

مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية مُحكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي

العدد السابع عشر - السنة الخامسة - شوال - ذي القعدة - ذي الحجة ١٤١٣ هـ - إبريل (نيسان) - مايو (آيار) - يونيو (حزيران) ١٩٩٣ م

في هذا العدد

من حق الأبناء على الآباء العدل بينهم	في العطية والنفقة
الدكتور/ نزيه كمال حماد	مدى حاجة الفقيه إلى اللغة العربية
الشيخ/ عبدالله شيخ محفوظ بن بيه	مرض الموت وأحكامه في المعاملات
الدكتور/ نعمان عبدالرزاق السامرائي	القواعد الفقهية وتخريج الفروع
الدكتور/ صالح بن غانم السدلان	على الأصول
الدكتور/ حسن محمد سفر	مفهوم السيادة (الحاكمية) وصاحبها
الدكتور/ محمد حسين قنديل	في الفقه الإسلامي
	قبض الموهوب حقيقته وحكمه في
	الفقه الإسلامي

فتاوى الفقهاء

- ضمان من صنع شيئاً في الطريق ومن يضع ببابه شيئاً يستضر به من يدخله وضمن الحائط المائل.
- حكم من يصح ضمانه ومن لا يصح.
- حكم ما إذا كان الوكيل العام يملك التبرع أم لا؟

مسائل في الفقه

- حكم العمرة ومدى وجوبها.
- حكم إسقاط الجنين عمداً في حالات الاغتصاب.
- حكم ما إذا كان في الآلة المباعة عيب في الصنعة نتج عنه ضرر للمشتري من جراء استعمالها.
- حكم الزيادة في ثمن السلعة عن الحد المعتاد.
- حكم من استأجر عقاراً فأجره بدون إذن المالك.

وثائق ونصوص

بإدارة د. عبد الرحمن بن حسن النفيسة

مجلة

البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية مُحكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي

صاحب ورئيس تحريرها د/ عبد الرحمن بن حسن النفيسة

العنوان :

المملكة العربية السعودية

الرياض - البديعة شمال شرق مسجد الأميرة سارة
هاتف : ٤٣٥١٨٧٢ - فاكس : ٤٣٥٢٢٩٧ - برقية الفقهية

الاشتراكات

قيمة الاشتراك السنوي للدوائر الحكومية والمؤسسات

٢٠٠ ريالاً

للأفراد ١٠٠ ريال

سعر النسخة

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

وكيل التوزيع: الشركة السعودية للتوزيع

جدة - ت: ٦٥٣٠٩٠٩	حفر الباطن - ت: ٧٢٢٢٢٩٢
مكة المكرمة - ت: ٥٤٥٩٩٠٠ - ٥٤٥٩٧٧٧	الرياض - ت: ٤٢٧٨٤٩
الطائف - ت: ٧٤٤٢٢٢ - ٧٤٩١٨٣١	الخفجي - ت: ٧٦٦٦٦٧
الدمية النورة - ت: ٨٢٢٩٨٨١ - ٨٢٢٨١٨٧	الدمام - ت: ٨٢٧٢٥٧٥ - ٨٢٧٦٦١٢
بنيع - ت: ٣٢٢٥٨٢٤	الجبيل - ت: ٨٢٧٢٥٧٥ - ٨٢٧٦٦١٢
جيزان - ت: ٢٢٢٠١٠٤	الهوف - ت: ٨٦٦٦٠٧
الرياض - ت: ٤٩١٦٧٤١ - ٤٩١٦٧٣٧	الاقلاج - ت: ٤٩١٩٧٣٧
القصيم - ت: ٣٢٤٩٣٣٠	الجوف - ت: ٦٢٥١٨٨٢
حائل - ت: ٥٢٢١٥٥٥ - ٥٢٢٠٦٧٥	بيشة - ت: ٦٢٢٦٢٧٨
الدوادمي - ت: ٦٤٢٢٢١١	الإحساء - ت: ٥٢٧٧٠٧

تكون المراسلات على العنوان التالي:

المملكة العربية السعودية ص.ب: ١٩١٨ الرياض ١١٤٤١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قواعد النشر

تود هيئة المجلة أن تبدي للإخوة الباحثين أن قواعد النشر في

المجلة تنص على مايلي:

- (١) أن يكون البحث المراد نشره مبنياً على الفقه الإسلامي.
- (٢) أن ينصب البحث على القضايا والمشكلات المعاصرة، والبحث عن الحلول النظرية والعملية لها في الفقه الإسلامي، ومفاهيمه المعتمدة عند أهل السنة والجماعة.
- (٣) أن يتصف البحث بالموضوعية، والأصالة، واتباع المنهج العلمي في البحث من حيث التخريج والإسناد والتوثيق.
- (٤) أن يكون البحث مما لم يسبق نشره في كتاب، أو مجلة، أو أي أداة نشر أخرى.
- (٥) أن يختم البحث بخلاصة تبين النتيجة والرأي، أو الآراء التي تضمنها البحث.
- (٦) أن يرفق بالبحث خلاصة له لترجمتها إلى اللغة الإنجليزية.
- (٧) ألا تقل صفحات البحث عن خمس عشرة صفحة.
- (٨) يكتب اسم الباحث ثلاثياً مع وظيفته العلمية إن وجدت.
- (٩) يتم تحكيم البحوث من قبل علماء متخصصين وفقاً لنموذج يبين قواعد التحكيم، وإجراءاته.
- (١٠) سوف تدفع المجلة مكافأة عن البحث في حال نشره.
- (١١) البحوث التي لا تنشر لا تعاد لأصحابها ما لم يطلب الباحث ذلك.

* ترتيب البحوث في المجلة يخضع لاعتبارات فنية.

فهرس العدد

- رسالة من هيئة المجلة ٤
- من حق الابناء على الآباء العدل بينهم في العطية والنفقة ٦
الدكتور/ نزيه كمال حماد.
- مدى حاجة الفقيه إلى اللغة العربية ٣٢
الشيخ/ عبدالله شيخ محفوظ بن بيه.
- مرض الموت واحكامه في المعاملات ٥٧
الدكتور/ نعمان عبدالرزاق السامرائي.
- القواعد الفقهية وتخريج الفروع على الاصول ١١٤
الدكتور/ صالح بن غانم السدلان.
- مفهوم السيادة (الحاكمية) وصاحبها في الفقه الإسلامي ١٤٣
الدكتور/ حسن محمد سفر.
- قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي ١٥٨
الدكتور/ محمد حسين قنديل.
- فتاوى الفقهاء:
- ضمان من صنع شيئاً في الطريق ومن يضع ببابه شيئاً يستضر به من يدخله وضمن الحائط المائل ١٩٥
- حكم من يصح ضمانه ومن لا يصح ١٩٧
- حكم ما إذا كان الوكيل العام يملك التبرع أم لا؟ ١٩٨
- مسائل في الفقه:
- حكم العمرة ومدى وجوبها ١٩٩
- حكم إسقاط الجنين عمدًا في حالات الاغتصاب ٢٠٢
- حكم ما إذا كان في الآلة المباعة عيب في الصنعة فنتج عنه ضرر للمشتري من جراء استعمالها. ٢٠٦
- حكم الزيادة في ثمن السلعة عن الحد المعتاد ٢٠٩
- حكم من استاجر عقارًا فاجره بدون إذن المالك ٢١١
- وثائق ونصوص:
- خطة تحقيق التراث الإسلامي ٢١٣
- رسائل وردت للمجلة ٢١٩

رسالة من هيئة المجلة

الحج فرض إسلامي يتكرر مشهده كل عام تنفيذاً لأمر الله، واستجابة لندائه، وفي مظهر هذا الشهر ومضامينه دلالة على وحدة المسلمين في جمعهم على صعيد واحد يتجردون فيه من كل مظاهر التفاوت، فيلتقون فيه وهم كيان واحد لا يفضل أحدهم الآخر بلون، ولا يتميز عليه بأي صفة أو يفوقه بأي سبب. وقد حافظ المسلمون عبر تاريخهم على أداء هذا الفرض من دينهم حتى في الأوقات الغابرة التي تعرضوا فيها للضعف والظلم فكان لقاءهم على هذا الصعيد تأكيداً لإرادتهم، ودلالة على وحدتهم، وشهادة على محافظتهم على عقيدتهم.

وشعيرة الحج تؤذن بقرب انتهاء عام، وبداية عام آخر في تاريخ المسلمين، وانتهاء العام مناسبة لمعرفة «حساب» الأمة وما ربحته أو خسرت فيه، والمسلمون كغيرهم من الأمم يتعرضون للآزمات، ويربحون ويخسرون.. صحيح أنهم اليوم يخسرون آلاف الرجال والنساء في البوسنة والهرسك وفي بعض المواقع الأخرى، ولكنهم في النهاية لا يخسرون لأن الفرق بين الربح والخسارة هو في مدى قوة الإرادة والثبات على المبدأ وهو ما يفعله اليوم المسلمون في البوسنة والهرسك رغم ضعفهم وتكالب قوى الظلم عليهم.

لقد شهد التاريخ الإسلامي في ماضيه الكثير من المصاعب وكانت إرادة المسلمين وتمسكهم بعقيدتهم أقوى من كل الآزمات. وهذا العصر الذي نعيشه يتميز عن العصور الماضية في كونه عصر «الاتصال»، وتقارب الإنسان مما يزيد من مسئولية المسلمين في الدفاع عن عقيدتهم والدفاع لا يكون برد العدوان عند حدوثه فحسب، بل يكون بـ «الاحتياط» له قبل وقوعه، وفي مقدمة ذلك التعريف برسالة الإسلام في وجه التشهير سواء ما كان منه جاهلاً أو متعمداً في غمار الصراع الحضاري المعروف.. التعريف بأن الإسلام دين سماوي خالد جاء لخير البشرية جمعاء يقضي في شريعته وأصوله وفروعه باحترام الإنسان

والحفاظ عليه في ذاته وماله وعرضه ومختلف حقوقه.... التعريف بأن الإسلام دين العدل والرحمة، وهداية الإنسان وتأصيل المثل والقيم السامية فيه. التعريف بأن الإسلام دين حضارة يدعو الإنسان إلى اكتشاف كل مايؤدّي إلى نفعه وتقدمه في حياته... التعريف بأن الإسلام رسالة إنسانية يدعو إلى التسامح، وغرس الأخلاق والعمل على كل ما فيه سعادة البشرية جمعاء. وفي هذا المشهد من جمع المسلمين في شهر الحج ينبغي أن نتذكر جيداً أن الرواد المسلمين الأوّل دخلوا الكثير من المواقع والآفاق وقادوا ملايين البشر بفضل ماكانوا عليه من تطبيق مُثُل الإسلام، وأخلاقه وصفاته في التعامل والعلائق فأوجدوا بذلك أروع الصور وأعظم المشاهد في التاريخ... والله المستعان.

من حق الأبناء على الآباء: العدل بينهم في العطية والنفقة

الدكتور/ نزيه كمال حماد (*)

تمهيد: في مسئولية الآباء نحو الأبناء:

١ - لقد ذكر الفقهاء أن للولد على أبويه حقوقاً ينبغي عليهما القيام بها، فيلزمهما تربيته تربيةً حسنةً كلٌ بما يناسبه، فالأم تحضنه وتُرضعه، والأب يقوم بمصالحه ولوازمه، فينفق عليه ويؤدبه عند استعداده لذلك، بأن يعوده على اكتساب الأخلاق الحسنة، والبعد عن الخصال السيئة، فإذا بلغ من العمر سبع سنين، علمه أداء الصلوات وفعل الطاعات، واجتناب المنهيات، ونظمه في سلك تعليم ما هو مستعد له، ليتحلّى من ذلك بخير حلية، وينتهي لأن يصير عضواً عاملاً نافعاً في الهيئة الاجتماعية، فيكون لأبويه أثراً حميداً، وذكراً حسناً.. كذلك ينبغي للأب أن يعتني بحفظ مال أولاده بقدر ما يمكنه، ويحرّم عليه إضاعته في غير مصالحهم الشرعية.

ومن جهة أخرى، على الأبوين أن يكونا مثال الاستقامة والأدب في سلوكهما أمام أولادهما، لينشأ الأولاد وقد طُبِعوا على كريم الأخلاق والخلال المكتسبة بطريق العمل في مبدأ فطرتهم، حتى تتأصل فيهم، وتكون طبيعة لهم، فيعملون بها ما عاشوا، ويعلمون أولادهم وغيرهم اكتسابها، وبذلك يكون الأبوان قد سَنَّا سُنَّةً حَسَنَةً، وَمَنْ سَنَّ سُنَّةً حَسَنَةً، فله ثوابها وثواب مَنْ عمل بها إلى يوم القيامة^(١).

(*) استاذ الفقه الإسلامي وأصوله بجامعة أم القرى سابقاً. وله بحوث كثيرة في الفقه وأصوله.

(١) شرح الأحكام الشرعية للابناني ٤٤/٢.

★ من حق الأبناء على الآباء العدل بينهم في العطفة والنفقة ★

يقول الإمام الغزالي: «الصبي أمانة عند والديه، وقلبه الطاهر جوهرة نفيسة ساذجة خالية عن كل نقش وصورة، وهو قابل لكل ما نُقش عليه، ومائل إلى كل ما يُمال به عليه، فإن عُوِدَ الخير وعُلمه نشأ عليه، وسعد في الدنيا والآخرة، وشاركه في ثوابه أبواه وكل معلم له ومؤدب، وإن عُوِدَ الشر وأُهمل إهمال البهائم شقي وهلك، وكان الوزر في رقبة القيم عليه والوالي له»^(١).

وعلى ذلك نصت م (٣٦٥) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدرى باشا: «يطلب من الوالد أن يعتني بتأديب ولده وتربيته، وتعليمه ما هو مُيسر له من علم أو حرفة، وحفظ ماله، والقيام بنفقته إن لم يكن له مال، حتى يصل الذكر إلى حد الاكتساب، وتتزوج الأنثى، ويطلب من الوالدة الاعتناء بشأن ولدها وإرضاعه في الأحوال التي يتعين عليها ذلك».

٢ - وفي «تحفة المودود» للإمام ابن القيم: «أن الله سبحانه يسأل الوالد عن ولده يوم القيامة قبل أن يسأل الولد عن والده، فإنه كما أن للأب على ابنه حقاً، فللابن على أبيه حق، فكما قال تعالى: ﴿ووصينا الإنسان بوالديه حُسْنًا﴾^(٢) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ﴾^(٣). وقال النبي ﷺ: «اعدلوا بين أولادكم»^(٤). فمن أهمل تعليم ولده ما ينفعه، وتركه سدى، فقد أساء إليه غاية الإساءة، وأكثر الأولاد إنما جاء فسادهم من قبل الآباء وإهمالهم لهم، وترك تعليمهم فرائض الدين وسننه، فأضاعوهم صغاراً، فلم ينتفعوا بأنفسهم، ولم ينفعوا آباءهم كباراً. وقد حكى عن بعضهم - ممن فرط في حق ولده في الصغر - أنه عاتب ولده على العقوق، فقال له: يا أبت. إنك عقتني صغيراً، فعقتك كبيراً، وأضعنتي وليداً، فأضعنتك شيخاً»^(٥).

وقد روى ابن حبان في صحيحه عن النبي ﷺ قال: «إن الله سائل كل راع عما استرعاه، أحفظ أم ضيع، حتى يسأل الرجل عن أهل بيته»^(٦).

(١) إحياء علوم الدين ٢/٦٢.

(٢) سورة العنكبوت من الآية ٨.

(٣) سورة التحريم من الآية ٦.

(٤) أخرجه أبو داود والنسائي وأحمد. (انظر مختصر سنن أبي داود للمنذري ٩١/٥، سنن النسائي

٢٦٢/٦، مسند أحمد ٤/٢٧٥، ٢٧٨).

(٥) تحفة المودود ص ١٣٩.

(٦) انظر الزواجر للهيتمي ٢/٦٤.

وروى أبو داود والحاكم وأحمد عن ابن عمر - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يعول»^(١).

وروى الطحاوي عن أنس - رضي الله عنه - أن رجلاً كان جالساً مع النبي ﷺ، فجاء ابن له، فقبله وأجلسه في حجره، ثم جاءت بنت له، فأخذها، فأجلسها إلى جنبه، فقال له رسول الله ﷺ: «فهلأ عدلتَ بينهما»^(٢).

وقال إبراهيم النخعي: كان السلف يستحبون التسوية بين الأولاد حتى في القبله^(٣). وجاء في «شرح السنة» للبغوي: يستحب التسوية بين الأولاد في النحل وفي غيرها من أنواع البر، حتى في القبل، ذكوراً كانوا أو إناثاً، حتى لا يعرض في قلب المفضل ما يمنعه من بره^(٤).

٣ - هذا، وإن من الحقوق المهمة للأبناء على الآباء - التي لا يتنبه إليها كثير من الناس أو يفرطون فيها - العدل بينهم في العطاء المنجز حال الحياة، حيث إن تفضيل بعضهم أو تخصيصه بالعطية ذريعة ظاهرة قريبة جداً إلى وقوع العداوة والبغضاء بين الأولاد والعقوق للآباء، لما قد يقع في نفس المفضل بالهبة من شيء، فيمنعه من حسن الطاعة والبر لوالديه، وربما كان سبباً لعقوق الوالد وقطيعة الرحم بينه وبين إخوته^(٥).

وأصل ذلك ما روى البخاري ومسلم وابن حبان وغيرهم من حديث النعمان بن بشير - رضي الله عنه - أن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ، فقال: «إني نحلْتُ ابني هذا غلاماً كان لي. فقال: أكل ولدك نحلْت مثله؟ قال: لا. قال: فازجغه».

وروى البخاري أيضاً عن النعمان أنه قال: أعطاني أبي عطيةً، فقالت أمي عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ. فأتى النبي ﷺ فقال: «إني أعطيت ابني من

لقد قال رسول الله ﷺ: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ.

(١) مختصر سنن أبي داود للمنذري ٢/٢٦١، مسند أحمد ٢/١٦٠، ١٩٣، المستدرک ١/٤١٥.

(٢) شرح معاني الآثار ٤/٨٩.

(٣) تحفة المودود ص ١٣٩، شرح منتهى الإرادات ٢/٥٢٤.

(*) أما التسوية في المحبة، فقد نص الحنفية على أنه لا بأس بتفضيل بعض الأولاد في المحبة، لأنها عمل القلب، ودفعها غير مقدور، لقوله ﷺ حين سؤي بين نسائه في القسم: اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تزاخذي فيما لا أملك. (فتاوى قاضيخان ٣/٢٧٩، الدر المختار، مع رد المختار ٤/٥١٣).

(٤) شرح السنة للبغوي ٨/٢٩٧.

(٥) انظر معالم السنن للخطابي ٥/١٩٣، والمغني ٨/٢٥٧، إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ٣/٢١٥،

روضة الطالبين ٥/٣٧٨، إغاثة اللهفان لابن القيم ١/٣٦٥.

★ من حق الأبناء على الآباء العدل بينهم في العطية والنفقة ★

عمرة بنت رواحة عطية فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله. فقال: «اعطيت سائر ولدك مثل هذا؟ قال: لا. قال: فاتقوا الله واعدلوا بين اولادكم». قال: فرجع، فرد عطيته.

وجاء في رواية لمسلم أنه ﷺ قال: «فلا تشهدني إذن، فإنني لا أشهد على جور». وفي رواية ابن حبان: «لا تشهدني إلا على عدل، فإنني لا أشهد على جور». وفي رواية أخرى لمسلم: «فليس يصلح هذا، وإنني لا أشهد إلا على حق». وفي رواية مسلم: «فأشهد على هذا غيري. ثم قال: أيسرك أن يكونوا إليك في البر سواء؟ قال: بلى. قال: فلا إذن». وروى أبوداود والنسائي وأحمد عن النعمان بن بشير قال، قال رسول الله ﷺ: «اعدلوا بين أبنائكم، اعدلوا بين أبنائكم، اعدلوا بين أبنائكم»^(١).

المبحث الأول

حكم تفضيل بعض الأولاد في العطية

٤ - ونظراً لثبوت هذا الحديث وصحة رواياته المشار إليها، فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أنه ينبغي للمرء أن يعدل بين أولاده في العطية المنجزة حال حياته، فلا يؤثر أحدهم أو بعضهم بشيء دون سائرهم^(٢). قال ابن قدامة: «لا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية وكراهة التفضيل»^(٣). أما القول بتحريم تفضيل البعض في الهبة وبطلان العقد لو وقع، فهو محل خلاف بين الفقهاء. وحاصل مقولاتهم في المسألة أنهم فريقان: مانعون، ومجيزون. وبيانها فيما يلي:

(١) انظر: صحيح البخاري مع الفتح ٢١١/٥، ٢٥٨، صحيح مسلم بشرح النووي ٦٥/١١ ومابعدهما،

مختصر سنن أبي داود للمنذري ١٩١/٥ ومابعدهما، سنن الترمذي ٥١/٥، سنن النسائي ٢٥٨/٦

ومابعدهما، سنن ابن ماجه ٧٩٥/٢، مسند أحمد ٢٦٩/٤، ٢٧٥، ٢٧٨، ٣٧٥، الموطأ مع المتقى

٩٢/٦، موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان ص ٥٠١، شرح معاني الآثار ٨٤/٤ ومابعدهما، شرح السنة

للبيهقي ٢٩٦/٨، نيل الأوطار ٦/٦، السنن الكبرى للبيهقي ١٧٦/٦ ومابعدهما. (٢)

(٢) بدائع الصنائع ١٢٧/٦، روضة الطالبين ٣٧٨/٥.

(٣) المغني ٢٥٩/٨.

(أ) مذاهب المانعين:

٥ - فأما المانعون، فقد اتفقوا على وجوب العدل بين الأولاد في العطية، وحرمة تفضيل أحدهم أو بعضهم فيها، لكنهم اختلفوا في بطلان العقد إذا وقع مع التفضيل أو الإيثار، وفيما إذا كان هناك حالات مستثناة من الحكم التكليفي المشار إليه على ثلاثة مذاهب: (أحدها): للظاهرية وإسحاق والثوري ومالك في رواية عنه وأحمد في رواية عنه اختارها الحارثي ورجحه الشوكاني: وهو أن الوالد إذا فضل أحد أولاده أو بعضهم في العطية، فعطيته باطله مردودة. وذلك لأن فعله ذلك حرام كما دلت الروايات، والتحريم يقتضي الفساد. ولأنه ﷺ أخبر بأن ذلك جور، والجور لا يحل إمضاؤه في دين الله تعالى، ولو جاز ذلك لجاز إمضاء كل جور وكل ظلم، وهذا هدم لدعائم الإسلام^(١).

قالوا: وقد كان النعمان في وقت ما نَحَلَّه أبوه صغيراً، فكان أبوه قابضاً له لصغره عن القبض لنفسه، فلما قال عليه الصلاة والسلام: «ارده» بعدما كان في حكم ما قُبِضَ، دلَّ ذلك على أن النحل من الوالد لبعض ولده دون بعض لا يملكه المنحول، ولا ينعقد له هبة. وأما قوله ﷺ لبشير: «أشهد على هذا غيري»، فالمراد به التوبيخ والتهديد والوعيد، لا إباحة الشهادة على الجور والباطل والإذن بها، نظراً لدلالة بقية الفاظ الحديث، كما قال تعالى: ﴿فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ، وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفِرْ﴾^(٢). وكقوله سبحانه: ﴿اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ﴾^(٣). قال ابن حزم: «فإن كان له ولد فأعطاهم، ثم ولد له ولد، فعليه أن يعطيه كما أعطاهم، أو يشركه فيما أعطاهم، وإن تغيرت عين العطية، ما لم يمت أحدهم فيصير ماله لغيره، فعلى الأب حينئذ أن يعطي هذا الولد كما أعطى غيره. فإن لم يفعل أُعْطِيَ مما ترك أبوه من رأس ماله مثل ذلك»^(٤).

(١) السيل الجرار للشوكاني ٣/٣٠٣، فتح الباري ٥/٢١٤، المحلى ٩/١٤٢، ١٤٥، المبدع ٥/٣٧٤، القوانين الفقهية ص ٣٧٢، شرح معاني الآثار ٤/٨٥، الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٣٨٦/١.

(٢) سورة الكهف من الآية ٢٩.

(٣) سورة فصلت من الآية ٤٠.

(٤) المحلى ٩/١٤٢.

★ من حق الأبناء على الآباء العدل بينهم في العطية والنفقة ★

(والثاني): للحنابلة في المذهب، وهو قول طاووس وابن المبارك ومجاهد وعروة: وهو أنه يجب على الوالد العدل بين أولاده في العطية، ويحرم عليه تفضيل أحد منهم على غيره فيها^(١). حتى لو تزوج بعض بناته وجهزها أو بعض بنيه وأعطى عنه الصداق. ولا فرق في امتناع التخصيص والتفضيل بين كون البعض ذا حاجة أو زمانة أو عمى أو عيال أو صلاح أو علم أو لا. ولا بين كون البعض المفضل فاسقاً أو مبذراً أو لا. وعليه نص الإمام أحمد^(٢).

واحتجوا على وجوب العدل بينهم بعموم الأحاديث الصحيحة التي جاء فيها أمره ﷺ بالعدل بينهم. ولأنه ﷺ سمى تفضيل أحدهم أو تخصيص بعضهم دون الباقي جوراً، وأمره برده، وامتنع من الشهادة عليه، والجور حرام، فدل على أن أمره بالعدل بينهم للوجوب. قالوا: ولأنه مقدمة الواجب، ذلك أن قطع الرحم والعقوق محرمان، فما يؤدي إليهما يكون محرماً، والتفضيل مما يؤدي إليهما. ولأن تفضيل بعضهم على بعض يورث العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم، فمُنِعَ منه، كتزويج المرأة على عمتها أو خالتها. قال ابن القيم: «ومن العجب أن يُحمل قوله ﷺ: «اعدلوا بين أولادكم» على غير الوجوب، وهو أمر مطلق، مؤكداً ثلاث مرات، وقد أخبر الأمر به أن خلافه جور، وأنه لا يصلح، وأنه ليس بحق، وما بعد الحق إلا الباطل. هذا، والعدل واجب على كل حال، فلو كان الأمر به مطلقاً لوجب حملُهُ على الوجوب، فكيف وقد اقترن به عشرة أشياء تؤكد وجوبه. فتأملها في ألفاظ القصة^(٣).

وكذلك نص الحنابلة على تحريم الشهادة على التفضيل أو التخصيص تحملاً وأداءً إن علم الشاهد به، لحديث: «لا تشهدني على جور». ولأن قوله ﷺ: «فأشهد على ذلك غيري» تهديد لا إباحة، لأن رسول الله ﷺ، لا يأذن لأحد أن يشهد على صحة الجور، ولو لم يفهم منه بشير هذا المعنى لبادر إلى الامتنال بإشهاد غيره، ولم يرد العطية^(٤). ولكن للأب والأم تخصيص أحد الأولاد أو بعضهم بالعطية بإذن الباقي، لأن العلة في تحريم التخصيص كونه يورث العداوة والعقوق وقطيعة الرحم، وهي منتفية مع الإذن^(٥).

(١) والمراد عطية الشيء غير التافه، أما اليسير التافه فلا يجب التعديل بينهم فيه، لأنه يتسامح به عادة، فلا يحصل التأثير من عدمه، (كشف القناع ٣٤٣/٤، شرح منتهى الإرادات ٥٢٤/٢).

(٢) شرح منتهى الإرادات ٥٢٤/٢، كشف القناع ٣٤٢/٣ - ٣٤٤، المغني ٢٥٦/٨، ٢٥٧، وانظر فتح الباري ٢١٤/٥، تحفة المودود ص ١٣٨.

(٣) تحفة المودود ص ١٣٨.

(٤) المبدع ٣٧٢/٥، شرح منتهى الإرادات ٥٢٤/٢.

(٥) كشف القناع ٣٤٣/٤.

وعلى ذلك قالوا: لو فضل بعض أولاده على بعض أو خص أحدهم دون سواهم بلا إذن الباقي أثم، ووجبت عليه التسوية بأحد أمرين: إمّا ردّ ما فضل به البعض، وإما إتمام نصيب الآخرين حتى يستووا^(١). فإن مات المخصّص أو المفضل قبل التسوية بينهم، ثبت الملك للمعطى، ولزمت الهبة، وليس لبقية الورثة الرجوع. نصّ على ذلك أحمد واختاره خلال وصاحبه والخرقى وأكثر العلماء. وذلك لقول أبي بكر - رضي الله عنه - لعائشة أم المؤمنين عندما نحلها جداد عشرين وسقاً من ماله بالغابة: «وَدِدْتُ أَنْكَ حُرَّتِيهِ». فدلّ على أنها لو كانت قبضته وحارته لم يكن له الرجوع، ولقول عمر رضي الله عنه: «لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد». ولأنها عطية لولده، فلزمت بالموت، كما لو انفرد بها^(٢).

وهناك رواية أخرى عن الإمام أحمد: أنّ الواهب إذا مات قبل ذلك، فلا تثبت العطية، وللباقي أن يرتجعوا ما وهبه. اختارها ابن بطة وأبو حفص العكبريان والشيخ تقي الدين بن تيمية، وهو قول عروة بن الزبير وإسحاق. وحجّتهم أنّ النبي ﷺ سمّى ذلك جوراً، وقال: «إني لا أشهد إلا على حق»، وغير الحق لا يجوز، والجور حرام لا يحل للفاعل فعله، ولا للمعطى تناوله، ولا يختلف بالحياة والموت، ولا يطيب أكله، ويتعيّن ردّه. وأنّ أبا بكر وعمر امرا قيس بن سعد أن يرّد قسمة أبيه حين ولد له ولد، ولم يكن علم به، ولا أعطاه شيئاً^(٣)، وكان ذلك بعد موت سعد^(٤).

وقد جاء في «الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية»: «وأما الولد المفضل؛ فينبغي له الردّ بعد الموت قولاً واحداً. وهل يطيب له الإمساك؟

إذا قلنا: لا يُجبر على الردّ. فكلّام أحمد يقتضي روايتين. فقال في رواية ابن الحكم: وإذا مات الذي فضل لم أطيبه له، ولم أجبره على ردّه. وظاهره التحريم. ونُقل عنه أيضاً. قلت: فترى على الذي فضل أن يرده؟ قال: إن فعل فهو أجود، وإن لم يفعل ذلك لم أجبره. وظاهره الاستحباب.

وإذا قلنا: يرده بعد الموت. فالوصيّ يفعل ذلك. فلو مات الثاني قبل الردّ، والمال بحاله، ردّ أيضاً. لكن لو قُسمت تركّة الثاني قبل الردّ أو بيعت أو وهبت، فهنا فيه نظر؛ لأنّ القسمة والقبض تقرّر العقود الجاهلية، وهذا فيه تأويل. وكذلك لو تصرف المفضل في حياة أبيه ببيع

(١) المبدع ٣٧٣/٥، كشف القناع ٣٤٣/٤.

(٢) المغني ٢٧٠/٨، كشف القناع ٣٤٤/٤، المبدع ٣٧٣/٥.

(٣) رواه سعيد بن منصور في سننه ٩٧/١.

(٤) المغني ٢٧٠/٨، المبدع ٣٧٣/٥، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص ١٨٦.

★ من حق الأبناء على الآباء العدل بينهم في العطفة والنفقة ★

أو هبة، واتصل بهما القبض، ففي الردّ نظر. إلا أنّ هذا متصل بالقبض في العقود الفاسدة^(١).

(والثالث): رواية عن الإمام أحمد اختارها ابن قدامة وغيره: وهو أنه يجب على الوالد التسوية بين أولاده في العطفة إذا لم يختصّ أحدهم بمعنى يبيح التفضيل. فإن خصّ بعضهم بعطفته أو فاضل بينهم فيها أثم، ووجبّت عليه التسوية بأحد أمرين: إما ردّ ما فضل به البعض، وإمّا إتمام نصيب الآخر.

أما إذا خصّ بعضهم لمعنى يقتضي تخصيصه، مثل اختصاصه بحاجة أو زمانة أو عمى أو كثرة عائلة أو اشتغاله بالعلم أو نحوه من الفضائل، أو صرف عطفته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله تعالى أو ينفقه فيها، فذلك صحيح جائز^(٢).

وقد اتجه الشيخ تقي الدين بن تيمية نحو هذا المذهب في فتاواه، حيث جاء فيها: «على الرجل أن يعدل بين أولاده... لكنّ إذا خصّ أحدهما بسبب شرعي، مثل أن يكون محتاجاً مطيعاً لله، والآخر غنيّ عاصٍ يستعين بالمال على المعصية، فإذا أعطى مَنْ أمر الله بإعطائه، ومنع من أمر الله بمنعه فقد أحسن»^(٣).

واحتجّ ابن قدامة على جواز تخصيص البعض لمعنى يقتضي ذلك بما روى مسلم وأبو داود وابن ماجه ومالك وأحمد من أن أبا بكر نَحَلَ ابنته عائشة جداد عشرين وسقاً من ماله بالغابة دون سائر ولده^(٤)، وليس ذلك إلا لامتيازها بالفضل. ولأنّ بعضهم اختصّ بمعنى يقتضي العطفة، فجاز أن يختصّ بها، كما لو اختصّ بالقرابة. ثم قال: وحديث بشير قضية في عين لا عموم لها، وترك النبي ﷺ الاستفصال يجوز أن يكون لعلمه بالحال. فإن قيل: لو علم بالحال، لما قال: ألك ولدٌ غيره؟ قلنا: يحتمل أن يكون السؤال ههنا لبيان العلة، كما قال عليه الصلاة والسلام للذي سأل عن بيع الرطب بالتمر: أينقص الرطب إذا يبس؟

(١) الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص ١٨٦.

(٢) المغني ٨/٢٥٦، ٢٥٨، المبدع ٥/٣٧٣، كشاف القناع ٤/٣٤٤.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣١/٢٩٥.

(٤) صحيح مسلم ٣/١٢٤٤، سنن أبي داود ٢/٢٦٢، سنن ابن ماجه ٢/٧٩٥، الموطأ ٢/٧٥١، مسند

أحمد ٤/٢٦٩، سنن البيهقي ٦/١٧٨.

قال: نعم. قال: فلا إذن^(١). وقد عَلِمَ أَنَّ الرُّطْبَ ينقصُ، لكنَّ نَبْهَ السائل بهذا على عِلَّةِ المنع من البيع، كذا ههنا^(٢).

(ب) مذاهب المجيزين:

٦ - أما الفقهاء المجيزون، فقد اختلفت مقولاتهم، فبين مجيز لعطية البعض بدون قيد أو شرط، وبين مجيز بشرط عدم قصد الإضرار بالباقيين، وبين مجيز مع الكراهة التنزيهية إن لم يكن هناك معنى يقتضي الإيثار أو سبب يدعو للتفضيل، وذلك على ثلاثة مذاهب: (أحدها) للقاسم بن محمد وربيعه: وهو جواز تفضيل أو تخصيص بعض الأولاد في الهبة، لقوله ﷺ: «كل ذي مال أحقُّ بماله»^(٣).

وقد أجيب على الاستدلال بهذا الحديث بأنَّ إطلاقه محمولٌ على التقييد بحديث النعمان بن بشير^(٤)، لقوله تعالى: ﴿وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم﴾^(٥).

(والثاني) لأبي يوسف في رواية المعلّى عنه: وهو أنه لا بأس بتفضيل بعض الأولاد على بعض في العطية إذا لم يقصد الوالد الإضرار بالباقيين، فإن قصّد بذلك الإضرار لزمه التسوية بينهم^(٦).

وهذا الرأي فيه نظر، لأن الجور والضرر واقعان على الباقي، سواء قصد ذلك أو لم يقصده. ومن جهة أخرى، فليس في حديث النعمان ما يدل على أن قصّد الإضرار هو مناط المنع، أو ما يشير إلى أن أباه أراد بذلك الإضرار بسائر الأبناء حتى يتأتى احتمال كون ذلك المعنى هو الباعث على الحكم بالخطر.

(والثالث) للحنفية والشافعية والمالكية: وهو أنه يستحبُّ للرجل أن يعدل بين أولاده

(١) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطأ، (سنن أبي داود ٢/٢٢٥، سنن ابن ماجه ٢/٧٦١، عارضة الأحوذى ٥/٢٣٣، سنن النسائي ٧/٢٣٦).

(٢) المغني ٨/٢٥٨، ٢٥٩.

(٣) المحلى ٩/١٤٤، والحديث صحيح كما ذكر ابن حزم في المحلى ٩/١٤٨، وقد رواه البيهقي في السنن الكبرى ٦/١٧٨.

(٤) المحلى ٩/١٤٨. (٥) سورة الأحزاب من الآية ٣٦.

(٦) فتاوى قاضيخان ٣/٢٧٩، الفتاوى الهندية ٤/٣٩١، الدر المختار مع رد المحتار ٤/٥١٣، فتح الباري ٥/٢١٤.

★ من حق الأبناء على الآباء العدل بينهم في العطية والنفقة ★

في النحلة، ليستوا في برّه، ويكره تنزيهاً أن يخصّ أحدهم أو يعرضهم بالعطية، أو يفضلهم على غيرهم فيها، لأن ذلك يوقع الوحشة في قلوب المفضولين منهم، ولكنّ الهبة صحيحة نافذة^(١).

أ - قال أبوحنيفة: إلّا لزيادة فضل في الدّين، فلا بأس بتفضيل صاحبها^(٢). وقد جاء في البدائع: «ولو نَحَلَ بعضاً وحرّم بعضاً، جاز من طريق الحكم، لأنّه تصرف في خالص ملكه، لا حقّ فيه لأحد، إلّا أنّه لا يكون عدلاً، سواء أكان المحروم فقيهاً تقيّاً، أو جاهلاً فاسقاً على قول المتقدمين من مشايخنا. وأما على قول المتأخرين منهم: لا بأس بأن يعطي المتأدبين والمتفقهين دون الفسقة الفجرة»^(٣).

ب - وقال الشافعية: ولو فعّل، فيستحب أن يهب الباقيين مثل الأول. فإن لم يفعل، استحبّ له ردُّ هبة الأول، ولا يجب. وهذا ما لم يتفاوتوا في الحاجة. فإن تفاوتوا فيها، فلا بأس بتفضيل الأكثر حاجةً. قال الزركشي: ولو كان أحدهم ذا فضيلة بعلم أو ورع، فالظاهر أنّه لا بأس بتخصيصه^(٤).

ج - وقال المالكية في المشهور: ومحل الكراهة ما لو وهب جميع ماله أو جُلّه^(٥) لأحدهم أو بعضهم؛ لأنّه إذا وهب بعض ماله، لم يولد ذلك عداوة؛ إذ أبقى ما يعطي الباقيين. بخلاف

(١) شرح معاني الآثار ٤/٨٥، ٨٩، البدائع ٦/١٢٧، روضة القضاة للسمناني ٢/٥٢٢، النووي على مسلم ١١/٦٦، ٦٧، روضة الطالبين ٥/٣٧٨، أسنى المطالب وحاشية الرملي عليه ٢/٤٨٤، شرح السنة للبلغوي ٨/٢٩٧، كفاية الطالب الرباني وحاشية العدوي عليه ٢/٢٣٩، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب ٢/٨٢، القوانين الفقهية ص ٣٧٢، بداية المجتهد ٢/٣٢٨، الكافي لابن عبالبر ص ٥٣٠، المنتقى للباجي ٦/٩٢، ٩٣، مرقاة المفاتيح ٣/٣٧٧، معالم السنن للخطابي ٥/١٩١، ١٩٢.

* وقد نقل ابن المنذر في الإشراف (١/٣٨٦) وابن قدامة في المغني (٨/٢٥٦) عن الحسن البصري: أنّه كان يكره التفضيل والتخصيص لبعض الأولاد في العطية، ويجيزه قضاء.

(٢) فتاوى قاضيخان ٣/٢٧٩، الفتاوى الهندية ٤/٣٩١، منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ٧/٢٨٨.

(٣) بدائع الصنائع ٦/١٢٧.

(٤) أسنى المطالب وحاشية الرملي عليه ٢/٤٨٣.

(٥) أمّا لو وهب له الشيء اليسير من ماله، فذلك سائغ غير مكروه، قال العدوي: واليسير ما عدا الجُلّ،

فَيُصَدَّقُ بالنصف. (كفاية الطالب الرباني وحاشية العدوي عليه ٢/٢٣٩).

ما لو أعطى كل ماله لأحدهم أو بعضهم، فإنه لم يُبْقَ ما يعطي الباقي، فتثبت الأثرة، وذلك يفضي إلى العداوة والبغضاء^(١).

د - وقال القاضي أبو الوليد الباجي من المالكية: «وعندي أنه إذا أعطى البعض على سبيل الإيثار، أنه مكروه، وإنما يجوز ذلك، ويغري عن الكراهية إذا أعطى البعض لوجه ما من جهة يختص بها أحدهم، أو غرامة تلزمه، أو خير يظهر منه، فيخص بذلك خيرهم على مثله»^(٢).

واحتج أصحاب هذا المذهب على جواز عطية بعض الأولاد أو تفضيلهم:

أولاً: بأن قوله ﷺ لبشير: «فارجعه» يدل بظاهره على أنه قد رده بعد خروجه عن ملكه، فلو لم يكن عطاؤه نافذاً لما احتاج إلى الرجوع. ولأنه عليه الصلاة والسلام لم يفسخ عطيته، وإنما ندبه إلى ذلك، مما يدل على نفاذها.

غير أن هذا الاحتجاج فيه نظر، لأن معنى قوله: «ارجعه» أي لا تمض الهبة، لأن كل ما تمنعه الشريعة يُرد ما لم تفت عينه، ولا يلزم من أمره بالارتجاع تقدم صحة الهبة ونفاذها. ثانياً: ولأنه رشيد صحيح وهب ماله من لو وهبه لغيره جاز، إذ الإجماع منعقد على أن للرجل أن يهب في صحته جميع ماله للأجانب، ولا اعتراض عليه لأحد في ماله. فإذا كان ذلك للأجنبي جائزاً فهو للولد أخرى. وإذا كان فعله ماضياً لو أثر بجميع ماله أجنبياً وحرمة أولاده، فكيف يُرد فعله في إيثار بعض أولاده على بعض!

ولا يخفى ضعف هذا الاستدلال، لأنه قياس مع وجود النص. ومن المسلم أنه «لا مساعٍ للاجتهاد في مورد النص».

ثالثاً: وبأن قوله ﷺ: «أشهد على هذا غيري» يقتضي إباحة إشهاد الغير، ولا يباح إشهاد الغير إلا على أمر جائز، إذ لو لم يكن جائزاً لكانت الشهادة عليه باطلة من الناس كلهم. وعلى ذلك يكون امتناع النبي ﷺ من الشهادة على وجه التنزه باعتبار الإمام، والإمام ليس من شأنه أن يشهد، وإنما من شأنه أن يحكم.

(١) كفاية الطالب الرباني ٢/٢٣٩، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/٨٢، الكافي لابن عبد البر

ص ٥٣٠، القوانين الفقهية ص ٣٧٢، وحملوا النهي في حديث النعمان على ما إذا وهب جميع ماله لأحد

أولاده أو بعضهم، لقول مالك أن بشيراً لم يكن له مال سوى ذلك العبد الذي وهبه للنعمان. (المنتقى

للபاجي ٩٢/٦، فتح الباري ٥/٢١٤).

(٢) المنتقى ٩٣/٦.

★ من حق الأبناء على الآباء العدل بينهم في العطفة والنفقة ★

قالوا: ولو كان حراماً أو باطلاً لما قال هذا الكلام. فإن قيل: تهديداً. قلنا: الأصل في كلام الشارع غير هذا، وأن تُحمل صيغة «افعل» عند الإطلاق على الوجوب أو الندب، فإن تعذر على الإباحة.

وقد أجاب ابن دقيق العيد من أئمة الشافعية على هذا الاستدلال بقوله: «وليس هذا بالقوي عندي، لأن الصيغة وإن كان ظاهرها الإذن، إلا أنها مُشعرةٌ بالتنفير الشديد عن هذا الفعل، حيث امتنع الرسول ﷺ من المباشرة لهذه الشهادة مُعلِّلاً بأنها جورٌ، فَتَخْرُجُ الصيغة عن ظاهر الإذن بهذه القرائن. وقد استعملوا مثل هذا اللفظ في مقصود التنفير^(١). ومما يُستدلُّ به على المنع أيضاً قوله ﷺ: «اتقوا الله» فإنه يؤذن بأنَّ خلاف التسوية ليس بتقوى، وأنَّ التسوية هي التقوى»^(٢).

كما ردَّ ابن قدامة على استدلالهم بذلك الجواب النبوي: ليس بأمر، لأنَّ أدنى أحوال الأمر الاستحباب والندب، ولا خلاف في كراهة هذا. وكيف يجوز أن يأمره النبي ﷺ بتأكيدهِ بالشهادة مع أمره برده، وتسميته إياه جوراً!! فحمل الحديث على هذا حملٌ لحديث النبي ﷺ على التناقض والتضاد؛ إذ لو أمره النبي ﷺ بإشهاد غيره لامتثل بشيرٌ أمره، ولم يرد. وإنما هذا تهديدٌ له على هذا، فيفيد ما أفاده النهي عن إتمامه^(٣).

وقال ابن القيم: «إن قوله عليه الصلاة والسلام أشهد على هذا غيري ليس إنذاراً، بل هو تهديدٌ، لتسميته إياه جوراً، ورسول الله ﷺ لا يأذن في الجور، وفيما لا يصلح، وفي الباطل، فإنه قال: «إني لا أشهدُ إلا على حقٍّ» فدلَّ ذلك على أنَّ الذي فعله أبو النعمان لم يكن حقاً، فهو باطلٌ قطعاً. فقوله إذن: «أشهد على هذا غيري» حجةٌ على التحريم، كقوله تعالى: ﴿اعملوا ما شئتم﴾^(٤). وقوله ﷺ: «إذا لم تستح فاصنع ما شئت»^(٥). أي إنَّ الشهادة على هذا ليست من شأني، ولا تنبغي لي، وإنما هي من شأن من يشهد على الجور والباطل وما لا يصلح، وهذا في غاية الوضوح»^(٦).

(١) مثل قوله تعالى: ﴿اعملوا ما شئتم﴾، وقوله سبحانه: ﴿فمن شاء فليؤمن، ومن شاء فليكفر﴾. وقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا لم تستح فاصنع ما شئت».

(٢) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ٢١٦/٣.

(٣) المغني ٢٥٨/٨. (٤) سورة فصلت من الآية: ٤٠.

(٥) أخرجه البخاري. (صحيح البخاري مع الفتح ٥١٥/٦).

(٦) شرح ابن القيم لمختصر سنن أبي داود ١٩٢/٥. وانظر إعلام الموقعين ٣١٠/٢، تحفة المودود

وأما الاحتجاج بأنه عليه الصلاة والسلام قال هذا، لأنَّ الإمام ليس من شأنه أن يشهد، وإنما من شأنه أن يحكم، فقد تُعَقَّبُ بأنه لا يلزم من كون الإمام ليس من شأنه أن يشهد أن يمتنع من تحمل الشهادة ولا من أدائها إذا تعيَّنت عليه^(١).

رابعاً: وبأنَّ من أصحاب رسول الله ﷺ مَنْ فَضَّلَ بعض أولاده على بعض في العطية، ولم ينكر عليهم أحد، فكان إجماعاً - أي سكوتياً - على جوازه وصحِّ وقوعه.

فمن ذلك ما روت عائشة - رضي الله عنها -: أن أبا بكر الصديق نَحَلَها جداد عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: «والله يا بنية، ما من أحد من الناس أحبُّ إليَّ غنىً منك، ولا أعزَّ الناس عليَّ فقراً من بعدي منك، وإني كنت نحتك جداد عشرين وسقاً، فلو كنت جددتيه وأحرزتيه لكان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخوك وأختك، فافتسموه على كتاب الله تعالى. فقالت: عائشة: والله يا أبت، لو كان كذا وكذا لتركته^(٢).

وما روي عن عبدالرحمن بن عوف أنه فَضَّلَ ولد أم كلثوم في العطية^(٣).

وما روي عن عمر بن الخطاب أنه فَضَّلَ ابنه عاصماً بشيء أعطاه إياه^(٤).

قال الطحاوي: «فهذا أبوبكر الصديق - رضي الله عنه - قد أعطى عائشة - رضي الله عنها - دون سائر ولده، ورأى ذلك جائزاً، ورأته هي كذلك، ولم ينكره عليهما أحدٌ من أصحاب النبي ﷺ. وهذا عبدالرحمن بن عوف قد فَضَّلَ بعض أولاده أيضاً فيما أعطاهم على بعض، ولم ينكر ذلك عليه منكر، فكيف يجوز لأحد أن يحملَ فعلَ هؤلاء على خلاف قول النبي ﷺ؟! ولكن قول النبي ﷺ عندنا فيما ذكرنا من ذلك إنما كان على الاستحباب، كاستحبابه التسوية بين أهله في العطية، وتَرْكِ التفضيل لحرِّهم على مملوكهم^(٥)، ليس على أنَّ ذلك ما لا يجوز غيره، ولكنَّ على استحبابه لذلك، وغيره في الحكم جائز كجوازه^(٦).

(١) فتح الباري ٢١٤/٥.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) شرح معاني الآثار للطحاوي ٨٨/٤، شرح السنة للبغوي ٢٩٨/٨.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ١٧٨/٦.

(٥) حيث روى الطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٧/٤) أنَّ الرسول ﷺ إن إذا قسم شيئاً بين أهله سوى بينهم جميعاً، فأعطى المملوك فهم كما يعطي الحرَّ، وكذلك كان يفعل الصديق رضي الله عنه، فكان هذا مما كان النبي ﷺ يفعله، يعمُّ بعطاياه جميع أهله، حرَّهم وعبيدهم، ليس على أن ذلك واجب، ولكنه أحسن من غيره.

(٦) شرح معاني الآثار ٨٨/٤، ٨٩.

★ من حق الأبناء على الآباء العدل بينهم في العطية والنفقة ★

وقد تُعَقَّبَ هذا الاستدلال بأن عروة - رضي الله عنه - أجاب عن قصة عائشة بأن إختوتها كانوا راضين بذلك. وأجيب بمثل ذلك عن قصة عمر^(١). قال الشوكاني: على أنه لا حجة في فعلهما إذا عارض المرفوع^(٢).

وقال ابن قدامة: «وقول أبي بكر لا يعارض قول النبي ﷺ، ولا يُحتجُّ به معه. ويَحْتَمِلُ أن أبابكر - رضي الله عنه - خصَّها بعطيته لحاجتها وعجزها عن الكسب والتسبب فيه، مع اختصاصها بفضلها، وكونها أم المؤمنين زوج رسول الله ﷺ وغير ذلك من فضائلها. ويَحْتَمِلُ أن يكون قد نحلها ونَحَلَ غيرها من ولده، أو نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها، فأدركه الموت قبل ذلك. ويتعيَّنُ حَمْلُ حديثه على أحد هذه الوجوه، لأنَّ حملَه على مثل محلِّ النزاع منهيٌّ عنه، وأقلُّ أحواله الكراهة، والظاهرُ من حال أبي بكر اجتنابُ المكروهات»^(٣).

خامساً: وبأنَّ التشبيه الواقع في التسوية بينهم في العطية بالتسوية في البر في قوله ﷺ: «سَوَّوْا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ، أَلَا تَحِبُّونَ أَنْ يَسَوُوا بَيْنَكُمْ فِي الْبِرِّ» قرينةٌ تدلُّ على أنَّ الأمر للندب، وأن المقصود من التسوية بينهم فيها استواءهم في البر والعطف على الوالد، لا أنه من قبيل الوجوب واللزم.

ورُدَّ بأن إطلاق الجور على عدم التسوية والنهي عن التفضيل والتنفير الشديد منه ووصفه بأنه خلاف التقوى وأنه لا يصلح، كلُّ ذلك يدلُّ على الوجوب، فلا تصلح تلك القرينة لصرف الأمر عنه^(٤).

سادساً: ولأن الموهوب للنعمان كان جميع مال والده، ولذلك منعه النبي ﷺ، فليس فيه حجة على منع التفضيل.

وتُعَقَّبُ بأن كثيراً من طرق الحديث صرَّحَ بالبعضية، منها ما جاء في لفظ مسلم: «تَصَدَّقْ عَلَيَّ أَبِي بَبْعُضِ مَالِهِ» حتى قال القرطبي: ومن أبعد التأويلات أن النهي إنما يتناول مَنْ وهب جميع ماله لبعض ولده كما ذهب إليه سحنون، وكأنه لم يسمع في نفس هذا الحديث أن الموهوب كان غلاماً، وأنه وَهَبَهُ له لما سألتَهُ الأُمُّ الهَبَةَ من بعض ماله. قال: وهذا يُعلم منه على القطع أنه كان له مالٌ غيره^(٥).

(١) فتح الباري ٥/٢١٥.

(٢) نيل الأوطار ٦/٨.

(٣) المغني ٨/٢٥٧.

(٤) نيل الأوطار ٦/٨.

(٥) فتح الباري ٥/٢١٤، نيل الأوطار ٦/٧.

سابعاً: وبأن قوله عليه الصلاة والسلام: «لا أشهد على جَوْرٍ» ليس فيه أنه حرام، لأنَّ الجَوْر هو الميلُ عن الاستواء والاعتدال، والعدولُ عن الفعل الذي هو أفضل وأحسن، سواءً أكان حراماً أو مكروهاً. وقد دلَّ قوله ﷺ: «أشْهَدُ على هذا غيْرِي» على أنه ليس بحرام، فيجب تأويل الجور على أنه مكروه كراهة تنزيه.

وفي هذا الاحتجاج نظراً لا يخفى، لما فيه من التكلف المستغرب في تأويل معنى الجور، مع الإغماض عن الروايات الأخرى التي بيّنت المراد به، حيث إنَّ قوله ﷺ فيها: «لا أشهد إلا على حق» و«لا تشهدني إلا على عدل» و«ليس يصلح هذا» ينفي صحة هذا التأويل.

القول المختار :

٧ - وبعد النظر في آراء الفقهاء وأدلتها والتأمل في حجج كل فريق ومناقشتها يبدو لي رجحان مذهب المانعين لتفضيل أحد الأولاد أو بعضهم في العطية بدون إذن الباقيين، لقوة احتجاجهم بالنصوص الصريحة الصحيحة الناهية عن ذلك، ووجاهة استدلالهم بها على الحظر، وعدم سلامة أدلة المجيزين من النقص أو الإيراد عليها، ويشهد لذلك قول العلامة ابن القيم في التعليق على روايات حديث النعمان: «وأمرٌ بالتسوية بين الأولاد في العطية، وأخبر أن تخصيص بعضهم بها جَوْرٌ لا يصلح، ولا ينبغي الشهادة عليه، وأمرٌ فاعله برّده، ووعظُهُ وأمره بتقوى الله تعالى، وأمرُهُ بالعدل، لكون ذلك ذريعة ظاهرة قريبة جداً إلى وقوع العداوة بين الأولاد وقطيعة الرحم بينهم، كما هو المشاهدُ عياناً، فلولم تأتِ السُّنَّةُ الصحيحةُ الصريحةُ التي لا مُعارضَ لها بالمانع منه، لكان القياسُ وأصولُ الشريعة وما تضمنته من جلب المصالح ودرء المفاصد تقتضي تحريمه»^(١).

٨ - ولا يخفى أن الأم في المنع من المفاضلة بين الأولاد كالأب، لقوله ﷺ: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم»، ولأنها أحد الوالدين، فمُنِعَتْ من التفضيل والإيثار كالأب، ولأن ما يحصل بتخصيص الأب بعض ولده من الحسد والعداوة يوجد مثله في تخصيص وإيثار الأم بعض ولدها، فثبتَ لها مثل حكمه في ذلك^(٢).

(١) إغاثة اللهفان ١/٣٦٥.

(٢) المغني ٨/٢٦١، المبدع ٥/٣٧٢، كشاف القناع ٤/٣٤٢، روضة الطالبين ٥/٣٧٩.

★ من حق الأبناء على الآباء العدل بينهم في العطية والنفقة ★

المبحث الثاني

كيفية العدل بين الأولاد في العطية

٩ - لقد اختلف الفقهاء في كيفية العدل بين الأولاد في العطية على قولين:

(أحدهما) للشافعية في الأصح والمالكية وأبي يوسف وهو المفتى به عند الحنفية والثوري وطاوس وعطاء وابن المنذر وابن حزم وأحمد في رواية عنه: وهو أن العدل المطلوب بينهم فيها إنما يكون بالتسوية بينهم في المقدار، فتعطى الأنثى مثل ما يعطى الذكر ولا فرق^(١).

واستدلوا على ذلك :

أ - بقوله ﷺ في حديث بشير عندما استشهدده على نحلة ابنه النعمان دون بقية ولده: أَيْسُرُكَ أَنْ يَسْتَوُوا فِي بَرَكٍ؟ قال: نعم. قال: سَوَّوْا بَيْنَهُمْ. حيث دلَّ على المطلوب من وجهين: أحدهما: أن النبي عليه الصلاة والسلام أمره بالتسوية بينهم دون استفصال عن بقية ولده، هل هم إناث أم ذكور، وذلك لا يكون إلا إذا كان حكمُ الأنثى في ذلك كحكم الذكر، ولولا ذلك لما ذكر التسوية إلا بعد علمه أنهم ذكورٌ كلهم. فإمسأكَ النبي ﷺ عن البحث عن ذلك، وتركهُ الاستفصال دليلٌ على استواء حكمهم في ذلك عنده.

والثاني: أنه أمره بالتسوية بينهم في العطية كما يحبُّ أن يستووا له في البرِّ، وذلك يفيد إرادة التسوية بين الإناث والذكور، لأن البنت كالابن في استحقاق برِّها. قال الطحاوي: «فلما كان النبي ﷺ أراد من الأب لولده مثل ما يريد من ولده له، وكان ما يريد الأب من

(١) بدائع الصنائع ١٢٧/٦، منحة الخالق على البحر الرائق ٢٨٨/٧، فتاوى قاضيخان ٢٧٩/٣، الدر المختار مع رد المحتار ٥١٣/٤، شرح معاني الآثار ٨٩/٤، مرقاة المفاتيح ٣٧٧/٣، روضة الطالبين ٣٧٩/٥، أسنى المطالب ٤٨٣/٢، فتح الباري ٢١٤/٥، معالم السنن للخطابي ١٩٣/٥، النووي على صحيح مسلم ٦٦/١١، القوانين الفقهية ص ٣٧٢، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب، ٨٣/٢، نيل الأوطار ٨/٦، المغني لابن قدامة ٢٥٩/٨، المبدع ٣٧١/٥، الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٣٨٧/١، المحلى لابن حزم ١٤٢/٩.

الأنثى من البرّ مثل ما يريد من الذكر، كان ما أراد منه لهم من العطية للأنثى مثل ما أراد للذكر»^(١).

ب - وبما روى البيهقي والطبراني وسعيد بن منصور عن ابن عباس - رضي الله عنه - قال، قال رسول الله ﷺ: «سَوّوا بين أولادكم في العطية، ولو كنت مؤثراً لأحدٍ لَأَثَرْتُ النساءَ على الرجال»^(٢).

ج - وبأنها عطيةٌ في الحياة، فاستوى فيها الذكر والأنثى، كالنفقة والكسوة.

د - وبأن الشارع الحكيم كما أراد من المكلف التسوية بين أولاده الذكور والإناث في أصل العطية، فقد قصَدَ التسويةَ بينهم في مقدارها قياساً على أصلها، لما في التسوية في المقدار من تأليف القلوب، وما في التفضيل فيه من إثارة الوحشة والبغضاء بينهم. بخلاف الميراث، فإنَّ الوارث راضٍ بما فَرَضَ الله له بعد موت والده من التفريق بين الذكور والإناث، فافترقا.

(والقول الثاني) للإمام أحمد - وهو الصحيح عند الحنابلة - ومحمد بن الحسن الشيباني وشريح وإسحاق بن راهويه، وهو وجه عند الشافعية ورأي لبعض المالكية: وهو أنَّ العدل المطلوب في عطية الأولاد أن يجعلها بينهم على قدر ميراثهم، وذلك بإعطاء الذكر مثل حظ الأنثيين^(٣).

ودليلهم على ذلك :

أ - أن الله تعالى قسم بينهم، فجعلَ للذكر مثل حظ الأنثيين، وأولى ما يُقتدى به قسمة الله تعالى.

(١) شرح معاني الآثار ٨٩/٤.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ١٧٧/٦، كتر العمال ٤٤٦/١٦، المغني ٢٥٩/٨، والحديث ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (١٥٣/٤) وقال عنه: فيه عبدالله بن صالح كاتب الليث. قال عبد الملك بن شعيب: ثقة مأمون. ورفع شأنه. وضعفه أحمد وغيره، وقال الحافظ ابن حجر في الفتح (٢١٤/٥): إسناده حسن.

(٣) شرح معاني الآثار ٨٩/٤، النووي على صحيح مسلم ٦٦/١١، فتح الباري ٢١٤/٥، شرح السنة للبغوي ٢٩٧/٨، شرح منتهى الإرادات ٥٢٤/٢، المبدع ٣٧١/٥، كشف القناع ٣٤٤/٤، المغني ٢٥٩/٨ وما بعدها، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب ٨٢/٢، روضة الطالبين ٣٧٩/٥، معالم السنن للخطابي ١٩٣/٥، فتاوى قاضيخان، ٢٧٩/٢، بدائع الصنائع ١٢٧/٦، الدر المختار مع رد المحتار ٥١٣/٤، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص ١٨٤.

★ من حق الأبناء على الآباء العدل بينهم في العطية والنفقة ★

ب - ولأنَّ العطية في الحياة أحد حالي العطية، فيُجْعَلُ للذكر منها مثل حظَّ الأنثيين كحالة الموت، يعني الميراث، قياساً لحال الحياة على حال الموت. يحققه أنَّ العطية فيها استعجالٌ لما يكونُ بعد الموت، فينبغي أن تكون على حَسَبِهِ، كما أنَّ معجَّلَ الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة أدائها بعد وجوبها، وكذلك الكفارات المعجلة. ولأن ذلك هو حظُّ الأولاد من ذلك المال لو أبقاه الوهاب في يده حتى مات.

ج - وبأنَّ الله منع ما يؤدي إلى قطيعة الرحم، والتسوية بين الذكر والأنثى مخالفة لما وضعه الشارع من التفضيل، ومن أجل ذلك كانت مفضيةً إلى العداوة والقطيعة. وبيانه: أن الشرع أعلم بمصالحنا، فلولم يكن الأصلح التفضيل بين الذكر والأنثى لما شرعه. وقد جعل الله عز وجل الأنثى على النصف من الذكر في الشهادات والميراث والديات، وفي العقيقة بالسنة، وجعل الرجال قوامين على النساء، فإذا علم الذكر أنَّ الأب زاد الأنثى على القدر الذي أعطاه الله، وسواها بمن فضله الله عليها، أفضى ذلك إلى العداوة وقطيعة الرحم، كما إذا فضَّلَ مَنْ سَوَّى الله بينه وبينه، فأبي فرق بين أن يُفضَّلَ من أمر الله بالتسوية بينه وبينه، وأن يسوي بين مَنْ أمر الله بالتفضيل بينهما^(١)!

د - ولأنَّ حاجة الذكر إلى المال أعظمُ من حاجة الأنثى له، من حيث أنهما إذا تزوجا جميعاً، فالصَّدَاقُ والنفقةُ ونفقةُ الأولاد على الذكر، والأنثى لها ذلك منه، فكان أولى بالتفضيل لزيادة حاجته، وقد قسم الله تعالى الميراث ففضَّلَ الذكر مقروناً بهذا المعنى، فيُعْلَلُ به، ويتعدى ذلك إلى العطية في الحياة.

هـ - ثم أجابوا على استدلال مخالفهم القائلين بالتسوية بناءً على حديث بشير بن سعد: بأنه قضيةٌ في عين، وحكايةٌ حالٍ لا عموم لها، وإنما يثبتُ حكمها فيما ماثلها، ولا يُعلم حالُ أولاد بشير، هل كان فيهم أنثى أو لا؟ ولعلَّ النبي ﷺ قد علم أنه ليس له إلا أولاد ذكور^(٢)! ثم إن التسوية في الحديث تحتلُّ إرادة القسمة على كتاب الله تعالى، وتحتلُّ إرادة التسوية في أصل العطاء لا في صفته، إذ القسمة لا تقتضي التسوية من كل وجه.

١٠ - والذي يظهر لي بعد النظر في أدلة الفريقين رجحان القول الأول بأن العدل المطلوب في عطيتهم إنما يكون بالتسوية بينهم في المقدار، فتعطى الأنثى مثل ما يعطى الذكر، وذلك لوجاهة استناده إلى النصوص والمعقول، في حين تقتصر حجة القول الثاني على القياس، ولا يخلو تأويل أصحابه لحديث التسوية من تكلف أو تعسف.

(١) بدائع الفوائد لابن القيم ١٥٢/٣.

(٢) قال الخطابي في معالم السنن (١٩٢/٥): وقد نقل محمد بن إسحاق في سيرته أنَّ بشيراً لم يكن له يومئذ ابنة.

المبحث الثالث

العدل بين الأولاد في النفقة والسكنى

١١ - اختلف الفقهاء في اعتبار النفقة والكسوة والسكنى في حكم العطية المنجزة في حال الصحة، من حيث وجوب التسوية بين الأولاد فيها أو التعديل بينهم بقدر ميراثهم منها على قولين:

(أحدهما) للظاهرية والحنابلة في المذهب: وهو أنه لا يجب التسوية بين الأولاد في النفقة الواجبة والسكنى ولا التعديل بينهم بقدر ميراثهم فيها، بل يجب الإنفاق على كل واحد منهم بحسب كفايته؛ لأن النفقة إنما شرعت لدفع الحاجة^(١).

(والثاني) للشيخ تقي الدين ابن تيمية: وهو التفصيل في المسألة، فإنه بعد أن نص على وجوب التعديل في عطية الأولاد على حسب ميراثهم، قال: «والحديث والآثار تدل على وجوب التعديل بينهم في غير التملك أيضاً. أي في ماله ومنفعته التي ملّكهم كالمسكن والذي أباحهم كالطعام. ثم هنا نوعان:

* نوع يحتاجون إليه من النفقة في الصحة والمرض ونحو ذلك: فتعديله بينهم فيه أن يعطي كل واحد ما يحتاج إليه، ولا فرق بين محتاج قليل أو كثير.

* ونوع يشتركون في حاجتهم إليه من عطية أو منفعة أو تزويج: فهذا لا ريب في تحريم التفاضل فيه.

* وينشأ من بينهما نوع ثالث، وهو أن ينفرد أحدهم بحاجة غير معتادة؛ مثل أن يقضي عن أحدهم ديناً وجب عليه من أرش جنائية، أو يعطي عنه المهر، أو يعطيه نفقة الزوجة ونحو ذلك: ففي وجوب إعطاء الآخر مثل ذلك نظر. وتجهيز البنات بالنخل أشبه، وقد يلحق بهذا. والأشبه أن يقال في هذا أنه يكون بالمعروف. فإن زاد على المعروف، فهو من باب النخل.

(١) كشاف القناع ٣/٤، شرح منتهى الإرادات ٢/٥٢٤، المحلى لابن حزم ٩/١٤٢، ١٤٩.

★ هـ ٦١٣١ - رشت ولسا علماء - ★ من حق الأبناء على الآباء العدل بينهم في العطية والنفقة ★

ولو كان أحدهما محتاجاً دون الآخر أنفق عليه قدر كفايته، وأما الزيادة فمن النخل.
ولو كان أحد الأولاد فاسقاً، فقال والدّه: لا أعطيك نظير إخوتك حتى تتوب. فهذا حسنٌ
لتعين استنابته. وإذا امتنع من التوبة، فهو الظالم لنفسه. فإن تاب وجب عليه أن يعطيه.
وأما إذا امتنع من زيادة الدّين، لم يجز منعه^(١).

ملحق

في قسمة المال في الحياة بين الأولاد

١٢ - اختلف الفقهاء في حكم قسمة المال في الحياة بين الأولاد على ثلاثة أقوال: (أحدها) للمالكية والحنابلة في المذهب: وهو أنه يجوز للمرء قسمة ماله بين أولاده وسائر ورثته في حياته على فرائض الله تعالى، ولا كراهة في ذلك. لأنها قسمة ليس فيها جور، فجازت في جميع ماله كبعضه. (أرضي المصنف عن ذلك بقصة الهبة والهدايا مع إكراهها أما إذا وقعت القسمة على غير مواريتهم، فقد نصّ المالكية على كراهة ذلك، والمتبادر من كلام الحنابلة الحرمة. كزينة الأئمة في فضل في الدين أو شأوت في الحاجة، ومن دافع قال الحنابلة: فإن حَدَثَ له وارثٌ بعد قسمة ماله بينهم بحسب أنصبتهم في الميراث، فيجبُ عليه أن يعطيه حصته من الميراث، ليحصل التعديلُ الواجب. وإن وُلِدَ له ولدٌ بعد موته، استُحِبَّ للمعطي أن يساوي المولود الحادث بعد أبيه، لما فيه من الصلة وإزالة الشحناء^(٢). أو كراهة عائلة أو اشتغال بالعلم، أو صرف عطية من بعض أولادك لنفسه أو بعض أولاده^(٣)). لأحمد في رواية عنه حكاها في المبدع: وهي أنه يكره للحي قسْمُ ماله بين أولاده^(٣).

(والثالث) لأحمد في رواية أخرى عنه نقلها صاحب المغني واقتصر عليها: قال رحمه الله: أجبُّ ألا يقسم ماله، ويدَّعُهُ على فرائض الله تعالى، لعلَّه أن يولد له. فإن أعطى ولده ماله،

(١) الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص ١٨٥.

(٢) كفاية الطالب الرباني وحاشية العدوي عليه ٢/٢٤٠، شرح منتهى الإرادات ٢/٥٢٥، كشاف القناع ٤/٣٤٥.

(٣) المبدع ٥/٣٧٤.

ثم ولد له ولدٌ، فأعجبُ إليَّ أي يرجع، فيسوي بينهم. قال ابن قدامة: «يعني يرجع إلى الجميع، أو يرجعُ في بعض ما أعطى كل واحد منهم، ليدفعوه إلى هذا الولد الحادث ليساوي إخوته. فإن كان هذا الولدُ الحادثُ بعد الموت، لم يكن له الرجوع على إخوته، لأن العطية لزمت بموت أبيه إلا على الرواية الأخرى التي ذهب إليها أبو عبد الله ابن بطه. ولا خلاف في أنه يُستحبُّ لمن أعطى أن يساوي أخاه في عطيته، ولذلك أمر أبو بكر وعمر - رضي الله عنهما - قيس بن سعد بردَ قسمة أبيه، ليساوا المولود الحادث بعد موت أبيه»^(١).

قال ابن قدامة: «يعني يرجع إلى الجميع، أو يرجعُ في بعض ما أعطى كل واحد منهم، ليدفعوه إلى هذا الولد الحادث ليساوي إخوته. فإن كان هذا الولدُ الحادثُ بعد الموت، لم يكن له الرجوع على إخوته، لأن العطية لزمت بموت أبيه إلا على الرواية الأخرى التي ذهب إليها أبو عبد الله ابن بطه. ولا خلاف في أنه يُستحبُّ لمن أعطى أن يساوي أخاه في عطيته، ولذلك أمر أبو بكر وعمر - رضي الله عنهما - قيس بن سعد بردَ قسمة أبيه، ليساوا المولود الحادث بعد موت أبيه»^(١).

والله اعلم بالصواب. قال ابن قدامة: «يعني يرجع إلى الجميع، أو يرجعُ في بعض ما أعطى كل واحد منهم، ليدفعوه إلى هذا الولد الحادث ليساوي إخوته. فإن كان هذا الولدُ الحادثُ بعد الموت، لم يكن له الرجوع على إخوته، لأن العطية لزمت بموت أبيه إلا على الرواية الأخرى التي ذهب إليها أبو عبد الله ابن بطه. ولا خلاف في أنه يُستحبُّ لمن أعطى أن يساوي أخاه في عطيته، ولذلك أمر أبو بكر وعمر - رضي الله عنهما - قيس بن سعد بردَ قسمة أبيه، ليساوا المولود الحادث بعد موت أبيه»^(١).

والله اعلم بالصواب. قال ابن قدامة: «يعني يرجع إلى الجميع، أو يرجعُ في بعض ما أعطى كل واحد منهم، ليدفعوه إلى هذا الولد الحادث ليساوي إخوته. فإن كان هذا الولدُ الحادثُ بعد الموت، لم يكن له الرجوع على إخوته، لأن العطية لزمت بموت أبيه إلا على الرواية الأخرى التي ذهب إليها أبو عبد الله ابن بطه. ولا خلاف في أنه يُستحبُّ لمن أعطى أن يساوي أخاه في عطيته، ولذلك أمر أبو بكر وعمر - رضي الله عنهما - قيس بن سعد بردَ قسمة أبيه، ليساوا المولود الحادث بعد موت أبيه»^(١).

(١) المغني ٨/ ٢٧١.

★ من حق الأبناء على الآباء العدل بينهم في العطفة والنفقة ★

الخاتمة

لقد تبين لنا بعد هذا العرض الفقهي المفصل للموضوع، وبيان آراء العلماء والمذاهب في جزئياته وأدلتهم ومناقشتها ما يلي:

١ - كما أن للوالدين على الأبناء حقوقاً يجب عليهم رعايتها، فللأولاد على الأبوين أيضاً حقوق ينبغي عليهما القيام بها وعدم التفريط في مراعاتها، ومنها العدل بينهم في العطاء حال الحياة، لأنّ تفضيل بعضهم أو تخصيصه فيه ذريعة ظاهرة إلى وقوع العداوة والبغضاء بين الأولاد من جهة وعقوق الآباء من جهة أخرى.

٢ - وأنه لا خلاف بين الفقهاء في استحباب العدل بين الأولاد في العطفة، وإن كان بينهم ثمة اختلاف في الحكم الوضعي للتفضيل بين قائل بصحة الهبة ونفاذها مع الكراهة أو مع الحرمة، وبين ذاهب إلى اعتبارها باطلة أصلاً. وفي الحكم التكليفي أيضاً بين مجيز مع الكراهة التنزيهية إلّا لزيادة فضل في الدين أو تفاوت في الحاجة، وبين ذاهب إلى التحريم مطلقاً دون تفصيل، وبين مقيد للحظر بما إذا قصد الوالد بها الإضرار بالباقيين، وبين متجه إلى وجوب التسوية وحرمة التفضيل إذا لم يختص أحد الأولاد بمعنى يقتضيه. أمّا إذا خصّ الوالد أحدهم لمعنى يقتضي تخصيصه كحاجة أو مرض مزمن أو كثرة عائلة أو اشتغال بالعلم، أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو استعانتها بها على معصية الله تعالى، فذلك صحيح جائز.

٣ - وقد ترجّح لنا وجوب العدل بين الأولاد في العطفة، وأنه يحرم على الوالد تفضيل أحدهم على غيره فيها بدون إذن الباقيين، ولا فرق في امتناع التخصيص والتفضيل والإيثار بين كون البعض ذا حاجة من مرض مزمن أو عمى أو عيال أو كونه ذا صلاح أو علم أو لا. ولو فضلّ الوالد بعض أولاده أو خصّ أحدهم دون سواهم بلا إذن الباقيين أتمّ، ووجبّ عليه التسوية بأحد أمرين: إما رد ما فضلّ به البعض، وإما إتمام نصيب الآخرين حتى يستووا.

٤ - وأنه لا فرق بين الأم والأب في المنع من المفاضلة بين الأولاد فيها، لأن العلة في منع الأب من التفضيل والإيثار والتخصيص متحققة في الأم دون أي فارق.

- ٥ - ثم بينا اختلاف الفقهاء في كيفية العدل بين الأولاد في العطية إلى فريقين: (أحدهما) يذهب إلى أن العدل المطلوب فيها أن يجعلها بينهم على قدر ميراثهم، وذلك بإعطاء الذكر مثل حظ الأنثيين. (والثاني) وهو الراجح في نظرنا: أن العدل المطلوب بينهم فيها إنما يكون بالتسوية بينهم في المقدار، فتعطى الأنثى مثل ما يعطى الذكر، ولا فرق.
- ٦ - ثم أوضحنا أنه لا يجب على الوالد التسوية بين الأولاد في النفقة الواجبة والسكنى ولا التعديل بينهم بقدر ميراثهم فيها، كما هو الأمر في العطية، بل يجب الإنفاق على كل واحد منهم بحسب كفايته، لأن النفقة إنما شرعت لدفع الحاجة.
- ٧ - وأنه يجوز للمرء قسمة ماله بين أولاده في حياته على فرائض الله تعالى، ولا يحل له أن يقسمه بينهم على خلافها.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

★ من حق الأبناء على الآباء العدل بينهم في العطية والتنفقة ★

مراجع البحث

- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد، ط. إدارة الطباعة المنيرية بمصر سنة ١٣٤٤هـ.
- إحياء علوم الدين للغزالي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٤٧هـ.
- الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية للبعلي، مطبعة السنة المحمدية بمصر سنة ١٣٦٩هـ.
- أسنى المطالب للشيخ زكريا الأنصاري وحاشية الرملي عليه، مطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٣هـ.
- الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر، ط. قطر سنة ١٤٠٦هـ.
- الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب، مطبعة الإرادة بتونس.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية، مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٧٤هـ.
- إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان لابن القيم، مطبعة أنصار السنة المحمدية بمصر سنة ١٣٥٨هـ.
- البحر الرائق لابن نجيم ومعه منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين، مطبعة دار الكتب العربية بمصر سنة ١٣٣٣هـ.
- بدائع الصنائع للكاساني، مطبعة الجمالية بمصر سنة ١٣٢٧هـ.
- بدائع الفوائد لابن قيم الجوزية، مطبعة المنيرية بمصر.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٧٩هـ.
- تحفة المودود بأحكام المولود لابن قيم الجوزية، ط. دار البيان ببيروت سنة ١٤٠٧هـ.
- رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، مطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٢٧٢هـ.
- روضة الطالبين للنووي، ط. المكتب الإسلامي بدمشق سنة ١٣٨٨هـ.
- روضة القضاة للسمناني، ط. مؤسسة الرسالة ودار الفرقان سنة ١٤٠٤هـ.
- الزواجر عن اقتراف الكبائر لابن حجر الهيتمي، ط. دار المعرفة ببيروت.
- سنن الترمذي، ط. مصر سنة ١٣٨٤هـ.

- سنن سعيد بن منصور، ط. الدار السلفية في بومبي الهند سنة ١٤٠٣هـ.
- السنن الكبرى للبيهقي، ط. حيدر آباد الدكن بالهند سنة ١٣٤٤هـ.
- سنن ابن ماجه، ط. عيسى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٧٣هـ.
- سنن النسائي، مطبعة المصرية بالقاهرة سنة ١٣٤٨هـ.
- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني، ط. دار الكتب العلمية ببيروت سنة ١٤٠٥هـ.
- شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للأبياني، مطبعة الشعب بالقاهرة سنة ١٣٢١هـ.
- شرح السنة للبغوي، ط. المكتب الإسلامي بدمشق سنة ١٣٩٤هـ.
- شرح صحيح مسلم للنووي، مطبعة المصرية بالقاهرة سنة ١٣٤٩هـ.
- شرح مختصر سنن أبي داود لابن قيم الجوزية، مطبعة أنصار السنة المحمدية بمصر سنة ١٣٦٩هـ.
- شرح معاني الآثار للطحاوي، مطبعة الأنوار المحمدية بمصر سنة ١٣٨٧هـ.
- شرح منتهى الإرادات للبهوتي، ط. مصر.
- صحيح مسلم، ط. دار إحياء الكتب العربية بمصر سنة ١٣٧٥هـ.
- عارضة الأحوذى للقاضي ابن العربي، مطبعة الصاوي بمصر سنة ١٣٥٣هـ.
- فتاوى قاضيخان، مطبوع بهامش الفتاوى الهندية، مطبعة بولاق سنة ١٣١٠هـ.
- الفتاوى الهندية، مطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١٠هـ.
- فتح الباري لابن حجر العسقلاني، مطبعة السلفية بمصر.
- القوانين الفقهية لابن جزي الغرناطي، ط. الدار العربية للكتاب بتونس سنة ١٩٨٢م.
- الكافي لابن عبد البر القرطبي، ط. دار الكتب العلمية ببيروت.
- كشف القناع للبهوتي، مطبعة الحكومة بمكة المكرمة سنة ١٣٩٤هـ.
- كفاية الطالب الرباني وحاشية العدوي عليه، ط. دار المعرفة ببيروت.
- المبدع شرح المقنع لبرهان الدين ابن مفلح، ط. المكتب الإسلامي بدمشق سنة ١٤٠٠هـ.
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لنور الدين الهيثمي، ط. القدسي بمصر سنة ١٣٥٣هـ.
- مجموع فتاوى ابن تيمية، ط. السعودية سنة ١٣٩٨هـ.
- المحلى لابن حزم، مطبعة المنيرية بمصر سنة ١٣٥٠هـ.
- مختصر سنن أبي داود للمنذري، مطبعة أنصار السنة المحمدية بمصر سنة ١٣٦٩هـ.

★ من حق الأبناء على الآباء العدل بينهم في العتية والتفقة ★

- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح للملا علي القاري، مطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٩هـ.
- المستدرك للحاكم، ط. حيدر أباد الدكن بالهند سنة ١٣٤١هـ.
- مسند أحمد بن حنبل، مطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٣هـ.
- معالم السنن للخطابي، مطبعة أنصار السنة المحمدية بمصر سنة ١٣٦٩هـ.
- المغني لابن قدامة، ط. هجر بمصر سنة ١٤١٠هـ.
- المنتقى شرح الموطأ للباجي، مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٣٢هـ.
- موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان للهيتمي، مطبعة السلفية بمصر سنة ١٣٥١هـ.
- الموطأ للإمام مالك، مطبعة دار إحياء الكتب العربية بمصر سنة ١٣٧٠هـ.
- نيل الأوطار للشوكاني، ط. دار الكتب العلمية ببيروت سنة ١٤٠٣هـ.

مدى حاجة الفقيه إلى اللغة العربية

الشيخ / عبدالله شيخ محفوظ بن بيه (*)

مدخل: الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله وعلى آله وصحبه. هذا عنوان اخترناه لتنبية المهتمين باستنباط الأحكام من الكتاب والسنة والمتصدرين للقضاء والفتوى وأساتذة الجامعات إلى أهمية إتقان اللغة العربية كإتقان مصطلح الحديث أو أصول الفقه، وهذا المقال هو أيضاً إهابة بطلبة الدراسات الإسلامية وكلليات الشريعة الذين قد يظن بعضهم أن اللغة العربية هي شأن طلاب كلية اللغة أو كلية الآداب، نهيب بأولئك ليعطوا اللغة العربية من العناية ماتستحق، فهي شرط أساسي ومفتاح ضروري لفتح أبواب الشريعة إذ بدون معرفتها تلتبس عليهم الوجوه وتلتوي بهم السبل، ويحزون في غير مفصل ويفزعون إلى غير معقل، لأن القرآن الكريم نزل بلسان عربي مبين قال تعالى: ﴿وإنه لتنزيل رب العالمين﴾^(١) ﴿نزل به الروح الأمين﴾^(٢) ﴿على قلبك لتكون من المنذرين﴾^(٣)، ﴿بلسان عربي مبين﴾^(٤)، وقال تعالى: ﴿وكذلك أوحينا إليك قرآناً عربياً﴾^(٥)، وقال تعالى:

(*) وزير العدل والتربية ووزير التوجيه الوطني في موريتانية، قاضي سابق بالمحكمة العليا في ذلك البلد، ويعمل الآن أستاذاً بجامعة الملك عبدالعزيز كلية الآداب، وعضو في المجلس العالمي الأعلى في رابطة العالم الإسلامي، وعضو الهيئة العليا للإعجاز العلمي في القرآن والسنة، وخبير في المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.

(١) سورة الشعراء، الآية: ١٩٢.

(٢) سورة الشعراء، الآية: ١٩٣.

(٣) سورة الشعراء، الآية: ١٩٤.

(٤) سورة الشعراء، الآية: ١٩٥.

(٥) سورة الشورى الآية ٧.

﴿إِنَّا جَعَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾^(١). إلى غير ذلك من الآيات التي تشير إلى عربية القرآن ولا أقول عروبيته، فالقرآن هو رباني المبدأ، عالمي التطبيق. قال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا﴾^(٢)، فليس دعوة لأقوام عن أقوام، ولا لزمان عن زمان. قال النبي، ﷺ: «وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى الأحمر والأسود»^(٣)، وإنه لشرف للعرب أن تنزل الرسالة الخاتمة بلسانهم وتكون مسؤولية يتحملها مؤمنهم لبيّن للناس مانزل من هذا الدين خير بيان، وحجة على كافرهم حيث بلغته الرسالة أحسن بلاغ، وفي البحث الذي نقدمه بلاغ وبيان لطلبة العلم وسيكون مؤلفاً من: مقدمة عن أهمية الخطاب الملفوظ وثلاثة فصول.

الفصل الأول: عن مكانة اللغة العربية عند السلف الصالح.

الفصل الثاني: فروع تنبني على اللغة العربية واختلاف الفقهاء والأصوليين الذي يرجع إلى اللغة العربية.

ثم الفصل الأخير: عن ضرورة اللغة العربية للمجتهد.

ثم خاتمة كخلاصة لنتائج البحث.

أهمية الخطاب الملفوظ:

وكمقدمة لما نحن بصدد نقول إن الشريعة تُتَلَقَّى عن الشارع من ثلاث طرق: (١)

القول (٢) الفعل (٣) الإقرار.^(٤)

أما القول فهو أن يقول الشارع أفعَل أو لا تفعل وهو شامل لما دلَّ عليه في محل النطق وهو المنطوق والنص والظاهر. ويشمل دلالة الاقتضاء ودلالة الإشارة على الأصح. وما دلَّ عليه لا في محل النطق وهو المفهوم الذي ينقسم إلى مفهوم موافقة ومفهوم مخالفة^(٥).

أما الفعل، فهو أفعال النبي، ﷺ، حيث إنها تكون تارة بياناً للأقوال، فتتزل منزلتها على الصحيح، فإذا كان الفعل بياناً لقول واجب كأفعال الحج كان واجباً وإذا كان بياناً لمدوب كان مندوباً، وإذا كان بياناً لجائز كان جائزاً على خلاف بين الأصوليين في التفاصيل

(١) سورة الزخرف الآية ٣.

(٢) سورة سبأ من الآية ٢٨.

(٣) رواه الشيخان والنسائي: جمع الفوائد ص ٢٧٧.

(٤) ابن رشد: بداية المجتهد ج ١ ص ١، الطوفي: مختصر الروضة ج ٢ ص ٦٢.

(٥) نشر البنود على مراقبي السعود ج ١ ص ٨٩ وما بعدها.

وإذا لم يكن بياناً لقول فيختلف في دلالاته بين قائل بالوقف لأنه لاصيغة له وبين قائل بدلالته على الإباحة فيما ليس من جنس القرب وعلى النذب فيما هو من جنسها^(١). أما الإقرار فهو أن يقر النبي ﷺ غيره على قول أو فعل بحضرته أو في مكان يبلغه فلم ينكره فيدل على الجواز.

مهما يكن من خلاف في الحكم الذي ينبغي أن يوصف به الفعل والإقرار، فإن الفعل والإقرار يرجعان إلى قول ولو لم يكن قول الشارع فهو قول راوٍ لحادثة من الحوادث كقول الراوي وهو عبد الله بن عباس: «قضى رسول الله ﷺ بالشاهد واليمين»^(٢)، وكقول عمران بن حصين رضي الله عنه فيما يرويه أبو داود: «سهى النبي ﷺ فسجد»^(٣).

فهذه الحكايات وإن كان الأصوليون قد اختلفوا في درجة وضعها من حيث المدلول وهل يعطى لها ما يعطى لكلام الشارع: فقالوا في الأول في مبحث العموم هل يعم أو لا يعم، وقالوا في الثاني إن التعقيب بالفاء يدل على العلية في كلام الشارع والراوي. المراد: بهذه المقدمة أن الشريعة ترجع إلى كلام وهذا الكلام جاء بلغة عربية سواء كان لفظاً للشارع أو حكاية لفعله أو تقريره. وباعتبار آخر فإن الذي يتعامل مع النصوص الشرعية لاستخراج الأحكام وتقرير المسائل فإنه يتعامل معها على أساسين لا ثالث لهما: النصوص والمقاصد.

أما الأساس الأول فما يفهم من اللفظ، سواء فهم في محل النطق وهو المنطوق أو فهم لا في محل النطق وهو المفهوم بشقيه على ما أسلفنا وهذا الجانب يرجع فيه حتماً إلى اللغة. أما الأساس الثاني فهو المقاصد وهي لا تفتقر إلى اللغة افتقار الألفاظ إليها بل ترجع إلى حكمة التشريع ومعقولية النص وإلى جلب المصالح ودرء المفاسد، وهذا الأساس الثاني من ركائز الاجتهاد، وتدخل فيه أدلة كثيرة: القياس، والاستحسان وسد الذرائع والمصالح المرسلة التي تنبني على المقاصد وهي ثلاثة: الضروري والحاجي والتكميلي أو التحسيني. ويؤيد ما ذكرنا قول الشاطبي: «الاجتهاد إن تعلق بالاستنباط من النصوص فلا بد من اشتراط العلم بالعربية وإن تعلق بالمعاني من المصالح والمفاسد مجردة عن اقتضاء النصوص لها أو مسلمة من صاحب الاجتهاد في النصوص فلا يلزم في ذلك العلم بالعربية

(١) بداية المجتهد ج ١ ص ٣.

(٢) أخرجه مسلم ج ٥/ ١٢٨، وأبو داود (٣٦٠٨).

(٣) رواه أبو داود ١٠٣٩ والترمذي ٢٤١/٢ الضياء اللامع لابن حلول ج ٢ ص ٦.

★ مدى حاجة الفقيه إلى اللغة العربية ★

وإنما يلزم العلم بمقاصد الشرع من الشريعة جملة وتفصيلاً^(١)، وأطال النفس في الاستشهاد، وقد نبه المعلق الشيخ عبدالله دراز إلى احتياج المقاصد أيضاً للغة العربية ومهما يكن من أمر فإن احتياج الأساس الأول إلى العربية لا خلاف فيه.

وهذه المكانة التي تحتلها اللغة العربية في خطاب الشرع جعلت السلف الصالح يهتم باللغة اهتماماً بالغاً: ويعيرها عناية فائقة، فيحدثنا التاريخ عن وقائع ذات مغزى عميق ولكنها طريفة في نفس الوقت.

فمن ذلك ما ذكره ابن يعيش في شرحه للمفصل من أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه ورد عليه كتاب من أبي موسى الأشعري وكان قاضياً له بالكوفة وقد صُدِّرَ الكتاب بعبارة: «من أبو موسى إلى أمير المؤمنين» برفع «أبو» وكان لأبي موسى كاتب لا يحسن اللغة حيث لم يضع الياء علامة الجر موضع الواو علامة الرفع في الأسماء الخمسة. فلما ورد الكتاب على أمير المؤمنين عمر لفت انتباهه هذا اللحن ولعله اغتاظ للعواقب التي ستحيق بهذه اللغة إذا استمر الأمر الأمر على هذه الوتيرة، فما كان منه إلا أن كتب إلى أبي موسى «يأمره بضرب كاتبه سوطاً وأن يعزله عن وظيفة الكتابة»^(٢)، إنه تأديب شديد يلحق بموظف فينهى خدمته، ويمسه بلهيب السوط من إمام ملأ الدنيا عدلاً وبذ الحكام فضلاً، هل انتهكت حرمة الشريعة حتى يغضب عمر؟ هل حدثت بدعة في الدين حتى يرفع السوط؟ حقاً إن تلك المعاني لم تكن غائبة عن ذهن عمر، فعلاقة الشريعة باللغة أكيدة والابتداع قادم إذا لم تستقم الألسنة والأقلام.

