مجلة
البحوث الفقهية المعاصرة
مجلة علميّة مُحكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي
العدد السابع والعشرون- السنة السابعة- ربيع الآخر- جمادى الأولى-جمادى الآخرة١٤١٦هـ- اكتوبر(تشرين الأول)- نوفمبر (تشرين الثاني)- ديسمبر (كانون الأول)١٩٩٥م

في هذا العدد

قاعدة درء الحدود بالشبهات وأثرها في الفقه الجنائي الإسلامي	الدكتور/ عبدالخالق بن المفضل أحمدون
الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج	الدكتور/ شوقي أحمد دنيا
العقد الموقوف في الفقه الإسلامي	الدكتور/يوسف عبدالفتاح المرصفي
الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه	الدكتور/ حسين مطاوع الترتوري
التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي	الدكتور/ عبدالحفيظ رواس قلعه جي

فتاوى مجلس مجمع الفقه الإسلامي

- مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي .
- سد الذرائع .

مسائل في الفقه

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

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

تعنى بنشر البحوث العلمية المحكمة في الفقه

مجلة

البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية محكمة متخصصة في الفقه الإسلامي

صاحبها ورئيس تحريرها د/ عبدالرحمن بن حسن النفيسه

العنوان :
المملكة العربية السعودية
البديعة - شمال شرق مسجد الأميرة سارة
برقياً :- الفقهية
عنوان المراسلات :
ص ب ١٩١٨ - الرياض ١١٤٤١
* الاشتراكات :
قيمة الاشتراك السنوي ، للدوائر الحكومية والمؤسسات والشركات ٢٠٠ ريال
* الأفراد : ١٠٠ ريال

سعر النسخة

السعودية	١٢ ريالا	معمر	٣ جنيهات
الأردن	دينار	المغرب	١٢ درهما
الإمارات العربية المتحدة	١٢ درهما	موريتانيا	١٢٠٠ أوقية
البحرين	٧٠٠ فلس	سلطنة عمان	٧٥٠ بيزه
تونس	٨٠٠ مليم	قطر	١٢ ريالا
السودان	١٢ جنيها	ليبيا	١٠٠٠ درهم
سوريا	٣٥ ليرة	الكويت	دينار
		اليمن	١٢ ريالا

الاشتراك السنوي لـ أمريكا وكندا وأوربا ١٢ دولاراً

وكيل التوزيع: الشركة السعودية للتوزيع

جدة - ص.ب ٩٠١-١٠٤	مقر البلغ - ص.ب: ٧٢٢٢٢٩٢
مكة المكرمة - ص.ب ١٠٠-٥٤١٥	الرياض - ص.ب: ٢٢٧٨٢٩
الطائف - ص.ب ٢٢٣-٧٤١٤	الخفجي - ص.ب: ٧١٦١١٧٧
المدينة المنورة - ص.ب ٨٢٢١٨٨١	الدمام - ص.ب: ٨٣٧٢٠٧٥ - ٨٣٧٦٣١٢
ينبع - ص.ب: ٢٢٣٠٨٢٤	العمل - ص.ب: ٨٣٧٦٣٢٦ - ٨٣٧٢٠٧٥
حيزان - ص.ب: ٢٢٢-١٠١	القنفذة - ص.ب: ٨٩١١٠٧ هـ
الرياض - ص.ب: ٤٩١١٧٤١ - ٤٩١١٧٢٧	الافلاج - ص.ب: ٤٩١١٢٢٧
القصيم - ص.ب: ٢٢٤١٩٣٠	العيون - ص.ب: ٦٢٥١٨٨٢
حائل - ص.ب: ٥٥٥٥٢٢١ - ٥٢٠-٢٧٥	الباحة - ص.ب: ٢٢٢١٧٨
الدوادمي - ص.ب: ٦٤٢٢١١١	الاحساء - ص.ب: ٥٨٢٧٧٠٧
أبها - ص.ب: ٦٤٠-٢٢٤٠٤٨١	
تبوك - ص.ب: ٢٢١٨١٢ - ٤٢٢٤١٦٤	
نجران - ص.ب: ٢٢١٧٨٢	
الزلفي - ص.ب: ٦٧-٤٤٢٢	
المجمعة - ص.ب: ٢٢٢٦١٨	
القريات - ص.ب: ٦٤٢١٢٩١	

بسم الله الرحمن الرحيم

قواعد النشر وشروطه

تود هيئة «مجلة البحوث الفقهية المعاصرة» أن تبدي للإخوة الباحثين أن قواعد النشر في المجلة تقضي بما يلي :

١) أن يكون البحث المراد نشره مبنياً على الفقه الإسلامي .

٢) أن ينصب البحث على القضايا ، والمسائل ، والمشكلات المعاصرة ، والبحث عن الحلول العلمية والعملية لها في الفقه الإسلامي، ومفاهيمه المعتمدة عند أهل السُّنة والجماعة .

٣) أن يتصف البحث بالموضوعية ، والأصالة ، والشمول ، 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. ويشمل ذلك البحوث التي سبق تقديمها للجامعات أو الندوات العلمية وخلافها .

٥) أن يُرفق بالبحث إفادة تتضمن عدم نشره من قبل .

٦) أن يختم البحث بخلاصة تبين النتيجة والرأي ، أو الآراء التي تضمنها البحث .

٧) أن يرفق بالبحث خلاصة مستوفية له لترجمتها إلى اللغة الإنجليزية .

٨) الا تقل صفحات البحث عن عشرين صفحة من صفحات المجلة .

٩) يكتب اسم الباحث ثلاثياً مع وظيفته العلمية إن وجدت .

١٠) يتم تحكيم البحوث من قبل فقهاء وعلماء متخصصين وفقاً لنموذج يبين قواعد التحكيم ، وإجراءاته . ومن هذه القواعد عدم معرفة المحكِّمين لأسماء الباحثين ، وعدم معرفة الباحثين لأسماء المحكِّمين سواء وافقوا على نشر بحوثهم أو أبدوا بعض الملاحظات عليها أو رأوا عدم نشرها .

١١) تدفع المجلة مكافأة عن البحث في حال نشره .

١٢) البحوث التي لا تنشر لا تعاد لأصحابها .

* ترتيب البحوث في المجلة يخضع لاعتبارات فنية.

الفهرس

- رسالة من هيئة المجلة ٤
- قاعدة درء الحدود بالشبهات وأثرها في الفقه الجنائي الإسلامي ... ٧
  الدكتور/ عبدالخالق بن المفضل أحمدون
- الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج (ت ٧٣٧هـ) ٧٧
  الدكتور/ شوقي أحمد دنيا
- العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ١٢٠
  الدكتور/ يوسف عبدالفتاح المرصفي
- الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه ١٤٨
  الدكتور/ حسين مطاوع الترتوري
- التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ١٨٢
  الدكتور/ عبدالحفيظ رواس قلعه جي
- فتاوى مجلس مجمع الفقه الإسلامي :
  - مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي ٢١٥
  - سـد الذرائـع ٢١٧
- مسائل في الفقـــه :
  - حكم ما إذا أخذ الزوج من مال زوجته دون رضاها ٢١٩
  - لامجال للشك مع اليقين ٢٢٥
  - حكم ما إذا عين الأب وصياً على أولاده القصر ثم تبين أنه غير أمين... ٢٣٠
  - السماح للزوجة بالعمل لايعني إخلالها بواجباتها الزوجية ٢٣٤
  - تربية الولد الصغير من واجبات أبيه ٢٣٨
- الفقهاء الخالدون :
  - أبو بكر الصديق ٢٤٣
    الدكتور/ محمد بن سعد الشويعر

رسالة من هيئة المجلة

اليوم الأغر :

تحتفي الأمم بيوم أو أيام معينة تستذكر فيها حادثة من الحوادث ، أو واقعة من الوقائع أثَّرَتْ في تاريخها ، ومسارها ، وفي أجيالها .. وقد تكون هذه واقعة استقلال تحررت به من تبعية عانت منها ، أو واقعة نصر تحققت لها بعد هزيمة كانت تثقلها زمناً أو أزماناً . ومن الطبيعي – والحال كذلك – أن تفعل كل أمة ما تذكِّر به أجيالها ، بما أثَّرَ في حياتها من حوادث ، وما صاحب تاريخها من وقائع .

ونحن في هذه البلاد نحتفي في أفئدتنا ، ومشاعرنا بيوم أغر يندر مثله في التاريخ المعاصر . ذلكم هو اليوم الأول من برج الميزان الذي أعلن فيه توحد بلادنا في كيان واحد ، وأمة واحدة اجتمعت بعد فرقة والتأمت بعد شتات ، وتآلفت بعد نفور ، وقويت بعد ضعف ، وانتصرت بعد هزيمة .

نعم ذلك هو القول الحق ، فقد جمعها الملك عبدالعزيز – رحمه الله – بإيمانه ، وحكمته ، وصبره ، بعد أن أراد الله أن يكون هو الجامع لها بعد الفرقة ، والموحِّدُ لها بعد الشتات ، والمحتوي لها بعد الضياع .. لقد كانت هذه الوحدة – بما تميزت به – فريدة في التاريخ المعاصر ، وكان رحمه الله فريداً في هذا التاريخ .. استعان بالله فأعانه وتوكل عليه فنصره ، أحب أمته في هذه البلاد فأحبته ، ونذر نفسه لها فبايعته ، فكانت بينه وبينها علاقة طاعة ، وعلاقة محبة فظلت تستذكر دائماً بقلوبها ومشاعرها ما صنعه لها من وحدة، وما أسَّسَه لها من دولة .

لقد بُنِيَ هذا الكيان على " التوحيد "وعلى اتباع شرع الله وتنفيذ أحكامه ، واقتفاء سيرة السلف الصالح ، فصارت هذه البلاد نموذجاً متميزاً في الأمن والاستقرار في عالم تضطرب فيه المفاهيم ، وتتنافس فيه النظريات ، وتتصادم فيه الأهواء .

في ذلك اليوم الأغر قامت دولة عصرية ،وقام كيان شامخ بني على المحبة والتسامح لايتعصب لمذهب من المذاهب ، أو طريقة من الطرق .. وإنما يَتَّبِعُ شرع الله ، وتنفيذ أحكامه ، ويَتَّبِعُ سنة رسوله عليه الصلاة والسلام – في أقواله وأفعاله وتقاريره . وفي هذا قال رحمه الله في أحد البلاغات : إن مصدر التشريع والأحكام لا يكون إلا من كتاب الله ومما جاء عن رسوله عليه الصلاة والسلام ، أو ما أقره علماء الإسلام الأعلام بطريق القياس ، أو أجمعوا عليه ماليس في كتاب ولا سنة ، فلا يحل في هذه الديار غير ما أحله الله ، ولا يحرم فيها غير ماحرمه " (١) .

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

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

---

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

(٢) مجموعة النظم، قسم القضاء الشرعي من سنة ١٣٤٥هـ-١٣٥٧هـ ، ص١٤، مطبعة أم القرى – مكة المكرمة – المملكة العربية السعودية، ط١، ١٣٥٧هـ .

الثاني والثالث، حيث وجدت المذاهب ، ولكنها لم تكن تعدو اختلافاً في الرأي ، كما كان الحال في عهد صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حيث اختلفوا في الرأي ، ولكنهم لم يتشاحنوا ولم يتفاضلوا بعضهم على بعض . ولم تكن المذاهب الفقهية سبباً لتفرق المسلمين إلا حين استغلتها الأهواء السياسية للدول أو الدويلات التي انشطر إليها العالم الإسلامي حين بدأ يضعف وتتفرق كلمته " [1] .

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

وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين .

---

(١) التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية ، ص٨٧-٨٨ ، وانظر : الصفحات من ٧٤-٨٨ ، ط١٣٩٧هـ ، جامعة القاهرة ، والكتاب الجامعي .

قاعدة درء الحدود بالشبهات وأثرها في الفقه الجنائي الاسلامي

الدكتور/ عبدالخالق بن المفضل احمدون(*)

تمهيد :

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على رسوله الصادق الامين .

أما بعد :

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

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

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

(*) أستاذ الفقه والمقاصد الشرعية بكلية الآداب والعلوم الإنسانية ، قسم الدراسات الإسلامية بتطوان – المغرب .

(١) انظر : المحلى لابن حزم ٢٤٣/١١ .

(٢) قواعد الاحكام للعز بن عبدالسلام ٣٢/٢، وراجع : غاية الاختصار لأبي شجاع ٣٥٤/٢ .

الضرر به . يقول المقري : " الأصل عدم اعتبار الشبهة ، وبناء الأمر على الأصل والغالب ، لكن الشرع اعتبرها في أوج الرفعة ، وهو الولاية والشهادة والفتيا فلا يقدم عليها معها وتدفع بها ، وحضيض الإهانة وهي الحدود ، ففي الأوج دفع على المنصب وفي الحضيض ستر على المكتسب " (١) .

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

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

– المبحث الأول : مبدأ العفو في الشريعة الإسلامية .
– المبحث الثاني : السند الشرعي للقاعدة .
– المبحث الثالث : صلة القاعدة بالبراءة الأصلية .
– المبحث الرابع : الحيل وصلتها بالقاعدة .
– المبحث الخامس : أثر القاعدة في جرائم التعزير .
– المبحث السادس : موقف ابن حزم من القاعدة .

---

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

المبحث الأول
مبدأ العفو في الشريعة الإسلامية

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

وأصل هذا المبدأ الحديث النبوي : (**ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم لمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة**) [1] .

ويرى عبدالقادر عودة أن مبدأ درء الحدود بالشبهات على أهميته ، يعتبر تطبيقاً لمبدأ الخطأ في العفو ، في الحالات التي يؤدي فيها درء الحد إلى تبرئة الجاني [2] .

وجاء في الإنصاف للمرداوي : " قال المصنف في المغني والشارح : يسقط قبل المرافعة والمطالبة به عند الحاكم ، وهو ظاهر كلام ابن منجا في شرحه . وعلل أحمد بقوله : تدرأ الحدود بالشبهات " [3] .

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

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

---

(١) سنن الترمذي ج٤ص٢٥، السنن الكبرى للبيهقي ج٨ص٢٣٨، كنز العمال ج٥ص٣٠٩ .
(٢) التشريع الجنائي الإسلامي ١/٢١٧ .
(٣) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي ١٠/٢٦٥-٢٦٦ .

١- **النقطة الأولى : أصل العفو من الكتاب والسنة :**

جاء الإسلام بالعقوبة والعفو جميعاً ،ولكنه لم يأمر بالعفو على الإلزام ، وإنما أمر به على الندب والاستحباب . ومكن للمعتدى عليه من الدفاع عن حقه، ولكنه أوصاه بالسماحة والصفح و الصلح والعفو بديلاً .

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

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

٢- قوله تعالى : **﴿ وأن تعفوا أقرب للتقوى ، ولاتنسوا الفضل بينكم ، إن الله بما تعملون بصير ﴾** (٢) .

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

٤- قوله تعالى : **﴿ إن تبدوا خيراً أو تخفوه أو تعفوا عن سوء فإن الله كان عفواً قديراً ﴾** (٤) .

٥- قوله تعالى : **﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ، فمن عفا وأصلح فأجره على الله ، إنه لايحب الظالمين ﴾** (٥) .

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

---

(١) سورة البقرة من الآية ١٠٩ .
(٢) سورة البقرة من الآية ٢٣٧ .
(٣) سورة التغابن من الآية ١٤ .
(٤) سورة النساء الآية ١٤٩ .
(٥) سورة الشورى الآية ٤٠ .

عقوبة ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ **وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين** ﴾ (١) وتارة يسوي بينهما بتسميتهما عدواناً أو إساءة ، مع أن العقوبة ليست في الحقيقة عدواناً ولا إساءة ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ **فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين** ﴾ (٢) .

ومما يمكن إلحاقه بالمشاكلة ، ذلك السمو في الإيحاء بتسمية الجاني والمجني عليه أخوين ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ **فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة** ﴾ (٣)(٤) .

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

١- عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (**ماعفا رجل عن مظلمة إلازاده الله بها عزاً**) رواه أحمد ومسلم والترمذي وصححه .

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

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

٢- النقطة الثانية : العفو في جرائم الحدود :

إن القاعدة العامة في التشريع الجنائي الإسلامي ، أن العفو جائز كوسيلة لانقضاء العقوبة أو إسقاط الحق (٦)، وإفلات الجاني من العقاب حماية لشخصه .

---

(١) سورة النحل الآية ١٢٦ .

(٢) سورة البقرة من الآية ١٩٣ .

(٣) سورة البقرة من الآية ١٧٨ .

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

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

(٦) قال الكاساني : " وشرائطه أن يكون العفو من صاحب الحق لأنه إسقاط الحق وإسقاط الحق ولاحق محال ، فلا يصح .. والعفو ضرر محض لأنه إسقاط الحق أصلاً ورأساً " . بدائع الصنائع ٧/ ٢٤٦ . وجاء في الكافي لابن قدامة ٤/ ٥٠ :"ويصح العفو بلفظ العفو لقوله تعالى : ﴿ **فمن عفي له من أخيه ..** ﴾ وبلفظ الصدقة لقوله تعالى : ﴿ **فمن تصدق به** ﴾ وبلفظ الإسقاط لأنه إسقاط للحق " .

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

إن مايميز جرائم الحدود عن غيرها من الجرائم ، هو أن العقوبة عليها محددة تحديداً دقيقاً ، وإنها ذات صبغة مطلقة ، لايتوقف تطبيقها على حالة الجاني

---

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

راجع أحكام العفو في القصاص في المصادر التالية : البدائع ٧/ ٢٤٦ ، بداية المجتهد ٢/ ٤٠١ ، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٣٠، المهذب ٢/ ١٨٩، المغني ، ٧/ ٧٤٢ .

(٢) أجازت الشريعة العفو في جرائم التعزير والشفاعة فيها ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم ".

جاء في تبصرة الحكام : " يجوز العفو عن التعزير والشفاعة فيه إذا كان لحق الله ، فإن تجرد عن حق الآدمي ، وانفرد به حق السلطنة ، كان لولي الأمر مراعاة حكم الأصح في العفو والتعزير وله التشفيع فيه . روي عن النبي صلى الله عليه وسلم : اشفعوا إلي ، ويقضي الله على لسان نبيه مايشاء ولو تعافى الخصمان عن الذنب قبل الترافع إلى ولي الأمر سقط حق الآدمي ، وفي حق السلطنة والتقويم والأدب وجهان : أظهرهما : عدم السقوط فله مراعاة الأصلح من الأمرين. والأصح أنه لايسقط التعزير بإسقاط ماوجب بسبب ولو نص على العفو والإسقاط . ويسقط بإسقاطه ضمناً ، كما إذا عفا مستحق الحد عن الحد قبل بلوغ الإمام ، إذن ليس للإمام التعزير، والحالة هذه ، لاندراجه في الحد الساقط وقيل لايسقط إذ وجوب التعزير مقترن بالحد بمجرد حق السلطنة ، فلا ينبغي سقوطه بإسقاطه الحد ؟ . وقد نقله عن الأحكام السلطانية للماوردي ص٢٣٧-٢٣٨ وراجع في أحكام العفو في التعزير : فتح القدير ٤/ ٢١٢ ، شرح الزرقاني ٨/ ٩٢، مواهب الجليل ٦/ ٣٢٠ ، الإقناع ٤/ ٢٧٠ ، انظر النص السابق في تبصرة الحكام ٢/ ٢٦٥ .

ومشاعره الخاصة، فمتى أصبحت الجريمة عامة ، أي متى اتصلت بعلم السلطة المختصة ، أصبح الجزاء من شأن الصالح العام ،ووجب تطبيقه بلا هوادة ولا رأفة .

ويعلل الفقهاء ذلك ، بأن الحدود من حقوق الله تعالى لايجوز العفو أو الشفاعة فيها بعد رفعها إلى الحاكم ، فما كان من حق الفرد إسقاطه فهو حقه ، ومالم يكن له إسقاطه فهو حق الله (١) .

ويؤيد هذا ماتناقلته كتب الحديث من وقائع حدثت في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم نذكر منها :

١- عن عائشة رضي الله عنها " أن قريشاً أهمتهم المخزومية التي سرقت ، قالوا : من يكلم رسول الله ، ومن يجترىء عليه إلا إسامة حب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكلم رسول الله فقال : **أتشفع في حد من حدود الله ، ثم قام فخطب فقال : يا أيها الناس ، إنما ضل من كان قبلكم ، إنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها** " (٢) .

٢- عن صفوان بن عبدالله ، أن صفوان بن امية قيل له : إنه إن لم يهاجر هلك فقدم صفوان المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه ، فجاء سارق فأخذ رداءه ، فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمر به أن تقطع يده فقال له صفوان : إني لم أرد هذا يارسول الله هو عليه صدقة ، فقال الرسول : **فهلا قبل أن تأتيني به** " (٣) .

٣- عن ربيعة بن أبي عبدالرحمن ، أن الزبير بن العوام لقي رجلاً قد أخذ سارقاً وهو يريد أن يذهب به إلى السلطان ، فشفع له الزبير ليرسله ، فقال : لا ، حتى

---

(١) الفروق ١٤١/١ .

(٢) رواه الستة وأحمد والبيهقي ، نيل الأوطار ١٥٣/٧، وإرواء الغليل ٣٥١/٧ .

(٣) الموطأ بشرح الزرقاني، كتاب الحدود ١٥٨/٤، ورواه الخمسة إلا الترمذي، إرواء الغليل ٧٤/٨ .

أبلغ به السلطان، فقال الزبير: إذا بلغت به السلطان ، فلعن الله الشافع والمشفع" (١) .
واستناداً إلى هذه الآثار ، أفتى فقهاء المسلمين بعدم جواز العفو في الحدود بعد رفعها إلى الإمام .
جاء في المدونة : " ليس إلى الوالي أن يعفو إذا انتهت إليه الحدود " (٢) .
ونقل الأبي عن شيخه المازري أن الشفاعة في الحدود بعد بلوغها الإمام جرحة إذا كانت ممن لايظن به جهل ذلك (٣) .
فالأصل العام في جرائم الحدود أنه لايجوز العفو فيها ولا الشفاعة بعد رفعها إلى القضاء (٤) .

---

(١) الموطأ السابق .
وقد رد ابن حزم جميع الآثار التي احتج بها العلماء في هذه المسألة ، ثم قال : فإذا ليس في هذا الباب أثر يعتمد عليه ، فالمرجوع إليه هو طلب الحكم في هذه المسألة من غير هذه الآثار . فنظرنا في ذلك ، فوجدنا قدصح بالبراهين أن الحد لايجب إلا بعد بلوغه الإمام ، وصحته عنده ، فإذا الأمر كذلك فالترك لطلب صاحبه قبل ذلك مباح ، لأنه لم يجب عليه فيما فعل حد بعد ، ورفعه أيضاً مباح ، إذ لم يمنع من ذلك نص ولا إجماع فإذا كلا الأمرين مباح، فالأحب إلينا، دون أن يفتى به ، أن يعفى عنه ما كان وهلة ومستوراً ، فإن أذى صاحبه وجاهر فرفعه أحب إلينا " المحلى ١٥٣/١١ .
وغرض ابن حزم من هذا الموقف أن يرجح دائماً الجانب الذي يحقق مصلحة الجماعة والفرد معاً ، فإن تعارضت المصلحتان قدمت مصلحة الجماعة ، وأدب الفرد بقدر ما يستحق بانحرافه ، وفي ذلك أيضاً تربية لمن تقع له عورة مسلم ، أن يستترها ، إيثاراً وترفعاً عن التعرض لأعراض الناس ، حتى من يقعون تحت طائلة القانون . فأين هذا ممن يلغون في أعراض الأبرياء ، ومن حرفتهم تلفيق التهم ونشر الأكاذيب لتدمير أخلاق المجتمع ؟
(٢) المدونة ٦٧/١٦. وقارن بالإقناع للخطيب الشربيني ١٨٣/٢ .
(٣) إكمال إكمال المعلم شرح صحيح مسلم : الأبي ، ٤٤٣/٤ .
(٤) ووجد رأي في الفقه الإسلامي يعتبر العفو من مسقطات العقوبة في جريمة السرقة إذا صدر من جميع المجني عليهم . وهو رأي الزيدية ، ولا يأخذ به فقهاء المذاهب . التشريع الجنائي الإسلامي : عبدالقادر عودة ٦٣٠/٢ . وفي حاشية الشرقاوي ٤٣٥/٢ : وفي الدميري أن معاوية عفا عن سارق حين أنشدته أمه :

يميني أمير المؤمنين أعيذها بعفو كان تلقى نكالاً يشينها
فلا خير في الدنيا وكانت خبيثة إذا ماشمالي فارقتها يميني

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

ونجد استثناء من هذا الأصل العام ، في جريمة القذف . فقد اختلف الفقهاء في مدى جواز العفو في هذه الجريمة . وقد كان هذا الاختلاف من أهم النتائج الموضوعية التي ترتبت عن التفرقة بين حق الله وحق العبد [1] .

ومن المتفق عليه ، أن جريمة القذف فيها حقان : حق لله تعالى ، وحق للمقذوف ، ولكن الفقهاء اختلفوا في أي الحقين أقوى :

١- الحنفية والظاهرية يعتبرون الجريمة متعلقة بحق الله تعالى ، وبذلك لا يجوز للمقذوف أن يعفو عن القاذف بعد ثبوت الجريمة عليه ورفعها إلى القضاء ، لأن حد القذف من حقوق الله تعالى ، فليس للفرد أو الجماعة إنقاصه كباقي الحدود ويعبر الكاساني عن وجهة نظر الحنفية بقوله : " إن سائر الحدود إنما هي حقوق الله تعالى ، لأنها وجبت لمصالح العامة ، وهي دفع فساد يرجع إليهم ويقع حصول الصيانة لهم ... وكل جناية يرجع فسادها إلى العامة ومنفعة جزائها يعود إلى العامة ، كان الجزاء الواجب بها حق الله عز وجل على الخلوص ، تأكيداً للنفع والدفع ، كي لايسقط بإسقاط العبد ، وهو معنى نسبة الحقوق إلى الله ، وهذا المعنى موجود في حد القذف ، لأن مصلحة الصيانة ودفع الفساد يحصل للعامة بإقامة هذا الحد ، فكان حق الله كسائر الحدود . إلا أن الشرع شرط فيه الدعوى من المقذوف ، لأن المقذوف يطالب القاذف ظاهراً وغالباً لدفع العار عن نفسه فيحصل ماهو المقصود من شروع الحد ، ولأن حقوق العباد تجب بطريقة المماثلة إما صورة ومعنى ، وإما معنى لاصورة ، لأنها تجب بمقابلة المحل جبراً ، والجبر لا يحصل إلا بالمثل ، ولا مماثلة بين الحد والقتل ، لاصورة ولامعنى ، فلا يكون حقه [2] .

= ولنا : أن الواقعة إذا ثبتت ، فإن ماحكم به معاوية مردود ، لانه مخالف للحديث : (**تعافوا الحدود فيما بينكم ، فما بلغني فقد وجب**) ومخالف لإجماع العلماء . وإنما يقبل مذهب الصحابي في القضايا الاجتهادية التي لم يرد فيها نص من الكتاب أو السنة ، ولم يحصل عليها إجماع ، ولم يخالف فيها أحد من الصحابة . راجع : أثر الأدلة المختلف فيها ، في الفقه الإسلامي : مصطفى البغا ص٣٣٨ ، ما بعدها .

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

(٢) بدائع الصنائع ٧/٥٦-٥٧ . وفي تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٤، نص محمد في الأصل أن حد القذف حق للعبد كالقصاص .

ورد ابن حزم جميع حجج من رأى العفو في القذف بعد بلوغه الإمام .

واستدل على رأيه بحديث عائشة رضي الله عنها قالت :" لما نزل عذري قام النبي على المنبر فأمر بالمرأة والرجلين فضربوا حدهم " .

قال ابن حزم : " فهذا الرسول أقام حد القذف ولم يشاور عائشة أن تعفو أم لا، فلو كان لها في ذلك حق لما عطله عليه السلام وهو أرحم الناس " .

واحتج كذلك بما فعله عمر رضي الله عنه حيث جلد أبا بكرة ونافعاً وشبل بن معبد إذ رآهم قذفة ، ولم يشاور في ذلك المغيرة ولا رأى له حقاً في عفوه أو غيره .

قال : فبطل قول من رأى العفو في ذلك [١] .

٢- ويغلب الشافعية والحنابلة حق العبد في القذف ويعتبرونه جريمة تقع اعتداء على حق شخصي للمقذوف ، وهو حقه في صيانة سمعته من التهمة بالزنا .

ويعلل الشافعي كون حد القذف من حقوق العباد أنه لا يستوفى إلا بمطالبته فكان للمقذوف حق العفو فيه كالقصاص .

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

قال الشيرازي في المهذب:"إن التصدق بالعرض لا يكون إلا بالعفو عما يجب له"[٢] .

ويرى ابن قدامة المقدسي نفس الرأي ، قال : " ولنا أنه حق لايستوفى إلا بعد مطالبة الآدمي باستيفائه ، فسقط بعفوه كالقصاص . وفارق سائر الحدود ، فإنه لا يعتبر في إقامتها الطلب باستيفائها .. ولأنهم قالوا : تصح دعواه ويستحلف فيه ويحكم الحاكم فيه بعلمه ولا يقبل رجوعه عنه بعد الاعتراف ، فدل على أنه حق لآدمي " [٣] .

ويتفق فقه أبي ثور مع الشافعية والحنابلة [٤] .

---

(١) المحلى ١١/ ٢٨٩ .

(٢) المهذب ٢/ ٢٧٥ . وانظر : الوجيز للغزالي ٢/ ١٧٠ .

(٣) المغني ٨/ ٢١٧. وانظر : المحرر في الفقه لمجد الدين ابن تيمية ٢/ ٩٦ والروض المربع ص٣٨٦-٣٨٧ .

(٤) فقه أبي ثور : سعدي حسن علي جبر ص ٧٢٣ .

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

١- العفو يصح إلى ماقبل التبليغ ، أما إذا بلغ الحادث فلا عفو .
٢- العفو يصح إلى ماقبل أداء الشهود الشهادة .
٣- العفو جائز حتى بعد التبليغ ، إذا قصد المقذوف الستر على نفسه [١] .

جاء في المدونة : " قال ابن القاسم : حد الفرية قد جاء فيه بعض الاختلاف، أن العفو جائز ، وإن انتهى إلى الإمام . وكان مالك يقوله مرة ثم نزع عن ذلك " [٢] .

وفي موضع آخر : " لايجوز لمن عفا في قذف أن يرجع فيما عفا عنه ، ولا عفو إذا بلغ السلطان السلطان إلا أن يريد ستراً " [٣] .

وفي تبصرة الحكام : " قال أصبغ : سمعت ابن القاسم يقول : لايجوز عفو أحد عن أحد بعد أن يبلغ الإمام إلا ابن في أبيه ، والذي يريد ستراً ، وقد قال مالك : إذا زعم المقذوف أنه يريد ستراً فعفا إن بلغ الإمام لم يقبل الإمام ذلك حتى يسأل عنه سراً ، فإن خشي أن يثبت القاذف ذلك عليه أجاز عفوه ، وأن أمن ذلك عليه لم يجز عفوه . قال ابن القاسم : سواء كان ذلك في نفسه أو أبيه بعد موته . قال أصبغ : ولا يسقط الحد أبداً بعفو المقذوف إذا أراد ستراً إلا بأمر لايخفى حتماً من بينة قد عرفت أو طائفة قد حضرت إقامة الحد عليه" : [٤] .

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

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

---

(١) مواهب الجليل ٦/٣٥ .
(٢) المدونة ١٦/٤٩ .
(٣) المدونة ١٦/٧٠ .
(٤) تبصرة الحكام ٢/٢٤٠ .

٣- **النقطة الثالثة : الستر على الجاني في الحدود :**

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

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

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

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

٤- وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : (**إن الله ستير يحب الستر**) (٤) .

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

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

---

(١) سنن ابن ماجة ، باب الستر على المؤمن ١٢١٢/٢ .

(٢) التمهيد لابن عبدالبر ٣٤١/٥، ورواه البزار والطبراني عن أبي موسى الأشعري بلفظ : " **ماستر الله على عبد ذنباً فيعيره به يوم القيامة** " فيض القدير ٤٩٩/٥ .

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

(٤) صحيح من طريق زهير عن عبدالملك بن أبي سليمان العزرمي . رواه أبو داود و النسائي والبيهقي . إرواء الغليل ٣٦٧/٧ .

(٥) وانظر التمهيد ١٠٥/١٢، والمصنف ٣٢٠/٧ . قال ابن حجر في فتح الباري ١٢٤/١٢ ، " يؤخذ من قضيته أنه يستحب لمن وقع في مثل قضيته أن يتوب إلى الله تعالى ويستتر على نفسه لايذكر ذلك لأحد وإن من اطلع على ذلك يستر عليه ولا يفضحه ولا يرفعه إلى الإمام ، بهذا جزم الشافعي .

وإليه أشار الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث : (**ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها**) [1] .

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

عن عمران بن حصين قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : (**خيركم قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم**) قال عمران " لا أدري أذكر النبي بعد قرنين أو ثلاثة قال النبي : "**إن بعدكم قوماً يخونون ولا يؤتمنون ويشهدون ولا يستشهدون، وينذرون ولا يوفون ، ويظهر فيهم السمن** " [2] .

وقد أجاب شراح الحديث عن التعارض الظاهر بين الحديثين ، وسعوا إلى التوفيق بينهما [3] فجعلوا الحديث الأول متعلقاً بالشاهد الذي يؤدي شهادته أمام الحاكم قبل أن يسألها في محض حق الله الذي يستدام تحريمه [4] ، أو من كانت عنده شهادة بحق لايعلم بها صاحبها فيأتي إليه ليخبره بها ، أو يموت من له حق على آخر ويكون له شاهد يشهد بذلك الحق فيأتي ذلك الشاهد إلى ورثته ويعلمهم بذلك [5] .

جاء في نوازل أبي الحسن العلمي : " مما علم من الدين ، وتواطأت عليه نصوص المصنفين ، أن من أخر شهادته في حق من حقوق الله تعالى وكان مما يستدام تحريمه ولم يبادر إلى الرفع بالشهادة ، فذلك جرحة فيه ترد شهادته ... وهو

---

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

(٢) رواه البخاري ، كتاب الشهادات ، فتح الباري ٥/٢٥٨-٢٥٩ .

(٣) وقد ذهب البعض إلى ترجيح أحدهما على الآخر . فمال ابن عبدالبر إلى ترجيح حديث زيد بن خالد لكونه من رواية أهل المدينة ، فقدمه على رواية أهل العراق ، وبالغ فزعم أن حديث عمران هذا لا أصل له . ومال غيره الى ترجيح حديث عمران لا تفاق الشيخين عليه وانفراد مسلم بإخراج حديث زيد . فتح الباري ٥/٢٥٩، ونقله الشوكاني بنصه ، ثم قال : والحاصل ان الجمع مهما أمكن فهو مقدم على الترجيح . نيل الأوطار ٨/٣٣٥-٣٣٦ .

(٤) شرح الزرقاني على الموطأ ٣/٣٧٨ .

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

المراد بقول ابن شاس : الحقوق المشهود فيها قسمان : حق لله تعالى ، وحق لآدمي . وحق الله نوعان : نوع يتأبد فيه التحريم ، ونوع لايتأبد فيه، فأما ما يتأبد فيه التحريم فيقبل فيه الشهادة على المبادرة ، إذ تجب المبادرة بها ، وتأخير القيام بها من غير عذر جرحة " (١) .

وقال الرملي من الشافعية ، مبيناً مايشمله الحديث الشريف الذي جعل المبادر للشهادة قبل الطلب من خير الشهود ، قال : محمول على ماتقبل فيه شهادة الحسبة .. أو على من عنده شهادة لايعلمها فيندب له إعلامه ليطلبها منه ، بل لو قيل بوجوبه عند انحصار الأمر فيه لم يبعد (٢) .

وجعل شراح حديث عمران الذي ذم فيه الرسول صلى الله عليه وسلم المبادر إلى الشهادة من غير طلب ومتعلقاً بحقوق الآدميين (٣) ، أو بحق من حقوق الله الذي لم يستدم تحريمه ، ويلحقون بذلك الحدود ، فإن الشهادة فيها لاتجب أصلاً ، ويندب للشاهد أن يسكت لما فيه من الستر على الجاني ، ولكون الحدود تدرأ بالشبهات (٤) .

فالشاهد في الحدود مخير بين أن يشهد على الجاني وبين أن يستر عليه والستر أفضل نقلاً وعقلاً ، فيما إذا لم يسأل .

---

(١) نوازل العلمي ١/٢٢ .

(٢) نهاية المحتاج ٨/٣٠٥ .

(٣) فتح الباري ٥/٢٦٠ .

(٤) نظرية الإثبات (الشهادة) حسين مؤمن ص٣١، وكذلك ص٣٢٩ . وفي مخطوط : مفيد الحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام ، لأبي الوليد بن هشام الأزدي ١/٦ :

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

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

٢- قسم منها يلزم القيام بها وإن لم يدع إليها وهي الشهادة بما يستدام فيه التحريم : مثل الطلاق والعتق ، وشبه ذلك إلاعلى ظاهر قول أشهب .

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

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

٥- وقسم لايجوز للشاهد القيام وإن دعي إليها وهي التي يعلم الشاهد من باطنها خلاف ظاهرها .

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

قال أبو إسحاق الحموي : " اعلم أن كل ماتقبل فيه شهادة الحسبة ، مماهو من حدود الله تعالى ، فالمستحب للشاهد ألا يشهد به ، لأنه مندوب إلى الستر وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء " (٢) .

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

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

---

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

(٢) أدب القضاة ص٤٠٥، وقارن بنهاية المحتاج ٣٠٧/٨، ومغني المحتاج ٤٣٧/٤ .

(٣) كان الرسول صلى الله عليه وسلم يستهجن ذلك الميل الخطير لدى بعض الناس الذين يقعون في الحرام خفية ، ثم إذا بهم يثرثرون بما فعلوا ، وينشرون قصة مغامرتهم هذه فرحين غير مبالين . يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: **(كل أمتي معافى إلا المجاهرين ، وإن من المجانة أن يعمل الرجل بالليل عملاً ، ثم يصبح وقد ستره الله فيقول : عملت البارحة كذا وكذا وقد بات يستره ربه ويكشف ستر الله عنه "** البخاري كتاب الأدب ، فتح الباري ٤٨٦/١٠، قال ابن بطال في شرح الحديث : في الجهر بالمعصية استخفاف بحق الله تعالى ورسوله وبصالحي المؤمنين ، وفيه ضرب من العناد لهم وفي الستر بها ، السلامة من الاستخفاف ، لأن المعاصي تذل أهلها ، ومن إقامة الحد عليه أن كان فيه حد ، ومن التعزير إن لم يوجب حد ، وإذا تمحض حق الله فهو أكرم الأكرمين ،ورحمته سبقت غضبه . فلذلك إذا ستره في الدنيا لم يفضحه في الآخرة ، والذي يجاهر يفوته جميع ذلك ، فتح الباري ٤٨٧/١٠ .

(٤) البحر الرائق لابن نجيم ٦٥/٧ .

وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين والزجر بهم ، فإذا ظهر الشره في الزنا مثلاً والشرب ، وعدم المبالاة به وإشاعته ، فإخلاء الأرض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ، فمن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء ، وهو الحدود بخلاف من زنى مرة أو مراراً مستتراً متخوفاً متندماً عليه ، فإنه محل استحباب ستر الشاهد (١) .

وفي المدونة : " كل من لم يعرف عنه أذى للناس، فإني لا أرى به بأساً أن يتشفع له مالم يبلغ الإمام أو الشرط أو الحرس ، ومن عرف بذلك لايشفع له " (٢) .

ويرى ابن حزم أن الستر مطلوب في الذنب يصيبه المسلم ما بينه وبين ربه تعالى ، ولم يقل أحد من بين أهل الإسلام بإباحة الستر على المسلم في ظلم ظلم به مسلماً كمن أخذ مال مسلم بحرابة ، واطلع عليه إنسان ، أو غصبه امرأته ، أو سرق حراً وما أشبه ذلك ، فهذا فرض على كل مسلم أن يقوم به حتى يرد الظلامات إلى أهلها (٣) .

وحرصاً على عدم إشاعة الفاحشة ، وستراً على الجاني ، شدد الشارع الحكيم في نصاب الشهادة في جريمة الزنا ، واشترط أربعة شهود . وهذا الشرط إنما الهدف منه ستر العفة وتحري اليقين حتى لايقام حد على بريء .

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

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

---

(١) فتح القدير ١١٤/٤،وحاشية الشلبي ١٦٤/٣ .
(٢) المدونة ٧١/١٦ ، وحاشية الدسوقي ١٧٩/٤ .
(٣) المحلى ١٧٦/١١ .
(٤) اعلام الموقعين ٦٥/٢ ، وقارن بأحكام القرآن لابن العربي ٨٧/٢ .

الأساسية لمكافحة الجريمة والرذيلة ، وإنما كانت آخر ما يعمد إليه الحاكم إذا فشلت طرق التوجيه والتهذيب . (*)

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

ويعتبر الباحثون في الفقه الإسلامي أن روح القاعدة وماتنتجه من آثار في المحاكمة الجنائية ، من الحقوق الأساسية للإنسان والتي لايجوز الإخلال بها في المجتمعات المعاصرة ، ولا يتصور خلو النظم الجنائية الحديثة منها . وذلك حتى لايفتح الباب لتحكم القضاة وتسلطهم ، وأخذ الناس بالظنون والتهم .

(*) هذا هو رأي الباحث الفاضل ، ولكن أحداً لاينكر أهمية العقوبة وآثارها بالنسبة للذين يرتكبون الجرائم ويعبثون بأمن الأبرياء " المجلة " .

المبحث الثاني
أصل القاعدة أو السند الشرعي للقاعدة

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

وسأبين فيما يلي وجهة نظري في المسألة من خلال الأدلة التي تحصلت لدي .

لقد أولى الفقهاء أهمية بالغة لهذه القاعدة ، لكونها تتفق مع روح الشريعة التي حرصت على حماية الفرد من الضرر ورعاية مصلحته . ونردد ما قاله العز بن عبدالسلام " وإنما غلب درء الحدود مع تحقق الشبهة ، لأن المصلحة العظمى في استيفاء الإنسان لعبادة الديان ، والحدود أسباب محظرة ، فلا تثبت إلا عند كمال المفسدة وتمحضها " (١) .

ويبين أبو عبد الله البخاري الزاهد ذلك في عبارة واضحة فيقول : " ومن جملة محاسن الشرع في الحدود كلها أن في الحدود كلها يتكلف للدرء ، قال الرسول صلى الله عليه وسلم : " **ادرءوا الحدود ما استطعتم ، يدرأ بأدنى الشبهات** " (٢) .

إن الرأي الغالب في مدونات الفقه الإسلامي وفي بعض البحوث الفقهية الحديثة هو أن قاعدة الدرء بالشبهة قاعدة نصية تقوم على أصل ثابت عن الرسول صلى الله عليه وسلم (٣) .

---

(١) قواعد الأحكام ١٣٧/٢ .

(٢) محاسن الإسلام وشرائع الإسلام ص٦٦ .

(٣) العقوبة في الفقه الإسلامي ، محمد أبو زهرة ص١٩٩ ، في أصول النظام الجنائي الإسلامي ص٨٨ ، هامش ١٤٨ .

وقد خالف الدكتور سليم العوا في ذلك ، وذهب إلى أن القاعدة لاتقوم على سند ثابت عن الرسول ، وبذلك ينبغي اعتبارها قاعدة فقهية ، أخذ بها الفقهاء كجزء لاينفصل عن نظام الفقه الجنائي (١) .

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

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

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

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

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

---

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

(٢) الفروق ٣/١٧٤ .

(٣) في أصول النظام الجنائي الإسلامي السابق .

" ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة " .

أخرجه الترمذي والدار قطني والحاكم والبيهقي ، كلهم من طرق عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة (١) .

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

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

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

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

وفي كتاب الجرح و التعديل لأبي محمد الرازي : " قال ابن نمير " يزيد بن أبي زياد الدمشقي الذي روى عنه وكيع ليس بشيء وحدثنا عبدالرحمن قال : سألت أبي عنه فقال ضعيف الحديث ، كأن حديثه موضوع " (٦) .

وفي الكاشف للذهبي : " يزيد بن زياد ويقال ابن أبي زياد الدمشقي .. واه (٧) .

وقال الحاكم في المستدرك : " هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه (٨) فرده ،

---

(١) عارضة الأحوذي ١٩٨/٦ ، سنن الدار قطني ٨٤/٣، المستدرك للحاكم ٣٨٤/٤، السنن الكبرى ٢٣٨/٨ .

(٢) عارضة الأحوذي ١٩٩/٦ .

(٣) السنن الكبرى ، السابق ، وانظر ، نصب الراية لأحاديث الهداية ٣٠٩/٣ .

(٤) تقريب التهذيب ٣٦٤/٢ .

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

(٦) الجرح والتعديل ٢٦٢/٩ .

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

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

الذهبي بقوله : " قلت : قال النسائي : يزيد بن زياد شامي متروك " (١) .

وذكر البيهقي في السنن الكبرى رواية أخرى عن رشدين بن سعد عن عقيل عن الزهري وهي رواية ضعيفة ، مدارها على رشدين بن سعد ، وهو ضعيف (٢) قال ابن حجر : " رشدين بن سعد بن مفلح المصري ، أبو الحجاج المصري ضعيف ، رجح أبو حاتم عليه ابن لهيعة وقال ابن يونس : كان صالحاً في دينه، فأدركته غفلة الصالحين فخلط في الحديث (٣) .

فرشدين هذا ضعفه قوم كثيرون وقالوا : لا يكتب حديثه ، منهم : أحمد ابن حنبل ويحيى بن معين ، وأبو زرعة (٤) .

٢- وعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (**ادرءوا الحدود بالشبهات**) أخرجه الدار قطني والبيهقي من طريق مختار التمار عن أبي مطر عن علي (٥) .

قال البيهقي : " في هذا الإسناد ضعف " (٦) وعلته مختار التمار ،وهو ضعيف ، قال فيه ابن حجر العسقلاني : " مختار بن نافع التميمي ، ويقال العكلي ، أبو إسحاق التمار الكوفي : ضعيف " (٧) .

قال الرازي : سألت أبي عنه فقال شيخ منكر الحديث " (٨) .

وروى البيهقي عنه بإسناد آخر له عن علي وزاد : ولا ينبغي للإمام أن يعطل الحدود ثم عقب بقوله : قال البخاري : المختار بن نافع منكر الحديث (٩) .

---

(١) تلخيص المستدرك الذهبي ٣٨٤/٤ .
(٢) السنن الكبرى ٢٣٨/٨ .
(٣) تقريب التهذيب ٢٥١/١ .
(٤) الجرح والتعديل ٥١٢/٣ .
(٥) سنن الدار قطني ٨٤/٣ ، السنن الكبرى ٢٣٨/٨ ، نصب الراية ٣٠٩/٣ .
(٦) السنن الكبرى ٢٣٨/٨ .
(٧) تقريب التهذيب ٢٣٤/٢ ، وانظر الكاشف ١١٢/٣ .
(٨) الجرح والتعديل ٣١١/٨ .
(٩) السنن الكبرى ، السابق ، وانظر تلخيص الحبير ٥٦/٤ .

٣- وعن ابن عباس قال الرسول صلى الله عليه وسلم: (**ادرءوا الحدود بالشبهات**) رواه الحارثي في مسند أبي حنيفة له من طريق مقسم عن ابن عباس [١] .
ورواه ابن عدي في جزء له من حديث أهل مصر والجزيرة عن ابن عباس بزيادة : وأقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم ، إلا في حد من حدود الله تعالى . قال الحافظ ابن حجر في تخريج المختصر وهذا الإسناد إن كان بين ابن عدي وابن لهيعة مقبول فهو حسن [٢] .

٤- وعن أبي هريرة قال قال الرسول صلى الله عليه وسلم : (**ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً**) رواه ابن ماجة من طريق وكيع عن إبراهيم بن الفضل عن سعيد بن أبي سعيد عن أبي هريرة [٣] ومن هذا الوجه رواه أبو يعلى في مسنده [٤] .
وهذا إسناد ضعيف ، علته إبراهيم بن الفضل .
قال الحافظ ابن حجر : " إبراهيم بن الفضل المخزومي المدني ، أبو إسحاق. ويقال: إبراهيم بن إسحاق متروك من الثامنة [٥] .
وقال الرازي : " كتب إليَّ عبد الله بن أحمد بن حنبل قال : سمعت أبي يقول : إبراهيم بن الفضل ليس بقوي في الحديث ، ضعيف الحديث . وقال يحيى بن معين : إبراهيم بن الفضل المدني ليس حديثه بشيء " [٦] .

٥- وروي عن عمر بن عبدالعزيز مرسلاً ، قال : إن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " **ادرءوا الحدود بالشبهة** " .
أخرجه ابن عساكر في تاريخ دمشق من طريق محمد بن أحمد بن ثابت إلى أبي عمران الجويني قال : قال عمر بن عبدالعزيز : " لأجلدن في الشراب كما فعل جدي عمر بن الخطاب ، ثم أمر صاحب عسسه وضم إليه صاحب خبره ، وقال لهما : من وجدتماه سكران فأتياني به . قال : فطافا ليلتهما حتى انتهيا إلى

---

(١) مسند أبي حنيفة للحارثي ص٣٢ .
(٢) فيض القدير ١/٢٢٧-٢٢٨ .
(٣) سنن ابن ماجة ٢/١١٢ .
(٤) نصب الراية لأحاديث الهداية : الزيلعي ٣/٣٠٩-٣١٠ .
(٥) تقريب التهذيب ١/٤١ .
(٦) الجرح والتعديل ٢/١٢٢ .

بعض الأسواق ، فإذا بشيخ حسن الشيبة ، بهي المنظر عليه ثياب حسنة متلوث في ثيابه ، سكران وهو يتقيأ . فحملاه فأوقفاه بحضرة عمر بن عبدالعزيز وقصا عليه قصته من أولها إلى آخرها فأمر عمر باستنكاهه ، فوجد منه رائحة فلما فرغ قال له عمر : أنصف نفسك ياشيخ ولا تعد . فقال : يا أمير المؤمنين قد ظلمتني . قال : وكيف قال : لأنني عبد وقد حددتني حد الأحرار . قال : فاغتم عمر وقال : أخطأت علينا وعلى نفسك ، أفلا أخبرتنا أنك عبد فنحدك حد العبيد . فلما رأى اهتمام عمر به رد عليه ، وقال : لايسؤك الله يا أمير . قال : فضحك عمر ، وكان قليل الضحك ، حتى استلقى على مسنده وقال لصاحب عسسه وصاحب خبره : إذا رأيتما مثل هذا الشيخ في هيبته وعلمه وفهمه وأدبه فاحملا أمره على الشبهة ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " **ادرءوا الحدود بالشبهة** " (١) .

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

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

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

وذكره محمد نجم الدين الغزي في كتابه : اتفاق ما يحسن من الأخبار الدائرة على الألسن (٥) .

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

---

(١) إرواء الغليل ٣٤٣/٧ .

(٢) المقاصد الحسنة : شمس الدين السخاوي ص٣٠ فيض القدير ٢٢٧/١ .

(٣) المقاصد الحسنة ، السابق .

(٤) إرواء الغليل ٣٤٣/٧ .

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

قال البيهقي : منقطع وموقوف [١] . وأخرجه ابن حزم في كتابه " الإيصال " له بسند صحيح [٢] .

٧- وعن عطاء قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : استتر من الحدود ماوراء ، أي ادرءوها ما قدرتم . رواه الخرائطي في مكارم الأخلاق [٣] .

٨- وعن علي بن أبي طالب قال : " إذا بلغ في الحدود عسى ولعل ، فالحدود معطلة " [٤] ورواه أبو جعفر الصدوق بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين علي .

٩- عن أبي عقبة أن عمر بن عبدالعزيز قال : " ادرءوا الحدود ما استطعتم في كل شبهة ، فإن الوالي إذا أخطأ في العفو خير من أن يتعدى في العقوبة " [٥] .

١٠- وعن عبدالله بن مسعود قال : " ادرءوا الحدود ما استطعتم ، فإنكم أن تخطئوا في العفو خير من أن تخطئوا في العقوبة . وإذا وجدتم لمسلم مخرجاً فادرءوا عنه الحد " [٦] . وعنه أيضاً قال : " ادرءوا الجلد والقتل عن المسلمين ما استطعتم " قال البيهقي : وهذا موصول [٧] .

وأخرجه ابن أبي شيبة ، وهو حسن الإسناد [٨] . وعنه أيضاً قال : " ادرءوا

---

(١) السنن الكبرى ٢٣٨/٨ .

(٢) تلخيص الحبير ٥٦/٤ ، المقاصد الحسنة ص٣٠ ، تمييز الطيب من الخبيث لابن الديبع الشيباني ص٩، كشف الخفاء ٧٣/١ .

(٣) كنز العمال ٤٠٠/٥ .

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

(٥) سيرة ومناقب عمر بن عبدالعزيز : عبدالرحمن بن الجوزي ص١٢٣ .
وفي نفس المصدر ص١٠٣، كتب عمر بن عبد العزيز إلى عدي بن أرطاة فقال : " فانظر من قامت عليه بينة عدول فخذه بما قامت عليه به البينة ، ومن أقر لك بشيء فخذه بما أقر به ، ومن أنكر فاستحلفه بالله العظيم ، وخل سبيله وايم الله ، لأن يلقوا الله عز وجل بخياناتهم أحب إليَّ من أن ألقى الله بدمائهم " .

(٦) السنن الكبرى ٢٣٨/٨، قال الدكتور رواس قلعة جي : هذه العبارة كان يرددها عمر قبل ابن مسعود ، موسوعة فقه عبدالله بن مسعود ص٢٢٩ .

(٧) المصدر السابق، وفي تلخيص الحبير : (أصح مافيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن ابن مسعود : "ادرءوا الحدود بالشبهات ، وادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم" ٥٦/٤ .

(٨) إرواء الغليل ٢٦/٨ .

الحدود عن عباد الله " أخرجه مسدد في مسنده من طريق يحيى بن سعيد بن عاصم عن أبي وائل [1] .

١١- وعن عمرو بن شعيب عن أبيه ، أن عبدالله بن مسعود ومعاذ بن جبل وعقبة ابن عامر الجهني ، قالوا : " إذا اشتبه عليك الحد فادرأه مااستطعت " .

أخرجه الدار قطني ، والحديث معلول بإسحاق بن أبي فروة ،وهو متروك [2] .

١٢- وعن حماد عن إبراهيم النخعي قال : " كان يقال : ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإذا وجدتم للمسلم مخرجاً فادرأوا عنه ، فإنه أن يخطىء حاكم من حكام المسلمين في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة " [3] .

فالظاهر إذن، أن القاعدة استندت إلى أحاديث مرفوعة إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، وإلى آثار موقوفة ومنقطعة، والذي صح منها بعض الآثار الموقوفة .

ورغم ما قيل في طرق الحديث وأسانيده ، فإنه قد ترجح لدي الاحتجاج به في إعمال القاعدة في الحدود ، كما أرجح أن تكون نسبته إلى الرسول صلى الله عليه وسلم صحيحة .

وأذكر أدلتي على ذلك فيما يلي :

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

وإلى هذا الرأي ذهب الشوكاني في قوله : " ومافي الباب وإن كان فيه المقال المعروف ، فقد شد من عضده ماذكرناه ، فيصلح بعد ذلك للاحتجاج به على مشروعية درء الحدود بالشبهات المحتملة لامطلق الشبهة " [4] .

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

---

(١) المقاصد الحسنة ص٣٠، كشف الخفاء ١/ ٧٤ .

(٢) سنن الدار قطني ٣/ ٨٤، ٣/ ١٢٠، المصنف لعبدالرزاق ٧/ ٤٠٢ .

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

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

وقد رمز السيوطي للحديث بالحسن ، فتعقبه المناوي بقوله : نعم هو حسن بشواهده وعليه يحمل رمز المؤلف ، فيض القدير ١/ ٢٢٨ .

للإنسان التي لايجوز الإخلال بها، وإن الشك فيه شك في ضروري [١] .

قال ابن عابدين : " طعن بعض الظاهرية في الحديث ، بأنه لم يثبت مرفوعاً . والجواب أن له حكم الرفع ، لأن إسقاط الواجب بعد ثبوته بالشبهة خلاف مقتضى العقل " [٢] .

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

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

يقول الدكتور العوا : " إذا ثبت أن القاعدة فقهية لانصية، فإنه لاحرج على من لم يأخذ بها من الفقهاء . ثم يضيف قائلاً : " مادام لا يقول بإثبات الحد مع وجود الشبهة " [٣] .

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

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

١- حديث ابن عباس أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : **" لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة ، فقد ظهر منها الريبة في منطقها وهيئتها ومن يدخل عليها "** [٤].

---

(١) فتح القدير ٤/١٤٠ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٣/١٥٥ .

(٣) في أصول النظام الجنائي الإسلامي ص٨٩ .

(٤) نيل الأوطار ٧/١١٧ .

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

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

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

يبدو من هذه الواقعة أن الرسول صلى الله عليه وسلم أعرض عن الأسلمي في أول وهلة رغبة في الستر عليه ، وكراهة أخذه باعترافه ، ولما أصر الرجل على الاعتراف ، استفصل الرسول صلى الله عليه وسلم أحواله احتياطا للدرء ، وبحثاً عن مسقط الحد .

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

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

---

(١) رواه أحمد وأبو داود ، نيل الأوطار ١١٩/٧ .
(٢) نيل الأوطار ١٢٠/٧ .
(٣) نيل الأوطار ١١٢/٧ .
(٤) نفسه

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

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

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

يبدو من هذه الواقعة أن الرسول صلى الله عليه وسلم أعرض عن الأسلمي في أول وهلة رغبة في الستر عليه ، وكراهة أخذه باعترافه ، ولما أصر الرجل على الاعتراف ، استفصل الرسول صلى الله عليه وسلم أحواله احتياطا للدرء ، وبحثاً عن مسقط الحد .

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

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

---

(١) رواه أحمد وأبو داود ، نيل الأوطار ١١٩/٧ .
(٢) نيل الأوطار ١٢٠/٧ .
(٣) نيل الأوطار ١١٢/٧ .
(٤) نفسه

حرصاً على انتفاء الحد " [1] .

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

---

(١) إكمال إكمال المعلم للأبي ٤/٤٤٦ .

المبحث الثالث
صلة القاعدة بمبدأ البراءة الأصلية

بينت فيما سبق أن قواعد الإثبات الجنائي في الشريعة الإسلامية لاتهدف إلى إثبات إدانة الجاني بقدر ما تهدف إلى إثبات براءته وإبعاد التهمة الموجهة إليه .

وقد جاءت إرادة المشرع الحكيم من أجل تحقيق هذا الهدف واضحة من خلال " قاعدة درء الحدود بالشبهات " . ولذلك قرر الباحثون في الفقه الإسلامي أن هذه القاعدة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقاعدة افتراض البراءة التي وسعت الشريعة الإسلامية من مجال تطبيقها لتشمل النواحي المدنيةوالجنائية والتعبدية [1] .

فالأصل في الإنسان براءة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات ، ومن الأقوال كلها ومن الأفعال بأسرها [2] .

ومقتضى هذه القاعدة أن المتهم بريء في نظر العدالة حتى تثبت إدانته بدليل صحيح . فيلزم أن يكون ثبوت الإدانة يقينياً ، أي مبنياً على الجزم واليقين لاعلى الظن والاحتمال . فإذا كان الدليل الذي ساقه الحاكم وعول عليه في إدانة المتهم هو دليل ظني مبني على مجرد الاحتمال ، فإن الحكم يكون معيباً متوجباً للنقض [3] .

قال ابن رشد الجد [4] في جزء من جوابه على سؤال وجهه إليه موسى بن حماد قاضي حضرة مراكش ، عن رجل شاع عليه أنه يدين بدين النصارى حتى أدى ذلك إلى النظر في أمره قال : " لاتقام الحدود في القتل وغيره بالسماع ، ولاغلبة الظنون ، وإنما تقام بالبينة العدلة من المسلمين .

---

(١) في أصول النظام الجنائي الإسلامي ص٩١ .

(٢) قواعد العز بن عبدالسلام ١٣٧/٢ .

(٣) أصول الإجراءات الجنائية : حسن صادق المرصفاوي ص٦٨٧-٦٨٨، وموسوعة الفقه والقضاء ١٥٩/١ .

(٤) هو محمد بن أحمد بن محمد بن عبدالله بن رشد . ولد سنة ٤٥٥هـ . كان شيخ الفتوى بالاندلس والمغرب على مذهب مالك وأصحابه ، معترف له بصحة النظر وجودة التأليف ودقة الفقه . وكان نابغاً في الأصول والفرائض . من تصانيفه : البيان والتحصيل في مسائل المدونة، المقدمات والممهدات على المدونة . توفي سنة ٥٢٠هـ . شجرة النور الزكية ص ٦٢ ، الديباج المذهب ص ٢٧٨- الأعلام ٣١٦/٥ .

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

وقال الشافعي : " أصل ما انبنى عليه الإقرار أني أعمل باليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبة " (٢) .

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

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

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

---

(١) مسائل ابن رشد الجد ٩٢٥/٥، وانظر السؤال في صفحة : ٩٢٣-٩٢٤ ، وفي المدونة٣٦/١٦ : قلت أرأيت إن تزوج امرأة وتقادم مكثه معها بعد الدخول بها ، فشهدوا بالزنا عليه ، فقال الرجل : ماجامعتها منذ دخلت عليها . قال : لم أسمع من مالك فيه شيئاً ، إلا أن مالكاً قال لي في شيء كلمته فيه : إنه يقال ادرءوا الحدود بالشبهات .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٣ .

(٣) الأحكام في أصول الأحكام ١٣/٦ .

(٤) النظرية العامة للقاعدة الإجرائية الجنائية : عبدالفتاح مصطفى الصيفي ص٤٥ .

(٥) السنن الكبرى للبيهقي ٢٣٨/٨ .

(٦) سيرة ومناقب عمر بن عبدالعزيز لابن الجوزي ص١٠٣ .

تثبت براءته بسبب صحيح . لأن أي افتراض وهمي أو معارض بالوقائع لن يقوى على أن يفرض إدانة أو : يؤسس براءة ولذلك كان من اللازم ألا نعمل قاعدة " درء الحدود بالشبهات " على إطلاقها وألا نحملها على معنى شامل غير مسلم به . وهذا ماحمل ابن حزم على رفض القاعدة بقوله " لايحل درء حد بشبهة ولا إقامته بشبهة، وإنما هو الحق واليقين فقط " (١) .

فمتى قام أي شك في إسناد الفعل إلى المتهم ، وجب القضاء ببراءته . ومن هنا وردت القاعدة المعروفة في النظم المعاصرة التي تقضي بأن الشك يفسر دائماً لصالح المتهم: وهذه القاعدة تماثل في الفقه الإسلامي قاعدة: اليقين لايزول بالشك (٢) .

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

فعلى القاضي المسلم أن يقوم بتطبيق شروط الجريمة على الوقائع ، فإن اقتنع بحدوث تلك الوقائع وانطباق الأوصاف المحددة للجريمة عليها وإسنادها للمتهم ، قرر إدانته وحكم بتجريمه . وإن لم يقتنع بحدوث تلك الوقائع المكونة للجريمة ، أو اقتنع بحدوثها دون ثبوت نسبتها إلى المتهم ، نطق ببراءته . كل ذلك وفق القناعة التي تحصلت لديه بحرية تامة .

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

وإذا عرفنا هذا، سهل علينا فهم مقصود الفقهاء بقولهم : الثبوت حكم .

يقول القرافي : " إن قامت الحجة على سبب الحكم ، وكمل وانتفت عنه الريبة وحصلنا الشروط وجميع المطلوب فيه ، فلاشك أنه يتعين على الحاكم على الفور أن

---

(١) المحلى ٢٤٣/١١ .
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥١، وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٥٦ .
(٣) المدخل الفقهي العام ٩٦٧/٢ .
(٤) السيوطي، المصدر السابق .

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

وعملاً بقاعدة البراءة الأصلية ، جعلت البينة على المدعي ، لأن جانبه أضعف من أجل أنه يريد أن يثبت ، وجعلت اليمين على من أنكر ، لأنه أقوى جانباً من أنه يدعي الأصل ، إذ الأصل براءة الذمة (٢) .

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

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

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

---

(١) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص٣٧، ونقله الونشريسي في المعيار ١٠/٧٣ .

(٢) حاشية العدوي ٢/٣١١، وانظر الطرق الحكمية ص٧٥ .

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

(٤) رواه البخاري ومسلم . نيل الأوطار ٨/٣٤٤ ، وإرواء الغليل ٨/٢٦٤ .

(٥) أخرجه الطبراني من رواية سفيان عن نافع عن ابن عمر بلفظ : " البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه " وأخرجه الإسماعيلي من رواية جريج بلفظ "ولكن البينة على الطالب واليمين على المطلوب". وأخرجه البيهقي بلفظ" ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر " قال الحافظ ابن حجر : وهذه الزيادة ليست في الصحيحين ، وإسنادها حسن . فتح الباري ٥/٢٨٢ . وقد ألف القاضي أبو الوليد الباجي رسالة صغيرة في شرح الحديث ، وقد أملاها على الفقيه أبي محمد عبدالله بن محمد التجيبي . وقد حققها وقدم لها أبو عبدالرحمن بن عقيل الظاهري ، ونشرها بالمجلة السعودية المتخصصة " عالم الكتب " ، المجلد الثاني ، العدد الأول ، رجب ١٤٠١هـ ، مايو ١٩٨١م، ص٧٣-٧٧ . واختار لها عنوان "معنى الـ في قول الرسول البينة على المدعي " .

وقد حمل الجمهور الحديث على عمومه في حق كل واحد ، سواء كان بين المدعي والمدعى عليه اختلاط أم لا . وعن مالك : لاتتوجه اليمين إلاعلى من بينه وبين المدعي اختلاط ، لئلا يبتذل أهل السفه أهل الفضل بتحليفهم مراراً . وقريب من مالك قول الأصطخري من الشافعية: إن قرائن الأحوال إذا شهدت بكذب المدعي لم يلتفت إلى دعواه ، فتح الباري ٥/٢٨٣، نيل الأوطار ٨/٣٤٤ .

وانظر لاختلاف أصحاب مالك في هذه المسألة في حاشية الصنهاجي ١/١٩٧ . وقال ابن فرحون : اعتبار الخلطة واشتهارها هو المشهور . تبصرة الحكام ١/٢٠٠ .

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

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

١- دعوى الصالح التقي على رجل غاصب ظالم درهماً ، فالغالب صدقه والنادر كذبه ، ومع ذلك قدم الشرع حكم النادر على الغالب وجعل القول قول الفاجر ، لطفاً بالعباد بإسقاط الدعاوى عنهم ، واندراج المصالح مع غيره ، سداً لباب الفساد والظلم بالدعاوى الكاذبة .

٢- أخذ السراق المتهمين بالتهم وقرائن أحوالهم دون الإقرار الصحيح والبينات المعتبرة ، فالغالب مصادفته للصواب والنادر خطؤه ، ومع ذلك ألغاه الشرع صوناً للأعراض والأطراف عن القطع .

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

٤- من وجد بين فخذي امرأة وهو متحرك حركة الواطىء ، وطال الزمان في ذلك ، فالغالب أنه وطء زنا والنادر عدمه ، ومع ذلك ألغى الشارع هذا الغالب ستراً على عباده ، ولم يحكم بوطئه ولا بعدمه (٢) .

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

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

---

(١) إكمال إكمال المعلم ٤/٥ .

(٢) الفروق ١٠٦/٤، ١١٠. والمقصود هنا عدم إيقاع حد الزنا لانتفاء العقوبة بالكلية "المجلة" .

(٣) غاية الاختصار لأبي شجاع ٣٥٤/٢ .

في دعواه ، فإن هذه البينة لاتسمع ولا يعمل بها ، لانه كذبها بإنكاره .

وذلك كان يدعي شخص على آخر حقاً من الحقوق المالية ، أو يتهمه في جناية، فينكر المدعى عليه من أصله ، وياتي المدعي ببينة تشهد له بما ادعاه ، فيقيم المدعى عليه بينة تشهد له بأنه قضاه حقوقه أو صالحه في تلك الجناية ، فإن هذه البينة لايعمل بها ، لأنه كذبها بإنكاره .

يقول أبو الوليد الباجي : " وإذا أنكر أحد الخصمين لصاحبه عند الحكم في حق أوقف عليه ، فقيد إنكاره ، ثم ثبت عليه ذلك الحق وأثبت أيضاً أنه دفعه إلى الطالب له فلا حكم له بتلك البينة ، إذ قد زورها بإنكاره لأصل الحق . قاله ابن القاسم وأشهب .

وقال ابن الماجشون [1] : يحكم ببينته بالبراءة من ذلك الحق . ومن كتاب اللعان من المدونة ما يدل على ذلك ، وهو أقيس الأصول ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: " **لايحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه** " ، وقوله عليه الصلاة والسلام : " **ادرءوا الحدود بالشبهات** " [2] .

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

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

١- لابن نافع [3] : تقبل منه في جميع الأشياء .

٢- لغير ابن القاسم : لايقبل ما أتى به في جميع الأشياء .

---

(١) هو عبدالملك بن عبدالعزيز بن عبدالله التيمي بالولاء ، أبو مروان ابن الماجشون فقيه مالكي ، دارت عليه الفتوى في زمانه . اثنى عليه عبدالملك بن حبيب ، أضر في آخر عمره توفي سنة ٢١٢هـ . الديباج المذهب ١٨٣، شجرة النور الزكية ٥٦ .

(٢) فصول الأحكام : أبو الوليد الباجي ص١٨٣ .

(٣) هو عبدالله بن نافع مولى بني مخزوم ، المعروف بالصائغ ، وكنيته أبو محمد كان مفتي أهل المدينة برأي مالك . لزم مالكاً، وكان لايقدم عليه أحداً . سمع منه سحنون وكبار أصحاب مالك . توفي بالمدنية ١٨٦هـ . ترتيب المدارك ١٢٨/٣-١٣٠ .

٣- لابن المواز [١] : تقبل منه في الحدود دون غيرها .

٤- لابن القاسم في المدونة : تقبل منه في الحدود والأصول ، ولاتقبل منه في الديون وشبهها من المنقولات .

وقد اعتمد الأجهوري [٢] وأصحابه قول ابن القاسم .

وقد وجه التاودي قول ابن القاسم ، فقال : ولعل الفرق ، أن الحدود يتساهل فيها لدرئها بالشبهات " [٣] .

بعد هذا ، يتبين لنا مدى اهتمام الإسلام بالإثبات ، حرصاً منه على سلامة الأفراد وحماية لهم من الظلم والتعسف . فالشخص لايعتبر مستحقاً للعقوبة إلا بعد أن تثبت إدانته ثبوتاً يقينياً ، لأن افتراض براءته مقدم على افتراض إدانته حتى يثبت الدليل القاطع ، إذ الأصل براءة الذمة من القصاص والحدود والتعزيرات ، والشرع الحكيم يتشوف دائماً إلى درء الحد .

---

(١) هو أبو عبدالله محمد بن إبراهيم بن زياد الأسكندراني ، المعروف بابن المواز ولد سنة ١٨٠هـ . تفقه بأبي الماجشون وابن عبدالحكم ، واعتمد على أصبغ . كان راسخاً في الفقه والفتيا توفي بدمشق سنة ٢٦٩هـ ، وقيل سنة ٢٨١هـ . ترتيب المدارك ١٦٧/٤-١٧٠، شجرة النور الزكية ٦٨ .

(٢) هو علي بن محمد بن عبدالرحمن بن علي ، أبو الإرشاد ، نور الدين الأجهوري . فقيه مالكي ، ومن العلماء بالحديث . ولد سنة ٩٦٧هـ ، وتوفي سنة ١٠٦٦هـ . من كتبه : شرح الدرر السنية في نظم السيرة النبوية ، شرح رسالة أبي زيد القيرواني ، الزهرات الوردية ، مجموعة فتاواه . خلاصة الأثر للمحبي ١٥٧/٣، الأعلام ١٣/٥ .

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

المبحث الرابع
الحيل في درء الحدود

لقد تتبعت نصوص الفقهاء فوجدت أن ما اعتبره البعض منهم شبهة دارئة للحد، اعتبره البعض الآخر حيلاً باطلة في الشرع ، استحل بها ما حرمه الله في دينه وشرعه . وأغلب الصور التي اعتبرها الفقهاء حيلاً ومخارج باطلة ، هي واردة في الفقه الحنفي .

ولم أجد في كلام الفقهاء عند توجيههم للحديث : " **ادرءوا الحدود بالشبهات** " ، وما يشير إلى لفظ الحيلة أو الاحتيال في الدرء ، إلا ما نص عليه فقهاء المذهب الحنفي في كتبهم ، فالكمال بن الهمام من الحنفية ، عند توجيهه للحديث ورده على ابن حزم قال : " الحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في درئه بلاشك ، ومعلوم أن هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت " (١) .

وفي فواتح الرحموت : " أن الشبهة الدارئة هي الشبهة في تحقق السبب ، والحديث محمول عليه ، والمأمور به هو الاحتيال في ثبوت الحد كيلا يثبت باستقصاء السؤال عن الشهود وعدم طلب المشهود عليه ونحو ذلك " (٢) .

وفي الدر المختار للحصكفي :" فيستقضي القاضي احتيالاً للدرء، فإن بينوه وقالوا: رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة ، هو زيادة بيان احتيالاً للدرء" (٣).

وقبل أن أعالج هذه المسألة أرى من المفيد أن نتعرف على مراد الفقهاء بالحيلة ، يعرف ابن تيمية الحيلة بأنها الطريقة الخفية التي توصل إلى المقصود ، فإن كان المقصود حسناً كانت الحيلة حسنة ، وإن كان المقصود سيئاً كانت الحيلة سيئة ، ثم أصبحت تطلق في نظر الفقهاء على كل وسيلة يستحل بها ما حرمه الله تعالى (٤) .

---

(١) فتح القدير ٤/١٤٠، بدائع الصنائع ٦/٢٧٠، وفي موسوعة فقه إبراهيم النخعي ٩/٣٢٤ ، قال : يحتال لدرء الحد بالشبهة .

(٢) فواتح الرحموت : عبدالعلي الأنصاري ٢/٣١٨ .

(٣) الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، محمد علاء الدين الحصكفي ٢/٣٨٩ .

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

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

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

ويقسم ابن تيمية الحيل إلى أربعة أقسام :

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

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

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

---

(١) نفس المصدر ١٠٩/٣ .

(٢) الموافقات ٢٠١/٤ .

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

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

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

٤- الاحتيال على أخذ بدل حقه أو عين حقه بخيانة . وهي عنده ليست من الحيل المحضة ، بل هي بمسائل الذرائع أشبه ، وإنما ذكرها لأجل مافيها من التحايل (١) .

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

١- مالاخلاف في بطلانه ، كحيل المنافقين والمرائين .

٢- مالاخلاف في جوازه ، كالنطق بكلمة الكفر إكراهاً .

٣- ماهو محل إشكال وغموض ، مالم يتبين بدليل قاطع موافقته لمقصد الشارع أو مخالفته له .

ومراد الاختلاف ، اختلاف نظر الفقهاء في موافقته لمقصد الشرع أو مخالفته له فمن رأى أنه غير مخالف للقصد أجاز الحيلة فيه ، ومن رآه مخالفاً منع الحيلة (٢) .

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

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

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

٢- قسم غير جائز : وهي الحيل التي تفوت المصالح المقصودة من التشريع شرعت الأعمال الشرعية من أجلها ، وهو مراد ابن تيمية من قوله: "فالحيلة

---

(١) الفتاوى الكبرى ٣/١٩٢-٢٠٣ .

(٢) الموافقات ٢/٣٨٧-٣٨٩ .

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

أن يقصد " سقوط الواجب ، أو حل الحرام بفعل لم يقصد به ماجعل ذلك الفعل له أو ماشرع " (١) .

وضابط هذا التقسيم : بأن كل ماناقض أصلاً شرعياً أو فوت مصلحة شرعية وناقضها فهو الحيل الباطلة ، وكل مالم يهدم أصلاً شرعياً ولم يعارض مصلحة شهد الشرع باعتبارها فهو من الحيل الجائزة (٢) .

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

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

ويقول تلميذه ابن القيم : "ولايجوز أن ينسب هذه الحيل إلى أحد من الأئمة ، ومن نسبها إلى أحد منهم ، فهو جاهل بأصولهم ومقاديرهم ومنزلتهم في الإسلام" (٤) .

والذي يظهر ، أن الخلاف الواقع بين الأئمة ليس في أصل منع الحيل وإبطالها ، وإنما هو خلاف نظر في المصالح وتحقيقها وترجيح بعضها .

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

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

---

(١) الفتاوى الكبرى ٣/١٠٩، وانظر الأدلة على إبطال هذه الحيل في نفس المصدر ٣/١١١-١١٢، وأعلام الموقعين ٣/١٨٠، وانظر أمثلتها في هذا المصدر ٣/٢٧٥ .

(٢) الموافقات ٢/٣٨٧ .

(٣) الفتاوى الكبرى ٣/١٧٠ .

(٤) أعلام الموقعين ٣/١٧٨، ٣/٢٨١ .

(٥) الموافقات ٤/٢٠١ .

إلى المصلحة ، وأيها أرجح ،ولذلك سمى المعلق الخلاف من باب تحقيق المناط [١] .

وأبو حنيفة لايخالف في أن قصد إبطال الأحكام ممنوع ، أما إبطالها ضمناً بحسب وجه المصلحة المترجحة فلا [٢] .

وإذا كان فقهاء المذهب الحنفي قد أخذوا أكثر من غيرهم في استعمال الحيل والبحث عن المخارج والأعذار ، فذلك راجع إلى أصل منهجهم الذي ساروا عليه في استنباط الأحكام وتتبع النوازل والوقائع . وهذا المنهج قام في غالبه على الرأي . ومما يؤخذ عليهم فيه أنهم بالغوا في استعماله فلم يأمنوا من الوقوع في الخطأ [٣] .

ومع ذلك ، لايصح القول بأنهم أجازوا الخروج عن الشرع وإبطال مقاصد الأحكام ومخالفة الحق باستعمال الحيل والمخارج أكثر من غيرهم . ولذلك قال ابن القيم : وإن كان بعض هذه الحيل قد تنفذ على أصول إمام ، بحيث إذا فعلها المتحيل نفذ حكمها عنده ، ولكن هذا أمر غير الإذن فيها وإباحتها وتعليمها ، فإن إباحتها شيء ونفوذها إذا فعلت شيء ، ولايلزم من كون الفقيه والمفتي لايبطلها أن يبيحها ويأذن فيها"[٤].

