

حكم تفضيل بعض الأولاد على بعض في الهبة

د. محمد طاهر حكيم*

الهبة مشروعة مندوب إليها لقوله سبحانه " فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا"⁽¹⁾ قوله صلى الله عليه وسلم "تهادوا تحابوا"⁽²⁾ وانعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها قال تعالى "وتعاونوا على البر والتقوى"⁽³⁾ وهي للأقارب أفضل لأن فيها صلة الرحم ولقوله تعالى: "وَأَقْبُوا اللّٰهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ"⁽⁴⁾ وقوله صلى الله عليه وسلم "من أحب أن يُبسَطَ له في رزقه ويُنسأ له في أثره فليصل رحمه"⁽⁵⁾.

ويجوز عند عامة الفقهاء هبة الرجل لولده، واختلفوا في هل له أن يفضل بعض ولده على بعض في الهبة والعطية؟

فذهب الإمام ابن المبارك إلى كراهة ذلك، حكاها عنه المروزي⁽⁶⁾ وغيره وروى ذلك عن شريح وجابر بن زيد والحسن بن صالح والثوري وغيرهم⁽⁷⁾ وبه قال الحنفية⁽⁸⁾ والمالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ وكلهم قالوا: إذا فعل ذلك أحد نفذ ولم يرد.

* الأستاذ المشارك ورئيس قسم الفقه، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية العالمية إسلام آباد.

- 1 - النساء: 4.
- 2 - رواه الإمام مالك في الموطأ باب ما جاء في المهاجرة من كتاب حسن الخلق 908/2. والبيهقي في الهبات، باب التحريض على الهبة، السنن الكبرى 169/6 وإسناده حسن انظر نصب الراية 120/4.
- 3 - المائدة: 2
- 4 - النساء: 1
- 5 - رواه البخاري في الأدب، باب من بسط له في الرزق بصلة الرحم انظر فتح الباري 415/10 ومسلم في البر والصلة، باب صلة الرحم وتحريم قطعها كما في شرح مسلم للنووي 114/16.
- 6 - اختلاف الفقهاء (ص571) والتمهيد لابن عبد البر (227/7) وتحقيق القضية في الفرق بين الرشوة والهدية للنايلسي (ص218).
- 7 - المراجع السابقة وبداية المجتهد لابن رشد (327/2 - 328) والإشراف لابن المنذر (385-386/1) ومعالم السنن للخطابي (812/3) وشرح السنة للبخاري (297/8) والمغني لابن قدامة (262/6) وشرح مسلم للنووي (66/11) وفتح الباري لابن حجر (214/5) والمنتقى للباي (92/6 - 93) وعمدة القاري للعيني (146/13).
- 8 - انظر: البدائع للكاساني (127/6) ومختصر الطحاوي (ص138) وتكملة حاشية ابن عابدين (455/8).

واحتج هؤلاء:

1- بالإجماع فإن العلماء قد أجمعوا على أن للرجل أن يهب بعض ماله أو جميع ماله (في صحته) لأجنبي، ولا يعطى ولده شيئا، فإذا جاز أن يُعطى أجنبيا ويحرم ولده كلهم، كان له أن يعطي بعضهم ويحرم بعضهم⁽³⁾.

2- وحديث عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كان نحلها جداد عشرين وسقا من ماله بالعابة، فلما حضرته الوفاة قال والله يا بُنَيَّة ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك ولا أعز علي فقر بعدي منك، وإني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا، فلو كنت جَدَدْتِيهِ واحْتَرْتِيهِ كان لك وإنما هو اليوم مال وارث. الحديث⁽⁴⁾.

يدل الحديث أن أبا بكر خصها بالنحلة دون سائر أخواتها ورأى ذلك جائزا وهذا هو وجه الاحتجاج منه.

3- وحديث النعمان بن بشير وقد خصه أبوه بعتية وجاء ليشهد عليها النبي صلى الله عليه وسلم فقال له: "أشهد على هذا غيري"⁽⁵⁾. فلو كان حراما أو باطلا ما قال هذا الكلام وكانت الشهادة عليها من الناس كلهم جائزة.

القول الثاني:

وذهب بعض أهل العلم إلى أنه لا يجوز لأحد أن يفضل بعض ولده على بعض فإن فعل لم ينفذ وفسخ.

وهو قول آخر لابن المبارك، حكاه عنه ابن قدامة⁽⁶⁾.

وبه قال طاوس ومجاهد وعروة وأهل الظاهر⁽⁷⁾ وهو قول الحنابلة⁽¹⁾.

-
- 1 - لكن لا يجوز عندهم أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض. انظر المنتقى (93/6) وبداية المجتهد (327/2) والكافي لابن عبد البر (1003/2).
 - 2 - انظر: مغني المحتاج للشربيني (401/2) والمهذب للشيرازي (582/1) وروضة الطالبين للنووي (378/5) ومختصر اختلاف الفقهاء للطحاوي 143/4.
 - 3 - انظر اختلاف الفقهاء للمروزي ص 571 - 572 والتمهيد 230/7 وبداية المجتهد (327/2) والروضة (378/5).
 - 4 - رواه مالك كما في المنتقى للباقي (93/6) والبيهقي في السنن الكبرى (170/6).
 - 5 - يأتي تخريجه قريبا.
 - 6 - المغني (262/6).
 - 7 - المرجع السابق والإشراف لابن المنذر (386/1) والتمهيد (227/7) ومعالم السنن للخطابي (812/3) وشرح السنة (295/8) وشرح مسلم (66/11) وفتح الباري (214/5) ونيل الأوطار للشوكاني (110/6).

