سلسلة الملخصات (٧)

أبحاث ودراسات

ملخص المقالات المقدمة

في الندوة الفقهية (23)

إعداد وترتيب

مجمع الفقه الإسلامي الهند

اسم الكتاب: **أبحاث ودراسات**

الطبعة: الأولى

السنة: ٢٠١٦م

العنوان

١٦١-ايف، جوغابائي، ص. ب. ٩٧٤٦

جامعة نغر، نيودلهي – ١١٠٠٢٥

الموقع الإلكتروني: www.ifa-india.org

أعضاء
الهيئة الاستشارية

فضيلة الشيخ محمد نعمت الله الأعظمي

رئيس المجمع

فضيلة الشيخ بدر الحسن القاسمي

نائب الرئيس

فضيلة الشيخ محمد برهان الدين السنبهلي

نائب الرئيس

فضيلة الشيخ خالد سيف الله الرحماني

الأمين العام

فضيلة الشيخ عتيق أحمد البستوي

سكرتير الشؤون العلمية

فضيلة الشيخ عبيد الله الأسعدي

سكرتير الندوات

بسم الله الرحمن الرحيم

الندوة الفقهية (٢٣)

من أهم المحاور:

* **قضية المواطنة والحقوق المتعلقة بها**
* **من المسائل المتعلقة بالميراث والوصية**
* **من المسائل المتعلقة بالهبة**
* **عقد الإستصناع**

المحتويات

الكلمات		
* المقدمة		١٣
* كلمة الأمين العام للمجمع		١٤
(١)		
موضوع: قضية المواطنة والحقوق المتعلقة بها		
أ: ورقة الأسئلة		٣٧
ب: القرارات والتوصيات		٣٩
ج: عرض المسألة		
– آراء رجال العلم والإفتاء حول قضية الجنسية– تنقيحاً وتحليلاً	الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي	٤١
– مسألة الجنسية	الدكتور محمد شاهجهان الندوي	٥٨
د: ملخص البحوث:		
– قضية الجنسية	الدكتور صفدر زبير الندوي	٦٤
هـ: من البحوث والدراسات:		
– حق المواطنة	المفتي إقبال محمد تتكاروي	١٢٤
(٢)		
موضوع: من المسائل المتعلقة بالميراث والوصية		
أ: ورقة الأسئلة		١٤٥
ب: القرارات والتوصيات		١٤٨
ج: عرض المسألة		

– مسائل من الميراث والوصية (رقم السؤال ١، ٢، ٣، ٤، ٧)	المفتي راشد حسين الندوي	١٥٠
د: ملخص البحوث:		
– الحصص والحقوق للورثة بالوصية	المفتي أحمد نادر القاسمي	١٦١
هـ: من البحوث والدراسات:		
– عدة مسائل للإرث والوصية من ناحية الحكم الشرعي	الأستاذ راشد حسين الندوي	١٩٩
– نظام الإرث الإسلامي العادل	المفتي محمد عثمان البستوي	٢٠٩
(٣)		
موضوع: من المسائل المتعلقة بالهبة		
أ: ورقة الأسئلة		٢٢٣
ب: القرارات والتوصيات		٢٢٤
ج: عرض المسألة		
– الهبة وبعض مسائلها	الدكتور ظفر الإسلام الصديقي	٢٢٥
د: ملخص البحوث		
– شرائط الهبة	المفتي إمتياز أحمد القاسمي	٢٣٥
هـ: من البحوث والدراسات		
– بعض القضايا المهمة المتعلقة بالهبة	المفتي جنيد عالم الندوي القاسمي	٢٦٩
– بعض قضايا معاصرة حول الهبة	المفتي محمد مصطفى عبد القدوس الندوي	٢٩١
(٤)		
موضوع: عقد الإستصناع		
أ: ورقة الأسئلة		٣٠٥

ب: القرارات والتوصيات		٣٠٨
ج: عرض المسألة		
– عقد الاستصناع	الأستاذ محمد حذيفة بن محمود تيلر الداحودي	٣١٠
– عقد الاستصناع	الأستاذ المفتي عبد الرزاق القاسمي الأمروي	٣٢٩
د: ملخص البحوث		
– عقد الاستصناع	المفتي محمد سراج الدين القاسمي	٣٤١
هـ: من البحوث والدراسات		
– مسائل الاستصناع في الأسواق المحلية والعالمية	المفتي شبير أحمد القاسمي	٤٠٣

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد الله الذي وفق علماء الهند، ورزقهم من التوفيق والنصرة والهمة العالية للمساهمة الفعالة في مسيرة الفقه الإسلامي فقاموا بخدمات رفيعة المستوى لتطوير الفقه الإسلامي على منهج السلف، ولتقديم التراث الفقهي بالأسلوب العلمي المؤثر حسب حاجات الزمان ولغات العصر، فللّه الشكر على ما أنعم به من صبر و صمود و قوة لشرح القضايا المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية في إطار الأسس الفقهية المتينة، ومما لايخفى على أحد بأن مجمع الفقه الإسلامي الهند قد شق طريقه إلى الإمام بها رفع رأية العلم والمعرفة والدينية بكل إخلاص فله ما حقق من نجاح بإتخاذ مناهج قويمة و حكيمة و هذه المناهج الفقهية قد طورت المسار الإجتهادي.

وركز مجمع الفقه الإسلامي الهند إهتمامه البالغ على حل القضايا المعاصرة والإشكاليات الجديدة بمناقشة الأبعاد والأطراف للموضوعات والمشاكل المختلفة و بمعالجتها، فالندوات الفقهية التي المنعقدة سنوياً في مدينة من مدن الهند لها وزن و مكانة و منهج و مستوى خاص حيث تتناول موضوعاتها و محاورها جميع الجوانب المهمة المتعلقة بالقضية التي يدور النقاش بخصوصها في ضوء الفقه الإسلامي ومن ميزات هذه الندوات إنما هي مشاركة الفقهاء والخبراء فيها بعدد ملحوظ ومن خصائص هذه الندوات تقديم العرض و ملخصات البحوث فيها تيسيراً وتسهيلاً للمناقشة ولكن قبل ذلك يكتب الباحثون العلماء من مقالات مفصلة حسب الأسئلة الموجهة إليهم من جهة المجمع.

وهذا الكتاب إنما هو ملخص موجز مستخلص من البحوث الكثيرة و هدف وراء إعداد هذا الملخص إنما هو إفادة إخواننا العرب عن كيفية و نوعية الندوة الفقهية، فهذا الكتاب يقدم صورة عن الندوة الفقهية رقم ٢٣، التي إنعقدت في ٢٨/ ربيع الثاني إلى ١/ جمادي الأولى ١٤٣٥ جامعة علوم القرآن، بمدينة جمبوسر، غجرات، و نالت نجاحاً من ناحية إتخاذ القرارات الفقهية و إصدارها للمسلمين، ولعل الكتاب سيفيد الباحثين ويقدم معلومات مفيدة عن جهود المجمع، والله هو الموفق.

خالد سيف الله الرحماني

الأمين العام

كلمة الأمين العام للمجمع

الشيخ خالد سيف الله الرحماني[1]

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

نحمد الله تعالى، ونشكره، ونثني عليه الخير كله على ما يسرّ لنا للبحث في أحكام الشريعة الإسلامية التي كتب لها الخلود والدوام إلى قيام الساعة، ومواكبة كل عصر مهما يتطور ويستجدّ، وذلك لكي نضطلع بأعباء إرشاد هذه الأمة الأخيرة بكل ما في الكلمة من معنى، وتوجيهها في تخطيط وانتظام؛ ولا شك أن هذا عمل جليل الشأن، يقول أبو الدرداء رضي الله عنه: "تفكر ساعة خير من قيام ليلة" (حلية الأولياء وطبقات الأصفياء: ٢٠٨/١)، ويقول التابعي المشهور وهب بن منبه –وهو ممن تشرف بالاستفادة من غير واحد من الصحابة–: "مجلس يتنازع فيه العلم أحب إلي من قدره صلاة، لعل أحدهم يسمع الكلمة فينتفع بها سنة أو ما بقي من عمره" (سنن الدارمي: باب فضل العلم والعالم، رقم الحديث: ٣٣٤).

وقد سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن رجلين، كان أحدهما عالماً يصلي الفرائض، ثم يرشد الناس إلى الخير والبر، والثاني يصوم النهار ويقوم الليل، أيهما أفضل؟ فقال صلى الله عليه وسلم: "فضل هذا العالم الذي يصلي المكتوبة، ثم يجلس فيعلم الناس الخير على العابد الذي يصوم النهار، ويقوم الليل كفضلي على أدناكم رجلاً" (سنن الدارمي: باب في فضل العلم والعالم، رقم الحديث: ٣٥٢)، نرجو الله سبحانه أن يجعل اجتماعنا مثل هذا، وتقبل منا صالح أعمالنا، وتجاوز عن سيئاتنا، وهو المستعان.

---

[1]- الأمين العام لمجمع الفقه الإسلامي الهند

لقد مضى على نشأة مجمع الفقه الإسلامي ربع قرن، ولكنه يبدو أنه حديث البارحة، وكلنا جالسون مع أكابر العلماء بجامعة همدرد في ندوته الأولى الافتتاحية، فهذا الإمام أبو الحسن علي الحسني الندوي، وذلك الشيخ منة الله الرحماني، وهذا الشيخ أبو السعود الباقوي رحمهم الله، وكلهم متربعون على المنصة، لم يزل ذلك المنظر البهيج الروحي ماثلاً أمام الأعين، ونعرف أنه قيّض الله لهذا العمل الجادّ المثمر رجلاً ثاقب الفكر، بعيد النظر سماحة الشيخ القاضي مجاهد الإسلام القاسمي الذي أرسى قواعد مجمع الفقه الإسلامي في عام ١٩٨٩م، وبمجرد فضل الله وكرمه اكتسب المجمع ودّ الأفاضل من العلماء الكبار دائماً، فعمل المجمع تحت إشراف هولاء المشايخ المذكورين أعلاه بالإضافة إلى الشيخ المفتي نظام الدين الأعظمي رئيس المفتين بدار العلوم، ديوبند، والشيخ المفتي عبد الرحيم اللاجبوري رحمهم الله، كما يعمل الآن تحت إشراف الشيخ محمد سالم القاسمي، والشيخ محمد الرابع الحسني الندوي، والشيخ السيد نظام الدين حفظهم الله تعالى، ويسير هذا الركب العلمي للمجمع تحت رئاسة الشيخ محمد نعمة الله الأعظمي (رئيس قسم الحديث بدارالعلوم، ديوبند) الذي خلف الشيخ المفتي ظفير الدين المفتاحي رحمه الله رئيس هيئة الإفتاء بدار العلوم، ديوبند سابقاً في المنصب.

يواصل المجمع أعماله بنجاح بفضل الله وبتعاون علمي من من العلماء، ولم يكن بالحسبان أن هذه الشجيرة سوف تصبح شجرة وارفة يستظل بظلالها، ولكن الله سقاها بعنايته، وأنبتها نباتاً حسنًا: "ألم تر كيف ضرب الله مثلاً كلمة طيبة كشجرة طيبة أصلها ثابت وفرعها في السماء تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها" (إبراهيم :٢٥).

لقد أنشئ المجمع لثلاثة أهداف رئيسية:

أولها: تقديم حلول ناجعة لمسائل مستجدة، فقد ناقش العلماء في اثنتين وعشرين ندوة سابقة ٩٢ موضوعًا رئيسيًا، وتوصلوا إلى القرار حول ٥٥٠ قضية فقهية مستجدة فرعية، اختلفت آراء العلماء المشاركين فيها حول ٢٢ مسألة، وأجل القرار في عدة مسائل، وأما بقيتها فقد توصلت الندوة فيها إلى القرارات الحاسمة، والآن نرحب بكم في الندوة الثالثة والعشرين للمجمع، والفضل كله يرجع إلى الله.

والهدف الثاني للمجمع تربية الجيل الجديد لنشاطات علمية فقهية وتحقيقية، وتعقد لهذه الغاية ورش تربوية، ودورات فكرية، وقد تمّ عقد أكثر من ست وعشرين ورشة تربوية حول مختلف الموضوعات، كما عقدت ثماني دورات حول قضايا فكرية وعلمية، و تحقيقاً لهذا الهدف تنظم محاضرات عامة حول موضوعات فكرية معاصرة في المعاهد الدينية، وقد أقيمت ثلاث عشرة ندوة حول أمثال هذه الموضوعات في كبرى مدن الهند، يشارك فيها العلماء الشباب وطلبة قسم الإفتاء من مختلف المعاهد الكبرى، و في هذه الندوات الفقهية أيضاً، وهذا تعبير رؤيا مؤسس المجمع سماحة القاضي مجاهد الإسلام القاسمي، فكان يرى أن إعداد الصف الثاني والثالث للعمل على جبهات وأصعدة إسلامية من الوجب المحتم على كبار العلماء والقادة.

وأما الهدف الثالث فهو إعداد كتابات حول مواضيع علمية وتحقيقية مختلفة، فقد تم نقل سبعة عشر كتاباً عربياً إلى اللغة الأردية، كما نقلت ملخصات إحدى عشرة مجلة فقهية للمجمع وبعض الكتابات الأردية الأخرى إلى اللغة العربية، وترجم كذلك عشرة كتب من الأردية إلى الإنجليزية، وخمسة كتب إلى اللغة الهندية، وطبعت قرارت وتوصيات فقهية للمجمع في عدة لغات، وأنشئ قسم خاص للطباعة باسم" مؤسسة إيفا للطبع والنشر" التابعة للمجمع، وقد صدر منها مائة وخمسة وعشرون مؤلفاً من حيث المجموع، منها: أكثر من ثمانين مجلة فقهية قدمت في ندوات فقهية مختلفة للمجمع، وتدخل في هذه المجلات ترجمة بعضها إلى الإنجليزية و الفارسية واللغات الأخرى، والواقع أن هذه المجلات تعتبر بمثابة موسوعة المباحث الفقهية المعاصرة باللغة الأردية، ونالت قبولاً واسعاً في العالم كله، ومن أجلّ مآثر المجمع ترجمة "الموسوعة الفقهية" الصادرة من وزارة الأوقاف الكويتية في خمسة وأربعين مجلداً إلى اللغة الأردية، لولم ينجز المجمع في مدة خمس وعشرين سنة إلا هذين المشروعين لأوفى غايته المنشودة، ولكن الحمد لله أنه هيأ للمجمع أن يثري المكتبات الإسلامية بمطبوعاته العلمية والفكرية، متمسكاً بفكرة الاتزان والوسطية، ونال القبول والإشادة لدى أهل العلم والفضل، لو كانت مرافقتكم في هذه الرحلة

العلمية المباركة بالتعاون المستمر يتيسر للمجمع أن يواصل مسيرته، ويقطع مسافته بنجاح، ويحقق أهدافه بتقدم وازدهار.

علاوة على هذا بدأ المجمع سلسلة جديدة وهي عملية إعداد الأبحاث العلمية حول موضوعات عالمية مهمة بأقلام العلماء الشباب، فقد طبعت أربعة أبحاث باللغة العربية في هذا الصدد حول موضوعات ترتبط بالعلاقات الدولية، وسبعة أبحاث في الموضوعات المنوعة الأخرى، ولا تزال يتسع نطاق المجمع العلمي والفكري، وخدماته في المطبوعات، وذكر ذلك يطول، والواقع أن هذه المجهودات كلها نتيجة أدعية أولئك العلماء الربانيين الذين يحظى المجمع بعناياتهم الفائقة، كما أن لكم حظًا أوفر في إرواء هذه الشجرة الباسقة، فبأقلامكم يتغذى المجمع علميًا وفكريًا.

إنها لحقيقة ناصعة كبرى أن للعلماء منزلةً سامية ومكانة سامقة بين أوساط المسلمين وغيرهم، وبقدر المكانة تعود المسؤولية، فمسؤولية العلماء أكثر من غيرهم في كثير من الأمور المتعلقة بالدين والدنيا، يقول النبي المصطفى صلى الله عليه وسلم: "إن مثَل العلماء في الأرض كمَثَل النجوم في السماء يُهتدى بها في ظلمات البر والبحر، فإذا انطمست النجوم، أوشك أن تضل الهداة". (المسند الجامع" ١٤٨/٤، رقم الحديث: ١٢١٦؛ مسند أحمد: ١٥٧/٣، رقم الحديث:١٢٦٢٨) شُبِّه العلماء في هذا الحديث بالنجوم، لو رجعنا إلى كتاب الله لفهم معنى هذا التشبيه لوجدنا أن النجوم لها ثلاث خصال أساسية، أولاها: أن السماء الدنيا زُيّنت بها،: "وزينا السماء الدنيا بمصابيح" (فصلت:١٢) والثانية: أنها تكون ذريعة لإرشاد السبل وإنارة الطرق في ظلمات الليل الحالكة، "وبالنجم هم يهتدون" (النحل:١٦) والثالثة: أن كلا منها كأنه سوط من سِياط الله على الشيطان: "رجوما للشياطين" (الملك: ٥).

لو نظرنا في ضوء هذا التشبيه لوجدنا أن للعلماء ثلاثَ مسؤوليات كذلك؛ تعود إليهم، أولاها: أن يكونوا على قمة من الخلق النبيل والسلوك الفاضل حيث تُزيّن بهم الأمة وتزدان بهم في حلة من النور والزينة، ويكون كل فرد من أفرادهم داعية إلى الله ومتحليًا بالخلق النبوي الكريم، حتى يلتف حوله الناس ويستفيدوا منه كما هو مطلوب، والثانية: أن يكونوا قادة الأمة، فيتجنتبوا من سفاسف الأمور، ورزايا الأخلاق الظاهرة والمعنوية،

والثالثة: أن يحفظوا الأمة من الزعزعة الثقافية، والبلبلة الفكرية والعملية، فإن كل هذا من قبل الشيطان، تُدعّمُه قوّاتُ شياطين الإنس والجن.

قد ازدادت أهمية هذه الجوانب الثلاث في الوقت الراهن، فإن العلماء قد انحطوا خلقيًا إلى حضيض من الدناءة، حتى جرأت بعض الدول على أن تحصل على فتاويهم حسب إرادتها لا حسب الشريعة، وقد لا يمنع بعضهم من أن يبيع نفسه بعرض من الدنيا وحُطامها الفاني، ونسي العلماء أو تناسوا ما جرى مع الإمام أبي حنيفة، والإمام أحمد بن حنبل، والعلامة ابن تيمية من وقائع الجَراءة، والشجاعة، والفتوة والحمية الإسلامية، وما جرى عندما دخل حاكم الشام إبراهيم باشا على محدث حلب الشيخ سعيد الحلبي، وكان ماداً رجليه لعذر لحقه، فأعجب به الحاكم، وأرسل إليه صرة من الدينار، فاعتذر من قبولها، وقال: "يمد رجليه من لا يمد يديه"، كما نسي كثير من العلماء أنهم كانوا بالأصل دعاةً إلى الله ثم المفتين والقضاة، وضعفت عنايتهم بإرشاد الأمة إلى التربية الإسلامية السوية، وإنقاذ الإنسانية من براثن الشرك والكفر عن طريق الدعوة إلى دين الحق، مع أنهم كانوا ورثَة الأنبياء وأجراء الله، فكل نبي كان يقول لقومه: "إن أجري إلا على الله" (يونس:٧٢)، وهذه كانت دَيدنة العلماء والسلف الصالحين.

ومن واجب العلماء كذلك مقاومة ما يُنشر باسم العولمة بين المسلمين وغيرهم من فكرة غير إسلامية حتى يبتعد المسلمون من الحمية الدينية، ويتخلوا عن المثل العليا، وتغزوهم أفكار غربية وحضارة أوروبية، وتكون هذه المقاومة الإيمانية بكل جرأة وشجاعة، ومن هنا يتحتّم على العلماء أن يعملوا على هذه الجبهات الثلاث ويتقدموا بعزم أكيد ودم جديد.

سادة العلماء!

أريد بهذه المناسبة التاريخية أن استرعي انتباهكم بالإضافة إلى ذلك نحو بعض النقاط المهمة:

إن الخلافات التي ازدادت بين مختلف أوساط الأمة حقيقة لا تُجحد، وتوجد وراء ذلك أسباب يطول ذكرها، والخلافات المذهبية تتعمق جذورها، وتمثل دورا هاما في إثارة العواطف العدائية، ومنبع هذا الاختلاف هو العلماء؛ أما إزالة الخلاف نهائيًا فشِبهَ المستحيل، ولا يمكن أن يضم جميع المذاهب بعضها إلى بعض، وينتهي تنوع المذاهب

الفقهية، ولكن يمكن إيجاد أمرين: الأول منهما أن نتعلم درس الوحدة والتضامن، ونستعد أنفسنا للاجتماع على رصيف واحد في القضايا المتفق عليها من أحكام ومواقف، وتُقدم حلولا موحّدة لقضايا الأمة المشتركة، فإن القرآن الكريم دعا النصارى أيضا إلى الوحدة والتضامن في المسائل المجمع عليها، "قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم" (آل عمران: ٦٤) فهل يستحيل اجتماع المسلمين على مسائل مشتركة، والأمر الثاني: أن نحتاط في إبداء اختلاف الرأي في مسألة، ونراعي بتقدير وإجلال كل من العلماء والفقهاء.

والمسائل التي يوجد فيها غير واحد من أقوال العلماء لا يفسق العامل بواحد منها، والأفعال التي لا يوجد لها أصل في خير القرون، ويفعلها أحد من دون اعتقاد فيها أنها من الأمور الدينية فيمكن أن ينهى عنها بالنسبة لأضرار تعود جراءها، ولكنه لا يصح أن تطلق عليها البدعة، لأن كل نوع من أنواع الإحداث ليس بدعة، وإنما البدعة هي الإحداث في الدين، وذلك كل عمل سائد في العالم من غير تخصيص بقزم دون قوم، ولا يمت بصلة إلى دين، ولا يعتبر من طقوس متبعة في طبقة غير مسلمة، لا يطلق عليها حكم التشبه بالكفار، ولا يجوز تسمية من يأتيها فاسقاً، كما يظهر من بعض فتاوى الشيخ أشرف علي التهانوي.

ومن جوانب عدم التوازن في الأمة هو عدم الفرق بين الإنكار والتأويل، فالإنكار يعني الجحود بكون شيء حجة، أما التأويل فهو العدول من معنى متبادر إلى معنى بعيد يحتمله الكلام، وعلى سبيل المثال قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "تحريمها التكبير"، فذهب بعض الفقهاء إلى أن المراد منه قول القائل: "الله أكبر" بينما ذهب بعض الفقهاء الآخرين إلى أن أداء كلمة التعظيم أيا كانت تكفي عملاً بهذا الحديث مراعاة لجانبه المعنوي، فهذه الصورة الثانية هي صورة التأويل، ومن ذلك مسألة صفات الباري سبحانه وتعالى، فقد قال بعض السلف الصالحين أن لله أعضاء ولكن ثبوتها لله موافق لشأنه، وجلالته، لا نستطيع أن ندرك حقيقته، وهذا هو "التفويض"، وذهب بعضهم إلى التأويل، وذلك أن المراد بالعين مثلاً هو كونه بصيراً، والمراد بالأذن هو كونه سميعاً، فلا يصح أن

يطلق على أحد من الفريقين أنه منكر للنص الشرعي، فلو يعتبر التأويل جحوداً وإنكاراً، إن كان كذلك فلا يبقى أحد من السلف إلا ويتهم بالإنكار.

ومن أبرز أسباب عدم التوازن عدم مراعاة مدارج الأحكام، فالحقيقة أن الأحكام كلها ليست في درجة واحدة، فمنها فرائض، وواجبات، ومنها سنن ومندوبات، ومنها مباحات، ومنها ما تقوم على النصوص الشرعية، وبعضها على القياس، والاجتهاد، ثم التي تقوم على النصوص هي تتنوع إلى قطعية الثبوت، وظنيتها، وقطعية الدلالة، وظنيتها، فالأحكام تختلف من ناحية الأهمية والثبوت، ومن ناحية دلالة مصادر الشريعة على هذه الأحكام، فلا بد من مراعاة الفروق بين هذه الأحكام التي تختلف درجاتها في الأهمية، والثبوت، فرفع مستوى حكم من الأحكام من درجته الأصلية غلو وإحداث في الدين، ولذلك عدّ العلماء إيجاب ما لا يجب بدعة، كجعل السنة أو المستحب في درجة الفرض أو المعاملة مع تارك السنة كتارك الفرض، وخفض مستوى حكم من الأحكام، وإسقاطه من درجته الأصلية هو انحراف، وتساهل، ونقص في الدين.

ومن ذلك تخطئة عمل اختلفت فيه أقوال العلماء على طرق متعددة، وتفسيق العامل على طريقة واحدة منها، فالإمام الشافعي منع من أن يعتبر أحد عملاً يخالف رأيه منكراً، وقال الثوري: "إذا رأيت الرجل يعمل العمل الذي قد اختلف فيه، وأنت ترى غيره فلا تنهه" (الفقيه والمتفقه: ٢/١٦٩).

أيها السادة الحضور!

والصراعات المذهبية تكون عميقة الجذور ، واسعة المدى وعريضة النطاق، وعندما هي تدخل دائرة الانحراف والشدة يستعصي سد فجوة تقع لأجلها بين القلوب، ويصعب أن يجمع الناس على صعيد واحد؛ لأن توسيع هوّة الخلاف يعتبر اليوم نوعًا من أنواع خدمة الإسلام، والفوز في الآخرة، ويظن المتطرفون أنهم يستحقون الأجر والمثوبة من الله حسب تطرفهم في التمسك بأفكارهم حتى يجرؤن على تكفير الآخرين، ويتطاحن بعضهم مع بعض ، ويصبح كل منهم وقودًا للآخر، ويسمي بعضهم بعضًا "فرقة نارية"، ويناقش بعض أصحاب المذاهب الفقهية في جواز الصلاة وعدمه خلف إمام مخالف لمذهب المؤتم الفقهي، والواقع أن الدخول في الإسلام أيسر الأعمال في الشريعة، كل من

يُظهر تيقنه بتوحيد الله تعالى، وإقراره بأسمائه، وصفاته ورسالة محمد صلى الله عليه وسلم، والآخرة، والبعث والنشور يدخل حظيرة الإسلام، تجري فيه أحكام الإسلام، ليس لأحد أن يطلع على ما في داخل قلبه، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم :

"الإيمان أن تؤمن بالله وملائكته وبلقائه ورسله وتؤمن بالبعث" (البخاري: ٣٧، باب: سؤال جبريل النبي صلى الله عليه وسلم عن الإيمان والإسلام والإحسان وعلم الساعة).

وقد كان عدد من الناس في زمن النبي صلى الله عليه وسلم منافقين يُظهرون أنهم مسلمون، ولكنهم لم يكونوا مسلمين في بواطنهم، ولكن رسول الله صلى الله عليه وسلم عاملهم معاملة المسلمين لقيامهم بشعائر الإسلام في الظاهر وإن أسرّوا خلافها، وقد أخبر النبي صلى الله عليه وسلم بأسماء هؤلاء من ربه، ولكنه صلى الله عليه وسلم مع ذلك لم يبدها أمام عامة الصحابة رضي الله عنهم خشية أن يبدأ الناس يعاملونهم معاملة من لم يقر بإسلامه مع أنهم أقروا بإسلامهم.

إن الدخول في الإسلام والحكم على أحد أنه مسلم سهل ميسور، وأما الحكم على أحد أنه خارج عن ربقة الإسلام، ومرتد عن سبيل المؤمنين، فإنه أمر خطير، وينبغي الأخذ بحيطة وحذر وتأمل وتريث في ذلك، فلا يجوز أن يكفر أحد حتى تقوم عليه الحجة بكفره، يقول النبي صلى الله عليه وسلم:

"أيما امرئ قال لأخيه يا كافر! فقد باء بها أحدهما إن كان كما قال وإلا رجعت عليه" (مسلم ، كتاب الإيمان، باب بيان خصال الإيمان ....، برقم: ٢١٥، ٢١٦ ، ٢١٧).

إن الأحاديث النبوية تشير إلى أن الإنسان يدخل في دائرة الإسلام بإقراره بالشهادتين، وأما علامة إسلامه في حياته العملية فهي أن يصلي مع المسلمين، ويعتقد أن الكعبة قبلة المسلمين، وأن ذبيحة المسلمين حلال، فقد روى سيدنا أنس صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:

"من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا وأكل ذبيحتنا فذلك المسلم الذي له ذمة الله وذمة رسوله فلا تحقروا الله في ذمته" (البخاري، كتاب الصلاة،

باب فضل استقبال القبلة، برقم: ٣٨٤).

وهذا هو الحديث الذي جعله الإمام عبد الوهاب الشعراني أساسًا عند حديثه عن الفرق الضالة في كتابه: "اليواقيت والجواهر"، يقول:

"لا يحكم على مذهب من المذاهب الإسلامية بالكفر؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا وأكل ذبيحتنا فذلك المسلم الذي له ذمة الله وذمة رسوله" (اليواقيت والجواهر: ١٢٥/٢، مبحث: ٥٨).

ومما يدل على ذلك أن الفرق المختلفة المنحرفة عن جادة الحق والصواب قد ظهرت في آخر عصر الصحابة رضي الله عنه، ولكنهم احتاطوا في تكفيرهم، فقد ظهر الخوارج في عهد سيدنا علي كرم الله وجهه، وكانوا يكفرون كلتا الجماعتين من الصحابة ممن كانوا معه أو ضده؛ ولكن علياً لم يتبادر إلى تكفيرهم إلا أنه قال: "لو عاثوا في الأرض مفسدين لقاتلناهم" ثم قاتلهم فهزمهم ولكنه لم يعامل المفتوحين وأموالهم معاملة الكفار، فلم يجعل نساءهم إماءً وأموالهم غنائم.

فإننا نرى في آثار السلف وتراجمهم أن أهل السنة اختلفوا الخوارج و المعتزلة اختلافا كثيرا، وشددوا عليهم في الرد على معتقداتهم، ولكنهم ما تعجلوا في تكفيرهم بل أخذوا بمبدأ الاحتياط في ذلك، وأما المسلمون اليوم فكل طائفة منهم لا تتحرّج في تكفير طائفة أخرى، ويكرهون إخوانهم المسلمين الذين يخالفونهم في الرأي أكثر من غيرهم.

فالحاجة ماسة إلى التمسك بمبدأ الاحتياط في تكفير جماعة من المسلمين، أو تشريكها، فهناك فرق بين، وبون شاسع بين أن يعتقد شخص في عالم أنه معصوم مثل النبي وبين أن تستند إلى تحقيقه واجتهاده، ويعتمد على فقهه في الدين، فالأول شرك، والثاني اتباع أهل العلم، والصلاح، وذلك مطلوب في الدين، مأمور به، قال تعالى: "أولئك الذين هدى الله فبهداهم اهتده" (الأنعام: ٩٠).

وهكذا لو كان هناك شخص يرتكب عملاً مشوباً بالشرك، ولكنه يؤوله، فيمكن أن يقال: إنه ارتكب عملاً من أعمال الشرك، ولكنه لا ينبغي أن يفتى بأنه مشرك، ومن قواعد الفقهاء أن عمل المسلم أيا كان يحمل على الصواب ما أمكن، يقول الفقيه الحنفي

المشهور العلامة ابن عابدين الشامي:

"لا يفتى بكفر مسلم في كفره اختلاف، ولو رواية ضعيفة، فقد عدلوا عن الإفتاء بالصحيح لأن الكفر شيء عظيم" (رسم المفتي، ص: ١٩٠، مطبع: زكريا – ديوبند).

ويجدر بالذكر هنا ما ذكره ابن نجيم المصري من قصة الإمام أبي حنيفة رحمه الله في هذا الصدد، يقول:

"وسئل الإمام (أبو حنيفة) رحمه الله تعالى عمن قال: أرجو الجنة، و لا أخاف النار، ولا أخاف الله تعالى، وآكل الميتة، وأصلي بلا قراءة وبلا ركوع وسجود، وأشهد بما لم أره وأبغض الحق وأحب الفتنة، فقال أصحابه: أمر هذا الرجل مشكل ، فقال الإمام: هذا الرجل يرجو الله لا الجنة ويخاف الله لا النار ولا يخاف الظلم من الله تعالى في عذابه، ويأكل السمك والجراد، ويصلي على الجنازة ويشهد بالتوحيد ويبغض الموت وهو حق ويحب المال والولد وهما فتنة له ، فقام السائل وقبل رأسه، وقال: أشهد أنك للعلم وعاء" (الأشباه والنظائر: ٤٢٦/١، ط: دار الكتب العلمية – بيروت – ١٩٨٠م).

وتوجد أمثلة كثيرة لهذه الحيطة عند من جاء بعدهم من الفقهاء كذلك، فقد كان الصراع محتدمًا بين أهل السنة والجماعة وبين المعتزلة والمرجئة، و تأثر بذلك الحكام والأمراء، وكانت هناك محاولات إزعاج الفريق الآخر تحت رعاية الحكومة، ولكن أخذ الفقهاء بغاية من الاحتياط في تكفير المعتزلة والمرجئة، كما حدثت خلافات عقدية شديدة بين طوائف أهل السنة من الأشاعرة والماتريدية والحنابلة، وكان لذلك تأثيرات على آراء المحدثين عن الرواة، ولكن تجنب الجميع تكفير بعضهم بعضا، وكان عامة الفقهاء المتقدمين يرون أن الشيعة الذين لا يعتقدون بتحريف القرآن لا يحكم بكفرهم.

فقد قال الإمام عبد الوهاب الشعراني ما ملخصه:

"إن المعتزلة والنجارية والروافض والخوارج والمشبهة كلهم مسلمون، لايحكم عليهم بالكفر، ونقل عن الشيخ أبي طاهر القزويني أنهم كلهم

من أمة الإجابة، فمن الظلم أن يكفّروا ويُخرجوا من دائرة الإسلام" (المرجع السابق).

ونقل عن الإمام أبي الحسن الأشعري أنه قال عندما حضرته الوفاة:

"اشهدوا أنني لا أكفر أحدًا من أهل القبلة لمعصيته، لأنني أراهم جميعًا يولون وجوههم شطر معبود واحد، والإسلام يشملهم بأجمعهم" (اليواقيت للشعراني:١٢٦/٢، مبحث: ٥٨).

ونقل عن الإمام الشافعي:

"من يؤول على خلاف الظاهر، فإنه آثم، ولكنه لا يكفّر لأجل ذلك" (المرجع السابق).

واتفق الشافعية كذلك على أن الخوارج لا يحكم عليهم بالكفر (راجع: الصواعق المحرقة، ص: ١٥، ابن حجر الهيتمي).

وكتب العلامة ابن عابدين الشامي عن الخوارج:

"وحكم الخوارج عند جمهور الفقهاء والمحدثين حكم البغاة، وذهب بعض المحدثين إلى كفرهم ، قال ابن المنذر: ولا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم، وهذا يقتضي نقل إجماع الفقهاء، وقد ذكر في المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحدا من أهل البدع ، وبعضهم يكفر من خالف منهم ببدعته دليلا قطعيا ونسبه إلى أكثر أهل السنة، والنقل الأول أثبت، نعم يقع في كلام أهل مذهب تكفير كثير، لكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم، ولا عبرة بغير الفقهاء، والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا، وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين" (رد المحتار :٤١٣/٦).

وهذه هي وجهة نظره عن الروافض، كما نقل في غير موضع من كتابه "رد المحتار" نقلاً عن أهل السنة والجماعة، وخلاصة ذلك أن الشيعة الذين لا يعتقدون بألوهية علي لا يحكم عليهم بالكفر (راجع: رد المحتار: ٢٩٣/٣، ٤١٣/٦).

وقال الحصكفي:

" واعلم أنه لا يفتى بكفر مسلم أمكن حمل كلامه على محمل حسن، أو كان في كفره خلاف ، ولو كان ذلك رواية ضعيفة " (الدر المختار مع رد المحتار :٢٢٤/٤).

والشيخ عبد القاهر الإسفرائيني ألقى ضوءًا على كون أهل السنة وغيرهم مسلمين أو غير مسلمين ، ومواقع تكفيرهم بالتفصيل ، فلندع المجال له، يقول:

"والصحيح عندنا أن أمة الإسلام تجمع المقرين بحدوث العالم وتوحيد صانعه وقدمه وصفاته وعدله وحكمته ونفى التشبيه عنه وبنبوة محمد ورسالته إلى الكافة وبتأييد شريعته وبأن كل ما جاء به حق وبأن القرآن منبع أحكام الشريعة وأن الكعبة هي القبلة التي تجب الصلاة إليها فكل من أقر بذلك كله ولم يشبه ببدعة تؤدى إلى الكفر فهو السني الموحد وأن ضم إلى الأقوال بما ذكرناه بدعة شنعاء نظر، فإن كان على بدعة الباطنية أو البيانية أو المغيرة أو الخطابية الذين يعتقدون إلهية الأئمة أو إلهية بعض الأئمة أو كان على مذاهب الحلول أو على بعض مذاهب أهل التناسخ أو على مذهب الميمونية من الخوارج الذين أباحوا نكاح بنات البنات وبنات البنين أو على مذهب اليزيدية من الإباضية في قولها بأن شريعة الإسلام تنسخ في آخر الزمان أو أباح ما نص القرآن على تحريمه أو حرم ما أباحه القرآن نصا لا يحتمل التأويل فليس هو من أمة الإسلام ولا كرامة له وان كانت بدعته من جنس بدع المعتزلة أو الخوارج أو الرافضة الإمامية أو الزيدية أو من بدع البخارية أو الجهمية أو الضرارية أو المجسمة فهو من الأمة في بعض الأحكام وهو جواز دفنه في مقابر المسلمين وفى ألا يمنع حظه من الفيء والغنيمة إن غزا مع المسلمين وفي أن لا يمنع من الصلاة في المساجد" (الفرق بين الفرق وبيان فرقة الناجية لعبد القاهر أبو نصر البغدادي:١٢/١-١١، ط: دار الآفاق الجديدة – بيروت).

وقد اشتهر في هذا الصدد حديث على ألسنة الخاصة والعامة واعتبر لدى

بعضهم أساسًا للكفر والإسلام ، وذلك أن نبي الله صلى الله عليه وسلم قال:

"افترقت اليهود على إحدى أو ثنتين وسبعين فرقة، وتفرقت النصارى على إحدى أو ثنتين وسبعين فرقة وتفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة " (سنن أبي داود، كتاب السنة، باب شرح السنة ، برقم: ٤٥٩٦، وسنن الترمذي، كتاب الإيمان، باب ما جاء في افتراق الأمة، برقم: ٢٦٤٠، وسنن ابن ماجة ، كتاب الفتن، باب افتراق الأمم، برقم: ٣٩٩١، ٣٩٢، ٣٩٩٣).

وقد ورد في بعض الروايات مزيد توضيح لهذا الحديث بأنه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"ليأتين على أمتي ما أتى على بني إسرائيل حذو النعل بالنعل حتى إن كان منهم من أتى أمه علانية لكان في أمتي من يصنع ذلك وإن بني إسرائيل تفرقت على ثنتين وسبعين ملة وتفترق أمتي على ثلاث وسبعين ملة كلهم في النار إلا ملة واحدة قالوا ومن هي يا رسول الله قال ما أنا عليه وأصحابي" (سنن الترمذي، كتاب الإيمان، باب ما جاء في افتراق الأمة، برقم: ٢٦٤١، المستدرك على الصحيحين للحاكم، كتاب العلم، فصل في توقير العالم هذه أخبار صحيحة ... ، برقم: ٤٤٤، ٤٤٥، وكتاب الفتن والملاحم، برقم: ٨٤٤٨).

ومثل هذه الرواية جاءت في مدونات متون الأحاديث المختلفة عن غير واحد من الصحابة، يظهر من مجموعها أن الواحدة من هذه الفرق الثلاث والسبعين هي الناجية، وأما غيرها – وهم الكثرة الكاثرة من المسلمين – فهم أهل النار.

وقد استنتج العلامة الخطابي من هذا الحديث أن أي فرقة من هذه الفرق غير خارجة عن الإسلام؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم عدهم من أمته، وعلم من هذا أن من يؤول آية أو حديثا لا يخرج عن الملة الإسلامية وإن كان مخطئًا في تأويله:

"فيه دلالة على أن هذه الفرق كلها غير خارجين من الدين إذ النبي صلى الله عليه وسلم جعلهم كلهم من أمته وفيه أن المتأول لا يخرج من الملة وإن أخطأ في تأويله " (السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الشهادات، باب ما ترد به شهادة أهل الأهواء: ٢٠٨/١٠، برقم: ٢٠٦٩٠، ط: مكتبة دار الباز – مكة المكرمة – ١٤١٤ هـ – ١٩٩٤م)

فاتضح أن كونهم من أهل النار لا يعني خلودهم في النار، وإنما المراد بأنه لا يحصل لهم الدخول الأولي في الجنة ، وإنما يدخلون الجنة بعد الفراغ مما قُدّر لهم من العقوبة؛ لأن كل فرد من أفراد أمة الإجابة يدخل الجنة في نهاية المطاف ، ويقوي هذا أن بعض الروايات وردت بألفاظ تالية:

"تفرق أمتي على بضع وسبعين فرقة كلها في الجنة إلا فرقة واحدة وهي الزنادقة" (الموضوعات لابن الجوزي: ٢٦٧/١، لا يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم" (المرجع السابق)، وقال السيوطي: "لا أصل له" (المصنوع في معرفة الحديث الموضوع: ٨٠/١ ، اللآلي المصنوعة في الأحاديث الموضوعة لجلال الدين السيوطي: ٢٧٧/١، وفي كشف الخفاء: ١٦٧/١، ٤٤٦: أخرج هذا الحديث ابن نجار والديلمي والحاكم، وهم من كبار المحدثين، وصححه الحاكم).

ومن رواة هذا الحديث ابن عمر وسعد بن وقاص وأبو أمامة وأبو الدرداء وعبد الله بن عمرو بن العاص ومعاوية وغيرهم – رضي الله عنهم – وقد حاول بعض أهل العلم التوفيق بين الروايتين، فقالوا:

"... ولعل وجه التوفيق أن المراد بأهل الجنة في الرواية الثانية ولو مآلاً" (كشف الخفاء: ١٦٧/١، ٤٤٦).

ويعني ذلك أن المراد بأهل الجنة في الرواية الأولى من يدخلونها ابتداءً، وفي الثانية من يدخلونها ولو مآلا وانتهاءً.

وتبين من هذا وذاك أن هذا الحديث الذي يشير إلى أن فرقة واحدة تدخل الجنة، واثنتا وسبعون فرقة يدخلون النار، وتعوّد الخطباء ذكره بأشداقهم، ويجعلونه أساسًا للتفرقة والانقسام، يدعو إلى التأمل المتأني والتفكير الجاد، فإنه يدعو إلى الوحدة لا إلى الفرقة، إلى الحب لا إلى البغض، إلى الاحتياط والتأكد والتوسط في التكفير لا إلى الاستعجال والارتجالية والعشوائية، يا ليت الخطباء والعلماء والمشايخ أدركوا هذه الحقيقة، يا ليت قومي يعلمون.

وإن تعجب فعجبٌ خلافُ أهل السنة والجماعة الذين يمثلون – فيما أرى – تسعين في المائة من المسلمين على مستوى العالم في قضايا فقهية وأمور فكرية لا طائل تحتها ولا نفع وراءها، حتى يبدأون تكفير بعضهم بعضا، فيكفر المقلدون الغلاة إخوانهم السلفيين، ويكفر السلفيون الغلاة إخوانهم المقلدين، حتى تجري المناقشات في قضية اقتداء المسلم خلف إمام مخالف لمذهبه، مع أن الخلاف في الفروع ما كان بدعًا من الأمر، وإنما كان منذ عهد الصحابة، ولكنهم كانوا يصلون خلف كل مسلم من دون أدنى تريث أو تلعثم، حتى كان بعض المعتزلة يؤمون الناس في العهد العباسي، وأهل السنة يأتمون بهم.

ورحم الله العلامة ابن حزم الظاهري إذ قال:

"فاعلم – عافانا الله وإياك – أن البحث عن مثل هذا أحدثه الخوارج، ... وما امتنع قط أحد من الصحابة – رضي الله عنهم– ولا من خيار التابعين من الصلاة خلف كل إمام صلى بهم" (رسالة في الإمامة، ص: ١٢٣).

وأوضح العلامة ابن تيمية أن الإمام أحمد كان يؤكد على أنه ينبغي للرجل أن يعمل بخلاف مذهبه أحيانًا لغرس المحبة المتبادلة بين المسلمين، يقول:

"ولهذا نص الإمام أحمد على أنه يجهر بالبسملة عند المعارض الراجح، فقال: يجهر بها إذا كان بالمدينة، قال القاضي: لأن أهلها إذ ذاك كان يجهرون فيجهر بها للتأليف ليعلمهم أنه يقرأ بها " (رسالة الألفة، ص: ٤٨).

ويقول الإمام في موضع آخر:

"وقاعدتنا في هذا الباب أصح القواعد أن جميع صفات العبادات من الأقوال والأفعال إذا كانت مأثورة أثرًا يصح التمسك به، لم يكره شيء من ذلك بل يشرع ذلك كله، كما قلنا في أنواع صلاة الخوف وفي نوعي الأذان الترجيع وتركه، ونوعي الإقامة شفعها وإفرادها، وكما قلنا في أنواع التشهدات وأنواع الاستفتاحات، وأنواع الاستعاذات وأنواع القراءات وأنواع تكبيرات العيد الزوائد وأنواع صلاة الجنازة وسجود السهو والقنوت قبل الركوع وبعده" (مجموع فتاوى ابن تيمية: ٢٤/٢٤٢).

لا بد من القضاء على اختلاف العلماء والطوائف المذهبية المختلفة، وبه تنشأ فكرة إيجابية وهي أنهم جميعا متمسكون بالسنة والشريعة، ولم يتجاوزوا حدودها، ولم ينكروا أصولها، وأن يدخل "أدب الاختلاف" كمادة لازمة في الجامعات الإسلامية.

سادتي وأحبائي:

لعلكم تعرفون المبنى التاريخي "لبوابة الهند" الذي يقع في مومباي، ولو تبنى بوابة دخول الإسلام في الهند، ويحدد بالضبط أن الإسلام من أي طريق دخل هذه البلاد، فلا مندوحة عن بنائه على شاطئ نهر "نربده" في كجرات؛ لأن النسيم عند ما هبّ من الحجاز المقدس، ووصل راكبا عواتق البحر أول ما وصل إلى هذه الأرض العطرة، وعطّروها بشذاها، وهذه هي البقعة الطيبة التي نزل بها الصحابي الجليل حكم بن أبي العاص في العهد الفاروقي، ودوّت قفارها وجبالها بهتافات الوحدانية والكبرياء لله وحده.

يرى العلماء أن هذه الأرض تشرفت علاوة على سيدنا حكم بن أبي العاص بزيارة عدد من نفوس زكية سعدت برؤية طلعة النبيصلى الله عليه وسلم وسماع كلامه المعجز، وقد ثبت بما ذكر في التاريخ بدقة أن أبا بكر ربيع بن صبيح السعدي البصري قد حلّ بهذه الأرض، ويرى صاحب كشف الظنون وغيره من عباقرة العلم أنه هو أول المصنفين للعهد الإسلامي.

ومن حسن حظ هذه الخطة الأرضية أن سلاطينها وحكامها وإن كانوا عجما ولكنهم كانوا رحماء في حق الرعية، وكانوا من محبي العلم وأهله، مولعين بنشر الدين

وتوسيع مفاهيمه وفي مقدمتهم السلطان مظفر شاه الحليم الكجراتي، وبالتالي اتخذها كثير من كبار المحدثين والفقهاء والأولياء والصوفية من العالم الإسلامي ومن مناطق مختلفة للهند مقرا دائما، ومركزا لخدمة أهدافهم، وأنشأوا مدارس ومعاهد في أنحائها لنشر ثقافة الإسلام، هنا بدأ الشيخ نور الدين أحمد الشيرازي تلميذ مير سيد شريف، والعلامة وجيه الدين (م:٩٢٧هـ) الذي لقبه سلاطين كجرات بملك المحدثين، والشيخ جمال الدين الحضرمي (م:٩٣٠هـ)، – وهما من أسعد تلاميذ المحدث المشهور العلامة شمس الدين السخاوي –دروسهم والتف الناس حولهم، واستفادوا منهم وبقوا ههنا يروون شجرة العلم إلى أن دفنوا في تربتها، هنا نجد المحدث والفقيه المشهور الشيخ عبد المعطي العلامة زين الدين زكريا الأنصاري باكثير المكي تلميذ شهاب الدين أحمد العباسي (م:٩٩٢هـ)، الذين كان كل عالم منهم نابغة عهده وفريد نوعه، وهنا نبغ الشيخ محمد بن عبد الله الفاكهي الحنبلي (م:٩٩٢هـ) والسيد شيخ بن عبد الله عيد روس (م:٩٩١هـ) والشيخ سعيد الشافعي الحبشي (م:٩٩٠هـ) من تلاميذ العلامة ابن حجر المكي، وهنا تجلت عبقرية الشيخ علي المتقي صاحب "كنز العمال"، والسيد الشيخ عبد الأول الحسيني شارح صحيح البخاري، والشيخ عبد الله المتقي والشيخ رحمة الله السندهي وأمثالهم، فكانوا من المحدثين المرموقين الأفذاذ الذين انتهت إليهم رئاسة العلم في هذه الأرض.

إن أرض كجرات لم تحظ بوجود علماء الحديث ومهرة الأدب والشعر وأئمة المعقولات فحسب، وإنما كانت عامرة بكبار الفقهاء والمؤلفين في الفقه الإسلامي، الذين شرفوا هذه الأرض بنفائس علمهم ودرر أفكارهم، فإلى هذه الأرض ينتمي شيخ بن عمر شارح "الهداية"، والقاضي عماد الدين، وقاضي القضاة محمد أكرم قاضي "نهر والا"، وقاضي القضاة جمال الدين، والقاضي إسماعيل الأصفهاني، والمفتي ركن الدين الناغوري مؤلف "الفتاوى الحمادية" والقاضي جغن الغجراتي مؤلف "خزانة الروايات"، وكان لهذين الكتابين أهمية كبرى في استيعاب جزئيات الفقه الحنفي، ولكن الأسف أنهما في دفائن المخطوطات حتى الآن لم يقدر لهما النور، ولأهل العلم والتحقيق أن تكتحل أعينهم بهما.

وممن يجدر ذكرهم من أمجاد هذه الأرض الشيخ راجح بن داود (م:٨٩٤هـ) من تلاميذ العلامة السخاوي، وقد ذكر ترجمته أستاذه في كتابه المشهور "الضوء اللامع"، ويُنقل عن الشيخ عبد الملك (م:٩٨٠هـ) أنه قد حفظ صحيح البخاري عن ظهر الغيب، ومن ذا الذي لا يعرف العلامة محمد طاهر الفتني الذي لايزال يستفيد العلماء من مؤلفاته القيمة من "تذكرة الموضوعات"، و"مجمع بحار الأنوار" و"المغني في أسماء الرجال" وما إلى ذلك.

ولم تزل أرض كجرات هذه محط آمال المشايخ والعارفين بالله والصوفية والزهاد مع المحدثين والفقهاء، وقد أضاء المشايخ والربانيون من كافة سلاسل وطرق التصوف بأنوار معرفتهم هذه البقعة المباركة، وأنشاؤا مراكز التربية الروحانية والزوايا بالقلوب الدفاقة، وأخص بالذكر منهم الشيخ علاء الدين المهائمي، فإن التقدم بدون ذكره غمط لحقه، فقد لقبه الشيخ عبد الحي الحسني صاحب "نزهة الخواطر" بابن العربي الثاني، وكتابه "تفسير الرحمن وتيسير المنان" مشهور على النهج الصوفي، وقد طبع، والذي ألف حول مقاصد الشريعة وأسرار الأحكام كتابا باسم "إنعام الملك العلام" قبل "حجة الله البالغة" للشاه ولي الله الدهلوي: وحاز قصب السبق في ذلك، وإلى هذه الأرض ينتسب العلامة وجيه الدين العلوي أستاذ الأساتذة، الذي ذاع صيت دروسه من أحمدآباد إلى لاهور، والذي هو ممن أكثر التصنيف والتأليف من علماء الهند.

والخلاصة أن القائمة طويلة، وأنا حائر فيمن أذكره ممن أدعه، والواقع أن كجرات ضمت في أحشائها كنزا ثمينا من العلماء والمشايخ، وأخفت بين جوانحها نفوسا كانت بركة الوجود، ومفخرة الإسلام، وكان لها فضل كبير في نشر العلوم الدينية في حين من الدهر، وكانت مكانتها في الهند مثل مكانة بغداد ودمشق والقاهرة في العالم الإسلامي.

والذي زاد أرض كجرات رونقًا وبهاءًا،وبلّغ إشعاعاتها إلى كل حدب وصوب ورود قافلة علمية من فطاحل علماء جامعة دار العلوم بديوبند وكبار أساتذتها من العلامة

السيد أنور شاه الكشميري، والعلامة شبير أحمد العثماني، والشيخ محمد يوسف البنوري، والشيخ بدر عالم الميرتهي وغيرهم من العلماء المحققين الراسخين الذين حلوا بربوعها وجعلوا "دابهيل" منبع فيضهم وبركتهم.

وبحمد الله وفضله لم تزل هذه الولاية محافظة على خصائصها، فإن لها شأنا مرموقا في كثرة مدارس ومعاهد إسلامية ورقيها الصوري والمعنوي، وطموح الأهداف والمرامي مع عملقة البناء وشموخ المباني.

سادتي الأفاضل!

إن شمس سلطة المسلمين غربت عن هذه البقعة قبل زمن مديد، والذين كانوا بالأمس أصحاب العرش والإكليل يساقون اليوم إلى المشنقة، ويبتلون بصنوف من العذاب والمحنة، وقد استنوا بسنة الحياة المكية في المحن والبلايا بالصمود في وجه الطغيان، ولكن على الرغم من كل هذا وذاك لا تزال حدائق علمها مجلبة لبغضاء العدو الحسود واللدود، ولا تجد منطقة من مناطق شبه القارة الهندية أشد استقامة على الشعائر الإسلامية وأكثر التزاما بالدين منها، ولاشك أن لولاية كجرات منة عظيمة في الدعم الاقتصادي الذي تتمتع به المؤسسات الدينية والخيرية على مستوى الهند، لا تدانيها منطقة أخرى في ذلك، ولم تنزل قوافل مسلمي كجرات في مكان من الشرق أو الغرب إلا بالاحتفاظ التام على ثغور فكرية ومميزات دينية، والتمسك بأهداب الدين، والذود عن حوزة الشريعة الإسلامية بكل ثبات واستقامة.

وقد امتزجت بتربة هذه الأرض آهات المحدثين والفقهاء، وعبادات المشايخ والصوفية، التي كانت لياليهم وأسحارهم مليئة بها، وتوجد آثارها في كل ناحية من نواحيها حتى اليوم، ولاتزال كل ناحية من نواحيها متضوعة بهذا المسك، ولاشك أن استقامة أهل كجرات على دينهم وشريعتهم وثقافتهم جانب مشرق من حياتهم، وأنموذج رائع لمسلمي الهند جميعا.

إننا نقدم عن جميع مسلمي البلاد تحية المحبة والإخاءإلى أهل كجرات، الذين خاضوا أنهار النيران ومشوا على حسك السعدان، وواجهوا عواصف هوجاء من الفساد

والطغيان، ومروا بكل ذلك بصبر وأناة وجد واجتهاد، ولم تتزلزل أقدامهم ولا ارتجفت قلوبهم، وتدعو لكم هذه القافلة العلمية الوافدة من مناطق بعيدة أن يكون النصر الإلهي لا يزال حليفكم، وتنفلق تباشير صبح الأمل من أفق هذه الليلة المؤلمة الداجية، يسفر هذا الصبح وقريبًا يسفر ويولّي الظلام هاربا.

سادتي الأفاضل!

سنناقش في هذه الندوة ثلاثة موضوعات هامة، أما أولها فهو موضوع الاستصناع، ومن أهمية هذا الموضوع أنه مبني على العرف، وقد استثني من بعض أحكام العقود العامة، فإن بيع المعدوم غير جائز، ولكن بيع المعدوم يتم في الاستصناع كالسلم، ولا يصح في عامة البيوع أن يؤجل العوضان، ولكن يسوغ ذلك في الاستصناع، ويستخدم اليوم الاستصناع كوسيلة مهمة للتمويل في المؤسسات المالية الإسلامية، ويرجى أنه سوف يسمح بالاستثمار على أسس إسلامية في الهند، ومن فوائد المناقشة في هذا الموضوع الآن أن صورة المسألة ستكون واضحة أمام أعين العلماء.

كما نناقش مسائل ذات أهمية كبرى في المجتمع الهندي المعاصر المتغير عن الوصية، والهبة، والميراث، وهي بأمس حاجة إلى أن ينظر فيها من جديد في ضوء مقاصد الشريعة، وقواعد الفقه، وأصوله، واجتهادات الفقهاء، وبما أن العالم بأسره قد تحول اليوم إلى قرية، فليس لنا أن نكون بمعزل عن القضايا الدولية، ومن دأب المجمع أنه لم يزل يناقش مثل هذه القضايا، وهذه الندوة أيضاً تناقش مسألة من مسائل هذا النوع، وهي مسألة المواطنة والتجنس، فقد كثرت التنقلات بين دول ودول في هذه الأيام لأسباب مختلفة، فمن هذه الناحية تكتسب هذه المسألة أهمية قصوى، وسوف نتحدث في غير ذلك من المسائل الاجتماعية من الناحية الفقهية.

سادتي!

نتقدم إليكم بجزيل الشكر والثناء على أنكم قمتم بتنظيم هذه الندوة وقبلتم استفاضة هذه الكوكبة من العلماء، تقبل الله منكم حسن الرعاية وكرم الوفادة، ولا يفوتني بهذه المناسبة أن أتقدم أسمى عبارات التقدير والإخلاص للشيخ الفاضل والعالم الكبير الشيخ المفتي محمد أحمد الديولوي –زيدت حسناته– الذي تحولت بجهوده المخلصة هذه

الصحراء حديقة وهذا الخراب معمورا يغتبط به، كما أزجي فائق الشكر وبالغ الامتنان إلى رفاقه المخلصين، وأساتذة وطلبة جامعة علوم القرآن، فبجهودهم المتواصلة أقيمت هذه الندوة الميمونة الرائعة التي جمعت صفوة علماء البلاد، تقبل الله منكم مساعيكم، وجعل هذا الاجتماع خير سبب للتوصل إلى قرارات وتوصيات لا تحيد عن الصواب والسداد قيد شبر، وأرشدنا إلى سواء السبيل، آمين.

اللهم أرنا الحق حقاً، وارزقنا اتباعه، وأرنا الباطل باطلاً، وارزقنا اجتنابه.

وصلى الله على النبي الكريم محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

* * *

موضوع

قضية المواطنة والحقوق المتعلقة بها

* ورقة الأسئلة
* القرارات والتوصيات
* عرض المسألة
* خلاصة البحوث
* من البحوث والدراسات

ورقة الأسئلة:

مسألة المواطنة

كان الإنسان في القرون الماضية لا يحتاج إلى الحصول على المواطنة القانونية للعيش في دولة وللإقامة الدائمة فيها. وكان الوضع هكذا لما كان العالم الإسلامي تحت عَلَم واحد، واستمر هذا الوضع هكذا حتى بعد ظهور الدول المسلمة المختلفة. وكان غير المسلمين أيضا أحرارا في الإقامة الدائمة في الدول المسلمة والعيش فيها، إلا أنه إذا كان مواطن دولة يذهب إلى دولة أخرى لحاجة مؤقتة له فيها فعليه الحصول على حماية شخص في تلك الدولة، وإذا كان يذهب إليها بغرض التجارة كان المطلوب منه أن يؤدي الضريبة. ولكن الوضع قد تغير كثيرا في العصر الحاضر، فقد أدت النظرية الغربية لتقسيم الإنسان على أساس العصبية القومية والمنطقة والوطن إلى أن مواطن دولة لا يستطيع الدخول في دولة أخرى بدون سبب، كما انه لايستطيع العيش والإقامة الدائمة فيها إلا بإجراءات خاصة. والأمر المؤسف للغاية أن الدول المسلمة هي أكثر ضيقا للقلب في هذه المسألة إذا ما قورنت بالدول غير المسلمة.

وفي جانب آخر يستمر انتقال السكان من دولة إلى أخرى في هذا العصر لأسباب عديدة منها المقاصد الاقتصادية والأوضاع السياسية وأوجه التشابه الثقافي. وفي هذا الضوء أصبحت مسألة المواطنة ذات أهمية قصوى، كما أصبحت مسألةً دولية أصدرت الأمم المتحدة قرارات مهمّة حولها.

فانطلاقا من هذه الخلفية تبرز هناك بعض الأسئلة للنظر فيها بمنظور شرعي:

١. ما هو أساس الحصول على المواطنة في الإسلام؟ هل الأساس هو الإقامة الدائمة في دولة أو الانشغال في الأنشطة الاقتصادية فيها أو الإقامة فيها لمدة معينة أم أي شيئ آخر؟

٢. لو يودّ مواطن مسلم يسكن في دولة مسلمة أو غير مسلمة الحصولَ على مواطنة دولة مسلمة أخرى لسبب ما، فهل تكون تلك الدولة المسلمة مُلزَمة شرعياً بقبول طلبه أم لا؟

٣. في بعض الأحيان يواجه المسلمون الظلم والعدوان في دولتهم فيلجأون إلى دولة مسلمة، وتعطيهم تلك الدولة مكانة "اللاجئين" ولا تعطيهم مكانة "المواطنين"، فهل يجوز ذلك شرعا؟ وهل يجوز لتلك الدولة أن لا توفر لمثل هؤلاء المسلمين التسهيلات التي توفرها لمواطنيها الأصليين؟

٤. ما هي حقوق المواطنة من منظور إسلامي؟ على سبيل المثال: حق التصويت وحق الترشيح في الانتخابات وحق التوظيف في المؤسسات الحكومية وحق التعليم في المؤسسات التعليمية الحكومية وحق الذهاب والإياب من مكان إلى مكان آخر بدون إذن مسبق.

٥. ما هي حقوق اللاجئين في الشريعة الإسلامية؟ وما هي الحقوق التي يتمتع بها المواطنون ولا يتمتع بها اللاجئون؟

٦. هل يجوز لمسلم أن يحصل على مواطنة دولة غير مسلمة لحاجة له فيها أو لاضطرار أو لمصلحة اقتصادية؟

٧. هل يصحّ إيذان غير المسلمين بالإقامة الدائمة في الدول المسلمة كمواطنين مستقلين؟

* * *

القرارات والتوصيات:

قرار
بشأن
قضايا في المواطنة

عقد مجمع الفقه الإسلامي بالهند ندوته الثالثة والعشرين في الفترة ما بين ٢٨، ٢٩ ربيع الآخر – ١/ جمادى الأولى ١٤٣٥هـ الموافق ١–٣/ مارس ٢٠١٤م بـ " جامعة علوم القرآن، جمبوسر، غجرات"، وقد حضرها لفيف من رجال الفقه والاجتهاد من كل من أفغانستان، وبنجلا ديش، والإمارات العربية المتحدة، والجزائر، وأميركا، وكندا، وبريطانيا، وجنوب أفريقيا وغيرها من البلاد علاوة على ما يقارب من خمس مئة من رجال الفقه الإسلامي وفقهاء الشريعة ممثلين من جميع أنحاء الهند، وبعد تدارس ما تم تقديمه من البحوث إلى المجمع حول خمسة موضوعات هامة وملحة، وهي: " تأجير الأرحام وإعارتها"، و"المواطنة"، و"عقد الاستصناع" و "قضايا في الهبة"، و"قضايا في الفرائض والوصايا"، وبعد الاستماع إلى المناقشات التي دارت حولها قررت الندوة ما يلي :

أولاً: إن الإسلام دين، والمسلمين أمة، والإسلام يربط المسلمين بالوحدة، فالأصل في الإسلام أن المسلمين كافة أمة واحدة على أساس الكلمة الواحدة مهما تباينت ديارهم وأوطانهم، فلا يشجع أي عمل يفرق شملهم، ولا يسمح بسلوك متحيز.

ثانياً: ولكن الأمة الإسلامية لم تستطع إبعاد نفسها عن التأثر بنظام المواطنة السائد في الغرب الذي يضع حدوداً وعراقيل أمام أفراد البشر ويقسمهم على أسس جغرافية، حتى قسم المسلمون المواطنون للبلدان المختلفة إلى أمم مختلفة وقد كانوا أمة واحدة. وبالتالي فهم يتعرضون للمشاكل والمعضلات في التنقل

والإقامة، والحل والترحال بحرية واختيار. مع أن هذا النظام لا ينسجم مع نظرية الإسلام في التضامن الشامل، ولكن يسوغ قبول نظام المواطنة السائد حالياً في البلدان في الأوضاع الراهنة نظراً إلى الظروف الدولية المعاصرة والمصالح والأسباب المحلية المختلفة.

ثالثاً: لو يرغب مسلم من بلد مسلم أو غير مسلم في التجنس بجنسية بلد مسلم آخر، كونه ويتعرض في بلده لمشاكل خطيرة في دينه وإيمانه، ونفسه وماله، وعرضه، فيجب على ذلك البلد المسلم قبول طلبه.

رابعاً: لو يلجأ مسلمو بلد إلى بلد مسلم آخر في الاضطرار فمن واجب ذلك البلد المسلم إعطاء أمثال هؤلاء اللاجئين كافة حقوق المواطنة.

خامساً: وللمسلم في التجنس بجنسية بلد غير مسلم حالات تالية:

أ. لا يجوز التجنس بجنسية بلد غير مسلم يتعرض فيه الدين والنفس والمال والنسل للمخاطر، ويجوز في حالة عدم وجود هذه المخاطر.

ب. لا يجوز التجنس بجنسية بلد غير مسلم معجباً بحضارته التي لا تتفق مع الإسلام.

ج. يكره لمسلم مواطن لبلد مسلم التجنس بجنسية بلد غير مسلم لمجرد رفع مستوى المعيشة.

د. يجوز التجنس بجنسية بلد غير مسلم بسبب مشاكل اقتصادية أو لحوائج طبية ومقاصد تعليمية.

هـ. يستحب التجنس بجنسية بلد غير مسلم لأهداف دعوية.

* * *

عرض المسألة:

آراء رجال العلم والإفتاء حول قضية الجنسية تنقيحاً وتحليلاً

الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي •

التجنس بجنسية بلد هو من القضايا المستجدة الهامة تناوله مجمع الفقه الإسلامي بالنقاش في ورقة الأسئلة الموجهة إلى العلماء منه، فتلقى عليه حوالي تسعة وعشرين بحثاً من رجال الفقه والإفتاء أسماؤهم فيما يلي:

١. الأستاذ زبير أحمد القاسمي (سيتامرهي–بيهار)
٢. المفتي حبيب الله القاسمي (مهذب فور–أعظم جراه)
٣. المفتي عبد الله الكاوي (كنتهار–غجرات)
٤. الأستاذ نثار أحمد حصير القاسمي (حيدرآباد)
٥. القاضي محمد حسن الندوي (بهروج)
٦. الأستاذ توقير القاسمي (بهلواري شريف–بتنه)
٧. الأستاذ عبيد الله الندوي (بهروج–غجرات)
٨. الدكتور ظفر الإسلام الصديقي (دار العلوم–مئو)
٩. الأستاذ ريحان مبشر القاسمي (اجراره–ميرت)
١٠. الأستاذ محمد قمر الزمان الندوي (برتاب غرهـ)
١١. الأستاذ رحمة الله الندوي (دار العلوم ندوة العلماء–لكناؤ)
١٢. المفتي سعيد أسعد القاسمي (بردواوان)
١٣. المفتي ثناء الهدى القاسمي (بهلواري شريف–بتنه)

• مدير الجامعة الربانية منورا شريف

١٤.الحافظ كليم الله العمري (عمر آباد)
١٥.الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي (كيرلا)
١٦.المفتي محمد شاهجهان الندوي (كيرلا)
١٧.المفتي فخر عالم النعماني (منورا شريف سمستي فور–بيهار)
١٨.الأستاذ جعفر الملي (أكل كوا–مهاراشترا)
١٩.الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي (بنارس)
٢٠.المفتي محمد سلمان المنصورفوري (شاهي–مرادآباد)
٢١.الدكتور رشيد كهوس (جامعة القرويين –البحث باللغة العربية)
٢٢.الأستاذ أشرف عباس (دار العلوم بديوبند)
٢٣.الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي (مئو)
٢٤.الأستاذ محمد اقبال التنكاروي (ماتلي والا بهروج)
٢٥.المفتي أبوبكر القاسمي (دربنجه)
٢٦.الأستاذ أبوسفيان المفتاحي (مفتاح العلوم–مئو)
٢٧.الأستاذ مصطفى القاسمي (شكربور بهرواره–دربنجه)
٢٨.والعبد الضعيف كاتب هذه السطور أختر إمام عادل القاسمي.

وتلقيت أيضاً عدة مقالات عربية حول الموضوع لكنها لا تتفق وورقة الأسئلة نسقاً وترتيباً ولم تأخذ أطراف البحث والنقاش عن الأسئلة الموجهة في ورقة الاستفسارات بكاملها، مثلاً.

(١) بحث الدكتور علي محي الدين القرة داغي (روم) عن المواطنة في الإسلام وحقوق المواطنين غير المسلمين في ظله في أربع وأربعين صفحة، ورغم أنه من البحوث العلمية الملحقة المطولة في قضية الجنسية وحقوق المواطنين من غير المسلمين فقد تنحّى عن السؤال الموجه ببيان جوانبه البارزة المختلفة بأكمله مثلاً، بالأصل في تجنيس المسلم ببلد إسلامي، وواجبات الحكومة في هذه الصدد، بيان الحقوق المدنية ببسط وتفصيل، حقوق اللاجئين، وهل يفرق بين المواطنين القدامى والجدد؟ هل تجوز الإقامة

والتجنس ببلاد غير إسلامية شرعاً، ولم يتحدث عن الأسس الشرعية في التجنس، كأنه أعد من قبل لا لأجل النقاش في الأسئلة الموجهة من المجمع في ورقة الاستفسارات علماً بأن بعض الكتاب والباحثين نقلوا عنه بعض العبارات تأييداً لقولهم.

(٢) الدكتور حسن السيد الخطاب (مصر) بحثه عن "حقوق المواطنة و إحياؤها في ضوء الكتاب والسنة" في سبع وعشرين صفحة، وهو أيضاً من البحوث العلمية، وسلط الضوء مفصلاً على الجنسية مغزاها، ومأخذها وما يعود من حقوق وواجبات بها، لكنه لم يتفق وورقة الاستفسارات في كثير من الأسئلة، وماوالاها، مثلاً: مسألة التفريق بين المواطنين، وواجبات الحكومات في تجنيس المسلمين، حقوق اللاجئين، وحكم التجنس في بلدان غير إسلامية.

(٣) تحتوي مقالة الدكتور وليد خالد الربيع (الكويت) على حق اللجوء السياسي في الفقه الإسلامي والقانون الدولي في ست وخمسين صفحة، وإنها لمقالة علمية مدللة مبسوطة في حقوق اللاجئين وأحكامهم، الحق أن صاحبها قد بين القانون الإسلامي الدولي علمياً، لكنها لم تعرض لجوانب مختلفة من السؤال الموجه.

لأجل ذلك تشمل هذه البحوث الكثيفة القيمة العلمية، الاضطلاع بدور علمي حول تقديم المباحث الأربعة الهامة التالية (أي من السؤال الأول إلى السؤال الرابع).

١. ما هي الأسس الشرعية في التجنس ببلد؟ وفقد ما تقضي به الحكومات الإسلامية في منح الجنسية بالولادة أو عند ما يتجنس بها بالتجنس.
٢. ما هي الواجبات الشرعية التي تعود على الحكومات الإسلامية تجاه المتجنس من المسلمين؟
٣. التمييز بين حقوق اللاجئين في بلد إسلامي والمواطنين القدامى.
٤. رؤية إسلامية في حقوق الجنسية.

الجنسية معناها حكم الشرع فيها وأسسها.

وحيث أن ورقة الاستفسارات لم تتناول بالسؤال عن الجنسية ومفهومها وحكم الشرع فيها وأسسها، في حين أن البحث فيها ليتوقف على إلمام بها، لأننا لا نحتاج إلى

بيان الأسباب والوجوه فيما إذا نرى عدم جواز لشيء أي أننا إما أن نطلع على الحقيقة أو لا نطلع عليها، لذا فنحن نقوم هنا بتقديم حقيقة الجنسية الحكم الشرعي فيها قبل الخوض في بيان أسسها:

مفهوم الجنسية:

معظم الباحثين اعتمدوا في تعريف الجنسية على المفهوم الذي يجول ببالهم ولم يتناولوا ببيان حقيقتها ومفهومها سوى البعض الذين بينوا معناها ومغراها وعدوها من المصطلحات الحديثة وفيما يلي أسماؤهم:

(١) الأستاذ نثار أحمد حصير القاسمي، (٢) الأستاذ أحمد نور الحسيني، (٣) القاضي محمد حسن الندوي، (٤) المفتي ثناء الهدى القاسمي، (٥) المفتي فخر عالم النعماني، (٦) الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، (٧) الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، (٨) والعبد الضعيف كاتب هذه السطور أختر إمام عادل القاسمي.

فالذوات المذكورين عرفوا بالجنسية أن الجنسية في المصطلح الحديث تعني "العلاقة السياسة القانونية التي تقوم بين الفرد والحكومات وتعود بها حقوق وواجبات على كل منهما، وإنها العلاقة القانونية التي يتمكن بها الشخص من الانتماء إلى حكومة أحد البلدان لأحد و يقيم فيها مع ممارسة طقوسه وجوده وشعائره، فمثلاً، الهندي، الأمريكي، وغيرهما"، (الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي).

وقال البعض إنها عبارة عن "حق الإقامة بنية التأبيد ببلد قانونياً" (المفتي ثناء الهدى القاسمي، القاضي محمد حسن الندوي، الأستاذ أحمد نور الحسيني).

وتحدث البعض عن أنواع الجنسية: الجنسية "بالولادة" وهي تحصل بالولادة في بلد، ٢- الجنسية "الاكتسابية" بالتأمل ببلد أو طلب الجنسية من الحكومة، وغيرها (الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي، الأستاذ أحمد نور العيني القاسمي، الأستاذ محبوب أحمد فروغ القاسمي، الأستاذ فخر عالم النعماني).

ولعمري فان هذا من النقاط المتفق عليها والواجب معرفتها لدى الجميع قبل الخوض في أسسها و أسبابها و وجوبها.

النظام السائد للجنسية شرعاً:

النظرة الإسلامية في النظام السائد للجنسية في ضوء تعريفها الذي تقدم تشير إلى إجماع جميع الباحثين ورجال الإفتاء على صحة هذا النظام سوى الأستاذ أحمد نور العيني فإنه أثار البحث في ضوء البحوث والكتابات الخاصة بالدعاة إلى الوحدة الإسلامية الذين يدور بحثهم حول تبليغ الإسلام و رسالته عالمياً أكثر من البحث عن الأحكام. والمسائل الفقهية و تحليلها.

فإن الأستاذ أحمد نور العين قد استهجن النظام السائد للجنسية وقال إنه من النظم "غير الإسلامية". ويوافقه تقريباً القاضي محمد حسن الندوي حيث يقول لا يقر الإسلام مسألة الإقامة والتجنس ببلد إسلامية، أما الأسس التي تقوم عليها الجنسية اليوم من الولادة والتوطن، والأغراض الاقتصادية والتأهل فهي مما أنتجته الأفكار الغربية، بيد أنه لم يتعرض إلى نظامها السائد ولم يبحث فيه.

و احتج الأستاذ أحمد نور العيني في بحثه على عدم جواز النظام السائد بدلائل، مثلاً:

(أ) لا يمكن حالياً للمسلمين أن يعيشوا في حكومة واحدة على اختلاف بقاعهم وأصقاعهم. ففي الحديث النبوي ورد قتل الخليفة الثاني ولذا قال الفقهاء بتعدد دار الحرب لا دار الإسلام والمسلمون أمة واحدة لا فرق بينهم في الإقامة والجنسية ولا يوجد نظير في التراث الإسلامي بتقسيم المسلمين على أساس الملك والوطن ولا لكتاب يقتضي المسلمين للإقامة بدار الإسلام بعقيدة دون الإسلام، وكان المسلمون يقطنون حيث يشاؤون بينما كان غير المسلمين مطالبين بعقد الذمة لأصول أصلت لها.

(ب) القانون الذي وضع بعد الهجرة إلى المدينة المنورة نص على تقسيم المواطنين من مسلمين وغير المسلمين، لا على تقسيم المسلمين، بحيث تتكافأ دماؤهم (المسلمون تتكافأ دماؤهم) وتوحيد سلمهم (إن سلم المؤمنين واحد).

(ج) النظام الذي يسود العالم اليوم يبني على نظريات غير إسلامية تفرق المسلمين على العوامل التي تجوزها الشريعة الإسلامية مثلاً يعود الذود عن البلاد على جميع المسلمين من أرجاء المعمورة كذلك يعود إطلاق سراح المسلمين المحبوسين والدفاع عن المضطهدين

المسلمين بأسرهم، بينما النظام السائد يعرض مثل هذه الواجبات على المواطنين في البلاد ويدعو الإسلام المسلمين إلى النزول حيثما يشاؤون (لأن الأرض لله) ولا يجوزه النظام المعاصر، بل ينسخ الجنسية التي نالها مسلم عند ما يستوطن بلدة أخرى.

في رأي كاتب هذه السطور أن ما ورد في رأي الأستاذين الفاضلين أعلاه من استهجان للنظام السائد للجنسية ما هو إلا مستدلات واهية واهنة عاطفية لا تحمل وزناً ولا قوة وذلك للأسباب التالية:

(أ) إنها من النظريات و الأفكار الإسلامية العالمية الوحدة الإسلامية التي اعتقده اعتقاداً حازماً بأنها تصلح وتعود إلى حيث يحكم الإسلام لكن البلدان التي يقيم فيها المسلمون حالياً تسيطر عليهم النظم السياسية والمختلفة وتوقف وحدتها قضايا متعددة كثيرة، فصرف النظر عن ذلك جحود و انكار للحقائق والشواهد، ولابد أن نتمثل في مثل هذه الأحوال بالتوجيهات الإسلامية والأمثلة الفقهية، التي أمسكت بيد الأمة في عصر العبودية مثلاً عصر الإقامة في الحبشة أو العصر المكي من العهد النبوي ما لم يغلب المسلمون سياسياً أو لما تشتت شمل العالم الإسلامي وتمزق إلى دويلات ونبذ المسلمون رؤية الإسلام العالمية نحو الخلافة المتحدة ودفعت القوى المعادية للإسلام رأسها، فما هو المنهج لدى العلماء وأرباب الفكر الحصيف في ذلك الوقت وما هي توجيها تهم العملية؟ فإننا بمسيس الحاجة إلى ذلك الآن، ورغم تعدد فرق المسلمين في العصر العباسي وبعده سياسياً تأسست حكومات إسلامية مختلفة في العالم ما أنكر عليها أحد حكمها شرعاً.

(ب) قد اعترف الأستاذ أحمد نور العين بأصول التسجيل، رغم تخوفه من المصطلح الحديث الجنسية، أعترف بأن يسجل المسلمون الذين يرحلون إلى بلدان أخرى، وبالخيار للحكومة أي أن للحكومة الخيار إن تشا تؤخر التسجيل أو تلغيه لمصلحة من المصالح ومنح الجنسية عبارة عن الاطلاع هل أن التجنيس يعود بكبير فائدة على الملك والعلاقة مع الناس أم لا؟ فهما يتحدان معنى ومفهوماً، رقم بالاختلاف في الألفاظ والكلمات.

(ج) الرؤية الإسلامية تدل على ثبوت حقق المسلم في أن يقيم حيث يشاء والتاريخ الإسلامي حافل بأنواع من الأمثلة التي تنم عن أن لا يجب اسقاط الجنسية لكل

متجنس يدعي الإسلام عن الدولة الإسلامية. يقول الله تعالى:

"يا أيها الذين آمنوا ..... إلى الكفار" (الممتحنة:١٠).

فقد أمر الله المسلمين بتحري القادمين من البلدان الأخرى رغم أن الله سبحانه يعلم بإيمانهم والحكومات أن تمنعهم عن النزول ببلدها قبل تمام الفحص. و مع التأكد بدقة أمر النساء أذن في البحث عنهن لأن التجنس ينحصر عليه وإن البحث يخبر بما يحمل – نحو الخضوع لقوانين البلاد – كبير فائدة على البلاد والأمة، وتؤيده آية قرآنية: "إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا" الآية (سورة الحجرات).

وهي تدل على أن مسخ الجنسية بالإسلام حمق سفاهة. وردت في البخاري قصة أعرابي كان يريد الهجرة إلى المدينة ولم يأذن له النبي صلى الله عليه وسلم بعد الوقوف على أحواله وقال له اعمل من وراء البحار (صحيح البخاري كتاب الأدب باب ما جاء في الرجل ويحك ٢/٩١١).

يزخر كذلك التاريخ الإسلامي بأمثلة كثيرة في تحديد الإقامة من الحكومة لمصلحة من المصالح الخاصة بالدولة. كما أن الخليفة الثالث سيدنا عثمان (رضي الله عنه) نقل سيدنا أباذر الغفاري (رضي الله عنه) إلى بعض نواحي المدينة ولم يأذن له بالإقامة في المدينة مع الاقرار له بالفضل والكمال.

(د) ويصح أن يتجمع المسلمون بأسرهم لحل القضايا الملية كإطلاق سراج المسجونين والذود عن المضطهدين وصيانة البلاد والوطن على أن يباشر بذلك الملوك والسلاطين لا العامة من المسلمين لأنهم من الممثلين عن المسلمين في القضايا الدولية فالتزامها والأمر بالإسهام فيها لكل مسلم حسب طاقته و فيما يلي أمثلة تلزم الواجبات في البقاع والأصقاع.

أسس رسول الله صلى الله عليه وسلم و في المدينة تقسيمات إسلامية قسم الناس فيها بين قبائل متعددة وكل قبيلة منها مسؤولة عن رعيتها، فدفع الدية وإطلاق المسجونين من مسؤولياتها لا يشاركها فيه أحد عامة (السيرة النبوية لعبد الملك بن هشام ٢/٣٦٨-٢١).

ونجد في التقارير الإسلامية "القسامة" التي تشبه ذلك وهي تخص بعمران

مخصوص. كذلك لا يصح ما يراه الأستاذ أحمد نور العين من أن المسلمين لا يمكن لهم الدفاع عن البلاد إلا في دار الإسلام، فإن سيدنا عباس بن عبد المطلب كان ينشر الإسلام ورسالته في إقامته في مكة بأمر من النبي (صلى الله عليه وسلم). وتنص القضايا العالمية الإسلامية بصدد ذلك على أن في شروط صلح الحديبية أصر الكافرون على المعاهدة مع المسلمين بالدنيئة في دينهم وتقبلها المسلمون بالأجبار المصلحة العامة، بأن الحكومة الإسلامية لا تسمح لمسلم أن يرحل إليها من دار الكفر ..... للإقامة أو النزول فيها ولا تمنحه الجنسية إلا بإذن من الكفار، فهل تجوز هذه المعاهدات؟ وهل يجب التزام بها؟ لقد أقرها المالكية والحنابلة مطلقاً والشافعية مقيداً و ذلك لصيانة الدين والإيمان والنفس والمال فكأن صلح الحديبية مثل سنة نبوية على اختلاف الأزمان، وما لم يغلب المسلمون هل يتمكنون من مثل هذه المعاهدات حيثما يغلبون ويعانون الظروف القاسية من الذلة والهوان؟ (حاشية الدسوقي ٢/٢٠٦-٢٠٧، الخرشي ١٥١/٣، كشاب القناع للبهوتي ١١٤/٣، المغني لابن قدامة ٥١٧/١٠، نهاية المحتاج للرملي ١١٠/٨، مغني المحتاج للشربيني ٢٦٤/٤).

وأبطل الأحناف مثل هذه المعاهدات وقالوا ينبغي نسخ حكم صلح الحديبية ولا يعاهد المسلمون أذلاء صاغرين، لأن رفع شأن الإسلام وأعلاء كلمته واجب فلا يجوز لحاكم مسلم أن يعاهد الكافرين على مثل هذه الشروط التي تحط قدر الإسلام (الفتاوى الهندية ١٩٧/٢ دار الفكر بيروت لبيان شرح شرح اليرِ الكبير ٤١/٥).

ونحن بأشد الحاجة اليوم إلى قرار عالمي في الجنسية بمقتضى أصول الاختلاف التي تجب مراعاتها تجاه صدور قرار دولي نحو إقامة المتوطنين ببلدة غير صاغرين ومقهورين، ويجب الالتزام بذلك على وجد العموم ليسود البلاد الأمن والسلام. قد بحثت كل ذلك مطولاً في مقالتي.

(ج) ويصح أن "الجنسية" من المصطلحات الحديثة لكنها قد رسخت جذورها في تاريخ الإسلام العريق في القدم وفي تقارب المشاعر الوطنية، وإن قمت باستعراض موجز وجدت الحقوق و الواجبات التي تستوجبها الجنسية في الحديث النبوي الشريف وكتب السير

والفقه بعناوين مختلفة كحب الوطن والوفاء به وبذل النفس والنفيس في سبيله والاعتزاز به، والحرية الوطنية فأولا نص الميثاق المدني على نظرية لم تعهد بها الدنيا من قبل وهي شكلت أمة جديدة على ساكن الوطن وفصلت الحقوق والواجبات تفصيلاً تمثله الوطنية الجديدة اليوم وأطال الكلام فيها الدكتور رشيد كهوس، وكانت الجنسية تعد من قبل من العواطف الفردية إلا أنها الآن أصبحت من القضايا التي تسهم فيها الحكومات بل اتخذت كمعاهدة من المعاهدات.

والسبب يعود إلى تحول العرف والعادة في ذلك تجاه لكثير من الحقوق والواجبات التي تؤكد عليها الحكومات اليوم بما لم يجر العرف بها من قبل. لذا لم يكن من الضروري في ذلك الزمان إخبار الحكومات بوطنية أحد بينما الآن لم يعد من الممكن الحصول على كثير من الحقوق إلا بعد اطلاع الحكومات على وقدم القادمين والمتوطنين وهو من الأهداف المتوخاة من خلال وضع الأصول والقوانين للجنسية. ونجد لهذا مثالاً في العهد الفاروقي كنظام الإحصائيات في حين أن العهد النبوي و الصديقي لم يحتج إلى مثل هذا النظام لأنه لا يمكن أن يجعل للمواطنين من رواتب الرعاية المالية شيء من بيت المال في العهد الفاروقي دون القيام بالإحصائيات في البلاد لأجل رواتب الرعاية المالية التي جعلت لهم إذ دونت الدوانين التي فيها إحصاء لكل مواطن بحيث لا ينال الدعم الاقتصادي من الحكومة إلا من ضبط فيها، فلذا يجوز وضع مثل هذه القوانين لمصالح البلاد وحسن نظامها.

(د) وما قاله الأستاذ أحمد نور العين من أن النظام المعاصر ينسخ بعض الأحيان لأسباب غير إسلامية لا يصح، لأن النظام الداخلي أي الحكومة تعلم بما تمنح من الحقوق لأنها تعلمها مفضلة فالشريعة الإسلامية قد منعت بعض الحقوق أيضاً من قبل مثلاً موانع الإرث، ومتى يحل للمرأة النكاح أن غاب عنها زوجها، قد عهدنا من قبل بنظرية بطلان الوطنية وبحثت كتبنا كلها عن الأقوال التي يبطل فيها الوطن الأصلي ويبقى فيها فما قيل عن النظام المعاصر أنه غير جائز لا يصح الصحيح ما قام الجمهور به من جوازه.

٣. الجنسية من القضايا العالمية المعاصرة ولم تضبط لها قوانين لدى المسلمين، فإن وضعت لها القوانين اليوم فما هي الأسس التي تقوم عليها؟ بالأخص إنها من القضايا السياسية والتنظمية ومن الدين ألالتزام بالقوانين التي وضعت الحكومة تنظيماً لها. يرى الأستاذ القاضي محمد حسن الندوي والأستاذ أحمد نور العيني أن يهاجر المسلمون إلى دار الإسلام ويقوموا بالتسجيل مع الزام الكافرين بعقد الذمة ويتفق جميع الكتاب والباحثين على صحة وضعية بيد أن بعضهم كالأستاذ زبير أحمد القاسمي، المفتي أبو بكر القاسمي، الأستاذ أبوسفيان المفتاحي، والأستاذ نثار أحمد حصير القاسمي لم يبدوا رأيهم فيها وحملها المفتي محمد سلمان المنصورفوري على الحكومة، وأجازها المفتي حبيب الله القاسمي والحافظ كليم العمري بتحقيق قانون البلاد، فيما ذكر الأكثر من الكتاب عنها مع الخلاف في بعضها والاتفاق على خيار البلاد في وضع قانون حول الجنسية حسب مصالح البلاد على أن لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ولا حرج فيما إذا تعاونت الحكومات بصدد المواد المذكورة في ورقة الاستفسارات في الجنسية مثلاً الولادة (أي مولد الرجل) وهي جنسية غير خيارية ولم تذكر في ورقة الأسئلة لكن من أقوى جوانبها مسألة التزوج يعني التأهل بها.

قد تكون الإقامة بنية التابيد سواء كانت لأغراض اقتصادية أو للوظائف، فلقد تحدث عن هذه الأسس رجال الفقه في كتبهم وجعلها بعضهم أساساً في الوطنية (المحيط البرهاني في الفقه النعماني ٣٦٣٥/٢، بدائع الصنائع للكاساني ٣١٦/١، المبسوط ٨٤/١٠ كتاب باب في توظيف الخراج وفي الفقه المالكي شرح مختصر خليل للخرشي ٨٨/٥ مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب ٥٠٠/٢).

ولم يتخذ الأستاذ المفتي ثناء الهدى القاسمي الإقامة الموبدة أساسا للجنسية، ولم يذكر لها مأخذاً بعدم تعامل الناس في البلدان الغربية وهذا مما لا يطابق الواقع.

فالإقامة لمدة معينة قررها الفقهاء في الأسس لمنح الجنسية مع الخلاف في تحديدها فقال الجمهور بسنة واحدة قياساً على ما أخذه المستأمن الذي قال عنه الفقهاء إن أقام سنة واحدة يصير وفياً و إن أقام مع أهله أصبح هو وأهله من المواطنين (انظر

البدائع للكاساني ١١٠/٧، الأحكام السلطانية للماوردي/١٤٦، المبسوط للسرخسي ٣٤٦/١٠، المذهب للشيرازي ٢٥١/٢).

وأقل مدة عند الأستاذ محمد إقبال التنكاروي أربع سنوات لأن المحدثين لا ينسبون أحداً إلى بلده حتى يقيم به أربع سنوات بكمالها (تيسير مصطلح الحديث ٢٣٣/٢٠).

ويخالفه الدكتور ظفر الإسلام الصديقي في أن أقلها أسبوعان ولم يذكر له مصدراً واستدل ببعض العبارات من الكتابة النظرية العامة للشريعة الإسلامية للدكتور جمال الدين عطيه، لكن الفقهاء حيثما بحثوا عن هذه المسألة قالوا بتطويل المدة ولا يكفي الأسبوعان.

وفي رأيي أن تحديد المدة يختلف باختلاف البلدان وأوضاعها و مصالحها، فالحكومات لها الخيار في صدد ذلك، وبعضها يعتبر اشتراء العقارات كأن يشتري أحد أرضاً في بلد شرطاً لأعطاء الجنسية، وقد ذكر الفقهاء في مسألة المستامن أنه يصير ذمياً بأبتياع الأراضي (المصدر السابق).

وهناك الأغراض الاقتصادية التي أوردها بعض الباحثين (ومنهم الأستاذ رحمة الله الندوي) وإن لم يصرح بها الفقهاء لكنها وردت في بيان اشتراء الاراضي دلالة، لأن التجارة تعود بكبير فائدة على التاجر – كالزراعة التي لا تعتبر تجارة منتقلة بل مستقرة.

ومنها نيل الوظائف الرسمية لأنها تستوجب خدمة الحكومات بالنفس وإيصال المنافع إليها. و لا يقيم الأستاذ ريحان مبشر، الأستاذ جعفر الملي، الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي للأسس الأربعة المذكورة أخيراً، (الإقامة لمدة معينة، اشتراء الأراضي، التجارة، و التوظف) وزناً، وهم يرون أن الوظيفة يمكن أن يباشرها أحد من بلدان اخرى في العصر الحاضر المتطور (الأستاذ جعفر الملي) ولم يذكرها الفقهاء في صدد ذكر الموطن الأصلي (الأستاذ خورشيد أحمد) لكنهم ذكروها في أمكنة مختلفة. وكان الناس يغدون البلدان الأخرى لأغراض تجارية رغم أن البلدان كانت غير محدودة محدود وثغور، وأرى أن ما ذكر الفقهاء عن الأسس ليست على سبيل

الحصر بل ليعرف الناس بها في زمنهم، لأنها ليست من المسائل المنصوص عليها بل من المجتهد فيها، وتجري بمقتضى العرف والعادة لذا فإذا قامت حكومة بوضع أسس جديدة لمنح الجنسية وذلك بتعديل بعض منها أو بإضافة بعض الشروط إليها فذلك لأنها وضعت لصالح البلاد والعامة من الناس مع إمكانية اختلاف العرف والعادة والتبديل في القوانين الذي ينم عن اختلاف تلك الأعراف والعادات.

ومن الواجب أن لا ينافي القانون الشريعة الإسلامية فمثلاً تتخذ بعض البلدان التولد (حتى لغير المسلمين) أساساً في سبيل الحصول على الجنسية (أصول السياسة هاشم القدوائي ١٣٥) رغم ان هذا يعارض الشريعة الإسلامية.

وذكر المفتي محمد شاهجهان الندوي أسس الجنسية وعلى رأسها الإيمان ..... رغم أن الجنسية تمنح حتى للكافرين في دار الإسلام (غير الجزيرة العربية).

٢. واجبات الدول الإسلامية نحو المتجنسين المسلمين:

وعن أهم المسائل الواردة في ورقة الأسئلة أن لو أراد مسلم مقيم ببلدة إسلامية الإقامة ببلدة إسلامية أخرى فهل يجب على الولادة المسلمين إسقاط جنسيته القديمة أم لا؟ فقال بذلك إغلب الباحثين الإ المفتي حبيب الله القاسمي والحافظ كليم الله العمري والأستاذ جعفر الملي والمفتي سلمان المنصورفوري فإنهم قالوا بعدم وجوب إسقاط الجنسية القديمة والحكومات الإسلامية الخيار بمقتضى قوانينها حول ذلك، بينما صرح الأستاذ جعفر الملي بأنه يجب إن كان المتجنس ممن يؤمن عليه.

ويخالفهم في ذلك الدكتور رشيد كهوس والأستاذ محمد مصطفى القاسمي، والشيخ أبو سفيان المفتاحي قائلين بوجوب مسخ الجنسية للمتجنسين اللاجئين المسلمين على الممالك الإسلامية لغرض منهم الجنسية الجديدة وهم يرون أن المسلم يتخير في الانتقال من بلد إسلامي إلى بلد إسلامي آخر بالإسلام وقد سبق الكلام بذلك من قبل الأستاذ رحمة الله الندوي.

ويرى الجميع من الباحثين والكتاب وسواهم أن لو يمر المسلم بمرحلة عصيبة في بلد يخاف وفيه على دينه وإيمانه وماله ونفسه وعرضه، يجب عندها على البلدان

الإسلامية مسخ الجنسية له بحيث لا يعود على البلاد ومصالحها بمضار، وتنص على هذا الحكم الآيات من الذكر الحكيم والأحاديث النبوية التي تؤكد حقه بالهجرة والإقامة ببينة غير إسلامية، وكذا الآيات والأحاديث أيضاً التي تحت المسلمين عامة والقيادات الإسلامية خاصة على نصر المسلمين المضطرين البائسين.

والنصوص التي تخص على تعزيز المسلمين وتقوية بيئة الإسلام والتحرز من المجتمع غير الإسلامي فصلها البعض تفصيلاً في بحوثهم و مضمنهم كاتب هذه السطور.

لا يجب هذا التجنس فيما إذا لم يقتضيه قانون البلاد، فمثلا لو كان المتجنسون في عدد ملحوظ يخل بالنظام الاقتصادي في البلاد، عندها لا يجب في مثل هذه الأحوال التجنيس، ..... ذكره هذا متصلاً المفتي محمد سلمان المنصورفوري والأستاذ خورشيد أنور الأعظمي والأستاذ أشرف عباس القاسمي وكاتب هذه السطور.

يقول الشيخ شبير أحمد العثماني: لا يمكن النصر على قوم بينهم وبين المسلمين الأحرار ميثاقٌ حتى يوفوا بالعهد (حاشية العثماني على ترجمة شيخ الهند ٢٤٧، مقالة الأستاذ خورشيد الأعظمي تحدث عنه ابن كثير، الطبري والمفسرون الآخرون أيضاً (جامع البيان للطبري ٦٦-٧٠).

فالأفضل في ذلك مسخ الجنسية المسلمين المضطرين المظلومين بمقتضى العواطف الدينية وثوقاً بالقدرة الإلهية ونظراً إلى تاريخ المدينة المنورة والأنصار مثالاً.

وحيث لا يمكن للحكومات الإسلامية أن تجنس المسلمين البائسين يجب عليها تقديم الدعم الاقتصادي لهم بكل طريق ممكن.

ولا يجب عليها أن تجنس المهاجرين الذين يرحلون إليها ويقيمون لأغراض اقتصادية أو لرفع مستوى حياتهم ولا يخافون في بلدهم على دينهم ومالهم بل هي تسمح به لمصالح البلاد لأن القول الراجح في ذلك إن لم تكن هناك مخاطرة بنفسه وماله ودينه وعرضه في ممالك غير إسلامية عندها تجوز الإقامة للمسلمين فيها يحبذ أن يقيموا ببلدان مختلفة لأغراض دينية دعوية ويؤثروا على نظامها السياسي والثقافي الاقتصادي والدفاعي، فإن المسلمين في غابر أزمانهم وخصوصاً في العهد النبوي قد هاجروا إلى

ببلدان أخرى تحقيقاً لهذه الأغراض السياسية النبيلة وقاموا بخدمات جليلة ودفعوا عن شأن الإسلام والمسلمين.

٣. التمييز بين اللاجئين والمواطنين الأصليين في البلدان الإسلامية:

في بعض الأحيان يلجأ المسلمون إلى بلد إسلامي في ظروف قاهرة سياسياً، فتقوم البلدان الجديدة الإسلامية بمسخ الجنسية القديمة وتعتبرهم لاجئين وتحرمهم من الحقوق المدنية فهل يجوز ذلك شرعاً.

وتمكن لهذه المسألة صورتان:

(أ) اللجوء السياسي لمدة محدودة يفي فهم يقيمون بتلك البلدان الجديدة حتى تستقر الأوضاع في أوطانهم، فهل هم في مثل هذه الأحوال ضيوف ولا تمنح لهم الحقوق التي تختص بالمواطنين مع توفير التسهيلات والوسائل لهم.

في رأي معظم الباحثين لاتحصل لهم جميع الحقوق المدنية إن كانت إقامتهم لمدة محدودة، تمييزاً بينهم وبين المواطنين، وشذ عن ذلك رأي الأستاذ جعفر الملي، الأستاذ مصطفى القاسمي، والمفتي محمد سلمان المنصورفوري ولكن رأيهم الشاذ هذا ضعيف جداً للوجهين التاليين.

من الطبيعي أن يفرق بينهم وبين المواطنين الأصليين لأن لم تكن هناك معاهدة بينهم وبين الحكومة لأجل الإقامة المؤبدة، وقد فرق النبي (صلى الله عليه وسلم) بين المواطنين في المدينة المنورة والذين أتوها لأغراض موقتة وإنهم يكونون كأعراب المسلمين ولا يكون لهم في الغنيمة والفئ شيء (صحيح مسلم الرقم: ٤٦١٩).

ومن أهم الأصول في القوانين الإسلامية "المغنم بالمغرم" في الإسلام (درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٩٠/١) فالحقوق التي تحصل للمواطنين إنما هي بالواجبات التي تعود عليهم.

(ب) وإن كانت إقامتهم بنية التابيد يصح التفريق بينهم ولا يجب أن تحصل لهم الحقوق المدنية الممنوحة للمواطنين الأصليين بل يجدر بالحكومة بمقتضى نظامها والاوضاع العالمية أن توفر بعضها لهم كما في رأي الحافظ كليم الله العمري والمفتي حبيب الله القاسمي

والأستاذ أشرف عباس القاسمي، بينما أجمع جميع الكتاب على عدم جواز التفريق والمطالبة بأن تحصل لهم جميع الحقوق المدنية على أساس القانون وأن يمكن التفريق بين القدامى والجدد بما تقتضي الأخلاق الفاضلة.

وهذا الرأي أرجح عندي لأنه يتصف بروح الإسلام والأسباب تالية:

تنص عليه الآيات والأحاديث التي جعلت المواطنين القدامى والمهاجرين اولياء، مثلاً:

إن الذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم في سبيل الله والذين آمنوا وآووا ونصروا أولئك بعضهم أولياء بعض" (الأنفال: ٧٢).

وساوى النبي (صلى الله عليه وسلم) بين "المهاجرين" إلى دار الإسلام والمواطنين ("الأنصار") إذ قام بالتآخي بينهم، والإسلام يعنى بالعلاقة الإيمانية بين المؤمنين دون اللون والوطن والنسل فهذه الأمور هي مما يتعازف بها الناس فيما بينهم فإن حال منها حائل في سبيل العلاقة الإيمانية يدفع ويرد حتى يعرف المسلمون الكلمة التي يرددونها آناء الليل وآناء النهار ويتآخوا بها.

قال النبي (صلى الله عليه وسلم):

من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا وأكل ذبيحتنا فهو المسلم له ما للمسلم وعليه ما على المسلم (صحيح البخاري ١٥٣/١ الرقم: ٣٨٥، دار ابن كثير بيروت ١٩٨٧م).

وتؤيده ذلك المسألة الشرعية من آن عقد الذمة ينتهي بإسلام المستأمن أو الذمي. ولا يفرق بين الذمي وبين المواطنين الآخرين، له ما للمسلم وعليه ما على المسلم (الهداية مع فتح القدير ٣٠٣/٥، جواهر الإكليل ٢٦٧/١، مغني المحتاج ٢٥٨/٤، الأحكام السلطانية لابي يعلى/١٤٣-١٤٤) ويمكن أن توضح القواعد وتوصل الأصول لتمام الجنسية ويحدد لها أجل.

مثلا مستضي هذا الباب من مسألة المستأمن أن لو أقام في دار الإسلام لمدة معينة (عند الأحناف عام واحد على إختلاف الأقوال) أو تأهل فيها أو اشترى أرضاً من الأراضي الخراجية يصير ذمياً ويعد من مواطنيها (البدائع للكاساني ١١٠/٧، الأحكام السلطانية للماوردي /١٤٦، المهذب للشيرازي ٢٥١/٢).

وفي الهداية:

وللإمام أن يؤقت في ذلك، ما دون السنة كالشهر والشهرين (الهداية مع الفتح ٦/٢٢).

ويمكن العمل بهذه العبارة الفقهية تنظيماً وتنسيقاً.

٤. الحقوق المدنية:

والسؤال الرابع عن الحقوق المدنية التي أمرتها الشريعة الإسلامية وذكر البعض منها في ورقة الاستفسارات وهي حق التصويت والترشيح في الانتخاب وحق التوظف في المعاهد والمؤسسات الرسمية والتعليم في الكليات والمدارس الرسمية والمعالجة والمداواة في المؤسسات الرسمية وحق العمل و دفع القضايا إلى للحاكم والسعي للأغراض الاقتصادية و العدل والقسط وحق الانتقال من بلد آخر قبل الاستيذان.

عدها الجميع من الباحثين من الحقوق المدنية وقسم الأستاذ عبيد الله الندوي الحقوق إلى ثلاثة أقسام الحقوق البشرية والحقوق المدنية والحقوق السياسية، وقسمها الأستاذ ريحان مبشر إلى أربعة أقسام:

الحقوق الطبيعية، الحقوق الخلقية، الحقوق القانونية، الحقوق الاقتصادية، ثم قسم كل واحدة منها إلى أقسام فرعية ذكر الأستاذ زبير أحمد القاسمي بعض الحقوق التي تحدث عنها الفقهاء بصدد عقد الذمة.

وفصل ذلك أيضاً الأستاذ محمد اقبال التنكاروي والأستاذ محبوب فروغ أحمد والأستاذ شاهجهان الندوي.

بعض الحقوق:

يقول المفتي حبيب الله القاسمي تحصل الحقوق التي أقرها القانون في البلاد.

فإن الإسلام لم يفصل الحقوق و الواجبات، هناك حقوق أساسية، وحقوق تحصل باختلاف الزمان والمكان فلم يكن لها التعيين، بل بما جرى العرف والعادة في بلد وتعد من الحقوق المدنية و أقرتها الشريعة الإسلامية، وفي رواية: "له ما للمسلم وعليه ما على المسلم" (صحيح البخاري ١/١٥٣).

وينص الميثاق الذي أمر به النبي صلى الله عليه وسلم في المدينة المنورة على الحقوق والواجبات المعينة بدون أي تمييز بين الأديان والمذاهب وعلى أنها تختلف باختلاف البلدان وأوضاعها ومقتضاها وعرفها وتعامل الناس بها والمعاهد التنظيمية بالخيار في تعيين الحقوق والواجبات بشرط أن تقوم على المعروف وأسعاد الإنسانية – الإسلام وأهدافه السامية ولا تنافي نصوصاً شرعية والله أعلم بالصواب وعلمه أتم وأحكم.

* * *

مسائل من الجنسية

المفتي الدكتور محمد شاهجهان الندوي •

وبعض مسائلها من السؤال الخامس إلى السابع وتلقيت قريباً ٣٢ مقالاً من المجمع.

السؤال الخامس: ما هي حقوق اللاجئين في الشريعة الإسلامية؟ وما هي التي تحصل للمواطنين دونهم؟ يشتمل هذا السؤال على جانبين هامين؟ أولهما حقوق اللاجئين في الشريعة الإسلامية.

فاتفق جميع الكتاب على أن تحصل الحقوق الإنسانية كلها لهم في الإسلام، كصيانة الدين والنفس، والمال والعرض، تسهيلات المعالجة والمداواة والسكن، في المستشفيات الرسمية وحق رفع القضايا إلى المحاكم و دفع النزاع فيما بين الناس واشتراء الأراضي والممتلكات والتعليم والثقافة والحفظ من الظلم والطغيان والنصر والمساعدة والإقامة حتى تعود الأوضاع إلى نصابها.

المستدلات:

١. إن الذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم في سبيل الله والذين آووا ونصروا أولئك بعضهم أولياء بعض (الأنفال: ٧٢).
٢. لا إكراه في الدين، قد تبين الرشد من الغي (البقرة: ٢٥٦).
٣. إن الله يأمر بالعدل والإحسان (التوبة: ٩).
٤. وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه (التوبة: ٦).

• عميد كلية الحديث وعلم الحديث وأستاذ الفقه وأصول الفقه بالجامعة الإسلامية شانتافورم، مالابروم، كيرالا

٥. لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين (الممتحنة: ٨). تنص هذه الآيات كلها على المساعدة والمواساة للبائسين والتحرز من الظلم والعدوان عليهم.
٦. وقال النبي صلى الله عليه وسلم عن المعاهدة التي كانت تهدف من خلالها صيانة المظلومين والضعفاء ونصرهم (حلف الفضول) "لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلفاً ما أحب إلي به من حمر النعم، ولو ادعى به في الإسلام لأجبت" (معرفة السنن والآثار للبيهقي الرقم: ١٣٢٣٢).

والجانب الثاني من هذا السؤال: التفريق بين حقوق اللاجئين والمواطنين.

فقال معظم الكتاب: إن إقامة اللاجئين مؤقتة على ما جرى به العرف والعادة، وإنهم يعودون إلى أوطانهم بعد أن محسن حالهم فتحصل لهم الحقوق الإسلامية دون السياسة كحق التصويت والترشيح في الانتخاب والفوز بالمناصب الرسمية التنظيمية والملكية الهامة وتحصل لهم من الحقوق السياسية حق التصويت ورفع القضايا إلى المحاكم عند الأستاذ محمد اقبال التنكاروي.

المستدلات:

(١) المغنم بالمغرم في الإسلام (درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٩٠/١ المادة: ٨٧).

فتعود على المواطنين واجبات نحو البلاد الذود عنها ببذل النفس والمال وأداء الضرائب لتدعيم الملك مالياً، فتحصل لهم الحقوق السياسة دون اللاجئين، وإن اهتضنوا اللاجئين بنية التأبيد فلا فرق بينهم وبين المواطنين في الحقوق. كما احتضن الأنصار المهاجرين لجوءاً مؤبداً واشركوهم بجيمع الحقوق المدنية والإنسانية لذا لقبوا بالأنصار.

والرأي الثاني يراه الأستاذ المفتي محمد سلمان المنصورفوري والأستاذ محمد مصطفى القاسمي والمفتي عبد الله الكاوي أن تحصل اللاجئين جميع الحقوق التي يتمتع بها المواطنون القدامى ولا فرق بينهم، وهذا ما يراه أيضاً القاضي محمد حسن الندوي وهم

يستدلون بأن لا يفرق بينهم وبين المواطنين في الحقوق الحاصلة لهم بمقتضى الخدمة الإنسانية، والمواساة والتعاليم الإسلامية السمحة!

الرأي الثالث يراه الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي وكاتب هذه السطور أن تحصل جميع الحقوق الإنسانية دون السياسية للاجئين إن كانوا "غير مسلمين" وكانت إقامتهم "مؤقتة" لا يصح الفرق بينهم وبين المواطنين، في الحقوق، لأن المؤمنين بعضهم أولياء بعض بقول الله تعالى: "والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض" (سورة التوبة: ٧١). وما استدل به الأكثر من العلماء من أن واجبات المواطنين كثيرة جداً فيه نظر، لأن من الممكن أن يشرك اللاجئون في جميع الواجبات، ولا تنص الآيات من الذكر الحكيم والأحاديث النبوية على التفريق بين المسلمين وتفاضل بعضهم على بعض إلا بالتقوى، وما قيل من الوفود أنها كانت تقدم المدينة المنورة لمدة معينة وللتعليم والتربية وتعود إلى أوطانها بعد مدة من الزمن ظن لا دليل له لأنه لا يمكن أن يشركوا في الحقوق والواجبات المدنية.

وكذلك ما استدلوا به من أن كثيراً من المسلمين أقاموا خارج المدينة المنورة فقال عنهم النبي (صلى الله عليه وسلم): إن لم يهاجروا إلى المدينة المنورة فهم كأعراب المسلمين، ولهم ما المسلمين وعليهم ما على المسلمين، ولا يكون لهم في الغنيمة والفئ شيء حتى يجاهدوا مع المسلمين، (الصحيح المسلم الرقم: ٤٦١٩) محل النظر لأنهم أقاموا خارج المدينة المنورة ونحن بصدد اللاجئين الذين أقاموا داخل البلد.

السؤال السادس: ها يجوز التجنس لمسلم ببلد غير إسلامي في ظروف قاهرة أو لأغراض اقتصادية؟

فاتفق جميع الكتاب على أن الحكم يختلف في ذلك باختلاف الأغراض وأوضاع البلدان غير الإسلامية. ولها صور وأشكال مختلفة وهي كما تلي:

١. يحرم التجنس ببلدان غير إسلامية لا يمكن فيها العمل بالشريعة الإسلامية وتمثيل الإسلام بكل معنى الكلمة في الحياة الفردية، يقول الله تعالى: "الم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالاً بعيداً" (النساء: ٦).

ويقول الله تعالى: "يا ايها الذين آمنوا لا تتخذوا آباءكم وإخوانكم أولياء إن استحبوا الكفر على الإيمان ومن يتولهم منكم فأولئك هم الظالمون" (التوبة: ٢٣)، وقد أريد بالطاغوت ورد الحث عن الاجتناب عنه في الآية الأولى النظام القانوني.

المعارض للشريعة الإسلامية، فالتجنس ببلد غير إسلامي كأنه خروج من النظام القانوني الإسلامي إلى النظام الطاغوتي وهذا يشبه الانحراف عن الإسلام وتعاليمه ونهت الآية الثانية عن موالاة الأقارب من الكافرين، فكيف موالاة الكفار الآخرين؛ وقال النبي (صلى الله عليه وسلم) عن مثل هذه الأحوال: من جامع المشرك وسكن معه فإنه مثله (سنن أبي داؤد الرقم: ٢٧٨٧ وإسناده صحيح).

وقال في موضع آخر: أنا برئ من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين قالوا: يا رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وهم؟ قال: لا ترى ناراهما" (سنن أبي داود الرقم: ٢٦٥٤ صحيح وإن كان الكلام في كونه مرسلاً).

٢. والشكل الثاني: لا يجوز التجنس بالبلدان الكافرة لأجل التولي من المشركين والاعتزاز بحضارتهم وثقافتهم، أتباعهم في أساليب حياتهم، والبعض من المسلمين، يقول الله تعالى: "الذين يتخذون الكافرين أولياء من دون المؤمنين، أيبتغون عندهم العزة فإن العزة لله جميعاً" (النساء: ١٣٩). ويقول: "يا أيها الذين أمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض، ومن يتولهم منكم فإنه منهم إن الله لا يهدي القوم الظالمين" (المائدة: ٥١). فهذه الآيات وأمثالها تصرح بالمنع عن التولي من المشركين.

٣. تجوز الإقامة ببلد غير إسلامي فيما إذا لم يكن الأمان الدين والمال والنفس والمال والعرض بسبب النظام أو الحاكم في البلدان الإسلامية، بشرط إمكان تطبيق الشريعة الإسلامية وأحكامها تطبيقاً دقيقاً، والاحتراز عن الفواحش الشائعة فيها، يقول الله تعالى: أَلم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيراً" (النساء: ٩٧). فأوجبت الآية الهجرة لحفظ الدين والتخلص من المظالم، و هي قاعدة فقهية: "الأخذ بأعظم المصلحتين، ودفع أكبر

المفسدتين" (الأشباه والنظائر لابن نجيم ٨٨/١، الأشباه للسيوطي/٨٧).

٤. يصح التجنس ببلدان كافرة لأجل أغراض دينية ودعوية، يقول الله تعالى: "وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين" (الأنبياء: ١٠٧). وقال في موضع آخر: "هو الذي أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون" (التوبة: ٣٣).

وقال: "أدع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن" (النحل: ١٣٥) فهذه الآيات كلها تدل على أن تبليغ الدين من أقصى الأرض إلى أقصاها ومن شرقها إلى غربها فرائض الأمة المسلمة فيقيم المسلمون ببلدان غير إسلامية للدعوة الإسلامية.

٥. تجوز الإقامة ببلد غير إسلامي لأغراض اقتصادية إذا كانت الموارد لا تسد الحاجات الاقتصادية في بلد إسلامي مع الخوف على الدين والمال والعرض فيه ولا تكون في البلدان الكافرة مخاطرة بالنفس والدين، والمال والعرض بقول الله تعالى: "هو الذي جعل لكم الأرض ذلولاً فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور" (الملك: ١٥) وبقول: "فليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم" (البقرة: ١٩٨) ففي ضوء الآيات الكريمة هذه لا بأس بأن يرحل المسلم إلى البلدان الأخرى ابتغاء الفضل والرزق.

٦. يكره التجنس ببلد غير إسلامي لمجرد رفع مستوى الحياة الاقتصادية والإكثار من المال لأهداف اقتصادية أو حضارية لأن السيل الجارف من المنكرات والفواحش الشائعة فيه يحرف المسلم فلا يستحق الأمر المخاطرة بالنفس والدين والخلق لأن البلدان غير المسلمة لا يمكن فيها الاحتفاظ بالإيمان وتسودها الفتن والشرور والشعائر الدينية لأديان أخرى وتضعف قوة التمييز بين الحلال والحرام ولا يبقى من الإسلام إلا اسمه في الأجيال الآتية.

٧. تجوز الإقامة ببلد كافر إذ حصلت جنسيته بالولادة ولم تكن هناك مخاطرة بالدين والإيمان وتمنح الفرص للدعوة الإسلامية ولا تمنع الهجرة إلى بلد إسلامي آخر. يقول العلامة الماوردي باحثاً في مثل هذه الأحوال، "إذا قدر (المسلم) على إظهار الدين في بلد من بلاد الكفر، فقد صارت البلدة دار الإسلام والإقامة فيها أفضل من الرحلة

عنها، لما يترحى من دخول غيره في الإسلام (المجموع ١٩/٢٦٤).

٨. لا يصح التجنس في الدويلة الإسرائيلية لأنها أسست باغتصاب أراضي المسلمين فكأن من يطلب الجنسية فيها يقر بأنها للغاصبين، ويجوز الأستاذ أبوسفيان المفتاحي الإقامة بها دون التجنس بها لأنه لا يجوز مطلقاً لكن الرأي هذا يجذب النظر إليه من جديد لأن لا بأس بذلك لأغراض دعوية.

السؤال السابع: هل يصح إسكان الكافرين بالبلدان الإسلامية كمواطن أصلي؟

أتفق كل الكتاب على الجواز سوى الجزيرة العربية شرط على أن لا تضر إقامتهم بمصالح البلاد الإسلامية وعلى أن يقبلوا بالالتزام بقوانين البلاد.

