

مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية متخصصة في الفقه الإسلامي
العدد الثالث - السنة الأولى - ربيع الآخر - جمادى الأولى - جمادى الآخرة ١٤١٠ هـ - نوفمبر - ديسمبر - يناير ١٩٩٠ م

في هذا العدد

- واجب الشباب / ساحة الشيخ / عبدالعزيز بن باز
نظرية العرف كمصدر للأحكام / الدكتور / عبدالرحمن بن عبدالعزيز القاسم
الكلام في بيع الفضولي / للإمام / صلاح الدين الملاي
تحقيق الدكتور / صلاح بن عبدلغني الشرع
الزكاة والضرائب (قضية للبحث) / الدكتور / محمد بن زكي عبدالبر
الطريقة المبكرة في حل مسائل الجد والإخوة / الدكتور / عبدالعزيز بن محمد الزيد
مسئولية الأطباء / الدكتور / عبدالرحمن بن حسن النفيع

تساوى المجامع الفقهية

الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية .

موضوع الاجتهاد .

صرف ريع الوقف

أطفال الأنايب

توظيف الزكاة في مشاريع ذات ريع بلاملك فردي للمستحق

بدل الخلو

زكاة الأسهم في الشركات .

انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً .

كتب ورسائل في الفقه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مجلة

البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية متخصصة في الفقه الإسلامي

مُصاحبا ورئيس تحريرها د/ عبد الرحمن بن حسن آل الشيخ

سعر النسخة

في المملكة العربية السعودية ١٢ ريالاً أو ما يعادلها
في دول مجلس التعاون وفي بقية الدول العربية
والدول الإسلامية دولاراً أمريكياً أو ما يعادلها
وفي بقية دول العالم ودولارات أمريكية

المصنوعون:

المملكة العربية السعودية
الرياض - المدينة شمال شرق مسجد الأميره سارة
فندق ١٨٧٢، ٤٣٥١، ناس ٤٣٥٢ (٩١) - غرب القاهرة
الاشتراكات
قيمة الاشتراك السنوي للدوائر الحكومية والمؤسسات
١٥٠ ريالاً
للأفراد ١٠٠ ريال
في خارج المملكة تضاف أجرة البريد.

وكيل التوزيع: مؤسسة النخبة للنشر

١٩١٦٧٤١ - ١٩١٦٧٧٧	الرياض - ت	٦٦٥٣٣٢٣	حج - ت
٨٧٦٢٦٢ - ٨٧٦٢٧٥	الدمام - ت	٥١٥٩٧٧٧ - ٥١٥٩٩٠٠	مكة المكرمة - ت
٨٧٦٢٧٥ - ٨٧٦٣٦٢	الجبيل - ت	٧٤٩١٨٣١ - ٧٤٩١٩٢٢	الطائف - ت
٢٢٢٨٤١ - ٢٢٢٩٨٠	أبها - ت	٨٢٤١٨٧ - ٨٢٤١٨٨	المدينة المنورة - ت
٤٣١١٦٤ - ٤٣١١٨٢	تبوك - ت	٣٢٤٩٣٠	القصيم - ت
٥٨٦٩٦٧ - ٥٨٦٩٦٧	المحلف - ت	٥٢٢٠٦٧٥ - ٥٢٢١٥٥٥	حائل - ت
٤١١٦٧٧٧ - ٤١١٦٧٧٧	الأبلاغ - ت	١٤٢٢٢١١	الدوادمي - ت
٦٢٥١٨٨٢ - ٦٢٥١٨٨٢	الحوف - ت	٧٢٣٣٢٩٣	حرم الباطن - ت
٦٢٢٢٦٧٨ - ٦٢٢٢٦٧٨	يشة - ت	٤٢٢٢٨٤٩	الرفي - ت
٥٩٦٧٧٧ - ٥٩٦٧٧٧	الاحساء - ت	٧٦٦٦٦٧٧	الحلي - ت
٣٢٢٥٨٣١ - ٣٢٢٥٨٣١	بني - ت		
٣٢٢٠١٠٤ - ٣٢٢٠١٠٤	حيران - ت		
٤٣٣٢١٨ - ٤٣٣٢١٨	الجمعة - ت		
٦٤٢١٦٩٦ - ٦٤٢١٦٩٦	القريات - ت		
٥٢٢١٧٨٢ - ٥٢٢١٧٨٢	نجران - ت		
٤٤٢٢٤٦٧ - ٤٤٢٢٤٦٧	الوجه - ت		

تكون المراسلات على العنوان التالي

المملكة العربية السعودية: ص. ب: ١٩١٨ الرياض ١١٤٤١

قواعد النشر

نود هيئة المجلة أن تبدي للإخوة الباحثين أن قواعد النشر في المجلة تنص

على ما يلي:

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

• ترتيب البحوث في المجلة يخضع لاعتبارات فنية.

فهرس العدد

- واجب الشاب ساحة الشيخ / عبدالعزيز بن باز ٩
- نظرية العرف كمصدر للأحكام الدكتور / عبدالرحمن بن عبدالعزيز ١٨
- القاسم
- الكلام في بيع الفضولي للإمام / صلاح الدين العلاتي ٥١
- تحقيق الدكتور / صلاح بن عبدالغني ٥١
- الشرع
- الزكاة والضرائب (قضية للبحث) الدكتور / محمد بن زكي عبدالبر ١٠٣
- الطريقة المبكرة في حل مسائل الجد الدكتور / عبدالعزيز بن محمد الزيد ١٠٨
- والإخوة
- مسئولية الأطباء الدكتور / عبدالرحمن بن حسن النفيسه ١٦٤
- فتاوى المجامع الفقهية
- الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية ٢٠٢
- موضوع الاجتهاد ٢٠٨
- صرف ريع الوقف ٢١٢
- أطفال الأنابيب ٢١٣
- توظيف الزكاة في مشاريع ذات ريع بلا تمليك فردي للمستحق ٢١٥
- بدل الخلو ٢١٦
- زكاة الأسهم في الشركات ٢١٨
- انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً ٢٢٠
- كتب ورسائل في الفقه ٢٢٣

رسالة من هيئة المجلة

تحدث إلينا أحد العلماء مشجعاً لنا فيما يرى أنه يستحق التشجيع، وملاحظاً لنا فيما يرى أنه محل الملاحظة، وربما فهمنا من حديثه أن المجلة في إطارها العام تنصف بالخصوصية لفئة من القراء لأن القارئ العام - كما يرى - لا يستسهل، وربما لا يستسيغ بحثاً في جزئية من جزئيات الفقه تتداخل فيه آراء المذاهب، وتتعدد فيه الشواهد، ويحاط بالكثير من الهوامش والمصادر.

القارئ العام - كما يراه - يريد خبراً خاطفاً يثير فيه كوامن الانفعال تجاه أي حدث عارض. . . يريد معرفة قضية تستأثر باهتمامه وهو يطارده مشكلات الحياة وتطارده. يريد صورة محسوسة لما يعايشه وينفعل به ويتفاعل معه.

وقلنا له: إن فهمنا للقارئ العام ليس حصراً في هذا الافتراض، وإن كانت فئة منه تهتم باليسيط والسهل من البحث وقلنا له: إن القارئ العام هو المخاطب بكل بحث علمي مهما كانت خصوصيته فليست النظريات الرياضية أو الكيميائية تُطرح لفئة من الإنسان، وليست النظريات الفقهية أو الأحكام القضائية خاصة من الناس فالمحل والمخاطب بذلك هو عامة الإنسان، وإن بدت هذه النظريات والأحكام ذات خصوصية في ظاهرها.

من هنا فإن من المهم في نظرنا إدراك الكيفية التي تُسهّل وصول المعرفة إليه حتى وإن كانت هذه المعرفة ذات طبيعة معينة. . . لقد أدركت هذه الحقيقة وسائل النشر اليومية المتطورة، فقلما نقرأ صحيفة مشهورة إلا وفيها بلاغ عن نظرية طبية، أو اقتصادية، أو أحكام قضائية أو اتجاهات فقهية. . . صحيح أن هذا البلاغ لا يحقق للمتخصص ما يبتغيه من إلمام كامل لما يطلبه إلا أن هذه الوسائل تهتم بإيصال المعرفة إلى القارئ العام باعتباره المخاطب الحقيقي وتبياً - في الوقت نفسه - للقارئ المتخصص دليلاً لما يريد أن يتعمق فيه.

وإذا كان القارئ المسلم يهتم بأي إنجاز طبي يرى فيه حلاً لمرض مستعصم ، أو إنجاز ثقافي يرى فيه متعة للنفس فهو من باب أولى يهتم بمسائل عقيدته و«فقهها» لكي يستطيع مواجهة قضايا ومشكلات حياته .

ومن هنا فإن اهتمامنا في هذه المجلة ينصب على القارئ في عمومه فنحن نريد - مثلاً - أن نطرح للقارئ العام معنى الضرورات أو الكليات الخمس (الدين والنفس والعقل والنسل والمال) نريد أن نبين له أن محافظته على دينه بأصوله وفروعه التزام شرعي يجب عليه تنفيذه بممارسة وسلوكاً أينما وحيشاً كان . . نريد أن نبين له أن محافظته على نفسه لا تعني فقط استجابته لغريزته في حب البقاء بل تعني استجابته للالتزام المقروض عليه شرعاً بالمحافظة عليها من كل المخاطر . . نريد أن نشرح له أن هذا الالتزام يمتد إلى نفس غيره وأن عليه تنفيذه عندما يقود سياسته أو يمارس أي نوع من أنواع التعامل معه وهكذا .

نريد أن يعرف القارئ العام القرارات الفقهية التي تصدرها المجامع الفقهية فيما يتعلق بقضايا ومشكلات حياته . ومن هذا الالتزام رأينا أن يحتتم كل بحث ينشر في المجلة بـ «خلاصة» جامعة تسهل للقارئ معرفة ما تضمنه البحث من رأي أو آراء فقهية . . وقد أكدنا على هذا في قواعد النشر، ورجونا من الأخوة الباحثين مراعاته .

ومن هذا المفهوم التزمنا أيضاً بنشر القرارات الفقهية التي صدرت أو ستصدر عن المجامع الفقهية ليس لأن القارئ يجد فيها توجيهاً شرعياً من علماء ثقات فحسب بل لأنه أيضاً يجد فيها علاجاً مختصراً لمشكلة تواجهه ، أو سؤالاً يخطر له .

وقد أكدت الاتصالات والرسائل التي تردنا أن القارئ العام لا يقل عن القارئ المتخصص في اهتمامه بالبحوث، والقرارات الفقهية التي تنشر في المجلة وكان هذا حافزاً لنا على إضافة باب جديد للفتاوى نأمل أن نطرحه قريباً ابتغاء خدمة القارئ التي صدرت من أجله هذه المجلة .

والله المستعان . .

رسائل وردت للمجلة

سعدت هيئة المجلة بتلقيها عدداً من الرسائل والاتصالات من داخل المملكة العربية السعودية، وخارجها تفيض شعوراً كريماً رأت فيه هيئتها تشجيعاً، وحافزاً يدفعها إلى مضاعفة الجهد، والتفاني في أداء الرسالة الغالية التي صدرت من أجلها المجلة - وهي خدمة شرع الله - وبخاصة وهي تصدر من هذه البلاد العزيزة مهبط الوحي ومنبع الرسالة والحفاظة لشرع الله وسنة رسوله المصطفى محمد ﷺ.

وأول هذه الرسائل رسالة من صاحب السمو الملكي الأمير سلطان بن عبدالعزيز النائب الثاني لرئيس مجلس الوزراء ووزير الدفاع والطيران والمفتش العام . ولا يسع هيئة المجلة إلا أن تبث لسموه الكريم بالغ التقدير على عطفه وتشجيعه لهذه المجلة في كل مراحل صدورها.

ورسالة من صاحب السمو الملكي الأمير أحمد بن عبدالعزيز نائب وزير الداخلية، ورسالة من صاحب السمو الملكي الأمير سعود الفيصل وزير الخارجية فسلموهما من هيئة المجلة وافر التقدير على شعورهما الكريم .

وتلقت المجلة رسائل من كل من معالي الأستاذ محمد العلي أبا الخيل وزير المالية والاقتصاد الوطني، ومعالي الأستاذ عبدالوهاب بن أحمد عبدالواسع وزير الحج والأوقاف، ومعالي الأستاذ فيصل الحجيلان وزير الصحة، ومعالي الدكتور سليمان السليم وزير التجارة، ومعالي الأستاذ عبدالعزيز بن عبدالله السالم أمين عام مجلس الوزراء، ومعالي الدكتور منصور التركي مدير جامعة الملك سعود، ومعالي الدكتور راشد الراجح مدير جامعة أم القرى، ومعالي الدكتور محمد سعيد القحطاني مدير جامعة الملك فيصل بالاحساء، ومعالي الأستاذ عبدالله العلي النعيم أمين مدينة الرياض، ومعالي الأستاذ عبدالعزيز الرفاعي، وسعادة اللواء علي بن محمد الخليفة مدير عام مكتب صاحب السمو الملكي الأمير سلطان بن عبدالعزيز النائب الثاني لرئيس مجلس الوزراء ووزير الدفاع والطيران والمفتش العام وسعادة اللواء ركن يوسف بن إبراهيم السلوم أمين عام مجلس الخدمة العسكرية.

كما تلقت المجلة أيضاً رسائل من عدد من العلماء والاصدقاء ومنهم الاستاذ نبيه بن عبدالقدوس الأنصاري صاحب ورئيس تحرير مجلة المنهل، والدكتور

توفيق محمد الشاوي، والدكتور محمد علي البار، والدكتور طلال عمر بافقيه، والدكتور أحمد عبدالرحيم السايح من جامعة قطر، والشيخ محمد بن صالح الدحيم رئيس هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في المذهب والشيخ علي العيسى من وزارة التعليم العالي، والدكتور صلاح عبدالغني الشرع من جامعة الملك فيصل بالأحساء، والسيد/ حبيب محمود أحمد مدير فرع وزارة الحج والأوقاف في المدينة المنورة، والدكتور محمد الدسوقي من كلية الشريعة بجامعة قطر، والاستاذ محمد بن ناصر الصقر المستشار بشعبة الخبراء بمجلس الوزراء والاستاذ الدكتور محمد رواس قلعه جي من جامعة الملك سعود، والاستاذ سعد بن ابراهيم الرصيص من ديوان رئاسة مجلس الوزراء، والاستاذ عبدالله الحيدري من إذاعة الرياض، والشيخ عبدالرحمن بن سعد آل عتيق من محاكم الإفلاج، والدكتور محمد توفيق سعد الاستاذ المشارك بجامعة الأزهر، والاستاذ وجدي بن أحمد خاشقجي من المدينة المنورة والاستاذ محمد أديب محمود عبدالسلام من المدينة المنورة والاستاذ عبداللطيف بن سيف الشهري، والاستاذ أحمد فهد الحمدان مدير مكتبة الرشد، والاستاذ حسين عطالله المرواني من جدة.

ولا يسع هيئة المجلة إلا ان تبعث للأمرء والوزراء والعلماء والاصدقاء بالشكر والتقدير والامتنان على كريم مشاعرهم وتشجيعهم وتعتبر هذا ذخيرة ورصيداً في مسيرتها بإذن الله.

واجب الشباب

ساحة الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز

الرئيس العام لإدارات البحوث
العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله أصحابه ومن سلك سبيله واهتدى
بهده إلى يوم الدين .

أما بعد فمن المعلوم أن الله عز وجل خلق الثقلين ليعبدوه وحده لا شريك له
وأرسل الرسل عليهم الصلاة والسلام لدعوة الناس إلى هذا الواجب وتوضيح هذا الأمر
العظيم وتبصيرهم في ذلك وتوجيههم إلى الخير وتحذيرهم عما سواه . قال تعالى :
﴿وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون﴾^(١) ﴿ما أريد منهم من رزق وما أريد
أن يطعمون﴾^(٢) ﴿إن الله هو الرزاق ذو القوة المتين﴾^(٣) فأبان سبحانه وتعالى أنه
خلق الثقلين ليعبدوه وحده لا شريك له وأن الرزق عليه سبحانه وتعالى وليس في حاجة
إلى أحد من خلقه جل وعلا بل هو الرزاق سبحانه وتعالى وإنما خلقوا ليعبدوا ربهم ،
وعبادته تعظيمه والخضوع له سبحانه وتعالى والذل له بفعل أوامره وترك نواهيه عن محبة
خاصة وعن صدق وإخلاص وعن رغبة ورهبة . هكذا تكون العبادة هي طاعة الرب عز
وجل وطاعة الرسول صلى الله عليه وسلم بفعل الأوامر وترك النواهي عن ذل وخضوع
ومحبة لله عز وجل ولرسوله عليه الصلاة والسلام وعن رغبة فيما عند الله من الثواب وعن
حذر مما عنده من العقاب جل وعلا .

(١) سورة الذاريات الآية ٥٦ .

(٢) سورة الذاريات الآية ٥٧ .

(٣) سورة الذاريات الآية ٥٨ .

وهذه العبادة إنما تعرف بالتفصيل من طريق الرسل عليهم الصلاة والسلام وهم الذين يشرحونها للناس ويبينونها بما أنزل الله عليهم من الكتب وبما يوحي اليهم سبحانه من أنواع الوحي فيما يأمرهم وينهاهم عنه سبحانه وتعالى كما قال عز وجل: ﴿لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط﴾^(١) الآية. وقال تعالى: ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين﴾^(٢) وقال سبحانه: ﴿ولقد بعثنا في كل أمة رسولاً أن أعبدوا الله واجتنبوا الطاغوت﴾^(٣) وقال تعالى: ﴿وما أرسلنا من قبلك من رسول إلا نوحي إليه أنه لا إله إلا أنا فاعبدون﴾^(٤) فالواجب على جميع الثقلين من الجن والإنس رجالاً ونساءً شيئاً وشباناً أن يعبدوه وحده بطاعته سبحانه فيما أمر به وترك ما نهى عنه على حسب ما جاء به الرسل عليهم الصلاة والسلام. ومعلوم أن نصيب هذه الأمة من الرسل عليهم الصلاة والسلام محمد عليه السلام - فإن الله أرسله إلى هذه الأمة عامة وجعله خاتم الأنبياء وكانت الرسل قبله كثيرين وكان كل واحد منهم يرسل إلى قومه خاصة، أما نبينا محمد صلى الله عليه وسلم فأرسل إلى الناس عامة كما قال تعالى: ﴿وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً﴾^(٥) وقال سبحانه وتعالى: ﴿قل يا أيها الناس إني رسول الله إليكم جميعاً﴾^(٦) وقال تعالى: ﴿ما كان محمد أباً أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين﴾^(٧) وتواتر عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: (أنا خاتم النبيين لا نبي بعدي) وأجمع أهل العلم على أنه خاتم الأنبياء والرسل وأنه ليس بعده نبي ولا رسول. ولهذا جعل الله رسالته عامة لجميع الأمة عربها وعجمها وجنبا وإنسها وذكورها وإناثها أسودها وأبيضها وأحمرها لا فرق في ذلك كما تقدم في قوله عز وجل: ﴿قل يا أيها الناس إني رسول الله إليكم جميعاً﴾^(٨) وفي قوله تعالى: ﴿وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً﴾^(٩).

وبالله التوفيق، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

والله أعلم بالصواب، والحمد لله رب العالمين.

-
- (١) سورة الحديد الآية ٢٥.
 - (٢) سورة النحل الآية ٨٩.
 - (٣) سورة النحل الآية ٣٦.
 - (٤) سورة الأنبياء الآية ٢٥.
 - (٥) سورة سبأ الآية ٢٨.
 - (٦) سورة الأعراف الآية ١٥٨.
 - (٧) سورة الأحزاب الآية ٤٠.
 - (٨) سورة الأعراف الآية ١٥٨.
 - (٩) سورة سبأ الآية ٢٨.

وفي الصحيحين عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال (كان النبي يبعث إلى قومه خاصة وبعث إلى الناس عامة) وقال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(١) وقال سبحانه: ﴿تَبَارَكَ الَّذِي نَزَّلَ الْفُرْقَانَ عَلَى عَبْدِهِ لِيَكُونَ لِلْعَالَمِينَ نَذِيرًا﴾^(٢) نذير للعالمين كلهم - فالواجب على جميع الثقلين طاعة هذا الرسول عليه السلام والسير على منهاجه والاستقامة على طريقه قولاً وعملاً وعقيدة، ومحبة محبة خاصة صادقة فوق محبة النفس والأهل والأولاد والناس أجمعين، فبذلك يفلح العبد غاية الفلاح وينجو في الدنيا والآخرة وتكون له السعادة والعافية الحميدة الأبدية كما قال تعالى: ﴿فَالَّذِينَ آمَنُوا بِهِ وَعَزَّرُوهُ وَنَصَرُوهُ وَاتَّبَعُوا النُّورَ الَّذِي أُنْزِلَ مَعَهُ ۙ أُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾^(٣) فمن آمن به واتبع طريقه وانقاد لشرعه فهو المفلح وهو السعيد في الدنيا والآخرة وهو الصادق حقاً في محبته الله عز وجل ولرسوله صلى الله عليه وسلم كما قال عز وجل: ﴿قُلْ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ﴾^(٤) الآية وقال تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يَدْخُلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ۚ وَذَٰلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ﴾^(٥) ﴿وَمَنْ يَعِصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يَدْخُلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾^(٦) وقال عليه السلام (كل أمتي يدخلون الجنة إلا من أبى، قيل يا رسول الله ومن أبى؟ قال: من أطاعني دخل الجنة ومن عصاني فقد أبى) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه - فالواجب على جميع المكلفين من الرجال والنساء والذكور والإناث والشباب والشيب والجن والإنس والعرب والعجم أن يعبدوا الله وحده ويخصوه بأنواع العبادة وأن يطيعوه سبحانه وتعالى، ويتبعوا شريعته وذلك بإخلاص العبادة له وحده واتباع رسوله صلى الله عليه وسلم في ذلك. والعبادة حق الله وحده ليس لأحد فيها شراكة كما قال تعالى: ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ﴾^(٧) وقال سبحانه: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾^(٨) وقال عز وجل: ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ﴾^(٩) الآية. وهذه العبادة هي طاعته واتباع شريعته وتعظيم أمره ونهيه وترك ما نهى عنه عن ذل وخضوع وعن محبة وانقياد وصدق ورهبة ورغبة.

(١) سورة الأنبياء الآية ١٠٧.

(٢) سورة الفرقان الآية ١.

(٣) سورة الاعراف الآية ١٥٧.

(٤) سورة آل عمران الآية ٣١.

(٥) سورة النساء الآية ١٣.

(٦) سورة النساء الآية ١٤.

(٧) سورة الفاتحة الآية ٥.

(٨) سورة الإسراء الآية ٢٣.

(٩) سورة البينة الآية ٥.

ومن عبد غيره معه فقد أشرك به سبحانه كمن يعبد الشمس أو القمر أو النجوم أو الأصنام أو الجن أو الرسل أو الأنبياء أو الأولياء أو غيرهم من المخلوقين يدعوهم أو يستغيثهم بهم أو يطلب المدد منهم أو يذبح لهم أو يعتقد فيهم إنيهم يتصرفون في الخلق بالنفع أو الضر أو شفاء المرض أو جلب الرزق أو النصر على الأعداء أو نحو ذلك، أو إنيهم شركاء لله في ذلك وهذا كله من الشرك الأكبر والكفر البواح الذي يفسد العمل ويحبطه ويوجب دخول النار وتحريم الجنة والمغفرة، كما قال الله تعالى: ﴿إني من يشرك بالله فقد حرم الله عليه الجنة ومأواه النار﴾^(١) وقال تعالى: ﴿ولو أشركوا لحبط عنهم ما كانوا يعملون﴾^(٢)، وقال تعالى: ﴿ولقد أوحى إليك وإلى الذين من قبلك لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين﴾^(٣) وقال تعالى: ﴿إني الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء﴾^(٤) فالشرك هو صرف بعض العبادة لغير الله عز وجل جعل بعضها لله وبعضها لغيره سبحانه وتعالى من الجن أو الإنس أو الملائكة أو الأصنام أو الأشجار أو الكواكب أو الأحجار أو غير ذلك من الخلق يستغيث بهم أو يندثر لهم أو يذبح لهم أو يطلب منهم المدد أو نحو ذلك. فمن فعل ذلك فد أشرك بالله وعبد معه سواء وأبطل بذلك شهادته أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، لأن لا إله إلا الله هي كلمة التوحيد وهي أساس الدين قال تعالى: ﴿وإلهكم إله واحد لا إله إلا هو الرحمن الرحيم﴾^(٥) وقال تعالى: ﴿فاعلم أنه لا إله إلا الله واستغفر لذنبك﴾^(٦) الآية. فمن أشرك مع الله غيره نقض هذه الكلمة لأن معناها لا معبود حق إلا الله. كما قال تعالى في سورة الحج: ﴿ذلك بأن الله هو الحق وأن ما يدعون من دونه هو الباطل﴾^(٧) ومن زعم أنه يجوز أن يدعى مع الله غيره ويعبد مع الله سواء من صنم أو شجر أو حجر أو نبي أو ملك أو جن أو غير ذلك فقد أشرك بالله وكفر وأعظم على الله الفرية وإن لم يفعله مادام يعتقد جواز هذا وأنه لا بأس به، وصار بهذا مشركاً كافراً ولو لم يفعله فكيف إذا فعل. وهكذا من جحد ما أوجب الله عليه من الأمور المعلومه من الدين بالضرورة يكون كافراً مشركاً كمن جحد وجوب الصلاة أو الزكاة أو جحد وجوب صوم رمضان أو جحد وجوب الحج مع الاستطاعة أو جحد تحريم الزنا أو قال إن الحمر ليس بحرام أو أحل اللواط أو الربا أو عقوق الوالدين أو ما أشبه ذلك مما هو

(١) سورة المائدة الآية ٧٢.

(٢) سورة الأنعام الآية ٨٨.

(٣) سورة الزمر الآية ٦٥ .

(٤) سورة النساء الآية ٤٨ .

(٥) سورة البقرة الآية ١٦٣ .

(٦) سورة محمد الآية ١٩ .

(٧) سورة الحج الآية ٦٢ .

معروف من الدين بالضرورة وجوبه أو تحريمه فإنه يصير بذلك مشركاً كافراً مبطلاً بذلك قوله لا إله إلا الله لأن دين الله يتضمن إخلاص العبادة لله وحده والإيمان بما شرع الله من واجبات ومحرمات . فعلى المسلم أن ينقاد لذلك ويؤمن به ويستقيم عليه .

والشباب لهم شأن لأنهم عصب الأمة وقوتها بعد الله ويرجى فيهم الخير العظيم والنصر لدين الله في مستقبل الزمان إذا استقاموا وثقفوا في الدين كما يرجى فيهم النفع للأمة والرفع من شأنها وإعلاء دين الله وجهاد أعدائه - وعلى الشباب واجب كبير في نصر الحق وأهله ومكافحة الباطل والدعاة إليه - فالواجب على كل شاب مكلف أن يتم بدينه وأن يعتني به وأن يتفقه فيه من طريق الكتاب والسنة بواسطة العلماء المعروفين بالعلم والفضل وحسن العقيدة حتى يستقيم على دينه على بصيرة ويدعو إليه على بصيرة وحتى يدع ما حرم الله عليه على بصيرة، وطريق ذلك العناية بالقرآن الكريم حفظاً وتدبراً وتعقلاً والإكثار من تلاوته لأنه صراط الله المستقيم وحبله المتين وذكره الحكيم ولأنه الهادي إلى كل الخير كما قال سبحانه: ﴿إِنَّ هَذَا الْقُرْآنَ يَهْدِي لِلَّذِي هِيَ أَقْسَمُ﴾^(١) ﴿قُلْ هُوَ لِلَّذِينَ آمَنُوا هُدًى وَشَفَاءٌ﴾^(٢) وقال جل وعلا: ﴿كِتَابٌ أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ مُبَارَكٌ لِيَدَّبَّرُوا آيَاتِهِ وَلِيَتَذَكَّرَ أُولُوا الْأَلْبَابِ﴾^(٣) .

وعلى الشباب أيضاً وغيرهم من المسلمين أن يعتنوا بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي أحاديثه وسيرته، ويتفقهوا فيها ويحفظوا ما تيسر منها ويدعوا الناس إلى ذلك لأنها الوحي الثاني والأصل الثاني من أصول الشريعة بإجماع أهل العلم كما قال تعالى: ﴿وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ﴾^(٤) ﴿مَا ضَلَّ صَاحِبُكُمْ وَمَا غَوَىٰ﴾^(٥) ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ﴾^(٦) ﴿إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾^(٧) وقال سبحانه: ﴿قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ فَإِن تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْهِ مَا حُمِّلَ وَعَلَيْكُمْ مَا حُمِّلْتُمْ، وَإِن تُطِيعُوهُ تَهْتَدُوا وَمَا عَلَى الرَّسُولِ إِلَّا الْبَلَاغُ الْمُبِين﴾^(٨) وقال عز وجل معظماً شأن الكتاب والسنة في آخر سورة الشورى: ﴿وَكَذَلِكَ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ رُوحاً مِّنْ أَمْرِنَا مَا كُنْتَ تَدْرِي مَا الْكِتَابُ وَلَا الْإِيمَانُ وَلَكِن جَعَلْنَاهُ نُوراً نَّهْدِي بِهِ مَن نَّشَاءُ مِنْ عِبَادِنَا وَإِنَّكَ

(١) سورة الإسراء الآية ٩ .

(٢) سورة فصلت الآية ٤٤ .

(٣) سورة ص الآية ٢٩ .

(٤) سورة النجم الآية ١ .

(٥) سورة النجم الآية ٢ .

(٦) سورة النجم الآية ٣ .

(٧) سورة النجم الآية ٤ .

(٨) سورة النور الآية ٥٤ .

لتهدي إلى صراط مستقيم»^(١) «صراط الله الذي له مافي السموات ومافي الأرض
ألا إلى الله تصير الأمور»^(٢) .

فأخبر سبحانه في هذه الآية الكريمة أن القرآن والسنة روح تحصل به الحياة
للعباد ونور تحصل به الهداية لمن شاء الله منهم .

فجدير بأهل العلم من الشباب وغيرهم أن يعضوا على كتاب الله وسنة رسوله صلى
الله عليه وسلم بالنواجذ وأن يتفقهوا فيها وأن يبتدوا بها إلى صراط الله المستقيم الموصل
إليه وإلى دار كرامته وأن يسيروا على ذلك في المدارس والجامعات وفي الحلقات العلمية
وغير ذلك من مجالس العلم مع سؤال علماء الحق عما اشكل عليهم في الأحكام كما قال
تعالى : «فاستلوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون»^(٣) وعلى الشباب أن يعتنوا
بالكتب التي يوكل إليهم حفظها ودراستها مع عرضها على الكتاب والسنة حتى يكونوا في
ذلك على بينة وبصيرة مما يدل عليه كتاب ربهم عز وجل وسنة نبيهم عليه الصلاة
والسلام وبما يوضح لهم أهل العلم في المدرسة والجامعة وحلقات العلم ولا يتم هذا إلا
بالله سبحانه وتعالى والاستعانة به والتوجه إليه وسؤاله التوفيق والهداية ، ثم حفظ الوقت
والعناية به حتى لا يصرف إلا فيما ينفع ويفيد ويلتحق بذلك العناية بالدروس والإقبال
عليها وسؤال الأساتذة عما يشكل فيها والمذاكرة مع الزملاء في ذلك حتى يكون الطالب
قد حفظ وقته واستعد لما يقوله الأستاذ ويشرح له ولا يجوز له أن يتكبر عن المذاكرة مع
زميله والسؤال لأستاذة كما لا ينبغي أن يستحي في طلب العلم والسؤال عن المشكلات
قال الله تعالى في سورة الأحزاب : «والله لا يستحي من الحق»^(٤) وقالت أم سليم
الأنصارية رضي الله عنها : يا رسول الله ؟ إن الله لا يستحي من الحق ، فهل على المرأة
من غسل إذا هي احتلمت . فقال النبي صلى الله عليه وسلم ؟ نعم إذا هي رأت الماء
«متفق عليه والمراد بالماء المني ، وقال مجاهد بن حبر التابعي الجليل «لا يتعلم العلم
مستح ولا مستكبر» رواه البخاري في صحيحه .

ومن الواجب على الشباب وغيرهم العمل بالعلم وذلك بأداء الواجبات والحذر من
المحرمات لأن هذا هو المقصود من العلم ومن أسباب رسوخه وثباته في القلوب ومن
أسباب رضا الله عن العبد وتوفيقه له ومن المصائب العظيمة أن بعض الناس يتعلم

(١) سورة الشورى ٥٢ .

(٢) سورة الشورى الآية ٥٣ .

(٣) سورة النحل الآية ٤٣ .

(٤) سورة الأحزاب الآية ٥٣ .

ولكنه لا يعمل ولا شك أن ذلك مصيبة كبيرة وتشبه بأعداء الله اليهود وأمثالهم من علماء السوء الذين غضب الله عليهم بسبب عدم عملهم بعلمهم . يقول بعض السلف رضي الله عنهم «من عمل بما علم أورثه الله علم ما لم يعلم» ويدل على هذا قوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ اهْتَدَوْا زَادَهُمْ هُدًى وَآتَاهُمْ تَقْوَاهُمْ﴾^(١) وقوله عز وجل: ﴿وَيَزِيدُ اللَّهُ الَّذِينَ اهْتَدَوْا هُدًى﴾^(٢) فمن أهدى زاده الله وزاده علماً وتوفيقاً . قال تعالى في أعظم سورة وهي سورة الفاتحة: ﴿أَهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ﴾^(٣) ﴿صِرَاطَ الَّذِينَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ﴾^(٤) وهم أهل العلم والعمل من الرسل وأتباعهم بإحسان - فالمنعم عليهم هم الذين عرفوا الله وعملوا بطاعته وشرعه وتفقهوا في الدين واستقاموا عليه كما قال الله جل وعلا: ﴿وَمَنْ يَطْعِ اللَّهَ وَالرَّسُولَ فَأُولَئِكَ مَعَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ مِنَ النَّبِيِّينَ وَالصِّدِّيقِينَ وَالشُّهَدَاءِ وَالصَّالِحِينَ وَحَسُنَ أُولَئِكَ رَفِيقًا﴾^(٥) هؤلاء هم المنعم عليهم وهم أهل الصراط المستقيم وهم أهل العلم والعمل وأهل البصيرة ثم حذر سبحانه من المغضوب عليهم والضالين، فقال سبحانه: ﴿غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ﴾^(٦) فالمغضوب عليهم هم الذين يعلمون ولا يعملون كاليهود وأشباههم والضالين هم النصراري وأشباههم من الجهلة يتعبدون على الجهالة - فالمؤمن يسأل ربه أن يهديه صراط المنعم عليهم من أهل العلم والعمل وأن يجنبه طريق المغضوب عليهم وطريق الضالين .

فالواجب على الشباب بصفة خاصة وعلى كل مسلم بصفة عامة أن يعتني بهذا الأمر ويكون في دراسته حريصاً على العلم والفقه في الدين والعمل بذلك حافظاً لوقته معتنياً بالذاكرة والدراسة والسؤال عما أشكل عليه ناصحاً لله ولعباده، يقول صلى الله عليه وسلم: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين»، ويقول صلى الله عليه وسلم: «من سلك طريقاً يلتمس فيه علماً سهل الله له به طريقاً إلى الجنة» .

ويقول صلى الله عليه وسلم: «سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله، إمام عادل وشاب نشأ في عبادة الله ورجل قلبه معلق بالمساجد ورجلان تحابا في الله اجتمعا على ذلك وتفرقا عليه ورجل دعت امرأته ذات منصب وجمال فقال: إني أخاف الله ورجل تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شالها ما تنفق يمينه ورجل ذكر الله خالياً ففاضت عيناه» متفق على صحته، فالشاب الناشئ في العبادة له شأن عظيم في فقهه وعلمه

(١) سورة عمدة الآية ١٧ .

(٢) سورة مريم الآية ٧٦ .

(٣) سورة الفاتحة الآية ٦ .

(٤) سورة الفاتحة الآية ٧ .

(٥) سورة النساء الآية ٦٩ .

(٦) سورة الفاتحة الآية ٧ .

وننصحه لكونه قد تربى على العلم والفضل والعمل والعبادة والخير فيكون بذلك نافعاً لنفسه نافعاً لعباد الله من اساس شبابه حتى يلقى ربه .

ومن أهم الأمور بل أهم الأمور بعد الشهادتين الصلوات الخمس والمحافظة عليها وهي عماد الدين (من حفظها حفظ دينه ومن ضيعها فهو لما سواها أضييع) ووصيتي لكم أيها الأخوة ولنفي ولجميع الشباب ولكل مسلم تقوى الله في كل شيء والعناية بوجه خاص بال صلاة والمحافظة عليها في وقتها في الجماعة في المساجد مع المسلمين وهذا من أهم واجبات الشباب وواجب كل مسلم ومسلمة - فالصلاة هي عمود الإسلام (من حفظها حفظ دينه ومن ضيعها فهو لما سواها أضييع) كما تقدم، هي أول شيء يسأل عنه العبد يوم القيامة فإن صحت فقد أفلح وأنجح وإن فسدت فقد خاب وخسر يقول صلى الله عليه وسلم : (رأس الأمر الإسلام وعموده الصلاة - وذروة سنامه الجهاد في سبيل الله) ويقول صلى الله عليه وسلم (بني الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت) وهي الركن الثاني من أركان الإسلام، ويقول أيضاً عليه الصلاة والسلام : (العهد الذي بيننا وبينهم الصلاة فمن تركها فقد كفر) ويقول أيضاً صلى الله عليه وسلم (بين الرجل وبين الكفر والشرك ترك الصلاة) . وهكذا تجب العناية بآداء الزكاة فيمن عنده مال يبلغ النصاب . وهكذا تجب العناية بصوم رمضان في وقته والحفاظ على ذلك - وكذلك يجب حج بيت الله الحرام مع الاستطاعة مرة في العمر .

ومن الواجبات العظيمة بر الوالدين والإحسان إليهما وصلة الرحم وإكرام الضيف وصدق الحديث والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وآداء الأمانة والنصح لكل مسلم مع الحذر من جميع ما حرم الله مثل الزنا والسرقه وشرب المسكر وأكل الربا وسائر ما حرم الله من الغيبة وشهادة الزور والكذب وغير هذا مما حرم الله - فالواجب على كل مسلم ومسلمة الحذر من ذلك .

ومن واجب الشباب بصفة خاصة أن ينشأوا على ذلك وأن يوطنوا أنفسهم على الخير وأن يجاهدوها في هذا المقام حتى يؤديوا ما أوجب الله وحتى يبتعدوا عما حرم الله عليهم . ومن ذلك الحذر من المخدرات وسائر المسكرات فإن شرها عظيم وفسادها كبير . فيجب البعد عنها والحذر من مجالسة أهلها لأن المجالسة تجر إلى أخلاق الجليس . فالواجب صحبة الأخيار والحذر من صحبة الأشرار . وهكذا العناية ببر الوالدين والإحسان إليهما وعدم عقوبتهما فإن حقهما عظيم - ومن الأخلاق الكريمة العناية بالزميل والإخوان وعدم التكبر عليهم والعناية بالجار والإحسان إليه لأن الله سبحانه وتعالى أوصى بذلك، وهكذا رسوله صلى الله عليه وسلم قال الله عز وجل : ﴿واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً

وبالوالدين إحساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب»^(١) الآية . وقال صلى الله عليه وسلم : «ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه» إلى غير ذلك من أخلاق المؤمنين . قال صلى الله عليه وسلم : «إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق» .

ومن الأخلاق الكريمة العظيمة العناية بطاعة الله ورسوله في جميع الأوقات والمحافظة على ذلك والحفاظ على الوقت وأن يؤمر بطاعة الله وترك ما نهى عنه والعناية بالأخلاق الكريمة من بر للوالدين وصلة الرحم وإيتاء للمسلم وعدم الغيبة والنميمة والحرص على حفظ اللسان عما لا ينبغي والإكثار بذكر الله والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والدعوة إلى الخير والتحذير من الشر - وهكذا المؤمن وهكذا الشاب المتعلم يجب أن يعود نفسه هذه الأخلاق الكريمة ويجب أن يعود العبد عما حرم الله والحذر عما حرم الله ، فإن العبد متى نشأ على شيء في الغالب يتشبه عليه ويموت عليه . في سنة الله على عباده أنه سبحانه إذا وفق العبد في شئبه على الخير والإستقامة فإن الله سبحانه يوفقه للثبات عليه والوفاء عليه . فليحرص المؤمن والشاب الصالح على الثبات على الحق والسير عليه ومصاحبة الأخيار الذين يعينونه على الخير والحذر من صحبة الأشرار والزملاء الذين يعينونه على الشر .

وأسال الله بأسائه الحسنی وصفاته العلا أن يوفقنا جميعاً للعلم النافع والعمل الصالح وأن يسلك بنا جميعاً صراطه المستقيم وأن يعيذنا وسائر المسلمين من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا وأن يمنحنا جميعاً الفقه في دينه والثبات عليه والدعوة إليه على بصيرة إنه جل وعلا جواد كريم كما أسأله سبحانه أن يوفق ولادة أمرنا على كل خير وأن ينصرهم دينه ويعلي بهم كلمته وأن ييسر لهم البطانة الصالحة وأن يجعلهم هداة مهتدين كما أسأله سبحانه أن يوفق جميع ولادة أمر المسلمين وأن يعينهم على تنفيذ الحق والحكم به والحذر ممن يخالفه وأن يصلح الله لهم البطانة وأن يوفقهم لتحكيم شريعة الله في عباده وأن يصلح أحوال المسلمين في كل مكان وأن يولي عليهم خيارهم وأن يفقههم في الدين وأن يكثر بينهم دعاة الهدى إنه ولي ذلك والقادر عليه وصلى الله وسلم على عبده ورسوله نبينا محمد وعلى آله وأصحابه وأتباعه بإحسان إلى يوم الدين .

(١) سورة النساء الآية ٣٦ .

نظريّة العرف كمصدر للأحكام

للدكتور / عبدالرحمن بن عبدالعزيز القاسم*

المبحث الأول - العرف من حيث العموم

نحمد الله ونشكره الذي وفقنا للبداية ونسأله تعالى ان يساعدنا للنهاية .

ما هو العرف؟

سنناقش هنا تحت هذا الموضوع :

١ - تعريف العرف .

٢ - أهميته .

٣ - أركانه .

٤ - شروطه .

١ - تعريف العرف :

العرف مجموعة من الأحكام التي تأسست بالممارسة العملية في المجتمع وفقاً لتوافر أركان وشروط معينة - كما سنرى فيما بعد - هذه الأحكام ترتبط بالنظام أيا كان نوعه وتؤدي نفس الوظيفة بحسب الحقل الذي تنظمه ولذلك نجد أنواعاً من العرف مماثلة لأنواع النظام بفروعه المختلفة : عرف دولي و عرف جنائي و عرف تجاري مدني و عرف إداري و عرف عيالي و عرف عائلي وهذه الأنواع المتعددة المختلفة لم تفرضها سلطة رسمية ولكنها فرضت نفسها بالممارسة العملية كما سنرى تفصيلاً فيما بعد والوظيفة الرئيسية أو المهدف الأساسي لهذه الأحكام هي نفس

* استاذ مساعد في جامعة الملك سعود (سابقاً) له مؤلفات وبحوث عدة ويعمل حالياً عمادياً ومستشاراً شرعياً وقانونياً وقضائياً .

وظيفة النظام وهدفه وهي تنظيم العدالة ولهذا «نجد الأفراد حتى في العصور القديمة يدركون ويستنبطون سبل ووسائل سلامة الحياة الإنسانية والملكية وينظمون العلاقات الوطنية كعلاقة الزوج بالزوجة والأب بالأطفال والسيد بالمسود وهكذا»^(١) ولكن هذه الأحكام العرفية ليست على شكل واحد في كل مكان وزمان ولكنها تختلف قوة وضعفاً وتأثيراً ولكنها جميعاً تعبير لنفس الحاجة التي تتطلب الحياة كطريقة حياة اقتصادية واجتماعية والعرف على أية حال له نفس المدلول النظامي فما يسمح لنا بالقول بأن النظام عرف والعرف نظام في أغلب الأحوال لتمشيه مع البيئة أي المعقولة. ويمكن للمحاكم في الوقت الحاضر أن تطبق العرف خصوصاً في حالة عدم وجود نظام قانوني يفرض الزامية النظام وذلك بهدف استقرار المجتمع. «ولأن العرف نوع من النظام»^(٢) كما ذكرت أو هي بمعنى آخر «قواعد سلوك تحكم بواسطة المحكمة، فما يجعلنا نقول أن قواعد العرف ليست أقل من النظام»^(٣) وبالاختصار فالنتيجة لما قدمنا يمكننا القول بأن العرف يمثل أمورا منها:

أولاً: قد يعبر عن فكرة شرعية فلسفة النظام التي تؤيد المبادئ القانونية.
ثانياً: كما قد يعبر عن عموم المبادئ المقبولة كقواعد عدالة أو قواعد النظام الطبيعي أو النظام العام وما شابهها^(٤).

٢ - أهمية العرف:

كان ولا يزال وسيظل للعرف أهميته القصوى كمصدر لجميع أنواع النظام في كلا الحقلين: الدولي والوطني - الخارجي والداخلي - بالإضافة إلى ذلك فهو الأساس الرئيسي لجميع الأنظمة كالدين والأخلاق مما يعني أنه ليس فقط مصدراً للنظام الأساسي بل لجميع القواعد النظامية التي تحكم المجتمع والتي سبق إيضاحها والتي تحكم جميع أنشطة وتصرفات حكوماته ومنظماته في الداخل والخارج بما في ذلك الأنشطة الفردية والشخصية. فالعرف إذاً هو المصدر الذي عن طريقة ينمو النظام ويتطور ليمشي مع التغيرات الحضارية للمجتمعات في عصورنا الحديثة مما يعني

(1) Lord Macmillan. The RT Hon. Law and Custom 1949P, 10.

(2) Leiser. Burton, M. Custom, Law and Morality 1969P. 47.

(3) Howell, P.P. Amanual of Nuer Law 1954 P. 226.

(4) Wilkin Robert, N. and others. Origins of Natural Law U.S.A. 1954 P.23.

أيضاً أن العرف هو الذي يأتي في القمة كصانع حديث للنظام^(١) ولعل أبرز أهمية للعرف هي استمراريته بطريقتين الأولى استمرارية المحاكم في تطبيقه في حالات كثيرة خصوصاً عندما لم تجد قاعدة أو حكماً آخر يمكنها تأسيس قرارها عليه ويسمى العرف في هذه الحالة بالمصدر المساعد أو الاحتياطي للقضاء ويمكن للعرف أيضاً أن يساعد المحاكم في اتخاذ قرارها وذلك بالاستعانة بالعرف في تفسير النصوص الموجودة. والثانية: أن العرف يمكن أن يساعد واضع النظام عندما يريد وضع نظام جديد. وفي هذه الحالة يقال أن العرف مصدر مساعد للنظام ولكن ومع كل هذه الأمور يبقى العرف المصدر الأول والأهم للنظام - كما ذكرنا من قبل - لأن جميع النظم قد بنيت عليه منذ أقدم العصور وحتى وقتنا الحاضر. وبالرغم من هذه الأهمية القصوى للعرف فإنه فقط في الأزمنة المتأخرة أخذ الكتاب في مجال النظام الدولي يركزون على تحليلاتهم للعرف العام^(٢)

٣ - عناصر العرف أو أركانه :

العادة لكي تتحول إلى عرف ملزم أو بعبارة أخرى لتتحول من مجرد عادة إلى قاعدة ملزمة كالنظام يجب أن تتوفر لها عنصران أساسيان بالإضافة إلى بعض الشروط. وسأناقش هنا العنصرين تاركاً الشروط للبند الآتي بعد ذلك.

(أ) العنصر المادي أو الركن المادي :

وعنصر العرف المادي يعني الاستعمال أو الممارسة العملية وهو التكرار. وهذا العنصر سهل التمييز لأنه قابل لذلك وهو يعتمد على الاستمرارية مدة طويلة من الزمن ولكن الزمن «اللازم لتشكيل العرف يختلف باختلاف طبيعة كل حالة»^(٣) لذلك لا يوجد معيار يحدد الزمن اللازم لخلق العرف بالممارسة العملية والتكرار حتى يكون بمثابة نظام. ولهذا السبب كان هذا العنصر أكثر أهمية من العنصر الآخر.

ان الركن المادي للعرف يعتمد على الاستعمال وهذا يعني أكثر من معنى : فقد يعني معنى عقائدياً عندما يدل على حدث مختار للتنفيذ برغبة وحرية.

(1) Thirlway H.W.A. International Customary Law 1972 P.35.

(2) D'Amato, Anthony A. The concept of Custom In International Law P. 47 (3) Ibid P 58.

(3) Ibid P 58.

كما قد يعني أيضاً المعاني اليومية عندما يدل على تكرار مثل ذلك الحدث أو بمعنى أوضح عندما يدل على تكرار متماثل لحدث مماثل بحرية وباحترام متماثل. وأخيراً قد يدل على مجرد عادة أو استعمال معتاد لأحداث معينة وكتيجة لاستعمال ثابت أو مستمر لمثل تلك الأحداث. ان مثل هذا الاستعمال يعتبر كأساس للاعتقاد بوجود العرف أو القاعدة النظامية أو كدليل اثبات على الزامية تلك القاعدة العرفية وعلى الأخص حينها يكون الحدث مستعملاً بعد التشكك في الزاميته.

(ب) الركن المعنوي:

الركن المعنوي هو الركن الثاني للعرف. وهو يعني فكرة عقلية معنوية غير محسوسة أو غير مادية، ووجوده ضروري للحكم ما إذا كان هناك عرف ملزم أم لا. إذ لا يوجد عرف بغير أن يكون ملزماً ولا الزام للعرف بدون تحقق هذا الركن مع السابق - وهذا العنصر المعنوي يعني الرضا والقبول بالعرف كحكم ملزم معنوياً ودليله قبول الممارسة العملية للعرف مع توافر الشروط الأخرى التي سوف نشرحها فيما بعد. فلكي نحكم بوجود عرف أو عدمه يلزم أولاً التأكد من توافر الأركان والشروط في ذلك الحدث - أو الفعل أو الواقعة - محل البحث ومنها القبول والرضا العام بذلك الفعل أو الحدث كحكم نظامي ملزم - عرف - . ومن ناحية أخرى فالعرف «حتى تلك التي ثبتت بالتطبيق القضائي لا تعد ملزمة كنظام ما لم تتوفر لها ذلك القبول والرضا العام»⁽¹⁾

ان عدم الالتزام بالعرف - متوفر الشروط والأركان - سوف يعني القصور عن أداء واجب نظامي. وبرغم ذلك فإن هذا الركن ليس واضحاً كالركن المادي فمن الصعوبة التحقق منه حيث لا يوجد معيار دقيق يمكن الاعتماد عليه في ذلك، ولهذا فإن بعض الكتاب «قد أسس العرف على ركنه المادي فقط معللين ذلك بأن الركن المعنوي ليس عملياً وأنه من المستحيل تقريباً معرفته كما أنه غير منطقي بل ومتعارض مع المنطق»⁽²⁾ وبالتالي يكون مستحيل المعرفة أحياناً وفي حالات معينة. ومهما يكن فإنه يمكن التحقق من هذا الركن بشيء من الانتباه ومتابعة الأحداث والنتائج في المجتمع ففي انكلترا، مثلاً يجري العمل على اثبات العرف في قرار المحكمة التي طبقته

(1) Lord Macmillan. The RT Hon. Law and Custom 1949P. 101.

(2) D'Amato. Anthony A. The concept of Custom in International Law U.S.A. P. 52.

وفي اسكتلندا من جهة أخرى وعلى الأقل في الأزمنة القديمة يجري تبرير العرف عن طريق بحث القضاة في المبادئ العامة أكثر من اعتمادهم على السوابق^(١)، «وفي انجلترا يحدد القضاة العرف حسب كل حالة عن طريق التجارب العملية في التطبيق وتبعاً لدراسة نظرية السوابق التي يجب أن تتبع ما لم تكن متنافية للفعل أو غير عادله»^(٢).

وقبل أن تنتهي من هذه الدراسة أحب أن أضيف أن «فرانسواز جيني سنة ١٨٩٩ من أول الكتاب الذين قدموا هذين العنصرين للعرف «الاستعمال (الممارسة العملية) والركن المعنوي»^(٣).

وفي النهاية يجب أن لا ننسى أن نذكر بأن هذا العنصر خاص بالعرف الملزم. بمعنى أن الاستعمال لا يشترط له هذا الركن إذ سيظل مجرد عادة أو بعبارة أخرى يبقى عادة غير ملزمة.

شروط العرف:

في البداية أود أن اميز بين الركن والشرط. فالأول يعتبر أساساً ضرورياً ولا يوجد عرف بدونها فالعرف يتوقف على وجوده. بينما الثاني مطلوب ولكن ليس ركناً أساسياً، مما يعني أنه يمكن وجود عرف لا يعتمد على وجود الشرط كما هي الحالة في الركن فلا نستطيع الاعتدال على العرف مع تخلف شرط أو أكثر أي أن وجود العرف لا يعتمد على وجود الشرط كما هي الحالة في الركن فلا نستطيع الاعتدال على العرف بدون ركن بينما يمكن أن نعتد على العرف رغم تخلف شرط ولكن مثل هذا العرف يظل ناقصاً أو غير كامل.

وهناك شروط كثيرة ولكن سأحاول أن أخصها كما يلي: ^(٤)

- ١ - العرف يجب أن يكن متمشياً مع النظام فلا يتعارض معه فلا يجوز لعرف أن يخالف نصاً شرعياً.
- ٢ - يجب أن يكون معقولاً متمشياً مع السبب أي قابلاً للتحليل.
- ٣ - يجب أن يكون مستمراً.
- ٤ - يجب أن يكون مؤكداً وليس احتيالياً غير مشكوك فيه.
- ٥ - يجب أن يكون مبنياً على الحاجة أو الضرورة المادية أو المعنوية.

(1) Lord Macmillan. The RT. Hon. Law and Custom 1949 P. 28.

(2) D'Amato, Anthony A. The concept of Custom in International Law P. 241.

(3) Ibid P. 49.

(4) Ibid P. 242.

- ٦ - يجب أن يكون مقبولاً باعتباره أمراً صحيحاً.
 ٧ - يجب أن ينسجم ويتفق مع غيره من الأحكام العرفية.
 ٨ - يجب أن يكون معلوماً ومعروفاً بالنسبة لمن سيطبق عليه فلا يجوز أن يضار أحد بعرف لا يعرفه. وجميع هذه الشروط تتعلق بالركن المادي العملي ولا تتعلق بالمعنوي ويجب أن تتوافر هذه الشروط في العرف قبل أن يكون عرفاً ملزماً.

كيف ينشأ العرف ويتطور:

سنناقش تحت هذا العنوان مسألتين الأولى تاريخية والثانية إسلامية:

١ - العرف من الناحية التاريخية:

حتى القرن التاسع عشر لم يكلف الكتاب أنفسهم بحث العرف ولكن منه بدأت الكتابات تظهر. وأهمية تلك الكتابات كانت في التأكيد على المظهر الخارجي للعرف (الركن المادي للعرف) الذي كان مجهولاً. كذلك في روما فإن الكتاب الكلاسيكيين (القدماء) كانوا حريصين عند كتاباتهم وحذرين عند تقسيم القوانين أو محاولة إحلال أحكام محل أخرى في مناقشاتهم وكتبتهم لذلك كانوا يستعملون عند مناقشة العرف تعبيرات كان يكتنفها الغموض وكتبتهم أخرى لهذا الأسلوب من الكتابة في العهد الروماني ظهر تخوفهم وشعورهم بخطورة التأكيد على العرف كأساس للنظام^(١).

وفي انجلترا كان هناك عرف عام يتضمن قواعد عامة لجميع أنحاء البلاد والذي يشكل نظامها العام وهكذا يبدو الفرق بين الشكليات في كل من روما وانجلترا خصوصاً ذلك العرف الذي يمثل الجزء الرئيسي من التأثير على سكان أحياء معينة. وعلى العموم فإن العرف يبدأ بحدث عادي كتصرف شخص ثم يتكرر هذا الحدث أو التصرف يوماً بعد يوم وهكذا لمدة طويلة من الزمن وهكذا يظل مستعملاً فترات قد لا يدركها أو يحصرها شخص مدى حياته دون معارضة: وهكذا تتحول العادة بعد زمن طويل إلى عرف ملزم حينما تقابل بالرضا والقبول كامر ملزم وصحيح شرعاً. وهكذا كتبتهم للممارسة العملية الماثلة لحدث آخر يتطور هذا الحدث ويتحول إلى عادة بالتالي بعد زمن طويل إلى عرف حينما تتوفر لها الأركان خاصة القبول والرضا وقد يكون هذا الحدث خلقياً أو دينياً يتحول إلى قاعدة ملزمة فيما بعد وهكذا يكون العرف مصدراً إضافياً لإيجاد القواعد الشرعية التي تنشئ حقوقاً والتزامات متبادلة عن طريق التكرار للاحداث التي تتضمن

(1) D'Amato Anthony A. The Concept of custom in International Law P. 237

تلك الحقوق والالتزامات^(١)، ولكن يجب أن ننسب إلى أن تلك العناصر والشروط التي سبق تفصيلها يجب توافرها، لأن العادة مع تلك الشروط والأركان تتحول إلى عرف ملزم يأخذ أشكالاً متنوعة من الأحكام بتنوع وتشكل النظام أو الانظمة الأخرى التي تحكم المجتمع وهكذا تتحول هذه الأعراف والعادات من جيل إلى جيل كما حدث منذ أقدم العصور وحتى عصرنا الحاضر.

أنواع العرف مع بعض الأمثلة :

(أ) أنواع العرف :

١ - العرف القولي : أو الكلامي أو اللغوي :

هذا النوع - أو الأسلوب - من العرف يعني جملة من الكلام ترتب أثراً نظامياً أو يدل على معنى نظامي يمكن أن يكون أساساً لقرار قضائي شريطة أن يكون متوفر الأركان والشروط السابقة . فمثلاً لفظ الطلاق المكون من كلمتين تقريباً يرتب الفراق بين الزوجين مع توفر بعض الشروط . والشهادة أمام القضاء قد تكون أساساً لحكم القضاء بالبراءة أو الإدانة وكالقول في النظام الإسلامي أن الأصل في الأشياء الإباحة . وكالعرف الذي يمنع الكذب والزور وإنكار الحقيقة . وكاليمين أو الحلف مجرد كلمات ترتب أثراً نظامياً وكذلك الاعتراف أو الإنكار كل ذلك أمثلة للعرف القولي وكالعرف في كثير من الجهات وكجنوب الولايات المتحدة حيث يجري التحدث بلهجات محلية .^(٢)

٢ - العرف العملي :

وهذا النوع من العرف هو الفعلي والأنواع الأخرى من حيث وجوب تضمينه للتعصرين والشروط المختلفة مهما كان وابناً كان وفي أي وقت . وهذا النوع هو أكثر الأنواع وجوداً منذ القدم وحتى اليوم وفيما يلي أذكر بعض الأمثلة لهذا النوع من العرف .

(أ) العرف يلزم التسجيل للزواج حتى قرر ذلك في نصوص وضعية وهو يسجل وفق إجراءات وشروط تختلف من مكان وزمان لآخر .

(1) Leiser. Burton. M. Custom, Law, and Morality N. Y. 1969 P 64

(2) Leiser. Burton. M. Custom, Law, and Morality N. Y. 1969 P.11

(ب) يقضي العرف مثلاً في منغوليا منذ القدم وفي عهد جنكيزخان وما بعده بأن لعابير الطريق إذا مر على قوم يأكلون ان يجلس معهم ويأكل ولو بدون دعوة ولا يجوز لأحد منهم منعه^(١)

(ج) وفقاً للعرف فيما يتعلق بالزواج دفع مهر معين في جميع أنحاء الدنيا تقريباً وهو مبلغ من النقود أو مال قيمى من أي نوع من أنواع المال كالماشية مثلاً في منغوليا ولدى بعض القبائل الأخرى وهو يقدم من الزوج للزوجة .

(د) وفقاً للعرف في كل مكان تقريباً لابد من اقامة وليمة للزواج في منزل الزوجة أو الزوج أو في أي مكان وعلى نفقة أحد الطرفين تبعاً لاختلاف العرف زماناً ومكاناً والغالب هو تحمل الزوج مثل ذلك .

٣ - العرف العام :

ولعل أول شيء نوضحه هنا هو التمييز بين العام والخاص للاختلاف بينهما مما جعل بعض الباحثين يقع في خلط بينهما نتيجة للغموض الذي يكتنف التفرقة بينهما في معظم الحالات ومن جهة أخرى يحاول بعضهم وضع معايير للتفرقة بينهما ونتيجة لذلك بينوا بعض الفوارق بينهما وعلى العموم فإن الوقوع في خطأ الخلط بينهما لا زال محتملاً^(٢) . ففي إنجلترا مثلاً هناك بعض الضوابط العرفية لمعرفة بكاراة البكر . كذلك قواعد عرفية لكتابة وتفسير الوصايا ، والزامية العرف العام بالنسبة للمواطنين محصورة في مواطني كل مجتمع فعرف مجتمع لا يمتد لمجتمع آخر . ومن التكرار في القول بوجود توفر الركنتين الأساسيين مع الشروط الأخرى في هذا النوع من العرف فضلاً عن الرضا العام به من عموم المواطنين حيث يمثل في الواقع السلوك العام للمجتمع مما يسبب وجود عرف عام لكل جماعة كما قدمنا الأمثلة في إنجلترا . وفضلاً عن ذلك فالعرف العام لدى قبيلة النور - بفتح الواو^(٣) رغم قيام المحاكم لديهم حديثاً إلا أن الاجتماعات بين القادة والزعماء القبليين ظلت مستمرة بصفة غير منتظمة ليقروا خلالها ما يرونه في تنظيم حياتهم المحلية حيث تتقدم لديهم المنظمات السياسية التي يمكن أن تفرض قراها . فيتخذون قرارات بما فيها العقاب الشديد أحياناً لتأكيد الخضوع لهذه القرارات لأن مسؤولية الأمن كانت

(1) Riasanovsky V. A. Customary Law of the Mongol Tribes 1929 P. 58.

(2) D'Amato. Anthony A. The concept of Custom in International Law P. 243.

٣ - النور قبيلة توجد جنوب وادي النيل في السودان المصري الإنجليزي وقت الاستعمار .

المهدف الرئيسي الأول للهيئات الإدارية منذ أوائل نشأتها^(١). وهذا النوع من العرف يوجد في جميع البلاد على نطاق داخلي كما يوجد بجانبه عرف عام في المجال الدولي كما سنرى فيما بعد.

٤ - العرف الخاص:

يأخذ هذا النوع من العرف أشكالاً متعددة أكثر من غيره تبعاً للظروف، لذلك نجد عرفاً خاصاً محلياً غير متبادل لعرف محلي آخر لأن كل عرف خاص محلي يخص مواطني ذلك المحل ويتطلب توافر شروط خاصة بالعرف المحلي فضلاً عن الأركان والشروط العامة - السابقة - للعرف بصفة عامة. كما أن هذا العرف المحلي أو الخاص ينظم عادة العلاقة بين أفراد مجموعات محدودين ولذلك تتعدد أنواعه فمثلاً يوجد عرف إداري وآخر دولي وثالث تجاري وهكذا كما سنرى بعد قليل. وشروط العرف الخاص هي:

- ١ - يجب أن يكون مبرراً تبريراً مناسباً وملائماً لنوعه.
- ٢ - وأن يكون مقبولاً عند التطبيق في المحكمة - في الولايات المتحدة - لا من القاضي فقط بل ومن المحلفين.
- ٣ - يجب أن يكون مستعملاً مدة طويلة لا تحيط بدايتها ذاكرة إنسان من الموجودين.
- ٤ - يجب لكي يعتبر عرفاً خاصاً ألا يكون مفروضاً من قبل أحد بل يكون متروكاً لحرية اختيار الأفراد.
- ٥ - ويجب ألا يكون الحق المطالب به بناء على العرف الخاص مبنياً على أساس مؤقت^(٢).

هذه الشروط يجب أن تتوافر بجانب الأركان والشروط العامة في كل نوع من العرف الخاص المذكورة أعلاه.

(1) Hamell P.P. Nuer La. N.Y. 1954 P2.

(2) D'Amato. Anthony A. The concept of Custom in International Law P. 43/242.

(ب) أمثلة لأنواع العرف:

١ - العرف في النظام الدولي:

مثلُ غيره من الأنواع يبدأ بمجرد تصرف عادي من دولة ثم يتكرر استعماله مرة أخرى ثم تباشره دولة - أو دول أخرى - وتكرره مدة طويلة من الزمن في العلاقات المتبادلة بينها في مجال العلاقات الدولية أو في المناسبات والندوات والمؤتمرات حتى يكون بمثابة سابقة نظامية لها قوة الإلزام بتوافر الأركان والشروط السابق شرحها ويصبح مقبولا وغير مشكوك في ثباته وهكذا تتحول العادة إلى عرف في المجال الدولي بالطريقة ذاتها التي تتم بالنسبة للعرف بأنواعه المختلفة كما قدمنا ويصبح العرف الدولي على هذا النحو ملزماً لا للدول المعنية فقط بل لجميع دول العالم^(١) ما لم يكن عرف خاصاً بمنطقة أقليمية معينة وفي هذه الحالة يجب توافر شروط العرف الخاص السابق شرحها.

فعل سبيل المثال: باتساع مجالات السياحة وسباح الدول جميعاً للجانب بالدخول بصفة عامة إلا أن الدول تملك حق رفض من لا ترغب دخوله منهم ولا يمكن الادعاء بوجود عرف ملزم في هذه المسألة. ^(٢) كذلك ونحن في عصر اكتشاف الكواكب حيث لم يستقر الوضع فلا يمكن أن تدعي دولة أي حق على كوكب اكتشفت معالته لأن مثل هذا لم يجر عليه عرف لعدم التمكن من الاستغلال والسيطرة والممارسة العملية لمدة طويلة ولم يحدث شيء من ذلك بعد ولأن مجرد الاكتشاف لا يعطي حقاً نظامياً وإن كان مثل هذه المسائل ستكون محلاً لمناقشات دولية ونحب أن نذكر أن ذلك يتطلب توافر الأركان والشروط العامة السابق شرحها. ويضاف إليها شروط خاصة بالعرف الدولي منها:

- ١ - يجب أن يكون العرف الدولي مباشراً من قبل عدد من الدول في نطاق العلاقات الدولية^(٣).
 - ٢ - يجب أن يكون متكرراً ومستمرّاً مدة طويلة تكفي للاقتناع والرضا بذلك التصرف.
 - ٣ - يجب أن يكون مقبولاً من قبل أعضاء الجماعة الدولية الأخرى فلا يعارضونه.
 - ٤ - يجب أن يكون عاماً وشاملاً للجماعة الدولية فلا يكون خاصاً بأقليم أو منطقة.
- بهذه الشروط الخاصة وتلك العامة مع الركنين يكون العرف الدولي ملزماً

(1) Around this points see Ibid PP 175.

(2), (3) D'Amato Anthony A, The concept of custom in international law P. 7 et 77.

لجميع الدول^(١)، وبدونها لا يتحقق العرف الدولي فمثلاً بعض الدول الغنية كالولايات المتحدة والمملكة العربية السعودية تمنح مساعدات مالية دون أن يعتبر ذلك عرفاً ملزماً فلا تستطيع دول المطالبة به وتدعيه حقاً لها. كذلك باتساع السياحة وسياح الدول للجانب بدخول اقاليمها فان ذلك لا يكون عرفاً وللدول منع من لا تريد دخوله.

وللنظام الدولي مصدران اساسيان المعاهدات والعرف الدولي فضلاً عن المبادئ العامة للقانون وبعض المصادر الأخرى التي نصت عليها المادة ٣٨ فقره ثانية من نظام محكمة العدل الدولية^(٢) حيث قررت «أن محكمة العدل الدولية التي تكون مهمتها هي الفصل وفقاً للنظام الدولي في المنازعات المحالة إليها تطبق:

(أ) الاتفاقات الدولية عامة كانت أو خاصة المنتظمة لقواعد متفق عليها من الدول الأطراف.

(ب) العرف الدولي الثابت بالممارسة العملية والمقبول كنظام^(٣) ويجب أن نلاحظ أن العرف الدولي يجب أن يكون متمشياً مع نصوص النظام الدولي دون أن يعارضه لأن أي عرف يتعارض مع نصوص النظام ليس جديراً بالتطبيق أو القبول إلا في حالات نادرة خاصة كما سنوضح في نهاية هذا البحث. كما أن نصوص المعاهدات أقوى من العرف الدولي وأكثر الزاماً منها كما أن النظام الطبيعي أكثر عمومية من العرف وأجدر بالتطبيق ولهذا السبب يجب أن لا يكون هناك تعارض بينهما لأن العرف المعارض للنظام الطبيعي يكون فساداً أكثر منه صلاحاً.

والعرف الدولي يتنوع كغيره فهو قسمان: عام وخاص. والعام يطبق على جميع الدول بينما يطبق الخاص على دول منطقة أقليمية معينة وغالباً يكون عددها صغيراً. فمثلاً مبدأ حرية أعالي البحار وقواعد الفضاء والحرب، والخصائات الدبلوماسية وهكذا كلها قواعد عرف عام دولي تتضمن أحكاماً تسري على جميع الدول. وعلى العكس العرف الخاص الدولي يسري فقط على دول المنطقة التي تنشأ فيها لأنه غالباً يتعلق بها^(٤) ومعظم علاقات النظام الدولي اليوم لا زالت محكومة بالعرف الدولي العام، وتستظل مستمرة في انحاء واسعة من العالم حيث يمثل العرف القواعد الأعلى منزلة. لذلك فمن

(1) Ibid P7. and Leiser Burton, M. Custom, Law et Morality. N. 1969 P.55.

(2) Ibid P4 and Thirlway H. W.A International Customary Jan 1972 P. 35.

(3) Ibid P. 108.

(4) D'Amato Anthony, A. The concept off custom in International Law P. 235.

الواضح أن العرف الدولي سيظل يلعب دوراً هاماً ليس فقط بين الدول المتعاقدة بل في مجال جميع الدول حتى تلك التي لم ترتبط بالاتفاقات مادامت قد قبلت أو وافقت عليها^(١) ويمكن أن توجد كثير من الأمثلة للاتفاقيات أو المؤتمرات التي قررت الأخذ بالعرف الدولي فمثلاً مؤتمر «هايغ» عام ١٩٣٠ قرر أن الدول - الأعضاء - سوف تلاحظ العرف الثابت المتفق مع النظام الدولي مع الأخذ بعين الاعتبار الجنسية». وهناك أمثلة أخرى لذلك في اتفاقيات جنيف بالنسبة للعلاقات الدبلوماسية المعقودة في ١٨ أبريل ١٩٦١ وخصوصاً المادة ١٦ التي تنظم الأولوية لرؤساء البعثات والوفود في الفصل الثالث فقررت عدم الاختلال بأي عرف دولي مقبول يقدم ممثلوا المقر المقدس^(٢).

والعرف الدولي يتضمن أيضاً نوعين آخرين الأول قولي أو لغوي على نحو ما سبق أن رأيناه، كالاتفاق بالدول أو قبولها فهو قولي يربط أثراً نظامياً متى صدر من دولة قائمة لدولة ناشئة. والثاني عملي وهو أيضاً على نحو ما سبق أن رأيناه كالمراسم التي تتم لاستقبال رؤساء الدول عند زيارتهم لدول أخرى منها إطلاق إحدى وعشرين طلقة مدفع وهكذا.

٢ - العرف العائلي - أو عرف الأسرة :

وهو العرف الذي ينشأ في نطاق الأحكام الأسرية والعائلية، ولعله من أوسع الأنواع انتشاراً في العالم ومن أهمها. وهو يختلف من إقليم لآخر بل وفي الأقليم الواحد يختلف من منطقة لأخرى ومن جيل لآخر بالإضافة إلى اختلافه من زمن لزمن آخر ومن أمثلته :

١ - تلك الاجراءات العرفية التي تتخذ لانعام الزواج والتي تختلف باختلاف البلاد والأوقات .

٢ - المهر الذي يدفع للزوجة من الزوج والوليمة التي يجب أن تقام للزواج تلك من مقتضيات العرف في كل مكان وزمان ولكنها تختلف في تفاصيلها .

٣ - الطلاق وما يجري العرف عليه من حيث لفظه وآثاره ومن يملكه وشروطه وهكذا وهناك من يمنعه مطلقاً وآخرون يسمحون به مطلقاً وفريق ثالث يقيد به حالات وشروط معينة . كل ذلك تبع العرف أو احكام الدين المنزلة أو العرفية .

(1) Thirlway H.W.A. International Customary Law 1972 P. 109.

(2) Ibid P. 96.

٤ - تعدد الزوجات فقد يكون ممنوعاً مطلقاً أو مسموحاً مطلقاً أو مسموحاً ولكنه مقيد كل ذلك وفق اعراف المجتمعات المختلفة . فلدى قبائل المنغول مثلاً يسمح به بشروط وفي حالات معينة ومع ذلك فهو يختلف من قبيلة لأخرى ومن زمن لآخر لدى المنغول انفسهم^(١) . وتبعاً للعرف أيضاً في الصين ولدى الهندوس وتاييلاند يسمح وبدون تحديد^(٢) .

٥ - ووفقاً للعرف لدى قبائل النور - بفتح الواو - يسمح بأنواع غريبة من زواج المرأة بعد وفاة زوجها بابن الزوج - من غيرها - أو احد اقاربه وهو نوع يطلق عليه بعض الكتاب «Ghost - Marriage» ويمكن أن نسماه زواج الوراثة أو الزواج باسم - أو بروح - الميت وتظل المرأة تنجب أولاداً يعتبرون أولاداً للمتوفي - الزوج الأول الشرعي - وليس للثاني وقرب من هذا النوع العنين - من لا ينجب له أو كبير السن فيدعى غير الزوج للجماع حتى تنجب المرأة أولاداً باسم زوجها الشرعي وهكذا^(٣) .

٦ - إعادة المهر :

ويمتضى العرف لدى بعض الجهات أو الاقاليم يمكن استعادة المهر الممنوح للزوجة في حالات وبشروط معينة منها حالة «وفات الزوجة قبل الدخول أو جزء منه أو العدول عن الدخول بسبب راجع للزوجة كما في النظام الإسلامي .

٧ - الوصايا :

ويختلف العرف بشأن الوصايا التي يمكن للفرد ان يوصي بها في حياته لتنفذ بعد وفاته وهي ما يسمى بالتصرفات المؤجلة لما بعد الوفاة في شكلها ومضمونها وشروطها فهناك عرف يطلق حرية الوصية وهناك ما يمنعها وهناك ما يقيددها وفي المملكة العربية السعودية وفق الإسلام يسمح له بالوصية في حدود ثلث ماله .

٣ - العرف الجنائي :

أعتقد أن النظام الجنائي سواء منه الوضعي المكتوب أو غير المكتوب - والذي يعني العرف الجنائي - أو قواعد واحكام الدين الجنائية كالتى يتضمنها التشريع الاسلامي ، أو أية تقاليد عقابية ، أعتقد أن هذا النظام هو أهم نظام في حياة

(1) Riasanovsky V.A Customary Law of Mongol Tribes 1929 P. 198.

(2) Family Law et customary law et by Buxbaum PP 48.

(3) Howell P.P. Amanual of Nuer Law 75, 77, 78 (4) Ibid P. 138.

المجتمع - أي مجتمع كان - فهو أهم من أي نظام آخر لأن مثل هذا النظام يحمي الحقوق الأساسية للمجتمع: فهو يحمي الحق في الحياة بما يتضمن حماية أبدان الأفراد من القتل أو الجرح كما يحمي الحرية المشروعة بكل صورها وأشكالها ويحمي أخيراً الملكية الفردية.