ونجد الخليفة الأول أبا بكر الصديق رضي الله عنه يأسف للحن العامة وعدم دقتهم في استعمال أوجه الكلام حيث جاء في «ربيع الأبرار» أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه مرَّ برجل يقال له أبو لفاقة في يده ثوب فقال له الصديق رضي الله عنه، أتبيع هذا الثوب؟ فقال لا رحمك الله، فقال الصديق قد قومت ألسنتكم لو تستقيمون، لاتقل هكذا قل لا ورحمك الله^(٣)، لأن الفصل أي ترك الواو - يوهم الدعاء عليه لا له. ومقتضى الأدب والذوق السليم وفقه اللغة يوجب إدخال الواو بين النفي الذي يمثل جملة خبرية وبين الدعاء الذي هو جملة إنشائية وردت بصيغة الخبر ويسمى إدخال الواو بينهما وصلاً.

(١) الموافقات للشاطبي جـ ٤ ص ١٦٢.

(٢) ابن يعيش: شرح المفصل جـ ٢ ص ٩٥.

(٣) الحافظ السيوطي: شرح عقود الجمان ص ٦٢.

وذلك يدل أيضاً على أن تقويم الألسنة من مهمات خليفة المسلمين. وبلغ اهتمامهم به أن أمير المؤمنين علياً رضي الله عنه: «عَلَّمَ أبا الأسود الدؤلي الإسم والفعل وأبواباً من العربية قائلاً له: انح هذا النحو، فكان ذلك أصل النحو على قول، وقيل إن أصل النحو يوناني ومنه يوحنا الإسكندراني هكذا يقول الأزهري. أما ابن سيده فقال إنه من انتحاه إذا قصده لأنه انتحاء سَمَت كلام العرب في تصرفه من إعراب وتثنية وجمع وتحقير وتكسير، وكلام ابن سيده هو الظاهر عند كثير من النحاة^(١).

وتحتفظ ذاكرة كتب الشريعة والفقه بقصص لاتقل طرافة وظرفاً تقع بمحضر الخلفاء، بين الفقهاء والنحاة. فمن ذلك ماوقع بين الكسائي القاريء النحوي وأبي يوسف القاضي صاحب أبي حنيفة حيث تحدى الكسائي أبا يوسف قائلاً هل لك في مسألة؟ ويستفهم أبو يوسف عن طبيعة المسألة نحو أم فقه؟ فيقول الكسائي فقه فيضحك الخليفة الرشيد حتى يفحص برجله كما تقول الرواية استغراباً لهذه الدعوى. ولكن الكسائي يبادر موجهاً خطابه إلى أبي يوسف ماتقول في رجل قال لزوجته: «أنت طالق أن دخلت الدار». وفتح الهمزة فقال أبو يوسف تطلق إذا دخلت الدار فقال الكسائي - وقد أمكنت رميته فلم تشو - أخطأت قد طلقت امرأته، ذلك لأن الزوج في هذا لم يعلق الطلاق وإنما علله بأن المفتوحة المصدرية كأنه قال أنت طالق من أجل دخولك الدار، فعجب أبو يوسف وصار يتردد على الكسائي. يعلق الشاطبي على ذلك قائلاً: «هذه المسألة جارية على أصل لغوي لا بد من البناء عليه في العلمين»^(٢).

ويجري هذا المجرى سؤال الرشيد لأبي يوسف عما يترتب على الرفع والنصب في لفظي «عزيمة» و«ثلاث» في قول الشاعر:

فإن ترفقي ياهند فالرفق أيمن وإن تخرقي ياهند فالخرق أشأم
فأنت طلاق والطلاق عزيمة ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فما على هذا القائل إذ نصب «ثلاث» أو رفعها - مع ملاحظة أن رفع «عزيمة» أو نصبها سيدور في اتجاه معاكس حتماً - فقال أبو يوسف وهو يقلب رسالة الخليفة هذه مسألة فقهية نحوية فلا آمن الخطأ فيها إذا قلت برأيي، فذهب إلى الكسائي وهو في فراشه فأجابه بأنه في حالة نصب «ثلاث» تطلق ثلاثاً وفي حالة الرفع تطلق واحدة.

(١) الزبيدي: تاج العروس ج ١٠ / ٢٦٠.

(٢) راجع الموافقات ج ١ / ٨٤ وهو منقول عنه بتصرف.

★ مدى حاجة الفقيه إلى اللغة العربية ★

وتأويل ذلك أنها في حالة النصب تكون تمييزاً للطلاق المنبهم في جملة «فأنت طلاق» وفي حالة الرفع مع نصب «عزيمة» تكون خبراً للطلاق وهو المبتدأ في الجملة الثانية فكتب أبو يوسف الجواب للخليفة فأعجبه وبعث إليه بهدية فأرسلها أبو يوسف إلى الكسائي^(١) وفي البيت أوجه أخرى يمكن الاطلاع عليها في «مغني اللبيب» لابن هشام وغيره. وأهمية اللغة والنحو جعلت بعض النحاة يتصدر للفتوى فيقول أبو عمر الجرمي: «إنه يفتي من كتاب سيبويه منذ كذا سنة» وكتاب سيبويه كما هو معروف في النحو وليس في الفقه، وتأول بعضهم كلامه على أنه كان يعرف الحديث وأن كتاب سيبويه كان يوضح له أساليب العرب ولطائف لغتها^(٢).

أما الفقهاء فإن مدار اختلافاتهم في كثير من المسائل الفقهية يرجع إلى مسائل نحوية أو لغوية في مسائل الشروط والأيمان والاستثناء وألفاظ الشارع وألفاظ المكلفين في عقودهم وخصوصاً في قضايا الأوقاف والوصايا.

ولهذا فقد ضمن محمد بن الحسن الشيباني كتابه: «الجامع الكبير» في كتاب «الأيمان» منه مسائل فقهية تبنى على أصول عربية لاتتضح إلا لمن له قدم راسخ. ومن مسأله الغامضة أنه لو قال: «أي عبيدي ضربك فهو حر فضربه الجميع عتقوا ولو قال» أي عبيدي ضربته فهو حر، فضرب الجميع لم يعتق إلا الأول منهم. قال ابن يعيش موجهاً كلامه ذلك بأن الفعل في المسألة الأولى عام وفي الثانية خاص^(٣).

وقد نبه الزمخشري على حاجة الفقيه إلى اللغة التي هي العلم بالكلم المفردة والإعراب التي هي اختلاف أواخرها لإبانة معانيها، قائلاً في تقريره للشعوبية: «فإن صحَّ ذلك فما بالهم لا يطلقون اللغة رأساً وإعراب» إلى أن قال: «ولا يتكلموا في الاستثناء فإنه نحو وفي الفرق بين المعرف والمنكر فإنه نحو وفي التعريفين: تعريف الجنس والعهد فإنه نحو وفي الحروف كالواو والفاء وثم ولام الملك والتبويض ونظائرها وفي الحذف والإضمار وفي أبواب الاختصار والتكرار وفي التطبيق بالمصدر واسم الفاعل وفي الفرق بين إن وأن وإذا ومتى وكلما وأشباها مما يطول وكل ذلك نحو.

قال ابن يعيش شارحاً كلامه:

(١) ابن هشام: مغني اللبيب جـ ١/ ٥٣.

(٢) الطوفي: شرح مختصر الروضة جـ ٣/ ٣٩.

(٣) ابن يعيش: شرح المفصل جـ ١/ ١٤.

يشير - أي الزمخشري - بذلك إلى شدة فاقة الفقيه إلى معرفة العربية، ألا ترى أن الرجل إذا أقر فقال لفلان عندي مائة غير درهم يرفع غير يكون مقرًا بالمائة كاملة لأن غير هنا صفة للمائة وصفتها لاتنقص شيئاً منها وكذلك لو قال عليّ مائة إلا درهم كان مقرًا بالمائة كاملة لأن إلا تكون وصفًا كغير قال تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾^(١)، ولو قال له عندي مائة غير درهم أو إلا درهمًا بالنصب لكان مقرًا بتسعة وتسعين درهمًا لأنه استثناء والاستثناء إخراج ما بعد حرف الاستثناء من أن يتناوله الأول، وكذلك لو قال ماله عليّ مائة إلا درهمين لم يلزمه شيء كما لو قال ماله عليّ ثمانية وتسعون درهمًا ولورفع فقال ماله عندي مائة إلا درهمان لكان مقرًا بدرهمين والمسائل في ذلك كثيرة. ومن ذلك لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق فإنه لا يقع الطلاق إلا بدخول تلك الدار المعينة، ولو قال إن دخلت دارًا فأنت طالق وقع الطلاق بدخول أي دار دخلتها، لأنه علق الطلاق بدخول دار منكورة ولشياعها تعم وفي الأول علق الطلاق بدخول دار معهودة فلا يقع الطلاق إلا بدخولها: أما الفرق بين لام العهد ولام الجنس فمن جهة المعنى وأما اللفظ فشيء واحد وذلك أنك إذا قلت الرجل وأردت العهد فإنه يخص واحدًا بعينه، ومعنى العهد أن تكون مع إنسان في حديث عن ثالث غائب ثم يقبل الرجل فتقول وافي الرجل أي الذي كنا في حديثه وذكره قد وافي. وإن أردت تعريف الجنس فإنه يدل على العموم والكثرة ولا يكون مخبرًا عن إحاطة بجميع الجنس لأن ذلك متعذر غير ممكن فإذا قلت العسل حلو والخل حامض فإنما معناه العسل الشائع في الدنيا المعروف بالعقل دون حاسة المشاهدة حلو، وكذلك الخل والذي يدل على أن الألف واللام إذا أريد بهما الجنس تعمان قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ لِفِي خَسْرٍ﴾^(٢) إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات^(٣) فصحة الاستثناء من الإنسان تدل على أن المراد به الجماعة ومن ذلك حروف العطف نحو الواو والفاء وثم فإن الواو معناها الجمع المطلق من غير ترتيب والفاء تدل على أن الثاني بعد الأول بلا مهلة وثم كذلك إلا أن بينهما تراخيًا، فعلى هذا إذا قال لزوجته أنت طالق إن دخلت الدار وكلمتك فهذه تطلق بوقوع الفعلين جميعًا بدخول الدار والكلام لاتطلق بأحدهما دون الآخر فإن دخلت الدار ولم يكلمها لم تطلق وإن كلمها ولم تدخل الدار لم تطلق ولكن إذا جمع بينهما طلقت ولا يبالي بأيهما بدأ بالكلام أم بالدخول أي

(١) سورة الأنبياء، من الآية: ٢٢.

(٢) سورة العصر، الآية: ٢.

(٣) سورة العصر، من الآية: ٣.

ذلك بدأ به وقع الطلاق بعد أن يجمع بينهما لأن المعطوف بالواو يجوز أن يقع آخره قبل أوله ألا ترى أنك تقول رأيت زيداً فيجوز أن يكون عمرو في الرؤية قبل زيد، قال الله تعالى: ﴿واسجدى واركعي مع الراكعين﴾^(١). وكذلك إن قال لخدمه إن دخلت الدار وكلمت زيداً فأنت حر فإن ذلك لا يقع إلا بوقوع الفعلين جميعاً كيف وقعا ولا فرق فيه بين وقوع الأول قبل الثاني أو الثاني قبل الأول في اللفظ، ولو قال إن دخلت فكلمت عمراً لا يقع ذلك إلا بالجمع بينهما مرتباً الكلام بعد الدخول بلا مهلة ولو قال ذلك بثم لكان في الترتيب مثل الفاء إلا أنه يكون بينهما تمام وتراخ، ومن ذلك حروف الجر نحو من واللام فإن الرجل إذا حلف وقال والله لا آكل من طعام زيد فإنه يحنث بأكل اليسير منه ولو قال لا آكل طعام زيد فإنه لا يحنث إلا بأكل الجميع وكذلك لو كان عنده فقال هو لزيد بفتح اللام والرفع لم يلزمه شيء ولو قال لزيد بكسر اللام والخفض لكان مقراً له به لأن اللام إذا فتحتها كانت تأكيداً وكان مخبراً أن الخادم اسمه زيد. وإذا كسر اللام كانت لام الملك الخافضة وكان مخبراً أنه ملكه... ومن ذلك مسائل الطلاق إذا قال: أنت طالق طلقت منه وإن لم ينو ولو أتى بلفظ المصدر فقال أنت طالق لم يقع الطلاق إلا بنيته لأنه ليس بصريح إنما هو كناية على إرادة إيقاع المصدر موقع اسم الفاعل على حد ماء غور أي غائر. ومنهم من يجعله صريحاً يقع به الطلاق من غير نية كاسم الفاعل لكثرة إيقاع المصدر موقع اسم الفاعل وكثرة استعماله في الطلاق حتى صار ظاهراً فيه... ومن ذلك الفرق بين أن المكسورة المخففة وبين المفتوحة وذلك أن المكسورة معناها الشرط والمفتوحة معناها الغرض والعلة ولو قال أنت طالق إن دخلت الدار لم يقع الطلاق حتى تدخل الدار لأن معنى تعليق الشيء على شرط هو وقوف دخوله في الوجود على دخول غيره في الوجود ولو فتح لكانت طالقاً في الحال لأن المعنى أنت طالق لأن دخلت الدار أي من أجل أن دخلت الدار فصار دخول الدار علة طلاقها لا شرطاً في وقوع طلاقها كما كان في المكسورة وكذلك لو شدد أن يقع الطلاق في الحال كانت دخلت الدار أولم تكن ومن ذلك إذا ومتى وكلما تستعمل في الشرط كما تستعمل إن؛ إلا أن الفرق بين هذه الأشياء وبين إن أن إن تعلق فعلاً بفعل وإذا وكلما للزمان المعين، فإذا قال أنت طالق إن دخلت الدار أو قال أنت طالق إذا دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل الدار، أما إن فشرط لا يقع الطلاق إلا بوجود ما بعدها أما إذا فوقت مستقبل فيه معنى الشرط فكأنه قال أنت طالق إذا جاء وقت كذا وكذا، فهي تطلق وقت دخول الدار فقد استوت إن وإذا في هذا الموضع في وقوع الطلاق وتفترقان

(١) سورة آل عمران، من الآية: ٤٣.

في موضع آخر فلو قال إذا لم أطلقك أو متى لم أطلقك فأنت طالق وقع الطلاق على الفور بمضي زمان يمكن أن تطلق فيه ولم تطلق ولو قال إن لم أطلقك فأنت طالق كان كأنه على التراخي يمتد إلى حين موت أحدهما وذلك لأن إذا ومتى اسمان لزمان المستقبل ومعناهما أي وقت ولهذا تقع جواباً عن السؤال عن الوقت، فإذا قيل متى ألقاك فيقال إذا شئت كما تقول يوم الجمعة أو يوم السبت ونحوهما وليست كذلك إن ألا ترى أنه لو قيل متى ألقاك لم يقل في جوابه إن شئت وإنما تستعمل إن في الفعل ولهذا يجب بها عن سؤال عن الفعل، فإذا قيل هل تأتيني فيقال في الجواب إن شئت ومتى حالها كحال إذا في أنها للزمان وليس في هذه الكلم ما يقتضي التكرار إلا كلما، وذلك أنك إذا قلت كلما دخلت الدار فأنت طالق طلقت بكل دخول إلى أن ينهي عدد الطلاق لأن ما من كلما مع مابعد مصدر، فإذا قال كلما دخلت فمعناه كل دخول يوجد منك فأنت طالق وكل معناه الإحاطة والعموم فلذلك يتناول كل دخول^(١).

وهذا كلام جيد نقلته على طوله للتدليل على أهمية اللغة والنحو للفقيه وهو طر دونه وبل، وغيض من فيض.

ويرجع الخلاف بين الفقهاء إلى مدلولات الألفاظ اللغوية، ويمكن للفقيه أن يستفيد من تطور اللغة عرفاً في مسائل فقهية معاصرة كمدلول القبض والتقابض في البيع وكمدلول الحوز والحياسة في الهبات إلى غيرها ولو أن هذا المبحث لا يهتم بهذا الموضوع وإنما يهتم فقط بلفت الانتباه إلى علاقة اللغة بصفة عامة بالفقه لذكرنا من ذلك الكثير ولعلنا في بحوث قادمة نتعرض إلى ذلك كما نتعرض بتفصيل إلى كثير من الألفاظ اللغوية التي وردت في كلام الشارع وتسبب عنها الخلاف بين الفقهاء كالغسل بين المالكية والجمهور والتبعية في الزكاة بينهم وبين الجمهور والبيات بين الحنابلة في مسألة «أين باتت يده» وغيرهم والقائمة طويلة. ولعلنا الآن نكتفي بمثالين فقط خيفة التطويل وقد اخترتاهما من الكلمات المرتبطة بالحياة اليومية، فهما من الأغذية وما كان ينبغي أن يختلف فيهما لو حكمنا الاستعمال العربي للغة.

ولقد اخترت هذا المصطلح على المصطلح الذي يستعمله الأقدمون، وهو: الحقيقة العرفية: «المجاز اللغوي»^(٢)، لتجنب المقابلة بين الحقيقة اللغوية من وجه والمجاز من وجه

(١) راجع أبي يحيى على المفصل ١١/١ - ١٢ - ١٣.

(٢) القرافي: الاستغناء ص ١٧.

آخر. لأن الإطار العام الذي نقترحه هو اعتبار الحقيقة العرفية تطوراً للحقيقة اللغوية من حيث الاستعمال وقد يقال إن هذا هو المجاز بذاته ولكن المجاز يقابل الحقيقة ومن هنا ينشب الخلاف بين المتمسكين بالأصل أو الفرع في حين نحاول تحقيق ذلك عن طريق الاعتراف بتطور الاستعمال اللغوي كأساس ومرجع عند الاختلاف.

والمثالان هما لفظ «الإدام»:

فقد اختلف في مدلوله ولا خلاف بينهم أن كل ما يصطبغ فيه من المائعات كالزيت والسمن والعسل والرب والخل وغير من ذلك من الأمرار أنه «إدام» وفي الحديث: «نعم الإدام الخل» رواه تسعة من الصحابة سبعة رجال وامرأتان، وإنما الخلاف هل لفظ الإدام يطلق على الجامد أو هو خاص بالمائع؟ فذهب الجمهور إلى أن الإدام يجوز إطلاقه على الجامد كاللحم والتمر وهذا قول مالك والشافعي وأحمد ومحمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة.

وقال أبو حنيفة وهي رواية عن أبي يوسف صاحبه أنه لا يجوز إطلاقه على الجامد كاللحم والتمر لأن حقيقة الإدام عنده من الموافقة على الاجتماع على وجه لا يقبل الفصل كالخل والزيت ونحوهما، وأما البيض: واللحم وغيرهما من الجامدات فلا يوافق بل يجاوره، لأنه يؤكل على حده فلا يكون إداماً^(١).

والمسألة مفروضة في اليمين لو حلف لا يأكل إداماً فأكل هذه الجوامد هل يحنث أو لا؟ فذهب الجمهور إلى الحنث واستدلوا بالدلالة اللغوية وبحديث أبي داود أنه ﷺ أخذ كسرة من شعير فوضع عليها تمر فقال: «هذه إدام هذه»^(٢)، واستدل الجمهور أيضاً بحديث: «سيد الإدام اللحم»^(٣)، وقال: «سيد إدامكم الملح» رواه ابن ماجه^(٤).

وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يحنث بأكل الجوامد لما أسلفنا من المناسبة اللغوية.

وإليك كلمة أخرى هي كلمة «الفاكهة» وسنكتفي بنقل كلام القاموس ممزوجاً بشرحه:

«تاج العروس» «الفاكهة الثمر كله» هذا قول أهل اللغة وقال بعض العلماء كل شيء قد سمي من الثمار في القرآن نحو التمر والرمان فإننا لانسميه فاكهة، قال ولو حلف أن لا يأكل فاكهة

(١) القرطبي، جامع أحكام القرآن ج١٢/١١٦/١١٧، بتصرف.

(٢) نفس المرجع، وتخريج الحديث سنن أبي داود ج٢ ص ٣٦٢.

(٣) كنز العمال ج١٥ ص ٢٨١.

(٤) ابن قدامة المغني ج٨ ص ٨٠٥، وتخريج الحديث سنن ابن ماجه ج٢ ص ١٠٢.

وأكل تمرًا أو رمانًا لم يحنث وبه أخذ الإمام أبو حنيفة واستدل بقوله تعالى: ﴿فِيهِمَا فَاكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرَمَانٌ﴾^(١) وقال الراغب وكأن قائل هذا القول نظر إلى اختصاصهما بالذكر وعطفهما على الفاكهة في هذه الآية وأراد المصنف رد هذا القول تبعًا للأزهري فقال: وقول فخرج التمر والعنب والرمان منها مستدلًا بقوله تعالى: ﴿فِيهِمَا فَاكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرَمَانٌ﴾ باطل مردود وقد بينت ذلك مبسوطًا في كتابي: «اللامع المعلم العجائب» في الجمع بين المحكم والعياب وقد تعرض للبحث الأزهري فقال ما علمت أحدًا من العرب قال إن النخل والكروم ثمارها ليست من الفاكهة وإنما شد قول النعمان بن ثابت في هذه المسألة عن أقاويل جماعة الفقهاء لقلة معرفته بكلام العرب وعلم اللغة وتأويل القرآن العربي المبين والعرب تذكر الأشياء جملة ثم تخص منها شيئًا بالتسمية تنبيهًا على فضل فيه قال تعالى: ﴿مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ﴾^(٢) فمن قال إن جبريل وميكال ليسا من الملائكة لإفراد الله عز وجل إياهما بالتسمية بعد ذكر الملائكة جملة فهو كافر لأن الله تعالى نص على ذلك وبينه ومن قال إن ثمر النخل والرمان ليس فاكهة لإفراد الله تعالى إياهما بالتسمية بعد ذكر الفاكهة جملة فهو جاهل وهو خلاف المعقول وخلاف لغة العرب انتهى ورحم الله الأزهري لقد تحامل في المسألة على الإمام رضي الله تعالى عنه ولقد كان له في الذب عنه مندوحة ومهيع واسع قال شيخنا وقد تعرض الملا علي في الناموس للجواب فقال هذا الاستدلال صحيح نقلًا وعقلًا فأما النقل فلأن العطف يقتضي المغايرة وأما العقل فلأن الفاكهة ما يتفكه به ويتلذذ من غير قصد الغذاء أو الدواء ولا شك أن التمر من جملة أنواع الغذاء والرمان من جملة أصناف الدواء وقال شيخنا هذا كلام ليس فيه كبير جدوى وليس لمثل المصنف أن يعترض على أبي حنيفة في أقواله التي بناها على أصول لا معرفة للمصنف بها ولا لمثل القاري أن يتصدى للجواب عنها بما لا علم له به من الرأي المبني على مجرد الحدس ولو علمت أقوال أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في ذلك وأدلته لأغنت وأقنت على أن التعرض لمثل هذا في مصنفات اللغة إنما هو من الفضول الزائدة على الأبواب والفصول: «قلت وقد أنصف شيخنا رحمه الله تعالى وسلك الجادة وما اعتسف وإن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف»^(٣) انتهى كلام الزبيدي وفيه من التحامل من الجانبين ما لا يخفى.

(١) سورة الرحمن، آية: ٦٨.

(٢) سورة البقرة، من الآية: ٩٨.

(٣) محمد مرتضى، الزبيدي: تاج العروس ج ٩ ص ٤٠٢/٤٠٣. منشورات دار مكتبة الحياة بيروت لبنان.

قلت إنه لا ينبغي أن يظل هذا الخلاف مؤبداً جامداً في كتب الفقه لا يبرح مكانه لأن أصل المسألة هو لغوي فكان الرجوع إلى اللغويين جديراً بحل العقدة إذ أن العودة إلى تطور الاستعمال العرفي للغة كفيلاً أن يجعل فرقاناً لأهل الفقه وبياناً لأن اللغة كائن متطور بتطور العرف الاستعمالي للمتكلمين، وقد تفتن الأصوليون لذلك وهم يتعاملون مع تعريف «الظاهر» في مقابل «النص» و «المجمل» الذين يكتنفانه حيث علقوا الظهور تارة بالحقيقة اللغوية قبالة المجاز كما انتحاه القاضي أبو بكر الباقلاني، إلا أن الأستاذ أبا إسحاق الإسفرائيني انتبه فنبه إلى أن الحقيقة اللغوية الأصلية قد لا تكون الأساس الوحيد «للظهور» إذا تطور الاستعمال العرفي ليصير معنى آخر يتبادر إلى الفهم من اللفظ وربما أصبحت الحقيقة الأصلية مهجورة ويصبح رد كلام المتكلم إليها من باب التأويل.

قال إمام الحرمين بعد ذكر تعريف القاضي أبي بكر للظاهر: «ويخرج مما ذكره المجازات الشائعة المستفيضة في الناس المنتهية في جريانها حائدة عن الحقيقة إلى منتهى لا يفهم منها حقيقة موضوعها، كالدابة فإنها من «دب يدب» قطعاً وهي على بناء فاعل مترتب على قياسٍ مطرد في الفعل المتصرف وحملها على الدبيب المحض حيد عن الظاهر «انتهى محل الاستشهاد وأطال في ذلك مستعرضاً كلام الأستاذ أبي إسحاق»^(١).

ونحى الباجي هذا المنحى في بحثه في دلالة الأمر قائلًا: لأن اللفظ إنما يستغنى عن قرينة فيما شهر بالاستعمال فيه ويفتقر إلى قرينة فيما عرف أنه يستعمل في غيره أكثر كالغائط فإنه حقيقة في المطمئن من الأرض، ومجاز في قضاء الحاجة، ثم مع ذلك يفتقر إلى قرينة في استعماله في حقيقته، ولا يفتقر إلى قرينة في استعماله في مجازه، وإنما ذلك بحسب عرف الاستعمال.

وأطال في الشرح مستعرضاً بعض الألفاظ كلفظ «الوطء» فلو قال وطئت الجارية لاحتمل أن يكون وطنها برجله أو جامعها «ثم لو أطلق اللفظ لحمل على الجماع»^(٢). ولهذا فإن الرجوع إلى «الاستعمال العرفي للغة» وهو مصطلح اخترناه كما أسلفنا حتى لانقلب بين الحقيقة اللغوية الحقيقة العرفية لأن الواقع يدل على أن الثانية إنما هي نتيجة لتطور الأولى إلا أن الاستشهاد بالأحاديث النبوية يدخل عنصراً جديداً وهو اعتبارها حقيقة شرعية وهذه مقدمة على الحقيقة اللغوية عند بعضهم كما هو مشهور مذهب مالك،

(١) إمام الحرمين: البرهان ج ١/ ٤١٧.

(٢) أبو الوليد الباجي: أحكام الفصول ص ٨٢ - ٨٣.

وإن كان خليل في مختصره قدم العرف القولي - الحقيقة العرفية على المقصد اللغوي - الحقيقة اللغوية وقدم المقصد اللغوي على المقصد الشرعي - الحقيقة الشرعية فقال: «ثم بساط ثم عرف قولي - ثم مقصد لغوي ثم شرعي وقد رد عليه الشروح»^(١)، وأشار في المغني إلى أن تخصيص العام بالنية هو مذهب مالك وأحمد خلافاً للشافعي وأبي حنيفة حيث قالوا بإبقائه على الوضع الظاهر لغة وقد رد عليهما بأن العرب تعرف ذلك مستشهداً بشواهد^(٢)، ومثله في خليل وشروحه عند قوله: «وخصصت فيه الحالف وقيدت إن نافت وساوت»^(٣). وفي رأينا أن الرجوع إلى اللغة باعتبار الحقيقة العرفية هي تطور للاستعمال اللغوي من شأنه أن يلغي هذا الخلاف في عشرات المسائل في باب الأيمان وهي مسائل منتشرة في كتبهم يكفي أن تراجع المغني من ص ٧٦٢ حتى ص ٨٢٤. وورود هذه الألفاظ في الأحاديث لا يمنع حملها على «الاستعمال العرفي في اللغة» ويكفي أن تعرف أن اللفظ إذا ورد في كلام الشارع دون تعليق حكم عليه لا يصبح حقيقة شرعية بل يتصرف فيه بالعرف اللغوي كما نصّ عليه السيوطي^(٤) وغيره فلو حلف لا يأكل لحماً وأكل سمكاً ما حنث عند من لا يطلق عليه «اللحم» مع أنه سمي في القرآن لحماً، وقد اختلف الشافعية فيما يتعلق بالمعاني العرفية للغة هل تقدم على المعاني الأصلية، فذهب إلى تقديم العرفية البغوي وإلى تقديم الوضع الأصلي القاضي حسين^(٥).

وقد أغرب أصحابنا المالكية فجعلوا أي لفظ يستعمله بنية الطلاق يقع به الطلاق حتى ولو قال لها «اسقني الماء» مع أن الطلاق لا يقع في المذهب بالنية وحدها فكيف يقع بهذه الكلمة إذا انضمت إليها؟ إن لم يكن معنى ذلك أن ألفاظ اللغة قابلة للحركة في مهب رياح المقاصد والنيات، فقال خليل المالكي في مختصره «بكا سقني الماء وبكل كلام لزمه» وناقش شروحه كون هذا من باب الكناية أم لا^(٦)، ويرجع هذا جزئياً إلى قاعدة خلافية مؤصلة في علم الأصول وهي: هل اللغة توقيفية بمعنى أن الباري جلّ وعلا علمها لخلقها وحيا ووضعها

(١) الزرقاني على خليل ج ٢ ص ٦٩.

(٢) ابن قدامة: المغني ج ٨ ص ٧٦٤.

(٣) الزرقاني ج ٢/٦٤.

(٤) السيوطي: الأشباه والنظائر ص ٦٥.

(٥) السيوطي: الأشباه والنظائر ص ٦٧.

(٦) الزرقاني على خليل ١٠٢.

وضعاً فلا يجوز فيها التصرف بالنقل والتغيير إلا طبقاً لقوانينها المنضبطة وأسسها الثابتة أم أن اللغة اصطلاحية راجعة إلى ما يصطلح عليه الناس ويتواطئون عليه فلو شأوا وضعوا لفظ الأسود للأبيض والعكس والماء للنار وهكذا بدون قيد إلا ما يتفق عليه العقلاء. والأول مذهب الأشعرى وابن فورك وجماعة مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا﴾^(١).

والثاني مذهب أبي هاشم وأتباعه وأطالوا البحث في هذه المسألة التي يرى بعض الأصوليين أنها لا يترتب عليها شيء كبير فالخطب فيها يسير^(٢) إلا أن بعض المالكية رتبوا على هذا الخلاف مسألة الطلاق باسقني الماء فيقع الطلاق فيه بناء على أنها اصطلاحية. قال سيدي عبد الله في مراقي السعود:

واللغة الرب لها قد وضعها وعزوها للاصطلاح سمعنا
يبني عليه القلب والطلاق فكما سقني الشراب والعقاق
كل ما أشرنا إليه يدل على اضطراب وتباين في الآراء وتفاوت نظرتهم حول اللغة
ومدلولات الألفاظ وعلاقة ذلك بالعرف والقصد.

وكل هذا في ألفاظ المكلفين دون ألفاظ الشارع التي أناط بها أحكاماً إلا أننا نجد أبا حنيفة هنا أيضاً يعمد إلى عرف الاستعمال في زمن الشارع ولو خالف ظاهر اللغة كالعموم مثلاً فيخصص بالعرف ولهذا فإن بعض أصحابه يقولون في نهيه ﷺ عن بيع الطعام بالطعام أن هذا النهي منصب على البر فقط، لأنه الطعام في عرف الاستعمال ويجادلهم الشافعية في ذلك جداً شديداً^(٣) لأنهم «الشافعية» يقولون أن علة الربا الطعمية. ولعل مخرج اللغة الذي اقترحنه سيلغي هذه الخلافات أو يؤدي إلى اجتهد ترجيحي فيها والله أعلم.

نصيب اللغة في اختلاف الفقهاء في ألفاظ الشارع المفردة:

ويتصل هذا الخلاف بالألفاظ المشتركة وهي ما اتحد لفظه وتعدد معناه «كالقرء» و المترادفة «كالفقير والمسكين» والألفاظ المترددة بين الحقيقة والمجاز كاللمس بين المس باليد والجماع وكذلك في مواقع الأعراب ومعاني الحروف كـ «أو والواو والباء ومن» وهذه كلها

(١) سورة البقرة، من الآية: ٣١.

(٢) هذا كلام الطوفي في شرح مختصر الروضة جـ ١ ص ٤٧١، وما بعده.

(٣) البرهان لإمام الحرمين جـ ١ ص ٤٤٦.

راجعة للغة والخلاف فيها بين اللغويين في الأساس فيجب أن يراجع على ضوء أقوال هؤلاء.
 وخوف التطويل نذكر مثلاً واحداً باختصار هو موقع الباء في قوله تعالى: ﴿وَأَمْسَحُوا
 برؤوسكم﴾^(١)، هل الباء للتبويض بمعنى «من» التبويضية؟ فيتعاضد قول القائلين بجواز
 مسح بعض الرأس معتمدين على حديث «فمسح بناصيته» أو الباء صلة زائدة فيتقوى قول
 القائلين بوجوب تعميم الرأس، معتمدين على أكثر أحاديث وصف وضوء النبي ﷺ فيكون
 ظاهر القرآن معهم وظاهر القرآن مرجح في تعارض الأخبار «كما يرجح عمومهم»^(٢).
 وقد قال بالأول الجمهور على تفاوت في تحديد القدر الذي يجزي مسحه وقال بالثاني مالك
 وأكثر أصحابه^(٣).

والنزاع في المسألة هو نزاع يتعلّق بموضع الباء وهو بين النحاة أصلاً. فذهب إلى أن
 الباء تأتي للتبويض ابن مالك والقتبي والفراسي والأصمعي. مستشهدين بقوله تعالى:
 ﴿عَيْنًا يَشْرَبُ بِهَا عِبَادُ اللَّهِ﴾^(٤) أي منها، ويقول أبي ذؤيب الهذلي:
 شربن بماء البحر ثم ترفعت متى لجج خضر لهن نئيج
 وقول عنتره العبسي:

شربت بماء الحرطين فأصبحت زوراء تنفر من حياض الديلم
 وقول الآخر: شرب النزيف ببرد ماء الحشرج.

قلت لم أجدها تحتل التبويض في غير محل النزاع - إلا في مفعول شرب وهذا يضعف
 مذهب الشافعي وغيره.

أما القائلون بزيادة الباء فهم أبو عبيدة والبصريون كما يظهر من كلام الزمخشري
 وهو بصري حيث لم يحك خلافاً في زيادتها قبل المفعول في السعة وكذلك شارحه ابن يعيش.

وما زعم ابن عصفور في «الضرائر» أنها لاتزاد إلا في الضرورة مردود بعشرات الشواهد
 التي تدل على زيادة الباء في ستة مواضع وهي المبتدأ والخبر والحال المنفي عاملها والنفس
 والعين المؤكّد بها والمفعول وفاعل كفى. عدد ابن هشام في المعنى هذه المواضع - قلت وقد

(١) سورة المائدة، من الآية: ٦.

(٢) الطوفي: شرح مختصر الروضة ج ٢/ ٧٧.

(٣) بداية المجتهد ج ١ ص ١٢٩ وما بعدها مطبوع مع تخريج الأحاديث في ٨ أجزاء مطبعة عالم الكتب
 لبنان.

(٤) سورة الإنسان، من الآية: ٦.

★ مدى حاجة الفقيه إلى اللغة العربية ★

أحصيت أكثر من اثني عشر شاهداً بين آية وبيت شعر يشهد لزيادتها قبل المفعول جمعتها من كتب شتّى منها: ﴿ولا تلقوا بأيديكم﴾^(١) ﴿فطفق مسحاً بالسوق﴾^(٢)، ﴿فستبصر ويبصرون﴾^(٣) ﴿بأيكم المفتون﴾^(٤) ﴿ألم يعلم بأن الله يرى﴾^(٥)، ﴿وهزي إليك بجذع النخلة﴾^(٦)، ﴿فليمدد بسبب إلى السماء﴾^(٧) وقول حسان: تسقي الصحيح ببارد بسام. وقول الشاعر:

هن الحرائر لا ربّات أحمرّة سود المحاجر لا يقرآن بالسور^(٨)
وهذا يرجح مذهب مالك ويدل على حاجة الفقيه للغة.

اللغة وعلم الأصول:

لقد كانت مباحث مقتضيات الألفاظ من أهم مباحث علم الأصول التي تعتمد على اللغة وذلك كمبحث الكلام والأمر والنهي والعام والخاص والمطلق والمقيد والمجمل الذي يرجع إلى الاشتراك. والدلالات بمختلف أنواعها. يقول الشافعي: «إنما خاطب الله بكتابه العرب بلسانها، على ما تعرف من معانيها وكان مما تعرف من معانيها اتساع لسانها وأن فطرته أن يخاطب بالشيء منه عاماً ظاهراً يراد به العام الظاهر ويستغني بأول هذا منه عن آخره، وعاماً يراد العام ويدخله الخاص فيستدل على هذا ببعض ما خوطب به فيه، وعاماً ظاهراً يراد به الخاص وظاهراً يعرف في سياقه أنه يراد به غير ظاهره، فكل هذا موجود علمه في أول الكلام أو وسطه أو آخره.

وتبتديء الشيء من كلامها يبين أول لفظها فيه عن آخر، وتبتديء يبين آخر لفظها منه أوله.

وتكلّم بالشيء تعرفه بالمعنى دون الإيضاح باللفظ، كما تعرف الإشارة، ثم يكون هذا عندها من أعلى كلامها لانفراد أهل علمها به، دون أهل جهالتها.

(١) سورة البقرة من الآية: ١٩٥. (٢) سورة ص، من الآية: ٣٣.

(٣) سورة القلم، الآية: ٥.

(٤) سورة القلم، الآية: ٦.

(٥) سورة العلق، الآية: ١٤.

(٦) سورة مريم، من الآية: ٢٥.

(٧) سورة الحج، من الآية: ١٥.

(٨) مغني اللبيب ج ١/ ١٠٥، القرطبي ج ١٢/ ١١٥، الخزانة ج ٩/ ٥٢٠/ ٥٢١/ ١٠٧، شرح المفصل

ج ١/ ٧٨، ج ٨/ ٢٣/ ٢٥.

وتسمى الشيء الواحد بالأسماء الكثيرة، وتسمى بالإسم الواحد المعاني الكثيرة، وكانت هذه الوجوه التي وصفت اجتماعها في معرفة أهل العلم منها به - فإن اختلفت أسباب معرفتها معرفة واضحة عندها ومستنكرًا عند غيرها ممن جهل هذا من لسانها وبلسانها نزل الكتاب وجاءت السنة، فتكلف القول في علمها تكلف ما يجهل بعضه.

ومن تكلف ما جهل وما لم تثبته معرفته: كانت موافقته للصواب - إن وافقه من حيث لا يعرفه - غير محمودة والله أعلم، وكان بخطئه غير معذور إذا مانطق فيما لا يحيط علمه بالفرق بين الخطأ والصواب فيه^(١) وقد أخذ الشاطبي هذا المعنى فقال: «النوع الثاني في بيان قصد الشارع في وضع الشريعة للإفهام ويتضمن مسائل «المسألة الأولى» أن هذه الشريعة المباركة عربية لا مدخل فيها لالسن العجم وهذا وإن كان مبينًا في أصول الفقه، وأن القرآن ليس فيه كلمة أعجمية عند جماعة الأصوليين أو فيه ألفاظ أعجمية تكلمت بها العرب وجاء القرآن على وفق ذلك فجاء فيه المعرب الذي ليس من أصل كلامها، فإن هذا المبحث المقصود هنا أن القرآن نزل بلسان العرب على الجملة فطلب فهمه إنما يكون من هذا الطريق خاصة لأن الله يقول: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا﴾^(٢)، وقال: ﴿بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُبِينٍ﴾^(٣)، وقال: ﴿لِسَانٍ الَّذِي يُلْحِدُونَ إِلَيْهِ أَعْجَمِي وَهَذَا لِسَانٌ عَرَبِيٌّ مُبِينٌ﴾^(٤)، وقال: ﴿وَلَوْ جَعَلْنَاهُ قُرْآنًا أَعْجَمِيًّا لَقَالُوا لَوْلَا فُصِّلَتْ آيَاتُهُ أَعْجَمِي وَعَرَبِيٌّ﴾^(٥)، إلى غير ذلك مما يدل على أنه عربي وبلسان العرب لا أنه أعجمي ولا بلسان العجم فمن أراد تفهمه فمن جهة لسان العرب وفهمه ولا سبيل إلى تطلب فهمه من غير هذه الجهة، هذا هو المقصود من المسألة، «إلى أن قال بعد كلام يتعلق بالمعرب الذي دخل في القرآن مما كانت تتكلم به العرب من ألفاظ العجم التي صارت عربية».

«فإن قلنا أن القرآن نزل بلسان العرب وأنه عربي. وأنه لا عجمة فيه، فبمعنى أنه أنزل على لسان معهود العرب في ألفاظها الخاصة وأساليب معانيها وأنها فيما فطرت عليه من لسانها تخاطب بالعام يراد به ظاهره، وبالعام يراد به العام في وجه والخاص في وجه،

(١) محمد بن إدريس الشافعي: الرسالة ص ٥٢/٥٣ تحقيق أحمد محمد شاكر دار الفكر.

(٢) سورة يوسف، من الآية: ٢.

(٣) سورة الشعراء، من الآية: ١٩٥.

(٤) سورة النحل، من الآية: ١٠٣.

(٥) سورة فصلت، من الآية: ٤٤.

وبالعام يراد به الخاص والظاهر يراد به الظاهر وكل ذلك يعرف من أول الكلام وأوسطه أو آخره، وتتكلّم بالكلام ينبئ أوله عن آخره أو آخره عن أوله وتتكلّم بالشيء يعرف بالمعنى كما يعرف بالإشارة، وتسمى الشيء الواحد بأسماء كثيرة والأشياء الكثيرة باسم واحد^(١). وهنا أيضاً في أصول الفقه فإن كثيراً من الاختلاف أدّى إلى اختلاف الفقهاء في الدلالات ونضرب مثلاً على ذلك بدليل الخطاب «مفهوم المخالفة» حيث يرفضه الأحناف ويقول به الأئمة الثلاثة على تفاوت في صدا العمل به.

والذي يهمنا هنا أن هذا الخلاف إنما هو خلاف في الدلالة اللغوية بين أبي عبيد والمبرد وثعلب الذين يرون أن اللغة العربية تدل على مفهوم المخالفة، فإذا وصف العربي شيئاً بصفة وحكم عليه بحكم، فإن ذلك يدل على أن حكم غيره بخلاف حكمه، وهذا مذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد، بينما يرى الأخفش وأبو فارس وابن جني أن المسكوت عنه في دليل الخطاب لا يستفاد حكمه عند العرب بدلالة المنطوق وهذا مذهب أبي حنيفة وأصحابه^(٢).

اللغة في الاجتهاد:

لقد قال الأصوليون إن المجتهد لابد أن يعرف اللغة العربية والنحو ولكن تقديراتهم متفاوتة، فبينما نجد أكثرهم يشترطها للاجتهاد فإنهم لا يشترطون التبحر فيها كالأصمعي، وأبي عبيدة إلا ماذهب إليه الشاطبي في الموافقات الذي بالغ في أهمية اللغة العربية للمجتهد إلى حد اشتراطه بلوغ درجة الاجتهاد في اللغة العربية في المجتهد في الفقه. وسنتعرض لموقفه بشيء من التفصيل بعد استعراض نماذج من آراء الأصوليين في هذه المسألة.

يقول إمام الحرمين أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني المتوفى سنة ٤٧٨هـ: «وينبغي أن يكون المفتي عالماً باللغة فإن الشريعة عربية، وإنما يفهم أصولها من الكتاب والسنة، من يفهمه يعرف اللغة ثم لا يشترط أن يكون غواصاً في بحور اللغة متعمقاً فيها لأن مايتعلق بمأخذ الشريعة من اللغة محصور مضبوط وقد قيل: لا غريب في القرآن من اللغة ولا غريب في اللغة إلا القرآن يشتمل عليه، لأن إعجاز القرآن في نظمه وكما لا يشترط معرفة الغرائب لانكتفي بأن يعول في معرفة ما يحتاج إليه على الكتاب لأن في اللغة استعارات وتجوزات يوافق ذلك مأخذ الشريعة وقد يختص به العرب بمذاق يتفردون به في فهم المعاني

(١) الشاطبي: الموافقات ج ٢ ص ٦٤ - ٦٦.

(٢) راجع الجصاص الفصول ج ١ ص ٢٨٩ وما بعدها مع تعليقات المحقق عجيل النشمي.

وأيضاً فإن المعاني يتعلق معظمها بفهم النظم والسياق ومراجعة كتب اللغة تدل على ترجمة الألفاظ، فأما ما يدل عليه النظم والسياق فلا. ويشترط أن يكون المفتي عالماً بالنحو والإعراب فقد يختلف باختلافه معاني الألفاظ ومقاصدها^(١).

وفي شرح منهاج الأصول للبيضاوي ج ٤ ص ٥٥١/٥٥٢ ممزوجاً بشرح الأسنوي واسمه جمال الدين عبد الرحيم الأسنوي المتوفى سنة ٧٧٤ هـ، قال البيضاوي المتوفى سنة ٦٧٥ هـ مانصه: «السادس علم العربية من اللغة والنحو والتصريف لأن الأدلة من الكتاب والسنة عربية الدلالة فلا يمكن استنباط الأحكام منها إلا بفهم كلام العرب أفراداً وتركيباً ومن هذه الجهة يعرف العموم والخصوص والحقيقة والمجاز والإطلاق والتقييد وغيره مما سبق. ولقائل أن يقول هذا الشرط يستغنى عنه باشتراط معرفة الكتاب والسنة فإن معرفتهما مستلزما لمعرفة العربية بالضرورة.

وعلق المحشي بقوله: «أقول يؤيد هذا هذا الذي قاله الأسنوي ما قدمناه عن السعد في التلويح نقلاً عن الغزالي من أنه لابد أن يعرف المجتهد الكتاب أي القرآن بأن يعرفه بما فيه لغة وشريعة إلى آخر ما قدمنا من أن معرفة معانيه لغة تفتقر إلى اللغة والصرف والنحو إلخ. لكن قد علمت مما قدمناه أن المجتهد إنما يكون متمكناً من الفتوى بعد أن يعرف المدارك المثمرة للأحكام وأن يعرف كيفية الاستثمار ومعرفة المدارك المثمرة التي هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس هي الشرط المقصود ولتوقفها على معرفة كيفية الاستثمار وتوقف معرفة الكيفية على تلك العلوم صرحوا باشتراطها تفصيلاً وإلا فاشتراط أن يكون محيطاً بمدارك الشرع متمكناً من استثمارها واستنارة بالنظر فيها وتقديم ما يجب تقديمه وتأخير ما يجب تأخيره تتضمن جميع الشروط فمنهم من اكتفى بذلك الشرط لتضمنه كل الشروط فعبر بما ذكرنا ومنهم من نص على معرفة المدارك الأربعة وأجمل ما عداها كصاحب مسلم الثبوت فقال وشرطه مطلقاً بعد صحة إيمانه ولو بالأدلة الإجمالية. معرفة الكتاب وقيل بقدر خمسمائة آية والسنة متناقل التي يدور عليها العلم ألف ومائتان وسنداً ولو بالنقل عن أئمة الشأن ومواقع الإجماع وأن يكون ذا حظ وافر مما تصدى له هذا العلم أي علم الأصول فإن تدوينه وإن كان حادثاً لكن المدون سابق وفصل ذلك شارحه فقال لأن طرق استخراج الأحكام إنما تبين منه ثم لابد له من معرفة الصرف والنحو واللغة^(٢).

(١) إمام الحرمين: البرهان ج ٢ ص ١٢٣٠ - ١٢٣١ توزيع دار الانصار بالقاهرة.

(٢) منهاج الأصول للبيضاوي ج ٤ ص ٥٥١، ٥٥٢.

وقال أبو العباس الشهير بابن حلولو المالكي القيرواني في شرحه المسمى: «بالضياء اللامع على جمع الجوامع» عند قول السبكي في شروط الاجتهاد: «والعارف بالدليل العقلي والتكليف به ذو الدرجة الوسطى لغة وعربية وأصولاً وبلاغة مانصه: «الخامس كونه عارفاً بالعربية من لغة وصناعة نحو وبلاغة على وجه يتيسر له به فهم خطاب العرب وعاداتهم في الاستعمال والتوصل إلى التمييز بين صريح الكلام وظاهره ومجمله وحقيقته ومجازه وعامه وخاصه وما في معنى ذلك قال الإبياري: وهذا إذا بنينا على أن الشرع لم يتصرف في اللغة العربية وهو اختيار القاضي فنكتفي باللغة العربية، وإن قلنا أنه تصرف لم نكتف بذلك وقلنا لابد من معرفة لغة الشرع وطلبنا على هذا الرأي معرفة اللغة العربية لكونها في أكثر أحوالها موافقة للغة الشرع، إلى أن قال عن الأستاذ أبي إسحاق الذي تختلف بسببه المعاني يجب التبحر فيه والكمال ويكتفي بالتوسط فيما عداه، ويجب في معرفة اللغة الزيادة على التوسط حتى لا يشذ عنه المستعمل الكلام في اللغات»^(١).

ويقول سيدي عبدالله بن الحاج إبراهيم الشنقيطي في مراقي السعود في شروط المجتهد: «والنحو والميزان واللغة مع علم الأصول وبلاغة جمع»^(٢) أما الشاطبي فقد قال في شروط المجتهد: «وأما الثاني من المطالب» «وهو فرض علم تتوقف صحة الاجتهاد عليه فإن كان ثم علم لا يحصل الاجتهاد في الشريعة إلا بالاجتهاد فيه فهو لابد مضطر إليه لأنه إذا فرض كذلك لم يكن في العادة الوصول إلى درجة الاجتهاد دونه فلا بد من تحصيله على تمامه، وهو ظاهر إلا أن هذا العلم مبهم في الجملة فيسأل عن تعيينه وإلا قرب في العلوم إلى أن يكون هكذا علم اللغة العربية ولا أعني بذلك النحو وحده ولا التصريف وحده ولا اللغة وحدها ولا علم المعاني ولا غير ذلك من أنواع العلوم المتعلقة باللسان بل المراد جملة علم اللسان ألفاظ ومعان كيف تصورت ما عدا علم الغريب والتصريف المسمى بالفعل وما يتعلق بالشعر من حيث هو شعر كالعروض والقافية فإن هذا ليس يفتقر إليه هنا وإن كان العلم به كملاً في العلم بالعربية، وبيان تعيين هذا العلم ماتقدم في كتاب المقاصد من أن الشريعة عربية وإذا كانت عربية فلا يفهمها حق الفهم إلا من فهم اللغة العربية حق الفهم، لأنهما سياتيان في النمط ماعدا وجوه الإعجاز فإذا فرضنا مبتدأ في فهم العربية فهو مبتدئ في فهم الشريعة أو متوسطاً فهو متوسط في فهم الشريعة والمتوسط لم يبلغ درجة النهاية فإن انتهى إلى درجة

(١) الضياء اللامع جـ ٣ ص ٢١٧ - ٢١٨ الطبعة الحجرية المغربية.

(٢) سيدي عبدالله الشنقيطي: نشر البنود جـ ٣ ص ٢١٧.

الغاية في العربية كان كذلك في الشريعة، فكان فهمه فيها حجة كما كان فهم الصحابة وغيرهم من الفصحاء الذين فهموا القرآن حجة، فمن لم يبلغ شأوهم فقد نقص من فهم الشريعة بمقدار التقصير عنهم، وكل من قصر فهمه لم يعد حجة ولا كان قوله فيها مقبولاً، فلا بد أن يبلغ في العربية مبلغ الأئمة فيها كالخليل وسيبويه والأخفش والخزمي والمازني ومن سواهم، وقد قال الجرمي أنا منذ ثلاثين سنة أفتي الناس من كتاب سيبويه، ووجه الشاطبي ذلك بأنه كان صاحب حديث وكتاب سيبويه يهديه إلى مقاصد العرب وإنحاء تصرفاتها في ألفاظها ومعانيها، وأطال الشاطبي رحمه الله في عرض رأيه وعرج على كلام الغزالي فتأوله على نحو مايميل إليه من شرط الاجتهاد حيث قال: وقد قال الغزالي في هذا الشرط أنه القدر الذي يفهم به خطاب العرب وعاداتهم في الاستعمال حتى يميز بين صريح الكلام وظاهره ومجمله وحقيقته ومجازه وعامه وخاصه ومحكمه ومتشابهه ومطلقه ومقيده ونصه وفحواه ولحنه ومفهومه وهذا الذي اشترط لا يحصل إلا لمن بلغ في اللغة درجة الاجتهاد.

وناقش قول الغزالي أنه لا يشترط أن يبلغ مبلغ الخليل والمبرد وأن يعلم جميع اللغة ويتعمق في النحوقائلاً إنه صحيح إذ أن المقصود تحرير الفهم حتى يضاهي العربي في ذلك المقادر وليس من شرط العربي أن يعرف جميع اللغة ولا أن يستعمل الدقائق وكذلك المجتهد في العربية، فكذلك المجتهد في الشريعة، وأضاف الشاطبي: وربما يفهم بعض الناس أنه لا يشترط أن يبلغ مبلغ الخليل وسيبويه في الاجتهاد في العربية فيبني في العربية على التقليد المحض فيأتي في الكلام على مسائل الشريعة بما السكوت أولى به منه، وإن كان مما تعقد عليه الخناصر جلالة في الدين وعلماً في الأئمة المهتدين، وقد أشار الشافعي في رسالته إلى هذا المعنى، وأن الله خاطب العرب بكتابه بلسانها على ما تعرف من معانيها، ثم ذكر مما يعرف من معانيها اتساع لسانها وأن يخاطب بالعام مراداً به ظاهره وبالعام يراد به العام ويدخله الخصوص ويستدل على ذلك ببعض مايدخله في الكلام وبالعام يراد به الخاص ويعرف بالسياق وبالكلام ينبيء أوله عن آخره وآخره عن أوله وأن تتكلم بالشيء تعرفه بالمعنى دون اللفظ كما تعرف بالإشارة وتسمى الشيء الواحد بالأسماء الكثيرة والمعاني الكثيرة بالاسم الواحد ثم قال: «يعني الشافعي» فمن جهل هذا من لسانها - وبلسانها نزل الكتاب وجاءت السنة - فتكلف القول في عملها تكلف مايجهل بعضه، ومن تكلف ماجهل كانت موافقة الصواب إن وافقه من حيث لايعرفه غير محمودة وكان بخطئه غير معذور إذا نطق علم بالفرق بين الصواب والخطأ فيه.. هذا قوله وهو الحق الذي لا محيص عنه.. وختم الشاطبي كلامه بقوله: فالحاصل أنه لاغنى للمجتهد في الشريعة عن بلوغ درجة الاجتهاد في

كلام العرب بحيث يصير فهم خطابها له غير متكلف ولا متوقف فيه في الغالب إلا بمقدار توقف الفطن لكلام اللبيب^(١).

وهذا كلام نفيس لاتجده لغير الشاطبي وقد برهن الشاطبي على رأيه بمقدمتين الأولى أن الشريعة عربية أي بلغة عربية، الثانية أن من لم يفهم هذه اللغة حق الفهم لا يمكن أن يكون مجتهداً وليكون مجتهداً في الشريعة يجب أن يبلغ مبلغ الخليل وسيبويه والأخفش ولكنه وهو يحاول توجيه كلام الغزالي تنازل بعض الشيء فسلم مقولة الغزالي أن المجتهد لا يشترط أن يتعمق في اللغة والنحو وأن يبلغ مبلغ الخليل والمبرد وهذا التنازل لا يمثل تراجعاً أو تناقضاً في كلامه بل هو محاولة لفهم الغزالي لإيجاد رأي مشترك معه ولهذا فهو من باب: «التسليم الجدلي» ونرى أن الشاطبي قبل أن يختم كلامه في هذا المبحث الهام أراد أن يعضد مآذبه إليه ويؤيده فسرده كلام الشافعي في الرسالة وهو من أقوى الحجج، فالشافعي هو أبو الأصول وهو ملتقى بحري الفقه واللغة.

أما فقهاء الأحناف فإن بعضهم لا ينص صراحة على شرط اللغة في الاجتهاد كالبرزدوي في أصوله فلم يشترطه إلا أن شارحه علاء الدين البخاري في كتابه كشف الأسرار اشترطه فقال: «الثاني معرفة اللغة والنحو ويختص فائدته بالكتاب والسنة ونعني به القدر الذي يفهم به خطاب العرب وعاداتهم في الاستعمال إلى حد يميز بين صريح الكلام وظاهره ومجمله وحقيقته ومجازه وفحواه ومنظومه ومفهومه ولا يشترط أن يبلغ مبلغ الخليل والمبرد وأن يعرف جميع اللغة ويتعمق في التحويل القدر الذي يتعلق بالكتاب والسنة ويستدل به على مواقع الخطاب ويدرك دقائق المقاصد فيه»^(٢).

(١) الموافقات ج ٤/ ١١٤ - ١١٥ - ١١٦ - ١١٧ - ١١٨.

(٢) علاء الدين البخاري: كشف الأسرار ص ١٦.

الخاتمة:

لعلنا نستخلص ثلاثة مذاهب:

- ١ - مذهب يشترط في المجتهد أن يكون عالماً باللغة العربية ذا درجة متوسطة.
- ٢ - مذهب يشترط الزيادة على المتوسطة كما أشار إليه أبو إسحاق الإسفرائيني.
- ٣ - مذهب يشترط في المجتهد أن يكون متبحراً في اللغة العربية مجتهداً فيها حتى يصلح مجتهداً وهذا مذهب إليه الشاطبي.

وأنا أرى أن معرفة اللغة العربية منها ما هو شرط صحة في الاجتهاد وهو المعرفة المتوسطة فلا يصح الاجتهاد دون هذه المعرفة ومنها ما هو شرط كمال وهو بلوغ درجة الخليل وسيبويه. وما ذكره الشاطبي كان ضرورة في عصر الاجتهاد الأول. أما في هذه العصور بعد أن عفت رسوم العربية من ناحية ومن ناحية أخرى دونت أكثر المباحث اللغوية التي يحتاج إليها في علم الأصول فيجب أن يكون المجتهد ملماً بتلك المباحث مُحيطاً بمداركها ولهذا فإنني أعتبر رأي الشاطبي من باب الكمال فبدون معرفة اللغة العربية لا يكمل الاجتهاد ولا يتم على الفقيه الاعتماد إلا أنه إذا أخذ منها نصيباً واستكمل الشروط الأخرى صح أن يدخل في زمرة المجتهدين ودرجة المفتين على حد قول الشاعر:

ولكن البلاد إذا اقشعرت وصوح نبتها رعى الهشيم
وفي الختام وبعد ما مَرَبَك في هذا البحث من النقول ونتائج العقول يمكن استخلاص مايلي:

- ١ - ضرورة الربط من جديد بين اللغة العربية والفقه.
- ٢ - اللغة العربية أساس لا غنى عنه للترجيح بين الأقوال في عملية دراسة الفقه المقارن.
- ٣ - الاستفادة من الاستعمال العربي للغة في القضايا المعاصرة.
- ٤ - اللغة العربية ضرورة للاجتهاد.
- ٥ - المعرفة المتوسطة إذا انضمت إليها معرفة الأصول كافية إذا توفرت الشروط الأخرى للاجتهاد.
- ٦ - لعلنا بهذا البحث نساهم في إنكاء جذوة الشوق إلى اللغة العربية في نفوس ناشئة طلبة العلم من المتفقيين، فإذا حصل ذلك فقد تم المراد وسلك الباحث عن المعرفة سبيل الرشاد.

مصادر ومراجع البحث

القرآن الكريم:

- ١ - البخاري: الجامع الصحيح.
- ٢ - مسلم: صحيح مسلم.
- ٣ - أبو داود: السنن.
- ٤ - النسائي: السنن.
- ٥ - الترمذي: الجامع.
- ٦ - القرطبي: الجامع لأحكام القرآن.
- ٧ - الشافعي: الرسالة.
- ٨ - ابن الجويني: البرهان.
- ٩ - ابن حنبل: الضياء اللامع.
- ١٠ - الشاطبي: الموافقات.
- ١١ - علاء الدين البخاري: كشف الأسرار على أصول البزدوي.
- ١٢ - سيد عبد الله الشنقيطي: مراقي السعود.
- ١٣ - السيوطي: الأشباه والنظائر.
- ١٤ - السيوطي: شرح عقود الجمان.
- ١٥ - الطوفي: شرح مختصر الروضة.
- ١٦ - الجصاص: الفصول.
- ١٧ - البيضاوي: المنهاج.
- ١٨ - الأسنوي: شرح المنهاج للبيضاوي.
- ١٩ - القرافي: الاستغناء.
- ٢٠ - الباجي: إحكام الأصول.
- ٢١ - ابن قدامة: المغني.
- ٢٢ - خليل بن إسحاق: المختصر.
- ٢٣ - الزرقاني: شرح خليل.

٢٤ - ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد.

٢٥ - الزمخشري: المفصل.

٢٦ - ابن يعيش: شرح المفصل.

٢٧ - ابن هشام: مغني اللبيب.

٢٨ - البغدادي: خزانة الأدب.

٢٩ - الفيروز آبادي: القاموس.

٣٠ - الزبيدي: تاج العروس.

مرض الموت وأحكامه في المعاملات

الدكتور/ نعمان عبدالرزاق السامرائي(*)

تمهيد:

الأحياء كافة معرضة للمرض، ومنها الإنسان، وقد أولى الفقهاء «المريض» وتصرفاته ومسؤولياته عناية خاصة، فقد قسموا «المرض» إلى مخوف وغير مخوف، فمن مات في مرضه فمن حق الورثة، وغرماء الدّين أن يطعنوا في تصرفاته، حفظاً لحقوقهم. وأساس هذا الأمر ما رواه الصحابي عمران بن حصين أن رجلاً من الأنصار، أعتق ستة عبيد عند موته، لم يكن له مال سواهم، فدعا بهم رسول الله عليه السلام فأقرع بينهم، فأعتق اثنين وترك أربعة (رواه مسلم وابن ماجه وأبو داود). وقد استنبط الفقهاء من الواقعة أن تصرفات المريض تنفذ في ثلث أمواله، إلا إذا أجاز الورثة مازاد على ذلك.

وقد تتبع الفقهاء كافة تصرفات «المريض مرض الموت» ليحفظوا على الورثة والدائنين حقوقهم، فصار المريض أشبه بالمحجور عليه أو المفلس، ولم يقفوا عند المريض، بل ألحقوا به من في حكمه، كالمرأة الحامل، والمحكوم عليه بقصاص، ومن كان في صف القتال وأمثالهم. والبحث يهدف لبيان أحكام المريض مرض الموت، ومن في حكمه، في المعاملات دون العبادات، حيث ترد في مكانها مع العبادة، ولا ذكر لها ههنا والله الموفق.

(*) استاذ في قسم الثقافة الإسلامية جامعة الملك سعود، أنهى دراسة الليسانس والماجستير في جامعة بغداد وحصل على شهادة الدكتوراه من جامعة القاهرة عام ١٩٧٢م ومارس تدريس الثقافة الإسلامية في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية وما يزال استاذاً في جامعة الملك سعود، وله عدة كتب مؤلفة في الفقه والفكر الإسلامي.

مرض الموت

عرف الشريف الجرجاني الموت بأنه صفة وجودية خلقت ضداً للحياة^(١). أما «مرض الموت» فقد اختلف في تعريفه الفقهاء قديماً وحديثاً، ويمكن رصد اتجاهين: وضع ضوابط أو ملاحظة عوارض.

١ - الضوابط: لم يتفق الفقهاء على ضوابط «مرض الموت»، فالأحناف جعلوه المرض الغالب منه الموت، سواء كان ملازماً للفراش أم لم يكن^(٢).

وعرّفه الشافعية بأنه كل مرض كان الأغلب منه الموت^(٣) أو هو (أي المريض) من به مرض مخوف، وإن مات بغيره، أو غير مخوف ومات به^(٤).

أما المالكية فقالوا: هو ما حكم أهل الطب بأنه يكثر الموت في مثله، ولو لم يغلب^(٥).

وقد اشترط ابن قدامه لمرض الموت شرطين: أن يموت فيه وأن يكون مخوفاً^(٦).

وقد ذكر المردواي الحنبلي أن الصحيح في المذهب الحنبلي: أن المرض المخوف هو

ما حكم به عدلان من أهل الطب ومات فيه^(٧).

٢ - العوارض: ذكر الفقهاء جملة من العوارض، للاستدلال بها على مرض الموت، كالعجز عن قضاء المصالح، أو عدم التمكن من الصلاة واقفاً، أو العجز عن طلوع السطح.

ذكر السرخسي الحنفي أن يكون صاحب فراش، قد أضناه المرض، فإن كان يمشي في

حوادثه فليس مريضاً، ولو أصابته الحمى^(٨).

وفصل في جامع الفصولين فقال: لو صلى قاعداً فليس بمريض، ولو صلى مضطجعاً

فمريض، وإن قدر على مصالحه داخل البيت أو خارجه فهو مثل الصحيح، فإن عجز من الخارجية فمريض^(٩).

(١) كتاب التعريفات ص ٣٥٥ مكتبة لبنان.

(٢) الفتاوى الأنقروية ١/٢ - ٢٢، والهندية ٤/١٦٤، ورد المختار ٣/٣٨٤.

(٣) الام ٤/٣٥. (٤) البرماوي ص ١٧٢.

(٥) منح الجليل ٣/١٩٥، وشرح الخرخشي ٥/٣٠٤، وشرح الدسوقي ٤/٣٠٦.

(٦) المغني ٦/١٤٩. (٧) الإنصاف ٧/١٦٥.

(٨) المبسوط ٦/١٦٩. (٩) جامع الفصولين ٢/٢٢٨.

* مرض الموت وأحكامه في المعاملات *

وقد فصل في الأمثلة فقال: بالنسبة للفقير المعتبر عجزه عن الخروج للمسجد، وأما الإنسان السوقي فيعتبر مريضاً إذا عجز من الخروج إلى محله، وفي المرأة أن تعجز عن صعود السطح^(١).

وذكر صاحب تبين الحقائق أن الإنسان المريض، هو من لا يرجى برؤه بالتداوي، وذكر ضابطاً آخر وهو ازدياد المرض بشكل مطرد^(٢).

مرض الموت عند الفقهاء المتأخرين: جاء في مجلة الأحكام أن مرض الموت هو الذي يخاف فيه الموت في الأكثر، ويعجز صاحبه عن رؤية مصالحه الخارجية إن كان رجلاً، والداخلية إن كانت امرأة، ويموت على هذا الحال قبل مرور سنة^(٣).

أما الشيخ أحمد إبراهيم^(٤) فاعتبر مرض الموت ما اجتمع فيه وصفان:
أ - غلبة الهلاك فيه عادة.

ب - أن يعقبه الموت متصلاً به ويشاركه في ذلك كل من: الخفيف^(٥) والانتباي^(٦) والدكتور محمد يوسف موسى^(٧).

وقد اشترط الشيخ خلاف وعمر عبد الله توفر ثلاثة شروط للمرض، حتى يصير مرض موت هي:

أ - أن يقعد المريض عن قضاء حاجاته.

ب - أن يغلب فيه الموت.

ج - أن ينتهي بالموت^(٨).

(١) غلبت عليه.

(٢) المرجع السابق ٢/ ٢٥٠، والبحر ٤/ ٤٦.

(٣) تبين الحقائق ٢/ ٢٤٨.

(٤) المجلة المادة (١٥٩٥).

(٥) الوصية ص ١٩٧ ومجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية العدد (٥) ص ٦١٩.

(٦) التركة ص ١٦٥.

(٧) شرح الأحوال الشخصية ٢/ ٣١٤.

(٨) الأحوال الشخصية ص ١٩٣.

(٩) خلاف (الأحوال الشخصية ١٥٢). وعمر عبد الله (أحكام الشريعة ٤٤٧).

من يلحق بالمريض مرض الموت

ضوابط من يلحق بالمريض مرض الموت: عامل الفقهاء أكثر من حالة لإنسان ليس بالمريض بحيث يلحق به ويأخذ حكمه، ولم يشذ إلا ابن حزم الظاهري، الذي لا يفرق بين المريض والصحيح^(١).

١ - خوف الهلاك: ألحق الأحناف كل شخص صحيح (غلبت حال الهلاك عليه)^(٢) بالمريض، ويبدو أنهم وجدوا صعوبة في التحقق من (الغلبة) أو عدمها فوضعوا مكانها (خوف الهلاك غالباً)^(٣).

وقال الأنصاري الشافعي بـ (غلبة الهلاك)^(٤)، أما الإمام الشافعي فاعتبر (غلبة الخوف عليه)^(٥). والمتابع لكتب المذهب يجدها لا تشترط كثرة حصول الموت، بل عدم ندرته^(٦). وأما الدسوقي المالكي فاعتبر (كثرة الموت لا غلبته)^(٧) هي المقياس في الإلحاق.

٢ - خوف التلف: جعل الحنابلة «خوف التلف»^(٨) هو المعيار للإلحاق فكل صحيح يخاف عليه التلف فهو ملحق بالمريض مرض الموت. وجاء في المدونة كذلك^(٩).

٣ - الحالة النفسية: وزاد بعض الشراح ضابطاً جديداً في الإلحاق هو الحالة النفسية للإنسان (فأية حالة أخرى مادية غير المرض، تجعل الإنسان يعتقد بدنو أجله،

(١) المحلى ٣٥٤/٩.

(٢) المبسوط ١٦٨/٦، وفتح القدير ١٥٥/٣ والبحر الرائق ٥٠/٤.

(٣) جامع الفصولين ٢٣٨/٢، والبدائع ٢٢٤/٣، ورد المختار ٢٨٥/٣.

(٤) شرح الأنصاري ١٥/٤.

(٥) الأم ٣٦/٤، ١٤٥/٨.

(٦) قليوبي وعميرة ١٦٢/٢ والبجيري ٢٧٩/٣ ومغني المحتاج ٥٠/٣.

(٧) شرح الدسوقي ٣٠٦/٤.

(٨) المغني لابن قدامة ١٥٢/٦ وكشاف القناع ٢٧٣/٤٤ ومطالب أولي النهى ٤١٩/٤.

(٩) المدونة ٣٥/٦.

★ مرض الموت وأحكامه في المعاملات ★

يكون من شأنها أن تثير في نفسه هذه الحالة بالذات، تكون لتصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت... إلخ^(١).

إلا أن الفقهاء اختلفوا حين ضربوا الأمثلة لقيام هذه الضوابط فذكروا جملة من الحالات منها:

١ - المحكوم عليه بالقتل: قال الأحناف بإلحاق كل محكوم عليه بالقتل قصاصاً أو حداً^(٢).

ويشاركهم المالكية^(٣)، ويشترط الأنصاري وصاحب مغني المحتاج والبجيرمي^(٤) تقديمه للقتل لا مجرد الحكم، أما الإمام الشافعي فقال: (لو قدم في قصاص لضرب عنقه، إن عطيته عطية الصحيح، لأنه قد يعفى عنه)^(٥) ولعل السبب أن العفو في القصاص لولي الدم، ويمكن أن يعفو في أي ساعة.

أما الحنابلة^(٦) فقد ساووا بين من حبس للقتل، ومن قدم له فعلاً، وذهب السنهوري وعمر عبدالله والشيخ أحمد إبراهيم وأنور سلطان والعدوي^(٧) إلى أن كل من حكم بالقتل فهو بحكم المريض، ويشترط محمد يوسف موسى عدم رجاء العفو^(٨).

٢ - المرأة الحامل: اشترط الأحناف^(٩) في إلحاق الحامل بالمريض أن يأخذها الطلق، وقال الشافعية كذلك^(١٠)، وذكر صاحب المذهب في الحامل يضربها الطلق قولين، أنها مريضة

(١) الوسيط ٤/ ٣٢٠ د. عبدالرزاق السنهوري.

(٢) المبسوط ٦/ ١٦٨ والبدائع ٣/ ٢٢٤ وجامع الفصولين ٢/ ٢٢٨، وفتح القدير ٣/ ١٥٥، والبحر الرائق ٢/ ٥١، ورد المختار ٣/ ٣٨٥.

(٣) المدونة ٦/ ٣٥، وشرح الدسوقي ٤/ ٣٠٦.

(٤) شرح الأنصاري ٤/ ١٥ ومغني المحتاج ٣/ ٥١ والبجيرمي ٣/ ٢٧٧.

(٥) الأم ٤/ ٣٦.

(٦) منتهى الإرادات ٢/ ٢٩ والإنصاف ٧/ ١٦٨، والمطالب ٤/ ٤١٩ وكشاف القناع ٤/ ٢٧٢، والإقناع ٣/ ٤١ والمغني ٦/ ١٥٢.

(٧) الوسيط ٤/ ٣٢٠ وأحكام الشريعة في ٤٤٨ والوصية ص ١٩٩ والعقود المسماة ٦٨.

(٨) الأموال ص ٣٤٠.

(٩) المبسوط ٦/ ١٦٨، والبدائع ٣/ ٢٢٤ وفتح القدير ٣/ ١٥٥ والفتاوى الأنقروية ٢/ ٢٤٨ وتبيين الحقائق ٢/ ٢٤٨ ورد المختار ٢/ ٣٩٠، والبحر الرائق ٤/ ٥٠.

(١٠) الأم ٤/ ٣٥ ومغني المحتاج ٣/ ٥١ والبجيرمي ٣/ ٢٧٧ وشرح الأنصاري ٤/ ١٥ وقلوبي وعميرة ٢/ ١٦٣.

والآخر أنها صحيحة^(١).

وقال الحنابلة^(٢) بمثل قول الشافعية وانفرد الخرقى بأن الحمل حتى أتمت شهرها السادس فهي في حكم المريض^(٣).

أما المالكية فقالوا - مثل الحنابلة - بأن الحمل تكون مريضة إذا مضى على الحمل ستة أشهر^(٤).

٣ - ركب السفينة إذا اضطربت: من ركب سفينة، وهاج البحر، واضطربت به السفينة، فهل يلحق بالمريض مرض الموت؟

قال الأحناف نعم، لأنه يخشى عليه من الموت غالباً، فإن سكن البحر فهو صحيح^(٥) وقال الشافعية^(٦) كما قال الأحناف.

وتابع الحنابلة^(٧) الأحناف والشافعية دون زيادة تذكر. وعلى حسب قواعد المالكية، فإن ركب السفينة متى اضطربت، فإنه يلحق بالمريض، لأنه يكثر بسبب ذلك الوفاة^(٨).

٤ - المقاتل وحالة الحرب: لقد تغيرت أدوات القتال اليوم كثيراً، عما كانت عليه قديماً، حتى يمكن اعتبار كل مشارك فيها في خطر، إلى أن تضع الحرب أوزارها، وقد درس الفقهاء حالة المحارب قديماً فاعتبر الأحناف^(٩) المحصور واختلاط المحاربين شرطاً لاعتباره مريضاً^(١٠) وكذا الشافعية، كما اشترطوا تكافؤ المحاربين^(١١)، وبمثل ذلك قال الحنابلة وزادوا

(١) المذهب ١/٤٥٣.

(٢) المغني لابن قدامة ٣/١٥١ والكافي ٢/٤٨٦ ومنتهى الإرادات ٢/٢٩ والمطالب ٤/٤١٩ والإقناع ٣/٤١ والكشاف ٤/٢٧٣.

(٣) الإنصاف ٧/١٦٨، والكافي ٢/٤٨٦.

(٤) شرح الدسوقي ٤/٣٠٦.

(٥) المبسوط ٦/١٦٨، والبدائع ٣/٢٢٤ وفتح القدير ٣/١٥٥ وجامع الفصولين ٢/٢٣٨ ورد المختار ٣/٣٨٥.

(٦) مغني المحتاج ٣/٥١ والبجيري ٣/٢٧.

(٧) المغني ٦/١٥٢ والكافي ٢/٤٨٦ والإقناع ٣/٤٢ والمطالب ٤/٤١٩ ومنتهى الإرادات ٢/٢٩.

(٨) شرح الدسوقي ٤/٣٠٦.

(٩) فتح القدير ٣/١٥٥ وجامع الفصولين ٢/٢٣٨ والبدائع ٣/٢٢٤ والبحر الرائق ٤/٥١.

(١٠) رد المختار ٦/٦٦١.

(١١) الأم ٤/٣٦ وشرح الانصاري ٥/١٥ ومغني المحتاج ٣/٥١ والبجيري ٣/٢٧٧.

★ مرض الموت وأحكامه في المعاملات ★

أن الفرقة الغالبة ومن فيها لا يعاملون كالمريض، لعدم خوف الهلاك والتلف^(١)، واعتبر المالكية كل من حضر القتال كالمريض، باستثناء الاحتياط في الصفوف الخلفية، ومن وكل إليهم رد الهاربين^(٢).

وكل هذه الشروط كانت معتبرة قديماً، ولكنها اليوم لا معنى لها، نظراً لتطور الأسلحة وخطرها على كل مقاتل حيثما كان.

هـ - تفشي الوباء: إذا تفشى مرض معدٍ وأخذ شكل وباء، مثل الكوليرا، فهل يصبح أهل البلد أو القرية كلهم في حكم المريض مرض الموت؟
يجيب الأحناف بنعم، متى غلب خوف الهلاك^(٣)، وكذلك الشافعية^(٤) وفي المذهب الحنبلي قولان الأقوى أنه كالمريض^(٥).

وقد اشترط المالكية شرطاً غريباً، وهو أن يذهب ثلث الناس في الوباء^(٦) وهو بحاجة إلى دليل.
الأمراض المزمنة (الممتدة): خلال الكلام عن المرض المخوف وغير المخوف، تدارس الفقهاء الأمراض المزمنة، ويطلقون عليها أحياناً «الممتدة» ولم يتفقوا لأن فقهاء كل مذهب اتخذوا منهجاً في تصنيف الأمراض.

قالأحناف لاحظوا ازدياد المرض، فإذا زاد كان مخوفاً، وإلا فهو غير مخوف، ثم قال بعضهم إن كان لا يرجى برؤه بالتداوي فهو مريض، وإلا فهو صحيح، وقال ثالث إن كان يزداد مرة ويقل مرة فهو صحيح، واشترط كل من صاحب البحر وجامع الفصولين شروطاً منها: أن يتناول المرض بحيث يصير صاحب فراش، وإلا فهو صحيح^(٧)، ثم اختلفوا في مدة التناول أهى سنة أم مايعتبره العرف كذلك؟ وحسمه ابن عابدين بقوله: (قلت: وحاصله أنه إن صار قديماً بأن تناول سنة، ولم يحصل منه ازدياد فهو صحيح، وأما لو مات حالة الازدياد الواقع قبل التناول أو بعده، فهو مريض)^(٨).

(١) المغني ١٥٢/٦، والإنصاف ١٦٨/٧، وكشاف القناع ٢٧٣/٤ ومنتهى الإرادات ٢٩.

(٢) المدونة ٣٥/٦ والدسوقي ٣٠٦/٤.

(٣) رد المحتار ٣٩٠/٣.

(٤) شرح الأنصاري ١٥/٤ وحاشية البجيرمي ٢٧٧/٣ وقلبيوبي ١٦٣/٣.

(٥) المغني ١٥٢/٦ والكافي ٤٨٧/٢ والمطالب ٤١٩/٤ ومنتهى الإرادات ٢٩/٢.

(٦) فتح العلي ١٣٤/٢.

(٧) تبين الحقائق ٢٤٨/٢، والبحر ٥٠/٤ وجامع الفصولين ٢٣٨/٢.

(٨) رد المحتار ٢٨٥/٣.

وقد قسم الشافعية^(١) الأمراض المخوفة إلى:

- ١ - مخوفة ابتداء ودواماً كالقولنج.
 - ٢ - مخوفة دواماً دون الابتداء كالإسهال.
 - ٣ - مخوف ابتداء لا دواماً مثل الفالج.
- وقد حسم الإمام الشافعي الأمر حين قال: (ومايشكل من هذا أن يخلص بين مخوفه وغير مخوفه سنل عنه أهل العلم به)^(٢).
- وقال الحنابلة بمثل قول الأحناف: من أضناه المرض بحيث صار صاحب فراش فهو مخوف، وإلا فلا)^(٣).
- وقال المالكية بأن العبرة بالأمراض المزمنة ما يخاف منها دون ما لا يخاف^(٤).

الأمراض المزمنة عند المحدثين: يتفق الفقهاء المحدثون على أن المرض إذا أزمّن وامتد سنة فأكثر، دون زيادة، ولا وفاة، فهو غير مخوف (كالصحيح) فإذا اشتد أو تغير حاله، قبل مضي سنة، فمنذ ذلك التغير حتى الوفاة يعتبر مرض موت (أي مخوف) قال بذلك الأنباي^(٥) وخلاف^(٦) وأحمد إبراهيم^(٧) وسليم باز^(٨).

حق الورثة والدائنين في أموال المريض مرض الموت: المريض مرض الموت متى مات، وترك تركة وورثة، فإما أن يكون مديناً أو غير مدين.

إذا ترك المريض تركة ولم يكن مديناً: من المعلوم أن المرض سبب تملك الورثة، والموت شرط، لذا صار إذن الورثة للمورث في التصرف في أكثر من الثلث، واقعاً في محله، لأن لهم في المال شبهة ملك، فإذا أسقطوا حقهم فيه، لم يكن لهم الرجوع، وهذا عند مالك خلافاً

(١) حاشية البجيرمي ٢٧٦/٣.

(٢) حاشية البجيرمي ٢٧٦/٣.

(٣) الام ٣٥/٤ وقلوبوي ١٦٣/٣ والانصاري ١٥/٤، ومغني المحتاج ٥١/٣.

(٤) المغني لابن قدامة ١٤٩/٦، والإنصاف ١٦٧/٧ وكشاف القناع ١٩٦/٣.

(٥) المدونة ٣٦/٦، ومنح الجليل ١٩٦/٣.

(٦) شرح الأحكام الشرعية ٧٠٧/١.

(٧) الأحوال الشخصية ٢٦٢.

(٨) الوصية ١٩٨.

(٩) شرح المجلة ٢٨٣/٢.

* مرض الموت وأحكامه في المعاملات *

للشافعي وأبي حنيفة، في القول بعدم النفاذ، وبناء على أن الموت شرط للملك فلا يجعل لشبهة الملك تأثيراً^(١).

ويصور البزدوي الحنفي المسألة على الوجه التالي: حيث أن الموت عجز خالص، والمرض سبب لهذا العجز، وحيث أن الموت علة لخلافة الورثة، وكذلك الغرماء في المال، وحيث أن الموت يبطل أهلية الملك، لذا يخلف المريض الميت، أقرب الناس إليه، من هنا كان المرض من أسباب تعلق حق الورثة والغريم بمال المريض، مستنداً إلى أول المرض، لأن الحكم يستند إلى أول السبب، وهو المرض، ولذا كان من أسباب الحجر على المريض، لأن علة الحجر مرض مميت^(٢).

وبمثل ما تقدم قال صاحب التوضيح^(٣) والخرشي المالكي^(٤) والشيخ أحمد إبراهيم^(٥) والسنهوري^(٦) والخضري^(٧) والبدرأوي^(٨) ومحمد يوسف^(٩) وإمام^(١٠).

(١) حقوق الدائنين ص ١٢٨ والعقود المسماة ص ٦٧.

(٢) البزدوي ٤/١٤٢٧ ومرآة الأصول ص ٣٢٨.

(٣) التوضيح على التنقيح ٣/١٨٣.

(٤) شرح الخرشي ٥/٣٠٤.

(٥) الأحوال الشخصية ١٧٣ ومجلة القانون السنة الأولى ص ٣٨٤ والوصية ٢٠٠.

(٦) الوسيط ٤١/٣٢٣ (وقد نقل إجماع الفقهاء المصريين على ذلك).

(٧) أصول الفقه ١١٥.

(٨) شرح القانون المدني ٦٠٨.

(٩) الأموال ٣٤١، والفقه الإسلامي ٢٤٣.

(١٠) البيع ٤٨٣.

الحجر على المريض

هل يحجر على المريض خلال المرض، أم يطعن في تصرفاته بعد موته؟؟
من المعروف أن المريض مرض الموت لمن شفي من مرضه فتصرفاته نافذه^(١).
وإذا طال مرضه فنكح امرأة أو خالعهها، فلا يحق لمن يرثه إبطال ذلك، ولكن إن تجاوز المريض مهر المثل في زواجه أو خالعه بدون عوض، فللورثة الطعن في ذلك.
كذلك لا يخضع للنقض شراؤه للأدوية، بالأسعار المتعارف عليها، والعقود إذا انصبت على منافع كالإجارة والإعارة، هذا إذا سلمنا بأن حق الورثة يتعلق بالأعيان لا بالمنافع^(٢).
إن تسلط الورثة على مورثهم المريض جاء لحفظ حقوقهم، وليس تعدياً على كرامة المريض وحقوقه، لذا فهو يتصرف بأمواله مادام حياً، وعلى من وجد ضرراً منها أو تبذيراً، أن يعترض على ذلك.

إذا كان المريض مديناً وله ورثة: تتعلق بأموال المريض حقوق بعضها له، وبعض لورثته، وبعض لدائنيه، ومن المعروف أن حق الورثة والغرماء يتفقان ويختلفان.

يتفقان في رجوعهما إلى أول نزول المرض بالمورث المدين، ويختلفان فتتعلق حقوق الورثة بأعيان التركة، بينما تتعلق حقوق الدائنين بأموال المدين فقط^(٣).

إذا كانت التركة أكثر من الدين: حيث إن المرض من أسباب تعلق حق الوارث والغريم بمال المريض، وهو مستند إلى أول المرض، لذا فالحجر يقع بقدر ما يصاب به الحق، بالنسبة للوارث والغريم (الثلث بالنسبة للوارث، وجميع المال بالنسبة للغريم) إذا كان الدين مستغرقاً للتركة، أما ما زاد على الحقين فلا حجر عليه^(٤).

(١) رد المحتار ٦/٦٧٩، والأحوال الشخصية للشيخ أحمد إبراهيم ١٧٣، والوصية ٢٠٢.

(٢) التركات لأبي زهرة ١٧ وحقوق الدائنين لعلي الرجال ٢٧١.

(٣) البزدوي ٤/١٤٤٠ وشرح المنهاج للرمل ٥/٧١ والتركة للخفيف ١٥٣ وحقوق الدائنين لرجال ١٢٧.

ومصادر الحق للسنهوري ١/٢٢ والتركات لأبي زهرة ص ٩.

(٤) البزدوي ٤/١٤٢٧ ومראה الأصول ٣٣ وشرح طلعة الشمس ٢/٢٥٣.

وقد نقل صاحب «شرح البهجة» قولين:

أ - يوقف منها ما يوازي الدين.

ب - توقف جميعها، لأنها مرهونة بالدين^(١).

ويرى الرجال أن التركة المدينة يجب أن تسلم قيمتها للدائنين، وما كان من تصرفات المريض لا يحس هذه القيمة فهو نافذ وإن لم يجيزه، أما إذا كان تبرعاً فلا ينفذ إلا إذا أجازوه^(٢).

وأما العرابي فقد جعل للدائنين حق اختصاص أو رهن على التركة، فهي من جهة مملوكة للوارث، ألا إنها ملكية مقيدة بحقوق الدائنين الذين يملكون حق اختصاص أو رهن، على عموم التركة، فيستوفون حقوقهم منها قبل أي إنسان، يبيعون منها بقدر ما يفي بتلك الحقوق.

أما الوارث فكمن يشتري عقاراً مرهوناً، ولكن الدين لا يكون في ذمته، ومن حق الدائن بيع العقار لاستيفاء دينه، فإذا لم يف بذلك، فليس من حقه أن يطالب الوارث بالفرق^(٣)، وهذا هو رأي الأحناف.

إذا كانت التركة أقل من الدين: إن الوارث تصير إليه التركة، ولكن حق الدائن مقدم، فإن كانت أكثر من الدين أخذ الوارث الفضلة - كما تقدم -، وإن كانت أقل فلا يعود الدائن على الوارث بشيء، يقول الشيخ الخفيف: «... فإذا ما حجر على المدين بسبب دينه، أو أصابه مرض الموت، تعلق الدين بجميع ما يملك حال الحجر أو حال المرض، كما يتعلق بما يرهنه به من أمواله، وعندئذ يتقيد تصرفه بألا يمس حقوقه دائنيه،.... هذا ما ذهب إليه الجمهور من فقهاء المسلمين^(٤)».

والخلاصة: متى كان المريض مديناً، والتركة لا تفي بالدين، توزع على الغرماء، دون أن يأخذ الورثة شيئاً منها، أو يغرموا شيئاً يزيد عليها.

(١) شرح البهجة ٢/٢٠٦.

(٢) حقوق الدائنين ٢٧٣.

(٣) شرح البزدوي ٤/١٤٢٧ ومرآة الأصول ٢٢٨ ومركز الوارث ص ٥.

(٤) التركة ص ١٥٣ وحقوق الدائنين لعلی الرجال ص ١٢٧.

بيع المريض وشرائه

بيع المريض مرض الموت وكذلك شراؤه، تقع صحيحة أولاً، فإذا احتيج إلى نقضها نقضت بعد ذلك^(١).

وقد يبيع المريض وهو مدين، كما قد يكون الشاري وارثاً أو أجنبياً، وقد يكون المبيع بمثل القيمة أو أقل أو أكثر.

هذه الأحوال المتصورة وإلى التفصيل:

١ - إذا باع المريض لأجنبي وهو غير مدين: إذا باع مريض مرض الموت حاجة بمثل قيمتها أو بغبن يسير، ولادين عليه، فالبيع صحيح لأنه لا ضرر فيه على الورثة^(٢) وهناك استثناء واحد، أن يكون المشتري وارثاً (عند أبي حنيفة).

جاء في مرشد الحيران (يجوز بيع المريض في مرض موته لغير وارثه، بثمن المثل أو بغبن يسير، ولا يعد الغبن اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين)^(٣).

والمحاباة: أن يسامح أحد المتعاضين الآخر في عقد المعاوضة ببعض ما يقابل العوض^(٤).

أو هي تبرع ضمن عقد معاوضة^(٥).

٢ - إذا باع المريض مع المحاباة: ينبغي ملاحظة قدر المحاباة: أي دون الثلث أم أكثر منه، فإن كانت دون الثلث فالبيع صحيح نافذ، ولا حاجة لإجازة الورثة، لأن الثلث من حق المريض.

(١) البزدوي ١٤٢٧/٤ ورمآة الأصول ٣٣٨ وشرح الطلعة ٢/٢٥٣.

(٢) المبسوط ١٧/١٨ وجامع الفصولين ٢/٢٢، ١٧٢/٢، ١٧٩/٢، والفتاوى الانقروية ١/٢٥٨، والدسوقي ١٣٠٧/٣، والإنصاف ١٧١/٧ والفروع ٩٢٧/٢ والمهذب ٤٥٣/٢ والكافي ٤٨٧/٢ والام ٣٠/٤ وخلاف ٦٣، والأموال محمد يوسف موسى ٣٤٣ وحقوق الدائنين ٢٧٤ والتركات لأبي زهرة (ف ٩).

(٣) مرشد الحيران المادة ٢٦٥.