المستدلات:

١. "أخرجوا المشركين من جزيرة العرب" (صحيح البخاري الرقم: ٣١٦٨).
٢. "لا يجتمع دينان في جزيرة العرب" (الموطا للإمام مالك الرقم: ٢٧).
٣. وعن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) "من قتل معاهداً لم يرح رائحة الجنة وإنها لتوجد من مسيرة أربعين عاماً" (صحيح البخاري الرقم: ٣١٦٦، ٦٩١٤، سنن ابن ماجة الرقم: ٢٦٨٦) يدل الحديث الشريف على حرمة قتل حي إلا بالحق، والظاهر أن المقصود بهم هم المواطنين بدار الإسلام.
٤. الأصل أن إعطاء الأمان أو طلبه مباح وقد يكون حراماً مكروهاً إذا كان ينجم عنه ضرر أو إخلال بواجب أو مندوب" (الموسوعة الفقهية ٦/٢٣٤).
٥. ترك الكافر في دار الإسلام بالجزية جائز (الفتاوى التاتارخانية ٧/٢٥٦ رقم المسألة: ١٠٤٣٢) ولا يصح إسكان الكافرين في بلد إسلامي اليوم في رأي الأستاذ أبي سفيان المفتاحي لأنهم يشكلون خطراً للمسلمين في المستقبل وفيه نظر بأنهم لا يشكلون خطراً.

* * *

ملخص البحوث:

قضية الجنسية

الدكتور صفدر زبير الندوي •

لايواجه المستوطن بأي بلاد أي عائق في سبيل نيل الجنسية قانونياً و خاصة في القرون المتأخرة مادام العالم الإسلامي تقوده قوة واحدة وبعد ما تجزأت وتفرقت الأمة الإسلامية إلى دويلات استوطنه الذين لايدينون بالإسلام. الا ان الاقامة المؤقتة تستوجب الإستئمان على دينه وماله والتنقل من بلد إلى بلاد لاغراض تجارية مما يستلزم تادية الضريبة. لكن لما رفعت العصبيات رأسها وتحزبت الإنسانية على أساس اللون والوطن بفعل الأفكار الغربية والنظريات المادية لم يعد لاحد إمكانية التوطن ونيل الحقوق المدنية، ومما يزعجنا كثيرا يبعث فينا الأسف أن العالم الإسلامي فاق العالم كله في ذلك.

و من جانب آخر نرى انه قد كثر اليوم الانتقال من بلاد إلى بلاد أخرى لأهداف اقتصادية وسياسية وحضارية ولتوافق الفصول والمواسم واختلافها فاحتلت قضية الحقوق المدنية مكاناً مرموقاً وأهمية بالغة وأصبحت من القضايا العالمية ووضعت الأمم المتحدة عدة قوانين حولها.

لذالك نقوم بتقديم بعض الأسئلة تلفت أنظاركم بحثاً وتحقيقاً حول الموضوع في ضوء الشريعة الإسلامية.

١- علام يبنى حصول الجنسية في الإسلام التوطن، التنقل لأغراض تجارية، الاقامة لمدة معينة، أم هناك سبب آخر.

٢- لو اضطر المسلم إلى نيل الجنسية في بلد إسلامي فهل من الواجب شرعاً على الولاة أن يجنسوه أم لا؟

• باحث مجمع الفقه الإسلامي الهند

٣- أحيانا يمر المسلمون بمرحلة حرجة من التنقل الاضطهاد وانتهاك الحرمات في منطقة معينة، فهم يغادرون أوطانهم وبلادهم إلى بلاد إسلامية أخرى فهل يحق يجدر بهم شرعاً التعامل معهم معاملة اللاجئين أم المواطنين الأصليين الذين يستمتعون بوسائل وتسهيلات توفرها لهم الحكومة؟

٤- ما هي الحقوق المدنية التي تجب رعايتها شرعاً؟

٥- ماذا عن حق التصويت والترشيح في الانتخاب والتوظيف في المعاهد الرسمية واتخاذ الإجراءات في المحاكم والإسهامات للتخفيف مصاريف مؤونة و المعالجة في المستشفيات الرسمية والحقوق التعليمية في المدارس والكليات الرسمية والحل الترحال بدون إذن من الحكومة.

٦- ما هي حقوق اللاجئين وما هي الحقوق التي تحصل للمواطنين؟

٧- هل يجوز لمسلم سافر إلى بلد إسلامي لأغراض تجارية أن يحصل الجنسية؟

٨- هل أقر الشرع إمكان اعتبار المشرك في بلد إسلامي كمواطن أصلي؟

تلخيص المقالات في قضية الجنسية:

تعدد الإنسان منذ أول يومه على التنقل من مكان إلى آخر دون أن يكائد في الاقامة ببلده مشاقاً ومتاعب إلا ان عصرنا هذا و بالتطورات في ستى المجالات قد تعسرت الإقامة فيه ببلد بالحدود والثغور بين البلدان وانتشرت الحروب فيما بينها والمشاكل الاقتصادية وتباين الأفكار والنظريات بين الشعوب المختلفة ولاسيما اللاجئين الذين يقاومون ظروفا وأوضاعاً شاذة في ذلك.

لذا فقد اختار مجمع الفقه الإسلامي (الهند) موضوع الجنسية متأكدا من أهميته و دقته في ندوته الفقهية الثالثة والعشرين للفترة ما بين ١-٣/ مارس ٢٠١٤م المنعقدة بمجمبوسر غجرات، وساهم فيها علماء كبار من داخل البلاد وخارجها بدراساتهم القيمة التي بلغ عددها تقريبا ٣٢ مقالاً تلخصيها فيما يلي:

ولقد وجه المجمع سبعة أسئلة إلى العلماء الأفاضل تمحورت حول الأسس الشرعية لحصول الجنسية: التوطن، الإقامة لأغراض اقتصادية، الإقامة المعينة، أم هناك أسباب أخرى؟

تناول بعض من العلماء بالبحث عن "الجنسية" لفظاً ومعنىً، فأفاد بعضهم أنها تعبر (Nationality) عن أو (Citizenship) وتشتمل القومية والوطنية مع أنها من المصطلحات الحديثة، وهي تدل على الرابطة التي تكون بين الفرد والبلاد وتمكن من توفير الحقوق المدنية التي أجازها القانون في البلاد وما تستوجبه من مسؤوليات تعود على المتوطن فيها نحو تلك البلاد (دائرة المعارف البريطانية، معجم آكسفورد) (أنظر مقال محمد توقير بدر القاسمي، ونثار أحمد حصير القاسمي وغيره).

بينما الدكتور فهيم أختر الندوي يؤكد على أن الجنسية وإن كانت من المصطلحات الحديثة لكن التاريخ الإسلامي إهتم بها وأصولها وعنى بها كل العناية منذ بداية أمره فان الميثاق الذي عاهده النبي (صلى الله عليه وسلم) مع مختلفي الديانات في المدينة كان ينص على الاجتماعية والتعاضد والتعاون والمساعدة والذود عنهم عندشن الغارات على البلد والوطن.

وقام بعض من العلماء بتقسيم الجنسية إلى قسمين: جنسية الولادة والجنسية الاكتسابية والمراد من جنسية الولادة عند محمد إقبال التنكاوي وأختر إمام عادل القاسمي والأستاذ أحمد نور العيني القاسمي، الجنسية التي تحصل بالولادة لكن الأستاذ أحمد نور العيني القاسمي يفسر للجنسية هذه تفسيرين.

الأول: الاعتبار بموطن الولادة دون النظر إلى أبويه وأصلهما كما نرى في الأرجنتين حيث تحصل الجنسية بالولادة وان كان أبواه من بلد آخر وكذلك لاتحصل لمن لم يولد بها وان كان أبواه منها.

الثاني: الاعتبار بالوالدين دون الولد وتحصل الجنسية لبلد ينتمي إليه أبواه كما نرى في المانيا و أوستراليا وسويسرا وهناك بلدان تعمل بكليهما أي لاتنظر إلى الوالدين بل تمنح الجنسية كل من ولد بها وكذلك كل من لم يولد بها لكن أبويه كان أصلهما منها كما نرى في أمريكا وبريطانيا وفرنسا وغيرها.

والذي يراد بالجنسية الاكتسابية ان قد حصلت الجنسية بالولادة في بلد ثم السعي لحصول جنسية أخرى لبلد آخر، وقد ذكر الأستاذ أختر إمام عادل طريقين لحصولها:

١- التأهل بذلك البلد (أي الزواج بمن تحمل/ يحمل جنسية ذلك البلد)

٢- طلب الجنسية من الحكومة وقد أضاف إليهما الأستاذ أحمد نور العيني

١- اشتراء العقار

٢- نيل الوظيفة الرسمية

٣- الإقامة إلى مدة مديدة

٤- حصول الجنسية لأولادهم الذين بلغوا أشدهم

وإن كان أصل أبويهم من بلد آخر، وأوضح الأستاذ أختر إمام عادل بأن الجنسية الثانية تنسخ الجنسية الأولى إذ أن هندياً يكتسب الجنسية البريطانية فتنسخ جنسيته الهندية وأحياناً تدوم الجنسية الأولى مع الجنسية الثانية، كما أن باكستانياً أقام في بريطانيا واكتسب الجنسية هناك فيحق له إلقاء الجنسية الأولى والغائها. المفتي محمد ثناء الهدى القاسمي يرى إن أقرب الألفاظ إلى الجنسية هو "الوطن" وقد أراد القرآن الكريم بـ"مساكن ترضونها" (التوبة: ٢٤) "الأوطان" ويستدل بالعبارة التالية التي اقتبست من كتاب "المسلم مواطنا في أوربا"، فكلمة الوطن في اللغة تشير إلى الأرض التي يقيم فيها وهي محل الإنسان (ص/ ٣٤).

الأستاذ نثار أحمد حصيري القاسمي يقول: إن الجنسية في الشريعة الإسلامية بمعنى الوطنية بينما الأستاذ محمد فخر عالم النعماني يصرح أن الجنسية تقارب الوطنية إصطلاحا رغم إختلاف معناهما فالوطنية أوسع معنى والوطن يدل على السكنى المؤقتة أيضا والفرق بينهما ان ما اتخذ فيه الإقامة بنية التأبيد يعبر به عن وطن القرار أو الوطن الأصلي وأما مالم يعزم فيه على القرار فانه يقال له وطن الإقامة أو وطن السكنى، و الواقع ان الجنسية تدل اليوم على الوطن الأصلي أو وطن القرا ر قد ذكره مفصلاً الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي في مقاله.

علام يبني حصول الجنسية:

جل من أصحاب المقالات اعتمدوا في ذلك على الاستيطان والولادة والتأهل، وشبهوه بالوطن الأصلي وأحلوه محل وطن القرار مستدلين بالعبارات الآتية:

الآيات:

١- ومن آياته خلق السماوات والأرض واختلاف السنتكم وألوانكم ان في ذلك لآيات للعالمين (الروم/٢٣)، (المقال للمفتي لمحمد شاهجهان الندوي).

٢- ولاتكونوا كالتي نفضت غزلها من بعد قوة انكاثا، تتخذون إيمانكم دخلا بينكم أن تكون أمة هي أربى من أمة إنما يبلوكم الله به وليبين لكم يوم القيامة ماكنتم فيه تختلفون (النحل: ٩٢)، (محمد شاهجهان الندوي).

٣- يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ان أكرمكم عند الله أتقاكم (الحجرات: ١٣)، (محمد شاهجهان الندوي).

٤- يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منها رجالا كثيرا ونساء (النساء: ١)، (محمد شاهجهان الندوي).

٥- والذين آووا ونصروا أولئك هم المؤمنون حقا لهم مغفرة ورزق كريم (الأنفال: ٧٤). (المفتي سعيد أسعد القاسمي ومحمد توقير بدر القاسمي).

ولقد بوأنا بني إسرائيل مبوأ أصدق (يونس: ٩٣)، (أنظر المقال للمفتي سعيد أسعد القاسمي ومحمد توقير بدر القاسمي).

العبارات:

١- الوطن الأصلي هو موطن الولادة و التأهل أي التزوج، قال في شرح المنية: ولو تزوج المسافر ببلد ولم ينو الإقامة به فقيل لايصير مقيما، وقيل يصير مقيما، وهو الأوجه، ولو كان له أهل ببلدتين فايتهما دخلها صار مقيماً أو توطنه أي عزم على الاستقرار فيه وعدم الارتحال وإن لم يتأهل (رد المختار: ٥٨٦/١)، (أنظر مقال محمد خورشيد أحمد الأعظمي ومحبوب فروغ أحمد القاسمي والمفتي محمد جعفر الملي الرحماني، وخورشيد أنور الأعظمي، وريحان مبشر القاسمي).

٢- الأوطان ثلاثة: وطن أصلي وهو موئل الإنسان وموضع تأهل به أو من قصد التعيش به لا الإرتحال ولو تزوج المسافر في بلد ينوي الإقامة فيه قيل يصير مقيما، وقيل لا (فتح القدير ٤١/٢)، (مقال محبوب فروغ أحمد القاسمي).

٣- الوطن الأصلي هو موضع مولد الرجل والبلد الذي هو فيه (التعريفات للجرجاني س/٣٢٧)، (مقال خورشيد أنور الأعظمي).

٤- من تأهل ببلدة فهو من أهلها (شرح السيد الكبير ١٠٧/١)، (مقال خورشيد أنور الأعظمي، ريحان مبشر القاسمي).

٥- الأوطان ثلاثة: وطن أصلي وهو وطن الإنسان في بلدته أو بلدة أخرى اتخذها منزلاً وتوطن بها مع أهله وولده وليس من قصده الارتحال عنها بل العيش فيها، وطن الإقامة وهو أن يقصد الإنسان أن يمكث في موضع صالح للإقامة خمسة عشر يوما أو أكثر، ووطن السكنى وهو أن يقصد الإنسان المقام في غير بلدته أقل من خمسة عشر يوما (البدائع والصنائع ٢٨٠/١)، (مقال محمد فخر عالم النعماني ومحمد توقير بدر القاسمي و أختر إمام عادل القاسمي، والمفتي ثناء الهدى القاسمي، المفتي سعيد أسعد القاسمي، والمفتي محمد جعفر الملي الرحماني).

٦- والوطن في الثانية هو المسافر بقرية فيما أهله وولده فأقام عندهم ولو صلاة واحدة أتم، ومن كتاب ابن المواز وإذا لم تكن مسكنه ولكنه نكح فيها فلا يتم حتى يبنى بأهله ويلزمه السكنى (مواهب الجليل لشرح نخذ صر الخيل للحطاب ٥٠٠/٢)، (مقال أختر إمام عادل القاسمي).

٧- وطن أصلي وهو مولد الرجل والبلد الذي تأهل به (المحيط البرهاني في الفقه النعماني ٣٥/٢)، مقال أختر إمام عادل القاسمي ومحمد فخر عالم النعماني).

٨- هو الذي ولد فيه أو تزوج أو لم يتزوج وقصد التعيش فيه لا الإرتحال عند (الفقه الإسلامي وأدلته: ٣٠٤٢)، (مقال المفتي أشرف عباس القاسمي).

٩- الأول الوطن وهو ما اتخذ فيه الإقامة مبنيه على التأبيد (شرح مختصر خليل للخرشي ٨٨/٥)، مقال أختر إمام عادل القاسمي).

وبعض من كتاب المقالات زادوا من العبارات وعبر وعن آرائهم وأراهم المختلفة كالاستاذ ريحان مبشر القاسمي فقد أورد أيضاً في حصول الجنسية ببعض البلدان اشتراء العقار ونيل الوظيفة الرسمية والأغراض الاقتصادية والأنضمام إلى البلدان لكنه يردف قائلاً إن الأصول الثلاثة الأولى تتفق وتعاليم الإسلام والاعتماد عليهما فحسب يعود بمسائل شتى وقضايا متنوعة.

ومال جماعة من العلماء إلى نيل الجنسية بالعقيدة والإيمان والوحدة الدينية واحتج المفتي محمد شاهجهان الندوي بالآيات التالية:

١- والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض (التوبة).
٢- إن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده (الأعراف).
٣- يا أيها الذين آمنو لا تتخذو الكافرين أولياء من دون المؤمنين أتريدون أن تجعلو الله عليكم سلطاناً مبينا (النساء: ١٤٤).
٤- إنما المؤمنون إخوة (الحجرات)، مقال أختر إمام عادل القاسمي إن الذين هاجرو من مكة إلى المدينة تمتعوا بالحقوق المدنية على أساس الإيمان. وزاد أختر إمام عادل القاسمي إلى دلائل حديثين:

١- المسلمون كرجل واحد إن اشتكت عينه اشتكى كله وإن اشتكى رأسه اشتكى كله (صحيح مسلم، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم، رقم الحديث: ٦٧٥٤).
٢- مثل المؤمنين في توادهم وتراجهم كمثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعيى له سائر الجسد بالسهر والحمر. (مسند الشهاب القضاعي، رقم الحديث: ١٣٦٧).

واستدل المفتي محمد أبو بكر القاسمي بجنسية الحر على منحها للوارث.

ويقول الأستاذ محمد توقير بدر القاسمي، والمفتي محمد أسعد القاسمي إن توطن مسلم ببلدة لأغراض اقتصادية فهو أحق بالحقوق المدنية، والأستاذ محمد مصطفى القاسمي يقول بأن الإقامة إلى مدة معينة أو لأهداف تجارية تجلب الجنسية و يؤيده في ذلك الدكتور ظفر الإسلام الصديقي مقترحين للندوة السابعة عشرة للمجمع في نيل الجنسية و مستندين في ذلك على ما يلي:

١- ان إتخذ أحد الإقامة الطويلة في بلد لأغراض تجارية أو لوظائف، فاتخاذ دار فيه يدل على الإقامة بنية التابيد ويعد من مقومات الوطن الأصلي.
٢- وإن لم يتخذ فيه دار بل أقام بدار أعدتها الشركة ووفرتها أو إستأجرها مع أهله وولده بنية التأبيد فهذا البلد يمثل له الوطن الأصلي، لكن لابد المقترحين هذين أن يستوجبا الإقامة مع الأهل والولد بنية التأبيد.

بينما يكتفي خورشيد أنور الأعظمي وخورشيد أحمد الأعظمي والمفتي محمد جعفر الملي الرحماني لحصول الحقوق المدنية بالإقامة لأهداف اقتصادية و تجارية إلى مدة معينة، واحتجو بالعبارات التالية:

٢- لو انتقل اشتمل من البلد الذي تأهل به بأهله وتوطن ببلدة أخرى لاتبقى البلدة المنتقل منها وظناً له فأن مكة كانت وطناً أصلياً لرسول الله (صلى الله عليه وسلم) ثم هاجر منها إلى المدينة بأهله وتوطن ثم انتقض وطنه بمكة حتى قال (عليه السلام) عام حجمة الوداع أتموا صلاتكم بأرض مكة فإنا قوم سفر (الكفاية شرح الهداية ١٧/٢).

٣- ولو تزوج المسافر ببلد ولم ينو الإقامة به فقيل لايصير مقيما وقيل يصير مقيما وهو الأوجه (رد المختار ٦٤١/٢).

وإن قال الميمنة غداً على أهل المصيصة فكان رجل من أهل الكوفة سكن المصيصة، فإن عان اتخذها منزلاً فهو من المصيصة لقوله (عليه السلام) من تأهل ببلدة فهو من أهلها، ولأن من يكون ساكناً في بلدة مقيماً بها و يعد في الناس من أهلها. فالكثير من الشخصيات عاشت في الكونة وذكرنا في جملتهم السننجعي والسبعي وأبا حنيفة رضي الله عنهم، وهم ما كانوا من الكوفة في الأصل لكنهم سكنوها (شرح كتاب السير الكبير ١٧٠).

ويرى الأستاذ محمد شاهجهان الندوي والأستاذ ريحان بشير القسامي أن الإقامة لمدة محددة توجب منح الجنسية عند اقتضاء المصالح وليس بذلك إضرار المسلمين، والمستدلالت فيما يلي:

١- تصرف الإمام علي الرعية شرط بالمصلحة والأشباه (٣٢٨/١).

٢- والأصل أن الذمي إذا دخل دار الإسلام بأمان فينبغي للإمام أن يتقدم إليه، فيضرب له مدة معلومة على حسب ما يقتضي رأيه، ويقول له إن حاوزت المدة جعلتك من أهل الذمة فإن رضي يصير وارثه ذمياً (بدائع الصنائع ١١٠/٧).

٣- واستند المفتي حبيب الله القاسمي، والمفتي محمد سلمان المنصور فوري والحافظ حكيم الله العمري والأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي والأستاذ محمد قمر الزمان

الندوي وغيرهم من كتاب المقال في نيل الحقوق المدنية إلى الاستئذان من الحكومة ومصالحها وقوانينها، لكن الأستاذ عبيد الله الندوي قد أضاف إلى ذلك شرطاً وهو أن تكون الأصول والقوانين الخاصة بالحكومة لاتخالف الإسلام ولاتجر إلى الوقوع في الحرام ولايجوز الدخول ببلدة والاستيطان بها من دون ضابط في الشرع عند المفتي ثناء الهدى القاسمي.

ويقول الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي موضحاً ومفصلاً إن التجنس ببلدة شروطة بالاستئذان من الحكومة وبالأحاديث المختلفة التالية.

١- أن أعرابياً أراد الهجرة إلى المدينة فمنعه النبي (صلى الله عليه وسلم)، وقال إن شأن الهجرة شديد، فهل لك من إبل، قال، نعم قال فهل تؤدي صدقتها؟ قال، نعم، قال، فاعمل من وراء البحار فإن السند لم يترك من عمل لك شيئا (صحيح البخاري ٩١١/٢، كتاب الأدب).

٢- و روى الإمام البخاري في صحيحه أن مخنثا كان اسمه "هيت" هذر في غزوة الطائف، فنبهه النبي (صلى الله عليه وسلم) وحذره. يقول المجتبى ناقلاً عن العلامة القسطلاني: ثم أخلاه من المدينة إلى الحمى، فلما ولي عمر بن الخطاب قيل له: إنه قد وضعف وكبر فاحتاج فأذن له أن يدخل كل جمعة فيسأل الناس ويرد إلى مكانه (حاشيه الصحيح للبخاري ٦١٩/٢، كتاب المغازي).

٣- نقل صاحب عمرة القاري عن أبي موسى الأشعري (رضي الله عنه) عما شاهد من مثل هذه الحوادث في عصر سيدنا أبي بكر الصديق (رضي الله عنه) وسيدنا عمر الفاروق (رضي الله عنه) قائلاً: نفي أبو بكر مانعاً إلى فدك ولي بها أحد يومئذ من المسلمين، وأخرج عمر فلاناً وفلاناً (عمدة القاري ٣٤/٩).

ويرى الأستاذ رحمة الله الندوي أن حصول الحقوق المدنية لايحصر على شئ معين بل على أسباب شتى تعتبرها الحكومة حسبما ترى و وفق قوانينها ومبادئها.

الجنسية المثنّاة:

يحق لرجل أن ينال جنستين ببلدتين في رأي الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي الأستاذ محمد فخر عالم النعماني فمثلاً إذا أقام رجل ببلدة مع أهله وولده ثم تأهل ببلدة

أخرى فهو أجدر بالجنسية وكل واحدة منها لوطن أصلي له ويستدل بهذه العبارة وإن كان له أهل ببلدة فاستحدث ببلدة أخرى أهلاً فكل واحدة منها وطن أصلي. وروي أنه كان لعثمان بن عفان (رضي الله عنه) أهل بمكة وأهل باالمدينة وكان يتم الصلاة بهما جميعاً (المحيط البرهاني ٣٦/٢).

جنسية غير المسلمين: بعض من كتاب المقال بحثوا عن جنسية المشركين الأصل في ذلك الولاء وعقد الذمة واستدل.

ب: وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه.

وقد أسهب الكلام حول هذا الموضوع الأستاذ أحمد نور العيني القاسمي فقال ان في الإسلام لحصول الحقوق المدينة أساسين أولهما معاهدة الذمة للمشركين وللمسلمين في الهجرة. فلو هاجر واحد من المسلمين إلى دار الإسلام فهو من مواطني دار الإسلام كلها ولابد للمشرك من الحصول على الحقوق المدنية ضمن معاهدة الذمة في المحكمة الإسلامية، لكن لأستاذ اشترط شرطاً وهو أن لو غادر مسلم المملكة الإسلامية إلى بلد غير إسلامية أو قدم مشرك دار الإسلام فيجب تسجيله لئلا يضر بمصالح البلدة.

يستدل الأستاذ قمر الزمان الندوي بميثاق المدينة في وجوب ولاء القادمين من غير المسلمين مع عقد الذمة لحصول الحقوق المدنية، ويقول إنه أساس لحصول الجنسية على غير أساس العقيدة والإيمان إذ أصبحوا أفرادا من أفراد الدولة الإسلامية على إختلاف العقيدة واليقين، وإن القول النبوي "لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم" هو كقاعدة في ذلك.

يقول الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي والأستاذ أحمد نور العيني القاسمي عن الذمي انه قصد التعيش ببلد إسلامي لمدة تعيشه أو قصده مستآمنا على دينه وماله أو قام به مدة مديدة أو توطنه بنية التأبيد، وأقام به أو اشترى الأرض الخراجية فنحصل له الجنسية وبعد هو من مواطني الدولة الإسلامية.

مدة الإقامة المؤقتة:

بعض من كتاب المقال عنوا بتعيين مدة الإقامة المحددة وقال بعضهم "بسنة كاملة"، وقال بعضهم، حسب ما تقتضي مصالح الحكومة؟ يقول الأستاذ رحمة الله الندوي أقلها أسبوع بكامله، أكثرها إذا أقام السنة وما فوقها فإذا دخل الحر إلينا مستأمناً و لم يمكن أن يتم في لدنا

سنة، عندها يقول له الإمام إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية وللإمام أن يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين (الهداية الجزء الثاني: ٥٨٥).

يفرق الأستاذ الدكتور ظفر الإسلام الصديقي في تعيين المدة بين الأفراد، فمدة الإقامة عنده تمام السنة على الأكثر للذمي المستأمن على دينه وماله. و للمتخصص بأي مجال من المجالات المختلفة ترخيص في ذلك بحيث الحكومة في حاجة إليه و إلى علمه ويؤيد قوله بعمل سيدنا عمرو بن العاص (رضي الله عنه) أنه من دون مدة معينة محدودة الطبيب الحاذق النصراني اطيوس وعلمه وفضله استدعاه واستصحه فلازمه وكان لايكاد يفارقه (أنظر: المعارف المجلد/ ٦٦/ نوفمبر ١٩٥م رقم الصفحة ٣٤٣). ويقول المفتي محمد إقبال التنكاروي والأستاذ عبيد الله الندوي "بأربع سنين" وهما يستدلان بأصل من أصول المحدثين في مدة إقامة الراوي ببلده للنية إليها، كم المدة التي إن أقامها الشخص في بلد نسب إليها؟ "أربع سنين": وهو قول عبد الله بن المبارك (تيسير مصلح الحديث باب / ٢٠، ص: ٢٣٣) بعض من المحدثين يقولون بأقل منها (أنظر الباحث الحثيث، باب معرفة أوطان الرواة وبلدانهم)

الجنسية ونظامها المعاصر: أضاف بعض من العلماء عن النظام المعاصر للجنسية بالإضافة إلى "تفسير دار الحرب ودار الإسلام" دار المعاهدة، بالدلائل والشواهد وقال الأستاذ رحمة الله الندوي ان تقسيم البلدان على أساس دار الحرب ودار الإسلام اليوم يجذب النظر والرؤية، وسلط عليه الضوء مطولاً الأستاذ نور أحمد العيني القاسمي فهو يقول رغم أن التعاليم الإسلامية أقرت الجنسية المعاصرة مجدد دار الإسلام ضمن دولٍ إسلامية تحمل جنسيتها، فالتعدد هذا في الجنسية قد أشكل الأمر وجعل هذه القضية من القضايا الهامة الحديثة من نوعها، ولا بدلنا من التعرف عن بعض الأمور منها قبل الخوض فيها:

١- من مفاهيم الجنسية أن تختص كل مملكة من دار الحرب و دار الإسلام بجنسيتها ونعود لما في دار الحرب من البلدان المختلفة جنسيتها على وجه التحديد ونجد التوضيحات المطلوبة حوله في الفقه الإسلامي فلا نتجادل منه.

٢- إن يراد بالجنسية التوطن ببلدة بنية التأبيد فأمره أيضا إلى الشرع والجدل فيه لايجدي نفعا.

٣- يجوز في الشريعة الإسلامية الانتماء إلى القبيلة والعشيرة والوطن لغرض تحديد الجنسية التي حصلها الشخص ويدعى بها مصرياً وفلسطيينياً ولا نحتاج إلى مزيد من الحديث في ذلك.

٤- إن المسلمين غير مكلفين أي تكليف للتوطن ببلدة تعود لدار الإسلام لكن قد يحصل لهم الخيار في التوطن بأي بلدة المواجهه العسر وللحصول على عمل حسب نظام الحكم المعاصر وانه يجدر بالدولة رعاية مصالح الناس فيكلف اللاجئون بالتسجيل، وذلك لازالة الضرر عنهم ومنحهم الحقوق المدينة بدون مانع شرعي.

٥- الأشياء التي سكت عنها الشرع فلم يحملها ولم يحرمها فيجب على ولاة البلدان الإسلامية أن يضعوا التعليمات لمنح في ضوء "الأصل في الأشياء الإباحة"، والمسلمون يعملون وفق تلك التعليمات.

إن الأمور المذكورة أعلاه لاتحتاج إلى بحث وتدفيق لكن اتخاذ القومية أساس الجنسية وتقسيم دار الإسلام إلى دويلات وممالك وتخصيص حقوق المسلمين وواجباتهم بالحدود والثغور، وتخريبهم باللون والوطن الملكي وغير الملكي حول المقيم واللاجئ ووضع القوانين وتنفيذها منهج حصول الجنسية وأسباب سحبها من قبل النظام المعاصر تستحق كل بحث وتحقيق وبها أصبحت قضية الجنسية من القضايا الحديثة. وهنا جانب آخر من دلائل الجواز وعدمه تقدمها فيما يلي:

دلائل الجواز:

١- ولاء الموالاة عرفت به الموسوعة الفقهية، فهو أن يعاهد شخص شخصا أخر على أنه إن جنى فعليه أمر شئ وإن مات فميزاته له (ولاء ١٢٨/٤٥).

وأوضحه الأحناف يقومهم، تفسير ولاء الموالاة أن يسلم الرجل على يدي رجل فيقول للذي أسلم على يديه أو لغيره واليتك على ألف إن مت فميراثي لك وإن جنيت فأمري عليك وعلى عاتقك وقبل الآخر منه فهذا هو نفس ولاء الموالاة (المحيط البرهاني ١٨٧/٤).

يفهم من هذه الموضوعات أن الذي وإلى (المولى الأسفل) ومع من والي (المولى الأعلى) تحصل بينهما حقوق وواجبات ومسؤوليات من أحدهما الذي لايمت إلى الآخر بأي صلة ولا إلى عشيرته، وقبيلته ومع ذلك يدين له بالولاء، كذالك الممالك فهي أسرة و عشيرة بأوسع نطافها فالذي ينال الجنسية تتوفر له التسهيلات والحقوق والذي لا ينالها لم تحصل له. فالشرع طالما يجوز ولاء الموالاة جاز عقد الجنسية.

٢- عن أبي الدرداء قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) "ما أحل الله في كتابه فهو حلال وماحرم فهو حرام وما سكت منه فهو عفو، فاقبلوا على الاجتهاد فإن الله لم يكن ليعسر لبني آدم شيئا ثم تلا وما كان ربك لشيا". رواه البزار والطبراني في الكبير واسناده حسن ورجاله موثقون (مجمع الزوائد، كتاب العلم ٤١٦/١).

يدل هذا الحديث على الجواز لما سكت عنه الشرع، حراماً وحلالاً، والنظام المعاصر للجنسية مما سكت عنه الشرع، فيجوز شرعاً قبوله.

٣- من أصول الفقه الشهيرة، "الأصل في الأشياء الإباحة وثبت وأجاز الفقهاء في كثير من المسائل بالإباحة والنظام المعاصر للجنسية هو من الإباحات في كثر فعلى الولاة تنفيده كقانون من قوانين الدولة و تم تأسيس نظام تدوين الدواوين في عهد سيدنا عمر (رضي الله عنه)، وكان مباحاً لأجل "الأصل في الأشياء والإباحة".

٤- النظام المعاصر للجنسية من القوانين والمعاهدات العالمية واكد الإسلام برعايته للعهد والمعاهدة فقال عز من قائل:

"يا أيها الذين آمنوا أوفو بالعقود" (المائدة)، وقال النبي (صلى الله عليه وسلم) الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، قال أبو عيسى هذا حديث حسن (صحيح الترمذي، رقم الحديث ١٣٥٢).

فلذا يعتبر الدول اقبال الإسلامية على النظام السائد للجنسية في البلدان العالمية موافقاً للشرع.

٥- و لو افترضنا "أن النظام المعاصر للجنسية لايجوز أصلا فالجنسية وحصولها أصبحت اليوم من الأمور الاضطرارية، فرجل يقيم ببلدة لايمكن له أن يعد من مواطينها إلا بها، والقاعدة الفقهية الضرورات تبيح المحظورات" تسوغ ذلك.

دلائل المنع:

١- قال النبي (صلى الله عليه وسلم): أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمد عبده ورسوله وأن يستقبلوا قبلتنا ويأكلوا ذبيحتنا وأن يصلوا صلاتنا، فإذا فعلوا ذلك حرمت علينا دماؤهم وأموالهم إلا بالحق، لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين .... قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحح (الترمذي رقم الحديث: ٢٦٠٨).

صرح الحديث النبوي الشريف بأن الحقوق التي لتمنح المسلم والواجبات التي تفوض إليه إنما هي بالإسلام لا باللون والتوطن والبلاد، وان النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: بعد ما ضمت إلى المدينة القبائل التي كانت تفطن على مقربة منها إنه من أسلم منها له ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين. وعندما أرسل رسولاً له إلى ملوك حمير قال: انه من أسلم من يهودي أو نصراني فانه من المؤمنين له مالهم وعليه ما عليهم (السيرة النبوية لابن هشام ٥٨٨/٢). وقال عند ما بعث عمروبن مخزوم (رضي الله عنه) إلى اليمن من أسلم من يهودي أو نصراني إسلاماً خالصاً من نفسه و دان يدين الإسلام فانه من المؤمنين له مثل مالهم وعليه مثل ما عليهم (السيرة النبوية لابن هشام ٥٩٤/٢). وراسل رؤساء قبيلة غفار فقال أنهم من المسلمين لهم للمسلمين وعليهم ما على المسلمين (طبقات ابن سعد ذكر، بعثة الرسول). وعندما أعلن سيدنا سلمان الفارسي (رضي الله عنه) لقيادة المحاربين ببلاد فارس قال له: بلغهم إن أسلمتم فلكم مثل الذي لنا وعليكم مثل الذي علينا (الترمذي كتاب السير رقم الحديث ١٥٤٨) فقال لهم سيدنا سلمان الفارسي (رضي الله عنه) بأن من أسلم من فارس فله ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين العرب لأن الحقوق تحصل والواجبات تعود بالإسلام لا باللون والوطن والجنس. ونظام الجنسية المعاصر يبنى على الملك والدولة لا بالإسلام والإيمان لذا يرفضه الإسلام بأصوله وأسسه التي وضعت بعد رفضها رفضاً باتاً.

السؤال الثاني:

منح الحكومة الإسلامية الجنسية مسلماً يقيم ببلدة إسلامية أخرى.

لو يضطر المسلم الذي يقيم ببلدة إسلامية أو غير إسلامية إلى نيل الجنسية ببلدة إسلامية أخرى فهل يجب على الحكومة الإسلامية في البلدة الأخرى منحها إياه شرعاً؟ كثير من أصحاب المقالات أصروا على وجوب قبول ملته لحصول الجنسية شرعاً، ولاسيما إذا فارق وطنه وقصد التعيس ببلدة إسلامية صيانة لإيمانه وإسلام كما ورد في القرآن الكريم والحديث النبوي الشريف:

١- إنما المؤمنون إخوة (الحجرات).

٢- والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض (التوبة).

٣- وإن استنصروكم في الدين فعليهم النصر إلا على قوم بينكم وبينهم ميثاق والله بما تعملون بصير (الأنفال: ٧٢).

٤- قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) "أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً، فقال رجل يا رسول الله أنصره إذ كان مظلوماً فإذا كان ظالماً كيف أنصره؟ قال: تنصحه أو تمنعه عن الظلم فإن ذلك نصره (صحيح بخاري ١٠٢٨/٢) وقيد بعض من العلماء قيوداً في ذلك يقول الأستاذ أحمد العيني القاسمي: لايجب على الحكومة الإسلامية سحب الجنسية عندما يضر الشخص بمصالح العامة والحكومة واستدل بأن سيدنا عثمان (رضي الله عنه) نقل سيدنا أبا ذر الغفاري (رضي الله عنه) إلى بعض نواحي المدينة لبعض المصالح التنظيمية ولأن إقامته بالمدينة تضر بالمسلمين في بعض جوانبها.

ويقول الأستاذ المفتي سعيد أسعد القاسمي ليشترط بأن تمنحه البلاد الجنسية عندما يقدم عليهما والوسائل الشرعية تجيره ذلك. والأستاذ زبير أحمد القاسمي يعتبر بأن لايلزم منحه الجنسية عندما يتسبب في ضرر شديد بالحكومة الإسلامية و مصالحها. وترد الدعوى في طلب المنح في رأي المفتي أشرف عباس القاسمي إذا تجلت في نقص ميثاق، لأن من واجبات الحكومات الإسلامية وفرائضها المحافظة على العهود و ابقاؤها،

ويستدل الأستاذ بعصمة سيدنا أبي جندل وسيدنا أبي نصير (رحمهما الله)، لكن الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي يستثنى النساء من تلك المعاهدات وهو يقول ان النبي (صلى الله عليه وسلم) لم يأذن لأحد في دخول المدينة سوى النساء المهاجرات فإنه لم يردهن، فلذا لما طالب المشركون بالسيدة أم كلثوم بنت عقبه أو سبيعة بنت أسيلمة نزلت الآية – يا أيها الذين آمنوا إذ جاءكم المؤمنات مهاجرات (الممتحنة: ١٠) فتخص مثل هذه المعاهدات بالرجال والنساء المسلمات، ويقول الأستاذ فخر عالم النعماني ينسخ هذه المعاهدات ويكتب إن الحكومة الإسلامية أكثر في مملكة غير إسلامية في المهاجرين معاهدة توجب نسخها للصالح العام.

لاتسمع الدعاوي بإقامة المهاجرين الذي يسكنون بلاداً أخرى فهذا شرط باطل عند أبي حنيفة (رحمه الله) ولايجب على الحكومات الإسلامية الإبقاء على مثلها (الفتاوى الهندية ١٩٧/٢) والأستاذ أبو سفيان المفتاحي يأذن بأن لايحمل المسلم المهاجر فكرة تخريبية إلى البلد الآخر، ويقول الأستاذ زبير أحمد القاسمي والمفتي عبد الله الكاوي، انه لايجب على الدولة الإسلامية منح الجنسية لمسلم يسعى لحصولها لرغبة في إثارة الفتن فالمملكة لها الخيار في منح الجنسية أو رد ذلك بينما يرى الأستاذ محمد توقير بدر القاسمي والمفتي سعيد أسعد القاسمي أنه ان كان المسلم متصفا بالتعاليم لدينه ويحب العلم والعلماء، ويعود قدومه في البلاد بكثير فائدة للعامة من المسلمين فينبغي للحكومة أن لاترده بل يقول الأستاذ توقير بدر القاسمي بوجوب الإذن في منحه الجنسية ويستدل بقول الله تعالى، ولاتطرد الذين يدعون ربهم بالغداة والعشي يريدون وجهه ما عليك من حسابهم من شئ وما من حسابك عليهم من شئ فتطردهم فنكون من الظالمين" (الانعام> ٥٢).

ولو غادر مسلم وطنه إلى بلاد إسلامية أخرى في ظروف قهرية حفظا لدينه وماله وعرضه ففرض على الحكومة شرعاً أن تأدنه فما يراه الأستاذ محمد شاهجهان الندوي ويستدل بالآيات القرآنية الثانية: ١– "إن الذين آمنو وهاجروا ... فعليكم النصر" (أنفال: ٧٢). ٢– "والذين آمنو وهاجروا وجاهدوا في سبيل الله والذين أووا وقصروا أولئك هم المؤمنون حقا لهم مغفرة و رزق كريم" (الأنفال: ٧٤)، فيما يرى الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي، الأستاذ محمد

مصطفى القاسمي، الأستاذ فخر عالم النعماني والأستاذ عبيد الله الندوي بالتوسع فأجازوا لكل قاصد دار الإسلام مهاجرا مطلقا، واحتجو بالآية التالية:

١- "إن الذين توفاهم الملائكة ..... وساءت مصيراً" (النساء: ٩٧) أنظر مقال الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي، ٢- "يا أيها الذين آمنو إذا جاءتكم ..... إلى الكفار" (الممتحنة) (أنظر مقال الأستاذ فخر عالم النعماني)، ٣- "لاتثريب عليكم اليوم" (معارف القرآن ٣٠٩/٥)، (أنظر مقال محمد مصطفى القاسمي). وحض الأستاذ عبيد الله الندوي علي اتباع هذا لحكم بسائر البقاع الإسلامية دون مكة والمدينة إذ زادهما الله بازدياد العمران زيادة ملحوظة لا يمكن أداء فريضة الحج والعمرة إلا بشق الأنفس. ويجب لذلك على الدول الإسلامية استحساناً قبول الطلبات لكل مسلم يسعى للحصول علي الجنسية للرغبة الأكيدة في نفسه. في رأي الأستاذ رشيد أنور الأعظمي، المفتي محمد جعفر الملي الرحماني، الأستاذ محمد شاهجهان الندوي، الأستاذ ريحان بشير القاسمي و الأستاذ محمد شاهجهان الندوي وكلهم يستدل بالحديث الشهير "المسلم أخو المسلم لايظلمه ولايسلمه ومن كان في حاجة أخيه كان الله عزوجل في حاجته" (صحيح البخاري) رقم الحديث: ٢٤٤٢: صحيح مسلم رقم الحديث: ٢٥٨) ويقول الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي: ينحصر القبول بالأوضاع القهرية الدينية ويستدل بالآية (وإن الله استنصروكم في الدين فعليكم النصر إلا على قوم بينكم ويتم بينكم ميثاق والله بما تعملون بصير" (الأنفال:٧٢).

وفرق الأستاذ محمد إقبال التنكاروي وغيره من العلماء بين المسلمين الذين يقيمون ببلدة إسلامية وغير إسلامية وهم يطلبون الجنسية، فلو انتقل المسلم المتوطن ببلدة إسلامية إلى بلدة إسلامية أخرى لميله إليها فلا يجب عليها القبول لأنه يمارس هنا أعماله الدينية بكل حرية، لكن إن واجهته في ممارسة أعماله الدينية وحقوقه المدنية، بعض الصعوبات، فلا ينبغي له أن يودع وطنه بل عليه أن يقيم فيه ويجهد نفسه ويتعب للحصول على حقوقه عسى أن ينقشع الضباب وتثمر جهوده ثمارا طيبة.

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

وإن لم يكن له بد من التنقل إلى بلد إسلامي آخر ونيل الجنسية منه فعلى الدول الإسلامية ان تمارس الضغوط على تلك البلدة الإسلامية لتوفير الحقوق المدنية لكل من يقيم فيها من المسلمين حلاً لمشكلته فضلاً عن منحه الجنسية.

إلا أنه لو كان الوالي لدولة من الدول الإسلامية قائداً وإماماً لفرقة من الفرق الضالة التي تقطع السبيل أمام المسلم لممارسة النشاطات الدينية – فعلى الدول الإسلامية الأخرى ان تعجل بمنح الجسنية لكل من عملاً إليها منها بالأخوة الإيمانية والحماسة الدينية، ولان الأرض قد ضاقت بذلك المسلم بما رحبت.

وإن كان المسلم متوطنا لبلدة غير إسلامية والآن يريد التحول إلى بلدة إسلامية وهو يعيش في وطنه حياة رغيدة وبكل حرية فالأولى بالممالك الإسلامية ان تقوم بالمساعدة وجودهم والسماح له بالاستيطان فيها، فالصحابة المهاجرين إلى الحبشة أقاموا بها وتوطنوها لان ملكها كان يراعي بحقوقهم. يقول سيدنا جعفر بن أبي طالب (رضي الله عنه)، لما نزلنا أرض الحبشة جاؤونا خيراً وأمنا على ديننا وعبدنا الله تعالى لا نؤذى أو نسمع شيئا نكره (السيرة الحلبية: باب الهجرة الثانية إلى الحبشة ٣٠/٢).

والنبي (صلى الله عليه وسلم) لم يرد سيدنا جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه بين المهاجرين إلى الحبشة بعد فتح خيبر بل استقبله استقبالاً حاراً وأبدى لقدومه عن بالغ فرحه وسروره ففي السيرة الحلبية: "وقدم عليه (صلى الله عليه وسلم) بعد فتح خيبر جعفر بن أبي طالب (رضي الله عنه) من أرض الحبشة ومعه الاشعريون ولما أقبل عليه (صلى الله عليه وسلم) جعفر ابن أبي طالب قام (صلى الله عليه وسلم) قبله بين عينيه (غزوة خيبر ٧٥٦/٢).

وهذه القصة تدل على إقامة سيدنا جعفر (رضي الله عنه) في البلاد النصرانية الحبشة طويلاً بل بعد سنوات من الهجرة النبوية إلى المدينة لذا أبدى اعجابه وسروره بقدومه

لأنه اجتمع به بعد روح من الزمن وقال: ما أدري أنا بقدوم جعفر أسر أو بفتح خيبر، وكان ذلك سنة ٧ من الهجرة، فلم يرجع بعد إلى الحبشة ومات شهيداً في غزوة موته سنة ٩هـ.

ولو انتقل المسلم من بلد غير إسلامي عمه الظلم والقهر على المسلمين ويفرض الحظر على النشاطات والأعمال الدينية فيجب منح الجنسية من قبل البلدان الإسلامية، كما ان كثيراً من الصحابة الكرام هاجروا من مكه إلى المدينة، وأقاموا فيها بنية التأبيد و كذلك دخلها كثير من الصحابة من البلدان المختلفة.

ويرى لفيف من العلماء فيهم المفتي ثناء الهدى القاسمي، المفتي حبيب الله القاسمي، الحافظ كليم الله العمري، والمفتي محمد سلمان المنصور فوري، ان لاتلزم الدولة الإسلامية بقبول الطلبة، إلا ان المفتي محمد سلمان المنصور فوري، والمفتي ثناء الهدي القاسمي يقولان أن يمر المستامن على دينه وماله بمرحلة حرجة فيجوز منح الأمان بالإخوة الإسلامية، ويجب أن يعلم بأن الأمان كما يجوز مرسلاً يجوز معلقاً بالشرط (الفتاوى لتاتارخانية ٦٧/٧).

ويجوز منح الأمان عند الأستاذ نثار أحمد حصير القاسمي في الأحوال الاضطرارية، وعند ما يخاف على النفس والمال والعرض والدين والإيمان يجب منح الأمان.

ولايجيز الأستاذ ريحان مبشر القاسمي منح الأمان في الأحوال القاسية سوى الدينية في البلدان المسلمة.

ويقول الأستاذ الدكتور فهيم أختر الندوي يختار ولاة البلدان الإسلامية قرار منح الجنسية من عدمه فيما إذا انتقل المسلم في الأحوال الدينية والدنيوية نظراً إلى مصالح البلاد.

٣- قضية اللاجئين:

يضطر المسلمون في جين من الأحيان إلى اللجوء في البلدان الإسلامية بما ظلموا واعتدي عليهم في بلادهم فهل يصح شرعا ان تمنح لهم حقوق اللاجئين دون المواطنين، وهل يجوز ان لاتتوفرلهم المعدات وأسباب الراحة التي ينالها المواطنون القدامى في البلدان الإسلامية وأن يعيش فيها كمواطن؟

ويسلط الضوء جل من كتاب المقال على جوانب مختلفة لهذا الموضوع، فقال كثير منهم إن المسلمين يفارقون أوطانهم وبلادهم بنشوب الحروب الداخليه في بلادهم فعلى البلاد الإسلامية التي لجأوا إليها أن تسعدهم بالحقوق المدنيه والجنسية لا تألو جهداً في توفير الوسائل والأسباب التي تمنح للمواطنين القدامى، واستشهد بهجرة المدنية المنورة وآي من القرآن الكريم والأحاديث النبوية التي يلي ذكرها:

الآيات:

١- إنما المومنون إخوة (الحجرات: ١٠) (مقال المفتي عبد الله الكاوي، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، والأستاذ محمد إقبال التنكاروي).

٢- والمؤمنون والمومنات بعضهم أولياء بعض (التوبة: ٧١)، (مقال الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي، المفتي سعيد أسعد القاسمي، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، والأستاذ محمد فخر عالم النعماني).

٣- إن الذين آمنوا وهاجروا ..... بصير (الأنفال: ٧٢)، (مقال الأستاذ محمد مصطفى القاسمي، الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، الأستاذ شاهجهان الندوي، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، الأستاذ محمد فخر عالم النعماني، والأستاذ أختر إمام عادل القاسمي).

٤- ومن يهاجر في سبيل الله يجد في الأرض مراغما كثيراً وسعة (النساء: ١٠٠)، (مقال الأستاذ محمد شاهجهان الندوي).

٥- وما لكم لاتقاتلون ..... نصيراً (النساء: ٧٥). (مقال الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي والأستاذ عبيد الله الندوي).

٦- والذين هاجروا ..... يعلمون (النحل: ٤١)، (مقال الأستاذ عبيد الله الندوي).

الأحاديث:

١- قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أنصر أخاك ظالما أو مظلوماً (صحيح البخاري: ١٠٩٢٨/٢)، (مقال المفتي سعيد أسعد القاسمي، والأستاذ محمد توقير بدر القاسمي، والأستاذ عبيد الله الندوي).

٢- قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): الخلق عيال الله فأحب الخلق إلى الله من أحسن إلى عياله (المشكوة: ٤٢٥/٢)، (مقال الأستاذ محمد مصطفى القاسمي).

٣- المومن للمومن كالبنيان يشد بعضه بعضاً (صحيح للبخاري، رقم الحديث: ٢٢٢٦)، (مقال الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، والأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي).

٤- المسلم أخو المسلم لايظلمه ولا يسلمه فمن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة (صحيح للبخاري، برقم الحديث: ٢٢٢٦)، (مقال الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي والأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي).

٥- قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): مثل المومنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد، إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى (صحيح لمسلم رقم الحديث: ٢٥٨٥)، (مقال الأستاذ محمد إقبال التنكاروي).

٦- كونوا عباد الله إخوانا المسلم أخو المسلم لايظلمه ولايكذبه ولايحضره (صحيح مسلم رقم الحديث: ٦٧٠٦).

٧- وفيما روي عن النبي (صلى الله عليه وسلم) انه أوصى قائد الجيس قائلاً: تم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين وأعلمهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين، وأن عليهم ما على المهاجرين (صحيح مسلم، رقم الحديث: ١٧٣١)، (مقال الأستاذ محمد شاهجهان الندوي).

٨- عن أنس (رضي الله عنه) أنه قال دعا النبي صلى الله عليه وسلم الأنصار أن يعطع لهم البحرين، قالوا: لا، الا أن تقطع لإخواننا من المهاجرين مثلها (الصحيح للبخاري، رقم الحديث: ٣١٦٣)، (مقال الأستاذ محمد شاهجهان الندوي).

٩- قال النبي (صلى الله عليه وسلم) ألا من ظلم معاهداً أو انتقص حصة أو كلفه فوق طاقته أو أخذ منه شيئاً بغير طيب نفس منه، فانا حجيجه يوم القيامة (أبوداؤد، رقم الحديث: ٣٠٥٢)، (مقال الأستاذ المفتي محمد سلمان المنصور فوري).

العبارات:

١- إذا امرأة مسلمة سبيت بالمشرق وجب على أهل المغرب تلخيصها من الأسر مالم تدخل دار الحرب لأن دار الإسلام كمكان واحد (الفتاوى البزازية على هامش الهندية ٣٠٨/٦)، (مقال الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي).

٢- القاعدة العامة في حقوق أهل الذمة: ان لهم مالنا وعليهم ما علينا، وهذه القاعدة جرت على لسان فقهاء الحنفيه، وتدل على عبارات فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة (بدائع الصنائع ١١١/٦)، (مقال الأستاذ المفتي محمد سلمان المنصور فوري).

٣- و يوردها بعض الآثار عن السلف: فقد روي عن علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) أنه قال: إنما قبلوا الجزية لتكون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا (الموسوعه الفقهيه ١٢٧/٧)، (مقال المفتي محمد سلمان المنصور فوري).

يقول المفتي سعيد أسعد القاسمي والأستاذ محمد توقير بدر القاسمي أن أقام اللاجئون في البلدان الإسلامية بنية التابيد فيلزمها ان تسجلهم كواطن وإن كانت أقامتهم فيها موقتة فلا بد لها من الدعم والمساعدة كركن ديني من أركان الإسلام فقد ورد في الحديث أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه" (صحيح البخاري ٨٨٩/٣). ويقول العلامه الرازي في أحكام القرآن: وليس يمتنع ان نفي الولاية مقتضياً للأمرين جميعا من نفي التوارث والنصرة، ثم نسخ نفي الميراث بايجاب التوارث بالأرحام مهاجرا كان أو غير مهاجر واسقاطه بالهجرة فحسب ونسخ نفي إيجاب النصرة بقوله تعالى "والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض" (أحكام القرآن: ٩٨/٣).

وعد المفتي عبد الله الكاوي، المفتي شاهجهان الندوي والأستاذ محمد أبو بكر القاسمي منع اللاجئين عن حقوقهم المدنية والتفريق بينهم وبين المواطنين القدامى ظلما وعدوانا وبغيا، وأضاف الأستاذ محمد شاهجهان الندوي قائلا: تحليص المسلمين اللاجئين المقهورين باسلامهم في بلاد غير إسلامية و تقديم نصرتهم فرض على البلدان الإسلامية وقد رخص الشرع في الامتناع عن القتال مع الأقوام المعاهده إذ الممالك الإسلامية

رضيت بمنح الجنسية للمهاجرين المسلمين وإلا يجب القتال يقول الله تعالى والذين تبوؤا ..... المفلحون (الحشر: ٩).

والدكتور فهيم أختر الندوي يتحدث عن الإخوة الإسلامية التي تعني بتقديم الدعم الاقتصادي للمسلمين المصابين بأنواع من الكوارث والبلايا ويعدهم كمثل المواطنين القدامى لأن وجودهم يزيد البلاد رقيا وازدهارا اقتصاديا.

والأستاذ أبو سفيان المفتاحي قد أجاب عن هذه السؤال، مقدما مثالين أولهما توطن سيدنا يوسف عليه السلام مصر وثانيهما الهجرة إلى الحبشة.

فشرح المثال الأول ملخصا: لاينبغي التحول إلى بلد إسلامي لمجرد الظلم والاعتداء بل الإقامة بذلك البلد و منع الاستبداد عن الرعية والولاة، ويلخص المقال الثاني يجوز شرعاً التنقل إلى بلد إسلامي لمجرد الاعتداء و الضمان العيش الأفضل في الدولة كواطن.

يرفض الأستاذ نثار أحمد حصير القاسمي التفريق بين اللاجئين والمواطنين فهو يرى أن لايجيزه الشرع حرمانهم عن حق التصويت والترشيح في الإنتخاب فانه برأيه جائز شرعاً بينما يظن الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي والأستاذ محمد فخر عالم النعماني ان الإقامة ببلدة للجوء سياسي الفترة موقته وحصول الجنسية لايمكن إلا لفترة طويلة، فلو فرق به بين اللاجئين السياسين وعامة المواطنين فلا بأس في ذلك ولاحرج، وهما يستدلان بالحديث الذي قال فيه النبي (صلى الله عليه وسلم) لمن أقاموا خارج المدينة: "فان أبو ان يتحولوا منها فأخبرهم إنهم يكونون كأعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجرى علي المؤمنين ولايكون لهم في الغنيمة والفئ شئ إلا أن يجاهدوا مع المسلمين (صحيح مسلم رقم الحديث: ٤٦١٩).

وذكر الأستاذ محمد إقبال التتكاروي اللاجئين المظلومين مع ذكر طريقين لتقديم النصرة إليهم أولهما: ممارسة البلدان الإسلامية الضغط على البلدة الظالمة وولاتها لنشر الأمن والسلام في البلاد وثانيهما أن تمنحهم الجنسية ليعيشوا حياة هادئة آمنه واستدل بحديثين:

١- ولينصر الرجل أخاه ظالماً أو مظلوماً، إن كان ظالما فانه له ناصح وإن كان مظلوما فلينصره (صحيح مسلم رقم الحديث: ٢٥٨٤).

٢-من فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة (صحيح مسلم رقم الحديث: ٢٥٨).

ويذكر الأستاذ عبيد الله الندوي ان أقام اللاجئون حتى يستقر الوضع لا بنية التابيد فيجوز شرعاً التفريق بينهم وبين المواطنين رغم أنه قد تحصل لهم الحقوق المدنيه والإنسانية لكنه أردف قائلاً: إن لم تتوفر لهم المعدات التي توفرت للمواطنين يجوز ذلك شرعاً واستدل في ذلك بثلاثة أمثله:

١- لايستوي منكم ..... الحسنى (الحديد: ١٠).

٢- فرق العلماء والمحدثون الصحابه الكرام فضلا وسباقا مثلاً، السابقون الأولون، والبدريون والأحديون.

٣- كذالك فرق المحدثون في بعض من الأحيان من الرواة الذين قدم عهدهم بالإسلام وحديثي العهد بالإسلام فهذا دليل ساطع على التفريق والتفضيل في التسهيلات.

اللاجئ المواطن:

العديد من كتاب المقال رجحوا الجانب الآخر للاجئين وهو أن لاتحصل لهم الحقوق المدنية كما أفاد الدكتور ظفر الإسلام الصديقي؛ انه يستمتعون بالتسهيلات المدنية دون الحقوق المدنية ويجوز شرعا أن لايعدون من المواطنين لأنهم يتفكرون في العودة إلى وطنهم بعد أن ينشر السلام جناحه لا البقاء بين.

ويقع شرعاً عدهم من اللاجئين من حيث المصطلح الحديث وعليهم مراعاة الأصول العالمية وخطورة قضايا البلاد.

لاتجب على الحكومات أن توفر للمهاجرين كل ما هو مكفول للمواطنين من الحقوق والتسهيلات والإمتيازات لأنهم كضيف من الضيوف عند الحافظ كليم الله العمري. و إذا كان تقديم الجنسية لمسلم يجر الأضرار بالمصالح الوطنية أو العالميه فلا يحب على الحكومات الإسلامية أن تهيئ له الحقوق المدنية في رأي المفتي محمد سلمان المنصور فوري.

وتمنح الجنسية للاجئين بشرط أن لا تنقص بهم حقوق السكان القدامى عند الأستاذ رحمة الله الندوي والأستاذ قمر الزمان الندوي.

ويتحدث الأستاذ ريحان مبشر القاسمي عن منح الجنسية وذكر له صورتين، أولاهما: يحصل لهم ما للسكان القدامي سوى تسجيلهم كواطن وأخراهما: منعهم عن

الحقوق المدنية إذ تعبر الصورة عن عدهم من المهاجرين رغم حصول الحقوق كافة ولا إشكال فيها، ويجوز شرعاً منعهم عن الحقوق السياسية.

٤- الحقوق المدنية في الإسلام:

ما هي الحقوق المدنية من وجهة نظر الإسلام؟ مثلا حق التصويت والترشيح في الإنتخاب والعمل في المعاهدة الرسمية والتكسب وإتخاذ الإجراءات في المحاكم والسعي لأهداف اقتصادية والعدل والقسط والتخفيف في مبالغ المعالجة في المستشفيات الرسمية، وحق الإنتقال من بلد إلى بلد آخر دون الاستئذان من الحكومة قبل السفر.

أجمع كتاب المقال باجمعهم على الحقوق التي وجهت إليهم في ورقة الأسئلة بكونها من الحقوق المدنية، فالمتوطنون الجدد يساوون السكان القدامى في الحقوق والواجبات.

١- إن الله يأمركم أن تؤدوا ..... بصيراً (النساء: ٥٨) مقال المفتي سعيد أسعد القاسمي، والمفتي أبو بكر القاسمي، والأستاذ توقير بدر القاسمي).

٢- إلا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، فالأمير الذي على الناس راع عليهم وهو مسؤول عنهم (أبو داؤد: ٤٠٦/٢)، وقد زاد بعض من العلماء بعضاً من الحقوق واشترط شروطا، مثلا يقول المفتي ثناء الهدى القاسمي، والمفتي حبيب الله القاسمي، والمفتي محمد سلمان المنصور فوري، عن الحقوق انها تخضع لقانون البلاد.

١- أما بعد، فقد نزل على رسلكم راجعين إلى قريتكم فاذا جاءكم كتابي هذا فانكم آمنون لكم ذمة الله وذمة رسوله وإن رسول الله غافرلكم سيئاتكم ولا ظلما ولا عدواناً وإن رسول الله جاركم مما منع منه نفسه وإن عليكم رجع ما أخرجت نخلكم، فان سمعتم وأطعتم فان على رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أن يكرم كريمكم ويعفو عن سيئاتكم و أن ليس عليكم أمير إلا من عند أنفسكم أو من أهل رسول الله (صلى الله عليه وسلم) (طبقات ابن سعد ٢٠٢٨/١/ ٣٠).

٢- والجيران وحاشيتهم جوار الله، ومن سأل منهم حقا بينهم النصف غير ظالمين ولامظلومين، ولا يؤاخذ أحد منهم بظلم آخر، وعلى مافيه هذه الصحيفة جوار الله وذمة النبي (صلى الله عليه وسلم) (الطبقات الكبرى لابن سعد ٣٦/٢).

و زاد المفتي أبو بكر القاسمي محافظة النفس والمال والدين والعقل والنسب، والمفتي محمد جعفر الملي الرحماني الحرية الشخصية وحرية إبداء الرأي، وحرية العقيدة والمذهب، ويضيف المفتي أبو بكر القاسمي قائلاً: تتمكن الحكومة من وضع القوانين حسب المؤهلات والقدرات في التصويت والترشيح في الإنتخاب والعمل في الوظائف والمعالجة.

ويرى الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي الا يحصل حق التصويت إلا لمن يقيم ببلد ديمقراطي ويستدل بعبارة للفتاوى التاتارخانية "قال علماؤنا: يصير المرء سلطانا بأمرين: بالمبايعة معه، ويعتبر بالمبايعة مبايعة أشرافهم وأعيانهم (الفتاوي التاتارخانية ٥٥/٧).

الا انه يقول ان كل مواطن يتساوى في الانتفاع من المعاهد الرسمية مع الآخرين.

وقد أقر الإسلام الحقوق التي تعد من المعروفة وتهدف اسعاد البشرية ولا تنافي الشريعة الإسلامية في شئ عند الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي والأستاذ محمد فخر عالم النعماني.

ومن الحقوق المدنيه حياة هادئة آمنة رغيدة والمشاركة في تنظيم البلاد على السواء في رأي الدكتور فهيم أختر الندوي وقد أراد الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي في ضوء الشريعة الإسلامية بالحقوق المدنية الحقوق التي تتعلق بالمصالح الضرورية مثل المحافظة على الدين والنفس والمال والعقل والنسب.

ويكتب الأستاذ المفتي أشرف عباس القاسمي أنه قد أقر الحقوق التي يعني بها في البلاد الجمهورية وحث على المساهمة في تدعيم البلاد والذود عنها والتي ينص عليها حلف الفضول وميثاق المدينة ويضيف كاتبا: وتحصل للمشركين في بلد إسلامي جميع الحقوق التي تحصل للمسلمين إلا حق التصويت والترشيح في الإنتخاب فلا يجب على البلدان الإسلامية توفيرهما لمشرك.

ويتحدث القاضي محمد حسن الندوي عن الحقوق المدنية في الإسلام التي يمكن أن تحصل بالإنسانية، ولكن بشرط ألا تتقاطع مع الشريعة الإسلامية إذ ولا يصح شرعاً توفير الحقوق التي تنافيها.

وأضاف الأستاذ محمد شاهجهان الندوي إليها بعض الحقوق كالحرية الشخصية وحرية العقيدة والدين وإبداء عن الرأي والابتعاد عن المعاصي واستدل بقوله "لاينال عهدي

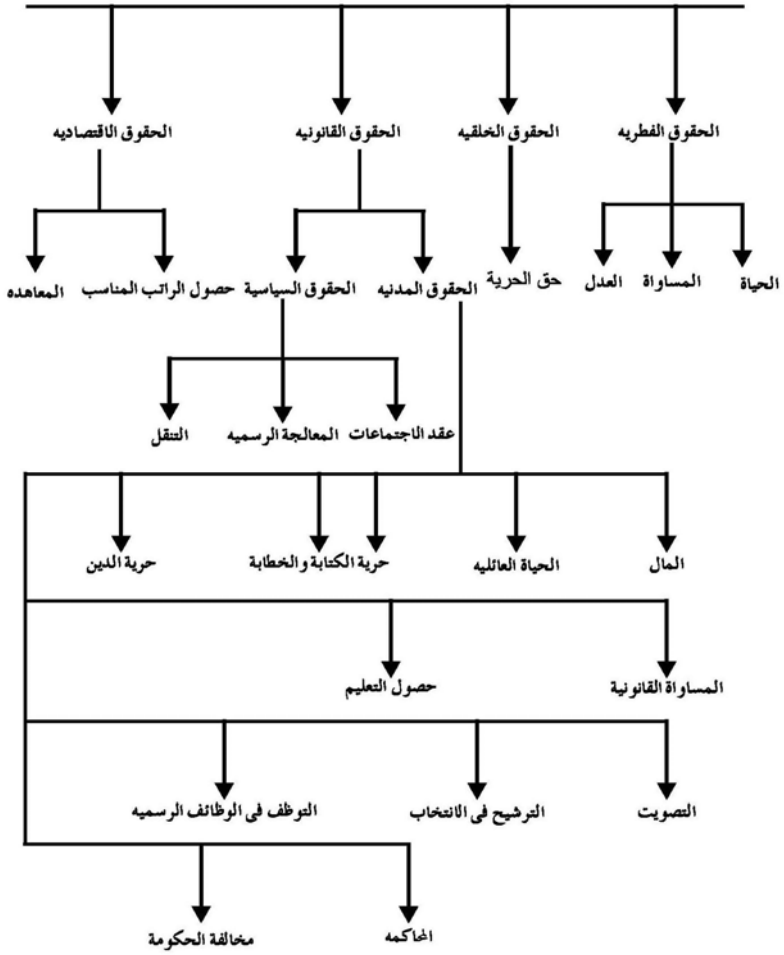
الظالمين (البقره: ١٢٤)، ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق (مسند الإمام أحمد رقم الحديث: ١٠٩٤) و "لاطاعة في معصية الله، إنما الطاعة في المعروف" (صحيح البخاري، رقم الحديث: ٧٢٥٧) وزاد الأستاذ رحمة الله الندوي حق صيانة المنافع والفوائد للأقليات والمشاركة في تشكيل الحكومة.

وتحصل الحقوق المدنية كلها للمواطنين الجدد عند الأستاذ محمد مصطفى القاسمي واحصى عددها في ضوء الشريعة الإسلامية فهي ٥٥ حقا مدنياً.

(١) حق المحافظة على الدين (٢) والنفس (٣) والولد (٤) والمال (٥) والعقل (٦) والعرض (٧) والحياة الذاتية (٨) والحرية الشخصية (٩) والبراءة من مسؤولية آخر (١٠) التظاهر ضد الظلم (١١) والمساواة (١٢) حصول العدل (١٣) الصيانة الاقتصادية (١٤) الصدود عن المعاصي (١٥) المشاركة في الحياة السياسية (١٦) حرية التنقل والتوطن (١٧) حرية التنقل والهجره (١٨) الراتب والتعويض (١٩) الخروج عن طاعة الظلم (٢٠) الحصانة عن الإساءة إلى الدين (٢١) المحافظة على الحرمات (٢٢) عدم إتخاذ الإجراءات بالشك (٢٣) التعاون في البر والتقوى عدم التعاون في الإثم والعدوان (٢٤) حفظ العجزة (٢٥) التصويت (٢٦) الترشيخ في الإنتخاب (٢٧) التوظف في المعاهد الرسمية (٢٨) التعليم في المدارس الرسمية (٢٩) المداواة في المستشفات الرسمية (٣٠) وسائل التكسب (٣١) المحاكمة (٣٢) السعي لأغراض اقتصادية (٣٣) التحول من بلد إلى بلد آخر بدون الاستئذان من الدولة (٣٤) الحرفة والصناعة والتجارة (٣٥) صيانة الأمكنة المقدسة (٣٦) التعيش العائلي (٣٧) الابتعاد عن الرهبانية (٣٨) التطليق في الحياة العائلية (٣٩) محافظة الأحوال الشخصية الإسلامية (٤٠) محافظة الوقفيات الإسلامية (٤١) محافظة المدارس والمساجد (٤٢) صيانة المقابر والزوايا (٤٣) المهر للمرأة (٤٤) والخلع (٤٥) النفقة (٤٦) القصاص والدية (٤٧) الوراثة والوصية (٤٨) المعاملات (٤٩) التعزيز (ملاحظة: "التعزير" هو إتخاذ القاضي حكماً على مدان بما لم يرد في الحدود الشرعية و "الحرابة" هي قطع الطريق وتسليب الناس) للحرابة (٥٠) الحجاب للمرأة (٥١) لزومها البيت (٥٢) ضمان حياة العفاف والطهر لها.

هذه هي الحقوق التي خولها الله تبارك وتعالى فلا ينتقصها أحد ولايسلبها.

بينما قام الأستاذ محمد ريحان مبشر القاسمي بتقسيم الحقوق إلى أربعة أقسام: نظرية الحقوق الفطرية، النظرية التاريخية للحقوق، نظرية الحقوق الاجتماعية الخيرية ونظرية الحقوق الشخصية، وبعد ذلك وزع الحقوق إلى أقسام أربعة" الحقوق الفطرية، الحقوق الخلقية، الحقوق القانونية والحقوق الاقتصادية، وأحاط الحقوق التي يلي ذكرها بهذه الأقسام الحقوق.



فيما ذكر الحقوق الأستاذ محمد إقبال التنكاروي مفصلة ودرس جوانبها المختلفة وقال: قسمت الحكومات الحقوق على أصول الحرية والمساواة والإخوة، وهذه الأصول تحدد الحقوق الأخرى وتعينها ثم قام الأستاذ بتقسيم هذه الحقوق إلى أربعة أصناف ذيلها بأنواع آخر.

(١) حقوق الحرية (٢) حقوق المساواة (٣) الحقوق الخيرية (٤) حقوق الملك الذاتي

(١) حقوق الحرية، لها ثلاثة أقسام:

(الف) حقوق الحرية السياسيه

(ب) حقوق الحرية المدنيه

(ج) حقوق الحرية الاقتصادية

تتضمن حقوق الحرية السياسية عامة على الإنتخاب البرلماني والترشيح، وتقديم الطلبات إلى الولاة وحق التحزب السياسي، رغم أنه ضمن الحرية السياسيه لكن الإبداء عن الرأي والاجتماع والتحشد هي من حقوق الحرية المدنية.

والعصر الذي نعيشه يقسم الحرية المدنيه إلى ثلاثة فروع:

(١) الحرية الشخصية : الأمان على النفس والمال والشعائر الدينيه (مثلاً: الإيذاء الجسماني، الحبس ظلما، التعذيب البشع، حق الحفاظ من التدخل في الأمور الذاتية، حرية التنقل داخل البلاد، حرية التوطن والإقامة داخل البلاد، حرية السفر إلى بلاد أخرى والرجوع منها و حق اللجوء في الممالك الأخرى.

(٢) الحرية الفكرية، وحقوقها: مثلاً حرية العقيدة والضمير الإنساني والدين، حقوق الحرية الفكرية والنطريه مثلاً حرية التحزب والتعبير عن الرأي والتجمع والإجتماعات والتحشد.

(٣) حقوق الحرية العمليه: مثلاً حرية التعاهد والمعاهدة، الحرية التجارية، حرية بيع الأبنيه الذاتية، حرية التأهل والتزوج.

(٢) حقوق المساواة: ولها ستة حقوق:

(١) المساواة القانونية أي حق المساواة في القانون.

(٢) حق المساواة في المحاكم وحق الحفاظ على الشراء قانونيا.

(٣) حق التساوي في الضرائب وغيرها.

(٤) حق التساوي في الوسائل الاجتماعيه

(٥) حق المساواة في الوظائف الرسمية، والمعاهد السياسيه والأوسمة، والألقاب الرسمية.

(٦) المساواة السياسية: حق المساواة في الترشيح في الإنتخاب وحق اللجوء إلى المحاكم وحق التجمع ضد الظلم والبغي والعدوان، وحق المخالفة المدنية.

(٣) حق الإنتفاع بالخدمات الخيرية:

لقد استعمل الخبير القانوني مصطلح "السلام الاجتماعي"، دون الأخوة، وذكر الحقوق الثلاثة الخيرية مع الواجبات الحكومية الثلاثة التي توازيها:

(١) حق التعليم

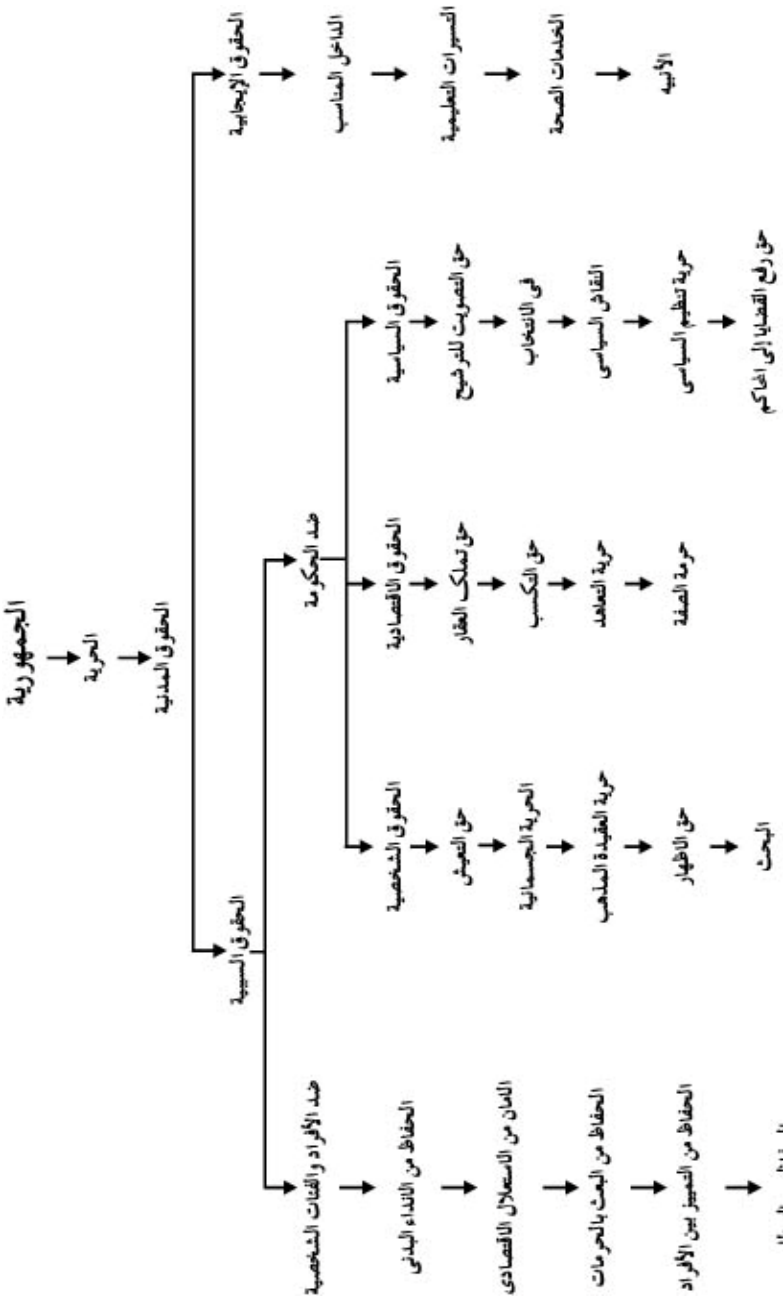
(٢) حق الدعم الحكومي

(٣) حق وسائل التكسب

أيها الإخوة والدعم يشمل الجوانب المختلفة للحياة الإجتماعية، وفضلا عن الدعم الحكومي والسياسي والاقتصادي فكل فرد من أفراد البلاد يستوي في الحقوق والأسباب لمواكبة، التطور الفكري والمادي في الميادين المختلفه.

(٤) حقوق الملك الذاتي: تحتل حقوق الملك الذاتي في الحقوق الفطرية والطبيعية مكاناً مرموقاً، وقد التزم معظم المفكرين السياسين منذ قديم الزمان بالملك الذاتي كسبب لرفاه الانسان وسعادته (المبادئ والسياسة: الباب الرابع الحقوق المدنية وبيان تقسيمها: ٧١-٨٧).

تم أخذ هذا الخبير يتحدث عن الحقوق التي تلي في لائحتها:


الجمهورية
الحرية
الحقوق المدنية
الحقوق الإيجابية
الدخل المناسب
الميسرات التعليمية
الخدمات الصحة
الأمية
الحقوق السلبية
ضد الحكومة
الحقوق السياسية
حق التصويت للترشيح
في الانتخاب
النقاش السياسي
حرية تنظيم السياسي
حق رفع القضايا إلى المحاكم
الحقوق الاقتصادية
حق تملك العقار
حق التكسب
حرية التعاقد
حرمة الصفقة
الحقوق الشخصية
حق التعيش
الحرية الجسمانية
حرية العقيدة المذهب
حق الاظهار
البحث
التدريس والتبليغ والخطوة
ضد الأفراد والفئات الشخصية
الحفاظ من النداء البدني
الأمان من الاستغلال الاقتصادي
الحفاظ من البحث بالحرمات
الحفاظ من التمييز بين الأفراد
الحفاظ من العطل

٥- حقوق اللاجئين في الشريعة الإسلامية:

٥- ما الحقوق التي يستمتع بها اللاجئون، وما هي الحقوق التي تحصل للمواطنين دونهم؟

عديد من كتاب المقال يؤكدون على توفير الحقوق التي تتوفر للمواطنين، منهم المفتي عبد الله الكاوي المفتي محمد سلمان المنصور فوري، الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، القاضي محمد حسن الندوي، الأستاذ أحمد نور العين القاسمي، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، الأستاذ زبير أحمد القاسمي، والمفتي محمد أبو بكر القاسمي.

الأستاذ أحمد نور العيني القاسمي أنفرد واتخذ وحده دار الإسلام أساسا لتوحيد الحقوق فهو يقول، "ان تفرق دار الإسلام إلى دويلات وممالك لاينقص من فرائض المسلمين وحقوقهم شيئاً لأن دار الإسلام على تفرقها وتجزؤها في حكم بلد واحد ويؤيد كلامه بالعبارة:

"لأن الإسلام دار أحكام فباختلاف المتعة والملك تتباين الدار فيما بين المسلمين لأن حكم الإسلام مجمعهم فأما دار الحرب ليست بدار أحكام ولكن دار قهر فباختلاف المتعة والملك تختلف الدار فيما بينهم" (المبسوط ٣٣/٣ وباختلاف في البحر الرائق ٥٧٣/٨، وتبيين الحقائق ٣٤٠/٦).

وشارك الدكتور وهبة الزحيلي ببحث عن مادة في القانون السورى في مبحث الميراث قائلا:

"وأما القانون السوري في المادة (٢٦٤) فانه نص على أن لايمنح الأجنبي حق الإرث ..... وهذا غبن واضح مع الأسف بحق المسلمين من جنسيات مختلفه وهو لم يقل به فقيه ..... لأن المسلم لايعتبر في بلاد دار الإسلام أجنبيا" (الفقه الإسلامي وأدلته ٢٧٢٦/١٠) ويوافقه في زماننا من العلماء: الدكتور عبد الكريم زيدان في كتابه أحكام الذميين والمستأمنين، رقم الصفحه ٣٧٠، والقاضي على المنصور في "الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، رقم الصفحة ٩١، والدكتور علي بن عبد الرحمن الطيار في حقوق غير المسلمين في الدولة الإسلامية، رقم الصفحة ٧٧، والباحث الشيعي الإيراني صدر الدين القبانجي في المذهب السياسي في الإسلام، رقم الصفحة ١٢٩، (أنظر مقال الأستاذ أحمد نور العيني القاسمي).

وخص القاضي محمد حسن الندوي بعض الحقوق بالمواطنين دون اللاجئين في هداية أمرهم كحق التصويت والترشيح في الإنتخاب في ضوء الحديث النبوي الشريف "أنزل الناس على قدر منازلهم".

ويقول الأستاذ زبير أحمد القاسمي، ان الحقوق التي ليست من الحاجات الإنسانية الأصلية لاتحصل لهم مثلاً: حق التصويت والترشيح في الإنتخاب.

ويرى الأستاذ محمد إقبال التتكاروي ان الحقوق السياسية تحصل لهم بالإضافة إلى الحقوق الأساسية كحق التصويت ورفع القضايا إلى المحاكم حتى انه يقول عن رفع واحد منهم إلى البرلمان كمثل لهم ان توطنوا جميعا مكانا واحدا ليقوم بإيصال قضاياهم ومشاكلهم.

فيما يقول المفتي محمد سلمان المنصورفوري: يعد "اللجوء" من المصطلحات السياسية لا من الشريعة الإسلامية واللاجئون هم يتساوون في الحقوق مع المواطنين.

(١) وحكم أموالهم حكم أموال المسلمين في حرمتها (ابن عابدين ٢٤٣/٣).

(٢) وعلى ذلك فلأهل الذمة حق الإقامة آمنين مطمئنين على دمائهم وأموالهم وأعراضهم وعلى الإمام حمايتهم من كل من أراد بهم سوءاً من المسلمين أو أهل الحرب أو أهل الذمة، لانه التزم بالعهد نجاه حفظهم من الاعتداء عليهم فيجب عليه الذب عنهم ومنع من يقصدهم بالأذى من المسلمين أو الكفار، واستنقاذ من أسر منهم واسترجاع ما أخذ من أموالهم سواء كانوا مع المسلمين أم منفردين عنهم في بلدهم، لأنهم بذلوا الجزية لحفظهم وحفظ أموالهم (أنظر بدائع الصنائع ١١١/٧، الشرح الصغير للدردير ١٤٠/١، المعذب ٢٥٦/٢، كشاف القناع ١٣٩/٣ والمغني ٥٣٥/٨).

وخالفه في ذلك المفتي أشرف عباس القاسمي فهو يقول ان حق اللجوء والجوار من الفضائل العربية الإسلامية العريقة في القدم والشعر العربي يتموج بكثير من أمثاله (أنظر: اللجوء في الإسلام للدكتور أحمد أبو الوفاء) وأجار ابن الدغنه سيدنا أبا بكر الصديق رضي الله عنه حينما أراد الهجرة إلى الحبشة، وأجار المسلمين المعذبين في مكة المكرمة ملك الحبشه النجاشي، وقبيلتا المدينه الأوس والخزرج، والآية القرآنيه تمهد الأحكام التي تتعلق

باللاجئين في الإسلام "والذين تبوؤا الدار والإيمان ..... المفلحون (الحشر: ٩) و أورد هذا البحث بمزيد من التفصيل الأستاذ ريحان مبشر القاسمي.

وبعض من العلماء يرون إقامة اللاجئين مؤقتة فلذا يقولون بعدم الزامية توفير الحقوق المدنية لهم، ويقول المفتي ثناء الهدي القاسمي بأنهم يعاملون معاملة الضيوف، ويقول الأستاذ فروغ أحمد القاسمي والحافظ كليم الله العمري أن لهم ما للمواطنين ولا تحصل لهم من الحقوق التي تعد من تنظيم كيان البلاد، وهو أيضا رأي الاستاذ عبيد الله الندوي، ولا تحصل لهم من الحقوق التي تحصل للمواطنين مطلقا عند الأستاذ أبي سفيان المفتاحي. ويرى المفتي محمد جعفر الملي الرحماني ان اللاجئ كمستأمن له ما للمستامن (أي طالب للأمان وهو من يدخل دار غيره بامان) مسلماً كان أو حربياً مدخول المسلم دار الحرب بأمان حرمه تعرضه لشئ من دم ومال وفرج بينهم إذا المسلمون عند شروطهم (الدر المختار مع الشاميه ٢٤٧/٣٠). والأستاذ رحمة الله الندوي يقول بعدم توفير حقوق المواطنين للاجئين، لكنهم يستحقون الحقوق عهداً، ولهم ما للمواطنين بعد ان يتجنسوا كمواطنين، وألاجئون هم كضيوف أن أقاموا لمدة محدده وتتوفر لهم الحقوق الأساسية وان أقاموا لفترة مديدة فمن واجبات البلدان الإسلامية دينا وخلقا ان توفر لهم الحقوق المدنية كلها.

وكتاب المقال فصلوا حقوق اللاجئين مثلاً:

١- تحدث الأستاذ محمد شاهجهان الندوي عن الحقوق الآتيه:

١- الذب عنهم وحمايتهم وأجارتهم وانزالهم.

٢- لايسلمون إلى البلاد ان يخش عليهم الإعتداء والظلم.

٣- تحصل لهم جميع الحقوق التي يتمتع بها المواطنون كالأمان على الدماء والمال والأعراض، الحفظ الاقتصادي العدل والقسط، حرية العقيدة، والرأي، حرية التنقل، التزوج وتشكيل الأسرة، المشاركة في الجماعات والأحزاب الآمنه الهادئة، وحقوق الاحتراف، المنام والاستجمام، وحفظ الصحة، وطلب العلم.

ويكتب الأستاذ نفسه وهو يفرق بين حقوق المواطنين واللاجئين. الإجارة تمنح لهم إذ لهم ما للمواطنين إن كانت بنية التابيد مثلما الأنصار أجاروا المهاجرين إجارة دائمة

وقاسموهم جميع الحقوق المدنية، وإن كانت الإجارة مؤقتة أو لغير المسلمين فتحصل الحقوق الإنسانية مع السياسية.

والحقوق التي تحصل للاجئين عند الأستاذ ريحان مبشر القاسمي هي: (١) حق الدخول في دار الإسلام والنزول بها (٢) حق الحرية الدينية (٣) حق حفظ النفس (٤) والعقل (٥) والأعراض (٦) وبناء المباني الفاخرة (٧) والتملك والتعامل (٨) حق الحرية (٩) والتعليم (١٠) وعدم الرد.

ويقول عن الحقوق الخاصه بالمواطنين والتي تتعلق بالحقوق السياسية، والتصويت، والمساهمة في الإنتخاب والترشيح فيه للعضوية في الهيئات التي تضع القوانين، وأشغال المناصب السياسية، فهذه الحقوق كلها تحصل للجميع إلا ان مصالح البلاد تقتضي محبها عنهم.

ويلقي الأستاذ قمر الزمان الندوي الضوء على الحقوق الحاصله لهم فيقول: لا يحصل لهم كل ما يحصل للمواطنين القدامى من الحقوق، مثلاً لايبتاعون العقار بدون إذن الحكومة ولايبنون المباني المجصصة ان هيأت لهم الحكومة المسقفات والمخيمات، كذلك حق التوظف في المعاهد الرسميه والحقوق التي تختص بالمواطنين دونهم فهي لاتحصل لهم إلا ان تسمح بها الحكومة.

لكن الأستاذ نثار أحمد حصير القاسمي عد من حقوق اللاجئين، امتلاك العقار والإنجاز والتوظف واستدل بالآية الكريمة: "والذين آمنوا من يعد وهاجروا ..... عليم (الأنفال: ٧٥)، أستدل بالآية.

أن حقوق المهاجرين هي نفس حقوق من يستضيفونهم.

التجنسببلدة غير إسلامية

٦- هل يجوز التجنس ببلدة غير إسلامية لمسلم في ظروف قهريه أو لأغراض اقتصادية؟

ذهب أكثر العلماء إلى الإجازة في التجنس واستصوابه في أحوال اضطرارية مع ان أكثرهم اشترطوا الأمان على الدين والإيمان.

الآيات:

١- هو الذي جعل لكم الأرض ذلولاً فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقها، (الملك: ١٥) (مقال الأستاذ زبير أحمد القاسمي والأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي).

الأحاديث:

يحدثنا سيدنا أبو موسى (رضى الله عنه) دخلت أسماء بنت عميس وهي ممن قدم معنا على حفصة زوج النبي (صلى الله عليه وسلم) زائرة، وقد كانت هاجرت إلى النجاشي فيمن هاجر إليه فدخل عمر (رضي الله عنه) على حفصة وأسماء عندها، فقال عمر حين رأى أسماء من هذه؟ قالت أسماء بنت عميس، فقال عمر: الجنسية هذه؟ البحرية هذه؟ فقالت أسماء: نعم، فقال عمر، سبقناكم بالهجرة فمن أحق برسول الله (صلى الله عليه وسلم) منكم، فغضبت وقالت كلمة: كذبت يا عمر كلا، والله كنتم مع رسول الله (صلى الله عليه وسلم) يطعم جائعكم ويعظ جاهلكم، وكنا في دار، أو في أرض البعداء البغضاء في الحبشة وذلك في الله وفي رسوله، وأيم الله لا أطعم طعاماً، ولا أشرب شراباً حتى أذكر ما قلت لرسول الله (صلى الله عليه وسلم)، ونحن كنا نؤذي ونخاف وسأذكر ذلك لرسول الله (صلى الله عليه وسلم) وأسأله، ووالله لا أكذب ولا أزيغ ولا أزيد على ذلك، قال: فلما جاء النبي (صلى الله عليه) وسلم قالت: يا نبي الله! ان عمر قال كذا و كذا فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): ليس بأحق بي منكم، وله ولاصحابه هجرة واحدة، ولكن انتم أهل السفينة هجرتان (صحيح سلم رقم الحديث٢٥٠٣)، (أنظر المقال للأستاذ محمد توقير بدر القاسمي).

٢- فهذا ضماد الأزدي أسلم ثم رجع إلى قومه وعاش معهم حتى هاجر رسول الله (صلى الله عليه وسلم) إلى المدينه الخ (صحيح مسلم كتاب الجمعه ٢٨٤/١) أنظر المقال للمفتي محمد سلمان المنصور فوري والمفتي ثناء الهدى القاسمي).

٣- لما أسلم عمرو بن عبد السلمي أبدى حرصه على إقامته بمكه فقال النبي (صلى الله عليه وسلم): لكن أرجع إلى أهلك فاذا سمعت بي قد ظهرت فأتني (صحيح مسلم، رقم الحديث ٨٣٢)، (المقال للمفتي أشرف عباس القاسمي).

العبارات:

١- ان اضطر إليه (أي للتجنس) مسلم بسبب أنه أووذى في وطنه أو اضطهد بالسحن أو مصادرة أمواله لغير ما ذنب أو جريمه ولم يجد لنفسه مأمنا إلا في مثل هذه البلاد فانه يجوز له التجنس بهذه الجنسيات دون أي كراهة بشرط أن يعزم على نفسه المحافظه على دينه وفي حياته العملية والابتعاد عن المنكرات الشائعة هناك والدليل على ذلك ان الصحابة (رضي الله عنهم) هاجروا إلى الحبشة بعد ما اضطهدوا من قبل أهل مكة، والحبشة، يومئذ يسودها الكفار (بحوث في قضايا فقهية معاصرة للشيخ محمد تقي العثماني رقم الصفحة ٣٢٨) أنظر المقال للدكتور ظفر الإسلام الصديقي.

٢- والمسلم يمكنه ان يعيش خارج دار الإسلام وحتى في دار الحرب إذا كان متمكنا من إظهار دينه، وإذا كان بعض الفقهاء تحدثوا عن وجوب الهجرة من دار الحرب فقد كان ذلك مشروطا بعدم القدرة على إظهار الدين .....، ولا بد ان نشير إلى أن الأحناف لايرحبون بالهجرة من دار الحرب في جميع الظروف لقول رسول الله (صلى الله عليه وسلم): "لاهجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية" وهذا يؤكد ان جمهور المذاهب والعلماء يرون مشروعية العيش المشترك مع غير المسلمين ولو كان ذلك تحت سلطان غير إسلامي (المسلم مواطنا في أورباء للشيخ فيصل المولوي ١٨-١٩)، مقال الأستاذ الدكتور ظفر الإسلام الصديقي والمفتي محمد سلمان المنصور فوري، والمفتي ثناء الهدي القاسمي).

٣- جواز الهجرة إلى دار الكفر والبقاء فيها إذ ان الصحابه الكرام فرحوا بفتح خيبر حيث يقول جعفر (رضي الله عنه): فخرجنا عائدين من الحبشة حتى اتينا المدينه فتلقاني رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وقبلني في اعنقي ثم قال: ما أدري أنا بفتح خيبر أفرح أم بقدوم جعفر (البداية والنهاية ١٧٩/٤، مجمع الزوائد ٣٠/٦)، (أنظر المقال للمفتي محمد سلمان المنصور فوري).

وذكر الأستاذ ريحان مبشر القاسمي أحكام المتجنسين ببسط وتفصيل فانه يقول: تختلف الأحكام حول المسلم الذي يتوطن بلدة غير إسلامية.

كما يلي:

(١) الجواز بلا كراهة (٢) الاستحباب ومن باعث الأجر والثواب (٣) الوجوب (٤) المكروه (٥) الحرام.

(١) لو يؤذى المسلم في وطنه أو حبس واعتقل بدون جريمة أو صودرت أمواله ولم يبق له مأوى يأوى إليه فيجوز له التوطن ببلدة غير إسلامية بثلاثة شروط:

(١) أن تحصل له فيها حرية الدين والعقيدة (٢) لاتضعف فيها عقيدته ويمكن له اجتناب جميع المنكرات والفاحشة الشائعة فيها وخاصة الفتيان الذين لم يتزوجوا بعد لأن الوقوع في المآثم والفتن والفواحش هنا يكثر كثره كاثرة.

(٢) أن يلم بما يريد الشكوك والشبهات عنه في دينه.

ولقد سئل الشيخ عبد الله بن جبير عن ما حكم الحصول على الجنسية الكافرة؟ أجاب بقوله: من أضطر إلى طلب جنسية دولة كافرة كمسطار ومن بلده، ولم يجد مأوى فيجوز له ذلك بشرط أن يظهر دينه ويكون متمكنا من أداء الشعائر الدينية، وأما الحصول على الجنسية من أجل مصلحة دنيوية محضة فلا أرى جوازه (إسلام ويب: مركز الفتوى، رقم الفتوى: ١٨٨١٤٣).

أما من أصيب بمشاكل اقتصادية ولم تتهيأ له أسباب اقتصادية أو وظائف اقرها الشرع بعد بحث عنها في وطنه وخيم عليه البؤس والشقاء بينما تتهيأ له أسباب اقتصادية أو وظيفة أجازتها الشريعة في دولة كافرة فيجوز له الانتقال إليها بشروط ذكرت الآن لإن العلماء أجازوا مفارقة وطنه عند ما المت المصائب.

ذكر ابن العربي في أحكام القرآن عند قوله تعالى" وإذ أخرجه الذين كفروا ..... (التوبة: ٤٠) في هذه الآية دليل على عدم جواز الجزع خوفاً من العدو ووجوب الصبر على ما ينزل من بلاء الله وعدم للإحباط المؤدي إلى الآلام والهموم (أحكام القرآن لابن العربي ٥١٤/٢).

ولان الشريعة الإسلامية قد أمرت بكسب المعاش وجعلته فريضة من فرائضها.

عن عبد الله ابن مسعود (رضي الله عنه) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، طلب كسب الحلال فريضة بعد الفريضة (رواه البيهقي في شعب الإيمان ومشكاة المصابيح كتاب البيوع، باب الكسب مطلب حلال).

وعمل الرحل بيده من أحب الكسب إلى الشريعة الإسلامية: عن رافع بن خديج (رضي الله عنه) قال: قيل يا رسول الله أي الكسب أطيب؟ قال عمل الرحل بيده وكل بيع مبرور (مشكاة المصابيح، كتاب البيوع باب الكسب مطلب حلال).

ولم يقيده الشرع بمكان مخصوص وصقع محدود يقول الله تعالى: "هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور (الملك: ١٥).

وهناك صورة أخرى للجواز وهي تنطبق على بلاد الهند وأمثالها حيث يعيش المسلمون حياة آمنه على دينهم ومالهم وعرضهم وتحصل لهم حرية كاملة ولا يؤذون في الشعائر الدينية فيجوز الإقامة بمثلها، لأن الهجرة الشرعية تجب إذا لم تصلح الظروف وهم خائفون على دينهم ومالهم وأعراضهم فالمستحب أن يغادره الرجل إلى بلد إسلامي أو إلى الهند لانه يوجد فيها من أعمال الخير ما لايقوم في دولة كافره مثلاً: كثرة الخير والمعروف وقلة المنكرات والفواحش وزيارة العلماء والشيوخ وتضخيم الجماعة الإسلامية عدداً وأعانتها وعدم الإختلاط بالكفار وتضخيم عددهم لقد أقام عم النبي (صلى الله عليه وسلم) سيدنا عباس (رضي الله عنه) بمكه بعد أن أسلم وهاجر قبل فتح مكة كذلك لما أراد سيدنا نعيم النعام (رضي الله عنه) الهجرة إلى المدينه حضره قومه بنو عدي وقالوا! أقم فينا نذود عنك وتكفل ماكنت تتكفل من الأيتام والأرامل فامتنع عن الهجرة ثم هاجر بعدها فقال له النبي (صلى الله عليه وسلم) قومك خير من قومي فان قومي أخرجوني وهموا بقتلي وقومك منعوك عن الهجرة و وعدوك بالحفاظ والأمان والذب عنك (المغني ١٥/١٣، كتاب الجهاد فصل في الهجرة).

ويكتب ابن قدامة في كتاب الجليل (المغني): فالناس في الهجرة على ثلاثة أضراب، الأول: من تجب عليه وهو من يقدر عليها ولايمكنه إظهار دينه أو لا يمكنه إقامة واجبات دينه مع المقام بين الكفار فهذا تجب عليه الهجرة يقول الله تعالى: "ان الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالو فيم كنتم، قالو كنا مستضعفين في الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيراً) (النساء> ٩٧) وهذه الآية تدل على الوجوب.

الثاني: من لا هجرة عليه وهو من يعجز عنها، أما لمرض أو إكراه على الإقامة ولضعف من النساء والولدان وشبههم فهذا لا هجرة عليه، بقول الله تعالى: إلا المستضعفن من الرجال والنساء والولدان لايستطيعون حيلة ولايهتدون سبيلاً. فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفوا غفوراً (النساء: ٩٨) " ولا توصيف بالإستحباب، لأنها غير مقدور عليها.

والثالث: من يستعجب له ولا تحب عليه، وهو من يقدر عليها ولكنه يتمكن من إظهار دينه، وإقامته في دار الكفر فتستحب له ليتمكن من جهادهم، وتكثير المسلمين ومعونتهم، ويتخلص من تكثير الكفار ومخالطتهم، ورؤيته المنكر بينهم ولاتجب عليه، لإمكان إقامة واجب دينه بدون الهجرة (المغني ١٥/١٣، كتاب الجهاد، فصل في الهجرة).

وتدل العبارة هذه أيضاً على أن الوعيد الذي ورد في الأحاديث المباركة عن الإختلاط بالكفار محمول على البقاع التي لايمكن فيها تطبيق التعاليم الدينية عمليا وتضعف فيها العقيدة الإسلامية ويخشى فيها على الدين والمال والعرض والولد.

وتكلم فيه المفتي شفيع (رحمة الله تعالى) كلاماً شافيا ننقله لإفاده الآخرين.

إن الدولة الكافره التي تحصل فيها حرية الدين وتطبيق التعاليم عمليا لاتحب الهجرة منها بل تستحب، وهذا أيضاً حكم الدولة الفاسقة التي يعمها الفسوق والعصيان علينا وإن كانت تسمى بدار الإسلام لولاة المسلمين. وهذا التفصيل ذكره العلامة ابن حجر (رحمة الله عليه) ولاينافيه أصل من أصول الحنفيه وتشهد به رواية لمسند الإمام أحمد رواها أبو يحى مولى الزبير بن العوام (رضي الله عنه) ان رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: البلاد بلاد الله والعباد عباد الله حيثما أصبت خيرا فأقم (معارف القرآن ٧١١/٦، سورة العنكبوت: ٥٦). وعلى ذلك فإن ضروب الهجرة أربعة، وهي:

(١) المستحب: وإن تهدف الإقامة ببلدة غير إسلامية إشاعة الإسلام وتعاليمه وإطلاع أهلها على أحكام وحملهم على الثبات والصمود فالهجرة إليها لاتستحب فحسب بل توجب الأجر والثواب الجزيل فالصحابة والتابعون توطنوا ببلدان غير إسلامية لهذا الهدف السامي النبيل وعدت هجرتهم هذه من مناقبهم وفضائلهم.

(٢) الواجب: إن كان الانتقال من الدولة الكافرة يضر بالمسلمين دينا من حيث أن المنتقل منها إمام يقتدى وعالم كبير جليل ينتفع به الناس ويسترشدونه وهو ينشر الدين والأحكام الإلهيه فتحب عليه الإقامة بهذه البلاد.

(٣) المكروه:

وهو ان تتوفر في بلد وسائل اقتصادية يمكن بها التعيش حياة رخاء مماثل لحياة أغلب المواطنين، تم يرحل المهاجر لمجرد المزيد من إدخار الوسائل ولرفع مستوى حياته، إلى دولة كافرة فهجرته هذه مكروهة لدى العلماء لأن الفواحش والمنكرات التي تشيع فيها تجذب إليها وتسئ إلى الأخلاق والمعاشرة، وبها تخور الحمية الدينية وينشد الرجل إلى الأعمال الكافرة كما شاهدنا إنحراف كثير ممن أقاموا هناك، فرجعوا بغير ما ذهبوا به. يكتب العلامة ابن تيمية رحمة الله تعالى:

والمشابهة والمشاركة في الأمور الظاهرة، توجب مشابهة ومشاكلة في الأمور الباطنه على وجه المسارقة والتدريج الخفي وقد رأينا اليهود والنصارى الذين عاشروا المسلمين هم أقل كفرا من غيرهم، كما رأينا المسلمين الذين أكثروا من معاشرة اليهود والنصارى هم أقل إيماناً من غيرهم ممن جرد الإسلام (اقتضاء الصراط المستقيم ٤٨٨/١، كتاب الاعياد: مكتبه الرشد الرياض).

لذا منع النبي (صلى الله عليه وسلم) عن المجامعة بالمشركين دون حاجة شديدة ففي رواية رواها سيدنا سمرة بن جندب (رضي الله عنه) عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: من جامع المشرك وسكن معه فانه مثله (أبوداؤد كتاب الجهاد، باب الإقامة بارض الشرك).

وعن جرير بن عبد الله قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) انا بري من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين قالوا: يا رسول الله: لم؟ قال لا تراني ناراهما (ابوداؤد كتاب الجهاد باب النهي عن قتل من اعتصم بالسجود).

قال ابن قدامة: ومعناه لايكون بموضع يرى نارهم ويرون ناره إذا أوقدت (المغني ١٥١/١٣، دار عالم الكتب الرياض).

ومن مراسيل أبي داؤد عن مكحول لاتتركوا أولادكم بين أظهر المشركين (مراسيل أبوداؤد).

ولأجل ذلك كتب الفقهاء: في إقامة المسلم بدولة كافرة لأغراض اقتصادية وتكثير الكفار مخاطرة بالدين ومن أسباب الجرح عقل مثله بشهادة الزور.

وفي شرح أدب القاضي للشهيد حسام الدين: أسباب الجرح كثيرة منها ركوب مجرد الهند، لأنه مخاطرة بنفسه ودينه من سكنى دار الحرب، وتكثير سوادهم وعددهم لأجل الحال مثله لايبالي بشهادة الزور (تكملة البحر الرائق ١٥١/٧ كتاب الشهادات باب من تقبل شهادته ومن لاتقبل).

ومن البديهيات إن الذنوب والمعاصي تجرح العدالة.

(٢) الحرام:

الإقامة بدولة كافرة حرام في بعض الأحوال التي ذكرها المفتي تقي العثماني فيكتب: لو أقام أحد بدولة كافرة ليتكرم في المجتمع ويحوز مكانا مرموقاً وليجله الناس أو ليتجنس جنسية دار الكفر وقوميتها تفضيلا إياها على جنسية دار الإسلام وقوميتها أو ليتشبه بهم في أساليب حياتهم، فلمثله الذي لايرمي من خلال الإقامة إلا هذه الأغراض والمقاصد تحرم الاقامة حرمة" لاتحتاج إلى بيان وشاهد (المقالات الفقهية ٢٣٥/١).

وفي النهاية أرى من المناسب أن أنقل الفتوى للعلامة ابن عثيمين:

الإقامة في بلاد الكفار خطر عظيم على دين المسلم وأخلاقه وسلوكه وآدابه وقد شاهدنا وعلمنا إنحراف كثير ممن أقاموا هناك، فرجعوا بغير ما ذهبوا به، رجعوا فساقاً وبعضهم يرجع مرتداً عن دينه وكافراً به وبسائر الأديان والعياذ بالله، حتى قولوا إلى الجحود المطلق، والاستهزاء بالدين وأهله السابقين لهم واللاحقين، ولهذا كان ينبغي بل يتعين التحفظ من ذلك ووضع الشروط التي تمنع من الهوى والسقوط في تلك المهالك. فالإقامة في بلاد الكفر لابد فيها من شرطين أساسين:

الشرط الأول: أمن المقيم على دينه بحيث يكون عنده من الإيمان والعلم وقوة العزيمة ما يطمئنه على الثبات على دينه والحذر من الإنحراف والزيغ وأن يكون مضمراً العداوة الكافرين وبعضهم، مبتعداً عن موالاتهم ومحبتهم مما ينافي الإيمان.

الشرط الثاني: أن يتمكن من إظهار دينه بحيث يقوم بشعائر الإسلام بدون مانع فلا يمنع من أقامة الصلاه والجمعه والجماعة إن كان معه من يصلي جماعة ومن يقيم الجمعة ولايمنع من الزكوة والصيام والحج وغيرها من شعائر الدين وإن كان لايتمكن من ذلك لم تجز الإقامة لوجوب الهجرة حينئذ (الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية من فتاوى علماء البلد الحرام: ٩٣٤، أحكام الكفار، الاقامة في بلاد الكفار).

٤- بعض من العلماء استدلوا بعبارة كتاب العلامه المفتي تقي العثماني (دامت بركاتهم) (المقالات الفقهية، المجلد الأول).

الاقامة بنية التابيد في دول كافرة والتجنس بجنسيتها وإتخاذها داراً مثل مواطنيها الأصليين هي من المسائل التي يختلف حكمها باختلاف الأحوال والعصر وأهداف المتجنسين مثلاً:

(١) لو أوذي مسلم في وطنه و إنه لم يرتكب جناية واعتقل ظلما وصودرت أمواله ولم يجد له ملجأ سوى الهجرة إلى بلد غير إسلامي، فتجوز له التوطن فيه كمواطن أصلي دون أي كراهة بشرط انه يحمل في جنبه من العلم والإيمان قوة تطمئنه على الثبات على دينه والحذر من الإنحراف والزيغ.

(٢) كذلك لو عاني رجل بمسائل اقتصادية ولم تحصل له أسباب اقتصادية بعد بحث عنها في البلاد الإسلامية حتى اضطر إلى الهجرة فلو تهيأت له وظيفة أجازها الشرع في بلد إسلامي فيجوز له التوطن فيها بالشروط التي ذكرت لان كسب الحلال فريضة بعد الفريضة ولم يخصه الشرع ببلد أو ناحية قال الله تعالى "هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه و إليه النشور" (الملك: ١٥).

(٣) كذلك لو أقام رجل ببلد كافر بنية نشر الإسلام واشاعته هنالك مع دعوة المشركين إلى الإسلام وتبليغ أحكام الدين إلى المسلمين الذين توطنوا به والوصية بهم للثبات على الدين والعمل به، فمثل هذا الانتقال والتوطن لايجوز فحسب بل يوجب الأجر والثواب، كما أن الصحابة الكرام والتابعين الفطام هجروا أوطانهم

وأهلهم لهذا الغرض الشريف النبيل فعدت هجرتهم هذه من محاسنهم وفضائلهم ومناقبهم (أنظر المقال: للأستاذ محمد إقبال التتكاروي، والأستاذ قمر الزمان الندوي، والأستاذ عبيد الله الندوي، والقاضي محمد حسن الندوي).

(٤) و إن تكثر أسباب اقتصادية يقدر بها الرجل على أن يعيش حياة عامة الناس ثم يهاجر هو إلى بلد غير إسلامي لرفع مستوى حياته الاقتصادية فهذا جحود كرهه العلماء لأنه مخاطرة بنفسه وبدينه والمخاطرة بالنفس والدين لاتصح إلا في الأحوال الإضطراريه ولأننا قد جربنا ان الناس رجعوا بغير ما ذهبوا به وخارت عزيمتهم الدينية وهم سرعان مايذوبون في الكفر والعصيان، لذا منع النبي (صلى الله عليه وسلم) عن المخالطة بالمشركين بغير حاجة شديدة.

ففي رواية لأبي داؤد عن سمرة بن جندب (رضي الله عنه) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): "من جامع المشرك وسكن معه فإنه مثله" (أبو داؤد: كتاب الضحايا).

وعن جرير ابن عبد الله (رضي الله عنه) ان رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: أنا برئ من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين قالوا: يا رسول الله، لم؟ قال: لا تراني نارا هما، نناول الإمام الخطابي (رحمة الله تعالى) قوله (صلى الله عليه وسلم) هذا بالشرح والإيضاح فقال: قد شرح العلماء الكرام قوله (صلى الله عليه وسلم) هذا شرحاً مختلفاً فبعضهم قال يراد به ان لايستوي المشرك والمسلم حكما، فيختلف حكمها وبعضهم يقول ان المراد بالحديث النبوي الشريف ان الله فرق بين دار الإسلام ودار الكفر فلا يجوز التوطن لمسلم في دولة كافرة وذلك لأن تمييز المسلمين من الكافرين لايمكن إذا أضرم الكفار النار و أوقدوها، فهذا التوضيح يدل على كراهية الإقامة بدولة كافرة لأغراض تجارية الأوفق ما تقتضيه الضرورة (معالم السنن للخطابي ٤٣٧/٣).

ومن مراسيل أبي داؤد عن مكحول ان النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: "لاتتركوا أولادكم بين المشركين" (تهذيب السنن لابن القيم (رحمة الله عليه) ٤٣٧/٣).

لذا أجمع الفقهاء على أن العدالة تجرح بالتوطن موظفا في دار الحرب وتضخيم عدد الكفار (التكملة لرد المختار ١٠١/١) إذا كان المقصود منها (٥) الصورة الخامسة

التي تحرم الهجرة إلى دولة كافرة ليتلقاه الناس بالحفاوة والإكرام وان يعجبوا به إعجابا أو للحصول علي جنسيتها مفضلا لها على جنسية دار الإسلام وقوميتها أو لأجل تقليدهم الأعمى في أساليب حياتهم وهذا مما لايحتاج إلى مزيد من البيان (المقالات الفقهية: المقال مسائل فقهية في البلدان الغربية ٢٢٢/١-٢٢٥)، (أنظر مقال: الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، الأستاذ قمر الزمان الندوي، القاضي محمد حسن الندوي، الأستاذ عبيد الله الندوي، والأستاذ محمد مصطفي القاسمي).

بينما الأستاذ محمد مصطفي القاسمي قال: ان الأحكام تختلف باختلاف أغراض المتجنسين فأضاف إلى هذه الأقسام السابقة الخمسة قائلاً:

يحرم التوطن ببلدة كافرة مطلقاً لأجل التعليم العالي والتخصص في فن من الفنون بينما يزخر وطنه بوسائل تعليمية وثقافية.

فيما أجاز المفتي محمد جعفر الملي الرحماني التجنس ببلدة غير إسلامية مشروطاً:

(١) أن يمثل المتجنس المسلم بدولة كافرة التعاليم الدينية عملياً "يا أيها الذين ..... الشيطان" (البقرة: ٢٠٨).

(٢) أن يحذر من المنكرات والفواحش الشائعة فيها "إن الله يامركم ...." (النحل: ٩٠).

(٣) أن يتزود من التقوى والدين مايمنعه عن الرخصة. شرط على المسافر إلى تلك البلاد أن يكون عنده علم يدفع به الشبهات، ودين يمنعه الشهوات، وأن يكون محتاجاً إلى ذلك السفر (مجموع التمين للعثيمين: ٥٠).

(٤) أن لايضطر في تلك البلاد إلى الأضرار بالمسلمين بالتجند في العسكر وبأقدام العسكري ضدهم بالوقوع في أعمال غير إسلامية" إن كان المسلم المسافر إلى بلاد الكفار يقدر على إظهار دينه ولايخاف من الفتنة فيه، ولا يوالي المشركين، فهذا يجوز له السفر، كما فعل بعض الصحابة (رضي الله عنهم) كأبي بكر الصديق (رضي الله عنه)، فقد سافر إلى بلدان المشركين للتجارة، ولم ينكر عليه النبي (صلى الله عليه وسلم)، وكما صرح بذلك العلماء ان القادر على إظهار دينه في ديار الكفار فلا بأس بإقامته فيها، وهذا يدل على

ان من سافر إليها لغرض وقدر على إظهار دينه جاز له ذالك (اختلاف الدين وآثاره في أحكام الشريعة الإسلامية، ص: ١٧٠).

لكن الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي قال: بتنوع الأحكام يتنوع البلدان وأوضاعها:

فالنوع الأول: بلاد الكفار التي لاتحصل فيها القدرة على إظهار الدين ولا يمكن إقامته و اداء واجباته يعني هي تماثل الحياة الملكية وضعاً لكن هناك التمكن من الهجرة إلى بلدان أخرى فتجب الهجرة وإن كانت إلى بلدان غير إسلامية فقد خاطب القرآن الكريم زجراً توبيخاً الذين قتلوا ولم يهاجروا وهم قادرون على الهجرة.

إن أقام بها لمصلحة فلا بأس به كما أخر سيدنا عباس (رضي الله عنه) لمصلحة من المصالح.

النوع الثاني: عنوما لاتوجد القدرة على الهجرة مع الخطر العظيم على دينه وأخلاقه وسلوكه وآدابه فلا حرج لهم في الإقامة بمثل هذا البلاد لأن في الآية الكريمة قد ورد الاستثناء "الا المستضعفين من الرجال ..... غفورا" (النساء: ٩٨، ٩٩).

النوع الثالث:

البلدان غير الإسلامية التي تهتم بشؤون المسلمين وحقوقهم وبصيانتهم وحريتهم وإن كانوا من الأقليات بل تحفظ لهم دينهم وعزهم وتوفر لهم فرص الرقي والتقدم، ففي الإقامة بمثل هذه البلدان وجهان:

(١) لاتجوز الإقامة بها عند الإمام مالك (رحمه الله تعالى) مع توفر القدرة على إظهار الدين لأن فيها التزام بقوانين غير إسلامية.

(٢) اتفق جمهور الفقهاء خاصة من الحنابلة والأحناف على جواز الإقامة بمثلها.

وهذا الاختلاف نشأ باختلاف الأحاديث فبعض الأحاديث تدل على نسخ الهجرة "لاهجرة بعد الفتح" (صحيح البخاري ٤٢٣/١) بينما بعض الأحاديث تدل على ان الهجرة لاتنقطع، لاتنقطع الهجرة حتى تنقطع التوبة ولاتنقطع التوبة حتى تطلع الشمس من مغربها (أبوداؤد ٣٣٦/١).

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

إلا أن الأحاديث التي ورد فيها الإذن العام بالهجرة محمولة على الخوف على الدين والمال أو على البلدان التي تتشابه مع مكة المكرمة قبل الفتح وضعاً.

بينما الإمام مالك (رحمة الله عليه) يستدل بالأحاديث الشريفة من النوع الأول ويقول لايجوز لكل مسلم يتوطن ببلدة كافرة القيام فيها وطلب جنسيتها بل يجب عليه الفرار منها، وقد مر حديث رواه الإمام الترمذي أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أبدى غضبه على المسلم الذي يجامع المشركين.

وورد النهي في رواية للبيهقي واضحاً "لاتساكنوا المشركين ولا تجامعوهم، فمن مساكنهم أو جامعهم فهو مثلهم" (البيهقي ١٨/٩، كتاب السير، باب الرخصة في الإقامة بدار المشرك).

ولكن العلماء تكلموا في هذين الحديثين للترمذي والبيهقي، وإن لم يأخذوا بهما، فان الخروج عند جمهور العلماء محمول على البلدان التي تشوبها الفتنة، والدليل العقلي الذي احتج به الإمام مالك (رحمه الله تعالى) أنه إلزام القوانين غير الإسلامية على أنفسهم، لكن دليله هذا قد فقد حقيقته اليوم فإن الحرية التي تتوفر في البلدان الكافرة للشعائر الدينية لاتتوفر في بعض البلدان الإسلامية، ولايخاف من الفتنة فيها فهي كبلاد الحبشة التي كانت لا بأس بالإقامة فيها كذلك تجوز الإقامة في تلك البلاد.

أضاف الأستاذ أحمد نور العيني القاسمي إلى هذه البلدان قسمين وقال: "لايجوز التجنس بجنسية دار الحرب المتمردة الطاغية المعاندة كإسرائيل حيث لاتتوفر القدرة على إظهار الدين.

