

PROSIDING DISKUSI SYARIAH & UNDANG-UNDANG

أوراق عمل مناقشة
القضايا الشرعية
والقانونية

PROCEEDING OF
SYARIAH & LAW
DISCOURSE

FAKULTI SYARIAH & UNDANG-UNDANG
KOLEJ UNIVERSITI ISLAM MALAYSIA

PROSIDING DISKUSI SYARIAH & UNDANG-UNDANG

أوراق عمل مناقشة
القضايا الشرعية
والقانونية



PROCEEDING OF SYARIAH & LAW DISCOURSE

DISUNTING OLEH :

GIFT / DONATION SUMBANGAN IKHLAS WITH BEST COMPLIMENTS	
FROM	Unit Penerbitan KUIM
DATE	17 Jun 2004
ACC. NO	--

Dina Imam Supaat * Irwan Mohd Subri * Syaryanti Hussin
* Farah Salwani Muda @ Ismail * Arif Fahmi Md. Yusof *
Nik Salida Suhaila Nik Saleh * Dr. Mohamed Ben Mohamed Beshir *
Dr. Mohd Khair Hasb al-Rasoul * Md. Yunus Abd. Aziz

FAKULTI SYARIAH DAN UNDANG-UNDANG
KOLEJ UNIVERSITI ISLAM MALAYSIA

Hak Cipta terpelihara. Tidak dibenarkan mencetak ulang mana-mana bahagian artikel atau isi kandungan buku ini dalam apa jua bentuk dan dengan apa cara sekalipun samada secara elektronik, fotokopi, mekanik, rakaman, CD atau cara lain sebelum mendapat keizinan bertulis daripada penerbit terlebih dahulu.

Perpustakaan Negara Malaysia Data Pengkatalogan-dalam-Penerbitan

Diskusi Syariah & Undang-Undang (2003)

Prosiding Diskusi Syariah & Undang-Undang = Proceeding Of Syariah &

Law Discourse = أوراق عمل مناقشة القضايا الشرعية والقانونية /

disunting oleh Dina Imam Supaat ...[et al.].

ISBN 983-41280-1-0

1. Islamic Law -- Congresses 2. Law -- Congresses I. Judul : Proceeding Of Syariah & Law Discourse. II. Judul : Auraq 'amal munaqashat al-qadhaya al-shar'iyah wa al-qanuniyyah. III. Dina Imam Supaat. 340.59

Diterbitkan oleh:

Fakulti Syariah dan Undang-Undang,

Kolej Universiti Islam Malaysia,

Tingkat 10, Menara A, Persiaran MPAJ,

Jalan Pandan Utama, Pandan Indah,

55100, Kuala Lumpur, Malaysia.

Tel: 03-42892007/2023 Faks: 03-42892197

Grafik & Cetakan oleh:

Nurniaga Sdn. Bhd. (156113-U)

Tel: 03-89614451 / 89614764 / 42805215

Faks: 03-89614452

JAWATANKUASA DISKUSI
FAKULTI SYARIAH & UNDANG-UNDANG (FSU)
2003

- Penaung** : Y.Bhg. Prof. Dato' Dr. Abdul Shukor Haji Husin
Rektor, Kolej Universiti Islam Malaysia (KUIM)
- Penasihat** : Y.Bhg. Prof. Dato' Dr. Abdullah Muhammad Zin
Timbalan Rektor (Akademik & Penyelidikan),
KUIM
- Pengerusi** : Prof. Dr. Abdul Samat Musa
Dekan, Fakulti Syariah dan Undang-Undang,
KUIM
- Penyelaras** : Puan Syahirah Abdul Shukor
Pengerusi Jawatankuasa Persidangan, FSU,
KUIM
- Ahli** : Cik Syaryanti Hussin
En. Abdul Manan Ismail
En. Arif Fahmi Md Yusof
Puan Nik Salida Suhaila Nik Saleh
Puan Rodhiyah Ali
En. Rosdi Abdullah
- Penyunting Prosiding** : Puan Dina Imam Supaat
En. Irwan Mohd Subri
Cik Syaryanti Hussin
Puan Farah Salwani Muda @ Ismail
En. Arif Fahmi Md Yusof
Puan Nik Salida Suhaila Nik Saleh
Dr. Mohamed Ben Mohamed Beshir
Dr. Mohd Khair Hasb al-Rasoul
En. Md Yunus Abd Aziz



PEMBENTANG DISKUSI

Semua pembentang kertas kerja terdiri daripada pensyarah-pensyarah di Fakulti Syariah dan Undang-Undang, Kolej Universiti Islam Malaysia.

Siri Pertama 31 Januari 2003 (Isu-Isu Semasa Syariah dan Undang-Undang)

Dr. Mohd Khair Hasb al-Rasoul

(Pensyarah Syariah)

Sarjana Muda Syariah, Universiti Madinah.

Sarjana, Universiti Omdurman.

Doktor Falsafah, Universiti al-Quran al-Karim Wa al-^oUlum al-Islamiyyah

En. Irwan Mohd Subri

(Pensyarah Syariah)

Sarjana Muda Syariah dan Undang-Undang (Islamiyyah), Universiti al-Azhar.

Sarjana Pengajian Islam (Syariah), Universiti Kebangsaan Malaysia.

En. Arif Fahmi Md Yusof

(Pensyarah Undang-Undang)

Sarjana Muda Undang-Undang, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia.

Sarjana Undang-Undang Perbandingan, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia.