واحتجوا:

1. بحديث النعمان بن بشير أن أباه أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "إني نحلنت ابني هذا غلاما كان لي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ قال: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فارتجعه. وفي بعض ألفاظه هذا الحديث: يابشير ألك ولد سوى هذا؟ قال: نعم، فقال: أكلهم وهبت له مثل هذا؟ قال: لا. قال: فلا تشهدني إذا فإني لا أشهد على جور".

وفي لفظ: فاشهد على هذا غيري⁽²⁾.

وهذا دليل على التحريم وعدم الجواز لأنه سماه جورا وأمر برده وامتنع من الشهادة عليه، والجور حرام والأمر يقتضي الوجوب.

2- ولأن اختصاص بعضهم بشيء وحرمان الآخر منه يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطعية الرحم فمنع منه كتزويج المرأة على عماتها أو خالته⁽³⁾.

وقد حمل أهل المقالة الأولى هذا الحديث - حديث النعمان بن بشير - على النذب لا على الإيجاب، قالوا: والدليل على النذب لا على الإيجاب مما احتج به الشافعي وغيره: إجماع العلماء على جواز عطية الرجل ما له لغيره ولده، فإذا جاز أن يخرج جميع ولده عن ماله، جاز له أن يخرج عن ذلك بعضهم⁽⁴⁾.

قالوا - أيضا - قد ورد في بعض ألفاظ هذا الحديث "ألا سويت بينهم" وهو دليل على أن المراد بالأمر الاستحباب وبالنهاية التنزيه⁽⁵⁾.

هذا وقد أجب عن أدلة أهل المقالة الأولى:

1. أجب عن الدليل الأول بأنه لا يخفى ضعفه لأنه قياس مع وجود النص، فإن حديث النعمان بن بشير نص على عدم الجواز فلا يحسن مع وجوده الالتفات إلى تأويل أو قياس⁽⁶⁾.

1 - انظر: المغني (261/6-262) والمحروفي الفقه لأبي البركات الحراني

(374/1) وكشاف القناع للبهوتي(342/4-345)

2 - انظر: هذا الحديث برواياته وألفاظه المختلفة في البخاري (211/5) و

258) ومسلم (69-65/11) والموطأ (93-92/6) ومسند أحمد (326/3)

و(270 268/4) وأبي داود (811/3) والترمذي (608/4) والنسائي

(259-258/6 و 260) وابن ماجه (795/2) والطحاوي في شرح

معاني الآثار (85/4).

3 - انظر: المغني (263/6) وفتح الباري (214/5).

4 - انظر التمهيد (230/7).

5 - فتح الباري (215/5).

6 - المصدر السابق.

2. أما حديث عائشة رضي الله عنها فقد أجاب عنه عروة بأن أخوة عائشة كانوا راضين بذلك، فإذا كانوا راضين بذلك فلا محذور في التفضيل حينئذ، على أنه لا حجة في فعل أبي بكر لا سيما إذا عارض المرفوع.

3. أما قولكم بأن لفظ "أشهد على هذا غيري" يدل على الإذن فليس كذلك بل هو تهديد لتسميته إياه جوراً⁽¹⁾.

وقال ابن حبان قوله "أشهد" صيغة أمر والمراد به نفي الجواز وهو كقوله لعائشة "اشترطي لهم الولاء"⁽²⁾.

وأما التمسك بقوله "ألا سويت بينهم" على أن المراد بالأمر الاستحباب وبالنهي التنزيه فإنه جيد لولا ورود تلك الألفاظ الزائدة على هذه اللفظة ولا سيما أن تلك الرواية بعينها وردت بصيغة الأمر أيضاً حيث قال: "سوّ بينهم"⁽³⁾.

هذا وقد تولى بعض أهل العلم الجواب عن هذه النقاط:

فمثلاً أجاب العيني عن دليل الإجماع الذي قال عنه الحافظ بأنه لا يخفى ضعفه لأنه قياس مع وجود النص، أجاب عنه بقوله: "إنما يمنع ذلك ابتداءً وأما إذا عمل بالنص على وجه من الوجوه ثم إذا قيس ذلك الوجه إلى وجه آخر لا يقال إنه عمل بالقياس مع وجود النص فافهم"⁽⁴⁾.

وأجاب النووي عن دليل "أشهد على هذا غيري" الذي قيل عنه بأنه يدل على التهديد لا على الإذن. قال: الأصل في كلام الشارع غير هذا ويتحمل عند إطلاقه صيغة "أفعل" على الوجوب أو الندب فإن تعذر ذلك فعلى الإباحة وأما قوله صلى الله عليه وسلم "لا أشهد على جور" فليس فيه أنه حرام، لأن الجور هو الميل عن الاستواء والاعتدال وكل ما خرج عن الاعتدال فهو جور سواء كان حراماً أو مكروهاً، وقد وضح بما قدمناه أن قوله صلى الله عليه وسلم "أشهد على هذا غيري" يدل على أنه ليس بحرام فيجب تأويل الجور على أنه مكروه كراهة تنزيه"⁽⁵⁾.