وبحث الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي مطولاً عن اختلاف الأحكام باختلاف أحوال البلاد، فيما قدم الأستاذ محمد فخر عالم النعماني ملخصاً وهو كما يلي:

قام الفقهاء بتقسيم البلدان إلى ثلاثة أنواع وبينوا بما تختص بها من أحكام: النوع الأول: البلدان الكافرة التي لايمكن فيها لرجل أن يعيش مسلماً وأن يثبت على الدين فقد

اتفق الفقهاء على عدم جواز الإقامة بمثل هذه البلاد لأي مسلم (أحكام القرآن للجصاص ٢٢٨/٣، المدونة الكبرى ١٥٦٥/٥، مسائل المسلمين في البلدان الكافرة: ١٦، قاموس الفقه ٣٣٣/٥).

النوع الثاني: البلدان التي المسلم فيها على تطبيق الأحكام الدينية عملياً علناً وفي الإقامة بها مخاطرة بنفسه وماله وعرضه لكن المسلمين لايجدون ملجأً يهاجرون إليه فلا تجب على أمثالهم الهجرة عند عامة الفقهاء وليست إقامتهم فيها من ذنب (أحكام القرآن للجصاص ٢٢١/٣، مسائل المسلمين في الممالك الكافرة: ١٧، قاموس الفقه ٣٣٣/٥).

النوع الثالث: البلدان التي يعيش فيها المسلمون كأقلية مأمونة وتحصل لهم الحرية الدينية ويتوفر الحفظ لهم ولأولادهم على دينهم وإنيمانهم، اختلف العلماء في الإقامة بمثل هذه البلدان.

(١) تجب الهجرة على المتوطنين الساعين بمثل هذه البلاد وفضلاً عن السفر إليها والنزول بها عند بعض العلماء وهذا مذهب المالكية وأحد أقوال الشافعية (المدونة الكبرى ١٠٦٥/٥).

(٢) وذهبت جماعة من الفقهاء إلى جواز السفر إلى تلك البلاد والإقامة فيها وعدم وجوب الهجرة على المتوطنين الساعين فيها، وهذا مذهب الأحناف والحنابلة والشافعية على القول الصحيح (أحكام القرآن للجصاص ٣٠٥/٢، اعلاء السنن للتهانوي ٣٦١/١٢) وانقسم العلماء المعاصرون إلى جماعتين من بين المجيزين وغير المجيزين.

إن الذين لايجيزون يحملون رأيين:

(الف) يعده لفيف من العلماء خروجاً عن الإسلام إبتغاداً عنه ويجري على أمثالهم الذين يقيمون بدولة كافرة إجراء أحكام المرتدين (فتاوى الأم محمد رشيد رضا ١٧٥٠/٥).

(ب) إن هذا معصية من معاصي الله تعالى عند الطبقة الثانية لا الارتداد (مجلة الفقه الإسلامي ١١٥٦/٢).

وتوزع الفقهاء المجيزون أيضاً إلى جماعتين نظرياً:

(ألف) يجوز اضطرارياً وهذا رأي عضو المجمع الفقه الإسلامي من العلماء العرب الشيخ أحمد بن أحمد الخليلي وبه أفتت دار الإفتاء المصرية (رقم الفتوى: ٢٠٠٠٨٨٩م).

(ب) ويجوز أصلاً عند جماعة من العلماء إلا ان الأحكام تتنوع بالأحوال والظروف والأهداف، وهذا رأي عامة العلماء في زماننا منهم (الدكتور يوسف القرضاوي، الدكتور محمد رأفت العثماني عميد الكلية الشرعية بجامعة الأزهر، الدكتور وهبة الزحيلي (فقه الأقليات المسلمة: ٢٠٩) المفتي محمد تقي العثماني (بحوث في قضايا فقهية معاصرة: ٣٢٠) الأستاذ خالد سيف الله الرحماني (قاموس الفقه ٣٣٤/٥) وغيرهم من العلماء المشهورين.

دلائل المانعين:

يحتجون بادلائل الآتية:

(١) "ألم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيداً (سورة النساء: ٦٠).

وهنا يراد بالطاغوت نظام القوانين الذي يخالف الإسلام، والتجنس بجنسيته الكافرة كأنما هو خروج عن نظام القوانين الإسلامي المختار إلى نظام القوانين الطاغوتي وهذا مبنى على الانحراف عن الإسلام (فتاوى محمد رشيد رضا المصري ١٧٥٥/٥).

(٢) "ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين" (آل عمران: ٨٥).

تنطبق هذه الآية الكريمة على الذين يغادرون البلدان الإسلامية إلى البلدان الكافرة توطناً أو هم يريدون الإقامة بها.

(٣) استدلوا ببعض الأحاديث التي ورد فيها النهي عن الاختلاط بالمشركين "ولاتساكنوا المشركين ولا تجامعوهم فمن يساكنهم أو جامعهم فهو مثلهم" (الجامع الترمذي، باب ما جاء في كراهية المقام، كتاب السير ٢٨٩/٩).

(٤) "أنا برئ من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين" (الجامع الترمذي كتاب السير، باب ماجاء في كراهية المقام بين أظهر المشركين ٢٨٩/١).

لما أمر الشرع بمفارقة البلدان الكافرة فبالنسبة المسلمين المقيمين فيها كيف يسمح بالانتقال إليها من البلدان الإسلامية؟

ودليل عقلي وهو أن الانتقال إلى البلدان الكافرة استظلال بظلال القوانين غير الإسلامية وهذا لايجوز لمومن (مقدمات ابن رشد مع المدونة الكبرى ٣١٥٩/٩، المدونة الكبرى للإمام مالك ١٥٦٥/٥).

دلائل المجيزين:

استدل جمهور العلماء بآيات تؤكد على دعوة الإسلام وعالميته مثلاً:

(١) "هو الذي أرسل رسوله ..... المشركون" (سورة التوبة: ٢٣).

(٢) "وما أرسلناك ..... يعلمون" (سورة سبأ: ٢٨).

(٣) "أدع إلى سبيل ربك ..... أحسن" (سورة النحل: ١٢٥).

(٤) "قل هذه سبيلي أدعو إلى الله على بصيرة أنا ومن اتبعني" (سورة يوسف: ١٠٨).

"تدل هذه الآيات على أن تبليغ الإسلام ونشر تعاليمه في أقصى الأرض وأدناها من واجبات الأمة المسلمة، فالهجرة من البلاد الإسلامية إلى البلاد الكافرة لمجرد الدعوة إلى الإسلام هي مما يدعو ,ليه الإسلام، والصحابة الكرام (رضوان الله تعالى عليهم أجمعين) ضربوا أمثلة رائعة في هذا الباب فقد هجروا أوطانهم في أشد ساعات الحرج إلى الممالك الكافرة وأقاموا فيها وبثوا الدعوة الدينية في العالم كله شرقاً وغرباً، جنوباً وشمالاً.

القول الراجح:

المذهب الراجح لدى عامة العلماء مذهب الجمهور لأن وضع البلدان الكافرة تغير اليوم وتوفرت فيها حرية الفكر والعقيدة والإظهار عن الرأي.

ففي عصر الاستعمار إذا كان دخول المسلم في البلدان الكافرة ممنوعاً ويعد هذا من الارتداد ولكن الأحوال تبدلت على مر الأيام فالحركات والمؤسسات الدينية تشتغل

بخدمة الإسلام والمسلمين فيها بكل حرية ولايحول حائل من القانون السياسي وليست فيها مخاطرة بالنفس والدين لذا أجاز العلماء بدخول المسلمين وإقامتهم فيها. أما التوطن ببلدة غير إسلامية لأاغرض اقتصادية وطبية فله أشكال مختلفة:

(أ) تجوز الإقامة لمسلم ببلدة كافرة لعدم توفر الوسائل الاقتصادية في وطنه عند عامة الفقهاء (المبسوط للسرخسي ٨٨/١٠، أحكام القرآن للعربي ٥١٥/١).

(ب) وأجاز الفقهاء أيضاً التوطن لمسلم ببلدة كافرة لرفع مستوى حياته وعائلته الاقتصادية رغم أن وسائل الكسب، تكثر في وطنه (أحكام القرآن لابن العربي ٤٨٦/١، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٥١/٥).

(ج) وتجوز أيضاً عند جمهور الفقهاء الإقامة ببلدة كافرة لأهداف تجارية (المبسوط للسرخسي ٨٨/١٠) ولاتجوز للإقامة ببلدة كافرة عند بعض الفقهاء لأغراض مادية (مقدمات ابن رشد ٣١٥٩/٩).

(د) وتجوز الإقامة ببلدة غير إسلامية للمعالجة الطبية لاتتيسر معدات المعالجة في الوطن (الفتاوى والرسائل للمسافرين لجماعة من العلماء: ٣٩).

ولايصح التجنس بجنسيته الدولة الكافرة عند بعض كتاب المقال، وذكروا له أسباباً مختلفة ولايجوز مطلقاً عند الأستاذ أبي سفيان المفتاحي إلا أن الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي أجاز الإقامة بالبلدان الكافرة إذا كان الغرض منها دعوة الدين المتين وتبليغ رسالته وإفادة المسلمين وأجاز أيضاً السفر إليها لأغراض تجارية لا الإقامة كما سافر سيدنا أبو بكر صديق (رضي الله عنه) وطلحة بن عبيد الله (رضي الله عنه) وسعيد بن زيد وغيرهم لأغراض تجارية.

وتحدث الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي عن أسباب أخرى له، فقال: إنه غير جائز بل هو حرام وهذا رأي المفتي أبي بكر القاسمي لأنه مثل موالاة الكفار واتخاذهم أولياء وإلزام القوانين التي تضاد الشريعة الإسلامية على نفوسهم مع أن القرآن الكريم نهى عنه تصريحاً مراراً وتكراراً مستدلين بما يلي:

وذكر الأستاذ محمد شاهجهان الندوي أن من أسباب عدم الجواز المخاطرة بالإيمان وشيوع الرذائل وأنواع من اللهو واللعب ولايمكن الاحتفاظ بالشعائر الدينية والتمييز بين الحلال والحرام، ويلتزم بموالاة الكفار منع القرآن الكريم منها والتي تضر بمصالح الإسلام، مستدلاً بما يلي:

١- "يا أيها الذين آمنو لا تتخذوا آبائكم .....الظالمون" (التوبة: ٢٣).

٢- "الذين يتخذون الكافرين أولياء من دون المؤمنين ..... جميعاً" (النساء: ١٣٩-١٤٠).

٣- من جامع المشرك ومسكن معه فإنه مثله (أبوداؤد، رقم الحديث: ٢٧٨٧)، (أنظر المقال للأستاذ خورشيد أنور الأعظمي).

٤- "أنا برئ من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين، قالوا: يا رسول الله! لم؟ قال: لا تراني ناراهما" (أبوداؤد رقم الحديث: ٢٦٦٥)، (أنظر المقال للأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي).

٥- يقول ابن رشد (الجد) فكيف يباح لأحد الدخول إلا بلادهم، حيث تجري عليه أحكامهم في تجارة أو غيرها، وقد كره مالك (رحمه الله تعالى) أن يسكن أحد ببلد بسبب فيه السلف، فكيف ببلد يكفر فيه الرحمن، وتعبد من دونه الأوثان، لاتستقر نفس أحد على هذا إلا وهو مسلم سوء مريض الإيمان (المقدمات الممهدات ١٥٢/٢)

١- لايتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين ومن يفعل ذلك فليس من الله في شئ إلا أن تتقوا منهم تقاة ويحذركم الله نفسه ... (آل عمران: ٢٨).

٢- يا أيها الذين آمنوا لاتتخذوا الكافرين أولياء من دون المؤمنين أتريدون أن تجعلوا لله عليكم سلطانا مبينا (سوره النساء: ١٤٤).

٣- يا أيها الذين آمنوا لاتتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ومن يتولهم منكم فإنه منهم إن الله لايهدي القوم الظالمين (سوره المائده /٥١).

٤- "فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم" (النساء: ٦٥).

ويقول الأستاذ أخيراً بعد البحث عن نظرية الجواز وعدم الجواز ومستدلاتها ومصادرها: إن هناك نظرية أخرى وهي أن لايتوطن المسلم ببلدة كافرة دون حاجة شديدة أو شرعية لكن الأستاذ محمد توقير بدر القاسمي والمفتي سعيد أسعد القاسمي والأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي والمفتي محمد جعفر الملي الرحماني منعوا عن الإقامة بها لأغراض اقتصادية وتجارية واستدلوا بالحديث الآتي:

١- قال النبي (صلى الله عليه وسلم): أنا برئ من كل مسلم مع مشرك (المصنف لابن أبي شيبة ٢٨٦/٢٠).

وأباح الدكتور ظفر الإسلام الصديقي الإقامة لأغراض مادية لعدم تيسر وسائل اقتصادية في الوطن مع الحفاظ على الشعائر الدينية لأن كسب المعاش فريضة بعد الفريضة، وهو الذي جعل لكم الأرض ..... النشور (الملك: ١٥).

وهذا رأي الأستاذ محمد شاهجهان الندوي والدكتور فهيم أختر الندوي وأكدا على أن يقوم المتجنس بفريضة الدعوة إلى الإسلام "أم كنتم شهداء إذ حضر يعقوب الموت ..... مسلمون" (البقرة: ١٣٣).

منح البلدة الإسلامية كافراً جنسيتها:

هل تصح شرعاً إقامة المشركين والكفار في البلدان الإسلامية إقامة مؤبدة؟

يرى كثير من كتاب المقال أن إقامة المشرك في البلدان الإسلامية تجوز سوى مكة المكرمة والمدينة المنورة بشرط أن لاتضر بالمصالح القومية والملية والمكية، ويستدلون بما يلي:

١- "ولنجران وحاشيتها جوار الله وذمة محمد النبي رسول الله على أموالهم وأنفسهم وملتهم وغائبتهم وشاهدهم وعشيرتهم وبيعهم وكل ماتحت أيديهم من قليل أو كثير لايغير أسقف من أسقفيته ولا راهب من رهبانيته" (الطبقات الكبري لابن سعد ٣٦/٢، الوثائق السياسية للعهد النبوي/ ١٤٠)، (أنظر المقال للأستاذ محمد سلمان منصور فوري).

٢- جمهور الفقهاء على أن عقد الذمة مع غير المسلمين يتولى إبرامه الإمام أو نائبه، لأن ذلك يتعلق بنظر الإمام وما يراه من المصلحة" (الموسوعة الفقهية ١٢٢/٧)، (مقال الأستاذ محمد سلمان المنصور فوري).

٣- "وقال الحنفية وهو رواية عند المالكية ورواية عن أحمد يجوز عقد الذمة لجميع الكفار إلا عبدة الأوثان من العرب" (الموسوعة الفقهية ١٢٢/٧)، (مقال الأستاذ زبير أحمد القاسمي).

٤- عن عمرو بن ميمون قال: وأوصيه بذمة الله وذمة رسوله أن يوفي لهم بعهدهم وأن يقاتل من رائهم ولايكلفوا إلا طاقتهم" (صحيح البخاري ٤٢٩/١)، (مقال الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي).

أجاز المفتي سعيد أسعد القاسمي والأستاذ محمد توقير بدر القاسمي مع مكة المكرمة والمدينة المنورة واليمامة وقالا: قد أقرها القرآن الكريم صراحة" لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين..... المقسطين (الممتحنة: ٨).

ويقول الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي: إن الكفار أقاموا في الممالك الإسلامية في عهد الخلافة الراشدة والأموية والعباسية والعثمانية بإعطاء الجزية أو تركها. وتجوز إقامة الكفار إقامة مؤبدة في غير الجزيزة العربية عند المفتي محمد جعفر الملي الرحماني والدكتور محمد فهيم أختر الندوي "وإن أحد من المشركين ..... قوم لايعلمون" (التوبة: ٦).

وتجوز أيضاً عندما تقتضي مصالح الإسلام والمسلمين عند الأستاذ محمد شاهجهان الندوي والدكتور ظفر الإسلام الصديقي والأستاذ نثار أحمد حصير القاسمي، "والأصل فيه أن الحربي أي الكافر لايمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا بالاسترقاق أو الجزية لأنه يصير عيناً لهم وعوناً علينا، فيلحق المضرة بالمسلمين" (الهداية مع البناية ٢٠٧/٧).

ويقول القاضي محمد حسن الندوي: إن إقامة غير المسلمين في المجتمع الإسلامي تمهد الطريق نحو الدعوة إلى الإسلام وتبليغ رسالته وفي جانب آخر تضر بالإسلام وهي أن الحضارة الكافرة تجذب المسلمين إليها لذا لابد من خص بقعة بهم دون سائر البقاع الإسلامية لئلا يتأثر بهم المسلمون دينياً وحضارياً ويمكن تبليغ الإسلام

والدعم المالي لهم، ويرى المفتي ثناء الهدى القاسمي والأستاذ محمد توقير بدر القاسمي أن الأمة الإسلامية أمة دعوية وتقربهم إلى المسلمين ليشرفهم بالإسلام وهذا مالقنه الإسلام من صلة الأرحام.

وتجوز إقامة غير المسلمين في البلدان الإسلامية عند الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي بشرطين تحدث عنهما ابن قدامة قائلاً:

لايجوز عقد الذمة المؤبدة إلا بشرطين: أحدهما: أن يلتزموا اعطاء الجزية في كل حول، والثاني: التزام أحكام الإسلام وهو قبول مايحكم به عليهم من أداء حق أو واجب لقول الله تعالى: "حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون"، وقول النبي (صلى الله عليه وسلم) في حديث بريدة: فادعهم إلى أداء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم" (المغني لابن قدامة ٥٦٣/١٠) "ترك الكافر في دار الإسلام بالجزية جائز" (التاتارخانيه ٢٥٦/١).

وصحت الإقامة لغير المسلمين في البلدان الإسلامية عند الأستاذ أحمد نور العيني لكنه لفت النظر إلى ثلاثة أمور:

١- قال النبي (صلى الله عليه وسلم): "أخرجوا المشركين من جزيرة العرب (صحيح البخاري، رقم الحديث: ٣١٢٨) و"لايجتمع دينان في جزيرة العرب" (المؤطأ للإمام مالك، رقم الحديث: ٦٧١) فلا بد من مراعاة هذه الأحاديث في منحهم الجنسية.

٢- تذكر تاريخ الاستعمار المظلم والحذر من العناصر الاستعمارية في منحها الجنسية.

٣- الوثوق بأن الاستعمار يضم المشركين عدداً فهم يقدرون على الإضرار بالدولة الإسلامية بنشر المفاسد فيها أو بخروجهم عليها وتاسيس دولة لهم.

وإسكان الكافر في دولة إسلامية يصح عند الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي والأستاذ محمد فخر عالم النعماني دون الحرم والحجاز شرطاً بأمور يجب العمل بها لغير المسلمين، منها:

١- تعظيم القرآن الكريم والاحتراز كل الاحتراز عن الطعن والتحريف فيه، ٢- تجنب الإساءة إلى الرسول (صلى الله عليه وسلم)، ٣- وتشويه صورة

الإسلام، ٤- وقذف المحصنات المؤمنات، ٥- أو إيذاء المسلمين دينياً أو اقتصادياً، ٦- وأن لايكون المشركون عيناً للإعداء وعوناً لهم علينا، ٧- ولا يتناولوا لحم يشربوا الخمر الخنزير أو جهاراً، ٨- ولايجاهروا بالفواحش والمنكرات (الأحكام السلطانية للماوردي/ ١٤٥).

ويجوز منح الجنسية لغير مسلم لم يرتد في غير الحجاز عند الأستاذ ريحان مبشر القاسمي ويقول: يجوز عقد الذمة مع اليهود والنصارى والمجوس إلا المشركين العرب والمرتدين.

ويقول المفتي أشرف عباس القاسمي والأستاذ ريحان مبشر القاسمي أيضاً:

يجوز التفويض إليهم المناصب لأجل أمثلة من عهد الخلفاء الراشدين وبني أمية وبني العباس وبعده من التاريخ الإسلامي يقول مؤرخ عربي: نتعجب كثيراً من كثرة عدد الولاة غير المسلمين في التاريخ الإسلامي كذلك يقول المؤرخ الشهير آدم نير "من الأمور التي تعجب لها كثيراً عدد العمال والولاة وكبار الموظفين والمتصوفين غير المسلمين في الدولة الإسلامية فكأن النصارى هم الذين يحكمون المسلمين في بلاد الإسلام" (الحضارة الإسلامية ١/١١٨).

عدم التجنيس في الدولة الإسلامية:

رجح عديد من كتاب المقال حرمان غير المسلمين من الجنسية في البلدان الإسلامية واتفقوا كلهم عليه في الحرم والحجاز بقول الله تعالى: "إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا" (التوبة: ٢٨)، وقول النبي (صلى الله عليه وسلم) "أخرجو المشركين من جزيرة العرب" (صحيح البخاري: رقم الحديث: ٣١٦٨)، لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أدع إلا مسلماً" (صحيح مسلم رقم الحديث: ٤٦٩٣)، "لايجتمع في أرض العرب دينان" (مسند الإمام أحمد ٦/ ٢٥٧)، يستحق الكافرون حقوق اللاجئين في البلدان الإسلامية من جهة نظر الدعوة الدينية عند الحافظ كليم الله العمري المدني فهم يقيمون عنده إقامة مؤقتة فيها وعند الأستاذ أبي سفيان المفتاحي لايجوز استعمار الكافرين لأن الإكثار من عددهم يشكل خطراً كبيراً على البلاد

بالخروج على الحكومة ومضاداتهم إياها ثم هم يطالبون بتقاسم البلاد ويعذبون المسلمين في صقع يغلب عددهم فيه عليهم وإقامة غير المسلمين في البلدان الإسلامية دون جزيرة العرب تجوز في رأي الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، بخلاف أمصار المسلمين التي ليست في جزيرة العرب، يمكنون من سكناها ولاخلاف في ذلك (فتح القدير ٣٠١/٥).

ويرى الأستاذ محمد إقبال التنكاروي أن على كل واحدنا أن يطلع على ما يواجهه المسلمون من حقد وعناد من قبل غير المسلمين، فتجوز إقامة غير المسلمين بشروط وأن لاتفوض الوظائف والمناصب الحكومية والعسكرية إليهم ولن يجوز استعمار الكافرين في البلدان الإسلامية وخاصة في جزيرة العرب.

ولاتجز إقامة المشركين وأهل الكتاب في الحجاز إقامة مؤبدة عند الأستاذ قمر الزمان الندوي ويستدل بكلام العلامة ابن باز:

"لقد صح أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: لايجتمع في الجزيرة دينان" وصح عنه أيضاً أنه أمر بإخراج اليهود والنصارى من الجزيرة وأمر أن لايبقي فيها إلا مسلم، وأوصى عند موته (عليه الصلاة والسلام) بإخراج المشركين من الجزيرة، فهذا أمر ثابت عن رسول الله وليس فيه شك والواجب على الحكام أن ينفذوا هذه الوصية كما نفذها خليفة المسلمين عمر (رضي الله عنه) بإخراج اليهود من خيبر وإجلائهم.

أن يقيم الكافرون الذين لايعادون المسلمين ولايحاربونهم في الجزيرة العربية وبعد أن تحصل لهم الحقوق المدنية تجب على المسلمين أن يدعوهم إلى الإسلام ويبلغوا رسالته ويقدمو إليهم فضائله ومحاسنه، (أنظر مجموعة الفتاوى للشيخ عبد الله بن باز)

ويقول الأستاذ محمد مصطفى القاسمي بعد أن أورد جميع المستدلات في المنع عن منح الجنسية: إن الحافظ ابن حجر (رحمه الله) قد نقل في فتح الباري شرح البخاري آراء الجمهور في أنه لايجوز تجنس المشركين بجنسية الحجاز وهو يضم مكة المكرمة، المدينة المنورة، جدة، الحديبية، اليمامة والطائف وما جا ورها من البلدان. أما غيرها من البلدان من الجزيرة العربية فتختلف حكماً فقد اتفق العلماء على جواز دخول المشركين في اليمن بينما اليمن تعد من الجزيرة العربية ويجوز الدخول عند الحنفية في حدود الحرم

سوى المسجد الحرام ويجوز الدخول في الحرم لأغراض تجارية عند الإمام مالك (رحمه الله) ولايجوز الدخول في الحرم عند الإمام الشافعي (رحمه الله) قطعاً إلا لإفادة المسلمين (فتح الباري ١٩٧/٦).

وأجاب الأستاذ عبيد الله الندوي عن هذا السؤال مسهباً ملخصه يلي:

البلدان الإسلامية تنقسم إلى ثلاثة أقسام في إقامة الكافرين

أولاً: الحرم: لايصح دخول كافر فيه أو ذمي أو مستأمن عند الإمام الشافعي (رحمه الله) والإمام مالك (رحمه الله) والإمام أحمد بن حنبل (رحمه الله) بل حتى لايجوز عندهم دخول رسول الكفار و إمام المسلمين في الحرم بل على خليفة المسلمين أن ياتيه أو يرسل قاصده يستمع كلامه.

المستدل: إنهم يستدلون بهذه الآية ويتمسكون بظاهر معناها "إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا" (التوبة: ٢٨).

وبها يستدل الحنفية أيضاً لكنهم يذكرون لها مفهومين:

(أ) الحظر يختص بالمشركين الذين منعوا عن الدخول في مكة وسائر المساجد لعدم عقد الذمة وليس لهم إلا القتال معهم ألا وهم المشركون العرب.

(ب) المنع عن الدخول في مكة لأداء الحج وله دلائل:

١- أعلن من قبل النبي (صلى الله عليه وسلم) سنة ٩هـ "ألا لايحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان" (الجامع الترمذي: ٣٠٩١) فلم يقصد مشرك مكة المكرمة سنة ١٠ هـ عام حجة الوداع.

٢- آخر جزء من هذه الآية "وإن خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله" (التوبة: ٢٨) يدل على الامتناع عن الحج.

٣- والمراد "بالنجس" النجس الاعتقادي فلما وفد وفد ثقيف وهم من أهل الذمة أنزلهم النبي (صلى الله عليه وسلم) في المسجد النبوي فلما قال الصحابة: إن هؤلاء نجس، قال النبي (صلى الله عليه وسلم): لاتتعدي نجاستهم أبدانهم إلى الأرض (أبحاث لهيئة كبار العلماء ٥٣٢/٧).

فما هو السبب لاستثناء الكافر عن الذمي؟ فلهذه الآية الكريمة "إلا الذين عاهدتم من المشركين" (التوبة: ٤) ويقول سيدنا أبو الزبير: إنني سمعت جابر بن عبد الله يفسر هذه الآية: فلا يقربوا امسجد إلا أن يكون عبداً أو واحداً من أهل الذمة (أحكام القرآن ١٧٩/٤-٣٨١).

(ثانياً) والنوع الثاني من البلدان الإسلامية الحجاز أو الجزيرة العربية، اختلفت أقوال العلماء في تحديدها فبعضهم يقول أنها تشتمل اليمامة ونجد واليمن ووسط المدينة المنورة ويقول الكلبي: جبل طئ ووسط طريق العراق ويقول الحربي: من الحجاز تبوك (فقه السنة ٥٥/٣، الموسوعة الفقهية ١٢٦/٣-١٢٧)، وجزيرة العرب تنقسم إلى ثلاثة أقسام الجبال الساحلية الغربية والجنوبية وهي تشتمل على الحجاز وتهامة والعسير اليمن، حضرموت شحر سره وطفار وعمان.

وقسم ثان له يضم الصحراء من الرابع الخالي، الدهنار، النفوذ وبادية الشام، وقسم ثالث لها يحتوي على السواحل الشرقية من الغد (اليمامة، قصير، حيال طئ) الإحساء، القسط، الكويت والبحرين (جزيرة العرب: ٢٦-٢٧).

يقول الأئمة الثلاثة المالكي والشافعي و أحمد لايمكن دخول الفار فيها إلا بإذن من الخليفة أو نائبه ومدة إقامتهم فحسب.

و يقول الإمام الأعظم أبو حنيفة: إنهم لايمنعون عن الإقامة والاستيطان.

ويرى كاتب هذه السطور في هذين النوعين من البلدان الإسلامية لايجوز إقامة الكفار واستيطانهم بها (لأنهم قد شكلوا خطراً كبيراً للبلدان التي جاوروها.

(ثالثاً) النوع الثالث من البلاد الإسلامية: يمكن لغير المسلم أن يقيم فيها كافراً أو ذمياً أو معاهداً أو مستأمناً إلا الإمام الشافعي فإنه لايبيح دخوله المساجد حتى يستأذن مسلماً ويبيح ذلك الإمام أبو حنيفة (رحمه الله) ولن يدخل في أي حال عند المالكية والحنابلة (فقه السنة ٥٥/٣).

تدل الأحاديث النبوية وعمل الصحابة وكلام الفقهاء على الجواز وعدمه في استعمار الكافرين فورد في حديث: "أنا برئ من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين" (أبوداؤد كتاب الجهاد، رقم الحديث: ٢٦٤٥) وفي حديث آخر: "من جامع المشرك وسكن

معه فإنه مثله" (أبوداؤد كتاب الجهاد: ٢٧٨٧)، ومن مراسيل أبي داؤد: "لاتنزلوا الذرية بإزاء العدو" (أبوداؤد في المراسيل، باب إنزال الذرية الثغور والسواحل).

فهذه الروايات وما على شاكلتها تنم على عدم الجواز في استعمار الكافرين في البلدان الإسلامية وفي جانب آخر لنا تعامل الصحابة الكرام (رضي الله عنهم) أن عدداً هائلاً منهم توطنوا في البلدان غير الإسلامية وصرح الفقهاء بأن لو غادر كافر دار الهجرة إلى دار الإسلام فعلى الخليفة أن يمهله عاماً كاملاً حسبما يرى مناسباً وإن أقام فوقه فليس له الخيار في الرجوع إلى وطنه لكونه أصبح من مواطني هذه البلاد يقول صاحب الهداية:

"وإذا دخل الحربي إلينا مستأمناً لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة، ويقول له الإمام: إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية وإذا أقامها بعد مقال الإمام يصير ذمياً، ثم لايترك أن يرجع إلى دار الحرب" (الهداية ٥٨٦/٢٠ ولأجل قول الله تعالى: "وإن أحد من المشركين ..... كلام الله" (سورة التوبة: ٦)، وذلك ليطلعوا على تعاليم الإسلام السمحة ويقول النبي (صلى الله عليه وسلم): "المؤمن الذي يخالط الناس ويصبر على أذاهم خير من الذي لم يخالط الناس ولم يصبر على أذاهم" (الترمذي رقم الحديث: ٢٥٠، ابن ماجه، رقم الحديث: ٤٠٣٢)، وبعد البحث عن الشواهد والدلائل يرى كاتب هذه السطور أن هذه المسألة تبنى على الأفضلية وعدم الأفضلية لا الجواز وعدمه والأفضل أن يختص المسلمون بعمرانهم ومستعمراتهم وإن لم يمكن فيقيموا في البلدان التي يغلب فيها المسلمون.

وفحوى الكلام أنه يجوز استعمار الكافرين في الممالك الإسلامية في الظروف القهرية كما يقول الحافظ ابن حجر (رحمه الله).

قال القطربي فيه (أخرجوا المشركين من جزيرة العرب) أي أن على الإمام إخراج كل من دان بغير دين الإسلام من كل بلد غلب عليها المسلمون عنوة إذا لم يكن بالمسلمين ضرورة إليهم كعمل الأرض ونحو ذلك، وعلى ذلك أقر عمر (رضي الله عنه) من أقر بالسواد (العراق) والشام" (فتح الباري ٤٠٨/٦).

لكن يجب أن يغلب المسلمون والله اعلم.

* * *

من البحوث والدراسات:

حق المواطنة

الشيخ إقبال محمد التنكاروي •

كل من يولد في هذه الأرض البسيطه تتوجب له بحقوق؛ ولكنه تارة يسعد بالاستفادة من هذه الحقوق، وأخرى يحرمها، والحرمان من الحقوق ليس بأمر يستهان به، بل عليها تعتمد عظمة الإنسان ورقيه، هي التي تذهب به إلى المجد والرفعة، وإذا سلبت هذه الحقوق يقع الإنسان في قعر المذلة فيعيش فيه صاغرا ذليلاً، ولايستطيع التقدم إلى الأمام أصلا، فما هذه الحقوق؟ أكل فرد من أفراد البشرية يستحق الحقوق المتساوية أم يوجد فرق بين إنسان و آخر؟ ما هو سبيل الحصول على هذه الحقوق؟ وكيف يمكن الحفاظ عليها؟ هذه أسئلة تجول في نفوس الشعب في هذا العصر.

ولقد تشاهد أوضاع هذه الحقوق في الدول المختلفة، يتم نقد هذه الحقوق استعراضها، وتكثف الجهود لتوعية وإيقاظ المجتمع تجاه هذه الحقوق، ويلجأ إلى المحاكم والقانون للحفاظ على هذه الحقوق؛ بل ربما تستخدم لأجلها القوة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ولايمكن إنكار أهمية هذه المساعي والإجراءات و انكار قيمتها، وهي في بعض الأحايين تأتي بنتائج طيبة، ولكن يعاودنا سؤال: أهذه المحاولات والإجراءات محايدة أم يشوبها التعصب والطائفية؟ ألم يجعل رعاة الحقوق –على المستوى الدولي – هذه المحاولات وسيلة لإتلاف الحقوق والقضاء عليها؟

(١) إن فكرة الإسلام بشأن حقوق الإنسان واضحة لايشوبها غموض، ودعم الإسلام الحقوق للفرد والجماعة والطبقات على مستوياتهم المتنوعة؛ وفعلاً وفر لهم هذه الحقوق وقام بحماية ومساعدة أفراد المجتمع والطبقات الذين كانت حقوقهم تصادر ووجه الانتقاد إلى كل من كان يمد يد الإتلاف إلى

• أستاذ جامعه إسلاميه دارالعلوم ماتلي والا، بهروج، غجرات

هذه الحقوق وإضاعتها، ووعدهم بالعذاب في الدنيا والآخرة وحث المجتمع على المعاملات الحسنة معهم وأنشأ بينهم جو المساواة والتسامح.

وقد اتخذت الأمم المتحدة في مناسبات متنوعة قرارات، و أخيرا اعترفت بميثاق عالمي لحقوق الانسان وذلك في العاشر من ديسمبر عام ١٩٤٨م، أيدته معظم الأمم، و من لم يؤيدها لم يخالفها، و لأجل هذا يعد هذا الميثاق بلاغا متفقا بين الأمم، و لاتوجد دولة تخالف هذا الميثاق بلسانها فيعد خطوة غير عادية في تاريخ حقوق الإنسان.

لقد نص هذا الميثاق العالمي على حرية الفرد، والعدل والمساواة كما أنه – بالإضافة إلى الحقوق الثقافية والاقتصادية والاجتماعية – قد أحاط بالحقوق السياسية.

ومن مزايا هذا الميثاق أنه يوفر للفرد الحقوق الأساسية وأنه يضم تدابير لصيانة الشعب من جور الحكام، وعد الشعب مصدر القوة، وعد الحكام مجيبين للمواطنين، وعمل علي تسهيل السبل للحصول على العدل والإنصاف ودعا إلى أن توفير إمكانية ووسائل التعلم والرقي والرفاهية.

على صعيد آخر يشمل هذا الميثاق تغوراً أساسية لايمكن التغاضي عنها، وقد حالت هذه الثغور بينها وبين النتائج المرجوة، وان هذا الميثاق لاتسنده قوة تنفيذية وبتعبير آخر لا توجد قوة ذات سيادة تفرض على أي دولة رعاية هذا الميثاق والعمل به لأن هذا الميثاق لايشكل سوى وعظ وإرشاد وتعليمات خلقية؛ ولأجل ذلك تظهر أحداث مصادرة الحقوق والاعتداء عليها حتى في الدول التي تعتقد أن هذا الميثاق رسالة سماوية وتردد مزاياها.

والإسلام لايتفق مع الفكرة التي ترى أن الإنسان عاش مدة مديدة في الظلام الحالك، ثم استنار بنور العلم وضوئه ثم تقدم إلى الأمام شيئا فشيئا، بل يرى الإسلام أن الانسان عمر الأرض أول مرة مع التوجيهات الإلهية ثم أتاه في كل عهد من يوجهه ويهديه، فلم يزل الأنبياء يعلمونه حقوق الله وحقوق العباد، فعلموه ما هي حقوق الله عليه، كما أخبروه ما هي حقوق العباد عليه، وبالإضافة إلى عبادة الله وحده لاشريك له، فقد ضمت تفاصيل النظام الشرعي حسبما تقتضيه الأوضاع، فانتقدوا الإنسان إن لم يؤد حقوق الله عليه، نبذوا الشرك ونشروا التوحيد ورفعوا عقيرتهم ضد من أتلف من الإنسان حقوق أخيه، ولم يزلوا يسعون للقضاء على الظلم والاعتداء ولإقامة العدل والمساواة، إن التاريخ البشري مرتبط بالوحي والرسالة إرتباطاً لاينكر.

والحقوق التي منحها الله الإنسان تشمل حق الاستفادة من الكون؛ لقد جعل الله هذا الكون الرحيب بحيث ينسجم مع الإنسان كاملاً، وسخر له البر والبحر، فجعل الأرض مستقراً له، يمكن التعايش وقضاء الحياة فيها، وحق له – بصفته إنساناً – أن يستفيد من نعمه ماشاء، فقال الله –تبارك وتعالى: "الله الذي خلق السماوات والأرض وأنزل من السماء ماء، فأخرج به من الثمرات رزقاً لكم، وسخر لكم الفلك لتجري في البحر بأمره، وسخر لكم الأنهر (سورة مريم: ٣٢-٣٤).

كأن الله خلق للإنسان نعما لاتحصى ولاتعد، ومنحه حق الاستفادة منها،

وقبل أن نبدأ في بيان هذه الحقائق وما يشابهها، يناسب لي ذكر حدود المواطن والمواطنة. حد المواطن والمواطنة: ان الدولة تضم نوعين من الناس: سكان الدولة أي مواطنوها وأتباعهم، السكان الأجانب والمقيمون. والمواطن لفظاً – الساكن، ولكنه في المصطلحات – يعني أعضاء الدولة الدين يمنحهم دستورها الحقوق المدنية والسياسية، أما الأجانب فإنهم إنما يستحقون بعض الامتيازات فحسب، ويحرمون الحقوق المدنية والسياسية.

ولمنح الجنسية أو الحصول عليها يختار اليوم أحد المبدأين:

الأول مبدأ الرحم، فيعد كل طفل مواطن دولة يحمل أبواه جنسيتها.

الثاني: مبدأ الولادة فكل مولود يولد في دولة بعد من مواطنيها. ويعتمد في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية على هذين المبدأين لتعيين الجنسية، وللدولة أن تمنح الجنسية للأجنبي – إياً كان – ويسمن هذا "بالتجنيس" (Nationalization) (المبادئ السياسية، باب: ٤، ص: ٦٩، ط: قاضي ببليكشنز).

والمبدأ الثاني حبذا لو يعمل به في كل دولة، بل لابد أن يعمل به ليسعد المولود بحقوق المواطنة منذ ولادته. فلنفترض أن أحد المواطنين في دولة وله جنسيتها: لكنه يود مواطنة دولة أخرى فأي شئ يكون أساساً لإعطائه الجنسية؟ اختلفت المبادئ كالقيام بالنشاطات الاقتصادية، ولكن لايمكن للإنسان أن يقوم بالنشاطات الاقتصادية هادئا مطمئنا إلا إذا اطمئان قلبه بشأن قيام الدولة بمنحه الجنسية، والطمأيننة الكاملة إنما تحصل إذا يسعد بالجنسية، وهذا من طبيعة البشر. والقصد للمواطنة الدائمة إنما يعرف إذا أقام أحد في دولة مدة مديدة، فيحسن أن تجعل الإقامة إلى مدة أساساً لمنح الجنسية، أما تعيين تلك المدة فأربع سنوات أو ما يقاربها وهذا يناسب لذلك كما أرى، وذلك استفادة

مما ذكره المحدثون من التساؤل لديهم: كم المدة التي إن أقامها الشخص في بلد نسب إليها؟ أربع سنين، وهو قول عبد الله بن المبارك (تيسير مصطلح الحديث باب: ٢٠، ٢٣٣، ط: مكتبة فيصل، ديوبند).

(٢) توجد ههنا أربع صور لمن يريد المواطنة في دوله أخرى: (أ) مواطن كافر يود أن يتوطن في دولة غير إسلامية (ب) مسلم يود التوطن في دولة إسلامية (ج) كافر يود التوطن في دولة مسلمة (د) مسلم يود التوطن في دوله غير إسلامية. الصورة الأولى لا تعيننا، أما الثانية فقد ذكرت في السؤال الثاني، وقد ذكرت الصورة الثالثة في السوال الرابع، والرابعة في السؤال الخامس.

ففي السوال عن الصورة الثانية أي إذا أراد مسلم أن يتوطن في دولة إسلامية، ينظر هل هو مواطن لدولة مسلمة أو كافرة؟ فإن كان مواطنا لدولة إسلامية ولايوجد فيها ما يدفعه إلى الهجرة إنما يقوده إلى التوطن في دولة أخرى أمنية يتمناها، فلا يجب على الدولة – التي يود أن يهاجر إليها – الاستجابة والاعتراف بطلبه، لأنه في رعاية حاكم مسلم، ويستطيع أن يعمل بما يدعو إليه دينه بدون أي عائق؛ نعم إذا كان له عذر هناك مثل أن يحرم فيها – مع كونها دولة إسلامية – بعض الأمور الدينية، والتعليم الديني والحقوق الأساسية، يحسن بالمسلم أن يعيش في دولته ويبذل ما في وسعه من الجهود في الحصول على الحقوق الأساسية، فإنه إذاً من المرجو أن تتكلل جهوده بالنجاح وتتحسن الأوضاع).

مع ذلك، إذا أراد مواطنو مثل هذه الدول المواطنة في دول أخرى لعذر لديهم ينبغي لحكام الدول المسلمة أن يضغطوا على الدول التي قد حرمت مواطنيها المسلمين حقوقهم؛ إنما قلت ذلك، لأن إعطاء المواطنة لمن يطلبها لايحل مشكلتهم، فإن الذين على سرير الملك من المسلمين ينبغي إرشادهم إلى أن لايكونوا عائقاً للآخرين، وإلى اعطاء حقوق المواطنين لتحصل الفائدة لمن يود التوطن في دولة أخرى لأوضاع تدعو لذلك ولكن لا تتحقق لهم أمنيتهم؛ نعم لو كان حاكم دولة أو حزب حاكم يذهب مذهب طائفة ضالة فلا يتوقع منهم أن يعطي حقوقهم الأساسية والقيام بأمورهم الدينية والدراسات الإسلامية فالأخوة الإيمانية والاخاء والحمية تقتضي أن يعطوا المواطنة؛ لأن هؤلاء المسلمين ضاقت عليهم الأرض بما رحبت فتعود إلى حكام الدولة الإسلامية مسؤولية توطينهم في دولتهم.

ولو كان هو مواطناً لدولة غير إسلامية ويود أن يتوطن في دولة إسلامية عندئذٍ يرى أهو في ضيق هناك أم الأوضاع هادئة؟ والناس أحرار في عبادتهم، مع ذلك كله يريد هذا الشخص التوطن في دولة إسلامية فإعطاء الجنسية له حسن، كمن هاجر من أصحاب النبي (صلى الله عليه وسلم) من مكة المكرمه إلى الحبشة وتوطن فيها ولم يكن عليهم هناك أي ضيق أو غذر، فعاشوا هناك. يقول جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه: لما نزلنا أرض الحبشة جاورنا خير جار و أمنا على ديننا، عبدنا الله تعالى لا نوذى أو نسمع شيئاً نكرهه (السيرة الحلبية، باب: الهجرة الثانية إلى الحبشة ص: ٣٠، ج: ٢، ط: دار المعرفه، بيروت).

وبمناسبة وقعة خيبر لم يعد النبي (صلى الله عليه وسلم) جعفر الذي كان من المهاجرين إلى الحبشة، بل أبدى سروره بمقدمه ففي السيرة الحلبية:

وقدم عليه (صلى الله عليه وسلم) بعد فتح خيبر جعفر بن أبي طالب (رضي الله عنه) من أرض الحبشة ومعه الأشعريون.... ولما أقبل عليه (صلى الله عليه وسلم) جعفر (رضي الله عنه) قام (صلى الله عليه وسلم) إلى جعفر وقبله بين عينيه (غزوه خيبر، ص: ٧٥٦، ج:٢، ط: دار المعرفة، بيروت).

فعلم مما ذكر أن جعفر بن أبي طالب أقام بدولة مسيحية مدة مديدة حتى بعد ما هاجر (النبي صلى الله عليه وسلم) إلى المدينة المنورة لأجل ذلك فرح النبي (صلى الله عليه وسلم) بقدومه لأنه كان لقيه بعد زمن طويل، فقال النبي (صلى الله عليه وسلم): ما أدري أ أنا بقدوم جعفر أسر أم بفتح خيبر.

ومما يجدر بالذكر أن جعفراً رجع عام ٧/من الهجرة، ولم يعد إلى الحبشة حتى استشهد في غزو موتة، ولو أتاها من دولة كافرة يتعرض مسلموها للاضطهاد، وقد فرض الحطر على عباداتهم، وتنتهك حرمة شعائرهم، فيجب إعطاء الجنسية لمثل هؤلاء المسلمين كوضع أصحاب النبي (صلى الله عليه وسلم) والذين هاجروا من مكة إلى المدينة المنورة فسمح لهم بالاقامة هناك دائماً ومثل هذا قد اعتنق الناس الإسلام وأقاموا في المدينة المنورة، ولم يكتف النبي بذلك، بل جعل المؤاخاة بين كل صحابين، وقد قدم الأنصار إلى المهاجرين ما يملكونه من الأموال والعقارات، والفائدة الأخرى لمنحهم حق المواطنة أنهم يدخلون في رعاية حاكم مسلم بعد ما كانوا تحت سلطة الكفار.

(٣) إن الإسلام حث المؤمن على أن يحب أخاه ويخلص له الودّ، في ضوء ما تفيده الآية القرآنية: "إنما المومنون إخوة" اتخذ بين المومنين أخوة إيمانية فجعلهم يحب بعضهم بعضاً، وقد مثل النبي (صلى الله عليه وسلم) المؤمنين بجسد واحد إذا اشتكى بعضه يشتكي كله فعن النعمان بن بشير قال قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد، إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى (مسلم، كتاب البر والصلة، باب: تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم، رقم الحديث، ٢٥٨٥/٦٥، ص: ١١٢٢، دار بن حزم، بيروت) وقد حث فيه النبي (صلى الله عليه وسلم) على مواساة الناس في آلامهم ومصابهم، فقال سماحة المفتي محمد تقي العثماني: تداعى له أي دعا بعضه بعضاً إلى المشاركة في الألم (تكملة فتح الملهم، رقم الحديث: ٦٦/ ٢٥٨٦، ج١١، ط: المكتبة الأشرفية، ديوبند). وقال للمزيد من الإيضاح: قال ابن أبي جمرة: "الذي يظهر أن التراحم والتوادد والتعاطف، وإن كانت متقاربة في المعنى، لكن بينها فرق لطيف .... وأما التعاطف فالمراد به إعانة بعضهم بعضا، كما يعطف الثوب عليه ليقويه"، كذا في الباري (تكمله فتح الملهم، رقم الحديث: ٢٥٨٦/٦٦، ص: ٣٠٤، ج:١١، ط: المكتبة الأشرفية، ديوبند).

إن لإعانة من يواجه من المؤمنين المشاكل في دولة غير مسلمة صورتين: الأولى أن يضغط على الحاكم الجبار لهذه الدولة لينجو المضطهدون: لكن يصعب العمل به في العصر الراهن، الثانية: أن يمنح الجنسية لمن يأتي دولته ويود المواطنة فيها من المضطهدين بدل أن يسمح لهم بالجوء فحسب ليعيشوا عيشة راضية. وقد ورد عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: ولينصر الرجل أخاه ظالماً، أو مظلوما، إن كان ظالماً فلينهه فإنه له نصر، وإن كان مظلوماً فلينصره (صحيح مسلم، كتاب البر والصلة، باب نصر الأخ ظالماً أو مظلوماً، رقم الحديث: ٦٢، ٢٥٨٤، ص: ١١٢٢، ط: دار ابن حزم، بيروت). ويجمل لحكام هذه الدولة أن يلاحظوا أمثال قول النبي (صلى الله عليه وسلم) "ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة" (صحيح مسلم، رقم الحديث: ٥٨، ٢٥٨) لينجو كاملاً هذا المومن المضطهد من ظلم الحاكم

وجوره بفضل المواطنة الممنوحة له من قبل الدولة الإسلامية. لو لكن لم يعط الجنسية بل حق اللجوء فحسب فمن الممكن أن يتعرض للمصاعب إذا يعود إلى دولته، كما يحتمل أن يتلف ماكان يملكه خلال غيابه ويضطر إلى أن يعيش هنا أيضا كاللاجئين فلا تتحقق له الطمأنينة كما تحصل للمواطن، لأنه من الممكن أن تنتهي مدة حق اللجوء مما يسفر إلى أن تكون حياته وبالا عليه، فعاطفة منح اللجوء من قبل الحاكم المسلم تستحق المدح، لكن لوخطا أكثر في إعانته لكانت إعانته كاملة.

(٤) في ضوء ما تفيده التعليمات الإسلامية أن المواطنين لابد أن تحصل لهم الحقوق التالية:

حق التصويت: لقد استشار عبد الرحمن بن عوف –لانتخاب أحد من عثمان وعلي كخليفة – استشار الناس جميعاً حتى النساء، ولم يفرق بين سكان المدينة ومن أتاها من البلاد الأخرى، بل استشار كل من هب ودب حتى المارة والأعراب، وفي البداية والنهاية: ويروى أن أهل الشورى جعلوا الأمر إلى عبد الرحمن ليجتهد المسلمين في أفضلهم ليوليه، فيذكر أنه سأل من يمكنه سؤاله من أهل الشورى وغيرهم فلا يشير إلا بعثمان بن عفان حتى انه قال لعلي: أرأيت إن لم أولك بمن تشير به علي، قال بعثمان، وقال لعثمان أرأيت إن لم أولك بمن تشير به قال بعلي بن أبي طالب وينخلع عبد الرحمن منها لاختيار الأفضل، وليجتهدن في أفضل الرجلين فيوافيه، ثم نهض عبد الرحمن بن عوف (رضي الله عنه) يستشهد الناس فيها ويجمع رأي المسلمين برأي رؤوس الناس وأقيادهم جميعا وأشتاتا، مثنى وفرادى ومجتمعين سرا وجهرا، ثم خلص إلى النساء المخدرات في حجابهن وحتى سأل الوالدان في المكاتب وحتى سأل من يرد من الركبان والأغراب إلى المدينة في مدة ثلاثة أيام بلياليها (البداية والنهاية، خلافة أمير المومنين عثمان بن عفان (رضي الله عنه) ص: ١٥٩، ١٦٠، ج: ٧، ط: دار الفكر العربي).

حق الترشح في الإنتخاب: لابد أن يحصل حق الترشح لكل من تتوفر فيه الموهبة والاهتمام بالمشاكل الاقتصادية والقدرة على حلها والأمانة والصدق وما إلى ذلك من المؤهلات الواجبة لحاكم مسلم، وقد منحت عدة دول حق الترشح بعد حق المواطنة،

وقد هاجر الخلفاء الأربعة إلى المدينة المنورة وأقاموا فيها، واستخلف كل منهم واحد بعد آخر بعد ما توفي النبي –صلى الله عليه وسلم– كما تولي مسؤلية الإمارة عدد من أصحاب النبي (صلى الله عليه وسلم) المهاجرون من البلاد الأخرى.

حق التوظف في الإدارات والمراكز الحكومية: فمثلاً أبو هريرة (رضي الله عنه) كان من "دوس" في اليمن، حضر المدينة المنورة منذ غزوة تبوك بعد ما اعتنق الإسلام وجعلها وطناً له وقد عينه عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أميراً للبحرين، وتولي مسؤولية إمارة المدينة المنورة في عهد معاوية، وبهذا أسندت إليه مسؤوليات حكومية.

يقول محمد غضنفر: قد عين عمر بن الخطاب أبا هريرة أمير البحرين .... وسعد بتولى إمارة المدينة المنورة في زمن معاوية، وتارة استولى مروان بن الحكم على هذا المنصب وأخرى يتولاه أبو هريرة (حكم الصحابة أي (الصحابة الحكام) ص: ٦٤٣،٦٤٦).

وقد عمل أبو هريرة كوظف حكومي قبل تولي إمارة البحرين، فقد فوض عمر حقيبة الضريبة إلى قدامه بن مظعون وإلى أبي هريرة فوض حقيبة الشرطة والقضاء، ووفقا لرواية أخرى فوض إلى قدامة حقيقة الضريبة وإلى أبي هريرة حقيبة الصلاة والقضاء.

وعلى كل غادر أبو هريرة بعد ما قام بهذه المسؤوليات أياما إلى المدينة المنورة ثم عينه عمر أميرا للبحرين (أبو هريرة حياته وخدماته، باب: ٤،الخلافة الراشدة، ص: ٦٣، ط: نعيمية ديوبند).

حق التعلم في المدارس وحق الاكتساب والمحاولة له: لما هاجر عبد الرحمن بن عوف إلى المدينة المنورة آخى النبي (صلى الله عليه وسلم) بينه وبين سعد بن الربيع الخزرجي (تهذيب الكمال في أسماء الرجال: رقم الترجمة: ٣٩٢٣، ص: ٣٢٦، ج: ١٧، ط: مؤسسة الرساله) وقدم إليه أخوه الأنصاري سعد بن الربيع الخزرجي للمشاركة في ممتلكاته كما قدم إلى غيره من المهاجرين، ولكنه لم يقبله بل سأله أن يدله على السوق ليتجر فيه فاشتغل بالتجارة، وقد أخرج البخاري في صحيحه فقال: لما قدموا المدينة آخي رسول الله (صلى الله عليه وسلم) بين عبد الرحمن بن عوف وسعد بن الربيع الذي قال لعبد الرحمن: إني أكثر الأنصار مالاً، فاقسم مالي نصفين، ولي أمرأتان فانظر أعجبها إليك، فسمها لي أطلقها، فاذا انقضت عدتها فتزوجها، قال: بارك الله لك في أهلك ومالك،

ابن سوقك؟ فدلوه على سوق بني فينقاع، فما انقلب إلا ومعه فضل من قمح وسمن .... الخ (فتح الباري، كتاب مناقب الأنصار، باب اخاء النبي (صلى الله عليه وسلم) بين المهاجرين والأنصار، رقم: ٣٧٨٠، ص: ٤٨٦، ط: دار الفكر بيروت).

حق الحصول على العدل المقاضاة في المحاكم: يجب أن يحصل هذا الحق لكل من يمنح جنسية دولة أخرى لئلا يتعرض للظلم والاعتداء وليحي حياته في جو آمن.

يقول محمد محمود الفيض آبادي الذي جمع الحقوق التي يحتاج إليها كل مواطن:

إن الغرض الأساسي من قيام الدولة هو صيانة مواطينها وتوفير الوسائل والمقومات لتقدمهم ونشوء شخصياتهم. ولاشك أن قانون الدولة هدفه الحصول على الهدف العادل، وإنما يعد قانون الدولة صائبا، لأنه يضمن للمجتمع الأوضاع الخارجية التي لايمكن بدونها نمو أفراد المجتمع ونشأتهم. هذا الأوضاع والكيفيات الخارجية تسمى "بالحقوق".

ومما لايخفى أن المسؤولية الأساسية للدولة هي الاعتراف بهذه الحقوق قانونياً وتنفيذها بشكل صحيح فيما لو تمت إقامة الدولة لتربية الشخصية الإنسانية، فيتحقق هذا الهدف الذي جاءت لأجله إقامة الدولة، ولكن من الجدير بالذكر أنه كما للأفراد حقوق على الدولة، فان على الأفراد أعياء ومسؤوليات تجاه الدوله، وهكذا فإن المجتمع يعتمد على التضامن والتكافل.

تعين الدولة حقوقها في ضوء العدل والإنصاف، فإن العدل هو من القيم العالية التي هي عبارة عن مجموعة الحرية والمساواة والأخوة؛ والعدل يعني كيفية الانسجام والتوافق والتضامن بين هذه القيم الأساسية الثلاثة، فلو كانت الحرية مبدأ من مبادئ العدل، فالعدل يعني التوافق بين صور الحرية على اختلاف أنواعها، بل بينها وبين المساواة، وبينها وبين الأخاء فالمقصد الأعلى للعدل هو عبارة عن تحقيق مجموعة هذه المبادئ الثلاثة، وإقامة التجانس بين مقتضيات هذه المبادئ ذات الجهات المختلفة وبين العمليات كما أنه يقيم الانسجام بين هذه القيم الثلاثة، بل يقيم التوافق بين حقوق الفئات المختلفة التي يتصادم بعضها بعضاَ.

والأنواع الثلاثة للحرية هي فيما يلي:

(أ) الحرية الشخصية (ب) الحرية المدنية والسياسية (ج) الحرية الاقتصادية.

كما أن كل فرد – بوصفه فرداً من البشر – عضو حرٌّ في للدولة، وهكذا كل فرد ولد كغيره من الأفراد في رتبة مساوية، ولكن هذه المساواة ليست نفس المساواة الفطرية، فإن الله (عزوجل) لم يجعل الإنسان سواسياً ولم يهب جميعهم مواهب مماثلة ولايمكن أن يسلك مع كل أحد سلوكاً مساوياً، بل المراد بالمساواة في الحياة المدنية مساواة في الرتبة القانونية لكل فردٍ وأهليته أمام القانون.

النوع الثاني من المساواة – وهو أهم نوع– المساواة الاجتماعية، وهي حرية التكافؤ بالفرص الاجتماعية المساوية للآخرين في المجتمع، وهي التي تقتضي – ضرورياً– أن لايفرق بين أفراد وأفراد، أو بين فئات وفئات، وأن لاتمنح التسهيلات لبعض الأفراد دون البعض الآخرين.

النوع الثالث من المساواة: المساواة السياسية أي حرية الأفراد وكغيرهم من أفراد الدولة في التصويت والترشيح للمناصب السياسية، والمساهمة في كل نوع من أنواع النشاطات السياسية.

النوع الرابع من المساواة: المساواة الاقتصادية أي حرية الحصول على الرتبة المساوية للاكتساب والتوظف – مع جميع التسهيلات– وحرية المقاومة.

توزع الدول اليوم الحقوق بين أعضاء الدولة في ضوء مبادئ الحرية والمساواة والإخاء وتنفذها عن طريق نظامها القانوني؛ هذه المبادئ تعين الحقوق المشتركة، بل كل مبدأ من هذه المبادئ في فئته الخاصة، يرتبط بالحقوق الخاصة كما أنه يقوم بتصفية توزيعها، عملاً بهذا نستطيع أن نوزع الحقوق في فئات أربع: حقوق الحرية، حقوق المساواة، حقوق نتعلق بنجاح الفرد، وحقوق الملك الشخصي.

١– حقوق الحرية تتمثل في ثلاث فئات: حقوق الحرية السياسية، حقوق الحرية المدنية، حقوق الحرية الاقتصادية حقوق الحرية السياسية تضم –في عامة الأحوال– حق المساهمة في انتخابات الدولة والترشح للمناصب السياسية وحق التقدم بالطلب والشكاوى إلى الحكام وحق رفع الظلم، حق إتخاذ الحزب السياسي وإن شملته الحرية السياسية إلا أنه ترتبط به حرية التعبير والاحتجاج والاحتفالات أي الحرية المدنية العامة.

لقد تم توزيع حقوق الحرية في هذا العصر إلى ثلاثة جداول: (أ) الحرية الشخصية أي حق الأمان للنفس والجسم والهوية (بعدم إيذاء الجسم والمعاقبة غير الإنسانية ضبان عدم التدخل في الخلوة والمسكن، وحرية التنقل والسفر في داخل الدولة وحرية المقام والتعايش في أي موضع فيها، وحرية السفر إلى البلاد الأجنبية والعود منها وحق اللجوء في الدول الأخرى) (ب) حقوق حرية النشاطات الذهنية كحرية العقيدة والقلب والدين، وحقوق الحرية الفكرية وحقوق حرية التعبير والاجتماعات والأنظمام لحزب (ج) حقوق حرية النشاطات العملية كالمعاهدة والتجارة وحرية شراء وبيع الممتلكات وحق الزواج وتعمير الأسرة وما إلى تلك.

٢- حقوق المساواة: وهي تضم – على الأقل – ستة حقوق: (أ) المساواة القانونية أي حق مساواة الرتبة القانونية (ب) حق تلقي السلوك من الآخرين وحق التحفظ المساوى في نظر القانون (ج) حق تلقي السلوك المساوي للآخرين في أداء الضرائب والمكوس، (د) حق الحصول على الفرص الاجتماعية المساوية للآخرين (هـ) حق الحصول على الوظائف الحكومية والمناصب السياسية والتكريمات الرسمية الحكومية كالمواطنين الآخرين (و) المساواة السياسية أي حق المندوبية المساوية في سياسة الدولة كالآخرين، وحق التقدم إلى المحاكم بطلب رفع الظلم والاعتداء، وحق الاحتجاج ضد الخيانة والاضطهاد بطريقه لائقة ملتزماً بلوائح حكومية وحق العصيان المدني والاحتجاج.

(٣) حق الحصول على خدمات الفلاح: لقد استخدم ليون ديوغوئي – أحد الاختصاصيين القانونيين في فرنسا مصطلح أمن المجتمع بدل الأخوة ليعين للأفراد ثلاثة حقوق للفلاح، كما عين وإزائها ثلاثة واجبات على الحكومة (أ) حق تلقي الدراسة (ب) حق استلام المساعدة الحكومية حينما تشتد إليها الحاجة (ج) حق التكسب والحصول على وسائله. كما ان مبدأ الأخوة أو التعاون يحيط – بالإضافة إلى المساعدة الحكومية والمعيشة – بالشعوب الأخرى في الحياة، وطبقاً له يحصل كل إنسان على حق تلقي جميع

التسهيلات والخدمات التي يحتاج إليها الناس للنجاح الذهني والمادي في كل ميدان من ميادين الحياة.

(٤) حقوق الملك الشخصي: جميع النشرات المتعلقة بالحقوق الإنسانية والصبيعية التي تم إصدارها لحد قد إبرزت حقوق الملك الشخصي، ولم يزل معظم المفكرين السياسين منذ القدم قد جعلوا الملك الشخصي لازماً لنجاح الفرد وفلاحه (المبادئ السياسية، باب: ٤، المواطنة والحقوق والواجبات المدنية، ذكر تحديد أنواع الحقوق، ص: ٧١٠٧٨، ط: قاضي ببليشرز دهلي).

و أذكر هنا جميع الحقوق التي تم ذكرها فيما سبق مرتبة فيما يلي:

فلسفة فكرة الحقوق الإنسانية أن الإنسان يحتاج ليقضى حياته إلى بعض الحرية والوقار والحقوق التي إذا فقدها أحد لايمكن له أن يعيش كإنسان، إنما تحصل هذه الحقوق لكل إنسان بصفته إنساناً.

إن الإسلام منذ عهده الأول عنى بحقوق الإنسان عناية بالغة وهذه العناية كانت على المستوى الإقليمي لما أن الإسلام في عهد النبي (صلى الله عليه وسلم) لما يجاوز جزيرة العرب (الدولة) إذ صيغت القوانين على مستواها. ولما جاوز الإسلام في عهد الخلفاء الأربعة إلى البلاد الأجنبية وانتشر على المستوى الدولي صاغ كل واحد من الخلفاء في عهده القوانين العملية في ضوء ما أفادهم اجتهادهم وأجراها، وهكذا تقر الأمم المتحدة اليوم بهذه الحقوق على المستوى الدستوري، فإليك بعض هذه القوانين واللوائح.

١- لكل فرد حق الحرية والحياة وصيانتها، ٢- لايهدف الإنسان أيا كان للإيذاء والظلم والسلوك الذي لايليق بالإنسان، ٣- تمنح لكل إنسان هويته التي تعني إسمه وهويته الشخصية الفردية إذ يرى القانون الإنسان سواسيا لايفرق بين فرد وآخر. والإمتياز كيفما كان يعد اعتداء على حقوق الإنسان فلقد قدمت إلى محكمة شريح القاضي قضية علي (رضي الله عنه) فسلك شريح القاضي مع كون علي خليفة سلوكا بين الخصمين ولم يسلك مع الخلفية سلوكاً يدل على الامتياز.

ولكل فرد أن يرفع الأمر إلى المحكمة العليا إذا رأى استغلالاً لحقوق الانسان والحقوق الأساسية كما أبدت إمرأة رأيها بشأن المهر في ضوء الآية القرآنية ضد ما أبداه عمر –رضي الله عنه– من الرأي، مع أن عمر كان خليفة وكان يعين القضاة بنفسه كأنه كان قاضي القضاة.

ولايسجن الانسان ولايعتقل أو يخلو أحد بدون جريرة، ويقدم كل من سجن إلى محكمة مبنية على المساواة الصافية كما قدم سبايا الحرب إلى النبي (صلى الله عليه وسلم) وإيصاء الصحابة بالمعاملة الحسنة معهم.

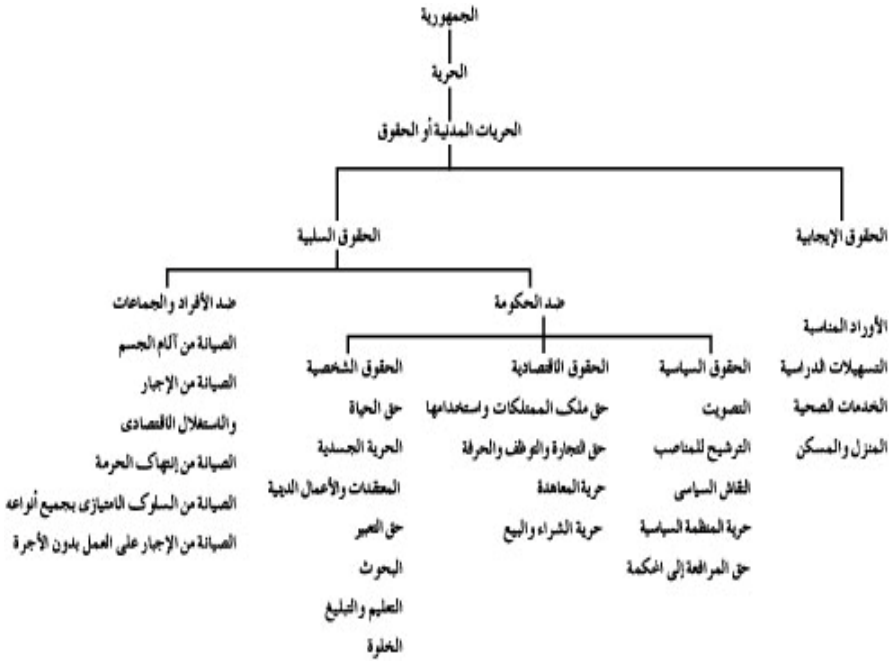
لكل فرد أن يعيش حيث شاء، ويرتحل حيث شاء في دولته كما جعل الطريق آمنا عملاً بميثاق صلح الحديبية ليسهل على الناس الذهاب والإياب، كما يثبت لكل فرد حق اللجوء والأمان في الدول الأجنبية كما كان ميثاق "الحديبية" يشمل مادة تشابهه، لكن الكفار التزموه –لكونهم أغلبية – من جانب واحد فحسب.

لكل مواطن حق المواطنة لايكتسب أحد المواطنة جبراً ولايمنع عن تبديل الجنسية والمواطنة. كل واحد يستطيع أن يشتري العقار منفرداً أو مشتركا مع غيره، ولايحرم أحد ممتلكاته التي في حيازته قانونياً بدون جريرة.

لكل فرد أن يتبنى فكرأ في ضوء ضميره وديانته، وأن يعبر عنه بدون أي عائق.

لكل فرد حرية التعبير عما في ضميره، لكن يجب عليه أن يجتنب إبداء الرأي بشأن عزة أحد وكرامته وحياته الخاصة والمعاملات العائلية والخاصة كما أعربت إمرأة عن رأيها أمام عمر (رضي الله عنه) بشان المهر.

و وفقاً للطريقة الديمقراطية السائدة اليوم ينبغي ان يضمن لكل فرد حق التجمع آمناً وإجراء المسيرات والتظاهرات، ولكن لايجبر أحد أن يكون عضواً لمنظمة، كما يستطيع كل فرد أن يساهم في الأمور السياسية وإنتخاب الحكومة، كاستشارة عبد الرحمن بن عوف (رضي الله عنه) لانتخاب عثمان (رضي الله عنه) كخليفة، ولكل فرد حق مساو للآخرين نحو الأهداف والأمور التي تديرها الحكومة لصالح الشعيب. الرقابة المالية منعا للتزوير والخيانة على الطريقة الجمهورية والمشاركة فيها حق أساسي لكل مواطن.



لابد أن يتوفر لكل فرد حق العمل الذي يضم الصيانة عن البطالة كما يجب أن يكون لكل فرد حق العضوية في الاتحاد التجاري وإنشائه والمشاركة فيه، إلى جانب ذلك لابد أن يتوفر لكل فرد حق الاستراحة والتنزه الذي يشمل أمر مواعيد العمل والرخص؛ وهكذا يجب أن يثبت لكل فرد حق العيشة الراضية الذي يشمل القوت واللباس والمسكن والعلاج والصيانة الاجتماعية علاوة على ذلك لابد أن يحصل لكل إمرأة وطفل حق الرعاية الخاصة زمن الحمل والولادة، وحق تربية الأطفال تربية صالحة إذا ولد الطفل بالارتباط الزواجي بين الرجل والمرأة، أما إذا ولد بارتباط غير شرعي (الزنا) فالولد يستحق حق التربية والحضانة وإن عوقبت المرأة جزاء لعملها الشنيع فأن المعاقبة لابد أن تتأخر إلى إنتهاء زمن الحضانة كما أن إمرأة غامدية أقرت بالزنا لدى النبي (صلى الله عليه وسلم) فأخر –عليه الصلاة والسلام– تنفيذ الحد عليها إلى أن تضع المرأة حملها ثم حضرت المرأة فأخر النبي (صلى الله عليه وسلم) الحد إلى زمن حضانة الولد وعني (عليه الصلاة والسلام) بتربية الولد وحضانته.

وإذا زنت الحامل فحدها الجلد حتى تتعافى من نفاسها أي ترتفع (يريد به تخرج منه)، لأن النفاس نوع من المرض فيؤخر إلى زمان البراء بخلاف الرجم، لأن التاخير لأجل الولد وقد انفصل، وعن أبي حنيفة (رحمه الله) أنه يؤخر إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته، لأن في التاخير صيانة الولد عن الضياع (هداية، كتاب الحدود، ص: ٥١٣، ج:٢).

يجب أن يحصل لكل فرد حق التعلم، لأن توفير التعليم الأساسي من واجبات الحكومة الجمهورية كما يجب أن يثبت لكل أحد حق الحياة المدنية، وحق الاستفادة من المخترعات الحديثة ومنه حق خيار الحفاظ على الفوائد الاقتصادية والخلقية التي استقاها من الاكتشافات.

هكذا يجب أن يحصل حق الحرية الممنوحة على المستوى الإقليمي والدولي ليمكن العمل بجميع هذه الحقوق. لاشك أن على كل فرد مسؤوليات على المستويات المختلفة لعالم البشرية كله، وهي التي تضمن الحفاظ على حقوق الآخرين، و بهذا يتكون مجتمع يعتمد على الحقوق الإنسانية. ولاشك أنها توفر إمكانية التقدم لكل فرد وهكذا يستطيع الإنسان أن يسعد –بواجباته ومسئولياته– بمعيار خاص للنجاح البشري عملاً بأوضاع معظم دول اليوم، ولا تؤول هذه الحقوق بحيث تهدد ألأمن والهدوء والحرية وتستغل حقوق الآخرين، وبتعبير آخر أن لاتكون الحرية الثقافية الشخصية إرهاباً للآخرين (الموسوعة الأردوية الشاملة، ص: ٩٥، ج: ٣).

لقد منح الاتحاد السوفيتي السابق حق اللجوء، ولكنه على المستوى القانوني فحسب، فكثير من الدول جعلت اللاجئين كالمقيمين، ولكن هذه المنظمة العالمية لا تزال ساكتة، هذا الخيار في الإسلام يعبر عن المواساة تجاه البائسين والمضطهدين وهو هنا يستحق المدح والثناء حتى أنه منح الأمان لمن طلبه مع أنه اعتدى و قام بالمقاومة.

وعليه أرى أن يحصل لهم كل نوع من الحقوق التي تم ذكرها، ومن الحقوق السياسية أن لايعطى للاجئين سوى حق التصويت وحق المرافعة إلى المحكمة فحسب، ولايعطوا بقية الحقوق، ولو أقام اللاجئون في موضع واحد فليرسلوا أحداً من أنفسهم إلى البرلمان ليكون مندوباً لهم فيه ويقدم مشكلاتهم إلى أعضاء البرلمان، وهكذا ففي رأيي أن الأبد للمسلم من ملاحظة الصور الست التالية:

(١) إذا أراد مسلم التوطن في دولة غير إسلامية فلا بد أن ينظر ما هو حاله فيها في نظر الإسلام وقانون الدولة وأي شئ دعاه إلى المواطنة فيها؟ فبدون هذين الأمرين لايمكن تطبيق أي حكم من أحكام الشرع عليه. يقول سماحة المفتي محمد تقي العثماني:

"أن المواطنة في دولة غير إسلامية واختيار جنسيتها والإقامة فيها على الدوام أمر يختلف حكمه باختلاف أهداف وأغراض من يريد ذلك من المسلمين. فمثلاً:

إذا تعرض أحد المسلمين في وطنه للاضطهاد والأذى أو خشي يزج به في السجن بدون مبرر حقيقي أو تصادر ممتلكاته وليس لديه للنجاة من هذه المشاكل سوى اختيار المواطنة في دولة غير إسلامية، يجوز له في مثل هذه الأوضاع أن يتوطن في دولة غير إسلامية كمواطن مستقل فيها، ثم يجب عليه أن يطمئن أولاً أنه يلتزم بعد التوطن فيها بالأحكام الشرعية ويجتنب ما يتواجد فيها من المنكرات والفواحش.

(٢) و إذا واجه أحد في وطنه مشاكل اقتصادية ولم ينجح –مع تكثيف الجهود– بالحصول على مصدر رزق في دولته حتى ساءت حالة واشتدت به الحاجة، ففي مثل هذه الأوضاع لو وجد هذا الرجل وسيلة لكسب في دولة غير مسلمة، ولأجلها يوثر المواطنة في تلك الدوله فله أن يتوطن فيها مع الالتزام بالشروط الماضية، فإن كسب الحلال أيضاً فريضة بعد الفريضة ولم يقيده الشرع بمكان دون آخر، بل سمح لذلك سماحاً عاماً أن يبتغوا الفضل حيث شاؤا، ففي التنزيل العزيز:

"هو الذي جعل لكم الأرض ذلولاً فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور" (الملك: ١٥).

(٣) وهناك من يتوطن في دولة غير إسلامية ويهدف بذلك أن يدعو شعوبها إلى الإسلام ويحضهم على اعتناقه وعلى ونشر التعاليم الإسلامية بين من يقيموا فيها من المسلمين ويحملهم على أن يدوموا على إسلامهم فاختيار المواطنة في الدول تلك لمثل هذه الأغراض جائز، بل يثاب صاحبه، وقد هاجر كثير من أصحاب النبي (صلى الله عليه وسلم) اختاروا التعايش في الدول غير المسلمة، فعد هذا من مآثرهم ومناقبهم.

(٤) إن كان لأحد في دولته وسيلة للكسب بحيث يتيسر له أن يعيش فيها كغيره من المواطنين، ولكنه يهاجر إلى دولة غير إسلامية طلباً للترف والرفاهية فلا يخلو هذا عن الكراهة، لأنه يشبه إلقاء النفس في تيارات الفواحش والمنكرات بدون هدف صالح لدينه أو دنياه، ومن المعلوم أن المخاطرة بدينه وخلقه بدون حاجة ملحة لاتجوز أصلاً، وقد شوهد أن كل من اختار المواطنة في دولة كافرة طلباً للإثراء والحياة العالية المستوى تضعف حميتهم الدينية فيستسلمون للأعمال الكفرية وبذوبون أمامها سريعاً، ومن ثم منع النبي (صلى الله عليه وسلم) عن موالاة المشركين والتعايش معهم بدون حاجة شديدة، وقد أخرج أبو داؤد عن سمرة بن جندب أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: "من جامع المشرك وسكن معه فإنه مثله" وقد روي عن جرير بن عبد الله أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: "أنا برئ من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين، قالوا: يا رسول الله! لم؟ قال: لا ترى أي ناراهما". وقال العلامه الخطابي في شرح هذا الحديث النبوي: فيه وجوه أحدها معناه: لايستوى حكماهما قاله بعين أهل العلم وقال بعضهم: معناه أن الله قد فرق بين داري الإسلام والكفر فلا يجوز لمسلم أن يساكن الكفار في بلادهم حتى إذا أوقدوا ناراً كان منهم بحيث يراها، وفيه دلالة على كراهة دخول المسلم دار الحرب للتجارة والمقام فيها أكثر من مدة أربعة أيام (معالم السنن ص: ٣٧، ج:٣).

وقد أخرج أبوداؤد في مراسيله عن مكحول عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: "لاتتركوا أولادكم بين المشركين" (تهذيب السنن لابن قيم، ص: ٤٣٧، ج: ٣)، من ثم يقول الفقهاء: اختيار المواطنة في دار الحرب بمجرد التوظف وزيادة أهل الحرب مما يجرح عدالة الإنسان (تكلمة رد المحتار ١/١٠١).

(٥) الصورة الخامسة أن رجلا يختار التوطن في دولة غير مسلمة ليكون إشرف في المجتمع ويترفع على الآخرين من المسلمين وهو يختار مواطنة الدولة الكافرة إيثاراً لها على التوطن في الدولة المسلمة وظناً منهم أنها خير من مواطنة الدولة المسلمة أو يختارها ليكون مثل أهلها ويتشبه بهم عن طريق محاكاتهم في التعيش والحياة المحلية، فاختيار المواطنة لمثل هذه الأغراض لايجوز أصلاً، ووجهه لايخفى (المقالات الفقهية، المقالة: مسائل جديدة معاصرة للدول الغربية، ص: ٢٢٢-٢٢٥، ج:١، ط: زمزم، ديوبند).

(٦) قد تم توطين الكفار كمواطنين مستقلين في الدول المسلمة في القرون الماضية ويمنحون حقوقهم التي ذكرها الفقهاء في كتبهم باسم "أحكام أهل الذمة"، ولكن اليوم لايخفى على أحد ما يكتمه الكفار من العداوة ضد الإسلام وأتباعه، فلو منح الكفار تأشيرة الإقامة إلى مدة مديدة في دولة إسلامية فمن الممكن أن يتجسسوا وينسجوا المؤامرات فيكون قدمهم خطراً على المسلمين، فلما كان هذا خطر في حال منحهم التاشيرة للإقامة الطويلة فما ظنك بما إذا منحوا الجنسية و حق المواطنة مستقلاً.

إذاً – لاشك– يزداد الخطر أضعافاً مضاعفة، فنقول: لايمنح الكفار حق المواطنة والجنسية إلا في أوضاع خاصة تدعو إليها، وذلك مع شروط تجب عليهم مراعاتها.

ولكن على كل يجب أن ألا تفوض إليهم المناصب في المصالح الحكومية ذات الحساسية كمصلحة العسكر والمصالح والمناصب الحكومية العالية، كما مراقبتهم مراقبة جيدة.

ملخص البحث:

(١) ينبغي أن تجعل الإقامة لمدة طويلة أساساً لمنح المواطنة.

(٢) يجب على الدولة الاعتراف بكل طلب يتقدم به المسلمون الدين يعيشون في دولة قد فرض فيها الحظر على عباداتهم وشعائرهم أو كان حكامها من مؤيدي فرقة ضالة خاصة فيعتدون على من ليس من تلك الفرقة، فلو لم يكن هناك حظر على عباداتهم بل المواطنون – على اختلاف دياناتهم وثقافتهم – أحرار في القيام بعباداتهم، وإنما يود المهاجرون مواطنة دولة أخرى لأجل رغبتهم وشوقهم فلا يجب على الحكام قبول طلباتهم.

(٣) لايجمل الاعتراف بالكفاء كواطنين بالحصول على.

(٤) حقوق المواطنة هي:

(أ) الحقوق الإيجابية ولها أنواع أربعة

(ب) الحقوق السياسية ولها أنواع ستة

(ج) الحقوق الاقتصادية ولها أنواع أربعة

(د) الحقوق الشخصية ولها أنواع سبعة

(هـ) الحقوق العامة للأفراد والجماعات.

وممن المكن أن يزداد عدد الحقوق إذا بالغ أحد في التحقيق التعمق، كما يمكن أن يقل عددها إذا ذكرها أحد موجزاً أو مجملاً، وقد تم ذكر تفاصيل هذه الحقوق في جدول الجواب عن السؤال الرابع.

(٥) ينبغي الاكتفاء بمنح اللاجئين حق التصويت وحق اللجوء إلى المحاكم من الحقوق السياسية، أما بقية الحقوق فيعطي جميعها كالحقوق الإيجابية والحقوق الاقتصادية وما إلى ذلك.

(٦) يختلف الحكم باختلاف العصور والأوضاع وأغراض من يختار التوطن، فإذا وجد مسلم في دولته المسلمة الاضطهاد والاعتداء فيزج به إلى زنزانة السجون وتصادر أمواله بدون أي عذر حقيقي، ولم يبق له للنجاة من جور الحاكم سبيل سوى اللجوء إلى دولة كافرة فلا بأس بأن يختار مواطنة دولة كافرة.

أما في حالة رجل يواجه مسائل اقتصادية فلا يجد –مع تكثيف الجهود– مصدر رزق في دولته المسلمة ونجح بوسيلة مباحة للكسب في دولة غير إسلامية فيسمح له بالمواطنة في دولة كافرة. كما يحسن سماح المواطنة في دولة كافرة للمسلم الذي يهدف بالمواطنة إلى نشر الإسلام وتعليماته بين مواطني الدولة الكافرة. أما من يود المواطنة في دولة غير إسلامية لمجرد الشراء والإكثار من المال والمبالغة في التعيش أو تحقيقا لشوقه ورغبته بشأن المواطنة في دولة أخرى فلا ينبغي السماح بذلك.

(٧) ينبغي السماح في منح الجنسية لغير المسلمين أوضاع خاصة، ولكن مع شروط تجب مراعاتها كما يجب أن لاتسند إليهم مسؤوليات المناصب الهامة – ذات الحساسية في أهم المصالح الحكومية.

* * *

موضوع

من المسائل المتعلقة بالميراث والوصية

* ورقة الأسئلة
* القرارات والتوصيات
* عرض المسألة
* خلاصة البحوث
* من البحوث والدراسات

ورقة الأسئلة:

بعض القضايا المتعلقة بالميراث والوصية

إن أحكام الميراث جزء مهمّ من أحكام الشريعة الإسلامية، فقد بيّن القرآن الكريم بالصراحة والقطع أحكامَ الميراث ومسائله المختلفة وحصصَ الورثة الشرعيين. وأكد الله سبحانه وتعالى على أهمية أحكام الميراث وقطعيتها بقوله: "فريضة من الله" (النساء: ١١).

إن مسؤولية تقسيم التركة حسب الحصص الشرعية بعد وفاة شخص تعود إلى ورثته، فعليهم أن يقوموا بتقسيم التركة فيما بينهم حسب قانون الميراث الإسلامي حتى لا يحرم وارث شرعي من حقه الشرعي ويستوفي كل وارث إرثه بكامله، كما عليهم أن يقوموا أوّلا بتأدية الحقوق التي تترتب على المتوفي قبل تقسيم الميراث. ولو يجهل الورثة أحكام الميراث وطريقة تقسيم التركة فعليهم أن يستفتوا العلماء والمفتين عن هذا. ولو يَحُول وارث أو غير وارث دون التقسيم الشرعي للتركة فيجب على الحكومة أن تقوم بتقسيم التركة حسب قانون الميراث الإسلامي.

الجدير بالذكر أن عددا كبيرا من المسلمين يقطنون في الدول التي لا يُتبَع فيها قانون الميراث الإسلامي، وفي الجانب الآخر لا تتواجد لدى المسلمين القاطنين في تلك الدول بوجه عام رغبة العمل على قانون الميراث الإسلامي وتقسيم التركة وفق الحصص الشرعية بغض النظر عن مصلحة ذاتهم. وإذا يشعر وارث أن مصلحته تضمن في تقسيم التركة حسب قانون الدولة فيحاول تجنب العمل على تقسيم التركة وفق الشريعة الإسلامية، ومن هنا لا يتم تقسيم التركة وفق الحصص الشرعية. علما بأن الطريقة الوحيدة لتحقيق التقسيم الشرعي للتركة في مثل هذه الدول هي أن يقوم المتوفي قبل وفاته بكتابة الوصية في تركته المتوقعة لورثته المتوقعين حسب الحصص الشرعية. ومن المعلوم أن قرابة جميع الدول غير المسلمة تعطي الأهمية والأولوية لوصية المتوفى وتعمل وفقها. ومن هنا يقطع أن الورثة سوف يحصلون على حصصهم الشرعية بعد مثل هذه الوصية في مثل هذه الدول.

فانطلاقاً من هذه الخلفية نطرح إليكم بالتالي بعض الأسئلة المتعلقة بهذه المسألة:

١. لو يقوم مواطن دولة، (لا يُتبَع فيها قانون الميراث الإسلامي) بتسجيل الوصية في حياته في تركته المتوقعة سعيا إلى تقسيم التركة بين ورثته المتوقعين وفق الحصص الشرعية، فهل كتابة هذه الوصية واجب أو جائز أو محظور؟
٢. هل كتابة مثل هذه الوصية بالإجمال أو بالتفصيل تتعارض مع الحديث النبوي الشريف: "لا وصية لوارث"؟
٣. ما هو المقصد الحقيقي للحديث النبوي الشريف: "لا وصية لوراث"؟ هل يُقصد منه حظر الوصية التي تهدف إلى إعطاء وارث أكثر مما يستحقه فحسب أو يشمل هذا الحظرُ الوصية التي يقوم بها المورث في حياته هادفا إلى تقسيم تركته بين الورثة حسب الحصص الشرعية أيضا؟
٤. يرجى منكم التكرم بالإشارة إلى الأشكال والصور الأخرى التي يمكن اتخاذها لتحقيق قانون الميراث الإسلامي في الدول غير المسلمة.
٥. يتفق جمهور الفقهاء على أن المسلم لا يرث الكافر ولا يرث الكافر المسلم. إلا أنه يُرى في بعض البلدان غير المسلمة أن المورث المسلم يكون له بعض الأقرباء من غير المسلمين الذين لو كانوا مسلمين كان لهم الحق في تركته، ونرى أن ذلك الشخص غير المسلم يرث مورثه المسلم بموجب قانون البلاد. فالسؤال هو: لو كان المورثُ غيرَ مسلم فهل يجوز لوارثه المسلم أن يقبل حصته من تركته بموجب قانون البلاد، لأنه لو لم يقبل فيتم تقسيم حصته بين الورثة الآخرين؟ ففي جانب ينفع الوارث غير المسلم من تركة مورثه المسلم فهل يجوز للوارث المسلم أن يستفيد من تركة مورثه غير المسلم بموجب قانون البلاد؟ وهل يصح له أن يبذل جهده للحصول على حصته في مثل هذه التركة؟

علما بأن هذه المسألة لها أهمية كبرى نظرا إلى مهمّة الدعوة الإسلامية بين غير المسلمين، لأنه يمكن أن يكفّ شخص عن اعتناق الإسلام لو علم أنه سوف يحرم إرث والده الثري الغني، وقد يتعرض للمشاكل المالية بسبب حرمانه من إرث والده نتيجة

اعتناق الإسلام. كما أن هذا الوضع المالي السيئ للذي اعتنق الإسلام قد يكفّ بعض الآخرين الذين يرغبون في الإسلام وتعاليمه عن اعتناق الإسلام. علما بأن الدعاة المسلمين في الهند يتعرضون لمثل هذه المشكلة في البلاد.

٦. في بعض الأحيان يقوم المورث بتقسيم الحصص بين أولاده في حياته سعيا إلى أن لا يحدث الاختلاف بين أولاده بعد وفاته، ويطالب بتقسيم تركته بين ورثته حسب تقسيمه، ويراعي المورثُ الحقَ الشرعي لكل ورثته في تقسيم الميراث. ولكن هذا العمل يعتبر وصية من حيث أنه لا يهب أمواله بين ورثته في حياته ولكنه يود تقسيم تركته بعد وفاته حسب رضاه. فهل يجوز هذا النوع من الوصية؟ لأن المقصود منها إقامة العدل في تقسيم الحصص بين ورثته وليس المقصود منها إضرار أي وارث.

٧. لا تجوز الوصية في حق وارث، إلا أن الوصية التي يرضى بها الورثة الآخرون جائزة. فالسؤال هو: هل يكون رضا الورثة الآخرين معتبرا بعد وفاة المورث أم يكون معتبرا في حياته أيضا؟ على سبيل المثال لو أوصى شخص في حق أحد أولاده —لسبب ما— بموافقة جميع الورثة الآخرين الذين وقعوا على ذلك، ولم يجعل ذلك هبة له كي لايكون ذلك الشيئ الموصى به من اختياره، فهل يكفي هذا الرضا لتنفيذ وصيته بعد وفاته؟

٨. إن الأشخاص المحرومين من الأولاد يُقلقهم مستقبل زوجاتهم بعد وفاتهم، فهل يجوز لهم أن يقوموا بالوصية في حقهن حال عدم وجود أي وارث آخر لهم؟

٩. لو أوصى المتوفي بأكثر من ثلث ماله في حق وارثه أو غير وارثه وكان الورثة الآخرون راضين عن هذا فهل تعتبر هذه الوصية؟

* * *

القرارات والتوصيات:

قرار
بشأن
قضايا في الفرائض والوصايا

عقد مجمع الفقه الإسلامي بالهند ندوته الثالثة والعشرين في الفترة ما بين ٢٨، ٢٩ ربيع الآخر – ١/ جمادى الأولى ١٤٣٥هـ الموافق ١–٣/ مارس ٢٠١٤م بـ " جامعة علوم القرآن، جمبوسر، غجرات"، وقد حضرها لفيف من رجال الفقه والاجتهاد من كل من أفغانستان، وبنجلا ديش، والإمارات العربية المتحدة، والجزائر، وأميركا، وكندا، وبريطانيا، وجنوب أفريقيا وغيرها من البلاد علاوة على ما يقارب من خمسمئة من رجال الفقه الإسلامي وفقهاء الشريعة ممثلين عن جميع أنحاء الهند. وبعد تدارس ما تم تقديمه من البحوث إلى المجمع حول خمسة موضوعات هامة وملحة، وهي: " تأجير الأرحام وإعارتها"، و"المواطنة"، و"عقد الاستصناع" و "قضايا في الهبة"، و"قضايا في الفرائض والوصايا"، وبعد الاستماع إلى المناقشات التي دارت حولها قررت الندوة ما يلي :

أولاً: إن قانون الميراث جزء مهم من أحكام الشريعة، وتقسيم التركة حسب ذلك واجب محتم على المسلمين، فلو كان ثمة نظام لتقسيم الإرث يتنافى مع الأحكام الشرعية في قطر من الأقطار يجب على المسلمين هناك أن يطالبوا الحكومة بتنفيذ نظام الإرث الإسلامي ويبذلوا جهوداً سلمية، وما لم ينفذ هذا النظام الإسلامي قانونياً لا بد لهم من بذل المجهود لتنفيذه تطوعاً.

ثانياً: في البلدان التي لا يجري فيها نظام الإرث الإسلامي، ولا يصل إلى الورثة حقوقهم الشرعية من دون الوصية، يجب كتابة وصية تكون ذريعة إلى تقسيم التركة وفق قانون الشريعة بعد وفاة المورث؛ بالإضافة إلى أن يجعل المورث

أحداً وكيلاً (وصياً) في حياته لتنفيذ وصيته، حتى لو زاد عدد الورثة أو قل عما كان وقت الوصية فيحق لذلك الوصي أو الوكيل أن ينقص أو يزيد العدد وفق الحكم الشرعي.

ثالثاً: وكتابة الوصية للسهام الشرعية التي يستحقها الورثة لا تتنافى مع حديث رسول الله (صلى الله عليه وسلم) "لا وصية لوارث" لأن مصداق هذا الحديث وصية يقصد بها إضرار وارث من الورثة.

رابعاً: لا عبرة في حق الوارث بوصية زائدة عن سهامه المقررة في الشرع، إلا أن يجيزها الورثة جميعاً، ولا يعتبر برضاهم إلا بعد موت المورث.

خامساً: لا يرث مسلم كافراً ولا كافر مسلماً شرعاً.

سادساً: والبلدان غير المسلمة التي تقرر فيها السهام وفق دستورها للأقارب غير المسلمين في تركة أقاربهم من المسلمين وبالعكس، يجوز للمسلمين هناك قبولها من حيث أنها نوع من عطايا الحكومة.

* * *

عرض المسألة:

مسائل من الميراث والوصية

(رقم السؤال ١، ٢، ٣، ٤، ٧)

المفتي راشد حسين الندوي*

ناقشت الندوة الثالثة والعشرون العروض والأبحاث المقدمة من الخبراء حول موضوع "مسائل من الميراث والوصية" مناقشة مركزة، وتلقى المجمع حول الموضوع تقريباً ٤٨ بحثاً وعلى رأس الأسئلة الموجهة في ورقة الاستفسارات سؤال عن البلدان التي لا تلتزم بالقانون الإسلامي الإرثي، فهل يجوز للمسلمين فيها إملاء الوصايا لإيصال الحقوق إلى أربابها أم يجب أم يمتنع؟

رأى الكتّاب حول هذه السؤال ثلاثة آراء:

الرأي الأول: جوز الكتاب الذين تلي أسماؤهم مثل هذه الوصايا:

(الأستاذ زبير أحمد القاسمي، والأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، والمفتي مقصود علي الفرقاني، والمفتي اعجاز الحسن باندى القاسمي، والأستاذ عبد العظيم الندوي، والأستاذ محمد أنيس الندوي، والأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، والأستاذ عمر بن يوسف الكوكني، والأستاذ ظفر عالم الندوي، والأستاذ عبد الجليل القاسمي، والأستاذ محمد صادق المباركفوري، والأستاذ السيد قمر الدين محمود القاسمي، والأستاذ محمد رياض أرمان القاسمي، والحافظ كليم الله العمري المدني، والأستاذ عبيد الله الندوي، والمفتي شبير أحمد القاسمي، والأستاذ أحسن عبد الحق الندوي، والأستاذ محمد منصف البدايوني، والأستاذ أرشد علي الرحماني، الدكتور حسن الأشعري، والمفتي رحمة الله الندوي).

---

* مدرسة ضياء العلوم راي بريلي

عرض المسألة

الرأي الثاني: وجب الكتاب الذين أسماؤهم فيما تلي مثل هذه الوصايا:

(الدكتور المفتي شاهجهان الندوي، المفتي لطيف الرحمن، المفتي أبصار أحمد الندوي، المفتي عبد القيوم البالنفوري، خواجه نظام الدين اليوسفي، المفتي سلمان البالنفوري القاسمي، والدكتور ظفر الإسلام الصديقي، والأستاذ حمد الياس القاسمي، والأستاذ جميل أحمد النذيري، والأستاذ نعيم أختر القاسمي، والمفتي رضوان الحسن المظاهري، والاستاذ عبد الرشيد الكانفوري، والأستاذ محمد أخلاق القاسمي، والأستاذ عبد الحكيم البالنفوري القاسمي، والأستاذ ولي الله المجيد القاسمي، والأستاذ رياسة علي القاسمي، والأستاذ أبوسفيان المفتاحي، والمفتي أكمل اليزداني القاسمي، والأستاذ نور الحق الرحماني، وكاتب هذه السطور راشد حسين الندوي).

بينما استدل الأستاذ إرشاد القاسمي بدلائل:

وقال: إنها تدل على الوجوب إشارة ولكنه لم يقم بالبت في الآمر.

الرأي الثالث: مثل هذه الوصايا لغو ولا اعتبار لها صرح به المفتي حبيب الله وأشار إليه الأستاذ عبد الله السعدي بعد أن نقل عبارة من كتاب "تحفة المحتاج".

المستدلات:

من الذين يرون هذا الرأي المفتي حبيب الله القاسمي وهو يقول: الحصص الشرعية المنصوص عليها يقبض عليها أربابها بعد وفاة المورث، فلا وصية لوارث.

يقول الأستاذ عبد الله السعدي مستدلا بعبارة تالية من تحفة المحتاج ١٦/٧.

وقال ابن حجر والوصية لكل وارث بقدر حصة مشاعاً كنصف وثلث لغو لأنه يستحقه بغير وصية الخ.

مستدلات القائلين بالجواز:

١. إن الله تبارك وتعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث. و استدل بهذا الحديث المفتي شبير أحمد القاسمي قائلاً: قد وضح بهذه الألفاظ أن الله قد

جعل لكل وارث حقه فلا يزاد ولا ينقص فتبين المراد بالحديث "لا وصية لوارث". أن لا يزاد في حصة الوارث الشرعية بالوصايا، فإن عين المورث في حياته للورثة الحصص الشرعية التي قررها الله سبحانه فهذا لا يخالف النص ويصح شرعاً، واستدل بمثل هذه المستدلات الأستاذ أحسن عبد الحق الندوي، والأستاذ محمد رياض أرمان القاسمي).

٢. إن عدم جواز الوصية بالوارث في الحديث "لا وصية لوارث" لأجل علة الضرر إلا أن يجيزها الورثة "فلا علة في المنع عن الوصية المذكورة، فتجوز (الأستاذ زبير أحمد القاسمي، والمفتي شبير أحمد القاسمي، المفتي مقصود علي الفرقاني، والمفتي إعجاز الحسن باندي القاسمي، والأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، والأستاذ عبد الجليل القاسمي، والأستاذ محمد صادق المباركفوري، والأستاذ محمد رياض أرمان القاسمي، والأستاذ محمد أنيس أحمد الندوي).

٣. التركة ما لا يخلفه الميت فالقسم من واجبات الورثة فلا يقال بالوجوب (الأستاذ عبد الجليل القاسمي، والأستاذ السيد قمر الدين محمود القاسمي).

٤. الحديث النبوي الشريف، لا ضرر ولا ضرار، والقاعدة الفقهية: "الضرر لا يزال" (الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي).

٥. عبارة من حاشية الشرواني، "خرج به قالوا لبعضهم بقدر حصته، كان أدمي قد أوصى لأحد بنيه الثلاثة بثلث ماله فإنها تصح ..... الخ" (الأستاذ عمر بن يوسف الكوكني).

٦. عبارة من أحكام القرآن للجصاص "فلما قيل فيها بالمعروف وإنها على المتقين، دل على أنها غير واجبة، يقول الأستاذ ظفر عالم الندوي مستدلاً بها، إنها تدل على أن حكم الوصية بالأقارب قبل نزول آيات الميراث وكان غير واجب عند بعض العلماء وتستحب مثل هذه الوصايا كذلك حيث لا تمكن القسمة.

٧. استدل الأستاذ عبد العظيم الندوي بعبارة تالية من "الفقه الإسلامي وأدلته" ويرى بعض فقهاء الشافعية والحنابلة "أن هذا التقسيم من المورث جائز" .... الخ.

عرض المسألة

٨. واستدل الأستاذ عبيد الله الندوي بدلائل آتية:

(أ) لا بد من نص على الوجوب.

(ب) اختلاف الفقهاء في الجواز وعدمه يدل على عدم الوجوب.

(ج) تتعرض بعض المسائل فيما إذا كثر عدد الورثة.

(د) الوصية تتبرع فلا تجب.

واستدل الذين أوجبوها بمستدلات آتية:

١. "يا أيها الذين آمنوا قو أنفسكم وأهليك ناراً (الآية)، يقول الأستاذ خواجه نظام الدين اليوسفي محتجاً بالآية: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من أهم فرائض الدين، والورثة هم أبناءنا وأولادنا فيجب علينا أن لا ندع لهم مجالاً للانصراف عن الشريعة الإسلامية فيحد ربنا أن نختار لهم إلى حد ممكن، ما يساعدهم بعد وفاتنا في التمسك بالتشريعة بتقسيم التركة شرعاً.

٢. الإسلام يأخذ بالنية والمقاصد، "إنما الأعمال بالنيات.... الحديث، وإن قسمت هذه الوصية بالوصية لكنها في الواقع تقسيم الإرث، هذه الوصايا تخل النظام الإرثي الإسلامي وتضيع حقوق الورثة وهذا ظلم وعدوان، ودفع الظلم واجب (الأستاذ نور الحق الرحماني، والأستاذ نعيم أختر القاسمي، والأستاذ جميل أحمد النذيري، والمفتي عبد الله الكاوي).

٣. أما الوصية الواجبة فهي ما ترتب عليها إيصال الحقوق لأربابها (كتاب الفقه على المذاهب الأربعة) (الأستاذ أخلاق القاسمي).

٤. فصل القرآن الكريم الأحكام الإرثية وأوجب القسمة بما فصلها، (للرجال نصيب مما ترك الوالدان .... الآية)، و (يوصيكم الله في أولادكم ..... الآية)، وقال النبي (صلى الله عليه وسلم): "الحقوا الفرائض بأهلها" وهذه الأحكام تتعلق بالمؤمنين الباقين بعد وفاة المورث، لكن إن يتوقف الإتيان بالحكم على بعض أعماله يجب عليه ذلك العمل، قال بعض المفسرين خاصة خاطبه الله سبحانه وتعالى في "يوصيكم"، وقبل الخطاب لذوي الأولاد على معنى "يوصيكم" في توريثهم إذا متم (روح المعاني ٢١٦/٤). (الأستاذ راشد حسين الندوي، والأستاذ عبد الرشيد الكانفوري، والمفتي شاهجهان الندوي، والأستاذ محمد إرشاد الله القاسمي).

٥. يقول العلامة الكاساني عن الآية (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ... الآية) فقال بعضهم "الوصية" بقيت واجبة للوالدين والأقربين غير الوارثين بسبب الكفر والرق (بدائع الصنائع ٤٢٤/٦)، فيجدر بأن تجب لأجل إيصال الحقوق إلى حقوقها (الأستاذ راشد حسين الندوي، والأستاذ عبد الرشيد الكانفوري، والمفتي رضوان الحسن المظاهري، والمفتي شاهجهان الندوي، والأستاذ محمد إرشاد الله القاسمي).

٦. ومن الأصول الفقهية الشهيرة: "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب" (فقه النوازل: ٢٢٥١٣) (الأستاذ إلياس القاسمي، والأستاذ خواجه نظام الدين اليوسفي، والأستاذ عبد الرب السعادتي، والمفتي أبصار أحمد الندوي).

٧. ومن فتاوى دار العلوم بديوبند (٥٠١/١٧) يجب عليه التسجيل رسمياً في مثل هذه الأحوال (المفتي سلمان البالنفوري).

٨. أوجب المفتي سعيد أحمد البالنفوري في كتابه "الخير الكثير شرح الفوز الكبير رقم الصفحة: ٢٤١، التسجيل رسميا (المفتي عبد القيوم البالنفوري، والأستاذ محمد إرشاد الله القاسمي).

٩. ونقل الأستاذ أبصار أحمد الندوي عبارة تلي من فتاوى الشبكة الإسلامية "وإذا كان الأب المذكور لا يستطيع أن يحفظ لابنه حقه هذا إلا بالوصية له بالمال فالواجب أن يوصي له به..... الخ (٦١٩٢/١٢).

والرأي القائل بالوجوب هو من أرجح الآراء لأن مستدلات القائلين بالجواز تبنى على أنها لا تعارض "لا وصية لوارث"، لكن لم يبحث عنها فقيهاً بحكم أنها لا تنافي الحديث المذكور، أما ما استدلوا به من أن تقسيم الميراث يعود على الورثة فقوي جداً لكن رده الموجبون بدلائلهم أن تعين الحصص حينما قدرتها الشريعة وأمر المؤمنون بالالتزام بها فيلزم الإيجاب بالعمل الذي يتوقف عليه التقسيم، وأما الاستدلال بأنها تبرع لا يوجب فيقال أن المقصود من خلالها هو تقسيم الإرث وليست الوصية دقيقة ومن أقوى مستدلات القائلين بالجواز "لا ينص على وجوبها نص، ورد عليه القائلون بالوجوب أنها ليست وصية فحسب بل تقسيم الإرث بقدر الحصص الشرعية، فتنص عليه آية الميراث في

أحوال خاصة. والقاعدة الفقهية ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ترشد إليها، وتؤيد هذا الرأي فتاوى دار العلوم ديوبند ورجال العلم والفقه والله أعلم، ومن أسئلة الموضوع هل أن الوصية هذه تعارض الحديث "لا وصية لوارث" أم لا؟

فجميع الكتاب والباحثين أجمعوا على أن الوصية المذكورة لا تعارض الحديث الشريف لأن النهي ورد فيه عن الوصية التي قصد بها الإضرار لوارث والقصد من الوصية المذكورة إيصال الحقوق إلى أصحابها، وقال المفتي حبيب الله القاسمي إن الوصية للورثة لغو ولا تعتبر، وقال الحافظ كليم الله العمري الوصية المذكورة تخالف الشرعية، لكنها في البلدن التي لا تلتزم بالنظام الإرثي الإسلامي، عهد من العهود المكتوبة ويوافقه الأستاذ أحسن عبد الحق الندوي.

والرأي الراجح في ذلك ما يراه المعظم من الكتاب، تقدم الدليل الحديث المعلول بعلة التضرر.

والسؤال الثالث: يدور حول القصد من الحديث "لا وصية لوارث" فهل الوصية لوارث تنطوي على الزيادة في حصته الشرعية أم الوصية يقصد منها إيصال الحقوق الشرعية إلى أربابها؟

اتفق الكتاب بأجمعهم على أن المقصود من الحديث أن لا يزاد لوارث في حصة الشريعة، ولا ينهى عن الوصية للمتوفى التي يقصد من خلالها إيصال الحقوق إلى أهلها، وقد تقدمت المستدلات في هذا الباب إلا أن المفتي حبيب الله القاسمي أعاد الكلام هنا أن لا حاجة إلى مثل هذه الوصايا، وقال الأستاذ صادق المباركفوري إنه ينطوي على الوصية التي تلحق الفرائض بأهلها.

ويترجح رأي الجمهور وسبقت الأدلة.

والسؤال الرابع: هل ثمة صور أخرى لتنفيذ النظام الإرثي الإسلامي في الممالك غير الإسلامية؟

أتى الكتاب بأشكال مختلفة آتية:

١. أن يقسم المورث حال حياته تركته قسمة شرعية بين الورثة أو يمكنهم من القبض

عليها بالهبة، (المفتي حبيب الله القاسمي، والأستاذ أحسن عبد الحق الندوي، والأستاذ ظفر عالم الندوي، والأستاذ عبد العظيم الندوي، والأستاذ أخلاق القاسمي، والمفتي عبد الله الكاوي، والمفتي جنيد البالنفوري، والدكتور ظفر الإسلام الصديقي، والأستاذ الياس القاسمي، والاستاذ عبد الله السعدي، والأستاذ محمد رياض ارمان القاسمي، والاستاذ ولي الله مجيد القاسمي، والاستاذ أبوسفيان المفتاحي، والأستاذ أرشد علي الرحماني، والمفتي رحمة الله الندوي).

٢. تشكيل هيئة الأحوال الشخصية لتنفيذ النظام الشرعي الإرثي (الحافظ كليم الله العمري المدني، الأستاذ محمد صادق المباركفوري، والأستاذ ظفر عالم الندوي، والأستاذ عبد العظيم الندوي والأستاذ عبد الحكيم البالنفوري القاسمي، والمفتي أكمل اليزداني).

٣. أن يحمل العلماء العامة من المسلمين عليه (المفتي لطيف الرحمن، والمفتي راشد حسين الندوي، والمفتي أبصار أحمد الندوي والأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي والأستاذ عبيد الله الندوي، والاستاذ محمد منصف البدايوني).

٤. أن يطالب السياسيون لتنفيذه بعد تدوينه كقانون من قوانين الدولة (المفتي لطيف الرحمن).

٥. أن يمارس المسلمون الضغوظ على الحكومات اجتماعياً بإجراءه إلى أقصى حد ممكن، (الأستاذ عبد الرشيد الكانفوري، والأستاذ راشد حسين الندوي، والأستاذ نور الحق الرحماني، والاستاذ ارشاد الله القاسمي، والمفتي شاهجهان الندوي، والمفتي عبد القيوم البالنفوري، والمفتي عبد الله الكاوي، والأستاذ عبد الرب السعادتي، والمفتي محمد جنيد البالنفوري، والدكتور ظفر الإسلام الصديقي، القاضي عبد الجليل القاسمي، والأستاذ زبير أحمد القاسمي، والأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، والأستاذ عبيد الله الندوي، والاستاذ رياسة علي القاسمي والاستاذ محمد منصف البدايوني، والأستاذ أبوسفيان المفتاحي، والمفتي أكمل اليزداني القاسمي).

عرض المسألة

٦. أن يربي المورث أهله وأولاده تربية دينية تحثهم على الالتزام بالنظام الإسلامي للميراث (الأستاذ نور الحق الرحماني).
٧. أنشأء دار من دور القضاء مشتملة على رجال العلم والفكر (حيث يسكن المسلمون بكثرة كاثرة) تقسم الميراث تقسيماً شرعياً (المفتي شاهجهان الندوي، والمفتي أبصار أحمد الندوي، والمفتي رضوان الحسن المظاهري).
٨. أن يقسم المسلمون إلى جماعات مختلفة على حساب فئاتهم وتؤسس جمعية معنية بتقسيم الميراث وفن الشريعة المطهرة الغراء (المفتي شاهجهان الندوي).
٩. أن يبلغ المسلمون في البلدان التي أنشأت فيها دور القضاء أن يرفعوا قضاياهم إليها (المفتي أبصار أحمد الندوي).
١٠.أن يودع المورث حال حياته هي الميراث في المصارف الرسمية بأسماء الورثة وفق الحصص الشرعية ولا يملكهم بالهبة (المفتي سلمان المنصورفوري، والمفتي جنيد البالنفوري).
١١.أن يوقفه على الأولاد (الأستاذ محمد الياس القاسمي).
١٢.حمل المسلمين على حل مسائلهم في دور القضاء (الأستاذ رضوان الحسن المظاهري، السيد قمر الدين محمود القاسمي، والمفتي مقصود علي الفرقاني، والأستاذ عبيد الله الندوي، والمفتي أكمل اليزداني القاسمي).
١٣.أن يكلف المورث جمعية من العلماء لتقسيم الميراث (الأستاذ محمد رياض أرمان القاسمي).
١٤.أن يكتب المورث الوصية إلى قاضي البلاد بأن يقسم الميراث في ضوء الشريعة الإسلامية (الأستاذ محمد رياض أرمان القاسمي).
١٥.أن يضبط الميراث كعطية من العطايا للورثة (الأستاذ أنيس أحمد الندوي).
١٦.أن ينشئ المسلمون الادارات الشرعية ويرفعوا قضاياهم إليها (الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي).

وقد أشار كاتب هذه السطور بعرض السؤال السابع على المشاركين وهو ما

ملخصه أن الوصية لوارث تتوقف شرعاً على تراضي الورثة الآخرين، فهل تكفي إجازتهم حال حياة المورث أم تجب إجازتهم بعد وفاته؟

فصرح جميع المشاركين في الندوة كباحث وكاتب بأنها لا تكفي قبل مماته بل لابد من أن يجيزها الورثة بعد مماته أيضاً واستدلوا بدلائل تالية:

١. إلا أن تجيز ورثته بعد موته ولا تعتبر إجازتهم حال حياته أصلاً (الدر المختار) (الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، والأستاذ محمد أنيس الندوي، والأستاذ زبير احمد القاسمي، والأستاذ السيد قمر الدين محمود القاسمي، والأستاذ جميل أحمد النذيري، والمفتي سلمان البالنفوري القاسمي، والمفتي راشد حسين الندوي والأستاذ عبد الرشيد الكانفوري، المفتي ظفر عالم الندوي، والأستاذ عبد الحكيم البالنفوري القاسمي، والأستاذ رياسة علي القاسمي، والأستاذ محمد منصف البدايوني، والأستاذ أرشد علي الرحماني).

٢. ولا تعتبر إجازة الورثة في حال حياة الموصى حتى كان لهم أن يرجعوا بعد موت الموصي (مجمع الأنهر: ٤١٩١٤) (الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، والمفتي أبصار أحمد الندوي).

٣. لا اعتبار برد الورثة وإجازتهم في حياة الموصى فلو أجازوا في حياته أو أذنوا له في الوصية ثم أرادوا الرد بعد موته فلهم ذلك (روضة الطالبين للنووي ١٠٥/٥، المطالب ٧٦/٦) (الأستاذ محمد عمر بن يوسف الكوكني).

٤. ولا تنفع إجازتهم في حال حياته بل لابد من الإجازة بعد موته (كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ٣٢٠/١٣) (الأستاذ عبيد الله الندوي، والأستاذ محمد إرشاد الله القاسمي، والأستاذ اخلاق القاسمي، والأستاذ عبد الرشيد الكانفوري).

٥. ثم وقت الإجازة هو بعد موت الموصي ولا تعتبر الإجازة حال حياته (بدائع الصنائع ٤٨٢/٦) (الأستاذ محمد أنيس الندوي، المفتي شبير أحمد القاسمي، والأستاذ نعيم أختر القاسمي، والمفتي أكمل اليزداني القاسمي، والأستاذ أخلاق القاسمي، والأستاذ أرشد علي الرحماني).

عرض المسألة

٦. ولا تعتبر بإجازتهم في حال حياته (فتح القدير ٤٤٨/١٠) (الاستاذ محمد أنيس الندوي، والمفتي شبير أحمد القاسمي، والأستاذ محمد رياض أرمان القاسمي).

٧. ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته (الهداية ٦٣٩/٤) (المفتي شبير أحمد القاسمي، والمفتي رضوان الحسن المظاهري، والأستاذ جميل أحمد النذيري، والمفتي شاهجهان الندوي، والأستاذ أخلاق القاسمي، المفتي أكمل اليزداني القاسمي).

٨. فالجمهور على أنهم إن أجازوا في حياة الموصي كان لهم الرجوع، متى شاؤوا وإن أجازوا بعده نفا" (فتح الباري ٤٦٩/٥) (الأستاذ شبير أحمد القاسمي).

٩. ولا تعتبر إجازتهم في حياة الموصي حتى كان لهمه الرجوع بعد ذلك (الفتاوى العالمكيرية ٢٢٣/٤) (المفتي مقصود علي الفرقاني، المفتي إعجاز الحسن باندي القاسمي، المفتي سلمان البالنفوري، الأستاذ عبد الرب السعادتي، المفتي شاهجهان الندوي، المفتي لطيف الرحمن، الأستاذ صادق المباركفوري).

١٠.لا يجوز ذلك حتى يجيزوها بعد الموت ..... الخ (أحكام القرآن ١٣٢/٢) (الأستاذ فروغ أحمد القاسمي، والاستاذ الياس القاسمي، والدكتور ظفر الإسلام الصديقي، والأستاذ أخلاق القاسمي، والمفتي راشد حسين الندوي، والأستاذ عبد العظيم الندوي، والمفتي ظفر عالم الندوي، والأستاذ نور الحق الرحماني والأستاذ أرشد علي الرحماني).

١١.إن أجازوا بعد الموت ليس لهم أن يرجعوا عنها وإن أجازوا في حال الحياة فلهم أن يرجعوا بعد الموت (الفتاوى التاتارخانية ٣٨٧/١٩) (الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، المفتي جنيد بن حمد البالنفوري، والأستاذ عبد الرب السعادتي، والأستاذ أخلاق القاسمي).

١٢.ولا تعتبر الرد والإجازة إلا بعد وفاة الموصي (المغني لابن قدامة ٤٥٨/٦) (الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، والأستاذ أرشد علي الرحماني).

١٣.أن يكون الإجازة بعد موت الموصي عند جمهور الفقهاء فلا عبرة بإجازة الورثة في حال حياة الموصي (الموسوعة الفقهية ٢٤٧/٤٣) (الأستاذ عبد الجليل القاسمي).

١٤.ولا عبرة بردهم و إجازتهم في حياة الموصي (المحلي ١٦٠/٣، مغني المحتاج ٥٦/٣) (الأستاذ عبد الله السعدي).

١٥.أن تكون الإجازة بعد موت الموصي ..... الخ (الفقه الإسلامي ٧٤٧٧/١٠) (المفتي سلمان البالنفوري القاسمي، والأستاذ عبد الرشيد الكانفوري، والأستاذ حبيب الله القاسمي، خواجه نظام الدين اليوسفي، الأستاذ عبد الحكيم البالنفوري القاسمي، الأستاذ أرشد علي الرحماني).

١٦.يقول الأستاذ عبد الرب السعادتي مستدلاً بالحديث إن ما قاله النبي (صلى الله عليه وسلم) من أن "لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة يدل عليه لأنهم ليسوا بالورثة في حال حياة المورث.

١٧.لا يثبت الملك للورثة قبل موت الموصي، فلا اعتبار بإجازتهم (المفتي عبد الله الكاوي، الحافظ كليم الله العمري المدني، خواجه نظام الدين اليوسفي).