Siri Kedua 26 Julai 2003 (Isu-Isu Kekeluargaan)

En. Abdul Manan Ismail

(Pensyarah Syariah)

Sarjana Muda Syariah, Universiti Yarmouk.

Sarjana Pengajian Islam (Syariah), Universiti Kebangsaan Malaysia.

Puan Dina Imam Supaat

(Pensyarah Undang-Undang)

Sarjana Muda Undang-Undang, Universiti Kebangsaan Malaysia.

Sarjana Undang-Undang, Universiti Kebangsaan Malaysia.

Dr. Farida Zouzou

(Pensyarah Syariah)

Sarjana Muda (Fiqh), Universiti Batinah, Algeria.

Sarjana (Usul Fiqh), Universiti Batinah, Algeria.

Doktor Falsafah (Usul Fiqh), Universiti Islam Antarabangsa Malaysia.



***Siri Ketiga 27 Disember 2003
(Isu-Isu Kepenggunaan)***

En. Abd Hamid Abd Murad

(Pensyarah Undang-Undang / Timbalan Dekan FSU)
Sarjana Muda Undang-Undang, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia.
Sarjana Undang-Undang Perbandingan, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia.

En. Md Yunus Abd Aziz

(Pensyarah Syariah)
Sarjana Muda Syariah, Universiti Malaya.
Sarjana Syariah, Universiti Al Bayt.

Dr. Mohamed Ben Mohamed Beshir

(Pensyarah Syariah)
Sarjana Muda, Univerisiti Zaituniyyah.
Sarjana, Univerisiti Omdurman.
Doktor Falsafah, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia.

***Siri Keempat 27 Disember 2003
(Isu-Isu Semasa Syariah dan Undang-Undang)***

Puan Nik Salida Suhaila Nik Saleh

(Pensyarah Undang-Undang)
Sarjana Muda Undang-Undang, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia.
Sarjana Undang-Undang Perbandingan, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia.

Puan Farah Salwani Muda @ Ismail

(Pensyarah Undang-Undang)
Sarjana Muda Undang-Undang, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia.
Sarjana Undang-Undang Perbandingan, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia.

Puan Abidah Abdul Ghafar

(Pensyarah Undang-Undang)
Sarjana Muda Undang-Undang, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia.
Sarjana Muda Undang-Undang (Syariah), Universiti Islam Antarabangsa Malaysia.
Sarjana Pengajian Islam (Syariah), Universiti Kebangsaan Malaysia.



PRAKATA

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين
وعلى آله وصحبه ومن نهج نهجه إلى يوم الدين؛ أما بعد:

Prosiding ini merupakan koleksi kertas kerja yang dibentangkan oleh para pensyarah Fakulti Syariah dan Undang-Undang (FSU) dalam Empat Siri Diskusi Syariah dan Undang-Undang yang dianjurkan oleh FSU di Kolej Universiti Islam Malaysia (KUIM) sepanjang tahun 2003. Sebanyak 12 kertas kerja telah dibentang dalam siri Diskusi tersebut.

Beberapa skop telah dipilih untuk Diskusi Syariah dan Undang-Undang yang diadakan. Siri pertama dan ke-4 bertemakan Isu-Isu Semasa Syariah dan Undang-Undang, siri ke-2 bertemakan kekeluargaan, manakala siri ke-3 pula bertemakan Isu Kepenggunaan Dari Perspektif Syariah dan Undang-Undang.

Tujuan Diskusi ini adalah memberi peluang kepada pensyarah-pensyarah FSU untuk menyampaikan idea masing-masing berkenaan dengan sesuatu isu, samada isu syariah atau undang-undang. Di samping itu ia juga memberi peluang kepada para peserta untuk bertukar-tukar pandangan dengan para pembentang kertas kerja.

Adalah diharapkan kertas-kertas kerja yang dibentangkan dalam siri Diskusi ini dapat menyumbang dalam pembinaan tamadun ilmu Islam yang memberi manfaat kepada umat Islam dan negara.

PENYUNTING



KANDUNGAN

Tajuk	Muka Surat
Jawatankuasa Diskusi FSU	i
Pembentang Diskusi	ii
Prakata	iv
Kandungan	v
1. Ke Arah Fiqh Yang Berakhlak <i>Irwani Mohd Subri</i>	1
2. Kahwin Lari: Fiqh dan Undang-Undang <i>Abdul Manan Ismail & Arif Fahmi Md Yusof</i>	10
3. NEWATER Dari Aspek Hukum Syarak <i>Md Yunus Abd Aziz & Abdul Manan Ismail</i>	24
4. Right Of Accused Person During Investigation Process: A Syariah And Civil Law Perspective <i>Arif Fahmi Md Yusof</i>	33
5. Right To Mut'ah In Selangor Revisited <i>Dina Imam Supaat</i> & <i>Abidah Abdul Ghafar</i>	44
6. The Theory Of Interpretation In Solving Contemporary Legal Issues: With A Focus On The Instrument Of Ijtihad <i>Nik Salida Suhaila Nik Saleh</i>	57
7. An Analysis On The Validity Of An Informed Consent: In The Light Of The Bijani Twins <i>Farah Salwani Muda @ Ismail</i>	72
8. House Buying In Malaysia: Contemporary Issues <i>Abidah Abdul Ghafar & Dina Imam Supaat</i>	82
9. Fundamental Protection For Consumers <i>Abd Hamid Abd Murad</i>	100

صفحة

الموضوع

١. قواعد الشرعية كحلقة وصل بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي
الدكتور محمد خير حسب الرسول
٢. وسائل الإنجاب الاصطناعية: نحو توجيه البحث العلمي بالنظر
المقاصدي
الدكتورة فريدة صادق زوزو
٣. الدواء المتضمن لمواد محرمة: الحكم الشرعي والبدائل المتاحة
الدكتور محمد بن محمد بشير





Irwan bin Mohd Subri, pensyarah di Fakulti Syariah dan Undang-Undang, Kolej Universiti Islam Malaysia. Beliau berkelulusan Sarjana Muda Syariah dan Undang-Undang (Islamiyyah), Universiti al-Azhar dan Sarjana Pengajian Islam (Syariah), Universiti Kebangsaan Malaysia.