(٤) مطالب أولي النهى ٤/٤١٨.

(٥) الشيخ أحمد إبراهيم مجلة القانون السنة ٢ العدد الأول ص ٢٤٢.

★ مرض الموت وأحكامه في المعاملات ★

علماً بأن البيع يقدر وقت الموت، لا وقت البيع، وكذلك التركة^(١) فإن ثبت وجود محاباة تزيد على ثلث التركة، فالبيع لا يكون نافذاً - بما يجاوز الثلث - إلا بإجازتهم، ومن شروطها أن تصدر من أهلها، ومن عالم بذلك، وأن تقع بعد وفاة المريض، وإلا فيجب أن تجدد^(٢)، ومن حق المشتري إنذار الورثة ليجيزوا البيع أو ينقضوه.

٣ - إذا باع المريض من غير ثمن: إذا عجز من اشترى من مريض، أن يثبت أنه دفع ثمناً لما اشتراه، اعتبرت الصفقة (هبة)، فإذا كانت لا تزيد على ثلث التركة نفذ التصرف دون حاجة لإذن الورثة، فإن كانت الصفقة تزيد على ثلث التركة، فالأمر بحاجة إلى إجازة الورثة، فإن رفضوا وجب على المشتري أن يرد ما جاوز الثلث (أي يكمل الثلثين) ويأخذ الباقي^(٣) وليس له رد بعض البيع^(٤). فإن لم يكن له وارث، فلا اعتراض على ذلك، لعدم وجود التضرر، إلا إذا اعتبرنا (بيت المال) وارثاً، وهو رأي الشافعية والمالكية^(٥).

إذا باع المريض لأجنبي وكان مديناً: إذا باع مريض لأجنبي وكان البائع مديناً، فينظر: هل يستغرق الدين أمواله أم لا؟ وهل باع بمثل القيمة أم أقل أم أكثر؟ تقدم أن الدين يكسب صاحبه حقاً في أموال المدين، بحيث يضع حجراً على تصرفاته المضرة بالدين وصاحبه، لذا فمن حقه الاعتراض على تصرفات المريض حفظاً لحقه.

١ - إذا باع المريض بمثل القيمة والدين غير مستغرق: تقدم أن حق الدائنين يتعلق بمالية المريض دون الأعيان، إذ هي للورثة، لذا فإن باع مريض لأجنبي بمثل القيمة - والدين غير مستغرق - فالبيع صحيح، إذ لا ضرر فيه عليهم. ويبدو أن هذا القدر محل اتفاق بين الفقهاء لانتفاء الضرر^(٦).

٢ - إذا باع المريض بغبن يسير والدين غير مستغرق: إذا باع مريض بغبن يسير،

(١) الوسيط د. السنهوري المجلد الأول ٤/ ٢٣٠.

(٢) المرجع السابق ٤/ ٣٣١.

(٣) المرجع السابق ٤/ ٣٣٣.

(٤) جامع الفصولين ٢/ ١٧٩ (بولاقي) والفتاوى الخيرية ١/ ٢٣٠.

(٥) مجلة القانون سنة ١٤ العدد الأول ص ٩٣.

(٦) الفتاوى الخيرية ١/ ٢٣٠ والدسوقي ٢/ ٣٠٧ والفروع ٢/ ٩٧٢ والمطالب ٤/ ٤٢٦، المذهب ٢/ ٤٥٣

والكافي ٢/ ٤٨٧، والام ٤/ ٣٠ وخلاف ٢٦٣ والأموال ٣٤٣ وحقوق الدائنين ٢٧٤ والتركات (أبو

زهرة) ف ٩.

وكان الدين غير مستغرق، فالبيع جائز، لأن في التركة ما يسدّد والغبن يسير^(١).
٣ - إذا باع المريض بغبن والتركة مستغرقة بالدين: في هذه الحالة للغرماء فسخ البيع، لأنه يضر بهم وبحقوقهم، سواء أكان الغبن قليلاً أم كثيراً، إلا إذا زاد المشتري بما يغطي الغبن أو يفسخ البيع، فوفاء الدين مقدم على الإرث^(٢).
 وقال البرماوي الشافعي بأن المريض الذي عليه دين مستغرق يحجر عليه في الثلث ومازاد^(٣).

بيع المريض لوارث: جميع ماتقدم كان المشتري من المريض غير وارث، فإذا باع المريض لأحد ورثته، فيما أن يبيع بمثل القيمة، أو بأكثر أو بأقل، ويحسن أن نحدد من هو الوارث؟

الوارث: هو من كان كذلك عند وفاة المريض، لا من كان كذلك حال البيع، لأن الموت سبب الوراثة، وليس من المعقول أن تسبق الوراثة الموت^(٤)، وببيت المال لا يعتبر مشاركاً من جهة، ولكن عند انعدام الورثة، يكون كذلك عند الشافعية والمالكية - كما تقدم -^(٥).

١ - إذا باع المريض لوارثه بمثل القيمة أو أكثر: يرى الإمام أبو حنيفة: أن البيع متوقف على إجازة باقي الورثة، منعاً للتهمة، بينما يذهب أصحابه لصحة هذا البيع، والفتوى على رأي الإمام^(٦) واشترط سائر الفقهاء إجازة الورثة^(٧)، مثل مذهب أبي حنيفة.

٢ - إذا باع المريض لوارثه وحابه: لكل وارث نصيبه من التركة، والوصية للوارث ممنوعة شرعاً، والمحابة تعني بيع حاجة بأقل من ثمنها، فهي تبرع حقيقة وبيع صورة، لذا

(١) جامع الفصولين ٢٢/٢ والفتاوى الخيرية ١/٢٣٠ ومرشد الحيران ٢٦٥.

(٢) جامع الفصولين ٢٢/٢ والفتاوى الخيرية ١/٢٣٠ والفتاوى الأنقروية ١/٢٥٨ والتركات (أبوزهرة) ف ٩ والرجال ٢٧٢. ومرشد الحيران (المادة) ٢٦٧.

(٣) البرماوي ص ١٧٤.

(٤) سليم باز ٢٨٧/٢ والوسيط المجلد الأول ٤/٣٢٩.

(٥) المرجع السابق.

(٦) جامع الفصولين ٢٢/٢ والفتاوى الأنقروية ١/٢٥٨، والمجلة المادة ٣٩٢، ومرشد الحيران المادة ٢٦٤.

(٧) مطالب أولي النهى ٤/٤٢٦ وكشاف القناع ٤/٢٧٥ والبرماوي ١٧٤ والمغني لابن قدامة ٦/١٥٧ والمحزر ١/٣٧٩ والإنصاف ٧/١٧٢.

جاء اتفاق الفقهاء على منع ذلك، إلا إذا رضي به الورثة، لأنهم بذلك يتنازلون عن حقوقهم^(١) وقد قال المرداوي الحنبلي (وإن حابى وارثه فقال القاضي: يبطل في قدر المحاباة، ويصح فيما عدا - وهو الصحيح من المذهب - وعنه لا يصح البيع مطلقاً - اختاره في المحرر-^(٢) وعنه يدفع قيمة باقيه أو يفسخ^(٣)) قال الحارثي ويأتي - في باب الوصايا - أن الأشهر للأصحاب انتفاء النفوذ عند عدم الإجازة، فيقيد ما قال هنا - من البطلان - بعدم الإجازة...^(٤).

الشفعة

يعتبر الأحناف الشفعة «حق شخصي» يتعلق بشخص الشفيع، ولا تورث عنه، فإذا مات المريض قبل تملك العقار المشفوع به سقط حقه بالشفعة، ولم يكن لورثته حق المطالبة بذلك، ويوردون أثراً عن الشعبي (سمعنا أن الشفعة لاتباع ولا توهب ولا تورث) وقد ذهب إلى هذا كل من: سفيان الثوري وابن عيينة وأحمد في رواية عنه وابن رامي^(٥).

وقد رجح الشيخ الخفيف أن الشفعة تورث «... ومع ذلك فهو - حق الشفعة - حق موروث باتفاق، وإذن فالحق مذهب إليه مالك والشافعي وأحمد في رواية أخرى... إذا كانت وفاة الشفيع بعد طلبه الأخذ بالشفعة...»^(٦).

وقد فصل ابن قدامة قائلاً إذا مات الشفيع قبل طلبه الشفعة سقطت ولا تورث، وإن طلبها ثم مات ينتقل الحق لورثته جميعاً، لأنه حق مالي كسائر الحقوق المالية^(٧)، ألا إنه يتقرر بالطلب ولا يسقط بالموت عند أحمد بل يصير متضرراً وعندئذ يصير من الحقوق التي يغلب فيها معنى المال فينتقل بالميراث^(٨).

(١) المبسوط ٢٦/٥٦، وجامع الفصولين ٢/١٧٩، والفتاوى الأنقروية ١/٢٥٨.

(٢) المحرر ١/٣٧٩.

(٣) وهذا مثل قول الأحناف في غير الوارث.

(٤) الإنصاف ٧/١٧٢، والمغني ٦/١٥٧.

(٥) تأثير الموت (الخفيف) مجلة القانون السنة ١٠ العدد ٥ ص ٥٣، والمجلة (م) ١٠٢٨.

(٦) المصدر السابق.

(٧) المغني ٥/٣١١.

(٨) المرجع السابق ٥/٣١٠ وتأثير الموت، (الخفيف) مجلة القانون سنة ١٠ عدد ٥ ص ٥٣ وحقوق

الدائنين ص ١٤١.

وهكذا يدور الخلاف حول الشفعة أهى من الحقوق التي تورث أم لا؟

إذا باع المريض لأجنبي وكان الشفيع وارثاً: إذا باع مريض لأجنبي عقاراً بمثل قيمته، وكان الشفيع وارثاً، فهل يمنع من ذلك أم لا؟

الإمام أبو حنيفة يرى أن لاشفعة للوارث، وعند أصحابين تجب له الشفعة، فإن كان في البيع محاباة، والشفيع أجنبي، فلا شفعة عند أبي حنيفة، وعندهما البيع جائز بشرط أن يدفع قدر المحاباة، فتجب الشفعة، وقد صحح السرخسي قول الإمام، فإن كان البيع أصلاً لأجنبي والشفيع وارث، فلا شفعة له عند أبي حنيفة، ويمكن أن يأخذ الشفيع بالتحويل إليه أو بصفقة مبتدأة مقدرة أجاز الورثة أم لم يجيزوا^(١).

أما الشافعية فقد أجازوا الشفعة للوارث والبيع من مريض لأجنبي، ولو بلغت المحاباة الثلث، فإن تجاوزته وأجاز الورثة ذلك صحت يقول الأنصاري (... كوارث المريض أن غبنا يبيع أي المريض بأن باع من أجنبي محاباة، كأن باعه شقصاً يساوي ألفين بألف، واحتملها الثلث، والوارث شريكه، فيأخذه الوارث، إذ لم يحابه، وإنما حابى الأجنبي، وإن لم يحتملها الثلث، فيصح في ثلثي المبيع بثلثي الثمن في المثال المذكور.

وتثبت فيهما الشفعة، وإن أجاز صح في الجميع وتثبت فيه الشفعة^(٢).

وقال الحنابلة مثل قول الشافعية، غير أنهم فرقوا بين ما إذا كان البائع المريض متهماً بنقل المبيع لوارثه - مع المحاباة - أو لم يكن متهماً. فإن كان متهماً لم يصح لأن للوسائل حكم المقاصد^(٣).

فإذا كان البيع لوارث والشفيع أجنبي، فلا يصح البيع عند أبي حنيفة، لأن هذا البيع فاسد عند الإمام، إلا إذا أجازته الورثة، وعند صاحبيه البيع جائز أما الشفعة فواجبة، وهذا إذا خلا البيع من المحاباة^(٤) وعند غير الأحناف البيع صحيح، والشفعة واجبة.

وقال الحنابلة (وإن كان الوارث المحابي شفيع، فله أخذ الشقص الذي وقعت فيه

(١) الفتاوى الهندية ٢٠٥/٥.

(٢) شرح الأنصاري ٢٦٧/٣.

(٣) كشف القناع ٢٧٦/٤، والمطالب ٤٢٦/٤، ومنتهى الإرادات ٣٠/٢، والإقناع ٤٣/٣، والإنصاف ١٧٣/٧.

(٤) الفتاوى الهندية ٢٠٥/٥.

* مرض الموت وأحكامه في المعاملات *

المحابة، لأن الشفعة تجب بالبيع الصحيح وقد وجد، فإن أخذه الشفيع فلا خيار للمشتري، لزوال الضرر عنه...^(١).

إجارة المريض: تقدم أن الأحناف لا يعتبرون الشفعة مالا يورث، وقالوا في الإجارة والإعارة مثل ذلك، فكلها منافع تتجدد بتجدد الزمن، فهي أعراض لبقاء لها ولا استقرار، لا فرق إن كانت مؤقتة أو مؤبدة، فمتى مات المتعاقد صار غير أهل للملك، فينتهي ملكه ولو لم يكمل أمد العقد.

إن الشفعة والإجارة والإعارة جاء جوازها على (خلاف القياس) نظراً لحاجة الناس ووجود منفعة، وهي عقد على معدوم، لذا صوروا العقد فيما ينعقد ساعة ساعة، حسب تتجدد المنافع، وقد اعتبرت العين قائمة مقام منافعها، حيث أضيف لها العقد فقط^(٢).

ويكيف السرخسي المسألة بالنسبة للمريض قائلاً: (... لأن تصرف المريض حصل فيما لاحق فيه لغرمائه ولا لورثته، وهي منفعة الأرض التي توجد بحياته، فإن حق الورثة إنما يتعلق بما يتصور بقاءه بعد موته، وحق الغرماء إنما يتعلق بما يمكن إيفاء الدين منه»^(٣).

هذا ملخص رأي الأحناف في المنافع ووراثتها، في رأي جمهور الفقهاء؟؟

مذهب الجمهور في توارث المنافع: يعتبر جمهور الفقهاء المنافع مثل الشفعة والإجارة مما يورث، فإذا مات مستأجر قبل نهاية العقد، فمن حق ورثته أن يحلوا مكانه، لأن المنافع - عندهم - من الأموال ويدللون على صحة ذلك بجواز استثنائها في عقد البيع، فلو أن شخصاً باع داراً له، واستثنى سكانها مدة معينة - تلي العقد - ثم مات فإن من حق ورثته أن يحلوا محله في سكانها، كما يرثون عنه ما اشترى من الأعيان^(٤).

كما استدلوا بحديث: «من ترك مالا أو حقاً فلورثته»، وقد أنكر الأحناف الجزء الأخير واعتبروه من الراوي.

بقي أمران: الأول أن الأحناف اضطروا للقول بإرث الإجارة استحساناً^(٥)، فمن استأجر أرضاً وزرعها، فمات قبل حصاد الزرع، حل الورثة مكانه، حتى ينتهي العقد.

(١) كشف القناع ٢٧٦/٤.

(٢) تأثير الموت (الخفيف) ص ٧١ وحقوق الدائنين ص ١٤١.

(٣) المبسوط ١٢٨/٢٣ ورد المختار ٢٨٠/٦.

(٤) شرح البهجة ٣١٧/٣ والمغني ٥٢/٦ ونهاية المحتاج ٢٣٠/٤ وتأثير الموت ص ٨١ وحقوق الدائنين ص ١٤١.

(٥) انظر المبسوط ١٢٨/٢٣ وحاشية ابن عابدين ٦٨٠/٦.

والمسألة الثانية أن الحنابلة قالوا - مثل الأحناف - إن الإجارة عقد على المنفعة لا العين، وكل ما كان العوض في مقابله فهو المعقود عليه، وإنما يضاف العقد للعين، لأنها محل المنفعة^(١).

إجارة المريض

تقدم الخلاف في إرث المنافع بين الأحناف والجمهور، وقد نص الأحناف على حرية المريض في المنافع، وإنه يكون مثل الصحيح، ومن كل ماله (تبرع المريض بالمنافع يعتبر من كل ماله) فلو أجر مريض بيته بدون أجر المثل لاعتبر من الثلث، إذ لو أعارها جاز^(٢).

وقد فرّق الشافعية بين إيجار نفسه والاستئجار (إن أجر نفسه في مرضه بدون أجر المثل، فلا يحسب النقص من الثلث، لأنه امتناع عن تحصيل، لاتفويت للحاصل، ولا مطمع للورثة في عمله، بخلاف المحاباة في أجر أمواله...)»^(٣).

هل تبطل الإجارة بالموت: تقدم أن الإجارة عقد على منفعة عند الأحناف، وهي تتجدد ساعة بعد ساعة، فإذا مات أحد طرفي العقد بطلت.

ويكيّفونها على الوجه التالي: إذا مات المستأجر فلا تنتقل إلى وارثه، لأنها إما تنتقل بالعقد الأول أو بعقد جديد، أما انتقالها وفق العقد الأول فغير ممكن، لأن المنافع لا تورث، وإن انتقلت بعقد جديد فلم يحصل ذلك.

وكذلك الحال لو توفي صاحب العين، فبوفاته تنتقل العين للورثة ومعها المنافع أيضاً، فإذا افترض وجود العقد وسريانه، فإنه يكون مضافاً لملك الغير (الورثة)، ومن غير رضاهم، فيبطل العقد^(٤)، كما أن وفاة المستأجر، قبل تمام مدة العقد تزيل أهليته للتملك، فينتهي ملكه، وإن لم تنته مدة العقد، فلا يؤثر فيه بقاء الوقت^(٥).

بقاء الإجارة بعذر: إن الأحناف مع قولهم بأن الإجارة - من المنافع - فلا تورث وإن

(١) المغني ٣٥٧/٥.

(٢) جامع الفصولين ٢٤٦/٢، المبسوط ١٢٨/٢٣، ورد المختار ٦٨٠/٦، وشرح الأحوال الشخصية

(الإباني) ٣٢٦/٢.

(٣) شرح الانصاري ١٢/٤.

(٤) تأثير الموت (الخفيف) ص ٧٧ وحقوق الدائنين (الرجال) ١٤١.

(٥) المراجع السابقة ورد المختار ٦٨٠/٦، وشرح الأحوال الشخصية ٣٢٦/٢.

* مرض الموت وأحكامه في المغاملات *

وفاة أحد طرفيها يفسخها، فلا يحل وارث محل مورثه، لكنهم إن وجد عذر - فالمستحسن - عندهم بقاء الإجارة، فيحل الوارث محل العاقد، وقالوا بأن الإجارة كما تفسخ بعذر تبقى بعذر، ومثلوا بذلك بمن يستأجر أرضاً فيزرعها، ثم يموت أحد أطراف العقد، قبل الحصاد، فيستمر العقد استحساناً^(١).

رأي الجمهور: تقدم أن جمهور الفقهاء يعتبر المنافع - ومنها الإجارة - من الأموال أو الحقوق التي تورث، فإذا مات أحد أطراف عقد الإجارة قبل انقضاء أمد العقد، حل وارثه مكانه في بقية العقد، وكانت له المنفعة بطريق الإرث، فتبقى العين في يد الورثة، حتى تستوفي المنفعة وينتهي العقد^(٢).

زواج المريض

هل يختلف زواج المريض مرض الموت عن الصحيح؟ وما الحكم لو تزوج مريض بمهر المثل أو مع المحابة، وهل ثمة خلاف بين أن يدخل المريض أم لا؟

زواج المريض جائز عند الأحناف^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) والظاهرية^(٦)، ولم يخالف في ذلك سوى المالكية حيث قالوا ببطلان العقد^(٧).

ويمكن القول بأن الزواج من الحاجات الأساسية للإنسان، وأنه عقد معاوضة فيصح في الصحة والمرض، وهو تصرف صادر عن أهله في محله بشرطه فيصح.

أما المالكية فقالوا بفساد العقد، ولا ميراث للزوجة إلا إذا دخل بها، فلها الصداق من ثلث ماله، ولا ترث عنه^(٨).

(١) تأثير الموت ص ٧٧.

(٢) تأثير الموت ص ٨١ ونهاية المحتاج ٢٣٠/٤، والمغني لابن قدامة ٥٦/٦.

(٣) المبسوط ٣٠/١٨، وجامع الفصولين ٢٣٤/٢، والبداية ٢٢٥/٧، ورد المختار ٦١١/٥.

(٤) الأم ٣١/٤، والإفصاح ١٩٨/٢.

(٥) المغني ١٤٩/٦، ٣٦٩.

(٦) المحلى ٢٥/١٠.

(٧) المدونة ٣٧/٦.

(٨) المدونة ٣٧٦/٦، والمغني لابن قدامة ٣٦٩/٦، والمحلى ٢٥/١٠، والإفصاح ٢٩٨/٢.

الزواج مع المحاباة: أما أن يحصل زواج المريض بمهر المثل فلا اعتراض - عند الجمهور - لأنه تصرف بدون محاباة ولم يضر بأحد، لكنه لو تزوج المريض امرأة وحاباها في صداقها، بأن وضع لها أكثر من صداق مثلها، فعند الأحناف العقد صحيح والزيادة - عن مهر المثل - باطلة، إن لم تجزها الورثة^(١)، وقال الشافعية بمثل قول الأحناف^(٢).

وقد قال الحنابلة^(٣) بمثل قول الأحناف والشافعية، ولكن صاحب الفروع ذكر أكثر من قول في المسألة:

١ - الزيادة في الثلث.

٢ - يمنع إذا قصد التفويت على الورثة.

٣ - لا يبطل تبرعه^(٤).

أما صاحب تصحيح الفروع فنقل قولين في مريضة تزوجت بدون مهر مثلها، فقال بالجواز وعدمه^(٥).

وهكذا يتضح أن زواج المريض مع المحاباة من الثلث، أما زواج المريضة بدون مهر، أو بأقل من مهر مثيلاتها، فبعض الفقهاء يجعله من الثلث، بينما غيره يعتبرها كإيجار نفسها بأقل من أجر المثل، أو عدم إيجارها لنفسها.

زواج المريض مع الدخول وبدونه: تقدم أن جمهور الفقهاء يعتبرون زواج المريض صحيحاً، ويرتبون عليه نتائجه، ولا يفرقون بين الدخول بها أو عدمه، ويستثنى من ذلك المالكية.

لقد اعتبر المالكية - كما تقدم - عقد المريض باطلاً^(٦)، فإن لم يدخل فلا ميراث لها، فإن دخل بها فلها الصداق من الثلث.

(١) رد المحتار ٦١١/٥.

(٢) شرح الانصاري ١١/٤.

(٣) المغني ٩١/٦ والإنصاف ١٧٧/٧، والقواعد لابن رجب ١٠٣.

(٤) الفروع لابن مفلح ٩٢٧/٢.

(٥) تصحيح الفروع ٩٢٧/٢.

(٦) المدونة ٣٧/٦، والمغني لابن قدامة ٣٦٩/٦.

طلاق المريض (طلاق الفار)

طلاق المريض أما أن يقع بمبادرة منه، أو طلب من الزوجة، ثم يموت أحدهما فيرث الآخر، وهذا الطلاق، إما أن يقع قبل الدخول بها أو بعده، والطلاق إما رجعي أو بائن، والوفاة قد تقع خلال العدة أو بعدها، وأخيراً ما شروط طلاق الفار؟

يعتبر الأحناف طلاق المريض من جنس المحابة، لذا يقع من الثلث، فإذا كان الطلاق رجعياً ترث منه، ويرث منها لو ماتت في العدة، ولو ادّعى الإبانة في الصحة، أو الزوج بلا شهود، أو وجود رضاعة بينهما قبل النكاح، فإن أنكرت ذلك، بانته من وترثه، وهذا بخلاف تصديقها له فيما ادعاه، فإن اختل بها فقط ولم يدخل، فعليها العدة ولا ترث منه^(١).

أما لو أبانها - في مرضه - فماتت في العدة فلا يرثها بخلاف الرجعي^(٢).

أما طالبة طلاق رجعي، أو طلاق فقط، فيطلقها بائناً أو ثلاثاً، ترث منه، ومثل ذلك لو طلبت منه الطلاق في مرضه، فطلقها ثلاثاً فماتت في العدة ترث. والقاعدة: الزوجان يتوارثان في العدة مطلقاً، حصل الطلاق في الصحة أو المرض، برضاها أو بدونه، فأيهما مات - وهي في العدة - ورثه الآخر. هكذا فصل ابن عابدين وعمم^(٣).

طلاق المريض قبل الدخول: إذا طلق مريض زوجته قبل الدخول بها ففي المذهب

الحنبلي أربع روايات:

١ - لها كامل الصداق والميراث، وعليها العدة (عدة وفاة).

٢ - لها الميراث والصداق ولا عدة عليها.

٣ - لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة.

٤ - لا ميراث لها ولا عدة عليها، ولها نصف الصداق.

قال أحمد: قال جابر بن زيد: لا ميراث لها ولا عدة عليها... قال أحمد أذهب إلى قول

جابر^(٤). وقول (أحمد) يشكل رواية خامسة.

(١) رد المحتار ٢/٣٨٦.

(٢) رد المحتار ٢/٣٨٧.

(٣) رد المحتار ٢/٣٨٨ والفتح ٢/١٥٨، والبداية ٣/٢٢٠ وتبيين الحقائق ٢/٢٤٥.

(٤) المغني لابن قدامة ٦/٣٧٤، والإنصاف ٧/٣٥٧.

وقال شيخ الإسلام: لها نصف الصداق وليس عليها عدة، ولها الميراث باعتباره فاراً^(١)، ويمثل ذلك قال مالك^(٢).

وقال الشافعي: «... وإن طلقها قبل أن يمسه، فلها نصف مسمى لها، إن كان سمي لها شيئاً، ولها المتعة إن لم يكن سمي لها شيئاً، ولا عدة عليها من طلاق ولا وفاة، ولا ترثه، لأنها لا عدة عليها»^(٣).

ما الحكم لو طلبت المرأة الطلاق؟

نقل ابن عابدين أن زوجة المريض لو طلبت طلاقاً رجعيّاً فطلقها بائناً، فإنها ترث منه في العدة^(٤).

ونقل صاحب منتهى الإرادات الحنبلي إن سألته أقل من ثلاث، فطلقها ثلاثاً، أو علق الطلاق على ما لا بد لها منه شرعاً كصلاة، أو عقلاً كأكل، ورثت منه، لأنه فار بتطليقه^(٥). وقد عد الكاساني شرطين للإرث:

١ - قيام العدة.

٢ - عدم الرضا منها بسبب الفرقة وشرطها، فإن رضيت بذلك لا ترث، لأنها رضيت ببطالان حقها، والتوريث ثبت لصيانة حقها^(٦).

مما تقدم يظهر أن توريث المطلقة رجعيّاً في العدة محل اتفاق بين الفقهاء، ذلك أن الزوجة مادامت على ذمة الزوج فلا يحق لها الزواج، فإن تنازلت عن حقها كأن تطلب الطلاق، فلا شيء لها.

إذا طلق المريض زوجته بائناً: لو طلق مريض زوجته بائناً ثم مات في العدة أو بعدها، فما الحكم؟

قال الأحناف إن حصلت الوفاة في العدة ترثه^(٧).

(١) الفتاوى ٣٦٩/٣١.

(٢) المدونة ٣٤/٦.

(٣) الأم ٢٣٥/٥.

(٤) رد المحتار ٣٨٨/٣.

(٥) منتهى الإرادات ١٠٢/٢، والمطالب ٦٥٣/٢.

(٦) بدائع الصنائع ٢٢٠/٢.

(٧) البدائع ٢١٨/٣ وفتح القدير ١٥١/٢، ١٥٠/٣، البحر ٤٦/٤، وتبيين الحقائق ٢٤٥/٢، والاختيار

٢٠٥/٣، ورد المحتار ٣٨٦/٣.

★ مرض الموت وأحكامه في المعاملات ★

وقال الحنابلة كذلك^(١) ألا إن صاحبي المطالب^(٢) والفروع^(٣) قالوا: ترث مالم تتزوج.
وقال الشافعي - في الجديد - بعدم الإرث، بينما ذهب بعض أصحابه إلى أنها ترث بشرط أن لا تتزوج^(٤) كما قال المالكية بإرثها^(٥)، إن دخل بها، وقال مالك لو تزوجت كثيرين وماتوا ورثتهم جميعاً^(٦).

إذا علق الرجل طلاقه على شرط: لو علق رجل صحيح طلاق امرأته على شرط، فوجد وهو مريض، فما الحكم؟

قال الأحناف لا ترث، وقال زفر ترث^(٧).

وفصل ابن رجب الحنبلي فقال: إذا علق الطلاق في صحته فوجد في المرض، فإن لم يكن من فعله فهل ترثه أم لا؟ روايتان^(٨)، وقال الشافعي لا ترث إن كان بفعلها وإرادتها^(٩).

متى يكون المطلق فاراً: قد يكون الرجل المريض فاراً، كما قد تكون المرأة كذلك، وقد حدد محمد زيد الابياني من محدثي شراح الفقه الحنفي، شروط الفار على الوجه التالي^(١٠):

١ - أن يكون طائعاً لا مكرهاً، لانتفاء سوء القصد مع الإكراه.

٢ - أن يقع الطلاق بغير رضاء الزوجة، لأن رضاها يسقط حقها.

٣ - أن يموت الزوج في مرضه بأي سبب.

٤ - أن تقع وفاة الزوج في عدتها وخلالها.

٥ - أن تكون الزوجة مستحقة للإرث وقت الطلاق.

٦ - أن تستمر أهليتها من وقت الإبانة إلى وقت الموت.

(١) المغني ٢٧٣/٦، والإنصاف ٣٥٥/٧، والقواعد لابن رجب ٣١٩، والمحرر ٤١١/١.

(٢) المطالب ٦٥٤/٤.

(٣) الفروع ٩٩٢/٢.

(٤) الأم ٢٣٥/٥.

(٥) المدونة ٣٤/٦.

(٦) من لا يحضره الفقيه ٢٢٨/٤ واللحقة الدمشقية ٤٨/٦، والروضة ٢٢٦/٢، والشرائع ٥٨/٢.

وتهذيب الأحكام ٧٦/٨.

(٧) البدائع ٢٢٢/٣ ورد المختار ٣٩٠/٣، وفتح القدير ١٥٦/٣، والبحر ٥١/٤.

(٨) القواعد ص ١٦٧.

(٩) الأم ٢٣٦/٥.

(١٠) شرح الأحكام الشرعية ٣٧٧/١.

ولا يكون فاراً في الأحوال الآتية وإن طلق في مرضه:

- ١ - إذا وقع الطلاق بناء على طلبها ورغبتها، فلا ترث، قال بذلك الأحناف^(١) والحنابلة^(٢).
- ٢ - إذا علق الطلاق على فعل لها منه بد ففعلته، فلا يرث لها عند الأحناف^(٣) والحنابلة^(٤) وهي عند الشافعية من باب أولى.
- ٣ - إذا اختلعت منه ثم مات، وهي في العدة فلا ترث، لأنها أبطلت حقها^(٥).
- ٤ - إذا توسطت ردة منها بين الطلاق والموت.
- لو طلق مريض امرأته فارتدت فمات الزوج فلا ترثه، لأن المرتد لا يرث مسلماً ولا كافراً ولا مرتداً مثله^(٦).
- وكذلك قال صاحب المطالب الحنبلي^(٧).
- وفصل أطفيش قائلاً (وإن ارتد مريض وزوجته لم يتوارث، إن مات أحدهما، وإن طلقها ثلاثاً ثم أسلما توارثا، لا إن أسلم أحدهما أو ارتد الزوج فمات، أو طلق ثلاثاً في مرضه ثم ارتد فمات^(٨)).

(١) فتح القدير ١٥٢/٣ والمبسوط ١٥٦/٦.

(٢) الإنصاف ٣٥٤/٧ والكافي ٥٦١/٢.

(٣) رد المحتار ٣٩١/٣.

(٤) الإنصاف ٣٥٤/٧، والكافي ٥٦١/٢.

(٥) تبين الحقائق ٢٤٧/٢ ورد المحتار ٣٨٩/٣ والبحر ٤٨/٤.

(٦) أحكام المرتد في الشريعة للمؤلف ص ٣٠٥، وتبين الحقائق ٢٥٠/٢.

(٧) مطالب أولي النهى ٦٥٤/٤.

(٨) النيل ٦١٩/٣.

خلع المريضة

إذا خالعت مريضة مرض الموت فيما أن تخالع على مثل حقها، أو أكثر منه أو أقل، وقد تفعل ذلك قبل الدخول أو بعده، وحين تخالع فقد يموت زوجها خلال العدة أو بعدها.

أولاً: مشروعية الخلع في المرض: الخلع عمل مشروع، وهو وسيلة لحل عقد الزواج وتخليص المرأة من عصمة زوجها، وهو مشروع للصحيح والمريض، ولكنّه من المريض بشروط^(١): «... إن المخالعة في المرض صحيحة، سواء كان المريض الزوج أو الزوجة، أوهما جميعاً، لأنه معاوضة في المرض كالبيع، لانعلم خلافاً».

وبمثل هذا التصحيح قال الأحناف^(٢) والشافعية^(٣).

وقال مالك: لا يجوز، وذهب ابن القاسم أنه لو صالحها الزوج على مثل ميراثه منها أو أقل فذلك جائز^(٤).

ورأى مالك فيه غرابة، لذا رفضه (ابن القاسم) لأن الخلع في أصله مشروع، فإن خالعت على أكثر من مهرها فهي محاباة تعامل كذلك.

ثانياً: إذا خالعت على مثل مهرها أو أقل: لو خالعت مريضة زوجها على مثل مهرها، فعند الأحناف^(٥) ينظر إلى ثلاثة أمور:

- ١ - ميراثه منها.
- ٢ - بدل الخلع.
- ٣ - ثلث مالها.

فيجب الأقل من ذلك، هذا إن كان يرث منها، فإن لم يرث فهو والأجنبي سواء، أما إن كان يرثها بقرابة، هنا ينظر إلى مقدار (الخلع) وإلى إرثه - بحسب قرابته - فإن كان الخلع

(١) المغني ٨٨/٧.

(٢) المجلة المادة ٢٩٤، والأحوال الشخصية لخلاف ص ١٦٥.

(٣) الأم ١٨٢/٥.

(٤) المدونة ٣٤/٥.

(٥) جامع الفصولين ٢٣٧/٢، والبحر الرائق ٨١/٤ والاختيار ٢٣٩/٢، ورد المختار ٣٦٠/٢ والبحر

الرائق ٨١/٤.

بقدر إرثه أو أقل منه، سلم له ذلك، فإن كان أكثر فالزيادة تتوقف على إجازة الورثة، هذا إن كان دخل بها وإلا فالنصف يعود إلى الزوج، والنصف الآخر ينظر، فلو كان الزوج أجنبياً فهو متبرع، فيصح من الثلث، ولو كان وارثاً فله الأقل من «الإرث ومن نصف المهر».

وجاء في المجلة^(١) «خلع المريضة مرض الموت صحيح، وإن كان على مال يعتبر من ثلث مالها، فإن ماتت وهي في العدة فلمخالعها الأقل من البذل ومن الثلث، وإن برئت من مرضها، فله جميع البذل المسمى». وذهب الشافعية إلى الجواز غير المقيّد^(٢) فإن كان الزوج المريض، فخالعها بأقل من مهرها مما كان أو أكثر، فالخلع جائز، وإن مات من المرض، لأنه لو طلقها بلا شيء كان الطلاق جائزاً، وإن كانت هي المريضة، وهو صحيح، أو مريض فسواء، وإن خالعه بمهر مثلها أو أقل، فالخلع جائز).

أما الأنصاري الشافعي فاشتراط الأقل من مهر المثل^(٣) وجعل الحنابلة (الضابط) مقدار ما يرث الزوج منها، وليس مهر المثل، فإن جاء الخلع على مقدار الإرث أو أقل صح^(٤). ويمثل قول الحنابلة قال ابن القاسم المالكي^(٥) مخالفاً إمامه في ذلك والذي يبدو أن الأحناف نظروا إلى مصلحة الزوجة في الخلع، بينما نظر الحنابلة وابن القاسم المالكي إلى مصلحة الزوج.

ثالثاً: إذا خالعت المريضة على أكثر من مهرها: لو خالعت امرأة على أكثر من مهرها، أو من حق زوجها في أموالها، تقدم أن الزوجة يختلف خلعها فيما إذا كانت هي المريضة، عما إذا كانت صحيحة وزوجها مريض.

يرى الأحناف أنها لو كانت صحيحة وزوجها مريض، فالخلع جائز قل أو أكثر، ولا ترث شيئاً، مات زوجها في العدة أو بعدها^(٦)، فإن كانت مريضة فالمعتبر موتها خلال العدة أو بعدها، فإن لم يكن دخل بها وماتت بعد العدة فهو من الثلث، وإن ماتت في عدتها فلزوجها الأقل من الميراث ومن المهر، إن كان يخرج من الثلث، فإن لم يخرج، فله الأقل من ميراثها

(١) المجلة المادة ٢٩٤، والبحر ٨١/٤ والأحوال الشخصية أحمد إبراهيم ص ١٢.

(٢) الأم ١٨٢/٥.

(٣) شرح الأنصاري ٢٣٥/٤، والمزني ٧٧/٤.

(٤) المغني ٨٨/٧ والمطالب ٣١٣/٥ ومنتهى الإرادات ٢٤٥/٢.

(٥) المدونة ٣٥/٥.

(٦) جامع الفصولين ٢٢٧/٢، والبحر ٨١/٤.

★ مرض الموت وأحكامه في المعاملات ★

ومن الثلث^(١)، ومن الواضح أن الأحناف يتخوفون من أن تعطى زوجها أكثر من حقه، لذا التزموا أن يعطوه الأقل.

أما الشافعية^(٢) فيرون أن الزائد على مهر المثل يكون من الثلث، وعللوا ذلك بأن الخلع جعل الزوج أجنبياً.

وأما الحنابلة فقالوا لا يعطى الزوج أكثر من ميراثه منها، بل يعطى الأقل من الميراث والعوض، وعللوا ذلك بأنها متهمة بإيصال شيء من مالها عن طريق الخلع بدون عوض، على وجه لم تكن قادرة عليه، وحيث أنه وارث فيبطل ذلك، كما إذا أوصت له أو أقرت، أما قدر ميراثه منها فيخلو من التهمة، حيث سيأخذه ولو لم تخالغ^(٣).

وذهب مالك إلى أن خلع المريضة بجميع مالها غير جائز، وقال ابن القاسم إن كان صالحها الزوج على أكثر من ميراثه منها فغير جائز. وعلى مثل أو أقل من حصته في الميراث فجائز^(٤).

رابعاً: هل ترث المخالعة: إذا كان الزوج مريضاً مرض الموت، وطلبت الزوجة الخلع ثم مات زوجها فهل ترث منه؟

قال السرخسي: «... وإذا اختلعت نفسها من زوجها في مرضه، أو جعل أمرها في يدها فطلقت نفسها، فلا ميراث لها منه، لأن وقوع الفرقة بفعلها، أما بقبول البدل، أو بإيقاعها الطلاق على نفسها، وهذا أبين في إسقاط حقها من سؤال الطلاق^(٥)، وأطلق الإمام الشافعي عدم الإرث قائلاً: «ولا ترث المختلعة في المرض، ولا في الصحة زوجها، ولا يرثها، ولو مات أحدهما في العدة»^(٦).

وقال مالك ترث المرأة المخالعة إذا كان الزوج مريضاً ومات^(٧) لكن ابن القاسم منع التوارث بينهما^(٨).

(١) الاختيار ٢٢٩/٣ ورد المختار ٤٦٠/٣ والمجلة المادة ٢٩٣، والأحوال الشخصية لكل من الشيخ أحمد إبراهيم ١٠٢ وخلاف ١٦٥.

(٢) الأم ١٨٢/٥، والمزني ٦٦/٤، والأنصاري ٢٣٥/٤.

(٣) المغني ١٥٩/٦ والمطالب ٣١٣/٥، ومنتهى الإرادات ٢٤٥/٢.

(٤) المدونة ٣٤/٥.

(٥) المبسوط ١٦٠/٦ والبحر ٧٤/٤ والفتح ١٥٢/٣ وتبيين الحقائق ٢٤٧/٢ ورد المختار ٢٨٩/٣.

(٦) الأم ١٨٢/٥.

(٧) المدونة ٣٣/٥، ٣٤/٥ (٨) المدونة ٣٤/٥.

أما الإمام مالك فيقول: «قلت أرأيت إن اختلعت المرأة بمالها من زوجها - والزوج مريض - أيجوز ذلك في قول مالك أم لا؟ قال نعم جائز، ولها الميراث إن مات، ولا ميراث له منها إن ماتت هي، قلت: لم؟ قال: لأن من طلق امرأته في مرضه فهو فار، فإن ماتت المرأة لم يرثها الزوج، وإن مات الزوج ورثته المرأة...»^(١).

والذي يظهر أن (مالكاً) يعتبر الزوج فاراً، ولم ينظر إلى طلب المرأة، على أساس أن الخلع من حق الزوج، ولولا قبوله بذلك لما وقع الاختلاع.

وقال الحنابلة بأنها لا ترث منه، فلو خالعه في مرضه، ثم أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل جاز ذلك^(٢).

وهكذا يتفق الأحناف والشافعية والحنابلة على عدم إرث المريضة إذا اختلعت، لأنها اختارت الانفصال من نفسها ورضيته، وليس للزوج سوء قصد، وخالفهم الإمام في ذلك.

تبرعات المريض وإسقاطاته

قد يتبرع المريض لإنسان فيضر ذلك بالورثة، كما قد يسقط حقوقاً مالية يتأذى من ذلك ورثته أو دائنوه، لذا فقد ناقش الفقهاء هبات المريض وعطاياه، وما يوصي به، كما درسوا الإبراء والوقف والطلاق على مال، ليحكموا بصحة أو بطلان تصرف المريض في كل ذلك، آخذين بنظر الاعتبار أثر هذه التصرفات على الورثة والدائنين.

هبة المريض

هبة المريض قد تكون لوارث أو أجنبي، والمريض لا يخلو أن يكون له وارث أو لا يكون. كذلك فالمريض إما أن يكون مديناً أو لا يكون، والدين إما أن يكون مستغرقاً أو لا يكون، والموهوب قد يكون ديناً أو غيره، والواهب قد يموت قبل القبض أو بعده، وقد يعود الواهب في هبته أو لا يعود.

(١) المرجع السابق.

(٢) المغني ٧/ ٢٧٩.

كل هذه القضايا بحثها الفقهاء، مستهدفين حماية الوارث والدائن، من أن يلحق به ضرر من جراء تصرف المريض.^(١)

أولاً: هبة المريض لأجنبي: يتفق جمهور الفقهاء باستثناء الظاهرية على أن هبة المريض للأجنبي تكون من ثلث أمواله.

يقول البزدي الحنفي^(٢) (... وحجر على المريض عن الصلة، نحو الهبة والصدقة وغيرها، إلا من الثلث، لما قلنا من تعلق حق الغير بماله الموجب للحجر، ومن استخلاص الثلث بطريق النظر، ولكونه محجوراً عن الصلة فيما وراء الثلث).

وحجة الجمهور مارواه عمران بن حصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه، لا مال له غيرهم، فاستدعاهم رسول الله عليه الصلاة والسلام فجزأهم ثلاثة أجزاء، وأقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة^(٣) (متفق عليه) وإذا لم يسر العتق على الكل، فغيره من الهبات والعطايا أولى.

أما ابن حزم الظاهري فقد ناقش القضية مفنداً رأي الجمهور، طاعناً بالأدلة منتهياً إلى^(٤) «... لاندري من أين أطلقوا للمريض أن يأكل من ماله ماشاء، وينفق على من له من عبيد وإماء، وإن أتى على جميع المال، ومنعوه من الصدقة بأكثر من الثلث، إن هذا لعجب لانظيره».

وقد استهلك في مناقشة القضية صفحات، لينتهي إلى أن كافة تصرفات المريض من رأس ماله كله، باستثناء العتق، فإنه من الثلث، أخذاً بخبر - عمران بن معين - حيث صححه من جهة، لكنه رفض القياس عليه في أمور الهبة وغيرها.

وهذا الطوسي ينقل الخلاف في المسألة قائلاً^(٥): «... لأصحابنا روايتان: إحداهما: يصح، والأخرى: لا يصح، وبه قال الشافعي وجميع الفقهاء، ولم يذكر فيه خلافاً».

(١) جامع الفصولين ١٨٦/٢، والفتاوى الهندية ٣٨٢/٤، والبزدي ١٤٣٠/٤ والمهذب ٤٥٣/١ والبيجيمي ٢٧٦/٣، والدسوقي ٨٨/٤ والخرشي ٣٠٦/٥. والمغني لابن قدامة ١٣٨/٦، والكافي ٤٨٥/٢ والمطالب ٤١٧/٤.

(٢) البزدي ١٤٣٠/٤.

(٣) صحيح مسلم ١٣٩/١١ وابن ماجه ٧٨٦/٢.

(٤) المحلى ٣٥٤/٩ - ٣٥٩.

(٥) الخلاف ٩٣/٢، والشرائع ٢٠٥/١.

ومن قال بأن الهبة ومثلها العطية من الثلث قال: بأن مايزيد على الثلث يصح بإجازة الورثة - كما في الوصية - لأن هبة المريض - ولو نجزت - فهي كالوصية حكماً^(١).

ثانياً: هبة المريض الوارث: الأصل لا وصية لوارث، وحيث أن الهبة والعطية تشبه الوصية، لذا درس الفقهاء هبة المريض، وحاولوا ابتداء تحديد من هو الوارث؟ من هو الوارث؟ هو من كان كذلك وقت وفاة مورثه لا وقت الهبة^(٢) لأن الإرث يستدعي حصول الوفاة - حقيقة أو حكماً - ومع وجود الواهب حياً لا يرثه أحد.

أما إجازة الورثة فهي فرع للمسألة الأولى، فإذا وقعت في حياة المريض الواهب، فلا قيمة لها، لوقوعها قبل الإرث، فهي إسقاط حق قبل ثبوته، لذا لا بد من حصولها بعد الوفاة، وشرطها أن تقع ممن تصح إجازته^(٣).

ويترتب على ماتقدم: لو أن مريضاً وهب ماله لامرأة، ثم تزوجها بعد ذلك بطلت الهبة، لأنها تصير وارثة بعد وفاة الواهب، ولو حصل العكس، كأن أهداها وهي على عصمته ثم طلقها، وبعد انقضاء العدة مات الواهب المريض، فإنها تستحق الهبة، لأنها عند الوفاة لم تكن وارثة، بل أجنبية^(٤).

فإذا كان للمريض وارث واحد، فوهبه كل ماله أو بعضه، جاز، لأنه سيرثه بدون مشارك، ولا حق لبيت المال في الاعتراض^(٥).

فإن كان للمريض أكثر من وارث، ووهب لبعضهم دون بعض^(٦) «لو وهب شيئاً لوارثه في مرضه، أو وصى له، وأمر بتنفيذه».

قال ابن الفضل: كلاهما باطل، فلو قال الورثة: أجزنا ما أمر به الميت، تنصرف الإجازة إلى الوصية، لأنها مأمورة لا إلى الهبة، ولو قال الورثة: أجزنا ما فعله الميت، تنصرف إليهما جميعاً.

(١) المحرر ٣٧٧/١ والبرزدوي ١٤٣٠/٤ والبجيرمي ٢٧٦/٣ والأنصاري ١٧/٤ والدسوقي ٨٨/٤، والأم ٣٠/٤، والاشتباه ص ٢٢٣، ومنتهى الإرادات ٢٩/٢، والإنصاف ١٦٦/٧، والشرائع ٥٦٧/١، والمغني ٢١٣٩/٦.

(٢) البدائع ٣٢٧/٧ ورد المختار ٦٥٩/٦ والمحرر ٢٨٠/١.

(٣) رد المختار ٦٥٩/٦، وجامع الفصولين ١٨٢/٢، والبيع / حلمي عيسى ٢٢١.

(٤) رد المختار ٦٥٩/٦.

(٥) المجلة المادة ٨٧٧.

(٦) جامع الفصولين ١٨٧/٢، والبدائع ٣٢٧/٧، والفتاوى ٣٨٤/٤.

★ مرض الموت وأحكامه في المعاملات ★

وقد فصل الإمام الشافعي قائلًا^(١) «... وما كان من عطية بتات في مرضه، لم يأخذ بها عوضًا أعطاه إياه، وهو يوم أعطاه، كان يرثه لو مات، أو لا يرثه، فهما موقوفة، فإذا مات، فإن كان المعطي وارثًا له حين مات أبطلت العطية، لأنني إذا جعلتها من الثلث، لم أجعل لوارث في الثلث شيئًا، من جهة الوصية، ولن كان المعطي حين مات المعطي غير وارث أجزتها، لأنها وصية لغير وارث». وقال الحنابلة إن عطايا المريض لاتجوز لوارث، كما لاتجوز لأجنبي فيما زاد على الثلث، إلا إذا أجازها الورثة^(٢).

ثالثاً: هبة المدين وغير المدين: جميع ماتقدم في الهبة كان في غير المدين، فإن كان المريض مديناً ووهب، فلا يخلو الأمر من أن يكون الدين مستغرقاً لأموال الواهب أو لا. فإن كان الدين مستغرقاً، فالهبة لاتنفذ، لأن نفاذها يضر بالدائنين، إلا إذا أجازوا ذلك^(٣).

رابعاً: متى تبطل هبة المريض: إذا وهب المريض لوارث بطلت الهبة، إن لم يجزها بقية الورثة، فإن حصلت لأجنبي فيما أن يقبضها قبل وفاته، أو لا يقبضها، فإذا قبضها من وهبت له - في حياة المريض - جازت عند الأحناف، وتكون من الثلث، لأن من حقه التصرف بالثلث، وشرطها القبض قبل وفاة المريض^(٤).

وقال الشافعية مثل ذلك وكذلك أحمد^(٥) وخالفهم مالك.

وجعل من حق الورثة منع القبض، إلا أن تكون له أموال مأمونة مثل العقار^(٦). ويبدو أن الإمام مالكاً يحتاج للورثة، فإذا وجدت أموال كافية كالعقارات أنفذها، وإلا بقيت موقوفة حتى يشفى المريض أو يموت، فإن توفي الواهب قبل القبض بطلت، لأن الهبة من المعروف الذي يبطل بالوفاة^(٧).

وهذا هو مذهب الأحناف والشافعية^(٨) فيما لو سبقت الوفاة القبض، وحجتهم أنها

(١) الأم ٣٠/٤، ٣٢.

(٢) الإنصاف ٦٦٦/٧ والمغني ١٣٩/٦، والمحرر ٣٧٧/١، الحقوق العينية / كامل مرسى ٢/٢٢٠.

(٣) المجلة المادة ٨٨٠ وحقوق الدائنين / الرجال ٢٧٦ وملكية الحقوق العينية ٤٢٢/٢.

(٤) المبسوط ١٢/١٠٢ والفتاوى الهندية ٣٨٢/٤، ورد المختار ٧١٠/٤.

(٥) الأم ٣٢/٤، والمغني ٥/٥٣١، والقواعد لابن رجب ٨٩.

(٦) المدونة ٩٤/٥.

(٧) المدونة ١٢٥/٥.

(٨) الأم ٣٢/٤، ١١٥/٧، والمبسوط ١٢/١٠٢، والفتاوى الهندية ٣٨٢/٤، ورد المختار ٧١٠/٤.

صلة، والصلوات يبطلها الموت كالنفقات، فلا تصير وصية، لأنها يراد منه التملك للمال وليس بعد الوفاة.

أما ابن قدامة الحنبلي^(١) فله تفصيل يتعلق بنوع الهبة، فإن كانت من المكيل أو الموزون فلا تصح إلا بالقبض، أما سوى ذلك فتصح ولو لم يحصل القبض. فإذا مات الموهوب له قبل القبض، بطلت الهبة عند الأحناف^(٢) وفي قول لأحمد، والقول الآخر يعلّقها على القبول وليس على القبض^(٣)، ولم يشترط القبض الإمام مالك^(٤)، نقل الخرشي أن هبة المريض إذا ابتلها فليس له الرجوع فيها^(٥). والمفارقة هنا: أن هبة المريض صارت أقوى من هبة الصحيح.

استرداد الهبة «الاعتصار»: من وهب شيئاً لآخر هل له أن يرجع في ذلك؟؟

وهل هناك فارق بين الهبة إلى وارث أو أجنبي؟

الأصل في الهبة أنها متى قبضت أو لزمت لا ترد، إلا أن الفقهاء استثنوا الوالدين من ذلك، إذا وهبا شيئاً لولدهما، ثم وضعوا للاسترداد شروطاً خاصة، وقد استعرض ابن قدامة أقوال الفقهاء قائلاً^(٦): (والرجوع في الهبة أن يقول رجعت فيها، أو ارتجعتها أو ارتدتها، أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على الرجوع، ولا يحتاج إلى حاكم، وبهذا قال الشافعي).

وقال أبو حنيفة: لا يصح الرجوع إلا بقضاء قاضٍ، لأن ملك الموهوب له مستقر، ولنا أنه خيار في فسخ، فلم يفتقر إلى قضاء كالفسخ بخيار الشرط. ثم عدد أربعة شروط هي:

١ - أن تكون باقية في ملك الأب.

٢ - ما تزال في تصرف الابن.

٣ - أن لا يتعلق بها رغبة الآخرين، ولأحمد في هذا روايتان: ليس له الرجوع، وله الرجوع.

٤ - أن لا تزيد زيادة متصلة، فإن زادت فللإمام أحمد روايتان: المنع من الرجوع، وحق

الرجوع.

(١) المغني ٥/٥٣١، والإنصاف ٧/١١٩.

(٢) تأثير الموت/ مجلة القانون عام ١١ العدد (١) ص ٥٤٩.

(٣) الإنصاف ٧/١٢٣، والمغني ٥/٥٣٢.

(٤) المدونة ٥/١٢٥.

(٥) شرح الخرشي ٨/١٧٢، والمدونة ٥/١٠٨.

(٦) المغني ٥/٥٤٨ - ٥٥٢ والإنصاف ٧/١٤٥.

* مرض الموت وأحكامه في المعاملات *

وقال الشيخ أحمد إبراهيم^(١) بسقوط حق الأب والأم في الرجوع (الاعتصار) للموانع

الآتية:

- ١ - زيادة الشيء الموهوب أو نقصه في ذاته.
 - ٢ - أن يقصد الناس التعامل معه لأجل الهبة كتزويجه.
 - ٣ - أن يمرض الوالد الواهب مرض الموت أو الولد.
 - ٤ - أن تخرج عن ملك الموهوب له ببيع أو نحوه.
- وقد ذهب المالكية مذهب الأحناف في المسألة^(٢).

كفالة المريض

الكفالة^(٣) نوع من أنواع التبرع، والمريض كالصحيح أهل لها، بشرط أن لا تتجاوز ثلث أمواله، فإن تجاوزته توقفت على إجازة الورثة - مثل سائر التبرعات. وقد نص الأحناف^(٤) والحنابلة^(٥) والمالكية^(٦) على ذلك. هذا إذا وقعت لأجنبي، فإن كانت لوارث هل تبطل أم من الثلث^(٧)؟ (مريض كفّل عن وارثه أوله تبطل، وفي الجامع الصغير: كفالة المريض تعتبر من الثلث...).

وفي المدونة^(٨) قلت: أرأيت المريض إذا تكفل بكفالة أتجوز كفالته؟ قال ذلك جائز في ثلثه، ألا ترى أن مالكا قد قال في المرأة تكون تحت الزوج فتتكفل بكفالة: إن ذلك في ثلثها إن لم تتجاوز الثلث، لأنها محجورة عن جميع مالها، وكذلك المريض قد حجر عليه جميع ماله، وإنما يجوز له من ماله الثلث، والكفالة له معروف، وإنما يجوز ذلك في ثلثه، كما يجوز

(١) مجلة القانون عام ٣ العدد الأول ص ٥٧.

(٢) الخرشي ١١٥/٧ والشرح الكبير ١١٢/٤، والدسوقي ١٠٠/٤.

(٣) الكفالة: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بدين أو عين (راجع مصطلح: كفالة).

(٤) رد المحتار ٦٨/٦، وجامع الفصولين ١٧٩/٢، والوصية / أحمد إبراهيم ٢٢٠ والمجلة المادة (١٦٠٥).

(٥) المغني ٤٨٨/٤، والإنصاف ١٩١/٥.

(٦) المدونة ١٢٧/١٣.

(٧) جامع الفصولين ١٧٩/٢.

(٨) المدونة ١٢٧/١٣.

للزوجة ذات الزوج معروفها في ثلثها عند مالك). وحيث أن (الكفالة) من التبرعات، لذا تسري عليها سائر قواعد التبرع في كافة المذاهب.

وصية المريض

حين يوصي مريض، فإما أن يكون له وارث أو لا يكون، ووصيته إما أن تكون لوارث أو أجنبي، ومقدارها قد يكون من ثلث ماله أو أكثر، والمعتبر في الوصية إما وقت الصدور والقبول أو وقت الوفاة، وإذا كان للمريض ورثة ثم أجازوا الوصية، فهل هي تنفيذ أو عطية جديدة، كل هذه المسائل درسها الفقهاء وسأتناولها.

أولاً: وصية مريض لاوارث له: من لا وارث له هل يعتبر بيت المال من الورثة أم لا؟ تقدم في «الهبة» أن الأحناف لا يعتبرون بيت المال وارثاً، وبنوا على ذلك، أن من كان كذلك فمن حقه أن يوصي بماله لمن يشاء، وليس من حق بيت المال منعه^(١).

وقال الحنابلة بمثل قول الأحناف، وفي قول من الثلث، يقول ابن قدامة^(٢): «... فأما من لا وارث له، فتجوز وصيته بجميع ماله، هذا هو المذهب، وعليه جماهير الأصحاب...» وعنه (الإمام أحمد) لا تجوز إلا بالثلث، نص عليه في رواية أبي منصور... وبناهما القاضي على أن بيت المال، هل هو جهة ومصلحة أو وارث؟

فإن قيل: هو جهة ومصلحة جازت الوصية بجميع ماله وإن قيل هو وارث، فلا تجوز إلا بالثلث.

فلو أوصى أحد الزوجين للآخر فله على الرواية الأولى المال كله إرثاً ووصية، على الصحيح من المذهب، وقيل لاتصح، وله على الرواية الثانية: الثلث بالوصية، ثم فرضه من الباقي والبقية لبيت المال).

والأمر كما ذكر ابن قدامة: هل يعتبر بيت المال من الورثة أم لا؟ فإذا لم يكن جازت الوصية من كل المال، وإلا من الثلث، والباقي لبيت المال.

ثانياً: وصية المريض لأجنبي: من حق المسلم التصرف بثلث أمواله هبة أو وصية،

(١) المجلة المادة ٨٧٨.

(٢) المغني ٧/١٩٢.

★ مرض الموت وأحكامه في المعاملات ★

لا فرق في ذلك بين مريض وصحيح، لذا فإن الوصية بالثلث أو أقل ليس محل خلاف^(١) وإنما الخلاف فيما زاد على ذلك.

ثالثاً: إذا أوصى مريض بأكثر من الثلث: لو أوصى مريض بأكثر من ثلث ماله، فهل الوصية متوقفة على إجازة الورثة، أم هي باطلة، وإجازة الورثة تعتبر عطاء جديداً؟؟

١ - مذهب الأحناف^(٢) وقول الشافعي^(٣) وظاهر مذهب أحمد^(٤) وبعض المالكية^(٥): إن الوصية نافذة في الزيادة على الثلث، متى أجازها الورثة، وكانوا من أهل الإجازة (أي أهل للتبرع). فإن أجازوا جميعاً نفذت الوصية كاملة، وإن أجاز البعض نفذت بالنسبة لهم فقط دون الباقين.

وحجة هذا الفريق: إن منع الزيادة على الثلث جاء لحفظ حق الورثة - كما ورد بحديث سعد بن أبي وقاص المعروف - وإجازتهم تدل على رضاهم، لذا صحت الوصية وإن جاوزت الثلث.

٢ - الوصية - بما زاد على الثلث - باطلة، والحجة أن الرسول عليه الصلاة والسلام نهى (سعداً) عن الوصية بما زاد على الثلث، والنهي يقتضي الفساد والبطلان.

وهذا هو المشهور من مذهب مالك، والقول الثاني للإمامين الشافعي وأحمد، والمزني - من أصحاب الشافعي - والظاهرية^(٦).

ثمرة الخلاف: إن ثمرة الخلاف بين من يصحح الوصية بأكثر من الثلث (الأحناف ومن شايعهم) ومن يحكم ببطلانها (الظاهرية ومن يشايعهم) تظهر في أن الفريق الأول يعتبر (الإجازة) إمضاء للوصية، وأما الفريق الثاني فيعتبرها هبة مبتدأة من الورثة، ويطلق عليها ما يشترط في الهبة، فلو أوصى مريض بثلث ماله فحصلت فيه زيادة، فهل تدخل هذه الزيادة في الوصية أم تقف عند حد الثلث.

(١) البدائع ٣٦٩/٧ والبرماوي ١٧٣، والباजوري ٨٥/٢ والوسائل ٣٨٢/١٣.

(٢) البدائع ٣٦٩/٧.

(٣) البرماوي ١٧٣.

(٤) الإنصاف ١٩٣/٧.

(٥) شرح الخرشي ١٨٠/٨.

(٦) تلاحظ المراجع السابقة.

فعلى رأي الأحناف ومن شايعهم الزيادة داخلية، لأنها نماء وعلى رأي الظاهرية ومن شايعهم لاتدخل، وسيأتي ذلك بإذن الله.

وقت الإجازة : قد تقع الإجازة حال الوصية، كما قد تقع بعد وفاة الموصي، وقد تكون الوصية لوارث، كما قد تقع لأجنبي، وقد درس الجصاص المسألة ورأي المذاهب فيها قائلًا^(١): «قال أبو بكر وقد اختلف الفقهاء فيمن أوصى بأكثر من الثلث، فأجازته الورثة في حياته، أو أوصى ورثته فأجازوه، في حياته، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد والحسن بن صالح، وعبدالله بن الحسن والشافعي^(٢): لايجوز ذلك حتى يجيزوها بعد الموت».

وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي: ليس لهم أن يرجعوا فيه بعد الموت وهي جائزة، وقال ابن القاسم عن مالك^(٣) إذا استأذنهم فكل وارث بائن عن الميت، مثل الولد الذي قد بان عن أبيه.. فإنه ليس لهم أن يرجعوا، فأما امرأته وبناته وابن العم، الذين ليسوا في عياله - وإن كان قد احتلم - فلهم أن يرجعوا، وكذلك العم وابن العم، ومن خاف منهم إن لم يجز لحقه ضرر منه، في قطع النفقة، إن صح فلهم أن يرجعوا، وقول الليث في هذا كقول مالك، قال أبو بكر: لما لم يكن لهم فسخها في الحياة، كذلك لاتعمل إجازتهم، لأنهم لم يستحقوا بعد شيئاً.

وقد ساق الكاساني أدلة الطرفين قائلًا^(٤): «... ووجه قول ابن أبي ليلى: أن إجازتهم في حال الحياة صادفت محلها، لأن حقهم يتعلق بماله في مرض موته، إلا أنه لا يظهر كونه هذا المرض مرض الموت إلا بالموت، فإذا اتصل به الموت تبين أنه كان مرض الموت، فتبين أن حقهم كان متعلقاً بماله، فتبين أنهم أسقطوا حقهم بالإجازة، فجازت إجازتهم، ولنا: أن حقهم إنما يثبت عند الموت، لأنه إنما يعلم بكون المرض مرض الموت عند الموت، فإذا مات الآن علم كونه مرض الموت، فيثبت حقهم الآن، إذا ثبت حقهم عند الموت، استند الحق الثابت إلى أول المرض، والاستناد إنما يظهر في القائم لا الماضي، وإجازتهم قد مضت لغواً ضائعاً، لانعدام الحق حال وجودها، فلا تلحقها الإجازة....».

(١) الجصاص ٧/٣٧٠.

(٢) الباورى ٢/٨٦.

(٣) المدونة ١٥/٧٥، وفتح العلي المالك ١/٣٠٩.

(٤) البدائع ٧/٣٧٠.

* مرض الموت وأحكامه في المعاملات *

وقال الحنابلة بمثل قول الجمهور وعللوا^(١): «... ولنا أنهم أسقطوا حقوقهم، فيما لم يملكوه فلم يلزمهم، كالمرأة إذا أسقطت صداقها قبل النكاح، أو أسقط الشفيع حقه في الشفعة قبل البيع.

ولأنها حالة لا يصح فيها ردهم للوصية، فلم يصح فيها إجازتهم، كما قبل الوصية». ويمكن أن نكيف المسألة على الوجه التالي: إن الشريعة منحت الورثة حق رفض الوصية، حفظاً لحقوقهم، فمتى أجازوها فقد أسقطوا هذا الحق - حق المعارضة - بشرط أن يقع ذلك بحريتهم ودون ضغط.

من هو الوارث: وارث الموصي هل المعتبر من كان كذلك وقت الوصية، أم بعد وفاة الموصي؟

فقد يوصي مريض لامرأة أجنبية عنه، ثم لا يموت حتى يتزوجها، وقد يحصل العكس بأن يوصي لها وهي زوجة ثم يطلقها ويموت بعد ذلك.

وقد ذهب الأحناف^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) والمالكية^(٥) إلى أن المعتمد في الإرث، من كان كذلك بعد وفاة المورث، وليس في حياته^(٦) «كل عقد معلق يختلف باختلاف حالين، إذا وجد تعليقه في أحدهما ووقعه في الآخر، فهل يغلب عليه جانب التعليق، أو جانب الوقوع؟؟ في المسألة قولان: إلا أن يفضي اعتبار أحدهما إلى ما هو ممتنع شرعاً فيلغى، ويتفرع على ذلك مسائل منها: أن الوصية لمن هو في الظاهر وارث، فيصير عند الموت غير وارث أو العكس.

والمذهب الاعتبار بحال الموت، ولم يحك الأكثرون فيه خلافاً فإن الوصية للورثة لا يمكن أن تلزم، والوصية للأجنبي بالثلث فما دون، لا يمكن أن تقف على الإجازة».

رابعاً: الوصية لوارث: جاء في الأثر «لا وصية لوارث»^(٧) وقد انقسم العلماء حيال

(١) المغني ٨٧/٦ والإنصاف ٢٠١/٧.

(٢) رد المحتار ٥٧١/٥ (طبعة أولى).

(٣) المهذب ٤٥١/١.

(٤) الإنصاف ٢٠٠/٧، والمغني ٨٨/٦ والقواعد ١٦٧، والمطالب ٤٢٧/٤.

(٥) منح الجليل ٦٦٦/٤ والخرشي ١٨٠/٨.

(٦) المجلة المادة ١١٧.

(٧) نص الحديث (إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث). رواه الترمذي والنسائي وابن

ماجه وأحمد.

ذلك إلى فريقين: فريق يرى بطلانها للوارث والآخر يرى صحتها بشرط أو بدونه.

١ - الوصية للوارث باطلة: يرى ذلك ابن الماجشون، وعبد الحكيم من المالكية، وكذلك الظاهرية، وهي في بطلانها لاتقبل نفاذاً ولا تصحيحاً^(١). والنهي يقتضي الفساد.

٢ - ذهب الجمهور إلى جوازها بشرط أن يفعل ذلك الورثة.

وهؤلاء انقسموا إلى قسمين: يرى فريق أنها تنفيذ للوصية، بينما يذهب غيرهم إلى أنها عطية مبتدأة من الورثة، فتصير هبة وتخضع لشروطها، وليست وصية، فإلى التفصيل في ذلك:

إجازة الورثة تنفيذ لأعطية جديدة: إلى هذا ذهب كل من: الأحناف^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤)، كما هو رأي لبعض المالكية^(٥) والحجة كما يوردها الكاساني: «... لأن الوصية للوارث ليست باطلة، بدليل أنه لو اتصلت بها الإجازة جازت، والباطل لا يحتمل الجواز بالإجازة، وبه تبين أن الوارث محل للوصية، لأن التصرف المضاف إلى غير محله يكون باطلاً، دل أنه محل، وأن الإضافة إليه وقعت صحيحة، إلا أنها تبطل في حصته برد الباقيين» - هذا إذا أجاز بعض الورثة دون بعض - أما وقت الإجازة - فكما تقدم - لا بد أن تحصل بعد وفاة الوصي، وليس في حياته، وهذا محل اتفاق بين الأحناف والشافعية والحنابلة.

وذهب مالك إلى اعتبار الإجازة، ولو صدرت في حياة المريض، فتصبح وصية المريض أقوى من الصحيح، وقد وجه الشيخ الخفيف^(٦) المسألة بأنها عبارة عن تنازل عن حق المعارضة، وليست من باب إسقاط حق، قبل ثبوته، وهو توجيه له وجاهته.

إجازة الورثة صحيحة مطلقاً: يرى بعض الفقهاء أن إجازة الورثة لوصية مورثهم صحيحة، سواء صدرت في حياته، مريضاً كان أو صحيحاً، أو بعد وفاته، ويرون أن إذن الورثة هو بحكم الإجازة، حتى قبل صدور الوصية، فمتى أذنوا لمورثهم بالوصية، سواء لوارث أو أجنبي، بالثلث أو أكثر فالوصية صحيحة، بل لا تحتاج إلى إجازتهم فيما بعد.

(١) أحكام الوصية، الخفيف ص ١٥٩.

(٢) البدائع ٢٣٨/٧، والجصاص ١١٩/٣.

(٣) الباجوري ٨٥/٢.

(٤) المغني ١٩٣/٧، والفروع ٩٣١/٢.

(٥) أحكام الوصية / الخفيف ١٥٩.

(٦) أحكام الوصية ص ١٦٢.

★ من حق الأبناء على الآباء العدل بينهم في العطية والنفقة ★

قال بذلك: عطاء والحسن والزهري وربيعه وحماد وابن أبي ليلى والأوزاعي^(١).
وحجتهم: أن الشارع قد منع الوصية لوارث، والوصية بالزائد على الثلث جاء لحق
الورثة، فأثبت الشارع لهم بذلك حق المعارضة، فإن تركوه وتنازلوا عنه صح تنازلهم، وهذا
يشبه تنازل الدائن عن دينه قبل حلول الأجل.

وهم يقبلون هذا التنازل في حياة الموصي وبعد وفاته، لأنه يأتي بعد ثبوت الحق، فتصير
الإجازة نوعاً من الالتزام الصادر عن أهله، فيجب اعتباره أخذاً من قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا
بِالْعَهْدِ﴾. ويرى الإمام مالك والليث بن سعد الاعتداد بالإجازة أو الإذن - إذا صدر في
المرض دون الصحة - كي تقع بعد تعلق حق الوارث بأموال مورثه، وهم يعدون الإجازة نوعاً
من التبرع، فيشترط في صاحبها أن يكون أهلاً لذلك، كأن يكون بالغاً عاقلاً، غير محجور
عليه.

وقد اشترط الأحناف والشافعية والحنابلة علم المجيز بمقدار ما أجاز^(٢).
ويعتبر المالكية الإجازة تمليك مبتدأ^(٣) ولذا تأخذ حكم الهبة، فتصح بالمجهول، فإن
وقعت في حياة الموصي فلا بد من توفر شروط منها:

- (أ) صدورها في مرض الموصي مرضاً مخوفاً.
- (ب) وأن يموت في ذلك المرض.
- (ج) أن لا يكون للمجيز عذر، كالخوف أو الدين للموصي.
- (د) أن يجيز مع علمه بأنه له حق الرفض والرد.

إسقاطات المريض

المريض قد يتصرف بأمواله، كما قد يتصرف بحقوق له كأن يبriء مديناً له من دينه،
وهذا يؤثر على حقوق الورثة، فيحرمهم من مال قد يصير إليهم لولا هذا الإسقاط، من هنا
درس الفقهاء بعض تصرفات المريض مثل الإبراء والوقف والطلاق على مال... وسوف أبحث
هذه الموضوعات ما كان منها صحيحاً وغير صحيح.

(١) أحكام الوصية / الخفيف ص ١٦٣.

(٢) أحكام الوصية / الخفيف ص ١٦٣.

(٣) حاشية الدسوقي ٢/ ٤٠٠.

الإبراء

الإبراء هو إسقاط شخص حقاً له في ذمة آخر أو قبله^(١)، أو ترك الدائن حقه دون مقابل^(٢)، ولذا فهو من التبرع، فينبغي أن يخضع لقواعده، والإبراء قد يقع لأجنبي أو وارث، وفي الحالين إما أن يكون صاحبه مديناً أو غير مدين.

أولاً: إذا أبرأ مريض أجنبياً: فالقاعدة في ذلك أن لا يتجاوز ثلث ماله، إلا بموافقة الورثة^(٣) وجاز إبرأؤه - أي المريض - الأجنبي من دين له عليه، إلا أن يكون الوراث كفيلاً عنه فلا يجوز، إذ يبرأ ببراءته، ولو كان الأجنبي هو الكفيل عن الوارث جاز إبرأؤه من الثلث وفي مرشد الحيران^(٤) «إذا أبرأ المريض في مرض موته، غير وارثه من الدين الذي عليه، يعتبر ذلك من ثلث تركته، بعد وفاء مايكون عليه من الدين، وإن كانت التركة مستغرقة بالدين، فلا يعتبر ذلك الإبراء، وللغرماء مطالبة المدين بما عليه من الدين». وكما هو معلوم فإن ذلك يأتي لحفظ حق الدائن.

قال الشيخ أحمد إبراهيم^(٥): «... وشروط الإبراء الأهلية الكاملة، وأن يكون المبرئ غير محجور عليه، وأن يكون هو رب الدين لا وليه ولا وصيه، وذلك لأن الإبراء من التبرعات، وإبراء المريض في حكم الوصية»، وهذا إذا كان المبرئ المتبرع «غير مدين» فإن زاد الإبراء على ثلث أمواله وله ورثة، فلا يصح إلا بإجازتهم، شأنه في ذلك شأن سائر تبرعات المريض. فإن كان مديناً، والدين يستغرق أمواله، فلا حق له بالإبراء، لأنه يضر بدائنيه، ويفوت عليهم الحصول على حقوقهم، لذا لا ينفذ. جاء في البحر^(٦): «... وإبرأؤه مديونه - وهو مدينون - غير جائز، إن كان أجنبياً، وإن كان وارثاً لا يجوز مطلقاً».

(١) فتح القدير ٣/٣٥٦ وابن عابدين ٤/٢٧٦ وبداية المجتهد ٢/١٥٣، وأحمد إبراهيم/ مجلة القانون سنة (٣) عدد (٢) ص ٢٣٩.

(٢) الالتزام/ مرقص وإمام ص ٥٠٠، وهذا يعني «إسقاط».

(٣) جامع الفصولين ٢/١٨٦.

(٤) المادة ٩٤١ والإنصاف ٧/١٢٧.

(٥) الالتزام/ مجلة القانون (هامش) (١).

(٦) البحر ٧/٢٧٧ ورد المختار ٥/٦١١.

★ مرض الموت وأحكامه في المعاملات ★

وفي المجلة^(١): «إبراء المريض مديونه - وهو مديون بمستغرق - غير جائز، إن كان المديون أجنبياً منه، وإبرائه مديونه الوارث غير جائز مطلقاً، سواء كان المريض مديوناً أم لا، وسواء كان الدين ثابتاً له عليه أصالة أو كفالة».

ثانياً: إذا أبرأ مريض وارثاً: إذا أبرأ المريض وارثاً من دين عليه، وكان له وارث آخر سواء، لا يصح الإبراء، لأنه تبرع لوارث في مرض الموت^(٢): «مريض أبرأ وارثه من دين له عليه أصالة أو كفالة تبطل» وفي مرشد الحيران تفصيل^(٣): «لا يصح إبراء المريض في مرض موته وارثه، من الدين الذي له عليه، أو من بعضه، سواء كان على المريض دين أم لم يكن». وكذلك قال صاحب المطالب^(٤).

فإذا أبرأت مريضة زوجها من مهرها فلا يصح، حتى يجيز ذلك ورثتها^(٥)، لأن الإبراء يضر بحقوقهم.

وقف المريض

باعتبار الوقف إخراجاً للمال^(٦)، فهو يضر بالورثة، كما يضر بالدائنين، لذا ينظر في حال المريض الواقف: هل له ورثة أم لا؟ وهل هو مدين أم لا؟ وعلى من يقف؟
أولاً: الوقف على أجنبي: أجاز الأحناف الوقف من الثلث، قال هلال^(٧): «قلت: أرايت رجلاً وقف أرضاً له في مرضه على الفقراء والمساكين، قال: الوقف جائز من الثلث، قلت: وكذلك لو أوصى أن توقف أرضه بعد وفاته، قال: فهو جائز من الثلث، قلت: أرايت إن وقف أرضاً له في مرضه، أو أوصى بذلك على الفقراء والمساكين، وكانت لاتخرج من الثلث؟ قال: أجزى من ذلك قدر الثلث، وأبطل الباقي، إلا أن يجيز ذلك الورثة».

وبمثل ذلك قال ابن قدامة^(٨): «... وحجته أن الوقف - في مرض الموت - بمنزلة الوصية

(١) المادة ٥٦٧.

(٢) جامع الفصولين ٢/١٨٦، ٢/٢٥٦، ورد المختار ٥/٦١٢.

(٣) المادة ٩٤٠.

(٤) مطالب أولي النهى ٤/٤٥٠.

(٥) المجلة المادة ٥٦٨، والمطالب ٤/٤٥٠، والفتاوى لشيخ الإسلام ٣١/٢٩٣، والوسائل ١٣/٣٨٤.

(٦) الوقف حبس العين والتصدق بالمنفعة (راجع مصطلح وقف).

(٧) أحكام الوقف هلال ص ١٣١، وجامع الفصولين ٢/٢٤٣، ٢/٢٤٥.

(٨) المغني ٥/٥١٣.

في اعتباره من الثلث، لأنه تبرع فاعتبر في مرض الموت من الثلث، كالعق و الهبة، وإذا خرج الوقف منه في قدر الثلث، ووقف الزائد على إجازة الورثة، لا نعلم في هذا الشأن خلافاً عند القائلين بلزوم الوقف، وذلك لأن حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض، فمنع التبرع بزيادة على الثلث، كالعطايا والعق....».

ويرى المالكية وقف التبرع للمريض، باستثناء أن يكون المال مأموناً، يقول الدسوقي^(١): «... ووقف تبرعه - أي المريض - أن تبرع، ولو بثله، ولا ينفذ إلا أن يكون تبرعه من مال مأمون.. أي لا يخشى تغيره، وهو العقار، كدار أو أرض وشجر، فلا يوقف (تبرعه) بل ينفذ الآن، حيث حمله الثلث، بأن يأخذ المتبرع له به، ولا ينتظر به الموت، فإن حمل بعضه نفذ ذلك البعض عاجلاً، فإن مات لم يمض غير مانفذ، وإن صح نفذ الجميع، فإن مات من وقف تبرعه، لعدم أمن ماله، فمن الثلث يوم التنفيذ إن حمله، وإلا فما حمله. حاصله: أن للمريض مرضاً مخوفاً إذا تبرع في مرضه بشيء من ماله، بأن تصدق أو وقف، فإن ذلك يوقف، فإن مات قوّم بعد موته، ويخرج كله من ثلثه، وإن وسعه كله، وإلا أخرج ما وسعه الثلث فقط، لأنه معروف صنعه في مرضه، وكل معروف صنع في المرض فإنه ينفذ من الثلث).

ويلاحظ أن المالكية لا يشترطون - في وقف المريض - التسليم بل لا يجيزون القبض وأخذ الغلة، لأن وقف المريض عندهم من باب الوصية، التي لا تقبض في حياة الموصي^(٢). وقد افترض الأحناف مريضاً وقف أرضاً، لكنه فقد كافة أمواله قبل وفاته، أو وقف أرضاً - لم تكن بين مملوكاته - لكنها صارت له بعد ذلك، فقالوا في الحالتين، وقفه صحيح، ويكون من ثلث أمواله^(٣).

ثانياً: الوقف على وارث: إذا وقف مريض على بعض ورثته، فإما أن يكون من ثلث ماله فأقل أو أكثر.

يجيز الأحناف وقف المريض إذا جاء من ثلث ماله فأقل، لأن هذا من حقه، يتصرف فيه كما يشاء، فإن تجاوز الثلث فلا يصح وقفه حتى تجيزه الورثة، قال الخصاف^(٤): «قلت:

(١) الدسوقي ٣/٣٠٧، (تجارية) ٤/٨١، المدونة ١٥/١٠٧.

(٢) شرح الدسوقي ٤/٨١، وشرح الخرشي ٧/٨٤ والمدونة ١٥/١٠٧.

(٣) أحكام الوقف / هلال ص ١٤٦ والخصاف ٢٦٣، والفتاوى الانقرويه ١/٢٢٧.

(٤) الخصاف ص ٢٥٥.

أرأيت إن جعل أرضه صدقة موقوفة لله تعالى أبداً - وهو مريض - على وارث من ورثته دون غيره، وهي تخرج من ثلث ماله؟

قال إن أجاز ذلك ورثته الباقيون، فالوقف جائز، وتكن الغلة للوارث، الذي وقفها عليه، وإن لم يجز ذلك الباقيون من الورثة، كانت الأرض وقفاً من الوقف، فإذا مات الوارث الذي وقفت عليه هذه الأرض كانت غلتها للفقراء...».

فإذا رفض الورثة قال هلال^(١): «قلت: أرأيت أن قال: أرضي بعد وفاتي صدقة موقوفة على ورثتي، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، ولا مال له غيرها.

قال: يكون الثلث منها وقفاً على الورثة، ومن بعدهم على المساكين، ويكون الثلثان الباقيان منها لجميع الورثة مطلقين، لا وقف فيهما»، وعن الإمام أحمد روايتان^(٢):

أ - لا يجوز الوقف على الورثة، ويتوقف على إجازة سائر الورثة.

ب - يجوز الوقف بالثلث - مثل الأجانب - باعتبار أن الوقف غير الوصية، لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة، بل ينتفعون بالغلة فقط، وقال الشافعية^(٣) لا يصح الوقف قليلاً أو كثيراً، إلا بإجازة الورثة، فإن أجازوا نفذ الوقف، وإن لم يجيزوا ذلك بطل الوقف، وعند المالكية وقف المريض باطل - كقول الشافعية - لأنه وصية وقف أو وصية اتخذت صورة الوقف، والوصية للوارث باطلة^(٤).

لكن الخرشي^(٥) ينقل أنه لو وقف المريض على أولاده، ومن بعدهم على ذريتهم، فإن الوقف يصح.

والحجة: أنه تعلق به حق الغير، فيكون وقفاً، للذكر فيه مثل حظ الأنثيين، ويدخل في

ذلك جميع الورثة.

وفصل صاحب منح الجليل^(٦) بأن الوقف على الوارث باطل، والمال يرجع ميراثاً، لأنه

وصية لوارث، ويستثنى من ذلك مسألة: «ولد الأعيان» وهي أن يوقف على أولاده، ثم عقبهم

(١) الوقف ص ١٣٢، ورد المختار ٣٩٦/٤، (الطبعة الأولى).

(٢) الإنصاف ١٤٣/٧، والمغني ٥١٥/٥.

(٣) الإفصاح ٢٨٧/٢.

(٤) الدسوقي ٨٢/٤، والخرشي ٨٥/٧.

(٥) الخرشي ٨٥/٧.

(٦) منح الجليل ٤٩/٤، والدسوقي ٨٢/٤.

ونسلمهم، فيصح من الثلث فما دونه، وتقسم كميّرات، لكل وارث سهمه وحصته.

الوقف على أجنب فإذا انقرضوا فللورثة:

عرض هلال من الأحناف صورة، أن يقف المريض أرضاً على أجنب فإذا انقرضوا صارت لورثته.

فيكون الوقف صحيحاً على الأجنب، ومن كان من نسلهم حياً، يوم وفاة الواقف، دون من يأتي بعدهم، فإذا انقرضوا، عادت إلى ورثة الواقف، يقتسمونها حسب موارثهم، لأنها صارت وصية في الغلة، ولذا شملت الأحياء وأولادهم، دون من يأتي بعدهم، كما علل، أنه يجيز في الوصايا ما لا يجيز في الوقف^(١).

وقد درس الخصاصف المسألة فقال^(٢): «كل ما كان مرجعه إلى ورثة الواقف فليس بوقف، إنما الوقف ما كان مؤبداً، لا يرجع ملكه إلى أحد من الناس، فإذا اشترط أن يكون مرجعها إلى ورثته فإنما هي وصية، والوصية لا تجوز لمن لم يخلق، ألا ترى أنه لو قال في صحته: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولد زيد ونسله، فإذا انقرضوا فأصلها لورثتي، إن هذا لا يكون وقفاً ولا وصية، وهو باطل، والأرض على ملكه، يصنع بها ما بدا له، فإذا مات فهي ميراث بين ورثته، فإذا كان ذلك وصية، فهي جائزة من الثلث، لأنه قد يجوز في الوصايا ما لا يجوز في الوقف، ألا ترى أنه لو قال في صحته: قد جعلت غلة أرضي لفلان سنة، كان ذلك باطلاً، من قبل أن هذه هبة^(٣). فإن دفعها إليه جازت الهبة، إذا كان فيها غلة، وإن لم يدفعها إليه لم يجز، ولو أوصى بهذا فقال: قد أوصيت أن تكون غلة أرضي هذه لزيد سنة، بعد وفاتي، إن ذلك جائز من الثلث».

وقف المدين: من كان مديناً بدين محيط بماله، فوقف ماله، فوقفه منقوض إلا أن يجيز ذلك غرماءه، لأن هذا الوقف يضر بحقوقهم، فإن لم يجيزوا بيع الوقف وسدد الدين^(٤). قال ابن عابدين^(٥): «... ويبطل وقف راهن معسر، ومريض مديون بدين محيط بماله،

(١) أحكام الوقف ص ١٤٠.

(٢) الخصاصف ص ٢٥١.

(٣) من شروط الهبة عند الأحناف القبض.

(٤) جامع الفصولين ٢/٢٤٤، والخصاصف ٢٥٥، والفتاوى الانقروية ١/٢٢٨، والوصية للشيخ أحمد إبراهيم ٢٠٣.

(٥) رد المحتار ٤/٣٩٧.

فإنه يباع وينقض الوقف... وفي الفواكه البدرية: الدين المحيط بالتركة مانع من نفوذ الإعتاق، والإيقاف، والوصية بالمال، والمحابة في عقود العوض، وفي مرض الموت، إلا بإجازة الدائنين».

والسبب: أن الدين تعلق بأموال المريض، فلا يصح الوقف إلا بإذن الدائن. أما إذا كان الدين غير محيط بأموال الواقف، ينظر فإن أجاز الدائن صح وإن لم يجز، أخرج مايفي بالدين أولاً، ثم ينظر إلى نسبة الموقوف إلى المال المتبقي، ثم ينظر هل الوقف على أجنبي أم وارث فيعامل كما مر، عند الأحناف^(١).

الطلاق على مال

من المعروف أن الطلاق بيد الرجل، فإذا رغبت المرأة في الطلاق، حيث تبذل مالاً للرجل، لأجل أن يطلقها، فإن كانت مريضة^(٢): «... أو اختلعت منه ثم مات، وهي في العدة لم ترثه... لأن التزام المال علة العلة، ولأن شراء الطلاق ومباشرة آخروصفي العلة كمباشرتها، بخلاف مباشرة بعض العلة» وقد التزم الأحناف ذلك، لأن قصد «الفرار» منه لم يتحقق، فهي التي طلبت الطلاق، وسعت إليه، ودفعت المال.

وقد جاء في تبين الحقائق^(٣): «... ولو أبانها أمرها، أو اختلعت منه لارث، لأنها رضيت بإبطال حقها، لرضاها بالمبطل، فيكون رضا ببطلانها، وهو قابل له فيندم التعدي والتأخير لحقها، إذا كان متعدياً، بخلاف ما إذا طلقت نفسها ثلاثاً فأجاز، حيث ترث، لأن المبطل للإرث إجازته.

وقال مالك: لها الميراث في جميع ذلك، لأن عبد الرحمن قال لتماضر: إذا طهرت فأذنيني، فطهرت فأعلمته، فطلقها البتة، فورثها عثمان، ولم يعتبر رضاها به مبطلاً. قلنا: ليس فيه دلالة على رضاها بالطلاق، المبطل للإرث، وإنما فيه إعلام بطهارتها عن الحيض، وبمثله لا يبطل إرثها».

(١) الخصاف ص ٢٥٥ والفتاوى الأنقروية ١/ ٢٢٨، وأحكام الوقف ص ١٢١، وحقوق الدائنين للرجال ص ٢٧٧، والوقف المذكور ص ٤٤.

(٢) فتح القدير ٣/ ١٥٢، والبحر ٤/ ٤٧.

(٣) تبين الحقائق ٢/ ٢٤٧.

وقد نقل ابن عابدين صورة لامرأة، طلقها أجنبي من زوجها، على مهرها، فأجازت ذلك، فإنها ترث إذا مات زوجها في العدة، وعلل ذلك بأن^(١) إجازتها حصلت بعد البينونة، فلم تؤثر فيها، بل أثرت في سقوط مهرها، فقد ثبت الفرار قبل الإجازة، فلا يرتفع بها، فلا يصح أن يقال: أنها لا ترث، لأن دليل الرضا قام، لأن المعتبر قيامه قبل البينونة لا بعدها.

وذكر ابن قدامة^(٢) إنه لو قال أجنبي لزوج: طلق امرأتك بألف علي صح، وقال: هذا قول أكثر أهل العلم، ثم نقل أن أبا ثور لا يصح ذلك ويعتبره من السفه، لأن فيه بذل مال في مقابلة أمر لا منفعة فيه له.

واحتج ابن قدامة: بأنه بذل مال في مقابلة إسقاط حق، ثم ذكر لو أن رجلاً قال لآخر ألق متاعك في البحر وعلي ثمنه، صح ذلك، ولزمه المال.

وقد درس ابن قدامة حالة امرأة مريضة، خالعت على أكثر من ميراث زوجها منها، صح الخلع ولورثتها أن يعودوا على الزوجة بالزيادة، لأنها تكون قد حابته بهذه الزيادة، فأضرت بالورثة^(٣).

«وجملة الأمر أن المخالعة في المرض صحيحة، سواء كان المريض الزوج أو الزوجة، أو هما جميعاً، لأنه معاوضة فصح في المرض كالبيع، ولانعلم في هذا خلافاً، فإذا خالعت المريضة بميراثها منها فما دونه، صح ولا رجوع، وإن خالعت بزيادة بطلت الزيادة، وهذا قول الثوري وإسحاق، وقال أبو حنيفة: له العوض كله، فإن حابته فمن الثلث، لأنه ليس بوارث لها، فصحت محاباتها له من الثلث كالأجنبي.

وعن مالك كالمذهبين، وعنه يعتبر بخلع مثلها، وقال الشافعي لمن خالعت بمهر مثلها جاز، وإن زاد فالزيادة من الثلث. ولنا: على أنه لا يعتبر مهر المثل، فإن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمناه، واعتبار مهر المثل تقويم له، وعلى إبطال الزيادة أنها متهمة في أنها قصدت الخلع، لتوصل إليه شيئاً من مالها بغير عوض، على وجه لم تكن قادرة عليه، وهو وارث لها فبطل، كما لو أوصت له أو أقرت له، وأما قدر الميراث فلا تهمة فيه، فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثه».

وقد تقدّم في (الخلع) ما يخص المريض والمريضة من أحكام، كما يمكن مراجعة ذلك في مصطلح (الخلع).

(١) رد المحتار ٣/٣٨٩، والبحر ٤/٤٨.

(٢) المغني ٧/٨٥.

(٣) المغني ٧/٨٨.