فمنذ العصور الأولى كانت مختلف القبائل أينما كانت تنظم وتحكم نفسها بتنظيم عقابي عرفي حينما كان قادتها وزعمائها الدينيون ورؤساء القبائل يطبقون قواعد العرف المختلفة ومن بينها القواعد الجنائية العرفية يوم لم تكن هناك حكومات مسؤولة عن هذه المهمة الرئيسية وهي حماية الأمن الجنائي في الجماعة فعل سبيل المثل:

١ - كان العرف الجنائي لقبائل المغول يقضي بأن من وجد عنده حصان مسروق فعليه أن يعيده إلى صاحبه بالإضافة إلى تسعة أحصنة من نفس النوع ومن لم يستطع فإن ابنائه يجب أن يؤخذوا بدلاً من ذلك، وإذا لم يكن لديه أبناء فلإنه نفسه سيسلخ كما تسلخ الغنم^(١).

٢ - منذ أقدم العصور كان العقاب لدى كثير من القبائل بمقتضى العرف أما دفع غرامات مالية في صورة نقود أو حيوانات فقط أو مع عقوبات بدنية أخرى، فمثلاً بمقتضى عرف قبائل النور - بفتح الواو - كان العقاب دفع غرامات في أغلب الجرائم بما فيها الزنا في صورة دفع عدد من المواشي، ولا زال كعقاب وضعي^(٢) لأن تطبيق مبدأ النفس بالنفس - لدى تلك القبائل - نادراً ما يتضمن اقرار السلام ومثل آخر: فعرف قبائل المغول يقضي أن يكون العقاب في كل الجرائم تقريباً هو الجلد بالسوط أو الحبال فقط أو بالجلد مع الغرامة النقدية أو غير النقدية - شئ من الممتلكات الأخرى - ويوقع هذا العقاب على الجاني كما قد يوقع على زوجته وأطفاله^(٣) وهذه قسوة وظلم في اعتقادنا لا مبرر لها. ومن هذه القبائل ما يعتبر ارتكاب الزنا جريمة في حق الزوج فتكون العقوبة غرامة تدفع له^(٤).

٣ - العداء والأخذ بالثأر وهو جريمة في حق المجتمع قد لا يكون كذلك في المجتمعات القديمة التي لا تعتبر القتل نفسه جريمة في حق المجتمع بل تراه

(1) Riasanovsky V.A. Customary Law of the Mongol Tribes PP 59.

(2) Howell P.P. A Manual of Nuer Law London 1954 P. 41.

(3) Riasanovsky, V.A Customary Law of the Mongol P. 203.

(4) Howell P.P. A Manual of Nuer Law. P. 158

جريمة فقط في حق المجني عليه فيعتبرون العقوبة عليه حقاً خاصاً^(١).

وهو عرف كان متبعاً لدى القبائل المغولية كما كان لدى القبائل العربية قبل الإسلام، ففي قديم العصور كان القاتل لا يهدأ وقد لا يأكل أو يشرب حتى يعرف أن حق الدم قد أخذ منه عن طريق رؤسائه وعشيرته بدفع الفدية المالية لصاحب الحق. ولكن الإسلام اعتبر القصاص حقاً لأولياء القتل مع اعتباره القتل جريمة في حق المجتمع يعاقب عليها بالتعزير أيضاً عند العفو عن القصاص. وقد اعتبرت جميع النظم الوضعية القتل جريمة ضد المجتمع.

وبالاختصار فإن جميع المجتمعات القديمة كان لديها نظمها العرفية التي تنظم بها حياة مجتمعها بما في ذلك الجريمة والعقاب.

٤ - أنواع أخرى من العرف:

أنتهينا من إيضاح بعض أنواع معينة من العرف، ولكنها ليست كل أنواع العرف، بل هناك أنواع أخرى ولكنها أقل أهمية من السابقة، لذلك سنورد موجزاً عن تلك الأنواع الأخرى من العرف:

(أ) العرف المدني:

ونقصد به العرف في المعاملات المدنية والتي يتكون من مجموعة أحكام تحكم العلاقات المدنية بجانب نصوص النظام المدني رغم أنها غير مكتوبة، كالأحكام التي تنظم الملكية الفردية والعلاقات المرتبطة بها كالأيجار والتأجير بدون كتابة عقد إيجار بين المؤجر والمستأجر، وكقواعد التبنّي الذي يسمح به العرف في كثير من أنحاء الدنيا كالصين مثلاً وماليزيا وسنغافورة^(٢) والولايات المتحدة الأمريكية وهناك أقطار أخرى غير مسموح به فيها كالبلاد التي تطبق الشريعة الإسلامية وكان العرف يسمح به قبل الإسلام ثم منعه بمعنى أن التبنّي وفق الشريعة الإسلامية لا يرتب أي أثر نظامي، فلا يكسب اسماً ولا ائناً ولا تحرم على المتبنّي - بفتح النون - بنات المتبنّي - بكسر النون - ولا نساؤه.

(ب) العرف التجاري:

وهو مجموعة القواعد والأحكام - غير المكتوبة - التي تسود المعاملات التجارية بين التجار وهي شبيهة بالأولى من حيث الوظيفة وتختلف عنها من

(1) Ibid P.40.

(2) The family Law and Customary Law in Asia Ed. by Buxbaum D.C. P. 166.

حيث طبيعة العلاقة التي تنظمها فقط، وهي تماثل احكام النظام التجاري وتنبع في آثارها ونتائجها كالعلاقة بين البنك وعملائه والعلاقة بين الوكيل التجاري والمتعاملين معه مما ليس مكتوباً لا في النظام ولا في عقد، وهكذا ما تعلق بالبيع التجارية.

(ج) العرف الإداري:

وهو مجموعة القواعد والأحكام غير المكتوبة التي تسير عليها الإدارة الحكومية في تنظيم شئونها الداخلية: كتعيين الموظفين وإقالتهم ومحاكمتهم تأديباً وهو عرف يختلف من دولة لأخرى ومن زمن لآخر ولعل أهم مثال له هو: مجموعة القواعد الروتينية غير المكتوبة التي تسود أو تحكم تصرفات رجال الإدارة.

(د) العرف القضائي:

وهو بدوره مجموعة الأحكام غير المكتوبة التي تنظم أو تحكم السلطة القضائية وهي بدورها أيضاً روتين غير مكتوب تسير عليه المحاكم والإدارات القضائية الأخرى في تصريف أعمالها وتنفيذ مهمتها: كالمحاكمات وطروح المرافعة، والأحكام: شكلها وكيفية صدورها، والدعوى ورفعها ثم عرضها ثم نظرها والإجراءات الأخرى التي تتبع دون نص نظامي مكتوب ولعل أهم مثال للعرف القضائي هو نظام المحلفين الموجود في الولايات المتحدة الأمريكية وهو نظام فريد في نوعه. وهو يقوم على وجود مجموعة من الأفراد غير المؤهلين يتكونون عادة من اثني عشر محلفاً بجانب القاضي ليساعده على اتخاذ القرار. ومهمتهم هي التقرير ما إذا كان المتهم مذنباً أم بريئاً. وقراراتهم هذا غير ملزم نظاماً ولا عرفاً للقاضي ولكنه على كل حال يساعده في الفصل في الدعوى وله أن يأخذ به أو يتركه دون الزام عليه. وهؤلاء المحلفون يعطون قراراتهم هذا بعد سماع كل المرافعة والدفاع.

الخاتمة :

وكخاتمة لهذا المبحث أو دان اناقش نقطتين اعتقد أهميتها من ناحية وكذلك تأتيان كنتيجة لنهاية هذا الموضوع .

الأولى : العلاقة بين العرف والنظام الوضعي .

والثانية : مستقبل العرف .

(أ) العلاقة بين النظام الوضعي والعرف وأي منها يستطيع الغاء الآخر :

اعتقد أنه من السهل تمييز العلاقة بينهما . لأن العرف نظام واحكام غير مكتوبة يجري الناس على التعامل بموجبها ، بينما النظام الوضعي نظام مدون مكتوب موجود تحت مداول الناس ليقروؤه . والعرف كما رأينا في هذه الدراسة يبدأ بتصرف فردي ثم يتكرر وينمو بطيئاً ولا يتكامل عرفاً إلا بعد مدة طويلة من الزمن وبدون وجود معيار يحدد لمعرفة ذلك الزمن اللازم كتكوين العرف بينما نجد النظام الوضعي يوجد بين يوم وليلة ، بما يعني أننا يوماً ما قد نكون بلا نظام لموضوع مستجد معين ، ومن الغد نجد مثل هذا النظام قد وضع وهذه العملية هي نتيجة لكون العرف ليس من وضع أو عمل شخص معين ولا هيئة معينة أو حكومة محددة ، وعلى العكس نجد النظام الوضعي هو من فعل اناس معينين في الدولة : شخص كالحاكم أو هيئة مختصة بوضع النظام والتي نجدها في كل مجتمع بمسميات قد تختلف من دولة لأخرى أو من زمن لآخر في نفس الدولة ، كما تختلف قوة وضعفاً من دولة لأخرى ومن زمن لآخر . هذه الهيئة المختصة يمكنها وضع النظام وتغييره بسرعة بحسب مقتضيات الحاجة بعكس العرف الذي ينمو بطيئاً ويتطور أبطأ .

ووظيفة كل منها واحدة فكل منها - كما سبق أن وضحنا في البداية - ينظم علاقات المجتمع في كل شؤون الحياة ، وكل منها يتضمن مجموعة من الأحكام يمثل كل جزء منها فرعاً مستقلاً يحكم علاقات موضوع معين : مدني أو جنائي ، أو تجاري أو عائلي أو علاقات دولية وهكذا . وأساس كل منها هو العدالة .

وكل منها يستطيع أن يلغي الآخر ويبطله ، إلا أن النظام الوضعي - بطبيعة الحال - أسرع أثراً في الإلغاء كما هو أسرع في الخلق والانشاء وأقوى أثراً من العرف ، لأن واضع النظام أيا كان يمكنه أن يضع النظام الوضعي ويصدره لتنظيم علاقات أي موضوع معين يتفق أو يتعارض مع العرف وفي حالة المعارضة نقول

(ب) مستقبل العرف: دور أن تقرر من قبل سلطة عليا: مبدأ النظام العرفي

لا أحد يشك في الأهمية القصوى لدور العرف في العصور الأولى وحتى وقت متأخر حتى أن جميع الأنظمة قامت على أساسه في كل المجالات ولكننا نؤمن بأن هذا الدور الفعال للعرف كمصدر لأنشاء القواعد النظامية قد بدأ يتضاءل وهو في تصورنا سيستمر في التضاءل إلى حد كبير وإلى الأبد لأن الدول على اختلافها قد أسست سلطات مختصة لوضع الأنظمة الوضعية لحكم علاقات أي موضوع يستجد فلا يترك للعرف مجالاً للعب دوراً مماثلاً لدوره في السابق . تلك السلطة التي تقوم دون غيرها باصدار النظام وهي سلطة تقتصر مهمتها على سن النظام وهذه السلطة الموجودة في كل دول العالم تسمى بأسماء مختلفة باختلاف الدول والعصور . ومع ذلك فستظل القواعد العرفية الموروثة مستمرة وأن كانت تلك السلطة في الدول المختلفة قد أخذت من آن لآخر تلغي بعضاً من تلك القواعد العرفية .

والسلطة التي تقوم باصدار النظام وهي سلطة تقتصر مهمتها على سن النظام وهذه السلطة الموجودة في كل دول العالم تسمى بأسماء مختلفة باختلاف الدول والعصور . ومع ذلك فستظل القواعد العرفية الموروثة مستمرة وأن كانت تلك السلطة في الدول المختلفة قد أخذت من آن لآخر تلغي بعضاً من تلك القواعد العرفية .

والسلطة التي تقوم باصدار النظام وهي سلطة تقتصر مهمتها على سن النظام وهذه السلطة الموجودة في كل دول العالم تسمى بأسماء مختلفة باختلاف الدول والعصور . ومع ذلك فستظل القواعد العرفية الموروثة مستمرة وأن كانت تلك السلطة في الدول المختلفة قد أخذت من آن لآخر تلغي بعضاً من تلك القواعد العرفية .

والسلطة التي تقوم باصدار النظام وهي سلطة تقتصر مهمتها على سن النظام وهذه السلطة الموجودة في كل دول العالم تسمى بأسماء مختلفة باختلاف الدول والعصور . ومع ذلك فستظل القواعد العرفية الموروثة مستمرة وأن كانت تلك السلطة في الدول المختلفة قد أخذت من آن لآخر تلغي بعضاً من تلك القواعد العرفية .

والسلطة التي تقوم باصدار النظام وهي سلطة تقتصر مهمتها على سن النظام وهذه السلطة الموجودة في كل دول العالم تسمى بأسماء مختلفة باختلاف الدول والعصور . ومع ذلك فستظل القواعد العرفية الموروثة مستمرة وأن كانت تلك السلطة في الدول المختلفة قد أخذت من آن لآخر تلغي بعضاً من تلك القواعد العرفية .

المبحث الثاني - العرف في الفقه الإسلامي

إن ما قدمناه عن العرف كان في الحقيقة معلومات وأحكام عامة وشاملة، من حيث مصادرها ومن حيث مضمونها ومحتواها، فلم نخص في بحثنا أقلية معينة، ولا نظاماً محدداً ولا زماناً خاصاً، ولا شعباً من الشعوب، أي كان مكانه، أو زمانه، أو نظامه اللهم إلا بالأمثلة القليلة.

وفي هذا الجزء من بحث العرف رأينا تخصيصه بالعرف الإسلامي، لنعطي مزيداً من الإيضاح والتفصيل - يضاف لما تقدم من دراسة للعرف كمصدر للأحكام - وذلك بحكم انتائنا للعقيدة الإسلامية ديناً وللوطن الإسلامي أرضاً، وللأمة الإسلامية شعباً. ولا يعني تخصيص هذا الجزء من البحث للعرف الإسلامي، أننا سوف نضمنه الجديد أو المختلف في كل جزئياته وکليياته عما قدمناه. وإنما سوف نستعرض العرف من خلال منظور إسلامي خاص كما جاء في آراء فقهاء ومؤلفاتهم وسنرى التماثل، والتقارب، أو التشابه، والتطابق أحياناً بين بعض ما قدمناه من دراسة العرف بشكل عام، وبين بعض ما سنقدمه في هذه الدراسة عن العرف الإسلامي. ولهذا التماثل، والتقارب، والتشابه بين ما سبق وما هو لاحق فأننا سوف نراعي ونحاول الاختصار وعدم الإطالة. وسيكون بحثنا للعرف الإسلامي حسب البنود الآتية:

أولاً: تعريف العرف لغة وشرعاً واصطلاحاً.

ثانياً: أركانه وشروطه.

ثالثاً: أنواع العرف الإسلامي.

رابعاً: أهميته وقوة العرف في الفقه الإسلامي من حيث التطبيق.

أولاً: تعريف العرف لغة، وشرعاً، واصطلاحاً:

١ - تعريف العرف لغة:

العرف في اللغة ضد المنكر، والمعروف ضد المنكر^(١) والعرف مصدر عرف يعرف عرفاً، وعلى هذا الأساس عُرِفَ بأنه مجموعة الأحكام أو القواعد التي درج الناس

(١) تهذيب الصحاح القسم الثاني ص ٥٤٨ والمتجد ص ٤٩٨

عليها في تعاملهم، دون أن تفرض عليهم من أية سلطة عليا. فيقال النظام العرفي أو العرف النظامي للتشابه بين العرف والنظم من حيث التطبيق، وإن اختلفا من حيث المصدر.

٢ - تعريف العرف شرعاً - أي وفق احكام الشريعة الإسلامية :

لقد جاء لفظ العرف وما اشتق منه من الفاظ في القرآن الكريم في أكثر من ثمان وثلاثين آية تقريباً^(١) والمراد به ما هو معروف من الدين وما لا يتكره الناس من مكارم الاخلاق ومحاسن الاعمال التي أتفقت عليها أحكام الشرائع^(٢) وبهذا المعنى ظهر في التعامل والمعاملات بين المسلمين للنصوص الكثيرة الدالة عليه والمقررة للعمل به بين المسلمين في تعاملهم فيما لا نص فيه وقد استقر استعماله بين المتعاملين، ورسخت قواعده في اقوال ومؤلفات فقهاء المسلمين ومن هذه القواعد قولهم المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والمشروط عرفاً كالمشروط شرعاً، والثابت بالعرف كالثابت بالنص، ويستدل على ذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» وبقول الله تعالى ﴿خذ العفو وأمر بالعرف﴾^(٣).

تعريف العرف اصطلاحاً :

أي بما اصطلح عليه الفقهاء المسلمون في تعريفه. يقول الغزالي : العادة، والعرف، ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول، أو ما يعتاده الناس ذوو الطباع السليمة من أهل قطر إسلامي بشرط ألا يخالف نصاً شرعياً^(٤) فالعرف هو ما اعتاده الناس من العادات والفوه وساروا عليه في أمورهم^(٥).

ثانياً : أركان العرف وشروطه :

١ - أركان العرف :

ركن الشيء هو أساسه الذي لا يوجد إلا بوجوده، ويعدم بعدمه، وللعرف ركنان بوجودهما يوجد وبفقدان أحدهما يفقد، وهما ركن مادي، وركن معنوي :

(١) المعجم المفهرس لألفاظ القرآن ص ٤٥٨ و ٤٥٩ .

(٢) أحكام القرآن جـ ٢ ص ٨١٢ و ٨١٤ لابن العربي .

(٣) سورة الأعراف : الآية ١٩٩ .

(٤) المدخل للغة الإسلام للشيخ / محمد سلام مذكور ص ٢٤٤ .

(٥) أصول الفقه للشيخ / محمد زكريا البردي ص ٣٣٣ .

(أ) الركن المادي للعرف:

ويراد به تكرار العادة واضطرار الناس على التعامل بها حتى يكون قاعدة من قواعد التعامل في المجتمع، ويسري حكمها على جميع أفراد الجماعة ما لم يستبعدوها باتفاق صريح قولياً أو عملياً أو مكتوباً أو غير مكتوب، ومقتضى ذلك ألا ينكره أحدهم وإنما يكون مقبولاً عند كل واحد منهم وهذا ما يسمى بعمومية العرف المترتبة على تكرار العادة واستمراريتها واضطرادهم واستقرارهم على العمل بها دون انقطاع.

فالتكرار والاستمرار والاضطراد والاستقرار وعمومية العادة هي صفات ترقى بالعادة إلى مرتبة العرف الملزم، ويتوافر هذه الصفات يوجد الركن المادي للعرف.

(ب) الركن المعنوي للعرف:

ويراد به شعور الجماعة بضرورة اتباعه واحساسهم داخلياً بوجوب احترامه، واعتقادهم بخطأ من يخالفه من الناحية السلوكية في التعامل مع الآخرين، وهذا الركن هو مصدر احترام العرف وذلك بازدياد الناس لمن يخالفه.

ولهذا المعنى يقال أن العرف ينبع من ضمير الجماعة لأنه يعبر عن إرادتها ويحظى باحترامها دون أن يفرض عليها.

٢ - شروط العرف:

وإذا توفر للعادة كل من الركنين السابقين سميت عرفاً، أما إذا لم يتوافرا، بقيت مجرد عادة، ليس لها ما للعرف من خصائص ومزايا في التعامل. والعرف في الفقه الإسلامي له صفتان:

(أ) فقد يكون عرفاً فاسداً أي عرفاً غير شرعي لا يعتد به ولا تُبنى عليه أحكام مهما توافرت أركانه وهو ما يخالف نصاً شرعياً.

(ب) كما قد يكون عرفاً صالحاً صحيحاً أي شرعياً يعتد به وتبنى عليه الأحكام وهو الذي ندرسه ونبحثه هنا.

والشروط الواجب توافرها في العرف الصحيح هي:

١ - ألا يخالف نصاً شرعياً ولا إجماعاً فقهياً، فلا يعتد بما قد يتعارف عليه

الناس مهما كثروا في التعامل بالربا أو بالخمر أو بلحم الخنزير، فالعرف في كل منها عرف فاسد لمخالفته النصوص الشرعية الأمره فلا يعتد به مهما تكرر وأستمر أو اضطرد أو استقر العمل به .
وهذا الشرط يسمى شرط الشرعية حيث يعبر عن ضرورة تمشي العرف مع النصوص الشرعية وعدم مخالفتها .

وبالإضافة إلى هذا الشرط تعد صفات العرف باعتبار أن كلا منها يمثل شرطاً للعمل بالعرف وهي الصفات التي ذكرناها في الركن المادي وهي بالإضافة إلى شرط الشرعية :

٢ - العمومية : وهي عمومية نسبية ، ومقتضاها أنه لكي يقال بالزامية العادة ورقبها لمرتبة العرف والعمل به فيجب أن تكون هذه العادة عامة لأفراد الجماعة المعنية بالعرف، قلوا أو كثروا .

٣ - الاستمرارية : أن تستمر مدة غير محددة ، لكن تستمر حتى يشعر الجماعة باحترامها كما قدمنا وهذا الشرط يسمى أحياناً بالقدم فلا تكون عادة جديدة على الجماعة وإنما تكون قديمة قدماً نسبياً .

٤ - الثبات : وهو ما سميناه فيما تقدم بالاستمرار والاضطراد في التطبيق دون انقطاع .

٥ - القدم : فيشترط في العادة كي ترقى إلى مرتبة العرف المزم أن تكون قديمة ، وهذه الصفة نسبية كصفة العمومية ، فلا يحدد للقدم زمناً معيناً وإنما يتوقف الأمر عند رضا الناس بها وقبولهم لها وهذا لا يأتي إلا بمضي زمن ليس بالقصير .

ثالثاً: أنواع العرف في الفقه الإسلامي :

للعرف أنواع قد لا تختلف كثيراً عما سبق أن رأيناه من أنواع العرف بشكل عام :
١ - فقد يكون قولياً كتعارف الناس على إطلاق - أو لفظ - للدلالة على معنى يختلف عن معناه اللغوي فيكون هذا اللفظ دلالتان أحدهما لغوية والأخرى عرفية كإطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع من بهيمة الأنعام كالحيل والجمال والقرع مع أنها تعني لغة كل ما دب على الأرض .

وكإطلاق لفظ الولد للذكر دون الأنثى ، مع إنها تعني في اللغة الانثيين معاً ، وكتحصيل لفظ اللحم على لحوم الحيوانات البرية دون السمك مع إن المعنى

ونعني بها أمرين :

أولهما : من يتحمل - من الخصوم - عبء اثبات وجود العرف؟

وثانيهما : كيف يمكن لمن يدعي العرف أثباته؟

١ - من يتحمل عبء اثباته . ؟

العرف الذي نحن بصدد دراسته ، هو حكم متى ثبت يكون بمنزلة النصوص الاتفاقية الملزمة للخصوم ولهذا السبب يطالب الخصوم الذي يتقدم هذا العرف بتطبيقه في الدعوى محل النزاع ، والقاضي ملزم بالاستناد عليه إذا ثبت أمامه ، ولا يجوز له تجاهله ، لأنه كما قدمنا بمنزلة النصوص الاتفاقية ولكن القاضي لا يلزم على هذا النحو إلا إذا اقتنع فعلاً بوجود العرف المحتج به ، وهذا يعني أن القاضي قد لا يقتنع بوجود العرف ، بمعنى أنه قد لا يثبت أمامه وجود القاعدة العرفية . والنصوص التشريعية لا يلزم الخصوم المطالبة بتطبيقها ولا باثباتها لأن هذا واجب القاضي ولو لم يطلب منه الخصوم ذلك ، فالقاضي يفترض فيه علمه بالنصوص الشرعية والنظامية ، فهو لا يولى القضاء إلا بعد حصوله على المؤهل العلمي المشروط لهذا المنصب .

أما النصوص الاتفاقية فيلزم الخصوم مطالبة القاضي بتطبيقها وهذا يؤدي إلى الزامهم باثبات هذه النصوص الاتفاقية ، لأنها تخرج عن علم القاضي حتى لو علمها فعلاً بحكم علاقته بأحد الخصوم . ولا يجوز للقاضي أن يطبق أي نص اتفاقي ما لم يطلب منه تطبيقه ، وما لم يثبت أمامه وجوده فعلاً على خلاف النصوص الشرعية التي يحكم بها من تلقاء نفسه .

ولأن القواعد العرفية بحكم اتفاق الناس عليها ضمناً وقبولهم بها أصبحت ملزمة بالتعامل على أساسها كما قدمنا ، فهي على هذا الأساس قواعد اتفاقية ضمنية تطبق ولو لم ينص عليها . ولهذا السبب تأخذ حكم القواعد الاتفاقية من حيث الزامية القاضي بتطبيقها ومن حيث اثبات وجودها وعلى هذا الأساس فإن الخصم الذي يدعي بوجود قاعدة عرفية ، ويطالب بتطبيقها هو الذي يقع عليه عبء اثباتها لأنه هو مدعيها وعلى المدعي عبء الإثبات .

فإذا أثبت وجودها واقتنع القاضي فعلاً بوجودها لزمه العمل بمقتضاها .

٢ - كيف يثبت العرف :

يمكن لمن يدعي وجود قاعدة عرفية تحكم نزاعاً بينه وبين خصومه ، أن يثبت

وجودها بالرجوع إلى ذوي الخبرة في موضوع النزاع فيرجع إلى الخبراء من أهل الصناعة أو المهنة أو نوع النشاط الذي ينتمي إليه النزاع .

فالعرف في إثباته يماثل احكام النظام الاجنبي الذي قد يحتج به أحد الخصوم لتعلقه بالنزاع ، حيث يلزم هذا المتمسك بأحكام نظام اجنبي أن يثبت صحة ما يدعيه ، فيُطلب منه أثبات تلك الأحكام الأجنبية التي تمسك بها ، ولا تطبق إلا إذا اقتنع القاضي بوجودها فعلاً وصحتها وعلاقتها بالنزاع .

فالقاضي لا يفترض علمه بمثل هذه الأحكام الأجنبية وبالتالي لا يلزم بتطبيقها من تلقاء نفسه إلا بطلب من الخصوم وبعد اثباتهم لها وكذلك القواعد الاتفاقية ، ومنها قواعد العرف على نحو ما قدمنا وهذا على خلاف نصوص التشريع الوطني حيث يجب على القاضي العلم بها ويلزم بالحكم بمقتضاها ولو لم يطلب منه ذلك .

والقواعد العرفية لما لها من صفة اتفاقية على نحو ما قدمنا وجب على من يدعيها أن يثبتها وأن يطلب تطبيقها مثلها مثل القواعد الاتفاقية .

(ب) قوة العرف في الفقه الإسلامي :

والسؤال الذي يطرح نفسه بعد اثبات وجود العرف ولزوم تطبيقه هو :

من ماذا يستمد العرف قوته حتى يكون ملزماً للقاضي والخصوم ؟

والجواب على هذا السؤال هو :

أن العرف يستمد قوته من امرين :

الأول : هو النصوص الشرعية التي قدمناها ومنها قوله تعالى ﴿خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين﴾

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» .

والثاني : هو الاتفاق الجماعي أو الاجماع الاتفاقي وهو :

ما شرحناه سابقاً من اتفاق الناس عليه وسريانهم في تعاملهم بموجبه وثباتهم عليه واستقراره في العمل بينهم حتى شعر كل واحد منهم بضرورة العمل بموجبه .

وهذا ما يعبر عنه بكون العرف يعبر عن ضمير الجماعة متى توافر الإحساس بالزاميته وهو ما يمثل الركن المعنوي للعرف .

والعرف على هذا الأساس وبهذه القوة أصبح مصدراً للأحكام في جميع نظم العالم بدون استثناء عند عدم وجود النص، وتصل قوته في بعض أنواعه إلى أنه قد يعتمد عليه في الغاء بعض الأنظمة أو بعض النصوص منها إذا ما استمر العمل بين الناس على قواعد عرفية تخالف هذه النصوص دون أن تلزمهم السلطات بتلك النصوص وتركهم يعملون على خلافها مدة طويلة يمكن القول معها بأن هذه القواعد العرفية الغت تلك النصوص، وإن السلطات لكي تحي تطبيق تلك النصوص لا بد لها من سنّها مرة ثانية أو تجديد إصدارها أو التنبيه بضرورة العمل بها وتلزمهم بترك تلك القواعد العرفية التي ساروا عليها مخالفين بذلك تلك النصوص ويظهر دور العرف وقوته أكثر في المجالات التجارية حيث يُعترف للعرف التجاري بمخالفة بعض النصوص التجارية إذا استمر العمل مدة طويلة على العمل بذلك العرف المخالف للنص، وإن كان هذا القول يخالف ما قدمناه من شروط للعرف، حيث قلنا أنه يجب ألا يخالف نصاً من النصوص. ويمكن أن يبرر هذا التناقض بين القولين على النحو الآتي:

- ١ - للنصوص الأولوية في التطبيق، ولها بالتالي القوة الرسمية أكثر مما للعرف وتلك حقيقة لا خلاف فيها.
- ٢ - لا يقبل تطبيق عرف في مقابلة نص عند المنازعة إذا كان النص جديداً، لأن النص الجديد المخالف للعرف السائد يعني الغائه سواء كان النص أمراً أو كان مكملاً أو مفسراً.

٣ - ولكن إذا قبل المتعاملون عرفاً معيناً وارتضوه وساروا عليه في مصالحهم المشتركة، فليس هناك أية سلطة تمنعهم منه وتلزمهم بغيره من النصوص المكملّة أو المفسرة لإرادات الأطراف التي يجوز لهم مخالفتها باتفاقاتهم فيكون العرف بمثابة اتفاق ضمني يُعطي الأولوية في تطبيقه بينهم على نحو ما استمروا عليه في مهنتهم أو مجال عملهم.

وعلى العموم: فإن العلاقة بين قواعد العرف وبين النصوص محل جدل وخلاف في بعض الجزئيات. فالفقهاء مع اتفاقهم على أن العرف لا يلغي النص بل إن النص هو الذي يلغي العرف، وإن من شروط تطبيق القواعد العرفية ألا يخالف المتصوص عليه متى كان نصاً أمراً.

إلا أنهم يختلفون في بعض المواقف وأخصها ما قدمناه عندما يستمر الأفراد في العمل وفق قواعد عرفية تخالف نصوصاً غير أمره مدة طويلة فهناك من يرى أن هذا يعني أن العرف يوقف سريان النص أو ينسخه مؤقتاً في حالة رضا

الناس وقبولهم بتلك القواعد العرفية، وأن السلطات عند رغبتها في تطبيق النص فإن عليها أن تنبه الناس لذلك وتطلبهم التزامه، بما يُعد بمثابة اصدار جديد لتلك النصوص.

لأن السلطات بسكوتهما على سريان العرف مخالفاً النص تعبر عن رضاها وقبولها لا يقاف سريان النص أو نسخه فيكون ذلك موافقة ضمنية منها، وتستمر هذه الموافقة أو الرغبة حتى تنشط وتعلن رغبتها الصريحة في استئناف العمل بالنص فتتخذ ما يلزم لا بلاغ الناس بالعمل به من جديد. وفي كل الأحوال فالمسألة خلافية فيما يتعلق بالعلاقة بين العرف وبين النصوص غير الأمرة، حيث تعتبر تلك النصوص غير الأمرة بمثابة قواعد اختيارية للأفراد مخالفتها باتفاقاتهم الصريحة فلا تسري عليهم إلا عند السكوت عما يخالفها فتكون بمنزلة القواعد العرفية.

بعض التطبيقات الإسلامية:

وتوجد تطبيقات كثيرة للعرف في منهج فقهاء الإسلام نذكر منها كأمثلة فقط ما يأتي:

١ - تغلب على أحكام المذاهب المالكي بناءها على عمل أهل المدينة بحكم إقامة أئمتها في المدينة وبناء احكامهم بالتالي على الاعراف السائدة في مجتمعاتهم بالمدينة، ولهذا ظهر أثره واضحاً في المذهب المالكي فهو مبني على المسلك العملي لأهل المدينة المتمثل في الأعراف السائدة فيها.

٢ - وبالمثل ظهر أثر العمل بالعرف في مذهب الإمام الشافعي فحينما كان مقيماً في العراق كانت له آراء تتفق مع الأعراف العراقية وهذا يسمى بمذهب الشافعي القديم.

ثم تغيرت بعض احكامه عند انتقاله إلى مصر وسمي ذلك بمذهب الشافعي الجديد.

٣ - يرى أن المذهب الحنفي يختلف فيه الأحكام العملية بحسب اعراف المتخصصين، فيختلف حكم المسألة الواحدة فيه، باختلاف المكان أو الزمان ولعل من أمثلة ذلك رأيهم في أخذ الأجرة على الإمامة للصلاة ففي احكامهم القديمة لا يجوز ذلك، وفي الجديدة يجوز ذلك.

وبما لا خلاف فيه بين الفقهاء أن اجتهاد المجتهد يتغير بحسب مكانه أو زمانه ولعل هذا اصدق تعبير لفاعلية العرف وقوته.

وأخيراً: مستقبل العرف في ضوء نصوص الشريعة :

ولا يفوتنا هنا - ونحن نبحث العرف إسلامياً - ان ننوه إلى حقيقة شرعية بالدرجة الأولى وفقهاء بالدرجة الثانية وعملية عصرية بالدرجة الثالثة .

وهي حقيقة المعالجة الإسلامية لشئون الحياة العملية في نصوص مصدرها الأساسيين وهما الكتاب والسنة ثم اجتهادات الفقهاء الإسلاميين في أساليب هذه الحياة نفسها وما تركته هذه المعالجة وتلك الاجتهادات في مجالات هذه الحياة من آثار، وما يُنتظر من مستقبل للعرف في هذه الظروف .

١ - النصوص الشرعية في معالجة شئون الحياة :

تمتاز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع الأخرى بامتيازات كثيرة ولكن أهمها العمومية، والشمولية والاستمرارية، والثبات . فهي عامة لجميع الخلق ﴿وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً﴾ فلم تُخص بها أمة دون أخرى ولا شعب أو جيل دون آخر ولا أرض دون غيرها .

كما أنها شاملة لجميع شئون البشر الدنيوية والآخروية، فهي من هذه الناحية روحية ومادية، فلم تقتصر على العقائد والعبادات كما لم تقتصر على شئون الحياة المادية، بل جاءت بالروحانيات، والماديات فكانت ديناً ودولة شريعة وعملاً للحياة ولما بعد الموت .

ولم تأت لزمن معين محدّد تنتهي بانتهائه، فهي ليست مؤقتة ولكنها دائمة بدوام الله تعالى . وهى مع هذا كله فهي في احكامها ثابتة لا تتغير معها تغير البشر ومهما تغير الزمن فهي شريعة سامية راقية صالحة لكل البشر في جميع العصور والازمان .

وشريعة هذه أوصافها لا بد لها أن تستخدم أسلوباً راقياً برقيها سامياً بسموها يحقق لها العمومية والشمولية ويضمن لها الاستمرار والثبات، فجاء مصدر أحكامها الأول وهو القرآن الكريم بأسلوب معجز في شكله وفي مضمونه فجاء بأحكام المعاملات في نصوص عامة وقواعد كلية مطلقة غير مقيدة بأوصاف، ولا بشروط معينة، ولا بوقائع محددة إلا ما أريد به التخصيص، ليحكم رآها الشارع الحكيم .

ومن هنا وهذا الأسلوب ترك الشارع الحكيم التفاصيل الجزئية لخلقها، ليسايروا بها ظروفهم المتغيرة الزمانية والمكانية، والعادات، والطباع .

ثم جاءت السنة النبوية - القولي منها والعمل - لتوضح ما أبهم، في المصدر

الأول، ولتفصيل ما أوجز، ولتكملة ما سكت عنه بحسب متطلبات المجتمع، ولتفسير ما غمض.

والسنة هي المصدر الثاني للتشريع الإسلامي جاءت كما ذكرنا شارحة، مفسرة، مكملة، للمصدر الأول. والرسول صلى الله عليه وسلم بشر خصه الله ببعض الصفات وميزه عن غيره من خلقه بمراتب ودرجات. ولكنه مع ذلك كله يبقى بشراً لا يعلم من الغيب إلا ما أطلع الله عليه أو علمه به، فكان في عهده هو المشرع والقاضي والمفتي ثم توالى من بعده خلفاؤه من اصحابه، ثم تابعوهم وتابعو تابعيهم وهكذا.

٢ - الاجتهادات الفقهية ودورها في معالجة شئون الحياة:

ب وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم انقطع الوحي وتوقف التشريع بعد أن أكمل الله دينه الذي ارتضاه لخلقته «اليوم أكملت لكم دينكم» أما الحياة العملية لهؤلاء الخلق فهي لا زالت مستمرة وستظل مستمرة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

ومن طبيعة البشر التغير والتبدل وما يتضمنه هذا وذاك من التجديد في القول والعمل والاستعمال، والتشريع بمصدره قد توقف، فكان طبيعياً أن تظهر للناس مشاكل وأعمال وتصرفات تحتاج لإيجاد أحكام لها، ومن هنا يظهر دور الفقه والفقهائ ليجتهدوا لاحتواء ما يستجد من صور المعاملات لاستنباط أحكام لها من تلك النصوص العامة التي جاءت في كتاب الله تعالى، فكان دور هؤلاء الفقهاء هو استنباط الأحكام الجزئية والتفصيلية لهذه المستجدات من تصرفات البشر من تلك النصوص العامة والقواعد الكلية المطلقة التي جاء بها القرآن.

وهكذا تعددت اجتهادات الفقهاء وتنوعت، فظهرت المذاهب تبعاً لتعدد الأئمة واختلافهم، فكانت الخلافات تتسع تارة وتضيق تارة أخرى، والنزاع الفقهي يشتد وقتاً ويلين آخر.

فتوالى على الأمة الإسلامية عصور علم فيها القوة العلمية، وفي بعضها الضعف وتشتت المسلمون شعوباً وقبائل وقامت نتيجة لذلك دول كثيرة تنتمي إلى الإسلام إن ظاهراً وإن باطناً، والله أعلم بالسرائر.

٣ - العرف ومستقبله في ظل قصور الاحكام.

لا يبرز دور العرف إلا بقدر ما تظهر الحاجة إليه، ولا تظهر الحاجة للعرف إلا عند فقدان أو قصور النصوص التي تحكم تعامل الناس فيما بينهم، سواء بشكل كلي أو بشكل جزئي فمضى وجدت النصوص على نحو كافٍ لحكم العلاقات في المجتمع

عُدت الحاجة إلى العرف، أما متى عُدت هذه النصوص، أو قلت، فإن الحاجة للعرف تظهر.

وقد توجد نصوص لحكم العلاقات ولكنها قد تكون مجملة تحتاج إلى تفصيل أو مبهمة، فتحتاج إلى تفسير، أو ناقصة، فتحتاج إلى تكميل، والعرف يقوم بكل من هذه الأدوار.

فالعرف يسد حاجة الشعوب عند عدم وجود النصوص كما يقوم العرف بتفصيل ما أجزأ من النصوص عند الحاجة، أو بتفسير ما أجزأ منها أو بإكمال ما نقص.

ويكون دور العرف في كل من هذه المجالات بإيجاد قواعد عرفية يتعامل الناس بها ويستثمرون عليها فتحل هذه القواعد محل النصوص عند عدمها أو تكون تفصيلاً أو تفسيراً أو تكميلاً.

وعلى هذا النج يظهر العرف ويزدهر في البلاد التي لا يوجد فيها أنظمة، أو توجد هذه الأنظمة بشكل غير كامل.

ولهذا عرفت دول بقوانينها العرفية، غير المكتوبة كما هو الشأن في المملكة المتحدة (بريطانيا) مع السوابق القضائية التي تمثل قواعد سلوكية بجانب القواعد العرفية.

ولنفس السبب كان العرف المصدر الأول لأحكام جميع الأنظمة، ولا زال يمثل أهمية كبرى بين مصادر النظام في كل فرع من فروع.

وفي المجتمعات الإسلامية تظهر الحاجة إلى العرف أكثر من غيرها بسبب ما قدمنا من إجمالية النصوص الشرعية وعموميتها وتوقفها بوفاء الرسول صلى الله عليه وسلم.

ورغم ما قام به الفقهاء من دور كبير باجتهادهم على مختلف مذاهبهم وتعدد أئمتهم إلا أن ذلك الدور - رغم عظمه وكبره - يظل محدوداً، وغير كافٍ، مما يتيح للعرف المجالات المختصة للظهور والبروز والانتشار للحاجة إليه في ظل ظروف الأمة الإسلامية الراهنة على اختلاف شعوبها وإقليماتها خاصة منها تلك الدول والشعوب التي لم تأخذ بأسلوب التقنين.

والأسباب الرئيسية التي قللت من أهمية الفقه، ومكنت وسمكت مستقبل العرف من الازدهار والانتشار يمكن أن نحصرها فيما يلي:

١ - الاجتهادات الفقهية ظهرت فردية في معظمها، فكل إمام يعمل باجتهاده، وبحسب عقيدته، وفهمه، وظروفه ومدى علمه. ومن هنا يختلف الفقهاء،

ويشدد بينهم الخلاف أحياناً، فيخطيء بعضهم بعضاً، كما يرمي بعضهم بعضاً بالجهل أو التعصب، أو التشدد أو التهاون والتسامح، وهكذا ينكر بعضهم على بعض آرائه واجتهاداته حتى قيل بقفل باب الاجتهاد، وهي مقولة خاطئة فلا أحد يستطيع الحكم بقفله والصحيح هو انعدام وجود المجتهد بشروطه فعدم الاجتهاد.

٢ - الفقهاء أنفسهم، قد تتغير أفكارهم واراؤهم في المسألة الواحدة بحسب بيئته الفقهية، وزمانه، ومكانه وأحواله وقد قدمنا امثلة لذلك، واصبح من المتفق عليه بين الفقهاء أن الفتوى تتغير بتغير ظروف الفقيه.

٣ - تعدد شعوب العالم الإسلامي واختلاف بلادهم وعاداتهم فتباينت تبعاً لذلك اجتهاداتهم واختلفت أحكام فتواهم واراؤهم.

٤ - فقدان السلطة الرئيسية التي تستطيع فرض المناسب والملائم من الاحكام الفقهية على الجميع لتعدد شعوب المسلمين وتباعد ديارهم واستقلال كل منها بدولته وبحكومته.

٥ - عدم الأخذ بأسلوب التقنين لأحكام الشريعة الإسلامية الموحدة في الأحكام العملية، المالية والأسرية، والاكتفاء، بما خلفه السابقون من الفقهاء للحاقين من اجتهادات فقهية فيما لا نص فيه من كتاب أو سنة فبقي الخلف يشوارث تركة السلف الفقهية دون اضافات تذكر، لا لقفل باب الاجتهاد ولكن لعدم وجود المجتهد المعترف وفق شروط وقواعد الاجتهاد الصحيح الذي يمكن المجتهد للرجوع لنصوص الكتاب والسنة وليس مجرد العكوف على تفسير وشرح أقوال سلفه أو نقلها. فبقي الخلف من الفقهاء أسيرين لما خلفه سلفهم من كتب ومؤلفات غير متجاوزينها وكأنها نصوص منزلة مفروضة عليهم لا شيء إلا لعجزهم وقصورهم عن الاجتهاد والإستنباط للأحكام العملية لما يستجد أمامهم من وقائع، فاصبحتنا مقلدين لأحكام فقهية أوجدها أصحابها في ظروف مكانية، وزمانية، وبيئية تختلف عن ظروفنا، رغم ما هو متفق عليه بين الفقهاء في كل المذاهب وفي المذهب الحنبلي على وجه الخصوص من عدم جواز التقليد. ومن أنه لا يجوز للقاضي ولا المفتي الجحود على المنقول في كتب الفقه من غير مراعاة تبدل الأعراف.

وفي خضم هذه الظروف الفقهية العملية فإن الفرصة مهيئة لنشوء الاحكام العرفية واتساع رقعتها وشموليتها مما يؤثر على العلاقات في المجتمع خصوصاً إذا اضيف إلى ذلك الأساليب الفقهية في مراجعتها الموروثة حيث يصعب معه فهمها أحياناً مع تماثلها وتطابقها. ولا شك أن هناك ملامح في الأفق الدولية الإسلامية في الوقت الراهن، فيما

يتعلق بالحكم والأحكام، ونقصه به التجمعات الإسلامية الفقهية، كمنظمة المؤتمر الإسلامي، ورابطة العالم الإسلامي وجامعة الدول العربية والمجالس العربية، يضاف إلى ذلك كله المؤتمرات الدولية الإسلامية كمؤتمرات القمم: العربية، والدولية الإسلامية ومؤتمرات وزراء خارجية ووزراء أوقاف فأولئك أو تلك، وما تبديه كل من هذه المنظمات أو المجالس والمؤتمرات على اختلاف مستوياتها من أنشطة تتعلق بالمجالات العملية لشعوبها الإسلامية ومنها المجالات الفقهية والتشريعية فلربما كان ذلك هو الطريق السوي لايجاد القانون الإسلامي الموحد في كل فرع وشأن من فروع وشئون الحياة، مستمداً من كتاب الله وستة رسالة ومن اجتهادات فقهاءه وحينئذ لا نكون في حاجة إلى أحكام عرفية إلا في أضيق الحدود؛ فالكمال لله وحده.

وأخيراً نحمد الله تعالى ونشكره على نعمه .

والسلام عليكم رحمة الله وبركاته . . .

د. عبدالرحمن عبدالعزيز القاسم

الكلام في بيع الفضولي

للشيخ الامام العالم العلامة صلاح الدين العلائي
تحقيق الدكتور صلاح عبدالغني الشرع*

الحمد لله ، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه واتبع
هداه . . وبعد :

فاني أقدم هذا العمل المتواضع للمسلمين ليطلعوا على ما فيه من خير يعود عليهم
بالنفع العميم ، فهذا كتاب «بيع الفضولي» ألفه الامام صلاح الدين العلائي . وقد
وجدت في هذا الكتاب الغاية المطلوبة لكل حريص على معرفة الفضولين ، وما يترتب
على فعلهم من منازعات ومشاكسات .

وصاحب هذا الكتاب كما سيأتي في ترجمته هو صلاح الدين خليل بن الأمير سيف
الدين كيكلدي بن عبدالله العلائي من علماء الفقه وأصوله والحديث . وله باع طويل في
ذلك في القرن الثامن الهجري . وقد عالج في كتبه كثيرا من مشاكل الناس وأفرد كثيرا
من كتبه لموضوعات شغلت الناس ، وشغلت حياتهم وأفكارهم ولقد ترك كتبا كلها
تنبيء عن علمه وفضله وجيل قدره .

وما حواه كتابه خير شاهد على ما قلته واني ان شاء الله لحريص على أن أقدم ما يفيد
وما ينفع المسلمين في دينهم ودنياهم وأسأل الله أن يجعل هذا خالصا لوجهه الكريم ، وأن
يكون ذخراً لنا يوم الدين .

* استاذ مساعد في قسم الدراسات الاسلامية لكلية التربية جامعة الملك فيصل في الاحساء له مؤلفات وتحقيقات
عدة .

وصف المخطوطة

مخطوطة :

«الكلام في بيع الفضولي» توجد ضمن مجاميع مصورة بالجامعة الاسلامية برقم ٨٧٨، وهي مصورة من مكتبة اسكوريال بمدريد بأسبانيا. والمخطوطة تقع في (٢٤ ورقة) من الحجم المتوسط تبدأ من الورقة ٩٤ وتنتهي بالورقة ١١٧.

وفي كل صفحة منها (١٩ سطراً) وكل سطر يحتوي على (١٠ كلمات) غالباً وهي بخط عيسى بن ابراهيم بن ناجي الياني نسبا المقدسي مولداً، ولم يذكر الناسخ تاريخ نسخها وهي بخط نسخي عادي.

أما المؤلف - رحمه الله - فقد فرغ من تأليف هذا الكتاب في أواخر شهر جمادى الأولى سنة ست وخمسين وسبعائه ببيت المقدس. والنسخة عليها بعض التمليكات والمطالعات. فقد جاء في ورقة الغلاف في نوبة عبيد الله القرشي. جاء في آخر الكتاب:

الحمد لله. طالع في هذا الكتاب فقير عفوره محمد بن أحمد بن الصميدي القرشي الشافعي. وجاء بعدها «الحمد لله تعالى ملكه فقير عفوره المشار إليه اعلاه محمد بن أحمد بن صميدي الشافعي والنسخة مقابلة مع نسخة اخرى كما تدل عليها التصحيحات في الهامش والناسخ اهمل كثيراً من الكلمات ولم يعجمها مما يؤدي إلى اشكال في قراءة بعض الكلمات. وكان هذا الاشكال يزول لو وجدت نسخة اخرى للكتاب ولكن لم أعثر عليها في فهارس المكتبات.

وعلى هذا فحاولت جهدي لاخراج هذا الكتاب على الصورة التي وضع المؤلف عليها وارجعت النصوص إلى مصادرها مهما تعثر الحصول عليها.

المحقق.

مسألة

اختلف العلماء في بيع الإنسان مال غيره بدون ولاية ولا وكالة، وهو المسمى: ببيع الفضولي^(١).

فقال مالك - رحمه الله -: يتعقد البيع موقوفاً على الاجازة فان اجاز المالك نفذ والا بطل. وكذلك الشراء للغير، والنكاح له، وانكاح امته، أو ابنته^(٢).
وكذلك قال ابو حنيفة^(٣) في البيع والنكاح، وقال في الشراء: انه بيع عن جهة العاقد لا ينصرف إلى الغير^(٤)، ووافقه اسحاق بن راهويه^(٥) في البيع فقط^(٦).
وعن أحمد بن حنبل وروايتان:

اصحهما: كمذهب مالك في العقود كلها، انها تثبت على اجازة من وقع العقد له^(٧)، قال أيضاً ابو ثور^(٨)، واختاره: ابن المنذر^(٩) والثانية: لا يصح شيء من ذلك،

(١) الفضولي: هو من لم يكن ولياً، ولا اصيلاً، ولا وكيلًا في العقد. (انظر التعريفات للجرجاني ١٦٧٦).

(٢) انظر: بداية المجتهد ١٢٩/٢. المجموع للشيرازي ١٣/١٣١، فتح القدير لابن الهمام ٥/٨.

(٣) هو الامام: ابو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي بن ماض مولى بني تميم الله ابن تعليمه، فقيه مجتهد، امام ورع، سخي، له الفقه الاكبر في العقيدة توفي سنة (١٥٠ هـ) انظر: (طبقات الفقهاء ٨٦، شذرات الذهب ٢٢٧/١ - ٢٢٩).

(٤) انظر بداية المجتهد ١٢٩/٢، فتح القدير لابن الهمام ٥/٨، المبسوط للرخصي ١١٧/١٩.

(٥) هو: اسحاق بن ابراهيم بن غنم الحنظلي ابو محمد بن راهويه المروزي، ثقة حافظ مجتهد قنيرين الامام احمد بن حنبل توفي سنة (٢٣٨ هـ).

(٦) انظر: سنن الترمذي ٥٥٩/٣.

(٧) انظر: المغني ٢٢٧/٤.

(٨) هو: ابراهيم بن خالد بن اليان الكلبي، ابو ثور الفقيه، صاحب الشافعي، توفي سنة (٢٤٠ هـ). (انظر طبقات الشافعية الكبرى ٧٤/٢ تقريب التهذيب ٢٠).

ذكر ابن قدامة: انه اختار ان البيع باطل ويجب رده.
(انظر: المغني ٢٢٧/٤ وكذلك المجموع ٢٨٥/٩).

(٩) هو محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابوري الحافظ العلامة ولد بنيسابور ثم نزل مكة وسكنها فكان يعرف بـفقيه مكة وشيخ الحرم له المصنفات المهمة النافعة في الاجماع والخلاف ومذاهب العلماء توفي سنة ٣١٨ هـ انظر تهذيب الاسماء واللغات ١٩٦/٢ - ١٩٧، طبقات الشافعية ١٢٦ - ١٢٩، ذكر ابن قدامة انه اختار ان البيع باطل ويجب رده انظر المغني ٢٢٧/٤ وكذلك في المجموع ٢٨٥/٩.

وان أجازه من وقع له العقد^(١)، وللشافعي^(٢) - رضي الله عنه : قولان :

القديم : كمذهب مالك ومن وافقه .

والجديد : ان العقد باطل ولا يتوقف على شيء^(٣) .

وهذا الذي اتفق الأصحاب على تصحيحه وقطع به أكثر العراقيين فلم يذكروا القول القديم : وقال الشافعي - رحمه الله - في كتاب البويطي^(٤) ، وأواخر كتاب الغصب : ومن غصب عبدا فباعه ، لم يجز بيعه ، وان أجاز ذلك السيد ، لأن البيع وقع فاسداً ، ثم قال بعد ذلك : وان غصب عبدا وأعتقه ، ثم أجازه السيد لم يجز ، لأنه اعتقه من لا يملك ، وأجازة السيد إياه شيء لا يجوز ، إلا أن يجدد السيد اعتقا ، فان صح حديث عروة البارقي^(٥) ، فكل من باع أو أعتق ثم رضى ، فالبيع والعق جائزان . . . ، هذا نصه بحروفه في الكتاب المذكور . ورواية الربيع بن سليمان^(٦) والبويطي جميعا عن الشافعي - رحمه الله - قولان : في الجديد واحدهما على موافقة القول القديم ، لأن حديث عروة البارقي صحيح أخرجه البخاري^(٧) في كتاب علامات النبوة من صحيحه .

قال ثنا علي بن عبدالله^(٨) ثنا سفيان^(٩) ثنا شيب بن غردقة^(١٠) :

قال : سمعت الحلي يتحدثون عن عروة - يعني - ابن الجعد البارقي - رضي الله عنه - ان النبي ﷺ أعطاه دينارا يشتري له به شاة فاشتري له به شاتين فباع احدهما بدينار فجاء بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه وكان لو اشترى التراب ربح فيه^(١١) ! رواه

(١) انظر : المغني لابن قدامة المقدسي ٢٢٧/٤ ، ٢٦٩/٥ .

(٢) هو : الامام محمد بن ادریس بن العباس أبو عبدالله الشافعي ، أحد المجتهدين الأربعة ، مناقبه كثيرة ، توفي سنة (٢٠٤ هـ) وقد الفت في ترجمته كتب مستقلة : انظر منها آداب الشافعي ومناقبه لابن أبي حاتم ومناقب الشافعي لليهيقي وغيرهما ، انظر ايضا : تاريخ بغداد ٥٦/٢ - ٧٣ طبقات الشافعية ١٠٠/١ - ١٠٦ ، ١٨٥ .

(٣) انظر : المجموع ٢٨٢/٩ ، وفتح العزيز ١٢١/٨ - ١٢٢ ، وتخريج الفروع على الاصول للزنجاني ١٨٧ - ١٨٨ .

(٤) هو : يوسف بن يحيى أبو يعقوب البويطي الفقيه صاحب الشافعي - رحمه الله تعالى - وبويط من صعيد مصر - وهو أكبر اصحاب الشافعي المصريين ، ثقة ، مات ببغداد في السجن والفيد ، تمتحن بخلق القرآن سنة (٢٣١ هـ) .

(٥) انظر : طبقات الشافعية ١/٢٧٥ - ٢٧٧ ، تقريب التهذيب ٣٨٤ ، شذرات الذهب ٧١/٢ .

(٦) هو : عروة بن الجعد - ويقال ابن أبي الجعد ، ويقال : اسم أبيه : عياض - البارقي - بالوحدة والقاف - صحابي مشهور ، سكن الكوفة وهو أول قاض بها .

(٧) انظر : (تقريب التهذيب ٢٣٨ ، الاصابة في تمييز الصحابة - ابن حجر العسقلاني ٤٧٦/٢) .

داود^(١)، والترمذي^(٢) في كتابيها من حديث الزبير بن الخريت^(٣).

عن أبي ليلى^(٤)، عن عروة البارقي - رضي الله عنه - بهذه القصة^(٥) وهذا اسناد صحيح، لأن الزبير بن الخريت احتجأ به في الصحيحين، وأبو ليلى اسمه - لمأز - بضم

(٦) هو: الربيع بن سليمان بن عبد الجبار بن كامل المرادي مولاهم أبو محمد المصري المؤذن صاحب الشافعي، ثقة، راوية كتب الإمام الشافعي. توفي سنة (٢٧٠ هـ) وله ست وتسعون سنة. انظر: (طبقات الشافعية ١/ ٢٥٩ - ٢٦٠، تقريب التهذيب - ابن حجر العسقلاني ١٠١).

(٧) هو: محمد بن إسماعيل بن المغيرة الجعفي أبو عبدالله البخاري، جبل الحفظ، وإمام الدنيا في ثقة الحديث، صاحب الصحيح، توفي سنة ست وخمسين ومائتين وله الثمان وستون سنة، انظر: (تقريب التهذيب ٢٩٠، تهذيب التهذيب ابن حجر العسقلاني ٣٤٩/٧ - ٣٥٧).

(٨) هو: علي بن عبدالله بن جعفر بن بجيع السعدي مولاهم الإمام أبو الحسن بن المديني البصري، ثقة، ثبت، إمام، أعلم عصره بالحديث وعلمه، توفي سنة أربع وثلاثين ومائتين. انظر: (تقريب التهذيب ٢٤٧، تهذيب التهذيب ٣٤٩/٧ - ٣٥٧).

(٩) هو: سفيان بن عيينة بن أبي عمران ميمون الهلالي، أبو محمد الكوفي، ثم المكي، ثقة حافظ، فقيه، إمام، حجة، توفي سنة ثمان وتسعين ومائة وله إحدى وتسعون سنة. انظر: (تقريب التهذيب ١٢٩، تهذيب التهذيب ١١٧/٤ - ١٢٢).

(١٠) هو: شبيب بن غرقدة - معجمه وقاف - السلمي، ويقال: البارقي، الكوفي، تابعي ثقة، انظر: (تقريب التهذيب ١٤٣، تهذيب التهذيب ٣٠٩/٤).

(١١) أخرجه البخاري بالاسناد المذكور: كما ذكر المؤلف لكن في كتاب المناقب. انظر: (صحيح البخاري مع فتح الباري ٦٣٢/٦ رقم ٣٦٤٢ وفي البخاري لربيع فيه).

(١٢) هو: سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأزدي السجستاني ثقة، حافظ، مصنف السنن وغيرها من كبار العلماء توفي سنة (٢٧٥ هـ). انظر: (تقريب التهذيب ١٣٢، تهذيب التهذيب ١٦٩/٤ - ١٧٣).

(٢) هو: محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك السلمي الترمذي، أبو عيسى، صاحب الجامع، أحد الأئمة، ثقة حافظ، مات سنة (٢٧٩ هـ). انظر: (تقريب التهذيب ٣١٤، تهذيب التهذيب ٣٨٧/٩ - ٣٨٩).

(٣) هو: الزبير بن الخريت - بكر المعجمة - وتشديد الراء المكسورة بعدها تخانية ساكنة ثم فوقانية - البصري، ثقة. (انظر: تقريب التهذيب ١٠٦).

(٤) هو: لمأز - بكر اللام وتخفيف الميم وبالزاي - ابن زبار - بفتح وتنقيط الزاي الموحدة وآخره واء - الأردني الجعفي أبو ليلى البصري، صدوق ناصي، هكذا قال الحافظ بن حجر عنه - وقد نقل المؤلف كلام الآخرين عنه في توثيقه. انظر: (ترجمته في تقريب التهذيب ٢٨٧).

(٥) انظر الحديث مع بيان القصة بالاسناد السابق، ومن طريق الزبير أيضا في سنن أبي داود ٦٧٧/٣ - ٦٧٩ رقم ٣٣٨٥، وفي سنن الترمذي من طريق الزبير فقط ٥٥٩/٣ م رقم ١٢٥٨.

اللام وبعد الألف زاي مصري، وثقه محمد بن سعد^(١) وأبو حاتم بن حبان^(٢)، وقال فيه أحمد بن حنبل: صالح الحديث، ولم يضعفه أحد. فالحديث صحيح. وهو أقوى ما احتج به لمذهب مالك ومن وافقه.

واحتجوا أيضا: بحديث حكيم بن حزام^(٣) - رضي الله عنه - يمثل هذه القصة، أيضا: أن النبي ﷺ ٩٥/ب.

بعث جعفر^(٤) بدينار يشتري له به اضحية - قال: فاشترأها بدينار وباعها بدينارين ثم رجع واشترى أخرى منها بدينار، وجاء بدينار إلى النبي ﷺ وبالأضحية، فقال النبي ﷺ: ضح بالشاه، وتصدق بالدينار. أخرجه أبو داود^(٥) - من طريق سفيان الثوري^(٦) - قال: حدثني أبو حصين^(٧)، عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام، رواه الترمذي^(٨) من طريق أبو بكر بن عياش^(٩) عن أبي حصين^(١٠) عن حبيب بن أبي

(١) هو: محمد بن سعد أبو عبدالله الحافظ، كاتب الواقدي وصاحب الطبقات والتاريخ، واحد الحفاظ الكبار الثقات المتحررين، توفي ببغداد سنة (٢٣٠ هـ) انظر شذرات الذهب ٦٩/٢، وتهذيب التهذيب ٩٨٢/٩ - ١٨٣.

(٢) هو: محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي أبو حاتم، صاحب الصحيح والفتا، كان حافظا وثقيا وإماما، حجة توفي سنة (٣٥٤ هـ). انظر: شذرات الذهب ١٦٣/٣، معجم المؤلفين عمر رضا كحالة ١٧٣/٩.

(٣) هو: حكيم بن حزام بن خويلد اسد الاسدي أبو خبالد المكي، ابن أخي خديجة أم المؤمنين - رضي الله عنها - أسلم يوم الفتح، وصحب وله: أربع وسبعون سنة ثم عاش إلى سنة أربع وخمسين أو بعدها - وكان عالما بالنسب.

انظر: تقريب التهذيب ٨٠ - ٨١، الإصابة في تمييز الصحابة - ابن حجر العسقلاني ٣٤٩/١.

(٤) لم نجد ذكرًا لجعفر في سنن أبي داود وسنن الترمذي والذي أرسله - صل الله عليه وسلم - هو حكيم بن حزام نفسه، والعبارة في سنن أبي داود: «بعث معه بديناره فلعله وقع تحريف من معه إلى جعفر».

(٥) انظر: السنن ٦٧٩/٣ م ٣٣٨٦.

(٦) هو: سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، هو أبو عبدالله الكوفي، ثقة حافظ فقيه، عابد، إمام حجة، توفي سنة إحدى وستين ومائة وله أربع وستون سنة.

انظر: تقريب التهذيب ١٢٨، تهذيب التهذيب ١١٤/٤ - ١١٥.

(٧) هو: عثمان بن عاصم بن حصين الأسدي الكوفي أبو - حصين بفتح المهملة - ثقة، ثبت، سني، وربما دلس، مات سنة سبع وعشرين ومائة، ويقال بعدها.

انظر: تقريب التهذيب ٢٣٤، تهذيب التهذيب ١٢٦/٧ - ١٢٨.

(٨) انظر السنن ٥٥٨/٣ م ١٢٥٧.

(٩) هو: أبو بكر بن عياش - بحتانيه ومعجمه بن سالم الأزدي المقرئ الحياطي - بمهملة وتون - مشهور بكتيبته والأصح أنها اسمه، ثقة عابد، إلا أنه لما كبر ساء حفظه، وكتابه صحيح. مات سنة أربع وتسعين ومائة، وقيل: قبل ذلك وقد قارب المائة.

انظر: تقريب التهذيب ٣٩/٦، تهذيب التهذيب ٣٤/١٢ - ٣٧.

(١٠) هو: عثمان بن عاصم الأسدي.

ووجه الدلالة منه ظاهره، فإنه يصرف للاجير بيع ماله والشراء به، ولا يقال: هو شرع من قبلنا، وفي كونه حجة خلاف^(١)، لانا نقول انما^(٢) النبي ﷺ على وجه المدح لفاعله، وان جعله، كان سببا لنجاته وذلك يقتضي جواز مثله في شرعنا. فهذا تقرير منه ﷺ لعرف هذا الرجل الذي استاجر الاجير فيعتبر هذا ثابتا بالسنة التقريرية وهي مصدر التشريع فالسنة تثبت بالقول وبالفعل وبالتقرير وقد اقر عليه السلام بهذا تعرف هذا الرجل، وبهذا اصبح اقرار الشرع من قبلنا.

واحتج الاصحاب بالحديث المتفق على صحته: «ان النبي ﷺ يبي عن بيع الغرر^(٣)»، لأنه غير مقدور على تسليمه حالة العقد، فهو كبيع الآبق والصال الذي لا يعرف موضعه، وحديث يوسف ابن ماهك^(٤) عن حكيم بن حزام - رضي الله عنه قال: «نهاني النبي ﷺ ان ابيع ما ليس عندي^(٥)»، رواه الترمذي بهذا اللفظ - وقال فيه حديث حسن - واخرجه أيضا هو وأبو داود والنسائي^(٦) انه سأل النبي ﷺ قال يأتيني الرجل يسألني البيع ليس عندي فقال النبي ﷺ «لا تبع ما ليس عندك» واسناده صحيح^(٧).

(١) انظر: العدة لأبي يعلى ٧٥/٣ - ٧٦٧، التبرع للشيرازي ٢٨٥ - ٢٨٨، البرهان ٥٠٣/١ - ٥٠٨ اصول الرخسي ٩٩/٢ - ١٠٥، المتصفى ٢٤٦/١ - ٢٦٠، المحصول ٤٠١/٣ - ٤١٤، روضة الناظر مع شرح ابن أحمد الدومي ٤٠٠/١ - ٤٠٣.

(٢) الكلام لا يتم الا بزيادة قاله، فيكون «انما قاله النبي» ولعلها سقطت سهوا من الناسخ.

(٣) متفق على صحته (انظر: سنن الترمذي ٥٣٢/٣ م ١١٣٠، سنن أبي داود ٦٧٢/٣ م ٣٣٧٦ وصحيح مسلم ١١٥/٣ م ١٥١٣).

(٤) هو: يوسف بن ماهك بن بهزاد - بضم الموحدة وسكون الباء، بعدها زاي - الفارسي المكي نفع، مات سنة ست ومائة وقيل قبل ذلك، قال في التهذيب: يوسف بن ماهك بن مهران المكي. (انظر: تقريب التهذيب ٣٨٩، تهذيب التهذيب ابن حجر العسقلاني ٤٢١/١١ - ٤٢٢).

(٥) رواه الترمذي في سننه ٥٣٤/٣ م ١٢٣٣.

(٦) هو: أحمد بن شعيب بن علي بن سنان بن بحر، أبو عبد الرحمن النسائي الحافظ صاحب السنن مات سنة ثلاث وثلاثمائة، وله ثمان وثمانون سنة. انظر: تقريب التهذيب ١٣، تهذيب التهذيب ٣٦١/١ - ٣٩.

(٧) اخرجه الترمذي في سننه ٥٣٤/٣ م ١٢٣٢، وأبو داود في سننه ٧٦٩/٣ م ٣٥٠٣، والنسائي في سننه ٢٨٩/٧.

وبحديث عمرو بن شعيب^(١) عن أبيه^(٢) عن جده عبدالله بن عمرو^(٣) - رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»^(٤)، رواه أبو داود والترمذي وغيرهما، بإسناد صحيحه إلا عمرو بن شعيب^(٥)، وقال فيه الترمذي: حديث حسن صحيح^(٦)، ورواه

(١) هو: عمرو بن شعيب بن محمد بن عبدالله بن عمرو بن العاص القرشي، صدوق، مات سنة ثمان عشرة ومائة.

انظر: تقريب التهذيب ٢٦٠، تهذيب التهذيب ٤٨/٨ - ٥٥.

(٢) هو: شعيب بن محمد بن عبدالله بن عمرو بن العاص القرشي الحجازي، صدوق، ثبت سماعه من جده.

انظر: تقريب التهذيب ١٤/٦، تهذيب التهذيب ٣٥٦/٤ - ٣٥٧.

(٣) هو: عبدالله بن عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم السهمي، أبو محمد، وقيل أبو عبد الرحمن، أحد السابقين الكثيرين من الصحابة، وأحد العبادة الفقهاء. مات سنة ثلاث وستين أو بعدها.

انظر: تقريب التهذيب ١٨/٣، تهذيب التهذيب ٣٣٧/٥ - ٣٣٨.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه ٧٦٩/٣ - ٧٧٥ م ٣٥٠٤، والترمذي في سننه ٥٣٥/٣ - ٥٣٦ م ١٢٣٤، والنسائي في سننه ٢٨٨/٧.

(٥) إن استثناء المصنف لحديث عمرو بن شعيب من الأسانيد الصحيحة لا يبريد بذلك الضعف - والله أعلم - وإنما يريد أن حديثه دون رتبة الصحة بقليل وهو الحسن أو ما بين الحسن والصحة.

وذلك لما دار حول عمرو بن شعيب من كلام بين علماء الجرح والتعديل، فمنهم من وثقه ومنهم من ضعفه، والرجل إذا اختلف فيه جرحاً وتعديلاً عمل العلماء على التوسط في أمره وهو جعله في مرتبة بين الضعف والصحة وهي الحسن.

وسبب هذا الخلاف أنه عمرو بن شعيب روى صحيحه عن أبيه عن جده لم يسمعهما من أبيه كلها وإنما سمع بعضها ثم حدث بجميعها وكذلك حكم بعض العلماء على أحاديثه في هذه الصحيفة بالارسال، هذا فضلاً عن أن إقدامه على مثل هذا العمل يعرضه للظن فيه، ولكن عمرو بن شعيب كان في حد ذاته ثقة، كما أنه قد ثبت عند بعض الأئمة سماعه من أبيه وسامع أبيه من جده.

هذا الأمر جعل بعض العلماء يضعفه وبعضهم يوثقه.

قال يحيى ابن معين: إذا حدث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فهو كتاب، ومن هنا جاء ضعفه، وإذا حدث عن سعيد بن المسيب أو سليمان بن يسار أو عروة فهو ثقة عن هؤلاء. تهذيب التهذيب ٤٩/٨.

وقال أبو زرعة الرازي: روى عنه الثقات، وإنما أنكروا عليه كثرة روايته عن أبيه عن جده، وإنما سمع أحاديث يسيره وأخذ صحيفة كانت عنده فرواها أحد (المصدر السابق).

وقال الحافظ الذهبي: ولما سمعنا فقد نسخة عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من أقسام الصحيح الذي لا نزاع فيه من أجل الوجادة، فينتهي أن يتأمل حديثه ويتحاذ ما جاء منه منكراً، ويروي ما عدا ذلك في السنن والاحكام معنيين لاسناده، فقد احتج به أئمة كبار ووثقوه في الجملة، وتوقف فيه آخرون قليلاً وما علمت أن أحداً تركه. سير اعلام النبلاء ١٧٥/٥.

وقال الحافظ ابن حجر: عمرو بن شعيب ضعفه ناس مطلقاً ووثقه الجمهور، وضعف بعضهم روايته عن أبيه عن جده، فاما روايته عن أبيه عن جده فربما دلّس ما في الصحيفة بلفظ عن، فإذا قال حدثني أبي فلا ريب في صحتها كما يقتضيه كلام أبي زرعة المتقدم وأما رواية أبيه عن جده، فإنما يثبت بها الجد الأعلى عبدالله بن عمرو لا محمد بن عبدالله وقد جرح شعيب بسامعه من عبدالله في إساكن وصح سماعه منه ١ هـ تهذيب التهذيب ٥١/٨.

البيهقي^(١) وغيره ٩٦/ب من طريق الأوزاعي^(٢) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ أرسل عتاب بن أسيد^(٣)، إلى أهل مكة أن ابلفهم أربع خصال: (لا يصلح شرطان في بيع، ولا بيع وسلف، ولا بيع ما لم يملك، ولا ربح ما لم يضمن^(٤)).

وهو في كتاب (المستدرک) للحاكم^(٥)، من حديث عطاء الخراساني^(٦) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - قال: «قلت: يا رسول

قلت: وبالجمله فلما كانت روايته عن ابيه عن جده وجادة مع ثقته ورواية الثقات عنه فقد جعلها العلماء في رتبة الحسن، قال الامام الحاكم: الصحيح ينقسم إلى عشرة اقسام، خمسة متفق عليها وخمسة مختلف فيها... ثم عد الخمسة الأول وجعل الخامس منها احاديث جماعة من الائمة عن آبائهم عن اجدادهم لم تتواتر الرواية عن آبائهم عن اجدادهم الا عنهم كعمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وبز بن حكيم عن ابيه عن جده. تدريب الراوي ٧٦ - ٧٧.

قلت: يريد الحاكم بتقسيم الصحيح إلى عشرة اقسام من حيث تفاوتها في الرتبة لا من حيث التوعية وبالتفاوت في الرتبة تكون الدرجة الخامسة منها هي رتبة الحسن لأن الحسن مندرج مع الصحيح في الاحتجاج به.

وحكى السيوطي عن الحافظ الذهبي قوله: اعل مراتب الحسن بيز بن حكيم عن ابيه عن جده وعمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وعبد بن اسحاق عن ابراهيم التيمي وامثال ذلك مما قيل انه صحيح وهذا من ادن مراتب الصحيح تدريب الراوي ٩١ الأولى.

وبما تقدم يتضح المراد من استثناء المصنف لحديث عمرو بن شعيب من الصحة وهو الاستثناء في الصحيح لذاته والنزول به إلى رتبة الحسن وهي ادن مراتب الصحيح والله اعلم.

(٦) انظر: سننه ٥٣٦/٣.

(١) هو الامام أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، فقيه جليل، حافظ كبير، اصولي محبر، زاهد ورع، صاحب التصانيف السنن الكبرى وغيرها، توفي سنة ثمان وخمسين وأربع مائه.

انظر: طبقات الشافعية ٣/٣ - ٦، شذرات الذهب ٣٠٤/٣ - ٣٠٥.

(٢) هو: عبد الرحمن بن عمرو بن أبي عمرو محمد الأوزاعي أبو عمرو، الفقيه، ثقة، جليل، مات سنة سبع وخمسين ومائة.

انظر: تقريب التهذيب ٢٠٧، تهذيب التهذيب - ابن حجر العسقلاني ٢٣٨/٦ - ٢٤٢.

(٣) هو: عتاب بن أسيد - يفتح اوله - ابن أبي العيص - بكسر الملهه - ابن امية الاموي أبو عبد الرحمن المكي له صحبه، وكان امير مكة في عهد النبي ﷺ ومات في يوم مات أبو بكر الصديق فيما ذكر الواقدي، لكن ذكر - الطبراني: أنه كان عاملاً على مكة لعمر سنة احدى وعشرين.

انظر: تقريب التهذيب: ٢٣١، تهذيب التهذيب ٨٩/٧ - ٩٠، الاصابة ٤٥١/٢.

(٤) انظر: السنن الكبرى ٣٤٠/٥.

(٥) هو: أبو عبدالله الحاكم محمد بن عبدالله بن محمد بن حمدون الضبي الطهلياني التيسابوري، كتب عن نحو النبي شيخ، قرأ الفراءات على جماعة وبرع في معرفة الحديث وفنونه وصنف التصانيف الكثيره، ثقة، حجة، صاحب المستدرک على الصحيحين. انظر: شذرات الذهب ١٧٦/٣ - ١٧٧.

(٦) هو: عطاء بن أبي مسلم أبو عثمان الخراساني واسم ابيه مسيرة، وقيل: عبدالله، صدوق، يرم كثيرا، ويرسل ويدلس، مات سنة خمسين وثلاثين ومائة.

انظر: تقريب التهذيب ٢٣/٩، تهذيب التهذيب ٢١٢/٧ - ٢١٥.

الله - اني اسمع منك أشياء اخاف أن اتساهها . افتأذن لي أن اكتبها - قال : نعم - قال : كان فيها كتب عن رسول الله ﷺ انه لما بعث عتاب بن اسيد إلى مكة قال : « اخبرهم انه لا يجوز بيعان في بيع ولا بيع مالم يملك ^(١) » - الحديث - فهذه ^(٢) الاحاديث صريحة في عدم صحة بيع مال الغير، بغير اذنه أو ولاية عليه، لعدم ملكه العقد عليه فيها يجري في ملكه الغرر، وهو المراد بقوله في الحديث الآخر « لا تبع ما ليس عندك » . للاتفاق على ان المملوك يصح بيعه، وان كان غائباً عنه - حالة العقد - فاما حديث الغار، والمعتمد في الجواب عنه : ان الاجير لم يكن قبض اجرته، وكانت في الذمة، فلم يتعين له ملكا، ثم ان المستأجر تصرف فيها هوباق على ملكه وتبرع الاجير بارساح ذلك، فلم يكن ذلك البيع والشراء في حال الاجير بدون اذنه ^(٣) . واما الحديثان الاولان فيحتمل في كل منهما ان يكون النبي ﷺ اذن لكل من حكيم بن حزام، ٩٧/١ وعروة بن الجعد في ^(٤) مطلق التصرف له ^(٥) . ولم ينقل ذلك، أو فهم كل منهما ذلك منه ﷺ وكان امره للفهم مطابقا .