Alamat:

Fakulti Syariah dan Undang-Undang,
Kolej Universiti Islam Malaysia,
Tingkat 10, Menara A, Persiaran MPAJ,
Jalan Pandan Utama, Pandan Indah,
55100, Kuala Lumpur.
Tel: 03-42892023 (P)
Faks: 03-42892197
Email: irwan@admin.kuim.edu.my

Tajuk:

KE ARAH FIQH YANG BERAKHLAK



KE ARAH FIQH YANG BERAKHLAK

Oleh :
Irwan bin Mohd Subri

MUKADDIMAH

Persoalan tentang hubungan fiqh dan akhlak jarang diperkatakan dan diambil berat oleh kebanyakan umat Islam. Bahkan mereka menganggap bahawa tidak ada hubungan antara keduanya. Bagi mereka fiqh yang terdiri dari ibadat, muamalat dan sebagainya itu hanyalah berkisar tentang sembahyang, puasa, jual beli, nikah cerai, hukum hudud dan sebagainya. Manakala akhlak pula seumpama menghormati orang tua, berbuat baik sesama manusia, menepati janji dan sebagainya.

Mungkin mereka beranggapan demikian, lantaran mereka melihat di dalam fiqh terlalu banyak rukhsah yang diizinkan oleh syarak. Rukhsah-rukhsah ini pada pandangan mereka adalah satu kesempatan buat mereka untuk meringankan bebanan ibadat, padahal bukan itu tujuan rukhsah dibenarkan.

Amat janggal jika dikatakan kepada mereka, kita perlu untuk mengakhilkan fiqh atau dengan erti kata lain fiqh juga perlu berakhlak. Akibat tiada akhlak fiqh inilah yang menyebabkan ramai umat Islam begitu cuai dan cincai dalam beribadat. Ia tidaklah bererti bahawa fiqh Islam selama ini tidak mempunyai unsur akhlak di dalamnya. Hanya manusia yang seolah-olah atau sengaja tidak mahu menerapkan akhlak di dalam fiqh harian mereka.

Hadis yang masyhur di dalam perbahasan akhlak ialah hadis yang diriwayatkan daripada Abu Hurairah yang berbunyi :

إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق

Maksudnya, "Aku diutuskan untuk menyempurnakan kebaikan akhlak"¹.

Hadis ini jelas menunjukkan bahawa agama Islam amat menitikberatkan akhlak di dalam kehidupan manusia. Ini termasuklah di dalam fiqh kerana ia berkaitan dengan perlakuan manusia.

Oleh itu kertas kerja ringkas ini cuba mengupas persoalan ruh akhlak di dalam fiqh supaya umat Islam melaksanakan ibadah mereka kepada Allah SWT dengan penuh kesungguhan dan kesempurnaan.

1. Hadith ini diriwayatkan oleh al-Dawardi dalam Sunan al-Bayhaqiyy al-Kubra. (Bab Bayan Makarim al-Akhilak Wa Ma'aliha) dan dalam Musnad al-Shihab. No. 1165 (CD Room Maktabah Alfiiyyah).

FIQH DAN AKHLAK DI DALAM ISLAM

Perkataan fiqh bukanlah asing di dalam syariat Islam. Fiqh dari segi bahasa di ambil dari kata perbuatan *faqih* *yafqahu* bererti mengetahui dan memahami sesuatu (Faydullah 1998 : 7). Dari segi istilah syarak pula menurut Imam Abu Hanifah, fiqh ialah :

معرفة النفس ما لها وما عليها

Maksudnya, "*Mengetahui hak dan tanggungjawab diri*" (Mahmood Zuhi 1992 :4).

Definisi ini terlalu umum kerana ia meliputi perkara akidah, akhlak dan juga hukum hakam berkaitan dengan perbuatan zahir manusia dan ia dikenali sebagai *al-Fiqh al-Akbar* (Fiqh Agung) di zaman Imam Abu Hanifah (al-Zuhayliyy 1989 : 16).

Manakala Imam Shafi'i pula mentakrifkan fiqh sebagai :

العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية

Maksudnya, "*Mengetahui hukum hakam syarak mengenai tindak-tanduk zahir manusia dari dalil-dalinya yang terperinci*" (al-Jarjaniyy 1988 : 168).

Definisi ini diterima pakai dan menjadi masyhur di kalangan ulama selepas itu. Dengan definisi ini, fiqh menjelaskan tentang halal, haram, sunat, harus atau makruhnya sesuatu tindak-tanduk zahir manusia (Muhammad Bakr 1990 : 14).