وليس المسلم ملزماً بالأخذ بما قاله إمام من الأئمة إذا رأى في ذلك مخالفة لمقصود الشرع حتى ينجو من العقاب . ولذلك أفتى الفقهاء بمنع تقليد من يفتي بالحيل ، ونقض حكمه ، وتحريم تتبع رخص المذاهب . يقول ابن القيم الجوزية :

" وقد اتفق السلف على أنها بدعة محدثة (يعني الحيل) فلا يجوز تقليد من يفتي بها ، ويجب نقض حكمه ، ولايجوز الدلالة للمقلد على من يفتي بها . وقد نص الإمام أحمد على ذلك كله .. وهذا يرد قول من قال : لا إنكار في المسائل المختلف فيها . وهذا خلاف إجماع الأئمة .

ويقول الشاطبي : " فإذا صار المكلف في كل مسألة عنت له يتبع رخص المذاهب (الحيل في تلك المذاهب) وكل قول وافق هواه فيها ، فقد خلع ربقة التقوى ، وتمادى في متابعة الهوى ، ونقض ما أبرمه الشارع وأخر ماقدمه " [٥] .

---

(١) قارن بما ذكرته هنا مع إرشاد الفحول للشوكاني ٢٠٦ - ٢٠٧ .
(٢) الموافقات ٤/٢٠٢ .
(٣) انظر ما قاله ابن تيمية في هذا الصدد الفتاوى الكبرى ٣/٢٣٢ .
(٤) اعلام الموقعين ٣/١٧٨ .
(٥) الموافقات ٢/٣٨٦-٣٨٧ .

ويقول ابن فرحون في التبصرة : " قد يكون تساهل الحاكم والمفتي وانحلاله بأن تحمله الأغراض الفاسدة على تتبع الحيل المحظورة أو المكروهة ، والتمسك بالشبه طلباً للترخيص على من يروم نفعه أو التغليظ على من يريد ضره ، قال ابن الصلاح : ومن فعل ذلك فقد هان عليه دينه " (١) .

ومن الحيل الشرعية الجائزة في الحدود ، ما رواه أبو أمامة بن سهل عن سعيد ابن سعد بن عبادة ، قال : " كان بين أبياتنا رويجل ضعيف مخدج ، فلم يرع الحي إلا وهو على أمة من إمائهم يخبث بها ، فذكر ذلك سعد بن عبادة لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان ذلك الرجل مسلماً ، فقال : **اضربوه حده** . قالوا : يارسول الله إنه أضعف مما تحسب ، لو ضربناه مائة قتلناه ، فقال : **خذوا له عثكالاً فيه مائة شمراخ ثم اضربوه به ضربه واحدة** ، قال : ففعلوا " (٢) .

---

(١) تبصرة الحكام ٦٦/١ .

وحكى أبو الوليد الباجي رحمه الله عمن يثق به أنه وقعت له واقعة فأفتى فيها وهو غائب جماعة من فقهائهم ، يعني فقهاء المالكية، بما يضره ، فلما عاد سألهم فقالوا : ما علمنا أنها لك، وافتوه بالرواية التي توافق قصده . تبصرة الحكام ٦٤/١، وذكرها ابن القيم في أعلام الموقعين ٢١١/٤ .

إن مسألة تتبع الرخص من أخطر القضايا التي تناولتها مباحث علم الأصول . فقد اختلف الاصوليون في مسألة تتبع الرخص واختيار ما كان سهلاً ميسوراً من الأحكام بأن يأخذ المكلف من كل مذهب ماهو الأهون فيما يقع من النوازل . وقد تحصل من هذا الخلاف مذهبان :

١- الأول يمنع من تتبع الرخص وتلفيق الأحكام ، لأن فائدة وضع الشريعة إخراج المكلف من داعية هواه ، وتخيير بين القولين نقض لذلك الاصل . الموافقات ١٣١/٤ .

٢- الثاني يجيز تتبع الرخص وتلفيق الأحكام بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى أن يطبق المكلف حكماً لايجيزه واحد من المذهبين أو المذاهب الملفق منها الحكم . التمهيد في تخريج الفروع على الأصول : جمال الدين الأسنوي ص٥٢٨ .

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

(٢) أخرجه الشافعي والنسائي وأبو داود والبيهقي والدار قطني والطبراني . قال ابن حجر العسقلاني : إسناد الحديث حسن . نيل الأوطار ١٢٩/٧ .

قال الشوكاني : " وهذا العمل من الحيل الجائزة شرعاً وقد جوز الله مثله في قوله تعالى: ﴿ وخذ بيدك ضغثاً ﴾ الآية [١] .

ومحل الشاهد في هذا الحديث ، أن الضرب بالعثكال ليس هو الحد الواجب في الأصل ، بدليل أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لهم قبل أن يرشدهم إلى هذا : اضربوه حده وإنما هو وسيلة شرعها الرسول صلى الله عليه وسلم للتوصل إلى إسقاط الحد في حق مثل هذا الرجل .

ومن الحيل الباطلة في الحدود ماذكره ابن القيم الجوزية واعتبره وسائل محرمة للهروب من حكم الشرع [٢] .

١- أن ينقب السارق السطح ولايدخل ، ثم يدخل شريكه فيخرج المتاع من السطح فيدرأ عنه الحد .

٢- أن ينزل أحدهما من السطح فيفتح الباب من الداخل ويدخل الآخر فيخرج المتاع [٣] .

٣- أن يدعي السارق أن المال ماله ، فيسقط عنه الحد بمجرد دعواه ، ولو كان صاحب الشيء المسروق معروفاً ، والناس تعرف أن المال ماله والشبهة في ذلك أن المسروق منه صار خصماً له في ملكية الشيء المسروق ، وإذا آل الأمر إلى الخصومة لايستوفى الحد [٤] .

٤- أن يبلع الجوهرة والدنانير فيخرج بها فيدرأ عنه الحد . والشبهة في ذلك أن الابتلاع لايعتبر سرقة ، وإنما يعتبر اتلافاً يعاقب عليه بالتعزير [٥] .

---

(١) المصدر السابق ٧/ ١٣٠ .

(٢) إعلام الموقعين ٣/ ٣٠٤-٣٠٥ .

(٣) قال به أبو حنيفة ، وخالفه الأئمة الثلاثة وأبو يوسف ، فتح القدير ٤/ ٢٤٣ ، بدائع الصنائع ٧/ ٦٦ ، تبيين الحقائق ٣/ ٢١٤، المدونة ١٦/ ٧٣، شرح الزرقاني ٨/ ١٠٤ ، مواهب الجليل ٦/ ٣١٠، الإشراف ٢/ ٢٧٤، المهذب ٢/ ٢٨٠، أسنى المطالب ٤/ ١٤٧، المغني ٨/ ٢٥٥، كشاف القناع ٤/ ٨٠، البحر الزخار ٥/ ١٧٧ .

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

(٥) وقد اختلف الفقهاء فيما لايفسد بالابتلاع على أربعة أقوال ، انظرها في : فتح القدير ٤/ ٢٦٤، بدائع الصنائع ٧/ ٨٤ ، شرح الزرقاني ٨/ ٩٩، المهذب ٢/ ٢٩٧.

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

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

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

وقد دفعت هذه الاجتهادات الفقهية الدكتور أبو المعاطي إلى الشك في مدى صلاحية النصوص الفقهية المختلفة للتطبيق في مجال إعمال قاعدة درء الحدود بالشبهات ، واعتبر هذه النصوص سبباً في تمييع كثير من القضايا الأساسية في التشريع الإسلامي ، مما ترتب عنه في النهاية تعطيل الحدود تعطيلاً كلياً ، ودعا بالتالي إلى ضبط هذه المسائل وتأصيلها واعتباره أمراً ضرورياً يخدم التشريع الإسلامي من ناحية التطبيق (٤) .

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

---

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

(٢) وهو رأي أبي حنيفة ، بدائع الصنائع ٧/٧٣-٧٤،فتح القدير ٤/٣٤١، لحكام القرآن، للجصاص ٢/٥٠٨،تبيين الحقائق ٣/٢٢٠- ٢٢١.
وقارنه بآراء الفقهاء الآخرين . المدونة ١٦/٧٢-٧٥، شرح الزرقاني ٨/١١١، أسنى المطالب ٤/١٤٢-١٤٧، حاشية البجيرمي ٤/١٦٨، المغني ٨/٢٧٠، كشاف القناع ٤/٨٤ .

(٣) أعلام الموقعين ٣/٣٠٤ .

(٤) النظام العقابي الإسلامي : أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح ص١٧ .

غريبة دخلت الفقه الإسلامي لتكون سبباً في تمييع كثير من القضايا المتعلقة بجريمة السرقة لأنها لا تقوم علي سند ثابت من القرآن والسنة . وقد جاء كلامه أكثر صراحة وجرأة . ونورد فيما يلي نصه كاملاً لفائدته وأهميته . يقول الدكتور أبو المعاطي:

" ولذلك عندما عرضت كثير من القضايا ، تضاربت الآراء حولها بشكل غريب ومحزن وذلك لالشيء إلا لمحاولة إقحام نظرية غريبة ، نتائجها في الواقع العملي لايمكن أن يؤيدها . فالرجل ينام في المسجد ويضع ثوبه تحت رأسه ، فإذا سرق الثوب من تحت رأسه قطع السارق ، لأنه سرقه من حرز ، وإذا تقلب الرجل وهو نائم وانفلت الثوب من تحت رأسه لم يقطع السارق ، لأنه سرق شيئاً غير محرز .

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

تطبيق حد السرقة ، وهل يتفق هذا مع روح الإسلام التي أساسها العدالة الكاملة وحفظ العهد والأمانة وهل يمكن أن يقول أحد إن الرجل يضيف الرجل في بيته ويأتمنه فيسرق الضيف المضيف فندرأ عنه الحد ، لأن صاحب البيت أباح له دخول الحرز، وهل جزاء الإحسان في الإسلام إلا الإحسان، السارق جمع إلى جانب السرقة خسة النفس وخيانة الأمانة، أيكون ذلك مبرراً لدرء الحد عنه ؟

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

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

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

---

(١) المرجع السابق ص١٩-٢٠ .

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

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

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

ونظراً لأن جهود الفقهاء المؤهلين لاستنباط الأحكام كانت حرة طليقة، فقد وقع خلاف كبير في أحكام الوقائع المعروضة، وهو اختلاف له دواعيه وأسبابه (٤) .

وهذا الاختلاف لم يكن ناشئاً عن الهوى أو عن رغبة في الاختلاف ، بل كان بناء على تفاوت وجهات النظر في كثير من المسائل المنهجية ، وهو أمر لايعد بدعة منهم أو معابة في عملهم . فقد اختلف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في اجتهاداتهم ، وعد ذلك من مزايا الفقه الإسلامي وواحدة من محاسنه . وقد نقل عن عمر بن عبدالعزيز قوله : " ما أحب أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يختلفوا ، لأنه لو كان قولاً واحداً كان الناس في ضيق " (٥) .

---

(١) رواه الخمسة ، نيل الأوطار ١٤٣/٧ .
(٢) المغني ٢٤٨/٨ .
(٣) أعلام الموقعين ٢٠٠/٢-٢٠١ .
(٤) راجع في ذلك رسالة البطليوسي " الإنصاف في التنبيه على الأسباب التي أوجبت الاختلاف بين المسلمين " ، وقد رد الاختلاف إلى ثمانية أمور ص١٠ .
(٥) الموافقات ١٢٥/٤ .

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

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

وقد كانت هذه الاختلافات الفقهية في المسائل الفرعية من الأمور التي حملت ابن حزم على ذم الاختلاف والطعن في صحة الحديث : " **اختلاف أمتي رحمة** " (١) . ليقرر في النهاية أنه ليس في الوسع أن يعتقد أحد كون شيء واحد حراماً حلالاً في وقت واحد على إنسان واحد ، ولا أن الدين ينتقل حكمه من تحليل إلى تحريم إذا حرم الشيء مفت ما وحلله مفت آخر ، وأن المفتي ليس له أن يشرع ولا أن يحلل ولا أن يحرم ، وإنما عليه أن يخبر عن الله تعالى بحكمه في هذه النازلة . ومن المحال أن يكون حكم الله تعالى فيها غير مستقر ، إما بتحليل وإما بتحريم وإما بوجوب ، وقوله تعالى : ﴿ **اليوم أكملت لكم دينكم** ﴾ (٢) مبين أن حكم الله قد استقر في كل نازلة ، إما بتحريم وإما بتحليل وإما بإيجاب ، ومن حلل وحرم باختلاف الفقهاء ، فقد أقر أنهم يحللون ويحرمون ويوجبون ، فهذا كفر ممن اعتقده (٣) .

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام : ابن حزم ٦٤/٥ والحديث رواه نصر المقدسي في الحجة والبيهقي في الرسالة الأشعرية معلقاً بغير سند، وأورده أبو عبدالله الحليمي في كتاب الشهادات من تعليقه ، والديلمي في مسند الفردوس من حديث ابن عباس مرفوعاً بلفظ : اختلاف أصحابي رحمة . قال العراقي : سنده ضعيف . وقال ولده أبو زرعة : رواه آدم بن أبي إياس في كتاب العلم والحلم بلفظ : ا ختلاف أصحابي لأمتي رحمة وهو مرسل ضعيف . فيض القدير ٢٠٩/١-٢١٠ .

(٢) سورة المائدة من الآية ٣ .

(٣) الإحكام في أصول الأحكام ٨٤/٥ .

وهذا الكلام يجعلنا نحس الحاجة الماسة إلى ضبط قضايا الفقه الإسلامي المختلفة والمتشعبة ، وحاجتنا إلى ضرورة توحيد الحكم الفقهي في الواقعة الفرعية الواحدة واختيار الرأي الأكثر صواباً من بين الآراء المتعددة فيها ، وحاجتنا إلى الاستفادة من جميع المزايا والنظريات الفقهية النافعة ، وعدم الاقتصار على المذهب الواحد ، ونختار من الآراء ماناراه الأصلح بحسب قوة دليله ويسره للتطبيق وقربه من مقاصد الشريعة وعدالتها ، فنكون بذلك أمام رأي واحد واضح النص واجب التطبيق في جميع الأقطار التي تدين بالإسلام [1] .

وبهذا نضمن للأمة الإسلامية سلامة تطبيق طريقتها وتوحيد اتجاهها ومسارها . ولن يتأتى هذا إلا إذا حل الاجتهاد الجماعي محل الاجتهاد الفردي .

فإذا كان اختلاف الفقهاء مزية ونعمة في حياة هذه الأمة ، لأنه ينفعها وينمي مستواها الفكري ، ويثري مجالها التشريعي ، فإنني أرى من الواجب اليوم على العلماء أن يعملوا على تنقية الفقه الإسلامي من الشوائب التي علقت به والتي لاتتحصل بها مقاصد الشريعة والحكمة من التشريع ، بل من شأنها أن تفتح أبواب الفساد والانحلال والخروج الصريح على الشرع الإسلامي ، ولا أدل على ذلك من نظرية العقد وصورته التي قال بها أبو حنيفة لدرء الحد عن الزاني .

---

(١) وقد تنبه إلى ذلك أحد العلماء في أوائل العصر العباسي . فقد كتب عبدالله بن المقفع رسالة سماها " رسالة الصحابة " ورفعها إلى الخليفة أبي جعفر المنصور شرح له فيها : أنه في البصرة يقضي بحل الأنكحة والأموال في حادثة ، ويقضي في الكوفة بحرمتها لاختلاف اجتهاد القضاة ، وأشار عليه أن يوحد ما يقضي به بين الناس . جاء في هذه الرسالة : " ومما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين المصرين وغيرهما من الأمصار والنواحي ، لختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي قد بلغ اختلافها أمراً عظيماً في الدماء والفروج والأموال ، فيستحل في ناحية منها ما يحرم في ناحية أخرى .. فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة فترفع إليه في كتاب ، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر في ذلك أمير المؤمنين وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله ، ويعزم عليه عزماً وينهى عن القضاء بخلافه وكتب بذلك كتاباً جامعاً ، لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً ، لرجونا أن يكون اجتماع السير قرينة لإجماع الأمر برأي أمير المؤمنين وعلى لسانه ، ثم يكون ذلك من إمام آخر آخر الدهر " . منتخبات من رسالة الصحابة لابن المقفع : دراسة الراجي التهامي الهاشمي ص٤١ .

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

---

(١) رفع الملام عن الأئمة الأعلام : ابن تيمية ص٩٥ ، وقارن بأعلام الموقعين ١٩٢/٢–١٩٤ . فقد ذكر مجموعة من الأحاديث في المسألة .

المبحث الخامس
أثر القاعدة في جرائم التعزير

سبق أن بينت أن قاعدة الدرء بالشبهة التي قال بها الفقهاء ، قامت على سند من السنة ، وهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " **ادرءوا الحدود بالشبهات** " . وقد تمسك الفقهاء بهذا اللفظ ليجعلوا القاعدة مقصورة على جرائم الحدود دون جرائم التعزير ، وألحقوا القصاص بالحدود [1] .

ولذلك قال السيوطي : " الشبهة لاتسقط التعزير " [2] . وقال ابن نجيم : " التعزير يثبت مع الشبهة " [3] .

وقد وجدت في كتب الفقهاء ما يخالف هذا الكلام ، ويعتبر الشبهة في إسقاط التعزير . جاء في نهاية المحتاج : " الأظهر أنه يقضي بعلمه في حدود الله كالزنا والمحاربة أو سرقة أو شرب وكذا التعازير لسقوطها بالشبهة " [4] ، فعطف التعازير على الحدود في الإسقاط بالشبهة .

والسيوطي في معرض كلامه عن هذه المسألة ، جاء برأي مخالف لما ذهب إليه، وهو رأي القفال المروزي[5]، قال : " ولا يسقط الفدية بالشبهة لأنها تضمنت

---

(١) أطلق بعض الفقهاء لفظ الحد على القصاص .
ذكره أحمد فتحي بهنسي نقلاً من رسالة " الحدود والتعازير " للبزدوي ، مخطوط بدار الكتب المصرية . العقوبة في الفقه الإسلامي ص١٢٤ .

(٢) الأشباه والنظائر ص ١٢٣ .

(٣) الأشباه والنظائر ص١٣٠ ، وانظر الاختيار لتعليل المختار للموصلي ١٥١/٢ .

(٤) نهاية المحتاج شمس الدين الرملي ١٦١/٧ .

(٥) هو أبو بكر عبدالله بن أحمد بن عبدالله ، المعروف بالقفال . فقيه شافعي . كان بارعاً في الفقه وحفظ المتون ، كثير الآثار في مذهب الإمام الشافعي . له :" شرح فروع محمد بن الحداد المصري " في الفقه .
كانت صناعته عمل الأقفال قبل أن يشتغل بالفقه . توفي في سجستان سنة ٤١٧هـ . طبقات الشافعية الكبرى ١٩٨/٣، وفيات الأعيان ٢٥٢/١، الأعلام ٦٦/٤ .

غرامة ، بخلاف الكفارة فإنها تضمنت عقوبة، فالتحقت في الإسقاط بالشبهة بالحد " [١] فالحق الكفارة ، وهي من التعازير ، بالحد في الإسقاط بالشبهة .

ونقل ابن فرحون عن ابن عبدالسلام تعليقه على الحديث : " وإن الإمام ليخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة " قال : " وإن كان هذا الكلام جاء في الحدود فهو متناول لغيرها من الزواجر " [٢] .

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

والأدلة على هذا الرأي كثيرة ، أذكر منها :

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

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

فعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " من أصاب حداً فستره الله عليه وعفا عنه ، فالله أكرم من أن يعود في شيء قد عفا عنه " [٤] .

---

(١) الأشباه والنظائر السابق .

(٢) تبصرة الحكام ٣٠١/٢ .

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

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

وعن أنس رضي الله عنه قال : " كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم ، فجاءه رجل فقال : يارسول ، إني أصبت حداً فاقمه علي ، ولم يساله " (١) .

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

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

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

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

وأعتقد أن هذه الحجج كافية في الإقناع بوجوب إعمال قاعدة الدرء بالشبهة في جرائم التعزير ، وإن كان الرأي الغالب عند الفقهاء حصرها في مجال الحدود .

---

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

المبحث السادس
موقف ابن حزم من القاعدة

سبق القول بأن فقهاء المسلمين أجمعوا على إعمال قاعدة درء الحدود بالشبهات وقد استندوا في ذلك على الحديث : " **ادرءوا الحدود بالشبهات** " . ولم يخرج عن هذا الإجماع إلا ابن حزم الظاهري ، الذي لايؤيد إعمال القاعدة ،ويعتبرها مبدأ خطيراً يمكن أن يذهب بفعالية نظام الحدود كله في مكافحة الجريمة . فالحدود عنده لايحل أن تدرأ بشبهة ولا أن تقام بشبهة .

يقول في كتابه المحلى :

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

فحجة ابن حزم أن الحديث الذي بنى عليه الفقهاء كلامهم في إعمال القاعدة غير صحيح، وإنما جاء من طرق ليس فيها عن النبي نص ولاكلمة، وكلها لاخير فيها (٢) .

وجدير أن أذكر النص الكامل الذي أبدى فيه وجهة نظره بجرأة وصراحة ، بعد أن ساق الطرق التي روي بها الحديث . قال ابن حزم :

" فحصل مما ذكرنا أن اللفظ الذي تعلقوا به لانعلمه روي عن أحد أصلاً وهو ادرءوا الحدود بالشبهات ، لا عن صاحب ولا عن تابع ، إلا الرواية الساقطة التي أوردناها من طريق إبراهيم بن الفضل عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر وإبراهيم ساقط ، وإنما جاء كما ترى عن بعض الصحابة ممالم يصح ادرءوا الحدود ما استطعتم ، وهذا لفظ وإن استعمل أدى إلى إبطال الحدود جملة على كل حال ، وهذا خلاف إجماع أهل الإسلام وخلاف الدين وخلاف القرآن والسنن ، لأن كل أحد هو

---

(١) المحلى ٢٤٣/١١ .
(٢) نفس المصدر ١٥٣/١١ .

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

ويستند ابن حزم في تأكيد رأيه إلى مجموعة من الأدلة ، كلها مرتبطة بالنص، وهي:

١- أن الحد إذا ثبت لم يحل أن يدرأ بشبهة ، لأنه فرض من فرائض الله تعالى لقوله : ﴿ تلك حدود الله فلا تعتدوها ﴾ (٢) .

٢- أن من جهل أوجب الحد أم لم يجب ، فرضه أن لايقيمه لأن الأعراض والدماء حرام ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (**إن دماءكم وأعراضكم بينكم حرام**)(٣) .

٣- إذا اشتبه الأمر على المرء ولم يدر ماحكمه عند الله تعالى ، فالورع أن يمسك وهذا فرض لايحل لأحد مخالفته ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " **الحلال بين والحرام بين ، وبينهما أمور مشتبهة ، فمن ترك ما اشتبه عليه من الإثم كان لما استبان له أترك، والمعاصي حمى الله، ومن يرتع حول الحمى يوشك أن يواقعه**" (٤) .

وقد رد الفقهاء رأي ابن حزم بالأدلة الآتية :

١- إن الحديث وإن روي مرسلاً فإرساله لايقدح وإن الموقوف في هذا كله له حكم

---

(١) المحلى ١١/١٥٤ .
(٢) سورة البقرة من الآية ٢٢٩ .
(٣) رواه الستة وأحمد والدار قطني والطبراني . فتح الباري ١/١٥٧-٣/٥٧٣ .
(٤) فتح الباري ٤/٢٩٠ .

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

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

٣- إن الأمة قد تلقت الحديث بالقبول ، وفي تتبع المروي عن الرسول صلى الله عليه وسلم ما يقطع في المسألة ، كقوله لماعز : " **لعلك قبلت ، لعلك لمست** " (٣) .

وكذا قوله للسارق : " **ما إخاله سرق** " (٤) .

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

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

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

---

(١) فتح القدير ٤/١٤٠، حاشيةابن عابدين ٣/١٥٥ .

(٢) المصدرين السابقين ، والفروق للقرافي ٣/١٧٤ .

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

(٤) رواه أبو أمية المخزومي ، قال الحافظ ابن الحجر : رجاله ثقات ، نيل الأوطار ٧/١٥٠ .

(٥) فتح القدير ٤/١٤٠ .

(٦) النظام العقابي الإسلامي ص١٧، ٢١ .

وقد أداه اقتناعه هذا إلى التماس العذر لابن حزم في عدم أخذه بالقاعدة . فهو يقول: " إذا ثبت أن القاعدة فقهية لانصية ، فإنه لاحرج على من لم يأخذ بها من الفقهاء ، كما فعل ابن حزم ، مادام لايقول بإثبات الحد مع وجود الشبهة ، ويكون النعي عليه في هذا الخصوص نعياً في غير محله " (١) .

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

---

(١) في أصول النظام الجنائي الإسلامي ص٨٩ .
(٢) نفسه .

نتائج البحث

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

١- إن الشريعة الإسلامية الحكيمة أحاطت وسائل الإثبات الجنائي بمجموعة من القيود الإجرائية والضوابط الأخلاقية لحماية الفرد من الإدانة والتهمة ، لأن افتراض البراءة هو الأصل .

٢- إن قاعدة الدرء بالشبهة هي تطبيق عملي لمبدأ تفضيل الخطأ في العفو على الخطأ في العقوبة الذي وضعته الشريعة الإسلامية لحماية حقوق المتهم ورعاية مصلحته استناداً إلى الحديث النبوي الشريف . " **ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم لمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة** " ولذلك كان العفو في الفقه الجنائي الإسلامي من وسائل إسقاط الحق وانقضاء العقوبة .

٣- إن كثيراً من الباحثين في الفقه الإسلامي يعتبرون أن روح القاعدة وما تنتجه من آثار في المحاكمة الجنائية من الحقوق الأساسية للإنسان والتي لايجوز الإخلال بها في المجتمعات المعاصرة ، ولا يتصور خلو النظم الجنائية الحديثة منها، حتى لايفتح الباب لتحكم القضاة وتسلطهم ويؤخذ الناس بالظنون والتهم .

٤- إن البحث يتجه إلى اعتبار القاعدة نصية تقوم على سند ثابت في السنة وأفعال الصحابة ، خلافاً لما ذهب إليه البعض من اعتبار القاعدة فقهية لا أصل لها ، وضعها الفقهاء لإلزام القاضي بتحري أدلة الإدانة إذا لم تكن البينات المقدمة في الدعوى الجنائية كافية لإقناعه بثبوت الجريمة ، وقد فصلت القول في هذه المسألة .

٥- إن قاعدة الدرء بالشبهة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ افتراض البراءة التي وسعت الشريعة الإسلامية من مجال تطبيقها لتشمل النواحي المدنية والجنائية والتعبدية ، لأن المتهم بريء في نظر العدالة حتى تثبت إدانته بدليل يقيني، أما إذا كان الدليل احتمالياً فإن اليقين لايدفعه الاحتمال، وبالتالي وجب تفسير الشك لصالح المتهم ، وهو مبدأ معروف في النظم الجنائية المعاصرة .

٦- إن الفقهاء الذين قالوا بدرء العقوبة بالشبهة نظروا إليها من جانبها المعقول والمشروع ، فأغلقوا جميع منافذ الحيل للهروب من العقاب ، وأفتوا بمنع تقليد من يفتي بها وأوجبوا نقض حكمه ، وحرموا تتبع الرخص سعياً وراء سد الطرق على من يريد انتهاك حرمات الدين والإفلات من العقوبة باسم الحيل .

٧- إن البحث يتجه إلى توسيع مجال إعمال القاعدة لتشمل الحدود والقصاص والتعازير خلافاً لما هو سائد في مدونات الفقه الإسلامي التي قررت حصر القاعدة في مجال الحدود والقصاص .

٨- إن الإمام ابن حزم وإن كان يرفض القاعدة بالصياغة المتداولة في كتب الفقه الإسلامي ومذاهبه ، فهو لايخالف في مؤداها ومضمونها ، لأن معناها - كما قال الكمال بن الهمام - " مقطوع بثبوته من جهة الشرع ، فكان الشك فيه شكاً في ضروري ، فلا يلتفت إلى قائله ولا يعول عليه "

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

فهرس المصادر والمراجع

التفسير وعلوم القرآن :

١- الإتقان في علوم القرآن : السيوطي ، جلال الدين (ت٩١١هـ). المكتبة الثقافية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٧٣م .

٢- أحكام القرآن : الجصاص ، أبو بكر أحمد بن علي الرازي (ت٣٧٠هـ) ، المطبعة البهية ، مصر ، ١٣٤٧هـ .

٣- أحكام القرآن : الشافعي ، أبو عبدالله محمد بن إدريس (ت ٢٠٤هـ). جمعه أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي (ت٤٥٨هـ). عرف الكتاب وقدمه محمد زاهد بن الحسن الكوثري كتب هوامشه : عبدالغني عبدالخالق . دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، ١٤٠٠هـ .

٤- أحكام القرآن : ابن العربي ، أبو بكر محمد بن عبدالله (ت٥٤٣هـ) . تحقيق علي محمد البجاوي . الطبعة الأولى ، دار إحياء الكتب العربية ، ١٣٧٦هـ-١٩٥٧م .

الحديث وأحكامه :

٥- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام : ابن دقيق العيد ، تقي الدين القشيري (ت٧٠٢هـ) . دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان .

٦- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل : الألباني ، محمد ناصر الدين . أشرف عليه : زهير الشاويش . الطبعة الأولى ، المكتب الإسلامي ، بيروت، لبنان ١٩٧٩م .

٧- إكمال إكمال المعلم ، شرح صحيح مسلم : الأبي ، محمد بن خلفة الوشتاني (ت٨٢٧هـ) . دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان .

٨- تأويل مختلف الحديث : ابن قتيبة . عبدالله بن مسلم الدينوري (ت٢٧٦هـ) . صححه ونقحه : إسماعيل بن إبراهيم . دار الكتاب العربي ، بيروت، لبنان .

٩- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير : ابن حجر العسقلاني ، أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي (ت٨٥٢هـ) صححه وعلق عليه : عبدالله هاشم اليماني المدني . دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م .

١٠- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد : ابن عبدالبر ، أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد النمري (ت ٤٦٣هـ) . تحقيق جماعة من العلماء المغاربة . مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، مطبعة فضالة ، المحمدية . المغرب .

١١- سنن الدار قطني : الدار قطني ، علي بن عمر (ت٣٨٥هـ) . تحقيق : السيد عبدالله هاشم . دار المحاسن للطباعة ، القاهرة ، ١٣٨٦هـ -١٩٦٦م .

١٢- السنن الكبرى : البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي (ت٤٥٨هـ) . دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان .

١٣- سنن المصطفى : ابن ماجة ، أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني (ت٢٧٣هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة التازية ، مصر .

١٤- سنن النسائي : النسائي ، أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب (ت٣٠٣هـ) شرح جلال الدين السيوطي وحاشية السندي . دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

١٥- شرح الزرقاني على الموطأ : الزرقاني ، محمد . تصحيح : لجنة من العلماء . دار الفكر ، ١٣٥٥هـ-١٩٣٦م .

١٦- شرح السنة : الفراء البغوي ، أبو محمد الحسين بن مسعود (ت٥١٦هـ) . تحقيق ، شعيب الأرناؤوط ، وزهير الشاويش ، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي ، بيروت، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م .

١٧- شرح معاني الآثار : الطحاوي ، أبو جعفر أحمد بن محمد الأزدي (ت٣٢١هـ). تحقيق: محمد زهري النجار. دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان ، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م .

١٨- عارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي : ابن العربي ، أبو بكر . الطبعة الأولى ، المطبعة المصرية ، مصر ، ١٣٥٠هـ-١٩٣١م .

١٩- فتح الباري شرح صحيح البخاري : الحافظ ابن حجر العسقلاني . وضع أرقامه : فؤاد عبدالباقي ، وقام بإخراجه والإشراف على طبعه : محب الدين الخطيب ، المكتبة السلفية ، دار المعرفة ، بيروت، لبنان .

٢٠- فيض القدير شرح الجامع الصغير: المناوي ، محمد عبدالرؤوف (١٠٣١هـ) . الطبعة الثانية، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩١هـ-١٩٧٢م .

٢١- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على السنة الناس : العجلوني ، إسماعيل بن محمد عبدالهادي الجراحي (ت١١٦٢هـ) صححه وأشرف على طبعه . أحمد القلاش . الطبعةالثالثة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

٢٢- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال : علاء الدين على المتقي بن حسام الدين الهندي البرهان فوري (ت ٩٧٥هـ) . ضبطه ووضع فهارسه : بكري حياني ، وصفوة السقا . مؤسسة الرسالة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .

٢٣- المستدرك على الصحيحين : الحاكم ، أبو عبدالله محمد بن عبدالله النيسابوري (ت٤٠٥هـ) . الطبعة الأولى ، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية ، حيدر آباد الدكن - الهند ، ١٣٤٢هـ .

٢٤- المسند : أبو حنيفة ، النعمان بن ثابت (ت ١٥٠هـ) .
الطبعة الأولى ، مطبعة شركة المطبوعات العلمية ، ١٣٢٧هـ .

٢٥- المسند : الشافعي، أبو عبدالله محمد بن إدريس .
دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

٢٦- مشكاة المصابيح : التبريزي ، محمد بن عبدالله الخطيب . تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، الطبعة الثانية ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .

٢٧- المصنف : عبدالرزاق الصنعاني ، أبو بكر بن همام (ت ٢١١هـ). تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الثانية ، منشورات المجلس العلمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٣م .

٢٨- معالم السنن : الخطابي، أبو سليمان محمد بن محمد البستي (ت ٣٨٨هـ) .
المكتبة العلمية ، بيروت، لبنان ، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .

٢٩- المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة : السخاوي، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبدالرحمن (ت٩٠٢هـ) . تصحيح : عبدالله محمد بن الصديق . الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .

٣٠- المنتقى شرح الموطأ : الباجي ، أبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسي (ت٤٧٤هـ) . الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، مصر ، ١٣٣٢هـ .
٣١- نصب الراية لأحاديث الهداية : الزيلعي ، جمال الدين أبو محمد عبدالله بن يوسف (ت ٧٦٢هـ). ومعه حاشية : بغية الألمعي في تخريج الزيلعي ، بعناية المجلس العلمي الأعلى . دار الحديث ، القاهرة ، مصر .
٣٢- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار : الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد بن عبدالله (ت ١٢٥٠هـ). الطبعة الأخيرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر .

الرجال :

٣٣- تقريب التهذيب : الحافظ ابن حجر العسقلاني . تحقيق : عبدالوهاب عبداللطيف . الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م .
٣٤- الجرح والتعديل : الرازي ، أبو محمد عبدالرحمن بن أبي حاتم التميمي (ت٣٢٧هـ) . طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
٣٥- الكاشف : الذهبي ، أبو عبدالله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قيماز (ت٧٤٨هـ) . دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

الفقه :

٣٦- الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام : القرافي ، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس (ت ٦٨٤هـ) . علق حواشيه : الشيخ محمود عرنوس . نشره وراجع أصله : عزت العطار الدمشقي . الطبعة الأولى ، مطبعة الأنوار ، مصر ، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م .
٣٧- الاختيار لتعليل المختار : الموصلي ، أبو الفضل عبدالله بن محمد الحنفي (ت٦٨٣هـ) . عليه تعليقات ، الشيخ محمود أبو دقيقة . الطبعة الثالثة ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م .
٣٨- الاختيارات الفقهية : ابن تيمية . اختارها العلامة : علاء الدين أبو الحسن علي ابن محمد البعلي الدمشقي (ت٨٠٣هـ) . تحقيق : محمد حامد الفقي . دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

٣٩- أسنى المطالب شرح روض الطالب : زكريا الأنصاري ، أبو يحيى الشافعي (ت ٩٢٦هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة الميمنية ، مصر ١٣١٣هـ .
٤٠- الإشراف على مسائل الخلاف : القاضي عبدالوهاب بن علي بن نصره البنداري (ت ٤٢٢هـ) . مطبعة الإرادة .
٤١- أصول الفتيا على مذهب الإمام مالك : الخشني، محمد بن حارث (ت٣٦٦هـ). تحقيق : الشيخ محمد المجدوب ، والدكتور محمد أبو الأجفان ، والدكتور عثمان بطيخ . الطبعة الأولى ، الدار العربية للكتاب ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .
٤٢- الإقناع في فقه أحمد بن حنبل : أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي (ت٩٦٨هـ) . تعليق : عبداللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة ، بيروت، لبنان .
٤٣- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع : الشربيني ، أحمد الخطيب (ت ٩٧٧هـ) . دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
٤٤- الأم : الشافعي ، محمد بن إدريس . صححه : محمد زهري النجار . الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .
٤٥- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف : المرداوي ، علاء الدين بن الحسين ابن علي بن سليمان (ت٨٨٥هـ) . تحقيق : محمد حامد الفقي .
والكتاب عمله تصحيحاً للمقنع وتوسع فيه ، واختصره في مجلد سماه : " التنقيح المشبع في تخريج أحكام المقنع " . ولابن مفلح اختصار سماه ، الدر المنتقى والجوهر المجموع في معرفة الراجح من الخلاف المطلق في الفروع " . الطبعة الثانية ، دار إحياء التراث العربي ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .
٤٦- البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ابن نجيم ، زين العابدين إبراهيم بن محمد (ت٩٧٠هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة العلمية ، القاهرة ، مصر ، ١٣١١هـ .
٤٧- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار : ابن المرتضى ، أحمد بن يحيى (ت٨٤٠هـ) . عليه تعليقات مصححه : عبدالله بن عبدالكريم الجرافي . أشرف عليه وراجعه : عبدالله محمد الصديق ، وعبدالحفيظ سعد عطية . الطبعة الأولى ، مطبعة السنة المحمدية ، مصر ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م .

٤٨- بداية المجتهد ونهاية المقتصد : ابن رشد ، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت ٥٩٥هـ) . الطبعة السادسة ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م .

٤٩- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود (ت ٥٨٧هـ) . الطبعة الأولى ، مطبعة الجمالية ، مصر . ١٣٢٨هـ - ١٩١٠م .

٥٠- بلغة السالك لأقرب المسالك : الصاوي ، أحمد بن محمد المالكي .
وهو حاشية على الشرح الصغير لأحمد بن محمد الدردير . دار المعرفة ، بيروت، لبنان ، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م .

٥١- التاج والإكليل شرح مختصر خليل : المواق . أبو عبدالله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري (ت ٨٩٧هـ) . مطبعة السعادة ، مصر ١٣٢٩هـ .

٥٢- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي (ت٧٤٥هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية ببولاق ، مصر . ١٣١٥هـ .

٥٣- تحفة الحبيب على شرح الخطيب : البجيرمي ، سليمان (ت ١٢٢١هـ) .
وهو شرح الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب الشربيني ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م .

٥٤- تحفة الطلاب بشرح تنقيح اللباب : زكريا الأنصاري .
دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

٥٥- الجامع الكبير : محمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩هـ) عني بمقابلة نصوصه : أبو الوفا الأفغاني . الطبعة الأولى . مطبعة الاستقامة ، مصر . ١٣٥٦هـ .

٥٦- حاشية الدسوقي على شرح الدردير : ابن عرفة الدسوقي ، شمس الدين محمد ابن محمد . الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة ، مصر ١٣٢٩هـ - ١٩١١م .

٥٧- حاشية شهاب الدين الرملي ، أبو العباس أحمد بن حسين الأنصاري (ت٨٤٤هـ) . موجود بهامش أسنى المطالب . الطبعة الأولى ، المطبعة الميمنية ، مصر ١٣١٣هـ .

٥٨- حاشية شهاب الدين أحمد الشلبي .
موجود بهامش تبيين الحقائق للزيلعي. المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ١٣١٥هـ .
٥٩- حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد القيرواني : علي بن أحمد الصعيدي العدوي المالكي . دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
٦٠- حاشية على تحفة الطلاب : الشرقاوي ، عبدالله بن إبراهيم الشافعي (ت ١٢٢٦هـ) . دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
٦١- حاشية على الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام : الخادمي ، أبو سعيد محمد ابن مصطفى بن عثمان . والدرر شرح الغرر هو لمحمد بن فراموز ، الشهير بمنلاخسرو (ت٨٨٥هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة العثمانية ، ١٣١٠هـ .
٦٢- حاشية على الدر المختار شرح تنوير الأبصار : أحمد الطحطاوي الحنفي . دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
٦٣- الدر المختار شرح تنوير الأبصار : محمد علاء الدين الحصكفي .
دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ١٣٩٥هـ – ١٩٧٥م .
٦٤- رد المحتار على الدر المختار : ابن عابدين ، محمد أمين .
الطبعة الثالثة ، المطبعة الأميرية ببولاق ، مصر ١٣٢٣هـ .
٦٥- رسائل ابن نجيم . تحقيق : الشيخ خليل الميس .
الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٠هـ – ١٩٨٠م .
٦٦- الروض المربع بشرح زاد المستقنع : منصور بن يونس البهوتي الحنبلي . دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
٦٧- الشرح الكبير شرح مختصر خليل : أبو البركات سيدي أحمد الدردير (ت١٢٠١هـ) . الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة ، مصر ١٣٢٩هـ – ١٩١٢م .
٦٨- شرح الزرقاني على متن خليل : الزرقاني ، عبدالباقي (ت ١٠٩٩هـ) . وعلية حاشية البناني (ت ١١٩٤هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية ببولاق ، مصر ، ١٣٠٦هـ .
٦٩- شرح كنز الدقائق : أبو السعود علي منلا مسكين (ت ٩٥٤هـ) .
٧٠- شرح لامية الزقاق : التاودي ، أبو عبدالله محمد بن سودة (ت ١٢٠٩هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة الجديدة ، فاس ، المغرب ، ١٣٤٩هـ .

٧١- شرح منتهى الإرادات : البهوتي ، منصور بن يونس الحنبلي (ت ١٠٥١هـ) .
شرح به منتهى الإرادات لتقي الدين محمد بن أحمد بن النجار الحنبلي . موجود بهامش كشاف القناع على متن الإقناع . الطبعة الأولى ، المطبعة الشرفية ، مصر ١٣١٩هـ .

٧٢- شرح المجموع الفقهي : الأمير ، محمد المالكي ، وعليه حاشية الشيخ حجازي العدوي ، المطبعة البهية ، مصر ، ١٣٠٤هـ .

٧٣- شرح نظم العمل : السجلماسي ، أبو عبدالله محمد بن قاسم الرباطي .
شرح به نظم العمل الفاسي لأبي زيد عبدالرحمن بن عبدالقادر الفاسي (ت١٠٩٦هـ) . المطبعة الحجرية بفاس .

٧٤- غاية الاختصار : أبو شجاع ، أحمد بن الحسين بن أحمد الأصفهاني .
الطبعة الثالثة ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت .

٧٥- الفتاوى الخيرية لنفع البرية : خير الدين الرملي الحنفي (ت ١٠٨١هـ) .
المطبعة الأميرية ببولاق ، مصر ، ١٣٠٠هـ .

٧٦- الفتاوى الكبرى : أبو العباس تقي الدين ابن تيمية .
دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

٧٧- الفتاوى الكبرى : ابن حجر الهيثمي ، أحمد (ت ٩٧٤هـ) .
بهامشه فتاوى شمس الدين محمد الرملي .دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م .

٧٨- فتاوى النووي المسماة بالمسائل المنثورة : النووي ، محيي الدين يحيى بن شرف (ت ٦٧٦هـ) . ترتيب تلميذه : علاء الدين بن العطار . الطبعة الأولى ، مطبعة الاستقامة ، ١٣٥٢هـ .

٧٩- فتح القدير شرح الهداية للمرغيناني : الكمال بن الهمام محمد بن عبدالواحد (ت٦٨١هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية ببولاق ، مصر ، ١٣١٦هـ .

٨٠- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : زكريا الأنصاري. دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

٨١- فصول الأحكام وبيان مامضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام : أبو الوليد الباجي . تحقيق : محمد أبو الأجفان . طبعة الدار العربية للكتاب ، والمؤسسة الوطنية للكتاب ، تونس ، ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م .

٨٢- المحرر في فقه الإمام أحمد بن حنبل : مجد الدين بن تيمية ، أبو البركات (ت ٦٥٩هـ) . مطبعة السنة المحمدية ، ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م .

٨٣- المحلى : ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد (ت ٤٥٦هـ) . تحقيق : لجنة إحياء التراث العربي . طبعة دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، لبنان .

٨٤- مختصر الشيخ خليل : خليل أبو الضياء إسحاق بن موسى (ت ٧٧٦هـ) . الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية ببولاق ، مصر ، ١٣٠٦هـ .

٨٥- المدونة الكبرى : الإمام مالك بن أنس الأصبحي (ت ١٧٩هـ) .
رواية سحنون بن سعيد عن عبدالرحمن بن القاسم عن الإمام مالك . الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة ، مصر، ١٣٢٣هـ .

٨٦- المذهب الأحمد في مذهب الإمام أحمد : ابن الجوزي ، أبو الفرج عبدالرحمن (ت ٦٥٦هـ) مطبعة بومباي ، الهند ، ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م .

٨٧- مسائل ابن رشد الجد : ابن رشد محمد بن أحمد (ت ٥٢٠هـ) . تحقيق ودراسة : محمد الحبيب التجكاني . رسالة دبلوم الدراسات العليا . نوقشت بدار الحديث الحسنية . مرقونة على ستانسيل ، مكتبة عبدالله كنون ، رقم ٤٧٥ .

٨٨- مسائل الإمام أحمد : أحمد بن حنبل ، برواية ابنه عبدالله . تحقيق : زهير الشاويش . المكتب الإسلامي ، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .

٨٩- المطلع على أبواب المقنع : أبو عبدالله محمد بن أبي الفتح البعلي (ت ٧٠٩هـ) . طبعة المكتب الإسلامي ، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .

٩٠- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب : الونشريسي ، أبو العباس أحمد بن يحيى (ت٩١٤هـ) . خرجه جماعة من العلماء بإشراف الدكتور محمد حجي ، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .

٩١- معين الحكام على القضايا والأحكام : أبو إسحاق إبراهيم بن عبدالرفيع التونسي مخطوط بمكتبة عبدالله كنون ، رقم ٦٥٣١ .

٩٢- المغني : ابن قدامة ، موفق الدين عبدالله المقدسي . شرح به مختصر أبي القاسم الخرقي ، تحقيق : السيد محمد رشيد رضا . دار المنار . مصر ، ١٣٦٧هـ .

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

١٠٥- الهداية شرح بدايةالمبتدي : المرغيناني ، علي بن أبي بكر (ت ٥٩٣هـ) .
الطبعةالأولى ، المطبعة الأميرية ببولاق ، مصر ، ١٣١٦هـ .
١٠٦- الوجيز : الغزالي ، أبو حامد محمد (ت ٥٠٥هـ) .
مطبعة الآداب والمؤيد ، مصر ، ١٣١٧هـ .
١٠٧- القواعد الفقهية : المقري الجد ، أبو عبدالله محمد بن أحمد (ت ٧٥٩هـ) .
دراسة وتحقيق : محمد بن أحمد الدردابي . اطروحة الدكتوراه مرقونة على ستانسيل . بدار الحديث الحسنية رقم : ١١٥٣ .

الأصول :

١٠٨- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول : الشوكاني ، محمد بن علي (ت ١٢٥٥هـ) . الطبعة الأولى ، مطبعةالسعادة ، مصر ١٣٢٧هـ .
١٠٩- الإحكام في أصول الأحكام : الآمدي . علي بن أبي علي بن محمد (ت ٦٣١هـ) . دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .
١١٠- الأحكام في أصول الأحكام : ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد .
الطبعة الأولى . منشورات دار الآفاق الجديدة ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .
١١١- الإشارات في أصول المالكية : أبو الوليد الباجي .
الطبعة الثالثة ، المطبعة التونسية ، تونس ، ١٣٥١هـ .
١١٢- الإنصاف في التنبيه على الأسباب التي أوجبت الاختلاف بين المسلمين : البطليوسي أبو محمد عبدالله ، مصر ، ١٣١٩هـ .

القواعد الفقهية :

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

١١٥- الأشباه والنظائر : ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم . دار الكتب العربية ، بيروت ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

١١٦- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك : الونشريسي، أبو العباس بن أحمد . تحقيق : أحمد الخطابي ، طبعة اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي ، الرباط ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

١١٧- الفروق : القرافي ، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس (ت ٦٨٤هـ) . الطبعة الأولى ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، ١٣٤٦هـ .

١١٨- قواعد الأحكام في مصالح الأنام : عز الدين بن عبدالسلام ، أبو محمد عبدالعزيز (ت ٦٦٠هـ) . مطبعة الاستقامة ، القاهرة . مصر .

الفقه العام والسياسة الشرعية :

١١٩- الأحكام السلطانية : الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البغدادي (ت ٤٥٠هـ) . دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م .

١٢٠- الأحكام السلطانية : أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد الحنبلي (ت ٤٥٨هـ) . تصحيح وتعليق : محمد حامد الفقي . الطبعة الأولى ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ١٣٥٦هـ - ١٩٣٨م .

١٢١- أدب القضاء : الحموي ، شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم ابن أبي الدم (ت ٦٤٢هـ) . تحقيق : محمد مصطفى الزحيلي . الطبعة الأولى ، مطبوعات مجمع اللغة العربية بدمشق ، مطبعة زيد بن ثابت ١٩٧٥م .

١٢٢- الاعتصام : الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى (ت ٧٩٠هـ) . دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

١٢٣- إعلام الموقعين : ابن القيم الجوزية . راجعه وعلق عليه : طه عبدالرؤوف . دار الجيل - ١٩٧٣م .

الدراسات الفقهية الحديثة :

١٢٤- أصول الإجراءات الجنائية : المرصفاوي ، حسن صادق منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ١٩٦٤م .

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

الفكر الاقتصادي عند ابن الحاج (ت ٧٣٧هـ)

بحث في الدوافع والأهداف في المجال الاقتصادي

الدكتور/ شوقي احمد دنيا(*)

تمهيد

ملخص البحث :

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

أهمية البحث :

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

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

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

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

تعريف بابن الحاج وبكتاب المدخل :

هو أبو عبدالله محمد بن محمد بن محمد العبدري القبيلي الفاسي القيرواني التلمساني المصري ، المشهور بابن الحاج .

---

(١) هذه المسألة على مستوى الاقتصاد الوضعي التعرض لها ذائع ومشهور في العديد والعديد من كتب مباديء وأصول علم الاقتصاد ، فعند الاستهلاك وكذلك الإنتاج نجد الهدف دنيوي محض بل مادي بحت إنه الحد الأقصى من الإشباع ومن الأرباح ، أما على مستوى الاقتصاد الإسلامي . فرغم شيوع معرفة موقف الإسلام من شتى نشاط الفرد ، ومن ثم إشارة غالبية العلماء القدامى إلى تلك المسألة في ثنايا كلامهم إلا أننا لم نعثر - فيما اطلعنا عليه - على مؤلف لأحدهم انصرف أساساً إلى معالجة هذه القضية بخلاف ابن الحاج .

من علماء القرنين السابع والثامن الهجريين .قال فيه وفي كتابه المدخل ابن فرحون : " من عباد الله الصالحين العلماء العاملين ، من أصحاب الشيخ أبي محمد ابن أبي جمرة ، كان فقيهاً عارفاً بمذهب مالك ، سمع بالمغرب من بعض شيوخه ، وقدم القاهرة وسمع بها الحديث وحدث بها . وهو أحد المشايخ المشهورين بالزهد والخير والصلاح . وصنف كتاباً سماه المدخل إلى تنمية الأعمال بتحسين النيات والتنبيه على كثير من البدع المحرمة . وهو كتاب جليل جمع فيه علماً غزيراً . والاهتمام بالوقوف عليه متعين " [1] ، وقال العلامة ابن حجر عن هذا الكتاب : " هو كثير الفوائد ، كشف فيه عن معايب وبدع يفعلها الناس يتساهلون فيها ، وأكثرها مما ينكر ، وبعضها مما يحتمل ، وذكر فيه أن شيخه أبا محمد بن أبي جمرة أشار إليه بتعليم الناس مقاصدهم في أعمالهم ، فكتبه وسماه المدخل إلى تنمية الأعمال بتحسين النيات " [2] . ومما تجدر الإشارة إليه أن الكتاب لم يقف عند حد الأعمال الاقتصادية وأهدافها وبواعثها ، وإن كانت قد احتلت فيه حيزاً أكبر بكثير من غيرها .

---

(١) ابن فرحون ، الديباج المذهب ، بيروت، دار الكتب العلمية، ص٣٢٧ .

(٢) جلال الدين السيوطي، حسن المحاضرة ، المطبعة الشرقية ،١٣٢٧هـ ،ج١، ص١٩٥ . حاجي خليفة ، كشف الظنون ، وكالة المعارف الجليلة ، ١٩٤٣م،ج٢، ص١٦٤٣. خير الدين الزركلي، الأعلام ، الطبعة الثانية بدون ذكر ناشر أو سنة النشر ، ج٧ ، ص٢٦٤. الشيخ محمد مخلوف، شجرة النور الزكية ، بيروت، دار الكتاب العربي، ص٢١٨ .

مخطط البحث : (*)

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

١- الدوافع والأهداف في المجال الاقتصادي :
١/١- الدوافع والأهداف في الاقتصاد الوضعي .
١/٢- الدوافع والأهداف في الاقتصاد الإسلامي كما يراها ابن الحاج .
١/٣- مناقشة وتعقيب .
١/٤- آثار ومترتبات .
٢- الملكية :
٣- الإنتاج (الكسب) :
٣/١- أهمية الإنتاج عند المسلم .
٣/٢- الإنتاج والعلم .
٣/٣- مجالات الإنتاج ونماذج من النشاط الاقتصادي .
٣/٤- الغش التجاري والصناعي .
٣/٥- علاقات العمل .
٤- الاستهلاك :
٤/١- حاجات الإنسان ورغباته .
٤/٢- الحاجة إلى الملبس .
٤/٣- الحاجة إلى المطعم .
٤/٤- الحاجة إلى المسكن .
٥- المقاطعة الاقتصادية لمواجهة الانحرافات الإنتاجية والاستهلاكية .
٦- التوزيع .
الخاتمة :

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

١- دوافع وأهداف الوحدات الاقتصادية

١/١- الدوافع والأهداف في الاقتصاد الوضعي :

قد تكون مسألة الدوافع والأهداف في الاقتصاد الوضعي من الوضوح بحيث لاتحتاج إلى وقفة طويلة ، لقد ارتضى الأهداف الخاصة المادية غاية له. فالإنسان ينتج ويعمل وينخرط في النشاط الاقتصادي مدفوعاً ومستهدفاً شيئاً واحدا هو الحصول على المال والمزيد منه ممثلاً في مختلف أشكاله من نقود لسلع الخدمات . هذه هي غايته الكبرى من نشاطه الاقتصادي باعتراف علمائه وفلاسفته [١] .

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

---

(١) جون هرمان راندال ، تكوين العقل الحديث، ترجمة د.جورج طعمة ، بيروت ، دار الثقافة ، ج١، ص٤٦٨ . د.حسين عمر، نظرية القيمة ، جدة ، دار الشروق، ١٤٠٢هـ ، ص٤٦ وما بعدها . محمد جميل توفيق وآخرون ، اقتصاديات الأعمال ، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٧٩م ، ص٩١-٩٥ . د. أحمد رشاد موسى ، اقتصاديات المشروع الصناعي ، القاهرة، دار النهضة العربية، ص١٦١ وما بعدها .

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

(٢) A. Smith, an Inquiry into the Nature and causes of the wealth of no-tions, ed. Edwin cannac N.Yourk :
Modren Library, 1937, Book IV, Chapter 77, P. 423 .

الصواب أن يقال إنه يتغيا غايات روحية مضافاً إليها ما يحصل عليه من عائد اقتصادي ؟ أم أن أي هدف من هذه لاغبار عليه إسلامياً ؟

الإجابة العلمية على هذا التساؤل هي أولاً على درجة كبيرة من الأهمية لأنها تمثل مفترق طرق بين الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي ، وهي ثانياً محفوفة بالكثير من الصعاب ، وتتطلب قدراً طيباً من الدراسة والبحث في الشريعة ومعرفة جيدة بمقاصدها وكلياتها لما قد يبدو على بعض جزئياتها من تعارض .

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

انبرى شيخنا ابن الحاج رحمه الله للإجابة عن هذا التساؤل الذي هو مندرج في تساؤل أعم وأشمل يتعلق بمقصود المسلم من مختلف أعماله ونشاطه ، الاقتصادي منها وغيرها . ومن أجل هذا السؤال العام ألف كتابه الذي نحن بصدده حالياً .

إن استقراء ماقدمه ابن الحاج حيال هذه المسألة وهو كثير منبث بين ثنايا كتابه كله يوصلنا إلى موقف واضح صريح أكد عليه ابن الحاج في أكثر من مناسبة . وهو أن يكون الدافع والباعث على العمل أياً كان مجاله وأياً كانت طبيعته هو طاعة الله تعالى وامتثال أوامره . هذا الهدف العام أو الغاية الكبرى تتشعب وتتفرع إلى العديد من الشعب والفروع حسب طبيعة العمل ومجاله فهي في المجال الاقتصادي تترجم في كذا وكذا وفي المجال الديني تترجم في كذا وكذا . ثم تعود تلك الأهداف المشتقة أو المتفرعة للتفرع مرة أخرى حسب كل مهنة أو حرفة أو عمل . فهي في الزراعة كذا وكذا وهي في التجارة كذا وكذا وهي في الصناعة كذا وكذا . بل لقد امتد تشعبها أو تدرجها بمعنى أدق عند ابن الحاج إلى ماهو أدنى من ذلك وأضيق فهي في صناعة الملابس كذا وهي في صناعة الخبز كذا وهي في تجارة الأقوات كذا وفي تجارة الجملة كذا وفي تجارة التجزئة كذا إلخ . وفي كل هذه المراتب نجد التناسق التام فالكل طاعة وعبادة لكنها متعددة الألوان والصور حسب كل نشاط . وسوف نرى عند تعرضنا لبعض النماذج الاقتصادية التي طرحها كيف يكون الباعث عليها طاعة الله وعبادته وماهي صورة هذه الطاعة في كل مهنة ونشاط .

إن ابن الحاج بهذا الموقف الصحيح الجيد قدم لنا تفسيراً واضحاً سهلاً يدركه

كل قارىء للآية الكريمة ﴿ **وماخلقت الجن والإنس إلا ليعبدون** ﴾ [1] . كذلك قدم لنا تمييزا دقيقاً بيننا وبين سلفنا الصالح . لقد كانت كل أعمالهم من خلال هذه البواعث والمقاصد عبادة وطاعة حتى ما كان منها بعيداً بطبيعته عن هذه العبادات والشعائر المعروفة . بينما نحن في أحسن حالاتنا لانستشعر العبادة والطاعة إلا عند تأدية تلك الشعائر وما عدا ذلك فلا .

يقول ابن الحاج : " نحن اليوم إنما العبادة عندنا ما كان من الصلاة والزكاة والصوم والحج والجهاد ... وبقى ماعدا ذلك عندنا على أقسام ، فمنا من يفعلها للدنيا ، ومنا من يفعلها راحة ، ومنا من يفعلها غفلة ونسياناً " [2] ، وقد نبه ابن الحاج هنا على مسألة جد مهمة وهي أنه في المجال الاقتصادي ليس هناك ما يمنع الفرد من تحصيل العائد المالي طالما أن نيته ودوافعه وباعثه كان على النحو المتقدم من طاعة الله وامتثال أوامره . " وتلبسه بهذه النيات لايمنعه من أخذ مايرتفق به إذا بدا له ، ولا ينقص ذلك من أجره شيئاً " . [3] كما أنه بالنسبة للوحدة الاقتصادية الاستهلاكية – المستهلك – ليس هناك على الإطلاق ما يمنع من شعور المرء باللذة والمتعة والبهجة من خلال استخدامه لهذه الطيبات في سد حاجاته .

يقول في ذلك : " اعلم رحمنا الله وإياك أن النية النافعة هي أن يقصد المرء بعمله وجه الله تعالى ، سواء كانت النفس تحب ذلك وتشتهيه أو تبغضه وتقليه ، فإن السنة ولله الحمد لم ترد بمخالفة النفس على الإطلاق ، بل باتباعها للأمر والنهى ، وأنها محكومة لاحاكمة، مأمورة لا آمرة ، فإن صادف الامتثال غرضها واختيارها وشهوتها لم يضر العامل ذلك " [4] وفي تعليقه على الحديث الشريف " **وفي بضع أحدكم صدقة** " يقول : " فدل هذا الحديث على أن الإخلاص ليس من شرطه إلا تكون فيه شهوة باعثة على فعل العمل ، بل يشترط فيه شرط واحد وهو أن تكون حظوظ النفس وشهواتها تابعة للنية الصالحة ، وتكون النية جميعها متوجهة لمجرد

---

(١) سورة الذاريات الآية ٥٦ .
(٢) ص٩ ، ج١ .
(٣) ص١١٣ ، ج٤ .
(٤) ص٢٩٧ ، ج٤ .

العبادة " (١) .

معنى ذلك بوضوح أن ابن الحاج يرى أن المسلم لاينبغي له أن يكون هدفه من نشاطه الاقتصادي هو تحقيق العائد المادي ، الربح ، الأجر ، الريع . والذي يدخل ضمن المصطلح الإسلامي الشائع (الرزق) .

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

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

وهذه بعض عبارات الشيخ " ... الرزق لايسوقه حرص حريص ، ولا يجلب بالحيل والتدبير . ألا ترى أن كثيراً ممن لايحسن التصرف ، المال لديه كثير ، وعكسه ممن يحسن التصرف بسبب حذقه ونباهته فقير لاشيء له . وكذلك تجد بعض من لايحسن صنعة لديه الرزق كثير، وبعض من يحسن جملة صنائع لايقدر على قوت يومه إلا بمشقة وتعب " (٢) . وأمر الرزق تابع لذلك لامتبوع، إذ إن الرزق مقسوم قد فرغ منه ، فليس للمرء قدرة على أن يزيد فيه شيئا بصناعته ولا بحيلته ، ولا على أن ينتقص منه شيئاً بكسله وتركه لمعاناته ، بل يكون عمله خالصاً لوجه الله تعالى لا يبتغي به بدلاً ولاعوضاً " (٣) . وإذا كان ذلك كذلك فينبغي له أن يغتنم مسابق له من هذا الخير العظيم والثواب الجزيل ، فيصحح نيته ، ويجردها لله تعالى ، ويخلصها من دنس ما تتعلل به النفوس من تحصيل الدنيا وكثرتها وطلب الرزق والزيادة منه ، إذ إن الرزق مقسوم ، وقد قدره الله تعالى قبل أن يخلق الخلق ... وإذا كان ذلك كذلك فالرزق قد فرغ منه ، فلا يسوقه حرص حريص ، ويعمل على

---

(١) ص٢٩٨ ، ج٤ .
(٢) ص٢٩ ، ج٤ .
(٣) ص١١ ، ج٤ .

التخلص من هذه الدناءة ، ويرجع إلى ماهو الأولى والارجح عند ربه " (١) .

١/٣- تعقيب ومناقشة :

كلام ابن الحاج هنا في حاجة إلى وقفة متانية لتجلي مضمونه الصحيح الذي يتفق وأحكام الإسلام .

أيقصد ابن الحاج بذلك أن طلب الرزق والسعي له وابتغاءه كل ذلك مما لايحسن بالمسلم ؟

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

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

---

(١) ص١٧ ، ج٤ .

قال : مر على النبي صلى الله عليه وسلم رجل فـرأى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من جلده ونشـاطه ، فقالوا يارسول الله ، لو كـان هذا في سبيل الله . فقال رسـول الله صلى الله عليه وسلم : " **إن كان خرج يسعى على ولده صغـاراً فهو في سبـيل الله ، وإن كان خرج يسعـى على أبوين شيخين كبـيرين فهو في سبيل الله و إن كان خرج يسعى على نفـسه يعفها فهو في سبيل الله ، وإن كان خرج يسعى رياء ومفاخـرة فهو في سبيل الشيطان** " [1] . بالتامل في هذا الحديث الشريف تجد النص صريحاً في كـون سعي الرجل لتوفير متطلبات الحياة من الأرزاق له ولعائلته لايتعارض أبداً ومرضاة الله وطاعته .

أن فهمي لما في الإسلام من مبـادىء وأحكام يجعلني أرى أن الإسلام يتسع لثلاثة مسالك قد يسلكها المسلم .

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

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

٣- أن يكون الهـدف هو فقط الحصـول على الرزق أو العائـد المادي ليؤمن لنفـسه متطلبات حياته .

وفي رأيي أن المسلك الأول هو مـسلك كبـار الورعين وأن المسلك الثـاني هو مسلك جمهور المسلمين ولايتنافى مع الورع المطلوب إسلامياً ، وأن المسلك الثالث غير مرفوض إسلامياً لكنه أقل المسالك درجة حيث فوت على صاحبه نيل الثواب الكبير ، كمن يستهلك لمجرد الاستمتاع الحلال .

ولا يفوتنا ونحن على مـشارف الانتهاء من مناقـشة ابن الحاج في هذه القـضية الخطيرة أن نؤكـد على وجود عـلاقة قوية بين السـعي والعمل والحـصول على الرزق عكس ماقد يفهم من كلام ابن الحاج . إن العلاقة قوية مع ملاحظة أمرين.

أولاً : أن هذه هي القاعدة العامة ولامانع من وجود استثناءات تقل أو تزيد .

وثانياً : أن هذه العـلاقة تنصرف إلى المبدأ أو الأصل وليس إلى الدرجـة والمقدار في بعض النشاط ، فليس هناك بالضرورة علاقة داليـة بين مقدار العمل ومقدار

---

(١) رواه الطبراني .

العائد المادي ، فكم من جهد كبير لم يحقق إلا عائداً قليلاً .

ومما تجدر الإشارة إليه أن بعض المفكرين المعاصرين من مسلمين وغيرهم يرون ماسبق أن رآه ابن الحاج من حيث عدم سلامة استهداف العائد المادي من وراء النشاط الاقتصادي مثل الدكتور/ عبدالرحمن يسري الذي يصر ويدافع بقوة على عدم استهداف المسلم من نشاطه الاقتصادي سوى مرضاة الله دون الحصول على العائد المادي ومثل ماكليلاند ونظريته المعروفة بدوافع الإنجاز [1] .

٤/١- آثار ومترتبات :

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

١- دخول كل مجالات النشاط الاقتصادي داخل الإطار الشرعي ، فهي إما طاعة لها ثوابها وإما معصية عليها إثمها ، إن تم الامتثال على مستوى الأهداف والوسائل فهي طاعة وليست مجرد عمل دنيوي . وإن لم يتم فهي معصية . يقول ابن الحاج موضحاً ذلك : " واذا كان ذلك كذلك فيحصل منه أنه لافرق بين صلاته وتصرفه فيما هو فيه . إذ إن كل ذلك قد رجع إلى الله تعالى خالصاً ، فبقى في كل أحواله متقلباً في العبادات وهذا - ممارسة النشاط الاقتصادي - أفضلها بعد الإيمان بالله وأداء المفروضات لأن هذا نفع متعد - عام - وذلك أرجح في الوزن وأعظم عند الرب " [2] وفي ذلك مافيه من التحريض القوي على النشاط الاقتصادي السليم : لما وراءه من هذه الدوافع السامية والتي لاتقف عند الدافع المادي الخاص ، والذي قد يقل أو لا يتحقق فيضعف النشاط لعدم تحقيق الهدف [3] .

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

---

(١) د. عبدالرحمن يسري ، التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الاسلام ، الاسكندرية : مؤسسة شباب الجامعة ، ص٣٠ ومابعدها .

(٢) ص٤،ج٤، قارن الراغب الأصفهاني ، الذريعة ، القاهرة ، دار الصحوة ، ١٩٨٥م ، ص٩٥ .

(٣) د. عبدالرحمن يسري ، مرجع سابق ، ص٣٠ .

توضيح ذلك يقول ابن الحاج : " لكن يتعين عليه أن يتجنب في صناعته كل مايعلم أنه مفسد لنيته أو منقص لها " (١) .

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

---

(١) ص١٤ ، ج٤ .

٢- الملكيـة

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

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

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

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

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

---

(١) ص١٢٥ ، ج١ .

(٢) ص٢٤٠ ، ج١ ، ص١٠٨ ، ج٤ .

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

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

٣- الإنتاج " الكسب "

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

ومن هذه الزاوية يمكننا أن نشير بداية إلى أن هذا المفهوم كان جلياً واضحاً في فكر ابن الحاج مع سبقه الزمني الكبير حتى للفكر الاقتصادي الوضعي التقليدي .

والدارس لكتاب المدخل لابن الحاج يجده قد تناول قضية إلانتاج من زوايا متعددة أو من أكثر زواياها . وفي هذه الفقرة سنقوم بعرض ماقدمه والتعقيب عليه على النحو التالي :

٣/١- أهمية الإنتاج لدى المسلم :

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

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

" حب الدنيا رأس كل خطيئة "(١) . والجواب عنه أن الذم إنما ورد في نفس الحب لافي نفس التكسب ، فكم من متكسب زاهد ، وكم من تارك راغب . على أن مقدار الضرورة ليس من الدنيا على ماقاله العلماء ، بل هو أعظم من الاشتغال بأمور الآخرة ، فلو تكسب الإنسان بنية أنه يكفي إخوانه المسلمين القيام بضروراته وما يحتاج إليه لكان في أجل الأعمال ، لأنه جمع بين فرض ونفل . أما الفرض فهو قوام بنيته وستر عورته وتجمله الشرعي . وأما النفل فهو رفع ما يحتاج إليه من ذلك عن إخوانه المسلمين . وبعد أن ساق أثراً مطولاً عن عمر رضي الله عنه في الحض على التكسب وعدم تركه ارتكاناً على ممارسة عبادة غير مفروضة قال : فدل ذلك على أن التكسب أفضل من الانقطاع للعبادة إذا كان عالة على إخوانه المسلمين ، ومن أفضل الأعمال إدخال السرور على قلب واحد من المسلمين فكيف بجماعة منهم ، فإن لم يمكن فأقل مايكون رفع الكلفة عنهم ، والمتسبب - المتكسب - قد رفع كلفته عن إخوانه المسلمين، وفي ذلك إدخال الراحة عليهم ، فكان المتسبب في أفضل الأعمال ، ثم مع ذلك يكون على يقين من قوته من أين يدخل عليه لتحرزه في كسبه مما تأباه الشريعة المحمدية أو تكرهه . اللهم إلا أن تكون أوقاته مستغرقة في التعبد فانقطاعه أولى به وأفضل " (٢) .

هذه الفقرة المطولة تحمل العديد من المضامين الاقتصادية في حاجة إلى بيان وتعليق ومن ذلك :

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

والجديد فيه هو مايذهب إليه من فرضية التجمل الشرعي ، وعدم تأتي ذلك

---

(١) رواه البيهقي في الشعب مرسلاً ، وهو حديث ضعيف وقيل موضوع ، انظر فيض القدير، ج٣/٣٦٨ .

(٢) ص٣١٦ ، ج٤ .

(٣) انظر : ابن الحسن ، الكسب ، تحقيق د. سهيل زكار ، نشر عبدالهادي حرصوني ، دمشق ، ص٦١ ومابعدها .

الراغب الاصفهاني ، الذريعة إلى مكارم الشريعة ، القاهرة : دار الصحوة ، ١٩٨٥م ، ص٣٨٥ .

أبو حامد الغزالي ، إحياء علوم الدين ، بيروت ، دار المعرفة ، ص٢٢٤ ومابعدها ، ج٣ .

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

ويقول صلى الله عليه وسلم : " **كل ماشئت والبس ماشئت ما أخطأتك خصلتان ، سرف ومخيلة** " . (٢)

- من أجمل وأحسن مافي عبارته تأكيده الصريح على ماتجلبه البطالة من آثار سيئة على المستوى الاقتصادي والمستوى النفسي وذلك من خلال ما ترتبه من زيادة حجم " الإعالة " الذي يمثل عبئاً على الغير ولاشك أن إعفاء المسلم غيره من تحمل هذا العبء يدخل السرور على نفسه وذلك مطلب إسلامي . ونحن نضيف اليه أنه مطلب إسلامي لما هو أبعد من ذلك وأعمق ، فالبطالة والإعالة تجلبان متاعب وشروراً اجتماعية واقتصادية مباشرة وغير مباشرة ، معروفة جيداً لدى علماء الاجتماع وعلماء الاقتصاد مما لا يحوجنا هنا إلى الخوض فيها . ومهما يكن من أمر فإن مقولة ابن الحاج هذه تعد توضيحاً دقيقاً لموقف الإسلام من قضية البطالة وترك ممارسة النشاط الإنتاجي .
- ذهاب ابن الحاج إلى القول بتفضيل ترك الكسب للفقير المنقطع للعبادة أمر لايمكننا قبوله على إطلاقه ، ومانراه أن الإسلام يأمره بالكسب ولايعفيه منه طالما له قدرة عليه ، بذلك وردت النصوص الشرعية الصحيحة وجرى عليه العمل في صدر الإسلام .
- كثيراً ما يوازن ابن الحاج النشاط الإنتاجي بالعبادات أو بالاشتغال بأمور الآخرة، موضحاً أن كفة الإنتاج ترجح الكفة الأخرى لما فيه من النفع المتعدى ولاشتماله على تأدية فرض ونفل عكس العبادات وأعمال الآخرة . والمسألة من حيث المبدأ لاغبار عليها لكنها في حاجة إلى تحرير وتوضيح . فالمعروف أن الإسلام لايقيم حدوداً فاصلة بين أعمال للدنيا وأعمال للآخرة .

---

(١) سورة الأعراف الآية ٣٢ .

(٢) رواه أحمد وأبو داود : انظر سبل السلام، نشر جامعة الإمام محمد ، الرياض ، ص١٦٤،ج٤.

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

٢/٣- الإنتاج والعلم :

من المسائل التي ركز عليها شيخنا بتوفيق نادر مسألة العلاقة بين ممارسة النشاط الاقتصادي وتوفر المعرفة . فقد ذهب إلى حتمية توفر المعرفة لدى من يمارس هذا النشاط ، والشيء العجيب هنا فوق ذلك هو إصراره على أن المعرفة المطلوبة نوعان : معرفة شرعية ومعرفة فنية . ومن عباراته في ذلك قوله عن الزراعة : " لكنها تحتاج إلى معرفة بالفقه وحسن محاولة في الصناعة مع النصح التام والإخلاص فيها " (١) . ويقول عن الغراسة - زراعة الحدائق - لكنها تحتاج إلى علم بها وعلم فيها . فأما العلم بها فهو العلم بصناعة الغراسة ومايصلحها ومايفسدها . وأما العلم فيها فهو تعلم لسان العلم ، ومايجوز فيها ومايحرم ومايكره ومايباح " (٢) . ويعمم القول على مختلف النشاط في عبارة أخرى جامعة (٣) .

إن تأكيد ابن الحاج على ضرورة توافر كلتا المعرفتين يعتبر إسهاماً بارزاً في كل مايرشد النشاط الاقتصادي ويزيد من كفاءته . فهي دعوة إلى إقامة المزيد والمزيد من المدارس الفنية ومعامل الأبحاث والمراكز التدريبية إضافة إلى توافر المدارس العلمية الشرعية . ولو استفدنا بهذه الآراء الجيدة لكان واقع المسلمين اليوم مختلفاً كل الاختلاف ، ولما احتجنا إلى استيراد المعدات والآلات والخبراء مما أوقعنا فيما نعانيه اليوم من تبعية تقنية (٤) . كذلك ما كان ليشيع في دنيا الأعمال مايشيع من جهل فاضح بالعديد والعديد من الأحكام الشرعية المتعلقة بالمجال الاقتصادي .

وقد كان ابن الحاج على درجة طيبة من الوعي بالواقع وماقد يكون عليه ، حيث كثيراً مالايتاح التعلم الجيد للممارسين للنشاط الاقتصادي ، من ثم فقد بين

---

(١) ص٤ ، ج٤ .

(٢) ص١٠ ، ج٤ .

(٣) ص٩٣ ، ج٤ .

(٤) د. جورج قرم ، التبعية الاقتصادية ، بيروت: دار الطليعة ، ١٩٨٢م ، ص١٤٤، ومابعدها .

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

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

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

٣/٣- مجالات الإنتاج ونماذج من النشاط الاقتصادي :

بتتبع وتجميع وتحليل ماقدمه ابن الحاج في هذا المجال نجده قد تناول جوانب على درجة كبيرة من الأهمية ، ومن ذلك عناية الإسلام وحرصه الفائق على مختلف النشاط الاقتصادي ، (٣) ممايفيد أهمية تنويع الاقتصاد القومي ، ومن ثم قوته وتوازنه . ومن ذلك أيضاً الوعي القوي بما هنالك من ترتيب ومفاضلة بين بعض النشاط وبعضه الآخر ، والمعايير المستخدمة في ذلك ، مما يعني أهمية عملية دراسات الجدوى وتقويم المشروعات . ومن ذلك أيضاً إدخال ابن الحاج كلاً من النشاط التجاري والنشاط الخدمي ضمن النشاط الاقتصادي الذي لاغنى عنه . وأخيراً فمن عرضه للمهن والحرف المختلفة ومايجري في كل منها من ممارسات صحيحة أو

---

(١) ص٤ ، ج٤ .

(٢) ص٢١ ، ج٤ .

(٣) ومايسجل لابن الحاج هنا أنه بهذا العرض المفصل قد بين لنا الموقف الإسلامي حيال مسألة التخصص وتقسيم العمل، والتي يحترمها الإسلام ويحض عليها طالما ارتكزت على عوامل وأسس موضوعية .

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

وفي هذه الفقرة يهمنا التركيز على مسألتين . هما : فكرة تنويع النشاط الاقتصادي والمفاضلة بينه ثم عرض لنماذج مما قدمها . فيما يتعلق بالمسألة الأولى نجد الشيخ يقول : " اعلم وفقنا الله وإياك أن جميع الصنائع فرض على الكفاية في الغالب ، لكن بعضها آكد من بعض .... فإذا علم ذلك فآكد ماعلى المكلف من الصنائع والحرف الزراعة التي بها قوام الحياة وقوت النفوس فلذلك بدىء بها على سبيل التنبيه على مابعدها . ويعقبها إن شاء الله تعالى الكلام على مايستر به العورة ، وذلك راجع إلى صنعة الحياكة وهي القزازة ، ثم الآكد فالآكد ، والأولى فالأولى بحسب مايسره الله تعالى" [1] . معنى ذلك أن كل الحرف والمهن المحتاج إليها يتحتم وجودها ، والمفاضلة بينها تدور حول أمرين . درجة الحاجة وعموميتها .

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

١/٣/٣- الزراعة :

يقول في أهميتها وفي معيار هذه الأهمية : " فإذا علم ذلك فآكد ماعلى المكلف من الصنائع والحرف الزراعة ، التي بها قوام الحياة وقوت النفوس ... ثم إن خيرها متعد للزارع ولإخوانه المسلمين وغيرهم ، والطير والبهائم والحشرات . كل ذلك ينتفع بزراعته " [2] . من الواضح أن معايير الأفضلية ترجع إلى مدى شدة الحاجة إلى النشاط ومنتجاته ، وإلى مدى عمومية النفع المتحصل منه . وقد امتد النفع في الزراعة فشمل كل عناصر البيئة الحيوية المحيطة .

---

(١) ص٣ ، ج٤ .

(٢) ص٤ ، ج٤ .

