأن الناس طريقهم واحد في

## ❖ دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي ❖

علم الشريعة.

وأما كثير من الصدر الأول، فقد نقل عنهم أنهم كانوا يرون أن للشرع ظاهراً وباطناً، وأنه ليس يجب أن يعلم بالباطن من ليس من أهل العلم به، ولا يقدر على فهمه، مثل ما روى البخاري عن علي بن أبي طالب، رضي الله عنه، أنه قال: حدثوا الناس بما يعرفون، أتريدون أن يكذب الله ورسوله، ومثل ما روي من ذلك عن جماعة من السلف.

فكيف يمكن أن يتصور إجماع منقول إلينا في مسألة من المسائل النظرية، ونحن نعلم قطعاً أنه لا يخلو عصر من العصور من علماء يرون أن في الشرع أشياء لا ينبغي أن يعلم بتحقيقها جميع الناس؟<sup>(١)</sup>

وقد قال ابن جرير الطبري: (أن الإجماع هو نقل المتواترين لما أجمع عليه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من الآثار دون أن يكون رأياً مأخوذاً من جهة القياس)<sup>(٢)</sup>.

فكيف بمسألة دية المرأة، التي لم يجمع عليها الصحابة إجماعاً يقينياً، بطريق يقيني صريح، وإنما نقل عن الصحابة أنهم لم يخالفوا في ذلك، فأبي إجماع هذا، الذي لم نعرف فيه كما يقول الإمام ابن رشد أشخاص الصحابة، وعددهم، ورأي كل واحد منهم.

١٣٥- ولعلك تدرك، أن هذا الرأي المغمور أصبح قوياً، تدعمه أصول من القرآن والسنة.

وقديماً قالوا: (صواب مهجور خير من خطأ مشهور).

وهذا هو المسلك الذي ارتضاه فقهاؤنا العصريون، فقد جاء في كتاب الإسلام عقيدة وشريعة للأستاذ محمود شلتوت:

---

(١) فصل العقال لابن رشد: ص ٣٥، والاحكام في اصول الاحكام لابن حزم: ج ٤ ص ١٤٢، ن تعليق الأستاذ أحمد محمد شاكر في الحاشية.

(٢) معجم الأنباء لياقوت الحموي: ج ٦ ص ٤٤٦، ٤٤٧.

(ونحن ما دمنا نستقي الأحكام أولاً من القرآن، فعبارة القرآن في الدية عامة مطلقة، لم تخص الرجل بشيء منها عن المرأة: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا فَتَحْرِيرَ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةً مُسْلِمَةً إِلَى أَهْلِهِ﴾، وهو واضح في أنه لا فرق في وجوب الدية بالقتل الخطأ، بين الذكر والأنثى<sup>(١)</sup>).

وجاء في كتاب العقوبة في الفقه الإسلامي لاستاذنا محمد أبو زهرة:

(الآية صريحة في عموم أحكام الدية في القتل الخطأ، لأن الله تعالى يقول: ﴿وَدِيَّةً مُسْلِمَةً إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرَ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾، والنبى صلى الله عليه وسلم بين الدية بقضية عامة، وهي مائة من الإبل<sup>(٢)</sup>):

(١) الإسلام عقيدة وشريعة: ص ٢٦٠.

(٢) العقوبة: ص ٥٧٣ وأثناء إعدادي للبحث، اطلعت على مقال للعلامة مصطفى الزرقا في إثبات الهلال بالحساب الفلكي في هذا العصر، العقل والفقه في فهم الحديث النبوي في مجلة كلية الدراسات العربية والإسلامية ببغداد، العدد الحادي عشر، وأشار في مقدمته، أنه كتب حلقات تحت إيطار: (العقل والفقه في فهم الحديث النبوي) ومن ضمن هذه الحلقات، حلقة في دية المرأة في النفس والأعضاء في ضوء الأحاديث الواردة في ذلك، ونشرت في العدد الثالث عشر من المجلة نفسها.

## المبحث الثاني

### دية المرأة والقضاء الإماراتي الحديث

١٣٦ - تمهيد:

منذ أن نزل الوحي الإلهي في جزيرة العرب، واكتحلت هذه المنطقة بالإسلام، وتوطدت فيها أحكامه وتشريعاته، وخاصة ساحل عمان وما جاورها، كانت الشريعة الإسلامية على مر العصور والدهور هي القانون العام في دولتنا. تجري أحكامه في كل ما تجري عليه الأحكام، وتطبق قواعده في كل ما تحتمله من أعمال الناس من معاملات، وجنایات، ومناكحات، وعلاقات بين الأفراد والدولة.

والشريعة هي تراث الإسلام الخالد، وعنوان ما وصل إليه من رقي، وتقدم وحضارة، خضع لها العالم الإسلامي عامة، ودولتنا خاصة، عشرات من القرون، فما شكا نقصاً ولا عيباً، ولا اضطراباً، فقد سايّرت تطور الحياة في مختلف العصور، وعلى تنوع الأزمنة والعصور<sup>(١)</sup>.

١٣٧ - ولا زال الأمر كذلك، فإن دولة الإمارات العربية المتحدة منذ قيامها وحتى الآن، سعى أولو الأمر فيها، إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، واستمداد القوانين منها، واعتبارها مصدراً وحيداً للتشريع فيها، ولم يقتصر في تطبيقها في بعض أحكام النكاح والحدود، وإنما امتد ليشمل العقوبات والمعاملات من تجارية ومدنية، وقوانين المرور، والصحة والبلديات.

١٣٨ - وقد بينت المحكمة الاتحادية العليا هذا المعنى، وسطرته في أكثر من موضع وقضية، وهي بصدد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية:

(إن المادة السابعة من الدستور المؤقت للاتحاد، قد نصت على أن الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد، والشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع فيه، وإذا كان هذا الدستور على ما جاء بمقدمته، هو النقاء إرادة حكام الإمارات، وإرادة شعبها، على

(١) مدى استعمال حقوق الزوجية للدكتور السعيد مصطفى: ص ١.

أحكامه وأهدافه، التي من بينها السير قدماً للاتحاد، نحو حكم ديمقراطي، نيابي، متكامل الأركان في مجتمع عربي إسلامي، فإنما يدل ذلك، على التزام الحاكم في القانون الأساس، بأن تكون الدولة إسلامية، تستمد سلطاتها المختصة، وتشريعاتها من مبادئ الشريعة الإسلامية.

١٣٩- ولا تثير عبارة النص: (أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع في دولة الإمارات)، ما أثير من خلاف فقهي، حول تفسير ما في دولة أخرى، عما إذا كانت تلك العبارة، تعني: أن الشريعة الإسلامية تعد المصدر الوحيد للقانون، أم أنها تعني وجود مصادر أخرى تقوم بجوارها، فقد انحسم هذا الخلاف، حينما أفصح القانون عن إرادته، وانصرافها إلى أن تكون الشريعة الإسلامية، هي المصدر الأساس والرئيس، لكل ما يصدر عن سلطات الدولة من تشريعات، بنصه في المادة الخامسة والسبعين من القانون الاتحادي رقم ٨٠ لسنة ١٩٧٣م في شأن المحكمة الاتحادية العليا، على أن تطبق المحكمة الاتحادية أحكام الشريعة الإسلامية، والقوانين الاتحادية، وغيرها من القوانين المعمول بها في الإمارات الأعضاء في الاتحاد، المتفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية....

١٤٠- ثم ناط بولايتها في المادة ٣٣/٢، ٣، ٤ من قانون إنشائها، بحث حالات الدستورية الواردة في هذه، لتحقيق الموازنة بين أنواع تلك القوانين، وأحكام الدستور، ومنها المادة السابعة السالفة الإشارة إليها، والإتاظة السالفة بالرقابة الدستورية، إلى أن إرادة الدولة، باتت واضحة الهدف، في أن يكون نظامها بأكمله إسلامياً، وبمعنى آخر: فإن واضح القانون قد اختار أن تكون شرعة الله، هي المصدر الرئيس لكل تشريع، ومن أحسن من الله شرعاً<sup>(١)</sup>.

١٤١- لما كان ذلك كذلك، في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عامة، فإن أحكام الجنايات، والعقوبات، وما يتصل بها من مسائل الدية، وخاصة دية المرأة، قد جرى عمل المحاكم الإماراتية بثنتي، درجاتها، وعلى اختلاف أنواعها، مدنية، وجنائية

---

(١) الطعن، ٤ لسنة ٩ اتحادية عليا تفسير، جلسة ١٩٨٣/١/٢٥م، ر: الطعن ١٤ لسنة ١٠ اتحادية تفسير، جلسة ١٩٨٣/١/٣٠م، والطعن ٤ لسنة ٧ جزائي، جلسة ٢٤ فبراير ١٩٨٠م (قضاء الحدود والقصاص والدية للقاضي حسن أحمد الحمادي: ف ٦ وما بعدها).

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي \*

وقبل صدور قوانين شرعية مقننة لهذه المسائل - على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، المبنوث تفصيلاتها في كتب الفقه الإسلامية، بتنوع مذاهبه الفقهية.

١٤٢- وكان عمل المحاكم في موضوع دية المرأة، قد استقر على إعطاء المرأة نصف دية الرجل، وفق المذاهب الفقهية الأربعة، المنتشرة في ربوع دولة الإمارات العربية المتحدة، فقد جاء في حكم استثنائي: (أن الشريعة الإسلامية التي تحكم موضوع الدية، قد قررت أن دية المرأة هي نصف دية الرجل، وأن الدية المقررة في الشريعة الإسلامية لورثة المتوفى، هي التعويض نفسه الذي فرضته الشريعة الإسلامية للورثة)<sup>(١)</sup>.

١٤٣- هذا، ولقيام قضاء كل إمارة من الإمارات السبع بمعرفته، بمعادلة الدية وفق العملة المحلية، قد تفاوت مقدار الدية من إمارة لأخرى، ولذلك صدر قرار المجلس الأعلى للاتحاد، رقم ٣ لسنة ١٩٨٣م، بشأن توحيد دية المتوفى خطأ في كافة محاكم إمارات الدولة، وقد بلغت معادلة الدية بالعملة الورقية، مبلغ ٧٠ ألف درهم.

وقد استقر الرأي لدى القضاء على تصنيف دية المرأة بالنسبة للرجل، وقدر مقدار ديتها وفق قرار المجلس الأعلى للاتحاد بـ ٣٥ ألف درهم. ولم تثر لدى المحاكم المدنية أو الجنائية مسألة معادلة دية المرأة بالرجل، وفق منطوق قرار مجلس الاتحاد باعتبار أن هذا القرار إنما هو معادلة الدية بالعملة الورقية السائدة التي تتعرض للاضطراب نتيجة التضخم.

١٤٤- بيد أنه للتضخم المستمر الذي نشأ في العالم، وعدم استقرار العملات، فقد تفاوت مقدار الدية بالعملة الورقية المحلية للدولة، بالدية الشرعية المحددة نصاها بالسنة النبوية المطهرة.

وعلى أثر ذلك، ظهر القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٩١م، بتاريخ ١٠ يونيو ١٩٩١م، بتحديد مقدار الدية الشرعية للمتوفى خطأ من الأشخاص، وذلك بمعادلتها

---

(١) الاستئناف رقم ١١ لسنة ١٩٧٥م جزائي الشارقة، جلسة ٢٦/٥/١٩٩٧م، قضاء الحدود: ف

بالعملة الورقية بمبلغ ١٥٠ ألف درهم، في جميع محاكم إمارات الدولة.

١٤٥- والسؤال المطروح، أنه بعد صدور القانون الاتحادي، لابد أن ننظر المحاكم الإماراتية موضوع دية المرأة، وهل هي على النصف من دية الرجل، كما كان العمل سائداً، قبل صدور القانون الجديد، تطبيقاً لما ذهبت إليه المذاهب الفقهية الإسلامية المختلفة؟ أم أن الرأي سيختلف، وتكون دية المرأة مساوية لدية الرجل، كما هو ظاهر من نص المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٩١ م، بأن دية المتوفى خطأ من الأشخاص، ذكراً أو أنثى متساوية. هذا ما سنجيب عليه في هذا المبحث.

#### أولاً: قضاء المحكمة الاتحادية العليا:

١٤٦- بعد جريان العمل بالقانون الاتحادي الجديد، في معادلة الدية الشرعية بالعملة الورقية، لم يتغير وجه الرأي لدى المحاكم الابتدائية، والاستئنافية الشرعية، في مختلف أنحاء الدولة - ماعدا إمارة دبي - بتنصيب دية المرأة بالنسبة لدية الرجل، باعتبار أن هذه المحاكم هي صاحبة الاختصاص في الفصل في مسائل الحدود والقصاص والدية، وأن هذا القانون الاتحادي ما هو إلا معادلة للدية الشرعية بالعملة الورقية، التي تتعرض للتغيير من حيث قوتها الشرائية، ولم يقصد واضع القانون من هذه المعادلة تحديد مقادير الديات لمختلف الأشخاص.

١٤٧- هذا، وأن النيابة العامة لم ترتض ذلك الاتجاه من المحاكم بدرجيتها، فطعنت أولاً بالاستئناف في قضية، تتلخص وقائعها، في أن شخصاً تسبب بخطئه في وفاة امرأة، وذلك بقيادته سيارته بإهمال، فقدم للمحاكمة، وطلبت النيابة العامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، والمحكمة أصدرت حكمها، بحبس المتهم وإلزامه الدية وقدرها ٧٥ ألف درهم نصف دية الرجل، وأسست النيابة رأيها، على أن القانون الاتحادي قد حدد الدية الشرعية للمتوفى خطأ، بمبلغ ١٥٠ ألف درهم، وهذا يفهم أن لفظ (المتوفى) الوارد في المادة الأولى من القانون، جاء مطلقاً، وغير مقيد، وبذلك يتعين شموله لكل متوفى، بصرف النظر عن جنسيته أو ديانته، ذكراً أو أنثى، حراً أو

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي \*

عبدًا، مسلمًا أو غير مسلم، وما دام أن الحكم فرق بين الرجل والمرأة في الدية، فقد خالف القانون الصادر من ولي الأمر. لكن محكمة الاستئناف الجنائية الشرعية، رفضت استئناف النيابة.

١٤٨- قطعت النيابة بطريق النقض، مبدية الأسباب نفسها أمام المحاكم الاتحادية العليا، وبتاريخ ١٩٩٢/٥/٢٣ م أصدرت المحكمة الاتحادية حكمها برفض الطعن، وسأيرت الحكم الاستئنافي والابتدائي، في تصنيف دية المرأة، فقالت:

١٤٩- (أنه وإن جاء في المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٩١ م تحديد مقدار الدية الشرعية للمتوفى خطأ بمبلغ ١٥٠ ألف درهم، فإن ذلك لا ينتج ما تهدف إليه النيابة الطاعنة، من كون عبارة المتوفى تشمل الذكر والأنثى على حد سواء، لما هو معلوم أولاً: من التحديد الوارد في القانون المذكور ليس القصد منه تدخل المشرع في تحديد مقدار الدية كعقوبة، وإنما هو مجرد معادلة لقيمة الدية الشرعية بالعملة الورقية، ومن جهة ثانية: لاتعني كلمة (المتوفى) الواردة في القانون التسوية بين الرجل والمرأة في مقدار الدية المستحقة لكل منهما، بل أن ذلك لبيان أصل الدية الكاملة، ويبقى أمر إعطاء ما تفرضه أحكام الشريعة لكل من يستحق الدية الكاملة، أو جزءاً منها، حسب ما هو منصوص عليه في القواعد الشرعية، لما هو معلوم من أن المادة الأولى من قانون العقوبات تستوجب إخضاع جرائم الحدود والقصاص والدية لأحكام الشريعة الإسلامية.

١٥٠- وحيث إنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، يتبين أن أهل العلم أجمعوا على أن دية المرأة نصف دية الرجل، وإجماعهم هذا سنده سنة الرسول صلى الله عليه وسلم، ورأي صحابته والتابعين، وجريان عملهم فيه، وعلى ذلك: سار علماء أهل السنة جميعهم، فمن الأحاديث: ما رواه معاذ بن جبل عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: (دية المرأة نصف دية الرجل)<sup>(١)</sup>.

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (ج ٨ ص ٩٥-٩٦)، وأقره الشوكاني في كتابه نيل الأوطار (ج ٧ ص ٦٧-٦٨).

أما الأئمة الأربعة، فقد حقلت كتبهم بتأكيد ذلك الإجماع، جاء في شرح الخرشي على متن خليل (ج ٨ ص ٣٠): (ودية المرأة على النصف من الذكر)، وجاء في تحفة الحكام لابن عاصم شرح التاودي بن سودة (ج ٢ ص ٣٧٥): (وفي النساء ممن ذكر مسلمات أو كتابيات أو مجوسيات، الحكم بتتصيف الدية الواجبة في ذكورهن، لأن الله تبارك وتعالى جعل اثنين منهن في واحد، فقال تعالى: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾، وأعطاهما ما للواحد، فقال عز من قائل: ﴿للذكر مثل حظ الأنثيين﴾، وذكر أئمة الشافعية الإجماع على ذلك، كما جاء في كتاب الأم للشافعي، حيث قال: (لم نعلم مخالفاً من أهل العلم قديماً ولا حديثاً، في أن دية المرأة نصف دية الرجل)، وجاء الإجماع على ذلك أيضاً في كتب الأحناف، قال الكاساني في بدائع الصنائع (ج ١ ص ٤٦٦): (وإن كان القتل أنثى فدية المرأة على نصف دية الرجل، بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم على ذلك)، ومثل ذلك جاء في كتب الحنابلة، ففي المغني لابن قدامة الحنبلي (ج ٩ ص ٥٣١): (ودية الحرة المسلمة نصف دية الحر المسلم) إلى أن قال (وإجماع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل)، وابن القيم كذلك سار على هذا المنوال مستدلاً بقوله تعالى: ﴿وليس الذكر كالأنثى﴾.

ومما تقدم، يتبين أن الأئمة الأربعة، وكل من يعتد به من علماء أهل السنة، أقروا الحكم بتتصيف الدية للمرأة، اعتماداً لما ثبت لديهم من الأحاديث، وما فهموه من القرآن، واستقر عليه إجماع الصحابة وعملهم.

١٥١- وحيث إنه مع ذلك لم يبق مجال للنظر، فيما اعتمدت عليه النيابة في طعنها، مما هو منسوب لشخصين من أهل الاعتزال، الأول: ابن عليه، الذي قال فيه الشافعي: (ضال يضل الناس)، وقال فيه الإمام أحمد بن حنبل: (ضال مضل)، والثاني: أبو بكر الأصم، الذي خالف رأي أئمة المسلمين بقوله بخلق القرآن، وجل الفقهاء ساروا على رأي أهل السنة، وخالفوا رأي هذين المعتزلين<sup>(١)</sup>.

(١) الطعن ٢ لسنة ١٤ لسنة ١٩٩٢/٥/٢٣، جلسة ١٩٩٢/٥/٢٣، قضاء الحدود والقصاص والدية للقاضي حسن الحمادي؛ ف ٢١٩، والقانون اليمني المؤصل على أحكام الشريعة الإسلامية الصادر في ١٥ أكتوبر لسنة ١٩٩٤م، نص في المادة ٤٢ من قانون العقوبات على أن دية المرأة نصف دية الرجل، وأرشها مثل أرشه إلى قدر ثلث دية الرجل، وينصف ما زاد.

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي \*

### ثانياً: قضاء محكمة التمييز بدبي:

١٥٢- استقر عمل المحاكم في إمارة دبي بجميع درجاتها، ومختلف أنواعها، على أن دية المرأة تساوي دية الرجل، أخذاً من تحديد القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٩١م، ففي حكم لمحكمة التمييز، حسمت به كل شك وريب، وقطعت دابر كل تردد من قبل الخصوم.

١٥٣- وتتلخص وقائع هذه الدعوى، في أن الطاعن صدم بسيارته امرأتين، وأدين بالتسبب بوفاتهما، ولجأ ورثة المرأتين للقضاء للمطالبة بالدية الشرعية، قضت محكمة الدرجة الأولى والثانية بالدية المحددة في القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٩١م.

١٥٤- لكن الطاعن (المحكوم عليه) لم يرتض بهذا القضاء، فطعن بطريق النقض، وأشار إلى سبب طعنه: أن القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٩١م في شأن الدية، لم يميز بين المرأة والرجل في مقدارها، حيث إنه يجب الرجوع في تفسير هذا القانون إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي، ومقتضاهما أن دية المرأة نصف دية الرجل، يؤكد ذلك، أن هذا القانون لم يسن لتحديد مقدار الدية كأصل.

١٥٥- فردت محكمة التمييز هذا الطعن، وأصدرت حكمها في القضية، بتاريخ ١٦/١٠/١٩٩٤م، برفض الطعن وكان مما جاء في أسباب حكمها:

(المقرر في قضاء هذا المحكمة، أنه لاجال للاجتهاد مع وجود النص الصريح الواضح، وأن المادة الأولى من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩١م بتحديد مقدار الدية الشرعية للمتوفى خطأ من الأشخاص، والتي تنص على أن: تحدد الدية الشرعية للمتوفى خطأ من الأشخاص بمبلغ (١٥٠٠٠٠) مائة وخمسين ألف درهم في جميع محاكم إمارات الدولة، قد وردت بها عبارة (للمتوفى خطأ من الأشخاص) مطلقة من غير تقييد أو تخصيص، وهي عبارة صريحة وواضحة، فقد دلت بذلك على أن الدية الشرعية للمتوفى خطأ، هي مبلغ ١٥٠ ألف درهم، بصرف النظر عما إذا

كان ذكراً أو أنثى<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: رأينا الخاص:

١٥٦- هذا هو قول القضاء الإماراتي في هذا الموضوع، ويتبين منه أن المحكمة الاتحادية العليا على رأي، ومحكمة التمييز بدبي على النقيض منه، فأبي الرأيين أقوم سبيلاً؟ إذا طبقنا قواعد الشريعة الإسلامية، فالرأيان صحيحان باعتبار أنهما صادران عن الفقه الإسلامي، فالأول: رأي المذاهب الفقهية المختلفة، والثاني: رأي جمهرة من فقهاء العصر الحديث.

١٥٧- ومن جهة نظرنا، أن الرأي الأول أسلم من حيث النتيجة، لا من ناحية تسبيب الحكم وفق القانون، وليس لأنه رأي المذاهب الفقهية السبعة، وإنما لأن القانون نص في الفقرة الثانية من المادة من قانون المعاملات المدنية الإماراتي لسنة ١٩٨٥م، على أنه: (فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون، حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية. على أن يراعى أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، فإن لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة، حسبما تقتضيه المصلحة)، فمفاد هذا النص أن القاضي يرجع إلى المذاهب الفقهية الأربعة، بدءاً من مذهب مالك، إذا لم يجد نصاً في المسألة، وبما أن موضوع دية المرأة (وهي تعويض كما بينا في مبحث الدية التكيف الفقهي للدية)، لم ينص عليه في قانون المعاملات المدنية، وأن القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٩١م في شأن تحديد الدية للمتوفى خطأ من الأشخاص، لم يقصد تحديد مقادير الدية، وإنما هو معادلة لقيمة الدية الشرعية بالعملة الورقية المحلية، التي تتعرض للتغيير في قوتها الشرائية من فترة لأخرى، فيجب الرجوع إلى المذهب المالكي لتحديد دية المرأة في هذا

(١) الطعن ١٧٢ لسنة ١٩٩٤م حقوق، جلسة ١٦/١٠/١٩٩٤م، وقد ذهب القانون الكويتي إلى عدم التفرقة بين الذكر والأنثى في الدية في مادته ٢١ (ن المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي للدكتور بدر جاسم: ص ٢٠٨، والمذكورة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية: ص ٢٤٥).

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقضاء الإماراتي \*

المذهب، وهي نصف دية الرجل، وكان يتعين على المحكمة الاتحادية العليا، أن تستند في تصنيف دية المرأة إلى قانون المعاملات، بما أنها اعتبرت الدية في شق منها تعويضاً، حتى لاتضع نفسها في موضع الترجيح بين رأيين، قد حُسم بالرجوع إلى الفقه الإسلامي، حينما يندم النص في المسألة.

١٥٨- وعلى الرغم من ذلك فإننا نرى تعديل المادة ٢٩٩ من قانون المعاملات المدنية، بنص يحدد مقدار دية المرأة، منعاً للبس والغموض، وتنوع اجتهادات المحاكم في دولة واحدة، وأن يكون من أنصار الرأي الثاني، كما بينا ذلك في المبحث الأول.

### الملحق رقم (١) تقنين من وضعنا:

١٥٩- نقترح تعديل نص المادة ٢٩٩ في فقرتها الأولى من قانون المعاملات المدنية، بحيث تصبح على الشكل التالي:

(يلزم التعويض عند الإيذاء الذي يقع على النفس، وتطبق فيه أحكام الديات والأروش وحكومة العدل، كما هو مقرر في الفقه الإسلامي، مع مراعاة عدم التمييز بين الذكر والأنثى، والمسلم والكافر في التعويض).

## الخاتمة

١٦٠- نقف في نهاية مطافنا في بحثنا، لمسائل دية المرأة فقهاً وقضاء، لنلقي عصا التسيار، ونتفحص بنظرة عاجلة، أهم النتائج التي توصلنا إليها، والتي جعلناها مدعومة بما وسعنا من أدلة:

١- تعرفنا في مطلع البحث، على مكانة المرأة في الإسلام، وكيف رفع من شأنها، وساواها بالرجل في مختلف التكاليف، وجعل لها الأهلية الكاملة في التصرفات.

٢- بينا في المبحث التمهيدي ماهية الدية ومصادر مشروعيتها، كما بينا موقف الفقه الإسلامي من الطبيعة الفقهية للدية، وهل هي عقوبة، أو تعويض، أم ذات طبيعة مزدوجة، وانتهينا إلى أنها تعويض مدني بحث.

٣- انتهينا في المبحث الأول إلى استعراض آراء الفقهاء في دية المرأة، وبيان أدلتهم، النقلية والفنية، والاعتراضات التي وردت عليها، وترجيحنا إلى أن دية المرأة تساوي دية الرجل.

٤- وفي المبحث الثاني تسنى لنا الاطلاع على موقف القضاء الإماراتي حول دية المرأة، واتجاهات المحاكم على اختلاف درجاتها، وأنواعها في هذا الموضوع، باعتبار أن الإمارات من الدول الرائدة في مجال تطبيق وتقنين أحكام الشريعة الإسلامية.

١٦١- وبعد: فلا أقول إلا كما قال أستاذنا المحقق العلامة أحمد شاكر، محدث العصر:

(فهذا بحث لم أكتبه إلا بعد روية وفكر، وتبصر ونظر، على طريقة سلفنا الصالح من العلماء، في الأخذ بالكتاب والسنة، ونبد التقليد والعصبية، لعلني أصبت فيه وجه الصواب، بعون الله وتوفيقه، أعرضه لأنظار العلماء والباحثين، متقبلاً للنقد، أو التأييد، لتتمحص الحقيقة، ويكشف عن وجه الصواب، ولا أطلب إلا أن يكون أساس البحث الكتاب والسنة، والاستنباط منهما، والفقه فيهما.

## \* دية المرأة في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي \*

أما إلقاء القول على عواهنه بأقوال جوفاء، مبنية على الرأي والهوى، كما يفعل من يسمون أنفسهم (المجددين)، فإنه: يخرج البحث عن حده العلمي الدقيق، ولا يحق حقاً، ولا يبطل باطلاً.

وأما الاستمسك بأقوال الفقهاء التي يسميها بعضهم (نصوصاً)، ويزعمونها حجة علينا، وعلى الناس: فإنها أو أكثرها في متناول أيدينا، وتحت أنظارنا، فلا نجادل من يحتج بها<sup>(١)</sup>.

---

(١) أوائل الشهور العربية للقاضي أحمد شاكر: ص ٢٩.

## المراجع

### (١) الشريعة الإسلامية

#### ١- القرآن الكريم وتفسيره

- الرازي: (التفسير الكبير)، دار الكتب العلمية، طهران.
- رشيد رضا: (تفسير القرآن الكريم)، الشهير بتفسير المنار، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٣ م.

- ابن العربي (أحكام القرآن)، ت: علي محمد البجاوي، دار المعرفة، بيروت.

- القرطبي: (الجامع لأحكام القرآن)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

#### ٢- الحديث الشريف ومصطلحه:

- أحمد بن حنبل: (المسند)، ت: أحمد شاكر، دار المعارف، مصر.
- الألباني: (إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل)، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١٩٨٥ م.

- البخاري: (صحيح البخاري)، عالم الكتب.

- التركماني: (الجواهر النقي)، مطبوع مع كتاب السنن الكبرى للبيهقي.

- البيهقي: (السنن الكبرى)، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، الهند ط ١.

- (معرفة السنن والآثار)، دار ابن قتيبة، دمشق، ط ١، ١٩٩١ م.

- الحاكم: (المستدرک على الصحيحين)، دار الكتاب العربي.

- ابن حجر العسقلاني: (النكت على كتاب ابن الصلاح)، ت: ربيع هادي، المدخلي، ط ١، ١٩٨٤ م.

- (تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير)، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر.

- الخطيب البغدادي: (الكفاية في علم الرواية)، دار الكتب الحديثة، القاهرة، ط ٢.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي •

- أبوداود السجستاني: (سنن أبوداود)، ت: عزت الدعاس، عادل سعيد، دار الحديث، حمص، ط ١، ١٩٧٣م.
  - الذهبي: (تلخيص المستدرك)، مطبوع مع كتاب المستدرك للحاكم.
  - الزيلعي: (نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية)، دار الحديث، مصر.
  - ابن أبي شيبة: (الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار) الشهير بمصنف ابن أبي شيبة.
  - الصنعاني: (سبل السلام شرح بلوغ المرام)، ت: محمد عبدالعزيز الخولي، دار الجيل، ط ١، ١٩٨٠م.
  - ابن عبد البر: (التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد)، ت: محمد بوخيزة وسعيد أحمد، مكتبة السوادي، جدة.
  - (جامع بيان أهل العلم وقضله)، ت: أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، الرياض، ط ١، ١٩٩٤م.
  - ابن ماجه: (سنن ابن ماجه)، ت: محمد فواد عبد الباقي، دار الفكر العربي.
  - مالك: (الموطأ)، برواية محمد الحسن الشيباني، ت: تقي الدين الندوي، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٩٩٢م.
  - محمد أبوشهبة: (الوسيط في علوم ومصطلح الحديث)، عالم المعرفة، ط ١، ١٩٨٣م.
  - النسائي: (سنن النسائي)، دار الكتاب العربي، بيروت.
- ### ٣- الفقه الإسلامي:
- #### أولاً الكتب القديمة:
- #### (١) الفقه الحنفي:
- الزيلعي: (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق)، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ط ٢.
  - السرخسي: (المبسوط)، دار المعرفة، بيروت، ط ٣.

- سعدي جلبي: (حاشية المحقق)، مطبوع بهامش نتائج الأفكار، دار الفكر، ط ٢، ١٩٧٧م.
  - السمرقندي: (تحفة الفقهاء)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٨٤م.
  - ابن عابدين: (رد المحتار حاشية الدر المختار).
  - العيني: (البداية في شرح الهداية)، دار الفكر، بيروت.
  - قاضي زادة: (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار)، دار الفكر، ط ٢، ١٩٧٧م.
  - الكاساني: (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢، ١٩٨٦م.
  - المرغيناني: (الهداية شرح بداية المبتدي)، المكتبة الإسلامية، مصر.
- (ب) الفقه المالكي:**
- التسولي: (البهجة شرح التحفة)، مطبعة ابن شقرون، مصر.
  - الحطاب: (مواهب الجليل لشرح مختصر خليل)، دار الفكر، ط ٢، ١٩٧٨م.
  - ابن الرصاع: (الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية)، الشهير بحدود ابن عرفة، ت: محمد أبو الأجران، الطاهر المغموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ١، ١٩٩٣م.
  - زروق: (شرح العلامة زروق على متن الرسالة)، دار الفكر، بيروت ١٩٨٢م.
  - الشيباني: تبیین المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك)، دار الغرب الإسلامي، ط ١، ١٩٩١م.
  - ابن عبد البر: (الاستذكار)، دار ابن قتيبة، دمشق، ط ١، ١٩٩٣م.
  - عبد الوهاب البغدادي: (المعونة على مذهب عالم المدينة)، ت: حميش عبدالحق، المكتبة التجارية، مكة.
  - (التلقين في الفقه المالكي)، ت: محمد ثالث، المكتبة التجارية، مكة.
  - القرافي: (الذخيرة)، ت: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ١، ١٩٩٤م.
  - النفراوي: (الفواكه الدواني)، عيسى البابي الحلبي، مصر.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي \*

### (ج) الفقه الشافعي:

- الرملي: (نهاية المحتاج)، المكتبة الإسلامية.
- الشافعي: (الأم)، ت: محمد زهري النجار، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، ١٩٧٣ م.
- الشربيني: (مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الشيرازي: (المهذب)، مصطفى البابي، مصر.
- قليوبي وعميرة: (قليوبي وعميرة)، دار إحياء الكتب العربية، مصر.
- الماوردي: (الحاوي الكبير)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٤ م.
- المناوي: (التوقيف على مهمات التعاريف)، ت: (محمد الداية، دار الفكر، دمشق، ط ١، ١٩٩٠ م.
- النووي: (روضة الطالبين)، دار إحياء الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٢ م.

### (د) فقه الحنابلة:

- البهوتي: (كشاف القناع عن متن الإقناع)، عالم الكتب، بيروت.
- (الروض المربع بشرح زاد المستقنع)، عالم الكتب، بيروت.
- الرحيباني: (مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى)، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٦١ م.
- الزركشي: (شرح الزركشي على مختصر الخرقي)، ت: عبدالله بن عبدالرحمن بن جبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٩٩١ م.
- ابن ضويان: (منار السبيل)، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة السادسة، ١٩٨٤ م.
- ابن قدامة: (المغني)، دار الكتاب العربي، ١٩٧٢ م.

### (هـ) المذاهب الأخرى:

- ١- الفقه الظاهري:
- ابن حزم (المحلى)، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

### (و) الفقه المقارن:

- ابن المنذر: (الإشراف على مذاهب أهل العلم)، ت: نجيب سراج الدين، دار الثقافة، الدوحة، الطبعة الأولى، ١٩٨٦ م.

- ابن رشد: (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)، دار الكتب الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٩٨٣ م.