قلت: الحقيقة إن حديث النعمان بن بشير أصرح وأبين وأنص على تحريم المفاضلة، وأي تعبير أصرح على البطلان من قوله "فارجعه" و"فرده" و"فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم" و"فلا تشهدني إذا فإني لا أشهد على جور" و"إني لا أشهد إلا على حق"؟

فقد أمر برده وامتنع من الشهادة عليه ووصفه بالجور، وأمره بالعدل بين الأولاد. كل هذا صريح على أن المفاضلة باطلة وأن ماتعلل به المجوزون -

1 - انظر: تهذيب السنن لابن القيم (192/5) والمغني (263/6).

2 - انظر: الفتح (215/5) والحديث أخرجه البخاري (39/12) وغيره.

3 - انظر: فتح الباري (215/5).

4 - عمدة القاري (147/13).

5 - شرح مسلم (66/11 - 67).

بالكراهة - لا تعدو إلا محاولة لتبرير ما ذهبوا إليه وهم - وإن كانوا الجمهور -
فإن الأدلة لا تؤيدهم فالقول بوجوب التسوية هو الأولى. والله تعالى أعلم.

كيفية التسوية بين الأولاد

تقدم أن العلماء متفقون على التسوية بين الأولاد في العتية والهبة - وجوبا
أو استحبابا - إلا أنهم قد اختلفوا في كيفية هذه التسوية.

فذهب الإمام ابن المبارك - رحمه الله - إلى التسوية بينهم:

أن يسوي بين الذكر والأنثى، فيعطى الذكر مثل ما يعطى الأنثى قال: "إلا
ترى الحديث الذي يروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "سوّوا بين
أولادكم، فلو كنت مؤثرا أحدا على أحد لآثرت النساء على الرجال"⁽¹⁾ حكاه عنه
المروزي وغيره⁽²⁾.

وروى ذلك عن سفيان الثوري وطاوس وعتاء⁽³⁾.

وعليه الفتوى عند الحنفية⁽⁴⁾ وبه قال المالكية⁽⁵⁾ وهو الوجه الأصح عند
الشافعية⁽⁶⁾.

وحجتهم:

1- حديث ابن المبارك المتقدم أنفا.

2- ولأن الذكر والأنثى إنما يختلفان في الميراث بالعصوبة. فأما إذا كان
بالرحم فهما سواء كالإخوة والأخوات من الأم⁽⁷⁾.

القول الثاني:

وذهب آخرون إلى أنه يقسم بينهم على حسب قسمة الله في الميراث للذكر
مثل حظ الأنثيين قال به شريح وروى ذلك عن عطاء وهو قول محمد بن الحسن
وإسحاق والإمام أحمد بن حنبل وهو الوجه الثاني عند الشافعية⁽¹⁾.

1 - أخرجه سعيد بن منصور والبيهقي في السنن الكبرى (177/6) من طريقه،

قال الحافظ: وإسناده حسن، انظر: فتح الباري (214/5)

2 - اختلاف الفقهاء ص 571 - 572 والتمهيد (234/7) والمغني (267/6).

3 - المراجع السابقة والإشراف (386/1) وشرح السنة للبغوي (297/8)

وشرح مسلم (66/11) وعمدة القاري (146/13) وفتح الباري (214/5)

(وتحقيق القضية (ص220) ونيل الأوطار (112/6).

4 - قال به أبو يوسف وعليه الفتوى كما في مختصر الطحاوي (ص138)

والبدائع (127/6) حاشية ابن عابدين (455/8).

5 - انظر: قواعد الأحكام الشرعية (ص385).

6 - انظر: مغني المحتاج (401/2) والمهذب (582/1) وزاد المحتاج

(437/2) وشرح مسلم (66/11).

7 - مغني المحتاج (401/2).

واستدل هؤلاء:

1. بأن الله تعالى قسم بين الأولاد فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين (في الميراث) وأولى ما اقتدى بقسمة الله تعالى.
 2. ولأن العطية في الحياة أحد حالي العطية فيجعل للذكر فيها مثل حظ الأنثيين كحالة الموت يحققه: أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت فينبغي أن تكون على حسبه كما أن معجل الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة أدائها بعد وجوبها.
 3. ولأن الذكر أحوج من الأنثى من قبل أنهما إذا تزوجا جميعا فالصداق والنفقة ونفقة الأولاد على الذكر فكان أولى بالترتيب لزيادة حاجته.
- قالوا: وحديث بشير قضية في عين وحكاية حال لا عموم لها وإنما ثبت حكمها فيما ماثلها، ولا نعلم حال أولاد بشير هل كان فيهم أنثى أو لا؟ ولعل النبي صلى الله عليه وسلم قد علم أنه ليس له إلا ولد ذكر⁽²⁾.
- قلت: هذا كله جيد ومفيد غير أن حديث "سوا بين أولادكم فلو كنت مؤثرا أحد على أحد لآثرت النساء على الرجال" يعتبر كنص في التسوية، وما ذكره لا ينهض أمام الحديث.
- ويؤيده أيضا: ما رواه الطحاوي⁽³⁾ بلفظ "سوا بين أولادكم في العطية كما تحبون أن يسوا بينكم في البر" والله تعالى أعلم.