وفي نهاية المطاف يناسب لي أن أصرح بأنني عثرت على ما أعده الدكتور الصويعي شلبيك حول الموضوع لكنني لم أقم بتقديم آراءه لأنه لا يمت إلى الأسئلة الموجهة إلي من قبل المجمع بأي صلة.

* * *

ملخص البحوث:

تعيين الحصص والحقوق الشرعية للورثة بالوصية المكتوبة

المفتي أحمد نادر القاسمي •

إن الأحكام الإرثية الإسلامية لها أهمية بالغة في الشريعة الإسلامية، فلقد نص القرآن الكريم في آيات متعددة عليها وعلى قطعها ووسائلها والحصص الشريعة للورثة بكل وضوح وبيان ومايزيد من أهميتها وقطعها أن ورد في القرآن الكريم عنها لكونها "فريضة من الله" (سورة النساء: ١١).

ويعود على الورثة بعد وفاة المورث أن يقسموا تركته بقدر الحصص الشرعية للوارثين بعد "حقوق متقدمة قبل الميراث" بحيث لايزاد في الرجل ولاينقص كما يجب عليهم أن يستفسروا من العلماء والمفتيين إن لم يكن لديهم علم بأحكام الميراث، ويجب أيضاً على الحكومة أن تتمكن من تقسيم الإرث بالعدل إن يمنع عنه وارث.

عدد لا بأس به من المسلمين يقيمون بالبلدان التي لاتعنى باجراء القانون الإرثي الإسلامي والمسلمون لايهتمون باتباع الشريعة الإسلامية والالتزام بقوانينها الإرثية وتقسيم الإرث بقدر الحصص الشرعية لعدم إطلاعهم عليها وقلة رغبتهم في التعاليم الدينية. والوارث يستغل إجراء قانون البلاد وينصرف عن الإسلام وتعاليمه التي وردت عنها فلا تجري الأحكام الإسلامية في المواريث. وفي بعض البلدان لايمكن إجراء القانون الإرثي الإسلامي إلا بالوصية قبل الممات وتعيين الحصص الشرعية للورثة، ويمكن العمل بمثل هذه الوصايا في جميع البلدان غير الإسلامية وينال كل ذي حق حقه بالعدل بعد هذا الإجراء القانون المشروع.

في مثل هذه الأوضاع تنشأ أسئلة كثيرة منها:

• باحث مجمع الفقه الإسلامي الهند

١- هل املاء الوصية هذه وأمثالها في البلدان التي لاينفذ فيها القانون الإرثي الإسلامي على المسلمين حال حياتهم (لينال كل ذي حق حقه) جائز أم ممنوع؟

٢- هل يعارض املاء الوصايا في الحياة الحديث النبوي "لاوصية لوارث" فلا تعتبر شرعاً؟

٣- هل يشمل الحديث النبوي "لاوصية لوارث" فقط الوصايا التي تهدف الزيادة أو النقص من الحقوق الإرثية الشرعية أم يشمل أيضاً الوصايا التي قصدها إيصال الحقوق الإرثية الشرعية إلى أربابها؟

٤- هل هناك صور أخرى في تنفيذ القانون الإرثي للإسلام في البلدان غير الإسلامية؟

٥- ومن المسائل المتفق عليها لدى الفقهاء أن لايرث المسلم الكافر ولا العكس، لكن اليوم تشهد البلدان غير الإسلامية وضعاً لم تشهده من قبل، وهو أن المسلمين أحياناً يخلفون أقاربهم من غير المسلمين بحيث إن كانوا مسلمين يرثون بينهم، ويقسم الميراث في الورثة غير المسلمين كما أجاز قانون البلاد، كما يقسم ميراث الكافر بين ورثته المسلمين قانونياً وإن عاد على الأقارب الآخرين الكافرين فهل يجوز الانتفاع للمسلمين بمثل هذه القوانين بينما يورث الكافر من إرث المسلم؟ وهل يجدر بهم أن يسعوا لها ويقبلوها.

ومما يجدر الانتباه إليه أن هذه المسألة مهمة حداً من الناحية الدعوية، فان الكافر إن يعلم أن دخوله في حظيرة الإسلام يجر له الحرمان من إرث والدية عنه فتجر شهواء المادية قلبه أو يجر هو بمشاكل إقتصادية في بعض الأحيان، وإن إستقام وثبت لكن رقة حاله تثبط كثيراً من الناس الذين يرغبون في الإسلام وهم على وشك الدخول فيه ولاسيما في الهند التي تشهد هذه المشاهد عن الذين يشتغلون بالدعوة إلى الدين حيناً بعد حين.

٦- يوصي المورث أحياناً في الهند بتقسيم الشركة على الحصص الشرعية بين الورثة لئلا يقع بينهم نزاع وشقاق فهل تعتبر الوصية هذه؟ إذ المقصود من خلالها إيصال الحقوق الإرثية الشرعية إلى أهلها لا الإضرار بوارث.

٧- لاتعتبر الوصية لوارث إلا فيما تراضي عليها الورثة فهل تعتبر إجازتهم قبل وفاة المورث أم بعد؟

مثلاً أوصى رجل لوارث بخدمته إياه أو بفقرة إستكتب بالوصية لا الهبة له بتراضي الورثة ووقعوا عليها، فهل تكون إجازتهم هذه وتنفذ الوصية بعد موته؟

٨- هل تعتبر الوصية بكل المال لزوجته إذ لم يكن ثمة ولد أو وارث آخر شرعاً؟

٩- أوصى المورث بأكثر من الثلث لوارث وتراضي عليه الورثة، فهل الوصية معتبرة شرعاً؟

التلخيص:

تيسر التنقل لأغراض تجارية وإقتصادية إلى بلدان مختلفة والإقامة بها بنية التابيد لأقوام شتى عبر الطريق نحو التطور والإزدهار لذا أصبح العالم كله على اختلاف بقاعه وحدوده ولغاته مجتمعاً عالمياً حيث يتمتع كل فرد من أفراده بالحقوق المدنية الموحدة ويلعب دوره في بناء بلاده، وإذا تحصل له الجنسية هنا فهو مطالب بالإمتثال لأوامر البلاد وهذا من الطبيعي إذ أن كل فرد يقيم ببلدة ملتزم بأصول البلاد، والمسلم وحده مأمور بالامتثال للأحكام الإلهية مع الإضافة إلى الإلتزام بقوانين البلاد، ولذا يكابد مشاكل شتى في بعض أموره التي تتعارض بها الشريعة الإسلامية فيها مع نظرية حياة الحرية والتسليم على الرايات، والمشاركة في الإنتخاب في المحافل الدينية. هذا وأمثاله مسائل لفتت الأنظار حلاً وحرمة ومنها مسألة يعانيها المسلمون المقيمون في البلدان الغربية المختلفة في الأقليات وهي تقسيم الإرث شرعياً وتوريث الأقرباء غير المسلمين لذا قام مجمع الفقه الإسلامي في الهند باختيار هذا الموضوع المووضع في ندوته الثالثة والعشرين الموسومة "مسائل من الميراث والوصية" نظراً لعراقيل وعوائق قانونية وملكية تقاومها الأقليات المسلمة في بلاد مختلفة ولخص تقريباً أربعة وستون مقالاً تلقاها المجمع وعني بتقديم الآراء كتاب المقال وأدلتهم:

السوال الأول: في البلدان التي لاتلتزم بقوانين الإسلام هل يجب على المسلمين الذين يقيمون فيها إملاء الوصية قبل الممات (لينال جميع الوارثين حصصهم) وهل هذا جائز أم ممنوع؟

وقف الفقهاء إزاءة في مواقف ثلاثة، وهي:

الموقف الأول:

سوغ عدد كبير من كتاب المقال إملاء الوصية لتقسيم الإرث بل إستحبوه في مثل هذه الأحوال منهم الأستاذ زبير أحمد القاسمي، المفتي محمد مقصود الفرقاني، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، الأستاذ إعجاز الحسن باندي، الأستاذ عبد العظيم الندوي، الأستاذ نعيم أختر القاسمي، الأستاذ محمد أنيس الندوي، الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، الأستاذ عمر بن يوسف، الأستاذ ظفر عالم الندوي، الدكتور ظفر الإسلام الصديقي، القاضي عبد الجليل القاسمي، المفتي عبد القيوم البالنبوري، الأستاذ السيد قمر الدين بروده، الحافظ كليم الله العمري، الأستاذ أحسن عبد الحق الندوي، الأستاذ عبيد الله الندوي، المفتي شبير أحمد القاسمي، الأستاذ محمد أرشد علي الرحماني، الأستاذ رحمة الله الندوي، الأستاذ منصف البدايوني، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، المفتي أسجد القاسمي الندوي، محمد جهانغير حيدر القاسمي، المفتي سلمان المنصور فوري، الأستاذ محمد إرشاد الله القاسمي، الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، الأستاذ بدر أحمد المجيبي، المفتي عبد الرحيم القاسمي، الأستاذ محمد فياض عالم القاسمي.

وعنوا بما تهدف هذه الوصية من تقسيم الإرث وإيصال الحقوق الإرثية إلى أصحابها ضمن إجراء قانوني، وهي ليست الوصية الشرعية بل تم اللحوء إليها لأن المقصود في الشريعة إيصال الحقوق إلى أهلها وهذا ما تقوم به أحسن قيام فلا حرج في تجويزه إذا لم تعارض النصوص الشرعية بل يقول الأستاذ زبير أحمد القاسمي إنها تعبر عن تعيين الحصص الشرعية وتقسيم الإرث على النمط الشرعي (أنظر مقاله) وكذا يقول القاضي الشيخ عبد الله البنوري وهو يسلط الضوء على مقاصد الوصية المكتوبة تأسيساً على مابيناه من أن الوصية التي نتحدث عنها هي ليست الوصية الشرعية التي نص أهل العلم على أحكامها وضوابطها، وإنما هي تصرف أو إجراء قانوني مشروع يراد منه إيصال الحقوق الإرثية إلى أصحابها" (أنظر مقاله الذي لم يطبع بعد).

الأدلة:

واستدل العلماء بالشواهد الآتيه على جواز استكتاب المورث الوصية:

"كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين" (سورة البقرة: ١٨)، (أنظر المقال: للأستاذ نعيم أختر القاسمي، الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي).

"إن الله يامركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعما يعظكم به إن الله كان سميعاً بصيراً" (سورة النساء: ٥٨).

وقول البخاري: "فلم يخص وارثا ولا غيره" (صحيح البخاري ٣٨٤/١، باب قول الله عزوجل، "ومن بعد وصية يوصي بها أو دين") أنظر مقال المفتي إعجاز الحسن باندي كشمير).

"لاضرر ولا ضرار" (ابن ماجه رقم الحديث: ٢٣٤٠، ٢٣٤١).

"إنما الأعمال بالنيات" (صحيح البخاري).

"عبد الرزاق عن سفيان قال: إذا أوصى الميت لوارث فطيب ذلك الورثة في حياته، فهم بالخيار إذا مات إن شاؤوا رجعوا، لأنهم أجازوا لما لم يقع لهم ولم يملكوه إنما ملكوه بعد الموت، فإذا أجازوا بعد موته، فهو جائز وليس لهم أن يردوه قبض أو لم يقبض" (المصنف لعبد الرزاق ٨٧/٩، تنقيح الفتاوى، الحامدية ٣١٥/٢، الأشباه والنظائر، أحكام القرآن للجصاص ١٢٤/٢، معارف القرآن ٣٣٠/٣، أنوار البيان ٢٥٧/٢-٢٥٨، بهشتي زيور ٥٨/٥، المغني لابن قدامه ٤١٩/٨، شرح الكبير علي المغني ٢٣٣/٨، الفتاوى المحمودية ٢٠٦/٢٠، الفتاوى الرحيمية ٥٣٢/١٠، أحسن الفتاوى، ٢٩٣/٩، المسائل وحلها ٣٩٦/٦، أنظر: مقال الأستاذ أرشد علي الرحماني).

"عن سعد بن أبي وقاص قال: لما جاء النبي (صلى الله عليه وسلم): يعودني وأنا بمكة فهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، فقال: يرحم الله ابن عفراء، قلت يا رسول الله أ أوصى بمال مكة قال: لا، قلت: أنظر؟ قال: لا، قلت: فالثلث؟ قال: الثلث، والثلث كثير، إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم يسألون الناس في أيديهم وإنك مهما أنفقت من نفقة، فإنها صدقة حتى اللقمة التي ترفعها إلى في إمرأتك وعسى الله أن يرفعك، فينتفع بك ناس ويضر بك آخرون ولم يكن له إلا ابنة" (صحيح البخاري ٣٨٣/١،

كتاب الوصايا، مجمع الزوائد ٢٧٧/٤، أنظر مقال الأستاذ جهانكير حيدر القاسمي، الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، "أن سليمان بن الأعمش رحمه الله كان مريضاً فعاده أبو حنيفه (رضي الله عنه) فوجده يوصي لإبنه" (بدائع الصنائع ٤٣٣/٦)، (أنظر: مقال الأشباه والنظائر، القاعدة الخامسة)، (أنظر: مقال الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي).

والمراد بعدم صحة الوصية عدم اللزوم، لأن الأكثر على أنها موقوفة على إجازه الورثة" (فتح الباري ٣٨٦/٥)، (أنظر: مقال الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي).

"الأمور بمقاصدها" (الأشباه والنظائر) القياس على مسألة الإستخلاف: "ويجوز أن يعهد إلى من ينتسب إليه بأبوة أو بنوة إذا كان المعهود له على صفات الأئمة لأن الإمامة لاينعقد للمعهود إليه بنفس العهد، وإنما تنعقد بعهد المسلمين والتهمة تنتفي عنده" (الأحكام السلطانية ٩، أبو يعلى حنبلي فراء)، فلذا يصح تعيين الورثة من قبل المورث، (أنظر المقال المذكور).

"والوصية لكل وارث بقدر حصته مشاعاً كنصف وثلث نعد، لأنه يستحقها بغير وصية، ويظهر أنه لا يأثم بذالك، لأنه مؤكد للمعنى الشرعي بخلاف تعاطي العقد الفاسد" (أنظر: مقال الأستاذ عمر بن يوسف الكوكني سنداً إلى العلامة إبن حجر المكي).

واختلف الناس في الوصية المذكورة في هذه الآية هل هي واجبة أم لا؟ فقال قائلون: إنها لم تكن واجبة، وإنما كانت ندباً وإرشاداً، وقال آخرون: قد كانت فرضاً، ثم نسخت على الإختلاف منهم في المنسوخ منها، واحتج من قال: إنها تكن واجبة بأن في سياق الآية وفحواها دلالة على نفي وجوبها وهو قوله، الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف، فلما قيل فيها بالمعروف، وإنها على المتقين دل على أنها غير واجبة" (أحكام القرآن للجصاص ٢٠٠/٢، أنظر المقال للأستاذ ظفر عالم الندوي) "وفسره بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال: إلا أن يحيزها الورثة بعد موته وهم كبار، لأن الانتفاع لحقهم وهم أسقطوه ولا تعتبر إجازتهم في حال حياته) لأنها قبل ثبوت الحق إذا الحق ثبت عند الموت، فكان أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت، لأنه بعد ثبوت الحق، فليس لهم أن يرجعوا عنه" (الهداية مع الفتح ٤١٧/١٠، أنظر مقال الأستاذ أرشد علي الرحماني)

"ولو أوصى لبعض ورثته فأجاز الباقون جازت الوصية، لأن امتناع الجواز كان لحقهم لما يلحقهم من الأذى والوحشة بإيثار البعض ولا يوجد ذلك عند الإجازة، وفي بعض الروايات عنه (عليه السلام) أنه قال: لا وصية لوارث، إلا أن يحيزها الورثة" (بدائع الصنائع ٤٣٤/٦) "والمراد بعدم صحة وصية الوارث عدم اللزوم، لأن الأكثر على أنها موقوفة على إجازة الورثة كما سياتي بيانه، وروي الدار قطني من طريق ابن جريج عن عطا عن ابن عباس مرفوعاً: لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة، كما سيأتي بيانه ورجاله ثقات واحتجوا من جهة المعنى بأن المنع كان في الأصل لحق الورثة، فإذا أجازوه لم يمتنع" (فتح الباري ٦٩/٥، ٤٦٨، أنظر: مقال الأستاذ زبير أحمد القاسمي)، "ولاتجوز الوصية للوارث عندنا، إلا أن يجيزها الورثة، ولو أوصى لوارث أو لأجنبي صح في حصة الأجنبي، ويتوقف في حصة الوارث علي إجازة الورثة، إن أجازوا أجاز، وإن لم يجيزوا بطل، ولا تعتبر إجازتهم في حياة الموصي حتى كان لهم الرجوع بعد ذلك" (الفتاوى الهندية ٢٢٣/٤، أنظر: مقال المفتي محمد مقصود الفرقاني).

"يرى جمهور الفقهاء: أن هذا التقسيم لا يلزم الورثة فلهم أن يقبلوه أو يرفضوه، لأن القيمة المالية لأعيان التركة قد تكون متساوية، لكن المصلحة فيها متغايرة، فكما لايجوز إبطال حق الوارث في قدر حقه، لايجوز إبطاله في عين هذا الحق أيضاً، ويرى بعض الفقهاء الشافعية والحنابلة: وإن كان الأصح في المذهب هو الرأي السابق ان هذا التقسيم من المورث جائز، ويلزم به الورثة ما دامت القسمة عادلة، لكل وارث ما يساوي قيمة نصيبة، وبقدر حقه، ولا يفتقر التقسيم إلى إجازة الورثة، لأن حق كل وارث إنما هو في القيمة، لا في عين معينة من أعيان التركة، بدليل أن المورث لو باع في مرض موته التركة كلها بثمن المثل صح بيعه ونقد" (الفقه الإسلامي وأدلته ٩١٦/٨، أنظر: مقال الأستاذ عبيد العظيم الندوي).

"لمّا لحق المورث الخوف على أن أولاده لايقسمون التركة شرعياً بعد موته فيجب عليه الوصية لكل وارث وفق الحصص الشرعية والإشهاد عليه ويسجل الوصية المكتوبة لينتفع كل وارث بحقه سداً للفتنة" (الخير الكثير شرح الفوز الكبير/ ٢٤١، شرحه المفتي

سعيد أحمد البالنبوري، أنظر مقال المفتي عبد القيوم البالنبوري، " إن كان عليه حج أو زكوة أو كفارة أو غير ذالك من الواجبات فالوصية بذالك واجبة، وإن لم يكن فهي غير واجبة، بل جائزة" (بدائع الصنائع ٤٢٤/٦، مقال الأستاذ أسجد القاسمي الندوي)."إذا زال المانع عاد الممنوع" (مقال الأستاذ جهانكير حيدر القاسمي) وتصح الهبة وصية لكل وارث بمعين بقدر إرثه ولو لم تجز الورثة" (التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح ٨٥٣/٢، المقال المذكور). "وهذه العقود ما شرعت، إلا لحوائج العباد، فإذا مست حاجتهم إلى الوصية وجب القول بجوازها" (بدائع الصنائع ٤٢٣/٦، المقال المذكور). "إن الوصية للوارث ليست وصية باطلة بدليل إن اتصلت بها الإجازة جازت والباطل لايحتمل الجواز بالإجازة، وبه تبيين أن الوارث محل للوصية" (بدائع الصنائع ٤٣٥/٦)، "وأما إذا أراد الرجل أن يقسم إملاكه فيما بين أولاده في حياته لئلا يقع بينهم نزاع بعد موته، فإنه وإن "كان هبة" في الإصطلاح الفقهي، ولكنه في الحقيقة والمقصود استعجال لما يكون بعد الموت، وحينئذ ينبغي أن يكون سبيله سبيل الميراث" (تكملة فتح الملهم ٧٥/٢، مقال المفتي محمد سلمان المنصور فوري).

الموقف الثاني:

ويرى بعض من العلماء أن لم يبق سبيل لإيصال الحقوق الإرثية إلى أهلها إلا بها وخاصة في البلدان التي لاينفذ فيها قانون الإرث الحصة في الإرث على الوصية المكتوبة فيجب فيها على المورث إملاء الوصية في حياته لمصلحة الورثة أسماء العلماء والمفتين الذين يمثلون هذا: الأستاذ نور الحق الرحماني، الأستاذ رضوان الحسن المظاهري، المفتي جميل أحمد النذيري، الأستاذ محمد إلياس القاسمي، المفتي سلمان القاسمي البالنبوري، الأستاذ عبد الرب السعادتي، المفتي أبصار أحمد الندوي، المفتي عبد اللطيف، الأستاذ محمد رياض أرمان القاسمي، الأستاذ راشد حسين الندوي، المفتي خواجه نظام الدين اليوسفي، الأستاذ أكمل اليزداني القاسمي، الأستاذ أبو سفيان المفتاحي، الأستاذ ولي الله المجيد القاسمي، المفتي رياسة علي القاسمي الأمروهوي، الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، المفتي أبو بكر القاسمي، المفتي عثمان الغوريني، المفتي أنور علي

الأعظمي، المفتي عبد الرشيد القاسمي الكانفوري، والأستاذ عبد الشكور القاسمي أكوله، ومن الذين يلزمونها مشروطاً الدكتور شاهجهان الندوي، المفتي عبد الله الكاوي، والمفتي جنيد بن محمد بقولهم: إذا لم يمكن التقسيم على الشريعة الإسلامية أو يخاف المورث الضرر بمال الوارث عندها يجب إملاء الوصية وجوزها الدكتور ظفر الإسلام الصديقي في عامة الأحوال وأوجبها عند ما يغلب الظن في وارث أنه يخص بنفسه فوق نصيبه.

الموقف الثالث: (آراء متفرقه وتوضيح):

ويجيب المفتي حبيب الله القاسمي عن السؤال الأول أن مثل هذا الوصايا تجوز والهبة أولى في مثل هذه الأحوال وكذا يرى الأستاذ عبد الحكيم البالنبوري. ويقول الأستاذ محمد صادق المباركفوري ببطلانها ونقل الدلائل التي ورد فيها المنع عن الوصية مطلقاً، مثلاً "لاوصية لوارث" وغيره (أنظر: مقال العلماء المذكورين) فيما اكتفى الأستاذ عبد الله أسعدي بنقل العبارات الفقهية فحسب ولم يبد رأياً فيه، ونلقى المجمع أيضاً ثلاث مقالات مطولة حافلة بأنواع من العلوم والمعارف دبجها يراع ثلاثة من العلماء العرب وهم، الدكتور حسن الأشعري، الدكتور صويعي شلبك، الشيخ محمد أبو عبد الله الأبوزي. ولا توافق الأسئلة الموجهة من المجمع سوى سؤال في إجراء الإرث بين المسلم وغير المسلم فليس بمقدور هذا القلم العاجز الإستفادة بها في كل بحث إلا فيما بحثوا من إختلاف الدارين والدينين بين مسلم وغير مسلم ونضمها في الأخير بما يمكن النفع والانتفاع (أنظر سمحاً وكرامة: بحوثهم ملخصة في نهاية التلخيص). ألأدلة: يستدل الذين يدعون إلى الوصية للمورث بالدلائل التالية: الإرث حق الورثة وحرمانهم منه ظلم وجور ومنه عنه قانونياً، ومن الواجبات التي تعود على المسلم فض النزاع وتنفيذ الشريعة الإسلامية بقدر الامكان منه الظلم. والنزاع ينحل بعد إملاء الوصية وإيصال الحقوق إلى أربابها من صدر المورث وفقاً لمثل هذه النصوص: "الأمور بمقاصدها" (الأشباه)، كتب عليكم "إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين" (سورة البقره: ١٨٠): و "إنما الأعمال بالنيات" لزومها وجوبها (أنظر: مقال الأستاذ نور الحق الرحماني). وإذا لم تستكتب الوصية تقع الفتنة بعد موته بين الورثة و يقول الله

عزوجل: "الفتنة أشد من القتل" (سورة البقرة: ١٩١), "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين، فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه، إن الله سميع عليم" (سورة البقره: ١٨٠-١٨٢)، مقال الدكتور شاهجهان الندوي، المفتي أكمل اليزداني القاسمي). "يا أيها الذين آمنوا قو أنفسكم وأهليكم ناراً وقودها الناس والحجارة عليها ملائكة غلاظ شداد لايعصون الله ما أمرهم ويفعلون ما يؤمرون (سورة التحريم: ٦)، (مقال الأستاذ خواجه نظام الدين يوسف). "ينقسم حكم الوصية بالنسبة للموصي إلى أربعة أقسام: الوجوب، الندب، الإباحة، الكراهة. فأما الوصية الواجبة فهي مايترتب عليها إيصال الحقوق لأربابها كالوصية برد الودائع، والديون"، (كتاب الفقهية على المذاهب الأربعة لعبد الرحمن الجزيري كتاب الوصايا ٢٢/٣، أنظر مقال الأستاذ محمد إرشاد الله القاسمي، المفتي عبد الرشيد الكانفوري). وتجب الوصية المكتوبة كيلا يعذب المورث في القبر لبكاء الورثة عليه وانتحابهم بحرمانهم عن حقوق الإرث"، عن ابن شهاب قال: قال سالم: سمعت عبد الله بن عمر يقول: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): "يعذب الميت ببكاء أهله عليه" (النسائي، باب النهي عن البكاء على الميت، المقال المذكور للمفتي عبد الرشيد القاسمي الكانفوري، "من قطع ميراث وارثه قطع الله ميراثه من الجنة يوم القيامة" (مشكاة المصابيح ٢٦٦/١، مقال المفتي عبد الرشيد القاسمي الكانفوري، المفتي شاهجهان الندوي). و "عن ابن عمر قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): "ما حق لأمرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين إلا وصية مكتوبة عنده" (مشكاة المصابيح ٢٦٥/١، الترمذي، باب ماجاء في الحث على الوصية رقم الحديث: ٩٧٤، المفتي عبد الرشيد القاسمي)، (الأستاذ الحسن المظاهري، والدكتور شاهجهان الندوي). "الحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى وأجل ذكر" (صحيح مسلم كتاب الفرائض، رقم الحديث ١٤٤١، صحيح البخاري، رقم الحديث: ٦٧٣٢)، (الأستاذ راشد حسين الندوي).

إن مالايتم الواجب إلا به، فهو واجب" (فقه النوازل ٢٢٥/٣)، "ما كان وسيلة إلى الواجب، فهو واجب" (موسوعة القواعد الفقهية ٢٠٥/٩، أنظر: مقال الأستاذ محمد إلياس

القاسمي)، "أن عليا (رضي الله عنه) دخل على رجل من بني هاشم وهو مريض يعوده، فأراد أن يوصي، فنهاه، وقال: إن الله تبارك وتعالى يقول: إن ترك خيراً" مالاً فدع مالك لورثتك، وفي رواية: وإنك ان تدع شيئاً يسيراً فدعة لعيالك: فانه أفضل" (السنن الكبرى للبيهقي ٣٢١/٩، أنظر مقال المفتي جنيد بن محمد البالنبوري)، "عن النبي (صلى الله عليه وسلم): إنك أن تزور ورثتك أغنياء خير من أن تزورهم عالة يتكففون الناس، وإنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله، إلا أجرت بها حتى ماتجعل في إمرأتك" (صحيح للبخاري ١٧٣/١، الترمذي ٣٣/١، أنظر مقال المفتي أنور علي الأعظمي، المفتي جنيد بن محمد البالنبوري "الواجب واجب" (مقال الأستاذ عبد الرب وأبي السعادتي)، "وإذا أمر الله تعالى عبده بفعل من الأفعال و أوجبه عليه، وكان المأمور لايتوصل إلا بفعل غيره، وجب عليه كل فعل لايتوصل إلى فعل الواجب إلا به" (العدة في أصول الفقه ٤١٩/٢، مقال المفتي أبصار أحمد الندوي)، الضرر يزال (قواعد الفقه: ٨٨).

"الضرر يدفع بقدر الإمكان" (قواعد الفقه: ٨٨)، (أنظر مقال الأستاذ محمد إقبال التنكاروي) وهذا شامل لسائر الوصايا وغيرها، فمن خاف من سائر الناس من موص ميلاً عن الحق وعدولاً إلى الجور فالواجب عليه إرشاده إلى العدل والصلاح ولا يختص بذلك الشاهد والوصي والحاكم دون سائر الناس، لأن ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر" (أحكام القرآن للجصاص ٢٠٩/١، المفتي محمد عثمان البستوي الكوريني).

وهناك البعض ممن يوجبون مثل هذه الوصايا في ضوء الآيات والأحاديث والعبارات الفقهية خصوها في البلدان التي لايتوصل إلى تقسيم الإرث فيها إلا بعد جهد جهيد بعد موت المورث خوفاً من الحرمان من الحقوق أو غصب الحقوق أو وقوع النزاع وسموها بإجراء قانوني مشروع دون الوصية المكتوبة أو وسيلة شرعية لإيصال الحقوق إلى أربابها أو تقسيم الميراث قبل موت المورث عند المصلحة وفق ما أفادت مقالات الدكتور شاهجهان الندوي، الأستاذ نور الحق الرحماني، المفتي سلمان المنصور فوري، المفتي محمد رياسة علي، المفتي أنور علي الأعظمي وغيره.

السؤال الثاني: هل يعارض إملاء مثل هذه الوصايا الحديث "لاوصية لوارث"؟

فمثل هذه الوصايا يتوفى من خلالها حرمان وارث من الميراث أو النقص من نصيبه بل إنها تهدف إيصال الحقوق الشرعية إلى أهلها فلذا لاتعارض الحديث "لاوصية لوارث" في رأي عامة كتاب المقال سوى كاتبين ولأنه من المواقف المتفق عليها فلا نطيل البحث بذكر أسماء الكتاب. والمقصود من الحديث النبوي، عند العامة من الكتاب أن المنع جاء لدفع الضرر والإضرار بالوارثين الآخرين، لأن النقص والزيادة في الفريضة يثير الحسد والبغضاء بين الورثة، بينما لاتهدف مثل هذه الوصايا التي هي ليست وصية في الحقيقة إلا إعطاء كل ذي حق حقه، ولكيلا يقسم الميراث إلا بعد موته، كونه قد قيد في حياته تعيين الحصص التي أقرها القرآن الكريم والحديث النبوي وفاته قبل لمصلحة من المصالح فحسب.

وإن كان المنع من مثل هذه الوصايا مؤكداً تاكيداً بالغاً ما عينت الشريعة الإسلامية الحصص من قبل وما ورد النهي فإنه لايدري أحد من يسبق إلى الموت مما يدعو إلى إملاء الوصية في حياته بالتقسيم السابق، فمقصد الشريعة الحفظ من مثل هذه الملابسات.

"عن أبي أمامة الباهلي (رضي الله عنه) قال: سمعت رسول الله (صلى الله عليه وسلم) يقول في خطبته عام حجة الوداع: إن الله تبارك وتعالى قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث" (الجامع الترمذي ٣٢/٢، أبوداؤد ٣٩٦/٢)، (فالرواية بلفظها تجيب في هذا السؤال أنظر: مقال المفتي شبير أحمد القاسمي المرادآبادي، الدكتور شاهجهان الندوي)، "الضرر والإضرار حرام وهو في الوصية من الكبائر، وكذا في الدين، قال تعالى: "غير مضار" والإضرار راجع إلى الوصية والدين، أما رجوعه إلى الوصية، فبأن يزيد على الثلث أو يوصي لوارث، فان زاد، فإنه يرد إلا أن يجيزه الورثة لأن المنع لحقوقهم لا لحق الله تعالى وان أوصى لوارث فإنه يرجع ميراثاً، وأجمع العلماء على أن الوصية لوارث لاتجوز" (التفسير المنير ٣-٢٨٥/٤).

"ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط ألا يكون الموصي له وارثاً للموصى عند الموت، إذا كان هناك وارث آخر لقوله (عليه الصلاة والسلام): "إن الله أعطى كل ذي

حق حقه، فلا وصية لوارث" وقوله عليه الصلاة والسلام: "لاتجوز وصية لوارث، إلا أن يشاء الورثة" ولأن في إيثار بعض الورثة بغير رضا الآخرين ضرراً يؤدي إلى الشقاق والنزاع وقطع الرحم وإثارة البغضاء والحسد بين الورثة" (الموسوعة الفقهية ٢٤٦/٤٣، أنظر لمزيد من التفصيل: مقال المفتي محمد عثمان الكوريني، الدكتور شاهجهان الندوي) "أي لتكون وصية مبنية على العدل لا على الإضرار والجور والحيف، بأن تحرم بعض الورثة، ينقصه أو يزيده على ما قدر الله له من الفريضة، فمن سعى في ذلك كان كمن ضار الله في حكمته وقسمته، ولهذا قال ابن أبي حاتم ..... عن ابن عباس عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: الإضرار في الوصية من الكبائر (تفسير القرآن الكريم، سورة النساء: ٦٠١/١٢،١، بدار الإشاعة ديوبند. مقال الأستاذ محمد إقبال التنكاروي).

ويحرم من الوصية مافيه مضار للورثة أو قصد الإضرار بهم" (التفسير المظهري ١٣٤٥/٢، مقال المفتي رياسة علي القاسمي الرامفوري)، "وإن أوصى لكل وارث بمعين يقدر إرثه جاز، لأن حق الوارث في القدر لافي العين" (الروض المربع شرح زاد المستقنع كتاب الوصايا ٣٠٣/١، المغني لابن قدامه ٤٤٩/٦، أنظر: مقال المفتي أبصار أحمد الندوي)، "قال العثماني: وقال الجصاص: روي عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: "لا وصية لوارث، إلا أن يجيزها الورثة"، وفيه أن الأخبار الواردة، بأن لا وصية لوارث من غير ذكر الإجازة محمولة على أن الورثة يجيزوها" (إعلاء السنن ٣٠٢/١٨، مقال الأستاذ عبد الرب السعادتي).

"قال القهستاني وأعلم أن الناطقي ذكر عن بعض أشياعه أن المريض إذا عين لوارث من الورثة شيئاً كالدار على أن لايكون له في سائر الشركة حتى يجوز، وقيل هذا إذا أرضى ذلك الوارث بعد موته، فحينئذ يكون تعيين الميت كتعيين باقي الورثة معه، كما في الجواهر، قلت: وحكى القولين في جامع الفصولين، فقال: قيل جائز، وبه أفتى بعضهم، وقيل لا" (رد المختار ٦٤٤/٥، مقال الأستاذ سلمان المنصور فوري)، ويقول المفتي حبيب الله القاسمي: هناك القليل من الحاجة إلى مثل هذه الوصايا المكتوبة لأن حكم الوصية والميراث منصوص عليه بينما اقتصر الأستاذ عبد الله أسعدي على نقل العبارات الفقهية فحسب:

السؤال الثالث: ما مقصود الحديث النبوي "لا وصية لوارث"؟

أجمع جميع كتاب المقال على أن الحديث النبوي، لا يدل على المنع عن إملاء الوصية لكل وارث بقدر إرثه الشرعي أو عن الوصية بسهامه الشرعية اذ إنه يمنع عن الوصية بالنقص أو الزيادة في نصيب وارث أو حرمانه من الإرث، ولأنها من المسائل المتفق عليها لذا فان أسماء الكتاب لم تذكر.

الدلائل:

سبقت بعض العبارات الواردة في الجواب عن السؤال الثاني لذا نذكر بعضاً منها:

"والصحيح ما ذهب إليه مالك (رحمه الله) لأن ذلك إنما يتعلق بحق الورثة، كالزائد على ثلث المال، فإذا أجازوه، جار كالرضا بالعيب" (المقدسات الممهدات، كتاب الوصايا، فصل الوصية للوارث ١١٣/٣، مقال المفتي الدكتور شاهجهان الندوي).

"فإن فعل صحت في ظاهر المذهب، ووقفت على إجازة الورثة، وقد روى ابن عباس أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: "لايجوز لوارث وصية، إلا أن يشاء الورثة، فيدل على أنهم إذا أشاؤوا كانت وصية جائزة" (الكافي، كتاب الوصايا، باب من تصح وصيته ٢٦٨/٢، أنظر المقال المذكور).

لأن الإمتناع كان لحقهم لما يلحقهم من الأذى والوحشة بايثار البعض ولاينتفي ذلك إلا عند الإجازة، وفي بعض الروايات عنه (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: لاوصية لوارث، إلا أن يجيزها الورثة" (بدائع الصنائع ٤٣٤/٥، مقال الأستاذ المفتي محمد عثمان الكوريني).

"قال العيني في العمدة: قال المنذري: إنما يبطل الوصية للوارث في أكثر أهل العلم من أجل حقوق سائر الورثة، فإن أجازوها جازت، كما أجازوا الزيادة على الثلث" (تحفة الأحوذي، باب ماجاء لاوصية لوارث ٤٠٢/٥، المفتي أبصار أحمد الندوي).

"ويحرم من الوصية ما فيه مضار للورثة أو قصد الإضرار بهم" (التفسير المظهري ٣٤٥/٢، الأستاذ محمد أسجد الندوي القاسمي).

"وتصح وصية لكل وارث بعين بقدر إرثه ولو لم تجز الورثة (التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح ٨٥٣/٢، مقال الأستاذ محمد جهانكير حيدر القاسمي).

"(غير مضار) بالدين أو الوصية لورثة بوجه من وجوه الضرار، كأن يضر بدين ليس عليه أو يوصي بوصية لا مقصد له فيها، إلا الإضرار بالورثة أو يوصى لوارث مطلقاً أو لغيره بزيادة على الثلث ولم تجر الورثة" التفسير نقل ملخصاً عن فتح القدير للشوكاني رقم الآية: ٧٩/١٢ الأستاذ نور الحق الرحماني–بتنه).

"قال الإمام المحدث الشاه ولي الله الدهلوي: "فلما تقرر أمر المواريث قطعاً لمنارعتهم وسداً، كان من حكمه أن لايسوغ الوصية لوارث، إذ في ذلك مناقضته للحد المضروب" (حجة الله البالغة ٣٠٤/٢، تكملة فتح الملهم ٩٣/٢).

مقال المفتي محمد سلمان المنصور فوري).

ويرى المفتي حبيب الله القاسمي كالكتاب للآخرين أن قصد الشريعة دفع الضرر والإضرار والمسألة التي نحن بصددها لايزيد تناولها فالحديث يدل على قصد الإضرار لاوصية بالسهام الشرعية لكل وارث.

السوال الرابع: هل هناك صور أخرى لتنفيد الوصايا في البلدان غير الإسلامية؟

يجب على المسلمين الذين يقيمون بمثل هذه البلاد حل هذه المشكلة بالاجتماع بالشخصيات السياسة والتفاوض وبث الأخوة وتنفيذ الأحوال الشخصية الإسلامية وإنشاء دور القضاء نظراً للوضع السياسي وأمن البلاد و أن يطالبوا حيناً بعد حين بأن تتدخل الحكومة في الأحوال الشخصية الإسلامية والميراث على أساس الجمهورية وذلك في رأي جل كتاب المقال فيما يدعو العلماء الأفاضل الأستاذ محمد انيس الندوي، المفتي رضوان الحسن المظاهري، الأستاذ عبد العظيم الندوي، الأستاذ محمد أخلاق القاسمي، الأستاذ ظفر عالم الندوي، الأستاذ محمد إلياس القاسمي، المفتي عبد الله الكاوي، الأستاذ محمد رياض أرمان القاسمي، الأستاذ الحافظ كليم الله العمري، الأستاذ أحسن عبد الحق الندوي، المفتي حبيب الله القاسمي، المفتي أرشد علي الرحماني، المفتي أبو بكر القاسمي، المفتي أنور علي الأعظمي، والأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، الأستاذ عبد الشكور القاسمي) للإلتزام في مثل هذه البلدان بالوصية والهبة في الحياة.

توصيات متفرقة:

قدم كتاب المقال توصيات بالإضافة إلى آرائهم القيمة والمفيدة:

الأستاذ زبير أحمد القاسمي: الوصية الإجتهاد في تعديل القانون وتنفيذ الأموال الشخصية.

المفتي محمد مقصود الفرقاني: تولية مسؤلية القضاء قاضياً بتراضي المسلمين وينفذ هو الإرث الشرعي.

الأستاذ نور الحق الرحماني: تربية المسلمين تربية دينية تمكنهم من تقسيم الإرث بالعدل والمطالبة بتنفيذ الأحوال الشخصية الإسلامية كقانون من قوانين البلاد، وإنشاء دور القضاء وبذل الجهود دون التعارض مع الحكومة.

الأستاذ محمد إرشاد الله القاسمي: مطالبة الحكومة بتنفيذ الأحوال الشخصية الإسلامية والطلب من السلطة الحاكمة بأن تمارس الضغوط عليها.

الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي: بث الإخوة الإسلامية بين المسلمين ومطالبة الحكومه بتنفيذ الأحوال الشخصية والقوانين الشرعية وإنشاء دور القضاء.

المفتي عبد الرشيد القاسمي–كانفور: بذل الجهود الضخمة لنيل الأهداف في البلدان غير الإسلامية بالتعاون مع غير المسلمين الذين يقيمون فيها.

المفتي إعجاز الحسن باندي: ليس بوسعى أن أقول عنها شيئا مالم اطلع على الوضع السائد في تلك البلدان.

المفتي رضوان الحسن المظاهري: إنشاء دور القضاء والمؤسسات الشرعية على غرار الهند.

المفتي محبوب فروغ القاسمي: الوصية لاغير.

المفتي جميل أحمد النذيري: لا شئ.

الأستاذ محمد إلياس القاسمي: الوقت على الأولاد والوصية والهبة.

الأستاذ ظفر عالم الندوي: بذل جهود جبارة لتنفيذ الأحوال الشخصية الإسلامية ومالم تتيسر فالهبة بالتساوي.

الدكتور ظفر الإسلام الصديقي: مطالبة المسلمين بوضع القوانين لهم وإلا الوصية وفق السهام الشرعية.

المفتي سلمان البالنبوري: تسجيل العقار حسبما تقتضيه الحصص.

المفتي جنيد بن محمد: نيل الحقوق القانونية من المحاكم العليا لحفظ الأحوال الشخصية الإسلامية.

الأستاذ محمد صادق المباركفوري: الإجتهاد لتشكيل هيئة الأحوال الشخصية الإسلامية.

الأستاذ عبد الرب السعادتي: مطالبة الحكومة بتسليم الأئمة الإرثية الإسلامية.

الأستاذ عبد القيوم البالنبوري: بذل الجهد لإستثناء القوانين العائلية الإسلامية سياسياً.

المفتي أبصار أحمد الندوي: إرشاد المسلمين في شؤون الميراث وتشكيل هيئة لذلك، إملاء الوصية في مرحلة مرض الموت وتشكيل المنظمات التي تطالب الحكومة بتعيين قاض.

الأستاذ رياض أرمان القاسمي: تشكيل هيئة الميراث والوصية.

المفتي السيد قمر الدين بروده: إنشاء دور القضاء والمحاكم الشرعية.

الأستاذ الحافظ كليم الله العمري: تشكيل هيئة الأحوال الشخصية الإسلامية، وترتيب الحقوق الإرثية وتقسيم الإرث قبل إجراء الحكومة قانونها.

الأستاذ عبيد الله الندوي: إنشاء دور القضاء والمحاكم الشرعية وتنظيم الحركات لها.

الأستاذ راشد حسين الندوي: التسجيل رسمياً.

الأستاذ أكمل اليزداني: مطالبة الحكومة تشكيل منظمة مشتملة على العلماء والمفكرين.

الأستاذ محمد إقبال التنكاروي: قوة التخير، الوصية المكتوبة، المشورات القانونية.

الأستاذ أسجد القاسمي الندوي: المفاوضة مع الحكومة، المطالبة، إرشاد المسلمين ومعرفة الحقوق.

المفتي أنور علي الأعظمي: الجهد الجهيد لتنفيذ الأحوال الشخصية الإسلامية بالتفاهم.

المفتي محمد سلمان منصور فوري: إعداد المسلمين ذهنياً، طريقه التسجيل قانونياً وحث الحكومة عليه.

الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي: إملاء البيع في الحياة والهبة.

الأستاذ فياض عالم القاسمي: تطبيق المسلمين التعاليم الإسلامية عملياً وسعيهم لتنفيذ قانون الإرث كما في الهند تسليم الوصية بالقانون، ومراعاة مثل هذه التقاسيم و الزام نفقة المورث على الورثة، وتقسيم المورث إملاكه شرعياً، وينال كل منهم القدر المعين كل شهر، تسجيل الإجازة وحصول الحقوق القانونية لمثل هذه الوصايا والسعي لها.

السؤال الخامس: الإنتفاع بميراث الأقارب من غير المسلمين لمصلحة من المصالح الدينية والدعوية:

أنقسم العلماء إلى رأيين:

الرأي الأول:

يجوز للمسلمين الإنتفاع بميراث الأقارب من غير المسلمين لمصالح دعوية حسب وضع البلاد السياسي عند عدم وجود وعائق قانوني. ويمكن الإستفادة في مثل هذه المسائل برأي الصحابة الكرام التالي لتماثل الأحوال. ويمثل هذا الرأي جماعة من العلماء الذين أسماؤهم فيما يلي:

الأستاذ زبير أحمد القاسمي، المفتي محمد مقصود الفرقاني، الأستاذ محمد إرشاد الله القاسمي، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، الأستاذ محمد أخلاق القاسمي، المفتي عبد الرشيد القاسمي، المفتي إعجاز الحسن باندي-كشمير، الأستاذ نعيم أختر القاسمي، الأستاذ محمد أنيس الندوي، المفتي جميل أحمد النذيري، الأستاذ محمد إلياس القاسمي، الأستاذ القاضي عبد الجليل القاسمي، المفتي سلمان البالنبوري، الأستاذ محمد رياض أرمان القاسمي، الأستاذ عبيد الله الندوي، الأستاذ راشد حسين الندوي، المفتي الدكتور شاهجهان الندوي، المفتي شبير أحمد القاسمي، الأستاذ أكمل اليزداني، الأستاذ أرشد علي الرحماني، الأستاذ رحمة الله الندوي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، المفتي أبوبكر

القاسمي، المفتي عثمان البستوي الكوريني، الأستاذ محمد جهانكير حيدر القاسمي، الأستاذ بدر أحمد المجيبي، المفتي عبد الرحيم القاسمي (بوفال)، الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، الأستاذ محمد فياض عالم القاسمي.

الأدلة:

"وأهل الذمة في حكم الهبة بمنزلة المسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات، إلا أنه لايجوز المعاوضة بالخمر عن الهبة فيما بين المسلم والذمي" (الفتاوى الهندية ٤٠٥/٤، الفتاوى الشامية ٥٧٦/٤، المستفاد من مقال الأستاذ راشد حسين الندوي، وإنه يعدها وقال يجوزها كما يجوز قبول الهدية من غير المسلم).

"الشهر الحرام بالشهر الحرام والحرمات قصاص فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين" (سورة البقرة: ١٩٤)، "الإسلام يعلو ولا يعلى عليه" (سنن الدار قطني ٢٥٢/٣، البيهقي ٢٠٥/٦)، "الإسلام يزيد ولاينقص" (أبوداؤد كتاب الفرائض رقم الحديث ٢٩١٢،٣/ ٢٢١، مقال الأستاذ عبيد الله الندوي)، "الضرورات تبيح المحظورات" (الأشباه والنظائر)، "المشقة تجلب التيسر" (الأشباه والنظائر).

اورد الأدلة المذكورة الأستاذ أرشد علي الرحماني (أنظر مقاله).

القياس على النكاح بغير المسلمات:

"مارأيت قضاء أحسن من قضاء قضى به معاوية، نرث أهل الكتاب ولايرثونا كما يحل النكاح فيهم ولايحل لهم وبه قال: مسروق وسعيد بن المسيب وإبراهيم النخعي وإسحاق" (فتح الباري ٥٠/١٢، مقال الأستاذ محمد رياض أرمان القاسمي).

"قرار المجلس الأوربي للإفتاء عن الإنتفاع بميراث الأقارب غير المسلمين: "وقد سئل المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث عن توريث المسلم من أقارب غير المسلمين، فأجاب في القرار رقم واحد في الدورة الخامسة ما نصه: (يرى المجلس عدم حرمان المسلمين ميراثهم من أقاربهم غير المسلمين مما يوصون لهم به، وأنه ليس في ذلك ما يعارض الحديث الصحيح: "لايرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم" الذي حمله على

الكافر الحربي مع إلى أنه في أول الإسلام لم يحرم المسلمون. من ميراث أقاربهم من غير المسلمين، وهو ما ذهب إليه الصحابة معاذ بن جبل، معاوية بن أبي سفيان، ومن التابعين جماعة منهم: سعيد بن المسيب، محمد بن الحنفية أبو جعفر الباقر، ومسروق بن الأجدع ورجحه شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم (قرارات وفتاوى المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث المجموعتان الأولى والثانية قرار (٥/١) فتوى (١٩) (ص ١٣٧-١٣٨) أنظر: مقال الدكتور أحمد الصويعي شلبيك غير المطبوع).

وعمل به بعض من الصحابة الكرام من معاذ بن جبل والأمير معاوية (أنظر: مقال المفتي محمد مقصود الفرقاني والأستاذ عبيد الله الندوي).

عن عبد الله بن بريده أن أخوين إختصما إلى القاضي حول إرث يهودي لمسلم، وقال حدثني أبو الأسود، أن رجلاً حدثه أن معاذ حدثه قال: سمعت رسول الله (صلى الله عليه وسلم) يقول: الإسلام يزيد ولا ينقص، نورث مسلما، وفي رواية أن معاذاً آتي بميراث يهودي وارثه مسلماً" (أبوداؤد كتاب الفرائض رقم الحديث ١٣،٢٩١٢، مختصر السنن مع معالم السنن ١٨١/٤٤، مقال الأستاذ (خورشيد أحمد الأعظمي) ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالأول لقوله تعالى: "لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين (الآية)، والثاني: لأنهم بعقد الذمة ساووا للمسلمين في المعاملات لهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات" (الهداية ٦٤١١٤، الأستاذ المذكور).

دلت هذه الروايات الثلاث على أن المسلم يستحق أن يكون زائدا عن الكافر وذلك يقتضي أن يرث المسلم ممن خالفه في الملة (رد المختار ٥٠٥/١٠، الأستاذ محمد أنيس الندوي) وتصح الوصية من المسلم للذمي وبالعكس حتى جاز التبرع من الجانبين في حال الحياة فكذا بعد الممات، وفي السيد الكبير ما يدل على جواز وجه التوفيق: أنه لاينبغي أن يفعل وإن فعل جاز كذا في الكافي وفيه تأمل" (مجمع ٦٩٢/٢).

لايشترط وحدة الدين بين الموصي والموصى له لصحة الوصية فتجوز وصية المسلم لغير المسلم، وتجوز الوصية في غير المسلم لأهله، ولغير أهل ملته كاليهودي للمسيح وبالعكس، والمسلم لليهودي أو المسيح وبالعكس، لأن غير المسلمين في دار

الإسلام لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين، رواه مسلم عن ببريدة" (الفقه الإسلامي وأدلته ٧٤٧٤/١٠) تصح الوصية من المسلمين وغيرهم لأنها نوع من البر وهو مرغوب فيه في كل الأديان وتجوز كما تقدم وصية المسلم للكافر والكافر للمسلم فليس الإسلام شرطاً لصحة الوصية فتصح وصية الذمي يال للمسلم وللذمي وبالعكس" (الفقه لاإسلامي وأدلته للزحيلي ٧٤٩٤/١٠، المفتي حبيب الله القاسمي).

واستدل الدكتور شاهجهان الندوي على الجواز بعد أن ذكر ثمانية وجوه قائلاً: قد عبر الله سبحانه في القرآن الكريم في عدة مواضع عن المال بكلمة الخير" فلا يجوز صرفه إلا في الخير، فان لم ينله الأقارب من المسلمين قده يصرفه الأقارب من غير المسلمين في المحارم والمعاصي. ويمكن العدول عن ذلك إلى رأي الجمهور في ضوء الدلائل التي ذكرهن (أنظر مقاله).

الرأي الثاني:

لا تجيز جماعة من العلماء الانتفاع بميراث الأقارب من غير المسلمين وما ذكر من المصالح الدعوية مفروضة من المفروضات، فلا ينتفع به بناء عليها، ويمثل هذا الرأي عدد من العلماء الذين أسماءهم فيما يلي:

الأستاذ عبد العظيم الندوي، الأستاذ عبد الله السعدي، المفتي رضوان الحسن المظاهري، الأستاذ ظفر عالم الندوي، الأستاذ محمد صادق المباركفوري، المفتي جنيد بن محمد، الأستاذ عبد الرب السعادتي، المفتي منصف البدايوني، المفتي عبد الله السكاوي، المفتي عبد القيوم البالنبوري، المفتي أبصار أحمد الندوي، الأستاذ السيد قمر الدين محمود البرودوي، الأستاذ محمد أحسن عبد الحق الندوي، المفتي محمد إقبال التنكاروي، المفتي أسجد القاسمي الندوي، الأستاذ عبد الشكور القاسمي–آكوله.

الأدلة:

و رجح الذين لايجوزون رأي الجمهور من العلماء والصحابة حول عدم التوارث باختلاف الدين والملة، واستدلوا بمستدلات الجمهور مثلاً:

عن أسامة بن زيد (رضي الله عنهما) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم (صحيح البخاري باب لايرث المسلم الكافر، رقم الحديث ٦٧٦٤، صحيح مسلم رقم الحديث ٤٢٢٥، سنن أبي داؤد، رقم الحديث ٢٩٠٩، الجامع الترمذي باب إبطال الميراث، رقم الحديث ٢٢٥٣، سنن النسائي رقم الحديث ٦٣٧١، ابن ماجه رقم الحديث ٢٧٣٠، باب ميراث أهل الإسلام أهل الشرك سند الإمام أحمد رقم الحديث ٢١٧٤٧، ٢١٨٠٨، الموطأ باب ميراث أهل الملل، رقم الحديث ١٠٩٠، ١٨٩١، مقال المفتي أبصار أحمد الندوي).

"لايتوارث أهل ملتين شئ (أبوداؤد باب هل يرث المسلم الكافر، الرقم ٢٩١١).

وأما الكافر فانه لايرث المسلم بالإجماع وبالحديث وبقوله تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلاً" (الآية) (عمدة القاري ٤٥/١٧).

دليل آخر منهم في الميراث كما روي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) وقال قتادة وابن اسحاق: في المؤازرة وهذا بمفهومه مفيد ينفي الموارثه والمؤازرة بينهم وبين المسلمين وإيجاب ضد ذلك وإن كانوا أقارب، ومن هنا ذهب الجمهور إلى أنه لايرث مسلم كافراً ولا كافر مسلماً وأخرج ذلك ابن مردويه والحاكم وصححه عن أسامة أنه (صلى الله عليه وسلم) قال ذلك، وقرأ الآية ومن الناس من قال: إن المسلم يرث الكافر دون العكس وليس مما يعول عليه الفتوى" (روح المعاني ٥٦/٦، أنظر مقال الأستاذ عبد العظيم الندوي).

عن أبي مرة الرقاشي (رضي الله عنه) قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ألا لا تظلموا آلا لايحل مال امرئ إلا بطيب من نفسه" (مشكاة المصابيح ٢٥٥١).

"عن سعيد بن زيد (رضي الله عنه) قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) "من أخذ شبراً من الأرض ظلماً فانه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين" (متفق عليه مشكاة المصابيح / ٢٥٤، مقال المفتي عبد المتين البالنبوري).

المانع من الإرث أربعة: الرق، القتل، اختلاف الدارين اختلاف الدينين" (السراجي من الميراث ٧٠٨).

وموانعه على ماهنا أربعة: الرق، القتل، اختلاف الدينيين إسلاماً وكفراً، اختلاف الدارين، فقوله إسلاماً وكفراً قيد به لأن الكفار يتوارثون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم

عندنا، لأن الكفر ملة واحدة" (رد المختار ٦/٦٧-٧٦٦، المستفاد من الأستاذ السيد قمر الدين محمد القاسمي بروده).

وذهب الجمهور من الفقهاء إلى أن المسلم لايرث الكافر (الموسوعة الفقهية ٣/١٩، أنظر: مقال الأستاذ محمد صادق المباركفوري).

الدلائل العقلية:

يقول الأستاذ السيد قمر الدين بروده أما الدعوة إلى الدين فمطلوبة وفي حدود الشرع لا بالخروج عن الشرع والهدايه بيد الله إنك لا تهدي من أحبت ولكن الله يهدي من يشاء" (سورة القصص: ٥٦)، أنظر مقاله.

وانتقد الحافظ كليم الله العمري ما ذكر في أوراق الأسئلة من وجوه الجواز من المصالح الدعوية قائلاً:

"إن ما ذكر من المخاوف من وساوس الشيطان، وانتهج على وسائل، من الصحابة الكرام (رضي الله عنهم) على منهج الغريمة فجزاهم الله جزاءاً أوفى وأسعدهم في الدنيا والآخرة فلا يخيب ويخسر من يتق الله ويتوكل عليه كما وعد الله سبحانه": ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ويرزقه من حيث لايحتسب ومن يتوكل على الله فهو حسبه إن الله بالغ أمره قد جعل الله لكا شئ قدراً" (سورة الطلاق: ٣٣)، وإن يتجاوز فيهاجر بمثل هذه الأحوال فيجب عليه ضرب أمثلة رائعة من المؤاخاة في المجتمع المدني، وقد تضخم اليوم العمل الدعوي لكن المجتمع الذي يقوم بدور الأنصار عليه إنشاء المؤسسات الخيرية وبيت المال في كل بلد وقرية (أنظر: مقاله).

ويقول الأستاذ ظفر عالم الندوي: الرغبة في المال فيها من الناحية الدعوية حكمة من الحكم لكن الروايات الواضحة المسنده لا ترجح مصلحة من المصالح ويقول الأستاذ محمد بن يوسف يمكن الاجتهاد في مثل هذه المسائل من الناحية الدعوية (أنظر مقالهما).

ويقول الأستاذ أبو سفيان المفتاحي: من مصالح اليوم توريثهم بغرض تأليف القلوب ليرغبوا في الإسلام ولم يمنع الشرع عن القضاء وفق الضرورة ومن يخالف البينة (أنظر: مقال الأستاذ أبي سفيان المفتاحي).

ويقول الأستاذ المفتي شبير أحمد القاسمي المرادآبادي يجب على العلماء معرفة هل يجوز الأخذ بالرأي الثاني من الهند وأمثالها أم لايجوز؟ ولاينبغي الأخذ به فيها لمصالح دعوية ودينية.

آراء متفرقة:

وجوز القاري ظفر الإسلام الصديقي مشروطاً بشرط أن لايكون حربيا، ويقول الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي إنه لايرث لكنه يجوز الإنتفاع به إن تيسر، ويقول المفتي عبد القيوم البالنبوري، لايجوز أخذ المال إلا هبة غير المسلم في حياته، ويجوز الأستاذ عبد الشكور القاسمي آكوله في حالة الإضطرار دون المصالح المذكورة.

ويجوز عند المفتي محمد سلمان المنصور فوري في البلدان غير الإسلامية دون الإسلامية، سكت عنه المفتي أنور علي الأعظمي، وخواجه نظام الدين اليوسفي والأستاذ عمر بن يوسف والإهتمام بالوصية في هذه الحال في رأي الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي والأستاذ ولي الله المجيد.

السؤال السادس: هل تعتبر الوصية شرعاً بتقسيم الميراث حسب السهام الشرعية من المورث في حياته تحرزاً عن الإختلاف وإيثار البعض؟

وردت ثلاثة آراء حول الإجابة عن هذا السؤال:

الرأي الأول:

ويرى جل كتاب المقال أن المقصود من مثل هذه الوصايا إيصال الحقوق الشرعية إلى أربابها والتحرز عن الإختلاف والنزاع في المستقبل والعدل فتصح وتعتبر شرعاً. منهم الأستاذ زبير أحمد القاسمي، المفتي محمد مقصود الفرقاني، الأستاذ نور الحق الرحماني، محمد أخلاق القاسمي، المفتي عبد الرشيد القاسمي، المفتي إعجاز الحسن باندوي، المفتي رضوان الحسن المظاهري، الأستاذ محمد أنيس الندوي، المفتي محمد جميل أحمد النذيري، الأستاذ عمر بن يوسف الكوكني، الأستاذ ظفر عالم الندوي،

المفتي سلمان القاسمي البالنبوري، المفتي جنيد بن محمد البالنبوري، الأستاذ عبد الرب السعادتي، المفتي عبد الله السكاوي، المفتي أباصر أحمد الندوي، الأستاذ السيد قمر الدين بروده، الأستاذ محمد رياض أرمان القاسمي، المفتي لطيف الرحمن ولاية علي، الحافظ كليم الله العمري، الأستاذ محمد أحسن عبد الحق الندوي، الأستاذ عبيد الله الندوي، الأستاذ راشد حسين الندوي، الدكتور المفتي شاهجهان الندوي، خواجه نظام الدين اليوسفي، الأستاذ أكمل اليزداني، الأستاذ أرشد علي الرحماني، الأستاذ رحمة الله الندوي، الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، المفتي أبو بكر القاسمي، الأستاذ أسجد القاسمي الندوي، المفتي محمد عثمان غني الكوريني، المفتي أنور علي الأعظمي، الأستاذ محمد جهانكير حيدر القاسمي، المفتي محمد سلمان المنصور فوري، الأستاذ عبد الشكور القاسمي "آكوله"، الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، المفتي منصف البدايوني، الأستاذ ولي الله المجيد القاسمي، المفتي عبد الرحيم القاسمي، الأستاذ بدر أحمد المجيبي، المفتي رياسة علي القاسمي، الأستاذ أبو سفيان المفتاحي.

الدلائل والوجوه:

لقد إستدلوا بعبارات الفقهاء التي تقدمت ضمناً في الإجابة عن السؤال الثاني، وقالوا: إن المورث لايقصد الإضرار بل التقسيم حينما يقتضي الشرع فلا قبح فيه لا يقصد الوصية بل تعيين الحصص الشرعية قبل موته لدعم أنهم نقلوا الكلام عن الوصية للحقيقة في عدم الإضرار وتراضي الورثة.

قال الله تعالى: "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية (سورة البقرة: ١٨، المستفاد من مقال المفتي أبي بكر القاسمي دربنغه وإنه يرى أن الأستاذ عبد الصمد الرحماني أراد بهذه الآية مثل هذه الوصايا).

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما حق لأمرئ مسلم لشئ يوصى فيه يبيت فيه ليلتين إلا وصية مكتوبة عنده" (متفق عليه مشكاة المصابيح ٢٦٥/١، مقال المفتي عبد الشكور القاسمي كانفور).

ولو أوصى لبعض ورثته فأجاز الباقون، جازت الوصية، لأن إمتناع الجواز كان لحقهم لما يلحقهم من الأذى والوحشة بإيثار البعض ولايوجد ذلك عند الإجازة (البدائع والصنائع كتاب الوصايا ٣٣٨/٧، مقال الدكتور شاهجهان الندوي).

ويحرم من الوصية ما فيه مضار للورثة أو قصد الإضرار بهم (التفسير المظهري ٢٤٥/٢، أنظر: مقال المفتي رياسة علي رامفور).

ويقول العبد الضعيف عفا الله عنه قد ثبت بما ذكرنا أن مذهب الجمهور في التسوية بين الذكر والأنثى في حالة الحياة أقوى، وأرجح من حيث الدليل ولكن ربما يحظر بالبال أن هذا فيما يقصد فيه الأب العطية والصلة، وأما إذا أراد الرجل أن يقسم أملاكه فيما بين أولاده في حياته لئلا يقع بينهم صراع بعد موته، فانه وإن كان هبة في فقه الإصطلاح الفقهي، ولكنه في الحقيقة والمعصود استعجال، لما يكون بعد الموت، وحينئذ ينبغي أن يكون سبيله سبيل الميراث، فلو قسم رجل في مثل هذه الصورة للذكر مثل حظ الأنثيين على قول الإمام أحمد ومحمد بن الحسن، فالظاهر أن ذلك يسع له ولم أر ذلك صريحاً في الكلام الفقهاء غير أنه لايبدو خارجاً عن قواعدهم والله أعلم" (تكملة فتح الملهم ٤٨/٢-٤٩، مقال الأستاذ عبد الرب عبد الوهاب السعادتي والأستاذ أبو سفيان المفتاحي).

ويرى بعض فقهاء الشافعية والحنابلة، وإن كان الأصح في المذهب هو الرأي السابق، أن هذا التقسيم من المورث جائز ويلزم به الورثة مادامت القسمة عادله ..... وأخذ القانون المصري والسوري بالرأي الثاني (الفقه الإسلامي وأدلته ٩٦/٨، مقال الأستاذ عبد الحكيم البالنبوري).

وإرشاد غيرك إلى مافيه خير وصلاح له من قول أو فعل في الدين أو الدنيا (التفسير المنير أنظر مقاله).

وقال الحنابلة ومحمد بن الحنفية: للأب أن يقسم بين أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث، فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، لأن الله تعالى قسم بينهم كذلك وأولى ما اقتدي به هو قسمة الله، ولأن العطية في الحياة ممكنة، فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين كحالة الموت، والميراث المترتب عليه يدل لهذا أن العطية اسعجال لما يكون بعد الموت

فينبغي أن تكون على حسبه (المصدر السابق المغني ٥/٦٠٤، القوانين الفقهية ٣٦٧، المستفاد من مقال الأستاذ نور الحق الرحماني).

الرأي الثاني (الإذن المشروط):

وهذا من المسائل المتفق عليها إذ أجاز بعض من العلماء شرطاً بشرط تراضي الورثة بعد وفاة المورث ونقدم هنا الشروط منفردة مع الإشارة إلى صاحبها: الأستاذ إرشاد الله القاسمي: تصح إذا لم يقسم في حياته، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي: يصح التعيين إذا لم يعارض الشريعة ولاينكر عليها أحد من الورثة، الأستاذ محمد أخلاق القاسمي: إن كانت الوصية وفق الحصص الشرعية توافق القوانين الإرثية.

الأستاذ عبد الله السعدي: لغو وموقوف على الإجازة.

الأستاذ محبوب فروغ خان القاسمي: الهبة لمصلحة دون الوصية لأنها توفر المال على وجه اليقين.

الأستاذ محمد إلياس القاسمي: لاتصح مثل هذه الوصايا إلا أن أجاز الورثة بعد موت المورث.

الدكتور ظفر الإسلام الصديقي: تتوقف الوصية على إجازة الورثة بعد المورث.

القاضي عبد الجليل القاسمي: تتوقف على الإجازة.

المفتي عبد الله السكاوي: لا تصح إلا بعد توقيع الورثة عليها.

المفتي أبصار أحمد الندوي، تصح هي موافقة للحديث النبوي وأنها تحتمل النظر.

الأستاذ السيد قمر الدين محمود: تصح بتراضي الورثة بعد وفاة المورث.

المفتي حبيب الله القاسمي: التمليك بالهبة في الحياة.

المفتي شبير أحمد القاسمي: تعتبر لمن أجاز ومن لم يجز لا تعتبر.

المفتي أنور علي الأعظمي: تجوز بتراضي الورثة.

المفتي جهانكير حيدر القاسمي: جائزة بلا كلام وفي اللزوم اختلاف.

المفتي محمد سلمان المنصور فوري: تجوز بتراضي الورثة بعد الممات.

الرأي الثالث:

يرى الأستاذ محمد صادق المباركفوري والمفتي عبد القيوم البالنبوري أن الوصية في الحياة كما تقتضي الحصص الشرعية لا تصح ولاتعتبر ويعدها الأستاذ عبد الله السعدي لغواً ويرى الأستاذ عبد العظيم الندوي أنها غير معتبرة ولا ملزمة.

الأدلة:

إحتجوا بالحديث النبوي الشريف: "إن الله أعطى كل ذي حق حقه، لا وصية لوارث" (مشكاة المصابيح مسند إلى سنن أبي داؤد/ ٢٦٥)، على عدم الجواز (أنظر: مقال الأستاذ محمد صادق المباركفوري) وقد تقدمت الدلائل التي تدل على عدم الجواز بغاية من الأسهاب فتراجع.

السؤال السابع: هل يعتبر تراضي الورثة على الوصية في حياة المورث فقط أم بعد الممات أيضاً؟

فاتفق جميع كتاب المقال على أن تراضي الورثة بعد الوفاة لا في الحياة.

لذا فوصية المورث تتوقف على إجازة الورثة وهي تتعلق بما بعد وفاة المورث، ولأنها من المسائل المتفق عليها فقد حذفت أسماؤهم، أما المفتي عبد القيوم البالنبوري فإنه يرى أن الوصية غير معتبرة بعد الممات أو قبله، يشترط الأستاذ محمد أخلاق القاسمي بأن يتم التراضي إن حصل المال بعد الوفاة حسب الوصية المكتوبة وإن زيد أو نقص فلا بد من الإجازة الجديدة.

الأدلة والوجوه:

وعلن الجميع إجراء التقسيم بموت المورث فلذا يعتبر التراضي بعده، لأن الإجازة من المورث قبل ثبوت الحق لايعتبر في عامة الأحوال، وثبت الحق بعد وفاته. فيعتبر التراضي في ذلك الوقت وقدموا دلائل وشواهد تأييدا لقولهم، مثلاً:

"قد اختلف فيمن أوصى بأكثر من الثلث فأجازه الورثة في حياته أو أوصى لبعض ورثته فأجازه الباقون في حياته. فقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر والحسن

بن زياد والحسن بن صالح وعبيد الله بن الحسن والشافعي: لايجوز ذلك حتى يجيزوها بعد الموت، وقال ابن أبي ليلى وعثمان البني: ليس لهم أن يراجعوا فيه بعد الموت وهي جائزة عليهم (أحكام القرآن ١٢٤/٢، أنظر: مقال الأستاذ ظفر عالم الندوي)، إلا أن يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار، ولامعتبر بإجازتهم في حال حياته" (بداية المبتدي كتاب الوصايا الدكتور شاهجهان الندوي).

ولاتعتبر إجازتهم في حياة الموصى، حتى كان لهم الرجوع بعد ذلك وكذا في فتاوى قاضي الفتاوى العالمكيرية ٦ (٩٠ المقال المذكور).

"وفي التاتارخانية: فان أجازه الورثة في حياة المورث لاتعتبر إجازتهم (الفتاوى التاتارخانية ٣٨١/١٩، الفتاوى الشامية ٢٤٠/١٠، الفقه الإسلامي وأدلته ١٠٢/٨، إمداد الفتاوى ٣٣٣/٤، إعلاء السنن ٣٠٢/١٨، مقال الأستاذ عبد الرب السعادتي).

ولا ينفع إجازتهم في حال حياته بل لابد من الإجازة بعد موته، فإذا أجازوا حال حياته كان لهم الرجوع" (كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ٣٢٠/٣، المستفاد من مقال الأستاذ عبيد الله الندوي).

يرى أئمة المذاهب الأربعة أن الإجازة لاتكون مقبولة وملزمة إلا بعد موت الموصى، فلو أحدثت الإجازة أو الرد في حياة الموصي لم يعتبر ذلك، لأن ملك التركة لايثبت للورثة إلا بعد موت الموث، فتعتبر إجازتهم وردهم بعد ثبوت الملك لهم" (الفقه الإسلامي وأدلته ١٠٢/٨، الأستاذ عبد الرب السعادتي).

ولم يبد الأستاذ نعيم أختر القاسمي والمفتي محمد عثمان الكوريني في هذه المسألة رأيا، وسكتا عنها، أما الأستاذ عبيد الله الندوي فيذكر شرطين لإجازة الورثة أولهما أن يكون المجيز من المتبرعين، وثانيهما، أن تكون الإجازة بعد وفاة الموصي، واشترط المفتي جميل أحمد النذيري بأن لاتعتبر الإجازة إلا بعد أن بلع الورثة أشدهم وبه قال المفتي حبيب الله القاسمي والأستاذ أحسن عبد الحق الندوي.

وقدم القاضي فياض عالم القاسمي تجربته في دار القضاء قائلاً: إن كان قصد المورث تقسيم الميراث وفق الشريعة وإنه عين الحصص في حياته فحسب وأوصى بتقسيم

الميراث على الحصص المعينه فهذا من النصيحة لا الوصية لأنهما تتفقان وإن قسم ثم أوصى فهذا من الهبة لا الوصية وإن لم يستعمل كلمة (الهبة) لأن الناس عموماً لايعلمون من مصطلحات الوصية والهبة شيئاً ثم هم يوصون بنية الهبة ولأجل ذلك يقع بين الورثة النزاع كما يحصل في دار القضاء مراراً، فإذا تصفحنا أوراق الفتاوى الأردية من باب الوصية وجدنا في معظم الأسئلة الموجهة إلينا أن الوصايا والهبات المكتوبة للورثة من قبل العلماء والوكلاء هي كنصيحة من النصائح (أنظر: مقاله).

التوضيح:

إن كتاب المقال بأجمعهم تحدثوا عن إجازة الورثة وتراضيهم واعتباره وعدم اعتباره ومتى يعتبر؟ ولايعتبر؟ مستدلين بالعبارات الفقهية فحسب ولم يتناولوا البحث عن دوام ملك المورث إلى آخر أيام حياته.

السؤال الثامن: هل تجوز الوصية بجميع المال للزوجة إن لم يكن تمة وارث آخر أم لا؟

هناك ثلاثة مواقف.

الموقف الأول: تصح الوصية بكل ماله لزوجته إن لم يكن هناك وارث آخر لأنها ليست ممن يرد إليه فيها الإضرار بوارث آخر وتعتبر في رأي أكثر كتاب المقال.

هذا موقف اتخذه العلماء الذين تلى أسماؤهم: الأستاذ زبير أحمد القاسمي، المفتي محمد مقصود الفرقاني، الأستاذ نور الحق الرحماني، الأستاذ محمد إرشاد الله القاسمي، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، الأستاذ محمد أخلاق القاسمي، الأستاذ عبد العظيم الندوي، الأستاذ رضوان الحسن المظاهري، الأستاذ نعيم أختر القاسمي، الأستاذ محمد أنيس الندوي، الأستاذ محمد إلياس القاسمي، الأستاذ ظفر عالم الندوي، القاري ظفر الإسلام الصديقي، القاضي عبد الجليل القاسمي، الأستاذ محمد صادق المباركفوري، المفتي سلمان القاسمي البالنبوري، الأستاذ عبد الرب السعادتي، المفتي أبصار أحمد الندوي، الأستاذ السيد قمر الدين محمود بروده، الأستاذ رياض أرمان القاسمي، المفتي لطيف الرحمن ولاية علي، الأستاذ عبيد الله الندوي، الأستاذ راشد حسين الندوي، الدكتور

شاهجهان الندوي، المفتي حبيب الله القاسمي، المفتي شبير أحمد القاسمي، الأستاذ محبوب فروغ القاسمي، المفتي خواجه نظام الدين اليوسفي، الأستاذ أكمل اليزداني، الأستاذ أرشد علي الرحماني، الأستاذ أبو سفيان المفتاحي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، المفتي أبو بكر القاسمي، المفتي أسجد القاسمي الندوي، المفتي أنور علي الأعظمي، الأستاذ محمد جهانكير حيدر القاسمي، المفتي محمد سلمان المنصور فوري، المفتي عبد الرحيم القاسمي، الأستاذ بدر أحمد المجيبي، الأستاذ ولي الله المجيد القاسمي، الأستاذ منصف البدايوني، الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، المفتي رياسة علي القاسمي.

الأدلة:

وآتوا بعبارات فقهية تأئيدا لقولهم، مثلاً إنه من التبرع والإحسان (إن الله لايضيع أجر المحسنين) سورة البقرة: ١٢٠) "يا معشر أهل اليمن: بما يموت الرجل منكم لايصلح أن أصله من العرب، ولا يدري ممن هو؟ فمن كان كذلك فحضر الموت، فانه يوصى بماله كله حيث شاء (المصنف لعبد الرزاق ٦٩/٩-٧٠، الرقم ١٦٢٧٤، المنسوب إلى فتح الملهم المستفاد من مقال الأستاذ عبد الرب السعادتي).

لو أوصى لزوجته ولم يكن ثمة وارث آخر تصح الوصية (الدار المختار ٢٤٧/٧، المفتي رياست علي الرامفوري).

"كونه غير وارث أي إن كان ثمه وارث آخر وإلا صح كما لو أوصى أحد الزوجين للآخر ولا وارث غيره (رد المختار ٣٣٧/١٠) وذكر في الزيادات: إذا أوصت المرأة بنصف مالها لزوجها ولم يكن وارث آخر لمال كله للزوج، النصف بحكم الإرث والنصف بحكم الوصية كذا في الخلاصة (شرح الوقاية ١٣٩/٤، مقال الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي) وهذا كله إذا كان للموصى ورثة فان لم يكن له ورثة لا من ذوي الفروض والعصبات ولا من ذوي الأرحام فحينئذ تنفذ وصية في أكثر من الثلث بالغة ما بلغت هذا هو المختار عند الحنفية كما صرح به (الفتاوى الشامية ٤٦١/٥) تكملة فتح الملهم ٩٢/٨، مقال الأستاذ عبد الحكيم القاسمي البالنبوري وكذلك لو أوصى لرجل بجميع ماله وليس له وارث تنفذ الوصية في الكل ولايحتاج فيها إلى إجازة أحد (الفتاوى التاتارخانية: ٣٨١/١٩).

ولو أوصى أحدهما أي أحد الزوجين للآخره بكل ماله ولا وارث له غيره، فله أي الموصى له كله، أي كل المال وياخذ جميعه إرثا ووصية على الصحيح من المذهب لأنه لايرد عليهما (مطالب أولى النهي كتاب الوصايا ٤٤٨/٤، مقال الدكتور شاهجهان الندوي).

قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد: إذا لم يكن له وارث فأوصى بجميع ماله جاز، وهو قول شريك بن عبد الله (أحكام القرآن للجصاص ١٢٥/٢، مقال الأستاذ ظفر عالم الندوي).

ويفتى بالرد على الزوجين في زماننا لفساد بيت المال. قال في المستصفى، والفتوى اليوم بالرد على الزوجين وهو قول المتأخرين من علمائنا.

أفتى كثير من العلماء بالرد عليهما إذا لم يكن من الأقارب سواهما (رد المختار ٥٥٦/٥، كتاب الفرائض مقال الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي).

والحق أنه يرد على الزوجين بناء على أنه ليس في زماننا بيت للمال لأن الزوجين لايوضعان موضعه، وعليه فالمتأخرون منا..... فيرد عليهما عند عدم اتباع الفرائض النبوية وهما مقدمان على ذوى الأرحام والحق الرد عليهما وضع موضع بيت المال بدرجتهما (درجة بيت المال) أي لو لم يكن الموصى له بجميع المال غير مستحق له مالآن يرد على الزوجين لفقد بيت المال في زماننا (السراجي في الميراث مع حاشية دليل التوارث /٢١، مقال الدكتور ظفر الإسلام الصديقي).

الموقف الثاني:

وهذا موقف على يد العلماء الذين يرون الوصية بجميع المال للزوجة باطلة منهم المفتي إعجاز الحسن باندي كشمير، الأستاذ عبد الله السعدي، المفتي جنيد بن محمد، المفتي عبد القيوم البالنبوري، الحافظ كليم الله العمري، والأستاذ أحسن عبد الحق الندوي.

الدلائل:

إستدلوا بالحديث النبوي الذي ورد فيه صراحة إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه "لا وصية لوارث" (سبق مرجعه أنظر: مقال المفتي جنيد بن محمد) أما الزوجان، فحالتان: الربع

للواحده فصاعداً عند عدم وجود الولد وولد الإبن وإن سفل والثمن مع الولد وولد الإبن وإن سفل" (السراجي في الميراث ٧-٨، أنظر: مقال الأستاذ أحسن عبد الحق الندوي).

الموقف الثالث:

تمليك الزوجة بالعطية والهبة دون الوصية عند جماعة من العلماء منهم المفتي جميل أحمد النذيري، الأستاذ عمر بن يوسف الكوكني، الأستاذ نور الحق الرحماني، الحافظ كليم الله العمري، الأستاذ رحمة الله الندوي. ويقول الدكتور ظفر الإسلام الصديقي بالرد على الزوجة إن لم يكن هناك وارث لفقد بيت المال في زماننا فتوضع موضع بيت المال واحتج بأمثلة طويلة من الأشباه والنظائر، لذا يرد على الزوجين بناء على أنه ليس في زماننا بيت المال لأنهم لايضعون موضعه وعليه استند المتأخرون (السراجي في الميراث مع حاشية دليل التوارث/ ٢١). وقال الأستاذ محمد إقبال التنكاروي باعتبار الوصية مشروطاً بتراضي الورثة. ويقول أبو سفيان المفتاحي بالزائد من الثلث للزوجة إن لم يكن ثمة وارث آخر ويعتمدون بالإمتناع عن الوصية لوارث. ومنع المفتي جنيد بن محمد عن الوصية للزوجة وقال إن لم يكن وارث فالحال كله للزوجة فلا حاجة للوصية مستدلاً بالفتاوى الرحمية.

السؤال التاسع: هل تعتبر الوصية التي أوصى فيها المورث لوارث بما زاد عن الثلث ورضي عليها الورثة في حال حياته؟ فإجازتهم هذه هل تكفي بعد وفاة المورث أم لا؟

من المسائل المتفق عليها عند جميع كتاب المقال أن إجازة الورثة، إذا أوصى الموصى بأكثر من الثلث لوارث ورضي الورثة الآخرون به لاتعتبر إلا بتراضي الورثة بعد موت الموصي والوصية تنعدم وتنسح إذا أنكر عليها أحد من الورثة. و إعتبر الأستاذ محمد إرشاد الله القاسمي إجازة الورثة في حال حياته فيما سكت عن هذه المسألة، الأستاذ نعيم أختر القاسمي، المفتي عبد القيوم البالنبوري، والمفتي خواجه نظام الدين اليوسفي بينما اقتنع الأستاذ أحسن عبد الحق الندوي بذكر الوصية بالثلث مفصلاً، واكتفى الدكتور ظفر الإسلام الصديقي بنقل العبارات الفقهية فحسب ولم يبد رأيا عن نفسه.

الأدلة:

إن الإنسان إذا أوصى لوارثه بوصية فلم يجزها سائر الورثة لم تصح بغير خلاف من العلماء (المفتي لابن قدامه ٣٩٦/٨. و ورد في مقال الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي: رجل أوصى بجميع ماله للفتراء أو لرجل بعينه لايجوز ذلك إلا من الثلث فان أجازه الورثة في حياة المورث لاتعتبر إجازتهم وكان لهم الرجوع وإن أجازوا بعد ورثته صحت الإجازة (الفتاوى التاتارخانيه ٣٨١/١٩).

ولاتعتبر إجازتهم حال حياته أصلاً، بل بعد وفاته (الدر المختار ٣٤٠/١٠) ولاتجوز في مازاد على الثلث، إلا أن يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته" (الهندية ١٠٦/٦، المستفاد من مقال الأستاذ المفتي رياسة علي القاسمي) ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته، لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يرده بعد وفاته، بخلاف ما بعد الموت لأنه بعد ثبوت الحق، فليس لهم أن يرجعوا عنه (الهداية مع البناية كتاب الوصايا ٣٩٣/١٣، مقال المفتي شاهجهان الندوي).

وبردهم وإجازتهم بعده لعدم تحقق استحقاقهم قبل موته (حاشية البجيري على الخطيب كتاب الوصية ٢٧٠/٣) ولاتصح إجازتهم وردهم إلا بعد موت الموصى وما قبل ذلك فلا عبرة به (المقنع مع المبدع ٥٣٩/٥، أنظر مقاله)، ثم إن وقت الإجازة هو ما بعد موت الموصى ولا تعتبر الإجازة حال حياته حتى إنهم لو أجازوا في حياته لهم أن يرجعوا عن ذلك بعد موته، وهذا قول عامة العلماء، وقال ابن أبي ليلى: تجوز إجازتهم بعد موته وحال حياته فاذا أجازوا في حياته، فليس لهم أن يرجعوا بعد موته ولا خلاف في أنهم إذا أجازوا بعد موته ليس لهم أن يرجعوا بعد ذلك الخ (بدائع الصنائع ٤٨٣/٦، الهدايه ٤٣٩/٤، فتح القدير ٤٤٨/١٠، مقال المفتي شبير أحمد القاسمي المرادآبادي).

ويرى الجميع من كتاب المقال الإعتبار بإجازة الورثة بعد وفاة المورث لأجل العبارات الفقهية التي ذكرت آنفاً.

تلخيص مقالات العلماء العرب:

تلقى المجمع مقالات لثلاث من العلماء العرب منهم:

١- الشيخ الدكتور أحمد الصويعي شلبيك (الأستاذ المساعد في الشريعة بجامعة شارجة)

٢- القاضي الشيخ محمد عبد الله الأبوذي (الأستاذ في كلية الأحوال الشخصية وأصول المحاكم الشرعية)

٣- الدكتور الحسن الأشغري (أستاذ الفقه الإسلامي في كلية الشريعة بجامعة القرويين المغرب)

أولاً: لقد أعد الدكتور أحمد الصويعي شلبيك في مقاله حول الموضوع "اختلاف الدين و مايترتب عليه من إثر في إرث المسلم وغير المسلم وهو ينقسم إلى أربعة أجزاء.

١- التعريف بكلمة "الإرث" لغة واصطلاحاً بالتفصيل.

٢- المبحث الأول في إختلاف الدين، تناوله بالتعريف لغة وإصطلاحاً، ورجح القول بتوريث المسلم من الكافر في ضوء النصوص وعبارات الفقهاء قائلاً:

أرى أن الراجح هو الرأي القائل بجواز إرث المسلم من الكافر وهذا الرأي يمكن الفتوى به في توريث الذين يسلمون من أقربائهم الذين لم يسلموا وذلك لما يلي:

١- المصلحة من وجهين:

أ: أن في توريث المسلم من قريبه الكافر ترغيباً في الإسلام لمن أراد الدخول فيه.

ب: أن في توريث المسلم من قريبه الكافر تأليفاً لقلوب المسلمين على غرار ما كان يفعل رسول الله (صلى الله عليه وسلم) من العطاء للكفار أحياناً.

٢- القاعدة: إذا تعارضت مفسدتان فلتجنب أعظمهما ضرراً جاز إرتكاب أخفهما والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

٣- دفع الحاجة ورفع الحرج ولاشك أن القول بمنع ميراث المسلم من قريبه الكافر أمر يترتب عليه مفسدة، وبخاصة في المجتمعات الغربية والمجتمعات التي تتساوى معها في عدم تحكيم شرع الله، وقد ينزلوه المسلم بسبب ذلك في مواضع الأذى وهذا أمر فيه مضرة عليه في دينه وفي دنياه.

٣- المبحث الثاني: في اعتناق الكافر الإسلام قبل تقسيم الإرث ورجح أخيراً القول توريث الكافر في إرث المسلم قائلاً:

والراجح في هذه المسألة والله أعلم بالصواب هو القول الثاني القائل، بجواز إرث الكافر من مورثه المسلم، إذا أسلم قبل قسمة التركة فإن أسلم قبل قسمة بعض المال ورث مما بقي لأن الأحاديث التي استدلوا بها صريحة في ثبوت الإرث وهي نصوص خاصة تقدم على النص العام المانع من الميراث مع إختلاف الدين".

٤- "المبحث الثالث في ميراث المرتد"

رجح الرأي القائل بتوريث المسلم في إرث المرتد بعد أن نقل النصوص وكلام الفقهاء بقوله:

الراجح في هذه المسألة والله أعلم بالصواب هو القول الثاني من أن ميراث المرتد لورثته المسلمين سواء اكتسبه قبل الردة أو بعدها لأنهم أحق به من بقية المسلمين للقرابة التي كانت تربطهم قبل ردته، ولأن المرتد، إن كان جانياً في ردته فهذا على نفسه لا على ورثته من المسلمين الذين لاذنب لهم ذلك وحرمانهم من ماله فيه ضرر عليهم والنبي (صلى الله عليه وسلم) يقول: لا ضرر ولا ضرار ولأن ورثته قد يكون لهم حظ وأمر في الإسهام في جمع تلك الثروة وسبباً في وجودها، أما إذا لم يكن له وارث فان تركته تكون ليست مال المسلمين.

وذكر الدكتور الصويعي تسع عشرة نكتة عن الصورة المسؤولة بطيل ذكرها الكلام (أنظر لمزيد من التفصيل مقاله غير المطبوع باللغة العربية).

ثانياً: المقال الثاني أعده القاضي الشيخ محمد عبد الله الأبوذي حول العنوان "الأحكام الشرعية عن الميراث والقوانين اللبنانية"، وهو يشتمل على ٥٧ صفحة حافلاً بأنواع من العلوم والمعارف والإستعراض للأحوال الشخصية الإسلامية في لبنان ومجتمعاتها المختلفة، وأسهب الكلام في الوصية والهبة للورثه، نقدم هنا ما ملخصاً لجوانب المقال وهو يتفق والسؤال الموجه من قبل المجمع والذي نبحث فيه:

١- "أنه على المستوى الحديثي والأصولي والفقهي يتردد الأمر بين قول بين ثلاثة مذاهب: منع الوصية للوارث مطلقاً، وقول: يجيزها إذا أجازها الورثة وقول: يجيزها ولو لم يجزها الورثة".

٢- أن المنع المطلق الذي قال به أصحاب المذهب الأول ناشئ عن إعتبارهم أن منع الوصية للوارث أمر تعبدي.

٣- ترجيح قول أصحاب المذهب الثاني الذين جعلوا المنع معقول المعنى، وعلقه بعدم الجور من خلال الإنتقاص من نصيب الورثة".

٤- أن الخلاف الحاصل في أبعاده الحديثية والأصولية والفقهية يدور في فضاء يختلف عن الفضاء اللذين تدور فيه مسألة الوصية للورثة في ظل الأنظمة التي تفرض أحكام إرث وضعية.

٥- أن الوصية بحسب الصورة المطروحة والتي يراد بيان حكمها ليست هي الوصية الشرعية التي نص أهل العلم على أحكامها في كتب الفقه وإنما هي إجرا قانوني شكلي يراد منه العودة إلى الأصل الذي شرعه الله في آيات المواريث وهذا علامة التقوى والتزام بحكم الله واعتزاز بشرعه الحكيم.

٦- وفي المصلحة لا أرى مانعا يمنع من أقدام الشخص على تنظيم الوصية القانونية التي تحفظ للورثة الحقوق الشرعية التي نصت عليها آيات المواريث وأن هذا التصرف تدعمه ألقواعد الشرعية للمذهب الثالث:

- الأمور بمقاصدها
- لاضرر ولا ضرار
- الضرر يزال

والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ ثم يتحدث الدكتور الصعويعي عن الوصية وجعلها كقانون من قوانين البلاد قائلاً:

"التاكيد على الوصية في المواريث ليس من الحلول ألناجحة لأنها تتعلق بقوانين البلاد ويختلف حكمها باختلاف الأحوال والبلدان وحسب قوانين بلاده حتماً. وعن "الهبة للورثة" ذهب إلى ما ذهب إليه الجمهور من إستحباب التراضي بين الورثة واستدل بالأحاديث تقوية لكلامه مثلاً:

أعدلوا بين أبنائكم، أعدلوا بين أبنائكم، أعدلوا بين أبنائكم (أبوداؤد، أحمد والنسائي).

وعن أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: "فليس يصل هذا وأني لا أشهر إلا على حق" (رواه أحمد).

وبذلك تكون الوصية للورثة بقدر الحصة الشرعية، لأن القصد من خلالها يرى الدكتور الصويعي أن لا حرج بمثل هذه الوصايا ألتي تهدف إلى إيصال الحقوق إلى أهلها فتنظم الوصية لتقوية الحقوق. يقول" إن الخلاف الفقهي الحاصل في هذه المسألة ينضوى على أراء معتبرة تجيز الهبة والعطية للورثة مع مراعاة أنصبتهم الإرثية المقررة شرعاً، كما أنه تأسيساً على ما خلصنا إليه في بحثنا حول الوصية للوارث كإجراء قانوني يراد منه حفظ حق الورثة الشرعيين، فان الهبة هنا هي إجراء قانوني يراد منه إيصال الحقوق الإرثية الشرعية إلى أصحابها بمعزل عن القوانين الإرثية الوضيعة وهذا ما يجعلنا نميل إلى مشروعية هذا التصرف (أنظر لمزيد من الإستفادة والتفصيل مقاله غير المطبوع باللغة العربية) (/ ٤٦-٤٥).

ثم أفاض الكلام في مواد من القانون تمهد الطريق نحو أحكامها ولا شك في أن مقاله يشرع بإفادات علمية غير مألومة وهذا من آرائه.

ثالثاً: الدكتور الحسن الأشغري:

عد أولا الكفر من موانع الإرث وألقى الضوء على موقف العلماء ازاءه ومذهب الجمهور وغيرهم معتمداً أمثلة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس وهي تشير أن الدكتور الأشغري لاتجوز توريث المسلم من الكافر وعكسه بقوله: "ولو جوزنا في تقديري – إرث المسلم من الكافر لفتحنا أبواب طمع الطامعين من أبناء المسلمين لأن فريقاً سيغدوا راغبا بالزواج من أهل الكتاب" و بالعجائز منهن خاصة سعيا إلى ميراث أموالهم لاحبا في إسلامهم وكفى بذلك فتنة لشباب المسلمين ذكوراً وإناثاً.

فهذا هو التوفيق الذي نطمئن إليه في هذا الباب والله تعالى أعلم بمراده وهو أحكم الحاكمين أنظر مقاله غير المطبوع باللغة العربية لابن قدامة ٣٩٦/٨.

* * *

من البحوث والدراسات:

عدة مسائل للإرث والوصية من ناحية الحكم الشرعي

إعداد: المفتي راشد حسين الندوي•
تعريب: المفتي محمد كليم الدين القاسمي الكتكي•

١) حكم وصية المورث في حياته وفق أحكام الإرث:

إن الوصية للوارث باطلة شرعاً، كما هو مصرح في الرواية، غير أنها كانت واجبة للوالدين والأقربين في بداية الأمر، ففي القرآن الكريم: "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين" (البقرة: ١٨٠).

ثم نسخ هذا الحكم، وفي ناسخه أقوال، والراجح أنه هو قوله تعالى: "يوصيكم الله" ..... (النساء: ١١)، وهذا مؤيد بحديث أخرجه أبو داؤد والترمذي، كما قال العلامة الكاساني (رحمه الله تعالى): "وقال بعض العلماء: نسختها آية المواريث، وفي الحديث ما يدل عليه، فإنه (عليه الصلاة والسلام) قال: إن الله تبارك وتعالى أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث" (أبو داؤد، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية ٣٥٦٥، والترمذي في الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث ٢١٢١؛ بدائع الصنائع ٤٢٦/٦).

فعلى هذا اشترط الفقهاء لصحة الوصية أن لا يصير الموصى له وارثاً للموصي وقت موته، حيث قالوا:

"ومنها أن لا يكون وارث الموصي وقت موت الموصي، فإن كان لا تصح الوصية" (بدائع الصنائع ٤٣٣/٦، رد المحتار ٤٦٠/٥، الهداية مع تكملة فتح القدير ٣٥١/٩، ٣٥٤).

• الأستاذ مدرسة ضياء العلوم، ميدانفور، تكيه كلان، رائي بريلي.
• المدرس بالجامعة الإسلامية دار العلوم ديوبند.

فعلم أن وجه عدم جواز الوصية للوارث هو أنه قد أعطي جميع ما كان حقه، ولم يبق شيء من حقه في مال المورث، كما قال صاحب البدائع:

"وقوله كل ذي حق حقه: أي كل حقه، فقد أشار عليه الصلاة والسلام إلى أن الميراث الذي أعطى الوارث كل حقه، يدل على ارتفاع الوصية، وتحوّل حقه من الوصية إلى الميراث" (بدائع الصنائع ٦/٤٢٤).

فلو أوصى أحد لوارث كي ينال حقه من الإرث بعد موت الموصي وفق الحكم الشرعي فهو جائز؛ لأنه موافق للحكم الشرعي.

يقول حكيم الأمة الشيخ أشرف علي التهانوي (رحمه الله تعالى):

"فعلم منها أن المورث لو أوصى بحيث إن هذا للوارث الفلاني وذاك للوارث الفلاني يجوز ذلك بشرط أن لا يكون ما أوصى أقل من سهمه الشرعي؛ لأن هذا تقسيم لا وصية، وهو يجوز للمورث، وإن كان أقل لا يجوز؛ لأنه وصية لوارث، ولم يجز ذلك! وهذا هو التطبيق بين القولين المذكورين في الرواية" (إمداد الفتاوى ٤/٣٣٧).

والمراد من "الرواية" في قول الشيخ التهانوي (رحمه الله تعالى) العبارة التالية من رد المحتار:

"قال القهستاني: واعلم أن الناطفي ذكر عن بعض أشياخه أن المريض إذا عين لواحد من الورثة شيئاً، كالدار على أن لا يكون له في سائر التركة حق يجوز، وقيل: هذا إذا رضي ذلك الوارث به بعد موته، فحينئذ يكون تعيين الميت كتعيين باقي الورثة معه كما في الجواهر، الخ، قلت: وحكى القولين في جامع الفصولين، فقال: قيل جاز، وبه أفتى بعضهم، وقيل لا" (رد المحتار كتاب ٥/٤٦٤ كتاب الوصايا، ط: مكتبة فيض القرآن).

والحكمة في عدم جواز الوصية للوارث أنها موجب الأذى لبقية الورثة ووحشتهم، فلذا لو أجازوها صحت، كما هو مصرح في الرواية: "لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة" (دار قطني ٤/٩٨، ١٥٢، والبيهقي ٦/٢٦٣).

فأشار الفقهاء إلى هذه الحكمة وقالوا:

"ولو أوصى لبعض ورثته، فأجاز الباقون، جازت الوصية؛ لأن امتناع الجواز كان لحقهم، لما يلحقهم من الأذى والوحشة بإيثار البعض، ولا يوجد ذلك عند الإجازة"

(بدائع الصنائع ٤٣٤/٦، وشرح العناية على هامش نتائج الأفكار ٣٥٤/٩).

فالوصية إذا كانت وفق السهام الشرعية تجوز وتباح في عموم الأحوال.

ولكن إذا كانت الظروف والأحوال بحيث لم يتأت الحصول على الحقوق لأصحابها إلا بالوصية، فحينئذ يجب الإيصاء على المورث بدلائل تالية:

١. تقسيم الإرث قد جعل فرضاً في بيان أحكامه مفصلاً في القرآن الكريم، وجعل من حدود الله، كما أن العمل به جعل سبباً لدخول الجنة، وترك العمل به موجبا للدخول في النار، حيث قال سبحانه وتعالى: "للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً" (النساء: ٧).

ثم بعد ما بين هذا الإجمال في آية الميراث "يوصيكم الله" (النساء: ١١-١٢) قال الله عز وجل: "تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم، ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين" (النساء: ١٣-١٤).

٢. وقال النبي (صلى الله عليه وسلم): "ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر (مسلم، كتاب الفرائض باب ألحقوا الفرائض بأهلها ١٤٤١، والبخاري كتاب الفرائض باب ميراث الولد من أبيه وأمه ٦٧٣٢).

والخطاب في "يوصيكم" و "ألحقوا" لأولي الأمر من الحكومة الإسلامية بواسطة المؤمنين، فامتثال هذا الحكم بإعطاء حقوق الإرث لأهلها وإلحاقها بهم هو من وظيفة المؤمنين بعد موت المورث، ولكن إذا وقف إيفاء هذا الحكم على عمل من المورث يكون ذلك العمل لازماً عليه في حياته؛ لأنه هو أيضاً من المؤمنين؛ بل هو المخاطب لهذا الحكم على رأي بعض المفسرين.

يقول العلامة الآلوسي (رحمه الله تعالى):

والخطاب قيل: للمؤمنين ..... وقيل: الخطاب لذوي الأولاد على معنى "يوصيكم" في توريثهم إذا متم (روح المعاني ٢١٦/٤).

٣. وعند بعضهم حكم "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت" قد بقي على وجوبه في حق الوالدين والأقربين غير الوارثين.

يقول العلامة الكاساني (رحمه الله تعالى):

فقال بعضهم: الوصية بقيت واجبة للوالدين والأقربين غير الوارثين بسبب الكفر والرق (بدائع الصنائع ٦/٤٢٤).

فلإعطاء الحقوق لأهلها أولى أن يكون وجوب الوصية هذا باقياً على حاله!

والحاصل أن الوصية طبق الحكم الشرعي تكون مباحة في الأحوال العامة، وعندما يصبح هذا الحكم الشرعي موقوفاً على الوصية فحينئذ تصير واجبة.

السؤال الثاني: الوصية ليست مخالفة للحديث:

لأن الممانعة من الوصية في الرواية: "لا وصية لوارث" إنما هي للمنع عن العدوان على بعض الورثة بحرمانهم من حقوقهم في الإرث، أو النقصان فيها بترجيح بعضهم على بعض كما مرّ مفصلاً، وفي الحقيقة أن هذه الرواية تقتضي اهتماماً بالغاً بأداء حقوق الإرث إلى كافة أهلها حسب حكم الإرث الشرعي، وفي مثل هذه الوصية محاولة واضحة لأداء هذه الحقوق، فلا تنافي الرواية المذكورة، ولم تكن باطلة؛ بل تكون معتبرة!

السؤال الثالث: مثل هذه الوصية لا تدخل تحت حكم المانعة المذكورة في الرواية:

لما مرّ من الأدلة التفصيلية!

السؤال الرابع: طرق التنفيذ لحكم الإرث:

أيسر الطرق لإجراء حكم الإرث إذا أوصى المورث بالصفة المذكورة أن تعتبر الحكومة الإسلامية هذه الوصية صحيحة. وله طريقان آخران غير هذا، ولكن في نفاذهما شيء من الصعوبة بالنسبة للطريق المذكور، وهما كما يلي:

١. توجيه الورثة وتكوين رأيهم في أن يقتسموا الإرث فيما بينهم طبقاً لحكم الإرث الشرعي من غير أن يدلوا الأمر إلى المحاكم، وأن يملك كل واحد منهم سهمه محرزاً ومحوزاً في حيازته بحيث يتصرف فيه كيفما شاء، وليكن التسجيل حسب القانون الدولي متى يكون! كما هو متوارث في أسرة الشيخ أبي الحسن علي الندوي (رحمه الله تعالى). كل فرد من أفراد العائلة يمتثله باهتمام وشدة، ولا يخالفه من لم يعتبر متديناً على الحسب

الظاهر أيضا؛ لأن الخروج عن الأمور المتوارثة في الأسرة ليس أمراً هيناً له؛ فإذا أراد أحد بيع سهمه لا يعارضه أحد ممن يكون التسجيل الرسمي باسمهم؛ بل يعينه ويساعده حتى في إجراء الوثائق الرسمية أيضاً، إلى أن يتم الأمر بسهولة.

تقسيم الإرث بهذا الطريق وإن كان سهلاً ممتعاً، لكنه عسير المنال عملاً قبل تكوين الآراء وإقناع المجتمع بهذا الأمر، فإن عارض أحد من الورثة وحال دون القسمة، أو عرقل خلالها أو بعدها لاختلّ الأمر وحدثت المشاكل؛ لكون الوثائق السابقة مخالفة لما قد حدث بعد ذلك.

على كل، هذا نموذج للذين يتحاشون تقسيم الإرث الشرعي بعلة القوانين الدولية، فأي مانع هنا في طريق العمل بهذا؟

٢. والطريق الآخر – وهو أصعب عملاً مما سبق – أن يطالب المسلمون الحكومات بتنفيذ الشريعة الإسلامية في باب الإرث فيما بينهم، كما يعتبر قانون الأحوال الشخصية للمسلمين حقاً مشروعاً، وبه يتم تسوية بعض قضاياهم – مثل النكاح والطلاق وما إلى ذلك – وفق حكم الفقه الإسلامي في المحاكم الدولية أيضاً.

والقانون الدولي في كثير من بلدان العالم من أمثال الهند لا يعترف للمرأة بحق في العقارات رغم ما يزداد عليه الحال يوماً فيوماً من تهيئة الجو الصالح لدعم المرأة، على أن القانون الإسلامي يعترف به ويقرره للمرأة أيضاً. فالمرجو من هذا الموقف الحالي أن يعزز طلبنا هذا، وينظم حملة تأييد عبر الوسائل الإعلامية والرأي العام والحكومات. ولكن الدول غير الإسلامية التي تعتبر حقوق كل من المرأة والرجل متساوية، فلا مساغ فيها لقبول مثل هذا الطلب في الوقت الراهن؛ بل طريق الوصية هو الذي يكون سائغاً هناك.

السؤال الخامس: هل يرث المسلم غير مسلم:

لقد تمّ التوضيح في ورقة الأسئلة نفسها بأن عدم جواز الإرث بين المسلم وغير المسلم متفق عليه تقريباً؛ لأن الأمة قد اتفقت على هذا الحكم سوى البعض من أهل العلم. وهذا ثابت بأحاديث صريحة:

"عن أسامة بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا يرث المسلم الكافر ولا

يرث الكافر المسلم" (مسلم، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر ٤١٤٠، والبخاري، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر ٦٧٧٤).

ففي "السراجي" – وهو كتاب نفيس، وأول ما كتب في الإرث في المكتبة الإسلامية – وشرحه "الشريفية":

"والثالث: اختلاف الدينين، فلا يرث الكافر من مسلم إجماعاً، ولا المسلم من الكافر على قول علي وزيد وعامة الصحابة. وإليه ذهب أصحابنا والشافعي .... والقياس أن يرث .... وإليه ذهب معاذ بن جبل ومعاوية بن أبي سفيان والحسن ومحمد بن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين ومسروق" (الشريفية ١٤).

ومثله نقل الشيخ المفتي محمد تقي العثماني:

"عليه عمل الأمة" (تكملة فتح الملهم ١٣/٨، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر).

يقول الشاه ولي الله الدهلوي (رحمه الله تعالى) وهو يبيّن الحكمة لهذا الحكم:

"أقول: إنما شرع ذلك ليكون قطعاً إلى طريق المواساة بينهما؛ فإن اختلاط المسلم بالكافر يفسد عليه دينه" (٣٢٣/٢، كتاب الفرائض، لا تورث عند اختلاف الدين).

ويقول الشيخ محمد علي الصابوني:

"لأن الإرث أساسه التناصر والتعاون، وهذا منتف بين المسلم وغير المسلم" (المواريث في الشريعة الإسلامية ص ٢٦).

فنظراً إلى هذه الأدلة لا مساغ للكلام في صحة هذا المذهب وكونه راجحاً وموثوقاً به، وإن لم يكن إجماعياً لاختلاف هؤلاء الأجلاء؛ بل أصبح مجتهداً فيه، وفي المسائل المجتهد فيها أمثلة اختير الجانب المرجوح فيها عند الضرورة؛ فإذا واجهت مشاكل ذكرت في ورقة الأسئلة لجاز أن يرث المسلم لقريب له غير مسلم بدلائل تالية:

١. إن رضي الورثة الآخرون يعتبر هذا هبة، وهي تجوز للمسلم؛ لأن "أهل الذمة في حكم الهبة بمنزلة المسلمين؛ لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات، إلا أنه لا تجوز المعاوضة بالخمر عن الهبة فيما بين المسلم والذمي"

(الفتاوى الهندية ٤/٤٠٥، والدر المختار ٤/٥٧٦).

٢. وإن لم يرض الورثة الآخرون لا يعتبر هبة، ولكن إذا كان القانون الدولي قد يعطي الإرث من ماله أقارب له غير المسلمين، وهو أيضاً يضطر إلى هذا الإعطاء رغم كونه خلاف الإجماع، فلم لم يصح له أن يأخذ من إرث ذلك القريب غير المسلم بنفس القانون الدولي؟ ولأن الحكومة قد قررت المرافق الكثيرة من حقوق مواطن البلاد عند استيفاء الشروط الخاصة، مثلاً إذا تخططت الأراضي ينقص شيء من أراضي كل واحد، ويجعله لمجلس القرية، ثم يخص شطراً يقسم على الفقراء وثيقة لاستئجار الأرض، وكذا ما تأخذ الحكومة جباية من العامة تبني بها بيوت الفقراء، وتمنح الأيامى والفقراء رواتب شهرية، وتعطيهم مواد طعمية بأثمان رخيصة، كما أنها تصرفه في حوائج كثيرة أخرى، وتقرر هذه الأشياء حقاً لهم عند ما توفرت الشروط!

والظاهر أن هذه الاستفادة جائزة بلا شبهة؛ بل إذا لم يستوف أحد الشروط الخاصة لها ولم يحاول الحصول عليها، يعد عمله هذا خلافاً للشرع، فكذا إن اعتبرنا أن الحصول على الإرث المذكور من الحقوق الممنوحة من الحكومة بشرائط خاصة، لجاز له بذل المحاولة للحصول عليه، ولا سيما إذا كان يؤخذ مثل هذا من ماله على كره منه، فأولى أن يكون له حق مثل ذلك؛ لأن "الإسلام يعلو ولا يعلى عليه" (الطبراني في الأوسط، والبيهقي في دلائل النبوة، نقلاً عن حاشية الشريفية ص ١٤).

٣. مذهب معاذ (رضي الله عنه) وغيره وإن كان مرجوحاً بأحاديث صحيحة ولكنه يسوغ أن يختار نظراً إلى الوضع الراهن ضرورة.

السؤال السادس: حكم تعيين الحصص في الحياة:

قد سبق الجواب عنه في ذيل ما أجيب عن السؤال الأول، وهو كما قال ابن عابدين الشامي:

"قال القهستاني: واعلم أن الناطفي ذكر عن بعض أشياخه أن المريض إذا عين لواحد من الورثة شيئاً، كالدار على أن لا يكون له في سائر التركة حق يجوز، وقيل: هذا إذا رضي ذلك الوارث به بعد موته، فحينئذ يكون تعيين الميت كتعيين باقي الورثة معه كما

في الجواهر، الخ. قلت: وحكى القولين في جامع الفصولين، فقال: قيل جاز، وبه أفتى بعضهم، وقيل لا" (رد المحتار كتاب ٤٦٤/٥ كتاب الوصايا، ط: مكتبة فيض القرآن).

وعلى ضوئها يقول حكيم الأمة الشيخ أشرف علي التهانوي (رحمه الله تعالى):

"فعلم منها أن المورث لو أوصى بحيث: إن هذا للوارث الفلاني وذاك للوارث الفلاني يجوز ذلك بشرط أن لا يكون ما أوصى أقل من سهمه الشرعي؛ لأن هذا تقسيم لا وصية، وهو يجوز للمورث، وإن كان أقل لا يجوز؛ لأنه وصية لوارث، ولم يجز ذلك! وهذا هو التطبيق بين القولين المذكورين في الرواية" (إمداد الفتاوى ٣٣٧/٤).

وحاصل هذه الأقوال أن الوصية إذا كانت وفق الحكم الشرعي تجوز وتباح، ويلزم الورثة أن يسلموها، وإن لم تكن كذلك فجوازها يكون موقوفاً على إجازة الورثة بعد موت الموصي.

السؤال السابع: هل رضى الورثة ضروري بعد موت المورث؟

قد مرّ أن وصية المورث باطل غير معتبر أصلاً، إلا أن يرضى بها بقية الورثة؛ نظراً إلى زيادة توجد في بعض طرق الرواية، وهي:

"لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة" (دارقطني ٩٨/٤، ١٥٢، والبيهقي ٢٦٣/٦).

والمعنى لرضى الورثة كما بينه الفقهاء أن يرضوا بعد موت المورث أيضاً؛ فإن كانوا راضين في حياته، ووقعوا الوصية برضاهم، ولكن رجعوا بعد موته عن إقرارهم ورضاهم، فلا اعتبار لهذه الوصية.

"ولا تعتبر إجازتهم حال حياته أصلاً؛ بل بعد وفاته (قوله: ولا تعتبر) أي لأنها قبل ثبوت الحق لهم؛ لأن ثبوته عقلاً بعد الموت، فكان لهم أن يردوه بعد وفاته ..... وفي البزازية: تعتبر الإجازة بعد الموت لا قبله" (رد المحتار ٤٦٠/٥ كتاب الوصايا، ط: مكتبة فيض القرآن).

وقال الجصاص الرازي في أحكام القرآن: "وقد اختلف الفقهاء فيمن أوصى بأكثر من الثلث، فأجازه الورثة في حياته، أو أوصى لبعض ورثته، فأجازه الباقون في حياته، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد والحسن بن صالح وعبد الله بن الحسن والشافعي: لا يجوز ذلك حتى يجيزوها بعد الموت. وقال ابن أبي ليلى وعثمان

البتي: ليس لهم أن يرجعوا فيه بعد الموت وهي جائزة عليهم" (أحكام القرآن ٢/٩٨-٩٩).

السؤال الثامن: وصية المورث لزوجته جائز إذا لم يكن له وارث سواها:

الوصية لوارث لا يجوز، لكن الفقهاء استثنوا من هذا الحكم عدة صور، منها: إذا لم يكن للزوج وارث غير زوجته فله أن يوصي لها، وكذا إذا لم يكن لها وارث سوى زوجها فلها أن توصي له، وهذه الوصية معتبرة شرعاً، وإن كانت مما ينبغي ألا تعتبر بالنسبة إلى الأصل، ففي الدر المختار:

"أو لم يكن له وارث سواه، كما في الخانية: أي سوى الموصى له الوارث، حتى لو أوصى لزوجته أو هي له ولم يكن ثم وارث آخر تصح الوصية" (الدر المختار ٥/٤٦٤).

ووجه كونها معتبرة أظهر، وهو أن سبب بطلان الوصية لوارث تسببه إلى بغض الورثة الآخرين وأذاهم؛ فإذا لم يكن له وارث سوى زوجته يجوز له الوصية؛ وخصّ المثال بالزوجين لأن التركة إذا فضلت ترد على غيرهما لا عليهما، ففي صورة الوصية يحصل الترجيح لهما على بيت المال؛ بل وفي الوقت الحاضر إذا لم يوجد بيت المال يصل إلى أحدهما تركة الآخر إن لم يكن وارث وذوو رحم لهما بدون الوصية أيضاً على قول البعض.

ففي حاشية "السراجي":

"وفي الأشباه والنظائر: يردّ على الزوجين بناء على أنه ليس في زماننا بيت المال..... وعليه المتأخرون منا .... والحق أن الرد عليهما وضع موضع بيت المال" (ص: ١٢ ط: مكتبة الاتحاد ديوبند).

السؤال التاسع: إجازة الورثة ورضاهم لابد أن يوجدا بعد موت المورث:

إذا كانت الوصية بزائد على الثلث فلا بد من رضى الورثة بعد موت المورث، ولا يكفي ما كان من رضاهم في حياته (قد سبقت الأدلة في الكلام على جواب السؤال السابع).

خلاصة الكلام:

١. مثل هذه الوصية مباح في عموم الأحوال، ولكن إذا كانت الظروف والأحوال

بحيث لم يتأت الحصول على الإرث لأصحابه إلا بالوصية، وتتوقف التقسيم الشرعي عليها، فحينئذ يجب الإيصاء.

٢. وهذه الوصية لا تعارض "لا وصية لوارث" فيكون الأمر معتبراً.
٣. هذه الوصية لا تدخل تحت حكم الممانعة.
٤. إضافة صورة لتقسيم الإرث، وهو أنه يمكن الورثة أن يقسموه وفق الحكم الشرعي وإن كانت الوثيقة الرسمية كيفما كانت. وشكل آخر، وهو بذل الجهود لتنفيذ حكم الإرث الشرعي كقانون دولي باستخدام الضغط على الحكومة.
٥. للمسلمين أن ينتفعوا بهذا القانون، ويجتهدوا له، ويعتبروه هبة إن رضي الورثة، وإلا باختيار قول معاذ (رضي الله عنه) وغيره نظراً إلى الوضع الحالي، أو باعتباره من الامتيازات الحكومية.
٦. إذا كانت هذه الوصية لإعطاء كل ذي حق حقه الشرعي حسب القانون الشرعي تكون معتبرة، وإلا تكون موقوفة على إجازة الورثة بعد موت المورث.
٧. هذه الوصية تكون معتبرة إذا أجازها الورثة بعد موت المورث أيضاً.
٨. هذه الوصية تكون معتبرة إذا لم يكن هناك ورثة.
٩. إذا أجاز الورثة هذه الوصية بعد موت المورث أيضاً تكون معتبرة، وإلا فلا.

* * *

نظام الإرث الإسلامي العادل

فضيلة الأستاذ محمد عثمان •

نحمده ونصلي على رسوله الكريم، أما بعد!

وقبل أن نخوص في الرد على الأسئلة نذكر أمرين:

كان يسود الحيف والاعتداء في توزيع الشركة على المستحقين قبل طلوع الإسلام، إذ كان يحرزها الذكور من الأولاد الذين بلغوا الحلم، أما الإناث والأطفال الذين لم يبلغوا فلم يكن لهم حظ ولا نصيب. فقد قضى الله تعالى على هذا النظام الغاشم، وقرر لتقسيم الميراث نظاما أساسه العدل الذي لايشوبه اعتداء على أحد من الورثة المستحقين. فوضع أساس تقسيم الشركة على القرابة. وساوى بين الورثة الذين في درجة واحدة. وأوصى في أكثر الصور للذكر مثل حظ الأنثيين وقد أغلق باب الظلم والعدوان وضمن لصيانة حقوق جميع الورثة بقوله تعالى "غير مضار" ليدوم بينهم التالف والتواد دونما ضر أو ضرار. فلم يعبأ بالوصية لوارث أو الهبة له أو الاقرار بالدين له في مرض الموت وهكذا جعل الحد للإضرار والتباغض والتحاسد. فقد قال النبي (صلى الله عليه وسلم):

"إن الرجل ليعبد الله ستين عاما ثم يضر في الوصية فتجب له النار".