### ثانياً المؤلفات الحديثة:

- إبراهيم فوزي: (تدوين السنة)، رياض الرئيس، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٤ م.
- أبوالمعاطي حافظ: (النظام العقابي الإسلامي)، ١٩٧٦ م، رسالة دكتوراه.
- أحمد أحمد إبراهيم: (أحكام المرأة في الفقه الإسلامي)، منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة السادسة.
- أحمد بهنسي: (الدية في الشريعة الإسلامية)، دار الشروق، مصر، الطبعة الرابعة، ١٩٨٨ م.
- أحمد شاكر: (أوائل الشهور العربية)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٣٩ م.
- أحمد عبدالعزيز المبارك: (دية المرأة في الفقه الإسلامي)، دار ظفير للطباعة، أبوظبي، الطبعة الثانية، ١٩٨١ م.
- أحمد الحصري: (القصاص والديات والعصيان المسلح في الفقه الإسلامي)، الكليات الأزهرية، ١٩٨٣ م.
- بدر يعقوبي: (المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي)، رسالة دكتوراه، دار القرآن الكريم، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٠ م.
- حسين توفيق: (أهلية العقوبة في الشريعة والقانون)، رسالة دكتوراه.
- حسين خلف الجبوري: (عوارض الأهلية عند الأصوليين)، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، الطبعة الأولى، ١٩٨٨ م.
- حسين النوي: (عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية)، رسالة دكتوراه، مطبعة لجنة البيان، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٥٣ م.
- حمد محمد فرج: (الأسباب المسقطه للمسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية)، المنشأة العامة للنشر والتوزيع، طرابلس، الطبعة الأولى، ١٩٨٦ م.
- حميد القماطي: (العقوبات المالية بين الشريعة والقانون)، المنشأة العامة للنشر، طرابلس، الطبعة الأولى، ١٩٨٦ م.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي •

- خالد الرشيد الجميلي: (الدية وأحكامها في الشريعة الإسلامية والقانون)، مطبعة دار السلام، بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٧١م.
- سعيد الأفغاني: (الإسلام والمرأة)، دار الفكر، الطبعة الرابعة، ١٩٧٤م.
- السعيد مصطفى السعيد: (مدى استعمال حقوق الزوجية وما تقتضيه في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث)، رسالة دكتوراه، مطبعة الاعتماد، مصر.
- صبحي المحمصاني: (النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية)، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣م.
- (المجتهدون في القضاء)، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٠م.
- عبدالحليم عويس: (الحدود في الشريعة الإسلامية)، الشركة السعودية للأبحاث والتسويق، جدة.
- عبدالرزاق السنهوري: (مصادر الحق في الفقه الإسلامي)، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٦م.
- عبدالقادر عودة: (التشريع الجنائي الإسلامي)، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٩٨١م.
- عز الدين بليق: (دية المرأة وأهل الكتاب في شريعة الإسلام).
- علي الخفيف: (بين الدفاع الاجتماعي والشريعة الإسلامية).
- (نظرية الضمان)، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة.
- علي صادق أبوهيف: (الدية في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في قوانين وعادات مصر الحديثة)، رسالة دكتوراه، مطبعة علي غنابي، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٣٢م.
- علي عبدالواحد: (حماية الأعراض والأنفس)، طبعة الشعب، القاهرة.
- (المسؤولية والجزاء)، مطبعة دار نهضة مصر، الجمالية.
- عوض أحمد إدريس: (الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن)، رسالة دكتوراه، دار ومكتبة الهلال، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م.

• مجلة البحوث الفقهية المعاصرة • السنة العاشرة - العدد الثامن والثلاثون ١٤١٩هـ •

- فالح محمد: (أحكام الدية في الشريعة الإسلامية)، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، ١٤١٢هـ.
- فكري العكاز: (فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون)، عكاظ للنشر، جدة، الطبعة الأولى، ١٩٨٢م.
- محمد أبوزهرة: (العقوبة في الفقه الإسلامي)، دار الفكر العربي. (العقوبة في الإسلام).
- محمد أحمد سراج: (ضمان العدوان في الفقه الإسلامي)، رسالة دكتوراه: المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، الطبعة الأولى.
- محمد إسعاف النشاشيبي: (الإسلام الصحيح)، دار العودة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٥م.
- محمد سليم العوا: (في أصول النظام الجنائي الإسلامي)، دار المعرفة، مصر، الطبعة الثانية، ١٩٨٣م.
- محمود شلتوت: (الإسلام عقيدة وشريعة)، دار القلم، مصر الطبعة الثانية.
- محمد فوزي فيض الله: (نظرية الضمان في الفقه الإسلامي)، مكتبة دار التراث، الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٨٦م.
- محمود مصطفى: (تعويض المجني عليه أو ورثته)، بحث منشور في مجلة العدالة، الإمارات، العدد ١٩، السنة ٦، ١٩٧٩م.
- مصطفى الزرقا: (الفعل الضار والضمان فيه)، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٨٨م.
- مصطفى السباعي: (المرأة بين الفقه والقانون)، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة السادسة، ١٩٨٤م.
- وهبة الزحيلي، وآخر: (العقوبات الشرعية وأسبابها)، دار القلم، دبي، الطبعة الأولى، ١٩٨٧م.
- هلال فرغلي: (النظام الإسلامي في تعويض المضرور من الجريمة)، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، ١٩٩٠م.

## • دية المرأة في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي •

### ٤- أصول الفقه:

- أحمد حمد: (الإجماع بين النظرية والتطبيق)، دار القلم، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٢م.
- الجويني: (البرهان في أصول الفقه)، ت: عبدالعظيم الديب، ١٣٩٩هـ.
- ابن حزم: (الإحكام في أصول الأحكام)، دار الأفاق الجديدة، بيروت.
- (مراتب الإجماع)، دار الأفاق الجديدة، بيروت، الطبعة الثانية.
- ابن رشد: (فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال)، ت: محمد عمارة، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الثانية.
- الشوكاني: (إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول)، مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٨٣م.
- علي عبدالرزاق: (الإجماع)، دار الفكر العربي، مصر.
- محمد الخضري: (أصول الفقه)، دار الحديث، مصر.
- معروف الدواليبي: (المدخل إلى علم أصول الفقه)، جامعة دمشق، الطبعة الرابعة، ١٩٦٣م.
- ابن المنذر: (الإجماع)، ت: فؤاد عبدالمنعم، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.
- يوسف قاسم: (أصول الأحكام الشرعية)، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثالثة، ١٩٩٤م.

### ٥- التراجم:

- ياقوت الحموي: (معجم الأنباء)، دار المعارف، مصر.

### ٦- القواميس العربية:

- الجرجاني: (التعريفات)، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٨٥م.
- الأزهرى: (تهذيب اللغة)، ت: يعقوب عبدالنبي، الدار المصرية للتأليف والترجمة.
- الراغب الأصفهاني: (مفردات ألفاظ القرآن)، ت: رضوان داوودي، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م.

- ابن منظور: (لسان العرب)، دار صادر، بيروت.
- النوي: (تحرير التنبيه)، ت: رضوان الداية، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩٠م.

## ٧- التقنيات الشرعية وشروحها

- حسن أحمد الحمادي: (قضاء الحدود والقصاص والدية)، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م.
- محمد محرم وآخر: (قانون العقوبات فقهاً وقضاء)، دار الفتح، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م.
- عوض الحسن: (القانون الجنائي الإسلامي السوداني - شرح القسم العام والحدود).

## قانون المعاملات المدنية الإماراتي

### المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي

### مجلة الأحكام القضائية السودانية

القانون اليمني بشأن الجرائم والعقوبات لسنة ١٩٩٤م.

مجلة القضاء والقانون، الكويت، العدد ٣، السنة ١٢، ١٩٨٨م.

## (٢) القانون الوضعي:

### ١- القانون المدني:

- سعيد عبدالسلام: (التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، ١٩٩٠م.
- عبدالرزاق السنهوري: (نظرية العقد)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- محمد النسوقي: (تقدير التعويض بين الخطأ والضرر)، مؤسسة الثقافة الجامعية.
- محمد الرفاعي: (الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر)، دار النهضة العربية، القاهرة.

## فتاوى الفقهاء(\*)

### ضمان الصائغ والحداد والصفار ومن بمعناه والنقاش

أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي(\*)

دفع ذهباً إلى صائغ ليأخذ له سواراً منسوجاً والنسج لا يعمل هذا الصائغ فأصلح الذهب وطوله ودفعه إلى من ينسجه فسرق من الثاني. قالوا إن كان الأول دفع إلى الثاني يغير أمر المالك ولم يكن الثاني أجيراً للأول ولا تلميذاً له كان للمالك أن يضمن أياً شاء في قول أبي يوسف ومحمد، وفي قول أبي حنيفة يضمن الأول أما الثاني فلو سرق منه بعد تمام العمل لا يضمن لأنه لما فرغ من العمل صارت يده يد وديعة أما مادام في العمل كانت يده يد ضمان لتصرفه في مال الغير بغير الإذن وعند أبي حنيفة مودع المودع لا يضمن مالم يتصرف في الوديعة بغير إذن مالكيها. دفع خاتمه إلى نقاش لينقش اسمه في فص خاتمه فنقش اسم غيره يضمن الخاتم كلاهما من ضمان النساخ (من قاضي خان). وفي الخلاصة والبرازية غلط النقاش ونقش في الخاتم اسم غيره ولم يمكن إصلاحه يضمنه عند الثاني وعند الإمام لا يضمن بكل حال أ هـ. دفع حديداً إلى حداد ليعمل له إناء منه فأفسده يضمن حديداً مثله وما لا مثل له يضمن قيمته (كذا في باب الاستصباغ من الوجيز). دفع إلى حداد حديداً يصنعه عيناً سماه بأجر فجاء به على ما أمر به أمر مالكيه بقبوله بلا خيار ولو خالفه جنساً بأن أمره بقدوم يصلح للنجارة فصنع قدوماً يصلح لكسر الحطب يخير مالكيه إن شاء ضمنه مثل حديدته وإن شاء أخذ القدوم وأعطاه الأجرة، وكذا حكم كل ما يسلم إلى كل صانع. ولو أحرقت شرارة ضرب الحداد ثوب ما رضمن (من

(\*) تختار المجلة في كل عدد بعضاً من فتاوى فقهاء السلف في القضايا والمشكلات المعاصرة.  
(\*) (من فقهاء المذهب الحنفي توفي سنة ١٠٣٠ هـ. انظر: كشف الظنون لحاجي خليفة ج ٥ ص ٨١٢، دار الفكر، بيروت، لبنان - ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م.)

الفصولين). دفع شبيهاً إلى صفار ليضرب له طشتاً فضربه كوزاً كان له الخيار إن شاء أخذ الكوز وأعطاه أجر مثله لا يتجاوز به ماسمى وإن شاء ضمنه مثل ذلك الشيء من اختلاف الأجير (من قاضي خان). استأجر حداداً ليفتح له قفلاً فانكسر القفل من معالجة الحداد فعلى الحداد ضمانه من الوجيز. دفع سيفاً إلى صيقللي ليصقله بأجر ودفع الجفن معه فسرق الجفن لايحب عليه ضمانه وإن كان أجيراً مشتركاً لأنه منفصل عن السيف فكان أمانة في يده، فإذا هلك في يده لا بتقصير منه لا يضمن وعن محمد أنه يضمن من فصل الخياطة (من قاضي خان)<sup>(١)</sup>.

(١) مجمع الضمانات ص ٤٦-٤٧، ط ١، المطبعة الخيرية المنشأة بجمالية مصر المحمية - سنة ١٣٠٨ هـ.

## حكم من وجد بخطه قذف، فأنكر خطه

أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد (\*)

وسئل ابن رشد عن الرجل يوجد الكتاب بخطه فيه سب رجل، وقذفه القذف الموجب للحد، فينكر أن يكون خطه، فتشهد البيعة أنه خطه لا يشك الشهود فيه لمعرفتهم به ووقوفهم عليه، فيعذر إليه في ذلك فلا يجد مدفعاً إلا ما يوجب الحق. فهل ترى الشهادة بها جائزة والحد بها عليه واقعاً؟ وقد علمت - وفقك الله - ما ذكره مطرف وابن الماجشون في شهادات الواضحة أن الشهادة لاتجوز على الخط في طلاق ولاعتاق ولا نكاح ولا حد من الحدود. وإن كانت الشهادة في ذلك جائزة فهل يدخلها من الاختلاف ما يدخل الشهادات على وجه المقر بالحق؟ بين لنا ذلك مأجوراً إن شاء الله تعالى.

فأجاب: تصفحت - وفقنا الله وإياك - السؤال المذكور في بطن هذا الكتاب، ووقفت عليه، فأما الشهادة على خط القاذف بالقذف فلا أعرف في المذهب ما يخالف ما حكاه ابن حبيب نصاً فهو المعمول به. وقول مالك في سماع أشهب من كتاب الشهادات: أن المرأة إذا كان لها من يشهد لها على خط يد زوجها بطلاقه إياها نفعها ذلك، معناه فيما حملناه عن الشيوخ أن ذلك يكون شبهة كالشاهد يوجب لها اليمين عليه. وكذلك ينبغي في مسألتك أن يحلف المشهود على خطه بالقذف، فإن حلف برئ، وإن نكل حبس حتى يحلف على ما في سماع ابن القاسم من كتاب الحدود في القذف، وإن طال حبسه ولم يحلف، وكان من أهل السفة أدب وأطلق، وإن لم يكن من أهل السفة والأذى للناس فأدبه حبسه الذي تقدم على ما قاله أصبغ في سماعه من الكتاب المذكور (١).

(\*) من فقهاء المذهب المالكي ولد سنة ٤٥٠هـ وتوفي سنة ٥٢٠هـ. انظر: الاعلام للزركلي ج ٥

ص ٣١٦ - ٣١٧، دار العلم للملايين - بيروت - لبنان - ط ٦ - ١٩٨٤م.

(١) فتاوى ابن رشد ج ٣، ص ١٥٥٥ - ١٥٥٦، تحقيق الدكتور/ المختار بن الطاهر التلي، ط ١، دار

الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

## ما يقع به الطلاق من الكلام وما لا يقع

(\*) الإمام محمد بن إدريس بن العباس الشافعي (•)

(قال الشافعي) رحمه الله: ذكر الله تبارك وتعالى الطلاق في كتابه بثلاثة أسماء: الطلاق والفرار والسرّاح فقال عز وجل: ﴿إِذَا طَلَقْتِ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لَعَنَتُهُنَّ﴾ وقال جل ثناؤه: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ وقال تبارك اسمه لنبيه صلى الله عليه وسلم في أزواجه: ﴿إِنْ كُنْتُن تَرْدُنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ﴾ الآية (قال الشافعي) فمن خاطب امرأته فأقرّد لها اسماً من هذه الأسماء فقال أنت طالق أو قد طلقتك أو فارقتك أو قد سرحتك لزمه الطلاق ولم ينو في الحكم ونويناها فيما بينه وبين الله تعالى، ويسعه إن لم يرد بشيء منه طلاقاً أن يمسكها ولا يسعها أن تقيم معه لأنها لا تعرف من صدقه ما يعرف من صدق نفسه وسواء فيما يلزم من الطلاق ولا يلزم تكلم به الزوج عند غضب أو مسألة طلاق أو رضا وغير مسألة طلاق، ولا تصنع الأسباب شيئاً إنما تصنع الالفاظ لأن السبب قد يكون ويحدث الكلام على غير السبب ولا يكون مبتدأ الكلام الذي له حكم فيقع فإذا لم يصنع السبب بنفسه شيئاً لم يصنع بما بعده. ولم يمنع ما بعده أن يصنع ماله حكم إذا قيل. ولو وصل كلامه فقال قد فارقتك إلى المسجد أو إلى السوق أو إلى حاجة أو قد سرحتك إلى أهلك أو إلى المسجد أو قد طلقتك من عقالك أو ما أشبه هذا لم يلزمه طلاق ولو مات لم يكن طلاقاً، وكذلك لو خرس أو ذهب عقله لم يكن طلاقاً ولا يكون طلاقاً إلا بأن يقول أردت طلاقاً وإن سألت امرأته أن يسأل سئلاً وإن سألت أن يحلف أحلف فإن حلف ما أراد طلاقاً لم يكن طلاقاً. وإن نكل قيل إن حلفت طلقت وإلا فليس بطلاق. قال وما تكلم به مما يشبه الطلاق سوى هؤلاء الكلمات فليس بطلاق حتى يقول كان مخرج كلامي به على أنني نويت به طلاقاً وذلك مثل قوله لامراته أنت خلية أو خلوت مني أو خلوت منك أو أنت بريئة أو برئت مني أو برئت

(\*) إمام المذهب الشافعي ولد سنة ١٥٠ هـ وتوفي سنة ٢٠٤ هـ - انظر: الاعلام للزركلي ج ٦ ص ٢٦، دار العلم للملايين - بيروت - لبنان، ط ٦، ١٩٨٤ م.

## • ما يقع به الطلاق من الكلام وما لا يقع •

منك أو أنت بائن أو بنت مني أو بنت منك أو اذهبي أو اعزبي أو تقنعي أو اخرجي أو لاحتاجة لي فيك أو شأنك بمنزل أهلك أو الزمي الطريق خارجة أو قد ودعتك أو قد ودعتني أو اعتدي أو ما أشبه هذا مما يشبه الطلاق فهو فيه كله غير مطلق حتى يقول أردت بمخرج الكلام مني الطلاق فيكون طلاقاً بإرادة الطلاق مع الكلام الذي يشبه الطلاق (قال الشافعي) رحمه الله: ولو قال لها أنت خلية أو بعض هذا. وقال قلته ولا أنوي طلاقاً ثم أنا الآن أنوي طلاقاً لم يكن طلاقاً حتى يبتدئه ونيته الطلاق فيقع حينئذ به الطلاق (قال) ولو قال لها أنت طالق واحدة بائن كانت واحدة تملك الرجعة لأن الله عز وجل حكم في الواحدة والثنتين بأن الزوج يملك الرجعة بعدهما في العدة. ولو تكلم باسم من أسماء الطلاق وقرن به اسماً من هذه الأسماء التي تشبه الطلاق أو شدد الطلاق بشيء معه وقع الطلاق بإظهار أحد أسمائه ووقف في الزيادة معه على نيته فإن أراد بها زيادة في عدد الطلاق كانت الزيادة على ما أراد. وإن لم يرد بها زيادة في عدد الطلاق كانت الزيادة كما لم تكن على الابتداء إذا لم يرد بها طلاقاً. وإن أراد بها حينئذ تشديد طلاق لم يكن تشديداً وكان كالطلاق وحده بلا تشديد وذلك مثل أن يقول أنت طالق البتة أو أنت طالق وبتة أو أنت طالق وخلية أو أنت طالق وبائن أو أنت طالق واعتدي أو أنت طالق ولاحتاجة لي فيك أو أنت طالق والزمي أهلك أو أنت طالق وتقنعي، فيسأل عن نيته في الزيادة فإن أراد بها زيادة في عدد طلاق فهي زيادة وهي ما أراد من الزيادة في عدد الطلاق وإن لم يرد بها زيادة لم تكن زيادة. وإن قال لم أرد بالطلاق ولا بالزيادة معه طلاقاً لم يدر في الطلاق في الحكم ودين في الزيادة منه وإن قال أنت طالق واحدة شديدة أو واحدة غليظة أو واحدة ثقيلة أو واحدة طويلة أو ما أشبه هذا كانت واحدة يملك فيها الرجعة ولا يكون طلاقاً بائناً إلا ما أخذ عليه المال لأن المال ثمن فلا يجوز أن يملك المال ويملك البضع الذي أخذ عليه المال<sup>(١)</sup>.

(١) الام ج ٥، ص ٢٥٩-٢٦٠، تصحيح محمد زهري النجار، دار المعرفة - بيروت - لبنان.

## بيان الوقت الذي يبرأ فيه من استؤجر

### على عمل معين في عين

الإمام موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة (\*)

وكل من استؤجر على عمل في عين فلا يخلو إما أن يوقعه وهي في يد الأجير كالصباغ يصبغ في حانوته والخياط في دكانه فلا يبرأ من العمل حتى يسلمها إلى المستأجر ولا يستحق الأجر حتى يسلمه مفروغاً منه لأن المعقود عليه في مدة فلا يبرأ منه ما لم يسلمه إلى العاقد كالمبيع من الطعام لا يبرأ منه قبل تسليمه إلى المشتري. وأما إن كان يوقع العمل في ملك المستأجر مثل أن يحضره المستأجر إلى داره ليخيط فيها أو يصبغ فيها فإنه يبرأ من العمل ويستحق أجره بمجرد عمله لأنه في يد المستأجر فيصير مسلماً للعمل حالاً فحالاً، ولو استأجر رجلاً يبنّي له حائطاً في داره أو يحفر فيها بئراً لبرئ من العمل واستحق أجره بمجرد عمله ولو كانت البئر في الصحراء أو الحائط لم يبرأ بمجرد العمل ولو انهارت عقيب الحفر أو الحائط بعد بنائه وقبل تسليمه لم يبرأ من العمل نص عليه أحمد في رواية ابن منصور فإنه إذا قال استعمل ألف ليلة في كذا وكذا فعمل ثم سقط فله الكراء، وأما الأجير الخاص فيستحق أجره بمضي المدة سواء تلف ما عمله أو لم يتلف نص عليه أحمد فقال إذا استأجره يوماً فعمل وسقط عند الليل ما عمل فله الكراء وذلك لأنه إنما يلزمه تسليم نفسه وعمل ما يستعمل فيه وقد وجد ذلك منه بخلاف الأجير المشترك ولو استأجر أجيراً لبنّي له حائطاً طوله عشرة أذرع فبنّي بعضه فسقط لم يستحق شيئاً حتى يتمه سواء كان في ملك المستأجر أو في غيره لأن الاستحقاق مشروط بإتمامه ولم يوجد قال أحمد إذا قيل له ارفع حائطاً كذا وكذا ذراعاً فعليه أن يوفيه

(\*) من فقهاء المذهب الحنبلي ولد سنة ٥٤١ هـ وتوفي سنة ٦٢٠. انظر: الاعلام للزركلي ج ٤،

ص ٦٧، دار العلم للملايين - بيروت - لبنان - ط ٦، ١٩٨٤ م.

● بيان الوقت الذي يبرأ فيه من استئجر على عمل معين في عين ●

فإن سقط فعليه التمام وكذا لو استأجره ليحفر له بئراً عمقها عشرة أذرع فحفر منها خمسة وانهار فيها تراب من جوانبها لم يستحق شيئاً حتى يتم حفرها<sup>(١)</sup>.

---

(١) المغني والشرح الكبير ج ٦، ص ١١٤-١١٥، مكتبة دار البيان، بغداد، دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان، ط ٢، ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م.

## مسائل في الفقه (\*)

### ١٤٣ - حكم صلاة الجنازة على من مات وهو مرتكب لبعض الكبائر من الذنوب

ومفاد المسألة سؤال يقول: هل تجوز صلاة الجنازة على المسلم إذا كان يرتكب في حياته بعض الكبائر من الذنوب ولكنه مات وهو مقر بالإسلام، ولم يعرف عنه خروجه منه.

والجواب أن من الذنوب ما هو من الكبائر ومنها ما هو من الصغائر وتقصيلاتها مبسطة في كتب الحديث والتفسير والعقيدة والفقه. وأول الكبائر من الذنوب وأعظمها جرماً الشرك بالله. فهذا مما لا يغفره الله لصاحبه إذا مات مصراً على ذلك. جزاء لعظم جرمه وجحوده لألوهية الله تعالى واستحقاقه العباداة وحده دون من سواه. وقد أخبر الله عن حال هذا الشخص في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُشْرِكْ بِاللَّهِ فَقَدْ افْتَرَىٰ إِثْمًا عَظِيمًا﴾<sup>(١)</sup> وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ يَرْجُوا لِقَاءَ رَبِّهِ فَلْيَعْمَلْ عَمَلًا صَالِحًا وَلَا يُشْرِكْ بِعِبَادَةِ رَبِّهِ أَحَدًا﴾<sup>(٢)</sup> وقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ أُوحِيَ إِلَيْكَ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكَ لَنْتُنْشَأُنَا لِيُحِبِّطُنَّ عَمَلَكُمْ وَلِتُكُونَنَّ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾<sup>(٣)</sup>.

(\*) هذه المسائل ترد من الإخوة القراء ويتولى الإجابة عنها صاحب المجلة ورئيس تحريرها الدكتور/عبدالرحمن بن حسن النفيسة، ويتم توثيق الإجابة وإسنادها وتحكيمها وفقاً لقواعد النشر في المجلة.

(١) سورة النساء الآية ٤٨.

(٢) سورة الكهف من الآية ١١٠.

(٣) سورة الزمر الآية ٦٥.

• حكم صلاة الجنازة على من مات وهو مرتكب لبعض الكبائر من الذنوب •

كما أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حال المشرك وما يجزى به بعد موته وذلك فيما رواه ابن نمير أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (من مات يشرك بالله شيئاً دخل النار)<sup>(١)</sup> ومارواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ما الموجبتان فقال: (من مات لا يشرك بالله شيئاً دخل الجنة ومن مات يشرك بالله شيئاً دخل النار)<sup>(٢)</sup>.

وينبني على هذا أن من مات وهو مشرك بالله يعد خارجاً عن الإسلام، ولا يصلى على جنازته.

ومن كبائر الذنوب القتل، والزنى، والسرقه، وشهادة الزور. وفاعل هذه الكبائر داخل في مشيئة الله تعالى بنص الكتاب والسنة فأما الكتاب فقد استثنى الله تعالى مرتكبي الكبائر غير الشرك بالله فيعد أن نفى المغفرة عن هؤلاء استثنى من هم دونهم في قوله تعالى: ﴿... ويغفر مآدون ذلك لمن يشاء﴾<sup>(٣)</sup> وفي ذلك قال محمد ابن جرير الطبري "أبانت هذه الآية أن كل صاحب كبيرة في مشيئة الله تعالى إن شاء عفا عنه ذنبه وإن شاء عاقبه عليه مالم يكن كبيرته شركاً بالله"<sup>(٤)</sup>.

أما السنة فقد وردت أحاديث كثيرة نجتزئ منها حديث أبي ذر الشهير فيما رواه أبو الأسود الدؤلي عنه أنه قال أتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو نائم عليه ثوب أبيض ثم أتيتته فإذا هو نائم ثم أتيتته وقد استيقظ فجلست إليه فقال: (ما من عبد قال

(١) صحيح البخاري ج ٢، ص ٦٩، ٧٠، صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢، ص ٩٩، مسند الإمام أحمد ج ١، ص ٣٨٢، السنن الكبرى للبيهقي ج ٧، ص ٤٤، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيتمي ج ١، ص ٢١، كنز العمال للبرهان فوري ج ١، ص ٧١.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢، ص ٩٢، مسند الإمام أحمد ج ١، ص ٣٨٢، السنن الكبرى للبيهقي ج ٧، ص ٤٤، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيتمي ج ١، ص ٢١، كنز العمال للبرهان فوري ج ١، ص ٧١.

(٣) سورة النساء من الآية ٤٨.

(٤) جامع البيان عن تأويل أي القرآن للطبري ج ٤، ص ١٢٦، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٥، ص ٢٤٥.

لا إله إلا الله ثم مات على ذلك إلا دخل الجنة. قلت: وإن زنى وإن سرق؟ قال: وإن زنى وإن سرق. قلت: وإن زنى وإن سرق؟ قال: وإن زنى وإن سرق ثلاثاً، ثم قال في الرابعة على رغم أنف أبي ذر<sup>(١)</sup> ومارواه أيضاً جندب بن عبد الله رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث بعثاً من المسلمين إلى قوم من المشركين وأنهم التقوا فكان رجل من المشركين إذا شاء أن يقصد إلى رجل من المسلمين قصد له فقتله وأن رجلاً من المسلمين قصد غفلته قال وكنا نُحدث أنه أسامة بن زيد فلما رفع عليه السيف قال لا إله إلا الله فقتله فجاء البشير إلى النبي صلى الله عليه وسلم فسأله فأخبره حتى أخبره خبر الرجل كيف صنع فدعاه فسأله فقال لم تقتله؟ قال يارسول الله أوجع في المسلمين وقتل فلاناً وفلاناً وسمى له نقرأ وإنني حملت عليه فلما رأى السيف قال لا إله إلا الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم **أقتلته** قال نعم قال فكيف تصنع بلا إله إلا الله إذا جاءت يوم القيامة؟ قال يارسول الله استغفر لي. قال وكيف تصنع بلا إله إلا الله إذا جاءت يوم القيامة؟ قال فجعل لا يزيد على أن يقول كيف تصنع بلا إله إلا الله إذا جاءت يوم القيامة<sup>(٢)</sup>.

ويستدل من استنكار رسول الله صلى الله عليه وسلم لفعل أسامة على حرمة "لا إله إلا الله" وعظمتها وأن من قالها عدُّ مسلماً معصوم الدم والمال له مالمسلم من حقوق ومن ذلك اتباع جنازته، والصلاة عليه، والدعاء له.

وأهل السنة والجماعة لا يخرجون أحداً من الإسلام بارتكاب كبيرة من الكبائر كالزنى وشرب الخمر مالم يكن جاحداً لركن من أركان الإسلام، أو الإيمان (كمن ينكر فرض الزكاة أو البعث)، ومالم يكن معتقداً بعدم تحريم ما حرم الله في كتابه، أو في سنة رسوله. أما ما عدا ذلك فهو في إطار المشيئة.

قلت: إن ترك بعض المأمور به يعد سيئة، وفعل بعضه يعد حسنة. كما أن فعل

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢، ص ٩٤، وانظر صحيح البخاري ج ٢، ص ٦٩، مسند الإمام أحمد ج ٦، ص ٤٤٢، سنن الترمذي ج ٥، ص ٢٧.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢، ص ١٠١-١٠١، وانظر مسند الإمام أحمد ج ٥، ص ٢٠٠.

● حكم صلاة الجنازة على من مات وهو مرتكب لبعض الكبائر من الذنوب ●

بعض المنهي عنه يعد سيئة، وترك فعل بعضه يعد طاعة فيكون الفاعل في الحالين في عداد من قال الله فيهم: ﴿وآخرون اعترفوا بذنوبهم خلطوا عملاً صالحاً وآخر سيئاً عسى الله أن يتوب عليهم إن الله غفور رحيم﴾<sup>(١)</sup>.

والمسلم لا يكفر بفعل المعصية ولا بارتكاب الذنب غير الشرك بالله إذا كان معتقداً تحريم ما فعل أما لو استحل ذلك فإنه يكفر، لأنه حينئذ مكذب للقرآن. ولا يجوز للمسلم أن يقنط من رحمة الله. كما لا يجوز لغيره أن يقنط من هذه الرحمة. وقد أمره الله تعالى بقوله: ﴿قل يا عبادي الذين أسرفوا على أنفسهم لا تقنطوا من رحمة الله إن الله يغفر الذنوب جميعاً إنه هو الغفور الرحيم﴾<sup>(٢)</sup> وتدرأ سيئات المسلم بما يفعله من حسنات ومن ذلك استغفاره من ذنوبه أو استغفار غيره له أو دعاؤه له استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿إن الحسنات يذهبن السيئات﴾<sup>(٣)</sup> وقوله تعالى: ﴿واستغفر لذنبك وللمؤمنين والمؤمنات﴾<sup>(٤)</sup> واستدلالاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لو لم تذنبوا لذهب الله بكم ولجاء بقوم يذنبون فيستغفرون الله فيغفر لهم)<sup>(٥)</sup> وقوله عليه الصلاة والسلام: (قال الله عز وجل إذا هم عبيدي بحسنة ولم يعملها كتبتها له حسنة فإن عملها كتبتها عشر حسنات إلى سبعمائة ضعف وإذا هم بسيئة ولم يعملها لم أكتبها عليه فإن عملها كتبتها سيئة واحدة)<sup>(٦)</sup>، والذين يكفرون غيرهم بمجرد معصيتهم، فيحرمون الصلاة عليهم ويخرجونهم من ملة الإسلام إنما يفعلون ذلك تجزؤاً على الله باعتراضهم على "مشيئته".

والفقهاء أقوال كثيرة فيمن يصلى عليه صلاة الجنازة، ومن لا يصلى عليه ففي مذهب الإمام أبي حنيفة تعد صلاة الجنازة فرضاً (المقصود فرض كفاية) على كل

(١) سورة التوبة الآية ١٠٢.

(٢) سورة الزمر الآية ٥٣.

(٣) سورة هود من الآية ١١٤.

(٤) سورة محمد من الآية ١٩.

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٧ ص ٦٥، مسند الإمام أحمد ج ٢، ص ٣٠٩، مجمع الزوائد

ومنبع الفوائد للهيتمي ج ١٠، ص ٢١٥، كشف الخفاء ومزيل الإلباس للعجلوني ج ٢، ص ٢١٣.

(٦) صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢، ص ١٤٨، وانظر سنن الترمذي ج ٥، ص ٢٤٧، سنن الدارمي

ج ٢، ص ٣٢١، مسند الإمام أحمد ج ١، ص ٢٧٩.

مسلم مات وذلك استدلالاً بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: (صلوا على كل بر وفاجر)<sup>(١)</sup> وقوله عليه الصلاة والسلام: (للمسلم على المسلم ست حقوق ومنها اتباع جنازته)<sup>(٢)</sup>. ولا يستثنى من هذا إلا مآخذ بدليل وهم: البغاة وقاطع الطرق إهانة لهم لخروجهم على طاعة الإمام والمقتولون في العصية لكونهم يعينون قومهم على الظلم، والمكابرون الذين يتعرضون في المصر للمعصومين وذلك لخروجهم على طاعة الإمام مثل البغاة<sup>(٣)</sup>.

وفي مذهب الإمام مالك يصلى على تارك الصلاة وعلى قاطع الطريق المحارب وقتل نفسه<sup>(٤)</sup>.

وفي مذهب الإمام الشافعي إذا وجد عضو مسلم علم موته صلى الله عليه<sup>(٥)</sup>.

وفي مذهب الإمام أحمد يصلى على سائر المسلمين من أهل الكبائر والمرجوم في الزنا وغيرهم. وقال الإمام أحمد من استقبل قبلتنا وصلى بصلاتنا نصلي عليه وندفنه كما يصلى على الذي يقاد منه بالقصاص أو المقتول في حد. ولما سئل عمن لا يعطي زكاة ماله قال يصلى عليه ما يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ترك الصلاة على أحد إلا على قاتل نفسه والغال<sup>(٦)</sup>.