بقي أن أشير إلى مسألة مهمة، وهي:

هل يجوز للرجل أن يخصص ويفضل بعض ولده لمعنى يقتضي تخصيصه وتفضيله.

كأن يكون مريضا أو عاجزا أو أعمى أو لكثرة عياله أو يصرف عنه عطيته لفسقه أو عصيانه أو عقوقه؟
نعم: له ذلك.

قال الإمام ابن المبارك - رحمه الله - في حديث عائشة رضي الله عنهما⁽⁴⁾
"لا بأس بأن يفضل بعض ولده في العطية عند نائية تنوبه، وكذلك إذا نابت الولد

1 - انظر: اختلاف الفقهاء ص 571-572 والتمهيد (234/7 - 235) وشرح السنة (297/8) والروضة (279/5)، ومختصر الطحاوي (ص138) وتكملة حاشية ابن عابدين (455/8) والمغني (266/6) وكشاف القناع (244/4).

2 - انظر المغني (267/6 - 268) وتكملة حاشية ابن عابدين (455/8).

3 - شرح معاني الآثار للطحاوي (86/4) وانظر فتح الباري (211/5) والتلخيص الحبير (72/3).

4 - تقدم تخريجه قريبا وفيه أن أبا بكر نحلها جداد عشرين وسقا.

الآخر مثل تلك النائبة أن يعطيه مثل ذلك، قال: ولا يعطيه - وهو يريد بعطيته التفصيل له على غيره - وعلى هذا وجه حديث أبي بكر في نحلته عائشة" حكاها عنه المروزي⁽¹⁾.

وقد ذهب عامة أهل العلم إلى نحو هذا فإنهم قالوا: إن خص بعض ولده لمعنى يقتضي تخصيصه مثل اختصاصه بحاجة أو زمانة أو عمي أو كثرة عائلة أو اشتغاله بالعلم أو نحوه من الفضائل فإن ذلك جائز⁽²⁾.

بل قال بعضهم: إنه إذا صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله أو ينفقه فيها فإن ذلك جائز⁽³⁾.

وهذا من باب سد الذرائع.

ودليل التخصيص والتفصيل حديث عائشة رضي الله عنها، الذي أشار إليه الإمام ابن المبارك أنفاً ووجه الاحتجاج من الحديث أنه لما خاف عليها الفقر بعده خصها بهذه النحلة، يدل عليه قوله: "والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلى غناء بعدي منك، ولا أعز على فقر بعدي منك". الحديث

قلت: هذا القول وجيه جداً وبه تجتمع الأدلة، ومن طالع أدلة الشرع وقواعد الفقه لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشرع. والله تعالى أعلم. وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه.

1 - اختلاف الفقهاء ص 571.

2 - انظر: المغني (265/6) والمنتهي (94/6) وفتح الباري (214/5) وتكملة الدر المختار (455/8).

3 - المغني (265/6) وتحقيق القضية (ص 219).

المراجع

1. اختلاف الفقهاء للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي. اختصره الإمام أبو بكر أحمد بن علي الجصاص، حققه الدكتور عبد الله نذير أحمد طبع دار البشائر الإسلامية بيروت 1417هـ.
2. اختلاف الفقهاء للإمام أبي عبد الله محمد بن نصر المروزي، تحقيق الدكتور محمد طاهر حكيم. طبع أضواء السلف، الرياض 1420هـ.
3. الإشراف على مذاهب العلماء للإمام أبي بكر محمد بن المنذر النيسابوري تحقيق الدكتور صغير أحمد، دار طيبة الرياض.
4. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين بن أبي بكر مسعود الكاساني. شركة الطباعة العلمية 1327هـ.
5. بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة 1389هـ.
6. تحقيق القضية في الفرق بين الرشوة والهدية للشيخ عبد الغني النابلسي تحقيق محمد عمر، طبع وزارة الأوقاف الكويتية 1402هـ.
7. التلخيص الحبير في تخريج الرافعي الكبير للحافظ ابن حجر العسقلاني تصحيح وتعليق السيد عبد الله هاشم يماني، شركة الطباعة الفنية، القاهرة 1384هـ.
8. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد للإمام ابن عبد البر الأندلسي وزارة الأوقاف المغربية، الرباط، المملكة المغربية.
9. جامع الترمذي للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي (المطبوع مع تحفة الأحوذى)، المكتبة السلفية، المدينة المنورة 1399هـ.
10. حاشية ابن عابدين على الدر المختار للإمام أمين ابن عابدين مطبعة مصطفى البابي الحلبي 1386هـ.
11. روضة الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي - بيروت.
12. سنن ابن ماجه للإمام محمد بن يزيد القزويني تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي 1395هـ.