إقرار المريض

هل يختلف إقرار المريض عن الصحيح؟
وهل يكون من جميع ماله أم من الثلث؟
وهل من فارق بين أن يقر لوارث أو أجنبي؟
والإقرار يمكن أن يكون بمال أو دين أو نسب.
فإذا قسنا «الإقرار» على تصرفات المريض الأخرى، فينبغي أن يصح من الثلث، وما زاد يتوقف على إجازة الورثة، ولكن ترك هذا القياس كما صرح الأحناف^(١): «فإن أقر لأجنبي، فإن لم يكن عليه دين ظاهر معلوم في حالة الصحة، يصح إقراره من جميع التركة استحساناً، والقياس أن لا يصح، إلا في الثلث، وجه القياس: أن حق الورثة بما زاد على الثلث متعلق، ولهذا لم يملك التبرع بما زاد على الثلث، لكننا تركنا القياس بالأثر، وهو ماروى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: إذا أقر المريض بدين لأجنبي جاز ذلك، من جميع تركته، ولم يعرف له فيه من الصحابة مخالف، فيكون إجماعاً، ولأنه في الإقرار للأجنبي غير متهم، فيصح...».

حتى لو أحاط بجميع ماله كما صرح به في المجلة^(٢) وهذا مذهب الشافعية^(٣) أيضاً، وفي المذهب الحنبلي^(٤) روايتان: أصحهما القبول، وفي المذهب المالكي الإقرار صحيح^(٥)، ومن جميع ماله، وهو مذهب الظاهرية^(٦).

الإقرار بدين لأجنبي أو باستيفاء دين: قدّم الأحناف دين الصحة على دين المرض، وفرقوا

(١) بدائع الصنائع ٢٢٤/٧، ورد المختار ٦١٠/٥.

(٢) المادة ١٦٠١.

(٣) نهاية المحتاج ٦٩/٥، والأم ٢٢٣/٦.

(٤) النكت ٣٧٦/٢ والإنصاف ٦٣٤/١٢، والمغني ١٧٧/٥.

(٥) الخرشي ٨٨/٦ وفتح الجليل ٣٧٦/٣ وأقرب المسالك ١٧٦/٢، ومواهب الجليل ٢١٨/٥، والدسوقي

٣٩٩/٣.

(٦) المحلى ٢٥٤/٨، و٣٤٨/٩.

بين دين وجب عن مال وعما ليس بمال^(١): «الأصل في مسائل إقرار المريض باستيفاء الدين أنه، إذا أقر باستيفائه من غريمه، فلو كان الدين وجب له على الأجنبي في صحته جاز إقراره باستيفائه، ولو عليه دين معروف سواء وجب الدين الذي أقر بقبضه بدلاً عما هو مال كثرمن، أو بدلاً عما ليس بمال كبذل الصلح عن دم عمد، والمهر ونحوه، ولو ديناً وجب في مرضه، وعليه دين معروف، أو دين وجب في مرضه بمعاينة الشهود، فلو كان أقر بقبضه بدلاً عما هو مال، لم يجز إقراره بقبضه، ولو بدلاً عما ليس بمال جاز إقراره بقبضه، ولو كان عليه دين معروف، وذكر فيه لو عليه ألف درهم قرضاً أو ثمناً، فأقر في مرضه بقبضه، ثم مات يصدق، وبمثله لو باع في مرضه أو أقرض فمات، ولا مال له سواه، وعليه دين، وجب في مرضه، وأقر بقبضه فلو لم يكن عليه دين يصدق، لا لو عليه دين.

وعلى الإطلاق يقضي منه ديونه، لو لم يكن شيء آخر، أو كان لا يفي فلو قضيت ديونه، وبقي شيء على الغريم فهو له، لا يؤخذ منه» ا هـ.

وفي المجلة^(٢): «إذا أقر أحد في مرض موته بكونه قد استوفى طلبه الذي في ذمة أجنبي ينظر: فإن كان هذا الدين تعلق بذمة الأجنبي حال المرض، يصح إقراره، ولكن لا ينفذ في حق غرماء الصحة، وإن كان تعلق حال الصحة فيصح على كل حال، يعني سواء كانت عليه ديون صحة أو لم تكن».

ديون الصحة والمرض: قدّم الأحناف دين الصحة على ماسواه، ثم مالزمه، في مرضه بسبب معروف، وما أقر به في مرضه مقدم على الميراث، فيقضي أولاً دين الصحة، ثم الدين المعروف السبب، فإن بقي شيء من المال قضي به دين المرض، فإن بقي شيء بعد هذا فللورثة، وعللوا هذا بأن ديون الصحة تعلق بماله بأول المرض، بحيث تنقضي تبرعاته، مراعاة للدائنين، فإذا أقر لغريمهم فهذا يبطل حقهم، لذا لا يصح إقراره، إذ المعروف أن الإقرار حجة قاصرة، فلا يثبت في حق غيره، أما ما ثبت بالبينة، أو بمعاينة القاضي فهو حجة في حق الجميع، فكان أولى، ولأنه من الحوائج الأصلية، وكذلك الديون المعروفة السبب، لأنه غير متهم فيها، كما لا يجوز قضاء دين بعض الغرماء دون بعض، لأنه يبطل حق الآخرين، أما تأخير الورثة فلأن مال مورثهم ينتقل إليهم بعد فراغ حاجاته، وخلاص ذمته^(٣).

(١) جامع الفصولين ٢/٢٥٤، والفتاوى الهندية ٤/١٦٧، وتبيين الحقائق ٥/٢٣، وتكملة الفتح ٧/٢.

(٢) المادة ١٦٠٣.

(٣) تبين الحقائق ٥/٢٣، وتكملة الفتح ٧/٢، والاختيار ٢/١٩٧.

★ مرض الموت وأحكامه في المعاملات ★

وأما الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) فلم يفرقوا بين دين الصحة والمرض، يقول الباجوري^(٣): «لو أقر شخص في صحته بدين لزيد، وفي مرضه بدين لعمرو، لم يقدم الإقرار الأول، وحينئذ فيقسم المقربة بينهما بالتسوية» وعلل صاحب الكافي من الحنابلة^(٤) «... لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال، فتساويا كدين الصحة».

لكن المرداوي^(٥) ذكر تفصيلاً: فلو أقر المريض لأجنبي صح إقراره، لكنه لا يحاص غرماء الصحة، بل يبدأ بهم أولاً، وهو قياس المذهب - عنده - ولكن من فقهاء المذهب من يرى محاصتهم.

واعتبر المالكية^(٦) الإقرار صحيحاً إذا لم يكن متهماً، ومع الاتهام لا يقبل، فالعبرة للثمة وعدمها.

وقد لخص ابن هبيرة ذلك بقوله^(٧): «واختلفوا فيما إذا أقر باستيفاء ديونه، فقال أبو حنيفة: يقبل قوله في ديون الصحة، دون ديون المرض، وقال مالك: إذا أقر المريض بقبض دينه ممن لا يتهم له، قبل إقراره، وبرئ من كان عليه الدين، سواء كان أدانه في المرض أو في الصحة، وإن أقر لمن يتهم له لم يقبل إقراره، سواء كان إدانة في المرض أو الصحة. وقال أحمد: يقبل قوله في ذلك، ويصدق في ديون المرض والصحة معاً».

الإقرار بدين وعين: تقدم أن الأحناف يقدمون دين الصحة على دين المرض، فإن أقر بعين في مرضه فالحكم لا يختلف عندهم^(٨).

وأما الشافعية، وهم يساوون بين دين الصحة والمرض، فإن أقر مريض بدين ثم بعين قدم صاحب العين، الحجة أن الإقرار بالدين لا يتضمن حجراً في العين، بدليل نفوذ تصرفه فيها بغير تبرع^(٩). وقال الحنابلة بأن رب العين مقدم وهو أولى، سواء سبق الإقرار بالدين أو تأخر^(١٠).

(١) الباجوري ٧/٢ ونهاية المحتاج ٧٠/٥ والام ٢٣٢/٦ وشرح البهجة ٢٥٦/٢.

(٢) الكافي ٥٦٦/٣.

(٣) الباجوري ٧/٢، وشرح الانصاري ٢٠٦/٣.

(٤) الكافي ٢٦٦/٣.

(٥) الإنصاف ١٢/١٢٤.

(٦) الإفصاح ٢/٢٦٥، والأهلية للشيخ أحمد إبراهيم مجلة القانون السنة الأولى العدد (٣) ص ٢٨٨.

(٧) الإفصاح ٢/٢٦٥.

(٨) جامع الفصولين ٢/٢٥٠، وتكملة الفتح ٦/٧.

(٩) نهاية المحتاج ٧٠/٥. (١٠) الإنصاف ١٢/١٣٥.

الاقرار لوارث: من الأفضل أن تحدد من هو الوارث؟

ثم إن الإقرار يمكن أن يكون بمال أو دين أو بوارث.

الوارث عند الأحناف^(١) هو من قام به سبب من أسباب الإرث، زمن الإقرار، ولم يمت مانع من إرثه وقت الموت.

فلو أقر رجل لامرأة أجنبية عنه، ثم تزوجها بعد مدة، ومات عنها، فهي تستحق المقر به لها، ولو أقر لأخيه بمال، ثم ولد له بعد ذلك ولد، ثم مات المقر عن أخيه وابنه، صح الإقرار للأخ، لأنه لم يكن وارثاً عند الوفاة، فإن مات الابن أولاً وصار الأخ وارثاً، بطل الإقرار له.

وقال زفر: إقراره له صحيح، لأن الإقرار موجب للحق بنفسه، وقد حصل لمن ليس بوارث، فلا يبطل بصيرورته وارثاً بعد ذلك، وفي مذهب أحمد^(٢): لو أقر لوارث فصار عند الموت أجنبياً أو العكس، فهل يعتبر بحالة الإقرار أو الموت؟ على روايتين:

أ - يعتبر بحالة الإقرار، وهو المشهور.

ب - يعتبر بحال الموت.

وهذا مذهب الشافعي أيضاً - فأشبهه الوصية -، وقد فصل صاحب الإنصاف ذاكراً كل من بحث المسألة من فقهاء المذهب^(٣).

أما صاحب منتهى الإرادات - وهو خير في المذهب - فعنده أن الاعتبار في الإرث حالة الإقرار، حتى لو أقر الأجنبي فصار وارثاً، لزم الإقرار^(٤) وحيث إن الشافعية يجوزون الإقرار للوارث كالأجنبي، أما الوارث عند الشافعية^(٥) فهو من كان كذلك وقت الموت، لا وقت الإقرار، إذ لا إرث قبل الوفاة.

وعند المالكية المعتبر يوم الوفاة، لا وقت الإقرار^(٦).

الاقرار لوارث بمال: اعتبر الأحناف والحنابلة إقرار المريض لوارثه باطلاً، إلا إذا صدقه

(١) تبين الحقائق ١٨٢/٦، وجامع الفصولين ٢٥٢/٢، والمبسوط ٣٢/١٨. ورد المختار ٦١٥/٥.

(٢) النكت ٣٧٥/٢.

(٣) الإنصاف ١٢٧/١٢.

(٤) منتهى الإرادات ٦٨٦/٢ والمغني ٦٧٨/٥.

(٥) شرح البهجة ٢٠٤/٣، ونهاية المحتاج ٧٠/٥.

(٦) مواهب الجليل ٢٤٥/٥.

* مرض الموت وأحكامه في المعاملات *

بقية الورثة، وللأحناف استثناء^(١) (...) وإن أقر المريض لوارثه بطل، إلا أن يصدقه بقية الورثة، وقال الشافعي: يجوز إقراره له، بناء على أصله، أنه لا يجبر عليه فيما فيه فكاك رقبته، لما فيه من إظهار حق ثابت عليه، وجانب الصدق راجح فيه، فصار كإقراره لأجنبي، وبوارث آخر، وبوديعة مستهلكة للوارث، وهي معروفة بأن أودعها على رؤوس الأشهاد.

ولنا: قوله عليه السلام: «ولا وصية لوارث، ولا إقرار له بالدين»^(٢)، وقد جاء في المجلة^(٣): «إذا أقر أحد في مرض موته بدين أو عين، لأحد ورثته، ثم مات يكون إقراره موقوفاً على إجازة باقي الورثة، فإن أجازوه كان معتبراً وإلا فلا».

فإن كان للمريض وارث واحد فلا إشكال، لأن الأموال ستعود إليه عن طريق الإرث أو الإقرار، لذا يعتبر وصية^(٤)، لأن بيت المال ليس بوارث.

الاستثناء: استثنى الأحناف ثلاث حالات جوزوا فيها إقرار المريض لوارث^(٥):

١ - إذا كان للوارث وديعة معروفة لدى مورثه، فمن حق الوارث الاستيفاء من التركة قبل قسمتها، لأن قضاء الدين مقدم على الإرث.

٢ - إذا أودع المريض لدى وارثه وديعة ثم أقر بقبضها، صح ذلك الإقرار، ولو عارضته الورثة.

٣ - إذا أقر المريض بقبض مال سبق أن وكل به وارثه صح، وإن لم تصدقه الورثة، لأن الوكيل أمين في مال موكله.

وقد ذهب الحنابلة إلى أن إقرار المريض لوارثه لا يصح إلا ببينة أو إجازة^(٦).

وفي المذهب تفصيل دقيق، جاء في أقرب المسالك^(٧) «إن المريض إذا أقر، إما أن يقر:

١ - لوارث قريب أو بعيد.

٢ - لقريب غير وارث.

(١) تبين الحقائق ٢٥/٥ والمبسوط ٥٣/٢٦، وتكملة الفتح ٨/٧ والفتاوى الهندية ١٦٤/٤، والاختيار

١٩٨/٢ ورد المختار ٦١٣/٥ وجامع الفصولين ٢٥٢/٢.

(٢) هذه الزيادة (ولا إقرار له بالدين) شاذة التكملة الفتح ٨/٧.

(٣) رد المختار ٦١٤/٥.

(٤) المجلة ١٥٩٦ وشرحها ٢٨٤/٢.

(٥) رد المختار ٦١٤/٥ وشرح الأحوال الشخصية للإيباني ٢٣١/٢.

(٦) منتهى الإرادات ٦٨٦/٢ والإنصاف ١٣٥/١٢ لكنه نقل أنه يصح، والنكت ٢٧٩/٢.

(٧) أقرب المسالك ١٧٦/٢، ومواهب الجليل ٣٩٥/٣ والدسوقي ٣٩٩/٣ (تجارية).

- ٣ - لصديق ملاطف.
- ٤ - لمجهول حاله، لا يدري هل هو قريب ملاطف أو أجنبي.
- ٥ - أن يقر لأجنبي غير صديق.
- فإن أقر لوارث قريب، مع وجود الأبعد أو المساوي، كان ذلك الإقرار باطلاً، وإن أقر لوارث بعيد كان صحيحاً - إن كان هناك وارث أقرب منه - سواء كان ذلك الأقرب حائزاً للمال أم لا، وإن أقر لقريب غير وارث كالخال أو لصديق ملاطف، أو مجهول حاله، صح الإقرار، وإن كان لذلك ولداً وولد ولد وإلا فلا.
- وإن أقر لأجنبي غير صديق كان الإقرار لازماً، كان له ولد أم لا؟ لكن صاحب المواهب^(١) زاد أنه إذا أقر لصديق ملاطف أو قريب لا يرث، فيشترط في المريض أن لا يكون عليه دين محيط، كذلك يبطل إقراره إذا سبق أن وقف أو تصدق في صحته على وارث أو أجنبي، فلا يقبل إقراره، ولا يكون من الثلث ولا من غيره.
- إلا أن الأغرب هو ما جاء في المدونة^(٢) من أن إقرار المريض بفعل شيء يعتبر وصية، والوصية للوارث في المذهب المالكي باطلة - كما تقدم - أما الشافعية فهناك اضطراب في المذهب، فمن قائل بصحة الإقرار للوارث^(٣)، ومن مانعه^(٤) لأنه متهم بحرمان بعض الورثة.
- وقد لخص ابن هبيرة آراء المذاهب في الإقرار لوارث فقال^(٥): «اختلفوا فيما إذا أقر المريض في مرض موته لوارثه، فقال مالك: إن كان لا يثبت، وإن كان يثبت لم يثبت... وقال أبو حنيفة وأحمد: هو باطل في الموضعين، وعن الشافعي قولان، أشهرهما ثبوته في الموضعين».
- والقول ببطلان الإقرار مرة واحدة في المذهبين الحنفي والحنبلي، فيه توسع وعدم ضبط، فهما يشترطان تصديق الورثة، فإن صدقوا صح، وإلا بطل، ولدى الأحناف استثناء.
- الإقرار بدين لوارث: إقرار المريض بدين أو قبضه، إما أن يكون استدان في الصحة وأقر في المرض، أو وقع في المرض.

(١) مواهب الجليل ٢/٢٥٠، الإحصاء ٥١/٥٢، الإصباح ٢/٢٥٢.

(٢) المدونة ٢/٢٥٢، الإحصاء ٥١/٥٢، الإصباح ٢/٢٥٢.

(٣) الإحصاء ٥١/٥٢.

(٤) الإحصاء ٥١/٥٢.

(٥) شرح الانصاري ٢/٢٠٣ ونهاية المحتاج ٧٠/٥.

(٦) حاشية القليوبي ٣/٢٠٣ ونهاية المحتاج ٧٠/٥ والباजوري ٧/٢.

(٧) الإصباح ٢/٢٦٥.

★ مرض الموت وأحكامه في المعاملات ★

ولأن الأحناف يقدمون دين الصحة على دين المرض، لذا فقد التزموا التفريق بين الحالتين، فإن استدان في صحته وأقر بذلك في مرضه فقد صححه أبو يوسف دون غيره، فإن كان الدين والإقرار في المرض لم يصح الإقرار، إلا بإجازة الورثة^(١) «وإن لزمه (الدين) في حصته رد، لما روي عن أبي يوسف أنه: إذا أقر باستيفاء دين كان له على الوارث في حال الصحة يجوز، لأن الوارث لما عامله في الصحة، فقد استحق براءة ذمته عند إقراره باستيفاء الدين منه، فلا يتغير ذلك الاستحقاق في مرضه، كان صحيحاً في حق غرماء الصحة.

لكننا نقول: إقراره بالاستيفاء في الحاصل، إقرار بالدين، لأن الديون تقضى بأمثالها، فيجب للمدين على صاحب الدين عند القبض، مثل ما كان له عليه، ثم يصير قصاصاً بدينه فكان هذا بمنزلة الإقرار بالدين فلا يصح بخلاف إقراره، بالاستيفاء من الأجنبي، لأن المنع هناك لحق غرماء الصحة، وحق الغرماء عند المرض لا يتعلق بالدين، إنما يتعلق بما يمكن استيفاء ديونه منه، فلم يصادف إقراره بالاستيفاء محلاً تعلق حقهم به، فأما حق الورثة فيتعلق بالعين والدين جميعاً،... فإقراره بالاستيفاء في هذا كالإقرار بالدين، لأنه يصادف محلاً هو مشغول بحق الورثة، فلا يجوز مطلقاً.

كما لم يصح الأحناف الإقرار باستيفاء الدين^(٢) «وإن أقر باستيفاء وجب له على وارث لا يصح، سواء وجب بدلاً عما ليس بمال، لأنه إقرار بالدين، لما بينا، أن استيفاء الدين بطريق المقاصة، وهو أن يصير المستوفي ديناً في ذمة المستوفي، فكان إقراره بالاستيفاء إقراراً بالدين، وإقرار المريض لوارثه باطل».

إذا أقر المريض بدين لوارث وأجنبي: نقل السرخسي بطلان الإقرار^(٣) «ولو أقر المريض بدين لوارثه ولأجنبي، فإقراره باطل، لما فيه من منفعة الوارث، فإن ما يحصل للأجنبي بهذا الإقرار يشاركه الوارث فيه...».

وفي المذهب الحنبلي لا يقبل الإقرار لوارث إلا ببينة^(٤) «وإن أقر لوارث لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا ببينة.. إنه إيصال لماله إلى وارثه بقوله في مرضه، فلم يصح بغير رضى بقية ورثته كهبته، ولأنه محجور عليه في حقه، فلم يصح إقراره له، كالصبي في حق جميع الناس، وفارق الأجنبي، فإن هبته له تصح».

(١) البزدوي ٤/ ١٤٣٠ والمبسوط ١٨/ ٣٢ والبداية ٧/ ٢٢٤.

(٢) البداية ٧/ ٢٢٧، والبزدوي ٤/ ١٤٣٠ ورد المختار ٥/ ٦١٣ والمجلة المادة ١٦٠٠.

(٣) المبسوط ١٨/ ٣٥ والفتاوى الهندية ٤/ ١٦٦ ورد المختار ٥/ ٦١٣.

(٤) المغني ٥/ ١٧٧ والكافي ٣/ ٥٦٧.

وبمثل ذلك قال مالك^(١) «لا يجوز ذلك إلا ببينة». والتزم ذلك في قبض الدين^(٢). وفي المذهب الشافعي^(٣): «ولو كان للمريض دين على وارثه ضمن به أجنبي، فأقر بقبضه من الوارث لم يبرأ، وفي الأجنبي وجهان - ذكرهما في الجواهر - أوجهما براءة الأجنبي، وقد نظر بعضهم في عدم براءة الوارث - والنظر ظاهر - إذ هذا لا يزيد على الإقرار له بدين».

إقرار المريض بنسب: من المعلوم أن الفقهاء يتساهلون في ثبوت النسب والإقرار به، لذا فقد قبلوه في الصحة والمرض، وقد وضع الأحناف شروطاً لذلك^(٤) «وإن أقر بغلام مجهول، يولد مثله لمثله، أنه ابنه، وصدقه الغلام، إن كان له نسب معروف لا يصح إقراره، وكذا إذا لم يولد مثله، أو لم يصدقه وهو يعبر، وإلا صح، وتشترط هذه الشرائط الثلاثة في صحة الإقرار بالولد، خلا أن لا يكون المقر ثابت النسب من الغير...».

وصح إقراره بالولد والوالدين بالشرائط المتقدمة، والزوجة إن كانت خالية عن الزوج وعدته، وليس تحت المقر أختها ولا أربع سواها... وإقرارها بما عدا الولد وبه، إن شهدت قابلة أو صدقها الزوج - إن كان لها زوج - أو كانت معتدة ومطلقة، إن لم تكن كذلك، أو كانت وادعت أنه من غيره، ولابد من تصديق المقر به في الجميع، إلا في الولد إذا كان لا يعبر عن نفسه، وصح التصديق بعد موت المقر إلا تصديق الزوج بعد موتها...» فإن كان الإقرار على غيره، كأن يقر بأن هذا الغلام هو ابن لأخيه أو عمه فلا يصح، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعداه^(٥).

فإن أقر المريض بأخ وصدقه المقر له، ثم عاد فأنكر إقراره بطل الإقرار، ولا ميراث له، حتى لو أوصى له بعد ذلك صحت الوصية، لأنها لأجنبي، فتطبق عليه شروطها^(٦). لكن الشلبي يرى أن النسب متى ثبت فلا يصح الرجوع فيه^(٧): «... إن الرجوع عن

(١) المدونة ١٢/٦٢، ١٢/١٢٦.

(٢) المدونة ١٢/٦٢.

(٣) شرح المنهاج ٥/٧٠ (الحلبي).

(٤) البدائع ٧/٢٢٩ وجامع الفصولين ٢/٢٥٦.

(٥) البدائع ٧/٢٢٩ وجامع الفصولين ٢/٢٥٢.

(٦) البدائع ٧/٢٢٩ وجامع الفصولين ٢/٢٥٢.

(٧) حاشية الشلبي ٥/٢٨.

الإقرار بالنسب، إنما يصح إذا كان الرجوع تحصيلاً على الغير، وليس له ذلك، أما إذا ثبت النسب، فلا يصح الرجوع بعد ذلك، لأن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته.

وفي المذهب الحنبلي روايتان^(١):

أ - صحة الإقرار - وهي الأصح - فأشبهه بمن أقر له بمال وهو أجنبي.

ب - عدم صحة الإقرار، لأنه يشبه الإقرار بمال لوارث.

والشافعية يقبلون إقرار المريض، بشرط أن يصدقه المقر له، إن كان بالغاً، أو حين

يبلغ^(٢).

وقد درس الشافعية مسألة الرجوع في الإقرار، فقال صاحب المذهب^(٣):

«وإن أقر بنسب بالغ عاقل، ثم رجع عن الإقرار، وصدقه المقر له في الرجوع ففيه

وجهان:

(أ) يسقط النسب، وهو قول أبي علي الطبري، كما لو أقر له بمال ثم رجع في الإقرار،

وصدقه المقر له في الرجوع.

(ب) وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني: أنه لا يسقط، لأن النسب إذا ثبت لا يسقط

بالاتفاق على نفيه، كالنسب الثابت الفراشي.

الإقرار للزوجة: من الجائز أن يقر مريض لامرأة ثم يتزوجها، أو يتزوجها أولاً ثم يقر

لها بمهر مثلاً، أو يطلقها ثم يقر لها بمال أو دين، أو يقع الإقرار من امرأة مريضة بقبض

مهرها، لقد درس الفقهاء هذه الصور وأفتوا فيها.

إذا أقر مريض لامرأة ثم تزوجها: حين يقر مريض لامرأة بمال أو دين، وهي أجنبية

ثم يتزوجها بعد ذلك، فقد صارت من الورثة عند وفاته، نعم لم تكن وارثة ابتداءً، لكنها

تحولت إلى وارثة انتهاءً، وقد قال الأحناف بصحة الإقرار، باستثناء زفر، لأن المعتبر في

الإقرار وقته، وهي غير وارثة آنذاك^(٤)، ومع أن الوارث عند الأحناف، هو من كان كذلك وقت

الإقرار، وقد تقدم هذا، وقال الحنابلة^(٥) بصحة الإقرار - كالأحناف - وعدمه مثل زفر،

(١) الإنصاف ١٢/١٣٩، والمغني ٥/١٧٩ والكافي ٢/٥٦٧.

(٢) المذهب ٢/٣٥١.

(٣) المرجع السابق.

(٤) جامع الفصولين ٢/٢٥٧، والبدائع ٧/٣٣٧ وتبيين الحقائق ٥/٢٥ والفتح ٧/١٢.

(٥) المغني لابن قدامة ٥/١٧٨.

والشافعية يعتبرون الوارث من كان كذلك وقت الموت، لا وقت الإقرار - كما تقدم - ولهم في الإقرار لوارث قولان، أشهرهما القبول كالأجنبي، والثاني عدم القبول.

أما المالكية فهم كالشافعية، المعتبر عندهم في الوارث، من كان كذلك حال الوفاة، لا زمن الإقرار، لذا فمن أقر لامرأة ثم تزوجها ومات عنها، فالإقرار وقع لوارث، فتطبق عليه شروطهم في الاتهام وعدمه، فإن كان متهماً فلا يصح، وإن لم يتهم صح إقراره.

إذا أقر المريض لزوجة بمهر: من المعلوم أن للمرأة ماسمي من مهر، أو مهر مثلها إن لم يسم، فإذا أقر مريض لامرأة بمهر، نظر الأحناف، فإن كان يساوي مهر مثلها أو أقل قبل، وما زاد على ذلك لم يقبل^(١).

وقد علل الشلبي ذلك بقوله^(٢): «... يصح إقراره إلى مهر مثلها، وإن كان هذا إقرار للوارث، لأن هذا دين لاتهمة فيه، فلا يمنع صحة الإقرار للوارث».

وربما كان قول الحنابلة بأن المهر لزم بالزوجية، لا بالإقرار، قول سديد سليم. وذكر ابن قدامة أنه لا يعلم من يرفض الإقرار سوى الشعبي، معتبراً ذلك، من الإقرار لوارث^(٣).

وحيث إن للشافعية قولين في الإقرار للوارث، الأشهر صحة ذلك، لا فرق بين صحيح أو مريض، لذا ينطبق ذلك على المريض المقر لأجنبيته، ثم يتزوجها.

وفي المذهب المالكي المدار على التهمة وعدمها، فإن كان متهماً لا يصح الإقرار، وإن لم يكن صح إقراره لها.

إذا أقرت مريضة بقبض مهرها: إذا أقرت مريضة بقبض مهرها، فإن ذلك يحرم ورثتها من جهة، ويرد المهر على الزوج، وهو وارث، لذا قال الأحناف والحنابلة بعدم صحة الإقرار، جاء في جامع الفصولين^(٤): «مريضة أقرت بقبض مهرها، فلو ماتت وهي زوجته أو معتدته لم يجز إقرارها، وإلا جاز بأن طلقها قبل دخوله، وفي الجامع الصغير: لو منكوحة أو معتدة لم تصدق في حق غرماء الصحة للتهمة...».

وقد قال الحنابلة بمثل قول الأحناف^(٥): «لو أقرت امرأته أنها لا مهر لها عليه، لم

(١) الفتاوى الهندية ١٦٥/٤، والبحر ٢٧٧/٧ وتكملة الفتح ١٢/٧ ورد المحتار ٦١٦/٥ (طبعة أولى).

(٢) حاشية الشلبي ٢٥/٥.

(٣) المغني ١٧٨/٥ ومنتهى الإرادات ٦٨٦/٢، والنكت ٣٧٢/٢ والإنصاف ١٣٦/١٢.

(٤) جامع الفصولين ٢٥٥/٢ وتكملة الفتح ١٢/٧ والشلبي ٢٧/٥.

(٥) الإنصاف ١٣٧/١٢، ١٣٩.

★ مرض الموت وأحكامه في المعاملات ★

يصح، إلا أنه يقيم بيّنة أنها أخذته».

أما الشافعية فعندهم لا فرق في الإقرار بين الصحة والمرض، فلو أقرت مريضة بقبض مهرها صح إقرارها، وللورثة تحليفها على ذلك^(١) لكن الرمي نقل الخلافات في المسألة معللاً بفساد الزمان^(٢). وفي المذهب المالكي العبرة بوجود التهمة وعدمها^(٣): «قلت: أرأيت إن كان الصداق على الزوج ببينة أنه مؤخر عنه، فأقرت المرأة في مرضها أنها قبضت صداقها قال: لا يقبل قولها، قلت: وهذا قول مالك؟ قال: بلغني ذلك عنه» ربما لأنه مخالف للبينة. إذا أقر مريض لمطلقة بدين: إذا طلق مريض امرأته ثلاثاً، ثم أقر لها بدين، فلا يخلو أن يقع الإقرار في العدة أو بعدها، وبسؤالها وطلبها أو بدونه.

قال الأحناف: إن جرى الطلاق بناء على طلبها، فلها الأقل من الدين والميراث، وإن كان من غير طلب منها، بطل الإقرار، ولها نصيبها من الإرث، لأنها وارثة، والإقرار للوارث باطل^(٤)^(٥): «لو أقر لمن طلقها ثلاثاً في المرض، فلها الأقل من الإرث والدين، هذا إذا طلقها بسؤالها، وإن طلقها بلا سؤالها، فلها الميراث بالغاً مابلق، ولا يصح الإقرار لها، لأنها وارثة، إذ هو فار... بخلاف ما إذا طلقها بسؤالها فإنها ترث، لكن لما أقر لها بالدين بقيا متهمين فيه، لأن الزوجين قد يتفقان على الطلاق، ليفتح باب الإقرار لها، فتعطى أقلهما رداً لقصدهما» اهـ. وفي المذهب الحنبلي المعتبر الإقرار للوارث وقته لا وقت الوفاء، فإذا طلق مريض امرأته أولاً، ثم أقر لها بدين، فهي غير وارثة حين الإقرار، ولذا يصح، لكن لو أقر لها أولاً ثم طلقها بائناً، لم يصح، لأنها كانت وارثة زمن الإقرار^(٦).

أما الشافعية والمالكية فالمعتبر في الإقرار للوارث عندهما زمن الوفاة، لا وقت الإقرار، وبعد أن أبانها صارت أجنبية، فيصح الإقرار وفي المذهب المالكي، لا فرق في الطلاق أن يكون رجعيّاً أو بائناً، بل ذهب مالك أنها لو تزوجت عدة مرضى وماتوا ترثهم جميعاً، مع اعتبار قاعدة التهمة وعدمها، أما في المذهب الشافعي فترث في الرجعي وخلال العدة.

والله الموفق

(١) شرح البهجة ٢٠٧/٢.

(٢) شرح المنهاج ٧٠/٥ (طبعة الحلبي).

(٣) المدونة ٦٢/١٢.

(٤) تبين الحقائق ٢٦/٥، والبحر ٢٧٧/٧، وتكملة الفتح ١٢/٧ ورد المختار ٣٩٢/٢، ٢٤٢/٤ والحجلة المعادة ٥٦٦.

(٥) تبين الحقائق ٢٦/٥.

(٦) المغني ١٧٨/٥ والنكت ٣٧٤/٢، ومنتهى الإرادات ٦٨٦/٢.

القواعد الفقهية وتخرج الفروع على الأصول

الدكتور/ صالح بن غانم السدلان(*)

ويشتمل على القواعد الخمس الآتية:

- ١ - قاعدة اليقين لايزول بالشك وهي من القواعد الكلية الكبرى في الفقه الإسلامي.
- ٢ - قاعدة الأصل بقاء ماكان على ماكان وهي من القواعد المتفرعة عن قاعدة اليقين لايزول بالشك.
- ٣ - قاعدة الأصل براءة الذمة وهي مما يتفرع عن قاعدة «اليقين لايزول بالشك»
- ٤ - قاعدة الأصل في الأشياء والأعيان الإباحة وهي مما يتفرع عن قاعدة اليقين لايزول بالشك.
- ٥ - قاعدة الأصل في الأبضاع التحريم وهي مما يتفرع عن قاعدة «اليقين لايزول بالشك».

(*) حصل على الشهادة الجامعية في الشريعة ودرجة الماجستير في الفقه من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية عام ١٣٩١هـ، ثم حصل على درجة الدكتوراة من المعهد العالي للقضاء عام ١٤٠٣هـ. عمل مدرساً بوزارة المعارف، ثم محاضراً بكلية الشريعة، ثم استاذاً مشاركاً في الكلية عام ١٤٠٣هـ وهو عمله الحالي.

- له عدة مؤلفات منها:

- النية وأثرها في الأحكام الشرعية (رسالة دكتوراه)، الإيضاح في الشروط في النكاح (رسالة ماجستير)،
- التوبة إلى الله تعالى، زكاة الأسهم والسندات والورق النقدي - وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية.
- كما أن له عدة كتب تحت الطبع إضافة إلى مشاركاته العديدة في كثير من المحاضرات والندوات محلياً وخارجياً.

القواعد الفقهية مدلولها ونشأتها ووظيفتها ومكانتها في الفقه الاسلامي

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. أما بعد:

فإن الشريعة الإسلامية: زاد الله منارها شرفاً وعلواً اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان:

١ - أحدهما: أصول الفقه، وهو في غالب أمره: معرفة قواعد الأحكام الناشئة عن الالفاظ العربية خاصة ومايعرض لتلك الالفاظ من النسخ والترجيح وكون الأمر للوجوب والنهي للتحريم ونحو ذلك.

القسم الثاني: قواعد فقهية كلية جليلة النفع كثيرة العدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه ولكل قاعدة من الفروع مالا يحصى كثرة.

ولم يذكر شيء منها في أصول الفقه إلا على سبيل الإجمال^(١). وقد دأب المؤلفون في هذا العلم على أن يُعرّفوا القاعدة لغةً واصطلاحاً لكي يتبين المفهوم الصحيح للقاعدة الفقهية في ضوء ذلك التعريف؛ كما هو الشأن في سائر الموضوعات.

١ - معنى القاعدة في اللغة:

الاساس وكل مايركز عليه الشيء فهو قاعدة.

وتجمع على قواعد: وهي أسس الشيء، وأصوله جسّياً كان ذلك الشيء: كقواعد البيت، او معنوياً: كقواعد الدين أي دعائمه^(٢).

(١) الفروق للقرافي ج١/٣: ١٠ دار المعرفة، بيروت، لبنان.

(٢) المغريات في غريب القرآن للأصفراني ص ٤٠٩.

ب - مدلول القاعدة اصطلاحاً:

أما من الناحية الاصطلاحية: فقد عرفها الفقهاء بتعريفات اصطلاحية تعطى صورة واضحة للقاريء، ويدرك من خلالها دقة أنظارهم وسعة أفقهم في التدقيق والتفريق بين هذه القواعد وما قد يلتبس بها من الاصطلاحات الأخرى كالضابط والنظرية الفقهية ونحو ذلك؛ فقد عرفها بعضهم بأنها: قضية كُتِّية منطقية على جميع جزئياتها، وعرفها بعضهم بأنها: «قضية كُتِّية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها»، وقال التهانوي في: «كشف اصطلاحات^(١) الفنون»: هي في اصطلاح العلماء تطلق على معانٍ ترادف الأصل والقانون^(٢) والمسألة والضابط والمقصد، وعرفت القاعدة الفقهية بأنها حكم كلي ينطبق على جزئياته ليتعرف أحكامها منه^(٣).

وفي ضوء تلك التعريفات يمكن أن نعرف القاعدة الفقهية بأنها: «حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام مادخل تحتها، وكونها حكم شرعي قيد يخرج القواعد غير الشرعية، وكونها أغلبية قيد ثان يفيد بأن هذه القواعد متسمة بصفة الأغلبية وقد يند عن معظم القواعد بعض الفروع ولكن خروج تلك الفروع لا يغير صفة العموم للقواعد ولا يحط من قيمتها^(٤)».

ج - نشأة القواعد الفقهية:

يظهر بالبحث والاستقراء أن القواعد الفقهية مرت في تطورها في ثلاثة أطوار أو مراحل:

الطور الأول: طور النشوء والتكوين.

الطور الثاني: طور النمو والتدوين.

الطور الثالث: طور الرسوخ والتنسيق. وإليك البيان.

الطور الأول: طور النشوء والتكوين: هو عصر الرسالة ومنبع التشريع الذي كانت فيه البذرة الأولى للقواعد الفقهية فقد كانت أحاديثه الشريفة ﷺ في كثير من الأحكام بمثابة

(١) ج ٥/ ١١٧٦، ١١٧٧.

(٢) والقانون كلمة سريانية بمعنى المسطرة ثم نقل إلى القضية الكلية من حيث يستخرج بها أحكام جزئيات المحكوم عليه فيها.

(٣) التلويح على التوضيح للتفتازاني ط مصر: محمد علي صبيح بالقاهرة ج ١/ ٢٠.

(٤) انظر: القواعد الفقهية للندري ص ٤٣ ط الأولى: دار القلم: دمشق حلبوني لبنان ١٤٠٦ هـ.

* القواعد الفقهية وتخرج الفروع على الأصول *

القواعد العامة التي تنطوي تحتها الفروع الفقهية الكثيرة، وأصدق شاهد على ذلك أن بعض الأحاديث مثل قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»، «العجماء جرحها جبار»، «لا ضرر ولا ضرار»، «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، وما سواها من جوامع الكلم أضحت عند الفقهاء قواعد ثابتة مستقلة وجرت مجرى القواعد الفقهية، كذلك إذا تأملنا بعض الآثار المنقولة عن الصحابة والتابعين وتابعيهم تلمسنا هذه الظاهرة على سبيل المثال القول المشهور عن عمر بن عبد الخطاب رضي الله عنه في صحيح البخاري: «مقاطع الحقوق عند الشروط»، ومارواه عبد الرزاق في مصنفه عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «كل شيء في القرآن أو أوفهو مخير وكل شيء... فإن لم تجدوا فهو الأول» فرواية عمر بن الخطاب رضي الله عنه قاعدة في باب الشروط ورواية ابن عباس رضي الله عنهما قاعدة في باب الكفريات والتخير فيها.

ومن النماذج الماثورة لتلك القواعد في عصر التابعين وقبل أن تتكون المذاهب الفقهية المشهورة:

«من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه»، «من ضمن مالا فله ربحه»، «ومن أقر بشيء الزمناه إياه»، «والتعزيز إلى الإمام على قدر عظم الجرم، وصغره»، «وليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف»^(١).

ويمكن القول بأنه قامت اللجنة الأولى للقواعد الفقهية في غضون القرون الثلاثة الأولى من الهجرة.

الطور الثاني: طور النمو والتدوين: وفيه اعتبرت القواعد الفقهية فناً مستقلاً وذلك إبان القرن الرابع الهجري وقد بدأ الفقهاء يضعون أساليب جديدة للفقه بعدما نما واتسع نطاقه وتمت مسائله وهذه الأساليب يذكرونها مرة بعنوان القواعد والضوابط، وتارة بعنوان الألفاظ والمطارحات وطوراً بمعرفة الأفراد والحيل وغيرها من الفنون الأخرى في الفقه، وقد تناثرت القواعد في كتب الحديث وكتب فقهاء المذاهب الأربعة وغيرهم وتكتفت في الشروح أكبر من المتون لما فيها من كثرة الفروع وأضحت الكتب الفقهية المصنفة والمشروحة هي المراجع الأولية التي استخلص منها المدونون تلك القواعد وجمعوها في كتب مستقلة.

(١) انظر في هذه النماذج:

١ - صحيح البخاري بشرح الكرمانى ج ١٢/ ٥٥.

٢ - أخبار القضاة ٢/ ٢٣١ لوكيع بن حبان ط بيروت عالم الكتب.

الطور الثالث: طور الرسوخ والتنسيق: وفيه تم استقرار القواعد واستخلاصها من مصادرها الفقهية في شتى المذاهب، ومن بعض المدونات التي سجلت فيها بعد صياغتها: صياغة رصينة وصبها في عبارات وقوالب موجزة، وصبغتها بصبغة علمية رشيقة، ويمكن تجلية تلك الحقيقة بعد الموازنة بين عبارتين في قاعدة واحدة على سبيل المثال:

قاعدة: «الإقرار حجة قاصرة»^(١) على وجازتها ورسانتها ووفائها بـ المعنى المراد منها، وجدت عند الإمام الكرخي الحنفي بالنص التالي: الأصل: «أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقربه ولا يصدق على إبطال حق الغير، ولا بإلزام الغير حقاً»^(٢)، وهكذا كثير من القواعد الماثورة إذا قورنت نصوصها الأخيرة بأصولها القديمة.

اهمية القواعد الفقهية ووظيفتها ومنزلتها في الفقه الإسلامي:

إن دراسة القواعد الفقهية من قبيل الفقه لا من قبيل أصول الفقه لذلك ظلت هذه القواعد مسلمة ومحل عناية واعتبار فقهاء المذاهب الشهيرة حتى رسخت مكانتها بعد أن دونت ونقحت صياغتها وشذبت عباراتها كما أسلفت، وفي ضوء ذلك نستطيع أن نبين وظيفتها ومنزلتها في الفقه الإسلامي فيما يلي بإيجاز:

- ١ - إن هذه القواعد كان لها دور ملحوظ في تيسير الفقه الإسلامي ولم شعثه، ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام مشتتة قد تتعرض ظواهرها دون أصول تمسك بها.
- ٢ - إن دراستها تساعد على الحفظ والضبط للمسائل الكثيرة المتناظرة بحيث تكون القاعدة وسيلة لاستحضار الأحكام.

٣ - تربى في الدارس للفقه ملكة فقهية وتجعله قادراً على الإلحاق والتخريج لمعرفة الأحكام التي ليست منصوصاً عليها في كتب الفقه.

٤ - تيسر للباحث تتبع جزئيات الأحكام واستخراجها من الموضوعات المختلفة وحصرها في موضوع واحد.

٥ - الإمام بالقواعد يمهّد الطريق للإمام بفروع الفقه المنتشرة.

٦ - إن هذه القواعد تتضمن أحكاماً عامة تتخذ أدلة لإثبات المسائل الفقهية.

٧ - تعتبر موارد خصبة في باب الإفتاء والقضاء فينبغي لمن يعين في القضاء والفتيا أن

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر مادة (٧٨).

(٢) قواعد الفقه للبركتي ص ١٤ ط كراتشي / باكستان ط (١) ١٤٠٧ هـ.

يكون ملماً بمعظم هذه القواعد قادراً عليها حتى يتمكن من الإحاطة بكثير من الفروع الفقهية والقضائية.

وأخيراً: ينبغي أن يلاحظ أن: القواعد الفقهية الماثورة في الفقه الإسلامي ليست على درجة واحدة من العموم والشمول كما أنها ليست جميعها متفقاً عليها بين المذاهب فمنها ما هو عام وشامل كالقواعد الكلية الكبرى ومنها ما يختص بنوع من الأحكام الفرعية ولا يعمم في غير مجاله وهناك قواعد مذهبية تختص بمذهب دون مذهب كقواعد ابن رجب الحنبلي وغيرها مع شمولها لكثير من الفروع الفقهية المختلفة وكلها قواعد عظيمة النفع جليلة القدر اخترت منها قواعد خمس وإليك القاعدة الأولى منها:

القاعدة الأولى من القواعد الكلية الكبرى في الفقه الإسلامي:

قاعدة: اليقين لا يزول بالشك:

* هذه القاعدة أصل شرعي عظيم عليها مدار كثير من الأحكام الفقهية وتدخل في معظم أبواب الفقه من عبادات ومعاملات وعقوبات وأقضية وكثير من القواعد الدائرة في الفقه وأصول الفقه وثيقة الصلة بها بل ناشئة عنها^(١) ونظراً لذلك قيل إنها تتضمن ثلاثة أرباع علم الفقه، قال السيوطي: «هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر»^(٢)، وقال النووي: «هذه قاعدة مطردة لا يخرج عنها إلا مسائل»^(٣)، كما أن هذه القاعدة يتمثل فيها مظهر من مظاهر البر والرحمة في الشريعة الإسلامية، وهي تهدف إلى رفع الحرج حيث فيها تقرير لليقين باعتباره أصلاً، وإزالة الشك الذي كثيراً ما ينشأ عن الوسواس لاسيما في باب الطهارة والصلاة وكذلك في سائر المسائل والقضايا الفقهية التي تسري فيها هذه القاعدة يتجلى الرفق والتخفيف عن المكلفين.

* ولكي ندرك مدى أهميتها وأصالتها في الفقه الإسلامي نقدم بين يدي ذلك معناها في اللغة والاصطلاح الشرعي ونقرر مدلولها مع النظر في فروعها والأمثلة التطبيقية لها لكي تتضح معالمها وتبرز سماتها.

* معنى اليقين في اللغة: قال الجوهري: «هو العلم وزوال الشك: منه يقنت الأمر يقناً

(١) انظر القواعد الفقهية لعلي أحمد الندوي ص ٣١٦: ٣١٩.

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٥١.

(٣) المجموع شرح المذهب ٢٠٥/٤ للنووي.

وأيقنت واستيقنت، وتيقنت كلها بمعنى واحد»^(١).
 * وقال في اللسان: «اليقين: العلم وإزاحة الشك وتحقيق الأمر، واليقين ضد الشك والشك نقيض اليقين»^(٢).
 * وقال الجرجاني: «اليقين في أصل اللغة بمعنى الاستقرار يقال، يقن الماء في الحوض إذا استقر»^(٣).
 وقيل عبارة عن العلم المستقر في القلب لثبوته من سبب متيقن له بحيث لا يقبل الانهدام^(٤)، واليقين من صفة العلم فوق المعرفة والدراية، يقال: علم اليقين ولا يقال معرفة يقين، وليس اليقين في أصل اللغة مماثلاً للعلم؛ لأن العلم هو اعتقاد الشيء على ما هو عليه على سبيل الثقة، واليقين: هو سكون النفس وتلج الصدر بما علم ولهذا لا يجوز وصف الله تعالى باليقين: «والظن الغالب يقوم مقام اليقين عند الفقهاء عند عدم وجود اليقين ويبنون الأحكام الفقهية عليه»^(٥).

* معنى الشك في اللغة: الشك في اللغة: «الاتصال واللزوق»^(٦). أو هو لغة: «مطلق التردد»^(٧)، قال الرازي في المحصول: «التردد بين الطرفين إن كان على السوية فهو على الشك، وإلا فالراجح ظن، والمرجوح وهم»^(٨)، وهذا هو الفرق بين الشك والظن والوهم. وقد رتب بعضهم المدركات كالآتي:

- | | |
|---------------|----------------------------|
| ١ - اليقين. | ٤ - الشك. |
| ٢ - الاعتقاد. | ٥ - الوهم ^(٩) . |
| ٣ - الظن. | |

(١) الصحاح: تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري مادة «يقن».
 (٢) لسان العرب المحيط لابن منظور مادة «يقن».
 (٣) التعريفات ص ٢٨٠ مادة «يقن».
 (٤) الكليات لأبي البقاء العكبري القسم الخامس ص ١١٦ «نقلًا عن القواعد الفقهية للندوي ص ٣٢٠».
 (٥) القواعد الفقهية للندوي ص ٣٢١.
 (٦) لسان العرب المحيط/ مادة شك.
 (٧) غمز عيون البصائر في شرح الاشباه والنظائر ج ١/ ٨٤ لأحمد بن محمد الحموي الحنفي.
 (٨) المحصول في علم أصول الفقه للرازي تحقيق: د/ طه جابر فياض العلواني ج ١/ ١٠١.
 (٩) غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر: ٨٤/ ١.

وينبغي أن يعلم أن الشك في اليقين من قبل المكلف لا من قبل الشرع، قال ابن القيم رحمه الله في بدائع الفوائد: «ينبغي أن يعلم أنه ليس في الشريعة شيء مشكوك فيه البتة وإنما يعرض الشك للمكلف بتعارض أمارتين فصاعداً عنده فتصير المسألة مشكوكاً فيها بالنسبة إليه فهي شكية عنده وربما تكون ظنية لغيره أو له في وقت آخر وتكون قطعية عند آخرين فكون المسألة ظنية أو شكية ليس وصفاً ثابتاً لها، بل هو أمر يعرض لها عند إضافتها إلى حكم المكلف»^(١) ١ هـ.

☆ واليقين في الاصطلاح الشرعي: «حصول الجزم أو الظن الغالب بوقوع الشيء أو عدم وقوعه»^(٢).

☆ والشك في اصطلاح الشرع: «تردد الفعل بين الوقوع وعدمه»، أي لا يوجد مرجح لأحد الطرفين على الآخر ولا يمكن ترجيح أحد الاحتمالين على الآخر^(٣). ومعنى القاعدة: قال الأتاسي في شرح المجلة: «إن الأمر المتيقن بثبوته لا يرتفع إلا بدليل قاطع، ولا يحكم بزواله لمجرد الشك والأمر المتيقن عدم ثبوته لا يحكم بثبوته بمجرد الشك لأن الشك أضعف من اليقين فلا يعارضه ثبوتاً وعدمًا»^(٤)، فاليقين القوي أقوى من الشك فلا يرتفع اليقين القوي بالشك الضعيف، أما اليقين فإنما يزول باليقين الآخر، فما ثبت من الأمور ثبوتاً يقينياً قطعياً - وجوداً أو عدماً ثم وقع الشك في وجود ما يزيله يبقى الأمر المتيقن هو المعتبر إلى أن يتحقق السبب المزيل.

☆ ولسائل أن يقول: إذا كان الشك في شيء لا يوجد عند وجود اليقين ولا يوجد اليقين حيث يوجد الشك إذ أنهما نقيضان ولا يجوز اجتماع النقيضين إذن: فما الموجب لوضع هذه القاعدة: اليقين لا يزول بالشك ويجب عنه: بأن القصد هنا بالشك إنما هو الشك الطارئ «بعد حصول اليقين في الأمر وعليه فلا محل للاعتراض»^(٥) بتاتاً.

أدلة هذه القاعدة: والأساس في هذه القاعدة القرآن الكريم والسنة النبوية ويدعمه العقل فمن القرآن الكريم قال الله تعالى: ﴿وَمَا يَتَّبِعْ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يَغْنِي مِنَ الْحَقِّ

(١) بدائع الفوائد لابن قيم الجوزية: ٢/ ٢٧١.

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ص ٢١.

(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ص ٢١.

(٤) الوجيز للبورنوص ٩٢ نقلاً عن شرح المجلة للإتاسي.

(٥) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ص ٢٠.

شيئاً^(١). والحق هنا بمعنى الحقيقة الواقعة كاليقين. ومن السنة: ما رواه البخاري في صحيحه عن عباد بن تميم عن عمه: أنه شكاً إلى رسول الله ﷺ الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال: لا ينفتل - أو لا ينصرف - حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً^(٢)، وروى مسلم في صحيحه^(٣) هذا الحديث عن عبدالله بن زائد رضي الله عنه.

قال النووي في شرح مسلم عند شرحه هذا الحديث: «هذا الحديث أصل من أصول الإسلام، وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه: وهي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتبين خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطاريء عليها^(٤). * وروى مسلم في صحيحه أيضاً عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً^(٥)». * ومن العقل: «اليقين أقوى من الشك، لأن في اليقين حكماً قطعياً جازماً فلا ينهدم بالشك»^(٦).

* وقد اتفقت كلمة الفقهاء والأصوليين على الاعتداد بهذه القاعدة قال القرافي: «هذه قاعدة مجمع عليها وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه»^(٧)، وقال السرخسي: «إن التمسك باليقين وترك المشكوك فيه أصل في الشرع»^(٨). * وبعد أن شرحنا القاعدة لغتها واصطلاحاً وقررنا مدلولها حري بنا هنا أن ننظر في أمثلتها التطبيقية ونورد طرفاً من الفروع والقواعد الكلية المتخرجة عليها، لكي تتضح معالمها، وتبرز سماتها، ويتيسر معرفة نظائرها.

- (١) سورة يونس، الآية: ٣٦.
- (٢) صحيح البخاري ج١/ص ٤٣ كتاب الوضوء باب ٤ لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن.
- (٣) صحيح مسلم ج١/٢٧٦ كتاب الحيض باب ٢٦، حديث رقم ٢٦١ مسلسل ٩٨.
- (٤) شرح النووي على صحيح مسلم ج٤/٤٩، ٥٠.
- (٥) صحيح مسلم المرجع السابق في هامش ٣.
- (٦) القواعد الفقهية للنووي ص ٣١٨.
- (٧) الفروق: ج١/ ١١١ لشهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله تعالى.
- (٨) أصول السرخسي ج٢/ ١١٦، ١١٧ تحقيق أبو الوفا الأفغاني طدار المعرفة لبنان.

أولاً: الامثلة التطبيقية لها:

إذا استيقن في ثوب نجاسة بحيث لا يدري مكان النجاسة يغسل الثوب كله، لأن الشك لا يرفع المتيقن قبله^(١).

كذلك شك في الماء هل أصابته نجاسة أم لا؟ بنى على يقين الطهارة^(٢).

ولو تيقن نجاسته ثم شك هل زالت أو لا؟ بنى على يقين النجاسة^(٣).

«إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث أو تيقن الحدث وشك في الطهارة يبني على اليقين، ولا فرق بين أن يغلب على ظنه أحدهما أو يتساوى الأمران عنده: قاله غير واحد من أصحاب أحمد»^(٤).

«لو شك هل صلى ثلاثاً أو أربعاً وهو منفرد بنى على اليقين، إذ الأصل بقاء الصلاة في ذمته»^(٥) قال ابن النجار الحنبلي رحمه الله تعالى: يبني على اليقين من شك في ركن أو عدد ركعات»^(٦).

إذا شك الصائم في غروب الشمس لم يجز له الفطر، اعتباراً بالأصل وهو بقاء النهار، ولو شك في طلوع الفجر جاز له الأكل: لأن الأصل بقاء الليل^(٧)، ففي كلتا الحالتين يعتمد على اليقين دون الالتفات إلى الشك.

كذلك: «إذا شك هل طاف ستاً أو سبعاً أو رمى ست حصيات أو سبعاً بنى على اليقين»^(٨).

قال ابن المنذر رحمه الله تعالى: «أجمعوا على أنه من شك في طوافه بنى على اليقين»^(٩). ومنها: «إذا شك في عدد الرضعات بنى على اليقين»^(١٠).

ومنها: أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته مادام على الإسلام، قال: ابن

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٠.

(٢) بدائع الفوائد لابن قيم الجوزية: ٢٧٢.

(٣) بدائع الفوائد: المرجع السابق.

(٤) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج١/ ١٢٢.

(٥) بدائع الفوائد لابن قيم الجوزية ج٣.

(٦) منتهى الإرادات تحقيق عبد الغني عبد الخالق ج١/ ٩٤.

(٧) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٢ والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٢.

(٨) بدائع الفوائد لابن قيم الجوزية ج٢/ ٢٧٢، ٢٧٤.

(٩) الإجماع لابن المنذر ص ٦١ ط دار طيبة للنشر والتوزيع ط الأولى ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م.

(١٠) القواعد والفوائد الأصولية للبعلي ص ١٠.

المنذر - رحمه الله - في الإجماع: «أجمعوا على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته مادام على الإسلام»^(١).

ومنها: قال ابن قيم الجوزية - رحمه الله تعالى - في بدائع الفوائد: «إذا شك هل مات مورثه فيحل له ماله أو لم يموت، لم يحل له المال حتى يتيقن موته»^(٢).

ومثال آخر: «لو أقر شخص بمبلغ لآخر قائلاً أظن أنه يوجد لك بذمتي كذا مبلغ، فإقراره هذا لا يترتب عليه حكم، لأن الأصل براءة الذمة والأصل هو المتيقن فما لم يحصل يقين يشغل ذمته لا يثبت المبلغ عليه للمقر له، إذ أن إقراره لم ينشأ عن يقين بل عن شك وظن، وهذا لا يزيل اليقين ببراءة ذمة المقر كما لا يخفى»^(٣).

وأيضاً: «لو سافر رجل إلى بلاد بعيدة فانقطعت أخباره مدة طويلة فانقطاع أخباره يجعل شكاً في حياته إلا أن ذلك الشك لا يزيل اليقين وهو حياته المتيقنة قبلاً وعلى ذلك فلا يجوز الحكم بموته وليس لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته يقيناً، وبالعكس إذا سافر آخر بسفينة وثبت غرقها فيحكم بموت الرجل لأن موته ظن غالب والظن الغالب ينزل منزلة اليقين»^(٤).

* ومن الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة العظيمة أيضاً: «أنه إذا ثبت دين على شخص ثم مات وشككنا في وفاته فالدين باق»^(٥).

* وما نص عليه من عدم جواز البيع مجازفة في الأموال الربوية كالمكيلات والموزونات، لأن المماثلة في بيعها شرط محقق والمماثلة مع المجازفة مشكوك فيها، فلا تثبت الصحة بناء على الأصل المقرر وهو: أن الحكم المعلق على شرط أو المشروط بشرط إذا وقع الشك في وجود شرطه لا يثبت، لأن ما ليس ثابتاً بيقين لا يثبت بالشك، والثابت بيقين لا يزول بالشك»^(٦)، وغير ذلك من الأمثلة التي تدور مع أبواب الفقه كلها.

* وتحت هذه القاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» قواعد كلية انبنت عليها واندرجت فيها،

(١) الإجماع لابن المنذر ص ٩٦.

(٢) بدائع الفوائد ج ٣/ ٢٧٤.

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ص ٢٠.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية ج ١ ص ٢٠ مادة رقم (٤).

(٥) المدخل الفقهي العام ج ٣/ ٩٦٧ فقرة رقم ٥٧٤.

(٦) الوجيز للبورنو ص ٩٣.

★ القواعد الفقهية وتخريج الفروع على الأصول ★

وتفرعت منها نجدها في طاقة متناسقة وكلها بنيت على أصل واحد رغم كونها مختلفة في الموضوع والمعنى، وإليك طرفاً منها:

قاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان.

قاعدة الأصل براءة الذمة.

قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة إلا إن دل للحظر دليل فيعمل به.

قاعدة الأصل في الأبضاع التحريم.

من القواعد المتفرعة عن قاعدة اليقين لا يزول بالشك:

القاعدة الثانية: قاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان». ويرادف هذه القاعدة قاعدة:

«ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه»^(١). وقاعدة: «القديم يترك على

قدمه»^(٢) فرع لهذه القاعدة.

قاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان». هي دليل الاستصحاب.

معنى هذه القاعدة: «أن ما ثبت على حال في الزمان الماضي - ثبوتاً أو نفياً - يبقى على

حاله ولا يتغير ما لم يوجد دليل يغيره»^(٣) - يعني ينظر للشيء على أي حال كان فيحكم بدوامه

على ذلك الحال «ما لم يقد دليل على خلافه فالشيء الذي ثبت حصوله في الزمن الماضي يحكم

ببقائه في الحال ما لم يوجد دليل على خلافه»^(٤)، والشيء الثابت وجوده في الحال يحكم أيضاً

باستمراره من الماضي ما لم يوجد ما يزيله، فإذا وجد المزيل لا يحكم ببقاء الشيء بل يزال:

«ويسمى الفقهاء الأول باستصحاب الماضي للحال، ويسمى بعضهم الثاني باستصحاب

الحال للماضي»^(٥)، وتقدم أن هذه القاعدة هي دليل الاستصحاب ومعناه في اللغة: «الملازمة

وعدم المفارقة»^(٦)، «أي اعتبار الحالة الثابتة في وقت ما مستمرة في سائر الأوقات حتى يثبت

انقطاعها أو تبدلها»^(٧): «فلو ادعى المقرض دفع الدين إلى المقرض أو ادعى المشتري دفع

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٥١، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٧ والمدخل الفقهي العام

ج ٣/ ٩٦٩.. مادة «٥٧٥» والمجلة مادة ٥، ١٠.

(٢) مجلة الأحكام العدلية بشرحها لعلي حيدر ص ٢٠ مادة ٥.

(٣) مجلة الأحكام العدلية / ٢١ ج ١ مادة ٥، الوجيز للبورنو ص ٩٤.

(٤) مجلة الأحكام العدلية ج ١/ ٢٠، ٢١ مادة رقم ٥.

(٥) مجلة الأحكام العدلية ج ١/ ٢٠، ٢١، مادة رقم ٥.

(٦) الوجيز للبورنو ص ٩٤.

(٧) المدخل الفقهي العام ج ٣/ ٩٦٨ مادة رقم ٥٧٥.

الثمن إلى البائع، أو ادّعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر، وأنكر المقرض أو البائع أو المؤجر، كان القول لهؤلاء المنكرين مع اليمين أي أن هذه الديون تعتبر باقية في ذمم الملتزمين بها مالم يثبتوا الدفع لأنها كانت مستحقة عليهم بيقين، فالأصل بقاؤها في ذممهم حتى يثبت سقوطها وإنما لهم تحليف الدائنين اليمين في عدم القبض، فإذا حلفوا قضي لهم^(١).

* ويختلف تعريف الاستصحاب عند الأصوليين عنه عند الفقهاء فهو عند الأصوليين أنواع^(٢) منها ثلاثة متفق عليها بينهم وهي:

- ١ - استصحاب العدم الأصلي كنفي وجوب صلاة سادسة ونفي وجوب صوم شوال.
- ٢ - استصحاب العموم إلى أن يرد دليل تخصيص: أي العمل باللفظ العام حتى يرد المخصص، فيقصر العام على بعض أفرادها، كبقاء العموم في قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٣)، وكاستصحاب النص إلى أن يرد ناسخ: أي العمل بالنص من كتاب أو سنة حتى يرد دليل ناسخ كوجوب جلد كل قاذف زوجاً أو غيره إلى أن ورد الناسخ الجزئي بالنسبة للزوج دون غيره.

- ٣ - استصحاب الحال وهو: ظن دوام الشيء بناء على ثبوت وجوده قبل ذلك حُجَّتُهُ اختلف الأصوليون في كون الاستصحاب حجة أو لا فذهب الأكثرون منهم مالك وأحمد والمزني والضيبي وإمام الحرمين والغزالي وجماعة من أصحاب الشافعي إلى أنه حجة، وذهب جمهور الحنفية وأبو الحسين البصري وأبو الخطاب من الحنابلة، وجماعة من المتكلمين إلى أنه ليس بحجة^(٤).

* وأما تعريف الاستصحاب: «اصطلاحاً عند الفقهاء فهو: لزوم حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه»^(٥)، «كالملك عند جريان العقد المملك، وكشغل ذمة المتلف عند وقوع الإلتلاف وذمة المديون عند مشاهدة استدانتة»^(٦).

(١) المدخل الفقهي العام ج٣/ ٩٦٨، ٩٦٩ مادة ٥٧٥.

(٢) اعلام الموقعين عن رب العالمين ج١/ ٣٣٩، والمستصفى للغزالي ج١/ ١٢٨.

(٣) سورة البقرة من الآية: ٢٧٥.

(٤) المحصول في علم أصول الفقه للفخر الرازي تحقيق ودراسة د/ طه جابر فياض العلواني ج٢ القسم الثالث ص ١٤٨، ١٦٤ والوسيط في أصول الفقه د/ وهبه الزحيلي ص ٤٧٢ ط دمشق ١٣٨٥ هـ.

(٥) اعلام الموقعين عن رب العالمين ج١/ ٣٣٩، المدخل إلى مذهب أحمد ص ١٢٣.

(٦) الوجيز ص ٩٥: اعلام الموقعين ج١/ ٣٣٩، كشف الاسرار على أصول الفقه للبرذوي الحنفي للبخاري ج٣/ ٢٧٧ طبع ١٣٠٧ هـ.

★ القواعد الفقهية وتخرج الفروع على الأصول ★

- * وهل الاستصحاب موجب للدفع أم للاستحقاق أم لهما جميعاً؟
- * فهذا ما اختلفت فيه وجهة نظر الفقهاء:
- * فعند جمهور الحنفية: الاستصحاب عند أكثرهم يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق مثال ذلك:

* «مفقود انقطع خبره ولم يعلم موته ولا حياته فهو يحكم بحياته وبناء عليه ليس لورثته اقتسام تركته، ولو مات شخص يرثه المفقود فلا يستحق المفقود من إرثه شيئاً: لعدم تحقق حياته عند موت مورثه فاستصحاب حياة المفقود لم يصلح حجة، لاستحقاقه الإرث حال غيبته وإنما صلح حجة للدفع فقط وأما عند الشافعية وبعض الحنفية: «يصلح الاستصحاب حجة للدفع والاستحقاق، فعندهم أن المفقود يرث ويورث، لأنه قبل فقده كان حياً فيجب استصحاب حياته حتى يظهر في ذلك»^(١).

* وأما عند الحنابلة فالاستصحاب حجة للدفع والاستحقاق أيضاً ولكن يوقفون نصيب المفقود حتى تظهر حياته أو موته فإن ظهر حياً ورث وإلا رُدَّ المال لورثة مورث المفقود»^(٢).

* وهذه القاعدة: لها أمثلة عملية وتطبيقية كثيرة منها خلاف ما تقدم: من تيقن الطهارة وشك في الحدث فهو متطهر، أو تيقن الحدث وشك في الطهارة فهو محدث^(٣).

* «وإذا تعاشر زوجان مدة مديدة ثم ادعت الزوجة عدم الكسوة والنفقة فالقول قولها - عند عدم بينة الزوج مع يمينها، لأن الأصل بقاؤهما في ذمته كالمديون إذا ادَّعى دفع الدين وأنكر الدائن»^(٤).

* ومن أمثلتها أيضاً: «لو ثبت ملك شيء أو مال لأحد ما يحكم بقاء الملكية لذلك الشخص مالم يثبت بأن المال انتقل منه لآخر بعقد بيع أو هبة أو بسبب آخر من الأسباب المزيلة للملكية، أما لو ثبت زوال الملكية ببيع أو هبة مثلاً فلا يحكم بملكية ذلك المال للمالك الأول».

(١) شفاء الغليل للغزالي تحقيق حمد الكبيسي ص ٦٢٥، ٦٢٦، والهداية شرح البداية للمرغيناني الحنفي ج ٢/ ١٨٢ ط الحلبي بمصر.

(٢) راجع الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم الأندلسي الظاهري ج ٥/ ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢ ط العاصمة.

(٣) المواهب العلية شرح الفرائد البهية في القواعد الفقهية لابن بطاح الأهدل ص ٣٦ ج ١ ط ونشر مكتبة جدة سنة ١٤٠٧ هـ.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٢، والوجيز ص ٩٥.

★ ومثال ذلك أيضاً: «لو أنفق الأب من مال ابنه الغائب فادعى الولد أن والده كان موسراً وقت الإنفاق وطلب ضمانته المبلغ الذي صرفه، فينظر إلى الحال الماضي فإذا كان الوالد قبل الخصومة معسراً فالقول قوله مع اليمين، وإذا كان موسراً فالقول قول الابن»^(١) ونظائر هذه الأمثلة كثير جداً.

مايستثنى من هذه القاعدة:

هذه القاعدة ليست على إطلاقها بل إنه يستثنى منها: «أن الأمين يصدق يمينه في براءة ذمته: فلو ادّعى المودع أنه أعاد الوديعة» أو أنها تلفت في يده بلا تعد أو تقصير منه، يقبل ادعاؤه مع يمينه، لأن الأصل براءة الذمة وكان يجب بمقتضى قاعدة الاستصحاب أن يعد الأمين مكلفاً بإعادة الأمانة مالم يثبت إعادتها، لأن الحال الماضي هو: وجود الأمانة عند المودع لكن عدلنا عن أصل هذه القاعدة وأدرجنا هذه المسألة تحت قاعدة أخرى وهي «الأصل براءة الذمة»^(٢).

★ ويستثنى من هذه القاعدة أيضاً: الضرر لا يكون قديماً «أعني أن الضرر لا يعتبر قدمه ولا يحكم ببقائه، وأن القديم المعتبر هو القديم غير المضر» فلو أن أقذار دار شخص من القديم تسيل إلى الطريق العام، أو أن بالوعة دار شخص تسيل إلى النهر الذي يشرب ماؤه أهل البلدة فترال ولا اعتبار لقدمها لأن الشارع لا يمكن أن يجيز حقاً يكون منه ضرر عام»^(٣).

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء ص ٤٥، مادة (٥) من مجلة الأحكام العدلية / طدار الغرب الإسلامي سنة ١٤٠٣ هـ.

(٢) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ص ٢١ مادة (٥)، شرح المجلة للزرقاء ص ٤٨.

(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ص ٢٢.

★ القواعد الفقهية وتخرج الفروع على الأصول ★

من القواعد المتفرعة عن قاعدة: «اليقين لايزال بالشك»

القاعدة الثالثة: قاعدة: «الأصل براءة الذمة»

مصدر هذه القاعدة:

هذه القاعدة العظيمة مأخوذة من الحديث الشريف وهو: قوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»^(١)

ومعناه: «أن كل من يتمسك بخلاف الظاهر ويريد إثبات أمر عارض فهو مدع وعليه البينة، لأنه مثبت، وكل متمسك بالأصل منكر للأمر العارض، فهو مدعى عليه فعليه اليمين لأنه ناف ولا سبيل لإقامة البينة على النفي»^(٢).

* والذمة في اللغة^(٣): العهد، والأمان، والكفالة كالذمامة والذم قال تعالى: ﴿لا يرقبوا فيكم إلا ولا ذمة﴾^(٤) والمراد بالأصل هنا القاعدة المستمرة، والبراءة: في أحد أصليها: المزايلة والتباعد وتطلب على معان كثيرة: والمراد بها هنا: السلامة والخلو من العيب والمكروه^(٥).

* والذمة عند الفقهاء: بمعنى النفس أو الذات التي لها عهد: والمراد بها هنا: «أهلية الإنسان لتحمل عهدة ما يجري بينه وبين غيره من العقود الشرعية أو التصرفات»^(٦).

* والمعنى الفقهي للقاعدة: «القاعدة المستمرة أن الإنسان بريء الذمة من وجوب شيء أو لزومه، وكونه مشغول الذمة خلاف الأصل؛ لأن المرء يولد خالياً من كل دين أو التزام أو مسئولية، وكل شغل لذمته بشيء من الحقوق إنما يطرأ بأسباب عارضة بعد الولادة والأصل في الأمور العارضة العدم»^(٧).

(١) رواه البخاري في صحيحه ج ٣/ ١١٥، ١١٦ كتاب الرهن باب (٦).

(٢) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية مادة ٧٦، ٧٧ وبهجة قلوب الأبرار وقرة عيون الأخيار في شرح جوامع الأخبار للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي ص ١٥٧ والوجيز للبورنو ص ١٠٠.

(٣) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً أبو جيب ص ١٢٨.

(٤) سورة التوبة من الآية ٨.

(٥) معجم لغة الفقهاء ص ١٠٦.

(٦) الوجيز - المرجع السابق.

(٧) شرح المجلة للاتاسي ص ٢٥، ٢٦ والمدخل الفقهي العام للزرقاء مادة رقم ٥٧٨ ج ٣ ص ٩٧٠.

* لذلك لم يقبل في شغل الذمة شاهد واحد مالم يعتضد بآخر - أو يمين المدعي، ولذا كان القول للمدعى عليه - مع يمينه - لأنه متمسك بالأصل، وقد عبر ذلك أبو الحسن الكرخي بقوله: «الأصل أن من ساعده الظاهر فالقول قوله، والبيئة على من يدعي خلاف الظاهر»^(١).

* «فمن ادّعى على غيره التزاماً بدين أو بعمل ما، مهما كان سببه من عقد أو اتلاف أو أي سبب آخر من أسباب الضمان فعليه هو الإثبات إذا أنكر الخصم، لأن هذا الخصم يتمسك بحالة أصلية هي براءة الذمة، فيكون ظاهر الحال شاهداً له مالم يثبت خلافه»^(٢).
* لكن متى يعتبر هذا الأصل - أي براءة الذمة؟

* يعتبر هذا الأصل، ويكون القول قول من يتمسك به مع يمينه إذا لم يعارضه ظاهر سواء كان الظاهر هو الأصل بحسب ما يتبادر أو بحسب المعنى مثال ذلك: «لو ادّعى رجل على بكر بالغة أن وليها زوجها منه قبل استئذانها، فلما بلغها سكنت وقالت: بل رددت فالقول لها، وإن كان المدعي متمسكاً بأصل وهو عدم الكلام كان القول لها، لأن قولها يشهد لها الظاهر بحسب المعنى، لأنه يدعي تملك بضعتها بدعواه سكاتها من غير ظاهر معه، وهي تنكر، والظاهر الاستمرار على الحالة المتيقنة من عدم ورود ملك عليها - وهو الأصل فكانت هي متمسكة بأصل فيه معنى الظاهر فكان القول قولها»^(٣).

* ودونك سؤالاً آخر قد يتبادر إلى الذهن وهو:
ما إذا تعارضت هذه القاعدة مع قاعدة: «الأصل إضافة الحوادث إلى أقرب أوقاتها»
فأيّ هاتين القاعدتين يجب العمل بها حينئذ؟ يجب العمل بقاعدة «الأصل براءة الذمة» لأن هذه أقوى من تلك.. مثال ذلك:

* «إذا اتلف رجل مال آخر واختلف في مقداره يكون القول للمتلف، والبيئة على صاحب المال لإثبات الزيادة».

مثال آخر: إذا ادّعى شخص على آخر بقرض، والمدعى عليه أنكر ذلك القرض فالقول للمدعى عليه مع اليمين والمدعي مكلف بإثبات خلاف الأصل:

أي إثبات شغل ذمة المدعى عليه، فإذا أقام المدعي البيئة فيكون قد وجد دليل على

(١) قواعد الفقه للسيد محمد عميم الإحسان المجددي البركتي ص ١٢.

(٢) المدخل الفقهي العام الزرقاء ج ٢ / ٩٧٠ فقرة ٥٧٨.

(٣) الوجيز للبورنو ص ١٠١ نقلاً عن شرح المجلة للاتاسي ٢٦: ٢٧ «بتصرف».

* القواعد الفقهية وتخرج الفروع على الأصول *

خلاف الأصل فيحكم حينئذ بالبينة، كذلك في مواد الغصب والسرقة والوديعة التي يجوز فيها الإقرار بالمجهول كأن يقر شخص مثلاً بقوله: إن فلاناً له عندي أمانة بدون ذكر مقدارها، فيجبر المقر على أن يبين ماهي الأمانة، ومأمقارها، فإذا بين المقر أن تلك الأمانة قرش أو عشرة قروش مثلاً والمقر له ادعى أنها قرش أو مائتا قرش فالقول للمقر مع اليمين والبينة على المقر له لإثبات الزيادة»^(١).

* ويمكن توجيه اعتراض على هذه القاعدة وهو: أن المدين إذا ادعى أن الدائن أبرأه، أو أنه أوفى الدين فالقول للدائن مع اليمين، مع أن الدائن يدعي شغل ذمة المدين، والمدين يدعي براءة ذمته فكان الواجب حسب هذه القاعدة أن يكون القول للمدين:

والجواب على ذلك: أن الدائن والمدين هنا متفقان على ثبوت الدين، فباتفاقهما على ذلك أصبح شغل الذمة أصلاً والبراءة خلاف الأصل، فالمدين يدعي الإيفاء والإبراء الذي هو خلاف الأصل، والدائن ينكر ذلك فعلى هذا أصبح القول للدائن ولا مجال للاعتراض على ذلك. * ومن الأمثلة على هذه القاعدة خلاف ماتقدم:

«مالو اختلفا في قيمة المتلف، حيث تجب قيمته على متلفه كالمستعير والغاصب والمودع والمتعدي فالقول قول الغارم، لأن الأصل براءة ذمته مما زاد... ومنها: توجهت اليمين على المدعى عليه، فنكل، لا يقضى بمجرد نكوله؛ لأن الأصل براءة ذمته بل تعرض على المدعي. ومنها: من صيغ القرض: ملكته على أن ترد بدله، فلو اختلفا في ذكر البدل فالقول قول الآخذ؛ لأن الأصل براءة ذمته.

* ومن هذه الأمثلة أيضاً: في الجنایات:

لو قال الجاني هكذا أوضحت، وقال المجني عليه بل أوضحت موضحتين وأنا رفعت الحاجز بينهما صدق الجاني لأن الأصل براءة ذمته»^(٢).

القاعدة الرابعة: قاعدة الأصل في الأشياء والأعيان الإباحة:

* من القواعد المقررة عند جمهور الفقهاء: «أن الأصل في الأشياء والأعيان الإباحة مالم يرد نص بالإلزام أو المنع» وحقيقة هذه القاعدة «مالم يعلم فيه تحريم يجري على حكم الحل»^(٣).

(١) درر الحکام شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي صدر مادة/ ٨، ١١.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٣ ط دار الكتب العلمية - لبنان.

(٣) القواعد الفقهية للندوي ص ١٠٧ نقلاً عن «الغياثي» للجويني إمام الحرمين ص ٤٩٠.

★ وإنا إذ نورد هذه القاعدة نعرف الإباحة لغة وشرعاً ثم نبين المعنى الذي تدل عليه القاعدة، ثم نسوق الأدلة في إثباتها وترجيحها ثم نفصلها بقواعدها الفرعية وأمثلتها العملية ثم نذكر ما يستثنى من هذه القاعدة:

★ فالإباحة في اللغة: ترد بمعنى: «الإظهار والإعلان ومنه يقال: باح سره: إذا أظهره، وترد بمعنى: الإطلاق والإذن ومنه يقال أبحت كذا، أي أطلقته فيه وأذنت له»^(١).

★ والمباح في الشرع: «مادل الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل»^(٢).

★ تستفاد الإجابة من لفظ الإحلال «أحل لكم» ورفع الجناح: «لأجناح» والإذن، والعفو، وإن شئت فافعل، وإن شئت فلا تفعل، ومن الامتنان بما في الأعيان من المنافع، وما يتعلق بها من الأفعال نحو: ﴿ومن أصوافها وأوبارها وأشعارها أثاثاً ومتاعاً إلى حين﴾. ونحو: ﴿وبالنجم هم يهتدون﴾، ومن السكوت عن التحريم، ونفي الحرج والإثم، والمؤاخذه، وبالإلحاح على من حرم الشيء ومن الإقرار على الفعل في زمن الوحي وهو نوعان:

★ إقرار الرب تبارك وتعالى، وإقرار رسوله إذا علم الفعل، فمن إقرار الرب تعالى قول جابر رضي الله عنه: «كنا نعزل والقرآن ينزل».

ومن إقرار رسوله ﷺ قول حسان لعمر رضي الله عنهما: «كنت أنشد وفيه من هو خير منك»^(٣).

★ ومعنى هذه القاعدة: «أن كل ما في الأرض مباح للإنسان أن يتناوله على الجهة التي يكون بها ذلك: أكلاً أو شرباً أو تصرفاً أو غير ذلك من جهات التناول مما ينتفع به من غير ضرر، ولا يخرج عن هذه الدائرة العريضة إلا بنص ملزم أو مانع»^(٤).

★ وهذه القاعدة العظيمة تعضدها النصوص القرآنية وتشهد لها، وتقررها أيما تقرير منها: قال الله جلّت حكمته:

★ ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾^(٥).

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج١/ ١٢٣ ط الأولى ١٢٨٧ هـ شرح وتعليق الشيخ / عبد الرزاق عفيفي.

(٢) الأحكام في أصول الأحكام للآمدي ج١/ ١٢٣.

(٣) بدائع الفوائد لابن قيم الجوزية ج٤/ ٩، الوسيط في أصول الفقه د/ وهبة الزحيلي ص ٨٢، ٨٣.

(٤) المدخل الفقهي العام للزرقاء (بتصرف) ج١/ ٢٨٣ مادة رقم ١٢٩ ط دار الفكر/ لبنان.

(٥) سورة البقرة من الآية ٢٩.

* القواعد الفقهية وتخرج الفروع على الأصول *

* ووردت السنة بما لا يحصى كثرة في إرساء هذه القاعدة وتقريرها وإبانة فضل الله على خلقه بتشريعها حيث أن لهم فيها السعة الواسعة والرخصة التي تبعد كل أسباب الضيق والحرَج، روى البخاري ومسلم عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ: «إن أعظم المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم على الناس فحرم من أجل مسأله»^(١).

* ولابن ماجه من حديث سلمان: أن رسول الله ﷺ سئل عن الجبن والفراء والسمن فقال:

* «الحلال ما أحل الله في كتابه والحرام ما حرم الله في كتابه وما سكت عنه فهو مما عفا عنه»^(٢).

* كما دل العقل على تقرير هذه القاعدة إذ أن:

«الانتفاع بالمباح انتفاع بما لا ضرر فيه على المالك - وهو الله سبحانه وتعالى - قطعاً ولا على المنتفع فوجب أن لا يمتنع كالاستضاءة بالسراج والاستظلال بظل الجدار»^(٣).

* وقد تنازع العلماء^(٤) رحمهم الله تعالى في الأعيان التي خلقها الله سبحانه لعباده، ولم تصر في ملك أحد منهم وذلك كالحیوانات التي لم ينص الله عز وجل على تحريمها لا بدليل عام ولا خاص.

* وكالنباتات التي تنبت في الأرض مما لم يدل دليل على تحريمها وليست مما يضر مستعمله بل مما ينفعه، وتحصل من قولهم فيها ثلاثة أقوال: القول الأول: الأصل فيها الإباحة وهذا قول الأكثرين: ومن أدلة هذا القول:

١ - من الكتاب العزيز: قوله تعالى: ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾^(٥)، وقوله تعالى: ﴿قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق﴾^(٦).

(١) صحيح مسلم ج٤ / ١٨٣١ كتاب فضائل الصحابة باب ٣٧ حديث رقم ١٢٢٧.

(٢) سنن ابن ماجه ج٢ / ٢٥٢ حديث رقم ٢٤١٠ كتاب الأطعمة باب ٥٩ تحقيق محمد مصطفى الأعظمي ط الثانية / الرياض ١٤٠٤هـ.

(٣) الوجيز في قواعد الفقه الكلية للبورنوص ١١١.

(٤) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني / محمد بن علي ص ٢٨٤ مطابع مصر.

(٥) سورة البقرة، من الآية: ٢٩.

(٦) سورة الاعراف، من الآية: ٣٢.

وقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رَجَسٌ أَوْ فَسَقًا أَهْلٌ لِّغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾^(١)، فجعل الأصل الإباحة والتحريم مستثنى وقوله تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ، وَأَنْ تَشْرَكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يَنْزِلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾^(٢).

★ فذكر سبحانه ما حرم بطريق الحصر فدل على إباحة ما سواه.
ومن السنة: ما رواه أبو ثعلبة وأخرجه الطبراني إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها وحد حدوداً فلا تعتدوها وسكت عن أشياء من غير نسيان فلا تبحثوا عنها: «وفي لفظ وسكت عن كثير من غير نسيان فلا تتكلفوها رحمة لكم فاقبلوها».
★ ومن العقل أيضاً: أن الله سبحانه إما أن يكون خلق الأشياء والأعيان لحكمة أو لغير حكمة، وكونه خلقها لغير حكمة باطل^(٣)؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْنَا السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لَاعِبِينَ﴾^(٤). وقوله تعالى: ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا... الْآيَةَ﴾^(٥).
★ والعبث لا يجوز على الله، وثبت أنه تعالى خلقها لحكمة ولا تخلو هذه الحكمة: إما أن تكون لعود النفع إليه سبحانه أو إلينا، والأول باطل لاستحالة الانتفاع عليه عز وجل، فثبت أنه خلقها لينتفع بها المحتاجون إليها: فعلى ذلك كان نفع المحتاج مطلوب الحصول أينما كان، فثبت أن - الأصل في المنافع الإباحة والله أعلم.

★ القول الثاني: «الأصل في الأشياء الحظر أي التحريم».
 واحتج أصحاب هذا القول بآيات وأحاديث منها:

- ١ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكُذْبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ... الْآيَةَ﴾^(٦). قالوا: «فأخبر الله تعالى أن التحريم والتحليل ليس إلينا وإنما هو إليه، فلا نعلم الحلال والحرام إلا بإذنه.

(١) سورة الأنعام، من الآية: ١٤٥.
(٢) سورة الأعراف، الآية: ٣٣.
(٣) الوجيز المرجع السابق ص ١١١.
(٤) سورة الدخان آية ٣٨.
(٥) سورة المؤمنون من الآية: ١١٥.
(٦) سورة النحل، من الآية: ١١٦.

★ القواعد الفقهية وتخريج الفروع على الأصول ★

★ ويجب عن هذا بأن القائلين بالإباحة لم يقولوا بذلك من جهة أنفسهم بل قالوه بالدليل الذي استدلوا به من كتاب الله تعالى، وسنة رسوله ﷺ^(١)، كما استدل بعضهم بقوله ﷺ: «الحلال بينٌ والحرام بينٌ وبينهما أمور مشتبهاً والمؤمنون وقافون عند الشبهات»^(٢) فأرشد ﷺ إلى ترك ما بين الحلال والحرام ولم يجعل الأصل فيه أحدهما.

★ ويجب عنه: بأن الحديث لا يدل على أن الأصل المنع لأن المراد بالمشتبهات في الحديث: ما تنازعه دليلان أحدهما يدل على الحاقة بالحرام كما يقع ذلك عند تعارض الأدلة أما ما سكت عنه فهو مما عفا الله عنه، كذلك استدل المانعون بدليل عقلي حيث قالوا: «إن التصرف في ملك الغير بغير إذنه لا يجوز»^(٣)، والقول بالإباحة دون دليل تصرف في ملك الله بغير إذنه وهذا باطل، وأجيب عن ذلك: بأن ذلك بالنسبة للعباد، لأنهم يصيبهم الضرر عند التصرف في أملاكهم بغير إذنه، وأما بالنسبة لله عز وجل فذلك غير وارد لأنه سبحانه لا يصيبه ضرر بتصرف العباد فيما يملك ولم يرد دليل بالمنع.

★ القول الثالث: الوقف: يعني أنه لا يدري هل هنا حكم أم لا؟ ورد على ذلك: بأن لكل تصرف حكم ولا يخلو تصرف عن حكم عرفه من عرفه وجهله من جهله، والتحقيق أن الأصل الإباحة، لقول الله تعالى: ﴿اليوم أحل لكم الطيبات... الآية﴾^(٤).

فليس المراد من الطيب الحلال والإلزام التكرار، فوجب تفسيره بما يستطاب طبعاً وذلك يقتضي حل المنافع بأسرها.

★ وقوله تعالى: ﴿وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعاً منه﴾^(٥). ففيه دليل على أن الأصل في الأشياء المخلوقة بالإباحة حتى يقوم دليل يدل على النقل عن هذا الأصل، ولا فرق بين الحيوانات وغيرها مما ينتفع من غير ضرر، وفي التأكيد بقوله جميعاً أقوى دلالة على هذا^(٦).

(١) الوجيز للبورنو ص ١١٢، ١١٣.

(٢) أخرجه الشيخان وغيرهما بدون قوله: «والمؤمنون... إلخ».

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية مادة رقم ٩٦.

(٤) سورة المائدة، من الآية: ٥.

(٥) سورة الجاثية، من الآية: ١٣.

(٦) إرشاد الفحول / ٢٨٤.

★ ولحديث أبي الدرداء أخرجه الحاكم^(١)، أن النبي ﷺ قال: ما أحل الله في كتابه فهو حلال، وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً وتلا: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾^(٢).

هذا إلى جانب ماتقدم من الأدلة السابقة التي استدلت لها أصحاب القول الأول من القرآن الكريم ومن السنة والعقل.

★ وتظهر ثمرة الخلاف في المسكوت عنه وما أشكل حاله من الحيوان والمجهول تسميته من النبات فالحيوان المشكل أمره كالزرافة والفيل مثلاً فيهما وجهان أصحهما في الزرافة الحل: «أي أحل أكلها لأن الأصل الإباحة وليس لها ناب كأسد».

والنبات المجهول تسميته فيه خلاف والأظهر الحل.

★ ومنها لو شك في كبر الضبة «في الإثناء المضبب فالأصل الإباحة»، ومنها: «إذا لم يعرف حال النهر هل هو مباح أو مملوك هل يجري عليه حكم الإباحة أو الملك حكى الماوردي فيه وجهين مبنيين على أن الأصل الإباحة أو المنع»^(٣).

★ ومنها «لو دخل برجه حمام وشك هل هو مباح أو مملوك فهو أولى به وله التصرف فيه، لأن الأصل الإباحة إلا إذا كان مثله لا يوجد إلا مملوكاً، فهو لقطة فعليه تعريفه وحفظه حتى يأتي صاحبه»^(٤).

★ «ويتخرج على هذا الأصل كثير من الأطعمة والأشربة من النباتات والفواكه والحبوب التي ترد إلينا من بلاد بعيدة ولانعرف أسمائها ولم يثبت ضررها»^(٥).

★ ويتخرج عليها كذلك كثير من أنواع الفرش والأثاث والآلات المستحدثة فيما لا يندرج تحت نهى^(٦).

★ ويتخرج عليها أيضاً بعض أنواع العقود المستحدثة والمعاملات المستجدة إذا ثبت خلوها من الربا والجهالة والضرر والغرر^(٧).

(١) المستدرک للحاکم النیسابوری ج ٢ / ٣٧٥.

(٢) سورة مريم من الآية: ٦٤.

(٣) الاشباہ والنظائر للسيوطي ص ٦٠ الطبعة الأولى ١٢٩٩ هـ بيروت لبنان.

(٤) الاشباہ والنظائر ص ٦٦.

(٥) الوجيز للبورنو ١١٤.

(٦) الوجيز ١١٤.

(٧) الوجيز المرجع السابق.

* القواعد الفقهية وتخرج الفروع على الأصول *

* ومن فروع هذه القاعدة: «لما كان الأصل المقطوع به في المعاملات أتباع تراضي الملاك لذا: فإن الملاك يختصون بأملالكهم لايزاحم أحد مالكا في ملكه من غير حق مستحق.

* ومن فروعها أيضاً: أنه إذا لم يستيقن حجر أو حظر من الشارع في شيء فلا يثبت فيه تحريم: «وإذا لم يثبت فيه تحريم، فهو على الإباحة، ويستثنى من هذه القاعدة التي معنا: «الأصل في الأشياء الإباحة».