- (١) سنن الدارقطني ج ٢، ص ٥٧، السنن الكبرى للبيهقي ج ٤ ص ١٩. قال البيهقي حديث ضعيف.
- (٢) سنن الترمذي ج ٥، ص ٧٥، سنن ابن ماجه ج ١، ص ٤١٦، مجمع الزوائد للهيثمى ج ٨، ص ١٨٦، كنز العمال للبرهان قوري ج ٩، ص ٢٩.
- (٣) حاشية رد المختار على الدر المختار لابن عابدين ج ٢، ص ٢١٠-٢١٢، وانظر كتاب بدائع الصنائع للكاساني ج ١، ص ٣١٠-٣١١، حاشية الطحطاوي على الدر المختار للطحطاوي ج ١، ص ٣٧٢-٣٧٣، الاختيار لتعليل المختار ج ١، ص ٩٤، ٩٨. شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٢، ص ١٥٠.
- (٤) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ج ١، ص ٢٦٤-٢٦٥، وانظر المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون ج ١، ص ١٦١-١٦٢، وانظر شرح منج الجليل على مختصر خليل لعليش ج ١، ص ٥١٢-٥١٣، حاشية النسوقي على الشرح الكبير ج ١، ص ٤٢٤.
- (٥) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشريبي الخطيب ج ١، ص ٣٤٨، وانظر نهاية المحتاج على شرح المنهاج للرمل ج ٢، ص ٤٩٣، قليوبي وعميرة ج ١، ص ٣٣٧، المهذب للشيرازي ج ١، ص ١٣٤، بجيرمي على الخطيب ج ٢، ص ٢٤٧.
- (٦) المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج ٢، ص ٤١٩-٤٢٠، وانظر كتاب الفروع لابن مفلح ج ٢، ص ٢٥٣، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحبياني ج ١، ص ٨٩٢، كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج ٢، ص ١٢٣-١٢٤، الإنصاف للمرداوي ج ٢، ص ٥٣٥-٥٣٦.

• حكم صلاة الجنازة على من مات وهو مرتكب لبعض الكبائر من الذنوب •

وللإمام ابن تيمية في هذا كلام طويل فقد سئل عن الصلاة على الميت الذي كان لا يصلي هل لأحد فيها أجر أم لا وهل عليه إثم إذا تركها مع علمه أنه كان لا يصلي. وكذلك الذي يشرب الخمر وما كان يصلي هل يجوز لمن كان يعلم حاله أن يصلي عليه أم لا؟

فأجاب "أما من كان مظهرًا للإسلام فإنه تجري عليه أحكام الإسلام الظاهرة: من المناكحة والموارثة وتغسيله، والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين ونحو ذلك، لكن من علم منه النفاق والزندقة فإنه لا يجوز لمن علم ذلك منه الصلاة عليه، وإن كان مظهرًا للإسلام فإن الله نهى نبيه عن الصلاة على المنافقين .... وأما من كان مظهرًا للفسق مع مافيه من الإيمان كأهل الكبائر فهؤلاء لا بد أن يصلي عليهم بعض المسلمين. ومن امتنع من الصلاة على أحدهم زجرًا لأمثاله عن مثل ما فعله ... كان عمله بهذه السنة حسنًا. ثم قال: وكل من لم يعلم منه النفاق وهو مسلم يجوز الاستغفار له والصلاة عليه بل يشرع ذلك ويؤمر به" (١).

كما سئل الإمام ابن تيمية عن رجل يصلي وقتًا ويترك الصلاة كثيرًا أو لا يصلي هل يصلي عليه؟ فأجاب "مثل هذا مازال المسلمون يصلون عليه بل المنافقون الذين يكتُمون النفاق يصلي المسلمون عليهم، ويفسلون، وتجري عليهم أحكام الإسلام كما كان المنافقون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم" (٢).

قلت: نحن نعلم من الدين بالضرورة أن المسلم مستور الحال، ويجب أخذه بظاهره .. فما جهلناه منه لا ينبغي أن نعامله بتأويل نطن به ظن السوء، وقد أمر الله عباده المؤمنين باجتنبوا الكثير من الظن لما في بعضه من الإثم قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾ (٣) وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث) (٤).

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٢٤، ص ٢٨٥-٢٨٦.

(٢) نفس المرجع ص ٢٨٧.

(٣) سورة الحجرات من الآية ١٢.

(٤) صحيح البخاري ج ٣، ص ١٨٨، صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٦، ص ١١٨، سنن الترمذي ج ٤، ص ٣١٣، موطأ الإمام مالك رواية يحيى بن يحيى الليثي ص ٦٥٣، سنن أبي داود ج ٤، ص ٢٨٠، مسند الإمام أحمد ج ٢، ص ٤٦٥، السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ٨٥، مشكاة المصابيح للتبريزي تحقيق محمد ناصر الدين الألباني ج ٣، ص ١٣٩٩.

والمسلم المرتكب للخطيئة قد لا يكون دائماً على هذه الحال، فكما أنه معرض لنوازع المعصية فهو معرض أيضاً لنوازع الطاعة، بل هو إلى هذه النوازع أقرب بحكم الفطرة التي خلقه الله عليها. وقد رد الله على ملائكته حين قالوا: ﴿اتَّجِعَلْ فِيهَا مَنْ يَفْسُدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ﴾<sup>(١)</sup> قال لهم: ﴿إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾<sup>(٢)</sup>.

ووجوب الظن بالمسلم (مالم يعلم منه الكفر) يقتضي أداء الصلاة على جنازته ودفنه مع المسلمين استدلالاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (صلوا على من قال لا إله إلا الله)<sup>(٣)</sup> ولهذا فليس لأحد أن يقول بحرمة الصلاة على جنازة هذا أو ذاك الفاسق مادام أن فسوقه ليس فسوق كفر وما دام أنه يشهد إلا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله.

وخلاصة المسألة: إن أعظم الكبائر الشرك بالله فهو مما لا يغفره الله لصاحبه إذا مات وهو على حاله تلك وماعداه من الكبائر والذنوب ينخل تحت مشيئة الله استدلالاً بقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونُ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ﴾<sup>(٤)</sup>.

ولا يخرج من الإسلام من ارتكب فعلاً من الأفعال المنهي عنها مثل الزنى وشرب الخمر مالم يكن الفاعل جليحاً لركن من أركان الإسلام أو الإيمان، أو معتقداً بعدم تحريم ما حرم الله في كتابه أو سنة رسوله. أما ما عدا ذلك فهو في إطار المشيئة لأن ترك بعض الأمور به يعد سيئة، وفعل بعضه يعد حسنة. كما أن فعل بعض المنهي عنه يعد سيئة، وترك فعل بعضه يعد طاعة فيكون الفاعل في المالين ممن خلطوا عملاً صالحاً وآخر سيئاً.

ومن المعلوم من الدين بالضرورة أن المسلم مستور الحال ويجب أخذه بظاهره،

(١) سورة البقرة من الآية ٣٠.

(٢) سورة البقرة من الآية ٣٠.

(٣) مجمع الزوائد ومنيع الفوائد للهيتمي ج ٢، ص ٦٧، سنن الدارقطني ج ٢، ص ٥٦، كنز العمال للبرهان فوري، ج ١٥، ص ٥٨، كشف الخفاء ومزيل الإلباس للعجلوني ج ٢، ص ٤٢. قال الهيتمي رواه الطبراني في الكبير وفيه محمد بن الفضل بن عطية وهو كذاب.

(٤) سورة النساء من الآية ٤٨.

• حكم صلاة الجنازة على من مات وهو مرتكب لبعض الكبائر من الذنوب •

وما جهلناه منه لا ينبغي أن نعامله بتأويل نزن به ظن السوء. لأن الله أمر عباده بلجنتاب الكثير من الظن. والمسلم المرتكب للخطيئة قد لا يكون دائماً على هذه الحال فإن كان معرضاً لنوازح المعصية فهو معرض أيضاً لنوازح الطاعة بل هو إلى هذه النوازح أقرب بحكم الفطرة التي خلقه الله عليها ووجوب الظن بالمسلم خيراً يقتضي أداء الصلاة على جنازته، ودفنه مع المسلمين استدلالاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (صلوا على من قال لا إله إلا الله).

والله أعلم

## ١٤٤ - حكم مايقع من تعارض أو تغاير بين شهادة الشهود

ومفاد المسألة سؤال يقول: إن شخصاً قد ادعى على آخر أن بينهما شراكة في أرض .. وقد عين هذا اسمها ومكانها وأحضر شاهدين: فشهد أحدهما أن بين المدعي والمدعى عليه شراكة في الأرض المذكورة أي أنه عين اسمها ومكانها كما ادعاه المدعي. وشهد الشاهد الآخر أن بين المدعي والمدعى عليه شراكة في أرض .. وعند ما سُئِلَ عن اسمها ومكانها ذكر اسماً ومكاناً بدا أنه يختلف عن الاسم والمكان اللذين حددهما المدعي والشاهد الأول ويسأل السائل عما إذا كانت هاتين الشهادتين تثبت الشراكة بين المدعي والمدعى عليه في الأرض المذكورة؟ ويضيف السائل قائلاً: إن على الشاهدين بعض المآخذ التي تمس عدالتهما فماذا يجب في ذلك؟

والجواب أن الشهادة من الأمور المهمة في دعاوى الخصوم لما يترتب عليها من إثبات الحقوق، أو نفيها. ولهذا أكد الإسلام على عظمها، ومايجب على الشهود من الأمانة في نقلها بما يبرئ ذمهم ويبرئ ذم الخصوم، وهذا لايدرك إلا بكمال الشهادة وسلامتها سواء فيما يتعلق بها ذاتها، أو من يؤديها، وقد دل على هذا الكتاب والسنة. أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(١)</sup> وفي هذا أمر بإشهاد العدول من الشهود ، ونفي من سواهم مخافة أن تعطى الحقوق لمن لا يستحقها وتمنع عنمن يستحقها وقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولاً﴾<sup>(٢)</sup> وفي هذا تأكيد على أن هذه المدارك الثلاثة مسئولة عما تفعله من خير أو شر وقوله تعالى: ﴿سَتَكْتُبُ شَهَادَتَهُمْ وَيُسْأَلُونَ﴾<sup>(٣)</sup> وفي هذا تأكيد على أن مايشهده الإنسان سوف يحاسب عليه، ويسأل عنه ويجازى عليه وقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾<sup>(٤)</sup> وفي هذا

(١) سورة الطلاق من الآية ٢.

(٢) سورة الإسراء الآية ٣٦.

(٣) سورة الزخرف من الآية ١٩.

(٤) سورة الزخرف من الآية ٨٦.

## • حكم مايقع من تعارض أو تغاير بين شهادة الشهود •

تأكيد أيضاً على أن الشهادة لا تكون إلا بالحق، وتأكيد على أنها لا تكون إلا بالعلم بها. أما السنة فقد ورد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الشهادة فقال للسائل (هل ترى الشمس؟ قال نعم قال: على مثلها فاشهد أو دع)<sup>(١)</sup>.

والتعارض أو التغاير في الشهادة على نوعين: تعارض في الشهادة ذاتها أي في أقوال الشاهد نفسه كما لو قال - مثلاً - إن لون السيارة التي دهست الشخص كان أحمر ثم قال مرة أخرى إن لونها أبيض. وكما لو شهد أن الأرض محل النزاع في الشراكة تقع في مكان كذا، ثم شهد مرة أخرى أنها تقع في مكان كذا (أي في موقع آخر مغاير للموقع الأول) فهذه الشهادة متعارضة في ذاتها وتعد غير صحيحة.

النوع الثاني: التعارض بين شهادة وأخرى كما لو قال أحد الشاهدين إن السيارة التي سببت الحادث كانت كبيرة، أو من نوع كذا بينما قال الشاهد الآخر إنها كانت صغيرة ومن نوع آخر يختلف عن النوع الأول، فالشاهدتان مغايرتان لبعضهما لأن كل واحدة منهما مستقلة بذاتها.

وللفقهاء كلام طويل في التعارض بين الشهادة وما يجب نحوه ففي مذهب الإمام أبي حنيفة يجب أن تتفق شهادة الشاهدين فيما يشترط فيه العدد فإن اختلفتا لم تقبل لأن هذا يوجب اختلاف الدعوى والشهادة، وعند اختلاف الشاهدين لم يوجد إلا أحد شطريها ولا يكتفى به فيما يشترط فيه العدد.

والاختلاف قد يكون في جنس المشهود به كما لو شهد أحد الشاهدين بالبيع وشهد الآخر بالميراث فلا تقبل الشهادة لاختلاف العقدين في الصورة والمعنى .. أو كما لو شهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون، فلا تقبل شهادتهما لاختلاف الجنس بين المالين.

وقد يكون الاختلاف في قدر المشهود به كما لو ادعى رجل على آخر بألفي درهم، وأقام شاهدين شهد أحدهما بألفين وشهد الآخر بألف فبعند الإمام أبي حنيفة لا تقبل شهادتهما وعند صاحبيه تقبل الشهادة على الألف.

وقد يكون اختلاف الشهادة في الزمان والمكان فإن كانت في الإقرار قبيل الاختلاف لان الإقرار مما يحتمل التكرار فيمكن التوفيق بين الشاهدين لسماحه عن

(١) كنز العمال للبرهان فوري ج ٧، ص ٢٣، وانظر السنن الكبرى للبيهقي ج ١، ص ١٥٦.

الإقرار في زمانين أو مكانين .. وإن كان الاختلاف في الفعل أي في القتل والغصب وإنشاء البيع والطلاق والنكاح ونحو ذلك فمنع قبول هذا الاختلاف لأن هذا الفعل لا يحتمل التكرار فاختلاف الزمان والمكان فيها يوجب اختلاف الشهادتين مما يمنع قبولهما<sup>(١)</sup>.

وفي مذهب الإمام مالك أقوال في اختلاف الشهادة وتصحيح بعض الشهادات لبعضها فشهادة الأبداد (شهادة الشهود المتفرقين) تجوز في النكاح وهي لا تجتمع الشهود على إظهار الولي والناكحين بل إنما عقدوا وتفرقوا أو قال كل واحد لصاحبه أشهد من لقيت وهذا على أساس أن الشهادة ليست بشرط في صحة العقد وهذا على خلاف ما روي عن الإمام مالك بأنها شرط.

وفي قول في المذهب أن شهادة الأبداد لا تقبل إذا شهد كل واحد من الشهود بغير نص ماشهد به الآخر وإن كان معنى جميع شهادتهم واحداً حتى يتفق منهم شاهدان على نص واحد وللإمام مالك قول خلاف ذلك أي بجواز المعنى في الشهادة إذا كان واحداً وإن اختلفتا فلو قال أحدهم في شهادته إن الأرض لهذا، وقال الآخر في شهادته إنها حيزه فالأرض له لأن حيزه بمعنى أرضه<sup>(٢)</sup>.

وفي مذهب الإمام الشافعي إذا ادعى رجل على آخر بألفي درهم وشهد له شاهد أنه أقر له بألف، وشهد آخر أنه بألفين ثبت ألف بشهادتهما لأنهما اتفقا على إثباتها وله أن يحلف مع شاهد الألفين ويثبت له الألف الآخر لأنه شهد له بها شاهد<sup>(٣)</sup>.

وفي مذهب الإمام أحمد إذا كانت الشهادة على فعل فاختلف الشاهدان في زمانه، أو مكانه أو صفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما كما لو شهد

(١) بدائع الصنائع لعلكاساني ج ٦، ص ٢٧٨-٢٧٩، وانظر شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٧، ص ٣٨٣، ٤٤٠-٤٤٤، وانظر الاختيار لتعليل المختار لابن مودود ج ٢، ص ١٤٣-١٤٥، وانظر المبسوط للسرخسي ج ١٦، ص ١١٦، ١٧٣-١٧٦.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢، ص ٦-٨، وانظر أسهل المدارك للكشناوي ج ٣، ص ٢١٣، ٢٢٦، وشرح منيع الجليل لعليش ج ٨، ص ٤٧٣-٤٧٦، مواهب الجليل للحطاب ج ٦، ص ٢١٠، التاج والإكليل للمواق هامش مواهب الجليل ج ٦، ص ٢١٠.

(٣) المجموع للنووي ج ٢٠، ص ٢٧٢-٢٧٤، وانظر الحاوي الكبير للماوردي ج ٢١، ص ٢٦٦-٢٦٦، وانظر المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي ج ٢، ص ٣٢٠، ٣٢٨.

## • حكم مايقع من تعارض أو تغاير بين شهادة الشهود •

أحد الشاهدين أنه غصبه مبلغاً يوم كذا، وشهد الآخر أنه غصبه في يوم آخر .. أو يشهد أحدهما أنه غصبه في مكان، ويشهد الآخر أنه غصبه في مكان آخر فلا تكمل بذلك الشهادة "لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان" وهكذا لو اختلف الشاهدان في زمن القتل، أو مكانه، أو صفته أو في شرب الخمر، أو القذف لم تكمل الشهادة لأن ماشهد به أحد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر.

وإن كان الاختلاف في صفة المشهود به اختلافاً يوجب التغاير كما لو شهد أحدهما بشيء (لباس مثلاً) وشهد الآخر بشيء آخر (مبلغ مالي مثلاً) لم تكمل الشهادة لأنه إيجاب بالحق على المشهود عليه بشهادة واحدة. فأما إن شهد بكل فعل شاهدان، واختلفاً في الزمان والمكان أو الصفة ثبثاً جميعاً لأن كل واحد منهما قد شهدت به بيئة عادلة لو انفردت أثبتت الحق والشهادة الأخرى لاتعارضها لإمكان الجمع بينهما مالم يكن الفعل مما لايمكن تكرره كقتل رجل بعينه فتعارض عندئذ الشهادتان فتكون إحداهما غير صحيحة<sup>(١)</sup>.

قلت: وينبغي على هذا أن الشهادتين اللتين ذكرهما السائل قد تكونا متعارضتين لأن كلاً منهما تثبت حقاً للمدعي في أرض معينة ولكنهما لم تتفقاً على اسمها ومكانها والاختلاف البين في الشهادتين ينفي عنهما تمام البيئة وكمالها يوجب اتفاقهما في تعيين محل الشهادة تعييناً ينفي الشك ويوجب اليقين استدلالاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (هل ترى الشمس قال نعم قال على مثلها فلشهد أودع) والعلم بالشمس يعني اليقين إما بالمعاينة وإما بنحوها.

ومع هذا فإن تحقيق صحة الشهادة ومدى تغايرها أو تعارضها من الأمور التي تخضع لتدقيق القضاء وقد ذكرنا فقط بعضاً من أقوال الفقهاء في المسألة. أما السؤال عما إذا كانت هاتين الشهادتين تثبت الشراكة بين المدعي وخصمه فإن إثبات إحداهما أو نفي الأخرى يرجع لتقدير القضاء.

أما قول السائل بأن على الشاهدين بعض المآخذ التي تمس عدالتهما فهذا مرجعه للقضاء للنظر فيما يدعيه أحد الخصمين عليهما من حيث الجرح أو التعديل.

(١) المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج ١٢، ص ١٣٠-١٣٢، وانظر الإنصاف للمرادوي ج ١٢ ص ٢٤-٢٨، وانظر كشاف القناع للبهوتي ج ٦، ص ٤١٣-٤١٥، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحبياني ج ٦، ص ٦٠٤، كتاب الفروع لابن مفلح ج ٦، ص ٥٤٤-٥٤٦، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ج ٣، ص ٥٤٢-٥٤٣.

وخلاصة المسألة أن الشهادة من الأمور المهمة في دعاوى الخصوم لما يترتب عليها من إثبات الحقوق أو نفيها ولهذا أكد الإسلام على عظمها، وما يجب على الشهود من الأمانة في أدائها. والشهادة لا تكون إلا بالحق وبالعلم بها.

والتعارض أو التغاير في الشهادة على نوعين تعارض فيها ذاتها أي في أقوال الشاهد نفسه، وتعارض بين شهادة وأخرى. ويبدو أن الشهادتين اللتين ذكرهما السائل قد تكونا متعارضتين لأن كلاً منهما تثبت حقاً في أرض معينة ولكنهما تختلفان في الاتفاق على اسمها ومكانها.

والاختلاف البين فيهما ينفي عنهما تمام البينة وكمالها. ومع هذا فإن تحقيق الشهادة ومدى تغايرها أو تعارضها من الأمور التي تخضع لتقدير القضاء ولهذا فإن إثبات أو نفي الشراكة في الأرض أو نفيها بين المدعي والمدعى عليه يرجع لتقدير القضاء.

أما قول السائل إن على الشاهدين بعض المأخذ التي تمس عدالتيهما فهذا مرجعه إلى القضاء للنظر فيما يدعيه أحد الخصمين من حيث الجرح أو التعديل.

والله أعلم

## ١٤٥ - حكم الأفعال التي يرتكبها شخص قبل إسلامه

ومفاد المسألة سؤال من أحد الإخوة في الولايات المتحدة الأمريكية يقول فيه: إذا دخل غير المسلم في دين الإسلام فما حكم الأفعال التي سبق أن ارتكبها قبل إسلامه: كالقتل وغيره من أنواع المحرمات؟

والجواب أن الإسلام دين الفطرة، وتهيئة الإنسان لحياة طبيعية تتفق مع تكوينه النفسي والعضوي، وتيسير حياته برفع التكليف الذي يؤدي به إلى الحرج. والإسلام قائم على أمر الإنسان المكلف بما ينفعه وتبصيره بما يدفع الأذى والضرر عنه .. والإسلام قائم على العفو والتسامح. والدلائل على هذا كثيرة منها قول الله تعالى: ﴿فِيمَا رَحِمَهُ مِنَ اللَّهِ لَنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ (١) والإسلام قائم على الإقناع والدعوة المصحوبة بالحكمة والكلمة الحسنة وبهذا أمر الله نبيه ورسوله في قوله تعالى: ﴿وَادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ (٢) وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجَادِلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ وَقُولُوا آمَنَّا بِالَّذِي أُنْزِلَ إِلَيْنَا وَأَنْزَلَ إِلَيْكُمُ وَالْهَذَا وَهَذَا وَنَحْنُ لَهُ مُسْلِمُونَ﴾ (٣) والإسلام دين الرحمة والعفو عن الخطايا والسيئات، فقد فرض الله على نفسه الرحمة والعفو لمن يعمل السوء بجهالة ثم يتوب منه في قوله تعالى: ﴿كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَى نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ أَنَّهُ مِنْ عَمَلٍ مِنْكُمْ سُوءًا بِجَهَالَةٍ ثُمَّ تَابَ مِنْ بَعْدِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (٤) وقرن رسالة نبيه ورسوله بالرحمة في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ (٥).

(١) سورة آل عمران من الآية ١٥٩.

(٢) سورة النحل من الآية ١٢٥.

(٣) سورة العنكبوت الآية ٤٦.

(٤) سورة الانعام من الآية ٥٤.

(٥) سورة الانبياء الآية ١٠٧.

هذا من حيث العموم ومن حيث الخصوص في المسألة فمن الواضح أن غير المسلم حين يدخل الإسلام ينتقل في حياته من مرحلة إلى أخرى أو بالأحرى من حياة إلى حياة تختلف في مباحاتها وواجباتها، والتزاماتها، بل في طبيعتها كلها عن حياته السابقة، وطبيعي أن ينتابه هاجس عما كان يفعله في حياته تلك وقد دل الكتاب والسنة وفقه الأئمة على أن من يدخل في دين الإسلام يُغفر له ماسلف من ذنوبه وخطاياهم إذا انتهى مما كان عليه. فأما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَاقَدَ سَلْفٍ﴾<sup>(١)</sup> قال ابن العربي "هذه لطيفة من الله سبحانه من بها على الخلق، وذلك أن الكفار يقتحمون الكفر والجرائم، ويرتكبون المعاصي والآثام فلو كان ذلك يوجب مؤاخذة لهم لما استدركوا أبداً توبة، ولانالتهم مغفرة فيسر الله تعالى عليهم قبول التوبة عند الإنابة وبذل المغفرة بالإسلام وهدم جميع مانعهم، ليكون ذلك أقرب لدخولهم في الدين، وأدعى إلى قبولهم لكلمة المسلمين، ولو علموا أنهم يؤاخذون لما تابوا ولا أسلموا"<sup>(٢)</sup>.

وأما السنة فقد روى ابن سعد في طبقاته عن الزبير وجبير بن مطعم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (الإسلام يجب ما كان قبله)<sup>(٣)</sup> وفي حديث آخر: (أن الإسلام يهدم ما كان قبله والهجرة تهدم ما كان قبلها والحج يهدم ما كان قبله)<sup>(٤)</sup>.

أما فقه الأئمة فقد ورد في مذهب الإمام أبي حنيفة: أن الفرائض لا تجب أصلاً على غير المسلم حتى لا يخاطب بالآداء بعد إسلامه وهذا رحمة له وتخفيف عليه<sup>(٥)</sup>.

(١) سورة الانفال من الآية ٣٨.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٧، ص ٤٠٢، أحكام القرآن لابن العربي ج ٢، ص ٨٥٣.

(٣) مسند الإمام أحمد ج ٤، ص ١٩٩، كنز العمال للبرهان فوري ج ١، ص ٦٦، كشف الخفاء ومزيل الالباس للعجلوني ج ١، ص ١٤٠، السنن الكبرى للبيهقي ج ٩، ص ١٢٣. جاء في الأحكام في أصول الأحكام للأمدى بأنه حديث ضعيف ج ١، ص ١٢٤.

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢، ص ١٣٨، كنز العمال للبرهان فوري ج ١، ص ٦٧، وانظر مسند الإمام أحمد ج ٤، ص ١٩٩.

(٥) بدائع الصنائع ج ٢، ص ٤، وانظر حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٢، ص ٧٥-٧٦، ج ٤، ص ٢٥١.

## • حكم الأفعال التي يرتكبها شخص قبل إسلامه •

وفي مذهب الإمام مالك إذا وجب على الكافر حد القتل فأسلم عصم دمه وقضي عليه كمسلم وإذا طلق ثم أسلم فلا طلاق له وكذلك من حلف فأسلم فلا حنث عليه وكذا من وجبت عليه هذه الأشياء فذلك مغفور له.

ولو زنى وأسلم سقط عنه الحد. وروى أشهب عن مالك أنه قال إنما يعني الله عز وجل ما قد مضى قبل الإسلام من مال أو دم أو شيء<sup>(١)</sup>.

وفي مذهب الإمام الشافعي أن غير المسلم الذي لم يدخل أصلاً الإسلام لا يخاطب بقضاء الفرائض لأن الله عفا عما سلف منه. ومن فروع المذهب في هذا الأمر أن غير المسلم (ويقصد به من لم يدخل الإسلام أصلاً) إذا فعل قربة لا يشترط النية لصحتها كالصدقة وصلة الرحم وأشباه ذلك فيطعم بها في الدنيا ويوسع في رزقه وعيشه فإن أسلم فالصواب المختار أنه يثاب عليها في الآخرة<sup>(٢)</sup>.  
بدليل ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إذا أسلم العبد فحسن إسلامه كتب الله له كل حسنة كان أزلفها (أي قدمها) ومحيت عنه كل سيئة كان أزلفها)<sup>(٣)</sup>.

وما روي أن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله أرايت أموراً كنت أتحدث بها في الجاهلية من صدقه أو إعتاق أو صلة رحم أقيها أجر؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أسلمت على ما أسلفت من خير)<sup>(٤)</sup>.

(١) المعيار المعرب ج ٢، ص ٣٤٥، والمدونة الكبرى للإمام مالك ج ٢، ص ٢٢١، ومواهب الجليل للحطاب ج ٦، ص ٢٨٢-٢٨٤، وشرح منح الجليل لعليش ج ٩، ص ٢١٧-٢٢٥، وبلغه السالك للصاوي ج ٢، ص ٤١٩، والتاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ج ٦، ص ٢٨١-٢٨٣، الشرح الصغير للدريدير هامش بلغه السالك ج ٢، ص ٤٢٩، جامع الأحكام الفقهية للقرطبي ج ٣ ص ١١٩.

(٢) المجموع شرح المذهب للنووي ج ٣، ص ٣-٥، ونهاية المحتاج للرمل ج ١، ص ٣٨٩، المذهب للشيرازي ج ١، ص ٥٠، قليوبي وعميرة ج ١، ص ١٢٠-١٢١، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشربيني الخطيب ج ١، ص ١٣٠.

(٣) سنن النسائي ج ٨، ص ١٠٦، كنز العمال للبرهان فوري ج ١، ص ٦٩-٧٠.

(٤) مسند الإمام أحمد ج ٣، ص ٤٠٢، المصنف لعبد الرزاق ج ١٠، ص ٤٥٤، السنن الكبرى للبيهقي ج ٩، ص ١٢٣، كنز العمال للبرهان فوري ج ١، ص ٢٦٢.

وفي مذهب الإمام أحمد تحقيق وتفصيل للإمام ابن تيمية في هذه المسألة ننقله بنصه كما يلي:

"إن ماتركه الكافر الأصلي من واجب: كالصلاة والزكاة والصيام، فإنه لا يجب عليه قضاؤه بعد الإسلام بالإجماع: لأنه لم يعتقد وجوبه، سواء كانت الرسالة قد بلغت أو لم تكن بلغت، وسواء كان كفره جحوداً، أو عناداً، أو جهلاً.

ولافرق في هذا بين الذمي والحربي، بخلاف ما على الذمي من الحقوق التي أوجبت الذمة أدائها: كقضاء الدين، ورد الأمانات، والغصوب. فإن هذه لا تسقط بالإسلام لالتزامه وجوبها قبل الإسلام.

وأما الحربي المحض فلم يلتزم وجوب شيء للمسلمين، لا من العبادات ولا من الحقوق، فليس عليه قضاء شيء لا من حقوق الله، ولا من حقوق المسلمين، وإن كان يعاقب على تركها لو لم يسلم، فإن الإسلام يهدم ما كان قبله.

وكذلك ما فعله الكافر من المحرمات في دين الإسلام التي يستحلها في دينه: كالعقود والقبوض الفاسدة، كعقد الربا، والميسر، وبيع الخمر، والخنزير، والنكاح بلا ولي ولاشهود، وقبض مال المسلمين بالقهر، والاستيلاء، ونحو ذلك، فإن ذلك المحرم يسقط حكمه بالإسلام، ويبقى في حقه بمنزلة مالم يحرم، فإن الإسلام يغفر له به تحريم ذلك العقد والقبض، فيصير الفعل في حقه عفواً بمنزلة من عقد عقداً أو قبض قبضاً غير محرم فيجري في حقه مجرى الصحيح في حق المسلمين، ولهذا ما تقاضوا فيه من العقود الفاسدة أقروا على ملكه إذا أسلموا أو تحاكموا إلينا".

ثم قال الإمام ابن تيمية "وأما العقوبات فإنه لا يعاقب على ما فعله قبل الإسلام من محرم، سواء كان يعتقد تحريمه أو لم يعتقد، فلا يعاقب على قتل نفس، ولا ربا، ولا سرقة، ولا غير ذلك. سواء فعل ذلك بالمسلمين، أو بأهل دينه، فإنه إن كان بالمسلمين فهو يعتقد إباحت ذلك منهم، وأما أهل دينه فهم مباحون في دين الإسلام، وإن اعتقد هو الحظر، ولهذا نقول: إن ما سباه وغنمه الكفار بعضهم من نفوس بعض وأموالهم فإنهم لا يعاقبون عليها بعد الإسلام، وإن اعتقدوا التحريم. فمتى كان مباحاً في دينه أو في دين الإسلام زالت العقوبة.

## ✽ حكم الأفعال التي يرتكبها شخص قبل إسلامه ✽

لكن إن كان محرماً في الدينين: مثل أن يكون بينه وبين قوم عهد، فإن كان عهده مع المسلمين، فهذا هو المستأمن والذمي والمصالح، فهؤلاء يضمنون ما اتلفوه للمسلمين من النفوس والأموال، ويعاقبون على ما تعدوا به على المسلمين، ويعاقبون على الزنا، وفي شرب الخمر خلاف معروف<sup>(١)</sup>.

هذا بالنسبة لغير المسلم (الذي لم ينخل الإسلام أصلاً) أما من أسلم ثم ارتد فله أحكام: ففي مذهب الإمام أبي حنيفة تسقط عنه حقوق الله وتجب عليه حقوق الأدميين<sup>(٢)</sup>.

وفي مذهب الإمام مالك إذا ارتد في بلد الإسلام وأصاب الدماء والأموال ثم أخذ فأسلم فإنه يهدر عنه جميع ما أصاب كالحربي إذا أسلم سواء ولو ارتد وأصاب الدماء والأموال في بلد الإسلام ثم أسلم انهدرت عنه حقوق الله تعالى من الزنا والسرقة والحراة وأخذ بحقوق الناس من الأموال والدماء والجراح<sup>(٣)</sup>.

وفي مذهب الإمام الشافعي لا يسقط عن المرتد شيء من حقوق الله أو حقوق الناس في أثناء رده<sup>(٤)</sup>.

وفي مذهب الإمام أحمد يلزم المرتد ما تركه قبل رده، ولا يجب عليه قضاء ما تركه في الردة. أما ما فعله من المحرمات فإن كان في قبضة المسلمين ضمن ما اتلفه من نفس ومال<sup>(٥)</sup>.

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٢٢ ص ١٠٧.

(٢) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٤، ص ٢٥١-٢٥٢.

(٣) المدونة الكبرى للإمام مالك، رواية الإمام سحنون ومعها مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٢١، التاج والإكليل للمواق هامش مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٨١، شرح منح الجليل لعليش ج ٩ ص ٢٢٢، ٢٢٤، بلغة السالك للصاوي ج ٢ ص ٤١٩.

(٤) المجموع شرح المذهب للنووي ج ٣ ص ٥، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ج ١ ص ٣٩٠.

(٥) انظر: المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج ١٠ ص ١١١-١١٢، الفروع لابن مفلح ج ٦ ص ١٧٥-١٧٦، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٢٢، ص ١٠.

قلت: ويتبين من أقوال الأئمة أن الأفعال التي يرتكبها غير المسلم (الذي لم يدخل الإسلام أصلاً) يعفى عنها إذا أسلم وحسن إسلامه سواء كانت هذه الأفعال تتعلق بحقوق الله، أو حقوق الأدميين عملاً بأن الإسلام يهدم ما كان قبله.