13. سنن أبي داؤد للحافظ أبي داؤد سليمان بن الأشعث السجستاني اعداد عزت عبيد الدعاسي، دار الحديث 1388هـ.
14. سنن النسائي للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، اعتنى به: الشيخ عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامي سوريا 1406هـ.
15. السنن الكبرى للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، طبع الهند 1355هـ.
16. شرح السنة للإمام الحسين بن مسعود البغوي، تحقيق شعيب الأرنؤوط، المكتب الإسلامي 1390هـ.
17. شرح صحيح مسلم للإمام محي الدين يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
18. شرح معاني الآثار للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي، تحقيق محمد زهري النجار، مكتبة الأنوار المحمدية، القاهرة.
19. صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (المطبوع مع شرحه: فتح الباري) المطبعة السلفية، القاهرة.
20. صحيح مسلم للإمام مسلم بن الحجاج (المطبوع مع شرحه للنووي) دار إحياء التراث العربي، لبنان.
21. عمدة القاري شرح صحيح البخاري للعلامة بدر الدين محمد بن أحمد العيني دار الفكر بيروت.
22. فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام أحمد بن حجر العسقلاني المطبعة السلفية، القاهرة.
23. الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، للإمام ابن عبد البر، تحقيق محمد أحميد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة 1389هـ.
24. كشف القناع عن متن الإقناع للعلامة منصور بن يونس البهوتي مطبعة الحكومة، مكة المكرمة 1394هـ.
25. المحرر في الفقه لمجد الدين أبي البركات عبد السلام الحراني، مكتبة المعارف، الرياض 1404هـ.
26. مختصر الطحاوي للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي تحقيق أبي الوفاء الأفغاني دار الكتاب العربي، القاهرة 1370هـ.
27. المسند للإمام أحمد بن حنبل، المكتب الإسلامي، بيروت 1389هـ.
28. معالم السنن للإمام أحمد بن محمد الخطابي (مطبوع بهامش أبي داؤد) دار الحديث، لبنان 1388هـ.

29. المغني للإمام موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة، دار الكتاب العربي، بيروت 1392هـ.
30. مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب مطبعة مصطفى البابي الحلبي 1377هـ.
31. المهذب في فقه الإمام الشافعي للإمام أبي إسحاق إبراهيم الشيرازي مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة 1396هـ.
32. الموطأ للإمام مالك (المطبوع مع شرحه: المنتقى للإمام الباجي، دار الكتاب العربي، لبنان).
33. نصب الراية لأحاديث الهداية للإمام عبد الله بن يوسف الزيلعي طبع المكتب الإسلامي بعناية المجلس العلمي 1392هـ.
34. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للإمام محمد بن علي الشوكاني دار الفكر، بيروت 1400هـ.

ISLAMIC LEGAL TRADITION

Dr. Tahira Basharat *

When someone is asked a question that what is a religion, the answer that one would expect is "Christianity, Judaism, Islam, Hinduism, Buddhism, Sikhism, Confucianism and Shintoism and so on." Although if the question is rephrased a little and it is presented simply as what is religion, the answer is little more complex. We begin with describing the word religion. It is derived from Latin word *religio*. This had a variety of interconnected meanings. Originally, it seems to have referred to fear or reverence for God or the gods, then later to the rites offered to them. Indeed, there is some confusion about whence *religio* originates. It may come from *relegere*, 'to gather things together' or 'to pass over things repeatedly.' If so, that would indicate religion's concern for, some would say obsession with, establishing rites and rituals and reflecting on past precedent and customary practice. However, most scholars think that it derives from *religare*, 'to bind things together.' That would emphasize religion's communal demands. "Religion is not just personal piety, though it is that too, but draws people into common rites, practices and beliefs." Religion is a set of common beliefs and practices generally held by a group of people, often codified as prayer, ritual, and religious law. Whether it is the Hindu law, Sharia, Halakha or the Ten Commandments, it has existed in every religion and has been studied rigorously and developed over the course of centuries. A religious school of law can be thought of as the ordering principle of reality. It would include codes of ethics and morality which are upheld and required by God.

This research is primarily based upon how the Islamic law has developed over fourteen centuries and what are the challenges that it faces now. It discusses the schools of thoughts that originated during the so called golden age of Muslims where *fiqh* and *sharia'h* was vastly studied and compared and contrasted with prevalent faiths and religions of the time. The prime purpose of my effort is to present an Islam which is very accommodating and rational rather than assertive and illogical.

Associate Professor, Faculty of Islamic Studies, University of the Punjab, Lahore.

The religion Islam originated in the desert of Arabia in the city of Mecca. The Arab society was based on tribal loyalties and these, in turn, arose from blood kinship, adoption and affiliations. The norms of the time, as it might not come as a surprise to a historian, were tribal revenge, rivalry and plunder. Their family structure was weak and women were not treated with the best of conduct. Despite this type of social structure, the law was not something that was in its premature stages. There were laws governing relationships between tribes. Oaussama Arabi states that "Makkah and Madinah were trading centres and market transactions were governed by the customary law of property, contract and obligations." ¹ With the revelation of Islam in 610 AD, however, the Arabian peninsula saw far-reaching modifications that not only changed the life of the Arabs but also the future course of history. Over time, the primitive law of Arabia was gradually converted into a mature legal system that served many nations and people.