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): إن الرجل ليعمل بعمل أهل الجنة سبعين سنة فإذا أوصى حاف في وصيته فيختم له بشر عمله فيدخل النار وإن الرجل ليعمل بعمل أهل النار سبعين سنة فيعدل في وصيته فيختم له بخير عمله فيدخل الجنة".

وعن ابن عباس عن النبي (صلى الله عليه وسلم): الإضرار في الوصية من الكبائر" (أحكام القرآن للجصاص ٢/٢١١).

• أستاذ رياض العلوم غوريني

وقد فسّر العلماء الظلم والإضرار؛ بالوصية للوارث والوصية بما زاد على الثلث:

في الهداية "الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث" (فتح القدير ٤١٧/١٠).

قال ابو بكر (رضي الله عنه): قد كان أهل الجاهلية يتوارثون بشيئين أحدهما النسب والأخر السبب، فأما ما يستحق بالنسب فلم يكونوا يورثون الصغار ولا الإناث وإنما يورثون من قاتل على الفرس وحاز الغنيمة" (أحكام القرآن للجصاص ٩٤/٢).

وذكر البغوي أن أوس بن ثابت الأنصاري توفي وترك إمرأة يقال لها ام كحة وثلاث بنات له منها، فقام رجلان هما ابناء عم الميت وأوصياه سويد وعرفجة فأخذا ماله ولم يعطيا أصوله ولا بناته شيئا، وكانوا في الجاهلية لا يؤرثون النساء ولا الصغار وإن كان الصغير ذكرا، إنما كانوا يؤرثون الرجال ويقولون: لا نعطي إلا من قاتل وحاز الغنيمة .... فأنزل الله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم".

فلما نزلت أرسل الله صلى الله عليه وسلم إلى سويد وعرفجة، ان إدفعا إلى أم كحة الثُمن وإلى بناته الثلثين ولكما باقي المال" (التفسير المظهري ٢٢٨/٢).

وفي حديث اخر قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): ان الرجل والمرأة ليعملان بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضلان في الوصية فتجب لهما النار" (أحكام القرآن ٢١١/١).

محاولة النظام الإسلامي للمواريث:

إجراءاً للنظام الإسلامي العادل للمواريث وقضاءاً على التقاليد الغاشمة فلقد ألقيت على كواهل المسلمين مسؤولية الإصلاح وإقامة العدل عند ما رأوا الحيف والظلم في تقسيم المواريث، فقال جل وعلا:

"فمن خاف من موص جنفاً أو إثما فأصلح بينهم فلا إثم عليه" (البقرة: ١٨٢)

فعلم بهذه الاية أنه يجب على كل إنسان أن يمنع الجور في تقسيم المواريث ما استطاع، قال الجصاص: "معنى قوله "فمن خاف" أنه علم أن فيها جورا فيردها إلى العدل.... وهو (هذا الحكم) عام في سائر الوصايا فإذا عدل بها عن جهة العدل إلى الجور

تنفيذاً للوصية (التي كانت واجبة للوالدين والأقربين وشاملة لسائر الوصايا وغيرهما) فمن خاف من سائر الناس من موص ميلاً عن الحق وعدولاً إلى الجور فالواجب عليه إرشاده إلى العدل والصلاح ولايختص بذلك الشاهد والوصي والحاكم دون سائر الناس لأن ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر" (أحكام القرآن للجصاص ٢٠٩/١).

فالحاصل أنه يجب على الناس أجمعين محاولة القضاء على الجور في المواريث لأنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وأن الإهمال أو الكسل في ذلك ربما يودي إلى الإثم والوزر عليهم.

الرد على الأسئلة ان تصحيح القسمة الجائرة هو أمر كافي وسع الإنسان، فإن كان المورث من حصول حياته على يقين في الحيف في القسمة فيجب عليه أن يسعى حسب وسعه لإزالة هذا المنكر. فإن التهاون في إيصال الحق إلى صاحبه ونهي الظالم عن ظلمٍ نوعٌ من الظلم والإعانة على المعصية وإذا لم يمكن النهي عن هذا الاعتداء إلا بالوصية فلا بد منها، وتعود هذه الوصية لفائدة أن الموصى له يتم له الاستحقاق في الوراثة شرعاً وقضاءاً، ولاتعتبر شرعاً في تعيين السهام وغير ذلك، ويتوجه المسؤولية إلى جميع الورثة أن يقوموا بتقسيم التركة حسب القواعد التي قرّرتها الشريعة الغراء، ولايجوز حرمان الورثة الاخرين من حقوقهم بهذه الوصية، فتجعلهم هذه الوصية ورثة حسب قانون البلاد في حين أنهم ورثة حسب الشريعة الإسلامية ولاغير.

فالدول التي لايُتَّبع فيها قانونُ الإسلام للمواريث ويُظن بسكانها أنهم يعطون المواريث إلى الورثة الذين لايعتبرهم قانونُ البلاد ورثةً فتحتم الوصية تغييراً للمنكر، ويلزم أن يراعي في الوصية أن لايحرم الورثة الاخرون باتخاذها حيلة لحرمانهم كما قال في التفسير المظهري: ان الرجل إذا حضر مريضا وهو يوصي فرأه يميل عن الحق أمره بمعروف ونهاه عن منكر، كما نهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) سعداً بن أبي وقاص عن زيادة الوصية على الثلث، ونهى عائشة عن أهل الوصية (٢١٠/١ ط زكريا).

"فمن خاف من سائر الناس من موص ميلا عن الحق وعدولا إلى الجور فالواجب عليه إرشاده إلى العدل والصلاح ولا يختص بذلك الشاهد والوصي والحاكم دون سائر الناس لأن ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر" (أحكام القرآن ٢٠٩/١).

ج ١: قد سبق في البداية بشئ من التفصيل أن الغرض من حديث "لاوصية لوارث" هو المنع عن العدوان على الورثة والقضاء على التباغض والتحاسد والشقاق والاختلاف فيما بينهم فلو أوصى أحد بتقسيم المواريث حسب أحكام الشرع فهذه الوصية لاتضاد بذاتها الحديث "لاوصية لوارث" بل تؤيده بمعناها. نعم فالوصية شئ مخصوص للوارث وإن لم تتجاوز نصيبه – فلا تنافي الحديث، ويلغو ويبطل شرعاً هذا التعيين أو التخصيص إذا ما تجاوزت نصيبه.

فالحاصل أنه لا منافاة بين كتابة الوصية والحديث النبوي الشريف "لاوصية لوارث" إنما تحدث المنافاة لدى تعيين السهام، فلا تعتبر في ذلك، ويحق لسائر الورثة التعيين من جديد بالتراضي.

كما قال الشيخ وهبة الزحيلي في التفسير المنير:

"الضرر أو الإضرار حرام وهو في الوصية من الكبائر وكذا في الدين، قال تعالى:

"غير مضار" والإضرار راجع إلى الوصية والدين أما رجوعه إلى الوصية فبأن يزيد على الثلث، أو يوصي لوارث فإن زاد فإنه يرد إلا أن يجيزه الورثة لأن المنع لحقوقهم لا لحق الله تعالى، وإن أوصى لوارث فإنه يرجع ميراثا، وأجمع العلماء على أن الوصية للوارث لاتجوز" (٢٨٥/٤٠٣).

وفي الموسوعة الفقهية "ذهب الفقهاء إلى أنه يشترط ألاّ يكون الموصى له وارثاً للموصي عند الموت إذا هناك وارث آخر لقوله (عليه الصلاة والسلام): إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث، وقوله عليه السلام: لاتجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة، ولأن في إيثار بعض الورثة من غير رضا الآخرين ضررا يؤدي إلى الشقاق والنزاع وقطع الرحم وإثارة البغضاء والحسد بين الورثة" (الموسوعة الفقهية ٢٤٦/٤٣).

ج ٢: إنما مورد حديث "لاوصية لوارث" ومقصده الوصية التي تؤدي إلى إضرار الورثة الأخرين بأن يعطى الموصى له – الوارث – زائدا عن سهمه أو يُعيّن له شئ من التركة، فإذا كان الوارث واحدا فليس هناك إضرار بوارث آخر، فتجوز الوصية بما زاد عن سهمه المقدر أو بجميع التركة أو بشئ مخصوص كعقار وكذلك إذا كان الورثة الآخرون فبما أن الضرر بالوصية لوارث لايلحق إلا بهم فلو أجازوها ورضوا عنها فتصح الوصية وتنفذ أيضاً.

في "بدائع الصنائع" لو أوصى لبعض ورثته فأجاز الباقون جازت الوصية لأن امتناع الجواز كان لحقهم لما يلحقهم من الأذى والوحشة بايثار البعض ولايوجد ذلك عند الإجازة وفي بعض الروايات عنه (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: لا وصية لوارث إلا أن يحيزها الورثة" (بدائع ٤٣٤/٥، ط نعيمية ديوبند).

ج ٣: أما عن الصور الأخرى التي تساعد لإجراء القانون الإسلامي للمواريث في الدول غير المسلمة، فبيان ذلك منوط بالاطلاع على قوانين المواريث المُتَّبعة في تلك الدول، وكاتب هذه السطور لايعلم شيئا كثيراً عن ذلك بل يغلب ظني أن الذين وجّهوا الأسئلة هم على علم تام بقوانين الدول الأخرى فلعل لديهم مزيداً من الصور والأشكال، وأقول: المسؤول عنها بأعلم من السائل" (مشكاة مع المرقاة ٦١/١).

نعم هناك صورة عامة تبدو لي وهي أن يعطي البنت في حياته السهم الذي قرّر لها الشرع وينوي أنه سهمها من تركته، فهو برئ – بمشية الله تعالى.

وراثة المسلم في تركة الأقارب الكفار

ج ٤: لايرث الكافر المسلم، هذا ما أجمعت عليه الأمة وما اختلف فيها أحد.

أما المسلم من الكافر ففيه الخلاف، فالجمهور من الصحابة والتابعين والأئمة المتبوعين أجمعوا على أنه لايرث أيضا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم" (متفق عليه – مشكاة مع المرقاة ٢٠٩/٦، مكتبة فيصل).

وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب والمسروق من التابعين إلى أنه يرث من الكافر، وأخذوا بقوله (عليه الصلوة والسلام) "الإسلام يعلو ولا يعلى عليه" (كنز العمال ٦٦/١).

قال الملا علي القاري في المرقاة:

أجمع المسلمون على أن الكافر لايرث المسلم، وأما المسلم من الكافر ففيه الخلاف، فالجمهور من الصحابة والتابعين من بعدهم أجمعوا على أنه لايرث أيضا، وذهب معاذ بن جبل ومعاوية وسعيد بن المسيب والمسروق (رحمهم الله) وغيرهم إلى أنه يرث من الكافر واستدلوا بقوله (عليه الصلاة والسلام) "الإسلام يعلو ولايعلى عليه".

قد ذُكر فيما أعلاه حكمُ وراثة المسلم في مال الكافر وقد اختلف فيه وهناك يذكر أمران كأساسٍ وأصلٍ.

أ- إن أموال الكفار في دولهم لاتبقي معصومةً فيجوز أخذها بأي وجه سوى الخداع أو الغصب، كما في البحر "لأن مالهم مباح، ولأن عقد الأمارة معهم لم يعد معصوما إلا أنه التزم ألا يتعرض لهم بغدر ولا لما في أيديهم بدون رضاهم فإن أخذ رضاهم مالا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم الإباحة السابقة" (البحر الرائق ٦/١٢٦).

ب - إن القوانين التي وضعتها الدول الكافرة وهي لاتضاد بأصلها الأحكام الشرعية هي بمثابة الاتفاق فعلاً أوحكم الاتفاقية العملية كمثل الاتفاقية القولية فكما أنه يجب الالتزام والإيفاء بالاتفاقيات القولية كذلك يجب العمل بالاتفاقيات الفعلية.

فالحاصل أنه قد ثبت واضحاً بأقوال الصحابة والتابعين ونصوص السنة أن المسلم لايرث الكافر شرعاً، لكن الدول التي تورّث الكافر من المسلم لو بُذِلَت فيها الجهود لتوريث المسلم من الكافر فهي صحيحة، وما فيها بأس، بل ترى مثل هذه المحاولات مما لابد منها نظراً إلى المصالح الدعوية، فإنه إذا وافقت عليه الدولة ويصبح ضمن قانون البلاد فلايبقى الحرج في أخذ أموالهم ويزول المانع، لأن الأخذ هنا بالتراضي والاتفاقية وقد ذكرنا فيما أعلاه أن أخذ مال الكافر بلا غدر يجوز بالاتفاقية العملية لكونه غير معصوم، ألا أنه يستحقه شرعاً، والنصوص إنما تنفي الاستحقاق شرعاً ولاتنفي الوجوه والطرق الأخرى، فما ورد في الحديث "المسلم لايرث الكافر" هذا ينفي الاستحقاق من طريق الوراثة فحسب، أما أخذ ماله من وجوه أخرى فالحديث ساكت عنه، فلو أخذ ماله من طرق أخرى سوى الوراثة كمثل البيع أو الهبة أو المسالمة أو الاتفاقية فلا ضير فيه شرعاً، وأخذ ماله من طريق "القانون" هو أخذه مصالحةً ومعاهدةً، فيجوز شرعاً.

وكان التابعي الجليل القاضي شريح يقول بأن المسلم لايرث الكافر، ولكن بعد صدور الأمر من أمير المومنين معاوية (رضي الله عنه) كان يحكم بأن المسلم يرث من الكافر ويقول: هذا قضاء أمير المومنين" وعلم بذلك أيضا أنه لو وضعت الدولة قانون توريث المسلم من الكافر فلا بأس بأخذ ماله شرعاً.

قال مسروق: ما أحدث في الإسلام قضية أعجب من قضية قضاها معاوية، قال: كان يورث المسلم من اليهودي والنصراني ولا يورث اليهودي والنصراني من المسلم، قال: فقضى أهل الشام، قال داؤد: فلما قدم عمر بن عبد العزيز ردّهم إلى الأمر الأول، وروى هيثم عن خالد عن الشعبي: أن معاوية كتب بذلك إلى زياد – يعني توريث المسلم من الكافر– فأرسل إلى شريح فأمره بذلك، وكان شريح قبل ذلك لايورث المسلم من الكافر، فلما أمره بما أمره قضى بقوله، فكان شريح إذا قضى بذلك قال: هذا قضاء أمير المومنين". وقد روي الزهري عن علي بن حسين عن عمر بن عثمان عن أسامة بن زيد قال قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): لايتوارث أهل ملتين شتى" وفي لفظ "لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم" وفي رواية أخرى قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): "لايتوارث أهل ملتين" هذه الأخبار تمنع توريث المسلم من الكافر والكافر من المسلم، ولم يثبت عن النبي (صلى الله عليه وسلم) خلافه، فهو ثابت الحكم في إسقاط التوارث بينهما" (أحكام القرآن ١٢٧/٢– ١٢٨).

تعيين سهام الورثة لدفع النزاع بينهم:

أما تعيين سهام جميع الورثة مع مراعاة قوانين الوراثة الشرعية لدفع النزاع بينهم فلم أجد حكمه نصاً، ولكن يتجلى من فتوى أصدرها الشيخ أشرف علي التهانوي (رحمه الله تعالى) أن تقسيم المورث الذي أجراه في صورة الوصية صحيح – وفيما يلي نص الفتوى.

"في رد المحتار: قال القهستاني: واعلم أن الناطفي ذكر عن بعض أشياخه أن المريض إذا عيّن لواحد من الورثة شيئاً كالدار على أن لايكون له في سائر التركة حق يجوز وقيل هذا إذا رضي ذلك الوارث به بعد موته، فحينئذ يكون تعيين الميت كتعيين باقي الورثة معه، كما في الجواهر قلت: وحكى القولين في جامع الفصولين فقال: جاز وبه أفتى بعضهم وقيل لا (رد المحتار ٦٤٣/٥، ط: زكريا ٣٤٧/١٠).

فعلم بهذه الرواية أن المورث لو أوصى في تركته بأن يعطى الوارث الفلاني الشئ الفلاني، والوارث الأخر الشئ الأخر بشرط أن لايقل من سهمه الشرعي على ظن منه، فإنه يجوز، وإن قلّ فلايجوز، والتعيين على هذا النمط هو تقسيم وللمورث ولاية

ذلك، وهذا هو التوفيق بين القولين المذكورين في الرواية فليفعل أبوك أن يكتب الوصية لجميع الورثة على قدر سهامهم الشرعية بأن لايشارك الأبناء البنات، ليجري التقسيم حسب الوصية" (إمداد الفتاوى ٣٣٧/٤، ديوبند).

الملاحظة: إن العبارات المختلفة التي ذكرها ابن عابدين الشامي، وكذلك فتوى الشيخ التهانوي تتم بأن المورث في سعة أن يعين نصيب كل من الورثة بالعدل ويوصي بها في حياته، وهذه الوصية بالتقسيم تصح وتنفذ، ولكن يرد عليه سؤال، وهو أن الوصية لوارث لاتصح حقيقة ولاصورةً ولا معنىً، وفي تعيين نصيب كل منهم وصية صورةً فكيف تصح هذه الصورة؟ ففيه نظر، "و أبطل الإيصاء لهم، بطل ذلك صورةً ومعنىً، وحقيقةً وشبهةً حتى لم يصح بيعه من الوارث أصلاً عند أبي حنيفة" (منتخب الحسامي ص١٥٣، مبحث القياس).

حكم إذا كان الوارث واحداً فقط:

لو لم يكن لأحد شرعاً إلا وارث واحد، سواء كان زوجا أو زوجة أو ابناً أو بنتاً فإنه يصح له الإيصاء بأكثر من نصيبه الشرعي حتى تصح الوصية بجميع المال.

"أما إذا لم يترك وارثاً تصح وصية بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا" (تكملة فتح القدير ٤١٢/١٠).

وفي الدر المختار: ولا لوارثه وقاتله مباشرة إلا بإجازة ورثته وهم كبار، أو يكون القاتل صبيا أو مجنوناً أو لم يكن له وارث سواه كما في الخانية، حتى لو أوصى لزوجته أو هي له ولم يكن ثمة وارث أخر تصح الوصية، ابن كمال – فلو أوصت لزوجها بالنصف كان له الكل، قلت: وإنما قيدوا بالزوجين لأن غيرهما لايحتاج إلى الوصية، لأنه يرث الكل برد أو رحم" (الدر المختار ٣٤٧/١٠، ط: زكريا).

أما شرائط إجازة الورثة فهي كما يلي:

١- الأول أن يكون الوارث من أهل التبرع بأن يكون بالغاً عاقلاً غير محجور عليه (الفقه الإسلامي ٤٢/٨).

٢- أن يعلم الوارث بما أوصى به الموصي "ولاتصح إجازة وارث لم يعلم بما أوصى به الموصى".

٣- أن تكون الإجازة بعد موت الموصي فلا عبرة بإجازة الورثة حال حياة الموصي" (المصدر السابق).

اختلاف الفقهاء:

لو أجاز الورثة ما أوصى به الموصي حال حياته فهل يعتبر ذلك شرعاً؟

قد اختلف فيه الفقهاء:

المذهب الراجح والمعروف: المذهب الراجح لدى الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية أنه لاعبرة بإجازة الوارث أو عدم إجازته حال حياة الموصي، إنما تعتبر اجازته بعد وفاة المورث، فإن الاستحقاق لم يثبت للوارث قبل وفاة المورث، والإجازة قبل الاستحقاق لا اعتبار لها، وكذلك لا تتحقق الوراثة قبل موت المورث فقبل كونه وارثاً إجازته أو عدم إجازته كلاهما سواء – وكذلك يبقى الخيار للموصي أن يرجع في وصيته حال حياته فلا فائدة لإجازة الورثة.

"أن تكون الإجازة بعد موت المورث (الموصي) عند جمهور الفقهاء فلا عبرة حال حياة الموصي" (الموسوعة الفقهية ٢٤٧/٤٣).

"وهذا رأي الحنفية والشافعية والحنابلة وكذلك قال المالكية" (الفقه الإسلامي ٤٢/٨) "هذا قول عامة العلماء" (بدئع الصنائع ٤٨٣/٥).

"وقد اختلف الفقهاء فيمن أوصى بأكثر من الثلث فأجازه الورثة قبل الموت، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن صالح وعبيد الله بن الحسن وإذا أجازه في حياته لم يجز ذلك حتى يجيزوه بعد الموت، وروي نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود وشريح وإبراهيم" (أحكام القرآن ٢٠٥/١).

مذهب ابن ابي ليلى وغيره

"وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي: ليس لهم أن يرجعوا فيه بعد الموت وهي جائزة عليهم، وروى طاؤوس وعطاء أنهم إذا أجازوه في الحياة جاز عليهم" (أحكام القرآن ٢٠٥/١).

"وجه قول ابن أبي ليلى أن إجازتهم في حال الحياة صادفت محلها لأن حقهم يتعلق بماله في مرض موته إلا أنه لايظهر كون هذا المرض مرض الموت إلا بالموت،

فإذا اتصل به الموت تبين أنه كان مرض الموت، فتبين أن حقهم كان متعلقا بماله، فتبين أنهم أسقطوا حقهم بالإجازة، فجازت إجازتهم". (بدائع الصنائع ٤٨٣/٥).

الأقوال المختلفة عن الإمام مالك – رحمه الله تعالى:

وقد حكى عن الإمام مالك أقوال مختلفة في العبرة لإجازة الورثة وعدم العبرة لها قبل وفات الموصي، وهناك رواية عن ابن القاسم، فيها تفصيل (١) إن لم يكن الورثة في عيال الموصي فتصح إجازتهم قبل الوفاة أيضاً.

"وقال ابن القاسم عن مالك إذا استاذنهم فكل وارث بائن عن الميت مثل الولد الذي قد بان عن أبيه والأخ وابن العم الذين ليسوا في عياله فإنهم ليس لهم أن يرجعوا" (أحكام القرآن ٢٣٥/١).

(٣) وإن كان الورثة في عيال الموصي، أو سبب إذن الورثة هو الضغط من المورث بأن الموصي لو عادت إليه الصحة يقطع النفقة عنهم مثلاً، فلا عبرة بالإجازة في حياته.

"وأما امرأته وبناته اللاتي لم يبن منه وكل من في عياله إن كان قد احتلم فلهم أن يرجعوا وكذلك العم وابن العم ومن خاف منهم إن لم يجز لحقه ضرر منه في قطع النفقة إن صح فلهم أن يرجعوا وروى ابن وهب عن مالك، ولو كان استاذنهم في الصحة فلهم أن يرجعوا إن شاءوا، وإنما يجوز إذنهم في حال المرض لأن يحجب من ماله بحقهم فيجوز ذلك عليهم، وقول الليث في ذلك كقول مالك" (أحكام القرآن ٢٠٥/١).

وفي الموسوعة الفقهية في بيان مذهب المالكية "وتلزمه الإجازة لشروط خمسة: أولها: كون الإجازة بمرض الموصي المخوف سواء كانت الوصية فيه أو في الصحة، ثانيها أن لايصح الموصي بعد ذلك، ثالثها: أن لايكون معذوراً بكونه في نفقة الموصي، أو عليه دين له، أو خائفا من سطوته، رابعها أن لايكون ممن يجهل أن له الرد والإجازة، خامسها: أن يكون المجيز رشيداً" (الموسوعة الفقهية ٢٤٨/٤٣).

لاعبرة بالإجازة في مرض الموت أيضاً

ويلزم ثبوت الحكم قبل سببه في العبرة بإجازة الورثة في مرض الوفاة، لأن مرض الوفاة لن يتحقق إلا بعد الموت، لإمكان الصحة قبل ذلك.

"والدليل على أن حق الورثة لايثبت في حال المرض بطريق الظهور المحض أن المريض يحل له أن يطأ جاريته، ولو ثبت الملك عند الموت بطريق الظهور المحض لتبين أنه وطي ملك غيره فتبين أنه كان حراما وليس كذلك بالإجماع على ان في إثبات الحق في المرض على طريق الظهور المحض إبطال الحقيقة عند الموت فلايجوز اعتبار الحق للحال لإبطال الحقيقة عند الموت، فكان اعتباره عن طريق الاستناد، فيظهر في القائم لافي الماضي" (بدائع ٤٨٣/٥- فتح القدير ٤١٨/١٠).

خاتمة البحث:

ج١- في الدول التي لايجري فيها نظام الإرث الإسلامي (كان المورث يغلب ظنه أن الورثة الأخرين يحرمون الورثة الشرعيين بقانون البلاد فيتحتم عليه بقاعدة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن يكتب وصية تنص على سهام جميع الورثة الشرعيين صيانةً لحقوقهم منعاً للأخرين عن ظلمهم، وقد أوجب بعض الفقهاء الوصية للأقربين المحرومين عن الوراثة، فالورثة الذين لهم حق شرعي وحرموا بقانون البلاد هم أولى وأحق أن تجب لهم الوصية.

"فمن خاف من سائر الناس من موص ميلاً عن الحق وعدولاً إلى الجور فالواجب عليه إرشاده إلى العدل والصلاح، ولايختص بذلك الشاهد والوصي والحاكم دون سائر الناس، لأن ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر" (أحكام القرآن ٢٠٩/١).

"ويرى بعض الفقهاء كابن حزم الظاهري والطبري وأبي بكر بن عبد العزيز من الحنابلة أن الوصية واجبة ديانة وقضاءاً للوالدين والأقربين الذين لايرثون لحجبهم عن الميراث أو لمانع يمنعهم من الإرث" (الفقه الإسلامي ١٢٢/٨).

ج٢- وكتابة الوصية – بإيجاز أو تفصيل- للورثة الذين يستحقون شرعاً لا تنافي حديث رسول الله (صلى الله عليه وسلم) "لاوصية لوارث" بل توافقه معنى لأن مصداق الحديث هو النهي عن الظلم على أحد من الورثة وتاكيد لإيصال الحقوق إلى الجميع من الورثة المستحقين – فالوصية التي توصل الحق إلى من يستحقه ولايقصد بها إضرار وارث من الورثة توافق الحديث ولاتضاده أبداً.

"الحيف في الوصية من أكبر الكبائر، وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث" (هداية على تكملة فتح القدير ٤١٧/١٠).

ج٣- إن الحديث "لاوصية لوارث" مصداقه صيانة الورثة الذين لم يوص لهم عن الظلم والنهي عن إعطاء وارث أكثر من سهمه الشرعي.

ج ٤- الرد الأساسي عن هذا الجزء هو "ما المسؤول بأعلم من السائل" ولكنني أقول في ذلك امتثالاً للأمر: إن البلدان التي لايجري فيها نظام الإرث الإسلامي، تصح هناك صيانة حقوق الورثة الذين خيف عليهم الحرمان بالهبة والوصية والتسجيل وما إلى ذلك.

ج ٥- الدول الكافرة التي تعتبر الكافر وارثا عن المسلم قانوناً، لا بأس هناك من منظور الشريعة بأن تبذل الجهود لوضع التشريع الذي يرث به المسلم عن الكافر لأنه بعدما يتم التشريع يكون أخذ مالهم صلحاً ومعاهدةً لا وراثة، وإن سمي بالوراثة أو غيرها، كما قال عمر (رضي الله عنه): هذه جزيتكم فسمّوها ما شئتم" (شرح الوقاية ٢٢٨/١).

ج ٦: لو أوصى أحد بوصية التقسيم ليتم تعيين سهام الورثة وراعى في ذلك العدل فإنه في سعة من ذلك، كما يتبين بعبارات العلامة الشامي والشيخ أشرف علي التهانوي، "قلت: حكى القولين في جامع الفصولين، فقال: جاز وبه أفتى بعضهم" (إمداد الفتاوى ٣٣٧/٤، رد المحتار ١٤٧/١٠).

ج ٧،٩- لاعبرة بإجازة الورثة في حياة الموصي لدى جمهور الفقهاء بل تعتبر إجازتهم بعد وفاة الموصي، سواء كانت الوصية لوارث أو لأكثر من الثلث، وقد اعتبر بعض الفقهاء الإجازة في الحياة، وكذلك يعتبر المالكية الإجازة في مرض الموت، فيسوغ العمل بأقوالهم وقت الضرورة.

ج ٨- إذا لم يكن هناك وارث، فما أوصى به لزوجته يصح ويعتبر شرعاً.

* * *

موضوع

من المسائل المتعلقة بالهبة

* ورقة الأسئلة
* القرارات والتوصيات
* عرض المسألة
* من البحوث والدراسات

ورقة الأسئلة:

بعض القضايا المتعلقة بالهبة

بما أن كثيرا من الناس لا يعرفون الأحكام الشرعية بوجه عام فبالتالي لا يتمكنون من تحقيق التفاصيل المتعلقة بمنهجية استخدام بعض الخيارات، ومن هذه الخيارات خيار الهبة. ولا بد لصحة الهبة عند الحنفية أن تكون مقسوما، فلا تجوز هبة المشاع عندهم. ومن الملاحظ أن الوالدين في بعض الأحيان يهبان ممتلكة لهما لبعض أولادهم من دون تقسيم، ويعرف الورثة الآخرون ذلك، كما أنه لا يتواجد أي نزاع في هذه الممتلكة بين الموهوب لهم. ففي هذا الضوء أطرح إليكم بعض الأسئلة المتعلقة بهذه:

١. ما هي مذاهب الفقهاء وأدلتهم وآرائهم وحكمهم حول كون الهبة مقسوما لصحتها؟
٢. هل يتعلق شرط عدم كون الهبة مشاعا بالأشياء والممتلكات التي تختلف أهمية وقيمة جانب منها من أهمية وقيمة جانبها الآخر فحسب مثل قطعة أرض أم يتعلق هذا الشرط بالأشياء والممتلكات التي تكون أهمية كل جوانبها متساوية أيضا؟
٣. لو كانت الهبة مشاعا، ولكن لا يتواجد أي نزاع بين الموهوب لهم في تلك الهبة، فهل لا تصح هذه الهبة في مثل هذا الوضع؟
٤. ما هي آراء الفقهاء وأدلتهم حول شرط "القبض" لصحة الهبة؟ وما هي مكانة القبض في الهبة؟
٥. ولو كان الموهوب له قاصرا لم يبلغ الحلم وقت الهبة، وكان الواهب نفسه ولي أمره، فهل يكفي القبض الحالي من قبل الواهب لإكمال الهبة؟ ولو واصل ولي الأمر القبضَ عليها بعد بلوغ القاصر سن الحلم فهل يعتبر قبضه السابق من حيث ولي أمره كافيا لإكمال الهبة؟ أم لا تكمل الهبة إلا بعد إعطاء الهبة في قبض القاصر بعد بلوغه سن الحلم؟

* * *

القرارات والتوصيات:

قرار
بشأن
قضايا في الهبة

عقد مجمع الفقه الإسلامي بالهند ندوته الثالثة والعشرين في الفترة ما بين ٢٨، ٢٩ ربيع الآخر – ١/ جمادى الأولى ١٤٣٥هـ الموافق ١–٣/ مارس ٢٠١٤م بـ " جامعة علوم القرآن، جمبوسر، غجرات"، وقد حضرها عدد من رجال الفقه والاجتهاد من كل من أفغانستان، وبنجلا ديش، والإمارات العربية المتحدة، والجزائر، وأميركا، وكندا، وبريطانيا، وجنوب أفريقيا وغيرها من البلاد علاوة على ما يقارب من خمسمائة من رجال الفقه الإسلامي وفقهاء الشريعة ممثلين من جميع أنحاء الهند، وبعد تدارس ما تم تقديمه من البحوث إلى المجمع حول خمسة موضوعات هامة وملحة، وهي: " تأجير الأرحام وإعارتها"، و"المواطنة"، و"عقد الاستصناع" و "قضايا في الهبة"، و"قضايا في الفرائض والوصايا"، وبعد الاستماع إلى المناقشات التي دارت حولها قررت الندوة ما يلي :

أولاً: ينبغي للواهب أن يقسم المال المشاع الذي يحتمل القسمة، ثم يهبه.

ثانياً: ولو وهب المال المشاع إلى أكثر من واحد، فتصح الهبة إذا لم يكن هناك نزاع بين الموهوب لهم في قَسمه وقبضه مع وجود الفارق بين سهامه المختلفة في القيمة والأهمية.

ثالثاً: يشترط لتمام الهبة قبض الموهوب له الشيء الموهوب.

رابعاً: إذا كان الموهوب له غير بالغ عند الهبة فيكفي قبض وليه عنه، ولا داعي إلى إعادة قبضه على الموهوب بعد بلوغه.

* * *

عرض المسألة:

الهبة وبعض مسائلها

الدكتور ظفر الإسلام الصديقي•

الحمد لوليه والصلاة على نبيه، أما بعد!

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

من الواجبات الملقاة على عاتقي أن أقوم بعرض مسائل من الهبة، والقائمة المرسلة من المجمع تحتوي على ٦٢ كاتباً وباحثاً، لكنني لم أجد بعد بحث المفتي أسد الله الآسامي فعددهم الآن ٦١ كاتباً، من بينهم مبشر مصطفى القاسمي الذي يتخصص في القضاء والإفتاء بـ "الجامعة الإسلامية العربية" أمروهه، ومحمد راغب القاسمي المتعلم في "المعهد العالي للتدريب في القضاء والإفتاء بتنه". وفيما يلي أسماؤهم:

الدكتور محمد شاهجهان الندوي، والأستاذ ممتاز خان الندوي، والمفتي راشد حسين الندوي، المفتي عبيد الله الندوي، والأستاذ محمد أحسن عبد الحق الندوي، والاستاذ كليم الله العمري، والقاضي محمد حسن الندوي، والمفتي لطيف الرحمن ممبي، والمفتي حبيب الله القاسمي، والمفتي محبوب فروغ القاسمي، والأستاذ محمد شفيع الجناواري، المفتي جنيد بن محمد البالنفوري، والأستاذ رحمة الله الندوي، والأستاذ رياض أرمان القاسمي، والأستاذ روح الأمين السعادتي، والأستاذ رمضان علي الفرقاني، والأستاذ محمد عمران الندوي، والمفتي ظفر عالم الندوي، والأستاذ عبد الله خالد اللوناواره، والمفتي رجيب القاسمي، والمفتي نثار أحمد الغودروي، والمفتي جميل أحمد النذيري، والأستاذ عبد الحي المفتاحي، والأستاذ حفيظ الرحمن المدني، والأستاذ مظاهر حسين القاسمي، والأستاذ مجيب الرحمن الندوي، والأستاذ محمد موسى القاسمي، والأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، والأستاذ زبير أحمد القاسمي، المفتي ثناء الهدى القاسمي، الأستاذ محمد جمشيد

• شيخ الحديث وصدر المدرسين، جامعة دار العلوم–مئو

جوهر القاسمي، والأستاذ محمد قمر الزمان الندوي، والأستاذ محمد فاروق دربنجه، والأستاذ أرشد علي الرحماني، والأستاذ شريف القاسمي، والمفتي معز الدين القاسمي، والأستاذ أبوسفيان المفتاحي، المفتي محمد سعيد الرحمن القاسمي، والمفتي سهيل أحمد القاسمي، والمفتي وصي أحمد القاسمي، والأستاذ محمد شاهد القاسمي، والمفتي إرشاد أحمد، المفتي محمد سهيل أختر القاسمي، والأستاذ محمد رياسة علي القاسمي، والأستاذ محمد اقبال التتكاروي، والأستاذ أبوبكر القاسمي، والأستاذ منصف البدايوني، والمفتي اعجاز الحسن باندوي، والمفتي عبد القيوم البالنفوري، والمفتي أنور علي الأعظمي، والأستاذ محمد جميل أختر الجليلي، والمفتي روح الله القاسمي، والمفتي يوسف داؤد الأيلولوي، والمفتي عبد الرحيم القاسمي، والمفتي محمد شمس الدين المظاهري، والأستاذ محمد سلمان المنصورفوري، والأستاذ حيدر علي القاسمي، وكاتب هذه السطور الدكتور ظفر الإسلام الصديقي وفي أدناه عرض لخمس من أبرز المسائل في الهبة:

١ – ماهي: مذاهب الفقهاء ودلائلهم في الموهوب المقسوم لصحة الهبة، ومصالح آرائهم؟

بحث الكتاب كلهم في هذا السؤال وذكروا المصالح. يقول المفتي محمد سهيل أختر القاسمي: لم يجوز الإمام أبوحنيفة (رحمه الله) هبة المشاع، لأنها تسبب النزاع بين الفريقين وقت القسمة قبل القبض، واعتبر المجيزون بأن الناس عامة يشاركون في بعض أشغالهم وشرط القسمة يمنعهم عن الهبة فهم يلقون الحرج. يقول الأستاذ بشير جوهر القاسمي: اشترط الإمام أبوحنيفة دفعاً للنزاع مؤنة إمكانية القسمة عند الواهب، ولم يعتبر الأئمة الثلاثة بهذا الدليل لإن دلائلهم تنضوي على ما لا يضمن الناس بمثله، وينقل المفتي محمد سلمان المنصورفوري عبارة للعلامة السرخسي: "واعتمادنا في المسألة على إجماع الخلفاء الراشدين فقد ورد في أول كتاب شرط القسمة عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي (رضي الله عنهم): من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز حتى يقاسم"، ورد على مستدلات الأئمة الثلاثة، واستدل به عدد كبير من الكتاب. وانتقد المفتي جميل أحمد النذيري، مذهب الإمام مالك والشافعي (رحمهما الله) بعد ذكر المذاهب والدلائل، واقتبس الأدلة من بدائع الصنائع ١٧٠/٥، العناية على فتح القدير ٧٨٧/٤، تأييداً للأحناف،

واستدل الأستاذ محمد اقبال التنكاروي بالفتاوى الهندية ٢٧٨/٤، وفتاوى المفتي عزيز الرحمن والمفتي محمد شفيع قائلاً: لا تلزم الهبة قبل القسمة.

٢. هل يختص شرط عدم الشيوع بما تختلف عليه الموهوب وضعاً وحالاً، كالأرض المتصلة بالشارع من طرف وغير متصلة في جانب آخر أم يتساوى الموهوب كله؟

ذهب خمسون كاتباً تقريباً وبضمنهم وكاتب السطور إلى أن لا يختلف الحكم في كليهما، والشرط خاص بهما، ويرى ثلاثة كتاب منهم وهم الأستاذ أرشد علي الرحماني، والأستاذ مبشر مصطفى، والأستاذ رياسة علي أن هذا الشرط يتأكد فيما يختلف مكاناً لغلبة النزاع فيه. والقائلون بالتساوي متفقون على أن الشرط ينطبق على كل موهوب مقسوم، سواء يختلف وضعاً وقدراً أم لا، لأن عدم صحتها مبنية على عدم تحقيق القبض بكامله لا القدر والأهمية. يقول الأستاذ روح الأمين: إن ما اشترط الحنفية من عدم الشيوع، أن يكون الموهوب قابلاً للإفراز العام وهل الموهوب يختلف في ذاته قدراً أم لا بمقتضى الأدلة المذكورة، ولأن هذا الشرط يجلب النزاع فيما بين الموهوب لهم فحينئذ يفصل شرط الإفراز فيما يختلف وضعاً وقدراً، وإلا لا، لأجل عدم وقوع النزاع. وقد قدم لهذا الأستاذ زبير أحمد القاسمي بأسلوب مختلف، فإنه يقول: تدل العبارة التالية على أن علة الشرط لعدم الشيوع هي من أجل عدم إمكانية، القبض بتمامه في هبة المشاع، وهذا ينطبق على ما يختلف في جوانبه ونواحيه وما لا يختلف، مع أن فساد هبة المشاع فيما يتساوى في نفسه هو لعلة واحدة وهي عدم تحقق القبض التام. وعليه فإن فساد هبة المشاع فيما يختلف حالاً وقدراً يعود إلى علتين إحداهما عدم تحقق القبض الكامل، وأخراهما إنها مفضية إلى النزاع لأن النزاع والخلاف يحدث عامة فيما يختلف قدراً حين القسمة.

يقول المفتي روح الله القاسمي إنني لم أقف على عبارة فقهية تنص على أن النهي عن الشيوع كونه يفضي إلى الشقاق بل تنص الكتب الفقهية للأحناف على أنه لا يمكن القبض كاملاً بسبب الشيوع، وهذا ما قاله أيضاً الأستاذ المفتي سهيل أحمد الرحماني: "إنني لم أجد عبارة فقهية تدل على التفريق باختلاف الجوانب والنواحي فشرط الشيوع مطلق، رغم الاختلاف والتفاوت المتباينين". ويقول المفتي روح الله القاسمي إن

هبة المشاع ملك مفيد للقبض عند بعض المتأخرين من الأحناف لكن العلامة الشامي أنكر ذلك عليهم وصرح إن هذا القول يخالف القول المفتى به وظاهر الرواية وهذا القبض يفيد ملكاً خبيثاً ويجب على الواهب إبطال الهبة وتعود على الموهوب لهم الضمانات إن أتلف الموهوب (الفتاوى الشامية كتاب الهبة ٩٩٦/٨، الهداية ٤٢١/٥)، وهذا أيضاً رأي الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي. ثم يقول الأستاذ روح الله القاسمي إن كان الواهب يريد هبة المشاع رغم أنه لا يجوز فعليه أن يبيع الحصة الشائعة للموهوب لهم إلى مدة محددة ويبرئه من ثمنه لأن بيع الشيء المشاع جائز متفقاً، "على الشخص الذي يريد هبة الحصة الشائعة لآخر من مال قابل للقسمة أن يبيع نصف ذلك المال للموهوب له ويبرئه من ثمنه" (درر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة: ٨٥٨، نقلها الأستاذ محمد عمران الندوي من رد المحتار ٤٩٠/٨).

يقول المفتي سلمان المنصورفوري أن الإمام أباحنيفة لم يجوز هبة المشاع لعلتين:

١- لايمكن القبض بكامله بسبب الشيوع، وهذه العلة في كل شيء شائع يختلف أو يساوي.

٢- الإفضاء إلى النزاع، و في هذه العلة تختلف الحصص فيما تساوي. "ولأن القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من القبض" (بدائع الصنائع ١٧١/٥)، "وإذا وهب الرجل لرجل نصيباً مسمى من دار الخ" (المبسوط للسرخسي ٦٤/١٢).

ويرى شمس الدين المظاهري أن كون الموهوب مجهولاً داع إلى النزاع مع التفاوت والتباين قدراً.

٣. وإن كانت الهبة مشاعاً لكن لم يقع في قسمتها والقبض عليها نزاع بين الموهوب لهم فهل تصح الهبة؟

يرى سبعة وعشرون باحثاً أنه يجوز إن لم ينشأ نزاع في القبض والتقسيم. بينما وأحد وعشرون كاتباً يرون أنه لا يجوز وإن لم يقع خلاف ونزاع. وقال الأستاذ قمر الزمان الندوي، والمفتي رجيب القاسمي، والأستاذ طاهر حسين القاسمي، والمفتي محمد شاهد بالعدول ويجوزها المفتي محمد شفيع الجنغواري في ظروف قاهرة، وأكد الأستاذ زبير أحمد

القاسمي باختيار قول الصاحبين مشروطاً، ويقول المفتي محمد سهيل أختر القاسمي تجدر بأن تجوز لتعامل الناس بها، ويقول الأستاذ راشد حسين الندوي تصح الهبة عندما يسلم الواهب أو وكيله الموهوب إلى الموهوب لهم لإجراء قسمته، "فإن قسمه وسلم صح ذلك لزوال المانع الخ" (الفتاوى الشامية ٥٧٠/٤).

معظم الباحثين من الذين جوزوها فيما إذا لم يقع شقاق استدلوا بالعبارة، ثم الذين يظهرون أحكام الحنفية في المشاع إنما هي عند المنازعة" (فيض الباري ٣٧٧/٣).

يقول المفتي سلمان المنصورفوري: لو وهب الواهب مشاعاً وقسمه الموهوب لهم بالتراضي فيما بينهم حال حياة الواهب وتمكن لهم التصرف في المقبوض ولم ينكر عليهم الواهب فتصح هذه الهبة مآلاً، لأن ليس فيها الشيوع. ما الصورة الأخرى من أن وهب الواهب الموهوب لهم مشاعاً فقسموه بالتراضي فيما بينهم حال حياة الواهب فلا تتم الهبة عند الإمام أبي حنيفة وإن لم يقع نزاع فيما بين الموهوب لهم، لأن الشيوع يمنع من القبض" إن أبا حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض مانعاً من صحة الهبة" (الفقه الإسلامي وأدلته ٦٨٧/٤، البدائع ١٧٣/٥).

وجملة القول أن الملك لا ينتقل بسبب عدم تحقق القبض في هبة المشاع على القول المفتى به عند الإمام أبي حنيفة: "وتنفيذ الهبة في الشيوع عند الصاحبين والأئمة الثلاثة، فالحكم أصلاً أن هبة المشاع فاسدة لكن إن أفتى منعت تأكداً بدقة الوضع على قول الصاحبين فلا بأس به.

"وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة من رجلين أو من جماعة عندهما صحيحة، وعند أبي حنيفة فاسدة، وليست بباطلة حتى يفيد الملك عند القبض، وفي الغياثية: وهو المختار: (الفتاوى الهندية ٣٧٩٨/٤، الفتاوى التاتارخانية ٤٢٤/١٤)، "ولو وهب إنسان داراً لرجلين أو مدا من خطته أو ألف درهمهم أو نحو ذلك مما يقسم فإنه لا يصح عند أبي حنيفة وعند الصاحبين يصح" (الفقه الإسلامي وأدلته ٦٨٧/٤، البدائع ١٧٣/٥) يقول الأستاذ زبير أحمد القاسمي تفسر هبة المشاع إن يغلب الظن على وقوع النزاع في القبض والتسليم بين الموهوب لهم على قول أبي الإمام أبي حنيفة، وإن لم يغلب تصح الهبة على

قول الصاحبين واستدل الأستاذ محمد رمضان علي الفرقاني على جواز هبة المشاع بعبارة آتية من الفتاوى التاتارخانية (٤٦٥/١٤): وفي اليتيمة سئل عمر النسفي ممن أمر أولاده أن يقسموا أرضه التي في ناحية كذا بينهم، وأراد به التمليك فاقتسموها وتراضوا على ذلك هل يثبت لهم الملك؟ أم يحتاج فيه إلى أن يقول لهم الأب ملكتكم هذه الأراضي أو يقول لكل واحد منهم ملكتك هذا النصيب المفرز، فقال: لا، وسئل الحسن؟ فقال: لا يثبت الملك لهم إلا بالقسمة" وقال المفتي ثناء الله القاسمي مستدلاً بهذه الفتوى على قول عمر النسفي لا على قول الحسن.

واستدل المجوزون من الكتاب بعبارة أخرى للعلامة أنور شاه الكشميري: "والذي أراه أن النهي عنه أصوب لكونه مفضياً إلى النزاع، وكلما أمر يكون النهي عنه كذلك، لا يشدد فيه الشارع بنفسه، بل ربما يغمض عنه أيضاً، فلا ينبغي التشدد فيه، ويدل عليه ما أخرجه البخاري عن زيد بن ثابت ..... أن الفساد كان بمعنى النزاع، وقد ارتفع بالتسليم ومقتضاه أن لا يكون الشيوع في الهبة مفسدا" (فيض الباري ٣٧١/٣، ٣٧٢). وزاد إليها المفتي نثار أحمد الخودري عبارة من إنعام الباري للعلامة تقي العثماني ٨٨٥/٧، واستدل المفتي يوسف داود الأيلولوي بـ "ولو وهب من شريكه لم يجز وإن لم يلتزم فيه مؤنة القسمة الخ" (العناية على هامش فتح القدير ٤٩١/٧).

ذكر الكتاب كلهم وجهات نظر الفقهاء ودلائلهم واشترط تقريباً ثلاثة وأربعون كاتباً القبض لثبوت الملك، من بينهم كاتب هذه السطور ولم يبد أحد عشر كاتباً رأيهم فيه. ويؤيد البحث الذي أعده المفتي جنيد بن محمد مذهب الجمهور، والقبض ركن من أركان الهبة في رأي الأستاذ محمد اقبال التنكاروي واستدل بعبارة تلي من الفقه الإسلامي وأدلته (٦٧٩/٤) "وكذا القبض ركن كما في المبسوط، لأنه لابد منه لثبوت الملك بخلاف البيع واستحساناً عند الكاساني" وقال المفتي رجيب القاسمي والأستاذ كليم الله العمري بأن الإجراءات بالمسجلات الرسمية كالقبض وقال المفتي رجيب القاسمي باختيار مذهب الحنابلة، وقال المفتي روح الله القاسمي بتوحد لزوم الهبة وجوازها وصحتها، ويكون القبض شرطاً اتفق عليه الأئمة الأربعة، والخلاف في الهبة أنه شرط لصحة الهبة أو

للزومها أو لتمامها، والحق أن القبض شرط للزوم الهبة لا لصحة الهبة، وهذا ما يراه الأستاذ زبير أحمد والآخرون، واحتج والذين لا يجوزون بقول بأن جوازها يقلب عقد التبرع وعقد الضمان للزوم التغير بمؤنة القسمة على الواهب، ويغلب عليه الضرر الذي لم يلزمه على نفسه وهو مكلف بالقسمة. ويقول الأستاذ روح الأمين والأستاذ ثناء الله القاسمي إن العاقد يرتكب حكم العقد وما يلزمه، وحكم الهبة ثبوت الملك، فإن لا بد من القسمة فقد ألزمها الواهب. على نفسه وهو راضي بالضرر، فيلتزم فيه مؤنة القسمة ويزيد الأستاذ ثناء الهدى القاسمي قائلاً: وعليه تمام عمل الواهب، ويقدم المفتي معز الدين عبارة تالية (البناية شرح الهداية ١٠/١٧١): "والصحيح جواز هبة المشاع ورهنه وإجارته ووقفه، كما يجوز بيعه وقرضه، والوصية ولا زال الناس على ذلك ولم يرو في رده كتاب ولا سنة ولا إجماع الخ" فينبغي أن تجوز في زماننا في ضوء الفقه الحنفي.

٤. وما هي وجهات نظر الفقهاء في شرط القبض للهبة ودلائلهم وأهمية القبض؟

ردّ المفتي روح الله القاسمي بعبارة تالية للشيخ صالح العثيمين: "كل ما يعتبر القبض فيه شرط لصحته الخ" (شرح المقنع على زاد المستقنع شرطاً في لزوم الهبة الخ (الماوي في فقه الشافعي ٥٣٦/٧) وكذلك أيضاً احتج بـ "فقه المعاملات الأبحاث الهبة" وغيره، يقول المفتي محمد سلمان المنصورفوري: أجمع الجمهور الحنفية، الشافعية، الحنابلة) على أن القبض شرط فيجب الأخذ برأيهم. والآن أذكر بعضاً من الأمور المأخوذة من عبارات الباحثين:

(١)تصح هبة المشاع فيما إذا أمن النزاع في القبض والتسليم.

(٢)لم نعثر على أثر سيدنا علي (كرم الله وجهه): "من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز مالم يقاسم" بعد البحث عنه.

(٣)تنص آثار سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر (رضي الله عنهما) على القبض أصلاً، فليست محجة على الجمهور لأن الشيوع يمنع من القبض عندهم، ويدل عليه أثر سيدنا علي (كرم الله وجهه) لكنه ليس له أصل.

(٤)عدم الجواز بسبب النزاع لا لعلة شرعية.
(٥)إنها من المسائل المجتهد فيها ولم يرد فيها نص صريح.
(٦)ولا بأس بأن يفتي مفت متأكداً بدقة الوضع على قول الصاحبين.
(٧)ومن الأجدر أن تجوز حيث تعامل الناس بها أو احتاجوا إليها.
(٨)إن يغلب الظن في النزاع فالأخذ بقول الإمام أبي حنيفة أفضل وإلا الصاحبين في عامة الأحوال.
(٩)إنني أرى في ضوء العبارة "سئل عمر النسفي ممن أمر أولاده أن يقتسموا الخ" وأمثالها تجوز هبة المشاع.

٥. إن كان الموهوب له صبياً وكان الولي أو من له عليه واهباً، فهل القبض الموجود للواهب يكفي لتمام الهبة؟ وإن كان متمكناً من القبض بعد بلوغ الصبي فهل لا يخل قبضه حين الهبة بتمام الهبة أو لا تتم الهبة إلا بعد تسليم الموهوب إلى الموهوب له؟

فذهب تقريباً ثمانية وثلاثون كاتباً إلى أن الهبة قد تمت قبل فلا حاجة إلى القبض من جديد ومن بينهم يرى المفتي جنيد بن محمد البالنفوري والأستاذ جمشيد جوهر القاسمي، والمفتي روح الأمين السعادتي أن يشهد عليه احتياطاً، بينما الإشهاد لازم عند المفتي وصي أحمد ويستدل بعبارة آتية: "والإعلام لازم، لأنه بمنزلة القبض" (الفتاوى البزازية على هامش الهندية ٢٣٦/٦) ويستدل المفتي روح الأمين بالعبارة: "قال ابن عبد البر أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج إلى القبض وأن الإشهاد فيها يغني عن القبض" (المغني ٢٥٤/٨-٢٥٥) والأستاذ محفوظ الرحمن شاهين: "وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد، لأنه في قبض الأب، فينوب عن قبض الهبة" (الهداية ٢٨٧/٣). وبعبارة أخرى من عمدة القاري: "وفيه أن العطية إذا كانت من الأب لصغير لا يحتاج إلى القبض فيكفي قبوله له" (عمدة القاري ٢٧٦/٦)، والمفتي كفيل أحمد الرحماني "ملك بلا قبض جديد ولو في يد الموهوب له" (البحر الرائق ٤٨٩/٧) وبأثر سيدنا عثمان (رضي الله عنه) من السنن للبيهقي (٢٨٢/٦)، والمفتي سهيل أختر القاسمي: "هبة من له ولاية على الطفل في الجملة تتم بالعقد، لأن قبض

الولي ينوب عنه" (البحر الرائق ٧/٤٩٠).

واستدل المفتي جميل أحمد النذيري والآخرون بالعبارة: ولو نحل ابنه الصغير شيئاً جاز ويصير قابضاً له مع العقد" (بدائع الصناع ١٨٢/٥). ويرى أربعة وعشرون كاتباً القبض من جديد، وفيه وجهات نظر مختلفة.

١. لا يكفي قبض الولي لحين البلوغ بل تتم الهبة بتسليم الموهوب إلى الموهوب له، فبهم الأستاذ أحسن عبد الحق الندوي، والمفتي محمد شاهد القاسمي، والأستاذ ممتاز خان الندوي، والأستاذ عبيد الله الندوي، والمفتي اعجاز الحسن، والأستاذ حيدر القاسمي، والأستاذ شمس الدين المظاهري، والمفتي عالم الندوي.
٢. أن يمكنه الولي من القبض، فيهم الأستاذ عبد الله خالد اللوناواره، والأستاذ محمد شريف القاسمي، والأستاذ طاهر حسين، والمفتي عبد الرحيم، والمفتي حبيب الله، يقول المفتي حبيب الله مستدلاً بأن يمكنه من القبض على الموهوب بعد البلوغ "كما إذا وهب لابنه الكبير البالغ العاقل يلزم التسليم له، وبدون القبض لا تتم الهبة" (الفتاوى المحمودية ٥٠٣/١٦).
٣. يرى الأستاذ كليم الله العمري أن ينقل إلى الموهوب له وكيله القبض على الموهوب بحضور شاهدين، واستدل بالآية: "فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم" (النساء: ٦).
٤. يرى المفتي محمد سلمان المنصورفوري أن قبض الولي يعتبر إذا كان الموهوب مشاعاً فلا تتم الهبة حتى يعين الموهوب واستدل بحديثين من المصنف لابن أبي شيبة (٢٠٤٩٦-٢٠٩٤) وبحديث قال من التكملة للشامي (٥٩٩/٢) ومعجم الأوسط (٣٨٩٥) "عن ابن عباس (رضي الله عنهما) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): أيما رجل نحل ابنه نحلاً فبان به الأبن فاحتاج الأب فالأب أحق به، وإن لم يكن بان به الابن فاحتاج الأب فالأب أحق به".

يقول الأستاذ جميل أحمد النذيري تأييداً لقوله: "تختلف الحال ببلوغ الصبي فإنه يمكن له التصرف فيما لم يكن له بعد، ويقول الأستاذ حفيظ الرحمن المدني أيضاً: انتهت

مدة الحجز بالبلوغ لذا انتهت الولاية أيضاً فلا يصح للواهب أن يتمكن هو من القبض عليه بل يجب أن يسلمه إليه. ومثل الأستاذ جميل أحمد بأن اشترى الأب ثوباً ثم وقف على عيب فيه بعد تمام البيع وقطعه فيجب النظر في أن لمن قطعه فإن كان للصغير ليس له الرجوع بالضرر وإن كان للكبير فله الرجوع بالضرر ويعلله العلامة المرغيناني بقوله: "لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة وفي الثاني بعده بالتسليم إليه" (الهداية ٤٢/٣) وهذا ما يدل على أن قتل البلوغ وبعده يختلف الحال تماماًُ، واستدل أيضاً بعبارة من لسان الحكام في معرفة الأحكام "فلو كان بالغاً يشترط قبضه ولو في عياله" (٢٤٣).

وأنقل الآن عبارة أولا من الفتاوى الهندية (٣٩١/٤-٣٩٢، دار الكتاب-ديوبند) "الأب إذا وهب عبداً للابن الصغير ثم مات العبد ثم استحق رجل العبد وضمن الأب فالأب لا يرجع على كل حال، وإن ضمن الابن بعد البلوغ إن جدد الابن فيه قبضاً بعد البلوغ لا يرجع على الأب بما يضمن وإن لم يجدد يرجع، كذا في الذخيرة، فأرى أن الهبة قد تمت لكن يجدر بنقل الملك إليه بعد البلوغ ليتحقق له التصرف احتياطا.

* * *

ملخص البحوث:

شروط الهبة

الأستاذ المفتي إمتياز أحمد القاسمي •

مسائل الهبة:

لايطبق الناس المناهج العلمية الشرعية على حياتهم تطبيقاً دقيقاً في ضوء التوضيحات إلى وردت عنها لعدم الوقوف على الأحكام الشرعية، ومنها مسألة الهبة، فلا تصح شرعاً عند الأحناف هبة المشاع بل الهبة التي تمكن قسمتها، وأحياناً ينحل الأبوين، أولادهما نحلاً قبل أن يقاسم على مرأى ومسمع من الورثة الآخرين فهم لاينازعون فيما بينهم، ففي هذا الصدد نحن معنيون بتقديم بعض المسائل التي تجدر بالبحث والفحص، ومنها:

١- مذاهب الفقهاء ودلائلهم في الموهوب المقسوم لصحة الهبة ومصالح آرائهم.

٢- هل يختص شرط عدم الشيوع في الهبة خاصة بما تتميز بمختلف جوانبها؟ كما أن طرفاً من الأرض يقع متصلاً بالطريق وطرفاً يقع على جانب آخر فهل الموهوب يتساوي في هذه الحال؟

٣- هل تصح الهبة إذا كانت مشاعاً؟ وهل يختلف من الموهوب لهم أحد في القسمة والقبض؟

٤- ماهي آراء الفقهاء ومستدلاتهم حول شرط القبض في الهبة؟ وما أهمية القبض في الهبة؟

٥- إن وهب الولي الصغير وتحقق القبض للولي فهل القبض الموجود في الهبة يصح لتمام الهبة؟

• باحث مجمع الفقه الإسلامي-الهند

وإن كان الولي متمكناً من القبض بعد بلوغ الصغير فهل قبضه وقت الهبة لايخل بتمام الهبة أم لا تتم الهبة إلا بعد تسليم الموهوب إلى الموهوب له؟

تلخيص المقالات

"مسائل شتى من الهبة"

تلقى مجمع الفقه الإسلامي في الهند سبعين مقالاً تقريباً حول هذا الموضوع لعلماء كبار تلي آسماءهم: الدكتور ظفر الإسلام الصديقي، الأستاذ زبير احمد القاسمي، المفتي ثناء الهدى القاسمي، القاضي عبد الجليل القاسمي، المفتي محمد سلمان المصنور فوري، الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، الدكتور المفتي محمد شاهجهان الندوي، الأستاذ محمد ممتاز خان الندوي، المفتي راشد حسين الندوي، الأستاذ بدر أحمد المجيبي، الأستاذ أبو سفيان المفتاحي، المفتي محمد عثمان القاسمي، الأستاذ نبيل صادق محمد الديولوي، الأستاذ المفتي جنيد عالم الندوي القاسمي، المفتي محمد مصطفى عبد القدوس الندوي، المفتي جميل أحمد النذيري، المفتي عبيد الله الندوي، الأستاذ محمد أحسن عبد الحق الندوي، الحافظ الأستاذ كليم الله العمري، القاضي محمد حسن الندوي، المفتي لطيف الرحمن ولايت علي، المفتي حبيب الله القاسمي، المفتي فروغ أحمد القاسمي، الأستاذ محمد شفيع الجنجواري، المفتي جنيد بن محمد البالنبوري، الأستاذ رحمة الله الندوي، الأستاذ محمد رياض ارمان القاسمي، الأستاذ المفتي روح الأمين السعادتي، الأستاذ محمد رمضان علي الفرقاني، الأستاذ محمد عمران الندوي، المفتي محمد ظفر عالم الندوي، الأستاذ عبد الله خالد اللونا واره، المفتي رجيب القاسمي، المفتي نثار أحمد الغودرا، الأستاذ عبد الحي المفتاحي، المولوي مبشر مصطفى حسن بوري، الأستاذ حفيظ الرحمن المدني، الأستاذ طاهر حسين القاسمي، الأستاذ محمد مجيب الرحمن الندوي الفلتي، المولوي محمد راغب القاسمي، الأستاذ محمد موسى القاسمي، الأستاذ محمد جمشيد جوهر القاسمي، الأستاذ محمد قمر الزمان الندوي، الأستاذ فاروق دربنغه، الأستاذ أرشد علي الرحماني، الأستاذ محمد شريف القاسمي، الأستاذ محمد أسد الله الآسامي، المفتي

محمد معز الدين القاسمي، المفتي محمد سعيد الرحمن القاسمي، المفتي سهيل أحمد القاسمي، المفتي وصي أحمد القاسمي، الأستاذ محمد شاهد القاسمي، المفتي محمد ارشاد، المفتي محمد سهيل أختر القاسمي، الأستاذ محمد رياسة علي القاسمي، المفتي محمد منة الله القاسمي، الأستاذ أبو بكر القاسمي، الأستاذ منصف البدايوني، المفتي إعجاز الحسن باندي، المفتي عبد القيوم البالنبوري، المفتي أنور علي الأعظمي، الأستاذ محمد جميل أختر الجليلي، المفتي محمد روح الله القاسمي، المفتي يوسف داؤد الأيلولوي، المفتي محمد عبد الرحيم القاسمي، المفتي محمد شمس الدين المظاهري، الأستاذ حيدر علي القاسمي، المولوي عبد الشكور القريشي الندوي، الأستاذ عبد الشكور القاسمي.

وعدد كبير من كتاب المقال صدروا مقالاتهم بتعريف الهبة لغة وإصطلاحاً، وأركان الهبة وشروطها والموهوب له، وآيات وأحاديث وردت في الحث على الهبة.

الهبة لغة؟

تبرع بالشئ، الإهداء والإحسان إلى أحد (كتاب التعريفات/ ٢٨٥).

الهبة إصطلاحاً:

تميلك الآخر في ماله المنقول أو غير المنقول، وثبوت لاقبض على الموهوب للموهوب له أو نائبه، سمي الهبة. (مجموعة القوانين الإسلامية/ ٢٢٧، وأنظر أيضا فتح القدير، رد المختار، المغني لابن قدامه، والفتاوى الهندية).

الهبة المطلقة، الهبة المقيدة:

أركان الهبة:

الواهب، الموهوب له، الموهوب، وكلمة الهبة.

شرائط الهبة:

الواهب والموهوب له.

(أ) أن يكون الواهب عاقلاً، بالغاً، حراً.

(ب) وأن يكون مالكا للموهوب.

(ج) وأن يكون الموهوب موجوداً وقت الهبة.

(د) أن يكون الموهوب متسوماً (وهذا شرط مختلف فيه).

(هـ) ويكون منتفعاً.

(و) ثبوت القبض على الموهوب للموهوب له أو وليه أو وكيله أو وصيه (مجموعة القوانين الإسلامية، الهبة، المادة: ٣، مجموعة القوانين الإسلامية ٩٤٦/٣، المادة: ١٧).

حكم الهبة:

السؤال الأول: يمتلك الموهوب له الموهوب إلا إن العقد لايلزم، بل للواهب أن يقدر على أن يبطل أو يرجع عن الهبة كتاب المقال.

لقد قام بالإجابة عن السؤال الأول الذي قدمه المجمع وهو "هل يجب للموهوب أن يكون مقسوماً لصحة الهبة أم لا؟ فنقلوا المذاهب الفقهية ودلائلهم ومصالح آرائها، تلخيصها فيما يلي:

المذاهب الفقهية:

(١) تباينت آراء الفقهاء في ذلك فجماعة تسوغ هبة الرجل مشتركاً للموهوب المقسوم الذي يدعي في الإصطلاح "هبة المشاع" قبل التقسيم ويمتلكه الموهوب لهم بالقبض عليه.

وجماعة ترى بأن لايقسم أبداً، وفيهم الإمام مالك والإمام الشافعي والإمام أحمد بن حنبل، أبو توي، أبو سليمان، إسحاق، معمر، عثمان النبي، والظاهرية.

(٢) الحنفية لاتجوز الموهوب المقسوم المشترك لافيما تبقى منتفعاً به بعد القسمة للموهوب لهم و لا فيما لايبقى منتفعاً به بعد القسمة، لعبد مسلم البيت والحمام فهي أيضاً تجوز ضرورة عند الفقهاء. كلهم متفقون على صحة الموهوب غير المقسوم والخلاف بين الإمام أبي حنيفة والأئمة الآخرين في الموهوب المقسوم فحسب، ووقع الخلاف كذلك بين الإمام أبي حنيفة والصاحبين في الأصول، الإمام أبو حنيفة يسوغ الهبة شرط أن لايكون

مشاعاً وقت القبض، ويقول الصاحبان: يجب لصحة الهبة أن لاتكون مشاعاً في الحالين العقد والقبض، وتصح عندهما إذا كان الموهوب مشاعاً في حال من الحالين (أنظر المغني ٢٧٧/١٢ بداية المجتهد، بدائع الصنائع ١٧٠/٥، طبع بزكريا ديوبند، الفقه الإسلامي و / ٣٩٩٩، المحلى ١٤٩/٩، العناية شرح الهداية على هامش فتح القدير، ٢٨/٩ طبع بزكريا ديوبند، المجموع شرح المهذب ٣٧٥/١٥، طبع بدار الفكر بيروت، الكافي في فقه أهل المدينة، ١٠٨٠/٢، طبع بمكتبة الرياض الحديثية، رد المختار مع در المختار ٤٩٥/٨) أنظر المقال: للأستاذ محفوظ الرحمن شاهين جمالي، الأستاذ زبير أحمد القاسمي، المفتي سلمان المنصور فوري، المفتي جنيد عالم الندوي، المفتي حبيب الله القاسمي، الأستاذ محمد إقبال التنكاروي.

المفتي ثناء الهدى القاسمي، المفتي جميل أحمد النذيري الدكتور شاهجهان الندوي، الدكتور ظفر الإسلام الصديقي القاضي عبد الجليل القاسمي، المفتي ظفر عالم الندوي، المفتي راشد حسين الندوي، المفتي سهيل أحمد القاسمي، المفتي عبد القيوم البالنبوري، المفتي لطيف الرحمن، الأستاذ عبد الحي المفتاحي، الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، الأستاذ أبي سفيان المفتاحي، الأستاذ رحمة الله الندوي، الأستاذ روح الأمين السعادتي، المفتي أنور علي الأعظمي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، الأستاذ سهيل أختر القاسمي، المفتي وصي أحمد القاسمي، الحافظ كليم الله العمري، المفتي منة الله القاسمي، المفتي معز الدين القاسمي، المفتي عبد الرحيم القاسمي، الأستاذ مصطفى عبد القدوس الندوي، الأستاذ رياسة علي القاسمي، القاضي محمد حسن الندوي، المفتي عبيد الله الندوي، الأستاذ رمضان علي الفرقاني، والمفتي فخر الإسلام وغيره.

والمراد بعدم صحة الهبة أن لايمتلك الموهوب له الموهوب وتصح الهبة في ذاتها (الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي).

دلائل بقية الأئمة:

(١) ووهب النبي (صلى الله عليه وسلم)، ما غنموا منهم وهو غير مقسوم بهوازن (فتح الباري ٢٦٦/٥، المغني مع الشرح الكبير ٢٥٤/٦)، أنظر المقال: للأستاذ

سهيل أختر القاسمي، المفتي ثناء الهدى القاسمي، المفتي منة الله القاسمي، الأستاذ محمد مجيب الرحمن الندوي، والأستاذ جمشيد جوهر القاسمي.

(٢) ولنا أن وفد هوازن لما جاؤوا يطلبون من رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أن يرد عليهم ما غنمه منهم، قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): ما كان لي ولنبي عبد المطلب فهو لكم" رواه البخاري وهذا هبة المشاع، (المغني لابن قدامه ٤٥/٦، طبع بالقاهرة، فتح الباري ٢٢٦/٥)، مقال المفتي أسد الله الآسامي، الدكتور شاهجهان الندوي، الحافظ كليم الله العمري، الأستاذ روح الأمين، المفتي جنيد عالم الندوي القاسمي، الأستاذ بدر أحمد المجيبي، الأستاذ ظفر عالم الندوي، الدكتور ظفر الإسلام الصديقي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، المفتي وصي أحمد القاسمي، المفتي رياسة علي القاسمي، الأستاذ سهيل أختر القاسمي، الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، المفتي محمد ثناء الهدى القاسمي، المفتي جميل أحمد النذيري، المفتي منة الله القاسمي، الأستاذ ممتاز خان الندوي، القاضي محمد حسن الندوي، الأستاذ رمضان علي الفرقاني، المفتي فخر الإسلام، الأستاذ أرشد علي الرحماني، الأستاذ رياض الرحمن القاسمي، الأستاذ عبد الله خالد اللوناوارا، المفتي حبيب القاسمي، الأستاذ قمر الزمان الندوي، الأستاذ محمد فاروق، الأستاذ محمد شريف القاسمي، الأستاذ عبيد الله الندوي والأستاذ حيدر علي القاسمي.

(٣) عن عمير بن سلمة الضمري: بينا نسير مع رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ببعض آتايا الروحاء وهم حرم، إذا حمار وحشي معقور، فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): دعوه فيوشك صاحبه أن يأتيه، فجاء رجل من بهز، هو الذي عقر الحمار، فقال: يا رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أشأنكم هذا الحمار فأمر رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أبا بكر يقسمه بين الناس (السنن للنسائي رقم الحديث: ٤٣٤٤، مسند الإمام أحمد رقم الحديث: ١٣٨٢).

مقال المفتي أسد الله الآسامي، الدكتور شاهجهان الندوي، الأستاذ روح الأمين السعادتي، الأستاذ بدر أحمد المجيبي، الأستاذ ممتاز خان الندوي الأستاذ رمضان علي

الفرقاني، المفتي نثار أحمد غودرا، الأستاذ رياض أرمان القاسمي، الأستاذ عبد الله خالد اللوناوارا، المفتي رجيب القاسمي، والأستاذ جمشيد جوهر القاسمي.

(٤) يدل الحديث النبوي على الهبة قبل تقسيم الغنيمة وعلى شروعية هبة المشاع، وبما روي أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لما شدد في الغلول، إلى قوله، أما نصيبي فهو لك وسأسلمك الباقي" (مسند الإمام أحمد ١٨٤/٢)، (أنظر المقال: المفتي محمد سلمان المنصور فوري).

(٥) وروي عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي (صلى الله عليه وسلم)، شدد في الغلول فقام رجل معه كبة من شعر، فقال: إني أفذت هذه أصلح بها بردعة بعير لي! دبر، قال: "أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك" (مسند الإمام أحمد رقم الحديث: ٦٧٢٩، سنن أبي داؤد كتاب الجهاد رقم الحديث: ٢٦٩٤)، مقال الدكتور شاهجهان الندوي، المفتي عبد القيوم البالنبوري، المفتي راشد حسين الندوي، المفتي جنيد عالم الندوي القاسمي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، المفتي وصي أحمد القاسمي، المفتي رياسة علي القاسمي، الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، الأستاذ مجيب الرحمن الندوي، الأستاذ محمد موسى القاسمي، المفتي نثار أحمد غودرا، الأستاذ رياض أرمان القاسمي، الأستاذ محمد فاروق، الأستاذ عبيد الله الندوي، الأستاذ جمشيد جوهر القاسمي.

(٦) تنص الآية: فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون (سورة البقره: ٢٣٧)، على أن الله تعالى أوجب نصف المهر في الطلاق قبل الدخول الا أن تعفو الزوجة كله أو بعضه، وعدم الإيضاح بالعين والدين والمشاع والمقسوم لدليل واضح على صحة هبة المشاع (بدائع الصنائع ١٧٠/٥، الذخيرة في فروغ المالكية كتاب الهبة والصدقة ٢٥٦/٥).

وفي آية أخرى يقول الله جل وعلا: "فإن طبن لكم عن شئ منه فكلوه هنيئا مريئاً" ولم يصرح أي صراحة (الحاوي الكبير للإمام الحاوردي ٤٠٠/٩)، (مقال: المفتي محمد ثناء الهدى القاسمي، الدكتور ظفر الإسلام الصديقي، المفتي محمد سلمان المنصور

فوري، الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، المفتي رياسة علي القاسمي، المفتي عبد القيوم البالنبوري، الأستاذ سهيل أختر القاسمي، المفتي منة الله القاسمي، المفتي جنيد بن محمد البالنبوري، المفتي محمد إرشاد–سرينغر، الأستاذ محمد كمران الندوي، المفتي فخر الإسلام، الأستاذ جمشيد جوهر القاسمي، الأستاذ حيدر علي القاسمي، الأستاذ طاهر حسين القاسمي، الأستاذ محمد موسى القاسمي، الأستاذ رياض أرمان القاسمي، الأستاذ عبيد الله الندوي).

(٧) لما أراد النبي (صلى الله عليه وسلم)، بناء المسجد النبوي بأرض كانت لأسعد بن زراره ورجلين آخرين وأراد أسعد بن زراره أن يشتريها منها، ويهبها كلها النبي صلى الله عليه وسلم فرد أو وهب أسعد نصيبه منها النبي (صلى الله عليه وسلم) وقبلها النبي (صلى الله عليه وسلم) ثم وهب الرجلان الآخران نصيبهما (بدائع الصنائع ٥/١٧٠).

فإن لو تصح الهبة من سيدنا أسعد بن زراره لو يقبلها النبي (صلى الله عليه وسلم) (أنظر المقال: للمفتي سعيد الرحمن القاسمي، الدكتور ظفر الإسلام الصديقي، المفتي ثناء الهدى القاسمي، المفتي محمد سلمان المنصور فوري، المفتي عبد القيوم البالنبوري، المفي وصي أحمد القاسمي، المفتي رياسة علي القاسمي، الأستاذ سهيل أختر القاسمي، المفتي محمد إرشاد–سرينغر، الأستاذ محمد عمران الندوي، الأستاذ محمد موسى القاسمي، الأستاذ عبيد الله الندوي، الأستاذ حيدر علي القاسمي.

(٨) وقالت أسماء بنت أبي بكر (رضي الله عنهما) لأخويها قاسم بن محمد وابن أبي عتيق: "ورثت من أختي السيدة عائشة (رضي الله عنها)، أرضاً بالغابة فهي أن أعاضها لأمير معاوية (رضي الله عنه) أن يعوضها مئة ألف درهم ويأخذها، فهذه هبة مني لكما (رواه البخاري، عمدة القاري ٩/٤٢٧)، فوهبتها جميعها هبة المشاع (المفتي سهيل أحمد القاسمي، المفتي جنيد عالم الندوي القاسمي، الأستاذ سهيل أختر القاسمي، الأستاذ عبد الله خالد اللوناوارا، الأستاذ جمشيد جوهر القاسمي).

(٩) عن جابر (رضي الله عنه) أتيت النبي (صلى الله عليه وسلم) في المسجد فقضاني النبي (صلى الله عليه وسلم) وزادني (رواه البخاري ٣٥٥/١). كان على النبي (صلى الله عليه وسلم) دين، يعني تمن البعير فقضاه النبي (صلى الله عليه وسلم) وزاده فما كانت الزيادة مفردة بل كانت جملة في الثمن فهذه هبة المشاع (أنظر المقال للأستاذ سهيل أختر القاسمي).

(١٠) وفي حديث مشهور رواه قتادة أنه صادر حماراً وحشياً ثم وهبه أصحابه (صحيح البخاري ٣٤٩/١، كتاب الهبة) فهذا دليل صريح على هبة المشاع ولما علم النبي (صلى الله عليه وسلم) صوبه فضلا على الرد عليه (الفقه المنهجي ١١١/٣)،مقال الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي).

(١١) عن أنس (رضي الله عنه) قال: أمر النبي صلى الله عليه وسلم ببناء المسجد فقال: "يا بني النجار ثامنوني بحائطكم هذا قالوا لا والله لانطلب ثمنه إلا إلى الله (رواه البخاري ٢٣٣/٩ رقم الحديث ٢٣١٩)، بوب الإمام البخاري بهذا الحديث"، باب إذا أوقف جماعة أرضاً مشاعاً فهو جائز" (المصدر السابق) (المقال: للأستاذ جمشيد جوهر).

(١٢) ويستدل الجمهور عقلياً بأن بيع غير المقسوم والمشترك إذ لم يصح كيف تصح هبة؟ فإنهما ينقلان عقد الملك (الفقه الإسلامية وأدلته ٣٩٩١/٥، كتاب الإمام كتاب الهبة ٦٧/٩، بداية المجتهد ٣٢٩/٢، بدائع الصنائع ١٧٠/٥)، مقال: الدكتور شاهجهان الندوي، الأستاذ زبير أحمد القاسمي، المفتي محمد جنيد عالم الندوي القاسمي، الأستاذ بدر أحمد الميجبي، المفتي عبد القيوم البالنبوري، الأستاذ روح الأمين، المفتي لطيف الرحمن، الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين جمالي القاسمي، المفتي ثناء الهدي القاسمي الأستاذ عبد الحئ المفتاحي، الأستاذ ظفر عالم الندوي، المفتي راشد حسين الندوي، الأستاذ حفيظ الرحمن المدني، المفتي حبيب الله القاسمي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، المفتي وصي أحمد القاسمي، الأستاذ سهيل أختر القاسمي، الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، المفتي جميل أحمد النذيري، المفتي منة

الله القاسمي، الأستاذ محمد عمران الندوي، المفتي معز الدين القاسمي، الأستاذ رمضان علي الفرقاني، الأستاذ محمد موسى القاسمي، الأستاذ أرشد علي الرحماني، الأستاذ عبد الله خالد اللوناوارا، الأستاذ محمد خالد فاروق، الأستاذ محمد شريف القاسمي، الأستاذ عبيد الله الندوي، الأستاذ حيدر علي القاسمي.

(١٣) ومن عقد التبرع الدين والوصية وهما لايبطلان بكونهما مشاعاً، كذلك لما تبطل الهبة به (المقال: المفتي جميل أحمد النذيري، القاضي محمد حسن الندوي، الأستاذ عبيد الله الندوي).

مستدلات الأحناف:

احتاج الأحناف في ذلك فتاوى سيدنا أبي بكر (رضي الله عنه) وعمر (رضي الله وعنه) وعلي رضي الله عنه وقضاءهم فاشترطوا في الموهوب بأ يكون مقسوماً لتحقق الملك وأجمع عليه الصحابة الكرام (رضي الله عنهم) سكوتياً:

(١) "مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي (صلى الله عليه وسلم) أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغابة فلما حضرته الوفاة قال: "والله يا بنية ما من الناس أحب إلى غني بعدي منكم ولا أعز علي فقرأ بعدي منك وإني كنت نحلت جاد عشرين وسقاً فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك وإنما هو اليوم مال وارث وإنما هو أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله"، الموطأ للإمام مالك، كتاب القضيه مالا يجوز من النحل/ ٣١٤، طبع بديوبند، السنن الكبرى ٢٨٠/٦، رقم الحديث ١١٩٨، بدائع الصنائع ١٧١/٥).

المستدلات:

إن سيدنا أبا بكر الصديق (رضي الله عنه) قد اعتمد على القبض والثمن لثبوت الملك ويسمى هذا لغة "حيازة: أي جمع الشئ المفرق في حيز" وهو يستحيل قبل التقسيم (أنظر مقال الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، الأستاذ ظفر عالم الندوي، المفتي

جميل أحمد النذيري، الأستاذ بدر أحمد المجيبي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، المفتي لطيف الرحمن، المفتي أبي سفيان المفتاحي، المفتي رياسة علي القاسمي، الأستاذ عبيد الله الندوي، الأستاذ محمد شريف، الأستاذ ثناء الهدى، الأستاذ نثار أحمد، الأستاذ محمد موسى القاسمي، المفتي وصي أحمد القاسمي، الأستاذ رياض أرمان القاسمي، الأستاذ سهيل أختر القاسمي، الأستاذ أرشد علي الرحماني وغيرهم).

(٢) روي عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أنه قال! ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلاً، ثم يمسكونها، قال! فإن مات ابن أحدهم، قال! مالي بيدي، ولم أعطه أحداً وإن مات هو، قال، هولا بني قد كنت أعطيته إياه، من نحل نحلة لم يجزها الذي نحلها، حتى تكون إن مات لورثته، فهي باطل (موطأ الإمام مالك رقم الحديث: ٨٠٩ برواية الشيباني، رقم الحديث! ١٤٣٩ برواية الليثي، المصنف لابن أبي شيبة رقم الحديث ٢٠١٢٤ وانظر لمزيد من التفصيل، بدائع الصنائع ١٢٠/٦)، (و أنظر مقال الأستاذ زبير أحمد القاسمي، الدكتور ظفر الإسلام الصديقي، الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، المفتي جميل أحمد النذيري، الأستاذ ظفر عالم الندوي، المفتي محمد سلمان المنصور فوري، المفتي محمد جنيد عالم الندوي القاسمي، الأستاذ بدر أحمد الميجبي، المفتي لطيف الرحمن، المفتي عبد القيوم البالنبوري، المفتي أبي سفيان المفتاحي، الأستاذ عبيد الله الندوي، المفتي أسد الله الآسامي الأستاذ محمد شريف القاسمي، المفتي معز الدين، الأستاذ نثار أحمد، الأستاذ محمد موسى القاسمي، الأستاذ محمد شفيع، الأستاذ أرشد على الرحماني وغيرهم.

(٣) روى عبد الرزاق عن عمر بن الخطاب يقول! ما بال أقوام ينحلون أولادهم فإذا مات الابن قال الأب مالي في يدي وإذا مات الأب قال ماكنت نحلت ابن كذا وكذا لاتحل الا لمن أجازه وقبضه" حاشية على الهداية، تخريج الزيلعي ٢٨٥/٣)، (أنظر! مقال الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي)

(٤) روي عن علي (رضي الله عنه) "من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لايجوز مالم يقاسم" (بدائع الصنائع ٩٩/٨)، وقضى سيدنا علي (رضي الله عنه) على

شهد من الصحابة الكرام فلم ينكر أحد عليه كأنما أجمعوا عليه (أنظر! مقال الأستاذ زبير أحمد القاسمي، الدكتور ظفر الإسلام الصديقي، المفتي محمد سلمان المنصور فوري، المفتي جنيد عالم الندوي القاسمي، الأستاذ ظفر عالم الندوي، المفتي جميل أحمد النذيري، المفتي لطيف الرحمن، المفتي عبد القيوم البالنبوري، الأستاذ روح الأمين السعادتي، المفتي وصي أحمد القاسمي، الأستاذ سهيل أختر القاسمي، الأستاذ أرشد علي الرحماني، الأستاذ محمد موسى القاسمي، المفتي رياست علي القاسمي، الأستاذ عبيد الله الندوي، الأستاذ طاهر حسين وغيرهم).

(٥) وفي رواية للإمام الطبراني وحسنها! "قال النبي (صلى الله عليه) وسلم! أيما رجل نحل ابنه نحلاً فبان به الإبن فالإبن أحق به وإن لم يكن بأن به الإبن فالأب أحق به" (رواه الطبراني في الأوسط بسند حسن)، يقول صاحب إعلاء السنن مستدلاً بهذه الرواية ولايخفى أن البينونة بالموهوب لايتصور إلا إذا كان محوزاً مفرزاً وهو يحتمل القسمة" (إعلاء السنن ٨٤/١٦)، (أنظر مقال الأستاذ ظفر عالم الندوي، المفتي أسد الله الآسامي).

(٦) قال عبد الرزاق أخبرنا ابن جريج قال زعم سليمان موسى أن عمراً بن عبد العزيز كتب: أيما رجل نحل فلم يدفعه فتلك النحلة باطلة (المصدر السابق) أنظر: مقال الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي).

(٧) ذكر عبد الرزاق في مصنفه وقال أخبرنا سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم قال: لاتجوز الهبة حتى تقبض" (عمدة القاري في شرح البخاري ٢٩١/٦)، (أنظر: مقال الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي).

لاتجوز الهبة حتى تقبض والصدقة تجوز أن تقبض (نصب الراية ٢٩٩/٤)، (أنظر: مقال الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي).

لاتجوز الهبة حى تقبض.

(٨) "عن الزهري قال: تصدق رجل بمئة دينار على ابنه وهما شريكان والمال في يدي ابنه قال: لا يجوز حتى يجوزها، فقضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما

أنه إن لم يجز فلا شئ له" (المصنف لابن أبي شيبة ٥٢٠/١٠)، أنظر! مقال الأستاذ ظفر الإسلام الندوي.

(٩) عن سماك بن فضل قال! كتب عمر بن عبد العزيز أنه لايجوز من النحل إلا ما عزل و أفرد" (المصنف لعبد الرزاق ١٠٤/٩، رقم الحديث: ١٦٥١٤)، أنظر المقال: الأستاذ ظفر عالم الندوي، والأستاذ مجيب الرحمن الندوي).

وكذا استدل عديد من كتاب المقال بالتصريحات التي وردت على أقوال الفقهاء وكلامهم:

(١٠) "ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبة يشترط كما له والمشاع لايقبله إلا بضم غيره إليه" (البناية في شرح الهداية ٢١٠/٩)، (أنظر مقال الأستاذ عبد الله خالد اللوناوارا، المفتي حبيب الله القاسمي، الأستاذ محمد موسى القاسمي، ولنا أن القبض في الهبة منصوص عليها لما روينا من قوله (عليه السلام): "لاتصح الهبة إلا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كما له لأن لاتنقيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده وقبض المشاع ناقص، لأنه لما يقبله إلا بضم غيره إليه (تكملة فتح القدير ٢٨/٩)، (أنظر مقال الأستاذ عبد الله خالد اللوناوارا، الأستاذ زبير أحمد القاسمي، الأستاذ حبيب الله القاسمي، الأستاذ محمد شفيع).

(١١) (ولاتجوز الهبة فيما يقسم) أي يمكن قسمته ويبقى منتفعاً به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة إلا محوزة ومقسومة (اللباب في شرح الكتاب ٩٣، كتاب الهبة)، (أنظر المقال: للأستاذ نثار أحمد الغودرا.

(١٢) (وبهبة المشاع فيما لايقسم جائزه وفيما يقسم لايجوز) لان القبض شرط في الهبة لما روينا وأنه غير ممكن في المشاع ولوجوزناه لسكان له إجبار الواهب على القسمة ولم يلزمه فيكون إضرارا به..." (الاختيار ٥٦/٣)، (أنظر: مقال الأستاذ نثار أحمد الغودرا).

(١٣) أجمع الخلفاء الأربعة على أن الهبة لاتلزم إلا مقبوضة ولنا إجماع الصحابة وقوما روينا أن سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر (رضي الله عنهما)، اعتبرا القسمة

والقبض لجواز النحل بحضرة الصحابة، وروي عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وابن عباس (رضي الله عنهم) قالو!

لما تجوز الهبة إلا مقبوضة مجوزة ولم يرد عن غيرهم خلافه" (بدائع الصنائع، كتاب الهبة ١٢٣/٦، طبع بباكستان في المغني مع الشرح الكبير ٢٤٦/٦)، (أنظر! مقال الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، المفتي جميل أحمد النذيري).

(١٤) ويستدل عقليا بأن الهبة لاتجوز إلا بشرط القبض عليها وهو منصوص عليه وهو أيضاً لايمكن مشتركاً لأن القبض يراد به القدرة على التصرف في شئ وهو لايتصور مشتركاً (الهداية ٢٨٥/٢، بدائع الصنائع ١٧١/٥، مجمع الأنهر وغيره)، (أنظر: مقال المفتي حبيب الله القاسمي، الأستاذ عبد الحئ المفتاحي، الأستاذ روح الأمين، المفتي عبد القيوم البالنبوري، الأستاذ عبد الله خالد اللوناوارا، الأستاذ سهيل أختر القاسمي).

الرد على الجمهور:

إنما المراد بالآيتين اللتين يستدل بهما الجمهور هبة الدين لأن المهر عموماً دين وهبة الدين: المديون إسقاط والأسقاط جائز وإن كان مشاعاً، بينما نحن في صدد التمليك الذي يتعلق بالعين ويقول الأحناف في حديث كتبه" لعل النبي (صلى الله عليه وسلم) قال للناس: هبوا كما وهبت وعليه تدل الألفاظ التي وردت في هذا الحديث "سأسلمك الباقي" أو المقصود المتبنية على أني أقدر على هبة نصيبي وأما الآخرون المشتركون بالعين فلهم فيها حق ونصيب، والجانب الآخر من هذا الحديث أن "الكتبه" المشاع معنى لايبقى له ثمن بعد القسمة في حكم المشاع غير المقسوم وهبة سيدنا قتادة (رضي الله عنه) حمارا وحشياً قبل أن يقسم تدل على الإباحة لا الهبة وبينها فرق بين، الاستدلال بقصة وفد هوازن في موضع النظر، فالقرائن تدل على الاعتاق لا التمليك ولأن وفد هوازن وفد بعد أن انقسم فهذا إعتاق من الإسقاط لا الهبة من التمليك (بدائع الصنائع ١٧٠/٥، ١٧٢)، (أنظر: مقال الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، المفتي سلمان المنصور فوري، المفتي لطيف الرحمن مومبائي، المفتي نثار أحمد غودرا وغيرهم).

وأخيرا يقول المفتي محمد سلمان المنصورفوري وجملة القول إن الملك لاينتقل في هبة المشاع لعدم القبض عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى بينما يرى الصاحبان والأئمة الثلاثة وقوع هبة المشاع فهبة المشاع فاسدة أصلا ولا حرج إذا أفتى المفتي على قول الصاحبين بمقتضي الظروف والأحوال.

مصلحة اختلاف آراء الفقهاء:

مصلحة اختلاف آراء الفقهاء بينة على ان إنتقال الموهوب إلى الموهوب له لاينال من الموهوب شيئاً ولما يقع خلاف وشقاق، ولأجل هذه المصلحة كان منشأ الخلاف فيما بين الفقهاء، ولذلك فالأئمة الثلاثة يقولون: يمكن القبض على هبة المشاع، ويقول الحنفية: لاتجوز هبة غير المقسوم لمصلحة من المصالح خوفاً من النزاع، والشريعة الإسلامية لا تبتغي توقيع الأمة في النزاع والشقاق (أنظر: مقال الأستاذ محمد شريف القاسمي، الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، الأستاذ ممتاز خان الندوي، الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، الأستاذ حفيظ الرحمن المدني، الإستاذ شاهجهان الندوي، المفتي سهيل أحمد القاسمي، الأستاذ محمد حسن الندوني، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، المفتي رياسة علي القاسمي، الأستاذ أرشد علي الرحماني، الأستاذ سهيل أختر القاسمي، المفتي وصي أحمد القاسمي، الأستاذ نثار أحمد غودرا، الأستاذ مجيب الرحمن الندوي، الأستاذ جمشيد جوهر القاسمي وغيرهم).

منشأ الخلاف:

إنما الخلاف بين جمهور الأئمة الحنفية نشأ في تفصيل القبض وهل يراد به القبض على الإطلاق أم القبض التمام؟ بينما القبض يشترط لتمام الهبة والانتقال إلى ملك الموهوب له يراد به عند عامة العلماء القبض مطلقا كاملا كان أو ناقصا بينما أراد به الحنفية القبض بكماله وتحققه موقوف لإستحالة التصرف فيه دون الإضرار بالآخرين أو التصرف فيه دون التصرف في الملك وهذا قبل القسمة محال (رد المختار ٥٦٩/٤، طبع بالمكتبة الرشيدية باكستان)، وأنظر المزيد أيضاً من التفصيل: الفقه الإسلامي وأدلته ٣٩٩٩/٥).

(أنظر: مقال الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، المفتي جميل أحمد النذيري، المفتي محمد سلمان المنصور فوري، الأستاذ محمد شريف القاسمي، المفتي لطيف الرحمن ولاية علي، المفتي ثناء الهدي القاسمي، الأستاذ محمد موسى القاسمي، الأستاذ روح الأمين السعادتي، المفتي أسعد الله الآسامي).

أهمية القبض:

يشترط جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة على قوله الراجح "القبض في الهبة" ولايتحقق الملك للموهوب له إلا به ولايحق له التصرف فيه إلا المالكية فعندهم لاتقف صحة الهبة لزومها عليه إلا أن الهبة لاتتم إلا بالقبض وبكل المستدلات (أنظر لمزيد من التفصيل: بداية المجتهد ٣٢٩/٢، ٣٣٠، بدائع الصنائع ١٧٦/٥، ١٧٧، الهداية ٢٨٦/٣)، أنظر: مقال الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، الأستاذ محمد موسى القاسمي، الدكتور ظفر الإسلام الأعظمي، المفتي محمد ثناء الهدى القاسمي، الأستاذ روح الأمين السعادتي، الأستاذ عبد الحي المفتاحي، الأستاذ عبد الله خالد اللوناواره، الأستاذ أسعد الله الآسامي، القاضي محمد حسن الندوي، الأستاذ محمد فاروق دربنغه).

السؤال الثاني:

ما اشترط من عدم الشيوع في الهبة هل يختص بما يختلف حالا كالأرض التي تتصل بالطريق من ناحية منها ناحية تقع على الجانب الآخر، فهل الموهوب كله يتساوى وضعاً في هذه الحال؟

فقد اتفق جل من الكتاب الفقهاء على أن ما اشترط في الهبة من عدم الشيوع يختص بجميع حالها سواء كان الموهوب يتفاوت ثمنا أو يتساوى وتدل عليه عامه العبارات الفقهية الخاصة بالموهوب، سوى تفريق الفقهاء في الشيوع وعدمه بين الموهوب المقسوم وغير المقسوم، وقد تقدم مفصلاً في الجواب عن السؤال الأول.

(أنظر: مقال الأستاذ زبير أحمد القاسمي، الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، الأستاذ ظفر عالم الندوي، الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، الدكتور ظفر الإسلام الأعظمي، المفتي حبيب الله القاسمي، المفتي سهيل أحمد القاسمي، الأستاذ أبو سفيان المفتاحي، المفتي

لطيف الرحمن ولاية علي، الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، المفتي جميل أحمد النذيري، الدكتور شاهجهان الندوي، المفتي أسد الله الآسامي، الأستاذ محمد شريف القاسمي، المفتي راشد حسين الندوي، المفتي عبد القيوم البالنبوري، الأستاذ حفيظ الرحمن المدني، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، المفتي وصي أحمد القاسمي، المفتي رياسة علي القاسمي، الأستاذ سهيل أختر القاسمي، الأستاذ منة الله القاسمي، المفتي محمد إرشاد، الأستاذ محمد عمران الندوي، الأستاذ ممتاز خان الندوي، المفتي معز الدين القاسمي، المفتي رجيب القاسمي، الأستاذ محمد رمضان علي الفرقاني، الأستاذ محمد شفيع الجنجواري، الأستاذ طاهر حسين القاسمي، الأستاذ محمد موسى القاسمي، المفتي نثار أحمد الغجراتي، الأستاذ أرشد علي الرحماني، الأستاذ محمد قمر الزمان الندوي، الأستاذ عبيد الله الندوي، الأستاذ حيدر علي آسام، الأستاذ محمد مجيب الرحمن الفلتي، الأستاذ رياض أرمان القاسمي).

وبعد أن أبدى رأيه الأستاذ زبير أحمد القاسمي قال: إن فسادهبة المشاع التي تتساوى حالة من أجل سبب واحد فقط وهو أن لم يتحقق القبض الكامل وتفسد هبة المشاع التي تختلف في مختلف نواحيها لسببين أحدهما: أن لم يثبت القبض كاملاً وثانيهما: إنه مؤد إلى الشقاق والنزاع لأن الذي يتغير ثمنا يقع الخلاف والنزاع عند قسمته.

ويقول الأستاذ روح الأمين السعادتي: إن ينشأ الخلاف والنزاع من أجل هذا الشرط فيجب الذي يختلف نواحيه أن يكون مفرزا رفعا للشقاق والخلاف ويكتب المفتي محمد سلمان المنصورفوري: لم تجز هبة المشاع عند الإمام أبي حنيفة لعلتين:

١- عدم تحقق القبض بكماله للشيوع وهذه العلة في كل نوع من المشاع.

٢- إنه يفضي إلى النزاع: وهذه العلة فيما تختلف في جوانبها المختلفة ثمنا وقيمة فحسب، بينما يرى عدد من كتاب المقال الذين تلي أسماءهم إن شرط عدم الشيوع خاص بما يتفاوت ثمنا لأجل شتى نواحيها وهذا أقرب إلى القياس لأنه يؤدي إلى النزاع ولايفرق شيوعا وعدمه فيم يتساوي قيمة.

(أنظر: مقال الأستاذ رحمت الله الندوي، الحافظ كليم الله العمري، المفتي جنيد بن محمد البالنبوري، المفتي روح الأمين السعادتي، الأستاذ جمشيد جوهر القاسمي، القاسمي محمد حسن الندوي، الأستاذ محمد أحسن عبد الحق الندوي).

ويقول الأستاذ محمد ثناء الهدى القاسمي إن لم يقع نزاع وشقاق وقت التقسيم فيما يختلف ثمنه من شتى نواحيه فهذا جائز وتجوز هبة المشاع في مثل هذه الحال، ويقول القاضي محمد حسن الندوي: بشرط عدم الشيوع في الموهوب غير المنقول.

ولم نطلع حول الموضوع على آراء الأستاذ عبد الله خالد اللوناواره الأستاذ عبد الحي المفتاحي، الأستاذ محمد فاروق والأستاذ محمد شاهد القاسمي.

السؤال الثالث:

هل تصح هبة المشاع فيه إذا لم ينشأ نزاع بين الموهوب لهم في القسمة والقبض؟

ويرى الأئمة الثلاثة ومن الحنفية الصاحبان جواز هبة المشاع (ولايشترط الأئمة الثلاثة بعدم الشيوع في الهبة على أي حال وعند الصاحبين إن الشيوع وقت العقد والقبض يفسد الهبة وتجوز الهبة، الشائعة في حال منحها عندهما) ولايعلم الخلاف بين الفقهاء فيما لم يقع نزاع بين الموهوب لهم في القبض والقسمة إنما الكلام عند الفقهاء الذين يرون عدم الشيوع في الموهوب شرطا من شروط صحة الهبة بل منصوصا عليه ومنهم الإمام أبو حنيفة الذي لايجوز الموهوب المقسوم المشترك وتحدثنا طويلاً من كل رأي كل منهم ودليله.

والآن نقدم مختلف الآراء لكتاب المقال.

حول السؤال الثالث:

ولايجوز الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، المفتي محمد إرشاد القاسمي، والأستاذ محمد شفيع الهبة إذا لم يقع نزاع أيضا لأن الملك في مثل هذه الأحوال على شرفه الزوال ويقيد هذا العقد ملكاً خبيثا وفي الفتاوى الشامية هبة المشاع فيما يقسم لايفيد الملك عند أبي حنيفة، وفي القهستاني: لاتفيد الملك، وهو المختار، كما في المضمرات وهذا مروي عن أبي حنيفة، وهو الصحيح فحيث علمت أنه ظاهر الرواية وأنه نص عليه محمد ورووه عن أبي حنيفة ظهر أنه الذي عليه العمل وإن صرح بأن المفتى به خلافه ولاسيما أن يكون ملكا خبيثاً".

أن تفيد الملك ملكا فاسدا وبه يفتى، كذا في السراجية" (الفتاوى الهندية ٣٧٨/٤) وحكم عدم الجواز في هبة المشاع على نفس الشيوع يعني غير المقسوم لا على النزاع

بين الموهوب لهم فلذلك لاتجوز عند الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، المفتي معز الدين القاسمي، الأستاذ محمد موسى القاسمي، الأستاذ محمد رياض أرمان القاسمي، والأستاذ محمد فاروق، المفتي حبيب الله القاسمي، الدكتور ظفر الإسلام الأعظمي، الأستاذ أحمد المجيبي، الأستاذ حفيظ الرحمن المدني، والمفتي جنيد بن محمد البالنبوري لايسوغون هبة المشاع إن وقع النزاع وإن لم يقع لأن الشيوع يمنع من القبض "ولأن القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض والتصرف في النصف الشائع وحده لايتصور..... ولايتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل لأن العقد لم يتناول الكل" (بدائع الصنائع ١٧١/٥، كتاب الهبة) اشترط الفقهاء مطلقا لامقيدا هبة المشاع لاتجوز على كل حال لأن تمام الهبة لايتحقق إلا بالقبض الكامل وهو منصوص عليه بإجماع الصحابة في رأي المفتي سهيل أحمد القاسمي، المفتي جميل أحمد النذيري، المفتي لطيف الرحمن، الأستاذ عبد الحئ المفتاحي، المفتي عبد القيوم البالنبوري، الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، الأستاذ مجيب الرحمن الندوي، الأستاذ أسد الله الآسامي.

ويقول الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي: زوال الشيوع قبل القبض يفيد الملك.

بينما يرى الأستاذ زبير أحمد القاسمي جواز هبة المشاع إذا لا يقع الخلاف والنزاع بين الموهوب لهم في المستقبل على قول الصاحبين "أما الشيوع من طرف الموهوب له فمانع من جواز الهبة عنده خلافا لهما" (الفتاوى الهندية ٣٧٨/٤).

"وإن وهبها واحد من اثنين لايجوز عند أبي حنيفة وقالا يصح" (الهداية: ٢٨٨/٢).

ويمكن الفتوى بجواز هبة المشاع على مذهب الجمهور لوجوه آتية:

الأول: القبض ليس بشرط لصحة الهبة.

بل لتمام الهبة على القول الراجح، والشيوع لايمنع عن صحة الهبة بل عن تمام الهبة فإذا وهب الواهب ملكاً مشاعا ثم سلم مقسوما لصحت الهبة (البحر الرائق: ٤٨٧/٧).

الثاني: إذا صحت هبة المشاع فالتخلي كاف للقبض.

الثالث: المشاع الذي لايقسم يكفيه القبض الناقص فهذا لايعتبر أدرأ شرطاً قوياً.

الرابع: يقول العلامة أنور شاه الكشميري بالنهي لأجل هل النزاع ولايشدد الشارع في الحكم فلا يعبأبه في مثل هذه الحال فضلا عن التشدد فيه (فيض الباري: ٣/٣٧٢).

ويكتب الأستاذ جمشيد جوهر القاسمي.

عما اشترط في الهبة من عدم الشيوع إنه لئلا يعود على الواهب ضمان القسمة ويرفع النزاع من بين الموهوب لهم في القبض فإذا لم توجد منها صوره جازت الهبة.

وكذالك يقول المفتي ثناء الهدى القاسمي، الأستاذ أبو سفيان المفتاحي، المفتي محمد سلمان منصور فوري، الأستاذ ظفر عالم الندوي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، الأستاذ سهيل أختر القاسمي، الأستاذ رحمة الله الندوي، المفتي وصي أحمد القاسمي، الحافظ كليم الله العمري، الأستاذ محمد عمران الندوي، الأستاذ رمضان علي الفرقاني، الأستاذ رجيب القاسمي، الأستاذ طاهر حسين القاسمي، الأستاذ حيدر علي القاسمي، القاضي محمد حسن الندوي، الأستاذ أرشد علي الرحماني، والأستاذ محمد أحسن عبد الحق، الندوي ما ملخصه أن لو وهب الواهب المقسوم أناسا مشاعا وأراد به التمليك فاقتسموه وتراضو على ذلك صحت الهبة لأنه ليس من الشيوع. "سئل عمر النسفي ممن أمر أولاده أن يقسموا أرضه التي في ناحية كذا بينهم، وأراد به التمليك فاقتسموها وتراضوا على ذلك هل يثبت لهم الملك وهل هو أمر يحتاج فيه إلى أن يقول لهم الأب: ملكتكم هذا النصيب المقرر، فقال: لا وسئل الحسن فقال: لايثبت الملك لهم إلا بالقسمة (الفتاوى التاتارخانية، كتاب الهبة ١٤/٤٦٥)، وعدم وقوع النزاع من الحكمة ولايدار عليه الحكم ومطلوب لتحقق شرط الهبة، وهذا هو القبض الكامل، وتصح الهبة فيما يقسم تراضيا قبل القبض لأن هبة المشاع تقتضي الصحة مآلاً، ويرسخ القبض بالتقسيم، والقبض يصح هكذا عند الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، المفتي راشد حسين الندوي، والمفتي محمد سلمان المنصورفوري "فإن قسمه وسلمه صح لزوال المانع الخ" (الفتاوى الشامية ٤/٥٧٠).

ويرى الأستاذ شاهجهان الندوي، والأستاذ ممتاز خان الندوي والمفتي جنيد بن محمد البالنبوري، صحة الهبة بقبض الموهوب لهم ويتحقق الملك ولاتجوز عندهم الهبة قبل القبض وإن لم يتنازع الموهوب لهم في القسمة والقبض "ولو وهب شيئا ينقسم من

رجلين كالدار والدراهم والدنانير ونحوها وقبضاه لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند أبي يوسف ومحمد وأجمعوا على أنه لو وهب رجلان من واحد شيئا ينقسم وقبضه أنه يجوز ..... (بدائع الصنائع ١٢١/٦).

ويجوز استحسانا لا قياسا عند المفتي رياست علي القاسمي والأستاذ قمر الزمان الندوي واستدلالا برأي العلامة الكشميري.

ويقول المفتي نثار أحمد الغودرا، ينبغي للواهب أن يفرد الحصص قبل الهبة في عامة الأحوال لكن ذلك يشق في بعض الأحيان فتجوز هبة المشاع فيها عند عدم حصول النزاع، واستدل برأي العلامه أنور شاه الكشميري (رحمه الله) والمفتي تقي العثماني، وتنص بعض العبارات من الكتب الفقهية على جواز هبة المشاع في نفسها إلا أنها تتم بالقبض عند الأستاذ محمد شريف القاسمي والمفتي منة الله القاسمي.

وما ذكر صاحب الهداية فتح القدير من المستدلات على هبة المشاع أنها لاتجوز لأجل وقاية الموهوب له من مؤنة القبض والتسليم: "يعني أن في تجويز عقد الهبة إلزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لايجوز لزيادة الضرر" (فتح القدير ٢٩/٩)، وصح إن لم يخش النزاع والأفضل أن يحقق الواهب القبض للموهوب لهم بنفسه أو بوكيله.

هبة المشاع في ضوء عبارات العلماء الكبار

ومن علمائنا الكبار سعادة الشيخ المفتي عزيز الرحمن أفتى على قول الإمام أبي حنيفة بعدم جوازها (فتاوى دار العلوم ديوبند ٢١٩/١٥، طبع بمكتبة دار العلوم).

وفي جانب أفتى العلامة رشيد أحمد الكنكوهي (رحمه الله) على قول الصاحبين (رحمها الله) وكان العلامة الكشميري يفتى بجوازها مشروطة بالقبض.

فتوى العلامة الكنكوهي:

أجاب العلامة الكنكوهي عن سؤال سئل فيه: أن الوالد وهب مشاعا أولاده ولا مكنهم من القبض والتصرف في المقبوض، أبعد موته تعد من ملك أولاده أم من إرثه؟ قائلا:

"لو وهب الرجل أولاده أرضه منقسمة ومكنهم من التمليك والقبض والتصرف فتحقق الملك لكل واحد منهم في نصيبه لايحق للوارث الادعاء عليها بعد وفاة الواهب، وهذا على قول الصاحبين وبه أفتي في بعض الكتب الفقهية" الخ (الباقيات من الفتاوى الرشيدية رقم السؤال ٥٧٧٠ ص ٣٢٣، طبع بمطبعة المفتي إلهي بخش الكاندهلوي) أنظر مقال أسد الله الآسامي.

العلامة الكشميري وهبة المشاع:

ويدل كلام العلامة الكشميري (المتوفي ١٣٥٢هـ على أن المقصود رفع الإيهام والتمييز، لئلا يقع النزاع والشقاق في القسمة لذا يجب القبض، وهناك فرق بين البيع والهبة، البيع أقوى من الهبة لأنه عنده الضمان والهبة لها عقد التبرع فالبيع أقوى لذا يتحقق الملك عند البيع لمجرد العقد ولايخل به الضعف الذي يحدث بسبب الشيوع في القبض عند الهبة، وذلك بخلاف الهبة فإنها بعقد التبرع ضعيفة ولاتتحقق إلا بالقبض القوي وهذا لايمكن إلا بعد القسمة وإليه أشار سيدنا أبو بكر الصديق (رضي الله عنه) عند ما وهب ابنته السيدة عائشة (رضي الله عنها)، وأبدى قلقه وأسفه قائلا: لو كنت جذذتيه واحتزتيه.

ويميل العلامة الكشميري (رحمه الله) إلى أن الفساد في الهبة لايصح بسبب الشيوع فحصول النزاع يخل بالأمر و إن القبض يفيد الملك كالبيع وهو يضيف قائلاً: "ثم أعلم أن هبة المشاع لاتتم في أصل المذهب وإن تحقق القبض أيضا، وأفتى المتأخرون بجوازها وبه أفتي، وذلك لأني أركز على مسألة الشيوع فلست أتشدد فيها كالحنيفة ولا أوسع فيها كالبخاري، بل هي أمر بين الأمرين كما علمت، فإن غرض الشرع هو رفع الإبهام والتمييز، والشيوع يخل به، فلايكون هدراً كما أهدره البخاري، ولا ضروريا كما فهمه الحنفية بحيث قالوا يبطلان الهبة بالجملة فحال الشيوع عندي هو ما سمعت فلم أشدد في الحكم ووافقت المتأخرين في جواز هبة المشاع عند القبض (فيض البخاري ٣/٣٧٥ باب الهبة المقبوضة وغير المقبوضة المطبوعة بمكتبة رباني، دهلي)، (أنظر: مقال الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، المفتي أسد الله الآسامي) كذا: يقول المفتي

محمد جنيد عالم الندوي القاسمي بعد ذكر رأي العلامة الكشميري: يوافق العلامة الكشميري المتأخرين في ثبوت القبض الكامل وعدم إمكان حصول النزاع، لأن تجويز هبة المشاع أنسب وأقرب إلى الفقه وتميل إليه أغلبية الأمة المسلمة.

السؤال الرابع:

ماهي وجهات نظر الفقهاء ودلائلهم في شرط القبض في الهبة؟ ومكانة القبض في الهبة؟

الهبة عقد من المعقود ولذلك نرى اختلاف الأئمة والفقهاء. ويحمل القبض على الموهوب في الهبة أهمية كبيرة لأنه شرط أو ركن فهل تتم الهبة بالإيجاب والقبول أم بالقبض؟ وهل هناك مسائل أخرى موقوفة عليه؟

عديد من كتاب المقال تفرقوا إلى مذهبين فقط بصدد ذلك رغم تعدد الآراء بين الفقهاء فيه، وبعض منهم ذكروا ثلاثة مذاهب وبعضهم توسعوا في ذكر المذاهب الأربعة:

الأول: تمام الهبة بالقبض، والقبض لابدّ منه لثبوت الملك وهو شرط للزوم الهبة في رأي الحنفية والشافعية "اختلف الفقهاء فقال الحنفية والشافعية القبض شرط للزوم الهبة حتى إنه لايثبت الملك للموهوب له قبل القبض ...." (الفقه الإسلامي وأدلته ٢٩٠/٤)، "والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول والقبض لابد منه لثبوت المك" (الهداية ٢٦٧/٣)، "فاتفق الثوري والشافعي وأبو حنيفة أن من شرط صحة الهبة القبض وأنه إذا لم يقبض لم يلزم الواهب" (بداية المجتهد ١٤١/٤، وأنظر أيضا: كتاب الأم، نهاية المجتهد، بدائع لاصنائع والفتاوى الهندية).

دلائل المذهب الأول:

(أ) الدليل الأول هو الرواية التي نحل فيها سيدنا أبو بكر الصديق رضي الله عنه السيدة عائشة (رضي الله عنها) عشرين وسقاً من ماله، ولما حضرته الوفاة قال لها فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان، وإنما هو اليوم مال وارث" إني نحلتك من مالي عشرين وسقاً فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك و إنما هو اليوم مال وارث" (المؤطأ للإمام مالك باب النحل/ ٣٨٦).

(ب) قال سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه من نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها حتى يكون إن مات لورثته فهي باطل" (المصدر السابق، رقم الحديث ٢٩٤٠).

(ج) وقال النبي (صلى الله عليه وسلم) لأم سلمة (رضي الله عنها) إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي من مسك ولقد روى أن النجاشي قدمات، ولا أرى الا أن هديتي مردودة علي فإن وردت علي فهي لك" فأعطى كل إمرأة من نسائه أوقية مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة" (مسند الإمام أحمد، رقم الحديث ٢٧٢٧٦، شرح مشكل الآثار للطحاوي رقم الحديث: ٣٢٧).

(د) ولنا إجماع الصحابة (رضي الله عنهم) وهو ما روينا أن سيدنا أبو بكر الصديق وسيدنا عمر (رضي الله عنهما) اعتبرا القسمة والقبض لجواز النحل بحضرة الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون إجماعاً" (بدائع الصنائع ١٧٦/٥).

(هـ) "قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لاتجوز الهبة إلا مقبوضة" (نصب الراية للزيلعي، كتاب الهبة).

(و) عن مطرف بن عبد الله بن الشيخة عن أبيه أنه أسمع رسول الله (صلى الله عليه وسلم) يقرأ:

"ألهاكم التكاثر ويقول: ابن آدم مالي مالي وهل لك مالك إلا ما أكلت فافنيت أو لبست فأبليت أو تصدقت فأمضيت، قالوا فشرط (عليه الصلاة والسلام) في العطية والصدقة الإمضاء وهو الإقباض" (المجلس لابن حزم ١٢١/٩، طبع بالمنيرية، مصر).

(ز) حدثنا يوسف عن أبيه عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال في الهبة والصدقة "ولاتجوز إلا مقبوضة معلومة" (الآثار لأبي يوسف ٢٦٩/٢، رقم الحديث ٧٤١).

(ح) الدليل العقلي: الهبة عقد كالدين ولابد من القبض على الموهوب لتحقيق الملك مثله.

(ط) الهبة عقد تبرع ولو صحت بدون القبض فللموهوب لهم حق أن يطالبوا الواهب بتسلم الموهوب والزام التسليم يجعله عقد الضمان ويجوز له الانتقال إلى صورة شرعيه أخرى (بدائع الصنائع، كتاب الهبة ١٢٦/٦).

(أنظر مقال الأستاذ زبير أحمد القاسمي، الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، الأستاذ ظفر الإسلام الأعظمي، المفتي محمد سلمان المنصور فوري، المفتي ثناء الهدى القاسمي، الأستاذ شاهجهان الندوي، المفتي حبيب الله القاسمي، الأستاذ أبو سفيان المفتاحي، المفتي عبد القيوم البالنبوري، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، المفتي جميل أحمد النذيري، الأستاذ بدر أحمد المجيبي، المفتي لطيف الرحمن، المفتي وصي أحمد القاسمي، المفتي رياسة علي القاسمي، المفتي سهيل أحمد القاسمي، الأستاذ حفيظ الرحمن المدني، الأستاذ سهيل أختر القاسمي، الأستاذ منة الله القاسمي، الأستاذ ممتاز خان الندوي، الأستاذ أرشد علي الرحماني، الأستاذ قمر الزمان الندوي، الأستاذ رمضان علي الفرقاني، الأستاذ إرشاد القاسمي، الأستاذ محمد موسي القاسمي، الأستاذ راشد حسين الندوي، الأستاذ روح الأمين السعادتي، الأستاذ حيدر علي، الأستاذ مجيب الرحمن الندوي، الأستاذ رياض أرمان القاسمي، الأستاذ عبد الله الندوي، الأستاذ محمد عمران الندوي الأستاذ طاهر حسين القاسمي، الأستاذ نثار أحمد الغودرا، الحافظ كليم الله العمري، الأستاذ رحمة الله الندوي، الأستاذ محمد حسين الندوي، الأستاذ شاهد القاسمي، الأستاذ عبد الله خالد اللونا واره، الأستاذ محمد شفيع، الأستاذ جنيد بن محمد البالنبوري، الأستاذ محمد فاروق، الأستاذ جمشيد جوهر القاسمي وغيرهم).

الثاني: مذهب المالكية: القبض شرط لتمام الهبة لا لصحتها ولا للزومها وكأن يحصل الملك عندهم بمجرد العقد "وقال المالكية لايشترط القبض لصحة الهبة ولا للزوم الهبة وإنما هو شرط لتمامها أي لكمال فاندتها، بمعنى أن الموهوب يملك بمجرد القعد أي القول على المشهور عندهم والقبض أو الحيازة لتتم الهبة ويجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الموهوب" (الفقه الإسلامي وأدلته ٦٩١/٤، ٦٩٢).

"فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام من شروط الصحة" (بداية المجتهد ٣٢٩/٢، وأنظر أيضا: الشرح الكبير، بدائع الصنائع).

دلائل المذهب الثاني:

المفتي حبيب الله القاسمي، الأستاذ روح الأمين السعادتي، المفتي لطيف الرحمن، الأستاذ شاهين الجمالي، الأستاذ عبد الحئ المفتاحي، الأستاذ ظفر عالم الندوي،

الأستاذ بدر أحمد المجيبي، الأستاذ محمد شريف القاسمي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، المفتي سهيل أحمد القاسمي، المفتي وصي أحمد القاسمي، الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، المفتي رياست علي القاسمي، الأستاذ جمشيد جوهر القاسمي، الأستاذ سهيل أختر القاسمي، الأستاذ محمد إرشاد سرينغر، المفتي منت الله القاسمي، الأستاذ ممتاز خان الندوي، الأستاذ طاهر حسين القاسمي، الأستاذ أرشد علي الرحماني، الأستاذ قمر الزمان الندوي، الأستاذ رحمة الله الندوي، الأستاذ رمضان علي الفرقاني، الأستاذ محمد عمران الندوي، الأستاذ محمد شاهد الندوي، الأستاذ عبيد الرحمن، الأستاذ محمد شفيع، الأستاذ رياض أرمان القاسمي، المفتي جنيد بن محمد البالنبوري، الأستاذ محمد موسى القاسمي، الأستاذ محمد فاروق والأستاذ حيدر علي).

الثالث: تلزم الهبة في المكيل والموزون بالقبض عند الحنابلة على القول الراجح من قوليه لإجماع الصحابة عليه وتلزم الهبة بمجرد العقد في غير المكيل والموزون، يقول ابن قدامة المقدسي "المكيل والموزون لاتلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض ..... والواهب بالخيار قبل القبض، إن شاء أقبضها وأمضاها، وإن شاء رجع فيها ومنعها ولايصح قبضها إلا بإذنه وأن غير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرد العقد ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه" (المغني كتاب الهبة ٤١/٦، ٤٢).

وقال الحنابلة في أرجح الروايتين عن أحمد القبض شرط لصحة الهبة في المكيل والموزون لإجماع الصحابة على ذلك" الفقه الإسلامي وأدلته (كتاب الهبة ٣٩٩٧/٥، وأنظر أيضا: بداية المجتهد).

دلائل المذهب الثالث:

(أ) "اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي (رضي الله عنهم) على أن الهبة لاتجوز إلا مقبوضة" (المغني ٢٤٧/٦).

(ب) الهبة أحد قسمى التمليك وكما أن المبيع الذي يجري فيه الربا لايلزم قبل القبض والبيع الذي يلزم قبل القبض كذلك تنقسم الهبة إلى قسمين:

(١) التي تلزم قبل القبض (٢) والهبة التي تلزم بعد القبض (المغني ٢٤٤/٦).

(ج) "روي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما قالا: الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض" (المغني ٦/٢٤٤).

(د) واستدل الحنابلة بقصة السيدة عائشة رضي الله عنها (أنظر مقال الدكتور شاهجهان الندوي، الأستاذ ظفر عالم الندوي، الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، الأستاذ بدر أحمد المجيبي، المفتي سهيل أحمد القاسمي، المفتي راشد حسين الندوي، الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، الأستاذ محمد شريف القاسمي، الأستاذ وصي أحمد القاسمي، الأستاذ منت الله القاسمي، الأستاذ ممتاز خان الندوي، الأستاذ ارشد على الرحماني، الأستاذ رمضان علي الفرقاني، الأستاذ جمشيد جوهر القاسمي، الأستاذ عبيد الله خالد اللوناواره).

(الرابع) يرى بعض الفقهاء مثل الإمام أبو ثور وأهل الظاهر، والإمام أحمد بن حنبل على أحد قوليه أن الهبة تلزم بالإيجاب والقبول، والقبض ليس من شروط تمام الهبة ولاصحتها، وقال أحمد وأبو ثور، تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها أصلاً لا من شرط تمام ولا من شرط صحته وهو قول أهل الظاهر" (بداية المجتهد ٢/٣٢٩).

مستدلات المذهب الرابع:

(الألف) قول النبي (صلى الله عليه وسلم): "العائد في هبته كالعائد في قيئه" (صحيح البخاري، رقم الحديث ٢٦٢٢).

(ب) "يايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة).

(ج) "لاتبطلوا أعمالكم" (محمد: ٣٣).

يقول العلامة ابن حزم بعد ذكر الآيتين إنهما تدلان على أن الواهب لما وهب أو تصدق لفظاً كأنه عقد عقداً يجب إيفاؤه ولايحل إبطاله إلا بنص من النصوص ولا نص على إبطاله (المحلى ٩/١٢٧)، أنظر: مقال المفتي راشد حسين الندوي الدكتور شاهجهان الندوي، الأستاذ أبو سفيان المفتاحي، الأستاذ روح الأمين السعادتي، الأستاذ محمد شريف القاسمي، الأستاذ عبد الله خالد اللوناواره.

القول الراجح: القبض من شروط لزوم الهبة ولا يتحقق الملك إلا بعد قبض الموهوب له على الموهوب لوجوه آتية: (١) اتفق الجمهور من الصحابة على شرط القبض (أنظر مقال الدكتور شاهجهان الندوي المفتي عبد القيوم البالنبوري) ولا تقاس الهبة على الوصية لأنها تدل على التمليك بعد الوفاة فلا قبض فيها (المفتي جميل أحمد النذيري، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، الدكتور شاهجهان الندوي، الأستاذ منة الله القاسمي، المفتي وصي أحمد القاسمي.

٣- ولا تقاس أيضا على الوقف لأنها تمليك لآخر (الدكتور شاهجهان الندوي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، الأستاذ منة الله القاسمي).

٤- ولا يصح أيضا قياسها على البيع لأن البيع عقد عوض والهبة من عقد التبرع (الدكتور شاهجهان الندوي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، الأستاذ منة الله القاسمي، الأستاذ قمر الزمان الندوي).

٥- استدل المالكية والشافعية بقول سيدنا علي وابن مسعود (رضي الله عنهما) الذي يبين عقد الهبة دون تحقق الملك فالاستدلال به على القبض غير محكم (المفتي وصي أحمد القاسمي، الأستاذ منة الله القاسمي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي).

أهمية القبض في الهبة:

يرى الجمهور من المذاهب الحنفية والشافعية والحنابلة، على القول الراجح القبض من شروط الهبة ولايمكن التمليك على الموهوب للموهوب له إلا به والتصرف فيه بخلاف المالكية فالقبض عندهم ليس من شروط الهبة ولزومها ولا لصحتها إلا لتمامها وقد تقدمت الأدلة لكل موقف في الجزء الأول من السؤال الأول والرابع.

(أنظر: مقال الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، الدكتور شاهجهان الندوي، الأستاذ محمد موسى القاسمي، الدكتور ظفر الإسلام الأعظمي، المفتي جميل أحمد النذيري، المفتي ثناء الهدي القاسمي، الأستاذ روح الأمين السعادتي، الأستاذ عبد الحي المفتاحي، الأستاذ عبد الله خالد، الأستاذ أسد الله آسامي، القاضي محمد حسن الندوي، الأستاذ محمد فاروق، الأستاذ سهيل أختر القاسمي، الأستاذ ممتاز خان الندوي، والأستاذ جمشيد جوهر القاسمي).

يتحدث الأستاذ شاهين الجمالي عن القبض ومكانته فيقول: ما اتفق عليه عامة الفقهاء إن الهبة عقد، والاختلاف في أن الإيجاب فحسب ركن له أم القبول أيضاً واختلف فيه فقهاء الأحناف أيضاً (أنظر: شرح العناية على الهداية على هامش تكملة فتح القدير ١١٤/٧).

ويكتب الأستاذ محمد إقبال التنكاروي: القبض عند الحنفية ركن كالبيع (أنظر: المبسوط، كتاب الهبة ٥٧/٦، طبع بدار الفكر) ويقول الأستاذ أبو سفيان المفتاحي: القبض في الهبة التمكن من التصرف في الموهوب والقبض في غير المنقول التخلي وفي المنقول النقل وفي المشاع تسليم الكامل، ويقول الأستاذ محمد شريف القاسمي بعد ذكر الأدلة إن القبض من شرط تمام الهبة لاصحة الهبة في رأي.

السؤال الخامس: ان وهب الولي للصغير وتحقق القبض للولي فهل القبض الموجود في الهبة يكفي لتمام الهبة؟ وإن كان متمكناً من القبض بعد بلوغ الصغير فهل قبضه وقت الهبة لايخل بتمام الهبة أم لا تتم الهبة إلا بعد تسليم الموهوب إلى الموهوب له؟

أجاب جميع كتاب المقال عن هذا السؤال بقولهم: قبض الهبة نوعان: قبض بطريق الأصالة وهو أن يقبض الموهوب له بنفسه وقبض بطريق النيابة وهو أن يقبض الولي، الوكيل، الوصي والأب، واخذت الشريعة بالنوعين، يقول الدكتور وهبة الزحيلي: "قبض الهبة عند الحنفية نوعان:

قبض بطريق الأصالة وقبض بطريق النيابة، أما القبض بطريق الأصالة: فهو أن يقبض بنفسه وشرط جوازه العقل فقط، فلا يجوز قبض الصبي غير المميز المجنون وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحساناً، وأما القبض بطريق النيابة فالنيابة في القبض نوعان: نوع يرجع إلى القابض ونوع يرجع إلى القبض نفسه:

"أما الأول فهو القبض للصبي وشرط جوازه وجود ولايته، أو عليه أي كون الصبي في حجر شخص (لفقه الإسلامي وأدلته ٦٩٤/٤/ ٦٩٠)، (أنظر: مقال الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، المفتي جميل أحمد النذيري).

وهبة من له ولاية على الطفل الصغير لاتحتاج إلى قبض جديد (أنظر: مقال الدكتور شاهجهان الندوي، الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، المفتي محمد سلمان المنصور فوري، المفتي جنيد عالم الندوي القاسمي، الأستاذ بدر أحمد المجيبي، المفتي أحمد النذيري، الدكتور ظفر الإسلام الأعظمي الأستاذ زبير أحمد القاسمي، المفتي حبيب الله القاسمي، المفتي عبد القيوم البالنبوري، الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، المفتي سهيل أحمد القاسمي، المفتي ثناء الهدي القاسمي، الأستاذ أبو سفيان المفتاحي، المفتي لطيف الرحمن، الأستاذ روح الأمين السعادتي، الأستاذ ظفر عالم الندوي، المفتي راشد حسين الندوي، الأستاذ عبد الحي المفتاحي، الأستاذ سهيل أختر القاسمي، المفتي وصي أحمد القاسمي، الأستاذ حفيظ الرحمن المدني، الأستاذ منة الله القاسمي، المفتي رياسة علي القاسمي، الأستاذ محمد عمران الندوي، الأستاذ ممتاز خان الندوي، المفتي رجيب القاسمي، الأستاذ طاهر حسين القاسمي، الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، الأستاذ أسد الله الآسامي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، الأستاذ نثار أحمد القاسمي، الأستاذ راشد علي الرحماني، الأستاذ رمضان علي الفرقاني، الحافظ كليم الله العمري، الأستاذ محمد فاروق، الأستاذ حيدر علي، الأستاذ قمر الزمان الندوي، الأستاذ رحمة الله الندوي، القاضي محمد حسن الندوي، الأستاذ أحسن عبد الحق الندوي، الأستاذ محمد شاهد القاسمي، الأستاذ عبد الله خالد اللوناواره، الأستاذ مجيب الرحمان الندوي، الأستاذ رياض أرمان القاسمي، المفتي جنيد بن محمد البالنبوري، الأستاذ محمد أرشاد سرينغر، الأستاذ محمد شريف القاسمي، الأستاذ معز الدين الندوي، الأستاذ محمد شفيع، الأستاذ عبيد الله الندوي، الأستاذ محمد موسى القاسمي.

الأدلة:

١- وبناء على ذلك لو وهب أحد من هؤلاء الأولياء الصغير شيئاً، والمال في أيديهم صحت الهبة ويصيرون قابضين للصغير" (الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٦٩٤، ٦٩٥).

(أنظر: مقال الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، المفتي لطيف الرحمن، المفتي رياسة علي القاسمي، القاضي محمد حسن الندوي).

٢- ولو نحل ابنه الصغير شيئا جاز ويصير قابضاً له مع العقد" إن القبض الموجود في الهبة ينوب عن قبض الهبة" (بدائع الصنائع ٥/١٨١-١٨٢).

(أنظر المقال: للمفتي جميل أحمد النذيري، المفتي لطيف الرحمن، الأستاذ بدر أحمد المجيبي، الأستاذ عبد الحي المفتاحي، المفتي رياسة علي القاسمي، الأستاذ حفيظ الرحمن المدني، الأستاذ محمد عمران الندوي، الأستاذ محمد فاروق، الأستاذ رياض أرمان القاسمي).

٣- "إذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها لإبنه بالعقد لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه، لأن يده كيده" (الهداية ٣/٢٧٢).

(أنظر: مقال المفتي جميل أحمد النذيري، الدكتور ظفر الإسلام الأعظمي، المفتي حبيب الله القاسمي، الأستاذ شاهين الجمالي، الأستاذ حفيظ الرحمن المدني، الأستاذ أسد الله الآسامي، الأستاذ معز الدين الندوي، الأستاذ ممتاز خان الندوي).

٤- "وهبة الأب لطفله تتم بالعقد لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الصغير لأنه وليه فيتشترط قبضه" (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦/٥٧، كذا في الهبة ٥/٥٩١).

(أنظر المقال: للأستاذ زبير أحمد القاسمي، المفتي ثناء الهدي القاسمي، الأستاذ ظفر عالم الندوي، الأستذا عبد الحي المفتاحي، الأستاذ بدر أحمد المجيبي، الأستاذ سهيل أختر القاسمي، المفتي وصي أحمد القاسمي، الأستاذ حفيظ الرحمن المدني، الأستاذ منت الله القاسمي، الأستاذ ممتاز خان الندوي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، الأستاذ طاهر حسين القاسمي، المفتي عبد القيوم البالنبوري، الأستاذ أرشد علي الرحماني، الأستاذ رمضان علي الفرقاني، الأستاذ محمد فاروق، الأستاذ حيدر علي، الأستاذ عبد الله خالد، الأستاذ أحسن عبد الحق الندوي، الأستاذ محمد شاهد القاسمي، الأستاذ محمد إرشاد سرينغر، الأستاذ محمد شريف القاسمي، الأستاذ معز الدين الندوي، الأستاذ محمد شفيع، الأستاذ محمد موسى القاسمي).

٥- "وهبة من له ولاية على الطفل في الجملة وهو كل من يقوله، فدخل الخال والعم عند عدم وجود الأب لو في عيالهم (تتم بالعقد) لو الموهوب معلوم وكان في يده أو يد مودعه، لأن قبض الولي ينوب عنه والأصل أن كل عقد يتولاه

الواحد يكتفى فيه بالإيجاب" (تنوير الأبصار والدر المختار بهامش رد المحتار ٦٩٤/٥، وكذا في شرح المجلة ٢٦٨/١).

(أنظر: مقال الدكتور شاهجهان الندوي، المفتي سهيل أحمد القاسمي، المفتي لطيف الرحمن، الأستاذ ظفر عالم الندوي، المفتي وصي أحمد القاسمي، المفتي منة الله القاسمي، الأستاذ أبو سفيان المفتاحي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، الأستاذ طاهر حسين القاسمي، القاضي محمد حسن الندوي، الأستاذ محمد شريف القاسمي وغيره).

٦- "في المضمرات: وإن كان الموهوب له من أهل القبض فحق القبض له وإن كان صغيرا أو مجنوناً، فحق القبض لوليه، وفي الذخيرة: ولو قال الأب: وهبت هذا الشئ لابني الصغير جازت الهبة من غير قبول، لأن الأب يتولى هذا، وكل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالإيجاب كبيع الأب ماله إلى ابنه الصغير" (الفتاوى التاتارخانية، كتاب الهبة ٤٦٦/١٤، ٤٦٧، طبع بمطبعة زكريا).

(أنظر: مقال الأستاذ محمد إقبال التتكاروي، الدكتور ظفر الإسلام الأعظمي، المفتي رياسة علي القاسمي، الأستاذ رمضان علي الفرقاني).

٧- "وفي الكافي! إذا كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له وديعة أو عارية كالدابة أو أمانة ملكها بالهبة والقبول وإن يجدد فيها قبضا" (الفتاوى التاتار خانية ٤٢٤/١٢).

(أنظر: مقال الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي).

٨- ويقول الحافظ بدر الدين العيني ضمنا في فصة سيدنا أبي بكر الصديق والسيدة عائشة (رضي الله عنها): "وفيه أن العطية إذا كانت من الأب للصغير لايحتاج إلى القبض فيكفي قبوله له" (عمدة القاري في شرح البخاري ٢٧٦/٦).

(أنظر: مقال الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي).

٩- قال ابن عبد البر أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير لايحتاج إلى قبض جديد (حاشية الشبلي على التبيين ٥٨/٦)، (مقال الأستاذ ظفر عالم الندوي، المفتي محمد سلمان المنصور فوري).

١٠- "فإن وهب الأب لابنه شيئا، قام مقامه في القبض والقبول، إن احتيج إليه، قال إبن المنذر! أجمع كل من تحفظ عنه أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لولده الطفل داراً بعينها، بعينه وقبضه له من نفسه وأشهد عليه أن الهبة تامة، هذا قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي" (المغني ٢٥٤/٨، ٢٥٥)، (مقال الأستاذ روح الأمين السعادتي، الأستاذ جمشيد جوهر القاسمي).

١١- عن سعيد بن المسيب أن عثماناً بن عفان (رضي الله عنه) قال: من نحل ولدا له صغيرا لم يبلغ أن يجوز نحله فأعلن بها وأشهد عليها فهي جائزة، وإن وليها أبوه" (معرفة السنن ولآثار للبيهقي ٢٤٤/١٠)، (مقال الأستاذ جمشيد جوهر القاسمي).

أما عن مسألة تسليم الموهوب إلى الموهوب له بعد البلوغ والاخباريه والإشهاد عليه هل يجب أم لا؟

فلقد فتناول قليل من كتاب المقال البحث عنه فملخصا أنه ليس الإشهاد بشرط بل احتياطا وتحرزا عن الجهود إذا كبر الولد كي ولا يقع أي نزاع بين الوارثين وأولاد الموهوب له إن مات الواهب.

وفي المحيط البرهاني: "قال محمد (رحمه الله) في الأصل كل شئ وهبه لابنه الصغير وأشهد عليه ..... والإشهاد ليس بشرط لازم، فإن الإشهاد يتم بالإعلان ولكن ذكر الإشهاد احتياطا وتحرزاً عن النزاع إذا كبر الولد" (١٨٥/٧، كذا في فتح القدير، السنن الكبرى، الفتاوى التاتار خانية، والفتاوى الشامية، المبسوط للسرخسي والموسوعة الفقهية)، (أنظر: مقال الدكتور ظفر الإسلام الصديقي، الدكتور شاهجهان الندوي، المفتي حبيب الله القاسمي، المفتي ظفر عالم الندوي، الأستاذ بدر أحمد المجيبي، المفتي ثناء الهدي القاسمي، الأستاذ محمد سهيل أختر القاسمي، المفتي سعيد الرحمن القاسمي، المفتي وصي أحمد القاسمي، المفتي منة الله القاسمي، الأستاذ محمد شريف القاسمي، المفتي معز الدين القاسمي، الأستاذ محمد إرشاد سرينغر، الأستاذ أرشد علي الرحماني، الأستاذ رمضان علي الفرقاني، الأستاذ محمد موسي القاسمي، الحافظ كليم الله العمري،

الأستاذ قمر الزمان الندوي، الأستاذ جنيد بن محمد البالنبوري، القاضي محمد حسن الندوي، الأستاذ عبد الله خالد اللوناواره).

ولاتتم الهبة إلا بتسليم الموهوب إلى الموهوب له عند الأستاذ ممتاز خان الندوي، الأستاذ عبيد الله الندوي، الأستاذ محمد شاهد القاسمي، الأستاذ محمد شريف القاسمي، الأستاذ أحسن عبد الحق والأستاذ حيدر علي، واحتجوا بالأدلة الآتية:

(١) يقول الله تعالى: (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم" (سورة النساء: ٦).

(٢) العصر الذي نعيش عصر المادية .... فقد استهوي القلوب الحسد والطمع والنهم فلا بد من تسليم الموهوب إلى الموهوب له .... ليتمكن من القبض ويتحقق له الملك:

(٣) واستدل بعضهم بما أفتى الشيخ خالد سيف الله الرحماني، فانه يقول: فلو تمكن ..... للقبض بعد البلوغ فيبغي أنه يريد التمكن من القبض نفسه ولياً ووكيلاً فلذا يقسم بين الوارثين (كتاب الفتاوى ٦/٣٢٠، ٣٢١).

ويرى الدكتور ظفر الإسلام الأعظمي أن الإشهاد يجب في هذا الزمان تلافياً للنزاع و درءاً لأجل الجهود للإعراض عن الدين وتعاليمه (البحر الرائق ٧/٢٨٨).

توضيح: مما يؤسفنا جداً أننا تلقينا مؤخراً كثيراً من المقالات من علماء كبار (كالشيخ القاضي عبد الجليل القاسمي، المفتي محمد عثمان الغوريني، المفتي محمد جنيد عالم الندوي القاسمي، الأستاذ بدر أحمد المجيبي، المفتي محمد سلمان المنصور فوري، الأستاذ عبد الشكور القاسمي، الأستاذ مصطفي عبد القدوس الندوي، المفتي عبد الرحيم القاسمي، المفتي أنور علي الأعظمي، الأستاذ محمد شمس الدين المظاهري، الأستاذ محمد منصف البدايوني، المفتي أبي بكر القاسمي، المفتي إعجاز الحسن باندي القاسمي، المفتي روح الله القاسمي، الأستاذ محمد جميل أختر الجليلي، المفتي يوسف داؤد، والأستاذ بتيل صادق محمد الديولوي وغيره، و ذلك بعد إعداد التلخيص فلم يمكن لنا الاستفادة منها غاية الاستفادة ولم تشتملها العجالة.

* * *

من البحوث والدراسات:

بعض القضايا المهمة المتعلقة بالهبة

فضيلة المفتي جنيد عالم الندوي القاسمي •

إن الأسئلة التي وجهها مجمع الفقه الإسلامي في الهند في شأن الهبة، هي مهمة للغاية وجديرة بالعناية و تمثل حاجة ملحة للمجتمع.

وقبل الرد على الأسئلة نذكر كلمات توطئة لتكون الإجابة ميسورةً.

الهبة لغةً:

الهبة مصدر وهب يهب كفتح يفتح، معناه: إعطاء أحد شيئاً ينفعه، سواء كان مالاً أو غير ذلك، وفي القرآن الكريم:

"يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور" (الشورى: ٤٩).

وفي "عمدة القاري شرح صحيح البخاري":

"بل الهبة مصدر من وهب يهب..... ومعناها في اللغة: إيصال الشيء للغير بما ينفعه سواء كان مالاً أو غير مال، يقال: وهبت له مالاً، ووهب الله فلاناً ولداً صالحاً" (عمدة القاري كتاب الهبة ٣٧٧/٩).

وقد عرّف ابن نجيم الهبة لغة في "البحر الرائق" بقوله:

"هي لغة التفضل على الغير بما ينفعه ولو غير مال" (البحر الرائق كتاب الهبة ٤٨٣/٧).

والهبة بمعناها اللغوي تشمل الهدية والصدقة والعطية، وهي ألفاظ متقاربة المعنى، قال ابن قدامة:

• رئيس هيئة الإفتاء بالإمارة الشرعية، فلواري شريف، بتنه

"وجملة ذلك أن الهبة والصدقة والعطية معانيها متقاربة وكلها تمليك في الحياة بغير عوض" (المغني، كتاب الهبة ٦٤٩/٥).

وقد كتب العيني عن الكرماني بعد ذكر أنواع مخلفة تشملها الهبة:

"قلت تقسيم الهبة إلى الأنواع المذكورة ليس بالنظر إلى معناها الشرعي، وإنما هو بالنظر إلى معناها اللغوي، لأن الأنواع المذكورة إنما تنطق على المعنى اللغوي لا الشرعي" (عمدة القاري، كتاب الهبة ٣٧٧/٩).

الهبة اصطلاحاً:

وعرّفها اصطلاحاً علاء الدين الحصكفي بقوله:

"وشرعا (تملك العين مجانا) اي بلا عوض" (الدر المختار) (قوله مجاناً) زاد ابن الكمال للحال لإخراج الوصية" (رد المحتار، كتاب الهبة ٤٨٨/٨).

وعلم بهذا التعريف أنه لو كان عليه دين لأحد يهب الدائن دينه شخصاً آخر سوى المديون ويأمره بقبضه فلا ينبغي أن تصح لهذه الهبة؟ لأن في التعريف لفظة العين" وهي ليست بهبة العين إنما هي هبة الدين، مع أنها هبة شرعاً؟ أجاب عنه صاحب الدر المختار وشرحه كذلك ابن عابدين الشامي؛ وحاصل الجواب أن المراد بالعين في التعريف ما كان عيناً حالاً أو مآلاً، وهبة الدين هبة العين مآلاً.

قال في الدر المختار:

"وأما تملك الدين من غير من عليه الدين، فإن أمره بقبضه صحت لرجوعه إلى هبة الدين" (الدر المختار) (وأما تملك الدين الخ) جواب عن سؤال نقدر، وهو أن تقييده بالعين مخرج لتمليك الدين من غير من عليه مع أنه هبة فيخرج عن التعريف، فأجاب: بأنه يكون عيناً مآلاً، فالمراد بالعين في التعريف ما كان عيناً حالاً أو مآلاً" (رد المحتار كتاب الهبة ٨٨/٨، ٤٨٩).

ألفاظ الهبة:

بعد ذكر الهبة لغةً وشرعاً نذكر الألفاظ التي تقع لها الهبة، وفي "الفتاوى الهندية" هي أنواع ثلاثة. نوع تقع به الهبة صراحة ووضعاً مثل أن يقول لأحد، وهبت هذا الشيء

لك" أو "ملكته منك" أو "جعلته لك" ونحوه، ونوع تقع به الهبة كناية وعرفاً، مثل أن يقول"كسوتك هذا الثوب" أو "أعمرتك هذه الدار" ونوع يستعمل في العارية والهبة كلتيهما، مثل أن يقول: "حملتك على هذه الدابة" فهذا يحتمل أنه أباح له الانتفاع بالدابة بأن يركبها أو ملكها، فعلى الأول عارية وعلى الثاني هبة، فلو نوى صاحب الدابة الهبة فإنها تصح هبة في "الفتاوى الهندية".

"وأما الألفاظ التي تقع بها الهبة فأنواع ثلاثة، نوع تقع به الهبة وضعاً ونوع تقع به الهبة كناية وعرفاً، ونوع يحتمل الهبة والعارية مستوياً" (الفتاوى الهندية، كتاب الهبة ٣٧٥/٤).

الفرق بين الهبة والعارية:

وقد اتضح الفرق بين الهبة والعارية بما ذكرنا من تعريف الهبة لغة وشرعاً وألفاظها؛ أن الهبة تمليك عين بلا عوض، والعارية تمليك المنافع بلا عوض، ويتجلى ذلك بضابطة ذكرها في "الفتاوى الهندية".

"والأصل في هذه المسائل أنه إذا أتى بلفظ ينبئ عن تمليك الرقبة يكون هبة" وإذا كان مشيراً إلى تمليك المنفعة يكون عارية، وإذا احتمل هذه وذلك فهو كما ينوي في ذلك" (الفتاوى الهندية، كتاب الهبة ٣٧٥/٤).

ويفهم من هذا الأصل أنه لو زاد كلمة تنبئ عن تمليك المنافع فإنها عارية وليست بهبة.

"وإن كانت القرينة منفعة بأن قال: داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى أو وهبته سكنى أو سكنى هبة أو هي لك عمرى عارية ودفعها إليه فهذا كله عارية، لأنه لما ذكر السكنى في قوله داري لك سكنى أو عمري سكنى أو صدقة سكنى دل على أنه أراد تمليك المنافع... وتمليك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية" (بدائع الصنائع ١٦٧/٥).

وما ذكرنا الفرق بين الهبة والعارية يوضحه مزيداً أن لفظة "منحة" في الأصل لهبة المنافع، لكنها تستعمل لهبة العين كذلك، ولذلك عدت في كتب الفقه من ألفاظ الهبة أيضاً، وأين يستعمل هذا اللفظ للهبة وأين للعارية؟ فالأصل في ذلك ما بينه في

التاتارخانية، حيث قال:

"فالأصل أن لفظة المنحة إذا أضيف ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهي هبة، وإذا أضيف إلى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهي عارية" (الفتاوى التاتارخانية، كتاب الهبة ٤١٦/١٤).

وأوضحه الكاساني بقوله:

"فإن كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك كالدار والثوب والدابة والأرض بأن قال هذه الدار لك منحة أو هذا الثوب أو الدابة أو هذه الأرض فهو عارية، لأن المنحة في الأصل عبارة عن هبة المنفعة أو ماله حكم المنفعة وقد أضيف إلى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى واللبس والركوب والزراعة ..... فهذا تمليك المنفعة من غير عوض وهو تفسير الإعارة .... وإن كان مما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك كالمأكول والمشروب والدراهم والدنانير بأن قال هذا الطعام لك منحة أو هذا اللبن أو هذه الدراهم والدنانير كان هبة" (بدائع الصنائع، كتاب الهبة ١٦٤/٥).

ما يبطل التوقيت في الهبة:

وبعض ألفاظ الهبة تدل على توقيتها أي أنها هبة لزمان معين، مثلاً قال: "أعمرتك هذه الدار" فهذا ينبئ أن الهبة تنهى بموت الموهوب له، وترجع إلى الواهب أو ورثته بل ربما يصرح الواهب أنني أعطيتك هذه الدار حلال حياتك فإذا مت فهي لي أو إذا مت فهي لورثتي، فهل تصح الهبة بألفاظ تدل على التوقيت أو يصرح بذلك الواهب؟ فالمصرح في كتب الفقه أن الهبة تصح وهي تمليك صحيح ويبطل شرط الرد أو التوقيت، قال في البحر:

"قوله (وأعمرتك هذا الشيء) لأن العمرى تمليك للحال فتثبت الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع، وكذا لو شرط الرجوع صريحاً يبطل شرطه أيضاً، كما لو قال: وهبتك هذا العبد حياتك وحياته أو أعمرتك داري هذه حياتك أو أعطيتها حياتك أو وهبت هذا العبد حياتك فإذا مت فهو لي أو إذا مت فهو لورثتي هذا تمليك صحيح وشرط باطل لما تقدم أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة" (البحر الرائق كتاب الهبة ٤٨٤/٧).

وقد استدل العلامة الكاساني بما أخرجه مالك ومسلم وأبوداؤد عن جابر بن عبد الله أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذي

يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاها لأنه أعطى عطاءاً وقعت فيه المواريث" وقال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): من أعمر عمرى حياته فهي له ولعقبه يرثها من يرثه بعده".

ثم قال الكاساني:

"فدلت هذه النصوص على جواز الهبة وبطلان التوقيت، لأن قوله جعلت هذه الدار لك أو هي لك تمليك العين للحال مطلقاً، ثم قوله عمرى توقيت التمليك وإنه تغيير لمقتضى العقد، وكذا تمليك الأعيان لا يحتمل التوقيت نصاً كالبيع، فكان التوقيت تصرفاً مخالفاً لمقتضى العقد والشرع فبطل وبقي العقد صحيحاً" (بدائع، كتاب الهبة ١٦٥/٥).

الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة:

وقد تجلى بهذا البحث أن الشرط إذا كان مخالفاً لمقتضى العقد فصح العقد وبطل الشرط، ولكن في ذلك شيء من التفصيل ذكره الكاساني:

"وإن كانت القرينة شرطا نظراً إلى الشرط المقرون، فإن كان مما يمنع وقوع التصرف تمليكاً للحال يمنع صحة الهبة وإلا فيبطل الشرط وتصح الهبة.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال: أرقبتك هذه الدار أو صرح فقال: جعلت هذه الدار لك رقبى، أو قال هذه الدار لك رقبى ودفعها إليه فهي عارية في يده له أن يأخذها منه متى شاء، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف، هذا هبة (بدائع ١٦٥/٥).

وفي التاتارخانية نقلاً عن الظهيرية:

"ولو قال أرقبتك هذه الدار لا يكون هبة في قول أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف، والرقبى هو أن يقول صاحب الدار لمن بقي منا بعد صاحبه يعني إن مت أنا فهي لك، وإن مت أنت فهي لي فهذا ليس بتمليك في الحال، وإنما سمي بذلك لأن كل واحد منهما يرتقب موت صاحبه" (الفتاوى التاتارخانية ٤١٨/٤).

"وأما ركنها فقول الواهب وهبت لأنه تمليك وإنما يتم بالمالك وحده، والقبول شرط ثبوت الملك للموهوب له" (الفتاوى الهندية، كتاب الهبة ٣٧٤/٤).

وقال ابن نجيم في البحر:

"قوله (وقبول) أي صحت الهبة بالإيجاب والقبول في حق الموهوب له لأنه عقد

فينعقد بها كسائر العقود، قيدنا بكونهما في حق الموهوب له؛ لأنها تصح بالإيجاب وحده في حق الواهب" (البحر الرائق، كتاب الهبة ٤٨٥/٧).

وقال الكاساني في البدائع:

"وأما ركن الهبة: فهو الإيجاب من الواهب، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً، والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر ..... وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن خلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه إليه فلم يقبل أنه يحنث استحساناً وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل .... وجه القياس أن الهبة تصرف شرعي والتصرف الشرعي وجوده شرعاً باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعا .... وجه الاستحسان: أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا بوجودها في نفسها، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام.

والدليل على أن وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول ما روي عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة" (بدائع الصنائع، كتاب الهبة ١٦٢/٥).

وفي كتاب "الفقه على المذاهب الأربعة":

"أركان الهبة ثلاثة: عاقد وهو الواهب، والموهوب له، وموهوب وهو المال، وضيعة، وكل ركن من هذه الأركان له شروط مفصلة في المذاهب" (الفقه على المذاهب الأربعة ٢٩٣/٣).

وما ذكر من التفاصيل في أركان الهبة، يرجع إلى أن أركان الهبة أربعة: الثلاثة ما ذكرت في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، والرابع الإيجاب الذي بين مفصلاً فيما علاه، ولكل منها شروط لا تصح الهبة بدونها.

شرائط صحة الإيجاب:

ومن شرائط صحة الإيجاب أن لا يكون معلقاً بماله خطر مثلاً يقول: وهبته كذا

إن دخل زيد الدار أو قدم خالد من مكان كذا، فلا تصح الهبة، لأن دخول زيد وقدوم خالد غير متحقق الوقوع، ففي الهندية:

"وأما شرائطها فأنواع يرجع بعضها إلى نفس الركن وبعضها يرجع إلى الواهب وبعضها إلى الموهوب، أما ما يرجع إلى نفس الركن فهو أن لا يكون معلقاً بماله خطر الموجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد ونحو ذلك" (الفتاوى الهندية، كتاب الهبة ٣٧٤/٤).

وقال في كتاب "الفقه على المذاهب الأربعة":

"فأما الذي يتعلق بالركن فهو أن لا يكون معلقاً على شيء غير متحقق الوقوع كقوله وهبت لك هذه الدار متى حضر أخوك من السفر، أو إن أمطرت السماء أهب لك الدابة أو نحو ذلك لأن الحضور من السفر ونزول الأمر أمر محتمل" (الفقه على المذاهب الأربعة ٢٩٣/٣).

والشرط الثاني لصحة الإيجاب أن لا يكون مضافاً إلى وقت أي لا يوجد التمليك للحال إنما يؤخر إلى وقت آخر، بأن يقول: وهبت هذا الشيء لك غداً، أو رأس شهر كذا، وذكر الكاساني هذين الشرطين بقوله:

"أما الأول: فهو أن يكون معلقاً بماله خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد والرقبى ونحو ذلك، ولا مضافاً إلى وقت بأن يقول: وهبت هذا الشيء لك غداً أو رأس شهر كذا لأن الهبة تمليك العين للحال وإنه لا يحتمل التعليق بالخطر والإضافة إلى الوقت كالبيع" (بدائع الصنائع ١٦٨/٥).

الشروط المتعلقة بالواهب:

ولا تصح هبة الواهب إلا إذا وجدت فيه الشروط التالية فإن فقد أحدها لا تجوز الهبة. قال في "الفقه على المذاهب الأربعة":

"**وأما الشروط المتعلقة بالواهب فأمور:**

منها أن يكون حراً فلا تصح هبة الرقيق،

ومنها أن يكون عاقلاً غير محجور عليه فلا تصح هبة المجنون والمحجور عليه،

ومنها أن يكون بالغاً فلا تصح هبة الصغير،

ومنها أن يكون مالكاً للموهوب، فلا تصح هبة ما ليس بمملوك" (الفقه على المذاهب الأربعة ٣/٢٩٤).

الشروط المتعلقة بالموهوب:

وهناك شرائط تختص بالموهوب، ولا بد من تحققها لتصح الهبة:

(أ) الشرط الأول الذي يرجع إلى الموهوب هو أن يكون موجوداً وقت الهبة، فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت الهبة، ففي "الهندية:

"وأما ما يرجع إلى الموهوب فأنواع منها أن يكون موجوداً وقت الهبة فلا يجوز هبة ما ليس بموجود وقت الهبة بأن وهب ما تثمر بحبله العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك، وكذلك لو وهب ما في بطن هذه الجارية أو ما في بطن هذه الشاة أو ما في ضرعها وإن سلطه على القبض عند الولادة والحلب وكذلك لو وهب زيداً في لبن أو دهناً في سمسم أو دقيقاً في حنطة لا يجوز وإن سلطه على قبضه عند حدوثه لأنه معدوم الحال فلم يوجد محل حكم العقد وهو الأصح هكذا في جواهر الأخلاطي" (الفتاوى الهندية، كتاب الهبة ٤/٣٧٤).

(ب) والشرط الثاني أن يكون مالاً متقوماً، وضّحه في البدائع بقوله:

"ومنها أن يكون مالاً متقوماً فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلاً كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والإحرام والخنزير وغير ذلك على ما ذكرنا في البيوع، ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لكونهم أحراراً من وجه، ولهذا لم يجز بيع هؤلاء، ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخمر، ولهذا لم يجز بيعها" (بدائع الصنائع ٥/١٦٩).

(ج) والشرط الثالث أن يكون الموهوب مملوكاً في نفسه، لا من قبيل الأشياء المباحة كالماء والعشب، إلا أن تكون هذه الأشياء المباحة مملوكة لأحد، فحينئذ تصح هبتها.

"ومنها أن يكون مملوكاً في نفسه فلا تجوز هبة المباحات، لأن الهبة تمليك، وتمليك ما ليس بمملوك محال" (بدائع الصنائع ٥/١٦٩).

"ومنها أن يكون الموهوب مملوكاً للواهب، فلا تجوز هبة الأشياء المباحة كالماء

والعشب كما لا تجوز هبة ملك الغير بدون إذنه" (الفقه على المذاهب الأربعة ٣/٢٩٦).

(د) والشرط الرابع أن يكون الموهوب مقبوضاً وإلا لا تتم الهبة ولا يثبت الملك للموهوب له.

"ومنها أن يكون الموهوب مقبوضاً حتى لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض" (الفتاوى الهندية ٤/٢٧٤).

وسيأتي البحث مفصلاً حول هذا الشرط بمشية الله تعالى.

(هـ) والشرط الخامس أن يكون الموهوب مقسوماً لا مشاعاً، أي يكون محوزاً وقد أفرد بالتقسيم ولا يبقى مشتركاً بملك أحد.

حكم هبة المشاع:

هل تصح هبة المشاع؟ فيه تفصيل وهو كما يلي:

ذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو سليمان وإبراهيم النخعي وعثمان البتي ومعمر إلى أن هبة المشاع تجوز شرعاً فيما ينقسم وفيما لا ينقسم، ويملكه الموهوب له بعد القبض، ففي "المحلي":

"وهبة جزء مسمى منسوب من الجميع كثلث أو ربع أو نحو ذلك من المشاع والصدقة به جائزة حسنة للشريك ولغير الشريك وللغني والفقير فيما ينقسم وفيما لا ينقسم كالحيوان وغيره ولا فرق، وهو قول عثمان البتي ومعمر ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور وأبي سليمان وجميع أصحابهم وهو قول إبراهيم النخعي" (المحلي لابن حزم، كتاب الهبات ١٠/١٢٦).

وفي "المغني":

"وتصح هبة المشاع، وبه قال مالك والشافعي سواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن" (المغني لابن قدامة ٥/٦٥٥).

وعند الحنفية إن لم يكن الموهوب ما أمكن قسمته أي لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة، فتصح هبة المشاع، بأن يهب أحدهما حصته للآخر، كالعبد والحمام والدن ونحوها مما لا ينتفع به أحدهما بعد قسمته، فتصح هبة هذه الأشياء ولو كانت مشاعة،

وإن كان الموهوب مما ينقسم أي ينتفع به بعد قسمته كالدار الواسعة أو الأرض فلا تجوز هبة المشاع حينئذ، لأن القبض شرط لصحة الهبة لدى الحنفية، والشيوع يمنع القبض.

"ومنها أن يكون محوزاً فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدن ونحوها وهذا عندنا" (بدائع الصنائع ١٧٠/٥).

وقد ذكر ابن حزم تفصيل ما ينقسم وما لا ينقسم عند الإمام أبي حنيفة، فقال:

"والذي ينقسم عنده الدار والأرضون والمكيلات والموزونات والمعدودات والمزروعات، والذي لا ينقسم عنده الرأس والواحد من الحيوان، والحمام، والسيف واللؤلؤة والثوب والطريق ونحو ذلك" (المحلي لابن حزم ١٢٦/١٠).

وقد بيّن ابن نجيم المصري الحد الفاصل بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها:

"ثم الحد الفاصل بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها أن كل ما كان مشتركاً بين اثنين فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فإن كان للقاضي أن يجبر الآبي على القسمة فهو مما يحتملها كالدار والبيت الكبير، وإن كان مما لا يجبره فهو مما لا يحتملها كالعبد والحمام والبيت الصغير والحائط" (البحر الرائق، كتاب الهبة ٤٨٧/٧).

وقد وضّح في الهندية أن ما ينبغي منتفعاً به بعد القسمة هو مما يحتملها وما لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة هو مما لا يحتملها.

"وتصح في محوز مفرغ من أملاك الواهب وحقوقه ومشاع لا يقسم ولا يبقى منتفعاً به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير ولا تصح في مشاع يقسم ويبقى منتفعاً به قبل القسمة وبعدها، هكذا في الكافي" (الفتاوى الهندية، الباب الثاني فيما يجوز من الهبة وما لا يجوز ٣٧٦/٤).

ويوضحه مزيداً ما في البحر:

"ولو كان معه درهمان فقال لرجل وهبت لك درهماً منهما، فإن كانا مستويين لم تجز الهبة إلا أن يفرز أحدهما وإن كانا مختلفين يجوز لعدم احتمالهما" (البحر الرائق، كتاب الهبة ٤٨٧/٧).

فقد علم بذلك أن الموهوب سواء كان داراً أو أرضاً أو شيئاً آخر إن أمكنت قسمته أي يبقى منتفعاً به بعد القسمة فلا تصح هبته قبل القسمة، وإن لم يمكن القسمة أي

لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة فتجوز هبة المشاع.

ومما يجب التنبيه على أن ما أجازه الحنفية من هبة المشاع الذي لا ينقسم، ليس هو على عمومه بل يشترط لصحته أن يهب الواهب قدراً معلوماً من حصته، ويحبر الموهوب له بذلك، فإن لم يكن القدر معلوماً لا تصح الهبة مثلاً وهب نصيبه من عبد ولم يعلمه به لم يجز، لأنها جهالة تفضي إلى النزاع.

"ويشرتط في صحة هبة المشاع الذي لا يحتملها أن يكون قدراً معلوماً حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به لم يجز لأنها جهالة توجب المنازعة" (البحر الرائق، كتاب الهبة ٤٨٧/٧).

وعبارة البحر هذه تدل على أن مما يجب ملاحظته فيما ينقسم وما لا ينقسم هو أن لا تفضي إلى المنازعة فليكن هبة ما يحتمل القسمة إن لم تفض إلى النزاع أيضاً جائزاً وسيأتي تفصيله.

اعتبار الشيوع في هبة المشاع:

ويجدر بالذكر هنا أن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تصح إذا كان الشيوع مقارناً للعقد، فإن كان الشيوع طارئاً فيما بعد، فإنه لا يمنع صحة الهبة، كأن يرجع الواهب في بعض الهبة شائعاً، فإن هذا الشيوع طارئ وليس بمقارن للعقد، فلا يضر الصحة.

"وأراد المصنف بالشيوع المانع الشيوع المقارن للعقد لا الطارئ كأن يرجع الواهب في بعض الهبة شائعاً فإنه لا يفسدها" (البحر الرائق ٤٨٧/٧).

وكذلك يجدر بالذكر أن المعتبر عند أبي حنيفة هو الشيوع وقت القبض، فلو كان الشيوع وقت الهبة ولم يكن وقت القبض فهذا يصح، وهما أي أبويوسف ومحمد يعتبرانه عند العقد والقبض جميعاً، وقد وضّحه الكاساني:

"ولو وهب شيئاً ينقسم إلى رجلين كالدار والدراهم والدنانير ونحوها وقبضاه لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند أبي يوسف ومحمد، وأجمعوا على أنه لو وهب رجلان إلى واحد شيئاً ينقسم وقبضه أنه يجوز، فأبوحنيفة لم يجز هبة الواحد إلى اثنين لوجود الشيوع وقت القبض، وهما جوازها لأنه لم يوجد الشيوع في الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر وجوزوا هبة

الاثنين إلى واحد، أما أبوحنيفة (رحمه الله تعالى) فلعدم الشيوع في وقت القبض وأما هما فلانعدامه في الحالين لأنه وجد عند العقد، ولم يوجد عند القبض" (بدائع الصنائع ١٧٣/٥).

ولكن إذا وهب شيئاً ينقسم إلى رجلين فقسم ذلك وسلم إلى كل واحد منهما جاز عند أبي حنيفة أيضاً، لأن الشيوع وإن كان وقت الهبة لكنه لم يبق وقت القبض.

"وعند أبي حنيفة إذا وهب إلى رجلين فقسم ذلك وسلم إلى كل واحد منهما جاز، لأن المانع هو الشيوع عند القبض وقد زال" (بدائع الصنائع ١٧٤/٥).

وعلم بذلك أن هبة المشاع منعقد، ونفاذه موقوف على القبض، فإن زال الشيوع وقت القبض نفذ.

"لأن هبة المشاع عندنا منعقد موقوف نفاذه على القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح" فإذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ فينفذ" (بدائع الصنائع ١٧٢/٥).

ولو أخذ في الشيوع بقول أبي يوسف ومحمد أي الشيوع الذي يمنع صحة الهبة هو ما يكون عند العقد والقبض جميعاً، فبهذا تنحل قضية كبرى فإن هناك رجالاً يهبون لغير واحد من أبنائهم عقاراً ويسلمونه إليهم مجتمعين، ولا يسلم إلى كل واحد منهم منفرداً لعدم علمهم بالشرائع، فيعتبر هذا صحيحاً في المجتمع، ويملكه الموهوب لهم، ولا يرى الورثة الآخرون بأساً بذلك.

أدلة الأئمة الثلاثة:

بعد ما سردنا أقوال الفقهاء، الآن نذكر أدلتهم، والإمام البخاري أيضاً يرى جواز المشاع كالأئمة الثلاثة سواء كانت هبة ما يحتمل القسمة أو ما لا يحتملها، فلذا وضع الإمام البخاري ثلاثة أبواب، واستدل بما حوته من الروايات على جواز المشاع ولكن الصحيح أن الروايات لا تمس هبة المشاع – كما سيأتي – فقد وضع أول عنوان "باب هبة الواحد" ثم ذكر قول أسماء بنت أبي بكر وحديث سهل بن سعد:

"وقالت أسماء للقاسم بن محمد وابن أبي عتيق: ورثت عن أختي عائشة بالغابة وقد أعطاني معاوية مائة ألف فهو لكما" (صحيح البخاري ٣٥٤/١).

فهناك وهب شخص لاثنين، وهي هبة المشاع، وفي "المحلي":

"فعل أسماء (رضي الله تعالى عنها) بحضرة الصحابة (رضي الله عنهم) ولا يعرف لها منهم مخالف" (المحلي لابن حزم ١٣٠/١٠).

ولكن أجاب عنه الحافظ العيني في "عمدة القاري":

"فإن المال الذي كان بالغابة يحتمل أن يكون مما يقسم، ويحتمل أن يكون مما لا يقسم، وعلى كلا التقديرين لا يرد عليه لأنه إن كان مما لا يقسم فلا نزاع أنه يجوزه، وإن كان مما يقسم فلا عبرة للشيوع المانع وقت القبض لا وقت العقد" (عمدة القاري شرح صحيح البخاري، باب هبة الواحد للجماعة ٤٢٧/٩).

أما حديث سعد فهو ما يأتي:

"أن النبي (صلى الله عليه وسلم) أتى بشراب فشرب وعن يمينه غلام وعن يساره الأشياخ وقال للغلام: إن أذنت لي أعطيت هؤلاء، فقال: ما كنت لأوثر بنصيبي منك يا رسول الله! فتله في يده" (صحيح البخاري ٣٥٤/١).

فاستدل بهذه الرواية أن النبي صلى الله عليه وسلم طلب من الغلام أن يهب نصيبه للأشياخ عن يساره، فثبت بذلك جواز هبة المشاع وإلا لم يكن هذا السؤال، ولكن إذا تدبرنا الرواية انكشف لنا أن الواهب في الحقيقة هو رسول الله صلى الله عليه وسلم لا الغلام ولم يكن حق لازم له حتى يكون هبة منه، إنما كان ذلك لأن القياس في الشيء هو أولى وأفضل.

والباب الثاني الذي وضعه الإمام البخاري لإثبات جواز هبة المشاع هو "باب الهبة المقبوضة وغير المقبوضة والمقسومة وغير المقسومة"، وقد استدل البخاري في هذه المسألة بقصة هوازن التي ذكرها مفصلاً في الباب الآتي "باب إذا وهب جماعة لقوم أو وهب رجل جماعة جاز" وحاصل القصة:

"قد تحقق للمسلمين في غزوة حنين سبايا ومغانم كثيرة، وقد وفد هوازن مسلمين على رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فسألوه أن يرد عليهم سباياهم وأموالهم، فقال: أأبناؤكم ونساؤكم أحب إليكم أم أموالكم؟ قالوا: ما كنا نعدل بالأبناء والنساء شيئاً، ثم رد عليهم النبي (صلى الله عليه وسلم) وأصحابه عليهم نساؤهم" (راجع: صحيح البخاري ٣٥٥/١).

فقد استدل بهذه الرواية ابن قدامة في المغني على جواز هبة المشاع، فقال:

"ولنا أن وفد هوازن لما جاؤوا يطلبون من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد عليهم ما غنمه منهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم، رواه البخاري، وهذا هبة المشاع" (المغني لابن قدامة ٦٥٦/٥).

وقد أجاب عنه العلامة أنور شاه الكشميري أنه لم يكن هبة إنما كان إعتاقاً منهم.

"وقد وعدناك غير مرة أنه كان إعتاقاً منهم لا هبة" (فيض الباري ٣٧٦/٣ كتاب الهبة).

والجواب الثاني عن ذلك ما هو مكتوب في حاشية فيض الباري:

"وأما تبويب البخاري: وهب رجل جماعة جاز وذكر تحتها قصة هوازن، فإنه عليه السلام وهب لهم سباياهم، ليس من هذا لأنه (صلى الله عليه وسلم) وإن وهب لجماعة لكن الموهوب كان لكل واحد على حدة، فملك كل واحد منهم سبية خاصة، فلا شركة ولا شيوع، وما نحن فيه هبة شيء واحد لجماعة وفيها شيوع" (فيض الباري، كتاب الهبة ٣٧٢/٣).

وهناك جواب آخر اختاره في عمدة القاري حيث قال:

"لا وجه للرد على أبي حنيفة، فإنه يقول: "هذا ليست فيه هبة شرعية، وإنما هو رد سبيهم إليهم، ورد الشيء لصاحبه لا يسمى هبة" (عمدة القاري ٤٣١/٩).

وأورد البخاري تحت هذا الباب رواية أخرى عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنهما).

"قال أتيت النبي (صلى الله عليه وسلم) في المسجد فقضاني وزادني" (صحيح البخاري ٣٥٥/١).

فالذي أعطاه النبي (صلى الله عليه وسلم) زيادة على الثمن لم يكن منفكاً عنه، إنما كان متصلاً به وهذا هو هبة المشاع ورد الحافظ العيني على هذا الاستدلال.

"ذكر هذا أيضاً في معرض الاستدلال على صحة هبة المشاع، ولكن لا يتم به الاستدلال، لأن هذه الزيادة لم تكن هبة وإنما هي لتيقن بها الإنفاء زيادة في الثمن، والزيادة لا تؤثر فيها الشيوع" (عمدة القاري ٤٢٨/٩).

وكذلك رد عليه العلامة المحدث الكشميري:

"على أن تلك الزيادة كانت منفصلة متميزة، وكان جابر يضعها في جرابه ويقول: والله لا أفارق زيادة رسول الله (صلى الله عليه وسلم) حتى فقدها في أيام الحرة، كما يأتي

في البخاري" (فيض الباري ٣/٣٧٥).

ففي الرواية التي ذكرها البخاري بعد:

"فما زال شيء حتى أصابها أهل الشام يوم الحرة" (صحيح البخاري ١/٣٥٥).

وفي حاشية الصحيح: "يوم الحرة أي يوم الوقعة التي كانت حوالي المدينة عند حرقها بين عسكر الشام من جهة يزيد بن معاوية وبين أهل المدينة سنة ثلاثين وسنتين" (حاشية صحيح البخاري ١/٣٥٥).

وكذلك استدل الأئمة الثلاثة بما رواه النسائي في قصة وفد هوازن، جاء فيه:

"فقام إليه رجل بكبة من شعر فقال يا رسول الله: أخذت هذه لأصلح بها بردعة بعيري، فقال: أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك" (سنن النسائي، كتاب الهبة ١/١٣٦).

فوجه الاستدلال بهذه الرواية أن النبي (صلى الله عليه وسلم) وهب نصيبه منه الذي كان مشاعاً حتى الآن، واستوهب البقية من أصحاب الحقوق.

فأجاب عنه الكاساني أن هبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا:

"وأما حديث الكبة أن النبي (صلى الله عليه وسلم) وهب نصيبه منه واستوهب البقية من أصحاب الحقوق، فوهبوا وسلموا الكل جلة ..... وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على أن ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى، لأن كبة واحدة لو قسمت على الجمع الغفير لا يصيب كلا منهم إلا نزر حقير لا ينتفع به فكان في معنى مشاع لا ينقسم" (بدائع الصنائع، كتاب الهبة ٥/١٧٢).

صحة هبة المشاع من النظر:

ليس في هبة المشاع إلا تمليك الموهوب له ثم تصرفه فيما صح الملك فيه، ولا مزيد، فكما أن الواهب كان يملك الجزء المشاع ويتصرف فيه كذلك يتملك الموهوب له ويتصرف فيه، وكذلك المتصدق يملك الجزء المشاع وله التصرف فيه، وإذا تصدق على أحد بجزئه المشاع صح كذلك ههنا، وكما يجوز بيع المشاع يجوز هبته.

"وأما من النظر فليس إلا ملك صحيح، ثم تصرف فيما صح الملك فيه ولا مزيد، فتملك الموهوب له والمتصدق عليه بالجزء المشاع كما ملكه الواهب والمتصدق ولا فرق

البتة، ويتصرف الموهوب له والمتصدق ... كما يتصرف فيه الواهب والمتصدق .... ووكلاؤهم ولا فرق" (المحلي لابن حزم ١٠/١٣٠).

أدلة الحنفية:

أقوى أدلة الحنفية هو أثر أبي بكر الصديق الذي أخرجه مالك في موطئه، أن أبابكر نحل ابنته عائشة عشرين وسقاً ولكنها ما قبضت، فطلبها أبوبكر في مرض موته، وقال لها:

"وإني كنت نحلتك من مالي جذاذ عشرين وسقاً، فلو كنت جذذيته واحتزيته كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث" (الموطأ للإمام مالك، باب النحلى ٢٨٦).

والدليل الثاني هو ما قاله عمر (رضي الله عنه):

"من نحل نحلة لم يجزها الذي نحلها حتى تكون إن مات لورثته فهو باطل" (المصدر السابق).

والدليل الثالث ما ذكره الكاساني عن علي (رضي الله عنه):

"وروى عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال: من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم" (بدائع الصنائع ٥/١٧١).

ثم قال الكاساني:

"وكل ذلك بمحضر من أصحاب رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ولم ينقل أنه أنكر عليهم منكر فيكون إجماعاً" (المصدر السابق).

أما بالنظر فقد أورد الكاساني دليلين يدلان على عدم صحة هبة المشاع.

"ولأن القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من القبض، لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض، والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور، فإن سكنى نصف الدار شائعاً ولبس نصف الثوب شائعاً محال ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل، لأن العقد لم يتناول الكل".

"ولأن الهبة عقد تبرع فلو صحت في مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان، لأن الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي إلى تغيير

المشروع" (بدائع الصنائع ١٧١/٥).

فهذه الآثار والأدلة العقلية كلها تدل دلالة واضحة أنه لا بد من قبض الموهوب له الموهوب، وتجب قسمة الموهوب إن كان شائعاً، ولكن إذا امعنّا النظر في الآثار فيما علاه تبيّن لنا أن فيها بيان صورة من صور هبة المشاع، وهي أن ينحل أحد الأبوين أحد أولاده نحلة دونما فصيلها عن ملكه، والظاهر أن الهبة تمليك العين وإذا لم يفصله عن ملكه فأن الهبة؟ ولكن صورة المشاع التي يهب فيها الواهب الموهوب لهم الشيء الموهوب بعد إفرازه عن ملكه، وإن كان الموهوب له أكثر من اثنين، فهذه الصورة لم تذكر في الآثار في ما علاه، ولنا أن الواهب أفرز الموهوب عن ملكه فينبغي أن تتحقق الهبة وتدخل في ملك الموهوب لهم، كما ذهب إليه إلا ما كان أبويوسف ومحمد من الحنفية.

حكمة عدم صحة هبة المشاع:

لماذا قال الهبة لعدم جواز هبة المشاع، ما هي حكمته وسرّه؟ فقد قال العلامة أنور شاه الكشميري في أماليه على صحيح البخاري "فيض الباري":

"والذي تبيّن لي أن توسيع البخاري وتضييق الحنفية كلاهما ليس يمرض للشارع فإن رفع الشيوع والإبهام مطلوب عنده البتة، أما إنه في أي مرتبة، فلينظر فيه، فليس نسقه إلى هدره، كما زعمه البخاري وإلا أبغض به كما قالها الحنفية، والذي أراه أن النهي عنه لكونه مفضياً إلى النزاع، وكل أمر يكون النهي عنه كذلك لا يشدد فيه الشارع بنفسه بل ربما يغمض عنه أيضاً فلا ينبغي التشدد فيه" (فيض الباري، باب هبة الواهب للجماعة).

فعلم بما قاله الكشميري أن عدم جواز هبة المشاع منوط لكونه مفضياً إلى النزاع أما إذا لم يكن كذلك فينبغي جوازه، وكذلك قال الكشميري:

"ثم اعلم أن هبة المشاع لا تتم في أصل المذهب، وإن تحقق القبض أيضاً، وأفتى المتأخرون بجوازها، وبه أفتى ..... وبالجملة إذا كان حال الشيوع عندي ما سمعت فلم أشدد في الحكم، ووافقت المتأخرين في جواز هبة المشاع عند القبض" (فيض الباري، باب الهبة المقبوضة وغير المقبوضة ٣٧٥/٣).

فحكمة عدم جواز هبة المشاع هو دفع النزاع، ويؤيده ما قال في البحر:

"ويشترط في صحة هبة المشاع الذي لا يحتملها أن يكون قدراً معلوماً حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلمه به لم يجز لأنها جهالة توجب المنازعة" (البحر الرائق، كتاب الهبة ٣٨٧/٧).

رأي الكشميري هذا والقول بجواز هبة المشاع عند القبض إذا لم يكن مفضياً إلى نزاع قويّ على ما ذهب إليه المتأخرون؛ هو الأنسب وأقرب إلى الفقه، وبذلك ينحل كثير من قضايا أمة الإسلام المتعقدة التي تمس هبة المشاع.

اعتبار كيفية الأشياء في هبة المشاع:

وهناك شأن آخر، وهو أنه إذا لم يوجد تفاوت في أهمية الأشياء المشتركة وكيفيتها بل هي متساوية فهل هناك أيضاً لا تصح الهبة قبل القسمة، أو شرط عدم الشيوع مختص بما تتفاوت الحصص أهمية ومكانة؟ تتبعت ومتناولاً هذه المسألة كثيراً ولكنني ما وجدتها بالإيضاح، ولكن لو سلّم ما ذكر في ما أعلاه من حكمة عدم جواز هبة المشاع أي كونه مفضياً إلى النزاع؛ اتضحت المسألة، فإذا لم يوجد التفاوت في الأشياء ثمناً ومكانةً بل يكون الموهوب متساوياً ولا يتحقق هناك نزاع فينبغي أن تصح هبة هذه الأشياء المشتركة التي تحتمل القسمة ولا تصح هبة المشاع الذي يحتمل القسمة ويفضي إلى النزاع.

القبض وما يتعلق به:

من شرائط الشيء الموهوب شرط القبض أيضاً كما سبق ذكره، قالت الحنفية: الهبة لا تتم إلا إذا ثبت القبض على الموهوب وملكه الموهوب له، ولا بد لصحة القبض من شرائط ذكرها الكاساني:

(أ) "منها أن يكون القبض بإذن المالك، لأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في باب البيع حتى لو قبض المشتري من غير إذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد فلأن يكون في الهبة أولى لأن البيع يصح بدون القبض والهبة لا صحة لها بدون القبض، فلما كان الإذن بالقبض شرطاً لصحته فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطاً فيما يتوقف صحته على القبض أولى" (بدائع الصنائع كتاب الهبة ١٧٦/٥).

وقال في "الفتاوى الهندية":

"والإذن تارة يثبت نصا وصريحاً وتارة يثبت دلالة فالصريح أن يقول الواهب للموهوب له: اقبضه إذا كان الموهوب حاضراً في المجلس ويقول اذهب واقبضه إذا كان غائباً عن المجلس، ثم إذا كان الموهوب حاضراً وقال له الواهب اقبضه فقبضه في المجلس أو بعد الافتراق من المجلس صح قبضه وملكه قياساً واستحساناً، ولو نهاه عن القبض بعد الهبة لا يصح قبضه لا في المجلس ولا بعد الافتراق عن المجلس، وإن لم يأذن له بالقبض صريحاً ولم ينهه عنه، فإن قبضه في المجلس صح قبضه استحساناً لا قياساً وإن قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح قبضه قياساً واستحساناً ولو كان الموهوب غائباً فذهب وقبض إن كان القبض بإذن الواهب جاز استحساناً لا قياساً وإن كان بغير إذنه لا يجوز قياساً واستحساناً هكذا في الذخيرة" (الفتاوى الهندية ٣٧٧/٤).

(ب) والشرط الثاني من شرائط صحة القبض أن لا يكون الموهوب مشغولاً بملك الواهب.

"ومنها أن لا يكون الموهوب مشغولاً بما ليس بموهوب، لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل، وعلى هذا يخرج ما إذا وهب داراً فيها متاع الواهب وسلم الدار إليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فإنه لا يجوز لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد .... ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغاً جاز وينظر إلى حال القبض لا إلى حال العقد لأن المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع، ولو وهب ما فيها من المتاع دون الدار وخلىّ بينه وبين المتاع جازت الهبة لأن المتاع لا يكون مشغولاً بالدار والدار تكون مشغولة بالمتاع لهذا افترقا فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار" (بدائع الصنائع ١٧٨/٥).

(ج) "والشرط الثالث لصحة القبض أن لا يتصل الموهوب بما ليس بموهوب إيصال الأجزاء بالأجزاء، بل يكون منفكاً عنه، وإلا لا تصح الهبة ويكون في معنى المشاع.

"ومنها أن لا يكون الموهوب متصلاً بما ليس بموهوب اتصال الأجزاء، لأن قبض الموهوب وحده لا يتصور وغيره ليس بموهوب فكان هذا في معنى المشاع" (بدائع الصنائع ١٧٩/٥).

ولذلك لا تصح هبة الأرض دون الزرع أو الزرع دون الأرض، لأن كل واحد منهما متصل بصاحبه اتصال جزء بجزء، قال في "الهندية":

"ولو وهب الأرض دون الزرع أو الزرع دون الأرض أو الشجر دون الثمر أو الثمر دون الشجر وخلى بينه وبين ذلك لم تصح الهبة في الوجهين، لأن كل واحد منهما متصل لصاحبه اتصال جزء بجزء فصار بمنزلة هبة المشاع فيما يحتمل القسمة" (الفتاوى الهندية ٤/٣٨٠).

"لو أخذ الثمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغاً جاز، لأن المانع من النفاذ وهو ثبوت الملك قد زال" (بدائع الصنائع ٥/١٧٩).

(د) ومن شرائط صحة القبض أن يكون القابض أهلاً لذلك، بأن يكون عاقلاً، فلا يصح قبض المجنون والصبي، قال الكاساني:

"ومنها أهلية القبض وهي العقل فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل، وأما البلوغ فليس يشترط لصحة القبض وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد والمحجور عليه إذا وهب له هبة" (بدائع ٥/١٨٠).

ويصح أن يقبض الواهب بنفسه أو من ينوب منابه، فإن كان الطفل لا يعقل ووهب له الولي الذي له ولاية على الطفل كفى إخباره بالهبة وقبض الولي ينوب عنه.

"(وهبة من له ولاية على الطفل في الجملة) .... (تتم بالعقد) لو كان الموهوب معلوماً وكان في يده أو في يد مودعه، لأن قبض الولي ينوب عنه، والأصل أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفي فيه بالإيجاب (وإن وهب له أجنبي يتم بقبض وليه)" (الدر المختار مع تنوير الأبصار، كتاب الهبة ٩٨-٤٩٩).

حقيقة القبض:

قد مرّ هنا ما يتعلق بالقبض وشرائطه، الآن نذكر حقيقة القبض ما معناه وكيف يتحقق ذلك؟ يقول العلامة الكاساني:

"لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض" (بدائع الصنائع ٥/١٧١).

ولذلك لا ينحصر القبض في صورة معينة بل قبض كل شيء ما يناسبه، وقد

اتفق الفقهاء على أن القبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه لا حائل دونه.

"اتفق الفقهاء على أن قبض العقار يكون بالتخلية والتمكين من البيع والتصرف فإن لم يتمكن منه بأن منعه شخص آخر من وضع يده عليه فلا تعتبر التخلية قبضاً" (الموسوعة الفقهية ٢٥٩/٣٢).

وقال ابن قدامة:

"والقبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه لا حائل دونه، وفيما ينقل بالنقل وفي المشاع بتسليم الكل إليه" (المغني لابن قدامة ٦٥٥/٥).

وفي هبة الدار التي هي مغلقة يكفي تسليم المفتاح.

"وقبض المفتاح قبض للدار إذا تهيأ له فتحها بلا كلفة وإلا فليس بقبض كذا في مختار الفتاوى" (الفتاوى الهندية، كتاب البيوع ١٦/٣).

فالحاصل أن الواهب إذا أذن القبض بعد الهبة ولم يبق مانع عن التصرف فيتحقق القبض ويملك الموهوب له الموهوب.

وبعد هذه التوطئة نجيب عن الأسئلة التي وجّهها مجمع الفقه الإسلامي بمناسبة الندوة الفقهية:

الرد على الأسئلة:

١. تجوز هبة المشاع عند الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد، وأما عند الحنفية فيجوز عندهم فيما لا يحتمل القسمة، ولا يجوز فيما يحتمل القسمة، وقال الإمام أبوحنيفة: الشيوع المانع معتبر عند القبض، فلو كان الشيوع عند الهبة وزال عند القبض تصح الهبة بأن وهب داراً مشغولة بمتاعه فإنه لا يصح ولكن لو أخلّاها عن متاعه وسلّمها إلى الموهوب له يصح، لأن الشيوع لم يبق وقت القبض، أو وهب مشاعاً وسلّمه مقسماً مفرزاً يجوز.

وقال الإمامان أبويوسف ومحمد: الشيوع الذي يمنع صحة الهبة هو ما يكون في كلا الوقتين – الهبة والقبض –، فإن عدم وجود الشيوع في أي وقت صحت الهبة مثلاً وهب رجل داره لاثنين وسلّم إلى كل منهما حصته صحت الهبة، والأخذ بمذهب الصاحبين ينحل به كثير من قضايا الهبة المعقدة في الظروف المعاصرة.

ويرى أن حكمة عدم صحة المشاع ترجع إلى كونه مفضياً للنزاع، كما ذكرناه عن العلامة الكشميري، فإذا لم يكن مفضياً إلى النزاع ينبغي القول بجوازه.

٢-٣. لو سلّم أن ما ذكرناه من الحكمة هي حكمة عدم جواز المشاع، فينبغي أن تجوز هبة المشاع إذا كان الموهوب لا تفاوت فيه ولا نزاع في قسمته، ولكن إذا كان هناك تفاوت قدراً وأهمية فهذا يؤدي إلى النزاع فلا يجوز هبته.

٤. لا بد من القبض لتمامية الهبة عند أبي حنيفة والشافعي، ولا تتم الهبة عندهما بدون القبض، ولا يملك الموهوب له الموهوب. أما الإمام مالك فلا يرى القبض لازماً، بل تتم الهبة بالإيجاب المحض، ويملك الموهوب له الموهوب، يجب القبض فيما يكال ويوزن، ولا يجب فيما لا يكال ولا يوزن، والنظر في الدلائل والمصالح يرجح مذهب أبي حنيفة والشافعي.

٥. بما أن قبض الولي يعتبر قبض الصبي، وتتم الهبة ويثبت الملك للموهوب له بالإيجاب فقط إذا كان الواهب ولياً، كما مرّ تفصيله، فإذا وهب ولي الطفل والمسؤول عنه وأعلن به صحت الهبة وملك الطفل الموهوب. ولا يجب تجديد قبضه إذا بلغ الحلم، بل يبقى مالكاً له كما كان فيما قبل.

* * *

بعض القضايا المعاصرة حول الهبة

محمد مصطفى عبد القدوس الندوي •

اليوم تعم الجهالة في الناس، ولايعلم معظمهم الأحكام الشرعية علما صحيحا تاماً، ولهذا السبب لايتمكنون من اتخاذ طريقة صحيحة لتحقيق تصرفاتهم الشرعية المتماشية من الشرع الإسلامي، فمن تلك المسائل الفقهية المعاصرة التي يجهلها أكثر الناس أحكام الهبة، لذا أريد أن أتقدم إلى الناس بعض القضايا الفقهية المعاصرة المهمة التي لايسع للناس أن يجهلوا بها، وهي:

شروط الشئ الموهوب:

الشئ الموهوب هو المعقود عليه في الهبة، والقاعدة المعروفة أن ما صح بيعه صحت هبته، إلا بعض مسائل استثناها الفقهاء عن هذه القاعدة.

وأما شروط الشئ الموهوب فهي ما يأتي:

أ: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط في الشئ الموهوب أن يكون موجوداً وقت الهبة، لأنها تمليك في الحال، فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد، مثاله ما لو وهبه ما يثمر نخله هذا العام ونحوه.

ب: أن يكون مملوكاً بنفسه غير مباح، فلا تجوز هبة المباحات كما يلزم أن يكون مملوكاً للواهب حين الهبة، فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه.

ج: أن يكون مالاً متقوماً (هو ما يكون مالا في نظر الشرع ذا قيمة يضمن بها عند الإتلاف) فلا تجوز هبة ماليس بمال أصلا كالميتة ولحم الخنزير، ولاهبة ماليس متقوماً في نظر الشرع كالخمر.

د: أن يكون الموهوب محوزاً، أي مفرزاً مسوماً. فينشأ من هناك سؤال، هل تجوز هبة المشاع أم لا؟

• أستاذ جامعة الصالحات كربا، آندهرا براديش

قضية هبة المشاع:

وللفقهاء في جواز هبة المشاع قولان:

الأول: جواز هبة المشاع للشريك وغيره، سواء انقسم أولاً، فيسلم الواهب جميع الشئ الموهوب إلى الموهوب له ويستوفي منه حقه، ويكون حق الشريك في يده وديعة، هذا قول الجمهور ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة.

استدلوا بقصة وفد هوازن من قوله (صلى الله عليه وسلم): "ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم"، قال الإمام البخاري: وقد وهب النبي (صلى الله عليه وسلم) وأصحابه لهوازن ما غنموا منهم وهو غير مقسوم (البخاري، الهبة، باب الهبة المقبوضة وغير المقبوضة والمقسومة وغير المقسومة، رقم الباب: ٢٣، فتح الباري ٢٦٦/٥).

وقال ابن قدامة: وهذا هبة المشاع (المغني ٢٨٥/٦).

كذلك احتجوا برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سمعت النبي (صلى الله عليه وسلم) وقد جاءه رجل ومعه كبة من شعر فقال: أخذت هذه من المغنم لأصلح بردعة لي فقال النبي (صلى الله عليه وسلم): ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك وسأسأل لك الباقي "وهذا هبة المشاع فيما يقسم.

ولأنه يجوز بيع المشاع فجازت هبته كالذي لاينقسم، قال ابن رشد: إن القبض في هبة المشاع غير المقسوم يصح كالقبض في بيع المشاع غير المقسوم (القوانين الفقهية: ٢٦٧، بداية المجتهد ٣٢٢/٢، حاشية الدسوقي ٩٧/٤، المهذب ٤٤٦/١، المغني ٢٨٥/٦-٢٨٦).

والقول الثاني: جواز هبة المشاع فيما لايقسم كالعبد والحمام، وعدم جوازها فيما يقسم، ولا فرق بين هبة المشاع للشريك أولا للأجنبي، هذا مذهب الحنفية.

وحجتهم إجماع الصحابة، فهو مروي عن أبي بكر الصديق وعمر وعلي (رضي الله عنهم)، ولم ينقل أنه أنكر ذلك أحد من الصحابة.

واستدلوا أيضاً بأن القبض شرط جواز عقد الهبة، والشيوع يمنع القبض، لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض والتصرف في النصف الشائع وحده

لايتصور، فإن سكنى نصف الدار شائعاً ولبس نصف الثوب شائعاً محال، ولايتمكن من التصرف فيه إلا بالتصرف في الكل، لأن العقد لم يتناول الكلل.

وهكذا يقال في المشاع الذي لايقسم، ولكن الضرورة ماسة ملحة أن تجوز هبته، لأنه يحتاج إلى هبة بعضه، ولا حكم للهبة بدون القبض، والشيوع مانع من القبض الممكن للتصرف، ولا سبيل إلى إزالته بالقسمة لتعذر قسمته كالسيارة والحمام والدابة، فمست الضرورة إلى الجواز وإقامة صورة التخلية مقام القبض.

ولأن الهبة عقد تبرع، فلو صحت في مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان، لأن الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي إلى تغيير المشروع، بخلاف مشاع لايحتمل؛ لأنه لايتصور إيجاب الضمان على المتبرع، لأن الضمان ضمان القسمة، والمحل لايحتمل القسمة (المبسوط ٦٤/١٢، ٧٤، البدائع ١١٢/٨-١١٥ الهداية وتكملة فتح القدير والعناية ٢٧/٩-٣٠، رد المحتار ٤٣١/٨).

وأما استدلال الجمهور بقصة وفد هوازن فلا يتم به الاستدلال، لأن المذكور فيه لايطلق عليه الهبة الشرعية، لأن القبض شرط فيها، ولم يتحقق القبض هنا بما قبل "غير مقسوم" يلزم منه أن يكون غير مقبوض أيضا، فإذا لم يكن مقبوضاً كيف يطلق عليه الهبة الشرعية؟ (عمة القاري ٤٢٨/٩، ط: زكريا ديوبند الهند).

وأما حديث الكبة فيحتمل أن يكون النبي (صلى الله عليه وسلم) وهب نصيبه منه واستوهب البقية من أصحاب الحقوق فوهبوا وسلموا الكل جملة، كما يدل عليه قوله (صلى الله عليه وسلم): "وسأسأل لك الباقي"، ثم هذه الهبة هبة المشاع لايقسم من حيث المعنى، لأن كبة واحدة لو قسمت على الجمع الغفير لايصيب كل واحد منهم إلا نزر حقير لاينتفع به فكان في معنى مشاع لاينقسم (البدائع ١١٥/٨، ط: دار الحديث القاهرة مصر ١٤٢٦هـ).

والحاصل أن هبة المشاع لاتصح فيما يقسم إلا محوزة مقسومة، وهبة المشاع فيما لايقسم جائزة، ثم الضابط فيما يقبل القسمة وما لايقبلها: أن كل شئ يضره التبعيض فيوجب نقصاناً في ماليته، يكون مما لايحتمل القسمة، وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها (أنظر: رد المحتار ٤٣١/٨).

ثم الخلاف بين أبي حنيفة والصاحبين، أن أبا حنيفة رحمه الله يعتبر الشيوع مانعاً من صحة الهبة عند القبض، والصاحبان يعتبران الشيوع عند العقد والقبض معاً، مانعاً من صحة الهبة، وبناء عليه: تجوز هبة الاثنين من الواحد بالاتفاق، لعدم وجود الشيوع عند القبض في رأي أبي حنيفة، ولانعدام الشيوع في الحالين في رأي الصاحبين، لأن الشيوع وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض (البدائع ١١٧/٨، الفقه الإسلامي وأدلته ١٦/٥).

شرط عدم المشاع عام:

ويظهر مما سبق في صدد هبة المشاع أن شرط عدم المشاع في المقسومة يعم كل الأشياء التي لايضرها التبعيض، سواء كان بين حصصها وأجزائها المختلفة فرق باعتبار أهميتها وقيمتها، مثل أرض بعضها يتصل بالشارع، وبعضها الآخر لايتصل به، أو كانت جميع حصصها وأجزائها متساوية باعتبار القيمة والأهمية.

هل النزاع سبب لعدم صحة هبة المشاع؟

وإن وهب شئ مشاعاً فيما يقسم، ولا نزاع بين الموهوب لهم في تقسيمه والقبض عليه، فهل تصح الهبة في هذه الصورة؟

وعدم جواز هبة المشاع في المقسومة ليس سببه النزاع، بل هناك توجد قباحة شرعية، وهي عدم القبض، لأن الشيوع يمنع القبض، والقبض شرط لثبوت الهبة وصحتها، كما سيأتي الكلام عليه، وقال السرخسي: والمعنى فيه أن شرط القبض منصوص عليه في الهبة، فيراعى وجوده على أكمل الجهات التي تمكن (المبسوط ١٦٧/١٢).

ثم نقل إجماع الصحابة على عدم جواز هبة المشاع بدون تصريح النزاع، ولأن سيدنا أبا بكر الصديق (رضي الله عنه) اعتبر القبض والقسمة في الهبة لثبوت الملك، هناك لم يكن نزاع بين عائشة (رضي الله عنها) وغيرها من أقربائه (الموطأ للإمام مالك ص: ٣١٤، البدائع ١١٤/٨-١١٦).

نعم لو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه إلى الموهوب له، جاز، لأن هبة المشاع كانت موقوف نفاذها على القسمة، والقبض بعد القسمة صحيح، لأن الشيوع لايمنع ركن العقد ولا حكمه ولا سائر الشرائط إلا القبض، فإذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ، كما يدل عليه

حديث أبي بكر الصديق (رضي الله عنه)، فإنه قال لسيدتنا عائشة (رضي الله عنها): "إني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا من مالي "وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم، فدل قوله على انعقاد العقد في نفسه وتوقف حكم نفاذه على القسمة والقبض (البدائع ١١٦/٨).

وكذلك لو وهب نصف داره إلى رجل ولم يسلم إليه ثم وهب إليه النصف الآخر وسلم إليه جملة جاز (نفس المصدر).

هـ: أن يكون الموهوب مقبوضاً، أي إذا صدرت صيغة الهبة من الواهب، فهل تتم الهبة بنفس صيغة الإيجاب وتفيد الملك في الحال؟ أم لابد أن يقبض الموهوب له الشئ الموهوب؟ كما لابد لثبوت حكم الهبة قبوله إياها، فللفقهاء في مسألة القبض اختلاف.

اشتراط قبض الشئ الموهوب:

وللفقهاء في هذه المسألة ثلاثة أقوال (المبسوط ٥٧/١٢، البدائع ١٢١/٦، العناية وتكملة فتح القدير ١٩/٩ وما بعدها، بداية المجتهد لابن رشد ١٦٢/٤، الخرشي ١٠٥/٧، حاشية الدسوقي ١٠١/٤، مغني المحتاج ٤٠٠/٢، بداية المحتاج في شرح المنهاج ١٦٣/٤، المغني لابن قدامة ٢٨١/٦).

القول الأول:

وهو مذهب الحنفية والشافعية و رواية مرجوحة عند الحنابلة، وقول عامة العلماء أن القبض شرط في الهبة فلا يثبت الملك للموهوب له قبل قبض الشئ الموهوب، وهو على ملك الواهب قبل القبض يتصرف فيه كيف شاء، وله الخيار بالإذن بالقبض أو الرجوع عن الهبة، ويروي ذلك عن النخعي والثوري والحسن بن صالح والعنبري.

وحجتهم إجماع الصحابة (رضي الله عنهم) وهو ما روي عن أبي بكر الصديق وعمر الفاروق (رضي الله عنهما) أنهما اعتبرا القسمة والقبض لجواز النحل بحضرة الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون إجماعاً (البدائع: ١٢١/٦).

وروي أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال لأم سلمة: إني قد أهديت إلى النجاشي حلة و أواقي من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى هديتي إلا

مردودة علي، فإن ردت علي فهي لك، وكان كما قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) (أخرجه أحمد ٤٠٤/٦، ط: الميمنة، والحاكم في المستدرك ١٨٨/٢، ط: دائرة المعارف حيدرآباد، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وتعقبه الذهبي فقال: منكر، فيه مسلم الزنجي ضعيف).

وروي عن أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وابن عباس (رضي الله عنهم)، أنهم قالوا: لاتجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة (أورده ابن عبد البر في التمهيد ٢٣٩/٧، من قول أبي بكر وعمر وعثمان وعلي (رضي الله عنهم) اتفاقاً، وانظر كتاب الآثار لأبي يوسف ١٦٣/١، برقم: ٧٤٩، ٧٥٠، وموطأ الإمام مالك ٣١٤، وموطأ الإمام محمد/ ٣٤٩، وكنز العمال ٣٢٧/٨). ولم يرد عن غيرهم خلافه (البدائع ١٢٢/٦).

واحتجوا بقوله (عليه الصلاة والسلام): يقول ابن آدم: مالي مالي، وهل لك من مالك إلا ما أكلت فأفنيت، أو لبست فأبليت أو أعطيت فأمضيت (مستدرك الحاكم ٥٣٤/٣ (٧٩١٣)، مسلم، الزهد (٢٩٥٨)، الترمذي (٣٣٥٤). والإمضاء هو الإقباض والتسليم دل أنه شرط (بدائع الصنائع ١٢٢/٦، إعلاء السنن ٧٩/١٦).

واستدلوا أيضاً بأن الهبة عقد تبرع، فلو صحت بلا قبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم، فتصير عقد ضمان بالتسليم، وهذا تغيير في المشروع، أي تغيير لاتقرر شرعاً في الهبة من أنها تبرع (البدائع ١٢٢/٦، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٣١/٤٢).

القول الثاني:

وهو المذهب عند الحنابلة، أنهم فرقوا بين المكيل والموزون وبين غيرهما، فقالوا: إن المكيل والموزون لاتصح ولا تلزم فيه الهبة إلا بالقبض، والواهب بالخيار قبل إن شاء أقبضها وأمضاها، وإن شاء رجع إليها ومنعها، لا يصح قبضها إلا بإذنه، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح قبضه، واستدلوا على ذلك بما استدل الحنفية والشافعية وأكثر الفقهاء من الدلائل.

وأما في غير المكيل والموزون من الأشياء فتلزم الهبة فيه بمجرد العقد ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه (المغني والشرح الكبير ٦/٢٧٤-٢٧٧، ٢٨٠، كشاف القناع ٤/٣٠٠، الإنصاف ٧/١٢٠-١٢١، مختصر الخرقي مع المغني ٦/٢٧٣)، وقال ابن قدامة: روي ذلك عن علي وابن مسعود (رضي الله عنهما) أنهما قالا: الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض، وهو قول مالك و أبي ثور (المغني ٦/٢٨١).

القول الثالث:

وهو مذهب المالكية أن القبض ليس شرطاً في صحة الهبة، بل إن القبض شرط في تمامها، فإن عدم لم تلزم مع كونها صحيحة (المغني ٦/٢٧٤، الخرشي ٧/١٠٤، ١٠٧، حاشية الدسوقي ٤/١٠١).

استدلوا بعموم قوله (عليه السلام): "العائد في هبته كالعائد في قيئه"، ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق، وربما قالوا: تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف، ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالبيع (المغني ٦/٢٧٤).

شرائط صحة القبض:

أما شرائط صحة القبض، فهي أنواع:

الأول: اشتراط إذن الواهب:

اختلف في اشتراط إذن الواهب في صدد القبض إلى قولين:

الأول: يشترط لصحة القبض أن يكون القبض بإذن المالك وهو الواهب، هذا مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة، قال ملك العلماء الكاساني: إن الإذن بالقبض شرط لصحته في باب البيع حتى لو قبض المشتري من غير إذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد، فلأن يكون في الهبة أولى، لأن البيع يصح بدون القبض بخلاف الهبة.

ولأن القبض في الهبة يشبه الركن، وإن لم يكن ركناً على الحقيقة فيشبه القبول في البيع، ولايجوز القبول من غير إذن البائع ورضاه فلا يجوز القبض من غير إذن الواهب أيضاً.

والإذن نوعان: صريح ودلالة:

فالصريح هو أن يقول: اقبض، أو أذنت لك بقبض فلان، أو رضيت بقبضك وما جرى مجراه.

والدلالة هي أن يقبض الموهوب له العين في المجلس ولا ينهاه الواهب فإن قبضه يجوز قبضه استحساناً، لأن إيجاب الهبة بمنزلة الإذن بالقبض دلالة، والثابت دلالة كالثابت نصا، والقياس أن لايجاز القبض بدون إذن صريح، وهو قول زفر، وعلى هذا لو وهب إلى رجل ثوباً فقال: قبضته، صار قابضاً، ولو لم يقبضه باليد، بما جعل تمكنه من القبض كالقبض، كالتخلية في البيع (البدائع ١٢٣/٦ وما بعدها، البحر الرائق ٢٨٦/٧، مغني المحتاج ٤٠٠/٢، الإنصاف ١٢٢/٧).

الثاني: وهو مذهب المالكية أن الإذن ليس شرطاً في القبض، وقد سبق أن القبض ليس شرطاً لصحة الهبة، والملك يثبت بنفس العقد، ويجب على الواهب تسليم الموهوب، وبه قال بعض الحنابلة (الخرشي ١٠٤/٧-١٠٧، الدسوقي ١٠١/٤، الإنصاف ١٢٢/٧).

الثاني: أن لايكون الموهوب مشغولاً بما ليس بموهوب:

يشترط الحنفية لصحة الهبة أن لايكون الموهوب مشغولاً بما ليس بموهوب، هذا بناء على أن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض، وذلك لايتحقق مع الشغل بشئ غير موهوب.

وعلى هذا يخرج ما إذا وهب داراً فيها متاع الواهب وسلم الدار إليه، أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع، فإنه لايجوز؛ لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض، وذلك لم يوجد.

بخلاف مالو وهب ما في الدار من المتاع فقط دون الدار، وخلى بين الموهوب له وبين المتاع، جازت الهبة؛ لأن المتاع ليس مشغولاً بالدار بل الدار مشغولة بالمتاع،

كذلك لو أخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغاً جازت الهبة، وينظر إلى حال القبض لا إلى حال العقد؛ لأن المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع.

ولو وهب الدار والمتاع جميعاً؛ لأن التسليم قد صح فيهما جميعاً (البدائع ١٢٥/٧-١٢٦، الدر المختار ورد المحتار ٤٢٨/٩).

الثالث: أن لايكون الموهوب متصلاً بما ليس بموهوب اتصال الأجزاء:

هذا يمنع القبض؛ لأن الموهوب وحده لايتصور قبضه بسبب اتصاله بغيره مما هو ليس بموهوب، فكان هذا في معنى المشاع.

وعلى هذا يخرج ما إذا وهب أرضاً فيها زرع دون الزرع، أو شجراً عليها ثمر دون الثمر، أو وهب الزرع دون الأرض، أو الثمر دون الشجر، وخلى بينه وبين الموهوب له أنه لايجوز؛ لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء، فمنع صحة القبض.

ولو جذ الثمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغًا جاز، لأن المانع من النفاذ وهو ثبوت الملك قد زال (البدائع ١٢٧/٦-١٢٨).

الرابع: أهلية القبض:

وهي العقل، فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذي لايعقل، وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحساناً، فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له؛ لأن قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة، فيملكه الصبي العاقل كما يملك وليه ومن هو في عياله، وكذا الصبية إذا عقلت جاز قبضها (نفس المصدر ١٢٨/٦).

الخامس: الولاية:

والقبض نوعان: قبض بطريق الأصالة، وقبض بطريق النيابة.

والقبض بطريق الأصالة هو أن يقبض بنفسه لنفسه، وشرط جوازه العقل.

والقبض بطريق النيابة، فالنيابة في القبض نوعان: نوع يرجع إلى القابض ونوع يرجع إلى نفس القبض، فالأول هو القبض للصبي، وشرط جوازه الولاية بالحجر والعيلة عند عدم الولاية، فيقبض للصبي وليه أو من كان الصبي في حجره وعياله عند عدم وجود

الولي، فيقبض له أبوه ثم وصي أبيه بعده ثم جده ثم وصيه (نفس المصدر ١٢٩/٧، الدر المختار ورد المحتار ٤٣٢/٨).

وأما الثاني الذي يرجع إلى نفس القبض فهو أن القبض الموجود في الهبة ينوب عن قبض الهبة، كما إن كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو عارية أو مرهوناً فوهب إليه جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العقد ووقع العقد والقبض معاً، ولا يحتاج إلى تجديد القبض بعد العقد استحساناً (البدائع ١٣٠/٦، المغني والشرع الكبير ٢٥٠/٦، الإنصاف ١٢٢/٧).

والخلاصة أن الحنفية والشافعية وأكثر الفقهاء يرون أن القبض شرط لصحة الهبة، وقال الحنابلة في أرجح الروايتين عن الإمام أحمد: القبض شرط لصحة الهبة في المكيل والموزون، وليس شرطاً في غير المكيل والموزون، بل تلزم الهبة بمجرد العقد، وعند المالكية يملك الموهوب بالعقد، والقبض ليس شرطاً لصحة الهبة ولا للزومها، وإنما هو شرط لتمامها.

هبة الولي الصغير وحكم قبضه نيابة عنه:

وإن كان الموهوب له غير بالغ عند عقد الهبة، والواهب وليه، فهل يكفي القبض الموجود للولي نيابة عنه على الشئ الموهوب لتمام الهبة فيما بعد؟ بمعنى حينما بلغ الموهوب له، فهل لابد أن يجدد القبض عليه بنفسه أم يكفي القبض السابق من جانب الولي، الذي وضع الشئي الموهوب عنده منذ وقت الهبة.

والأصل في ذلك أن حق القبض فيما يوهب للصغير إلى وليه لو كان الواهب أجنبياً، وإذا كان الواهب ولياً نفسه، فينوب قبض الولي عنه، إلا أنه يعلن ويشهد على ما وهب للصغير، وأن يكون الشئ الموهوب في نفسه معلوماً، فتتم الهبة، والإشهاد في الهبة ليس شرطا لازماً للإتمام واللزوم، بل للتوثق حتى يتمكن الصغير من إثبات ملكه بالحجة بعد موته على سائر الورثة عند الجحود، والإعلام لازم، لأنه بمنزلة القبض كما يدل عليه حديث النعمان بن بشير (رضي الله عنه) أنه قال: أعطاني أبي عطية، فقالت عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، فأتى رسول الله (صلى

الله عليه وسلم) فقال: إني أعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية، فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله (البخاري، الهبة، باب الإشهاد في الهبة، رقم: ٢٥٨٧)، قال عثمان بن عفان (رضي الله عنه): من نحل ولداً صغيراً لم يبلغ أن يجوز نحلة فأعلن بها وأشهد عليها فهي جائزة (الموطأ للإمام محمد/ ٣٥٠، نصب الراية للزيلعي ١٢٢/٤)، وهو مروي عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) نحوه (المبسوط ٥٤/١٢).

وقال الإمام محمد بن حسن الشيباني: ولا يجوز للمنحول حتى يقبضها إلى الولد الصغير، فإن قبض والده له قبض، فإذا أعلنها وأشهد بها فهي جائزة لولده، ولا سبيل للوالد إلى الرجعة فيها ولا إلى اغتصابها بعد أن أشهد عليها، وهو قول أبي حنيفة والعامة من فقهائنا (الموطأ للإمام محمد / ٣٥٠).

وقال الحافظ ابن حجر: وأن عطية الأب لابنه الصغير في حجره لاتحتاج إلى قبض، وأن الإشهاد فيها يغني عن القبض (فتح الباري ٢٥٤/٥).

ثم الأصل كما ذكره الحصكفي: أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفي فيه بالإيجاب (الدر المختار مع رد المحتار ٤٣٢/٨).

وادعى ابن منذر الإجماع على صحة الهبة وتمامها فيما وهب الأب لابنه الصغير وقبضه عنه وأشهد عليه، فقال: "أجمع كل من تحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لولده الطفل داراً بعينها أو عبداً بعينه وقبضه له من نفسه وأشهد عليه فالهبة تامة، هذا قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وروينا معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبد العزيز" (المغني والشرح الكبير ٢٨٢/٦، ٢٩٤).

وإن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه، فالصحيح عند الحنابلة أن الأب وغيره في هذا سواء، لأنه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله، فجاز له أن يتولى طرفيه كالأب (المغني ٢٩٦/٦-٢٩٧)، وعند الحنفية أيضاً كالأب، كما أفاده الحصكفي بقوله: "وهبة من له ولاية على الطفل في الجملة تتم بالعقد لو كان الموهوب معلوماً وكان في يده أو يد مودعه، لأن قبض الولي ينوب عنه، والأصل أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالإيجاب (الدر المختار مع رد المحتار ٤٣٢/٨).

وأما السؤال أن الموهوب له إذا بلغ فهل يجب عليه أن يجدد القبض على الشئي الموهوب لنفسه؟ أو يكفي قبض وليه سابقاً، الذي وضعه عنده منذ وقت الهبة؟ أو لا تتم الهبة حى يدفع الولي الشئي الموهوب إليه بعد بلوغه ويقبضه إياه؟

ويستفاد مما سبق من الأحاديث وأقوال الفقهاء أن القبض السابق للولي نيابة عن الصغير يكفي، ولاحاجة إلى أن يجدد الموهوب له القبض على الموهوب بعد بلوغه، لذا قال الفقهاء: الإعلام لازم، لأنه بمنزلة القبض نيابة عن الصغير الموهوب له، فإذا أعلن وأشهد الولي على الهبة للصغير فقد تمت الهبة في حقه، وصار الشئ الموهوب ملكاً له، وهو وديعة في يد الواهب (الولي) مادام في يده، حتى يؤدي الأمانة إلى صاحبها وهو الصغير إذا بلغ.

* * *

موضوع

عقد الإستصناع

* ورقة الأسئلة

* القرارات والتوصيات

* عرض المسألة

* من البحوث والدراسات

ورقة الأسئلة:

عقد الاستصناع

إن مسألة الاستصناع من أهم مسائل المعاملات المالية. ونجد بعض الإشارات إلى عقد الاستصناع في النصوص الشرعية، إلا أن الأصل في هذا النوع من العقد — وفق الفقهاء— أنه مبني على العُرف. كما أن عقد الاستصناع نوع من عقود المعاوضات ولكنه يمتاز بكونه مستثنى عن حظر بيع المعدوم كبيع السَّلم. ومن ميزة هذا العقد إمكانية تأجيل العوضَين فيه، ومن هنا يعتبر عقد الاستصناع من أهم مسائل باب المعاملات. علما بأن المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة تستخدمه كأداة للتمويل والاستثمار.

وكل ما نجده من أمثلة عقد الاستصناع التي قدّمها الفقهاء المتقدمون يتعلق بالأشياء الصغيرة والبسيطة التي كان يتم تصنيعها بعد تسجيل طلب الشراء من قبل المستصنع (المشتري)، وقد توسّع في العصر الحاضر نطاقُ الأشياء والخدمات المصنوعة على أساس طلب الشراء المسبق، فانطلاقاً من هذه الخلفية نطرح إليكم بالتالي بعض الأسئلة المتعلقة بهذه المسألة:

١. ما هي أنواع الأشياء التي يمكن فيها استخدام عقد الاستصناع في العصر الحاضر؟ وماهي الأصول والضوابط لها؟
٢. هل الاستصناع بيع أو وعد بالبيع؟
٣. في عقد الاستصناع غالباً مايكون الشيئ المصنوع (المبيع) معدوما توصيفه عند العقد، فهل يمكن للمستصنع (المشتري) أن يبيع المصنوع (المبيع) إلى مشتر آخر قبل أن يتم صنعه؟ وهل يمكن للمشتري الآخر أن يبيعه إلى مشتر ثالث؟ وهل تكون هذه السلسلة من البيع والشراء مستثناة عن بيع ما هو معدوم التوصيف؟ ومن أمثلة هذه المشكلة في العصر الحاضر هو بيع الشقق.
٤. هل يتعلق عقد الاستصناع بالأموال المنقولة فحسب أم يتعلق بالأموال غير المنقولة أيضا مثل المباني؟

٥. علما بأن المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة تستخدم عقد الاستصناع كأداة للاستثمار والتمويل، وذلك عن طريق اتخاذ طريقة تسمّى بـ "الاستصناع الموازي"، وفيها يكون ثلاثة أطراف للعقد، فتكون المؤسسة المالية طرف وسيط يحصل على طلب الشراء من شخص (الطرف الأول) ويسجّل هو نفسُه طلبَ الشراء لدى الشخص الصانع الآخر (الطرف الثاني)، ويخصّص لنفسه هامش الربح من الثمن الذي يحصل عليه من الطرف الأول. فهل هناك أي مانع شرعي في مثل هذا النوع من العقد وهامش الربح؟

٦. في بعض الأحيان يعجّل المستصنع (المشتري) قسطاً من الثمن للصانع (البائع). فهل يجوز للصانع أن لا يردّ ذلك الثمن كله أو بعضاً منه إلى المستصنع في حال رفض المستصنع تملّك المصنوع (المبيع) من عنده، والصانع قد قام بصناعة المصنوع طبق المواصفات المحددة والمتفق عليها بين المستصنع والصانع؟ ... علما بأن مثل هذا النوع من العقد يقوم فيه المستصنع بتسجيل طلب الشراء لمصنوع معين بتصاميم محددة، وفي مثل هذا العقد يطلب المستصنع الصانع —في غالب الأحيان— بتصنيع المصنوع بكمّية هائلة. ولو يرفض المستصنع تملّك ذلك المصنوع فيتعرض الصانع (البائع) لمشكلة بيعه بهذه الكمية الهائلة في السوق، لأنه ليس من الضروري أن يكون ذلك المصنوع بتلك التصاميم المعينة مما يطلبه المشترون الآخرون في السوق.

٧. لو وفر المستصنعُ الموادَ المستخدمة في المصنوع للصانع فهل يكون هذا العقد عقد الاستصناع أم عقد الإجارة؟ وهل يحق لمثل هذا المستصنع أن يقوم بفسخ العقد لو لم يجد المصنوع وفق المواصفات المحددة؟ كما يحق للمستصنع في عقد الاستصناع أن يقوم بفسخ العقد لو لم يجد المصنوع وفق المواصفات المحددة؟ ولو كان مثل هذا المستصنع مُلزَماً بقبول مثل هذا المصنوع فهل يحق له أن يطالب الصانع بالتعويض عما تعرّض له من الأضرار بسبب عدم موافقة المصنوع للمواصفات المحددة موافقة كاملة؟

٨. لو تم تحديد أجل تسليم المبيع (المصنوع) في عقد الاستصناع، وفشل البائع (الصانع) في تسليم المصنوع على الأجل المحدّد فهل يجوز للمستصنع أن يطالب الصانع بالتعويض؟ علما بأن المستصنع (المشتري) قد يتعامل مع زبائنه في ضوء ذلك الأجل المحدد مع الصانع، فلو لم يتمكن الصانع من تسليمه المصنوع (المبيع) على الأجل المحدد فيضطر المستصنع إلى شراء ذلك المصنوع من السوق بشكل فوري، وهذا الشراء يكلفه ثمنا باهضا، فهو يتعرض للخسارتين الاثنتين: الأول: شراء ذلك المصنوع من السوق بتكلفة باهضة؛ الثاني: مشكلة بيع ذلك المصنوع بعد تملكه من الصانع حيث من الصعب البحث عن مشتر آخر لذلك المصنوع.

* * *

القرارات والتوصيات:

قرار
بشأن
قضايا في عقد الاستصناع

عقد مجمع الفقه الإسلامي بالهند ندوته الثالثة والعشرين في الفترة ما بين ٢٨، ٢٩ ربيع الآخر – ١/ جمادى الأولى ١٤٣٥هـ الموافق ١–٣/ مارس ٢٠١٤م بـ " جامعة علوم القرآن، جمبوسر، غجرات"، وقد حضرها لفيف من رجال الفقه والاجتهاد من كل من أفغانستان، وبنجلا ديش، والإمارات العربية المتحدة، والجزائر، وأميركا، وكندا، وبريطانيا، وجنوب أفريقيا وغيرها من البلاد علاوة على ما يقارب من خمسمائة من رجال الفقه الإسلامي وفقهاء الشريعة ممثلين من جميع أنحاء الهند: وبعد تدارس ما تم تقديمه من البحوث إلى المجمع حول خمسة موضوعات هامة وملحة، وهي: " تأجير الأرحام وإعارتها"، و"المواطنة"، و"عقد الاستصناع" و "قضايا في الهبة"، و"قضايا في الفرائض والوصايا"، وبعد الاستماع إلى المناقشات التي دارت حولها قررت الندوة ما يلي :

أولاً: إن عقد الاستصناع بيع في الحقيقة، ويجوز في كل شيء صغير وكبير ومنقول وغير منقول توجد فيه الشروط التالية:

أ. أن يكون ذلك الشيء قابلاً للصناعة.

ب. أن يمكن تعيينه بالقدر والوصف والوزن والحجم وما إلى ذلك.

ج. أن توفر المواد الأولية اللازمة لصناعة ذلك الشيء من قبل الصانع.

د. أن يوجد فيه تعامل الاستصناع ورواجه.

هـ. أن يبين جنس ذلك الشيء ونوعه ووزنه وحجمه وتصميمه وغير ذلك من مواصفاته المطلوبة وقت العقد بوضوح حتى لا يبقى فيه إبهام ولا غموض.

ثانياً: يلزم عقد الاستصناع الجانبين بعد وقوعه، ولا يخير أحدهما في فسخ هذا العقد إلا برضا الآخر.

ثالثاً: يجوز للصانع أن يصنع الشيء بنفسه أو بوكيله، ولا يجوز للمستصنع أن يبيعه لآخر قبل تحقق قبضه عليه.

رابعاً: يجوز للصانع في عقد الاستصناع تفادي خسارته الحقيقية بمبلغ العُربون.

خامساً: يلزم الفريقين ما اتفقا عليه من الشرط الجزائي في حالة عدم الانضباط بالأجل المحدد لتسليم المبيع لتفادي الخسارة الحقيقية التي لحقت المستصنع.

* * *

عرض المسألة:

عقد الاستصناع

الأستاذ محمد حذيفة بن محمود تيلر الداحودي •

الحمد لوليه والصلاة والسلام على نبيه والرضوان عن أصحابه والرحمة على أتباعه، أما بعد!

مما يسعدنا ويسرنا أن الندوة الفقهية الثالثة والعشرين من مجمع الفقه الإسلامي في الهند انعقدت بجامعة علوم القرآن – جمبوسر من أرض بهروج مورد الصحابة الكرام و مدفن الفقيه المحدث العظيم و أول المصنفين سيدنا ربيع بن الصبيح (رحمة الله تعالى)، ومن أهم موضوعاتها المحددة للنقاش "عقد الاستصناع" ومن العوامل التي دفعت إلى تحديده رغم أن الفقهاء الأولين بحثوا عنه في الكتب الفقهية بغاية من الأسهاب إذ أنهم مثلوا باستصناع الرصاص والزجاج والخفاف ونحو ذلك، واليوم قد اتسع النطاق ولم يعد الاستصناع مقتصراً عليها بل شمل الهيئات والمؤسسات و وسائل النقل غيرها دولياً بأحدث صور واتسخدمه الأثرياء والصناع تمويلاً واستثماراً، وفي جانب آخر تنطبق الآراء المختلفة للفقهاء على بعض مسائل الاستصناع انطباقاً كبيراً في عصرنا هذا، فأحدت الحاجة إلى تطبيقها وإعادة النظر فيها من جديد في مثل هذه الأحوال وتحقيقاً لهذا الهدف الاسمى وجه المجمع ورقة الاستفسارات حول الموضوع إلى رجال العلم والفقه للبحث والنقاش وهي تشتمل على ثمانية أسئلة فبحثوا فيها مطولاً أو موجزاً و أرسلوا بحوثهم إلى المجمع، وصلين تقريباً ٨٥ مقالاً وقمت بأعداد العرض في ضوء أربعة أسئلة من أولها:

السؤال الأول: ما الذي يجري فيه الاستصناع في عصرنا وما هو الأصل في ذلك؟

ويتعلق به السؤال الرابع:

• غجرات

السؤال الرابع: هل يجري الاستصناع في وسائل النقل فحسب أم في غيرها كالمباني والمساكن؟

يصح عند جميع الباحثين عقد الاستصناع المعرف بأن يطلب شخص من الصانع شيئاً موصوفاً عوض ثمن معين ويقبله الصانع، "أو ابتياع شيء أتى به الصانع على الأوصاف المذكورة بدل الثمن المعين" سداً لحاجات الناس وتعاملهم به و إن ينعدم المبيع حين التعاقد دفعاً للحرج لجريان تعامل الناس به منذ زمن النبي (صلى الله عليه وسلم) فكان ثبت الإجماع على جوازه عملاً من غير نكير، ويصح أيضا في العصر الحاضر في وسائل النقل وغيرها بشروط آتية:

(١) أن يكون المصنوع مما يجري فيه الصنع.

(٢) أن يمكن ضبط أو صافه وقدره.

(٣) وأن تكون مواد الصنعة من الصناع.

(٤) تعارف الناس الاستصناع فيه.

(٥) بيانة جنسه ونوعه وقدره وصفته بحيث لاتبقى جهالة مفضية إلى النزاع.

الأدلة: تدل عليه العبارات الفقهية الآتية:

في البدائع:

"أن صورة الاستصناع هي أن يقول إنسان للصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما اعمل" لي خفا أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمن كذا و يبين نوع ما يعمل وقدره وصفته فيقول الصانع نعم .....

ويجوز استحساناً لإجماع الناس على ذلك لأنهم يعملون ذلك في سائر الأمصار من غير نكير وقد قال (عليه الصلاة والسلام): "لاتجتمع أمتي على ضلالة" ..... والقياس يترك بالإجماع ..... ولأن الحاجة تدعو إليه ..... فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج ..... وأما شرائط جوازه فمنها بيان جنس المصنوع و نوعه وقدره وصفته لأنه لايصير معلوماً بدون ذلك ومنها أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس من أواني الحديد والرصاص والنحاص والزجاج والخفاف والنعال ولحم الحديد للدواب و نصول السيوف والسكاكين والقسي والنبل والسلاح كله والطشت والقمقمة ونحو

ذلك ولا يجوز في الثياب لأن القياس يأبى جوازه و إنما جوازه استحساناً لتعامل الناس ولا تعامل في الثياب (البدائع ٤/٩٣-٩٤، فتح القدير ٧/١٠٧، المبسوط: ١٥٦٣، رد المحتار ٧/٤٧٤).

وفي المبسوط: "حاصل ذلك أن المعتبر فيه العرف وكل ما تعارف الناس الاستصناع فيه فهو جائز" (المبسوط: ١٨٥٨).

وفي الهداية: "وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم" (الهداية في هامش فتح القدير ٧/١٠٩).

وفي شرح المجلة: "كل شيء تعومل فيه استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق ..... يلزم في الاستصناع وصف النوع وصفاً يمنع حدوث أي نزاع لجهالة شيء من أوصافه وتعريفه تعريفاً يتضح به جنسيته ونوعه على الوجه المطلوب" (درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٢٥٩-٣٦، المادة: ٢٨٩-٣٩٠، الفتاوى الهندية ٣/٢٠٨، الفتاوى التاتارخانية ٩/٤٠٠).

وفي المحيط البرهاني: متولي المسجد استصنع محراب المسجد إلى البحار (النجار) في حسب معلوم و عمل وصناعة معلومة قال لايصح لأنه لا تعارف في هذا الاستصناع وكذا في الأبواب والسلالم والسور" (كتار الوقف، الفصل الثاني والعشرون في المسائل التي تعود إلى الرياطات والمقابر والخانات، المحيط البرهاني ٦/٤١١).

وفي الفقه الإسلامي وأدلته: "وإنما يشمل إقامة المباني وتوفير المساكن المرغوبة وقد ساعد كل ذلك في التغلب على أزمنة المساكن ومن أبرز الأمثلة والتطبيقات لعقد الاستصناع ببيع الدور والمنازل والبيوت السكنية على الخريطة ضمن أوصاف محددة فإن بيع هذه الأشياء في الواقع القائم لايمكن تسويغه إلا على أساس الوعد الملزم بالبيع أو على عقد الاستصناع بعد العقد صحيحاً، إذا صدرت رخصة البناء ووضعت الخريطة و ذكرت في شروط العقد مواصفات البناء بحيث لاتبقى جهالة مفضية إلى النزاع والخلاف (الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٤٠٢).

ولايجب في الاستصناع ضرب الأجل لتسليم المصنوع بل يجوز تحديده من المستصنع استعجالاً لئلا يتأخر الصانع عن القيام بعمله ويكون العقد استصناعاً "و إن كان للاستعجال بأن قال على أن تفرغ منه غداً أو بعد غد كان صحيحاً" (رد المحتار ٤٧٤/٧).

"منها أن لايكون فيه أجل فإن ضرب للاستصناع أجلاً صار سلماً حتى يعتبر فيه شرائط السلم وهو قبض البدل في المجلس وهذا قول أبي حنيفة ..... وقال أبو يوسف ومحمد هذا ليس بشرط وهو استصناع على كل حال ضرب فيه أجلا أو لم يضرب .... وجه قولهما أن العادة جارية يضرب الأجل في الاستصناع و إنما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة فلا يخرج به عن كونه استصناعاً ..." (البدائع ٩٤/٤-٩٥، البحر ٢٨٥/٦). "إن كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولايصير به سلما" (المبسوط: ١٥٦٤).

وحكي عن الفقيه أبي جعفر أنه قال إن كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولا يصير سلماً في قولهم وإن كان ذكر المدة ليتمكن فيها من الفراغ عن العمل فهو استصناع وإن كان أكثر من ذلك فهو سلم وفي الصغرى إذا كان ضرب المدة على وجه الامتهال بأن قال على أن تفرغ منه غداً أو بعد غد لايصير سلماً في قولهم" (الفتاوى التاتارخانية ٤٠١/٩).

ولايجب أيضاً فيه دفع جميع الثمن بل يجوز فيه تقسيط الثمن وتأجيله، كأنه عقد يجوز فيه تأجيل الثمن والبيع كليهما، "الاستصناع هو أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول: .... ويسلم له جميع الدراهم أو لايسلم أو يسلم بعضه" (الفتاوى التاتارخانية ٤٠٠/٩، العناية في هامش فتح القدير ١٠٨/٧). "لايشترط في عقد الاستصناع تعجيل الثمن كله عند العقد بل يجوز تقسيط الثمن إلى أقساط معلومة الآجال محدودة أو تأجيله كله" (فقه المعاملات، الاستصناع ٢٩٥/١).

السؤال الثاني: الاستصناع بيع أم مواعدة؟

يقول المفتي محمد عظمة الله الرحيمي باحثاً في هذا السؤال (إن وعد بالبيع بعد الإيجاب والقبول من الطرفين وقبل أن يقوما بما يدل على تمام العقد مثلاً استقدام الصانع

مادة الصنعة أو تعجيل المستصنع ببعض من الثمن وبعد تمام العقد) إنه بيع، بينما يرى المفتي زين العابدين الكوثري وعبد الله السعدي أن الاستصناع وعد بالبيع لا بيع فلو فرض كونه بيعاً حين التعاقد فإنه بيع لمعدوم ولا يصح بيع المعدوم ونهى النبي (صلى الله عليه وسلم)، وإن تعامل الناس به فإن تعاملهم على سبيل المواعدة لا البيع، وهم يعلمون حين العقد أنهم يواعدون لا يقولون بالبيع، فإن المستصنع حينما يطلب من الصانع بصنع شيء مخصوص على وجه مخصوص إنه يريد إن أتى الصانع بالمصنوع على الأوصاف المذكورة ابتياعه منه، فعزو الابتياع إلى المستقبل يدل على أن العقد يتم في الزمن الآتي لا الآن، فإنه الآن وعد فحسب، ولو فرض العقد بيعاً لكان من البيوع المطلقة، أو من بيع السلم والظاهر أن شرائط بيع السلم لا تتوفر فيه ولا البيع المطلق فلا يصح العقد على وجه البيع "كيف يجوز أن يكون بيعاً والمعدوم لا يصح أن يكون مبيعاً" (العناية في هامش فتح القدير ١٠٨/٧).

وإن كان الاستصناع بيعاً لمعدوم لكن المعلوم قد يعتبر موجوداً، "والصحيح انه يجوز بيعاً لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجوداً" (الهداية في هامش فتح القدير ١٠٨/٧) كما أن سلما ترك التسمية وقت الذبح ناسياً فإن التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان لئلا يقع الناس في الحرج، وكما أن الطهارة للمستحاضة و المصاب بسلس البول جعلت موجودة كذلك الاستصناع جعل موجوداً حكماً لتعامل الناس به وحاجتهم إليه". وقد خرج الجواب عن قوله أن معدوم لأنه ألحق بالموجود لمساس الحاجة إليه كالمسلم فيه فلم يكن بيع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق" (البدائع ٩٤/٤، فتح القدير ١٠٩/٧). "إن المعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً كالناسي للتسمية عند الذبح فإن التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجوداً حكماً للتعامل" (العناية في هامش فتح القدير ١٠٨/٧، البحر ٢٨٤/٦).

لأجل جواز بيع السلم خاصة رغم انعدام المبيع فإنه استثني عن بيع المعدوم كذلك الاستصناع للإجماع عليه ولتعامل الناس به وإنه أفرد عن البيع للمعدوم الذي ورد

النهي عنه لأجل اصطناع النبي (صلى الله عليه وسلم) خاتماً وغيره وتدل عليه الروايات الواردة في ذلك، عن عبد الله أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) اصطنع خاتماً من ذهب" (أخرجه مسلم، كتاب اللباس والزينة، باب في خاتم الذهب، الرقم: ٥٥٩٤) وغيره.