أما المسلم الذي ارتد عن دينه ثم عاد إلى الإسلام فلا يلزمه ما تركه من حقوق الله أثناء رده وتلزمه حقوق الأدميين لأنه كان عارفاً بها ومقرراً بشرعيتها قبل رده فوجب عليه أدائها بعد إسلامه.

وخلاصة المسألة أن الإسلام دين الفطرة، ودين الرحمة، ودين التسامح والعفو عن الخطايا والسيئات. والإسلام يهدم ما قبله فمن نخل فيه سقطت عنه الأفعال والمحرمات التي ارتكبها قبل إسلامه.

أما إن كان مسلماً فارتد ثم عاد إلى الإسلام فتسقط عنه حقوق الله في أثناء رده وتجب عليه حقوق الأدميين.

والله أعلم

## ١٤٦- حكم ما إذا باع الوصي عقاراً ليتيم من غير حاجة ولا اضطرار إلى ثمنه

ومفاد المسألة سؤال يقول: إن شخصاً أقام قريباً له وصياً على أولاده القصر لرعايتهم إلى حين رشدهم، وعملاً بهذه الوصية قام الوصي بالتصرف في أموال القصر، بيعاً وشراءً، وإيجاراً على الوجه الذي يعتقد أن فيه مصلحة لهم. وكان من ضمن تصرفه بيع أحد العقارات المملوكة لهم، وقد اعترضت أمهم على هذا التصرف مدعية أنهم ليسوا في حاجة إلى ثمنه، وأن بيعه يضر بهم.

والسؤال هو عما إذا كان تصرف الوصي ببيع العقار يعد مشروعاً أم لا.

والجواب من حيث العموم أن اليتيم حال يتمه في حاجة إلى الرعاية، والإحسان إليه، حيث إن تلك المرحلة من حياته مرحلة ضعف توجب الوصاية عليه كما توجب حسن هذه الوصاية ممن يقوم بها .. وقد أوجب الله رعاية اليتيم في نفسه بدليل الكتاب والسنة. أما الكتاب فقد نهى الله نبيه صلى الله عليه وسلم عن قهر اليتيم في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ﴾<sup>(١)</sup> والقهر يشمل عدة معان: منها النهي عن ظلمه، والنهي عن احتقاره أو امتهانه، أو إذلاله. ومنها وجوب الإحسان إليه، واللطف به والكينونة بمنزلة والده. أما السنة فقد وردت عدة أحاديث في فضل كفالة اليتيم، منها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا)<sup>(٢)</sup> وأشار بالسبابة والوسطى والمقصود به في الجنة. كما أوجب الله رعاية اليتيم في ماله، وقد دل على ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَأَتُوا الْيَتَامَى

(١) سورة الضحى الآية ٩.

(٢) صحيح البخاري ج ٧ ص ٧٦، وانظر: سنن أبي داود ج ٤ ص ٣٣٨، الموطأ للإمام مالك ج ١ ص ٦٧٦، السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ٢٨٣، مصابيح السنة للبغوي ج ٣، ص ٣٦٤، مشكاة المصابيح للتبريزي ج ٣، ص ١٣٨٤.

أموالهم ولا تبدلوا الخبيث بالطيب ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حوباً كبيراً<sup>(١)</sup>.

وفي هذه الآية أمر بإعطاء اليتامى أموالهم، وعدم تبديلها بأخذ الجيد منها وضمه إلى مال الوصي وضم الرديء من ماله لمال اليتيم. وفي هذه الآية أيضاً نهي عن أكل أموال اليتامى بضمها إلى مال الأوصياء كما كان العرب في الجاهلية يفعلون، وقد وصف الله ذلك بالحبوب الكبير أي الإثم العظيم. وقيل إن هذه الآية نزلت في رجل من قبيلة غطفان كان وصياً على مال كثير لابن أخ له يتيم فلما بلغ اليتيم رشده طلب من عمه أن يرد إليه ماله فأبى عليه فنزلت هذه الآية فقال عمه: أعوذ بالله من الحوب الكبير، ورد المال على صاحبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يوق شح نفسه ورجع به هكذا فإنه يحل داره أي جنته فلما قبض الفتى ماله أنفقه في سبيل الله<sup>(٢)</sup>.

وقد بنى الفقهاء رحمهم الله على هذه الأحكام قاعدة عامة تتلخص في أن تصرف الوصي في مال اليتيم مبني على ما فيه مصلحة له. ففي مذهب الإمام أبي حنيفة أن الوصي إذا احتال بمال اليتيم فإن كان خيراً له جاز وهو أن يكون أملاً حيث إن الولاية نظرية وإن كان الأول أملاً لا يجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم وقال المتأخرون من أصحاب المذهب لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير إلا في حالات ثلاث: أولها: إذا كان على الميت دين لا وقاء له إلا من ثمن العقار.

الحالة الثانية: إذا كان للصغير حاجة لثمن العقار

الحالة الثالثة: إذا كان المشتري يرغب في شراء العقار لضعف القيمة والفتوى على هذا في المذهب<sup>(٣)</sup>.

أما في مذهب الإمام مالك فقد سئل الإمام مالك رحمه الله عما إذا كان للوصي بيع عقار اليتامى: فقال لهذا وجوه: أما الدار التي لا يكون في غلتها ما يحملهم وليس

(١) سورة النساء الآية ٢.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٥ ص ٨.

(٣) نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لقاضي زاده ج ١٠ ص ٥٠٨-٥١٠، وانظر حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٦ ص ٧٠٨-٧٠٩، وانظر كشف الحقائق للأفغاني ج ٢ ص ٣٢٧-٣٢٨، وانظر المبسوط للسرخسي ج ٢٨ ص ٣٣.

• حكم ما إذا باع الوصي عقاراً ليتيم من غير حجة ولا اضطرار إلى ثمنه •

لهم مال ينفق عليهم منه فتباع وليس في ذلك من بأس أو يكون هناك من يرغب فيها فيعطي الثمن الذي يرى أن ذلك غبطة له مثل الملك يجاوره فيحتاج إليها فيثمنها وما أشبه ذلك فلا بأس وأما على غير ذلك فلا يراه. ويضاف إلى هذا قول في المذهب يقول بجواز البيع إذا لم يكن كفاية في غلة العقار<sup>(١)</sup>.

وفي مذهب الإمام الشافعي يجوز للوصي بيع عقار الصغار إذا كان هناك ضرورة كحاجتهم إلى كسوة أو قضاء دين أو نفقة أو ما لاتندفع الحاجة إلا به كما يجوز له بيعه إذا كان في ذلك غبطة أو كان يخاف عليه الغرق أو الخراب أو نحو ذلك<sup>(٢)</sup>.

وفي مذهب الإمام أحمد يباح البيع في كل موضع يكون فيه مصلحة للصغير ومن ذلك أن يكون الصغار في مكان لا ينتفع به أو يكون نفعه قليلاً فيبيعه الوصي ويشتري بثمنه عقاراً في مكان يكثر نفعه أو يرى شيئاً في شرائه غبطة ولا يمكنه شراؤه إلا ببيع العقار. وقد يكون العقار في مكان يتضرر الصغير بالمقام فيه لسوء الجوار فيبيعه الوصي ويشتري بثمنه داراً يصلح له فيها المقام<sup>(٣)</sup>.

قلت: وإذا كان العقار يختلف عن غيره من الأموال الأخرى لتحصنه في نفسه كما يقول الفقهاء فإن عدم بيعه أولى وأنفع لليتيم إذا لم يكن له حاجة قصوى لثمنه كحاجته للطعام، وقضاء الدين ونحو ذلك مما يقدره القضاء. أما بيعه بدافع الغبطة كزيادة في ثمنه عن مثله ونحو ذلك مما يعده الوصي في مصلحته، فالأولى عدم التساهل فيه لأن البيع بدون حاجة قصوى يعد مجازفة لأن الثمن عرضة للتلف

(١) المدونة الكبرى للإمام مالك رواية الإمام سحنون ج ٤، ص ٢٨٨، وشرح منح الجليل لعليش ج ٩ ص ٥٨٩، وانظر مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٣٩٠، ٣٩٩، وعقد الجواهر الثمينة لابن شاس ج ٣ ص ٤٣٢.

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للزملي ج ٤ ص ٣٧٦، المجموع شرح المذهب للنووي ج ١٣ ص ٣٤٩، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشربيني الخطيب ج ٢ ص ١٧٥، قليوبي وعميرة ج ٢ ص ٣٠٥، حاشية الجمل على شرح المنهاج ج ٣ ص ٣٤٩.

(٣) المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج ٤ ص ٢٩٤ وانظر الإنصاف للمرداوي ج ٥ ص ٣٣١-٣٣٢، وكشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج ٣ ص ٤٥٠-٤٥١، والفروع لابن مفلح ج ٤ ص ٣١٩، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٣١ ص ٣١٩.

والضياح بدليل ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (من باع داراً أو عقاراً فلم يجعل ثمنه في مثله كان قمعاً أن لا يبارك فيه)<sup>(١)</sup> ناهيك عما يؤدي إليه بيع عقار اليتيم من شعوره بالغبن إذا كبر وذلك حين يظن أن وصيه لم يحسن التصرف في ماله.

وعملاً بما تقدم من أقوال الفقهاء فإن تصرف الوصي في المسألة ببيع عقار القصر تصرف غير مشروع مادام أنهم ليسوا في حاجة قصوى إلى ثمنه.

وخلاصة المسألة أن الله قد فرض رعاية اليتيم في نفسه وماله وقد دلت قواعد الشريعة وأحكامها على أن تصرف الوصي في مال اليتيم مبني على ما فيه مصلحة له. ولما كان العقار يختلف عن غيره من الأموال الأخرى لتحصنه في نفسه، فإن عدم بيعه أولى وأنفع لليتيم ما لم يكن في حاجة قصوى إلى ثمنه كحاجته للطعام، وقضاء الدين ونحو ذلك مما يقدره القضاء، وإذا كان للقصر في المسألة مال يكفي لحاجاتهم الضرورية، فلا يجوز للوصي بيع عقارهم ولو كان يعتقد أن في البيع غبطة لهم لأن الأموال النقدية معرضة للتلف.

والله أعلم

(١) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٣٢، مسند الإمام أحمد ج ٤ ص ٣٠٧، السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ٣٤٣.

## ١٤٧- حكم ما إذا كان من الجائز بيع الوقف في حال تعطل منافعه

ومفاد المسألة سؤال يقول: إن أجدادنا قد أوقفوا على ذريتهم مزرعة تقع في قريتنا وقد توارث أبائنا النظر في هذه المزرعة وعمارتها واستصلاحها إلا أنه مع تقدم الزمن وتكاثر الورثة أهملت المزرعة وتعطلت منافعتها فهل يجوز لنا بيعها ووضع ثمنها في موقع آخر يستفيد منه الورثة؟

الوقف في اللغة الحبس<sup>(١)</sup> وفي الاصطلاح تحبیس الأصل وتسييل المنفعة<sup>(٢)</sup>. والأصل فيه ما رواه عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال أصاب عمر أرضاً بخير فأتى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها قائلاً: يا رسول الله إني قد أصبت أرضاً بخير لم أصب قط مالا أنفس عندي منه فماذا تأمرني فيها؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها قال فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث)<sup>(٣)</sup>.

والأصل فيه أيضاً ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: (إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة إلا من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له)<sup>(٤)</sup>.

- (١) لسان العرب لابن منظور ج ٩ ص ٣٥٩، المصباح المنير للفيومي ج ٢ ص ٦٦٩.
- (٢) المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج ٦ ص ١٨٥، وانظر: كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج ٤ ص ٢٤٠.
- (٣) صحيح البخاري ج ٣ ص ١٨٥، صحيح مسلم بشرح النووي ج ١١ ص ٨٦، سنن النسائي ج ٦ ص ٢٣١، سنن الترمذي ج ٣ ص ٦٥٩، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٠١، سنن أبي داود ج ٣ ص ١١٦-١١٧، مسند الإمام أحمد ج ٢ ص ١٢-١٣، السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ١٥٩.
- (٤) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١١ ص ٨٥، سنن الترمذي ج ٣ ص ٦٦٠، سنن أبي داود ج ٢ ص ١١٧، سنن النسائي ج ٦ ص ٢٥١، مسند الإمام أحمد ج ٢ ص ٣٧٢، السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ٢٧٨، مشكاة المصابيح للخطيب التبريزي ج ١ ص ٧١، كنز العمال للبرهان فوري ج ١٥ ص ٦٥٢.

والوقف على نوعين: وقف على العموم كبناء المساجد، ووقف الدور لسكن المحتاجين، ووقف الماء للسقيا منه ونحو ذلك مما يعد لاستفادة عموم الناس منه. النوع الثاني وقف خاص يُبْتَغَى منه منفعة فرد أو أفراد أو أسرة مخصوصة كالوقف على ذرية الموصي، أو أقربائه، أو أصدقائه المحصورين.

والواجب في الوقف بذل العناية، وتنفيذ وصية الموصي فإن كان الوقف عاماً وجب على ناظره إجراء منفعه بلا تقييد، فالمسجد يخص للصلاة فيه، والدور تخصص لسكن المحتاجين، والماء يجري للسقيا وهكذا. ويختلف الحال بين ما إذا كان الموصي قد أوصى شخصاً بعينه ليقوم بذلك، وبين ما إذا لم يوص بذلك أحداً، فإن عين شخصاً فعلى هذا تنفذ ما وُصِّي به، وإن لم يفعل (وهو الغالب في الأوقاف العامة) فيكون الوقف حينئذٍ بلا ولي وتصبح الولاية عليه لولي الأمر لكونه ولي من لا ولي له.

وإن كان الوقف خاصاً فيجب على الموصي له إجراء منفعه على النحو الذي عينه الموصي، فإن لم يعين طريقة لتنفيذه وجب على الموصي له الاجتهاد فيه كقسمة منفعه على الورثة ونحو ذلك مما هو معروف في هذه الأحوال.

ولما للوقف من أهمية في حياة المسلمين لما فيه من سد حاجة المحتاجين، ومساعدة المعوزين فقد عني الفقهاء بالوقف والحرص على جريان منفعه ووضع الأحكام التي تمنع العبث به حرصاً على عدم انقطاع أجر الموصي وحرصاً كذلك على منفعة الموصى لهم.

ففي مذهب الإمام أبي حنيفة إذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشترى بثمنه وفقاً آخر يستقل ولو كان غلته دون غلة الأول. وعدم الانتفاع به يشمل تعطل منفعه فلو كان يستاجر ولو بشيء قليل فيبقى أصله. والواضح من ظاهر المذهب أن حق الموصي لهم بالوقف لا يشمل عينه بل يقتصر على منفعه .. وينبني على هذا أن بيع الوقف في حال تعطل منفعه مقيد بوضع ثمنه في وقف آخر. وعند محمد<sup>(١)</sup> أن المسجد أو الوقف إذا خرب عاد إلى ملك الواقف أو

(١) محمد بن الحسن بن فرقد، من موالى شيخان، أبو عبدالله. صاحب الإمام أبي حنيفة، إمام بالقرية والأصول وهو الذي نشر علم أبي حنيفة، له كتب كثيرة في الفقه والأصول. ولد سنة ١٣١هـ - وتوفي سنة ١٨٩هـ. ابن كثير، البداية والنهاية ج ١٠ ص ٢١٠، الزركلي، الأعلام ج ٦ ص ٨٠.

• حكم ما إذا كان من الجائز بيع الوقف في حال تعطل منافعه •

إلى ورثته<sup>(١)</sup>.

وفي مذهب الإمام مالك قال الإمام سحنون<sup>(٢)</sup>: لم يجز أصحابنا بيع الحبس (الوقف) بحال إلا داراً بجوار مسجد احتيج أن تضاف إليه لكي يتوسع بها فأجازوا بيعها على أن يشتري بثمنها داراً تكون حبساً (وقفاً) وذلك استدلالاً بأن داراً محبسة (موقوفة) كانت تلي مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأدخلت فيه.

أما ماسوى العقار إذا ذهبت منافعه التي وقف بها كالحيوان أو الثياب بحيث لا ينتفع بها فيجوز بيعها وتصرف أثمانها في مثلها وتجعل مكانها فإن لم يصل الثمن إلى كامل من جنسه فيجعل في شقص من مثله<sup>(٣)</sup>.

وفي مذهب الإمام الشافعي لو أوقف الموصي أرضاً للزراعة فتعذرت وانحصر النفع في الغرس أو البناء فعلى الناظر أحدهما أو أجزأها كذلك. وظاهر المذهب أن الوقف إذا تعطلت منافعه يباع ويوضع في مثله ما عدا المسجد فإنه إذا تهدم وتعدرت إعادته فإنه لا يباع بحال لإمكان الانتفاع به حالاً بالصلاة في أرضه<sup>(٤)</sup>.

وفي مذهب الإمام أحمد أن الوقف إذا تعطلت منافعه كما لو خربت الأرض فأصبحت مواتاً وانهدمت الدار، ولم تمكن عمارتها، أو مسجد انتقل أهل القرية عنه وأصبح في موضع لا يصلى فيه أو ضاق بأهله، ولم يمكن توسعته في موضعه أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه جاز بيع بعضه لتعمر

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦-٣٧٧، وانظر شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٦ ص ٢٣٦-٢٣٨، وانظر بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ٢٢١، وانظر الاختيار لتعليل المختار لابن مودود ج ٣ ص ٤٣-٤٤.

(٢) سحنون: عبدالسلام بن سعيد بن حبيب التنوخي الملقب بسحنون، قاض فقيه، انتهت إليه رئاسة العلم بالمغرب، ولد سنة ١٦٠ هـ - وتوفي سنة ٢٤٠ هـ - البغدادي، هدية العارفين ج ١ ص ٥٦٩.

(٣) شرح منح الجليل على مختصر خليل لعليش ج ٨ ص ١٥٥، وما قبلها من ص ١٥٢-١٥٥ وانظر عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم أهل المدينة لابن شاس ج ٣ ص ٥٢-٥٣، وانظر مواهب الجليل على مختصر خليل للحطاب ج ٦ ص ٤١-٤٢.

(٤) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ج ٥ ص ٣٩٤-٣٩٦، وانظر المجموع شرح المذهب للنووي ج ١٥ ص ٣٦١-٣٦٢، وانظر مغني المحتاج للشربيني الخطيب ج ٢ ص ٣٩١-٣٩٢.

به بقيته فإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه فبياع جميعه، واستدل أصحاب المذهب على هذا بما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد فإنه لن يزال في المسجد مصل وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان هذا إجماعاً<sup>(١)</sup>.

وفي قول في المذهب أن الوقف إذا بيع فأى شيء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لأن المقصود المنفعة وليس الجنس، لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها لأنه لا يجوز تغيير المصروف مع إمكان المحافظة عليه كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به<sup>(٢)</sup>.

ويتبني على ماسبق أن الأصل تحريم بيع الوقف مالم تتعطل منافعه بالكلية فيمكن بيعه بإذن الحاكم، ووضع ثمنه في وقف آخر يُتَّفَعُ منه والقول "بتعطل منافعه الكلية" يقتضي عدم جواز بيعه إذا ضعفت منافعه وإن كان غيره أكثر مردوداً في نفعه. وما ذاك إلا لأن الأصل - كما ذكر - تحريم البيع، وإباحته للضرورة.

والمقصود بهذا الوقف من غير المسجد، .. أما المسجد ففي قول الإمام مالك والشافعي لا يجوز بيعه عملاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث)<sup>(٣)</sup>.

قلت: ولعل ما رآه الإمامان مالك والشافعي هو الصواب لأن المسجد ملك عام للمسلمين أوقف لعبادتهم ولحرمته فلهذا لا يجوز التصرف فيه بالبيع بعضه أو كله

(١) المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج ٦ ص ٢٢٥-٢٢٦.

(٢) المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج ٦ ص ٢٢٧، وانظر الإنصاف للمرداوي ج ٧ ص ١٠٠-١٠٥.

وانظر مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ج ٤ ص ٣٦٦-٣٦٨، وانظر مجموع فتاوى

شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٣١ ص ٩٢-٩٣.

(٣) سبق تخريجه.

• حكم ما إذا كان من الجائز بيع الوقف في حال تعطل منافعه •

لأنه إن كان مبنياً فسوف يصلى فيه، وإن انهدم فالغالب الأعم أن يعمره المسلمون، فإن لم يعمر فسوف يصلى فيه أرضاً. ولو فرض أن من حوله قد هجره لانتقال وغيره فلا يخلو من أحد أن يصلي فيه من السابلة وخلافهم من عباد الله.

وبالنسبة للمسألة فإن كان ما قاله السائل صحيحاً عن حال المزرعة فالأولى بيعها ووضع ثمنها في وقف آخر يستفاد منه، ولكن يجب أن يكون هذا بإذن القضاء مع أن الواجب يقتضي عدم التساهل في بيع الأوقاف لما قد يكون في ذلك من التحايل وخلافه.

والخلاصة أن الوقف على نوعين: وقف للعموم كالمساجد، ووقف خاص يراد منه منفعة فرد أو أفراد معينين. والأصل تحريم بيعه مالم تتعطل منافعه بالكلية فيمكن بيعه بإذن الحاكم، ووضع ثمنه في وقف آخر ينتفع منه.

أما المسجد فإن الإمام مالك والشافعي يريان عدم جواز بيعه عملاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث).

ولعل هذا هو الصواب لأن المسجد ملك عام للمسلمين أوقف لعبادتهم ولحرمة لا يجوز التصرف فيه بالبيع كلاً أو بعضاً لأنه إن كان مبنياً فإنه يصلى فيه، وإن انهدم فالغالب الأعم أن يعمره المسلمون ... فإن لم يعمر فيصلى فيه أرضاً. ولو هجره من حوله فلا يخلو من أحد يصلي فيه من المسلمين كالسابلة وخلافهم من عباد الله.

أما بالنسبة للمسألة فإن كان ما ذكره السائل صحيحاً عن حال المزرعة فقد يكون من المناسب بيعها ووضع ثمنها في وقف آخر يستفاد منه، ولكن يجب أن يكون ذلك بإذن القضاء مع أن الواجب يقتضي عدم التساهل في بيع الأوقاف لما قد يكون في ذلك من التحايل وخلافه.

والله أعلم.

## المصادر والمراجع حسب ورودها في المسائل

- ١- صحيح البخاري: الإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبة البخاري، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ٢- صحيح مسلم بشرح النووي: الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان.
- ٣- المُسنَد: الإمام أحمد بن حنبل - المكتب الإسلامي - ط ٢.
- ٤- السنن الكبرى: الإمام الحافظ أبوبكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، دار المعرفة - بيروت - لبنان.
- ٥- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، دار الريان للتراث بالقاهرة، دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان - ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ٦- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال: العلامة علاء الدين علي المتقي حسام الدين البرهان فوري، مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- ٧- جامع البيان عن تأويل آي القرآن: أبو جعفر محمد بن جرير الطبري - دار الفكر - بيروت - لبنان - ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م.
- ٨- الجامع لأحكام القرآن: أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي - ط ٢ - ١٢٧٢هـ - ١٩٥٢م.
- ٩- سنن الترمذي: أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان.
- ١٠- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس: الشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي، تصحيح أحمد القلاش، مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان، ط ٣، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ١١- سنن الدارمي: الإمام أبي محمد عبدالله بن عبدالرحمن بن الفضل بن بهرام الدارمي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

✱ مسائل في الفقه ✱

- ١٢- سنن الدارقطني: الإمام علي بن عمر الدارقطني، تحقيق السيد عبدالله هاشم يماني المدني، دار المحاسن للطباعة - القاهرة - ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.
- ١٣- سنن ابن ماجة: الحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، تحقيق محمد فواد عبد الباقي، ط دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي - مصر.
- ١٤- حاشية رد المحتار على الدر المختار: محمد أمين الشهير بابن عابدين، دار الفكر، ط٢، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.
- ١٥- كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: الإمام علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ط٢ - ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- ١٦- حاشية الطحطاوي على الدر المختار: السيد أحمد الطحطاوي الحنفي - دار المعرفة - بيروت - لبنان ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.
- ١٧- الاختيار لتعليل المختار: عبدالله بن محمد بن مودود الموصللي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ١٨- شرح فتح القدير: الإمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، دار الفكر - بيروت - لبنان - ط٢.
- ١٩- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم أهل المدينة: جلال الدين عبدالحميد بن نجم ابن شاس، تحقيق د/ محمد أبو الأجفان، أ/ عبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي - ط١ - ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- ٢٠- المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون التنوخي: الإمام مالك بن أنس الأصبحي، دار الفكر.
- ٢١- شرح منح الجليل على مختصر خليل: الشيخ محمد عيش، دار الفكر - بيروت - لبنان - ط١ - ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- ٢٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: الشيخ محمد عرفة الدسوقي - دار الفكر.
- ٢٣- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: الشيخ محمد الشربيني الخطيب، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر - ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.

● مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ● السنة العاشرة - العدد الثامن والثلاثون ١٤١٩هـ ●

٢٤- نهاية المحتاج على شرح المنهاج: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر - ط الأخيرة، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م.

٢٥- قليوبي وعميرة على منهاج الطالبين: الشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي - مصر.

٢٦- المذهب في فقه الإمام الشافعي: الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي - دار الفكر.

٢٧- بجيرمي على الخطيب: الشيخ سليمان البجيرمي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر - ط الأخيرة - ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م.

٢٨- المغني والشرح الكبير: الإمام موفق الدين بن قدامة، دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان - ٢ - ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

٢٩- كتاب الفروع: الإمام شمس الدين المقدسي أبو عبدالله محمد بن مفلح - بيروت - لبنان ط ٤ - ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٣٠- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: الشيخ مصطفى السيوطي الرحباني - منشورات المكتب الإسلامي - ١ - ١٣٨٠هـ - ١٩٦١م.

٣١- كشف القناع عن متن الإقناع: الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي - عالم الكتب - بيروت - لبنان - ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٣٢- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، تحقيق محمد حامد الفقي، مؤسسة التاريخ العربي - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - ط ٢.

٣٣- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم وابنه محمد - ط إدارة المساحة العسكرية - القاهرة - ١٤٠٤هـ.

٣٤- الموطأ: الإمام مالك بن أنس بن مالك بن أنس بن الحارث الأصبحي، رواية يحيى بن يحيى الليثي - إعداد أحمد راتب عرموش، دار النفائس، بيروت - ط ١٠ - ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

• مسائل في الفقه •

٣٥- سنن أبي داود: الإمام الحافظ أبي سليمان داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحمد - المكتبة العصرية - صيدا - بيروت.

٣٦- مشكاة المصابيح: محمد بن عبدالله الخطيب التبريزي، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي - بيروت - دمشق - ط ٢ - ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.  
٣٧- المبسوط: لشمس الدين السرخسي - دار المعرفة - بيروت - لبنان - ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٣٨- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومنهاج الأحكام: الإمام أبو الوفاء إبراهيم ابن محمد بن فرحون - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ط ١ - ١٣٠١هـ - المطبعة العامرة الشرقية بمصر.

٣٩- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك: أبو بكر بن حسن الكشناوي - دار الفكر - بيروت.

٤٠- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: الإمام أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي المعروف بالحطاب - دار الفكر - بيروت - ط ٢ - ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.

٤١- التاج والإكليل لمختصر خليل هامش مواهب الجليل: أبو عبدالله محمد بن يوسف ابن أبي القاسم الشهير بالمواق، دار الفكر بيروت، ط ٢ - ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.

٤٢- المجموع شرح المذهب: الإمام أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي - دار الفكر - بيروت.

٤٣- الحاوي الكبير: الإمام أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي - تحقيق الدكتور/ محمود مسطرجي وآخرين - دار الفكر - بيروت - لبنان - ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٤٤- شرح منتهى الإرادات: الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي - دار الفكر بيروت - لبنان.

● مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ● السنة العاشرة - العدد الثامن والثلاثون ١٤١٩هـ ●

٤٥- أحكام القرآن: أبوبكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي تحقيق علي محمد الجاوي - دار الفكر.

٤٦- المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل أفريقية والأندلس والمغرب: أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي - نشر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - المغرب - ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

٤٧- بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير: الشيخ أحمد بن محمد الصاوي - دار المعرفة - بيروت - لبنان - ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

٤٨- الشرح الصغير هامش بلغة السالك لأقرب المسالك: أحمد بن محمد بن أحمد الدردير - دار المعرفة - بيروت - لبنان - ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

٤٩- سنن النسائي بشرح جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي: الحافظ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن بحر بن سنان بن دينار النسائي - دار الفكر - بيروت - ط ١ - ١٣٤٨هـ - ١٩٣٠م.

٥٠- المصنف: الحافظ أبوبكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت - ط ٢ - ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٥١- مصابيح السنة: أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوي - تحقيق الدكتور/ يوسف عبدالرحمن المرعشلي وآخرين - دار المعرفة - بيروت - لبنان - ط ١ - ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٥٢- نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده - دار الفكر - بيروت - لبنان - ط ٢.

٥٣- كشف الحقائق شرح كنز الدقائق: الإمام عبدالحكيم الأفغاني - إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي - باكستان.

٥٤- حاشية الجمل على شرح المنهج: الشيخ سليمان الجمل، مؤسسة التاريخ العربي - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

٥٥- لسان العرب: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي، المصري - دار الفكر - دار صادر - بيروت - لبنان - ط ١ - ١٣٠٠هـ.

• مسائل في الفقه •

- ٥٦- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي - المكتبة العلمية - بيروت - لبنان.
- ٥٧- البداية والنهاية: أبو الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ط ٣ - ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ٥٨- الأعلام: خير الدين الزركلي - دار العلم للملايين - بيروت - لبنان - ط ٦ - ١٩٨٤م.
- ٥٩- هدية العارفين: إسماعيل باشا البغدادي - دار الفكر - بيروت - لبنان - ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

**And as for the mosque, Imam Malik and Imam Ash-Shafi'i believe in the impermissibility of selling it in conformity with the saying of the Messenger (peace and prayers be upon him): The Waqf should not be sold, nor given to anybody as a present and to be inherited.**

**This may be the correct opinion because the mosque is a general property for all Muslims which was set as a Waqf for them to perform their (Ibadat) and hence it is not permissible to dispose of it by selling, because if it was built, then Salat would be performed therein, and if it ruined, then Salat would be performed on its land; and if those living around it were dispersed, then it would not lack performers of Salat whether by way farers and the like. With reference to the case if what is said by the enquirer about the condition of the farm, was correct, then it would be reasonable to sell it and put its price in another Waqf which can be utilized, but this should be made with the permission of judiciary although the obligation requires not to be lenient with the selling of Awqaf as this might imply stratagem and the like.**

**And Allah is All-Knowing**

What is meant is any sort of Waqf other than the mosque which according to Imam Malik and Ash-Shafi'i is not permissible to sell in conformity with the saying of the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him): **The waqf should not be sold, nor given to anybody as a present and not to be inherited<sup>(1)</sup>.**

I say: what was held by al-Imam Malik and a-Shashafi' may be the correct opinion because the mosque is a general property for all Muslims which was set as waqf for them to perform their worships (Ibadat). Thus, it is not permissible to dispose of it by selling due to the prohibition of such a disposal either partially or wholly, because if the mosque was built, then Salat would be performed therein; and if it has gone ruined, then it's most likely to be mended by Muslims, but if it was not mended, then Salat would be performed on its land. Also, supposing that if the people around have deserted it either for migration and the like then, it would not lack anyone to perform Salat therein whether from the way-farers and the like of Allah's Servents.

With reference to the case, if what the inquirer has said regarding the condition of the farm was correct, then selling it and putting its price in another waqf which may be utilized would be of priority, but this should be according to the permission of judiciary although the obligation requires not to be lenient with the selling of Awqaf (endowments) as this might imply stratagem and the like.

**The summary is that the Waqf is of two types: a public one such as Masjid; and a private Waqf whose benefit is meant for certain individual or individual. The fundamental principle is the prohibition of selling it unless the benefits it entails entirely stop which then would be possible to sell it according to the ruler's permission and put its price in another Waqf which may be utilized.**

---

(1) previously related.

was not possible to benefit from anything of it, then all of it should be sold.

Adherents to this Mathhab derived evidence from what was narrated that 'Umar Ibn Al-Khattab, may Allah be pleased with him), when he was informed that Bait Al-Mal (public treasury) of Al-Kuffa has gone ruined, wrote to Sa'ad ordering him: "Transfer the mosque situated in At-Tamareen and make Bait Al-Mal in the direction of the mosque's Qiblah as there is still in the mosque a place where Salat may be established. This was witnessed by a group of Companions and no one objected to it and hence became as Ijma'(1).

Another opinion in the Mathhab states that if the Waqf was sold, then whatever thing bought with its price which brings benefit to the beneficiaries of the Waqf, this would be permissible; whether being from the same kind or not because what is intended is the benefit and not the kind. But this benefit should be according to the prior interest because it is not permissible to change revenue along with the possibility of keeping it, and also it is not permissible to change the Waqf by way of selling along with the possibility of utilizing it(2).

Based on the previously mentioned, the fundamental principle is the prohibition of selling of Waqf unless its benefits entirely stop which in this case can be sold according to the ruler's permission and its price be exploited in buying another Waqf which can be utilized. Also the statement that "its benefits entirely stop" requires the impermissibility of selling it when the benefits it entails become weak even if there is another one which may be of more benefit.

This is due to what was mentioned before the fundamental principle of the prohibition of selling and permitting it only for necessity.

---

(1) Al-Mughni" Ibn Qudamah, vol 6, p 225-226.

(2) Al-Mughni" Ibn Qudamah, vol 6, p 227.see "Al-Insaf" Al-Mardawi,vol 7, p 100-105.

buys, with its price, a house which can be set as an endowment deriving evidence from the precedent when an endowed houses adjoining the mosque of the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) were added to it.

But for any thing other than a real estate if its benefits, for which it was endowed have ceased, such as an animal or clothes and became without benefit, then it is permissible to sell them and spend their prices in buying their similar. But if their price is not enough for buying the same kind, then part of the similar kind may be bought<sup>(1)</sup>.

In Mathhab Imam Ash-Shafi'i if the testator gave a land as a Waqf so as to be cultivated, but it didn't develop well and its benefit was limited only to either be planted or built, then the administrator should chose one of them or else hires it in that condition. The apparent of the Mathhab states that if the benefits of the Waqf ceased, it should be sold except in the case of the mosque which if demolished and was impossible to repair it should not be sold as it is possible to benefit from it by performing Salat on its land<sup>(2)</sup>.