The basic sources for Islamic law are Quran and the Sunna. *Fiqh* and *Sharia'h* originate from Quran and Sunna. Both terms are often used interchangeably but there is a distinction between the two. The literal meaning of *Sharia'h* is road to the watering place or path or, in explanatory sense, the path to be followed. In technical sense, it is the totality of God's commands or as Muhammad Khan defines it, "Shariat means matters which would not have been known but for the communications made to us by the Lawgiver."² On the other hand *Fiqh* refers to human reasoning, knowledge and understanding. According to Hashim Kamali "Fiqh is a rational endeavor and largely a product of speculative reasoning, which does not command the same authority as Shari'ah."³ Thus, the path of *Sharia'h* has been laid down by God and His prophet whereas *Fiqh* is the result of human endeavor. *Fiqh* signifies science of law and *Shariat* is the divinely ordained path of rectitude. It is however difficult to make a sharp distinction between the two terms as the law in Islam is so intermixed that even a pure secular act which is in accordance with texts gets religious merit and blessings of God. Therefore, in practice both terms are used synonymously as the criterion of all human actions, whether in the *Sharia'h* or *Fiqh*; seeking the approval of God by conforming to an ideally perfect code. As both terms have already been defined and explained, it would be easy to see that *Sharia'h* has the "clear rulings on the fundamentals of Islam: its basic moral values and practical duties such as prayers, fasting, legal alms, the Hajj and other devotional matters." ⁴ Its decisions are based upon what is lawful (*halal*) or unlawful (*haram*). But in other questions like criminal law, with the exception of

some prescribed punishments, Sharia'h remains flexible and provides only general guidelines. Fiqh, on the other hand, is knowledge of practical rules as derived from Quran and the Sunnah.. "The practicalities of conduct are evaluated on a scale of five values; obligatory, recommended, permissible, reprehensible and forbidden."⁵ A very important idea to understand is that although most of the Islamic law and jurisdiction is based upon human reasoning, none of it goes against the basic sources of Law; the Quran and the Sunnah

The history of Islamic law is divided into different time periods. The divisions of time periods vary with historians but generally the history of Islamic law is divided into seven periods. The life of Holy Prophet, the period of Rightly Guided Caliphs, the period of *Tabi'in* (followers), the rise of the four schools of Law, the period of maturing of the legal system, the age of Qanun and codification and finally the period of colonization onwards. The first period commences with the first revelation and ends with the final revelation (610 AD to 632 AD). There were only two sources of Law in this period; the Quran and the Sunnah. The Quran was revealed over a period of a little over twenty two years of which twelve years represent the period where the Prophet was in Mecca and the remaining ten years fall within the Medinan period. The laws laid down in the Quran covered the position of women, children, orphans and the weak; restrictions on the laxity of morals and strengthening of the marriage. Most of these laws were revealed in a gradual manner in response to issues and cases faced by the Muslims. The second source of law was the Sunnah. Like Quran, Sunnah too was laid down in response to actual cases of the society. Sunnah was not a written text during this period, however, it was later compiled in books by different *Muhaddiths*. Fiqh was not developed as an independent subject in this period. Law was clothed in the general ethical and moral teachings of the Sharia'h.

The second period begins with the death of the Holy Prophet in 633 AD and ends with the commencement of the reign of Mu'awiyah, the first Umayyad caliph in 663 AD. During this period Islam spread rapidly out of the vicinity of Mecca and Medina. This meant that the legal system of Islam which had just started developing would meet several different legal systems and would have to modify itself to meet the needs of the people that Muslims had conquered. This, for obvious reasons, influenced the growth of Fiqh. Another source of law was added. In addition to Quran and Sunnah, Ijma was practiced. Ijma means consensus of opinion. This arose from the practice of the Orthodox Caliphs of consulting the

Companions on important issues. Although some of the Companions were using other methods too like *qiyas*, *istihsan* and *maslahah* but they were not known by these names at this time. Quran was collected and compiled during this time and further some rules could be discerned in the practice of the Companions with respect to the acceptance of traditions, however, the companions in this period were very strict in accepting traditions. "It was in this period that the foundations of the Islamic legal system were refined and developed. A large number of legal principles were laid down and established"⁶.

The third period begins in 663 AD and extends to the mid eighth century. The entire period, then, falls within the rule of Bani Umayya or the Umayyad Dynasty. They concentrated on waging wars against the Byzantine Empire and other oppositions and their regulations were concerned with the fields of the law of war. The use of analogy and *istihsan* became much more systematic towards the end of this period through the methods of the founders of the early schools. With the expansion of Muslim land and population, the occurrence of *Ijma* with the participation of the jurists of the *umma* became difficult and was now confined to the *Ijma* of the jurists of a region. This gave birth to different schools of law and the development of the major schools of law began in this period. The Umayyads imposed pure Islamic penalties as laid down in the Quran and they took important steps in appointing *Qazis*, Arabic for Judge. By the same token, however, "the governor still kept the power of reserving any lawsuit for himself or dismissing *Qazis* at his own will"⁷. The tradition of the Holy Prophet called *Hadiths* became widespread as they were one of the only two sources of Islamic law. The need for knowing traditions had also increased due to new cases coming up for decision. The area in which knowledgeable companions lived became centres for learning of *fiqh*. The two most revered jurists of Islamic legal history, Abu Hanifa and Malik ibn Anas were born during this period. Abu Hanifa was about 52 years of age towards the close of this period and Malik ibn Anas was almost 40 years old. These two jurists were the founders of two of the four Sunni schools of law practiced today, the Hanafi school of law and the Maliki school of law. Collectively, these early schools decided such a large number of cases that the foundations of Islamic law as a legal system were firmly laid.