ومجرد هذا الاحتمال كان في البيع من الاستدلال به . لأنها من وقائع الاعيان فلا ينتهضان لمعارضة صريح الاحاديث المتقدمة، مع عموم لفظها وصحة اسانيدھا الا ان الشافعي - رحمه الله - لم يعتبر هذا الاحتمال في حديث عروة البارقي، بل علق القول به على صحته كما تقدم النقل عنه في كتاب (البويطي والربيع) - والحديث - صحيح - كما تقدم، والله اعلم .

وقد نص الشافعي في مثل قصة عروة هذه على قولين، واصحهما عند الاصحاب صحة شراء الشاتين، اذا كانت كل واحدة منهما تساوي دينارا، وقد وكله في شراء واحدة موصوفة بدينار، ووقع الوكيل العقد على دينار في الذمة، فيقع الملك في الشاتين للموكل .

والقول الثاني :

ان الوكيل يقع له شاة بنصف دينار وهو بالخيار بين ان يترك للوكيل الشاة الاخرى ويأخذ منه نصف دينار وبين ان يأخذها منه، فيسلم له الشاتان بالدينار - وحكوا هذا

(١) انظر المستدرک ١٧/٢ .

(٢) في المخطوطة « فهذا » وهو خطأ ظاهر .

(٣) انظر : المجموع شرح المهذب - للنووي - ٢٨٧/٨ .

(٤) في المخطوطة (ي) والصواب (في) .

(٥) انظر : المجموع شرح المهذب - للنووي - ٢٨٦/٨ .

عن نص الشافعي في كتاب الاجارة من الام^(١)، وذكر القاضي أبو الطيب الطبري^(٢) في تعليقه والمتولي^(٣) في التتمه ان هذا القول لا وجه له الا البناء على البيع الموقوف انه يجوز. وهذا منها تسليم ان للشافعي قولان في الجديد يوقف العقود والله اعلم. ٩٧/ب.

قال الاصحاب: والقولان في بيع الفضولي مال الغير جاريان فيها لمن اشترى للغير، أو زوج امته أو ابنته أو منكوحته أو اعتق عبده، أو أجر داره، أو وهب ماله بغير اذن في ذلك كله - هذا صرح به الرافعي^(٤) وغيره^(٥) لكن الاصحاب لم يتعرضوا للمسألة في كتاب الطلاق، فيتبع في مسألة الشراء، للغير تفصيل. وذلك اما ان يقع بضمن معين أو بضمن في الذمة. فان كان الثمن معيناً: فاما ان يكون لذلك الغير أو لمباشر العقد فان كان لذلك المشتري له، ففيه قولان:

وهو في الحقيقة يبيع مال له بغير اذنه، وان كان الثمن للغير، لمباشر العقد، لانه اطلق العقد، ولم يسم المشتري له، وقع العقد للمباشر بلا خلاف، سواء اذن له ذلك الغير ام لا...

وان ساء في العقد ولم يأذن له الغير لغت التسميه، وهل يبطل العقد من اصله ام يقع عن المباشر، فيه وجهان مبنيان على ما اذا فسخ الوجوب هل يبقى الجواز، وفيه خلاف اصولي^(٦)، وان اذن له فهل يلغوا التسميه، فيه وجهان: فان قلنا نلغو فهل

(١) كتاب الام للشافعي ٢٥٨/٣ طبعة بولاق.

(٢) هو: القاضي أبو الطيب طاهر بن عبدالله طاهر الطبري ثم البغدادي، كان ثقة، صادقاً، عارفاً باصول الفقه وفروعه، محققاً في علومه سليم الصدر، حسن الخلق، صحيح المذهب جيد اللسان، صحيح العقل، ثابت الفهم، وبقي إلى حين وفاته، توفي سنة خمس ومائة.

انظر: تاريخ بغداد ٣٥٨/٩ - ٣٦٠، تهذيب الاسماء واللغات ٢٤٧/٢ - ٢٤٨، طبقات الشافعية ١٧٧/٣ - ١٧٧/٣ - ١٩٧٠.

(٣) هو: عبدالرحمن بن مأمون بن علي بن إبراهيم أبو سعيد صاحب التتمه، احد كبار ائمة المذهب الشافعي، فقيه، متكلم.

انظر: طبقات الشافعية ٢٢٣/٣ - ٢٢٥ شذرات الذهب ٤٠٠/٣ - ٤٠١ - معجم المؤلفين ١٢١/٥.

(٤) هو: أبو القاسم عبدالكريم بن محمد بن عبدالكريم بن الفضل القزويني، الاسام البارع المتبحر في المذهب وعلوم كتبه، شرح كتاب الوجيز للغزالي في ١٦ مجلد، وله كتب اخرى، توفي سنة ثلاث وعشرين وستائة.

انظر: تهذيب الاسماء واللغات ٢٦٤/٢ - ٢٦٥، طبقات الشافعية ١١٩/٥ - ١٢٥، معجم المؤلفين ٣/٦.

(٥) انظر: فتح العزيز ١٢٢/٨، والمجموع - للنووي ٢٨٢/٨.

(٦) هذه قاعدة اصولية وقع فيها الخلاف بين علماء الاصول، وهذا الخلاف مرتب عليها.

انظر: العدة ٣٧٤/٢ - ٣٧٦، التبره ٩٦، اصول السرخسي ٦٤/١ - ٦٥، المستصفى ٧٣/١، المحصول ٣٤٢/٢ - ٣٤٨، التمهيد للاسنوي ٩٩ - ١٠١.

يبطل العقد من اصله، ام يقع عن العاقد فيه الوجهان - وان قلنا لا يلغو وقع العقد عن الاذن - وهل يكون الثمن المعروض في العقد فرضا لمن وقع العقد له ام هبه - فيه وجهان. (١)

اما اذا كان الشراء بشيء في الذمه، فهو ايضا على اقسام:

احداها: ١/٩٨/ ان يقول اشتريت لفلان بالف في ذمته، فالحاكم كما لو اشترى له بعين ماله.

وثانيها: ان يعين المباشر كون الثمن في ذمته، وفيه القولان.

فان قلنا يتوقف على الاجازة واجاز المعين فهل يكون الثمن قرضا أو هبه اذا ادى ماله، فيه الوجهان.

وثالثهما: ان يطلق وينوي كونه للغير - فعل الحديث المشهور يقع للمباشر وعلى القول الاخر يتوقف على الاجازة، فان رده، يديم العقد للمباشر.

ورابعهما: ان يقول اشتريت لفلان بالف، ويطلق الثمن فيه ايضا القولان.

فعلى القول المشهور، ففيه وجهان.

احدهما: يبطل العقد من اصله.

والثاني: يقع على المباشر ويلغوا التسميه، وعلى القول الآخر يقف على الاجازة، فان اجاز نفذ للمميز وكان الثمن في ذمته والا ففيه الوجهان في وقوعه للمباشر، وقد ذكر الحنفية ان شرط وقف العقود، ان يكون لها مجيز في الحال، مالكا كان أو متصرفا على المالك، فلو اعتق الاجنبي عبدالصبي، أو طلق امرأته لم يتوقف ذلك على اجازة الصبي، حتى لو بلغ عن قرب واجاز، لم يعتبر اجازته، بل المعتبر اجازة وليه أو من يملك التصرف عليه حالة العقد، ولذلك لو باع مال الغير، ثم انتقل ذلك إلى البائع لم ينفذ اجازته بعد ما ملكه قطعاً (٢) - قال الشيخ أبو محمد الجويني (٣) - هكذا الحكم عندنا اذا

(١) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز - الرافعي ١٢٢/٨، والمجموع للنووي ٢٨٢/٨ - ٢٨٣

(٢) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز - للرافعي ١٢٢/٨ - ١٢٣، والمجموع - للنووي ٢٨٣/٨.

(٣) هو: عبدالله بن يوسف بن حيويه بن عبدالله أبو محمد الجويني والد امام الحرمين واحد زمانه علما وزهدا، ونفسا زائدا، كان يلقب بركن الاسلام له المعرفة الشاملة بالفقه والاصول والنجوم والتفسير والادب، وله تصانيف منها التفسير الكبير والتبصرة، والتذكرة، توفي سنة ثمان وثلاثين واربع مائه.

انظر: طبقات الشافعية ٢٠٨/٣ - ٢١٩، شذرات الذهب ٢٦١/٣ - ٢٦٢، معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ١٦٥/٦.

فرعنا على القول القديم، وتبعه على ذلك ولده امام الحرمين^(١) ومن بعده من الأصحاب.

وقال امام الحرمين :

ثم اذا صححنا العقد في القديم تجز في صحته، بيد ان الملك لا يحصل الا عند الاجازة، ولو وهب وا قبض، لم يحصل الملك، فاذا اجاز المالك استبعدت الاجازة حصول الملك، ولم يتقدم الملك عليها تبيناً «واسناداً» هذا ما اراه وليس يخرج في هذا القول الغريب ان الهبة اذا تأكدت بالقبض فتبين ان الملك استند إلى حالة الهبة وذكر^(٢) قبل ذلك ان اصل وقف العقود^(٣) مسائل :

احدهما: بيع الفضولي المتقدم ذكره.

والثانية: اذا غصب اموالاً ثم باعها وتصرف في اثمانها مرة بعد اخرى، فقيه قولان: اصحهما: بطلان الكل.

والثاني: ان للمالك ان يميزها ويأخذ الحاصل منها، والخلاف في هذا مرتب من الخلاف الاول، ويزداد شدة وسعة ما فيها من عسر يتبع العقود الكثيرة بالنقض والابطال ورعاية مصلحة المالك^(٤).

قال الامام والقولان نص عليهما في كتاب (الغصوب)، يعني من كتبه الجديدة، قال الرافعي: وعلى هذا الخلاف ينتهي^(٥) الخلاف في ان الغاصب اذا ربح في المال المغصوب يكون الربح له، أو للمالك ذكره^(٦).

(١) هو: عبد الملك بن عبدالله بن يوسف بن عبدالله بن يوسف الجبوري النسابوري الشافعي المعروف بامام الحرمين، ابو المعالي، فقيه، اصولي، متكلم مفسر، اديب، محقق، احد الائمة الاعلام، له مؤلفات عديدة، البرهان في اصول الفقه ونهاية المطلب في دواية المذهب في الفقه، توفي سنة ثمان واربعين واربعمائة. انظر: طبقات الشافعية ٣/ ٢٤٩ - ٢٨٣، شذرات الذهب ٣/ ٣٥٨ - ٣٦٢، معجم المؤلفين ٦/ ١٨٤.

(٢) أي الرافعي (انظر: الاشياء والنظائر للسيوطي ٢٨٥).

(٣) قال السيوطي: وهي أي الخلاف في مسألة الغصب اقوى منه في بيع الفضولي لما فيها من عسر تتبع العقود الكثيرة بالنقد.

انظر: الاشياء والنظائر ص ٢٨٦، وعبارة النسخة لا تنضج تماماً فائتته مع قراءة تقريبية، مع المراجعة للمصدر السابق.

(٤) انظر: فتح العزيز ٨/ ١٢٣ - ١٢٤، والمجموع للنووي ٣/ ٢٨٣.

(٥) في فتح العزيز «يني» انظر ٨/ ١٢٤.

(٦) انظر العزيز شرح الوجيز - للرافعي ٨/ ١٢٤.

والمسألة الثالثة : اذا باع مال ابیه^(١) على ظن انه حي، وان البائع فضولي بان انه كان حيا^(٢) يومئذ وان المبيع ملك البائع^(٣) وفيه قولان مشهوران في الطريقتين، ١/٩٩.

واصحهما عندهم صحة البيع، لصدوره من المالك^(٤) ذكرهم كالمطيقين على ذلك، قال الغزالي^(٥) الاقيس المنع^(٦)، لانه لم يقصد باللفظ قطع الملك، ولان هذا العقد وان كان منجزا في الصورة فهو في المعنى معلق.

والتقدير : ان مات مورثي فقد بعث، والقائل بالصحة لا يمنع لكونه معلقا في المعنى، بل والعائد قطع بالبيع وصادف ملكه ولايه، وعلى ذلك ما اذا اخراج زكاة مال مورثه، وهؤلاء يعتقدونه، ثم بان انه كان قد مات، وحال الحول عليه في ملكه. لان النيه في الزكاة لا بد منها، ولم تكن جازمة حالة الاخراج وفي البيع لا حاجة إلى النيه^(٧) وذكر الرافعي ان الخلاف في هذه المسألة قريب من الخلاف في ان بيع الهازل هل ينعقد؟

وفيه وجهان، ومن الخلاف في بيع التلجثة، وصورته :

ان يخاف غصب ماله أو الاكراه على بيعه فباعه من انسان بيعا مطلقا، ولكن توافقا قبله على انه لدفع الشر على^(٨) حقيقة البيع، وظاهر المذهب انعقاده.

وفيه وجه^(٩) قلت ويشتان على القولين في اصل المسألة عن شيء وهذا اذا قلنا لا يصح بيع من باع مال ابیه ظانا بحياته، وكان ميتا فهل يشترط في البيع لترتب^(١٠) ذلك

(١) في فتح العزيز ١٢٤/٨ وابنه وفي الاشياء والنظائر ٢٨٥ وابيه.

(٢) في فتح العزيز والروضة والمجموع (العائد).

(٣) في فتح العزيز والمجموع والروضة (العائد).

(٤) في فتح العزيز ١٢٤/٨ والمجموع ٢٨٣/٨ - ٢٨٤، روضة الطالبين للنووي ٣/٣٥٥، والاشياء والنظائر للسيوطي ٢٨٥.

(٥) هو : حجة الاسلام أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الشافعي المعروف بالغزالي متكلم، فقيه، اصولي، صوفي، مشارك في انواع من العلوم، صاحب المصنفات منها : المستصفى، والمنحول في اصول الفقه، والوجيز في الفقه وغيرها. توفي سنة خمس وخمسة.

انظر : سير اعلام النبلاء ١٩/٣٢٢ - ٣٤٦، طبقات الشافعية ١٠١/٤ - ١٨٢، معجم المؤلفين ١١/٢٢٦ - ٢٦٧.

(٦) انظر : الوجيز ١/١٣٤، ومع فتح العزيز ١٢١/٨.

(٧) انظر : فتح العزيز شرح الوجيز - الرافعي - ١٢٤/٨.

(٨) في فتح العزيز والمجموع ولا على.

(٩) انظر : فتح العزيز ١٢٤/٨، والمجموع ٨/٢٨٤، وروضة الطالبين ٣/٣٥٥، والتمهيد للاسوي ١٣٩.

(١٠) كذا في المخطوطة.

شرط زائد على الشروط المعروفة فيقال: شرط المبيع ان يكون طاهرا، منتفعا به، مقدورا على تسليمه، معلوما عند المتعاقدين، مملوكا لمن وقع العقد له، معلوم للملكية.

أو يقال هذا الشرط يرجع إلى خلل من الصيغة، لأنه لم يقصد بها معناها ولا يرجع إلى البيع شيء والظاهر الاحتمال الثاني ولهذا شبهه الرافعي ببيع الهازل^(١)، ويؤيده ما قاله الامام انه لو باع مالا يظنه لنفسه فكان ملك ابيه وكان ميتا عند العقد صح بلا خلاف فلم يميز فيه ذلك القول لما كان يظنه لنفسه.

قال الرافعي وغيره: لبعد ذكر هذه المسائل الثلاث والخلاف فيها، القولان في هذه المسائل يعبر عنهما بقول^(٢) بوقف العقود^(٣) حيث يقول اصحابنا الخرسانيون فيه قولان وقف العقود وارادا^(٤) هذين وسميا بذلك لان الخلاف راجع إلى ان العقد هل ينعقد على التوقف ام لا ينعقد ويكون باطلا من اصله^(٥)؟

قلت: وهذا الكلام يشكل ولا يمشي^(٦) في بيع الانسان مال ابيه على ظن حياته ويكون ميتا حالة العقد لأن من يصححه لا يقول انه موقوف على علمه بموت ابيه واجازته اياه بعد ذلك. بل القائل قائلان:

احدهما قال: بانه يصح من حين التلفظ بالعقد.

والآخر قائل: ببطلانه غير متوقف على الاجازه.

وذلك بخلاف المسائلتين الاولتين، فان الخلاف فيها راجع إلى ان العقد بطل من اصله أو ينعقد موقوفا على الاجازه، وهذا كان الاصح في هاتين المسائلتين عدم الانعقاد، وفي مسألة بيع مال ابيه على ظن حياته: الانعقاد.

ويتحرر من ذلك ان الوقف فيها على قسمين:

وقف تبين، ووقف انعقاد، فالوقف في مسألة بيع الانسان مال ابيه على ظن حياته وقف تبين.

وذلك لا يضر على الاصح وهو ان يكون العقد في نفسه صحيحا أو باطلا ونحن لا نعلم ذلك، ثم يتبين انه كان صحيحا أو باطلا فعدم معرفتنا لا يضر والاعتداد على

(١) انظر: التفصيل في مسألة بيع الهازل في المجموع للنووي ١٨٤/٨.

(٢) في فتح العزيز والمجموع (بقولي).

(٣) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز - للرافعي - ١٢٤/٨.

(٤) في المجموع والروضة (وارادوا) وهو الصواب.

(٥) انظر: المجموع ٢٨٤/٨ وروضة الطالبين للنووي ٣٥٥/٣.

(٦) الكلمة غير واضحة في النسخة ولعلها كما اثبت.

ما في نفس الامر. واما في مسألة بيع الفضولي فقد تقدم ان الامام والرافعي قالا: ان الصحة ناجزة وان المتوقف على الاجازة الملك فقط^(١) والذي قاله الاكثرون فيه ان الصحة موقوفة على الاجازة فلا يحصل الا بعدها فتكون الاجازة مع اليجاب والقبول ثلاثتها اركان العقد وهذا هو الراجح لان ملك المالك لهذا البيع مستقر ونقل الفضولي له عن ملكه بغير ولاية ولا نيابة على خلاف القواعد، وما دل عليه قوله عليه السلام «انه لا يحل مال احد الا بطيب نفسه»^(٢).

فاذا قلنا بنفوذ تصرف الفضولي فلا ريب في ان الاصل دوام ملك المالك له حتى عين هذا العقد، فكيف يقال بوجوه والصحة دون ذلك، وهذا بخلاف المبيع في مدة الخيار، لان تعاطي البائع فيه العقد ليس على خلاف القواعد فلذلك كان الملك فيه للمشتري على أحد الأقوال، والمتوقف على انقضاء الخيار للزوم ولهذا نحكم فيما اذا كان الخيار لواحد منهما ان الملك حاصل لمن له الخيار، وقد قال محمد بن الحسن^(٣) في بيع الفضولي بقول الامام والرافعي: ان الصحة ناجزة والمتوقف على الاجازة الملك وهو مشكل كما بيناه - وعند ابي حنيفة وابي يوسف^(٤) ان الملك حاصل في بيع الفضولي وان معنى الوقف فيه الابطال اذا رده المالك وهذا قوى في الاشكال من الذي ١٠٠/ب قبله ويلزمهم على مقتضاه ان المالك اذا لم يجز ولم يرد يتنقل الملك إلى المشتري وما اظنهم يسمون بهذا.

فقد تحصلنا في الوقف على مراتب:

احداها: وقف الملك في مدة الخيار فان الصحة فيه ناجزة قطعاً وعلى قول الوقف انما هو في ان الملك في تلك المدة لمن هو.

(١) انظر: المجموع ٢٨٤/٨، وروضة الطالبين للنفري - ٣٥٥/٣.

(٢) اخرجه الامام أحمد في مسنده ١١٣، ٧٢/٥. وذكره الهيثمي بلفظ «لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه» قال رواه أبو يعلى وأبو مره، وثقه أبو داود، وضعفه ابن معين، وذكر الفاظ أخرى مقاربه له. انظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ١٧١/٤ - ١٧٢.

(٣) هو: محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني الحنفي أبو عبدالله، فقيه، مجتهد، محدث، قاضي القضاء، وفقهه العصر، جالس الامام أبو حنيفة ستين، وثقه على أبي يوسف، له مؤلفات منها: الجامع الصغير والكبير - توفي سنة تسع وثمانين ومائة.

(٤) انظر: تاريخ بغداد ١٧٢/٢ - ١٨٢، شذرات الذهب ٣٢١/١ - ٣٢٤، معجم المؤلفين ٢٠٦/٩ - ٢٠٧. هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الانصاري، الكوفي، البغدادي، أبو يوسف قاضي القضاء صاحب ابي حنيفة، الفقيه، المجتهد. توفي سنة اثنين وثمانين ومائة ببغداد. انظر: تاريخ بغداد ٢٤٢/١٤ - ٢٤٢، شذرات الذهب ٢٩٩/١ - ٣٠١، معجم المؤلفين عمر رضا كحالة ٢٤٠/١٣.

وثانيها : يبيع الانسان مال ابيه على ظن انه حي فاذا هو ميت والوقف فيه وقف تبين لا وقف انعقاد كما تقدم .

وثالثها : يبيع الفضولي وتصرفات الغاصب في المغصوب وابداله ، والوقف فيهما انما هو في الانعقاد على الراجح الذي قاله الاكثرون من اصحابنا .

لا في التبين وهو في مسألة الغاصب اقوى منه في بيع الفضولي . لما في تتبع تصرفات الغاصب من العسر والمشق . وعلى قول امام الحرمين والغزالي : يكون الوقف بالنسبة إلى الملك فقط والصحة ناجزة وفيه ما تقدم^(١) .

وثم هنا مراتب اخر مما قيل فيها بالوقف :

احداها : الراهن يمنع من كل تصرف في المرهون يزيل الملك كالبيع والهبة أو تقبل الرغبة^(٢) كالترجيع وما فعله من ذلك بغير اذن المرتهن فهو باطل نقل على المشهور . وعلى قول وقف العقود تكون هذه التصرفات موقوفه ، فان اجازته المرتهن أو فك الرهن تبين نفوذها ، والا فلا ، وهذا اولى بالصحة من بيع الفضولي . فان الوقف فيها مع وجود السبب وقيام المانع اولى منه مع عدم السبب وهو الملك المقتضي لصحة التصرف^(٣) وقال^(٤) امام الحرمين إلى تخريج ذلك على القولين في تصرفات المسألين الآتي ذكرهما وهما في الجديد . قال ولا نظر إلى كون حجر المفلس جرى من غير اختيار المحجور عليه بخلاف الرهن والوجه التسوية بين البابين .

وثانيهما : تصرف المفلس في شيء من اعيان ماله المحجور عليه بالبيع والهبة والكتابه ونحو ذلك بدون اذن فيه .

قولان منصوصان في الجديد أصحهما : ان ذلك باطل ، والثاني : انه موقوف فان فضل ما تصرف فيه عن الدين بارتضاع القيمة أو ابراء بعض الغرماء بان نفوذه من حين تصرفه ، والا تبين بطلانه^(٥) .

هذه عبارة كثير من الاصحاب ويكون الوقف على هذا وقف تبين كما يبيع مال ابيه ظانا حياته .

(١) المجموع للإمام النووي - ٢٨٤/٨ .

(٢) في الاشياء والنظائر للسيوطي ص ٢٨٦ (أو بما يقلل الرغبة كالترجيع) .

(٣) انظر : الاشياء والنظائر - للسيوطي - ٢٨٦ .

(٤) كذا في المخطوطة والصواب (ومال) .

(٥) فتح العزيز ٢٠٤/١٠ ، والاشياء والنظائر ٢٨٦ .

وقال الرافعي : «وان شئت قلت هذه التصرفات غير نافذة في الحال فان فضل ما تصرف فيه وانفك الحجر فهل ينفذ حينئذ» فيه قولان^(١) : وهذه العبارة تقتضي ان الوقف ليس وقف تبين بل وقف انعقاد^(٢) .

ووجه الغزالي بتقييد تصرف المفلس بان البيع صدر من اهله وصادف محله، وكنا نظنه دافعا لحق لا سبيل إلى دفعه، والآن فقد تبين انه لم يحصل به دفع محذور وبهذا التوجيه يتبين ما قاله امام الحرمين ان هذا الوقف زائد على الأصناف المتقدمة في المسائل الثلاث المذكورة أولا، وهو كما قال . لأن بيع الفضولي والغاصب لم يصدر من اهله، وبيع ما يظنه الاب في الظاهر كذلك، وفي الباطن بخلافه، وبيع المفلس في الظاهر والباطن صادر من اهله ولأن كونه دافعا لحق الغرباء مجهول مرتقب، فاشبه تصرف المرتن وهي المرتبة الثالثة، فان تصرفات المرتن بالمحاباة فيما يزيد على قدر الثلث فيها قولان :

احدهما : انها باطلة والاصح انها موقوفة فان اجاز الوارث ذلك نفذ والا بطل، وهذا أولى بالصحة من تصرفات المفلس، فان تصرفات المرتن جائز له في الحال اعتمادا على بقاء الحياه، والمفلس ممنوع من التصرف لمزاعمه، فأشروع الحجر لاجله، وايضا فالوقف في المريض انما هو على تقدير الموت وضيق الثلث عنه، وذلك امر مستقبلي بخلاف تصرف المفلس فان المانع قائم حالة التصرف، فاذا عرفت هذه المراتب في الوقف فنذكر ما ثبت استحضاره من مسائل الوقف في المذهب ونبين في كل واحدة إلى أي مرتبة رجع، وقد تقدمت الاشارة إلى قول الوقف في ملك المبيع في مدة الخيار، والخلاف فيه منتشر في الطرق .

وحاصله : ان الخيار ان كان للبايع فالأظهر بقاء الملك له، وان كان للمشتري فالأظهر انتقال الملك إليه، وان كان الخيار لها :

فالأظهر : ان الملك موقوف، فان تم البيع تبينا وان الملك انتقل إلى المشتري بنفس العقد، وان فسخ تبينا ان الملك باق للبايع لم يزل عنه .

ومنها : ملك الموصي به في الوصيه وفيه ثلاثة أقوال :

احدها : انه يملك بالموت، وبه قال أبو ثور .

والثاني : انه يملك بالقبول بعد الموت .

والثالث : وهو الأصح ان الأمر موقوف .

(١) فتح العزيز شرح الوجيز - الرافعي - ٢٠٤/١٠ .

(٢) انظر : الاشياء والنظائر - للسيوطي - ٢٨٦ .

فان قيل تبييناً «انه ملك من حين الموت، والا تبييناً انه كان ملكاً للوارث من يومئذ^(١)» وهو اختيار المزي^(٢) ويتوجه بضعف / ١٠٢ / للقولين الأولين فان الحكم بانتقاله بالموت يرد عليه الاتفاق على انه يرتد برده فلو كان كالإراث لما ارتد رده ولكان انتقاله إلى الوارث حينئذ، بطريق المجه من الموصي له لا بطريق الإرث، وأما الملك بالقبول بمحرده. فاما ان يكون القبول للميت أو للوارث والأول باطل لأن الميت بعد الموت لا يقع له الملك، والثاني يلزم منه أن يكون الموصي له يتلقى ذلك عن الوارث لا عن الموصي، وهو بعيد جداً. لأن الله تعالى آخر الإرث عن الوصايا بقوله ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾^(٣).

واذا بطل التحريم بكل واحد من الأمرين تعين القول بالوقف، وهو راجع إلى وقف التبين.

زوال ملك المرتد: ومنها زوال ملك المرتد عن أمواله بالردة وفيه ثلاثة أقوال:

أحدها: انه يزول بنفس الردة.

والثاني: انه لا يزول.

والثالث: وهو الأصح - الوقف -.

فان قيل بان زوال ملك من ارتد وان عاد إلى الاسلام، تبين انه لم يزول، وهذا من وقف التبين ايضاً، «ووجه بان حبس عمله يتوقف على هلاكه مرتداً» فكذلك زوال ملكه^(١).

ومنها اذا اعتق احد الشريكين نصيبه وكان موسراً فمضى يعتق نصيب شريكه فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يعتق بمجرد اعتناق الشريك الموسر نصيبه.

والثاني: لا يعتق الا بآداء قيمة نصيب الشريك.

(١) الوجيز ١/ ٢٧٤، وفتح العزيز ٨/ ٤٢٣، والاشباه والنظائر للسيوطي ٢٨٦.

(٢) هو: اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل بن عمرو المزي المصري صاحب الامام الشافعي أبو إبراهيم، فقيه، مجتهد، كان زاهداً وعابداً.

ومن مؤلفاته: المختصر - المعروف - والمنثور، والمسائل العشرة، والترغيب في العلم وغيره. توفي سنة أربع وستين ومائتين.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/ ٢٨٥، شذرات الذهب ٢/ ١٤٨، معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة - ٢٩٩/ ٢ - ٣٠٠.

(٣) النساء: ١٢.

(٤) انظر: روضة الطالبين للنووي ٧٨/ ١٠ (طبع المكتب الاسلامي).

والثالث : الوقف، فان ادى القيمة بان انه عتق من وقت اللفظ، وان مات ذلك تبينا انه لم يعتق، وصحح الرافعي وغيره القول الأول وعلى القول بالوقف هو من وقف/ التبين أيضاً. ١٠٢/ب.

ومنها قال الرافعي : بعد ذكره المسألة المتقدمة اذا باع مال ابيه على ظن انه حي وكان ميتا.

ويجري الخلاف فيما اذا باع العبد على ظن انه أبق أو مكاتب وكان قد رجع العبد أو فسخ الكتابه^(١) ومما^(٢) اذا زوج امة ابيه على ظن انه حي ثم بان انه مات هل يصح النكاح؟.

فان صح فقد نقلوا وجهين فيما اذا قال ان كان مات ابي فقد زوجته هذه الجارية^(٣) وقال النووي^(٤) : «الاصح في هذه المسألة البطلان»^(٥) يعني لوجود التعلق فيما صرحا، وقال الرافعي بعد ذكرهما : «وهذا يضعف توجيه قول البطلان».

يعني في مسألة بيع مال ابيه على ظن حياته «بانه وان كان منجزا في الصورة، فهو معلق في المعنى، لانا لا نجعل هذا التعليق مفسرا وان نصح به على رأي فما ظنك بتقديره»^(٦).

ومنها : لو اشترى لغيره على ظن انه فضولي، فبان انه كان قد وكله في ذلك ذكرهما النووي.

وقال : الأصح فيها الصحة كما في نظيرها في البيع.

ومنها : اذا وكله في تصرف وقلنا : لا تتوقف الوكالة على القبول وانه يكون وكيلاً قبل بلوغ الخبر إليه، فتصرف قبل بلوغ الخبر، ففيه هذا الخلاف بعينه يبلغ واضح.

(١) انظر : التمهيد للأسنوي ٦٥.

(٢) في فتح العزيز (وفيها).

(٣) انظر : فتح العزيز ١٢٤/٨، وايضا ١٢٤/٨، وايضا روضة الطالبين ٣٥٥/٣.

(٤) هو : يحيى بن شرف بن مري بن حسن، أبو زكريا، محي الدين النووي، محدث حافظ، فقيه لغوي، زاهد، ولد في الحرم سنة احدى وثلاثين وستمائة بنوى من أعمال حوران كان يقرأ كل يوم اثني عشر درسا على المشائخ شرحا وتصحيفا، ولى مشيخة دار الحديث (بالشام) بعد شهاب الدين ابي شامة، له عدة مؤلفات منها المجموع في شرح المذهب وغيره. توفي في رجب سنة ست وسبعين وستائة.

انظر : طبقات الشافعية ١٦٥/٥ - ١٦٨، شذرات الذهب ٣٥٤/٥ - ٣٥٦، معجم المؤلفين - عمر رضا كحاله ٢٠٣/١٣.

(٥) انظر : المجموع للنووي ٢٨٤/٩.

(٦) فتح العزيز شرح الوجيز - الرافعي ١٢٤/٨.

ومنها: اذا عامل العبد المأذون من عرف رقه ولم يعرف كونه مأذونا له في التجارة، فيه هذا الخلاف أيضا ذكره الرافعي. ^(١) ومنها حكى الحلبي ^(٢) قولين «فإذا كذب مدعي الوكالة ثم عامله فظهر صدقه في الوكالة» ^(٣) وهو قريب من الخلاف في بيع المازل / ١٠٣/١.

ومنها: لو باع الواهب ما وهبه من انسان آخر قبل القبض قال الشيخ أبو حامد ^(٤). ان كان يعتقد ان الهبة لا تتم الا بالقبض بطلت الهبة وصح البيع، وان كان يعتقد تمامها وانتقال الملك بنفس العقد ففي صحة البيع قولان كالقولين فيما لو باع مال ابيه على ظن انه حي فاذا هو ميت.

قلت: وعلى هذا فروع هذه المسألة إلى بيع المازل متجه.

ومنها: لو زوج امرأة المفقود فبان انه كان ميتا وقد انقضت عدتها فيه قولان. والاصح الصحة كما في نظيرها من البيع. وقد قالوا في نكاح المازل الاصح: البطلان. والفرق بينهما منقذ.

ومنها: لو زوج ابنته المجبرة وهي لا تعلم موجبات الصحة من الكفاءة وغيرها ثم بان انها موجودة.

ومنها: لو اعتق عبد مورثه وهو لا يعلم انتقاله إليه ثم بان ذلك، بالشهور: القطع بنفوذ العتق لموته، وبه جزم الامام في باب الشك في الطلاق، لكن حكى الغزالي في الوسيط: ان الامام حكى وجهها انه لا ينفذ.

ومنها: لو ابراه وهو لا يعلم ان له عليه ديناً، فاذا له عليه دين في نفس الأمر، فان قلنا ان الابراء اسقاط: صح - قطعاً. وان قلنا هو عليك فوجهان: يتخرجان على هذه القاعدة.

ومنها: ما اذا كان لمورثه على رجل دين، فقال: ابرأتك من الدين الذي لمورثي عليك، وكان المورث قد مات وهو لا يعلم. خرجها الأصحاب على هذه القاعدة وفيه

(١) انظر: فتح العزيز ١٢٨/٩، حيث يقول: ولو عامل المأذون من عرف رقه ولم يعرف اذنه، ثم بان كونه مأذونا، فهو ملحق عند الائمة بماذا باع مال ابيه على ظن انه حي فاذا هو ميت.

(٢) هو: الحسين بن الحسن بن محمد بن حليم، أبو عبدالله الحلبي، أحد كبار ائمة الشافعية، محدث، روى عنه الحاكم، له مصنفات منها: المنهاج في شعب الايمان، آيات الساعة، توفي سنة ثلاث وأربعمائه.

انظر: تذكرة الحفاظ ٢١٩/٣، طبقات الشافعية ١٤٧/٣ - ١٥٠، شذرات الذهب ١٦٧/٣ - ١٦٨.

(٣) انظر: قوله هذا في فتح العزيز ١٢٩/٩.

(٤) هو حجة الاسلام محمد الغزالي وقد سبق ترجمته.

نظر، لأن قيد الإبراء بأنه لمورثه، ولم يملكه له حالة الإبراء بل كان للمبريء، فالذي أبراه ١٠٣/ب منه لا يمكن والذي ملكه لم يرثه منه.

نعم تلبث هذه الصورة إلى قاعدة أخرى للأصحاب وهي أن الصفة هل هي للتوضيح أو للاشتراط؟.

وفي المهتب خلاف في مسائل ترجع إلى هذا ليس هذا موضع ذكرها فان قلنا الصفة للتعريف برىء، وإن كان الوصف للاشتراط لم يبرأ منه.

ومنها: إذا استأجرت المريض الذي لم يتحقق عضبه^(١) من يبيع عنه فحج، ثم بان آخر الأمر أنه كان حالة الحج عنه معضوبا، فهل يميزه عن حجة الاسلام؟.

فيه خلاف: ورجوعه إلى وقف التبين ظاهر، لكن الأصحاب رجحوا القول وبعدم الاجزاء، لأن العضب لم يكن متحققا حالة الاستنابة إذ يجوز أن يكون المرض زاد بعد ذلك حتى حصل العضب، وشرط الاستنابة وجود العضب فما لم يتحقق الشرط لم يقع الموقع^(٢).

ومنها: بيع العبد الجاني جنابة توجب المال متعلقا برقبته من غير اختيار الفداء والسيد والبائع موسر وفيه ثلاثة أقوال:

أصحها: أنه لا يصح البيع.

والثاني: أنه يصح ويكون السيد البيع مختارا للفداء.

والثالث: حكاه صاحب التتمه عن بعض الأصحاب تخريجا: أن البيع موقوف فإن فداء السيد نفذ والا فلا. وعلى هذا يكون الوقف من وقف الانعقاد لا من وقف التبين. نعم: هو من جنس الوقف في بيع المفلس لأن المنع منه لحق الغير وكذلك بيع المرهون كما تقدم^(٣).

ومنها: إذا اعتق السيد الموسر هذا العبد الجاني قبل اختياره الفداء وفيه ١٠٤/أ ثلاثة أقوال: أصحها: الصحة لقوة العتق. وثالثها: أن العتق موقوف فإن فداء السيد تبين نفوذه والا فلا، وهو صحيح من الوقف المشار إليه^(٤).

(١) المعضوب: المشلول شللا كلياً وأقعده المرض عن الحركة.

(٢) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٤٢/٧.

(٣) انظر: فتح العزيز ١٣١/٨ - ١٣٢.

(٤) انظر: فتح العزيز ١٣٠/٨ - ١٣٢.

ومنها: اذا عتقت الامة تحت عبد فلها الخيار في فسخ النكاح وهو على الفور، فان كان طلقها طلاقا «رجعيا» فعتقت في العده. فالمشهور ان لها الفسخ لتقطع سلطنة الرجعه. وفي امالي ابي الفرج السرخسي^(١). وجهه عن صاحب التقريب ان الفسخ موقوف فان راجعها نفذ والا فلا.

ومنها: ان هذه اذا اجازت النكاح وهي في عدة الطلاق الرجعية، فهل لها الاجازة؟.

فيه وجهان:

اصحهما: انه لا اثر لذلك.

والثاني: انه ينفذ.

وحكى الغزالي عن بعضهم: انه خرجه على وقف العقود، ان راجعها: نفذت، والا لغت.

ومنع امام الحرمين: صحة هذا التخرج قال: لأن شرط الوقف: ان يكون مورد العقد قابلا لمقصود العقد، الا ترى ان بيع الخمر لا يوقف إلى ان يتخلل وهي على حلها غير مستحيلة.

ومنها: اذا ثبت لها خيار الفسخ بالعتق فطلقها الزوج طلاقا «بائنا» فقولان: احدهما: ويحكى عن نصه في الام ان الطلاق موقوف ان فسخت بان ان الطلاق لم يقع وان لم تفسخ تبين انه قد وقع لأن تنفيذه في الحال يبطل حقها من الفسخ فينتفع، واستشهد له بأنه اذا طلقت في الرده يكون الطلاق موقوفا وكذلك ها هنا.

والثاني: نص عيه في الاملاء: انه يقع هذا الطلاق لمصادفته النكاح، ويبطل به الخيار، وصححه الرافعي وغيره، وفرق بينه وبين الطلاق في حال الرده/ بان الانفساخ بالردة ١٠٤/ب يستند إلى حالة الرده فتبين ان الطلاق لم يصادف النكاح، والفسخ بالعتق لا يستند إلى ما قبله.

ومنها: لو طلق الزوج المغيب قبل فسخ الزوجة بعينه، فيه هذا الخلاف بعينه، وحقيقة الوقف في هاتين المسألتين يرجع إلى وقف الانعقاد ولا إلى وقف التبين، وبه يعرف ان القول بهذا الوقف مما نص عليه، في الجديد، لان القول به منصوص عليه في الام كما ذكرناه.

(١) هو عبدالرحمن بن أحمد بن أحمد بن عبدالرحمن، أبو الفرج المروزي، السرخسي الزاز بالزاي المكرو، أحد ائمة الاسلام، ومن ضرب به المثل في الأفاق في حفظ مذهب الشافعي. من تصانيفه: التعليق والامالي، توفي سنة أربع وتسعين وأربعمائة.

انظر: طبقات الشافعية ٢٢١/٣ - ٢٢٣، شذرات الذهب ٣/٤٠٠ - ٤٠١، معجم المؤلفين عمر رضا كحاله ١٢١/٥.

• الكلام في بيع الفضولي •

ومنها : ما قاله الغزالي في نكاح المشركات فيها لو اسلمت امة تحت عبد فعتقت ، فلها تأخير الفسخ لانتظار اسلامه ، فان فسخت نفذ ، وفائدته كون عدتها من حين الفسخ لو اسلم وان اجازت قال انه بين على وقف العقود .

قال الرافي : لا يفيد صحة هذا الوقف الا على تقدير اسلام الزوج اما لو آخر فلا يتصور اقامة المسلمة تحت الكافر .

ومنها : اذا اسلم مع أربع وتخلفت أربع وهن وثنيات ، فعين الاوليات اللاتي اسلمن معه للفسخ لم يصح على الراجح .

وقيل : انه يصح موقوفا فان اصررن على الكفر انقضاء العدة تبين بقوله الفسخ في الاوليات ، وتعينت الاخرى للنكاح - قال الرافي : وهذا الوجه مأخوذ من الخلاف في وقف العقود ولو عين الأربع والمتخلفات للنكاح لم يصح الا على وجه الوقف ، ولو اسلم على ثمان فاسلمن على ترادف وهو يخاطب كل واحدة بالفسخ / عند اسلامها تعين الفسخ ١٠٥ / ١ للاربع المتأخرات وعلى وجه الوقف يتعين للاربع المتعلقات .

ومنها : خلع المرتدة موقوف فان عادت إلى الاسلام قبل العقد صح وان اخرت تبين البطلان .

قال الغزالي : وله الثفات إلى وقف العقود ، وقد اختار المتولي (١) انه يصح ، لأن المعارضة تقتضي الملك في المعقود عليه وهي كالثالثة عن ملكه ، ولذلك يحكم بالفرق من حين الرده ، اذا لم تعد في العدة إلى الاسلام .

ومنها : الوكيل بالبيع مطلقا يتقيد بثمن المثل من نقد البلد حالا ، فلو خالف بطل ، وفيه قول انه يصح موقوفا على إجازة المالك .

قال الرافي : وهذا القول هو المنقول في بيع الفضولي .

ومنها : اذا قذف زوجته وقد ارتد بعد الدخول فلا عن في عدة (٢) العدة فاللعان موقوف ، فان عاد إلى الاسلام في مدة العدة كان اللعان واقعا موقعه ، لانه وقع في صلب النكاح وان اصر على الرده حتى انقضت تبين وقوعه في حال البينونة ، فان كان هناك ولد ونفاه باللعان فهو نافذ ، والا فقد تبين فساد ، وفي اندفاع حد القذف وجهان ، والاصح انه لا يندفع ، وبني الشيخ أبو محمد هذا الخلاف على تردد في ان الجارية في العدة لتبديل الدين سبيلها اذا تبين ارتفاع النكاح سبيل الرجعية أو سبيل البائثات - قال الرافي :

(١) وهو صاحب التهمة وقد تقدمت ترجمته

(٢) كذا في المخطوطة والصواب «مدة» .

وقضية هذا البناء ان يقال هل تبين فساد اللعان وتريد احكامه: فيه خلاف: ولا يقصر النظر على انه هل يندفع/ به الحد ١٠٥/ب وقال الامام: قد اطلقوا ان له اللعان في حال الرده وكان يجدر ان يوقف امر اللعان إلى ان يعود إلى الاسلام او يصر.

ومنها: لو كاتب العبد كتابة فاسده ثم اوصى به وهو يعتقد صحة الكتابه - ففي صحة الوصية قولان، حكاهما البندنجي^(١) وقال: هما أصل وقف العقود - قلت: هما القولان فيما لو باع مال ابيه على ظن انه حي وكان ميتا، ومقتضى ذلك ان يكون الأصح الوصية ولا نظر إلى اعتقاد الموصي.

ومنها: اذا نكحت المفقود زوجها بعد مدة التريص بطريقه، وقد حكم الحاكم به ثم بان الزوج كان ميتا وقت الحكم بالفرقه. فان فرعنا على القديم والنكاح صحيح أو الفرقة في هذه الحالة، تحصل باطنا «وظاهرا» وان فرعنا على الجديد فوجهان:

- بناء على وقف العقود - والظاهران الاصح كما لو باع مال ابيه على ظن انه حي.

ومنها: اذا ارتابت المطلقة بالحمل بعد ما اعتدت بالاقراء أو الاشهر ثم نكحت بعد الارتباب، وفيه طريقتان: اصحهما: ان هذا النكاح حاصل موقوف فان بان كونها^(٢) حاملا تبين صحته، وان بان انها حامل بان بطلانه وهذا ما نص عليه في الام والمختصر.

والثانية: فعلى قولين لانه نص في موضع آخر على بطلان النكاح، وذكر جماعه انها مبينان على القولين في وقف العقود.

واعترض الشيخ أبو علي^(٣) على ذلك بان القول بوقف العقود قديم، والوقف ها هنا منقول عن الجديد وفي هذا الاعتراض نظر من وجهين:

أحدهما: ان هذا الوقف ممكن تنزيله على وقف التبين وهو منصوص عليه في الجديد كما تقدم في مسألة ما اذا باع مال ابيه على ظن انه حي والوصية بالعبد المكاتب كتابه فاسده كما ذكرناها قريبا.

(١) هو الحسن بن عبدالله، القاضي أبو علي البندنجي من أصحاب الشيخ أبي حامد وله عنه تعليقه مشهورة، كان صالحا «ورعا»، حافظا وللمذهب، ومن كتبه: الذخيرة ايشاء توفي سنة خمس وعشرين وأربعمائة. انظر: تاريخ بغداد ٣/٣٤٣، طبقات الشافعية ٣/١٣٣، معجم المؤلفين عمر رضا كحالة ٣/٢٣٨.

(٢) كذا في المخطوطة ولعل الصواب «كونها».

(٣) هو: الحسن بن قاسم أبو علي الطبري، شيخ الشافعية ببغداد، فقيه، اصولي، متكلم صف التصانيف كالحرر وهو أول كتاب صنف في الخلاف المجرد، والانصاح في المذهب، وأصول الفقه. =

والثاني: انه وان كان وقف انعقاد فقد تقدم نص الشافعي في البويطي على وقف الانعقاد، ان صح حديث عروة البارقي، وهو من نصوصه الجديدة ويكون وقف في مسألة المرتابه موافقا^(١) لذلك وفيها طريق ثالث لابن سريج^(٢) وهو تنزيل ان النصين على حالين فالقول^(٣) الأول محمول. على ما اذا حدثت الرية بعد ما انقضت الاقراء أو الاشهر ونكحت، فلا يبطل النكاح بل يتوقف الزوج عن الوطء الا ان تتعين الحال - قال: فاما اذا نكحت والرية حاصلة فلا يصح النكاح للشك في انقضاء العدة، اذ يجوز ان يكون عدتها بوضع الحمل، فلا ينكح الا بيقين.

قال: ولو قلنا لصحة هذا النكاح لجعلناه موقوفا والعقد. ولا يوقف على القول الجديد واجاب الرافي: بان هذا ليس من 'وقف' الانعقاد لتخلف شرط الصحة الا ان يوجد ذلك الشرط، بل هو من وقف التبين.

فيحكم بان النكاح منعقد بناء على الظاهر ثم ان بان خلافه غيرنا الحكم، كما انه حدثت الرية بعدما نكحت لا نحكم ببطلان النكاح، لكن اذا تحقق الحمل يوم النكاح تبين انه باطلا.

ومنها: في تداخل العدتين اذا وطأها شخص بشبهة في عدة الطلاق وهناك حل يحتمل ان يكون من كل منهما فانه يعرض على القائف بعد الوضع فمن الحق به منها لحقه، فان كان الطلاق رجعيا ورجعها الزوج في مدة الحمل، فيبني أولا على ان الزوج اذا تأخرت عدته لاحتمال^(٤) الواطء بالشبهة اياها هل له الرجعة؟.

فان قلنا: نعم صحت رجعته لانه أما زمان عدته أو زمان عدة غيره الذي يصح فيه رجعتين. وهذا ما اختاره أبو اسحاق المروزي^(٥).

= توفي سنة خمسين وثلاثمائة وذكر الخطيب اسمه الحسين مصفرا.

انظر: تاريخ بغداد ٨٧/٨ شذرات الذهب ٣/٣، معجم المؤلفين ٣/٢٧٠.

(١) في المخطوطة ما صورته «الرباه مدافعا».

(٢) هو أحمد بن عمر بن سريج، القاضي أبو العباس البغدادى الباز الأشهب، شيخ الشافعية له من المصنفات أربع مائة مصنف. توفي سنة ست وثلاثمائة.

انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٨٧/٢ ٩٦، شذرات الذهب في اخبار من ذهب ٢٤٧/٢ - ٢٤٨.

(٣) في المخطوطة «فالعديل».

(٤) في المخطوطة «الاحبال».

(٥) هو إبراهيم بن أحمد بن اسحاق المروزي الشافعي أبو اسحاق أحد الأئمة من فقهاء الشافعيين، وصاحب ابن سريج، ذو التصانيف منها: شرح مختصر المزني والفصول في معرفة الاصول والوثائق وغيرها، توفي سنة اربعين وثلاثمائة ودفن عند قبر الشافعي.

انظر: تاريخ بغداد ١١/٦، شذرات الذهب ٣٥٥/٢ - ٣٥٦، معجم المؤلفين ٣/١.

وان قلنا: ليس له الرجعة في مدة هذا الحمل وهو ما صححه في التهذيب لم يحكم بصحة الرجعة، لجواز ان يكون الحمل من وطء الشبهة فان بان بعد الوضع بالخاق القائف ان الحمل من الزوج فهل يحكم الآن بأن الرجعة صحت وحلت محلها؟.

فيه وجهان: مأخوذان مما اذا باع مال أبيه على ظن انه حي وكان ميتا والأظهر: الحكم بالصحة، ولذلك لو راجع بعد الوضع في مدة الاقراء لم يحكم بصحة الرجعة أيضا، لجواز ان يكون الحمل منه ويكون عدته انقضت به.

فلو: بان بالخاق القائف ان الحمل من وطء الشبهة ففي الحكم الآن بصحة الرجعة الوجهان، اما اذا كان الطلاق بائنا وجدد الزوج النكاح اما قبل العقد أو بعده، فلا يحكم بصحة النكاح لجواز كونها في عدة الشبهة حينئذ. فلو: بان ان العدة كانت فيه بالخاق القائف ففي التمه ١٠٧/أ انه على الوجهين في الرجعة والاصح: الصحة.

قال: وليس هذا من وقف العقود على الاجازة، بل هو وقف على ظهور أمر كان عند العقد ورأى الامام أن الأصح هاهنا المتع.

وقال: الرجعة تحتل ما لا يحتمله النكاح، الا ترى انها في حالة الاحرام ولا يصح النكاح؟ فجاز ان تحتل الرجعة الوقف ولا يحتمله النكاح.

ومنها: اذا طلق قبل الدخول وثبت الخيار لها لكون الصداق زائدا، زيادة متصلة بين دفع الشطر منه وبين نصف قيمته بغير زيادة وثبت له الخيار لكونه ناقصا أو ثبت لها جميعا لكونه زائدا من وجه وناقصا من وجه فهذا الخيار على التراخي كخيار رجوع الواهب فيها وهب من ولده والملك موقوف حتى يختار من له الخيار وحيث دار الخيار لها فله ان يطالبها ويدعي عليها باحد الامرين ولا يعين واحد منهما فان أصرت على الامتناع حبس القاضي عنها عين الصداق حتى تختار ولا ينفذ تصرفها فيه حينئذ كالمرهون. واذا اختار من له الخيار هل يتبين الملك من حين الطلاق حتى تتبعه الزوائد الحادثة بين الطلاق والاختيار أو يجعل الملك عند الاختيار وقبل ذلك يكون مستمرا على ملكها يتجه ان يخرج على الخلاف في ان الشطر يعود بنفس الطلاق أو باختيار التملك فعلى الأول وهو الأصح يتبين ان الملك حصل من حين ١٠٧/ب الطلاق وعلى الثاني يكون حصوله من حين الاختيار وهذا الوقف من وقف التبيين.

ومنها: وهب العبد الجاني بجناية يتعلق فيها الارش برقبته، لا يصح على الاصح، وان تعلق فيها القصاص به صح. فلو: رهن ما يتعلق به قصاص فعفى المستحق على مال بعد الرهن وتعلق المال برقبته فيها وجهان نقلها الامام الغزالي:

أحدهما: ان الرهن يبقى كما لو جنى العبد الموهون.

والثاني: ان يتبين الفساد في الرهن كما لو تعلق الثاني برقبته وبه قال الشيخ أبو محمد ومقتضاه الحكم بالوقف في الرهن. وعلى هذا فلو حفر العبد بشرا ثم رهن ثم روى^(١) انسان في البئر وتعلق الضمان برقبته - وفي فساد الرهن وجهان: وها هنا أولى بالمنع لأن الحفر ليس سببا «تاماً» بخلاف الصورة السابقة.

ومنها: لو وكل في الخلع واطلق ولم يعين ما يخالغ به فخالع الوكيل باقل من مهر المثل - وفيه خمس اقوال:

والأصح إما عدم الوقوع بالكلية كما صححه البغوي^(٢) والرافعي في المحرر والنووي وإما وقوع الطلاق لمهر المثل كما صححه العراقيون وغيرهم.

والقول الخامس: ان الطلاق موقوف فان رضي بالشيء^(٣) فذاك، والا رد المال والطلاق.

قال الغزالي في البسيط وهذا يكاد يكون وقفا في الطلاق وتبع في هذا الاستنكار امامه فان قال في النهاية يلزم عليه ان لو أقدم الاجنبي على ذلك لزم ١٠٨/١ هذا الحكم وهذا انحلال وخروج عن الضبط، وقد تقدم ان امام الحرمين قال عقيب مسألة: بيع الفضولي ان الخلاف فيه جاز في الطلاق أيضا فكان انكاره هناك بالنسبة إلى ان يكون ذلك من الأقوال الجديدة لا بالنسبة إلى القديم، وقد تقدم نص الشافعي في البويطي على جريان ذلك في الطلاق ان ثبت حديث عروة البارقي، وقد نسب الامام القول بوقف الطلاق في مسألة الخلع هذه إلى تخريج ابن سريج وقال هو وغيره ان الوقف هنا أولى منه في البيع والنكاح من حيث ان الطلاق يقبل التعليق والاغرار، ثم قالوا في الاعتذار عن ذلك تفريعا على الجديد انه يجوز ان يقال الوقف ليس في الطلاق. لكن الطلاق منوط بعوض قابل للرد فاذا رد العوض انعطفت الرد على الطلاق، فكأنهم ردوا الوقف على هذا إلى وقف التبين. وذلك جاز في الجديد لكنه بعيد فان وقف التبين لا يتوقف على الاجازة وهذا يتوقف عليها.

(١) كذا في الاصل ولعل الصواب «ردى».

(٢) هو: الحسين بن مسعود بن محمد بن الغراء البغوي أو محمد بن محمد بن الشافعي، محدث، مفسر، صاحب التصانيف وعالم أهل خراسان، وكان عابداً وزاهداً قائماً من تصانيفه: معالم التنزيل، والمصابيح وشرح السنن والتهديب. وقد قمت بتحقيق بعض اجزائه. توفي سنة ست عشر وخمسمائة.
انظر: كتابنا الامام البغوي واثرة في الفقه، سير اعلام النبلاء ١٩/٣٩٩ - ٤٤٣، طبقات الشافعية ٤٨/٤ - ٢١٧، شذرات الذهب ٤٨/٤ - ٤٩، معجم المؤلفين ٦١/٤ - ٦٢.

(٣) كذا في المخطوطة ولعل الصواب «وبالمثل».

ومنها: اذا قال عند خوف غرق السفينة ألق متاعك في البحر وأنا والركبان ضامنون، واراد انشاء الضمان عنهم ثم قالوا قد رضىنا بما قال ففيه وجهان: احدهما: انهم لا يكونون ضامين لذلك بناء على المشهور ان العقود لا يوقف في الجديد، وهذا ما اختاره القاضي حسين والامام.

والثاني: انهم يصيرون بذلك ضامين له ويلزمهم. واختاره الغزالي لان هذا مبني على المصلحة، والمساحة. ١٠٨/ب.

ومنها: الخلاف في انكحة الكفار وحاصله ثلاثة اوجه. وحكاها الغزالي اقوالا أصحها انها صحيحة.

والثاني: انها باطلة.

والثالث: يقول بالوقف إلى الاسلام فما يقرر عليه اذا أسلموا يتبين لنا صحته.

ومالا يقرر عليه يتبين فساد^(١) ويرى عن القفال^(٢) واليه ميل ابن الحداد واستظهر امام الحرمين ويتبين على ذلك ما اذا طلق الكافر امرأته ثلاثا في الشرك ثم اسلمها فعل القول بالصحة لا تحمل له الا بمحلل دون القذف بالفساد، وكذلك القول في ايجاب المسمى أو نصفه أو الرجوع إلى مهر المثل. وقد ذكر ابن الحداد في فروعه: انه لو نكح المشرك اختين وطلقهما ثلاثا، ثم اسلموا انه يغير بينهما، كما لو اسلموا ولا طلاق، فاذا اختار احدهما ثبت نكاحها، وقدر فيها الطلاق والثلاث ولا بد من محل، واندفعت الأخرى بحق الاسلام، ولا يحتاج فيها إلى المحلل.

قال الأصحاب: انما يجيء على القول بالوقف فتكون حقيقته هو، وهذا الطلاق موقوفا على اسلامه لا اختياره، والا فعلى القول بالصحة أو الفساد، ولا يجيء هذا.

(١) انظر: التمهيد للاستنوي ١٣٢.

(٢) هو: محمد بن علي بن اسماعيل القفال الكبير الشافعي أبو بكر ولد بشاش سنة ٢٩١ هـ ورحل في طلب العلم، واخذ عن كبار الشيوخ، كان اماما في التفسير والحديث والكلام والأصول والفروع والزهد والورع واللغة والشعر، انتشر عنه فقه الشافعي فيها وراء النهر من كتبه بحسن الشريعة واداب القضاء. توفي سنة ٣٦٥ هـ.

انظر: طبقات الفقهاء ١١٢، تبين كذب المفتري لجة الله ١٨٢ - ١٨٣، طبقات الشافعية للسبكي - ١٧٦/٢.

(٣) هو محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر الكتاني المصري الشافعي المعروف بابن الحداد أبو بكر شيخ الشافعية فقيه، شارك في علم القرآن والحديث والرجال، والكني والفرائض والنحو واللغة والشعر وامام للناس، ولي القضاء بمصر. من مؤلفاته: ادب القضاء، جامع الفقه، المولدات في فروع الفقه والفرائض توفي سنة أربع وأربعين وثلاثمائة.

انظر: طبقات الشافعية ١١٢/٢ - ١٢٥، شذرات الذهب ٣٦٧/٢ - ٣٦٨، معجم المؤلفين ٣٢٠/٨.

قلت: يسأل هنا عن وقت الاسلام هل المراد به ما اذا كان في عدة الطلاق الثلاث، أو مطلقا، حتى لو كان بعد انقضاء العدة، كان له الاختيار اذا اسلم، والفرق بين الحالتين مدفوع أو يبعد القول بتعين النكاح في امران من طلقت منه لا نفذت عدتها، ولم اجد تصريحاً بذلك في كلامهم فتحرر هذا والله أعلم. ١/١٠٩.

ومنها: اذا اسلمت الزوجة وتخلف الزوج، أو اسلم، وتخلفت وهي محبوسية، أو وثنيه، وكان ذلك بعد الدخول، حيث يتوقف الحكم بالفرقة على انقضاء العدة، فان اجتماعا على الاسلام قبل انقضائها، استمر النكاح، فلو طلق الزوج في هذه العدة، والطلاق موقوف ايضا، فان اجتماعا على الاسلام، قبل انقضائها، استمر ايضا، فان اجتماعا على الاسلام، قبل تمام العدة، يبين وقوع الطلاق، ويعيد من وقوع الطلاق. والا فلا طلاق - وحكى الامام ان من اصحابنا من جهل الطلاق على قول وقف العقود حتى قوى في قول: وان اجتماعا على الاسلام.

قال الرافعي: والمذهب بان الطلاق والعناق يقبلان صريح التعليق فأولى ان يقبلا تقدير التعليق:

قال: ولا يتوقف في الظهار والايلاء.

قلت: ويرجع هذا الوقف إلى الوقف في تصرف المفلس في امواله المحجور عليه فيها، والفرق بين هذا وبين ما اذا باع مال ابيه على ظن انه حي وبان انه كان ميتا ان هناك المعنى المجوز للتصرف قائم في الحال، لكن لم يعلمه المتصرف واسلام المتخلفة أو اصرارها إلى انقضاء العدة ليس حاصلا في الحال وانما هو متعلق بالاستقبال.

ومنها: في هذه المسألة اذا اسلم الزوج وعلفت زوجته الوثنيه أو المجوسية نكح اختها في زمان التوقف، وكذا لو كان قد طلقها طلقه رجعية في الشرك ثم اسلم ونكح في العدة اختها المسلمة أو اربعا سواها بالمذهب انه لا يصح النكاح في هذه الصور، لان زوال نكاح المتخلفة غير ١٠٩/ب متيقن فلا ينكح من يحذر الجمع بها وبينها.

وقال المزني: يتوقف في هذا النكاح ايضا كما يتوقف في نكاح المتخلفة فإن اسلمت تبين بطلان نكاح الثانية والا تبين صحته.

وحكى الامام عن بعض الاصحاب انه خرج على ذلك على قولي وقف العقود فان قلنا به توقفنا كما ذكره المزني، والجمهور راوا بين هذا وبين ما اذا باع مال ابيه بالفرق والمتقدم في الصور التي قبل هذه.

وذكر الرافعي: الحاق هذه ببيع الفضولي فانا نتوقفه على الاجازة في قول وهى امر يتعلق بالاستقبال كما ان التوقف في هذه الصورة على الاسلام المتخلفة أو اصرارها إلى ان تنقضي العدة أمر يتعلق بالاستقبال.

قال: وشبه ان يكون الذي ذكره الأصحاب مفرعا على ظاهر المذهب وهذا من العقود لا يتوقف على الاجازة.

قلت: والفرق بين هذه الصور والمسألة المتقدمة قبلها ان الطلاق يصرف في أمره به تعلق غير انه قد عارضه التوقف في النكاح، فاذا تبين نفوذه كما في بيع الفلّس ما حجر عليه فيه ثم استمر ملكه عليه بعد الحجر بخلاف نكاح اخت المتخلفة أو أربع سواها فانه تصرف فيما لم يكن له به تعلق ويتوقف على امر مستقبل فهو بتصرف الفضولي اشبه، وايضا ما تقدم من قبول الطلاق التعليق دون النكاح. والله أعلم.

ومنها: لو ذبح اجنبي اضحيته لغيره نذرهما معينه في وقت الاضحية ١١٠/٢ أو ذبح هديا لغيره معينا بلوغ النسك.

فالمشهور: انه يقع الموقع ويفرق المالك اللحم، وفيه قول عن القديم ان لصاحب الاضحية ان يجعلها عن الذابح ويغرمه كمال القيمة بناء على وقف العقود.

ومنها: اذا باع ثمرة يغلب فيها التلاحق والاختلاط كالبطيخ والقثاء والباذنجان.

وشروطه: ان يقطع المشتري ثمرته عند خوف الاختلاط صح البيع وان لم يشرط، ولو كان البيع باطلا وفيه قول^(١) أو وجه انه موقوف ان سمح البائع بما حدث تبين انعقاد البيع والاتبين انه لم يعتقد من اصله.

ومنها: قد علم ان تعلق الدين بالتركة تعلق رهن على المهر القولين^(٢) فتصرف الوارث قبل وفاته مردود ان كان معسرا وان كان موسرا ففيه أوجه.

ثالثها: انه موقوف ان قضي الدين بان النفوذ والا فلا.

ومنها: قولهم ان الأصح صحة الحوالة بالثمن في زمن الخيار وعليه والأصح عنده وبه قطع الشيخ أبو حامد والامام وغيرهما. انه اذا فسخ البيع بالخيار انقطعت الحوالة، مع ان الأصح عند الرافعي ومن تبعه ان استحقاق الثمن كالمثل في المبيع يكون موقوفا اذا كان الخيار لهما فان فسخ العقد بان ان الملك للبائع وانه لا حق له في الثمن، فكيف

(١) في المخطوطة (مدل) ولا يظهر له معنى هنا.

(٢) كذا في المخطوطة.

تصح الحوالة وقد بان عدم استحقاق الثمن والدين المحال به وعليه فقد يقال ان هذا من باب وقف الانعقاد، لأن تصحيحها موقوف على استحقاق الدين ولا تحقق له في نفس الامر ١١٠/ب.

نعم لو قلنا ان الاستحقاق أصل وان الفسخ يقطع الملك من حينه لا من أصله على أحد الوجهين أمكن ذلك ولكن الأصح ان الفسخ فيه يرفع العقد من أصله مع انه تبين انه لا ملك للمشتري وان الملك في البيع لم يزل للبائع وانه لم يستحق الثمن، والتحقيق ان هذه المسألة من وقف التبين وهي كبيع مسألة مال الأب على ظن انه حي وكان ميتا، لكن المحكوم به ظاهرا يختلف فيها.

ففي مسألة بيع مال الأب تحكم أول الأمر بطلان البيع اعتمادا على الظاهر. فاذا انكشف ان إياه كان ميتا وان البيع كان ملك العاقد حكمتنا بالصحة وابطلنا الحكم السابق. وفي مسألة الحوالة حكمتنا بصحتها اعتماداً على ظاهر استمرار عقد البيع ويقول استحقاق الثمن للبائع فاذا فسخ البيع لانكشف انه لم يستحق، حكمتنا بفساد الحوالة من الأصل لانه ظهر ان المقتضي للصحة لم يوجد وابطلنا ماكننا حكمتنا به الا ان هذا يعكر على قول الامام والغزالي والرافعي ومن تبعهم، ان الحوالة انقطعت عند فسخ البيع لان هذه العبارة تشعر بانها انعقدت ثم انقطعت من حينه وليس كذلك ولهذا جزموا في هذه المسألة بانفساخ الحوالة، وقال الشيخ أبو محمد فيما حكاه الامام عنه انه لا خلاف فيه وترددوا فيما لو اشترى عبداً «بألف مثلاً» ثم أحال البائع بالثمن على آخر ثم رد العبد يعيب هل تنفسخ الحوالة؟ ١١١/أ.

فمنهم من قال فيه قولان: ونقلها الامام عن الجمهور. وصحح الغزالي وغيره الانفساخ. ومنهم من قطع بالانفساخ، ونقلها الماوردي^(١) عن الاكثرين، ومنهم من قطع بعده، وعللها الشيخ أبو علي الطبري وابن الحداد، وصححها القاضي أبو الطيب^(٢) في شرح الفروع، ونقلها عن الاكثرين.

(١) هو: علي بن محمد بن حبيب البصري، الماوردي، الشافعي أبو الحسن، صاحب التصانيف، فقيه أصولي، مفسر، أديب، ولي القضاء ببلدان كثيرة. توفي سنة خمسين وأربعمائة.

انظر: تاريخ بغداد ١٠٢/١٢ - ١٠٣، سير أعلام النبلاء ٦٤/١٨ - ٦٨، طبقات الشافعية ٣٠٣/٣ - ٣١٤، معجم المؤلفين ١٨٩/٧.

(٢) هو: طاهر بن عبدالله بن طاهر بن عمر الطبري البغدادي، أبو الطيب القاضي، الامام البارع في علوم الفقه والاصول.

من مؤلفاته: شرح مختصر المزني، وكتب اخرى في الاصول والخلاف والجدل. توفي سنة خمسين وأربعمائة. انظر: تهذيب الاسماء واللغات ٢٤٧/٣ - ٢٤٨، طبقات الشافعية ١٧٦/٣ - ١٩٧، معجم المؤلفين عمر رضا كحاله ٣٧/٥.

وقد اشار الامام إلى الفرق بين المسألتين: بأن فسخ البيع يختار التروي^(١)، يتيين ان الثمن لم يصر إلى اللزوم، ونحن انما صححنا الحوالة به لانه يصير إلى اللزوم بخلاف فسخ المبيع بالعيب، فان الثمن كان قد لزم.

ومنها: وهو قريب جداً من مسألة الحوالة في زمن الخيار في الثمن وعليه اذا باع العدل الرهن بالاذن بضمن مثله فبدت^(٢) راغب فيه زيادة في مجلس العقد فالأصح انفساخ البيع، لأن مجلس العقد بحالة العقد، فلورجع الراغب عن ذلك بعد التمكن من البيع منه، فالأصح انه لايد من بيع جديد من الأول، وفي طريقة الصيدلاني^(٣) انا نتيين ان الانفساخ لم يكن، والبيع الأول بحاله، وهذا ما صححه الغزالي في الوسيط.

وشبهه بما اذا بذل الابن الطاعة في الحج، وجعلناه بذلك مستطيعا به، ثم رجع عن الطاعة قبل ان يحج أهل بلده، لانا نتيين عدم الوجوب^(٤).

ومنها: اذا وجب عليه الحج ثم جنّ فليس للولي ان يحج عنه نائباً اذ ربما يفيق فيحج بنفسه، فلو استتاب عنه فمات قبل ان يفيق ففي احرامه ١١١/ب، وجهان، كما لو استتاب من مرجوزوال مرضه فلم يزل، وقد تقدم فيها قولان وان الاظهر عدم الاجزاء. وينبغي ان تكون هذه المسألة أولى من تلك بالاجزاء لانهم عللوا عدم الاجزاء في المريض بانه ربما يكون المرض ازداد فتحقق العصب هذه الاستتابة. وهذا الاحتمال لا يجيء في مسألة الجنون.

نعم يمكن الفرق بين هذه وبين مسألة ما اذا باع مال ابيه على حياته وكان ميتاً بان شرط صحة الاستتابة في الحج تحقق العصب، ولم يكن متحققاً حالة الانابة فلم يصح ذلك. لعدم شرطه في ملك والحالة ولولا هذا لكان الحاقها بما اذا باع مال ابيه ظاناً «حياته ظاهراً».

ومنها: لو تزوجه أبوه وهو لا يدري ان ظن زوجته اجنبية فخطبها بالطلاق فالمشهور فيه الوقوع.

(١) كذا في المخطوطة.

(٢) كذا في المخطوطة على تقدير (فبدت من راغب).

(٣) هو محمد بن داود بن محمد المروزي المعروف بالصيدلاني، ويعرف بالداودي أبو بكر فقيه، محدث، توفي نحو سنة ٤٢٧ هـ، له مصنفات.

انظر: معجم المؤلفين ٢٩٨/١، نقلاً عن طبقات الشافعية لابن هداية الله: ٥٢.

(٤) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ٤٦/٧.

قال الغزالي: وهذا فيه احتمال ظاهر لانه اذا لم يعرف الزوجية لم يقصد إلى قطعها وأيده بما اذا لقن الاعجمي لفظ الطلاق، وهو لا يعرف معناها فانه لا يقع طلاقه بالاتفاق، وجعل هذا المعنى يستند في ترجيح عدم النفوذ فيها اذا باع مال ابيه على ظن انه حي فاذا هو ميت.

ومنها: لو خير زوجته ولم يشعر انها في نكاحه ففيه هذا الخلاف.

قال الرافعي: وهو أولى بالنفوذ.

ويتصل بهذا المعنى وان لم يكن من وقف العقود، ما اذا ارتكب شيئا يظنه كبيرة، وكان حلالاً له، كمن وطئ امرأة يعتقد انها اجنبية منه لانه لا يعرفها^(١) فكانت زوجته او امته أو قتل من يعتقد ١١٢/١ معصوماً، فبان انه يستحق دمه أو اتلف مالا يظنه لغيره فكان ملكه وقد قال الشيخ عز الدين - رحمه الله -^(٢) في القواعد: انه يجري عليه حكم الفاسق. لجرائته على الله تعالى، لأن العدالة انما شرطت في الشهادات والولايات لتحصل^(٣) الثقة بصدقه وإداء الامانة وقد انخرمت الثقة في ذلك بجرائته على ربه بارتكاب ما يعتقد كبرى، واما مفساد الآخرة فلا يعذب تعذيب زان ولا قاتل^(٤) ولا أكل مالا حراماً لأن عذاب الآخرة مرتب على رتب المفساد^(٥) في الغالب، كما ان ثوابها مرتب على رتب المصالح في الغالب ثم قال: والظاهر انه لا يعذب تعذيب من ارتكب صغيرة لأجل جرائته وانتهاكه الحرمه، بل عذاباً «متوسطاً» بين الصغيرة والكبرى^(٦) انتهى كلامه.

ورجوع هذه المسألة إلى هذه القاعدة انما هو بالنسبة إلى احكام الدنيا وهو واضح وقد ترجم بعضهم على هذه القاعدة بما هو أهم من وقف العقود. فقال: اذا فعل فعلاً بناء على انه صحيح أو فاسد فبان في نفس الأمر بخلاف ما يعتقد فثارة ينظر إلى اعتقاده

(١) في المخطوطة كلمة غير واضحة ولعلها كما ثبت.

(٢) هو عبدالعزيز بن عبدالسلام بن أبي القاسم بن حسن السلمي الدمشقي، الشافعي عز الدين بن عبدالسلام أبو محمد سلطان العلماء، وحيد دهره، جمع بين فنون العلم من التفسير والحديث والفقه، واختلاف أقوال الناس ومآخذهم، وبلغ رتبة الاجتهاد، صنف التصانيف المفيدة منها: القواعد الكبرى، والغاية في اختيار النهاية، وتفسير القرآن وغيرها. توفي سنة ستين وستائة.

انظر: طبقات الشافعية ٨٠/٥ - ١٠٧، شذرات الذهب ١٠٣/٥ - ٣٠٢، معجم المؤلفين ٢٤٩/٥.

(٣) الزيادة من القواعد لعز الدين بن عبدالسلام.

(٤) في المخطوطة «فسرلان ولا قابل» والتصويب من القواعد ٢٢/١.

(٥) في المخطوطة «الفاسد» والتصويب من المرجع السابق.

(٦) قواعد الاحكام في مصالح الانام لعز الدين السلمي ٢٢/١.

ورتب عليه حكمه، وتارة ينظر إلى ما في نفس الأمر وبهذا الاعتبار يدخل في ذلك مسائل آخر، ليست من الوقف في شيء أو يكون الصحيح ملاحظة الظاهر دون ما في نفس الأمر.

ومنها: لو تيمم وهو شك في دخول الوقت ثم بان أنه في الوقت ١١٢/ب لا يصح تيممه.

ومنها: لو صلى إلى جهة شاكاً أنها القبلة من غير اجتهاد ثم بان أنها القبلة لم تصح صلاته.

ومنها: لو تيمم من غير طلب ثم بان أنه لا ماء هناك لم يصح تيممه.

ومنها: لو تيمم على أحد الاناثين من غير اجتهاد فبان أنه الظاهر وقلنا لا يعيد التيمم.

قال الاصحاب: المذهب أنه لا يجوز طهارته ولا صلاته، وذكره بعض الاثمة المتأخرين أن هذا طاهر في طهارة الحدث، لأن النية شرط فيها.

ولا يطهر في طهارة الخبث لتحقيق الطهارة وعدم اشتراطه النية يعني على الصحيح، نعم يطهر في الصلاة قبل تبين الحال بذلك الثوب.

ومنها: إذا شك في جواز المسح ثم يقن جوازه فانه يجب عليه إعادة المسح دون ما تقدم ونقض ما صلى به.

ومنها: لو شك في دخول الوقت فصلى ثم بان أن الوقت كان دخل فانه لا يجزئ وهل يبطل صلاته من أصلها أو تعتقد نفلاً فيه خلاف.

ومنها: لو صلى من شك في صحة الاقتداء به كالخشي ثم بان أنه أهل للإمامة فان صلاته لا تجزئ.

ومنها: لو قصر الصلاة شاكاً في جواز القصر ثم بان له شروط الجواز فان قصره لا يصح.

ومنها: لو صلى على ميت وهو شك في صحة الصلاة عليه، ثم بان له أنه من أهل الصلاة عليه، فان صلاته لا تصح أيضاً.

ومنها: لو شك هل غسل الميت أم لا؟ ١١٣/أ.

ثم تيمم للصلاة عليه وقلنا أنه لا يصح التيمم إلا بعد الغسل، فبان أنه كان غسل فانه لا يصح تيممه.