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة والإشادة في آنٍ إلى مالفت إليه ابن الحاج الأنظار من سوء الأوضاع التي عليها المزارعون ، والتي أحالتهم إلى كونهم مثل الأسرى بل كونهم غير آدميين مماهم فيه من المظالم وشظف العيش . وخاصة منهم زراع الحبوب ، أما زراع الفواكه فهم أحسن حالاً مادياً ومعنوياً [١] . واعتقد أن هذه الأوضاع السيئة مازالت متفشية في الكثير من بلدان العالم الإسلامي المعاصر ، الأمر الذي تسبب في تدهور الإنتاج الزراعي وعرقلة التنمية الاقتصادية الرشيدة [٢] .

ثم وقوع العالم الإسلامي فريسة للتبعية الغذائية وماتجلبه من مخاطر ومضار على مختلف الأصعدة [٣] .

٢/٣/٣- صناعات الغزل والنسيج والملابس :

ذهب ابن الحاج إلى أن تلك الصناعات تلي الزراعة في الأهمية ، وأنها من أفضل الصناعات ، ويجب توافرها بالقدر الكافي لسد حاجات المجتمع " لأن بها تقع السترة غالباً ، والسترة واجبة في الشرع " [٤] . وهي متعلقة بسترة العورة ... ثم التجمل المطلوب في السنة المطهرة ، ثم مايدفع به الحر والبرد " [٥] .

ولا يفوته أن يؤكد على سلامة الهدف من ممارسة هذه الصناعات " يفعل مايفعله في أمر صناعتها على نية إسقاط الفرض عنه وعن إخوانه المسلمين ، برفع الكلفة عنهم في تحصيل ما يحاوله وتيسير ذلك عليهم والنصح لهم فيه ، وأمر الرزق تابع لذلك لامتبوع " [٦] .

---

(١) ص٩-١١ ، ج٤ .

(٢) أفيريت هاجن ، اقتصاديات التنمية ، ترجمة جورج خوري ، عمان : مركز الكتب الأردني، ١٩٨٨م ، ص٨٥ ومابعدها .

(٣) لمعرفة موسعة بأبعاد التبعية وسوء آثارها . انظر رسالة تلميذنا الدكتور عمر المرزوقي للدكتوراه والتي أشرفنا عليها " التبعية الاقتصادية في البلاد العربية ومعالجتها في الاقتصاد الإسلامي " جامعة أم القرى ، ١٤١٥هـ .

(٤) ص١٣ ، ج٤ .

(٥) ص ١٥ ، ج٤ .

(٦) ص١١ ، ج٤ .

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

٣/٣/٣- التجارة :

كما استعرض ابن الحاج العديد من الصناعات المختلفة تناول النشاط التجاري من جوانب متعددة ، من حيث السلع محل التجارة ، ومن حيث نطاق النشاط التجاري، وهل هو النطاق الداخلي أو النطاق الخارجي ، ومن حيث كونه نشاط جملة أو نشاط تجزئة . وهو في كل ذلك يركز على الأهداف وعلى المنافع المتحققة من وراء هذا النشاط ، وعلى الأرباح ومايتبغي حيالها وعلى الدعاية وترويج المبيعات ، وعلى النظم البيعية ، وعلى الائتمان التجاري . وعلى ماهنالك من صور عديدة للغش التي سنفرد لها فقرة قادمة إن شاء الله .

إن الأهداف تتركز حول التيسير على المسلمين ، وتوفير احتياجاتهم ، دون تحميلهم المزيد من المشقة والعناء حيث يجدون مايحتاجونه في المكان المناسب وفي الوقت المناسب وبالكمية المطلوبة [٢] .

وهذه بعض أقواله : " يتعين على التاجر أن يجلس بنية التيسير على إخوانه المسلمين وإعانته لهم بما يحصله في دكانه من السلع ، حتى يأتي من هو مضطر أو محتاج فيجد حاجته متيسرة ، دون تعب ، لأن بعض الناس يحتاج إلى عشرة أذرع مثلاً أو أكثر من ذلك أو أقل فلو كلف هذا المشتري أن يشتري سوسية أو مقطعاً على الكمال حتى يأخذ حاجته منه لشق ذلك عليه وصعب . فإذن قد تعين أن مايحاوله في دكانه من باب التيسير على إخوانه المسلمين .... ثم يضيف إلى هذه النية نية الإيمان

---

(١) ص١٧ ، ج٤ .

(٢) في فوائد أنواع التجار المختلفة انظر: د.محمد سعيد عبدالفتاح ، إدارة التسويق، بيروت، الدار الجامعية ، ص١١٧-١٤١ .

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

ويقول عن تاجر العطارة : " ثم إن العطار لايخلو أمره من أحد قسمين ، إما أن يكون من القسم الذي يشتري من الكارم - المنتج - أو من القسم الذي يشتري من العطار . فإن كان الأول فيحتاج إلى تخليص نيته في بيعه وشرائه ، بأن ينوي به الله تعالى لاغيره ، إذ إن أكثر إخوانه المسلمين لايقدرون على محاولة ماهو يحاوله ، لأن غيره من العطارين الضعفاء إذا احتاج أحدهم أن يشتري من الزباد أوقية أو نحوها أو من المسك أو غيرهما بحسب حال تلك السلعة لايقدر على شرائها من الكارم في الغالب ، فيكون هو ، ينوي بذلك التيسير على اخوانه المسلمين . مثاله أن يشتري من المسك بمائة دينار أو أقل أو أكثر من الزباد أو المسك أو غيرهما من السلع ، فيبيعه هو في دكانه بخمسة الدراهم والعشرة ومافوق ذلك أو أقل منه .

فهذا الفعل يكون معيناً فيه لإخوانه المسلمين ... وإن كان العطار من القسم الثاني، وهو الذي يشتري من العطار المتقدم ذكره فيحتاج أن يخلص نيته فيما يحاوله ، فيجعلها لربه عز وجل ، وكيفيتها كما تقدم فيمن قبله ، وهو أن ييسر على إخوانه المسلمين مايحتاجون إليه من السلع التي يحاولها - يتاجر فيها - فييسرها لهم قريبة من مواضعهم ، لأن في خروج بعضهم إلى موضع العطارين الكبار مشقة عليهم . ووجه آخر وهو أن الغالب في الناس من يشتري الأوقية ونصف الأوقية والربع والثمن ، إلى غير ذلك ، والعطار المتقدم ذكره لا يلتفت إلى ذلك ، فيكون هذا بشرائه منه ميسراً على إخوانه المسلمين مايحتاجون إليه ، سيما إن كان دكانه في

---

(١) ص٢٩،ج٤ . لكن ابن الحاج صرح في عبارة أخرى بما يفيد عدم الممانعة في اجتماع هدف تنمية الأموال مع تلك الأهداف ، حيث يقول : " والتاجر قد فارق أهله وتعب في السفر وخاطر للوجوه المتقدمة ولتنمية المال وإصلاحه " ص٦٣ ، ج٤ . وانظر: كذلك ص١٤٢،ج٤ .

(٢) ص٥٦ ، ج٤ .

موضع بعيد من العطارين الكبار ، فإنه يعظم ثوابه بذلك ، لأنه قد تضطر المرأة وغيرها من أرباب الضرورات أن يخرجوا لشراء ذلك ، فإذا وجدوا مايحتاجون إليه قريباً من بيوتهم زال عنهم التعب والمشقة في مشيهم لموضع العطار الكبير، فكأنه أعطاهم ذلك من جهته بلاثمن ، إذ إن مايلحقهم من المضي إلى تلك المواضع البعيدة أكثر مشقة " (١) .

وفيما يتعلق بالسياسات البيعية والأرباح نجد الشيخ يفضل نظام البيع بالمساومة على نظام المرابحة ، لابتعاده بدرجة أكبر عن الشبه والمحرمات ، إذ لن يضطر التاجر عادة فيه إلى الكذب . وابن الحاج يؤيد تحقيق الأرباح في التجارة لكنه يرى من الأفضل عدم المبالغة فيها . كما أنه يحث على المماكسة والمساومة في البيع والشراء حتى يأمن تغرير التجار . ومن أقواله في ذلك : " وينبغي له أن يكون هيناً ليناً في بيعه وشرائه مع وجود التحفظ على نفسه من الإجحاف بها فيما يخل بحالها ، فإذا باع سامح بالشيء الذي لايضر بحاله وكذلك إذا اشترى " (٢) وينبغي المسامحة مع من يعلم أنه من أهل الدين والخير حقيقة لامجازاً ، فيترك له بعض الربح أو كله مالم يضر بحاله " (٣) .

وفيما يتعلق بالائتمان نجد ابن الحاج لايحبذ هذا النوع من التعامل لاللبائع ولاللمشتري ، لأن المداينة لها مضارها المتعددة التي قد تذهب برأسمال التاجر من جراء مايعدم من ديون ، إضافة إلى ماتجره من ويلات على المستهلكين . وفي ذلك يقول الشيخ : " وينبغي له إن قدر أن لايبيع إلا بالنقد فليفعل ، ولا يبيع بالدين ، لأن البيع به يؤول إلى المنازعة والمخاصمة في الغالب ... فإن تحقق صلاح الشخص وحاجته فلا بأس به ، إذ إن فيه إعانة لأخيه المسلم وتفريجاً عنه " (٤) . كما يقول : " وينبغي له أن مهما قدر أن لايشتري بالدين فليفعل لوجهين . أحدهما أن يسد بذلك باب النزاع والخلف في الوعد ، والثاني أن يزيل بذلك عن نفسه مايتوقعه من الذل بسبب الدين الذي يأخذه ... اللهم إلا أن يضطر إلى الدين ، ويكون من يداينه متصفًا

---

(١) ص٧٦ ، ج٤ .
(٢) ص٣٨ ، ج٤ .
(٣) ص٣٨ ، ج٤ .
(٤) ص٣٤ ، ج٤ .

٣/٣/٤- قطاع الخدمات :

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

لقد راعه مارآه سائداً في عصره من احتكار غير المسلمين لمهنة الطب في بلاد المسلمين وبين مافي ذلك من المضار الدينية والدنيوية ، وأهاب بالمجتمع الإسلامي أن يقضي على هذه الظاهرة غير السليمة و أن يؤمن الأفراد كل مايحتاجونه من سلع وخدمات كلما كان ذلك ممكناً .

ومن الأمور الطبية تأكيده على عمق العلاقة بين توفر هذه الخدمات والمحافظة على الدين حيث يقول : " ثم انظر إلى اشتغالهم - غير المسلمين - بتحصيل هذه الأسباب الثلاثة وهي : طب الأبدان وتكحيل العيون - طب العيون - ومعرفة الحساب - علوم الاقتصاد والإدارة والمحاسبة - لأنهم توصلوا بسببها إلى إتلاف حال المسلمين غالباً في أبدانهم ودنياهم ، وذلك أن الإنسان إنما يهمه صلاح بدنه ، وماله ، فإن اعتل بدنه احتاج إلى مباشرة الطبيب له ، والكحال لعينيه ، وإن كان له مال احتاج لمن يحصره ويحسبه ، وقد تضمن ذلك الإخلال بالدين ، لأنه بوقوع الخلل في أحدها يقع الخلل في الدين غالباً . ألا ترى أن المكلف تلزمه الصلاة قائماً فإذا حصل له الخلل في بدنه رجع إلى الجلوس فإن اشتد رجع إلى الاضطجاع ، وكذلك يفطر في شهر رمضان ، إلى غير ذلك وهو كثير " [١] .

ويؤكد على سلامة الباعث والهدف من تأدية هذه الخدمة بامتثال السنة في التطبب وإعانة المسلمين . وفي ذلك يقول : " العلم علمان : علم الأديان وعلم الأبدان، وكلاهما إذا تخلصت النية فيه كان من أعظم العبادات " [٢] ويعود فيؤكد على ضرورة تعلم مهنة الطب فيقول " وإذا كان ذلك كذلك فيتعين على طلبة العلم ومن فيه أهلية للفهم والمعرفة أن يشتغل بهذا العلم في هذا الزمان لقلة من يشتغل به من

---

(١) ص١٢٠ ، ج٤ .
(٢) ص١٤١ ، ج٤ .

بالسماحة والدين فلا بأس إذن " [1] .

وحتى ندرك مافي نظرة الشيخ من عمق ودقة نراجع ماسببه الائتمان غير الرشيد من ويلات ومضار على الأفراد والمؤسسات [2] .

– أما فيما يتعلق بالدعاية وترويج المبيعات ، فقد أطنب فيها وأبدع شيخنا رحمه الله، لقد كانت لديه معلومات طيبة عما يجري في دنيا التجارة من إعلانات وأساليب لترويج المبيعات وقد تبين له أن الكثير من ذلك مخالف لمبادىء الشرعية لما فيه من خداع وغش وكذب واختلاق لمنافع مزعومة في السلعة . وبالطبع فإن ذلك يجب التحرز منه على الأقل حتى لايفسد المقصود من التجارة . على أنه من جهة أخرى لايمانع في الإعلان عن البضاعة وترويجها طالما التزم التاجر الصدق وعدم المبالغة . ومن أقواله في ذلك : " وينبغي له أن لايمدح سلعته ولا يثني عليها بلفظ ولاكناية ، ويكفي في ذلك المشاهدة من المشتري وغيره ، لأنه إن فعل ذلك فالغالب عليه الخروج عن الجد في الإخبار بخلاف ماهي عليه ... وبعض الناس في هذا الزمان يمدح سلعته بالكذب ويذكر لها اسماً غير اسمها المعروف بين الناس ... وبعضهم يذكر في السلعة التي يطوف بها منافع يختلقها ويسمعها من لا علم عنده بذلك ، وكلها عوائد اصطلحوا عليها وذلك مذهب للبركة ... فيجمعون على أنفسهم التعب والنصب والمشقة وقلة الرزق لعدم البركة " [3] . واليوم نعيش في حالة من الانفجار الإعلاني غير الحقيقي ، وآثاره الاقتصادية والاجتماعية واضحة جلية [4] .

---

(١) ص٧٩ ، ج٤ .

(٢) د. فؤاد مرسي ، الرأسمالية تجدد نفسها ، الكويت : سلسلة عالم المعرفة (١٤٧) ١٩٩٠م ، ص٢٨٧ ومابعدها .

د. محمد عمر شابرا، نحو نظام نقدي عادل ، فرجيينا ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، الطبعة الثانية ، ص١٨١ ومابعدها .

(٣) ص١٠٦ ، ج٤ .

(٤) د. سمير محمد حسن، الإعلان ،بدون ذكر ناشر، الطبعة الثالثة، القاهرة : ١٩٨٤م،ص٢٣-٤٣.

المسلمين ، حتى إنه ليكاد الاشتغال به أن يكون فرض عين " [1] .

رحم الله شيخنا . كانه كان يستشرف مانحن عليه اليوم من تخلف علمي بجوار ماعليه الأمم الأخرى من تقدم علمي مذهل . ولاشك أن تخلفنا في مجال العلوم يعد معوقاً اساسياً في طريق تقدمنا ونهضتنا .

٤/٣- الغش التجاري والصناعي :

مما يثير اهتمام القارىء للمدخل ذلك التناول المفصل الدقيق لموضوع الغش التجاري والصناعي ، والذي أحاط بأبعاده المختلفة ، من حيث الصور والأشكال ، ومن حيث الدوافع ، ومن حيث الآثار ، ومن حيث موقف الإسلام منه .

ومما تجدر الإشارة إليه أن ابن الحاج قد تناول هذا الغش عند تناوله لمختلف النشاط الاقتصادي الأمر الذي يفيد المعرفة والدراية الواسعة بهذا النشاط وما يجري فيه .

إن موقف الشريعة من الغش من الوضوح بمكان ، ومع ذلك فكثيراً ماذكر بذلك شيخنا رحمه الله .

ومن صور الغش التجاري التي عرضها . نسبة السلعة إلى غير منتجها الحقيقي أو غير بلدها ، وكذلك عدم مطابقة البضاعة للعينات ، وعدم العرض الجيد الواضح للسلع حتى ترى على حقيقتها [2] .

ومن صور الغش الصناعي عدم مراعاة متطلبات الجودة في العملية الإنتاجية سواء من حيث الوقت اللازم ، أو نوعية المواد الخام والوسيطة ، واستخدام نوعيات رديئة لرخصها ، أو من حيث أسلوب و" تكنيك " الصناعة ، أو من حيث خلط الأصناف الجيدة بأصناف رديئة [3] .

ومن الأشياء الجديرة بالإشادة هنا أنه قدم معياراً موضوعياً للغش الصناعي يقوم على مقتضى علم الصنعة ، فكل شيء يرى أهل الصنعة انه غش فيجتنبه [4] .

---

(١) ص١٤٩ ، ج٤ .
(٢) ص٣١ ، ج٤ .
(٣) ص١٢ ومابعدها ، ج٤ .
(٤) ص١٤، ج٤ .

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

٣/٥- علاقات العمل :

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

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

---

(١) ص١٨ ، ج٤ .
(٢) ص١٣ ، ج٤ .
(٣) ص١٢ ، ج٤ .
(٤) ص١٧ ، ج٤ .
(٥) ص٢١ ، ج٤ .

وأتى بغيره ، واشترط عليه ستر عورته مع الشروط المتقدم ذكرها في التحفظ على الصلوات في أوقاتها ، فإذا فعل ذلك برئت ذمته وحصل له الثواب والبركة فيما يحاوله وعرفت عادته " [1] ، " ولو كان الصانع يتحفظ على دينه ، ومستأجره يطلب منه دوام العمل ويشح عليه بإيقاع الصلاة في وقتها فهو آثم ، لأن الصلاة لايدخل إيقاعها بشروطها في الإجارة ولو شرط ، لأنه مستثنى في الشرع الشريف ، ويجب على المستأجر أن يعطيه الأجرة كاملة ، ويحرم على الصانع أن يطيعه في ترك الصلاة والجمعة وصوم شهر رمضان ، ولا يعمل عند من هذا حاله ، لأنه مأمور بهجرانه ، فكيف يعمل عنده وفي نفس العمل عنده إعانة له " [2] .

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

---

(١) ص٨٨ ، ج٤ .
(٢) ص١٦٢ ، ج٤ .

٤- الاستهلاك

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

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

٤/١- حاجات الإنسان ودور العوامل الاجتماعية فيها :

يعد إسهام ابن الحاج في هذه القضية على درجة كبيرة من الأهمية لما تحتله هذه القضية من أهمية في النظرية الاقتصادية من جهة [1] . ولنوعية ماقدمه ابن الحاج حيالها من جهة ثانية .

لقد ذهب ابن الحاج إلى أن البيئة الاجتماعية لها أثرها البارز في نشأة الحاجات وتعددها [2] . ومعنى ذلك أنه لعلاج هذه المشكلة لابد من علاج العادات والتقاليد ثم بين أنه بالنسبة للمسلم فإن الدين يمارس مهمة تحديد الحاجات الحقيقية ووضع الإطار الصحيح لها في مواجهة ماقد يكون للعادات من أثر سلبي حيالها . وقد ذكر

---

(١) ولا أدل على ذلك من تصريح الاقتصاديين وهم بصدد دراسة المشكلة الاقتصادية والتي تقوم أساساً على الحاجات بأن هذه المشكلة كانت وراء نشأة علم الاقتصاد .
انظر: د. رفعت المحجوب ، الاقتصاد السياسي ،ج١، دار النهضة العربية ، القاهرة، ص٢٠ .

(٢) ص١٢٩ج١ . وانظر في تأكيد علماء النفس وغيرهم على أثر العوامل الاجتماعية في حاجات الإنسان د. مختار حمزة ، مبادىء علم النفس، جدة . المجمع العلمي، ١٩٧٩م، ص٧٤ومابعدها . د. سعد جازل ، المرجع في علم النفس ، القاهرة ، دار المعارف، ١٩٦٢م ، ص٢٤٧ومابعدها . د. محمد سعيد عبدالفتاح ، إدارة التسويق ، مرجع سابق، ص٥٥ ، أريك فروم ، الإنسان بين المظهر والجوهر ، ترجمة سعد زهران ، الكويت: سلسلة عالم المعرفة ، ١٤٠١هـ ، ص١٩٠ .

في ذلك موقفاً جيداً لشيخه أبي محمد يقول فيه : " هذه الضرورات – الحاجات التي اعتادها الناس وأصبحت لازمة في حياتهم – تقطع من أصلها ولاحاجة تدعو إليها . مثال ذلك أن يقول الفقيه لابد من فوقانية على صفة ، ولابد من عمامة على صفة ، ولابد من كتب، ولابد من دابة ، فإذا جاءت الدابة لابد لها من غلام وكلفة في الغالب ، ولابد لبعضهم من بغلة ،وبعضهم يتخذ لغلامه بغلة أيضاً ، وقد يحتاج الغلام إلى زوجة . فلا يزال هكذا في ضرورات حتى يرجع في الدنيا متسع الحال وهو عند نفسه أنه مضرور . حتى لقد بلغني عن بعض من في الوقت من أرباب الدنيا المتسعة عليه أنه يقول استحق أخذ الزكاة ، نظراً منه إلى ماقدمناه وأشباهه من المسكن على صفة والزوجة والملبس والمطعم والأواني والجواري والخدم والغلمان . فتأتي الدنيا بحذافيرها للواحد منهم وهو مهموم ، تجده يشكو من كثرة الضرورات التي يدعيها . فكان سيدي محمد يقول هذه الضرورات تقطع من أصلها فلا ضرورة إلا شرعية ، والضرورات الشرعية لايحتاج فيها في الغالب إلى كلفة . فالحاصل أن هذه التي لهم إنما حدثت من مخالفة الشرع " (١) .

٤/٢– الحاجة إلى الملبس :

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

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

---

(١) ص١١٨، ج٥ .

الحر أو البرد عنه متمثلاً في ذلك حكمة الله تعالى وإظهار الحاجة إليه والاضطرار، في لبسه " [١]، وله عبارة أخرى ينص فيها على عدم جواز ترك الإنسان للباس، لأنه حق لله من جهة وحق لبدنه من جهة أخرى [٢].

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

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

وفي ذلك يقول: " فتوسيع الثوب وكبره وتوسيع الكم وكبره ليس للرجل حاجة به فيمنع مثل مازاد على الكعبين سواء بسواء ... فليس له أن يضع المال إلا حيث أجيز له أن يضعه، إذ إنه يتصرف فيما لايؤذن له فيه، وما يفعلونه من صفة الاتساع والكبر في الثياب فليس بمشروع إذ إن ذلك ليس به حاجة " [٤].

٤/٣- الحاجة إلى الطعام:

بين ابن الحاج أن الأكل على " خمس مراتب، واجب، ومندوب، ومباح، ومكروه، ومحرم.

والمندوب مايعينه على تحصيل النوافل، وعلى تعلم العلم وغير ذلك من الطاعات، والمباح الشبع الشرعي، والمكروه مازاد على الشبع قليلاً ولم يتضرر به، والمحرم البطنة وهي الأكل الكثير المضر للبدن " [٥].

وعلى المسلم أن يقصد بطعامه التقوى على الطاعة وأن يستشعر الحاجة

---

(١) ص٢٣، ١٣٦،ج١.
(٢) ص٢٨، ج٤.
(٣) ص١٢٥،ج١، ص٦٦،ج٢.
(٤) ص١٢٥،ج١.
(٥) ص٢١٢،ج١.

والافتقار[1] وأكد على أن أكل ماليس به حاجة يعتبر إضاعة للمال [2] .

والواقع أن ابن الحاج في تناوله لاستهلاك الطعام والثياب لم يأت بجديد حيث سبقه العديد من علماء الإسلام إلى تناول ذلك بل وبشكل أعمق وأوسع ومن هؤلاء الإمام محمد بن الحسن [3] .

٤ / ٤ – الحاجة إلى المسكن :

بين ابن الحاج أن وظيفة السكن هي الاستتار من الناس ومن الشمس ومن المطر ومن كل مايؤذي . وأكد على عدم جواز اتساع السكن اتساعاً خارقاً لغير ضرورة شرعية وعدم جواز الطلاء والزخرفة بالذهب وغيره لأن ذلك كله من باب إضاعة المال [4] .

ومن الواضح أن ابن الحاج يقتفي في ذلك ماهو معروف وثابت في الشريعة حيال السكن وأحكامه .

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

---

(١) ص٢١٢،ج١ .
(٢) ص٦٦،ج٢ .
(٣) انظر الكسب، مرجع سابق، ص٧٤ ومابعدها .
(٤) ص٢٠٦،ج٤ .

٥- المقاطعة الاقتصادية لمواجهة الانحرافات الإنتاجية والاستهلاكية

لعل من أحسن ماقدمه الشيخ حيال المجال الاقتصادي هو طرحه لما يمكن تسميته بالمقاطعة الاقتصادية لأصحاب السلوكات المنحرفة إنتاجياً واستهلاكياً ، حملاً لهم على تصحيح هذه الانحرافات .

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

ففي صناعة الملابس يقول : " لو كان الثوب مما لا يجوز لبسه أو يكره فيرده على صاحبه ولايخيطه له ، وإن كان مضطراً لأجرته " (١) .

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

كذلك رأيناه يطالب العمال بعدم المشاركة في بناء المنازل المخالفة للآداب الإسلامية (٣) . وقد أشار إلى ماقد يكون هنالك من صعوبات تحول دون قيام هذه المقاطعة ، ومن ذلك الوضع المعيشي للصانع الذي يلجئه للعمل أو ضرورة صاحب العمل واحتياجه للعامل أو حاجة المشتري للشراء . وفي ذلك يقول : " فإن قال الصانع مثلاً إذا تحرزت مما ذكرتموه ذهبت المعيشة أو قلت . والحاجة تدعو إلى الصنعة لأجل الضرورات والعائلة ، وقل أن تتأتى الصنعة مع ماذكرتم . فالجواب أن التحرز من تلك المفاسد هو الذي يجلب الرزق جلباً ويسوقه سوقاً لأن الله مع المتقين

---

(١) ص٢١ ومابعدها ج٤ .
(٢) ص١٦٤، ج٤ .
(٣) ص٢٠٧ ،ج٤ .

الموفين بالأمانة ، ولاشك أن من نصح في صنعته فقد نصح لإخوانه المسلمين .

ومن فعل ذلك كثر الحلال لديه ، لأنه إذا عرف بذلك بادر إليه أهل الصلاح والعلم وكان كثير من أشغالهم على يديه ... " (١) .

وفي عبارة أخرى يقول :" فإن قال صاحب الوراقة – دار النشر – إن فعلت ماذكرتموه قل أن أجد صانعاً يعمل فيتعطل عليَّ السبب . فالجواب : إن الخير والحمد لله لم يعدم من المسلمين ، وإن عدم في قوم فهو موجود في آخرين ، بل نجد الأمر على عكس هذا ، وهو أن الصناع إذا علموا من الشخص أنه يوسع لهم في أوقات الصلوات ، ويتحذر على دينه ودينهم ، ويسامحهم ، ويتغاضى لهم في شيء ما من الزيادة على أجرتهم بما لايضره كثر خطابه وعزته أمره ، وحصلت له البركة في كل مايحاوله " (٢) .

وقد تعرض شيخنا رحمه الله لعقبة أخرى تقف أمام وجود مقاطعة فعالة تتمثل في صعوبة الاتفاق على ذلك من الجمهور . فيقول : " ولعل قائلاً يقول إن الهجران – المقاطعة – لايفيد من واحد ولا من اثنين حتى يتركه سائر المشترين . فالجواب أن الواحد والاثنين ومن حذا حذوهما لهم في ذلك الأجر العظيم ، لأنهم قاموا بوظيفة تعينت عليهم وجمع من المسلمين ، فكان في إنكار الواحد والاثنين فائدة عظيمة ...

ولأن الغالب وقوع السؤال من بعض الناس عن موجب ترك شراء الدقيق وغيره وترك طحن القوت وغيره عند من هذه صفته ، فإذا سئل الواحد والاثنان أخبرا بموجبه فيشيع الأمر . ولو كان الواحد والاثنان لايغيران حتى يجتمع الناس معهما على التغيير لأدى ذلك إلى ترك الإنكار مرة واحدة ، لأن غيرهما يقول كمقالتهما ، ثم كذلك ، ثم كذلك ، فيؤدي هذا إلى عدم التغيير بالكلية ، فيقع العذاب على الجميع كما نطق بذلك الحديث الشريف : " **إذا ظهر فيكم المنكر فلم تغيروه يوشك أن يعم الله الكل بعذاب** " (٣) .

---

(١) ص٨٥، ج٤ .
(٢) ص٨٨، ج٤ .
(٣) ص١٦٥، ج٤ .

وابن الحاج رحمه الله بهذا الموقف الطيب ينادي باستخدام سلاح في مواجهة الانحرافات الاقتصادية اثبتت الوقائع فعاليته . ويجعله من باب النهي عن المنكر وتغييره ، وفي ذلك مافيه الدعم والتقوية لهذا السلوك .

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

٦- التوزيع

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

كذلك نجده يشير إلى أهمية مراعاة الفقراء ومعونتهم في مناسبات عديدة خاصة عند تناوله لخدمة العلاج .

والشيء اللافت للنظر في هذا المجال هو تناوله المركز للزكاة لاسيما مالها من أبعاد توزيعية ، لقد تحدث عنها عند تناوله للزراعة والتجارة مؤكداً على حتمية إخراجها كاملة وعدم الانصياع وراء وساوس النفس والشيطان من أنها تنقص الأموال .

ولعل من أهم مانبه عليه هنا أن عدم إخراج الزكاة يعد غصباً لحقوق الفقراء وعدواناً على مالهم عند المكلف بالزكاة ، حيث هم شركاء له بمقدار الزكاة .

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

وقد بين رحمه الله أن ذلك كله مرفوض شرعاً إلا في حالة واحدة هي عندما تأخذ الحكومة هذه الأموال تحت مسمى الزكاة ملتزمة بالأحكام الشرعية لها في جبايتها وإنفاقها . وهذه بعض عباراته " لاينبغي للزارع أن يترك حق الفقراء من الزكاة لقول أحد بسبب أنه إن فعل ذلك امتحقت البركات وذهبت ، على سبيل التجربة والمشاهدة ، بل عليه أن يعطي الخراج ويخرج الزكاة عنه وعما فضل ، فبذلك تكثر البركة ويقع الخلف وتحصل الإعانة على الطاعة والاستقامة على السنة " [١] .

" وليحذر مما يفعله بعضهم ، وهو أن ما يؤخذ منه من الظلم يحسبه على الفقراء مما يستحقونه من الزكاة في ماله إذا حال الحول عليه ، وذلك غصب لهم ، والغصب فيه مافيه ، إذا كان المغصوب منه غنياً فكيف به في حق الفقير المضطر المحتاج إلى ذلك .. وبعض من ينتسب الى الدين منهم يتحفظ من هذا ، ولكن ما يؤخذ منه على تسمية أنه زكاة يحسبه من الزكاة .

---

(١) ص٨ ،ج٤ .

وذلك لايجوز أيضاً ، وهو غصب للفقراء والمساكين .. لأن الزكاة الشرعية لها أحكام تخصها ... وكل ما يؤخذ منه على تسمية أنه زكاة ليس فيه شيء من تلك الشروط ... وإذا كان ذلك كذلك فلاتجزيه وإن سميت زكاة . وقال مالك رحمه الله : " بالمعاني استعبدنا لا بالألفاظ ، فكونهم يسمونها زكاة لاعبرة بها " (١) . ومن المسائل التي أشار إليها محلية الزكاة موضحاً مدى أهمية ذلك (٢) .

وعند تناوله لخدمة العلاج قال : " وينبغي للطبيب أن يكون عنده المرضى على أصناف ولايجعلهم صنفاً واحداً ، فصنف يأخذ منهم ، وصنف لايأخذ منهم ، وصنف إذا وصف لهم شيئاً أعطى لهم ماينفقونه فيه .

فالأول إذا باشر من له سعة في دنياه ، والثاني مباشرة العلماء والصالحين المستورين في حال دنياهم .. والثالث الفقراء الذين لايقدرون على كفايتهم في حال الصحة فهؤلاء يعطيهم ثمن مايصفه لهم إن كانت له جدة - غنى ومقدرة " (٣) .

كذلك وجدنا ابن الحاج يحمل حملة قوية على الأغنياء الذين يذهبون للحج أكثر من مرة ويجاورهم الفقراء والمحتاجون ، وبين أن ذلك مخالف للسلوك الإنفاقي الإسلامي الصحيح الذي يدعو إلى التوازن وحتمية مراعاة التكافل الاجتماعي (٤) .

---

(١) ص٧٢، ج٤ .
(٢) ص٧٥ ،ج٤ .
(٣) ص١٤٥، ج٤ .
(٤) ص٢١٨، ج٤ .

الخاتمـــة

من هذا العرض السريع لبعض ماقدمه الشيخ ابن الحاج في مدخله من عطاء اقتصادي يمكن لنا أن نوجز أهم النتائج فيما يلي :

١- يمكن القول إن مسألة الدوافع والغاياتِ في النشاط الاقتصادي قد خدمت في هذا الكتاب خدمة طيبة قل أن نجدها في كتاب إسلامي آخر . وقد حاول المؤلف - موفقاً - حل ما يبدو من تعارض حول بعض النصوص الشرعية في هذا الصدد ، ومن خلال ذلك كله اتضح للباحثين في الاقتصاد الإسلامي خاصة والاقتصاديين عامة مدى جوهرية وضخامة الفرق بين السلوك الاقتصادي للمسلم وللغير . من حيث الدوافع والغايات . وهو بذلك أيضاً يوضح لنا بجلاء مدى عمق العلاقة والارتباط بين الاقتصاد والشريعة . وأخيراً فقد أكد على طبيعة الآثار المترتبة على ذلك وأهميتها والتي تتمثل أساساً في التحفيز الإسلامي القوي للنشاط الاقتصادي ، حيث لم يعد بالنسبة للمسلم مجرد نشاط فطري بل أصبح مطلباً شرعياً يثاب عليه ، وفي سلامة الأسلوب والأدوات والممارسات الاقتصادية وترشيدها حتى تتسق مع طبيعة الباعث والهدف ، وأخيراً الجودة العالية للمنتجات وعدم شيوع المنتجات الرديئة النوع .

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

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

المتكاملة ، والتي من جراء فقداننا لها وقعنا في التبعية " التقنية" وفشت السلوكيات الاقتصادية التي ترفضها الشريعة .

٤- كذلك وجدنا له إسهاماً طيباً إزاء قضية الحاجات وطبيعتها والوظائف التي تشبع من أجلها ومدى تعددها ، وقد أشار إلى أهم العوامل المحددة لتلك الحاجات في دنيا الناس وهي البيئة والوسط الاجتماعي المحيط سابقاً بذلك العلماء المعاصرين الذين يؤكدون حالياً عمق تأثير هذا العامل .

لكن ابن الحاج رحمه الله يقدم لنا حلاً لقضية التعدد المتنامي لهذه الحاجات وهو الالتزام بموقف الشريعة ، وعدم الجري وراء كل متطلبات العادة ، وبذلك تنضبط الحاجات وأساليب إشباعها والسلع والخدمات المشبعة لها ، وقد أبدع وأجاد في تفسير وتصوير وتحديد حقيقة الإسراف ، من حيث إنه استهلاك ماليس بالإنسان حاجة حقيقية مشروعة إليه ، مركزاً على أنه في كل صوره ماهو إلا إضاعة للمال من جهة وإضاعة لحقوق الغير من جهة أخرى . وبلغة اقتصادية يمكن القول إن الإسراف يضر بالإنتاج من جهة ويضر بالتوزيع من جهة أخرى إضافة إلى مايحدثه من أضرار على جبهة الاستهلاك .

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

٦- ولعل من أجمل ماقدمه في المجال الاقتصادي مايعرف بالمقاطعة الاقتصادية كمسلك عملي فعال لمواجهة انحرافات سلوك الوحدات الاقتصادية على اختلاف أنواعها . مشيراً في ذلك إلى مدى فعالية هذا الأسلوب ، والصعوبات التي قد تعترضه .

٧- ولعل من الفوائد القيمة التي نستفيدها من هذا الكتاب ماقدمه لنا من صورة حية للتاريخ الاقتصادي والاجتماعي في حقبة زمنية معينة لبعض المجتمعات الإسلامية مما يثري معرفتنا المتواضعة بالتاريخ الاقتصادي للمجتمع الإسلامي .

٨- من خلال ماقدمة ابن الحاج سواء من الناحية الواقعية أو من الناحية المعيارية ، أو بعبارة أخرى من حيث ماهو كائن ومن حيث ما ينبغي أن يكون . فقد رسم

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

٩- ولعل من أطرف الفوائد إدراكنا لمدى ماكان عليه علماؤنا السابقون من دراية طيبة بالمجالات الاقتصادية وما يجري فيها ومايتطلبه كل مجال من متطلبات ومقومات، وماكانوا عليه من إدراك متزايد لأهمية المجال الاقتصادي وحدوده في نظر الشريعةالإسلامية .

١٠- قد لايروق لبعض الاقتصاديين المعاصرين أسلوب ابن الحاج ومدى مافي أفكاره من اتساق وعمق وقد يتعالى على الأمثلة التي قدمها ومرئياته حيالها . كل ذلك لأنه ينظر له بمنظار راهن متجاهلاً مدى ضخامة الفجوة الزمنية الفاصلة بيننا وبينه والتي تبلغ ستة قرون ، كانت فيها أوروبا تعيش مرحلة العصور الوسطى بما يسيطر عليها من ظلام وجهل .

والله تعالى نسأل أن يرحم شيخنا ابن الحاج على ماقدمه من عطاء اقتصادي قيم وأن يعيننا على العمل بكل ماقدمه من صواب .

والله تعالى أعلى وأعلم

مصادر البحث ومراجعه حسب ورودها في البحث

أولاً - المصادر

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

ثانياً - المراجع

١- ابن فرحون ، الديباج المذهب ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، بدون تاريخ .

٢- جلال الدين السيوطي ، حسن المحاضرة، المطبعة الشرفية ، ١٣٢٧هـ ، بدون ذكر بلد النشر .

٣- حاجي خليفة ، كشف الظنون ، وكالة المعارف الجليلة ، ١٩٤٣م ، بدون ذكر بلد النشر .

٤- خير الدين الزركلي ، الأعلام ، الطبعة الثانية ، بدون ذكر ناشر .

٥- الشيخ محمد مخلوف ، شجرة النور الزكية ، بيروت ، دار الكتاب العربي .

٦- جون هرمان راندال ، تكوين العقل الحديث ، ترجمة د. جورج طعمة ، بيروت ، دار الثقافة .

٧- د. حسين عمر، نظرية القيمة ، جدة ، دار الشروق ، ١٤٠٢هـ .

٨- د. محمد جميل توفيق وآخرون ، اقتصاديات الأعمال ، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٧٩م .

٩- د. أحمد رشاد موسى ، اقتصاديات المشروع الصناعي ، القاهرة : دار النهضة العربية .

١٠- Hirshleifer, Price theory and Applications, (New Jeresy, INC; Engle-wood Cliffs), 1980.

١١- Smith A. , An Inquiry into the Nature and causes of the wealth of Nations, ed. Edwin Canna (New York : Modern Library, 1937),

١٢- د. عبدالرحمن يسري، التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الإسلام ، الإسكندرية : مؤسسة شباب الجامعة.

١٣- المناوي ، فيض القدير شرح الجامع الصغير .

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

العقد الموقوف في الفقه الاسلامي

الدكتور/ يوسف عبدالفتاح المرصفي(*)

المقدمـــة :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الخلق اجمعين ، سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين . وبعد :

فإنه من الخير أن ينصب على الصغير – ومن في حكمه – ولي يستثمر ماله ، ويرعى شئونه ، ويتصرف عنه فيما لا يملك التصرف فيه ، لنقص ولايته ، وفي ذلك مافيه من رعاية للصغير وحفظ لماله .

ومن مظاهر حماية الصغير ، عدم نفاذ تصرفه الدائر بين الضرر والنفع ، بل ينعقد موقوفاً على إجازة من له الولاية عليه – عند جمهور الفقهاء – أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً – كأن يهب ماله بدون عوض ، فلا تنعقد وبالتالي لا تقبل الإجازة ، وتصرفاته النافعة نفعاً محضاً– كقبول الهبة – فإنها تنعقد صحيحة نافذة . فإذا بلغ اليتيم راشداً دفعت إليه أمواله يتصرف فيها بمعرفته بعد أن أصبح أهلاً للتصرف .

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

وقد تناولت موضوع – العقد الموقوف – عند القائلين به – في أربعة مباحث : في المبحث الأول : عرفنا العقد الموقوف في مطلب أول – وفي الثاني تحدثنا عن القائلين بوقف العقد مع ترجيح رأيهم على رأي القائلين بالبطلان، وفي المبحث الثاني: تحدثت عن حكم العقد الموقوف لنقص الأهلية – في أربعة مطالب : في الأول :

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

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

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

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

والله تعالى يقول الحق وهو يهدي السبيل .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه والتابعين .

المبحث الأول
متى يكون العقد موقوفاً - والقائلون بالوقف

المطلب الأول
متى يكون العقد موقوفاً

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

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

فسبب توقف العقد يرجع إذن إلى إرادة ناقصة أو إلى محل ناقص . ويتمثل السبب الأول في الصبي المميز - ويندرج تحته العبد والمعتوه المميز والسفيه وذو الغفلة - وكذلك المكره - في قول زفر من الحنفية ، من حيث إن إرادته ناقصة كإرادة ناقص الأهلية .

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

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد ، السنةالخامسة والعشرون ص١٢٢، د. زكي عبدالبر .

المطلب الثاني
القائلون بالعقد الموقوف

يقول بالعقد الموقوف الحنفية [1] – والمالكية [2] – ورواية عن أحمد [3] – أما الشافعية [4] – والرواية الأخرى عند الحنابلة [5] – فإنهم لا يعرفون العقد الموقوف ، فهو والفاسد والباطل سواء .

---

(١) جاء في البدائع ، للكاساني – ج٧ص١٧٠: والتصرف لايخلو إما أن يكون من الاقوال ، وإما أن يكون من الأفعال – أما التصرفات القولية فعلى ثلاثة أقسام . نفع محض – وضرر محض – ودائر بين الضرر والنفع ،وأما الصبي العاقل فتصح منه التصرفات النافعة – بلاخلاف – ولاتصح منه التصرفات الضارة المحضة بالإجماع . وأما الدائرة بين الضرر والنفع – كالبيع والشراء والإجارة ونحوها . فينعقد عندنا – موقوفاً على إجازة وليه ، فإن أجاز جاز وإن رد بطل " .

(٢) جاء في شرح الخرشي ج٥ص٢٩٢: " الصبي المميز إذا تصرف بمعاوضة بغير إذن وليه ، فذلك موقوف على نظر وليه – من إجازة أو رد – كان الولي أباً أو غيره حيث استوت مصلحة الرد والإجازة – وأما تصرفه بغير معاوضة – كهبة .. وما أشبه ذلك – فإنه يتعين على الولي رده – وللصبي المميز إذا تصرف بغير إذن وليه ، ولم يعلم بذلك إلا بعد خروجه من الحجر أو علم وسكت أو كان مهملاً لاولي له وتصرف ثم خرج من الحجر بأن بلغ رشيداً، فإن النظر في ذلك له لا لغيره – فإن شاء رده ، وإن شاء أمضاه كما كان لوليه " .

(٣) جاء في المغني ج٤ص٤٦٨ باب الحجر : " ومتى أذن له وليه فتصرف صح تصرفه " .

(٤) جاء في المجموع – شرح المهذب ج٩ص١٥٧ : " كما لاتصح من الصبي تصرفاته القولية لايصح قبضه في تلك التصرفات – فلو اتهب له الولي شيئاً وقبله ثم قبضه الصبي بإذن الواهب لم يصح قبضه ، ولا يحصل الملك فيه بهذا القبض " .

(٥) جاء في المغني ج٤ص٥٠٨ : " وأما المحجور عليه لحق نفسه فثلاثة – الصبي والمجنون والسفيه – وهذا الباب – الحجر – مختص بهؤلاء الثلاثة ، والحجر عليهم حجر عام لأنهم يمنعون التصرف في أموالهم وذممهم " .

المبحث الثاني
حكم العقد الموقوف لنقص الأهلية

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

المطلب الأول
ترتيب الولاية على القاصر والمحجور

أول الأولياء الأب - ثم وصيه - ثم وصي وصيه - ويلي ذلك الجد لأب ثم وصيه - ثم وصي وصيه: ويلي ذلك القاضي - ثم من نصبه القاضي وهو الوصي .

وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والاخ والعم وغيرهم ولاية التصرف في مال الصغير إلا من ينصبه القاضي وصياً .

ويلحق بالقاصر المحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، فينصب له قيم يكون بمثابة الوصي . هذا عند الحنفية [1] .

---

(١) يقول صاحب البدائع ج٥ص١٥٢ : " الولاية في الأصل نوعان : نوع يثبت بتولية المالك ، ونوع يثبت شرعاً لابتولية المالك - أما الأول : فهو ولاية الوكيل ، وإن لم يكن المحل ، أي المعقود عليه محل التصرف ، مملوكاً له لوجود الولاية المستفادة من الموكل - وأما الثاني : فهو ولاية الأب والجد ، والوصي والقاضي - فسبب هذا النوع من الولاية في التحقيق شيئان : أحدهما الأبوة - والثاني : القضاء ، لأن الجد من قبل الأب أب لكن بواسطة ، ووصي الأب والجد استفاد منهما ، فكان ذلك ولاية الأبوة من حيث المعنى ، ووصي القاضي يستفيد الولاية من القاضي - فكان ذلك ولاية القضاء معنى " .

وعند المالكية والحنابلة :

فإنهم لايثبتون الولاية للجد ولا لوصيه- لأن الجد يستوي مع الأخ في درجة القرابة ، ولا ولاية للأخ . فكذلك الجد - فهم يرون أن الجد ليست لديه الشفقة اللازمة في المحافظة على أموال القاصر وتنميتها [1] .

وعند الشافعية :

يلي الأب في الولاية الجد - فهم يقولون ولي الصبي أبوه ثم جده ، ثم وصيهما ثم القاضي " ولاتلي الأم في الأصح " [2].

المطلب الثاني
مدى ولاية الولي في التصرف في مال الصغير أو المحجور

لايملك الولي - أياً كان - أن يتصرف في مال الصغير أو المحجور تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً- فليس له أن يهب مال الصغير أو المحجور،ولا أن يتصدق به ، ولا أن يوصي به ، ولا أن يقرض ماله .

ويملك الولي - أياً كان - أن يباشر لمصلحة الصغير أو المحجور تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً ، فله أن يقبل الهبة والصدقة والوصية والعارية والكفالة وأن يزوج أمته أما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر ، فيملكها الولي بشرط ألا يلحق بالصغير

---

(١) الشرح الكبير - للدسوقي ج٣ص٣٠٠ - كشاف القناع ج٢ص٢٢٣ . يقول ابن قدامة في المغني ج٦ص٣٥ " وقال أبو حنيفة للجد ولاية على ابن ابنه وإن سفل ، لأن له ولادة وتعصيباً فأشبه الأب - ولأصحاب الشافعي - في الأم - عند عدم الأب والجد وجهان : أحدهما : أن لهما ولاية لأنها لحد الأبوين فأشبهت الأب - ولنا : أن الجد يدلي بواسطة فأشبه الأخ والعم ، وفارق الأب فإنه يدلي بنفسه ، ويحجب الجد ويخالفه في ميراثه وحجبه ، فلا يصح إلحاقه به ولا قياسه عليه - وأما المرأة فلاتلي لأنها قاصرة لاتلي النكاح بحال ، فلاتلي مال غيرها ولأنها لاتلي بولاية القضاء ، فكذلك بالنسب " .

(٢) مغني المحتاج - للشربيني الخطيب ج٢ص١٧٣ - المهذب ج١ص٣٢٤ .

او المحجور الغبن الفاحش - فله ان يبيع مال الصغير او المحجور بأكثر من قيمته او بمثلها او بأقل منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وله ان يشتري بماله شيئاً باقل من قيمته أو بمثلها او بأكثر منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وله أن يؤجر ماله بأكثر من أجرة المثل او بأجرة المثل او باقل منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وله أن يستأجر له شيئاً باقل من أجرة المثل او بأجرة المثل او بأكثر منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وله أن يعير ماله استحساناً - والقياس أن الإعارة تمليك المنفعة بغير عوض فلا تجوز - ولكنها جازت استحساناً - لانها من توابع التجارة وضروراتها فتملك بملك التجارة ، ولهذا ملكها المأذون ، وله أن يرهن ماله بدين ، لأن الرهن من توابع التجارة ، ولأنه قضاء الدين ، وهو يملك قضاء دينه من ماله فيملك الرهن بدينه - وله أن يأذن له بالتجارة - إذا كان يعقل البيع والشراء - لأن الإذن بالتجارة دون التجارة ، فإذا ملك التجارة بنفسه فلأن يملك الإذن بالتجارة أولى - وهذا هو الحكم في سائر التصرفات التي تدور بين النفع والضرر [1] .

---

(١) جاء في مغني المحتاج ج٢ص١٧٣ ، ويتصرف الولي بالمصلحة ، ويبني دوره بالطين والآجر لاباللين والجص - ولا يبيع عقاره إلا لحاجة او غبطة ظاهرة - وله بيع ماله بعوض ونسيئة للمصلحة . وإذا باع نسيئة أشهد وارتهن به - ويأخذ له بالشفعة او يترك بحسب المصلحة - ويزكي ماله ، وينفق عليه بالمعروف - فإذا ادعى بعد بلوغه على الأب والجد بيعاً بلا مصلحة صدقا باليمين - وإن ادعاه على الوصي والأمين صدق هو بيمينه " وجاء في كشاف القناع ج٢ص٢٢٤ ، ليس للوصي أن يرتهن أو يشتري أو يبيع شيئاً من مال من تحت ولايته لنفسه - إلا الأب لعدم التهمة ، إذ يترك حظ نفسه لولده - وبهذا فارق الأب الوصي والحاكم " . وجاء في جامع الفصولين ج٢ص٢١ " . ولو لم يكن للميت وصي - فلأبيه - وهو الجد - بيع العروض والشراء ، إلا أنه لو باع التركة لدين أو وصية لم يجز بخلاف وصي الأب " وجاء في الأشباه والنظائر ج١ص٣٧٠ " لا يملك القاضي التصرف في مال اليتيم ، مع وجود وصية ، ولو كان منصوبه ".

المطلب الثالث
مدى أهلية الصغير والمحجور في التصرف

أما إذا باشر الصغير المميز أو المحجور المميز التصرفات بنفسه ، فإنه يملك منها ما ينفع نفعاً محضاً ، وتصرفه يكون صحيحاً نافذاً .

ولايملك منها ما يضر ضرراً محضاً ، وتصرفه يكون باطلاً . وإذن لايملك أحد – لاناقص الأهلية ولا الولي – أن يتصرف في مال الصغير أو المحجور تصرفاً يضر ضرراً محضاً .

أما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر – فهذه إذا باشرها ناقص الأهلية بنفسه تنعقد صحيحة موقوفة عند الحنفية والمالكية ورأي عند الحنابلة فإذا أجازها الولي ، أو أجازها ناقص الأهلية بعد أن يستكمل أهليته ببلوغه سن الرشد ، أو بفك الحجر عنه نفذت في حقه [1] .

تصرفات ناقص الأهلية قبل الإجازة :

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

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

---

(١) جاء في البدائع ج٥ص١٤٩ " وكذلك الصبي المحجور عليه إذا باع مال نفسه أو اشترى أو تزوج امرأة أو فعل مالو فعل عليه وليه لجاز عليه – ويتوقف على إجازة وليه مادام صغيراً، أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ ، إن لم يوجد من وليه في حالة صغره – حتى لو بلغ الصبي قبل إجازة الولي فأجاز بنفسه جاز ، ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير إجازة ، لأن هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها الا ترى انه لو فعلها وليه جازت فاحتملت التوقف على الإجازة ، لانه لما بلغ فقد ملك الإنشاء ، فأولى به أن يملك الإجازة ، ولأن ولايته على نفسه فوق ولاية وليه عليه في حال صغره ، فلما جاز بإجازة وليه ، فلأن يجوز بإجازة نفسه أولى " .

الولي - أما عند الشافعي ورأي عند أحمد - فالتصرف باطل لاينعقد ولو أجازه الولي .

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

المطلب الرابع
الإجازة " تحققها أو تخلفها "

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

يقول الكاساني في صدد إجازة تصرف ناقص الأهلية : " وكذلك الصبي المحجور عليه إذا باع مال نفسه، أو اشترى أو تزوج امرأة .... أو فعل بنفسه مالو فعل عليه وليه لجاز عليه ، يتوقف على إجازة وليه مادام صغيراً ، أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ - إن لم يوجد من وليه في حالة صغره . حتى لو بلغ الصبي قبل إجازة الولي ، فأجاز بنفسه ، جاز ، ولايتوقف على نفس البلوغ من غير إجازة ، لأن هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها - ألا ترى أنه لو فعلها وليه جازت فاحتمل التوقف على الإجازة . وإنما يتوقف على إجازته بنفسه أيضاً بعد البلوغ كما يتوقف على إجازة وليه في حالة صغره، لأنه لما بلغ فقد ملك الإنشاء فاولى أن يملك الإجازة،

ولأن ولايته على نفسه فوق ولاية وليه عليه في حال صغره فلما جاز بإجازة وليه ، فلأن يجوز بإجازة نفسه أولى - ولايجوز بمجرد البلوغ ، لأن الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه ، وأنه فعل فاعل مختار ، والبلوغ ليس صنعه فلا يعقل إجازة وبمثله إذا طلق الصبي امرأته أو خالعها أو وهب ماله أو تصدق به أو باع ماله بمحاباة أو اشترى شيئاً باكثر من قيمته قدر مالا يتغابن في مثله عادة أو غير ذلك من التصرفات ممالو فعله وليه في حال صغره لايجوز عليه ، لاينعقد ، حتى لو أجاز وليه أو الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للإنشاء ، بأن يقول بعد البلوغ أو قعت ذلك الطلاق ، فيجوز ويكون ذلك إنشاء لا إجازة - وكذلك وصية الصبي لاتنعقد ، لأنها تصرف لامجيز له حال وجوده - ألا ترى أنه لو فعل الولي لايجوز عليه ، فلا يتوقف ، وسواء أطلق أو أضافها إلى حال البلوغ كما قلنا حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده لاتجوز وصيته إلا إذا بلغ وأجاز تلك الوصية بعد البلوغ فتجوز - لأن الإجازة منه بمنزلة إنشاء الوصية ، ولو أنشأ الوصية بعد البلوغ صح " [1] .

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

---

(١) البدائع ج٥ ص١٤٩ .

المبحث الثالث

حكم العقد الموقوف لتعلق حق الغير بالمحل

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

المطلب الأول

تصرف الفضولي

من الفضولي :

الفضولي - في الفقه الإسلامي - من يتدخل في شئون الغير دون توكيل أو نيابة ، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة - فمن باع مال غيره دون أن يكون وكيلاً بالبيع أو نائباً عن المالك فهو فضولي [1] ، ويستوي في ذلك أن يبيعه على أنه مال الغير أو أن يبيعه على أنه ماله هو ، وسواء علم المشتري أنه فضولي أو لم يعلم - ومن اشترى لغيره مالاً دون توكيل أو نيابة يكون فضولياً - ومثل ذلك سائر التصرفات كالهبة والإجارة والقرض وغيرها . ونتحدث فيما يلي عن بيع الفضولي ثم عن شرائه وأخيراً عن إجازة تصرفه .

---

(١) جاء في المغني ج٤ص٢٠٥ ، "وإن اشترى بعين مال الآمر أو باع بغير إذنه أو اشترى لغير موكله بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان : إحداهما البيع باطل ، ويجب رده ، وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، والثانية : البيع والشراء صحيحان ويقف على إجازة المالك ، فإن أجازه نفذ ولزم البيع ، وإن لم يجزه بطل ، وهذا مذهب مالك وإسحاق وقول أبي حنيفة في البيع ، فأما الشراء فعنده يقع للمشتري بكل حال " . وجاء في البدائع ج٥ص١٤٨ : " لاينفذ بيع الفضولي لانعدام الملك والولاية ، لكنه ينعقد موقوفاً " .

١- بيع الفضولي قبل الإجازة :

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

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

---

(١) ج٥ ص٣١٦ .

(٢) جاء في القوانين الفقهية لابن جزي ص٢٤٥ : " فأما الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه كذلك ، فهو بيع الفضولي فينعقد ويتوقف على إذن ربه ، وقال الشافعي : لاينعقد " .

(٣) المغني ج٤ص٢٠٥ .

وعن سبب اختلاف الفقهاء في بيع الفضولي - يقول ابن رشد - في بداية المجتهد ج٢ص١٤٣، واختلفوا من هذا في بيع الفضولي ، هل ينعقد أم لا ؟ . وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب المال أمضى البيع وإن لم يرض فسخ - وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير إذنه على أنه إن رضي المشتري صح الشراء وإلا لم يصح - فمنعه الشافعي في الوجهين جميعاً ، وأجازه مالك في الوجهين جميعاً - وفرق بينه أبو حنيفة بين البيع والشراء : فقال يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء . وعمدة المالكية . ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم . دفع إلى عروة البارقي ديناراً وقال : اشتر لنا من هذا الجلب شاة ، قال : فاشتريت شاتين بدينار ، وبعت إحدى الشاتين بدينار ، وجئت بالشاة والدينار ، فقلت يارسول الله هذه شاتكم ودينارك ، فقال : اللهم بارك له في صفقة يمينه - ووجه الاستدلال منه أن النبي صلى الله عليه وسلم - لم يأمره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع ، فصار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير - وعلى الشافعي في الأمرين جميعاً - وعمدة الشافعي : النهي الوارد عن بيع الرجل ماليس عنده -والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره ، قالوا والدليل على ذلك أن النهي إنما ورد في حكيم بن حزام ، وقضيته مشهورة ، وذلك أنه كان يبيع لنفسه ماليس عنده وسبب الخلاف المسألة المشهورة . هل إذا ورد =

١- إذا سلم الفضولي المبيع إلى المشتري ، فهلك قبل الإجازة ، فللمالك أن يضمن الفضولي والمشتري أيهما شاء وأيهما اختار ضمانه برىء الآخر، لأن في التضمين تمليكاً منه ، فإذا ملكه من أحدهما لايمكن تمليكه من الآخر ، فإن اختار تضمين المشتري بطل البيع ، لأنه يرجع عليه بالقيمة لا بالثمن المسمى ، وأخذ القيمة كأخذ العين فكأنه انتزع العين من يده ولم يجز البيع فبطل - ويرجع المشتري على الفضولي بالثمن الذي دفعه له ، لا بماضمن - وإن اختار تضمين الفضولي ، نظر هل كان الفضولي قد قبض المبيع من مالكه مضموناً عليه فيكون قد ملكه بالضمان مستنداً إلى وقت القبض أي إلى وقت سابق على صدور البيع إلى المشتري ، فيكون البيع قد صدر من مالك فينفذ - أما إذا كان الفضولي قد قبض المبيع من مالكه أمانة في يده ، فيكون وقت أن باعه المشتري غير مالك ، وإنما وجب الضمان عليه بتسليمه المبيع للمشتري بعد صدور البيع ، فلا ينعقد بيعه لتأخر سبب ملكه عن عقد البيع ، ويرجع الفضولي على المشتري بالقيمة ، لأن المشتري تسلم المبيع فهلك عنده ، ويده يد ضمان [1] .

٢- إذا سلم الفضولي المبيع إلى المشتري ، فباع المشتري المبيع من مشتر ثانٍ ،

= النهي عن سبب حمل على سببه أو يعم " . وجاء في المهذب ج١ص٢٦٢ . عند الشافعية - " ولا يجوز بيع مالا يملكه من غير إذن مالكه ، لما روي عن حكيم بن حزام - أن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال ، لاتبع ماليس عندك ، ولأن مالا يملكه لايقدر على تسليمه ، فهو كالطير في الهواء أو السمك في الماء " .

وما استشهد به الشافعية جزء من حديث ذكر الشوكاني - في نيل الأوطار ج٥ص١٥٥، " عن حكيم بن حزام قال : قلت يارسول الله : يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه منه ، ثم أبتاعه من السوق ، فقال : لاتبع ماليس عندك " رواه الخمسة ، يقول الشوكاني " الحديث أخرجه أيضاً ابن حبان في صحيحه ، وقال الترمذي : حسن صحيح ، وقد روي من غير وجه عن حكيم ، ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم : لاتبع ماليس عندك " أي ماليس في ملكك وقدرتك ، أي ماليس حاضراً عندك ولا غائباً في ملكك وتحت حوزتكم ، قال البغوي النهي في هذا الحديث عن بيوع الأعيان التي لايملكها " . وذكر النووي - في المجموع ج٩ص٤٥٩ ، والقول الثاني ، وهو القديم ، أن بيع الفضولي ينعقد موقوفاً على إجازة المالك ، إن أجاز صح البيع وإلا لغا " .

(١) فتح القدير ج٥ص٣١٣ ، البحر الرائق ج٦ص١٤٩ .

فأي عقد أجازه المالك جاز هذا العقد خاصة دون العقد الآخر ، ذلك أن الفضولي بتسليمه المبيع إلى المشتري يكون غاصباً ، والغاصب إذا باع المغصوب وسلمه ، ثم باعه المشتري من غيره ، ثم أجاز المالك أحد البيعين ، فإنه ينفذ ما أجازه المالك خاصة ، لأن الغصب لايزيل ملكه ، فكل بيع من هذين البيعين يوقف على إجازته لمصادفته ملكه ، فتكون إجازته لأحد البيعين تمليكاً للعين من المشتري بحكم هذا البيع ، فلا ينفذ ماسواه [1] . وقد يقال إن المالك إذا أجاز البيع الأول ، فانتقل الملك إلى المشتري من الغاصب ، وجب أن ينفذ تبعاً لذلك البيع الثاني إذ يتبين أن المشتري من الغاصب قد باع ملكه إلى المشتري الثاني – ولكن يرد على ذلك بأن ملك المشتري من الغاصب أصبح باتاً بالإجازة ، وملك المشتري من المشتري موقوف لعدم إجازته – والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله – جاء في ابن عابدين ج٤ص٢٢٠ : " وأما عدم نفاذ البيع – أي البيع الصادر من المشتري من الغاصب بعد إجازة المالك لبيع الغاصب – ، فبطلانه بالإجازة ، لأنه يثبت بها الملك للمشتري باتاً ، والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أومات فورثه ، فهذا كله يبطل الملك الموقوف ، وأورد عليه أن بيع الغاصب ينفذ بأداء الضمان مع أنه طرأ ملك بات للغاصب على ملك المشتري الموقوف وأجيب بأن ملك الغاصب ضروري ضرورة أداء الضمان فلم يظهر في إبطال ملك المشتري " .

وجاء في البحر الرائق [2] : " وأما بيع المشتري من الغاصب فإنما لايصح لبطلان عقده بالإجازة ، فإن به يثبت الملك للمشتري باتاً ، والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله ، وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف ، لأنه لايتصور اجتماع البات والموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات " .

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

---

(١) المبسوط ج٢٤ ص٩٦ .

(٢) ج٦ص١٥١ .

في الفتاوى الهندية [١] : " ومن باع ملك غيره ثم اشتراه ، وسلم إلى المشتري لم يجز، ويكون باطلاً لافاسداً - وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه حتى إن الغاصب إذا باع المغصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه ، ولو اشتراه الغاصب من المالك او وهبه منه أو ورثه منه لاينفذ بيعه قبل ذلك " . ويمكن أن يقال هنا أيضاً إن ملك الفضولي قد أصبح باتاً ، فطرأ على ملك المشتري منه ، وهو ملك موقوف - فابطله [٢] .

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

جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير [٣] . " وللغاصب إذا باع المغصوب قبل ملكه من ربه نقض بيع ما باعه او وهبه او اعتقه او وقفه إن ورثه من المغصوب منه - لانتقال ماكان لمورثه له - لا إن اشتراه من المغصوب منه بعد أن باعه أو ملكه بهبة او صدقة من المغصوب منه ، فليس له النقض . تنبيه : من فروع هذه المسألة شريك في دار باعها كلها تعدياً ، ثم ملك حظ شريكه ، فإن ملكه بإرث رجع فيه ويأخذ نصيبه بالشفعة ، وإن ملكه بشراء أو هبة او صدقة فلا رجوع له " .

بيع الفضولي قبل الإجازة قابل للفسخ من الطرفين :

بيع الفضولي - وهو موقوف قبل الإجازة .

هو أيضاً قابل للفسخ من الجهتين : جهة المشتري ، وجهة الفضولي نفسه ، وهذا بخلاف ناقص الاهلية - فبيعه موقوف ،ولكنه غير قابل للفسخ لامن جهة المشتري ولا من جهة ناقص الاهلية ، ومن ثم يكون للفضولي فسخ البيع الصادر منه ، حتى لو أن المالك أجازه بعد ذلك لاينفذ لزوال العقد الموقوف - وإنما كان له الفسخ ليدفع

---

(١) ج٣ ص١١١ .
(٢) ابن عابدين ج٤ص٢٢٠ .
(٣) ج٣ص١١١ .

الحقوق عن نفسه ، فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل ، فترجع حقوق العقد إليه ، فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب ، وفي ذلك ضرر به ، فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته ، وللمشتري فسخ البيع قبل الإجازة – تحرزاً عن لزوم العقد . جاء في البدائع [1] : " ولو فسخه البائع " الفضولي " قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم ، ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان قد نقده .. وكذا إذا فسخه المشتري ينفسخ .. إن البيع الموقوف لو اتصلت به الإجازة ، فالحقوق ترجع إلى العاقد ، فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه ، فله ذلك " .

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

٢– شراء الفضولي :

عند الحنفية – إذا اشترى الفضولي شيئاً لغيره ، وأضاف العقد لنفسه – هو والبائع – ولم يضيفاه إلى الغائب ، فإن العقد ينفذ في حقه هو ، ولا يتوقف على إجازة الغائب ، فيصبح بحكم هذا العقد النافذ في حقه مشترياً لنفسه ، وهو المالك لما اشتراه والمدين بثمنه ، وله أن يبيع ما اشتراه بعقد مبتدأ إلى الغائب أو إلى غيره – وهذا مالم يكن الفضولي من غير أهل لزوم العهدة ، بأن كان صبياً أو محجوراً ، فلا يجد العقد نفاذاً عليه لعدم الأهلية – فيتوقف على إجازة الذي اشترى له . أما إذا أضاف العاقدان العقد إلى الغائب ، فإنه ينصرف إلى هذا الغائب ويتوقف على إجازته – كما في بيع الفضولي جاء في الفتاوى الخانية – على هامش الفتاوى الهندية [2] . في هذا الصدد : " وشراء الفضولي ، ويكون مشترياً لنفسه – وهو على وجوه أربعة : أحدها : أن يقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم ، ويقول الفضولي : اشتريت لفلان أو يقول : قبلت لفلان أو قال قبلت ولم يقل لفلان – فهذا العقد يتوقف على إجازة الغائب ، إن أجاز يكون الشراء لفلان ، وإن لم يجز بطل العقد، والثاني : أن يقول المالك بعت هذا منك بكذا ، فقال الفضولي : قبلت أو اشتريت ، ونوى الشراء لفلان – فإن

---

(١) البدائع ج٥ص١٥١، وأيضاً فتح القدير ج٥ص٣١٢، وأيضاً البحر الرائق ج٦ص١٤٨ .

(٢) الفتاوى الخانية على هامش الفتاوى الهندية ج٢ص١٧٣، وأيضاً البحر الرائق ج٦ص١٤٩ .

الشراء ينفذ عليه ، ولايتوقف - ولو قال الفضولي : اشتريت هذا لفلان بكذا ، وقال البائع : بعت منك ، قيل فيه روايتان -والصحيح انه باطل لايتوقف .. والرابع : ان يقول المالك بعت منك هذا بكذا لأجل فلان ،وقال المشتري : اشتريت أو قبلت ، أو قال المشتري أولاً اشتريت هذا لأجل فلان ، فقال البائع : بعت - فإنه ينفذ على المشتري ولا يتوقف .... .

وعند المالكية ، شراء الفضولي كبيعه موقوف دائماً - اضيف العقد الى الغائب أو اضيف إلى الفضولي .

جاء في الحطاب [1] : " لم يذكر المصنف حكم شراء الفضولي، وحكمه كبيعه . قال في المتيطية : من باع سلعة لغيره بغير إذنه ، فإن البيع ينعقد ، ولا يكون للمبتاع جل الصفقة إذا أخذها المبتاع لنفسه - انتهى فإن لم يجز الشراء ، لزمت السلعة المشتري الفضولي ، ولا رجوع لرب المال على البائع بما دفعه له المشتري ، إلا أن يكون المشتري اشهر عند الشراء انه إنما اشترى لفلان بماله وأن البائع يعلم ذلك أو صدق المشتري فيه أو تقوم بينة أن الشيء الذي اشترى به ملك المشتري له ، فإن أخذ المشترى له ماله ولم يجز الشراء ، انتقض البيع فيما إذا صدق البائع ولم ينتقض في قيام البينة أن المال له بل يرجع على المشتري بمثل الثمن ويلزمه البيع ، هذا قول ابن القاسم " .

٣- إجازة تصرف الفضولي :

شروط صحة الإجازة :

الإجازة تصدر من المالك ويجب لصحتها أن تتوافر الشروط الآتية :

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

---

(١) الحطاب ج٤ص٢٧٢ ، وايضاً حاشية العدوي على الخرشي ج٥ص١٨ .

جاء في فتح القدير [1] : " ولو هلك المالك ، لاينفذ بإجازة الوارث ... وهو بخلاف القسمة – عند أبي حنيفة وأبي يوسف – فإن القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير جازت بإجازة ورثته بعد موته – استحساناً – لأنه لا فائدة في نقض القسمة ثم الإعادة ، وقول محمد : القسمة مبادلة كالبيع ، فلا تجوز بإجازة ورثته – هو القياس – والاستحسان مقدم " .

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

٣– أن يكون للتصرف مجيز – وقت صدوره – ذلك أن التصرف إذا لم يكن له مجيز وقت صدوره ، لم تتصور إجازته فوراً عقب صدوره ، وإجازته في المستقبل قد تحدث وقد لا تحدث ، فإن حدثت كان الانعقاد مفيداً ، وإن لم تحدث لم يكن مفيداً ، فلا ينعقد التصرف مع الشك في حصول الفائدة أخذاً بقاعدة " مالم يكن ثابتاً بيقين لايثبت مع الشك " فإذا لم ينعقد التصرف لاتلحقه الإجازة – لأن الإجازة للمنعقد . أما إذا كان للتصرف مجيز وقت صدوره أمكن تصور الإجازة في الحال عقب صدوره ، فكان الانعقاد مفيداً فينعقد فتلحقه الإجازة – ونرى من ذلك أنه يشترط لصحة الإجازة قيام كل عناصر التصرف – العاقدين والمحل والمجيز – وقت صدور الإجازة ، ووقت صدور التصرف – أما أنها تكون قائمة وقت صدور الإجازة ، فلأن الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه ، ولا يتحقق الإنشاء بدون العاقدين والمعقود عليه ، لذلك كان قيامها شرطاً للحوق الإجازة [2] .

وأما أنها تكون قائمة وقت صدور التصرف ، فيبدو أن السبب في ذلك يرجع إلى فكرة استناد الإجازة إلى وقت صدور التصرف – فما دام العقد إذا أجيز ينفذ من وقت صدوره ، وجب أن تكون عناصر النفاذ قائمة في هذا الوقت .

---

(١) فتح القدير ج٥ص٣١٢ .

(٢) البدائع ج٥ص١٥١ .

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

كيف تكون الإجازة :

والإجازة تكون بالقول أو بالفعل ، وأي لفظ يدل على الإجازة يكفي فإذا قال المالك: أجزت البيع أو رضيت به أو قبلته أو اي لفظ في هذا المعنى- كان هذا إجازة (١) .

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

تحقق الإجازة وتخلفها :

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

---

(١) جامع الفصولين ج١ص٣١٥ .

(٢) جاء في البحر الرائق ج٦ص١٥٠: ولو باعه فضولي وأجره آخر، أورهنه او زوجه ، فأجيزا معاً ، يثبت الأقوى ، فيجوز البيع ويبطل غيره ، لأن البيع أقوى ، وكذا تثبت الهبة إذا وهبه فضولي وأجره آخر . والإجازة أقوى من الرهن لإفادتها ملك المنفعة ، بخلاف الرهن ، والبيع أقوى من الهبة ، لأن الهبة تبطل بالشيوع ، ولو تبايع غاصباً عرض لرجل واحد ، فأجاز المالك لم يجز ، لأن فائدة البيع ثبوت الملك والرقبة في التصرف ، وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد ، فلم تلحقه إجازة - ولو غصبا من رجلين وتبايعا ، وأجاز المالك جاز ، ولو غصبا النقدين من واحد، وعقدا الصرف وتقابضا، ثم أجاز جاز ، لان النقود لاتتعين في المعاوضات ، على كل واحد من الغاصبين مثل ماغصب "

ولأن الفضولي صار كالوكيل ، بعد الإجازة ، فإن حقوق العقد ترجع إليه ، كما ترجع إلى الوكيل ، أما حكم العقد فينصرف إلى المالك ، وينفذ البيع بالإجازة مستنداً الى وقت صدوره ، لا إلى وقت صدورها - أي أن للإجازة أثراً رجعياً ، وإن كانت إنشاء من وجه ، جاء في البحر الرائق [1] : " والأصل في تصرف الفضولي أن كل تصرف جعل شرعاً سبباً لحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية لم يستعقب حكمه ويتوقف : إن كان مما يصح تعليقه جعل معلقاً ، وإلا احتجنا أن نجعله سبباً للحال متأخراً حكمه إن أمكن . فالبيع ليس مما يتعلق ، فيجعل سبباً للحال ، فإذا زال المانع من ثبوت حكم الإجازة ، ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد " .

ولذلك كان كل مايحدث في المبيع من كسب أو ولد أو عقر قبل الإجازة ، فهو للمشتري ، وينتقل ملك المبيع إلى المشتري من وقت البيع الصادر من الفضولي ، لامن وقت الإجازة الصادرة من المالك ، ويكون الثمن للمالك إن كان قائماً ، لأنه بدل ملكه ، وإن هلك في يد الفضولي يهلك أمانة ، كما إذا كان الفضولي وكيلاً في الابتداء وهلك الثمن في يده .

أما إذا رد المالك البيع وأعلن عدم إجازته له ، فإن البيع يسقط ولا يستطيع المالك إجازته بعد رده ، وفي هذه الحالة إذا كان المبيع قد سلم إلى المشتري وهلك ، وجب أن يرد قيمته إلى المالك لأن يده يد ضمان . وإذا كان المشتري قد سلم الثمن إلى الفضولي وهلك في يده ، هلك أمانة ولا يرجع المشتري عليه بشيء ، على هذا التفصيل الذي جاء في البحر الرائق [2] . " ولو لم يجز المالك وهلك الثمن في يد الفضولي ، اختلف المشايخ في رجوع المشتري عليه بمثله ، والأصح أن المشتري إن علم أنه فضولي وقت الأداء لا رجوع له ، وإلا رجع عليه ، كذا في القنية ، وصرح الشارع بأنه أمانة في يده فلاضمان عليه إذا هلك ، سواء هلك قبل الإجازة أو بعدها " .

وإذا سكت المالك لايجيز البيع ولا يرده ، فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزاً أو غير مجيز ، فيبقى البيع موقوفاً حتى يجيزه المالك أو يرده .

---

(١) المرجع السابق ص١٥٢ .

(٢) البحر الرائق ج٦ص١٤٧ .

وعند المالكية ، إذا باع الفضولي بحضرة المالك ، وسكت هذا ، اعتبر سكوته إجازة ، وإن باع بغير حضرته ، وبلغه ، فسكت عاماً من وقت علمه ، اعتبر سكوته إجازة ، وعندهم أيضاً ، يطالب المالك المجيز الفضولي بالثمن ، مالم يمض عام ، فإن مضى وهو ساكت سقط حقه ، هذا إن بيع بحضرته ، وإن بيع بغير حضرته مالم تمض مدة الحيازة عشرة أعوام [١] .

المطلب الثاني
بيع المرهون

المرهون تعلق به حق الدائن المرتهن ، فبيعه ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة الدائن المرتهن ، فإذا أجاز ، نفذ البيع في حق الجميع ، البائع والمشتري والمرتهن ، وإذا لم يجز : فرأي يذهب إلى أن البيع يسقط حتى لو افتك الراهن الرهن ، والرأي الأصح هو أن البيع لايتوقف إلا في حق المرتهن ، فإذا افتك الرهن نفذ البيع في حق البائع والمشتري .

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

ويكون تأويل هذا الرأي الأخير أن المشتري ، وقد علم بالرهن ، اشترى على أن يفتك البائع العين المرهونة من مرتهنها ويسلمها إليه ، فإذا لم يفعل فسخ المشتري البيع . وإذا باع الراهن العين المرهونة للمرتهن نفسه ، نفذ البيع في حق الراهن والمرتهن دون حاجة إلى إجازة [٢] .

---

(١) حاشية الدسوقي ج٣ص١٢ ، الحطاب ج٤ص٢٦٩ ، الخرشي ج٥ص١٧ .

(٢) الفتاوى الهندية ج٣ص١١٠ ، الحطاب ج٤ص٤٦٩، الخرشي ج٥ص١٧، الدسوقي ج٣ص١١، المهذب ج١ص٣١٢ ، المغني ج٤ص٣٦٣ .

المطلب الثالث
بيع المستأجَر في مدة الإجارة

المستأجَر متعلق به حق المستأجِر ، كالمرهون تعلق به حق المرتهن ، فبيع المستأجَر كبيع المرهون ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة المستأجِر ، فإذا أجاز المستأجِر البيع نفذ في حق الجميع ، وانفسخت الإجارة ، ووجب على المستأجِر تسليم العين للمشتري ، ولكن له حق حبسها حتى يسترد ماعجله من الأجرة ، وإذا لم يجز المستأجِر البيع ، فالبيع لايتوقف إلا في حقه ، فإذا انقضت الإجارة نفذ البيع ، ووجب تسليم العين إلى المشتري .

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

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

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

جاء في ابن عابدين : " ووقف بيع المرهون والمستأجر ... إن أجازه المرتهن والمستأجر نفذ ، وهل يملكان الفسخ ؟ قيل : لا وهو الصحيح ، وقيل : يملكه المرتهن دون المستأجر لأن حقه في المنفعة ، ولذا لو هلكت العين لايسقط دينه وفي الرهن يسقط . وجزم في الخانية بالثاني . ولكن في حاشية القصولين للرملي عن الزيلعي : لا يملك المرتهن الفسخ في أصح الروايتين [1]" .

وجاء في البحر : " وفرق بينهما الكرابيسي ، فجعل للمرتهن الإجازة والفسخ دون المستأجر فلا يملكه ، فارقاً بأن المستأجر حقه في المنفعة ،ولذا لو هلكت العين لايسقط دينه ، وفي الرهن يسقط ، وهو استيفاء حكمي ، وتفرع على الفرق مالو تعدد بيع المؤجر، فأجاز المستأجر – البيع الثاني – نفذ الأول ولو تعدد بيع الرهن ، فأجاز

---

(١) حاشية ابن عابدين ج٤ص٢١٣ .