According to Mathhab Imam Ahmed if the benefits of the Waqf ceased such in the case if a land has devastated and became of no use; or of a house which has gone ruined and was not possible to construct, or a masjid which the people of a village have moved from and became in a place where Salat is not performed, or that it could not accommodate its people and was not possible to be extended in its position; or it was entriely got cracked which can not be constructed either wholly or partially unless by selling part of it, then it is permissible to sell part of it in order to construct the other part. But if it

---

(1) "Sharh Munhul-Jaleel" 'Ilaish, vol 8, p 155. "Aqdul-Jawahir Ath-Thameenah" Ibn Shas, vol 3, p 52-53.

(2) "Nihaytul-Muhtaj" Ar-Ramly, vol 5, p 394-396. see "Mughni Al-Muhtaj" Al-Shirbeeni, vol 2, p 391-392.

to observe that the testator's reward not to stop and also by showing keenness on the benefit of the devisees.

According to Mathhab Imam Abi Hanifah, if a Waqf became in a state that the poor doesn't benefit from, then the judge would have the right to sell it and buy (with its price) another Waqf which can be utilized even if its proceeds is lesser than the first.

Being of no benefit includes the cessation of its benefits. But if the Waqf can be hired even for little money, it should be kept (as it is).

From the apparent side of the Mathhab, it is clear that those for whom the Waqf was devised will have no right in its property, but their right is confined only to its benefits. Based on this, the selling of a Waqf due to the cessation of its benefits is conditioned by using its price in another Waqf.

According to Muhammed<sup>(1)</sup>, if a mosque or a Waqf have become ruined, they will return to the ownership of the Waqf (creator of an endowment) or to his inheritors<sup>(2)</sup>.

In Mathhab Imam Malik, Imam Sahnoun<sup>(3)</sup> stated: Our companions did not permit the selling of the Waqf under no circumstances unless there was a house adjoining a mosque and was needed to be added to it so as to be wider. They permit the selling of such a house provided that he

---

(1) "Muhammed Ibn Al-Hassan Ibn Farqad, one of the slaves belonging to Shaiban tribe, a companion of Imam Abi Hanifah. He was Imam on Fiqh and Usoul and it was him who spread the knowledge of Abi Hanifah and has many publications both on Fiqh and Usoul. Born in 131, H and died in 189 H. See "Al-A'lam" Az-Zirakely, vol 6, p 80.

(2) "Hashiat Ruddul-Muhtar", Ibn 'Aabdeen, vol 4, p 376-377. see "Badea' As-Sanaa", Al-Kasani, vol 6, p 221.

(3) Sahnoun: Abdus-Salam Ibn Sa'eed At-Tannoukhi entitled Sahnoun, a judge and a scholar of Fiqh and was the prominent scholar in Morocow. Born in 160 H and died in 240 H. See "Hadiatul-'Arifeen", by Al-Baghdadi, vol 1, p 569.

Also the source regarding it was reported that the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him), to have said: **when a person dies all his deeds would cease except for three: A perpetual Sadaqah (charity), a useful knowledge or a pious son making Du'a for him<sup>(1)</sup>.**

Waqf is of two types: A public Waqf such as building of Masajid; and endowing houses for the needy to live in and the water for irrigation and the like of what is prepared for the benefit of all people. The second stype is a private Waqf whose benefit is designated for one individual, individuals or a specified family, and this such as making a Waqf for the off spring of the testator, his relatives or closed friends.

In the Waqf, it is obligatory to take care of it and execute the testator's will. So if the Waqf is a public one, then its administrator is obliged to release its benefits without any restriction. The mosque is designated for Salat, the houses for the living of the needy, water is provided for drinking and irrigation and the like. However, it is different when a testator devices a certain person to be in charge of the Waqf and when he doesn't devise anyone for that. But if he appointed somebody, he should execute what he has devises with; and if he doesn't (probably in public endowments), then the waqf will be without a guardian and in this case the guardianship will be shouldered by the ruler who is the guardian of those without a guardian.

If the waqf is private, then the devised person should release its benefits in the way the testator has specified. But if he doesn't specifiy a method for its execution, then the devised person is obliged to exert his efforts such as dividing its benefits among the inheritors and the like of other methods applied in such situations.

Due of the waqf importance in the life of Muslims as it implies a satisfaction of the need of the needy and a help for the poor, the Fuqaha were very much concerned with Waqf and very keen on seeing its benefits flow; and putting the rules which prevent harming it and this

---

(1) "Sahih Muslims", vol 11, p 85, "Sunan At-Tibreezi, vol 1, p 71.

## **147- The Rule on the Permission of Selling a Waqf (Endowment) in case its Benefits Stop**

The content of the case is a question states that our grand fathers had endowed a farm situated in our village for their offspring. They have looked after this farm and observed cultivating and reclaiming it. But with the passage of time and the increase of inheritors, the farm was ignored; a thing which led to the stop of its benefits; so is it permissible for us to sell it and invest its price in another location where the inheritors may benefit from?

Literally, Waqf means detention<sup>(1)</sup> and termonologically it is the detention of the origin and the facilitating of benefit<sup>(2)</sup>.

The source regarding it appears in what was narrated by Abdullah Ibn 'Umar, may Allah be pleased with them, when he said: 'Umar got a land in Khaibar and he went to the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) to consult him about it saying to him: O Messenger of Allah I got some land in Khaibar better than any land I have never had, what do you command me to do with it? The Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) said: **If you can give the land as Waqf and give its fruits in charity.** So 'Umar gave it in charity as a waqf on condition that it would not be sold nor given to anybody as a present and not to be inherited<sup>(3)</sup>.

---

(1) "Lisan Al-Arab", Ibn Manthour, vol 9, p 359. Al-Misbah Al-Muneer" Al-Fayoumi, vol 2, p 669.

(2) "Al-Mughni", Ibn Qudamah, vol 6, p 185.

(3) "Sahih Al-Bukhari" vol 3, p 185, "Sahih Muslim" vol 11, p 86, - Sunan An-Nasaie", vol 6, p 231.

**case, have the money which can satisfy their necessary needs, then it is not permissible for the guardian to sell their real estate even if he thought the sale was satisfactory for them because cash money is apt to damage.**

**And Allah is All-Knowing**

where the minor may be affected if settled therein due to bad neighbours, and hence sells it and buy, with its price, a house which is suitable for him to settle in<sup>(1)</sup>.

I say: As the Fuqaha believe that a real estate differs from other types of property due to its unchanging value, then not selling it would be more advantageous to the orphan if he has no pressing need for its price such as his need for food, payment of debts and the like of what might be decided by judiciary. But as to selling it due to an increase in its price and the like which the guardian considers as beneficial to him, it will be of priority not to be lenient with that because selling without a pressing need is a risk as the price is subject to damage and wasting; taking evidence from what was narrated about the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) that he said: **Whoever sold a house or a property and didn't buy (with its price) another one, it would never be blessed**<sup>(2)</sup>, not to speak of the deception the orphan would feel, when he grows up, due to the selling of his real estate, and this when he thinks that his guardian did not dispose well of his property.

The summary of the case is that Allah has ordained to look after the orphan both in himself and property, and that the principles and rules of Shari'ah have indicated that the guardian's disposition of an orphan's property is based on whatever achieves benefit to him. And since the real estate differs from other types of property as it is unchanging, then not selling it would be more advantageous to the orphan unless he was in a pressing need to its price such as his need to food, satisfying debts and the like of what may be decided by judiciary. So if the minors mentioned in the

---

(1) "Al-Mughni", Ibn Qudamah, vol 4, p 376. "Al-Inaf", Al-Mardawi, vol 5, p 331-332. "Majmou Fatawa Sheikh Al-Islam Ibn Taimiyyah", vol 31, p 319.

(2) "Sunan Ibn Majah", vol 2, p 832, "Musnad Al-Imam Ahmed", vol 4, p 307, "As-Sunan Al-Kubrah", Al-Baihaqi, vol 6, p 33-34.

Fatwa for this case is delivered by the Mathhab<sup>(1)</sup>.

According to his Mathhab, the late Imam Malik was once asked whether a guardian has the right to sell a real state that belongs to orphans and he replied:

The answer for that has many folds: As for the property whose proceeds don't provide living for them and that they have got no other money, then it can be sold and no blame will be on that as there might be someone who is interested in it and who would pay a higher price due to some advantages such as if their property is adjacent to his, the thing which arises his need for it and hence prices it. There is no blame on that; but any other opinion is not held by Imam Malik. Added to this is another opinion in the Mathhab which advocated the permissibility of selling if the proceeds of the property is not sufficient<sup>(2)</sup>.

According to Mathhab Imam Ash-Shafi'i it is permissible for the guardian to sell a real estate belonging to minors if there was a necessity; such as their need for dress, paying of a debt, maintenance or that which need can't be removed except by it. Also it is permissible for him to sell it if that implied satisfaction or if he feared that it may drown or go to ruins or the like<sup>(3)</sup>.

According to Imam Ahmed Mathhab, selling is permissible in any situation in which the interest of the minor can be observed; such as if the minors are living in a house which has no benefit and hence the guardian sells it and buy another one in a place with more benefits; or when he thinks that the purchase of satisfactory property can't be unless he sells this property. Also the property may be situated in a place

---

(1) "Natai'j Al-Afkar", Qadhi Zada, vol 10, p 508-510. "Kashful-Haqaiq" Al-Afghani, vol 2, p 327-328. "Al-Mabsout" As-Sarkhasi, vol 28, p 33.

(2) "Al-Muddawannah", Sahnoun, vol 4, p 288. "Sharh Manhul-Jaleel" 'Ilaish, vol 9, p 589.

(3) "Nihaytul-Muhtaj" Ar-Ramly, vol 4, p 376-"Hashiatul-Jamal", vol 3, p 349.

a guardian on large property belonging to his orphan and when he reached of age nephew, he refused to return his property to him; and when this Ayah was revealed, his uncle said: I seek refuge with Allah from the great sin, and he returned the property to its owner. The Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) said: **And those saved from the covetousness of their souls and return others' property, Allah would make his House, (i.e Paradise) permissible for them.** When the boy received his property, he spent it in the cause of Allah<sup>(1)</sup>.

The Fuqaha have based a general principle on these rules; that is the guardian's disposing of an orphan's property is based on whatever brings benefit to him.

According to mathhab Imam Abi Hanifah, if the guardian made Hawala (the transference of a debt from one person to another) by using the orphan's property, and that was good for the orphan, then it would be valid, but if the first one (the guardian) is well to do, then it would not be valid as it wastes the orphan's property.

The later Fuqaha of the Mathhab believe that it is not permissible for the guardian to sell the real estate belonging to a minor except in three situations.

- 1- If the deceased has a debt due on him which can't be fulfilled unless by the price of the real estate.
- 2- If the minor is in need for the price of the real estate.
- 3- If the purchaser wants to pay double for the real estate, and the

---

(1) "Aj-Jami' Li-Ahkam Al-Quran", Al-Qurtobi vol 5, p 8.

Among them also are the obligation to do good and, to be kind to him and to respect the being of his father's position.

From the Sunnah, many Ahadeeth were reported in the virtue of maintaining the orphan. one of them is the saying of the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him): **"I and the person who looks after an orphan and provide for him, will be in Paradise like this"**, thus putting his index and middle fingers together (meaning by that: in Paradise)<sup>(1)</sup>. Allah, as well, ordained to look after an orphan in his property, deriving evidence from the Book and the Sunnah.

From the Book is his Almighty saying:

**To orphans restore their property**

**(When they reach their age)**

**Nor substitute (your) worthless things**

**For (their) good ones; and devour not**

**Their substance by (by mixing it up)**

**With your own. For this is**

**Indeed a great sin<sup>(2)</sup>.**

This Ayah commands Believers to give orphans their property and forbids any substitute of it: by taking the good of it and mix it with the guardian's property and then mix the worthless of his property with the orphan's property.

Also this Ayah includes a prohibition not to devour orphans property by mixing it up with the guardians' property as the Arabs, during Jahiliyyah, used to do. Allah described that as the great sin. It is said that this Ayah was revealed on a man from "Ghatafan" tribe who was

---

(1) "Sahih Al-Bukhari", vol 7, p 76. see "Sunan Abi Daoud", vol 4, p 338, "Al-Muwatta", Al-Imam Malik, p 676-"Mishkatul-Masabeeh", At-Tibreezi, vol 3, p 1384.

(2) Surat An-Nisa, verse 2.

## **146- The Rule on a Guardian's Action of selling a Real Estate belonging to an Orphan who was was not in Need nor in Compulsion for its Price**

The content of the case is a question which states that there is a man who appointed one of his relatives as a guardian for his under age children so as to take care of them until they attain puberty. According to such a will, the guardian could dispose of their property, whether by selling, buying and hiring, in the way he believe it implies a benefit for them. One of these dispositions is his selling to one of their real estates. As a result, their mother rejected this sale claiming that the children are not in need for its price and that this selling would cause harm to them.

**The question is whether such a an action is legitimate or not.**

Generally speaking the answer for this question is that the orphan ,being in this state, is in need of care and doing good to him as this stage of his life is a stage of weakness which requires providing better guardianship for him and from a good guardian.

Thus, Allah ordained to preserve the orphan in himself taking evidence from the Book and Sunnah.

As from the Book, Allah ordered his Prophet not to treat the orphan harshly in his Almighty saying:

**Therefore, treat not**

**The orphan with harshness<sup>(1)</sup>.**

Harsh treatment has various shades of meaning, among them are forbidding to be unjust to him, disdaining, humiliating or degrading him.

---

(1) Surat Ad-Dhuha, verse 9.

acts he committed during his apostasy. But if he committed any prohibitions while he was under the Muslims rule, he should pay Dhaman (compensation) for anything he has damaged; be it a self or property<sup>(1)</sup>.

It is revealed from the opinions of Imams that the acts committed by the non-Muslims who had not embraced Islam at all are forgiven in case if he embraced Islam and did well in it; whether this acts pertain to the Rights of Allah or to those of people and this in compliance with the fact that Islam abrogates what precedes it. As for the Muslim who reverted from Islam and then returned to it, he is not committed by what he had left from Allah Rights, but he is committed by those of people because he has been acquainted with them and admitted their legitimacy before his apostasy and hence it is obligatory on him to satisfy them after embracing Islam.

**The summary of the case Islam is the religion of eternal nature mercy, tolerance and of forgiving faults and sins. Moreover, Islam erases what preceds it and hence whoever embraced it, all the prohibited acts he once committed would be dropped of him.**

**But if he was a Muslim and rejected Islam, and then he returned to it, then only the Rights of Allah would be dropped of him during his apostasy while the rights of people remain in his covenant.**

**And Allah is All-Knowing**

---

(1) see "Al-Mughni", Ibn Qudamah, vol 10, p 111-112. "Al-Forou", Ibn Muflih, vol 6, p 175-176. "Majmou Fatawa Sheikh Al-Islam Ibn Taimieyah" vol 22, p 10.

whatever transgression they inflicted on Muslims and also be punished for committing Zina; but there is a known dispute as concerning the punishment for drinking wine<sup>(1)</sup>.

This is with regard to the Non-Muslim (who had never embraced Islam at all). But the one who embraced Islam and apostasized then he is subject to many rules. In Mathhab Imam Abi Hanifah, the Rights of Allah are dropped of him while those of people are not<sup>(2)</sup>. In Mathhab Imam Malik if he reverted from Islam in an Islamic country and attacked people in their lives and property, and later is arrested and he returns to Islam, then all of that which he committed would be dropped of him: the same as the case of Al-Harbi (an infidel living in an enemy territory) if he embraces Islam.

But if he apostasized and attacked people in themselves and usurp property while he was in an Islamic country and then he returned to Islam, all the Rights of Allah such as (Zina), theft and Huddul-Hirabah (punishment stipulated for robbery) would be relinquished of him, but he would be punished for the rights pertaining to people such as in property, murder and injuries<sup>(3)</sup>.

According to Mathhab Imam Ash-Shafi'i nothing would be dropped from the apostate during his apostasy whether regarding the rights of Allah or those of the people<sup>(4)</sup>.

In Mathhab Imam Ahmed the apostate is committed to whatever he has abandoned before his apostasy, but he should not make up for the

(1) "Majmou' Fatawa Sheikh Al-Islam Ibn Taimieyah", vol 22, p 7-10.

(2) "Hashiat Ruddul-Muhtar", Ibn 'Abdeen, vol 4, p 251-252.

(3) "Al-Mi'yar Al-Mu'arrub", vol 2, p 345, "Bulghat As-Salik" As-Sawi. vol 2, p 419, "Ash-Sharh As-sagheer", Ad-Dirdeer vol 2, p 429.

(4) "Al-Majmou'", An-Nawawi, vol 3, p 5. "Nihaytul-Muhtaj" Ar-Ramly, vol 1, p 390.

invalid contracts and possessions like the contracts of Riba, gambling, selling of wine, in addition to the conclusion of marriage without a guardian nor witnesses, holding the Muslims' property by force and the like, then the rule of such a prohibited acts is that they would be dropped upon embracing Islam. And would be considered in his right as in the degree of the non-prohibited act. Moreover, Islam forgives for him considering the contract and the held property as prohibited, so much that the act would become (in his right) as pardon in the same degree as to the one who concluded a contract or held a property that are not prohibited and hence what is applicable to the Muslims would be applied to him. Thus, whatever possession resulted from the invalid contracts, ownership approved of it if they embraced Islam or came before us to judge among them.

Imam Ibn Taimiyyah stated that the Kaffir would not be punished for any prohibited act he committed before embracing Islam whether he considers it forbidden or not. Accordingly, he would not be punished for homicide, Riba, theft, otherwise; whether he committed these sins with Muslims or with those sharing him the same religion.

Because, in committing these sins against Muslims, he thought that they were permitted by his people; and as for those sharing his religion, they are allowed according to Islam even if he believed these acts were restricted. Thus, we say: whatever captives and property the Unbelievers captures from each other, they would not be punished for after embracing Islam even if they considered that as forbidden. Hence, as long as this act is permissible in his religion or in Islam, then punishment would be dropped.

But if it is forbidden according to both religions such as if he has a covenant with another people; so if his covenant was with Muslims, then, in this case, he would be either Musta'min,<sup>(1)</sup> a Dhimmi or Musalih<sup>(2)</sup> and should pay Dhaman for whatever damage they caused to Muslims, whether in selves or property and should be punished for

---

(1) The one to whom protection is assured.

(2) The reconciler.

**has previously committed would be erased<sup>(1)</sup>.**

Also deriving evidence from what was narrated that Hakeem Ibn Hizam, may Allah be pleased with him, said: O, Messenger of Allah what do you say about matters I used to make during Jahililiyah (period before Islam) such as paying of sadaqa, releasing of slaves, keeping good relations with relatives; would I be rewarded for them? the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) said: **Your Islam is counted by the good deeds you have made before<sup>(2)</sup>.**

In Mathhab Imam Ahmed, there is a clear elaboration of this matter and we transcribe it word for word as follows:

Any obligation the Kaffir has abandoned such as Salat, Zakat and Siyam, he should not make up for it after embracing Islam, because he didn't believe in its obligation and this whether he recieved the Message of Islam or not; and whether his Disbelief was due to denial, obstination or out of his ignorance.

There is no difference in this ruling between the Dhimmi and Al-Harbi with the exception of the rights which the Dhimi is obliged to satisfy, such as paying debts and returning of trusts and usurped property. these rights are not dropped by entering Islam as he was already committed to them before being a Muslim.

But as the pure Harbi was not committed to any obligation with Muslims, whether regarding 'Ibadat or any rights, then he would not be obliged to satisfy anything neither concerning the Rights of Allah nor those of Muslims. Yet, if he is to be punished for leaving them if he didn't embrace Islam, nevertheless Islam wipes out what precedes it.

Also whatever prohibited acts (according to Islam) the Kaffir committed which he regarded as lawful according to his religion such as

---

(1) "Sunan An-Nasaie", vol 8, p 106, Kunzul-Ummal", Barhan, vol 1, p 69-70.

(2) "Musnad Imam Ahmed", vol 3, p 402. "Al-Musunnuf" Abdul-Razzaq, vol 10, p 54.  
"Kunzul-Ummal", Al-Burhan, vol 1, p 262.

According to Mathhab Imam Malik if Haddul-Qatl, i.e (punishment prescribed for murder) was to be imposed on the Kaffir (unbeliever) who, afterwards embraced Islam, then he should be protected (by law) and be treated as a Muslim. And, if he divorced his wife and then embraced Islam, his divorce would not be valid. Also, whoever took an oath and then embraced Islam, he would not be obliged to nullify. Also on whomever all these things became obligatory, all these would be forgiven for him.

But if he committed Zina, and then embraced Islam, no Hadd would be inflicted on him.

Ashhab related that Malik had said: Allah Almighty is concerned with all acts preceded Islam; whether concerning property, blood or any other thing.

In Mathhab Imam Ash-Shafi'i, a non-Muslim who had never embraced Islam at all is not required to make up for the enjoined duties because Allah forgives all of his preceding acts . .

One of the opinions of the Mathhab regarding this matter is that if the non-Muslim (who had never embraced Islam at all) committed any virtuous deed for which Niyyah (intention) is not stipulated for its validity such as Sadaqah (charity), keeping good relations with relatives and the like, Allah would give him generously in this Life, but if he embraced Islam, he would be rewarded for that in the Hereafter<sup>(1)</sup>. This is according to the selected valid opinion in the Mathhab deriving evidence from what was narrated that the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) said: **If a person embraces Islam and does good in Islam, Allah would write down for him any good deed he has once done (before becoming a Muslim) and every bad deed he**

---

(1) "Al-Majmou", An-Nawawi, vol 3, p 3-5, "Nihaytul-Muhtaj" Ar-Ramly, vol 1, p 389. "Qalioubi wa 'Umaira" vol 1, p 120-121 "Mughni Al-Muhtaj", Ash-Shirbeeni, vol 1, p 130.

Evidence from the Book is His Almighty saying:

**Say to the Unbelievers,**

**If now they desist (from unbelief)**

**Their past would be forgiven them;<sup>(1)</sup>.**

Ibn Al-‘Arabi said: ‘This is a gift Allah has granted to his servants who when they were Unbelievers indulged into Unbelief, crimes and committed disobediences and sins; so, if this had required punishment for them, they would have never repented nor attained forgiveness.

That is why Allah has made it easier for them so that their repentance be accepted when they turn to Allah and hence gain forgiveness by entering Islam and have all their past destroyed so that they might be encouraged to embrace Islam. For had they known that they would punished, then they would have never repented nor have embraced Islam<sup>(2)</sup>.

From the Sunnah, Ibn Sa’d has narrated in his (Tabaqat) about Az-Zubair and Jabir Ibn Mut‘am that the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) said: **Islam rescinds what was before it.**<sup>(3)</sup> In another Hadeeth said: **Islam abrogates what was before it, Hijrah abrogates what was before it, and so does the Hajj**<sup>(4)</sup>.

In the Fiqh of Imams, it was stated in Mathhab Imam Abi Hanifah that obligations and duties are not obligatory on a non-Muslim in order not he may be addressed to perform them after embracing Islam. This by way of showing mercy to him as well as a means of mitigation for him<sup>(5)</sup>.

---

(1) Surat Al-Anfal, verse 38.

(2) “Aj-Jami’ li Ahkam Al-Quran”, Ibn ‘Arabi vol 2, p 853.

(3) “Musnad Imam Ahmed”, vol 4, p 199, “Kunzul-Ummal” Al-Burhan, vol 1, p 66.

(4) Sahih Muslim, vol 2, p 138.

(5) Badaea’ As-Sanaea’, vol 2, p 4, see “Hashiat Ruddul Muhtar”, Ibn ‘Abdeen, vol 2, p 75-76.

**We submit (in Islam)<sup>(1)</sup>**

Islam is the religion of mercy and forgiving of faults and sins. Allah has ordained for Himself (the rule) of mercy and forgiving for any one who did evil in ignorance and then repented, in his Almighty saying:

**Your lord hath inscribed**

**For Himself (the rule of) Mercy: verily**

**If any of you did evil**

**In ignorance, and thereafter**

**Repented and amended**

**(His conduct), lo! He is**

**Oft-forgiving, Most Merciful<sup>(2)</sup>.**

He linked the "Message" of his Messenger and Prophet with Mercy in his Almighty saying:

**We sent thee not, but**

**As a mercy for all creatuers<sup>(3)</sup>.**

This is in general, but concerning this case, it is apparent that the non-Muslim when enters Islam, is really transferring to another stage of life; or to be exact he is transferring from one life to another one which is different in its permissible acts, obligations and commitments, as well as in its nature, but he is still haunted by his past deeds in his first life. However, the Book, the Sunnah and the Fiqh of Imams indicated that anyone who enters Islam, his previous sins and faults would be forgiven and this if he gives up what he used to do.

---

(1) Surat Al-'Ankabut, verse 46.

(2) Surat Al-An'am, verse 54.

(3) Surat Al-Anbiya, verse 107.

**Then when thou hast  
Taken a decision,  
Put thy trust in Allah  
For Allah loves those  
Who put their trust (in Him)<sup>(1)</sup>**

Also Islam is founded on conviction and call which is accompanied with wisdom and good word. Almighty Allah ordered his Messenger to abide by that in his saying:

**Invite (all) to the Way  
Of thy Lord with wisdom  
And beautiful preaching;  
And argue with them  
In ways that are best<sup>(2)</sup>  
And in his saying:  
And dispute ye not  
With the People of the Book  
Except in the best way, unless  
It be with those of them  
Who do wrong  
But say "We believe  
In the Revelation which has  
come down to us and in that  
Which came down to you;  
Our God and your God  
Is One; and it is to Him**

---

(1) Surat Al-'Imran, verse 159.

(2) Surat An-Nahl, verse 125.

## **145- The Rule on the Acts Committed by the Person before Embracing Islam**

**The content of the case is a question raised by a brother in the U.S.A in which he states that if a Non-Muslim individual enters Islam, then what is the rule of the acts he had previously committed before declaring Islam, such as murder and similar prohibitions?**

The answer is that Islam is the religion of nature, which prepares man for a natural life copes with his psychological and physiological formation, and facilitate his life by removing any obligation which may lead to his embarrassment. Also Islam is based on giving man good tidings of benefits to him and enlightening him on what may ward harm off him. Moreover, Islam is based on tolerance and evidences of this are numerous, one of them is his Almighty saying:

**It is part of the Mercy  
Of Allah that thou dost deal  
Gently with them  
Wert thou severe  
Or harsh-hearted,  
They would have broken away  
From about thee: so pass over  
(Their faults), and ask  
For (Allah's) forgiveness  
For them; and consult  
Them in affairs (of moment)**

witness himself, and a contradiction occurs between one testimony and another one.

It seems that the two testimonies mentioned by the enquirer may be contradictory because each one proves a right in a certain plot of land but they are different as to agree about its name and location. And difference in the two evidences of the testimony refutes the properness and perfection of the evidence from it.

Yet, proving of a testimony and how far it is different or contradictory is one of the matters which is subject to the judiciary verification and hence proving or refuting of the partnership between the claimant and the defendant is a matter which refers to the judiciary discretion.

And as for what is said by the enquirer that the two witnesses are affected in their justice, this matter would be referred to judiciary to judge in the claims raised by one of the two litigants as concerning invalidating or attestation of the witnesses.

### **And Allah is All-Knowing**

I say: based on this, the two testimonies mentioned by the enquirer may be contradictory as each one proves one right for a claimant in a certain land but they are different as concerning its name and location. However, difference refutes the properness and the perfection of the evidence, because its perfection requires the agreement of the two testimonies in specifying the place of the testimony in a way which refutes doubt and brings upon certainty, deriving evidence from what was said by the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him): **Do you see the Sun? He replied in the affirmative. He said: Testimony is like that, either testify or leave it.** However, to know the sun means certainty that can be achieved whether by seeing or the like.

Yet, proving of testimony and how far it is different or contradictory is one of the matters which is subject to judiciary verification. We have, only mentioned some of the Fuqaha opinions in the case. As for the question whether those two testimonies can prove partnership between the claimant and his litigant we can say that proving of one of them and refuting of the other is a matter which refers to the judiciary discretion.

As for the saying of the enquirer that the two witnesses have some faults which may affect their justice, this should be referred to the judiciary to judge what is claimed by one of the two litigants againsts them (the witnesses) as concerning "Aj-Jarh and At-Ta'deel", i.e. invalidating and attestation of the witness.

**The case can be summarized that testimony is one of the important issues in the legal procedures of litigants as it entails maintaining or refuting rights, and for this reason Islam had stressed on its greatness and on what is incumbent upon witnesses of being honest in making it.**

**Moreover, testimony should not be made unless by truth and with full knowledge.**

**Contradiction or difference in testimony is of two kinds: A contradiction regarding the testimony itself, i.e. in the statements of the**

an act, and that the two witnesses disagreed in its time, place or a quality of it which indicates difference between the two acts, their testimony would not be completed as in the case if one of the two witnesses testified that someone had usurped a sum of money from another on the day so and so, and the other witness testified that he had usurped him on another day (different from the first), or one of them testifies that he had usurped from him at an (x) place, and the other witness at another place. By this, testimony would not be completed due to the fact that no two witnesses have testified to whatsoever act committed. Hence, if the two witnesses disagreed regarding the time of murder, its place or its quality, or in drinking wine or in Qadhf (slander), then testimony would not be completed because testimony of one of the two witnesses differs from that delivered by the other.

But if the difference concerning the quality of the affair testified for requires contradiction, such as if one of them testified to a thing such as for instance "wear" and the other to a "sum of money", then the testimony would not be completed because such a thing is an affirmation by the truth on the one against whom testimony was made by means of one testimony.

But if each act was testified for by two witnesses who disagreed regarding the time, place or the quality, then the two acts would be proved as each one had been approved by a clear-cut evidence which if it was set alone, it would prove right, and on the other hand, the other testimony would not contradict it as it is possible to combine them unless the act be of the "non-frequent" type such as killing of a definite man, and in this case it would contradict the two testimonies and hence one of them would become incorrect<sup>(1)</sup>.

---

(1) "Al-Mughni", Ibn Qudamah, vol 12, p 130-132. see "Al-Insaf" Al-Mardawi, vol 12, p 24-28. "Kashshaful-Qina" Al-Bahouti, vol 6, p 413-415. "Mattalib Auli An-Nuha", Ar-Ruhaibani, vol 6, p 604. "Kitab Al-Forou" Ibn Muflih, vol 6, p 544-546. "Sharh Muntaha Al-Iradat" Al-Bahouti, vol 3, p 542-543.

permissible in marriage. It takes place when witnesses don't gather at the place and time when calling the guardian of the would be wife and her groom make contract of marriage but the witnesses only witnessed the contract the marriage and then dispersed. Or each one said to his friend call whomever you meet to bear witness (to the marriage), and this on the basis that testimony is not a condition for the contract validity. However, this is contradictory to what was narrated about Imam Malik who believe it as a condition.

Another opinion in the Mathhab says that the testimony of (Abdad) would not be accepted if each of the witnesses testified differently to the statement of the other even if all of their testimonies have one meaning until two witnesses of them agreed on the same wording of the statement. However, Imam Malik opposed such an opinion saying that if two testimonies are similar in meaning but with different wording, then this will be valid. For example, if a person said in his testimony: This land is for that man, and another said: This land is his property, than the land would be for him because "his property" mean "his land"(1).

According to Mathhab Imam Ash-Shafi'i, if a man claimed that he has two thousands dirhams due from another man, but one of the witnesses testified that the borrower had confirmed for him only one thousand, while another witness two thousands; then, according to their testimony, only one thousand would be proved because they agreed on. And he has to swear with the witness, who testified to the two thousands, that it is two thousands for him, then the other thousand becomes his (2).

According to Imam Ahmed Mathhab, if testimony was delivered on

---

(1) "Tabsirat Al-Hukkam" Ibn Farhoun, vol 2, p 6-8, see "Ashal Al-Madarik" Al-Kashnawi, vol 3, p 213, 226. "Mawahib Aj-Jaleel", Al-Hattab, vol 6, p 210.

(2) "Al-Ma j mou", An-Nawawi, vol 20, p 272-274 see "Al-Hawi" Al-Mawrdi, vol 21, p 262-266. see "Al-Muhudhduhub", Ash-Shirazi, vol 2, p 320, 338.

the case if one of the two witnesses bears witness to sale and the other one to inheritance and, here, testimony will not be accepted as the two contracts are different in both form and meaning. Another example is when one of them bears witness to a measured item; while the other bears witness to a weighed item, and hence their testimony will not be accepted due to the difference in kind between the two properties.

Difference may take place in the amount of the thing testified for, such as if a man brings suit against another one that he has two thousands dirhams and then he asks two persons for testimony, and that one of them testifies that the man has two-thousands; while the other testified that he has one thousand. According to Imam Abu Hanifah their testimony will not be accepted, but his two companions stated that the testimony that the man has one thousand, is the one which will be accepted.

Difference of testimony may be in time and place, but if testimony was about recognition of rights, then the difference would be accepted because recognition might bear frequency and hence it would be possible to reconcile between the two testimonies as he heard about the recognition in two times or two places.

But if difference was in the act, i.e murder, usurpation, constituting of a sale, divorce, marriage and the like, then such difference would be rejected because such an act would not bear frequency as difference of time and place therein requires a difference in the two testimonies which makes them non acceptable<sup>(1)</sup>.

In Mathhab Imam Malik, there are many opinions concerning the difference in testimony, and the correction of some testimonies to each other. The testimony of (Abdad), i.e that of dispersed witnesses is

---

(1) "Bada'at As-Sana'at", Al-Kasani, vol 6, p 278-279. See "Fathul-Qadeer", Ibn Al-Humam, vol 7, p 383, 440-444, see "Al-Mabsout", As-Sarkhasi, vol 16, p 116, 173-176.

affirmative. the Messenger, then said to him: **Either you give testimony like that or leave it<sup>(1)</sup>.**

Contradiction or difference in testimony is of two types:

A contradiction regarding the testimony itself, i.e in the statements of the witness himself as if he, for example, said: the colour of the car, which ran over the person, was red and then he said it was white. Another example is if he testified that the land, disputed upon in the partnership, is located in (x) place and then he testified again that it is located in a place different from the first location; such testimony is contradictory in its self and would not be correct.

The other type where contradiction occurs between one testimony and another one: such as if one of the two witnesses said that the car which caused the accident was a big one or was of (x) model; while the other witness said that it was small and of (y) model. The two testimonies are different from each other as each one is independent.