ومنها: لو صام الأسير في مطمورة بغير سحر، ثم بان انه صادف الوقت، فان صومه لا يصح، فكل هذه المسائل وما اشبهها لم يلحق بمسألة ما اذا باع مال ابيه على ظن انه حي فاذا هو ميت، لأنه لا يد فيها من النية، ولم تكن النية جازمة كما تقدم ذلك في مسألة ما اذا اخرج زكاة مورثه وهو لا يعتقد موته ثم بان انه كان قد مات، وحال عليه الحول في ملكه.

واصل هذه القاعدة ان اتى به المكلف في حال الشك، لا على وجه الاحتياط ولا لامتنال الأمر موافق^(١) الصواب في نفس الأمر فانه لا يجزي كما ذكرنا من اشتراط الجزم بالنية، وقلنا لا على وجه الاحتياط احتراز مما اذا شك هل اصاب الثوب نجاسه ام لا؟ فغسله احتياطاً ثم بان انه كان متنجساً فان ذلك يجزي ويقولنا ولا لامتنال الأمر احتراز مما اذا نسي صلاة ولم يعرف عينها، فانه يلزمه ان يصلي الخمس ودخوله في كل واحدة منها انما هو في حالة شكها انها عليه ولكن اغتفر ذلك للتوصل به إلى الخروج ما عليه فكان ذلك مما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وقد شذ عنها مسائل كثيرة.

ومنها: اذا أحرمت يوم الثلاثين من رمضان وهو يشك فقال ان كان ١١٣/ب من رمضان فاحرامه بعمرة وان كان من شوال فبحج ثم بان انه من شوال قالوا ينقصد احرامه بالحج صحيحاً لأن الحج والاحرام به يغتفر فيه ما لا يغتفر في غيره، وكذلك جاز تعليق احرامه على احرام زيد دون بقية العبادات.

ومنها: لو أحرمت بالصلاة وأحرمت وقت الجمعة ونوى الجمعة ان كان وقتها باقياً «والا فظهر فبان الوقت باقياً»، ففي صحة الجمعة وجهان:

ووجه الجواز احتضار نيته بالاستصحاب، ومما يقرب من مسألة ما اذا باع مال ابيه على ظن حياته وكان ميتاً، وان لم يكن من الوقف في شيء ما اذا دخل شرط أو نحوه فيبتان بفيه^(٢) حيث لا تجري ذلك على الأصح اعتباراً بما في نفس الأمر كما صححوا الانعقاد في مسألة بيع مال ابيه اذا كان ميتاً وذلك في مسألة تحديده.

ومنها: اذا كان في رحلة ما فنسيه وتيمم بعد الطلب وصل ثم علم ففيه طريقان: احدهما: انقطع بوجوب الاعادة.

والثانية: قولان واصحهما وجوب الاعادة^(٣) ومنهم من حمل القولين على حالين فقال ان كان الرجل صغيراً يمكن الاحاطة به وجبت الاعادة بخلاف ما اذا كان كبيراً أما اذا

(١) كذا في الأصل ولعل الصواب فوافق.

(٢) في المخطوطة ما صورته (مسان وسنه).

(٣) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز - للرافعي ٤٦/٧.

ادرج غيره الماء في رحله ولم يعلم به الا بعد صلاته بالتيمم، فالأصح هنا عدم وجوب الاعادة.

ومنهم من قطع بذلك لعدم تقصيره وقال البغوي: ان طلبه ١/١١٤ في رحله ولم يجد فذهب يطلب من موضع آخر فادرج في غيبته فلا اعاده وان لم يطلب من رحله لعلمه ان لا ماء فيه، وكان قد ادرج ولم يعلم فالأصح وجوب الاعاده. أما اذا علم بالماء في رحله ولكن اضل رحله بين الركب ولم يجد بعد الطلب فصلى بالتيمم ثم وجده فان لم يمعن في الطلب وجبت الاعادة وان امعن فالأصح انه لا اعادة لعدم تقصيره.

وقريب من ذلك ما اذا كان في موضع نزوله بشر وقد عرف ذلك ثم نسيه لثلاثة أوجه، وثالثها وهو الأصح الفرق بين ان يكون البشر ظاهر بنية الأبار فتجب الاعادة لتقصيره أو يكون خفيه فلا يجب لعدم التقصير.

ومنها: اذا علم بثوبه نجاسه ثم تبين ذلك وصلى به بالجديد انه يجب الاعادة والقديم لا يجب، وكذلك لو جهل النجاسة وصلى بها.

ومنها: لو رأوا سوادا فظنوه عدما فصلوا صلاة شدة الخوف ثم تبين الحال ففي وجوب الاعادة أقوال:

الظاهر: يجب مطلقا.

والثاني: لا.

والثالث: يعيدون في دار الاسلام دون دار الشرك.

والرابع: ان اخبرهم ثقة بالعدو غالطا لم تجب الاعادة، وان ظنوا العدو بانفسهم من غير اخبار وجبت^(١).

ومنها: اذا صلى بالاجتهاد إلى جهة ثم تبين انه اخطأ القبلة وفيه قولان.

ومنها: اذا دفع الزكاة لمن ظنه فقيرا فبان غنيا.

فالأصح انه لا يجزيه أيضا.

ومنها: اذا غلب على ظنه انه معضوب فاستتاب عنه في الحج ثم برىء فقيه

طريقان:

(١) انظر: التمهيد للسنوي ٦٦ - ٦٧، فتح العزيز شرح الوجيز - للرافعي ٤٣/٧.

أحدهما: القطع بوجوب الحج بنفسه.

وثانيهما: أن فيه قولين وأصحهما الوجوب إلى غير ذلك^(١).

والأمثلة التي يرجع حاصل الخلاف فيها إلى أن النظر إلى الحال أو إلى المال، والأصح في كل ذلك جاز على مقتضى الأصح في مسألة ما إذا باع مال أبيه على أنه حي فإن أنه ميتا^(٢)، لأن تصحيح البيع في هذه الصورة وأمثالها لمصادفته الصحة في نفس الأمر وتبين ما آل إليه الأمر وكذلك هنا عدم الصحة لتبين ما آل إليه الأمر، وإن ظنه جواز ذلك كان خطأ كما أن ظن من باع مال أبيه أنه ليس ملكه كان خطأ، ولم يجيء شيء من هذا الخلاف في مسائل الشك المتقدمه، لعدم جزم النية فيها، وهي شرط في صحتها.

نعم لو اعتقد عدم هذا الجزم فاستصحاب أجزاء ذلك في الحال ما لم يتبين الخطأ بيقين، كما لو تيقن الطهارة وشك في الحدث، وإن الصلاة تجزئه في هذه الحالة فإن تيقن أنه كان محدثا وجبت الإعادة لكذب ظنه، ولم يجزوا فيها الخلاف المتقدم في من اجتهد في القبلة فصل ثم تبين الخطأ لاهتمام الشرع بطهارة الحدث إذ القبلة يصح تركها في بعض الأحوال كالنافلة في السفر ولم يفتقر ترك الطهارة عن الحدث مع القدرة عليها.

ومنها: إذا توضأ بما يظن طهارته وصلّى ثم بان له أن الماء كان نجسا ١١٥/١ وكذلك لو صلى فريضه على ظن دخول وقتها فإن أخبره بدخول الوقت مخبر ثم أخلف ظنه فإنه يجب الإعادة.

وكذلك لو شرع في صلاة الكسوف ظلما بقاءه، ثم تبين أنه كان قد انجلى قبل دخوله فيها، فإنه يبطل صلاته، ولا يخرج على الخلاف في بقائها نفلا، إذ ليس لها نفل على هيئة صلاة الكسوف فيندرج في نيته ولو لم يتبين له الحال صحت استصحابا للكسوف كما تقدم في الطهارة. ولهذا إذا شك المسحر في طلوع الفجر لم يحرم عليه الأكل لأن الأصل بقاء الليل بخلاف ما إذا شك في غروب الشمس فإنه لا يجوز له الفطر استصحابا لبقاء النهار، فلو تبين أنه كان تسحر بعد طلوع الفجر وجب عليه القضاء لكذب ظنه.

وقالوا فيمن صلى خلف من يظنه مسلما «أو ذكرا» فإن كافرا أو امرأة أنه يلزمه للإعادة. وفيمن صلى خلف من يظنه متطهرا فأخلف ظنه أنه لا يلزمه الإعادة لأن الكفر والأنوثة لا يخفيان غالبا بخلاف الطهارة.

(١) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز - للرافعي ٤٢/٧.

(٢) كذا في المخطوطة ولعل لفظ (كان) سقط قبل (ميتا).

واختلفوا فيمن صلى خلف الخنثى المشكل ثم تبين انه كان رجلا والأصح انه يجب الاعادة لأن نيته لم تكن جازمه حال الاقتداء به بصحة ذلك .

وأيضاً فالخنثى المشكل في درجة الخلاف من يدخل في الصلاة على ظن الطهارة، ثم تبين اخلاف ظنه فيقتدي به شخص بناء على الظاهر من حاله .

واستيعاب هذه الامثلة يطول بها الكلام، ألسنا^(١) بصدد ذلك والمقصود ١١٥/ب انما هو الفرق بينها وبين مسائل الوقف وفي ذلك كفاية .

ويقرب مما نحن فيه المواضيع التي يفعلها المكلف على ظن انه متطوع بها . هل ينادي بها الواجب، ولا يلتفت إلى ظنه أو لا يجزيه عن الواجب على مقتضى ظنه اختلفت مسائل المذهب فيه وبيانه يصور:

منها: لو طاف ينوي به طواف الوداع أو نفلا وعليه طواف الافاضة انصرف إلى الركن ونادى به قطعاً حتى لو كان يشعر بأن عليه طواف الركن، بأن كان طاف الافاضة وهو يظن الطهارة ثم طاف متطهراً ينوي به النفل، ثم تذكر انه كان محدثاً حالة الطواف الأول اجزأه الثاني عنه وذلك لقوة الحج كما اذا احرم بنفل الحج أو عمره وعليه الفرض انصرف إليه .

كذلك لو احرم به عن الغير بعدما حج به عن نفسه ثم نذر حجاً قبل الوقوف انصرف إلى النذر على الأظهر، إلى غير ذلك من المسائل في الحج والعمره .

ومنها: لو جلس في التشهد الأخير وهو يظنه الأول ثم تذكر اجزاء ذلك على الاخير، ولا غيره يظنه حكاة الرافي لم يحك فيه خلافاً .

ومنها: لو ترك سجدة من صلب الصلاة ناسياً وقام فقرأ آية سجده وسجد لها فهل يجزيه عن السجدة لنفسه، فيه وجهان: الصحيح: انه لا يجزيه ونقله الشيخ أبو حامد عن النص .

ومنها: لو تذكر وهو قائم فتدرك السجدة المنسية وكان قد جلس ١١٦/أ عقيب السجدة الأولى جلسة نوى بها الاستراحة فهل يجزيه ذلك عن الجلسة الواجبة بين السجدين، فيه وجهان: الأصح: انه يجزيه لانها جلسة وقعت في موضعها، وقد سبقت فيه الصلاة المشتملة عليها وعلى غيرها، وبهذا يوجه القول بانه اذا أتى التشهد الأخير وهو يظنه الأول يجزيه .

(١) والصواب «ولسنا» .

ومنها: اذا شك في الحدث بعد تيقن الطهارة فلا يلزمه الوضوء بل يستحب له، فلو توضأ احتياطاً ثم تيقن انه كان محدثاً هل يجزيه ذلك الوضوء فيه وجهان: اصحهما لا يجزيه لانه توضأ متردداً في النية غير جازم بها من غير ضرورة^(١).

فهو كما لو شك: هل عليه فائته ظهر ام لا؟، فصلها على ذلك ثم تبين انها^(٢) كانت عليه لا يجزيه قطعاً، ولم يحكوا فيه خلافاً. وقولنا من غير ضرورة احتراز عما اذا نسي الصلاة المنسية فانه يصلي الخمس وتبرأ ذمته فاغتفر عدم جزم النية في كل واحدة منها، للضرورة وعدم الجزم بالنية في مثال الوضوء انما جاء من جهة استصحاب يقين الطهارة بخلاف ما اذا كان محدثاً فشك: هل توضأ ام لا؟.

فتوضأ احتياطاً ثم تبين انه كان محدثاً فانه يصح وضوءه بلا خلاف لأن الأصل بقاء الحدث فلم يكن للتردد تأثير، اما لو نوى بوضوئه التحديد سهواً وهو يظن الطهارة فكان محدثاً فانه لا يجزيه، لانه لم ينو رفع الحدث اصلاً استند إلى استصحاب صحيح وقالوا فيمن ١١٦/ب اغفل في وضوئه لمعة من اعضاء الفرض ثم غسلها في وضوئه يقرن به التجديد فيه وجهان: والأصح انه لا يجزيه ذلك في الفرض بخلاف ما اذا اغفل للمعة في الغسلة الأولى ثم غسلها في الثانية أو الثالثة بنية النفل ففيه وجهان: والأصح ارتفاع الحدث بذلك والفرق بينهما ان المتوضيء في مسألة التجديد ولم ينو بوضوئه شيئاً من الفرض انما نوى به كله النقل فلم يتأثر الواجب به وفي الصورة الثانية نوى الفرض والنفل جميعاً ومقتضى نيته انه لا يقع شيء عن النفل حتى يرتفع الحدث بالغرض فاجزاء ذلك، وايضاً بالتحديد طهارة مستقلة بخلاف الغسلة الثانية والثالثة مع الأولى فان الكل عبادة واحدة.

ومنها: اذا قام في الصلاة الرباعية إلى الثالثة يظن في نفسه انه مسلم وان الذي يأتي به الآن صلاة نفل ثم تذكر، لم أر هذه بعينها فيما وقفت عليه من كتب المذهب، والظاهر ان ذلك يجزيه عن الفرض كما في مسألة التشهد ويحتمل ان يجيء فيه خلاف لأن التشهدين جميعاً من صلاة واحدة في نيته. وها هنا لو نوى بها صلاة النفل وهي اجنبية عن صلاة الفرض اشبه تجديد الوضوء أو غسل للمعة المتروكة في الثانية أو الثالثة وقد ذكر المالكية هذه المسألة لهم قولين وكذلك فيمن سلم من الركعتين سهواً ثم قام فصلى ركعتين بنية ١١٧/أ النفل هل يجزيه ذلك عن الفرض؟

وكذلك ايضاً فيمن نسي سجدة من صلب الصلاة ثم قام إلى ركعة خامسة سهواً

(١) انظر: التمهيد لاسنوي ٥٦.

(٢) كذا في المخطوطة.

هل تجزئه السجدة منها عما نسي . قولان : ولا شك ان الاجزاء فيها اذا سلم ناسيا ثم تحرم بصلاة نوى بها النفل ابعد مما اذا لم يسلم .

واما في مسألة القيام إلى خامسة سهوا وعليه سجده فتسبه فانه يجزئه ذلك على قاعدة مذهبا، لاننا نكمل سجدة الركعة التي نسي منها بالسجدة من الركعة التي بعدها ولا يعتد بما بينها فيكمل حينئذ صلاته بتلك الركعة الخامسة .

ومنها : اذا نوى رفع الحدث عند المضمضة والاستنشاق والغسل معها شيء ثم عزيت بنيتها قبل غسل الوجه ففيه وجهان : والأصح : الاجزاء وهل تجزئه ذلك من غسل الوجه .

قال صاحب التتمة : يجزئه ولا تجب اعادة غسله وأن كان قد نوى به ونسيه وكذلك أشار إليه الغزالي في البسيط .

قال صاحب التهذيب : لا يجزئه ويجب غسله^(١) فهذا ما ظفرت به من المواضع التي قيل فيها باجزاء ما اتي به بنية النفل عن الفرض وفاقا وخلافها وما عدا ذلك فلا يجزئه قطعا عملا بقوله ﷺ «وإنما لأمرى ما نوى»^(٢) .

والله سبحانه اعلم آخره والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله اجمعين . قال مؤلفه : ١١٧ / ب

فرغ منه كتابة . . الشيخ الامام العالم العلامة خليل بن العلائي الشافعي بيت المقدس في أواخر شهر جمادى الأولى سنة ست وخمسين وسبعائة و فرغ منه تعليقه العبد الفقير إلى الله تعالى الراجي رحمة ربه وغفرانه عيسى بن إبراهيم بن ناجي البجلي نسبيا المقدسي مولدا الشافعي مذهبا .

عفا الله عنه وغفر له ولؤلفه والناظر فيه لجميع المسلمين انه على ما يشاء قدير .

الحمد لله .

طالع في هذا الكتاب فقير عفوره محمد بن أحمد بن الصميدي القرشي الشافعي .

الحمد لله تعالى ملكه فقير عفوره المشار إليه اعلاء محمد بن أحمد بن سمدي الشافعي .

(١) وهو الذي رجحه في الروضة لكنه قال يجزئه ويجب اعادته فيكون ما فيها مقالة ثالثة ليست مقالة التتمة ولا مقالة التهذيب .

(٢) متفق عليه : انظر صحيح البخاري (مع الفتح) ١/١٢٩ ، ١٣٥/١ ، ح ٥٤ وايضاح رقم ٢٥٢٩ ، ٣٨٩٨ ، ٥٠٧٠ وغيرها .

ومسلم في صحيحه ٣/١٥١٦ - ١٥١٦ ح ١٩٠٧ .

واخرجه اصحاب السنن وغيرهم والحديث مشهور .

ترجمة المؤلف : الحافظ صلاح الدين العلائي

اسمه وكنيته ولقبه :

هو صلاح الدين بن أبو سعيد بن خليل بن الأمير سيف الدين كيكلدي بن عبدالله العلائي الدمشقي الشافعي^(١).

مولده :

ولد بدمشق في ربيع الأول سنة أربع وتسعين وستائة (٦٩٤ هـ)^(٢).

نشأته وتحصيله العلم :

ولد الحافظ العلائي من أب جندي تركي ومع أن والده يعمل بالجندية إلا أنه لم يعمل في تعليم ابنه وتدرسه حتى بلغ الحافظ ذروة الكمال العلمي. وكان أول سماعه صحيح مسلم، سنة ثلاث وسبعماية على الشيخ شرف الدين الغزاري خطيب دمشق^(٣). وفيها كمل عليه ختم القرآن العظيم، ثم أنه سمع صحيح البخاري على ابن مشرف : محمد ابن أبي العز بن مشرف بن بيان الانصاري (٧٠٧ هـ)، وقد ابتدا بقراءة العربية وغيرها على الشيخ : نجم الدين الفخازي والفقه والفرائض على الشيخ زكي الدين زكري، ثم أنه جدّ في طلب الحديث سنة عشر وسبعماية، وقرأ بنفسه على القاضي سليمان بن حمزة الحنبلي الكثير، وعل غيره وشيوخه بالسباع نحو سبعماية شيخ^(٤) وكان أولاً يعاني الجندية، ثم أنه سنة خمس عشرة وسبعماية عاود الاشتغال بالفقه والأصولين وغير ذلك^(٥).

شيوخه :

لقد درس العلائي على عدد كبير من المشايخ وأخذ عنهم، ولازم الشيخ كمال الدين ابن الزملكاني سقرا وحضرا وعلق عنه^(٦).

وأذكر منهم :

- ١ - إبراهيم بن عبدالرحمن بن إبراهيم بن سباع الغزاري أبو اسحاق برهان الدين ابن الفركاح المصري الدمشقي (٦٦٠ هـ - ٧٢٩ هـ)^(٧).
- ٢ - إبراهيم بن عبدالرحمن بن أحمد بن محمد بن زين الدين نجم الدين الشيرازي، (٦٣٤ هـ - ٧١٤ هـ)^(٨).

(١) انظر : طبقات الشافعية ١٠٤/١، شذرات الذهب ١٩٠/٦، الدارس ٦٠/١.

(٢) انظر : شذرات الذهب ٢٩٠/٦، الدارس ٦٠/١، الفتح المبين ١٧٥/٢، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ٩٠/٣.

(٣) انظر : الدارس في تاريخ المدارس للتتيمي ٦٠/١.

(٤) انظر الدارس ٦٠/١.

(٥) انظر الدارس ٦١/١.

(٦) انظر الدارس ٦١/١، وشذرات الذهب ١٩٠/٦.

(٧) انظر ترجمته في طبقات الشافعية ٤٥/٦ - ٤٦، شذرات الذهب في أخبار من ذهب - ابن العماد الحنبلي ٨٨/٦.

(٨) انظر ترجمته في الدرر الكامنة ٣٦/١، شذرات الذهب ٣٣/٦.

- ٣ - إبراهيم بن عبد الكريم بن راشد بن عبد الجليل المحدث برهان الدين أبو اسحاق القرشي الدمشقي الذهبي (٦٣٠ هـ - ٧٦٨ هـ) (١).
- ٤ - إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الطبري المكي رضي الدين أبو اسحاق (٦٣٦ هـ - ٧٢٢ هـ) (٢).
- ٥ - أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي شيخ الاسلام ابن تيمية أبو العباس (٦٦١ هـ - ٧٢٨ هـ) (٣).
- ٦ - سليمان بن حمزة بن أحمد بن عمر تقي الدين بن قدامة المقدسي (٦٢٨ هـ - ٧١٥ هـ) (٤).
- ٧ - محمد بن إبراهيم بن سعد الله بن جماعة قاضي القضاء بدر الدين الكتاني الحموي (٦٣٩ هـ - ٧٣٣ هـ) (٥).
- ٨ - محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي أبو عبد الله شمس الدين (٦٧٣ - ٧٤٨ هـ) (٦).
- ٩ - محمد بن عبد الرحيم بن محمد الشيخ صفى الدين الهندي الأرموي أبو عبد الله (٦٤٤ هـ - ٧٤٥ هـ) (٧).
- ١٠ - محمد بن علي بن عبد الواحد بن عبد الكريم الانصاري كمال الدين المعروف بابن الزمלקاني (٦٦٧ هـ - ٦٢٧ هـ) (٨).
- ١١ - يوسف بن الزكي عبد الرحمن بن يوسف بن عبد الملك المزني الدمشقي جمال الدين أبو الحجاج (٦٥٤ هـ - ٧٤٢ هـ) (٩).

المنصب التي تولاهما:

التدريس:

كان العلائي عالماً في فنون كثيرة وبارعاً فيها وعقفاً. واستفاد الناس من علمه وبراعته. فقد قام بمهمة التدريس في عدة مدارس قمنا:

- ١ - دار الحديث الناصرية، ولي فيها بتدريس الحديث سنة (٧١٨ هـ) (١٠).
- ٢ - المدرسة الأسدية بدمشق ولي التدريس منها سنة (٧٢٣ هـ) (١١).
- ٣ - دار الحديث الحمصية بدمشق ولي التدريس منها سنة (٧٢٨ هـ) (١٢).
- ٤ - المدرسة الصلاحية بالقدس ولي التدريس منها سنة (٧٣١ هـ) (١٣).
- ٥ - المدرسة التنكزية ولي تدريس الحديث فيها وبقي مدرسا فيها إلى أن مات (١٤).
- ٦ - دار الحديث السيفية ولي شيختها (١٥).

تلامذته:

عرفنا عما سبق ان العلائي قام بمهمة التدريس بعدة مدارس فكثرت تلامذته في البلدان واشتهروا ونذكر فيما يلي بعض أشهر تلامذته:

- (١) انظر ترجمته في الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة - ابن حجر العسقلاني ٤٠/١.
- (٢) انظر ترجمته في الدرر الكامنة ٥٤/١، الدارس ٦٢/١، شذرات الذهب ٥٦/٦.
- (٣) انظر ترجمته في الدرر الكامنة ١٤٤/١، البداية والنهاية ١٣٥/١٤، النجوم الزاهرة ٢٧١/٩، شذرات الذهب في أخبار من ذهب - ابن العماد الحنبلي ٨٠/٦ - ٨٢.
- (٤) انظر ترجمته في الدرر الكامنة ١٤٦/١، الدارس ٥٢/١، شذرات الذهب ١٠٥/٦.
- (٥) انظر ترجمته في طبقات الشافعية ٢٣٠/٥، شذرات الذهب ١٠٥/٦.
- (٦) انظر ترجمته في الدارس ٧٨/١ - ٧٩، شذرات الذهب ١٥٣/٦ - ١٥٦.
- (٧) انظر ترجمته في الدرر الكامنة ١٤/٤، البداية والنهاية اسماعيل أبو الفداء ١٩١/١٤ - ١٩٢.
- (٨) انظر ترجمته في طبقات الشافعية ٢٥١/٥، شذرات الذهب ٧٨/٦.

• الكلام في بيع الفضولي •

- ١ - إبراهيم بن الخطيب زين الدين بن عبد الرحيم بن محمد بن إبراهيم بن سعد الله بن جماعة، برهان الدين أبو إسحاق المصري الدمشقي (٧٢٥ هـ - ٨٠٥ هـ) ^(١)
- ٢ - أحمد بن محمد بن عثمان الخليلي المقدسي شهاب الدين الغنزي (٧٣٣ هـ - ٨٠٥ هـ) ^(٢)
- ٣ - اسماء بنت خليل بن كيكليدي العلائي (٧٢٥ هـ - ٧٩٥ هـ) ^(٣)
- ٤ - اسماعيل بن علي بن الحسن بن سعيد بن صالح القلقشندي المصري بقى الدين (٧٠٢ هـ - ٧٧٨ هـ) ^(٤)
- ٥ - اسماعيل بن عمر بن كثير بن ضوء الدمشقي المعروف بابن كثير (٧٠٠ هـ - ٧٧٤ هـ) ^(٥)

ثناء العلماء عليه :

قال ابن السبكي : كان حافظاً، ثباتاً، ثقة، عارفاً بأسماء الرجال والملل والمنشآت، فقيهاً، متكلماً، اديباً شاعراً ناظلاً ناثراً، متفتناً، لم يخلف بعده بالحديث مثله .

وقال : اما الحديث فلم يكن في عصره من يدانيه فيه ^(٦) .

قال ابن العماد الحنبلي : الامام المحقق بقية الحفاظ ^(٧) .

ذكر النعمي نقلاً عن الصفدي في تاريخه : قل ان رأيت مثله في تحقيق ما يقوله وتدقيقه .

وقال السيد الحسيني في ذيل العبر : كان اماماً في الفقه والنحو والاصول، مفتناً في علوم الحديث ومعرفة الرجال، علامة في المتون والاسانيد ومصنفاته تنبىء عن امامته في كل فن ^(٨) .

مؤلفاته :

لقد ترك الامام العلائي مصنفاته في عدة علوم وكلها محققة جامعة في بابها وأذكر هنا ما استطعت من كتبه المكتوبة والمخطوطة مرتبة على حروف الهجاء :

- (٩) انظر ترجمته في الدارس ٣٥/١، البداية والنهاية اسماعيل أبو الفداء ١٩١/١٤ - ١٩٢ .
- (١٠) انظر الدارس في تاريخ المدارس للنعمي ١١٥/١ .
- (١١) انظر الدارس ٦٢/١، ١٥٢، شذرات الذهب ١٩٠/٦ .
- (١٢) انظر الدارس ٥٩/١، ٦٢ البداية والنهاية ١٣٢/١٤ .
- (١٣) انظر الدارس ٦٢/١، ٣٣١، شذرات الذهب ١٩٠/٦ .
- (١٤) انظر الدرر الكامنة ٩٠/١ والدارس ٦٣/١ .
- (١٥) انظر الدارس في تاريخ المدارس للنعمي ١١٥/١ .
- (١٦) انظر ترجمته في شذرات الذهب ٣١١/٦، كشف الظنون عن اسامي الكتب والفنون ٤٣٧ .
- (١٧) انظر ترجمته في الانس الجليل ٥٠٧، معجم المؤلفين عمر رضا كحالة ١٢٧/٢، شذرات الذهب في اخبار من ذهب - ابن العماد الحنبلي ٤٩/٧ .
- (١٨) انظر ترجمتها في الدرر الكامنة ٣٦٠/١، شذرات الذهب ٣٤٤/٦ .
- (١٩) انظر ترجمته في الدرر الكامنة ٣٧٠/١، الانس الجليل ٤٥١/٢، شذرات الذهب في اخبار من ذهب ٢٦٥/٦ .
- (٢٠) انظر ترجمته في معجم المؤلفين ٢٨٣/٢، شذرات الذهب في اخبار من ذهب - ابن العماد الحنبلي ١٣١/٦ .
- (٢١) انظر طبقات الشافعية الكبرى - ابن السبكي ١٠٤/٦ .
- (٢٢) شذرات الذهب في اخبار من ذهب - ابن العماد الحنبلي ١٩٠/٦ .
- (٢٣) انظر الدارس في تاريخ المدارس - للنعمي ٦١/١، ٦٣ .

- ١ - اثار الفوائد المجموعة بالاشارة إلى الفوائد المسموعة^(١).
- ٢ - احكام العنوان لأحكام القرآن^(٢).
- الأربعين الكبرى والوسطى والصغرى والمصرية في اثني عشر مجلد^(٣).
- ٣ - الاشياء والنظائر في فروع الفقه الشافعي^(٤).
- ٤ - الأمالي الأربعين في أعمال المتقين^(٥).
- ٥ - برهان التيسير في عنوان التفسير^(٦).
- ٦ - بغية الملتبس في احاديث مالك بن أنس^(٧).
- ٧ - تحقيق الكلام في نية الصيام^(٨).
- ٨ - تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد^(٩).
- ٩ - تفسير الباقيات الصالحات^(١٠).
- ١٠ - تفصيل الاجمال في تعارض الأقوال والأفعال^(١١).
- ١١ - تلقيع الفهوم في تفتيح صنيع العموم^(١٢).
- ١٢ - التنبيهات المجملة على المواضع المشككة عند مالك والبخاري ومسلم^(١٣).
- ١٣ - تهذيب الأصول مختصر جامع الأصول لأحاديث الرسول^(١٤).
- ١٤ - توفية الكليل لمن حرم الحليل^(١٥).
- ١٥ - جامع التحصيل في احكام المراسيل^(١٦).
- الحوائث على الامام في الأحكام.
- ١٦ - رفع الاشياء عن أحكام الاكراه^(١٧).
- ١٧ - رفع الاشكال عن حديث سنة أبام من شوال^(١٨).

(١) منها نسخة في المكتبة السلطانية في مائة ورقة - انظر ايضا الدور الكامنة ٩٠/٢، الدارس ٦٠/١، ايضاح المكنون ص ٢٢.

(٢) الدارس في تاريخ المدارس - للتعميم ٦١/١.

(٣) انظر الدارس ٦١/١.

(٤) انظر كشف الظنون ١٠٠/١ معجم المؤلفين عمر رضا كحالة ١٢٦/٤.

(٥) ومنها نسخة في المكتبة السليمانية في استانبول برقم ١١/١١٨١ - ٢٤٠ في ٢٧٥ صحيفة.

(٦) الاعلام ٤٧/٥، معجم المؤلفين ١٢٦/٤، الدارس ١٦/١.

(٧) ومنه نسخة في المكتبة الظاهرية بدمشق في (٨٠) صحيفة.

(٨) الدارس ٦١/١.

(٩) مطبوع بتحقيق إبراهيم محمد السلقيني.

(١٠) مطبوع بتحقيق بدر الزمان محمد شفيع النبائي في مجلة الجامعة السلفية ببنارس الهند.

(١١) كشف الظنون ٥٠٠/١، معجم المؤلفين ١٢٦/٤.

(١٢) ومنها نسخة في مكتبة اسكوريال بمدريد برقم ١٦١٢/٢.

(١٣) ومنه نسخة في مكتبة الرياض العلمية بالرياض برقم ٨٦.

(١٤) ومنه نسخة في المكتبة السليمانية باستانبول برقم ١٦٩.

(١٥) ومنه نسخة في المكتبة الظاهرية بدمشق في ٣٠ ورقة.

(١٦) انظر الدارس ٦١/١ في طبع في مجلد كبير.

(١٧) الدارس في تاريخ المدارس - للتعميم - ٦١/١.

(١٨) ايضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون - للبيضاوي - ٥٧٦/١.

- ١٨ - السفينة الكبرى في تفسير القرآن العظيم^(١).
- ١٩ - شرح حديث «إذا اجتهد الحاكم فأصاب»^(٢).
- ٢٠ - شذوذ العقود في مسائل وقت العقود^(٣).
- ٢١ - شفاء المسترشدين في حكم اختلاف المجتهدين^(٤).
- ٢٢ - العدة عند الكرب والشدة^(٥).
- ٢٣ - عقيلة المطالب في ذكر اشرف الصفات والمناقب^(٦).
- ٢٤ - فتاوى^(٧).
- ٢٥ - قواعد العلائي^(٨).
- ٢٦ - كشف انقباح عما روى الشيخان (البخاري ومسلم) للاصحاب (رضي الله عنهم)^(٩).
- ٢٧ - الكلام على حديث «لا يرث المسلم الكافر»^(١٠).
- ٢٨ - الكلام على حديث «قطع في يمن»^(١١).
- ٢٩ - الكلام على حديث «الحياء من الايمان»^(١٢).
- ٣٠ - الكلام في بيع الفضولي^(١٣).
- ٣١ - المائة المنتقا من صحيح مسلم^(١٤).
- ٣٢ - المائة المنتقا من سنن الترمذي.
- ٣٣ - المباحث المختارة في تفسير آية الديه والكفار^(١٥).
- ٣٤ - المجالس الميكره^(١٦).
- ٣٥ - المجموع المذهب في قواعد المذهب^(١٧).
- ٣٦ - المختلطين^(١٨).

-
- (١) انظر مجاميع تيمورية في دار الكتب المصرية برقم ٢٤١.
 - (٢) انظر مجاميع تيمورية بدار الكتب المصرية برقم ٢٤١.
 - (٣) انظر مجاميع تيمورية بدار الكتب المصرية برقم ٢٤١.
 - (٤) انظر في الدارس في تاريخ المدارس - للنعماني ٦١/١.
 - (٥) ومنها نسخة في برلين برقم ٤١٤٨.
 - (٦) شذرات الذهب ١٩٠/٦، ايضا المكنون ١١٧/٢.
 - (٧) ومنها نسخة في المكتبة الظاهرية بدمشق في ٥٦ ورقة.
 - (٨) وهو الاشياء والنظائر.
 - (٩) مخطوط في مكتبة كوبريلي.
 - (١٠) انظر: مجاميع تيمورية ١١٣ - ١١٩ بدار الكتب المصرية.
 - (١١) حققه عبدالمجيد صاحبزاد في رسالته التي قدمها إلى كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية لنيل شهادة الليسانس.
 - (١٢) انظر مجاميع تيمورية ١١٧ - ١١٩ في دار الكتب المصرية.
 - (١٣) وهو الكتاب الذي نحن بصده.
 - (١٤) كشف الفنون عن أسامي الكتب والفنون - حاجي خليفة ١٥٧٧/٢.
 - (١٥) انظر الدارس في تاريخ المدارس - للنعماني ٦١/١.
 - (١٦) انظر الاعلام للزركلي ٤٧/٥.
 - (١٧) ومنه نسخة في مكتبة الازهر برقم ٨٦/٤، وفي السليمانية باستانبول برقم عام ١٩٧١ وخصا ١٣٨٧.
 - (١٨) ومنه نسخة في كوبريلي برقم ٢٨٦.

- ٣٧ - مسألة التسمية على الذبيحة^(١).
- ٣٨ - مسألة اشتراط القبول في الوقف على معين^(٢).
- ٣٩ - مسألة خيار المجلس^(٣).
- ٤٠ - مسألة شفعة الجوار^(٤).
- ٤١ - مسألة مضاعفة الصلوات^(٥).
- ٤٢ - المسائل المختارة^(٦).
- ٤٣ - منحة الرائض لعلوم آيات الفرائض، وذكر في الدرر الكامنة والبدر الطالع والدارس تحفة الرائض^(٧).
- ٤٤ - منيف الرتبة لمن ثبت له شريف الصحة^(٨).
- ٤٥ - نزعة السفارة في تفسير خواتيم سورة البقرة^(٩).
- ٤٦ - نظم الفوائد لما تضمنه حديث ذي الدين من الفوائد^(١٠).
- ٤٧ - النفحات القدسية^(١١).
- ٤٨ - النفاذ الصحيح لما اعترض عليه من احاديث المصاييح^(١٢).
- ٤٩ - نهاية الاحكام لدراية الاحكام^(١٣).
- ٥٠ - الوحي المعلم فيمن روى عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ^(١٤).

هذا ما وقفت عليه من مؤلفات العلائي وربما كان هناك المزيد مما لم أقف عليه وهذه المؤلفات تدل على تجهره في علوم كثيرة مما جعله من امام في علوم شتى وجعل الناس يتعمون بمؤلفاته.

وفاته:

توفي الحافظ العلائي في الثالث من المحرم سنة إحدى وستين وسبع مائة للهجرة بالقدس الشريف عن سبع وستين سنة أي سنة ١٢٦١ هـ^(١٥). ودفن بمقبرة باب الرحمن بالقدس^(١٦).

-
- (١) - ٥٠) انظر مجاميع تيمورية ٢٤١ ادارة الكتب المصرية.
 - (٢) - انظر كشف الظنون عن اسامي الكتب والفنون - حاجي خليفة ١٥٧٧/٢.
 - (٣) - انظر الدور الكامنة ٩٠/٢، الدارس ٦٠/١٠، شذرات الذهب ١٩١/٦ البدر الطالع ٢٤٥/١، الانس الجليل - حجير الدين الحبلي ٤٥١/٢.
 - (٤) - انظر تاريخ الادب العربي (S) ٦٨.
 - (٥) - انظر الدارس - للتنميمي - ٦١/١.
 - (٦) - انظر الدارس ٦١/١، الدرر الكامنة ٩٠/٢، البدر الطالع ٢٤٥/١.
 - (٧) - انظر الدارس للتنميمي - ٦١/١.
 - (٨) - وقد طبع بتحقيق الدكتور عبدالرحيم عماد أحمد القشيري.
 - (٩) - انظر الدارس للتنميمي ٦١/١.
 - (١٠) - انظر الدرر الكامنة ٩٠/٢، شذرات الذهب ١٩٠/٦، البدر الطالع ٤٥١/١، ايضاح الكون في الذيل على كشف الظنون للبيضاوي ٧١٠/٢.
 - (١١) - انظر الدارس ٦٣/١، البدر الطالع ٢٤٥/١، الدرر الكامنة ٩٠/٢، طبقات الشافعية ١٠٤/٦.
 - (١٢) - انظر الانس الجليل ٤٥١/٢، شذرات الذهب ١٩١/٦.

فهرس مصادر المؤلف

- ١ - امالي أبو الفرح الرخسى
- ٢ - الأم - للامام الشافعي .
- ٣ - الاملاء للامام الشافعي .
- ٤ - البسيط للغزالي .
- ٥ - التتمة للمتولي .
- ٦ - تعلية القاضي أبي الطيب الطبري .
- ٧ - التريب .
- ٨ - التهذيب .
- ٩ - الروضة للنووي .
- ١٠ - سنن أبي داود .
- ١١ - سنن البيهقي .
- ١٢ - سنن الترمذي .
- ١٣ - شرح الفروع لأبي الطيب الطبري .
- ١٤ - صحيح البخاري .
- ١٥ - الفروع لأبن الحداد .
- ١٦ - القواعد لمز الدين بن عبد السلام .
- ١٧ - كتاب البويطي .
- ١٨ - كتاب الفصوب للشافعي .
- ١٩ - المحرر للرافعي .
- ٢٠ - المختصر للمزني .
- ٢١ - المستدرک للحاکم .
- ٢٢ - النهاية لامام الحرمین .
- ٢٣ - الوسيط للغزالي .

فهرس المصادر والمراجع

- الاشياء والنظائر للسيوطي: جلال الدين عبدالرحمن (٩١١ هـ) دار الكتب العلمية بيروت.
- الاصابة في تمييز الصحابة: أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) ط: اولى دار العلوم الحديثة ١٣٢٨ هـ.
- اصول السرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (٤٩٠ هـ) تحقيق أبو الوفاء.
- الأفغاني: دار احياء المعارف التعمانية حيدر آباد الهند ١٣٩٢ هـ.
- الأعلام: خير الدين الزركلي، المطبعة العربية القاهرة ١٣٤٧ هـ.
- الأم: الشافعي محمد بن ادريس (٢٠٤ هـ) طبعة مصورة عن طبعة بولاق (٣٢٠ هـ).
- الانس الجليل: حجر الدين الحنبلي، المحتسب - عمان - الأردن.
- ايضاح المكنون: في الذيل على كشف الظنون للبغدادى اسماعيل باشا (١٣٣٩ هـ) نشر مكتبة المثنى - بغداد.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ابن رشد الحفيد: محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي (٥٩٥ هـ) دار الفكر بيروت.
- البداية والنهاية: اسماعيل بن عمر بن كثير عماد الدين أبو الفداء (٧٧٤ هـ) ط: اولى مكتبة المعارف ببيروت ١٩٦٦ م.
- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: محمد بن علي الشعركاني م (١٢٥٥ هـ) مطبعة السعادة ط اولى ١٣٤٨ هـ نشر دار المعرفة ببيروت.
- البرهان في اصول الفقه: امام الحرمين عبدالله بن عبدالله الجويني (٤٧٨ هـ) تحقيق: د/ عبدالعظيم الديب. ط: ثانية، دار الانصار القاهرة ١٤٠٠ هـ.
- تاريخ الادب العربي: لكارول بروكلمان ترجمه إلى العربية الدكتور عبدالحليم دار المعارف الطبعة الرابعة.
- تاريخ بغداد: الخطيب البغدادي أحمد بن علي (٤٦٣ هـ) المكتبة السلفية بالمدينة.
- التبصرة في اصول الفقه: أبو اسحاق الشيرازي لإبراهيم بن علي (٤٧٦ هـ) شرح وتحقيق د/ محمد حسن هيتو، دار الفكر دمشق ١٤٠٠ هـ.
- تبين كذب المقرري فيما نسب إلى أبي الحسن الأشعري: أبو القاسم علي بن الحسين بن هبة الله (٥٧١ هـ) دار الكتاب العربي بيروت.
- تفريع الفروع على الأصول: الرنجاني شهاب الدين محمود بن أحمد (٦٥٦ هـ) تحقيق: د. محمد أديب صالح، ط: ثالثة، مؤسسة الرسالة بيروت ١٣٩٩ هـ.
- تدريب الراوي: للسيوطي، الطبعة الأولى، نشر المكتبة العلمية بالمدينة المنورة ١٣٧٩ هـ.
- تذكرة الحفاظ: الذهبي شمس الدين محمد أبو عبدالله (٧٤٨ هـ) لتصحيح. عبدالرحمن بن يحيى المعلمي دار احياء التراث العربي، بيروت ١٣٧٤ هـ.
- التعريفات للجرجاني: أبي الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني الحنفي المتوفى ٨١٦ هـ مطبعة الحلبي سنة ١٣٥٧ هـ.
- تقريب التهذيب: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (٨٥٢ هـ) دار نشر الكتب الاسلامية باكستان.
- النمهيدي في تفريع الفروع على الاصول الاستوي: جمال الدين عبدالرحمن الحسن (٧٧٢ هـ) تحقيق د. محمد حسن هيتو، ط: ثانية مؤسسة الرسالة بيروت ١٤٠١ هـ.
- تهذيب الاسماء واللغات: النووي: يحيى الدين يحيى بن شرف (٦٧٦ هـ) دار الكتب العلمية بيروت.
- تهذيب التهذيب: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) ط: اولى، دائرة المعارف النظامية، الهند ١٣٢٥ هـ.

• الكلام في بيع الفضولي •

- حلية الأولياء. طبقات الأصفياء: أبو نعيم الإصهاني، أحمد بن عبدالله (٤٣٠ هـ) دار الكتب العربي بيروت.
- الدارس في تاريخ المدارس: النعمي، عبدالقادر بن محمد الدمشقي (٩٢٧ هـ) تحقيق جعفر الحسني، ط. أول مطبعة الشرق بدمشق ١٣٧٠ هـ.
- الدور الكاتبة في أعيان المائة الثامنة: ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي (٨٥٢ هـ) تحقيق: سيد محمد جاد الحق، دار الكتب الحديثة القاهرة، ١٣٨٥ - ١٣٨٧ هـ.
- الدباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن كخمد المالكي (٧٩٩ هـ) دار الكتب العلمية بيروت.
- روضة الطالبين: النووي، محي الدين يحيى بن شرف ٦٧٦ هـ. المكتب الاسلامي، دمشق.
- روضة الناظر وجنة المناظر (مع شرح ابن بدران) ابن قدامة: عبدالله بن أحمد (٦٢٠ هـ) دار الكتب العلمية بيروت.
- السنن: أبو داود سليمان بن الأشعث (٢٧٥ هـ) تعليق عزت عبيد الدعلس ط. أول دار الحديث مطبعة بيروت ١٣٨٨ هـ.
- السنن: الترمذي. أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (٢٧٩ هـ) تحقيق أحمد شاكر الجزء ١ - ٣ والباقي بتحقيق فؤاد عبد الباقي وغيره، دار احياء التراث العربي بيروت.
- السنن الكبرى: البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي (٤٥٨ هـ) دار الفكر بيروت.
- السنن: النسائي أحمد بن شعيب النسائي (٣٠٣ هـ) دار الكتب العلمية بيروت.
- سير اعلام النبلاء: الذهبي شمس الدين أحمد بن محمد (٧٣٨ هـ) ط. أول مؤسسة الرسالة بيروت ١٤٠١ هـ.
- شذرات الذهب في اخبار من ذهب: ابن الصاهد الحنبلي عبدالحلي (١٠٨٩ هـ) ط. ثانية، دار السيرة بيروت ١٣٩٩ هـ.
- الصحيح للبخاري (مع فتح الباري): محمد بن اسماعيل (٢٥٦ هـ) ترقيم فؤاد عبد الباقي، المكتبة السلفية، مكتبتها مصر.
- الصحيح مسلم: بن الحجاج القشيري (٢٦١ هـ) تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث العربي بيروت.
- طبقات الحنابلة: ابن أبي يعلى الحنبلي (٤٥٨ هـ) دار المعرفة بيروت.
- طبقات الشافعية الكبرى: ابن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب، بن تقي الدين السبكي، (٧٧١ هـ) ط. ثانية، دار المعرفة بيروت.
- طبقات الفقهاء: الشيرازي: إبراهيم بن علي (٤٧٦ هـ) تحقيق: احسان عباس، نشر دار الرائد العربي بيروت ١٩٧٠ م.
- طبقات المدلسين: للحافظ بن حجر، نشر مكتبة المنار، تحقيق د. عاصم القريوي.
- العدة في اصول الفقه: القاضي أبو يعلى: محمد بن الحسين الفراء (٤٥٨ هـ) تحقيق: د. أحمد بن علي سير الباركلي: ط. أول مؤسسة الرسالة ١٤٠٠ هـ.
- علوم الحديث: لابن الصلاح نشر المكتبة العلمية بالمدينة المنورة، تحقيق: نور الدين عتر.
- فتح العزيز شرح الوجيز: الرفاعي، مطبعة التضامن الاخواني بالقاهرة.
- الفتح المبين في طبقات الأصوليين: المراغي: عبدالله مصطفى، ط. ثانية. محمد أمين دبح وشركات بيروت ١٣٩٤ هـ.
- فهرس المكتبة الأزهرية: مطبعة الأزهر ١٣٦٥ هـ.
- قواعد الاحكام في مصالح الأنام: عز الدين عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي (٦٦٠ هـ) دار الكتب العلمية بيروت.
- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون: حاجي خليفة - مصطفى بن عبدالله (١٠٦٧ هـ) مكتبة المثنى بغداد ١٣٨٧ هـ.
- لسان العرب: ابن منظور، محمد بن مكرم (٧١١ هـ) دار صادر بيروت.

مجاميع تيمور بدار الكتب المصرية.

مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: الهيثمي نور الدين أبي بكر (٨٠٧ هـ) ط. ثالثة دار الكتاب العربي بيروت ١٤٠٢ هـ.

المجموع: النووي نشرة زكريا علي يوسف.

المحصول في علم أصول الفقه: فخر الدين الرازي: محمد بن عمر بن الحسين (٦٠٦ هـ) تحقيق طه جابر فياض العلواني. ط. اولى جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية الرياض ١٣٩٩ هـ.

المستدرک على الصحيحين: الحاكم أبو عبدالله محمد بن عبدالله النيسابوري (٤٠٥ هـ) دار الكتب العلمية بيروت.

المستصفى في علم الأصول: أبو حامد الغزالي (٥٠٥ هـ) دار احياء التراث العربي بيروت.

المستند: الامام أحمد بن محمد بن حنبل (٢٤١ هـ) ط. ثانية: المكتب الاسلامي بيروت ١٣٩٨ هـ.

معجم المؤلفين: عمر رضا كحالة، دار احياء التراث العربي بيروت.

المفني: ابن قدامة، عبدالله بن أحمد بن محمد (٦٢٠ هـ) مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.

النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة: لابن تغري بردي (٨٧٤ هـ) طبع دار الكتب ومطابع كوستاقوس.

الوجيز: للغزالي طبعة الحلبي بالقاهرة.

الزكاة والضرائب

قضية للبحث

الدكتور / محمد زكي عبدالبر*

المقدمة

- ١ - نعرض فيما يلي رأياً للمناقشة في موضوع هام . وقد كان هذا الموضوع محل بحث سابق لدى الكثيرين وأبدوا رأيهم فيه . ولكننا نرى الحاجة ماسة إلى إعادة عرضه للمناقشة ليبدى كل صاحب رأي رأيه مبيناً دليله الذي يستند إليه .
- ٢ - وينتهي أملاً في المستقبل في الموضوع نفسه ، لعل الله أن يهدي له من يعمل على تنفيذه .

الموضوع

ما يدفعه الشخص للدولة مما يمتنا هنا إما مقابل أعيان أو خدمات معينة له هو على وجه الخصوص (وهو ما يسمى : الرسم) ، وإما ، دون مقابل أعيان أو خدمات تقدم له خاصة ، ليكون إيراداً للدولة كي تقوم بالحاجات العامة - وهي كثيرة متعددة كالمدافع عن الوطن وحفظ الأمن في الداخل وإقامة المدارس والمستشفيات والطرق والمحاكم . . . الخ (وهي الضرائب) .

أما الأول أي ما يدفع مقابل ما يأخذه الشخص على وجه الخصوص من مياه أو كهرباء مثلاً . . . الخ ، فلا كلام فيه هنا .

وأما الثاني - وهو ما يلزم الشخص بدفعه إلى الدولة (الضرائب) لقيامها بالوظائف العامة فهو محل التساؤل هنا : هل يحسب من الزكاة الواجبة على المسلم ديانة للانفاق على مصالح الدولة أم لا ؟

(*) أستاذ بالجامعات العربية ونائب رئيس محكمة النقض بمصر سابقاً .

والغرض أن الكلام هنا في الدولة الإسلامية التي تسود فيها - كلا أو غالباً - أحكام الإسلام، ووفقاً للوضع الحالي القائم فعلاً وهو اتباع نظام الضرائب المعمول به في الدول الأجنبية.

وذلك حتى يتحقق الأمل المرجو وهو الانتقال إلى النظام المالي الإسلامي وأكبر قوامه الزكاة وغيرها مما شرعه الإسلام ووردت للدولة الإسلامية.

الرأي في الوضع القائم : الاختلاف فيه

ذهب البعض إلى جواز احتساب الضريبة التي دفعها الشخص للدولة، من الزكاة الواجبة عليه وعن نسب إليهم هذا الرأي : الإمام النووي . والإمام أحمد بن حنبل . وابن تيمية (في بعض ما نقل عنه وقد قيل إنه صرح في فتاويه بما يعارض هذا النقل)^(١).

وذهب آخرون إلى القول بعدم احتسابها من الزكاة . وعن نسب هذا الرأي إليهم : ابن حجر الهيتمي والشيخ عليش والسيد رشيد رضا والشيخ محمود شلتوت وأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة وقيل أنه الصحيح عند الحنفية على ما نقل ابن عابدين^(٢).

حجة القائلين بالرأي الثاني

أحتج القائلون بعدم احتساب الضريبة من الزكاة بما يأتي :

- ١ - إن الزكاة فريضة شرعية محددة المقادير والشروط من الشارع . أما الضريبة فهي تكليف وضعي من الدولة له مقادير وشروط أخرى .
- ٢ - إن الزكاة مصارفها معروفة وهي المنصوص عليها في الآية الكريمة ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبِهِمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ فريضة من الله والله عليم حكيم^(٣) . وهي غير مصارف الضرائب .

(١ - ٢) تراجع أفواهم في كتاب وفقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوي ، ج٢ ، ص ١١١١ - ١١١٩ - الطبعة الثانية مؤسسة الرسالة ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م والمستشار عثمان حسين ، الزكاة دار الوفاء ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م ، ص ١٠٣ وما بعدها ويلاحظ أن المرحوم الشيخ شلتوت قال بأن الضرائب تكون بمثابة دين شغل به المال ، فإن بلغ الباقي نصاب الزكاة وتحقق فيه شرطها وجب دينها إخراج زكاته .

كما يلاحظ أن استاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة قال إن الضرائب القائمة لا يمكن أن تغني عن الزكاة ، لأنها لم تسد إلى الآن حاجات الفقراء ولا بد أن تسد - ويؤخذ من ذلك أن الضرائب إذا خصصت منها مقادير ذات قيمة للتكاثر الاجتماعي وسد حاجات الفقراء فإنها يمكن أن تغني عن الزكاة . وقد قيل بأن في هذا تساهلاً ملحوظاً من الشيخ محمد أبي زهرة رحمه الله . وهذا القول بالتساهل لا دليل عليه .

(٣) سورة التوبة الآية ٦٠ .

٣ - إن الزكاة عبادة ولا بد في العبادة من نية التقرب إلى الله عز وجل . أما الضرائب فليست عبادة وليس فيها هذه النية .

الرد على هذه الحجج

من السير الرد على هذه الحجج بما يأتي :

١ - إن جمع الزكاة من الولايات التي يقوم بها ولي الأمر في الدولة الإسلامية «فالأموال التي تليها أئمة المسلمين هي الثلاثة التي ذكرها عمر وتأولها من كتاب الله عز وجل : النفي والخمس والصدقة . وهي أسماء مجملة يجمع كل واحد منها أنواعاً من المال . فأما الصدقة فزكاة أموال المسلمين من الذهب والورق والإبل والبقر والغنم والحب والثمار فهي للأصناف الثمانية الذين ساهم الله تعالى لا حق لأحد من الناس فيها سواهم . ولهذا قال عمر هذه هؤلاء (وقد روي أن عمر أسقط منها سهم المؤلفه ١ قلوبهم وقال : إن الله عز وجل أعز الإسلام، وهذا اجتهد منه) . . . الخ»^(١) .

٢ - أما أن الزكاة مصارفها معروفة - وهي غير مصارف الضرائب، فمردود بأن هذه مسئولية ولي الأمر وليست مسئولية المكلف بعد أن يأخذ الزكاة من المكلف . فإن كان ولي الأمر لا يصرف هذه الأموال التي يدفعها الشخص باسم الزكاة في المصاريف المعينة للزكاة، فإن ذلك مسئوليته أمام الله سبحانه وتعالى . وهل كان المسلمون يحاسبون الخلفاء والولاة في ذلك؟ أم أن الأمر كان متروكاً للخلفاء والولاة وأمرهم إلى الله سبحانه وتعالى . مع ملاحظة أن أموال الضرائب يصرف كثير منها بطريق مباشر أو غير مباشر - على الأصناف الثمانية بالقدر الميسور .

٣ - أما القول بأن الزكاة عبادة تشترط فيها النية، فذلك موفور ومفروض حتى عند جبر ولي الأمر المكلف عليها . فقد حارب سيدنا أبو بكر رضي الله عنه من منعه وأعتبر ما أخذه جبراً زكاة . وقد قيل إن الإمام يتوب عن المكلف في النية عند أخذه جبراً .

ثم : هل المقصود بالنية نية معطي المال أي المكلف أم نية أخذه أي ولي الأمر، في الحديث المتفق عليه وهو قوله صلى الله عليه وسلم : «إنما الأعمال بالنيات ولكل

(١) أبو عبيد القاسم بن سلام (٢٢٤هـ) الأموال، تحقيق وتعليق محمد خليل هراس دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م، ص ٢٤ . وانظر الماوردي (٤٥٠هـ) الأحكام السلطانية، الطبعة الثالثة بمطبعة الحلبي، ص ١١٣ . وابن جماعة (٧٣٣هـ)، تحرير الأحكام، تحقيق الدكتور فؤاد عبدالمعتم، الطبعة الأولى، قطر ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ص ٦٥ .

امريء مانوى»^(١)، أليس الظاهر أن العبرة بنية المعطي تبرئة لذمته من الزكاة وهي أولى من الضرائب؟.

٤ - وأما القول بأن الزكاة غير الضريبة فصحيح من بعض الوجوه دون الوجه الأهم. هو صحيح من حيث اختلاف المقادير والشروط. ولكنه غير صحيح من حيث الوجه الأهم المعبر وهو دفع المسلم مالا لولي الأمر المسلم.

ويلاحظ أن في احتساب الزكاة من الضرائب نفع مزدوج للشخص وللدولة: نفع للشخص إذ تبرأ ذمته من دين عليه لله وللدولة الإسلامية أولى من الضرائب. ونفع للدولة إذ أن ذلك يمنع المكلف من التهرب من الضرائب، وهو ماتشكو منه سائر المجتمعات في الدول التي تأخذ بنظام الضرائب.

وفي ذلك أيضاً رفع للثني في المال الواجب على المسلم. وفيه حمل حال المسلم على الصلاح بتبرئة ذمته من الزكاة وهي أولى بالأداء من الضريبة وإن كانت الضريبة واجبة الأداء أيضاً طاعة لولي الأمر. وفي هذا رد على ما قيل خلاف ذلك.

والظاهر أن واضع القانون في بعض البلاد الإسلامية مال إلى الأخذ بهذا الرأي فمشرع قانون الزكاة في جمهورية مصر العربية الذي أعدته في سنتي ١٩٨٤/٨٣ لجنة الشؤون المالية والاقتصاد المتفرعة عن لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب نص في المادة ٥٣ منه أنه: «إلى أن يتم صدور القانون المالي وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية تخصم الزكاة التي يؤديها المكلف إلى بيت المال من الضرائب المفروضة عليه» وأوجب الزكاة في مال المسلم وتقوم الدولة على جبايتها وصرفها.

وبعد فإن المسلم الحريص على أداء واجبه الديني يجد حرجاً: فإنه إن احتسب ما يدفعه من الضرائب من الزكاة يبقى غير مطمئن. وإن لم يحتسبها وأدى الاثنين فإنه يجد عسراً بعد أن تعددت الضرائب وارتفعت مقاديرها حتى عمت معاملاته العادية اليومية فضلاً عن السنوية مع أن مع العسر يسراً. مما أدى بالمرحوم الشيخ شلتوت بالقول بحساب الضرائب من وعاء الزكاة باعتبارها ديناً (الفتاوى، ص ١١٦). والمستشار عثمان حسين، الزكاة، ص ١٠٤ - ١٠٥). وكذا ما قاله الأستاذ الدكتور عبدالعزيز حجازي أنه قد تتفق الضريبة في أغراضها مع الزكاة عندما تتطابق الأهداف لمواجهة مطالب الفقراء والمساكين وغيرها من الأوجه التي توجه إليها الزكاة وأنه من الواجب أن يتطور النظام الضريبي كي يخصص جزء منه لتحصيل الزكاة لمواجهة مطالب الفقراء والمحتاجين وجزء آخر يعتبر ضريبة لمواجهة الأعباء الإضافية التي تتحملها الدولة كالأمن والعدالة والمرافق الأساسية والأمر يتطلب دراسة شاملة نحن أحوج ما نكون لها

(١) صحيح البخاري ج٤ ص ٢٥٢.

الأمل في المستقبل

كلامنا المتقدم مجاله الوضع الحالي للدول العربية والإسلامية التي تسير على نظام الضرائب المستمد من النظم الأجنبية. وهو علاج ضروري للحالة القائمة. ولكن الأمل في المستقبل أن يحل النظام المالي الإسلامي وقوامه الزكاة وما يضاف إليها إن دعت الحاجة، محل نظام الضرائب وسط تشريعات إسلامية عامة تنظم سائر جوانب حياتنا الدولية والداخلية السياسية والاجتماعية والاقتصادية. فهذا هو الأرق والأوفق لدينا وحضارتنا ومستقبلنا.

وعلى الله قصد السبيل: من يهد الله فهو المهتد.

الخاتمة

عرضنا فيما تقدم:

١ - الرأي في: هل تحسب الضريبة التي يدفعها المكلف المسلم للدولة الإسلامية من الزكاة أم لا؟ كي يطمئن المسلم إلى التصرف السليم الذي يبريء ذمته أمام الله سبحانه وتعالى.

٢ - والأمل في انتقال الدول الإسلامية من نظام الضرائب الأجنبي إلى النظام المالي الإسلامي النابع من شريعتنا وهو كفيل بتحقيق مصالحنا واطمئنان نفوسنا. والله الموفق.

(١) نقلاً عن صديقنا المستشار عثمان حسين، الزكاة، ص ١٠٦ نقلاً عن حديث منشور بجريدة الوفد ١٩٨٦/٥/١٥.

وكذا في مشروع قانون الزكاة الذي اقترحه صديقنا المستشار عثمان حسين إذ نص فيه في المادة ٢٤ على مايلي:

«الزكاة والضرائب»:

١ - أداء الضرائب لا يعفي من الزكاة ولا يعني عن وجوب أداء الزكاة وذلك أبداً كانت هذه الضرائب، وأياً كانت الجهة العامة الموزدة إليها.

٢ - وتخضع قيمة الزكاة المدفوعة من أي مال أو دخل، من وعاء الضرائب التي تستحق عن هذا المال أو الدخل، أو من وعاء الضريبة عن الأيراد العام.

٣ - وبعبارة النظر في تشريعات الضرائب الحالية وذلك بهدف إلغاء بعض الضرائب التي تغني عنها حصيللة الزكاة وتخفف ثقات بعض الضرائب الأخرى التي تكفي هذه الحصيللة لمواجهة مصارفها.

(المستشار عثمان حسين، الزكاة: الضمان الاجتماعي الإسلامي، ص ٢٢٩. وهو من القائلين بعدم احتساب الضرائب من الزكاة كما تقدم. واقترحه هذا يقوم على الوضع الحالي القائم فعلاً والذي نرجو أن يحل محله النظام المالي الإسلامي وقوامه الزكاة وغيرها مما يراه الإمام ويقره الشارع الإسلامي. والله المستعان.

الطريقة المبتكرة

في حل مسائل الجَد والإخوة

د. عبدالعزيز بن محمد الزيد*

مقدمه:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين ومن استن بسنته واستقام على هديه إلى يوم الدين.

وبعد.. فإن خير ما بذل فيه الجهد فهم كتاب الله. وإن من خير ما يصرف فيه الوقت تعلم الفرائض وتعليمها. وقد ورد الحث على الاهتمام بها في عدد من الأحاديث والآثار كقوله صلى الله عليه وسلم: «العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل، آية حكمه، أو سنة قائمة، أو فريضة عادلة»^(١) وقوله: «تعلموا الفرائض (أي علم الفرائض) وعملوه فإنه نصف العلم، وهو ينسى، وهو أول شيء ينزع من امتي»^(٢) وقوله: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإني امرؤ مقبوض، وإن بالعلم سيقبض وتظهر الفتن حتى يختلف اثنان في الفريضة فلا تجد من يفصل بينهما»^(٣).

وعن عمر رضي الله عنه أنه قال: «تعلموا الفرائض، واللحن، والسنة، كما تعلمون القرائض»^(٤).

* استاذ مساعد بجامعة الملك عبدالعزيز في جدة.

(١) مختصر سنن أبي داود ١٥٩/٤ حديث رقم ٢٧٦٥ وسنن ابن ماجه ١٢/١ رقم ٤٢.

(٢) سنن ابن ماجه ١١٩/٢ رقم ٢٧٥١ جمع الفوائد، الجامع لكتب السنة المطهرة ٣٦/١، نيل الأوطار ٥٤/٦ مختصر البدر المنير ص ١٨١.

(٣) تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج لابن الملقن ٣١٥/٢ مختصر البدر المنير في تخريج احاديث الشرح الكبير لابن الملقن ص ١٨١، ومتنقى الأخبار لابن تيميه وشرحه نيل الأوطار للشوكاني ٥٤/٦، ارواء الغليل في تخريج احاديث منار السبيل ١٠٣/٦.

(٤) سعيد بن منصور في سننه ١/٣.

وعن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال: «من تعلم القرآن فليتعلم الفرائض». (١)

وفي الصحيحين احاديث تفيد برفع العلم كله في آخر الزمان وفشو الجهل (٢) وإذا كان ذلك حاصلًا فيا بالك بالفرائض التي تحتل ولا شك، مكاناً بارزاً بين فروع العلم المتعددة؟ وعليه فقد يعد ما ذكر بالصحيح وغيرها دليلاً قوياً يعضد ما ورد من كون الفرائض من أول ما يختل من العلم ويتلاشى؛ لأن الفرائض تحتاج إلى معرفة بالفقه والحساب مع شيء من التفرغ يمكن من الإطلاع المستمر على الكتب سواء منها ما أفرد للفرائض أو ما ورد عنها في كتب الفقه والحديث مع التمرس على طرق قسمة مسائل الفرائض وإمعان النظر في دقائقها.

ولأن نسبة العلماء بالفرائض إلى غيرهم في تناقص مستمر.

ولا شك أن ثمة صعوبات ظلت تكتنف عدداً من مسائل الفرائض على مر العصور كما هو الحال في باب الجد والإخوة الذي وصفه الإمام الفرضي الحاسب أبو عبدالله الوفي (ت ٤٥٠هـ) بالغموض في قوله: وقد أحكمنا أصول الجد وفروعه وأكثرنا منها لأنها من أغمض أبواب الفرائض وأكثرها مسائل. (٣) وصرح بصعوبته أيضاً إمام الفرضيين في زمانه الشيخ عبدالله الشنشوري الفرضي (ت ٩٩٩هـ) (٤) بقوله شرحاً لما ورد بالرحبية بشأن باب الجد والإخوة: والمراد أنك تصغى لما نورد من العبارات في الجد الإخوة وتجمع أول الكلام وآخره وتفصيله وإجماله وتهتم بذلك اهتماماً زائداً عسى أن تظفر ببعض المراد وإنما قدم هذا الكلام؛ لأن باب الجد والإخوة خطر صعب المرام. (٥) وكذا أشار إلى تلك الصعوبة فرضي المدينة المنورة إبراهيم بن عبدالله بن إبراهيم (ت ١١٨٩هـ) (٦) في كتابه الكبير الذي شرح فيه المنظومة المسماة عمدة كل فارض في علم الوصايا والفرائض المعروفة بالفية الفرائض، على المذاهب الأربعة. (٧)

(١) المصدر السابق ٢/٣.

(٢) انظر صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري ١٧٨/١ - ١٧٩ و ١٩٤ - ١٩٥ وانظر صحيح مسلم مع شرحه للنووي ٢٢١/١٦ - ٢٢٥.

(٣) اصول الموارث (مخطوطة ص ٤٢ الذي فرغ الباحث من تحقيقه).

(٤) انظر ترجمته في التحفة الخيرية على الفوائد الشنشورية ص ٦.

(٥) الفوائد الشنشورية في شرح المنظومة الرحبية ص ١٣١ بهامش التحفة الخيرية.

(٦) لمزيد من المعلومات عما ورد عنه راجع كتاب علماء نجد خلال ستة قرون للشيخ عبدالله بن عبدالرحمن البسام ٥٠٥/٢.

(٧) انظر ١/١٠٥.

وتورثت الإخوة مع الجد أثار جدلاً علمياً كبيراً جعل العلماء يفترون بشأنه على قولين: الأول قول أبي بكر الصديق رضى الله عنه وهو أن الجد أب الأب، يقوم مقام الأب عند عدمه وعليه فلا يرث الإخوة معه. وقال بقوله من الصحابة رضى الله عنهم أكثر من ثلاثة عشر صحابياً وكذا أبو حنيفة وأحمد في قول عنه ونعيم بن حماد وداود وإسحاق بن راهويه وزفر واللؤلؤي والمزني وأبن سريج وابن اللبان وشيخ الإسلام ابن تيمية وابن قيم الجوزية وغيرهم.^(١)

والثاني القول بأن الإخوة يرثون مع الجد وبه قال من الصحابة علي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضى الله عنهم وبعد اتفاق هؤلاء الثلاثة على مبدأ تورثت الإخوة مع الجد افترقوا في كيفية تورثه الجد معهم على ثلاثة مذاهب أشهرها مذهب زيد الذي أخذ به مالك والشافعي وأحمد، في أشهر القولين عنه، وأبويوسف ومحمد (صاحباً أبي حنيفة)^(٢). وبفضل اعتياد هؤلاء الأئمة لمذهب زيد أصبح المسلمون أمام خيارين بين قول زيد أو قول أبي بكر في ميادين التطبيق العملي بين القضاة.^(٣) وحسب اختلاف الزمان والمكان.

فيقول أبي بكر مثلاً كان العمل في عدد من البلدان في الخلافة العثمانية^(٤) وفي الدولة السعودية الأولى عمل به الشيخ محمد بن عبد الوهاب وتلاميذه.^(٥) وفي أيامنا هذه اختار القانون الأردني العمل بقول أبي بكر^(٦) وفي المملكة العربية السعودية في مجال التطبيق العملي ترك للقاضي أن يختار ما يراه الأولى فممنهم من يقضي بقول أبي بكر ومنهم من يقضي بقول زيد. وفي مصر بصدر قانون ١٩٤٣م ترك العمل بقول أبي بكر واستبدل به قول بقول ملفق من مذهب علي ومذهب زيد كما قال الشيخ محمد أبو زهره.^(٧) ثم حذا القانون السوري في ١٩٥٣م حذو القانون المصري في ترك العمل

(١) إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ٤١٩/١ - ٤٢٩، العذب الفائض ١٠٥/١ - ١٠٦.

(٢) مختصر الفرائض ص ٥٧، التهذيب في الفرائض لابي الخطاب الكلوكاني ص ٤٧ المغني لابن قدامة ٦٤/٧ - ٦٥ و ٦٧/٧ - ٦٨ وفتح الباري شرح صحيح البخاري ١٨/١٢ - ٢٢. وشرح السراجية للجرجاني ص ٧٩ - ٨٠. قال الجرجاني في شرح السراجية ص ٨٠ (ومن رسم المفتي أنه إذا كان أبو حنيفة رحمه الله في جانب وصاحبه في جانب كان هو - أي المفتي - غيراً في اختيار أي القولين شاء). وقد كانت الفتوى في سوريا قبل قانون ١٩٥٣م على قول أبي حنيفة الذي يقول بقول أبي بكر انظر علم الفرائض الموارث في الشريعة الإسلامية والقانون السوري لمحمد خيري المفتي ص ١٦٥ وكذا في مصر قبل قانون ١٩٤٣م.

(٣) إعلام الموقعين ٤٢٧/١.

(٤) أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة لمحمد عي الدين عبد الحميد ص ١١٥ وإحكام الموارث في الشريعة الإسلامية للدكتور جمعة محمد محمد براج ص ٣٩٢.

(٥) الدرر السنه جمع عبدالرحمن بن قاسم العاصمي ٣٠٢/٤.

(٦) الميراث في الشريعة الإسلامية للدكتور ياسين احمد ابراهيم دراهه ص ١٧٨.

(٧) أحكام التركات والموارث ص ١٦٣.

يقول أبي بكر وفي الأخذ بما ذكره الشيخ أبو زهرة وزاد بأن جاء بقول لم يقل به أحد من الصحابة الثلاثة الذين على قولهم يُعْتَمَدُ المورثون للإخوة مع الجد^(١) حيث جعل القانون في المادة (٢٧٩) نصيب الجد لا يقل عن الثلث في أي حال من الأحوال.^(٢)

وللتوجه الجديد الذي ظهر من بعض التشريعات العربية للمزج بين الأقوال المتعددة في توريث الإخوة مع الجد وحيث بانت للفرضيين صعوبة تطبيق كل مذهب على حدة رغم تناسق قواعده وأصوله فكيف تكون الحال حين يمزج بين مذهبين تتباين أصولهما وقواعدهما!

ولا شك أن ما حصل لم يسهم في تسهيل مهمة القضاة بل زادها تعقيداً وأما مهمة المدرس فحدث ولا حرج فهو مطالب بحل الغموض الحاصل من التداخل بين المسائل الكثيرة حيناً والمتناقضة حيناً آخر وصولاً إلى أنواع من القناعات يتفهمها الطالب ويسلم بها.

ولقد قمت بتدريس مادة الفرائض سنين كثيرة لطلاب الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى بمكة المكرمة وبقسم الدراسات الإسلامية بجامعة الملك عبدالعزيز بجدة وأدركت مدى المعاناة والخرج التي يواجهها الأستاذ وهو يحاول حل الطلاب على فهم قاعدة غير منضبطة لكثرة التداخلات والاستثناءات كباب الجد والإخوة. والله يعلم أنني بذلت جهدي مع الطلاب حتى وصلت إلى طريقة ظننتها سهلت فهم الباب عليهم بعض الشيء. ولقناعتي بعدم كفاية ما حصل من تقدم أخذت أمعن النظر في الكثير من المسائل التي قمت بحلها بطريقة الجدول وموازنة النتائج لمختلف الاحتمالات وأخيراً وجدتهني أمام ما أحسبه طريقة حسابية جديدة منضبطة تسهل الحل وتقربه لطلاب العلم وبعد ما ثبت لي كونها سهلة التناول مضمونة النتائج أملت خطواتها على طلابي بجامعة أم القرى سنة ١٤٠٦ هـ. وبعد انتقالي لجامعة الملك عبدالعزيز بجدة قمت بتطويرها ليتمكن تطبيقها على كل مسائل الباب وأمليتها على طلابي سنة ١٤٠٧ هـ.

والطريقة كما أراها إضافة علمية جديدة في حساب الفرائض يمكن بواسطتها حل مسائل باب الجد والإخوة على مذهب علي وابن مسعود وزيد رضى الله عنهم وبالتالي تكون مهمة لكل من يرى توريث الإخوة مع الجد حسبما ورد في القانون المصري أو السوري أو غيرهما.^(٣)

(١) المحل لابن حزم ٢٩٤/٩.

(٢) علم الفرائض والموارث في الشريعة الإسلامية والقانون السوري لمحمد خيرى المفتي ص ١٦٨ - ١٦٩.

(٣) قول أبي بكر رضى الله عنه لا يحتاج إلى هذه الطريقة؛ لأنه لا يستدعي أكثر من وضع الجد بدل الأب عند القسمة.

النَّسَبُ الأَرْبَعُ وطريقة رسم الجدول

وقبل عرض الطريقة التي وفقني الله إليها، ثمة ما يعتبر من مستلزمات وددت إيرادها توطئة تساعد على فهمها كعرفة طريقة الجدول (الشباك) وطريقة التصحيح لا سيما وأن هناك من لا يحسن استخدام طريقة الجدول أو الشباك في حل مسائل الفرائض في بلادنا العربية فضلاً عن من يكون في الاقطار المترامية الأطراف من عالمنا الإسلامي. وهأنذا أبين ذلك فاقول: لحل مسائل الموارث بطريقة الجدول لابد من معرفة ما أطلق عليه الفرضيون المحدثون بالنسب الأربع وذلك بطريقة رسم الجدول ووضع الورثة بداخله باتباع الخطوات التالية:

الخطوة الأولى:

الأسهل على المبتدئ أن يضع الورثة بنسبهم إلى الميت في اسطر متتالية كل واحد منهم في سطر خاص به، ولا بأس أن يبدأ بأصحاب الفروض ويجعل من يشترك من الورثة في النسبة إلى الميت متجاورين كالأولاد والزوجات والشقيقات والأخوة لأم وأبناء العم الخ.

الخطوة الثانية:

نرسم خطاً أفقياً تحت كل وارث وخطين فوق الوارث الأول ثم نرسم خطين قائمين على يسار الورثة فيصبح لدينا جدول من قائمتين اليمنى للورثة والثانية لأصل المسألة وأنصبه الورثة.

الخطوة الثالثة:

من كان من الورثة صاحب فرض كـ $\frac{1}{4}$ / $\frac{1}{3}$ / $\frac{1}{3}$ وضعنا فرضه على يمينه بالقائمة الأولى وإن اشترك في الفرض اثنان فاكثر رسمنا علامة التشريك (}) على يمينها وضعنا الفرض على يمينها. ومن كان من الورثة عاصباً وضعنا على يمينه بالقائمة الأولى حرف (ع) وإن كان العصبه أكثر من واحد رسمنا علامة التشريك على يمينهم ثم وضعنا علامة التعصيب (ع) انظر مثال (١).