لذا توافق الآراء من بقية الكتاب الآخرين القول الراجح للأحناف من أن الاستصناع بيع لا مواعدة، ينعقد لازماً حين التعاقد. يقول المفتي ياسر القاسمي والدكتور محي الدين الغازي توضيحاً إنه عقد منفرد مركب من السلم والإجارة والبيع ومشابه بها مع أنه عقد بيع. ويقول الدكتور محي الدين القرة داغي، المفتي عبد الرزاق القاسمي الأمروهوي، المفتي نثار عالم الندوي، المفتي عارف بالله القاسمي، المفتي مجتبى حسن القاسمي، إنه ليس بوعد بالبيع، ولا لبيع المطلق ولا السلم ولا الإجارة بل إنه عقد مختلف تماماً، لكن الذين قالوا بكونه بيعاً يقصدون منه أنه بيع تختص به أحكام شرعية ينافي في جلها المبيع المطلق و يوافق بيع السلم والإجارة كما تدل عليه عباراتهم وبحوثهم، أسماؤهم فيما يلي:

المفتي حبيب الله القاسمي، المفتي شبير أحمد القاسمي مرادآباد، المفتي محمد أشرف القاسمي الغوندوي، المفتي آصف ياسين البالنفوري، المفتي محمد يحيى القاسمي، المفتي أبو حماد غلام رسول القاسمي، المفتي روح الأمين السعادتي، المفتي محمد شاهجهان الندوي، المفتي راشد حسين الندوي، المفتي أحسن عبد الحق الندوي، الأستاذ كليم الله العمري المدني، المفتي محمد رياض أرمان القاسمي، المفتي لطيف الرحمن ولاية علي، المفتي محبوب فروغ أحمد القاسمي، المفتي شبير أحمد الديولوي، الأستاذ ظفر عالم الندوي، المفتي عبد القيوم البالنفوري، مظاهر حسين عماد القاسمي، المفتي عبد الله الكاوي، المفتي جنيد البالنفوري، المفتي سلمان البالنفوري، المفتي رحمة الله الندوي، الدكتور ظفر الإسلام الصديقي، المفتي عبد التواب الأناوي، المفتي روح الله القاسمي، الأستاذ يوسف علي الآسامي، الأستاذ عبد الباسط البالنفوري، المفتي السيد باقر أرشد القاسمي البنغلوري، الأستاذ عابد الرحمن المظاهري البجنوري، المفتي نثار أحمد الغودروي، الأستاذ محمد زبير الندوي، المفتي محمد فاروق الدربنجوي، الأستاذ محمد

الياس القاسمي، القاضي عبد الجليل القاسمي، المفتي محمد عاشق إلهي، الأستاذ عبد الخالق رامفور، المفتي إقبال أحمد القاسمي، المفتي محمد سلطان الكشميري، المفتي محمد فرقان الفلاحي، المفتي شاهد علي القاسمي، المفتي عمر آمين الإلهي، المفتي أكبر البالنفوري، الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، المفتي أكمل يزداني القاسمي، الأستاذ يوسف القاسمي، الأستاذ أرشد علي الرحماني، الأستاذ محمد مقيم الدين الندوي، الأستاذ اشتياق أحمد الأعظمي، المفتي أبو سفيان المفتاحي، المفتي محمد جعفر الملي الرحماني، المفتي رياسة علي القاسمي الرامفوري، المفتي منصف البدايوني، الأستاذ محمد عثمان الغريني، الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، الأستاذ زبير أحمد القاسمي، المفتي رضوان الحسن المظاهري، المفتي آفتاب عالم الغازي، المفتي محمد سلمان المنصورفوري، المفتي محمد أسجد القاسمي، المفتي إسماعيل الغودروي، المفتي عبد الرحيم القاسمي، المفتي أبو بكر شكرفوري، المفتي أكرم الحق الرباني الندوي، المفتي جهانغير حيدر القاسمي، المفتي بدر أحمد المجيبي، المفتي محفوظ الرحمن القاسمي، المفتي أنور علي القاسمي، المفتي أنور أحمد الأعظمي، المفتي محمد يوسف الأيلووي، المفتي محمد إقبال التنكاروي، الدكتور قطب الريسوني–شارجه، وكاتب هذه السطور محمد حذيفة الداحودي الغجراتي.

يقول العلامة السرخسي:

"أعلم بأن البيوع أنواع أربعة: بيع عين بثمن وبيع دين في الذمة وهو السلم وبيع علم العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوها ..... وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع فالمستصنع فيه مبيع عين ولهذا يثبت فيه خيار الرؤية والعمل مشروط فيه" (المبسوط: ١٨٨٢).

ويقول العلامة الكاساني:

"وأما معناه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هو مواعدة وليس ببيع وقال بعضهم هو بيع لكن للمشتري فيه خيار وهو الصحيح بدليل أن محمداً (رحمه الله) في جوازه القياس والاستحسان وذلك لايكون في العدات وكذا أثبت فيه خيار الرؤية و أنه يختص بالبياعات وكذا يجري فيه التقاضي وإنما متقاضي فيه الواجب لا الموعود" (البدائع ٤/٩٣).

والمستدلات الدالة على أن الاستصناع بيع لا مواعدة تلي:

يملك الصانع بالقبض على الثمن ويملكه مادام قابضاً عليه مع أن الملك يثبت في العقد لا المواعدة، فالاستصناع بيع خاص لا وعد بالبيع، "لأن الصانع يملك الدراهم يقبضها ولو كانت مواعيد لم يملكها" (فتح القدير ١٠٩/٧، البحر ٢٨٤/٦، الفتاوى التاتارخانية ٤٠٠/٩).

أثبت في الاستصناع خيار الرؤية بتسميته بيعاً وذلك لايكون في العدات، وجه العامة أنه سماه في الكتاب بيعاً و أثبت فيه خيار الرؤية" (العناية في هامش فتح القدير ١٠٨/٧، الفتاوي التاتارخانية ٤٠٠/٩).

وذكر في جوازه القياس والاستحسان وهما يختصان بالبياعات لا العدات "والصحيح من المذهب جوازه بيعاً لأن محمداً ذكر فيه القياس والاستسحان وهما لايجريان في المواعدة" (فتح القدير ١٠٨/٧، العناية في هامش فتح القدير ١٠٨/٧، البحر ٢٨٤/٦، الفتاوى التاتارخانية ٤٠٠/٩).

يجري الاستصناع فيما تعارف عليه الناس وتعاملوا به ولو كان من المواعيد لجرى في الجميع، "والدليل عليه أنه فصل بين ما لللناس فيه تعامل وبين ما لاتعامل للناس فيه ولو كان مواعدة لجاز في الكل" (الفتاوى التاتارخانية ٤٠٠/٩).

"وكذا يجري في التقاضي و إنما يتقاضى فيه الواجب لا الموعود" (البدائع ٩٣/٤).

ويجوز بأن يكون الاستصناع بيعاً بمقتضى حاجات الناس ومصالحهم ومنافعهم، لأنه قد شمل صناعات متطورة وجرى به التعامل فيما يقدر بملايين الروبيات فلو عد من العدات لتضرر المستصنع بفوات المصلحة فيما إذا لم بأت الصانع بالشيء المصنوع ويخلف الوعد، وكذا يصاب بالضرر الصانع إذا رده المستصنع فيما إذا أتى الصانع مواقفاً على الأوصاف المذكورة لعدم رغبة الناس فيه على الأوصاف المطلوبة.

والقول الراجح أن الاستصناع بيع لا وعد بالبيع، و أنه ينعقد لازماً أم لا فله مرحلتان:

المرحلة الأولى: إنه عقد غير لازم قبل الصنع وبعد الفراغ من الصنع في حق الصانع والمستصنع معاً فيكون لكل من العاقدين الخيار في إمضاء العقد وفسخه والعدول

عنه فلو باع الصانع الشيء المصنوع، جاز بحسب تصريح الأكثر من الفقهاء وكذا ذكر في ظاهر الرواية وهو من المسائل المتفق عليها لدى الأئمة الأحناف من الإمام أبي حنيفة والإمام أبي يوسف والإمام محمد.

يقول العلامة الكاساني:

"و أما صفة الاستصناع فهي أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين إن لكل واحد منهما الفسخ ..... وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك حتى كان للصانع أن يبيع مما شاء، كذا ذكر في الأصل لأن العقد ما وقع على عين المعمول بل على مثله في الذمة لما ذكرنا إنه لو اشترى من مكان آخر وسلم إليه جاز ولو باعه الصانع و أراد المستصنع أن ينقض البيع ليس له ذلك ولو استهلكه قبل الرية فهو كالبائع إذا استهلك المبيع قبل التسليم كذا قال أبو يوسف ..... إذا قطع الجلد ولم يعمل فقال المستصنع لا أريد لأنا لا ندري أن العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا فلم يكن الامتناع منه إضراراً بصاحبه فثبت الخيار" (البدائع ٩٥/٤، الدر والرد ٤٧٥/٧-٤٧٧).

" وإنما لم يجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمى لأنه لايمكنه إلا بإتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه والإجارة تفسخ ففسخ بهذا العذر ..... وكذا المستصنع ولو شرط تعجيله لأن هذه الإجارة في الآخرة كشراء مالم يره ولأن جوازالاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا اللزوم" (فتح القدير ١١٠/٧، البحر: ٢٨٥/٦). "لايجبر الصانع على العمل ولا المستصنع على إعطاء الأجر وإن شرط تعجيل الأجر" (البزازية على هامش الهندية ٨/٥).

" و روى أبو يوسف عن أبي حنيفة: الصانع لايجبر على العمل بل يتخير إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل و إذا أتى الصانع بالمصنوع لا يجبر المستصنع على القبول بل هو بالخيار إن شاء قبل و إن شاء لم يقبل" (التاتارخانية ٤٠١/٩). "ولا يتعين إلا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز هذا كله هو الصحيح" (الهداية في هامش فتح القدير ١٠٨/٧، الهندية ٢٠٨/٣).

روى صاحب المحيط البرهاني عن الإمام أبي يوسف أنه عقد لازم وليس لكل من العاقدين الخيار بل يجبر الصانع على العمل بحسب الأوصاف المشروطة وتسليم المبيع إلى المستصنع والمستصنع على القبول، لأجل أن الصانع ضمن العمل والمستصنع إن لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع فربما لايرغب غيره في شرائه على تلك الصفة أو لايشتري بذلك القدر من الثمن فيجبر على القبول لدفع الضرر عن الصانع وكذا ذكر صاحب الفتاوى التاتارخانية أخذاً به.

"الروايات في لزوم الاستصناع وعدم لزومه مختلفة أ روى أبو يوسف عن أبي حنيفة (رحمه الله) أن الصانع لايجبر على العمل بل يتخير إن شاء فعل و إن شاء لم يفعل وذكر الكرخي في كتابه أن هذا العقد ليس بلازم ولم ينسب هذا القول إلى أحد وقال أبو يوسف أولاً يجبر المستصنع دون الصانع وهو رواية عن أصحابنا ثم رجع أبو يوسف عن هذا وقال لا خيار لواحد منهما أما الصانع فلأنه ضمن العمل فيجبر عليه و أما المستصنع فلأنه لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع لأنه عسى أن لايشتريه غيره منه أصلاً أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن فيجبر على القبول دفعاً للضرر عن البائع" (المحيط البرهاني ١٣٧/١٧). "روى أبو يوسف عن أبي حنيفة الصانع لايجبر على العمل بل يتخير إن شاء فعل و إن شاء لم يفعل وإذا أتى الصانع بالمصنوع لا يجبر المستصنع على القبول بل هو بالخيار إن شاء قبل و إن شاء لم يقبل وذكر الكرخي في كتابه أن هذا العقد ليس بلازم ولم ينسب هذا القول إلى أحد وقال أبو يوسف أولاً يجبر المستصنع دون الصانع وهو رواية عن أصحابنا ثم رجع عن هذا وقال لا خيار لواحد منهما بل يجبر الصانع على العمل ويجبر المستصنع على القبول" (التاتارخانية ٤٠١/٩).

ويؤيده رأي البعض من الكتاب على رأسهم الدكتور قطب الريسوني–شارجه والدكتور علي محي الدين القره داغي، والأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، المفتي شبير أحمد القاسمي–مرادآباد، والمفتي عبد الرزاق القاسمي الأمروهوي، والمفتي روح الأمين السعادتي، بل قال بعض الفقهاء: أمثال صاحب تنوير الأبصار (مع الرد ٤٧٥/٨) صاحب الدر المختار (مع الرد ٤٧٥/٨) صاحب مختصر الوقاية (شرح الوقاية: ٨٣/٣)

صاحب ملتقى الأبحر (١٥٠/١) صاحب العناية و ..... (في هامش فتح القدير ١٠٩/٧) بناءاً عليه "وهو بيع لا عدة فيجبر الصانع على عمله ولايرجع المستصنع عنه" (ملتقى الأبحر ١٥٠/١) وقال صاحب مجمع الأنهر شارحاً له: وفرغ على كونه بيعاً بقوله فيجبر الصانع على عمله ولو كان عدة لميجبر ولا يرجع المستصنع عنه أي عن أمره ولو كان عدة لجاز رجوعه" (مجمع الأنهر في هامش ملتقى الأبحر ١٥٠/٢) لكن العلامة الشامي تناوله بالبحث والتنقيح مفصلاً ومستمداً من الأدلة والنصوص وقال: (رد المحتار ٤٧٥/٧-٤٧٥) ورد الشيخ أحمد الزرقاء في شرح القواعد الفقهية (٥٦) وعلى ما صرحت به مجلة الأحكام قائلاً: الأئمة الأحناف قد أجمعوا على أن عقد الاستصناع لاينعقد لازماً قبل الصنع ولكل من العاقدين الخيار فليحرر.

المرحلة الثانية: إذا أتى الصانع بالشيء المصنوع مغايراً للأوصاف المشروطة يتخير المستصنع بفوات الوصف، إن شاء أخذه و إن شاء تركه لكنه إذا أتى به بحسب الأوصاف المذكورة ينعقد لازماً للصانع دون المستصنع عند الإمام أبي حنيفة فيجبر على تسليم المصنوع ليس له الخيار في فسخ العقد لأنه أسقط خيار نفسه بالإحضار.

"و لنا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم أما بعد ما رآه المستصنع فالأصح أنه لا خيار للصانع بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه لأنه بالأخرة بائع" (فتح القدير ١١٠/٧، البحر ٢١٨٥/٦).

لكنه لايلزم المستصنع وله خيار الرؤية كالبياعات الأخرى في إمضاء العقد أو فسخه ورد الشيء المصنوع إن لم يرض به و إن أتى على الصفات المطلوبة، كذا في ظاهر الرواية وهذا هو المذهب الراجح لدى الأئمة الأحناف من الإمام أبي حنيفة، الإمام أبي يوسف والإمام محمد (رحمهم الله تعالى)، وروى عن الإمام أبي حنيفة أن لكل واحد من العاقدين الخيار وعن الإمام أبي يوسف ينعقد لازماً لكل واحد منهما من الصانع والمستصنع ويجبر المستصنع على القبول إذا أتى المصنوع على الأوصاف المذكورة ولا خيار له.

يقول العلامة الكاساني: فأما إذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع و للمستصنع الخيار لأن الصانع بائع ما لم يره فلا خيار له و أما

المستصنع فمشتري مالم يره فكان له الخيار ..... لأن الخيار كان ثابتاً لهما قبل الإحضار لما ذكرنا أن العقد غير لازم فالصانع بالإحضار أسقط خيار نفسه وبقى خيار صاحبه على حاله هذا جواب ظاهر الرواية عن أبي حنيفة و أبي يوسف و محمد (رحمهم الله) وروي عن أبي حنيفة (رحمه الله) أن لكل واحد منهما الخيار و روي عن أبي يوسف أنه لا يخار لهما جميعا وفي وجه رواية أبي يوسف أن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة فلو كان للمستصنع الامتناع عن أخذه لكان فيه إضرار بالصانع بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم يعمل فقال المستصنع لا أريد لأنا لا ندري أن العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا فلم يكن الامتناع منه إضراراً بصاحبه فثبت الخيار و وجه رواية أبي حنيفة أن في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه و إنه واجب والصحيح ظاهر الرواية (البدائع ٩٥/٤، الدر والرد ٤٧٥/٧-٤٧٧) يقول صاحب الهداية: "وهو بالخيار إن شاء أخذه و إن شاء تركه لأنه اشترى شيئاً لم يره ولا خيار للصانع، كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح لأنه باع مالم يره وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضاً لأنه لايمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن أبي يوسف أنه لاخيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا و أما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضراراً بالصانع لأنه ربما لايشتريه غيره بمثله" (الهداية في هامش فتح القدير ١٠٨/٧، البحر: ٢٨٥/٦، المبسوط ١٥٦٣). والعمل على قول الإمام أبي يوسف وبه أفتى رجال الفقه والإفتاء أنه ينعقد لازماً لكل من الصانع والمستنصنع وإليه ذهب الجميع من الكتاب والباحثين قريباً، لدفع الضرر عن الصانع في إفساد المواد المصنوعة التي صنعها وقفاً لطلب المستصنع ويتعذر على الصانع بيع المصنوع على أية حال لقلة رغبة الناس فيه على تلك الصفة، والأمر الثاني صرح به الفقهاء إن كانت المواد المصنوعة مما لايتفاوت إحداها تسقط رؤية واحد منها خيار الرؤية عن المستصنع وليس له الخيار، "فإن كان لايتفاوت إحداها كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج ويكتفى برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقي أداء مما رأى فحينئذ يكون له الخيار" (الهداية ٣٦/٣) فليس للمستصنع خيار الرؤية في الاستصناع إن أتى الصانع بالعين المصنوعة على الصفة المشروطة.

وقد ذكره أيضاً العلامة التهانوي أن المستصنع لايرد المصنوع بعد الصنع فهو يقول: "إنه بيع لا وعد بالبيع، فلا يفسخه المستصنع و إن للصانع أن يطلب الثمن إن أنكر" (إمداد الفتاوى ١٤١/٣).

وهذا ما قال الشيخ فتح محمد في تكملة عمدة الرعاية حاشية لشرح الوقاية: عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما لا للصانع ولا المستصنع وهذا مما يتم به غرض الاستصناع وبه تجري المعاملات وفي الخيار لا اعتماد ولا انعقاد" (تكملة عمدة الرعاية حاشية شرح الوقاية ٨٤/٣).

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بقول الإمام أبي يوسف في لزوم العقد قبل الصنع وبعده "وإذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع و إذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبنية كان المستصنع مخيراً ..... الاستصناع بيع وليس وعداً مجرداً فإذا انعقد فليس لأحد العاقدين على رواية أبي يوسف الرجوع عنه بدون رضاء الأخير فيجبر الصانع على عمل الشيء المطلوب وليس له الرجوع عنه لأن الذي يبيع مالم يرد له الخيار وكذلك ليس للمستصنع أن يرجع عنه لأنه لو جعل له الخيار للحق البائع إضرار لأنه قد لا يرغب في المصنوع أحد غير المستصنع وليس للصانع بعد عمل المصنوع الامتناع عن تسليمه إلى المستصنع و إذا امتنع الصانع بعد ما رآه المستصنع عن تسليمه له أجبر على تسليمه له أما إذا باعه إلى آخر وقد رآه المستصنع وكان البيع قبل القبول فله ذلك إذا كان المصنوع غير موافق للأوصاف المطلوبة فإن كان النقص الموجود فيه من العيب فللمستصنع خيار العيب وإن كان من قبيل الوصف فله خيار الوصف، إن شاء قبله و إن شاء رده ومتى قبله بعد رؤيته فليس له رده وقال أبو يوسف ليس للمستصنع خيار الرؤية خلافاً لبعض الفقهاء" (درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٦١/١، المادة: ٣٩٢).

ويؤيد هذا الرأي الدكتور وهبة الزحيلي بأنه عقد لازم، "وفي تقديري أن الرأي الذي أخذت به المجلة كان سديداً جداً منعاً من وقوع المنازعات بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عن الصانع إذا أن أغراض الناس تختلف باختلاف الشيء المصنوع حجماً و

نوعاً وكيفية ولأن هذا الرأي يتفق مع مبدأ القوة الملزمة للعقود بصفة عامة في الشرعية ويتناسب مع الظروف الحديثة اليت يتفق فيها على صناعة أشياء خطيرة وغالية الثمن كالسفن والطائرات فلا يعقل والحال هذه أن يكون عقد الاستصناع فيها غير لازم" (الفقه الإسلامي وأدلته ٣٩٨/٤).

ومن قرارات مجمع الفقه الإسلامي–جده في ندوته السابعة:

"إن عقد الاستصناع هو عقد وارد على العمل والعين في الذمة ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط".

وقال العلامة خالد سيف الله الرحماني بكون عقد الاستصناع بيعاً وينعقد لازماً، لكل من الطرفين (أنظر المصارف الإسلامية الحديثة: ٥٠).

بينما يرى العلامة المفتي تقي العثماني أنه لايلزم قبل العلم، ويلزم بعده لأن الاستصناع يوجب العمل على الصانع ولكل من الطرفين الرجوع عنه قبل العمل، وبعده ليس لأحد من المتعاقدين الرجوع عنه (أنظر: الصرف الإسلامي شكله العملي في العصر الحاضر، الملحق: المسائل الاقتصادية المعاصرة والإسلام ١٥٤/٥).

السؤال الثالث: يبتاع المشتري في الاستصناع مبيعاً ينعدم حين التعاقد كأنه بيع لمعدوم فهل يجوز أن يبيعه قبل وجوده شخصاً آخر والشخص الآخر شخصاً ثالثاً؟ وهل ينطبق عليه البيع للمعدوم صورة أم لا؟ وقد يقع كثيراً اليوم في بيع الشقق الجاهزة وابتياعها:

فوقف العلماء والباحثون إزاء هذا السؤال في ثلاثة مواقف:

الموقف الأول: يجوز للمستصنع لمرة واحدة في عقد الاستصناع يبيع المبيع قبل وجوده شخصاً آخر فيبيعه هذا بدوره لشخص آخر، ولا ينطبق عليه البيع للمعدوم صورة. ويمثل هذا الرأي: المفتي حبيب الله القاسمي، المفتي شبير أحمد القاسمي شاهي مرادآباد، والأستاذ محمد مقيم الدين الندوي، والمفتي رضوان الحسن المظاهري، المفتي محمد أشرف القاسمي الغوندوي، المفتي محمد رياض أرمان القاسمي، المفتي محبوب فروغ أحمد القاسمي، الأستاذ ظفر عالم الندوي، والدكتور ظفر الإسلام الصديقي، والمفتي السيد

باقر أرشد القاسمي البنغلوري، والأستاذ محمد وزبير الندوي، والمفتي محمد سلطان الكشميري، والأستاذ محمد عاشق الهي، المفتي أكمل اليزداني، والمفتي أبو سفيان المفتاحي، المفتي عبد الرحيم القاسمي، والمفتي إكرام الحق الرباني الندوي، المفتي محفوظ الرحمن القاسمي.

الشاهد: إنهم يستدلون بأن المبيع و إن كان معدوماً في العقد الثاني والثالث لكنه موجود حكما لتعامل الناس، والاستصناع قد جوز لجريان العرف به كما أنه ينعدم حين التعاقد الأول لكنه في حكم الموجود.

الموقف الثاني: لايجوز للمشتري بيع المصنوع قبل وجوده شخصاً آخر والشخص الآخر ثالثاً وينطبق عليه بيع المعدوم صورة، وقد حض الجواز بمثل هذا البيع في الشقق للتعامل ويمثل هذا الرأي المفتي نثار عالم الندوي والمفتي عمر أمين إلهي، ويقول المفتي روح الله القاسمي، والأستاذ أرشد علي الرحماني، والمفتي عظمة الله الرحيمي لايجوز مثل هذا العقد في وسائل النقل ويجوز في غيرها ويقول الأستاذ محمد عثمان الغوريني: لايجوز البيع قبل القبض ويجوز الامتناع للصانع عن حقه بعوضه نزولاً عن الحق.

الموقف الثالث: لايجوز للمستصنع بيع المصنوع قبل وجوده شخصاً آخر وهذه العقود ممنوعة سوى العقد الأول، ويمثل هذا الرأي معظم الكتاب والباحثين أسماؤهم فيما يلي:

الشيخ أختر إمام عادل القاسمي، والمفتي آصف ياسين البالنفوري، والمفتي أبو حماد غلام رسول القاسمي، والمفتي روح الأمين السعادتي، والمفتي محمد شاهجهان الندوي، والمفتي راشد حسين الندوي، والأستاذ كليم الله العمري المدني، والمفتي لطيف الرحمن ولاية علي، والمفتي شبير أحمد الديولوي، المفتي عبد القيوم البالنفوري، والأستاذ مظاهر حسين عماد القاسمي، المفتي عبد التواب الأناوي، والأستاذ عبد الباسط البالنفوري، والمفتي عبد الرزاق القاسمي الأمروهوي، والأستاذ عابد الرحمن المظاهري البجنوري، والمفتي نثار أحمد الغوري، والمفتي محمد فاروق الدربنغوي، والأستاذ محمد الياس القاسمي، والقاضي عبد الجليل القاسمي، والمفتي إقبال أحمد القاسمي، والمفتي محمد فرقان الفلاحي، والمفتي شاهد علي القاسمي، والمفتي عارف بالله القاسمي، والمفتي

محمد إكرام البالنفوري، والأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، والأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، والأستاذ يوسف القاسمي، والأستاذ اشتياق أحمد الأعظمي، والمفتي محمد جعفر الملي الرحماني، والمفتي ياسر القاسمي، والمفتي رياسة علي القاسمي الرامفوري، والمفتي منصف البدايوني، والأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، والأستاذ زبير أحمد القاسمي، والأستاذ عبد القادر عبد الله كيرل، والأستاذ عبد الله السعدي، والمفتي آفتاب عالم الغازي، والمفتي محمد سلمان المنصورفوري، والمفتي محمد أسجد القاسمي الندوي، والمفتي إسماعيل الغودروي، والمفتي أبو بكر الشكرفوري، المفتي جهانغير حيدر القاسمي، والمفتي مجتبى حسن القاسمي، والمفتي بدر أحمد المجيبي، والمفتي أنور علي الأعظمي، والمفتي محمد أنور القاسمي، والمفتي محمد يوسف اللايلولوي، والمفتي محمد إقبال التنكاروي، وكاتب هذه السطور محمد حذيفة الداحودي.

الأدلة:

المبيع معدوم في العقد الثاني والثالث ولم يتم صنعه حتى الآن، ولاي صح بيع المعدوم وقد نهي عنه في الحديث النبوي الشريف ففي رواية حكيم بن حزام (رضي الله عنه): "أتيت رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فقلت يأتيني الرجل يسلني من البيع ماليس عندي ابتاع له من السوق ثم أبيعه قال لا تبع ما ليس عندك" (رواه أبو داؤد وسكت عنه إعلاه السنن ١٥٨/١٤ و رواه الترمذي أبواب البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عندك ١٤٨/١، الرقم: ١٢٣٢).

وفي رواية أخرى: "لايحل سلف وبيع وشرطان في بيع ولا ربح مالم يضمن ولا بيع مالس عندك" (رواه الترمذي عن عبد الله بن عمر، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك وقال هذا حديث حسن صحيح ١٤٨/١، الرقم: ١٢٣٤).

وقد تحدث الفقهاء عن هذا النهي: "من شرط العقود عليه أن يكون موجوداً مالاً متقوماً مملوكاً في نفسه وأن يكون ملك البائع فيما يبيعه لنفسه و أن يكون مقدور التسليم" (الرد مع الدر ٢٤٦/٧) وبطل بيع ما ليس بمال ..... والمعدوم ....." (الدر في هامش الرد ٢٣٥/٧-٢٣٦).

و ورد المنع لأجل الغرر والضرر والجهل، وكل واحد منه يفضي إلى المنازعات ولا يخفى ما بيع المبيع للمعدوم من الضرر والغرر وقد يمكن أن لا يتمكن العاقد من القبض على المصنوع وقد منع النبي (صلى الله عليه وسلم) عن بيع الغرر ففي رواية: "نهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن بيع الغرر" (رواه الترمذي عن أبي هريرة أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر وقال حديث حسن صحيح: ١٤٨/١، الرقم: ١٢٣٠) ويضمن المعدوم غير المملوك غير مقدوم التسليم، المجهول وغير المقبوض، لأن كلا منه يحمل الغرر، والنظر في الصورة المذكورة بالدقة والإمعان يجلو أن النزاع يكثر بكثر العقود.

ولم يضمن المستصنع الشفق لعدم تمام بنائها مع أن الشريعة منعت عن بيع و ربح مالم يضمن، كما تقدم في الرواية: "ولا ربح مالم يضمن" وفي الصحيح لابن حبان: "ولا بيع مالم يضمن" (روه ابن حبان عن عبد الله بن عمرو بن العصا، كتاب العتق، باب الكتابة، الرقم: ٤٣٢١).

ومما اتفق عليه الجميع أن الاستصناع يتفرع من بيع السلم رغم أنه يخالفه في بعض أحكامه، مثلاً: تحديد الأجل للمبيع أم لا، لزوم تعجيل الثمن أو عدم لزومه تعامل الناس بالمبيع أو عدم تعاملهم به أن يكون المبيع مما يجري فيه الصنع أولا يجري مما فصله الفقهاء والعلماء لكن لم أعثر في الكتب الفقهية بعد البحث الطويل على اختلاف الاستصناع والسلام تماماً في بيع المبيع قبل القبض عليه وهذا ما يدل على أنهما يتفقان في هذا الأمر وقد صرح العلماء بأن بيع المبيع والتصرف فيه قبل قبضه لايصح في بيع السلم: "لايجوز التصرف للمسلم إليه في رأس المال ولا لرب السلم في المسلم فيه قبضه بنحو بيع وشركه مرابحة وتولية" (الدر مع الرد ٣٦٧/٧) كذا لايصح في بيع الاستصناع بيع المبيع قبل وجوده.

إنه يفتح باب الربا، لأن بيع المبيع قبل وجوده كأنه تبادل المال بالمال ولا يصح تبادل المال بالمال بالنقصان أو الزيادة.

قاس المجيزون العقد الثاني والثالث على العقد الأول لكنه القياس مع الفارق لوجوه تالية:

(أ) جاز العقد الأول مع انعدام المبيع حين التعاقد لأمرين، أولهما: تعامل الناس به وحاجتهم إليه، ثانيهما: وجود الاستصناع حقيقة، والظاهر أن العقد الثاني والثالث ولم يجر التعامل بهما لأن هذه العقود لاتهدف السد لحاجات الناس بل الاستثمار والتمويل ولاتحمل معنى الاستصناع لأن المشتري الأول ولا يطلب الصنع من المشتري الثاني ولا المشتري الثاني من الثالث كما يكون في الاستصناع الموازي بل إنه يعاقد بيعاً مطلقاً ويشتري المصنوع ويلزم وجود المبيع في البياعات وهو ينعدم هنا أو بكلمات أخرى: إن جواز هذا العقد مشروط بالصانع أو المستصنع، والتعاقد من الغير ليس استصناعاً بل إنه بيع المعدوم مطلقاً والنهي عنه، فلا يقاس على العقد الأول.

(ب) تجويز ابتياع المعدوم للمستصنع لأجل الحاجة إليه: الحق بالموجود لمساس الحاجة إليه (البدائع ٩٤/٤).

ومن القواعد الفقهية التفق عليها: "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها" (الأشباه والنظائر، القاعدة الخامسة، الضرر يزال ٨٦/١)، فجاز بيع المعدوم في العقد الأول للمستصنع سداً لحاجته إليه أما في العقد الثاني والثالث فلا يجوز فيه بيع المعدوم تجارة ومرابحة لعدم حاجة المستصنع إليه.

(ج) ثبت جواز بيع المعدوم للمستصنع على خلاف القياس استحساناً ومن الأصول الفقهية المسلمة: "ما ثبت على خلاف القياس فغيره لايقاس عليه" (شرح القواعد الفقهية للزرقاء، القاعدة الرابعة عشرة: ١٥١) "تم المستحسن بالقياس الخفي يصح تعديته بخلاف المستحسن بالأثر أو بالإجماع أو الضرورة كالتسليم والاستصناع" (منتخب الحسامي: ١٠٤) فلا يقاس العقد الثاني والثالث على الأول.

قد أثبت عبارات الفقهاء على الذين يفرقون بين وسائل النقل وغير النقل من المنازل والشقق وما صرحوه من أن بيع وسائل النقل لايجوز قبل قبضها بينما يجوز بيع وسائل غير النقل من المنازل والشقق يجوز قبل قبضها رغم أن النهي في الصورة هذه لأجل القبض وعدمه بل لأجل انعدام المبيع حقيقة وحكماً وهو موجود في كليهما من النقل وغيره فالتمييز بينهما في محل النظر.

وهنا فرق جلي بين المستصنع المباع قبل وجوده إلى شخص آخر وبين الاستصناع المتوازي، وهما يختلفان تماماً، فإن العاقد الأول في الاستصناع الموازي مستصنع، والثاني مستصنع وصانع معاً والثالث صانع، وفي الصورة المذكورة العاقد الأول صانع والثاني مستصنع والثالث يعاقد المستصنع البيع المطلق ويشري منه المبيع قبل وجوده وهما لايعاقدان الاستصناع بل البيع مطلقاً فالصورة التي نحن بصدد البحث عنها لاتصح ويصح الاستصناع المتوازي، أو يتخلى المستصنع عن العقد ببيع الشقق شخصاً آخر مرابحة ويتولى العقد المستصنع وهو أيضاً لايصح لعدم وقوعه في الاستصناع المتوازي.

يستثنى العقد الثاني والثالث عن النهي الذي ورد في بيع المعدوم للوجوه المذكورة المتقدمة وجواز هذه العقود المتتابعة لايقبله الفهم وحسب فتاوى البيت التمويل الكويتي.

ولايجوز بيع الشقق المشتراة بعقد استصناع بنفس الشروط والمواصفات وبالثمن الذي يتفق عليه مع المشتري قبل تمام بنائها واستلامها لأن هذا من بيع المعدوم لأنها غير موجودة فعلاً بالشكل الذي تباع على أساسه" (الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، الرقم: ٣٣٦، المسائل الاقتصادية: ٩٦٧/١).

ومما أفتى به العلامة الشيخ المفتي أحمد الخانفوري (دامت بركاته) أن مثل هذه العقود بيع لمعدوم وهو باطل (أنظر: محمود الفتاوى ٤٦٥/٢-٤٦٧).

ومن فتاوى الشيخ خالد سيف الله الرحماني (حفظه الله ورعاه).

"لايجوز بيع الشقق والمنازل قبل تمام بنائها لأنه يجب وجود المبيع حين التعاقد" (كتاب الفتاوى ٢٧٢/٥).

وأخيراً ندعو الله تعالى أن يزيدنا علماً و دراية ويقدر لنا التوصل إلى الحقائق العلمية والاستنتاج في ضوء القرآن والسنة آمين، والحمد لله رب العالمين.

* * *

عقد الاستصناع

(من لاسؤال الخامس إلى الثامن)

الأستاذ المفتي عبد الرزاق القاسمي الأمروهوي•

حمل كاتب هذه السطور من المجمع مهمة العرض من السؤال الخامس إلى الثامن حول عقد الاستصناع وتلقيت تقريباً ٦٧ مقالاً حوله، فيما يلي أسماء الباحثين والكتاب:

المفتي حبيب الله القاسمي، والأستاذ أختر إمام عادل القاسمي، والمفتي شبير أحمد القاسمي، والأستاذ روح الأمين السعادتي، والمفتي أبو حماد غلام رسول منظور القاسمي، والمفتي محمد أشرف القاسمي، والمفتي محمد يحيى القاسمي، والمفتي آصف ياسين القاسمي، والدكتور المفتي محمد شاهجهان الندوي، والمفتي راشد حسين الندوي، والأستاذ محمد أحسن عبد الحق الندوي، والحافظ الأستاذ كليم الله العمري، والأستاذ محمد رياض أرمان القاسمي، والمفتي لطيف الرحمن ولاية علي، والمفتي محبوب فروغ أحمد القاسمي، والأستاذ شبير أحمد الديولوي، والأستاذ محمد ظفر عالم الندوي، والمفتي عبد القيوم البالنفوري، والأستاذ مظاهر حسين عماد القاسمي، والمفتي عبد الله الكاوي، والمفتي جنيد بن محمد البالنفوري، والمفتي سلمان البالنفوري، والدكتور علي محي الدين القرة داغي، والأستاذ محمد حذيفة بن محمود الخياط الداحودي، والأستاذ رحمة الله الندوي، والدكتور ظفر الإسلام الصديقي، والأستاذ محمد يوسف علي، والأستاذ عبد الباسط البالنفوري، والمفتي عبد الرزاق القاسمي، والمفتي باقر أرشد القاسمي، والمفتي عابد الرحمن المظاهري، والمفتي نثار أحمد الغودروي، والأستاذ زين العابدين الكوثري، والأستاذ محمد زبير الندوي، والأستاذ محمد فاروق الباردولي، والأستاذ محمد الياس القاسمي، والأستاذ عبد القادر عبد الله، والأستاذ عبد الله السعدي، والقاضي عبد الجليل القاسمي،

• أستاذ خادم السنة بالجامعة الإسلامية العربية في الجامع– أمروهه

والمفتي اقبال أحمد القاسمي، والمفتي محمد سلطان الكشميري، والأستاذ محمد عاشق الهي، والأستاذ عبد الخالق، والأستاذ محمد فرقان الفلاحي، والمفتي محمد منصف القاسمي، والمفتي شاهد القاسمي، والمفتي محمد عارف بالله القاسمي، والمفتي عمر أمين ,لهي، والمفتي محمد أكرم البالنفوري، والأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، والأستاذ زبير أحمد القاسمي، والمفتي محمد رضوان الحسن القاسمي، والأستاذ محمد عثمان الجونفوري، والمفتي محمد جعفر الملي الرحماني، والأستاذ محمد ياسر القاسمي، والأستاذ اشتياق أحمد الأعظمي، والأستاذ أبو سفيان المفتاحي، والأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، والمفتي أكمل اليزداني القاسمي، والأستاذ محمد يوسف القاسمي الجودفوري، والأستاذ محمد أرشد الجودفوري، والأستاذ مقيم الدين الندوي، والأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، والمفتي رياسة علي الأمروهوي.

السؤال الخامس: تستخدم المصارف الإسلامية الاستصناع استثماراً بما يدعي بالاستصناع الموازي أو المتوازي، وهذا العقد يتم بين ثلاثة متعاقدين والمصرف منهم كواسطة إذ ان العقد يتم بين ثلاثة متعاقدين والمستصنع بصفته متعاقداً آخر، ويفرق بين الثمنين بأن ينال من الأول الثمن، فهل يجوز مثل هذا الشكل شرعاً أم لا؟

فأجمع خمسة وستون باحثاً تقريباً على أنه يجوز مشروطاً، وذهب الثلاثة الباقية من الكتاب إلى أنه لايصح أسماؤهم فيما يلي:

المفتي حبيب الله القاسمي، والأستاذ شاهجهان الندوي، والأستاذ مظاهر حسين عماد القاسمي.

استدل المجيزون بالدلائل الآتية:

١- لم يشترط الفقهاء لثبوت الاستصناع شرطاً يلزم أنه لايتم إلا للمستصنع بل يصح شرعاً بأن يستصنع شخص صانعاً الشئ المطلوب للمشتري ويدفعه إليه، يقول العلامة الكاساني:

لأن العقد ما وقع على عين المعقود بل على مثله في الذمة، لما ذكرنا أنه لو اشتري من مكان آخر وسلم إليه جاز (البدائع ٤/٥) وقد أورد مثلها صاحب الهداية والعلامة الشامي.

٢- الدليل الثاني: قد صرح الفقهاء في الإجارة بأن استأجر أحد رجلاً على أجرة، ولم يتشرط عليه بشرط من أن يعمل هو نفسه فيجوز للأجير بأن يستعمل شخصاً ثالثاً، واستدلوا بعبارة آتية من فقه المعاملات:

"و إن أطلق كان له أي للأجير أن يستأجر غيره" (فق المعاملات ٢٧٢/١، وعبارة البدائع أوضح في باب جواز الاستصناع المتوازي.

يقول العلامة الكاساني:

"والدليل عليه أن صانعاً تقبل عملاً بأجر ثم لو يعمل بنفسه، ولكن قبله لغير بأقل من ذلك طاب له الفضل" (البدائع ٦٢/٦).

فإن كان العقد يبنى على الصنع لا يصح العقد، لأن الصنع والعمل من الآخر، فيصح في الاستصناع الموازي أن يتقبل المصرف أو الصانع العمل ومستصنعاً عاقداً ثالثاً.

٣- يحتاج الصانع والمشتري إلى واسطة بينهما بعدم وقوف المشتري على صانع حاذق، أو يخشى على نفسه الخسارة إن باشر العقد فهو محتاج إلى من يرشد فلكل فن رجال، وهذا ما يدل على جواز الاستصناع المتوازي.

٤- ويضع المفتي عابد الرحمن المظاهري البجنوري، والمفتي نثار عالم الندوي، والمفتي أبو حماد غلام رسول منظور المصارف الإسلامية في موضع الدلال والوكيل ويقولون: يجوز للبنك والمصرف المرابحة التي ينالها عندما يتوسط بين الصانع والمستصنع، والبنك أو المصارف الإسلامية دلال أو وكيل للمستصنع ويحل النفع إن قرض البنك أو المصرف أميراً.

٥- وقد ذكر أحسن عبد الحق الندوي، والأستاذ رياض أرمان القاسمي، والأستاذ لطيف الرحمن ولاية علي، والأستاذ شبير أحمد الديلوي، والأستاذ ظفر عالم الندوي، والأستاذ عبد القيوم البالنفوري، والمفتي جنيد أحمد البالنفوري، والأستاذ

عبد التواب، والأستاذ عبد الباسط البالنفوري، والمفتي السيد باقر أرشد القاسمي، والمفتي نثار أحمد، والمفتي اقبال أحمد القاسمي، والأستاذ راشد حسين الندوي، بعض العبارات للعلامة المفتي محمد تقي العثماني:

لايجب أن يبني المتمول بنفسه المنازل بل إنه يجوز أن يعاقد شخصاً ثالثاً بالاستصناع المتوازي، أو يستخدم مقالاً ويحدد ربحه في الاستصناع بقدر مؤونة فيه (الإسلام والقضايا الاقتصادية المعاصرة: ١٥٧).

٦- وإن فرق المصارف الإسلامية بين الثمنين بعد تحديدهما من قبل المتعاقدين الآخرين يجوز لأنه يدل على جهدها وسعيها وراءه إلا أنه يجب أن يكون على أجرة المثل.

واشترط الذين أجازوا الاستصناع المتوازي الشروط الآلية:

(١) أن ينفصل العقد غير مشروط بعضه ببعض ولا ينحصر أحدهما على الآخر بحيث تتوقف حقوق أحدهما و واجباته على الآخر.

(٢) أن لاتجشم المصارف المستصنع بالتعاقد مع الصانع ولا توكله في قرض الشيء المصنوع والتعهد به.

(٣) أن يعاقد مع العاقد الثالث الذي لا علاقة له بالمستصنع.

(٤) أن يقوم المصرف بالقبض على الشيء المصوغ ثم يدفعه إلى المستصنع.

(٥) أن لايحدد البنك لتسليم المبيع مدة مديدة لم يجر التعامل بها لأنها تلزم إستثمار المصنوع وهو يسبب الربا فيجب تحديد أجل للتعاقد وفق الحاجة وإلا يجوز الاستصناع المتوازي في رأي المفتي حبيب الله القاسمي، والمفتي شاهجهان الندوي، والأستاذ مظاهر حسين عماد القاسمي، و يقول المفتي حبيب الله القاسمي، البنوك والمصارف الإسلامية تستخدم الاستصناع استثماراً بطريق تشم منه رائحة الربا فلا يجوز هذا الشكل من الاستصناع ولم يصرح الأستاذ بعلله و أسبابه، و قد فصلها الأستاذ المفتي شاهجهان الندوي، تناول أولاً بالصورتين (من المربوط وغيره المربوط) من الاستصناع المتوازي ثم

تحدث عن إجازة كثير من الفقهاء المعاصرين عن الاستصناع المتوازي غير المربوط ..... لكنني أرى إجازة الاستصناع المتوازي المربوط لوجوه تالية:

(١) و إن يختلف العقدان تماماً بعضهما عن الآخر في الاستصناع المتوازي غير المربوط هو أمر مناف للنظام الإسلامي الاقتصادي لأنه يقوم على أساس المرابحة بإنتاجات الخدمات والأشياء الحقيقية، بينما يقصد المصرف بالاستصناع مالاً كثيراً بالتمويل، والهدف الحقيقي له الاستزادة على الثمن بالاستقراض وهو الربا لا بيع المبيع بعد العمل.

(٢) المصارف تعاقد مشترياً عقد الاستصناع كصانع بدل الثمن المعين ثم تعتبر المبيع من صانع أو مقاول استصناعاً كأن الثمن الحاصل له بدلاً عن الميعاد لا الجهد والكد.

(٣) لا تلتزم المصارف الإسلامية عامة بالشروط بل توكل المشترين في القبض على الشئ المصنوع من الصنع كذا يوم كذا.

(٤) إنه بيع للمعدوم قال النبي (صلى الله عليه وسلم) "لا تبع ما ليس عندك".

والرأي الراجح عندي القائل بجواز الاستصناع المتوازي، لعدم إلزام الفقهاء شروطاً توجب أن العقد لا يتم إلا بها.

السؤال السادس: تارة يدفع في الاستصناع إلى الصانع جزء من الثمن عربوناً، فهل يجوز أخذه للصانع إن أتى بالشئ المصنوع على الشروط المذكورة و رده المشتري دفعا للضرر عنه؟

أجاز تقريباً ثلاثة و خمسون باحثاً أخذ العربون دفعاً للضرر عنه في عقد الاستصناع.

(أحزوا بمذهب الإمام أحمد بن حنبل عند الضرورة) دون العقود الأخرى، أسماؤهم فيما تلي:

المفتي حبيبت الله القاسمي، والأستاذ روح الأمين، والمفتي شبير أحمد القاسمي، والمفتي محمد أشرف القاسمي، والمفتي محمد يحيى القاسمي، والمفتي آصف ياسين القاسمي، والدكتور المفتي محمد شاهجهان الندوي، والمفتي راشد حسين الندوي، والأستاذ

محمد أحسن عبد الحق الندوي، والأستاذ شبير أحمد الديولوي، والأستاذ ظفر عالم الندوي، والمفتي عبد القيوم البالنفوري، والأستاذ مظاهر حسين عماد القاسمي، والمفتي عبد الله الكاوي، والمفتي جنيد بن محمد البالنفوري، والمفتي سلمان البالنفوري، والأستاذ محمد حذيفة الداحودي، والأستاذ رحمة الله الندوي، والدكتور ظفر الإسلام الصديقي، والأستاذ محمد نثار عالم الندوي، والأستاذ عبد الباسط البالنفوري، والأستاذ يوسف علي، والمفتي باقر أرشد القاسمي، والمفتي عابد الرحمن المظاهري، والأستاذ زين العابدين الكوثري، والأستاذ زبير عالم، والأستاذ محمد فاروق الباردولي، والأستاذ محمد عاشق الهي، والأستاذ عبد الخالق، والأستاذ محمد فرقان الفلاحي، والمفتي شاهد القاسمي، والمفتي محمد عارف بالله القاسمي، والمفتي عمر أمين الهي، والأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، والمفتي محمد رضوان الحسن القاسمي، والأستاذ محمد منصف، والأستاذ محمد عثمان الجونفوري، والأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، والأستاذ أرشد الرحماني، والأستاذ يوسف القاسمي الجونفوري، والأستاذ أبو سفيان المفتاحي، والأستاذ محمد أكمل اليزداني، والأستاذ اشتياق أحمد، والأستاذ محمد ياسر القاسمي، والأستاذ جعفر الملي الرحماني.

ويرى أحد عشر باحثاً أنه لايجوز أخذ العربون للصانع دفعاً للضرر عنه، ويرى البعض منهم أن يراجع الصانع المحاكم، أسماؤهم فيما يلي:

المفتي أختر إمام عادل القاسمي، والمفتي أبو حماد غلام رسول، والأستاذ عبد التواب، والأستاذ روح الله، والأستاذ نثار أحمد، والمفتي عبد الله السعدي، والقاضي عبد الجليل القاسمي، والأستاذ إكرام، والأستاذ زبير أحمد القاسمي، والمفتي رياسة علي، والأستاذ مقيم الدين، و كاتب هذه السطور عبد الرزاق القاسمي، ولم يبد ثلاثة كتاب رأيا لهم في هذه المسألة.

يقول المجيزون:

يمكن الأخذ بمذهب الإمام أحمد بن حنبل، لقد أجاز أخذ العربون مستدلاً بقضاء قضى فيه سيدنا عمر (رضي الله عنه) و أفتى به سيدنا عبد الله بن عمر (رضي الله عنهما) يقول العلامة ابن قدامة في كتابة "المغني":

"والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهما أو غيره على أنه إن أخذ السلعة أحتسب به من الثمن، و إن لم يأخذها فذلك للبائع ..... قال أحمد لا بأس به وفعله عمرو عن ابن عمر (رضي الله عنهما) أنه أجازه وقال ابن سيرين: لا بأس به، وقال سعيد بن المسيب وابن سيرين: لا بأس إذا كره السلة ان يردها ويرد معها شيئاً" (المغني ١٦٠/٤) واستدل بالروايات التالية أيضاً:

"عن زيد بن أسلم أن النبي (صلى الله عليه وسلم) أحل العربون في البيع" (المصنف لابن أبي شيبة ٦٧١/١١، الرقم: ٢٣٦٥٦، ٢٣٦٦١).

"عن عبد الرحمن بن فروح أن نافعاً بن الحارث اشترى دار السجن من صفوان بن أمية، ..... فإن رضي عمر فالبيع له، و إن عمر لم يرض فأربع مائة لصفوان" (المصنف لابن أبي شيبة ٦٧٢/١١، الرقم: ٢٣٦٦٦).

وذكره البخاري في كتابه بتغيير يسير: "واشترى نافع بن الحارث داراً للسجن بمكة من صفوان بن أمية على إن عمر رضي بالبيع فالبيع بيعه، و إن لم يرض عمر فالصفوان أربع مائة دينار" (صحيح البخاري ٣٢٧/١).

يقول الأستاذ مظاهر حسين عماد القاسمي: إنه عقد لازم ومن ينسخه يجب عليه التغريم، يقول الله تعالى: "ولا تزر وازرة وزر أخرى، و أن ليس للإنسان إلا ما سعى، لأن الصانع لايرغب في العمل إن لم يدفع عنه الضرر.

يقول الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، يمكن الاستدلال ببعض النظائر، ويجوز الرجوع بالنقصان لأجل الغرور، يقول العلامة الشامي: " و إذا قال الأب لأهل السوق: بايعوا بني، فقد أذنت له في التجارة فظهر أنه ابن غيره رجعوا عليه للغرور وكذا لو قال: بايعوا عبدي فقد أذنت له فبايعوه ولحقه دين ثم ظهر أنه عبد غيره رجعوا عليه (الشامية ١٤٩/٤، كتاب المرابحة، مطلب الغرور لايواجب الرجوع، المكتبة الرشيدية باكستان).

فالصانع يستصنع العين لأجل المستصنع فإن ردها المستصنع يصاب الصانع بالضرر، فيجوز له أخذ العربون على قدر الضرر يقول المفتي اقبال أحمد والأستاذ محمد حذيفة: إن العلامة التهانوي قد أجاز أخذ العربون للصانع إن أنكر المستصنع قائلاً "إنه بيع لا مواعدة بالبيع فيجوز للصانع أخذ الثمن إن أنكر المستصنع" (إمداد الفتاوى ١٤١/٣).

واستدل المفتي عارف بالله والمفتي جنيد البالنفوري بعبارة آتية للشيخ خالد سيف الله الرحماني: " و إن لم يرض به المستصنع يجب الإجبار عليه بمقتضى الشريعة والقانون يدفع قدراً من الثمن للمصنوع على سعر السوق ويبيعه الصانع إلى غيره.

والذين لايجزون أخذ العربون يحتجون بما روي عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه نهى عن بيع العربون، فعن عبد الله بن عمرو بن العاص: "نهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن بيع العربان" (مشكونة المصابيح/٢٤٨) وتحدث عنه الإمام الشاه ولي الله المحدث الدهلوي في كتابه المشهور "حجة الله البالغة" فيه معنى المسير الذي هو حرام شرعاً.

فكيف يدفع الضرر عن الصانع لأنه أتى بالشي المصنوع على المستصنع المذكور و ربما لايرغب فيه غيره على تلك الصفة وفي جانب يتجرأ المشتري على الاستصناع من الإنكار ولا يلزمه التغريم؟

فيقول المفتي أبو حماد غلام رسول القاسمي، يجب على الصانع رد العربون يصرح حين التعاقد مع المشتري بأنه إن أنكر ولم يقبله الآخر ولحقني الضرر يحكم بيننا العادلان المتدينان عملاً بـ "الضرر يزال" و "لا ضرر في الإسلام" و "المسلمون على شروطهم" ليدفع عنه الضرر وهو يلفت الأنظار بحثاً وتحقيقاً.

وفي رأيي إن أنكر المشتري دون سبب شرعي لا يصح أخذ العربون والتغريم، لأن الثمن الذي عمل به للاستصناع دين ولا يصح التغريم إن لم يدفع وتتخذ الشريعة التدابير التي وجدت لحفظ الدين و الا يضيع، مثلاً رفع القضية إلى الحاكم، و توكيل أحد أو الرهن.

السؤال السابع: إن يطلب العمل من الصانع في الشيء وكانت المواد الصناعية من المستصنع فهل للمستصنع الخيار إن لم يات الشيء المصنوع على المواصفات المشروطة؟ وهل يجوز للمستصنع أخذ التغريم من الصانع إن لم يأت الصانع به مغايراً للأوصاف ويجب القبول؟

اتفق الجميع من الكتاب والباحثين على أن الاستصناع يكون إجارة والصانع أجيراً مشتركاً والمستصنع مستأجراً، تنص عليه العبارات الفقهية، ففي الفتاوى التاتارخانية: "والاستصناع أن يكون العين والعمل من الصانع، فأما إذا كان العين من المستصنع لا من

الصانع يكون إجارة ولا يكون استصناعاً" (الفتاوى التاتارخانية ٣٤٧/١٥) كذا في شرح المجلة يجري عليه حكم الإجارة، وللمشتري الخيار في فسخه، وتجب الغرامات على البائع، كأنه أفسد الموارد الصناعية تضمنت الكتب الفقهية أحكام التغريم على الأجير مفصلة.

أورد الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي عبارة تالية من "المبسوط" بصدد ذلك، " وإذا أسلم حديداً إلى حداد ليصنعه إناء مسمى بأجر مسمى فإنه جائز ولا خيار له فيه إذا كان مثل مسمى ..... و إن أفسده الحداد، فله أن يضمنه حديداً مثل حديد ويصير الإناء للعامل و إن شاء رضي به و أعطاه الأجر" (المبسوط ١٥٥/١٥).

ولم يختلف فيه أحد سوى الأستاذ مظاهر حسين عماد القاسمي، فإنه يقول: الاستصناع يبقى استصناعاً و إن كانت العين من المستصنع، و كما سيبقى استصناعاً عند الصاحبين بعد تحديد الأجل والقصد بتحديده الاستعجال في العمل، كذلك القصد من توفير المواد من المستصنع الاستعجال في العمل عندي، و إن لم يلزم الاستصناع العمل والعين من الصانع، "والاستصناع يستلزم شيئين هما العين والعمل وكلاهما يطلب من الصانع" (الموسوعة الفقهية ٣٢٨/٣).

والرأي الراجح عندي القائل بأنه ينقلب إجارة، ويجب التغريم على البائع إن لم يأت بالشيء المصنوع على الصفة المطلوبة لأن الكتب الفقهية تتحدث عن التغريم على الأجير.

السؤال الثامن: هل يجب التغريم على الصانع فيما إذا تأخر عن المبيع في الأجل المحدد؟

يرى خمسة و خمسون باحثاً أن يضمن الاستصناع شرط التغريم من الصانع بتراضي العاقدين إلا في ظروف قهرية فلا يجب فيها، لأن الصانع يجتهد في العمل عند إلزام التغريم.

ويوكد المفتي شبير أحمد والأستاذ ظفر عالم الندوي والأستاذ عبد القيوم البالنفوري على الإجارة بقولهم ونظيره موجود في الإجارة ويمكن أن يقال قياساً عليه، ويتحمل البائع الضرر في الصورة المذكورة، والمشتري بالخيار في فسخ العقد "أما استيجار الصانع كالحائك والخائط والصباغ ففي حالة المخالفة في الجنس كأن يسلم إنسان ثوباً إلى صباغ ليصبغه لوناً معيناً فصبغه لوناً آخر يكون صاحب الثوب بالخيار

إن شاء ضمن للصباغ قيمة الثوب و إن شاء أخذ الثوب وأعطى الصباغ ما زاد الصبغ فيه" (الفقه الإسلامي و أدلته ٣٨٥٥/٥).

فيقول الفقهاء إن سلم أحد الخياط ثوباً قائلاً: إن خاطه في يوم فله مائة ربية.

و إن خاطه في يومين فله خمسون ربية دون مائتين، يجوز تعليق الثمن بتسلم المبيع في الاستصناع، و إن اتفق العاقدان على النقص من الثمن كل يوم و أسبوع إذا تأخر الصانع عن تسليم المبيع يجوز شرعاً و أجازه من الفقهاء المعاصرين (المفكر الإسلامي المفتي تقي العثماني).

وقال الأستاذ روح الأمين: يقاس على النظائر والاستنباط من الأصول العامة، واستدل بالنظائر من حيث جواز بيع العربون في ظروف قاهرة ونظر أيضاً بالرهن والكفالة والإجارة يعني إن خاطه اليوم فله درهم و إن خاطه غداً فله نصف درهم.

ويتحقق جواز مثل هذا الشرط بمقتضى الأصول العامة الآتية:

(١) الأصل في الأشياء الإباحة، فلا يحرم شئ ما لم يقم على حرمة بينة، فيجوز هذا الشرط عند ما اتفق العاقدان عليه بمقتضى هذا الأصل.

(٢) "لا ضرر ولا ضرار" يسد العبث بحقوق العباد.

(٣) المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً.

(٤) "الضرر يزال" لأن الإزالة أحيانًا عبارة عن العوض.

(٥) قول القاضي شريح "من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه" يؤيده.

ثم قام الأستاذ بالإجابة عن بعض مما اعترض عليه:

١- ينافي الحديث الشرط في البيع، فلماذا أجازه العلماء؟ فإن الحديث إن صح، ليس على ظاهره ..... فإنه لايعارض الجواز عند الجميع من الفقهاء.

٢- يظهر من أن الشرط الجزائي ينفع أحد العاقدين، والشرط الذي ينفع أحد العاقدين فاسد عند الفقهاء إنه لاينفع أحد العاقدين بل إنه يتدارك الضرر الذي أصابه بإخلاف للوعد، فليس هذا من الشروط الفاسدة عند الفقهاء.

٣- إنه تعزير مالي لم يجزه الجمهور من الفقهاء أولاً يتحقق كونه تعزيراً مالياً لأنه ليس من العقوبات والزواجر التي يقرها القاضي على اجتراح جديرة، بل إنه إزالة و عوض

عن الضرر الذي لحق ينقض العهد الذي اتفق عليه العاقدان. ثانياً: أجازه المحققون من العلماء بالسنن والآثار و إن كان من التعازير المالية.

٤- إنه بالنسيئة المنصوصة على حرمتها كما يظهر تحرم النسئية في النقود والأموال الربوية، وكذا يجوز التفاوت في الثمنين المعجل والمؤجل، لكن يجب الاهتمام بعدد أمور: (١) أن يتفق المتعاقدان حين التعاقد على شرط التغريم أو العوض، كما ذكر الفقهاء في الإجارة "إن خطته اليوم فبدرهم أو غداً فبنصف درهم". (٢) لايعوض بمجرد احتمال الضرر. (٣) لايجوز التغريم إلا بقدر الضرر. (٤) لايجب الضمان إن تأخر الصانع لأسباب غير خيارية.

يقول الأستاذ السيد باقر أرشد، من القواعد الفقهية المتفق عليها "المعروف كالمشروط" فإن جرى العرف بتحديد الأجل وصرح بالتغريم حين التعاقد يجوز التغريم إذا تأخر.

الأستاذ أختر إمام عادل القاسمي استأنس في الشرط الجزائي بثلاثة أمور:

(١) قول القاضي شريح "من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه، نقله البخاري في صحيحه (٢) يقاس على بيع العربون عند الضرورة، (٣) وينقل عن الإمام أحمد بن حنبل يجوز الالتزام بشرط لايقتضيه العقد ولكن تقتضي المصلحة.

اختلف في الإجابة عن السؤال الثامن إثنا عشر باحثاً و قالوا بعدم لزوم التغريم للبائع إذا تأخر عن تسليم المبيع في الأجل المحدد إلى المشتري فأصيب المشتري بالضرر وابتاعه من السوق بأضعاف من الثمن، لأن المشتري لم يكلف التعاقد مع الشخص الثالث من البائع في المبيع المعدوم ولا تلزم مثل هذه الشروط في عقد الاستصناع أما البائع للذي أخلف الوعد فلا يلزمه التغريم بمجرده، "مثل هذا الرأي الأستاذ أشرف القاسمي، والأستاذ راشد حسي الندوي، والأستاذ أحسن عبد الحق، والأستاذ كليم الله العمري، والأستاذ محمد حذيفة، والأستاذ رحمة الله الندوي، والأستاذ عبد الله السعدي، والأستاذ محمد إكرام، والمفتي منصف، والأستاذ خورشيد أحمد، والمفتي رياسة علي، والأستاذ خورشيد أنور، والأستاذ محمد ياسر القاسمي.

لكن يعترض على هذا الرأي بسبب الضرر الذي يلحق بالمستصنع لأجل نقص العهد من قبل الصانع، فكيف يدرك؟

يقول الأستاذ المفتي محمد إكرام البالنفوري: للمشتري بأن يطلع على الأمرين من السوق من أن المبيع إن صنع في أجل كذا وفي مقدار كذا كم يقدر ثمنه؟ وكم يقدر ثمنه إن صنعه زيادة على الأجل المحدد؟ فيجوز له أن يأخذ من الثمن على ما جرى به العرف، كما يقول الإمام أبو حنيفة في الإجارة.

كما لو قال أحد للخياط إن خطته اليوم فلك درهم و إن خطته الغد فلك نصف درهم و إن خاطه غداً فله أجر المثل عنده.

والرأي الأول يوافق القياس عند كاتب هذه السطور، لأن الأصل في العقد الإباحة مالم ينص على حرمته نص، و إن لم يلزم الشرط الجزائي يلزم الضرر "الضرر يزال".

* * *

ملخص البحوث:

عقد الاستصناع

المفتي محمد سراج الدين القاسمي •

ورقة الاستفسارات

من العقود المالية الاستصناع وإن نصت عليه بعض النصوص لكنه يتجاوب ومصالح الناس وحاجاتهم عند الفقهاء ولهم فيه تعامل، وإنه من عقود المعاوضات وما يميزه عن غيره من العقود أنه لم يرد المنع عنه لكونه بيعاً لمعدوم كعقد السلم ويجوز فيه أن يسنأ العوضان، لاجل ذلك.

إذا كان الاستصناع في الماضي وليد الحاجة الخاصة والصناعة في مجال محدود، فإنه في عصرنا الحاضر أصبح من العقود المحققه للحاجات العامة والمصالح الكبرى، وشمل صناعات متطورة ومهمة جداً في الحياة المعاصرة.

ولنا أن نقدم بعض الأسئلة لحضرتكم:

١- ما هو الأصل فيما يصح فيه الاستصناع في عصرنا الحاضر؟

٢- الاستصناع بيع أم مواعدة؟

٣- المبيع ينعدم وقت العقد فهل يجوز لأحد أن يبيع المبيع قبل وجوده رجلا آخر أي شخصا ثالثاً؟ وهل هذه البياعات على تمامها من المبيع أم لا؟ ولا سيما يكثر مثل هذا المبيع في بيع الشقق وابتياعها.

٤- هل يجوز الاستصناع وسائل منقولة غير منقولة كالمباني والمنازل؟

٥- الآن أصبح الاستصناع امراً عاماً يشمل الهيئات والمؤسسات المالية فهي تستخدمه استثمارا وتسميه بالاستصناع الموازي الذي يتم بين ثلاثة متعاقدين

• باحث مجمع الفقه الإسلامي-الهند

والبنك هو العاقد الأوسط الذي يتولي صنع الشئ ويستصنع شخصا آخر ثم يبيعه بعد ذلك مرابحة فهل تجوز هذه الارباح شرعاً؟

٦- قد يعجل المستصنع بالثمن فإن جاء الصانع بالمصنوع على الصفات المطلوبة ولم يقبله المستصنع هل يجوز للصانع الأخذ بالعربون دفعاً للضرر عن نفسه؟ إذ قد يتعذر عليه بيع المصنوع في الحال الاحتمال ألايرغب غيره في شرائه على تلك الصنعة.

٧- إذا كانت المواد الصناعية من قبل المستصنع فهل يكون العقد إجارة أم استصناعاً؟ هل المشتري بالخيار في إمضاء العقد وفسخه إذا جاء المصنوع مغايراً للأوصاف المذكورة؟ وهل يجوز التغريم فيما يجبر المستصنع على القبول في مثل هذه الأحوال دفعا للضرر عنه؟

٨- هل يجوز أخذ الصناعات المالية إذا تأخر الصانع عن القيام بعمله في وقته؟ قد يكون قد وعد لإن المشتري عامة شخصا أخر بتسليم المبيع إليه في الوقت المعين وفي تأخر الصانع عن وقته يشريه بأعلى الثمن وفي جانب آخر إذا أتى الصانع بالمصنوع يتعذر عليه بيعه على آية حال لعدم الرغبة من غيره فيه على تلك الأوصاف.

عقد الاستصناع:

ومن العناوين المحددة من قبل مجمع الفقه الإسلامي (الهند) "عقد الاستصناع" وتلقى المجمع ٨٢ مقالا حوله تعهد بتقديمها. وآراء الكتاب ملخصة بما يلي:

الإستصناع لغة:

الإستصناع لغة: مصدر استصنع بمعنى طلب الصنعة فيقال: استصنع الشئ، أي دعا إلى صنعه، وأصله: صنع يصنع صنعا فهو مصنوع وصنيع، والصناعة: حرفة الصانع، والصناعة ما تستصنع من أمر (لسان العرب ص: ٢٥٠٨ وكشاف اصطلاحات الفنون ٣٣٥/٤)، (أنظر: مقال الدكتور علي محي الدين القره داغي) وقد وردت في القرآن الكريم كلمة "صنع" ما اشتق منه عشرين مرةً.

الإستصناع إصطلاحاً:

الإستصناع عبارة عن طلب العمل من الصانع في شئ مخصوص أن يكون العين من الصانع ويقبله الصانع (الإسلام الحديث والمسائل الإقتصادية ١٥٤/٥)، (أنظر: مقال الأستاذ محمد عثمان) يقول الأستاذ أختر إمام عادل: الاستصناع طلب الرجل أو المعهد العمل من الصانع في شئ معين مع تعيين وبالثمن أن يكون العمل والعين من الصانع وقبول الصانع (بدائع الصنائع: ٢/١١).

ويقول العلامة الشامي معرفا بالاستصناع: طلب العمل من الصانع في شئ مخصوص على وجه مخصوص (رد المختار ١٤٧٤/٧)، أنظر: مقال الأستاذ محمد ظفر الندوي الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، المفتي محمد شاهجهان الندوي المفتي عبد الرزاق الندوي).

وعرف الحنابلة بالاستصناع: الاستصناع بيع سلعة ليست جاهزة على غير وجه السلم (الموسوعة الفقهية ٣٢٥/٦)، (أنظر: مقال الأستاذ محمد فاروق).

صورة الاستصناع:

يقول العلامة السكاسائي: أما صورة الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانع في خفاف أو غيره: أعمل لي خفا من أديم من عندك بثمن كذا (بدائع الصنائع ٩٣/٤)، (أنظر: مقال الأستاذ محمد عثمان):

وفي الفتاوى منسوبا إلى صدر الإسلام: ذكر صدر الإسلام صورته في الجامع الصغير: أن يجيئ انسان إلى آخر فيقول له: احرز لي خفا صفته كذا وقدره كذا بكذا درهماً ويسلم له جميع الدراهم أو لايسلم أو يسلم بعضه (الفتاوى التاتارخانيه ١٤٠٠/٩)، أنظر: مقال الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي).

وعرف به الدكتور محي الدين القرة داغي بقوله:

الاستصناع هو ما إذا طلب المستصنع من الصانع صنع شئ موصوف في الذمة خلال فترة قصيرة أو طويلة، سواء كان المصنوع منه موجودا أثناء العقد أم لا فمحل عقد الاستصناع هو العين والعمل معا من الصانع فالعقد بهذه الصورة بيعاً لا سلما ولا إجارة ولا غيرها، وإنما هو عقد مستقل خاص، له شروطه الخاصة به (بحث الاستصناع

لقرة داغي)، (أنظر: مقال المفتي عبد الرزاق) يقول المفتي عبد الرزاق: ما ذكر من التعريفات لعقد الاستصناع تشير إلى النقاط التالية:

١- إنه عقد يقوم على الصانع والمستصنع والمصنوع والثمن.
٢- إنه مواعدة بين البائع والمشتري يقبل به أحد العاقدين لثمن معين مع تقديم المصنوع في أجل محدد.
٣- لايكون المبيع مملوكاً لبائعه حين التعاقد، بل إنه بيع لمعدوم يلتزم تقديمه بقبول البائع، وهذا ما سماه الفقهاء بـ "المبيع في الذمة".
٤- أن تكون مادة الصنعة من البائع، فاذا كانت من المشتري يكون العقد إجارة لا إستصناعاً.
٥- الاستصناع بيع لعين تحتملها ذمة البائع ويعود صنعها على البائع، وهذا ما يميزه من "السلم" لأن المبيع فيه يثبت في الذمة ولايعود صنعه على البائع.
٦- لايشترط في عقد الاستصناع قبض رأس المال في العقد كما يشترط قبضه في عقد السلم ويكتفى الناس عادة بدفع عربون أو جزء من الثمن.
٧- أن يكون المصنوع موصوفا معلوما منعا من الجهالة المفضية إلى النزاع.
٨- أن يكون الاستصناع مما يجري فيه الصنع، فلا يجوز الاستصناع في الحبوب والثمار.

دليل مشروعية الاستصناع:

يقول الله عز وجل: قالو يا ذا القرنين إن ياجوج وماجوج مفسدون في الأرض فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا، قال ما مكنى فيه ربي خير فأعينوني بقوة أجعل بينكم وبينهم ردماً (سورة الكهف ٩٤-٩٥)، (المفتي عبد الرزاق والأستاذ أختر إمام عادل). ففي هذه الآيات طلب من ذي القرنين قومه أن يجعل لهم سدا يحميهم من ياجوج وماجوج ووعدوه بالأجرة وأرادوا أن تكون العين والعمل من ذي القرنين وهذا استصناع (أنظر: مقال المفتي عبد الرزاق).

الأحاديث:

١- عن عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما من ذهب

وكان يلبسه فيجعل قصه في باطن كفه، فاصطف الناس ثم إنه جلس على المنبر فنزعه .... فنبذ الناس خواتيمهم (صحيح للبخاري مع فتح الباري ٥٣٧/١١)، (أنظر: مقال المفتي عبد الرزاق، الأستاذ أختر إمام عادل).

٢- أتى رجال إلى سهل بن سعد يسألونه عن المنبر؟ فقال: أرسل رسول الله (صلى الله عليه وسلم) إلي إمرأة من الأنصار قالت يا سهل أرسل غلامك للنجار أن يجعل لي أعوادا أجلس عليهن إذا كلمت الناس فأمرته فعمل من طرف الغابة (صحيح البخاري ١٢٥/١) وفي رواية: ثم جيئ بها، فأرسلت إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) بها فأمر بها فوضعت فجلس عليها.

وفي هذين الحديثين دليل على جواز الاستصناع الإجماع العملي:

تعامل الناس وتعارفوا على الاستصناع لحاجاتهم منذ زمن النبي (صلى الله عليه وسلم) حتى ذهب الأئمة الثلاثة إلى ممارسته عمليا وهم لايجوزون عقد الاستصناع.

يقول الشيخ مصطفى عبد الرزاق:

ويلحظ في هذا المقام أن المشاهد في عصرنا أن فقهاء المذاهب الثلاثة التي لاتجيز الاستصناع إلا بطريق السلم يمارسونه عمليا في حاجاتهم الخاصة وحاجات أبنائهم ولايجدون منه بدأ (مقالة الشيخ مصطفى الرزاق/ ٢٢)، (أنظر: مقال المفتي عبد الرزاق).

الاستحسان:

يرى الجمهور من فقهاء الحنفية تجويز الاستصناع استحسانا لحاجات الناس، وإلا فالقياس يقتضي عدم الجواز (أنظر: مقال المفتي عبد الرزاق).

الأمثلة التي ضربها الفقهاء لعقد الاستصناع في الزمن الماضي كانت مقصورة على أشياء بسيطة تستصنع وانتشر الاستصناع انتشاراً واسعا في العصر الحديث وشمل صناعات متطورة مهمة جدا، فنقدم إليكم أسئلة تنسجم وعصرنا.

١- ما هي الموضوعات التي يجري فيها الاستصناع في عصرنا الحديث وما هي الأصول في ذلك؟

فاتفق جميع أصحاب المقال على أن فقهاء الحنفية جوزوا الاستصناع استحساناً لتعامل الناس به فيجري في كل ما تعاملوا به وذكر الفقهاء المتقدمون على سبيل المثال

مصنوعات جرى العرف باستصناعها في زمانهم من الحديد والنحاس، ثم صدرت مجلة الأحكام العدلية في القرن العشرين وذكرت أشياء تعامل الناس بها في ذلك العصر من البنادق والطائرات ولايجوز الاستصناع فيما لم يتعامل الناس به.

يقول المفتي عبد الرزاق:

يجري الاستصناع في كل مايجري فيه الصنع ويمكن تبين جميع المواصفات المطلوبة سواء كان أموال الاستخدام أم الاستهلاك، مع جريان العرف باستصناعه، وتصح الاستصناعات فيما ليست من الصناعات اليدوية من الحبوب والثمار والزروع والخضراوات ويصح في الزروع إن جرى فيها الصنع مثلا اشتراء الثمار.

ويقول الأستاذ أختر إمام عادل:

ذكر الفقهاء شيئا قليلا من صناعات زمانهم ولم يصرحوا بأنها من الأشياء المنقولة أو يجوز في غير المنقولة لكن كلامهم عليه يتم عموم الحكم ويشمل كل مايتعلق بما يجري العرف فيه وحاجات الناس ويمكن وصفه وتعيينه للعاقدين، فيجوز الاستصناع فيه وفي درر الحكام: كل شئ تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الاطلاق، أي أن الاستصناع صحيح في كل ما تعومل به عادة وعرفاً (درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٧٣٥٨/١، المادة: ٣٨٨).

ويقول الأستاذ جهانكير حيدر:

يصح عقد الاستصناع فيما تعارف عليه التجار والمؤسسات التجارية في زمانهم وجرى فيهم العرف باستصناعه مشروطاً.

وسرد بعض منهم شروطاً لصحة الاستصناع نقدمها فيما يلي:

شرائط الاستصناع:

الشرط الأول: بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لأن الجهالة بأحد من هذه العناصر تفضي إلى المنازعة.

يكتب العلامة السكاساني:

وأما شرائط جوازه فمنها بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته، لأنه مبيع فلا بد أن يكون معلوما والعلم إنما يحصل بهذه الأشياء (بدائع الصنائع ٤٤٤/٤، الفقه

الإسلامي ٦٣٣/٤)، (أنظر: مقال الأستاذ محمد جهانكير حيدر القاسمي، الأستاذ أختر إمام عادل).

الشرط الثاني:

أن يكون المصنوع مما يجري فيه تعامل بين التجار والشركات التجارية وتعارفوا على استصناعه.

يقول العلامة السكاساني:

منها أن يكون ما للناس فيه تعامل كالقلنسوة والخف والآية ونحوها فلا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه (بدائع الصنائع ٤٤٤/٤)، (أنظر: مقال الأستاذ جهانكير حيدر القاسمي).

يقول الدكتور وهبة الزحيلي:

أن يكون مما يجري فيه تعامل بين الناس من الأواني والأحذية وأمتعة الدواب ونحوها، ولايجوز الأستصناع في الثياب لعدم تعامل الناس به (الفقه الإسلامي وأدلته ٩٣٣/٤)، (الأستاذ جهانكير حيدر القاسمي) يقول الأستاذ أختر إمام عادل:

لايجوز الاستصناع فيما توقف استصناعه وإن جرى به العرف في زمن من الأزمان.

الشرط الثالث:

لايذكر فيه أجل محدود فإذا ذكر المتعاقدان أجلا معينا لتسليم المصنوع، فسد العقد ولغلب سلما عند أبي حنيفة وتشترط فيه شروط السلم، ولايصح شرط عدم التأجيل عند الصاحبين لأن العرف جرى بالاستصناع في الحالين سواء حدد فيه الأجل أو لم يحدد ورجح الدكتور وهبه الزحيلي قول الصاحبين بقوله: وقال الصاحبان هذا ليس بشرط، والعقد استصناع على كل حال حدد فيه الأجل أو لم يحدد، لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع، ونرى قولهما هو المتماشي مع ظروف الحياة الحالية فهو أولى بالأخذ (الفقه الإسلامي وأدلته ٦٣٣/٤)، (أنظر: مقال الأستاذ جهانكير حيدر القاسمي، المفتي يحي القاسمي وغيرهما).

وزاد إليها شرطا رابعا المفتي عبد الرزاق أن يكون العقد مكتوبا مضبوطا وقال: وإن لم يذكره الفقهاء المتقدمون لكننا نهتم به لأن الاستصناع من الديون من ناحية وأكدت

الشريعة على كتابة الديون.

ونقل المفتي يحي قضاء قضى به مجمع الفقه الإسلامي جدة:

١- عقد الاستصناع ينعقد لازما فليس لأحد الطرفين الرجوع ولو قبل الصنع إن اشترطت فيه الشروط المطلوبة وعينت أركانه ومعياره وأجله.

٢- يجب على المستصنع بيان جنس المصنوع حين التعاقد وتحديد الأجل لتسليم المصنوع.

٣- يجوز في عقد الاستصناع دفع رأس المال كله في مجلس العقد أو دفع جزء من الثمن.

٤- يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطا جزائيا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان مالم تكن هناك ظروف قاهرة (رقم القراء: ٧/٣/٢٧ بشان عقد الاستصناع المنعقد من ٧ إلى ١٢ ذي القعده ١٤٦٢هـ الموافق ٩-١٤/ مايو ١٩٩٢م).

الاستصناع مواعدة أم بيع؟

فقد صرح عدد كبير من كتاب المقال بالاختلاف بين فقهاء الحنفية وذكروا ستة أقوال أشهرها ثلاثة: الأول: وعد بالبيع وهذا قول بعض المشائخ، الثاني: إجارة بداية وبيع نهاية، الثالث: وهو بيع عند الأكثر من فقهاء الحنفية، ورجحت الكثرة الكاثرة من أصحاب المقال القول بالبيع.

يقول العلامة السكاساني:

وأما معناه فقد اختلف المشايخ هل للمشترين فيه خيار، وهو الصحيح بدليل أن محمدا ذكر في جوازه القياس والاستحسان، وذلك لايكون في العدات وكذا أثبت فيه خيار الرؤية وأنه يختص بالبياعات .... ثم اختلفت عباراتهم من هذا النوع من البيع، قال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة وقال بعضهم: هو عقد على مبيع الذمة شرط فيه العمل .... ورجح السكاساني التعريف الأخير فقال: والصحيح هو القول الأخير، لأن الاستصناع أي طلب الصنع فيما لم يشترط فيه العمل لايكون استصناعا فكان مأخذ الإسم دليلا عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلما، وهذا العقد يسمى استصناعاً (بدائع الصنائع ٦/٢٦٧٧)، (أنظر: مقال الدكتور علي محي الدين القره

داغي، الأستاذ محمد فاروق، الأستاذ محمد فاروق، المفتي أبي بكر القاسمي وغيرهم).

ويقول الدكتور وهبة الزحيلي:

فقال الحاكم الشهيد المروزي، والصفار ومحمد بن مسلمة وصاحب المنثور: الاستصناع مواعدة وإنما ينعقد بيعاً بالتعاطي عند الفراغ من العمل ولهذا كان للصانع ألا يعمل ولايجبر عليه بخلاف السلم وللمستصنع ألا يقبل ما يؤتى به ويرجع عنه ولايلزم المعاملة (الفقه الإسلامي وأدلته ٣٦٤٤/٥)، (أنظر: مقال المفتي حبيب الله، الأستاذ جهانكير الأستاذ محمد عثمان الأستاذ رحمة الله وغيرهم).

وبعض من الكتاب أتوا بشواهد على أنه بيع وبعض منهم نقلوا الأدلة عن المشايخ الذين قالوا بوعد البيع ونذكر أقوال الحنفية فيما يلي:

١- الاستصناع مواعدة وليس بعقد، وهذا قول بعض الفقهاء من الحنفية مثلاً الحاكم الشهيد والصفار، محمد بن سلمة وصاحب المنثور وهو قول الإمام أبي حنيفة أيضا كما نقله الإمام حسن بن زياد (المبسوط ١٩٣/١٢).

٢- الاستصناع سلم، وهذا قول المالكية والشافعية والحنابلة فتشرط فيه شروطه وأحكامه (الفقه الإسلامي وأدلته ٦٠٢/٤).

٣- الاستصناع بيع على الإطلاق، وهذا قول بعض الأحناف (بدائع الصنائع ٢/٥).

٤- الاستصناع إجارة والمعقود عليه هو العمل، لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل، فكل عقد يقصد منه العمل إجارة وهذا قول الشيخ أبي سعيد البرادعي (العناية ١١٥/٧).

٥- الاستصناع إجارة ابتداء أو بيع انتهاء، وهذا رأي بعض الأحناف (فتح القدير ١٩/٧).

٦- الاستصناع عقد مستقل، وهذا رأي الجمهور من الأحناف (أنظر: مقال المفتي عبد الرزاق، الأستاذ أختر إمام عادل، المفتي عارف بالله، الأستاذ مجتبى حسن وغيرهم).

الأشهر من هذه الأقوال الستة ثلاثة أقوال تفصيلها فيما يلي:

القول الأول:

الاستصناع وعد بالبيع، وهذا قول الأئمة الثلاثة ومن الأحناف ا لحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة لأنه يبطل بموت الصانع ويتخير الصانع ألا يعمل ولايجبر عليه وللمستصنع ألا يقبل مايؤتى به.

يقول العلامة بن همام:

ثم اختلف المشائخ أنه مواعدة أو معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور يرونه مواعدة، وإنما ينعقد عند الفراغ بيعا بالتعاطي، ولهذا كان للصانع أن لايعمل ولايجبر عليه بخلاف السلم، وللمستصنع أن لايقبل ما يأتي به ويرجع عنه (فتح القدير ٦/٢٤٢) وفي النهر: وأورد أنه بطلانه بموت الصانع ينافي كونه بيعاً (الفتاوى الشامية ٤/٢٤٢)، (أنظر: مقال الأستاذ راشد حسين الندوي، الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، الأستاذ شاهجهان الندوي، المفتي شبير أحمد القاسمي، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي وغيرهم).

وأورد الأستاذ نذير أحمد الكشميري أدلة الذين قالوا بالوعد بالبيع، نلخصها فيما يلي:

١- للصانع أن لايعمل، لأن العقد مواعدة ولأن عدم اللزوم في إتمام الشئ بعد الزامه على نفسه مواعدة وليس بعقد.

٢- وللمستصنع أن لايقبل ما يؤتي به على رأي الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فخياره هذا إخبار عن كونه مواعدة لابيعاً.

٣- للمستصنع أن ينسخ العقد قبل رؤية الشئ المصنوع قبل الصنع وبعد الفراغ من الصنع.

٤- ألاستصناع يبطل بموت أحد المتعاقدين بخلاف البيع التام.

يقول المفتي محمد إقبال: إن القائلين بمواعدة الاستصناع يستدلون بأن الشئ المصنوع معدوم ولايجوز بيع المعدوم ويحمل الاستصناع معنى المعاهدة فلذا إنه وعد لا بيع وإنما ينعقد بيعا بالتعاطي عند الفراغ من العمل و إذ كان الاستصناع وعداً فللصانع أن لايعمل وللمستصنع أن يقبل أو لا يقبل المصنوع.

ويرى الأستاذ شاهجهان الندوي الدليل المذكور قائلاً: إن دليل على ان عقد الاستصناع أنه مواعدة فيه نظر، لأن فيه إثبات الخيار لكل من العاقدين كما في بيع المقايضة لو لم يركل أي من العاقدين عين الآخرين كان لكل منهما الخيار مع أنه بيع المقايضة لا الوعد بالبيع.

القول الثاني:

الاستصناع إجارة ابتداء و بيع إنتهاءا بمعنى ينقلب بيعاً قبل التسليم.

يقول الأستاذ راشد حسين الندوي:

وفي الهداية، الاستصناع ينعقد إجارة ابتداء و يصير بيعاً إنتهاءاً قبل التسليم بساعة وهذا هو الصحيح، كذا في جواهر الأخلاطي (الفتاوى الهندية ٢٠٧/٣) وفي الذخيرة: هو إجاره ابتداء بيع إنتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم (الفتاوى الشامية ٣٣٧/٤، فتح القدير ٢٤٥/٦،٢٤٤)، أنظر: مقال الأستاذ محبوب فروغ أحمد القاسمي، الأستاذ شاهجهان الندوي المفتي إقبال وغيرهم).

يقول الأستاذ شاهجهان الندوي، نسبة إلى الذخيرة:

الاستصناع إجارة ابتداءاً وبيع إنتهاءاً قبل التسليم بساعة لا عند التسليم، وإلا يلزم بموت الصانع إعطاء المبيع من تركته رغم الترتب على كونه إجارة أنه لايجبر الصانع على العمل لأن المصنوع لايمكن وجوده إلا بعد استخدام مادة الصنعة وتفسخ الإجارة لمثل هذه الأعذار (المبسوط ١٣٩/١٢).

ويقول الأستاذ محمد إقبال التنكاروي: الاستصناع إجارة ابتداءاً وينقلب بيعاً وقت تسليم رأس المال كله أو آخر جزء من الثمن بساعة.

ولو كانت مواعدة لا معاقدة لكان لايصير الأجر ملكا له فدل أنها تنعقد معاقدة لا مواعدة ثم عن كيف ينعقد معاقدة يقول: لاينعقد إجارة ابتداءاً ويصير بيعاً إنتهاءاً متى سلم قبل التسليم ساعة (المحيط البرهاني ٢٥٤/٨).

القول الثالث:

الاستصناع بيع عند جمهور الفقهاء وأيده أكثر الكتاب ونقلوا عبارات مشتركة فيما بينها عن كتب فقهاء الحنفية لذا نكتفي بذكر بعض منها:

يقول العلامة السكاساني:

ثم هو بيع عند عامة مشائخنا، وقال بعضهم: هو عدة وليس بسديد (بدائع الصنائع ٤٤٤/٤)، (أنظر: مقال الأستاذ محمد أسجد القاسمي، المفتي شبير أحمد

القاسمي، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، المفتي عبد الرحيم وغيرهم).

ويقول العلامة ابن عابدين الشامي:

صح على أنه بيع على أنه مواعدة ثم ينعقد عند الفراغ بيعاً بالتعاطي، إذ لو كان كذلك لم يختص بما فيه تعامل، قال في النهر وأورد أن بطلانه بموت الصانع ينافي كونه بيعاً، وأجيب بأنه إنما بطل بموته لشبه بالإجارة (رد المحتار ٤٧٥/٧)، (أنظر: مقال الأستاذ محمد عثمان، المفتي أبي بكر القاسمي وغيرهما).

ويقول العلامة بن همام تحقيقا في هذه المسألة:

والصحيح من المذهب جوازه بيعاً لأن محمداً ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لايجريان في المواعدة، ولأنه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه، ولو كان مواعدة جاز في الكل (فتح القدير ١١٥/٧)، (أنظر: مقال الأستاذ مقيم الدين، الأستاذ روح الأمين، الأستاذ أبي حماد غلام رسول وغيرهم).

يقول العلامة أكمل الدين البابرتي:

واختلفوا في جوازه هل هو بيع أو عدة، والصحيح أنه بيع لاعدة، وهو مذهب عامة مشائخنا (العناية في شرح الهداية على فتح القدير / ١١٤).

آراء العلماء العرب:

يذكر الشيخ وهبة الزحيلي القول الراجح بعد البحث عن هذه المسألة في العبارة التالية:

والصحيح الراجح في المذهب الحنفي أن الاستصناع بيع العين المصنوعة لا بعمل الصانع فهو ليس وعداً ببيع ولا إجارة على العمل فلو أتى الصانع بما لم يصنعه هو و وضعه قبل العقد بحسب الأوصاف المشروطة جاز ذلك، والدليل أن محمداً بن الحسن ذكر في الاستصناع القياس والاستحسان وهما لايجريان في المواعدة، ولأنه جوزه فيما فيه تعامل دون ماليس فيه تعامل ولو كان مواعدة جاز في الكل (الفقه الإسلامي وأدلته ٣٦٤٤/٥)، (أنظر: مقال الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، الأستاذ راشد حسين الندوي).

ويقول صاحب التاتار خانية:

ثم الاستصناع فيما بين الناس فيه تعامل إذا جاز فيه إستحساناً، فإنما يجوز معاقدة لا مواعدة بدليل أن محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان، ولو كان مواعدة لجاز قياسا واستحسانا، والدليل عليه أنه فصل بين ما للناس فيه تعامل وبين مالا تعامل للناس فيه، ولو كان مواعدة لجاز في الكل، والدليل عليه أن محمدا قال في الكتاب: إذا فرغ الصانع من العمل وأتى به كان المستصنع بالخيار، لأنه اشترى مالم يره فقد سماه شراء (التاتارخانية ٩/٤٠٠)، (الأستاذ محبوب فروغ، الأستاذ مقيم الدين وغيرهما).

وينقل الدكتور ظفر الإسلام الصديقي عبارة من مقال الشيخ مصطفى أحمد الزرقا:

وقد أشرنا فيما سبق أن الأدلة التي يستند إليها من يقول إنه وعد وليس بعقد هي أدلة ضعيفه ومردود عليها بقوة فلا تنتهض حجة (عقد الاستصناع مدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة/ ١٨).

ورجح القول بالبيع من العلماء المعاصرين الشيخ مصطفى الزرقا الشيخ كاسب عبد الكريم البدران، والشيخ محمد سلمان الأشقر، والشيخ على القرة داغي (المفتي عبد الرزاق).

توصيات مجمع الفقه الإسلامي–جدة:

قرر المجمع في ندوته السابعة المنعقدة بجدة أن عقد الاستصناع بيع، نصه فيما يلي:

إن عقد الاستصناع وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة، ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط (مجلة المجمع، العدد السابع ٢/٢٢٣)، (المفتي عبد الرزاق، المفتي عارف بالله).

آراء أصحاب المقال:

يقول الأستاذ أختر إمام عادل: إنه بيع أصلا، لذا يجب تعيين الثمن والمبيع بالتفصيل والإيجاب والقبول، وفيه العمل والعين من البائع، والمستصنع خيار الرؤية، وينعقد العقد لازماً وليس له خيار الرؤية في رأي الإمام أبي يوسف وأخذت المجلة رأي أبي يوسف والمتأخرون من الأحناف إلا إذا جاء المصنوع مغايراً للأوصاف المشروطة

يتخير المستصنع بفوات الوصف.

يقول الأستاذ أمجد القاسمي: الراجح عندي القول بالبيع والأخذ به أولى وأفضل لتطور الصناعات (أنظر: مقال الأستاذ راشد حسين الندوي، الأستاذ محمود فروغ، الأستاذ محمد شاهجهان الندوي).

ويقول الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي:

الأخذ بقول الصاحبين أفضل في زماننا رفعا النزاعات.

يقول الأستاذ القاضي عبد الجليل:

قد نقل السكاساني وغيره من العلماء إختلاف عبارات الشرع فيه لكنني أرى أنه قسم من البياعات له شروط.

ويقول المفتي إقبال:

الراجح عند الأحناف القول بالبيع، لأن المعقود عليه الصنع لا العمل وإن كان معدوماً وقت التعاقد لكنه موجود مفروضاً فلو أتى الصانع بما لم يصنعه جاز.

نذكر فيما يلي الأدلة من الرأي الثالث:

١- إجازه العلماء استحساناً لا قياسا، ولئن كان جائزا قياساً لما استدلوا بالاستحسان لتجويزه.

فيقول العلامة السكاساني: قال بعضهم هو بيع، وهو الصحيح بدليل أن محمداً ذكره في جوازه بالقياس والإستحسان وذلك لايكون في العدات (بدائع الصنائع ٥/٢، فصل في جوار الاستصناع).

٢- أثبت العلماء فيه خيار الرؤية وإنه مخصوص بالبيوع (المصدر السابق).

٣- قد يلجأ المتعاقدان في أمر دال والقاضي الذي يقضي بينهما لايقضي إلا فيما يلزم، والإلزام يوجد في العدات فالاستصناع بيع فيه إلزام لاعدة: "وكذا يجري فيه التقاضي وإنما يتقاضى فيه الواجب لا الموعود" (المصدر السابق).

٤- يجوز الاستصناع فيما تعامل به الناس وتعارفوا عليه، وهذا دليل على كونه بيعاً لأن صحة العدات لاتتوقف على تعامل الناس في الموعود: "ولأن جوازه فيما

فيه تعامل خاصة ولو كان مواعدة لجاز في الكل" (البحر الرائق ١٨٦/٦، باب السلم، السلم والاستصناع في نحو خف وطشت) ويقول ابن مازه البخاري: "والدليل عليه: أنه فصل بين ما للناس فيه تعامل وبين مالا تعامل للناس فيه، ولو كانت مواعدة لجاز في الكل" (المحيط البرهاني في الفقه النعماني ١٣٥/٧، الفصل الرابع والعشرون في الاستصناع).

٥- لايجب تعجيل الثمن فيه، لكن يملكه الصانع بقبضه إن عجله المستصنع ويتمكن من التصرف فيه، بل ويصرفه في مادة صنعته، وهذا يدل على أنه بيع مواعدة، لأن الملك للصانع بالقبض لايمكن في العدات، فالبيع من أسباب الملك: "ولأن الصانع يملك الدراهم بقبضها، ولو كانت مواعدة لم يملكها" (المصدر السابق).

٦- وفي الاستصناع طلب الصنع مع مادة الصنعة بدل الثمن الذي يعينه الصانع كأنه مبادلة المال بالمال بالتراضي، وهذا يسمى في الفقه بيعاً إلا أنه قسم خاص من البياعات مشروط بالعمل، لذا دعي بـ "الاستصناع".

٧- عقد الاستصناع من بيع السلم أو السلف عند الإمام الشافعي (رحمه الله) لأجل "طلب الصنع" واشترط إمكان ضبط الصفات فيه ولايصح عنده فيما لايمكن ضبطه بالوصف كاستصناع الأواني من النحاس والحديد: "ولوشرط أن يعمل له طشتامن نحاس وحديد ورصاص لم يجز" (الأم ١٣٤/٣، باب السلف فيأخذ المسلف بعض رأس ماله) وإن استصنع أحد الثياب مع الصبغ فيها فيجوز عنده لأن الصبغ لايغير الثياب أن تضبط بالوصف: "وليس هذا كالصبغ في الثوب، لأن الصبغ في ثوبه زينة لايغيره أن تضبط صفته" (المصدر السابق) وبناء عليه قال الإمام الشافعي (رحمه الله) هكذا كل ما استصنع (المصدر السابق) فهذا يدل على أنه يعد الاستصناع من أنواع البياعات.

٨- تسمية الإمام أحمد (رحمه الله) الاستصناع "الشراء" تدل على أنه بيع لا وعد بالبيع، يقول العلامة ابن مازه (رحمه الله): "والدليل عليه: أن محمدا (رحمه

الله) قال في الكتاب: إذا فرغ الصانع من العمل وأتى به كان المستصنع بالخيار، لأنه اشترى مالم يره، فقد سماه شراءاً" (المحيط البرهاني في الفقه النعماني ١٣٥/٧، الفصل الرابع والعشرون في الاستصناع، وأنظر أيضا: تبيين الحقائق، شرح كنز الدقائق ١٢٤/٤، السلم والاستصناع في خف وطشت). وصحح العلامة السرخسي وابن نجيم وعديد من الفقهاء والقدماء القول بالاستصناع من القول، كما تقدم (أنظر: المبسوط للسرخسي ١٣٩/١٢، كتاب البيوع، السلم في اللحم، البحر الرائق ١٨٥/٦، باب السلم، السلم والاستصناع في نحو خف وطست).

٩- الفقهاء المتأخرون من الأحناف قالوا بالبيع، وتناولت "مجلة الأحكام العدلية" الاستصناع في "أبواب البيوع" ذكرا، وقيل عن لزومه: "إذا أنعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع" (مجلة الأحكام العدلية، المادة، ٣٩٢، الباب السابع: في بيان أنواع البيع وأحكامه، الفصل الرابع: في باب الاستصناع).

١٠- وعد الاستصناع من العدات التي يجلب الضرر على العاقدين مثلاً: طلب المستصنع أحد أفراد الناس من الصانع أن يصنع شيئا معينا بأوصاف محددة، وبذل الصانع رأس ماله في صنعه حتى أتى به متصفا بالأوصاف المشروطة فرده المستصنع قائلاً: إنه وعد بالبيع لابيع يلزم فيغلب الضرر بالصانع ويذهب عمل الصانع وماله سدى، ولربما يتعذر عليه بيع المصنوع على أية حال، وكذلك إن باعه الصانع بثمن أكثر إلى شخص غير المستصنع على الرغم من أنه وعد المستصنع فيغلب الضرر بالمستصنع، فيجب في عصرنا هذا الذي ساده الجشع والنهم، أن يعد الاستصناع من البياعات لا من العدات (أنظر: مقال الأستاذ آفتاب عالم الغازي، المفتي عبد الرزاق، المفتي عارف بالله، المفتي نذير أحمد، الأستاذ عبيد الله الندوي، الأستاذ روح الأمين وغيرهم). وأجاب بعض من أصحاب المقالات عما أعترض على كون الاستصناع بيعاً، نقدمه ملخصا:

١- لايستلزم الخيار في البيع أنه ليس من البيوع كما أن ثبوت الخيار في بيع المقايضة إن لم ير أحد من المتعاقدين العين لايمنع عن كونه بيعاً.

٢- الاستصناع بيع لمعدوم ولايصح بيع لمعدوم شرعاً فيجاب بأنه محمول على الموجود كما لو نسي أحد التسمية وقت الذبح فتفرض التسمية لأنه سلم بها وتحل الذبيحة، كذلك الحال في الاستصناع فإن الشئ الذي طلب صنعه موجود في صورة المدة، أو إنه في حكم الموجود.

٣- وما أعترض من بطلان عقد الاستصناع بموت أحد المتعاقدين فيجاب بأنه يشبه عقد الإجارة وهو يبطل بموت أحد المتعاقدين ولايبطل العقد إلا إن كان الصانع فردا من الأفراد وإذا كان الصانع شركة أو مؤسسة أو مصنعا فلا يبطل عقد الاستصناع بموت فرد.

٤- مشروعية خيار الرؤية للمستصنع دليل على أنه بيع (أنظر: مقال المفتي نذير أحمد، الأستاذ محبوب فروغ أحمد، والمفتي شاهجهان الندوي).

واختلفت عبارات الفقهاء في أنه عقد لازم أم غير لازم فيرى الجمهور من الفقهاء أنه من العقود غير اللازمة، سوى الإمام أبي يوسف رحمه الله الذي قال: إنه عقد لازم.

يقول العلامة السرخسي: وعن أبي يوسف قال: إذا جاء به كما وصفه له فلا خيار للمستصنع استحساناً بدفع الضرر عن الصانع في إفساد أديمه، ولأنه فربما لايرغب غيره في شرائه على تلك الصفة فلدفع الضرر عنه قلنا بأنه لايثبت له الخيار (المبسوط ١٣٨/٦)، (الأستاذ محبوب فروغ أحمد) ويجبر الصانع على العمل عند الإمام أبي يوسف (رحمه الله).

يقول الشيخ فريد الدين: قال أبو يوسف أولا: يجبر المستصنع دون الصانع وهو رواية عن أصحابنا ثم رجع عن هذا وقال: لاخيار لواحد منهما، بل يجبر الصانع على العمل ويجبر المستصنع على القبول (الفتاوى التاتار خانية ٤٠١/٩)، (أنظر: مقالة الأستاذ محبوب فروغ أحمد) ويقول الأستاذ محبوب فروغ أحمد: العمل بقول الإمام أبي يوسف وفي "مجلة الأحكام العدلية" وإذا أنعقد الاستصناع فليس لأحد المتعاقدين الرجوع،

وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيرا (مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٢٩٢، الفقه الإسلامي وأدلته ٣٦٥١/٥).

السؤال الثالث: الاستصناع عقد يبتاع فيه المشتري المبيع الذي ينعدم حين التعاقد كأنه يبتاع معدوماً، فهل يجوز له أن يبيع المبيع قبل وجوده رجلا آخر والآخر الثالث؟ وهل يستثنى هذا الشكل عن البيع للمعدوم؟ كما قد كثر اليوم خاصة في اشتراء الشقق؟

فيرى كثير من كتاب المقالة عن هذا السؤال أن لايصح بيع المستصنع الآخر، بينما يرى بعض منهم أنه يجوز إستحساناً ولتعامل الناس به، ويقول بعض منهم يجوز بيع الشقق بعد بنائها ولايجوز قبله.

وذكر الكتاب الأسباب التي لاتجوزه في كونه بيعا قبل القبض ولايجوز بيع المبيع قبل القبض عليه ولا ابتياعه، ولأنه ليس في ضمان المشتري في ذلك الحين بيع مالم يضمن ينافي الحديث النبوي الذي ورد فيه: أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: لايحل سلف ولا بيع ولاشرطان في بيع ولا ربح مالم يضمن (جامع الترمذي ٥٢٧/٣). ولأن ملك المستصنع ضعف الآن، وإن ابتيعت هذه الشقق دون الأرض فإنها من الأموال المنقولة ولايصح بيع الأموال المنقولة قبل القبض عليها (أنظر: مقالة المفتي عبد الرزاق، الأستاذ بدر أحمد الميجبي، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، المفتي سلمان المنصور فوري، الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، القاضي عبد الجليل، الأستاذ محمد القاسمي، الأستاذ محمد جهانكير حيدر، الأستاذ محمد عثمان، المفتي محمد جعفر الملي، الأستاذ محمد يوسف القاسمي، الأستاذ منصف البدايوني، المفتي عبد الرزاق، الأستاذ آفتاب عالم الغازي، الأستاذ روح الأمين، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، المفتي إقبال أحمد القاسمي، الأستاذ رحمة الله الندوي وغيرهم).

الأدلة:

١- لم يملك المستصنع المصنوع ولم يضمنه بعد، ونهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع مالم يملك ويضمن ونهى النبي (صلى الله عليه وسلم) عن ربح مالم يضمن (مسند الإمام أحمد، الرقم: ٧٦٢٨). (أنظر: مقالة الأستاذ

آفتاب عالم، الأستاذ عبيد الله الندوي، المفتي شاهد علي وغيرهم).

٢- لايحل بيع ماليس عندك ولاربح مالم يضمن (ابن ماجه: ٢١٨٨) (أنظر: مقالة الأستاذ آفتاب عالم، الأستاذ روح الأمين، الأستاذ شاهجهان الندوي، الأستاذ حذيفه وغيرهم).

٣- نهي أن يبيع الرجل طعاما حتى يستوفيه، قال: فقلت له: كيف ذلك؟ قال: ذلك دراهم بدراهم والطعام مرجأ (الصحيح للبخاري: ٢١٣٢)، (الأستاذ شاهجان الندوي، الأستاذ أبو بكر القاسمي).

٤- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه (الصحيح لمسلم ٥/٢)، (الأستاذ أرشد الرحماني الأستاذ محمد يوسف القاسمي وغيرهما).

٥- يقول طاؤس: سمعت ابن عباس (رضي الله عنهما) يقول: أما الذي نهي عنه النبي (صلى الله عليه وسلم) فهو الطعام أن يباع حتى يقبض وقال ابن عباس (رضي الله عنهما) ولا أحسب كل شئ إلا مثله (الصحيح للبخاري: ٢١٣٥)، (الأستاذ شاهجهان الندوي، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، الأستاذ أبو بكر القاسمي وغيرهم).

٦- عن زيد بن ثابت أن النبي (صلى الله عليه وسلم) نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يجوزها التجار إلى رحالهم (أبوداؤد: ٣٤٩٩)، (الأستاذ شاهجهان الندوي).

٧- عن حكيم بن حزام قال: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: يأتيني الرجل فيسألني من البيع ما ليس عندي فابتاع له من السوق ثم أبيعه قال: لاتبع ماليس عندك (جامع الترمذي ١٤٨/١)، (أنظر: مقالة المفتي أنور علي، المفتي محمد سلطان الكشميري، الأستاذ محمد فاروق، الأستاذ محمد يوسف القاسمي، الأستاذ أرشد الرحماني، الأستاذ محمد حذيفه، المفتي لطيف الرحمن، الأستاذ كليم الله العمري المدني، الأستاذ أبو بكر القاسمي وغيرهم).

واحتج بعض من كتاب المقالة بأن عقد الاستصناع شرعيته الشريعة ضرورة، الاستصناع شرع لسد حاجات الناس (الموسوعة الكويتية ٣/٣٣٧) وما أبيح للضرورة يقدر بقدرها (الأشباه ١/٧٣)، (أنظر: مقالة الأستاذ آفتاب عالم الغازي، الأستاذ أختر إمام عادل وغيرهما).

واستدل على عدم جوازه الأستاذ يوسف بعبارة للتفاوى الشامية: الأصل أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع (الشامية ٧/٣٧٠)، (الأستاذ أرشد الرحماني).

ويستدل الأستاذ محمد حذيفه بفتوى بيت التحويل الكويتي: لايجوز بيع الشقق المشتراة بعقد استصناع بنفس الشروط والمواصفات وبالثمن الذي يتفق عليه مع المشتري قبل تمام بنائها واستدلالها، لأن هذا من بيع المعدوم، لأنها غير موجودة فعلا بالشكل الذي تباع على أساسه (الفتاوى الشرعيه في المسائل الإقتصادية، الرقم: ٣٣٦).

يقول المفتي إقبال أحمد القاسمي:

بيع المستصنع المصنوع الآخر ومبيعه بيع الآخر الثالث ليس من عقد الاستصناع، لأن المشتري ليس في حكم الصانع وبيع المصنوع قبل وجوده من بيع المعدوم الذي منع عنه، ويلزم منه الغرر الكثير، ومقتضي القياس أولا يجوز الاستصناع، وما يخالف القياس ينحصر في مورده.

الرأي الثاني:

وجوزه بعض من أصحاب المقالة استحسانا ولتعامل الناس به.

يقول المفتي شبير أحمد المراد آبادي:

شرع عقد الاستصناع لتعارف الناس عليه ولتعاملهم به، وإنه من بيع المعدوم إذ ينعدم المبيع حين التعاقد كما ينعدم في بيع السلم لكن يشترط في بيع السلم أن يكون المبيع موجودا في الأسواق من حين التعاقد إلى حلول أجل التسليم ولا يشترط ذلك في عقد الاستصناع، ويكفي فيه بيان جنس المصنوع وقدره وحجمه وتعامل الناس به ولايشترط أن يكون المبيع موجودا وقت العقد، فيجوز للمعاهد المالية اصطناعها

واستصناعها الصناع بالربح، كذلك يجوز لمن استصنع المعاهد والشركات المصنوعات أن يبيعها بتقديم مثلها الآخرين بالربح لجريان تعامل الناس به ولأن الاستصناع أساسان:

١- تعامل الناس به.

٢- إنه من بيع المعدوم، ولأجل وجوده هناك من تعارف الناس عليه وانعدام المبيع حين التعاقد يصح هذا عند العقد شرعاً.

يقول الفقهاء:

"يجوز استحساناً والقياس يقتضي عدم جوازه لأنه بيع المعدوم (قوله) و وجه الاستسحان الاستحسان هو الاجماع الثابت بالتعامل، فإن الناس في سائر الأمصار تعارفوا الاستصناع في مافيه من تعامل من غير نكير، والقياس يترك بمثله" (العناية مع فتح القدير على الهداية، زكريا-ديوبند ١٠٨/٧، كوئته باكستان ٢٤٢/٦).

وفي الفقه الإسلامي وأدلته بغاية من الإيضاح أن لا يلزم في الاستصناع وجود المبيع في الأسواق حين العقد.

"ويشترط في عقد السلم عند الحنفية كون جنس المسلم فيه (المبيع) موجودا في الأسواق بنوعه وصفته من وقت العقد إلى وقت حلول أجل التسليم (قوله) ولايشترط ذلك في عقد الاستصناع (الفقه الإسلامي ٤٠١/٤).

يقول الدكتور ظفر الإسلام: إن ثبوت الملك للمستصنع من العقود غير اللازمة، وهو يدل على أن لايجوز بيع الأول الثاني والثاني الثالث لكن الاستصناع شرع لتعامل الناس به فاذا التعامل بابتياع الشقق يجوز توسعا بيع الأول الثاني والثاني الثالث (أنظر: مقالة الأستاذ محبوب فروغ أحمد، المفتي حبيب الله القاسمي، الأستاذ أبي سفيان المفتاحي).

وأجازه المفتي باقر أرشد مشروطا بالمواصفات التي عينت وقت العقد وإلا الخيار وإنهما بيعان مختلفان تماماً.

الرأي الثالث:

يقول الأستاذ محمد إقبال التنكاروي: لايجوز بيع الشقق المشتراة قبل بنائها، لأنه بيع المعدوم، وإن تم بنائها فيجوز بيعها قبل القبض عليها لأن الأموال غير المنقولة يصح

بيعها قبل القبض عليها.

ونقل بعض من أصحاب المقال فتوى من كتاب الفتاوى تاييداً لقولهم:

يجوز بيع الشقق المشتراة المشققة المتصلة بالأرض أو بالسطح على غير حساب الثمن في ذلك الوقت، لأنها موجودة بحالها (كتاب الفتاوى ٢٧٤/٥)، (أنظر: مقالة الأستاذ محمد حذيفه، المفتي لطيف الرحمن ولاية علي، الأستاذ عارف بالله).

السؤال الرابع:

هل يجوز الاستصناع في الأموال المنقولة أم في غير المنقولة كالمباني وغيرها؟

يرى كتاب المقال عامة أن عقد الاستصناع جائز في كل مايجري العرف باستصناعه سواء كان من الأموال المنقولة أم غير المنقولة (الأستاذ أسجد القاسمي، القاضي عبد الجليل، المفتي سلمان المنصور فوري وغيرهم).

وتحدث بعض منهم عن اقتصار الفقهاء على ذكر أمثلة الأموال المنقولة في عقد الاستصناع بقولهم:

إن الأمثلة التي ذكروها من الأموال المنقولة في عقد الاستصناع هو لتعامل الناس باستصناعها وشيوعها في زمانهم (الأستاذ عارف بالله، الأستاذ محمد فاروق، القاضي عبد الجليل، المفتي أنور علي، الأستاذ محمد إقبال التنكاروي وغيرهم).

وحدد بعض منهم من الأموال المنقولة وغيرها التي يصح فيها عقد لااستصناع فقالوا: يجوز الاستصناع في كل مايمكن أن يضبط جنسه ونوعه وقدره وتعومل به بين الناس (أنظر: مقالة الأستاذ أختر إمام عادل، المفتي نذير أحمد، المفتي إقبال أحمد، الأستاذ خورشيد أحمد، المفتي لطيف الرحمن ولاية علي، الأستاذ محمد فاروق وغيرهم).

واستدلوا بعبارات فقهية كما يأتي لتجويز الاستصناع في الوسائل غير المنقولة:

* * *

بسم الله الرحمن الرحميم

١- جاز استحسانا بالإجماع الثابت بالتعامل وفي فتح القدير: وفيما لا تعامل فيه رجعنا إلى القياس (الهداية مع فتح القدير ١٠٨/٧) (الأستاذ محمد فاروق).

٢- لأن جوازه مع أن القياس يأباه ثبت بتعامل الناس فيختص بمالهم فيه تعامل، ويبقى الأمر فيما وراء ذلك موكولا إلى القياس (بدائع الصنائع ٤٤٤/٤)، (الأستاذ أسجد القاسمي المفتي محمد سلمان المنصور فوري، الأستاذ محمد منصف البدايوني، الأستاذ محمد جهانكير حيدر).

٣- كل شئ تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق أي أن الاستصناع صحيح في كل ما تعومل به عادة وعرفاً (درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٥٨/١، الماده: ٣٨٨)، (الأستاذ أختر إمام عادل، المفتي نذير أحمد، المفتي إقبال أحمد، المفتي لطيف الرحمن ولاية علي، المفتي سلمان البالنبوري، المفتي باقر أرشد، الأستاذ محمد عثمان).

٤- يجب أن يعلم بأن الاستصناع جائز في كل ماجرى التعامل فيه (الفتاوى التاتارخانية ٤٠٠/٩)، (المفتي محمد سلمان المنصور فوري، الأستاذ محمد منصف، الأستاذ محمد مقيم الدين).

٥- يجب أن يعلم أن الاستصناع جائز في كل ماجرى التعامل فيه (المحيط البرهاني ١٣٤/٧)، (المفتي سلمان المنصور فوري).

٦- لأنه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه (العناية مع الفتح ١٠٨/٧)، (المفتي محمد سلمان، الأستاذ محمد يوسف) واستدل الأستاذ بدر أحمد المجيبي لتجويز الاستصناع فيما فيه تعامل من الوسائل غير المنقولة بعبارة تالية من المحيط البرهاني:

متولى المسجد استصنع محراب المسجد إلى النجار في حسب ما معمول به في

عمل وصناعة معلومة قال: لايصح، لأنه لاتعارف في هذا الاستصناع وكذا في الأبواب والسلالم والسور (المحيط البرهاني ٦/٤١١، كتاب الوقف).

ويردف الأستاذ قائلا: إن لم يصح الاستصناع في الوسائل غير المنقولة لم يعلل صاحب الكتاب بعدم التعامل بل الأولى أن يقول: لايصح التعامل في الوسائل غير المنقولة سواء تعومل به أو لم يتعامل، فيجوز الاستصناع في كل ما تعامل به الناس من الوسائل غير المنقولة واحتج الأستاذ فرقان الفلاحي لجواز الاستصناع في وسائل النقل بقصة ذي القرنين أن طلب منه قومه أن يجعل لهم سدا ويعوضون له مالا كثيرا وهذه هي روح الاستصناع.

آراء العلماء العرب:

يقول الدكتور وهبة الزحيلي:

أن يكون المصنوع مما يجري فيه تعامل الناس كالمصنوعات والأحذية والأواني وأمتعة الدواب ووسائل النقل الأخرى فلا يجوز الاستصناع في الثياب أو في سلعة لم يجر العرب باستصناعها أو انعدم تعامل الناس فيها (الفقه الإسلامي وأدلته ٥/٣٦٤٧)، (الأستاذ محمد ظفر عالم، الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، الأستاذ محمد منصف) وإنما يشمل أيضا إقامة المباني وتوفير المساكن المرغوبة وقد ساعد كل ذلك في التغلب على أزمة المساكن ومن أبرز الأمثلة والتطبيقات لعقد الاستصناع بيع الدور والمنازل والبيوت السكينة على الخريطة ضمن أوصاف محدودة، فان بيع هذه الأشياء في الواقع القائم لايمكن تسويغه على أساس الوعد الملزم بالبيع أو على عقد الاستصناع ويعد العقد صحيحا إذا صدرت رخصة البناء ووضعت الخريطة وذكرت في شروط العقد مواصفات البناء بحيث لاتبقى جهالة مفضية إلى النزاع والخلاف (الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٤٠٢) (أنظر: مقالة المفتي محمد سلمان المنصور فوري، المفتي إقبال أحمد، المفتي عبد الرحيم، الدكتور ظفر الإسلام، المفتي شبير أحمد المرادآبادي، الأستاذ أبي بكر القاسمي، الأستاذ محمد حذيفه ، المفتي عبد الله الكاوي).

يقول الشاه أكرم الحق مستندا إلى الدكتور مصطفى الزرقاء:

يمكن اليوم استصناع المباني الجاهزه على أرض مملوكة للصانع المقاول نفسه، كما يفعل تجار البناء إذ يشترون قطع الأراضي المناسبة، وينشئون عليها بيوتا للسكنى و يبيعونها جاهزة ويسلمه إياه جاهزا بالثمن الذي يتفقان عليه فذلك استصناع واضح (عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة/ ٣٣).

يقول الدكتور مصطفى محمود:

يمكن أن يكون الاستصناع في تخطيط الأراضي وإنارتها وشق الطرق فيها وتعبيدها وغير ذلك من المجالات المدنية والتي يمكن الاستفادة من الاستصناع فيها (آلية تطبيق الاستصناع في المصارف الإسلامية للدكتور مصطفى محمود محمد عبد العالي عبد السلام / ١٦)، (الأستاذ آفتاب عالم الندوي، الأستاذ عبيد الله الندوي).

يقول الدكتور أحمد أسامة:

ويعد العقد صحيحا إذا صدرت رخصة البناء ووضعت الخريطة وذكرت في شروط العقد مواصفات البناء بحيث لاتبقى جهالة مفضية إلى النزاع أو الخلاف، وقد أصبح من السهل ضبط الأوصاف ومعرفة المقادير وبيان نوع البناء (عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة في المجال المصر للدكتور أسامه محمد الصلابي / ٣٢) (الأستاذ آفتاب عالم الندوي، الأستاذ عبيد الله الندوي).

وتحدثت عنه موسوعة فتاوى المعاملات المالية مسهبة:

الشروط الخاصة بالاستصناع: أن يكون المصنوع مما يجري فيه التعامل بين الناس: ويشترط الأحناف أن يكون المصنوع مما يجري فيه التعامل بين الناس وذكروا عدة أمثلة لذلك، فقالوا: مثل استصناع الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ونحو ذلك، غير أنه من الجدير بالذكر أن هذه الأمثلة كانت شائعة عندهم ولم يريدوا من خلالها حصر الاستصناع فيها فذكرها كان على سبيل التمثيل لا الحصر، لذلك فإن مجلة الأحكام العدلية ذكرت أمثلة أخرى لما كان يستخدم في عصرها مثل البندقية والسنن الحربية والتجارية، وهذه الأمثلة لم تكن موجودة في العصور السابقة.