Perkataan akhlak pula berasal dari kalimah bahasa arab *khuluq*, ia bererti budi pekerti (Kamus Dewan 1998 : 21). Ia juga boleh didefinisikan sebagai sifat-sifat baik atau buruk dari perbuatan manusia (al-Mu'jam al-'Arabiyy al-Asasiyy t.th : 420). Kalimah tersebut mengandungi ciri-ciri persesuaian dengan perkataan *khalq* yang bererti "kejadian", perkataan *Khaliq* yang bererti "Pencipta" serta dengan perkataan makhluk yang bererti "yang dicipta". Rumusan pengertian akhlak timbul sebagai media yang memungkinkan adanya hubungan baik antara *Khaliq* dengan *makhluk* dan antara *makhluk* dengan *makhluk* (Amir 1990 : 70).

HUBUNGAN FIQH DAN AKHLAK

Islam menghubungkan akhlak dengan keimanan seseorang individu dan menganggap orang yang paling mulia akhlak itu adalah orang yang paling tinggi darjat keimannya. Ini jelas dilihat dari beberapa hadis Rasulullah s.a.w, antaranya hadis:

سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البر والإثم، فقال: البر حسن الخلق، والإثم ما حاك في صدرك وكرهت أن يطلع عليه الناس

Maksudnya, "*Aku bertanya Rasulullah s.a.w mengenai kebaikan dan dosa. Lalu Baginda berkata, "kebaikan adalah berakhlak mulia dan dosa adalah apa yang dalam hati kamu dan kamu benci sekiranya orang dapat tahu mengenainya"* ².

2. Hadith ini diriwayatkan oleh al-Nawwas bin Sam'an dalam Sahih Muslim. No. 2553. (Bab Tafsir al-Birr Wa al-Ithm) (CD Room Maktabah Alfyyah).

Sabda Rasulullah s.a.w lagi ketika ditanya oleh seorang sahabat:

يا رسول الله ! فأبي المؤمنين أكمل إيمانًا، قال: أحسنهم خلقًا

Maksudnya, "Wahai Rasulullah ! Siapakah orang mukmin yang paling baik imannya? Baginda menjawab, "orang yang paling baik akhlaknya"³.

Dari keterangan hadis-hadis tersebut, dapatlah dilihat dengan jelas betapa eratnya perhubungan agama, iman dengan akhlak, seolah-olah tidak ada pemisahan sama sekali. Jika dipisahkan juga, akan rosaklah agama dan pupuslah iman serta akan hancurlah akhlak. Dengan kata-kata lain, seseorang yang tidak berakhlak, dia tidak beriman dan beragama (Amir 1990 : 71-72).

Menurut Zakaria Stapa (1999 : 30-31), sistem akhlak Islam itu cukup luas sekali, seluas kehidupan manusia itu sendiri. Sebenarnya, tidak ada satu ruang pun walau sekecil mana sekalipun ruang tersebut, dalam keseluruhan kehidupan manusia itu yang vakum⁴ dan tidak dapat dijejaki oleh sistem nilai yang diberikan oleh sistem akhlak. Beliau juga menambah bahawa sistem akhlak Islam yang mengawal keseluruhan perjalanan hidup Islam itu adalah cukup lengkap dan sempurna asalkan sahaja umat Islam itu sendiri sanggup menjadi manusia yang dinamik, kritis serta kreatif menggunakan potensi akal yang dimiliki oleh mereka.

Akhlak Islam merangkumi dan meliputi semua aspek kehidupan manusia samada berbentuk zahiriah atau batiniah. Justeru, fiqh juga tidak terlepas dari perbincangan akhlak kerana isu fiqh ialah tindak tanduk dan perbuatan zahir manusia. Kecuaian penerapan akhlak di dalam fiqh terutamanya ibadah mengakibatkan ibadah yang dilakukan tidak meninggalkan kesan positif kepada pelakunya. Ibadat sembahyang yang kosong dari akhlak, pasti dilakukan dalam keadaan cincai, cuai, tergesa-gesa dan gopoh gapah. Puasa yang kontang akhlak, pasti dilakukan dalam keadaan tidak ikhlas yang menyebabkan puasa itu sia-sia dan tidak mendapat keberkatan daripada Allah SWT.

Umat Islam yang mukmin percaya bahawa rahmat Allah Taala sahaja dapat menyelamatkan mereka pada hari akhirat nanti. Tiket rahmat ini hanya boleh diperolehi dengan memperbanyakkan amalan soleh di dalam ibadat, muamalat dan sebagainya. Allah SWT berfirman :

إن رحمة الله قريب من المحسنين

Maksudnya, "Sesungguhnya rahmat Allah hampir kepada orang-orang yang melakukan amal soleh". Al-A'raf 56.

Kita perlu meningkat kuantiti amalan soleh untuk merebut ganjaran Allah SWT namun ia tidak bererti amalan soleh ini dilakukan dalam keadaan gopoh gapah dan tergesa-gesa yang kegersangan ruh akhlak. Kualiti amalan soleh yang dibajai dengan akhlak mampu membuahkan hasil positif.

3 Hadith ini disebut dalam Sahih Ibnu Hibban. No. 361. (Bab Zikr al-Istihbab Li al-Mar'i An Yakuna Lahu Min Kulli Khayr Hazzun Raja'a al-Takhallus Fi al- 'Aqabiyy Bi Shay'in Minha) (CD Room Maktabah Alfyyah).
4(Kiasan) Kekosongan.

Allah Taala berfirman :

إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر

Maksudnya, "Sesungguhnya sembahyang itu dapat mencegah kejahatan dan mungkar". Al-Ankabut 45.

Maksud sembahyang yang boleh mencegah kejahatan dan mungkar ialah sembahyang yang dilakukan dengan penuh tatatertib, menepati rukun dan syaratnya serta akhlak yang menghiasinya. Semata-mata sembahyang sahaja seperti mana yang difahami sesetengah umat Islam tidak dapat mencegah kejahatan dan kemungkar yang dimaksudkan di dalam ayat di atas.