مثال (١)

١	زوج
٨	زوج
١	أ
١	بنت
١	بنت ابن
١	أخت
١	أخت

الخطوة الرابعة :

نعمل على إيجاد أصل المسألة ويتم ذلك بالمقارنة بين مقامات الفروض على أساس ما يسمى بالنسب الأربع وهي مرتبة كالتالي :

١ : التماثل : إذا كانت الفروض $\frac{1}{4}$ و $\frac{1}{4}$ فمقاماتها التي يتم المقارنة بينها $\frac{2}{2}$. وإن كانت $\frac{1}{4}$ و $\frac{1}{4}$ فمقاماتها التي يتم المقارنة بينها $\frac{6}{6}$. فإذا أردنا إيجاد أصل المسألة وقارنا بين العددين ووجدنا بينهما تماثلاً فلننا نطبق قاعدة التماثل التي تقول : إذا وجد تماثل بين عددين فنكتفي بأحدهما ونجعله أصلاً للمسألة انظر مثال (٢) و (٣) .

مثال : (٢)

أصل المسألة

١	١/١
١	زوج
١	أخت

مثال (٣)

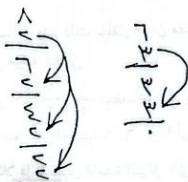
١	١/١
١	أ
١	ب
١	أخت

٢ : التداخل :

إذا وجد في المسألة فرضان $\frac{1}{4}$ و $\frac{1}{8}$ وأردنا المقارنة بينهما فإننا نجد أن مقام $\frac{1}{4}$ (٢) داخل في مقام $\frac{1}{8}$ (٤) لأنه جزء منه ، وكذا الحال بالنسبة لفرض $\frac{1}{4}$ و $\frac{1}{8}$ أو $\frac{1}{4}$ و $\frac{1}{8}$ أو $\frac{1}{4}$ و $\frac{1}{8}$. وللتعرف على وجود تداخل بين عددين من عدمه نقوم بطرح أصغر العددين من أكبرهما ثم نكرر طرح العدد الأصغر من باقي الأكبر فإن كانت نتيجة عمليات الطرح المتكررة صفراً فالعددان متداخلان وإلا فلا . انظر مثال (٤) . فإن ثبت التداخل بين العددين فنطبق عليهما قاعدة التداخل التي تقول :

إذا وجد تداخل بين عددين فنكتفي بالأكبر منها ونجعله أصلاً للمسألة ونضعه في المربع العلوي من القائمة الثانية بالجدول انظر مثال (٥ ، ٦) .

مثال (٤)



مثال (٦)

أصل المسألة

٤	← ٤/٤
٤	زوجة
٤	بنت
٤	أخ

مثال (٥)

أصل المسألة

٦	← ٦/٣
٦	أخ
٦	أخ
٦	أخ

• الطريقة المتكررة في حل مسائل الجد والأخوة •

٣ : التوافق : إذا وجد في المسألة فرضان $\frac{1}{4}$ و $\frac{1}{6}$ وأردنا المقارنة بينهما فإننا لا نجد أن مقام الربع (٤) متبائلاً مع مقام السدس (٦) ولا داخلياً فيه وكذا الحال بالنسبة لفرضي $\frac{1}{8}$ و $\frac{1}{6}$. وللتعرف على وجود توافق بين عددين من عدمه نقوم بافتراض عدد مشترك بينهما (يكون أصغر منهما أو مثل أحدهما) ويمكن لكلا العددين القسمة على العدد المفترض قسمة صحيحة ويسمى حاصل قسمة كل من العددين على العدد المفترض وفقاً، انظر مثال (٧).

مثال (٧) $2 \div 4 = 2$ وفق $2 \div 6 = \frac{1}{3}$ وفق

$2 \div 8 = \frac{1}{4}$ وفق $2 \div 6 = \frac{1}{3}$ وفق

فإذا ثبت التوافق بين العددين فنطبق عليهما قاعدة التوافق التي تقول:

إذا وجد توافق بين عددين فنضرب وفق أحدهما في كامل الآخر ونجعل حاصل الضرب أصلاً للمسألة، انظر مثال (٨، ٩).

مثال (٩)

٤٤	٨ / ٦
	$\frac{1}{8}$ زوجة
	$\frac{1}{6}$ أم
	$\frac{1}{4}$ اب

حاصل الضرب اصل
المسألة

$$24 = 8 \times 3$$

حاصل ضرب
وفق الأربعة في
كامل الستة.

مثال (٨)

١٢	٦ / ٤
	$\frac{1}{4}$ زوجة
	$\frac{1}{6}$ أم
	$\frac{1}{8}$ اب

حاصل الضرب
أصل للمسألة

$$24 = 6 \times 4$$

حاصل ضرب
وفق الستة
في كامل
الأربعة.

٤ - التباين : إذا وجد في المسألة فرضا $\frac{1}{3}$ و $\frac{1}{4}$ وأردنا المقارنة بينهما فإننا نقول : ليس بين مقام النصف (٢) ومقام الثلث (٣) تماثل ولا تداخل ولا توافق فيكون ما بينهما هو التباين وكذا الحال بالنسبة لفرض $\frac{1}{3}$ و $\frac{1}{4}$ أو $\frac{1}{3}$ و $\frac{1}{8}$. ومادام العددا لا يوجد بينهما تماثل ولا تداخل ولا توافق فإننا نطبق عليها قاعدة التباين التي تقول :

إذا وجد تباين بين عددين فنضرب كامل أحدهما في كامل الآخر ونجعل حاصل الضرب أصلاً للمسألة . انظر مثال (١٠ ، ١١) .

مثال (١١)

١٢	$\frac{4}{3}$
	$\frac{1}{3}$ ٢١
	$\frac{1}{4}$ زوجة
	$\frac{1}{8}$ ٨

مثال (١٠)

٦	$\frac{3}{4}$
	$\frac{1}{4}$ ٢١
	$\frac{1}{8}$ أخت
	$\frac{1}{8}$ ٨

ملاحظة :

إذا وجد في المسألة أكثر من فرضين وأردنا المقارنة بينهما لإيجاد أصل المسألة ، فإننا نبدأ المقارنة بين مقاماتها على أساس النسبة الأولى فإن وجدنا تماثلاً بين عددين أو أكثر منها ضربنا على المثلثات واحتفظنا بأحدها فقط ثم نتنقل للمقارنة بينها على أساس النسبة الثانية فإن وجدنا تداخلاً بين عددين احتفظنا بالأكبر منها فقط وضربنا على الأصغر وهكذا ثم نتنقل للمقارنة على أساس النسبة الثالثة فإن وجدنا توافقاً بين عددين ضربنا وفق أحدهما في كامل الآخر وحاصل الضرب قارنا بينه وبين أحد الأعداد المتبقية على أساس النسب الأربع كلها وهكذا . وإن وجدنا تبايناً بين عددين ضربنا كامل أحدهما في كامل الآخر وحاصل المقارنات يجعل أصلاً للمسألة .

الخطوة الخامسة:

لنعطى كل ذي حق حقه من أصل المسألة نعمل ما يلي:

١ - نقسم أصل المسألة على مقام فرض كل وارث من أصحاب الفروض وخارج القسمة نضعه على يسار الوارث المعني بالقائمة الثانية بالجدول.

٢ - إن وجد بالمسألة عاصب فله ما بقى . فإن لم يكن بالمسألة غير فرض واحد أعطينا صاحب الفرض فرضه ثم طرحنا مقدار الفرض من أصل المسألة وحاصل الطرح وضعناه على يسار العاصب بالقائمة الثانية . وإن كان بالمسألة أكثر من فرض أعطينا كل صاحب فرض ما يخصه من أصل المسألة ثم جمعنا ما أخذته أصحاب الفروض وحاصل الجمع طرحناه من أصل المسألة وخارج الطرح هو الباقي بعد أصحاب الفروض فنضعه على يسار العاصب بالقائمة الثانية بالجدول انظر مثال (١٢) - (١٤).

مثال (١٢)

٩	٩/٩
١	$\frac{١}{٩}$ زوج
١	$\frac{١}{٩}$ أخت

$$١ = ٩ \div ٩$$

$$١ = ٩ \div ٩$$

مثال (١٣)

٨٦/٦٨	٨٦
$\frac{١}{٨}$ زوجة	٣
$\frac{١}{٦}$ جده	٤
$\frac{١}{٦}$ بنت	١٩
$\frac{١}{٦}$ أخ	٥

$$٨ = ٨٦ \div ٨٦$$

$$٦ = ٦٨ \div ٨٦$$

$$٦ = ٨٦ \div ٨٦$$

$$١٩ = ١٩ + ٤ + ٣$$

$$٥ = ١٩ - ٨٦$$

مثال (١٤)

	٦	٦/٣
$= ٣ \div ٦$	<	٣١ $\frac{1}{3}$
$= ٦ \div ٦$	١	٢١ $\frac{1}{3}$
$٣ = ١ + ٢$	٣	٤٠ $\frac{8}{3}$

التصحيح :

ومما تلزم معرفته من قواعد الحساب أيضا ما يطلق عليه الفرضيون التصحيح^(١) وهو قسمان : القسم الأول :

إذا وجد في المسألة فريق من الورثة لا ينقسم نصيبهم على عدد رؤوسهم قسمة صحيحة فإننا نجري عملية التصحيح للمسألة حسب الخطوات التالية :

الخطوة الأولى :

نضع علامة التشارك على يسار الفريق بالقائمة الثانية بالجدول ثم نضع النصيب المشترك للفريق بالقائمة الثانية على يسار علامة التشارك .

الخطوة الثانية :

نمد الخطوط الأفقية بالجدول إلى يسار القائمة الثانية ثم نرسم خطا قائما يقطع الخطوط العرضية ليشكل مع بقية الجدول قائمة ثالثة .

الخطوة الثالثة :

نقارن بين النصيب المشترك للفريق وعدد رؤوسه ونبنى المقارنة على نسبتين فقط من النسب الأربع هما التوافق والتباين . فإن كان بين النصيب المشترك وعدد الرؤوس تباينا وضعنا كامل عدد الرؤوس فوق أصل المسألة (خارج الجدول) ووضعنا على يساره علامة الضرب وسميناه جزء السهم . وإن كان بين النصيب المشترك للفريق وعدد الرؤوس توافقا جعلنا وفق عدد الرؤوس جزء سهم للمسألة ووضعناه فوق أصل المسألة خارج الجدول وعلى يساره علامة الضرب .

(١) العذب الفائض ١/١٨٢ .

الخطوة الرابعة :

نضرب جزء السهم في أصل المسألة وحاصل الضرب يسمى تصحيح المسألة فنضعه في المربع الأعلى بالقائمة الثالثة .

الخطوة الخامسة :

لنعطي كل ذي حق من الورثة حقه من هذا الأصل الجديد ، (تصحيح المسألة) نعمل ما يلي :

(أ) : نضرب جزء السهم في نصيب كل وارث من أصل المسألة وحاصل الضرب يوضع على يسار الوارث بالقائمة الثالثة تحت التصحيح .

(ب) : نضرب جزء السهم في النصيب المشترك للفريق وحاصل الضرب هو النصيب المشترك الجديد .

(ج) : نقسم النصيب الجديد على عدد رؤوس الفريق وخارج القسمة يكون نصيب الرأس الواحد فنضعه بالقائمة الثالثة على يسار من كان من الفريق برأس واحد . أما من كان من الفريق برأسين فنضرب نصيب الرأس الواحد (خارج القسمة) في عدد (٢) وحاصل الضرب نضعه على يساره بالقائمة الثالثة .

الخطوة السادسة :

لتأكد من صحة الحل نجعل ما أخذه وارث من تصحيح المسألة وحاصل الجمع نقارن بينه وبين التصحيح فإن تساويا فالعمل صحيح وإلا فلا بد من إعادة النظر في الحل لمعرفة موضع الخطأ وتصحيحه ، أنظر مثال (١٥) .

التصحيح

مثال (١٥)

	X^3	
١٨	٦	٦/٦
٣	١	٢١ $\frac{1}{6}$
٣	١	١٢ $\frac{1}{6}$ أ ب
٨	٤	٣٠ $\frac{1}{3}$ ب
٤	٤	١٢ بنت

$= 1 \times 3$
 $= 1 \times 3$
 $12 = 4 \times 3$ نصيب المشترك الجديد
 $12 = 3 \div 4$ لكل رأس
 $8 = 2 \times 4$ للأب
 عدد الرؤوس (٣)

القسم الثاني من التصحيح :

إذا وجد في المسألة فريقان أو أكثر لا ينقسم نصيب كل فريق على عدد رؤوسه قسمة صحيحة ، وأردنا تصحيح المسألة فعلينا باتباع ما يلي :

الخطوة الأولى :

بعد رسم القائمة الثالثة بالجدول نقارن بين النصيب المشترك المشترك للفريق الأول وعدد رؤوسه على أساس التوافق والتباين فقط ونحتفظ بنتيجة المقارنة . ثم نقارن كذلك بين النصيب المشترك للفريق الثاني وعدد رؤوسه ونحتفظ بنتيجة المقارنة . وهكذا نعمل بثالث فما فوق ونحتفظ بنتائج المقارنة .

الخطوة الثانية :

نقارن بين المحفوظات (أي نتائج المقارنة بين النصيب المشترك لكل فريق وعدد رؤوسه) ونبنى المقارنة على أساس النسب الأربع كلها (أي التباين والتداخل والتوافق والتباين) فنبقى على أحد المتائلات وأكبر المتداخلات وبعد ذلك نقوم بالمقارنة بين ما بقى من الأعداد ونبدأ بمقارنة العددين الأولين مثلاً ونتيجة المقارنة نقارنها مع العدد الثالث ثم الرابع وهكذا .

الخطوة الثالثة :

النتيجة النهائية للمقارنات تكون جزء سهم للمسألة فنضعها فوق أصل المسألة خارج الجدول .

الخطوة الرابعة :

نضرب جزء السهم في أصل المسألة وحاصل الضرب هو تصحيح المسألة فيوضع في المربع العلوي من القائمة الثالثة .

الخطوة الخامسة :

لنعطي كل وارث حقه من مصحح المسألة فنضرب جزء السهم في نصيب الوارث المنفرد وحاصل الضرب نضعه يساره تحت التصحيح .

الخطوة السادسة :

نضرب جزء السهم في النصيب المشترك للفريق الأول وحاصل الضرب هو النصيب المشترك الجديد للفريق فنقسمه على أفراد الفريق المستحق حسب ما ذكرنا سابقاً . وهكذا نعمل بالفرق الأخرى إلى نهاية الحل ، انظر المثال (١٦ ، ١٧) .

مثال (١٦)

المحفوظات ٤/٣/٢ ← جزؤهم الصحيح

٨/٦	٢٤	٨٨	٢٤
زوجته	٣	١٨	
زوجته	٣	١٨	
جدة		١٦	
جدة	٤	١٦	
جدة		١٦	
ابن		١٠٢	
بنت	١٧	٥١	
بنت		٥١	

تطبيقه الطريقة المتكررة على مذهب زيد بن أبي جبر ولاخوه :-

مثال (١٧)

المحفوظات ٧/٣/٢ ← جزؤهم الصحيح

٤/٣	١٢	٥٠٤	
زوجته		٦٣	
زوجته		٦٣	
أخ لام		٥٦	
أخ لام		٥٦	
أخت لام		٥٦	
أخ لام		٦٠	
أخ لام		٦٠	
أخ لام		٦٠	
أخت لام		٣٠	

تطبيق الطريقة المبتكرة على مذهب زيد في باب الجدد والإخوة:

أما الطريقة التي فتح الله بها واستنبطتها لحل مسائل الباب على مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه والتي أسميتها (الطريقة المبتكرة في حل مسائل الجدد والأخوة) فقد جعلتها على قسمين لتتناسب التقسيم الأساسي في مذهب زيد الذي يتمثل فيما يلي:

- إما أن يفرد الجدد والأخوة عن ذي فرض وعندها يكون للجد فضل الخيارين: المقاسمة أو ثلث المال.
- وأما أن يوجد مع الجدد والأخوة صاحب فرض^(١) وهنا يكون للجد الخيار بين المقاسمة أو ثلث الباقي بعد أصحاب الفروض أو سدس جميع المال.

القسم الأول من الطريقة المبتكرة:

فالقسم الأول من الطريقة المبتكرة جعل لحل مسائل الجدد والأخوة إذا لم يكن معهم صاحب فرض. وهذا النمط من المسائل يتم حله باتباع الخطوات التالية:

الخطوة الأولى:

نعمل المسألة أولاً على افتراض المقاسمة بين الجدد والأخوة فنعتبر الجدد كأخ مع الأخوة، فنحسب الجدد برأس مع الأخوة إن كانوا ذكورا فقط، ونحسب الجدد برأسين إن كان الإخوة ذكورا وإناثا أو كانوا إناثا فقط.

الخطوة الثانية:

نرسم جدولاً للمسألة كالمعتاد، نضع الورثة بنسبتهم إلى الميت في القائمة الأولى منه ونترك القائمة الثانية لأصل المسألة وأنصبة الورثة من أصل المسألة.

الخطوة الثالثة:

نجعل مجموع رؤوس الجدد والإخوة أصلاً للمسألة.

الخطوة الرابعة:

نقسم أصل المسألة على مجموع رؤوس الجدد والأخوة وخارج القسمة يكون نصيب الرأس الواحد. فإن كان الأخوة مع الجدد ذكورا فقط وضعنا نصيب الرأس الواحد (خارج القسمة) على يسار كل منهم بالقائمة الثانية. وإن كان الإخوة إناثا فقط أو ذكورا أو إناثا وضعنا على يسار كل واحدة من الأخوات بالقائمة الثانية نصيب الرأس الواحد،

(١) كتاب السنن لسعيد بن منصور ٨/٣ - ٩ - المعنى لابن قدامة ٦٨/٧ - ٦٩ وشرح السراجي للخرجاني ص ٨٠

و ٨٢ - ٨٣ العذب الفاضل ١٠٨/١ و ١١٠.

• الطريقة المبكرة في حل مسائل الجد والاخوة •

اما الجد والذكور من الاخوة فنضرب لكل منهم نصيب الرأس الواحد في عدد اثنين (٢)، وحاصل الضرب نضعه على يسار كل منهم بالقائمة الثانية.

الخطوة الخامسة :

بعد ما ذكر نجرب الخيار الآخر للجد (أي ثلث جميع المال) لنرى إن كان أفضل للجد من المقاسمة أم لا . ويتم ذلك باتباع ما يلي :

- (أ) : نقسم أصل المسألة (أي مسألة المقاسمة) على مقام الثلث (٣).
(ب) : نقارن خارج القسمة (سواء كان الخارج عددا صحيحا فقط أو كسرا فقط أو صحيحا وكسرا).

مع ما استحقه الجد بالمقاسمة فنعطي للجد أكثر النصيبين . فإن وجدنا أن المقاسمة أفضل للجد من الثلث أبقينا على المسألة التي عملناها بالجدول لصحتها وضررنا على ما سواها وإن وجدنا أن ثلث المال أفضل للجد من المقاسمة ضررنا على المسألة وعملنا مسألة جديدة بجدول جديد نفرض للجد فيها الثلث ($\frac{1}{3}$) ونجعل أصل المسألة من ثلاثة (٣) ثم نقسم الأصل على مقام الثلث (٣) وحاصل القسمة نضعه على يسار الجد بالقائمة الثانية ثم نطرح ما أخذه الجد من أصل المسألة والباقي للإخوة فيقسم على عدد رؤوسهم إن انقسم قسمة صحيحة وإلا قمنا بتصحيح المسألة على ما وضعت سابقا، ص ١٠ ، ١١ امثله شكل (١٨ - ٢٢).

المقاسمة أحظ للجد

مثال (١٨)

الخيار الثاني

$$\frac{1}{3} \times \text{جميع المال} = \frac{1}{3} \times \frac{12}{4} = \frac{12}{12} = 1$$

١	جد	١
١	٢	١

عدد الرؤوس

ما يستحقه بالثلث لثلاثة الواحد الصحيح ، بينما ما يستحقه بالمقاسمة واحد صحيح فنبقى على مسألة المقاسمة لأنها الأحظ للجد ونضرب على الخيار الآخر (أي نضع عليه علامة الضرب دلالة على الغائه).

مثال (١٩)

الخيار الآخر للجِد

X جميع المال $\frac{1}{3}$

$$\frac{1}{3} = \frac{1}{3} \times \frac{3}{3} = \frac{1}{3}$$

$3 \div 3 = 1$ الكلاس (اللاخت)
 $3 \times 1 = 3$ الجِد (فنيب لراس لو'هد
 في راسي الجِد)

3	←
جِد	<
أخت	1

كما نرى استحق الجِد بالثلث واحداً بينما استحق اثنان بالمقاسمة وعليه فتكون المقاسمة أحظ للجِد فنبقى عليها ونضرب على الخيار الآخر.

المقاسمة أحظ للجِد من الثلث:

مثال (٢٠)

الخيار الثاني للجِد

X جميع المال $\frac{1}{3}$

$$\frac{1}{3} = \frac{1}{3} \times \frac{3}{3} = \frac{1}{3}$$

$0 \div 0 = 0$ المبرم براس وهد وهو لاخت
 $3 \times 1 = 3$ لكرسه الجِد والا فـ

0	←
جِد	<
أخت	1

(جِد) مجموع الرؤوس

كما نرى الذي استحقه الجِد بالثلث $\frac{2}{3}$ بينما الذي استحقه بالمقاسمة اثنان فالمقاسمة إذاً أفضل للجِد فنبقى عليها ونضرب على الخيار الثاني (أي الثلث).

مثال (٢١)

الذي يرث الثاني للجد أخاه له من المقاسمة

$$\frac{1}{3} \text{ جميع المال}$$

$$\frac{1}{3} = \frac{1}{3} \times \frac{7}{7} = \frac{1}{3} \times \frac{7}{7}$$

$7 \div 7 = 1$ لكل رأس (بلافت)
 $1 \times 1 = 1$ لكل سهم الجد
 وذكرنا الإضافة

المقاسمة	أصل المال
7	جد
1	أخت
1	مجموع رؤوس الجد والأخوة

بمقارنة ما أخذه الجد بالمقاسمة (٢) وما أخذه بالثلث ($\frac{1}{3}$) يتضح أن ثلث المال أفضل للجد فنضرب على مسألة المقاسمة ونعمل مسألة جديد نجعل للجد فيها ثلث المال بعدما ثبت أنه الأحظ له انظر مثال (٢٢).

جزءه	القياس
3	جد
1	أخت
1	مجموع رؤوس الجد والأخوة

$10 = 3 \times 3$
 $10 = 1 \times 10$
 $10 = 2 \times 5$
 $10 = 4 \times 2.5$
 انصيب المشترك الجديد للأخوة
 $10 \div 5 = 2$ للرأس الواحد (وهو الأخت)
 $2 \times 2 = 4$ لكل أخ

$1 = 3 \div 3$ مقدار $\frac{1}{3}$ للجد
 $2 = 1 - 3$ الباقي بعد نصيب الجد (النصيب المشترك هنا «٢» لا ينقسم على رؤوسهم
 «٥» قسمة صحيحة فتصحح المسألة.

إذا وجد مع الجد والاختوة ذو فروض، واحد أو أكثر، كأحد الزوجين أو البنت أو بنت الإبن أو الجدة فلا يخلو الأمر على مذهب زيد من الآتي:

- ١ - إما أن يبقى شيء بعد أصحاب الفروض .
- ٢ - وإما أن يكون الباقي بعد أصحاب الفروض أقل من السدس .
- ٣ - وإما أن يكون الباقي بعد أصحاب الفروض السدس فقط .
- ٤ - وإما أن يكون الباقي بعد أصحاب الفروض أكثر من السدس . فهذه أربع حالات تفصلها فيما يلي:

الحالة الأولى:

إن لم يبق بعد أصحاب الفروض شيء فيفرض للجد السدس عَوَلًا ويسقط الاخوة مثاله:

مثال (٢٣)

عول المسألة	أصل المسألة	
١٥	١٢	$\frac{6}{4}/\frac{6}{2}$
٦	٦	بنت $\frac{1}{2}$
٢	٢	بنتواين $\frac{1}{6}$
٣	٣	زوج $\frac{1}{4}$
٢	٢	أم $\frac{1}{6}$
٢	٢	جد $\frac{1}{6}$
×	×	أخ $\frac{1}{6}$

١٥

مجموع الأنصبة الورثة من أصل المسألة

يلاحظ أن هذه المسألة فريدة لا تطبق عليها الطريقة . لأنه لم يبق بعد أصحاب الفروض شيء بل إن المسألة عاتلة بدون الجد فيعطى للجد السدس فرضاً لوجود الولد ويسقط الأخ: لأنه عاصب فقط ولم يبق للعاصب شيء. والعول هو زيادة في الفروض

يترتب عليها نقص في نصيب كل واحد من أصحاب الفروض فيكون لكل واحد منهم نصيبه إسمياً لا حقيقة نظراً لازدحام الفروض^(١). وطريقة قسمة المسألة العائلة كما هنا أن نجمع أنصبة الورثة من أصل المسألة بالقائمة الثانية ونضيف قائمة ثالثة للجدول ثم نضع مجموع الأنصبة في المربع العلوي من القائمة الثالثة ليعتبر أصلاً جديداً للمسألة يسمى العول ثم ننقل أنصبة الورثة كما هي من القائمة الثانية إلى القائمة الثالثة وعندها يكون نصيب الوارث في المال شائعاً بنسبة نصيبه من عول المسألة، لأن الأنصبة جميعاً تنسب إلى هذا الأصل الجديد (العول). وكذا الحال لو كان بالمسألة بدل البنت وبنت الابن بنتان صليبتان فأكثر أو بنتا ابن فأكثر.

الحالة الثانية: إن بقي بعد أصحاب الفروض أقل من السدس فيتم للجد السدس فتعول المسألة ويسقط الإخوة. انظر المثال (٢٤ - ٢٥).

مثال (٢٤)

عول	أصل المسألة	
١٣	١٢	$\frac{6}{7/4}$
٣	٣	زوج $\frac{1}{4}$
٦	٦	بنت $\frac{1}{2}$
٢	٢	أم $\frac{1}{6}$
٢	٢	جد $\frac{1}{6}$
x	x	ع اخت

(١٣) مجموع الأنصبة أصح الفروض من أصل المسألة.

مثال (٢٥)

عول	أصل المسألة	
٢٧	٢٤	$\frac{3}{6/7/8}$
٣	٣	$\frac{1}{8}$ زوجة
٨	٨	بنت } $\frac{2}{3}$
٨	٨	بنت }
٤	٤	جده $\frac{1}{6}$
٤	٤	جد $\frac{1}{6}$
×	×	أخ $\frac{6}{6}$

(٢٧)

الحالة الثالثة :

إن بقي بعد أصحاب سدس المال فقط فيأخذ الجدة فرضاً ويسقط الاخوة (إلا في الاكدرية) انظر مثال (٢٦ - ٢٨) والاكدرية ، مثال (٢٩) .

مثال (٢٧)

٦	$\frac{3}{2}$
٣	$\frac{1}{3}$ زوج
٢	$\frac{1}{3}$ أم
١	$\frac{1}{6}$ جد
×	أخ } $\frac{4}{6}$
×	أخت }

مثال (٢٦)

٦	$\frac{6}{6/7/2}$
٣	$\frac{1}{3}$ بنت
١	$\frac{1}{6}$ بنت ابن
١	$\frac{1}{6}$ أم
١	$\frac{1}{6}$ جد
×	أخت } $\frac{4}{6}$
×	أخت }

مثال (٢٨)

٦	$\frac{6}{3}$
٢	} $\frac{2}{3}$ بنت
٢	
١	جده $\frac{1}{6}$
١	جد $\frac{1}{6}$
x	أخ

الأكدرية مثال (٢٩)

التصحيح

أمل العسالة $\frac{1}{3}$ مول				
٢٧	١	٣		$\frac{1}{2}$
١	٢	٣		ذرة $\frac{1}{3}$
٦	٢	٢		أم $\frac{1}{3}$
٨	١	١		جد $\frac{1}{3}$
٤	٣	٢		أخت $\frac{1}{3}$ (٣)

(٩)

عدد الرؤس
المرحوس

$$9 \times 4 = 36$$

$$3 \times 2 = 6$$

$$2 \times 3 = 6$$

$$4 \times 2 = 8$$

$$3 \div 12 = 3$$

$$8 \times 3 = 24$$

الحالة الرابعة:

إن كان الباقي بعد أصحاب الفروض أكثر من السدس فيخير الجد بين مقاسمة الإخوة كواحد منهم أو ثلث الباقي (بعد أصحاب الفروض) أو سدس جميع المال. ولحل مسائل الجد على اعتبار هذه الخيارات الثلاثة إليك القسم الثاني من الطريقة المتكررة التي وفقني الله إليها، فنقول:

امثله شكل (٣٠ - ٤٩)

مثال (٣٠)

المقاسمه أخط للجد معا سواها

الخيار الثالث

المال $\frac{1}{6}$

$$\frac{2}{3} = \frac{4}{6} \quad (4)$$

الخيار الثاني

باني $\frac{1}{3}$

$$\frac{1}{3} = \frac{2}{6}$$

٤	
١	زوجة $\frac{1}{4}$
٢	جد
١	أخت

(٣) رؤوس الجد والأخت

مثال (٣١)

المقاسمه أخط للجد منه ثلث الباقي منه سدس جميع المال

الخيار الثالث

جميع المال $\frac{1}{6}$

$$\frac{3}{6} = \frac{1}{2}$$

الخيار الثاني

باني $\frac{1}{4}$

$$\frac{2}{4} = \frac{1}{2}$$

٣	
١	أخت $\frac{1}{3}$
١	جد
١	أخت

(٣) رؤوس

مثال (٣٢)

المقاسمه أخط للجد ما سواها

الخيار الثالث

جميع المال $\frac{1}{6}$

$$1 \frac{3}{6} = 1 \frac{1}{2}$$

الخيار الثاني

باني $\frac{1}{4}$

$$\frac{2}{4} = \frac{1}{2}$$

٩	٣	
٣	١	أخت $\frac{1}{3}$
٤		جد
٢		أخت

(٣) رؤوس

مثال (٣٣)

المقاسمة أعطى للجدسة ثلث الباقي وسه السدس .

الخيار الثالث

X ما $\frac{1}{6}$

$$\frac{18}{18} = 1$$

الخيار الثاني

X باقى $\frac{1}{4}$

$$\frac{7}{7} = 1$$

X ³		
١٨	٦	٦/٢
٩	٣	١/٢ زوج
٣	١	١/٦ جدة
٤	٢	جد
٢	١	أخت

٦ = ٢ X ٣ ، نصف المنزل الجديد للجد والاخت .
 ٢ = ٣ ÷ ٦ ، لكل رأس (الأخت) .
 ٤ = ٢ X ٢ ، للجد .

مثال (٣٤)

المقاسمة أعطى للجدسة ثلث الباقي وسه السدس .

الخيار الثالث

X ما $\frac{1}{6}$

$$\frac{10}{10} = 1$$

الخيار الثاني

X باقى $\frac{1}{3}$

$$\frac{11}{11} = 1$$

X ⁵		
٦٠	١٢	٦/٤
١٥	٣	١/٢ زوجة
١٠	٢	١/٢
١٤	٧	جد
٧	٧	أخت
٧	٧	أخت
٧	٧	أخت

جميع الرؤوس

مثال (٣٥)

الخيار الثاني $\frac{1}{3}$ باقى

الخيار الثالث $\frac{1}{7}$ مال

$$\frac{1}{3} = \frac{1}{3} \times \frac{7}{7} = \frac{7}{21}$$

$$\frac{1}{7} = \frac{1}{7} \times \frac{3}{3} = \frac{3}{21}$$

$$\frac{7}{21} + \frac{3}{21} = \frac{10}{21}$$

المقاسمة XV

٨	٤	
٧	١	زوجته
٦		جد
٦		أخ
٦		أخ
٣		أخت

٧ شئ رؤوس الجد وأخوه

حل المسألة بقدرتها بغير أن

٥ XO

٥	٤	
٥	١	زوجته
٥	١	باقي جد
٤		أخ
٤		أخ
٤		أخت

٥ رؤوس إخوته

٥ XO = ١٠ = نصف المتروكة للجد

٥ XO = ١٠ = ٥ ÷ ١٠ = ٥ = للزوجة

٤ XO = ٤ = لكل أخ

مثال (٣٦)

٤ = ١ - ٣ = للجد وأخوه (الباقي)

٤ = ٣ ÷ ٣ = ١ للجد = (١/٣ باقى)

٤ = ١ - ٣ = للزوجة بغير نصيب للجد

مثال (٣٧)

الخيار الثاني $\frac{1}{3}$ باقى

الخيار الثالث $\frac{1}{7}$ مال

$$\frac{1}{3} = \frac{1}{3} \times \frac{7}{7} = \frac{7}{21}$$

$$\frac{1}{7} = \frac{1}{7} \times \frac{3}{3} = \frac{3}{21}$$

$$\frac{7}{21} + \frac{3}{21} = \frac{10}{21}$$

المقاسمة $X٤$

٨	٤	٦/٤
٨	٤	زوجته
١٢	٣	جد
٧		أخ
٧		أخ
٧		أخ

٤ رؤوس

مثال (٣٨)

١٠٨	٣٦	١٢	٦/٤
١٨	٦	٢	٣
٢٧	٩	٣	زوجة
٢١	٧		بقي جرد
١٤			أخت
١٤	١٤		أخت
١٤			أخت

حل المسألة بعد ما طهرناه
مثلت الباقي أخت الجرد ما سواه.

$٧ \times ٣ = ٢١$ أنقص المشترك الجرد والإخوة.
 $٧ \div ٣ = ٢$ للجرد (بقي) $\frac{١}{٣}$.
 $١٤ - ٢١ = ٧$ للاخوة.

مثال (٣٩)

الخيار الثالث

$\frac{١}{٦}$ مال

$$\frac{٧}{٢٤} \div \frac{١}{٦} = \frac{٧}{٤}$$

الخيار الثاني

$\frac{١}{٣}$ باقي

$$\frac{٢}{٣} = \frac{٢}{٣} \times \frac{٤}{٤} = \frac{٨}{١٢}$$

المقاسمة

٢٤	٦	٦/٢
٢١	٣	زوجة
٧	١	٣
٤		جدة
٢		أخت
٢		أخت
٢		أخت
٢		أخت
٢		أخت

مثال (٤٠)

حل المسألة بعد ما تبين أنه
سوى المال أخت الجرد المقاسمة
وسمكت الباقي.

٣٠	٦	٦/٦/٢
١٥	٢	زوجة
٥	١	٣
٥	١	جدة
١		أخت
١		أخت
١		أخت
١		أخت
١		أخت

مثال (٤١)

الخيار الثالث $\frac{1}{7}$ مال

$$\begin{array}{r} 3 \\ 7 \overline{) 18} \\ 21 \\ \hline \end{array}$$

الخيار الثاني $\frac{1}{3}$ باقى

$$\begin{array}{r} 3 \\ 7 \overline{) 21} \\ 21 \\ \hline \end{array}$$

المقسمة X^3

18	7	7/18
9	3	7/9 بنت
3	1	7/3 بنت ابن
7	7	جد
7	7	أخ
7	7	أخ

رؤوس (3)

مثال (٤٢)

حل المسألة بعد ما تبين أنه
الذي أعطى الجدة المقسمة
وسهلت الباقي

المقسمة X^9

18	7	7/18
7	3	7/7 بنت
7	1	7/7 بنت ابن
7	1	جد
1	7	أخ
1	7	أخ

رؤوس (3)

مثال (٤٣)

الخيار الثالث $\frac{1}{7}$ جميع المال

$$\begin{array}{r} 3 \\ 7 \overline{) 21} \\ 21 \\ \hline \end{array}$$

الخيار الثاني $\frac{1}{3}$ باقى

$$\begin{array}{r} 3 \\ 7 \overline{) 21} \\ 21 \\ \hline \end{array}$$

المقسمة X^4

30	8	8/30
16	4	8/16 بنت
8	1	8/8 زوجة
3	7	جد
3	3	أخ
2	7	أخ
2	7	أخ

رؤوس (4)

مثال (٤٤)

$\times 3$ ←

٧٤	٤٤	٦/٨/٤
٣٦	١٢	بنت $\frac{1}{2}$
٩	٣	زوجة $\frac{1}{8}$
١٢	٤	جدة $\frac{1}{4}$
٥		أخ
٥	٥	أخ
٥		أخ

(٣) رؤوس

أدرس أخط الجدماء
فنعده على الحالة كالتالي: ←

مثال (٤٥)

$\times 3$ ←

٧٤	٤٤	٦/٨/٤
٣٦	١٢	بنت $\frac{1}{2}$
٩	٣	زوجة $\frac{1}{8}$
١٢	٤	جدة $\frac{1}{4}$
٥		جدة
٥	٥	أخ
٥		أخ

(٣) رؤوس

~~المقاسة~~

الخيار الثاني

$\frac{1}{4}$ باقي $\times$

$$\begin{array}{r} 100 \\ 3 \overline{) 30} \\ 100 \\ 3 \overline{) 30} \end{array}$$

الخيار الثالث

$\frac{1}{4}$ جميع المال

$$\begin{array}{r} 100 \\ 7 \overline{) 70} \\ 100 \\ 7 \overline{) 70} \end{array}$$

مثال (٤٦)

$\times 4$ ←

٤٨	٤٤	٦/٦/٨/٤
٤٤	١٢	بنت $\frac{1}{2}$
٦	٣	زوجة $\frac{1}{8}$
٨	٤	جدة $\frac{1}{4}$
٨	٤	جدة $\frac{1}{4}$
١		أخ
١	١	أخ

(٣) رؤوس

دل المال بعد ما نبيين انه درس
أخط الجدماء سواء . ←

مثال (٤٧)

المقاسة وثلاث الباقي سواء وهما اخط للجد سدس .

الخيار الثالث

$\frac{1}{6}$ مال $\times$

$$\frac{3}{18} \\ \underline{18} \\ 18$$

الخيار الثاني

$\frac{1}{3}$ باقى

$$\frac{5}{15} \\ \underline{15} \\ 15$$

١٨	٦	٨٤
٣	١	٤
٥		٥
٥	٥	٥
٥		٥

مثال (٤٨)

المقاسة سدس المال سواء وهما اخط للجد ثلث الباقي .

الخيار الثالث

$\frac{1}{6}$ جميع المال $\times$

$$\frac{1}{6} \\ \underline{6} \\ 6$$

الخيار الثاني

$\frac{1}{3}$ باقى $\times$

$$\frac{2}{3} = \frac{4}{6}$$

٦	
٣	١ بنت
١	١ جدة
١	١ جد
١	١ اخ

مثال (٤٩)

المقاسة وثلاث الباقي والسدس سواء للجد

الخيار الثالث

$\frac{1}{6}$ جميع المال

$$\frac{2}{6} \\ \underline{6} \\ 6$$

الخيار الثاني

$\frac{1}{3}$ باقى

$$\frac{2}{6} \\ \underline{6} \\ 6$$

١٢	٢	٨٤
٦	١	٤
٩		٥
٩	١	٥
١		٥
١		٥

«مسائل المعادة»

مسائل المعادة لها خاصية في مذهب زيد تنفرد بها عما سبق ففيها يجتمع الصنفان من الإخوة (أي الإخوة الأشقاء والأخوة لأب ذكورا كانوا أو إناثا أو ذكورا وإناثا).

وسميت هذه المسائل في مذهب زيد بالمعادة، لأن الجد حين يجتمع معه إخوة أشقاء وإخوة لأب يُعدُّ الإخوة الأشقاء الأخوة لأب على الجد ليقبلوا نصيبه ثم يعود الأشقاء على الإخوة لأب فيأخذوا ما بيدهم غالبا، من منطلق أن الأخوة لأب لاحق لهم في التعصيب مع وجود الأخوة الأشقاء عند التسابق بينهم على التعصيب فكذلك يكون حال الأخوة لأب مع الأشقاء ذكورا كانوا أو إناثا إذا وجدوا جميعا مع الجد لاسيما والجد يعتبر قائما مقام الأخوة في تعصيب الأخوات، إلا في مسائل قليلة جدا^(١).

طريقة حل مسائل المعادة:

وليبيان حل مسائل المعادة نقول: إذا عدَّ الإخوة لأب مع الأشقاء على الجد فلما أن لا يبقى لهم شيء بعد الأشقاء وإما أن يبقى لهم شيء على حالين:

الحال الأول: لا يبقى للإخوة لأب شيء بعد عددهم على الجد إذا كان الأشقاء ذكورا فقط أو ذكورا وإناثا أو إناثا أكثر من واحد سواء كان معهم صاحب فرض أم لم يكن.

تفصيل خطوات حل مسائل المعادة:

- ١ - نبداً بعمل المقاسمة بين الجد والإخوة، فنحسب رؤوس الجد والإخوة من الصنفين على أساس المقاسمة حسبما يقتضيه العمل بالطريقة المبثورة.
- ٢ - نجعل عدد الرؤوس أصلاً للمسألة.
- ٣ - نقسم أصل المسألة على عدد الرؤوس ونخرج القسمة يكون نصيب الرأس الواحد فضعة على يسار الجد بالجدول إذا لم يكن بالمسألة أخوات.

(١) عن أبي الزناد عن زيد انظر كتاب السنن لسعيد بن منصور ٩/٣. المغني ٧/٧٠-٧١ وشرح الراجية للجرجاني ص ٨١.

انظر: الرحيبه في علم الوارث بشرح سبط المارديني ومعه حاشية العلامة البكري ص ١٠٤-١٠٧، الملذّب الفاضل للشيخ إبراهيم بن عبدالله بن إبراهيم بن سيف الشمرى ١١٤/١.

٤ - أما إذا وجد في المسألة أخت أو أكثر حسبنا الجد برأسين في مقابل الإناث من الإخوة وضربنا نصيب الرأس الواحد في إثنتين (٢) وحاصل الضرب وضعناه للجد بالجدول على يساره .

٥ - نجرب الخيار الثاني للجد وهو ثلث المال مستخدمين الطريقة المبكرة وذلك بقسمة أصل المسألة على مقام الثلث فتبين لنا أن الثلث والمقاسمة سواء فابقينا على المسألة بالجدول كما هي لصحتها .

٦ - بعد ذلك طرحنا ما أخذه الجد من أصل المسألة وحاصل الطرح يكون للإخوة من الصنفين .

٧ - فإذا كان الأشقاء بالمسألة ذكوراً فقط أو ذكوراً وإناثاً فالباقي بعد الجد كله للأشقاء فإن كان شقيقاً واحداً فهو له وإن كان الأشقاء أكثر من واحد فيقسمون بينهم حسبما ذكر في طريقة التصحيح سابقاً .

٨ - أما إذا كان مع الجد والإخوة لأب شقيقات فقط فإنه لما كان الشقيقات يفرض لمن في مقابل الإخوة لأب عندما لا يكون معهم جد فالواحدة تراث النصف والثلثان للثنتين فأكثر وكذا الأخت الشقيقة يفرض لها النصف مع الأخت لأب والشقيقتين فصاعداً يفرض لمن الثلثان مع الأخوات لأب عندما لا يكون معهم جد فقد صار من أصول زيد في مسائل المعادة أنه بعد أن يعطى للجد نصيبه من المسألة يفرض للأخوات الشقيقات (النصف أو الثلث) بحسب عددهن فرضاً متأخراً متبعين الخطوات التالية :

(أ) نضع فرض النصف أمام الشقيقة الواحدة بالجدول والثلثان أمام الشقيقتين فأكثر .

(ب) أرى أن يخلق على هذا الفرض المتأخر بحلقة لتمييزه عن الفرض الأصلي بالمسألة وعن ثلث الباقي .

(ج) نقسم مصحح المسألة على مقام فرض النصف لنعرف مقدار نصف مصحح المسألة . أما إذا فرض الثلثين فنقسم مصحح المسألة على مقام الثلثين وخارج القسمة نضربه في بسط الثلثين (٢) وحاصل الضرب يكون مقدار ثلثي مصحح المسألة .

٩ - ولما كان الفرض المتأخر للشقيقات في مقابل الإخوة لأب فقط فإننا نطرح مقدار النصف أو الثلثين من نصيب الإخوة الباقي بعد الجد فإن كان المطروح (أي مقدار الفرض) أكثر من المطروح منه فالباقي بعد الجد يعطى للشقيقة أو

الشقيقات ولا شيء للإخوة لأب، وإن كان مقدار الفرض (أي المطروح) يساوي المطروح منه وهو الباقي بعد الجذ فيعطى للشقيقة أو الشقيقات ولا شيء للإخوة لأب. وإن كان المطروح (أي مقدار الفرض) أقل من المطروح منه (أي الباقي بعد الجذ) فيكون مقدار الفرض كله للشقيقة أو الشقيقات ويعطى خارج الطرح للإخوة لأب فيقسمونه بينهم إن كانوا أكثر من واحد حسب ما ذكرنا في طريقة التصحيح.

١٠ - هذا طبعاً إذا لم يكن في مسائل المعادة صاحب فرض فأكثر وإلا أعطينا لصاحب الفرض فرضه وما بقي طبقنا عليه ما ذكر أعلاه.

مثال (٥٠)

المقاسمه وثلاث المال سواء الجذ فينفي عن المال كما هي.

الخيار الثاني

$\frac{1}{3}$ جميع المال

$$\frac{\frac{1}{3}}{\frac{3}{3}} = \frac{1}{3}$$

٣	٣	←
١	١	جد
٢	١	أخ
X	①	أخ لأب

رؤس الجذ ولاخوه (٣)

مثال (٥١)

المقاسمه اخط الجذسه ثلث المال

الخيار الثاني

$\frac{1}{3}$ مال

$$\frac{\frac{1}{3}}{\frac{3}{3}} = \frac{1}{3}$$

٥	٥	
٢	٢	جد
٣	٢	أخ
X	①	أخ لأب

مثال (٥٥)

المقاسمة أحظ الجير سه ثلث جميع المال فنتره المالكاني .

الخيار الثاني

مال $\frac{1}{4}$

$$\frac{1}{4} = \frac{\frac{1}{4}}{\frac{3}{4}} = \frac{1}{3}$$

$$1 = 0 \div 0 \text{ لكل راس } 1$$

$$1 = 0 \times 1 \text{ للجد } 1$$

$$3 = 0 - 0 \text{ باقي بعد الجير سه }$$

$$1 = 3 \div 0$$

$$\frac{1}{4} = \frac{1}{3} = \frac{1}{3} \times \frac{3}{4} = \frac{1}{4} \times \frac{3}{4} = \frac{3}{16}$$

١٠	٥	٥ رؤوس الجير سه
٤	٢	جد
٣	٣	أخت سه
٣	٣	أخت سه
X	X	أخت لاب

فرسه الثقبين

فرسه نأقر مختلفا عليه لتمييزه .

$$3 - \frac{1}{4} = 2 \frac{3}{4}$$

لا يبيع الطرع لسه المطروح أكبر منه المطروح
سه نيكوم مقدار المثلث الثقبين ولا شيء
للاخت لاب فنقطع .

الحالة الثانية :

أن يبقى للإخوة لاب شيء بعد عذهم على الجد ولا يخلو الحال من أمرين . الأمر الأول : ألا يكون من الأشقاء في المسألة إلا اختا شقيقة واحدة وألا يزيد عدد الإخوة من الصنفين (أي الأخت الشقيقة والإخوة لأب) عن أربعة رؤوس ومسائله ست فقط ، أربع منها لا يكون فيها مع الجد والإخوة صاحب فرض وثنتين يكون معهم فيها صاحب فرض يرث السدس فقط (أي الأم أو الجدة) انظر مثال (٥٦) .

مثال (٥٦) أولى المسائل الست وتسمى عُشْرِيَّة زيد (نسبة إلى زيد بن ثابت رضي الله عنه)

المقاسمة أحظ للجد من الثلث

الخيار الثاني

مال $\frac{1}{4}$

$$\frac{1}{4} = \frac{\frac{1}{4}}{\frac{3}{4}} = \frac{1}{3}$$

$$1 = 0 \div 0 \text{ لكل راس } 1$$

$$2 = 2 \times 1 \text{ للجد } 2$$

١٠	٥	٥ رؤوس
٤	٢	جد
٥	٢	أخت سه
١	٢	أخت لاب

• الطريقة المتكورة في حل مسائل الجد والأخوة •

$$\begin{aligned}
 2 - 0 &= 2 \text{ الباقى بعد الجد للأخوة من المنفذين} \\
 2 \frac{1}{3} &= 2 + 0 \text{ مقدار نصف المال الذى فرض ثلاث الشقيقه فرضا} \\
 &\text{مساخرا.} \\
 2 - 2 \frac{1}{3} &= -\frac{1}{3} \text{ للأخ لأب} \\
 &\text{محدث المسألة بفرضها فى مقام الكسر (2)}
 \end{aligned}$$

ثانية المسائل الست وتسمى عشرينية زيد.

مثال (٥٧)

المقاسمة أعط للجد .

٢٠	١٠	٥	٥
٨	٤	٢	٢
١٠	٥	٢	٢
١	١	١	١

الجد

أخت ٣

أخت لأب ٣

أخت لأب ٣

رؤوس الجد والإخوة

الخيار الثاني للجد

١/٣ مال

١/٣ = ١/٣

١ كل رأس = ٥ + ٥

٢ للجد = ٢ × ١

٢ - ٥ = ٢ الباقى بعد الجد للأخوة

٢ + ٥ = ٢ مقدار النصف

٢ - ٢ = ٢ للأخوات لأب

محدثا المسألة بفرضها فى مقام الكور

والتعحيح الشانى لأجل قسمة نعيب الأخوات لأب .

ثالثة المسائل الست .

مثال (٥٨)

المقاسمة والثالث سواء .

١٨	٦	٦
٦	٢	٢
٩	٣	٣
٢	١	١

الجد

أخت ٣

أخت لأب ٣

أخت لأب ٣

رؤوس الجد والإخوة

الخيار الثاني للجد

١/٣ مال

١/٣ = ١/٣

١ كل رأس = ٥ + ٥

٢ للجد = ٢ × ١

٢ - ٥ = ٢ الباقى بعد الجد للأخوة

٢ + ٥ = ٢ مقدار النصف

٢ - ٢ = ٢ للأخوات لأب

محدثا المسألة بفرضها فى مقام الكور

والتعحيح الشانى لأجل قسمة نعيب الأخوات لأب .

• الطريقة المتكررة في حل مسائل الجد والإخوة •

$$20 = 5 \times 4 \text{ النصيب المشترك الجديد للجد والإخوة}$$

$$5 = 6 \div 12 \text{ لكل رأس}$$

$$10 = 2 \times 5 \text{ للجد}$$

$$20 = 10 - 10 \text{ الباقي بعد الجد للإخوة}$$

$$18 = 2 \div 9 \text{ مقدار النصف}$$

$$20 = 18 - 2 \text{ للأخوة لاب}$$

ملاحظة: - اختصرت المسألة بقسمة نصيب الجد وبقسمة نصيب الإخوة على اثنين.

سادسة المسائل الست:

مثال (٦١)

وهي شبيهة بمختصرة زيد خامسة المسائل الست، المقاسمه فيها وثلاث الباقي سواء وهما احظ للجد من سدس جميع المال.

المقاسمه وثلاث الباقي فيل سوا وهما اقل له من السدس كما في المختصرة .
 $\frac{1}{3} = \frac{1}{3} \div 2$ $\frac{1}{3} = \frac{1}{3} \div 2$ $\frac{1}{3} = \frac{1}{3} \div 2$

٥٤	١٠٨	٣٦	٣٦	٦	
٩	١٨	٦	٦	١	١ (أخوة)
١٥	٣٠	١٠	١٠		١٢
٢٧	٥٤	١٨			١ (أخت)
١	٢			٥	أخت لاب
١	٢				أخت لاب
١	٢				أخت لاب

(٦١) رؤوس الجد والإخوة

$$1 - 6 = 5 \text{ الباقي بعد الغرض للجد والإخوة}$$

$$20 = 5 \times 4 \text{ النصيب المشترك الجديد للجد والإخوة}$$

$$5 = 6 \div 12 \text{ لكل رأس}$$

$$10 = 2 \times 5 \text{ للجد}$$

$$20 = 10 - 10 \text{ الباقي بعد الجد للإخوة}$$

$$18 = 2 \div 9 \text{ مقدار النصف}$$

$$20 = 18 - 2 \text{ للأخوات لاب}$$

مثال (٦٣)

تعينه زيد

	X_0		X_3	
٩٠	١٨	١٨	٦	
١٥	٣	٣	١	$\frac{1}{6}$ أم (أوجهه)
٢٥	٥	٥		$\frac{1}{4}$ باقي جد
٤٥	٩			$\frac{1}{2}$ اخت
٢		١٠	٥	أخ لأب
٢	١			أخ لأب
١				اخت لأب

$$١ - ٦ = ٥ \text{ الباقى بعد صاحب الغرض للجد والإخوة}$$

$$٥ \div ٣ = ١ \text{ الباقى بعد صاحب الغرض لا ينقسم على مقام ثلثت}$$

الباقى لسة محبة فتمنح المسألة يجعل مقام ثلث الباقى جزء سهم للمسألة .

$$١٥ = ٥ \times ٣ \text{ السعي المشترك الجديد للجد والإخوة}$$

$$١٥ \div ٣ = ٥ \text{ سعي الجد (وهو مقدار ثلث الباقى)}$$

$$١٥ - ٥ = ١٠ \text{ الباقى بعد الجد للإخوة}$$

$$١٨ = ٢ + ٩ \text{ مقدار السعي}$$

$$١٠ - ٩ = ١ \text{ للإخوة لأب أما أم (٩) فتكون للثلاثة مادامت}$$

قد أمكن طرحها من الباقى بعد الجد .

تطبيق الطريقة المبكرة على ما اختاره القانون المصري :

والآن بعد أن فصلنا الطريقة المبكرة مطبقة على مذهب زيد رضى الله عنه في حل مسائل باب الجد والإخوة - نقوم الآن ببيان الخطوات الأساسية التي تبين إمكانية تطبيق الطريقة المبكرة على ما اختاره القانون المصري ؛ ليسهل ذلك العمل على المدارس والمدرس والقاضي عليها تكون بديلة عما اعتاد عليه مؤلفو كتب الفرائض المعاصرون وشراح القانون من وضع قائمة لبعض مسائل الباب المنقولة عن الأقدمين محلولة بطريقة حسابية قاصرة قد تكون مقبولة في المسائل البسيطة ولكنها احتيالا لا تصلح للمسائل الكبيرة .

فأقول ورد حكم الجد والإخوة عند اجتباهم في مسائل بالقانون المصري عام ١٩٤٣م بما نصه: مادة (٢٢) إذا اجتمع الجد مع الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب كانت له حالتان: الأولى - أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكورا فقط أو ذكورا وإناثا أو إناثا عصبين مع الفرع الوارث من الإناث، - والثانية - أن يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصب إذا كان مع الجد أخوات لم يعصبين بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث، على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصب على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس، ولا يعتبر في المقاسمة من كان محجوبا من الإخوة والأخوات.^(١)

مما ذكر يتبين أن القانون جعل للجد مع الإخوة عدة حالات فقد يكون الجد في مسألة وليس معه إلا ذكور الإخوة أشقاء أو لأب فقط. وقد يكون في مسألة ومعه إخوة وأخوات من صنف واحد. وقد ينفرد وليس معه غير الأخوات من صنف واحد. وقد ينفرد ويكون معه الصنفين من الأخوات (أي أخوات شقيقات وأخوات لأب). وقد يكون الجد ومعه صاحب فرض أو أصحاب فروض وإخوه بحسب الاحتمالات المذكورة. وقد يكون مع الجد والإخوة (حسب الاحتمالات المذكورة) أحد من إناث الفرع الوارث.

ولما لم يكن القصد في هذا البحث تفصيل حل كل تلك الاحتمالات كما فعلت بمذهب زيد، فسأقوم فيما يأتي بوضع خطوات تكون أساسا صالحا لحل مسائل الجد والإخوة باحتمالاتها المتعددة حسبما اختاره ذلك القانون مستخدما طريقي المبكرة فأقول:

الخطوة الأولى:

نرسم جدولا ونضع الورثة بالقائمة الأولى منه كما وضعت سابقاً.

الخطوة الثانية:

نبدأ بمقاسمة الجد للإخوة دائماً (سواء كان الإخوة ذكورا فقط أو ذكورا وإناثا أو كان الإخوة إناثا فقط عصبين بالغين) حسبما يلي:

(أ) إن لم يكن معهم صاحب فرض كما في الحالتين الأوليين فنعمل:

١ - نحسب الجد برأس مع ذكور الإخوة وبرأسين مع الأخوات ونجعل مجموع رؤوس الجد والإخوة أصلا للمسألة ونضعه في المربع العلوي بالقائمة الثانية.

(١) الوارث في الشريعة الإسلامية للشيخ حسين محمد مخلوف ص ٧٠، أحكام التركات والمواريث للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٥٧، أحكام التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور بدران أبو العنين بدران ص ١٨٣، أحكام الوارث في الشريعة الإسلامية للدكتور حسن صبحي أحمد عبد اللطيف ص ١٥٣.

٢ - نقسم أصل المسألة على عدد الرؤوس والخارج نضعه على يسار من حُيِّب برأس واحد (الأخوات) بالقائمة الثانية أما من حُيِّب برأسين (كالجد وذكور الإخوة) فنضرب نصيب الرأس الواحد في عدد (٢) إثنين وحاصل الضرب نضعه على يساره بالقائمة الثانية .

(ب) فإن كان مع الجد والإخوة صاحب فرض أو أكثر فنعمل ما يلي :

١ - إن لم يكن بالمسألة إلا فرض واحد جعلنا مقام الفرض أصلاً للمسألة ووضعناه في المربع العلوي من القائمة الثانية .

٢ - أما إن كان بالمسألة فرضان أو أكثر فإتينا :

أولاً : نقارن بين مقامات الفروض مستخدمين النسب الأربع كلها (التنازل والتداخل والتوافق والتباين) كما وصفت سابقاً، ونجعل نتيجة المقارنة أصلاً للمسألة فنضعه في المربع العلوي بالقائمة الثانية بالجدول .

ثانياً : نقسم أصل المسألة على مقام الفرض أو الفروض وخارج القسمة (إن لم يكن الفرض ثلثين) نضعه على يسار مستحقه بالقائمة الثانية .

ثالثاً : نجتمع أنصبة أصحاب الفروض ثم نطرح المجموع من أصل المسألة وخارج الطرح (الباقى بعد اصحاب الفروض) يكون للجد والإخوة فيقسم على عدد رؤوسهم وخارج القسمة يوضع على يسار مستحقه بالقائمة الثانية .

رابعاً : إن لم ينقسم نصيب الجد والإخوة على عدد رؤوسهم أو كان الفرض يرثه أكثر من واحد ولم ينقسم خارج قسمة أصل المسألة على مقام الفرض على عدد رؤوس الفريق فيتعين علينا أن نقوم بتصحيح المسألة حسب الطريقة التي ذكرت سابقاً لتصحيح المسائل .

الخطوة الثالثة :

بعد اكتمال العمل على أساس المقاسمة بالجدول نجرب الخيار الثاني للجد وهو إعطاء الجد سدس جميع المال وذلك بأن نقسم مصح المسألة (وهو ما صحت منه المسألة سواء كان أصل المسألة أو التصحيح أو غير ذلك) على مقام السدس (٦) .

الخطوة الرابعة :

نقارن خارج قسمة مصح المسألة على مقام السدس (سواء كان الخارج صحيحاً فقط أو كسراً فقط أو صحيحاً وكسراً) مع ما يستحقه الجد بالمقاسمة فإن ظهر أن المقاسمة أفضل للجد أبقينا على المسألة كما هي لصحتها وإن ظهر أن السدس أفضل

• الطريقة المتكررة في حل مسائل الجد والأخوة •

وظهر لنا في المثال الثاني (٦٥) أن الجد بالمقاسمة يستحق (٢) (صحيح) أي $(\frac{2}{5})$ المال كله بينما لا يستحق الجد بالخيار الثاني وهو (السدس) في نفس المثال إلا $(\frac{1}{6})$ خمسة أسداس الواحد الصحيح.

وبناء على ما ظهر لنا في المثالين فإننا نبقى على مسألة المقاسمة كما هي بالجدول لكونها صحيحة ونقوم بالضرب على الخيار الثاني (أي عملية القسمة الصغيرة المجاورة لمسألة المقاسمة).

مثال (٦٦)

مثال ثالث،

المقاسمة ظهر أنها أحق للجد فابقينا عليها.

الخيار الثاني للجد في القانوم المصري

$$\begin{array}{r} \frac{1}{6} \text{ مال} \\ \times \frac{1}{6} \\ \hline \frac{1}{36} \end{array}$$

٦	٢١
١	جد
٢	أخ
٢	أخت
١	

(٥) رؤوس الجد والإخوة

$$1 - 6 = 5 \text{ الباقى بعد الأم للجد والإخوة}$$

$$5 \div 5 = 1 \text{ لكل رأس}$$

$$2 \times 1 = 2 \text{ لكل من الجد والآخر}$$

مثال (٦٧)

المقاسمة ليست أحق للجد من السدس

الخيار الثاني للجد في القانوم المصري

$\frac{1}{6}$ جميع المال

$$\frac{1}{6} = \frac{1}{6} \times \frac{1}{6} = \frac{1}{36}$$

٧	جد
١	أخ
١	أخت
١	أخت
١	أخت
١	أخت
١	أخت
١	أخت

(٧) مجموع الرؤوس

مثال (٦٨)

التصحيح

$= ٦ \times ٦$

$= ١ \times ٦$

٣٠ = ٥ × ٦

للإخوة .

٥ = ٦ ÷ ٣ .

كل أخ .

٣٦	٦	←
٦	١	جد $\frac{1}{6}$
٥		أخ
٥		أخ
٥		أخ
٥	٥	أخ
٥		أخ
٥		أخ

رؤوس الإخوة (٦)

في المثال اعلاه ظهر لنا أن الجد بالمقاسمة يستحق (١) صحيحاً بينما تبين بالخيار الثاني (وهو السدس) أنه يستحق $(\frac{1}{6})$ واحداً صحيحاً وسدس الواحد الصحيح وهنا يكون إعطاء الجد بالفرض سدس المال احظ له من المقاسمة وبناء على ذلك ضربنا على مسألة المقاسمة (أي وضعنا عليها علامة الضرب أو الغنيها) ثم قمنا بعمل مسألة جديدة فرضنا فيها للجد السدس وجعلنا مقام فرضه اصلاً للمسألة ثم قمنا بقسمة ما بقي بعد نصيب الجد على رؤوس الاخوة .

مثال (٦٩)

المعاشرة ليت احظ للجد من السدس

المعاشرة

١٨	٦	٦/٩
٩	٣	٦/٩
٣	١	٢/٣
٩	٣	٦/٩
٣	١	٢/٣
٩	٣	٦/٩
٣	١	٢/٣

الخيار الثاني
مال ١/٦
جد ٣/٩
أخت ١/٣

٦ للجد والأخوة = ٢ × ٣

٢ لكل رأس = ٢ ÷ ١

مثال (٧٠)

حل المسألة على أساس أنه السدس أخد

المعاشرة

١٨	٦	٦/٩
٩	٣	٦/٩
٣	١	٢/٣
٩	٣	٦/٩
٣	١	٢/٣
٩	٣	٦/٩
٣	١	٢/٣

١ للجد والأخوة = ٢ × ٣
٢ لكل رأس = ٢ ÷ ١

مثال (٧١)

الخيار الثاني
بالقانون المصري

١/٦ جميع المال

١/٦
١/٦
١/٦

المعاشرة احظ للجد من السدس

المعاشرة

٦	٣	٦/٩
٣	١	٢/٣
٩	٣	٦/٩
٣	١	٢/٣

١ للجد والأخوة = ٢ × ٣
٢ لكل رأس = ٢ ÷ ١

٢ = ١ × ٢

١ لكل رأس = ٢ ÷ ٢

٢ للجد = ٢ × ١

مثال (٧٢)

المعاشرة ظهر أنها احظ للجد من السدس

المعاشرة

٣٩	٨	٨/٩
١٦	٤	٤/٩
٤	١	١/٩
٦	٣	٣/٩
٣	١	١/٣
٣	١	١/٣

الخيار الثاني
١/٦ جميع المال
١/٦ = ١/٦ = ١/٦

$$\begin{aligned} ١٢ &= ٢ \times ٤ && \text{التعيب المشترك الجديد للجدة والأخوات} \\ ٢ &= ٤ \div ١٢ && \text{لكل رأس} \\ ٦ &= ٢ \times ٣ && \text{للجدة} \end{aligned}$$

ملاحظة:

هاتان المسألتان بمثال (٧١ و ٧٢) وما يشبههما من مسائل استعارهما القانون المصري من مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه.

مثال (٧٤)

مثال (٧٣)

المقاسمة ليت احظ للجدة من السدس.

٦	٦/٦/٣
٩	٣ بنت
٩	٣ بنت
١	١ جدة
١	١ جد
X	٦ أخت

الخيار الثاني للجدة
بالقانون المصري
١/٦ مال

٣/١٨
١٨
٠٠

X	X٣	٦/٣
١٨	٦	٦/٣
٦	٩	٣ بنت
٦	٩	٣ بنت
٣	١	١ جدة
٩	١	١ جد
١	١	٦ أخت

الردوس (٣)

١/٦ = ٩ = ٣ ÷ ٦
١/٣ = ٤ = ٩ × ٤
١/٤ = ٩ = ٤ × ٩

١/٦ = ٢ = ٢ ÷ ٦
١/٢ = ٤ = ٢ × ٢
١/٤ = ٢ = ٢ ÷ ٤
١/٢ = ٦ = ٢ × ٣
١/٣ = ٦ = ٢ × ٣

ملاحظة:

لكون الجدة يشترط ألا يقل نصيبه عن السدس فإننا حينها جربنا الخيار الثاني للجدة وقارناه مع المقاسمة ووجدنا السدس احظ للجدة من المقاسمة عملنا مسألة جديدة وفرضنا فيها للجدة السدس وبعد أن اعطينا كل ذي فرض فرضه بما فيه الجدة لم يبق بعد اصحاب الفروض شيء للعاصب فسقطت الأخت، لأنها عصبه مع غيره.

مثال (٧٥)

عول المأله

١٥	١٢	١/٦/٦/١/٤
٣	٣	١/٤ زوج
٦	٦	١/٢ بنت
٢	٢	١/٦ بنت ابن
٢	٢	١/٦ أم
٢	٢	١/٦ جد
X	X	١/٢ أخت

١٥

مجموع ما أخذته اصحاب الفروض من أصل المأله .

ملاحظة :

هذه المسألة ازدحت فيها الفروض على أصل المسألة فترتب على ذلك نقص في نصيب كل واحد من اصحاب الفروض وهذا هو ما يسمى عند الفرضيين بالعلو الذي هو : زيادة في الفروض ونقص في الأنصباء . انظر ما قلناه عن العلو سابقاً .

وحيث أن المسألة كما ترى لم يبق فيها بعد اصحاب الفروض شيء فيسقط العاصب . والأخت هنا عصبه بغيره فتسقط أما الجد فلأنه مثل الأب يرث السدس مع الفرع الوارث فإنه ينتقل إلى فرض السدس فيفرض له السدس ويعامل هنا معاملة اصحاب الفروض ولا حاجة فيها إلى تجريب الخيار الثاني للجد .

مثال (٧٦)

عول المسألة	اصل المسألة	
٩	٦	٦/٢/٦/٢
٣	٣	١/٢ زوج
١	١	١/٢ جد
٣	٣	١/٢ أخت
١	١	١/٢ أخت لاب
١	١	١/٢ جد

ملاحظة :

في هذه المسألة جعلت الأختان صاحبتى فرض وبقى الجد على التعصيب وحيث أنه بعد إعطاء كل واحد من أصحاب الفروض في المسألة نصيبه من أصل المسألة لم يبق شيء للعاصب ومعلوم أن الجد لا يسقط بحال مع الإخوة إذ اعتبر مقدار السدس أقل شيء يرثه الجد مع الإخوة فقد فرضنا للجد السدس في المسألة وعاملنا سدسه معاملتنا للفروض الأخرى حتى وإن كانت المسألة عائلة قبل سدسه.

وكذا يكمل للجد فرض السدس حتى وإن عالت المسألة بذلك أنظر

مثال (٧٧)

الصول	اصل المسألة	
١٣	١٢	٢/٦/٢/٢
٣	٣	١/٢ زوج
٢	٢	١/٢ جد
٦	٦	١/٢ أخت
٢	٢	١/٢ جد

مجموع الأنصبة التي أخذها أصحاب الفروض من أصل المسألة.

تطبيق الطريقة المبكرة على ما اختاره القانون السوري:

نظراً لأن القانون السوري قد تبع القانون المصري في اختياره في باب الجد والإخوة، بل تكاد المادة أن تكون منقولة بنصها من القانون المصري فيما عدا جعله الثلث أقل شيء يرثه الجد مع الإخوة، فقد كان نص المادة (٢٧٩) من المرسوم رقم ٥٩ بتاريخ ١٧/٩/١٩٥٣ م:

١ - إذا اجتمع الجد العصبى مع الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب فإنه يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكورا فقط، أو ذكوراً وإناثاً، أو إناثاً عصبن مع الفرع الوارث من الإناث.

٢ - إذا كان مع الجد أخوات لم يعصبن بالذكور ولا مع الفرع الوارث من الإناث فإنه يستحق الباقي بعد اصحاب الفروض بطريق التعصيب.

٣ - على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن الثلث اعتبر صاحب فرض الثلث ولا يعتبر في المقاسمة من كان محجوباً من الإخوة والأخوات لأب. (١)

فإننا نقول:

إذا أردنا تطبيق الطريقة المبكرة في بحثي هذا على ما اختاره القانون السوري فعليتنا اتباع الخطوات التي ذكرناها عند تطبيقها على القانون المصري إلا أننا عند الخطوة الثالثة وهي تجربة الخيار الثاني للجد نقسم مصحح المسألة (سواء كان أصل المسألة أو التصحيح) على مقام $(\frac{1}{3})$ الثلث (٣) وخارج القسمة نقارنه مع ما يستحقه الجد بالمقاسمة فإن ظهر أن المقاسمة أكثر من الثلث أبقينا مسألة المقاسمة كما هي لصحتها وإن بدا أن مقدار ثلث المال أكثر من المقاسمة ضربنا على مسألة المقاسمة وعملنا مسألة جديدة بجدول جديد نفرض للجد فيها الثلث ويعامل الثلث عند ذلك معاملة بقية الفروض عند إيجاد أصل المسألة أو عند القسمة على أهل الفروض ثم نكمل بقية الخطوات حسبما ذكر في خطوات التطبيق التي وضعناها على القانون المصري.

مثال (٧٨)

الخيار الثاني في القانون المصري
 $\frac{1}{3}$ جميع المال
 $\frac{1}{3} = \frac{1}{3} = \frac{1}{3}$

المقاسمة أخذ للجد من الثلث	
٥	جد
٢	أخت
١	أخت

(١) علم الفرائض والميراث في الشريعة الإسلامية والقانون السوري ص ١٦٨ - ١٦٩.

مثال (٧٩)

المقاسه ليست اخذ الجدره ثلث المال .

الخيار الثاني للجدره القانوني لبروري

$\frac{1}{3}$ جميع المال

$$1\frac{1}{3} = \frac{1}{3} \times \frac{4}{3} = \frac{4}{9}$$

4	←
1	جد
1	اخ
1	اخ
1	اخ

(3) رتبه الجدره الاخوة

مثال (٨٠)

التصحيح
 $= 3 \times 3$

7 = 3×3 نصيب الشتر الجدره الاخوة .

7 = $3 \div 3$ لك اخ .

9	3	←
3	1	جد $\frac{1}{3}$
3	3	اخ
3	3	اخ (3)
3	3	الزوجه

مثال (٨١)

المقاسه ليست اخذ الجدره الثلث .

الخيار الثاني للجدره القانوني لبروري

$\frac{1}{3}$ مال

$$3 \times \frac{1}{3} = 1$$

6	3	←
3	1	زوج $\frac{1}{2}$
1	1	جد
1	1	اخ (3)
1	1	اخ

رتبه الجدره

• الطريقة المبكرة في حل مسائل الجد والاختوة •

مثال (٨٢)

$X < \leftarrow$

١٢	٦	٢/٢
٦	٢	زوج $\frac{1}{2}$
٤	٢	جد $\frac{1}{4}$
١	١	أخت $\frac{1}{2}$
١	١	أخت $\frac{1}{2}$

(٢)

مثال (٨٣)

المقاسة ليست أخط للجد منه ثلث جميع المال .

الخيار الثاني للجد في القانون الورى

$\frac{1}{3}$ مال

$$\frac{18}{18} = 1$$

$X^3 \leftarrow$

١٨	٦	٦/٦/٢
٩	٣	بنت $\frac{1}{2}$
٣	١	بنت أبس $\frac{1}{6}$
٣	١	أخت $\frac{1}{2}$
٢	١	جد $\frac{1}{2}$
١	١	أخت $\frac{1}{2}$

(٣)

مثال (٨٤)

عول المأكله

٧	٦	٣/٦/٦/٢
٣	٣	بنت $\frac{1}{2}$
١	١	بنت أبس $\frac{1}{6}$
١	١	أخت $\frac{1}{2}$
٢	٢	جد $\frac{1}{2}$
X	X	أخت $\frac{1}{2}$

(٧)

مجموع أفضية اصحاب الفرد منه .

مثال (٨٦)

إعادة المسألة
لكونه المثلث أخذ بالجرم للقاسمة
↓

عول المسألة	أول المسألة	٢/٦/٤/٦/٤
١٧	١٢	٢/٦/٤/٦/٤
٣	٣	١/٢ زوجة
٢	٢	١/٢ أخت
٦	٦	١/٢ أخت
٢	٢	١/٢ أخت
٤	٤	١/٢ جد

القاسمة ليست أحظ للجد منه ثلث جميع المال
الخيار الثاني
للجدني القانوم لجرم
١/٢ جميع المال

$$\frac{2}{3} \div \frac{1}{2} = \frac{4}{3}$$

X	٢/٦/٤/٦/٤
٣	١/٢ زوجة
٢	١/٢ أخت
٦	١/٢ أخت
٢	١/٢ أخت
X	جد

وختاماً أرجو أن ينفع الله بما توصلت إليه كل باحث وطالب علم في هذا الفرع المهم من علوم الشريعة الإسلامية الذي آمل من الأقسام الشرعية أن توليه ما يستحقه من مزيد العناية والرعاية واختيار الكفاة للتخصص فيه حتى لا يقع وزر تلاشيه من الأرض على يد جيلنا. والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وهو ولي التوفيق والهادي إلى سواء السبيل وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم ونحن معهم إلى يوم الدين.

المراجع

- إبراهيم عبدالله بن إبراهيم المدني (بن سيف الشمري) العذب الفائض شرح عمدة الفاراض. طبع على نفقة معالي الشيخ عبدالرحمن بن عبدالمحسن الطيبي - الرياض، الطبعة الأولى ١٣٧٢هـ - ١٩٥٣م، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
- إبراهيم الباجوري: التحفة الخيرية على الفوائد الشنشورية (والأصل الفوائد الشنشورية لعبدالله الشنشوري طبع بالهامش) مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
- أحمد بن علي بن حجرالعسلائي: فتح الباري بشرح صحيح البخاري. تصحيح وتحقيق وإشراف ومقابلة ساحة العلامة الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز. الناشر رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالملكة العربية السعودية ١٣٧٩هـ.
- بدران ابوالعنين يدوان: أحكام التركات والموارث في الشريعة الإسلامية والقانون. الناشر مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع - الاسكندرية ١٩٨١م.
- د. جمعة محمد محمد براج: أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية دار الفكر للنشر والتوزيع - عمان. الأردن، الطبعة الأولى ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
- ابن حزم الأندلسي: المحلى. دار الفكر.
- د. حسن صبحي أحمد عبداللطيف: أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع بالاسكندرية.
- حسنين محمد مخلوف: الموارث في الشريعة الإسلامية. الطبعة الثانية ١٣٧٣هـ - ١٩٥٤م دار الكتاب العربي بمصر.
- الحسين بن محمد الولى: أصول الموارث (مخطوطة فرغ الباحث من تحقيقها).
- مبسط المارديني: شرح الرحبية في علم الموارث. وليه حاشية البكري التي علق عليها وخرجها د. مصطفى ديب البغا - دار القلم - دمشق - بيروت.
- سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني: كتاب السنن. حققه حبيب الرحمن الأعظمي. عنى بشره المجلس العلمي (سملك في ابييل، الهند) الطبعة الأولى ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م.
- ابن قيم الجوزية: أعلام الموقعين عن رب العالمين. تحقيق عبدالرحمن الوكيل. يطلب من دار الكتب الحديثة بالقاهرة وتوزعه مكتبات في عدد من الدول العربية.
- عبدالرحمن بن قاسم العاصمي النجدي: الدرر السنية في الاجوبة النجدية جمع عبدالرحمن بن قاسم. دار العربية للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان.
- عبدالله بن إبراهيم بن عبدالله الخبزي: مختصر في الفرائض (مخطوطة مصورة بالملكة المركزية بجامعة أم القرى - مكة المكرمة).