The major growth of Islamic law, however, occurred in the fourth period of the history of Islamic law which spans more than two hundred years. It begins after the Umayyad dynasty in 750 AD and continues up to

955 AD. This period stands out compared to other periods for different reasons. The primary reason being that *fiqh* flourished in this period and achieved maturity. Compilation of all kinds of knowledge took place, the most remarkable being that of *fiqh*. The remaining schools of *fiqh* were formed in this period and established. The Abbasids had overthrown the Umayyads from all but Spain. One of the major steps that the Abbasids took towards Islamic judicial system was to make the office of *Qazi* permanent. Muhammad Qasim Zaman writes in his paper, "although this institution existed under the Umayyads but under the Abbasids it became a rule that Qazi had to be expert in Sharia"⁸. There were many factors which had an impact on growth of *fiqh* during this period. The most important of these were: the concern of the Abbasids for *fiqh* and *fuqaha* (masters of *fiqh*), most of whom were appointed *Qazis*. There was a freedom to express juristic opinions; the knowledge movement made unrivalled progress in every field leading to compilation and translation of innumerable pieces of knowledge. The Muslim scholars in general and *fuqaha*, in particular, took great advantage of these developments. Although the compilation of *fiqh* had begun towards the end of the Umayyad period, a great example of which is Malik bin Anas's *Muwatta*, major works of Islamic judicial history would take place in this period. There was a sea of knowledge which when facilitated by the Abbasid caliphs and governors, took shapes of books and huge volumes which, to this day remain guidelines for Islamic jurisprudence. Ibrahim al- Nikha'i collected the opinions of his teacher. This was followed by Abu Yusuf's *Kitab al-Kharaj*. Imam Muhammad al-Shaybani wrote *Zahir al- Riwayah* which determined the shape of all future works on Islamic law. As all of these works are huge, historical evidence suggests that the work must have commenced shortly after the death of Abu Hanifah in 772 AD. "Al-Shafi'i was another jurist belonging to the Quraish tribe and born in Ghaza. He wrote his first book on *usul al-fiqh* named *al-Risalah* in, what is believed to be, the last six years of his life."⁹ He was primarily a traditionalist and collected around 40,000 traditions in the six volumes of his *Musnad*. His school was later developed by his students.

During this period, *fiqh* became an independent science in which great thinkers specialized. Islamic history and history in general is witness to the achievements of these scholars. *Usul al fiqh* was also laid down as a science systematically. The four different schools of law that developed during this period simultaneously regarded Quran and Sunnah as their fundamental source of inference. The difference between them existed only because of the way different scholars interpreted the above

mentioned sources and applied it to other areas of law mainly because of their geographical, social and cultural norms and backgrounds. The Hanafi school traces its roots to Kufa, a city in Iraq. The Maliki school traces its origin to Medina or Hejaz, in general. The founder of Shafi'i school, al-Shafi'i although born in Ghaza lived in several cities during his life. Same goes with the founder of Hanbali school, Ahmad ibn Hanbal, although a resident of Baghdad, he traveled several cities collecting traditions of the Prophet. "So the notion that the only difference among the schools was because of difference in interpretation because of social and cultural differences is supported by the places of practice of these jurists. There were three other Sunni schools of law as well which are now extinct."¹⁰ These include the Awaza'I, the Zahiri and the school of al-Tabari. There might be several reasons for these schools not flourishing. Marion Katz, a German historian states, "most of the schools did not accept analogy as a source of law, and this could be the reason for their extinction" ¹¹ "The doctrine of reasoning in Shia Islam is different from that of the Sunnis. For the Sunnis, divine revelation ended with the death of the prophet. For the Shiite, divine revelation continued to be transmitted after the death of the Prophet through Imams"¹² This is reflected in the Shiite definition of Sunna, which includes acts and sayings of Prophets and Imams.

The fifth period extends from 970 AD to fourteenth century AD. Many writers have often labeled this period as that of stagnation or *taqlid*. Taqlid means to follow whatever has been ordered. Thus this period is regarded as a period of no development at all in Islamic judiciary. These labels do great injustice to the great minds of Muslims who lived in this period. This was the age of great systematizers. It was through their efforts that the Islamic legal system reached full maturity. This period witnessed the greatest mind, al-Jassas, al-Marwadi, al-Shirazi, Ibn Rushd, al-Ghazali and al-Maqdisi to name just a few. It is also that some of the doctrines and movements that may irritate some modern minds were also the product of this age. For example, *taqlid*, as a doctrine was formulated during this period.