CONTOH-CONTOH RUH AKHLAK YANG PERLU DISEMAI DI DALAM FIQH

Di bawah, penulis membawa contoh-contoh beberapa perbuatan yang perlu mendapat perhatian daripada semua umat Islam demi kesempurnaan di dalam beribadat dan bertaqarrub kepada Allah SWT.

a. Sembahyang di tanah yang dirampas

Seseorang yang bersembahyang di tanah yang dirampas, maka menurut pendapat ulama Hanafi dan Syafi'i hukum sembahyangnya tetap sah kerana mencukupi syarat dan rukun tetapi dikira haram kerana melakukan ibadat di tempat larangan. Adapun ulama Hanbali, Zahiri dan sebahagian ulama Maliki menyatakan bahawa sembahyang itu tidak sah, kerana bagi mereka sembahyang mestilah disertakan dengan niat taqarrub kepada Allah. Oleh itu tidak sah sesuatu ibadat taqarrub yang bercampur dengan maksiat (Salqiniyy 1991 : 216).

Menurut hukum fiqh sembahyang orang ini sah berdasarkan pandangan beberapa orang ulama selagi mana orang itu tidak melakukan perkara yang membatalkan sembahyangnya. Namun perbuatannya menunaikan sembahyang di tempat atau tanah yang dirampas dianggap kurang sesuai kerana ada unsur haram. Status sembahyangnya sah tetapi haram. Sah dari segi zat sembahyangnya, haram dari segi perlakuannya di tempat yang diharamkan.

Bagaimana kita inginkan rahmat dan keberkatan daripada Allah SWT jika kita sering menyulami ibadat kita dengan benda-benda syubuhat atau haram. Kita perlu menepis tanggapan "ibadat aku sah juga" kerana kita tidak mahu ibadat kita dikira sebagai cukup makan sahaja, bahkan kita perlu memaksimakan kesempurnaan ibadat kita dengan memastikan bahawa ia tidak dicampuri perkara syubuhat atau haram.

b. Melakukan perkara wajib sahaja dalam ibadat

i) Sembahyang : Seseorang yang bersembahyang dengan hanya melakukan perkara-perkara wajib sahaja, maka sembahyangnya tetap sah kerana dia telah melaksanakan syarat-syarat dan rukun-rukun sembahyang. Namun dari segi akhlak dan adab, tidak sepatutnya seorang muslim berbuat demikian kerana sifat selalu meninggalkan yang sunat lama kelamaan akan membawa kepada meninggalkan yang wajib.

Ini dapat dilihat dari pendapat Imam al-Shatibiyy, beliau berkata :

لو اقتصر المصلي على ما هو فرض في الصلاة لم يكن في صلاته ما يستحسن ، وكانت إلى اللعب أقرب

Maksudnya, "Sesiapa yang hanya melakukan perkara wajib sahaja di dalam sembahyangnya, maka tidak ada apa yang baik di dalam sembahyangnya, bahkan ia terlebih hampir kepada perbuatan main-main" (lihat al-Shatibiyy t.th : 17-18).

Amat benar kata-kata imam al-Shatibiyy kerana orang sebegini tidak pernah serius dalam apa-apa ibadatnya. Dia tidak mementingkan kualiti ibadatnya dan hanya mahu segera menamatkan ibadat yang dilakukannya. Bagi orang sebegini ibadat adalah bebanan yang berat ke atasnya. Sifat tergesa-gesa dan malas adalah sifat suku sakat syaitan dan orang munafik. Rasulullah SAW bersabda :

التأني من الله والعجلة من الشيطان

Maksudnya, "Sifat berhati-hati daripada Allah dan sifat tergesa-gesa itu dari syaitan"⁵.

Manakala Allah Taala berfirman :

إن المنافقين يخادعون الله وهو خادعهم وإذا قاموا إلى الصلاة قاموا كسالى يرايون الناس ولا يذكرون الله إلا قليلا

Maksudnya, "Sesungguhnya orang-orang munafik cuba untuk menipu Allah tetapi Allah membalas tipuan mereka. Sekiranya mereka hendak bersembahyang maka mereka bersembahyang dalam keadaan malas, menunjuk-nunjuk kepada orang ramai dan tidaklah mereka menyebut nama Allah kecuali sedikit". Al-Nisa' 142.

ii) Khutbah jumaat : Rukun khutbah ada lima, pertama bertahmid kepada Allah SWT, kedua selawat ke atas Nabi SAW, ketiga berwasiat agar bertakwa kepada Allah, keempat membaca ayat al-Quran pada salah satu khutbah dan kelima berdoa untuk kesejahteraan orang-orang Islam (al-Sharbiniyy : 285-286).

Sekiranya khatib jumaat melakukan rukun-rukun khutbah sahaja tanpa isi khutbah yang diperkatakan maka ia tetap sah tetapi khutbah sebegini kurang adabnya. Ini kerana khutbah pada hari jumaat itu antara tujuannya ialah memberi peringatan, nasihat, panduan dan sebagainya kepada sidang hadirin. Perjumpaan hari jumaat itu hanyalah seminggu sekali dan jikalau khutbah yang disampaikan sekadar cukup syarat maka ia tidak memberi sebarang faedah kepada umat Islam.