- عبدالله الشنشوري: الفوائد الشنشورية في شرح المنظومة الرحبية (بها من التحفة الخيرية) مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.
- عبدالله بن عبدالرحمن البسام: علماء نجد خلال ستة قرون. الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ. يطلب من مكتبة ومطبعة النهضة الحديثة - مكة المكرمة.
- علي بن محمد بن علي الجرجاني: شرح السراجية في علم الموارث. الناشر وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بالعراق ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- ابن ماجه: السنن. صنع فهارس بالكمبيوتر وحققه محمد مصطفى الاعظمي الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م طبع في شركة الطباعة العربية السعودية المحدودة - الرياض.
- مجد الدين عبدالسلام بن عبدالله الحارثي المعروف (بابي البركات ابن تيميه) جد شيخ الإسلام احمد بن تيميه. متنى الاخبار. طبع مع شرحه نيل الاوطار للشوكاني - دار القلم - بيروت.
- محفوظ بن احمد الكلوزاني (ابو الخطاب): التهذيب في الفرائض (مخطوطة مصورة يقوم الباحث بتحقيقها).
- محمد خيرى المفتي: الفرائض والموارث في الشريعة الإسلامية والقانون السوري. أشرف على تنقيحه وطبعه ابن المؤلف (منذر).
- محمد أبو زهره: أحكام التركات والموارث. ملزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م.
- محمد بن إسماعيل البخاري: الصحيح طبع مع شرحه فتح الباري لابن حجر تصحيح وتحقيق وإشراف ومقابلة ساحة العلامة الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز. نشر رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالملكة العربية السعودية ١٣٧٩هـ.
- محمد سليمان الروداني المغربي: جمع الفوائد الجامع لكتب السنن المطهرة. الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م، مشروع المكتبة الجامعة اختيار وتنفيذ إبراهيم أمين فودة - مكة المكرمة.
- محمد بن عبدالله بن أحمد بن قدامه (موفق الدين): المغني. ومعه الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامه. أشرف على تصحيحه السيد محمد رشيد رضا. الطبعة الأولى ١٣٤٨هـ. في مطبعة المنار بمصر.
- محمد بن علي بن محمد الشوكاني: نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار شرح متنى الأخبار. دار القلم - بيروت.
- محمد محيي الدين عبدالحميد: أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة - الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، دار الكتاب العربي للنشر - بيروت.
- مسلم: الصحيح. مطبوع مع شرحه للنووي، الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م. دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- محيي الدين ابو زكريا النووي: شرح صحيح مسلم. الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- ابن الملقن: تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج. تحقيق ودراسة عبدالله بن سعاف اللحياني. الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م دار حراء للنشر والتوزيع - مكة المكرمة.

غتنصر البدر المنير في تحريج أحاديث الشرح الكبير، وهو مختصر تلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني. تحقيق كمال يوسف الخوت طبعة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، مؤسسة الكتب الثقافية.

المنذري (الحافظ): مختصر سنن أبي داود. تحقيق أحمد محمد شاكر ومحمد حامد الفقي. ومعه معالم السنن لأبي سليمان الخطابي ويليها تهذيب الإمام ابن قيم الجوزية، طبعة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - توزيع مكتبة الباز بمكة المكرمة.

د. ياسين أحمد إبراهيم دراهم: الميراث في الشريعة الإسلامية. الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م مؤسسة الرسالة - دار الأرقم - عمان - الأردن.

مسئولية الأطباء

الدكتور / عبدالرحمن بن حسن النفيسه.

الفصل الأول - المسؤولية عن النفس

تمهيد:

تقتضي طبيعة الوجود الإنساني تعامل الإنسان مع غيره، وهذا التعامل يقتضي بدوره ترتب مسؤولية أزلية عليه تتشعب أنواعها، ويتحدد حجمها تبعاً لطبيعة التعامل ومقداره. وقد اقتضت الحكمة الإلهية فرض هذه المسؤولية على الإنسان بعد أن جعل الله فيه مقومات الكمال المادي والعقلي بما يؤهله لحمل هذه المسؤولية، ففي التركيب المادي أحسن الله خلقه، وأكمل تركيبه ﴿خلق السموات والأرض بالحق وصوركم فأحسن صوركم وإليه المصير﴾^(١) ﴿الذي خلقك فسواك فعدلك﴾^(٢) ﴿في أي صورة ما شاء ركبك﴾^(٣) ﴿ألم نجعل له عينين﴾^(٤) ﴿ولساناً وشفتين﴾^(٥) ﴿لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم﴾^(٦). وجماع المعنى في هذه الآيات تأكيد الدلالة الحسية على كمال قدرة الإنسان وحسن صفاته واستطاعته حمل المسؤولية المترتبة عليه. وفي التركيب العقلي ميز الله الإنسان بقدرة تمكنه من الإدراك، وأوجب عليه استعمال هذه القدرة في حدود تكاليفه، وعلى النحو الذي يستطيع معه تنفيذ هذه التكاليف. وقد أثنى الله في مواضع كثيرة من كتابه العزيز على الذين «يفقهون» و«يعقلون» و«يتفكرون» دلالة على قدرتهم استيعاب تكليفهم، وقدرتهم كذلك على تنفيذه.

(١) سورة التغابن الآية (٣).

(٢) سورة الانفطار الآية (٧).

(٣) سورة الانفطار الآية (٨).

(٤) سورة البلد الآية (٨).

(٥) سورة البلد الآية (٩).

(٦) سورة التين الآية (٤).

ومع توافر هذه الصفات والمقومات المادية، والعقلية في الإنسان فقد أعذره الله حين بين له الآيات، والمعجزات وحين أرسل له الرسل ليبينوا له ما يجب أن يكون عليه من سلوك ﴿وأن هذا صراطي مستقيماً فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون﴾^(١) ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾^(٢).

والإعذار بهذه الدلائل والوسائل دليل على عظم المسؤولية التي يحملها الإنسان منذ نشأته الأولى فقد عرض الله الأمانة على السموات والأرض والجبال فامتنعت عن حملها لعدم القدرة ثم عرضها على آدم بعد أن أنذره بعدم قدرة السموات والأرض والجبال على حملها فسأل ربه عندئذ عما هي فقال «إن أحسنت جزيت، وإن أسأت عوقبت» فقبلها آدم فترتب على ذريته من بعده. وهذا معنى قوله تعالى ﴿إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولاً﴾^(٣). وسواء كانت الأمانة جماع التكاليف التي فرضها الله على عباده، أو كانت بمعنى الوديعة فهي في مفهومها العام المسؤولية المترتبة على الإنسان في علاقته مع ربه، ومع غيره. ومن حيث الجزء تختلف المسؤولية حسب الفعل الذي حدث، فالمسؤولية عن التعدي على المال أخف من المسؤولية على التعدي على النفس والتعدي على النفس بفعل الخطأ المتفني منه القصد أخف من الفعل المصحوب بالعمد وهكذا.

قلت: والطب يعتبر أمانة فمن تعلمه وامتنعه أصبح مكلفاً ومسئولاً بعلمه وعمله بما يترتب على ذلك من جزاء وتتميز مسؤوليته عن المسؤولية في أي مهنة أخرى لمناطها المباشر بالنفس.

أهمية الحفاظ على النفس:

الإنسان بنيان الله في أرضه، وخليفته فيها ورغم ما بذله الإنسان من دراسة لوجوده، وتصور لحقيقته لم يستطع معرفة ما أراد أن يعرفه عن نفسه وهو بالتأكيد لن يدرك هذه المعرفة إلا من خلال تسليمه المطلق بما بينه الله عن حقيقته، والهدف من وجوده وهو عبادة الله وحده في ظل ماهيأه له من المنافع المادية المختلفة التي تمكنه من أداء

(١) سورة الأنعام الآية (١٥٣).

(٢) سورة الإسراء الآية (١٥).

(٣) سورة الأحزاب الآية (٧٢) وانظر تفسير ابن كثير ج ٣ ص ٤٤٥.

ما وجب عليه دون مشقة أو عناء ﴿هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور﴾^(١).

وعندما اقتضت حكمة الله، وإرادته وجود الإنسان اقتضت احترام هذا الوجود، وتحريم التعدي عليه لما في ذلك من معاداة للحكمة الإلهية منه. ولهذا كان العقاب على هدمه جرمة كبرى تستحق أشد العقاب. لقد جاء رجل لابن عباس رضي الله عنه يسأله: ماذا يرى في رجل قتل مؤمنا متعمدا فقال له: جزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما قال: أفأريت إن تاب وعمل صالحا ثم اهتدى؟ قال ابن عباس: ثكلته أمه وأنى له التوبة والهدى؟ والذي نفسي بيده لقد سمعت نبيكم ﷺ يقول «ثكلته أمه قاتل مؤمنا متعمدا جاء آخذا بيمينه أو بشماله تشخب أوداجه من قبل عرش الرحمن يلزم قاتله بشماله، وييده الأخرى رأسه يقول يارب سل هذا فيما قتلتني» وإيم الذي نفس عبد الله بيده لقد نزلت هذه الآية آية القتل العمد فما نسختها من آية حتى قبض نبيكم ﷺ، وما نزل بعدها من برهان^(٢).

قلت: وتنقسم المسؤولية عن النفس إلى مسئولية فردية، وأخرى جماعية، وتنصب كلها على وجوب احترام النفس، وعدم التعدي عليها بأي صورة من صورته ما لم يكن ذلك بمسوغ شرعي حددته وبيته أحكام الشريعة.

مسئولية الفرد:

هي كل ما يترتب على الإنسان من التزام يوجب عليه المحافظة على النفس ولهذا الالتزام حكمان: الأول - وجوب امتناع التعدي من الإنسان ذاته على نفسه ولهذا الوجوب صورتان:

الأولى - التعدي عليها بقسرها، أو تكليفها بما يتنافى مع روح الشريعة ومقاصدها ولهذا قال تعالى ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾^(٣) والمقصود بهذا التقرير بأن الله سبحانه وتعالى وضع في الإنسان قدرة محدودة ولم يوجب عليه التكاليف إلا في حدودها.

والقدرة هنا قدرة مادية ومعنوية، فالمادية ما يستطيع القيام به ولهذا فرضت عليه الصلاة في وقت محدد وفرض عليه الصيام لمدة محدودة. والقدرة المعنوية ما يستطيع

(١) سورة الملك الآية (١٥).

(٢) تفسير ابن كثير ج ١ ص ٤٦٠ وللعلامة آراء حول توبة القاتل ومنها ما يخالف رأي ابن عباس رضي الله عنه وأرضاه.

(٣) سورة البقرة الآية ٢٨٦.

إدراكه وفهمه ولهذا سقط اللازم عن غير المدرك كالصغير وغير العاقل كما سقط عما لا يستطاع دفعه كوسوسة النفس وخطئها ونسيانها.

الصورة الثانية - التعدي عليها بالقتل وقد توعد الله قاتل نفسه بالعذاب المبين فقال تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾^(١) وورد في السنة قول رسول الله ﷺ «من قتل نفسه بحديدة فحديده في يده يجأ بها بطنه يوم القيامة في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبداً ومن قتل نفسه بسم تردى به فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبداً»^(٢).

وقد فهم عمرو بن العاص رضي الله عنه النهي عن قتل النفس الوارد في الآيات الكريمة على أنه نهي مطلق لما يؤدي بالنفس إلى الهلاك ولو كان هذا الفعل مجرد احتمال لا يقين ولهذا صلى بالناس صلاة الصبح وهو جنب عندما كان في غزوة ذات السلاسل فلما قدم من معه على رسول الله ﷺ ذكروا له ما فعله فدعاه فسأله عن ذلك فقال يا رسول الله خفت أن يقتلني البرد وقد قال الله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ فسكت عنه رسول الله ﷺ^(٣).

الحكم الثاني - امتناع التعدي من الإنسان على نفس غيره، فإذا كان من المحرم عليه التعدي على ذاته فقد حرم الله عليه التعدي على غيره.

وقد بين الله حرمة هذا التعدي بدلالة النهي المطلق عنه إلا ما كان له مقتضى شرعي كما هو الحال في مبادلة النفس بالنفس، والزاني في حال الإحصان، وترك الدين، ومفارقة الجماعة. ومفاد ذلك قول الله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٤) وفي قول رسول الله ﷺ (لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والزاني المحصن، والشارك لدينه المفارق للجماعة)^(٥).

وعلى نحو آخر غلظ الله عقوبة التعدي بالقتل العمد، وسأوى بينه وبين الإشراك به ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له

(١) سورة النساء الآية ٢٩.

(٢) صحيح الترمذي ج ٤ ص ٣٣٨.

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٥ ص ١٥٧، وفي رواية أخرى قال عمرو: فاشتقت أن اغتسل أن

اهلك فتيممت. انظر سنن أبي داود ج ١ ص ٩٢.

(٤) سورة الإسراء الآية ٣٣.

(٥) صحيح البخاري ج ٨ ص ٣٨.

عذابا عظيماً^(١) «والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق»^(٢) وليس تحريم التعدي مقصوداً على ما كان منه كبيراً بل حرم كل ما يقع على الإنسان من تعدٍ مهما كانت درجة إيلاؤه له ومثل ذلك الدقة، والوكزة، واللطمة فبعض الفقهاء ومنهم الإمام أحمد وابن القيم يرى في ذلك القصاص واحتجوا لذلك بأن الخليفة أبا بكر وعمر وعثمان وعلي أقادوا في اللطمة وبعضهم يرى فيها الأدب ومنهم الأحناف والشافعية والمالكية^(٣).

مسئولية الجماعة .

ويتربط على الجماعة مسئولية الحفاظ على النفس، وهذه المسئولية وجهان: الأول - الامتناع عن التعدي المباشر عليها كما تفعله بعض القبائل في اشتراك عدد من أفرادها في قتل الواحد بغية نفي الجريمة عن شخص بعينه كما كان معروفاً في الزمن الجاهلي بـ «تفرق الدم في القبائل». وما يقتضيه الحكم في هذه الحال بالنسبة للفرد يقتضيه بالنسبة للجماعة، فالجماعة يقتلون بالواحد إذا اشتركوا في قتله وفي ذلك قال ابن عباس رضي الله عنهما إذا قتل جماعة واحداً قتلوا به ولو كانوا مائة. وقتل عمر بن الخطاب رضي الله عنه سبعة من أهل صنعاء بواحد قتلوه وقال قولته الشهيرة: «لو توالى عليه أهل صنعاء لقتلتهم به» وقتل المغيرة سبعة بواحد وقتل علي ثلاثة بواحد^(٤).

الوجه الثاني - التضامن تجاه الضرر على النفس وهذه المسئولية ثلاثة أوجه: أولها - تحمل بيت المال الدية بسبب خطأ ولي الأمر إذا كان ذلك نتيجة اجتهاد منه^(٥) وهذا هو مذهب الإمام أبي حنيفة والثوري والأوزاعي وشاهد هذا واقعة خالد بن الوليد رضي الله عنه حين بعثه رسول الله ﷺ إلى بني خزيمه يدعوهم إلى الإسلام وما حدث منه نحوهم. وعندما بلغ ذلك رسول الله قال: اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد ثم بعث علي بن أبي طالب فدفع الدية عن قتلاهم وما تلف من أموالهم^(٦) وثاني الوجوه: تحمل بيت المال الدية عند عدم وجود العاقلة ويدرك هذا في حالات معينة كاللقيط والحربي والذمي الذي أسلم، فلما يترتب على وضع هؤلاء من عجزهم، وعدم وجود من يعينهم على دفع

(١) سورة النساء الآية ٩٣.

(٢) سورة الفرقان من الآية ٦٨.

(٣) اعلام الموقعين عن رب العالمين ج ١ ص ٣١٨ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٥ ص ٣٢٩ ومواهب

الجليل ج ٦ ص ٢٤٦.

(٤) كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار لأبي محمد محمد الحسيني الحسبي ج ٢ ص ١٦١ - ١٦٢.

(٥) وهذا على خلاف من رأي الدية في خطأ ولي الأمر على العاقلة.

(٦) السيرة النبوية لابن هشام ج ٤ ص ١٠١، ١٠٣ ونخرج حديث (اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد) سنن

النسائي ج ٨ ص ٢٢٧ وانظر شرح منتهى الإرادات لمصطفى بن يونس بن إدريس البهوتي ج ٣ ص ٣٢٨.

الدية فإن عامة المسلمين في المكان الذي يوجدون فيه عاقلة لهم ، وبيت المال ينوب عنهم في ذلك باعتباره ملكاً لهم^(١) وشاهد هذا أن النبي ﷺ ودى سهل بن عبدالله الأنصاري حين قتله يهود خيبر^(٢).

وثالث الوجوه : ضمان بيت المال للدية في حال جهالة القاتل ودليل هذا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ودى رجلاً قُتِلَ في زحام وجُهِلَ قاتله وكان دفع دية برأي من علي ابن أبي طالب رضي الله عنه في قوله المعروفة «لا يطل في الإسلام دم»^(٣).

مسئولية الولاية العامة :

ليست مسؤولية الفرد والجماعة عن التعدي على النفس مجرد مسؤولية خُلُقِيَّة تترك لضمير الفرد أو الجماعة ، أو تكفر عنها توبة المتعدي عن خطيئته بل أن الحفاظ على النفس أساس في قواعد الولاية العامة . وهذا الحفاظ يقتضي كف التعدي عليها في كافة صوره وفقاً لمقاييس الحق والعدل والبعد عن الهوى «وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهوائهم»^(٤) «يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب»^(٥).

وقد اهتم الإسلام بمفهوم القوة في الولاية لما في ذلك من أمان للضعيف ، وإخافة للقيوي ، ونصر للمظلوم ، وردع للظالم وفي ذلك قال الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه لا بد للناس من إمامة تقام بها الحدود وتأمين بها السبل .

والذين قالوا بأن أساس وجوب الولاية هو الشرع ربما كانوا أكثر صواباً من الذين قالوا إن أساسها العقل ، لأن بعض العقل قد يستسيغ التعدي ولكن الشرع يمنعه فكان رد الولاية إليه أضمن لحرمة النفس والحفاظ عليها .

ومن مقتضى العدل في الولاية المساواة في الحكم فليس لأحد ميزة على غيره في اقتضاء الحقوق ولهذا لم تجز الشفاعة في الحدود وكان غضب رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسامة بن زيد شديداً حين أراد الشفاعة في عدم قطع يد القرشية ثم قال قوله

(١) المغني ج ٢ ص ٥١٠ ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٧ ص ٢٥٦ .

(٢) المغني ج ٩ ص ٥٢٤ .

(٣) المغني ج ٩ ص ٥٢٤ .

(٤) سورة المائدة من الآية ٤٩ .

(٥) سورة ص الآية ٢٦ .

الشهيرة «لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»^(١) ومن قواعد الفقه التحرز من التعدي على النفس وما يتطلبه سير الولاية من المراقبة والتحري والملاحظة ومن ذلك منع الوسائل والطرق المفضية للتعدي ولهذا أجاز الإمام أبو حنيفة الحجر على الطبيب الجاهل^(٢) ومن هذه القواعد عدم السكوت عن التعدي إذا وقع إلى أن يعترف به المتعدي بل على الولاية ملاحظته من طرق عدة كالجلس والتعزير للكشف والاستبراء ومن ذلك ضرب المتهم ضرب تعزير لا ضرب حد عندما تكون تهمته قوية^(٣).

ومن هذه القواعد إيصال الحق إلى من يستحقه فلا يحق للولي التنازل عن حق ترتب لإنسان على آخر سواء كان هذا الحق ناتجاً عن تعد مادي كالضرب أو معنوي كالشتم بل يجب عليه استيفاء الحق لصاحبه وحق الولاية في التأديب والتقويم^(٤).

والحفاظ على النفس من التعدي أمر شرعي شامل سواء كان المتعدي إنساناً عادياً أو خلافاً من طبيب ونحوه لأن حرمة النفس واحدة والعبرة في الحكم تنصب على طبيعة التعدي وليس على شخص المتعدي.

التدوي مطلب شرعي :

المحافظة على النفس أمر شرعي يترتب على مخالفته عقوبات دنيوية، وأخروية كما قدمنا. ومن مقتضيات المحافظة عليها حمايتها من المخاطر في شتى أنواعها سواء كانت هذه بفعل فاعل، أو كانت بفعل الإنسان ذاته كالتعدي عليها أو عدم العناية بها وإهمالها.

ويحدث التعدي على النفس بقسرها على ما هو محرم عليها وهذا يعني أن تعاطي كل ما هو محرم من مطعم كلحم الميتة، أو مشرب كالخمر وما في حكمه يعد مخالفة صريحة للأمر الشرعي بالمحافظة على النفس ومن عدم العناية بالنفس إرهابها بما ليس في وسعها كإثقالها بالطعام أو الشراب، ومفاد هذا قوله صلى الله عليه وسلم (ما ملأ آدمي وعاء شراً من بطنه بحسب ابن آدم لقيات يقمن صلبه فإن كان ولا بد فاعلاً فثلث لطعامه وثلث لشرابه وثلث لنفسه)^(٥).

(١) صحيح البخاري ج ٨ ص ١٦.

(٢) الأشباه والنظائر لزين العابدين بن نجيم ص ٨٧.

(٣) الأحكام السلطانية المرجع السابق ص ٢٠٤.

(٤) نفس المرجع ص ٢٠٥.

(٥) أخرجه الترمذي وابن ماجه ج ٤ ص ١٨، ج ٢ ص ١١١١.

ومن إهمالها عدم علاجها في حال المرض وفي هذا لابد من إيضاح مسألة مهمة ربما مازالت تساور قلة من الملتزمين الذين تبلغ منهم الحساسية أحيانا مبلغ التردد فيظنون وجود تعارض بين علاج المرض والتوكل على الله ومنهم من يتسائل عبا إذا كان العلاج أمرا يقتضي الالتزام أم يتعارض مع مسألة التوكل ، والجواب على هذا يؤخذ من قصة الأعراب الذين جاءوا إلى رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله انتدأوى؟ فقال: نعم يا عباد الله تداؤوا فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له شفاء غير داء واحد قالوا ما هو؟ قال : الهرم^(١).

والتوكل على الله هو الاعتقاد المطلق بأن المرض ينزل بإذن الله ويُرفع منه والقول بعدم التدأوى حتى يرفع الله المرض يشبه من يسقط في حفرة ويصر على البقاء فيها دون استعمال وسيلة للخروج منها فإذا قلنا إن سقوطه بإذن الله فإن بحثه عن وسيلة للخروج منها هو يأمر الله في فعل السبب وهكذا في حال المرض فإن الله ينزله بأحد خلقه للحكمة يقدرها، وبحث المريض عن الدواء وسيلة ظاهرة ومشروعة ولكي يتفق طلب الدواء مع التوكل يترتب على المريض الاعتقاد المطلق بأن شفاء المرض من عند الله ﴿وإذا مرضت فهو يشفين﴾^(٢)، وإن البحث عن الدواء وسيلة قاصرة ويتوقف أثرها على المسبب الحقيقي وهو الله، وحينئذ ليس من تعارض بين التوكل عليه وبين البحث عن الدواء من شخص أَوْي معرفته.

ومصادق ذلك ما رواه مسلم في صحيحه من حديث أبي الزبير عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ أنه قال: «لكل داء دواء فإذا أصيب دواء برأ بإذن الله عز وجل»^(٣) وما ورد كذلك في الصحيحين أن رسول الله ﷺ قال: «ما أنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء»^(٤) وما ورد كذلك عن أبي خزيمة قال قلت يا رسول الله أرايت رقى نسترقئها، ودواء نتدأوى به، وثقاة نتقيها هل تُردُّ من قدر الله شيئا فقال: «هي من قدر الله»^(٥).

ويقول الإمام بن القيم في ذلك . . وفي هذه الأحاديث الصحيحة الأمر بالتدأوى وأنه لا ينافي التوكل كما لا ينافيه دفع داء الجوع والعطش، والحر والبرد باضدادها، بل لا يتم حقيقة التوحيد إلا بمباشرة الأسباب التي نصيها الله مقتضيات لمسيباتها قدرا وشرا، وأن تعطيلها يقدح في نفس المتوكل كما يقدح في الأمر والحكمة ويضعفه من حيث يظن معطلها: أن تركها أقوى في المتوكل، فإن تركها عجزا ينافي التوكل الذي

(١) أخرجه الترمذي ج ٤ ص ٣٣٥ .

(٢) سورة الشعراء الآية (٨٠) .

(٣) صحيح مسلم ج ١٤ ص ١٩١ .

(٤) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١١٣٨ .

(٥) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١١٣٧ .

حقيقته : اعتماد القلب على الله في حصول ما ينفع العبد في دينه ودنياه ودفع ما يضره فيها ولا بد مع هذا الاعتماد من مباشرة الأسباب وإلا كان معطلا للحكمة والشرع فلا يجعل العبد عجزه توكلا ولا توكله عجزا. (١)

(١) زاد المعاد في هدي خير العباد للإمام بن القيم ج ٣ ص ٦٧ .

الفصل الثاني الطب في إطار الأمانة ومعيار المسؤولية

كل مهنة تتم في إطار العلاقات والمنافع المشروعة بين الناس أمانة، ولكن الأمانة في المفهوم الشرعي ليست مجرد إنجاز عمل تم الاتفاق عليه بين طرفين أو أكثر بل هي - بالإضافة إلى هذا - نية صادقة تعبر عن رغبة داخلية في إتقان العمل **الْمُنْجِز** كما لو كان المنجز - بكسر الجيم - يريد هذا العمل لنفسه «لا يؤمن أحدكم حتى يحب لآخيه ما يحب لنفسه»^(١).

وإذا كان المؤمنُ يتعامل مع المؤمن في أشياء مادية يمكن التعويض عنها في حال خسارتها فإن المريض يسلم نفسه للطبيب وهي أغلى ما يملك، لأنها «الوجود» الذي لا يمكن التعويض عنه في حال فقده. وإذا كان المؤمن لا يكشف للمؤمن عن شيء من خصوصياته إلا في الخاصة التي يجري الاثنان عليها فإن المريض يكشف للطبيب كل خصوصياته التي يكاد يخفيها عن أقرب الناس إليه.

وإذا كان الإنسان بطبيعته يستصعب الخسارة في تعامله المادي فإنه لا يستصعب ما يتطلبه علاجه مهما كان المطلب باهظا ومكلفا. . لقد حدثني عن هذا طبيب أمريكي متخصص في سلوكيات الإنسان إضافة إلى مهنة الطب قال: كنت أمارس الطب في أحد الأحياء الفقيرة المثقلة بالسكان في إحدى المدن الأمريكية، وكان معظم سكان الحي من العمال الوافدين من خارج الولايات المتحدة، ومن السكان ضعيفي الدخل وكنت في نفسي أجد صعوبة في تقرير التحاليل المختبرية، أو وصف دواء مكلف وفقا لطبيعة المرضى ولكنني أفاجا حين أجد المريض يستسهل ما أضفه له أو أمره بفعله. ورغم تصوري - والقول له - إن من الصعب إجبار المفرط في التدخين أو المفرط في السمنة على تغيير عادة تعودها، وأصبحت جزءا من سلوكه إلا أن المرضى كانوا يمتثلون لكل نصيحة أو وصف طبي أضفه لهم مهما كانت مشقته عليهم سلوكيا أو ماديا، وعندئذ شعرت بوظافة الأمانة وثقل المسؤولية التي لم أكن أدركها حق الإدراك عندما كنت طالبا في كلية الطب.

وإذا كان ما ذكره هذا الطبيب من البدهيات إلا أن واقع العلاقة بين الأطباء والمرضى يقتضي التساؤل عما إذا كان بعض الأطباء يعرف حقا مسئوليته وهو يمارس أخطر تصرف في النفس البشرية؟ والجواب على هذا يعتمد على العلاقة بين الأطباء ومرضاهم وهذه العلاقة تنبني بالتالي على قاعدتين:

(١) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٢٦ .

الأولى - تقعيد المسؤولية على نحو يبين واجب الطبيب وتحديد مسؤوليته، ويختلف هذا بين مكان وآخر ففي التاريخ القديم تفاوتت المسؤولية بين حضارة وأخرى فعند الفراعنة كانت عقوبة الطبيب تصل إلى القتل حين يخالف التعاليم الموصوفة له من قبل الحاكم. وعند الرومان تراوحت العقوبة بين القتل للطبيب إذا أخطأ، وكان من الطبقات الدنيا والإبعاد له إذا كان من الطبقات العليا.

وفي الوقت الحاضر تختلف مسؤولية الطبيب بين مكان وآخر وفقاً لنظم كل منها، وتفكيره ونظرته إلى الإنسان وإلى المسؤولية وحدودها، فهناك بلدان تشدد في مسؤولية الطبيب على اعتبار مالديها من تطور في تقنية العلاج، وأساليه، وما تفرضه في أطبائها من تفوق علمي. وهناك بلدان أخرى ليست لديها الحساسية المشابهة لحساسية النوع الأول وبالتالي تتساهل في مسؤولية الطبيب.

القاعدة الثانية - نظرة المريض إلى علاقته مع طبيبه المعالج، وهذه النظرة تتباين أيضاً من مريض إلى آخر حسب واقعه، وطبيعة حياته، فمع أن الإنسان في كل زمان ومكان يهتم بحياته، ويحافظ على وجوده كما ذكرنا إلا أنه يتأثر بواقعه في بيئته وما يقرره ويفرض عليه هذا الواقع بالنسبة للعلائق فيه، فالإنسان الذي يرى في الضرر الذي يصيبه قدراً محتوماً عليه لا يرى فيما يصيبه بسبب جهل الطبيب أو إهماله أي خطأ يمكن إنكاره ومؤاخذته عليه، لأن ما حدث له كان أمراً محتوماً عليه سواء بسبب الطبيب أو غيره. والإنسان الذي ينكر هذا المفهوم ويعارضه يرى في خطأ الطبيب عليه ضرراً يجب مؤاخذته عليه، لأن الله الذي قدر الأقدار نهى عن التعدي في جميع صورته وأشكاله باستثناء ما شرع منه، وَفَرَّقَ بين ما كان من التعدي عمداً وما كان منه خطأً فجعل للعمد جزاء أعظم، وجعل للخطأ جزاء أخف بسبب اختلاف القصد في الفعلين.

أنواع المسؤولية:

يتطلب البحث في مسؤولية الطبيب التطرق إلى مباحث ثلاثة:

- ١ - مسؤوليته عن التطبيب بشكل عام.
- ٢ - وجوب المسؤولية ودرجاتها وانتفاؤها.
- ٣ - مسؤوليته عن قتل من لا يرجى له شفاء.
- ٤ - مسؤوليته عن الإجهاض.

وسنؤجل البحث في المبحث الأخير إلى وقت آخر.

المبحث الأول - المسئولية عن التطبيب :

التعبير عن الطب والتطبيب وصف لما يقوم به إنسان يفترض فيه العلم نحو مريض يحتاج إلى هذا العلم، وسواء كان هذا العمل بأجر أو بدونه فإنه ينشئ بين المريض والطبيب علاقة توجب طبيعتها التزام الطبيب بذل علمه في علاج المريض وبعد إذنه، مع حسن نيته في العمل . . كما توجب على المريض التزاما بقبول علم الطبيب، وعلاجه ودفع أجره إن كان عمله بأجر كما هو الغالب .

ولا تتوقف العلاقة على مجرد هذا الالتزام بل كثيرا ما ينشأ عنها علاقة أخرى هي ادعاء المريض بأن الطبيب قد أصابه بضرر من جراء طبه، أو ادعاء ذويه بأنه قد سبب لهم أذى أو ضررا من جراء إتلافه أو إيذاء مريضهم، ومن ثم ينشأ عن ذلك بحث حول مدى مسئولية الطبيب، وهل كان فعله يستند على علم، أو أنه يجهل الطب وأصوله . وهذا هو مدار مسئولية الطبيب في كل عصر . وقبل أن نتطرق إلى قواعد الفقه في هذه المسئولية ينبغي أن نعرف وصف الطبيب في مفهوم الفقهاء، وأخطاء الأطباء كما عرفها الفقهاء في زمانهم .

الطبيب في مفهوم الفقهاء :

العصر الذي يوجد فيه الطبيب هو الذي يحدد صفته والدلالة عليه . وقد وردت في كتب الفقه أسماء وصفات من يمتنون الطب في زمانهم، ويُعرفون به عند الحديث عنهم أو الإشارة إليهم، ومن ذلك الطبايعي، والجراحي، والمجبر، والخنان، والفصاد، والكواء، والحجام وهذه الأسماء علاقة نسبية بمسميات الطب الحديث فالطبايعي هو الذي يستعمل في طبه الوصف والقول شبيه بالطبيب العام أو المتخصص في الأمراض الباطنية، والجراحي هو الذي يستعمل في طبه المباسع والمراهم شبيه بالجراح الذي يستعمل في الجراحة أدواتها، ويدخل في وصفه القديم الخنان والحجام . والكحال شبيه بالطبيب المتخصص في أمراض العيون ومداواتها . والمجبر الذي يستعمل الرباط والوصل شبيه بجراح العظام الذي يستعمل الشد والجس . والكواء شبيه في صفته بالكلي الكهربائي مع اختلاف في الشكل والطريقة وهكذا .

وقد استعمل الفقهاء كلمة «الحكيم» للدلالة على صفة الطبيب^(١) وهذا الوصف ما يزال شائع الاستعمال في بعض الأقطار الإسلامية واستعملوا كلمة «إنسان» للدلالة

(١) الفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر الميمني ج ٤ ص ٢١٨ .

على الطبيب عندما يوصف الفعل بقطع جزء أو عضو من مريض ولكنهم استعملوا في الغالب كلمة «الطبيب» على أنه اسم جامع لكل من يداوي غيره دون تحديد لتخصصه ما لم يكن الفعل «ختن» الصبي أو عمل الحجام ففي ذلك استعملوا كلمة الختان، والحجام.

أخطاء الأطباء :

الأخطاء القديمة :

أخطاء الأطباء تتشابه في كل زمان ومكان وإن تباينت أسماؤها ذلكم أنها تنصب على مكان واحد هو الجسم في أعضائه، أو منافعه، أو صفاته. ومن هذه الأخطاء - كما وردت في كتب الفقه - تجاوز «الموضع المعتاد» كعلاج الطبيب عضوا لا يحتاج إلى علاج، وتركه ما يحتاج إلى علاج، أو علاجه موضع الألم مع تعديه إلى موضع آخر مما يفسده. ومن ذلك عدم قدرة الختان على ختن الصبي على النحو المعتاد كقطعه مالا يجوز قطعه أو تجاوزه في القطع مما يؤدي إلى فقدان عضو الصبي أو وفاته. ومن ذلك قلع سن ظن القالع أنه المقصود بالألم بينما لم يكن كذلك. ومن ذلك أيضا خطأ الحجام أو الفصاد وإفسادهما للدم وسيلانه مما يؤثر على الجسم أو عضو من أعضائه.

ومن هذه الأخطاء قطع الحجام أو الجراح الأكلة أو السلعة^(١) وسريان القطع إلى عضو أو أعضاء أخرى من الجسم مما يؤدي إلى تلفها أو وفاة المريض كقطع الأصبع وسراية الجرح إلى الكف أو قطع الكف وسراية الجرح إلى الساعد أو الكتف وهكذا.

ومن الأخطاء التي عرضوا لها كذلك خطأ الكحال إذا ذهب ضوء العين وعدم معرفة الجراح بظ^(٢) الأورام والخراجات وبزل^(٣) مافي البطن من ماء فاسد ووصف الطبيب لمريض شربة أو دواء أدى إلى وفاته ونحو ذلك مما يطول ذكره.

الأخطاء المعاصرة :

وفي العصر الحديث تقدم الطب بحكم التقدم التقني، وتطور أساليبه فتوسعت تبعاً لذلك دائرة الأخطاء وأدى اهتمام الإنسان بحياته وسلامة أعضائه إلى الاهتمام بهذه

(١) السلعة بكسر السين الغدة.

(٢) البظ: الشق - المصباح المنير ج ١ ص ٥١.

(٣) البزل: ثقب الشيء واستخراج ما فيه. المصباح المنير ج ١ ص ٤٨.

الأخطاء ومقاضاة أصحابها. . وإذا كانت أخطاء الطب في الماضي محدودة بسبب محدودية التقنية الطبية، ووسائل العلاج، وعدم التوسع في علم الطب فإن التطور الطبي المعاصر رغم فوائده الكبرى أدى إلى زيادة الضرر الذي يتعرض له المرضى بسبب عدم قدرة بعض الأطباء على استخدام وسائل التقنية الطبية استخداما صحيحا وسنعرض لهذه الأخطاء باختصار بعد أن نبين معيار الخطأ.

معيار الخطأ:

هل يكون معيار الخطأ شخصا بحثا بحيث تتم مسألة الطبيب في ظل وضعه الشخصي كتحصيله العلمي، وتدريبه العملي، ومهارته، وخبرته المكتسبة، ودقة ملاحظته، ونحو ذلك من المعايير الشخصية الأخرى، أم يكون المعيار موضوعيا بحثا بحيث ينظر إلى من هو في مستواه، ودرجته، وهل كان يتصرف بمثل ما تصرف به؟

الأصح أن يكون معيار الخطأ موضوعيا. فإذا كان الطبيب عاما تمت مسألته مقارنة بما يفعله طبيب عام في درجته ومستواه واجه نفس الحالة التي واجهها. ومثل ذلك ما إذا كان اختصاصيا متمرسا، ولكن ذلك لا يعني اغفال ظروف كل قضية وملابساتها الخاصة. فإذا كان المعهود في طبيب ما تسرعه في تقرير العمليات دون استشارة زملائه، أو من هو أعلى منه، أو دون أن يكون ثمة ضرورة قصوى لها، أخذ ذلك في الاعتبار عند مسألته. وإذا كانت حصيلته العلمية في مكان يتساهل في دراسة الطب كنقص المدة، أو ضعف مناهج الدراسة، أو التدريب أخذ ذلك في الاعتبار أي عدم مقارنة سلوكه بطبيب آخر تختلف دراسته في مدتها وقوتها عن دراسته ولو كان طبيبا في درجته. . وإذا كانت حالة المريض النفسية - مثلا - تستدعي عناية خاصة، وكان يجب أخذها في الاعتبار عند معالجته، ولم يعره الطبيب لذلك اهتماما أخذ هذا في الاعتبار عند تقرير المسؤولية ومثل ذلك ما لو كان المريض يحتاج إلى علاج أو تهيئة نفسية قبل إجراء العملية ولم يقيم الطبيب بذلك.

وقد أكد الفقهاء المعيار الموضوعي في تكليف المسؤولية ومن ذلك إذا ختن الولي الصبي في وقت معتدل البرد والحر لم يلزمه ضمان أو إذا أمر السلطان بختن رجل أو امرأة فإن كان عن زعم الأطباء التلف بالختن أو الغالب فيه التلف فعلى السلطان الضمان أما إن كان الغالب هو السلامة فينتفي عنه الضمان^(١).

(١) بهذا قال الإمام الشافعي على خلاف الإمامين أبي حنيفة ومالك اللذين يريان عدم الوجوب لما روي عن النبي ﷺ أنه قال والختان سنة في الرجال مكرومة في النساء. انظر المغني ج ١٠ ص ٣٤٩ - ٣٥٠.

أنواع الخطأ:

للخطأ أنواع ثلاثة هي: الخطأ العادي - الخطأ الطبي - الخطأ المسلكي .

أولا : الخطأ العادي:

هذا الخطأ لا يمكن فصله عن أي خطأ آخر يرتكبه شخص عادي ضد آخر فالطبيب الذي يعالج مريضا، أو يجري له عملية جراحية لم يستخدم فيها علمه أو أجراها متعاطيا مخدرا مثلا بحيث لا يميز تصرفه فجريته لا تختلف عن جريمة عادية ارتكبتها شخص مثله . وتصرف الطبيب الذي يصف لمريضه علاجاً دون أن يجري له فحصاً دقيقاً وتشخيصاً يتفق مع الأصول الطبية، لا يختلف عن فعل أي مدع للطب يصف أدوية بدون دراسة علمية . . والطبيب الذي يستغل معرفته بالأدوية القاتلة ويعتمد صرفها لمريض قصد قتله يعتبر جرمه عادياً . ولا عبرة للمدة التي يقضيها المريض قبل الوفاة ما دام أن السبب في الوفاة هو الدواء الموصوف .

فالخطأ العادي إذن هو كل تصرف يجريه طبيب ضد مريض ولا علاقة له البتة بأصول الطب وقواعده ويجري على هذا الخطأ ما يجري على الخطأ العادي من قواعد وأحكام .

ثانيا : الخطأ الطبي:

مهنة الطب - كأي مهنة أخرى - لها إجراءاتها وقواعدها، وكثيرا ما تتشابه هذه الإجراءات والقواعد فيكون الإجراء مهما مثله مثل القاعدة والخطأ فيه يماثل الخطأ فيها إن لم يكن أشد في بعض الحالات وإذا كانت ضوابط هذه المهنة وقواعدها قد حرصت على مراعاة هذه الإجراءات والقواعد فليس ذلك من أجل مصلحة المريض فحسب بل أيضا مصلحة الطبيب، وعدم تعرضه لأي ملاحقة . وللخطأ الطبي صورتان : أولاهما - خطأ ابتدائي . وثانيهما - خطأ مهني .

الخطأ الابتدائي :

قد يقع المريض ضحية لتصرف الطبيب قبل المباشرة الفعلية للعلاج . ويبرز هذا الخطأ في مسألة موافقة المريض ، وما تثيره هذه المسألة من مشكلات ودعوات تتعلق بادعاء المريض أو وليه على الطبيب كما تتعلق بدفاعه في رد دعوى المدعي . وإذا كانت موافقة المريض أو وليه أمرا يتوقف عليه إجراء عملية للمريض فإن المشكلة تثور حول معنى هذه الموافقة، والظروف التي تؤخذ فيها، والشكل الذي تتم به . والأصل أن يبين الطبيب للمريض ما سيقوم به من عمل جراحي في أحد أجزاء جسمه، ويترك للمريض

الحرية الكاملة في قبول أو رفض ما عرضه عليه الطبيب ولا يكون القبول صحيحا إلا إذا صدر من عاقل بمحض طوعه واختياره . وينبغي على ذلك عدم اعتبار قبول الصغير وغير العاقل والنائم لقول النبي ﷺ (رفع القلم عن ثلاثة النائم حتى يستيقظ والمجنون حتى يفيق والصغير حتى يبلغ)^(١) ويتفرع من قاعدة «القبول الصحيح» عدم الإكراه سواء كان مباشرا أو غير مباشر ومنه الإكراه النفسي كقول الطبيب بأن حياة المريض تترتب على إجراء عملية له .

ويتفرع من القاعدة أيضا أن يكون القبول صريحا فلو عرض الطبيب على المريض إجراء جراحية له وسكت عن قبولها، فلا يعتبر سكوته قبولا بها وفقا للقاعدة الشرعية بالآل ينسب إلى ساكت قول . والسؤال الذي يثار غالبا هو عن الكيفية التي يتصرف بها الطبيب أو الجراح في حالة حاجة المريض إلى إجراء عملية جراحية له في الوقت الذي لا يستطيع فيه التعبير عن إرادته بالقبول أو الرفض لكونه في حالة إغماء مثلا؟ والأصل الفقهي في هذه الحالة أن تؤخذ موافقة وليه البالغ العاقل الأقرب كالابن - فإن كان الولي الأقرب غائبا وترتب على انتظار حضوره فوات مصلحة المريض - كما في حالة حوادث السيارات الخطرة - أخذت موافقة من يليه من الأقرباء كالأخ فإن لم يوجد للمريض ولي أو لا تتوفر في وليه شروط الولاية الشرعية فحينئذ تنتقل الولاية إلى ولي الأمر لقول النبي ﷺ (السلطان ولي من لا ولي له)^(٢) .

قلت : ويستثنى من قاعدة موافقة المريض أو وليه حالتان : الأولى - حالة المرض المعدي فمن المقتضي الشرعي التحرز، والتحوط من الأمراض المعدية، والعمل على منع انتشارها بين الناس فإذا ثبت لولي الأمر وجود مرض معد في شخص أو أشخاص وجب علاجهم بما يمنع سريان المرض وتطوره في أجسامهم ولو لم يوافقوا حتى لا تنتقل العدوى إلى غيرهم، ووجب أيضا عزلهم ودليل ذلك ما رواه جابر بن عبد الله أنه كان في وفد ثقيف رجل مجذوم فأرسل إليه النبي ﷺ قائلا : (ارجع فقد بايعناك)^(٣) ومارواه أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال : (لا يوردن ممرض على مصح)^(٤) . وينبغي على ذلك مشروعية الإجراء الذي يقوم به ولي الأمر للتطعيم عن الأمراض المعدية كأمراض الكوليرا، والتهاب السحايا وما في حكمهما ولو لم يوافق المريض أو وليه على ذلك وفي كل الأحوال يشترط ثبوت خطر يهدد العامة في صحتهم .

(١) صحيح البخاري ج ٦ ص ١٦٩ .

(٢) مسند الإمام أحمد ج ٤ ص ٦٦ .

(٣) صحيح مسلم ج ١٤ ص ٢٢٨ .

(٤) صحيح البخاري ج ٧ ص ٣١ .

الحالة الثانية - حالة المدمن على المخدرات فإذا ثبت إدمان شخص أو أشخاص على المخدرات جاز لولي الأمر إجبارهم على العلاج، ولو لم يوافقوا عليه هو أو أولياء أمورهم. والأصل الشرعي في ذلك وجوب المحافظة على النفس، والعقل، والمدمن بحكم ضعف تديره، وعدم قدرته على التركيز والتفكير لا يستطيع المحافظة على نفسه وعقله فلذلك جاز عدم أخذ موافقته على علاجه من الإدمان. وفي حالة عدم موافقة ولي أمره على ذلك تنتقل الولاية لولي الأمر ذي الولاية العامة.

الخطأ المهني:

وكما كانت في الماضي تكثر أخطاء الختان والحجام والفساد لطبيعة عملهم الجراحي فإن الأخطاء في الحاضر تكثر غالباً في عمل الجراحين ربما بسبب طبيعة الجراحة، وتعقيداتها، وتركيزها على الجسم مباشرة لعمليات مختلفة تؤثر على تماسكه. وتوجد هذه الأخطاء أيضاً في ممارسة الأطباء الآخرين لعلاج المرضى وسنعرض لهذه الأخطاء باختصار على النحو التالي:

سوء التشخيص:

في قضايا التشخيص تكثر الأخطاء، وتتضاعف الآلام كما تكثر حالات المطالبة بعقوبة الطبيب. ومن هذه الأخطاء مثلاً عدم قدرة الطبيب على تشخيص حالة ولادة قبل أوانها فلما منه بأن الأم الظهر التي تشكو منها المريضة آلام ورماتزمية عارضة مما يطمئن المريضة وذوياً بعض الوقت ثم ما تلبث أن تتعرض لحالة ولادة صعبة في منزلها أو في مكان بعيد عن المستشفى.

ومن أخطاء التشخيص كذلك عدم معرفة الطبيب بأن المرض الذي يشكو منه المريض هو فساد الزائدة الدودية مما يقتضي العجلة في استئصالها فيظن أن الألم المشكو منه ألم عارض في أسفل البطن نتيجة تناول المريض طعاماً أو شرباً ثقيلاً ثم يصف له دواء مسكناً يطمئن معه المريض ثم ما يلبث أن يتطور المرض، ويتعرض المريض لخطر تفجر الزائدة الدودية، وتغفن بعض أجزائه الباطنية.

ويرجع سوء التشخيص إلى عدم قدرة الطبيب علمياً على التشخيص بالمقارنة مع من هم في منزلته أو إلى عدم استعماله وسائل التشخيص المعروفة كالساعة الطبية، والتحليل المختبرية، والأشعة وتصرفه في جسم المريض خلاف ما تقتضي به قواعد المهنة. كما يرجع إلى استعمال هذه الوسائل بما لا يتفق مع الغرض منها أو مع طبيعة المرض المعالج منه كاستعمال الأشعة في حالات لا تسمح بذلك كحالات الحمل.

الانفراد بالتشخيص:

الأصل في الماضي أن يقوم الطبيب بالتشخيص دون مساعدة من أحد. وفي الوقت الحاضر لم يعد انفراد الطبيب بالتشخيص أمراً مقبولا خاصة في المستشفيات الكبيرة أو في عدد من الأمراض المعينة حيث أصبحت «المشورة» في التشخيص أمراً مطلوباً وواجباً في كثير من الحالات فليس الجراح هو الذي يقرر بمفرده أن المريض يحتاج إلى إجراء عملية جراحية، بل يجب الاتفاق مع الطبيب physician المتخصص لتقرير الحالة، والاتفاق على علاجها. ولم يعد الطبيب في هذه المستشفيات هو المهيمن بمفرده على المريض تشخيصاً وعلاجاً، بل يحق لطبيب آخر من فئته أو أعلى منه مراجعة التشخيص، ونوع العلاج المعطى للمريض من قبله.

وليس الطبيب فقط ملزماً بالمشورة في التشخيص في الحالات التي تقررها المؤسسة الطبية التي يتبعها بل يلزم شرعاً بهذه المشورة عندما يشترط عليه المريض التشاور مع طبيب آخر لمساعدته في تشخيص مرضه. كما يلزم أيضاً بالمشورة إذا بدا له أن عوارض المرض وتعقيداته تحتاج إلى هذه المشورة للوصول إلى تشخيص أدق.

مد العملية الجراحية:

يحدث أن يكون تشخيص الطبيب غير دقيق فيقرر إجراء عملية جراحية في أحد أجزاء الجسم ظناً منه أن هذا الجزء هو المريض ثم يكتشف أثناء إجرائه لها أن المرض ليس في هذا الجزء الذي جرت موافقة المريض على إجراء العملية فيه بل في موضع آخر قريب منه. أو يحدث أن يكتشف أثناء العملية وجود مرض مفاجئ كفساد الزائدة الدودية مثلاً.

فالسؤال هو عما إذا كان من الجائز للطبيب أن يتصرف فيعالج الجزء المريض الذي أخطأ في تشخيصه، وهل من الجائز له أن يعالج المرض الذي اكتشفه أثناء إجراء العملية؟.

والجواب على هذا من وجهين: ففي الحالة الأولى إذا أخذ الأمر على ظاهره لقليل أن تصرف الطبيب في غير الموضع الذي حدده قبل العملية يعتبر خطأ ظاهراً لكونه تعدياً على المريض بدون موافقته إضافة إلى كونه خطأً في التشخيص وإذا نظر إلى الأمر من حقيقته لقليل بأن تصرف الطبيب يعد جائزاً لاستحالة أخذ موافقة المريض أثناء العملية، وتعارض مصلحته مع الانتظار حتى يرجى برؤيه من العملية ثم إجراء عملية أخرى له فإذا أجاز المريض بعد شفائه إجراء العملية له فقد تحققت موافقته وفقاً للقاعدة الشرعية بأن الإجازة اللاحقة كالإجازة السابقة. وإذا لم يجز المريض تصرف الطب حق للطبيب

الدفع بحالة الضرورة، وما تبيحه من المحظور إذ أن معالجة الجزء المريض المكتشف أثناء العملية ضرورة تقتضيها مصلحة المريض كما تقتضيها قواعد مهنة الطب .

الوجه الثاني - حالة المرض المفاجيء أو المكتشف بالصدفة . فإذا أخذ الأمر على حقيقته لقليل بأن تصرف الطبيب يعد مشروعاً لاستحالة أخذ موافقة المريض أثناء العملية وتعارض مصلحته مع تأجيل علاج المرض إلى أن يبدي موافقته فتصرف الطبيب حينئذ يعتبر «إحساناً» و «مأ على المحسنين من سبيل»^(١) وفي كلتا الحالتين تعتبر موافقة ولي المريض على مد العملية الجراحية في الحالتين السابقتين موافقة صحيحة على اعتبار أن المريض أثناء التخدير بمثابة فاقد القدرة على التصرف في اللحظة التي تطلب فيها موافقته .

الأهمال وعدم الملاحظة :

قد لا يعطي الطبيب عمله ما يستحقه من الدقة والملاحظة فينتج عن ذلك آثار مرضية خلاف المرض الذي كان يعالجه . ومن ذلك نسيان الجراح لأوامره (مشارط وقماش تنشيف الدم) في تجاويف بطن المريض مما يسبب له آلاماً، ومضاعفات قد لا يتم كشفها إلا بعد حدوث تسمم دموي وتعفن في أمعائه مما يؤدي بالتالي إلى وفاته .

ومن ذلك خطأ الجراح في تثبيت جبيرة على رجل المريض أو يده تثبيتاً لا يتفق مع الأصول الفنية مما يؤدي إلى انحباس الدورة الدموية وتورم الموضع المصاب وتفسخ جلده مما يؤدي إلى قطعه .

ومن الأخطاء الشائعة إهمال الجراح إعداد المريض لعملية يراد إجراؤها له بحجة الإسراع في معالجة المرض المفاجيء الذي تعرض له (الزائدة الدودية أو الفتق السري) رغم علمه بوجود قدر كبير من السكر في دم المريض مما عرضه لحالة الغيوبة بعد العملية ومن ثم الوفاة .

ومن هذه الأخطاء أيضاً عدم دقة الملاحظة لدى الجراح في عملياته، ومن ذلك قطع العصب حين إجرائه عملية موضعية لورم أو تقرح مما يسبب شللاً للجزء الموجود فيه الورم . ومن ذلك أيضاً استشارته برأيه في عملية لا تدخل كل أجزائها في اختصاصه كدخول جزء منها في اختصاص طبيب العيون، أو طبيب الأعصاب .

(١) سورة التوبة من الآية ٩١ .

ثالثا : الخطأ المسلكي :

في الماضي لم يكن الطبيب معاشيا للمريض كما هو الحال في الزمن المعاصر . كان الطبيب القديم يقوم بعمله في قلع سن ، أو قطع أكلة أو كي عرق ثم يذهب وربما لن يرى المريض مرة أخرى إلا إذا جاءه أو قاضاه أو ذووه بسبب خطأ حدث منه . وقد اختلف الوضع في الوقت الراهن حيث أصبح الطبيب يعايش مريضه في المستشفى ويتردد عليه كل صباح ومساء ويعايشه كذلك في العيادة حين يتردد عليه عارضا تقاريه ، وتحاليله المختبرية ، وشارحا آثار علاجه .

وقد أدت هذه المعاشية خاصة في المستشفيات والمصحات إلى نوع من العلاقة المتسامة بين الطبيب ومريضه ، فالمرضى يحكم وضعه العضوي والنفسي يحتاج إلى ملاطفة ومراعاة وعناية مستمرة . والطبيب يحكم تكرار الممارسة والمعايشة وتعدد المرضى أصبح يرى في المرض شيئا عاديا فليس من المهم لدى بعض الأطباء ملاطفة هذا المريض أو مراعاة ذلك وربما يتحول العمل بالنسبة لبعض الأطباء إلى مجرد أداء وظيفي تتكرر أساليبه لمرضى يتكثرون على الأبرّة ، ويشكون من الآم متشابهة أو متباينة .

كيف ينظر الطبيب إلى مرضاه وكيف يعاملهم وكيف تتم حركته في إسعافهم ، كيف يكشف لهم حقيقة مرضهم ، وكيف يقنع من يحتاج منهم إلى اقناع لإجراء عملية أو قبول دواء ما؟ وفي زخم هذه الوقائع ترتفع أو تنخفض درجة الانفعال النفسي لدى المريض وذويه تبعاً لتصرف الطبيب وقدرته أو عدم قدرته على أداء عمله وخبرته على نحو يأخذ في الاعتبار العوامل النفسية لدى المريض .

وقد اهتمت الشريعة وفقهها بالوضع النفسي للمريض ، وما يتركه هذا الوضع من تأثير عليه قوة أو ضعفا . ومبعث هذا الاهتمام إدراك ما في الإنسان من نوازع الانفعال والضعف ، وما يؤثر في هذه النوازع من الأحاسيس الظاهرة والمستترة وفي ذلك روى ابن ماجه في سننه من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله ﷺ (إذا دخلتم على المريض فنفسوا له في الأجل فإن ذلك لا يرد شيئا وهو يطيب بنفس المريض)^(١) .

وفي ذلك يقول الإمام بن القيم «في هذا الحديث نوع شريف جدا من أشرف أنواع العلاج وهو الإرشاد إلى ما يطيب نفس العليل من الكلام الذي تقوى به الطبيعة وتنتعش به القوة وينبعث به الحار الغريزي فيساعد على دفع العلة أو تخفيضها الذي هو غاية تأثير الطبيب وتفريج نفس المريض وتطبيب قلبه وإدخال ما يسره عليه له تأثير عجيب في شفاء علته وخفتها فإن الأرواح والقوى تقوى بذلك فتساعد الطبيعة على دفع

المؤذي . وقد شاهد الناس كثيرا من المرضى تنتعش قواه بعبادة من يحبونه ويعظمونه ورؤيتهم له ولطفهم بهم ومكالتهم إياه وهذا أحد فوائد عبادة المرضى التي تتعلق بهم فإن فيها أربعة أنواع من الفوائد : نوع يرجع إلى المريض ونوع يعود على العائد ونوع يعود على أهل المريض ونوع يعود على العامة^(١)

وقد عدد الإمام بن القيم عشرين صفة للطبيب الحاذق ومنها . أن يكون له خبرة باعتلال القلوب والأرواح وأدويتها وذلك أصل عظيم في علاج الأبدان فإن انفعال البدن وطبيعته عن النفس والقلب أمر مشهود والطبيب إذا كان عارفا بأمراض القلب والروح وعلاجها كان هو الطبيب الكامل والذي لا خبرة له بذلك وإن كان حاذقا في علاج الطبيعة وأحوال البدن نصف طبيب . ثم أكد على صفة أخرى تنفرد من تلك وهي (التلطف بالمريض والرفق به كالتلطف بالصبي)^(٢).

المبحث الثاني - وجوب المسؤولية ودرجاتها وانتفاؤها :

تجب المسؤولية على الطبيب حين يعتدي عمدا أو يخطيء خطأ في مهنته وذلك حفظا للنفس من التعدي والعبث ، فالشريعة في قواعدها ومقاصدها قائمة على التوازن في حفظ الحقوق والمصالح . فالاعتدي على غيره يجرى بمثل اعتدائه ، والمخطيء يجرى بسبب عدم تبصره وإهماله وما كان هذا الحكم إلا دلالة على حرمة النفس وحققها عند الله وتكريمه لها ، ونهيه عن التعدي عليها - كما ذكرنا من قبل - وحفظا لحق المريض والطبيب معا بينت الشريعة حكم المسؤولية ، وشروطها . فالمتطبيب الذي يتعاطى طبيا لا يعرفه أشد مسؤولية من الطبيب العالم الذي يجتهد بعلمه ومهارته فيخطيء في العلاج . وقد ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال (من تطيب ولا يعلم منه طب فهو ضامن)^(٣) وفي قول آخر (أما طبيب تطيب على قوم لا يعرف له تطيب قبل ذلك فأعنت فهو ضامن)^(٤) وفي قول آخر (من تطيب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن)^(٥) ومع اختلاف اللفظ في هذه الروايات إلا أن المعنى واضح في الدلالة على ضمان الطبيب عندما يطب غيره وهو جاهل

(١) زاد المعاد ج ٣ ص ١٠١ .

(٢) زاد المعاد ج ٣ ص ١١٠ - ١١١ .

(٣) ومفاد ذلك ما حدث به نصر بن عاصم الأنطاكي ومحمد بن الصباح بن شعبان أن الوليد بن مسلم أخبرهم عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده إلى تمام الحديث انظر سنن أبي داود ج ٤ ص ١٩٥ .

(٤) ومفاد ذلك ما حدث به محمد بن العلاء عن حفص عن عبدالعزيز بن عمر بن عبدالعزيز عن بعض الوفد الذين قدموا على أبيه . . . الخ الحديث .

(٥) ومفاد ذلك ما حدث به هشام بن عمار وراشد بن سعيد الرملي عن الوليد بن مسلم عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . . . الخ الحديث . . . سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١١٤٨ .

بالطب. ويمكن تفسير المراد بالحديث على معنيين: الأول - الجهل المطلق بما يعني أن المتطبب لا يعرف من علم الطب ما يمكن وصفه بالمعرفة به في عرف الزمان والمكان الذي تطبب فيه. ومثل ذلك من يمارس قلع الأسنان وعلاجها وهو لا يعرف البتة طب الأسنان، أو من يمارس علاج الأمراض الباطنية وهو غير مختص في علم هذه الأمراض.

والمعنى الثاني - متطبب يعرف الطب ولكنه غير ماهر في معرفته ولعدم المهارة صفتان: الصفة الأولى: طبيب متخصص في طب الأسنان أو الباطنة أو الجراحة ولكنه غير ماهر فيه بسبب ضعف علمه أو قلة خبرته، أو عدم دقته. والصفة الثانية طبيب غير متخصص، ويعالج مرضاً تقتضي طبيعته التخصص كطبيب الأسنان حين يمارس طب النساء والولادة، أو جراحة العظام فهذا طبيب جاهل في التخصص الذي لا علم له فيه.

قلت: والأصل أن يمارس الطبيب عمله بنية علاج المريض ونفعه وفقاً لمعرفته بعلم الطب وأساليبه ولكنه كأي شخص مهني معرض في مهنته للخطأ والصواب ويشفع له في حال الخطأ نيته وقصده الحسن فيعفى من المسؤولية ما لم يكن الخطأ يتعارض مع أصول مهنته قياساً على من هو في وضع مثله.

ومع أن الغالب والأعم في خطأ الطبيب هو الخطأ المهني إلا أنه معرض للتعدي على النفس بدون حق كحالة من حالات الشذوذ الإنساني. ولهذا رتب الفقهاء على قصد الطبيب وإذن المريض نتائج مهمة ففرقوا بين: المسؤولية عن العمد والمسؤولية عن الخطأ.

المسؤولية عن فعل العمد:

وفي ذلك قالوا إن الطبيب إذا أكره المريض على قطع جزء منه فيه أكلة أو سلعة فما يترتب على القطع وسرايته مضمون بالقصاص ولا ينفي هذه المسؤولية إلا كون المريض صغيراً والقائم بعلاجه وليه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه المتولي عليه لأنه قصد مصلحته^(١) وسئل صاحب المحيط عن رجل قصد نائماً فتركه حتى مات من سيلان الدم قال: يجب عليه القصاص^(٢) ويشترط فقهاء المالكية في القصاص انتفاء الحق والشبهة^(٣) كما يشترط الخطأ بغير عمد إذن المريض وفي ذلك قال عنه الإمام بن القيم «قال الخطابي لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعد

(١) المغني ج ١ ص ٣٤٩ - ٣٥٠.

(٢) لسان الحكام ص ٨٦.

(٣) منج الجليل ج ٩ ص ٤٣ - ٤٤.

فإذا تولد من فعله التلف ضمن الدية وسقط عنه القود، لأنه لا يستبد بذلك بدون إذن المريض^(١) والوجه الآخر أن استبداده وعدم إذن المريض له موجب للقصاص منه.

وعند عدم الإذن يشترط الإمام أبو محمد بن حزم لانتفاء القصاص عدة شروط: أولها - أن يكون الطبيب محسناً في عمله. ويستشهد على ذلك بقول الله تعالى ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(٢) وقوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(٣) وثانيهما - أن تقوم البيئة على أن الجزء المقطوع من المريض لا يرجي له برؤ ولا توقف. وثالثهما - أن تقوم البيئة كذلك على أنه مهلك لا محالة. ورابع الشروط أن تثبت البيئة على أنه لا دواء له إلا القطع فإذا لم تتوفر هذه الشروط فعل القاطع القود لأنه حينئذ متعد وقد أمر الله بالقصاص في القود^(٤).

قلت: وتنطبق هذه القاعدة على فعل الطبيب في عدد من الأفعال الشاذة المعاصرة ومن ذلك حالات القتل لقاء أجر باستعمال أدوية قاتلة تحت زعم المداواة، وحالات قتل الأشخاص بطرق ملتوية للحصول على تعويضهم من التأمين^(٥) وحالات القتل لمن يُظن - بضم الياء - استحالة شفائه.

كما تنطبق هذه القواعد على أي فعل يثبت منه سوء نية الطبيب وقصده الإضرار بالمريض كما لو نقل إليه مرضاً معدياً يؤدي به إلى الهلاك كما في حالات مرض فقدان المشاعة أو كما لو غير أو حول عمداً صفة عضو من أعضائه، أو عطل منافعه. ويستوي في ذلك إن كان الفعل حالاً، أم غير حال مباشراً أم غير مباشر مادام أنه حتمي الوقوع.

المسؤولية عن فعل الخطأ:

وهو ما لم يقصد الطبيب نتيجته رغم اجتهاده لتلافي حدوثها وقد تعرض الفقهاء لعدد من حالات الخطأ وأوجبوا الضمان فيها ونذكر بعضاً، منها على سبيل المثال:

(١) زاد المعاد ج ٣ ص ١٠٩.

(٢) سورة المائدة الآية (٢).

(٣) سورة البقرة الآية ١٩٤.

(٤) المحل ج ١٠ ص ٤٤٤.

(٥) حدثت عدة حالات قتل لقاء الحصول على مبالغ التأمين لأقارب يرثهم الطبيب كالزوجة والجدة.

الحالة الأولى - وجوب الدية على الخائن إذا قطع خطأ الحشفة^(١) ووجوب الضمان على الطبيب إذا تعدت يده إلى عضو صحيح فتلف^(٢) ويترتب هذا الضمان رغم مهارة الطبيب وإذن المريض له وقيامه بعمله قياما معتادا وفي هذا سئل صاحب المحيط عن فساد جاء إليه غلام فقصد فصد معتادا فأت به قال: يضمن ويكون على عاقلة الفساد^(٣).

وعلى هذا يجب الضمان على طبيب العيون الذي أراد إزالة شعر نبت في جفن العين فأخطأت يده فأصاب جزء آخر فسبب ذلك ضررا له. وعلى هذا أيضا يجب الضمان على جراح الأسنان الذي أراد خلع سن المريض فأخطأت يده، أو أكله فخلع سنا صحيحا وهكذا في الحالات المشابهة.

الحالة الثانية - ترتب الضمان في حال الخطأ في وصف الدواء وفي ذلك يرى صاحب الفتاوى الفقهية الكبرى أن من كان غير عارف بالطب فتولد الهلاك من دوائه بقول عدلين يلزمه الضمان استدلالا بحديث رسول الله ﷺ (من تطب ولم يعرف الطب فهو ضامن)^(٤).

وليس المقصود بهذا من يجهل الطب جهلا تاما فحسب بل الطبيب الذي أخطأ في وصف الدواء وعلى هذا يترتب الضمان على الطبيب الذي يصف دواء ويؤدي إلى ضرر المريض كما لو وصف له كمية لا يحتاجها مرضه فنتج عنها أذى له، أو كما لو وصف له علاجاً لا علاقة له بمرضه، أو كما لو كرر له الدواء بدون ضوابط مما جعل المريض يعتاده كما في حالات الأدوية المهدئة والمنشطة. وقيل إن الضمان يكون على بيت المال أو على عاقلة الطبيب^(٥).

قلت: أما كون الدية في بيت المال ففيه نظر فالطبيب قد أخطأ بفعل جهله أو إهماله فالحق عندئذ أن يتحمل خطئه بدليل قوله تعالى ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾^(٦) وبيت المال بمثابة الضامن إما نيابة عن الجماعة فيما يمكن نسبته إليهم حكما كخطأ الحاكم الذي يعمل من أجلهم ولصلحتهم، أو لجبر ضرر أصاب شخصا لا يمكن جبره إلا عن طريق بيت المال كقتيل الزحاحم - كما مر ذكره - أما الطبيب الذي يعمل لنفسه ويتقاضى أجرا عليه فينبغي أن يتحمل خطئه وليس له على الجماعة من سبيل.

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ٤١٨ وفي رواية عن الإمام مالك أنه لا يضمن.

(٢) زاد المعاد ج ٣ ص ١٠٩.

(٣) معين الحكام ص ٢٣٧.

(٤) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ج ٢ ص ٤١٨ - ٤٢٠.

(٥) زاد المعاد المرجع السابق.

(٦) سورة المائدة الآية ٣٨.

الحالة الثالثة - وجوب الضمان في حال عدم الإذن وفي ذلك يرى الإمام ابن القيم أن من قطع جزءاً من رجل بغير إذنه أو من صبي ومجنون بغير إذن وليه فأدى فعله إلى التلف فعليه الضمان وقيل لا يضمن لأنه محسن و«ما على المحسنين من سبيل»^(١) والمقصود بهذا عدم الإذن غير المصحوب بالإكراه ويمكن تصور ذلك في حالة التلاميذ الذين يعالجون في مدارسهم، فقد يخطيء طبيب المدرسة في علاج أحدهم كعدم قيامه باختبار حساسيته مما تسبب في موته بفعل مادة البنسلين مثلاً. وقد يخطيء في حالات التحصين الوقائي ضد الأمراض المعدية كما لو أعطى التلميذ لقاحاً فاسداً أو ملوثاً مما تسبب في موته.

كما يمكن تصور عدم الإذن في حالة المجنون المقيم في المصحات المخصصة لهذا النوع من المرض فقد يخطيء طبيب المصح في علاج مريضه مما يؤدي إلى وفاته. ففي هاتين الحالتين تضمن المدرسة والمصح ما حدث للصبي والمجنون ولو كانا غوليين بالعلاج من ولي الأمر أو من ولي المجني عليه، لأن الإذن هذا متعلق بالعلاج أو التحصين فإذا نتج عن أي منهما ضرر للتلميذ أو المجنون أصبح الفعل خطأً يوجب الضمان. وشاهد ذلك قول الإمام أبي حنيفة أن الزوج إذا ضرب زوجته لنشوزها فماتت من ضربه ضمن لأن المأذون له فيه تأديبها وليس قتلها. وإذا ضرب الولي أو الوصي الصبي للتأديب فمات ضمنه فالتأديب «اسم لفعل يبقى المؤدب حياً بعده فإذا سَرَى تبين أنه قتل وليس بتأديب وهما غير مأذونين في القتل»^(٢).

الحالة الرابعة - وجوب الضمان على الطبيب إذا كان المريض يظن أنه طبيب وأذن له طبه أما إذا علم المجني عليه أنه جاهل لا علم له وأذن له في طبه لم يضمن^(٣).

وعلى الشق الأخير من هذه القاعدة لا يضمن مدعي الطب ما يحدث للمريض من تلف إذا أجرى له عملية أو وصف له دواء مادام أن المريض يعرف أنه جاهل بالطب وأوصاف الأدوية ومركباتها وآثارها وعلى هذه القاعدة لا يضمن طبيب الأسنان مثلاً إذا أجرى عملية ولادة بإذن المريضة أو وليها ونتج عن عمله ضرر لها أو وليها، ولا يضمن كذلك الطبيب البيطري إذا أجرى عملية أو وصف دواء لإنسان ونتج عن عمله، أو وصفه ضرر له مادام أنه قد وافق على علاجه وهو يعرف جهله.

والأساس في عدم الضمان «إذن المجني عليه» حيث يسقط هذا الإذن العقوبة التي يستحقها المتعدي سواء كانت العقوبة قصاصاً أو ذية.

(١) سورة التوبة الآية ٩١.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ - ص ٣٠٥.

(٣) زاد المعاد المرجع السابق.

قلت: وبين الفقهاء خلاف في ذلك فعند أبي حنيفة وأصحابه الثلاثة أن من قال لأخر اقتلني فقتله فلا قصاص عليه على خلاف الإمام زفر الذي يرى القصاص وإذا لم يجب القصاص فهل تجب الدية؟ فيه روايتان عن أبي حنيفة وأصح الروايتين الوجوب لأن العصمة قائمة مقام الحرمة وإنما سقط القصاص لمكان الشبهة والشبهة لا تمنع وجوب المال^(١).

وعند الإمام أحمد أن الإذن بالقتل يسقط العقوبة عن الجاني ولو قال مكلف غير قن لغيره: اقتلني أو اجرحني ففعل فهدر أو قال مكلف لغيره اقتلني وإلا قتلتك ففعل فدمه هدر وجرحه هدر، لأن الحق له فيه وقد أذن له في إتلافه، كما لو أذن له في إتلاف ماله ولو قاله أي اقتلني أو اجرحني أو اقتلني وإلا قتلتك قن ففعل ضمنه القاتل لسيده بمال أي بقيمته أو أرض الجراحة، لأن إذن القن في إتلاف نفسه لا يسري على سيده فقط أي دون القصاص ولو كافاه القاتل، لأن القصاص حق للقتل وقد سقط بإذنه في قتله^(٢).

قلت: وينبغي النظر إلى هذه المسألة من عدة وجوه:

أولها - أن النفس ملك لله عز وجل ولا يجوز للإنسان التصرف فيها إلا بما فيه نفع لها أو إزالة ضرر عنها وإذن المريض لمدعي الطب بالتصرف فيها خطأ منه.

الوجه الثاني - أن الإنسان محرم عليه التعدي على نفس غيره إلا إذا كان في هذا التعدي مصلحة ظاهرة لها كقيام الجراح بإجراء عملية لإزالة ضرر واقع عليها وعلى هذا فإن تصرف مدعي الطب في نفس المريض تعد ظاهر لا يبرره إذن المريض مادام أنه هو لا يملك التصرف فيها إلا بما ينفعها.

الوجه الثالث - أن مدعي الطب لا يعتبر في تصرفه محسناً أو قائماً بمعروف لينطبق عليه قول الله تعالى ﴿وما على المحسنين من سبيل﴾^(٣) أو قول رسول الله ﷺ (إنما الطاعة في المعروف)^(٤) لأن التعدي يمثل ذلك يتناقى مع مفهوم الإحسان، والمعروف.

الوجه الرابع - أن قبول مدعي الطب بعلاج المريض وهو لا يعرف الطب قبول بارتكاب معصية مما يتناقى مع قول رسول الله ﷺ (على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب أو كره إلا أن يؤمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة)^(٥) وفي ذلك قال الإمام بن حزم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥.

(٢) كشف الغطاء عن متن الاقتاع ج ٥ ص ٥١٨.

(٣) سورة التوبة الآية ٩١.

(٤) صحيح البخاري ج ٨ ص ١٠٦.

(٥) صحيح البخاري ج ٨ ص ١٠٥.

«فحرام على كل من أمر بمعصية أن يأتمر لها فإن فعل فهو فاسق عاص لله تعالى وليس له بذلك عذر وكذلك الأمر في نفسه بما لم يبيح الله تعالى له فهو عاص له تعالى فاسق ولا عذر للمأمور في طاعته بل الأمر والذي يؤمر سواء في ذلك فالواجب أن يجب للأمر إنسانا يقطع يد الأمر نفسه بغير حق أو يقتل عبده أو يقتل ابنه ما يجب عليه له لو لم يأمر «بذلك من القود أو الدية لأن وجود أمره بذلك باطل لا حكم له في الإباحة أصلاً»^(١).

انتفاء المسؤولية :

يرى الكثير من الفقهاء انتفاء المسؤولية عن خطأ الطبيب إذا كان ماهراً في مهنته، ولم تعد يده وكان علاجه للمريض بإذنه، وكان الخطأ الذي وقع فيه غير فاحش ويعملون ذلك بأنه سراية مأذون فيه كسراية الحد^(٢).