Fuqaha have comprehensively discussed the issue of contradiction between testimonies and what is incumbent regarding it.

In Mathhab Imam Abu Hanifah, testimony of two witnesses must agree with each other in wherever the number is stipulated. And if they were different they would not be accepted because such a thing necessitates a difference between both the case and the testimony. Also when they became different from each other, nothing would be available except one of its parts which is not enough in wherever the number is stipulated.

Difference may be in the kind of the affair witnessed for such in

---

(1) "Kunzul-Ummal", Al-Bukhari, vol 7, p 23. see "As-Sunan Al-Kubrah", Al-Baihaqi, vol 10, p 156.

This Ayah commands the taking of witnesses who are endued with justice, and refutes other; lest that rights would be given to those who are not entitled to, and withhold from those entitled to.

Also, Almighty says:

**And pursue not that  
Of which thou hast  
No knowledge; for  
Surely the hearing,  
The sight, the heart  
All of those shall be questioned of<sup>(1)</sup>.**

This also includes an emphasis that these three faculties are responsible of what you do whether good or evil.

In his Almighty saying:

**Their evidence  
Will be recorded, and they  
Will be called to account!<sup>(2)</sup>.**

There is an emphasis that whatever man witnesses to will be brought to account for and either be rewarded or punished for it.

Also his Almighty saying:

**..... only he  
Who bears witness to the Truth,  
And with full knowledge<sup>(3)</sup>.**

requires that testimony should not be made unless truthfully and with full knowledge.

From the Sunnah, it was stated that the Messenger of Allah (peace and prayres be upon him) was asked about giving testimony and he answered the enquirer by saying: **Do you see the Sun?** He replied in the

-----  
(1) Surat Al-Isra, verse 36.

(2) Surat Az-Zukhruf, verse 19.

(3) Surat Az-Zukhruf, verse 86.

## **144- The Rule on the case if Witnesses give a different or a Contradicting Testimony**

The content of the case is a question which states: there is a person who brought suit against another one that they are partners in a land which he mentioned its name and location and brought two witnesses: One of them testified that the claimant and the defendant are partners in the stated land and mentioned its name and location as claimed by the claimant. While the other witness testified to same but when asked about its name and location, he mentioned a name and a location seem to be different from those mentioned by the claimant and the first witness. The enquirer is asking whether those two testimonies can prove partnership between the claimant and the defendant in the stated land; adding that both witnesses have some faults which could affect their competence. The enquirer asks about what should be done regarding that.

The answer is that testimony is one of the important matters in the cases raised by litigants as it entails maintaining or refuting rights. That is why Islam had stressed its seriousness and on that which is incumbent upon witnesses in being honest in conveying it in a way which releases them from any blame and the litigants. However, this can not be attained except by a complete and proper testimony whether concerning it or those performing it.

Evidence of this is shown in both the Book and Sunnah.

From the Book, is his Almighty saying:

**And take for witness**

**Two persons from among you,**

**Endued with justice<sup>(1)</sup>.**

---

(1) Surat At-Talaq, verse 2.

**“Mashi’ah” because leaving some obligation is regarded as an evil deed, and doing some of it will be regarded as a good deed. Also doing some of the prohibited acts is regarded as an evil deed, and leaving some of them is regarded as an obedience; and hence the committor in both cases, will be one of those who mix a good deed with another bad one.**

**It is necessarily known from religion that the Muslim has a blameless record and he should be regarded according to his apparent behaviour. So that we should not treat him by a n interpretation implying an evilish suspicion if we know nothing of him. And the Muslim who commits a sin may not be, always, in this condition for as he is inclined to commit disobedience, he is also inclined to obedience, but he is even closer to the latter by the instinct which Allah had created in him.**

**And the obligation not to have an evilish suspicion towards a Muslim, requires that the funeral Salat should be performed on him and to be buried with Muslims deriving evidence from the saying of the Messenger (peace and prayers be upon him): Perform funeral Salat on whomever said “La Ilaha Illul-Lah”.**

**And Allah is All-Knowing**

The obligation of suspecting the Muslim unless he is known as a disbeliever or a hypocrite requires performing Salat on his funeral and bury him with Muslims deriving evidence from what was said by the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him): **Perform the funeral Salat on whoever said "La Ilaha Illul-Lah"**<sup>(1)</sup>.

Consequently, no one has the right to believe that performance of the funeral Salat on this singer, that poet or that Fassiqa (sinner) is forbidden, since each of these has died while he is a Muslim testifying that "La Ilaha Illul-Lah and Muhammed is his Messenger".

The summary of the case is that the gravest sin is (Ash-Shirk Billah); a sin which Allah doesn't forgive its commitor if he dies while he is in this state. However, other major sins and faults enter within the "Mashi'ah" of Allah reasoning out by his Almighty saying:

Allah forgiveth not  
That partners should be set up  
With Him; but He forgiveth  
Anything else, to whom  
He pleaseth<sup>(2)</sup>.

Driven not from the Islam him who committed one of the prohibited acts, such as adulterly and drinking of wine, unless he was denying one of the pillars of Islam or Faith or believing that what was forbideen by Allah in his Book or the Sunnah of his Prophet is not forbidden. Anything else will be within the framework of

---

(1) "Majma' Al-Zawaid" Al-Haithami, vol 2, p 67.

Sunan Ad-Daraqutni, vol 2, p 56- Al-Haithami said:

This hadeeth was related by At-Tabarani in "Al-Kabeer", and Muhammed Ibn Al-Fadhl was one of the chain of its narrators and he was not a reliable source.

(2) Surat An-Nisa, verse 48.

Hypocrites during the era of the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him)<sup>(1)</sup>.

I said: We necessarily know from religion that the Muslim has a blameless record; i.e his condition is concealed, and he should be regarded according to his apparent behavior. Hence, we should not treat him by an interpretation implying an evilish suspicion if we are not acquainted with him. That is why Allah has ordered his Servants to avoid suspicion for it is in some cases a sin. Almighty says:

**O ye who believe!**

**Avoid suspicion as much**

**(As possible): for suspicion**

**In some cases is a sin<sup>(2)</sup>.**

And the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) said: **Avoid suspicion, for suspicion is the falsest element in a talk<sup>(3)</sup>.**

Moreover, the Muslim who commit faults may not be always likewise; for as he is inclined to commit disobedience, he is also inclined to obedience but he is closer to the latter by the instinct which Allah had created in him. Allah replied to his Angles when they said:

**"Wilt Thou place therein one who will make**

**Mischief therein and shed blood?<sup>(4)</sup>**

And said to them

**"I know what you know not<sup>(5)</sup>.**

---

(1) Ibid, p 287.

(2) Surat Al-Hujurat, verse 12.

(3) "Sahih Al-Bukhari", vol 3, p 188, "Sahih Muslim", vol 16, p 118. "Mishkat ul-Masabeeh" At-Tibreezi", vol 3, p 1399.

(4) Surat Al-Baqarah, verse 30.

(5) Surat Al-Baqarah, verse 30.

in sin when leaving it, inspite of his knowledge that he doesn't perform Salat? Also he was asked about the one who used to drink wine and didn't perform Salat and whether it is permissible, for him who knows his / her condition, to perform funeral Salat on him/ her or not?

He gave the following answer:

"He who confesses Islam, then the apparent rules of Islam, such as those of marriage, inheritance washing him, performing Salat on him and bury him in the graveyard of Muslims and the like, will be applied on him. But whoever was known as a hypocrite and a (Zindeeq) i.e Unbeliever, or having a deviant ideas, then it will not permissible for any one who was acquainted with that, to perform Salat on him even if the deceased had professed Islam and this because Allah forbade his Prophet to perform Salat on the Hypocrites.

As for the one who professed lewdness but his heart was full of Faith, such as those who commit major sins, then funeral Salat should be performed on them by some Muslims. But anyone who refrains from performing Salat on one of them by way of holding back others not to do the same, by so doing, he is making a good deed. Also, he said: Anyone who is not known as a hypocrite and he is a Muslim, it is not only permissible to ask Allah to forgive him and perform Salat on him, but it is a thing which is ordained and obligatory<sup>(1)</sup>.

Imam Ibn Taimieyah was also asked about a person who performs Salat for a period of time and leaves it most of the time or never performs it at all, and whether the funeral Salat is performed on him/her?

He replied: Muslims are not only performing Salat on such a person, but they are also performing it on the Hypocrites who are washed and on whom all the rules of Islam are applied; the same as the case of the

---

(1) "Majmou' Fatawa Ibn Taimieyah", vol 24, p 285-286.

disobey the ruler; and excluded also are those killed in clashes of tribalism as they display their power to cause injustice; and finally the sticklers who attack people protected by law, and thus they break the law and disobey the ruler; the same as transgressors<sup>(1)</sup>.

According to Mathhab Imam Malik, funeral Salat is performed on the Salat abandoner, the highrobber and the one commits suicide<sup>(2)</sup>.

In Mathhab Imam Ash-Shafi'i any Muslim individual whose death is known, then funeral Salat might be performed on him/her<sup>(3)</sup>.

In Mathhab Imam Ahmed, funeral Salat is performed on all Muslims who commit major sins and those on whom the punishment of Rajm (i.e stoning), is inflicted and else. Imam Ahmed said: Whomsoever directs his face towards our Qiblah and performs our Salat, we should perform Salat on him and bury him also the funeral Salat is performed on whom the punishment of (Qasas) is imposed or that who is killed by means of (hadd) punishment. On the other hand, when he was asked about the one who doesn't pay Zakat for his property, he said that funeral Salat should be performed on him because it is not known that the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) had abandoned performing Salat on anyone except those who commit suicide and Ghal, i.e the one who cheats in booty<sup>(4)</sup>.

Imam Ibn Taimieyah lengthly essays on this matter. He was, once, asked regarding the Salat on the deceased who did not perform Salat and if anyone performing it will be rewarded or not; and if he will be

---

(1) "Hashiat Ruddul-Muhtar" Ibn 'Abdeen, vol 2, p 210-212. "Sharh-Fathul-Qadeer", Ibn Al-Humam vol 2, p 150.

(2) "Iqdul-Jawahir Ath-Thaminah", Ibn Shas, vol 1, p 204-265. See "Sharh Manhud-Jaleel" 'Ilaish, vol 1, p 512-513.

(3) "Mughni Al-Muhtaj" Ash-Shirbeeni, vol 1, p 348. "Qalyoubi Wa- 'Umairah", vol 1, p 337.

(4) "Al-Mughni Wash-Sharh Al-Kabeer", Ibn Qudamah vol 2, p 419-420. "Al-Forou", Ibn Muflih vol 2, p 253. "Al-Insaf" Al-Mardawi, vol 2, p 535-536

**make faults and then ask for Allah's forgiveness and Allah would forgive them<sup>(1)</sup>.**

And Also what is said by the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) : **Allah the All-High said: If my Servent intends a good deed but does not do it, then I will write it down for him as a good deed. And if he does it, I will write it down for him as from ten good deeds to seven hundred times. However, if intended a bad deed but he did not do it, I will not write it down against him, but if he does it, I will write it down against him as one bad deed<sup>(2)</sup>.**

Hence, those who charge others with infidelity as soon as they commit disobedience and forbid performing Salat on them and drive them from the religion of Islam, verily, by so doing, they are defying Allah by their opposition to his "Mashi'ah".

The Fuqaha have many statements regarding that on whom funeral Salat is performed and that it is not.

According to Mathhab Imam Abi Hanifah, the funeral Salat is regarded as Fardh Kifayah, i.e collective obligation on every Muslim who died reasoning out by what was narrated about the Messenger of Allah that he said: **Perform funeral Salat on every person whether being a righteous or a wicked<sup>(3)</sup>.** And also his saying: **The rights of a Muslim on the Muslims are six; one of them is to follow his funeral's procession<sup>(4)</sup>.**

No one is excluded from this ruling except the transgressors and highway robbers and this with the purpose of humiliating them as they

---

(1) "Sahih Muslim", vol 17, p 65. "Majma' Az-Zawaid", Al-Haithami, vol 10, p 215  
"Kashful-Khafa wa-Muzeel Al-Albas" Al-'Ajlouni, vol 2, p 213.

(2) "Sahih Muslim", vol 2, p 148, See Sunan At-Tirmithi, vol 5, p 247.

(3) "Sunan Ad-Dar qutni", vol 2, p 57. "As-Sunan Al-Kubrah", Al-Baihaqi who described it as a weak hadeeth.

(4) "Sunan At-Tirmithi", vol 5, p 75. "Kunzul-Ummal" Al-Burhan, vol 9, p 29.

charged with infidelity as then he is denying the Quran; and it is not permissible for him to despair from Allah's Mercy nor it is permissible for others to drive him to despair from this Mercy.

Almighty Allah told him by his saying:-

**Say: "O my Servants who  
Have transgressed against their souls!  
Despair not from the Mercy of Allah  
For Allah forgives  
All Sins: For He is  
Oft-Forgiving, Most Merciful<sup>(1)</sup>.**

On the other hand, the Muslim's evil deeds are warded off by what he does of good deeds such as when he asks for Allah's Forgiveness for his faults, or other one asking for Allah's forgiveness or making Du'a for him, deriving evidence from Almighty Allah saying:

**For those things that are good  
Remove those that are evil<sup>(2)</sup>.**

And His saying:

..... and ask

**Forgiveness for thy fault,**

**And for the men**

**And women who believe<sup>(3)</sup>.**

And also deriving evidences from the saying of the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him): **If you didn't make faults, Allah would take you away and bring another people who would**

---

(1) Surat Az-Zumar, verse 53.

(2) Surat Houd, verse 114.

(3) Surat Muhammed, verse 19.

whose property should be preserved; having the same rights of the Muslim such as for instance following the procession of his funeral, performing Salat on him and making Du'a for him.

However, (Ahl-As-Sunnah); i.e Sunnis and the Jumhour do not consider anyone by his committing to one of the major sins such as adultery, drinking of wine as non-Muslim unless he denied one of the pillars of Islam or Faith such as the one who denies the obligation of Zakat or Ba'th (resurrection), or the one who doesn't believe in the non-availability of the prohibition of what is regarded as prohibited by Allah in his Book or in the Sunnah of His Messenger. Other than this, will be looked at within the framework of "Mashi'ah", i.e Allah's Will.

I said: Abandoning some obligations is regarded as an evil deed and complying with some is regarded as a good deed. Also, doing some of the prohibited deeds is regarded as an evil deed and abandoning some of them is regarded as an obedience.

So, the doer, in both situations, will be, then, one of those about whom Allah has said:

**Others (there are who) have  
Acknowledged their wrong-doings:  
They have mixed an act  
That was good with another  
That was evil. Perhaps Allah  
Will turn unto them (in mercy):  
For Allah is oft-Forgiving  
Most Merciful<sup>(1)</sup>.**

The Muslim is not charged with infidelity if he does disobedience or commits a sin other than ash-Shirk Billah if he believes in the prohibition of his deed but if considers that as Halal, then he should be

---

(1) Surat At-Taubah, verse 102.

Unbelievers, and when the two troops started fighting a man from the Unbleivers was moving among the Muslims killing one after another. But a man from the Muslims who, as we were told, was Usama Ibn Zaid, took him by surprise, and when he (Usama) picked up his sword to kill the Unbeliever, he said "There is no god but Allah". But, nevertheless, Usama killed him. The bringer of glad tidings came to the Prophet of Allah (peace and prayers be upon him) who asked him (about the news of the battle) and he informed him until he told him about the Unbeliever and what he had done (with the Muslims), Then the Messenger called Usama and said to him: **Why did you kill him?** He replied: O Messenger of Allah, he hit Muslims fiercely and killed so and so (nominating some persons) and when I tried to kill him and saw my sword, he uttered *la Ilaha Illul-Lah* "None has the right to be worshipped but Allah". Then the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) said to him: **Did you kill him?** He replied in the affirmative. The Messenger, then said: **what are you going to do with (La Ilaha Illul-Lah) when it comes on the Day of Judgement?** He said: O Messenger of Allah ask Allah to forgive me. The Messenger said again: **What are you going to do with "la Ilaha Illul-Lah" when it comes on the Day of Judgement<sup>(1)</sup>.** The Messenger of Allah said nothing but asking him the same question.

The condemnation of the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) of what Usama had done indicates how sarced and great is the statement of "*La Ilaha Illul-Lah*" and that any one who utters it would be considered as a Muslim who should be protected by law and

---

(1) "Sahih Muslim", vol 2, p 100-101. See Musnad Al-Imam Ahmed, vol 5, p 200.

In the Book Almighty Allah excluded the committers of major sins other than ash-Shirk Billah. So, after He refuted forgiveness from them, He excluded those with less major sins in his saying:

..... but He forgiveth

Anything else, to whom

He pleaseth<sup>(1)</sup>.

Muhammed Ibn Jareer At-Tabari said in this concern: this Ayah indicated that anyone commits a major sin will be under Allah's will. If He pleases, He will forgive his sin or, else, He will punish him, except when his major sin is the shirk Billah<sup>(2)</sup>.

From the Sunnah there are many Ahadeeth in this regard; one of them is the famous hadeeth of Abu Dhurr about whom Abul Aswad Ad-Du'ali narrated that he said: I came to the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) while he was sleeping with a white garment being on him. I came to him and again found him sleeping. Then I came to him and he was awake and I sat with him. He said to me: Any one who said "None has the right to be worshipped but Allah" and died will enter Paradise. I said: even if he committed (adultery) and theft? He replied: Yes, even if he committed adultery and theft. I repeated this question thrice and he gave the same reply. But he in the fourth time said: Against your will (Abu Dhurr), he will enter Paradise<sup>(3)</sup>.

A second Hadeeth is what was narrated by Jundub Ibn Abdullah, may Allah be pleased with him, that the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) launched a military expedition against some

(1) Surat An-Nisa, verse 48.

(2) "Jami'Al-Bayan" At-Tabari, vol 4, p 126, "Aj-Jami'li-Ahkam Al-Quran", Al-Qurtobi, vol 5, p 245.

(3) Sahih Muslim, vol 2, p 94, See "Sahih Al-Bukhari", vol 2, p 69. "Sunnan At-Tirmithi" vol 5, p 27.

And also in the Hadeeth narrated by Jabir Ibn Abdullah, may Allah be pleased with him, that a man came to the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) and said: O, Messenger of Allah, what are the two obligatory matters? He replied: **Whoever dies not associating any partners with Allah shall enetr Paradise; and whoever dies having done the contrary shall be consigned to Hell<sup>(1)</sup>.**

Based on the preceding, whoever dies while associating partners with Allah is regarded far away from Islam and no funeral Salat will be performed on him and will be considered as the non-Muslim in treatment and the like as long as he continues his doing. But if he repents according to the conditions and rules of repentance, he will be treated according to Allah's Will; taking evidence from Almighty saying

**Those who invoke not,  
With Allah, any other god,  
.....<sup>(2)</sup>.**

To his saying:-

**Unless he repents, believes  
And works righteous deeds  
For Allah will change  
The evils of such persons  
Into good, and Allah is  
Oft-Forgiving, Most Merciful<sup>(3)</sup>.**

Among the major sins are; murder, adultery theft and false testimony. The committor of such sins will be treated according to Allah's Will as stated in the Book and Sunnah.

---

(1) "Sahih Muslim", vol 2, p 92, "Musnad Al-Imam Ahmed, vol 1, p 382.

(2) Surat Al-Furqan, verse 68.

(3) Surat Al-Furqan, verse 70.

**Is to devise a sin  
Most heinous indeed<sup>(1)</sup>.  
And His Almighty saying;  
Whoever expects  
To meet his Lord, let him  
Work righteousness, and  
In the worship of his Lord  
Admit no one as partner<sup>(2)</sup>.  
And also his saying:  
But it has already  
Been revealed to thee,  
As it was to those  
Before thee, "If thou  
Wert to join (gods  
With Allah), truly fruitless  
Will be thy work (in life),  
And thou wilt surely  
Be among the losers<sup>(3)</sup>.**

Also, the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) told us about the condition of the Mushrik and the punishment he receives after his death; and this in the Hadeeth which was narrated by Ibn Nujaim that he heard the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) saying: **Whoever dies while associating partners with Allah shall enter Hell<sup>(4)</sup>.**

---

(1) Surat An-Nisa, verse 48.

(2) Surat Al-Kahf, verse 110.

(3) Surat Az-Zumar, verse 65.

(4) "Sahih Al-Bukhari", vol 2, p 69-70. "Sahih Muslim", vol 2, p 92. "As-Sunan Al-Kubrah", Al-Baihaqi, vol 7, p 44- "Kunzul-Ummal", Al-Burhan vol 1, p 71.

## **Cases from Jurisprudence (Fiqh) Point of View(\*)**

### **143- The Rule on Performing the Funeral Salat on the Committor of Major Sins**

The content of the case is a question stating that: is it permissible to perform the funeral Salat on the Muslim who used to commit some major sins during his life but he died admitting Islam and not known to have been abandoned it. The enquirer added and asked about the case of an indecent singer and a dissolute poet and the like whose doing is considered Fusq (lewdness) and whether the funeral Salat is permissible to be performed on them?

The answer is that sins are either major or minor and are classified in the books of Hadeeth, Aqidah, Tafseer and Fiqh. One of the gravest sins is (Ash-Shirk Billah), i.e to associate partners with Allah. This is one of the sins which Allah doesn't forgive its committor because of his grave doing and his denial of the Divinity of Allah Almighty.

About that Allah Almighty says:

**Allah forgiveth not**

**That partners should be set up**

**With Him; but He forgiveth**

**Anything else, to whom**

**He pleaseth; to set up**

**Partners with Allah**

---

(\*) These are questions received from the readers. Answers are given by the journal's proprietor and editor in-chief Dr. Abdur-Rahman Ibn H. Al-Nafisah after being verified and arbitrated according to the journal's rules of publication.

Fiqh. These Mathahib spread all over the United Arab Emirates.

It was stated in a penal verdict: (Shari'ah which judges the subject of Diyyah, has decided that the Diyyah of a woman is half that of a man. Also the Diyyah prescribed by the Shari'ah for the deceased's inheritors is the same compensation the Shari'ah has enjoined to the inheritors.

However In the Emirate of Dubai, all, courts in their all levels and different types have based their judgment on the fact that the Diyyah of a woman equals that of a man in compliance with the Federal Law number 17 for the year 1991.

a male or a female unless the victim's family pardon and demand Diyyah. Also that whom commits murder intentionally, his punishment should be deterrent so that crime could be eradicated from society. But in the accidental killing, the killer is not committing his crime with the consideration that the victim is a female and hence would be subject to a commuted punishment.

Therefore, there will be no blame if he commits it as it would be regarded as a mistake<sup>(1)</sup>.

**Preferred opinion:**

The preferred opinion may be the second one because it is well-structured as it is founded on the statements of the Holy Quran and the Prophetic Sunnah. Almighty Allah says:

**Never should a Believer  
Kill a believer;  
Except by mistake  
And whoever kills a Believer  
By mistake  
It is ordained that he  
Should free a believe slave  
And pay blood-money  
To the deceases's family**

The Prophet (peace and prayers be upon him) said: **The Diyyah of a Believer is one-hundered camels.**

The Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) stated the obligation and the amount of Diyyah in taking life and attacking other parts of the body, in general terms which didn't differentiate between a man and woman but it treated them as equals.

**Diyyah of a Woman as viewed by the Modern Judiciary of the U.A.E:**

Concerning the Diyyah of a woman, the courts decided to give a woman half the Diyyah given to a man following the four schools of

---

(1) Ibid, p 39, and the following pages.

**stick is one-hundered camels<sup>(1)</sup>.**

This Hadeeth, also, didn't make any difference between a man and a woman concerning the amount of Diyyah.

**From the Technical evidences:**

They critisized halving the Diyyah for a woman and that there is no evidence for comparing the Diyyah of a woman with the inheritance of the Diyyah of a man because it is an analogy but with a difference. If we have to make an analogy, then why didn't the adherents to the first view make an analogy with the case of Qassas (retaliation) for homicide between a woman and a man where each killed for another in retaliation and both of them are equal concerning the Shari'ah obligations.

**objection to the second view:**

They replied to the evidence quoted from the Quran or the Sunnah (ad-Daleel - an-Naqli) that the verses and the Ahadeeth reported in the amount of the Diyyah of a life which is determined by one-hundered camels, have come in a general from including both male and female. But some evidences from the Sunnah have particularized this Ayah and the other Ahadeeth, specially the Hadeeth of Mu'ath Ibn Jabal concerning the Tasneef (division into two halves) of the Diyyah of a woman, as well as the act of the honourable Companions 'Umar, 'Uthman and 'Ali who decided that the Diyyah of a woman to be half that of a man which is regarded in the same degree as the traceable hadeeth<sup>(2)</sup>.

They replied to the technical evidence by saying that when a murder is committed intentionally, then it is indiscutable that the penalty prescribed for it is to carry out Qassas on the culprit whether the victim is

---

(1) "Sunan abi Dawoud", vol 4, p 683.

(2) "Diyyatul- Mara'h", Sheikh Ahmed Abdul - Aziz, p 24 and the following pages.

**Except by mistake  
And whoever kills a Believer  
By mistake  
It is ordained that he  
Should free a believing slave  
And pay blood-money  
To the deceased's family<sup>(1)</sup>.**

In this Ayah, Almighty Allah has ordained Diyyah for killing a Believer by mistake. The Ayah didn't differentiate between a man and a woman but it treated them as equals regarding Diyyah. Also it came in an absolute general sense the obligation of the Diyyah for killing this self whether it is a man or a woman. Moreover, Fuqaha unanimously agreed that this Ayah declares the rule of both man and woman and hence its rule must be established as so i.e dealing with man and woman as equals.

From the Sunnah: is the letter of 'Umar Ibn Hazm who was sent by the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) to the people of Yemen, and it was stated in it: the Diyyah of life is one-hundred camels.

This Hadeeth shows that the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) has determined the amounts and the sorts of Diyyah to be paid for parts of the body and for life. Also, this Hadeeth didn't indicate any difference between a man and a woman concerning the life Diyyah or that paid for any parts of the body; otherwise the Prophet of Allah (peace and prayers be upon him) would have clearly indicated it. Moreover, the word life includes man and woman, minor and adult and male and female.

From the Sunnah, also, is the hadeeth of the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him): **The Diyyah for accidental murder which resembles intentional such as is done with a whip and a**

---

(1) Surat an-Nisa, verse, 92.

The second view: Diyyah of a woman is similar to that of a man and this is the Mathhab of contemporary Fuqaha.

It was stated in "Al-Quran Aqidatun Wa-Shari'ah", (and since we derive our rules firstly from Quran, then the Quranic statement regarding Diyyah is absolutely general and did not differentiate between man and woman; in compliance with Almighty saying:

**And whoever kills a believer**

**By mistake**

**It is ordained that he**

**should free a believing slave**

**And pay blood-money**

**To the deceased's family**

which apparently indicates that there is no difference in the obligation of the Diyyah paid for killing by mistake between male and female<sup>(1)</sup>.

Also reported in "al-'Uquobah fil Fiqh al-Islami": (the Diyyah of a woman should be like that of a man because it is the a penalty for committing murder crime and it is the same if an aggressor kills a man or a woman. Also the Ayah is very clear concerning the general rules for Diyyah paid for accidental homicide because Almighty Allah says:

**Blood-money should**

**Be paid to his family**

**And a believing slave be freed**

Also the prophet (peace and prayers be upon him) has determined the amount pf Diyyah in a general sense which is one-hundered camels<sup>(2)</sup>.

Evidences stated by Adherents to the second opinion:

From the Holy Quran is his Almighty saying:

**Never should a Believer**

**Kill a Believer;**

---

(1) Ibid, p 260.

(2) "al-Uquobah Fil-Fiqh al-Islami", Abu Zahra p 573.

humanity than a man but it is based on other things required by her very nature in public life; such as it is man who is to undertake all of the family expenses and dower; and the woman is to be responsible for the house keeping, enduring pregnancy and delivery of babies and to devote herself to the bringing up of children.

Based on that, we see the balance between the share of a man and that of a woman and perceive that woman is more lucky than man from Islam point of view.

This is the foundation upon which Islam has based that women inheritance rules, is to be given half the amount given to men. and therefore, it is apparent that her share in inheritance has nothing to do with humanity which they both share equally. Therefore, it is a wrong assumption to compare the amount of Diyyah for a man and a woman, with that of inheritance nor the argument of comparing Diyyah with that of testimony is any stronger than comparing it with inheritance. Almighty says:

**And if there are not two men,**

**Then a man and two woman**

The above verse cant not be reported concerning the testimony by which a judge can give a verdict, but it was reported as means of guidance to the way of authenticity and making sure of the rights among dealers within the time of dealing. This doesn't mean that the testimony of one woman or that of several women who are not accompanied by a man can't prove the truth or that a judge doesn't pronounce a judgement by it, as the maximum which is required by judiciary is evidence<sup>(1)</sup>.

---

(1) "al-Islam Aquidatun wa Shari'ah", Sheikh M, Shaltout , p 261.

### 3- From the Technical Evidences:

Testimony of a woman is considered half that of a man and her inheritance, as fixed by Shari'ah, is half that of a man.

Adherents to the second opinion replied to these evidences with the following:

- Ustaz Muhammed Abu Zahra hold that these Ahadeeth are isolated traditions which can't repeal the absolute judgement reported in the Quran which determined for life, whether, being a male or a female, a complete Diyyah. He added that the Ayha concerning the rules of Diyyah paid for accidental homicide is quiet obvious because Al-mighty Allah says:

**Blood-money should**

**Be paid to his family**

**And a believing slave be freed,**

And the Prophet (peace and prayers be upon him) determined the amount of Diyyah in a general sense which is one-hundred camels<sup>(1)</sup>.

- But Ustaz Ahmed Ibrahim indicated that these traditions reported by the honourable companions are but pure independent reasonings from them<sup>(2)</sup>.

They objected to the Ijma' saying that it is not a clear one but it is a silent Ijma' because some Companions have declared their views and the rest did not object to that and hence it became as a silent Ijma' which was denied by the Fuqaha of Usoul to be relied on as an evidence<sup>(3)</sup>.

They replied to the technical evidence and said: the rules of inheritance for woman is not based on the fact that she is of less

---

(1) "al-Uquoubah", Abu Zahra, p 646.

(2) "Ahkam al-Mar'ah, Ahmed Ibrahim, p 100.

(3) "al-Uquoubah", Abu Zahra, p 646.

equals. But for more than that, the Diyyah of a woman is half that of a man. However, what was done by 'Umar is regarded in the same degree as (al-Hadeeth al-Marfou') i.e traceable to the Prophet (peace and prayers be upon him).

D- On the authority of Ash-Sha'bi that Ali, may Allah be pleased with him, used to say: Diyyah for injuries inflicted on women whether grave or simple is half the Diyyah of a man<sup>(1)</sup>.

This tradition shows that 'Ali had believed that the Diyyah for the injuries inflicted on women is half that of a man and this regarding both grave and simple injuries.

E- On the authority of 'Umar Ibn al-Khattab and 'Ali Ibn Abi Talib that they said: Diyyah of a woman is half that of a man, regarding the life and any felony less than it<sup>(2)</sup>.

Those are two honourable Companions who believed that the Diyyah of a woman is half that of a man both in murder and injuries, and it is impossible to have said this opinion without hearing it from the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him).

## 2- Ijma':

It was reported in "al-Mughni", (scholars were in unanimous agreement that the Diyyah of a woman is half that of a man)<sup>(3)</sup>. Also it was stated in "al-Istizkar" (Abu 'Umar said: scholars unanimously agreed that the Diyyah of a woman is half that of a man)<sup>(4)</sup>.

Reported also in "al-Mujtahid": (As for the Diyyah of a woman, scholars were in agreement that it is half that of a man in murder only)<sup>(5)</sup>.

---

(1) "Sunan al-Baihaqi" vol 8, p 96.

(2) Ibid.

(3) "al-Mughni", Ibn Qudamah, vol 7, p 297.

(4) "al-Istizkar" Ibn Abdul-Barr. vol 25, p 63.

(5) "Bidayatul-Mujtahid", Ibn Rushd, vol 2, p 506

which is fifty camels)<sup>(1)</sup>.

In the Hanbali: it was stated in "Kashshaful-Qina": (the Diyyah of a woman be it a Muslim or an infidel is half that of a man sharing her the same religion)<sup>(2)</sup>.

### **Evidences:**

#### **1- Prophetic Sunnah and Traditions:**

A- what was stated in the message delivered by 'Amr Ibn Hazm whom sent by the prophet (peace and prayers be upon him) that the Diyyah of a woman is half that of a man. In this message the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) indicated that the Diyyah of a woman is half that of a man<sup>(3)</sup>.

B- On the authority of 'Amr Ibn Shu'aib that his grandfather said: the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) said: **Diyyah of a woman is like that of a man until it reaches one-third of her Diyyah**<sup>(4)</sup>.

This indicates that until one-third of the Diyyah man and woman stand on a par and thereafter a woman's Diyyah will be half that of a man.

C- On the authority of Shuraih that he said: 'Urua Ibn al-Bariqi came to me with a message from 'Umar which says: Diyyah paid for injuries inflicted on men and women such as the injury of a tooth and al-Mudhihah (the wound which clears the whiteness of bones), is similar. But for injuries of more gravity the Diyyah of a woman will be half that of a man<sup>(5)</sup>.

This indicates that 'Umar Ibn al-Khattab treated the injuries inflicted on men and women as concerning the tooth or al-Mudhihah, as

---

(1) "al-Umm", Ash-Shafi'i, vol 6, p 103.

(2) "Kashshaful-Qina", al-Bahouti.

(3) "Irwa al-Ghaleel", al-Albani, vol 7, p 306.

(4) "Sunan an-Nisaei", vol 8, p 44.

(5) "Musannaf Ibn Shaibah", vol 9, p 300.

4- Adherents to the first view hold that substitution according to Sha-ri'ah is estimated in proportion to the damage actually occurred; while Diyyah is an amount of property which is determined by Almighty Allah in a manner that bear neither increase nor decrease. Thus, by this determination Diyyah has become a mere penalty.

Our opinion is that: Diyyah, and Allah Knows best, is but a substitution and a pure civil guaranty for the victim and his inheritors and has nothing to do with penalty; or it has a special nature rotatating between penalty and compensation.

#### **Amount of Diyyah of a woman as viewed by Fuqaha:**

They differed among themselves regarding this issue and were of two opinions:

The first one and it is held by Hanafieyah, Malikieyah, Shafi'ieyah and Hanabilah who believe that the Diyyah of a woman is half that of a man.