المرتهن – البيع الثاني – نفذ، لا الأول " . ذلك أننا لو قلنا بالفرق بين المرهون والمستأجر ، وباع المؤجر العين مرتين ، فإجازة المستأجر للبيع الثاني ليست إلا نزولاً عن حقه في المنفعة ، فخلصت العين من الحق الذي تعلق بها ، وسلمت تصرفات البائع فيها ، فنفذ البيع لأنه مقدم على البيع الثاني – ولو باع الراهن العين مرتين ، فإجازة المرتهن للبيع نزول عن حقه في العين ذاتها لا في المنفعة إلى المشتري الثاني، فتخلص العين لهذا المشتري ، وينفذ البيع الصادر إليه دون البيع الصادر إلى الأول " (١) .

المطلب الرابع
بيع المريض مرض الموت

بيع المريض مرض الموت حكمه عند المحاباة حكم الوصية ، لاينفذ في المقدار المحابى به إلا في ثلث التركة ولغير الوارث – أما إذا صدر البيع لوارث مهما كانت قيمة المقدار المحابى به ، أو صدر لغير وارث وزادت قيمة المقدار المحابى به على ثلث التركة ، فالبيع للوارث ، وكذلك البيع لغير الوارث فيما زاد على الثلث – ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة الورثة – فإن أجازوه نفذ في حق الجميع ، وإلا بطل البيع للوارث ،وبطل فيما زاد على الثلث لغير الوارث . والأصل في ذلك أن التركة يتعلق بها حق الورثة ، لامن موت المورث فحسب بل أيضاً من بدء مرضه الأخير – وهو مرض الموت – ذلك أن المورث إذا تصرف في مرض موته ، فهو إنما يوصي – ويكون لتصرفه حكم الوصية ، فتكون تصرفات المريض مرض الموت موقوفة على إجازة الورثة الذين تعلق حقهم بالتركة ، كما توقف بيع المرهون على إجازة المرتهن ، وبيع المستأجَر على إجازة المستأجِر .

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

---

(١) الفتاوى الهندية ج٣ ص١١٠ .

(٢) الهداية شرح بداية المبتدي – لشيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبدالجليل الرشداني المرغيناني ج٤ص٢٣٦ . كتاب الوصايا – حاشية الدسوقي ج٤ص٤٢٢ .

المبحث الرابع
طبيعة العقد الموقوف

إذا تخلفت الولاية على محل العقد أو الولاية على نوع التصرف ، لايكون العقد نافذاً بل يكون موقوفاً .

والولاية على محل العقد تكون بأن يثبت للعاقد حق الملك في هذا المحل أو النيابة عن المالك ، والا يتعلق بالمحل حق للغير ، كأن يكون مرهوناً أو مستأجراً ، فغير المالك ، أي الفضولي ، ليست له ولاية على محل العقد ، وإذا كان العقد الصادر منه قد صدر من أهل له في محل صالح لحكمه ، فمن ثم ينعقد صحيحاً ، إلا أن هذا العقد يكون موقوفاً لانعدام الولاية على المحل ، فلا ينفذ إلا بإجازة المالك ، ومالك العين المرهونة أو المستأجرة ليست له ولاية كاملة على محل العقد لتعلق حق المرتهن أو المستأجر به ، فالعقد الذي يصدر منه واقعاً على هذا المحل يكون موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر .

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

ومن هذا نرى أن العقد الموقوف ، هو العقد الذي انعقد صحيحاً لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه ، ولكن نقصه أحد عنصري النفاذ الملك أو الأهلية .

ولم تسلم مرتبة العقد الموقوف من الخلاف – فالشافعية ينكرون هذه المرتبة ، ويذهبون إلى أن العقد الموقوف هو عقد باطل ، ويجعلون الملك والأهلية من عناصر الانعقاد لامن عناصر النفاذ .

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

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

جاء في البحر الرائق [١] : " وللمشايخ طريقان : فمنهم من يدخل الموقوف تحت الصحيح فهو قسم منه ، وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه ، فإنه ما أفاد الملك من غير توقف على القبض ، ولا يضر توقفه على الإجازة كتوقف البيع الذي فيه الخيار على إسقاطه - ومنهم من جعله قسيماً للصحيح ، وعليه مشى الشارح الزيلعي ، فإنه قسمه إلى صحيح وباطل وفاسد وموقوف ، وقسمه في فتح القدير : إلى جائز وغير جائز وهو ثلاثة : باطل وفاسد وموقوف ، فجعله من غير جائز ، وبدأ بالجائز النافذ .... ولم أر فيما عندي من الكتب من سماه فاسداً ، إلا في بيع المرهون والمستأجر ، فقال في البدائع ، من شرائطه ألا يكون في المبيع حق لغير البائع ، فإن كان لاينفذ كالمرهون والمستأجر ، واختلفت عبارات الكتب في هذه المسألة ، في بعضها أن البيع فاسد ،وفي بعضها أن البيع موقوف وهو الصحيح " .

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

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

---

(١) البحر الرائق ج٦ص٧٠ .

(٢) البحر الرائق ج٥ص٢٧٧، ابن عابدين ج٤ص١٠٤ .

اختلفوا في حكمه بين باطل وفاسد ، والصحيح أنه باطل ، لأن الهازل غير راض بأصل البيع [1] .

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

---

(١) المبسوط ج٢٤ ص٥٥ .

المراجع مرتبة حسب ورودها في البحث

أولاً : القرآن الكريم .

ثانياً :

١- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، في الفقه الحنفي ، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧هـ .

٢- شرح الخرشي على متن خليل في الفقه المالكي ، لمحمد بن عبدالله الخرشي المالكي ، أول من تولى مشيخة الأزهر توفى سنة ١١٠١هـ .

٣- المغني في الفقه الحنبلي لأبي محمد عبدالله بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ١٢٠هـ .

٤- المجموع شرح المهذب في الفقه الشافعي ، لأبي زكريا محيي الدين بن شرف بن مري بن حسين النووي ، المتوفى سنة ٦٧٦هـ .

٥- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير في الفقه المالكي لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠هـ .

٦- كشاف القناع على متن الإقناع في الفقه الحنبلي ، لشيخ الإسلام منصور بن إدريس الحنبلي .

٧- مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج ، في الفقه الشافعي ، للشيخ محمد الشربيني الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧هـ .

٨- المهذب في الفقه الشافعي للشيخ الإمام أبي إسحاق إبراهيم بن محمد الشيرازي .

٩- فتح القدير شرح الهداية في الفقه الحنفي ، لكمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي ، المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٦٨١هـ .

١٠- القوانين الفقهية ، في الفقه المالكي لمحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المتوفى سنة ٧٤١هـ .

١١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، في الفقه الحنفي للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم المصري .

١٢- المبسوط في الفقه الحنفي لأبي بكر محمد بن أبي سهل ، المعروف بشمس الدين السرخسي .

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

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

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

١٦- جامع الفصولين ، في الفقه الحنفي لمحمود بن اسماعيل ، الشهير بابن قاضي سماوه ، المتوفي سنة ٨٢٣هـ .

١٧- الهداية شرح بداية المبتدي لشيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبدالجليل الرشداني المرغيناني، في الفقه الحنفي ، المتوفى سنة ٥٩٣هـ .

١٨- مجلة القانون والاقتصاد تصدر في القاهرة .

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

الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه

الدكتور/ حسين مطاوع الترتوري(*)

المقدمـــة :

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

فإن البحث الذي بين يدي القارىء هو: الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه .

اشتمل على :

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

وتعريف الاستحسان في اللغة والاصطلاح ، ناقشت تلك التعريفات ، واخترت تعريفاً جامعاً مانعاً له .

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

وذكرت أمثلة لهذه الأنواع مع شرحها .

وموقف الإمام الشافعي من الاستحسان .

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

(*) أستاذ أصول الفقه – قسم الثقافة الإسلامية ، كلية التربية ، جامعة الملك سعود .

العقل غير صحيح ولا دليل عليه .

الثانية : بيان أن الخلاف في الاستحسان خلاف حقيقي ، لا كما قال بعض العلماء إنه خلاف في التسمية واللفظ لا في الحقيقة والمعنى .

الثالثة : بيان أن ما قاله بعض العلماء بأنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه غير صحيح .

والأدلة على حجية استحسان القياس عند الحنفية .

مشكلة البحث :

تظهر المشكلة التي يحاول الباحث معالجتها من خلال الدراسات السابقة لهذا الموضوع ، ويظهر ذلك في النقطتين التاليتين :

أ- اختلف العلماء في تعريف الاستحسان وتحديد مدلوله عند الحنفية ، وقد نسب بعضهم إلى الحنفية أو إلى بعض الحنفية صراحة أو بالإشارة أن الاستحسان عندهم: ترك القياس لما يستحسنه العقل من غير دليل ، أو أنه دليل ينقدح في نفس المجتهد وتقصر عنه عبارته . ومن هؤلاء العلماء أبو بكر الباقلاني المالكي المتوفى سنة ٤٠٣هـ فيما نقله عنه الغزالي [١] ، وأبو الحسن الماوردي الشافعي المتوفى سنة ٤٥٠هـ [٢] ، وأبو إسحق الشيرازي الشافعي المتوفى سنة ٤٧٦هـ في التبصرة [٣] وفي اللمع [٤] ، وأبو حامد الغزالي الشافعي المتوفى سنة ٥٠٥هـ في المنخول [٥] وفي المستصفى [٦] ، وأبو الحسن الآمدي الشافعي المتوفى سنة ٦٣١هـ [٧] ، وأبو سعيد البيضاوي الشافعي المتوفى سنة ٦٨٥هـ [٨] .

وتابع هؤلاء العلماء القدامى عدد من العلماء المعاصرين في رسائلهم العلمية

---

(١) الغزالي ، المنخول ص ٤٣٩ .

(٢) الماوردي ، أدب القاضي ص٦٥٠-٦٥١ .

(٣) الشيرازي ، التبصرة ص ٤٩٢-٤٩٣ .

(٤) الشيرازي ، اللمع ص ١٢١ .

(٥) الغزالي ، المنخول ص ٣٧٥ .

(٦) الغزالي ، المستصفى ٢/٢٧٥-٢٨٠ .

(٧) الآمدي ، الأحكام ٤/١٥٧ .

(٨) البيضاوي ، المنهاج - ومعه نهاية السول وسلم الوصول - ٤/٣٩٨ .

التي كتبوها ، أو في بعض الكتب التي اختصت في الحديث عن الأدلة المختلف فيها . ومن هؤلاء : مصطفى البغا [١]، وعبدالعزيز الربيعة [٢] ، ومحمد البوطي [٣] .

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

ب- ذهب عدد من العلماء إلى أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه . ومن هؤلاء العلماء أبو عمرو بن الحاجب المالكي المتوفى سنة ٦٤٦هـ [٤] ، وجمال الدين الأسنوي الشافعي المتوفى سنة ٧٧٢هـ [٥] ، وجلال الدين المحلى الشافعي المتوفى سنة ٨٦٤هـ [٦] ، ومحب الله ابن عبدالشكور الحنفي المتوفى سنة ١١١٩هـ [٧] ، والشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠هـ [٨] .

وتابع هؤلاء العلماء القدامى جلّ العلماء المعاصرين الذين كتبوا عن الاستحسان في رسائل علمية أو في بعض الكتب التي اختصت في الحديث عن الأدلة المختلف فيها . ومن هؤلاء : مصطفى البغا [٩] ، والطيب الخضري [١٠] ، وعبدالعزيز الربيعة [١١] ، وصالح بن حميد [١٢] .

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

---

(١) البغا ، أثر الأدلة المختلف فيها ص ١٢٧ .
(٢) الربيعة ، أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها ص ١٥٦ .
(٣) البوطي ، ضوابط المصلحة ص ٢٣٧ .
(٤) ابن الحاجب ، المختصر ، ومعه شرحه للأصفهاني ، ٢٨١/٣ .
(٥) الأسنوي ، نهاية السول ، ومعه سلم الوصول ، ٤٠٢/٤ .
(٦) المحلى ، شرح جمع الجوامع ٣٩٥/٢ .
(٧) ابن عبدالشكور ، فواتح الرحموت ، ومعه مسلم الثبوت ، ٣٢١/٢ .
(٨) الشوكاني ، إرشاد الفحول ص ٤٠٢ .
(٩) البغا ، أثر الأدلة المختلف فيها ص ١٢٧ .
(١٠) السيد الخضري ، الاجتهاد فيما لانص فيه ٢٢/٢-٢٣، ١٦ .
(١١) الربيعة ، أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها ص ١٨٢-١٨٤ .
(١٢) ابن حميد ، رفع الحرج ص ٣٠٥ .

دقة القول بأنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه ؟

أهمية البحث :

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

أهداف البحث :

يهدف هذا البحث إلى :

١- بيان تعريف الاستحسان عند الكرخي الذي استقر عليه .

٢- مناقشة تعريفات الحنفية للاستحسان واختيار تعريف للاستحسان يكون جامعاً مانعاً .

٣- بيان حقيقة الاستحسان عند الحنفية من خلال أقوالهم في كتبهم المعتمدة ، ومن خلال دراسة بعض المسائل الفقهية التي استندوا فيها إلى الاستحسان . وأنه ليس تركاً للقياس لما يستحسنه العقل من غير دليل ، وليس دليلاً ينقدح في نفس المجتهد وتقصر عنه عبارته . وذكر أول من نسب هذه الأقوال للحنفية ، وأنه لم يرد في كتب الحنفية شيء من ذلك .

٤- بيان أن ماذهب إليه بعض العلماء القدامى ، وتابعهم فيه جلّ العلماء المعاصرين بأنه (لا يتحقق استحسان مختلف فيه) غير صحيح .

٥- بيان أن قول الشافعي (إنما الاستحسان تلذذ) [1] ، ينطبق على بعض أنواع الاستحسان عند الحنفية ، وعلى رأسها استحسان القياس الذي ترجع أكثر استحسانات الحنفية إليه ، والذي يعتبره الحنفية أدق الاستحسانات مسلكاً .

٦- مناقشة أدلة الشافعية في إبطال استحسان القياس المبنية- على تخصيص العلة، وبيان الرأي الراجح في هذه المسألة .

وقد اقتصرت في هذا البحث على الاستحسان عند الحنفية مع أن غيرهم من

---

(١) الشافعي ، الرسالة ص٥٠٧ . وقد نسب إلى الشافعي في كثير من المصادر القديمة (من استحسن فقد شرّع). انظر : ابن برهان ، الوصول إلى الأصول ٢/ ٣٣٠ ، الغزالي ، المستصفى ١/ ٢٧٤ ، الشاطبي ، الاعتصام ٢/ ١٤٦-١٤٧، النسفي ، كشف الاسرار ٢/ ٢٩٩، ابن النجار ، شرح الكوكب المنير ٢/ ٤٢٩ .

المالكية [١] والحنابلة [٢] قال به للأسباب التالية :

١) أنهم أكثر من قال بالاستحسان وتوسع فيه .

٢) أن أكثر المطاعن وجهت للحنفية لأخذهم بالاستحسان سواء من الشافعية والظاهرية الذين أنكروا الاستحسان أو من بعض المالكية والحنابلة الذين قالوا به [٣] .

٣) أن أبا حنيفة أول من قال بالاستحسان وتبعه تلاميذه وأكثروا منه [٤] .

٤) اختلاف الحنفية في معنى الاستحسان . قال عبد العزيز البخاري (واختلفت عبارات أصحابنا في تفسير الاستحسان الذي قال به أبو حنيفة رحمه الله) [٥] .

٥) كثرة أقسام الاستحسان عند الحنفية مقارنة بغيرهم ممن قال به .

٦) أن الاستحسان الذي أنكره الشافعي كما سيظهر في هذا البحث استحسان القياس ، وأكثر استحسانات الحنفية وأدقها مسلكاً من هذا النوع كما صرح بهذا الجصاص [٦] .

---

(١) الاستحسان عند المالكية : القول بأقوى الدليلين . وإلى هذا ذهب محمد بن خويز منداد، ومحمد بن العربي . انظر : الباجي، أحكام الفصول ص٥٦٤، ابن العربي، أحكام القرآن ٧٤٥/٢، الشاطبي، الموافقات ٢٠٨/٤، الشاطبي، الاعتصام ١٤١/٢. وذكر الشاطبي تعريفاً آخر للاستحسان في الموافقات أيضاً لخص من السابق فقال : (هو في مذهب مالك الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس) . انظر : الشاطبي، الموافقات ٢٠٦/٤ .

(٢) الاستحسان عند الحنابلة : العدول عن القياس إلى دليل هو أقوى منه . وأنكر الحنابلة أن يترك المجتهد دليلاً غير القياس للاستحسان . انظر : الكلوذاني ، التمهيد ٩٣/٤، ٩٤-٩٥ .

(٣) انظر : ابن العربي ، أحكام القرآن ٢٢٧/١، الغزالي ، المنخول ص٣٧٧، ٤٣٩، الكلوذاني ، التمهيد ٨٩/٤، ابن حزم ، الأحكام ١٩٢/٢ .

(٤) ابن حزم ، الأحكام ١٩٢/٢، ابن حزم، ملخص إبطال القياس والرأي والاستحسان والتقليد والتعليل ص٩ .

(٥) البخاري ، كشف الأسرار ٣/٤ .

(٦) الجصاص ، الفصول ق ٢٩٥ (أ) .

تعريف الاستحسان في اللغة وفي الاصطلاح

الاستحسان في اللغة : على وزن استفعال ، وهو مأخوذ من الحسن ، وهو نقيض القبح . والاستحسان عد الشيء حسناً [١] .

الاستحسان في الاصطلاح :

أولاً : تعريف أبي الحسن الكرخي :

نقل عن أبي الحسن الكرخي تعريفين للاستحسان :

الأول : أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول [٢] .

الثاني : ترك حكم إلى حكم هو أولى منه لولاه لكان الحكم الأول ثابتاً [٣] .

ثانياً : تعريف أبي بكر الرازي الجصاص : ترك القياس إلى ماهو أولى منه [٤] .

ثالثاً : تعريف أبي زيد الدبوسي :

ذكر أبو زيد الدبوسي تعريفين للاستحسان :

الأول : دليل يعارض القياس الجلي [٥] .

الثاني : الميل بالحكم عن الطريق الظاهر إلى الخفي بدليل شرعي [٦] .

رابعاً : تعريف البزدوي : أحد القياسين [٧] .

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

---

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

(٢) البخاري ، كشف الأسرار ٣/٤، البصري، المعتمد ٨٤٠/٢، الكلوذاني ، التمهيد ٩٣/٤،الرازي، المحصول ج٢ق٣ص١٦٩، الآمدي ، الأحكام ١٥٨/٤ .

(٣) الجصاص ، الفصول ق ٢٩٥ (أ) .

(٤) المصدر نفسه ق ٢٩٥ (أ) .

(٥) الدبوسي، تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع ٨١٥/٢ .

(٦) المصدر نفسه ٨١٧/٢ .

(٧) البخاري ، كشف الأسرار ٣/٤ .

إليه الأوهام قبل إنعام التأمل فيه [١] .

مناقشة التعريفات المذكورة للاستحسان عند الحنفية :

سأقتصر في المناقشة على المآخذ الجوهرية على هذه التعريفات بغية الوصول إلى تعريف مختار ينطبق على معنى الاستحسان .

أولاً : مناقشة تعريفي الكرخي :

يؤخذ على التعريف الأول أنه غير جامع ولا مانع .

أما كونه غير جامع : فلأن هناك بعض أنواع الاستحسان عدل فيها عن الاستحسان إلى القياس [٢] وهذا ما سماه الحنفية : القياس الذي ظهر فساده واستتر وجه صحته وأثره . وقالوا هو مقدم على الاستحسان الذي ظهر أثره وخفي وجه الفساد فيه .

وأما كونه غير مانع : فلأنه يدخل فيه العدول عن العموم إلى الخصوص وعن المنسوخ إلى الناسخ [٣] . وقد ذكر الكرخي في التعريف كلمة (الإنسان) والأولى أن يقول (المجتهد) لأن الاستحسان ضرب من ضروب الاجتهاد لايصح إلا من المجتهد .

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

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

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

الثاني : أن الذي نسب التعريف الثاني للكرخي الجصاص وهو من تلاميذه [٤]

---

(١) السرخسي ، أصول ٢/٢٠٠ .

(٢) البخاري ، كشف الأسرار ٤/٣، البصري ، المعتمد ٢/٨٤٠ .

(٣) البخاري ، كشف الأسرار ٤/٣، ٨٤٠/٢، البصري، المعتمد ٢/٨٤٠، الرازي،المحصول ج٢ق٢ ص٦٩، التفتازاني، التلويح ٣/٣ .

(٤) درس الجصاص الفقه على الكرخي وتخرج عليه وانتفع بعلمه . انظر : ابن أبي الوفاء ، الجواهر المضية ٢/٤٩٣ .

وأقرب من غيره إليه .

والذي يظهر لي أن الكرخي كان يعرف الاستحسان بالتعريف الأول فاشتهر ذلك عنه ، ثم عدل عنه إلى التعريف الثاني ولم يشتهر عنه عدوله ، ولكن الرازي أثبته لأنه تلميذ الكرخي ، فهو أقرب الناس إليه وأعرف من غيره بما انتهى إليه شيخه من آراء .

ثانياً : مناقشة تعريف الجصاص :

يؤخذ على تعريف الجصاص أنه غير جامع ولا مانع .

أما كونه غير جامع : فلأن بعض المسائل عدل فيها الحنفية عن الاستحسان ضعيف الأثر إلى القياس . ولأن كثيراً من صور الاستحسان عندهم ليس فيها ترك للقياس الأصولي. فإن الحنفية يعدلون بالاستحسان عن قياس وعن غير قياس [1] . وأما كونه غير مانع : فلأنه يدخل فيه العدول عن حكم ثبت بالقياس إلى حكم منسوخ .

ثالثاً : مناقشة تعريف أبي زيد الأول :

يؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع ولا مانع . فهو غير جامع كالتعاريف التي سبقته ، وما قيل فيها يقال فيه .

وأما كونه غير مانع : فلأن كلمة (دليل) ذكرت مطلقة في التعريف فتصدق على الدليل القوي وعلى الدليل الضعيف لأن المطلق مادل على شائع في جنسه .

والدليل الضعيف لا يعارض القياس ولا يترك القياس به ، وليس كل معارضة للقياس الجلي بدليل تعتبر استحساناً بل لابد أن يكون الدليل قوياً راجحاً . ثم إن الاستحسان ليس دليلاً يعارض القياس الجلي ، بل هو ترك الدليل الضعيف والعمل بالدليل القوي وليس ذات الدليل .

مناقشة التعريف الثاني لأبي زيد للاستحسان :

يؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع ولا مانع .

أما كونه غير جامع فلأن بعض صور الاستحسان عدول إلى النص أو الإجماع ... وهذه الأدلة أكثر ظهوراً من القياس والمعقول .

---

(١) البصري ، المعتمد ٢/٨٣٩ .

وأما كونه غير مانع : فلأنه يدخل فيه ميل المجتهد عن العام إلى العام المخصص، وعن المنسوخ إلى الناسخ ، إذا كان الدليل المخصص أو الناسخ غير ظاهر . ثم إن أبا زيد ذكر كلمة (دليل) مطلقة كما في التعريف الأول فيقال هنا ما قيل هناك .

رابعاً : مناقشة تعريف البزدوي للاستحسان :

يؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع ولا مانع .

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

وقد أجاب البخاري عن هذا الاعتراض بأن مراد البزدوي تعريف الاستحسان الذي وقع فيه الخلاف ، لان بقية الأنواع كاستحسان الأثر وغيره لم يقع فيها خلاف [٢] .

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

خامساً : مناقشة تعريف السرخسي للاستحسان :

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

التعريف المختار :

يمكن أن نعرف الاستحسان تعريفاً جامعاً مانعاً يخلو مما وجه للتعريفات السابقة من انتقادات فنقول هو : ترجيح المجتهد الاجتهاد الخفي على الاجتهاد الظاهر لدليل أقوى .

---

(١) البصري ، المعتمد ٢/٨٣٩ .
(٢) البخاري ، كشف الأسرار ٤/٤ .
(٣) البصري ، المعتمد ٢/٨٣٩ .

أنواع الاستحسان

الاستحسان باعتبار دليله نوعان :

النوع الأول

استحسان القياس

وهو الذي وقع الخلاف فيه بين الحنفية وبين الشافعية . فالشافعي لم ينكر على أبي حنيفة استحسان الأثر أو الإجماع أو الضرورة [1] ، بل إن الشافعي قال في بعض المسائل بالاستحسان كتقدير المتعة [2] ، وزمن التأجيل في الشفعة [3]، والتحليف بالمصحف ، ووضع الأصبعين في صماخي الأذنين عند الأذان [4] .

وقد أجاب الماوردي عن استحسانات الشافعي وبين أنها لم تكن عن هوى أو شهوة فقال : (وأما استحسانه المتعة بقدر ثلاثين درهماً ، فلأن ابن عمر قاله) [5] ومذهبه في القديم أن الصحابي إذا انفرد بقول لم يظهر خلافه فهو حجة . وأما استحسانه الشفعة أن يؤجل ثلاثاً ، فلأن الناس قد أجمعوا على تأجيله في قريب الزمان في بيته بقية ليلته وإمهاله لزمان أكله وشربه ولباسه فجعل القريب مقدراً بثلاثة أيام لقوله تعالى : ﴿ **تمتعوا في د اركم ثلاثة أيام** ﴾ [6] فجعلها حداً للقرب . وأما استحسانه للحاكم أن يحلف بالمصحف فلأن الأيمان قد تغلظ في كثير من

---

(١) البخاري ، كشف الأسرار ٤/٤، الماوردي ، أدب القاضي ١/٦٦٠ ، الآمدي، الأحكام ١٥٧/٤ .

(٢) المتعة : مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه . انظر : الشربيني ، مغني المحتاج ٢٤١/٣ .

(٣) الشفعة : حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض. انظر : الشربيني، مغني المحتاج ٢٩٦/٢ .

(٤) البخاري، كشف الأسرار ٤/٤، الماوردي، أدب القاضي ١/٦٦٠، الآمدي، الأحكام ١٥٧/٤ .

(٥) رواه البيهقي وعبدالرزاق عن ابن عمر موقوفاً . انظر : ابن حجر، تلخيص الحبير١٩٤/٣، وانظر هذه المسألة في : المطيعي، تكملة المجموع ٥٤٧/١٥ .

(٦) سورة هود من الآية ٦٥ .

الأحوال ، فجاز أن تغلظ بالمصحف الموجب للكفارة لما فيه من فضل الخوف والتحرج [١]. وأما استحسانه أن يضع أصبعيه في صماخي أذنيه ، فلأن بلالاً كان يفعله بمشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم [٢] ، ولأنه أمد لصوته [٣] . فلم يخل ما استحسنه من دليل اقترن به . والاستحسان بالدليل معمول عليه ، وإنما ننكر العمل بالاستحسان إذا لم يقترن به دليل) [٤] .

وأكثر استحسانات الحنفية وأدقها مسلكاً استحسان القياس [٥] .

واستحسان القياس أن يكون فرع يتجاذبه أصلان فهو يشبه كل واحد من جهة ، وترجيح قياس الفرع على أحد الأصلين اللذين يشبههما لقوة أثره وإن كان خفياً هو استحسان قياس أي القياس المستحسن [٦] . وقد سماه الحنفية استحسان قياس للتمييز بينه وبين القياس الظاهر الذي يكون ضعيفاً ، ولاستحسانهم ترك القياس الظاهر الضعيف للقياس الخفي القوي . وهذا نظير قول النحاة هذا منصوب على المصدر، وهذا منصوب على الظرف ، وهذا منصوب على التعجب ، للتمييز بين المعاني الناصبة [٧] .

أمثلة استحسان القياس عند الحنفية :

المثال الأول : إذا اختلف البائعان في الثمن والسلعة غير مقبوضة ولا بينة لأحدهما [٨] .

قال الحنفية : إن البائعين اتفقا على حق المشتري وهو المبيع ، واختلفا في حق

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج ٤/٤٧٣ .

(٢) رواه الحاكم في المستدرك وقال : صحيح على شرطهما، ورواه ابن خزيمة في صحيحه . انظر : ابن حجر ، تلخيص الحبير ١/٢٠٤ .

(٣) النووي ، المجموع ٣/١١٥ .

(٤) الماوردي ، أدب القاضي ١/٦٥٨-٦٦١ .

(٥) الجصاص ، الفصول ق٢٩٥ (أ) .

(٦) الجصاص، الفصول ق٢٩٥ (أ)، السرخسي، المبسوط ١٠/١٤٥ .

(٧) الدبوسي، تقويم أصول الفقه ٢/٨١٥-٨١٦، السرخسي، الفصول ٢/٢٠٠-٢٠١، البخاري، كشف الأسرار ٤/٤ .

(٨) الدبوسي، تقويم الفصول الفقه ٢/٨١٥-٨١٦ ، السرخسي، الفصول ٢/٢٠٦-٢٠٧ .

البائع . فالبائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها [1] .

والرسول صلى الله عليه وسلم يقول :**(البينة على المدعي واليمين على من أنكر)** [2] . ولما لم يكن لأحدهما بينة فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنهما اتفقا على أصل البيع، والبائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها ، وهذا هو القياس الظاهر . وبعد التأمل في المسألة قال الحنفية : يجب التحالف على البائع وعلى المشتري ، لأن المشتري يدعي على البائع وجوب تسليم السلعة بالثمن الذي يدعيه ، فيكون البائع مدعى عليه ، وهو منكر دعوى المشتري فيلزمه يمين . ولأن البائع يدعي زيادة الثمن، والمشتري ينكرها فيلزمه يمين . وهذا هو القياس الخفي الراجح لقوته . لذا قالوا : يحلف البائع والمشتري في هذه المسألة استحساناً .

والملاحظ أن الحنفية ذكروا القياس الظاهر، والقياس الخفي . ومرادهم بالقياس الظاهر الاجتهاد الذي يظهر ابتداء من غير تأمل عند تحقيق المناط ، وهو أن المشتري هو المنكر لدفع الثمن الذي يطالب به البائع فيلزمه الحلف . ومرادهم بالقياس الخفي الاجتهاد الذي يكون بعد زيادة تأمل وإمعان نظر في تحقيق المناط في الحديث ، وهو أن كلاً من البائع والمشتري مدعى عليه ومنكر للدعوى ، ولابينة للمدعي فيلزم اليمين منهما .

وقد جعل محمد بن الحسن الشيباني [3] هذه المسألة من باب استحسان الأثر، وتبعه السرخسي [4]، وابن أمير الحاج [5]، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم : (**إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة والبيع قائم بعينه ، فالقول ما قال البائع أو يترادان**

---

(١) حق المشتري في المبيع يتعين بالتعيين في العقد ، ولذلك قلنا إن المتبايعين اتفقا على حق المشتري وهو المبيع، بخلاف حق البائع في الثمن فإنه لا يتعين بالعقد ، لأن الثمن يثبت في الذمة ، ولا يتعين الثمن إلا بالقبض ، ومن هنا كان المدعي هو البائع ، وطلب اليمين من المشتري . انظر : الكاساني، بدائع الصنائع ٣٢٣٣/٧ .

(٢) الحديث بهذا اللفظ أخرجه البيهقي في سننه عن ابن عباس . انظر : الزيلعي ، نصب الراية ٩٥/٤-٩٦ .

(٣) الشيباني ، الأصل ١٠٧/٥-١٠٨ .

(٤) السرخسي، المبسوط ٢٩/١٣ .

(٥) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير ٢٢٥/٣ .

البيع)[١] . ولأن الحديث ضعيف كما ترى فإن المسألة لا تصلح أن تكون من باب استحسان الأثر .

المثال الثاني : حكم سؤر سباع الطير [٢] .

ذهب الحنفية إلى نجاسة سؤر سباع البهائم وكل ما لا يؤكل لحمه ، لأن لعابه نجس فيفسد الماء ، لما روي أن عمر بن الخطاب وعمرو بن العاص رضي الله عنهما وردا حوضاً ، فقال عمرو بن العاص : يا صاحب الحوض هل ترد حوضك السباع ؟ فقال عمر بن الخطاب يا صاحب الحوض لا تخبرنا [٣] . فنهي عمر عن الإخبار دليل على نجاسة سؤر سباع البهائم وإلا لما كان للسؤال ولا للنهي معنى . ولأن عين سباع البهائم وكل ما لا يؤكل لحمه منها مستخبث غير طيب ، فيقاس عليه سؤرها كذلك ، كالكلب والخنزير [٤] .

وقال الحنفية : سؤر سباع الطير نجس قياساً على سؤر سباع البهائم ، والعلة في ذلك حرمة تناول اللحم في كل . ولكنهم قالوا إن سؤر سباع الطير طاهر استحساناً . قال السرخسي (وما لا يؤكل لحمه من الطير في القياس نجس، لأن ما لا يؤكل لحمه من سباع الطير معتبر بما لا يؤكل لحمه من سباع الوحش . لكنا استحسنا فقلنا بأنه طاهر مكروه لأنها تشرب بمنقارها ، ومنقارها عظم جاف، بخلاف سباع الوحش فإنها تشرب بلسانها ، ولسانها رطب بلعابها . ولأن في سؤر سباع الطير تتحقق البلوى فإنها تنقض من الهواء فلا يمكن صون الأواني عنها خصوصاً في الصحاري بخلاف سباع الوحش) [٥] .

والملاحظ على هذا المثال ما يلي :

---

(١) رواه الدارمي في سننه في كتاب البيوع ، باب إذا لختلف البيعان ١٦٦/٢. والحديث ضعيف لانقطاعه ، فإن عبدالله بن مسعود الكوفي يروي عن أبيه ولم يسمع منه . انظر : ابن حجر ، تهذيب التهذيب ٢١٥/٦ .

(٢) انظر هذه المسألة في:البخاري ، كشف الأسرار ٧/٤، النسفي، كشف الأسرار ٢٩٢/٢-٢٩٣، التفتازاني، التلويح ٥/٣ .

(٣) رواه مالك في الموطأ في كتاب الطهارة ، باب الطهور للوضوء ص ٢٦-٢٧ .

(٤) السرخسي ، المبسوط ٤٨/١-٥٠ ، الكاساني، بدائع الصنائع ٢٢٤/١ .

(٥) السرخسي، المبسوط ٥٠/١-٥١، الكاساني ، بدائع الصنائع ٢٢٤/١ .

١- أثر عمر الذي استدل به الحنفية على نجاسة سؤر سباع البهائم عام في سباع البهائم وفي سباع الطير، لأن ورود الماء عند العرب لا يختص بالبهائم كما جاء في لسان العرب (ماورد من جماعة الطير والابل وما كان فهو ورد . تقول: وردت الإبل والطير هذا الماء ورداً ، ووردته أوراداً) [١] .

فقياس الطير على البهائم لا يصح لورود النص .

٢- لو سلمنا أن هذا الأثر خاص بسباع البهائم ثم قاس الحنفية سباع الطير على سباع البهائم بجامع حرمة أكل اللحم في كل . فإن المسألة لا يوجد فيها عدول عن قياس ظاهر إلى قياس خفي . أي أنه لا يوجد فرع يتجاذبه أصلان ، بل غاية ما يقال إن الحنفية لم يلحقوا سباع الطير بسباع البهائم لعدم تحقق مناط الحكم ، فإنهم حكموا على سؤر سباع البهائم بالنجاسة للاقاة لعابها النجس الماء الذي تشرب منه ، وهذا غير متحقق في سؤر سباع الطير ، لأنها تشرب بمنقارها ، والمنقار عظم جاف لا يحمل الرطوبة فلا يتنجس الماء لعدم اختلاط اللعاب النجس به [٢] .

٣- هذه المسألة تصلح أن تكون مثالاً لاستحسان الضرورة عند الحنفية ، لأنهم قالوا بعدم نجاسة سؤر سباع الطير للضرورة ، لأن سباع الطير تنقض من الهواء فلا يمكن صون الأواني عنها .

المثال الثالث : رجل قال لزوجته : إذا حضت فأنت طالق . فتقول : قد حضت [٣] .

قال الحنفية : القياس في هذه المسألة أن لا تصدق الزوجة حتى يعلم وجود الحيضة منها ، أو يصدقها الزوج ، وذلك إلحاقاً لهذه المسألة بعدة مسائل نظيرة لها قالوا فيها بأن المرأة لا تصدق في إيقاع الطلاق عليها أو على غيرها ، وهذه المسائل أصل بالنسبة لهذه المسألة ، منها :

أ) لو قال رجل لزوجته : إذا حضت فامرأتي الأخرى طالق . فقالت قد حضت .

---

(١) ابن منظور، لسان العرب مادة (ورد) ٣/٤٥٦ .

(٢) قال الحنفية بكراهة سؤر سباع الطير، لأنها في الغالب تتناول الجيف والميتات، فكان منقارها في معنى منقار الدجاجة المخلاة . انظر : الكاساني ، بدائع الصنائع ١/٢٢٤، البخاري، كشف الأسرار ٤/٧-٨ .

(٣) الجصاص،الفصول ق٢٩٥-٢٩٦ (أ)، السرخسي، الفصول٢/٢٠٢، المبسوط٦/١٠٣-١٠٤ .

وكذبها الزوج لم تطلق المرأة الأخرى .

ب) لو قال رجل لزوجته : إن دخلت الدار فأنت طالق . فقالت بعد ذلك : قد دخلت الدار . فإنها لا تطلق حتى يعلم ذلك ببينة أو بإقرار الزوج .

ج) لو قال رجل لزوجته إن كلمت زيداً فأنت طالق . فقالت بعد ذلك قد كلمته . فإنها لا تطلق حتى يعلم ذلك ببينة أو بإقرار الزوج .

وقد عرض لهذه المسألة عند الحنفية أصل آخر منع من إلحاقها بنظائرها من الأمثلة المذكورة ، وأوجب إلحاقها به استحساناً. وهذا الأصل هو : قبول قول المرأة فيما لا يعلم إلا من جهتها ولا يطلع عليه غيرها . وقد دل على هذا الأصل قوله تعالى:﴿ **ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق الله في أرحامهن** ﴾ [1] ، أي من الحيض ، كما قال عكرمة والزهري والنخعي . ومن الحمل كما قال ابن عباس . ومن الحيض والحمل كما قال مجاهد [2] .

ووجه إلحاق هذه المسألة بالأصل الثاني ومنع إلحاقها بالأصل الأول ، أننا صدقنا المرأة فجعلنا قولها كالبينة في الأحكام التي تخصها مما لا يطلع عليه غيرها . والحيض مما لا يطلع عليه غيرها . أما المسائل التي قررت الأصل الأول، فإننا لم نصدقها . إذا قالت : قد حضت في المسألة الأولى والثانية ، لأن فيها أحكاماً تخص غيرها . ولم نصدقها إذا قالت دخلت الدار أو كلمت زيداً في المسألة الثالثة والرابعة، لأن الحكم وإن كان متعلقاً بها ويخصها وحدها إلا أن دخولها الدار أو كلامها لزيد مما يطلع عليه غيرها ، بخلاف الحيض .

وبعد دراستي لأمثلة كثيرة لاستحسان القياس عند الحنفية وجدت أن أدق هذه الأمثلة وأكثرها انطباقاً على تعريف استحسان القياس الذي ارتضاه الجصاص ، وهو ما أرجحه ، هي الأمثلة التي ساقها الجصاص [3] ، فإننا نجد فيها فرعاً يتجاذبه أصلان يلحق بأقواهما وإن كان خفياً . أما المثال الذي ساقه الدبوسي ومن تبعه فلا يعد من استحسان القياس بناء على تعريف الجصاص ، وإن كان ينطبق على مفهوم الدبوسي للاستحسان فإنه قال (فمتى تعارض

---

(١) سورة البقرة من الآية ٢٢٨ .

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ١١٨/٣ .

(٣) التي منها المثال الثالث المذكور . ولم أذكر غيره خشية الإطالة .

دليلان في حكم الحادثة ، وأحدهما رأي ظاهر ، طريقه واضح سبيله ، والآخر خفي أثره سرّ خبره ، فالظاهر قياس ، والآخر استحسان) [1] . فالملاحظ أن الدبوسي جعل الرأي الظاهر قياساً مع أنه أعم . وقد أكد الدبوسي هذا المعنى بقوله (فصار الفعل المستحسن هو المال بحكمه عن الطريق الظاهر إلى الخفي بدليل شرعي) [2] .

ومن هنا تنتفي الاعتراضات التي وجهت لتعريفات الحنفية ، بأنه لا يوجد عدول عن قياس ، أو دليل يعارض القياس ، أو أحد قياسين في جميع مسائل استحسان القياس . ونستطيع أن نقول إن مراد الحنفية باستحسان القياس أحد أمرين :

أ) عدول المجتهد عن قياس ظاهر إلى قياس خفي أقوى . والمراد بالقياس هنا القياس الأصولي . ويصدق على هذا المعنى الأمثلة التي ساقها الجصاص .

ب) عدول المجتهد عن اجتهاد ظاهر إلى اجتهاد خفي أقوى . وهذا أعم من سابقه ، ويصدق على هذا المعنى الأمثلة التي ساقها الدبوسي وغيره من الحنفية . وقد أشار مصطفى شلبي في بحثه القيم إلى هذا المعنى بقوله: (والذي ظهر لي بعد طول البحث أنهم – أي الحنفية – تكلفوا في موضعين : الموضع الأول : جعلهم القياس المقابل للاستحسان بأنواعه قياساً أصولياً مع أنه يبدو في أغلب الصور بمعنى القاعدة العامة المأخوذة من مجموع الأدلة الواردة في نوع واحد، أو بمعنى مقتضى الدليل العام ...) [3] .

---

(١)،(٢) الدبوسي ، تقويم أصول الفقه ٨١٧/٢ .

(٣) شلبي ، تعليل الأحكام ص٣٣٧ . ولم أر أوضح ولا أدق من حديث الدكتور شلبي فيما اطلعت عليه من أبحاث في موضوع الاستحسان . وإن كان كلامه ص٣٧٣ يدل على أن الاستحسان المردود عند الشافعي استحسان العرف فقط . وهذا مما أخالفه فيه كما سيظهر في هذا البحث .

أنواع الاستحسان من حيث قوته وضعفه في مقابلة القياس : (١)

يقسم الاستحسان في مقابلة القياس ، وكذلك القياس في مقابلة الاستحسان إلى نوعين (٢):

الأول : استحسان قوي أثره وإن كان خفياً ، في مقابل قياس ضعيف أثره وإن ظهرت قوته. وهذا عند الحنفية استحسان تسمية ومعنى ، ومقدم على القياس . ومعظم استحسان القياس عند الحنفية من هذا النوع .

الثاني : استحسان ظهر أثره وخفي فساده ، في مقابل قياس ظهر فساده (أي ضعفه) واستترت صحته وأثره . وهذا عند الحنفية استحسان تسمية لا معنى . والاستحسان معنى عندهم هو القياس لانضمام معنى خفي له ، وهو قوة أثره ، فكان المؤثر في الحكم (٣) . والقياس هنا مقدم على الاستحسان . وهذا النوع قليل جداً مقارنة بالنوع الأول ولا تزيد مسائله على اثنتي عشرة مسألة (٤) .

---

(١) هذه القسمة لا تصلح أن تكون للاستحسان وحده ولا للقياس وحده ، بل هي لكل واحد منهما في مقابل الآخر . فالقياس الخالي عن معارضة الاستحسان خارج عن هذا التقسيم . وكذا الاستحسان الثابت بالنص أو الإجماع أو الضرورة خارج عنه أيضاً . لذا جعلت هذا المبحث بعد استحسان القياس مباشرة . انظر : البخاري، كشف الأسرار ٢/٤ .

(٢) هذه القسمة باعتبار النتيجة النهائية والعملية ، لأننا إما أن نرجح الاستحسان ، وهو الأكثر أو نرجح القياس الذي انضم له معنى خفي، وقد ظهر هذا في مسائل معدودة . انظر : السرخسي ، الفصول ٢٠٣/٢ ، البخاري، كشف الأسرار ٢/٤ . أما من الناحية النظرية فإن للقياس في مقابلة الاستحسان ست عشرة صورة : (قياس صحيح الظاهر والباطن مع استحسان صحيحهما ، مع استحسان فاسدهما، مع استحسان صحيح الظاهر لا الباطن ، مع استحسان فاسد الظاهر لا الباطن . قياس فاسدهما مع استحسان فاسدهما، مع استحسان صحيحهما ، مع استحسان صحيح الظاهر لا الباطن ، مع استحسان فاسد الظاهر لا الباطن . قياس صحيح الظاهر لا الباطن . مع استحسان كذلك . مع استحسان فاسد الباطن لا الظاهر ، مع استحسان صحيحهما ، مع استحسان فاسدهما . قياس فاسد الظاهر لا الباطن ، مع استحسان كذلك ، مع استحسان صحيح الظاهر لا الباطن ، مع صحيحهما ، مع فاسدهما) . انظر : ابن أمير الحاج ، التقرير والتحبير ٢٢٧/٣ .

(٣) البخاري ، كشف الأسرار ٣/٤ .

(٤) الرهاوي ، حاشيته على شرح المنار ص٨١٥-٨١٦، أما عبدالعزيز البخاري فقال إنها لا تتعدى ست أو سبع مسائل . انظر: البخاري، كشف الأسرار ١٠/٤ .

النوع الثاني
استحسان غير القياس

وهو كل استحسان ثبت عند الحنفية بدليل غير القياس ، سواء أكان نصاً ، أم إجماعاً ، أم ضرورة [1] . ويمكن تعريفه بأنه : ترجيح المجتهد الاجتهاد الخفي على الاجتهاد الظاهر لدليل أقوى من كتاب أو سنة أو إجماع أو ضرورة .

ويقسم استحسان غير القياس إلى أقسام :

أولاً : استحسان النص : وهو نوعان :

أ) ما ثبت بنص من القرآن ، كجواز الوصية ، فإن الأصل عدم جوازها لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والموت مزيل للملك ، فيكون التمليك في وقت زوال الملك . وبناء على هذا الأصل فإن الوصية لا تجوز عند الحنفية ، إلا أنهم أجازوها استحساناً [2] لقوله تعالى : ﴿ **من بعد وصية يوصي بها أو دين** ﴾ [3] .

ب) ما ثبت بأثر صحيح ، كجواز الصوم لمن أكل أو شرب ناسياً ، فإن القياس يوجب فساد الصوم بالأكل أو الشرب لأن الشيء لا يبقى مع وجود ما ينافيه ، والصوم هو : الإمساك عن الطعام والشراب والجماع بشرائط مخصوصة [4] . لكن الحنفية عدلوا عن القياس في هذه المسألة إلى الاستحسان لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (**إذا نسي فأكل وشرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه**) [5] .

---

(١) الجصاص، الفصول ق٢٩٨(أ)-٢٩٩(أ) ، الدبوسي، تقويم أصول الفقه ٨١٨/٢، السرخسي، أصول ٢٠٢/٢، البخاري، كشف الأسرار ٤/٤-٦، ابن ملك ، شرح المنار ص٨١٢، وقد اقتصر الحنفية في كتبهم الأصولية على هذه الأنواع الثلاثة فقط . وزاد عليها الدكتور محمد مصطفى شلبي في كتابه القيم تعليل الأحكام ص٣٥٤-٣٥٧، أنواعاً أخرى من خلال النظر في كتبهم الفقهية .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ٤٨٣٧/١٠ .

(٣) سورة النساء من الآية ١١ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ٩٧٤/٢ .

(٥) البخاري، الجامع الصحيح ، كتاب الصوم باب الصائم إذا أكل أو شرب ناسياً ٢٣٤/٢، وانظر هذه المسألة في : البخاري ، كشف الأسرار ٥/٤ .

ويلاحظ أن الحنفية لم يعدلوا عن قياس أصولي في الوصية ، بل عدلوا عن أصل ثبت عندهم بأدلة كثيرة من القرآن والسنة والمعقول وهو : إعطاء الإنسان حق التصرف بماله في حياته . وكذا بالنسبة للصائم الذي أثبتوا له صومه بعد أن أكل ناسياً ، فانهم لم يعدلوا عن قياس أصولي، بل عدلوا عن أصل ثبت حكمه بالقرآن ، وهو : إباحة الجماع والأكل والشرب في ليل رمضان لقوله تعالى : ﴿ **لحلّ لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم** ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ **وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر** ﴾ [١] . ثم أمر الله سبحانه بالإمساك عما أباحه إلى غروب الشمس بقوله : ﴿ **ثم أتموا الصيام إلى الليل** ﴾ [٢] . فمن أكل أو شرب أو جامع زوجته لا يكون صائماً بمقتضى هذه الآية سواء أكان عامداً أم ناسياً . لكن عدلوا عن ذلك الحكم بالنسبة للناسي للحديث .

ثانياً : استحسان الإجماع : ومثاله جواز عقد الاستصناع [٣] فيما فيه للناس تعامل . فإن الأمة تفعله من غير نكير مع أنه يتعارض مع قول النبي صلى الله عليه وسلم : **(لاتبع ما ليس عندك)** [٤]. والقياس يأبى مثل هذا العقد لأنه بيع معدوم للحال حقيقة ، وهو معدوم وصفاً في الذمة ، ولا يجوز بيع شيء إلا بعد تعيينه أو ثبوته في الذمة [٥] ، كما في بيع السلم فإنه ثابت في الذمة لتعيين أوصاف المسلم فيه ، وتحديد الآجل، وقبض الثمن في مجلس العقد، وغير ذلك من الشروط [٦] .

---

(١) سورة البقرة من الآية ١٨٧ .

(٢) سورة البقرة من الآية ١٨٧ .

(٣) هو عقد على بيع في الذمة شرط فيه العمل. انظر : الكلساني، بدائع الصنائع ٢٦٧٧/٦ .

(٤) جزء من حديث رواه الترمذي في صحيحه في كتاب البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ماليس عنده ٥٣٥/٣. وانظر : البخاري ، الجامع الصحيح ٢٣/٣ .

(٥) البخاري ، كشف الأسرار ٥/٤، السرخسي، أصول ٢٠٣/٢، ابن ملك ، شرح المنار ص٨١٣، التفتازاني، التلويح ٤/٣، ابن أمير الحاج ، التقرير والتحبير ٢٢٢/٣ .

(٦) الكلساني، بدائع الصنائع٣١٤٨/٧ ومابعدها. والفرق الجوهري بين الاستصناع وبين السلم ، انه يشترط في السلم بيان المدة (أي تحديد اجل التسليم) ، وأن يقبض الثمن في المجلس ، بخلاف الاستصناع، فيجوز دفع الثمن في المجلس عند العقد ويجوز تأجيله . ومن هنا كان السلم مما يثبت في الذمة، لانه دين بخلاف الاستصناع ، فانه لا يثبت في الذمة ، لانه عين ، والأعيان لا تثبت في الذمة، انظر : الكلساني، بدائع الصنائع ٣١٥١/٧ ،٣١٦٧،٣١٧٥/٦،٢٦٧٨ .

والملاحظ هنا أيضاً أن الحنفية لم يعدلوا عن قياس بمعناه عند الأصوليين ، وإنما عدلوا عن أصل ثبت عندهم وهو : عدم جواز بيع شيء إلا بعد تعيينه أو ثبوته في الذمة .

ثالثاً : استحسان الضرورة : ومثاله الحكم بطهارة الحياض والآبار والأواني إذا لاقتها نجاسة ، سواء بنزح الماء كله أو بعضه أو بغسل الإناء ، مع أن القياس يأبى ذلك ، لأن الدلو تنجس بملاقاة الماء ، فلا تزال تعود وهي نجسة ، وكذلك الإناء إذا لم يكن في أسفله ثقب يخرج الماء منه إذا أجري من أعلاه لأن الماء النجس يجتمع في أسفله فلا يحكم بطهارته . ولكن الحنفية عدلوا عن القياس وحكموا بطهارة ما تقدم ذكره استحسان ضرورة [1] .

ويلاحظ هنا أيضاً أن الحنفية في هذه المسألة لم يعدلوا عن قياس أصولي . بل عدلوا عن أصل ثبت عندهم عقلاً وهو : أن النجاسة إذا لاقت الماء تنجس كل الماء .

وقد خالف الجصاص وابن أمير الحاج جمهور الحنفية ، فعد الجصاص هذه المسألة من استحسان الإجماع [2]. وعدها ابن أمير الحاج في بعض صورها من الاستحسان بالأثر فقال (والحق أن تطهير الآبار لا يعد مطلقاً من هذا القبيل ، إذ لا يخفى أن ما وجب فيه نزح البعض فهو من الاستحسان بالأثر)[3] .

والذي أراه أن ما ذهب إليه الجصاص ضعيف، لعدم ثبوت انعقاد الإجماع في هذه المسألة ، وإلا لما خفي ذلك على جمهور الحنفية وغيرهم من الفقهاء . وأما ما ذهب إليه ابن أمير الحاج فهو صحيح على مذهب جمهور الحنفية الذين ألحقوا قول الصحابي فيما يمكن فيه الرأي بالسنة . أما على مذهب الكرخي والدبوسي فلا يصح، لأنهما لم يلحقا قول الصحابي فيما يمكن فيه الرأي بالسنة [4].

وقبل أن أختم الحديث عن أنواع استحسان غير القياس . لابد من التأكيد على حقيقة وهي : أن الشافعي لاينكر هذه الأنواع كما سبق تقرير ذلك في بداية الحديث عن استحسان القياس . بل أكثر من ذلك فإن الشافعي أثبت في رسالته العدول عن

---

(١) الدبوسي، تقويم أصول الفقه ٢/٨٢٠، السرخسي، أصول ٢/١٠٣، البخاري، كشف الأسرار ٤/٥-٦ ، ابن ملك، شرح المنار ص٨١٣ .

(٢) الجصاص، الفصول ق ٢٩٨(ب) .

(٣) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير ٣/٢٢٢ .

(٤) أمير باد شاه ، تيسير التحرير ٣/١٣٢-١٣٣ .

أصل ثبت عنده بعدة أدلة فأخرج منه مسألة جزئية ، وأثبت لها حكماً مغايراً للأصل الثابت عنده لدليل جزئي اقتضى ذلك . وهذا الأصل هو : أن الالتزامات والغرامات المالية تثبت في مال الرجل سواء بحق وجب عليه لله أو أوجبه الله عليه للآدميين ، وأنه لا يكلف أحد غرمه عنه . ومن أدلة هذا الأصل التي ذكرها الشافعي :

قوله تعالى:﴿ وآتوا الزكاة ﴾ (١) وقوله تعالى:﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ﴾ (٢) .

وقوله تعالى:﴿ فإن أحصرتم فما استيسر من الهدي ﴾(٣). وقوله تعالى: ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ (٤) .

وقوله تعالى:﴿ ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ماقتل من النعم ﴾ (٥) .

وقوله تعالى:﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم ...﴾ (٦) .

وقد عدل الشافعي عن هذا الأصل المذكور الذي يقتضي أن كل غرامة مالية تلزم في مال المكلف ، ولم يحكم على القاتل الخطأ بدفع الدية من ماله ، بل قال تجب على العاقلة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في الحر المسلم يقتل خطأ مائة من الإبل ، وقضى بها على العاقلة (٧) .

وبعد استعراض تعريف الاستحسان وأمثلته التي ذكرها الحنفية في كتبهم ومناقشة تلك التعريفات والأمثلة تبين لي :

أولاً : أن ماذهب إليه بعض العلماء القدامى وتبعهم فيه بعض العلماء المعاصرين أن الاستحسان عند الحنفية أو عند بعضهم : ترك القياس لما يستحسنه العقل من غير دليل . كلام غير صحيح ولا دليل عليه . فإن الحنفية أعرف بمدلول الاستحسان عند إمامهم وعند أصحابه ومن تبعهم من علماء المذهب . ولم أر أحداً من الحنفية قال إن الاستحسان ترك القياس لما يستحسنه العقل . وأول من نسب هذا القول إلى الحنفية

---

(١) سورة البقرة من الآية ٤٣ . ومواضع كثيرة في القرآن الكريم .

(٢) سورة النساء من الآية ٤ .

(٣) سورة البقرة من الآية ١٩٦ .

(٤) سورة المجادلة من الآية ٣ .

(٥) سورة المائدة من الآية ٩٥ .

(٦) سورة المائدة من الآية ٨٩ .

(٧) الشافعي ، الرسالة ص٥٤٩-٥٥٠ .

أبو بكر الباقلاني المالكي المتوفى سنة ٤٠٣هـ ، وتبعه في ذلك عدد من العلماء القدامى والمعاصرين . فكيف يستساغ أن يكون القاضي الباقلاني أعرف بمعنى الاستحسان عند أبي حنيفة أو عند الحنفية من الكرخي الحنفي المتوفى سنة ٣٤٠هـ ، ومن الجصاص الحنفي المتوفى سنة ٣٧٠هـ ، وكلاهما قبل الباقلاني، وهما أول من عرف الاستحسان عند الحنفية وتبعهما الدبوسي والبزدوي والسرخسي [١]. وهم من أئمة علم الأصول عند الحنفية وأعرف بمدلول الاستحسان في مذهبهم من الباقلاني وغيره ممن تبعه من العلماء من غير الحنفية . فإن كنا لا نجيز أخذ آراء أصحاب المذهب في المسائل الفقهية من كتب غيرهم فمن باب أولى أن لا نجيز أخذ رأي الحنفية في المراد بدليل كلي عندهم وقع الاختلاف بينهم وبين غيرهم في حجيته من كتب غيرهم .

ثانياً : قال بعض العلماء المعاصرين إن الخلاف في الاستحسان خلاف في التسمية واللفظ لا في الحقيقة والمعنى [٢] .

والقول بأن الخلاف في الاستحسان خلاف في التسمية واللفظ ، لافي الحقيقة والمعنى ، غير صحيح لما يلي :

١- كيف يكون الخلاف في التسمية وقد ورد لفظ الاستحسان في القرآن في قوله تعالى : ﴿ **الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه** ﴾[٣] وقوله :﴿ **واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم** ﴾[٤] وقوله:﴿ **وأمر قومك يأخذوا بأحسنها** ﴾ [٥]. وجاء في الأثر قول ابن مسعود (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)[٦] .

---

(١) انظرهوامش ملسبق في تعريف الاستحسان في الاصطلاح .

(٢) البغا ، أثر الأدلة المختلف فيها ص١٢٧، ميقا، الرأي وأثره في مدرسة المدينة ص٤١٢، الربيعة ، أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها ص١٨٤، ابن حميد، رفع الحرج ص٣٠٥ .

(٣) سورة الزمر من الآية ١٨ .

(٤) سورة الزمر من الآية ٥٥ .

(٥) سورة الأعراف من الآية ١٤٥ .

(٦) رواه الإمام أحمد في كتاب السنة ، وهذا الأثر موقوف حسن . انظر : السخاوي ، المقاصد الحسنة ص٣٦٧ .

وقال به الإمام الشافعي نفسه [١] .

٢- أنه يتعارض مع ما قاله كبار علماء الشافعية : أن خلافهم مع الحنفية في الاستحسان خلاف في المعنى لافي اللفظ . بدليل أنهم قالوا الاستحسان عند الحنفية قول بلا دليل [٢] ولو أن الاستحسان عند الحنفية قول بالدليل لما أنكر عليهم الشافعية ذلك .

ثالثاً :ما ذهب إليه بعض العلماء القدامى وتابعهم فيه جلّ العلماء المعاصرين الذين كتبوا عن الاستحسان بأنه (لا يتحقق استحسان مختلف فيه) [٣] .

ليس صحيحاً على إطلاقه ، فإن الشافعي أنكر وعاب في الرسالة على من يقول بالاستحسان ، فقال (ولو جاز تعطيل القياس ، جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان)[٤]. وقال (وإنما الاستحسان تلذذ)[٥]. وعقد الشافعي في كتاب الأم كتاباً لإبطال الاستحسان [٦] . فيكف نقول مع كل هذا لا يتحقق استحسان مختلف فيه ! نعم أن تلك العبارة تصدق على استحسان غير القياس كاستحسان النص أو استحسان الإجماع . فإن الشافعي لا ينكر هذا الاستحسان ، كما بينت هذا في بداية الحديث عن استحسان القياس [٧] . أما استحسان القياس الذي هو أدقها مسلكاً وترجع اكثر استحسانات الحنفية إليه[٨]، فالراجح عندي أن الخلاف فيه متحقق . وأن الشافعي وعلماء الشافعية ينكرونه لأنه راجع إلى تخصيص العلة ، وهو باطل عند الشافعية ، وقد ذكر الرازي ، والآمدي ، وسراج الدين الأرموي أن استحسان القياس راجع إلى تخصيص العلة ،

---

(١) انظر : ماسبق عن استحسان القياس .

(٢) انظر : هوامش ماسبق في (أ) مشكلة البحث .

(٣) انظر : هوامش ماسبق في (ب) مشكلة البحث .

(٤) الشافعي ، الرسالة ص٥٠٥ .

(٥) المصدر نفسه ص٥٠٧ .

(٦) الشافعي ، الأم ٢٦٧/٧-٢٧٠ .

(٧) انظر : ماسبق عن استحسان القياس .

(٨) الجصاص ، الفصول ق٢٩٥ (أ) .

وهو باطل . قال الرازي (وإنما الخلاف في المعنى ، وهو : أن القياس إذا كان قائماً في صورة الاستحسان في سائر الصور، ثم ترك العمل به في صورة الاستحسان وبقي معمولاً به في غير تلك الصورة ، فهذا هو القول بتخصيص العلة . وهو عند الشافعي وجمهور المحققين باطل)[1] . وقال الآمدي (ومنهم من قال إنه عبارة عن تخصيص قياس بدليل هو أقوى منه . وحاصله يرجع إلى تخصيص العلة وقد عرف ما فيه)[2] . وقال الأرموي (ثم ان أصحابنا أنكروا الاستحسان على الحنفية ، والخلاف ليس في اللفظ ... بل في المعنى ، وهو أن القياس إذا كان قائماً في صورة الاستحسان متروكاً فيها ومعمولاً به في غيرها، لزم تخصيص العلة . وهو عندنا وعند جمهور المحققين باطل ، فبطل الاستحسان)[3] .

وبناء على هذا التوجيه يمكننا أن نقول : إن ما جاء في الرسالة للشافعي (ولو جاز تعدي القياس ...) يكون مفهوماً ومقبولاً . أي ولو جاز القول باستحسان القياس المبني على جواز تخصيص العلة الذي لا نقره ، يكون هذا تعدياً للقياس ، وليس عملاً به ، ولا يجوز أن نتعدى القياس فنقول بتخصيص العلة .

أما القول بأن الشافعي لم ينكر الاستحسان الذي قال به الحنفية ، بما في ذلك استحسان القياس [4] فهو قول مردود . وإلا فأي استحسان أنكر الشافعي ؟ ومن هم القائلون به ؟ وأين كتبهم التي احتوت على آرائهم وأدلتهم ؟ .

لاشك أن الشافعي أنكر استحسان القياس عند الحنفية في المقام الأول . وإلاهل يعقل أن يعطي الشافعي إنكار الاستحسان مثل تلك الأهمية في كتبه ويكون قائله

---

(١) الرازي ، المحصول ج٢ق٣ ص١٧٣ .

(٢) الآمدي ، الأحكام ١٥٨/٤.

(٣) الأرموي ، التحصيل من المحصول ٣١٩/٢ .

(٤) حصرت الحديث في استحسان القياس . لان أكثر استحسانات الخنفية راجعة إليه . ولأن الحنفية لم ينصوا في كتبهم الأصولية على غيره من الاستحسانات المختلف فيها كاستحسان العرف مثلاً . ثم إن العرف في استحسان العرف إما أن يراد به العادات المستحدثة للعامة ، فهذا لا يجوز ترك الدليل الشرعي به . أو أن يراد به العادة التي اتفقت عليها الأمة من أهل الحل والعقد ، وهذا راجع للإجماع . انظر : الآمدي ، الأحكام ١٥٩/٤ .

مغموراً غير معروف ؟ فإنه لو صدر القول بالاستحسان من غير مجتهد ، لما أخذ من الإمام الشافعي مثل هذا الاهتمام . لكن لما صدر القول بالاستحسان من أبي حنيفة ذلك الإمام الذي روى عن الشافعي نفسه أنه قال : قيل للإمام مالك بن أنس : هل رأيت أبا حنيفة ؟ قال : نعم . رأيت رجلاً لو كلمك في هذه السارية أن يجعلها ذهباً لقام بحجته)[1] . وهو الذي قال ابن شبرمة في حقه : إن كان يجوز لأحد أن يتكلم في دين الله برأيه ، فأبو حنيفة إذا قال استحسنت) [2] . ثم إن الشافعي لم يكن بعيداً عن عصر أبي حنيفة حتى نقول إنه أنكر الاستحسان الذي اشتهر في عصره ،ولم ينكر الاستحسان الذي قال به أبو حنيفة ، فقد ولد في نفس السنة التي توفي فيها أبو حنيفة وهي سنة ١٥٠هـ . وقد صرح الشيرازي الشافعي المتوفى سنة ٤٧٦هـ بأن الشافعي أنكر الاستحسان المحكي عن أبي حنيفة ، بل وحرر محل النزاع في بيان الاستحسان الذي ينكره الشافعية وهو : استحسان القياس بقوله (الاستحسان باطل ، وهو ترك القياس لما يستحسنه الإنسان من غير دليل . وحكي عن الشافعي رضي الله عنه وبشر المريسي القول عن أبي حنيفة بالاستحسان ، وهو : ترك القياس لما يستحسنه الإنسان من غير دليل)[3] .

---

(١) الصالحي ، عقود الجمان ص١٧٦ .

(٢) الموفق المكي ، مناقب أبي حنيفة ٨٤/١ .

(٣) الشيرازي ، التبصرة ص ٤٩٢-٤٩٣ .

قد يعترض فيقال : إن الحنفية يتركون القياس لدليل . فكيف ينسب الشيرازي ومن قبله ،الشافعي إلى الحنفية أن الاستحسان ترك القياس لما يستحسنه العقل من غير دليل ؟ والجواب عن ذلك : أن استحسان القياس راجع إلى تخصيص العلة عند الشافعية ، ولا يوجد دليل صحيح يجيز تخصيص العلة عندهم فكان استحسان القياس عندهم ترك القياس من غير دليل ، وهو باطل .

حجية الاستحسان

لما كان الشافعي يقول باستحسان غير القياس كما بينت في بداية الحديث عن استحسان القياس ، وجب أن ينصب الحديث في حجية الاستحسان على استحسان القياس ، الذي قال الشافعية إنه راجع إلى تخصيص العلة [1] . ولما كان تخصيص العلة عندهم باطل . فإن الاستحسان يكون باطلاً أيضاً .

وأما الحنفية القائلون بحجية استحسان القياس ، فالذي أراه أن الاستحسان عندهم حجة . ويمكن أن يردوا على الشافعية من وجهين :

الوجه الأول : ويمثله المانعون من تخصيص العلة كأبي منصور الماتريدي والبزدوي والسرخسي وعبدالعزيز البخاري ومشايخ سمرقند وبخارى ، فإنهم يوافقون الشافعي وغيره من الأئمة على منع تخصيص العلة [2] ومع ذلك يرون أن استحسان

---

(١) تخصيص العلة هو : تخلف الحكم في بعض الصور عن الوصف المدعى علة لمانع. وقد يعترض فيقال : التخصيص يرد على الألفاظ لا على المعاني . فكيف جاز لنا أن نقول تخصيص العلة مع أن العلة من المعاني لا من الألفاظ . والجواب عن ذلك : أن المعنى في ذاته وإن كان شيئاً واحداً فهو ليس من باب العموم ، إلا أنه يوصف بالعموم بالنظر إلى تعدد محاله التي يؤثر فيها . فأطلق العلماء على اخراج بعض المحال التي توجد فيها العلة لعدم تاثيرها في ذلك المحل وقصر تاثير العلة على بقية المحال تخصيصاً ، لمشابهة ذلك لتخصيص العام الذي هو إخراج بعض أفراده من إرادة اللفظ العام له وقصر بقية العموم على بقية الأفراد . انظر : البخاري ، كشف الأسرار ٤/٣٢ .

(٢) اختلف العلماء في تخصيص العلة المستنبطة :

فذهب أبو الحسن الكرخي وأبو بكر الرازي الجصاص وأبو زيد الدبوسي وأكثر العراقيين من الحنفية إلى أن تخصيص العلة المستنبطة جائز ، وهو مذهب المعتزلة .وذهب مشايخ سمرقند ومشايخ بخارى وأبو منصور الماتريدي إلى عدم جواز ذلك . انظر : الجصاص ، الفصول ص١٣٣،١٤٤-١٤٥، السمرقندي ، ميزان الأصول ٦٣٠-٦٣١، البخارى ، كشف الأسرار ٣٢،٣٦ . وذهب عامة المالكية الى أن تخصيص العلة باطل . انظر: الباجي، أحكام الفصول ص٥٨٦ . وذهب جمهور الشافعية إلى بطلان تخصيص العلة ، وعزا الرازي إلى الشافعي وإلى جمهور المحققين القول ببطلان تخصيص العلة ، وعزا الجويني ذلك إلى معظم الأصوليين . انظر : الجويني ، البرهان ٢/٩٧٧، الرازي، المحصول ج٢ق٣ص١٧٣، الآمدي، الأحكام ٣/٢١٨ . ونقل ابن النجار اختلاف الحنابلة في هذه المسألة وأوصل الاقوال فيها =

القياس حجة لانه ليس من باب تخصيص العلة . لان تخصيص العلة تخلف الحكم في بعض الصور عن الوصف المدعى علة..

وليس الأمر كذلك في مسائل الاستحسان ، فإن انعدام الحكم في مسائل الاستحسان إنما هو لانعدام العلة. فقد ذهب الحنفية إلى عدم نجاسة سؤر سباع الطير لأن العلة وهي : ملاقاة لعابها للماء لم تتحقق . قال السرخسي بعد أن ذكر هذا المثال:(من ادعى أن القول بالاستحسان قول بتخصيص العلة فقد أخطأ ، لأن بما ذكرنا تبين أن المعنى الموجب لنجاسة سؤر سباع الوحش الرطوبة النجسة في الآلة التي تشرب بها ، وقد انعدم ذلك في سباع الطير فانعدم الحكم لانعدام العلة وذلك لا يكون من تخصيص العلة في شيء)[1] . وذكر مثل هذا القول البزدوي ووافقه البخاري[2]، وذكر مثله ايضاً السمرقندي[3] . وما قالوه في هذا المثال يقال في كل صور استحسان القياس عند الحنفية : إنه لا يوجد وصف اتفق على عليته وتخلف الحكم في بعض الصور عنه .

وبناء على أن الاستحسان ليس تخصيصاً للعلة ، قال الحنفية : إنه لا يصح القول إن العمل بالاستحسان أولى من العمل بالقياس ، بل الصحيح أن نقول العمل بالاستحسان هو المتعين ويجب ترك القياس به [4] .

الوجه الثاني : ويمثله الكرخي والجصاص والدبوسي وأكثر العراقيين من الحنفية الذين أجازوا تخصيصاً للعلة . فيكون الاستحسان عندهم جائزاً ، وإن كان من قبيل تخصيص العلة .

= إلى عشرة . إلا أن لبا يعلى يرى عدم جواز تخصيص العلة وعزا هذا القول للإمام أحمد. انظر: الفراء، العدة٤/١٣٨٦، ابن النجار، شرح الكوكب المنير ٤/٥٧-٦٤ .

وأما العلة النصية فقد رجح عبدالعزيز البخاري جواز تخصيصها لقيام الأدلة على ذلك . انظر: البخاري ، كشف الأسرار ٤/٣٣ .

(١) السرخسي ، الفصول ٢/٢٠٤ .

(٢) البخاري ، كشف الأسرار ٤/٧-٨ .

(٣) السمرقندي ، ميزان الأصول ص٦٣٥ .

(٤) السرخسي، الفصول ٢/٢٠١، السمرقندي ، ميزان الأصول ص٦٣٥، البخاري ، كشف الأسرار ٤/٨ ، التفتازاني، التلويح ٣/١٠ .

والذي يظهر لي أن ما ذكره البزدوي والسرخسي والسمرقندي وعبدالعزيز البخاري من أن الاستحسان ليس من باب تخصيص العلة هو الراجح، لأن الذي يدقق في أمثلة استحسان القياس عند الحنفية يلاحظ أن العلة منعدمة في الحكم المستحسن فينعدم الحكم . وهذا بخلاف تخصيص العلة فان العلة موجودة ولكن تخلف الحكم عنها لمانع . ومن هنا يكون استحسان القياس حجة . ولا يكون القول به قولاً من غير دليل .

مصادر البحث

- الارموي ، سراج الدين محمود بن أبي بكر .
التحصيل من المحصول . تحقيق : عبدالحميد علي أبو زنيد . بيروت ، ط١ مؤسسة الرسالة ، سنة ١٤٠٨هـ .
- الأسنوي، عبدالرحيم بن الحسين بن علي :
نهاية السول شرح منهاج الوصول في علم الأصول ، ومعه سلم الوصول ، بيروت ، عالم الكتب. د.ت .
- الأصبحي، مالك بن أنس :
المدونة الكبرى . بغداد ، مكتبة المثنى ، ١٩٧٠م . الموطا . شرح أحمد راتب عرموش . د.ت .
- الأصفهاني . محمود بن عبدالرحمن بن أحمد :
بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب . تحقيق : د. محمد بقا . مكة المكرمة، ط١، مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى ، ١٤٠٦هـ .
- الآمدي. علي بن أبي علي بن محمد :
الأحكام في أصول الأحكام . تعليق: الشيخ عبدالرزاق عفيفي. الرياض، ط١، مؤسسة النور، سنة ١٣٨٧هـ .
- أمير بادشاه . محمد أمين بن محمود البخاري :
تيسير التحرير شرح التحرير لابن الهمام . بيروت، ط٢، دار الكتب العلمية، سنة ١٤٠٣هـ .
- ابن أمير الحاج . محمد بن محمد بن الحسن :
التقرير والتحبير شرح التحرير لابن الهمام . القاهرة ،ط١، المطبعة الأميرية، سنة ١٣١٦هـ .
- الباجي . سليمان بن خلف :
أحكام الفصول في أحكام الأصول . تحقيق : د. عبدالله الجبوري . بيروت،ط١، مؤسسة الرسالة، سنة ١٤٠٩هـ .

– الباحسين . يعقوب عبدالله :
رفع الحرج في الشريعة الإسلامية . البصرة ، مطبعة جامعة البصرة، سنة ١٩٨٠م.
– البخاري . عبدالعزيز بن أحمد بن محمد :
كشف الأسرار عن أصول البزدوي . بيروت، دار الكتاب العربي، سنة ١٩٧٤م .
– البخاري . محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة :
الجامع الصحيح المسند المختصر من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه . استانبول ، المكتب الإسلامي ، سنة ١٩٧٩م .
– البصري . محمد بن علي بن الطيب :
المعتمد في أصول الفقه . تحقيق : محمد حميد الله ، وبتعاون : أحمد بكير ، وحسن حنفي . دمشق، المعهد العلمي الفرنسي ، سنة ١٣٨٥هـ .
– البغا . مصطفى :
أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي . دمشق، دار البخاري . د.ت .
– البوطي . محمد سعيد رمضان :
ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية . دمشق، ط١، مطبعة العلم ، سنة ١٩٦٥م .
– الترمذي . أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة :
الجامع الصحيح . تحقيق : أحمد شاكر، ومحمد فؤاد عبدالباقي، وابراهيم عطوة . القاهرة ،ط٢، مطبعة مصطفى الحلبي ، سنة ١٣٨٨هـ .
– الجصاص . أحمد بن علي الرازي :
الفصول في الأصول . نسخة ميكروفيلم برقم ٨٤٠٩ في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ، مصورة عن المخطوط الموجود في دار الكتب المصرية برقم ٢٢٩ . وأبواب الاجتهاد والقياس منه . بتحقيق : د. سعيد الله القاضي. لاهور ،ط١، المكتبة العلمية ، سنة ١٩٨١م .
– الجوهري . إسماعيل بن حماد :
تاج اللغة وصحاح العربية . تحقيق : أحمد عبدالغفور عطار . بيروت، ط٢، دار العلم للملايين ، سنة ١٩٧٩م .
– ابن الحاجب = انظر الأصفهاني .

- ابن حجر . أحمد بن علي العسقلاني :
تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير . تصحيح : عبدالله هاشم اليماني . بيروت ، دار المعرفة ، ١٣٨٤هـ .
- ابن حزم . علي بن أحمد بن سعيد :
الأحكام في أصول الأحكام . بيروت ،ط٢، دار الجيل ، سنة ١٤٠٧هـ . ملخص إبطال القياس والرأي والاستحسان والتقليد والتعليل . تحقيق : سعيد الأفغاني . دمشق، مطبعة جامعة دمشق ، سنة ١٩٦٠م .
- ابن حميد . صالح عبدالله :
رفع الحرج في الشريعة الإسلامية . مكة المكرمة ، ط١، جامعة أم القرى ، سنة ١٤٠٣هـ .
- الدارمي . أبو محمد عبدالله بن عبدالرحمن :
سنن الدارمي . تحقيق : عبدالله هاشم يماني . القاهرة ، دار المحاسن للطباعة والنشر، سنة ١٩٦٦م .
- الدبوسي . أبو زيد عبيد الله بن عمر :
تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع . تحقيق : د. عبدالرحيم صالح الأفغاني . رسالة دكتوراة مقدمة للجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، سنة ١٤٠٣هـ .
- الرازي . محمد بن عمر بن الحسين :
المحصول في علم أصول الفقه . تحقيق : د. طه جابر فياض العلواني . الرياض، ط١، جامعة الإمام محمد بن سعود ، سنة ١٤٠١هـ .
- الربيعة . عبدالعزيز عبدالرحمن :
أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها . بيروت ، ط٣، مؤسسة الرسالة ، ١٤٠٢هـ .
- الرهاوي . يحيى الرهاوي :
حاشية الرهاوي على شرح المنار لابن ملك . تركيا ، المطبعة العثمانية ، سنة ١٣١٥هـ .
- الزبيدي . محمد بن محمد بن محمد الحسيني :
تاج العروس من جواهر القاموس . بنغازي ، دار ليبيا ، سنة ١٩٦٦م .
- الزيلعي . عبدالله بن يوسف :
نصب الراية لأحاديث الهداية . القاهرة ، ط١، دار المأمون ، سنة ١٣٥٧هـ .