The sixth period may be said to extend from the fourteenth century AD to the seventeenth century before the advent of colonization. "In this period some attempts were made to modify laws."¹³ Two outstanding examples are provided by the Ottomans in Turkey and the Mughals in the Indian subcontinent, especially the role of Aurangzeb Alamgir. The administration of justice within the Islamic legal system was carried out from the start through two cooperating spheres. "The state was responsible

for military, fiscal matters and crimes in general, while the jurists dealt with matters of personal law, waqfs, commerce and the *hudud* penalties."¹⁴ The authority exercised by the state was called *siyasah*. This was a wide area and covered almost every area that the *fuqaha* did not deal with. The *qadis* had their own courts and were more or less autonomous. A code means a set of laws promulgated and enforced by the state. In that sense there had never been any codification in Islamic law. The first real attempts at codification were made by the Ottoman rulers. These dealt mainly with the criminal law and were called *qanun namahs*. The process reached its peak during the ruler ship of Suleiman. Aurangzeb Alamgir, a Mughal Emperor in the Indian subcontinent made some efforts at codification too. He ruled in the 17th century. "He issued *firman*s relating to *ta'zirs*, but his major contribution was in the area of *Sharia'h* law based on the *Zahir al-Rawayah*, a book on law by *Imam al-Shaybani*."¹⁵ He appointed a commission headed by the Nizam of India. The result was the *Fatawa Alamgiri*. It is a comprehensive work based on the model of the *Hidayah* and comprises of six volumes. This, however, was not a code in the modern sense of the term as it was not binding upon the subjects.

The seventh period begins after the advent of colonization which saw the replacement of Islamic laws by western laws. Only the areas of personal laws were left intact. In Turkey, European laws were adopted by choice. It started in 1850 and contains examples of dropping shari'i penalties and permitting the taking of interest. "In India, the British rulers permitted the application of personal laws and a law was passed in 1772 that provided that the *Sharia'h* should be applied to all cases relating to inheritance, marriage and other personal matters."¹⁶ In Egypt, the Shafi'i law had been the official law, with some interruptions, till the Ottoman rulers made Hanafi law the official law of the country. In 1874, however, after independence from Turkey, the National Civil code was enacted and Maliki and Shafi'i laws were reintroduced.

REFERENCES

1. Oussama Arabi, *Studies in modern Islamic law and jurisprudence*, (Kluwer Law International, 2001), 32
2. Hameedullah Khan, *The schools of Islamic Jurisprudence*, (Kitab Bhavan, 1991), 5
3. Mohammad Hashim Komali, *The Oxford History of Islam*, ed. John L. Esposito (Oxford University Press, 1999) 108
4. Ibid. 109
5. Ibid. 109
6. Herald Motzki, *The origins of Islamic Jurisprudence*, trans. Marion Katz (Koninklijke Brill NV, 2002), 32
7. Carl Ernst, *Following Muhammad: Rethinking Islam in the contemporary world*, (The University of North Carolina Press, 2003), 43
8. Muhammad Qasim Zaman, The caliphs, The ulama and the law: Defining the role and the function of caliph in the early Abbasid period, *Islamic Law and Society. Vol 4. No.1 (1999)*.
<http://www.jstor.org>
9. Ibid. 13
10. Herald Motzki, *The origins of Islamic Jurisprudence*, trans. Marion Katz (Koninklijke Brill NV, 2002), 139
11. Ibid. 121
12. Mohammad Hashim Komali, *The Oxford History of Islam*, ed. John L. Esposito (Oxford University Press, 1999) 108
13. Ibid. 112
14. Ibid. 119
15. D.R. Jatava, *Religions in Modern Society: The puzzling issues*, (National Publishing House, 2000), 124
16. Oussama Arabi, *Studies in modern Islamic law and jurisprudence*, (Kluwer Law International, 2001), 54

and the races. But in the very beginning of them they are constructed by one social unit which starts by the wedlock of a man and a woman. Then this chain spreads by way of their children. This is possible only when their relationship is maintained within natural limits and to maintain the natural limits is possible through the institution of marriage (*nikah*).

Marriage (*nikah*) is the means of fulfilling the natural need of human beings. Only by means of it is possible to construct and protect human morals and culture. For this reason marriage has been termed as *Ihsan* in the Holy *Qur'an*. *Ihsan* means to construct a fort. Thus *nikah* is such strong fort that protects the morals of a man and a woman. The Holy *Qur'an* after describing certain prohibited degrees of women says:

Except for those, all others are lawful, provided ye seek (them in marriage) with gift from your property, desiring chastity not fornication.¹

It is necessary for obtaining natural and mutual benefit by a man and woman that human morals are protected by means of *nikah*. Without the *Ihsan* free mixing of opposite sexes is unnatural. This is a cause of mischief for not only human morals but also for human culture. If such bad conduct becomes common in any society it cannot maintain its very survival for a long time nor can human life remain balanced in such society.

2. Establishment of Islamic society

It is necessary for the accomplishment of the ends of Islamic *Shari'ah* that such means be available that may fulfill such ends. This would be possible only after the Islamic society comes before other nations as an ideal example and they be convinced that Islam alone is the true religion in which human relations are established in the best manner. To achieve this end Islam adopts many means. Out of those means *nikah* is also one such mean.

By means of marriage (*nikah*) on the one side the generation is protected and on the other human beings fulfill their natural need in the natural way. Resultantly they perform their social responsibilities in a valid manner. There are certain responsibilities which are on man and there are also certain rights established for him. A woman after coming into his *Ihsan* (fort of *nikah*) becomes the protector and supervisor of

1. *Al-Quran* 4:24, translated by Abdullah Yusuf Ali, Kitab Bhavan, New Delhi.