In the Hanafi Mathhab: it was stated in "al-Mabsout", (it was reported to us that Ali had said: the Diyyah of a woman is half that of a man with respect to the life and any felony lower than this and we adopted that<sup>(1)</sup>).

In the Maliki Mathhab: it was stated in "al-Ma'ouna": (The Diyyah of a woman is half that of a man in compliance with the saying of the Messenger (peace and prayers be upon him): **Diyyah of a woman is half that of a man**)<sup>(2)</sup>.

In the Shafi'i Mathhab: it was stated in "al-Umm":

(I had never known any scholar neither in the past nor in the present time opposing the fact that the Diyyah of a woman is half that of a man

---

(1) "al-Mabsout", as-Sarkhasi, vol 26, p 78.

(2) "al-Maou'nah", al-Qadhi Abdul-Wahab, vol 3, p 1336.

implies the sense of deterrence and deprive the culprit, in some cases, of part of his property; and resembles compensation because it compensates the affected person for whatever damaged occurred to him. Moreover, since it is a criminal penalty which is not dependent upon the claim of the wronged individual and that it implies one limit, then the court will have no right to drop or suspend it. Also because it is a sort of compensation which becomes part of the wronged individual's property rather than the court's treasury<sup>(1)</sup>.

One of the the legal systems which adopted such a method is the Civil Procedures Law of the U.A.E. Judiciary also was captivated with it and based its rules on it.

Adherents to the first and second trends have critisized adherents to this view and said:

- 1- If Diyyah was regarded as a substitution in one of its two folds, then making verdict by it without the demand of the wronged individual or his inheritors would not be permissible. However, substitution, according to Shari'ah, must be claimed so as to be decided.
- 2- The thing agreed upon by Fuqaha who follow independent reasoning is that the wronged individual or the blood heirs can negotiate with the culprit regarding the amount of Diyyah and whether can be increased or decreased. But the criminal penaity remains a right for the community and the wronged individual or his inheritors can't negotiate about it.
- 3- The interest of imposing a fine, which is a financial retribution ordained by Shari'ah, reverts to the state to which the decided fine devolves; the thing which is not applicable as to Diyyah.

---

(1) "Masadir al-Haq Fil-Fiqh al-Islami", Abdul-Razzaq as-Sanhouri, vol 1, p 51.

Sudanese Islamic Penal Law issued in 1991<sup>(1)</sup>.

3- In the United Arab Emirates, this view didn't find a wide response in the judgements of the Emarati court. It was not adopted by the supreme court<sup>(2)</sup> though it was repeated in some judgements. Some circles of the criminal courts of appeal have adopted that trend. While the sudanese judiciary has followed what was held by the Emarati courts of appeal in the adjustment of the Fiqhi nature of Diyyah and considered it as a compensation.

But the adherents to this trend have been exposed to criticism such as:

1- In deliberate homicide the Diyyah is required from the culprit's property and it is he alone who should bear it and hence it acts as a deterrence for him in compliance with Almighty saying:

..... nor bearer

**Of burdens can bear**

**The burden of another**

2- Compensation varies from one person to another according to the damage ocured to him, unlike Diyyah which was determined by the wise Legislator and hence it is like a penalty which should neither be modified nor decreased and which doesn't change from person to another.

3- Compensation, according to Shari'ah, is not executed without the claim of the wronged individual; but Diyyah should be ordered without the claim of the affected person.

**The third view: Diyyah has a Mixed Nature.**

It is a sort a penalty which ranges between punishment and compensation or which has the quality of the financial punishment involving the meaning of both penalty and compensation. It resembles a fine as it

---

(1) "al-Qanoun al-Ganai as-Soudani", "Sudanese penal Law" Judge 'Awadh Ahmed, p 551.

(2) "Qadha al-Hudoud", Judge Hassan al-Hamadi.

3- One of the characteristics of penalty in Shari'ah is that it should be executed and should never be relinquished. But in the Diyyah it is permissible for the wronged individual or his inheritors to relinquish it. Moreover, Shari'ah urged the blood heirs or the wronged individual for the absolute pardon.

4- Diyyah is incumbent upon the insane and the immature boy, but in the Shari'ah there are two preconditions for penalty; maturity and preference. So, how can we punish who lacks those two capabilities.

#### **The second view: Diyyah is a Compensation:**

Ahddherents to this view regarded that the Fiqhi nature of Diyyah is that it is a mere compensation<sup>(1)</sup> the purpose of which is to satisfy the inheritors of the victim for losing him or to satisfy the wronged individual for losing one of his parts.

They based their evidence on the fact that Diyyah paid for accidental homicide is not borne by the culprit who caused damage, rather, the 'Aqilah is obliged by that for protectiong the rights and helping the wrong doer in the financial burden due on him. So, it is just a compensation rather than a penalty. Also Diyyah is neither a punishment for crimes nor acts as a deterrent for them, but it compensates for damages have fallen on the victims, and hence even those who are incapable to bear punishments in Islam, such as the insane and the immature boy are required to pay it.

Among the legislations which hold this view are:

1- Kuwaiti Civil Law which adopted such a view considering Diyyah in its adjustment as a compensation for the physical damage rather than a penalty<sup>(2)</sup>.

---

(1) Ibid, 'Awadh Ahmed p 551.

(2) "al-Masouliyah An Isti'mal al-Ashya al-Khateerah Fil Qanoun al-Kuwait", i.e "Responsibility of Using Dangerous Things according to the Kuwaiti Law", Badr Jassim, p 207.

## **And pay blood-money**

### **To the deceased's family**

They support their opinion with many evidences, some of them are:

Diyyah is a penalty which was fixed by Almighty Allah and that the judge should impose it as a penalty in the consideration that it is a value for the self of a definite amount which may neither be increased or decreased nor subject to any Ijtihad in determining it. Moreover, because it is a penalty, it could always replaces Qassas when it can't be applied for some reason or another, or if the inheritors forgo it<sup>(1)</sup>.

Thus, the Emirate Penal Law issued in 1978 has adopted this opinion considering that the Diyyah is a penalty that the court imposes on a culprit in deliberate crimes in case of the relinquishment of the Qassas and in the accidental crimes.

Also, this opinion was adopted by the Yemeni Law for Crimes and punishments, issued in 1994.

Regarding the judiciary implementation of this opinion, the Emirate Monetary Court decided that the Diyyah could be adjusted because it is considered in the Emirate Penal Law as a fundamental penalty for the accidental homicide. But this theory has been criticised and faced many objections, some of which are:

- 1- The Quranic verse from which evidence is derived doesn't contain what may indicate that Diyyah is a penalty, rather it states that Diyyah is to be paid to the deceased's inheritors.
- 2- The Diyyah of the accidental homicide is not paid by the culprit alone but his 'Aqilah (the male relatives of the murderer) shoulder it with him. So, if the Diyyah had been a penalty, then the Legislator would have never obligated the 'Aqilah with and would have only punished the culprit with it.

---

(1) "ad-Diyyah Baynal-'uquobah Wat-Ta'weedh", i.e. "Diyyah between Penalty and Compensation", Awadh Ahmed, p 521.

2- From the prophetic Sunnah: is the Hadeeth related by Ibn Masoud that the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) has prescribed the Diyyah for the accidental homicide to be paid in fifths, i.e from five different kinds of camels<sup>(1)</sup>.

This Hadeeth indicates that the Diyyah of camels paid for the accidental homicide is reduced, unlike the deliberate one whose Diyyah is increased.

3- Ijma' (consensus): The Ummah at large has unanimously agreed on the legality and the obligation of Diyyah.

This is also was indicated by the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him)<sup>(2)</sup>.

#### **The Fiqhi Nature of Diyyah:**

Fuqaha hold different views regarding the adjustment of the Fiqhi nature of Diyyah, these views are:

##### **- The first one: Diyyah is a penalty:**

Adherents to this view which is represented by a group of modern Fuqaha <sup>(3)</sup>, believe that Diyyah is a criminal penalty prescribed by Almighty Allah in his saying:

**Never should a Believer**

**Kill a Believer;**

**Except by mistake**

**And whoever kills a Believer**

**By mistake**

**It is ordained that he**

**Should free a believing slave**

---

(1) "Musnad al-Imam Ahmed", vol 5, p 229.

(2) "al-Mughni", Ibn Qudamah, vol 7, p 259.

(3) See "Nathariat ad-Dhaman", Ali al-Khateef, p 5.

Except by mistake  
And whoever kills a Believer  
By mistake  
It is ordained that he  
Should free a believing slave  
And pay blood-money  
To the deceased's family  
Unless they remit it freely  
If the deceased belonged  
To a people at war with you  
And he was a Believer,  
The freeing of a believing slave  
Is (enough). If he belonged  
To a people with whom  
Ye have a treaty of mutaul  
Allience, blood-money should  
Be paid to his family  
And a believing slave be freed  
For those who find this  
Beyond their means, (is prescribed)  
A fast for to months  
Running: by way of repentence  
To Allah; for Allah hath  
All Knowledge and all wisdom<sup>(1)</sup>.

---

(1) Surat an-Nisa, verse 92.

of the culprit<sup>(1)</sup>.

### **Definition of Diyyah:**

Fuqaha of different Islamic Mathhab have given several definitions for Diyyah, among them, are:

- In the Hanafi Mathhab, Diyyah is defined as the money paid for the self or a human organ<sup>(2)</sup>.
- In the Maliki Mathhab, it is the money paid due to the killing of a free human being as a compensation for his blood; or due to the infliction of injury on him and it is determined according to Shari'ah and not based on Ijtihad (independent reasoning)<sup>(3)</sup>.
- In the Shafi'i Mathhab, it the money paid owing to the committing of a felony against a free person in himself or anything less (injury)<sup>(4)</sup>.
- In the Hanbali Mathhab it is the money paid to a wronged individual or to his guardian as result of a felony<sup>(5)</sup>.

According to the definitions of modern Fuqaha, Diyyah is defined as that sum of money determined by the Legislator in compensation for a human life or a human organ<sup>(6)</sup>.

### **Sources of Diyyah:**

1- the Holy Quran: Almighty Allah says:

**Never should a Believer**

**Kill a Believer;**

---

(1) "Ad-Diyyah Fil-Shari'ah al-Islamieyah", Dr. Ali Saddiq Abu Haif, p 30-31.

(2) "Tabieyeen al-Haqaiq", az-Zailai', vol 2, p 126.

(3) "Sharh Hodoud Ibn 'Arafah", ar-Rassa', vol 2, p 62.

(4) "Nihayatul-Muhtaj" ar-Ramley, vol 7, p 299.

(5) "Kashshaful-Qina'", al-Bahouti, vol 6, p 5.

(6) "Bayna Difa' al-Ijtima'i Wal-Shari'ah al-Islamieyah", i, e "Between the Social Defence and Islamic Shari'ah", Ali al-Khateef.

## **Diyyah of Woman according to Islamic Fiqh and the Judiciary in the United Arab Emirates, A Balanced Study.**

**Judge. Hassan Ahmed Ali Al-Hamadi:- (\*)**

Murder is one of the gravest crimes as it ends the life of a victim without any right leaving his wives as widows and his children as orphans.

Islam came and put means of protection from this crime by prescribing punishments. In this regard it approved the punishment known as Al-Qassas (retribution) for the deliberate homicide and by which the blood of the culprit be allowed to be shed. Thus, Islam has reduced the negative impacts of crime regarding the wronged individual himself, his relatives and in the tranquility and stability of the whole community<sup>(1)</sup>.

The Shari'ah believes that it is fair that the punishment be equal to the crime. But it observed that, though the penalty of Qassas achieves justice, but it is not suitable in all cases.

If it is suitable for the deliberate homicide, it is not so in the accidental one because the culprit didn't mean to commit such a harm and didn't intend to kill others.

For this reason the legislator has approved Diyyah (blood money) for protecting blood from being shed and also as means of compensation for the victim or his inheritors for the pains they suffered due to the act

---

(\*) A judge in Abu Dhabi Federal Court.

(1) "Al-Islam Aquidatun Wa-Shari'ah", Mahmoud Shaltout, p 30.

rational opinion regarding the validity of al-Muftaridh praying behind al-Mutanaffil is not objected to as far as I know and deriving evidence from them is correct; and Allah Knows best.

### **Preference:**

After reviewing the evidence stated by each party and discussing them separately, it was decided that the evidence stated by the first party doesn't constitute a proof nor an indication about the disputed issue. Also, evidences from Qiyass and the reasonable opinion are abrogated by the answers given by the second party. This is contradictory to the evidences of the second party which establish a strong proof and a correct indication concerning the point of conflict.

Consequently, the second opinion is more preferred than the first one because of its sound proofs which are free from objections.

By this it is decided that the case of al-Muftaridh when prays behind an Imam doing a superfluous Salat is valid, but he should not do that except before an Imam who used to lead the five prays regularly<sup>(1)</sup>.

Accordingly, if anyone entered a mosque during the Holy month of Ramadan and found a congregation performing Salat-Taraweeh while he hadn't performed Salat-Isha, then he would have the right to pray with them with the intention of performing the obligatory Salat of al-'Isha. So, when they finish their Salat by making Tasleem, he should make up for his Salat and this specially if their Imam was the regular leader of the five Salats of the day in the mosque who, in this case, should not be opposed by establishing another congregational Salat, and Allah Knows best.

This is a means of lifting embarrassment and facilitating for the Ummah which is one of the objectives of Shari'ah.

---

(1) See "Al-Fatawa", vol 23, p 386.

saying:: **do not perform Salat twice in the day**<sup>(1)</sup>.

This was answered that Naskh (abrogation) is just a claim which can't be proved by probability,<sup>(2)</sup> specially that prohibition not to perform Salat twice in the day can be interpreted that each Salat can be performed twice as an obligatory one and not that one of them is an obligatory Salat and the other is a non-obligatory because this is permissible by Consensus of all Fuqaha<sup>(3)</sup>.

B- some of them claim that Mu'ath, may Allah be pleased with him, leading his people in Salat after he had performed Salat with the Prophet (peace and prayers be upon him) was out of necessity as, at that time, there were few Quran reciters but afterwards when the number of reciters increased this necessity was<sup>(4)</sup> lifted and hence the judgement was changed.

This allegation is similar to the claim of Naskh previously mentioned; and this has no evidence to support it. However, the evidence states that the sufficient portion of reading in Salat is kept by many companions of Mu'adh<sup>(5)</sup>. So, whatever exceeds the need regarding recitation should not be a reason for committing a legally (Shari'ah) prohibited act in the Salat as would be according to such an allegation<sup>(6)</sup>. Hence, there is no need for that.

2- The reasoning out by the Hadeeth of 'Umar Ibn Al-Khattab, may Allah be pleased with him, (**Action are but by intention and every man shall have but that which he intended ...**) and also by Qiyass and

---

(1) Sunan Abi Dawoud", vol 1, p 389.

(2) "Al-Ihkam", Ibn Daqeeq al-Eid, vol 2, p 62.

(3) "Al-Mughni", vol 3, p 68.

(4) "Al-Ihkam" vol 2, p 61-26.

(5) "Al-Muhallah", vol 4, p 333.

(6) "Al-Ihkam", vol 2, p 62.

- Some adherents to the first opinion have derived evidence from the rational opinion and they prohibited al-Muftaridh to pray behind al-Mutanaffil because it is not permissible, according to them, to base as an existing matter; which is to give the quality of an obligation to al-Ma'moum who performs an obligatory Salat, on a non-existent matter which is the non-availability of that quality in the Imam performing a supererogatory Salat. This is based on a fundamental principle that the Salat of al-Ma'moum is based on the Salat of al-Imam in all aspects.

But that fundamental principle which they hold is not completely acknowledged by all; as it is a matter of dispute<sup>(1)</sup> among the Imams (scholars), particularly concerning intention which is regarded by some of them as one of the folds in which the Salat al-Ma'moum is not based on that of al-Imam<sup>(2)</sup>.

### **Discussion of the Evidences stated by the Adherents to the Second opinion:**

1- Adherents to the second opinion derived evidence for the validity of Salat of al-Muftaridh behind al-Mutanaffil from the Hadeeth of Jabir regarding the Salat of Mu'ath, may Allah be pleased with them.

Adherents to the first opinion objected to the Hadeeth as an evidence based on many objections and those adhering to the second opinion had refuted them by stating that:

A- Hadeeth Jabir, may Allah be pleased with him, may be abrogated because it was reported at the beginning of Islam when the obligatory Salat was performed twice a day and before that was prohibited, as in the Hadeeth of Ibn 'Umar (may Allah be pleased with them) who said: I heard the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him)

---

(1) "Bidaytul-Mujtahid", vol 1, p 159.

(2) "Al-Umm", vol 1, p 173.

performer, in one of them prays, behind an Imam in the other Salat regardless of the "agreement of intention" established for it<sup>(1)</sup>.

### Discussion:

Discussion of the evidences of the first opinion:

Adherents of the first opinion derived evidence from the two Hadeeth of 'Aisha and Abi Hurairah (may Allah be pleased with them) the afore-mentioned that it is not valid if al-Muftaridh prays behind al-Mutanaffil as their intentions are different.

This could be answered that I'timam (praying behind an Imam) ordered by and meant in these two Hadeeths is the following of the apparent acts rather than intentions.

This was stated explicitly in the saying of the Prophet (peace and prayers be upon him): **Bow after he bows, raise up your heads (stand erect) after he raises his head and if he prays sitting, then you pray sitting.**

Therefore, I'timam is concerned with the apparent acts rather than anything else<sup>(2)</sup>.

The analogy adherents to the first opinion have drawn between the Salat al-Muftaridh behind al-Mutanaffil and Saltul-Jumu'ah behind an Imam performing Saltul-Dhur as non-valid, is nullified by the case of al-Masbouq in Saltul-Jumu'ah when he catches up less than one Rak'ah who, in this case, intends to perform Dhuhur behind an Imam performing Salatul-Jumu'ah<sup>(3)</sup>. Also it is nullified by the validity of Salatul-Jumu'ah behind a traveller<sup>(4)</sup>. Thus, "difference in intention has no any effect on that.

---

(1) "Al- Umm", vol 1, p 173.

(2) "Al-Mughni", vol 1, p 68.

(3) "Al-Mughni", vol 3, p 68, 185.

(4) "Al-Majmou'", vol 4, p 171.

while he is offering a voluntary Salat and they are offering an obligatory one<sup>(1)</sup>.

2- The Hadeeth of 'Umar Ibn Al-Khattab, may Allah be pleased with him, that he said: I heard the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) saying: **Actions are but by intention and every man shall have but that which he intended**<sup>(2)</sup>.

The generality of the Hadeeth indicates that every man is governed by that which he intended. Hence the Imam shall have that which he intended and so shall the Mamoum. Each intention is independent therefore, it is valid when al-Muftaridh prays behind al-Mutanaffil<sup>(3)</sup>.

#### **Qiyass:**

They draw the analogy for Salat al-Muftaridh behind al-Mutanaffil from the Salat of al-Mutim<sup>(4)</sup> behind al-Qassir<sup>(5)</sup>, and al-Mutanaffil behind al-Muftaridh, al-Masbouq<sup>(6)</sup> behind as-Sabiq<sup>(7)</sup> and so forth. So if the Salat of those mentioned above is valid with the variation of their intentions, then Salat of al-Muftaridh behind al-Mutanaffil is also valid inspite of the difference of the intention between both of them<sup>(8)</sup>.

**The Rational opinion:** indicates the validity of the Salat of al-Muftaridh behind al-Mutanaffil because each one is performing Salat according to his own intention and not according to other's. Hence if al-Muftaridh prays behind al-Mutanaffil, this will be valid because each one establishes intention for himself and hence it can't be invalidated by the intention of the other even if it opposes it. They are two Salats that agree in actions and hence it would be permissible if a

---

(1) "Al-Umm", vol 1, p 173.

(2) "Sahih Al-Bukhari", vol 1, p 2.

(3) "Al-Muhallah" vol 4, p 318.

(4) One who offers a protracted Salat

(5) One who curtails Salat

(6) One who catches up Salat missing one or more Rak'ah

(7) One who starts Salat without missing any Rak'ah

(8) "Al-Mughni", vol 4, p 68.

**The Rational opinion:** indicates that it is not valid for al-Muftaridh to follow because "Iqtida" is established on an existing matter and it is defined as the following of a person by another in his acts And that basing an existing matter on a non-existent having its qualities isn't fulfilled because the quality of obligation is not available in the right of an Imam doing a supererogatory Salat and hence he should not be followed in an obligatory Salat. This evidence is based on the principle that Salat of Ma'moum is based on the Salat of Imam<sup>(1)</sup>.

The second opinion is that of approval:

It is the Mathhab held by Imam Ash-Shafi'i and represents the second opinion of Imam Ahmed and it is the soundest according to Ibn Qudamah<sup>(2)</sup>. They derived evidence for that from Ahadeeth, Qiyass and rational opinion. From the Ahadeeth:

1- The Hadeeth reported by Jabir Ibn Abdullah, may Allah be pleased with them, that Mu'ath Ibn Jabal, may Allah be pleased with him, used to perform Salatul-Isha along with the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) and then went to lead his people in the same Salat<sup>(3)</sup>.

This Hadeeth indicates that Mu'adh, may Allah be pleased with him, used to offer Salatul-Isha twice: the first time with the Prophet (peace and prayers be upon him) and it was an obligatory Salat for him, and in the second time with his people as their Imam and it was a supererogatory Salat for him.

Therefore, this indicates the validity of the case when al-Muftaridh prays behind al-Mutanaffil because Mu'adh used to lead his people

---

(1) "Al-Mabsout", vol 1, p 136.

(2) "Al-Umm", vol 1, p 2173- "Al-Insaf", vol 2, p 276.

(3) "Sahih Al-Bukhari", vol 1, p 172.

the majority of his companions<sup>(1)</sup>. They based their opinion on the Ahadeeth, Qiyass and the reasonable opinion. From the Ahadeeth are:

1- Hadeeth reported by A'ishah, may Allah be pleased with her, that the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) said: **The Imam is to be followed: bow after he bows, raise up your heads (stand erect) after he raises his head and if he prays sitting, then you pray sitting**<sup>(2)</sup>.

2- Hadeeth reported by Abi Hurairah, may Allah be pleased with him, that the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) said: **The Imam is to be followed: say "Allah Akbar" after he says, and bow after he bows .....**<sup>(3)</sup>.

They say: al-Ma'moum should follow the Imam in anything and he is not allowed to contradict him. Therefore, the case of Al-Muftaridh praying behind an Imam doing a supererogatory Salat is in contradiction to the Imam due to the difference in intention (Niyyah) between them. So, anyone contradicting his Imam and doesn't follow him, his Salat is invalid because this is the gravest sort of contradiction to the Imam and we prohibited it<sup>(4)</sup>.

**Qiyass:** They compared Salat al-Muftaridh behind al-Mutanaffil with Salat al-Jumu'ah when performed behind an Imam performing Salat al-Dhuhr (Noon prayer) in the non-validity. So, when Salat al-Jumu'ah is not valid before an Imam offering Salat al-Dhuhr, then the same is applied to Salat al-Muftaridh behind al-Mutanaffil<sup>(5)</sup>.

---

(1) "Al-Mabsout", vol 1, p 136.

(2) "Sahih Al-Bukhari", vol 1, p 169.

(3) "Sahih Muslim" vol 2, p 19.

(4) "Al-Mughni" vol 3, p 67.

(5) Ibid.

unanimously<sup>(1)</sup> based on the correct Ahadeeth reported in this respect and among them are:

1- On the authority of Abi Sa'ieed Al-Khidri, may Allah be pleased with him, that the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) saw a man praying alone .. He said: **Is there any man who may do good with this (man) and pray along with him**<sup>(2)</sup>.

Thus, the Hadeeth indicates the validity of the case of al-Mutanaffil when prays behind an Imam doing an obligatory Salat because the one who does good is like the one doing supererogatory Salat and he is a Mamoum; while the one to whom good is done is like al-Muftaridh and he is an Imam who has not yet performed his obligatory Salat<sup>(3)</sup>.

2- Another Hadeeth was reported by Abdullah Ibn Mas'oud and Abi Dhar, may Allah be pleased with them, that the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him) said: **There will come Imams who delay Salat from its proper time, so offer your Salat at its proper time and also perform your Salat along with them as a superfluous Salat**<sup>(4)</sup>.

This Hadeeth indicates the validity of the case of al-Mutanaffil when praying behind an Imam doing an obligatory Salat because the Messenger of Allah (peace and prayers be upon him), commanded anyone who offered his obligatory Salat and joined a congregational Salat with an Imam, to pray with him; and that will be a supererogatory Salat for him.

In the case of al-Muftaridh praying behind an Imam doing a supererogatory Salat, Imams were in disagreement and were in two opinions:

— The first one is that of disapproval; and it is the Mathhab of Hanafieyah, Malikieyah and a narration of Imam Ahmed that is held by

---

(1) "Al-Tamheed", vol 24, p 369. "Al-Mughni", vol 3, p 68.

(2) "Sunan Abi Dawoud", vol 1, p 386.

(3) "Al-Mughni", vol 3, p 68.

(4) "Musnad Al-Imam Ahmed" vol 1, p 455.

## **On the Question of Salat al-Muftaridh<sup>(1)</sup> behind al-Mutanaffil<sup>(2)</sup>**

**Dr. Nafi Mutlaq Al-Harthi:- (\*)**

This research is concerned with a specific item that pertains to the intention of al-Imam<sup>(3)</sup> and al-Mamoum<sup>(4)</sup> in the Salat. It is about al-Muftaridh who prays behind an Imam doing a supererogatory Salat. I singled out this item because it is very much needed particularly during the Holy month of Ramadan on which Muslims perform Salatut-Taraweeh<sup>(5)</sup> immediately after Salatut-Isha. Almost every Masjed in which Salatut-Taraweeh is performed is having a number of persons missing one or more Rak'at in Salatut-Isha. Therefore, the need for it is much more than any other item and this due to its frequent occurrence and the much dispute regarding it.

I discussed the research as follows:

When Al-Muftaridh prays behind an Imam performing a supererogatory Salat:

The majority of those concerned with Fiqh have approved the validity of this issue, specially the Imams of the four Mathahib and those following them <sup>(6)</sup>; and even some of them reported these opinions

---

(\*) Assistant Professor in King Abdul Aziz Military College- Department of Islamic sciences.

(1) He who is doing an obligatory Salat.

(2) He who is praying a supererogatory Salat.

(3) A person leading people in the Salat

(4) A person praying behind Imam

(5) The long Salats in nights of Ramadan

(6) "Al-Mabsout", volo 1, p 136. "AlUmm", vol 1, p 173.

Istihstan, he should pay Dhaman because this partner can't mend the wall but he can inform the other partners.

**On the Wall whose the Upper Part of it Belongs to a Man and the Lower to Another:**

If they were askell to demolish it and they didn't and, as a result, the upper part fell and killed somebody, the owner of the upper part alone, is the one who should be obliged by Dhaman.

**On the Dhaman of Buliding Workers**

If a man has got a leanning wall and he rent some workers to demolish it; and due to demolishing works one of them was killed, Dhaman, in this case, would be on them, not on the owner.

**On the Dhaman of Continious Series of Damage or Results:**

This is such as when somebody does a certain act which produces a harm; and as a result of it another harm is created. The doer should be asked in all the these harmful defects produced due to his harmful act. Example of this is such as if somebody throws a stone at a window and breaks its glass which, in turn, fell on somebody and cut him. The rule on this case is that the transgressor should pay Dhaman on all the harmful results created by his harmful act on condition that the succession of harmful results not to be interrupted.

**Divisions of Succession of Defects**

- 1- Direct damage.
- 2- Indirect damage.
- 3- Damage caused by unrelated reason. An example of this is when a leaning wall falls and an animal was frightened and escaped which caused damage to a human being or a property. In this case the owner would not be obliged by Dhaman<sup>(1)</sup>. This is the correct opinion.

---

(1) "Sharh Al-Majallat" Ali Haidar, vol 2, p 560.

an evidence, and if there was no evidence, nothing would be on the 'Aqilah unless three matters were proved:

- 1- The property being their companion's
- 2- The owner was asked to demolish it.
- 3- The person's death occurred due to the fallen wall.

On the other hand, in case if the 'Aqilah denied that the wall is their companion's and the real owner declared the opposite, the 'Aqilah's claim would not be admitted

### **On the Dhaman of the Wall Belongs to a Minor**

If a guardian was asked to demolish a leaning wall but he didn't and the wall fell and caused damage, Dhaman would be taken from the boy's property. This was stated by Hanafieyah<sup>(1)</sup>. While Malikieyah stated that Dhaman is to be taken from the trustee of the minor even if the minor is wealthy.

### **On the Dhaman of the Masjed's Wall:**

If the wall of a Masjed inclined after it was correct, both testimony and Dhaman would be on the one who built it. Accordingly, the Diyyah should be paid by the 'Aqilah.

### **On the Dhaman of the Wall Belongs to a Foundling and a Non-Believer:**

Dhaman of those two cases should be paid from the public treasury.

### **On the Dhaman of the Shared Wall**

If it is shared among five persons, one of them will be witnessed against. By using Qiyass, no Dhaman will be on any one because one partner can't act alone without the permission of others. According to

---

(1) "Sharh Al-Majallah", Ali Haidar, vol 2, p 562.

wall, but, afterwards, he died or was dismissed, in this case Mutalabah would be of no effect. This rule is applicable to all the cases concerning the private deputy.

### **On Providing a Period of Time after Mutalabah**

This means that, after Mutalabah, a period of time should be given to the owner so that he can demolish his wall and this because Dhaman becomes obligatory only by leaving the necessary demolishing. But no obligation will take place without providing this period even if he is asked to demolish it and a damage happened. This was held by Hanafieyah<sup>(1)</sup>.

### **On the Payment of Dhaman if the Defected is a Person or a Property.**

Payment of Dhaman in the case of the leaning wall, will be the owner's liability and Al'Aqilah will bear the Diyyah if death was caused by the fall. But when properties are defected, Dhaman will be taken from the owner's property. This was stated by Hanafieyah and Hanabilah.

### **If the Defected Thing needs Maintenance:**

This is a case when a leaning wall falls over the neighbour's correct wall and brings it down. In this case, the owner of the second wall is free to get Dhaman or not.

### **Conditions under which the 'Aqilah is Obligated to pay Diyyah**

If a leaning wall fell toward a public road or a private one after the owner was asked to demolish it and he could do it but he didn't, he would be obliged by Dhaman.

Dhaman paid for selves is the Diyyah. But if the 'Aqilah denied that (Mutabalah and testimony), Mutabalah would not be proved unless by

---

(1) "Al-Hashiat" Ibn 'Abdeen, vol 5, p 384.

### **On the selling Based on option**

It is known that asking the owner of the leaning wall to demolish his wall is one of the conditions of paying Dhaman. Accordingly, if the owner sold his wall, he should not be asked to demolish and mend it and this if the contract was concluded without working the process of option. But if an option is implied, it would either be given to the seller or the buyer.

1- If the seller is having an option lasting for three days and he was asked to demolish the wall during this period, and he annulled the sale, testimony would be correct because he had been an owner who was capable of demolishing the wall; and if the seller is having an option lasting for three days during which he asked the buyer to demolish the wall, such an action would be incorrect as, in that time, he was not capable of demolishing the wall. If an option lasting for three days was taken by the buyer and the seller asked him to demolish the leaning wall, so, if he returned the sold item during the period of the option, testimony would be invalid because he removed possession by annulment.

### **On Donating the Leaning Wall**

The only difference between donation and sale is the process of delivery and possession. Accordingly, if the owner donated his wall and the donated person received it, the donator would not be obliged by Dhaman. This was stated by Hanafieyah<sup>(1)</sup> and Hanabilah<sup>(2)</sup>.

**Mutalabah to the unreal owner (private deputy) is invalid.**

If the one who administers a waqf asked to demolish and mend his

---

(1) "Ad-Dur Al-Mukhtar", Al-Haskafi, vol 5p 385.

(2) "Kashshaful-Qina'", Al-Bahouti, vol 4, p 138.

3- The selling of the leaning wall: in this case the wall will be transferred to a new owner. But the previous owner was asked to demolish it but he didn't till he sold the wall, so what is the rule on this? Hanafieyah, Hanabilah and Al-Balqini from Shafi'ieyah stated that Mutalabah and testimony will both be invalid and no Dhaman will be on the buyer. They stated as evidence that Dhaman is released as soon as the leaning wall is sold. Also, the buyer will not pay Dhaman as he was not asked to demolish it after its purchase. Discussing that, Al-Balqini objected the reasoning held by Shafi'ieyah who stated that the seller is obliged by Dhaman because he transgresses by leaving it in this condition (leaning), and said: If the seller or his 'Aquilah are asked to pay Dhaman, it will be of priority to ask the one who built that wall to pay Dhaman.

### **Preference**

Undoubtedly, Dhaman pertains to whoever has the right to act freely regarding the wall by demolishing and mending. Accordingly, since the owner sold his wall to another one, it will be the buyer who should bear responsibility. However, no Dhaman will be on him incase he didn't know that the wall was leaning and the seller didn't inform him, or he was acquainted with that but he couldn't mend it.

### **On the Leaning Wall being Returned due to an Option of Defect or that of Vision.**

If the owner sold his leaning wall to somebody after he had witnessed against him and then the wall had been returned to him due to a defect in it, and afterwards the wall fell and caused damage, Dhaman would not be obligatory unless a new process of testimony be made. This the opinion held by Hanafieyah<sup>(1)</sup>.

---

(1) "Al-Fatwa Al-Hindiyah", vol 6, p 37.

### **On the Striking on the Leaning Wall that Causes it to Fall Down**

If the wall fell down during the time it is struck, it will be the 'Aqilah of the one striking that who should pay the Diyyah.

### **On the Falling of the Wall due to a Catastrophe**

If the owner is asked to demolish his leaning wall but he didn't until a storm threw it down, he would be obliged by Dhaman<sup>(1)</sup> because he, by leaving it leaning, is considered as a neglecter.

The same rule is applicable if the roof is weak and the owner did not demolish or mend it. If somebody builds his wall correctly and then it inclined towards a public road, or a private one or somebody else's property and then he was asked to demolish or mend it, so how long will this Mutalabah remains effective so that, in case the wall falls, he might be obliged by Dhaman?

There are many reasons, when occur, Mutalabah will no longer be effective. They are:

1- The owner being insane (losing the ability to act): If he is completely crazy, Mutalabah will be nonsense and hence if the wall fell after craziness occurs, no Dhaman will be on him. But if he is inflicted with discontinuous attacks of craziness, the apparent opinion is that testimony and Mutalabah will both be valid and consequently Dhaman will be obligatory.