- السخاوي . أبو الخير محمد بن عبدالرحمن :
المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الالسنة . علق عليه : عبدالله الصديق . بيروت، ط١، دار الكتب العلمية ، سنة ١٩٧٩م .
- السرخسي . محمد بن أحمد بن أبي سهل :
أصول السرخسي . تحقيق : أبي الوفاء الأفغاني . بيروت ، دار المعرفة ، سنة ١٣٩٣هـ . المبسوط . بيروت ، دار المعرفة سنة ١٩٨٦م .
- السمرقندي . أبو بكر محمد بن أحمد :
ميزان الأصول في نتائج العقول . تحقيق : د. محمد زكي عبدالبر . الدوحة ، ط١، مطابع الدوحة الحديثة ، ١٤٠٤هـ .
- السيد . الطيب الخضري :
الاجتهاد فيما لا نص فيه . الرياض ، ط١، مكتبة الحرمين ، سنة ١٤٠٣هـ .
- الشاطبي ، أبو إسحق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي . الموافقات في أصول الشريعة . تعليق : عبدالله دراز . القاهرة ، المكتبة التجارية الكبرى ، د.ت .
- الشافعي . محمد بن إدريس بن العباس القرشي المطلبي :
الأم . القاهرة ، دار الشعب ، د.ت .
الرسالة . تحقيق : أحمد محمد شاكر .
القاهرة ،ط٢، دار التراث ، سنة ١٣٩٩هـ .
- الشربيني . محمد الخطيب :
مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج . بيروت ، دار الفكر ، سنة ١٩٧٨م .
- شلبي . محمد مصطفى :
تعليل الأحكام ، بيروت، ط٢، دار النهضة العربية ، سنة ١٤٠١هـ .
- الشوكاني . محمد بن علي بن محمد :
إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول . تحقيق : محمد سعيد البدري. بيروت ، ط١، مؤسسة الكتب الثقافية ، سنة ١٤١٢هـ .
- الشيباني . محمد بن الحسن :
الأصل . تصحيح : أبي الوفاء الأفغاني . وحقق الجزء الخامس منه : د. شفيق شحاته . كراتشي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، د. ت .

- الشيرازي . أبو إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزأبادي :
التبصرة في أصول الفقه . تحقيق : د. محمد حسن هيتو . دمشق ، دار الفكر ، سنة ١٤٠٠هـ اللمع في أصول الفقه . بيروت ، ط١، دار الكتب العلمية ، سنة ١٤٠٥هـ .
- الصالحي . محمد بن يوسف :
عقود الجمان في مناقب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان . حيدر أباد، مطبعة المعارف ، ١٩٧٤م .
- ابن العربي . أبو بكر بن محمد بن عبدالله :
أحكام القرآن . تحقيق محمد علي البجاوي . القاهرة ، مطبعة عيسى الحلبي ، د.ت .
- الغزالي . محمد بن محمد بن محمد الطوسي :
شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل . تحقيق : د. حمد الكبيسي. بغداد ، مطبعة الإرشاد ، سنة ١٣٩٠هـ .
المستصفى من علم الأصول . القاهرة ، المطبعة الأميرية ، سنة ١٣٢٢هـ .
المنخول من تعليقات الأصول . تحقيق : د.محمد حسن هيتو ، د.ت .
- الفراء ، أبو يعلى محمد بن الحسين البغدادي :
العدة في أصول الفقه . تحقيق : د. أحمد سير المباركي . الرياض ،ط٢، سنة ١٤١٠هـ .
- القرطبي ، محمد بن أحمد الأنصاري :
الجامع لأحكام القرآن . القاهرة ، دار الكتاب العربي ، سنة ١٣٨٧هـ .
- الكاساني . أبو بكر بن مسعود بن أحمد :
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . قدم له وخرج أحاديثه : أحمد مختار عمر . القاهرة ، مطبعة العاصمة ، د.ت .
- الكلوذاني . محفوظ بن أحمد بن الحسن :
التمهيد في أصول الفقه . تحقيق : د. مفيد أبو عمشة ، و د. محمد علي إبراهيم . مكة المكرمة ، جامعة أم القرى ،ط١ ، سنة ١٤٠٦هـ .
- الماوردي . أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب :
أدب القاضي . تحقيق : محيي الدين هلال . بغداد ، مطبعة الإرشاد ، سنة ١٩٧١م .

- المكي . الموفق بن أحمد :
مناقب أبي حنيفة . بيروت ، دار الكتاب العربي، سنة ١٩٨١م .
- ابن ملك . عز الدين بن عبداللطيف بن عبدالعزيز :
شرح المنار ومعه عدة حواشي . تركيا ، المطبعة العثمانية ، سنة ١٣١٥هـ .
- ابن منظور . أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم :
لسان العرب . بيروت ، دار صادر ، د.ت .
- ابن النجار . محمد بن أحمد بن عبدالعزيز الفتوحي :
شرح الكوكب المنير شرح مختصر التحرير للمرداوي . تحقيق : د. محمد الزحيلي ، د. نزيه حماد . مكة المكرمة ، جامعة أم القرى ، سنة ١٤٠٢هـ .
- النسفي . أبو البركات عبدالله بن أحمد :
كشف الأسرار شرح المصنف على المنار . بيروت ، ط١، دار الكتب العلمية ، سنة ١٤٠٦هـ .
- النووي ، يحيى بن شرف بن مري بن حزام :
المجموع شرح المهذب . القاهرة ، مطبعة الإمام ، د. ت .

التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي

الدكتور/ عبدالحفيظ رواس قلعه جي(*)

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبيه الأمين . أما بعد ،

فيشمل الكلام في التعسف في استعمال الحق البنود التالية :

١- تعريف التعسف وأنواعه .

٢- تقسيم الشاطبي للتعسف .

٣- الصلة بين التعسف والذرائع .

البند الأول

تعريف التعسف وبيان أنواعه

١- تعريف التعسف لغة واصطلاحاً :

التعسف لغة : يطلق على الميل والظلم . يقال : عسف عن الطريق : إذا مال وعدل وعسف السلطان وتعسف إذا ظلم [١] .

ومنه يقال للأجير عسيف لما يقع عليه من الجور والظلم وفي الحديث الشريف **(إن ابني كان عسيفاً على هذا فزنى بامرأته)** [٢] .

الحق لغة ماوجب وثبت [٣] .

تعريف التعسف اصطلاحاً :

إن هذه الكلمة غير معروفة لدى الفقهاء المسلمين بلفظها وإن كانت معروفة

(*) أستاذ مساعد في كلية التربية الأساسية – الكويت .

(١) القاموس المحيط مادة عسف .

(٢) رواه البخاري انظر بلوغ المرام كتاب الحدود باب حد الزنا .

(٣) القاموس المحيط .

بمعناها شأنها في ذلك شأن سائر المصطلحات القانونية .

وقد عرفه الأستاذ أحمد فهمي أبو سنة بأنه " استعمال الحق على وجه غير مشروع " (١) .

وأنا أرى أن كلمة غير مشروع غير دقيقة في هذا المعنى إذ أن غير المشروع لا يكون حقاً فكونه حقاً وكونه غير مشروع تناقض وقع فيه الأستاذ المحاضر عن غير قصد منه . وعرفه الأستاذ الدكتور فتحي الدريني بأنه: « مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه بحسب الأصل » (٢) .

وأنا أرى أن تعريف الدكتور الدريني أدق من تعريف الشيخ أبي سنة إلا أن فيه غموضاً وتعقيداً لذا أرى أن يعرف التعسف بما يلي :

« استعمال الحق على وجه يخالف قصد الشارع » .

تحليل التعريف وإيضاحه :

١- فقولنا : استعمال الحق خرج به التعدي إذ أن التعدي لايكون حقاً ، أما المتعسف فقد استعمل حقاً ولكن هذا الحق مخالف لقصد الشارع . وقد مثل ابن قدامة للحالتين وسمى التعدي باسمه ، ولكنه لم يسم التعسف بهذا الاسم فقال : « إن من بنى حائطاً مائلاً عن الطريق أو إلى ملك غيره فسقط على شيء أتلفه ضمنه لأنه تلف بسبب تعدى فيه ، وإن بناه مستوياً فمال إلى الطريق أو إلى ملك غيره فأمره المالك بنقضه أو أمره مسلم أو ذمي بنقض المائل إلى الطريق وأمكنه ذلك ولم يفعل ضمن ما تلف به في أحد الوجهين لأن ذلك يضر المالك والمارة فكان لهم المطالبة بإزالته فإن لم يزله ضمن كما لو بناه مائلاً . الثاني لايضمن لأنه وضعه وسقط بغير فعله فأشبه الجرة التي ألقتها الريح (٣) .

٢- وقولنا على وجه يخالف قصد الشارع فإنه قد عرف في الأصول أن قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع .

---

(١) محاضرته في أسبوع الفقه الإسلامي في دمشق ص ١٠٤ .

(٢) التعسف في استعمال الحق ص ٣١٣ .

(٣) الكافي لابن قدامة ص ٦٣ .

والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة إذ أن الشريعة موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله وألا يقصد خلاف ماقصد الشارع . ولأن المكلف خلق لعبادة الله تعالى وذلك راجع إلى العمل على وفق القصد في وضع الشريعة (١) .

وعلى ذلك فكل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة . وكل من ناقضها فقصده في المناقضة باطل فمن ابتغى في التكاليف مالم تشرع له فعمله باطل .

أما أن العمل المناقض باطل فظاهر أن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة (٢) .

وقد استدل الشاطبي على أن من ابتغى في الشريعة مالم توضع له فهو مناقض لها من وجوه :

أحدها :

أن الأفعال والتروك من حيث هي أفعال وتروك متماثلة عقلاً بالنسبة إلى ما يقصد بها فإذا قصد المكلف عين ما قصده الشارع بالإذن فقد قصد وجه المصلحة على أتم وجه فهو جدير بأن يحصل له ، وإن قصد غير ما قصده الشارع وذلك إنما يكون في الغالب لتوهم أن المصلحة فيما قصد لأن العاقل لا يقصد وجه المفسدة كفاحاً ، فقد جعل ما قصده الشارع مهمل الاعتبار وما أهمل الشارع مقصوداً معتبراً وذلك مضادة للشريعة ظاهرة .

الثاني :

أن حاصل هذا القصد يرجع إلى أن مارآه الشارع حسناً فهو عند هذا القاصد ليس بحسن ، وما لم يره الشارع حسناً فهو عنده حسن وهذه مضاده أيضاً .

الثالث :

أن الله تعالى يقول : ﴿ **ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع**

---

(١) الموافقات ٢/٣٣١ .

(٢) الموافقات ٢/٣٣٣ .

غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ﴾ [1] الآية . وقال عمر بن عبد العزيز : (سن رسول الله صلى الله عليه وسلم وولاة الأمر من بعده سناً الأخذ بها تصديق لكتاب الله واستكمال لطاعة الله وقوة على دين الله ، من عمل بها مهتد ومن استنصر بها منصور ، من خالفها اتبع غير سبيل المؤمنين وولاه ما تولى وأصلاه جهنم وساءت مصيراً ، والأخذ في خلاف مأخذ الشارع من حيث القصد إلى تحصيل المصلحة أو درء المفسدة مشاقة ظاهرة [2] .

الرابع :

أن الأخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد أخذ في غير مشروع حقيقة لأن الشارع إنما شرعه لأمر معلوم بالفرض فإذا أخذ بالقصد إلى غير ذلك الأمر المعلوم فلم يأت بذلك المشروع أصلاً ، وإذا لم يأت به ناقض الشارع في ذلك الأخذ من حيث صار كالفاعل لغير ما أمر به والتارك لما أمر به [3] .

الخامس :

أن المكلف إنما كلف بالأعمال من جهة قصد الشارع بها في الأمر والنهي فإذا قصد بها غير ذلك كانت بفرض القاصد وسائل لما قصد لا مقاصد إذ لم يقصد بها قصد الشارع فتكون مقصودة ، بل قصد قصداً آخر جعل الفعل أو الترك وسيلة له ، فصار ماهو عند الشارع مقصود وسيلة عنده ، وما كان شأنه هذا نقض لإبرام الشارع وهدم لما بناه [4] .

وقد ذكر الشاطبي لهذا أمثلة كثيرة منها في الإيمان كإظهار كلمة التوحيد قصداً لإحراز الدم والمال ومنها في العبادات كالصلاة لينظر إليه بعين الصلاح ، ومنها في المعاملات وهو ما يتصل بفكرة التعسف كالوصية بقصد مضارة

---

(١) سورة النساء من الآية ١١٥ .
(٢) الموافقات ٢/٣٣٤ .
(٣) المصدر السابق .
(٤) الموافقات ٢/٣٣٥ .

الورثة ونكاح المرأة لبحلها لمطلقها وما أشبه ذلك [١] .

أنواع التعسف في استعمال الحق :

إن التعسف في استعمال الحق لا يقتصر على المعاملات بل تشمل العبادات والعقود والملكية والمناكحات والطلاق وغيرها . فمن التعسف في العبادات إسقاط الزكاة عن المكلف بطريق الحيلة وذلك لأن المقصود بمشروعية الزكاة رفع رذيلة الشح ومصلحة إرفاق المساكين ، وإحياء النفوس المعرضة للتلف فمن وهب في آخر الحول ماله هروباً من وجوب الزكاة ، ثم إذا كان في حول آخر وقبل ذلك استوهبه ، فهذا العمل تقوية لوصف الشح وإمداد له ورفع لمصلحة إرفاق المساكين ، فمعلوم أن صورة هذه الهبة ليست هي الهبة التي ندب الشرع إليها لأن الهبة إرفاق وإحسان للموهوب له وتوسيع عليه غنياً كان أو فقيراً وجلب لمودته ومؤالفته ، وهذه الهبة على الضد من ذلك . ولو كانت على المشروع من التمليك الحقيقي لكان ذلك موافقاً لمصلحة الإرفاق والتوسعة ورفعاً لرذيلة الشح ولم يكن هروباً لأداء الزكاة فتأمل كيف كان القصد المشروع في العمل لايهدم قصداً شرعياً والقصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي [٢] .

ومن ذلك النهي عن جمع بين مفترق أو الفرق بين مجتمع خشية الصدقة التي ورد النهي عنه في حديث أنس رضي الله عنه [٣] .

وصورة الجمع بين المفترق أن يكون لثلاثة نفر مائة وعشرون شاة لكل واحد منها شاة صدقة فإذا أظلهم المصدق جمعوها لئلا يكون فيها إلا شاة واحدة فنهوا عن ذلك ، وصورة التفريق بين مجتمع أن الخليطين إذا كان لكل منهما مائة شاة وشاة فيكون عليهم ثلاثة شياه فإذا أظلهما المصدق فرقا غنمهما فلم يكن على كل واحد منهما إلا شاة ، قال الخطابي : قال الشافعي : الخطاب في هذا خطاب للمصدق ورب المال معاً، وقال : الخشية خشيتان خشية الساعي أن

---

(١) المصدر السابق .

(٢) الموافقات ٢/٣٨٥-٣٨٦ .

(٣) رواه البخاري وأبو داود في كتاب الزكاة .

تقل الصدقة وخشية رب المال أن تكثر الصدقة فأمر كل واحد منهما الا يحدث في المال شيئاً من الجمع والتفريق خشية الصدقة [1] .

٢- التعسف في استعمال حق الملكية :

فمن ذلك مانص عليه مالك في المدونة من أنه لو أن رجلاً حفر بئراً بعيدة عن بئر جاره وكان أحياها قبل ذلك فانقطع ماء البئر الأولى وعلم أنه إنما انقطع من حفر هذه البئر الثانية أنه يقضي عليه بردم هذه البئر التي حفرها .[2] وكذلك نص مالك في المدونة أنه لو كان لإنسان بئر يسقي بها أرضه وفيها فضل ماء وإلى جانبه جار له قد زرع زرعاً على بئر له فانهارت بئره فخاف على زرعه الهلاك قبل أن يحيا بئره فإنه يقضي له أن يشرب فضل ماء جاره إن كان في مائه فضل وإلا فهو أحق به وقال ابن القاسم : يقضي عليه بغير ثمن [3] .

وخالف في ذلك الحنفية ففي المحيط حفر بئراً في داره فإن كانت تضر بجاره لايمنع منه ، ويروى أن الإمام أباحنيفة رحمه الله تعالى شكا إليه رجل من بئر أحدثها جاره في داره فقال له احفر في دارك بالوعة قبال بئره أو داره فطم بئر الماء ونجا من ضرره [4] .

وكذلك نص مالك في المدونة فيمن فتح أبواباً وكوى يشرف منها على عيال جاره أو داره أنه يمنع من ذلك واستدل على ذلك بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إليه رجل أحدث غرفة على جاره ففتح عليها كوى فكتب إليه عمر بن الخطاب أن يوضع وراء تلك الكوى سريراً ويقوم عليه رجل فإن كان ينظر إلى ما في دار الرجل منع من ذلك وإن كان لاينظر لا يمنع من ذلك. وأما مالك فرأى أن ما كان من ذلك ضرراً منع وما كان من ذلك مما لايتناول النظر إليه لم يمنع من ذلك [5] . وخالف في ذلك الحنفية والشافعية والظاهرية

---

(١) معالم السنن للخطابي ٢/٢٦-٢٧ سبل السلام ٢/٢٣٧-٢٣٨ .
(٢) المدونة ٦/١٩٦ .
(٣) المدونة ٦/١٩١ .
(٤) الفتاوى البزازية على هامش الهندية ٦/٤١٩ طبع دار إحياء التراث العربي لبنان ١٩٨٠م .
(٥) المدونة ٦/١٩٧ .

فقالوا إن لكل واحد أن يفتح ماشاء في حائطه من كوة أو باب أو أن يهدمه إن شاء في داره أو في درب غير نافذ أو نافذ ويقال لجاره ابن في حقك ما تستر به على نفسك [١] .

ومن ذلك من كانت له أرض لها ماء لا طريق له إلا في أرض جاره ولم يكن فيه ضرر بجاره فعند الحنابلة في ذلك روايتان : إحداهما : لا يجوز لأنه لا يملك التصرف في ملك غيره بغير إذنه . والثانية : يجوز [٢]، واستدلوا لهذه الرواية بما روى مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً له في العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد ابن مسلمة فأبى محمد فقال الضحاك لمَ تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولاً وآخراً ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب رضي الله عنه فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله فقال محمد : لا فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع ؟ يسقي به أولاً وآخراً وهو لا يضرك فقال محمد لا والله، فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك [٣] .

وخالف في ذلك مالك فقال : ليس العمل على حديث عمر بن الخطاب في هذا، ولقد سئل مالك عن الرجل يكون له مجرى ماء في أرض رجل فأراد أن يحوله في أرض ذلك الرجل إلى ماهو أقرب من ذلك المجرى إلى أرضه فقال مالك : ليس له ذلك ، وليس له أن يحوله عن موضعه (قال مالك) وليس العمل في هذا على حديث عمر بن الخطاب قال وإنما جاء حديث عمر بن الخطاب بهذا في عينه أنه كان له مجرى في أرض رجل فأراد أن يحوله إلى موضع آخر هو أقرب إلى أرضه من ذلك الموضع فأبى عليه الرجل فأمره عمر بن الخطاب أن يجريه [٤] .

---

(١) الفتاوى البزازية ٦/٤١٤ - المحلى ٨/٢٤١- مغني المحتاج ٢/١٨٦ .
(٢) الكافي لابن قدامة ٢/٢٠٩ - القواعد لابن رجب ٢٠٣ .
(٣) رواه مالك في الموطأ كتاب الأقضية باب المرفق .
(٤) المدونة ٦/١٩٣ .

ومن ذلك ماذهب إليه الظاهرية من أنه لايحل لأحد أن يمنع جاره من أن يدخل خشباً في جداره ويجبر على ذلك أحب أم كره إن لم يأذن له فإن أراد صاحب الحائط هدم حائطه كان له ذلك [1] .

وهو قول الشافعي في القديم وهو منصوص عليه في الجديد أيضاً حكاه البويطي عن الشافعي وهو من رواة الجديد فتحصل أن عنده في الجديد روايتين الأولى عدم الجواز والثانية الجواز كالقديم لكن قيدا بشروط :

١- ألا يحتاج المالك إلى وضع جذوعه عليه .
٢- ألا يزيد الجار في ارتفاع الجدار .
٣- ألا يملك الجار شيئاً من جدار البقعة التي يريد تسقيفها .
٤- ألا يبني عليه أزجاً [2] .
٥- ألا يضع عليه مالا يحمله الجدار ويضر به .
٦- ألا يملك إلا جداراً واحداً [3] .

واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول .

أما السنة :

فما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **(لا يمنع جار جاره أن يضع خشبة في جداره)** . ثم يقول أبو هريرة رضي الله عنه : مالي أراكم عنها معرضين ؟ . والله لأرمين بها بين أكتافكم [4] .

أما المعقول :

فإن الرسول صلى الله عليه وسلم قد نهى عن منع فضل الماء بما روي عن أبي هريرة بلفظ : " **لايمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ** " [5] . فإذا وجب

---

(١) المحلى ٢٤٢/٨ .
(٢) الأزج بيت بني طولاً ويقال له بالفارسية أوستات قال الأعشى : بناه سليمان بن داود حلية له أزج صم وطي موثق ، انظر لسان العرب .
(٣) مغني المحتاج ١٨٧/٢ .
(٤) متفق عليه انظر بلوغ المرام للحافظ ابن حجر كتاب الصلح .
(٥) متفق عليه زاد ابن حبان : فيهزل المال وتجوع العيال ، انظر التلخيص الحبير، ابن حجر، إحياء الموات.

بذل فضل الماء والكلأ لاستغنائه عنه وحاجة غيره وجب بذل فضل الحائط لاستغنائه عنه وحاجة جاره [١] .

وفصل الحنابلة بين أحوال ثلاثة :

١- إن كان يضر بالحائط أو يضعف عن حمله لم يجز لقول النبي صلى الله عليه وسلم : (**لا ضرر ولا ضرار**) [٢] .

٢- وإن كان لايضر وبه غنى عنه لم يجز عند أكثر الأصحاب لأنه تصرف في ملك غيره بما يستغني عنه كفتح الطاقة وغرز المسمار وأجازه ابن عقيل واستدل كذلك بالسنة والمعقول :

أما السنة :

فلحديث أبي هريرة رضي الله عنه السابق .

وأما المعقول :

فلأن ما أبيح لحاجة لاتعتبر له حقيقة الحاجة ، كانتزاع الشقص المشفوع والفسخ بالعيب .

٣- وإن احتاج إليه بحيث لا يمكنه التسقيف إلا به جاز لحديث أبي هريرة السابق [٣] .

وخالف في ذلك الحنفية ومالك والشافعي في الجديد في الرواية المشهورة.[٤] واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول :

أما السنة :

فقوله عليه الصلاة والسلام : (**لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه**) [٥] .

وأما المعقول :

فلانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلا يجوز بغير إذنه كالحمل على

---

(١) المهذب ٤٤١/١ .

(٢) الحديث رواه مالك والشافعي مرسلاً ، انظر كشف الخفاء للعجلوني .

(٣) الكافي لابن قدامة ٢١٢/٢ .

(٤) الفتاوى البزازية بهامش الهندية ٤١٣/٦، المهذب ٤٤١/١ ، الباجي على الموطا ٤٣/٦ .

(٥) الحديث رواه الديلمي في مسند الفردوس عن أنس. انظر كشف الخفاء .

بهيمته والبناء في أرضه وحملوا حديث أبي هريرة السابق على الندب لقوة العمومات المعارضة وبأن الضمير في جداره لصاحب الخشب أي لا يمنع جاره أن يضع خشبه على جدار نفسه وإن تضرر به من جهة منع الضوء ونحوه ، ويتأيد بأنه القياس الفقهي والقاعدة النحوية فإنه أقرب من الأول فوجب عود الضمير إليه [1] .

٣- التعسف في العقود :

إن العقود الشرعية ترتب حقوقاً لكلا العاقدين في محل العقد وذلك بجعل من الشارع وحكمه الوضعي ، وإذا ثبتت هذه الآثار فإنه لا يجوز التعسف في استعمال الحق الذي ثبت في حال الإنشاء [2] ، فأحمد والشافعي مثلاً يريان إثبات خيار المجلس عند إنشاء العقد بحيث إذا تم الإيجاب والقبول لا يتم الالتزام بمقتضى العقد بل إن لكلا العاقدين التقايل من العقد قبل التفرق ، ومع ذلك فقد قرر الحنابلة في أحد قوليهما أنه لا يصح أن يفترق أحد العاقدين إلا بإذن الآخر لتكون للعاقد الآخر فرصة التروي فقد قال ابن رجب في قواعده : مفارقة أحد المتبايعين الآخر بغير إذنه خشية أن يفسخ الآخر فيه روايتان :

إحداهما : يجوز لفعل ابن عمر رضي الله عنهما .

الثانية : لا يجوز لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (**لا يحل أن يفارقه خشية أن يستقيله**) [3] وهو صريح في التحريم وهو اختيار أبي بكر وصاحب المغني [4] .

وإن الحقوق التي تثبت في العقود لا يصح إساءة استعمالها . وعلى ذلك نص فقهاء الحنفية على أن من استأجر حانوتاً أو داراً فإن له أن يسكنها ويعمل فيها ما أراد غير أنه لايسكن حداداً أو قصاراً أو طحاناً من غير رضا المالك أو

---

(١) المهذب ١/٤٤١ ، مغني المحتاج ٢/١٨٧ .

(٢) التعسف في استعمال الحق للشيخ أبي زهرة ضمن أسبوع الفقه الإسلامي ص ٦١ .

(٣) رواه الخمسة إلا ابن ماجه ورواه الدارقطني وابن خزيمة وابن الجارود ، انظر بلوغ المرام للحافظ ابن حجر كتاب البيوع باب الخيار .

(٤) القواعد لابن رجب ص ٩٠ .

اشتراطه ذلك في عقد الإجارة لأنه يوهن البناء فيتوقف على الرضا [١] .

وكذلك نص الحنفية على أن من استأجر أرض وقف وغرس فيها أو بنى ثم مضت مدة الإجارة فللمستأجر استيفاؤها بأجر المثل إذا لم يكن في ذلك ضرر ، ولو أبى الموقوف عليهم إلا القلع ليس لهم ذلك ويترك الزرع بأجر المثل إلى إدراكه ، وقد ألحق الحنفية المستأجر المستعير فيترك إلى إدراكه بأجر المثل [٢] .

وكذلك نص الحنابلة على أن من استأجر أرضاً للزرع مدة ثم انقضت مدة ولم يحصد خير المالك بين أخذه ودفع نفقته وبين تركه بالأجرة وليس له الأمر بقلعه فإن كان بقاؤه بغير تفريط إما لشدة برد أو قلة مطر فعلى المؤجر تركه بالأجرة لأن زرعه بحق فكان عليه المسمى للمدة وأجر المثل للزائد ليس غير [٣] .

ومن التعسف في الوكالة أن يعزل الموكل الوكيل دون علمه فإن في هذا إضراراً به إذ يعود حكم العقد إليه ويلتزم به : فلذلك نص الحنفية والظاهرية والشافعية في قول لهم إلى أن من وكل وكيلاً ثم عزله فإنه لا ينعزل قبل العلم بالعزل فإن لم يعلم لم ينعزل الوكيل وقد استدلوا لمذهبهم بما يلي :

١- إن في انعزاله ضرراً به لأنه قد يتصرف بعد العزل قبل أن يبلغه فيلزمه الضمان بذلك والضرر مدفوع شرعاً .

٢- إذا عزله بغير علمه بعد أن وكله وأطلقه على البيع والشراء والإنكاح لمسماة أو غير مسماة خديعة وغش [٤] .

٤- التعسف في النكاح :

ومن التعسف في النكاح أن ينكح المرأة وليس مقصده استدامة العشرة الزوجية بينه وبين زوجه بل مقصده أن يحلها لزوجها الأول ، وهذا النكاح قد اختلفت أنظار المجتهدين فيه :

---

(١) الدر المختار على هامش ابن عابدين ٥/١٨ .

(٢) الدر المختار على هامش ابن عابدين ٥/١٩-٢١ .

(٣) الكافي لابن قدامة ٢/٣٢٦-٣٢٧ .

(٤) انظر نظرية العقد للمؤلف ص٣٠٠ والمراجع التي أشرت إليها .

فذهب الحنفية والشافعية إلى أن التحليل إن نواه الزوجان بقلوبهما أو تواطأ عليه فإن النكاح صحيح قال الشافعي في الأم : " ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح أبداً إنما أفسده بالعقد الفاسد " (١) .

وقال الحنفية : إن شرط التحليل في نفس العقد فهو مكروه أما لو نويا ذلك بقلوبهما ولم يشترطاه بالقول فلا عبرة به ويكون الرجل مأجوراً لقصده الإصلاح (٢) .

وذهب المالكية والحنابلة إلى أن المحلل لا يقيم على نكاحه حتى يقيم نكاحاً جديداً فإن أصابها فلها مهر مثلها ولا يحلها إصابته لزوجها الأول سواء علما أو لم يعلما إذا تزوجا ليحلها وبه قال الثوري والأوزاعي (٣) .

٥- التعسف في الطلاق :

ومن التعسف في الطلاق أن يضارها لتفتدي منه فقد عمل هو بغير المشروع حين أضر بها لغير موجب مع القدرة على الوصول إلى الفراق من غير إضرار، فلم يكن التسريح إذا طلبته بالفداء تسريحاً بإحسان ولا خوفاً من أن لا يقيما حدود الله لأنه فداء مضطر وإن كان جائزاً لها من جهة الاضطرار والخروج من الإضرار وصار غير جائز له إذ وضع على غير المشروع (٤) .

---

(١) الأم ٣/٧٤ .
(٢) الزيلعي ٢/٥٩ - البدائع ٣/١٨٧ - ١٨٨ .
(٣) بداية المجتهد ٢/٥٨ الجامع لأحكام القرآن ٣/١٤٩ - الفتاوى لابن تيمية ٣/١٠٣ .
(٤) الموافقات ٢/٣٨٦ .

البند الثاني
تقسيم الشاطبي للتعسف

قسم الإمام الشـاطبي رحمه الله تعالى في الموافـقات الحق من حيث اسـتـعماله مع نفعه للفاعل ومضرته لغيره إلى ثمانية أقسام وبعضها فروع لبعض فلنجاره في التقسيم حيث قال :

جلب المصلحة أو دفع المفسدة إن كان مأذوناً فيه على ضربين :

١- أحدهما : أنه لا يلزم عنه إضرار غيره .

الثاني : أن يلزم عنه ذلك . وهذا الثاني ضربان أيضاً .

٢- الضرب الأول أن يقصد الجالب أو الدافع ذلك الإضـرار كالمرخص سلعته قصداً لطلب معاشه وصحبه قصد الإضرار بغيره .

الضرب الثاني : ألا يقصد إضراراً بأحد وهو قسمان أيضاً :

٣- القـسم الأول : أن يكون الإضرار عـاماً كـتلقي السلع وبيع الحـاضر للبـادي والامتناع عن بيع داره وفدانه وقد اضطر الناس إليه لمسجد أو غيره .

القسم الثاني أن يكون الضرر خاصاً وهو نوعان :

٤- النوع الأول : أن يلحق الجالب أو الدافع بمنعـه من ذلك ضرر فهو مـحتاج إلى فعله كالدافع عن نفـسه مظلمة يعلم أنها تقع بغيره . أو يسـبق إلى شراء طعام أو ما يحتـاج إليه أو إلى صيد أو حطب أو مـا غيره عالماً أنه إن حازه اسـتضر غيره بعدمه ولو أخذ من يده استضر .

النوع الثاني : أنه لا يلحقه بذلك ضرر وهو على ثلاثه أنواع :

٥- الأول : أن يكون أداؤه إلى المفسدة قطعياً كحفر البئر خلف باب الدار في الظلام بحيث يقع الداخل فيه بلا بد وشبه ذلك .

٦- الثاني : أن يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً كحفر البئر بموضع لا يؤدي غالباً إلى وقوع أحد وأكل الأغذية التي غالباً أنها لا تضر بأحد وما أشبه ذلك .

الثالث : أن يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً لا نادراً وهو على وجهين :

٧- أ- أن يكون الضرر غالباً كبيع السلاح من أهل الحرب والعنب من الخمار وما يغش به ممن شأنه الغش ونحو ذلك .

٨- ب- أن يكون الضرر كثيراً لا غالباً كمسائل بيوع الآجال فهذه ثمانية أقسام [١] .

أما الأول : وهو أن لا يلزم عنه إضرار بأحد فإنه باق على أصله من الإذن ولا إشكال عليه ولا حاجة إلى الاستدلال عليه لثبوت الدليل على الإذن ابتداء .

وأما الثاني : وهو أن يلزم عنه ضرر بغيره وقد قصد صاحب الحق الضرر بغيره كالمرخص سلعته بقصد معاشه وإضراره بغيره فقد قال الشاطبي فيه : إنه لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أنه لا ضرر ولا ضرار ولكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع نفسه وإضرار غيره هل يمنع فيصير غير مأذون فيه ؟ أو يبقى على حكمه الأصلي من الإذن ويكون عليه إثم ما قصد ؟ .

هذا مما يتصور فيه الخلاف على الجملة وهو جار على مسألة الصلاة في الدار المغصوبة ، ومع ذلك فيحتمل في الاجتهاد تفصيلاً . وهو أنه إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل وانتقل به إلى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة أو درء تلك المفسدة حصل له ما أراد أولاً ، فإن كان كذلك فلا إشكال في منعه منه لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار فلينتقل عنه ولاضرر عليه ، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد سوى الإضرار وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستضر منه الغير فحق الجالب أو الدافع مقدم وهو ممنوع من قصد الإضرار ، ولا يقال : إن هذا تكليف بما لا يطاق . فإنه إنما كلف بنفي قصد الإضرار وهو داخل تحت الكسب ، لا بنفي الإضرار بعينه .

وأما الثالث : وهو ألا يقصد منه الإضرار بأحد ويكون الضرر عاماً . فلا يخلو أن يلزم من منعه الإضرار به بحيث لا ينجبر أو لا فإن لزم قدم حقه على الإطلاق على تنازع ضعيف مدركه في مسألة الترس التي فرضها الأصوليون فيما إذا تترس الكفار بمسلم وعلم أن الترس إذا لم يقتل استؤصل أهل الإسلام . وإن

---

(١) الموافقات ٢/٣٤٨ .

أمكن إنجبار الإضرار ورفعه جملة فاعتبار الضرر العام أولى فيمنع الجالب أو الدافع مما هم به لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة بدليل النهي عن تلقي السلع وعن بيع الحاضر للبادي واتفاق المسلمين على تضمين الصناع مع أن الأصل فيهم الأمانة وقد زادوا في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم من غيره مما من رضي وممن لا يرضى وذلك يقتضي بتقديم مصلحة العموم على مصلحة الخصوص ، لكن بحيث لا يلحق الخصوص مضرة . (أقول: وفي هذا وردت القاعدة الفقهية يتحمل الضرر الخاص في سبيل رفع الضرر العام) .

القسم الرابع : وهو أن يكون الضرر خاصاً ويلحق صاحب الحق بمنعه من حقه الضرر وهو محتاج إلى فعله فإن الموضع في الجملة يحتمل نظرين :

نظر من جهة إثبات الحظوظ ونظر من جهة إسقاطها . فإذا اعتبرنا الحظوظ فإن حق الجالب أو الدافع مقدم وإن استضر غيره بذلك لأن جلب المنفعة أو دفع المضرة مطلوب للشارع مقصود ولذلك أبيحت الميتة وغيرها من المحرمات الأكل، والرطب باليابس في العرية للحاجة الماسة في طريق المواساة إلى أشياء من ذلك كثيرة دلت الأدلة على قصد الشارع إليها . وإذا ثبت هذا فما سبق إليه الإنسان من ذلك فقد ثبت حقه فيه شرعاً بحوزه له دون غيره وسبقه إليه لا مخالفة فيه للشارع فصح . وبذلك ظهر أن تقديم حق المسبوق على حق السابق ليس بمقصود شرعاً إلا مع إسقاط السابق لحقه وذلك لا يلزمه ، بل قد يتعين عليه حق نفسه في الضروريات فلا يكون له خيرة في إسقاط حقه لأنه في دفع الضرر واضح ، وكذلك في جلب المصلحة إن كان عدمها يضر به .

وقد سئل الداودي : هل ترى لمن قدر أن يتخلص من غرم هذا الذي يسمى بالخراج إلى السلطان أن يفعل ؟ قال : نعم ولا يحل له إلا ذلك قيل له : فإن وضعه السلطان على أهل بلدة وأخذهم بمال معلوم يردونه على أموالهم هل لمن قدر على الخلاص من ذلك أن يفعل ؟ .

وهل إذا تخلص أخذ سائر أهل البلد بتمام ما جعل عليهم ؟ قال : ذلك له قال : ويدل على ذلك قول مالك رضي الله عنه في الساعي يأخذ من غنم أحد الخلطاء شاة وليس في جميعها نصاب أنه مظلمة دخلت على من أخذ منه لا

يرجع من أخذت منه على أصحابه بشيء . قال : ولست آخذ في هذا بما روي عن سحنون : لأن الظلم لا أسوة فيه ولا يلزم أحداً أن يولج نفسه في ظلم مخافة أن يوضع الظلم على غيره والله تعالى يقول : ﴿ **إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون في الأرض بغير الحق** ﴾ [1] هذا ما قال . قال الداودي : ورأيت في بعض المنقولات نحو هذا عن يحيى بن عمر أنه لا بأس أن يطرحه عن نفسه مع العلم بأنه يطرحه على غيره إذا كان المطروح جوراً بيناً ، وذكر عبدالغني في المؤتلف والمختلف عن حماد بن أبي أيوب قال : قلت لحماد بن أبي سليمان : إني أتكلم فترفع عني النوبة فإذا رفعت عني وضعت على غيري . فقال : إنما عليك أن تكلم في نفسك وإذا رفعت عنك فلا تبالِ على من وضعت .

ومن ذلك الرشوة على دفع الظلم إذا لم يقدر على دفعه إلا بذلك وإعطاء المال للمحاربين والكفار في فداء الأسارى ، ولمانعي الحاج حتى يؤدوا خراجاً كل ذلك انتفاع أو دفع ضرر بتمكين من المعصية . ومن ذلك طلب فضيلة الجهاد مع أنه تعرض لموت الكافر على الكفر وقتل الكافر المسلم بل قال عليه الصلاة والسلام : (**وددت أن أقتل في سبيل الله ثم أحيا ثم أقتل ..**) [2] الحديث . ولازم ذلك دخول قاتله النار ، وقول أحد ابني آدم : ﴿ **إني أريد أن تبوء بإثمي وإثمك** ﴾ [3] بل العقوبات كلها جلب مصلحة أودرء مفسدة يلزم عنها إضرار الغير إلا أن ذلك كله انتفاء لجانب المفسدة لأنها غير مقصودة للشارع في شرع هذه الأحكام ولأن جانب الجالب والدافع أولى [4] . هذا كله مع اعتبار الحظوظ وإن لم تعتبرها فيتصور ههنا وجهان :

أحدهما :

إسقاط الاستبداد والدخول في المواساة على سواء وهو محمود جداً وقد فعل في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال عليه الصلاة والسلام : (**إن**

---

(١) سورة الشورى من الآية ٤٢ .
(٢) رواه البخاري في كتاب الإيمان .
(٣) سورة المائدة من الآية ٢٩ .
(٤) الموافقات ٢/٣٤٩ - ٣٥٢ .

الأشعريين إذا أرملوا في الغزو أو قل طعام عيالهم بالمدينة جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد فهم مني وأنا منهم) [1] . وذلك أن مسقط الحظ قد رأى غيره مثل نفسه وكأنه أخوه أو ابنه فعلى هذا الترتيب كان الأشعريون رضي الله عنهم لأنه عليه الصلاة والسلام كان في هذا المعنى الإمام الأعظم وفي الشفقة الأب الأكبر ، وذلك جميعه جار على مكارم الأخلاق وهو لا يقتضي استبداداً ، وعلى هذه الطريقة : لا يلحق العامل ضرر إلا بمقدار ما يلحق الجميع أو أقل . وهو نظر من يعد المسلمين كلهم شيئاً واحداً على مقتضى قوله عليه الصلاة والسلام : (المؤمن للمؤمن كالبنيان المرصوص يشد بعضه بعضاً وشبك رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أصابعه) . وقوله صلى الله عليه وسلم : (مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالسهر والحمى)[2] . وسائر ما في هذا المعنى من الأحاديث . وأصل هذا من القرآن ما وصف الله به المؤمنين من أن بعضهم أولياء بعض . وما أمروا به من اجتماع الكلمة والأخوة وترك الفرقة وهو كثير . ولا يستقيم ذلك إلا بهذه الأشياء وأشباهها وما يرجع إليها .

الوجه الثاني :

الإيثار على النفس . وهو أعرق في إسقاط الحظوظ وهو أن يترك حظه لحظ غيره اعتماداً على صحة اليقين ، وهو من محامد الأخلاق . وهو ثابت من خلق رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلقه المرضي وهكذا كان الصحابة . وهو ضربان : " إيثار بالملك " من المال وبالزوجة بفراقها لتحل للمؤثر . و" إيثار بالنفس " كما في الصحيح أن أبا طلحة ترس على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وكان النبي صلى الله عليه وسلم يتطلع ليرى القوم فيقول له أبو طلحة لا تشرف يارسول الله يصيبك سهم من سهام القوم . نحري دون نحرك. ووقى

---

(١) الحديث رواه البخاري في كتاب الشركة ومسلم في فضائل الصحابة .

(٢) الحديثان متفق عليهما ، انظر رياض الصالحين باب تعظيم حرمات المسلمين وبيان حقوقهم .

بيده رسـول الله صلى الله عليه وسـلم فشلت [1] . وحديث علي ابن أبي طالب رضي الله عنه في مبـيته على فـراش رسول الله صلى الله عليـه وسلم إذ عزم الكفار على قـتله مشهور ، والمثل السـائر : والجود بالنفس أقصى غـاية الجود ، وتحصل أن الإيثار مبنـي على إسقاط الحظوظ العاجلة ، فتحـمل المضرة اللاحقة بسبب ذلك لا عتب فـيه إذا لم يخل بمقصد شرعي فإذا أخل بمقـصد شرعي فلا يعد ذلك إسقاطاً للحظ ولا هو محمود شـرعاً . أما أنه ليس بمحمود شرعاً فلأن إسقاط الحظوظ إما لمجـرد أمر الآمر وإما لأمر آخر أو لغيـر شيء ، فكونه لغير شيء عـبث لا يقع من العقـلاء ، وكونه لأمـر الآمر يضـاد كونه مـخلاً بمقـصد شـرعي لأن الإخلال بذلك ليس بـأمر الآمـر ، وإذا لم يكن كـذلك فهـو مخـالف ومخالفة الأمر ضد الموافقة له فثبت أنه لأمر ثالث وهو الحظ [2] .

القسم الخامس : وهو أنه لا يلحق الجالب أو الدافع ضـرر ولكن أداؤه إلى المفسدة قطعي عادة فله نظران :

(نظر) من حيث كـونه قاصداً لما يجـوز أن يقصده شـرعاً من غير قـصد إضرار بأحد ، فهذا من هذه الجهة جـائز لا محظور فيه (ونظر) من حيث كونه عالماً بلزوم مضرة الغير لهذا العمل المقصود مع عدم استضراره بتركه . فإنه من هذا الوجه مظنة لقـصد الإضرار ولأنه في عـمله إما فاعل لمباح صـرف لا يتعلق بفعله مقصد ضروري ولا حاجي ولا تكميـلي فلا قصد للشارع من إيقاعه حيث يوقع ، وإما فاعل لمأمـور على وجه يقع فيه مضـرة مع إمكان فعله على وجه لا يلحق به مـضرة ، وليس للشـارع قصـد في وقـوعه على الوجـه الذي يلحق به الضرر دون الآخر .

وعلى كلا التقديرين فتوخـيه لذلك الفعل على ذلك الوجه على علمه بالمضرة لا بد فيـه من أحد أمـرين : إما تقـصيـر في النظر المأمور به وذلك ممـنوع وإما قـصد إلى نفس الإضـرار وهو ممنوع أيضـاً . فيلزم أن يكون ممنوعـاً من ذلك الفعل لكن إذا فعله فيعد متعدياً لفعله ويضمن ضمان المتعدي على الجملة وينظر في الضمان بحسب النفوس والأمـوال على ما يليق بكل نازلة ولا يعد قاصداً له

---

(١) رواه البخاري في غزوة أحد .

(٢) الموافقات ٢/٣٥٣ - ٣٥٧ باختصار .

البتة إذا لم يتحقق قصده التعدي ، وعلى هذه القاعدة تجري مسألة الصلاة في الدار المغصوبة والنبح بالسكين المغصوبة وما لحق بهما من المسائل التي هي في أصلها مأذون فيها ويلزم عنها إضرار الغير ، ولأجل هذا تكون العبادة عند الجمهور صحيحة مجزأة والعمل الأصلي صحيحاً ويكون عاصياً بالطرف الآخر وضامناً إن كان ثم ضمان ، ولا تضاد في الأحكام لتعدد جهاتها . ومن قال هناك بالفساد يقول به هنا وله في النظر الفقهي مجال رحب يرجع ضابطه إلى هذا المعنى [1] .

وأما السادس : وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً . فهو على أصله من الإذن لأن المصلحة إن كانت غالبة فلا اعتبار في الندور بانخرامها إذ لا توجد في العادة مصلحة عرية عن المفسدة جملة إلا أن الشارع إنما اعتبر في مجاري الشرع غلبه المصلحة ولم يعتبر ندور المفسدة إجراء للشرعيات مجرى العاديات في الوجود . ولا يعد هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو دفع المفسدة . مع معرفته بندور المضرة عن ذلك تقصيراً في النظر ولا قصداً إلى وقوع الضرر فالعمل إذن باق على أصل المشروعية .

والدليل على ذلك أن ضوابط المشروعات هكذا وجدناها كالقضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج مع إمكان الكذب والوهم والغلط وإباحة القصر في المسافة المحدودة مع إمكان عدم المشقة كالملك المترف . ومنعه في الحضر بالنسبة إلى ذوي الصنائع الشاقة . وكذلك إعمال خبر الواحد والأقيسة الجزئية في التكاليف مع إمكان خلافها والخطأ فيها من وجوه ، لكن ذلك نادر فلم يعتبر واعتبرت المصلحة الغالبة [2] .

وأما السابع : وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة ظنياً كبيع العنب ممن يتخذه خمراً فيحتمل الخلاف . أما أن الأصل الإباحة والإذن فظاهر كما تقدم في السادس .

---

(١) الموافقات ٢/٣٥٧ - ٣٥٨ .

(٢) الموافقات ٢/ ٣٥٨ - ٣٥٩ .

وأما أن الضرر والمفسدة تلحق ظناً . فهل يجري الظن مجرى العلم فيمنع من الوجهين المذكورين أولا ؟ . لجواز تخلفهما وإن كان التخلف نادراً ، ولكن اعتبار الظن هو الأرجح [1] لأمور :

أحدها : أن الظن في أبواب العملية جار مجرى العمليات . فالظاهر جريانه هنا .

الثاني : أن المنصوص عليه من سد الذرائع داخل في هذا القسم كقوله تعالى : ﴿ **ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم** ﴾[2] . فإنهم قالوا : لتكفن عن سب آلهتنا أو لنسبن إلهك فنزلت . وفي الصحيح عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (**إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه قيل يارسول الله كيف يلعن الرجل والديه . قال يسب أبا الرجل فيسب أباه ويسب أمه فيسب أمه**) [3] .

الثالث : أنه داخل في التعاون على الإثم والعدوان المنهي عنه . والحاصل من هذا القسم أن الظن بالمفسدة والضرر لايقوم مقام القصد إليه فالأصل الجواز من الجلب أو الدفع وقطع النظر عن اللوازم الخارجية إلا أنه لما كانت المصلحة تسبب مفسدة بسبب الحيل أو من باب التعاون منع من هذه الجهة لا من جهة الأصل فإن المتسبب لم يقصد إلا مصلحة نفسه ، فإن حمل محمل التعدي فمن جهة أنه مظنة للتقصير وهو أخفض رتبة من القسم الخامس ولذلك وقع الخلاف هل تقوم مظنة الشيء مقام القصد إليه أو لا ؟ [4] .

وأما الثامن : وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً لا غالباً ولا نادراً كمسائل بيوع الآجال . فهو موضع نظر والتباس والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإذن كمذهب أبي حنيفة والشافعي وغيرهما وذلك لأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفيان إذ ليس هذا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ولا قرينة

---

(١) هذا عند مالك وأحمد وأما أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله والظاهرية فقد أخذوا بالأصل من الإباحة والإذن وقد حققت ذلك في نظرية السبب من رسالتي سلطان الإرادة .

(٢) سورة الانعام من الآية ١٠٨ .

(٣) البخاري ٨/٣ .

(٤) الموافقات ٢/٣٥٩ - ٣٦٠ .

ترجح أحد الجانبين على الآخر واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام القصد إليه ولا يقتضيه لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة .

وأيضاً فإنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصراً ولا قاصداً كما في العلم والظن ، لأنه ليس حمله على القصد إليهما أولى من حمله على عدم القصد لواحد منهما ، وإذا كان كذلك فالتسبب المأذون فيه قوي جداً إلا أن مالكاً وأحمد رحمهما الله تعالى اعتبراه في سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعاً . وذلك لأن القصد لا ينضبط في نفسه لأنه من الأمور الباطنة . لكن له مجال هنا وهو كثرة الوقوع في الوجود أو هو مظنة ذلك . فكما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد ولهذا أصل وهو حديث أم زيد بن أرقم [1] .

وأيضاً فقد يشرع الحكم لعلة مع فواتها كثيراً ، كحد الخمر فإنه مشروع للزجر والزجر به كثير لا غالب فاعتبرنا الكثرة في الحكم بما هو على خلاف الأصل . فالأصل عصمة الإنسان من الإضرار به وإيلامه كما أن الأصل في مسألتنا الإذن فخرج عن الأصل هنالك لحكمة الزجر وخرج عن الأصل هنا من الإباحة لحكمة سد الذريعة إلى الممنوع وأيضاً فإن هذا القسم مشارك للقسم السابع وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة ظنياً كبيع العنب من الخمار في وقوع المفسدة بكثرة فكما اعتبرت في المنع هناك فلتعتبر في المنع هنا كذلك .

وأيضاً فقد جاء في هذا القسم من النصوص فقد نهى عليه الصلاة

---

(١) حديث أم ولد زيد بن أرقم هو ما روته العالية بنت أنفع أنها قالت : دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم وامرأته على عائشة رضي الله عنها فقالت أم ولد زيد بن أرقم : يا أم المؤمنين إني بعت من زيد ... إلى العطاء بثمانمائة . فاحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل الأجل بستمائة فقالت عائشة : بئسما شريت وبئسما اشتريت . أبلغي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب . قالت : أرأيت إن تركت وأخذت الستمائة دينار ؟ قالت : نعم فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف اهـ . رواه الدارقطني : انظر نيل الأوطار ٥/٣١٧ .

والسلام عن الخليطين [1] وعن شرب النبيذ بعد ثلاث [2] . وعن الانتباذ في الأوعية التي لا يعلم بتخمير النبيذ فيها وبين عليه الصلاة والسلام أنه إنما نهى عن بعض ذلك لئلا يتخذ ذريعة فقال : لو رخصت في هذه لأوشك أن تجعلوها مثل هذه [3] . يعني أن النفوس لا تقف عند الحد المباح في مثل هذا ووقوع المفسدة في مثل هذه الأمور ليست بغالبة في العادة وإن كثر وقوعها وحرم صلى الله عليه وسلم الخلوة بالمرأة الأجنبية [4] وأن تسافر مع غير ذي محرم [5]. ونهى عن بناء المساجد على القبور وعن الصلاة إليها [6] وعن الجمع

---

(١) أخرج البخاري ومسلم وباقي الستة عن عطاء بن أبي رباح عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن ينبذ الزبيب والتمر جميعاً ونهى أن ينبذ البسر والرطب جميعاً . وأخرج الجماعة إلا الترمذي عن عبدالله بن قتادة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن خليط الزبيب والتمر، وعن خليط البسر والتمر ، وعن خليط الزهو والتمر وقال : انتبذوا لكل واحدة على حدة . انظر نصب الراية للزيلعي كتاب الأشربة .

(٢) عن ابن عباس قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يشرب نبيذ فوق ثلاث رواه الطبراني ورجاله ثقات . انظر مجمع الزوائد كتاب الأشربة باب في ما يشرب من العصير الحلو ونحوه .

(٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم وفد عبد القيس حين قدموا عليه عن الدباء وعن النقير وعن المزفت والمزادة المجبوبة وقال : انتبذ في سقائك أوكه واشربه حلواً قال بعضهم ائذن لي يا رسول الله في مثل هذا قال : إذن تجعلها مثل هذه وأشار بيده يصف ذلك . رواه النسائي كتاب الأشربة باب الإذن في الانتباذ التي خصتها بعض الروايات .

(٤) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : لا يخلون أحدكم بامرأة إلا مع ذي محرم متفق عليه . انظر رياض الصالحين باب تحريم الخلوة بالأجنبية .

(٥) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (**لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر سفراً يكون ثلاثة أيام فصاعداً إلا ومعها أبوها أو أخوها أو زوجها أو ابنها أو ذو محرم منها**) . رواه الجماعة إلا النسائي . انظر الترغيب والترهيب باب ترهيب المرأة أن تسافر وحدها بغير محرم .

(٦) عن أبي مرثد الغنوي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (**لا تصلوا إلى القبور ولا تجلسوا عليها**). رواه مسلم – كتاب الجنائز ، باب النهي عن تجصيص القبر والبناء عليه .

بين المرأة وعمتها أو خالتها [١] وقال : إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم [٢] وحرم نكاح مافوق الاربع لقوله تعالى : ﴿ذلك أدنى ألاتعولوا﴾[٣]. وحرمت خطبة المعتدة تصريحاً ونكاحها ، وحرم على المرأة في عدة الوفاة الطيب والزينة وكذلك الطيب [٤] وعقد النكاح للمحرم [٥] . ونهى عن البيع والسلف [٦] وعن هدية المديان [٧] إلى غير ذلك مما هو ذريعة ، وفي القصد إلى الإضرار والمفسدة فيه كثيرة وليس بغالب ولا أكثري .

---

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها رواه الجماعة وفي رواية : نهى أن يجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها . رواه الجماعة إلا ابن ماجة والترمذي . انظر نيل الأوطار كتاب النكاح باب النهي عن الجمع بين المرأة وعمتها .

(٢) وردت هذه الزيادة عند ابن حبان وجعل الخطاب فيها للنساء حيث قال : إنكن إذا فعلتن ذلك قطعتن أرحامكن . انظر نيل الأوطار للشوكاني ، الكتاب والباب السابقين .

(٣) سورة النساء من الآية ٣ .

(٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يلبس المحرم فقال : (**لا يلبس المحرم القميص ولا العمامة ولا البرنس ولا السراويل ولا ثوباً مسه ورس ولا زعفران ...**) الحديث رواه الجماعة . انظر نيل الأوطار كتاب الحج باب ما يجتنبه المحرم من اللباس .

(٥) عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :(**لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب**). رواه الجماعة إلا البخاري وليس للترمذي فيه " ولا يخطب ". انظر نيل الأوطار كتاب الحج، باب ما جاء في نكاح المحرم .

(٦) عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال : " لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع .. الحديث رواه الخمسة إلا ابن ماجة . انظر نيل الأوطار أبواب الشروط في البيع باب النهي عن جمع شرطين من ذلك .

(٧) عن أنس رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (**إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدي إليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك**) . رواه ابن ماجة وعن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (**إذا أقرض فلا يأخذ هدية**) . رواه البخاري في تاريخه . انظر نيل الأوطار ، كتاب القرض باب الزيادة عند الوفاء والنهي عنها قبله .

ثم ختم كلامه بهذه القاعدة الهامة التي تصلح قانوناً للتعسف والذرائع على حد سواء فقال : والشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز عما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة . فإذا كان هذا معلوماً على الجملة والتفصيل فليس العمل عليه ببدع في الشريعة بل هو أصل من أصولها راجع إلى ما هو مكمل إما لضروري أو حاجي أو تحسيني [1] .

---

(١) الموافقات ٢/٣٦١ - ٣٦٤ .

البند الثالث
صلة التعسف في استعمال الحق بالذرائع

ويتفرع الكلام في هذا البند إلى شعبتين :

الأولى : بيان معنى الذرائع إجمالاً للكشف عن ماهيتها وحقيقتها .
الثانية : بيان مدى التلازم بين سد الذرائع والتعسف في استعمال الحق .

الشعبة الأولى
بيان معنى الذرائع إجمالاً

نتكلم في هذا عن معنى الذرائع إجمالاً للكشف عن ماهيتها وحقيقتها تاركين التفصيل إلى نظرية السبب من رسالتي سلطان الإرادة العقدية .

تعريف الذرائع لغة وشرعاً :

الذرائع جمع ذريعة والذريعة في اللغة الوسيلة [١] .

أما حقيقتها شرعاً فهي كما يقول الشاطبي التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة [٢] ومعنى سد الذرائع رفعها ومؤدى الكلام أن وسيلة المحرم محرمة ووسيلة الواجب واجبة فالفاحشة حرام والنظر إلى عورة الأجنبية حرام لأنها تؤدي إلى الفاحشة والجمعة فرض فالسعي إليها فرض وترك المبيع لأجل السعي فرض أيضاً . وبيان ذلك أن موارد الأحكام قسمان : مقاصد وهي الأمور المكونة للمصالح في نفسها ووسائل وهي الطرق المفضية إليها [٣] .

---

(١) المصباح المنير ج١ ص٢٠٨ .
(٢) الموافقات ١٩٩/٤ .
(٣) مالك للشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله ص ٢٢١ .

يقول الإمام القرافي في الفروق :

" اعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها وتكره وتندب وتباح . فإن الذريعة هي الوسيلة . فكما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج وموارد الأحكام على قسمين مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها ووسائل وهي الطرق المفضية إليها وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها . والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل وإلى ما يتوسط متوسطة " (١) .

ويقول ابن القيم رحمه الله تعالى في إثبات ذلك الأصل القيم وتصوير ما يلي:

" لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غايتها وارتباطها . ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غايتها . فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود . ولكنه مقصود قصد الغايات وهذه مقصودة قصد الوسائل . فإذا حرم الرب تبارك وتعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له ومنعا أن يقرب حماه . ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراء للنفوس به وحكمه تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء . بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك . فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع المفضية إليه لعد متناقضاً ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده . وكذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الدواء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه وإلا فسد عليهم ما يرمون بإصلاحه . فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال ، ومن تأمل مصادرها وموارده علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها (٢) .

---

(١) الفروق للقرافي ٢/٣٣ .

(٢) إعلام الموقعين ٣/١٤٧ .

حقيقة سد الذرائع وماهيتها :

والأصل في اعتبار الذرائع هو النظر في مآلات الأفعال وما تنتهي في جملتها إليه فإن كانت تتجه نحو المصالح التي هي أهم المقاصد والغايات من معاملات بني الإنسان بعضهم مع بعض كانت مطلوبة بمقدار يناسب طلب هذه المقاصد وإن كانت لا تساويها في الطلب ، وإن كانت مآلاتها تتجه نحو المفاسد فإنها تكون محرمة بما يتناسب مع تحريم هذه المفاسد و إن كان التحريم أقل في الوسيلة (١) .

يقول الإمام الشاطبي رحمه الله تعالى في الموافقات :

" النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال موافقة أو مخالفة . وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ ، ولكن له مآل على خلاف ماقصد فيه . وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به ولكن له مآل على خلاف ذلك فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها ، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية ، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعيه (٢) .

ويستدل الشاطبي على أن النظر في مآلات الأفعال مقصود شرعاً بأمور :

١- إن التكاليف راجعة إلى مصالح العباد ، وهي إما دنيوية وإما أخروية أما الأخروية فراجعة إلى مآل المكلف في الآخرة ، وأما الدنيوية فإن الأعمال مقدمات لنتائج المصالح فإنها أسباب المسببات هي مقصودة للشارع والمسببات هي مآلات الأسباب فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب وهو النظر في المآلات (٣) .

---

(١) مالك للأستاذ أبي زهرة ٤٠٦ .

(٢) الموافقات ١٩٤/٤ - ١٩٥ .

(٣) المرجع السابق .

٢- إن مآلات الأفعال إما أن تكون معتبرة شرعاً أو غير معتبرة ، فإن اعتبرت فهو المطلوب ، وإن لم تعتبر أمكن أن يكون للأعمال مآلات مضادة لمقصود تلك الأعمال وذلك غير صحيح لما عرف من أن التكاليف لمصالح العباد ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد ، وأيضاً فإن ذلك يؤدي إلى أن لا تتطلب مصلحة بفعل مشروع ولا تتوقع مفسدة بفعل ممنوع وهو خلاف وضع الشريعة [١] .

٣- الأدلة الشرعية والاستقراء التام أن المآلات معتبرة في أصل المشروعية كقوله تعالى : ﴿ **يا أيها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون** ﴾[٢]. وقوله : ﴿ **كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون** ﴾ [٣] وقوله تعالى : ﴿ **ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون** ﴾ [٤] . وقوله تعالى: ﴿ **ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم** ﴾[٥] .

٤- الأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلها فإن غالبها سماح في عمل غير مشروع في الأصل لما يؤول إليه من الرفق المشروع قال ابن العربي حين أخذ في تقرير هذه المسألة : اختلف الناس بزعمهم فيها وهي متفق عليها بين العلماء فافهموها وادخروها [٦] وله في الشرع أمثلة كثيرة كالقرض مثلاً ، فإنه ربا في الأصل لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل ، ولكنه أبيح لما فيه من التوسعة على المحتاجين بحيث لو بقي على أصل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين . ومثله بيع العرية بخرصها تمراً فإنه بيع الرطب باليابس ولكنه أبيح لما فيه من الرفق

---

(١) المرجع السابق .

(٢) سورة البقرة الآية ٢١ .

(٣) سورة البقرة من الآية ١٨٣ .

(٤) سورة البقرة الآية ١٨٨ .

(٥) سورة الأنعام من الآية ١٠٨. ووجه الدلالة في هذه الآية أن سب الأوثان سبب في تخذيل آلهة المشركين لكن لما وجد له مآل آخر وهو سبهم الله تعالى نهى عن هذا العمل المؤدي إليه مع كونه سبباً في مصلحة لولا هذه الحال . انظر هامش الموافقات للشيخ عبدالله دراز ١٩٧/٤ .

(٦) الموافقات ١٩٨/٤ .

ورفع الحرج بالنسبة إلى المعرى والمعري ولو امتنع مطلقاً لكان وسيلة إلى منع الإعراء كما أن ربا النسيئة لو امتنع في القرض لا متنع أصل الرفق من هذا الوجه [١] .

النظرة الموضوعية في سد الذرائع :

وإذا كان الأصل في اعتبار الذرائع هو النظر إلى مآلات الأفعال وما تنتهي في جملتها إليه فإن النظر في ذلك يتجه إلى العمل وثمرته لا إلى قصد العامل ونيته فإذا كانت النتيجة حسنة طلب الفعل وإن كانت سيئة طلب الترك بقطع النظر عن النيات الحسنة والسيئة التي تختفي وراء هذا الفعل فقد يفعل الإنسان الخير ويقصد من ورائه الشر كالمصلي رياء والمرخص سلعته بقصد إضرار غيره وقد يفعل الشر وتكون نيته الخير كمن يسب الأوثان فلا عبرة بالنيات إنما العبرة بما آل إليه الفعل من حسن وقبح ومصلحة أو مفسدة [٢] .

الشعبة الثانية

مدى التلازم ما بين سد الذرائع والتعسف في استعمال الحق

كنا ذكرنا أن الذرائع تقوم على النظر إلى مآلات الأفعال وما تنتهي في جملتها إليه من خير أو شر ، وأن النظرة في ذلك نظرة موضوعية لا ذاتية بمعنى أنه ينظر فيه إلى العمل وثمرته لا إلى العامل ونيته وعلى ذلك فمن سب الأوثان مخلصاً فقد آل عمله إلى سب الله تعالى من قبل المشركين فهو قد أحسن النية ولكن عصى الله تعالى لأن عمله قد انتهى إلى شر . والنظر إلى مآلات الأفعال هو نتيجة طبيعية للتعسف فإن من مارس حقاً مشروعاً ولكنه آل إلى ضرر بالآخرين فإنه يمنع من استعمال هذا الحق وذلك كمن فتح نافذة تطل على نساء جاره فإنه يمنع وهو مذهب مالك في المدونة كما أنه مذهب عمر بن الخطاب . ونستطيع أن نقول إن مآلات الأفعال شجرة

---

(١) الموافقات ٤/٢٠٧ .

(٢) انظر في هذا المعنى مالك لفضيلة الشيخ أبي زهرة ٤٠٦ - ٤٠٧ .

لها فرعان أحدهما التعسف والآخر الذرائع وإن شئت فقل إن مآلات الأفعال بناء له دعامتان إحداهما التعسف والأخرى الذرائع .

هذا وإن بين الذرائع والتعسف تداخلاً فهما يشتركان في دائرة واحدة وينفرد كل في دائرة مستقلة فمن الأمور المشتركة بينهما القسم السابع والثامن من تقسيم الشاطبي للتعسف أما السابع فهو ما يكون الضرر كثيراً كبيوع الآجال وقد منع مالك وأحمد هذين النوعين لأنه في بيوع الآجال مثلاً جعل مآل ذلك البيع مؤدياً إلى بيع خمسة نقداً بعشرة إلى أجل والسلعة لغو لا معنى لها لأن المصالح التي لأجلها شرع البيع لم يوجد منها شيء . ومن أسقط الذرائع كأبي حنيفة والشافعي فإنه اعتبر المآل أيضاً لأن البيع إذا كان مصلحة جاز وما فعل من البيع الثاني فتحصيل لمصلحة أخرى منفردة عن الأولى فكل عقدة لها مآلها ومآلها في ظاهر الإسلام مصلحة فلا مانع على هذا إذ ليس ثم مآل مفسدة على هذا التقدير [1] .

وهكذا نجد أن الفريقين قد حكما مآلات الأفعال وإن اختلفا في كيفية هذا التحكيم ، وهاتان الصورتان مما اختلف فيه الحنفية والشافعية من جهة والمالكية والحنابلة من جهة أخرى . فهما صورتان من صور التعسف كما أنهما صورتان من صور الذرائع وهما مع ذلك يتفرعان عن أصل واحد وهو النظر إلى مآلات الأفعال .

فإذا أضفنا إلى ذلك التعريف الذي اخترته للتعسف وهو : " استعمال الحق على وجه يخالف قصد الشارع "، ومعلوم أن قصد الشارع من التشريع سد الذرائع والطرق الموصلة إلى الفساد تبين لنا الصلة الوثيقة بين التعسف في استعمال الحق وبين الذرائع . والله تعالى أعلم .

---

(١) الموافقات ٤/١٩٩ - ٢٠٠ .

المراجع والمصادر حسب ورودها في البحث

١- القاموس المحيط - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، ط٢، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .

٢- صحيح البخاري - الإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان .

٣- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي - الدكتور/ فتحي الدريني ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط٤، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م .

٤- الكافي لابن قدامة .

٥- الموافقات في أصول الشريعة - لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، تعليق عبدالله دراز ، القاهرة ، المكتبة التجارية الكبرى .

٦- سنن أبي داود - للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، المكتبة العصرية ، بيروت ، لبنان .

٧- معالم السنن للخطابي .

٨- سبل السلام - محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٩- المدونة الكبرى - للإمام مالك بن أنس الأصبحي ، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبدالرحمن بن قاسم ، ومعها مقدمات ابن رشد ، دار الفكر ، بيروت .

١٠- الفتاوى البزازية على هامش الهندية ، طبع دار إحياء التراث العربي ، لبنان .

١١- المحلى بالآثار - للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، تحقيق الدكتور عبدالغفار سليمان البنداري ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨هـ .

١٢- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - الشيخ محمد الشربيني الخطيب ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر .

١٣- القواعد - للحافظ أبي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض .

١٤- الموطأ - للإمام مالك ، رواية يحيى بن يحيى الليثي ، إعداد أحمد راتب عرموش ، دار النفائس ، بيروت ، ط١٠، ١٤٠٧هـ .

١٥- لسان العرب - لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ، دار الفكر ، بيروت .

١٦- بلوغ المرام - للحافظ ابن حجر العسقلاني ، تصحيح محمد حامد الفقي ، مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت . لبنان ، ط١، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .

١٧- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، للحافظ ابن حجر العسقلاني ، تصحيح عبدالله هاشم اليماني ، بيروت ، دار المعرفة ، ١٣٨٤هـ .

١٨- المهذب - لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، دار الفكر .

١٩- كشف الخفاء ومزيل الإلباس - الشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني ، تصحيح أحمد القلاش ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط٣، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

٢٠- الباجي على الموطأ .

٢١- التعسف في استعمال الحق - للشيخ أبي زهرة .

٢٢- الدر المختار على هامش ابن عابدين ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م .

٢٣- نظرية العقد - الدكتور عبدالحفيظ رواس قلعه جي .

٢٤- الأم - محمد بن إدريس الشافعي - تصحيح محمد زهري النجار - دار المعرفة ، بيروت .

٢٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط٢، ١٤٠٢هـ .

٢٦- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١٠، ١٤٠٨هـ .

٢٧- الجامع لأحكام القرآن - لأبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، دار الكتاب العربي ، ط٢، .

٢٨- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية - جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم وابنه محمد ، إشراف الرئاسة العامة لشئون الحرمين الشريفين .

٢٩- رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين - للإمام النووي ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م .
٣٠- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار - محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان .
٣١- نصب الراية لأحاديث الهداية ، عبدالله بن يوسف الزيلعي ، القاهرة ، ط١، دار المأمون ، ١٣٥٧هـ .
٣٢- الترغيب والترهيب - الإمام الحافظ زكي الدين عبدالعظيم المنذري ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، ط١، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .
٣٣- صحيح مسلم بشرح النووي - أبو الحسين مسلم بن حجاج بن مسلم القشيري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
٣٤- المصباح المنير - أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ، المكتبة العلمية ، بيروت ، لبنان .
٣٥- مالك - للشيخ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي ، ط٢ .
٣٦- الفروق - للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي ، عالم الكتب ، بيروت .
٣٧- إعلام الموقعين عن رب العالمين - شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد - المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .

فتاوى مجلس مجمع الفقه الاسلامي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه

قرار رقم : ٩/٨/٩٥د

بشأن

« مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي »

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١ إلى ٦ ذي القعدة ١٤١٥هـ الموافق ١-٦ أبريل ١٩٩٥م .

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع : « مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي » .

وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله .

قرر مايلي :

أولاً : التحكيم اتفاق بين طرفي خصومة معينة ، على توليـة من يفصل في منازعة بينهما ، بحكم ملزم ، يطبق الشريعة الإسلامية .

وهو مشروع سواء أكان بين الأفراد أم في مجال المنازعات الدولية .

ثانياً : التحكيم عقد غير لازم لكل من الطرفين المحتكمين والحكم ، فيجوز لكل من الطرفين الرجوع فيه مالم يشرع الحكم في التحكيم ، ويجوز للحكم أن

يعزل نفسه - ولو بعد قبوله - مادام لم يصدر حكمه ، ولايجوز له أن يستخلف غيره دون إذن الطرفين ، لأن الرضا مرتبط بشخصه .

ثالثاً : لايجوز التحكيم في كل ماهو حق لله تعالى كالحدود، ولا فيما استلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المتحاكمين ممن لا ولاية للحكم عليه ، كاللعان ، لتعلق حق الولد به ، ولا فيما ينفردالقضاء دون غيره بالنظر فيه .

فإذا قضى الحكم فيما لايجوز فيه التحكيم فحكمه باطل ولا ينفذ .

رابعاً : يشترط في الحكم بحسب الأصل توافر شروط القضاء .

خامساً : الأصل أن يتم تنفيذ حكم المُحَكم طواعية ، فإن أبى أحد المحتكمين ، عرض الأمر على القضاء لتنفيذه ، وليس للقضاء نقضه مالم يكن جوراً بيناً أو مخالفاً لحكم الشرع .

سادساً : إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية توصلاً لما هو جائز شرعاً .

سابعاً : دعوة الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي إلى استكمال الاجراءات اللازمة لإقامة محكمة العدل الإسلامية الدولية وتمكينها من أداء مهامها المنصوص عليها في نظامها .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه

قرار رقم : ٩/٩٦/د٩
بشأن
« سدّ الذرائع »

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ٢ إلى ٦ ذي القعدة ١٤١٥هـ، الموافق ١ - ٦ أبريل ١٩٩٥م .

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع : « سد الذرائع »

وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله .

قرر ما يلي :

١- سد الذرائع أصل من أصول الشريعة الإسلامية ، وحقيقته : منع المباحات التي يتوصل بها إلى مفاسد أو محظورات .

٢- سد الذرائع لايقتصر على مواضع الاشتباه والاحتياط ، وإنما يشمل كل ما من شأنه التوصل به إلى الحرام .

٣- سد الذرائع يقتضي منع الحيل إلى إتيان المحظورات أو إبطال شيء من المطلوبات الشرعية ، غير أن الحيلة تفترق عن الذريعة باشتراط وجود القصد في الأولى دون الثانية .

٤- والذرائع أنواع :

(الأولى) مجمع على منعها : وهي المنصوص عليها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة أو المؤدية إلى المفسدة قطعاً أو كثيراً غالباً ، سواء أكانت الوسيلة مباحة أم مندوبة أم واجبة . ومن هذا النوع العقود التي يظهر منها القصد إلى الوقوع في الحرام بالنص عليه في العقد .

(والثانية) مجمع على فتحها: وهي التي ترجح فيها المصلحة على المفسدة .

(والثالثة) مختلف فيها : وهي التصرفات التي ظاهرها الصحة ، لكن تكتنفها تهمة التوصل بها إلى باطن محظور ، لكثرة قصد ذلك منها .

٥- وضابط إباحة الذريعة : أن يكون إفضاؤها إلى المفسدة نادراً ، أو أن تكون مصلحة الفعل أرجح من مفسدته .

وضابط منع الذريعة : أن تكون من شأنها الإفضاء إلى المفسدة لا محالة (قطعاً) أو كثيراً أو أن تكون مفسدة الفعل أرجح مما قد يترتب على الوسيلة من المصلحة .

مسائل في الفقه(*)

٨٨ – حكم ما إذا أخذ الزوج من مال زوجته دون رضاها :

ومفاد السؤال : أن زوجة أودعت عند زوجها راتبها على أساس أن يحفظه لها عند الحاجة . وبعد أن تجمع لديه مبلغ كبير رغبت الزوجة في استرداده منه فرد لها بعضه وأمسك البعض الآخر . وعندما حاولت إقناعه برد مالديه غضب وتوعدها فسكتت عنه خوفاً من طلاقها .

فهل يحل لهذا الزوج مافعل أم أن عليه واجباً في رد مال زوجته لها ؟

والجواب على هذا من وجهين : الأول من حيث العموم، ومبناه أنه لا يجوز لأحد الأخذ من مال غيره دون إذنه وطيب نفسه ، ذلك أن اختصاصه بهذا المال اختصاص مطلق لايقيده إلا ماوردت النصوص بتقييده (كسلطة الوالد على مال ولده) كما سيأتي وقد عظم الله أمر التعدي على مال الغير فقال تعالى : ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل .. ﴾ [1] وقال تعالى في مال اليتامى : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً ﴾ [2] .

وقد أكدت السنة حرمة مال الغير فعن أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه) [3] وقال عليه الصلاة

(*) هذه المسائل ترد من الإخوة القراء ويتولى الإجابة عليها صاحب المجلة ورئيس تحريرها الدكتور/ عبدالرحمن بن حسن النفيسه .

(١) سورة البقرة من الآية ١٨٨ .

(٢) سورة النساء الآية ١٠ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ج٦ص١٠٠، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي ج٤ ص١٧٢، دار الريان للتراث ، القاهرة ، دار الكتاب العربي بيروت ، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال للبرهان فوري ج١ص٩٢، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م ، كشف الخفاء ومزيل الالباس للعجلوني ج٢ص٤٩٨، مؤسسة الرسالة، بيروت،ط٣، ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م .

والسلام : (لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعباً ولا جاداً فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها إليه) [١] . وروي عن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أنهم كانوا يسيرون معه فنام رجل منهم فانطلق بعضهم إلى نبل معه فأخذه منه ففزع فقال النبي صلى الله عليه وسلم : (لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً) [٢] . فدل هذا على أن الضرر لا يقتصر على أخذ المال بل يتعدى إلى النفس بترويعها فجاء الضرر مضاعفاً عن أخذ المال وترويع صاحبه .

الوجه الثاني : من حيث الخصوص . ومبناه أن الله تعالى فرض للمرأة حقوقاً فمن تعدى عليها فقد تعدى على حق فرضه الله لها سواء كان المتعدي زوجاً أو غيره ومن هذه الحقوق حقها في صداقها ومالها فلا يحل للزوج أن يأخذ منه شيئاً إلا بطيب نفسها ودليل ذلك قول الله تعالى في كتابه العزيز : ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً ﴾ [٣] وقال تعالى : ﴿ وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً ﴾ [٤] ﴿ وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً ﴾ [٥] وقال تعالى : ﴿ فانكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن أجورهن بالمعروف ﴾[٦] والنحلة في الآية الأولى هي صداق المرأة الذي فرضه الله لها ، وهي في اللغة العطية من غير أخذ عوض وبطيب نفس [٧] .

---

(١) سنن أبي داود ج٤ص٣٠١، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت ، السنن الكبرى للبيهقي ج٦ص١٠٠، دار المعرفة بيروت، لبنان، مجمع الزوائد للهيثمي ج٤ص١٧٢، دار الريان للتراث القاهرة، دار الكتاب العربي بيروت .

(٢) سنن أبي داود ج٤ص٣٠١، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، مسند الإمام أحمد ج٥ص٣٦٢، المكتب الإسلامي ، السنن الكبرى للبيهقي ج١٠ص٢٤٩، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

(٣) سورة النساء الآية ٤ .

(٤) سورة النساء من الآية ٢٠ .

(٥) سورة النساء الآية ٢١ .

(٦) سورة النساء من الآية ٢٥ .

(٧) المصباح المنير للفيومي ج٢ ص٥٩٥ ، المكتبة العلمية ، بيروت ، لبنان .

وقال الإمام الرازي في معنى قوله تعالى : ﴿ **فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً**﴾ فإن وهبن الزوجات للأزواج شيئاً من الصداق عن طيبة نفس من غير أن يكون السبب شكاسة في أخلاق الأزواج أو سوء معاشرتهم معهن فكلوه وأنفقوه ثم قال :" وفي الآية دليل على ضيق المسلك ووجوب الاحتياط حيث بني الشرط على طيب النفس فقال (فإن طبن) ولم يقل : فإن وهبن أو سمحن إعلاماً بأن المراعى هو تجافي نفسها عن الموهوب طيبة " [1] .