5 Hadith ini disebut dalam Majma' al-Zawa'id. (Bab Ma Ja'a Fi al-Rifq) (CD Room Maktabah Alfyyah)..

c. Sembahyang tanpa berbaju bagi orang lelaki

Antara syarat sah sembahyang ialah menutup aurat. Aurat lelaki adalah antara pusat dan lutut berdasarkan hadis yang diriwayatkan oleh al-Bayhaqiyy :

إذا زوج أحدكم أمته عبده أو أجنبيه فلا تنظر إلى عورته، والعورة ما بين السرة والركبة

Maksudnya, "Sekiranya seseorang daripada kamu mengahwinkan hamba wanitanya dengan hamba lelakinya atau orang upahannya, maka janganlah dia melihat auratnya (lelaki). Aurat (lelaki) itu adalah antara pusat dan lutut" ⁶ (al-Qalyubiyy & Umayrah t.th : 176).

Oleh itu seorang lelaki yang bersembahyang tanpa berbaju tetapi menutupi auratnya antara pusat dan lutut dengan sempurna, maka sembahyangnya tetap sah tetapi dari segi adab dan akhlaknya, beliau sepatutnya berpakaian lengkap dengan berbaju kerana sedang beribadat mengadap Allah SWT.

Sembahyang merupakan ibadah yang utama dan penting di dalam Islam. Jika kita berurusan rasmi dengan orang ramai pun kita berbaju, apatah lagi kita berurusan rasmi dengan Allah di dalam ibadat sembahyang kita. Adalah perlu kita berasa malu dengan Allah jika kita tidak berpakaian sempurna ketika beribadat kerana ia lebih menunjukkan bahawa kita bersungguh-sungguh di dalam menunaikan ibadat.

d. Perbuatan melarikan diri dari zakat

Zakat hanya diwajibkan ke atas orang yang memiliki harta. Pada zaman moden ini ada beberapa jenis zakat baru yang diperkenalkan yang tidak ada pada zaman dahulu, seperti zakat wang simpanan, zakat pendapatan dan sebagainya. Antara syarat wajib zakat ialah memiliki nisab (mengikut harta yang dimiliki) dan nisab ini perlu berterusan tempohnya sehingga setahun (kalendar hijrah). Tempoh ini dipanggil haul⁷ .

Seseorang yang memiliki harta yang wajib zakat dan menepati nisab tertentu, maka selepas cukup setahun barulah wajib dikeluarkan zakat. Sekiranya harta seseorang itu wajib zakat dan sebelum cukup setahun beliau mengeluarkannya⁸ dengan niat untuk lari dari kewajipan zakat, maka zakat memang tidak lagi wajib pada hartanya tetapi niat dan perbuatannya mengelak dari membayar zakat dikira tidak berakhlak kerana beliau jelas bertujuan untuk tidak membayar zakat yang wajib ke atasnya.

Perbuatannya itu samalah dengan orang yang tidak mahu membayar zakat sama sekali. Allah SWT berfirman :

6 Hadith ini disebut dalam Sunan al-Bayhaqiyy al-Kubra. No. 3053 (CD Room Maktabah Alfyyah).

7 Tidak semua harta disyaratkan mesti berjalannya haul setahun seperti tanaman, buah-buahan, bahan galian, rikaz dan lain-lain.

8 Contohnya wang simpanan. Nisabnya bermula dari RM 3000.00 dan perlu dikeluarkan 2.5 % (RM 75.00) selepas cukup haul.

والذين يكتنون الذهب والفضة ولا ينفقونها فيسرفهم بعذاب أليم

Maksudnya, "Orang-orang yang menyimpan emas dan perak dan tidak mahu mengeluarkannya (memberi zakat), maka khabarkan kepada mereka (akan dikenakan) dengan azab yang pedih". Al-Taubah 34.

e. Berurusan dalam jual beli

Jual beli yang mencukupi syarat dan rukun adalah sah. Namun sekiranya ia disertai dengan ruh akhlak, maka ia lebih menyerikan urusan jual beli itu. Rasulullah SAW bersabda :

رحم الله رجلا سمحا أرباع وأزا استرى

Maksudnya, "Allah merahmati seorang lelaki yang berakhlak ketika dia menjual dan membeli"⁹.

Hadis ini menunjukkan bahawa Allah menyukai orang-orang yang berakhlak di dalam tindak tanduknya termasuk di dalam urusan berjual beli.

5.0 KESIMPULAN DAN PENUTUP

Tuntutan ibadat ke atas manusia ialah untuk menjadikan segala perkataan, perbuatan, tindak tanduk dan hubungannya dengan manusia lain menepati manhaj syariat Islam. Ini akan menimbulkan ketaatan dan tunduk patuh kepada perintah Allah SWT (Al-Ashqar 1999 : 47).

Sehubungan itu, akhlak sebagai salah satu komponen syariat Islam haruslah diterapkan di dalam kehidupan manusia agar mereka menjadi manusia sebenar. Hadis-hadis yang dipaparkan sebelum ini jelas menunjukkan eratnya hubungan agama Islam dengan akhlak. Manusia tanpa akhlak umpama haiwan yang meragut rumput dipadang. Mungkin manusia boleh hidup tanpa akhlak tetapi mereka pasti hidup dengan kesukaran. Secara analoginya orang yang tidak berakhlak ini boleh diumpamakan seperti sebuah kereta yang lengkap tetapi Kempis tayarnya. Kereta ini masih lagi boleh bergerak tetapi pasti sukar bergerak dengan tayar yang Kempis itu.