وقد خالف الإمام أبو حنيفة الذين استدلووا على عدم الضمان (في حالة ختان الصبي مثلاً) بأن الفعل سراية مأذون فيه - خالفهم حيث يرى الضمان في الفعل مطلقاً على أساس أن إذن المريض تم بشرط السلامة^(٣) ولعل ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة يتفق مع واقع هذا العصر وما توفر فيه للطبيب من وسائل التقنية الطبية حيث يفترض فيه العلم بما يفعل مع المهارة فيه فإذا أجرى الجراح عملية لاستئصال الزائدة الدودية مثلاً فالمرغوض أن لا يسري الألم إلى جزء آخر من الجسم . أما إذا حدث أن سرى الألم إلى طبقة من طبقات الجلد أو إلى أي جزء من الأمعاء أو غيره فيجب الضمان حيثئذ على الطبيب . وإذا أجرى عملية لتعديل ميل في الجزء الداخلي للأنف (كوجود نتؤ يؤثر على التنفس) فالمفترض أن لا يسري الألم إلى أحد الشرايين فإذا حدث وأن تأثر شريان أو أي جزء آخر بسبب هذه العملية فينبغي أن يضمن الجراح سراية فعله .

وإذا وصف الطبيب ورماً في باطن المريض بأنه مرض حميد وقرر استئصاله ثم تبين أثناء العملية أن هذا الورم غير ذلك مما نتج عنه تطوره وانتشار آثاره بسرعة في الجسم مما أدى إلى وفاة المريض فالواجب عندئذ ضمان الطبيب ، لأنه غامر بحياة المريض وكان من الممكن معالجة الورم بغير الجراحة بعد توصيفه وصفاً دقيقاً .

وعلى الرأي الأول يتطلب انتفاء المسؤولية توفر الشروط التالية :

(١) المحل جـ ١٠ ص ٤٧١ .

(٢) زاد المعاد المرجع السابق .

(٣) زاد المعاد جـ ٣ ص ١٠٩ وبدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٠٤ - ٣٠٥ وشرح فتح القدير جـ ٨ ص ٢٩١ .

أولاً : أن يكون الطبيب ماهراً :

وقد عدد الإمام ابن القيم صفات الطبيب الماهر وهي النظر في نوع المرض من أي الأمراض هو، وسببه من أي شيء حدث، والعللة الفاعلة التي كانت سبب حدوثه، وقوة المرض وهل هي مقاومة للمرض أو أضعف منه فإن كانت مقاومته للمرض ستظهر عليه تركها والمريض ولم يحرك بالدواء ساكناً. ومن هذه الصفات مزاج البدن الطبيعي ما هو، والمزاج الحادث على غير المجرى الطبيعي، وسن المريض، وعادته، والوقت الحاضر من فصول السنة وما يليق به، وبلد المريض وترتبه، وحال الهواء في وقت المرض، والنظر في الدواء المضاد لتلك العلة، والنظر في قوة الدواء ودرجته والموازنة بينها وبين قوة المريض، وألا يكون قصده إزالة تلك العلة فقط بل إزالتها على وجه يأمن معه حدوث أصعب منها فمتى كان إزالتها لا يأمن معها حدوث علة أخرى أصعب منها أبقاها على حالها وتلطيفها هو الواجب وهذا كمرض افواه العروق فإنه متى عولج بقطعه وحسبه خيف حدوث ما هو أصعب منه ومن هذه الصفات أن يكون علاج الطبيب بالأسهل فالأسهل فلا ينتقل من العلاج بالغذاء إلى الدواء إلا عند تعذره، ولا ينتقل إلى الدواء المركب إلا عند تعذر الدواء البسيط فمن سعادة الطبيب علاجه بالأغذية بدل الأدوية وبالأدوية البسيطة بدل المركبة، وأن ينظر في العلة هل هي مما يمكن علاجها أولاً فإن لم يمكن علاجها حفظ صناعته وحرمة ولا يحمله الطمع على علاج لا يفيد شيئاً، وإن امكن علاجها نظر هل يمكن زوالها أم لا فإن علم أنه لا يمكن زوالها نظر هل يمكن تخفيفها وتقليلها أم لا فإن لم يمكن تقليلها ورأى أن غاية الإمكان إيقافها وقطع زيادتها قصد بالعلاج ذلك وأعان القوة وأضعف المادة. ومن هذه الصفات، ما أشرنا إليه من قبل، وهو أن تكون للطبيب خبرة باعتلال القلوب والأرواح وأدويتها، وأن يكون من واجبه التلطف بالمريض والرفق به كالتلطف بالصبي واختتم الإمام بن القيم صفات الطبيب بأن . . . يجعل علاجه وتدبيره دائراً على ستة أركان هي :

- حفظ الصحة الموجودة .
- رد الصحة المفقودة بحسب الإمكان .
- إزالة العلة أو تقليلها بحسب الإمكان .
- احتمال أدنى المفسدين لإزالة أعظمها .
- تفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمهما .

فعل هذه الأصول الستة مدار العلاج أو كله طبيب لا تكون هذه أخيته التي يرجع إليها فليس بطبيب^(١) فانظر كيف وصف ابن القيم الطبيب الماهر بأوصاف مازال

(١) زاد المعاد المرجع السابق ج ٣ ص ١١٠ - ١١١ .

المريض في هذا الزمان وفي غيره يتمنى أن تتوفر في الطبيب وهو يسلم له نفسه للعلاج. فعدم التحريك بالدواء الأعضاء الساكنة أمر علمي يتوقف على دقة التشخيص، وتعدد المرض تحديداً قاطعاً وهذا لم يصل إليه بعد إلا أشهر الأطباء بعد معاناة وتجارب. والعلاج بالأسهل فالأسهل قضية مازال المرضى المثلثون بالأدوية وتعقيداتها وتأثيراتها يتمنونهم وقد بدأت في الوقت الحاضر دعوات علمية إلى التركيز على الغذاء واعتباره العامل الحقيقي لحفظ الصحة واستجابة لهذه الدعوات انشئت مستشفيات للعلاج بالأغذية كالعسل والفواكه والخضروات.

وانظر كيف ذكر ابن القيم واجب الطبيب في النظر في العلة، وجوب تأكده عن علاجها أو الامتناع عن العلاج حفظاً لمهنته وصوناً لحرمة من علاج دافعه الطمع وهو لا يفيد المريض وإنما يضره.

قلت: لم يكن الإمام ابن القيم طبيباً يعرف أسرار مهنة الطب ولكنه كان (فقيهاً) يدرك أن هذه المهنة من أشد المهن خطراً، وأوجبها حذراً وأنه لكي تبرأ ذمة الطبيب، ويتخلص من المسؤولية الشرعية عليه أن يكون ماهراً بمعرفة العلل وعلاجها مدركا لمسئوليته وواجبه واحترامه للنفس البشرية والاهتمام بها والمحافظة عليها لما لها عند الله من حرمة ولما لها في الأرض من حكمة.

ثانياً: ولكي تنتفي مسؤولية الطبيب ينبغي ألا تتعدى يده إلى عضو صحيح ويعبر الفقهاء عن ذلك بـ «عدم تجاوز الموضع» وهذا يقتضي أن يكون علاجه قد انصب على العضو المريض فإذا تعدى إلى عضو صحيح فأفسده لزمه الضمان ومثل ذلك ما لو أراد شق أو قطع ورم ظاهر فتعدت يده إلى العصب فأفسده أو أراد مداواة مرض باطن فأخطأ موضعه فأفسد غيره وهكذا.

ثالثاً: أن يكون علاجه للمريض بإذنه، أو إذن وليه، أو وصيه وهذا يقتضي أن يكون الإذن صريحاً ودون قسر وإكراه وقد تقدم الكلام على ذلك.

رابعاً: أن يكون الخطأ غير فاحش وفي ذلك سئل الفقيه الحلواني عن الحكم في مسألة صبية سقطت فانتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين: إن أنتم شققتم رأسها تموت وقال واحد منهم: إن لم تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأبريها فشقه فماتت بعد يوم أو يومين فقال: مادام الشق بإذن، ومادام معتاداً ولم يكن «فاحشاً» خارج الرسم فإن الطبيب لا يضمن فليل له قال الطبيب: إن ماتت فأنا ضامن، هل يضمن؟

فقال: إنه لا يضمن لأن ضمان الطبيب يترتب على (خطئه الفاحش) لا على تعهده بنجاح العملية^(١)، وينبغي على ما سبق أن ضمان الطبيب يتوقف على الكيفية التي يعالج بها مرضاه أي أن التزامه التزام ببذل عنايه، وليس التزام بغاية، فالشفاء من عند الله وليس على الطبيب من جناح إذا بذل جهده، وكان علاجه يتفق مع الأصول والقواعد الطبية المتعارف عليها في زمانه ومكانه.

قلت: ولقد راعت الشريعة العامل النفسي لدى الطبيب لكي لا يكون خوفه من المسؤولية عائقاً له في مهنته وفي ذلك يقول الإمام ابن القيم إن جنابة المتطبب في قول عامة الفقهاء على عاقلته - مع تفصيل في ذلك - أي إن كانت يده قد أخطأت إلى عضو صحيح فأنقلبه فهذا يضمن، لأنها جنابة خطأ ثم إن كانت الثلث فيما زاد فهو على عاقلته. أما إن لم يكن له عاقلة فليل تكون في ماله، أو في بيت المال - كما مر ذكره - فإن لم يوجد بيت مال، أو تعذر تحميله الدية قيل بسقوط الدية وقيل بعدمه والأشهر سقوطها^(٢).

المبحث الثالث - مسؤولية الطبيب تجاه من لا يرجى له شفاء:

وفي العصر الحديث بأفقاله ومشكلاته برزت قضيتان تتعلقان بكيونة الإنسان وكرامته:

الأولى - قضية الشيخوخة ومضاعفها ففي الماضي كان الاهتمام بالإنسان في كبره ينبع من قوة العلائق والتماسك سواء في داخل الأسرة أو الجماعة وفي ظل تلك العلائق لم يكن المسن يواجه العنف بمثل ما يواجه به في الزمن المعاصر وربما لم يكن في تاريخ الإنسان الماضي ما يؤثر على المسن إلا في حالات معدودة أثرت عن قبائل الاسكيمو في قتلهم لشيخوخهم لعدم قدرتهم على الحياة في ظروف طبيعية صعبة.

القضية الثانية - قضية المرض المزمن وبالذات من لا يرجى له شفاء وفي ظل تلك العلائق والتماسك أيضاً كان المريض يلقي الرعاية والعناية سواء كان مرضه عارضاً أم مزمناً ولم يؤثر عن الإنسان في ماضيه ما يوصف بالقسوة على المريض لمحاولة التخلص منه باستثناء ما أثار عن بعض القبائل المتناثرة في المعمورة من هجرها للمريض من أعضائها والبعد عن اتقاء عدوى مرضه وتركه يقاوم ضعفه إلى أن يصح أو يموت.

وفي العصر الحاضر بدأ ينتاب بعض الإنسان شعور غريب نحو المسنين والميوس من شفائهم فالسنن في واقع العلائق المتغيرة أصبح يعاني من العزلة ومن قسوة الأسرة وربما لا يخفف من ذلك إلا اهتمام الجمعيات الخيرية به ومحاولتها الإسهام في إيجاد وضع

(١) حاشية الطحطاوي ج ٤ ص ٢٧٦.

(٢) زاد المعاد المرجع السابق ص ١٠٩.

إنساني يقضي فيه المسن بقية عمره، ولكن المريض الذي لا يرجى له شفاء أصبح في وضع أصعب ومعاناة أشد وذلك بعد أن بدأت في أوروبا فكرة سرية شاذة تقول بجواز قتله ورغم أن هذه الفكرة تشكل جريمة قتل عمد إلا أن أصحابها يحاولون نفي هذه الصفة عنها بحجة أن الهدف منها الرحمة بالمريض وتخليصه من الآلام بعد أن تعذر شفاؤه إلى جانب أنها تخفف عن أوليائه ما يعانونه من عدم القدرة على العناية به ولا يتم اللجوء إلى هذه الجريمة بطريقة القتل المباشر بل يتم في الغالب عن طريق الأدوية ومساعدة الأطباء سواء منهم من يؤمن بهذه الفكرة أو من يقوم بهذا العمل لقاء أجر.

مفهوم الفقهاء للحياة وحرمة التعدي عليها:

ليست هناك حالة وسط حياة الإنسان أو موته بل هناك موت أو حياة ولا عبرة في ذلك للمرض وشدته وقد أوضح هذا الإمام أبو محمد بن حزم في مسألة اسماها «من قتل إنسانا يجود بنفسه للموت» وبدأها بقوله «قال علي رويانا من طريق أبي بكر بن أبي شيبة حدثنا يحيى بن أزهر حدثنا زهير عن جابر عن الشعبي في رجل قد ذهب الروح من نصف جسده قال يضمته قال علي: لا يختلف اثنان من الأمة كلها في أن من قربت نفسه من الزهوق بعلقة أو بجراحة أو بجناية عمدا أو خطأ فمات له ميت فإنه يرثه إلى أن قال: إذا لا يختلف اثنان من أهل الشريعة وغيرهم في أنه ليس إلا حيا أو ميتا ولا سبيل إلى قسم ثالث فإذا هو كذلك وكنا على يقين من أن الله تعالى قد حرم عجال موته وغمه ومنعه النفس فببقين وضرورة ندري أن قاتله قاتل نفس بلا شك فمن قتله في تلك الحال عمدا فهو قاتل نفس عمدا ومن قتله خطأ فهو قاتل خطأ وعلى العائد القود أو الدية أو المفاداة وعلى المخطيء الكفارة والدية على عاقلته وكذلك في اعفائه القود في العمد.^(١)

وقد حدد الفقهاء عدداً من الأصناف الجسانية التي يستدل بها على موت الحي^(٢). ورتبوا على ذلك آثاراً شرعية منها أن قتل المريض المشرف على الموت يُوجب القصاص من القاتل ومن ذلك ما لو قتل إنسان آخر قد نزع أحشاه وتأكد موته بعد مدة قصيرة

(١) المحل جـ ١٠ ص ٥١٨.

(٢) انظر في هذا الكافي المرجع السابق جـ ١ ص ٢٤٦ والعدة شرح العمد جـ ١ ص ١١٤ والروضة الندية شرح الدور البهية لأبي الطيب البخاري ص ١٥٨ ومن هذه الأوصاف إشخاص البصر وميل الأنف وانخساف الصدغين واسترخاء القدمين وفي فتاوى دار الإفتاء المصرية جـ ١ ص ٣٧١٥ أنه يجوز اعتبار الإنسان ميتاً متى زالت مظاهر الحياة فيه وبدت هذه العلامات الجسدية وليس ما يمنع من استعمال أدوات طبية للتحقق من موت الجهاز العصبي ولكن ليس هذا وحده آية الموت بمعنى زوال الحياة بل إن استمرار التنفس وعمل القلب والنبض وإن دلت الأجهزة الطبية على فقدان الجهاز العصبي لخواصه الوظيفية - فإن الإنسان لا يعتبر ميتاً يتوقف الحياة في بعض أجزائه.

فهنا يجب القصاص منه لأنه أزهق حياة مستقرة^(١) والعلة في ذلك أن فقدان الحياة في جزء أو أجزاء من الجسم لا يعتبر فقداناً للحياة، فمن قتل مريضاً أو مشلولاً أو مجذع الأطراف أو معدوم الحواس فهو قاتل نفس سواء كان القاتل صحيحاً سوي الخلق أم كان غير ذلك^(٢) وفي هذا يقول الإمام الشافعي «من جنى على رجل بسوق يرى من حضره أنه في السياق وأنه يقبض مكانه فضره بحديدة فهات مكانه فقتله ففيه القود، لأنه قد يعيش بعدما يرى أنه يموت»^(٣).

وينبغي على ذلك أن كل تعد على المريض - مهما كانت شدة مرضه وطبيعته - بمائل التعدي على الصحيح، فمن قتله أو نزع عضواً من أعضائه بحجة اليأس من شفائه أو انتفاع مريض آخر بعضو من أعضائه أو لإجراء تجارب عليها أو لأي غرض مشابه - فعليه الضمان حسب طبيعة فعله عمد أو خطأ كما ينبغي عليه بأن كل تعد على ناقص الأعضاء أو العقل يعتبر مثل التعدي على سليم الأعضاء وصحيح العقل.

وينبغي على ذلك أيضاً حرمة التعدي على من كان مرضه معدياً لغيره كمرضى نقص المناعة أو من فقدت المنفعة منه كالمدمن ومن في حكمه وما ذاك إلا لحرمة التعدي على النفس وما فيه من مخالفة لأمر الله بالمحافظة عليها ولكن ذلك لا يمنع من اتخاذ الخطة وتحصين الجماعة من المخاطر كعزل من ينجس انتشار مرضه على أسرته أو على مجتمعه ونحو ذلك مما تقتضيه المصلحة وحق ولي الأمر في الحفاظ عليها.

(١) الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي للغزالي.

(٢) انظر المغني والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٤ وقد توسع الأحناف في هذه القاعدة فقالوا «لا يشترط أن يكون المقتول مثل القاتل في كمال الذات وهو سلامة الأعضاء ولا أن يكون مثله في الشرف والفضيلة فيقتل سليم الأطراف بمقطوع الأطراف والأشل ويقتل العالم بالجاهل والشريف بالوضيع والعاقل بالجنون والبالغ بالصبي والذكر بالأنثى والحُر بالعبد والمسلم بالذمي الذي يؤدي الجزية وتخيري عليه أحكام الإسلام وهذا على خلاف ما يراه بعض الفقهاء من وجوب التساوي في الدين والحرية. انظر بدائع الصنائع المرجع السابق ج ٧ ص ٢٣٧ وفتح القدير ج ١٠ ص ٢٢٠.

(٣) انظر الأم للإمام الشافعي ج ٦ ص ٦٩.

خلاصة البحث وخاتمته :

ربما كان من المفروض في هذا البحث أن يتعرض لكل الجوانب في مسئولية الأطباء بتفصيلها، ودواخلها، وما يتعلق بها من دفاع الطبيب، والظروف والمداخلات التي يمر بها، وما ينبغي أن ينتهي له من استقرار نفسي يبعد عنه خوف الدعاوي وإجراءاتها، ولكن التطرق إلى هذا يحتاج إلى تفصيل أكثر ربما لا يتسع له المقام.

وقبل إيجاز ما سبق تنبغي الإشارة إلى أن القوانين المعاصرة الخاصة بمسئولية الطبيب لا تختلف عن قواعد الشريعة كثيرا^(١) فهي مثل الشريعة ترى التطبيب وسيلة للعلاج، وأن الطبيب ملزم بمراعاة قواعد الطب في مهنته، وأن يكون علاجه بحسن نية. كما تؤكد هذه القوانين على ضرورة إذن المريض أو وليه كما هو الحال في الشريعة ويختلف الأمر في نطاق العقوبات فالشريعة ترى القصاص في الأفعال العمد سواء كان الفاعل طبييا أو غير طبيب بينما القوانين الوضعية مازالت تتردد في قضايا القصاص، وإن كانت تتطلع إليه.

قلت: وتتلخص مسئولية الأطباء في القواعد التالية:

أولاً : إن مسئولية الطبيب فرع من المسئولية العامة عن النفس، وما اقتضته الحكمة الإلهية من المحافظة عليها، وفي إطار هذه المحافظة شرع التدادي لرفع الألم عنها ويؤيد رسول الله ﷺ أهمية الرفق بها في كل شأن من شؤون الحياة سواء كان هذا الشأن ماديا أو روحيا.

ثانياً : إن التطبيب ليس مجرد علاقة لتبادل المصالح بين طرفين كما هو الحال في كثير من علائق الإنسان مع بعضه، بل هو في مفهوم الشرائع السماوية والنظم الإنسانية علاقة «أمانة» يلتزم بها الطبيب في داخله ويعبر عن احترامه لها بـ «قسمه» وفق الطريقة أو الملة التي يؤمن بها.

ثالثاً : لقد نظرت الشريعة إلى التطبيب على أنه مسئولية جسيمة فأوجبت على الطبيب معرفة الطب قبل ممارسته وفي حال الخطأ جعلت عقاب الجاهل بالطب أشد من عقاب العارف به وأشار الفقهاء - كما مر ذكره - إلى عدد من أخطاء الأطباء

(١) ويرى الأستاذ عبدالقادر عوده - رحمه الله - أن القوانين الوضعية تعتبر التطبيب حقاً بيننا تعتبره الشريعة واجبا ولا شك أن نظرية الشريعة أفضل لأنها تلزم الطبيب بأن يضع مواهبه في خدمة الجماعة كما أنها أكثر انسجاما مع حياتنا الاجتماعية القائمة على التعاون والتكاتف وتسخير كل القوى لخدمة الجماعة «انظر في هذا التشرية الجنائي الإسلامي» ج ١ ص ٥٢٤.

كالتجاوز في حال الجراحة إلى عضو سليم، أو سريان الألم إلى عضو صحيح بسبب عدم دقة الطبيب وقلة تبصره.

رابعاً : ينقسم خطأ الطبيب إلى ثلاثة أنواع : الأول خطأ عادي، وهو كل تصرف يقوم به الطبيب تجاه المريض بغير قصد العلاج كالقتل العمد بالأدوية. النوع الثاني - خطأ طبي وهذا ينقسم إلى خطأ ابتدائي، وخطأ مهني ومن الخطأ الابتدائي عدم اهتمام الطبيب بموافقة المريض أو وليه، أو كون هذه الموافقة مشوبة بعب من عيوب الرضى. ومن الخطأ المهني سوء التشخيص مما يؤدي إلى سوء العلاج، ونشوء أمراض أخرى بسبب الأدوية. ومنها انفراد الطبيب بالتشخيص، وعدم استشارته لمن هو أقدر منه أو لمن هو في درجته خاصة في الأمراض المعقدة مما قد ينتج عنه من تعدد العمليات الجراحية وحدوث مضاعفات مرضية أخرى والنوع الثالث - من أخطاء الطبيب خطأ مسلكي كعدم اهتمامه بالمريض، أو معاملته بالعنف أو أي نوع من أنواع السلوك المخالف للقواعد والآداب الطبية.

خامساً : إن الشريعة الإسلامية في قواعدها ومقاصدها قائمة على التوازن في حفظ الحقوق والمصالح فالتمتع بجزى بمثل عمده، والمخطيء يجزى بسبب إسهاله، فإذا تعمد الطبيب قتل المريض تحت ستار العلاج أصبح فعله قتل عمد ولا خلاف بين الفقهاء حول القصاص منه. وإذا أخطأ في علاجه أو في وصف الدواء ضمن ما ينتج عن فعله من ضرر وفقاً للمعايير الشرعية.

سادساً : يشترط لانتفاء مسؤولية الطبيب عن خطئه أن يكون ماهراً في علمه وللمهارة أوصاف وشروط مشددة لا تتوفر إلا في من أوتي من علم الطب الشيء الكثير، وتحقق له من التدريب والخبرة القدر الوفير بحيث يكون أساس علاجه كما قال الإمام ابن القيم.

حفظ الصحة الموجودة - رد الصحة المفقودة بحسب الإمكان - إزالة العلة أو تقليلها بحسب الإمكان - احتيال أدنى المفسدين لإزالة أعظمها - تفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمها.

كما يشترط لانتفاء مسؤولية الطبيب ألا تتعدى يده إلى عضو صحيح فيتلفه وهو ما يعبر عنه الفقهاء بـ «عدم تجاوز الموضع». وأن يكون علاجه للمريض بإذنه أو إذن وليه أو وصيه، وأن يكون هذا الإذن صريحاً ودون قسر أو إكراه، وأن يكون الخطأ الذي حدث من الطبيب غير «فاحش».

سابعاً : من قواعد الفقه عدم وجود حالة وسط لحياة الإنسان أو موته وإنما هنالك موت أو حياة ، فالمنس المقعد عن الحركة والمريض الميثوس من شفاثه يتمتعان بحق الحياة مثل الأصحاء فإذا تعدد الطبيب قتل مسن أو ميثوس من شفاثه تحت أي دافع فهو قاتل عمد ومن أخطأ في علاجه فكأنما أخطأ على صحيح وهكذا .

وفي الختام تنبغي الإشارة إلى أن فكرة المسؤولية سواء في الشريعة الإسلامية أو في القوانين الوضعية المعاصرة مبنية على حماية العلائق الإنسانية من الضرر ، وفي نطاق هذه العلائق ربما يحدث خلل ما . ومن الطبيعي في هذه الحال أن ينصب الاهتمام على الجانب الضعيف في «معادلة العلاقة» لإصلاح ما حدث فيها من خلل . ومن هنا ترتبت مسؤولية القاضي إذا أخطأ في حكمه ، وذلك حماية للمضروور من الخطأ . وترتبت مسؤولية الوالي ، والحاكم ، والصناعي ، والمحامي ، والمعماري ، ومن في حكمهم وذلك حماية للطرف المضروور وترتبت كذلك مسؤولية عامة خارج نطاق العلاقة متى كانت النتيجة إحداث ضرر للنفس ولهذا أهدر حق الملكية عندما يكون في حفظه هلاك النفس فمن اضطر إلى طعام أو شراب لغيره مع غناه عنه فله أخذه منه قهراً وإذا منعه عنه فمات الطالب ضمنه المطلوب منه^(١) وترتبت كذلك مسؤولية الطبيب حماية للمريض من ضرر قد يصيبه من جراحة خاطئة أو علاج ضار أو تعدد يخالف قواعد الطب وعلومه . ومع أن الإنسان يتأذى من الضرر أيا كانت طبيعته إلا أن ضرر المريض من خطأ الطبيب أخطر من أي ضرر آخر لما للنفس من مكانة غالية فإذا كان الإنسان قد يستسهل الضرر في ماله عندما يصدر ضده حكم خاطئ فإنه بالتأكيد لا يستسهل الضرر الذي يصيبه في نفسه . ومن هنا جاء اهتمامه بمسؤولية الطبيب وكان اهتمام النظم الوضعية بهذه المسؤولية استجابة لهذا الاهتمام .

والافتراض الطبيعي والمنطقي أن الطبيب حين يتعلم الطب فيأتمن يقصد علاج الأمراض وإزالة مخاطرها العارضة فإن تعدى عمداً على النفس فهذا التعدي يعتبر استثناءً ومع ذلك تظل مسؤوليته قائمة وعقابه مفترضا وهذا في مفهومه المنطقي لا يعني بأي حال تخويف الطبيب أو التأثير على مهنته - كما قد يُظن - أو عدم احترامها بل إن ذلك حماية للنفس وتكريم لها وتكريم للطبيب .

﴿وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين﴾^(٢) .

(١) المغني والشرح الكبير ج ٩ ص ٥٨٠ ولعلمي فإن القوانين الوضعية لم تصل بعد إلى هذا الحد من حق النفس والمنطور منها أدخل حاجة المضطر إلى طعام غيره في إطار الأخلاق المجردة .

(٢) سورة يونس الآية ١٠ .

مصادر البحث

أولاً - النفي:

- ١ - تفسير القرآن العظيم لأبي الغداء اسماعيل بن كثير
تصحیح خليل المني
- ٢ - الجامع لأحكام القرآن لمحمد بن أحمد الأنصاري القرطبي

مطبعة دار القلم
بيروت
مكتبة الرياض الحديثة
الطبعة الثانية

ثانياً - الحديث:

- ٣ - الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير
لجلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي
- ٤ - صحيح البخاري
للإمام أبي عبدالله محمد بن اسماعيل
- ٥ - صحيح مسلم
للإمام أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري
- ٦ - فتح الباري في صحيح البخاري
لأحمد بن حجر العسقلاني
- ٧ - مسند الإمام أحمد
للإمام أحمد بن محمد بن حنبل
- ٨ - سنن من ماجه
أبو عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه
- ٩ - سنن الترمذي
لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سوره
- ١٠ - سنن أبي داود
للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي
- ١١ - بذي المجهود في حل أبي داود
لخليل أحمد السهار نفوري
- ١٢ - سنن النسائي
للإمام الحافظ أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب

ثالثاً - الفقه:

- ١٣ - المغني والشرح الكبير
لشمس الدين أبو الفتوح عبدالرحمن بن محمد ابن أحمد الحنبلي بن
قدامه المقدسي
- ١٤ - الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل لأبي محمد بن قدامه المقدسي
تحقيق زهير الشاويش
- ١٥ - العدة شرح العدة في فقه الإمام أحمد بن حنبل
لعبدالرحمن بن إبراهيم المقدسي

دار الكتب العلمية - بيروت
الطبعة الأولى - ١٣٤٦ هـ
المكتب الإسلامي
الطبعة الخامسة - ١٤٠٨ هـ
مكتبة الرياض الحديثة

- ١٦ - السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية
لشيخ الإسلام تقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية
الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ
دار الأفاق الجديدة - بيروت
- ١٧ - زاد المعاد في هدي خير العباد للإمام الحافظ أبي عبد الله بن القيم
الجوزية
١٨ - اعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم
١٩ - الطب النبوي لابن القيم
٢٠ - شرح منتهى الآداب
للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي
٢١ - كشف القناع عن متن الاقتناع
للشيخ / منصور بن يونس بن إدريس البهوتي
٢٢ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني الحنفي
٢٣ - شرح فتح القدير لكمال الدين محمد عبد الواحد المعروف بابن المهام
الحنفي
٢٤ - مجمع الضمائم في مذهب الإمام أبي حنيفة
لأبي محمد بن غانم البغدادي
٢٥ - حاشية الطحطاوي على الدر المختار لأحمد الطحطاوي الحنفي
٢٦ - حاشية رد المختار لابن عابدين علي الدر المختار
شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام أبي حنيفة
٢٧ - الهداية شرح بداية المبتدي لأبي الحسن الرشداني المرغيناني
٢٨ - الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبي حنيفة
لزين العابدين بن إبراهيم بن نجم
٢٩ - اللباب في شرح الكتاب لعبد الغني الغنيي دمشقي الحنفي
٣٠ - الإمام زفر وآراؤه الفقهية للدكتور عطية الجبوري
٣١ - معين الحكام
٣٢ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن
المغربي المعروف بابن الخطاب
٣٣ - الام للإمام محمد بن إدريس الشافعي
٣٤ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لمحمد بن أبي العباس الرملي
٣٥ - كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار لأبي بكر بن محمد الحسيني
الحصيني الدمشقي الشافعي
٣٦ - الأحكام السلطانية والولايات الدينية لعلي بن محمد ابن حبيب
البصري الماوردي
٣٧ - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين
عبد الرحمن السيوطي
- تحقيق لجنة إحياء التراث العربي
دار الأفاق الجديدة - بيروت
الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ
دار الفكر للطباعة - بيروت
- المطبعة المعاصرة بيروت ١٤٠٧ هـ
اعداد المكتب العالمي للبحوث
دار مكتبة الحياة - طبعة ١٤٠٨ هـ
دار الفكر
- عالم الكتب - بيروت
١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م
دار الكتاب العربي - الطبعة
الثانية - ١٤٠٢ هـ
المطبعة الكبرى الأميرية
الطبعة الأولى - ١٣١٥ هـ
المطبعة الخيرية بمصر
الطبعة الأولى - ١٣٠٨ هـ
دار المعرفة للطباعة والنشر -
١٣٩٥ هـ
دار الفكر - الطبعة الثانية -
١٣٨٤ هـ
- المكتبة الإسلامية
دار الكتب العلمية - ١٤٠٠ هـ
المكتبة العلمية - ١٤٠٠ هـ
دار الندوة الجديدة
الطبعة الثانية - ١٤٠٦ هـ
لعلاء الدين الطرابلسي
الطبعة الثانية
دار المعرفة - بيروت
مطبعة مصطفى البابي الحلبي -
١٣٨٩ هـ
دار الفكر
- دار الفكر - مصر
الطبعة الأولى - ١٤٠٤ هـ
دار الكتب العلمية
الطبعة الأولى - ١٤٠٣ هـ

- ٣٨ - الأشياء والنظائر في الفروع للسيوطي
٣٩ - الوجيز في فقه الإمام الشافعي
لابي حامد الغزالي
٤٠ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد
للإمام محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي
- ٤١ - منع الجليل على مختصر العلامة خليل
للشيخ / محمد عlish
- ٤٢ - المحل للإمام أبي محمد بن سعيد بن حزم
- ٤٣ - الفتاوى الكبرى الفقهية
لابن حجر الميمني
- ٤٤ - السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار
محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني الصنعاني الشوكاني
- ٤٥ - الروضة الندية شرح الدور البهية
لابي الطيب صديق بن حسن بن علي القنوجي البخاري
- ٤٦ - التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقوانين الوضعية
لعبد القادر عوده
- ٤٧ - الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية
- ٤٨ - المسئولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري
والمصري والفرنسي
لعبد السلام التونجي
- ٤٩ - السيرة النبوية لابن هشام
- ٥٠ - المصباح المنير
لاحمد بن محمد بن علي المقرئ القيومي
- دار الفكر
دار المعرفة
١٣٩٩ هـ
دار الكتب العلمية - بيروت
الطبعة العاشرة ١٤٠٨ هـ -
١٩٨٨ م
دار الفكر - بيروت
الطبعة الأولى - ١٤٠٤ هـ -
١٩٨٤ م
تحقيق لجنة احياء التراث العربي
ونشر دار الأفاق الجديدة
دار الكتب العلمية - بيروت
دار الكتب العلمية - بيروت
الطبعة الأولى
١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م
دار الندوة الجديدة
بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ
مؤسسة الرسالة - بيروت
الطبعة الخامسة
القاهرة - ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٢ م
نشر المطبعة السورية في حلب
الطبعة الأولى ١٩٦٧ م
مكتبة المنار
الأردن - الزرقاء
الطبعة الأولى - ١٤٠٩ هـ -
١٩٨٨ م
المكتبة العلمية - بيروت

فناون المجامع الفقهيّة

١ - مجمع الفقه الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي

القرار رقم ٧*

الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا ونبينا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً. أما بعد.

فقد عرض على مجلس المجمع الفقهي الإسلامي مشكلة ما قد يطرأ بعد إبرام عقود التعهد ونحوها من العقود ذات التنفيذ التراخي في مختلف الموضوعات من تبدل مفاجيء في الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير في ميزان التعادل الذي بنى عليه الطرفان المتعاقدان حساباتها فيما يعطيه العقد كلا منهما من حقوق وما يحمله إياه من التزامات، مما يسمى اليوم في العرف التعامل بالظروف الطارئة.

وقد عرضت مع المشكلة أمثلة لها من واقع أحوال التعامل واشكاله توجب التفكير في حل فقهي مناسب عادل يقضى على المشكلة في تلك الأمثلة ونظائرها الكثيرة. فمن صور هذه المشكلة الأمثلة التالية :

١ - لو أن عقد مقالة على إنشاء بناية كبيرة يحتاج انشاؤها إلى مدة طويلة تم بين طرفين، وحدد فيه سعر المتر المكعب من البناء وكسوته بمبلغ مائة دينار مثلاً، وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وأسمنت وأخشاب وسواها وأجور عمال تبلغ عند العقد للمتر الواحد ثمانين ديناراً فوقعت حرب غير متوقعة أو حادث آخر خلال التنفيذ قطعت الاتصالات والاستيراد وارتفعت بها الأسعار ارتفاعاً كبيراً يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً جداً.

٢ - لو أن متعهداً في عقد توريد أرزاق عينية يومية من لحم وجبن ولبن وبيض وخضروات وفواكه ونحوها إلى مستشفى أو إلى جامعة فيها أقسام داخلية، أو إلى دار ضيافة حكومية، بأسعار اتفق عليها في كل صنف لمدة عام. فحدثت جائحة في البلاد أو طوفان أو فيضان أو زلزال، أو جاء جراد جرد المحاصيل الزراعية،

فارتفعت الأسعار إلى أضعاف كثيرة عما كانت عليه عند عقد التوريد، إلى غير ذلك من الأمثلة المتصورة في هذا المجال.

فما الحكم الشرعي الذي يوجهه فقه الشريعة في مثل هذه الأحوال التي أصبحت كثيرة الوقوع في العصر الحاضر الذي تميز بالعقود الضخمة بقيمة الملايين، كالتعهد مع الحكومات في شق الطرق الكبيرة وفتح الأنفاق في الجبال، وإنشاء الجسور العظيمة، والمجمعات لدوائر الحكومة أو للسكنى، والمستشفيات العظيمة أو الجامعات. وكذا المقاولات التي تعقد مع مؤسسات أو شركات كبرى لبناء مصانع ضخمة، ونحو ذلك مما لم يكن له وجود في الماضي البعيد.

فهل يبقى المتعاقد الملزم على حدود عقده وأسعاره قبل تبدل الظروف وطروء التغيرات الكبيرة المشار إليها مهما تكبد في ذلك من خسائر ماحقة أو ساحقة، تمسكاً بمقتضى العقد وحدوده في الأسعار والكميات، أو له مخرج وعلاج من فقه الشريعة الحكيمة السمحة العادلة يعيد كفتي الميزان إلى التعادل، ويحقق الانصاف بقدر الامكان بين الطرفين؟

وقد نظر مجلس المجمع في النظائر الفقهية ذات الصلة بهذا الموضوع من فقه المذاهب واستعرض قواعد الشريعة ذات العلاقة مما يستأنس به ويمكن أن يوصى بالحكم القياسي والاجتهاد الواجب فقهاً في هذا الشأن كما رجع إلى آراء فقهاء المذاهب فوجد مايلي:

١ - إن الاجارة يجوز للمستأجر فسخها بالطوارئ العامة التي يتعذر فيها استيفاء المنفعة كالحرب والطوفان ونحو ذلك، بل الحنفية يسوغون فسخ الاجارة أيضاً بالأعذار الخاصة بالمستأجر، مما يدل على أن جواز فسخها بالطوارئ العامة مقبول لديهم أيضاً بطريق الأولوية فيمكن القول أنه محل اتفاق وذكر ابن رشد في بداية المجتهد (ج ٢ ص ١٩٢ من طبعة الخانجي الأولى بالمطبعة الجاليلية بمصر) تحت عنوان: (أحكام الطوارئ) أنه: (عند مالك أن أرض المطر (أي البعلية التي تشرب من ماء السماء فقط) إذا كريت فمنع القحط من زراعتها، أو إذا زرعها المكثرى فلم ينبت الزرع لمكان القحط (أي بسببه) أن الكراء يفسخ، وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكثرى من زرعها) إنتهى كلام ابن رشد.

٢ - وذكر ابن قدامة المقدسي في كتاب الاجارة من المغنى (المطبوع مع الشرح الكبير ٦ ج ص ٣٠) إنه: (إذا حدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد فامتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع أو نحو ذلك، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع المشتاجر من استيفاء

المنفعة . فاما إذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر، مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه . . . لم يملك الفسخ، لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فاشبهه مرضه .

٣ - وقد نص الامام النووي رحمه الله في روضة الطالبين (٥ ج ص/ ٢٣٩، انه لا تنفسخ الايجارة بالأعذار، سواء أكانت إيجارة عين أو ذمة، وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر عليها فمرض، أو حانوناً لحرفة فندم، أو هلكت آلات تلك الحرفة أو استأجر حماماً فتعذر الوقود. قال النووي وكذا لو كان العذر للمؤجر بأن مرض وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره وكان أهله مسافرين فعادوا واحتاج إلى الدار أو تأهل قال: فلا فسخ في شيء من ذلك، إذ لا خلل في العقود عليه . آ هـ .

٤ - ما يذكره العلماء رحمهم الله في الجوائح التي تحتاح الشراء المبيعة على الأشجار بالأسباب العامة كالبرد والجراد وشدة الحر والأمطار والرياح ونحو ذلك مما هو عام حيث يقررون سقوط ما يقابل الهالك بالجوائح من الثمن وهي قضية الجوائح المشهورة في السنة والفقه .

٥ - ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في مختصر الفتاوى ص/ ٣٧٦ أن من استأجر ما تكون منفعة اجارته لعامة الناس، مثل الحمام والفندق والقيسارية، فنقصت المنفعة المعروفة لقلة الزبون أو لخوف أو حرب أو تحول سلطان ونحوه فانه يحط عن المستأجر من الإجر بقدر ما نقص من المنفعة .

٦ - وقال ابن قدامة أيضاً في الصفحة (٢٩) من الجزء السابق الذكر نفسه (ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت الطريق إليه خوف حادث أو أكرى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منها فسخ الاجارة وإن أحب ابقاءها إلى حين امكان استيفاء المنفعة جاز) .

وقال الكاساني من فقهاء الحنفية في الاجارة من كتاب بدائع الصنائع (ج ٤ ص/ ١٩٧) (إن الفسخ في الحقيقة امتناع من التزام الضرر، وإن انكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقد والشرع، لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره، فاستأجر رجلاً لقلعها، فسكن الوجع يجبر على القلع، وهذا قبيح عقلاً وشرعاً) .

هذا وقد ذكر فقهاء المذاهب في حكم الأعذار الطارئة في المزارعة والمساقاة والمغارسة شبيهه ما ذكروا في الاجازة .

٧ - قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه من بعده، وقرر كثير من فقهاء المذاهب في الجوائح التي تحتاح الشراء ببرد أو صقيع، أو جراد، أو دودة، ونحو ذلك

من الألفات، إنها تسقط من ثمن الثمار التي يبعث على أشجارها ما يعادل قيمة ما اتلفته الجائحة وإن عمت الثمر كله تسقط الثمن كله.

٨- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما ثبت عنه (لا ضرر ولا ضرار) وقد اتخذ فقهاء المذاهب من قوله هذا قاعدة فقهية اعتبروها من دعائم الفقه الكبرى الأساسية، وفرعوا عليها أحكاماً لا تحصى في دفع الضرر وإزالته في مختلف الأبواب.

وبما لا شك فيه أن العقد الذي يعقد وفقاً لنظامه الشرعي يكون ملزماً لعاقديه قضاء عملاً بقوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة: ١/٥).

ولكن قوة العقد الملزمة ليست أقوى من النص الشرعي الملزم للمخاطبين به كافة وقد وجد المجمع في مقاييس التكاليف الشرعية، ومعايير حكمة التشريع أن المشقة لا ينفك عنها التكليف عادة بحسب طبيعته، كمشقة القيام في الصلاة، ومشقة الجوع والعطش في الصيام، لا تسقط التكليف، ولا توجب فيه التخفيف، ولكنها إذا جاوزت الحدود الطبيعية للمشقة المعتادة في كل تكليف بحسبه. اسقطته أو خففته، كمشقة المريض في قيامه في الصلاة ومشقته في الصيام وكمشقة الأعمى والأعرج في الجهاد، فإن المشقة المرهقة عندئذ بالسبب الطارئة الاستثنائية توجب تدبيراً استثنائياً يدفع الحد المرهق منها، وقد نص على ذلك واسهب في بيانه، وأن عليه بكثير من الأمثلة في أحكام الشريعة الإمام أبو إسحاق الشاطبي رحمه الله في كتابه (الموافقات في أصول الشريعة).

فيتضح من ذلك أن الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة لا تأثير لها في العقود لأنها من طبيعة التجارة وتقلباتها التي لا تنفك عنها، ولكنها إذا جاوزت المعتاد المألوف كثيراً يمثل تلك الأسباب الطارئة الأنفة الذكر توجب عندئذ تدبيراً استثنائياً.

ويقول ابن القيم رحمه الله في كتابه (اعلام الموقعين):

(إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه بالعدل الذي قامت به السموات والأرض وكل أمر أخرج من العدل إلى الجور، ومن المصلحة إلى عكسها فليس من شرع الله في شيء وحيثما ظهرت دلائل العدل وسفر وجهه فثم شرع الله وأمره) (اعلام الموقعين) وقصر العاقدین إنما تكشف عنه وتحده ظروف العقد، وهذا القصر لا يمكن تجاهله والاخذ بحرفية العقد مهما كانت النتائج فمن القواعد المقررة في فقه الشريعة أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ولا ينبغي أن طريق التدخل في مثل تلك الأحوال المعروضة آنفاً في العقود المتراخية التنفيذ لأجل إيجاد الحل العادل الذي يزيل الجور إنما هو من اختصاص القضاء ففي

ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة التي تنبر طريق الحل الفقهي السديد في هذه القضية المستجدة الأهمية يقرر الفقه الإسلامي مايلي:

١ - في العقود المتراحية التنفيذ (كمعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد بدلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فانه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون ارهاق للملتزم ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأى أهل الخبرة الثقات.

٢ - ويحق للقاضي أيضاً أن يهمل^(١) الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإهمال.

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر المرهق لأحد العاقدین بسبب لا يذله فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها، والله ولي التوفيق.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه.

[اعتذر لمرضه]
رئيس مجلس المجمع الفقهي
عبدالله بن حميد

[توقيع]
نائب الرئيس
محمد علي الحركان

الأعضاء

[توقيع]
صالح بن عثيمين

[توقيع]
محمد محمود الصواف

[توقيع]
عبدالمعز بن عبدالله بن باز

(١) هكذا ورد في الأصل ولعل المقصود هو (يهمل).

[توقيع]
محمد الشاذلي النيفر

[تخلف عن الحضور]
مبروك الموادي

[توقيع]
محمد بن عبدالله بن السيل

[توقيع]
محمد رشدي

[توقيع]
عبدالقدوس الهاشمي

[توقيع]
مصطفى أحمد الزرقاء

[تخلف عن الحضور]
حسين محمد مخلوف

[توقيع]
أبو بكر محمود جومي

[تخلف عن الحضور]
أبو الحسن علي الحسيني الندوي

[توقيع]
محمد سالم عدود

[تخلف عن الحضور]
عمود شيت خطاب

[توقيع]
محمد رشيد قباني

[مقرر المجمع الفقهي الإسلامي]
محمد عبدالرحيم الخالد

قرار رقم (٣)

موضوع الاجتهاد

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا ونبينا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه وسلم . . أما بعد :

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمبنى رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في الفترة ما بين ٢٧ ربيع الآخر ١٤٠٥ هـ و ٨ جمادى الأولى ١٤٠٥ هـ الموافق ١٨ - ٢٩ يناير ١٩٨٥ م قد نظر موضوع الاجتهاد وهو بذل الجهد في طلب العلم بشيء من الأحكام الشرعية بطريق الاستنباط من أدلة الشريعة .

فالمهيكل الأساسي للاجتهاد يتطلب تمام المعرفة باستجاء الشروط فلا مجال للاجتهاد إلا بها تحصيلاً لهذا الغرض الكفائي كما قال تعالى : ﴿فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين﴾ (سورة التوبة الآية ١٢٢) .

فقد أفادت الآية أن التفقه في الدين يتطلب التفرغ له فلا بد في الاجتهاد من أخذ الحيلة الكاملة للوصول إلى الفهم الفقهي الصحيح .

وأوضح السيوطي إيضاحاً كاملاً فرضية الاجتهاد، وأنه لم ينقطع وذلك في كتابه (الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض) فبابه لم يغلق ولا يملك أحد إغلاقه ولا سيما أن علماء الأصول حين بحثوا مسألة جواز خلو الزمن عن مجتهد أو عدم خلوه اتفقوا على أن باب الاجتهاد مفتوح أمام من تتوافر فيه شروطه، وإنما تقاصرت المهم عن تحصيل درجة الاجتهاد وهي التضلع في علوم القرآن والسنة المطهرة وأصول الفقه وأحوال الزمن ومقاصد الشريعة وقواعد الترجيح عند تعارض الأدلة مع عدالة المجتهد وتقواه والثقة بدينه .

وينقسم الاجتهاد إلى أربعة أقسام :

القسم الأول : المجتهد المطلق كالأئمة المقتدى بهم .

القسم الثاني : المجتهد في المذهب وله أربع أحوال ذكرها الأصوليون .

القسم الثالث : مجتهد الترجيح .

القسم الرابع : المجتهد في فن أو في مسألة أو مسائل وهو جائز بناء على أن الاجتهاد يتجزأ وهو المختار.

لذلك كله قرر المجلس بالاجماع :

١ - إن حاجة العصر إلى الاجتهاد حاجة أكيدة لما يعرض من قضايا لم تعرض لمن تقدم عصرنا وكذلك ما سيحدث من قضايا جديدة في المستقبل ، فقد أقر النبي ﷺ معاذ بن جبل على الاجتهاد حين لا يجد نصاً من كتاب الله تعالى ولا سنة رسوله ﷺ وذلك حين قال معاذ (اجتهد رأيي ولا آلي) وحينئذ تحفظ للإسلام جدته وصلاحيته للعصور كلها إذ تحمل المشكلات في المعاملات ونظم الاستشارات الحديثة وسواها من المشكلات الاجتماعية.

وحبذا لو أقيم مركز يجمع ما يصدر عن الجامع والمؤتمرات والندوات لينتفع بذلك وتزود به كليات الشريعة والدراسات العليا الإسلامية وبذلك يشع الإسلام وفي ذلك ضمان لحياة مستقيمة صالحة .

٢ - أن يكون الاجتهاد جماعياً بصدوره عن مجمع فقهي يمثل فيه علماء العالم الإسلامي وإن الاجتهاد الجماعي هو ما كان عليه الأمر في عصور الخلفاء الراشدين كما أفاده الشاطبي في الموافقات من أن عمر بن الخطاب وعامة خيار الصحابة قد كانت ترد عليهم المسائل وهم خير قرن وكانوا يجمعون أهل الحل والعقد من الصحابة ويتباحثون ثم يفتنون .

وسار التابعون على غرار ذلك وكان المرجع في الفتاوى إلى الفقهاء السبعة كما أفاده الحافظ ابن حجر في التهذيب ، ذكر أنهم إذا جاءتهم المسألة دخلوا فيها جميعاً ولا يقضي القاضي حتى يرفع إليهم ، وينظروا فيها .

٣ - توافر شروط الاجتهاد المطلوبة في المجتهدين لأنه لا يتأتى اجتهاد بدون وسائله حتى لا تنعثر الأفكار وتحيد عن أمر الله تعالى إذ لا يمكن فهم مقاصد الشرع في الكتاب الكريم وسنة الرسول عليه الصلاة والسلام إلا بها .

٤ - الاسترشاد بما للسلف حتى يقع الاجتهاد على الوجه الصحيح فلا يسلك إليه حديثاً إلا بعد معرفة ما سبق للسلف في كل شأن والاستعانة بما قدمه الأئمة المقتدى بهم والاختلطت السبل فإن في كتب الفقه الإسلامي المستنبط من الكتاب والسنة أكبر عون على ما يعرض من المشكلات إلخافاً لها بنظائرها .

٥ - أن تراعى قاعدة انه (لا اجتهاد في مورد النص) وذلك حيث يكون النص قطعي الثبوت والدلالة والا انهدمت أسس الشريعة .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً والحمد لله رب العالمين .

[توقيع] رئيس مجلس المجمع الفقهي عبدالعزیز بن عبد الله بن باز لكني أرى أن الاجتهاد المساعي ليس بشرط بل يجوز للعالم أن يجتهد في مسائل الخلاف فيرجع ماهو الأفضل للدليل .	[توقيع] نائب الرئيس د . عبد الله عمر نصيف	[توقيع] الأعضاء
[توقيع] صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان	[توقيع] عبد الله العبد الرحمن البسام	[توقيع] محمد بن جبير
[توقيع] محمد محمود الصواف	[توقيع] مصطفى أحمد الزرقاء	[توقيع] محمد بن عبد الله بن سبيل ليس من شرط الاجتهاد أن يكون جماعياً
[توقيع] عبد الشاذلي التيفر	[توقيع] محمد رشيد رضا قباني	[توقيع] صالح بن عثيمين
[توقيع] محمد الحبيب بن الحوجة	[توقيع] د . أحمد فهمي أبو سنة	[توقيع] أبو بكر جومي
توقيع محمد بن سالم بن عبد الودود	توقيع مبروك بن مسعود العوادي	د/ بكر أبو زيد
[توقيع] مقرر مجلس المجمع الفقهي	[توقيع] د . طلال عمر بائقيه	

وقد تخلف عن الحضور في هذه الدورة كل من فضيلة الدكتور يوسف الفريضاوي ومعالى الدكتور محمد رشدي وفضيلة الشيخ عبد القدوس الهاشمي ومعالى اللواء الركن محمود شيت خطاب وفضيلة الشيخ حسين محمد مخلوف وفضيلة الشيخ أبي الحسن علي الحسيني الندوي .

قرار رقم (١١) صرف ريع الوقف

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا ونبينا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم .

أما بعد :

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المتعقدة بمكة المكرمة في الفترة من يوم السبت ٢٤ صفر ١٤٠٨ هـ الموافق ١٧ أكتوبر ١٩٨٧ م إلى الأربعاء ٢٨ صفر ١٤٠٨ هـ الموافق ٢١ أكتوبر ١٩٨٧ م قد اطلع على السؤال الوارد من المكرم إبي بكر محيي الدين رئيس جمعية الدعوة الإسلامية في سنغافورة حول صرف ريع الوقف في المصالح العامة .

وبعد تداول الرأي فيه قرر المجلس مايلي :

ان لم يكن الوقف مشروطاً ريعه لجهة معينة فلا مانع حينئذ من صرف الريع على المصالح العامة . أما ان كان مشروطاً لجهة معينة ، فان المجمع يقرر عدم جواز صرفه في المصالح العامة . والله ولي التوفيق .

وصلى الله على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً والحمد لله رب العالمين .

[توقيع] (رئيس مجلس المجمع) عبدالعزیز بن عبد الله بن باز	[توقيع] د . عبد الله عمر نصيف	[توقيع] نائب الرئيس) د . عبد الله عمر نصيف
[توقيع] عبد الله العبد الرحمن البسام	[توقيع] د . بكر عبد الله أبو زيد	[توقيع] محمد بن جبير
[توقيع] مصطفى أحمد الزرقاء	[توقيع] محمد بن عبد الله بن سبيل	[توقيع] صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان
[توقيع] محمد رشيد راغب قبائي	[توقيع] أبو الحسن علي الحسني الندوي	[توقيع] محمد محمود الصواف

[توقيع] د. أحمد فهمي أبوسنة	[توقيع] أبو بكر جوي	[توقيع] محمد الشاذلي التيفر
[توقيع] د. طلال عمر بافقيه	[توقيع] محمد سالم بن عبدالودود	[توقيع] محمد الحبيب بن الخوجه
(مقرر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي)		

وقد تخلّف عن الحضور في هذه الدورة كل من: فضيلة الدكتور يوسف القرضاوي، وفضيلة الشيخ صالح ابن عثيمين، وفضيلة الشيخ عبدالقدوس الهاشمي، ومعالي اللواء الركن محمود شيت خطاب، وفضيلة الشيخ حسنين محمد مخلوف، وفضيلة الشيخ مبروك مسعود العوادى.

.. ايضاح ..

نشرت المجلة في عددها لشهر محرم - صفر - ربيع الأول، قرار مجمع الفقه الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة حول:

- ١ - قيام الشيك مقام القبض في صرف النقود بالتحويل في المصارف.
- ٢ - الإكتفاء بالقيد في دفاتر المصرف عن القبض لمن يريد استبدال عملة بعملة أخرى مودعة في المصرف.

وقد نشرت مجلة الدعوة في عددها بتاريخ ١٤١٠/٦/١٤ هـ تنبيهاً للشيخ صالح الفوزان ذكر فيه أن القرار صدر بالأغلبية لا بالإجماع وأنه لم يوافق على ذلك القرار ... الخ وتود المجلة أن توضح بأن كلمة (الإجماع) وردت في قرار المجمع الذي نشرته وذلك على النحو التالي [وبعد البحث والدراسة قرر المجلس بالإجماع ما يلي ...] وقد وقّع على القرار عدد من الأعضاء بما فيهم الشيخ الفوزان إلا أنه كتب تحت اسمه العبارة التالية (متوقف في المسألين) وقد فات على المحرر ذكر الاسماء رغم أنه ذكرها في قرار آخر إلا أنه تقيد بكل عبارة من عبارات القرار بما فيها كلمة (الإجماع).

٢ - مجمع الفقه الإسلامي في منظمة المؤتمر الإسلامي*

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه.

قرار رقم (٤) د ٨٦/٠٧/٣

بشأن أطفال الأنابيب

ان مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من ٨ إلى ١٣ صفر ١٤٠٧ هـ / ١١ إلى ١٦ أكتوبر ١٩٨٦ م.

بعد استعراضه لموضوع التلقيح الصناعي «أطفال الأنابيب» وذلك بالإطلاع على البحوث المقدمة والاستماع لشرح الخبراء والأطباء.

وبعد التداول:

تبين للمجلس:

أن طرق التلقيح الصناعي المعروفة في هذه الأيام هي سبع:

الأولى: أن يجري تلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وببيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته.

الثانية: أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وببيضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة.

الثالثة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها.

الرابعة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وببيضة امرأة أجنبية وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

الخامسة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى.

السادسة: أن تؤخذ نطفة من زوج وببيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

السابعة: أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقياً داخلياً.

وقرر:

أن الطرق الخمسة الأولى كلها محرمة شرعاً وممنوعة منعاً باتاً لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياح الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية.

أما الطريقتان السادس والسابع فقد رأى مجلس المجمع أنه لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة.

والله أعلم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه.

قرار رقم (٣) د ٨٦/٠٧/٣٠

بشأن : توظيف الزكاة في مشاريع ذات ريع بلا تمليك فردي للمستحق

ان مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الاردنية الهاشمية من ٨ إلى ١٣ صفر ١٤٠٧ هـ / ١١ إلى ١٦ أكتوبر ١٩٨٦ م، بعد اطلاعه على البحوث المقدمة في موضوع «توظيف الزكاة في مشاريع ذات ريع بلا تمليك فردي للمستحق» وبعد استماعه لآراء الأعضاء والخبراء فيه .

قرر:

يجوز من حيث المبدأ توظيف أموال الزكاة في مشاريع استثمارية تنتهي بتمليك أصحاب الاستحقاق للزكاة، أو تكون تابعة للجهة الشرعية المسؤولة عن جمع الزكاة وتوزيعها، على أن تكون بعد تلبية الحاجة الماسة الفورية للمستحقين وتوافر الضمانات الكافية للبعد عن الخسائر.

والله أعلم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه .

قرار رقم (٦) د ع / ٠٨ / ٨٨

بشأن بدل الخلو

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع بجده في المملكة العربية السعودية من ١٨ - ٢٢ جمادى الآخرة ١٤٠٨ هـ، الموافق ٦ - ١٢ فبراير ١٩٨٨ م .

بعد اطلاعه على الأبحاث الفقهية الواردة إلى المجمع بخصوص (بدل الخلو) وبناء عليه .

قرر مايلي :
أولاً : تنقسم صور الاتفاق على بدل الخلو إلى أربع صور هي :

- ١ - أن يكون الاتفاق بين مالك العقار وبين المستأجر عند بدء العقد .
- ٢ - أن يكون الاتفاق بين المستأجر وبين المالك وذلك في أثناء مدة عقد الإجارة أو بعد انتهائها .
- ٣ - أن يكون الاتفاق بين المستأجر وبين مستأجر جديد، في أثناء مدة عقد الإجارة أو بعد انتهائها .
- ٤ - أن يكون الاتفاق بين المستأجر الجديد وبين كل من المالك والمستأجر الأول قبل انتهاء المدة، أو بعد انتهائها .

ثانياً : إذا اتفق المالك والمستأجر على أن يدفع المستأجر للمالك مبلغاً مقطوعاً زائداً عن الأجرة الدورية (وهو ما يسمى في بعض البلاد خلوا)، فلا مانع شرعاً من دفع هذا المبلغ المقطوع على أن يعد جزءاً من أجرة المدة المتفق عليها، وفي حالة الفسخ تطبق على هذا المبلغ أحكام الأجرة .

ثالثاً : إذا تم الاتفاق بين المالك وبين المستأجر أثناء مدة الإجارة على أن يدفع المالك إلى المستأجر مبلغاً مقابل تخليه عن حقه الثابت بالعقد في ملك منفعة بقية المدة، فإن بدل خلو هذا جائز شرعاً، لأنه تعويض عن تنازل المستأجر برضاه عن حقه في المنفعة التي باعها للمالك .

أما إذا انقضت مدة الإجارة، ولم يتجدد العقد صراحة أو ضمناً عن طريق التجديد التلقائي حسب الصيغة المفيدة له، فلا يحل بدل الخلو، لأن المالك أحق بملكه بعد انقضاء حق المستأجر.

وأما إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأول وبين المستأجر الجديد أثناء مدة الإجارة على التنازل عن بقية مدة العقد لقاء مبلغ زائد عن الأجرة الدورية، فإن بدل الخلو هذا جائز شرعاً، مع مراعاة مقتضى عقد الإجارة المبرم بين المالك والمستأجر الأول ومراعاة مانقضي به القوانين النافذة الموافقة للأحكام الشرعية.

على أنه في الإجازات الطويلة المدة خلافاً لنص عقد الإجارة طبقاً لما تسوغه بعض القوانين لا يجوز للمستأجر إيجار العين لمستأجر آخر. ولا أخذ بدل الخلو فيها إلا بموافقة المالك.

أما إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأول وبين المستأجر الجديد بعد انقضاء المدة فلا يحل بدل الخلو، لانقضاء حق المستأجر الأول في منفعة العين.

والجواب:

في الإجارة التي هي مدة طويلة، ولو لم يحدد المدة، فإنها تبقى قائمة حتى يتم الاتفاق بين المالك والمستأجر على تجديد العقد، أو حتى يتم الاتفاق بين المالك والمستأجر على إنهاء العقد، أو حتى يتم الاتفاق بين المالك والمستأجر على إيجار العين لمستأجر آخر.

وفي الإجارة التي هي مدة قصيرة، ولو لم يحدد المدة، فإنها تبقى قائمة حتى يتم الاتفاق بين المالك والمستأجر على تجديد العقد، أو حتى يتم الاتفاق بين المالك والمستأجر على إنهاء العقد، أو حتى يتم الاتفاق بين المالك والمستأجر على إيجار العين لمستأجر آخر.

وهذا هو الجواب على السؤال المطروح، وهو: هل يجوز للمستأجر الأول أن يتنازل عن بقية مدة العقد لقاء مبلغ زائد عن الأجرة الدورية، فيأخذ بدل الخلو؟ والجواب: نعم، يجوز له ذلك، بشرط موافقة المالك، وبشرط أن يكون المبلغ الزائد عن الأجرة الدورية هو المبلغ الذي كان المستأجر الأول يدفعه للمالك في كل سنة.

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه.

قرار رقم (٣) د ٤/٠٨/٨٨

بشأن

زكاة الأسهم في الشركات

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨ - ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ هـ. الموافق ٦ - ١١ فبراير ١٩٨٨ م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع «زكاة أسهم الشركات».

قرر ماييلي :

أولاً: تجب زكاة الأسهم على أصحابها، وتخرجها إدارة الشركة نيابة عنهم إذا نص في نظامها الأساسي على ذلك، أو صدر به قرار من الجمعية العمومية، أو كان قانون الدولة يلزم الشركات بإخراج الزكاة، أو حصل تفويض من صاحب الأسهم لإخراج إدارة الشركة زكاة أسهمه.

ثانياً: تخرج إدارة الشركة زكاة الأسهم كما يخرج الشخص الطبيعي زكاة أمواله، بمعنى أن تعتبر جميع أموال المساهمين بمثابة أموال شخص واحد وتفرض عليها الزكاة بهذا الاعتبار من حيث نوع المال الذي تجب فيه الزكاة، ومن حيث النصاب، ومن حيث المقدار الذي يؤخذ، وغير ذلك مما يراعى في زكاة الشخص الطبيعي، وذلك أخذاً بمبدأ الخلطة عند من عممه من الفقهاء في جميع الأموال.

ويطرح نصيب الأسهم التي لا تجب فيها الزكاة، ومنها أسهم الخزانة العامة، وأسهم الوقف الخيري، وأسهم الجهات الخيرية، وكذلك أسهم غير المسلمين.

ثالثاً: إذا لم تترك الشركة أموالها لأي سبب من الأسباب، فالواجب على المساهمين زكاة أسهمهم، فإذا استطاع المساهم أن يعرف من حسابات الشركة ما يخص أسهمه من

الزكاة لو زكت الشركة أموالها على النحو المشار إليه، زكى أسهمه على هذا الاعتبار، لأنه الأصل في كيفية زكاة الأسهم .

وإن لم يستطع المساهم معرفة ذلك :

فإن كان ساهم في الشركة بقصد الاستفادة من ريع الأسهم السنوي، وليس بقصد التجارة لأنه يزكيها زكاة المستغلات وتمثلياً مع ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية بالنسبة لزكاة العقارات والأراضي المأجورة غير الزراعية، فإن صاحب هذه الأسهم لا زكاة عليه في أصل السهم، وإنما تجب الزكاة في الربيع، وهي ربع العشر بعد دوران الحول من يوم قبض الربيع مع اعتبار توافر شروط الزكاة وانتفاء الموانع .
وإن كان المساهم قد اقتنى الأسهم بقصد التجارة، زكاها زكاة عروض التجارة، فإذا جاء حول زكاته وهي في ملكه، زكى قيمتها السوقية وإذا لم يكن لها سوق، زكى قيمتها بتقويم أهل الخبرة، فيخرج ربع العشر ٥، ٢٪ من تلك القيمة ومن الربح إذا كان للأسهم ربح .

رابعاً: إذا باع المساهم أسهمه في أثناء الحول ضم ثمنها إلى ماله وزكاه معه عندما يجيء حول زكاته . أما المشتري فيزكي الأسهم التي اشتراها على النحو السابق .

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه .

قرار رقم (١) د ٤ / ٠٨ / ٨٨

بشأن

انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨ - ٢٣ جمادى الآخر ١٤٠٨ هـ، الموافق ٦ - ١١ فبراير ١٩٨٨ م. بعد إطلاعهم على الأبحاث الفقهية والطبية الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع «انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً».

وفي ضوء المناقشات التي وجهت الأنظار إلى أن هذا الموضوع أمر واقع فرضه التقدم العلمي والطبي، وظهرت نتائجه الإيجابية المفيدة والمشوبة في كثير من الأحيان بالأضرار النفسية والاجتماعية الناجمة عن ممارسته دون الضوابط والقيود الشرعية التي تصان بها كرامة الإنسان، مع أعمال مقاصد الشريعة الإسلامية الكفيلة بتحقيق كل ما هو خير ومصلحة غالبية للفرد والجماعة، والداعية إلى التعاون والتراحم والإيثار.

وبعد حصر هذا الموضوع في النقاط التي يتحرر فيها محل البحث وتنضبط تفسيراته وصوره وحالاته التي يختلف الحكم تبعاً لها.

قرر مايلي:

من حيث التعريف والتقسيم:

أولاً: يقصد هنا بالعضو أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرنية العين. سواء أكان متصلاً به، أم انفصل عنه.

ثانياً: الانتفاع الذي هو محل البحث، هو استفادة دعت إليها ضرورة الاستفادة لاستبقاء أصل الحياة، أو المحافظة على وظيفة أساسية من وظائف الجسم كالبصر ونحوه على أن يكون الاستفادة يتمتع بحياة محترمة شرعاً.

ثالثاً: تنقسم صور الانتفاع هذه إلى الأقسام التالية:

١ - نقل العضو من حي

٢ - نقل العضو من ميت

٣ - النقل من الأجنة

الصورة الأولى: وهي نقل العضو من حي، تشمل الحالات التالية:

(أ) نقل العضو من مكان من الجسد إلى مكان آخر من الجسد نفسه، كنقل الجلد والغضاريف والعظام والأوردة والدم ونحوها.

(ب) نقل العضو من جسم إنسان حي إلى جسم إنسان آخر. وينقسم العضو في هذه الحالة إلى ما تتوقف عليه الحياة وما لا تتوقف عليه.

أما ما تتوقف عليه الحياة، فقد يكون فردياً، وقد يكون غير فردي، فالأول كالقلب والكبد، والثاني كالكلية والرئتين.

وأما ما لا تتوقف عليه الحياة، فمنه ما يقوم بوظيفة أساسية في الجسم ومنه ما لا يقوم بها. ومنه ما يتجدد تلقائياً كالدم، ومنه ما لا يتجدد، ومنه ما له تأثير على الأنساب والموروثات، والشخصية العامة، كالخصية والمبيض وخلايا الجهاز العصبي، ومنه ما لا تأثير له على شيء من ذلك.

الصورة الثانية: وهي نقل العضو من ميت:

ويلاحظ أن الموت يشمل حالتين:

الحالة الأولى: موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلاً نهائياً لا رجعة فيه طبياً.

الحالة الثانية: توقف القلب والتنفس توقفاً تاماً لا رجعة فيه طبياً. فقد روعي في كلتا الحالتين قرار المجمع في دورته الثالثة.

الصورة الثالثة: وهي النقل من الأجنة، وتتم الاستفادة منها في ثلاث حالات:

حالة الأجنة التي تسقط تلقائياً.

حالة الأجنة التي تسقط لعامل طبي أو جنائي.

حالة «اللقائح المستنبطة خارج الرحم».

من حيث الأحكام الشرعية :

أولاً : يجوز نقل العضو من مكان من جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه، مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضرر المترتب عليها، وبشرط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود أو لإعادة شكله أو وظيفته المعهودة له، أو لإصلاح عيب أو إزالة دمامة تسبب للشخص أذى نفسياً أو عضوياً.

ثانياً : يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائياً، كالدم والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية، وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة.

ثالثاً : تجوز الاستفادة من جزء من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلّة مرضية لشخص آخر، كأخذ قرنية العين للإنسان ما عند استئصال العين لعلّة مرضية.

رابعاً : يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر.

خامساً : يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها كنقل قرنية العينين كليتهما، أما إن كان النقل يعطل جزءاً من وظيفة أساسية فهو محل بحث ونظر كما يأتي في الفقرة الثامنة.

سادساً : يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك. بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته أو بشرط موافقة وليّ المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له.

سابعاً : وينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها مشروط بأن لا يتم ذلك بوساطة بيع العضو. إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما.

أما بذل المال من المستفيد، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريماً، فمحل اجتهاد ونظر.

ثامناً : كل ما عدا الحالات والصور المذكورة، مما يدخل في أصل الموضوع، فهو محل بحث ونظر، ويجب طرحه للدراسة والبحث في دورة قادمة، على ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية.

كتب رسائل في الفقه

الفقه الأصولي دراسة تحليلية نقدية

المؤلف :

الأستاذ الدكتور/ عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان - الأستاذ بقسم الدراسات العليا الشرعية - جامعة أم القرى - مكة المكرمة .

يقع الكتاب في ٤٩٢ صفحة من الحجم المتوسط ، وقد استهله المؤلف بمقدمة أبان فيها أنه بدأ البحث في الفكر الأصولي عبر خمسة قرون ، ابتداء من القرن الأول الهجري حتى بداية القرن السادس . . ومع إدراك المؤلف لصعوبة التأليف في هذا العلم النفيس من العلوم الخالدة التي تميزت بها حضارة أمتنا عن سائر الأمم إلا أنه صابر وثابر لإخراج هذا الكتاب قائلاً : «إنه عمل جدير بكل ذلك خاصة في هذه الفترة حيث اتجهت فيها الأمة الإسلامية للبحث عن ذاتها ومقوماتها الحضارية ، تتحسس الأسباب والوسائل التي حققت لها تلك الأبعاد الفكرية والحضارية ولا ينازع أحد أنه استقام لها الأمر وحققت ما حققته من حضارة إسلامية إنسانية عندما قامت دعوتها على أسس علمية سليمة يأتي في طليعتها الاهتمام بعلم أصول الفقه حيث يمثل قانون الفكر الإسلامي ومعايير الاستنباط فيه .

وقد قسم المؤلف الكتاب إلى ثلاث مراحل تاريخية هي مرحلة البداية وتبدأ بعصر الصحابة رضوان الله عليهم حتى نهاية القرن الثالث الهجري ، وقد أشار المؤلف إلى تطور العلوم الإسلامية في هذه المرحلة ودور الرسول ﷺ في المجتمع الإسلامي ، ومنهج الصحابة واستنباط الأحكام الشرعية مع أمثلة تطبيقية من درايتهم الأصولية . كما أوضح عن دور أصول الفقه في زمن التابعين وتابعيهم .

أما مرحلة التطور فتبدأ بالقرن الرابع الهجري حتى نهايته ، وقد أشار المؤلف إلى الحركة العلمية فيها بعامة والأصولية بخاصة كما حلل أهم مدونات الأصول في القرن الرابع الهجري .

أما مرحلة الاكتمال فتتمثل في القرن الخامس وأوائل القرن السادس وقد أوضح المؤلف فيها عن الحركة العلمية والمؤلفات الأصولية مع تحليل أهم مدونات أصول الفقه في هذه المرحلة.

والكتاب يعتبر بحق دراسة تحليلية متميزة لعلم أصول الفقه قبل وبعد تدوينه ومؤلف الكتاب معروف بمؤلفاته وأبحاثه المتميزة في الفقه الإسلامي ولا شك أنه بهذا الكتاب قد أضاف إلى علم أصول الفقه دراسة علمية متميزة تضاف إلى الدراسات والبحوث التحليلية العلمية التي عرفتها أمتنا في عصورها الزاهرة فكانت رافداً هاماً من روافد حضارتها عبر مدارج التاريخ.

إن طريقة المؤلف في التحليل، وعلى هذا النحو من الدقة، وبراعة العرض، وسلامة المنهج تدل بوضوح على قدرة أبناء أمتنا على متابعة منهج السلف الأبرار في خدمة شرع الله وسنة رسوله المصطفى محمد ﷺ.

نظرية الضمان

أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة

تأليف:

الدكتور وهبه الزحيلي - استاذ الفقه الإسلامي وأصوله في كليتي الشريعة والحقوق بجامعة دمشق وعميد كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة سابقاً.

والكتاب يقع في ٣٦٦ صفحة من الحجم المتوسط. وقد بين المؤلف في مقدمته أنه «... يبحث في نظرية ضمان الأنفس والأموال بسبب الاعتداء عليها عمداً أو خطأ، مما يؤدي إلى هلاكها أو تلفها ويوجب تعويض صاحبها عنها، حفاظاً على الحقوق، وصيانة لها من كل أذى، وتطبيقاً لمبدأ العدالة التي قامت عليها شريعة الآله».

كما أن للضمان أهمية كبرى في نطاق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لأن أكثر المنازعات تقع فيه، وسؤال العلماء يتردد عنه مراراً... ومن المعلوم أن الفعل الضار أو غير المشروع هو أهم مصادر الالتزام في الشريعة والقانون المدني، ومصادر الالتزام شرعاً خمسة هي: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل الضار، والعمل النافع، والشرع. وهي تقابل عند القانونيين: (العقد، الإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون).

ثم قال المؤلف في مقدمته للكتاب «وليسَت المسؤولية الجنائية أقل أهمية من المسؤولية المدنية، بل إنها على العكس أعظم خطورة، وأكبر إثماً، وأفحش أثراً، فهي تنشأ عن جريمة تضر بالمجتمع، والعقوبة فيها على الأكثر - على حد تعبير الشرعيين - من حقوق الله تعالى أي حق المجتمع، أما المسؤولية المدنية فتتنبأ عن جريمة لا تمس إلا الفرد المتضرر، والعقاب فيها من حقوق العباد والأشخاص».

وقد اهتم المؤلف ببيان النواحي العملية والحلول الواقعية لمشكلة التضمين، موضعاً الحالات التي تستوجب الضمان عند فقهاء الشرع. ومبيناً أن منهجه في البحث هو عرض ما عليه فقه المذاهب الأربعة أولاً في نظرية الضمان وبيان حالات الانتفاق والاختلاف فيما بينها في أهم المسائل، مع اعتبار المذهب الحنفي هو الأساس العام للأحكام المذكورة.

وقبل تعريف الضمان أشار المؤلف إلى أن اعتماد نظرية الضمان في الفقه الإسلامي يمكن أن يتم بما وضعه الفقهاء من قواعد تعتبر أساساً لمبدأ عام وبما ذكره من فروع فقهية في أبحاث الغصب والإتلاف والجنايات وعقوبات الجرائم المقدرة وغير المقدرة (الحدود والتعازير) ثم عرف الضمان بأنه . . . الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية .

والكتاب يعتبر مرجعاً في نظرية الضمان ، والمؤلف معروف بأبحاثه الفقهية الكثيرة .