* قاعدة أخرى متفق عليها: وهي: «الأصل في الأبضاع التحريم».

* وأما العبادات فالأصل فيها التوقيف وأما العقود فالأصل فيها الصحة إلا ما أبطله الله ورسوله، وهذا الأصل داخل تحت القاعدة الأصل في الأشياء الإباحة»، وأما المائعات فالأصل فيها الطهارة إلا ماورد نص بنجاسته وهذا أيضاً داخل تحت قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة.

مما يستثنى من قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة:

القاعدة الخامسة: قاعدة الأصل في الأبضاع التحريم: وهي من القواعد

المتفرعة عن قاعدة «اليقين لايزول بالشك»:

لما كان «الأصل» دليلاً من أدلة الإثبات فهو من المرجحات الابتدائية في الإثبات، كان الرجوع إلى الأصل واجباً ولازماً، لمعرفة كثير من القواعد المعتبرة أصولاً في الشرع كقولهم: «الأصل في الأشياء الإباحة» والأصل في الأشياء العارضة العدم... إلخ، ولايخرج شيء منها عن أصله إلا بدليل خاص يقتضي ذلك في الموضع المعين الذي يستدل به^(١)، ومن هذا الوجه أمكن استثناء قاعدة: الأصل في الأبضاع التحريم من القاعدة السابقة: الأصل في الأشياء الإباحة ويجدر بنا أن نذكر مستند هذه القاعدة، ثم نعرف «الأصل» ومعنى الأبضاع، ثم نذكر مايرادف هذه القاعدة، ومايعبر به عنها ثم مايتفرع عنها، ومايستثنى منها، وسنعقب ذلك بذكر الأمثلة لها فنقول مستند هذه القاعدة قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ﴾^(٢) ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾^(٣)

(١) المدخل الفقهي العام ج٢/ ١٠٦١.

(٢) سورة المؤمنون، الآية: ٥.

(٣) سورة المؤمنون، الآية: ٦.

﴿فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾^(١).

* فقله تعالى: ﴿والذين هم لفروجهم حافظون﴾ أي ممسكون لها، والاستثناء في قوله تعالى: ﴿إلا على أزواجهم﴾ من نفي الإرسال الذي ينبىء عنه الحفظ: أي لا يرسلونها على أحد إلا على أزواجهم أو مملوكاتهم وما عدا ذلك فهو تعد^(٢)، كما أنها تستند إلى أصل عظيم اتفقت عليه جميع الشرائع السماوية وهو: حفظ النسل؛ لأن سلامة النسل وحفظ الكرامة يجعلان المجتمع قوياً نقياً منسجماً لا شذوذ فيه، ولا أحقاد، ولا شحناء في ربوعه.

* تعريف «الأصل»: الأصل في اللغة هو: «أسفل الشيء وأساسه» وفي اصطلاح قواعد الإثبات: هو الحالة العامة التي هي بمثابة قانون مدعي ابتداء بلا حاجة إلى دليل خاص عليه، بل يعتبر مسلماً بنفسه» ويعرف الأصل أيضاً بأنه: «ما يبنى عليه غيره ولا يبنى هو^(٣) على^(٤) غيره». والمراد بالأبضاع: الفروج، جمع بضع وهو الفرج، ومعنى: الأصل في الأبضاع التحريم، أي الأصل في النكاح الحظر وأبىح لضرورة حفظ النسل^(٥).

* ويعبر عن هذه القاعدة أيضاً بأن الأصل الإباحة والحظر مقدم^(٦)، كما إذا رأينا حيواناً ليس فيه نص فالأصل الإباحة. وإذا رأينا امرأة تعارض فيها حل وتحريم؛ فالأصل الإباحة ولكن الحظر «أي التحريم أو المنع». مقدم، ويوردها بعض العلماء في كتبهم بصيغة: «أن التحريم مغلب في الأبضاع»^(٧) كما إذا اختلطت زوجته بنساء اشتبهت لم يجزله وطء واحدة منهن بالاجتهاد بلا خلاف سواء كن محصورات أو غير محصورات، لأن الأصل التحريم، «والأبضاع» يحتاط لها، والاجتهاد خلاف الاحتياط^(٨).

قال العلماء رحمهم الله: وإنما كان التحريم أحب، لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم، وذلك أولى من عكسه، لأن الشرع حريص على اجتناب المنهيات أكثر من حرصه على الإتيان بالمأمورات:

(١) سورة المؤمنون، الآية: ٧.

(٢) تفسير أبي السعود جـ ٤ ص ٤٨، ٤٩.

(٣) المدخل الفقهي العام جـ ٢/١٠٦١.

(٤) الوجيز للبورنو ١١٥.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ٦١ ولابن نجيم ص ٦٧.

(٦) الفياثي لإمام الحرمين ص ٥٠١.

(٧) المجموع شرح المذهب للنووي جـ ١/٢٦٠. قاله الندوي في القواعد الفقهية ص ١١٤.

«وكذلك يمتنع الاجتهاد ويجب الاحتياط فيما إذا وكل إنسان غيره في شراء جارية ووصفها له، فاشترى الوكيل الجارية بالصفة ومات قبل أن يسلمها للموكل، لم يحل له وطؤها، لاحتمال أن الوكيل اشتراها لنفسه، وإن كان شراء الوكيل الجارية بالصفات المذكورة ظاهراً في الحل، ولكن الأصل التحريم حتى يتيقن الحل^(١)».

* ولو تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة، فلو أن رجلاً له أربع جوار أعنت واحدة منهن بعينها ثم نسيها فلم يدر أيتها أعنت لم يسعه أن يتحرى للوطء، ولا للبيع، كما لا يسع الحاكم أن يخلي بينهن حتى يبين المعتقة من غيرها، وكذلك: إذا طلق إحدى نسائه بعينها ثلاثاً ثم نسيها يتوقف حتى يتبين، وعند أحمد قولان: الأول: أنها تعين بالقرعة ويحل له البواقي، لأن القرعة قامت مقام الشاهد والمخبر للضرورة - والثاني: لا يقرع بل يتوقف حتى يتبين، واختار ابن قدامة الثاني، وجمهور الحنابلة الأول^(٢).

* ثم أعلم - رحمك الله - أن هذه القاعدة: «الأصل في الأبزاع التحريم» إنما تعتبر فيما إذا كان في المرأة سبب محقق للحرمة فلو كان في الحرمة شك لم يعتبر، ولذا قالوا لو أدخلت المرأة حلماً ثديها في فم رضية ووقع الشك في وصول اللبن إلى جوفها لم تحرم، لأن في المانع شكاً، وكما لو أعطت امرأة ثديها صبية واشتهر ذلك ثم قالت لم يكن في ثديي لبن حين ألقمتها ثديي، ولم يعلم ذلك إلا من جهتها، جاز لابنها أن يتزوج بهذه الصبية^(٣).

* وخرج عن هذا الأصل أيضاً مسألة أخرى وهي: «صبية أرضعها قوم كثير من أهل القرية، أقلهم أو أكثرهم ولا يدرى من أرضعها، وأراد واحد من أهل تلك القرية أن يتزوجها، فإذا لم تظهر له علامة ولا يشهد أحد له بذلك يجوز نكاحها وهذا من باب الرخصة لئلا ينسد باب النكاح»^(٤).

* وبما أن قول الواحد العدل مقبول في الديانات لذا فإن البضع وإن كان الأصل فيه الحظر لكن يقبل في حله خبر الواحد كما في المسألة السابقة والله أعلم.
هذا ونسأل الله أن ينفع بها وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم.

(١) الوجيز للبورنو ص ١١٥، ١١٦.

(٢) قواعد ابن رجب الحنبلي رحمه الله ص ٢٧٧، ٢٧٨، قاعدة رقم ١٦٠.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٧.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي المرجع السابق وابن نجيم المرجع السابق.

ثبت المراجع والمصادر

- ١ - الإجماع ابن المنذر النيسابوري - دار طيبة - الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ.
- ٢ - الإحكام في أصول الأحكام: أبو الحسن الأمدي - تحقيق عبد الرزاق عفيفي - مطابع مؤسسة النور بمصر ١٣٨٧هـ.
- ٣ - إرشاد الفحول في علم الأصول - الشوكاني - ط. الأولى / ١٣٥٦هـ - الحلبي بمصر.
- ٤ - الأشباه والنظائر - الحافظ جلال الدين السيوطي - ط. دار الكتب العلمية / لبنان ١٣٩٩هـ.
- ٥ - الأشباه والنظائر - ابن نجيم الحنفي - تحقيق عبد العزيز الوكيل - ط. مؤسسة الحلبي بمصر ١٣٨٧هـ.
- ٦ - أصول السرخسي - شمس الأئمة السرخسي - تحقيق أبو الوفا الأفغاني - ط. دار المعرفة لبنان.
- ٧ - أعلام الموقعين عن رب العالمين - ابن قيم الجوزية - مطابع السعادة - مصر - ط. الثانية ١٣٧٤هـ.
- ٨ - بدائع الفوائد - ابن قيم الجوزية - مطابع الفجالة - مصر - ط. الثانية.
- ٩ - تاج اللغة وصحاح العربية / إسماعيل بن حماد الجوهري / تحقيق أحمد عطار - دار العلم للملايين - ط. الثانية ١٣٩٩هـ.
- ١٠ - تفسير أبي السعود - أبو السعود الحنفي - تحقيق عبد القادر عطا - نشر وتوزيع الرئاسة العامة للإفتاء بالسعودية ١٤٠١هـ.
- ١١ - التلويح على التوضيح - التفتازاني - ط. صبيح بالقاهرة.
- ١٢ - سنن ابن ماجه - الحافظ القزويني - تحقيق محمد مصطفى الأعظمي - شركة الطباعة السعودية - الرياض - ط. الثانية ١٤٠٤هـ.
- ١٣ - شرح مجلة الأحكام العدلية - علي حيدر بك - ط. دار العلم للملايين - لبنان.
- ١٤ - شرح المجلة - مجلة الأحكام العدلية - الأتاسي - انظر: القواعد الفقهية للندوي.
- ١٥ - شرح مجلة الأحكام العدلية - سليم رستم باز - دار المعرفة - لبنان.
- ١٦ - شرح صحيح مسلم - الإمام النووي - ط. الحلبي صبيح - القاهرة.

★ القواعد الفقهية وتخريج الفروع على الأصول ★

- ١٧ - شرح القواعد الفقهية - أحمد الزرقاء - تحقيق د. عبد الستار أبو غدة - دار الغرب الإسلامي - سوريا.
- ١٨ - صحيح البخاري - محمد بن إسماعيل البخاري - المكتب الإسلامي - تركيا ١٩٧٩م.
- ١٩ - صحيح مسلم - الإمام مسلم بن الحجاج النيسابوري - نشر وتوزيع الرئاسة العامة للإفتاء بالسعودية ١٤٠٠هـ.
- ٢٠ - غمز عيون البصائر - شرح الأشباه والنظائر / الحموي الحنفي - دار الكتب العلمية - لبنان - ط. الأولى ١٤٠٥هـ.
- ٢١ - الغياثي - إمام الحرمين الجويني - تحقيق د: عبد العظيم الديب - ط. الثانية ١٤٠٦هـ - قطر.
- ٢٢ - الفروق - شهاب الدين القرافي المالكي - دار المعرفة - لبنان.
- ٢٣ - القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً - سعدي أبو جيب - دار الفكر - لبنان - الطبعة الأولى - ١٤٠٢هـ.
- ٢٤ - قواعد الفقه.
- ٢٥ - القواعد الفقهية - الإمام المجددي البركتي الحنفي - ط. دكا - بنجلاديش.
- ٢٦ - كشف القناع عن متن الإقناع - منصور البهوتي الحنبلي - ط. الأولى ١٣٩٤هـ.
- ٢٧ - لسان العرب المحيط - ابن منظور - تحقيق يوسف خياط - ط. دار لسان العرب - لبنان.
- ٢٨ - المجموع شرح المذهب - الإمام محيي الدين النووي - تحقيق محمد بخيت المطيعي - ط. العاصمة - مصر.
- ٢٩ - المحصول في أصول الفقه - الرازي تحقيق د. طه العلواني - ط. جامعة الإمام محمد بن سعود ١٤٠١هـ.
- ٣٠ - المدخل الفقهي العام - مصطفى أحمد الزرقاء - ط. طبرين / دمشق ١٣٨٧هـ.
- ٣١ - معجم لغة الفقهاء محمد رواس قلعه جي ومحمد صادق قنبي / دار النفائس / لبنان ١٤٠٥هـ.
- ٣٢ - متنهى الإرادات مع شرحها / منصور البهوتي - نشر وتوزيع الرئاسة العامة للإفتاء بالسعودية.

٣٣ - المفردات في غريب القرآن / الراغب الأصفهاني / محمد سيد كيلاني / دار المعرفة / لبنان.

٣٤ - المواهب العلية شرح الفرائد البهية في القواعد الفقهية / ابن بطاح الأهدل - لبنان / الأولى توزيع مكتبة مكة المكرمة ١٤٠٧ هـ.

٣٥ - الوجيز في إيضاح قواعد الفقه: البورنو.

٣٦ - الوسيط في أصول الفقه: د. وهبة الزحيلي - مطابع جامعة دمشق ١٣٨٥ هـ.

مفهوم السيادة (الحاكمية) وصاحبها في الفقه الاسلامي

الدكتور/ حسن محمد سفر(*)

تمهيد وتقسيم:

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وبعد:
فإن الشريعة الإسلامية منهاج أنزله الله على نبيه سيدنا محمد ﷺ لهداية البشرية، وإخراجها من الظلمات إلى النور، وقد جعلها الله خاتمة الشرائع، ونبيها خاتم الأنبياء أودع فيها تبارك وتعالى ما ينفع الناس في دينهم ودنياهم، فجاءت شاملة متكاملة وأصبح تشريعها المسيطر، يقود من اتبعه إلى الحق والسعادة والفلاح والعلو والتمكين في الأرض فلا سلطان ولا سيادة إلا لهذا التشريع المنزل من لدن الحكيم العليم الخبير بمصالح عباده، فمهما ظهرت نظم، وقوانين ومصطلحات فإنها تضمحل أمام هذا الطود الشامخ السلق الذي يكشف عن عظمة المشرع وصفاء ووفاء وروعة تشريعه: ﴿فأما الزبد فيذهب جفاء وأما ما ينفع الناس فميكث في الأرض﴾^(١).

(*) أستاذ نظم الحكم - جامعة الملك عبدالعزيز - قسم الدراسات الإسلامية يحمل درجة الدكتوراه وعنوان رسالته، الحكومة الإسلامية نظامها وظيفتها أثرها. له مؤلفات منها: تاريخ التشريع الإسلامي، المذاهب الفقهية الإسلامية، محاضرات في نظام الحكم في الإسلام، وله إسهامات علمية ومشاركات في مؤتمرات فقهية.

(١) سورة الرعد من الآية: ١٧.

ولقد شهدت الساحة القانونية الوضعية مصطلحات ظهرت حديثاً في كتابات بعض المفكرين كمصطلح «السيادة» وكثر تداوله واستعماله في عباراتهم في مجالات الحكم والإدارة والقضاء، ولما كان هذا المصطلح دخليلاً على فقهاء السياسي الإسلامي^(١) ومن ابتداعات الفكر السياسي الغربي^(٢). فقد استوجبت الغيرة الإسلامية، والأمانة العلمية الدفاع عن حوزة الشريعة في الحفاظ على أصالة المصطلحات الفقهية والتشريعية وأن نستعرض خلفية ومفهوم هذا المصطلح عبر هذا البحث الذي خصصت به تلك المجلة العلمية الفقهية «مجلة البحوث الفقهية المعاصرة» إيماناً مني بأن التخصص العلمي والأكاديمي في مجالات تحمل تلك الصبغة يجلي الحقيقة ويوضح المقصود، ولما كنت أحد طلبة العلم في العلوم السياسية الإسلامية فسوف ألقى الضوء عن هذا المصطلح ومفهومه في مبحث أول مبيناً بحول الله وقوته موقف فقهاء وعلماء الشريعة الإسلامية قدامى ومحدثين ممن تكون له الحاكمة في مبحث ثان على النحو الآتي:

المبحث الأول فكرة الحاكمة في الفقه الإسلامي

أشير بداية إلى مفهوم السيادة توطئة لمعالجة فكرة الحاكمة في الفقه الإسلامي.

أولاً: مفهوم السيادة وخصائصها:

السيادة في المفهوم العام هي: «تلك السلطة العليا الآمرة في داخل المجتمع والتي لاتجد منافساً أو مناوئاً لها»^(٣).

وعرفت أيضاً بأنها: «تلك السلطة العليا التي لاتعرف قيماً فيما تنظمه من علاقات سلطة أعلى منها أو مساوية لها»^(٤).

(١) انظر: فؤاد عبد المنعم أحمد: أصول نظام الحكم في الإسلام، ص ١١٥.

(٢) انظر: عبد الفتاح ساير داير: القانون الدستوري ص ٥٨، محمد فاروق النبهان: نظام الحكم في الإسلام، ص ٢٦.

(٣) عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، ص ٢٠٦، انظر أحمد عطية الله: القاموس السياسي، ص ٦٦٠، ٦٦١، معجم لغة الفقهاء، ص ٢٥٣.

(٤) صلاح الصاوي: نظرية السيادة وأثرها على شرعية الأنظمة الوضعية، ص ١١، انظر عبد الحميد

★ مفهوم السيادة (الحاكمية) وصاحبها في الفقه الإسلامي ★

وعرفت أيضاً بتعريف ثالث وهو أنها: «تلك السلطة العليا المطلقة التي تفردت وحدها بالحق في إنشاء الخطاب الملزم المتعلق بالحكم على الأشياء والأفعال»^(١).

مضمون السيادة على ضوء التعريف:

على ضوء التعريفات الاصطلاحية السابقة لمفهوم السيادة يتضح أنها عند القائلين بها هي إرادة عليا تتميز بخصائص لا توجد في غيرها من الإرادات إذ هي الإرادة التي تحدد نفسها بنفسها، فصاحبها لا يمكن أن تلزمه إرادة أجنبية عنه بالتصرف على نحو معين^(٢)، إذن هو شخصية لا يلتزم بالتصرف على نحو معين إلا إذا أراد هو بذلك.

نشأة نظرية السيادة وظروفها:

نظرية السيادة من ابتداء القانون الفرنسي فهي فرنسية الأصل والمنشأ ظهرت في نهاية العصور الوسطى دفاعاً عن سلطة الحكام آنذاك ولتتميز عن السلطات الأخرى التي كانت في تنافس وتنازع وصراع معها كسلطة أمراء الإقطاع في الداخل، وسلطة الإمبراطور والبابا في الخارج حيث كان الصراع والنزاع القائم بين السلطة الزمنية والسلطة الدينية له دور كبير وهام في بروز ونشأة هذه النظرية^(٣).

خصائص السيادة:

على ضوء الصراع المحتدم بين السلطتين الزمنية والدينية ظهرت على المسرح السياسي هذه النظرية وجاءت بتدعيم سلطة الإمبراطور فحملت في طياتها مزايا منها:

١ - إن صاحب السيادة لا يفرض عليه قانون، بل القانون هو التعبير عن رغبته وإرادته فليس لأي جهة خارجية عن شخصيته أن تلزمه بتصرف معين فلا توجد إرادة تسامييه، فإرادته آمرة دائماً ومنفذة فالأتباع ينفذون إرادته لأنها صادرة عن إرادة هي بطبيعتها أعلى عن إرادتهم^(٤).

= متولي: المفصل في القانون الدستوري، جـ ١، ص ٢٢٥، ثروت بدوي: النظم السياسية ص ١٧ محمد كامل ليلة: النظم السياسية، ص ١٦٧، فوزي أبودياب: المفاهيم الحديثة للأنظمة والحياة السياسية، ص ٥٠.

(١) انظر محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص ٢٤٠.

(٢) انظر: نظرية السيادة وأثرها على الأنظمة الوضعية، ص ١٢.

(٣) انظر حازم الصعدي: النظرية الإسلامية في الدولة مع المقارنة بنظرية الدولة في الفقه الدستوري الحديث ص ٢٧٩.

(٤) فتحي عبد الكريم: الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي، ص ٨٩.

- ٢ - السمو من خصائصها فهي إرادة تعلو جميع الإرادات وسلطة تعلو كافة السلطات لاتوجد فيما تنظمه من علاقات سلطة أعلى منها ولاسلطة مساوية لها.
- ٣ - التفرد الإقليمي - يعني أنها لاتوجد على الإقليم المحكوم إلا سيادة واحدة فلو وجدت سيادتان على إقليم الدولة والنظام السياسي لفسدت أحواله، إذ يصدر تكلفان كلا منهما يناقض الآخر، وفي هذا تميم لحق السيادة وهيمنتها.
- ٤ - العلو فهي قائمة بذاتها لاتتلقى الأوامر والإرشادات والتوجيهات من إرادة سابقة عليها أو من إرادة أعلى منها بل هي الكل^(١).
- ومما سبق يتضح أن نشأتها وإعطاءها هذه الخصائص قصد منه إضفاء الهيمنة والشعور على الاتباع في العصور الوسطى وهذا يبرر سطوة وهيمنة هؤلاء على رعاياهم ومن دونهم.

ثانياً: فكرة الحاكمية في الفقه الإسلامي:

لا وجود لمصطلح السيادة في الفقه الإسلامي: كما أشرت سابقاً إن مصطلح السيادة دخيل وحديث على الفقه السياسي الإسلامي نقله إلينا عن القانون الغربي المفكرون الإسلاميون المحدثون^(٢).

أما القدامى من الفقهاء الذين كتبوا في الفقه السياسي الإسلامي كالإمام أبي الحسن الماوردي المتوفى سنة ٤٥٠ هـ فلم يتعرض في كتابه الشهير الأحكام السلطانية والولايات الدينية لهذا المصطلح، وكذا الإمام أبي يعلى الحنبلي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ فلم يذكره في كتابه الأحكام السلطانية، وأيضاً الإمام بدر الدين بن جماعة المتوفى سنة ٧٣٣ هـ لم يتعرض لهذا في كتابه تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، وغيرهم من العلماء كشيخ الإسلام الإمام ابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ الذي لم يتعرض هو الآخر لهذا المصطلح في كتابه السياسة الشرعية، فهؤلاء الأئمة أساطين الفقه وحملوا الشريعة والذين كتبوا موسوعاتهم في الأحكام السلطانية والنظم الدستورية للدولة الإسلامية لم يذكروا شيئاً عن ذلك ولم يبحثوا هذه المسألة في مؤلفاتهم ونرجع السبب في ذلك إيمانهم واعتقادهم الجازم

(١) انظر: نظرية السيادة، ص ١٣.

(٢) انظر أبي الأعلى المودودي: نظرية الإسلام وهدى في السياسة والقانون والدستور، ص ٢٥٠، محمد

★ مفهوم السيادة (الحاكمية) وصاحبها في الفقه الإسلامي ★

رحمهم الله أن الحاكمية لله وحده لا شريك له فهو المشرع للأمة قانونها، صاحب السلطة العليا القاهرة الأمر والنهي فلا سيادة ولا سلطان إلا له تبارك وتعالى ولحكم شريعته، ولقد انعقد الإجماع على هذا في مختلف الأعصار والأمصار والأقاليم إذ أنه لا دين إلا ما أوجبه، ولا شرع إلا ما شرعه، ولا سيادة ولا سلطان إلا لحكمه الذي جاءت به الشريعة الإسلامية فمن المعلوم من الدين بالضرورة أن السيادة للشرع فلم يخرج أحد من الخلفاء الأربعة والصحابه رضي الله عنهم عن نص كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ في جميع شئون الحياة إذ كانوا يدركون أن الاحتكام إلى الشرع من لوازم الإيمان فلا إيمان إلا به^(١).

لذلك كان الأئمة بعد النبي ﷺ يستشيرون الأمراء من أهل العلم في الأمور المباحة ليأخذوا بأسهلها فإذا وضع الكتاب أو السنة لم يتعدوه إلى غيره اقتداء بالنبي ﷺ^(٢). من هذا كله نستدل على أن إجماع الصحابة قام على أن السيادة للشرع وانهقد على عدم جواز أن تكون لغيره من حاكم أو محكوم^(٣).

وجاءت أقوال الفقهاء القدامى تدعم هذا، قال الإمام الغزالي رحمه الله: «وأما استحقاق نفوذ الحاكم فليس إلا لمن له الخلق والأمر والسلطان فإنما النافذ حكم المالك على المملوك ولا مالك إلا الخالق فلا حكم ولا أمر إلا له، أما النبي ﷺ والسلطان والسيد والأب والزوج فإذا أمروا وأوجبوا لم يجب شيء بإيجابهم بل بإيجاب الله تعالى طاعتهم ولولا ذلك لكان كل مخلوق أوجب على غيره شيئاً كان للموجب عليه أن يقلب عليه الإيجاب إذ ليس أحدها أولى من الآخر، فإذا الواجب طاعة الله تعالى وطاعة من أوجب الله تعالى طاعته»^(٤).

وقال الإمام الجليل شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: «والإنسان متى حلل الحرام المجمع عليه وحرّم الحلال المجمع عليه أو بدل الشرع المجمع عليه كان كافراً ومرتداً باتفاق الفقهاء»^(٥). ونجد أن العلامة أبو زهرة رحمه الله بعد أن عرف الحكم الشرعي قال: «وهذا التعريف يوميء لا محالة إلى أن الحاكم في الفقه الإسلامي هو الله سبحانه وتعالى إذ أن هذه الشريعة قانون ديني يرجع في أصله إلى وحي السماء فالحاكم فيه هو الله وكل طرائق التعريف

(١) انظر محمود الخالدي: نقض النظام الديمقراطي، ص ١٠٤.

(٢) فتح الباري، ج ١٧، ص ١٠٥، محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص ٣٤، ٣٥.

(٣) انظر: نقض النظام الديمقراطي، ص ١٠٨.

(٤) المستصفى، ج ١ ص ٨٣.

(٥) مجموع فتاوى ابن تيمية، ج ٣ ص ٢٦٧، ٢٦٨.

بالأحكام فيه إنما هي مناهج لمعرفة حكم الله تعالى، وأحكام دينه السماوي، على هذا اتفق جمهور المسلمين، بل أجمع المسلمون، فإن الإجماع قد انعقد على أن الحاكم في الإسلام هو الله تعالى وأنه لا شرع إلا من الله^(١)، وإذا كان ذلك كذلك وكان التشريع حقاً خالصاً لله وحده فمن ادعى لنفسه هذا الحق كان مشركاً بالله فقد دل ذلك على أن السيادة العليا والسلطان المطلق لشرعية الله التي أنزل على رسوله ﷺ لا لغيرها كائناتاً من كان^(٢). قال الإمام الشافعي رحمه الله: «وإذا ثبت عن رسول الله شيء فهو اللازم لجميع من عرفه، لا يقويه، ولا يوهنه شيء غيره، بل الفرض الذي على جميع الناس اتباعه، ولم يجعل الله لأحد معه أمر يخالف أمره»^(٣) ويقول الدكتور عبدالرزاق السنهوري: «روح التشريع الإسلامي تفترض أن السيادة بمعنى السلطة غير المحدودة لا يملكها أحد من البشر فكل سلطة إنسانية محدودة بالحدود التي فرضها الله فهو وحده صاحب السيادة العليا ومالك الملك وإرادته هي شريعتنا التي لها السيادة في المجتمع ومصدرها والتعبير عنها هو كلام الله المنزل في القرآن وسنة رسوله المعصوم الملهم ثم إجماع الأمة»^(٤) فالشرع هو الحاكم الذي يصدر حكمه على أقوال الإنسان وأفعاله فالسيادة للشرع مطلقاً^(٥)، والحاكم هو الشرع وهو صاحب السيادة المطلقة في الحياة السياسية الإسلامية^(٦).

والتاريخ بين أيدينا يقرر أن العمل بكتاب الله وسنة رسوله ﷺ كان الدستور المكتوب الذي طبق في عهود الخلفاء والملوك والأمراء والولاة والحكام ولانعرف متجرباً على إبطال العمل بهما، وإحلال قانون آخر محلهما أو سيادة شيء غيرها، لأن المسلمين لم يرضوا عنهما بديلاً^(٧).

فهذه النصوص الفقهية والتراثية تدل دلالة واضحة على أن الحجة كل الحجة فيما جاء في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ وأن السيادة المطلقة للشرعية لا لغيرها.

(١) أصول الفقه، ص ٦٣.

(٢) انظر: نظرية السيادة، ص ٤٤.

(٣) الرسالة، ص ٢٢٠.

(٤) عبدالرزاق السنهوري: فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية، ص ٧٠.

(٥) انظر محمد عبدالله العربي: نظام الحكم في الإسلام، ص ٤٦.

(٦) انظر: نقض النظام الديمقراطي، مرجع سابق، ص ١٢٧.

(٧) انظر محمود اللبابيدي: نظام الإسلام السياسي وعلاقة الدين بالدولة في هذا النظام، ص ٥٢، بحث

نشر في كتاب تحت عنوان: «الإسلام والانظمة الساسية» بيروت، دار الكاتب العربي.

★ مفهوم السيادة (الحاكمية) وصاحبها في الفقه الإسلامي ★

المبحث الثاني الحاكمية لله وحده في الفقه الاسلامي

فكرة السيادة بين الإسلام والقوانين الوضعية:

إن الفارق بين مبدأ السيادة في الإسلام وبينه في القوانين والنظم الوضعية الأخرى أن الدولة في القوانين والنظم السيادة فيها مطلقة، ومن حق الحاكم أو المجالس النيابية فيها أن تتخذ من النظم ما يناسبها ويحلوا لها، فالدولة تنشأ أولاً ثم يدور البحث في تكييف ما يلائمها.

أما الدولة في الإسلام فإنها نشأت طبقاً لمبادئ القانون الإسلامي، وتقوم الهيئة الحاكمة فيها على هدى من وحي هذه المبادئ التي وجدت قبل وجود الدولة، والأمة، والسلطان أو الخليفة أو الإمام الذي تنبئ عنه في رعاية مصالحها الدينية والدنيوية مقيدون بها ولا يملكون الخروج عليها^(١).

فلا يملك أحد في الدولة الإسلامية سلطة تغيير أو تعديل شيء من القواعد والأحكام الشرعية التي وضعها الله عز وجل، أو ماقررته السنة النبوية الصحيحة من أحكام: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾^(٢).

أما بالنسبة لسن النظم والقواعد التفصيلية لهذه الأحكام أو وضع الحلول الملائمة للأمور المستحدثة انطلاقاً من روح المبادئ الإسلامية وتطبيقاً لها، فإن الباب مفتوح أمام الجهة التي تصدر هذه النظم والقواعد التي تحقق هذه الأهداف مع التقيد التام بنطاق الشريعة نصاً وروحاً وعدم الخروج على حدودها^(٣).

آراء المحدثين من الفقهاء: بعد أن تم استبعاد السيادة بمفهومها عند أهل الغرب بما ذكرنا من أدلة جازمة حازمة وتبين لنا عن وضوح وجلاء أنها للشرع لا غير نقول أنها قد

(١) انظر: محمد سلام مذكور: معالم الدولة الإسلامية، ص ١٢١.

(٢) سورة النساء، الآية: ٦٥.

(٣) انظر: عبدالغني بسيوني: نظرية الدولة في الإسلام، ص ٧٠.

ظهرت آراء وأفكار من بعض الفقهاء والمفكرين من محدثين ومعاصرين^(١) ترى هذه الآراء أن للسيادة شقين فريق يرى أن صاحب السيادة في نظام الدولة الإسلامية للتشريع الإسلامي، والفريق الآخر يرى أن السيادة للأمة، وعلى ضوء ذلك يقتضي منا الأمر عرض الرأيين وتوضيح الأمر على مايلي:

أولاً: القول الأول: يرى أصحاب هذا الرأي وهم الغالبية العظمى من الفقهاء والسواد الأعظم من المسلمين أن السيادة والحاكمية لله وحده لا شريك له فصاحب الحاكمية الذي هو الحق تبارك وتعالى شرع القانون الإسلامي وأنفذه في حق المسلمين دون أن تحد إرادته أو يكون عليه سلطة عليا توجهه فهو الأمر الناهي وعلى المرء المسلم واجب الطاعة والامتثال لحكم هذا القانون الإلهي وصاحبه جل وعلا دون مناقشة أو صواب كما قال تعالى ﴿لَا يَسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْأَلُونَ﴾^(٢) وفي هذا يقول صاحب الظلال رحمه الله: «إن القاعدة التي يقوم عليها النظام الإسلامي تختلف كلياً عن القواعد التي تقوم عليها الأنظمة البشرية جميعاً إنه يقوم على أساس أن الحاكمية لله وحده فهو الذي يشرع وحده»^(٣).

ولقد نصت التشريعات القرآنية على هذا في العديد من الآيات لتبين أن المصدر الأول لتشريعات نظم الدولة الإسلامية ولحكم المسلمين هو الله تبارك وتعالى كما قال تعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾^(٤) وقال تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^(٥) ومنها قوله تعالى: ﴿يَقُولُونَ هَلْ لَنَا مِنَ الْأَمْرِ مِنْ شَيْءٍ قُلْ إِنْ الْأَمْرُ كُلُّهُ لِلَّهِ﴾^(٦) كما أن مؤتمر علماء المسلمين المنعقد في مدينة كراتشي عام ١٩٧٠م قد صاغ مشروعاً للمبادئ الأساسية للدولة الإسلامية، نص في مادته الأولى على مايلي: «إن الحاكم الحقيقي من حيث التشريع والتكوين هو الله رب العالمين»^(٧).

(١) انظر عبد الغني بسيوني: النظم السياسية، ص ٥٨.

(٢) سورة الانبياء، الآية: ٢٣.

(٣) سيد قطب: العدالة الاجتماعية في الإسلام، ص ٩٤ محمود فياض: النظام الإسلامي أسمى النظم، ص ٣٤، (نشر في كتاب تحت عنوان الإسلام والأنظمة السياسية» دار الكاتب العربي.

(٤) سورة يوسف، من الآية: ٤٠.

(٥) سورة المائدة، من الآية: ٤٤.

(٦) سورة آل عمران، من الآية: ١٥٤.

(٧) انظر: محمد فؤاد النادي: مبدأ المشروعية في الفقه الإسلامي وضوابط خضوع الدولة للقانون، ص ٤١، د. عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية، ص ٢١٨.

★ مفهوم السيادة (الحاكمية) وصاحبها في الفقه الإسلامي ★

ونص النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية في مادته السابعة على مايلي: «يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة»^(١).

وعلى ضوء ماتقدم ودُعْمَ بأدلة شرعية ودستورية يتضح أنه ليس لأحد من البشر أن يدعي سلطة ما، دون أن تكون هذه السلطة مستمدة من تشريعات الله مهما كانت مرتبة ذلك البشر في المجتمع فالنبي ﷺ وهو صفوة الله من خلقه وأمينه على وحيه وأمور باتباع ما يوحى إليه كما قال تعالى له في القرآن الكريم: ﴿وَاتَّبِعْ مَا يُوْحَىٰ إِلَيْكَ﴾^(٢). والناس ما امتثلوا لطاعته ﷺ إلا لأنه يأتيهم بالأحكام والتشريعات والأوامر والنواهي من الحق تبارك وتعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ اللَّهِ﴾^(٣) فالسلطة والسلطان والسيادة والحاكمية كلها لله تبارك وتعالى وهذا هو القول الراجح والصواب.

ثانياً: القول الثاني: يرى أصحاب هذا القول أن السيادة للأمة ولقد دعموا وجهة نظرهم على اعتبارين:

١ - الاعتبار الأول هو أن الخليفة ما هو إلا نائب أو وكيل في ممارسة السيادة وليس بصاحب لها وقد منحت له هذه السيادة باعتبار صفته وليس لذاته، وعليه واجب سياسة الرعية وفق التعليمات والأحكام الإلهية^(٤).

٢ - الاعتبار الثاني: هو أن الأمة مصدر السيادة بما فيها سلطان الخليفة إذ الموجب لعقد الإمامة للإمام في الدولة الإسلامية هو الأمة فهي التي نصبت الحاكم في منصبه بموجب عقد البيعة له^(٥). ويظل الإمام في مركزه يمارس صلاحياته وفق ما أنيط به من واجبات وماله من حقوق^(٦)، وطالما بقي مراعيًا للمصالح الدنيوية والأخروية عاملاً على رفعة شأن الإسلام والمسلمين^(٧).

(١) انظر: مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ١٣، السنة الرابعة، ص ٢٠٧.

(٢) سورة يونس، من الآية: ١٠٩.

(٣) سورة النساء، من الآية: ٦٤.

(٤) انظر: مبدأ المشروعية الإسلامية، ص ٢١٩.

(٥) انظر عبد الوهاب خلاف: السياسة الشرعية أو نظام الدولة الإسلامية ص ٢٧، ٢٨.

(٦) انظر الماوردي: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ص ١٢ أبي يعلى الأحكام السلطانية ١٤.

(٧) انظر صلاح الدين دبوس: الخليفة توليته وعزله، ص ٤٦.

وهناك من المسلمين من تأثر بالنظم الغربية فيرى أن إرادة الأمة هي العامل الحاسم في تكوين أجهزة الدولة وبالتالي إعطائها السيادة المطلقة^(١)، غير أنني انتقد أصحاب هذا القول ومن يعتنقه في إطلاقهم للسيادة بهذا الاسترسال، فالسيادة في النظم الإسلامية ليست مطلقة في يد الأمة بل هي مقيدة بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وأفعال وأقوال الخلفاء الراشدين والعمل بالسياسة الشرعية وقواعدها^(٢) فإذا تعدت السيادة هذا النطاق وتجاوزته فقدت أساس مشروعيتها^(٣) فسلطة الأمة في الديمقراطيات الحديثة مطلقة، لكن سلطة الأمة في النظام الإسلامي مقيدة بالشريعة^(٤)، فالسيادة في الدولة الإسلامية هي لمجموع الأمة في نطاق الشريعة الإسلامية^(٥). ويمكننا بعد عرض وجهة نظر أصحاب القولين أن نجمع بينهما في سياق واحد من وجهين:

الوجه الأول: أن السيادة مطلقة للتشريع الإسلامي فيما ورد فيه من نصوص صريحة لاحتمل التفسير أو التأويل.

الوجه الثاني: أن السيادة محدودة لجمهور المسلمين فيما دون هذه الأحكام الإلهية وذلك على وجه التنفيذ تنفيذ النصوص التشريعية والعمل وفق قواعد السياسة الشرعية بإرادة الأمة التي لها اعتبارها في نظر الإسلام هي التي لاتخالف عن أمر الشرع الإسلامي وتلتزم بالقانون الأخلاقي وتتفق مع الضمير الإنساني^(٦)، فللمسلمين أن يجتهدوا وأن يعملوا عقولهم ولكن في حدود الضوابط التي بينها الله تبارك وتعالى لعباده^(٧).

(١) محمد أسد، منهاج الإسلام في الحكم، ص ٧٨، ٧٩.

(٢) انظر عبدالرحمن تاج: السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، ص ١٠.

(٣) انظر محمد يوسف موسى: نظام الحكم في الإسلام، ص ٧٤، ثروت بدوي: أصول الفكر السياسي والمذاهب السياسية الكبرى، ص ١٢٧، محمود حلمي: نظام الحكم الإسلامي مقارناً بالنظم المعاصرة، ص ٣٩.

(٤) انظر: فتحي عبدالكريم: الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي، ص ٢٥٥.

(٥) انظر: محمد كامل ليلة: النظم السياسية الدولة والحكومة، ص ٢٠٥.

(٦) انظر: سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي دراسة مقارنة، ص ٣٠٩.

(٧) انظر: سليمان الطماوي: عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة، ص ٢٥٩.

★ مفهوم السيادة (الحاكمية) وصاحبها في الفقه الإسلامي ★

السيادة في نظام الحكم السعودي للشرعية

يقوم النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية منذ تأسيسها على الشريعة الإسلامية إذ هي المصدر الوحيد للأحكام، فلا يجوز أن يصدر نظام أو حكم من أجهزة الدولة أو السلطة التنفيذية فيها يخالف أحكام الشريعة الإسلامية وقد نص النظام الأساسي للحكم في مادته السابعة على مايلي:

«يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمتها»^(١).

فهذه الدولة قد شرفها الله بخدمة الحرمين الشريفين ومن أرضها انبثق نور الإسلام الذي حمل للعالم مشعل الهداية والنور وقد ترتب على هذه الخصائص والمزايا مايلي:

أولاً: أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للأحكام في المملكة ولايجوز أن يصدر نظام أو تشريع يخالف أحكامها فالسيادة للشريعة الإسلامية في النظام السياسي السعودي. ثانياً: تقوم المملكة انطلاقاً من دورها الإسلامي بجمع وحدة المسلمين والاهتمام بقضاياهم وحل منازعاتهم عملاً بقواعد ومبادئ الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: تنطلق إقامة العلاقات الدولية بينها وبين الدول الأخرى على مبادئ وقواعد الدبلوماسية الإسلامية وعطاء الإسلام الإنساني فلا تعصب، ولا استعلاء بل السلم والعودة والتعاون للصالح العام وخدمة الإنسانية وهي التي تحث عليها تعليمات وتشريعات الإسلام في مجال العلاقات الدولية الإسلامية، فالنص الوارد في النظام الأساسي للحكم يتبين منه أن الغاية الجوهرية من قيام الدولة السعودية هو إنفاذ الأحكام الشرعية وجعلها القانون المهيمن على جميع الشؤون العامة والخاصة بمعنى أن تخضع مجالات الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والخلقية وغيرها للشريعة الإسلامية ولا تتحقق حاكمية الشريعة وسيادتها على كل الأنظمة إلا إذا كانت شريعة الله هي العليا، فكل مايتعارض مع أحكامها ومبادئها ومقاصدها باطل فالهيمنة والسلطة والسلطان والسيادة للشريعة الإسلامية فقط.

(١) انظر: مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ١٢، السنة الرابعة، ص ٢٠٧. (١) انظر: مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ١٢، السنة الرابعة، ص ٢٠٧.

الخاتمة:

بالنظرة المتعمقة الفاحصة في نظريات الفقهاء المحدثين يتضح أن أمر الخلاف ما هو إلا لفظي فقد اتفقت نظرية أصحاب القولين أن السيادة للأحكام الإلهية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وهذا الأمر ليس محل جدال ولا نقاش إذ قد حسم بالنصوص الشرعية والاستقراء في أحكام وتوجيهات شريعتنا فالأمة يجب ألا تبرم أمراً بموجب مالها من سيادة يخالف النص القرآني والسنة النبوية فإذا تجاوزت النص كانت قد فقدت مشروعيتها، إذن نحن أمام قول واحد وهو أن السيادة المطلقة في النظام الإسلامي للشريعة فليس لأحد أن يدعي بأنه صاحب سيادة وسلطان على التشريع فالسيادة في نظم الإسلام للشرع لا لأحد، أما النظم الديمقراطية فتجعل السيادة للشعب فهو المرجع الأعلى، والسلطة العليا، وعملاً بهذا المفهوم عندهم وانطلاقاً منه فهو يعد مصدر السلطات: «السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائية» فوظيفته تشريع الأحكام والقوانين وتعديلها، بما يلئم مصالحهم الدنيوية دون اعتبار للأمور الأخروية وللقيم والمبادئ والأخلاق الإنسانية، أما في النظام الإسلامي فالسيادة المطلقة للشرع وللإمام أو الخليفة وظيفته تقوم أساساً على تنفيذ القانون الإسلامي وهو الغرض الأول الذي من أجله يوجد الحاكم في هذا النظام وليس له حق التشريع^(١) أو الإلغاء أو التعديل في نصوص الشرع أو في أحكامه القطعية ومقاصده الكلية فالأمر كله لله من قبل ومن بعد.

(١) انظر: منير حمد البياتي: الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي، ص ٣٥٠.

مراجع البحث

أولاً: المعاجم:

- ١ - التعريفات، تأليف الشريف علي بن محمد الجرجاني، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ.
- ٢ - معجم لغة الفقهاء، تأليف محمد رواس قلعه جي وحامد صادق قنيبي، بيروت، دار النفائس ١٤٠٥هـ.
- ٣ - معجم المناهي اللفظية، تأليف بكر بن عبدالله أبوزيد، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ.
- ٤ - القاموس السياسي، وضع أحمد عطية الله، القاهرة، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة، ١٩٦٨م.

ثانياً: مراجع الموضوع:

- ١ - أصول نظام الحكم في الإسلام، للدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- ٢ - القانون الدستوري: تأليف عبد الفتاح ساير داير، القاهرة.
- ٣ - نظام الحكم في الإسلام، تأليف محمد فاروق النبهان، الكويت، جامعة الكويت.
- ٤ - مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، تأليف الدكتور عبد الجليل محمد علي، القاهرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى ١٩٨٤م.
- ٥ - نظرية السيادة وأثرها على شرعية الأنظمة الوضعية، للدكتور صلاح الصاوي، الرياض دار طيبة، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.
- ٦ - النظم السياسية، تأليف ثروت بدوي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦١م.
- ٧ - النظم السياسية، تأليف الدكتور محمد كامل ليلة، دار الفكر العربي.
- ٨ - المفاهيم الحديثة للأنظمة والحياة السياسية، تأليف فوزي أبو دياب، بيروت، دار النهضة العربية، ١٩٧١م.
- ٩ - القانون الدستوري والنظم السياسية، تأليف عبد الحميد متولي، سعد عصفور، محسن خليل، الإسكندرية، منشأة المعارف.

- ١٠ - قواعد نظام الحكم في الإسلام، تأليف الدكتور محمود الخالدي، الكويت، دار البحوث العلمية، ١٩٨٠م.
- ١١ - الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي، تأليف الدكتور فتحي عبد الكريم، القاهرة، مكتبة وهبة.
- ١٢ - النظرية الإسلامية في الدولة مع المقارنة بنظرية الدولة في الفقه الدستوري الحديث، تأليف الدكتور حازم الصعيدي، القاهرة، دار النهضة العربية.
- ١٣ - منهاج الإسلام في الحكم، تأليف محمد أسد، بيروت، دار العلم للملايين ١٩٨٣م.
- ١٤ - نقض النظام الديمقراطي - تأليف الدكتور محمود الخالدي، بيروت، دار الجيل، ١٤٠٤هـ.
- ١٥ - فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية، تأليف الدكتور عبدالرزاق السنهوري، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- ١٦ - نظام الحكم في الإسلام، تأليف محمد عبدالله العربي، دار الفكر.
- ١٧ - نظام الإسلام السياسي وعلاقة الدين بالدولة في هذا النظام، تأليف محمود اللبابيدي، بيروت دار الكاتب العربي.
- ١٨ - معالم الدولة الإسلامية، تأليف الدكتور محمد سلام مدكور، الكويت، مكتبة الفلاح، ١٤٠٣هـ.
- ١٩ - نظرية الدولة في الإسلام، تأليف الدكتور عبدالغني بسيوني، بيروت، الدار الجامعية، ١٩٨٦م.
- ٢٠ - السياسة الشرعية أو نظام الدولة الإسلامية، تأليف الشيخ عبدالوهاب خلاف، القاهرة، دار الأنصار.
- ٢١ - الخليفة توليته وعزله، تأليف الدكتور صلاح الدين دبوس، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية.
- ٢٢ - السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، تأليف الشيخ عبدالرحمن تاج، القاهرة، دار التأليف، ١٣٧٣هـ.
- ٢٣ - السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، تأليف سليمان الطماوي، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، ١٩٧٩م.
- ٢٤ - الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي، تأليف الدكتور منير حمد البياتي، بغداد، جامعة بغداد نشرت في ١٣٩٩هـ.

* مفهوم السيادة (الحاكمية) وصاحبها في الفقه الإسلامي *

- ٢٥ - في النظام السياسي للدولة الإسلامية، تأليف محمد سليم العوا، المكتب المصري الحديث، ١٩٨١م.
- ٢٦ - الخلافة، تأليف الشيخ محمد رشيد رضا، القاهرة، الزهراء للإعلام العربي، ١٤٠٨هـ.
- ٢٧ - الوسيط في النظم الإسلامية «الإسلام والدولة» تأليف الدكتور القطب محمد طبلية، القاهرة دار الاتحاد العربي للطباعة، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ.
- ٢٨ - تأصيل وتنظيم السلطة في التشريعات الوضعية والشرعية الإسلامية، تأليف عدي زيد الكيلاني، عمان، دار البشير، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ.
- ٢٩ - محاضرات في نظام الحكم في الإسلام، تأليف فضيلة شيخنا الدكتور عبدالعال أحمد عطوة، الرياض.
- ٣٠ - محاضرات في السياسة الشرعية، تأليف، الدكتور شوقي عبده الساهي، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة، ١٣٩٩هـ.
- ٣١ - السلطة والحرية في النظام الإسلامي تأليف الدكتور صبحي عبده سعيد، القاهرة، دار الفكر العربي.
- ٣٢ - نظام الحكم في الإسلام، تأليف الدكتور محمد إبراهيم الجيوشي، القاهرة، مطبعة الحسين الإسلامية.
- ٣٣ - الفكر السياسي والحكم في الإسلام، تأليف الدكتور محمد عزيز نظمي سالم، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة.
- ٣٤ - أنظمة المجتمع والدولة في الإسلام، تأليف الدكتور محمود عبدالمولى، تونس، الشركة التونسية للتوزيع، الطبعة، ١٩٧٣م.
- ٣٥ - النظام الإداري السعودي. تأليف الدكتور جعفر عبدالسلام، القاهرة، المطبعة السلفية الطبعة الأولى، ١٣٩٧هـ.

قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقة الإسلامي

الدكتور/ محمد حسين قنديل(*)

الحمد لله رب العالمين، خلق الإنسان في أحسن تقويم، وكرمه بالعقل على سائر المخلوقات أجمعين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين محمد بن عبد الله صلى الله وسلم وبارك عليه وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين آمين.

وبعد:

فإن الهبة في الفقه الإسلامي سبب من أسباب الملك، ولهذا اعتنى بها الفقهاء، وخصصوا لها باباً من أبواب الفقه.

ولما كان قبض الموهوب في عقد الهبة محل خلاف بين الفقهاء من حيث كونه شرطاً لصحة الهبة ولزومها، أو شرطاً لتمامها وكمال فائدتها آثرت القيام بدراسته دراسة فقهية مقارنة لتحديد محل الخلاف وبيان الرأي الراجح من الأقوال، حتى يسهل الرجوع عند الحاجة إليه.

واعتمدت على المنهج التالي في القيام بهذه الدراسة:

- ١ - عرضت المذاهب الفقهية عرضاً مفصلاً.
 - ٢ - وذكرت الاتجاهات الفقهية في الموضوع.
 - ٣ - ثم ذكرت سبب الخلاف في كل مسألة إن وجد.
 - ٤ - ثم ذكرت أدلة كل اتجاه وبينت كيفية الاستدلال بها.
 - ٥ - ثم ناقشت أدلة كل اتجاه والإجابة عنها إن وجدت.
 - ٦ - ثم رجحت مآظهر لي ترجيحه، وبينت سبب ذلك.
- وقد قسمت الدراسة إلى تمهيد، وخمسة مباحث، وخاتمة، وفهرس بالمراجع.

(*) الأستاذ المساعد بقسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون والمعار لجامعة قطر.

★ قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي ★

أما التمهيد: فخصصته لبيان حقيقة الهبة، وحكمها ودليلها.
وأما المبحث الأول: فتكلمت فيه عن حقيقة القبض، وبينت أنواعه.
وأما المبحث الثاني: فتحدثت فيه عن انعقاد الهبة بالقول، وموقف الفقهاء من قبض الموهوب.

وأما المبحث الثالث: فتكلمت فيه عن قبض الهبة للصبي.
وأما المبحث الرابع: فخصصته للحديث عن إذن الواهب في القبض.
وأما المبحث الخامس: فبينت فيه حكم اشتراط القبض في هبة الدين.
وأما الخاتمة: فتحدثت فيها عن أهم النتائج التي توصلت إليها أثناء البحث.
أسأل الله أن يكون عملي هذا مقبولاً، وأن ينفع به أبناء المسلمين. وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

تمهيد: ويشتمل على: تعريف الهبة:

الهبة في اللغة^(١): أصلها من الوهب (بتسكين الهاء وتحريكها)، وكذلك في كل معتل الفاء كالوعد والعدة، والوعظ والعظة، فكانت من المصادر التي تحذف أوائلها ويعوض في آخرها التاء.

ومعناها: إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالاً أو غير مال.
يقال وهب له مالاً وهباً وهبة، ويقال وهب الله فلاناً ولدأ صالحاً، ومنه قوله تعالى:
﴿ فهب لي من لدنك ولياً ﴾^(٢) ﴿ يرثني ويرث من آل يعقوب واجعله رب رضياً ﴾^(٣).
ويقال: وهبه مالاً، ولا يقال وهب منه.

ويسمى الموهوب هبة وموهبة، والجمع هبات ومواهب.
والإتهاب: قبول الهبة. والاستيهاب: سؤال الهبة. ورجل وهاب، وهابة: كثير الهبة والهاء للمبالغة.

الهبة في اصطلاح الفقهاء: عرفها الأحناف بأنها^(٤) تملك المال بلا عوض.

(١) انظر: المصباح المنير ٢/ ١٥٠، المطبعة العلمية سنة ١٣١٦هـ، الصحاح للرازي ص ٥٨٤. دار الحداثة سنة ١٩٨٣م.

(٢) سورة مريم، من الآية: ٥.

(٣) سورة مريم، آية: ٦.

(٤) انظر: رد المحتار على الدر المختار ٤/ ٥٠٨. دار إحياء التراث العربي، تكملة فتح القدير ٧/ ١١٣. المطبعة الأميرية سنة ١٣١٧هـ.

وعلق الكمال بن الهمام على هذا فقال: يرد عليه النقض عكساً بالهبة بشرط العوض كما ترى، ويمكن الجواب عن أصل النقض بأنه يجوز أن يكون المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض، فالمعنى: أن الهبة هي تملك المال بشرط عدم اكتساب العوض، فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض، فإنها وإن كانت بشرط العوض إلا إنها ليست بشرط الاكتساب، ألا ترى أنهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب، وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض، فلا تصحفة: مالاً بصلاً لعل وبقي في التعريف شيء وهو أنه يصدق على الوصية بالمال، فإنها أيضاً تملك المال بلا اكتساب عوض، فلم يكن مانعاً عن دخول الأغيار، فلوزادوا قيد في الحال أو المآل فقالوا: هي تملك المال بلا عوض في الحال أو المآل لخرج ذلك، فإن الوصية تملك بعد الموت لا في الحال.

وعرفها المالكية فقالوا^(١): هي تملك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض. شرح: ما ينفعة وعرفوا الصدقة كذلك إلا أنهم نصوا على أنها لوجه الله بدلاً من وجه المعطى. والعطية أعم من الجميع، وهي: تملك مشمول بغير عوض إنشاء. شرح تعريف الهبة: (تمليك) جنس يشمل الهبة والبيع ونحوه، وإضافته (لذي منفعة) فصل يخرج العارية والحبس والعمرى، قوله (لوجه المعطى) فصل يخرج الصدقة، لأنها تعطى لوجه الله تعالى، (قوله بغير عوض) فصل يخرج البيع وهبة الثواب. وأما عن تعريف العطية فنقول: (تمليك) جنس في التعريف، (متمول) أخرج به تملك المرأة النكاح، وتمليك الطلاق للزوجة وغيرها إذ الكل ليس بمتمول، وخرج بقوله (بغير عوض) البيع ونحوه من المعاوضات، وخرج بقوله (إنشاء) الحكم باستحقاق وارث وارثه، لأنه لا إنشاء فيه، وإنما هو تقرير لما ثبت.

وقيل: إن هذا خارج بتمليك، لأن الإرث لا تملك فيه من الموروث، فلا حاجة لقوله إنشاء. ويدخل فيها الهبة والصدقة والحبس والنحلة والعريه (وهي: هبة الثمرة)، والمنحة (وهي: هبة لبن الشاة)، والهدية، والإسكان: (وهو هبة منافع الدار مدة من الزمان كسنة)، والعمرى (وهي تملك المنفعة مدة عمره)، والعارية (وهي: تملك منافع الدابة ونحوها بغير عوض، فإن كان بعوض فهو إجارة)، والحباء بالكسر والمد: العطاء الذي يعطيه الزوج لولي الزوجة عند العقد أو قبله، فهذه كلها من أنواع العطية.

(١) انظر: البهجة في شرح التحفة ٢/ ٢٤٠، شرح منح الجليل على مختصر خليل ٤/ ٨٢ - ٨٣.

★ قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي ★

وأحكام الهبة والصدقة سواء عند المالكية إلا في وجهين:
أحدهما: أن الهبة تعتصم دون الصدقة.
والثاني: أن الهبة يجوز للواهب شراؤها وقبولها بهبة، بخلاف الصدقة فإنه يكره فيها ذلك.
والهبة عند الشافعية^(١): هي: تملك بلا عوض.

ولهم تعريف آخر أوضح من هذا هو: تملك العين بلا عوض في حال الحياة تطوعاً.
شرح التعريف الثاني: (تمليك) يخرج العارية، والضيافة، والوقف، وقوله (بالعين) يخرج الدين والمنفعة، وقوله (بلا عوض) يخرج مافيه عوض كالبيع ولو بلفظ الهبة، وقوله (بالحياة) يخرج الوصية، لأن التملك فيها إنما يتم بالقبول وهو بعد الموت، وقوله (تطوعاً) يخرج الواجب من زكاة وكفارة ونحوهما.
وقالوا: إن ملك محتاجاً لثواب الآخرة فصدقة، وإن نقله إلى مكان الموهوب له إكراماً له فهدية.

وعرفها الحنابلة بأنها: تملك جائز التصرف مالاً معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه موجوداً مقدوراً على تسليمه، غير واجب في الحياة بلا عوض، بما يعد هبة عرفاً من لفظ هبة وتمليك ونحوهما.

بيان التعريف: (تمليك جائز التصرف) وهو الحر المكلف الرشيد، (مالاً معلوماً) منقولاً أو عقاراً (مجهولاً تعذر علمه) بأن اختلط مال اثنين على وجه لا يتميز، فوهب أحدهما الآخر ماله (موجوداً مقدوراً على تسليمه غير واجب في الحياة) متعلق بتمليك (بلا عوض) متعلق أيضاً به.

فخرج بالمال: الاختصاصات وبالمعلوم: المجهول الذي لا يتعذر علمه، فلا تصح هبته كبيعته، وبالموجود: المعلوم كعبد في ذمته، وبالمقدور على تسليمه: الحمل، وبغير الواجب: الديون والنفقات ونحوها، وب (في الحياة): الوصية، وبلا عوض: عقوب. المعاوضات.
ودل قوله (من لفظ هبة وتمليك ونحوهما) على أن الهبة تنعقد ل قول وفعل يدل عليهما.

(١) انظر: قلبيوبي وعميرة ١١٠/٢، مغني المحتاج ٢/٣٩٦.

(٢) انظر: كشف القناع ٢٩٨/٤، الكافي ٤٦٤/٢، منتهى الإرادات ٢٢/٢ تحقيق الشيخ عبدالغني

عبدالخالق.

وبالنظر في التعريفات السابقة يتبين لي أن ما قاله الكمال بن الهمام من أن الهبة هي (تمليك المال بلا عوض في الحال) هو أوضح التعريفات وأكملها وذلك بعد أن يزداد عليه قيد في الحال أو المآل لاشتماله على أفراد المعرف، فهو تعريف جامع مانع.

أما تعريف المالكية، فيؤخذ عليه أنه يصدق على الوصية، لأنها أيضاً تمليك المال بلا عوض. ويؤخذ على التعريف الثاني عند الشافعية: أنه غير جامع، لأن قيد (العين) تخرج الدين، والمنفعة، وكلاهما يصح هبته.

أما تعريف الحنابلة فيلاحظ عليه أنه طويل من ناحية، ومن ناحية أخرى قولهم فيه (أو مجهولاً) يوهم جواز هبة المجهول، وكان من الأفضل حذفه خاصة بعد النص على كونها (مألاً معلوماً) - والله أعلم بالصواب -.

حكم الهبة ودليله: الهبة مشروعة مندوب إليها لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾. وقوله تعالى: ﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَيَّيْتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا﴾. وعلق الألوسي على الآية فقال: (٤) (وحكى الشعبي أن رجلاً أتى مع امرأته شريحاً في عطية أعطتها إياها وهي تطلب أن ترجع، فقال شريح: ردها عليها، فقال الرجل: ليس قد قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ﴾. قال: لو طابت نفسها عنه لما رجعت فيه، وعنه أقيلاً فيما وهبت ولا أقيله لأنهن يخدعن).

وقال في الآية الثالثة: (روى عن ابن عيينة أنه قال في الآية: أترون هذا في السلام وحده هذا في كل شيء من أحسن إليك فأحسن إليه وكافئه، فإن لم تجد فادع له واثن عليه عند إخوانه، ولعل مراده - رحمه الله - قياس غير السلام من أنواع الإحسان عليه، لأن المراد من التحية ما يعم السلام وغيره لخفاء ذلك).

ومما يدل على مشروعيتها والندب إليها، والتحريض عليها ما جاء في كتابي (فتح الباري)، (عمدة القاري) تحت عنوان (كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها) (٥) عن أبي

(١) سورة النساء، من الآية: ٤.

(٢) سورة البقرة، من الآية: ١٧٧.

(٣) سورة النساء، من الآية: ٨٦.

(٤) انظر: روح المعاني للألوسي ٤/٢٠٠، ٥/١٠٢.

(٥) انظر: فتح الباري للعسقلاني ٥/١٩٧، عمدة القاري على البخاري للعيني ١٢/١٢٥.

★ قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي ★

هريرة - رضي الله عنه - عن النبي - ﷺ - قال: «يأنساء المسلمات لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة». أي ظلفها، وهو في الأصل خف البعير، فاستعير للشاة، وأشير بذلك إلى المبالغة في اهداء الشيء اليسير وقبوله لا إلى حقيقة الفرسن، لأنه لم تجر العادة بإهدائه، أي لا تمنع جارة من الهدية لجارتها الموجودة عندها لاستقلاله بل ينبغي أن تجود لها بما تيسر وإن كان قليلاً فهو خير من العدم. وفي الحديث الحض على التهادي ولو باليسير، لأن الكثير قد لا يتيسر كل وقت، وإذا تواصل اليسير صار كثيراً، وفيه استحباب المودة وإسقاط التكلف^(١).

وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي - ﷺ - قال: «لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت، ولو أهدي إلى ذراع أو كراع لقبلت»^(٢).

فدل الحديث على أن القليل من الهدية جائز ولا يرد، والهدية في معنى الهبة من حيث اللغة كما سبق.

وقال ابن بطال في عمدة القاري تعليقاً على الحديث السابق (أشار النبي - ﷺ - بالكراع والفرسن إلى الحض على قبول الهدية ولو قلت لئلا يمتنع الباعث من المهاداة لاحتقار المهدي إليه)^(٣).

وانعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها، لقوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾^(٤). والهبة بر، ولأنها سبب التواد والتحاب الوارد في قوله - ﷺ -: «تهادوا تحابوا»^(٥)، وقبل - « - هدية المقوقس الكافر، وتسرى من جملتها بمارية القبطية وأولدها، وقبل هدية النجاشي وتصرف فيها وهاداه أيضاً»^(٦).

ولا تستحب إن قصد بها رياء أو سمعة أو مباهاة، لقوله - ﷺ -: «من يسمع يسمع الله به ومن يراء يراء الله به»^(٧).

(١) انظر: فتح الباري ١٩٨/٥.

(٢) صحيح البخاري مع عمدة القاري ١٢٨/١٣.

(٣) انظر: عمدة القاري ١٢٨/١٣.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٣٩٦/٢، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٧/٥.

(٥) انظر: نيل الأوطار للشوكاني ١٠٠/٦.

(٦) انظر المرجع السابق ٩٩/٦ - ١٠٠.

(٧) صحيح مسلم ٢٢٨٩/٣.

وهي أفضل من الوصية لما روى أبوهريرة قال: سئل رسول الله - ﷺ - أي الصدقة أفضل؟ قال: «أن تصدق وأنت صحيح شحيح، تأمل الغنى، وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت: لفلان كذا ولفلان كذا». رواه مسلم^(١) وهبة القريب أفضل لقوله - ﷺ -: «الرحم شجرة من الرحمن، فمن وصلها وصلته ومن قطعها قطعته»^(٢) وفي هبة القريب صلتها». وصرفها في الجيران أفضل من صرفها في غيرهم، لقوله - ﷺ - «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره»^(٣).

والصدقة أفضل من الهبة لما ورد فيها من الأحاديث الكثيرة، إلا أن يكون في الهبة معنى تكون به أفضل من الصدقة مثل الإهداء لرسول الله - ﷺ - في حياته محبة له، ومثل هذا الإهداء لقريب يصل به رحمه، أو الإهداء لأخ له في الله^(٤). وقد يعرض لها أسباب تخرجها عن الأحكام السابقة: منها الهبة لأرباب الولايات والعمال، فإنه يحرم عليهم قبول الهدية من أهل ولاياتهم ممن ليست لهم عادة بذلك قبل الولاية. ومنها ما لو كان المتهدب يستعين بذلك على معصية^(٥).

وهذه هي الأسباب التي تخرجها عن الأحكام السابقة: منها الهبة لأرباب الولايات والعمال، فإنه يحرم عليهم قبول الهدية من أهل ولاياتهم ممن ليست لهم عادة بذلك قبل الولاية. ومنها ما لو كان المتهدب يستعين بذلك على معصية^(٥). وقد يعرض لها أسباب تخرجها عن الأحكام السابقة: منها الهبة لأرباب الولايات والعمال، فإنه يحرم عليهم قبول الهدية من أهل ولاياتهم ممن ليست لهم عادة بذلك قبل الولاية. ومنها ما لو كان المتهدب يستعين بذلك على معصية^(٥).

وهذه هي الأسباب التي تخرجها عن الأحكام السابقة: منها الهبة لأرباب الولايات والعمال، فإنه يحرم عليهم قبول الهدية من أهل ولاياتهم ممن ليست لهم عادة بذلك قبل الولاية. ومنها ما لو كان المتهدب يستعين بذلك على معصية^(٥).

وهذه هي الأسباب التي تخرجها عن الأحكام السابقة: منها الهبة لأرباب الولايات والعمال، فإنه يحرم عليهم قبول الهدية من أهل ولاياتهم ممن ليست لهم عادة بذلك قبل الولاية. ومنها ما لو كان المتهدب يستعين بذلك على معصية^(٥).

وهذه هي الأسباب التي تخرجها عن الأحكام السابقة: منها الهبة لأرباب الولايات والعمال، فإنه يحرم عليهم قبول الهدية من أهل ولاياتهم ممن ليست لهم عادة بذلك قبل الولاية. ومنها ما لو كان المتهدب يستعين بذلك على معصية^(٥).

وهذه هي الأسباب التي تخرجها عن الأحكام السابقة: منها الهبة لأرباب الولايات والعمال، فإنه يحرم عليهم قبول الهدية من أهل ولاياتهم ممن ليست لهم عادة بذلك قبل الولاية. ومنها ما لو كان المتهدب يستعين بذلك على معصية^(٥).

وهذه هي الأسباب التي تخرجها عن الأحكام السابقة: منها الهبة لأرباب الولايات والعمال، فإنه يحرم عليهم قبول الهدية من أهل ولاياتهم ممن ليست لهم عادة بذلك قبل الولاية. ومنها ما لو كان المتهدب يستعين بذلك على معصية^(٥).

وهذه هي الأسباب التي تخرجها عن الأحكام السابقة: منها الهبة لأرباب الولايات والعمال، فإنه يحرم عليهم قبول الهدية من أهل ولاياتهم ممن ليست لهم عادة بذلك قبل الولاية. ومنها ما لو كان المتهدب يستعين بذلك على معصية^(٥).

وهذه هي الأسباب التي تخرجها عن الأحكام السابقة: منها الهبة لأرباب الولايات والعمال، فإنه يحرم عليهم قبول الهدية من أهل ولاياتهم ممن ليست لهم عادة بذلك قبل الولاية. ومنها ما لو كان المتهدب يستعين بذلك على معصية^(٥).

★ قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي ★

المبحث الأول

في حقيقة القبض وبيان أنواعه

معنى القبض:

١ - المعنى اللغوي للقبض: القبض: مصدر قبض يقبض قبضاً، فهو قابض، وقباض، وقباضة.

وهو خلاف البسط والسعة، وقد طابق بينهما سبحانه وتعالى بقوله: ﴿ والله يقبض ويبسط وإليه ترجعون ﴾^(١).

وقبض الشيء بيده: أمسكه، ومنه مقبض السيف ومقبضه: حيث تقبض عليه. وقبض يده عنه: امتنع عن إمساكه، ومنه قيل لإمساك اليد عن البذل قبض. قال تعالى: ﴿ ويقبضون أيديهم ﴾^(٢). أي يمتنعون من الإنفاق.

والقبض: الأخذ، يقال: قبض الشيء قبضاً إذا أخذه.

ويستعار القبض لتحصيل الشيء وإن لم يكن فيه مراعاة الكف، كقولك: قبضت الدار من فلان: أي حرزتها، قال تعالى: ﴿ والأرض جميعاً قبضته يوم القيامة ﴾^(٣). أي في حوزة حيث لا تملك لأحد.

ويقال: صار الشيء في قبضة فلان: أي في ملكه وتصرفه، فالقبض: قبولك للشيء وإن لم تحوله، وتحويلك الشيء إلى حيزك.

قبضه المال! أعطاه إياه. والقبض: ما قبض من الأموال. وتقبيض المال: إعطاؤه لمن يأخذه.

(١) سورة البقرة، من الآية: ٢٤٥.

(٢) سورة التوبة، من الآية: ٦٧.

(٣) سورة الزمر، من الآية: ٦٧.

والمقبض: المكان الذي يقبض فيه، وقد يكنى بالقبض عن الموت، فيقال: قبضه الله: أي أماته^(١).

٢ - المعنى الاصطلاحي للمقبض: هو: التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقة^(٢).

أو هو: حيازة الشيء والتمكن منه بوضع اليد عليه منقولاً كان أم غير منقول. والحيازة: يقال حزت الشيء أحوزه حوزاً وحيازة: أي ضمته وجمعته، وكل من ضم نفسه شيئاً فقد حازه حيزاً. وتحيز المال: انضم إلى الحيز^(٣).

وتعريف القبض بالحيازة قريب من تعريف التسولي في البهجة حيث قال: «الحوز وضع اليد على الشيء المحوز»^(٤).

وعبر بعض المالكية عن القبض بالحوز أو الحيازة، كما جاء في كتاب البهجة المتقدم، وأيضاً كما في القوانين الفقهية لابن جزي حيث قال: القبض هو الحوز^(٥).

وأيضاً هذا التعريف قريب من تعريف ابن حزم للقبض حيث قال^(٦): (أن يطلق يده عليه بأن لا يحال بينه وبينه).

والعلاقة بين كل من التعريف اللغوي والاصطلاحي هو العموم والخصوص المطلق، وذلك أن القبض في المعنى اللغوي يطلق على معان من ضمنها قبولك للشيء وتحصيله وإن لم تحوله وهو عين المعنى الاصطلاحي للقبض، فكل قبض في المعنى الاصطلاحي متحقق فيه المعنى اللغوي وليس العكس.

والمقصود بالقبض في الهبة، هو نفسه المقصود به في البيع، ويتنوع قبض الأشياء المباعة إلى عقار، ومنقول:

(١) انظر: الصحاح للرازي ص ٤٠٩، المعجم الوسيط: قام بإخراجه جماعة من أساتذة مجمع اللغة العربية بمصر ٧١٠/٢ - ٧١١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٠١٧/٦.

(٣) انظر: المعجم الوسيط ٢٠٦/١، ترتيب القاموس للزاوي ٧٣٦/١.

(٤) انظر: البهجة في شرح التحفة ١٦٨/١.

(٥) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٥١-٣٥٢.

(٦) انظر: المحلى لابن حزم ٥١٨/٨.

★ قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي ★

أولاً: قبض العقار: العقار كل ملك ثابت له أصل، كالأرض، والبناء، والنخيل، والشجر^(١).

وقد اتفق الفقهاء^(٢) من الحنفية والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، على أن قبض العقار يكون بتخليته للمشتري وتمكينه من التصرف فيه، كتسليم المفتاح إليه وإن لم يتصرف فيه ولم يدخله.

وللفقهاء السابقين تفصيلات وضوابط تختلف باختلاف المذاهب، فمن كان يريد مزيداً من الإيضاح فليرجع إلى كتبهم.

ثانياً: قبض المنقول: المنقول: هو الشيء الذي يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر كالنقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات ونحو ذلك^(٣).

اختلف الفقهاء في كيفية قبض المنقول على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية على المشهور، والشافعية، والحنابلة في الرواية الراجحة، والحنفية في قبض المكيل والموزون والمعدود إلى أن قبض المنقول يختلف باختلاف المقبوض. فإن كان المقبوض مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً أو مذكوعاً، فإن قبضه يكون بكيله أو وزنه أو عده أو ذرعه. وإن كان مما ينقل في العادة كالمتاع ونحوه، فإن قبضه بنقله وتحويله إلى مكان لا اختصاص للبائع به.

وإن كان مما يتناول باليد، كالدرهم والدنانير والحلي ونحوها، أو شيئاً خفيفاً، فقبضه بتناوله.

ويرجع إلى العرف في غير ما سبق.

أدلة القول الأول:

١ - عن ابن عمر قال قال رسول الله - ﷺ - : «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه». وفي رواية ابن عباس: «حتى يكتاله» متفق عليه^(٤).

(١) انظر: المعجم الوسيط ٢/٦١٥.

(٢) انظر: البدائع ٧/٣٢٤٨ - ٣٢٤٩، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي للرددير ٣/١٤٥، مغني المحتاج ٢/٧١، كشف القناع ٣/٢٤٧، المحلى ٨/٨٩، ٥١٨.

(٣) انظر: المعجم الوسيط ٢/٩٤٩.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣/١٤٤ - ١٤٥، المجموع للنووي ٩/٢٧٦، ٢٨٢، المغني لابن قدامة ٤/١٢٥ - ١٢٦، رد المحتار على الدر المختار ٥/١٤٩.

(٥) مشكاة المصابيح للتبريزي ٢/٨٦٣.

٢ - وثبت عن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال: «إذا بعث فكل إذا ابتعت فاقتل». أخرجه البخاري^(١).

دل الحديثان السابقان على أن القبض في المكيل لا يحصل إلا بالكيل. ويقاس على الكيل كل ما يحتاج إلى تقدير من وزن وغيره^(٢).

٣ - وأخرج الدارقطني من حديث جابر: «نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري» ونحوه للبخاري من حديث أبي هريرة بإسناد حسن^(٣).

دل الحديث على أنه إذا اشترى الشيء مكيالة وقبضه ثم باعه لم يجز تسليمه بالكيل الأول حتى يكيه على من اشتراه ثانياً^(٤).

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه في قبض غير المكيل والموزون ونحوهما بما يأتي:

١ - عن عبد الله بن عمر، أنهم كانوا يضربون على عهد رسول الله - ﷺ - إذا اشتروا الطعام جزافاً أن يبيعه في مكانه حتى يحلوه.

وفي لفظ: «كنا في زمان رسول الله - ﷺ - نبتاع الطعام فيبعث علينا يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه».

وفي لفظ آخر: «كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله - ﷺ - أن نبيعه حتى ننقله من مكانه»^(٥).

٢ - وأخرج الدارقطني وأبوداود من حديث زيد بن ثابت «أن النبي - ﷺ - نهى أن تباع السلعة حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»^(٦) وفي إسناده محمد بن إسحاق، وهو ثقة صدوق.

دلت الأحاديث السابقة على أن قبض ما بيع جزافاً يكون بنقله، أو بحيازته أما التخصيص بالرحال، فإنه خرج مخرج الغالب، حيث دل الإجماع على أنه ليس بشرط في أصل النقل^(٧).

(١) صحيح البخاري بحاشية السندي ١٥/٢.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٧٣/٢. كذا في نسخة ٧٨٢٢٢ - ٧٨٢٢٢. وانظر: نسخة ٧٨٢٢٢.

(٣) انظر: سبل السلام للصنعاني ٣/٣٠. ٨١/٢٨٨. ٢٧/٢٢٢. ٢٧/٢٢٢. ٢٧/٢٢٢.

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) الحديث برواياته أخرجه مسلم انظر: صحيح مسلم. ١١٦١، ١١٦٢/٣.

(٦) انظر: مختصر سنن أبي داود للمنذري ٥/١٢٢، ١٤٠، سنن الدارقطني ١٢/٢.

(٧) انظر: المجموع ٢٨٣/٩.

* قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي *

ويقاس على المبيع جزافاً غيره من سائر المنقولات كالأخشاب ونحوها.
أما ما سوى ذلك كالدرهم والدنانير والثياب ونحو ذلك فإنه يرجع في قبضها إلى
العرف^(١).

القول الثاني: ذهب الحنفية، ورواية عن الإمام أحمد إلى أن قبض المنقول يكون
بالتخلية: كالقبض في العقار^(٢).

وبهذا قال المالكية في رواية في قبض المبيع جزافاً^(٣).
أدلة القول الثاني:

١ - قالوا: إن القبض هو التسليم، أي تسليم المبيع للمشتري، وهذا يقتضي جعله خالصاً
له بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يتم بالتخلية سواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً، فتكون هي
القبض الشرعي^(٤).

٢ - وقالوا أيضاً: مادام أن البائع قد خلى بين المشتري وبين المبيع من غير حائل، فإن
المشتري والحالة هذه يعتبر قابضاً للمبيع كما في العقار^(٥).

مناقشة أدلة القول الثاني: يمكن الرد على ما سبق بأن التسليم في العقار لا يكون
إلا بالتخلية، لأنه لا يتصور فيه القبض إلا بذلك، واستقرت أعراف الناس على أن قبض
العقار يكون بتخليته.

وهذا بخلاف قبض المنقول، فإن النصوص وردت ببيان كيفية قبضه، وذلك عن طريق
نقله وتحويله من مكان البيع إلى مكان لا اختصاص للبائع به كما سبق.

وغير المنصوص عليه من المنقولات يلحق بما جاء به النص لشبهه به كما بينا.
الرأي الراجح: بعد عرض أقوال الفقهاء في الكيفية التي يحصل بها قبض المنقول،
وأدلتهم والمناقشات التي وردت على أدلة القول الثاني يبدو لي أن القول الأول والذي ينص
على أن قبض كل شيء من المنقولات يكون بحسبه هو الراجح، لقوة أدلته، وسلامتها من
المناقشة، ولأن في القول به إعمال للنص والعرف - والله أعلم بالصواب.

(١) انظر: مغني المحتاج ٧١/٢.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٣٣١/٥، البدائع ٣٢٤٩/٧، المغني ١٢٥/٤.

(٣) انظر: المنتقى للباجي ٢٨٣/٥ - ٢٨٤.

(٤) انظر: البدائع ٣٢٤٨/٧ - ٣٢٤٩.

(٥) انظر: المغني ١٢٥/٤.

وبتطبيق ما سبق على القبض في الهبة يتضح لنا: (١)
أن قبض العقار (كالأرض والنخل والأبنية)، وما في معناه (كالأشجار الثابتة، والثمرة المبيعة على الشجر قبل أوان الجذاذ) يكون بتخليته للموهوب له وتمكينه من التصرف فيه، كتسليم المفتاح إليه وإن لم يتصرف فيه ولم يدخله.
وأن قبض المنقول من حيوان وغيره يكون بنقله، ويكفي في قبض الثوب ونحوه مما يتناول باليد التناول، لأنه يعتبر قبضاً عرفاً، ويدخل به الموهوب في حوزته.
وإن كان الموهوب مشاعاً، فإن كان مما ينقل كنصف فرس أو بعير، فإنه يعتبر في قبضه إذن شريكه، لأن قبضه نقله، ونقله لا يتأتى إلا بنقل حصة شريكه.
فإن أبى الشريك أن يسلم نصيبه قبل للمتهب: «وكل شريك في قبضه لك ونقله» فإن أبى نصب الحاكم من يكون في يده لهما، فينقله ليحصل القبض، لأنه لا ضرر على الشريك في ذلك، ويتم به عقد شريكه (الهبة).
وإذا كان الشيء الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو غصباً ونحوهما، فإن قبضة المستدام يغني عن الابتداء، كما لو باعه سلعة وهي في يده.

المبحث الثاني في انعقاد الهبة بالقول، وحكم القبض فيها

اختلف الفقهاء في قبض الموهوب، ويرجع ذلك إلى اشتراط بعضهم القبض والحيازة لصحة الهبة، ولم يشترطه البعض الآخر، وأجازوا انعقادها بالقول فقط، وسنعرض فيما يلي نصوص الفقهاء الواردة في القبض، ونذكر وجهة نظرهم في تملك الهبة بالقول، لعلاقة ذلك بالقبض، ثم نذكر أقوال الفقهاء في القبض:
أولاً: أقوال المذاهب في انعقاد الهبة بالقول، وموقفهم من القبض:
مذهب الحنفية^(٢): قالوا: (ركن الهبة الإيجاب من الواهب، فأما القبول من الموهوب

(١) انظر: كشاف القناع ٢/٢٤٦، زاد المحتاج للكوهجي ٢/٧٤، أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي للدكتور محمد زكي عبد البرص ٥٠-٥٢.

(٢) انظر: البدائع ٨/٢٦٦٩، المبسوط ١٢/٥٧، العناية على تكملة فتح القدير ٧/١١٣ وما بعدها، رد المحتار على المختار ٤/٥٠٨.

* قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي *

له فليس بركن استحساناً، والقياس أن يكون ركناً، وهو قول زفر، وفي قول قال القبض أيضاً ركناً (١).

وجه القياس: أن الهبة تصرف شرعي، والتصرف الشرعي وجوده شرعاً باعتباره، وهو انعقاده في حق الحكم، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب، فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعاً، لهذا أمكن الإيجاب بدون القبول تبعاً، كذا هذا.

وجه الاستحسان: أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام.

ويتضح لي من النص الحنفي أن أكثر شراحهم يذهبون إلى أن الهبة تتم بالإيجاب وحده في حق الواهب، وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له، لأن الهبة عقد تبرع، فيتم بقول المتبرع كالإقرار والوصية، لكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض.

فمن وهب أو تصدق على أجنبي أو قريب صغير أو كبير ولد أو غيره، فليس ذلك بشيء ولا يلزمه حكم هبة ولا صدقة، ولا يحكم عليه بأن يدفعها إلى الذي تصدق بها عليه ولا إلى الذي وهبها له، فإن دفع ذلك مختاراً فحينئذ تمت الهبة والصدقة، وصح ملك الموهوب والمتصدق عليه، فلو قبضها الموهوب له أو المتصدق عليه بغير إذن الواهب والمتصدق، لم يصح له بذلك ملك، وقضى عليه بردها إلى الواهب أو المتصدق، إلا الصغير فإن أباه أو وصيه يقبضان له.

وقال ابن أبي ليلى وغيره من أهل الكوفة القبض ليس بشرط، وتجوز الصدقة إذا أعلمت وإن لم تقبض، ولا تجوز الهبة ولا النحل إلا مقبوضة (٢).

مذهب المالكية (٣): يرون أن القبض لا يشترط لصحة الهبة، ولا للزومها، وإنما هو شرط لتمامها وكمال فائدتها، بمعنى أن الموهوب يملك بمجرد العقد: أي القول، على المشهور عندهم.

والقبض أو الحيابة شرط لتمام الهبة، ويجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الموهوب. وقال المالكية أيضاً: أن من وهب أو تصدق على ابن له صغير، فذلك جائز، وهو

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: جواهر الاكليل شرح مختصر خليل ٢/٢١٢-٢١٣. بداية المجتهد ٢/٣٢٩، حاشية الدسوقي

١٠١/٤.

الحائز للصغير الذكر حتى يبلغ، وللأنثى حتى تنكح وترشد، فإن وهب أو تصدق على ولد كبير أو على أجنبي أجبر على دفع ذلك إليهما، فإن قبضاه بغير إذنه فهو قبض صحيح، فإن غفل عن ذلك حتى مات والهبة أو الصدقة في يده واعتماره بطلت الصدقة والهبة وعادت ميراثاً فإن دفع البعض واعتمر البعض، فإن كان الذي اعتمر لنفسه أكثر من الثلث بطل الجميع، وإن كان الثلث فأقل صحت الهبة والصدقة في الجميع فيما اعتمر وفيما لم يعتمر. **مذهب الشافعية^(١)**: قالوا: لا يملك موهوب بالهبة الصحيحة غير الضمنية وذات الثواب الشاملة للهدية والصدقة إلا بقبض، فلا يملك بالعقد. ومن هذا أيضاً هبة الأب لابنه، فإنها لا تملك إلا بالقبض، وهو كذلك كما هو مقتضى كلامهم في البيع ونحوه خلافاً لما حكاه ابن عبد البر.

ولابد أن يكون القبض بإذن الواهب فيه إن لم يقبضه الواهب سواء أكان في يد المتهب أم لا، فلو قبض بلا إذن ولا إقباض لم يملكه، ودخل في ضمانه سواء أقبضه في مجلس العقد أم بعده، ولابد من إمكان السير إليه إن كان غائباً... ولا يشترط القبض في الصدقة على قول عندهم. **مذهب الحنابلة^(٢)**: اختلفت الأقوال عند الحنابلة في القبض، فصرح ابن عقيل بأن القبض ركن من أركان الهبة كالإيجاب في غيرها. **وكلام الخراقي يدل عليه أيضاً حينما قال**: (ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه).

وفي أرجح الروايتين عن أحمد: القبض شرط لصحة الهبة في المكيل والموزون لإجماع الصحابة على ذلك.

ويظهر أن المراد بكون القبض شرط صحة أنه شرط لزوم بدليل قول ابن قدامة: (إن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض).

والواهب بالخيار قبل القبض إن شاء أقبضها وأمضاها، وإن شاء رجع فيها، ومنعها، ولا يصح قبضها إلا بإذنه، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض.

وأما غير المكيل والموزون ففيه روايتان. **أحدهما**: لا تتم هبته إلا بالقبض، لأنها نوع هبة، فلم تتم قبل القبض كالمكيل

والموزون.

(١) انظر: مغني المحتاج ٢/٤٠٠-٤٠١، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ١/٢٦٠، ١/٢٩٨.

(٢) انظر: كشف القناع ٤/٣٠٠، المغني ٥/٦٤٩-٦٥٣.

★ قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي ★

والثانية: تتم قبل القبض، وتلزم الهبة فيه بمجرد العقد.

المذهب الظاهري^(١): قال ابن حزم: (ومن وهب هبة سالمة من شرط الثواب أو غيره أو أعطى عطية كذلك أو تصدق بصدقة كذلك فقد تمت باللفظ، ولا معنى لحيازتها ولا لقبضها، ولا يبطلها تملك الواهب لها أو المتصدق بها وسواء بإذن الموهوب له أو المتصدق عليه كان ذلك أم بغير إذنه سواء تملكها إلى أن مات أو مدة يسيرة أو كثيرة على ولد صغير كانت أو على كبير أو على أجنبي إلا أنه يلزمه رد كل ما استغل منها كالغصب سواء سواء في حياته ومن رأس ماله بعد وفاته، وهو قول أبي سليمان، وأصحابنا).

ثانياً: انعقاد الهبة بالقبول: ولما كان القبض في الهبة هو غاية القبول نتكلم عنه أولاً

ثم نتبعه بالحديث عن القبض، فنقول:

للفقهاء آراء ثلاثة في اعتبار القبول في الهبة وهي:

الرأي الأول^(٢): ذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد في رواية، وبعض الحنفية، والناصر والمؤيد بالله في أحد قوليه إلى اعتبار القبول في الهبة.

وحجة هؤلاء:

١ - حديث عبدالله بن بسر قال: «كانت أختي ربما تبعثني بالشيء إلى النبي - ﷺ - تطرفه إياه فيقبله مني».

وفي لفظ: «كانت تبعثني إلى النبي - ﷺ - بالهدية فيقبلها» رواهما أحمد^(٣).

قوله: (فيقبلها) دليل على اعتبار القبول.

٢ - وعن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: «لما تزوج النبي - ﷺ - أم سلمة قال لها إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواق من مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أرى هديتي إلا مردودة فإن ردت علي فهي لك قالت وكان كما قال رسول الله - ﷺ - وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة». رواه أحمد^(٤).

(١) انظر: المحلى لابن حزم ١٢٠/٩.

(٢) انظر مواهب الجليل من أدلة خليل للشنقيطي ١٧٥/٤، المغني ٦٥٣/٥، المغني المحتاج ٢٩٧/٢.

نيل الأوطار ١٠٢/٦، تكملة فتح القدير ١١٣/٧-١١٤.

(٣) انظر: مسند الإمام أحمد المطبوع مع الفتح الرباني للأستاذ أحمد البنا ١٦٤/١٥ وقال الهيثمي

عنهما: رجالهما رجال الصحيح. انظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي ١٤٧/٤.

(٤) انظر: الفتح الرباني ١٧١/١٥.

وقال صاحب الفتح الرباني: رواه ابن حبان، وأورده الهيثمي وقال رواه: أحمد والطبري وفيه مسلم بن خالد الزنجي وثقه ابن معين وغيره، وضعفه جماعة، وأم موسى بن عقبة لم أعرفها، وبقيّة رجاله رجال الصحيح.

دل حديث أم كلثوم على اعتبار القبول، لأن النبي - ﷺ - لما قبض الهدية التي بعث بها إلى النجاشي بعد رجوعها دل ذلك على أن الهدية لا تملك بمجرد الإهداء بل لابد من القبول، ولو كانت تملك بمجرد ذلك لما قبضها - ﷺ - لأنها قد صارت ملكاً للنجاشي عند بعثه - ﷺ - بها فإذا مات بعد ذلك وقبل وصولها إليه صارت لورثته^(١).

٢ - الهبة عقد تملك، فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالنكاح^(٢).
الرأي الثاني^(٣): ذهب بعض الحنفية والمؤيد بالله في أحد قوليّه إلى أن ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب.

لأن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شرط القبول، وإنما القبول لثبوت حكمها، أي الأثر المترتب عليها وهو نقل الملكية.
الرأي الثالث^(٤): ذهب الحنابلة في رواية إلى أن الهبة تنعقد بالمعاطاة المقترنة بما يدل عليها، وإن لم يحصل إيجاب أو قبول.
دليل ذلك^(٥):

١ - أن النبي - ﷺ - كان يهدي ويهدي إليه، ويُعطي ويُعطى، ويفرق الصدقات، ويأمر سعاته بأخذها وتفريقها.

٢ - وكان أصحابه - عليه الصلاة والسلام - يفعلون ذلك.
ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول، ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً لنقل عنهم نقلاً متواتراً أو مشهوراً.

تعقيب وترجيح: بعد العرض السابق للأراء وأدلتها أرى أن الهبة لا تنعقد إلا بالصيغة الدالة على التملك بغير عوض، أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل.

(١) انظر: نيل الأوطار ٦/١٠١-١٠٢.

(٢) انظر: المغني ٥/٦٥٤.

(٣) انظر: تكملة فتح القدير ٧/١١٣-١١٤، نيل الأوطار ٦/١٠٢.

(٤) انظر: المغني ٥/٦٥٤، كشف القناع ٤/٢٩٨.

(٥) انظر: المغني ٥/٦٥٤.

★ قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي ★

والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية، ولا يحتاج إلى لفظ، لأن النبي - ﷺ - كان يهدي ويهدي إليه، ويعطي ويعطى، ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها، وكان أصحابه يفعلون ذلك. ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول، ولا أمر به أحداً، ولا أمر تعليمه لأحد، ولو كان ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلاً مشهوراً^(١).

وقياس الهبة على النكاح مردود، لأنه لا يقع إلا قليلاً، فلا يشق اشتراط الإيجاب والقبول فيه، بخلاف الهبة. وقول بعض الحنفية: ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب مردود للنص على اشتراط القبول في حديث عبدالله بن بسر، وهو حديث أخرجه أحمد والطبراني في الكبير، قال الهيثمي في «مجمع الزوائد»^(٢) رجال أحمد والطبراني رجال الصحيح. لكل ماسبق أرجح الرأي القائل باشتراط الإيجاب والقبول لانعقاد الهبة مع مراعاة ما يقوم مقامهما من قول أو فعل. كما لو وهبت المرأة نوبتها من ضررتها لم يحتج لقبولها على الصحيح، ومنها ما يخلعه السلطان على الأمراء والقضاة وغيرهم لا يشترط فيه القبول لجريان العادة بذلك^(٣). والله أعلم بالصواب.

ثالثاً: حكم القبض في الهبة: للفقهاء في حكم القبض في الهبة آراء هي:

الرأي الأول^(٤): القبض شرط للزوم الهبة، فلا تتحقق ولا توجد إلا به، فإن وجد القبض ثبت الملك للموهوب له، وإلا فلا.

بهذا قال الحنفية، والشافعية، والحنابلة في المكيل والموزون، والنخعي، والثوري، والحسن بن صالح وغيرهم من الفقهاء.

الرأي الثاني^(٥): ذهب الإمام مالك إلى أن الهبة تنعقد بالقبول، ويجبر الواهب على القبض كالبيع سواء، فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة، وله إذا باع تفصيل إن علم فتوانى لم يكن له إلا الثمن، وإن قام في الفور كان له الموهوب.

فمالك: القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة.

(١) انظر: المرجع السابق.

(٢) انظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي ١٤٧/٤.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٣٩٧/٢.

(٤) انظر: البدائع ٣٦٨٨/٨، مغني المحتاج ٤٠٠/٢، المغني ٦٤٩/٥.

(٥) انظر: بداية المجتهد ٣٢٩/٢، حاشية الدسوقي ١٠١/٤.

الرأي الثالث^(١): قال أحمد في رواية ثانية: تصح الهبة بالعقد، وليس القبض من شروطها أصلاً، لا من شرط تمام ولا من شرط صحة. وبهذا قال الظاهرية وأبو ثور.

سبب الخلاف^(٢): يرجع سبب اختلاف الفقهاء في حكم قبض الهبة إلى أن الرأي الذي لم يشترط القبض في الهبة اعتمد على أنها تشبه البيع، وأن الأصل في العقود أن لا قبض مشروط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض.

والرأي الذي اشترط القبض لصحة الهبة اعتمد على أن ذلك مروى عن أبي بكر - رضي الله عنه - في حديث هبته لعائشة، وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة.

وما روى مالك عن عمر أيضاً أنه قال: ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلاً ثم يمسونها، فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي لم أعطه أحداً، وإن مات قال هو لا بني قد كنت أعطيته إياه فمن نحل نحلة فلم يجزها الذي نحلها للمنحول له وأبقاها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطلة. وهو قول علي.

فهذه المرويات تفيد الإجماع من الصحابة على شرط القبض، لأنه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف.

واعتمد هذا الرأي أيضاً على القياس كما سيأتي بيانه.

وأما مالك فاعتمد الأمرين جميعاً: القياس، وما روي عن الصحابة، وجمع بينهما، فمن حيث هي عقد من العقود، لم يكن عنده شرطاً من شروط صحتها القبض، ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر - رضي الله عنه - جعل القبض فيها من شرط التمام.

الأدلة:

أولاً: أدلة الرأي الأول: استدلل القائلون باشتراط القبض بما يأتي:

١ - عن مطرف بن عبد الله بن الشخير عن أبيه أنه انتهى إلى النبي - ﷺ - وهو يقرأ ألهاكم التكاثر قال: «يقول ابن آدم مالي مالي وهل لك من مالك إلا ما تصدقت فأمضيت أو أكلت فافنيت أو لبست فابليت».

(١) قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح.

(٢) انظر: المغني ٥/٦٤٩، المحلى ٩/١٢٠.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٢٩ - ٢٣٠.

(٤) انظر: عارضة الأحوذ بشرح صحيح الترمذي ١٢/٢٥٥.

(٥) انظر: عارضة الأحوذ بشرح صحيح الترمذي ١٢/٢٥٥.

* قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي *

وجه الدلالة: دل الحديث على أن الرسول - ﷺ - شرط في العطية والصدقة الإيماء، وهو الإقباض^(١).

٢ - وأخرج عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: لما حضرت أبا بكر الوفاة قال: أي بنية! ليس أحد أحب إلي غنى منك، ولا أعز علي فقراً منك، وإني قد كنت نحلّك جداد عشرين وسقاً من أرضي التي بالغابة، وإنك لو كنت حزتيه كان لك، فإذا لم تفعلني فإنما هو للوارث، وإنما هو أخواك وأختاك، قالت عائشة: هل هي إلا أم عبدالله قال: نعم، وذو بطن ابنة خارجة، قد ألقى في نفسي أنها جارية فأحسنوا إليها.

قال عبد الرزاق^(٢): أخرجه مالك في الموطأ، والبيهقي، وأخرجه ابن سعد من طريق ابن عينية.

وجه الدلالة: قوله (لو كنت حزتيه كان لك) يدل على أن الهبة إنما تملك بالقبض، وقد نقل ابن بطال اتفاق العلماء على أن القبض في الهبة هو غاية القبول^(٣).

٣ - وروي عن عمر بن الخطاب أنه قال: ما بال أقوام ينحلون أبناءهم، فإذا مات الابن قال الأب: مالي وفي يدي، وإذا مات الأب قال: قد كنت نحلّت ابني كذا وكذا، لا نحل إلا لمن حازه وقبضه عن أبيه.

قال عبد الرزاق: الحوز والحيازة: الضم والجمع، والحصول على الشيء، ومرادفه الفقهي: القبض^(٤).

ونقل عبد الرزاق عن عثمان، وشريح، وابن جريج، وعمر بن عبد العزيز أنهم قالوا: إن الهبة لا تجوز إلا بالقبض^(٥).

ونقل ابن حزم اتفاق: سعيد بن المسيب، وعطاء، وابن أبي مليكة على أن أبا بكر، وعمر، وعثمان، وابن عباس، وابن عمر قالوا: لا تجوز صدقة حتى تقبض^(٦).

٤ - واعتبر الحنابلة الاتفاق السابق من الصحابة - رضوان الله عليهم - إجماع، وأيدوا هذا بما سبق نقله عنهم.

(١) انظر: البدائع ٨/٣٦٨٩.

(٢) مصنف عبد الرزاق ١٠١/٩ سنة ١٣٩٢هـ، وأخرجه أيضاً صاحب السنن الكبرى انظر: السنن

الكبرى ١٧٠/٦، نيل الأوطار ١٠٢/٦.

(٣) انظر: نيل الأوطار ١٠٢/٦.

(٤) انظر: مصنف عبد الرزاق ١٠٢/٩.

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: المحلى ١٢٢/٩.

قال ابن قدامة^(١): قال المروزي: اتفق أبو بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة.

٥ - واستدلوا من القياس فقالوا^(٢): قسنا ذلك على القرض والعارية، فلا يصحان إلا مقبوضين بعلّة أن كل ذلك بر ومعروف.

وعلى الوصية فلا تصح باللفظ وحده لكن بمعنى آخر مقترن إليه وهو الموت.

ثانياً: أدلة الرأي الثاني: استدل المالكية على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

- ١ - قياس الهبة على البيع وغيره من سائر التمليكات، بجامع أن كلاً منهما عقد من العقود.
- ٢ - الأقوال التي رويت عن الصحابة تفيد اشتراطهم القبض لسد الذريعة. يؤيد هذا ما روي عن عمر - رضي الله عن الجميع - ولهذا جعل المالكية القبض في الهبة من شرط التمام^(٣).

ثالثاً: أدلة الرأي الثالث: استدل القائلون بأن القبض ليس من شروط الهبة بما يأتي:

- ١ - قوله تعالى^(٤): ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾. وقوله تعالى^(٥): ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾.

وجه الدلالة من الآيتين: تدل الآيتان على أن من لفظ بالهبة أو الصدقة فقد عمل عملاً وعقد عقداً ألزمه الوفاء به ولا يحل لأحد إبطاله إلا بنص، ولا نص في إبطاله^(٦).

- ٢ - وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: قال النبي - ﷺ - : «العائد في هبته كالعائد في قيئه»^(٧).

وجه الدلالة: دل الحديث بعمومه على أن الهبة تلزم بمجرد العقد^(٨).

- ٣ - واستدلوا بالقياس فقالوا^(٩): الهبة تلزم بمجرد العقد، لأنه إزالة ملك بغير عوض، فلزم

(١) انظر: المغني ٥/٦٤٩-٦٥٠.

(٢) انظر: البدائع ٨/٣٦٨٨، المحلى ٩/١٢١.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٢/٣٢٩-٣٣٠.

(٤) سورة المائدة، الآية الأولى.

(٥) سورة محمد، الآية: ٣٣.

(٦) انظر: المحلى ٩/١٢٧.

(٧) صحيح البخاري ٣/١٤٢.

(٨) انظر: المغني ٥/٦٤٩.

(٩) انظر: المرجع السابق.

★ قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي ★

بمجرد العقد كالوقف والعق.

وربما قالوا تبرع، فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف.
ولأنه عقد لازم ينقل الملك، فلم يقف لزومه على القبض كالبيع.

مناقشة الأدلة :

أولاً: مناقشة أدلة الرأي الأول: ناقش المخالفون للرأي الأول أدلتهم فقالوا:

١ - حديث مطرّف لم يقل فيه الرسول - ﷺ - أن الإمضاء هو شيء آخر غير التصديق والإعطاء، ولا جاء ذلك قط في لغة، بل كل تصديق وإعطاء إعطاء، فاللفظ بهما إمضاء لهما وإخراج لهما عن ملكه، كما أن الأكل نفسه هو الإفناء واللباس هو الإبلاء، لأن لكل لبسة حظها من الإبلاء، فإذا تردد اللباس ظهر الإبلاء فبطل تعلقهم بهذا الخبر.

وأيضاً فإن من قال: مالي هذا صدقة على فلان، أو قال مالي هذا هبة لفلان، فلا يختلف اثنان ممن يحسن اللغة العربية في أنه يقال: قد تصدق فلان بكذا على فلان وقد وهب له كذا، فلو لم تكن الصدقة كاملة تامة باللفظ لكان المخبر عنه بأنه تصدق أو وهب كاذباً، فوجب حمل الحكم على ما توجبه اللغة مالم يأت نص بحكم زائد لا تقتضيه اللغة فيوقف عنده ويعمل به^(١).

٢ - وأما حديث عائشة - رضي الله عنها - فلا يخلو ضرورة من أحد أمرين لا ثالث لهما، إما أن يكون أراد نخلاً تجد منها عشرين وسقاً، وإما أن يكون أراد تمراً يكون عشرين وسقاً مجدودة لا بد من أحدهما، وأي الأمرين كان فإنما هي عدة؟

ولا يلزم هذه القضية عند أصحاب الرأي الأول ولا عند المخالفين، لأنها ليست في معين من النخل ولا معين من التمر، وقد تجد، وقد لا تجد لعاهة تصيب التمر، فهذا لا يتم إلا حتى يعين النخل أو الأوساق في نخله فيتم حينئذ بالجداد والحيارة.

فليست هذه القصة من الهبة المعروفة المحدودة ولا من الصدقة المعلومة المتميزة في ورد ولا صدر، ولكنهم قوم يوهمون في الأخبار مالم يمس فيها^(٢).

٣ - وأما ماروي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فإنه أراد به النهي عن التحيل بنحلة الوالد ولده نحلة موقوفة على الموت، فيظهر إني نحت ولدي شيئاً ويمسكه في يده ويستغله، فإذا مات أخذه ولده بحكم النحلة التي أظهرها، وإن مات ولده أمسكه ولم يعط ورثة ولده

(١) انظر: المحلى ١٢٢/٩-١٢٣.

(٢) انظر: المرجع السابق ١٢٤/٩.

شيئاً، وهذا على هذا الوجه محرم، فنهاهم عن هذا حتى يحوزها الولد دون والده، فإن مات ورثها ورثته كسائر ماله، وإذا كان المقصود هذا اختص بهبة الولد وشبهه^(١).

٤ - وأما عن الإجماع من الصحابة على شرط قبض الهبة فهو مردود بما نقل عن بعض الصحابة الذين أجازوا الصدقة قبل القبض، ومعلوم أن الهبة والصدقة والعطية كلها متقاربة في المعنى، فكيف يكون الإجماع مع المعارضة.

والمعارضة ثابتة فيما نقل عن الصحابة - رضي الله عنهم - وهي^(٢):

أ - عبد الرزاق عن الثوري عن جابر عن القاسم بن عبد الرحمن أن علياً وابن مسعود كانا يجيزان الصدقة وإن لم تقبض.

ب - أخبرنا عبد الرزاق قال: أخبرنا الثوري عن منصور عن إبراهيم قال: إذا أعلمت الصدقة فهي جائزة وإن لم تقبض.

ويمكن رد ماروي عن عائشة، وعمر بن الخطاب، ودعوى الحنابلة إجماع الصحابة بأنه لا حجة في أحد دون رسول الله - ﷺ - لا سيما والخلاف قد ورد في ذلك من الصحابة - رضي الله عنهم -.

وأيضاً فأكثر تلك الأخبار إما لا تصح، وإما قد جاءت بخلاف ما تعلقوا به من ألفاظها، وإما قد خالفوا أولئك الصحابة فيما جاء عنهم كمجيء هذه الروايات أو بأصح كما بين ابن حزم^(٣).

٥ - وأما القياس فهو مردود بما يأتي^(٤):

أ - قياس الهبة على القرض قياس فاسد، لأن القرض يرجع فيه المقرض متى أحب، والهبة لا يرجع فيها الواهب متى أحب، لأن هناك موانع نص عليها الفقهاء تمنع الرجوع في الهبة، وكذلك الصدقة.

ب - وقياس الهبة على العارية أيضاً مردود لعدم صحة القياس، إذ الهبة تفيد تملك العين والعارية - عقد يبيع الانتفاع بالعين، والمعير يجوز له الرجوع في العارية متى أحب عند جمهور الفقهاء، والهبة والصدقة ليستا كذلك كما سبق.

ج - وقياس الهبة على الوصية أشد فساداً من القرض والعارية لأن الوصية لا يشترط فيها القبض وهذا

(١) انظر: المغني ٥/٦٥٣-٦٥٤.

(٢) انظر: مصنف عبد الرزاق ٩/١٢٢-١٢٣.

(٣) انظر: المحلى ٩/١٢٣-١٢٥.

(٤) انظر: المغني ٥/٦٤٩، المحلى ٩/١٢٣-١٢٤.

بالاتفاق، وأيضاً حقيقة الهبة تختلف عن حقيقة الوصية، فالهبة عقد يفيد تملك العين في الحياة، والوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت.

ثانياً: مناقشة أدلة الرأي الثاني: ويمكن أن نناقش أدلة المالكية بما يأتي:

١ - قياس الهبة على البيع قياس مردود لاختلاف المقيس عن المقيس عليه، إذ البيع عقد يفيد تملك العين بعوض، والهبة عقد يفيد تملك العين بغير عوض في غير هبة الثواب.

٢ - ورد ابن حزم ما قال به المالكية فقال^(١): ويسأل المالكيون خاصة عن قال: قد وهبت هذا الشيء لك، أو قال: هذا الشيء هبة لك، أو قال: قد تصدقت عليك بهذا، أو قال: هذا صدقة عليك أتصدق ووهب بذلك الشيء أم لم يتصدق به ولا هبة ولا ثالث لهذا التقسيم، فإن قالوا: نعم قد تصدق به ووهبه، قلنا فإذا قد تصدق به ووهبه فقد تمت الصدقة والهبة وصحت فما يضرهما ترك الحيابة والقبض إذ لم يوجب ذلك نص، فإن قالوا: لم يهب ولا تصدق قلنا: فمن أين استحللتم إجباره والحكم عليه بدفع مال من ماله لم يتصدق به عليه، ولا وهبه إلى من لم يهبه له ولا تصدق به عليه هذا عين الظلم والباطل، ولا مخلص لهم من أحدهما.

٣ - وأما استدلالهم بأقوال الصحابة فمردود، لأنه لا حجة في أحد دون رسول الله - ﷺ - لا سيما والخلاف قد ورد في ذلك من الصحابة - رضي الله عنهم.

ثالثاً: مناقشة أدلة الرأي الثالث: ناقش المخالفون للرأي الثالث أدلتهم بما يأتي:

١ - الاستدلال بالآية الأولى مردود، لأن المأمور به هو الوفاء بالعقد، قول الواهب وهبتك دون قبول من الموهوب له لا يطلق عليه عقد، فرجوع الواهب قبل القبول من الموهوب له يبطل الإيجاب ويجعله غير قائم.

فالتلفظ بالهبة وحده لا يطلق عليه عقد عند جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة^(٢)، وإنما يسمى العقد عقداً بعد التقاء القبول مع الإيجاب القائم والصحيح، وهنا نسلم بإيجاب الوفاء بالعقد، أما قبل ذلك فلا.

وأما الاستدلال بالآية الثانية، فإن وجه الدلالة منها يتعارض مع نصوص كثيرة ثبتت صحتها عن رسول الله - ﷺ - وتفيد الرجوع في هبة الوالد عند تفضيل بعض الأبناء على بعض.

(١) انظر: المحلى ١٢٣/٩.

(٢) انظر: البدائع ٢٦٦٩/٨، مغني المحتاج ٣٩٧/٢، المغني ٦٥٤/٥.

فكيف يأمر النبي - ﷺ - برد ما فضل به الأب بعض أبنائه مع أنه يعلم أن ذلك منهي عنه.

٢ - ونوقش حديث ابن عباس بأنه يحمل على المقبوض، أما قبل القبض، فلا يفيد الحديث النهي عن الرجوع فيه^(١).

٣ - ونوقش القياس بما يأتي^(٢): لا يصح القياس على الوقف والوصية والعنق، لأن الوقف إخراج ملك إلى الله - تعالى - فخالف التمليكات، والوصية تلزم في حق الوارث والعنق إسقاط حق وليس بتمليك.

ولأن الوقف والعنق لا يكونان في محل النزاع في المكيل والموزون. وأيضاً قياس الهبة على البيع مردود لعدم المساواة بينهما، لأن الهبة من عقود التبرعات، والبيع من عقود المعارضات.

الرأي الراجح: بعد العرض السابق لأراء الفقهاء وأدلتهم، والمناقشات التي وردت عليها يبدو لي أن الرأي الثالث والذي يرى أن الهبة تصح بالعقد، وليس القبض من شروطها هو الأولى بالقبول للأسباب الآتية:

١ - لأن الهبة عقد تبرع واشتراط القبض لصحتها يقلل من التبرع، ويجعل البعض يحجم عنه.

٢ - ولأن الواهب يهب رغبة في الثواب من الله على هبته، واستجابة لحث الشرع عليها، ولهذا فهو يعلم أن الهبة لا تتم ولا يؤجر عليها إلا بالقبض، فهو يسلم الموهوب للموهوب له ليكمل تبرعه، ويتحقق الغرض منه، لا لكون القبض شرط في صحته.

٣ - وردت نصوص ذكرناها عند الحديث عن اعتبار القبول في انعقاد الهبة، وهي تؤيد عدم اشتراط القبض لصحة الهبة.

لكل ما سبق نرجح الرأي الثالث - والله أعلم بالصواب -.

(١) انظر: المغني ٥/٦٥٠.

(٢) انظر: المرجع السابق.

المبحث الثالث في قبض الهبة للصبي

اشتراط بعض الفقهاء لجواز القبض العقل، واشتراط فريق آخر من الفقهاء البلوغ، لأن القبض من باب الولاية، ولا ولاية للصبي على نفسه، فلا يجوز قبضه في الهبة، كما لا يجوز في البيع، وهذه هي أقوال المذاهب في قبض الصبي.

أولاً: مذهب الحنفية^(١): قسم الحنفية القبض في الهبة إلى قسمين: قبض بطريق الأصالة، وقبض بطريق النيابة.

أما القبض بطريق الأصالة: فهو أن يقبض الموهوب له بنفسه لنفسه، وشرط جوازه على سبيل الإجمال: العقل، فلا يجوز قبض الصبي غير المميز والمجنون.

وأما البلوغ: فليس بشرط لصحة القبض استحساناً، فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له، والقياس أن يكون شرطاً وعليه فلا يجوز قبض الصبي وإن كان عاقلاً.

ووجه القياس: أن القبض من باب الولاية، ولا ولاية له على نفسه، فلا يجوز قبضه في الهبة كما لا يجوز في البيع.

وبيان الاستحسان: أن قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة، فيملك الصبي العاقل كما يملك وليه ومن هو في عياله، وكذا الصبية إذا عقلت جاز قبضها لما سبق.

وأخذ غير الحنفية بالقياس، وهو أن البلوغ في الهبة شرط لصحة القبض، لأن القبض من باب الولاية، ولا ولاية للصبي على نفسه، فلا يجوز قبضه في الهبة، كما لا يجوز في البيع^(٢).

وفي هذا يقول البهوتي^(٣): ولا يصح قبض الطفل غير البالغ ولو كان مميزاً، ولا قبض مجنون لأنفسهما، ولا قبولهما الهبة لانتفاء أهلية التصرف، بل يقبل ويقبض لهما وليهما لأنه المتصرف عليهما، فالأب الأمين ولو ظاهراً يقوم مقامهما في ذلك، ثم عند عدمه وصي، ثم حاكم

(١) انظر: البدائع ٨/ ٣٦٨٩ - ٣٦٩٥، تكملة فتح القدير ٧/ ١٢٥.

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته ٥/ ٢٤.

(٣) انظر: كشف القناع ٤/ ٣٠١.

أمين كذلك، أو من يقيمونه مقامهم، ثم عند عدم الأولياء يقبض له من يليه من أم وقريب وغيرهما نصاً.

ويصح من الصغير والمجنون قبض المأكول الذي يدفع مثله للصغير لحديث أبي هريرة الذي أخرجه مسلم «كان الناس إذا رأوا أول الثمار جاءوا به إلى رسول الله - ﷺ - فإذا أخذه قال اللهم بارك لنا في ثمرنا، ثم يعطيه أصغر من يحضره من ولدان» وإن كان الواهب للصغير والمجنون غير الأب بأن كان الواهب الوصي أو الحاكم لم يتول طرفي العقد كالبيع، ووكل من يقبل بخلاف الأب، لأن له أن يتولى طرفي البيع، ويقبض هو. وقال أحمد^(١): والصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء، لأنه عقد جاز صدوره منه ومن وكيله، فجاز له تولي طرفيه كالأب، وفارق البيع، فإنه عقد معاوضة ومراعاة فتحصل التهمة في العقد لنفسه، والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها، فجاز له تولي طرفيها كالأب وإن كان الأب غير مأمون قبل الحاكم الهبة للصغير ونحوه، وكذلك إن كان الأب مجنوناً، أو مات ولا وصي له قبل الحاكم، لأنه وليه^(٢).

وأما القبض بطريق النيابة: فهو القبض للصبي^(٣)، وشرط جوازه الولاية بالحجر، والغيلة عند عدم الولي، فيقبض للصبي وليه، أو من كان الصبي في حجره وعياله عند عدم الولي، فيقبض له أبوه، ثم وصي أبيه بعده، ثم جده أبو أبيه بعد أبيه، ووصيه ثم وصي جده بعده، سواء كان الصبي في عيال هؤلاء أو لم يكن، فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرتهم، لأن الولاء لهؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له، وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية، لأن التأخير إلى قدوم الغائب تفويت المنفعة على الصغير، فتنتقل الولاية إلى من يتلوه وإن كان دونه كما في ولاية النكاح.

ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم، سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن، سواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبياً، لأنه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف في مال الصبي، فقيام ولاية التصرف لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم. فإن لم يكن أحد من هؤلاء الأربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحساناً، والقياس أن لا يجوز لعدم الولاية، وإنما جاز ذلك استحساناً، لأن من هو في عياله له عليه نوع ولاية،

(١) انظر: المغني ٥/٦٥٧.

(٢) انظر: كشف القناع ٤/٣٠٢.

(٣) انظر: البدائع ٨/٣٦٩٥ - ٣٦٩٦.

★ قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي ★

إذ أنه يؤد به، ويعمل له مافيه المنفعة، وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة، فيكون ذلك من باب الحفظ.

وعرض ابن رشد أقوال الفقهاء في قبض الصبي فقال^(١): وجمهور فقهاء الأمصار على أن الأب يحوز لابنه الصغير الذي في ولاية نظره، وللكبير السفية الذي وهبه، كما يحوز لهما ما وهبه غيره لهما، وأنه يكفي في الحيازة له إشهاداه بالهبة والإعلان بذلك، وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين.

والأصل في ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان ابن عفان قال: من نحل ابناً له صغيراً لم يبلغ أن يحوز نحلته فأعلن ذلك وأشهد عليه فهي حيازة وإن وليها.

وقال مالك وأصحابه: لا بد من الحيازة في المسكون والملبوس، فإن كانت داراً سكن فيها خرج منها وكذلك الملبوس إن لبسه بطلت الهبة، وقالوا في سائر العروض بمثل قول الفقهاء أعني أنه يكفي في ذلك إعلانه وإشهاداه.

وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك، فروي عنه أنه لا يجوز إلا أن يخرج الأب عن يده إلى يد غيره، وروي عنه أنه يجوز إذا جعلها في ظرف أو إناء وختم عليها بخاتم وأشهد على ذلك الشهود. ولا خلاف بين أصحاب مالك أن الوصي يقوم في ذلك مقام الأب. واختلفوا في الأم. فقال ابن القاسم: لا تقوم مقام الأب، ورواه عن مالك، وقال غيره من أصحابه: تقوم، وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي: الجد بمنزلة الأب، والجدة عند ابن وهب أم الأم تقوم مقام الأم، والأم عنده تقوم مقام الأب.

وعند الحنابلة^(٢): يقبض لطفل وهبه وليه هبة أبوه فقط من نفسه، فيقول: وهبت ولدي كذا وقبضته له، فإن لم يقل: وقبضته له، لم يكف على ظاهر رواية حرب، لتغاير القبضين، فلا بد من تمييز، لأن اليد التي لجهة المتبهب هنا هي نفس يد الواهب، فلا يؤمن أن يدعيه في ثاني الحال، أو يدعيه الورثة تركة فيذهب على الطفل، ولا يحتاج أب وهب طفله إلى قبول للاستغناء عنه بقرائن الأحوال.

ومما سبق يتضح لنا أن الفقهاء مختلفون في قبض الصبي، وأساس ذلك هو

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/ ٣٣٠.

(٢) انظر: كشف القناع ٤/ ٣٠١.

اختلافهم في اشتراط البلوغ لصحة القبض، وأرى أن من قال باشتراط البلوغ لصحة قبض الهبة للصبي قوله هو الراجح، لانتفاء أهلية التصرف من الصبي، وأيضاً بالقياس على عدم جواز قبضه في البيع.

ويقوم مقام الصبي في القبض وليه، أو من كان الصبي في حجره وعياله عند عدم الولي، لأن في قبض الهبة منفعة محضة له - والله أعلم بالصواب -.

المبحث الرابع إذن الواهب في القبض

أختلف الفقهاء في اشتراط إذن الواهب لصحة القبض، وذلك على رأيين:
الرأي الأول^(١): ذهب الحنفية، والشافعية والحنابلة إلى أن الهبة لا يصح قبضها إلا بإذن الواهب، فإن قبضها الواهب بلا إذن ولا إقباض لم يملكه ودخل في ضمانه سواء أقبضه في مجلس العقد أم بعده.

لأن التسليم غير مستحق على الواهب، فلا يصح التسليم إلا بإذنه ولأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في البيع، ففي الهبة من باب أولى، لأن القبض فيها شرط لصحتها بعكس البيع.

وللحنفية تفصيل في اشتراط الإذن فقالوا^(٢): القياس أن لا يجوز قبض الهبة إلا بإذن الواهب سواء تم القبض في مجلس العقد أم بعد الافتراق.

والاستحسان: أن الموهوب له إذا قبض الموهوب في مجلس العقد بغير أمر الواهب جاز وإن قبض بعد الافتراق عن المجلس لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض.
وجه القياس: أن القبض تصرف في ملك الواهب، لأن ملكه قبل القبض باق، فلا يصح بدون إذنه.

ووجه الاستحسان: أن القبض في الهبة بمنزلة القبول، لأنه يتوقف عليه ثبوت الملك، والمقصود من الهبة إثبات الملك، فيكون الإيجاب من الواهب تسليطاً للموهوب له على القبض فكان إذنًا دلالة.

(١) انظر: البدائع ٨/٣٦٨٩، مغني المحتاج ٢/٤٠٠-٤٠١، المغني ٥/٦٥١-٦٥٢.

(٢) انظر: البدائع ٨/٣٦٨٩-٣٦٩١، الفقه الإسلامي وأدلته ٥/٢٢.

★ قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي ★

وإنما قيد ذلك بالمجلس لأنه ثبت التسليط فيه، إلحاقاً له بالقبول، والقبول يتقيد بالمجلس، فكذا ما يلحق به.

ويترتب على ماسبق: أنه لو وهب إنسان ثوباً، أو عيناً من الأعيان، مفرزاً مقسوماً ولم يأذن له في قبضه، فقبضه الموهوب له، فإن كان بحضرة الواهب، يجوز استحساناً والقياس أن لا يجوز قبضه بعد الافتراق من المجلس، وهو قول زفر - رحمه الله - لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول على أحد قوليه، فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وإن كان بإذن الواهب كالقبول في باب البيع.

وجه الاستحسان: أن الإذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لأن الإقدام على إيجاب الهبة إذن بالقبض، لأنه دليل قصد التمليك ولا ثبوت للملك إلا بالقبض، فكان الإقدام على الإيجاب إذناً بالقبض دلالة، والثابت دلالة كالثابت نصاً، بخلاف ما بعد الافتراق. وأما في هبة الدين لغير من عليه الدين، فلا بد من الإذن صراحة بالقبض، ولا يكفي الإذن دلالة.

وجه الفرق بين هبة العين وهبة الدين: هو أن الإيجاب في هبة العين يدل على الإذن بالقبض دلالة، لأن قصده تمليك ما هو ملكه للموهوب له، أما في هبة الدين: فالإيجاب لا يعطي تلك الدلالة، لأن الدلالة متوقفة على قصد التمليك، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق إلا بالتصريح بالإذن بالقبض، لأنه بالتصريح يقوم قبضه مقام قبض الواهب، فيصير المقبوض ملكاً له أولاً، ثم يصير الموهوب له قابضاً لنفسه من الواهب.

وبناء على هذا التقدير: يصير الواهب واهباً ملك نفسه، والموهوب له قابضاً ملك الواهب، ورد الحنابلة دعوى الحنفية جواز قبض الموهوب في مجلس العقد بغير أمر الواهب، فقالوا: (١) إنه قبض الهبة بغير إذن الواهب، فلم يصح كما بعد المجلس، أو كما لو نهاه عن قبضها.

الرأي الثاني: يرى المالكية أن القبض يصح ولو بلا إذن من الواهب، ويجبر الواهب على تمكين الموهوب من القبض حيث طلبه، لأن الهبة تمليك بالقول أي بالإيجاب، على المشهور عندهم (٢).

والذي ينظر في الرأيين يلحظ أن الرأي الأول هو الراجح لقوة حجته، ولأن المالكية أسسوا قولهم على صحة انعقاد الهبة بالقول، وهو ماسبق بيان الخلاف فيه، وليس لهم دليل

(١) انظر: المغني ٥/٦٥١.

(٢) انظر: مواهب الجليل من أدلة خليل ٤/١٧٦، حاشية الدسوقي ٤/١٠١.

على إجبار الواهب تسليم الموهوب إلى الموهوب له، ولهذا رجحنا الرأي الأول.
وقد ذكر الشنقيطي سبب الخلاف في اشتراط الإذن فقال^(١): (الخلاف في اشتراط إذن الواهب في الحوز يتخرج على الخلاف في رجوع الواهب في هبته، هل يجوز له ذلك أم لا؟ فمن قال: يجوز له الرجوع فيها، اشترط إذنه في الحوز، ومن قال: لا يجوز له الرجوع في هبته، أجاز بدون إذنه وقال: يجبر على تمكينه من حوز الهبة إن امتنع.
ومنشأ الخلاف قوله - ﷺ -: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه». متفق عليه.

وقد بوب البخاري باب «لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته» والمقصود من البحث معرفة مبنى الخلاف في اشتراط إذن الواهب في الحوز، لا تقرير الحكم في ذلك». **اختلاف الواهب والموهوب له في الإذن:** لو اختلفا في الإذن في القبض صدق الواهب فإن اتفقا عليه وقال الواهب رجعت قبل أن يقبضه وقال المتهب بل بعده صدق المتهب بيمينه، لأن الأصل عدمه، ولو أقبضه وقال قصدت به الإيداع أو العارية وأنكر المتهب صدق الواهب كما في الاستقصاء^(٢).

حكم موت الواهب أو الموهوب له قبل القبض^(٣): إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة سواء كان قبل الإذن في القبض أو بعده، لأن عقد الهبة عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة.

وقال أحمد في رواية أبي طالب وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المهدي إليه حتى مات، فإنها تعود إلى صاحبها مالم يقبضها، وروي بإسناده عن أم كلثوم بنت سلمة قالت: لما تزوج رسول الله ﷺ - أم سلمة قال لها: «إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقى مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أرى هديتي مردودة علي فإن ردت فهي لك»، قالت: فكان ما قال رسول الله ﷺ - وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة.

وإن مات صاحب الهدية قبل أن تصل إلى المهدي إليه رجعت إلى ورثة المهدي وليس للرسول حملها إلى المهدي إليه إلا يأذن له الوارث، ولورجع المهدي في هديته قبل وصولها إلى المهدي إليه صح رجوعه فيها والهبة كالهدية.

(١) انظر: مواهب الجليل من أدلة خليل ١٧٧/٤.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٤٠٠/٢.

(٣) انظر: المغني ٦٥١/٥ - ٦٥٣، مغني المحتاج ٤٠١/٢.

★ قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي ★

وقال أبو الخطاب: إذا مات الواهب قام وارثه مقامه في الإذن في القبض والفسخ، وهذا ما يدل على أن الهبة لا تنفسخ بموته، وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه عقد مآله إلى اللزوم، فلم ينفسخ بالموت كالبيع المشروط فيه الخيار، وكذلك يخرج فيما إذا مات الموهوب له بعد قبوله.

وإن مات أحدهما قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت وجهاً واحداً، لأن العقد لم يتم فأشبهه ماله أوجب البيع فمات أحدهما قبل القبول من المشتري. وإذا قلنا: إن الهبة لا تبطل فمات أحدهما بعد الإذن في القبض بطل الإذن وجهاً واحداً، لا أن الميت إن كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة إلى وارثه، فلم يلزم بغير إذنه، وإن كان الموهوب له فلم يوجد الإذن لوارثه، فلم يملك القبض بغير إذن.

المبحث الخامس

في حكم اشتراط القبض في هبة الدين

هبة الدين للمدين إبراء له منه لا يحتاج قبولاً نظراً للمعنى، وعلى هذا إذا كان لرجل دين في ذمة آخر فوهبه له أو أبراه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه. وإن رد الغريم ذلك فلم يقبله صحت الهبة أيضاً، لأنه إسقاط فلم يفتقر إلى القبول كإسقاط القصاص والشفعة وحد القذف، وكالعتق والطلاق^(١). وإن قال: تصدقت به عليك صح، فإن القرآن الكريم ورد في الإبراء بلفظ الصدقة في قوله تعالى: ﴿وَدِيَّةٌ مَسْلُومَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾.

وإن قال عفوت لك عنه صح، لأن الله تعالى قال: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾. يعني به الإبراء من الصداق.

وإن قال: أسقطته عنك صح، لأنه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له.

وإن قال: ملكتك إياه صح، لأنه بمنزلة هبته إياه^(٢).

(١) انظر: المغني ٢/٤٠٠، المغني ٥/٦٥٨، المغني ٧/٩٢٢، إسقاط ذمة ملكة بلفظ (٢)

(٢) انظر: المغني ٢/٩٢٢، المغني ٥/٦٥٨، المغني ٧/٩٢٢.

(١) انظر: مغني المحتاج ٢/٤٠٠، المغني ٥/٦٥٨، المغني ٧/٩٢٢، إسقاط ذمة ملكة بلفظ (٢)

(٢) انظر: المغني ٢/٩٢٢، المغني ٥/٦٥٨، المغني ٧/٩٢٢.

(٣) انظر: المغني ٢/٩٢٢، المغني ٥/٦٥٨، المغني ٧/٩٢٢.

(٤) انظر: المغني ٢/٩٢٢، المغني ٥/٦٥٨، المغني ٧/٩٢٢.

وإن وهب الدين لغير من هو في ذمته، أو باعه إياه، لم يصح عند الحنابلة قياساً على البيع، ولأنه غير مقدور على تسليمه، وإنما يقبض من الديون عين لا دين، والقبض في الهبة إنما يكون فيما ورد العقد عليه. وبهذا قال الشافعية في الأصح^(١).

ويحتمل أن يصح، لأنه لا غرر فيها على الموهوب له ولا الواهب، فصح كهبة الأعيان^(٢). وعند الحنفية: تجوز هبة الدين لغير من عليه الدين استحساناً، وصورتها: أن يهب رجل لرجل ديناراً له على رجل، ويأمر بقبضه ويقبضه فعلاً. فيجوز استحساناً: لأنه أنابه في القبض مناب نفسه، فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب.

وأما قياساً: فلا يجوز، وهو قول زفر: لأن الدين ليس بمال عند الحنفية، حتى إن حلف لا مال له، وله دين على إنسان، لا يحنث في يمينه، والهبة عقد مشروع لتمليك المال، فإذا أضيف إلى ماليس بمال لا يصلح^(٣).

وقد عنون الإمام البخاري لهذا الموضوع فقال^(٤): (باب إذا وهب ديناً على رجل). وشرح هذا ابن حجر فقال^(٥): صح ولو لم يقبضه منه، ويقبض له، قال ابن بطال: لا خلاف بين العلماء في صحة الإبراء من الدين إذا قبل البراءة، قال: وإنما اختلفوا إذا وهب ديناً له على رجل لرجل آخر، فمن اشترط في صحة الهبة القبض لم يصح هذه ومن لم يشترطه صححها، لكن شرط مالك أن تسلم إليه الوثيقة بالدين ويشهد له بذلك على نفسه أو يشهد بذلك ويعلنه إن لم يكن به وثيقة.

وعند الشافعية في ذلك وجهان: جزم الماوردي بالبطلان، وصححه الغزالي ومن تبعه، وصحح العمراني وغيره الصحة.

قيل: والخلاف مرتب على البيع إن صححنا بيع الدين من غير من عليه فالهبة أولى، وإن منعناه ففي الهبة وجهان.

وقال البخاري تحت العنوان السابق^(٦): قال شعبة عن الحكم: هو جائز، ووهب

(١) انظر: المغني ٦٥٩/٥، مغني المحتاج ٤٠٠/٢.

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

(٣) انظر: تكملة فتح القدير ١٢٥/٧ وما بعدها، الفقه الإسلامي وأدلته ٢٣/٥.

(٤) البخاري مع فتح الباري ٢٢٤/٥.

(٥) انظر: فتح الباري ٢٢٤/٥.

(٦) البخاري المطبوع مع فتح الباري ٢٢٤/٥.

★ قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي ★

الحسن بن علي - عليهما السلام - لرجل دينه.

وقال النبي - ﷺ - «من كان له عليه حق فليعطه أو ليتحلله منه». فقال جابر: قتل

أبي وعليه دين، فسأل النبي - ﷺ - غرماءه أن يقبلوا ثمر حائطي ويحللوا أبي.

ووجه الدلالة منه لجواز هبة الدين: أنه - ﷺ - سوى بين أن يعطيه إياه أو يحلله منه،

ولم يشترط في التحليل قبضاً^(١).

وخلاصة القول أن هبة الدين لمن عليه صحيحة بالنص، وأما هبة الدين لغير من هو

في ذمته ففيها الخلاف السابق، وأرى ترجيح مذهب إليه الحنفية من جواز هبة الدين لغير من هو عليه استحساناً - والله أعلم بالصواب.

(١) انظر: فتح الباري ٥/٢٢٤.

خاتمة البحث

وتتضمن أهم نتائج البحث، وهي:

- ١ - الهبة: هي تملك المال بلا عوض في الحال أو المآل.
 - ٢ - الهبة: مشروعة ومندوب إليها بالكتاب والسنة.
 - ٣ - المقصود بالقبض في الهبة، هو نفسه المقصود به في البيع، ويتنوع إلى نوعين: عقار: وقبضه يكون بتخليته للموهوب له وتمكينه من التصرف فيه. منقول: وقبضه يختلف باختلاف المقبوض. فقبض المنقول إن كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً أو مذكوراً، يكون بكيله أو وزنه أو عدده أو ذرعه.
 - وإن كان مما ينقل في العادة كالمناخ ونحوه فإن قبضه يكون بنقله وتحويله إلى مكان الاختصاص للبائع به، وإن كان مما يتناول باليد كالدرهم والدنانير والحلي ونحوها. فقبضه بتناوله، ويرجع إلى العرف في غير ماسبق.
 - ٤ - الهبة لا تنعقد إلا بالصيغة الدالة على التملك بغير عوض، أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل.
 - ٥ - اختلف آراء الفقهاء في حكم اشتراط القبض، ورجحت رأي القائلين بأن الهبة تصح بالعقد، وأن القبض ليس شرطاً فيها.
 - ٦ - يشترط البلوغ لصحة قبض الصبي على الرأي الراجح، ويقوم مقامه في قبض الهبة وليه، أو من كان الصبي في حجره.
 - ٧ - يشترط لصحة قبض الهبة إذن الواهب على ما هو الراجح في الفقه الإسلامي، وإن قبض الموهوب له بلا إذن ولا إقباض لم يملكه ودخل في ضمانه، سواء أقبضه في مجلس العقد أم بعده.
 - ٨ - ولو اختلف الواهب والموهوب له في الإذن في القبض صدق الواهب.
 - ٩ - وإذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة سواء كان قبل الإذن في القبض أم بعده، لأن عقد الهبة عقد جائز، فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة.
 - ١٠ - هبة الدين لمن هو عليه صحيحة، ولو لم يقبضه منه. أما هبة الدين لغير من هو في ذمته ففيها خلاف بين الفقهاء ورجحت جوازها استحساناً كما قال الحنفية عدا زفر.
- والله أعلم بالصواب -

فهرس المراجع

- ١ - أحكام المعاملات المالية للدكتور محمد زكي عبد البر. الطبعة الأولى ١٩٨٦ م.
- ٢ - بداية المجتهد لابن رشد (ت ٥٩٥هـ) دار المعرفة. بيروت.
- ٣ - البهجة في شرح التحفة ط ٢/١٣٧٠هـ، دار المعرفة.
- ٤ - بدائع الصنائع للكاساني (ت ٥٨٧هـ)، مطبعة الإمام بالقاهرة.
- ٥ - البحر الرائق لابن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ)، دار المعرفة. بيروت.
- ٦ - ترتيب القاموس للزاوي، ط ٣: دار الفكر.
- ٧ - جواهر الأكليل شرح مختصر خليل المكتبة الثقافية، بيروت.
- ٨ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للشيخ محمد عرفة الدسوقي (ت ١٢٣٠هـ). دار إحياء الكتب العربية، البابي الحلبي بمصر.
- ٩ - حواشي قليوبي وعميرة. دار إحياء الكتب العربية.
- ١٠ - حاشية رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) دار إحياء التراث العربي، البابي الحلبي بمصر.
- ١١ - روح المعاني للألوسي دار التراث.
- ١٢ - زاد المحتاج للكوهجي الطبعة الثانية ١٩٨٧ م.
- ١٣ - سبل السلام للصنعاني (ت ١١٨٢هـ) دار الكتاب العربي.
- ١٤ - السنن الكبرى للبيهقي (ت ٤٥٨هـ) دار الفكر.
- ١٥ - سنن الدارقطني (ت ٣٨٥هـ) دار المحاسن للطباعة بالقاهرة.
- ١٦ - شرح منح الجليل على مختصر خليل للشيخ محمد عlish مكتبة النجاح بليبيا.
- ١٧ - شرح فتح القدير لابن الهمام (ت ٦٨١هـ) مصطفى محمد بالقاهرة، المطبعة الأميرية ١٣١٧هـ.
- ١٨ - الصحاح للرازي دار الحداثة ١٩٨٢ م.
- ١٩ - صحيح مسلم لمسلم بن الخجاج (ت ٢٦١هـ) دار إحياء الكتب العربية، دار الدعوة.
- ٢٠ - صحيح البخاري لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ) دار إحياء الكتب العربية، دار الدعوة.

- ٢١ - الصحاح للجوهري. ط: دار العلم للملايين.
- ٢٢ - عارضة الأحوزي بشرح صحيح الترمذي لابن العربي (ت ٥٤٣هـ) دار العلم للجميع.
- ٢٣ - عمدة القاري على البخاري للعينى (ت ٨٥٥هـ) دار الفكر.
- ٢٤ - فتح الواهب بشرح منهج الطلاب لأبي يحيى زكريا الأنصاري (ت ٩٢٥هـ) دار المعرفة بيروت.
- ٢٥ - الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبه الزحيلي دار الفكر.
- ٢٦ - فتح الباري للعسقلاني (ت ٨٥٢هـ) دار الفكر.
- ٢٧ - الفتح الرباني شرح بلوغ الأمانى للأستاذ أحمد البنا دار الشهاب بالقاهرة.
- ٢٨ - القوانين الفقهية لابن جزي (ت ٧٤١هـ) دار العلم للملايين. بيروت.
- ٢٩ - كشف القناع للبهوتي (ت ١٠٥١هـ) عالم الكتب - بيروت.
- ٣٠ - الكافي لابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ) المكتب الإسلامي.
- ٣١ - مواهب الجليل من أدلة خليل للشنقيطي دار إحياء التراث الإسلامي - قطر.
- ٣٢ - المبسوط مكتبة السعادة بمصر.
- ٣٣ - مختصر سنن أبي داود للمنذري دار المعرفة. بيروت.
- ٣٤ - مشكاة المصابيح للتبريزي المكتب الإسلامي. بيروت.
- ٣٥ - المصباح المنير للفيومي (ت ٧٧٠هـ) المطبعة العلمية ١٣١٦هـ.
- ٣٦ - مغني المحتاج لمحمد الخطيب الشربيني ط: ١٩٥٥م.
- ٣٧ - منتهى الإرادات تحقيق الشيخ عبد الغني عبد الخالق - مكتبة دار العروبة.
- ٣٨ - المعجم الوسيط قام بإخراجه جماعة من أساتذة مجمع اللغة العربية بمصر. دار التراث. قطر.
- ٣٩ - المحلى لابن حزم (٤٥٦هـ) دار التراث، ط: ١: إدارة الطباعة المنيرية.
- ٤٠ - المجموع للنووي (ت ٦٧٦هـ) إدارة الطباعة المنيرية.
- ٤١ - المغني لابن قدامة المقدسي (٦٢٠هـ) عالم الكتب. بيروت، مكتبة الرياض الحديثة.
- ٤٢ - المنتقى للباقي (ت ٤٩٤هـ) مطبعة السعادة بمصر.
- ٤٣ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيتمي (ت ٨٠٧هـ) دار الكتاب العربي. بيروت.
- ٤٤ - مصنف عبد الرزاق (ت ٢١١هـ) مطبوعات المجلس العلمي ١٣٩٢هـ.
- ٤٥ - نيل الأوطار للشوكاني (١٢٥٥هـ) دار الجيل. بيروت.

فتاوى الفقهاء

**ضمان من صنع شيئاً في الطريق ومن يضع ببابه شيئاً يستضربه من يدخله
وضمان الحائط المائل:**

الإمام برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمرى المالكي(*)

١ - ضمان من صنع شيئاً في الطريق :

وفي الموطأ قال مالك - رحمه الله تعالى - الأمر المجمع عليه عندنا في الذي يحفر البئر على الطريق أو يربط الدابة أو يصنع أشباه هذا على طريق المسلمين فهو ضامن لما أصيب في ذلك من جرح أو غيره، فما كان عقله من ذلك دون ثلث الدية فهو في ماله خاصة وما بلغ الثلث فصاعداً فهو على العاقلة وما صنع من ذلك مما يجوز له أن يصنعه على طريق المسلمين فلا ضمان عليه ولا غرم.

قال الباجي فإذا حفر في الطريق بئراً لغير غرض مباح فإنه يضمن ما أصيب فيه أو يحفر بئراً في دار غيره بغير إذنه فقد قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة يضمن أو يحفر في ملكه أو في غير ملكه ليلتلف به سارقاً فقد روى ابن وهب عن مالك يضمن السارق وغيره. وأما من عمل ما يجوز له كبئر يحفرها للمطر أو مرحاض يحفره إلى جانب حائطه قال أشهب ما لم يضر البئر والمرحاض بالطريق أو يحفر بئراً في داره ولا يقصد بها ضرراً لأحد أو في دار غيره بإذنه أو يرش قناة تبريداً أو تنظيفاً فينزلق به أحد فيهلك أو يربط كلباً في داره للصيد أو في غنمه للسباع أو أوقف دابته في الطريق لحاجة أو نزل عنها فأوقفها في الطريق بباب المسجد أو باب الحمام أو باب أمير أو سوق أو ما أشبه ذلك فلا يضمن مانشئاً عن ذلك في هذه الوجوه.

٢ - ضمان من يضع بباه شيئاً يستضر به من يدخله:

ومن حدد قضيباً أو عيداناً فجعلها ببابه لتدخل في رجل من يريد الدخول في حائطه

(*) من أشهر الفقهاء في المذهب المالكي ولد سنة ٦٩٣هـ وتوفي سنة ٧٩٩هـ.

من سارق أو غيره فإنه يضمن، وكذلك من جعل على حائطه شوكة يستتبر به من يدخل أو رش قناة يريد بذلك أن يزلق من يمر به من إنسان أو غيره فهذا يضمن في هذه الوجوه وكذلك من جعل في الطريق مربطاً الدابة تضر بالناس فهو ضامن لما أصابت فيه، لأنه متعدد في هذا كله وكذلك من اتخذ كلباً لداره ليعقر من دخلها أو في غنمه ليعدو على من أرادها فإنه يضمن وكذلك من وضع سيفاً بطريق أو غيره يريد به قتل رجل فعطب به ذلك الرجل فقد قال ابن القاسم في المجموعة يقتل به فإن عطب به غيره فالدية على عاقلة الجاعل لأن الأول قصد إلى قتله بخلاف الثاني فإنه لم يرد قتله كمن رمى رجلاً يريد قتله فأصابت الرمية غيره فإن حكمه حكم الخطأ والديه على عاقلته.

٣ - ضمان الحائط المائل:

قال ابن راشد وإذا كان الجدار مائلاً من أصل البناء فعلى صاحبه الضمان وإن كان بناه على الاستقامة ثم طرأ عليه الميل فأنذر صاحبه وأشهد عليه بذلك وأمكنه تداركه ولم يفعل فعليه ضمان ما ألتف وإن لم ينذر ففي الضمان خلاف قال ابن القاسم إن لم يشهد عليه لم يضمن وإن كان مخوفاً وقال أشهب إن بلغ إلى حالة لا يجوز لصاحبه أن يتركه لشدة ميله فهو ضامن وإن لم يشهد عليه والإشهاد لا يكون إلا من القاضي أو ممن له النظر في ذلك ولا ينفع إشهاد غير القاضي، أما نهى الناس وإشهادهم فليس بل لازم إلا أن يكون ذلك في بلد ليس به حاكم فإن إشهاد الجيران والناس في ذلك كاف قال بعض القرويين ينظر فإن كان رب الحائط مقرراً بغيره نفع الإشهاد دون حاكم، وإن كان منكراً فلا بد من التقدم إلى الحاكم. ولو كانت الدار مرهونة أو مكتراة لم ينفع الإشهاد إلا على ربها فإن كان غائباً رفع أمرها إلى الحاكم ولا ينفع الإشهاد على الساكن إذ ليس له هدمها.

وفي تذكرة الحكام للقاضي برهان الدين الإخنائي إذا كانت الدار على الأنصباء فأعذر إليهم فأنهدمت على شيء فعلى الجميع الضمان لا على الأنصباء، قال وقيل يضمن في الحائط المائل أشهد عليه أو لم يشهد قال وينبغي للحاكم إذا كان الحائط مخوفاً أن لا يمهل أصحابه بل يلزمهم الحضور لهدمه فإن لم يحضروا أمر بهدمه وأنفق على ذلك من نقضه^(١).

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام ج ٢ ص ٢٤٠ - ٢٤٢.

٤ - حكم من يصح ضمانه ومن لا يصح:

الإمام موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمود بن قدامة(*) يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله سواء كان رجلاً أو امرأة لأنه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع، ولا يصح من المجنون والمبرسم ولا من صبي غير مميز بغير خلاف لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منهم كالنذر والإقرار. ولا يصح من السفه المحجور عليه ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه لأن من أصلنا أن إقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجر عنه صح فكذاك ضمانه والأول أولى لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء ولا يشبه الإقرار لأنه إخبار بحق سابق.

وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه في الصحيح من الوجهين وهو قول الشافعي وخرجه أصحابنا على الروایتين في صحة إقراره وتصرفاته بإذن وليه، ولا يصح هذا الجمع لأن هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح منه كال تبرع والنذر بخلاف البيع وإن اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه، فقال الصبي قبل بلوغه وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول أحمد أن القول قول المضمون له لأن معه سلامة العقد فكان القول قوله كما لو اختلفا في شرط فاسد ويحتمل أن القول قول الضامن لأن الأصل عدم البلوغ وعدم وجوب الحق عليه وهذا قول الشافعي ولا يشبه هذا ما إذا اختلفا في شرط فاسد لأن المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر أنهما لا يتصرفان إلا تصرفاً صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر، وههنا اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعي الأهلية ظاهر يستند إليه ولا أصل يرجع إليه فلا ترجح دعواه، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وإن لم يعرف له حال جنون فالقول قول المضمون له لأن الأصل عدمه.

فأما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه لأنه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فأشبهه الراهن فصح تصرفه فيما عدا الرهن فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى في ذمته(١).

(*) من أشهر الفقهاء في المذهب الحنبلي ولد سنة ٥٤١ هـ وتوفي سنة ٦٢٠ هـ.

(١) المغني والشرح الكبير ج ٥ ص ٧٨، ٧٩.

ه - حكم ما إذا كان الوكيل العام يملك التبرع أم لا:

الإمام محمد أمين الشهير بابن عابدين^(٥)

لا يملك التبرع كما في البزازية رجل قال لغيره أنت وكيلي في قبض هذا الدين يصير وكيلاً في حفظ المال لا غير هو الصحيح، وكذا لو قال أنت وكيلي بكل قليل وكثير وكذا لو قال أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرك فيه يصير وكيلاً في جميع التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبة والصدقة واختلفوا في الإعتاق والطلاق والوقف، قال بعضهم يملك ذلك لإطلاق لفظ التعميم وقال بعضهم: لا يملك إلا إن دلّ دليل سابقة الكلام ونحوه وبه أخذ الفقيه أبو الليث وذكر الناطفي إن قال أنت وكيلي في كل شيء جائز صنعك، روي عن محمد أنه وكيل في المعاوضات والإجارات والإعتاق والهبات وعن أبي حنيفة أنه وكيل في المعاوضات لا في الهبات والإعتاق، قال: وعليه الفتوى وهذا قريب مما اختاره الفقيه أبو الليث.

وفي فتاوى أبي جعفر رجل قال لغيره وكلتك في جميع أموري وأقمتك مقام نفسي لا تكون الوكالة عامة ولو قال وكلتك في جميع أموري التي يجوز بها التوكيل كانت الوكالة عامة تتناول البياعات والأنكحة، وفي الوجه الأول إذا لم تكن عامة ينظران كان أمر الرجل مختلفاً ليست له صناعة معروفة فالوكالة باطلة وإن كان الرجل تاجراً تجارة معروفة تنصرف الوكالة إليها خانية وفي حاشية الحموي على الأشباه والحاصل أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والهبة والوقف على المفتي به وينبغي أن لا يملك الإبراء والخط عن المديون لأنهما من قبيل التبرع فدخلتا تحت قول البزازي أنه لا يملك التبرع وهل له الإقراض والهبة بشرط العوض فإن القرض عارية ابتداء معاوضة انتهاء وينبغي أن لا يملكها لأنه لا يملكه إلا من يملك التبرعات ولذا لا يجوز إقراض الوصي مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وإن كان معاوضة في الانتهاء وظاهر العموم أنه يملك قبض الدين واقتضائه وإيفاءه والدعوى بحقوق للموكل وسماع الدعوى بحقوق على الموكل والأقارير على الموكل بالمديون ولا يختص بمجلس القاضي لأن ذلك في الوكيل بالخصومة لا في العام^(٦).

(*) من أشهر الفقهاء في المذهب الحنفي ولد سنة ١١٩٨هـ وتوفي سنة ١٢٥٢هـ.

(١) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ج ١ ص ٢٣٩، ٢٤٠.

مسائل في الفقه

٣٨ - حكم العمرة ومدى وجوبها:

ومفاد هذه المسألة سؤال يقول فيه السائل أن البعض من المسلمين يعتقد بأنه لا بد للمسلم من قضاء العمرة قبل أدائه الحج، وذلك لوجوبها عليه مرة في العمر على الأقل، وأن البعض الآخر يشدد في الوقت الذي تُقضى فيه فيوجب أدائها قبل الحج ويرى عدم صحتها إذا تأخر أدائها بعد الحج، وقد يعتقد عدم صحة الحج في هذه الحالة.

والجواب على هذه المسألة من وجهين: الأول وجوبها، وبهذا قال جمع من الصحابة منهم عبدالله بن عباس وعبدالله بن عمر وزيد بن ثابت وسعيد بن جبير وسعيد بن المسيب رضوان الله عليهم، كما قال بوجوبها عدد من الفقهاء منهم بعض أصحاب الإمام أبي حنيفة والإمام الشافعي والإمام أحمد وعطاء والأوزاعي^(١) استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿وَاتِمُوا الْحَجَّ وَالْعَمْرَةَ لِلَّهِ﴾^(٢) واستدلالاً بما رواه ابن عمر عن أبيه قال: دخل أعرابي حسن الوجه أبيض الثياب على رسول الله ﷺ، فقال: ما الإسلام يا رسول الله؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «أن تشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وتقيم الصلاة وتؤتي الزكاة وتصوم شهر رمضان وتحج وتغتسل من الجنابة»^(٣)، واستدلالاً أيضاً بأن رسول الله ﷺ اعتمر قبل أن يحج، ومارواه عنه زيد بن ثابت أنه قال: «الحج والعمرة فريضتان لا يضررك بأيهما بدأت»^(٤).

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام ابن رشد جـ ١ ص ٢٢٢ - ٢٢٣ والام للإمام الشافعي جـ ٢

ص ١٢٢ وبدائع الصنائع للكاساني جـ ٢ ص ٢٢٦ والمغني والشرح الكبير للإمام ابن قدامة ج ٣

ص ١٦٠.

(٢) سورة البقرة، من الآية: ١٩٦.

(٣) كنز العمال جـ ١ ص ٣٣٧.

(٤) كنز العمال جـ ٥ ص ١١٥.

وذلك للدالتين التاليتين: أولهما - أن الله سبحانه وتعالى - بَيَّنَّ العبادات الأساسية بأحكام بَيِّنَات كما هو الحال في الصلاة والزكاة والصوم، كما بَيَّنَّ فريضة الحج بحكم واضح مشروط بالاستطاعة في قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾^(١) وَبَيَّنَّ أداءه في مكان معلوم في قوله تعالى: ﴿إِنْ أُولَ الْأَوَّلِ بَيْتٍ وَضَعُ لِلنَّاسِ لِلَّذِي بِبَكَّةَ مُبَارَكًا وَهُدًى لِلْعَالَمِينَ﴾ إلى قوله: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾^(٢)، كما بَيَّنَّ أداءه في وقت معلوم في قوله تعالى: ﴿الْحَجَّ أَشْهُرَ مَعْلُومَاتٍ﴾^(٣) فهو بهذا لازم القضاء من الحي، ولازم القضاء عن الميت من أهله أو أصدقائه، وهو بهذا أيضاً لازم التعجيل به استجابة لقول رسول الله ﷺ: «مَنْ أَرَادَ الْحَجَّ فَلْيَتَعَجَّلْ فَإِنَّهُ قَدْ يَمْرُضُ الْمَرِيضُ وَتَضِلُّ الضَّالَّةُ وَتَعْرِضُ الْحَاجَةُ»^(٤).

الدلالة الثانية: أنه لم يرد عن رسول الله ﷺ - كما يبدو - رواية صحيحة تدل على أن العمرة واجبة فالحديث الذي ورد في الصحيحين بأن الإسلام بني على خمس هي: الشهادتان والصلاة والزكاة والحج وحديث الأعرابي مع رسول الله ﷺ وبيانه له أحكام الإسلام يدلان على أن العمرة ليست بواجبة وإنما هي من السنن التي لم يرخص أحد بتركها، مما يليق بالمسلم أدائها ابتغاء الأجر والثوبة من الله عز وجل.

أما الاستدلال بوجوبها لقول الله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعَمْرَةَ لِلَّهِ﴾ فيرى القائلون بعدم الوجوب أنه لا دلالة في هذه الآية الكريمة على وجوبها لأنها: «قرئت برفع العمرة، والعمرة لله وأنه كلام تام بنفسه غير معطوف على الأمر بالحج أخبر الله تعالى أن العمرة له رداً لزعم الكفرة لأنهم كانوا يجعلون العمرة للأصنام على ما كانت عبادتهم من الإشراك»^(٥).

وخلاصة المسألة: أن العمرة ليست واجبة بل هي سنة من السنن الهامة في حياة المسلم لم يرخص أحد بتركها، مما يليق بالمسلم أدائها لتكون في ميزان أعماله يوم تعرض الأعمال على الله عز وجل، ويجد المسلم ماعمله حاضراً يُجْزَى عليه، أما أدائها ففي أي وقت من السنة ولكن أدائها في بعض الأوقات أكد للمثوبة وزيادة الأجر كما هو الحال في رمضان أو عشر ذي الحجة.

والله أعلم

(١) سورة آل عمران، الآية: ٩٧.

(٢) سورة آل عمران، الآية: ٩٦، ٩٧.

(٣) سورة البقرة، من الآية: ١٩٧.

(٤) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١٧٦.

(٥) بدائع الصنائع المرجع السابق.

٣٩ - حكم إسقاط الجنين عمداً في حالات الاغتصاب:
ومفاد هذه المسألة سؤال عما إذا كان يباح للمرأة شرعاً إسقاط الجنين الذي حملته بعد أن تعرضت للاغتصاب.
والجواب على هذا من ثلاثة أوجه:

الأول - تعريف الجنين، ومتى يكون نفساً مؤمنة يحرم التعدي عليها، والأصل في هذا قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن تَرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّن عِلْقَةٍ ثُمَّ مِّن مُّضْغَةٍ مَّخْلُوقَةٍ وَغَيْرِ مَخْلُوقَةٍ... الْآيَةُ﴾^(١)، فدل هذا على أن النطفة بداية الخلق، ومدتها أربعون يوماً، ثم العلقة ومدتها أربعون يوماً ثم المضغة ومدتها أربعون يوماً وفيها يكون اكتمال الخلق بدلالة قول الله تعالى: ﴿مُخَلَّاتٍ وَفِي بَطْنِ أُمِّهِمْ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً ثُمَّ يُؤْمَرُ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ فَيَكْتَبُ رَزْقَهُ وَعَمَلَهُ وَأَجَلَهُ وَشَقِيٌّ أَوْ سَعِيدٌ ثُمَّ يُنْفَخُ فِيهِ الرُّوحُ﴾^(٢) فدل هذا على أن تمام الخلق يكون بعد مائة وعشرين يوماً أي في نهاية مدة المضغة.
وقد سُمِّيَ الحمل جنيناً لأنه يجتن - أي يختبيء - في بطن أمه ويعتبر في هذه الحالة جزءاً منها لازماً له ولكنه مُعَدُّ لأن يكون نفساً له ذمة صالحة، ويكون أهلاً لوجوب الحق له وأهمه حقه في الحياة^(٣)، وأكثر الآراء التي تعرف الجنين تذهب إلى وجوب «تَخْلُقِهِ» لكي تترتب له الأحكام الشرعية.

وقد اختلفوا في الخلقة الموجبة لأن يكون له تعويض «غرة» فذهب الإمام مالك إلى أن الجنين هو كل ما طرحته المرأة من مضغة أو علقة مما يُعْلَمُ أنه ولد ويشترط الإمام الشافعي استبانة الخلقة^(٤)، وفي المذهب الحنبلي ينبغي أن يكون في الطرح صورة آدمي فإن أسقطت المرأة غير ذلك فلا شيء فيه، وذلك لجهالة كونه جنين ولكن إن ألقت المرأة مضغة فشهدت ثقات القوابل أن فيه صورة خفية ففيه غرة، أما إن شهدت أن الطرح مبتدأ خلق آدمي لو

(١) سورة الحج، من الآية: ٥.

(٢) فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري ج ١١ ص ٤٨٦ - ٤٩٥ وانظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٦ ص ١٨٩ - ١٩١.

(٣) شرح فتح القدير ج ٨ ص ٣٢٤.

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٢.

بقي تصور ففيه وجهان: الأصح أنه لا شيء فيه لأنه لم يتصور بعد فلم يجب فيه شيء كالعلقة لأن الأصل براءة الذمة فلا تشغل بالشك.

الوجه الثاني أن فيه غرة لأنه مبتدأ خلق آدمي أشبه لو تصور^(١).

وقد توسع بعض أصحاب المذهب الحنفي في تعريف الجنين حيث يروا أن الماء في الرحم مالم يفسد فهو معد للحياة فيجعل كالحي في الضمان بإتلافه، كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في إيجاب الجزاء عليه بكسره^(٢)، فعلى هذا تعتبر النطفة عندهم جنيناً له حق الحياة.

ولعل الأصح اعتبار الجنين نفساً مؤمنة عند بلوغه مرحلة المضغة إذا ظهر الخلق فيها لدلالة قول الله تعالى: ﴿مُضْغَةٌ مُخَلَّقَةٌ وَغَيْرُ مُخَلَّقَةٍ﴾ وهذا لن يكون إلا بعد مائة وعشرين يوماً وهذا هو ما اتفق عليه غالب الفقهاء كما سيأتي بيانه.

الوجه الثاني: حكم الإسقاط أو الإجهاض: يحرم الإسقاط بعد مرور مائة وعشرين يوماً على الحمل، فمن تعدى عليه عمداً بعد هذه المدة فقد ارتكب جريمة على نفس مؤمنة، ويرى الإمام ابن حزم القود في ذلك إلا أن يعفى عنه^(٣) أما إذا كانت مدة الحمل أقل من مائة وعشرين يوماً فللفقهاء في ذلك آراء متباينة، ففي المذهب الحنفي لاتجب الغرة إلا إذا كان بعض خلق الطرح قد استبان، فإن لم يستتب فلا إثم، وعند بعضهم أنه لا أقل من أن يلحق الأم إثم إذا أسقطت بغير عذر، ومن الأعذار انقطاع لبنها بعد ظهور الحمل وليس لأبي الصبي ما يستأجر به الظئر ويخاف هلاكه^(٤) وفي المذهب المالكي - كما ذكر آنفاً - أن الغرة تكون في طرح المضغة أو العلقه إذا عُلِمَ أنه ولد.

وفي المذهب الشافعي خلاف حول إسقاط الحمل الذي لم يبلغ مائة وعشرين يوماً، ويرى الغزالي أن ما قبل نفخ الروح يبعد الحكم بعدم تحريره أما بعد نفخ الروح فما بعده إلى الوضع فلا شك في التحريم^(٥).

الوجه الثالث: الإجهاض في حالات الاغتصاب: الاغتصاب جريمة بشعة وسلوك يدل على طبيعة الإجرام والتعدي على القيم ويقع فردياً كما لو وقع على امرأة بعينها، وهو

(١) المغني والشرح الكبير ج ٩ ص ٥٢٨ - ٥٢٩.

(٢) شرح فتح القدير المرجع السابق ص ٣٢٥.

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣١.

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ١٧٦.

(٥) إحياء علوم الدين ج ٢ ص ٤٩ - ٥٠.

ما يحدث كثيراً في الوقت الحاضر بسبب الانحلال وتأثير المخدرات، كما يقع جماعياً عندما تتعرض نساء طائفة أو بلد ما للاعتداء كما حدث من الصرب في بلاد البوسنة والهرسك مما يعد جريمة إنسانية كبرى.

ويحدث الاغتصاب مشكلات نفسية للمعتدى عليها تؤدي في الغالب إلى حالات مرضية ومعاناة خاصة عندما تكون هذه في وضع الزوجة أو يؤدي اغتصابها إلى حملها من المغتصب، وفي هذه الحالة قد يكون الإسقاط وسيلتها في التخفيف من معاناتها. وقد تتنازع المرأة المسلمة في هذه الحالة مشكلتان: الأولى حب التخلص من آثار جريمة بشعة، والثانية خوفها من الإثم في حالة الإسقاط العمد، خاصة عندما يكون الجنين قد بلغ مرحلة متقدمة وهذا هو مدار سؤال السائل في هذه المسألة.

وهنا ينبغي التفريق بين أمرين: الأول ما قبل بلوغ الجنين مائة وعشرين يوماً وهذا يجوز إسقاطه على أساس أنه لم يتخلق بعد وقد اتفق العلماء على أن نفخ الروح لا يكون إلا بعد أربعة أشهر. أي مائة وعشرين يوماً^(١) وقد أشير آنفاً إلى أن بعضاً من فقهاء المذهب الحنفي أباح الإسقاط قبل نفخ الروح إذا انقطع لبن الأم بسبب الحمل وهي ترضع طفلها الآخر وليس لزوجها قدرة على استئجار مرضعة له ويخاف هلاكه.

الأمر الثاني - حالة الجنين بعد مرور مائة وعشرين يوماً وهذه الحالة قد لا تثير مشكلة في الوقت الحاضر بحكم التقدم الطبي المعاصر حيث أصبح من السهل على المرأة أن تتأكد عن حملها في بدايته، فالمعتدى عليها إذا ملزمة بالتأكد عن حالتها بعد الاغتصاب فإذا تأكد لها حملها من المغتصب قبل نهاية الأربعة الأشهر الأولى أي مائة وعشرين يوماً جاز لها إسقاطه، وعذرها في ذلك حالة الغضب الذي تعرضت له وحملت منه كارهة غير طائفة.

أما إذا لم تستطع التأكد عن حالتها بعد الاغتصاب لعذر من الأعذار الشرعية، وبلغ الجنين أكثر من أربعة أشهر فإن قواعد الشريعة تتسع لجواز الإسقاط كحالة من حالات الضرورة مع دفع الكفارة، والضرورة لها أحكامها وعذر المضطر واضح في كتاب الله في إباحة ما هو محظور عليه عندما يضطر إليه كما قال تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أِهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٢) وعندما عَذَّبَ المشركون عمار بن ياسر وافقهم على ما أرادوا من سب رسول الله ومدح آلهتهم فجاء إلى

(١) انظر صحيح مسلم بشرح النووي المرجع السابق ص ١٩١.

(٢) سورة النحل، الآية: ١١٥.

رسول الله ﷺ وقال ما تركت حتى سببتك وذكرت آلهتهم بخير، فقال له رسول الله... كيف تجد قلبك؟ قال مطمئناً بالإيمان فقال: إن عادوا فعد. وفي ذلك أنزل الله تعالى قوله الكريم: ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾^(١).

والضرورات كما يقول الإمام عز الدين بن عبد السلام مناسبة لإباحة المحظورات جلباً لمصالحها^(٢) وقد بنى الفقهاء على مسألة الضرورة قواعد عدة منها قولهم إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما وقولهم يزال الضرر الأشد بالضرر الأخف والضرورات تبيح المحظورات^(٣).

وتدرك الضرورة في حالة الاغتصاب بأن المعتدى عليها تصاب - في الغالب والأعم - بمرض نفسي يؤدي إلى مرض جسماني قد يؤدي بحياتها فإسقاط الجنين في هذه الحالة أخف ضرراً من موتها، وتدرك الضرورة أيضاً من وجود طفل غير شرعي يحتاج إلى نفقة وإلى من يقوم بتربيته ناهيك بأن المجتمع المحافظ كما هو الحال في المجتمعات الإسلامية لا يقبل في الغالب وجود أطفال غير شرعيين الأمر الذي قد ينتج عنه أضرار لهم أنفسهم وللمجتمع الذي يعيشون فيه.

ولكن ذلك لا يعني بأي حال أن تنتظر المعتدى عليها إلى أن يبلغ الجنين ستة أو سبعة أشهر ثم تحاول إسقاطه، فالضرورات تقدر بقدرها وإذا كانت المعتدى عليها تتقبل حملها ولا ضرر عليها منه نفسياً أو جسمانياً وجب عليها عدم إسقاطه والقيام على تربيته التربية الصالحة لجعل الله فيه خيراً كثيراً، فالمسألة إذاً ليست مجرد رغبة جامحة أو استخفاف بمخلوق من مخلوقات الله ولكنها مسألة ضرورة إذا وجدت جاز ارتكاب المحظور لدفع ما هو أكبر منه وإلا فلا.

والله أعلم

(١) ١٢: ١٧٢، سورة النحل، الآية ١٠٦.

(٢) سورة النحل، من الآية: ١٠٦ وانظر في هذا فتح الباري بشرح صحيح البخاري - ج ١٢ ص ٢٢٧.

(٣) قواعد الأحكام لابن عبد السلام ج ١ ص ٧٩ - ٨١.

(٤) انظر في هذا مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد ٧ ص ١٢١.

٤٠ - حكم ما إذا كان في الآلة المباعة عيب في الصنعة نتج عنه ضرر للمشتري من جراء استعمالها:

ومفاد هذه المسألة سؤال يقول فيه صاحبه أنه اشترى آلة ميكانيكية من أحد وكلاء البيع، وعند استعماله لها انفلت أحد أجزائها فسبب له ضرراً جسيماً. ويقول: لقد تبين من فحصها وجود خلل في صنعها، ويسأل عما إذا كان له الحق في ردها إلى البائع، وما إذا كان يحق له التعويض عما سببت له من ضرر، وإذا كان له هذا الحق فمن المسئول: أهى الشركة الصانعة أم وكيلها المعتمد؟ والجواب على هذا من ثلاثة أوجه:

الأول: مدى جواز رد المبيع المعيب: والأصل إباحة كل بيع إذا تراضى عليه المتبايعان بطوعهما وإرادتهما، ولم يعقده على محرم، أو بوسيلة محرمة، فمن عقد البيع على هذه الصفة لزمه ماعقده إلا إذا كان قد اشترط لنفسه الخيار مدة معينة أو وجد في المبيع عيباً لم يكن يعلمه أثناء عقده.

والأصل أنه لا يحل للبائع أن يبيع شيئاً علم فيه عيباً حتى يبينه للمشتري لقول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١) ولقول النبي ﷺ: «المسلم أخو المسلم ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بيّنه له»^(٢) وقال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما محق بركة بيعهما»^(٣)، وقوله: «لاتصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه خير النظرين بعد أن يحتلبها: إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر»^(٤)، ويتضح من هذا عدم جواز كتمان العيب لما فيه من غش وأخذ للمال بغير حق.

وعلى هذا فإنه يجوز لمشتري الآلة في السؤال ردها بالعيب وفق الشروط التالية:

أولاً: أن يكون المشتري لا يعلم واقع الآلة المشتراة، ومافيه من خلل باطن أو ظاهر.

ثانياً: أن تكون الآلة على غير الصفة التي أرادها المشتري وهي سلامتها من الخلل والعيوب.

(١) سورة النساء، من الآية: ٢٩.

(٢) سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٧٥٥.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٠ ص ١٧٦.

(٤) فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ ٤ ص ٤٢٢ - ٤٢٣.

ثالثاً: أن يكون الخلل مما تعاب به الآلة قياساً على الغرض المراد منها أو على مثيلاتها من الآلات.

رابعاً: أن يكون الرد حال معرفة الخلل، وكما يجوز له رد الآلة لعيبها يجوز له إمساكها مع أخذ الفرق «الأرش» بين قيمتها صالحة وقيمتها غير صالحة ولا فرق فيما إذا كان البائع حسن النية أو سيئها، وإذا اعترض البائع ونفى وجود العيب فالقول قول المشتري لأن الأصل براءة ذمته من الثمن فلا يلزمه ما لم يقربه أو يثبت ببينة أو ما يقوم مقامها^(١) والواقع أن إثبات الخلل لا يسبب إشكالاً في الوقت الحاضر حيث أن من السهل معرفة عيوب الآلات بالفحص الآلي.

الوجه الثاني - مدى أحقية المتضرر من الآلة في التعويض: الأصل في أن إيقاع الضرر بالغير حرام سواء كان ذلك في صورة مباشرة كالتعدي بالقتل أو الضرب، أو كان في صورة غير مباشرة كما لو وقع القتل أو الضرب بسبب يرجع إليه كإحداثه عوائق في الطريق العام مما سبب للمارة أو لأحدهم الضرر، ومن ذلك ما لو أخرج زوائد بيته في الطريق أو وضع أحجاراً أو أخشاباً أو متاعاً أو آلات أو وضع ماء أو زيتاً أو أي سائل أو نحو ذلك فتعثر أو زلق به إنسان فمات أو جرح فهو في كل ذلك ضامن^(٢).

وينبني على هذا أن مشتري الآلة في السؤال إذا تعرّض لضرر جسماني كما لو بترت الآلة أصابعه أو أحدها أو سببت له جروحاً حق له التعويض عما أصابه من ضرر وفقاً لما يحكم به قاضي النظر على أساس طبيعة الحادثة وملابساتها، كما يحق له التعويض فيما لو كان الضرر الذي أصابه نفسياً كما لو سبب له انفلات الآلة أو أحد أجزائها صدمة نفسية أو خوفاً أو غمّاً أو نحو ذلك^(٣).

الوجه الثالث: حق المتضرر من الآلة في مقاضاة الوكيل عن الضرر الذي أصابه بسبب خلل الآلة: إن لبائع الآلة في السؤال إحدى صفتين: إما أنه يملك الآلة لنفسه حين اشتراها من صانعها أو من وكيل أو وكلاء عنه فهي إذاً ملكه ويحق للمتضرر منها مقاضاته باعتباره البائع الأصلي ولهذا - أي البائع - حق الرجوع إذا أراد على الشركة الصانعة أو على من باعه.

(١) المغني والشرح الكبير ج٤ ص ٨٥.

(٢) انظر بدائع الصنائع ج٧ ص ٢٧١ - ٢٧٩.

(٣) يرى محمد بن الحسن وأبو يوسف صاحباً أبي حنيفة أن من حفر بئراً في الطريق فمات فيها إنسان غمّاً فعلى الحافر الضمان انظر بدائع الصنائع المرجع السابق.

وإما أن يكون بائع الآلة وكيلاً عن الشركة الصانعة كما هو الحال في وكلاء الآلات الذين يبيعونها مقابل نسبة يتقاضونها فالبائع يعتبر إذاً وكيلاً عن الشركة بموجب عقد يخوله النيابة عنها في البيع والتصرف «مالم يكن مقيداً» وبموجب هذا العقد يجب عليه التقاضي نيابة عنها وقبول ما يترتب على بيعه لصانعها من التزامات ومن ذلك قبول رد المبيع المعيب واحتسابه عليها على أساس أن مالها غنمه فعليها غرمه: «وقد ورد أن علياً وكل عبدالله بن جعفر فقال: ما قضي عليه فعلي وما قضي له فلي»^(١).

وخلاصة المسألة أنه يحق لمشتري الآلة ردها بالعيب أو إمساكها مع أخذ الفرق بين قيمتها سليمة وقيمتها غير سليمة كما يحق له التعويض عن الضرر الجسماني أو النفسي الذي أصابه بسبب انفلات أحد أجزائها والرجوع في ذلك على بائع الآلة سواء كان مالكا لها أو وكيلاً عن الشركة الصانعة لها.

والله أعلم

(١) مسند أحمد، ١٠/١٠٠، ١١/١٠٠، ١٢/١٠٠.

(٢) ٢٧٧ - ٢٧٨ هـ، ١٢٧٧ - ١٢٧٨ هـ، ١٢٧٩ - ١٢٨٠ هـ، ١٢٨١ - ١٢٨٢ هـ.

(٣) موسوعة فقه علي بن أبي طالب ص ٦٤٢.

(٤) مسند أحمد، ١٠/١٠٠، ١١/١٠٠، ١٢/١٠٠، ١٣/١٠٠، ١٤/١٠٠، ١٥/١٠٠، ١٦/١٠٠، ١٧/١٠٠، ١٨/١٠٠، ١٩/١٠٠، ٢٠/١٠٠، ٢١/١٠٠، ٢٢/١٠٠، ٢٣/١٠٠، ٢٤/١٠٠، ٢٥/١٠٠، ٢٦/١٠٠، ٢٧/١٠٠، ٢٨/١٠٠، ٢٩/١٠٠، ٣٠/١٠٠، ٣١/١٠٠، ٣٢/١٠٠، ٣٣/١٠٠، ٣٤/١٠٠، ٣٥/١٠٠، ٣٦/١٠٠، ٣٧/١٠٠، ٣٨/١٠٠، ٣٩/١٠٠، ٤٠/١٠٠، ٤١/١٠٠، ٤٢/١٠٠، ٤٣/١٠٠، ٤٤/١٠٠، ٤٥/١٠٠، ٤٦/١٠٠، ٤٧/١٠٠، ٤٨/١٠٠، ٤٩/١٠٠، ٥٠/١٠٠، ٥١/١٠٠، ٥٢/١٠٠، ٥٣/١٠٠، ٥٤/١٠٠، ٥٥/١٠٠، ٥٦/١٠٠، ٥٧/١٠٠، ٥٨/١٠٠، ٥٩/١٠٠، ٦٠/١٠٠، ٦١/١٠٠، ٦٢/١٠٠، ٦٣/١٠٠، ٦٤/١٠٠، ٦٥/١٠٠، ٦٦/١٠٠، ٦٧/١٠٠، ٦٨/١٠٠، ٦٩/١٠٠، ٧٠/١٠٠، ٧١/١٠٠، ٧٢/١٠٠، ٧٣/١٠٠، ٧٤/١٠٠، ٧٥/١٠٠، ٧٦/١٠٠، ٧٧/١٠٠، ٧٨/١٠٠، ٧٩/١٠٠، ٨٠/١٠٠، ٨١/١٠٠، ٨٢/١٠٠، ٨٣/١٠٠، ٨٤/١٠٠، ٨٥/١٠٠، ٨٦/١٠٠، ٨٧/١٠٠، ٨٨/١٠٠، ٨٩/١٠٠، ٩٠/١٠٠، ٩١/١٠٠، ٩٢/١٠٠، ٩٣/١٠٠، ٩٤/١٠٠، ٩٥/١٠٠، ٩٦/١٠٠، ٩٧/١٠٠، ٩٨/١٠٠، ٩٩/١٠٠، ١٠٠/١٠٠.

٤١ - حكم الزيادة في ثمن السلعة عن الحد المعتاد:

ومفاد هذه المسألة سؤال يقول صاحبه فيه: انه اشترى آلة ميكانيكية من احد الباعة، ولما دفع له الثمن وقبض الآلة تبين له ان ثمنها في السوق اقل كثيراً من الثمن الذي اشتراها به. ولما اراد ردها رفض البائع بحجة انه قد اشتراها بطوعه ورضاه. ويسال عما إذا كان يحق له ردها أم لا.

والجواب على هذا يتعلق بمسألة الغبن في البيع والحكم الشرعي فيه ولهذه المسألة ثلاثة أوجه:

الأول: الغبن في حالة الجهل بقيمة المبيع في السوق وهذا البيع حرام إذا كان مما يخالف المعتاد فيه ويحق معه للمشتري أو للبائع الخيار بين الفسخ أو الإمضاء وقد ورد أن النبي، ﷺ، قال: «غبن المسترسل ربا أو حرام»^(١)، كما ورد أنه، عليه الصلاة والسلام، نهى عن تلقي السلع حتى يهبط بها الأسواق^(٢)، وأثبت للبائع الخيار إذا عرف حال السوق، والعلة في هذا أن البائع يجهل قيمة البضائع فيه وأن الابتياح منه خارجه فيه تغير به وتدلّيس عليه.

الوجه الثاني: الغبن في حال عدم الجهل بقيمة المبيع ومثل ذلك ما لو كان يعرف أن ثمن البضاعة التي اشتراها أقل في السوق مما اشتراها به فهل يحق له الرد فيما بعد بحجة الغبن؟ في المذهب المالكي قول بعدم جواز الرد إذا كان المشتري، أو البائع من غير أهل السفه، ويدل على هذا بأن الظلم الذي ورد النص عليه هو غبن «المسترسل» فإذا لم يكن البائع أو المشتري مسترسلاً فلا ظلم حينئذ^(٣) وفي المذهب الحنبلي لا خيار لغير الجاهل لأنه دخل على بصيرة بالغبن، فهو كالعالم بالغيب ومثله من استعجل ولم يتثبت^(٤).

الوجه الثالث: الغبن غير المعتاد إذا كان الغبن مما لا يتغابن الناس بمثله فيلزم

(١) كنز العمال ج٤ ص ٧٥، والمسترسل هو من يجهل قيمة المبيع أو هو الذي لا يحسن أن يماكس فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه، انظر المغني والشرح الكبير ج٤ ص ٧٩.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ج٥ ص ٣٤٧.

(٣) شرح منج الجليل ج٥ ص ٢١٧ - ٢١٩.

(٤) المغني والشرح الكبير ج٤ ص ٧٩.

البيع وهذا هو المشهور في مذهب الإمام مالك، أما إن كان مما يتغابن الناس فيه فلا يلزم البيع^(١).

وقد قدر بعض العلماء هذا الغبن بالثلث وبعضهم قدره بالسدس، وبعضهم قال يجب الرجوع في ذلك إلى عادة الناس^(٢)، ويرى الغزالي عدم وجوب الخيار حتى لو زاد الغبن على الثلث، ولكن من الإحسان أن يحط ذلك الغبن، وقد دلل على ذلك بما كان يفعله بعض السلف ومنهم محمد بن المنكدر فقد كان له شقق بعضها بخمسة وبعضها بعشرة فباع غلامه في غيبته شقة من الخمسيات بعشرة فلما عرف لم يزل يطلب ذلك الأعرابي المشتري طول النهار حتى وجده فقال له: إن الغلام قد غلط فباعك ما يساوي خمسة بعشرة فقال: يا هذا قد رضيت فقال: وإن رضيت فإننا لانرضى لك إلا ما نرضاه لأنفسنا فاختر إحدى ثلاث خصال: إما أن تأخذ شقة من العشريات بدراهمك، وإما أن نرد عليك خمسة، وإما أن ترد شقتنا وتأخذ دراهمك فقال: أعطني خمسة فرد عليه خمسة وانصرف الأعرابي يسأل ويقول: من هذا الشيخ؟ فقليل له: هذا محمد بن المنكدر، فقال: لا إله إلا الله هذا الذي نستسقي به في البوادي إذا قحطنا^(٣).

وخلاصة الجواب على السؤال: إنه إذا كان مشتري الآلة يجهل قيمتها في السوق وكان الغبن فيها يزيد عن الحد المعتاد وهو الثلث حق له الخيار في رد الآلة إلى البائع أو قبول ما ينقصه من ثمنها إلى الحد المعتاد في السوق. أما إذا كان المشتري يعرف أن ثمنها في السوق أقل من ثمنها الذي اشتراها به، وأقدم على شرائها إما لحاجته العاجلة، أو لعدم اهتمامه بزيادة الثمن فلا يحق له الرد حتى وإن كان الغبن يزيد عن الثلث، أو عن المعتاد في السوق. ومع الحكم الشرعي في الغبن المنوه عنه أعلاه فإن المسألة تدخل أيضاً في إطار الأخلاق وما يجب أن يتحلى به المسلم من سلوك قويم في بيعه وشرائه ويرى الإمام ابن تيمية أن من يغبن الناس يستحق العقوبة، ويمنع من الجلوس في السوق حتى يلتزم طاعة الله ورسوله وإذا تاب الغابن الظالم ولم يمكنه أن يرد إلى المظلومين حقوقهم فليتصدق بمقدار ما ظلمهم به وغبنهم^(٤). والله اعلم

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ١٦٨.

(٢) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية جـ ٢٩ ص ٣٦٠.

(٣) إحياء علوم الدين جـ ٢ ص ٧٥.

(٤) مجموع الفتاوى المرجع السابق.

٤٢ - حكم من استأجر عقاراً فأجّره بدون إذن المالك:

ومفاد هذه المسألة سؤال يقول فيه صاحبه: إنه استأجر داراً يسكنها لقاء أجل معلوم وإيجار معلوم ولكنه حين استغنى عنها أراد استغلال منفعتها فمنعه المالك من التصرف فيها سواء بإسكان غيره فيها أو تأجيرها بحجة أن عليه أن يسكنها بنفسه.

ويسال عما إذا كان يحق للمالك منعه أم لا؟

والجواب على هذه المسألة مبني على حالتين: الحالة الأولى حق الانتفاع المطلق ويقول بهذا عدد من الفقهاء^(١).

وبموجب هذا يحق للمستأجر التصرف في منفعة الدار المأجورة كيف شاء فيسكنها بنفسه ويسكن غيره فيها بدون أجر أو بأجر قل أو كثر وليس عليه من قيد في استغلال منفعتها إلا «عدم الإضرار بها» هو ومن ينوب عنه فيها فليس له مثلاً أن يسكن فيها من يعرضها للخطر كأن يضع فيها مواد مشتعلة أو يضع فيها مايوهنها أو يؤثر على مظهرها أو منفعتها في العاجل أو الآجل. والأساس في ذلك حق العاقد في استيفاء منفعة ما عقد عليه بنفسه أو غيره.

الحالة الثانية: الانتفاع المقيد، ومن ذلك ما لو شرط عليه المالك ألا يؤجر الدار أو يسكن فيها غيره أو نحو ذلك من الشروط المقيدة للانتفاع والسؤال هو ما إذا كان هذا الشرط جائز أم لا؟ للفقهاء في ذلك أقوال فعند الإمام أبي ثور لابد من التحديد فيقول المستأجر مثلاً أنا أريد المبيت فيها أنا وعيالي لأن السكنى تختلف^(٢). وفي المذهب الشافعي أن للمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره الأمين لأنها ملكه فلو شرط عليه استيفائها بنفسه فسد العقد^(٣).