2- The owner's apostasy from Islam (losing of one's property and authority): If the owner apostates from Islam after being witnessed against that his wall is leaning, his act will no longer be in effect because he loses his property and this is based on the opinion that his possession is to be lost soon after his Riddah and therefore, his possession to the wall along with testimony would be invalid.

---

(1) "Al-Fatawa Al-Hindiyah", vol 6, p 39.

### **On the Falling of a Wall with the Owner being on it**

If a man was on his leaning wall and the wall fell down without his interference and hit a person and killed him, the man would be held liable for whatever happened as damages if he had been witnessed against; otherwise, he would not be obliged by Dhaman. This is the opinion held by Hanafieyah.

### **On the Rule if the Owner Falls from his wall on a Person and Kills him:**

If this happened without the falling in of the wall, he would be obliged to pay the Diyyah of the murdered person because he is the same, in rule, as a sleeping person who turned over somebody and killed him who should pay Dhaman whether this act takes place in the property of the fallen person or not. This was held by Hanafieyah<sup>(1)</sup>. While Shafi'eyah<sup>(2)</sup> stated that if his fall is due to the falling in of the wall, he would be obliged by Dhaman; otherwise no Dhaman. Nevertheless, what was held by Hanafieyah is supposed to be the correct opinion. An example for such a case is that if a worker fell from a building on somebody, he would be obliged by Dhaman. This is known as direct murder.

### **On the Rule if the Owner Fell from the Wall on Somebody in the Road and Dies:-**

There are two rules; if the one in the road was walking, he would not be obliged by Dhaman because he was not transgressing by his walking. But if he was standing, sitting or sleeping in the road, he would be obliged to pay the Diyyah of the fallen person because he was transgressing by so doing and this supposed to be the correct opinion.

---

(1) "Al-Asl", Ash-Shaibani, vol 5, p 571.

(2) "Al-Hashiat", Al-Qalyoubi, vol 4, p 149.

### **On Removing Debris from the Fallen Wall**

We understand from the statements of Hanafieyah that whoever stumbled over the debris of some one and died, the owner would be held liable to pay Dhaman. While Hanabilah stated that the owner is obliged to remove the wall, specially, if he was asked to demolish or remove the debris. However, I believe that this is an exaggerated way of using Qiyass.

### **On Transference of the Possession of Debris:**

If a leaning wall fell towards the road and the owner did not remove the debris until he sold it to another person, he would not be obliged to pay Dhaman for whatever happens as damages because by selling it the right of possession would have been transferred and consequently disposition would also be transferred. This was stated by Hanafieyah<sup>(1)</sup>. However, Shafi'ieyah hold the opposite view.

On the other hand, if a person puts a pot on his leaning wall, and afterwards the wall falled and so did the pot, and that somebody stumbled over it, the rule on this case is that if he owns this pot he will be held liable to pay Dhaman because this owner is obliged to clear the road from the debris resulted from his pot and since he didn't he would be regarded as transgressor.

### **On the Falling of a Thing from a Wall**

If a thing fell down and caused damage to a person, the owner of the wall would not be obliged to pay Dhaman for that because he had put it on his property and so he is not transgressing irrespective of the damage he causes in his property; no matter whether the wall is inclined or not because, in the two situations, he is not prevented from putting his belongings.

---

(1) "Tabyeen Al-Haqai'q", Az-Zaila'i, vol 6, p 149.

didn't, he would be held liable to pay Dhaman.

### **On Asking the Depositer and the Lender**

If the owner of a property, whose wall is leaning, made it as a deposit or lend it to some one to occupy it and then asked to demolish it, he should, firstly, get the property back from the one to whom it was deposited or lent.

### **Who should be Asked to Demolish the Shared Wall?**

The wall may be shared out by means of selling, Hiba (donation) or inheritance. The rule in all these cases is one. Hanafieyah and Hanabilah<sup>(1)</sup> stated two rules for such a case; in the first one they depend on Qiyass and in the second one on Istihsan (application of discretion in a legal decision). Therefore, based on Qiyass, if the leaning wall was owned by partners; and that one of them was asked to demolish it and was witnessed against but he didn't until it fell down, in this case no Dhaman would be on him because this partner can't act alone without the consent of all partners. While according to Istihsan, the partner would be obliged to pay Dhaman. According to my opinion, I prefer that the partner should pay Dhaman because he may not be able to know all the other partners, and hence, it will be quite enough if one of them is asked to demolish or mend the leaning wall.

### **On Asking the Owner of the Wall to Remove his Debris:**

In the case if the owner is not asked to demolish or mend his wall and that somebody stumbled over his debris, he would not be obliged by Dhaman because he didn't transgress and also, since he didn't pay Dhaman for whatever happens as damage due to the leaning wall, it would be of priority for him not to pay Dhaman for whatever resulted due to the debris.

---

(1) "Al-Mabsout", As-Sarkhasi, vol 27, p 01.

pay Dhaman for whatever damages due to that.

Nevertheless, the occupant's duty is to inform the property owner about the occurring damage.

### **Who should be asked when the Masjed's Wall Inclined?**

In this case who should be asked to demolish or mend it? Hanafieyah<sup>(1)</sup> held that the one who should be asked is he who bears the expenses of constructing it. And if he doesn't demolish it nor mend it, then its his 'Aqilah who will be liable to pay Diyyah. This case is applicable to all public utilities such as bridges, schools and the like.

### **On Asking the Mortgager:**

We mean the one who mortgages a property. In this case it is useless to ask him because he does not have the right to act freely regarding the wall. However, some Fuqaha like Hanafieyah<sup>(2)</sup> permit that he might be asked; whereas the other Mathahib believe that the mortgager is an owner.

### **On Asking the Lessor**

Hanafieyah<sup>(3)</sup> stated that asking the lessor to demolish and mend the leaning wall is correct. While Hanabilah<sup>(4)</sup> stated that if any one leased one's property and afterwards the wall inclined and then he was asked to demolish it but he couldn't get the property back from the lessee and he demolished the wall, he would not be liable to pay Dhaman as he didn't show negligence. But if he could get it back and he

---

(1) "Al-Hidayat", Al-Merghanai, vol 01, p 322.

(2) "Al-Asl", Ash-Shaibani, vol 5, p 568.

(3) "Al-Hashiat", Ibn 'Abdeen, vol 5, p 384.

(4) "Al-Mughni", Ibn Qudamah, vol 12, p 96.

unreal owner will act on behalf of him. Accordingly, this owner is regarded as a deputy the same as the guardian and trustee. There are two types of deputies; in this respect, private and general.

The general one is such as the ruler, judge and whoever undertakes a work belongs to the state. He acts on behalf of the property owner in case of his absence.

The private deputy is such the administrator of a Waqf, the guardian of minor and insane, the trustee of the one interdicted and whoever has the authority to act regarding the leaning wall without being its real owner. The private deputy acts on behalf of the minor and hence he is regarded as an unreal owner. It is no use if any body who has no relation with the matter, asks the property owner to demolish his leaning wall and hence no Dhaman will be on the owner. However, we believe that as soon as the owner knows that his wall is inclined, he should pay Dhaman.

**Asking who does not Posses nor does not have the Authority to Act:**

Examples of that are young boys and the insane whose request is of no use. However, excepted from this case is when a man dies leaving a son and a property whose wall is leaning towards a road or some one's property, and he has huge debts due on him which may take all his inheritance. In this case, it is the son who should be asked even if he is not the owner.

**Asking the Occupant of a property whose wall is Leaning:**

This is the case when a house is leased, mortgaged or borrowed.

The four Fuqaha were in agreement that the asking occupant to demolish and mend the wall is of no use and he would not be obliged to

decide therein. This correct opinion was adopted by Malikieyah<sup>(1)</sup>. Hanafieyah<sup>(2)</sup> stated that both Mutalabah and testimony will not be correct before the wall had fallen. But if it fell afterwards, the owner would not be obliged to pay Dhaman as he didn't transgress. In fact Mutabalalah varies according to the degree of leaning.

1- If the wall inclined towards the property of the owner, he would not be asked to demolish it, and if it collapsed, no Dhaman would be on him as he didn't transgress.

2- If the wall inclined towards a public road, Hanafieyah and Hanabilah agreed that each Muslim or Dhimmī (non Muslim subject at home) has the right to remove it because it is a public right.

3- In case if a wall inclined towards a private road, Mutabalalah would be obligatory from whoever benefited from it because they own this right. This is based on what was stated by Hanabilah who didn't differentiate between the public road and the private one.

4- If a wall inclines towards somebody else's property, the occupant alone is the one who should ask the owner to demolish it, but if the house is occupied by a group of people, then each one of them would have the right of making Mutabalalah. So if it falls and causes damage, then the owner would be obliged by Dhaman. This is the considered opinion according to Hanafieyah and Hanbilah.

### **Who is Required to Demolish?**

The one who is asked to demolish is he who is able to act regarding the wall whether by demolishing or mending, it; and he may be the real owner or an unreal one. If the real owner is a minor or insane, the

---

(1) "Al-Mudawannah" Ibn Al-Qassim, vol 4, p 507.

(2) "Al-Asl", Ash-Shaibani, vol 5, p 575.

### **The Minimum Number of Witnesses enough for Making Testimony:**

If a leaning wall falls over somebody and kills him, we shall see: if the owner didn't know and he was asked to demolish the wall but he didn't, in this case he would be obliged to pay Diyyah to the 'Aqilah (Blood male relatives). If the 'Aqilah denied Mutalabah, then presenting of an evidence will be of necessity. The question is what is meant by evidence? Hanafieyah stated<sup>(1)</sup> that two men or one man and two women are enough in making evidence because it is a testimony designated for asking him to demolish the leaning wall and not against murder.

### **On Testimony being Made at the Judge's Board along with Mutalabah:**

Giving evidence in front of a judge is stipulated only by Malikieyah. We believe that this is preconditioned by the character of the owner and his religion. If he is known of his credibility, Mutalabah might be enough without the need for the presence of a judge; otherwise testimony in front of a judge will be obligatory.

Suggesting of demolishing the wall is not regarded as Mutalabah or testimony. Therefore, as soon as he is informed with the inclination of the wall, he should take precautionary measures; otherwise he should be obliged to pay Dhaman.

If the owner was absent, this matter would be raised to the judge to

---

(1) "Al-Asl", Ash-Shailbani, vol 5, p 571-572.

unless he confessed that and admitted his negligence.

### **On Testimony being Made upon the Authorities**

The issue of the falling of the wall leaning towards the public road needs much concentration for it falls under the field of the "necessities", a thing which made Fuqahā very interested in it. As for Hanafieyah, they mentioned this case but they didn't stipulate testimony to be made at the judge's board. Whereas Malikieyah believed that if not being witnessed against he would not be obliged by Dhaman even if the wall was very scary unless he admitted that. All of this is contingent upon the non-availability of a previous rule pronounced by a judge. If a decision was made that the wall should be demolished and the owner didn't do it; he would be obliged by Dhaman.

Our opinion is: The judge would not give any decision unless he found Masalah by demolishing it and this only when it is too scary. But if it fell down after he was warned, he would be obliged to pay Dhaman. Malikieyah were in disagreement concerning this matter. Some of them supported that and others opposed it but the preferred opinion is attributed to the Maslaha and so, if the owner was present and knew that wall was inclined and became in a serious condition, he would neither need to be witnessed against nor be in need to the judge's decision, specially if the matter was brought to light. However, if he delays demolishing or mend it, it will be the judge's duty to do that. If the matter pertains to somebody's house which is located far away from passer-bys, testimony will be accepted because this matter is concealed. The same rule is applicable in the case of the public road. It is obvious that Malikieyah do not differentiate between whether the wall is leaning towards the public road, the private one or somebody else's property.

should be firstly asked to demolish his wall, and this by, the one to whom the right is due, saying to him: Your wall is very scary, so demolish it before it falls. Hanafieyah, Ibn Al-Qassim from the Maliki Mathhab and Imam Ahmed<sup>(1)</sup> agreed that if the wall falls before the owner was asked to demolish it, he will not be held liable to pay Dhaman. However, Ashhab from the Maliki Mathhab, stated that if the wall got very scary and reached a bad condition not be to left as it was, he should pay Dhaman even if not witnessed against.

#### **Testimony on Mutalabah (the owner being asked to mend his wall)**

Fuqaha were in disagreement concerning this. Hanafieyah didn't stipulate testimony before Mutalabah, unlike Malikieyah who stipulate it or otherwise he would not be obliged to pay Dhaman. While Hanafieyah didn't stipulate it. Ahmed said if he is asked to demolish it he would be obliged to pay Dhaman<sup>(2)</sup>.

I say: the correct opinion is that which held by Hanafieyah<sup>(3)</sup> that testimony is obligatory out of precaution lest the owner might deny Mutalabah; otherwise it will be enough.

If he confessed that he was asked to demolish the wall, but he didn't until it fell down, then he would be obliged to pay Dhaman because he is but a neglecter. This opinion was held by Hanafieyah and Malikieyah<sup>(4)</sup>. Hanafieyah stated that if the owner of the wall confessed that he was asked to demolish it, he would be obliged to pay Dhaman even if not witnessed against. While Malikieyah said if he was not warned before being witnessed against no Dhaman would be on him

---

(1) "Al-Mabsout", As-Sarkhasi, vol 27, p 9.

(2) "Mawahib Aj-Jaleel" Al-Hattab.

(3) "Tabyeen Al-Haqa'iq" Az-Zalila'i, vol 6, p 147.

(4) "Sharh Al-Majallat", Ali Haidar, vol 2, p 561.

### **On a Leaning Wall Owner being Released from Dhaman by a Property owner**

What is the rule in the case if a person builds a wall leaning towards some one's property who asks him to demolish it, but afterwards he cancels this demand. So, can he be released from Dhaman? The three Fuqaha of Hanafieyah, Shafi'ieyah and Hanabilah<sup>(1)</sup> approved that because, as they said, the Mubri owns this right and therefore he may waive it.

I say: this is a correct opinion on condition that no one other than the owner may release him.

On the other hand, the one who leases a property, whose wall is inclined, has the right to both release the leaning wall's owner from paying Dhaman and grants him a period of time to mend his wall Ta'jeel, means that some body asks the owner of a wall which is inclined towards the road to demolish it because it is very scary; and hence the owner says: give me a period of time because I am busy. So, is this process (Ta'jeel) considered as correct?

I say: Ta'jeel takes the same consideration as Ibra and hence making Ta'jeel in the case of the wall inclining towards the public road by both At-Talib (the one who demands) and the judge will not be correct. But it will be correct only when it inclines towards the private road.

### **On the Owner of the Inclined Wall (the real owner) Being asked to Demolish it:**

The owner is either a fully mature or a minor one with a guardian looking after him. The first one is regarded as a real owner unlike the guardian who takes the rule of the real one. For fulfilling Dhaman, Hanafieyah and Malikieyah stipulate that the owner of a leaning wall

---

(1) "Ad-Dur Al-Mukhtar", Al-Haskafi vol 5, p 385.

their arguments on the principle that harm should be removed.

### **On the (Ibra) of any one from Dhaman in Private Road:**

Is Ibra correct when a felony is made on a private road?

The answer is that if this non - through road leads to a Masjed or a well then it will have the same rule as the public road whose owner would not be released from Dhaman, and this was stated by Shafi'ieyah<sup>(1)</sup>.

But if it doesn't lead to such utilities which make people use it, Fuqaha gave different statements concerning this issue. Hanafieyah generalized the rule on this matter and didn't differentiate between a through or non-through. While Shafi'ieyah stated that if a wall inclined towards a non-through road, there are two rules; if it leads to a Masjed or a well, it will have the same rule as that of a public road; otherwise it will be considered as if it inclined towards other's property.

To sum up the a fore - mentioned; it is clear that both Shafi'ieyah and Hanabilah give the owner of a private (non-through) road the right to release the owner of the leaning wall from paying Dhaman. But, Hanafieyah believe that the road has one rule whether being a public road or a privater non-through one. The preferred opinion is the first one.

### **On the Right of the Mubri (who waives one's right) on a Public Road:**

What is the rule if a wall falls over this Mubri or his property? Hanafieyah stated that as the owner of a leaning wall pays Dhaman for whatever harm he inflicts, he is also entitled to do the same if he causes harm to the Mu'ajil (one who gives the owner of the leaning wall a period of time so that he could demolish and mend his wall).

---

(1) Ash-Shirbeeni, vol 4, p 86.

of the commons. However, testimony can also be correct if taken from others as they are considered of the commons who have the right in the road.

**On the wall whose Part of it is Correct and the other is Inclined.**

The wall may either be short or long. So if part of it is correct and the other is inclined and that the owner was witnessed against but even thought he did not mend it and then all of it fell down killing a person or damaging a property, the owner would be held liable to pay Dhaman as he is the cause of that and would be regarded as a transgressor. This was held by Hanafieyah<sup>(1)</sup>.

I say: the leaning part of the wall damages the correct one; a thing which necessitates Dhaman by its owner. This is applicable only if the wall is short.

But if damage takes place due to the falling of the non-inclined wall, there will be no need for Dhaman. It is noteworthy that Shafi'ieyah didn't mention the difference between the long wall and the short one.

**Ibra (Release) of Dhaman from whoever Commits any Felony in the Public Road is of no Use:**

If a man built his wall inclining towards the road and the Imam or any one released him from paying Dhaman, wouldn't he get released or not?

Imams of Hanafieyah, Shafi'eyah and Hanabilah<sup>(2)</sup> agreed that the Imam has no right to release the owner of the wall inclined towards the road from paying Dhaman and if it takes place it would not be correct because this right is owned by all Muslims and no one of them is entitled to waive it, whether be the Imam or any one else. They based

---

(1) "Al-Fatwa", Kadhi Khan, vol 2, p 406.

(2) "Ad-Dur Al-Mukhtar", Al-Haskafi, vol 5, p 385.

The Imam's permission for building a wall leaning towards the road or other's property doesn't relinquish Dhaman except when the outcome is safe. This was stated by Shafi'ieyah<sup>(1)</sup>.

### **On Demolishing of the Scary Wall:**

If anyone builds his wall in a way that causes fear, has the judge or anyone the right to demolish it? Both Malikieyah and Shafieyah replied in the affirmative<sup>(2)</sup>.

Al-Hattab said in this respect: If the wall is due to collapse, the judge should not give its owners any time to come and demolish it, and if they don't attend, he should give his orders to demolish it. The preferred opinion regarding this matter is that this case should be raised to the judge to decide in it as he has the authority to give decisions in the affairs concerning the commoners.

### **On the wall Inclining towards the Road and towards others' Property:**

There are two rules: the first is that on demolishing a wall inclining towards other one's property, request of demolishing should be taken from the owner. The second one is that delaying or releasing one's right in the case concerning the wall inclining towards another one's property would never be correct.

### **On the wall whose Part of it Inclines towards the Road and the other towards a Property:**

In this case testimony of the persons living in the house is required when they are asked to demolish or mend it. But if the wall is not demolished, they would be held liable to pay Dhaman because it is one

---

(1) "Mughni Al-Muhtaj", Ash-Shirbeeni, vol 4 p 86.

(2) "Mawahib Aj-Jaleel", Al-Hattab, vol 6, p 321.

others' property without their permission or a legal (Shari'ah) cause<sup>(1)</sup>. That is why Hanabilah stated that whoever builds one's wall on other's property should compensate for whatever damages due to that even if he was not asked to demolish it. Moreover, anyone who builds his wall inclining towards others property will compensate for that as he has no right even to benefit from its air <sup>(2)</sup>.

### **On Building of a wall inclining not towards one's Property:**

This includes the public and private roads one and others' property. One would be held liable to make Dhaman for whatever defectes if he builds it likewise.

### **On the Property whose Benefit is due to others**

It is not permissible to build incorrectly on a property whose benefit is due to any one else other than its owner as in Ijarah (rent). Therefore, anyone who build one's wall inclining towards one's property, and in which another inhabitant is living should pay Dhaman for any damage caused by the falling of the wall.

### **On the Falling of the non Inclined Wall**

Fuqaha were in agreement<sup>(3)</sup> that whoever builds one's wall straight in his property and then falls, the owner will not be held liable to pay Dhaman for whatever happened due to that because he built it in his property and hence there is no transgression on anyone and also because he built it correctly and safely.

---

(1) "Sharh Al-Majallat", Ali Haidar. vol 2, p 564.

(2) "Al-Mughni", Ibn Qudamah, vol 12, p 94.

(3) "Al-Mabsout" As-Sarkhasi, vol 27, p 8-9.

knew such serious inclination and didn't move to mend it, he would be held liable to compensate for damage. Fuqaha were in three opinions regarding this matter. Shafi'ieyah adopted Qiyass (analogy) and hence they didn't ask the wall owner for compensation whether he knew or not. While Hanafieyah derived their evidence from Qiyass and afterwards they preferred considering of Maslaha (interest). As for Malikieyah they believed in considering Maslaha directly and ask the wall owner to compensate for any damage. Imam Ahmed has two narrations but the Mathhab of Hanabilah states that no Dhaman can be paid and this is based on Qiyass.

Undoubtedly, considering of Muslaha in this matter is of priority specially when we notice that using of Qiyass therein is not accepted both legally (Shari'ah) and logically. From this I prefer that any one whose wall had inclined, after it was built straight, and he knew about this inclination and could demolish it, but still he left it until it had fallen and caused damage, he should be held liable to pay Dhaman for whatever he had defected whether being a soul or a property. Every thing can be made analogous to the wall.

### **On the owner if Builds his Wall in an Inclining Way towards his Property**

If the wall was inclined originally from the time it was built, then it was either inclined towards his property or towards the other's. So if it was inclining towards his property, he will not be held liable to pay Dhaman as he did not transegress to any one. This was held unanimously by the three Imams.

### **On Building of a Wall on others Property.**

Few Fuqaha had rendered such a case because man has no right in

present the following as evidences:

- 1- The wall is founded in his property and inclination is not caused by his act.
- 2- If some sparks fly from ones property to another's, he will not compensate for whatever happens as damage was due to a permissible cause.
- 3- Testimony is an act performed by others and hence it will not be a reason that holds the owner liable to pay Dhaman. I can derive evidence for the adherents to the fourth opinion who believe that whenever authority decided that the wall should be demolished and the owner didn't do that until the wall falled and caused damaged, he would be held liable to pay Dhaman. I believe that authorities decision should be executed.

### Discussion

Hanafieyah stipulated that the owner is to be asked to demolish it. They didn't stipulate testimony which they demanded it only to prove that such a request to the wall owner was made.

However, Malikiyah stipulated testimony and considered the informing of the owner of the leaning wall, in case of his ignorance, as an obligatory matter.

### Preference

It is quite known that walking on the roads is a right given for any passer-by and hence if a wall inclined in a terrible way, this would prevent road users from passing and neighbours from living in peace. The principle is that (harm should be removed)<sup>(1)</sup>. Moreover, since Shari'ah called to preserve the five necessary matters which are one-self, religin, mind, property and honour, then it would be a must, according to Shari'ah, to have such a harm removed. And if the owner

---

(1) "Sharh Al-Majallat", by Ali Haidar, vol 10, p 32.

## Evidences

Adherents to the first and third opinion who believe in the owner being held liable to pay Dhaman derived evidences from the following:

1- If the wall was inclined originally since the time it was built and then it fell down, the owner would be held liable to compensate for whatever results from that. The same rule is applicable to him if the wall inclined due to time. In this first case his compensation is due to his transgression while in the second case, it is due to his negligence.

2- If he builds a wing in his property which overlooks the road, it will be considered his own and hence he compensates for the defects caused by it.

3- Adherents to the first opinion who stipulate that the owner should be asked to demolish and mend his wall believe that this leaning wall occupied the air of the road, and since being witnessed against, he should be asked to demolish his wall and bring it straight, but if he refuse doing that, he will be held liable to pay Dhaman.

4- Because, if he was asked to demolish or mend the wall, there will be no meaning if he presents an excuse claiming his ignorance of the inclination of the wall<sup>(1)</sup>.

5- Removing of general harm is a duty<sup>(2)</sup>.

Adherents to the second opinion who hold that an owner should not compensate for whatever damaged due to the falling of his wall present

---

(1) "Al-Mabsout", by (As-Sarkhasi), vol 27, p 9.

(2) "Ad-Dur Al-Mukhtar", by (Al-Haskafi), vol 5, p 384.

4- When he is asked to demolish the building.

5- If he is able to demolish the building.

(6) causing damages by its collapse.

**Building the wall on the Owner's Property and on others' Property.**

when the owner builds a wall straight on his property and then it inclined and collapsed over a person or any property, does the owner compensate for whatever results from that or not?

A- Some believe that the owner would be held liable to pay Dhaman for whatever happens as damage under the following conditions:

1- If the building is straight and in his property.

2- When the inclination of the wall takes place outside his property.

3- When he is asked to demolish or mend it.

4- When he is able to demolish the wall, but he doesn't.

5- When it falls and causes damage.

B- Others hold that he would not be held liable to pay Dhaman.

This is the opinion adopted by Ash-Shafi'i<sup>(1)</sup> and represents Hanabilah Mathhab and is also the analogy used by Hanafieyah.

C- The third opinion states that if he is able to avoid damage by means of demolishing and mending it and he doesn't until the wall fell down, he would be held liable to pay Dhaman whether he is asked to do or not.

D- He would not be held liable to pay Dhaman unless the ruler ordered him to demolish it and he didn't.

---

(1) "Al-Hawi Al-Kabeer", by (Al-Mawrudi).

In all of these cases he is required to either demolish it or mend it.

**Conditions under which the Owner of a Leaning Wall may be held Liable to Pay Dhaman (Compensation)**

A- Conditions set by Hanafieyah:

- 1- When he builds it correctly in his property but it inclines.
- 2- When he is asked to demolish the wall and mend it; and testimony is not stipulated.
- 3- The owner may be given a period of time during which he can demolish his wall and mend it.

Malikieyah believe in the same conditions<sup>(1)</sup> but they stipulate testimony. While Shafi'ieyah<sup>(2)</sup> believe that he would not be held liable to pay Dhaman if he builds it straight in his property but it inclined and fell down. However, they set two conditions which are:

- 1- When he builds it correctly in his property and then it inclines.
- 2- When he is able to mend it, but he doesn't.

Hanabilah<sup>(3)</sup> hold the same opinion as that of Shafi'ieyah and believe that the owner would not be held liable to pay Dhaman if he builds a wall straight, in his property and then it inclined and fell down whether he is required to demolish it or not. The second opinion they hold is that if he is required to demolish it and he is able to do that, then in this case he should compensate whatever damages incurred. They share Hanafieyah in their conditions but they don't stipulate testimony.

**Conditions under which the Owner is not Obligated to Pay Dhaman**

- 1- When he builds it in his property.
- 2- Being straight.
- 3- When inclination happens after the wall was built straight.

---

(1) Ibn Farhoun.

(2) "Al-Hawi Al-Kabeer", (Al-Mawrdi).

(3) "Al-Mughni", by (Ibn Qudamah).

## **Buildings on the Verge of Collapse**

**By Dr. Yassin Ibn Nassir Al-Khateeb (\*)**

Praise be to Allah and peace be upon His servants whom He has chosen, upon their faithful families and Companions.

From the various situations of life the issue of the buildings on the verge of collapse and what is in the same consideration had drawn my attention, and this is due to what they cause of seriousness on man's life. Early Fuqaha, according to their environment and customs, mentioned the leaning wall as an example so that those coming after them may draw an analogy between it and whatever innovations may occur according to their environment and custom.

Therefore, in this case, I would not like to transcribe the statements of Fuqaha which they wrote according to their customs. Rather, I would like to give a rule on this case based on our contemporary reality; for Shari'h is composed of 'Ibadat (worships) and dealings based on wisdoms and interests.

### **Probabilities accompanying the Building and the Falling of a Wall:**

The owner of a wall may either build it in his property or in some one's. If he builds it in some one's property, then the wall may either be straight or inclined. Also a wall may be built with permission or without. If he builds it straight and then it inclined, it may either inclined towards the owner's property, the road, or to others' property.

---

(\*) Assistant Professor in the Faculty of Shari'ah, Department of Judiciary, Ummah-Qura University, Makka Al-Mukurramah.

One of the modes of life is that strong people prevail over the weak, knowledgable over the ignorant, intelligent over the stupid and the energetic over the lazy and disable ones.

No danger is graver for any nation than the aleination from its heritage and "invariables" and the imitation of others for it would then become a target for the civlizations of other nations, their behaviour and different patterns of their conduct and hence would die the way other nation before it had died and perished.

And Allah is the Helper

This is knowledge and creativity in all its forms; and its contradiction is imitation with all its consequences and shortcomings when the intellect fails to play its role and hence searches for anything to cling to thinking that it is good for it while it is not, believing that it brings benefit while it really causing harm and considering it as an advantage while it is a disadvantage.

We knew that imitation is a stage of weakness which quickly turns into a state of nonexistence. Also we knew it as a stage of incapability in which barriers of stagnation stand erect and self dominance and mastery of whims prevail.

The decline our Ummah has witnessed after the flourishing ages of knowledge was due to descendents' inability to follow the method of ancestors in independent reasoning, creativity and in releasing the intellect from stagnancy.

Descendents became occupied with the marginal interests of life and yielded to tendencies of inability and weakness, and hence talents retreated, intellect declined and powers became weak, so much that mere imitation was turned into knowledge and independent reasoning became ignorance. As a result different nations called one another against this Ummah until it was teared up into sects and scattered fragments. This state prevailed till Allah designated for this Ummah righteous men of his servants. Among them was al-Izz Ibn Abd as-Salam, Ibn Taimieyah, Ibn al-Qayyim Al-Jawzieyah and several outstanding scholars who utilized their knowledge and Fiqh to fight the sects of heretics and errants and similar deviant sects spreading in their time.

Today the Ummah is suffering from the pressures of other nation's cultures, languages, and their different patterns of conduct and behaviour.

Islam has taught us all these facts with all of their particles and details because it is the religion of nature, life and knowledge. Though knowledge is obtained initially through acquisition but independent reasoning remains an obligatory matter on whomever receive knowledge; otherwise his knowledge remains in its first steps.

That is why Allah addressed men of understanding. He addressed the wise men, those who know, those who consider and those who receive admonition in his Book:

**In these things there are Signs**

**For those who consider<sup>(1)</sup>.**

And in another Ayah:

**In that are Signs**

**For those who know<sup>(2)</sup>**

In a third Ayah He says:

..... verily

**In this are Signs**

**For those who are wise<sup>(3)</sup>**

In the fourth Ayah He addresses them and says:

**We have detailed the Signs**

**For those who**

**Receive admonition<sup>(4)</sup>**

Almighty Allah address, for those, by such qualities implies a general command which necessitates the obtaining of knowledge and the avoidance of ignorance because enjoining something requires prohibiting its opposite.

---

(1) Surat Ar-Ra'd, verse 3.

(2) Surat ar-Roum, verse 22.

(3) Surat an-Nahl, verse 12.

(4) Surat al-An'am verse 4, p 126.

## **A Letter from the Staff**

Independent reasoning and imitation are two different methods. Imitation is to leave brain retreat, decline and follow others. While independent reasoning is to leave the brain "work" to give its creativity to others. This work can be manual when a scientist acts creatively and produces some work through an experiment which he practises by a simple act until it develops and becomes an international event.

We knew that from the history of Muslim scientists who achieved excellent results in medical sciences, pharmacology, architecture, arts and Islamic decorations. Also we knew it in the others nations since past time up to the present one.

The brain's work may be theortical and that when a scientist devoted himself to study one of the life affairs and hence grants humanity a sort of knowledge from which it can learn its life affairs and the regulations of its behaviour. We come across that in the human history as well in ours. We knew the Fuqaha who understood the facts of their religion and civilization and hence laid many principles for their Ummah so that it can solve its problems and disasters .

Also, we knew the Hukama (wise men) who used to explain for their Ummah the spots of errors and warn it against them, and who show it the proper ways and call it to follow.

So, we can certainly believe that no people can prevail, exist and have a dominant civilization unless they leave their brains act creatively, their eyes see and their powers work.

## Contents

|                                                                                                                                                   |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| • <b>A Letter from the Staff .....</b>                                                                                                            | <b>4</b>  |
| • <b>Buildings on the Verge of Collapse .....</b>                                                                                                 | <b>8</b>  |
| Dr. Yassin Ibn Nassir Al-Khateeb                                                                                                                  |           |
| • <b>On Salat al-Muftaridh Behind al-Mutanaffil .....</b>                                                                                         | <b>34</b> |
| Dr. Nafil Mutlaq Al-Harathi                                                                                                                       |           |
| • <b>Diyyah of Woman according to Islamic Fiqh<br/>and the Judiciary in the U.A.E .....</b>                                                       | <b>43</b> |
| Judge. Hassan Ahmed Ali Al-Hamadi                                                                                                                 |           |
| <br>• <b>CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW</b>                                                                                        |           |
| - The Rule on Performing the Funeral Salat<br>on the Committor of Major Sins .....                                                                | 61        |
| - The Rule on the case if Witnesses give a different<br>or a Contradicting Testimony .....                                                        | 74        |
| - The Rule on the Acts Committed by the Person<br>before Embracing Islam .....                                                                    | 82        |
| - The Rule on a Guardian's Action of selling a Real Estate<br>belonging to an Orphan who was not in Need<br>nor in Compulsion for its Price ..... | 91        |
| - The Rule on the Permission of Selling a Waqf (Endowment)<br>in case its Benefits Stop .....                                                     | 97        |

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         | • Damman : 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

38th Edition - Tenth year  
May - June - July 1998

مكتبة مجلة - بحث الفقهية المعاصرة

## IN THIS ISSUE

- A Letter from the Staff
- Buildings on the Verge  
of Collapse Dr. Yassin.N.Al-Kateeb
- On Salat al-Muftaridh  
behind al-Mutanaffil Dr. Nafi.M. Al-Harathi
- Diyyah of Woman  
in Islamic Fiqh and  
Judiciary in U.A.E Judge. Hassan Ahmed  
Ali Al-Hammadi

## CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW

- The Rule on Performing the Funeral Salat on the  
Committer of Majors Sins.
- The Rule on the case if Witnesses give a Different or a  
Contradicting Testimony.
- The Rule on the Acts Committed by the Person before  
Embracing Islam.
- The Rule on a Guardian's Action of selling a Real Es-  
tate belonging to an Orphan who was not in Need nor  
in Compulsion for its Price.
- The Rule on the Permission of Selling a Waqf(Endow-  
ment) in case its Benefits Stop.