ولا تطيب نفسها إذا وهبت الزوج من صداقها ثم طلبته بعد الهبة . وروي أن امرأة جاءت مع زوجها إلى شريح في عطية أعطتها له وهي تطلب الرجوع فقال شريح رُدَّ عليها ، فقال الرجل أليس قد قال الله تعالى : ﴿ **فإن طبن لكم عن شيء** ﴾ فقال : لو طابت نفسها عنه لما رجعت فيه [2] . وروي أن رجلاً أعطته امرأته ألف دنيار صداقاً كان لها عليه ثم طلقها فخاصمته إلى عبدالملك بن مروان فقال الرجل اعطتني طيبة به نفسها فقال عبدالملك " فإن الآية التي بعدها تقول : ﴿ **فلا تأخذوا منه شيئاً** ﴾ اردد عليها .[3] كما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى قضاته : (إن النساء يعطين رغبة ورهبة فأيما امرأة أعطته ثم أرادت أن ترجع فذلك لها) [4] .

وفي قوله تعالى : ﴿ **وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ..** ﴾ أمر للأزواج بألا يأخذوا شيئاً من المهر الذي أعطوه لزوجاتهم إذا أرادوا أن يفارقوهن ويستبدلوا مكانهن غيرهن وفي قوله تعالى : ﴿ **وآتوهن أجورهن بالمعروف** ﴾ أمر ايضاً للأزواج بأن يعطوا زوجاتهم مهورهن عن طيب نفس وألا يبخسوهن هذا الحق الذي فرضه الله لهن . وأحكام الشريعة قائمة على اختصاص الزوجة بما لها وليس للزوج منه إلا ما طابت به نفسها سواء كان هذا المال صداقاً أو إرثاً أو راتباً أو أي نوع آخر من أنواع المال . وباستثناء ما يجب لها من النفقة تظل العلاقة بين مال

---

(١) انظر تفسير الفخر الرازي ج٩ ص١٨٨ - ١٨٩ ، دار الفكر .

(٢) انظر : المصنف لعبد الرزاق ج٩ص١١٤، المكتب الإسلامي ، بيروت،ط٢، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م .

(٣) تفسير الفخر الرازي ج٩ ص١٨٩، دار الفكر .

(٤) المصنف لعبد الرزاق ج٩ص١١٤، المكتب الإسلامي، بيروت،ط٢، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

الزوج ومال زوجته قائمة على اختصاص كل منهما بماله . ففي المذهب الحنفي لو عمر أوبنى الزوج لزوجته داراً أو نحوها وكانت العمارة أو البناء بأمرها فكل ذلك لها وليس للزوج إلانفقاته . ولو بنى الزوج بناء لنفسه بآلاته وأدواته ولوازمه في عرصة زوجته وبدون إذنها فالبناء له ولكنه يعد غاصباً عرصتها فيجبر على تفريغ العرصة لدى مطالبة الزوجة بذلك (١) .

وفي مذهب الإمام مالك قال المتبطي " لم يختلف قول مالك إن الرجل إذا أكل مال زوجته وهي تنظر ولا تغير أو أنفقت عليه ثم طلبته بذلك أن ذلك لها وإن كان عديماً في حال الإنفاق ويقضي لها عليه بعد يمينها أنها لم تنفق ولا تتركه يأكل إلا لترجع عليه بحقها (٢) وفي المدونة .. إن أنفقت عليه وهو حاضر مليء أو معدم فلها اتباعه بذلك إلا أن يرى أن ذلك معنى الصلة (٣) .

وفي مذهب الإمام أحمد ليس لغير الأب الأخذ من مال غيره بغير إذنه لأن الخبر ورد في الأب لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم حينما جاءه رجل فقال : يارسول الله إن لي مالاً وولداً . وإن أبي يريد أن يجتاح مالي فقال : (**أنت ومالك لأبيك**).(٤) فدل هذا على أنه ليس للزوج ومن عداه (باستثناء الأب) أن يأخذ من مال غيره إلا بإذنه . أما إن وهبت المرأة من مالها لزوجها فعن أحمد روايتان : إحداهما لا يجوز لها

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، تعريب فهمي الحسيني ، كتاب الشركات ص٦٤١-٦٤٢ وكتاب الحوالة، ص٥١٥، منشورات ، مكتبة النهضة، بيروت ، لبنان ، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار ج٤ ص١٠٠، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٩٥هـ – ١٩٧٥م .

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق هامش كتاب مواهب الجليل للحطاب ج٤ص١٩٣، دار الفكر ، ط٢ ، ١٣٩٨هـ – ١٩٧٨م .

(٣) نفس المرجع وانظر شرح منح الجليل للشيخ محمد عليش ج٧ ص٧٦-٧٧ ، دار الفكر ، بيروت، لبنان ، ط١، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م .

(٤) سنن ابن ماجة ج٢ص٧٦٩، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، ط دار إحياء الكتب العربية– فيصل عيسى البابي الحلبي،وانظر سنن أبي داود ج٣ص٢٨٩، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد، المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت، مسند الإمام أحمد ج٢ ص ٢٠٤، المكتب الإسلامي ، السنن الكبرى للبيهقي ج٧ص٤٨٠، دار المعرفة ، بيروت، لبنان ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي ج٤ص١٥٤، دار الريان للتراث ، القاهرة ، دار الكتاب العربي ، بيروت، لبنان .

الرجوع فيها وهو قول طائفة من الأئمة والتابعين . والرواية الثانية أن لها الرجوع ، فقد سئل رحمه الله عن المرأة تهب ثم ترجع فجعل النساء غير الرجال ثم ذكر الحديث " إنما يرجع في المواهب النساء وشرار الأقوام " ثم ذكر حديث عمر : إن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة وأيما امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تعتصره فهي أحق به . وعنه رواية ثالثة : إنها إذا وهبت له مهرها فإن كان قد سألها ذلك رده إليها رضيت أو كرهت لأنها لا تهب إلا مخافة غضبه أو إضراره بها بأن يتزوج عليها . وإن لم يكن قد سألها وتبرعت به فهو جائز [1] قال الإمام ابن قدامة " فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينة من مسألته لها أو غضبه عليها أو مايدل على خوفها منه فلها الرجوع لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تطب بها نفسها وإنما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى : ﴿ **فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً** ﴾ [2] .

وينبني على ماسبق أنه لا يحل للزوج – في السؤال – أن يمسك مال زوجته لأن إمساكه له يعد من باب الغصب والتعدي على حق غيره وهذا محرم بالإجماع. والحكم الشرعي فيه واضح فيجب عليه رده فإن لم يفعل وجب إجباره على رده . أما تهديده ووعيده لزوجته فهو إثم آخر عليه أن يقلع عنه لأنه من باب الأذى الذي نهى الله عنه في قوله تعالى : ﴿ **والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ماكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً** ﴾ [3] .

---

(١) المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج٦ص٢٩٧-٢٩٨، دار الكتاب العربي ، بيروت، مكتبة دار البيان ، بغداد . وانظر مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحيباني ج٤ص٤٠٤-٤٠٥، ٤١٠، منشورات المكتب الإسلامي دمشق ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ج٤ص٣١١-٣١٢، تحقيق عبدالله بن عبدالرحمن بن عبدالله الجبرين ، ط٢، ١٤١٤هـ – ١٩٩٣م ، الإنصاف للمرداوي ج٧ص١٥٤ – ١٥٥، تحقيق محمد حامد الفقي ، دار إحياء التراث العربي ، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، لبنان .

(٢) المغني والشرح الكبير المرجع السابق .

(٣) سورة الأحزاب الآية ٥٨ .

وخلاصة المسألة أنه من حيث العموم لايجوز لأحد الأخذ من مال غيره دون طيب نفسه ، لأن لخصاصه بماله لختصاص مطلق لا يقيده إلا ما وردت السنة بتقييده كسلطة الوالد على مال ولده . وقد نهى الله تعالى عن أكل المال بالباطل في قوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ وأكدت السنة حرمة مال الغير لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لايحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه) .

أما من حيث الخصوص فإن الله تعالى فرض للمرأة حقوقاً ومن ذلك صداقها وسائر أموالها فمن تعدى عليها فقد تعدى على حق فرضه الله سواء كان المتعدي زوجاً أو غيره وعلى هذا لايحل للزوج في المسألة أن يمسك مال زوجته لأن إمساكه يعد من باب الغصب والتعدي على مالها ، وهذا محرم بالإجماع والحكم الشرعي فيه واضح ، فيجب عليه رده فإن لم يفعل وجب إجباره على رده . أما وعيده لها فهو إثم آخر عليه أن يتوب منه .

والله أعلم .

٨٩ – لامجال للشك مع اليقين :

ومفاد السؤال أن شخصاً كان مديناً بمبلغ لأحد أصدقائه، وقد أوفاه هذا الدين قبل وفاته . ورغم ذلك أصبح يشك في وفائه لهذا الدين ، بل أن هذا الشك أصبح يلازمه في يقظته ومنامه .

وقد سأل ورثة صديقه عما إذا كان في أوراق مورثهم مايفيد عن هذا الدين أووفائه ، أو عدم وفائه فأجابوه أنهم لم يجدوا عنه شيئاً ، بل إنهم عفوا – هكذا ورد في السؤال – عما قد يكون لمورثهم عنده وذلك لمعرفتهم بصداقته وملازمته له . ورغم ذلك يسأل السائل عما يجب تجاه هذا الشك .

والجواب . أن هذا الشك قد يكون من الوساوس التي قد تنتاب الإنسان فتغلب عليه فيتحول اليقين عنده إلى شك ، ويصبح الشك عنده كاليقين . ولهذه الوساوس أسباب عدة : منها ما قد يكون مصدره الحرص على إتقان أمر من الأمور ومن ذلك مثلاً الحرص على الطهارة حين يشك المتطهر فيما إذا كان قد أتقن طهارته أم لا ، ومن ذلك وفاء الدين – كما هو الحال في السؤال – حين يشك المدين فيما إذا كان قد أوفى دينه أم لا، خاصة إذا كان دائنه قد توفي أو كان بعيداً عنه لايستطيع التيقن منه . ومن أسباب الوساوس ماقد يكون نفسياً لتعرض صاحبها لأمر سبب له الشك والوهم . و منها ما يكون مصدره عضوياً كمرض الجسد أو أحد أعضائه مما يؤثر على النفس فيسبب لها الشك والظن وهكذا .

وقد أوجب الإسلام إزالة الشك إذا وُجِدَ اليقين لما في الشك من التردد والخوف، وسوء الظن ، وعدم انضباط النفس . فقد روى عبد الله بن زيد أنه شكى إلى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة قال : (لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحاً)[1] . وروى أبو سعيد الخدري رضي

---

(١) صحيح البخاري ج١ص٤٣، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، صحيح مسلم بشرح النووي ج٣ص٤٩–٥٠، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي ج١ص٩٩، دار الفكر ، بيروت ، ط١، ١٣٤٨هـ – ١٩٣٠م ، سنن ابن ماجة ج١ ص١٧١، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، ط دار إحياء الكتب العربية فيصل عيسى البابي الحلبي، السنن الكبرى للبيهقي ج٢ص٢٥٤، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (**إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً ام اربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن**)[1] وروى عبدالرحمن بن عوف أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (**إذا سها أحدكم في صلاته فلم يدر واحدة صلى أو ثنتين فليبن على واحدة، فإن لم يدر ثنتين صلى أو ثلاثاً فليبن على ثنتين فإن لم يدر ثلاثاً صلى أو اربعاً فليبن على ثلاث وليسجد سجدتين قبل أن يسلم**) [2] .

والأصل في هذا اليقين ، فمن دخل المسجد متطهراً لا ينتقض وضوءه إلا إذا تيقن خروج شيء منه إما بالصوت أو بالرائحة وهما وسيلتان لليقين وماعداهما فهو شك يجب طرحه ، والشك في الركعتين يعني التيقن من واحدة . والشك في الثلاث يعني التيقن من الركعتين فجاء الأمر بطرح الشك والبناء على اليقين .

وقد أسس الفقهاء على هذه الأحاديث قواعد عدة : ومنها – القاعدة الشهيرة في المذهب الحنفي بأن " اليقين لا يزول بالشك " [3] وقد تفرع من هذه القاعدة قواعد أخرى منها " الأصل بقاء ما كان على ما كان" وذلك للدلالة على وجوب ثبات الثابت وعدم الشك فيه " [4] وقد تفرع من هذه القاعدة أيضاً مسائل عدة : منها – أن من تيقن الطهارة وشك في الحدث فهو متطهر . ومن تيقن الحدث وشك في الطهارة فهو محدث . ومنها – أنه إذا كان لأحمد على محمد ألف ريال مثلاً فبرهن محمد على أداء الدين أو إبرائه منه ثم برهن على أن له على أحمد ألفاً لم تقبل حتى يبرهن أنها حادثة بعد الأداء أو الإبراء [5] . ومنها – أن حوض الماء الذي يتعرض للأيدي أو الجرار

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ج٥ص٦٠، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، وانظر سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي ج٣ص٢٧، دار الفكر ، بيروت ، ط١، ١٣٨٨هـ-١٩٣٠م ، مسند الإمام أحمد ج٣ص٧٢، المكتب الإسلامي .

(٢) سنن الترمذي ج١ص٢٤٧، تحقيق عبدالوهاب عبداللطيف، دار الفكر ، بيروت ،ط٢، ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م، كنز العمال للبرهان فوري ج٧ص٤٧٠، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠١هـ – ١٩٨١م .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٦ – ٦١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،١٤٠٠هـ – ١٩٨٠م .

(٤) المرجع السابق .

(٥) المرجع السابق .

الوسخة يجوز الوضوء منه مالم يُعْلَم به نجاسة . ومنها – طهارة طين الطرقات وأن من أكل آخر الليل وشك في طلوع الفجر صح صومه لأن الأصل بقاء الليل (خلافاً للإمام أبي حنيفة الذي يرى أنه مسيء بالأكل مع الشك). ومن ذلك أنه لو شك الصائم في الغروب لم يأكل لأن الأصل بقاء النهار ، وأن المرأة إذا ادعت عدم وصول النفقة والكسوة المقررتين لها في مدة مديدة فالقول قولها ، لأن الأصل بقاؤهما في ذمته كالمديون إذا ادعى دفع الدين وأنكر الدائن .. [1] .

ومن القواعد الفقهية في هذا المجال أن "ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين ". ومن ذلك أن من لم يفته من الصلاة شيء ، وأحب أن يقضي صلاة عمره منذ أدرك لا يستحب له ذلك إلا إذا كان أكبر ظنه فسادها بسلب الطهارة ، أو ترك أحد شروطها فحينئذ يقضي ما غلب على ظنه ، وما زاد عليه يكره منه لورود النهي عنه [2] ومن شك في ركوع أو سجود وهو في الصلاة أعاد ، وإن كان بعدها فلا . [3]
ومن شك هل طلق زوجته أم لا لم يقع . ومن شك أنه طلقها واحدة أو أكثر بنى على الأقل إلا أن يستيقن بالأكثر . ومن كان عليه دين وشك في قدره وجب عليه إخراج المتيقن منه [4] .

وجملة مافي المذهب الحنفي في هذه المسألة " أن اليقين السابق لايزول بالشك الطارىء ، وأنه لا يزول إلا بيقين مثله " ومثال ذلك :" مالو 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 لايثبت المبلغ عليه للمقر له ، إذ أن إقراره لم ينشأ منه عن يقين بل عن شك وظن ، وهذا لا يزيل اليقين ببراءة ذمة المقر ... " [5] .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم نفس المرجع .
(٢) نفس المرجع .
(٣) نفس المرجع .
(٤) نفس المرجع .
(٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر الكتاب الأول ص ٢٠ ، تعريب فهمي الحسيني ، مكتبة النهضة ، بيروت ، لبنان .

وفي مذهب الإمام مالك أن كل مشكوك فيه سواء كان سبباً ، أو شرطاً ، أو مانعاً ملغى . وفي تهذيب الفروق مايلي : " فكل سبب شككنا في طريانه [١] لم نرتب عليه مسببه وجعلنا ذلك السبب كالمعدوم والمجزوم بعدمه فلا نرتب الحكم ، وكل شرط شككنا في وجوده جعلناه كالمجزوم بعدمه فلا نرتب الحكم .. " [٢] .

وفي مذهب الإمام الشافعي يرى الإمام عز الدين بن عبدالسلام " إنا نقول إن الله تعالى أوجب علينا في الأقوال والأفعال مانظن أنه الواجب فإذا كان المتيقن هو المظنون فالمكلف يتيقن أن الذي يأتي به مظنون له وأن الله تعالى لم يكلفه إلا مايظنه، وإن قطعه بالحكم عند ظنه ليس قطعه بمتعلق ظنه بل هو قطع بوجود ظنه ، وفرق بين الظن وبين القطع بوجود المظنون فعلى هذا من ظن الكعبة في جهة فإنه يقطع بوجوب استقبال تلك الجهة ولا يقطع بكون الكعبة فيها .. " [٣] .

وفي مذهب الإمام أحمد أن من تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء ، أو ثوب ، أو أرض ، أو بدن ثم شك في زوالها بنى على الأصل إلى أن يتيقن زواله ، ولا يكتفي في ذلك بغلبة الظن ولا غيره [٤] .

وعلى هذا ينبغي القول أن المتيقن لعمل عمله عليه أن يبقى على يقينه ، ولا يعدل عنه بالشك أو الظن لأن اليقين لا يصدر إلا من إدراك ، ولا يكون الإدراك إلا من عقل. والشك لايصدر إلا من ضعف في هذا الإدراك تبعاً لما قد ينتاب النفس من الوساوس. وقاعدة اليقين لايزول بالشك قاعدة عظيمة ينبني عليها الكثير من المسائل في الفقه فمثلاً الأصل في الأرض الطهارة استدلالاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:

---

(١) الطريان هو : الحصول بغتة. انظر المصباح المنير للفيومي ج٢ص٣٧٢، المكتبة العلمية. بيروت، لبنان .

(٢) تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية هامش الفروق للقرافي ج٢ص١٧٣-١٧٤، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان .

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين بن عبدالسلام، ج٢ ص٥١ – ٥٢، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان ، وانظر الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي ص ٥٠ – ٥٥، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان،ط١، ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م .

(٤) القواعد للحافظ ابن رجب ص ٣٤٠ – ٣٤٢ ، مكتبة الرياض الحديثة، بالرياض .

(وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً فأيما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصل)[1] . فطهارة الأرض متيقنة ، ولا يعدل عن هذا اليقين إلا بيقين مثله وهو وجود نجاسة فيها .

والأصل براءة ذمة الإنسان ، وهذه الذمة لا تشغل بالاحتمال فلا يطالب إنسان بحق مالم يكن هذا الحق متيقناً كالنفقة على الوالدين أو الأولاد . والأصل سلامة الإنسان من الإثم والفواحش لكونه مولوداً على الفطرة ، ولا يعدل عن هذا اليقين إلا بيقين مثله ، وهو ارتكابه للخطيئة والمسائل في هذا كثيرة .

والأمر واضح في المسألة ، فالمدين متيقن أنه أوفى دائنه دينه قبل وفاته فأصبح دينه في حكم المعدوم والشك في هذا لا يشغل ذمته لأنه دليل ضعيف في مواجهة دليل قوي هو الوفاء فوجب طرحه بحكم قاعدة اليقين لايزول بالشك .

وخلاصة المسألة أن الإسلام أوجب إزالة الشك إذا وجد اليقين ، لما في الشك من عدم الانضباط ، وضعف الإدراك . ومن القواعد الهامة في الفقه أن اليقين لايزول بالشك ، وأن ماثبت بيقين لايرتفع إلا بيقين مثله فمن تطهر وشك في الحدث فهو متطهر . ومن تيقن الحدث وشك في الطهارة فهو محدث . ومن تيقن وفاء دينه برئت ذمته ولا تشغل هذه الذمة بالشك لأن الوفاء يقين والشك لا يرفع اليقين .

وعلى هذا فإن تيقن المدين في المسألة كافٍ لبراءة ذمته ، وما ينتابه من شك ناتج عن الوساوس التي قد يتعرض لها بعض الناس لأسباب عديدة وعليه أن يتغلب عليها بما هو معروف في مثل هذه الحال .

والله أعلم

---

(١) صحيح البخاري ج١ص٨٦، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنن النسائي ج١ص٢١٠-٢١١، دار الفكر ، بيروت، ط١، ١٣٤٨هـ-١٩٣٠م، السنن الكبرى للبيهقي ج١ص٢١٢، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

٩٠ – حكم ما إذا عين الأب وصياً على أولاده القصر ثم تبين أنه غير أمين :

ومفاد المسألة سؤال يشير إلى أن أحد الآباء قد عين أحد أبنائه وصياً على إخوته القصر ليحفظ أموالهم ، وينفق عليهم ويقوم على شئونهم بعد وفاته . وبعد وفاة الموصي قام الوصي بما عهد إليه تجاه القصر إلا أن أمهم لا حظت عليه بعد ذلك عدم الاستجابة لحاجاتهم ، وتقصيره في النفقة الشرعية لهم رغم ما عنده من أموال لهم . كما لاحظت عليه سوء سلوكه وخلقه مما جعلها تخشى على أموال القصر من الضياع . والسؤال : هو عما يجب فعله تجاه هذا الوصي ؟

والجواب – من حيث العموم – أن تعيين الوصي من باب التأمير له ليقوم بما اوصاه به الموصي ، ولهذا التأمير شأن عظيم لأنه باب من أبواب الأمانة . وقد وصّى الله الأنبياء والرسل عليهم السلام أن يبلغوا رسالاته إلى خلقه ليأتمروا بما أُمِروا وينتهوا عما نُهُوا . والإيصاء هنا بمعنى الأمر وهذا بَيِّنٌ في قول الله تعالى : ﴿ **شرع لكم من الدين ماوصى به نوحاً والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه .. الآيه** ﴾[1] ووصّى الله أهل الكتاب – أي أمرهم – بالتقوى واجتناب الكفر فقال تعالى: ﴿ **ولقد وصينا الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وإياكم أن اتقوا الله وإن تكفروا فإن لله ما في السموات ومافي الأرض وكان الله غنياً حميداً** ﴾ [2] ووصّى الله الإنسان – أي أمره – بفعل الطاعات واجتناب المعاصي ومن ذلك بره بوالديه وشكرهما على صنيعهما فقال تعالى : ﴿ **ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهناً على وهن وفصاله في عامين أن اشكر لي ولوالديك إليَّ المصير** ﴾ [3] .

والوصي مكلف من الموصي ، والمكلف ملزم بأداء ماوُصّى به ولهذا بلغ الأنبياء والرسل عليهم السلام رسالات الله تنفيذاً لأمره . فقال تعالى لنبيه عليه الصلاة

---

(١) سورة الشورى الآية ١٣ .
(٢) سورة النساء من الآية ١٣١ .
(٣) سورة لقمان الآية ١٤ .

والسلام : ﴿ يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغت رسالته ﴾ [1] وحينما وصّى الله الولد ببر والديه جعل له جزاء إن خيراً فخير وإن شراً فشر .

والوصي مؤتمن على ماوُصّي به ولهذا شدد الفقهاء على مايجب أن يكون عليه الوصي من الأمانة والخلق القويم . ففي المذهب الحنفي لو أوصى الموصي إلى وصي فاسق بَدَّله القاضي لأن الفاسق متهم بالخيانة وفي الخيانة بلا شك ضرر للموصى عليه لهذا حق للقاضي عزله بحكم ولايته في دفع الضرر وعليه إقامة غيره [2] . وقد سئل الإمام مالك هل يعزل الوصي عن الوصية إذا كان خبيثاً فقال : نعم . إذا كان الوصي غير عدل فلاتجوز الوصية إليه وقال : (ليس للميت أن يوصي بمال غيره وهم ورثته إلى من ليس بعدل) [3] .

وعند الإمام الشافعي لا تجوز الوصية إلا إلى بالغ مسلم عدل أو امرأة فلو أوصى الرجل إلى من تجوز وصيته ثم حدث للموصى إليه حَالٌ تخرجه من أن يكون كافياً لما أسند إليه أو أميناً عليه أخرجت الوصية من يديه ، فإن ضعف عن الأمانة أخرج بكل حال وعلى الوصي إخراج ما للبتيم غنى عنه من كسوة ونفقة وما قد يحتاجه من خادم [4] . وعند الإمام النووي " وإن أوصى إلى رجل فتغير حاله بعد موت الموصي – فإن كان لضعف ضم إليه معين أو أمين وإن تغير بفسق أو جنون

---

(١) سورة المائدة من الآية ٦٧ .

(٢) حاشية رد المحتار لابن عابدين وتكملتها لنجله ج٦ص٧٠١-٧٠٢،دار الفكر، بيروت،ط٢، ١٣٨٦هـ-١٩٦٦م، ونتائج الأفكار لقاضي زاده على الهداية للمرغيناني ج١٠ص٤٩٩-٥٠٣، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م .

(٣) المدونة الكبرى برواية سحنون مع مقدمات ابن رشد ج٤ص٢٨٧، دار الفكر ، بيروت، وانظر في ذلك عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ج٣ص٤٢٧-٤٢٨، دار الغرب الإسلامي ، ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م . وانظر كذلك مواهب الجليل للحطاب ج٦ص٣٨٩، دار الفكر، ط٢، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م . وشرح منح الجليل لعليش ج٩ص٥٧٩-٥٨٠، دار الفكر،ط١، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م .

(٤) الأم للإمام الشافعي ج٤ص١٢٠-١٢١، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

بطلت الوصية إليه ويقيم الحاكم من يقوم مقامه " [١] .

وفي مذهب الإمام أحمد تصح الوصية إلى الرجل العاقل المسلم الحر العدل إجماعاً كما تصح الوصية إلى المرأة بدليل أن عمر رضي الله عنه أوصى إلى حفصة . ومن لم يكن عدلاً في دينه لم تصح الوصية إليه ، لأن عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية إليه وقد روي عن الإمام أحمد روايتان : إحداهما - عدم صحة الوصية للفاسق والرواية الأخرى صحة الوصية إليه . ففي رواية ابن منصور إذا كان الوصي متهماً لم تخرج من يده . وفي قول الخرقي إذا كان خائناً يضم إليه أمين [٢]. وفي هذا قال الإمام ابن قدامة ."وكلام أحمد في إبقائه في الوصية على أن خيانته طرأت بعد الموت ، فأما إن كانت خيانته موجودة حال الوصية إليه لم تصح لأنه لا يجوز تولية الخائن على يتيم في حياته ، فكذلك بعد موته ولأن الوصية ولاية وأمانة ، والفاسق ليس من أهلهما ، فعلى هذا إذا كان الوصي فاسقاً فحكمه حكم من لا وصي له ، وينظر في ماله الحاكم ، وإن طرأ فسقه بعد الوصية زالت ولايته وأقام الحاكم مقامه أميناً وهذا اختيار القاضي " [٣] .

وينبني على ماسبق وجوب توافر العدالة في الوصي فإن كان فاسقاً لم تصح الوصية إليه لأن فسقه دليل على خيانته للأمانة . ولما كانت الوصية ولاية وأمانة وجب عزله وإقامة غيره بنظر الحاكم ، ولكن الفسق ليس صفة دائمة فقد يفسق

---

(١) المجموع شرح المهذب ج١٥ ص٥٠٨-٥١٢ ، دار الفكر ، وانظر نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج مع حاشية الشبراملسي ج٦ص١٠٠-١٠١، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط الأخيرة، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار للحسيني ج٢ص٣٥، دار الفكر ، بيروت ، السراج الوهاج للغمراوي على شرح متن المنهاج لشرف الدين يحيى النووي ص٣٤٥، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان.

(٢) المغني والشرح الكبير للإمام ابن قدامة ج٦ص٥٦٩-٥٧٢، دار الكتاب العربي ، بيروت ، مكتبة دار البيان ، بغداد ، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م .

(٣) نفس المرجع وانظر أيضاً كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج٤ص٣٩٣-٣٩٤، عالم الكتب ، بيروت، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ج٢ص٥٧٤، دار الفكر، شرح الزركشي على مختصر الخرقي للزركشي ج٤ص٤١١، تحقيق عبدالله بن عبدالرحمن الجبرين ، دار أولي النهى ، بيروت، ط٢، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحيباني ج٤ص٥٢٩-٥٣١، المكتب الإسلامي ، دمشق .

الوصي وقـتاً من الزمن ممايجـرح عدالتـه . ثم يتوب ، وهنا يحق للحـاكم النظر في إعادته كما لو كان عدلاً أميناً إذا توافرت فيه شروط العدالة والأمانة .

ومع أن للعدالة شروطها وفي مـقدمتها ديانة الرجل وحسن خلقـه وسلوكه فقد يجرح في عدالته مايفعله في زمن ولايجـرحها مايفعله في زمن آخر . ومن ذلك على سبـيل المثال ، أن مـشي الرجل وهو حاسـر الرأس أو أكله في السوق قـد يؤثر على عدالتـه عندما يكون هذا الفـعل مستـهجناً بين الناس في زمن ولكن هذا الفـعل قد لا يؤثر على عدالته في زمن آخر، وذلك إما لفعل الناس له أو لعدم استهجانهم له ، وهكذا .

وما ورد في السؤال عن سوء سلوك الوصي ، وسـوء خلقه ، وتقصيره في أداء واجبـه تجاه إخوته مـسألة وقائع ، فـإذا ثبتت هذه الوقائـع التي تدعيهـا أمهم وجب عزله، واخـتيـار من يقوم مـقامـه حفظاً لأمـوال القصر ورعـاية لشئـونهم إلى حين رشدهم .

وخـلاصة المسـألة : أن الوصي مكلف من الموصي ، والتكـليف يقتـضي الإلزام. والوصي مؤتمن عـلى ماوُصِّي به . ولهذا شـدد الفقـهاء على مايجب أن يـكون عليه الوصي من الأمانة والخلق القويم ووجوب توافر العدالة فيه فإن كان فاسقاً لم تصح الوصية إليه لأن فسقه دليل على خيانته ، ولما كانت الوصية ولاية وأمانة وجب عزله وإقامة غيره بنظر الحاكم .

وماورد في السؤال عن سوء سلوك الوصي وتقصـيره في واجبه تجاه إخوته مسألة وقـائع فإذا ثبتت هذه الوقائع التي تدعيـها أم القصر وجب عزله واخـتيار من يقوم مقامه حفظاً لأموال القـصر . ويمكن أن تكون الأم هي الوصي إذا توافرت فيها شروط الوصاية .

والله أعلم

٩١ - السماح للزوجة بالعمل لا يعني إخلالها بواجباتها الزوجية :

ومفاد المسألة سؤال يشير إلى أن أهل المرأة قد اشترطوا على خاطب ابنتهم السماح لها بالعمل إذا أراد الزواج منها فقبل ذلك طائعاً ونفذ هذا الشرط ، ولكنه وجد بعد ذلك أن زوجته لاتقوم بواجباتها الزوجية المعتادة . وعندما يكلمها في ذلك تتذرع بعدة أعذار منها قبوله شرط أهلها عليه بالسماح لها بالعمل وقبوله بهذا الشرط .

والسؤال هو عما إذا كان السماح لها بالعمل يسقط واجباتها الزوجية المعتادة ؟

والجواب أن الأصل في الزواج " السكينة " بين الزوج وزوجته وفي هذا قال الله تعالى : ﴿ **هو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها ..** ﴾ (١) وقد جعل الله ذلك من آياته الدالة على عظمته و كمال قدرته قال تعالى : ﴿ **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون** ﴾ (٢) .

ولاتتحقق السكينة إلا مع حسن المعاشرة ، وقيام الزوج بما يجب عليه نحو زوجته وهذه الواجبات كثيرة ، ومنها وجوب معاشرته لها بالمعروف والصبر عليها ولو كره منها أمراً وفي ذلك قال الله تعالى : ﴿ **وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً** ﴾ (٣) وقال رسوله عليه الصلاة والسلام : (**لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقاً رضي منها آخر**) (٤) .

---

(١) سورة الأعراف من الآية ١٨٩ .

(٢) سورة الروم الآية ٢١ .

(٣) سورة النساء من الآية ١٩ .

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ج١٠ص٥٨، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، مسند الإمام أحمد ج٢ص٣٢٩، المكتب الإسلامي ،السنن الكبرى للبيهقي ج٧ص٢٩٥، دار المعرفة، بيروت، لبنان .

وقال عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع: (**استوصوا بالنساء خيراً فإنهن عندكم عوان ..**) [1] ومن واجبات الزوج نحو زوجتـه الإنفاق عليها ، وإكرامها ، وإمساكها بالمعروف . ولا تتحقق السكينة إلا مع حسن معاشـرة الزوجة لزوجها ، وقيامها بما يجب عليها نحوه . وهذه الواجبات كثيرة وجماعها كلها " طاعته " مالم يكن في ذلك معصيـة لله . والأحاديث في هذا كثيرة منها ماروه ابن مـاجة عن أم المؤمنين عائشة رضـي الله عنها أنهـا قالت : قال رسول الـله صلى الله عليه وسلم : (**لو أمرت أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها**) [2] ومنها ماروه أيضاً عن أم سلمة رضـي الله عنها أنهـا قالت قال رسول الـله صلى الله عليه وسلم : (**أيما امرأة ماتت وزوجها عنها راضٍ دخلت الجنة**) [3] .

وليس من الواضح في السؤال طبيـعة الواجبات الزوجية المعـتادة ، وعلى فرض أن هذه الواجـبات طـبخ الطعام ، ونظافـة المنزل ، وتربيـة الأولاد ونحـو ذلك مماهو معروف لدى عامة الناس – على هذا الفرض يمكن القول أن الزوجة ملزمة بأداء هذه الخدمة لزوجها خاصة إذا كان غير قادر على تأمين من يقوم بأداء هذه الخدمة . وقد سماها الفقـهاء " الخدمة الباطنة " ففي مـذهب الإمام مالك أن المرأة إذا لم تكن أهلاً للإخدام فعليها الخدمة الباطنة من عجن وكنس وفرش وطبخ وإن كان الزوج معسراً

---

(١) سـنن ابن ماجة ج١ص٥٩٤، تحقيق محمد فؤاد عـبدالباقي ط دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى الـبابي الحلبي، مصر، سنن التـرمذي ج٣ص٤٦٧، تحقيق مـحمد فؤاد عبـدالباقي، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م .

(٢) سـنن ابن ماجة ج١ص٥٩٥، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، ط دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى الـبابي الحلبي، مصر، سنن الترمذي ج٣ص٤٦٥، تحـقيق محمد فؤاد عـبدالباقي ، دار الكتب العمليـة، بيروت، لبنان ، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م، كنز العمال للـبرهان فوري ج١٦ص٣٣٢، مـؤسسـة الرسـالة ، بيروت، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م ، مـجـمع الزوائد ومنبع الفـوائد للهـيثـمي ج٤ص٣١٠، دار الريان للتراث- القاهرة، دار الكتاب العربي ، بيروت، لبنان .

(٣) سـنن ابن ماجة ج١ص٥٩٥، تحقيق محمد فؤاد عـبدالباقي، ط دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى الـبابي الحلبي، مصر، سنن التـرمذي ج٣ص٤٦٦، تحقيق مـحمد فؤاد عبـدالباقي، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م .

فلا خدمة عليه ولو كانت الزوجة ممن تُخْدَم [١] .

وللإمام أحمد رأي مخالف فعنده رحمه الله .. ليس على المرأة خدمة زوجها من العجن والخبز والطبخ وأشباهه . وعند أبي بكر بن أبي شيبة وأبي إسحاق الجوزجاني من علماء المذهب الحنبلي أن عليها ذلك ، واحتجا بقصة علي وفاطمة فقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على ابنته فاطمة بخدمة البيت وعلى علي ماكان خارج البيت من عمل واستدل الجوزجاني بقول النبي صلى الله عليه وسلم : **(لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها ولو أن رجلاً أمر امرأته أن تنقل من جبل أسود إلى جبل أحمر أو من جبل أحمر إلى جبل أسود كان عليها أن تفعل)** قال " فهذه طاعته فيما لا منفعة فيه فكيف بمؤنة معاشه " [٢] .

والمعنى واضح في علاقة الزوج بزوجته ، فكما أن الزوج ملزم بنفقة زوجته ومعاشرتها بالمعروف فإنها ملزمة بـ " طاعته " في غير معصية الله . ومن طاعته قيامها بواجباتها الزوجية وهذه الواجبات تختلف باختلاف الزمان ، وتغير العادات ، فإذا كانت مثيلاتها يقمن بواجبات المنزل من طبخ ونظافة ونحو ذلك وجب عليها أن تقوم بها ، وليس من حقها أن تطلب من زوجها ماليس من عادة مثلها أن يطلبنه .

هذا من جهة المثال ، أما من جهة الحال فليس من حق الزوجة أن تطلب من زوجها شيئاً لا يقدر عليه ولو كُنَّ مثيلاتها يُخْدَمْن لأن القيام بالواجب يتحتم مع

---

(١) شرح منح الجليل لعليش ج٤ص٣٩٣-٣٩٤، دار الفكر، بيروت، لبنان ، ط١، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م ، والتاج والإكليل لمختصر خليل للمواق هامش مواهب الجليل للحطاب ج٤ص١٨٥-١٨٦، دار الفكر ، ط٢، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

(٢) المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج٨ص١٣٠، دار الكتاب العربي ، بيروت، لبنان ، ط دار المنار، مصر، ط٢، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م ، وانظر : السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لابن تيمية ص١٦٩، تحقيق بشير محمد عيون ، مكتبة دار البيان ، دمشق، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م، كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج٥ص١٩٥-١٩٦، عالم الكتب ، بيروت ، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحيباني ج٥ص٢٦٣-٢٦٤، منشورات المكتب الإسلامي ، دمشق ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، ج٦ص٤٣٣، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد ، ط٣، ١٤٠٥هـ .

القدرة، ومالا فلا. استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾ (١) .

والزوجة في السؤال مسئولة عن واجباتها الزوجية المعتادة أسوة بغيرها من الزوجات ممن هن مثلها ، فإذا كانت لا تستطيع ذلك وجب عليها الاستعانة بخادمة تساعدها إذا رضي زوجها بذلك وتكون نفقة هذه الخدمة عليها .

أما القول بأن موافقة زوجها على عملها يعفيها من مسئولياتها الزوجية ، فأمر لا يتفق مع الغرض من الزواج وهو السكينة بما تقتضيه من المودة وحسن المعاشرة بين الزوجين ولا يتفق مع ما أوجبه الشرع الإسلامي من وجوب طاعة الزوجة لزوجها .

وخلاصة المسألة : أن الأصل في الزواج السكينة بين الزوج وزوجته والأمر واضح في علاقة الزوج بزوجته فكما أن الزوج ملزم بنفقة زوجته ومعاشرتها بالمعروف فإنها ملزمة بطاعته في غير معصية الله ، ومن طاعته قيامها بواجباتها الزوجية المعتادة . وهذه الواجبات تختلف باختلاف الزمان والعادات فإذا كُنَّ مثيلاتها يقمن بواجبات المنزل من طبخ ونظافة ونحو ذلك وجب عليها أن تقوم بها ، وليس من حقها أن تطلب من زوجها ماليس من عادة مثيلاتها أن يطلبنه . كما أنه ليس من حق الزوجة أن تطلب من زوجها مالا يقدر عليه من الخدمة ولو كُنَّ مثيلاتها يُخْدَمنَ لأن القيام بالواجب يتم مع القدرة ومالا فلا .

فإذا كانت الزوجة في السؤال لا تستطيع القيام بخدمة المنزل وجب عليها الاستعانة بخادمة تساعدها إذا رضي زوجها بذلك وتكون نفقة هذه الخادمة عليها .

والله أعلم

---

(١) سورة البقرة من الآية ٢٨٦ .

٩٢ - تربية الولد الصغير من واجبات أبيه :

ومفاد المسألة سؤال يشير إلى أن الأب طلق زوجته وله منها أولاد صغار (ذكور وإناث) يعيشون معها في بيت أهلها .. ومع بلوغ بعضهم سن العاشرة والتحاقهم بالمدرسة أحس - كما ورد في السؤال - أنهم في حاجة إلى تربيته وملاحظته إلا أنه وجد معارضة شديدة من أمهم وأهلها تحت حجج كثيرة .

والسؤال هو عما إذا كان يحق للأم أو أهلها منع والد الصغار من تربية أولاده وملاحظتهم في هذه السن ؟

والجواب : إن تنشئة الولد وتربيته أساس في سلامة شخصه ، وسلامة سلوكه، واستقامة خُلُقِه فمن الواضح أن الولد في سنيه الأولى لايدرك مايضره وما ينفعه، فهو بالتاكيد يحتاج إلى ملاحظة وتوجيه فيؤمر بما يجب أن يؤمر به ، وينهى عما يجب أن ينهى عنه .

وينشأ ناشىء الفتيان منا على ماكان عوده أبوه

ومسئولية الوالد عن ولده مسئولية كبرى ليست محصورة في غذائه وكسائه وشرابه ، بل تشمل تنشئته وتربيته على أسس صحيحة . وهذه المسئولية أصعب من الإنفاق عليه، فقد يعيش على البسيط من القوت ، ولا يخسر في هذا شيئاً يذكر ولكن خسارته في تربيته لا يعوضها شيء . والذين ضلوا سواء السبيل في حياتهم هم بلاشك الذين فقدوا التربية الصحيحة عندما كانوا في سن تتطلب تربيتهم وتوجيههم وملاحظتهم . ومعنى هذا أن الولد أمانة عند والديه، وعليهما أداء هذه الأمانة ، ولا يكون ذلك إلا بالتربية الصحيحة . وقد اهتم الفقه الإسلامي بتربية الولد وتنشئته ، وفي ذلك يقول الإمام الغزالي " اعلم أن الطريق في رياضة الصبيان من أهم الأمور وأوكدها . والصبي أمانة عند والديه . وقلبه الطاهر جوهرة نفيسة ساذجة خالية عن كل نقش وصورة وهو قابل لكل مانُقش ومائل إلى كل ما يمال به إليه ، فإن عود الخير وعُلِّمه نشأ عليه وسعد في الدينا والآخرة وشاركه في ثوابه أبوه وكل معلم له ومؤدب وإن عود الشر وأهمل إهمال البهائم شقي وهلك وكان الوزر في رقبة القيم

عَليه والوالي له ، وقد قال الله عز وجل: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم ناراً** ﴾ [1] . ومهما كان الأب يصونه عن نار الدنيا فَبأن يصونه عن نار الآخرة أولى. وصيانته بأن يؤدبه ويهذبه ويعلمه محاسن الأخلاق ويحفظه من القرناء السوء " [2] .

وفي مذهب الإمام أبي حنيفة أن " الغلام إذا استغنى (أي بلغ سبع سنين) يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال وتحصيل أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم والأب على ذلك أقوم وأقدر مع أنه لو ترك في يدها (أمه) لتخلق بأخلاق النساء وتعود بشمائلهن وفي هذا ضرر.

وهذا المعنى لايوجد في الجارية فتترك في يد الأم بل تمس الحاجة إلى الترك في يدها إلى وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ، ولا يحصل ذلك إلا وأن تكون عند الأم ثم بعد ماحاضت أو بلغت عند الأم .. تقع الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها ممن يطمع فيها .. فلا بد ممن يذب عنها والرجال على ذلك أقدر [3] .

ويجبر الأب أو الوصي على أخذ الولد بعد استغنائه لأن نفقته وصيانته عليه بالإجماع ومن ثم فهو أقدر على تأديبه وتعليمه وإذا بلغت الجارية فالعصبة أولى يقدم الأقرب فالأقرب ، وعند محمد تدفع إلى الأب إذا بلغت لتحقق الحاجة إلى الصيانة [4] .

---

(١) سورة التحريم من الآية ٦ .

(٢) إحياء علوم الدين للغزالي ج٣ ص٧١ ، تصحيح الشيخ عبدالعزيز السيروان ، دار القلم ، بيروت ، ط٣ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج٤ص٤٢-٤٤ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ط٢، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م ، وانظر شرح فتح القدير على الهداية لابن الهمام مع شرح العناية على الهداية للبابرتي ج٤ص٣٧٢، دار الفكر ، بيروت، لبنان ، ط٢، اللباب في شرح الكتاب للغنيمي ج٣ص١٠٣، المكتبة العلمية ، بيروت، لبنان، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م .

(٤) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج٣ص٥٦٦-٥٦٨، دار الفكر، بيروت،ط٢، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م ، حاشية الطحطاوي على الدر المختار للطحطاوي ج٢ص٢٤٧، دار المعرفة ، بيروت، لبنان ، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م .

وفي مذهب الإمام مالك لايجب التفريق بين الولد وأمه إلا أن تتزوج أو يحتاجها، ولكن يحق للأب تأديب ابنه بالنهار وبعثه إلى الكتاب ثم يسلمه إلى أمه في الليل وحضانته . كما يحق له أن يؤدبه وهو عند أمه . أما البنت فتكون عند أمها حتى تبلغ النكاح فإذا بلغت وخيف عليها فينظر في أمرها فإن كانت الأم في حرز فهي أحق بها حتى تنكح وإن بلغت البنت ثلاثين أو أربعين سنة ما كانت بكراً فأمها أحق بها مالم تنكح الأم أو يخف عليها فعندئذ يكون أبوها أحق بها (١) .

وفي مذهب الإمام الشافعي إذا افترق الأبوان وهما في قرية واحدة فالأم أحق بالولد مالم تتزوج . فإذا بلغ أحدهم سبعاً أو ثمان سنين ، وهو يعقل خير بين أبيه وأمه وكان عند أيهما اختار . فإن اختار الأم فعلى الأب نفقته ، ولا يمنع من تأديبه والذكر والأنثى في ذلك سواء ويخرج الغلام إلى الكتاب والصناعة إن كان من أهلها ، ويأوي عند أمه . وإن اختار الأب لم يكن لهذا منعه من أن يأتي أمه وتأتيه . وإن كانت بنتاً لم تمنع أمها من أن تأتيها .. (٢) .

وفي مذهب الإمام أحمد : إذا بلغ الغلام سبع سنين وهو عاقل واتفق أبواه أن يكون عند أحدهما جاز . فإن اختلفا في حضانته خيره الحاكم فكان مع من اختار منهما . والمستند في التخيير ماروه أبو هريرة رضي الله عنه أن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت إن زوجي يريد أن ينزع ابنه مني وأنه قد نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة. فقال استهما عليه فقال الرجل: من يحول بيني وبين ابني ؟

---

(١) المدونة الكبرى برواية سحنون ج٢ص٢٤٤-٢٤٥، دار الفكر، مواهب الجليل للحطاب مع التاج والإكليل للمواق ج٤ص٢١٤-٢١٥، دار الفكر، ط٢، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م، وشرح منح الجليل لعليش ج٤ص٤٢١، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط١، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م .

(٢) الأم للإمام الشافعي ج٥ص٩٢، دار المعرفة ، بيروت، والمجموع شرح المهذب للنووي ج١٨، ص٣٣٦-٣٤٠، دار الفكر، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ج٧ص٢٣٣، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط الأخيرة ١٣٨٦هـ-١٩٦٧م ، السراج الوهاج للغمراوي على متن المنهاج ليحيى النووي ص ٤٧٥، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، الوجيز للغزالي ج٢ص١١٨، دار المعرفة ، بيروت، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م .

فقال النبي صلى الله عليه وسلم للغلام (لختر أيهما شئت) فاختار أمه فذهبت به [1].

ولا يخير الغلام قبل بلوغه سبع سنين ، فإن اختار أباه كان عنده ليلاً ونهاراً ولا يمنع من زيارة أمه . فإن مرض كانت أحق بتمريضه في بيتها ، وإن اختار أمه كان عندها ليلاً وعند أبيه نهاراً ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه .

وإذا بلغت الجارية سبع سنين فأكثر فحضانتها لأبيها إلى البلوغ (وجوباً) وبعد البلوغ تكون عنده إلى الزفاف (وجوباً) . والغرض من ذلك الحفظ لأن الأب أحفظ لها فوجب أن تكون عند نظره ، ولا تمنع الأم من زيارتها [2] .

قلت : ولعل ماورد في المذهب الحنبلي في هذه المسألة هو الصواب فإذا بلغ الولد (ذكراً أو أنثى) السابعة من عمره فالحق أن أباه أولى به لكونه أقدر على حفظه وصيانته ومراقبة سلوكه لأن الولد في صغره - سواء كان ذكراً أو أنثى - لايدري نفعه ، ولا ضره ، وهو يميل إلى الراحة ، وعدم التعلم والأدب فلهذا يحتاج إلى من يحفظه ويعلمه ويؤدبه ليكون ذلك أنفع له في دينه ودنياه . ولما كانت التربية والتعليم مهمة صعبة فإن الأب أقدر عليها من الأم . لهذا ينبغي تسليم الابن والبنت إلى أبيهما إذا بلغا سبع سنين لكي يقوم بتربيتهما وحفظهما .

ومع مالللأم من دور مهم في تربية ولدها إلا أن عاطفتها قد تغلب عليها فتهمل ابنتها أو بنتها فينقلب ماتريده من نفع لهما إلى ضرر قد لاتدركه إلا بعد فوات الوقت .

والحجج التي تذرعت بها أم الأولاد وأهلها في السؤال ليست واضحة ، فإن

---

(١) مسند الإمام أحمد ج٢ص٤٤٧، المكتب الإسلامي ، مصنف ابن أبي شيبة ج٥ص٢٣٧، الدار السلفية - الهند ، السنن الكبرى للبيهقي ج٨ص٣ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، سنن أبي داود ج٢ص٢٨٤، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد ، المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، سنن النسائي ج٦ص١٨٥-١٨٦ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط١، ١٣٤٨هـ - ١٩٣٠م .

(٢) كشاف القناع للبهوتي ج٥ص٥٠١، عالم الكتب ، بيروت، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، والمغني والشرح الكبير للإمام ابن قدامة ج٩ص٣٠٠، دار الكتاب العربي ، بيروت، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ج٣ص٢٦٥-٢٦٦، دار الفكر ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحيباني ج٥ص٦٧٠، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق، كتاب الفروع لابن مفلح ج٥ص٦٢٠، عالم الكتب، بيروت، ط٤، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م .

كان الأب – مثلاً – غير صالح في نفسه فلايحق له تربية أولاده لأن الفاقد للشيء لا يعطيه . أما إن كان أهلاً لتربيتهم فله ذلك إذا بلغوا السابعة من عمرهم .

وخلاصة المسألة : أن تربية الولد (ذكراً او أنثى) أساس في سلامة شخصيته، وسلامة سلوكه واستقامته في خلقه . ولهذا فهو أمانة عند والديه وعليهما أداء هذه الأمانة . والولد في صغره لايدرك مايضره وماينفعه ، وهو في سنيه الأولى يميل إلى الراحة وعدم التعلم فلهذا يحتاج إلى من يحفظه ويعلمه ويؤدبه . ولما كانت التربية مهمة صعبة ، فإن الواجب تسليمه إلى أبيه إذا بلغ سبع سنين لكي يقوم بتربيته لأنه أقدر عليها من الأم . والحجج التي تذرعت بها الأم وأهلها في السؤال ليست واضحة فإن كان الأب غير صالح في نفسه فلايحق له تربية أولاده أما إن كان أهلاً لتربيتهم فيكونون عنده في النهار ويسلمهم لامهم في الليل إذا كانوا في حضانتها . أما إن كانوا قد بلغوا سن السابعة من العمر فيكونون عنده في النهار وفي الليل وعليه تمكين أمهم من رؤيتهم .

والله أعلم

الفقهاء الخالدون:

أبو بكـــر الصـــديق

(٥٠ ق هـ - ١٣هـ)

الدكتور/ محمد بن سعد الشويعر

كان رضي الله عنه من نجباء مدرسة النبوة ، الذين حملوا لواء الدعوة لدين الله ، وحرصوا على التّفقه في شريعة الإسلام وحكمتها ، بالدعوة والعلم والتعليم .

وكان من أفاضل صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن أكابرهم الذين تهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القدح فيهم حيث قال : (**لاتسبوا أصحابي ، فإن أحدكم لن يبلغ مدّ احدهم ولا نصيفه**) . فصحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين حملوا العلم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كانوا هم في مقدمة الخيرية لهذه الأمة ، لما اتّصفوا به من أمانة وصدق ، وإخلاص في حسن الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ، وحرص على تبليغ ماعرفوا عنه ، خوفاً من التأثم بكتمان العلم ، الذي توعد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يبلغ ماعنده من علم بعدما سئل عنه : بأنه (**يلجم بلجام من نار يوم القيامة**) .

وهذه الخيرية أخبر عنها القرآن الكريم بصفاتها في قوله تعالى : ﴿ **كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله** ﴾ [1] فقد أخرج ابن جرير وابن أبي حاتم عن السّدي في قوله تعالى : ﴿ **كنتم خير أمة أخرجت للناس** ﴾ ، قال : قال عمر رضي الله عنه : لو شاء الله لقال : " أنتم " فكنا كلنا ، ولكن قال : " كنتم " خاصة في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومن صنع مثل صنيعهم ، كانوا خير أمة أخرجت للناس ، الآية .. ثم قال : (يا أيها الناس من سرّه أن يكون من تلكم الآية) ، فليؤد شرط الله منها " [2] .

---

(١) سورة آل عمران من الآية ١١٠ .

(٢) كنز العمال ١/٢٣٨ .

وأبان صلى الله عليه وسلم توضيحاً لفئات من أمّته بحصرها وعملها على دين الله جل وعلا : دعوة وتبليغاً ، وعملاً وتعليماً ، وجهاداً ومدافعة فقال عليه الصلاة والسلام : (**خير القرون قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم**) .

وإن المتتبع للفقه في دين الإسلام ، ليرى حرص الصحابة أولاً على حسن الأخذ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في متابعة مجالسه ، والتأسي بسنته والسؤال عما أشكل ، ثم تقييد ذلك بالعمل والتبليغ والدعوة والتعليم : جهاداً ومدافعة ، بأمانة وصدق ، وفي مقدمتهم الخلفاء الراشدون الذين أمر صلى الله عليه وسلم باتّباع سنتهم والأخذ بها وقرن ذلك باتّباع سنته فقال صلى الله عليه وسلم في وصيته للأمة، في الحديث الذي رواه أحمد بسنده إلى العرباض بن سارية رضي الله عنه ، وجاء فيه : " **فعليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين ، عضوا عليها بالنواجذ** " (١) .

إذا علم هذا فإن الفقه في الدين موهبة يعطيها الله من يشاء من عباده ، سمتها اقتران الفهم بالعمل ، ومحركها التقوى حيث يقول سبحانه:﴿ **واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم** ﴾ (٢) ، حيث يجب على الفقيه أن يتلّمس الأمور التي تحث عليها شريعة الإسلام ليعملها ، ويحرص على ماتنهى عنه ليجتنبها . والفقه يقترن بالفتوى، لأن المفتي الورع لا يقول إلا عن علم وفقه ، ولذا قال العلماء : إن للفقيه شروطاً منها: الورع والفطنة ، والذكاء والحفظ ، مع الحرص على التطبيق ، والقدوة الحسنة .

وأبو بكر الصديق : عبدالله بن عثمان بن عامر بن عمرو بن كعب بن سعد بن تميم بن مرة بن كعب بن لؤي القرشي أبو بكر الصديق بن أبي قحافه ، هو أول صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم إيماناً به ، ويأتي على رأس القرن الأول الذي كان فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومّر بنا أنه قال فيه عليه الصلاة والسلام : (**خير القرون قرني**) الحديث ، حيث أخرج ابن سعد عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه سئل : من كان يفتي الناس في زمن رسول الله صلى الله عليه

---

(١) الترغيب والترهيب ١/٧٨ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٨٢ .

وسلم ؟. فقال : أبو بكر وعمر رضي الله عنهما ، ما أعلم غيرهما " [1] فكان من أفقه الصحابة وأعلمهم بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ولد رضي الله عنه بعد الفيل بسنتين وستة أشهر ، وصحب رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل البعثة وسبق إلى الإيمان به ، واستمر طوال إقامته بمكة معه ، ورافقه في الهجرة وفي الغار، وفي المشاهد كلها إلى أن مات ، صلوات الله وسلامه عليه .

وكانت الراية معه يوم تبوك ، وحج في الناس في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبأمره سنة تسع ، واستقر خليفة في الأرض بعده صلى الله عليه وسلم، ولقّبه المسلمون خليفة رسول الله .

وقد جاءت سيرته في مصادر عديدة ، منها ما أورده ابن حجر في كتابه الإصابة في تمييز الصحابة ، وماجاء عند ابن الأثير في كتابه أسد الغابة ، وعند ابن عساكر في تاريخه حيث استغرقت سيرة أبي بكر جزءًا كاملاً ، وابن سعد في الطبقات الكبرى أشبع الترجمة استقصاء وتوثيقاً ، كما ذكر ابن كثير في تاريخه البداية والنهاية ، توثيقاً لمكانته في الإسلام ، وأنه أول من أسلم من الرجال ، وفي تصديقه لرسول الله صلى الله عليه وسلم في خبر البعثة ، وأنه ألّف في مناقبه وفضائله هو وعمر بن الخطاب ثلاثة مجلدات .

وقد أسلم على يديه من خيرة صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم عثمان ابن عفان ، وطلحة بن عبيد الله والزبير بن العوام ، وسعد بن أبي وقّاص ، وعبدالرحمن بن عوف رضي الله عنهم .

ولازم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخذ عنه ، ودافع عنه بنفسه وماله ، كما أخذ عنه رواية : عمر وعثمان وعلي ، وعبدالرحمن بن عوف وابن مسعود ، وابن عمر وعبدالله بن عمرو ، وابن عباس وحذيفة وزيد بن ثابت ، وعقبة بن عامر ومعقل ابن يسار ، وأنس بن مالك وأبو هريرة ، وأبو أمامة وأبو برزة الأسلمي ، وأبو موسى الأشعري ، وابنتاه عائشة وأسماء وغيرهم من الصحابة .

كما روى عنه من كبار التابعين الصنابحي ، ومرة بن شراحيل الطبيب ، وواسط البجلي وقيس بن حازم ، وسويد بن غفار . كما ذكر ذلك ابن حجر العسقلاني في

---

(١) طبقات ابن سعد ١٥١/٤ .

الإصابة ، وابن الأثير في أسد الغابة " (١) .

ويكفيه شرفاً ومكانة لما أراد أن يرسل صلى الله عليه وسلم معاذاً إلى اليمن أنه استشار بعض أصحابه ، فقال كُلّ برأيه . فقال عليه الصلاة والسلام : (**إن الله يكره فوق سمائه أن يخطأ أبو بكر**) أخرجه الطبراني من حديث عن معاذ بن جبل رضي الله عنه .

ولا نزاع بين أهل السنة والجماعة ، أنه رضي الله عنه أفضل الأمة بعد نبيها صلى الله عليه وسلم ، وذكره الله في كتابه الكريم في سورة التوبة مقترناً بهجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تعالى : ﴿ **إلاّ تنصروه فقد نصره الله إذ أخرجه الذين كفروا ثاني اثنين إذ هما في الغار** ﴾ (٢) حيث طمأنه صلى الله عليه وسلم بقوله الكريم : (**ماظنك باثنين الله ثالثهما**) ؟ (٣) ، وهو من العشرة المبشرين بالجنه وهم أحياء ، فقد أخرج أبو يعلى بسنده عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه بفناء البيت ، إذ جاء أبو بكر ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : (**من سرّه أن ينظر إلى عتيق من النار، فلينظر إلى أبي بكر**) ، ولذا لقّب بـ عتيق .

ويؤكد مكانته علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، حيث ذكر الإمام أحمد رحمه الله في كتابه فضائل الصحابة آثاراً كثيرة عن علي رضي الله عنه في فضل أبي بكر، من ذلك ماورواه الترمذي بسنده عن أبي جُحَيْفة قال : سمعت علياً يقول : " ألا أخبركم بخير هذه الأمة بعد نبيها : أبو بكر، ثم قال : ألا أخبركم بخير هذه الأمة بعد أبي بكر : عمر " .

وروى حديثاً بسنده عن الحكم بن جحل ، قال : سمعت علياً يقول : لا يفضّلني أحد على أبي بكر وعمر إلا جلدته جلد المفتري . " (٤) .

وكان أبو بكر رضي الله عنه موفقاً في أموره ، لأنه كان مراقباً لله في عمله ، متقياً ربه في أمور دينه والله يقول : ﴿ **ومن يتق الله يجعل له مخرجاً** ﴾(٥)

---

(١) الإصابه ٢/٣٣٣ ، وتنظر المصادر الأخرى المشار إليها .

(٢) سورة التوبة من الآية ٤٠ .

(٣) انظر تفسير ابن كثير لسورة التوبة .

(٤) فضائل أبي بكر في هذا الكتاب .

(٥) سورة الطلاق من الآية ٢ .

﴿ ويرزقه من حيث لا يحتسب ﴾ [1] ، لذا كانت له مواقف كثيرة في أمور الدين ، تتفق مع المصدر التشريعي ، حيث إن إقرار رسول الله صلى الله عليه وسلم لأي فعل أو قول، يعتبر مدخلاً من مداخل السنة : المصدر الثاني للتشريع الإسلامي التي هي قول النبي صلى الله عليه وسلم وفعله وإقراره .

وقد ذكر الجويني رحمه الله في الورقات : إن أبا بكر رضي الله عنه حلف ألا يأكل الطعام في وقت غضبه ، ثم أكل لمّا رأى الأكل خيراً ، وأقرّه رسول الله صلى الله عليه وسلم على فعله . كما أقرّه صلى الله عليه وسلم على قوله رضي الله عنه : بإعطاء سَلَب القتيل لقاتله . حيث جعل العلماء ذلك دليلاً على جوازه من الفاعل ، كقوله صلى الله عليه وسلم . وهو صلى الله عليه وسلم معصوم عن أن يقرَّ أحداً على منكر [2] .

كما ظهر موقف من مواقف فقهه في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بإدراكه لدلالة النصوص الشرعية .

فالصحابة رضوان الله عليهم ، عندما فاجأهم خبر موت رسول الله صلى الله عليه وسلم تباينت آراؤهم ، فقد جرّد عمر بن الخطاب رضي الله عنه سيفه ، وتوعّد من يقول بموت رسول الله ، ولما سمع هو وغيره من الصحابة ، تلاوة أبي بكر هذه الآية : ﴿ **وما محمد إلا رسول قد خلت من قبله الرسل ، أفإن مات أو قتل ، انقلبتم على أعقابكم ، ومن ينقلب على عقبيه فلن يضر الله شيئاً ، وسيجزي الله الشاكرين** ﴾ [3] . قال : فكأني لم أقرأ هذه الآية من قبل .

وأخرج البغوي وابن عساكر وغيرهما عن عائشه رضي الله عنها حديثاً مطولاً جاء فيه : فما اختلفوا في نقطة إلا طار أبي – تعني أبا بكر – بفنائها وفصّلها . قالوا : أين يدفن رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ . فما وجدنا عند أحد من ذلك علماً . فقال أبو بكر رضي الله عنه : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (**مامن نبّي يقبض إلا دفن تحت مضجعه الذي مات فيه**) . قالت : واختلفوا في

---

(١) سورة الطلاق من الاية ٣ .

(٢) انظر الورقات ص٥٥-٥٦، ولطائف الإشارات شرح نظم الورقات ص٣٩ .

(٣) سورة آل عمران الآية ١٤٤ .

ميراثه ، فمـا وجدوا عند أحد من ذلك علماً . فقال أبو بكر : سـمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:(**إنا معشر الأنبياء لانورث ، ما تركنا صدقة**) كذا في منتخب الكنز ج٤ص٣٤٦ (١) .

كمـا اعترف له عمـر بن الخطاب رضي الله عنه بالفقه في حـروب الرّدة ، عندما أصر على قتال مـانعي الزكاة ، واعتبرها من حق لا إله إلا الله ... فقد ذكـر ابن كثير رحـمه الله في تاريخـه أن وفـود العرب لما جـعلت تقـدم المدينة ، يقرّون بالصـلاة ، ويمتنعون من أداء الزكـاة ، ومنهم من امتنع عن دفعها للصـدِّيق، وذكر أن منهم من احتج بقوله تعالى : ﴿ **خذ من أموالهم صدقة تطهـرهم وتزكيهم بها وصلّ عليهم إن صلاتك سكن لهم** ﴾ (٢) قالوا : فلسنـا ندفع زكاتنا إلا لمن صلاته سكـن لنا ، **وأنشد** بعضـهم :-

أطعنا رسول الله إذْ كان بيننا فوا عجباً مابال ملك أبي بكر

وقد تكلم الصحـابة مع الصديق في أن يتركهم ، وماهـم عليه من منع الزكاة ، ويتألفهم حـتى يتمكن الإيمان في قلوبهم ، ثم هم بعد ذلك يزكون ، فـامتنع الصديق من ذلك وأباه ، وقد روى الجـماعة إلا ابن مـاجة عن أبي هريرة أن عـمر بن الخطاب رضي الله عنه قـال لأبي بكر : علام تقاتـل الناس ؟ . وقد قال رسـول الله صلى الله عليه وسلم : (**أمرت أن أقـاتل الناس ، حتى يشـهدوا أن لا إله إلا الله ، وأن محـمداً رسول اللـه صلى الله عليه وسلم ، فـإذا قالوها عـصموا منـي دماءهم وأموالهم إلا بحقها**) . فقال أبو بكر رضي الله عنه : (والله لو منعوني عناقاً) – وفي رواية عقالاً. كانوا يؤدونه إلى رسـول الله صلى الله عليه وسلم لأقاتلنّهم على منعـها ، إن الزكاة حَق المال ، والله لأقاتلنّ من فـرّق بين الصلاة والزكاة ، قـال عمر : فـما هو إلا رأيت الله قد شرح صدر أبي بكر للقتال ، فعرفت أنه الحق) (٣) .

وأورد العصامي في سمط النجوم العوالي معلومات عن حروب الرّدة ، منها قول عمر لأبي بكر عندمـا خرج في المهاجرين والأنصـار : ألّف الناس ، وارفق بهم . فقال

---

(١) حياة الصحابة للكاندهلوي ٣٦٢/٣ .
(٢) سورة التوبه من الآية ١٠٣ .
(٣) انظر البداية والنهاية لابن كثير ٦ /٣١١ .

له أبو بكر : أجبار في الجاهليه خوار في الإسلام ؟ . إنه قد انقطع الوحي ، وتم الدين ، أينقص وأناحي ؟ .

ثم خرج لقتال الطوائف المرتدة ، حتى بلغ نقعاء ، بحذاء نجد ، وهربت الأعراب بذراريهم فكلم الناس أبا بكر بالرجوع إلى المدينة وأن يؤمِّر على الجيش رجلاً .

فمازالوا به حتى بعث خالداً وأمره أن يقاتل الناس على خمس ، من ترك واحدة منهن ، قاتله عليها ، كما يقاتل من ترك الخمس جميعاً : (**على شهادة ألاَّ إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وصوم رمضان ، والحج إلى البيت من استطاع إليه سبيلاً**) [1] .

ومن سعة علمه وفقهه بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حرص على جمع القرآن الكريم من صدور الرجال ومن كل شيء كتب فيه ، حتى لا يختلفوا ، وأودع ذلك بعد جمعه وتمحيصه عند عائشة ، حتى جاء عثمان بن عفان رضي الله عنه فأخرجه بمشورة كبار الصحابة على الصورة المعروفة اليوم باسم الرسم العثماني .

وفي مسند أبي بكر للمروزي جاءت أحاديث تبّين عمق فهم أبي بكر رضي الله عنه للسنة ، وحرصه على تطبيق دلالة النصوص الشرعية : في حفظ سّر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي اهتمامه بالحكم الشرعي توثّقاً ودلالة ، وفي حّث ابنته عائشة على عدم رفع الصوت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي ورعه وتقواه عن أكل مافيه شبهة الحرام ، حتى ولو كان من أعمال الجاهلية ، قبل أن يسلم صاحبها .

كما ذكر ابن حجر في الإصابة أنه كان تاجراً ووجيهاً في الجاهلية ، وقد أسلم وعنده أربعون ألفاً حرص على إنفاقها في تحرير المستضعفين وإعالة المسلمين من الأرقاء الذين استذلهم المشركون ليحميهم من تسلط المشركين ، وكان ممن اشترى وأعتق : بلال بن رباح ، وعامر بن فهيرة ، ونذيرة ، والهذية وابنتها ، وجارية بني المؤمل ، وأم عبيس [2] .

وغير هذا من أمور عديدة هي من مكانته في فهم نصوص شرع الله الذي

---

(١) انظر سمط النجوم العوالي ٢/٣٤٩ .

(٢) الإصابة ٢/٣٣٤ .

شرع لعباده ومن حرصه على التفقه في الدين ، وتطبيقه عملاً ، ليكون قدوة صالحة في تبليغ الأمر على وجهه الصحيح للأمة ، اهتماماً منه رضي الله عنه بأداء الأمانة ، وحفظ الدين ، وسلامة العقيدة حتى يظهر أمر الله ولو كره الكافرون .

وقد توفي رضي الله عنه يوم الاثنين في جمادى الأولى سنة ثلاث عشرة من الهجرة ، وهو ابن ثلاث وستين سنة ، في مثل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقد ذكر ابن سعد من طريق الزهريّ أن أبا بكر و الحارث بن كلدة ، أكلا خزيرة أهديت لأبي بكر ، وكان الحارث طبيباً فقال لأبي بكر : ارفع يدك والله إن فيها لسمّ سنة ، فلم يزالا عليلين حتى ماتا بعد انقضاء السنة في يوم واحد ، وقد أورد هذه الرواية ابن حجر العسقلاني في وفاة أبي بكر رضي الله عنه [1] . فرحم الله أبا بكر ورضي الله عنه ، فما أعلمه بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وما أقواه وأصلبه في الحق، وفي الحرص على نشر دين الله وما أرقّ قلبه وأكثر بكاءه عندما يخلو في عبادته ، خاشعاً أمام ربه !

وقد استشهد الفقهاء والمحدثون بعلم أبي بكر وروايته ونموذج ذلك ما أورده الكتاني في كتابه معجم فقه السلف ، حيث أورد له اثنين وثمانين مسألة كلها يستشهد بها الفقهاء ويأخذون في عمل أبي بكر وترجيحه قرينة تعين في تأصيل الفتوى الفقهية .

كما أورد له ابن قدامة في موسوعته الفقهية : المغني أكثر من مائتين وخمسين مسالة كلها يرجح بها رأياً في الدلالة للأخذ به في المسائل الفقهية ... فكان بذلك يستحق أن يؤخذ من أفعاله مجالاً لإبراز فقهه رضي الله عنه كما أبرز في مؤلف مستقل فقه عمر وابن عباس وعبدالله بن مسعود وغيرهم ، وقد كتب حديثاً في سيرته وعبقريته عدة مؤلفات منها ما ألّفه عباس محمود العقاد ، وماكتبة طه حسين وغيرهما .

---

(١) الإصابة ٣٣٦/٢ .

Abu Bakr died on Jumadal Awal, year 13 H, at 63 years of age . May Allah be pleased with Abu Bakr, he was the most learnt of the Prophet's (pbuh) Sunnah . He was firm in defending the truth and in propagation of Islam, though he was a tenderhearted man , when he stood humbly before Allah for prayer solely, he could not stop himself from crying .

The jurisprudents and the traditionists argued with knowlege and narration of Abu Bakr . Al Kittani in his book " Dictionary of Predecessor's Jurisprudence", has mentioned about eighty two problems for Abu Bakr , which were used by the jurists to support their verdicts. Also, Ibn Qudama mentioned in his book " Al Moghni ", more than two hundred and fifty problems for Abu Bakr, used to support favoring a juristic argument over another . For this reason, his works were considered to show his juristic knowlege . May Allah be pleased with him .

Turn back on your heels ?
If any did turn back
On his heels, not the least
Harm will he do to Allah;
But Allah (on the other hand)
Will swiftly reward those
Who (serve him) with gratitude " (1) .

Omar said , as if he had never read this verse before . Aisha commented, no point of dispute raised, in that situation unless it was settled by her father (Abu Bakr) . First, they asked , where to bury the Prophet (pbuh), then Abu Bakr said that, he had heard the Prophet (pbuh) saying (A deceased Prophet to be buried under the bed on which he died) . Aisha said, they also disputed about the heritage of the Prophet (pbuh) , till Abu Bakr said, he heard the Prophet saying (We, Prophets are not inherited, as our belongings (after death) is a charity) (2) .

Omar Ibn Al Khatab realized the deepest juristic knowledge of Abu Bakr, during the war against apostates, when he (Abu Bakr) insisted to fight those who refused to pay Zakat . According to his view, Zakat is one of the commitments of the testimony (No God But Allah)

Collection of Holy Qur'an also proved, the unlimited learning and juristic knowledge of Abu Bakr . Fearning future disagreement about the Qur'an, he collected it from the Companions who memorized it and from any object on which it was written, then kept it all with his daughter Aisha . When Othman Ibn Affan has been nominoted as Calif, after consultation with the leaders of the Companions, got the collected Qur'an from Aisha and distributed it to different states in the form which is known up till now as Othmani calligraphy .

There were so many other works in the service of Islam performed by Abu Bakr : As mentioned above, he was well educated in legal texts and was very restrict in his application, so as to give a good example to the nation . He was so concerned to fulfil his obligations, preservation of the religion and safety of the creed .

---

(1) Surat Al-Imran, verse 144 .
(2) Montakhab Al Kanz, 4/346 .

They two were in the Cave .... " [1] .

In that situation the Prophet (pbuh), relieved his worry and assured him, saying : " **Have no fear, for Allah, is with us** " . Abu Bakr was one of the ten people, who have been promised with the Garden by the Prophet (pbuh) . Aisha narrated, once Allah's Messenger (pbuh) , was sitting with his Companions in the yard of the house, then Abu Bakr came in, the Prophet (pbuh) said (That who is pleased to see a man who is freed from the Fire, he should look at Abu Bakr) .

Abu Bakr (may Allah be pleased with) was of successful conduct and performance, as he was righteous and observed God in all his deeds, Allah says :

" **And for those who fear**
Allah, He (ever) prepares
A way out, " [2]

There were so many cases in which the attitude of Abu Bakr came correspoding to the views of the source of legistation (Quran and Sunnah) . Since such conduct was approved by the Prophet (pbuh) , it is regarded as one of the enteries to Sunnah . Example for this , approval of the Prophet (pbuh) Abu Baker's advise , to give the property of a killed person (in Jihad) to his slainer. Scholars considered this, as a legal evidence, because the Prophet was faultless and he would not adimt evil deed [3] .

Another example for the broad juristic knowledge of Abu Bakr and of his deep awareness regarding legal evidences, was his conduct after the death of the Prophet (pbuh) . At that moment, the Companions were stunned and perplexed between belief and disbelief, till they listened to Abu Bakr reciting :

Muhammad is no more
Than a Messenger : many
Were the Messengers that passed away
Before him . If he died
Or were slain, will ye then

---

(1) Surat At-Tauba, verse 40 .
(2) Surat , At-Talaq, verse 2 .
(3) Al Warraqat, pages 55-56 .

take it firmly) [1] .

He was the first of the Companions to believe in the Allah's Messenger (pbuh) , and the head of the Prophet's (pbuh) century, which is refered to in his saying (The best of centuries is my century) . Ibn Omar said that, he has been asked who was used to give verdicts (fatawa) during the time of the Prophet (pbuh), he replied : Abu Bakr and Omar (may Allah be pleased with them), and he added he did not know other than those two [2] . Abu Bakr was the best jurisprudent among the Companions and the most knowledgeable of the Prophet's (pbuh) Sunnah .

He was born in year 50 B.H. He accompanied the Prophet (pbuh) before the Mission, and he was the first to believe in him . Abu Bakr was the bearer of the flag in Tabuk Battle and led people to Hajj during the Prophet's (pbuh) life . He was nominated as Caliph after the death of the Prophet (pbuh) , and entitled as Allah's Messenger Caliph

They were a number of best Companions who adopted Islam at hands of Abu Bakr, those including : Othman Ibn Affan, Talha Ibn Obiadellah, Azzobayer Ibn Al Awam, Abdul Rahman Ibn Awof (may Allah bless them all) . He had accompanied Allah's Messenger, and learnt from him . Some of the Companions have narrated Prophet's (pbuh) sayings in his authority, such as : Omar, Othman, Ali , Abu Huriarah, Anas Ibn Malik, and his two daughters Aisha and Isma' and others .

People of Sunnah agreed to the priority of Abu Bakr in Islam and that, he is the best of this nation after the Prophet (pbuh) . He has been mentioned in the Holy Qur'an (Surat At-Tauba) in association with the Prophet's Migration, Allah Almighty says :

" If ye help not (the Prophet) ,
(It is no matter) : for Allah
Did indeed help him,
When the Unbelievers
Drove him out : being
The second of two

---

(1) Al Targheeb wal Traheeb , 1/78 .
(2) Tabagat Ibn Saad , 4/151 .

ETERNAL JURISPRUDENTS ABU BAKR ASSEDIQ (50 B.H - 13 A.H)

Dr. Mohammed Ibn Saud Al Shewai'er

Abu Bakr Assediq he was one of the outstandings of the prophetic school, those who raised the call flag for Allah's religion, and having strong aspiration to learn Shari'ah and its wisdom .

Abu Bakr Assediq (may Allah bless him), was best of the cream of the Prophet's (pbuh) Companions, whom he prohibited their abuse, he said (Do not insult my Companions, as your mudd (measure) will not be the same of their mudd or half of it) . The Companions of the Prophet (pbuh) , were the van of the righteous of this nation for their noble characters, of honesty and sincerity, and for their wise following of the Allah's Messenger (pbuh) . Allah Almighty says, referring to this advance guard :

" Ye are the best,
Of peoples, envolved
For mankind .
Enjoymg what is right ,
Forbidding what is wrong
And believing in Allah " (1) .

If we review the Islamic jurisprudence, we will realized that, the Companions we so keen to learn from the Prophet (pbuh), by attending his teaching circles, following his Sunnah and inquiring when inquiry was necessary to understand a problem or so . All this followed, from their part, with complete adherence and application to what they have learnt . Then, in turn, they have played their role in reporting and teaching, with atmost devotion and honesty . At the top of those Companions were Orthodox Cliphs, whom the Prophet (pbuh) enjoined their followship and associated this, with the adoption of his Sunnah, as he said in his will to the nation (Adhere to my Sunnah and the teachings of the Orthodox Caliphs who will come after me, and

---

(1) Surat Al-Imran, verse 110 .

hands of parents and they are obligated to perform their duties related to his cultivation. A child in his prime age is unable to realise what is useful to his coming life . In this age he has a natural inclination to the relaxation and avoidance of education thus he is needful to be supervised and educated . As the cultivation of a child is a complicated mission, so it becomes necessary to hand over him to his father as he reaches seventh year of his age in order to be educated well because father has a better ability for this than the mother . As for the arguments which used their mother and her relatives as a pretext are unclear in the question . If the father is an incompetent person he has no right to take hold of children but if he is competent for their supervision he must take them with him daytime and handover them to their mother at night if they are in mother's custody . If they have reached seventh year of age they must be kept with father day and night while mother has a right for their visitation from time to time .

Allah Knows best

be kept under his supervision but mother should not be prevented from her visitation [1] .