وفي المذهب الحنبلي أن العقد يصح ويبطل الشرط كما لو شرط أن يزرع في الأرض حنطة ولا يزرع غيرها فيبطل الشرط ويصح العقد ويقول صاحب المغني: إن من المحتمل صحة الشرط وهذا أحد الوجهين لأصحاب الإمام الشافعي^(٤).

(١) انظر بدائع الصنائع ج٤ ص٢١٦، ونهاية المحتاج ج٥ ص٣٠٦ - ٣٠٧، والمغني والشرح الكبير

ج٦ ص٥١ - ٥٢، وكشاف القناع ج٣ ص٥٦٥.

(٢) المغني والشرح الكبير المرجع السابق. (٣) نهاية المحتاج المرجع السابق.

(٤) المغني والشرح الكبير المرجع السابق.

وثائق ونصوص

خطة تحقيق التراث الإسلامي

اقترح خطة لتحقيق التراث الإسلامي^(١)

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد:

فقد اجتمعت اللجنة المشكلة بقسم الدراسات العليا الشرعية من:
أ.د. عبد الوهاب إبراهيم أبوسليمان الأستاذ بقسم الدراسات العليا الشرعية
أ.د. حسن أحمد مرعي الأستاذ بقسم الدراسات العليا الشرعية
والمكلفة بالنظر في خطط تحقيق التراث الإسلامي وذلك في يوم الأحد ١١/٥/١٤١٢هـ وبعد
استعراض الخطط والدراسات السابقة في تحقيق التراث تقترح اللجنة الخطة الآتية:

خطة تحقيق التراث الإسلامي

المقصود منها العناصر الرئيسية التالية وهي إجمالاً:

خدمة النص (مقدمة التحقيق)

دراسة النسخ

تحرير النص

التعليق على النص

الخاتمة

(١) هذه الخطة وضعت في جامعة أم القرى من قبل اللجنة المشكلة من الاستاذين الفاضلين المشار إليهما اعلاه وقد رأت هيئة المجلة نشرها لاهميتها أملاً في استفادة الاخوة المحققين منها.

وفيما يلي الكلام على كل واحد منها بالتفصيل:

أولاً: خدمة النص (مقدمة التحقيق) وتحتوي على أربعة عناصر:

الأول: الترجمة للمؤلف، ويقوم بها المحقق للجزء الأول من المخطوط، ويخفف عنه في مقابلها عدد اللوحات بقدر ما يعادل هذا العبء.

أما ما سواه من الطلاب المسجلين في الأجزاء الأخرى من الكتاب فيترجم كل واحد للمؤلف ترجمة مختصرة.

وتشتمل الترجمة على العناصر الآتية:

١ - الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية في عصر المؤلف.

٢ - ترجمته: اسمه ونسبه وولادته ونشأته.

٣ - حياته العلمية: مشايخه وتلاميذه وإنتاجه العلمي.

٤ - ثناء الناس عليه ووفاته.

مع ملاحظة التركيز على الجوانب والأسباب ذات الأثر الكبير على شخصية المؤلف العلمية وبتفادي الإسهاب في ترجمة شيوخه وتلاميذه ويقتصر فيها على التعريف بهم وبيان ما أفاده الشيخ منهم وما استفادوه منه من العلوم والمعارف.

الثاني: دراسة الكتاب

وتشتمل على العناصر الآتية:

١ - التحقق من نسبة الكتاب إلى مؤلفه.

٢ - أسلوبه.

٣ - أهمية الكتاب في مجال التخصص.

٤ - إضافات المؤلف الجديدة.

٥ - اجتهاداته وترجيحاته.

٦ - اعتماد المؤلفين اللاحقين على كتابه واقتباساتهم وإفاداتهم منه.

٧ - تنويه العلماء وإشاداتهم به.

٨ - تأثيره الفكري على الاتجاهات الفكرية في الدراسات الشرعية.

٩ - خصائص الكتاب العلمية.

١٠ - منهج المؤلف في كتابه.

١١ - مصادره.

١٢ - نقد الكتاب بذكر محاسنه، والملاحظات عليه.

* وثائق ونصوص *

وينبغي أن يوضع في الحسبان أن هذه العناصر ليست على سبيل الحصر والمنع، فالمعروف أن لكل مخطوط طبيعته يستشفها الباحث من معاشته وتفاعله معه فيضيف إلى تلك العناصر موضوعات أخرى تتفق وطبيعة موضوع المخطوط بما يسجل إضافة جديدة.

الثالث: دراسة النسخ

يقوم الباحث بجمع ما يستطيع جمعه ويبذل في هذا أقصى جهد مستطاع ثم يقوم بدراسة النسخ دراسة كاملة عن ناسخها وتاريخ النسخ وعدد اللوحات وأماكن وجودها. وإذا كان في هذه النسخ المتوافرة لدى الباحث نسخة المؤلف أو نسخة مقابلة على نسخة المؤلف فتجعل هذه النسخة أصلاً.

وفي غير ذلك يسير الباحث على نظام النص المختار حيث يصح اللفظ ويستقيم المعنى مع اختياره رمزاً لكل نسخة.

ويجب أن يشرح الباحث بصورة مفصلة كل ما يقوم به من أعمال حيال تحقيق النص وإبرازه على الصورة التي وضعها مؤلفه في غالب الظن.

الرابع: منهج التحقيق

يدون الباحث المنهج الذي سيسير عليه في التحقيق. وطريقة تعامله مع النسخ المعتمد منها وغير المعتمد ورموزه ومصطلحاته.

وإذا لم يستطع الباحث العثور إلا على نسخة واحدة للكتاب فلا يسمح بالتسجيل فيها إلا إذا كان المخطوط ذا قيمة علمية رفيعة. وحينئذ يتوجب على الطالب شرح منهجه وخطته في تحقيق مخطوطه وتوثيق مصادره التي نص عليها المؤلف.

وإذا لم ينص المؤلف عليها يلتزم المحقق توثيقها من الكتب السابقة والمعاصرة لأنها مظنة اقتباسه منها ورجوعه إليها.

وإذا لم يتيسر ما سبق يلجأ الباحث في التوثيق إلى الكتب الناقلة عنه.

ثانياً: تحرير النص

ويشتمل على العناصر الآتية:

الأول: النسخ والرسم

١ - يلتزم قواعد الرسم الإملائي المعاصر.

٢ - تقسيم النص إلى فقرات بحسب المعنى فتنتهي الفقرة عند انتهاء المعنى. ثم يبدأ الموضوع الجديد في سطر جديد تاركاً بعض الفراغ في أوله.

- ٣ - تستعمل علامات الترقيم حسب المعنى.
- ٤ - كتابة أرقام المخطوطة في صلب النص مع خط مائل تيسيراً للمقابلة.
- ٥ - استعمال الأقواس عند كتابة الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، وعلامات التنصيص في الاقتباسات.
- ٦ - وضع معقوفات لما يستدركه المحقق على النص.
- ٧ - وضع عنوانات جانبية للمسائل الواردة في الكتاب.
- ٨ - إذا لم يضع المؤلف لكتابه أبواباً وفصولاً فللمحقق أن يضع من العنوانات ما يعين على تمييز موضوعات في الكتاب مع حصرها بين علامات الزيادة، والتنبيه على ذلك في مقدمة الكتاب.

الثاني: الضبط:

- ١ - يضبط بالشكل الآيات القرآنية مع الالتزام بالرسم العثماني.
- ٢ - يضبط بالشكل الأحاديث النبوية.
- ٣ - يضبط بالشكل الأمثال والشواهد.
- ٤ - يضبط بالشكل المشتبه من الأعلام والغريب من الألفاظ.
- ٥ - يضبط بالشكل ما قد يلتبس من المصطلحات والتراكيب.
- ٦ - إذا تعددت وجوه الضبط فلا يكتفي بالشكل وإنما يجب أن يقيد الضبط كتابة.

ثالثاً: التعليق على النص ويشتمل على العناصر الآتية:

- الأول: ما يجب إهماله في التحقيق:
- ١ - الاختلافات اللفظية التي لا يترتب عليها اختلاف في المعنى مالم يتعلق بالقراءات.
- ٢ - الاختلاف في كتابة الآيات القرآنية.
- ٣ - الاختلاف في عبارات الدعاء والثناء: - رضي الله عنه - رحمه الله... إلخ.
- ٤ - الاستكثار من المصادر والاكتفاء بالمصدر أو المصادر التي حررت المسألة ونقل عنها.
- ٥ - عدم إثقال الهوامش بالتعليقات للأمور الواضحة سواء كانت شرعية أو لغوية أو لا تفيد إلا ما أفاده النص.

- ٦ - يتجنب المحقق الاستطراد والإسراف في التعليق دون حاجة.
- ٧ - التصحيقات المعروفة تصحيحها بالبداية.
- ٨ - الاكتفاء من الروايات المختلفة للحديث بالرواية الصحيحة التي تدل على موضع الاستنباط أو الاستدلال والتي يغلب على الظن أن المؤلف اعتمد عليها إلا إذا كان فيها

* وثائق ونصوص *

وجه ضعف فيذكر وتذكر الرواية الصحيحة إن وجدت.
٩ - يكفي في الآثار بالرواية الصحيحة إلا إذا وجد تعارض بين الروايات فيدفعه ما أمكن.

الثاني: ما يجب مراعاته في التحقيق:

١ - تدون فروق النسخ في ضوء ما يأتي:
أ - الألفاظ والعبارات التي يترتب عليها اختلاف في المعنى.
ب - اختلاف ألفاظ الحديث وإثبات ما يصح سنده.
ج - التنبيه على ما يحتمل من النصوص قراءتين أو أكثر وضرورة التعليل عند الترجيح.

٢ - توثيق النصوص والمذاهب والآراء من المصادر التي اعتمد عليها المؤلف.
٣ - توضيح المصطلحات والمسائل الغامضة من مصادرها المعتمدة.
٤ - التعليق العلمي على المسائل الخلافية الواردة في الكتاب بقدر ما يوضح حقيقة الخلاف ويبرز ملكة الطالب العلمية.
٥ - إكمال النقص - إن وجد - من المصادر المعتمدة.
٦ - إذا وجد في حواشي أحد الأصول تعليق أو تعقيب يفيد التحقيق وجب إثباته في الحاشية مع التنبيه عليه.

الثالث: التعريفات

يتجاوز المحقق التعريف بالمشاهير من الأعلام ويترجم لغيرهم بما يفيد التحقيق دون استقصاء ولا إغراق.

الرابع: التنبيه على الأوهام

لابد من التنبيه على الأوهام أو الأخطاء التي يلاحظها المحقق بشرط أن يتروى ويلتزم جانب الحذر والحيلة فلا يتعجل في أمور لها ما يبررها أو حالات لها ما يفسرها ويثبت ذلك في الحاشية.

الخامس: التخريج

١ - توثق الآيات القرآنية من المصحف الشريف سورة ورقماً.
٢ - تخرج الأحاديث والآثار.

ويكتفي بالأعلى درجة في التخريج فما وجد في الصحيحين ثم في أحدهما ثم في أحد السنن مع بيان درجة الحديث والحكم عليه.

٣ - يخرج الشعر من ديوانه إن وجد وإلا فمن المصادر المشهورة التي أوردته.

رابعاً: الخاتمة

يذكر فيها المحقق خلاصة بحثه ونتائجه ومفردات مؤلف كتابه.

خامساً: الفهارس

وضع فهارس علمية مفصلة تشتمل على ما يأتي:

- ١ - فهرس الآيات القرآنية.
- ٢ - فهرس الأحاديث النبوية.
- ٣ - فهرس الآثار.
- ٤ - فهرس المسائل الفقهية.
- ٥ - فهرس المسائل الأصولية.
- ٦ - فهرس القواعد الأصولية.
- ٧ - فهرس القواعد الفقهية.
- ٨ - فهرس الأعلام.
- ٩ - فهرس الكتب الواردة في الكتاب.
- ١٠ - فهرس مصادر المؤلف. (ويدل على مكان كل في المكتبات العامة أو معلومات النشر)
- ١١ - فهرس مصادر المحقق. (إن كانت مطبوعة.
- ١٢ - فهرس الموضوعات.

والله ولي التوفيق

وافق عليها مجلس قسم الدراسات العليا ومجلس كلية الشريعة بجامعة أم القرى.

أعضاء اللجنة

١. د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان. أ. د. حسن أحمد مرعي

رسائل وردت للمجلة

تلقت هيئة المجلة عدداً من الرسائل والاتصالات من الأخوة الباحثين والقراء من داخل المملكة العربية السعودية، وخارجها تتضمن ثناءهم وكريم مشاعرهم، وهيئة المجلة إذ تقدر هؤلاء الأخوة على ما أبدوه فإنها تؤكد لهم وللقراء أنها ستكون بإذن الله عند حسن ظنهم.

وهؤلاء الأخوة هم: السفير/ عبدالله عبدالرحمن الطبيشي - سفير المملكة العربية السعودية، د. أكار. والأستاذ/ عبدالفتاح أبو مدين - رئيس النادي الأدبي الثقافي في جدة، والشيخ/ عبدالله بن راشد السيابي - قاضي المحكمة الشرعية بمسقط - سلطنة عمان. والأستاذ/ محمد مطيع الحافظ - مدير مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث - بدبي. والأستاذ/ صلاح عزام - القاهرة - جمهورية مصر العربية. والأستاذ/ عبدالقادر عثمان - مدير مدرسة الثانوية الشرعية للبنين - تركمان بارح - الجمهورية العربية السورية. والأستاذ/ صبحي إبراهيم - حلب - الجمهورية العربية السورية. والدكتور/ محمد الشيحة - الندوة العالمية للشباب الإسلامي. والأستاذ/ محمد لطفي خازن بيضاوي - مدير معهد التربية بانويانيار الإسلامي - أندونيسيا. والأستاذ/ زهري محمد شاذلي - كلية الشريعة - الجامعة الإسلامية - المدينة المنورة. والأستاذ/ إبراهيم حاج بن محمد - حلب - الجمهورية العربية السورية. والأستاذ/ صالح علي العود - باريس - فرنسا. والأستاذ/ نوح الشهري - المشرف على مكتبة عبدالله بن عباس الخيرية - جدة. والأستاذ/ عثمان أحمد بهاء الدين - كوماسي - غانا. والدكتور/ سيد إبراهيم سيد درويش - كلية المعلمين - القنفذة. والأستاذ/ معوض عبدالمرضي معوض حسبو - المنوفية - جمهورية مصر العربية. والأستاذ/ عبدالعزيز بن حاج إبراهيم - الإذاعة والتلفزيون - القسم العربي - صوت ماليزيا. والأستاذ/ حمزة العبود - حلب الجمهورية العربية السورية. والأستاذ/ عبدالعزيز بن عبدالله النوفل - جامعة الملك سعود - الرياض. والأستاذ/ سالم محمد الجهني - القصيم. والأستاذ/ عبدالله دياب عبدالله صالح - البنك الأهلي التجاري - جدة. والأستاذ/ غلاب عبدالقادر - الجزائر. والدكتور/ عبدالله بن علي أبو سيف الجهني - المشرف العام على مكتب الندوة العالمية للشباب الإسلامي - المدينة المنورة. والأستاذ/ محمد فؤاد عبدالعليم -

البحيرة - جمهورية مصر العربية. والأستاذ / محمد سند آل سند - الرياض. والدكتور/
حسن علي الأهدل - مدير عام إدارة المعلومات والدراسات والبحوث - رابطة العالم
الإسلامي - مكة المكرمة. والدكتور/ شرف بن علي الشريف - قسم القضاء بكلية الشريعة -
جامعة أم القرى - مكة المكرمة. والدكتور/ عبدالله بن حمد الغطيم - جامعة أم القرى -
كلية الشريعة - قسم القضاء - مكة المكرمة. والدكتور/ بلحاج العربي بن أحمد - أستاذ
الفقه في المعهد الوطني العالي للشريعة الإسلامية - بوهان - الجزائر. والأستاذ / يونس
عبدلي موسى - كينيا. والأستاذ / بكر عبدالسميع مصطفى نافع - الشرقية - جمهورية مصر
العربية. والأستاذ / عبدالله محمد عبدالرحمن - أبقيق - أرامكو السعودية. والأستاذ/
عبدالهادي محمد المالكي - شركة مصفاة بترومين بترولا رابغ. والمستشار القانوني / حازم
رزقانه - الرياض. والأستاذ / مرهون بن محمد بن مرهون العزري - وزارة العدل والأوقاف
والشئون الإسلامية - محكمة مسقط الشرعية - سلطنة عمان. والمحامي الأمريكي / نيل
جرينلي - نيويورك - الولايات المتحدة الأمريكية.

فلكل هؤلاء الأخوة الأعزاء الشكر والتقدير على فيض مشاعرهم الكريمة.

Thirdly: Definitions:

The researcher should skip giving presentations of the famous writers and concentrate on the less known.

Fourthly: Drawing attention to mistakes.

Attention should be drawn to the mistakes observed by the researcher, on condition that he is precautions and does not take hasty decisions on matters which are justifiable, and he should mention that on his explanatory notes.

Fifthly: References:

1. Quranic verses are to be referred to as in the Holy Book according to number of Surats, and number of verse.
2. Ahadith and narrations are related to their references. It is enough to mention the (Hadith) higher in heirarchy, mentioning those narrated in (Sahihain) with the degree of (Hadith).
3. Poetry is to be related and referred to the volume in which it is published or in the famous sources.

Fkourthly: The conclusion

In the conclusion the researcher should state the result of his research and the glossary of his work.

Sixthly: Indexes

The researcher should make detailed scientific indexes including the following:

1. Index for Quranic verses.
2. Index for Prophet's sayings.
3. Index for narrations.
4. Index for Fiqhi cases.
5. Index for fundamentals.
6. Index for fundamental principles.
7. Index for Fiqhi principles.
8. Index for personalities.
9. Index for references of writer.
10. Index for references of researcher.
11. Index for subjects.

This plan was approved by the council of the department of higher studies and the council of college of Shari'a in the university of Om Al Qura.

Members of Committee

Sig.

Professor Abdul Wahab Abu Suleiman

Sig.

Professor Hassan Ahmad Marie'

Firstly: The neglectable things in authentication.

1. The differences in pronunciation which do not lead to differences in meaning.
2. Differences in the form of writing the Quranic verses, but not in readings.
3. Differences in the expressions of praise, such as "blessings of Allah be upon him".
4. Statement of numerous references or being satisfied with the references of the manuscript.
5. Not to overload the margins with the obvious matters whether Shari'a or linguistic matters.
6. The researcher should avoid redundancy of comments.
7. He should also correct the errors known by common sense.
8. He should only mention the correct narration of Hadith which would indicate derivation or evidence and which show that the original writer depended on it, unless there is weakness in it, which is to be mentioned together with the correct narration.
9. Concerning narrations, only the correct one is mentioned. If there is discrepancy it should be removed.

Secondly: The observable things in authentication.

1. Differences between copies of manuscript should be stated in the light of these points.
 - a - The different expressions which convey different meanings.
 - b - Differences in the expressions of Hadith, and certification of the one with correct references.
 - c - Drawing attention to the probable difference in the ways of reading, and the necessity of explanation when making a certain preference.
2. Authentication of texts and (Mazahib) and opinions from the sources upon which the writer depended.
3. Verification and explanation of obscure problems through their certified sources.
4. The scientific commentary on controversial problems mentioned on the book in such a way to verify reality behind that controversy and show scientific ability of researcher.
5. Completion of shortage - if there is any - from certified sources.
6. If there was any comment indicating authentication in any margin of the original copies, it should be confirmed in the explanatory remarks and drawn attention to.

Fourthly: The Method of Authentication.

The researcher should write down the steps of the method followed by him in the process of authentication and how he would deal with the copies of manuscript, whether certified or not. He should also explain his symbols and his terminology.

In case that the researcher could not find more than one copy of manuscript, he would not be accepted to register for the authentication of that manuscript unless the subject of that manuscript is of a high scientific value. In such a case the researcher should state and explain his method and his plan for the authentication of that manuscript. He should also refer to the resources stated by the original writer, or authenticate that by himself whether from the older texts or the latter ones.

Second: Edition of text.

This includes the following:

Firstly: Copying and penmanship.

1. The researcher should follow the principles of contemporary penmanship.
2. He should divide the text into different paragraphs according to the meaning of each paragraph.
3. He should use punctuation marks according to the meaning.
4. Numbering of pages should be made at the bottom of the page.
5. Verses from the Holy Quran and the Prophets sayings should be put between brackets. Texts should also be put between brackets.
6. Margin marks should be made for the different subjects of the work.
8. If the original writer did not put titles for the chapters of the manuscript, the researcher may put titles to help distinguish between the different subjects of the manuscript. These additions should be put between brackets and refer to that in the introduction of the work.

Secondly: Punctuation and phonetic symbols.

1. Quranic verses should be written in Othmani penmanship and with phonetic symbols.
2. Sayings of the Prophet should be written with phonetic symbols.
3. Proverbs and evidences should be written with phonetic symbols.
4. Suspected names and strange expressions should be written with phonetic symbols.
5. Strange terminology should be written with phonetic symbols.
6. In case that there are numerous ways of punctuation, it should be written in words.

Thirdly: Commenting on the text.

This includes the following:

4. People's appreciation of the writer's work and the time of his death. Emphasis should be given to the different aspects and the reasons which had the greatest influence on the personality of the writer and his scientific production, bearing in mind that only concise biographies of the writer's teachers and students are to be mentioned. As for influence the authenticator should only mention how much the writer had benefited from those teachers and how much they had benefited from him.

Secondly: Review and study of the manuscript. This includes the following elements:

1. Certification of relating the manuscript to its writer.
2. The style of the writer.
3. Importance of the manuscript in the field of that study.
4. The new additions of the writer.
5. Independent reasoning and inclinations of the writer.
6. Reliance of later writers on that manuscript and their reference to it and their benefit from it.
7. Scholars appreciation of the work.
8. The intellectual influence of the writer on the intellectual inclinations of the Sharia studies.
9. The scientific characteristics of the manuscript.
10. The writer's method.
11. The references of the writer.
12. Criticism of the work, and observations on it. It should be put into consideration that these elements are not final because every manuscript has its own nature and its different characteristics which are to be discovered by the researcher in his reaction with the subject of the manuscript.

Thirdly: Review and study of Manuscripts.

The researcher should collect what ever copies of manuscript he could find and review and study all of them. He should state the name of the copier, the date in which it copied and the number of the copied manuscripts and the places where they are found.

If one of these copies of manuscript available with the researcher, was a copy of the original manuscript, it would be used as the original. Other than that, the researcher should apt between texts and select the one which is closer to the subject matter.

The researcher should mention in detail all the procedures he followed in the process of authentication of the manuscript and showing it in the way which the original writer had intended.

TEXTS AND DOCUMENTS

PLAN FOR AUTHENTICATION OF ISLAMIC HERITAGE*

(Unofficial Translation)

All praise be to Allah Cherisher of the worlds, and prayer and peace be upon Prophet Muhammad, upon his companions, and upon all those who were rightly guided by him.

A committee to undertake the review of plans for the study, and authentication of Islamic heritage was formed in the department of Shari'a higher studies in the faculty of Shari'a in the university of Um Al Qura in Makkah Al Mukkaramah. The committee was composed of professor Abdul Wahab Ibrahim Abu Suleiman and professor Hassan Ahmad Mar'ie from this department, and it held its first meeting on Sunday 11/5/1412. After reviewing the previous plans and studies conducted with the purpose of authenticating Islamic heritage, the committee submitted these suggestions as basis for that plan:

The plan for the authentication of Islamic heritage aims at fulfilling the following major elements:

- a – Verification and review of the text or introduction of authentication.
- b – Review and study of all copies.
- c – Edition of text.
- d – Commenting on text.
- e – Conclusion.

These points are to be elaborated in the following:

Firstly: Verification and review of text or introduction of authentication.

This point constitutes four elements. The first element is the biography of the writer. This assignment is to be undertaken by the authenticator of the first part of the manuscript.

The students who are taking other assignments on the manuscript are to write shorter concise biography of the writer.

Biography of writer should include the following elements:

1. The political, social and cultural life at the time in which the writer lived.
2. The writer's biography, his name, his tribal descent, his place of birth and his up bringing.
3. The writer's education, his teachers, his students and his scientific production.

* This plan was implemented in Um Al Qura university by the committee composed of the two professors mentioned above. The journal has published this plan hopefully that authenticators may benefit from.

on his behalf, as the lease is considered in the leaseholder's possession. If it was stipulated on him to benefit from the lease only himself, then that lease contract becomes invalid⁽¹⁾.

In the Hanbali school, the lease contract is correct, but the stipulation is invalid, such as when a land owner stipulates on the leaseholder to grow barley on the land and nothing else. This condition is invalid while the contract is correct. In (Al Mughni) it is stated that it is probable to accept that condition as being correct, and these are the two points of view of the companions of Imam Shafie.

This opinion is the one closer to correctness and justice, because when an owner offers his property for lease he may want a certain kind of person to hold the lease and may refuse another, as the first one is trustworthy and would keep the property in good shape as if it is his own, and the other one may be just the opposite. So when an owner stipulates on the leaseholder not to release it or accommodate others in it, is because he wants to protect his property. When the leaseholder accepts this condition, it is acceptance of obligation and acknowledgement of a right. Allah Almighty Says:

**"O ye who believe,
Fulfil all obligations"**⁽²⁾.

The Prophet, peace be upon him said, "Muslims are obliged by their obligations, except an obligation to permit a (Haram) or an obligation to forbid a (Halal)"⁽³⁾.

According to this, if the owner of a property leased it without determining any conditions of the method by which the leaseholder may benefit from the lease, then in this case the leaseholder would have the right to make absolute benefit from the lease with no restrictions except not to bring damage to the property. But if the owner or the one who stands in his place stipulated on the leaseholder to make use of the benefit from the property himself, it would be obligatory on him to fulfil that condition.

And Allah is All-Knowing

(1) Nihayat -ul- Muhtaj.

(2) Surat -ul- Maida from verse 1.

(3) Baihaqi, Al Sunnan Al Kubra vol. 6 P. 79.

RULE ON THE ONE WHO LEASES A PROPERTY AND RELEASES IT WITHOUT PERMISSION OF OWNER

In this case an inquirer is saying that he leased a house to live in for a certain period of time and for a determined rental. After sometime the inquirer said that he no longer needed to keep that house, and hence he wanted to benefit from that utility for his own, but the owner prevented him from doing that whether by accommodating someone in it or by releasing it to someone else, arguing that the one who leased it in the first place is the one who is to benefit from it himself. The inquirer is asking whether the owner of the property has the right to prevent him or not?

The answer to this question is based on two prepositions: The first preposition is the right of absolute benefitting. A number of jurists advocate for this opinion⁽¹⁾.

This right allows for the leaseholder to have free hand for benefitting from the property he is leasing in whatever way he may choose. He may live in it alone or accommodate other people in it with charges or without charges. There is no restriction on the leaseholder to benefit that from property except bringing "damage on it," either by himself or by those who occupy it actually. He should not subject the property to dangers and hazards such as storing flammable substances in it or whatever may cause damage to it or change its outer appearance, presently or in future. Basis of that is the right of the one who concludes a contract for the lease of a property, to obtain the benefit of what he had contracted for either by himself or by someone else.

The second supposition is the restricted benefitting. This is applicable when the owner stipulates on the leaseholder not to release the property to anybody else nor accommodate anybody or any such conditions restricting benefitting, but the question is whether such stipulation is correct or not?

The jurists have different opinions. For instance Imam Abu Thawr states that the leaseholder when leasing should determine the kind of lease he wants such as saying I want the house for myself and my family as leases differ ⁽²⁾.

In the Shafie school it is stated the leaseholder has the right to make use of the benefit of the lease whether he himself or trustworthy person

(1) Badayie' -ul- Sanayie vol. 4P. 216 - Nihayat -ul- Muhtaj vol. 5 P.P. 306-307 Al Mughni Wal Sharhul Kabir vol 6 P.P. 51-53 - Kashaf -ul- Ginaa' vol 3 P. 565.

(2) Al Mughni Wal sharh-ul-Kabir.

is no God but Allah, this is the man whom we ask to pray for Almighty Allah to send rain down to us in the desert when it is too dry⁽¹⁾.

The summary of that if the one who bought that instrument was ignorant about its price in the market and that the increase on its price was above normal which is the third of its price, then he would have the option to either return the instrument to the seller or accept the reduction in price to be made by the buyer.

However if the buyer knows that its price in the market is less than the price for which he bought it because of some urgency or because of his indifference to that increase, then he would not have the right to return it even if (Ghabn) increase in price was more than the third or more than normal price in the market.

Along with the Sharia rule mentioned above the question is also that of ethics. A Muslim must manifest good conduct in his transactions. Imam Ibn Taimeyah said that the one who increases prices above normal, deserves punishment and prevention from buying and selling until he repents and returns to people what he took unjustly, and if that was impossible he should distribute that for charity⁽²⁾.

And Allah is All-Knowing

(1) Ihya Uloom-uddin vol-2 P. 75.

(2) Fatawa Ibn Taimeyah above reference.

because he did not know the market price?

In the Maliki school, they state that he is not allowed to return commodity if either the seller or the buyer were not related to those people who squander their money in nonsense. Evidence to that the kind of injustice stated by text is cheating (Al Mustarsil). Therefore, if neither the seller nor the buyer was considered (Mustarsil) then there is no cheating and consequently no injustice⁽¹⁾.

In the Hanbali school they state that there is no option for the one who was not ignorant about prices, because he concluded his transaction with all knowledge. So he is in the same position as the knowledgeable. In the same position is the one who is hastened and did not make sure⁽²⁾.

The third side: This is the abnormal increase of price by deception, when it is a situation in which people do not normally cheat or deceive each other in. Here the sale is to be concluded, and this is the dominant opinion in the Maliki school. But if the situation is a situation of normal cheating and deception then sale is not to take effect⁽³⁾.

Some jurists estimate (Ghabn) increase, to be one third and others estimated that to be one sixth, and others said that should be referred to people's customs⁽⁴⁾.

Imam Ghazali thinks that option is not to be obligatory even if (Ghabn) increase was more than the third, but it is good to remove that (Ghabn) increase voluntarily. He derived evidence to that from what was being practiced by the good ancestry, one of them was Muhammad Ibn Al Munkadir who used to sell pieces of cloth, some pieces for five each and others for ten each. While Ibn Al Munkadir was away, his helper sold one piece for ten when he should have sold for five. Ibn Al Munkadir searched for that buyer all day until he found him, and told him about the mistake but the buyer said I do accept that, but Ibn Al Munkadir told the man even if you accept it, I would not accept for somebody something which I would not accept for myself. He gave the man three options either to replace that piece of cloth with another one from those sold for ten, or the man gets five back, or the man return what he had bought and recuperate his money. Then the man opted for the return of five and took it wondering who that Sheikh was. He was told that was Muhammad Ibn Al Munkadir. Hearing that name the man uttered, there

(1) Sharh Man-hul-Jalil vol-5 P.P. 217-219.

(2) Al Mughni Wal Sharh-ul- Kabir vol. 4 P. 79.

(3) Bidayat -ul-Mujtahid, Nihayat-ul-Mughtasid vol 2 P. 168.

(4) Fatawa Ibn Taimeyah vol 29 P. 360.

RULE ON INCREASING PRICE OF COMMODITY

An inquirer is saying that he bought a mechanical instrument from a salesman. He paid the price and obtained the instrument. But after making market survey and obtaining some quotations on the same instrument, he discovered that its price in the market is far less than the price he has paid for it, and hence he is inquiring whether he has the right to return it to the seller or not, bearing in mind that the seller had already refused to recuperate it on the presumption that the buyer bought it voluntarily.

The answer to this question concerns the case of deception through exploiting ignorance of somebody and conclusion of a sale in that situation of cheating due to ignorance of somebody and conclusion of a sale in that situation of cheating due to ignorance. The Sahai's rule in this situation has three sides: The first side is the state of being cheated because of ignorance about the price of a commodity in the market. Such kind of sale is (Haram) forbidden if discrepancy in prices is abnormally wide. In this case it is permissible for either the seller or the buyer to have the option between cancellation of that sale contract or concluding it. It was narrated that the Prophet, peace be upon him said, "cheating and deceiving (Al Mustarsil) the one who is ignorant of the price of a commodity and buys it with no bargaining - is either usury (Riba) or (Haram) forbidden"(1). Another narration about the Prophet, peace be upon him, that he prohibited meeting the buyers of commodities outside the markets, and wait for them until they bring them themselves into the market(2). He, peace be upon him allowed for the buyer to have the option whenever he comes to know the prices of the market. The reason for this the seller is ignorant of the value of the commodities (he is selling) in that market, and hence meeting him away from that market, and buy from him the commodities for prices he does not have the chance to evaluate, is a kind of deception and fraudation.

The second side is deception which is not due to ignorance about prices. Example to this is when the buyer knows that the price he paid for a commodity was less than its price in the market. In this case does he have the right to return commodity presuming that he was cheated

(1) Kanz-ul-Omal vol. 4 P. 75-Also Al Mughni wal sharhul-Kabir vol-4 P. 79.

(2) Sunnan Al Kubra Al Baihaqi vol-5 P. 347.

To sum up this question, we state that the buyer of the machine has the right to return it for the defect in it or keep it and get the difference in price between its value when it is functioning and its value when it is defective, also he has the right to get compensation for bodily injury or psychological damage inflicted upon him due to that defect in that machine whether he was the owner of it or an authorized dealer of manufacturing company.

And Allah is All Knowing

assaulting was caused by the kind of obstacles made on a public road, resulting in that damage. Examples to that when someone makes protrusions in the walls of his house, places rocks, pieces of wood, equipment, or throws oil on the road and the like, and someone slips on one of those and gets killed or damaged or injured. In all these cases the causer of damages would be liable and subject to pay (Dhaman) compensation⁽¹⁾.

According to all that was mentioned if the buyer of the machine in question was subjected to body injury, such as the amputation of a finger or more, or the infliction of wounds, he is eligible for compensation for that damage as to be judged, in consideration of the nature and circumstances of the incident. He is also eligible for compensation if damage was psychological, for instance if breaking off of the machine caused a psychological shock, panic or depression, and the like ⁽²⁾.

The Third Aspect: The right of the Damaged Person to Sue the Dealer on the damage inflicted upon him due to defect in machine.

The buyer of the machine in question has two considerations:

Either he owned that machine for his own use when he bought it from the manufacturer or from a dealer of that manufacturer, and hence that machine became the property of the buyer, and hence the one who is damaged because of using it would have the right to sue the manufacturer being the original seller, and so the buyer has the right to sue, if he wants, the manufacturing company or the dealer who had sold him the machine. Or the seller of the machine is a representative of the manufacturing company, as it is the case with the dealers who sell the products for a certain percentage they get from the manufacturing companies. In this case the seller is considered a representative of the manufacturing company, according to a contract between him and the company, authorizing him to act on its behalf (except when he is not authorized) and appear in court for all kind of liabilities, such as acceptance of the returned defective machines on the expenses of the manufacturing company. It was narrated that Ali authorized Abdullah Ibn Ja'afar to work for Abu Bakr, blessings of Allah be upon them and Ali said, whatever holds Abdullah Ibn Ja'afar liable would hold me liable, and whatever awards him awards me ⁽³⁾.

(1) Badayie-ul-Sanay'ie vol 7 P.P. 271 - 279.

(2) Muhammad Ibn Al Hassan and Abu Yusuf, Abu Hanifa's companions think that if someone digged a ditch in the road, and someone fell in it and died because of that, the digger of the ditch should pay (Dhaman) compensation. (See Baday'ie-ul Sanay'e).

(3) Figh of Imam Ali Ibn Abi Talib P. 642.

but if they lied and concealed, Allah Almighty would deprive the sale of all blessings.”⁽¹⁾

In another saying, the Prophet, peace be upon him said, “Do not keep sheep and she camels un milked for a long time so that their breasts look bigger for the buyer, but rather let them be natural, The buyer would have the choice, either to keep what he bought or return it with a handful of dry dates.”⁽²⁾

It is clear from all these evidences that it is not permissible to conceal a defect on something for sale, because in doing that there is fraud and deception and devouring people’s money in vanity.

Based on that, it is therefore permissible for the buyer of the machine in this question to return it because of defect in manufacture after the fulfillment of these conditions:-

Firstly: The buyer must not have known neither the condition of the machine nor the apparent or hidden defect in it.

Secondly: The machine should be different from the one specified buy the buyer, as being without defects.

Thirdly: The defect should be in the functioning of the machine making it unable to carry out the functions or purpose for which it was intended, or unable to function like the similar machines.

Fourthly: Return of the defective machine should take place instantly after discovering the defect. It is also permissible for the buyer to keep the defective machine he had bought and get the difference in price (Al Arsh) for which it was bought and its price after discovering the defect, at it makes no difference whether the buyer had good intentions or bad intentions. If there was dispute about the existence of the defect in the machine before the sale or after it, the statement of the buyer would be the one given consideration, because the origin is the acquittal of his trust from the price, so he would not be obliged unless he acknowledges that or be proved by testimony or whatever takes its place⁽³⁾. In fact finding out a defect in a machine, causes no trouble nowadays, because it is easy to discover that by electronic inspection devices.

Second Aspect: Eligibility of Damaged Person for compensation:

The origin is that imposing damages onto others is (Haram) forbidden whether that was done in a direct way such as transgression manifested in killing or assaulting, or in an indirect way in the case when killing or

(1) Al Nawawi, Sahih Muslim vol. 1 P. 176.

(2) Fathul - Bari, Sharh Sahihul Bukhari vol 4 P. P. 422 - 423.

(3) Al Mughni Wal Sharhul Kabir vol 4 P. 85.

RULE ON WHEN AN EQUIPMENT HAS DEFECT IN MANUFACTURE WHICH CAUSES DAMAGE TO BUYER

The inquirer about this question said that he bought a machine from one dealer. When he used that machine, one of its parts broke off and caused an injury to the inquirer. On inspecting the machine it revealed that there was defect in the manufacture of the machine. The buyer is inquiring whether he has the right to return it to the dealer, and whether he has the right to demand compensation on the injuries inflicted on him, and if he has that right, who would be responsible, the manufacturer or the dealer ?

The answer to this question has three aspects; the first aspect is to what extent is it permissible to return the defective sold item ? The origin on that is the permissibility of sale when the two parties consent to that voluntarily and in their own free will, and if that contract of sale was not concluded on a (Muharam) forbidden thing, or through a forbidden means. Anybody who concludes sale as such is obliged by the terms concluded unless he had stipulated for himself the right of option within a certain period of time or he discovered a defect in the item about which he was not aware at time of contract.

This implies that and as it is an origin in the contracts of sale, that a seller is not permitted to sell an item when he comes to know that it was defective, until he informs the buyer about that defect, for the saying of Almighty Allah in the Holy Quran:-

“But let there be amongst you

Traffic and trade

By mutual good will”⁽¹⁾

Also for the saying of the Prophet, peace be upon him “The Muslim is a brother to the Muslim, and it is not permissible for a Muslim to sell a defective commodity without showing it to him”⁽²⁾. In another saying, he peace be upon him said:-“The seller and the buyer both have option of concluding a sale and part on that . If they told the truth and revealed what is in the commodity of their transaction, their sale would be blessed,

(1) Surat-ul-Nissa from verse 29.

(2) Sunnan Ibn Majah vol 2 P. 755.

lesser harm and necessities permit for the prohibitions⁽¹⁾.

So necessity is understood in the incident of rape that the harrassed woman in most of the cases would be inflicted with psychological symptoms which would lead to physiological symptoms which might lead to her death. In this situation abortion is of lesser harm than her death. Necessity also takes into consideration that the presence of an illegitimate child needs a lot of expenses and somebody to take care of him, needless to say that the conservative societies such the Islamic society cannot tolerate the presence of illegitimate children, the thing which might cause harm to those children and to the community in which they live.

In any way this does not mean that the raped woman should wait until she becomes six or seven months pregnant and then tries to abort, because necessities are estimated in their own right. So if the raped woman could accept that pregnancy and there was no harm on her neither psychologically nor physiologically, she would not abort it in this case, and should keep it and take good care of it after birth with the hope that Allah Almighty bestow upon it a lot of good. The matter is not simply a mere whim or belittling one creature of the creatures of Allah, but it is rather a question of necessity whenever it exists, it would be permissible to commit the prohibited as a measure to avoid the more mischievous, otherwise not.

And Allah is All-knowing

(1) See Contemporary Jurisprudence Research Journal seventh issue P. 121.

than four months of pregnancy, then the rules of the Sharia would allow for the permissibility of abortion as a case of necessity with payment of expiation, Necessity has its rules, and it is an excuse for the one who finds himself in a situation of compulsion as stated in the Holy Book of Allah Almighty, as for the permissibility of a forbidden thing when necessity compels:

Allah Almighty said:

**“He has only forbidden you
Dead meat and blood
And the flesh of swine,
An any (food) over which
The name of other than God
Had been invoked.
But if one is forced by necessity
Without willful disobedience,
Nor transgressing due limits,
Then God is Oft-Forgiving,
Most Merciful⁽¹⁾.**

When the disbelievers tortured Ammar Ibn Yassir, he agreed, to do what they wanted from him such as utter dispraise against the Prophet, peace be upon him and praise their idols. When he was released, he came to the Messenger of Allah, peace be upon him and told him about the incident. But the Messenger, peace be upon him asked him how do you find your heart, then Ammar answered that it was remaining firm with faith. Then the Messenger peace be upon him told him, if they return to that again you do what they want. On that occasion Allah Almighty said:

**“Anyone who, after accepting
Faith in God, utters Unbelief
Except under compulsion
His heart remaining firm
In Faith”⁽²⁾.**

Necessities, as Imam Izzel Din Ibn Abdel Salam stated, are occasions for the permissibility of prohibitions for their benefits⁽³⁾.

The jurists have established a number of rules based on the problem of necessity, such as stating that if two mischiefs are faced, the least sinful of them is opted for, and they said the greater harm is removed by the

(1) Surat -Ul-Nahl verse 115.

(2) Surat -ul- Nahl from verse 106.

(3) Principles of Al Ahkam, Ibn Abdel Salam vol I P.P. 79 - 81.

it may also take place collectively when a group of women of a certain sect or from a certain geographical location are subjected to rape as it happens now in Bosnia and Herzegovina from the Serbs against the women of those places, a thing which is seen as a big crime against humanity.

Rape causes a lot of psychological problems for the raped women, resulting in most cases in sickness, moreover, it brings complications on her life particularly if she is married and gets pregnant due to that rape incident. In such a case probably abortion is the only means she can resort to to reduce her suffering. In such a case a Muslim woman would be torn between two problems, the first one is her desire to get rid of the aftermath of that intolerable crime and the second one her fear from committing a sinful act of aborting that pregnancy deliberately, particularly when pregnancy is so advanced, and this is the point of inquiry in this question.

In this point we should distinguish between two situations:
Firstly: the situation of pregnancy before the period of one hundred and twenty days: Such kind of pregnancy is allowed to be aborted on consideration that it is not yet fully formed. The jurists agreed that the soul is not breathed into the fetus before the passage of four months or one hundred and twenty days⁽¹⁾.

It was mentioned that some of the jurists in the Hanafi school permitted abortion before the soul being breathed if the milk of the fostering mother stopped because of pregnancy and her husband cannot afford to hire a fosterer to foster his young child who is feared to die.

Secondly: The situation of the fetus after the passage of one hundred and twenty days. This case might not cause a lot of trouble in the present time due to the advances made in the field of medicine, when it became so easy for a woman to check whether she is pregnant or not from the appearance of the first symptoms. So the raped woman is obliged to conduct the necessary procedures to check her situation after being raped. If she could make sure that she was pregnant because of that rape incident and before the completion of four months or one hundred and twenty days of pregnancy, it would be permissible for her to abort that pregnancy and her excuse would be the state of compulsion to which she was subjected, resulting in this detested pregnancy.

But if she could not make sure of her condition after the rape incident, for one (Sharia) reason or another, and the fetus reached more

(1) See Sahih Muslim, Al Nawawi vol. 16 P. 191.

is (Muhrim) or being in the state of consecration, and who is obliged to pay (Dhaman) in case that he breaks that egg ⁽¹⁾ Along this line of thinking, the sperm is considered by those to be a fetus which has the right to live. Probably the most correct in this concern is that the fetus is to be considered a believing soul when it reaches the stage of being a morsel of flesh if formation appears in it for the saying of Almighty Allah:-

“A morsel of flesh partly formed and partly unformed.”

This kind of formation would not be attained except after the passage of one hundred and twenty days of pregnancy and this is what is agreed upon by most of the jurists.

Secondly: It is ruled that abortion is forbidden after one hundred and twenty days of pregnancy. Anybody who transgresses on that pregnancy voluntarily, would be committing a crime on a believing soul. Imam Ibn Hazm thinks that compensation should be paid on that except when one is forgiven ⁽²⁾. However if the period of pregnancy was less than one hundred and twenty days, jurists have different opinions on that. In the Hanafi school (Ghurrah) is not obligatory except when the formation of the aborted fetus was identifiable, otherwise there is no sin on the aborter, but some of the Hanafis think that the aborting mother is sinful if she aborted her pregnancy without excuse and some of the excuses are stop of her milk for the young child she is fostering for whom the father cannot afford to employ a fosterer, and hence he is afraid that the child might die ⁽³⁾.

In the Maliki school - as we have mentioned earlier- that (Ghurrah) is obligatory on the abortion of the leechlike clot of blood or the morsel of flesh if it was identified as being a fetus.

In the Shafie school there is controversy on aborting pregnancy which is less than one hundred and twenty days. Al Ghazali said that before the soul is breathed into the fetus that would reject prohibition, but after the soul being breathed it is no doubt that it is forbidden to abort it ⁽⁴⁾.

Thirdly: Abortion in Rape cases:

Rape is an abominable crime and a behaviour which indicates the criminal nature and aggression on values and honours. Rape usually takes place on individual incidents as it happens against a particular one in one time due to degradation of society and the effect of narcotics abuse, and

(1) Sharh Fat-hul-Qadir vol 8 P. 325.

(2) Al Muhala vol. 11 P. 31.

(3) Hashiyat IbnAbdeen vol 3 P. 176.

(4) Ehya - uloom- Uddin vol. 2 P.P. 49-50.

place after the period of one hundred and twenty days of pregnancy or in other words at the end of the duration for the formation of the morsel of flesh.

The fetus is considered part of his mother, but it is gradually acquiring the state of an independant soul which would have good trust and would be entitled for the right of life⁽¹⁾.

Most of the opinions discussing the question of fetus say that its formation must be completed so that the Shari'a rules be imposed on it. The jurists had controversy over the stage of formation which would entail the payment of (Ghurrah) compensation on the fetus. Imam Malik said that a fetus is all that a pregnant woman aborts whether in the form of a leech-like clot of blood or in the form of a morsel of flesh which can be identified as a fetus. Imam Shafie stipulates the ability to identify the formation of the fetus.⁽²⁾.

In the Hanbali school they stipulate that the aborted fetus must be in the form of human being. If the pregnant woman aborts something other than that, there is nothing in that, because it cannot be identified as being a fetus. However if the pregnant woman had aborted a morsel of flesh and trustworthy midwives acknowledged that there is hidden resemblance to human beings in that aborted fetus, in this case (Ghurrah) compensation is due.

But if those midwives acknowledged that the aborted morsel was the beginning of the creation or formation of a human being but missing resemblance, two opinions are stated on that. the first one states that there is nothing on aborting that, because it has not yet taken its completed form, as the origin is the acquittal of trust which can not be obliged due to suspicion and doubt.

The Second one is that (Ghurrah) compensation is imposed for aborting such fetus because it is the initiation of the creation of a human being which would take its complete form eventually.⁽³⁾.

Some jurists from the Hanafi school elaborated on the definition of the fetus, saying that as long as the sperm in the womb does not spoil, it is prepared for life and hence it is considered like the living person as far as payment of (Dhaman) compensation is concerned, in case that sperm was spoilt, the same as the egg of wild game (fouls) has the same consideration of the game itself during the time of Haj for someone who

(1) Sharh Fathul - Qadir vol -8- P. 324.

(2) Nihayat-ul-Muhtaj vol 7 P. 362.

(3) Al Mughni Wal-Sharh-ul-Kabir vol 9 P.P. 538 - 539.

RULE ON DELIBERATE ABORTION OF PREGNANCY RESULTING FROM RAPE

The inquirer in this question is asking whether it is permissible, according to Shari'a, for a woman to abort her pregnancy which resulted after being subjected to rape ?

The answer to this question is three dimensional .

Firstly:- Definition of embryo and when is it considered a believing soul which should not be transgressed. The origin on that is the saying of Almighty Allah:-

**“O mankind if you have
Adoubt about the resurrection
(Consider) that we created you
Out of dust, then out of
Sperm, then out of a leech-like
Clot, then out of a morsel
Of fleh, partly formed
And partly unformed, in order
That we may manifest
(our power) to you”⁽¹⁾**

This indicates that the sperm is the beginning of creation whose duration is forty days, and then the leech-like clot of blood which takes forty days and then the morsel of flesh which continues for forty days when formation of fetus is completed as Allah Almighty Says:-

“a morsel of flesh, partly formed and partly unformed”. It is also affirmed in (Sahihain) that the Messenger of Allah, peace be upon him said: ‘the formation of everyone of you is assembled in your mothers wombs within forty days, and then it becomes a leech-like clot of blood for the same period. and then it becomes a morsel of flesh for the same period. After that Allah Almighty sends an angel who orders one you with four orders, and then the angel writes down the amount of sustenance one will have in his lifetime, the kind of deeds he would carry out, the life span and age and whether one is happy or unhappy, and after that the soul is breathed into the fetus.”⁽²⁾

This Hadith indicates that the completion of formation would take

(1) Surat-ul-Haj from verse 5.

(2) Fathul-Bari, Sharh Imam Al Bukhari vol 11 P. 486-495. Sahih Muslim vol 16 P. P. 189 - 191.

The time of Haj is stated as:

“For Haj

Are the month well known” (1).

So Haj performance is obligatory on the living persom, and also obligatory to be performed on behalf of the deceased, in response to the saying of the Messenger of Allah who said, “The one who intends to perform Haj let him do that the soon possible, because one may get sick, and things get lost and need dominates.” (2).

The second evidence is that it is not narrated about the Messenger, peace be upon him, a correct narration indicating that Umra is an obligatory ordinance. The Hadith stated in the (Sahihain) narrates that Islam is founded on five pillars which are: The two testimonies, performance of (Salat) practice of Zakat and performance of Haj. Also the Hadith of the bedouin inquiring about Islam and its meaning and the explanations of the Prophet, peace be upon him, indicate unequivocally that Umra is not an obligatory ordinance, but rather it is one of the (Sunnahs) which are not allowed to leave out. It is becoming of the Muslim to perform it in expectation of the rewards from Almighty Allah:

To presume that the verse:

“And complete

The Haj or Umra

In the Service of Allah” is evidence that Umra is an obligatory ordinance, those who oppose that point of view say that there is no evidence for obligation in the verse because Umra here is for Allah not like in the time of ignorance when Umra was for the idols (3).

The Summary of the answer to this question is that Umra is not an obligatory ordinance but it is a (Sunnah) of great significance in the life of a Muslim. No one is allowed to neglect is. A Muslim should perform it so as to be weighed with his good deed in the Day when deeds are presented infront of Almighty Allah.

It may be performed any time of the year. However, its performance in particular times is only emphasized for affirmation of rewarding and doubling of graces as it is the state when it is performed during Ramdan or on the tenth of Zul Hijah.

And Allah is All-Knowing

(1) Surat-ul-Baqara from verse 197.

(2) Sunnan Ibn Majah vol 3 P. 176.

(3) Badie-ul-Sana'ie.

Those who stated the non-obligation of Umra derived another evidence to support their opinion from the Hadith of the bedouin who came to the Messenger of Allah, peace be upon him inquiring about what Islam means. In his explanation of that, the Prophet peace be upon him answered the man, Islam is to acknowledge that there no God but Allah and that Muhammad is the Messenger of Allah, and you perform regular prayer, and practice regular Zakat, and fast the month of Ramadan, and perform (Haj) pilgrimage to the House, if you were able to do that, Then the bedouin said what you said is the truth, and that behaviour from the man astonished us, how come he asks a question and when the Messenger, peace be upon him, answered that question, the man said, you stated the truth.”⁽¹⁾

In this Hadith, not mentioning Umra with Haj means that it is not obligatory.

From what is previously stated it is clear that there is controversy on the obligation and non-obligation of Umra, but the dominant understanding, Allah is All-Knowing - is that it is an obligatory (Sunnah) the same as (Witr) which is the last odd (Rakat) to be prayed at night. It is not recommendable to neglect it, as Imam Malik said that⁽²⁾.

There are two evidences for that. Firstly: Allah Almighty made the fundamental worshippings clear by stating clear rules, as in the case of regular (Salat) regular (Zakat) and fasting. He, Almighty also made the ordinance of Haj clear with the stipulation of ability:

“Pilgrimage there to is a duty

Men owe to Allah

Those who can afford

The journey.”⁽³⁾

The performance of Haj was explained to be carried out in a certain location, and certain time:

“The first House (of worship)

Appointed for men

Was that at Bakka

Full of blessing

And of guidance

For all kinds of beings.”⁽⁴⁾

(1) Sahih Muslim, Al Nawawi vol 1 P.P. 159 - 160.

(2) Sharh Manh-ul-Jalil. Sheikh Elaish vol. 2 P. 186.

(3) Surat-Al-Imran from verse 97.

(4) Surat-Al-Imran verse 96.

him said, "Haj and Umra are two ordinances, and there is no harm on you with which ever you started"⁽¹⁾.

Imam Shafie has statement emphasizing the obligation of Umra from the interpretation of the Holy verse:

"And complete

Haj and Umra

In the service of Allah".

It is probable that Haj and Umra have been ordained together, if they were in the same situation, such as **"And perform regular prayer, and practice regular charity"**. In another verse He, Almighty said,

"For such prayers

Are enjoined on Believers

At stated times".

Here, we can see that Zakat was once mentioned together with prayer. Another time Salat was mentioned alone. This kind of statement did not prevent Zakat from being an obligation. The explicit meaning of the Quran is more to be considered in deriving the meaning if there was no indication that it was implicit"⁽²⁾.

The other fold of the answer is that Umra is not obligatory. Among those who stated this opinion are Abdullah Ibn Masood, blessings of Allah be upon him, Imam Malik, Imam Abu Hanifa, Abu Thawr, Da'ood and some companions of Imam Shafie⁽³⁾. Those who stated non-obligation say that Allah Almighty prescribed Haj in His Book:

"Pilgrimage thereto is a duty

Men owe to Allah

Those who can afford

The journey"⁽⁴⁾.

Saying the name Haj in this context is limited to the practice of Haj alone and it does not refer to Umra. Anybody who states otherwise would be adding something more to the text, and that is impermissible without evidence"⁽⁵⁾ Also they derived evidence from what is narrated by Jabir that the Prophet, peace be upon him, was asked about Umra and whether it was obligatory or not and he said No. But if you perform it is for your own good."⁽⁶⁾

(1) Kanz-ul-Umal vol. 5 P. 115.

(2) Kanz-ul-Umal.

(3) Previous references.

(4) Surat-Al-Imran from verse 97.

(5) Bada'ie-ul-sana'ie.

(6) Musnad Imam Ahmad vol. 3 P. 316.

CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQHI) POINT OF VIEW RULE ON UMRA

In this case an inquirer is inquiring that quite a number of Muslims believe that a Muslim must perform Umra before performing Haj and that is because Umra is obligatory on a Muslim at least once in his life time. Others insist that the time for performing Umra is immediately before performance of Haj, and they say that it would not be correct if its performance took place after that of Haj. They might also go to the extent to say that Haj too would not be correct in this case

The answer on this inquiry is two folds: The first one is obligation of Umra. This opinion is stated by a group of the companions of the Prophet, peace be upon him. Some of those are Abdullah Ibn Abbas, Abdullah Ibn Omar, Zaid Ibn Thabit, Saeed Ibn Jubair, Saeed Ibn Al Maseeb, blessings of Allah be upon them. Also some other jurists said that Umra is obligatory. Those are some companions of Imam Abu Hanifa, Imam Shafie, Imam Ahmad, Atta and Al Awza'ie⁽¹⁾. They derived their evidence from the Holy verse which states:

“And complete

The Haj or Umra

In the service of Allah⁽²⁾

They also used as evidence what is narrated by Ibn Omar about his father, blessings of Allah be upon them, who said that, a good looking bedouin, who wore white clothes entered where the Messenger of Allah, peace be upon him was sitting, and the bedouin asked, what is Islam, Messenger of Allah) He, peace be upon him answered, it is to acknowledge that there is no God but Allah, and that Muhammad is the Messenger from Allah, and you perform prayer, and pay Zakat (alms), and fast the month of Ramadan, and you perform Haj and Umra, and you wash yourself of impurity of post-sexual intercourse⁽³⁾. They also derived evidence from the narration that the Messenger of Allah, peace be upon him, had performed Umra before performing Haj and also the narration of Zaid Ibn Thabit that the Messenger of Allah, peace be upon

(1) Bidayat-ul-Mujtahid, Ibn Rushd vol. 1 P.P. 222 - 223 Al Um, Imam Shafie vol. 2 P. 132, Badai'e-ul-Sanai'e, Kasani vol 2 P. 226, Al Mughni wal Shārhull Kabir vol. 3 P. 16.

(2) Surat-ul-Baqara from verse 196.

(3) Kanz-ul-Umal vol. 1 P. 337.

authorization was not general, investigation on the authorizer's profession is to be made, and if it was discovered that he did not have any profession then that authorization becomes invalid, but if he had a known trade on which authorization can be applicable it is permitted.

In (Hashiyat-ul Jawa Alal Ashbah) it is stated that the one with general authorization has the right to dispose of everything except divorce, freeing, donation and endowment. Also he should not have the right of acquittal and releasing an indebted of his due debts, because these actions are analogous to donation, and hence that is included within the statement of Al Barrazi who said that an authorized does not have the right to donated. As for offering loans, and donations on condition of recuperation, because a loan starts as lending and ends as compensation. An authorized person should not possess that right of offering loans, because this right is only possessed by the one who possesses the right of donation. So it is not permissible for an authorized guardian to lend from the wealth of an orphan or his gift even though that loan would be returned as compensation at the end. In general the authorized representative has the right to possess the repaid debts, and raise cases demanding repaying that debt, stand for acknowledgements with debts and pay court fees all on the expense of the authorizer, but it does not concern the council of the judge because that is authorization for disputation and not in the general authorization.

RULE ON WHETHER GENERAL AUTHORISED REPRESENTATIVE HAS RIGHT TO DONATE OR NOT

Imam Muhammad Amin Known by Ibn Abdeen*

The answer to this question is that a representative does not have the right to donate from the wealth he is authorized to possess, such as when someone authorizes someone else to collect debts he has due on a third party. In this situation the authorized person is only a keeper of that wealth. Also the representative does not have the right to donate if owner of the wealth authorized him to be a representative in every small or big amount of wealth. However if the owner said to the representative you represent me in everything, then donation in this case is permissible because he would be a representative in all kinds of commercial transactions such as selling, buying, gift and charity. But the jurists had controversy on freeing those in bonds and divorcing and endowments. Nevertheless some jurists still say that the representative has the right to donate if that kind of authorization is generalized. Others say that he does not have that right unless there is evidence to support utterance of authorization and the like. This opinion is followed by the jurist Abu ILaith. Al Natifi said that if the authorizer said to the authorized you are my representative in everything, then your donation is permissible. It is narrated about Muhammad that he said he could be a representative in compensations, in leases, freeing and gifts. It is narrated about Abu Hanifa that he said he could be a representative in compensations but not in gifts, donations and freeing, and this is similar to what Abu ILaith had opted to.

In Fatawa Abi Ja'afar, a man said to another, I authorized you on all my affairs, you stand on my behalf with all powers of attorney. That authorization would not be general. But if he said to the man, I authorized you on all affairs that permit to be authorized for, then that authorization would be a general authorization applicable on all commercial transactions and marriages. In the first aspect of the answer if

* One of the most famous jurists of the Hanbali school.
He was born in 548 Hijri, and he died in 620 Hijri.

to be given (Dhamans) is acceptable because correctness of contract is of more concern to him. His statement is accepted as when they have controversy over an invalid condition. Al Shafie said that is probable that the statement of the boy is the acceptable one as the origin is not reaching puberty and hence there would be no obligation on him. This is not similar to the situation when they have controversy over an invalid condition, for they differ and then agree on the liability of action. It is clear that they do not take any action unless it is correct, and hence the statement of the one who alleges correctness is the apparent. Here they differed on liability of action and the one who alleges liability does not have evidence to rely on and hence his allegation can not be rejected. The rule on the one who is known to be a mental case, is like the rule on the young boy. But he is not known as mental case, then the accepted statement is the statement of the one whom (Dhaman) is made in his favour.

As for the one whose property is seized because of bankruptcy, his (Dhaman) is correct and it remains obligatory even after release of seizure because he has capacity of action and disposition over his wealth. Seizure was on his money and not on his trust, and so he becomes like the mortgager, whose actions are all correct except mortgage, so he is in the same situation such as when he borrows, acknowledges something in his trust or buys⁽¹⁾.

(1) Al Mughni Wal Sharhul Kabir vol. 5 P.P. 78-79.

RULE ON PERSONS WHOSE (DHAMAN) IS CORRECT AND THOSE WHOSE (DHAMAN) IS NOT CORRECT

Imam Muwafaq -ud-Din Abu Abdullah Ibn Ahmad Ibn Muhammad Ibn Qudamah*

(Dhaman) compensation is correct from any person who has allowance to have free hand in his wealth whether that person was a man or a woman, because (Dhaman) is a contract by which wealth is meant. So it is correct from a woman such as selling. It is not correct from the mad person or the one who is not aware of what he says due to illness, or from the young boy who does not have ability of discretion, and there is no controversy on that. (Dhaman) is an obligation for money by contract, and so it would not be correct from the above mentioned categories, the same as vows and acknowledgement.

(Dhaman) is also not correct from the seized person who squanders his wealth in vain. This is mentioned by Abul Khattab and it is the opinion of Al Shafie. Al Qadi said it is correct and it remains obligatory after seizure is released. (Dhaman) in this case has priority as it is obligation of money by contract. It is not like selling and buying, and does not look like acknowledgement because acknowledgement is statement of due right from the past.

As for the young boy who has capacity of discretion, (Dhaman) from him is not correct. This is the opinion of Shafie. In the Hanbali school we stated the two narrations that both are correct, acknowledgement and acts of a young boy with capacity of discretion after obtaining permission from his guardian. To combine both is not correct, because that is obligation for money from which the young boy gets no profit. So it is not correct from him like donation, vows, except for selling. If they disagree - the (Dhaman) giver and the one (Dhaman) made for - on the time of (Dhaman) as when the boy says before reaching puberty and the one (Dhaman) was made for said after reaching puberty, Al Qadi said reference is made to the saying of Imam Ahmad that the statement of the one

(*) One of the most famous jurists in the Hanbali School. He was born in 541 Hijri and died in 620 Hijri.

became very scary the authorities should not leave it as it is, but the owners should be asked to demolish it otherwise the authorities would carry that out and charge the expenses on the price of the remaining parts of the wall⁽¹⁾.

(1) Tabsirat-ul- Hukkam Fi Usul Al Aghdiah Wa Manahij Al Hukkam Vo. 2 P.P. 240-242.

or puts thorns, or puts slippery substance to make anybody slip on it, he has to pay (Dhaman) for the consequences of doing that. Also if someone uses the road as tying place for his animal which causes damage to people, then he should pay (Dhaman) for that damage, because he is transgressing in all that. Also the one who keeps a dog in his house so as to bite those who approach the house, should also pay (Dhaman). If someone puts a sword on the road with the intention of killing a particular person and that person stumbled on the sword and died, then Ibn Al Qassim said the one who put the sword is to be killed for that, and if someone else stumbled on the sword and died, the one who put the sword would be obliged to pay (Diyah), the rule on the first case is that murder was intentional and in the second case it was not intentional.

3. Dhaman on Leaning wall:

Ibn Rashid said that if the wall was inclined originally since the time it was built then the owner is obliged to pay (Dhaman), but if the wall was built correctly, but by time it got cracked causing a hazard and the owner was warned about it, and he could have mend it but he did not, then he would be obliged to pay (Dhaman) for the damage it had caused. Ibn Al Qassim said there is controversy over (Dhaman) if he was not warned, there is no (Dhaman) on him. Ashhab said that if the wall got very scary and reached a bad condition not to be left as it was, then the owner is obliged to pay (Dhaman) even if not witnessed against. Testimony in this case is only from a judge or from the authority concerned to look into that. Testimony of other than those is not to be accepted. Warning of other people such as neighbours is not necessary unless in the case where there is nobody to represent authorities, and hence testimony of neighbours and other people would be enough. Some of the (Qaraweyeen) said that if the owner of the wall confessed with his mistake, then the testimony of other people would be accepted without the one of the authority, but if he was denying the authority should interfere.

If the property was mortgaged or leased, the original proprietor is the one who is to be witnessed against, and if he was absent the matter is to be raised to the authorities, and witnessing against the occupant is of no use, because he has no right to demolish it. In (Tazkirat -ul- Hukam) for Qadi Burhan -ud- Din Al Ikhna'ie, it is stated that if the property was for people sharing it and who have been warned, but the wall fell on something and caused damage, then (Dhaman) is on all of those who are benefiting from (Manfa'a) and not sharers alone.

It is also stated that (Dhaman) is imposed on the consequences of a falling wall whether the owner or user warned or not warned. If the wall

FATAWA AL FUQAHA

(DHAMAN) OF THE ONE WHO PUTS AN OBSTACLE ON THE ROAD OR PUTS SOMETHING ON HIS DOOR WHICH CAUSES DAMAGE, AND DHAMAN OF LEANING WALL

Imam Burhan -ud- Din Ibrahim Ibn Ali Ibn Muhammad Ibn Farhoon Al Ya'amari Al Maliki*

Imam Malik, grace of Allah on his soul, said in Al (Muwatta), according to our school of thought, the one who puts an obstacle on the road, by digging a ditch or ties an animal or something of the like, he is obliged by (Dhaman) for whatever happens as damage because of that obstacle. If the (Dhaman) to be paid by the one who caused that obstacle is less than the third of (Diyah) then it should be paid from his own money, and if it is one third of (Diyah) and more it would be on the (Aqilah) relatives of the one obliged to pay (Dhaman). However if what he made on the road was a permissible thing then there is no (Dhaman) on him. Al Baji said for instace if he digged a well (or ditch) on the road for no legitimate purpose, and someone is hurt because of that well, he would be obliged to pay (Dhaman) as well as when he digs a well in the land of someone else without his permission. Ibn Al Qassim and Ashhab said that if one digged a well in his property or someone else's property with the purpose of causing damage or hurting an intruder, then he has to pay (Dhaman). But if one makes something permissible to him such as digging a ditch for drainage or for sewage, as long as that ditch would not cause damage on the road or those who use it, or he digged it in some one's property with permission, or digged a cannal for carrying wastes and someone slips on it and dies, or ties a hunting dog in his house or stops his camel on the road for a while as in front of a mosque or a bathroom or in the market place and the like, he would not be obliged to pay (Dhaman) for what results from that.

Dhaman of the one who puts something causing damage on his door :

If one puts sharp edges of sharp bars in front of his door to pierce the feet of intruders or puts sharp things on his wall for the same purpose

* One of the most famous jurists of the Maliki school. He was born in 693 H. and died in 799 Hijri.

(Heba) is not cancelled by the death of the grantor. This is the opinion of most of Shafie's companions who think that (Heba) contract is a would - be obligatory contract which is not cancelled by death such as the sale in which option is stipulated. It would be given out if the granted person died after accepting it. If either of the two had died before acceptance or what indicates that, grant is invalidated from one aspect because the contract was not completed, similar to the sale in which either one of the two parties died before acceptance from the buyer.

Rule on Stipulation of (Qabd) concerning

(Heba) of Debt:

(Heba) of debt from the creditor to the debtor is acquittal for the debtor which does not need acceptance. To if someone has a debt on someone else and he granted that debt to the indebted or acquitted him from its obligation, then that grant is correct and hence the trust of the indebted would be acquitted, and even if the indebted rejected the grant, it would also hold validity. If the creditor said, I give my debt as charity to you or I forgive you, or I drop my debt on you or I render ownership of my debt to you, it would also be correct. If the creditor offered the debt to someone different from the indebted person or sold it him, that would not be correct according to the Hanbalis as analogous to the sale and, because a debt is not deliverable. The Shafies stated the same opinion as the most correct. It is correct because there is no aleatory effect on that for neither the granted person nor the grantor. According to the Hanafis (Heba) of the debt to someone other than the indebted is permissible, being as if the debtor authorized that person to recuperate that debt. But by analogy it would not be permissible according to Zafar and according to the Hanafis because the debt is not (Mal) according to them. (Heba) is a permissible contract for appropriation of (Mal) property and so if added to something which is not (Mal) it would not be correct. However I would take the opinion of the Hanafis for the permissibility of (Heba) of debt to someone other than the indebted is permissible, being as if the debtor authorized that person to recuperate that debt. But by analogy it would not be permissible according to Zafar and according to the Hanafis because the debt is not (Mal) according to them. (Heba) is a permissible contract for appropriation of (Mal) property and so if added to something which is not (Mal) it would not be correct. However I would take the opinion of the Hanafis for the permissibility of (Heba) of debt to someone other than the indebted person.

And Allah is All-Knowing

he possessed it in the council of the contract or after that. As (Qabd) is not obligatory on the grantor so it would not be correct to perform it without his permission. And as permission for (Qabd) is a condition for the correctness of (Qabd) in the sale, so in (Qabd) of (Heba) it should be more so, because (Qabd) is one condition for the correctness of (Heba) not like sale.

In the second opinion, the Malikis think that (Qabd) is correct even without the permission from the grantor, who is forced to enable the granted person have access to and possess what he is granted whenever he claims it, as (Heba) is rendering of ownership, and appropriation by saying or in other words by offering. This is a famous opinion of the Malikis.

From this narration it is clear that the first opinion is the predominant opinion for its strong argument. On the other the opinion of the Malikis was based on the presumption of the correctness of the conclusion of (Heba) by saying, and that they had no evidence to justify the act of forcing the grantor to enable the granted person to have access to and possession of the grant.

Dispute of Grantor and Granted Over Permission:

If the grantor and the granted person disagreed as to the existence of permission or otherwise, the statement of the granted would be the statement which would have consideration. In case of agreement on permission but the grantor said that he had withdrawn his grant before making (Qabd) and the granted person contested that withdrawal took place after (Qabd), then it is the statement of the granted person which would be considered, after his oath. However if the grantor rendered possession of the grant to the granted person, but he said that he only meant by that depositing it in the trust of the granted person or giving it to him as (Ar-riyah) borrowing, then the statement of the grantor would be given consideration, even if the granted person denied that.

Rule on Death of Grantor or The Granted Person Before (Qabd):

If the grantor or the granted person died before (Qabd) of (Heba) then it would be invalid, whether death took place before permission or after it, because the contract of (Heba) is a permissible contract which is invalidated by the death of either one of the two contracting parties, the same as authorization or partnership. Abul Khattab said that on the event of the grantor's death, his heir would assume his place in giving permission for (Qabd) of (Heba) or its cancellation. This indicates that

allowed to carry (Qabd) out by way of guardianship but by way of recommendation as having the boy in his custody constitutes some kind of guardianship, also that he would be maintaining the interests of the boy and safekeeping it.

Imam Malik and his companions stated that possession is indispensable in the case of residence and the things to put on. If he resided in the house he should evacuate it when it is granted. As for clothes, once the grantor wears the granted clothes, then (Heba) is invalidated. As for the other offers, the opinion of the Maliki school is similar to the opinion of the other juristic schools which means that, it is enough to declare the offer and make it known. As concerning gold and paper money, when granted, it is narrated about Malik that he said it is not permissible except for the father to hand it over to another person, after putting it in an envelop or in a container and sealing it after being witnessed. There is no controversy when the guardian assumes the place of the father, However they disagreed in the case of the mother. Ibn Al Qassim said that the mother can not assume the place of the father, but his companions said that she can, which is the opinion of abu Hanifa. Imam Shafie said that the grandfather is in the place of the father, and the mother may assume the place of the father. According to the Hanbalis, only the father is allowed to possess the grant on behalf of his son when he is the one who granted it, by saying that I granted by son such and such thing, and possessed it on his behalf. But if he did not say and I possessed it for him it would not be enough.

From what is stated previously, I would be in a position to say that the opinion which stipulates the puberty for the correctness of (Qabd) of (Heba) by the young boy is most acceptable opinion for inability of sound judgment from a young boy with no capacity for discretion, also as analogous to impermissibility for the boy to carry out sale. The guardian is the one to carry that out on behalf of the young boy.

Permission From Grantor To Perform (Qabd):

The jurists are on controversy as far as the stipulation of permission from grantor to perform (Qabd) is concerned. There are two opinions on that:

The first opinion is stated by the hanafis, the Shafies and the Hanbalis who said that it is not correct to possess (Heba) without permission from the grantor of that (Heba). But if the grantor possess (Heba) without any permission or order to possess, then he would not be entitled to own it, and it would go into his trust as (Dhaman) due payment, whether

possess it. The donor would appropriate his donation so as to achieve his purpose and not because (Qabd) is a condition for the correctness of his donation.

3. Some texts were narrated affirming that (Qabd) is not stipulated for the correctness of (Heba).

(Qabd) of (Heba) by Youngsters:

Some jurists stipulated for the permissibility the state of sanity. Other jurists stipulated puberty, as (Qabd) falls within the state of guardianship, and a youngster has no guardianship over himself, hence his (Qabd) possession of (Heba) would not be permissible, not the same as it is in the case of sale.

(Qabd) by Youngster in Different Schools;

The Hanafi School:

The Hanafis divided (Qabd) of (Heba) into two kinds.

1. (Qabd) by self: which takes place when the granted person himself possesses for himself. Conditions for the permissibility of such kind of (Qabd) is sanity, and so it is not permissible for the boy with no capacity of discretion or the mad person to carry out (Qabd). As for puberty it is not stipulated for the correctness of (Qabd) by way of recommendation, for it is permissible for the boy with the capacity of discretion to carry out (Qabd). Recommendation can be explained that (Qabd) of (Heba) is an advantageous action and hence a boy with the capacity of discretion may possess as well as his guardian. The same would apply for the young girl with the capacity of discretion. Other than the Hanafis referred to analogy by stating that puberty is a condition for the correctness of (Qabd) in (Heba).
2. (Qabd) by proxy: which is (Qabd) on behalf of a young boy. Conditions for its permissibility is guardianship by custody or guardianship by sponsorship when there is no guardian, and hence the guardian would perform (Qabd) on behalf of the young boy. The father of the boy, the trustee of the father, the grandfather of the boy or the trustee of the grandfather all have the right to perform (Qabd) on behalf of the young boy, in consideration of priority, whether the boy was living among the family of either one of those people or not. If anyone of those people was absent, the one who comes after him in guardianship would be permitted to perform (Qabd). It is not permissible for anyone to perform (Qabd) in the presence of any of the four people mentioned. When none of them was present, it would be permissible for the person who has the boy in his custody to perform (Qabd) on behalf of the boy by way of recommendation. Analogy is that, he is not

of difference of both actions one from the other. The sale is a contract which means the appropriation of the kind for a return or compensation, other than (Heba) for divine rewarding.

2. Taking narrations of the companions of the Prophet, peace be upon him as evidence is also rejected as no evidence is to be taken from anybody other than the Prophet, peace be upon him, bearing in mind that controversy on that had emerged among the companions themselves, blessings of Allah be upon them.

Discussing Evidences of Third Opinion:

1. Evidence derived from the first verse is rejected because what is ordained in the verse is fulfilling of obligations. Utterance from the grantor to the granted by saying "I offered you" with no acceptance from the offered person would not be named contract, because withdrawal of the offer before acceptance from the offered person would invalidate the offer. Hence utterance of (Heba) alone would not be named contract by the majority of the jurists. A contract would only hold when acceptance coincides with the eminent offer. In this situation we agree on the offer of fulfilling the contract. As for the evidence derived from the second verse it contradicts with so many texts which are correctly narrated about the Messenger of Allah, peace be upon him, and which concern withdrawal of (Heba) from the father on event of preference among the sons. But one may ask how would the Prophet, peace be upon him, order the withdrawal of something with which a father would favour some of his sons over others, at the time when he, peace be upon him knows that it is forbidden.
2. The Hadith narrated by Ibn Abbas is said about it that it applies only when the offer is possessed, but before possession the Hadith would not indicate prohibition of withdrawal.

The Predominant Opinion:

It seems to me that the third opinion which states that (Heba) is correct on contracting, and that (Qabd) is not a condition for that, is the opinion the most acceptable for the following reasons:

1. (Heba) is a contract of donation, and stipulating (Qabd) for its correctness would reduce its effect and may deter some people from that practice.
2. A donor donates expecting reward from Almighty Allah, and also he does that in response to encouragement of the religious teachings, and hence he knows that to attain that divine reward for the thing he offered must have reached the hands of the donated person who would

Evidences of Third Opinion:

1. Allah Almighty said :

**“O ye who believe
Fulfil (all) obligations”.**

Another verse states:

“And make

Not vain your deeds”⁽¹⁾.

These two verses indicate that the utterance of (Heba) or (Saddaqa) is like performing an act and making a contract which is obligatory to be fulfilled and no one would be permitted to invalidate that except by presenting a text.

2. About Ibn Abbas, blessings of Allah be upon him, that he said, the Prophet, peace be upon him, said, “The one who restores a grant he offered is like the one who would swallow what he vomitted.” Generally the Hadith indicates that (Heba) becomes obligatory instantly after contracting.

Discussion of Evidences of First Opinion:

1. Opposers of first opinion said that the Hadith narrated by Mutrif means that in any kind of offering there is “rendering” which means in that text excluding out of one’s ownership.

2. As for analogy, it is rejected because of the following:

a – Taking (Heba) as analogous to the loan is an invalid analogy because in the offer of a loan the offere may withdraw his offer for loan whenever he likes, but the offer of (Heba) may not be withdrawn by the grantor whenever he chooses, because there are Sharia impediments stated by the jurists, and which prevent the grantor from withdrawing the offer of (Heba) as well as (Saddaqa) charity.

b – Taking (Heba) as analogous to (Arriyah) borrowing is also rejected because (Heba) means the appropriation of the kind while (Arriyah) borrowing is a contract permitting utilization and benefiting from the kind. The lender may withdraw his offer of borrowing whenever he likes, according to the opinion of the majority of the jurists, but (Heba) and (Saddaqa) can not be treated like (Arriyah).

Discussing Evidences of Second Opinion:

1. Taking (Heba) as analogous to the sale is a rejected analogy because

(1) Surat - Muhammad verse 33.

hence it would not be concluded except by fulfilling that. When (Qabd) takes place, ownership or appropriation is confirmed for the granted person, otherwise it is not. As such is the opinion of the Hanafis, the Shafies, the Hanbalis, as far as the weighed and the measured items are concerned. Al Nakhaie, Al Thawri and Al Hassan together with other jurists think in the same lines.

Second Opinion:

Imam Malik stated that (Heba) can be concluded by acceptance, and that the grantor is forced to effect (Qabd). If the granted person shows reluctance in demanding the grant offered to him till the time when the granter is bankrupt or is sick, then (Heba) in this case is invalidated. If he sold he would get the price, but if he acted immediately, he would get all things granted.

Third Opinion :

Imam Ahmad said, in a second narration, (Heba) is correct by contracting and (Qabd) is not one of its conditions in the first place.

Evidences of First Opinion:

The followers of this opinion stated evidences for stipulating (Qabd), some of which are:

1. About Mutrif Ibn Abdullah Ibn Al Shukhair about his father who said that he was reading suratul – Takathur. after finishing, the Prophet, peace be upon him said. "The son of Adam says, my wealth, my wealth. Would you son of Adam have of your wealth any more than what you offered in charity and you rendered forward, or what you ate and consumed or what you put on and wore out".

This Hadith indicates that the Prophet, peace be upon him, stipulated rendering which means (Qabd) for the gift and the grant.

2. Another evidence they derived from analogy, and they said that they considered grant as analogous to the loan and (Arriyah) borrowing which would not be correct without being possessed, as those fall into the category of kindness.

Evidences of Second Opinion:

1. Taking (Heba) as analogous to the sale and the other transactions which entail rendering of ownership, as they are contracts.
2. All narrations about the companions of the Prophet, peace be upon him indicate that they stipulated (Qabd) for prohibitions of evasive devices.

2. (Heba) is a contract of ownership which lacks offer and acceptance the same as marriage.

The Second Opinion:

Some of the Hanafis said that the pillar of (Heba) is the offer from the grantor, as (Heba) linguistically means offer from the owner without the condition of acceptance which comes only for confirmation of its rule, meaning its consequence which is the transfer of ownership.

The Third Opinion:

The Hanbalis in one narration state that (Heba) grant is concluded by giving, which is connected with what indicates that giving even if neither offer nor acceptance takes place. Evidence to that is derived from the narrations that:

1. The Prophet, peace be upon him used to offer gifts and gifts were offered to him, and that he also used to distribute charities and order his messengers to do so.
2. The companions of the Prophet, peace be upon him, also used to distribute charities. It never had been reported about them that they made any reference to neither offer nor acceptance. If offer and acceptance were in any respect conditions for (Heba) they would have been reported.

Commentary and Evaluation:

After this review of the different opinions and their evidences. I would say that (Heba) grant would not be concluded except in the form which indicates appropriation or rendering of ownership with no compensation, or what is taken in its place, whether by saying or by doing. The deeds which refer to offer and acceptance are sufficient enough, and would need to be uttered. Taking (Heba) as analogous to marriage is rejected, as it would not hold so frequently, and hence it is not difficult to stipulate offer and acceptance for it, contrary to the grant. Some Hanafis say that the pillar of (Heba) grant is the offer is rejected, as acceptance is stipulated by text, according to (Hadith) of Abdullah Ibn Bisir.

For all that is narrated in the above, I would stand by the side of the opinion which stipulates offer and acceptance for the conclusion of (Heba) with consideration of what may be taken in their place as deeds or as saying.

The Rule of (Qabd) Possession in (Heba):

In this concern, jurists have a number of opinions, these are:

First Opinion:

(Qabd) possession is a condition for the obligation of (Heba), and

Laila and some other jurists from (Kufa) stated the (Qabd) possession is not a condition, but (Saddaqa) charity is permissible if it is made known and even if it is not possessed. Contrary to that, a grant is not permissible unless it is possessed.

The Malikis:

The Malikis state that (Qabd) possession is not stipulated for the correctness of (Heba) or for its obligation, but it is only a condition for its completeness and its benefit. In other words the granted person would own on the conclusion of the contract which is in this case the utterance or the offer. (Qabd) or possessing is only a condition for the completeness of (Heba) grant as it obliges the grantor to render the granted thing to the granted person. In such a case, if (Qabd) possession takes place without permission from the grantor, it is a valid (Qabd) possession. However if (Qabd) possession was neglected until the death of the grantor, while (Heba) grant or (Saddaqa) charity still in the hands of the grantor and under his investment, then grant and charity are no longer valid where they transform into heritance. If the grantor paid some of the grant and invested the other part, that invested part would be estimated. If it is more than two thirds, the whole grant or charity becomes invalid, and if it was one third or less then grant or charity would hold valid in the part the grantor invested or the part he did not invest.

The Hanbalis:

The Hanbalis are on controversy as far as (Qabd) is concerned. Ibn Aqeel stated that (Qabd) possession is one pillar of (Heba) grant, and in the most reputable of the two narrations about Imam Ahmad is that (Qabd) possession is a condition for the correctness of (Heba) grant of the measured and the weighed commodities for the consensus of the companions of the Prophet, peace be upon him. Commodities other than the measured and the weighed have two narrations on them. One of them states that (Heba) grant will not be concluded except by (Qabd) possession. The second narration states that a grant is concluded and it becomes obligatory immediately after contract.

Conclusion of (Heba) by Acceptance

Jurists are of three opinions concerning acceptance in (Heba):

1. Imam Malik and Shafie and Imam Ahmad in one narration, and some of the Hanafis, say that acceptance has consideration in (Heba). Their evidence is the Hadith of Abdullah Ibn Basr who said that, my sister used to send me to the Prophet, peace be upon him, with a gift which he, peace be upon him accepted.

Evidences:

1. It is stated that (Qabd) possession is delivery of the sold item to the buyer. This entails that the sold item is rendered wholly to the buyer and there should not be any dispute over it, and this can be achieved through evacuation, whether the sold item was a real estate or a movable, where (Qabd) possession in this case becomes legitimate.
2. As long as the seller has left the sold item to the buyer and there is no impediments, then in this case, the buyer is considered a possessor of all the sold items as in the case of real estate.

Discussion of Evidences:

The afore mentioned can be answered that delivery of real estate can be effected only by all customs. On the other hand, (Qabd) possession of the movable, as shown by the texts, takes place by transferring and transporting the sold item from the lieu of sale to another place where the seller has no concern with. The movables which are not stated in texts are treated as those stated as they resemble each other. What seems more acceptable of the two opinions is the first one which states that (Qabd) possession of any of the movables is effected according to its nature. Evidences stated in this opinion are explicit and straight forward and abiding by this opinion comes as observation of text and customs.

Conclusion of (Heba) Grant by Saying and Rule of (Qabd) Possession on it:

Jurists have disagreed on (Qabd) possession of the grant. Their disagreement is due to the stipulation made by some of them that holding and possessing are conditions for the correctness of (Heba) grant, while others did not stipulate any of those two conditions. They accepted that by offering only.

Positions of Schools of Thought Towards (Qabd)

Possession of Grant.

The Hanafis:

The Hanafis stated that the pillar of (Heba) grant is the offer from the side of the the grantor. Acceptance from the side of the granted person is not a pillar, by way of preference, but by analogy it should be a pillar according to the statement of Zafar who also stated that (Qabd) possession of the grant is also a pillar. The dominant opinion of the Hanafis states that a grant is concluded by offer alone, on the trust of the grantor and by acceptance of the granted person, because (Heba) grant is a contract of donation which is concluded by the saying of the donor, the same as in the will. However the granted person would not be entitled to own the grant except by acceptance and (Qabd) possession. Abu

sion of real estate holds by evacuating the estate for the buyer and enabling him to have right of dispensing and taking action towards it by delivering him the keys even if buyer does not intend to occupy it.

Secondly

(Qabd) Possession of Movable:

A movable property is the kind of property which can be moved and transported from one place to another, such as money, livestock and the like. There is controversy among the jurists as to the method of possessing the movables. There are two opinions: The first opinion is the famous opinion of the Malikis, the Shafies and the Hanbalis in their dominant opinion as concerning (Qabd) possession of the measured, the weighed and the counted and stated that the (Qabd) possession of the movable property differs with the difference of the possessed property. If the possessed was weighed, measured or counted, then possessing it would be by weighing, measuring or counting it. If it was of the kind which is transportable normally such as furniture, then possessing it would be completed by transporting and transferring it from one place to another place where the seller would have no concern with. And if it was of the kind which is held by hand such as cash money or jewelry, then possessing it would be by holding it. On cases other than what is mentioned, reference is made to customs.

Evidences for First Opinion:

The Messenger of Allah, peace be upon him, said "When you sell, then weigh what you have sold, and if you buy, then let what you bought be weighed for you."

The Hadith indicates that (Qabd) possession of the weighed would not hold except by weighing. Anything that needs the determination of measurement is included into that category. As for the things which are bought in lumps, they stated the narration about Abdullah Ibn Omar who said, "We used to buy food from the caravans haphazardly, but the Messenger of Allah, peace be upon him forbade us to sell it until we had moved it and transported it from that place. This Hadith indicates that the (Qabd) possession of the items which are sold haphazardly is completed by transporting it or by holding it. Analogous to that are all kinds of movables such as wood and the like.

In the second opinion, the Hanafis, and one narration about Imam Ahmad state that (Qabd) possession of the movable items is effected by evacuation the same as (Qabd) possession as in the case of real estate. As such is the opinion of the Malikis in the narration concerning the possession of the sold thing haphazardly.

“Help ye one another

In righteousness and piety”⁽³⁾

A grant is considered part of the righteous, as it is a reason for loving one another. A saying of the Prophet, peace be upon him, states “Exchange gifts so as to love one another.” The Prophet, peace be upon him, had accepted the gift from Najashi and the gift from Maqawqus, and had exchanged gifts with them.

However, a gift is not recommended if what is meant by it was hypocrisy, showing or boasting. for the saying of the Prophet, peace be upon him, “The one who makes others listen, Allah Almighty will reveal him, and the one who shows hypocrisy, Allah Almighty will make him scandalous.”

A grant is more rewarding than (Wassiya) will, according to what Abu Huraira narrated that he said, “the Messenger of Allah, peace be upon him was asked: which kind of charity is more rewarding? The Messenger, peace be upon him answered, it is the kind of charity which you given out at the time when you are healthy and thrifty, hoping to become rich are fearing becoming poor, before the time when you would not be given respite, when your soul is coming out until it reaches your throat, you would say this is allocated for so and so. and that is allocated for so and so” Giving the grant to the next of kin is the most rewarding, and offering it to the neighbours is better than offering it to those who further away, for the saying of the Prophet, peace be upon him, “The one are believes in Allah and the Last Day, let him be hospitable to his neighbour”.

Reality of (Qabd) Possession and its Kinds:

(Qabd) possession is acquiring of something and containing it by laying hand on the possessed thing, be that movable property or otherwise. What is meant by (Qabd) possession in the grant is the same as what is meant as in the sale. (Qabd) or possession of things is divided into possession of real estates and possession of movables.

Firstly:

(Qabd) Possession of Estates:

An estate means any kind of immovable property such as land, buildings and the like. Jurists from the Hanafi, the Maliki, the Shafie, the Hanbali and the Dthahiri schools of thought agreed that (Qabd) posses-

(1) Surat -ul- Maida verse 1.

the Hereafter, it is known as (Saddaqa) charity, and if the granted property is transported to the place of the granted person, by way of being generous to him, then it is known as (Hadiya) gift.

The Hanbalis defined (Heba), grant, as being the appropriation of a property which is permissible to dispense of whether known or unknown, existant, deliverable and it is not obligatory during one's life without compensation.

Rule and Evidence of (Heba) Grant.

(Heba) grant is a lawful and recommended worship. Evidence for that is derived from the Holy verses:

**But if they
Of their own good pleasure,
Remit any part of it to you,
Take it and enjoy it,
With right good cheer.”⁽¹⁾**

Another verse states:

**“To spend of your sustenance,
Out of love for Him.
For your kin
For orphans,
For the needy
For the wayfarer.”⁽²⁾**

Evidence for the legality and recommendation of grant in the (Sun-nah) can be derived from the saying of the Prophet, peace be upon him, “O ye Muslim women, none of you should despise what her neighbour grants her even if it was the hoof of a sheep.”

In this Hadith we can see that there is encouragement for the exchange of gifts however small that gift was, particularly when bigger amounts may not be available. The little that is given would be appreciable as it enhances love between Muslims.

Abu Huraira narrated about the Prophet, peace be upon him, that he said, “If I was invited to a lamb foreleg or hind leg I would answer that invitation, and if the same was offered to me I would accept”. This Hadith indicates that the little that is given is permissible and a gift is not to be rejected.

Muslims in consensus are in favour of the exchange of grants in all kinds, for the saying from Almighty Allah:

(1) Surat -ul- Nissa verse 4.

(2) Surat -ul- Bagara verse 177.