والاستصناع الآن أصبح أمرا عاما يشمل الهيئات والمؤسسات والأفراد .... وعلى

ذلك فان الأشياء المستحدثة التي لم يجر فيها التعامل من قبل وعم التعامل بها بين الناس الآن تأخذ نفس الحكم وليس من الصواب أن نحكم عليها بالفساد على اعتبار أنها لم تكن مما تعامل الناس فيها من قبل، ولماذا لا نقول إن الشرط هو تعامل الناس فيها في أي زمان من الأزمنة (موسوعة فتاوى المعاملات المالية: الشروط الخاصة ١٠٧/٥-١٠٨، دار السلام).

ومن شروطه: أن يكون للناس فيه تعامل، ويمثل الحنفية له بالخف والطشت والأواني، فاذا كان فيما لايجري تعامل الناس باستصناعه كان سلما واشترط فيه جميع شروط السلم .... وهذا الشرط مما يختلف الحكم فيه باختلاف الأزمان والمرجح في تحرير العقد هنا إلى تعامل الناس في كل زمان، وقد جرى التكافل في زماننا على استصناع المنازل فيشملها الجواز (فتاوى المعاملات المالية ١٢٦/٥)، (أنظر: مقالة الأستاذ آفتاب عالم الندوي، الأستاذ محمد إقبال التتكاروي).

يقول الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي نقلا عن الشيخ المفتي تقي العثماني:

يجوز عقد الاستصناع على أساس التعاملات الحديثة للابتياع (Transfer and buy oprate) (اشتر، انتفع، انقل) ويجوز عقد الاستصناع للحكومة التي تريد شق الطرق مع الشركات في تخطيط الأراضي وشق الطريق فيها ويصح تخيير الشركات في أخذ الضريبة من المارين بمبلغ مناسب إلى مدة معينة (الإسلام والمسائل الإقتصادية المعاصرة ١٥٧/٥).

يقول الأستاذ راشد حسين قد ذكر المفتي تقي العثماني الشقق على سبيل التمثيل (الإسلام والمسائل الاقتصادية المعاصرة ٧١/٤) (أنظر: مقالة المفتي محمد سلطان الكشميري، المفتي آصف ياسين) ونقل بعض من أصحاب المقال عبارة من كتاب الفتاوى للشيخ خالد سيف الله الرحماني:

لايجوز بيع المبيع قبل وجوده إلا في عقد الاستصناع بمعنى عم التعامل باستصناع صناعات كالأخذية وغيرها، وإنما شمل اليوم إقامة المباني والشقق التي توضع لها خريطة وتذكر مواصفات البناء بحيث لاتبقى جهالة مفضية إلى النزاع والخلاف،

فيجوز لتجار البناء بيع هذه الشقق وابتياعها (كتاب الفتاوى ٢٧١/٥)، (المفتي عبد الرحيم، الأستاذ راشد حسين الندوي، الأستاذ محمد حذيفه، الأستاذ أحسن عبد الحق، المفتي حماد غلام رسول منظور، المفتي إقبال) يقول الأستاذ راشد حسين الندوي:

من أسباب الجواز لبيع المساكن المرغوبة وابتياعها أن جرى التعامل باستصناعها وأصبح من الممكن ضبط صفاتها، وكان لايمكن في قديم الزمان ضبط صفتها ولم يجر العرف باستصناعها فلا طائل في ذكرها كما كان الناس لم يتعاملوا باستصناع الثياب فلم يجر استصناعها في ذلك الوقت لكن الآن حيث جرى العرف باستصناعها جاز الاستصناع في الثياب.

يقول الشيخ وهبة الزحيلي:

ويصح في عصرنا الحاضر الاستصناع في الثياب لجريان التعامل فيه والعمل يختلف بحسب الأزمنة والأمكنة (الفقه الإسلامي وأدلته ٣٦٤٧/٥)، (الأستاذ ظفر عالم، الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، المفتي حبيب الله القاسمي، المفتي سلمان البالنبوري، المفتي شاهد علي).

وإنما لايجوز الاستصناع في الثياب لعدم التعامل فإذا وجد التعامل في هذا حينئذ يجوز اعتبارا بالاستصناع فيما فيه التعامل (المبسوط ٨٨/١٥)، (الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، المفتي شاهجهان الندوي).

واستدل الأستاذ محمد يوسف القاسمي بعبارة تالية للعلامة التهانوي:

قال في نور الأنوار: وتعامل الناس ملحق بالإجماع وفيه: ثم إجماع من بعدهم أي بعد الصحابة من أهل كل عصر.

فالتعامل لايختص بعصر دون عصر والاجماع يشترط فيه ما اشترط في الإجماع من أن لاينكر عليه أحد من العلماء في ذلك العصر واحتج الفقهاء في كثير من المسائل الجزئية بالتعامل (إمداد الفتاوى).

السؤال الخامس:

المؤسسات المالية الإسلامية تستمر استثمارا على منهج خاص مدعو بالاستصناع

الموازي ويتم هذا العقد بين ثلاثة متعاقدين، والمؤسسة تتولى صنع الشئ وتستصنع صانعا آخر وهما يتقاسمان الربح، فهل يجوز شرعا هذا الشكل من الاستصناع أم لا؟

تعريف الاستصناع الموازي:

ويعرف الشيخ وهبة الزحيلي الاستصناع الموازي بقوله:

وأما الاستصناع الموازي فهو الذي يتم بين البنك في العقد الأول بصفة كونه بائعا وبين صانع آخر يتولى صنع الشئ بمواصفات مشابهة للمصنوع المتفق عليه في العقد الأول بصفة كون البنك مستصنعا من الباطن، ويتولى صنع الشئ بمقتضى الاستصناع الموازي دون أن يكون هناك أي ارتباط بين العقدين فلا توجد علاقته حقوقية أو مالية بين المشتري النهائي الفعلي وبين الصانع البائع الفعلي (موسوعة الفقه الإسلامي أحكام المعاملات المالية الرئيسية ٣٠٤، ٣٠٥)، (الأستاذ إقبال التنكاروي).

وذكر بعض من الكتاب مثالا للإستصناع الموازي:

تتبنى بعض من الشركات بناء المنازل والشقق، ويريد زيد أن يبتاع مسكنا فيتصل هو ببنك مستصنعا والبنك هو الصانع ويتم العقد بينهما ثم يتعاقد البنك مع الشركة التي تقوم ببناء المنازل والدور بصفة كون البنك مستصنعا والشركة صانعا وتتشابه المواصفات للمنزل في العقدين مع فرق في الثمن فالبنك يأخذ من زيد ثمنا أكثر مما عاقد الشركة عليه ويختلف تسليم الثمن صورة (مقالة الأستاذ محي الدين الغازي).

يرى عدد كبير من كتاب المقالة أن هذا الشكل من الاستصناع الموازي جائز واشترط بعض منهم فيه شروطا متعددة مستدلين بكتب مختلفة، لايجوزه بعضهم نقدم فيما يلي الأدلة التي استدل بها الكتاب.

يقول الأستاذ راشد حسين الندوي، لايجب على الصانع أن يأتي بما صنعه هو نفسه بل يجوز أن يأتي بما صنعه قبل العقد كما يجوز له أن يأتي بما لم يصنعه هو.

والبيع هو المصنوع لا عمله فان جاء الصانع بمصنوع غيره أو بمصنوعه قبل العقد فأخذه صح، ولو كان البيع عمله لما صح (رد المحتار ٣٦٦/٧)، (المفتي أنور علي، الأستاذ محمد فاروق، الأستاذ محمد منصف) والمعقود عليه العين دون العمل حتى

لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد جائز (الهداية مع الفتح ٢٤٣/٦)، (الأستاذ بدر أحمد المجيبي، الأستاذ منصف البدايوني، الأستاذ محمد حذيفه، الأستاذ محمد جهانكير، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، المفتي أنور علي، الأستاذ عارف بالله).

فإن عاقد تاجر البناء أحدا من الناس ثم استصنع تاجرا آخر للبناء فهو جائز.

وجوز جل من الكتاب الاستصناع الموازي على هذا النوع مستدلين بدلائل مشتركة بينهم لذا نقدمها فيما يلي مجتمعة:

يقول العلامة السكاساني:

١- لأن العقد ما وقع على عين المعمول به بل مثله في الذمة لما ذكرنا أنه لو اشترى من مكان آخر وسلم إليه جاز (بدائع الصنائع ٩٥/٤) (الأستاذ منصف البدايوني).

٢- حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز (العناية مع فتح القدير ١٠٨/٧)، (الأستاذ منصف البدايوني).

٣- لأن العقد ما وقع على عين المعقود بل على مثله في الذمة لما ذكرنا أنه لو اشترى من مكان آخر وسلم إليه جاز (مجلة الأحكام المادة: ٢٩٣)، (المفتي عارف بالله).

٤- والأصح أن المعقود عليه المستصنع فيه، ولهذا لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد جاز (الهندية ٢٠٨/٣)، (الأستاذ عبد القيوم البالنبوري، المفتي سلمان البالنبوري).

واستدل الأستاذ زيد أحمد الميجبي بأن هذا الشكل من الاستصناع قبل القبض على المصنوع ولما جاز الاستصناع قبل وجود المصنوع، فالاستصناع قبل القبض على المصنوع أحق بالجواز (الأستاذ أبو سفيان المفتاحي).

آراء العلماء العرب:

يقول الشيخ وهبة الزحيلي:

وأن المعقود عليه هو العين الموصى يصنعها لا عمل الصانع أي ليس إجارة على العمل، فلو أتى الصانع بما لم يصنعه هو، أو صنعه قبل العقد وفقا للأوصاف المشروطة جاز ذلك (الفقه الإسلامي وأدلته ٦٣٢/٤) (الأستاذ محمد جهانكير حيدر).

واستدل المفتي عبد الرحيم بعبارة تالية من الشامل:

إن المصرف قد لايكون قادراً على الاستصناع بنفسه، لكنه يتقبل عقود الاستصناع وفي حال الصفقات المتلاحقة قد يرغب المصرف في تخفيف العبيئ عن نفسه فيقوم بقبول عقد الاستصناع، وليكن مشروع ضاحية إسكان وبعد قيامه بالدراسات اللازمة قام بطرح عطاء إنشاء وفي حالة رسو العطاء على أحد المقاولين وقع معه عقد الاستصناع ضمن المواصفات المطلوبة، وبموظف واحد تابع العمل حتى مراحله النهائية هذا هو الاستصناع الموازي، لأن المصرف قام بقبول الاستصناع وفي نفس الوقت قدمه لمقاول آخر، ليقوم بالعمل ويتقاسمان الربح أو يأخذ المقاول الثاني آجر المثل والباقي للمصرف والإثنان متكافلان متضامنان أمام المستصنع (الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، تأليف الشيخ محمود عبد الكريم/ ١٣٠) ويقول المفتي أبو غلام رسول نقلا عن حسام الدين خليل:

يجوز الربح الحاصل للبنك أو المؤسسة المالية بشرط أن يكون مبلغ الاستصناع مبلغا محدودا معلوما للطرفين.

عند التوقيع على عقد الاستصناع المصرفي يجب أن يكون مبلغ الاستصناع مبلغاً محدودا ومعلوماً للطرفين (عقد الاستصناع: ٣٨)، ونقل بعض من الكتاب عن بعض الكتب للمفتي تقي العثماني رأيه فيه:

١- ليس من الواجب أن يبنى الممول الأبنية نفسه، بل يجوز له الاستصناع الموازي بحيث يعاقد شخصا ثالثا، أو يستصنع مرابحة (الإسلام والمسائل الاقتصادية المعاصرة ١٥٧٥/٥)، (أنظر: مقالة المفتي إقبال أحمد، الأستاذ عبد القيوم البالنبوري، الأستاذ آصف ياسين، الأستاذ محمد عثمان، الأستاذ أحسن عبد الحق).

٢- أن يعاقد الذي يريد ابتياع شقة المصرف أن يبنيها له، فالمصرف لايكون قادرا

على إنشاءها بنفسه، فيجوز أن يستصنع شخصا آخر، وهذا ما يدعى اليوم بـ "الاستصناع الموازي" بمعنى انعقد العقد الأول بين المستصنع والمصرف والعقد الثاني بين المصرف والصانع، بشرط أنهما عقدان مختلفان لايتوقف أحدهما على الآخر ولاتختلط واجبات أحدهما بالآخر (الإسلام والمسائل الاقتصادية المعاصرة ٧١/٤، إنعام الباري ١٨٩/٦)، (أنظر: مقالة الأستاذ راشد حسين الندوي، المفتي عبد الرحيم، الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، الأستاذ عبد القيوم البالنبوري، الأستاذ روح الأمين، المفتي محمد سلطان الكشميري، المفتي محمد جعفر الملي الرحماني، المفتي عبد الرحيم، المفتي لطيف الرحمن، المفتي السيد باقر أرشد).

شروط الاستصناع الموازي:

وذكر كتاب المقالة شروط تالية للإستصناع الموازي:

١- أن لايكون هناك ارتباط بين العقدين ولاتوجد علاقة بين المشتري النهائي الفعلي وبين الصانع البائع الفعلي بل يعاقد المصرف المستصنع في العقد الأول والصانع في العقد الثاني ويتعهد المصرف الأمور التي تتعلق بإنشاء المباني.

٢- على البنك أن يتحمل المؤونة من تدعيم المباني وحراستها وتأدية ضريبة الكهرباء بعد القبض على المصنوع وقبل تسليمه الفريق الأول، بصفة كون البنك صانعا الآن وإذا يسلمه الفريق الأول لا تعود عليه المصارف.

٣- أن لايجدر بالبنك تسليم المبيع في مدة مديدة لا تعين عامة في مثل هذه العقود لأن ذلك يمكن الاستثمار للصانع بالمال الذي أخذه من البنك (انظر: مقالة المفتي عبد الرزاق، الأستاذ إقبال التنكاروي، المفتي نذير أحمد، المفتي إقبال أحمد القاسمي، الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، المفتي أنور علي، الأستاذ محمد أسجد القاسمي، المفتي محمد روح الأمين، الأستاذ عبيد الله الندوي).

ونقل الأستاذ أختر إمام عادل عن الفتاوى الشرعية شروطا تالية للإستصناع الموازي:

١- أن لايخفى الفرد أو البنك عن المشتري صفة كونه صانعا، ولايغره بأنه مشتر أو

ممثل الشركة.

٢- أن لايكون هناك أي ارتباط بين العقدين.

٣- على المشتري أن لايطلب صناعاته وخدماته بل الشئ المصنوع فحسب من أي جهة كان.

٤- وإن عين المشتري الشركات وصناعاتها وتولى البنك بقبوله إياه فعليه أن يأتي بالمصنوع موافقا للشروط المطلوبة.

٥- أن لايحدد أجل يمكن فيه الاستثمار لأن المدة المديدة تجعل الاستصناع سلما، وتشترط فيه شروطه.

ويضيف الأستاذ قائلا:

جوزت الاستصناع الموازي دار القضاء والإفتاء لبيت التمويل الكويتي بشروط مذكورة (الفتاوى الرعية في المسائل الاقتصادية رقم الفتوى: ٢٥٢، نقلا عن موسوعة فقه المعاملات ٢٨٧/١).

وزاد بعضهم من أن الاستصناع يعود على البنك وهو يعاقد الصانع ولايشترك المستصنع في العقد الثاني، وعليه أن يسلم المستصنع المصنوع بعد قبضه عليه (أنظر: مقالة الأستاذ روح الله والأستاذ عبيد الله الندوي).

وجوز الاستصناع الموازي القاضي عبد الجليل مشروطاً بأن يوفر البنك مادة الصنعة ويستصنع العاملين وإلا يكون من البيع للمعدوم الذي لايصح ونقدم فيما يلي بعض مايرى الكتاب حول العقد:

يقول المفتي شبير المرادآبادي: يجوز للمؤسسات المالية أن تعاقد عقد الاستصناع مع المشتري ببيان نوعه وجنسه وحجمه و أوصافه ثم تستصنع الصانعين وفقا للمواصفات المطلوبة مرابحةً وكذلك يجوز للمشتري الثاني الاستصناع مع المشتري الثالث بالمواصفات المذكورة المشروطة مع ضبطها كتابة لأن جرى العرف بين الناس بمثل هذا الاستصناع يقول المفتي سلمان المنصور فوري:

يجوز للبنك الإسلامي أن يخص لنفسه النفع في عقد الاستصناع بأن عاقد

المشتري ثم استصنع هو الصانع ويسلم المصنوع إلى المشتري لأنهما عقدان مفترقان والبنك الإسلامي واحد من المقاولين فلا بأس به، والبنك يجيز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه (العناية ١٠٨/٧).

ووضع بعض من الكتاب الفريق الثاني موضع الدلال واستدل على أجرة السمسار بعبارات تالية:

فيقول المفتي عبد الله الكاوي والا:

إن تبق جهالة مفضية إلى النزاع في الشرائط المطلوبة بين أي فريق من الفرقاء الثلاثة فلا بأس بمثل هذه الصورة، والفريق الثاني في حكم الدلال وتختص به الأرباح من حيث الدلال والسمسار ويصح له الإستثمار بتراضي الفريقين الآخرين (أنظر: مقالة الشاه أكرم الحق).

وحكم الدكتور ظفر الإسلام أيضا على الفريق الثاني بالدلال، فإنه يقول: يجوز للبنك أن يخص لنفسه قدرا من الثمن بعد تعيين الثمن من الفريقين، لأنه يدل لسعيه وكده واستدل الدكتور على أجر الدلال بعبارة تالية من الفتاوى الشامية:

وفي التا تارخانية: وفي الدلال والسمسار يجب أجر المثل ..... وفي الحاوي سئل محمد بن سلمة عن أجرة السمسار فقال: إنه أرجو أنه لا بأس به، وإن كان فاسداً لكثرة التعامل، وكثر من هذا غير جائز فجوز لحاجة الناس إليه (رد المختار ٨٧/٩، مطلب في أجر الدلال).

ومن ذلك أجرة الدلال والسمسار، فان الأصل فيه عدم الجواز لكنهم أجازوا الناس إليه كدخول الحمام على أن الذي يجوز من ذلك إنما هو أجر المثل.

فإذا اتفق شخص مع دلال أو مع سمسار على أن يبيع له أيضا بمئة جنيه على أن له قرشين في كل جنيه مثلا فان ذلك لاينفذ، وإنما الذي ينفذ هو أن يأخذ ذلك الدلال الأجر مثله في هذه الحالة (الفقه على المذاهب الأربعة، بحث ما تجوز إجارته وما لاتجوز ٥٩/٣) (الشاه أكرم الحق).

يقول العلامة العيني نقلا عن الحافظ بن عبد البر:

وقال عبد الملك أجرة السمسار محمولة على العرف يقل عن قوم ويكثر عن قوم ولكن جوزت لما مضى من عمل الناس عليه على أنها مجهولة قال: ومثل ذلك أجرة الحجام (عمدة القاري ٢٨٥/١٨) (الشاه أكرم الحق).

وقال الأوزاعي: يرفع فيه كراءه ونفقته ثم يبيعه بعد ذلك مرابحة (الاستذكار ٣٧٧٩/١)، (أنظر: مقالة الأستاذ الشاه أكرم الحق)

وبعض منهم لم يجوزوا الاستصناع الموازي، فيقول المفتي حبيب الله.

الاستصناع الموازي كأنه ينطوى على الربا فلا ينبغي التجويز.

وذكر الأستاذ شاهجهان الندوي صورتين من الاستصناع الموازي: الاستصناع المربوط وغير المربوط وقال:

لاتجوزان:

ونقدم فيما يلي الأدلة التي استدل بها الأستاذ على جواز الصورتين المذكورتين منه وعدمه ملخصة:

الاستصناع المربوط أن يمكن البنك المشتري من القبض على المبيع من الشركة كذا وفي الوقت كذا مع المواصفات المطلوبة المشروطة كأن المشتري قال للبنك أن يستصنع المصنوع وابتاعه منكم نسيئة مرابحة.

يقول الأستاذ: هذا الشكل من الاستصناع الموازي لايجوز لأنه استصناع صورة لا حقيقة ولأن المقصد من خلاله الاستزداة على الدين فهو من الحقيقة ربا وعقد يلزم العقدين وقد نهى عن العقدين المترابطين.

والصورة الثانية من الاستصناع الموازي أن يختلف العقدان ويفترقان ولايكون هناك أي علاقة بينهما بأن يتولى كل واحد من الفريقين صنع الشئ أو استصناع المبيع وابتياعه، حتى و إن لم يسلم الفريق الثاني المبيع المشتري بعد صنعه وبعد أن يسلم الفريق الثاني المبيع فعلى البنك الذي يبيع المصنوعات بعقد الاستصناع التحقق من مؤونة الشئ قبل تسليمه إلى المشتري، وجوز هذا الشكل من الاستصناع الموازي عدد كبير من الفقهاء والمعاصرين واستدلوا بدلائل آتية:

١- إنهما عقدان مختلفان تماما وقد أمر الله تعالى بايفاء العقود حيث قال: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة: ١).

٢- "بلى من أوفى بعهده واتقى فإن الله يحب المتقين" (سورة آل عمران: ٢٦).

٣- الاستصناع الموازي لايسبب الربا لعدم الارتباط.

٤- الاستصناع الموازي من أسباب تكثير الوثائق لأنه مقتصد على بيع المصنوع وابتياعه.

ولم يجوز الأستاذ شاهجهان الندوي هذا الشكل أيضاً من الاستصناع الموازي غير المربوط واحتج بالأدلة الآتية على عدم جوازه:

١- وإن يختلف العقدان ظاهراً في الاستصناع الموازي لكنه ينافي الروح الأقتصادية الإسلامية وحرمتها لأن الاقتصاد يقوم على أساس المرابحة بما تنتجه الأشياء الحقيقة والخدمات (Real Goodsand Servises) بينما يرى البنك من خلال الاستصناع إلى الاستكثار من المال بالتمويل، لايهدف إلى بيع الشئ المصنوع بل الاستزادة على المال الذي أقرضه ومنحه نسيئه لا تجارة فإنه ربا لاغير وذنب عظيم وقد أذن الله بالحرب على آكله، وقال النبي (صلى الله عليه وسلم): "درهم ربا يأكله الرجل وهو يعامل بأشد من ست وثلاثين زنية" (مسند البزار، رقم الحديث: ٣٣٨١، مسند الإمام أحمد ٢١٩٥، وفي رفعه كلام،).

٢- والاستصناع صوري لا حقيقي لأن من قصد البنك الاستزادة على ثمن بيع المصنوع بعد صنعه.

٣- وعدم الارتباط بين العقدين مفروض، وإنهما يتحدان أصلاً لأن البنك لايرى إلا المرابحة بأعماله التجارية.

٤- يعتبر الفريقان أنهما يتحدان لأن البنك لا يستصنع إلا بعد إنعقاد العقد مع المشتري، فليس من أعماله التجارية الاستصناع منذ أول يومه.

٥- يتعاقد البنك بصفة كونه صانعا عقد الاستصناع مشتريا بدل الثمن المحدود ثم هو يعاقد الاستصناع صانعا أو مقاولاً ابتاع ذلك الشئ المصنوع الموصوف، كأن الثمن الزائد عوض عن التجديد دون العمل لأن المشتري لا يعاقده نقداً

الاستصناع على الثمن الزائد من السوق عامة.

٦- المصارف الإسلامية عامة لا تلتزم بالشروط، بل توكل المشتري في القبض على المصنوع بالمواصفات المطلوبة من الشركة كذا وفي الوقت كذا، لأجل ذلك تجويز الاستصناع الموازي يزيد من التمسكات والإعتماد على الديون، وتنتفع المصارف بما أجازه العلماء مع عدم الاحتفاظ بالشروط.

إلا أن مصرفاً إسلاميا يبنى على التجارة من أول يومه نقداً ونسيئة، فأمثال هذه المصارف الملتزمة بالشروط يجوز لها الاستصناع الموازي غير المربوط.

وتحدث الأستاذ آفتاب عالم الندوي طويلا عن أحوال البنك المتوازي في الاستصناع.

١- أن يأتي بالمصنوع على الشروط المطلوبة من المستصنع.

فقي مثل هذه الأحوال يصبح البنك صانعاً للمستصنع ويصبح مستصنعاً أو موجراً أو مشتريا لمن أخذ عنه المصنوع، بمعنى أن البنك يتخير في أن يستصنع الصانع المبيع بالمواصفات المطلوبة وحينئذ يكون هو مستصنعاً للصانع، أو يبتاع الشئ المصنوع من الأسواق موافقا للصفات المذكورة يتحول حينئذ إلى مشتر، لأن المعهود عليه هو العين في الإستصناع على القول الصحيح، سواء كانت من صنعته أو غيره، يقول العلامة الزيلعي:

والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور عامة (الحقائق شرح كنز الدقائق ٤/١٢٤).

يقول الأستاذ: إن توسط المصرف يجوز الاستصناع في الأحوال المذكورة بشرطين:

١- أن لايكون هناك أي ارتباط بين العقدين وبين الصانع والمستصنع مثلاً لا يؤاخذ المستصنع إلا المصرف فيما إذا جاءت العين المصنوعة مغايرة للحاصل منها ولأن النبي (صلى الله عليه وسلم) نهى عن مثل هذه المنافع: نهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن ربح مالم يضمن (مسند الإمام أحمد، الرقم: ٦٦٢٨) لايحل بيع ماليس عندك ولا ربح مالم يضمن (سنن ابن ماجه، الرقم: ٢١٨٨) لايجوز بيع ملحم يضمن (الصحيح لابن حبان، الرقم: ٤٣٢١).

٢- ويجوز للبنك في هذه الحال أن يعاقد الصانع المشاركة أو المضاربة بمعنى أن لايعمل بالثمن بل يعطيه مشاركة أو مضاربة وبعد الفراغ من العمل يبتاع هو المصنوع ويسلمه إلى المستصنع، وصورته مثلاً:

استصناع المباني الجاهزة فيعلم البنك ثمن المواد البنائية وما كلفة المبالغ في انشائها وثمنها بعد إنشائها مثلاً أربعمئة ربيه، فيعاقد عليها البنك بأربعمئة ربية ويعجل حين التعاقد بمائة ربية للصانع لإنشائها في المشاركة، وفي المضاربة بمئتي ربية وبعد شرائها يتقاسمان الربح (مئة ربية) على ما عاهدا عليه حين العقد.

٣- ويمكن التوسط للبنك من حيث "الوكيل بالشراء" بمعنى توكيل البنك من المستصنع في شراء العين المصنوعة على الشروط المطلوبة من الصانع ويسلمها إلى المستصنع بعد اكمال الثمن الأصلي، ويعطي الصانع الأجر على جهده واستدل بعضهم على ثبوت الوكيل بالشراء في عقد الاستصناع بالحديث النبوي الذي بعث فيه النبي (صلى الله عليه وسلم) اتخاذ العضوية رجلاً إلى إمرأة (أنظر: الصحيح للبخاري الرقم: ٤٤٨) كأن النبي (صلى الله عليه وسلم) وكالة منه.

٤- وهناك صورة لتوسط المصرف من حيث "الوكيل بالبيع" أي أن يوكل البنك من قبل الصانع لشراء صناعته دون المستصنع، فتحقق الأجر منه وهذه الصور كلها تدل على صحتها العبارات الفقهية، فيجوز للبنك إتخاذها استثماراً بها (وانظر: مقالة المفتي مجتبى حسن القاسمي، الأستاذ عبيد الله الندوي).

وكذا الأستاذ محمد إقبال التنكاروي إذ طرح شكلين من الاستصناع:

١- أن يرابح البنك الإسلامي باستيراد الصنعة من البلدان الأخرى على المواصفات المذكورة المحددة من قبل المستصنعين بثمن منه، ثم يبيعها المستصنعين مرابحة.

٢- أن يؤدي المصرف بقية الثمن من نفسه إذا لم تؤد الشركة الصانعه ذلك ويطلب من رب العين المصنوعة إنجازها مقابل الثمن المؤدى منه، فيكون الاستصناع

حينئذ إجارة.

وأجازها الأستاذ بشروط فتشترط في الصورة الأولى جميع الشروط التي تقدمت ويشترط في آخرها أن يختلف العقدان تماماً و إلا يختلط بعضهما ببعض.

السؤال السادس:

أحيانا يدفع إلى الصانع في الإستصناع جزء من ثمن المبيع عربوناً فهل يجوز أخذه من قبل البائع دفعا للضرر عنه فيما إذا جاء بالشئ المصنوع بغير الصفة المشروطة من قبل المشتري؟ لأن المواد المصنوعة التي صنعها وفقا لطلب المستصنع ربما لايرغب غيره في شرائها على تلك الصفة، ويتعذر عليه بيعها على أية حال.

ان موضوع البيع بدفع العربون قد اختلف في جوازه الكتاب لورود الأحاديث المختلفة آراء الفقهاء الذين تناولوا بالبحث عن البيع بدفع العربون وذكروا تعريفه وأقوال العلماء عنه و وجهات نظر العلماء المعاصرين. وفيما يلي عرض لآرائهم ودلائلهم ملخصة:

تعريف العربون:

١- قال أبو عبد الله: العربان أن يشتري الرجل دابة بمئة دينار فيعطيه دينارين عربونا فيقول: إن لم اشتر الدابة فالديناران لك وقيل: يعني والله أعلم أن يشتري الرجل الشئ فيدفع إلى البائع درهماً أو أقل أو أكثر ويقول: إن أخذته فكذلك وإلا فالدرهم لك (سنن ابن ماجه ١٥٩، باب العربان) (الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي).

٢- قال مالك: وذلك فيما نرى والله تعالى أعلم يشتري الرجل العبد أو الوليدة أو يتكارى الدابة ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر ذلك أو أقل على أني أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك فالذي أعطيتك ثمن السلعة من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك، باطل بغير شئ (إعلاء السنن ١٦٦/١٤) (الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي).

٣- والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهما أو غيره على أنه متى أخذ السلعة احتسب به من الثمن وإن لم يأخذها فذلك للبائع .... قال أحمد:

لا بأس به وفعله عمر، وعن ابن عمر أجازه، وقال ابن سيرين: لا بأس به، وقال سعيد بن المسيب وابن سيرين: لا بأس إذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً (المعنى ١٦٠/٤) (المفتي شبير أحمد القاسمي، المفتي محمد شاهجهان الندوي، الأستاذ محمد حذيفه، الشاه أكرم الحق).

ويقول الأستاذ راشد حسيني الندوي نقلا عن المفتي تقي العثماني إن بيع العربون أو العربان عبارة عما يعمل من الثمن على أن محتسب منه إن جرى البيع وإلا التحق للبائع (الإسلام والمسائل الاقتصادية الحديثة ١٥٨/٤-١٥٩).

أقوال الأئمة:

اختلف الأئمة المجتهدون في أخذ البائع العربون فقال الإمام أبو حنيفة، الإمام مالك والإمام الشافعي بعدم جوازه إذا انفسخ البيع والإيجاب برده لأن البائع أخذه بغير عوض.

وقال الإمام أحمد بن حنبل بجوازه (الأستاذ محمد ظفر عالم الندوي، الأستاذ نذير أحمد).

يقول العلامة ابن رشد:

ومن هذا الباب بيع العربان، جمهور علماء الأمصار أجمعوا على أنه غير جائز، وحكى عن قوم من التابعين أنهم أجازوه منهم: مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحارث وزيد بن أسلم ... (بداية المجتهد ٨/٥) (الأستاذ محمد حذيفة).

يقول خليل أحمد السهارنفوري:

يرد العربان إذا ترك العقد على كل حال بالاتفاق (بذل المجهود ٢٨٧/٤) (الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي).

استدل جمهور الفقهاء على عدم جوازه بالحديث النبوي الشريف:

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع العربان (الموطأ للإمام مالك ٦٠٩/٢).

(الأستاذ محمد ظفر عالم الندوي، الأستاذ راشد حسين الندوي، الأستاذ محمد حذيفه، الشاه أكرم الحق، المفتي أبو حماد غلام رسول، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، المفتي نذير أحمد، المفتي محمد أنوار القاسمي، المفتي عابد الرحمن المظاهري).

وجعل بعضهم الحديث الذي استدل به الجمهور ونهى فيه النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العربان على عامة المبيعات التي لايلزم فيها الضرر بالبائع إن رد المبيع، (المفتي شاهجهان الندوي، المفتي أبو بكر القاسمي).

وجوز الحنابلة بيع العربان مستدلين بالحديث التالي:

عن زيد بن أسلم أن النبي (صلى الله عليه وسلم) أحل العربان في البيع (المصنف لابن أبي شيبه ٦٧١/١١) (المفتي شبير أحمد، الأستاذ محمد ظفر عالم، الأستاذ روح الأمين، المفتي عابد الرحمن المظاهري) إلا أن الحديث ضعيف السند.

يقول العلامة الشوكاني:

حديث مرسل وفي إسناده إبراهيم بن أبي يحي وهو ضعيف (نيل الأوطار ١٠٢/٥، الفقه الإسلامي وأدلته ٣٤٣٥/٥)، (الأستاذ ظفر عالم الندوي).

أثار الصحابة:

عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم فإن رضي عمر فالبيع له وإن لم يرض فأربع مئة لصفوان (المصنف لابن أبي شيبة ٦٧٢/١١، موسوعة فقه عمر: ٦٤٨)، (المفتي شبير أحمد، المفتي شاهجهان الندوي، الشاه أكرم الحق، الأستاذ روح الأمين، الدكتور ظفر الإسلام الصديقي، المفتي آصف ياسين).

ونقله البخاري في ترجمة الأبواب بهذه الألفاظ:

واشترى نافع بن عبد الحارث داراً للسجن بملك صفوان بن أمية على إن عمر رضي بالبيع فالبيع معه، وإن لم يرض عمر فلصفوان أربع مئة دينار (الصحيح للبخاري ٣٢٧/١)، (المفتي شبير أحمد).

وأجاب البعض من الكتاب أن في أثر سيدنا عمر رضي الله عنه هذا اختلافاً في أصل الثمن وهل المال الذي عجل به كان جزءاً من الثمن أم كله وغيره (فتح الباري ٧٥/٥)، (المفتي آصف ياسين البالنبوري).

آثار التابعين:

١- عن سعيد بن المسيب قال: لا عربون في ودك، ولا علف ولا طعام، والعربون في غيرهن (المصنف لابن أبي شبه: ٢٣٦٥٧)، (الأستاذ روح الأمين).

٢- عن مجاهد كان لايرى بالعربون بأساً (المصدر السابق) (الأستاذ روح الأمين).

٣- عن ابن سيرين: ان قال رجل: ارجل لركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مئة درهم، فلم يخرج شريح من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه (الصحيح للبخاري ١٩٨/٣) (الأستاذ شاهجهان الندوي).

٤- يقول ابن سيرين: إن باع رجل الغلة وقال له المشتري: إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع فلم يجئ فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت فقضي عليه (الصحيح للبخاري ١٩٨/٢)، (المفتي شاهجهان الندوي).

ويقول العلامة العيني شارحاً له:

وهذا الشرط جائز أيضا عند شريح، لأنه قال للمشتري عند التحاكم إليه: أنت أخلفت الميعاد فقضي عليه برفع البيع وهذا أيضا مذهب أبي حنيفه وأحمد وإسحاق (عمدة القاري ٦٥٤/٩-٦٥٥)، (الأستاذ محمد شاهجهان الندوي).

وعلل بعض من الكتاب بما قال الأئمة الثلاثة من الإمام أبي حنيفة، الإمام مالك، الإمام الشافعي بعدم جواز أخذ العربون للبائع يقول العلامة ابن رشد المالكي:

إنما صار الجمهور إلى منعه، لإنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل مال بغير عوض (بداية المجتهد ٥/٦)، (الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، الأستاذ محمد حذيفة، محمد أنور القاسمي).

يقول الشاه ولي الله الدهلوي:

نهي عن العربان أن يقدم إليه شئ من الثمن، فإن اشترى حسب عن الثمن وإلا فهو له مجاناً وفيه معنى المسيرة (حجة الله البالغة ١٠٠/٩)، (الأستاذ زبير أحمد القاسمي، الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، المفتي مجتبى حسن القاسمي، المفتي عابد الرحمن المظاهري).

يقول العلامة خليل أحمد السهارنفوري:

وقد اختلف الناس في جوازه فأبطله مالك والشافعي للخبر ولما فيه من الشرط الفاسد والغرر ويدخل ذلك في أكل المال بالباطل وأبطله أصحاب الرأي أيضا (بذل المجهود ٢٨٦/٤) (الأستاذ محمد حذيفه).

ويقول المفتي راشد حسين الندوي نقلاً عن المفتي تقي العثماني مذهب الجمهور راجح بالأدلة التي تؤيده ومسلك الحنابلة ضعيف جداً ولكن اختلافهم فيه جعل هذه المسألة من المسائل المجتهد فيها، ويسع الذهاب إلى ما ذهب إليه الحنابلة بالاجتهاد الاجتماعي سداً لحاجات الناس (الإسلام والمسائل الاقتصادية الجديدة ١٥٨/٤-١٦٢).

فتاوى المفتين:

نقل الأستاذ راشد حسين عبارة طويلة من بعض كتب المفتي تقي العثماني قائلاً: تشير هذه التوضيحات إلى أن الاستصناع ينعقد لازماً وليس لأحد من المتعاقدين الرجوع ويجب على المشتري أن يؤدي الثمن كله بعد القبض على الشئ المصنوع، وإن لم يرض به بعد الإجبار عليه فقد اتفق الجمهور من أرباب الفتاوى أن لايؤخذ ما عجل به من الثمن حين التعاقد (الفتاوى الرحيميه ٢٦٤/٩، أحسن الفتاوى ٥٠١/٦، كفاية المفتي ٤٣/٨، الإسلام والمسائل الاقتصادية الحديثه ١٥٨/٤-١٥٩).

يقول المفتي محمد شفيع:

قد تم البيع شرعاً وليس للمشتري الرجوع عنه إلا بتراضي المتعاقدين بل إنه يجبر على أداء الثمن والقبض على المبيع شرعاً، وقد وضعت الحكومة قانونا للحث على إيفاء العقود، فللبائع أن يدعي عليه لإتمام البيع، ليدفع الضرر عنه ولا يؤخذ العربون في هذه الصورة، وإن لم يقم البائع بالدعوى عليه بأداء العربون لأن الشريعة الإسلامية لم تقر التعازير المالية، ونقل في باب التعزير من رد المختار اتفاق الجمهور عليه (فتاوى دار العلوم، إمداد المفتيين ٧٠٠/٢)، (المفتي إقبال أحمد القاسمي).

آراء الكتاب:

اتفق الجميع من الكتاب تقريبا على أن قبض المستصنع على المصنوع لازم،

وأجازوا للبائع الدعوى عليه إن لم يرض به في المحاكم، لكن ينشأ هنا سؤال وهو إن لم يرض به المستصنع بعد الإدعاء عليه في المحاكم فما حله؟ فأجاب بعضهم أنه يرد العربون وأجاز بعضهم أخذ العربون دفعاً للضرر عن البائع.

واستدلوا بعبارة آتية من مجلة الأحكام العدلية على إجبار المستصنع على القبول:

إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً (مجلة الأحكام العربية: ٧٦)، (الأستاذ محمد إقبال التتكاروي، الأستاذ راشد حسين، الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، المفتي عارف بالله، الأستاذ محمد أسجد القاسمي، المفتي حبيب الله القاسمي، الأستاذ أختر إمام عادل، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، الأستاذ محمد فاروق) .

ويقول المفتي عارف بالله نقلاً عن ابن:

أنه يجيز كل واحد منهما، أما الصانع فلأنه ضمن العمل فيجبر عليه و أما المستصنع فلأنه إن لم يجبر على القبول يتضرر الصانع، لإنه عسى لا يشتريه غيره منه أصلاً، أولا يشتري بذلك القدر من الثمن فيجبر على القبول دفعاً للضرر عن البائع (فقهية في قضايا اقتصادية معاصره ٢٢٢/١)، (المفتي عارف بالله).

هل يصح أخذ العربون إن لم يرض به بعد الإجبار عليه؟

فاختلفت آراؤهم فيه:

فيقول الأستاذ زبير أحمد:

إذا أتى الصانع بالمبيع على الشروط الملزمة فليس لأحد من العاقدين الرجوع، بل يجب على المشتري أخذه ودفع الثمن إليه، ولكن لايصح أخذ العربون دفعاً للضرر عن البائع لأنه من بيع العربون المنهي عنه في الحديث النبوي الشريف:

واستدل الأستاذ بعبارة تالية:

وإن لم يشتر السلعة لم يستحق البائع الدرهم، لإنه يأخذه بغير عوض، ولصاحبه الرجوع فيه (الموسوعة الفقهية ٩٥/٩)، (أنظر أيضاً: مقال الأستاذ راشد حسين الندوي).

وإن لم يأت الصانع بالشئ المصنوع على الصفات المذكورة فيكون للمشتري

الخيار في فسخ العقد في رأي الأستاذ بدر أحمد المجتبى وإن أتى به موافقا للأوصاف المشروطة فيجبر المستصنع على القبول بالمحاكم دون أخذ العربون لأنه ليس من ملك البائع بل تحول إلى ملك المشتري ويرى الأستاذ كليم العمري: إذا أجاد الشئ المصنوع مغايراً للأوصاف المذكورة لايصح القبض من قبل البائع على العربون لأنه من الأمانة بل يصح أدؤه بعد بيع المبيع.

وتحدث البعض عنه بشيئٍ من التفصيل بمعنى يتخير المستصنع عند مخالفة الوصف في إمضاء العقد وفسخه ولايصح أخذ العربون، وإن لم يرض به لأنه بعيد عن الأوصاف المذكورة يجوز أخذه دفعاً للضرر عن البائع ولكن تجب فيه الاستعانة بالمحاكم ودور القضاء.

يقول المفتي عبد الله الكامي:

إذا أتى الصانع بالشئ المصنوع على الأوصاف المطلوبة ولم يرض به المستصنع فيجوز أخذ العربون من قبل البائع دفعاً للضرر عن نفسه، وإذا أتى به مناقضا للصفات المشروطة فللمشتري أن يفسخ العقد بناءاً على خيار الرؤية ولايجوز أخذ ما عجل به من الثمن للبائع في هذه الحال.

ويقول القاضي عبد الجليل: يبيع الصانع الشئ المصنوع إلى أحد من الناس ويدفع عن نفسه ما تضرر به.

ويرى البعض إلزام هذه الشروط حين التعاقد.

يقول الأستاذ شاهجهان الندوي:

لو اشترط البائع على المشتري حين العقد: إني أدفع بما قدمت من الثمن ما يدفع عني من الضرر فيما إذا لم ترض بالقبول، فيجوز أخذ قدر ما يدفع عنه الضرر لكنه يرد الباقي:

يقول العلامة السرخسي:

وإن كان شرطاً لايقتضيه العقد، وفيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضاً كما لو اشترى نعلاً وشراكاً بشرط أن يحذوه البائع، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزوع عن العادة حرجاً بينا (المبسوط ١٣/١٤).

يقول المفتي إقبال أحمد القاسمي:

يجوز أخذ العربون فيما إذا أشترط حين العقد أن الشئ المصنوع إذا أتى على الأوصاف المذكورة ورده المشتري يؤخذ العربون (المفتي أنور علي).

يجوز للصانع أن يستدرك ما أصابه من الضرر بأخذ العربون (الأستاذ محمد إقبال التنكاروي).

يقول الأستاذ ظفر عالم:

أخذ العربون من المسائل المجتهدة فيها، ويمكن فيها التوسع ويجوز أخذه إن اشترط وقت العقد بأخذه على قول الإمام أحمد ولعموم تعامل الناس وجريان العرف به (الأستاذ ظفر عالم).

وأجاز البعض أخذه:

يقول الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي:

بمقتضى المعاملات التجارية المعاصرة والحديث النبوي الشريف: "والنصح لكل مسلم .... الخ" يجوز القضاء بقول الإمام أحمد بن حنبل في مواساة ومؤازرة مسلم متضرر به فضلا عن أخذه العربون.

ويقول المفتي شبير أحمد المرادآبادي إجابة عنه:

يرى المفتي تقي العثماني الجواز على قول الإمام أحمد بن حنبل لتعامل الناس به وحاجاتهم.

وعن الأخذ يقول الجمهور في عامة الأحوال التي لايحتاج إليه، لذا أرى جواز أخذ العربون للبائع في الاستصناع لتعامل الناس به إن رد المشتري المبيع، وأدلة علماء من الأحناف بالنظر فيه لأن اتفاقهم عليه يعود بخير كثير وهي من المسائل التي تستحق البحث والتحقيق في استصناع المباني والشقق أو وسائل النقل الأخرى بكثرة كاثرة (المستفادة من الإسلام والقضايا الاقتصادية المعاصرة ٤/١٦١-١٦٢).

ويجوز أخذ العربون للبائع إلا إذا رد المستصنع المبيع في ظروف قاهرة عند الدكتور ظفر الإسلام.

ويقول الأستاذ أبو سفيان المفتاحي:

يأخذ الصانع قدر ما يدفع الضرر عن نفسه ويرد الباقي (الأستاذ عبد القيوم البالنبوري).

وزاد البعض من أن يسلم البائع المستصنع قدر العربون لأن أخذه العربون مع الشئ المصنوع لايجوز (المفتي سلمان المنصور فوري، المفتي نذير أحمد).

ولأجل عدم تجويز الجمهور من الفقهاء أخذ العربون قدم البعض حلولاً آتية دفعاً للضرر عن الصانع:

حل المشلكة:

يقول المفتي راشد حسين:

أما المشكلة المذكورة في السؤال فهي حقيقة من الحقائق وذكر لها الفقهاء حلين:

١- الحل الأول: يقول الأستاذ خالد سيف الله الرحماني حلاً لها:

أما المصنوعات التي تباع بالاستصناع، فإن استصنع المستصنع وأتى الشئ المصنوع على الأوصاف المطلوبة فلا يجوز رده من قبل المستصنع لتمام البيع ويجب عليه القبض ودفع الثمن إلى الصانع، وإن لم يرض به بعد الإجبار الشرعي القانوني عليه أن يدفع إلى الصانع الثمن في الأسواق للمصنوع، ويباع إلى غيره (كتاب الفتاوى ٢١٢/٥)، (أنظر: مقال الأستاذ محمد حذيفة، المفتي عبد القاسمي، المفتي مجبتى حسن القاسمي، المفتي محمد روح الله القاسمي).

٢- والحل الثاني:

عند ما لايقتنع المشتري بالعين المصنوعة فيمكن للصانع الاستفادة من مسألة الظفر بها وبيعها إلى غيره فإن أصابه الضرر به يدفعه عنه بأخذ العربون على قدر الضرر لكن إن باعها و وجدت الزيادة يجب عليه دفع العربون بكامله لأن الأحناف لم يجوزوا أن يأخذ غير جنس حقه في مسألة الظفر، وجوزه الإمام الشافعي وأخذ المتأخرون من الأحناف بقول الإمام الشافعي وصرح به العلامة الشامي حيث قال: ليس للذي لديه

حق أن يأخذ غير جنس حقه وجوزه الشافعي وهو الأوسع (قوله وجوزه الشافعي) قدمنا في كتاب الحجر أن عدم الجواز كان في زمانهم، أما اليوم فالفتوى على (الجواز) الفتاوى الشامية ٥/٣٠٠ كتاب الحظر، أنظر مفصلاً: الإسلام والقضايا الاقتصادية المعاصرة ٤/٧٧٣-٧٧٤) وأشار إليه صاحب أحسن الفتاوى بقوله: يجوز البائع أن يبيع المبيع بتراضي العاقدين، فان أصابه الضرر يدفعه بالعربون ويرد الزيادة إلى المشتري الأول ان وجدت (أحسن الفتاوى ٦/٥٠١) وأرى إذ أمكن في الاستصناع من مسألة الظفر أن لاحاجة إلى الإذن من المشتري (أنظر مقالة الأستاذ راشد حسين الندوي).

٣-الحل الثالث:

عند تسليم المبيع الكامل الأوصاف إلى المشتري يأخذ الصانع التمنى مطروحاً منه مبلغ على قدر العربون. أما عند الأخذ بمسألة الظفر فيبيعه البائع إلى غيره فإن رجع عليه بالنقص يدفع الضرر عن نفسه بالعربون ويرد الزيادة إلى المستصنع ويجوز أخذ العربون على قول الإمام أحمد ونقدم فيما يلي توصيات مجمع الفقه الإسلامي (جدة) وآراء بعض العلماء المعاصرين.

قرارات مجمع الفقه الإسلامي (جدة):

قرر مجمع الفقه الإسلامي (جدة) في ندوته الثامنة المنعقدة بـ "بروني"القرارات الآتية حول الموضوع:

١- إن عقد الاستصناع هو عقد وارد على العمل والعين في الذمة ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط.

٢- يجوز للصانع المطالبة بالعربون إذا طالت فترة الانتظار ويحتسب العربون جزءاً من الثمن إذا تم الشراء، ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء (فقه المعاملات المالية المقارن /٦٥).

(الشاه أكرم الحق، الأستذا محمد حذيفة، المفتي عابد الرحمن المظاهري).

واستدل المفتي محمد أنور القاسمي على جواز دفع الضرر عن البائع بعبارة تالية من المعايير الشرعية:

يجوز النص في عقد الاستصناع على توكيل المستصنع للصانع ببيعه إذا تأخر المستصنع عن استلامه خلال مدة معينة، فيبيعه على حساب المستصنع، ويرد الزيادة إليه إن وجدت أو يرجع عليه بالنقص إن كان الأمر كذلك. (المعايير الشرعية الرقم: ١١، الاستصناع الاصطناع هيأة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية).

آراء العلماء العرب:

يقول الدكتور وهبة الزحيلي:

وبيع العربون ..... اختلف العلماء فيه فقال الجمهور إنه بيع ممنوع غير صحيح فاسد عند الحنفية وباطل عند غيرهم .... وقال أحمد بن حنبل: لا بأس به، وفي تقديري أنه يصح ويحل العربون وأخذه عملاً بالعرف، لأن الأحاديث الواردة في شأنه عند الفريقين لاتصح وهذا قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورة الثامنة في بروني في غرة المحرم (الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٢١٩-٢٢).

(الأستاذ محمد حذيفة، الأستاذ محمد ظفر عالم، الدكتور ظفر الإسلام الصديقي، المفتي أبو بكر القاسمي).

ويقول في مكان آخر:

فهو أي التغريم جائز أيضاً وداخل تحت مفهوم مايسمى قانوناً بالشرط الجزائي وقد أقره القاضي شريح، وأيده قرار هيأة كبار العلماء في السعودية ١٢٩٤هـ .

قال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه (الفقه الإسلامي وأدلته: ٥٦٥٨).

(المفتي إقبال أحمد القاسمي).

ويقول الشيخ مصطفى الزرقاء:

ومن العموم أن طريقه العربون هي وثيقة الارتباط العامة في التعامل التجاري في العصور الحديثة وتدعمها قوانين التجارة وعرفها، وأساس الطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار (المدخل الفقهي العام ١/٤٩٥ الفترة: ٢٣٤ (الأستاذ محمد ظفر عالم الندوي).

أورد الأستاذ محمد فاروق العبارة الآتية تأييداً لقوله:

فإذا امتنع رب العمل دون سبب مشروع عن التسليم رغم دعوته إلى ذلك بانذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه (إلى قوله) ويترتب على هذا التسلم الحكمي جميع النتائج التي على التسلم الحقيقي فتنتقل ملكية الشئ المصنوع إلى رب العمل ويستحق دفع الأجر: (الوسيط في شرح القانون المدني ٥٣/٧).

فتوى للعلامة التهانوي في أخذ العربون:

يقول العلامة التهانوي افتاءً حين استفتى عن أخذ العربون في الاستصناع:

الاستصناع بياعات لا عدات: فلا يصح رد المبيع من قبل المستصنع ويجوز دفع العربون للصانع قبل الشروع بالعمل من قبل المستصنع (إمداد الفتاوى ١/٣ي٤١) (المفتي إقبال أحمد، الأستاذ محمد حذيفة).

رأي المفتي تقي العثماني:

يقول العلامة المفتي تقي العثماني (حفظه الله ورعاه) عن أخذ العربون:

إنه من المسائل المجتهد فيها فلا يبطل كلياً وذلك سداً لحاجات الناس في زماننا خاصة حيث نشأت علاقات تجارية بين البلدان المختلفة فلا يمكن إمضاء العقد يداً بيدٍ، فإن عاقد شخصان وقال أحدهما للآخر: "اصنع لي كذا" فجمعها له البائع، وبذل في جمعها أموالاً طائلة، ثم فسخ المشتري البيع ويغلب الضرر بالصانع، فيجوز للبائع أن يعاقده مشروطاً يأخذ العربون على قول الإمام أحمد بن حنبل أما في عامة الأحوال حيث اتخذه الناس ذريعة لكسب الأموال فلايجوز (الإسلام والقضايا الاقتصادية المعاصرة ١٦١/٤-١٦٢) (المفتي سلمان البالنبوري)، وجمع البعض قول الجمهور والحنابلة نقلاً عن فقه المعاملات المالية:

وفي الجمع بين القولين بالعمل بقول جمهور الفقهاء عند عدم وجود الضرر على البائع والمشتري ويعمل بقول فقهاء الحنابلة عند وجود ضرر لأحد المتعاقدين:

(فقه المعاملات المالية: ٦٥)، (المفتي عابد الرحمن المظاهري).

السؤال السابع:

إذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع، فهل يكون العقد إجارة أم

استصناعاً؟ وإذا جاء الشئ المصنوع في الاستصناع مناقضاً الأوصاف المذكورة فكيف يكون الخيار للمستصنع، فهل تنطبق هذه الصورة عليه؟ وإن وجب عليه القول كيف يدفع المستصنع الضرر عن نفسه في عدم الايفاء بالأوصاف المذكورة؟ فهل يجوز أخذ ضمانات مالية من الصانع؟).

فاتفق جميع الكتاب تقريباً على أن الاستصناع في مثل هذه الأحوال أصبح إجارة، فتجري عليه أحكامها وتناوبوا بالبحث طويلاً عن تخير المستصنع بفوات الصفات جواز أخذ الغرامات من الصانع وعدمه؟ ونقوم بتقديم آراءهم وأدلتهم فيما يلي:

واتفق كلهم على أنه إجارة لذا نقتصر على نقل العبارات:

والاستصناع أن تكون العين والعمل من الصانع، فأما إذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع يكون الأمر إجارة ولا يكون استصناعاً (الفتاوى التاتارخانية ٢٤٧/١٥، الرقم ٢٣٣٢٣)، (المفتي شبير أحمد).

وفي شرح المجلة:

وشرطه أن تكون العين والعمل من الصانع، فإن كانت العين من المستصنع كان العقد إجارة (شرح المجلة (/٦٩)، (المفتي شبير أحمد الأستاذ محمد حذيفة).

وينقل الدكتور ظفر الإسلام عن الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء:

وكذلك يخرج عنه الاستئجار على الصنعة حيث يقدم المستصنع المواد اللازمة من عنده ليقوم الصانع بصنعها وفقاً للمطلوب فهذا استئجار وليس استصناعاً (عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة: ٢٢).

ويقول العلامة المفتي تقي العثماني:

تكون العين أو مادة الصنعة من المستصنع والعمل من الصانع فإذا كانت من المستصنع والعمل من الصانع يكون العقد إجارة تحصل به خدمات وفق ذلك (الإسلام والقضايا الاقتصادية المعاصرة ١٥٥/٥، المطبوع في فيصل بكدبو ديوبند)، (الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، الأستاذ راشد حسين الندوي، المفتي إقبال أحمد القاسمي، المفتي عبد الرحيم القاسمي).

يقول الأستاذ أختر إمام عادل:

تجري عليه أحكام الإجارة بمعنى ينعقد لازماً إذا جاء الشئ المصنوع على الصفات المطلوبة و يجب فيه القبول على المستصنع ولا خيار له، وإذا جاء مغايراً لها أي متغير بفوات الوصف، إن شاء أخذه وإن شاء استرجع العربون ويثبت الملك للصانع بعد دفع مبلغ العين للمستصنع. أما إذا كانت بعض المواد من المستصنع وبعضها من الصانع فكيف يعتبر؟

فيقول المفتي إقبال أحمد القاسمي نقلاً عن بحر العلوم العلامة فتح محمد اللكنوي: والقليل تابع للكثير فيما إذا كانت بعض المواد من المستصنع وبعضها من الصانع (تطهير الأموال في تحقيق الحرام والحلال، ممطر الهداية ١١٢١). فهل يتخير المستصنع في رد المبيع بفوات الوصف؟

يرى العدد الكبير من الكتاب أن للمستصنع خيارين فيما إذا لم يأت المصنوع على الصفات المطلوبة فإن كان المصنوع من الأمثال فله مثله وإن كان من ذوات القيم فله قيمته إن شاء استرد ثمن المواد ثم يرد المبيع للصانع، وإن شاء أخذه بعد دفع الثمن و أجرة المثل للصانع بحيث لايتجاوز الأجر المسمى بينهما (الأستاذ وزير أحمد القاسمي).

(المفتي أنور علي الأعظمي، المفتي نذير أحمد، الأستذا خورشيد أحمد الأعظمي، الأستاذ محمد فاروق، المفتي أبو بكر، المفتي لطيف الرحمن، المفتي عارف بالله، الأستاذ عبد القيوم البالنبوري، الأستاذ أكمل اليزداني، المفتي شاهجهان الندوي، الأستاذ محمد جهانكير حيدر، المفتي أبو حماد).

واستدلوا بعبارات آتية:

يقول الإمام السرخسي:

١- ولو سلم غزلاً إلى حائك ينسج له سبعاً في أربع ، فحاكه أكثر من ذلك أو أصغر فهو بالخيار إن شاء منحه مثل غزله وسلم له الثوب، وإن شاء ثوبه وأعطاه الأجر إلا في النقصان فإنه يعطيه الأجر بحساب ذلك ولا يجاوز به ما سمى (المبسوط ٨٦/١٥)، (المفتي شبير أحمد، المفتي سلمان المنصور فوري).

ويقول في موضع آخر:

٢- إذا سلم حديداً إلى حداد ليصنعه اناء مسمى بأجر مسمى فإنه جائز، ولا خيار له فيه إذا كان مثل ما سمى ..... ولايثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه ..... وإن أفسده الحداد فله أن يضمنه حديداً مثل حديده، ويصير الإناء للعامل، وإن شاء رضي به، وأعطاه الأجر، لأن العامل مخالف له من وجه، حيث أفسد عمله، وموافق من وجه، وهو إقامة أصل العمل (المبسوط ٨٥/١٥)، (الأستاذ محمد شاهجهان الندوي، الأستاذ أختر إمام عادل، الدكتور ظفر الإسلام، الأستاذ محمد حذيفه).

يقول العلامة السكاساني:

٣- ولو دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قيمصاً بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمة الثوب وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله، لايجاوز ما سمي (بدائع الصنائءع ٨١/٤)، (الأستاذ زبير أحمد القاسمي).

٤- فإن سلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناء معلوماً بأجر معلوم أو جلداً إلى خفاف ليعمل له خفاً معلوماً بأجر معلوم فذلك جائز، ولا خيار فيه، لأن هذا ليس باستصناع بل هو استئجار فكان جائزاً، فإن عمل كما أجر استحق الأجر، وإن فسد فله أن يضمنه حديداً مثله، لأنه لما أفسده، فكأنه أخذ حديداً له، واتخذ منه آنية من غير إذنه، والأناء للصانع، لأن المصنوعات تملك بالصنعات (بدائع الصنائع ٩٦/٤)، (المفتي شبير أحمد، المفتي شاهجهان الندوي، المفتي سلمان المنصور فوري، الأستاذ زبير أحمد، الأستاذ محمد أسجد القاسمي، المفتي حبيب الله القاسمي، الدكتور ظفر الإسلام الصديقي، الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، المفتي نذير أحمد، الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي، الأستاذ أبو سفيان المفتاحي، الشاه أكرم الحق، الأستاذ محمد حذيفه، المفتي لطيف الرحمن، ولاية علي، المفتي سلمان البالنبوري، الأستاذ أرشد علي الرحماني، المفتي محبوب فروغ أحمد، المفتي شاهد علي، المفتي أبو حماد).

٥- فأما إذا أفسد بأن خالف في صفته ما أمر به، ذكر أن صاحب الجلد بالخيار إن شاء ترك الخف عنده وضمنه قيمة جلده، وإن شاء أخذ الخف وأعطاه الأجر، فإن ترك الخف عليه وضمنه قيمة الجلد فلا أجر عليه، وإن أخذ الخف فإنه يعطيه أجر مثل عمله (الفتاوى الهندية ٥٦٥/٤)، (الأستاذ محمد فاروق).

يقول العلامة الشامي:

٦- إن شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا أجر له، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لايتجاوز به المسمى، لأنه امتثل أمره في أصل ما أمر به وهو القطع والخياطة لكن خالفه في الصفة فيختار أيهما شاء (الفتاوى الشامية ١٠٢/٩)، (الأستاذ محمد فاروق).

يقول العلامة البغدادي:

٧- دفع إلى حداد حديداً ليعمل له إناء منه فأفسده عندها يضمن حديداً مثله ومالا مثل له يضمن قيمته كذا في باب الاستصناع الوجيز (مجمع الصنانات ٤٧/١)، (الأستاذ آفتاب عالم الغازي).

٨- الواجب في الإجارة الفاسدة أجر لمثل لايجاوز به المسمى (بداية المجتهد ١٨٨/١)، (الأستاذ آفتاب عالم الغازي).

وفي مجلة الأحكام العدلية:

٩- الآجر إن بالاتفاق أو في الشرط استحق الأجر المسمى وإلا استحق أجر المثل بشرط أن لايتجاوز الأجر المسمى (مجلة الأحكام العدلية ١٦٥/١ المادة: ٥٠٥)، (الأستاذ آفتاب عالم الغازي). وتحدث عنه الأستاذ إقبال أحمد التنكاروي بشئ من التفصيل حيث يقول: إن خالف الصانع في جنس ما أمر به ممثلاً أخطأ في الجنس وصنع جنساً آخر فللمستصنع الخيار إن شاء ضمن مواداً مثل مواده وإن شاء أخذ الشئ المصنوع فلا خيار له، وإن خالف في صفته ما أمر به فإن شاء ترك المصنوع وضمن مواداً مثل مواده ولا أجر له و إلا فالمصنوع وأعطا الأجر أي أجرة المثل. أضاف الأستاذ راشد حسين إليه إذا كانت مخالفته

في الأجزء تركيبية ورضي به المستصنع فلا أجر له ويرد إليه أجر ما زاد فيه حسب بدل العمل.

يقول العلامة محمود بن أحمد النجاري:

قال محمد: وإذا رفع حديداً إلى حداد يصنعه إناء بأجر مسمى فجاء به الحداد على ما أمره به صاحب الحديد عندئذ يجبر على القبول ولو خالفه فيما أمر به، فإن خالفه من حيث الجنس بأن أمره بأن يصنع له قدوماً فصنع فأساً، ضمن حديداً مثل حديده و إلا ناله ولا خيار لصاحب الحديد، فإن خالفه من حيث الوصف بأن أمره أن يصنع له منه قدوماً يصلح للتجارة فصنع له منه قدوماً يصلح لكسر الحطب فصاحب الحديد بالخيار إن شاء ضمنه حديداً مثل حديده وترك القدوم وأعطاه الأجر، وكذلك الحكم في كل ما يسلمه إلى عامل يصنع منه شيئاً مسمى كالجلد يسلمه إلى الاسكافي ليصنعه خفا وما أشبه (المخيط البرهاني في الفقه النعماني ٢٦٢/٩، ٣٦٣)، (الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، المفتي عبد الرحيم).

يقول السيد باقر أرشد يثبت خيار العيب في الإجارة فإن شاء فسخ العقد وإن شاء استوفى المنفعة مع الالتزام بتمام الأجر.

يثبت خيار العيب في الإجارة كالبيع والعيب الموجب للخيار فيها هو ما يكون سبباً لنقص المنافع التي هي محل العقد ولو بفوات وصف إجارة الذمة ولو حدث العيب قبل استيفاء المنفعة وبعد العقد ويكون المستأجر بالخيار بين فسخ العقد وبين استيفاء المنفعة مع الالتزام بتمام الأجر (مو سوعة فقهية بحث الإجارة).

يقول الأستاذ محمد فاروق:

إن لم يجيئ المصنوع على الأوصاف المشروطة لكنه مقارب لها وجرى العرف بمثل هذا التفاوت يجبر المستصنع على القبول بدفع تمام الأجر، فقد اعتبر المقاربة للزوم لا حقيقة الموافقة من كل وجه.

وفي الفتاوى الهندية:

إن كان عمله صالحاً مقارباً لا فساد فيه أجبر صاحب الجلد على القبول، ولم

يكن له خيار، فقد اعتبر المقاربة للزوم لا حقيقة الموافقة من كل وجه (الفتاوى الهندية ٥٦٥/٤)، (أنظر: مقال الأستاذ محمد حذيفة).

ويرى البعض أنه إجارة فلا خيار للمستصنع هل يجوز النقصان في الأجر والضمانات المالية أم لا؟

فاختلفت آراؤهم:

إنه إجارة وفي الإجارة لا خيار للمستصنع فإن لم يجئ المصنوع على الصفات المطلوبة يجبر على القبول وللصانع أجر المثل وليس للمستصنع أن يأخذ منه الغرامات في رأي المفتي سلمان المنصور فوري والشاه أكرم الحق.

إذ فسد العقد وجب أجر المثل بعد الفراغ من العمل على ما جرى فيه الغرف من أهل تلك الصناعة (الفتاوى التاتارخانية ١٣٦/١٥).

يقول الدكتور ظفر الإسلام إنني أرى جواز التغريم للمستصنع من الصانع ولا خيار له (الأستاذ أبو سفيان المفتاحي).

يقول الأستاذ عبد الله السكاري إن العقد إجارة وفي الإجارة لايرد المصنوع إذا جاء نافياً للأوصاف المشروطة ويدفع الضرر المستصنع عنه بالنقصان في الأجر (الأستاذ بدر أحمد المجيبي، الأستاذ روح الأمين).

يقول الأستاذ كليم الله العرمي: لايجوز للمستصنع أن يدفع الضرر عن نفسه بالنقصان في الأجر ولا أخذ الضمانات المالية من الصانع إلا أن يكون العامل متعمداً (أنظر أيضاً: مقالة المفتي إقبال أحمد القاسمي).

السؤال الثامن:

إذا تأخر الصانع عن تسليم المبيع في المدة المحددة هل يجوز للمستصنع أن يأخذ منه الغرامات المعينة دفعاً للضر لأن المستصنع عاقد شخصاً آخر على تسليم المبيع في بذلك الثمن، ولأنه يشتريه من السوق بأغلي الثمن ولأنه يتعذر بيعه لعدم رغبة الناس في شرائه على تلك الصفات؟

أشار جل الكتاب بحثاً عن هذا السؤال إلى الخلاف بين الإمام أبي حنيفة

والصاحبين في تحديد الأجل، فالاستصناع ينقلب سلماً إذا ذكر المتعاقدان أجلاً معيناً لتسليم المصنوع عند الإمام أبي حنيفة (رحمه الله)، وقال الصاحبان: هذا ليس بشرط لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع فيرى الأكثر من الكتاب ترجيح قولهما، إلا أن الأستاذ أبا سفيان المفتاحي يرى أن التحديد يجعل الاستصناع سلماً فإنه يقول: أصبح الاستصناع سلماً بالتحديد فتشترط فيه حينئذ شروط السلم التي لايصح إلا بها.

نقدم فيما يلي مستدلاتهم موجزة:

يقول العلامة السكاساني:

ومنها أن لايكون فيه أجل، فإن ضرب للاستصناع أجلاً صار سلماً حتى تعتبر فيه شرائط السلم وهي قبض البدل في المجلس ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه اكذي شرط فيه السلم، وهو قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد: هذا ليس بشرط، وهو استصناع على كل حال ضرب فيه أجلاً أو لم يضرب، و وجه قولهما أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع (بدائع الصنائع ٩٤/٤)، (المفتي أبو حماد غلام رسول، الأستاذ آفتاب الغازي) وفي الفتاوى الهندية، وإن ضرب الأجل فيما للناس فيه تعامل صار سلماً عند أبي حنيفة حتى لايجوز إلا بشرط السلم ولايثبت فيه الخيار وعندهما يبقى استصناعاً ويكون ذكر المدة للتعجيل، وإن ضرب الأجل فيما لا تعامل فيه صار سلماً بالإجماع كذا في الجامع الصغير، هذا إذا كان ضرب المدة على وجه الاستمهال، بأن قال: شهر أو ما أشبه ذلك: أما إذا ذكر على وجه الاستعجال بأن قال: على أن تفرغ منه غداً أو بعد غد لايصير سلماً في قولهم جميعاً كذا في الصغرى (الفتاوى الهندية ٢٠٨/٣)، (المفتي باقر أرشد).

وحكي عن الفقيه أبي جعفر: أنه قال: ان كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للإستعجال ولايصير سلماً في قولهم وإن ذكر مدة يتمكن فيها من الفراغ من العمل فهو استصناع وإن كان أكثر من ذلك فهو سلم (الفتاوى التاتارخانية ٤٠١/٩)، (الأستاذ محمد حذيفة).

يقول سعد بن عبد الله بن العبد العزيز:

وفي هذا الشرط خلاف ولكن مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرر اشتراط تحديد

الأجل فيه قطعاً للنزاع والخصومة وما قرره المجمع أوجه، إذ أن من مقاصد الشريعة في المعاملات قطع المنازعات (الاستصناع المقاولات شروط الاستصناع/ ٩)/، (الأستاذ آفتاب عالم الغازي).

ذهب مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السابع إلى أنه يشترط في عقد الاستصناع أن يحدد فيه الأجل أي يشترط ذكر أجل لتسليم الشئ المصنوع، ذلك أن هذا العقد قائم على العمل والعين المؤجلين عادة، وكل ما هو من شأنه لا بد فيه من تحديد المدة لئلا يؤدي إلى النزاع والخصام فالصانع قد يتأخر في التنفيذ والمستصنع يريد التعجيل فإذا لم يكن في العقد تحديد المدة أدى ذلك بلا شك إلى النزاع: واتفق العلماء على منع ما يؤدي في العقود إلى النزاع (فقه المعاملات ٢٨٧/١)، (الأستاذ محمد حذيفة).

ومما سئل في هذا السؤال عن جوار التغريم إذا تأخر الصانع عن تسليم المصنوع في الأجل المحدد.

تباينت أراء الكتاب فيه فيرى أكثرهم إذا شرط حين التعاقد يجوز التغريم بمقتضى الشرط، بينما يرى البعض جواز التغريم على الاطلاق، ويرى البعض أنه لايجوز لأن التغريم بأخذ المال لايجوز فيه الأحناف.

يقول الأستاذ أختر إمام عادل:

إن الشرط الجزائي هو محل نظر العلماء المعاصرين، ويرتبط عند الفقهاء في العقد بتحديد الأجل (مجلة الأحكام ٤٣٧/١).

هل يجوز التغريم في عدم الالتزام بما اشترط؟

لم يجوزه كثير من العلماء على عامة أصول العقود، لأن فيه تعليقاً مجهولاً، ولأنه بدل الوقت وهذا مايترتب عليه لكن أجازه الأكثر من الفقهاء المعاصرين مستدلين بما أقره القاضي شريح: من شرط على نفسه غير مكره فهو عليه واستدل الأستاذ أيضاً بما نقل عن تجويز بيع العربون من المستدلات (الفقه الإسلامي ١٩٧/٧).

يقول المفتي شبير أحمد:

وفي المبسوط للسرخسي في بحث الإجارة (مسألة الخياطة) التغريم جائز وكذلك

النقصان من ثمن المبيع إذا تأخر الصانع عن وقته، ولو اتفق المتعاقدان على النقص من ثمن المبيع كل يوم أو أسبوع من التأخر يجوز مشروعاً.

يقول المفتي سلمان المنصورفوري: يجوز اشتراط النقص من ثمن المبيع ويسمى بالنقصان في ثمن المبيع لا التغريم.

يقول الدكتور ظفر الإسلام:

يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً مالم تكن هناك ظروف قاهرة مستدلاً بقرار مجمع الففقه الإسلامي–جدة.

يقول المفتي عبد الله السكاوي:

إذا تأخر الصانع عن القيام بعمله تأخراً مضراً بالمستصنع يجوز التغريم على قدر الضرر:

يقول الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي:

إذا لم ينفذ الصانع ما التزم به حين التعاقد يجوز التغريم كما في مسألة أجر الخياط (الأستاذ محمد إقبال التنكاروي، الأستاذ أبو سفيان المفتاحي).

يقول المفتي حبيب الله القاسمي:

يجعل تحديد الأجل عقد الاستصناع سلماً عند الإمام أبي حنيفة بينما أجازه الصاحبان فيما للناس فيه تعامل فيجوز التغريم فيما إذا يشترط فيه على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حالة مالم تكن هناك ظروف قهرية (المفتي أنور علي، الأستاذ محبوب فروغ أحمد، الأستاذ محمد فاروق).

يقول الأستاذ زبير أحمد:

لايصح التغريم فيما إذا تأخر الصانع عن القيام بعمله في وقته وأجاز الأستاذ أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً مالم تكن هناك ظروف قاهرة، واستدل بقرار من قرارات مجمع الفقه الإسلامي–جدة.

يقول الأستاذ أختر إمام عادل:

قد تضاعف احتياج الناس في الوضع الراهن إلى أن يشترطوا في عقودهم شرطاً

جزائياً، دون الاشارة بما يؤيد جوازه.

ويضيف قائلاً: أقرته الفتاوى الأزهرية.

ولايجوز المفتي إقبال أحمد القاسمي التغريم مطلقاً إلا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان من النقصان في ثمن المبيع كا في الإجارة.

يقول الأستاذ ظفر عالم:

سكت عنه الفقهاء فهل يدفع الصانع الغرامات المعينة، في مثل هذه الأحوال بينما يتمتع المشتري بالخيار في فسخ العقد قياساً على عقد الإجارة.

يقول المفتي شاهجهان الندوي:

يجوز التغريم إلا في ظروف قهرية.

يقول الأستاذ محمد فاروق:

إن لم يتضمن العقد شرطاً جزائياً وتأخر الصانع عن تسليم المبيع في وقته وأصيب المستصنع بالضرر الكثير يجوز التغريم بما جرى عليه العرف بين التجار، المعروف بين التجار كالمشروط بينهم (شرح المجلة ٣٨/١، المادة: ٤٠٤)، ولايجوز إذا لم يصبه الضرر، والحاصل أن المذهب يدعو إلى عدم التغريم بأخذ المال (الفتاوى الشامية ١٠٦/٦).

يقول المفتي عبد الرزاق القاسمي:

يجوز أن يشترط المتعاقدان بالنقص من ثمن المصنوع إذا تأخر الصانع عن تسليمه في وقته: سواء اشترطاً حين التعاقد أو بعده قبل الضرر.

واستدل الكتاب القائلين بالتغريم بعبارة تالية من الكتب الفقهية للأحناف "إذا قال للخياط إن خطته اليوم فلك درهمان وإن خطته غداً فلك درهم واحد، قال أبو حنيفة: يصح الشرط الأول، ولايصح الشرط الثاني، وقال صاحباه: يصح الشرطان جميعاً، فإن خاطه في اليوم الثاني يجب المسمى في ذلك اليوم، وإن خاطه في اليوم الثاني يجب أجر المثل لايزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم: وفي النوادر يجب أجر المثل لايزاد على نصف درهم: ذكر القدوري الصحيح رواية النوادر، كذا في فتاوى قاضي خان (الهندية

٤٢٣/٤، رد المختار ١١/٥، بدائع ٣٥/٤)، (الأستاذ محمد حذيفه، الأستاذ محبوب فروغ أحمد، الأستاذ محمد فاروق، المفتي أبو حماد غلام رسول، المفتي أنور علي). قرار مجمع الفقه الإسلامي جدة.

يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان مالم تكن هناك ظروف قاهرة ويجوز هذا الشرط ممثلاً في عقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه ..... ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه (قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي)، (المفتي روح الله، المفتي عبد الرزاق، الدكتور ظفر الإسلام).

آراء العلماء العرب:

يقول المفتي روح الله نقلاً عن الشيخ مصطفى الزرقاء: توحدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة ..... وتسع حال عقود الاستصناع في التعامل بطريق الإيصاء على المصنوعات للمعامل والمصالح الأجنبية ..... وازدادت أيضاً قيمته في الحركة الاقتصادية فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المشروطة مضراً بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر من قبل، فلو أن متعهداً يتقدم بالمواد الصناعية إلى صاحب معمل تأخر عن تسليمها إليه في الموعد المضروب لتعطل المعمل وعماله ..... وكذا تأخر الصانع عن القيام بعمله في وقته ..... وقد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزاماته في حينه، ومثل هذا الشرط ليس في إصطلاح الفقه الأجنبي: الشرط الجزائي (المدخل الفقهي ٨ لعام ص: ٧٥٩ – ٧٦٠)، (الدكتور ظفر الإسلام، المفتي شاهجهان الندوي).

يقول الدكتور وهبة الزحيلي:

وأما في مجال المقاولات التي يتم فيها عادة الاتفاق على مدة التسليم والإلزام بغرامات معينة عند التأخير فهو أي التغريم جائز أيضاً وداخل تحت مفهوم ما يسمى قانوناً بالشرط الجزائي، وقد أقره القاضي شريح، وأيده قرار هيئة كبار العلماء في السعودية

سنة ١٣٩٤هـ.

وقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه – اعلام الموقعين (الفقه الإسلامي وأدلته ٣٦٥٨/٥)، (المفتي إقبال أحمد القاسمي).

يقول المفتي تقي العثماني:

هل يجوز أن يشترط الناس في عقودهم ضمانات مالية على الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه يومياً شرعاً أم لا؟

وسكت عنه الفقهاء خلال البحث عن الاستصناع لكنهم أجازوا مثل هذه الشروط في الإجارة فهم يقولون: يختلف الثمن باختلاف أجل التسليم فيما إذا جاء أحد إلى الخياط لأن يحيط له ثيابه، ويجوز للمستأجر أن يقول: إن خطته اليوم فلك مئة ربية وإن خطته غداً فلك ثمانون ربية: ..... كذلك يجوز في الاستصناع تعليق الثمن بالتسليم، وإن اتفق العاقدان على النقص من أصل الثمن يومياً على قدر معين في التأخير عن تنفيذ التزاماته فهذا يجوز شرعاً (الإسلام القضايا الاقتصادية المعاصرة ١٥٦/٥)، (المفتي أبو حماد غلام رسول، الأستاذ راشد حسين، المفتي شبير أحمد القاسمي، المفتي أنور علي، الأستاذ محفوظ الرحمن شاهين الجمالي، المفتي إقبال أحمد القاسمي، الأستاذ إقبال التنكاروي، الأستاذ محمد عثمان).

يقول الأستاذ راشد حسين بعد أن نقل العبارة المذكورة عن المفتي تقي العثماني: إنه قد حل الشيخ العقدة وكشف الغمة وبعد اعتراضه عليه الإجابة عنه أضاف هو قائلاً: خلاصة القول رغم أن تجوز هذه الشروط في العقود قياساً على الإجارة إذا تأخر الصانع عن القيام بعمله في حينه بحيث ينقص من الثمن قدر معين هل يجوز تعليق الثمن بكل يوم؟ فأجازه البعض من العلماء وفي جوازه عندي نظر.

الرأي الثاني: لايجوز التغريم:

يقول الأستاذ بدر أحمد المجيبي:

لايجوز التغريم فيما إذا تأخر الصانع عن القيام بعمله في حينه مضراً بالمستصنع لأن المصنوع جاء على الأوصاف المذكورة، لايجوز التغريم والمشتري بالخيار

بين إمضاء العقد أو فسخه عند الأستاذ خورشيد أحمد الأعظمي (أنظر مقالة: المفتي عبد الرحيم الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي، الأستاذ محمد أسجد القاسمي).

ونقل المفتي عبد الرحيم عبارة تالية عن الدكتور وهبة الزحيلي تأييداً لقوله:

وإذا حددت مدة لتقديم المصنوع فانقضت دون أن يفرغ الصانع منه ويسلمه فالظاهر أن يتخير المستصنع بين الانتظار والفسخ (الفقه الإسلامي وأدلته ٣٩٦/٤)، (الأستاذ محمد أسجد القاسمي).

ومن فتاوى دار العلوم بديوبند:

الاستفتاء: إن عجل أحد بالثمن واستكتب البائع أن ينقص عشر ربيات في كل يوم إذا تأخر عن تسليم المبيع في الأجل المعين هل يجوز أخذ ذلك القدر من أصل الثمن؟

الإفتاء: هذا شرط باطل لايجوز ولايصح الأخذ بمثل هذا المال (فتاوى دار العلوم ٤٠٨/١٤)، الأستاذ محمد حذيفة).

وأفتى حين سئل عنه/

التغريم ينافي الشرع (فتاوى دار العلوم ٣١٨/١٤)، (الأستاذ خورشيد أنور الأعظمي).

* * *

من البحوث والدراسات:

مسائل الاستصناع في الأسواق المحلية والعالمية

فضيلة الشيخ المفتي شبير أحمد القاسمي •

إن عقد الاستصناع قد انتشر اليوم في العالم كله بنطاق واسع حتى امتدّت صفقاته من الأسواق المحلية إلى البلاد القاصية؛ فدعت خطورة هذا العقد وما يحدث فيه من المسائل الجديدة إلى التصريح ببعض المسائل الجزئية لهذا العقد؛ لذا نقدم هذا المقال فيما يلي أمام القراء.

حالة عقد الإستصناع تتوقف على تعامل الناس:

الاستصناع عقد شيء معدوم، لا وجود له في الخارج لدى إبرام العقد، ومثل هذا مما لا يكون له وجود في الخارج لا يصح شراؤه شرعاً وفق ما تقتضيه القوانين الشرعية؛ فنظراً إلى ذلك لا يبقى عقد الاستصناع جائزاً، ولكن الشرع جوزه لتعامل الناس وحاجتهم إليه؛ فمن هنا لا يجوز عقد الاستصناع إلا فيما فيه تعامل، فعبارات الفقهاء في ذلك كما يلي:

يجوز استحسانا، والقياس يقتضي عدم جوازه لأنه بيع المعدوم، وقد نهى النبي (صلى الله عليه وسلم) عن بيع ما ليس عند الإنسان (إلى قوله) وجه الاستحسان هو الإجماع الثابت بالتعامل؛ فإن الناس في سائر الأمصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير، والقياس يترك بمثله (وقوله) ولأنه يجوز فيما فيه تعامل، لا فيما لا تعامل فيه (عناية مع فتح القدير ١٠٨/٧، زكريا ديوبند).

وقد بين ذلك الإمام الزيلعي – رحمه الله – في "تبيين الحقائق كما يلي: وأما الاستصناع فللإجماع الثابت بالتعامل من عصر النبي (صلى الله عليه وسلم) إلى يومنا هذا، وهو من أقوى الحجج (تبيين الحقائق ملتان ١٢٣/٤، زكريا ٥٣٦/٤، هكذا في

• أحد مشيخة الحديث بالجامعة القاسمية "شاهي" بمراد آباد" الهند، وأحد كبار المفتين بدار الإفتاء بها

البدائع زكريا–ديوبند ٤/٩٣، ومبسوط للسرخسي ١٢/١٣٨).

الفرق بين عقد الاستصناع وعقد السلم:

وفي ذلك تفاصيل مبسوطة في كتب الفقه، والقاسم المشترك بينهما أنهما بيع المعدوم وقد جوزا لتعامل الناس وحاجتهم إليهما، ومن شروطهما تعيين الثمن وبيان جنسن المبيع ونوعه وقدره وصفته، كما أنه يختلف العقدين (عقد الاستصناع وعقد السلم) في أمور وهي كما يلي:

١. يجب في السلم أداء رأس المال (الثمن) والقيمة نقداً تماماً وكذا قبض رأس المال في مجلس العقد، بينما أن الاستصناع لا يجب فيه أداء الثمن نقداً تماماً؛ بل هو على حسب ما يتراضى به المتعاقدان، سواء ينقد كل الثمن مسبقاً، أم بعضه مسبقاً وبعضه موخراً، أم لا ينقد شيئاً من الثمن مسبقاً وينقده عند تسلم المبيع وكل ذلك جائز (شرح المجلة، رستم باز ١/٢٢١، رقم المادة: ٣٩١، الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٣٩٩).
٢. وفي السلم لا يثبت الخيار لأحد من المتعاقدين، وإنما هو يلزم من حين العقد، بينما أن الاستصناع لا يلزم ويثبت فيه الخيار ولو بعد العقد قبل الصنع.
٣. وفي السلم يشترط أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين الأجل، ولا يشترط ذلك في الاستصناع.
٤. ويشترط أن المسلم فيه من ذوات الأمثال ولا يشترط ذلك في الاستصناع، بل يجوز في ذوات القيم إذا كان مما فيه تعامل.
٥. ويصح المسلم فيما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه على حين إن الاستصناع لا يصح إلا فيما فيه تعامل (يراجع للاستزادة: الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٣٩٩–٤٠١).

الاستصناع معاقدة هو أم مواعدة؟

ومما يجب ملاحظته في هذا الباب أن المستصنع إذا أمر الصانع بأن يصنع له شيئاً وقد أراه نموذجاً له وبين قدره وقبل ذلك الصانع، فهل هذا معاقدة البيع أم مواعدته؟

فاختلف فيه فقهاء الحنفية.

الفريق الأول: يقول الإمام الحاكم الشهيد المروزي ومحمد بن سلمة والصفار وأبو القاسم ناصر الدين السمرقندي صاحب المنثور: إنه مواعدة ليس بمعاقدة؛ وإنما ينعقد بعد الفراغ بالتعاطي ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه، وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه، والنص كما يلي:

"ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة؟ فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور أنه وإنما ينعقد عند الفراغ بيعاً بالتعاطي؛ ولهذا كان للصانع أن لا يعمل، ولا يجبر عليه بخلاف السلم، وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة" (فتح القدير زكريا ١٠٨/٧، البحر الرائق زكريا ٢٨٤/٦، مجمع الأنهر بيروت ١٤٩/٣ بتغيير في الألفاظ يسير، مبسوط للسرخسي ١٣٩/١٢، تبيين الحقائق ملتان ١٢٣/٤ زكريا ٥٢٧/٤).

الفريق الثاني: والجمهور على أنه معاقدة وليس بمواعدة؛ لأن محمداً رحمه الله ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة، والوجه الثاني أن جوازه فيما فيه تعامل خاصة، ولو كان مواعدة لجاز في الكل، وعبر عن ذلك صاحب العناية كما يلي:

"والصحيح أنه بيع لا عدة، وهو مذهب عامة مشايخنا" (عناية مع فتح القدير، زكريا ديوبند ١٠٨/٧، كوئته ٢٤٢/٦).

وفي تبيين الحقائق:

"ثم في الصحيح أن الاستصناع يجوز بيعاً ... إلى قوله: وجه قول الجمهور أن محمداً سماه شراء، وذكر فيه القياس والاستحسان، وفصل بين ما فيه تعامل وما لا تعامل فيه (تبيين الحقائق ملتان ١٢٣/٤، زكريا ٥٢٧/٤).

حكم وبيع المشتري الأول من الثاني والثاني من الثالث:

يعتمد جواز الاستصناع على العرف والعادة وتعامل الناس وليس هو إلا بيع المعدوم، لأن المبيع لا يكون موجوداًحين العقد، بينما أن المبيع في السلم وإن كان معدوماً لدى العقد، يلزم أن يكون جنسه موجوداً في الأسواق من حين العقد إلى حلول الأجل، ولا

يلزم ذلك في الاستصناع، وإنما يكفي لصحته أن يكون في ذلك تعامل الناس؛ فمن ثم يجوز هنا للمؤسسات المالية أن تحصل على الطلبات بشرائط النماذج والأقدار لها وتأمر الصناع التابعين لها بصنع الأشياء على تلك النماذج والأقدار، وتراعى فيه أسعار أرباحها، كما أنه يجوز للمشترين الذين قد أرسلوا إلى المؤسسات المالية طلباتهم أن يجروا عقد الاستصناع مع تلك المؤسسات بالأقدار والنماذج مراعين لأرباحهم، وكذلك يجوز لهؤلاء الشراة إجراء عقد الاستصناع مع شراة آخرين بشرائط النماذج والأمثال مراعين لأرباحهم وهلم جراً. وإن كانت جميع الشرائط والنماذج مثبتة في السجلات، جازت هذه المعاملة نظراً إلى ما فيها بين الناس من تعامل، فالاستحسان يعتمد على أمرين:

١. أن يكون فيه تعامل بين الناس.

٢. وأن ما يجري فيه الاستصناع لا يكون موجوداً، وإنما هو معدوم لدى العقد.

وقد عبر الفقهاء عن هذا بعبارة تالية:

"يجوز استحساناً والقياس يقتضي عدم جوازه؛ لأنه بيع المعدوم (قوله) وجه الاستحسان هو الإجماع الثابت بالتعامل؛ فإن الناس في سائر الأمصار تعارفوا الاستصناع في ما فيه تعامل من غير نكير والقياس يترك بمثله" (عناية مع فتح القدير على الهداية زكريا ديوبند ١٠٨/٧، كوئتة باكستان ٢٤٢/٦).

وفي الفقه الإسلامي تصريح بذلك:

ويشترط في عقد السلم عند الحنفية كون جنس المسلم فيه (المبيع) موجوداً في الأسواق بنوعه وصفته من وقت العقد إلى وقت حلول أجل التسليم (قوله) ولا يشترط ذلك في عقد الاستصناع (الفقه الإسلامي ٤٠١/٤).

الاستصناع في الأشياء الكبيرة كما في الصغيرة المنقولة:

الاستصناع كما يجوز في الأحذية والنعال والأواني والأمتعة والآثاث المنزلية، يجوز ذلك في الأشياء الكبيرة المنقولة كالمراكب والطائرات والسيارات الكبيرة والصغيرة وعربات القطر وما إلى ذلك مما يكون الاستصناع فيه مع الأقدار والنماذج. وفي الفقه الإسلامي:

"ثم انتشر الاستصناع انتشاراً واسعاً في العصر الحديث؛ فلم يعد مقصوراً على

صناعة الأحذية والجلود والنجارة والمعادن والأثاثات المنزلي من مفروشات وغيرها من الخزائن والمقاعد والمساند والصناديق؛ وإنما شمل صناعات متطورة ومهمة جداً في الحياة المعاصرة كالطائرات والسفن والسيارات والقطارات وغيرها مما أدى إلى تنشيط الحركة الصناعية (الفقه الإسلامي ٤/٤٠٢).

الاستصناع في العقار غير المنقول:

الاستصناع كما يجوز في الأشياء الكبيرة والصغيرة المنقولة بالنماذج، يجوز كذلك في العقار بالنماذج والأحجام المحددة إذا جرى في ذلك التعامل ويدخل حينئذ بناء المباني والبيوت والدور بالتصميمات ضمن عقد الاستصناع فيجوز هو كالاستصناع، وفي الوقت الحاضر كثيراً ما يتم بناء الدور على التصميمات البنائية التي تتضمن جميع التفاصيل الضرورية للبناء من تحديد عدد الحجرات وأحجامها ودورة المياه والحمامات والمطابخ. وفي المدن الصغيرة يعم تخصيص قطع الأرض، ثم يصدر الحكم بإقامة المنازل والدور في تلك القطع الأرضية وهو أيضاً يدخل ضمن الاستصناع، وقد ورد في "الفقه الإسلامي":

"وإنما يشمل أيضاً إقامة المباني وتوفير المساكن المرغوبة وقد ساعد كل ذلك في التغلب على أزمة المساكن، ومن أبرز الأمثلة والتطبيقات لعقد الاستصناع بيع الدور والمنازل والبيوت السكينة على الخريطة ضمن أوصاف محددة (الفقه الإسلامي ٤/٤٠٢).

حكم الضبط لسلفة الثمن في الاستصناع:

وبما أن الاستصناع قد انتشر انتشاراً واسعاً حتى امتدّ من المستوى المحلي والوطني إلى الأسواق العالمية في البلاد القاصية، ربما يحدث أن المستصنع يأمر الصانع بصنع شيء على نموذج وقدر محددين؛ ولكنه – أي المستصنع – بعد ما يتم الاستصناع وينتهي الصانع من صنع المصنوع طبق الشرائط المحددة، ينحرف عن قوله ويأبى أن يأخذه مما يؤدي الصانع والبائع إلى اصابته بضرر لا يستهان به في المالية، فحذراً من ذلك يطلب الصانع من المستصنع جزءاً محدداً من الثمن مسبقاً، ويشترط فيه أن المستصنع إن أبى أخذ المصنوع بعد تمام الصنع، لم يرد عليه ما دفعه إليه من سالف

الثمن ويسمى هذا في المصطلح الشرعي – بالـ"عربون" (بذل المجهود بيروت ٢٢١/١١، مكتبة مظاهر علوم قديم ٢٨٧/٤).

ومما تجب دراسته هناك أنه هل يجوز للصانع أن يقبض على ذلك العربون وفق ما يشترط ويستعمله أو لا؟ فمشايخ الحنفية قالوا بعدم جواز القبض على العربون لما أن الشرع لا يجوز فيه أخذ غرامة مالية، ولكن عند الإمام أحمد بن حنبل وسعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين يجوز القبض على العربون واستعماله للصانع ودليلهم على ذلك ما أفتى به الإمام أحمد بن حنبل وعمرو ابن عمر (رضي الله عنهما) من جواز أخذ العربون.

ففي هذه الحال يجب على علماء الحنفية القائلين بعدم جواز القبض على العربون أن يدرسوا الموضوع دراسة عميقة بالنظر إلى التجارة العالمية؛ فإن الاستصناع إنما يعتمد على العرف والتعامل وقد جرى التعامل بين الناس في أخذ بعض الثمن مسبقاً حذراً من الخسارة المالية في الأسواق المحلية والوطنية والعالمية، كما جرى التعامل بينهم في القبض على ذلك الثمن المسبق وعدم رده إلى المستصنع حال رفضه أخذ المصنوع؛ فهل يسوغ العمل بقول الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله نظراً إلى هذا التعامل أم لا؟

فيرى العالم الجليل فضيلة الشيخ المفتي محمد تقي العثماني – حفظه الله – أنه بالنظر إلى التعامل والحاجة يسوغ ضبط العربون للصانع عملاً بقول الإمام أحمد بن حنبل وحيث لا تمس الحاجة إلى ذلك، يعمل بقول الجمهور وهذا الرأي بدوره يراه كاتب هذه السطور (المفتي شبير أحمد القاسمي) فالرجاء من علماء الحنفية أن يدرسوا هذه الناحية من الموضوع وحبذا لو اتفقت آراء العلماء أجمعين واتخذت؛ فإن في مسألة أخذ العربون في استصناع المنازل والدور والأشياء الصغيرة ما يدعوهم إلى دراسة بالغة، (اسلام اور جديد معاشي مسائل ١٦١/٤، ١٦٢ بالأردية).

ودلائل المجوزين لأخذ العربون كما يلي:

والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة؛ فيدفع إلى البائع درهماً أو غيره على أنه إن أخذ السلعة، أحتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع قال أحمد: لا بأس به وفعله عمر، وعن ابن عمر أنه أجازه وقال ابن سيرين: لا بأس به، وقال سعيد بن المسيب وابن

سيرين: لا بأس إذا كره السلعة أن يردها ويردّ معها شيئاً (المغني لابن قدامة ١٦٠/٤).

عن زيد بن أسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم أحل العربان في البيع (المصنف لابن أبي شيبة ٦٧١/١١، رقم: ٢٣٦٥٦، ٢٣٦٦١).

عن عبد الرحمن بن فروغ أن نافعاً بن عبد الحارث اشترى دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم؛ فإن رضي عمر فالبيع له، وإن عمر لم يرض فأربعمئة لصفوان (المصنف لابن أبي شيبة ٦٧٢/١١ رقم ٢٣٦٦٦).

ووردت هذه الرواية في ترجمة الباب من صحيح البخاري بهذه العبارة:

واشترى نافع بن عبد الحارث داراً للجسن بمكة من صفوان بن أمية على إن عمر رضي بالبيع، فالبيع بيعه وإن لم يرض عمر، فلصفوان أربعمئة دينار (صحيح البخاري ٣٢٧/١).

ملاحظة هامة:

وما أسلفنا في السطور السابقة من الإشارة إلى جواز ضبط العربون، فهو مقصور على إطار الاستصناع فحسب، أساس أن عمليات استصناع الأشياء وتصديرها واستيرادها في الأسواق الوطنية والعالمية تتعلق بعقد الاستصناع، وعند إلغاء الطلب في هذه الحال يلحق بالصانع ضرر لا يستهان به، ودفع هذا الضرر يمكن بأخذ العربون لحد ما، وكثيراً ما يحدث مثل هذا داخل البلاد وخارجها؛ فمن ثم اختير قول الجواز بالعمل بقول الإمام أحمد بن حنبل (رحمه الله).

والجدير بالذكر أن ما يدفع مسبقاً من العربون داخل البلاد لدى بيوع العقار والقطع الأرضية والدور المبنية يجب على الصانع والبائع ردّه إلى المشتري إن امتنع عن شراء ما ذكر؛ فإن هذه العقود لا تأتي ضمن الاستصناع كما أنه لا يلحق بالبائع في أمثال هذه العقود أي ضرر عادةً عند امتناع المشتري عن الشراء وإن كان مما يفترض أن يلحق بالبائع ضرر ويخاف من انتشار مثل هذا الضرر، فالتخلص منه يتمّ بالعمل بحيلة ذكرها فضيلة الشيخ المفتي محمد شفيع العثماني رحمه الله في كتابه "إمداد المفتين" وهي أن يقبض البائع على العربون فيما يبدو، ثم يرده على المشتري بصورة ما مثلاً:

يرسله إليه هدية بيد أحدٍ (امداد المفتين كراتشي ٨٤٣/٢).

متى يعود الاستصناع إجارةً؟

يثبت الاستصناع بوجهين نظراً إلى الأشياء والأمتعة:

١. أجزاء صنع المصنوع والعمل كل ذلك يكون على الصانع فحينئذ يكون الاستصناع مواعدة البيع عند الحاكم الشهيد و"معاقدة البيع" عند عامة المشايخ ويسمى هذا بـ "الاستصناع" ولم يعتبره أحد من المشايخ إجارة" كما مرّ ذلك مفصلاً تحت عنوان "الاستصناع هل هو معاقدة أم مواعدة؟

٢. يكون العين والأدوات اللازمة على المستصنع وعلى الصانع العمل حسب الشرائط المحددة، ففي هذه الصورة لا يبقى هذا النوع من الاستصناع معاقدة البيع أو مواعدة؛ وإنما يعود إجارةً ويعود الصانع أجيراً مشتركاً والمستصنع مستأجراً.

وعبارات الفقهاء في ذلك كما يلي:

"والاستصناع أن تكون العين والعمل من الصانع، فأما إذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع، يكون إجارةً، ولا يكون استصناعاً (تاتارخانية ٣٤٧/١٥، رقم ٢٣٣٢٣).

"وشرطه أن يكون العين والعمل من الصانع، فإن كانت العين من المستصنع، كان العقد إجارة" (شرح المجلة ٦٩/١).

وهذا النوع من الاستصناع يكثر عند التعامل مع التجار والصناعيين في الدول الأخرى والذين لهم مصانع ومعامل كبيرة واسعة، وهم يستوردون المواد الخام من الخارج ويستخدمون الصناع في مصانعهم على مقاولة ويطلب المصدرون من هؤلاء الصناع صنع الأشياء في تلك المصانع نفسها على نماذج وأقدار وأوصاف ويدفعون إليهم المواد الخام من عندهم، ثم يصنع المقاولون بواسطة صناعهم الأشياء المطلوبة بالمواد الخام حسب الشروط والأوصاف المحددة، ثم يقدمونها إلى المصدرين الذين يصدرون تلك الأشياء بعد تعبئتها إلى مشتريهم، ففي هذه الصورة يكون هذا العمل – أي الصنع بواسطة الصناع في مصانع التجار الكبار – إجارةً ولا يكون بيعاً ولا مواعدةً، ثم يجري عقد الاجارة بين المصدّر ومشتريه.

من يتحمل التلف عند مخالفة الشروط المقررة:

هناك نوعان لمخالفة والأوصاف المحددة:

١. نوع الاستصناع: وهو أن يعرض المشتري النموذج والقدر على البائع وتتعين الشروط للاستصناع بين المتعاقدين وينهي الصانع إعداد الشيء المصنوع بمواده؛ ولكن ما صنعه لم يأت حسب الشروط والنماذج المحددة؛ ففي هذه الصورة يخير المشتري بين أخذ المصنوع كما هو وبين ردّه، وعندئذٍ يتعين على الصانع أن يتحمل ما يحصل من الضرر ولا يتحمله المشتري المستصنع، وفي شرح المجلة:

"وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبنية كان المستصنع مخيراً لفوات الوصف المرغوب فيه" (شرح المجلة ٢٢١/١، رقم: ٣٩٢، الفقه الإسلامي ٣٩٨/٤).

يتبين من هذا أن المستصنع إنما يخير عند عدم كون المصنوع على الأوصاف المطلوبة بأن يمتنع من قبوله، وما يحدث من الضرر في صنع هذا المصنوع إنما هو على الصانع.

٢. نوع الإجارة: هو أن يعرض المصدّر الموادّ الخام للمصنوع على الصانع والمقاول؛ فهو على نوعين:

النوع الأول: إن المقاول والصانع قد خالفا الشروط والأوصاف المحددة للمصنوع؛ ففي هذه الصورة يضمن المقاول والصانع المواد الخام فيتعين عليهما أن يردّا مثل المواد الخام، وما ضاع من الشيء المصنوع للمصدّر، وعلى المقاول والصانع ما ضاع من أتعابهما ولا يشاركهما المستصنع والمصدّر في شيء من ذلك كما يتضح هذا من النص التالي:

فإن سلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناءً معلوماً بأجر معلوم، أو جلداً إلى خفاف ليعمل له خفاً معلوماً بأجر معلوم فذلك جائز، ولا خيار فيه؛ لأن هذا ليس باستصناع بل هو استئجار فكان جائزاً، فإن عمل كما أمر استحق الأجر، وإن فسد فله أن يضمّنه حديداً مثله؛ لأنه لما أفسده؛ فكأنه أخذ حديداً له واتخذ منه آنية من غير إذنه، والإناء للصانع، لأن المضمونات تملك بالضمان (بدائع زكريا ديوبند ٩٦/٤).

والنوع الثاني: أن يدفع المصدّر والمؤسسة المالية جميع المواد الخام إلى الصانع

من عندهما ويخالف الصانع في إعداد المصنوع على أوصاف وأقدار محددة بإفساد رسم المصنوع أو بتقصيره أو تطويله؛ فحينئذ يسع المصدر التابع للمؤسسة المالية أن يدفع المصنوع على ما هو عليه إلى الصانع ويسترد منه مثل ما دفعه إليه من المواد الخام أو يسعه أن يتقبل من الصانع الشيء المصنوع ثم يدفع إليه أجره بالغاً ما بلغ إن لم يهبط من الشيء، وإن انخفض عنه بصنعه صنعاً غير صحيح، حصل على ذلك القدر المنخفض من الثمن من أجر الصانع كا يدل على ذلك نص المبسوط التالي:

"ولو أسلم غزلاً إلى حائك لينسج له سبعاً في أربع، فحاكه أكثر من ذلك أو أصغر فهو بالخيار إن شاء ضمّنه مثل غزله وسلم له الثوب، وإن شاء أخذ ثوبه وأعطاه الأجر إلا في النقصان؛ فإنه يعطيه الأجر بحساب ذلك ولا يجاوز به ما سمى (مبسوط للسرخسي ١٥/٨٦).

صور فسخ الاستصناع:

لفسخ الاستصناع بعد تمام العقد من الجانبين على شروط وأوصاف محددة، ثلاث صور:

١. لكل واحد من المتعاقدين (الصانع والمستصنع) خيار الفسخ بعد تمام العقد قبل العمل كما في البدائع:

وأما صفة الاستصناع فهي: أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل (بدائع الصنائع زكريا ٤/٩٥).

٢. هل للمستصنع خيار الامتناع بعد ما بدأ العمل ولكنه لم يتمّ إعداده على الصفة المحددة؟ فالجمهور قال على أنه بالخيار؛ وذلك لأن المصنوع المطلوب لم يتمّ إعداده على صفته المرغوبة المطلوبة فليس في إلغاء الاستصناع إضرار بالصانع كما ينص على ذلك النص التالي:

إذا قطع الجلد ولم يعمل، فقال المستصنع: لا أريد؛ لأننا لا ندري أن العمل يقع على الصفة المشروطة أم لا؟ فلم يكن بالامتناع منه إضراراً بصاحبه فثبت الخيار (بدائع الصنائع زكريا ٤/٩٦).

٣. وهل للمستصنع خيار الفسخ بعد ما تمّ العمل على الصفة المشروطة أم لا؟ فحينئذ لو كان الصانع قد أحضر العين (الشيء المصنوع) إلى المشتري المستصنع على صفته المرغوبة، وأراد الصانع ردّ العين بفسخ الاستصناع؛ فهذا لا يجوز عند أحد بحال؛ ولكن الخلاف في أن المشتري المستصنع هل له خيار الرد أولا؟ فالجمهور من الأحناف قالوا على أن المشتري بخيار الرؤية؛ فيجوز له الامتناع من الأخذ بعد ما رآه على أن العين ولو تمّ إعداده على الصفة المشروطة ولكني لا أرضى به فلا آخذه وهذا قول ظاهر الرواية؛ ولكن عند الإمام أبي يوسف أن الاستصناع يكون غير لازم قبل العمل، ويكون لازماً بدوره بعده، ولا يحصل للمستصنع المشتري خيار الرؤية؛ وذلك لأن المشتري لو حصل له خيار الرؤية وامتنع من العين بهذا الخيار، لحق بالبائع ضرر شديد، وفي الشرع إذا كان أحد الضررين أعظم من الآخر؛ فإن الأشد يزال بالأخف؛ فانطلاقاً من هذه القاعدة يجب على المشتري عدم ردّ العين وقبوله دونما تردد.

وفي البدائع:

فأما إذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع وللمستصنع الخيار؛ لأن الصانع بائع ما لم يره؛ فلا خيار له؛ وأما المستصنع فمشتر ما لم يره؛ فكان له الخيار إلى قوله: هذا جواب ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وروي عن أبي حنيفة أن لكل واحد منهما الخيار، وروي عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما، وجه رواية أبي يوسف أن الصانع قد أفسد متاعه، وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة؛ فلو كان للمستصنع الامتناع من أخذه لكان فيه إضرار بالصانع (بدائع الصنائع زكريا ديوبند ٤/٩٥-٩٦).

وفي العناية:

وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما؛ أما الصانع؛ فلما ذكرنا أولاً، وأما المستصنع فلأن الصانع أتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل إلى بدله؛ فلو ثبت له الخيار، تضرر الصانع؛ لأن غيره لا يشتريه بمثله، ألا ترى أن الواعظ إذا استصنع منبراً ولم يأخذه فالعامي

لا يشتريه أصلاً (عناية مع فتح القدير زكريا ديوبند ١٠٩/٧ كوئته باكستان ٢٤٢/٦).

وجه ترجيح قول أبي يوسف:

وعنده الاستصناع بيع لازم، فإن كان للمشتري خيار الامتناع بعد تمام العمل على الصفة المشروطة؛ كان للصانع ضرر شديد، وهذا لا يجوز شرعاً؛ فمن ثم ينبغي أن يترجح قول أبي يوسف ويكلف المشتري المستصنع قبول العين ولا يحصل له حق خيار الرؤية وقد رجح هذا – اختيار قول أبي يوسف – فضيلة الشيخ المفتي محمد تقي العثماني (حفظه الله) في كتابه الأردي "اسلام اور جديد معاشي مسائل (الإسلام وقضايا اقتصادية جديدة ١٥٥/٥) فحبذا لو اتفق العلماء جميعاً على ترجيح قول أبي يوسف وفي الفتاوى التاتارخانية ما ينص على ذلك:

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: الصانع لا يجبر على العمل بل يتخير إن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل وإذا أتى الصانع بالمصنوع لا يجبر المستصنع على القبول؛ بل هو بالخيار إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبل، وقال أبويوسف أولاً: يجبر المستصنع دون الصانع، وهو رواية عن أصحابنا، ثم رجع عن هذا وقال: لا خيار لواحد منهما، بل يجبر الصانع على العمل ويجبر المستصنع على القبول (الفتاوى التاتارخانية زكريا ٤٠١/٩، رقم: ١٣٧١٩).

وفي الوقت الحاضر لا مناص من قول أبي يوسف وإلا فيلزم الصانع والمستصنع ضرر مستمر.

وفي "ملتقى الأبحر" ما يؤيد ذلك:

"وهو بيع لا عدةٌ؛ فيجبر الصانع على عمله، ولا يرجع المستصنع عنه (ملتقى الأبحر مع مجمع الأنهر بيروت ١٤٩/٣).

مسألة تعيين الأجل في الاستصناع:

يجب تعيين مدة الانتهاء للمسلم فيه في السلم لكن في الاستصناع اختلف في وجوب تعيين المدة وعدمه. قال الإمام أبوحنيفة: إن ضرب للاستصناع أجل، صار سلماً،

وعندهما أن الاستصناع يعتمد على العرف والتعامل فإن جرى التعامل في تعيين المدة في الاستصناع، وجب اتباعه، فإن عين الأجل لتسليم المصنوع في الاستصناع، لم يعد سلماً، بل يبقى على ما هو عليه؛ فيصح هو بالتعيين وبلا تعيين، وفي أيامنا هذه جرى العرف عادة في تعيين المدة لكي يراعيها المتعاقدان ولا يلحق بالمستصنع ضرر ما بالتأخير فيترجح قولهما نظراً إلى ما في أيامنا من تعامل.

وفي البدائع:

"ومنها أن لا يكون فيها أجل؛ فإن ضرب للاستصناع أجلاً صار سلماً (قولهما وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: هذا ليس بشرط،، وهو استصناع على كل حال ضرب فيه أجلاً أو لم يضرب" (بدائع الصنائع زكريا ٩٤/٤، وفي البحر ما يشبه ذلك ٢٨٥/٦، مبسوط للسرخسي ٣٩/١٢، تبيين الحقائق ملتان ١٢٤/٤، زكريا ٥٢٨/٤).

وفي الفقه الإسلامي:

"وقال الصاحبان: ليس هذا بشرط، والعقد استصناع على كل حال حدّد فيه أجل أو لم يحدد؛ لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع؛ فيكون شرطاً صحيحاً لذلك (الفقه الإسلامي ٣٩٦/٤).

مسألة أخذ العوض لقاء التلف بالتأخر عن الأجل في الصناعة:

وقد أسلفنا في السطور السابقة أن تعيين المدة ليس بواجب، والمتعاقدان في ذلك بالخيار؛ إن شاءا عيّنا، وإلا فلا، فمن هنا إن عين الأجل بتراضٍ منهما ثم وقع التأخير من الصانع في توفير المصنوع في الأجل المعين فالمشتري بالخيار إن شاء قبله بأداء الثمن، وإن شاء لم يقبله، وينبغي أن يؤكد المتعاقدان هذا الخيار بتراضٍ منهما على أن الصانع إن أخّر في إعداد المصنوع عن أجل متعين لزمته الغرامة المالية كما هو معروف في الأسواق الدولية، فهل يجوز فرض الغرامة المالية شرعاً؟ ففي المبسوط للسرخسي أنه جائز، فعلى هذا يجوز للمستصنع أن ينقص من الثمن بحساب التأخير إن كان هذا مقرراً قبل ذلك بينهما، وقد أجازه فضيلة الشيخ المفتي محمد تقي العثماني حفظه الله فليراجع جديد معاشي مسائل (قضايا اقتصادية جديدة) ١٥٦/٥.

وفيما يلي نصوص الفقهاء:

"لو دفع إليه ثوباً ليقطعه قميصاً، واشترط عليه إن خاطه اليوم فله درهم، وإن لم يفرغ منه اليوم فله نصف درهم، عند أبي حنيفة: إن خاطه اليوم فله درهم، وإن لم يفرغ منه اليوم فله أجر مثله، لا ينقص عن نصف درهم ولا يجاوز به درهماً وقال أبو يوسف ومحمد (رحمهما الله) وهو على ما اشترط إذا فرغ منه اليوم فله درهم، وإن فرغ منه بعد ذلك فله نصف درهم (إلى قوله) ثم رجع أبو حنيفة، فقال: الشرطان جائزان وهو قول أبي يوسف ومحمد" (مبسوط للسرخسي ١٥/٩٩، ١٠٠).

خلاصة المبحث:

١. الاستصناع ينعقد على المعدوم، وفي القياس لا يجوز لأنه بيع المعدوم؛ ولكن الشرع جوّزه في الأشياء التي جرى في استصناعها التعامل.
٢. الاستصناع والسلم كلاهما بيع المعدوم؛ ولكن الفارق بينهما أن السلم يجب فيه أن يوجد المسلم فيه (المبيع) من حين العقد إلى حلول الأجل في السوق وفي الاستصناع لا يجب ذلك، وفي السلم يجب أداء رأس المال في مجلس العقد قبل الافتراق وفي الاستصناع لا يلزم، وفي السلم لا يثبت خيار الشرط؛ بل يلزم العقد بالفور، وفي الاستصناع لا يكون العقد لازماً، وفي السلم يجب أن يكون المسلم فيه من ذوات الأمثال، وفي الاستصناع لا يجب والسلم يجوز فيما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه، والاستصناع لا يجوز إلا فيما فيه تعامل.
٣. عند الإمام الحاكم الشهيد المروزي، ومحمد بن مسلم، والصفار وأبو القاسم ناصر الدين السمرقندي صاحب المنثور رحمهم الله الاستصناع ليس معاقدة؛ بل هو مواعدة؛ بينما الجمهور قالوا على أنه معاقدة البيع لا غير.
٤. يجوز عقد الاستصناع للمشتري الأول مع الثاني، والثاني مع الثالث على نماذج وأوصاف محددة؛ ففي هذه الصورة تكون المؤسسة المالية كمشترية عادةً وهي تستصنع الأشياء من صناعها ثم تشتريها وتبيعها إلى مشتريها وفق النماذج والأوصاف، وكذلك المشتري الذي عقد الاستصناع مع المؤسسة، يعقد

الاستصناع مع الثالث قبل العمل على أوصاف مشروطة، وهذا النوع من البيع صار متعارفاً ومتعاملاً في الأسواق الوطنية والدولية، والاستصناع لا يعتمد إلا على التعارف والتعامل، فلا ريب في جوازه.

٥. الاستصناع كما يجوز في الأشياء الصغيرة المنقولة كالأحذية والنعال والأواني، يجوز كذلك في الأشياء الكبيرة والصغيرة وعربات القطر وما إلى ذلك.

٦. وكذلك يجوز الاستصناع في العقارات غير المنقولة كما مر مفصلاً.

٧. إذا امتنع المستصنع من أخذ المصنوع بعد ما تم إعداده على أوصافه وشروطه المرغوبة، جاز للصانع أن يقبض على ما دفعه إليه المستصنع من الثمن مسبقاً.

٨. وإذا كانت المؤسسة المالية قد أعطت الصانع جميع المواد الخام من عندها، وعمل الصانع المصنوع بتلك المواد على شروط محددة، تحوّل الاستصناع منه إلى "الإجارة".

٩. وإذا كان العمل والعين من الصانع، ثم أفسد عمله بمخالفته الصفة المشروطة، فهو ضامن لما فسد وإذا كانت العين من المؤسسة المالية فهي بالخيار إذا أفسد الصانع العمل؛ إما أن تأخذ منه مثل عينه ويترك المصنوع لديه وإما أن تأخذ المصنوع على ما هو عليه ثم تؤديه أجره بالغاً ما بلغ إن لم ينخفض ثمن المصنوع بالفساد، وإلا فتأخذ من الأجر بحساب ما انخفض من الثمن.

١٠.صور فسخ الاستصناع كما يلي:

وإن كان العقد قد تقرر بينهما على شروط مقررة ولكن العمل لم يبدأ؛ فلكل واحد منهما خيار فسخ العقد، وإن بدأ الصانع العمل بمواده؛ ولكن المصنوع لم يتم فالجمهور قال على أن المستصنع بالخيار إن شاء، امتنع من الأخذ، ولا خيار له عند الإمام أبي يوسف، ويقول: إن العقد يعود لازماً لا خيار لواحد منهما في فسخه ويكلف الصانع العمل والمستصنع قبول المصنوع، والعمل على قول أبي يوسف أرجح في الوقت الحاضر.

١١.مسألة تعيين الأجل في الاستصناع، فالراجح في ذلك أن الاستصناع ينعقد سواء عين الأجل أو لم يعين ولا يعود الاستصناع سلماً بتعيين الأجل؛ بل يبقى على

ما هو عليه.

١٢.مسألة جواز أخذ البدل لقاء التلف المالي الذي يحصل من أجل التأخر عن المدة المقررة؛ فالحكم في ذلك أن المتعاقدين إن اتفقا على أن الصانع إن تأخر عن الأجل في العمل، ونقص المشتري – الذي عقدت المؤسسة المالية الاستصناع معه – من الثمن بحساب التأخر ضمّن الصانع ذلك التلف، إن اتفقا على ذلك وتقرّر قبل العقد، ويسع المؤسسة أن تأخذ بدل التلف يومياً أو أسبوعياً من مال الصانع أو أجرته، والله الموفق والمعين.

* * *