I say the opinion of Hanabilah in this issue is predominant and preferable that when a male or female child enteres seventh year of his age his father is more suitable to take his hold as he has a better capability of his protection, safety and guidance, because a child in his primeage can not realize what is useful and what is harmful to him whether he is male or female . He is naturely attentive to easyness and voidance of education, thus he is in a need to be educated and supervised so that he may become fortunate in this world and in the after world . When it is a reality that education and cultivation of a child is a complicated assignment then it is clear that father is more capable to do this duty, therefore it becomes necessary to handover hold of a child to his father as he enteres seventh year of his age in order to his education and protection .

Despite the mother has a considerable role in upbringing of a child but, sometimes her sympathy may overcome her responsibilites, which turns to a negligence and it may be harmful to the child, but usualy this harm is realized after passage of proper time .

As for the arguments pleaded with it by mother of children and her relatives are unclear in the question . For example if the father is realy not good himself , he has no right of upbringing child because one who has lost something can not provide it to others, but if he is an appropriate person he must take hold of children as they reach the seventh year .

To sum up, the proper supervision and education of a male or female child provides a firm foundation to the secuirity of his personality and to the correctness of his behaviour and to the soundness of his character . Consequently he is a consignment in the

---

(1) Kashaaf Al-Qina'e Lil Bahooti, vol,5,P,501 published by Alam Al Kutub, Beirut, 1403H-1983AD, Al Mughni wa Al Sharhul Kabeer Lil Imam Ibn Qudamah , vol,9,P,300 Printed by Darul Kitab Al Arabi Beirut, 1392H-1972AD Sharah Muntahi Al-Iradaat Lil-Bahooti, vol,3,P,265-266 Darul Fikr, Matalib ole-Al-Nuhaa fi Sharah Ghayah Al Muntahaa Lir-Rahibani, vol,5,P,670, published by Manshoorat Al-Kutub Al Islami Damascus, Kitabul. Furoo'a Li Ibn Muflih vol.5, P,620. Published by Alam Al Kutub Beirut forth edition 1405H - 1985AD .

hand over him to the mother at night . If the child selected his father his mother has right to visit him, and in case of daughter also, mother must be allowed to visit her from time to time [1] .

In Imam Ahmed's opinion, if a sensible child reached seventh year of his age and his parents are in agreement to keep him with any of both, he may live according to their settlement, but if they are in disagreement the child will given a right of choice thus he will be with that one who is selected by the child and the evidence to this rule is the Hadith narrated by Abu Hurrairah (may Allah be pleased with him) that a woman came to the Prophet (pbuh) and said, " O, Messenger of Allah, my husband wants to deprive me of my son, who is helpful to me and brings water from Abu uttbah's well .The Prophet said, captivate your son, but father said, who can intervene between me and my son ? . The Prophet said to the boy , " you may select one of your parents . He selected his mother and she went along with him [2] .

The male child will not be given this right of choice before he reaches seventh year of his age , if he selected his father, he will live with him day and night and child will not be repulsed from the visitation of his mother . In case of his illness his mother is more deserving to look after him at her own residence . In case he selects his mother, he will live with her at night but with his father at day in order to be educated and cultivated by him .

When a girl reached seventh year, her upbringing is duty of her father and after becoming adult she will live with father till be married in order to protection of her virtuousness . It is necessary that she must

---

(1) Al-Umm Lil Imam Al Shafie, vol,5,P,92, published by Darul Marifah Beirut Al-Majmooa Sharah Al-Muhazab Li An-Nowawi,vol,18,P,336-340, Darul-Fikr, Nihayah Al-Muhtaj Ela Sharah Al Manhaaj Lir Ramali, vol,7,P,233,Published by Shirkah Maktabah and Matbaah Al Babi Halabi and sons Egypt final edition, 1386H - 1967AD, As Siraj Al-Wahaj Lil ghamrawi Ala Matan al Minhaj Li Yahya Al-Nowawi, P,475, Darul Maarifah, Beirut Lebanon, Al-Wajeez Lil Ghazali, vol,2,P.118 Published by Darul-Maarifah, Beirut, 1399H-1979AD .

(2) Musnad Al Imam Ahmed, vol,2,P,447 Al Maktab Al-Islami, Musannaf Ibn Abi Shaibah vol,5,P,237 Ad-Dar-As-Salfiyah India, Al-Sunan al-Kubra Lil Bahaqi, vol,8,P,3, published by Darul-Marifah Beirut Lebanon, Sunan Abu Dawood vol,2,P,284 verified by Muhammad Muhyud-Din Abdul - Hameed published by Al-Maktabatul Asariyah Saida Beirut, Sunan Al Nasai vol,6, P,185-186 printed by Darul-Fikr Beirut Lebanon first edition 1348H-1930,AD.

not be achieved without mother's help . But after she reaches her adulthood she is necessitous to supervision of her father , as he has a better capability to shelter her and for protection of her virtousness [1] .

The jurists are in agreement that a father or guardian of child should be forced to take hold of child when he reaches seventh year of his age as he has a better capability to do this duty . As for a girl when she reaches her adulthood, the most important matter is her safety and protection , so she must be kept in her father's custody [2] .

Imam Malik is of the opinion that , it is not a suitability to separate a child from his mother however, if she wished to be married again, the separation is preferable . In case the son is living in custody of mother, his father has a right to take his hold daytime to educate him but at night, he must be handed over to the mother. As for a daughter, she will be kept in mothe's custody till she reaches her maturity . After reaching rationality, her situation must be observed, if her mother is at a well fortified place, the mother is more deserving to keep her in her custody till her marriage. If a maiden daughter reached an age of thirty or forty, her mother is wortheir to be lived with her, but if the mother has married again or she is worried about her safety, thereupon she will be kept with her father [3] .

According to Shafi'e shool of thought , when parents of a child are in separation and they both live in same town, the mother is more deserving to keep the child with her till she does not marry again . When a child enteres seventh year of his age, he will be given a right of choice between his father and mother, if he is sensible for this, so if he selected his mother, his father is obligated to provied his expenditures and he has a right to educate him whether the child is male or female and he will take his child with him to a school daytime and

---

(1) Badae As sanae lil Kasani, vol,4,Pages 42 and 44, published by Darul-Kitab Al Arabi Beirut Lebanon second edition, 1402H-1982AD, see also Sharah Fatah Al-Qadeer Ala Al-Hidayah li Ibn Hammam with Sharah Al Inayah Ala- Al -Hidayah lil-Babarti, vol,3,P, 103 , published by Al Maktabatul- Ilmiyah Beirut Lebanon, 1400H - 1980 AD .

(2) Hashiah Raddul-Mukhtor Ala-Ad-Durril -Mukhtar Li Ibn Abideen vol,3,P, 566-568 published by Darul Fikr Beirut second edition, 1399H-1979AD, Hashiah At-Tatawi Ala-Ad-Durril-Mukhtar Lit -Tahtawi vol,2,P, 247, Darul Marifah, Beirut Lebanon, 1395H - 1975AD .

(3) Al-Mudawanah Al-Kubra Narrated by Sahnoon vol,2, p,244-245, darul Fikr, Mawahib Al-Jalil Lil -Hattab with Taj Wal-Akleel Lil-Mawaq, vol,4,P, 214-215 published by Darul Fikr second edition, 1398H - 1987AD, And Sharah Manhil-Jaleel Lialeesh vol,4,P.421, printed by Darul-Fikr Beirut, Lebanon, first edition, 1404H - 1984AD .

rectness of supervision and cultivation of a child . With respect to this issue Imam Ghazali defines that it must be in one's knowledge that the manner of children's education is the most important issue in one's practical life . The child is a consignment in custody of parents . His heart is pure . It is a pricious essence . It is innocent void of any figure and picture . He possesses an ability to be dappled according to the wishes of his parents, thus if he is habituated and educated with goodness he will grow up at goodness and will become fortunate in this world and in the after world . Consequently his father , all his teachers and cultivators will share credit of his good deeds, otherwise if he was habituated with evil and he inclined to the negligence like animals, he will become wreched and ruined, and his parents and guardians will also share the burden of his offenses . Almighty Allah says in his Holy book .

" O ye who believe
Save yourselves and your
Families from a fire " (1) .

Whatever his father tries to protect him from the difficulties of this world, but it is more important to protect him from the difficulties of afterworld and this protection depends on correct cultivation, education for good characters and his safety from wicked companions (2) .

According to school of Imam Abu Hanifa, a boy when he enteres the seventh year of his age, becomes needy to be cultivated and educated to the motives of sound charachter, also for achievement of moral qualities and attainment of means to gain the knowledge in his coming practical life . It is manifest that his father has a more capability to fulfil these responsibilities . If the child will be left in his mother's custody, he will be habituated with natural disposition of women and this may effect his charachters .

But this signification is not applicative to a girl she may be kept with her mother rather it is better to be left in her mother's custody while she is going to become mature in order to be educated with proprieties of women and their morals and house duties and this aim can

---

(1) Surat Al-Tahrim, from verse 6 .
(2) Ihyaa Uloom Al-Din lil Ghazali vol,3,P,71, corrected by Al Sheikh Abdul Aziz As Sairwan published by Darul-Qalam Beiruit third edition .

Allah knows best .

92- Cultivation Of Young Child Is One Of The Obligatory Duties Of His Father

In this enquiry, the enquirer says, " A person divorced mother of his young (male and female) children . Now these children are living with their mother in her parents's home . When some of them entered the tenth year of their ages and joined a school, their father realised, (as mentioned in the question) that they were in a serious need of his supervison and due attention, but when he tried to supervise them, faced an intense resistance accompanied with so many arguments from their mother and her relatives .

The enquirer asks whether the mother mentioned above and her relatives have a right to repulse father of children from their supervision in this age ? .

As an answer to this question, the upbringing and cultivation of a young child in a proper way provides a firm foundation to the safety of his personality and correctness of his behaviour and soundness of his character . It is very much distinct that a child in his prime age can not realise what is harmful and what is useful to him . He is of course in a want of supervision and guidance, so he must be directed to useful ways and must be interdicted from harmful ones, because the habits and charachter of a child develop in accordance with guidance of his parents .

The responsibility of a father with this concern is a great liability . It is not limited up to feeding and clothing but it concludes the education and cultivation of him on the correct lines hence this responsibility is more complicated than providence of expenditures . Sometimes a child may live on minor foodstuf and it may not harm him so much, but lack of supervision proves an uncompensable harm to his personality . It is not doubted that majority of the people who lost the even way in their lives were those who lost the proper supervision in their prime age . It means that a child is a consignment in the hands of parents , and thay are obligated with performance of their duties concerning to upbringing of child . This duty is unpaid in the absense of proper supervision . The jurists have emphasized on the cor-

from her domestie duties this statement does not meet the real essence of marriage which is " Tranquillity " which demands cordiality and kind conduct between the couple of mates , as well as it does not meet with the essence of obligatory obedience which is required from a wife from Islamic point of view .

Thus to conclude this issue we say that, the real essence in the marriage is tranquallity between a husband and his wife. The defination of their relationship is manifest . so as the husband is obligated to provide her daily expenses and to have a good dealing with her, in the same way, the wife is obligated to show her obedience to her husband when it is not contrary with the commands of Allah. This is a part of obedience that she must perform her usual house duties . These duties may be different according to changes of times , places or costums of the people . So if the other women similar to her are performing these duties as, cooking, cleaning home or some others liks this, she is obligated to pay these duties. Moreover she has no right to demand something from her husband, which he has not a capability to provide it , although her similars are being served with these facilities, because all the obligations are conditioned with existence of capability . Therefore if the wife mentioned in the issue is not capable to perforem her domestic duties she is obligated to arrange a maidservant for her help from her own pocket if her husband agrees with this .

prostrate her husband . If a husband ordered his wife to shift something from a black mountain to a red one or from a red mountain to a black one, she was obligated to do so . "

Jozjani explains, this is a sample of unbenificial obidience from a wife for her husband so how should be her obedience in the matters of her husband , which are concerning to his earning duties [1] . The meanings of relationship between husband and wife are manifest, just as the husband is obligated to provide her daily expenditures and to deal with her in a good character while she is obligated to remain obidient to him avoiding disobidience of Allah . the performance of her house duties is a part of obedience . These duties may be different with the passage of time or due to a change in peoples costums . So in a certain place if the women similar to her are performing these duties, then she is obligated to do the same . She has no right to demand anything which her similars do not demand from their husbands , but it is just for an example as for as concerning to the real situation of any family we must abserve the financial condition of husband . So if the husband is not capable to provide these services, she has no right to demand it though her similars are being served in their homes . This rule is based on the ground that every responsibility becomes obligatory with the existence of capability as an argument we present Allah's saying " .

On no soul doth Allah
Place a burden greater
Than it can bear [2] .

So the wife mentioned in the issue is obligated to perform her house duties along the lines of her similars . If she is not capable to do these duties, she is obligated to provide a maidservant from her own pocket with a condition of her husband's agreement to this . As for saying that the permission of her husband for a job gives her any relief

---

(1) Al-Mughanni wal-Sharhul-Kabeer li-Ibni-Qudamah, vol,8,P,130 Darul-Kitab Al-Arabi, Beirut, Lebanon printed by Darul-Manar, Egypt second edition 1392H-1972AD , and see, Al-Siyasatul-Shari'yah fi Islahil-Raai wal-Raiyah,li-Ibn Taimiyah, P, 169, verified by Basheer Mohd Uyoon, printed by Maktabah Darul bayan Damuscus, 1405H-1985D Kashaaful-Qina'e ann matan Al-Iqna'e lil-Bahooti vol,5,Pages 195-196 printed by Aalam Al-Kutub, Beirut, Lebanon, 1403H-1983AD, Matalib oli-Nuhaa fi Sharah ghayatil-Muntahaa, Lil-Rahibani, vol,5 pages, 263-264, Manshoorat Al-Maktatul-Islami, Damuscus Hashiyah Al-Roaz Al-Muraba, Sharh Zad Al-Mustaqna li-Abdul Rahman bin Mohd bin Qasim vol,6,P,433 printed by Al-Riasatul-Aammah li-Idaratil-Buhoosil-Ilmiyah wal-iftaw wal-Daawah wal-Irshad Third edition 1405H . Al-Riyadh .

(2) Surat Al-Baqarah, from verse 286 .

tions is narrated by Ummi-Salamah may Allah be pleased with her that the Prophet (PBUH) said, " When a woman died in a condition that her husband was pleased with her, she will be entered to the Paradise [1].

There is no clear specification in the question to the sort of duties which are not being done by the wife . As a suposition if these are such as mealcooking, cleanness of home or childrens upbringing which are recognized by the common people . So we can say that wife is obligated to perform these duties, espesialy when her husband is unable to afford the expenses of any servant . These duties are named by jurists " interior services " .

According to Imam Malik's school of though that a woman if she does not belong to a served family is obligated with the performance of interior services such as baking , cooking, sweeping and its similars, but if the husband is indigent, he is not obligated for the arrangments of these services , although the wife is belonging to a served family [2] .

while Imam Ahmed (may mercy of Allah be upon him) holds a contrary opinion to this he defines that wife is not obligated to perform above mentioned duties. In the opinion of Abu Bakr Ibn Abi Shaibah and Abu-Ishaq Al-Jozjani (Scholars of Hanbali jurisprudence) wife is obligated to perform these duties and they have presented an evidence from the domestic life of daughter of the Prophet (may peace and blessing of Allah be upon him) when the Prophet made a decision that Fatima was responsible to pay her house duties while Ali was responsible to earn daily expenses . Jozjani has prensented an evidence with the following saying of the Prophet (MPUH) , " If Iwould order any one to prostrate any one, I did ordered a wife to

---

(1) Sunan Ibni-Majah vol,1,P,595, verified by Mohd Fouad Abdul Baqi printed by Dar ihyaul-Kutub Al-Arabiah, Faisal Eisa Al-Babi Al-Halabi Egypt, Sunan Al-Tirmadhi , vol.3,P,466, verified by Mohd Fouad Abdul Baqi, printed by Darul-Kutab-Al-Ilmiyah, Beirut, Lebanon ,1408H-1987 AD .

(2) Sharh Manhul-Jalil Li-Aleesh, vol,4,Pages 393-394, printed by Darul-Fikr Beirut, Lebanon, first edition, 1404H-1984, and Al-Taj wal-Akleel Li-Mukhtasir Khalil lil-Mawwab, Hamish Mawahibul-Jalil lil-Hattab, vol,4,Pages , 185-186 printed by Darul fikr second edition,1398H-1987AD.

And this tranquallity can not be achieved without a kind dealing and determination of husband on performance of his obligatory duties. One of these is his goodconduct with his wife and to be patient at some unpleasant matters , Allah says,

Live with them
On a footing of kindness and equaty
If ye take a dislike to them
It may that ye dislike
A thing, and Allah brings about
Through it a great deal of good (1) .

And his Prophet (may peace and blessing of Allah be upon him), said Any believer must not separate his wife, if he is unpleasant with some of her character he may be pleased with some other character of her . The Prophet (PBUH) also said at the occasion of farewell Pilgrimage. Deal with your wives in a good manner because they are like assistants with you (2) .

From the duties of a husband is to provide expenditures to his wife and to show due respect to her and dealing with her in a kindness character . The above stated tranquallity can not be achieved but when a wife also has a good response for her husband as well as she has to perform her obligatory duties . Though these responsibilities are numberless but we may express their meanings collectively with a single word " obedience " to her husband, but it must not be contrary with Allah's obedience. There are so many narrations concerned with this issue one of them is narrated by Ibni-Majah, " Mother of belivers " Ayshah" " may Allah be " pleased with her narrates that the Prophet (PBUH) said , " If i would command any one to prostrate any one, I did commanded wife to prostrate her husband (3) . One of these narra-

---

(1) Surat Al-Nisa from verse, 19 .

(2) Sunan Ibni-Majah vol,1,P,594 verified by mohd Fouad Abdul-Baqi, printed by Dar ihyaul-Kutub Al-Arabiah, Faisal Eisa Al-Babi Al-Halabi Egypt . Sunan Al-Tirmadhi vol,3,P.467 , verified by Mohd fouad Abdul-Baqi, printed by Darul-kutub Al-Ilmiah Beirut, Lebanon, 1408H-1987AD .

(3) Sunan Ibni-Majah vol,1,P,594 verified by Mohd Fouad Abdul Baqi printed by Dar-Ihyaul-Kutub-Al-Arabiah, Faisal Eisa Al-Babi Al-Halabi, Egypt, Sunan Al-Tirmadhi vol,3,P, 467. verified by Mohd Fouad Abdul Baqi printed by Darul Kutab Al-Ilmiyah, Beirut , Lebanon , 1408H-1987AD, Kanzul-Ummal lil-Burhan fouri vol,16, P, 332 printed by Mouassaisatul-Rrisalah Beirut, 1399H-1979D, Majmaul-Zawaid wa Manbaul-Fawaid lil-Haithmi, vol.4,P, 310, printed by Darul-Rayan Lil-Turas-Ciaro Darul-Kitab-Al-Arabi, Beirut, Lebanon .

91- Wife's Job Does Not Mean Her Negligence Of Her House Duties :

An enquirer indicates that when he proposed to get engaged to a girl, her parents demanded his agreement to permit their daughter to do a job after the marriage . So he agreed to accept this condition submissively, but after the marriage he found that his wife was not performing her house duties in a proper way . when he notified her to her responsibilities , she presented many arguments and reminded him with his agreement to permit her to do the job .

The question is the mentioned permission provides the wife any protection from the performance of her house duties ? .

as an answer to this question, the basic essence in the marriage is " tranquallity " between husband and his wife . Allah Almighty says in this concern in his Holy book .

" It is he who created
You from a single person,
and made his mate of like nature,
In order that he might dwell
With her (in love) ..... (1) .

Allah has spacified it as a great sighn which is indicative to the greatness and omnipotence of him . As he says ,

And among his sighns
Is this , that he created
For you mates from among
Your selves, that ye may
Dwell in tranquility with them
And he has put love and mercy
Between your (hearts) verily in that
Are sighns for those who reflect (2) .

---

(1) Surat Al-Aa'raf from verse, 189 .
(2) Surat Al-Rum, verse 21 .

guardianship will be returned back to him .

Despite there are some obligatory conditions of the equitability of a guardian such as honesty, goodness and sincerity, but some of his deeds may be harmful to his equitability in a certain circumstance but the same deeds are not harmful to him in othertimes . For example, he is walking bareheaded among the people, or eating something in a marketplace, this may effect his equitability as this action is condemned by the people, but the same action is not harmful to his equitability as it is not condemned by the people .

As in connection with misbehaviour and miscunduct of the guardian and his failure in fulfilling his responsibilities towards the necessities of his younger brothers as mentioned in the question , depends on facts of the case . If the happenings claimed by the mother are proved, it is necessary to remove the guardian and to appoint a proper person in his place as a security of orphan's property and a better sponsorship to their affairs till they reach their rationlity .

To summarize the case, the guardian is entrusted by the deviser and entrustment requires compulsion so the guardian is consigned with the testament, therefore jurists have emphasized on the existence of honesty, good charachter and aquitance of the guardian . If he is dissolute the testament is invalid to him, because his dissolution is an evidence to his dishonesty . So as testament is a consignment, it becomes necessary to remove him and to appoint an appropriate person according to the opinion of jurists .

As for his misbehaviour and negligence to pay his responsibilities towards his younger brothers as stated in the question, so it depends on facts of the case . If the happenings claimed by mother of the children are proved, it becomes necessary to remove him and to appoint a proper person in his place, as a security of orphan's property and the appointment of the mother as a guardian is also permissible if she possesses the above mentioned qualities .

Allah knows best .

According to the Imam Ahmed's school of thought verily the testament is valid for a person who is sensible, Muslim independent and honest, as it is also valid for a woman possessing the mentioned qualities. The evidence on this rule is that Omer (may Allah be pleased with him) appointed her daughter. " Hafsah " (may Allah be pleased with her) as a devisee. One who is Muslim but not fair and honest, has no right to become a guardian . There are two narrations narrated by Imam Ahmed concerning with this issue . The first says that testament for an unfair devisee is invalid, while the second allows him to act as a guardian . According to the narration of Ibn-Monsoor, incase when a devisee is only charged with any treason, he will not be deprived of his right . In the opinion of Imam Al-Kharqi, if he is dishonest, an honest person will be attached with him [1] . Imam Ibni-Qudama holds in this connection, " if the dishonesty is existed in the devisee at the time of performance of testament in the life of deviser, the testament is invalid because any dishonest person has no right to be a guardian to orphans, because the testament is a consignment and guardianship so a dissolute person can not be authorized with it . Thereore if a devisee is found dishonest, the rule on this is that the testament is invalid . Thus the Judiciary will appoint any alternate in his place [2] .

Based on the stated evidences, one should be assured of the honesty of his devisee, if he is dissolute, he has no right to be a guardian, because his dissoluteness is an evidence on his dishonesty, while the testament is a consignment and guardianship . It is so much necessary to remove the dishonest person from this responsibility and to appoint an appropriate person in his place, but , the dissoluteness is not a constant character . sometimes a devisee may be dissolute for a short period , but later he repents from the sins . In this case the judge will examin his position, if he is satisfied with his character, his right of guardianship will be returned back to him .

---

(1) Al-Mughanni wal-Sharhul-Kabeer lil-Imam Ibni-Qudamah , vol,6,P,569-572 printed by Darul kitab Al-Arabi, Beirut, Maktaba Darul-Bayan, Bughdad,1392H-1972AD .

(2) The same refrence and also see, Kashaaful-qina'e ann matanil-iqna'e lil-Bahooti, vol,2,P,574. Printed by Alamulkutab, Beirut, 1403H-1983AD, Sharah muntahi-Aliradat lil-Bahooti , vol,2,P, 574 printed by Darul-fikr, Beirut, Sharah Al-Zarkashi Ala mukhtasiril Kharqi lil-Zarkashi, vol,4,P,411. Verified by Abdullah bin Abdul-Rahman Al-Jabreen, printed by Dar oli-Nuhaw, second edition 1404H-1993AD, Matalib Oli-Nuhaw fi Sharhi-ghayatil-Muntahaw lil-Rahibani vol,4, P, 529-531, printed by Al Maktabul-Islami Damascus .

As we said that a devisee is trusted to act upon the bequest, thus the jurists have emphasized at the honesty and noble character of devisee . So according to Hanafi school, if a diviser recommended a dissolute person who is blamed with dishonesty and dishonesty of course is harmful to deviser's successors, the Judiciary has an authority to change him with an honest person being as acting uardian to the orphans [1] .

Imam Malik was questioned, " if a devisee might be removed from the guardianship in case, he was a maligant person " . He replied, " Yes " if the devisee is unfair the testament will be invalid to him " . Moreover he defined " it is not allowed for any deviser to recommend any dishonest person for the maintenance of his property because the ownership of this property is going in hands of others (his successors) [2] .

Imam Shafai holds that any one has no right to become a guardian if he is not adult, Muslim and fairperson, either male or female . If a deviser recommended a suitable person and with the passage of time he became unfair the testament would concidered invalid . The devisee is not allowed to use orphan's property but according to his most important needs [3]. Imam Al-Nowawi holds that if a person was recommended as a guardian and after deviser's death occurred a change in his circumstances , his situation will be examined by Judiciary, so if he proved weak due to any disease or oldness, anassistant will be appointed with him, and if he turned to a dissolute or mad person, he will be disquilified and any other person will be appointed in his place [4] .

---

(1) Hashiah Raddul Mukhtar, Ibni-Aabidin and its supplement, vol,6,P,701,702 printed by Darul-Fikr Beirut, second edition 1386H-1966AD. And Nataijul-Afkar Qadhizadah Ali, Al-Hidayah al-Murghinani vol,10,P,499-503 Printed by Darul-Fikr Beirut second edition 1397H-1977AD .

(2) AlMudawanatul-Kubra with narration of Sahnoon with prefaces, Ibni Rushd vol,4,P,287, printed by Darul-Fikr Beirut and see Aqdul-Jawahir Al Saminahle ibni-Shaus vol,3. P,427-428 , Printed by Darul gharb Al Islami First edition, 1415H-1995AD and see Mawahibul Jalil lil-Hattab vol,6.P,389, Printed by Darul Fikr second edition 1398-1987 and Sharh-Manhul-Jalil li-Alish vol,9.P, 579-580 printed by darulfikr first edition 1404H-1984 AD .

(3) Al-Umm lil-Imamil-Shafa'i vol,4,P,120-121, Printed by Darul-Maarifa Beirut Lebanon .

(4) Al-Majmooa, Sharhul-Muhazzib, vol,15.P,508-512, printed by Darul-fikr, and also see, Nihayatul-Muhtaj ela-Sharhil-Minhaj, with margin, Al-Shabramulsi, vol,6,P,100-101, Shirkah Maktaba and matbaah, Mustafa al-Babi Al-Halabi and sons Egypt , final edition 1386H-1967AD, Kifayatul-Akhyar fee hallil-ghayatul-Ikhtisar lil-Hussaini, vol,2,P,35 printed by Darul-fikr, Beirut . Al-Ssirajul wahhaj lil-Ghamrawi ala-Sharhe-Mattanil-minhaj lie-Sharfuddine Yahya Al-Nnowawi, P,345. Printed by Daral-Maarifa, Beirut Lebanon .

" Verily we have directed the people of
The book before you and you (O'muslims)
To fear Allah . But if you deny him, to !
Unto Allah belong all things in the heaven and
On earth, And Allah is free of all wants

Worthy of all praize [1] .

And in the next verse Allah has ordered the human being using same word " enjoined " to do the pious deeds and to avoid committing offenses and to have good treatment with his parents and to express gratitude toward his parents for their kindness . He says ,

" And we have enjoined on man (to be good)
To his parents . In travail upon travail
Did his mother bear him and in years twain
His weaning (hear the Command) , Show
Gratitude to me and to thy parents
To me is (thy final) goal [2] .

In fact the devisee is trusted with the property from the deviser, and he is obligated to act upon the bequest . Thus the Prophets conveyed the messages of Allah as an implementation to the commands of Allah . So Allah commanded his Prophet in his Holy book saying, .

" O'messenger ! proclaim ,
The (Message) which hath been
Sent to thee from thy Lord .
If you didst not thou wouldst
Not have fulfilled and proclaimed
His Mission [3] .

And when Allah commanded a son to do good with his parents and fixed his deed as a recompensable . If he would do good recompensed with good and if he did wrong, will be recompensed according to his dealing .

---

(1) Surah Al Nisa, verse, 131 .
(2) Surah Luqman, verse , 14 .
(3) Surah Al-Ma'idah, from verse, 67 .

90- Rule On Case When A Father Devised Someone As A Guardian For His Young Children . But After His Death Bacame Clear That The Devisee Was Dishonest :

The enquirer says that one of the fathers devised one of his sons as a guardian for his young brothers for the maintenance of their property and to control their affairs . After his death the guardian started performing his duties . But their mother after some period realized that he was not fulfilling their necessities as required, as well as she noticed a negligence to their expenditures, despite the existence of their property with him . She also observed his misbehaviour towards them . So she became unsatisfied of situation thinking the waste of orphan's property .

The Question says , " what might be done against this guardian . The answer to this question is a two fold. With respect to its generality the appointment of gaurdian is considered as an enjoined for the mantenance of the inheritance, and this authority has a great importance as it is a kind of consignment . Allah Almighty enjoined on his Prophets to convey his messages to his creation as they may act upon their orders and avoid their prohibitions and " enjoined " here means command, as it is manifest in the following Quranic verse, " .

" The same religion has he
Established for you as that
Which he enjoined on " Noah "
That which we have sent
By inspiration to thee- And that
Which we enjoined " on Abraham "
Moses and jesus . Namely that you
Should remain stead fast in religion

And make no division there in [1] **.**

Allah as well as commanded the people of the book to be pious and to avoid disbelief . Allah says ,

---

(1) Surah Al Shura, verse, 13 .

Inshort Islam has obligated removal of doubt in the presance of certainty because the doubt is production of lack of discipline and weakness of awarness . And one of most important rules of Islamic jurisprudence is that the certainty can not be removed by doubt and what it is proved by certainty can not be removed but with the same certainty. Therefore one who gained purity and doubted in the existence of impurity, he is pure. And one who got assurance of impurity and doubted in the existence of cleanness, he is impure . therefore one who is assured of his debt's payment , is discharged and his position will not change due to any doubt because his payment is certainty and doubt can not remove it .

Thus the certainty of debtor is sufficient for his acquittance and anykind of scruples which sometimes strike human mind due to many reasons, may not make him guilty and one Should overcome these scruples .

Allah knows best .

not be contented with the excess of his supposition or any thing like this [1].

Thus we can say that one who is confident of the correction of his opinion in any action, must remain confident and not be shaken by any kind of doubt so that the certainty comes through awareness and awareness comes through mentality, whil doubt comes due to weakness of this awareness . Thus many kinds of scruples strike human mind .

This basic rule that " Certainty cannot be removed by doubt " is a great rule . Many rules of jurisprudence are besed on this rule, for example see this rule that , " All the earth is besicaly clean and pure " and it is verified with the saying of Holy prophet (may peace and blessing of Allah be upon him), " whol the earth is considered clean for me (and my followers) so any believer when he entered the time of prayer, he must say his prayer on any part of the earth [2].

So the purity of the earth is assured and this assurance will not be vanished but by the same assurance and it will be existence of dirtiness . The basic essence in the stated issue is acquittance of a person and this acquittance can not be removed by any possibility . Thus any one must not claim for any right which is not assured, like the parents's right of recieving there expenditures from there sons . And the basic essence is the soundness of the man from committing sins and atrocities as he has been natured on innocence. This assurance will not be removed but with the same assurance and it will be commitment of any offence .

The Islamic judgment is very clear in the stated issue that the debtor is assured of payment to the creditor before his death so his debt will be considered as nonexistent and any doubt will not be allowed to shake this certainty . so that the doubt is weak evidence against the strong evidence of certainty of his payment to the creditor .

---

(1) Al-Qawaid Hafiz Ibni-Rajab P,340-342 printed by Maktaba Al-Riyadh al-hadisah Al-Riyadh .

(2) Sahihul-Bukhari, vol,1. P,76 Printed by darul Kutubil-Ilmia, Beirut Lebanon. Sunan-Al-Nasai, vol,1,P, 210-211, Printed by Darul-Fikr, Beirut, Lebanon first edition, 1348H, 1390AD Alsunanul kubra lil Bahaqi, vol,1,P. 212 printed by Darul Marifa, Beirut Lebanon .

Whol that holds Hanafi School of thought in this issue is that the priviously obtained certainty will not be removed with an accidental doubt but it will be removed with a same certainty .

For an example to this , if a person confessed before another that the former is debtor to the later for so and so amount, this confession will not prove him debtor , because the real essence is his acquittance and his confession is not based on certainty but it is based on doubt . So this doubt can not remove the certainty which is acquittance of confessor [1] .

According to Imam malik's school of thought, every doubted matter is cancelled wether it is a reason, condition or a resistance . In Tahzeebal-Furooque narrated as folowing " .

Any accidental motive will not be applied as a rule, and it will be considered as nonexistent and clipped due to its nonexistence [2] .

According to Shafa'i school of thought , Imam Izzuddin Ibn Abdul Salam gives his opinion that Allah Almighty has imposed on us some words and some deeds . We sometimes imagin something as an obligation . So when a confident person becomes suspected in his opinion, Allah does not requires from him more than his assumption and if he decided according to his supposition , his decision will be considered under the influence of his opinion . Thus one who supposed that Kaaba " was to a certain direction and turned his face towards this direction, his decesion will be considered according to his supossition it does not obligate that "Kaaba" is in the same direction [3] .

Imam Ahmed is of opinion that one who was confident with the purity or impurity of water, clothes, ground or his body then he suspected in the removal of dirtiness, he must base his opinion on the achievment of certainty that dirtyness has been removed and he must

---

(1) Durarul-Hukkam, sharah mujallatul-Ahkam Ali Hayder First book P, 20 , translated by Fahmi Al Hussaini , Printed by Maktaba Al-Nnahzah, Beirut, Labanon .

(2) Tahzeebul Furooque walqawaid ul-Ssunniah fil- Asraril-Fiqhiyah Hamishul-furooque lilqarafi vol,2. P,173-174 printed by Aalamul kutaub, Beirut, Lebanon .

(3) Qawaidul-Ahkaam fi masalihilanam. Izzuddine Abdul-Ssalam vol,2,P.51-52, printed by Darul kutab Al-Ilmiyah, Beirut, Labanon and also see Al-Ashbah wal-Nnazair fi Qawaid -wa-furoo'a fiqahil-Shafieyah, Al-Ssuyooti P,50-55 printed by Darul-kutabil-ilmiyah Beirut, Lebanon first edition 1403H 1983AD.

Another of those rules for example is that Mohammad is debtor to Ahmed for one thousand and Mohammd is satisfied that he has payed this amount to Ahmed, then he came to know that Ahmed was also debtor to him for one thousand, he will be not considered deserving for this amount till it is not verified that Ahmed became debtor after the payment [1] . One of these rules is that a tub of water which is used for cleaning dirty hands and jars, it is permissible to make ablution with its water till there a proof available for existence of impurity same this the rule is that the mud of paths is clean and that if a person had a meal in the latest moments of night and doubted in dawn's ascending, his fast is lawful because the basic essence is existence of night, but Imam Abu, Hanifah holds that it is harmful to eat in the existence of doubt . If a faster is doubted in sunset , he is not allowed to eat because the basic essence is existence of day . When a woman claimed against her husband that she had not recieved her fixed expenditures and clothes for a certain period her claim will be expected, because the essence of issue is her existence in the supervision of her husband like a creditor [2] .

From the rules of jurisprudence in this field is that which is proved by certainty will not be removed by anything but by the same certainty . So one who missed nothing in the performance of his prayer and desired to complete all the prayers of his life, since his realization . It is not allowed for him to repeat his prayers but if he became impure in his opinion or he missed any validity condition in his prayer . so he will act according to his opinion [3] .

One who doubted in performance of " Raku "(bowing down) or prostration he is allowed to repeat it with a condition if he remembered it during his prayer but if he remembered after finishing his prayer, he must not repeat it [4] .

One who doubted if he divorced his wife or not or doubted in the number of divorce must be satisfied with the least number . One who is debtor to anyone and doubted in the amount of debt, must assure with the correct amount [5] .

---

(1) The same refrence as above .
(2) Al Ashbah wal-Nnazair as above .
(3) Same as obove .
(4) Al-Ashbah wal-Nnazair ibni-Nujaim .
(5) Same as above .

rates, the Prophet (may peace and blessing of Allah be upon him) said , " when any of you doubted in his prayer and did not know if he prayed three Raka'a or four, he would have to deduct the doubt and act according to his assurance (1) .

Abdul Rahman bin Aof Narrated that he heard the prophet (PBUH) saying when any of you became inattentive during his prayer and did not know, if he prayed one or two Raka'a (prayerunit), He would count it one and must be satisfied. If he doubted in three or four, he must count it three, and prostrate twice before finshing his prayer (2) .

And the essence in the mentioned above is certainty, so who he entered the mosque after making an ablution, his ablution would never be abolished till he did assure with something coming out of his body, a sound or a fart and the existence of any of these two means having certainty . Everything excep these will be considered a doubt . It must be dedueted tolaly. The doubt in two Raka'a (prayerunit) means certainty in one and like this doubt in three means certainty in two so the basic need is deduction of doubt and basement on certainty . Islamic jurists have framed many rules on the basis of these narrations the most important of these is according to Hanafi school of thought, that the certainty will not be vanished due to doubt (3) .

There are some branch rules derived from this basic rule . One of them is that the basic position will be remained unchangeable in its real form and it leads to obligation of stability of that which is proved and to non existence of doubt (4) .

Also there are many branch rules from this rule , one of those is that one who is assured of the validity of his ablution and doubted in ritual impurity, his ablution is valid, and who he is assured of his ritual impurity and doubted in his purity, he is in a condition of impurity .

---

(1) Sahih Muslim Bisharhil-Nowawi, vol,5,P,60. Printed by Darul kutubil-Ilmiah Beirut Lebanon and see sunan al-Nasai besharhil, Hafiz jalaul-dine Alssuyooti and hashia al-lmam-Sandi vol,3,P,27, Darulfikr, Beirut, Lebanon, First edition 1348H. 1930 AD. Musnad Al-Imam Ahmed, vol,3.P,72 printed by al-maktabul-Islami .

(2) Sunan Al-Tirmadhi, vol.1,P. 24, verified by Abdul Wahhab Abdul-Latif printed by Darul fikr Beirut second edition, 1403H. 1983 AD. Konzul Ummal Al-Burhan fouri vol,7,P,470 Moussasatul Rrisala Beirut, 1401H, 1981 AD .

(3) Al-Ashbah wal-Nnazair Ibni-Najecm P, 56-61 Printed by Darul-kutubililmiah Beirut, Lebanon, 1400 H .

(4) The same refrence as above .

89- No Space For Doubt With Certainty :

The enquirer says that a person was indebted to one of his friends . He payed this debt before his creditor's death. In spite of this he was doubted wether he payed this debt or not . This doubt griped him day and night . so he asked the successors of his late friend if they did find any indication in the documents of their testator about the payment of this debt . But they did find nothing, more over they excused him as it is stated in the question recogniosing his friendship and sencerity. Inspite all this, the inquirer is suspected and doubted .

In an answer to this question, this doubt may be considered as the scruples which sometimes overcome the man, so the certainty becomes doubt and doubt shapes as certainty. There are some causes for these scruples . It occures sometimes trying to avoid some unlauded practices . For example one's desire to obtain complete cleanness, when he is doubted in its occurence this is like the payment of debt as stated in the question, that debtor is doubted in the payment of his debt, especialy in case the death of creditor or being on a distance which makes the certainty suspected and the reasons of these scruples are sometimes purily psychic . Sometimes it is caused by any desease effecting on the body and nervous system of the person .

Islam has emphasized on removal of doubt because of hasitation, fear and distrust and also indiciplinary actions causes .

Abdulah bin Zaid narrated that he complained to the prophet (may peace and blessing of Allah be upon him), about a man who thinks that he has found something abrogater for his prayer . Prophet said , He must not leave his place before listening a sound or finding any fart [1] . Abu Saeed Al-Khudri (may Allah be pleased with him) nar-

---

(1) Sahihul-Bukhari vol,1. P,43, printed by Darul kutub Al-ilmia Beirut Lebanon. Sahihe Muslim Bisharh , Nowawi vol,3,P,49-50 , Printed by Daral kutab al- alilmia, Beirut Sunan Al Nasai Bisharhil Hafiz Jalaluddine Alssuyooti and Hashia Al Imam Alssandi vol,1,P.99, printed by Darul fikr, Beirut, First edition, 1348H. 1930, AD. Sunnan Ibn-Majah vol,1P.171 Verified by Mohammd fouad Abdul Baqi, printed by Dar, Ihyaul kutub - Al arabiah, Faisal Eisa albabi Al halabi. Alssunanul-kubra lil-Bahaqi vol.,2,P.254. Printed by Darul. Marifa, Beirut Lebanon .

his free willingness .

As In the concern of an individual, Allah has alloted rights to the woman and her dower is one of them she also has right to possess her property . so anyone if he over steps her, actually over steps a right alloted by Allah, equally if he is a husband or anyother person. So based on stated demonstrations, we say that the husband mentioned in the question is not allowed to hold up his wifes property and his hold will be regarded as an extortion and a violence to the property of his wife and this is prohibited unananimously. The judgment of Shari'ah in this case is very elear that he has to return back this property , other wise he will be compelled for its restoration by judiciary . As to his threatening to his wife, so it is an additional sin and he must repent from it .

(God knows best)

The Imam Ibni-Qudama says , " the apearant meaning of this narration is, that when ever the grant will be accompanied with husbands wish or his anger with his wife or any sighn of wife's fear, she will be given back her property. Inview the fact that visible situation indicates that she is not satisfied with her dicision while Allah's allowance is conditional with her satisfaction [1] . As he says in a Quranic verse, " **If they grant any part of their dowers to you, take it and enjoy it**) [2] .

And it provides a base according to we have previously said that the husband stated in the question is not allowed to take hold of anythig from his wife's property. Because this hold will be regarded as a kind of constraint and overstep the rights of others . And this is unlawful unanimously in Islamic jurisprudence . In this concern we may find a very manifest Islamic judgment . So he has to return this property other wise he will be compelled for its restoration by judiciary. As to his threatening his wife it is an additional sin. He has to avoid it Because it is a kind of prohibited harm . Allah the most high says " .

" And those who annoy,
believing men and women
Undeservedly,
bear on themselves,

Clumy and glaring sin " [3]

In conclusion the rule in this case is that any one jenerally is not allowed to take hold of any one's property with out his free willingness . So that his speciality with possession to his property is absulute and it can not be restricted except the demonstrnations narrated by Sunnah . For example authority of father on his Son's property . Allah has forbidden to eat up any one's property through unlegal methods , He says in his Holy book ; (Eat not up your property among yourselves in vanities) [4] **. The Sunnah also emphasized on its prohibition . The Holy prophet says, it is not allowed for anyone to use Muslims property with out**

---

(1) Surat Al-Nisa : verse, 4 .
(2) Surat Al-Ahzahb, verse, 58 .
(3) Surat Al-Nisa, verse, 29 .
(4) Surat Al-Nisa, verse,29 .

except the abservation of ralationship [1] .

According to jurisprudence of Imam Ahmed anyone except a father is not allowed to take anything from one's property with out his permission . But in concern of a father we find a Hadith of Prophet, when a person came to the prophet PBUH and complained " , Oh Massenger of Allah, I possess some property for me and my childern's neccessities but my father wants to tresspass my property the Prophet gave a ruling, " you and all your Property belong to your father "[2] .

So this Hadith verifies that this facility is not available for husband and others with an exception for father to grasp his son's property with out his permission . However if a wife gifted a part of her property to her husband in this conection there are two narrations . According to first of both, woman has no right to claim for returning of gifted property . This is the view of a group of Imams and some jurists . The second narration says that she has a right of reclaim . One Imam was questioned about a woman who gifted her dower to her husband then claimed for its restoration the Imam replied that the women were not like the men and mentioned a Hadith, " only the gifts given by women and meanpeople are restored then mentioned Hadith of Omer, He says, " the women sometimes gift their property to their husbands willingly and other times fearingly. So if any of them gifted something to her husband then claimed for its restoration she would be more deserving for that property. There is also a third narration narrated by Imam Ahmed, " incase a woman granted her dower to her husband and he had ever wished for this grant, he would have to restore this property. Because sometimes a woman grant her dower to him fearing his anger or a step of second merriage, but if she granted with out his wish, he would be allowed to use this property" [3] .

---

(1) Sunan Ibni-Majah vol,2,P,769 Research Mohd Fouad Abdul Baqi Print, Dar Ihyail kutubil Arabia by Faisal Eissa Albabi-AlHalbi, see Sunan Abi Dawood vol,3,P.289 R, Mohd Mohayul-ddine Abdul Hameed, Al Maktabatul-Asariyah, Saidaa Beirut, Musnad,al.Imam Ahmed, vol,2.P,204 Al Maktabul Islami, Alssunanul kubra Lilbahaqi ,vol,7. P, 480 Darulmarifa Beirut Lebanon, Majmaulzawaid wa monbaul fawaid lil Haithmi vol,4. P,154, Darul-Rrayan Lilturaas Cairo, Darulkitab il Arabi Beirut Lebanon .

(2) Al Mughanni and Al Sharhul kabeer IbniQudama vol,6,P,297-298. Darul kitabil Arabi Beirut Maktaba Darul bayan Baghdad and see Matalib'olinnuha fee sharh ghayatil muntaha Al rrahibani vol.,4,P,404-405, 410 Monshooratul kutabil Islami Damuscus . Sharah Alzzarkashi Ala Mukhtasiril kharqi vol.4. P,311-312 Verified by Abdullah bin Abdul Rahman bin Abdullah aljabreen second,edition 1414H,1993AD. Alinsaf lilmordawi vol,7,P.154-155 verified by Mohd Hamid Alfaqi Dar Ihyaueturat Al Arabi Beirut Lebanon.

(3) Almughanni and Al Sharhul Kabeer the same reference as above.

In Allah's saying,

(And give them their dowers
According to what is reasonable) .

Allah has ordered husbands to pay the dowers of their wives towards them with their good pleasure and would not lessen this right which Allah had alloted to them and the judjments of Shariah are based on the speciality of woman with the right of ownership and that the husband has no right to use it but with the free willingness of his wife. Equally if the property contains on dower, inheritance or salary or it may be any other kind of property. Except the obligatory amount for maintinance there is a remaining connection between the property of husband and property of wife and it is based on speciality of everyone in possessing his property . According to Hanfi jurisprudence, if a husband constructed a house or a building for his wife and the construction was made with her orders, all that property would belong to the wife and the husband would not be allowed to take anything from this property except his expenditures . And if the hasband made a construction for himself with his own instruments and materials but constructed it inside the courtyard of his wife without her permission, he would be regarded as the owner of that building but violater towards the rights of his wife and would be compelled to vacate her place while she would demand for it [1] .

According to maliki jurisprudence, says Mutabatti , " view of Imam Malik does not differ to Ahnaf's view that a husband when he used the property of his wife while she was knowing it and not try to change the situation or she spent some property on her husband . After that she claimed for its return back it must be returned to her. Thouh the husband was penniless at the time of spending property and a decision would be made in the favour of wife against the husband after her oath that she had not spent with her willingness and would not allow him to spend anything more and she claimed for her right [2] .

As narrated in Mudawwana, " If a wife spent on her husband in his presance though he was vigorous or impecunious, she would follow it

---

(1) Attaj walaklеel Limukhtasar Khalil-Lilmawaq margin of book, mawahibul Jalil by Hattab vol,4,P,193 Darulfikr Ad,2.1398,H,1978 AD.
(2) The same refrence as above and see Sharah Mankil Jalil ly Al Sheikh Mohd Aleesh vol.7,P.76-77 Darulfikr Beirut Labenon .

ingness [1] . She would not do it with her good pleasure, when she remitted her dower to her husband and then asked him to return it back . It is narrated that a married woman came to the Judge Qadhi Shuraih in the company of her husband and submitted acomplaint that she had gifted some property to her husband and now she decided to return it back . Shuraih ordered the husband to return her property back, the man recited the verse of Quraan,

(If they remit any part of it to you
With their own good pleasure,
Eat up and enjoy it with right good cheer) .

"But Shuraih did not accept his view and told him " .

that if she was satisfied with her decision, she never asked to return its property [2] . It is also narrated that a woman gifted an amount of one thousand Dinars from her dower to her husband . But the husband divorced her after taking possession of property . She raised acase to Abdul Malik Bin Marwan . The man replied that she had gifted him that property with her free willingness But Abdul Malik said, " the later verse in the Holy Quran says , (**Do not take the least bit of it back**) so you have to restore her property . [3]

It is narrated that Umer Ibni Khattab MABPWH issued an order to all the Islamic jurists that the women some time gift their property to their husbands under some pressure . So any of them if reclaimed to return back her property, it must be in her possession [4] . Look at the verse,

(If you had given any of them
A whol treasure for dower,
Take not the least lit of it back) .

Allah Almighty has ordered to husbands that they are not allowed to take any part of dower which they have gifted to their wives when they decided to abandon them or to take one wife in place of another .

---

(1) See Almusannif Abdul Rrazzaque, vol,9, P,114, Printed by Almaktabatul- Islami Beirut Ad, 2,1403, H. 1983, Ad.
(2) Tafseer Fukhruddine Al Rrazi vol,9, P. 189. Darul Fikr.
(3) Almusannif Abdul Rrazzaque vol,9,P.14 Almktabatul- Islami Beirut Ad,2.1403H. 1983 AD.
(4) Durarul-Ahkam Sharah mujallatu-ahkam, Ali Haider, Arabic translation Fahmi Al-Hussaini, Kitaabu-Lshirakat p. 641-642 and kitaabul Hawala p,515, Manshoorat, Maktabatunnahza Beirut Lebanon. And Tahtawi's margin on Durril Mukhtar, vol.4,P, 100 , Darul Maarifa, Beirut, Lebanon 1395,H.1975 AD.

He also says,

" (If ye had given her
A whol treasure for dower,
Take not the least bit of it back
Would you take it by slander

And a manifest wrong) [1] .

(And could you take it
When you have gone in unto eachother
And they have taken from you solemn convenant) [2] .

He also says,

(Wed them with the leave of their owners
And give them their dowers

According to what is reasonable) [3] . "

Alnnihlah " in the former verse means dower of woman alloted to her by Allah the most high . And its linguistic meanings are a free gift with out taking any compansation [4] . Al Imam Al Rrazi says in the meanings of Allah's saying ,

(If they of their own good pleasure
Remit any part of it to you) .

He explains, if the women remit any part of their dower to their husbands with their own good pleasure, without finding any refractoriness in the inborn quallities of their husbands or any miss-behaviour towards them. Eat up this property and spend it as you like . Razi says that this verse is a proof for the distress of the path and one should be very much careful, as their is a basic condition for using this property and that is the free willingness of woman[5]. So Allah says " **If they remit any part of this property** " does not say if they gifted or allowed . It is an indication that the gifter is totaly free in her will-

---

(1) Surat Al Nisa verse , 20 .
(2) Surat Al Nisa verse, 21 .
(3) Surat Al Nisa, verse 25 .
(4) Al-Misbahul muneer lil-Fiyoomi, vol,2,595 printed by Al-Maktatul-Ilmiyah Beirut-Lebanon .
(5) See the Tafseer Fakhruddin Al Razi, vol,9, P.188- 189, Darulfikr .

anyone to eat up the property of a Muslim without his willingness [1] and the Prophet PBUH Also said, " do not grasp any of you property of his brother jestingly or seriously . If one of you borrowed a stick from his Muslim brother it should be returned it to its owner [2] . Narrated by some of companions of prophet PBUH that they were travelling with the prophet PBUH while one of them went to sleep. Meanwhile some of them moved towards his arrow and grasped it- The owner of arrow was frightened . The prophet PBUH said at this occasion, " It is not lawful for a Muslim to frighten his Muslim brother [3]. So this ruling leads to the defination of harm, it does not contain only on the grasp , but it also tranpasses to the frightening of any body . In this way the harm will be multiplied with grasp of one's proprerty and frightening of its owner.

The second aspect of this answer related with a certain person is based on another Islamic law that Allah Almighty has alloted rights to the woman, so the person who will become overstepping towards her, will overstep a right alloted by Allah. Equally if the tranpasser was a husband or another person . Among these rights of woman there is a right of ownership of her property and her dower, so the husband is not allowed to take anything from her propherty without her willingness and the proof on this judgment is the saying of Allah in his Holy Book , he says,

" And give the woman (on marriage)
Their dowers as a free gift,
But if they of their own good pleasure
Remit any part of it to you,
Take and enjoy it with right good cheer " [4] .

---

(1) Al-Sunan al kubra, AlBahaqi vol,6,P.100, Darul marifa Beirut . Majmaul Zawaid, Monbaul Fawaid, Haithmi, vol,4,P.172, darul Rayan Li'lturas Cairo. Darulkitab al Arabi Beirut Kanzul Ummal fi Sunnan al aqwal wal-afaal Al-Burhan fouri vol,1.P,92 mouassasatul-rrisalah li-Al Ajlooni vol,2,P,498 printed by moassasatul-rrisalah beirut, third edition, 1403H, 1983 AD .

(2) Sunan Abi Dawood vol.4,P. 301 . Verified by mohd muhaudin Abdul Hameed printed by Maktaba Asaria Saida Beirut . Al-Sunan al-Kubra lil-Bahaqi vol,6,P,100 printed by Darul-Maarifa Beirut Lebanon . Majmau zawaid Al Haithmi vol.4,P.172, Darul Rayan leiturase Cairo, Darul-Kitah Al Arabi Beirut .

(3) Sunan Abi Dawood vol,4,P,301 Research, mohd muhayudin Abdul Hameed Al Maktabatul Asaria Saida Beirut . Musnad Al-Imam Ahmed vol,5,P,362 , printed by al-maktabul-Islami. Al-ssunan al-Kubra lil-Bahaqi , vol,10,P, 249, printed by Darul-maarifa Beirut Lebanon .

(4) Surat Al Nisa, verse ,4 .

CASES FROM JURISPRUDENCE (Fiqh Point of View) (*)

88- What is the judgement of shariah about a Husband who grasped the property of his Own wife with out her willingness ?

An enquirer says in the question is that a wife kept her salary with her husband expecting preservation of her property and its presantation toward her in her necessities . When a valuable amount was collected, she wished to recieve her mony back but he payed some of it while grasped the rest . When she tried to make him agree for this payment, he got angree and began to threaten her. She become silent fearing from divorcement . Is this action permisible for the husband or there is a compulsion for him to restore her property ? .

The answer to this question has two aspects . First is common for all the people and based on the law of Shariah that any one is not allowed to grasp anyone's property with out his permission and willingness that the specialty of the owner with his property is absolute . It cannot be limited exept the provisions mentioned in Islamic Shariah for its limitations.

For example, Father's commond at the property of his son, as we shall explain it later . Allah almighty magnified to transcend property of others . Allah says,

" Eat not up your property
Among your selves in vanities " (1) .

He also said about the property of orphans,

" Those who unjustly eat up
The property of orphans eat up a fire
Into their own bodies ,

They will soon be enduring to a blazing fire " . (2)

The Sunnah also stresses on interdiction of the properties of others. Anas Ibn Malik narrated that Allah's Prophet said, not lawful for

---

(*) These questions are sent by the readers of journal to the editorial board and DR. Abdul Rahman Hassan Al Nafeesa proprietor of journel and editor in chief replies to them .

(1) Surat Al-Baqarah, verse 188 .

(2) Surat Al-Nisa, verse 10 .

ing to malicious acts frequently, always or mostly, even the means leading to such actions is permissible, recommended or obligatory . Of this type are the contract intended apparently to allow committing the sin by stipulating it in the text of the confract .

The second one :- Linanimously permissible, where the interest outweighs the malicious acts .

The Third one :- Is the one which is not agreed upon. It is the act that apparently seems correct but it includes a suspect that might lead to prohibited inner intent .

5- The control for permitting the evasive legal devices takes into consideration that it will seldom leads to malicious acts or where the interest of the act outweighs the malicious acts .

The control for forbidding the evasive legal device is when it is expected to it must lead to malcious acts or mostly the malicious act is likely out weighs the interest that might arises out of the mean .

In the name of Allah, Most Gracions, Most Merciful

Praise be to Allah the cherisher and Sustainer of the Worlds and all prayer and blessings be upon His prophet and the seal of His Messengers, Muhammad, his family and his companions .

Decision No. 96/8/D9 Regarding " Prohibition of Evasive legal devices "

The council of Majm'a Al-Fiqh Al-Isslami held its nireth session in Abu Dhabi, United Arab Emirates during the period as of Ist Dhul Qada, 1415H corresponding to Ist April, 1995 upto 6th Dhul Qada, 1415H corresponding to 6th April, 1995 .

Upon reviewing the various studies and researches received by the council on " Prohibition of Evasive legal devices " and upon listening to the precise discussions that took place around this subject matter .

Has unanimously decided the following :

1- Prohibition of evasive legal devices is by origin one of the principles of Islamic Shari'a which may be defines as forbidding the permissible acts that may lead to the malicious or forbidden acts .

2- Prohibition of evasive legal devices is not orly confined to are as of suspicion and cautiousness , but includes anything may lead to the forbidden (Har'am) .

3- Prohibition of evasive legal devices requires halting all tricks to commit the prohibited acts or neglect essertial acts should be observed in accordance with Shari'a requirements, but there is a difference between the trick and excuse since the former requires avaitability of intent while the latter does not .

4- **Types of Evasive legal devices :**

The First one :- Linanimously prohibited as those provided for in the Holy Quran, Prophet's traditions (Hadith) or those lead-

- unless he has already issued his jugdement ; and it is not permitted for him to appoint another arbitrator without obtaining the consent of both parties since their previous acceptance is connected with him in person .

Thirdly :

Arbitration is not permissible, whatsoever, in all rights of Alimghty Allah such as Punishments stipulated in the Quran or issues requiring an affirmation or denial of a verdict for non arbitrating parties, that he can not pass judgement over them as cursing since the son's right is related to him or in issues where judicial circles have sole jurisdiction for consideration .

In case the arbitrator passes a certain judgement or an issue that may not be considered through arbitration, then his judgement will become null and void and non enforceable .

Fourth :

The arbitrator must meet judicial conditions ought to be observed in compliance with origins of Shari'a .

Fifth :

The original issue is to enforce the judgement of the arbitrator voluntary ; and in case one of the arbitrators diagree, the dispute will be raised before the judiciary for enforcement. The judiciary shall have no right to revoke it, unless it is a clear act of injustice or contrary to the legal judgements .

Sixth :

In case there are no International Islamic Courts, the Islamic countried or firms may refer their disputes to non-Islamic international courts to reach a settlement that is conformable to Islamic Shari'a .

Seventh :

Member countries in the Islamic Conference Orgunization are invited to complete the required procedures to establish the International Islamic Court of Justice and to enable the court to perform its valuable roles provided for in its Act .

Fatawa of the Council of Majm'a Al-Fiqh Al Islami

In the name of Allah, most Gracious, most Merciful

Praise be to Allah the Cherisher and Sustainer of the worlds and all prayer and blessings be upon His Prophet and the Seal of His Messengers, Muhammad, his family and his companions .

Decision No. 95/8/D9
Regarding
" Arbitration in Islamic Jurisprudence "

The Council of Majm'a Al-Fiqh Al-Islami held its nineth session in Abu Dhabi, United Arab Emirates during the period as of Ist Dhul Qada , 1415H corresponding to Ist April, 1995 up to 6th Dhul qada, 1415H corresponding to 6th April, 1995 .

Upon reviewing the various studies and researches received by the Council on the subject of " The Principle of Arbitration in Islamic Jurisprudence" ,

And upon listening to the precise discussions that took place around this subject matter,

Has unanimously decided the following :

Firstly :

Arbitration is an agreement between two conflicting parites in a specific dispute to assign an arbitrator (s) to pass a binding judgement over a confilct arising between them. This binding judgement should be in conformity with Islamic law (Shari'a) .

Arbitration, as defined above, is a permissible and legitimate practice whether between individuals or in international conflicts arena .

Secondly :

Arbitration is not an obligatory contract for both concerned parties, and the arbitrator. Both parties may abandon arbitration, unless the appointed arbitrator (s) has already commenced the arbitration process . The arbitrator may also withdraw himself - even after his acceptance

ests. The other division is, the means , that lead to these interests [1] .

The Reality of The Prohirition of Evasive Legal Devices :

The source of the pretext, is to look into the ontcome of the actions and their destinations. If this outcome is directeted toward the interest, which is the most important intent of the people's transactions, the destination is accepted. But if the destination of the action is directed to an evil, it is prohibited to a degree proportional to that of the evil, though prohibition of the pretext or means is lesser [2] .

A reasonable look to the prohibition of evasive legal devices :

On this regard, Shariah observes the action and its fruit not the intention of the person who does the action. If the result of the action is good, it is accepted, if it is bad it will be prohibted, regardless of the good intention. Sometimes, a man can do a good action but with ill intention, like the one who reduces the price of his commidity to harm others, and a man can do a bad action, but with good intention, like the one who curses the idols. This means, the intention is not regarded, and the consideration is given to the result or to the outcome of the action, whether it is good or bad and whether it leads to an interest or to an evil [3] .

Association of the Prohibition of Evasive Legal Divices with the Right Abuse :

As we have seen above, pretext, is to look into the action outcome, not to the intention. A man who is , sincerely, cursing the idols, his action leads to disobedience, because it is resulted in cursing of Allah Almighty by the pagans, though his intention is good . Looking into the outcome of the action, is similar in the case of the right abuse. One who is using a right to harm others should be forebidden, like the man who opens a window that exposing his neighbour's women .

---

(1) Malik, Al Shaikh Mohd Abu Zahrah, 221 .
(2) Malik, Al Shaikh Mohd. Abu Zahrah, 406 .
(3) Malik, Al Shaikh Mohd. Abu Zahrah, 406-407 .

Abdullah ibn Omar Narrated : The Prophet (pbun) said'(It is one of the greatest sins that a man should curse his parents. " It was asked (by the people), " O Allah's apostle ! How does a man curse his parent ? " the Prophet (pbuh) said, the man abuses the father of another man and the latter abuses the father of the former and abuses his mother) [1] . c) It is regarded as cooperntion in doing vice and agression.

8- Using right in a way that mostly (not frequent or rare) leads to an evil, such as a pionted time sales. This gategory is confusing, as it is , basically, permissible from view point of Abu Hanifa', Shafi'e schools and others, because assertion or suspicion of a following of evil occurance is not existing. Occurance or non-occurance of a following evil, is just a probability with no evidence, therefore assumption of intentional harm should not be considered as a real intention. The concerned person (benefit gainer) should not be looked at, as having undesirable intention, though the permissible action is highly suggestive to do so. For this reason, Maliki and Hanbaly schools included this gategory under prohibition of evasive legal devices, depending on the frequancy of the following occurance of evil or harm, and intention itself can not be controlled as it is somithing hidden with the prevailence of suspicion. Shatiby concluded that Shari'ah is based on precaution and firmness to avoid what leads to an evil [2] .

The Relation Between The Right Abuse And The Pretexts :

Explanation of the Meaning of pretexts : The linguistic defenition of a pretext is an instrumentality, in Shariah, pretext is defined as using a legal device to an interest in a way that leads to an evil [3] . Prohibition of evasive legal divices, is the removal of means that lead to an evil. That is to say, a means to a forbidden is forebidden, and a means to duty is duty. For example viewing of a foreign woman (unrelated) is forbidden as it leads to adultery. To clarify this, we have to say that, judgement sources are two divisions : The first division is, the intents, which forming the inter-

---

(1) Al Bukhari vol.8, page 3 .
(2) Al Mowafig'at 2/361-364 .
(3) Al Mowafig'at 4/199 .

case, such an action is a violation and the concerned person has to bear the burden of his violation against the public (lives or properties) . But if his intended harm does not occur his intention will not be regarded [1] .

6- Using the right in a way that rarely leads to an evil. Interest in this case is ltgtimate and no consideration is given to rare occurance of evil, because normaly there is not interest that is completely safe from harm, whatsoever. In Shari'ah priority is given to the interest and rarity of evil occurance is not considered . This is the conception of Shariah , addapting ordainment to life to be customary. Gaining benefit or averting evil , with being aware of rarity of harm occurance, is not considered as short sighting or harm intention, and the action is legtimate. This is evident from the legislation adjustment, as we found, that a verdict can be given in cases of blood, property and honour, on basis of a witness, although lie, illusion or fabrication is expected, but this is rare, the consideration is given to major public interest [2] .

7- Using right with suspicion it may use lead to an evil . Example for this is selling of grapes to a person who use it for making liquor. It is known, from Shariah piont of view that all actions are basicaly permissible, but can a suspicion of a following harm or evil, be adoptted as a basic for a prohibition of a permissible action ? As in simlar cases, the occurance of the following harm is not rare, it is more likely to take suspicion into consideration, for the followings : a) Suspicion is considered in case of practical subjects (blood, property), so it is probably to be regarded here also. b) This category falls under prohibition of evasive legal devices, Allah Al Mighty says :

" Revile not ye
Those whom they call upon
Besides Allah, lest
They out of spite
Revile Allah'
In their ignorance ... " [3] .

---

(1) Al Mowafiga't 357-358 .
(2) Al Mowafiga't 358-359 .
(3) Surat Al An'am, verse 108 .

is confirmed, a man right in what he gains in precedence, is legal, and he would not be deprived that right, unless he, willingly, accept,to deny his right. But he has no option in cases of emergency to deny his right, as warrding off harm, or gaining benefit (if vital) . Example : Bribery, if it is the only way to avert injustice or oppression, ransom to enemy or infidels to release captives, pilgrims paying money to bandit. In all these cases a benefit gained through committing a sinful deed or corruption . As a matter of fact, a punishment is harming someone for the interest of the community or to avert evil, that is to say, harm is not intented to itself by the legislator, but the motive is reasonable [1] . (B) Denial of self interest : Here also , there are two standpoints : 1- Denial of selfishnss and adoption of consolation. This highly appreciated and it has been applied during the Prophet (pbuh) era . The Prophet (pbuh) said : (**When the people of Ash'ari tribe ran short of food during the holy battles, or the food of their families in Madena ran short, they would collect all their remaining food in one sheet and then distribute it among themselves equally by measuring it with a bowl . So these people are from me, and Iam from them)** [2] . In this case harm is evenly distributed and the concerned person is affected as all , or may be less . 2- Altruism (unselfishness) : It is the denial of self interest for the sake of the othesr. This is one of the high moral characters, and it is evident from the behaviour of the Prophet (pbuh) and his compaions . Denial of the private interest in such way, with bearing the invetable harm that follows, is accepted unless it violates Shariah purposes, and in this case it is not considered as denial of self interest or acceptable from Shari'ah point of view [3] .

5- Using right to gain an interest that, in itslef, will not result in a harm, but it leads invetably to an evil. There are two views for this category : a) Achieving a legtimate benefit without intention to harm anyone, this is permissible . b) Knowning that to gain an interest will, ultimately, leads to the harm of others, though negligence of this benefit will not hurt its gainer. This action can be interpreted either as matter of short sighting or intentional harm and both are not allowed from Shari'ah point of view . In this

---

(1) Al Mowafiga't 2/349-352 .
(2) Narrated by Al Bukhari in the book of the partnership, and Muslim in (the merits of the companions) .
(3) Al Mowafiga't 2/353-357 .

Maliki and Hanbaly juirist said, if the marriag has been concluded with intention of divorce to legalize the woman for an ex-husband, the marriage is void, and a new marriage contract to be concluded with a new Maher (dower), if he has slept with her. This intercourse will not legalize the woman to her ex-husbind as the marriage has been conduded with such intention of divorce . Al Thouri and Al Awza'e have the same view [1] .

5- **Divorce abuse :** Such as a man harming his wife to enforce her to pay a compensation, while he can divorce her without resorting to such behaviour [2] .

Al-Shatiby's categorization for right abuse :

Imam al Shat'by has classifled right abuse, as it produses benefit to its doer and harm to the others, to eight categories :

1- No harm results from using right .

2- Using right in away to benefit from it and to harm others intentionally . Example for this : Reducing a commodity price to gain benefit with intention to cause loss to rivals . Al Shatiby said, no dispute about forebiding intention of harming others, as it is evident, no harm or reciprocal harming .

3- Using right without intention to harm specific person but the harm is common, and giving private interest a periority over the public interest . It it is possible , such person can be dealt with, in away that not affecting his right, otherwise the public interest is having the priority . Examples for this, is the prohibition of the urbanite's sale for nomadic, reception of commodities, agreed solidarity given to the craftsmen, though they are basically supposed to be honest .

4- Using right results in a spesific harm, but prevention from using this right will harm the concerned person as he needs to do it . In this situation there are two views looking to the interest obtained : (A) affirming the benefit gained . This is bceause, in Shariah, interest gaining is prior to evil prevention even if this interest results in harm to others, this is why, it is permitted to eat the flesh of a dead (and Other prohibted foods) in case of emergency . As this

---

(1) Bedayat Al Mojtahid 2/58, Al Fatawa, Ibn Al Qayem Al Jawziyah 3/103 .
(2) Al Mowafiga't 2/386 .

2- If the wall is not affected, it is not allowed in the view of most Hanbly jurists, because it is considered as using other's property, even if the owner is not in need of that wall. Ibn Aqeel said it is permissible , as per Sunnah (above mentioned hadith, narrated by Abu Huraira), and reasonability : what has been permitted for need of a man, does not mean his ownership to what he uses .

3- If the neighbour cannot build his ceiling without using the neighbouring wall, he is permitted to use it, according to Abu Huraira Hadith mentioned above [1] . This is opposing the view of Hanafi, Maliki and Shafi'e in the famous narration [2] . They based on Sunnah and reasonability, as for Sunnah, the Prophet (pbuh) said: (A muslim property should not be used without his permission) [3] . As for reasonability, they said, using of wall is geting benefit from other's property without urgent need and without the owner's permission, is not permissible, and thus Abu Huraira Hadth is just a recommedation .

3- Contracts Abuse :

The Rights stated in contracts should not be abused . Hanafi juirist decided that, a man who rents a shop or a house, has the right live or to work in, but he has no right to allow the rented property shop or house) to be used by a blacksmith, fuller or miller without the concetion of the owner, unless it is stated in the lease, as the usage of the building by such persons may lead to its weakening [4] .

4- Marriage Abuse :

To Marry a divorced woman with intention of dismissal to leglazie her re- marriage to ex-husband. The juirist have different views in such marriage.

Hanafi and Shafie juirist said that the marriage is void, even when it is known to the both sides it is just a matter of legalizing a future marriage to the ex-husband [5] .

---

(1) Al Kafi Ibn Qudama .
(2) Al Fatawa Al Bazaziya 6/413 , Al Mohazab 1/441, Al Baji Ala Al Muwatta 6/43 .
(3) Narrated by Al Daylomi from Anas, in Musnad Al Firdaws. See Kashf Al Khafa .
(4) Al Dar Al Mukhtar, Ibn A'bdeen, 5/18 .
(5) Al Omm 3/73, Al Zaila'e 2/92, Al Bada'e 3/187-188 .

right to use the land of his neighbour without his permission. The other view : It is permissible [1] . Malik has another view that, a man has no right to change the path of water channel to his land which existing in another man's land [2] .

3) Zahereya (supporters of apparent meaning) ; said a man has no right to refuse for his neighbour to use his building wall as a ceiling support, and he has to be enforced whether he likes it or not, unless he has intention of demolishing the wall [3] .

4) Shafi'e school has two views on the same subject. The first view : It is not permissible. The other view it is permissible but with defined conditions which include : a) The owner of the building has no need to use it as a support for his own ceiling wood . b) The neighbour should not increase the height of the wall . c) The neighbour should not own the part of the wall he is going to use as ceiling support . d) The neighbour should not overload the wall . e) This neighbour has only one wall . This view has a support from the Sunnah (tradition) and reasonability . From Sunnah, Abu Huriarah narrated : the Prophet (pbuh) said, (a man has not to refuse using of his wall by his neighbour as ceiling- wood supporter) . As for reasonability, the Prophet (pbuh) forbade prohibition of usage of water surplus, Abu Huriarah narrated: (Water surplus should not be prohibited to be used (by those who need it) to avoid prohibition of using pasture grass surplus [4] . So if the usage of water and pasture is allowed, wall that is not needed by its owner can be used by his neighbour [5] .

Hanbaly jurists have indicated three cases in the above mentioned matter :

1- If putting of the wood (ceiling) is harmful to the wall, it is not permissible, the Prophet (pbuh) said : (no harming or reciprocal harming) [6].

---

(1) Al Kafi Ibn Qudama 2/209, al Quawa'ed (Ibn Rajb) 203 .
(2) Al Modawana 6/196 .
(3) Al Mohalla 8/242 .
(4) See, Al Talkhees Al Habeer, Ibn Hajar, Revival of the Dead .
(5) Al Mohazab : 1/441 .
(6) Narrated, Al Shafi'e and Malik, see : Kashf Al Khaf'a (Al Ajlouni)

Guidance has been plainly
Conveyed to him, and follows
A path other than that
Becoming to men to faith,
We shall leave him

In the path he has chosen ... "[1] .

From this verse, it is clear that having intention other that of Shariah to reach to an itertst or to avert harm, is absolute deviation from aims of the lawgiver [2] .

4) Handling a lawful matter with intention other that of the lawgiver, [3] .
5) Obligations of Shariah should be fulfilled in accordance to the goals of the lawgiver, deviation from that, these obligations will become means to what has been intented.

Gategories of the Right Abuse :

1- Right Abuse is not confined to transactions only, but, include worship also. Example for worship abuse :
Avoidance of Zakat by using tricky ways, such as donation of a property close to the end period zakat is due (Ha'wl). Zakat is enjoined to fight miserliness and for the benifts of the poors, and donation in that way, is not encouraged by Shariah, but it is just a way to escape Zakat and hence obliterating the goals for which it has been enjoined.

2- Abuse of ownership right :

1) As per Malik in his Modawwana : A man digs a well far from his neighbour existing well, and this results in water shortage in the latter's well, the former is ordered to dump his well [4] .
2) A piece of land, the only path for watering it;is through the neighbour's land. Hanbaly school has two views in this matter : The first view : It is not allowed, as the owner of the first land has no

---
(1) An-Nisa , verse 115 .
(2) Al Mowafiga't 334/2 .
(3) The above source .
(4) Al Modawwana 6/196 .

RIGHT ABUSE IN THE ISLMIC JURISPRUDENCE

Dr. Abdul Hafeez Rawwas Qal'aji (*)

Defenition And Gategories Of Right Abuse :

1- Linguistically : Means Devaition or Tyranny [1]. Right abuse as a Term is defined by Dr. Fathi Al Derainy, as using the right in away that contradicting the goals of the law giver, in act which is basically permissible [2] .

Analysis and explanation : a) It is surpassing right use to transgression. On the other hand, right abuse means using right but in away that against the law giver intent. b) It is known from the source of transactions that, the man intention from his action, should adhere to the aim of Shariah. As Shariah has been laid for the absolute public interest, the people should observe the coincidence of their actions intention with the aims of Shariah. The man has been created to worship Allah Almighty, hence, all his actions should be in accord with Shariah intent [3] . That means , anyone who seeks in Shariah commandment a purpose that it has not been laid for, is contradicting Shariah and his intention is void .

According to Shatiby, using of Shariah for purposes that it has not been laid for, is absolute contradiction to it, for the following reasons :

1) Orders and prohibitions : If a man has the same intention of the lawgiver, from his action, that means , he adheres to what Shariah aims to. But the contradiction occurs if his intention antagonises Shariah goals.
2) Thinking that, the result of an action intention, which is determined by the lawgiver, as good, is not good, and vice versa. This is a clear contradiction .
3) Allah Almighty says :
" If anyone contends with
The messenger even after

(*) Assistant professor, Basic Education college, Kuwait .
(1) Al Qamous Al Moheet, verb : Abuse .
(2) Right Abuse Page 313 .
(3) Al Mowafiga't .

garded analogy approbation as an argument, can turn down the Shafie jurists claims , in accordance with two views .

The first view represented by the Hanafi jurists who agreed with Shafie and other scholars, regarding the invalidity of specialization of the cause, but they still consider analogy preference as an argument and it is not involved with casue specialization . That is because specialization of the cause means a different judgement applied to special forms of the cause . This is not the situation in cases of approbation, where there is no judgement, as there is no cause . Hanafis have decided that, water remainder of rapacious birds, is not filthy, as the cause of contamination, birds saliva to come into contact with water, does not occur. After mentioning this example Al Sarrkhasi stated that, the claim which defines approbation as specialization of the cause, is incorrect . In this example, the cause of filth of the remainder of rapacious animals i.e. sliva of these animals contaminates the drinking container, is not existing in case of rapacious birds . As the cause of filth is not existing, therefore the judgement regarding it, is not applicable, and this is not related to specialization of the cause [1] . What has been mentioned in this examble, is also applied to all forms of Hanafi's analogy approbation, that is to say, if the cause is agreed upon, the judgement will not differ with the different forms of this cause .

The other view represented by Al Karakhi, Al Jassas, Al Dabousi and others who accepted specialization of the cause .

Finally, I conclude that, the first stand point, that approbation is not specialization of the cause, is favarable . This is because , reviewing of approbation cases in Hanafi school, reveals the absence of causes in these cases, and therefore absence of judgements . However, in case of specialization of the cause , cause is existing, but the judgement differs due to preventive reasons, hence analogy approbation is argument with supporting evidence .

---

(1) Al Sarrkhasi, Al Osoul 2/204 .

3- the view of some of the old scholars, which has been adopted by most of the contemporary scholars, that, disputed approbation can not be achieved, is absolutely not correct . Imam Al Shafie, in his book Al Ressalah, blamed those who adopted approbation and stated that, approbation is a matter of enjoyment [1] . Also , in his book Al Imm Shafie has assinged a chapter for the invalidity of approbation [2] . The statement " a disagreed approbation can not be achieved " , is applied to the forms of approbation not related to analogy, such as text or independent reasoning (Ijtehad) preference, and Shafie did not deny this form of approbation . In my opinion, disagreement is confirmed in the case of analogy approbation, which is the most accurate form practised by Hanafis, and it is denied by Shafie and the jurists of Shafi school because of the particularization of cause , which is invalid in their school . Al Razi Al Amdi and Sirajul Din Al Amoury stated that, analogy approbation is based on specializing the cause, and therefore it is void.

As for those who said that, Shafie did not deny the Hanafi's approbation , their statement is refuted . If it so, which form of approbation has Shafie rejected ?

And who were the jursits said that statement ? Where are their books which show their opinions and evidences . No doubt, Shafie has denied Hanafi's approbation, because it is illogical that, Shafie gave this great consideration to the rejection of approbation in his books, and the origin of the approbation rejection was unknown . This is on one hand, on the other hand , Shafie has lived in a time not far from Abu Hanifa's era, so it is irrational, that Shafie denied prefernce at his time and abandoned that adopted by Abu Hanifa. Al Sherazi Al Shafie, has mentioned that, Imam Al Shafie has rejected approbation according to Abu Hanifa [3] .