Contoh-contoh yang dibawa di atas walaupun sah dari segi hukum fiqhnya tetapi ia kosong dari ruh akhlak. Akhlak amat diperlukan dalam contoh-contoh tersebut kerana ia lebih menyempurnakan pelaksanaan ibadat kepada Allah SWT. Perlu dijelaskan sekali lagi bahawa selama ini bukanlah bermaksud fiqh tidak mempunyai unsur akhlak sama sekali. Ia sememangnya wujud tetapi umat Islam sendiri yang tidak melaksanakan unsur akhlak di dalam ibadat mereka. Dalam hal ini bukan salah fiqh kerana fiqh bertujuan untuk memberi kebahagiaan di dunia dan akhirat, maka umat Islam perlulah melaksanakan fiqh dengan sesempurna mungkin melalui penerapan akhlak di dalamnya bagi merealisasikan tujuan tersebut. Wallahu A'lam.

9 Hadith ini disebut dalam Sahih al-Bukhariyy. (Bab al-Suhulah Wa al-Samahah Fi al-Shira' Wa al-Bay Wa Man Talaba Haqqan Falyatubhu Fi Afaf) (CD Room Maktabah Alfyyah).

BIBLIOGRAFI

- Amir A. Rahman. 1990. *Pengantar Tamadun Islam*. Kuala Lumpur : Dewan Bahasa dan Pustaka.
- Al-Ashqar, Umar Sulayman. 1999/1419. *al-Niyat Fi al-^CIbadat*. ed. Ke-5. Amman: Dar al-Nafa'is.
- Faydullah, Muhammad Fawzi. 1998/1418H. *al-Ta^Crif Bi al-Fiqh al-Islamiyy*. Bayrut : Dar al-Basha'ir al-Islamiyyah.
- Al-Jarjaniyy, al-Sharif ^CAli bin Muhammad. 1988/1408H. *Kitab al-Ta^Crifat*. ed. Ke-3. Bayrut : Dar al-Kutub al-^CIlmiyyah.
- _____. 1998. *Kamus Dewan Edisi Ketiga*. ed. Ke-4. Kuala Lumpur : Dewan Bahasa dan Pustaka.
- Mahmood Zuhdi bin Abdul Majid. 1992. *Sejarah Pembinaan Hukum Islam*. ed. Ke-2. Kuala Lumpur : Jabatan Penerbitan Universiti Malaya.
- Muhammad Bakr Isma^Cil. 1990/1410H. *al-Fiqh al-Wadiah Min al-Kitab Wa al-Sunnah ^CAla al-Madhahib al-Arba^Cah*. jil. 1. Maydan al-Husayn : Dar al-Manar Li al-Nashr Wa al-Tawzic.
- Al-Qalyubiyy, Shihab al-Din & ^CUmayrah. t.th. *Qalyubiyy Wa ^CUmayrah ^CAla Sharh al-^CAllamah Jalal al-Din al-Mahalliyy ^CAla Minhaj al-Talibin Li al-Shaykh Muhy al-Din al-Nawawiyy*. jil 1. Misr : Dar Ihya' al-Kutub al-^CArabiyyah.
- Salqiniyy, Ibrahim Muhammad. 1991/1411H. *al-Muyassar Fi Usul al-Fiqh al-Islamiyy*. Bayrut : Dar al-Fikr al-Mucasir.
- Al-Sharbiniyy, Muhammad al-Khatib. t.th. *Mughni al-Muhtaj Ila Ma^Crifah Ma^Cani Alfaz al-Minhaj*. jil 1. t.tp : Dar al-Fikr.
- Al-Shatibiyy, Abu Ishaq Ibrahim bin Musa al-Lakhmiyy al-Gharnatiyy al-Malikiyy. t.th. *al-Muwafaqat Fi Usul al-Shar^Cah*. Bayrut : Dar al-Kutub al-Ilmiyyah.
- _____. t.th. *al-Mu^Cjam al-^CArabiyy al-Asasiyy*. t.tp. al-Munazzamah al-Arabiyyah Li al-Tarbiyyah Wa al-Thaqafah Wa al-Ulum.
- Zakaria Stapa. 1999. *Akidah & Akhlak Dalam Kehidupan Muslim*. Kuala Lumpur : Utusan Publications & Distributors Sdn Bhd.
- Al-Zuhayliyy, Wahbah. 1989/1409H. *al-Fiqh al-Islamiyy Wa Adillatuh*. jil. 1. ed. Ke-3. Dimashq : Dar al-Fikr.



Abdul Manan bin Ismail, pensyarah di Fakulti Syariah dan Undang-Undang, Kolej Universiti Islam Malaysia. Beliau berkelulusan Sarjana Muda Syariah, Universiti Yarmouk dan Sarjana Pengajian Islam (Syariah), Universiti Kebangsaan Malaysia.

Alamat:

Fakulti Syariah dan Undang-Undang,
Kolej Universiti Islam Malaysia,
Tingkat 10, Menara A, Persiaran MPAJ,
Jalan Pandan Utama, Pandan Indah,
55100, Kuala Lumpur.
Tel: 03-42892261 (P)
Faks: 03-42892197
Email: abdmanan@admin.kuim.edu.my

Tajuk:

**KAHWIN LARI:
FIQH DAN UNDANG-UNDANG MALAYSIA**

KAHWIN LARI: FIQH DAN UNDANG-UNDANG MALAYSIA

Oleh:

Abdul Manan Ismail

Arif Fahmi Md Yusof

PENGENALAN

Kahwin lari bukanlah satu isu baru, ia telah lama berlaku dalam masyarakat dan turut mendapat perhatian di akhbar-akhbar tempatan dan majalah. Dalam situasi masyarakat sekarang, fenomena kahwin lari terutamanya kahwin di Thailand atau Siam, bukanlah fenomena yang pelik dan ganjil.