(QABD) POSSESSION OF THE GRANT: REALITY AND RULE IN ISLAMIC (FIQH) JURISPRUDENCE

Dr. Muhammad Hussein Gindeel*

The meaning of (Heba), grant, is the transmittal of a utilizable thing from one person to another, whether that thing was (Mal) property or otherwise. As a juristic term, grant is defined by the Hanafis as being the appropriation of (Mal) property without receiving a return or compensation. In other words it means appropriation of (Mal) property on condition that no compensation on it is gained. However, compensation is not invalidated by the offer of (Heba) grant on the statement of a condition of compensation. Although, if (Heba) has a condition of compensation, nevertheless it would have no stipulation of gain.

The Malikis defined the grant as being a profitable appropriation for the sake of the granted person and for no compensation. Charity is given the same definition by the Malikis, but they stated that it is for the sake of Almighty Allah. As for (Attiya), gift it is much generalized than the other two, and it is defined as being appropriation whose finance is offered without the initiation of compensation. Gift comprises (Heba) grant, (Saddaqa) charity, (Habs) lien, (Nehla) donation, and (Arriya) gratuitous loan. There are other kinds of grants such as the appropriation of the utility of a house whether for life (omri) or for a certain period of time. Another kind of appropriation is that of the utility of an animal with no compensation. The dowery paid by the husband to the guardian of the marriage contract also comes under the title grant.

The rules of (Heba), grant and (Saddaqa) charity are the same according to the Malikis, except in two aspects:

1. (Heba) grant is considered less than (Saddaqa) charity.
2. It is permissible for the grantor to buy (Heba) the grant or accept it for another (Heba). It is detested to do the same with (Saddaqa), charity.

According to the Shafies, (Heba) grant means: the appropriation of a kind, voluntarily, during one's life, and for no compensation. They stated that if appropriating a needy person for the sake of the reward in

* Assistant professor in the department of comparative jurisprudence in the faculty of Shari'a and law, university of Qatar. He wrote a number of researches on (Fiqh).

has to abide by the ordinances of Islamic Shari'a which does not contradict ethics or the human conscience.

Sovereignty in The Saudi Government System:

The founding system of government in the Kingdom of Saudi Arabia, since its foundation is based on the Islamic Sharia and it is the sole source of rules. No regulation or judgment should be issued by the executive authority if that contradicts the rules of Islamic Sharia. The founding system of government states in its seventh article, the following: (the government system in the Kingdom of Saudi Arabia derives its authority from the Holy Book of Allah Almighty and the (Sunnah) of His Prophet, peace be upon him.

He hath commanded that ye worship

None but Him”(1)

And in another verse:

“If any do fail to judge

By (the light of) what God

Hath revealed, they are

(No better) then wrongdoers(2)

On the light of all that it is clear that no human being can allege the possession of some kind of authority without that authority being derived from the divine legislations, whatever the position of that person in the society. So authority, power and sovereignty all belong to Almighty Allah. This is the correct and dominant opinion.

The Second Opinion: The advocates of this second opinion say that the sovereign is the (Ummah). They supported their point of view with the following arguments:

1. The Khalifa is only deputy or representative in the practice of authority. It is not owned by him. It is being bestowed upon him in consideration of his position and not for his person. He is obliged to govern all the (Ummah) in accordance with the divine instructions and rules, and he does not have to pass judgments without consultation over all affairs.
2. The Ummah is the source of sovereignty including the authority of the Khalifa, for the authority in the Islamic state which puts the contract for leadership into effect is the (Ummah). It is the authority which crowned the ruler in that position according to contract of allegiance (Bayia') contract. The Imam would remain in his position practicing his authorities following the guiding lines of what was delegated on him as duties, and in consideration of his rights, as long as he is guarding the worldly and religious affairs of Islam and Muslims.

These two opinions can be joined by the statements they have in common:

Firstly: Sovereignty is absolutely relegated upon Islamic legislation, as in the explicit texts.

Secondly: Sovereignty is only limited to the majority of Muslims in the lesser affairs which are judged by divine rules limited in the execution of the legislative texts and according to the principles of Shar'a system. The will of the (Ummah) has great consideration in Islam. But the Ummah

(1) Surat - Yusuf from verse 40.

(2) Surat -ul- Maida from verse 44.

Sovereignty is for Allah Almighty:

The difference between the principle of sovereignty in Islam and that one in the secular systems is that sovereignty in the secular system is absolute. It is the right of rulers or parliaments in that system to follow what ever suits them of political systems for the state is formed first and after that they look for the adoption of a suitable system. Whereas in the Islamic system the state is founded upon the principles of Islamic legislation, and the governing body therein is formed on the guiding directives of that system and those principles which existed prior to the existence of the state, the Ummah, authority or the Khalifa who is delegated in handling and keeping the interests of the (Ummah) whether religious interests or worldly interests.

As for the legislation of the detailed rules and regulations or making the appropriate solutions for the innovative problems, having as starting point, the spirit and soul of Islamic principles and their application, the door is widely open for all authorities concerned with the issuance of these rules and regulations to make their endeavours totally abiding by the texts of Shari'a without transgressing the limits.

Opinions of Recent Jurists:

The recent jurists thinking about sovereignty are of two opinions: one opinion states that the sovereign in the Islamic government system is the Islamic legislation, and the other opinion states that the sovereign is the (Ummah).

The First Opinion: Supporters of this opinion who are the majority of jurists think that sovereignty is for Allah Almighty alone and that there is no partners with him. He, Almighty is the one who substantiated the Islamic Legislation and imposed it upon all Muslims, without being directed to that by any other authority over Him. The Muslim is obliged to give allegiance, showing obedience to the rules of this divine legislation and The Initiator of it, without arguing as Almighty Allah said:

"He cannot be questioned

For His acts, but they

Will be questioned (for theirs)(1)

The Quranic legislations stated all that in a number of verses, showing that the first source of legislations of the Islamic state and of the rules to be imposed on Muslims is Allah Almighty, as He, Almighty said:

"The Command is for none but Allah

(1) Surat -ul- Anbiya from verse 23.

3. Regional singularity which means that sovereignty over that ruled region is the only sovereignty.
4. Highness: it is independent by itself, receiving no orders and no instruction from any previous or present authority neither higher nor lower.

The Idea of Sovereignty in Islamic (Fiqh):

Sovereignty as terminology does not exist in Islamic (Fiqh). The Islamic jurists and those who wrote volumes on Fiqhi issues, and constitutional systems of the Islamic state, did not mention anything about that issue, because they believed that sovereignty is that of Allah Almighty alone, and none shares that authority with Him. Allah Almighty is the legislator of all laws, He is the Orderer and the Prohibitor and there is no sovereignty nor authority to anybody except Him Almighty. There was consensus of all Muslims on this understanding all over the Islamic territories. Hence there is no religion except that ordained by Allah Almighty and no legislation except the legislation prescribed by Him, and no power except to His Rule entailed by the Islamic Shari'a. what understood from religion by necessity is that power and authority is the power of Islamic legislation (Shara'). No one among the four Khalifas, and the companions, blessings of Allah be upon them ever contradicted a textual rule neither in the Holy Quran nor in the (sunnah) of the Prophet, peace be upon him, in all aspects of life, because they all believed that taking (Shara') as arbiter in all affairs is one of the requisitions of faith.

The sayings of the late jurists give support to that belief. Sheikh of Islam Ibn Taimeyah, grace of Allah upon him said, (Whenever a man permits the forbidden agreed upon, or forbids the permitted agreed upon, or changed the Sharia of Allah agreed upon, he would become a disbeliever and an apostate on consensus of all jurists) Imam Shafie said, "When something is positively proved to have been done by the Prophet, peace be upon him, it becomes obligatory on all those who had knowledge about it, nothing would change it or weaken it, All people should follow it as Allah Almighty gave nobody else an authority to contradict that order from Him".

(Shara') legislation is the authority which issues its judgment on the sayings and acts of man. (Shara) has the absolute power over the Islamic political life. This indicates that evidence is what is narrated in the Holy Book of Allah Almighty and in the (Sunnah) of His Prophet, peace be upon him. Absolute power is for Shari'a and nothing else.

THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY AND SOVEREIGNS IN ISLAMIC (FIQH)

Dr. Hassan Muhammad Safar*

The Islamic Shari'a is a divine legislation leading to the straight open way, revealed to our Prophet Muhammad, peace be upon him for guidance of humanity, leading them forth from the depth of darkness into light. Allah Almighty bestowed on the Islamic Shari'a to be the seal of all divine legislations, that is why it was sent down to us as integrated and comprehensible, and so its dominant legislation is leading those who follow it to truth, bliss and success.

The arena of secular law has witnessed the appearance of some terminology which came into existence only recently in the writings of some thinkers, such as the terminology of sovereignty, which has been circulating and became over used in the field of government, administration and the judiciary. As this terminology is foreign to the Islamic political jurisprudence, we are obliged here to review its background and concept.

Concept of Sovereignty and its Characteristics:

Sovereignty as a general concept means the higher authority in the society which finds neither contestation nor competition in that society.

Beginning: The theory of sovereignty was the creation of French law. It came into existence at the end of the middle ages as one measure to defend the authority of the rulers at that time, and also to distinguish it from the other authorities which were in dispute, competition and struggle. Those authorities were seen in the feudal authority inside the society and the imperial authority and the pope authority from outside.

Characteristics:

1. A sovereign is not subject to law and regulation, but rather law and regulation are the direct manifestation of the sovereign's own will and desires.
2. Highness and loftiness are some of its characteristics. It is a will which supercedes all other wills and an authority over all other authorities.

* Professor of Islamic government systems, department of Islamic studies, King Abdul Aziz University His ph. d. dissertation was entitled, the Islamic government, its system function and effect. He wrote a number of books, some titles are: The history of Islamic Legislation, The Islamic Fiqhi schools of thought, Lectures on government systems in Islam. He participated in a number of scientific and Fiqhi conferences.

Allah, peace be upon him. As for liquids the origin is purity except when there contextual forbidding.

Rule: The origin in sexual intercourse is prohibition. Evidence on that is the Holy verse:

“Who abstain from sex.⁽¹⁾

Except with those joined

To them in the marriage bound

Or (the captives) whom

Their right hands possess

For (in their case) they are

Free from blame⁽²⁾

“But those whose desires exceed

Those limits are transgressors”⁽³⁾

From these Holy verses we can see that the origin in sexual intercourse is prohibition except for couples bound by marriage. Here there is exception to that rule. The exception is permitted for the necessity of preservation of offspring.

The jurists, in this concern stated that prohibition of sexual intercourse was more preferable as in doing that there is abstention from a permissible so as to avoid a forbidden, rather than doing the opposite because shara' is more concerned about avoiding the prohibited than performing the ordained.

And Allah is All Knowing

(1) Surat -ul- Muminun verse 5.

(2) Surat -ul- Muminun verse 6.

(3) Surat -ul- Muminun verse 7.

According to logic, having free hand on someone's property without his permission is impermissible. To say that it is permissible without producing evidence is impermissible. Stating permissibility without evidence is acting on the property of Allah without his permission and definitely this is not true. When people have free hand on each other's property without permission is impermissible as it causes harm but having a free hand on Allah's property would not cause any harm to Allah Almighty. The third opinion is the state of abstention from stating neither permission nor prohibition. Here it means that one does not know whether there is judgment on that particular case or not. But in answer to this supposition, it is known that for every action there is judgment that known or not known to people. The reality is that the origin is permission for the saying of Almighty Allah:

“This day are (all) things

Good and pure made lawful

Unto you”⁽¹⁾

Another saying from the Holy Quran:

“And He hath subjected

To you, as from Him,

All that is in the heavens

And on earth⁽²⁾

There is evidence derived from these verses that the origin in things created is permissibility until there is indication otherwise.

Examples to this rule is the situation in which somebody is keeping pigeons and other pigeons from somewhere else come and mix with the pigeons of the man. In this case all pigeons are permissible unless he knows that the kind of pigeons which mixed with his pigeons are owned by a particular person who is known to the man. Here the man should advertise about the presence of the pigeons for the owner to come and take them. Another example is some kinds of modern contracts. If they are proved not to contain usury of harm or deception they become permissible.

Branches of this rule is that owners keep their own properties and no one of them disputes with another unlawfully.

As for worshipings the origin in them is abstention. In contracts the origin is correctness except the contracts invalidated by the Messenger of

(1) Surat -ul- Maida from verse 5.

(2) Surat -ul- Jathiya from verse 13.

due to forgetfulness, so do not ransack them”.

Logic states that Allah Almighty must have created all things and all bounties either because there is wisdom behind that or there is no wisdom. To say that Allah Almighty has created all that for no wisdom is invalid, because He, Almighty says:

“We created not

The heavens the earth

And all between them

Merely in (idle) sport⁽¹⁾.

It is evident that Allah Almighty created all that with wisdom behind it. This wisdom must either be for rendering benefit to Him Almighty or for rendering benefit to us. The first supposing is definitely false. Allah Almighty created all His bounties for the benefit of those who need them, so the origin in bounties is permissibility. The second opinion states that the origin in things is prohibition or forbidding. Evidence stated in this concern is the saying of Almighty Allah:

“But say not – for any false thing

That your tongues may put forth

This is lawful and this is forbidden.⁽²⁾

Here Allah Almighty showed us that prohibition and permission are not to be prescribed by us, but that is Allah’s affair and we are not entitled to know the forbidden or the permissible except from His direction Almighty.

In the (Sunnah) the Messenger of Allah, peace be upon him said. “The (Halal) permissible is distinguishable and (Haram) forbidden is distinguishable and between them these are dubious affairs, but the believers restrain themselves from dubious situations.”

The Messenger of Allah, peace be upon him, directed us to abstain from the affairs which are between Halal and Haram, and did not make the origin in either one of them. This is argued that the Hadith does not indicate that the origin is forbidding, because what is meant by the “dubious affairs” is what is swinging between to evidences, one of them relates it with the (Haram) when such a thing happen on conflict of evidences. But what is silenced about is considered what is forgiven by Allah almighty.

(1) Surat -ul- Dukhan verse 38.

(2) Surat -ul- Nahl from verse 116.

- This rule infers that all things that exist on earth are permissible for man to eat or drink in the state it is found, without causing harm either to himself or to someone else. Nothing is exempted from this rule except when there is an obliging or forbidding text. Evidence from the Holy Quran to this rule, is the saying of Allah Almighty:

“It is He who hath created for you

All things that are on earth. (1).

Evidence from the Sunnah is the saying of Prophet Muhammad, peace be upon him, “One of the worst committers of crimes among Muslims is the one who asked about something not forbidden to people, and became so because of his question”.

As far as logic is concerned, this rule is acknowledgeable because benefiting from the permissible is benefiting from something which is not harmful to the Owner, Allah Almighty, and definitely not to the beneficiary, and that is why it is not forbidden.

- The jurists are on controversy as regard to the bounties which are created by Almighty Allah for his creatures and there is no harm for anybody from their existence, such as animals which are nor forbidden, neither in a generalized not a particularized text, as well as plants.

There are three opinions in this concern. The first one is that the origin in bounties is permissibility. This is the opinions of the majority. Their evidence is the saying of Almighty Allah:

“It is He who hath created for you

All things that are on earth (2).

Another saying states:

“Say who hath forbidden

The beautiful (gifts) of God

Which He hath produced

For His servants

And the things, clean and pure,

(Which He hath provided)

For sustenance”(3).

Evidence from the (Sunnah) is the saying of the Messenger of Allah, peace be upon him, “Allah has prescribed ordinances, so do not neglect them, and has prohibited thing, so do not violate them, and He has set bounds, so do not transgress them, and He was silent about things, not

(1) Surat -ul- Baqara from verse 29.

(2) Surat -ul- Baqara from verse 29.

(3) Surat -ul- Aa'raf from verse 32.

undertakes with others as in Shari'a legitimate contracts or transactions. The (Fiqhi) meaning of the rule is that the trust of a person is in a state of acquittal from any kind of obligation, and when his trust is obliged the original state no longer exists, because man is born free from any kind of due obligation or liability. The engagement of his trust by due rights comes into existence for incidental reasons only after birth. The origin in incidental occurrences is nullity. For this reason to testify that someone's trust is obliged requires two witnesses, or an oath from the litigant, by way of holding fast to the origin of the rule.

But when is acquittal of trust given consideration? It is given consideration when there is oath with it and that it is not contested. In case that this rule comes in conflict with the rule that states "the origin is to refer incidents to the nearest time to the time of their occurrence.", the rule to be applied in this case is the rule of acquittal of trust, as it is stronger in this context. Examples on that are the following:

- If someone damaged a property of someone else, and they differed in the estimation of damage, consideration is given to the statement of the damager, and the harmed person is asked to produce evidence to prove the additional damage if any. Rule: The origin in things is permissibility, unless there is context of obligation and prohibition. The reality stated by this rule is that, the act upon which there is no prohibition known is judged as being permissible. Permissibility lexically means allowance to act publicly. In Shari'a permissibility means the state of affairs when there is aural evidence on the address of the Legislator in which He gave option between action and abstention. This kind of address is derived from the utterance of permission such as (permissible to you) (no sin on you). permission, forgiveness, if you wish then act, and if you wish do not act. Also there is statement about the benefits.

Allah Almighty said:

"And out of their wool

And their soft fibres

(Between wool and hair)

And their hair, rich stuff

And articles of convenience

(To serve you) for a time.

Also silence about stating prohibition, negation of sinning, protesting prohibition of something, and acknowledgement of an act at the time of revelation, which is of two kinds. Acknowledgement from Almighty Allah, and acknowledgement from the Messenger of Allah, peace be upon him.

origin is that they remain so until proof is made that they are dropped.

Accompaniment according to the fundamentalists is of three kinds agreed upon:

1. Accompaniment of non-existence such as non existence of a sixth prayer.
2. Accompaniment of generalization until there is evidence of particularization, such as His saying Almighty **"And has forbidden usury"**⁽¹⁾.
3. Accompaniment of present state, which is inferring existence of something according to affirmation of its existence in the past.

The fundamentalists were on controversy whether accompaniment can be taken as evidence or not. Most of them such as Malik, Ahmad, and some Shafies said that it is evidence. The majority of the Hanafis and Abu Al Khattab from the Hanbalis said that it is not considered evidence. Accompaniment can be defined as terminology by the jurists as the persistence of a rule which Shara' indicated evidence of its affirmation. There are so many examples for this rule such that. The one who was certain about his purity and had doubts about the occurrence of an invalidator of purity, it would be ruled that he is pure. But if he was certain about the occurrence of an invalidator of purity, and he doubted that he might be pure, then it is ruled that he is impure.

Exemptions from This Rule:

Exempted from this rule is the trustworthy person whose oath is trusted for the acquittal of his trust from a debt due on him. So if the trustworthy person alleged that - under oath, that he had returned the thing deposited on trust to its original owner or that the thing was damaged while it was in his possession without any negligence or transgression from his side, then his allegation would be accepted, because the origin is the acquittal of the trust, and according to the rule of accompaniment that trustworthy person was obliged to return the deposited thing in his trust, unless he had proved that he had already returned it, because the state of affairs entails the existence of the deposited thing in the trust of the person.

Also exempted from this rule is harm which is not considered to persist. Rule: The origin is the acquittal of trust. This rule is derived from the saying of the Prophet, peace be upon him, "Evidence is on the litigant and oath is on the defendant". Trust, lexically means obligation and security, and according to the juristsitic terminology it means the legal capacity of a person to bear the consequences of the obligations he

(1) Surat -ul- Baqara from verse 275.

one of the great rules of (Fiqh) that, things are judged to be in their original state, until they are proved otherwise and that incidental doubting would not have any effect on them.

Evidence from logic is that certainty is stronger than suspicion because there is a definite affirmed judgment in certainty which can not be nullified by doubtfulness. All jurists are on agreement about this rule. Al Sarkhasi said that holding fast to certainty and neglecting the doubtful is original in Shari'a.

Some Examples on certainty and doubtfulness:

- If someone is doubtful whether the water he is using, has been subjected to impurity (najassa) or not, he should maintain certainty on purity of water. But if he was certain about impurity of the water, and then had suspicion whether that (Najassa) had vanished or not, then he should maintain certainty of (Najassa) impurity of water.
- If a person who is fasting was doubtful whether the sun has set or not, it would not be permissible for him to break his fast on that state of doubtfulness, in consideration of the original rule which is persistence of day time. If the person who is fasting doubted whether it was still night time or that dawn had broken he is allowed to eat and drink still, because the origin is the persistence of night time yet. In these two situations one would rely on certainty and neglect doubt.
- If someone circumambulating around the (Ka'aba) had doubt whether he circumambulated six or seven times, he should make his conclusion on certainty, which is the least.

Under this rule "certainty can not be refuted by doubt" there are a number of secondary rules derived from that major rule such as, "the origin is the persistence of what was in the state in which it was." This means that whatever maintained a state in the past whether positively or negatively, maintaining that state and is not changed unless there was evidence about that change. The thing whose existence is affirmed in the present is judged to have maintained that existence from the past, unless there is something nullifying it.

This rule is the supporter of the evidence of accompaniment, which means existence in duality and not parting. A thing is considered to maintain a state of existence at all times until proved otherwise or until it is changed.

So if a debtor alleged that he had repaid the debt on him to the creditor but the creditor denied that, the creditor should take oath because the debt is considered due on the trust of those obliged by them unless repayment was proved, as they were due on them by certainty, and the

Certainty, lexically means acquisition of knowledge and vanishing of doubt, and doubt lexically means hesitation on the absolute.

It should be understood that having doubt on one's state of certainty is not to be indulged by the adult Muslim ordained to perform his religious obligations, rather than being found within (Shari'a) legislation. Ibn Al Qaayyim stated that: "it should be known that there is nothing ever in the Shari'a which is doubtful but rather that doubtfulness is materialized to the adult Muslim ordained to perform his religious duties in two signs. When the sign is evident then the matter in question is doubtful as far as he is concerned, while the same matter might be a matter of guessing for someone else or for him in another time, or it might be definitive for others. So the matter being that of guessing or doubtfulness is not a constant description for it, but it is a matter added to the discretion of the one who is ordained.

Certainty, as far as the definition of Shari'a is concerned, is maintaining the predominant state of positively definite knowledge or ignorance about the occurrence or non occurrence of an incident. Doubtfulness is the state of hesitation in action between occurrence and non-occurrence, or when non of those two actions dominates the other.

Rule means that the affair which is affirmed to have occurred can not be refuted except by producing a definite evidence and can not be ruled out for mere doubtfulness.

On the other hand the affair which is affirmed not to have occurred can not be judged otherwise for mere doubt because doubt is weaker than certainty.

Evidence on this rule from the Holy Quran can be seen in His saying Almighty:

"But most of them follow

Nothing but fancy: truly

Fancy can be of no avail

Against Truth⁽¹⁾.

Evidence from the (Sunnah) is what is narrated by Bukhari, about Abbad Ibn Tameem about his uncle, that he complained to the Messenger of Allah, peace be upon him about a situation when one is doubtful that one's ablution was invalidated while one is performing his prayer. The Messenger, peace be upon him told the man that in such situation one should not end his prayer unless he hears the sound of air coming out of him or smells something. Al Nawawi stated that this (Hadith) contains

(1) Surat Yunus from verse 36.

thought. Then they were edited and rewritten in concise good language.

Importance of Jurisprudence Rules:

These rules have a noticeable role to play in facilitating the comprehension of Islamic (Fiqh) jurisprudence. Studying these rules will help learning by heart and the control of all the major cases which have similarities between them, where the jurisprudence rule becomes one means of remembering judgments. The learner of (Fiqh) will develop the ability of making inferences and derive judgments for those cases for which there is no textual evidence in the writings of (Fiqh). The learners will all have the chance to follow the minute details of judgments through learning these rules. The learner will be able to derive the rules, from the different intricate texts on different subjects and limit those rules in one context. He will also be able to comprehend the different branches of (Fiqh). The general rules included in the (Fiqh) texts are considered as evidence to prove the cases on jurisprudence. These are a rich source in the topic of (Ifta) verification of the religious legal judgment on a certain religious inquiry. The judiciary also benefits so greatly from the utilization of the jurisprudence rules which set a guideline to be followed so as to arrive on the correct Sharia legal judgment on a case.

However, the jurisprudence rules narrated in Islamic (Fiqh) are not all of them of the same level of generalization, and they are not all agreed upon in the different (Mazahib) schools of thought. But some of these rules are generalized and comprehensive such as the major whole rules. Other rules are concerned with a particular sort of secondary judgments, which can not be generalized for a different context other the context in which it was utilized. There are other rules which concern the (Fiqh) thought of one (Mazhab) and hence not accepted in the thought of the other (Mazhab).

One of the major whole rules in Islamic jurisprudence is the rule which states that "certainty can not be refuted through doubt". This rule is a great Shari'a fundamental from which so many jurisprudence (Fiqh) rules are derived.

This rule is utilized in almost all sections of (Fiqh) discipline, such as the section on worships, transactions, punishments and so many other judgments. We find that a number of rules circulated in Islamic (Fiqh) and its fundamentals, are closely related to that major rule. For this reason it is stated that the rule on certainty includes three quarters of (Fiqh) discipline. The rule aims at alleviating narrowness where in it we find acknowledgement of certainty as being considered an origin, and refutation of doubt which is caused in most cases by the whisperer of evil.

THE JURISPRUDENCE RULES AND RELATING THE BRANCHES TO THE ORIGINS

Dr. Saleh Ibn Ghanim Al Sadlan*

The jurisprudence rule is a Sharia legal judgment in a generalized case from which the rules of what comes under it are derived. This rule has passed three stages of development:

1. Stage of beginning and formation: This is the era of the message and the source of legislation from where the first seeds of these jurisprudence rules were grown. The sayings of the Prophet, peace be upon him, as concerning many judgments are considered in the place of general principles which include the jurisprudence branches as sub divisions. Example of this is the saying of the Messenger, peace be upon him, "No harm and no reciprocating of harm". Sayings taken from the traditions of the companions of the Messenger, peace be upon him, is the saying of Omar Ibn Al Khattab, blessings of Allah be upon him, "Rights are made definite at the time of maring conditions" This is taken as rule in the section of conditions. There are also rules taken from the narrations of the time of the followers, and before the compilation of the major jurisprudence rules. A rule like those is seen in this condition, "When one voluntarily accepts a condition, then he is obliged by it".

2. Stage of development and compilation:

This stage took place during the fourth century of Hijra when the jurists began to set up modern styles of stating jurisprudence theories as seen in their writings which became references from which the compilers extracted those rules and published them in separate volumes.

3. Stage of maturity and coordination: During this stage the question of jurisprudence rules had come to a state of stability and all rules had been extracted from their original sources and in the different schools of

-
- Obtained degree on Sharia', and Master's degree on (Fiqh) jurisprudence from Imam Muhammad Ibn Saud Islamic university in 1391 H.
 - Obtained Ph.d. from higher institute for the judiciary in 1403 H.
 - He was a teacher in Ministry of Education and then a lecturer in college of Sharia, then associate professor in the same college since 1403 Hijri, until Now.
 - He wrote a number of books, such as; Intention and its effect on Sharia Rules (Ph.d. dissertation), Explanation of conditions of Marriage - (Master's degree dissertation), Repentance for the sake of Allah, Zakat on Shares, bonds and bank notes, Obligation to Apply Islamic Sharia.
 - He also has a number of books under publication, in addition to his active participation in lectures and symposiums internally and externally.

the Hanafis said that if divorce was made according to her own wish, she would be entitled for less than the due debt and inheritance, and if divorce was not according to her wish, acknowledgement becomes invalidated and she becomes entitled for her share of inheritance, because acknowledgement for inheritors is invalid. In the Hanbali school if the husband divorced his wife at first and then acknowledged a debt due to her on him, then she would not be entitled for inheritance at the time of acknowledgement but she would get her due debt. But if he acknowledged the debt due to her at first and then divorced her after that for irrevocable divorce, then acknowledgement would be incorrect because she was inheritor at the time of acknowledgement. In the Shafie school acknowledgement is correct because she became foreign to the man after divorcing her irrevocably. In the Maliki school there is no difference in divorce whether revocable or irrevocable. Nevertheless Imam Malik said that if the woman had married several men in their illness and they all died, she would be entitled for inheritance from each one of them, in consideration of the principle of suspicion or not. In the Shafie school she is entitled for inheritance in the revocable divorce and during her (Iddat).

And Allah is the Grantor of all success.

acknowledges that he is the real father of a fatherless boy who is probable to be his son and the boy believes that. If the boy has a known kinship, such acknowledgement is not correct. It is not probable that such a boy is born to him or that the boy did not believe him, so acknowledgement is not correct. The conditions for the wife is that she should not have a husband and not to be in (Iddat)k and that the acknowledger should not be having her sister as a wife and there should not be four wives other than her. If the person in his illness acknowledged a brother and that person believed that but later denied that, the acknowledgement would be invalidated and there would be no inheritance for him. Al Shibli states that whenever kinship is acknowledged, then it can not be denied. The Hanbali school states both opinions. The Shafies accept acknowledgement of the person who is ill on condition that he is believed by the one acknowledgement made for if he was adult or until he attains puberty. When kinship is denied there are two opinions either kinship is dropped or not dropped.

Acknowledgement for a wife:

If the man in his illness acknowledges to a woman that she is married to him, the Hanafis said that the acknowledgement is correct except Zafar because consideration is given to the time of acknowledgement and she is not entitled for inheritance then. The Hanbalis stated that acknowledgement is correct and in another narration not correct. The Shafies have two points of view, the most famous of which is acceptance and the other one refusal because they consider the one entitled for inheritance when he is qualified for being so at the time of death and not at the time of acknowledgement. The Malikis state the same but if the inheritor was suspected acknowledgement would not be correct.

If a man in his illness acknowledged that his wife is entitled for a dower, the Hanafis said that if that dower is equivalent to the dower paid to a woman similar to her or less than that, it would be accepted, otherwise not accepted. The Hanbalis said that dower becomes obligatory by marriage and not by acknowledgement. The most famous of the two opinions of the Shafies state correctness of that. In the Maliki school the criterion is suspicion, where it is correct without.

If a woman in her illness acknowledged that she received her dower, the Hanafis, and the Hanbalis said that acknowledgement is not correct, but the husband has to provide testimony. The Shafies said that acknowledgement is correct and the inheritors have to take oath from her. In the Maliki school the criterion is suspicion or its non-existence.

When a person in illness acknowledges a debt on him to his divorcee,

is given priority on inheritance. The debt taken in health should be settled first, then the debt whose purpose is known and the remainder to settle the debt taken in illness and if anything left it is distributed among the inheritors. The Shafies and the Hanbalis did not differentiate between the debt taken in health nor the one taken in illness, because they are both due rights which should be repaid from one's capital.

Acknowledgement in favour of an inheritor:

The Hanafis and the Hanbalis considered acknowledgement of a person in his deathbed in favour of an inheritor invalid unless approved by the rest of inheritors. However, the Hanafis have three cases of exception: 1. If the inheritor had deposited something in the trust of the testator who acknowledged that. In this case the debtor has the right to get his due rights before distribution of bequeath. The second is when the person who is ill deposit some thing in the trust of his inheritor and he acknowledged possessing it. The third is when the person who is ill acknowledges that he had possessed a property which was entrusted with his inheritor. Here acknowledgement is correct even if not approved by inheritors. Malik said that if the person was not suspected, acknowledgement is affirmed but if he was it is not affirmed. The Shafies are on controversy. Some of them say that acknowledgement in favour of the inheritor is permissible and another group says that is not.

Acknowledgement of debt to inheritor

The Hanafies stated that if the person in his illness, borrowed money in his health and acknowledged that in his illness, Abu Yusuf said that acknowledgement is correct. But if the debt and the acknowledgement were both during illness, acknowledgement would not be correct unless approved of by all the inheritors. And if he acknowledged of a debt due to him from an inheritor, such acknowledgement is not correct. If the person in his illness acknowledged a debt on him to an inheritor and to a foreigner, then acknowledgement is invalid, because both inheritor and foreigner would share the same.

In the Hanbali school acknowledgement in favour of an inheritor is not accepted except when there is evidence. Imam Malik stated the same opinion. In the Shafie school if the person in illness has due debts on his inheritor by which the inheritor bailed a foreigner, and the person in illness acknowledged possession of that money from the inheritor, that would not acquit the inheritor, and as for the foreigner, he is acquitted.

Acknowledgement of Kinship:

According to the Hanafis, acknowledgement of kinship is correct in health and in illness, but there are conditions for that: When the man

Endowment of the Indebted:

If an indebted person gave his wealth as endowment, then that endowment is invalidated unless his debtors agree to that, but if they did not agree, then the endowment would be sold and the debts repaid. If the debt is not consuming the whole wealth, the part which fulfils the debts would be taken out and the remainder would be treated against the percentage of endowment.

Divorce against money:

If a married woman asked her husband to divorce her and she paid money to him for that purpose and she was in her deathbed illness, but the husband died while she was during the time of her (Iddat), then she would not have the right for inheritance from him as she has abdicated her right by herself and had paid money for that purpose. However Imam Malik says that she is entitled for inheritance.

Acknowledgement of a person who is ill:

If a person in his deathbed illness acknowledges that he is indebted to a foreigner, even if there was no apparent debt on him when he was healthy, that acknowledgement is a correct one from all of the bequeath by way of recommendation, while by way of analogy it is not correct except in the third, according to what was narrated about Ibn Omar, blessings of Allah be upon them, that he said, "If a person in his deathbed illness acknowledges a debt on him to a foreigner, it would be permissible from all of the bequeath". There was no objection to that known from the companions, and hence it becomes as if it is consensus, or it is because acknowledgement to a foreigner brings no suspicion and hence it becomes correct, even if it consumed all of his wealth. This is the opinion of the Hanafis and the Shafies. In the Hanbali school there are two opinion, permission is one of them. In the Maliki school such acknowledgement is correct even in all the wealth.

If someone in his deathbed illness acknowledges that he had been paid all his due right (debt) on the trust of a foreigner, it should be verified if that debt came into the trust of the foreigner during the debtor's illness, then that acknowledgement becomes correct, but for those who have due debts on the ill person since the time when he was healthy, acknowledgement would be correct but that debt would not be settled. However if he acknowledges the debt in his healthy condition, then acknowledgement is correct and debt should be settled.

The Hanafis gave priority to settlement of the debt taken in healthy conditions and secondly comes the debt on the person who is ill taken during his illness for a specific purpose. The debt acknowledged in illness

The creditor should be of legal capacity, and his wealth should not be seized and he should be the creditor in person. But if the amount of money acquitted was more than the third of the wealth and he has inheritors, acquittal would be invalid unless they approve it. If he was indebted and the debts consume all his wealth he would have the right of acquittal as he would cause harm to his debtors.

If the person who is ill acquitted one of his inheritors of a debt on him, such acquittal is not permissible as it would be considered donation in deathbed illness. If a wife acquits her husband from payment of her dower in her illness that would not be permissible unless her inheritors permit that.

Endowment from a person who is ill:

The Hanafis and the Hanbalis said that endowment is permissible on the foreigner if it was from the third of the wealth, and it is invalid if it was more than the third unless the inheritors permit that. The Malikis say that the donation endowment of a person who is ill is permissible unless the property endowed is unchangeable such as real estate, and in this case it is not permitted but it should be effected immediately as it is from the third, and the donated person possesses that and would not wait until the death of testator. If the donated takes part of the donation, the other part will be effected later but if the testator died the only part to be effected is the part taken by the donated person, but if the ill testator retains health, the whole donation would be effected. If an ill testator gives as endowment part of his wealth not exceeding the third of his wealth or less, to some inheritors it is permissible according to the Hanafis, but if the endowment is more than the third it is impermissible unless agreed upon by all inheritors. In this concern there are two narrations about Imam Ahmad. One narrations states that endowment is not permissible for inheritors and it depends on the permission of all of them. The second narration is that endowment is permissible if it was from the third the same as giving to a foreigner, and on consideration that endowment is not like a will because it can not be bought or inherited and does not come into ownership of the inheritors, but they only make use of its yield. The Shafies said that endowment is not correct whether more or less unless approved by inheritors. According to the Malikis endowment made by a person in his deathbed illness is invalid if it is a will for endowment and a will for inheritors is invalid. However, Al Kharshi stated if the person who is ill gave as endowment a property for his sons and their sons, the endowment is correct, Evidence here is that there are people's rights connected with that endowment.

permission. Other than those jurists say that the will is a grant initiated from the inheritors and hence it is subject to the conditions of the grant.

Some jurists think that the permissibility of the inheritors for the will of their testator is correct whether it was made during his life time being ill or healthy or after his death. The permission of the inheritors is like the consent to the will even if it was given before the will being made. So whenever they give their testator permission to make his will to an inheritor or to a foreigner and from the third of his wealth or more, then that will would be valid and would need no more approval, later. This is the opinion of Atta, Al Hassan, Al Zahri, Rabi'a, Hammad Ibn Abi Laila and Al Awza'ie.

Their evidence is that the Legislator forbade the will for the inheritor and the will for that which exceeds the third was for the preservation of the rights of the inheritors, and so they were given the right to object which they may abdicate either during the lifetime of the testator or after his death because it comes after the confirmation of a right, and hence permission becomes like obligation which should be taken into consideration for the saying of Almighty Allah, **"fulfil all obligations"**

The Hanafis, the Shafies and the Hanbalis stipulated that the knowledge of the one who consents to the amount he is giving his consent for. The Malikis consider permission as rendering of ownership in principle and that is why it takes the rule of the grant which is correct even if unknown, and if it takes place during the lifetime of the testator it should fulfil the following conditions: It should have been issued during the time the testator was ill and in a serious condition, secondly the testator must have died in that state of illness, and thirdly the permittor must have been free of fear and debts to the testator and he must have given his consent to that knowing that he had the right to object or refuse.

Abdications from a person who is in his deathbed illness: This is when someone abdicates a right due to him on the trust of someone else such as debts and for nothing in exchange for that abdication. So in case that the person who is ill acquitted someone who is a foreigner to him, that acquittal should not be for an amount which exceeds one third of the property of the testator except when permitted by the inheritors. It is permissible for the person who is ill to acquit a foreigner from a debt unless an inheritor is sponsoring that foreigner for that debt. But if a foreigner is sponsoring the indebted foreigner it would be permissible to acquit that indebted person if the debt did not exceed one third of the wealth of the creditor. The conditions for this acquittal are the following:

The Will of a person who is ill and who has no inheritors: The Hanafis do not consider the common treasury of Muslims (bait -ul- Mal) an inheritor and so they derived from that if one was in that position he has the right to advise that his wealth be given to whosoever he chooses, and the common treasury would not have the right to stop him. The Hanbalis are of the same opinion and in another narration grant is to be given from the third of the wealth.

The will to a foreigner:

The jurists are on agreement that the will is to be given from one third of the wealth or less, but they disagreed on what is more than that the Hanafis, a narration from Shafie, what is apparent from the school of Ahmad and some of the Malikis that the will is valid in what is more than the third whenever approved by the inheritors whether all of them or only part of them. The evidence stated on that is the preservation of the rights of inheritors, and that their approval indicates their consent, and hence the will would be a correct will even if it exceeds the third. What is known about Imam Malik and the second narration about Shafie, Ahmad and the Dthahiris is that a will for more than the third of the will is invalid. Their evidence is that the Messenger of Allah, peace be upon him forbade Sa'ad from making a will for more than the third of the wealth.

The time for the permissibility of the will for more than the third is after death according to Abu Hanifa, Shafie and the Hanbalis. Ibn Abi Laila and Othman Al Bathi said, "they can not withdraw the will after death and it is permissible." Ibn Al Qassim said narrating about Malik that if the testator had permission from his sons, it would not be possible for them to withdraw their permission. As for the wife, daughters and cousins they may withdraw.

Will for Inheritor: The majority of the jurists said that the one considered for inheritance is the one who is qualified as so after the death of testator and not during his lifetime. It is stated in the narration that "There is no will for an inheritor". In this concern the jurists are divided into two categories: Ibn Al Majishoun and Abdul Hakim from the Malikis, and the Dthahiris stated that the will to an inheritor is invalid. The majority stated that it is permissible on condition that the inheritors effect that will. The Hanafis, the Shafies, the Hanbalis and one narration from the Malikis stated that the permission of the inheritors is like putting the will into effect, because according to them the will to the inheritor is not invalid for the evidence that if it was connected with permission it would be permissible and the invalid would not tolerate permissibility through

left the others or ordered that in his will, Ibn Al Fadhl said that such action is invalid. Imam Shafie stated the same opinion. The Hanbalis said that the grants of a person who is ill to an inheritor are not permissible and to a foreigner, the amount which exceeds the third is not permissible either, unless approved by inheritors.

Grant of the indebted: If the person who is ill was indebted and he granted some of his wealth, but the debt would consume all his wealth, then that grant would not be effective because if it was made so that would harm the debtors unless they permit that grant.

When is a grant invalidated:

If the person who is in his deathbed illness granted something to an inheritor, that grant is invalid unless approved by inheritors. If the grant was given to a foreigner it is permissible if it was possessed during lifetime of the grantor and it was within the third of the man's wealth according to the Hanafis, the Shafies and the Hanbalis. Malik disagreed. If the grantor died before possession was effected, then the grant is invalidated according to the Malikis, Hanafis and Shafies. The Hanbalis said that it would be invalidated in such a case if the grant was from a weighed or measured substance unless effected by possession, but for stuffs other than those it would be valid even if possession was not effected. If the granted person died before possession, the grant would be invalid according to the Hanafis, but Imam Malik did not stipulate possession.

Recuperation of Grant:

The origin in grants is that whenever a grant is possessed or became obligatory, it would not be recuperated except that the grant of the parents was exempted from that rule as stated by the jurists. However, there are conditions for recuperation: The grant should remain in possession of the son, and it should be under his disposition, it should not be desired by others and it should be multiplied, and if it does so, Imam Ahmad has two narrations on that: Prevention of recuperation and right of recuperation. Abu Hanifa said that recuperation is not permissible unless by a judicial decision because ownership of the granted person is affirmed. This is the opinion of the Malikis too.

Bail of Person who is ill:

The Hanafis, the Hanbalis and the Malikis agreed that if bail was made for a foreigner it would be correct on condition that it does not exceed the third of the man's wealth, and if it does so it depends on the approval of inheritors. If bail was made for an inheritor, it would be permissible if it was within the third of the wealth as stated by Malik.

If a woman divorced her husband and compensated him with amount of money more than the amount he paid as dower to her, the Hanafis say that in this case if the woman was healthy and her divorced husband is ill then that compensatory divorce is a permissible divorce, and the woman is not entitled for inheritance from her husband, whether the husband died while she was in her (Iddat) or after it. If the woman was ill and the marriage was not consummated and she died after her (Iddat) inheritance is from the third and if she died during her (Iddat) her husband would be entitled for less than the amount of inheritance and less than the dower if that was to be taken from the third, otherwise he would be entitled for less than her inheritance and less than the third. The Shafies think that the amount which exceeds the dower of the similar is from the third. The Hanbalis said that the divorced husband should not be compensated more than the amount which he is entitled to get from inheriting her. Malik said that the compensatory divorce of the woman in her deathbed illness for all her wealth is not permissible. Ibn Al Qassim said that if the compensation obtained by the husband for divorcing his wife is more than the amount which he might have inherited is not permissible, but if it was equivalent to that or less then it would become permissible.

Is the women who divorces entitled for inheritance? If the husband was ill and the woman asked for compensatory divorce, the Hanafis and Al Shafie said that she would not be entitled for inheritance from the husband. Imam Malik said that she is and Ibn Al Qassim said that inheritance among them is not permissible. The Hanbalis said that she would not be entitled for inheritance from him, but if he divorced her for compensation while he was ill and he demanded in his will that she is to be paid the equivalent of her dower or a less amount, that would be permissible.

Grant of ill person to a person foreign to him:

The jurists agree that the grant of a person who is in his deathbed illness to a person who is foreign to him should be taken from the third of his wealth and amount which exceeds the third would only be permissible after permission of inheritors as in the will.

The Grant of ill person to an inheritor:

If the person who is in his deathbed illness has only one inheritor and he granted that inheritor all or part of his wealth, that act is permissible because that inheritor would inherit alone and no one would share that with him. But if the person who is in his deathbed illness has more than one inheritor and he granted some of his wealth to some inheritors and

and that condition was met when the man got ill, the Hanafis said that she would be entitled to inheritance. Zafar said that she is. Ibn Rajab al Hanbali said if the man suspended divorce in his healthy condition and the reason for it was found while he was ill, there are two narrations if the husband was not the one who initiated that divorce Imam shafie said that she would not be entitled for inheritance if she was the one who initiated divorce.

The Escape divorce: The person in deathbed illness may divorce his wife so as to escape from his wife and the wife might do the same. But for such kind of divorce there are conditions: divorce should be a voluntary divorce and it should take place without the consent of the wife and the husband should die while he is in his deathbed illness regardless of the cause of his death, and his death takes place during her (Iddat) and the wife should have been entitled for inheritance at the time of divorce.

Divorce would not be considered escape divorce in these conditions even if he divorced her in his ill condition: If divorce was effected due to her own request and her wish. In this case she would not be entitled for inheritance. This is the opinion of the Hanafis and the Hanbalis. If the man suspended divorce on an act from her side and she did that, if she was divorced from him and the man died while she was in her (Iddat), she would not be entitled for inheritance because she had invalidated her right. If there was the possibility of revocation of her divorce.

Compensatory Divorce of Patient Woman:

The Hanafis state that if the woman who is in her deathbed illness divorced her husband for a similar amount of money equivalent to that paid to her as dower, three things are to be taken into consideration: what he might inherit from her, the compensation of divorce and one third of her property, and the least part of that would be due to him if he was entitled to inheritance from her, if not he would be and the foreigner the same. Al Ansari Al Shafie stipulated the amount less than the dower paid to the similar. The Hanbalis made the criterion the amount to be inherited by the husband and not the dower of the similar, and hence if redemption was on the amount of inheritance from her, if not he would be and the foreigner the same. Al Ansari Al Shafie stipulated the amount less than the dower paid to the similar. The Hanbalis made the criterion the amount to be inherited by the husband and not the dower of the similar, and hence if redemption was on the amount of inheritance or less, then it would be a correct compensatory divorce. Abul Qassim Al Maliki stated the same opinion.

patient is invalid and that the woman who is married would have no right in inheritance except when the marriage is consummated where in such case she would have the right in dower from one third of his property and she would not inherit him.

Marriage with favouritism: The majority of jurists permitted such kind of marriage if dower was paid from the third of property allowed for testator. As for marriage of a patient woman without any dower or for a dower which is less than the dower paid to women similar to her, it is stated that it would be permissible if dower for that marriage was paid from the third allowed for testator, while others consider it as leasing herself for wage less than one third of not.

Divorce of Patient: The case when a husband divorces his wife before consummating marriage. In the Hanafi school there are four narrations for that case:

The married woman is entitled for all the amount of dower and for inheritance, and (Iddat) is obligatory on her. Secondly she is entitled for inheritance and dower and no (Iddat) is obligatory on her. Thirdly she is entitled for inheritance and half of the dower and (Iddat). Fourthly she is not entitled for neither inheritance nor (Iddat) but entitled for half of the dower. Sheikh of Islam Ibn Taimeya said that she is entitled for half of the dower and no (Iddat) is obligatory on her and she is also entitled for inheritance. Imam Malik stated the same opinion. Imam Shafie said that if the man divorced the woman before touching her, she will be entitled for half of what was proposed to her as dower if there was any. However she will be entitled for divorce present if she was not proposed anything, and no (Iddat) on her neither because of divorce nor because of death and due to that she is not entitled for inheritance from him.

The jurists agreed that the woman who is in revocable divorce is entitled for inheritance during her (Iddat) because as long as she is in the trust of that ex husband she would not have the right to get married, and if she abdicated her right and asked for irrevocable divorce then she would not be entitled for anything.

But if the patient divorced his wife irrevocably, the Hanafis and Hanbalis are of the same opinion concerning this situation. They stated that if the husband died while the divorced woman was in her (Iddat) she will inherit him on condition that she does not get married, according to the Hanbalis. Imam Shafie said that there is no inheritance for the woman, while some of his companions said that she is entitled to inheritance on condition that she does not get married. The Malikis said that she is entitled to inheritance if marriage was consummated.

If a healthy person suspended divorcing his wife on one condition

favouritism in that sale, and the demander of preemption was a foreigner to the seller, then there is no preemption right for him according to Abu Hanifa, but according to the two companions that sale is permissible on condition that the buyer pays the difference in actual price and the price he had paid on favouritism basis, where preemption right would be retained. The Shafies, however, permitted preemption rights for the inheritor and the sale from a patient to a person foreign to him. If the sold property sold on favouritism basis, exceeded one third of the property and the inheritors approved that sale, then the sale becomes valid. The Habalis are of the same opinion like the Shafies, but they differentiated between the case when the seller is suspected to have transferred that property to his inheritor on favouritism basis and the case when he is not suspected to have done so. If it was proved that suspicion was positive, then the sale would be invalid.

If the sale was made to one of the inheritors and the preemption demander was a foreigner, then that sale is not valid according to Abu Hanifa, unless it is approved by the rest of the inheritors. According to the two companions the sale is correct and preemption is obligatory, on condition that there is no favouritism in the sale. According to the schools other than the Hanafis, the sale is correct and preemption is obligatory.

Lease effected by Patient: The Hanafis stated that a patient has the right to act freely on the utilities of his property the same as the healthy person. So if a patient leases his house for a rental not equivalent to the rental of a similar house that would not be considered within the permissible one third of property to act upon, where it would become permissible to lend that property. The Shafies differentiated between the case when the proprietor himself effects the lease and the case when he makes someone else do that. If he does that for a rental not equivalent to rental paid for similar property, then the difference would not be counted as part of the third he is allowed to act upon, because he abstains from demanding that equivalent and hence the inheritors would not have any objection other than objecting to showing favouritism in what his property may earn. The jurists consider utilities such as lease as properties which are inheritable and hence if one of the two parties in a contract of lease dies before the expiry of the duration of the contract, the inheritors have the right to replace him to complete that duration and the utilization of the leased property would be relegated to him.

Marriage of Patient: The jurists agreed on permissibility of marriage of the patient except the Malikis who said the marriage contract of the

for the property he bought, then that transaction would be considered as a grant. If that grant was not exceeding one third of the property of the patient, then the transaction would be considered valid without the permission from the inheritors. If the sold property was more than one third of the property then the permission of the inheritors is inevitable, and if they object to that sale, then the buyer would be obliged to return the part which exceeded the third of the property and take what is left.

If the patient sold a property to a person foreign to him and the patient was indebted, and the amount for which he had sold was the actual amount paid to the equivalent, and if the debt does not consume all the price for which he sold the property, then that sale is a correct sale as it caused no harm to the inheritors. On the other hand if the patient sold that property for a lesser price and the debt does not consume all of the price, then the sale is permissible because the price can cover the debt and the difference in price is insignificant. But if he sold and the whole price was consumed by the debt then the debtors would have the right to cancel that sale if it caused harm to them as their due rights would not be fulfilled, unless the buyer pays a price to cover all of the debt, because fulfillment of the debt is prior to heritance.

If the patient sold a property to one of his inheritors for the equivalent price of its similar or for a higher price, that sale would be pending on the approval of the rest of inheritors for elimination of any kind of suspicion. However if the patient sold a property to one of his inheritors and favoured him with that sale, the jurists agreed that such kind of sale is not permitted unless all of the inheritors agree to that as indication that they do not abdicate their right.

Preemption: The Hanafis consider preemption a personal right which concerns the preemptor and it is inherited after his death. If the patient died before owning the property for which preemption was demanded, then his right in preemption is dropped and his inheritors will have no right in preemption. This opinion is supported by Sufyan Al Thawry, Ibn Oyyinah and Imam Ahmad in one narration. Imam Malik, Shafie and Ahmad in another narration stated that the right in preemption is inheritable if the death of the preemption demander took place after he had made that demand.

If the patient sold a property for its equivalent price to a person who is foreign to him, and that the one who demanded the right of preemption was an inheritor in that property, Imam Abu Hanifa says that there is no preemption right for an inheritor. According to the two companions the inheritor has the right in preemption. However if there was

Rights of Inheritors and creditors in The Wealth of The one in His Deathbed Illness: When the ill person leaves heritage and he is not indebted:

Illness is one reason for transfer of ownership to inheritors and death is a condition. For this reason permission of inheritors to the testator to have free disposition on more than one third of his wealth has become a reality as those inheritors have the probability of ownership in that wealth, and so if they drop that right, they would not be able to retain it. This is the opinion of Imam Malik contrary to the opinion of Imam Shafie and Imam Abu Hanifa who advocate for non application of permission relying on the fact that death is a condition for relegation of ownership, and hence the probability of ownership is not affected.

Seizure on Patient: When a patient in his deathbed illness is cured, then his actions are legally valid, and if his illness persists for a long time, and he married a woman during his period of illness, his inheritors would not have the right to contests that marriage or invalidate it. But if the patient exceeds in paying dowery the sum of money paid for a similar situation or even when he spends lavishly and extravagantly, when the inheritors feel that would cause harm to their interests, then they may contest that marriage.

When Patient is indebted and has inheritors:

If bequeath exceeds the debt, then seizure is made on the equivalent of the debt, and the right of the inheritor is kept. But if the debt consumes all of the bequeath then seizure is made on all of the bequeath so as to fulfil the right of the debtors. The rights of the debtors are prior to the right of the inheritor in the bequeath. But if the bequeath is less than the debt, then the debtor takes all of the bequeath.

Selling and Buying Carried out by The Patient: When a patient sells something to someone foreign to him and the patient is not indebted and he sold that thing for its actual price or for a less price, then that sale is a correct sale because it causes no harm for the inheritors. However if the patient sold part of his property by which he favoured the person who bought that property and which was less than one third of all his property, then that sale is a valid and correct sale, because a proprietor has the right to act freely on one third of his property and hence there is no need for permission from the inheritors. But if the part of property sold was more than one third of the whole property, then the sale becomes invalid unless approved by the inheritors.

If the patient sold a property without getting a price for it, or if the one who bought that property failed to prove that he had paid the price

2. The Pregnant Woman:

The Hanafis and the Shafies stipulated for considering the pregnant woman like the one in deathbed illness, that she enters into the stage of labour. The Malikis and the Hanbalis said that she would be considered like the one in deathbed illness if she was in her sixth month of pregnancy.

3. The one in a boat in a disturbed sea:

The jurists are on agreement that the one who is in a boat in a disturbed sea is treated as the one in deathbed illness because death is eminent in such case. But if the sea calms down he returns his normal state.

4. The Warrior in the state of war:

The Hanafis considered the besieged warriors and confusion between them a condition for considering them in the state of the one in deathbed illness. The Shafies stipulated the equivalence of fighters and as such was the opinion of the Hanbalis, but they added that the victorious group will not be given the consideration of the one in his deathbed illness.

The Malikis considered that every one who took part in fighting like the one who is in his deathbed illness except the reserves and those assigned to prevent deserters from escaping.

5. The spread of Epidemics:

When an epidemic spreads out, the Hanafis and the Shafies consider all the inhabitants of the place in which that epidemic is spreading as the one who is in his deathbed illness whenever fear of death is common among them. In the Hanbali school there are two opinions, the stronger of which states that a person in such case as previously mentioned is given the consideration of the one in his deathbed illness. The Malikis stipulate that one third of the inhabitants die in that epidemic.

– Chronic Diseases:

The jurists are on controversy as regard to categorization of diseases. The Hanafis said that if the disease aggravates till it becomes an epidemic otherwise it is not frightening. Other jurists said that if the sick person is not expected to heal then he is considered like the one in his deathbed illness. Imam Shafie said that question should be referred to the medically knowledgeable authorities. The Hanbalis said that the one who is ill in bed for a long time is feared to die. The Malikis said that consideration is given to chronic diseases and to those which are frightful among them. According to the present time jurists, if the illness persists for one year or more without getting more serious or causing death during that period, then is not considered as an epidemic. But if the illness aggravates and becomes more serious and the state of the sick person worsens, then he is considered like the one in his deathbed illness.

DEATHBED ILLNESS AND ITS RULES IN TRANSACTIONS

Dr. Nu'aman Abdur Razzag Al Samura'ie*

Deathbed illness is the illness which is feared to cause death in most cases, and in which the person inflicted with becomes incapable to distinguish his external interests if he was a man and her internal interests if she was a woman, and he or she dies in this state within one year.

Cases Treated as Those in

Deathbed Illness:

The jurists have verified a number of cases and conditions of man in which he is treated as the case of the one person is in deathbed illness, and upon which the same rules are applied. These conditions are:

1. Fear of destruction: This is the condition of a healthy person who is surrounded by elements of destruction.
2. Fear of damage: This is the state of a healthy person who fears to be inflicted by damage.
3. The Psychological state: This is the state in which a healthy person is illusioned that his death is near, and this psychological state makes his behaviour considered as that of a person in his deathbed illness.

However, the jurists were in controversy when they made their examples in consideration of these restrictions, and hence they mentioned a number of cases such as:

1. The one sentenced to death:

This is the one on whom a death sentence has been passed whether as stipulated punishment or ordained punishment. This is the definition of the Hanafis, the Malikis but the Shafies said if such person was sentenced for stipulated punishment (Hudd) he would be killed but his grant is like the grant of a correct person, because it is probable that he might be forgiven. The Hanbalis treated similarly the one who is imprisoned for murder and the one sent to death actually.

* Professor in the department of Islamic culture, King Saud University in Riyadh.

- Obtained his B.A and M.A degrees from university of Baghdad, and his Ph. d. degree from Cairo university in 1972.

- He taught Islamic culture in Imam Muhammad Ibn Saud Islamic university in Riyadh.

- He wrote a number of books in Islamic Fiqh and thought.

In the Usul of (Fiqh) jurists have numerous controversies over meanings such as the (concept of controversy). The Hanafis refuse this concept and the other three Imam advocated for that each with a different level of application of the concept. This controversy originally was initiated by Abu abaid and Mubbarid and Tha'alab who think that Arabic language indicates the concept of controversy or difference. So if an Arab describes something and pass judgement on it, that description and that judgement indicate that the description and judgement given by someone else to that thing is by definition different from his.

This is the understanding of Imam Malik, Shafie and Ahmad. Al Akhfash, Abu Farris and Ibn Jinni think that the thing which is not mentioned in the address is not made use of judgement on it such as the explicit thing, according to the Arabs. This is the understanding of Imam Abu Hanifa and his companions.

Language In (Ijtihad) Independant Reasoning:

The fundamentalists say that it is imperative for a (Mujtahid) to have good knowledge of Arabic language. Most of them make that knowledge of Arabic as a condition to venture into Ijtihad. Al Asma'ie and Abu Obaidah think that it is not necessary for the Mujtahid to have very wide knowledge of Arabic while Al Shattibi in (Al Muwafaqat) exaggerated the importance of Arabic language for Mujtahids.

Abul Ma'ali Abdul Malik Ibn Abdullah Al Juwaini said that a (Mufti) should be knowledgeable in language because the Books of Shara'i are all in Arabic. He should also be knowledgeable about grammar and sentence analysis so as to be able to grasp the different meanings and the different purposes. Al Baydawi said that knowledge about language is composed of grammar, syntax, structure and meanings. All evidences from the Book and the Sunnah are in Arabic and so rules can not be derived from them except through knowledge of the language. Abul Abbas, in his explanation about the statement of Al Subki on the conditions of Ijtihad that a Mujtahid should be knowledgeable in Arabic to level enabling him to understand Arabic and its usage in communication and differentiation between the explicit, the implicit the apparent and the metaphor.

The Hanafi jurists, such as Al Baydawi in his "Usul" do not stipulate knowledge of Arabic language for (Ijtihad), but his interpreter Ala-ud-Din Al Bukhari in Kashful - Athar stipulated that and said that the Mujtahid should have sufficient knowledge about the language to enable him understand and distinguish between the implicit and the explicit, the tangible and the metaphor so as to understand the Book and the Sunnah and attain the minute details and their purposes.

Controversy of Jurists on Single Terminological Items:

Such controversy is connected with the common expressions, which are a single word with different meanings such as "ghur'u" and the synonyms such as "poor and needy" and the expressions ranging between the tangible and intangible and the metaphor such as the word "touch" which is meaning the tangible feeling something by the hand or the metaphorical meaning which is sexual intercourse. Also there are differences in the situations of sentence analysis and meaning of single letters (such as Ba, waw). All these differences are referred to language usage and differences between grammarians. This can be seen in the saying of Almighty Allah:

"Rub your heads (with water)"⁽¹⁾

Some interpreters state that rubbing could be on part of the head which is permissible, deriving evidence from the Hadith "rubbing the forehead". Others say that the letter (Ba) is only additional and hence the whole head should be rubbed. They depended on that by evidences derived from a number of "Ahadith" which describe the way the Prophet, peace be upon him used to perform ablution. As far as the apparent meanings of the Quran is concerned, those who say that the whole head is to be rubbed, are correct which is a dominant opinion. The majority of the jurists advocated for rubbing part of the head and they more or less different in their estimation of that part to be rubbed so as to fulfil the ordinance. The second opinion stated by Malik and most of the companions blessings of Allah be upon them.

Language and The Discipline of (Usul) Fundamentals:

The researches done on the exigences of meanings were the most important researches of the discipline of (Usul) which depend on language such as the research on speech (logic) the imperative as ordinance and prohibition, the general and the particular, the absolute and the restricted and the condensed which are related to combinations and meanings in all kinds. Imam Shafie says; Allah Almighty addressed people in His Holy Book through the medium of Arabic language, which was well understood by them. What was known is that there might be a general address referring to a particular address. Or a general address might refer to an apparent general meaning or sometimes a particular meaning. Sometimes it is an apparent general address referring to a particular hidden meaning. All these different methods are found in the discipline of speech (logic). Sometimes one thing might have different names and sometimes one name would have different meanings.

(1) Surat -ul- Maida from verse 6.

that in their handling of the definition of "apparent" as opposed to "text". The fundamentalists related appearance with the linguistic truth as opposed to metaphor. This is seen in the writings of Al Qadi Abu Bakr Al Baqlani, but the scholar Abu Is-haq Al Isfra'ini took notice of the original linguistic truth which might not be the only origin of the "apparent" because the terminological usage has developed to the extent of acquiring another meaning that comes to the understanding through utterance, as probably the original truth was deserted and hence answering would be through interpretation.

Al Baji followed this method in his researches. He resorted to the meanings which are acquired by usage and custom. That is why the customary usage of the language, a terminology which we have invented so as not mix between the linguistic truth and the customary truth, because in reality we can see that the customary truth is a result of the development of the linguistic truth. However deriving evidence from the sayings of the Prophet, peace be upon him, comes as another new element, to be termed as the Sharia truth, which had priority over the linguistic truth as in the famous opinion in the Maliki school.

In our opinion, reference to language in consideration of the customary truth is a development of the linguistic usage which would cancel controversy in a number of problems in the part dealing with faith. Utilization of these expressions in the Prophets sayings would prevent considering them as customary usage of language. However, if the lexical item or the expression was used in the statement of the Legislator without being commented on, it would not be judged as Shari'a truth, but would rather be judged in the linguistic truth as stated by Siyouti and others. For instance if somebody gave an oath not eat meat and he ate fish, he would not be considered committing perjury according to those who do not consider fish as meat although it is given the name meat in the Holy Quran.

The Shafie had disagreed as concerning the customary meanings of the language and whether they have priority over the original meaning. Al Baqawi gave priority to customary usage and Al Qadi Husseing gave priority to the original meaning.

The Maliki went to the extent that any expression used with the intention of divorce then divorce it would take place, although in the other schools would not take place according to intention alone. This would only mean that the linguistic expressions are liable to accomodate different interpretations as far as intentions and purposes are concerned.

transaction, or the meaning of ownerships in gifts.

As far as lexical meaning of language was concerned, the jurists had controversies. One of these controversies was the explanation of the word "Idam" and whether it means all parts of food stuffs or only the liquid part of food. Although the word "Idam" refers to the liquid part of food it can also be used for the solid part of food such as cooked meat and dates. This is the opinion of Malik, Shafie and Ahmad and Muhammad Ibn Al Hassan Al Shebani.

Abu Hanifa said that as narrated by Abu Yousuf that, the word "Idam" can not be given to the solid part of food such as meat and dates, because the meaning of "Idam" as he saw it, refers to a cohesive mixture which can not be separated such as the mixture of oil and vinegar. As for meat and eggs and the other solids they are included in the name because they can be eaten separately.

This question of differentiation between "Idam" and solids may be carried on cases when somebody gives an oath that he would not eat "Idam" and he eats from these solids, would that be considered perjury or not. The majority of the jurists said that would be considered perjury. They derived evidence from the Hadith narrated by Abu Da'ood who said that, the Prophet, peace be upon him took a piece of barley bread and put a piece of date on it and said, this is the "Idam" of this. Another Hadith narrated, "the main part of Idam is meat" and another Hadith narrated "the master of your Idam is salt". In this concern Imam Abu Hanifa said that the man would not commit perjury by eating those solids. Another example is the word "fruits". and what it refers to. Linguists say that "fruits is all tree yields" some other jurists say that not all that comes as tree yield refers to fruits, such as dates. So if somebody gives an oath that he would not eat fruits and he ate dates, he would not commit perjury. Imam Abu Hanifa followed this opinion and derived evidence from the saying of Almighty Allah:

"In them will be Fruits

And dates and pomegranates".

So this controversy should not remain stagnant in the books of "Fiqh" because the core of the problem is linguistic, and hence referring to linguists in this concern would be worthwhile, as they would be able to resolve this controversy. The development of lexical usages might be used as criterion for the explanation of linguistic ambiguities and made clear distinctions between (Fihi) concepts and linguistic ones because language is considered to be a living organ which develops with the development of those who speak it. The fundamentalists were aware of

Shari'a is referred to saying and utterance. These utterances have been conveyed through the medium of Arabic Language, whether that was utterance from the Legislator, or a narration of his act or his acceptance of that act. On another consideration the one who is handling the Shari'a texts so as to extract rules and acknowledged cases, he would be dealing with these texts on two bases which are the texts and the purposes behind them.

It is no doubt that what is understood from a particular text is conveyed by language. But as for the purposes, they do not need language as such but they are referred to the wisdom behind legislation and credibility of the text as concerning the achievement of interests and avoidance of mischiefs. This lofty place held by Arabic language in the address of Sharia', made the wise ancestry care very much about the language. The first Khalifa Abu Bakr Al Siddiq, blessings of Allah be upon him used to feel very sorry for the foreign accent introduced into Arabic language, and the incorrect usages. It was narrated in (Rabie-ul-Abrar) that Abu Bakr Al Siddiq, blessings of Allah be upon him, passed by somebody known as Abu Lufafa who was carrying a garment. Abu Bakr, blessings of Allah be upon him asked the man, would you sell this garment? The man answered No, Allah bless you. Then Abu Bakr, blessings of Allah be upon him said, I wish you could utter correct language, do not say that but say, "And Allah bless you". This indicates that to pronounce language correctly and use the grammar correctly is very essential to be attained by all citizens. The education authorities should see to it that all people speak correct language.

The importance of language made some grammarians give (Fatawa) on (Fiqh) question. Abu Omar Al Jarmi said that he was giving (Fatawa) for a number of years having the book of Sibaweyhi as reference. It is known that Sibaweyhi was a grammarian and not a (Fiqhi) jurist. However, the explanation of that statement is that Al Jarmi had knowledge of (Hadith) and he used to consult the book of Sibaweyhi to help verify the methods of Arabic language in conveying the meaning.

It is found out that most of controversies among jurists are related to grammatical and linguistic differences, particularly in the questions of conditions, faith, exceptions and utterances of the Legislator and those of the ordained as in the cases of endowments and wills.

Differences among the points of view of jurists are due to the difference in meaning of linguistic expressions. A jurists may benefit from the development of language studies in understanding some contemporary (Fiqhi) concepts such as the meaning of (Qabd) possession in the sale

THE NEED OF ISLAMIC JURIST FOR ARABIC LANGUAGE

Sheikh / Abdullah Sheikh Mahfouz Ibn Beyah*

Importance of Uttered Address :

Islamic Shari'a is conveyed from the Legislador by three different means:

1. **Saying:** Such as when the legislator ordains and prohibits by saying do this and do not do that, which is comprehensive to what is indicated by that utterance.
2. **Doing:** These are the actual performances of the Prophet, peace be upon him, where they are sometimes performed in the way of being explanations of the sayings and they acquire the level of those sayings as correctly narrated.
So if the performance was an explanation of an obligatory saying such as the performances of Haj, it also becomes obligatory, and if it was an explanation of a (Mandoub) recommended act, it attains the level of (Mandoub), and if it was an explanation of a permissible act, then it attains the level of a permissible.
3. **Acceptance:** This is when the Prophet peace be upon him consents to a saying or an action carried out in the presence of the Prophet, peace be upon him, or in another place where information about that saying and that action reaches the Prophet, peace be upon him, and he does not object to that, which would indicate permissibility of such saying or such action.

So doing and acceptance of saying or action are referred to a saying or utterance, and if that was not the saying of the Legislator, then it is a saying of a narrator of an incident, like the saying of Abdullah Ibn Abbas, blessings of Allah be upon them, "The Prophet, peace be upon him adjudged through witnesses and oaths".

* Ex Minister of Justice and Education and Minister of National Guidance in Mauritania. He was also a judge in the high court there. Presently he is professor in faculty of arts King Abdul Aziz university. He is member of the higher international council in the World Muslim League. He is also member of higher committee for the scientific wonders in the Holy Quran and the Sunnah. He is also expert in Al Majma' Al Fiqhi of the Islamic Conference Organization.

The third opinion is another narration about Imam Ahmad which states that it is recommended that a man should not divide his wealth and leave that to be taken care of according to the principles stated by Almighty Allah.

And all praise be to Almighty Allah, Cherisher of the worlds.

Hanbalis which states that sons should not be treated equally as regards to the obligatory alimony or housing or be fair between them according to their share in inheritance, but each one of them should be treated individually and according to his needs, as alimony was prescribed to meet the needs.

The second opinion is the opinion of Ibn Taimeyah which states that it is obligatory to manifest equal treatment between the sons as regards to alimony and grants according to each one's share in inheritance. He stated that the (Hadiths) and narrations indicate that equality of treatment in other than rendering of ownership. There are two kinds of those who need alimony.

- A – Those who need alimony in states of health and of sickness. Here equality between them means giving each one of them what one needs, without differentiating between those who need much or those who need little.
- B – Those who have common needs as regards to grants, benefits or help to them get married. In such cases it is prohibited to differentiate between them.
- C – The third category resulting from that when one of the sons has an abnormal case, such as the payment of a debt, or payment of dowery. Such kind of payment is to be made in kindness. The one with more need is given according to his need.

Division of Wealth

Among The Sons:

The jurists are on controversy as regards to division of wealth during one's life time. There are three opinions regarding that:

The first opinion is the one stated by the Malikis and the Hanbalis, which is that it is permissible for one to divide his wealth among his sons and among all his inheritors during one's life time and according to the principles ordained by Almighty Allah. But if division is made on basis other than those, that division would be detestable according to the Malikis and prohibited according to the Hanbalis. In case that a new inheritor comes into existence after that division was done, a redivision should be made putting in consideration the share of the new inheritor. If that new inheritor was born after the death of the grantor, the granted son or sons should give from their shares the amount equivalent to their share in inheritance to the new inheritor as such action would preserve good relations and remove animosity among relatives.

The second opinion is the opinion of Ahmad which states that it is detestable for the living person to divide his wealth among his sons.

two opinions on that. One opinion is that of Shafies, Malikis, Abu Yousuf and Ahmad in one narration. This opinion states that the required justice to be manifested between the sons is to treat them equally without discrimination whether they are boys or girls, and this would only be possible if the same rule is applied on both the boy and the girl. The father should show that justice as he would expect his sons to show kindness to him as well, and this calls for equality between boys and girls in treatment.

b – The saying of the Messenger of Allah, peace be upon him, "Treat your sons equally in grants, and if I allowed preference of someone over the other, I would have allowed that of women over men".

c – A grant is something done during one's lifetime, and so both male and female are equal in that concern, the same as in alimony and clothing.

The second opinion is that of Imam Ahmad, and it is one narration of the Shafies and an opinion of some Malikis. This opinion states that justice is required in the grant to sons and it should be given according to one's share in inheritance, and that is by granting the male double the amount given to the female, following the command of Allah in that concern.

b – A grant during one's life time is one of the states in which it is given, and hence the male is to be given double the amount given to the female, the same as in the state of death in analogy to the state of inheritance.

c – Allah Almighty prohibited all the practices which would lead to disconnection of relations between members of one family. Inequal treatment between boys and girls as contrary to what is ordained by Almighty Allah would lead to hatred and animosity.

d – The male's needs for money is greater than that of the female's.

e – Their answer to those who opposed them and advocated for equality based on the Hadith of Bashir, is that it is a particular case in a particular property, and that it can not be generalized. The rule applied on it is only by analogy. It is also not known whether the sons of Bashir were all males, and probably the Prophet knew that Bashir did not have male children. Also equality in the (Hadith) refers to the division stated by Almighty Allah.

– After reviewing all the evidences stated by both opposing opinions, it seems to me that the first opinion is the most acceptable as it relies on texts and on reason.

Justice Between Sons in Alimony and Housing:

The jurists are on controversy regarding this point, and there are two opinions on that: One of these opinions is that of the Dthahiris and the

anybody think that those companions did something contrary to the saying of the Prophet, peace be upon him. However this evidence was refuted by stating that Orwah, blessings of Allah be upon her, said that concerning the narration about the grant to Ayisha, blessing of Allah be upon him, said that concerning the narration about the grant to Ayisha, blessing of Allah be upon her, that her brothers were consenting to that preference.

5. The similarization of equality between sons with that they show as the same equality in their goodness towards their fathers as in the saying of the Prophet, peace be upon him, "Show equality towards your sons in grants, so that they show equality between you in their goodness" is only evidence which indicates recommendation, but it is a recommendation which is closer to obligation.

Naming inequality and preference between the sons transgression and injustice, all this indicates obligation to be just.

6. What was granted to Al Nu'aman was all the property of his father. For this reason the Prophet, peace be upon him, prevented him, and that was not prevention of preference.

7. Transgression in the saying of the Prophet, peace be upon him, "I would not stand witness on transgression" is to be taken as a detestable act and not a (Haram) act as it is an inclination from right. Anyhow, this argument is refutable because in the explanation of the meaning of transgression, some narrations were rejected as the saying of the Prophet, peace be upon him, "I would not witness on transgression" refutes that. The best choice between all these opinions is the opinion of opposers of preference without the permission from the rest of the brothers because of the strength of their argument derived from the correct evidences which prohibit that preference. Their evidences are reasonable and they refute the evidences of the supporters of preference. It is clear that the mother is prevented from showing preference between the sons, the same as the father for the saying of the Prophet, peace be upon him".

"Fear Allah, and be just between your sons and daughters". As the mother is one parent, she is as well prevented from preference between the sons just like the father, because the same reaction between the brothers, manifested in hatred and animosity would also result.

The Method of Justice Between

The Sons in Grants:

The jurists are on controversy as regards to this point, and there are

of his ownership, and hence if that grant was not valid, then he would not have needed to return it. The Prophet, peace be upon him did not invalidate that grant but he, peace be upon him, only recommended for him to return, the thing which indicated its validity. However, this argument is contestable because "return it" means not to go on with the grant, as all that the Sharia prevents is to be returned unless otherwise stated.

2. As the grantor is of legal age and mentally capable, his grant is correct and permissible. If the grant is permissible to be given to the foreigner, then it is more so to be given to the son. And if such action is valid when he grants all his wealth to a foreigner and prevent it from his son, so how can it be contestable when he prefers some of his sons and leaves the others?

This evidence is rather weak as it is an analogy at the time that a text exists. And when there is a text, there is no way for independent reasoning.

3. The saying of the Prophet, peace be upon him, "let someone else testify on that" calls for the permissibility of having witnesses to that contract of grant, but it is not permissible to have that witness unless the thing to stand witness for is a permissible thing, because if it is otherwise, then witnessing on that is invalid according to all schools. Ibn Al Qayim answered on that: The saying of the Prophet, peace be upon him, "let someone else testify on that" is not a permission to do so, but it is rather a warning and a threat because, he peace be upon him named that transgression and injustice, and, he, peace be upon him would not permit for transgression and injustice and the invalid. The Prophet, peace be upon him, said, "I would not stand witness except for the righteous". This evidently indicates that what Al Nu'aman had done was not right but it was wrong and false absolutely. Therefore that saying would be taken as evidence for prohibition.
4. Some of the companions of the Prophet, peace be upon him, had preferred some of their sons over others in grants, and nobody objected to that. Examples to that. This is to be taken as consensus from the companions, blessings of Allah be upon them, for the permissibility of that practice. In this concern, Al Tahawi, stated the example of Abu Bakr when he, blessings of Allah be upon him had granted Ayisha some of his property, preferring her over all his sons, and they both considered that permissible. No one of the companions objected to that. Another example is that of Abdur Rahman Ibn Awf who preferred some of his sons in grants. So seeing all these examples, how can

About their decision.”⁽¹⁾

The second opinion is that of Abu Yousuf which states that it is unobjectionable to favour some sons over others and prefer them with grants, on condition that the father does not intend, by so doing, to bring harm on those who are disfavoured, otherwise he should equalize between them. However, there is preservation on this opinion because injustice and harm would surely befall those who are not favoured, whether it was intended, to be so or not.

There is nothing in the (Hadith) of Al Nu’aman which indicates that the intent of giving harm was the reason behind that deprivation or that his father intended to harm all the sons so that that end is to be taken as purpose to judge so.

The third opinion is the opinion of the Hanafis, the Shafies, and the Malikis which states that it is preferable that a man should be just between his sons in his grants so that they become kind to him equally, and it is detestable to favour one or some of them with grants or prefer them over others, because such action would bring about hatred and animosity in the hearts of those who are disfavoured, but, nevertheless, a grant donated on those basis is a correct valid grant. Abu Hanifa said that if someone is more gracious in religion there is no harm to favour him with a grant.

The Shafies stated that in case that a father favours some of his sons with a grant, he should do the same with the others, otherwise it is preferable to return what he had granted. This is when all their needs are equal, but if some of them are more needy, then there is no objection to favour the one who is more needy with that grant.

The Malikis, in their most famous opinion stated that what is detestable is when a father grants all or most part of his wealth to one or to some of his sons, because if he grants only a part of that wealth and kept the other part for the others, then such action would not create hatred and animosity between them, as something is left to provide for the others. But if the opposite happens that would be the detestable favouritism which would lead to hatred. They argued for that permissibility of grant and practice of preference between the sons, by stating the following:

1. The saying of the Prophet, peace be upon him, “return it” apparently indicates that the grantor is to return the grant after it had become out

(1) Surat -ul- Ahzab from verse 36.

grantor died before the granted person possesses the grant, then that grant would not be affirmed, and hence the other inheritors may return what was granted.

The third opinion is another narration about Imam Ahmad that the father is obliged to practice justice between his sons in donations, and he should not favour some of them by preference, otherwise he would be sinful and he should be equitable by showing either of two ways: either to restore the things by which he had preferred some of his sons over the others, or raise the shares of those who were not favoured to be equivalent to those of the favoured ones. But if the father favoured some of his sons with grants for specific reasons such as being in need or being handicapped or having a large number of dependants or because of being occupied with knowledge and learning or because of any of such virtues or even depriving some of his sons of his grants because of the son's lasciviousness or his extravagance, or because the sons would use that grant to spend on acts of disobedience toward Allah Almighty, such preference or such deprivation is permissible and correct. Evidence to support that is derived from what is narrated by Muslim that Abu Bakr, blessings of Allah be upon him, granted Ayisha part of his property and excluded his other sons, which shows that she was favoured because she was advantageous. This means that if some were favoured with a grant for a reason which demanded that grant then it is permissible to apply that favour. The (Hadith) of Bashir is about a particular case which can not be generalized. It is probable that the Prophet, peace be upon him, when he refused to stand witness on that meant that he knew about the situation.

The jurists supporting preference are of three controversial opinions: One of these opinions is that of Al Ghassim Ibn Muhammad and of Rabia, which states that it is permissible to favour or prefer some of the sons in grants for the saying of the Prophet, peace be upon him, "Anyone who has wealth, has more right in that wealth." But evidence derived from this (Hadith) is answered by stating that this (Hadith) is to be understood by limitation stated by the (Hadith) on Nu'aman Ibn Bashir, because Allah Almighty Says:

"It is not fitting

For a Believer, man or woman,

When a matter has been decided

By God and His Apostle,

To have any option

statement from Imam Ahmad affirmed that.

The evidence for obligation of justice between the sons stated by those, is derived from the correct (Hadiths) in which the order of Prophet Muhammad, peace be upon him, was mentioned, ordaining justice between them. He, peace be upon him, named that preference between the sons injustice and transgression, and he, peace be upon him refused to be a witness for a contract based on such preference. Injustice or transgression is (Haram) forbidden, and so the order of the Prophet, peace be upon him, to observe justice between the sons indicates obligation. Disconnection of familial ties and ingratitude are (Haram) forbidden, and hence what leads to that end would also be (Haram), and as we see preference between the sons leads to that. The Hanbalis stated that it is prohibited to witness on a contract of donation based on preference, if the witness knew about that preference. This evidence is derived from the (Hadith) "Do not ask my testimony on something concluded on the basis of transgression". The saying of the Prophet, peace be upon him, "let someone else other than me testify on that" implies warning and threat and not permission, because no one is allowed to witness on the correctness of transgression.

However, a father or a mother may favour one of their sons or some of them with a grant, but on condition that permission of those who are not granted is obtained, because the cause of prohibiting preference is that it perpetuates hatred and animosity between blood relatives, and ingratitude from the sons towards their parents, but a permission would refute that.

But in case that a parent prefers one or some of his sons with a grant without getting the permission of the others, he would be committing a sin and he would be obliged to be equitable between them in either one of these two ways: either returns the grant with which he preferred some of the sons or give the others the equivalent of that grant so that all of the sons would have the same and equal share.

If the grantor who granted on the basis of preference died before equalizing between the sons, then that grant would be owned by the granted son and be obligatory, and the rest of the inheritors would have no argument. Evidence for that is derived from the narration about Abu Bakr, blessings of Allah be upon him, who said to Ayisha, mother of the believers, when he granted her part of his property in (Al Ghaba), "I wish that you had possessed it. This indicated that when a grant is possessed then it can not be refuted.

There is another narration about Imam Ahmad who stated that if the

It is narrated that Al Numan Ibn Bashir blessings of Allah be upon him said that his father brought him in front of the Messenger of Allah, peace be upon him and said, I have donated this son of mine a servant who was working for me. Then the Messenger, peace be upon him asked the man, have you donated all your sons the same? The man said no. Then the Messenger, peace be upon him ordered the man to return what he had donated."

Rule on Preference of Some

Sons With Donations:

The jurists are on agreement that one must observe justice in the donations which one gives to the sons during one's life time, but they are on controversy as to the prohibition of preference of some of the sons over others in donation, and on the invalidity of such contract when it has taken place.

Opposing jurists agreed on the duty of being just between the sons in donations and the prohibition of preference between them, but they disagreed on the invalidity of the contract if it took place on the basis of preference. This disagreement is expressed in three (Mazahib), schools of thought.

This first one is the opinion of the Dthahiris, Is-haq, Al Thawri, Malik and Ahmad in one narration. This opinion states that if the father made any preference between his sons or between some of them in donation, then that donation is invalid and rejectable, because that action of his is a prohibited (Haram) action as derived from the stated narrations, and as it is known, prohibition entails invalidity. The Prophet, peace be upon him also told us that action was injustice and transgression which should not be practiced within the religion of Almighty Allah. It can be seen that in the (Hadith) narrated by Al Nua'man that he was too young to possess what his father had donated him. When the Prophet, peace be upon him, ordered the father to return what he had donated to his son, that order indicated that a grant donated by the father to some of his sons by preference, can not be possessed by the granted and so such contract can not be concluded.

The second opinion is the poinion of the Hanbalis as stated by Tawoos, Ibn Al Mubarrak, Mujahid and Orwah. This opinion states that a father should observe justice between his sons in donations, and that it is prohibited for him to prefer some of them over others. It makes no difference whether preference is made between the sons due to need or due to having a large family or due to being a handicap or even a man of learning, or on the other hand for being lascivious or extravagant. A

RIGHTS OF SONS DUE ON FATHERS JUSTICE BETWEEN THEM IN DONATION AND SUSTENANCE

Dr. Nazeeh Kamal Hammad*

Jurists have stated that the sons have due rights on their fathers. They should carry them out rightfully. The parents should undertake the education of their sons in the best of ways, and by their own good conduct and behaviour should set the best example for their children, so that those children would grow up, being accustomed to noble morality and good habits acquired through following the set example, and hence good conduct would be part of their nature as long as they live. In the Day of Judgment, Allah Almighty will ask the father about his sons before asking the son about his father, because as there are rights on the sons due to the fathers, there are as well rights on the fathers due to the sons. Allah Almighty says:

“O ye who believe!

Save yourselves and your

Families from a Fire

Whose fuel is Men

And Stones.”⁽¹⁾

The father who neglects educating his son or sees to it that he learns what would benefit him in his worldly life and in the Hereafter, would be committing a grave mistake and would have given him the worst and most unjust of treatments. The Messenger of Allah, peace be upon him said, “Allah will ask every sponsor about what he had sponsored, and whether he cared for them or neglected, up to the point where the man would be asked about members of his family”.

One of the essential rights of the sons due on the fathers is to observe justice between them in anything donated during the life time of the father. Favouring some of the sons over others with special donations would be taken as instrument to create hatred between the sons and ingratitude of the sons towards the fathers.

* Ex-Professor of Islamic Fiqh and its (Usul) fundamentals in the University of Um Al Qura, Makkah Al Mukkaramah.

(1) Surat -ul- Tahreem from verse 6.

and preserves him, his wealth, his honour and all his rights. It should be shown that Islam is a religion of justice, mercy and guidance of man and deepening higher values in him.

Islam should be shown as a religion of civilization, calling man to discover all that would lead to his benefit and his progress in his life. Islam should be shown as it is a human message advocating forgiveness enhancing moral values and endeavours towards the happiness of all humanity.

In this great scene of congression of Muslims we should remember clearly that the first Muslim vanguards conquered so many locations, and lead millions of people due to the high qualities they attained because of the application of the principles of Islam, its morals and its qualities in dealings and transaction, and by so doing they left behind the most magnificent of scenes in history.

And Allah is the Grantor of All success.

A LETTER FROM THE STAFF

Haj is an Islamic ordinance which repeats every year, in observance and response of that order from Almighty Allah. The appearance of this month indicates clearly the unity of all Muslims, and their congression in one place freeing themselves from all that makes differences between them, and they meet as one entity nothing to separate them from one another, neither colour nor any other quality nor have the feeling of being better than the other for any reason. Muslims have, along their history observed the performance of this duty prescribed in their religion, even during the old times when they were weak and transgressed. Their meeting in this place was affirmation of their will and an indication of their unity and a testimony to the preservation of their belief.

The Haj ritual foreshadows the end of one year and the beginning of a new one in the history of Muslims. The end of the year is an occasion to verify and revise the "accounts" of the Ummah and see what they had gained and what they had lost during that year. Muslim like any other nations are subject to crisis, to gain and loss. It is true that in our day, thousands of Muslims, men and women and children are lost in Bosnia and Herzegovina, and in some other places, but still that loss is turned into gain on consideration of will power, faith and adherence to principles. This is exactly what the Muslims in Bosnia and Herzegovina are doing, inspite of their humble equipment and meagre provisions, and the vicious attack of evil powers on them.

The Islamic history witnessed a lot of difficulties and obstacles, but the strong will of Muslims and their adherence to their faith was stronger than all crisis. In this age we are living in is different from all other ages in the past, because it is the age of "communication" and the approach of man towards man, the thing which would increase the responsibility of Muslims for defending their faith. Defense should not only be at the time of the occurrence of aggression, but it should also be by taking "precautions" before that occurrence. What comes on top of that is information about Islam and revealing its message to face those who are ignorant or full of reluctance in the known conflict of civilizations. There should be information that Islam is an eternal divine religion which is sent down for the good of all humanity. It is a religion which advocates in its Shari'a, its Usul fundamentals and its branches that it respects the human being

CONTEMPORARY JURISPRUDENCE RESEARCH JOURNAL

A Journal Devoted to the Study of Law

Editorial Board

Dr. Robert L. Hale, Jr., Editor in Chief

Price Per Copy	
Subscription (12 Issues)	\$25.00
Single Copy	\$2.00
Foreign Postage	\$3.00
Advertising Rates	See Inside

Price Per Copy	
Subscription (12 Issues)	\$25.00
Single Copy	\$2.00
Foreign Postage	\$3.00
Advertising Rates	See Inside

DISTRIBUTORS: SAGE PUBLICATIONS, INC.

Subscription (12 Issues)	\$25.00
Single Copy	\$2.00
Foreign Postage	\$3.00
Advertising Rates	See Inside

Published by SAGE PUBLICATIONS, INC., 2455 Teller Avenue, Thousand Oaks, California 91320

«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	£E 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	£s 12	Libya	L.Dr 1000
Syria	LL. 35	Kuwait	K.D. 1
		Yemen	YR 12

Annual Subscription

U.S.A., Canada & Europe US \$ 12

Annual Subscription: For Govt.

Offices and Agencies: SR. 200

For individuals: SR 100

Address:

Badia, North east of Princess Sarah
Mosque, Riyadh, K S A

Phone 4351872

Fax. 4352297

DISTRIBUTORS:-SAUDI DISTRIBUTION CO.

Jeddah	: 6694700	Madina	: 8228187	Al-Hasa	
Riyadh	: 4779444		: 8229881	Besha	: 6226462
	: 4779040	Yanbu	: 3225834	Abha	: 2270647
Dammam	: 8413317	Gizan	: 2220104	Tabouk	: 4321812
	: 8410840	Qassim	: 3249330		: 4321164
Taif	: 7491831	Hail	: 5321555	Najran	: 5222901
	: 7454222	Dawadmy	: 6422211	Keru'at	: 6421296
Makkah	: 5585078	H. Al-Batin	: 7223293	Sharora	: 5321125
	: 5584720	Zulfe	: 5927707	Khafgie	: 7662677

Mail Address P O Box 1918 · Riyadh 11441 · Kingdom of Saudi Arabia

CONTEMPORARY JURISPRUDENCE RESEARCH JOURNAL

A Professional Journal Concerned with Islamic Jurisprudence
Seventeenth Edition - Fifth Year April - May - June 1993

IN THIS ISSUE

A Letter From The Staff

- Rights of Sons Due on Fathers,	Dr. Nazeeh Kamal Hammad
- The Need of Islamic Jurist For Arabic Language	Sheikh Abdullah Sheikh Mohfuz Ibn Beyah
- Deathbed Illness And Its Rules in Transaction	Dr. Nu'amn Abdur Razzag Al Samura'ie
- The Jurisprudence Rules And Relating The Branches To The Origins	Dr. Saleh Ibn Ghanim Al Sadlan
- The Concept of Sovereignty and Sovereigns In Islamic (Fiqh)	Dr. Hassan Muhammad Safar.
- (Qabd) Possession of The Grant, Reality And Rule In Islamic (Fiqh)	Dr. Muhammad Hussein Gindeel

FATAWA AL FUQAHA

- (Dhaman) Of The One Who Puts An Obstacle On The Road.
- Rule On Persons Whose (Dhaman) Is Correct And Whose (Dhaman) Is Not.
- Rule On Whether General Authorized Representative Has Right To Dontae.

CASES FROM JURISPRUDENCE POINT OF VIEW

- Rule On Umra.
- Rule On Deliberate Abortion Due to Rape
- Rule On When An Equipment Has Defect In Manufacture.
- Rule On Increasing The Price Of Commodity.
- Rule On The One Who Leases A Property, And Releases It.
- Texts And Documents