أحكام الطريق في الفقه الإسلامي مقارنة مع نظام المرور في المملكة العربية السعودية

هذه رسالة دكتوراه قدمها الباحث سليمان بن عبدالله الدخيل لنيل درجة الدكتوراه من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية وتقع هذه الرسالة في ٥٨٤ صفحة ابتدأها الباحث بمقدمة أوضح فيها أسباب اختياره للبحث في هذا الموضوع ومنها: ما جد من وسائل النقل والمواصلات الحديثة من سيارات وطائرات وقطارات ودراجات وغير ذلك والتي طغت أو كادت على الوسائل القديمة من الدواب والسفن وأصبحت من ضرورات الحياة.

ومن هذه الأسباب رغبة الباحث في بيان قدرة الشريعة الإسلامية على مسايرة أي تقدم أو اختراع في أي مجال من مجالات الحياة.
وتشتمل الرسالة على تمهيد وأربعة أبواب وخاتمة.

وفي الباب الأول تكلم الباحث عن وصف الطريق وما ينبغي من توفر أسباب السلامة فيه وقد تطرق في مباحث هذا الباب إلى تعريف الطريق وملكيته وحكم فتحه وأنواعه وعلاماته وعلامات نظام المرور وأنواعها والإشارات ومدلول علامات المرور والغرض منها. وفي الباب الثاني أوضح صاحب الرسالة حكم الانتفاع بالطريق والقواعد التي ينبغي التقيد بها أثناء السير فيه. وفي الباب الثالث بين بالتفصيل الأحكام المترتبة على الأضرار الناشئة عن استعمال الطريق ومنها: حكم ضياع ما تلف من نفس أو مال بسبب استعماله. وفي الباب الرابع أوضح صاحب الرسالة الأحكام الخاصة بحماية الطريق وصيانه من الأذى وحكم وضع الأذى فيه.

وقد ختم الباحث أطروحته بعدد من النتائج منها أن نظام المرور في المملكة العربية السعودية يدور على تحقيق السلامة لمن سار في الطريق على قدميه أو مركبته فيدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) وبالتالي فإن النظام سائر على أحكام الشريعة الإسلامية ومن هذه النتائج أن الطرق والشوارع من أهم المرافق العامة الواجب تحقيقها وأن الطريق مباح المرور فيه لكل إنسان المرور فيه بنفسه ودوابه ومركبته بشرط سلامة العاقبة من مروره فيها يمكنه الاحتراز.

والرسالة في مجملها دراسة علمية تشتمل على كثير من التفاصيل عن الطريق واستيعاب الأحكام اللازمة للانتفاع منه ولا شك أن لهذه الرسالة ومثيلاتها فوائد جمة لما تشتمل عليه من جمع الأحكام والقواعد المتناثرة في كتب الفقه حول قضية أو موضوع ما.

مطالعہ دارالاحیاء - تلفون: ۸۵۲۱۶۱

- Badhl** : To give generously.
- Bay'** : Selling or trading - is the transfer of the corpus for a consideration, and is diametrically opposed to Riba (usury or interest) which is illegal and invalid.
- Baya'ah** : Pledge of allegiance.
- Bara'a** : Acquittal from a promise or agreement, if the enemy abrogates it.
- Bari** : Not guilty, innocent from a charged accusation.
- Batil** : Void, null.
- Bayina** : Evidence, proof to be supplied by the accuser.
- D**
- Dhimmi** : A non-muslim subject who lives in the Islamic state.
- Dalil** : Evidence in court. Also used to mean an injunction from the Holy Qurān or the Sunnah of the Prophet of Islam.
- Diyah** : A prescribed sum of money levied on the caused person in an accident killing or severe injury to be given to the heirs of the deceased or the severely injured person; blood money.
- Dārul-Harb** : Territory of enemy; abode of war.
- Dārul Islam** : Territory of Islam; abode of Islam.
- Dārul Sulh** : Territory at peace with Islam.
- Darar** : Damage.
- Da'wa** : Suit, claim, action - used in conjunction with courts of law.
- Da'wa** : Propagation of Islam, teaching Muslims, spreading their religion of Islam among non-muslims.
- Daman** : Surety, suretyship.

A SELECTED LIST OF ISLAMIC LEGAL TERMS

* Compiled by: Nezar Al Aqeel

A

- Āhadith plural hadith) : Prophetic tradition or a short account of some Act or Word of the Prophet Muhammad (peace be upon him). See also Sunnah.
- Akhlāq : Literally morals; covers nature, disposition habits and manners of a man.
- Ahal Al Hal wa Al-'Aqd : Council of those who resolves and prescribes i.e. body which plays the role of legislature and counselling.
- 'Aqd (plural 'uqud) : A legal undertaking; a contract.
- 'Aa'l : Mind-Reason-Rationality.
- 'Ariyaa : Loan - is the transfer of manfa'a, the usufruct, without a consideration of award.
- 'Adala : Probity - a prerequired quality in a muslim to be accepted as a witness inside a court of law or outside it. (2) Justice.
- 'Ahd : Covenant, binding agreement or promise, pact.
- Ard Mawāt : Dead land; not owned by anyone.
- Ahliya : Legal capacity, competence, aptitude.
- Aseer : Prisoner of war.
- 'Ain : The corpus of a thing.

* A.B. M.L.Sc.

deceased before his death, or from his inheritors, or the permission of the Guardian of Muslims if the deceased was unidentified or has no heirs.

Seventhly

It should be noted that the agreement on the transplant of organs in the case allowed is preconditioned that the transplanted organ should not be subject for sale, because the sale of human organs is not permissible in any way.

The payment of money by recipients of organs or out of necessity or as compensations or rewards is still in need of further study.

Eighthly

All cases pertaining to this subject other than the aforementioned cases and forms are still under discussion and should be subjected to more research in future sessions and in consideration of the medical and Sharia rules.

- when embryos are aborted as a result of miscarriage.
- when embryos are aborted either for medical or criminal reasons.
- when the embryo is externally developed “test tube babies”.

The Sharia Rules and Legislations

Firstly

It is allowable to remove an organ from the body of a person and transplant that organ in another part of the same body after assurances that the expected benefit from this operation is more than its resultant damage; and on condition that the operation is performed to replace a lost organ or return it to its former shape or its usual function; or, the removal of ugliness or a defect which might cause psychological damage.

Secondly

It is allowable to transplant an organ from the body of one person to the body of another person if that organ is self-renewing such as blood and skin, on the condition that the donor is in complete legal capacity and the other legal considerations are met.

Thirdly

It is allowable to utilize a part of a removed organ, for medical reasons, e.g. the use of cornea when the eye is removed.

Fourthly

It is prohibited to remove and transplant a life depending organ like the heart from a living person to another person.

Fifthly

It is prohibited to remove and transplant an organ from a living person and as a result of this removal a basic function of the body is damaged, even if his life itself is not affected. But if the removal could cause damages to a part of a basic function, then further discussions are needed to reach a resolution.

Sixthly

It is allowable to transplant an organ from a dead person to another person whose life or a basic function is depending on that transplant on condition that prior permission is obtained from the

such as sight; on condition that the beneficiary of this transplant is leading a respectable life according to Sharia.

Thirdly

Transplant has three forms:

- 1) Transplant of an organ from a living person.
- 2) Transplant of an organ from a dead person.
- 3) Transplant of an organ from embryos.

The first form - which is the transplant from a living person - could be done under the following circumstances:

- A) The removal and transplant of an organ from one part of the body to another part of the same body, for instance the transplant of skin, cartilage, bones veins and the like.
- B) The removal and transplant of an organ from the body of a living person to the body of another person. The organ in this case should be verified whether or not it is a life depending? Such life depending organs are either unilateral organ like the heart, liver or bilateral like the kidneys and the lungs.

The no-life depending organs are either (1) organs performing a basic function in the body or otherwise. Or (2) they are organs which renew themselves automatically like blood, and those which do not renew themselves. Other organs affect the genes and some others do not have that effect.

In the second form the transplant is made from a dead person. It should be noticed that death can be certified as such:

- in the first case which is the death of the brain as manifested in its total non-functioning as assessed clinically.
- in the second case which is the total stop of the heart beat and breathing as assessed clinically.

In the two cases the resolution of the Council in its third session was taken into consideration.

In the third form in which the transplant is from embryos, and this can be benefitted from in three cases:

RESOLUTION NO. 1 D 4/08/88

ORGANS TRANSPLANT

In its fourth session held in Jeddah, Saudi Arabia, during the period 18-23 Jumadah II 1408 corresponding to 6-11 February 1988 the Council discussed the subject of organs transplant either from a dead or living person to be utilized by another person. After reviewing the medical and Fiqh researches and view points and after elaborate discussions the Council made these explanations.

The subject of organs transplant is now an evident every day practice which has been imposed by the scientific and medical progress, resulting in positive useful achievements, which are, nevertheless, accompanied by some disadvantages either on the psychological or social level because of the uncontrolled practice of the organs transplants which are sometimes carried out without any Sharia legal precautions and regulations. These Sharia precautions and regulations are meant for the security of the human dignity and the achievement of all good and the fulfillment of the interests of the individual and the community and calling for cooperation and self-negation.

After verification of the aspects of the subject, the Council decided the following:

Definition and Division

Firstly

What is meant by "organ" here is any part of the human body be that tissues, cells, blood or others whether removed from the body or still in its place.

Secondly

The transplant and the benefit of the reutilization of the organ, which is the subject of our research, is initiated by necessity to maintain life or to preserve a basic function of the human body

In case that a share holder fails to obtain the amount of his share on which zakat is due, the following are to be considered:

If he contributed his shares in the company with the intention of benefitting from the yearly income yield of these shares (and not with the intention of trading in these shares, in which case he would be paying zakat of these shares in the form of zakat of exploitation) and in accordance with resolution of Majma'a Al Fiqh Al Islami in its second session on the zakat of real estates and leased lands-non-arable-zakat in this case is not obligatory on the origin of the share, but only obligatory on the yield from this share which is equivalent to one quarter of the tenth or 2.5% after the passage of the period of one year from the day that yield is received and in consideration of the conditions for the payment of zakat and freedom from hindrance.

If the share holder obtained these shares with the intention of trading in them he should pay zakat of "trade items" for his shares. After the passage of the period of one year and these shares are still in his ownership, they should be reevaluated by experts and the quarter of the tenth of their actual value on them and the profit or 2.5% is due to be paid as zakat.

Fourthly

If the share holder sells out his shares, he adds the amount of their price to his money and pay zakat for the whole amount after the completion of the required period of time. As for the buyer of the shares he should pay zakat for the shares as stated previously.

RESOLUTION NO. 3 D4/08/88

ZAKAT OF SHARES IN COMPANIES

In its fourth session held in Jeddah, Saudi Arabia, within the period 18-23 Jumadah II 1408 corresponding to 6-11 February 1988 the Council of Majma'a Al Fiqh Al Islami discussed the subject of the Zakat of Shares in Companies. After deliberations and studies the Council decided the following:

Firstly

The zakat of shares is obligatory. Share holders must pay the zakat due on their shares in a company. The management of the company should pay the zakat on behalf of the share holders if the founding law of the company states that or if there was a resolution from the general assembly of company or if the government regulations oblige the companies to pay zakat as such or if there was authorization from share holder to company management to pay zakat on his behalf.

Secondly

The management allocates the amount of the zakat from the total amount of shares as if belonging to one person, in consideration of the minimum amount of money and the type of money and the legitimate duration and all the other considerations taken into account in the calculation of zakat. The shares on which zakat is not obligatory are excluded such as the shares of the public treasury, the shares of charity and endowments and the shares of the non-muslims.

Thirdly

If the management of the company does not pay zakat for one reason or another, the share holders are obliged to pay zakat for their shares. A share holder can obtain from the company accounts the amount of his shares and hence pay zakat accordingly.

Thirdly

If there was agreement between the owner and the tenant within validity of contract that the former pays a certain amount of money for the later to abdicate his right in the leased facility for the remaining period of contract, this kind of purchase of rent is legally allowable because it is considered as compensation to the tenant for his willful abdication of his contractul right in that lease.

However, if the contract between owner and tenant expires before this agreement, and the contract is not renewed either explicitly or implicitly, as in the case of automatic renewal, this kind of purchase of lease is not legal and is not allowable, because the owner is the person who has the right in his estate after the termination of the lease period.

Fourthly

If there was agreement between the incumbent tenant and the new tenant within the period of validity of contract that the former abdicates his right in the leased facility for the remaining period of contract for a certain amount of money paid by the later, then this kind of purchase of lease is legal and allowable, with considerations of the terms of the rent contract, between the first tenant and the owner and in accordance with current regulations in agreement with the Sharia laws.

Nevertheless, in the case of long period of lease contracts, contrary to the statement of contract and although some laws permit that, it is not permissible for the incumbent tenant to lease the facility he is renting or obtain a compensation for releasing it without the prior approval of the owner of estate.

In case that the period of lease is expired, the agreement between the previous tenant and new tenant is invalid and the purchase of lease is considered illegal, because the owner is the only person who has the right to benefit from his estate or facility after the termination of lease period.

RESOLUTION NO. 6 DA/08/88

THE PURCHASE OF LEASE

In its fourth session held in Makkah as from 18-22, Jumadah II 1408 corresponding to 6-12 February, 1988 the Council discussed the subject of the purchase of lease. After extensive discussion the Council decided the following.

Firstly

The agreement on the purchase of lease is of four types, such as:

- 1) When agreement is between the real estate owner and tenant (1) at the initiation, (2) at the commencement, (3) at the beginning of contract.
- 2) When agreement is between the real estate owner and tenant either within the period of validity of contract or at the termination of it.
- 3) When agreement is between the incumbent tenant and a would be tenant either within the period of validity of contract or at the termination of it.
- 4) When agreement is between a new tenant and both the real estate owner and the previous tenant within the period of validity of contract or at the termination of it.

Secondly

If the real estate owner and the tenant agreed that the tenant should pay an extra sum of money "called purchase of lease", in addition to the periodical regular rent it is allowable according to Sharia, this sum of money be paid and be considered as part of the rent for the agreed period of time. In case of abrogation of contract this amount of money paid is to be considered in accordance with the rules of rent.

RESOLUTION NO. 3 D3/07/86

**INVESTMENT OF ZAKAT IN
PROJECTS WITHOUT OWNERSHIP OF
BENEFICIARIES**

In its third session held in Amman, Jordan, between 8-13, Safar, 1407 corresponding to 11-16 October, 1986, the Council of Majma'a Al Fiqh Al Islami reviewed the researches presented on the subject of the Investment of Zakat in Projects without "Ownership of Beneficiaries" and discussed all points of view from different experts and reached the following decision:

As a matter of principle it is allowable to invest the money collected from Zakat in income yielding projects which will eventually end in the ownership of the Zakat beneficiaries or to be owned by the body responsible of Zakat collection and distribution. This can be achieved after satisfying the immediate needs of beneficiaries and provide for the sufficient guarantees of being free from risks, and probable loss.

The sixth method: Insemination takes place externally between the ova of the wife and the sperm from her husband and then the seminated ova is again planted in the wife's womb.

The seventh method: Insemination takes place internally when a sperm from the husband is injected in the wife's womb.

After extensive discussion and reviewing of all opinions the Council decided the following:

According to Sharia, the first five methods are "haram", illegitimate and strictly forbidden in themselves because of what would result from them as in the confusion of kinship and lineage, the loss of maternity and the fall into pits of restrictions.

As for the sixth and the seventh methods, the Council decided that it is allowable to revert to those two methods at the time of necessity after taking all necessary precautions. And Allah is all knowing.

(2) FATAWA AL MJMA' AL FIQHI AL ISLAMI IN THE ISLAMIC CONFERENCE ORGANIZATION

RESOLUTION NO. 4 D3/07/86

TEST TUBE BABIES:

In its third session held in Amman, Jordan, from 8 to 13, Safar, 1407 corresponding to 11-16 October, 1986 the Council of Majma'a Al Fiqh Al Islami discussed the subject of artificial insemination or what is termed as the "test tube babies". After listening to the different points of view and the extensive explanation from experts and physicians, the Council reached these conclusions:

There are seven methods of artificial insemination known to us these days.

The first method: Insemination takes place externally between the sperm of a husband and an ova of a woman, other than his wife and the seminated ova is then replanted into the womb of man's wife.

The second method: Insemination takes place externally between the ova of a wife and the sperm of a man other than her husband and then the seminated ova is replanted in the wife's womb.

The third method: Insemination takes place externally between the sperm and ova of a married couple and the seminated ova is then transplanted in the womb of a volunteer woman.

The fourth method: Insemination takes place externally between the ova and sperm of unmarried people and the seminated ova is then planted in the womb of the wife.

The fifth method: Insemination takes place externally between the ova and the sperm from married couple and the seminated ova is then planted in the womb of another wife.

RESOLUTION NO. 11

**ON ENDOWMENT INCOME
EXPENDITURE**

In its tenth session held in Makkah during the period 24 Safar to 28 Safar 1408 corresponding to 17-21 October 1987, the Council of Al Majma'a Al Fiqhi Al Islami in the World Muslim League, discussed the question on the expenditure of the income from endowments on public interests raised to the Council by Abu Baker Muhieddin, head of the Islamic Call - Da'awa - In Singapore. After deliberations and discussion the Council decided the following:

If the income of an endowment was not, as a condition, allocated to a certain body, the income obtained from it can be spent on public interests. But if the endowment's income was allocated to a certain institution or body the Council decides that it is not permissible to spend that income on public expenditure.

MEMBERS OF AL MAJMA'A AL FIQHI AL ISLAMI

Abdul Aziz Ibn Abdullah Ibn Baz	President
Dr. Abdullah Omar Nassif	Vice President

MEMBERS

Muhammad Ibn Jabeer	Member
Abdullah Al Abdel Rahman Al Bassam	Member
Muhammad Ibn Abdullah Ibn Sabeel	Member
Muhammad Mahmoud Al Sawaf	Member
Muhammad Rasheed Raghieb Qabbani	Member
Dr. Bakr Abu Zaid	Member
Saleh Ibn Fawzan Al Fawzan	Member
Mostafa Ahmad Al Zarqa	Member
Abul Hassan Ali Al Hussni Al Nadwe	Member

MEMBERS OF AL MAJMA'A AL FIQHI AL ISLAMI

Abdul Aziz Ibn Abdullah Ibn Baz President

Comment: I think that collective Ijtihad is not a condition. A Jurist may make his own independent reasoning.

Dr. Abdullah Omar Nassif Vice President

MEMBERS*

Muhammad Ibn Jabeer	Member
Saleh Ibn Fawzan Ibn Abdullah	Member
Mostafa Ahmad Al Zarqa	Member
Saleh Ibn Uthaimin	Member
Muhammad Al Shazali Al Naiffar	Member
Dr. Ahmad Fahmi Abu Sinnah	Member
Dr. Bakr Abu Zaid	Member
Muhammad Ibn Salim Ibn Abdel Wadood	Member
Abdullah Al Abdel Rahman Al Bassam	Member
Muhammad Ibn Abdullah Ibn Sabeel	Member
Muhammad Mahmoud Al Sawaf	Member
Muhammad Ridha Qabbani	Member
Abubakar Jumi	Member
Muhammad Al Habib Ibn Al Khuja	Member
Mabrook Ibn Masoud Al Awadi	Member
Dr. Tallal Omar Bafaqeh	Secretary

* Absent from this session were Dr. Yusuf Al Qaradawe, Dr. Muhammad Rashidi, Sheikh Abdul Qaddoos Al-Hashimi, General Mahmood Shait Khattab, Sheikh Hassanain Muhammad Makhloof and Sheikh Abul Hassan Ali Al Hussni Al Nadwe.

- 3) The Mujtahid should meet all conditions and qualifications. He should grasp all means for attaining the level of Ijtihad so as to be able to understand the aims of legislation in the Holy Book and the Sunnah of the Prophet, peace be upon him.
- 4) Guidance and reference should be sought from the predecessors so that Ijtihad follows the right path. A new issue should not be approached without the prior knowledge of what the predecessors thought of similar issues. Assistance should also be sought from the exemplary Imams so that contemporary Mujtahids should not go astray.
- 5) There is a golden principle to bear in mind, "where there is a text (Nuss) there is no Ijtihad". When the quotation is final and confirmative, so as not to leave any room for confusion.

Ijtihad can be divided into four parts:

- 1) The absolute Mujtahid such as the Imams, "leaders", who are followed as examples.
- 2) The Mujtahid who follows one mazhab (there are four cases mentioned by the fundamentalists).
- 3) The Mujtahid in preferences.
- 4) The mujtahid in one aspect or one subject or more, which is permissible indicating that Ijtihad can be subdivided.

For all these reasons, the Council decided the following:

- 1) The need for Ijtihad in our present time is pressing. There are new cases and problems which were not faced by the past generations and no doubt there will appear new problems in future.

Prophet Muhammad - peace be upon him, approved for Mu'ath Ibn Jabbal to attempt Ijtihad when he did not find reference in the Quran or in the Sunnah. Mu'ath said "I exert my efforts and hesitate not". Through Ijtihad Islam renews itself and its validity for all ages and is applicable in solving all problems emerging in modern inter-relations and modern investment trends and other social problems.

The council also called for the establishment of a center for the collection of Fatawa and the researches of the Islamic conferences, and provide all the universities and Sharia and Islamic studies colleges with these collections.

- 2) The Council recommends that Ijtihad should be done collectively as it used to be at the early times of Islam, during the eras of Khalifas, - blessings upon them - Al Shatibi narrated in his book "Al Muwaffaqat" that Khalifa Omar Ibn Al Khattab used to assemble a group of well learned men and decision makers who would deliberate and pass their judgement on a certain question. This tradition was followed by all jurists of later times. References of this is what Al Hafiz Ibn Hajar narrated that the seven jurists used to discuss any new problem and reach a verdict on it collectively and that a judge would not pass any judgement before consulting them.

RESOLUTION NO. 3

ON IJTIHAD OR INDEPENDENT REASONING

In its eighth session held in Makkah at the World Muslim League Headquarters between the period 27 Rabie II 1405 to 8 Jumadah I 1405 H corresponding to 18-29 January 1985, Majma'a Al Fiqh Al Islami discussed the question of IJTIHAD, independent reasoning which can be defined as the effort exerted in the search of knowledge of the Sharia Rules and judgements by way of making new deductions and extractions from the Sharia Texts (Evidence).

The basic framework of Ijtihad prerequisites complete knowledge of the conditions - of the rules - without which this purpose can not be reached. One should be well qualified before attempting Ijtihad.

Allah says:

If a contingent

From every expedition

Remained behind,

They could devote themselves

To studies in religion.*¹

This verse shows that the study of religion requires full time attention to enable one to reach the correct meaning and explanation.

Al Suyouti elaborated in one of his books the mandatory obligation of Ijtihad and that it is still eminent and it is not disconnected. The doors to Ijtihad are still open with the unanimous agreement of all jurists on this point. It is open for every qualified muslim fulfilling all the conditions pertaining to this question. The only problem is that the wills of muslims are falling short of achieving the required level for Ijtihad manifested in being well-versed in the knowledge of the Quran, the purified Sunnah, the fundamentals of Fiqh, the circumstances of contemporary life, the objectives and goals of the Sharia, the principles of preference as applied on conflicting evidences and above all to be just, pious and trustworthy.

*1 Sura Tauba verse 122.

Muhammad Mahmoud Al Sawaf	Member
Muhammad Ibn Abdullah Ibn Sabil	Member
Muhammad Al Shazali Al Naiffar	Member
Abdul Quddous Al Hashimi	Member
Abul Hassan Ali Al Hussni Al Nadwe	Absent
Hassanain Muhammad Mukhloof	Absent
Mahmood Shait Khattab	Absent
Muhammad Abdul Rahim Al Khalid	Member Secretary

mitigation unless that difficulty exceeds the normal limits like the inability of a sick person to perform prayers standing or fast during Ramadan or inability of a disabled person to go out for jihad. In these cases a release of that obligation or mitigation is to be considered. When there is exhaustive difficulty because of exceptional emergency, exceptional consideration must be taken into account to alleviate that exhaustion. Abu Isshaq Al Shatibi narrated many examples and cases together with the Sharia rules in his book "Al Muwafaqat Fi Osool Al Sharia".

It is deduced from all of the above that the normal losses in trade because of the market fluctuations does not affect the contracts because this is the nature of trade. But when that loss is caused by some emergency circumstances in which case exceptional considerations are to be furnished for.

Ibn Al Qayyum says in A'Alam Al Muwaqi'een "Allah sent His Messengers, and sent down His Books with justice on which the heavens and the earth were founded. Any matter brought out of justice to injustice, or from the interest to the opposite, is therefore not in compliance with the legislation from Allah. Whenever the signs of justice appear on the aspects of any matter, then the legislation from Allah incompasses that matter".

The short comings of the contracting parties is revealed by the terms of their contract and its conditions which can not be ignored. A contract can not be taken to the letter whatever the results might be because in the Fiqh of Sharia the aim of a contract is in its objective and meaning and not in its words and structure.

Interference in these cases of long term, relaxed contracts is recommendable so as to find just solutions and alleviate injustice. This kind of interference is the responsibility of the judiciary in the light of these principles and texts which pave the way and throw some light for finding the wise correct Sharia solution to such innovated essential cases. The Islamic Fiqh recommends the following:

- i) In the case of long term, relaxed, contracts (such as import, supply and construction contracts) if the conditions changed so greatly that it changed prices and costs of

Al Kasani, one of the Hanafi jurists said in Bada'e Al Sana'e, volume 4, page 197, "the cancellation of a contract is in reality avoidance of obliged damage and the refusal of cancellation at the time of emergence of excuse is in itself a violation of the contract. It is ridiculous to compel somebody to extract a tooth even after the pain is gone."

The jurists of different mazahib mentioned similar cases of emergency circumstances in various stages of farming including lease of plantation, similar to contracts of lease.

- G) Prophet Muhammad, peace be upon him, and all his companions after him and all the jurists of mazahib decided that in the case of disasters which affect the yields and crops in the form of cold, heat, locusts, worms, insects or any other pests, the price of what has been destroyed by the disaster should be deducted from the price of the whole crop as it was sold on its trees. If damage affected all the crop, then the whole price is taken back.

- H) Prophet Muhammad, peace be upon him, said "No damage and no harm". The jurists of all Fiqh mazahib have adopted this saying and considered it a basic legislative principle from which branched many legal suppositions for the avoidance of harm and removing it in all aspect of dealings.

There is no doubt that any contract concluded between two parties and according to its own terms would be binding to both parties in fulfillment to what Allah says in His Book

**Oh ye who believe
Fulfill all obligations*¹**

But the binding obligatory power of a contract is not more powerful than the Sharia text which is abiding to all the people addressed. The Council concluded that the difficulty which one meets in carrying out an obligation does not cancel that obligation. For instance the difficulty met in performing prayers does not cancel the prayers, the difficulty of hunger and thirst does not cancel fasting, and would not necessitate

*1 Sura Ma'ida verse 1.

cultivation; the tenant in these cases has the option of cancelling the contract of lease, because the profit from that lease can not be fulfilled. But if the apprehension was particular to the tenant like being afraid of his enemies proximity he does not have the right to cancel the contract of lease because his excuse does not totally prevent from profiting from the lease".

- C) Imam Nawawe said in Rawdat Al Talibeen, volume 5, page 239, that lease contract is not cancelled by personal excuses, be that lease of facility or lease for wage. For example, if someone rents a camel (vehicle) to travel on but he gets sick and fails to travel; or rents a shop, but changes his mind because the tools he intended to use in that shop have been destroyed for one reason or another; or he fails to find fuel for his trade; or someone rents his house during the absence of his family but he needs the house on the return of his family; or at the time he rents the house, he was single but gets married after the lease was concluded.

In all these cases cancellation is not permitted because there is no defect in what is contracted upon.

- D) All the examples mentioned by the men of learning about the disasters which destroy crop yields and fruits because of general reasons like extremes of cold, heat, winds, rains or locusts, for which they decided that the price of what has been destroyed by disasters is deduced from the total price. This is the famous case of disasters in the Fiqh of Sunnah.
- E) The Sheikh of Islam, Ibn Taymeiya narrated in Mukhtassar Al Fatawa, page 376, that, if someone leases a public facility the profit on which depends on the visits from the public such as, hotels and public bathrooms, but the expected profit was reduced because of the lack of clients for fear of war or changes in the civil conditions, a reduction of the same percentage is made on the agreed price of lease.
- F) Ibn Qudamah said in Al Mughni, page 29, "If someone rents a camel to travel on or carry some loads somewhere but he had no access to that place for fear of accidents or if he rents a camel to go to Makkah for Haj performance but the pilgrims did not use that same route he intended to use that year. In these cases both parties have the option to cancel that contract of lease or keep that lease until profit from it is fulfilled".

- 2) A certain contractor concludes a contract for the provision and supply of food stuffs to a hospital or a university and the like. The price of each item was agreed upon for the period of the contract. But emergency circumstances change the situation, as for instance, an earthquake, floods or any other nuisance breaks out and prices of food stuffs and material multiply so many times.

What is the Sharia rules to be applied in finding answers to such questions of contractual obligations and rights in this time when huge multi-million riyal worth contracts are concluded for the building of roads, bridges, housing and office compounds, hospitals and big university campuses.

Can a contractor be obliged to abide by the terms of the contract he has concluded bearing alone all the increases in costs and prices and hence be subject to unbearable loss and damage, or is there a way out in the wisdom of the just Sharia laws for the achievement of equilibrium and justice as close as possible between the two parties.

The Council reviewed the Fiqhi precedents which have some similarities with these problems in all Fiqh mazahib and the judgements recommended for the different cases in consideration of the necessary independent reasoning from the jurists to this effect. After deliberations the Council found out the following:

- A) It is permissible for the contract of lease to be cancelled by tenant for emergency reasons which prevent profiting from the lease of the facility like in the case of war or floods. The Hanafis permit the cancellation for even personal reasons which means that the cancellation for general emergency reasons is also acceptable by way of priority. In his book, *Al Muijtahid* in volume II, page 192, Ibn Rasheed narrated under the title "emergency rules" that according to Malik, "(the rain-irrigated land, if leased, and drought prevented cultivating it, or it was cultivated by the tenant but because of drought it did not grow, the contract of lease is cancelled. The same rule applies if the tenant could not grow the leased land because of lack of rain)".
- B) Ibn Qudamah Al Maqdisi narrated in *Al Mughni*, volume 6, page 30, that "If there was public apprehension preventing residence in the place where the facility was leased, or, there was a state of siege preventing access to the leased land for

FATAWA AL MAJAM'A AL FIQHIA

(1) FATAWA AL MAJMA' AL FIQHI AL ISLAMI IN THE WORLD MUSLIM LEAGUE

RESOLUTION NO. 7

THE EFFECT OF EMERGENCY CIRCUMSTANCES ON RIGHTS AND CONTRACTUAL OBLIGATIONS

In its fifth session held in 1402 H. the Council of Al Majma'a Al Fiqhi Al Islami, discussed the problems which might rise from the time of concluding a contract until its completion especially in the long flexible sorts of contracts during which time sudden changes in circumstances and conditions might have a great effect on the balances on which the two contracting parties founded their calculations as regards to their rights and obligations or, which is nowadays named, in trading circles, the emergency circumstances.

This problem together with actual examples from daily experiences was presented to the Council with the aim of finding a solution for it. Some of these examples are:

- 1) A contract is concluded between two parties for the construction of a building. Estimations were calculated as 100 Dinnars per cubic meter. Materials and labour costs were estimated as 80 Dinnars per cubic meter. During the works of construction an unexpected war or any other incident takes place and as a result work stops and price of materials shoot sky high rendering the completion of that contract very exhausting.

To facilitate maintaining equilibrium a judge would also be held responsible for his mistakes. Also, a ruler, a craftsman, a lawyer, an architect or any professional as such would be held responsible with the aim of protecting the interests of the injured people.

There is a general responsibility outside the context of the relation whenever the result was the causing of damage to the self. For this reason the right of ownership is confiscated if the damage resulting from maintaining that ownership is the death of someone.

If a person is forced to eat or drink someone else's food - who is not in need of it - so as to protect himself from death. And if he were to be obstructed and later on dies, then the obstructor would be held liable for his death⁽¹⁾

From here, a physician is shouldering a big responsibility towards his patients. Man is affected by damage whatsoever it may be, but the damage caused by a physician is more serious as it might mean the loss of that self. Man can endure damage in his property but it is very difficult for him to endure damage in oneself, and hence this is why such concern is given to the responsibility of physician in the secular laws and the Sharia.

However, the logical presumption is that by studying medicine a physician's intention is to treat and cure diseases and remove their dangers, but in case that he violates intentionally the protection of the self, this violation would be considered an exception but still his responsibility is not cancelled nor his punishment.

Understandably, and on the same lines of thinking this does not mean in any way intimidating physicians or affecting their professional pride; but, on the contrary, it only means the call for veneration and protection of the self; and for paying attribute to physicians.

1) Ustaz - Abdul Qadir Oudah thinks in his book "The Islamic criminal legislation" Part I - Page 524

that the civil laws consider medication a right while the Sharia oblige the physician to employ his knowledge and put it in the service of the community, which is compatible with our norms of life as reflected in cooperation.

kills a patient under the pretence of giving medicine, this action will be considered first class murder and there is no disagreement about the type of punishment on him, which is (qis.as.). When a physician is mistaken on his treatment or his prescription, the damage resulting from that would be assessed according to the Sharia procedures.

Sixthly:- The conditions for not holding the doctor responsible for his error is that he should be knowledgeable in his profession, well trained, capable of doing his job as Imam Ibn Al Qayim described.

To conserve the present health as possibly.

To restore the lost health as possibly.

To remove the disease, or to reduce it as possibly.

The indurance of the least of the two for the removal of the worst one.

Loss of the least of the two interests to keep the best one of them. Also for a physician not to be held responsible he should not damage a correct part while operating on an infected one, which the jurists call "non transgress of the position". He should also obtain the necessary explicit uncoerced permission from the patient or from his guardian. Also his mistake should not be a nasty one.

Seventhly:- According to jurisprudence there is no "middle state" between life and death. Either there is life or death. The elderly paralytic person or the patient whose case is desperate has the same right of existence as the healthy people. Thus, if a physician kills on purpose any of those people under any pretence, then he will be considered a premeditated murderer and if he is mistaken in giving any one of them the wrong medicine, then he will be considered in the same way as if were treating a healthy one.

In conclusion, it is worth mentioning that the idea of responsibility, whether in the Islamic Sharia or in the secular contemporary laws, is based on the protection of the human relations from damage. Naturally in the process of these interactions of relations a malfunction will occur somewhere, and hence efforts are concentrated on the weak side in the "Relation Equilibrium" to repair the damage done.

Secondly:- Medication is not only the sort of relation between two parties for the exchange of mutual interests, like in most relations between man and man but it is - as in the concept of the religious legislation, a relation of "trust" which a physician should respect as he has manifested in his "oath" according to his own convictions.

Thirdly:- The Sharia laws consider the administration of medication a serious responsibility for which a physician should be well equipped and highly trained before he ventures to practice medicine. A more severe punishment is imposed by Sharia laws upon the one who practices medicine without knowledge than the one with knowledge. Some of the physician's mistakes were previously mentioned as examples as for instance a physician operates on a correct organ rather than the infected one or transfers the pain to another part of the body because of the physician's lack of precision.

Fourthly:- A physician's mistake can be divided into three types - The first type is the ordinary error which is any action taken by the physician towards the patient not with the intention of medication (cure) but for murder through the use of drugs.

The second type is the medical error which is divided into two parts - the initial error and the professional error. The initial error is manifested in the physician's negligence of the patient's or his guardian's permission to operate or obtains an invalid permission. The professional error is manifested in the wrong diagnosis leading to the issuance of the wrong medicine leading to more complex diseases and henceforth, or when a physician does not consult a second, more experienced opinion. The third error is the behavioural error, and this is when a physician ignores his patient or mistreats him or any other behaviour contrary to the medical profession.

Fifthly:- In all its principles and objectives, the Islamic Sharia aims at the equilibrium in safe - guarding the rights and the interests of the people. The one who commits a crime with determination is punished accordingly and the one who commits a crime mistakenly will receive punishment equivalent to that mistake for his negligence. If a physician

The Responsibility of Administering Medicine:

Medication is supposed to be carried out by a trained person in this field to give medical help to a sick person who is in need of this help, whether with pay or without pay. It initiates a relationship between the two which requires of the physician to perform his best in the treatment of the sick person. After getting the patient's permission or of his guardian. Here the patient is also obliged to accept this offer of help from the physician and pay him his charges, if there were any. In spite of all that, sometimes, some patients or their guardians allege that some damage was afflicted on them as a result of the physician's medication. Hence an inquiry is carried out to determine the responsibility or otherwise of the physician. Was the physician performing his medicine out of knowledge or out of ignorance? This is the point upon which the physician's responsibility revolves during all ages. It should be remembered that contemporary civil laws concerning the determination of the physician's responsibility does not differ greatly from those of the Sharia laws.⁽¹⁾

Both laws state that medication is a means of cure, and that the physician is obliged to follow the right medical procedures in performing his knowledge and have good intentions. These civil laws also affirm the necessity of having the prior permission from the patient or from his guardian, as it is the case in the Sharia laws. But still there is one difference between the civil laws and the Sharia laws as regards to the punishments to be imposed in case of passing a sentence (on a guilty physician). The Sharia, of course advocates the (qis.as.) - blood punishment - against the predetermined intentional acts whether the doer is a physician or otherwise, while the civil laws are still hesitant in applying the (qis.as.) but aspiring to do so.

The responsibility of the Physician can be summarized in these points:

Firstly:- The responsibility of a physician is part of the general responsibility in the protection of the self. And in accordance with the Divine Wisdom and precept for this kind of protection; medication was prescribed to alleviate pain and suffering from this self. Prophet Muhammad - peace be upon him - indicated the importance of caring for the self in all aspects of life be that material aspect or spiritual aspect.

1) Al-Mugni and Al Sharh Al-Kabeer - Volume 9, Page 580. Muhalla - Volume 10, Page 522-523. As far as I know the secular laws have not reached as yet such statement for the protection of self. The developed secular laws only considered the need of the desperate starving person in the ethical category.

Allah also says

Those who invoke not,
With God, any other god,
Nor slay such life as God
Has made sacred, except
For just cause.⁽¹⁾

Allah also says

Nor kill (or destroy)
Yourselves: for verily
God has been to you
Most Merciful.⁽²⁾

- 3) Medication is a legal requisition as the decline from the protection of the self is an offense which would entail punishments in this world and in the hereafter. Taking care of oneself is part of this protection. Neglecting medical help at the time of sickness is considered self negligence.
- 4) Searching for cure from illness does not in any way conflict with the Will of Allah. The evidence to support this is that it is reported that some bedouins presented themselves in front of Prophet Muhammad - peace be upon him - and asked: "Shall we use medicine? and he said, yes, use medication, because Allah did not create a disease without creating the medicine to cure it."⁽³⁾

Medicine is Trust and Responsibility:

For every profession practiced legally among people, there is responsibility. But in the Sharia legal sense this responsibility is not only manifested in the completion of an agreement between two parties alone, but in addition to that it prerequisites the good sincere intention to perfect this work for the second party in the same way as if he is doing that work for his own interest. Prophet Muhammad peace be upon him, advocates: "One does not become a true believer unless one loves for his brother what he loves for himself".⁽⁴⁾

1) Sura XXV: Al Furqan - (The criterion) Verse 68.

2) Sura IV: Al Nissa - (Women) Verse 29.

3) Sunnan Tirmithi - Volume 4, Page 335.

4) Sahih Al-Bukhari - Volume 1, Page 9.

THE RESPONSIBILITY OF PHYSICIANS

Dr. Abdur Rahman Hassan Al-Nafisah

Responsibility of Oneself:

- 1) The protection of oneself is of a very high importance in Islamic Sharia. Man is the creation of Allah and his vicegerent on earth. The Wisdom and Will of Allah predetermined this existence of man which should be respected, and not be transgressed in any from, because if this happens, it means transgression against the Divine Wisdom. Therefore the destruction of this existence is considered a capital crime which is to receive the most severe of punishments.
- 2) The protection of the self is divided into two parts: the individual responsibility and the collective responsibility in addition to the general State responsibility. All of which call for the respect of the self and not to violate its security in any way except by means of a legal justification defined by the Sharia rules.

Allah says in the Quran

“If a man kills a believer
Intentionally, his recompense
Is Hell, to abide therein
(For ever); and the wrath
And the curse of God
Are upon him, and
A dreadful penalty
Is prepared for him.”⁽¹⁾

* Editor in Chief. LL.B. MCL, LL.M. S.J.D. Duke University.

1) Sura IV: Al Nissa - (Women) Verse 93.

is found by simply dividing into six and the amount is thus compared to check which is more lucrative.

Fifthly:

After checking all three alternatives, the best one is always opted for the calculation of the grandfather's share in the first place and only after that the other calculations are made to find the shares of the other inheritors.

Thirdly:

The total number of the share of the brothers and the dividant, grandfather will be the core of the problem.

Fourthly:

The origin or the sum of the inheritance is divided into the dividant (total number of shares) and the share per head is obtained. If the inheritors are females along with the grandfather, then his share will be doubled by multiplying it by two.

Fifthly:

We try the other alternative and see if the third of the inheritance is more than his share when divided in the previous method then he gets the third otherwise he keeps his share.

The Second Part of the New Method:

When we want to assess what is more lucrative for the grandfather in the case when there are other inheritors, be that the equal share, one third of the remainder or one sixth of all the inheritance, we follow this:

Firstly:

A regular chart is drawn with the names of all inheritors.

Secondly:

The least common denominator is found for all ratios of shares and the usual calculation is carried out to find out the amount of one share. If the inheritors are females, the grandfather gets twice as much as one share.

Thirdly:

The other alternative is also applied after subtracting the shares of the first inheritors.

The remainder is divided into three to assess the amount of one third. The result is compared with the share of the grandfather according to the first assumption of equal shares. Hence he will have the highest amount.

Fourthly:

The third alternative; one sixth of all the amount of inheritance.

Step-III:

The share of the inheritor - be that $\frac{1}{4}$ or $\frac{1}{2}$ of the whole inheritance - is written to the right hand side of the inheritor's name on the first list.

If two or more people are in one share the sigh (}) is put to the right hand side of the name and the share written after that. The paternal inheritors should be distinguished by a sign.

Step-IV:

We find a denominator for the ratios of shares, according to the four ratios as such:

- 1) TAMATHUL — when two numbers are equal we take any one of them.
- 2) TADAKHUL — when two numbers are not equal we take the greater number.
- 3) TAWAFUQ — if two numbers are in concordance, when we multiply the concordance of one of them by the other's complete number; and the resultant figure becomes the core of the question.

Step-IV:

Each heir receives his rightful share.

The New Method:

It can be summarized in two parts. The grandfather has the option of taking either (1) one third of the inheritance or (2) equal share like each of the other inheritors, whatsoever is greater.

Firstly:

In the case of equal shares, the grandfather is considered as one of the brothers and have one share and if they were brothers and sisters he will have two shares.

Secondly:

A chart is made indicating every inheritor and his relationship to the deceased; in the first list. The second list is left for the core of the problem and its heirs shares.

brothers with the grandfather, they disagreed on the method of dividing the inheritance between the grandfather and the brothers. This disagreement resulted in three streams or mazahib, the most known of which is the mazahib of Zaid adopted by Imam Malik, Al Shafie, and Ahmad (Ibn Hanbal). Because of this adoption, Muslims have only two alternatives; either the opinion of Abu Bakr or the opinion of Zaid, in the practical field of application as regard to heritance calculation according to different judges at different times and places. In some Arabic legislations there was mixture between different opinions in the question of the inheritance of brothers along with the grandfather, a subject already complicated enough and difficult to find solutions to its problems when applying only two opinions, let alone when more opinions are utilised. By so doing the job of judges is not simplified but on the contrary it was made more complex. Teaching it was more difficult until, with God's help, I found an easier way of calculation which will make the inheritance computation easier to understand and easier to make in accordance with the opinion of Imam Ali, Ibn Massoud and Zaid, blessings of Allah be upon them. This method is essential for the followers of the Egyptian or the Syrian legislations and the others who advocate for the inheritance of the brothers along with grandfather.

Before presenting my method, I should mention the previous method, the chart method (shibak) and the method of correction to help understanding. To solve the problems of inheritance, one should first understand what the modern inheritance calculations called the "four ratios" which is the drawing of a chart and putting the inheritors inside it by following these steps:

Step-I:

The names of the inheritors are written, each on one line mentioning his relationship to the deceased those with equal shares, like sons, daughters and wives are written on one line respectively.

Step-II:

One horizontal line is drawn under the names of inheritors and two lines under the name of the first inheritor. Two vertical lines are drawn to the left hand side of the names of inheritors, by doing so we will have a chart with two lists. The one of the right for inheritors and the second one for the origin and the shares of inheritors.

NEW METHOD FOR SOLVING THE GRAND FATHER AND BROTHERS PROBLEMS (INHERITANCE)

BY DR. ABDUL AZIZ MUHAMMAD AL ZAID

In his sayings, Prophet Muhammad, peace be upon him, repeatedly encouraged the study of Al Fara'd⁽¹⁾, (calculating the fixed shares of an heir in inheritance) and also teaching that to other people. He, peace be upon him, said "learn the computation of inheritance and teach it. It is half the knowledge and it can be easily forgotten. It is the first thing my nation will be expropriated of".

It is narrated about Abdul Allah Ibn Masoud, blessings of Allah be upon him, who said "who learned the Quran let him learn the science of Al Fara'd". To know and master that, one needs to study Fiqh and computation and a lot of experience (on that). One should study many different cases and solve their intricate fabrics. Undoubtedly there were many difficulties in reaching solutions to some questions when calculating the shares of heirs; even in the past, dealing specially with those co-existence of a grandfather and brothers of a deceased Muslim; should the grandfather be a heir along with the brothers or not. The jurists are on disagreement on this question, and there are two opinions:

The first one is the opinion of Khalifa Abu Bakr Al Siddiq, blessings of Allah be upon him, who said, "the grandfather who is father's father is to be considered in the father's place - when the father is no longer there - and hence the brothers do not inherit along with him.

The second opinion is that the brothers inherit along with the grandfather and also through him. This opinion was supported by Imam Ali, Ibn Massoud and Zaid Ibn Thabit, blessings of Allah be upon them. After their agreement on the inheritance of the

* Assistant Professor, King Abdul Aziz University, Jeddah.

1) Al Fara'id is the science of directing the inheritance among the heirs of a deceased Muslim according to the ordinance of Quran and Sunnah.

debt to Allah. And the state will directly collect the taxes due on the citizens and thus solve an ever lasting problem of tax evasion by some people, in the non-Islamic systems. Also, in paying that the muslim will have a clear conscience and have a good feeling that he paid his religious dues.

Also the muslim who is really concerned about his religious duties will find some tight situation. If he considers the taxes he paid as part of zakat he will not feel at ease and if he does not consider it so and pay both zakat and taxes, he will meet difficulty.

Let us just hope that one day all muslim states will change from the tax system to the Islamic Zakat System derived from our Sharia and it will solve all our problems and achieve our interest for the ease of our souls and minds.

(To Truth) for those in bondage
 And in debt, in the cause
 Of God, and for the wayfarer:
 (Thus is it) ordained by God,
 And God is full of knowledge
 And wisdom.*¹

- 3) Payment of zakat is a worship in itself, and for a worship there should be the intention of worship and obedience of Allah, but payment of a tax is no worship and there is no intention of obedience.

The above points of view could be refuted by the following:

- 1) The collection of zakat in its different forms such as the "Fay" – a booty gained without fighting the "Al-Khomos" (fifth) which is the state share from the booty and – "Assadaqa" (charity) – all these are names which contain different types of property subject to zakat. Assadaqa is the zakat of gold, paper money, livestock including camels, cows, sheep, goats, grains, and fruits. It is to be spent on the eight outlets as described by the above verse.
- 2) The statement that the zakat collected should be spent on the eight channels of zakat which are different from tax expenditure is true but that is the responsibility of the Muslim ruler, not of the payee, to see to it that zakat and taxes should be spent on the right channels.
- 3) As for the condition of intention it is already available even if collection of taxes is coerced. It is narrated that the Imam - leader - is designated by proxy to complete the condition of intention.
- 4) It is true that zakat is different from tax in conditions and in amount but in the eventual goal they are not different as long as both of tax and zakat are money paid by a muslim to the muslim authority.

It is to be noticed here that there is one dual advantage for a muslim when taxes are considered part of zakat. Both of the two, the individual and the state benefit from that the muslim will repay his

*¹ Sura Tauba - Repentance (or Bara'at - Immunity) - Verse 60

ZAKAT AND TAXES

(A Case for Study)

By Dr. Muhammad Zaki Abdel Bur

How are the taxes paid by a citizen considered? Are they to be considered as part of the incriminated Zakat on a Muslim?

Some jurists think that it is allowable to consider the taxes paid to an Islamic state government as part of the Zakat. Some of these jurists are:

- 1) Imam Ahmad Iban Hanbal
- 2) Imam Nawawi
- 3) Ibn Taymeiya

Some other jurists thought the opposite and advocated that it should not be considered as such, those are Ibn Hajar Al Haythami, Sheikh Elaish, Rashid Redha, Mahmoud Shaltout and Muhammad Abu Zahra.

- 1) Zakat is a Sharia duty of limited amount and conditions stated by the Law Giver whereas taxes are governmental imposed secular charges which have different limits and conditions.
- 2) As for Zakat it has a known expenditure channels mentioned in the holy verse:

Alms are for the poor
And the needy, and those
Employed to administer the (funds)
For those whose hearts
Have been (recently) reconciled

* Professor in a number of Arab Universities.
Ex-Deputy President of Supreme Court in Egypt.

- 16) When a culprit slave is charged with a crime whose punishment is equivalent to the slave's price. The sale of this slave in this case is of three view points:
 - A) Sale is not permissible.
 - B) Sale is permissible and the owner by accepting the sale has opted for sacrifice.
 - C) Sale is suspended unless the owner pays for the sacrifice, then the sale can be carried out.
- 17) If a rich owner frees a culprit slave before the slave chooses to buy out his freedom. There are three opinions:
 - A) Freeing is close to being correct.
 - B) Incorrect.
 - C) Freeing is suspended, but if the owner paid for this freedom it would become effective.
- 18) When a sick person not quite certain of his inability to perform haj hires someone to perform haj on his behalf, and it becomes known that at the period of pilgrimage that man was really unable because of sickness. Does the sick man get the reward for that pilgrimage?
- 19) When a disbeliever with eight wives becomes a muslim together with four of his eight wives. And as he can keep only four (and divorce the other four) he chose to give those who became muslims the option to divorce him.
- 20) When a slave makes a false deal in writing and carries on that offer or deal presuming that the deal was a correct one.

- A) It is owned as a result of death.
 - B) It is owned upon acceptance after death.
 - C) The matter is suspended which is the most acceptable opinion.
- 6) The abolishment of ownership of property of renegade, and there are three different opinions on that:
- A) Conversion to renegade abolishes ownership.
 - B) Ownership is not abolished.
 - C) Property becomes an endowment.
- 7) When two people have a common slave and one of them no longer wants to keep that slave and hence frees him (his part in ownership).

There are also three opinions:

- A) The other partner's share is automatically renounced when the richer partner had done so.
 - B) Does not renounce his share unless he receives the price of his share.
 - C) To be suspended.
- 8) When someone purchases, on behalf of someone else, presuming that he was doing that on the grounds that he was unauthorized, but discovers the opposite.
- 9) When a slave makes a transaction with someone who knows about his slavery but does not know that the slave was authorized.
- 10) When someone alleging authorization is contended but proved to be truly authorized.
- 11) When a gift giver sells what he gifted before delivery.
- 12) When the wife of a lost person gets married and later on discovers that he was dead and her prescribed period of waiting without marriage was over.
- 13) When one gives his daughter in marriage, under compulsion, to someone without her knowing the conditions and qualifications necessary to conclude the marriage; although they are there.
- 14) When an inheritor frees his slave without his knowledge that the slave came into his possession, but later discovers that the slave is really in his possession.
- 15) When an inheritor exempts someone accredited by the inheritor's father from paying that credit on the grounds that the father is not dead, but he really is.

SALE OR TRANSACTION BY AN UNAUTHORIZED PERSON

A Manuscript written by the:

LATE IMAM SALAHUDDIN AL 'ALA'E⁽¹⁾

Commented on by:

SALAH ABDUL GHANI AL SHAR'A⁽²⁾

It gives me great pleasure at the end of this article on the sale of the unauthorized person, and after reviewing the different opinions of the men of learning on the subject, to conclude by summarizing these different opinions and how these men of learning look at the matter when somebody sells some property which he does not own, without any legal authorization or delegation enabling him to do so. This kind of transaction is called the sale of the unauthorized; some examples follow:-

- 1) If someone extorted some property by force and sold that property and used that money from that sale one way or another.
- 2) If someone unauthorized sold his father's property under suspicion that the father might be alive which later proved to be so; and that all property sold was the ownership of the seller.
- 3) Mortgage deters making any deals with the mortgaged property which suspends ownership such as the sale of the property or donating it or undermining the desire for ownership like advertizing, or whatever is done without permission from the mortgage maker.
- 4) The bankrupt who takes the liberty in making deals with his property in seizure by selling, giving, offering or by writing and the like and without any permission.
- 5) Ownership of a sequeathed property in a will.

There are three different opinions on this:

(1) Died in 761 H.

(2) Assistant Professor in Faculty of Education in King Faisal University in Al-Ahsa.

peace be upon him, the revelation discontinued and legislation ceased; after Allah had completed his religion. Nevertheless, the actual life of people goes on. To be able to contain all the new and diverse situations in people's transactions, jurists have a great role to shoulder and a lot of Ijtihad to be done in order to deduce new details of rules and this is how numerous Mazahib came to appear.

Urf and its future under the development of laws:

- The need for Urf emerges in the Islamic communities because of the generalization of the Sharia texts and its halt by the death of Prophet Muhammad, peace be upon him.
- Inspite of the great role played by the jurists in their different Mazahib, still this role remains limited leaving a wide range for the Urf to expand because of the urgent need for it in the current circumstances of our Islamic nation.
- In the Islamic international horizon there are now some aspects of Islamic Fiqh bodies in formation like the Islamic Conference Organization. The World Muslim League and other councils which show appreciated endeavours in the field of Fiqh jurisprudence research. Probably this is one of the straight ways to realize the unified Islamic law derived from the Book of Allah and the Sunnah of His Prophet and from the Ijtihad of the Islamic jurists and then we will no longer be in need of customary laws except in the narrowest of places.

Generally speaking, the relation between the principles of Urf and the texts is still controversial in some details. Although the jurists agree that Urf does not cancel the legal text but the opposite is true, and that one of the conditions for it to be applied it should not come in conflict with an ordinance, they - the jurists still disagree in some situations; one of which when people continue to work according to Urf principles which conflict with some non-ordinance texts.

Some Islamic Applications:

There are some applications of Urf in the methods of some Islamic jurists as follows:

- Most of the rules in the Maliki Mazhab are based on the doings of the people of Al Madina because Imams of this Mazhab resided there.
- The influence of the application of Urf was clearly noticed in the Mazhab of Imam Al Shafie. When he was in Iraq he manifested some opinions in congruence with the Iraqi Urf. This is known as the Shafie Old Mazhab. Some of these rules were changed when he moved to Egypt, and hence his new approach was named the Shafie New Mazhab.
- Some people think that in the Hanafi Mazhab, the practical judgements differ according to the Urf of the conflicting parties. The judgement for the same question is different according to the place and the time.
- There is no disagreement between jurists, that Ijtihad - independent reasoning of Mujtahid is changeable according to his place and his time; and probably this is the truest expression describing the Urf and its strength.

The future of Urf in the light of Sharia Text:

The Islamic Sharia has many characteristics and advantages, most significant of which; its generality, its comprehensiveness, its continuity and its durability. It is common to all people, and includes all the earthly and heavenly affairs of mankind. The Quran, the first source for the Sharia rules, was sent down to us in a miraculous challenging style. The rules on transactions are stated in generalized absolute statements and thus the Islamic Law Giver left the minute details to His creatures. The Sunnah of our Prophet Muhammad, peace be upon him, came with the explanations of what was ambiguous in the first source and put it in details. By the death of Prophet Muhammad,

used to mean animals meat other than "fish" while meanings are linguistically included in the word. Or, Urf can be practical when people deal without the need for writing like in restaurants and grocery stores. Or, Urf can be common or general like what is customary in one place among people in their marriage customs and paying of dowry. Or, Urf can be special like what is customary among craftsmen or professionals and what they agree upon concerning certain procedures among them.

The Importance of Urf in Islamic Judiciary:

The importance of Urf is felt and it comes to the surface in cases when there is no rule in the Sharia and Fiqh texts. The only way left for the judge, the mufti or the jurist is to rely on the independent reasoning "Ijtihad". Urf is one of the most followed paths leading to Ijtihad for the settlement of people's disputes when there is no legal Sharia statement or text. In any dispute, anybody who alleges that there is an Urf principle, he should prove that by undoubted evidence sought from expert people dealing in that field.

The Strength of Urf in Islamic Jurisprudence:

Urf derives its strength from two sources:

Firstly:

The Sharia text: Allah says;

"Hold to forgiveness;

Command what is right;

But turn away from the ignorant."⁽¹⁾

Prophet Muhammad, peace be upon him, says:

"What the muslims regard as good, it is good with Allah".

Secondly:

The common agreement is what all the people agreed upon and practiced continuously in their dealings.

Urf, taken as such and acknowledging this strength, has become a source of rules and judgements in all the legal systems of the world without exception when there is no statement or text. Sometimes its strength can reach a point where it can cancel some laws, or part of these laws, and be used in their place when the people continue to apply the Urf and the authorities do not mind that.

1) Sura Araf, verse 199.

SECTION - II

Urf in Islamic Jurisprudence

Definition:

The term Urf is mentioned in the Quran in more than thirty eight (38) verses. It means here what is recorded in the religion and that which is not rejected by people as the good morals and good deeds. One of the known principles for the Muslim jurists their saying, "what is customarily known is like the conditionally known". And what is confirmed by custom is like what is confirmed by text, Al Ghazali defined Urf and habit as what has settled in the hearts and accepted by the minds and received by those of good character. Or, it is what the people of good character in a muslim state are used to do in condition that it does not conflict with a Sharia legal text.

Its corner stones:

The material corner stone which means that the habit or custom must be recurrent and that people are obliged to deal through it until it is reinforced as basis for binding. The moral corner stone which means the common inner feeling of a group that they have to respect it and undoubtedly think that it is wrong to oppose it.

Its conditions:

- 1) The legal condition which means it must not oppose a legal Sharia text (statement), or fiqh unanimity e.g. it is not allowed to deal in usury, wines, or eat pork for these acts oppose the Sharia legal ordinances.
- 2) The commonness or generality. For a custom or habit to be abiding and reach the power of Urf it should be common among the concerned group.
- 3) The continuity. It must be going on for a long time until its presence is felt and hence respected.
- 4) The durability or the conditions of application.
- 5) The oldness (antiquity).

Urf can be verbal like when a term is used to give a different meaning other than the linguistic or lexical meaning as when the word "meat" is

and transcends the limitations of regionalism. The international law has two basic sources which are the treaties and the international custom (Urf). It is subdivided into two parts - Common Urf and Special Urf. The Common Urf is applicable to all states whereas the Special Urf is applied on the states of one region; few in number mostly. It is manifested in two fields the first one is verbal, like the recognition of new states or accepting them as members of a certain body and the second is practical like the protocols according to which receptions are made for heads of states.

The Familial Urf:

This Urf is found in the family circles and the rules organizing relations inside a family and clan. It differs from one place to another.

The Criminal Urf:

The criminal system, be that in the secular written or unwritten law, which means the Criminal Urf, is the most important system in the life of people in any society because it protects the basic rights; the right to live, protection against murder, injury, the right to live freely; the legal freedom and the protection of private property and ownership.

Relationship between Urf and Secular Law:

It is very easy to identify the relationship between two legal approaches. Urf is unwritten laws and rules according to which people interact, while the secular law is a written law tangible and available for everybody to read. Unlike Urf, which takes a long time to be recognized and used, the secular law can be invented instantly and put into practice. The function of each is the same; organization of relations in one society in all aspects of life, bearing in mind that the base line for them is the attainment of justice. Each of these two can cancel the other and supercede it but the secular law has quicker effect in cancellation.

The Future of Urf:

Nobody doubts the important role played by Urf in the preliminary ages and until recent times and that almost all laws were based on its principles in many fields, but this effective role is beginning to shrink. We think that it will continue doing so to a great extent because in every state we find specialized authorities for enacting new laws for new situations. Urf is no longer playing its old role as in the past but still, however, these long time inherited rules of Urf will presume a noticeable function although some of these rules are being deleted worldwide.

Factors of Urf:

Urf has two main factors:

- a) The material factor which means the application of the practice in its recurrence. It can easily be identified as it continues for a long time.
- b) The moral factor which means the state of mind of accepting the Urf as an arbiter and that judgement through it is morally binding. Evidence of this acceptance is the current practice of Urf. But the practice here does not give it the legal binding.

Conditions of Urf:

- 1) It should be concurrent with the law and should not conflict with Sharia statement.
- 2) It should be reasonable and can be put to analysis.
- 3) It should be continuous.
- 4) It should be affirmed leaving no room for probability.
- 5) It should be founded on need or the material and moral necessity.
- 6) It should be acceptable as a correct practice.
- 7) It should be compatible with the other Urfs.
- 8) It should be understood and known to all people on whom it will be applied.

Types of Urf

- 1) **The verbal Urf:** Like the utterance of the words of divorce.
- 2) **The practical Urf:** Like the registration of marriage.
- 3) **The common Urf:** Like the observance of certain restrictions for a certain matter in a particular place or country.
- 4) **The special Urf:** Like the administrative, the international and the commercial Urf.

Urf in International Law:

This kind of Urf starts with an ordinary action or behaviour from a country and is repeated over and over again until another country or countries adopt that action and utilize it in their interactions till the time when it becomes a legal precedent with a binding power. As a condition it should be practiced by a number of countries for a convincing period of time. It should not be opposed by other members of the international community, and it should have a general outlook

and Christianity, they are only sets of moral beliefs and teachings and neither of them included rules and laws to govern the earthly inter-relations and public deals with the purpose of organizing the relationship between one individual and the other, neither were there any laws for crimes and any imposed punishments. Whereas Islam included all that and thus serving as religion and law at the same time.

Definition of (Urf) Custom:

Urf is a number of rules and practices established through experience in one society in the presence of certain factors and conditions. These rules and practices are connected with law in one way or another, whatever that law may be, and do the same function in the field which is organized by them. There are many kinds of (Urf); international, commercial, criminal, civil, administrative, labour and familial. All these kinds of Urf have not been imposed by any authority officially but they were self-imposed through practice. Urf expresses many subjects as:

Firstly:

It expresses the idea of the legality of the philosophy of law which supports the legal principles.

Secondly:

It can also express the general principles accepted as the basis of justice or the basis of the natural law or the common law and the like.

The Role of Urf:

Urf is playing a great role as a source feeding all kinds of laws; like the international law, the national law either for interior or exterior affairs. It is the main common factor in all institutions such as religion and ethics which means that it is not only the source of the basic laws, but also the source for all legal foundations which control and organize society. From Urf law can be developed to keep pace with the changes of civilization in our modern times. The importance of Urf can be seen in two of its obvious characteristics. Firstly its continuity. Legal courts refer to it and apply its rules on many cases and secondly, it offers great help to jurists themselves when introducing a new law.

2) The Common Law:

According to the latin concept, it is unrecorded law. It resembles the natural law in many ways but differs in that it relies on the judicial precedents accumulated as a result of practical application, whereas the natural law did not emerge as a result of any incident but was found as an outcome of life itself. The common law is to be found in certain countries and not in others. It is not enforced by any kind of enforcing authority but nevertheless it is binding to its followers.

3) The Secular Law:

This law includes a lot of diverse rules and general principles which are binding to all concerned people. It includes specific procedures to guarantee this binding. These rules and principles are implemented either by one person or a group of persons because it was necessary for those people at that time to have a sort of law to define boundaries and organise their inter-relations and to bring about justice by way of protecting people, their freedom and their property.

4) Principles of Ethics:

These are a number of ideal rules which intend to guide people in a society to the best and most correct way to be followed and define for them the good and the evil. The source of these principles is Allah; or according to the western jurisprudence terminology, the natural law, because it is not imposed by any external authority. The concern of this law, or principles, is with morals and not with materialistics. There are no material punishments but they have moral effect; and we believe that they are binding and, moreover, will be recompensed by Allah.

5) Principles of Religion:

Religion, like ethics and the natural law, includes some principles previously present in that society in which religion is found, but religion is different in that it is originating from Allah, Creator of earth and the heavens and what is in between them. True religion is what is sent from Almighty Allah by the means of His Messengers and we do not believe that there are religions, as such, other than the three religions - Judaism, Christianity and Islam. In the old times all the laws were divine and this is the essence of all laws and the essence of Truth and Right. These are unchangeable concepts unlike the secular law which is subject to changes. As for Judaism

THE THEORY OF (URF) CUSTOM AS A SOURCE OF JUDGEMENT

By ***Dr. Abdul Rahman
Abdul Aziz Al Qassim**

SECTION - I

This article researches into and includes the various laws which govern the different behaviours in any one society. These laws are:

1) The Natural Law:

Which is a number of correct general principles including the basic rights necessarily required for life. These rights are not a grant from a ruler or a government, but bestowed by Almighty Allah upon man. While enjoying these rights, every individual has to respect the rights of other people especially the three basic rights of private life; the right to live; the right to live freely, according to the customs of society and the right of private ownership. The protection and maintaining of any of these rights depends on the protection and maintaining of the rights of other people.

The function of natural law is the same as that of the other principles of the laws guiding, directing and controlling the behaviour of the individuals. However, the natural law has filled its position and achieved its goals during the era of the individual doctrine.

*L.L.D. Cairo University.

*- Ex-Assistant Professor, King Saud University, Riyadh.

- Presently a lawyer.

- Have numerous researches and articles on law and Sharia.

The enemies of Allah who do not follow the path of knowledge as such they follow or imitate. It brings great disasters when one does not act as knowledge dictates.

It is narrated of the ancestors:-

"The one who acts according to what one knows, Allah gives him knowledge of what he does not know". And this saying refers to the verse in the Quran:

"But to those who receive
Guidance, He increases
The (light of) Guidance,
And bestow on them
Their Piety and Restraint.
(From evil).⁽¹⁾

9. It is the duty of the youths in particular and all muslims in general to take good care of this matter, to be very keen in their studies and learn about Fiqh and act accordingly. They should know that the most important thing in Islam after the two - Shihada - are the five prayers. Observing their performance is observing one's religion and neglecting them is neglecting one's religion. My advice to all youths and all Muslims to always fear Allah, perform prayer in its prescribed times and in congregation in mosques, to offer Zakat, to observe Ramadan in its time and to perform Haj, when capable of once in a life time.
10. One of the great duties is the obedience of one's parents and being good to them and keeping good links with blood relatives, being hospitable to one's guests, being always, enjoining good and prohibiting the forbidden, the carrying out of trust and abstention from all that is prohibited by Allah like adultery, theft, drinking of the intoxicants, usury, slander, false evidence and perjury.
11. For the youths to attain this, they should endure and persevere in doing the good all the way no matter how difficult that may seem. They should observe Allah in all that they intend to do so that they can perform this undertaking.

They should abstain from approaching the prohibited among which are the narcotics and all kinds of intoxicants because the evil in them is enormously destructive.

(1) Sura Muhammad - The Prophet - Verse 17.

wine is not "haram" interdicted. Or calling for the permission of disobedience of parents and the like. Those people are Kafirs.

7. The youths have an important role. They are the strength of the nation after Allah. All good is expected from them and the vicoty for the religion of Allah in the days to come if they are straight in their conduct and learned their religion. A great responsibility is put on their shoulders to stand with the true and the righteous and fight against the false and those advocating for it. It is the duty of every young man or young woman of a responsible age to learn about religion from the holy Quran and from the purified Sunnah and by asking and consulting men of learning known for their good deeds and beliefs. They should also study the Sunnah - the Prophet's sayings - and learn them by heart and call others to do the same, because the Sunnah is the second source of the inspired message to our Prophet, peace be upon him, after the first source the Quran.

Allah says:-

"Say: obey God, and obey
The Apostle: but if ye turn
Away, he is only responsible
For the duty placed on him
And ye for that placed
On you. If ye obey him,
Ye shall be on right guidance.
The Apostle's duty is only
To preach the clear (Message)⁽¹⁾

It is deserving of the young men of learning in schools, universities and in learning circles to hold firm to the book of Allah and the Sunnah by following what is preached in them and abstain from what is interdicted by them knowingly and willingly with the purpose of attaining the straight path of Allah. They should also ask the guidelines from the Quran and the Sunnah and compare that with what they study to be able to have insight in what they are learning.

8. It is the duty of the youths to follow the path of knowledge by doing the duties and rejecting the abstentions. This is the utmost goal of knowledge. One of the catastrophies is that some people learn but do not follow and practice what they have learnt.

* (1) Sura Al-Nur - Light - Verse 54.

So it is the duty of both man and jinn to obey this Messenger, peace be upon him, follow his path and keep steadfast his way by saying and by doing, by strongly believing in him and loving him the true love above all other love even that for oneself, ones wife and ones off-spring and all other people. By so doing man would be saved and succeed in his earthly life and in the Hereafter and will have happiness and happy ending.

As Allah says:-

"So it is those who believe
In him, honour him,
Help him, and follow the Light
Which is sent down with him.
It is they who will prosper.⁽¹⁾

5. It is the duty of all responsible men and women to worship Allah alone and endue him with all sorts of worship and obey Him Almighty by following His Sharia devotedly and faithfully and following His Messenger, peace be upon him.

Worship is a right of Allah alone and nobody has a share in that right.

Allah says:-

"The Lord hath decreed
That ye worship none but Him.⁽²⁾

And one who worships other than Allah is a polytheist who associates with God like the one who worships the sun, the moon or the stars, or the idols or the prophets or the saints or any other creature of Allah and ask help from them.

6. Anybody who alleges that it is permissible to enjoin others in the worship of Allah like worshipping the trees, idols, the stones or even the prophets or the jinns is a blasphemer and disbeliever. And those who are ingracious to Allah and refuse to perform the assigned duties of religion which are understood by necessity are also kafirs just like those who deny prayers, zakat, or also deny fasting during Ramadan and Haj when capable. Or when they allow such licentious acts like homosexuality; or saying that

(1) Sura Araf - The Heights - Verse 157.

(2) Sura Bani Israil - the children of Israel - Verse 23.

by observing the imperative orders and abstaining from the prohibitions with humbleness, with submission and with love to Him and to His Messenger.

3. This worship is only known in its full details through Allah's Messengers. They explain it to the people and show them guided by the books Allah sent down to them and through His revelations to these prophets.

Allah says:-

"We sent aforetime
Our Apostles with clear Signs
And sent down with them
The Book and the Balance
(Of Right and Wrong) so that men
Might uphold justice.⁽¹⁾

4. It is also understood that Prophet Muhammad, peace be upon him, is consigned to this nation as a whole and is thus made the last and seal of the Prophets. Many Prophets preceeded Prophet Muhammad, peace be upon them, and each one of them was sent with a specific message to his people but our Prophet Muhammad, peace be upon him, is sent to all the people universally.

Allah says:-

"We have not sent thee
But as a universal (Messenger)
To men, giving them
Glad tidings, and warning them
Against sin,⁽²⁾

And in another verse:-

"Muhammad is not
The father of any
Of your men, but, (he is)
The Apostle of God,
And the Seal of the Prophets.⁽³⁾

(1) Sura Hadid - Iron - Verse 25.

(2) Sura Saba - the city of Saba - Verse 28.

(3) Sura Ahzab - The confederates - Verse 40.

DUTY OF YOUTHS

***BY HIS EMINENCE SHEIKH
ABDEL AZIZ IBN BAZ**

1. To start with it is well understood that Allah Almighty created mankind and jinn with sole purpose of giving worship and service to Him alone and not associate any gods with Him. Allah sent down Messengers to call people to this duty of worship.

Allah says:

"I have not created
Jinns and mankind
Except to serve Me".

"No sustenance do I require
Of them, nor do I
Require that they should
Feed me."⁽¹⁾

And in another verse:-

"For God is He Who
Gives (all) Sustenance, -
Lord of Power.
Steadfast (for ever)".⁽²⁾

2. Worship is the full obedience and submission to Allah Almighty and obedience to His Prophet Muhammad, peace be upon him,

*His Eminence worked for a long time in the judiciary. He was president of the Islamic University in Madinah.

Presently he is President of Presidency General of Religious Research, Ifta, Call and Guidance.

(1) Sura Zariyat - The Winds That Scatter - Verse 56-57.

(2) Sura Zariyat - Verse 58.

is very rare nowadays to read a famous daily newspaper without coming across a medical or economical theory or judicial rules or jurisprudence thought. It is true that such quick glances would not satiate the specialist learner's search for knowledge, but the general reader, who is meant by the message, will get some knowledge and the specialist reader would get guidelines to what he should research into.

If the Muslim reader takes interest in following the news about medical breakthroughs or a cultural achievement in which he finds great satisfaction, he also should take interest in the problems of his creed and its Fiqh so as to be able to face the problems in his life.

Having all this in mind, our interest in this journal is directed towards the general reader. We intend to explain to him for instance, the meaning of the five necessities or needs (which are, religion, self, mind, offspring and property) and show him that observing one's religion, in all its fundamentals and in all its branches, is a Sharia obligation which one should abide by in his daily living and in his conduct where ever one might be. We also intend to show him that protecting one's self does not only mean responding to the calls of the instinct of survival, but before that responding to the Sharia obligation of protecting the self from all evils. We try to show the reader that this obligation transcends his own self protection and extends to the protection of other people's; and that he should be aware of that when he is driving his car or conducting any kind of deals and so forth.

We would like the general reader to know about the resolutions issued by Al Majma'ie Al Fiqhia and because of this we decided that each article published in the journal would be followed by a summary of the article for the benefit of the reader.

In publishing the resolutions of the Majma'a Al Fiqhia it is not only intended for the reader to find Sharia directives and imperatives from very learned men, but because he would also find short answers and remedies to a problem he faces or to a recurring question.

The correspondences and messages we receive inform us that the general reader is no less interested than the specialist reader in the jurisprudence researches and the Fiqhia resolutions published in the journal. This response and trend motivated us to think of adding a new chapter for Fatawa which will be implemented soon in the journal for the benefit of the general reader, for whom this journal was originally published.

A LETTER FROM THE STAFF

One of the scholars conveyed his encouragements to us in the journal herepraising that which deserved his praise and observed some points which were worthy of his observations.

We understood from his conversation that the journal is generally speaking directed to a special sort of readers and not to the ordinary, or general, reader who does not usually have the time and patience to dig into the details of Fiqh particulars and the intricate view points of different mathahib, with numerous references and evidences.

The ordinary reader, as the learned man thinks, would like to read a quick, exciting story which would intensify his emotions towards any incidental events and would reveal the ambiguities of a subject which has attracted his attention within the rapid rhythm of life; the endless duel of everyday problems and complications. He would like to read about a tangible matter which is worrying him and interacts with his responses.

Our response to these observations is that the ordinary general reader is not contained in these suppositions, although a number of such readers are interested in the simple easy sort of research. The general reader, in our opinion, is the one to whom any scientific research is directed whatsoever the speciality of that research was. Not even mathematical or chemical theories are directed to a special category of people, nor, for that matter, the Fiqh doctrines or the judiciary rules are meant for such special people. On the contrary, the general reader is the one who is addressed here even though these theories and rules seem to be of a special appearance.

Judging from this, it is very essential in our opinion to find the method to facilitate communicating this knowledge to the general reader even though this knowledge would appear of a special nature. The modern daily publishing circles have come to discover this fact. It

«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. Abdul Rahman Hassan Al Nafisah

Price per copy:

K.S.A. and G.C.C. countries: SR. 12
or equivalent

Other Arab countries:

US \$ one or equivalent

Other countries:

US \$ 5

Annual Subscription:

For govt. offices and agencies:

S.R. 100

For individuals: SR 100

Postage extra for mailing
outside the Kingdom.

Address:

Badia, North east of Princess Sarah Mosque,
Riyadh, K.S.A.

Mailing Address:

P.O.Box 1918 Riyadh
Kingdom of Saudi Arabia
Phone 4351872 Fax 4352297

Distributors: Saudi Distribution Co.

Riyadh : Tel. : 4779444

Jeddah : Tel. 6653353

NOV - DEC 1989 - JAN 1990

مطابع دار البحوث