Role of Approbation as an argument :

The Shafie jurists stated that, approbation is based on specialization of the cause, which is invalid in their School , so in turn, approbation is invalid also . In my view, Hanafi jurists, who re-

---

(1) Al Shafie, Al Ressalah, page 507 .
(2) Al Shafie, Al Omm 11267-270 .
(3) Al Sherazi, Al Tabsira, page 492-493 .

scholar who attributed this incorrect defintion to Hanafis, was the Malki scolar, Abu Bakr Al Baghlani, and he has been followed in his claim by a number of past and contemporary scholars. It is not convincing that, Al-Baghlani, knew the meaning of Hanafi's approbation, better than Abu Hanifa or other Hanafi scholars such as Al Kharakhi Al Hanafi and Al Jassas Al Hanafi, who were the first to define the meaning of approbation as adopted by Hanafis. Those were fllowed by Al Dabousi, Al Bazdawi and Al Sarrkhasi, and all of them were prominent jurists of princeples in Hanafi school, and knew the meaning approbation better than Al Baghlani and other non-Hanafi scholars .

2- Stating that the dispute about approbation, is only in terminology, and not in meaning , is not true for the following reasons :

(a) How to disagree about the term approbation, while it is mentioned in many verses of Holy Qura'n, Allah Almighty says :

" **Those who listen**
to the Word ,
And follow the best of it ... " (1) .

And He says :

" **And follow the Best**
That which was revealed
To you from your Lord , ... " (2) .

And He also says :

" **..... , and enjoin**
Thy people to hold fast
By the best in the precepts ... " (3) .

(b) It is contradicting to what has been stated by the majoor Shafie jurists that, the disagreement with Hanafis concerning approbation, is about the meaning not the terminology .

---

(1) Surat Az-Zumar, verse 18 .
(2) Surat Az-Zumar, verse 55 .
(3) Surat Al-A'raf, verse 145 .

mentioned many evidences to confirm this principle, Allah Al-mighty says :

" **Give Zakat ...** " (1)

He also says :

" **And give the women**
(On marriage) their dower
As an obligation .... " (2)

And he says :

" **If any of you doth so**
Intentionally, the compensation
Is an offering , brought
To Ka'ba, of domestic animal
Equivalent to the one he killed ... " (3)

Imam Al Shafie had deviated from the above mentioned principle which states the liability of the responsible to pay fines from his money, and he did not subject a person who committed accidental homicide to pay the blood money (diyah) from his own money. Al Shafie has decided that, the liability of diyah payment falls upon the responsible family/ tribe, according to the judgment of the Prophet (pbuh) in a case of a free Muslim to be killed accidentally, his blood money (diyah) should be paid by the family/tribe of the person who committed the unintentionad homicide (4) .

From this review, I reach to the following conclusions :

1- The claim of some of the past scholars, in which they have been followed by some of the contemporary scholars, that the approbation adopted by Hanafis or some of them, is a deviation from analogy to reason's favorite without evidence, is incorrect claim and it has no proof . The Hanafis, including their Imam and scholars, were aware of the real meaning of approbation , and no one of them adopoted approbation as it is defined in that claim . The first

---

(1) Surat Al-Baqara, verse 43 .
(2) Surat An-Nisaa, verse 4 .
(3) Surat Al Ma'iada, verse 95 .
(4) Al Shafie, Al Ressalah page 549-550 .

then he should complete his fast, for what he has eaten or drunk has been given to him by Allah)[1] .

(ii) **Consensus Approbation :** Example for this, is permission of people contrating in their dealing with each other (a contract to perform a certain job) . It is practised with no denial from nation, though it is opposing the Prophert (pbuh) hadith (One should not sell what he does not own) [2] . According to analogy, such contract (obligation to be fulfilled) is not acceptable because it is similar to a selling of non existing subject, as selling is not permissible unless this commodity is specified or confirmed materially [3] .

Hanafis have not deviated from analogy as it is known by fundamentalists, but they deviated from a confirmed principle of theirs which is , invalidity of selling non existing subject unless it is defined or confirmed by guarantee .

(iii) **Necessity Approbation :** Example : Purity of pools, wells or containers, if it come in contact with filth, this is performed either by draining all water or part of it, or by washing the container. As per analogy this is not acceptable , the bucket (Dalow) becomes filthy when it touches the contaminated water, and its filth persists as it is dropped in water each time . It is same condition in case of a container, it is has no hole in its bottom for water leak , the filthy water will remain in the bottom , and so the container is not pure. Hanafis gave up this analogy, and adopted approbation of necessity to judge with the purity of pools, wells or containers [4] .

Imam Al Shafie did not disprove these forms of approbation . He stated in his book, Al Rissalah, that he took a subsidiary case from a principle which is confirmed by evidences, and applied a different judgement from that of the principle , for the existence of a liable evidence . This principle is , the obligations and fines to be paid from one's money, either against Allah's right or people's right enjoined by Allah , and nobody should shoulder the responsibility of such payment on his behalf . Imam Al Shafie has

---

(1) Sahih Al Bukhari 2/234 .
(2) The previous reference 3/23 .
(3) Al Bukhari, Kash Al Asrar 4/5 .
(4) Al Dabousi, Taqwem Osoul Al Fiqah 2/820 .

Forms of approbation based on its effectiveness against analogy : There are two forms of approbation regarding this classification :

1) Approbation of intense effect, eventhough it is hidden, against apparent analogy of weak effect . Hanafi School regard this form as approbation from both sides of terminology and meaning .
2) approbation of apparent effect and hidden weakness, against analogy of apparent weakness and hidden effect . This form, only approbation as a term [1] .

2- **Approbation that is not analogy :** It is approbation that confirmed by Hanafi scholars with evidence other than anology, whether it is a text, consensus or necessity . This category can be defined as, favoring of qualified scholar (mujtahid) to hidden independent reasoning rather than apparent independent reasoning, based on conclusive evidence from Qur'an, Sunnah, consensus or necessity [2] . This category can also be classified into two subcategories :

(i) **Text approbation : This is in turn has two forms :**

(a) Approbation which is confirmed by a Qur'anic text, such as will (wasseyah) permission . As principles are concerned, in Hanafi school, will is not permissible , because it is an ownership after death, whereas death is eleminating ownership, but they allow it on approbation basis, [3] for Allah Almighty says :

"(The distribution in all cases
Is) after the payment
Of legacies and debts [4] " .

(b) Cases which have been confirmed by sound tradition, such as fasting valilidity of one who eats or drinks accidentally . From analogy point of view, such fasting is void, because a condition can exist in the presence of its contradiction, but in this case Hanafis deviate from analogy to approbation depending on a tradition, The Prophet (Pbuh) said, (If somebody eats or drinks forgetfully

---

(1) Al Bukhari, Kashf Al Asrar 4/3 .
(2) Al Jassas, Al Fosoul 298-299 (A) .
(3) Al Kasani, Bada'e Al Sana'i 10/4837 .
(4) Surat An-Nisa, verse 11 .

replied , (I had) [1] .

Analogy, in view of Hanafi school, in this case, the wife should not be believed, till occurance of menses (montly period) becomes known. The other alternative, the man believes his wife. Hanafi scholars have joined this case with other similar cases . They stated that, a woman should not be believed, in divorcing herself or another woman . These cases form a principle to cases like the followings : A man said to his wife, (If you enter the house, you will be divorced), Then his wife said, (I have entered) The wife should not be divorced, till entry occurance is confirmed, either by evidence or by husband statement .

In Hanafi school there is another principle, that prevents joining this case with its similars from the aforementioned examples, and it is joined only on approbation basis . This principle is, the acceptence of a woman statement in affairs which could not be known except from her, affairs such as monthly period and pregnancy[2], as stated in the following verse :

" And it is not lawful for them
To hide what Allah
Hath created in their wombs ... " [3] .

The reason that this case follows the second principle and preventing it from to be joined with the first principle, that we believe the woman's statement in matters of private nature, such as monthly period, which can be known only from her . But in cases that can be confirmed by others (house entry), the first principle is adopted, and woman's statement should not be accepted .

Now, we can say, the purpose of Hanafi from analogy approbation is one of the followings :

(a) A qualified scholar (mujtahid) deviates from apparent analogy to more effective hidden analogy.
(b) A qualified scholar (mujtahid) deviates from apparent independent reasoning to effective hidden independent reasoning (Ijtehad) .

---

(1) The previous reference .
(2) Al Qurrtobi, Al Jamei li Ahkam Al Qura'n 3/118 .
(3) Surat Al-Baqarah, verse 228 .

judgements but it is favoring of one judgement over another .

5- **Definition of Al Sarrkhasi :** This definition restricts approbation only to the opposing of apparent analogy , whereas not all forms of approbation opposing the apparent fundamental analogy [1] . Moreover, approbation is not the evidence itself , but it is favoring of this evidence over other evidences .

Standard definition : Approbation is a condition when, a qualified scholar (mujtahid) is favoring a hidden independent reasoning (Ijtehad) rather than apparent independent reasoning, on basis of a conclusive evidence .

Classification of Approbation :

1- Approbation of analogy : Shafies and Hanafis disagreed about this form . Imam Al Shafie did not deny Abu Hanifa's approbation of tradition, consensus or necessity [2] , even in some cases, Imam Al Shafie, adopted approbation, as in the case of estimating divorce present (30 Dirham) as per Ibn Omar [3] . Al Mawordi said that, all Imam Al Shafie's cases of approbation were joined with evidences, because Shafi school denies any case of approbation without evidence [4] .

The most accurate cases of Hanafi approbation, are the analogy approbation cases [5] . The analogy approbation, is the a case when a subsidiary is situated between two principles, and it is similar to both . Favoring of a subsidiary analogy over one of the two principles, because of intense effect of this principle, even if it is hidden, is analogy approbation [6] . Hanafis called this analogy approbation, to distinguish it from apparent analogy which could be weak , and because they favor the hidden conclusive analogy rather than the apparent weak analogy .

Examples of Hanafi's analogy approbation : A man said to his wife ,(when you have your meneses, you will be divorced) , the wife

---

(1) The previous reference .
(2) Al Bukhari, Kashf Al Asrar 4/4 .
(3) Al Moti'e, Takmilat Al Majmou .
(4) Al Mawardi, Adab Al qudi, .
(5) Al Jassas, Al Fasoul 295, 4 .
(6) The previous reference .

The second definition is more likely to be attributed to Al Karakhi for two reasons : (i) It is safe from some of the criticism of the first definition . (ii) This definition was attributed to Al karakhi by Al Jassas, one of his closest students .

2- The definition of Al Jassas is not comprehensive or decisive, because Hanafi scholars have deviated in a lot of cases, from approbation to analogy . In additon to this, in many forms of approbation, Hanafi scholars did not abandon the fundamental analogy , though they resort to approbation whether there is analogy or not [1] . Also this definition is not decisive, because it is including deviating from a judgement decided by anology to abrogated judgement .

3- **The definition of Abu Zaid Al Dabousi :** The first definition like the other definitions not comprehensive or decisive . In his definition he did not specify what kind of evidence, so it could be conclusive or weak evidence . Analogy can not be opposed or deviated from, by a weak evidence, whereas not every opposition with an evidence to obvious analogy is considered as approbation, unless the evidence is conclusive . On the other hand, approbation is not an evidence that opposing the clear or obvious analogy, but it is abandonement of the weak evidence and application of a conclusive one .

Abu Zaid's second definition is also not comprehensive or decisive . It is not comprehensive, because some forms of approbation , are withdrawal to text or consensus, as these evidences are more frequent than analogy and reasonability . The definition is not decivise , because a qualified scholar (Mujtahid) may deviate from a general judgement to specific case judgement within that general judgement, or from abrogated to abrogating judgement .

4- **Definition of Al Bazdawi :** He confined approbation to only one category, which is approbation of analogy . Besides, the examples which have been mentioned by Hanafi scholars did not include deviation from fundamental analogy [2] . In addition to that, adoption of a weak effect analogy instead of intense effect analogy, is adopting one of two analogy judgements and it is not approbation in view of Hanafi scholars as approbation is not one of two analogy

---

(1) Al Basry, Al Mo'tamad 2/839 .
(2) The previous reference .

6- Discussion of the Shafi scholars evidences for invalidity of analogy approbation, which is based on the specification of the cause (effective case), and explanation of the favorable view .

Definition of approbation : Linguistic : good or nice [1] . As a term, approbation has many definitions :

1- Definition of Abu Al Hassan Al Karakhi : This scholar has two definitions for approbation . The first : To refrain from a similar judgement of a similar case to another judgement , due to strong reasons [2] . The second : to abandon a judgement in a case to another more favorable judgement [3] .
2- Definition of Abu Bakr Al Razi Al Jassas : Preference is to disregard analogy to more proper judgement [4] .
3- Defintion of Abu Zaid Al Dabousi: He has two definition for approbation . The first: approbation is an evidence that opposes the apparent analogy [5]. The second : approbation is to abandon an obvious judgement to an obscure one, based on a legal evidence [6] .
4- Definition of Al Bazdawi : approbation, is one of two analogy judgements .
5- Definition of Al Sarkhasi : approbation , is an evidence that is opposing a deeply thought analogy [7] .

Discussion :

1- The first definition of Al Karakhi is not comprehensive, because in some cases, approbation is neglected in favor of analogy [8] . Moreover, this definition is not decisive, because it includes deviating from generality to specialization and from the abrogated to the abrogating [9] . The same can be said about the second defintion but it is more decisive .

---

(1) Al Jawhari, Taj Allogha wa Sihah Al Arabeya 5/2099 .
(2) Al Bukhari, Kashf Al Asrar 4/3 .
(3) Al Jassas, Al Fosoul 295,4 .
(4) The above reference .
(5) Al Dabousi, Taqweem Osoul Al Fiqah wa Tahdeed Adilat Al Shara' 2/815 .
(6) The above source .
(7) Osoul Al Fiqah, Al Sarrkhasi, 2/200 .
(8) Al Bukhari, Kashf Al Asrar, 314 .
(9) The above reference .

Approbation(Istihsan) Of Hanafi School And The Stand Of Shafi'e Scholars

Dr. Hussain Motawe'i Al Tartoury (*)

The subject of the research : This research deals with two points :

A- Disagreement of the scholars about the Hanafi's approbation definition and meaning . Some of these scholars atrributed to Honafis or to part of them, that approbation is to refrain from analogy to discretion without having an evidence, or evidence is there, but the jurists failed to express . Among those scholars : Abu Bakr Al Baglani (Maliki) (1) , Abu Al Hussan Al Mawordi (Shafie) (2), Abu Al Hassan Al Sherazi (Shafie) (3) .

The researcher is trying to answer, whether that mentioned above is the view of Hanafi scholars .

B- Some of the scholars Abu Amro Ibn AlHajib Al Maliki, (4) Jamale Din Al Asnawi Al Shafi'e (5) and Mohib Ibn Abdul Shakour Al Hanafi (6) stated that, disagreed approbation can not be accomplished.The question is : Whether this statement is accurate or not ?

Objectives of the research :

1- Explanation of Karakhy's definition for approbation .
2- Discussing Hanafis definition for approbation and selection of suitable definition .
3- Discussion of the essence of Hanafi's approbation as per their books and says .
4- Explaining how the statement " Disagreed approbation can not be accomplished " is incorrect .
5- Showing how Al Shafi'e statement " approbation is a pleasure (mental luxury) (7), is applied to some categories of approbation of Hanafis .

(*) Professor of the principles of jurisprudence, Islamic culture department, college of Education, King Saud University .

(1) Al Ghazali , Al Mankhoul, page 439 .
(2) Al Mawordi, Adab Al qudi page 650-651 .
(3) Al Sherazi, Al tabbsera 492-493 .
(4) Ibn Al Hajib, Al Mokhtasar, 3/281 .
(5) Al Asnawi, Nihayat Assawl, 4/402 .
(6) Ibn Abdul Shakour, Fawatih Al Rahmout and Muslim Athobout, 2/321 .
(7) Al Shafie, Al Ressalah, page 507 .

Fourthly : Sale contract issued by a sick person in his last illness :

If a sick person sold a part of his property during his last illness to his heir or to anyother one, it will be considered as a testament, so it is valid in the limits of one third of the property . Therefore the sale contract with respect to his heir or non heir, if it exceeds the limits of one third, is correct but suspended unless it is verified by the successors of late person . If they permitted, the contract is valid for all parties, otherwise it is totaly cancelled with regard to his heir but valid for non heir, up to an amount equal to one third of property (1) .

Nature of suspended contract :

From the jurisprudence point of view a suspended contract is a contract which is considered as correct due to existence of majority of elements required for its validity, but due to nonexistence of one of the two required elements, it is suspended .

The lacking element may be ownership or capability of its contractor . Like many other issues, this issue is also unsafe from the veriation of jurists's opinions about its validity. The Shafie school of thought holds that a contract can not be considered as suspended one, it must be regarded as a valid or invalid . As for Hanafi jurists, some of them are beholders of its invalidity but preferable opinion from Hanafi school is that a suspended contract is a type of correct contracts (2) .

---

(1) Al Hidayah Sharah Bidayah Al Mubtadi Li Al-Murghinani vol,4,P. 231, Hashiyah Al-Dasooqi, vol, 4,P, 422 .

(2) Al Bahr Ar Raaiq, vol,6, P, 70 .

pledgee . As he permits, the sale becomes valid with respect to all parties, seller, purchaser and pledgee . If the pledgee does not permit, in this case some jurists hold opinion that the sale contract is canceled even if the pledgee redeems the pledged item . But the preferable opinion is that the contract is suspended in the favor of pledgee, as he redeemes the property, the sale becomes valid with regard to the seller and purchaser .

In the opinion of Imam Abu Yousuf, if the pledger of property sold it to a purchaser , the pledger has no right to cancel this contract, however the purchaser has a right of its cancellation of he was not aware of the situation, while Imam Abu Hanifah and Imam Mohommad see that the purchaser has a right of cancellation although he was aware of situation and we see this opinion correct and legal . If the pledger sold the pledged item to its pledgee, this sale contract is correct and valid with respect to the both parties with out any requirement of a permission [1] .

Thirdly : Sale of a rented Property :

A rented property is related to rights of its tenant, thus its sale is correct but depends on the permission of the tenant, as the tenant permits for its sale it will become valid with regard to all parties and the tenancy agreement will be considered repealed and tenant is obligated to handover the sold item to its purchaser, however he has a right of withholding the sold item unless his paid amount returns to him, if he did not issue a permission, the sale contract is suspended till expiry of tenancy period . The sale becomes valid after expiry and tenant is compelled to handover the rented property to its purchaser . The hirer has no right to cancel the sale contract of hired property after its sale by himself . As for purchaser's right of cancellation, Imam Abu Yousuf holds that he has a right to cancel the contract if he did not know that the sold property was a rented one . While Imam Abu Hanifah and Imam Mohammad are of an opinion that he has right of concellation though he was acqainted with the situation . If a hirer sold the rented property to its tenant, the sale contract is valid with regard to the both parities with no need of any permission [2] .

---

(1) See Hashiyat Ibn Aabideen, vol,4,P. 213 .
(2) See Hashiyah Ibn Abideen, vol, 4, P, 213 .

Achievement of authority or its retardation :

If there is existence of an authority including all obove mentioned conditions, the sale contract is valid . After gaining this authority the curious person will be considered as a representative . All the benefits happened through the sold item before issuance of authority by its owner, are for the purchaser, and the ownership of sold item will transfer to the purchaser since accurrence of sale made by curious not since the time of permission from owner. The price of sold item is for owner . If this amount consumed by curious it is consumption of a consignment . As for, if the owner rejected the sale contract and anounced with its impermissibility to the curious, the sale contract is canceled . In case if the sold item was handed over to the purchaser and it was consumed in his hold before issuance of authority from the owner to its seller, its price will be returned to the owner as he is the final authority in this contract, but if the purchaser handed over the price to seller and he consumed it, it is consumption of a consignment and purchaser will be claimed for nothing (1) .

In the case of owner's silence, neither he permits nor rejects the contract, its validity remains suspended till he accepts or rejects it . In the opinion of Maliki jurists, if the " curious " sold something in the presence of its owner and he remained silent, his silence would be considered as his permission, but if he sold something in the absence of owner and he was informed after wards, but remained quiet for one year since became in his knowledge about sale contract, its quietness will be considered as a permission . The owner will demand the cost of sold item from the curious before the year ends, but if entire the year passes and he is still quiet, his right of recieving amount will be dropped . This is in case when the curious sold the item in the presence of owner, but if he sold it in the absence of owner the acquisition period will be extended to ten years (2) .

Secondly : Sale of a pledged Property :

As the Pledged property is related to the right of pledgee creditor, hence the validity of its sale contract depends on the permission of

---

(1) See Al Bahr Ar Raaiq, vol,6, P, 147 .
(2) Hashiyah Ad-Dasooqi, vol,4,P,12, Al-Hattab, vol,4,P. 269 .

permission of the absent . In this case the curious will be regarded as purchaser due to validity of this contract. So he will be considered owner of the item and responsible for the payment of its cast and he is allowed to sell this item with a new contract to the absent or to another person . If the curious purchaser was a child or incompitent person this contract is invalid with regards to himself because of his uncapability and its validity depends on the permission of the absent for whom this item was purchased . But if the both parties joined the contract to the absent it will turn to the absent and its validity will depend on his permission [1] . The Maliki jurists hold that purchase contract made by curious is suspended like wise his sale contract whether the contract was joined to the absent or to the curious [2] .

3- Authority of curious's disposition, and its validity depends on the following conditions :

1) Existence of each of three parties at the time of issuance of authority, seller, purchaser and owner . If one of them died before issuance of authority from owner, the contract would be regarded invalid and successors of the died are not responsible to act at his place [3] .
2) Existense of sold item as well as specification of its rate . If the sold item was consumed before issuance of authority, this authority is invalid .
3) The curious must be authorized at the time of sale's occurrence .

Formation Of Authority :

An authority may be issued by saying, acting or any wording indicative to permission . For example the owner said, I have permitted for sale or I am agree to this, or I accept it or any other statement of same meanings will be considered as a permission [4] . As for the permission by action, it may be open or implied, If the owner handed over sold item to purchaser or recieved its cost with out any statement, it is open permission, while if he gifted the price to purchaser or gave him in charity, it is implied permission .

---

(1) See Al-Bahr Ar Raaiq. vol,6,P, 149 .
(2) See Al Hattab, vol,4,P, 272 .
(3) Fatah Al-Qadeer, vol,5,P,312 .
(4) Jamie Al-Fusoolain, vd, 1,P. 315 .

3- When a curious gained ownership of sold item after its sale , his former sale contract is invalid . He will transfer ownership of sold item to purchaser by a new contract, not by the permission gained for first contract (1) .

Maliki jurists are of an opinion that if a curious person became owner of a sold item after its sale, and this item was not inheritance but it was a kind of sold property or donation or charity, the mentioned sale is correct but Hanafi school of thought does not see it valid (2) .

The sale contract issued by a curious is able to be invalidated from the both parties seller and purchaser : This sale differs the sale by incompitent because his disposal is suspended but unable to be invalidated, but the sale made by the curious has a posibility in it to be aborgated, despite the owner issued an authority after the sale . With this regard the sale contract issued by curious may be abrogated . Verily curious has been given this right in so much as he may get rid of the rights which may be imposed on him as he becomes a represantative after obtaining an authority and the rights of dealing transfer to him. He may be demanded for delivery of sold item or he may face a dispute when any fault will be found in the sold item, it may prove harmful to him therefore he must get rid of these rights before gaining aproval as a representative . The purchaser also have been given a right to cancel the contract as a protection for him against the compulsion of contract (3) .

As for Maliki school's opinion, they see that sale contract made by curious is essential with regard to seller and purchaser but unessential from the direction of the owner .

2- Purchasing by a curious person :

According to Hanafi jurisprudence if a curious person purchased something for another person and he and the seller joined the contract to themselves and did not join it to the absent person, this contract is valid with respect to himself and it does not depend on

---

(1) Al-Fataawa Al-Hindiyah, vol,3,P,111 .
(2) Hashiyah Ad-Dasooqi ala Al-Sharhul Kabeer Lid-Dar-Dir vol,3,P,111 .
(3) See Al-Badai, a vol,5,P,151, Fatah Al-Qadeer vol,5,P,312 .

contract made by a curious [1] and there is one of two narrations from Hanbali school supporting this point of view [2] .

The Following results appear from the suspention of a sale contract issued by the curious :

1- If a curious handed over sold item to purchaser before attaining authority from its owner and purchaser consumed it, the owner has a right to sponsor one of the both parties, seller or purchaser . When one of them will be sponsored by the owner , the second will get free of his responsibility, because this sponsorship means transfer of ownership hence after he sponsored one of them it is impossible for him to sponsor the second . If the owner slected the purchaser the sale contract will be considered invalid as he will recieve the real price of item not the stated price in sale contract, and recieving real price is similer to recieving same item. In this case the purchaser will claim his paid amount from the curious . On the other side if the owner selected sponsorship of curious, then the position of curious will be observed, if he had taken hold of sold item before sale, from its owner and this grip was insured, he would be considered as a possessor of the item with gaurantee founded at the time of possession, thus this sale will be considedered a sale from the owner and it is valid . However if the curious possessed the item as a consignment in his hands , it will be considered that the purchaser purchased it from a nonowner.

It is necessary after occurrence of sale to hand over the sold item to the purchaser as a gaurantee, and the curious will demand the price from the purchaser because he had possessed the item and consumed it in his possession [3] .

2- If the curious handed over the purchased item to the purchaser and he sold it to anyother one, in this case one of the both contracts approved by the owner will be considered valid while second will be canceled [4] .

---

(1) Al Qawaneen Al-Fiqhiyah Li-Ibn Jazi P, 245 .
(2) Al Mughni , vol,4,P, 205 .
(3) Fathul-Qadeer vol,5,P, 313 .
(4) Al-Mabsoot, vol,24,P,96 .

had been lifted from him [1] .

Fourthly : Achievement or retardation of authorization :

Disposition of incompitent is suspended for its validity on the manifestation of issuance of authorization . If it is achieved, the disposition is valid but if retarted it is invalid . Validity of authority does not depend on a certain time but it depends on the declaration of authority holder [2]. As this authority is based on the time of contract, so it becomes necessary to definate the time of issuance of authority . If an incompitent made a disposal which is not authorized to him from his guardian, it is invalid . If the guardian announced with non-existence of his permission to an incompitent for a disposal, he is not allowed to make the same disposal after completing his capability .

Rule on suspended contract which is related to any other's right :

Firstly : Disposition of a curious :

As we mentioned before that a curious person is he who interfere other's affairs with out any authorization so one who sold something belonging to any other one without having an authority from its owner, he is a curious, [3] , whether he presented the sold property as another's or his own, wether the purchaser knew it or did not know that the seller was a curious . In the same way the purchase for another person with out having authority is also purchase by curious . All the disposals made by curious such as gifting, hiring and lending of property will be considered as disposition of a curious .

1- Sale by curious before possessing authority :

A sale contract issued by a curious is correct, but it is suspended till having a permission. The existence of disposition is admitted, but its validity is suspended . So the ownership of sold item will not be transfered to purchaser and purchasers obligation with payment will be suspended temporarily . [4] Maliki jurists also see the suspention of

---

(1) Badai-As-Sanai, vol,5,P, 149 .
(2) The same above mentioned reference .
(3) Al mughni, vol,4,P . 205 .
(4) Fathul-Qadeer vol.5,P.316 .

devisee of the devisee, next to him is judiciary then that who is appointed by the judiciary . Thus any one has no right to deal with the property of orphans except he who is appointed by the judiciary .

According to Hanafi jurisprudence the same rule will be applied on incompitent as he is similar to orphan because of his idiocy or foolishness .
So it is necessary to appoint a guardian to him [1] Maliki and Hanbali jurists do not see validity of guardianship for grandfather nor for his devisee [2] . While according to Shafi'e school the father is next to grandfather who may hold custodianship [3] .

Secondly : Limits of guardian for the maintainance or orphan's or incompitent's Property :

It is impermissible to a guardian to make a damaging disposal in orphan's Property . He has no right to gift it , or to give it in charity, or to make a testament about it , or to lend it to anyone. However he is allowed to continue his disposals which may prove useful to orphan or incompitent . He May eccept gifts, charity and a testament for them . As for his disposals between loss and benefit, he is allowed to carry on them with a condition that it must not affect as an excessive disadvantage to the property . He should try his best to gain most benefits for them and to protect them against every loss, in selling, purchasing, hiring or pledging . He must allow the orphan to carry on a trade with his property if he is capable of this, as well as he must be allowed to make all the disposals having possibility of benefit and loss [4] .

Thirdly : Limits of orphan and incompitent's capability in disposition of their property :

When a matured orphan or ward started disposition of his property himself, the benefitial disposals made by him are correct and valid, but he is not allowed to make damaging disposals . As for the disposals between loss and benefit it will be considered as correct but its validity depends on permission of guardian or he who has achieved his capability by reaching his adulthood or in case that guardianship

---

(1) Badai-As-Sanai, vol,5,P,152 .
(2) Ash-Sharah Al Kabeer Lid-Dusooqi, vol,3,P,300, Kashaaf, Al-Qina'e, vol,2,P,322 .
(3) Mughni Al-Muhtaj Lish-Sharbini Al Khateeb, vol,2,P,173 .
(4) Muqhni al-Muhtaj , vol,2,P, 173, Jamie Al-Fusoolain , vol,2,P,21 .

The first motive appears for example in a discriminating boy . It also includes the discriminating idiotic and foolish and according to Imam Zufr (a Hanafi jurist) as well as a forced person, as his volition is imperfect like an uncapable person . The second motive apears in acurious person's disposal (who interferes affairs of people with out possessing an authority or representation) as well as the following categories fall under this motive .

A seller who sold an item to a purchaser then sold it again to another person, it also includes to an exotorter and an assistant or his representative who over stepped the limits of assistance [1] .

Secondly : Among the beholders of suspention of contract, there are some Hanafi and Maliki jurists as well as there is a narration from Imam Ahmed, [2] in this concern . As for Shafi'e school and a narration from Hanbali school [3] , these jurists do not see the suspention of any contract they consider this type of contract as an invalid one .

We Prefer opinion of those who are beholders of suspention, due to the following reasons :

1- The real essence in the validity any contract is its correctness . It isn't possible to make a decision for its invalidity in the existence of correctness .
2- This type of contract may prove benefitial to its owner so the decesion for its invalidity means loss of this benefit, but its validity depends on the permission of a capable person .
3- The opinion of its supention is held by the majority of the jurists with an exception of Shafie and some Hanbali jurists .

Rule on Suspended contract due to uncapability :

Firstly : Classification of guardianship for underage and incompitent :

First of all those , who are close relatives to orphan's father are more capable of guardianship then devisee of the father , after to him

---

(1) Legislation and economy journal twenty fifth year's edition page , 122, by Dr.Zaki Abdul burr.
(2) Badai As-Sanai lil Kasaani, vol.7, P. 170, Sharah Al-Kharshi, vol,5P,292, Al-Mughni, vol,4.p, 468 .
(3) Al-Majmooa Sharah Al-Muhazzib, vol,9,P, 157, Al-Mughni, vol,4,P.508 .

Suspended Contract In Islamic Jurisprudence

By: Dr. Yousaf Abdul Fattah Al Mursifi (*)

It is good to appoint one as a guardian to the underage and similars, who may invest his property and to maintain his affairs and to make disposals in the Property, in his interest, which he is uncapable to make it . The real essence in this appointment is his protection and security of his property .

This is one of indicatives to this security that according to majority of Islamic jurists, a disposal made by orphan in his property in the rotating affairs between benefit and loss, is invalid and its validity depends on the permission of his guardian . As for harmful dealings by orphan like gifting something to anyone without having compensation are invalid, however useful dealings as accepting something are valid, and after he reaches his maturity , he will be handed over his property so that he may use it according to his ability as he becomes capable for it .

In the same manner it is a good opinion that a disposition made by a curious person (who intefere other's affairs with out an authority or representation) may be useful to the seller as well as to perchaser because it often happens in practical life, so it will in common intrest if we say that its validity depends on the permission of a capable person .

Suspention of Contract and Its Supporters among the Jurists :

Firstly : How a contract becomes suspended :

A contract becomes suspended, if it is issued by an incapable person and when the mentioned item is unpossessed to disposer, or it is possessed but related to one's right .

(*) Member of the teaching staff , college of Shari'a, Imam Mohammad bin Saud Islamic university Al-Ihsaw .

obtain rizzq (sustence), as Allah the Almighty backs the devouts who fulfil their religion's committments . Moreover, one who advises his Muslim brothers , in field of his work, will be known to righteous people who may ask for his services .

Another problem of the boycott, which has been discussed by Ibn Al Hajj, is the public consensus . He concluded that, a boycott by one or two people is not effective , unless it is common. But one or two and those who follow them, have carried out their duty and will be rewarded (in the Hereafter), for the important role they have played. When the reasons to boycott to someone become known to the public, then it will be common [1] .

6- Distribution :

Ibn Al Hajj has referred , in his book , to what is known economically, as distribution. He pointed out the poor's necessity to the aids, especially when he discussed the medical care service . Ibn Al Hajj has also referred to the Zakat and its distribution, when he discussed commerce and agriculture . He confirmed upon the commitment of full paying of Zakat, and not to hear to self or Satan tempetation that Zakat decreases wealth . He added, refusal of Zakat paying, is extortion of poors' right , as they are sharers , with the portion of Zakat, in the wealth of whom it is obliged .

Ibn Al Hajj also mentioned that , some governments collect money under different designations, and in response, merchant or other, deducts what he has paid to the government from the due Zakat . He explained that, this is unlawful , except in one case, if the government collects this money as zakat, with full adherence to Shari'ah regulations regarding collection and distribution [2] .

May Allah Almighty reward mercifully our Sheikh, Ibn Al Hajj, for his valuable presentation, and may He help us to adopt what is sound therein .

Allah Knows best .

---

(1) Page 165, vol. 4 .
(2) See vol. 4. pages : 8, 72,75, 145, 218 .

(makkrouh) consumption is little more than filling, but not harmful . Finally, forbidden (moharam) consumption, is stuffing one's belly with harmful sequel [1] .

Muslim food consumption, in the view of Ibn Al Hajj, should be with the intention to have the strength and energy to perform his duties, and the Muslim should be a ware of the condition of need and poverty [2] . He confirmed that consumption of unecessary foods is just wasting of money [3] .

D- Housing :

Ibn Al Hajj viewed the function of housing as to have a shelter from the public and protection from the natural conditions like rains and sun . He decided that, a house should not be very spacious without legal execuse, and it should not be painted or decorated with gold, because it is wasting of money [4] .

5- Economical Boycott to encounter violations of production or consumption :

Clothes tailing : Ibn Al Hajj said, if the thobe (rob) is illegal or it is reprehensible to wear, the tailor should refuse to sew it, even if he is in need of money [5] . Ibn Al Hajj, also said employer should be subjected to boycott, if he does not order his worker to comply with rules of Shari'ah, such as to stop buying from him, after informing the public about the reqson of the boycott [6] .

Masons, also are asked not to build houses that do not comply with the Islamic regulations [7] . Though this boycott may be faced with difficulty on the part of the masons, that they may be in need for this work, or the need of the employer for the workman. But Ibn Al Hajj, commented that , be aware of the evils, is a cause to

---

(1) Page 212, vol . 1 .
(2) Page 212, vol.1 .
(3) Page 66, vol. 2 .
(4) Page 206, vol. 4 .
(5) Page 21, and the following pages, vol. 4.
(6) Page 164 , vol.4 .
(7) Page 207, vol.4 .

The conclusion is that, Islamic rules for labour relations confirm the necessity of adherence of the employee to labour rules and systems as far as it is not voilating Shariah regualations . On the other hand, employer is obliged to give the employee his full dues . Deviation from this by one side, gives the other side the right to quit .

4- Consumption :

It is one of the important matters which have been discussed by Ibn Al Hajj :

A- Muslim's requirements and the role of the social factors : Ibn Al Hajj has decided that, the social environment has an important role in generating man's needs (1) . To treat this problem, we should deal with the habits and traditions . Ibn Al Hajj explained that, Islam specifies the exact needs of the Muslims within a frame that protects these needs or requirements to be affected negatively by the social habits .

B- Clothing : Ibn Al Hajj stated in his book that, the motives and purposes of need, for clothes are concluded in the followings :
i) covering of the private parts. ii) Beautification, which is recommended by Shariah . iii) Protection from natural conditions like heat and clod. The first and second purposes are required legally, while the third purpose is a natural or instinctive need, but it will become a legall obligation if it is joined with need for self preservation (2) . Ibn Al Hajj gave examples of some forms of immoderation in clothes like using long and wide thobe (robe) . He considered such attitude, not a necessity but it is just a matter of arrogance and wasting of money (3) .

C- Food : In relation to this, Ibn Al Hajj has classified food consumption into five cotegories : Essential (duty), recommended (mandoub), permissible (mobah), reprehensible (makkrouh) and forbidden (moharam) . Recommended (mandoub) food consumption helps the muslim to perform superfluous and learning . The permissible (mobah) consumption or eating, to eat one's fill . Reprehensible

---

(1) page 129, vol.1 .
(2) Page 23, vol. 1 .
(3) Page 125, vol. 1 , page 66, vol. 2 .

in failure to perform the religious rituals, such sitting or laying (if the ailment is severe) in prayer and breakfasting in Ramadan [1]. Ibn Al Hajj confirmed the necessity to learn medical sciences by the students, who were capable, and advised them to adopt the medical profession due to the shortage in number of Muslims who practised this profession at that time. Actually, he regarded working in medical profession as individual obligation [2].

E- Commercial and Industrial Forgery :

Ibn Al Hajj has discused some forms of forgery :

1) Attribution of a commodity to producer or country other than that of its origin .
2) Non matching of the goods with the samples .
3) Bad display of the commodities to hide defects [3].

Industerial forgery : Negligence of specification and quality control in production . This includes : Incompliance with the specification of time of production, quality of the raw material , production techniques or mixing of low quality material with good quality material [4].

Ibn Al Hajj decided that, the consequence of forgery in the long run, is the effacement of blessing and wasting of money [5]. He gave economical explanation for invalidity of forgery and it is eating people's money illegally .

F- Labour Relations :

The employer and employee have obligations towards each other within an agreed boundry. Both sides should comply with this boundry and no committment should be asked outside it . Ibn Al Hajj stated that, the worker should serve his master (employer) hardly and to follow the work rules unless it is something against the interest like forgery or deception. In this case the worker has the right to qiut to another honest employer [6].

---

(1) Page 120, vol,4 .
(2) Page 149, vol, 4 .
(3) Page 31, vol. 4 .
(4) Page 12, and the following pages, vol. 4 .
(5) Page 13, vol. 4 .
(6) Page 17, vol. 4 .

and its produces and the benefit that covers the environment elements (animals ..) .

(ii) **Textile and clothing industry :**

According to Ibn Al Hajj, this activity, comes next to agriculutre in importance . It is one of the best industries which should be available to satisfy the community requirement. Clothes are used to fulfil Shari'ah commandment regarding covering of private parts, beautification as recommended by Sunnah as well as protection against natural conditions (heat and cold) .

(iii) **Commerce :**

Ibn Al Hajj has discussed the different aspects of the commercial activity such as commodities, acitvity scope (internal and external), whole sales, retail sales etc . In all these aspects, Ibn Al Hajj, emphisized on the objectives of the activity and the gained benefits . Also , he discussed how to deal with the profits, advertising and sales promotion, selling systems, commecial insurance and types of forgery .

Commerce should have the goal of facilitating the availability of the community requirements and obtaing of necessities without difficulties at anytime . In other words, these objectives should contribute to the welfare and easy life [1] .

Ibn Al Hajj affirmed reasonable profit gaining in commerce. Also, he encouraged bargaining in selling and purchasing to be save from merchants deceiving. In relation to this, he said, (One should deal smoothly in selling and buying, with taking care not to be harmed) [2] .

D- Public utilities :

Ibn Al Hajj have also, approached the public utilities in his book in the discussion of education and health services . Here, we will deal with what he has mentioned about the health services . As per Ibn Al Hajj, a man is caring for his health, and seeks the consultation of physician or ophthalmologist (Kahal) in case of a disease . It is known that , in some cases, disease or ailment results

---

(1) See : Dr. Mohd. Saeed Abdul Fatah, Marketing management, Beirut, University house, page 117-141 .

(2) Page 38,vol,4 .

, it is regarded as social obligation (collective) from Shariah point of view, not to mention its importance to life Ibn Al Hajj mentioned that, some people claimed, working for the purpose of earnings is matter of involving in this life, depending on the Prophet's (pbuh) saying : (Love of this worldly life, is a lead to every sin) [1] . What is dispraised in this Hadith the love of life itslf, not the effort for earnings . Scholars said that, to satisfy one's need is not loving of this worldly life, even more, it is greater than engulfed in good deeds. If a man is working with the intent to satisfy his needs and save the community the burden of his requirement provision, actually he joins both obligation (satisfaction of his needs) and superfluous (removes the responsibility of provision of one's requirement, from the Muslum brothers) .

B- Production and Knowledge :

Ibn Al Hajj confirmed the necessity of knowlege to those who are practising economical activities. He specified two kinds of knowlege : legal (Shari'ah) and technical knowlege. For example, he said, agriculture needs a good knowlege of jurisprudence and related technology with adoption of consultation [2] .

Ibn Al Hajj also , emphisized the importance of knowlege for practioners of economical activities, especially for those who do not have adequate education . He stated that, such people should consult the specialists . Those who are capable, they have to learn the subject they need in their profession . The incapable of learning, should consult the specialits [3] .

C- Fields of production and examples of economical activities :

Ibn Al Hajj has discussed many activities in different fields of economy, here some examples :

(i) **Agriculture :** It is the most important trade, on which life depends . Its benefits not only to the farmer, but also to his Muslim brothers and others, as well as animals [4] . Agriculture is given a priority as a trade, because of the need to this economical activity

---

(1) Narrated by Al Baihaqi in al Sho'ab (incomplelely transmitted) . It is said that, it is a doubtful or fabricated Hadith. See Faiz Al Qadeer, vol,3,Page, 368 .
(2) Page 4,vol.4 .
(3) Page 4, vol, 4 .
(4) Page 4, vol, 4 .

or it is an offence and hence it is sinful. In other words , if the objectives and means are in accordance with Shariah , then the economical activity is not just an action of this life, but it is a pious deed . If the condition is not so, it will be disobedience [1] .

2- Legality of means and tools : In order that the practice, should be in accord with the motives and objectives . Ibn Al Hajj clarifies this : that a man should avoid in his practice all things that may spoil his intent [2] .

3- The result of the conditions, stated above by Ibn Al Hajj, on the economy is, the achievement of highest levels in both economical efficiency and welfare with the availability of high quality services and commodities .

2- **Ownership** : Ibn Al Hajj, stated that, man's wealth ownership is not absolute. It is derived from the complete and absolute Allah's ownership . He confirmed, this means that, people's financial transactions should be carried within the legal frames which permit some actions and prohibit others . According to him, a man usage of wealth is bounded, this is because his expenditure is permitted in some cases and prohibited in others . As a matter of fact, the man's, wealth is just a loan for consumption [3].

If this is the situation in the private ownership , it is more emphisized in the case of the public property (mass property) to adhere to the legal (Shariah) commandments, Ibn Al Hajj has confirmed the importance of avoiding violation against public properties, and gave examples : River's banks, sea shores, roads. It is the responsibility of the authorities to protect such properties against any violation from the public by building or residing [4] .

3- Production :

A- The importance of production for the Muslim :

According to Ibn Al Hajj, the importance of producing all the requirements of the Muslim community , reaches to a degree that

---

(1) Page 4, vol, 4 .
(2) Page 14, vol, 4 .
(3) Page 125,vol, 1 .
(4) Page 240, vol, 1, page 108, vol, 4 .

C- **Discussion and comments** : Did Ibn Al Hajj mean that effort of the Muslim earn the means of living not suiting him as a Muslim ? Definitely not, for two reasons : 1- This is contradicting his views about the importance of the economical activity and its different aspects .

2- It is opposing to the Shariah statements that, encouraging Muslim to work hardly for earning of rizzq . As a matter of fact, Ibn Al Hajj has no objection to the practice of the economical activities, even more, he is encouraging it . According to his view , the Muslim goal should not be obtaining rizzq itself, but the mere obedience and submission . This means that, Ibn Al Hajj recommended working and to take the economical factors into consideration at the levels of both, means and tools, but he rejected motives and objectives. A Muslim should work and practise any economical activity with motives and intentions of obedience to Allah , with adherence to His commands pertaining to rizzq earning, without looking to the material return, whether partially or totally. In my opinion, Islam accommodates all . Working with intention to earn rizzq (sustenance), either totally or partially, is a real part of Allah obedience . The most obvious text in connection to this, what had been narrated by Ka'ab Ibn Ajra' (may Allah be pleased with him) : The companions of the Phrophet (pbuh) saw a man who was working hardly, they said : (O Allah's apostle ! If the effort of this man is in the cause of Allah ?) , the Phrophet (pbuh) replied them : (If this man is working hardly to satisfy the needs of his children or that of his aged parents or the need of himself , his effort is in the cause of Allah. But if he is doing that for boasting and hepocrisy, his effort is in the cause of the Satan) [1] .

This Hadith is a clear text, that states, the man's effort to satisfy the living requirement of his family, is not opposing to Allah's obedience .

D- Conclusions :

The most important consequences of Ibn Al hajj's presentation of this subject can be concluded as follows :

1- All aspects of the economical activity are included within the legal frame of Shari'ah. It is either obedience which should be rewarded

---

(1) Narrated by Al Tabarany .

B- Motives and objectives of the Islamic economy as viewed by Ibn Al Hajj :

Ibn Al Hajj stated clearly in his book that, a motive of sort of activity, should be the obedience of Allah Almighty and following of His orders. From this standpoint, Ibn Al Hajj gave a clear interpretation to the following vese :

" I have only created
Jinns and men, that
They may serve me " (1) .

Ibn Al Hajj has pointed accurately, the distinction between us and our good predecessors . All their practices and deeds were acts of devotion motivated by the obedience of Allah , even in the practices that are far from to be rituals in nature. While in our case, we do not feel devotion or obedience except when we perform the rituals .

Ibn Al Hajj stated, in his book, that in economical activities, there is nothing to restrain a man from gaining wealth, as far as his intention and movtivation is the obedience of Allah Almighty (2) . Also , there is nothing to prevent the consumer from enjoyment he feels in using different products to satisfy his needs (3) .

According to Ibn Al Hajj, a purpase of the muslim from his economical activity should not be the material earings : profits, charges and yield , all which are included under the Islamic term rizzq (sustenance) . This subject of sustenance has been decided since eternity , that a man must obtain his rizzq (sustenance) . It is evident from the real life that, there is no linking factor between the productivity and the sutenance . We may find a hard working person but he is still poor, and another one who is his sustenance not obtained from the activity he is doing . If it is so , a man should praise Allah for what he has been given, and to be sincere in his devotion and intentions, that he must not ask for more and more, since his sustenance has been decided before creation (4) .

---

(1) Surat , Az-Zariyat, verse 56 .
(2) Surtat , Az-Zariyat, verse56 .
(3) Page 113, vol , 4 .
(4) Page 17, vol, 4 .

Economical Thought of Ibn Al Hajj (737H.) Research In Movtives And Objectives

Dr. Shawgi Ahmad Dunia (*)

The importance of the research : Ibn Al-Hajj had analized accurately with a keen look the different aspects of economical activities as they in real life . He explained the motives and goals of Islam in dealing with the economical activities, and the impact of these motives and goals in the economical techniques and in the quality of the produces .

Introducing Ibn Al Hajj and his book " Al Modkhal "(Introduction) : Abu Abdullah, Mohammad Ibn Mahammad Al Abdari Al Fasi Al Qairawani Al Missry, renowned as Ibn Al Hajj . He was a jurist of 7/8 Hejri century (Maliki school scholar), he was famous for his monasticism and righteousness . He wrote a book of great value named : " Introduction to business developing, through intent improvement and waring against a lot of prohibited innovations . " This book is worthy of study for the profuse knowledge it contains (1) .

1- Motives and objectives of the economical units :

A- **Motives and goals of the positive economy** : The material value is the purpose of the positive economy. The man is working and producing with the motivation of collecting more and more of wealth in its different forms : money, commidities or services . This is the main objective of the positive economy as it is acknowledged by its scholars and philosphers (2) . Social interest , if occurs, in this sort of economy, it is just achieved accidentally and not intentionally .

(*) Ateacher in the department of Islamic economics, Um Al Qura Univesity, Makkah Al Mokkramah. He has many papers and researches in the development and Islamic economics .

(1) Ibn Farhoon, Al Debaj Al Mozahab, Beirut, Dar Al Kutob Al Elimeya , 327 .

(2) John Raudal, Formation of the modern mind, part 1,P. 468 .

" ... These are the limits
Ordained by Allah ;
So do not transgress them ... " (1) .

2) If the judge fails to know, whether the penalty is due or not, it is his obligation not to apply it, because honours and bloods are sacred .

3) If he is uncertain regarding Devine judgement in the case he is handling, he is obliged, out of piety, to withhold from giving a verdict .

The jurists refuted Ibn Hazm's arguement, depending on the following :

1- Though the Hadith (on which the rule founded) is incompletely transmitted, but it resembles the traceable Hadith regarding its authenticity, as it is narrated by a Companion (2) . This is because, it is irrational to eliminate a penalty based on suspicion after the crime is proved, in other words no penalty elimination after proving the crime .

2- All countries jurists agreed upon the elimination of penalties based on suspicion, and their consensus is an argument against the opponents (3) .

3- The nation has accepted the Hadith, and this matter was decided by tracing what have been narrated from the traditions of the Prophet (pbuh), as in the case of Ma'ez, when he said to him (You might kiss, you might touch ....) (4) .

Dr. Al Awa stated that the dispute between the jurists and Ibn Hazm is superficial . Although Ibn Hazm denied the predominant rule text, but he did not refuse its significance, i.e no penalty is applicable unless the crime is proved, and it becomes an obligation which should be performed . In both cases, there is no contradiction between Ibn Hazm and any of the Schools (5) .

---

(1) Surat Al-Baqarah, verse 229 .
(2) Fath Al Gadeer, 4/140, Hashyat Ibn Abdeen, 3/155 .
(3) The last two references in addition to Al Foroug, Al Grafi, 3/173 .
(4) Nayel Al Awtar, 7/111 .
(5) Principles of the Islamic penal system, page 89 .

to the crimes and sinful deeds as general . The term used to refer to this last meaning in the Hadith in the authority of Ali Ibn Abi Talib, he narrated : The Prophet (pbuh) said : (One who has commited hadd " sin " and Allah covers him and forgives his sin, as Allah is more generous than to recur in what He has forgiven) [1] . Based on this Hadith, it is more likely that, the term as it is used in the Companions' statement " Elimination of penalty on suspicion criterion " means crime at large .

3) It is known that, forgiveness in cases of discretionary penalties, is permissable after reporting to the authorities, even if the action is free from suspicion . So, it is more entitled to eliminate the penalty of such crime in existence of suspicion .

Finally, regarding this matter, I conclude that, the above mentioned arguements, are adequately persuasive for adoption of the penalty elimination rule in cases of discretionary penalties, though the majority of jurists limited it to the prescribed penalties .

6- Ibn Hazm's view regarding the rule :

The Muslim jurists unanimously agreed upon the application of penalty elimination on suspicion basis, founded on the Prophet's (pbuh) Hadith (Eliminate prescribed penalties on suspicion criterion) . Only the phenomenalist, Ibn Hazm, opposed application of the rule, regarding it as a serious factor that threatening the efficiency of the prescribed penalties system in prevention of crimes . According to his view, it is not permissable to eliminate or to apply prescribed penalty on suspicion basis [2]

Ibn Hazm argued with lack of authenticity of the Hadith on which the rule is founded . As per his justification, this Hadith has been transmitted through chains in which there is no prophetic text [3]. Ibn Hazm supported his argument with the following evidences, all of which linked to texts :

1) If a crime of prescribed penalty (hadd) is proved, it is not permissable to eliminate penalty on suspicion criterion, because the penalty is Allah's ordain as it is stated in the following verse :

---

(1) Ibn Al Atheer, Jame'i Al Osoul, 4/349 .
(2) Al Mohalla, 11/243 .
(3) Al Mohalla, 11/153 .

ishment, though they included retaliation with the prescribed penalties [1]. Al Seyouti said that, doubts can not eliminate a discretionary penalty [2], and Ibn Nojayem stated that, the crime of discretionary penalty can be proved even if there is suspicion [3]. But there is an opposing view in the juristic books, that suspicion can eliminate a discretionary penalty. It is mentioned in " Nihayat Al Mohtaj " that, depending on his knowledge, the judge gives his verdicts on crimes such as adultery and theft as well as crimes of discretionary punishments, as the penalties of these crimes are eliminated on suspicion criterion. [4]. Also, Ibn Farhoon narrated the comment of Ibn Abdul Salam about the Hadith " It is better for Imam to be mistaken in parden that to be mistaken in penalty. He stated (Ibn Abdul Salam) that, though the Hadith specifies the prescribed penalties, but other penalties can be included [5].

This view coincides with the principle, for which the rule has been layed, i.e. securing the defendant's interest and achievement of justice, and this is attainable in both cases of penalty, either prescribed or discretionary. Moreover, there is no text in juristic books confines this rule to the cases of prescribed penalties only, so I do not see any harm to elaborate the scope of the rule to cover the crimes of the discretionary penalties. The researchers, Abdul Gader Owdah and Mohammed Saleem Al Awa have adopted this view, [6] which is supported by many evidences including the followings :

1) The establishment of this rule on the rule of " presumption innocence and the rule of " Suspicion will not eliminate certainty ", indicates its application on crimes of discretionary penalties as well as on crimes of prescribed penalties and retaliation. In addition to that, the rule of " suspicion will not eliminate certainty ", is applicable to all aspects of rituals, transactions and penalties.

2) The word " Hadd ", from terminology point of view, is applied for the prescribed penalties of certain crimes, as it is also applied

---

(1) Penalty in Islamic jurisprudence, page 124.
(2) Al Ashbah wal Naza'er, page 123.
(3) Al Ashbah wal Naza'er, page 130.
(4) Al Ramli, Nihayat Al Mohlaj, 7/161.
(5) Tabserat Al Hokkam, 2/301.
(6) The Islamic penal legsitation, 1/216.

once, and they did) [1] . Al Shawkany said that, this trick was legally permissble [2] , Allah Almighty says :

"And take in thy hand
A little grass, and strike ... " [3] .

It is clear from the aforementioned Hadith, that hitting with the panicle is not the prescribed penalty, but it is a device indicated by the Prophet (pbuh) to eliminate the punishment in the case of such man of physically weak condition .

Example for void tricks , what have been mentioned by Ibn Al Qayem, and he considered it as invalid devices to escape a legal judgement [4] , the tricks used to eliminate theft penalty :

1) A burglar digging a hole in a house roof, then his partner enters to bring properties, so the former will escape theft penalty .
2) One of the burglars drops from the roof and opens the house gate from inside . The other burglar goes in and brings the properties [5] . This trick was accepted by Abu Hanifa and rejected by the other Imams and Abu Yousof .

Ibn Al Qayem refuted all these juristic discretions and considered them as void tricks which did not arouse any doubt or eliminate penalty. He also added, there is no law or justice policy that elimmates penalty of such crime, because laws are based on the intersts of the public, and those tricks are generating factors of massive corruption [6] .

5- The effect of elimination of penalty on crimes of discretionary punishments (Ta'zeer) :

The jurists adhered literally to the expression of Hadith, (eliminate prescribed punishments " hodoud " , on suspicion criterion), so they excluded the crimes of the discretionary pun-

---

(1) Nayel Al Awtar, 7/129 .
(2) Nayel Al Awtar, 7/130 .
(3) Surat Sad,verse 44 .
(4) A'alam Al Mowageen 3/304-305 .
(5) Fath Al Qadeer 4/243, Al Modawanah 16/73, Al Mohazab 2/280 .
(6) A'alam Al Mowageen, 3/304 .

that goal . But the jurists identified as tricks, all devices to deem permissible what have been forbidden by Allah [1] . Imam Al Shatiby has classifed tricks into three divisions, according to the objectives of these tricks as decided by Shari'ah , as following :

1- Agreed upon void tricks : hypocrites' tricks .
2- Agreed upon permissible tricks : to utter a word of disbelief under compulsion.
3- Disputed tricks : when there is no solid evidence, and whether the objectives of these tricks conform with the goals of the lawgiver or not . Accordingly, the jurists who regarded trick's objective achieved Shari'ah goals, legalized its use, and those who considered these objectives contradicting Shari'ah prevented the trick use [2] .

We have to notice that, no one of Imams endorsed using of bad (void) tricks, as they were free from such conduct and it should not be attirbuted to them. Ibn Al Qayem regarded attribution of void trick adoption to Imams is unacceptable and it is ignorance of the esteem position of those Imams in Islam [3] . However, a Muslim is not obliged to follow a view of anyone of Imams, if he feels that, this view is contradicting Shari'ah , in order to escape punishment (in the Hereafter) . This is the reason for the jurists' verdict (Fatwa), which prevents following the verdicts of scholar who favors using of tricks, and revokes his judgement . The verdict also, prohibits following of execuses (Rokhas) in different schools of thoughts [4] .

Example for legal trick used to eliminate a penalty, what had been narrated by Abu Umamah Saeed Ibn Saad Ibn Obadah, he said (There was a physically weak man in our locality . Once , this man had been seen slept with one of the females.... Saad Ibn Obadah reported the occurance to the Prophet (pbuh) . As that man was a muslim, the Prophet (pbuh) , ordered that the man to be punished . They said " O Allah's Apostle ! He is weak beyond your immagination. If we beat him hundred lashes, we will kill him .The Prophet (pbuh) told them to take ethkal (panicle) of hundred shamrakh [*] , and to hit the man

---

(1) Ibn Taiymeyah, Al Fatawa Al Kubra 3/191 .
(2) Al Mowafiga't, 2/387-389 .
(3) A'alam Al Mowageen 3/178,281 .
(4) Al Mowafigat, 2/386-387 .
(*) The subsidiary branch with which date fruits attach to the main branch .

purgatory oath, because he is presumed to be innocent [1]. Principally no verdict is given upon a claim of debt or crime or others, till the suspect gives his statement and oath, as innocence is a basic right [2]. The source of this rule, the Hadith narrated on the authority of the Prophet (pbuh), he said (If the people are given according to their allegations, some people may claim blood and wealth of some men, were it not for the oath compelled upon the defendant)[3].

The jurist, in accordance with rule of the presumption innocence, took into consideration the rare and disregarded premdominant probability , such as the case of money claim by a righteous man against extorter. Normally, the righteous man is trustworthy and it is rare to attribute lying to him, eventhough Shari'ah giving prioity to this rare probability, and regards the statement of the extorter, for reasons of mercy and dismissal of claims against such person and the likes, in order to prevent corruption, injustice and false claims . The principle in the aforementioned case and those similar to it, is the aquital of suspect, in accordance with the lawgiver intention in elimination of the penalty [4].

Also, in adherence with the rule of presumption innocence, the jurists disregarded the evidence presented by the defendant after his denial, to refute the claim of the accuser, because this evidence has been already invalid with the denial of the accusation . For instance, somebody claimed financial rights or accused another one in a certain crime . The accused denied the claim, then the accuser presented a proof to support his claim . In response, the accused presented an evidence to prove that, he has fulfilled his financial commitment towards the accusor, or that he has reconciled with him regarding the crime . This evidence is not acceptable, as it is already void with the denial of the accusation .

4- How to manage elimination of the penalty (or tricks forelimination of penalty) :

Ibn Taimeyah defined the trick as an hidden approach to achieve a goal, whether this trick is good or bad depends upon the nature of

---

(1) Hasheyat Al Adawi, 2/311 .
(2) Al Forouq, 4/74 .
(3) Fath Al Bari, 5/282 .
(4) Abu Shoja'a, Ghayat Al Ekhtisar, 2/374 .

3- The relation between the rule and the Presumption innocence :

The penal procedures in Islamic Shari'ah aim to the proving of the conviction of the suspect as well as to the proving of his innocence and dismissal of the accusation . The intention of the wise lawgiver to achieve this objective is manifested by the rule of elimination of the prescribed punishment on suspicion criterion. For this reason, the Islamic jurisprudence scholar realized the strong association between this rule and the presumption innocence rule , which Shari'ah has broaden the scope of its application, to cover all civil, penal and rituals aspects (1) . Essentially, man is free from retaliation, prescribed punishments (Hodoud) and discretionary punishments (Ta'zeer) (2) .

The conception of the presumption innocence rule is the innocence of the accused in view of justice , till his conviction is proved with a solid evidence, that is to say, conviction proof should be based on absolute certainty not on probabilities or assumptions . Imam Al Shafie said that, he is adopting certainity and eliminating suspiecion and probability to reach to the correct judgement (3) .

Whenever there is suspicion about the act ascribed to the accused, his innocence should be decided . This generated a rule, known in the modern judicial systems, that is the interpretation of suspicion for the interest of the suspect . This rule resembles another rule in Islamic jurisprudence, that is the the rule of, suspicion can not eliminate certainty (4) . This rule is applicable to all branches of Shari'ah, including rituals, transactions, penalties, judgements and in all rights and obligations (5) .

According to the rule of the presumption innocence, the claimer (weak party) should present the necessary evidence to prove his daim, whereas the denier or suspect (strong party) should be subjected to

---

(1) Principles of Islamic penal system, page 91 .
(2) Qua'ed Al Ahkam, 2/137 .
(3) Al Seyouti, Al Ashbah wal Naza'er, page 53 .
(4) Al Seyouti, Al Ashbah wal Naza'er, page 51 .
(5) General juristic introduction, 2/967 .

prescribed punishments on basis of suspicion, is text rule supported by a documentary evidence from the Sunnah [1] .

Dr. Saleem Al Awa has another view. He stated that the rule has no documentory evidence from the Sunnah of the Prophet (pbuh), and so it should be regarded as a juristic rule forming unseparable supplement of the penal jurisprudence [2] .

In my view, the rule is based on a documentory evidence traced to the Prophet (pbuh), that is his Hadith (Eliminate the prescribed punishments on suspicion criterion) .

The arguement based on this Hadith is supported by the practices of the Prophet (pbuh) in accordance with the rule . Scholars have mentioned many occurances attributed to the Prophet (pbuh) : 1- Abdullah Ibn Abbas narrated, the Prophet (pbuh) said (If I have stoned somebody without evidence, I would have stoned Fulanah [*] , for her suspicious appearance and conduct and of those who were visiting her) [3] . 2- The Hadith that narrated on the authority of Sahl Ibn Saad, he said (a man has come to the Prophet (pbuh) and stated that he has committed adultery with a woman-he named her. The Prophet (pbuh) called the woman and asked her, the woman denied . The Prophet (pbuh) punished the man and released the woman) [4] . The Prophet (pbuh) considered the woman's denial as a suspicion factor for elimination of her punishment, whereas he applied the prescribed punishment on the man . Al Awza'e and Abu Hanifa said that, the man was punished for slander only , because the woman's denial aroused suspicion [5] . From the aforementioned cases, it is apparent that, the rule is a text rule which is based on a documentary evidence from the Sunnah of the Prophet (pbuh) , and the nation agreed to its acceptance and application on criminal cases .

---

(1) Mohammed Abu Zahrah, The punishment in the Islamic jurisprudence page 199 .
(2) Principiles of Islamic penal system page 87-88 .
(3) Nayel Al Awtar 7/117 .
(*) It is a term used in Arabic language to call a person instead of his real name for certain purpose . It is used here by the Prophet (pbuh) to refer to a certain woman so as not to disclose her .
(4) Nayel Al Awtar 7/119 .
(5) Nayel Al Awtar 7/120 .

of those who are not used to sinful deeds or doing it openly, and not in the case of immoral suspects, where the testimony is requested .

To limit the spread of criminal frauds and to cover the suspect, the wise law-giver stipulates the presence of four witnesses in adultery crime. Needless to say, this condition is important to preserve chastity and to avoid application of penalty on an innocent . Ibn Al Qayem Al Jawzzeyah said (It is exaggerated in covering up of adultery crime, as both Divine law and Divine destiny state its cover, and not less than four eye witnesses are required, to describe the action with its accurate details, to elimnate any probability) (1) .

2- The source of the rule :

There is a dispute between the scholars of Islamic jurisprudence regarding the source of the rule of elimination of penalty on suspicion criterion, some of these scholars considered it as a text rule , related to a sound tradition of the Prophet (pbuh), other sholars have a view that, it is a juristic rule without a documentary evidence from the Sunnah of the Prophet (pbuh) .

The jurists gave this rule a great importance, as it is corresponding to the spirit of the Islamic Shari'ah regarding protection of a person from harms and observation of his interest . Al Ezz Ibn Abdul Salam said (Elimination of prescribed punishment is given precedence, to preserve man for the higher interest of worshiping Allah Almighty . The preseribed punishments are restricted devices involved with the occurance and proof of the crime) (2) . Abu Abdullah Al Bukhari said (Among the merits of Shari'ah regarding the prescribed punishment that, the elimination of the penalty can be managed . The Prophet (pbuh) said " Eliminate the punishment as far as you can, even on basis of least suspicion " (3) .

The common view in the records of the Islamic jurisprudence and in the contemporary juristic researches that, the rule of elimination of

---

(1) A'alam Al Mowag'een 2/6 .
(2) Qua'ed Al Ahkam, 2/137 .
(3) Mahasen wa Shra'ye Al Islam, page 66 .

iii) Cover up of criminal and crime of prescribed punishments :

Islam recommends covering the criminal and his crime and not to disclose his act before the public as it is scandlous. This is quite clear from the Sunnah, Ibn Abbas narrated, the Prophet (pbuh) said (One who covers the bad deeds (awrah) of his Muslim brother, Allah will cover his bad deeds in the Day of judgement , and one who discloses the bad deeds of this Muslim brother, Allah will disclose the bad deed of his till he will be scandalous therein his house) [1] . Aisha (Allah bless her) also narrated, the Prophet (pbuh) said (One who covers a servant in this world, Allah will cover him in the Hereafter) . [2] Nevertheless, the witness has a great importance in judicial procedures, as it is the proof material device for preservation and protection of rights . Hence, each Muslim is obliged to give testimony, the Prophet (pbuh) said : (Shall I not inform you of the best of witnesses, it is the person who offers to give his testimony, before he is requested to do so) [3] . But there is another Hadith in which such witness is dispraised to recommend covering of the suspect, Omran Ibn Husain narrated, the Prophet (pbuh) said : (There will be people coming after you, who are disloyal, who can not be trusted, and offer their testimony without being asked to give, and they are making vows without fulfilling them , and fatness is common in them) .[4] The explainers of this Hadith, related it to the testimony involves servants, rights [5] or one of Allah's rights which is not perminently protibited, and they also linked it to the crimes of prescribed punishments . In these cases, the testimony is not obliged, and it is recommended not to offer for reasons of covering the criminal, as the prescribed punishments can be eliminated on suspicion basis [6] . So, the witness of the prescribed punishment crime, is having the choice to offer his testimony or to withhold it, and this is favorable, to cover the suspect, unless he is requested to give this testimony .

Some of the jurists have the view of prefering cover up in case

---

(1) Sunnan Ibn Majah, vol,2,page 212 .
(2) Ibn Abdul Barr, Al Tamheed 5/341 .
(3) Na'yel Al Awtar, 8/334 .
(4) Fath Al Bari, 5/258-259 .
(5) Fath Al Bari, 5/260 .
(6) Huss'ain Mo'emen, The Proof Theory, 31 .

to the crimes of retaliation (Qesas) [1] and crimes of discretionary punishments (Ta'zeer) [2] , but in case of prescribed punishment crimes, it is bounded with some regulations to limit its scope .

The crimes of the prescribed punishments distinguished from other crimes, in that the punishment is restricted and of absolute nature, and its application does not depend on the condition or the sentiment of the criminal . Moreover, if the crime becomes known to the authorities, the punishment is regarded as public interest matter and should be applied without delay or pity . Scholars agued that, preseribed pusnishments, are Allah Almighty rights , which can not be forgiven after forwarded to the authorities . Private rights can be waived, upon the will of the concerned person, whereas which he can not release, is Allah right [3] .

The jurists have different views regarding the crime of slander . It is agreed that there are two rights in such crime : Allah's right and the victim's right . The jurists disputed which of the two is having the priority from legal point of view . 1- Hanafis and phenomenalists (Zahireyah), considered slander crime involving Allah's right, and the victim should not forgive the accused, after the crime is proved and forwarded to the judiciary . Ibn Hazm has refuted all the arguments favoring forgiveness in slander crime after raising to the authorities Imam) [4] . 2- Shafies and Hanablies are of the view that, in the case of slander crime victim's right is prior, as it is a crime against his private right to preserve his reputation from accusation of adultery . Al Shafie argued, the defamation punishment is servants' right, which will be fulfilled upon reclaim, hence the victim has the right of forgiveness , such as in the case of retaliation [5] . Ibn Qudama Al Maqdesi , has the same view [6] . In Maliki school, there are many stand points : 1- Pardon is possible before reporting the crime to the authorities and no pardon after that . 2- Pardon can be adopted before witnesses giving their testimony . 3- Pardon is possible after reporting, if the victim seeks cover [7] .

---

(1) See Al Insaf , Al Mawordi, 10/3 .
(2) Al Ahkam Al Sultaniyah, Al Mawordi, 237 .
(3) Al Foroug 1/141 .
(4) Al Kasani, Bada'e Al Sana'e, vol.7, page 56 .
(5) Al Mohazzab 2/275 .
(6) Al Moghni 8/217 .
(7) Mawahib Al Jaleel, 6/205 . Al Modawanah 16/49,70 .

of faultly pardon, in case where the elimination of the penalty results in the innocence of the criminal [1] .

i) Source of pardon in Qura'n and Sunnah :

In Islam both, penalty and pardon or forgiveness, are adopted . Pardon is not ordained or compulsory, but it is optional and recommended . Islam secures the victim's rights, but it recommends pardon and indulgence . There are many verses in Holy Qura'n that stated this recommendation . Allah Almighty says :

"But forgive and overlook
Till Allah brings about
His command; for Allah
Hath power over all things " [2] .

And He says :

"The recompence for an injury
Is an injury equal thereto
(In degree) : but if a person
Forgives and makes reconciliation
His reward is due
From Allah : For (Allah)
Loveth not those who
Do wrong " [3] .

Recommendation of forgiveness as per tradition, the Hadith that is narrated in the authority of Abu Huriarah, the Prophet (pbuh) said A man who forgives injustice to which he has been exposed , will be rewarded from Allah with more honour) [4] .

ii) Forgiveness in crimes of prescribed punishments (Hodoud) :

The general rule in Islamic penal legislation, that forgiveness is permissible as means for punishment elimination, rights waiver and the suspect dismissal for his own safety. Though this rule is applicable

---

(1) Islamic penal legislation, 1/217 .
(2) Surat Al-Baqarah, verse 109 .
(3) Surat Ash-Shura, verse 40 .
(4) Narrated by Ahmed, Muslim and Al Tirrmizi .

The rule Of Eliminating Penalty On Suspicion Criterion And Its Role In Islamic Penal Jurisprudence

Dr. Abdul Khaliq Ibn Al Mofazal Ahamadoun (*)

The rules of crime proof in Islamic jurisprudence, are directed to confirm the innocence of innocent, as well as the conviction of the criminal, with great certainity in both cases . The condition set forth by the jurists, that doubts about the crime should be warded off, conforms with the spirit of Islamic Shari'ah regarding protection of people from harms and danagers. This does not mean to refrain from punishment application for assumption or for mere suspicion, but the motive is that, the Muslim judge should be aware of the rights of the suspect to be secured, and therefore to presume his innocence regarding the accusation, and so the judge should not utter the verdict unless the conviction is evident beyond doubts (1) .

The stipulation of great certainity regarding the conviction proof, confirms the importance of the rule of " No penalty on suspicion criterion " .

1- Pardon In Islamic Shari'ah :

In Islamic penal jurisprudence, it is favorable to be mistaken in pardon than to be mistaken in conviction, and this rule forms a part of pardon implement in Shari'ah. The source of this principle, the Hadith of the Prophet (pbuh), he said , (Eliminate the prescribed punishments (Hodoud) whenever it is possible : and if you can manage a dismissal of a Muslim (The suspect " do it . It is better for Imam to be mistaken in pardon than to be mistaken in penalty) (2) . Abdul Gader Owda thought that, the rule of elimination of the prescribed punishment, though it is important, it is considered as application for the principle

---

(*) Professor of jurisprudence , college of Arts and Humanities, Islamic studies Department, Tatwan, Morocco .

(1) Ibn Hazm, Al Mohalla, 11/243 .

(2) Sunan Al Tirrmizi, vol.4,Page 25 .

schools of thought were also not a reason to division of Muslims, but the Muslims fell in to disunion and separation when the Lords of some Muslim states started exploitation of these schools for their certain political aims, in a time when Muslim world was divided in to small states due to its weakness and mutual conflicts [1].

Coming to an end we pray to Allah Almighty humbly to Reward King Abdul Aziz credit of his kind deeds for his country and his nation . We pray to Allah to bestow continually his open and secret Blessings upon this country .

We pray to Almighty Allah to help Leader of our nation, custodian of two Holy Mosques, King Fahad Bin Abdul Aziz and Crown prince His Royal Highness Prince Abdullah Bin Abdul Aziz vice Prime Minister and Presedent National gaurd and His Royal Highness Prince Sultan Bin Abdul Aziz second vice Prime Minister Minister of defence and aviation, and Inspector General, to achieve their aims .

And the close of their cry (in the Paradise) will be, " Praise be to Allah, The Cherisher and Sustainer of the Worlds .

---

(1) Legislative development in Kingdom of Saudi Arabia, pages 87,88 and also see pages, 84-88 published in, 1397 H by Cairo University , and university book .

are clashed . In the mentioned esteemed day this modern state rose up and a great society came in existence framed on the basis of love and kindness . It does not take side with a certain school of thought against others . It verily follows up Allah's sacred law with implimentation of his commands and it follows up the Sunnah of His Prophet (pbuh) according to his sayings, doings and reports . With regard to this focus, the late king explained in one of his declarations, he said, " The source of Legislation and rules in this state will be only the Holy Book of Allah and Sunnah of His Prophet and that which is confirmed by chief Islamic jurists by anology or their unanimous opinions . Only which is permitted by Allah is permitted in this state while prohibited by Allah is prohibited here [1] .

Thus the first and last comprehensive source of legislation in this state is Holy Book of Allah and Sunnah of His Prophet and the source in jurisprudence is based on tolerance and farness from difficulties and search for truth and justice where ever it is found . This essence is manifest in the resolution confirmed by judiciary council in 1347.H. The Paragraph " A " in this resolution stipulates that the channel of judicature adopted in all the courts will be according to the leagal opinions given by Hanabilah school of thought . After that, Paragraph " B " in the resolution stipulates that, if an opinion in any issue from the mentioned school has some difficulties in its implementation or having a contradiction with common intrest, it may be revised and researched in the light of opinions from other schools of though in public intrest [2] .

Here we like to report text of the statement mentioned by Dr. Mohammad Abdul Jawwad privious procurator, Law faculty, Cairo university , as he stated in a lengthy chapter in his book about the doctrinal tolerance by King Abdul Aziz (may Allah excuse him) . He says, " The King reverted with Islam to its main and pure sources whether these were in first century before the appearance of four schools or in second and third centuries when these schools were in existence . Then the diversity in the jurists was not more than veriation of opinions as it was in the time of companions of the Prophet (pbuh) . They were beholders of diffirent opinions, but they did not wrangle with eachother and did not contend for superiority . The four

---

(1) This release was broadcasted in twelvth day of jamadiul owla in, 1343 H .
(2) Regulation series, legal ruling division, from 1345,H to 1357H, page, 14 printed by ummul-Qura press Makkah Al-Mukaramah, first edition 1357 H .

A Letter From The Staff

An Esteemed Day :

Every nation in this world entertain one or more days in which it remembers an event or incident that has a special impect on its history, on its tendency and on its generations . This incident may be its independence from a subordination or a victory achieved after troublesome defeats of ages . This is a natural process that every nation makes its efforts to recollect these events for its coming generations .

We also in our homeland through our souls and feelings are entertaining an esteemed day uncomparable in contemporary history . It is the first day of " Libra, " in which the unity of our nation in a single structure was anounced and our nation was assembled after separation, it was convened after dispersal and was combined after estrangement and was strengthed after frailty and was triumphed after defeats. Yes, this is an authentic statement, and this nation was unified by king Abdul Aziz (may mercy of Allah be upon him) . He achieved this goal by his granted fiducial power, wisdom and toleration, after that Allah wanted him to be collector of this nation after its disunity, dispersion and waste . So this nation was distinguished with this unparalleled unity in the contemporary history of nations and with regard to this achievement king Abdul Aziz (may Allah's mercy on him) is a unique personality in this history . He sought the help of Allah, so Allah helped him, he loved his nation and the nation replied him with the same love . He devoted himself for the welfare of nation, and his nation paid its homage to him . The relationship of his nation with him was based on submission and passion, therfore this nation always remember through their souls and feelings the kind actions of Malik Abdul Aziz (may Allah forgive him) and his efforts made for achievement of this unity and establishment of this state .

It is to be noticed that structur of this state was based on the " monotheism and abidance by Islamic law and implimentation of its rules and on following up the steps of worthy Ancestors . Hence this country became a distinct model of peace and stability in this world where the concepts are disturbed, theories are compititive and wishes

«Whom Allah intends good grants him the knowledge and insight in Religion». Hadith

CONTEMPORARY JURISPRUDENCE RESEARCH JOURNAL

A Journal Specialised in Islamic Jurisprudence

Editor-in-Chief

Dr. Abdur Rahman Hassan Al Nafisah

Price Per Copy

K.S.A.	SR. 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	Dawadamy	: 6422211	Keru'at	: 6421296
Makkah	: 5585078	H. Al-Batin	: 7223293	Sharora	: 5321125
	: 5584720	Zulfe	: 5927707	Khafgie	: 7662677

Mailing Address P.O.Box 1918 - Riyadh 11441 - Kingdom of Saudi Arabia

CONTEMPORARY JURISPRUDENCE RESEARCH JOURNAL

A Journal Concerned with Islamic Jurisprudence

27th Edition - Seventh year
Oct, Nov, and Dec, 1995

IN THIS ISSUE

- A letter from the Staff
- Rule of Eliminating Penalty on Suspicion Criterion — By: Dr.Abdul Khaliq Bin Al Mufadhal Ahmedoon .
- Research in Economical Thought of Ibn Al-Hajj — By: Dr.Shawgi Ahmed Dunia.
- Suspended Contract in Islamic Jurisprudence — By: Dr.Yousuf Abdul Fattah Al Mursifi .
- Istihsan of Hanafi School and stand of Shafi'e Scholars — By: Hussain Motawe'i Al-Tartoury .
- Right Abuse in the Islamic Jurisprudence — By: Dr.Abdul Hafeez Rawwas Qal'aji .

FATAWA AL-MAJAM'A AL-FIQHIA

- Arbitration in Islamic Jurisprudence .
- Prohibition of evasive legal devices .

CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW

- Rule on A husband who grasped his wife's property without her willingness .
- No space for doubt with certainty .
- Rule on a devisee , who proved dishonest .
- Wife's job does not mean Her negligence of her house duties .
- Father is obliged with the cultivation of his young child .

ETERNAL JURISPRUDENTS

- Abu Bakr As-Sediq — By : Dr Mohammad Bin Sa'ad As-Showei'ar .

ISSN : ١٣١٩ - ٠٧٩٢ رقم