Jika kita melihat perbincangan berkenaan kahwin lari di dalam kitab-kitab fiqh, ia kelihatan tertumpu kepada perbincangan mengenai pensyaratan wali dalam perkahwinan. Para ulama bersepakat tentang keharusan bagi seseorang lelaki mukallaf untuk berkahwin tanpa persetujuan wali, bahkan si lelaki boleh mengahwinkan orang lain jika dia adalah wali atau wakil wali. Namun demikian, para ulama berbeza pendapat mengenai persoalan adakah harus bagi seseorang wanita untuk berkahwin tanpa keizinan wali atau dengan kata lain, kahwin lari.


DEFINISI

Kahwin lari ialah perkahwinan (pernikahan) pasangan lelaki dengan wanita (biasanya suka sama suka) yang dilakukan di tempat lain tanpa disaksikan atau diestui oleh kaum keluarga (Kamus Dewan 2000: 558).

Perbincangan para ulama tentang kahwin lari dapat dilihat melalui penjelasan mereka tentang syarat wali dalam perkahwinan. Perkahwinan yang dilakukan tanpa persetujuan para wali dinamakan sebagai kahwin lari.

Tidak ada satu definisi tentang kahwin lari yang diperuntukkan oleh akta atau enakmen undang-undang keluarga Islam di Malaysia. Namun secara umum ia boleh didefinisikan sebagai satu perkahwinan yang tidak melalui satu peraturan yang telah ditetapkan dan bertentangan dengan kehendak pihak-pihak tertentu atau undang-undang yang telah ditetapkan.

¹Wali bagi perempuan ialah orang yang menjalankan urusan akad nikah bagi pihak perempuan dan tidak membiarkan si perempuan memutuskan hal akad kahwin tanpanya.



la juga boleh dianggap sebagai perkahwinan yang tidak mengikut akta atau enakmen undang-undang keluarga Islam dan tidak dipersetujui oleh wali pengganti perempuan. Perkahwinan ini diakad oleh wali hakim tanpa persetujuan wali dan tanpa kebenaran pendaftar perkahwinan yang berkenaan (Mahamad Ariffin 2003: 1).

PENDAPAT PARA ULAMA TENTANG KAHWIN LARI

Terdapat beberapa pandangan ulama tentang kahwin lari iaitu:

a) Jumhur ulama antaranya Umar, [°]Ali, Ibn Mas[°]ud, Ibn Abbas, Abu Hurairah, Sa[°]id ibn al-Musayyib, Hasan al-Basriyy, Shafi[°]yy, Ibn Hazm dan Malik tidak membenarkan seseorang wanita untuk melangsungkan perkahwinan tanpa keizinan wali (Al-Ramliyy 1992: 228, Ibn Qudamah t.th: 337). Di antara ungkapan para ulama tentang isu ini ialah:

Al-Shawkaniyy menyatakan "*Jumhur salaf dan khalaf berpandangan, keizinan wali diperlukan untuk perkahwinan seseorang wanita, bahkan Ibn al-Munzir menjelaskan bahawa setakat yang diketahui, para sahabat Nabi tidak berbeza pendapat tentang perkara ini (perlu ada keizinan wali)*" (Al-Shawkaniyy 1998: 609).

Imam Malik menegaskan "*Keizinan wali merupakan syarat sah nikah*" (Ibn Rushd 1988: 9).

b) Abu Hanifah, Zufar, Sha[°]biyy, al-Zuhriyy, Ibn Sirin dan Qatadah berpandangan, wanita yang mukallaf boleh mengahwinkan dirinya sendiri tanpa terikat kepada persetujuan wali. Namun demikian golongan ini mensyaratkan wali bagi wanita yang masih kecil dan gila (Ibn [°]Abidin 1998: 113, Ibn Rushd 1988: 9).

c) Imam Malik (dalam riwayat ibn al-Qasim) berpandangan bahawa seseorang wanita yang berkedudukan di sudut harta atau kecantikan yang diminati ramai perlu mendapatkan kebenaran wali untuk berkahwin. Manakala wanita yang tidak berkedudukan pula dibenarkan untuk berkahwin tanpa persetujuan wali (Ibn Rushd 1988: 10).

d) Daud al-Zahiriyy pula berpandangan, anak dara perlu mendapatkan keizinan wali manakala janda tidak perlu mendapatkan persetujuan tersebut (Ibn Hazm 1997: 11-12).

SEBAB PERBEZAAN PENDĀPAT ULAMA

Sebab utama kepada perbezaan pendapat ulama berkenaan isu kahwin lari ialah ketiadaan ayat al-Quran ataupun Hadis yang secara jelas menunjukkan bahawa wali adalah syarat bagi sesuatu pernikahan. Sebaliknya ia adalah muhtamal dari segi lafaznya dan masih boleh diperbincangkan (Al-Maruziyy 2000: 220).

Manakala Hadis-hadis yang dikemukakan oleh para ulama tentang isu ini dipertikaikan tentang kesahihannya, melainkan satu hadis sahaja iaitu Hadis:

” الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صماتها ”

Maksudnya, *”Janda lebih berhak terhadap dirinya berbanding walinya, manakala anak dara diminta izin dan izinnya adalah diam”* (Al-Bukhariyy t.th: 372, Ibn Hajar 2000: 240, Al-Mundhiriyy 2000: 414).

Namun demikian Hadis tersebut tidak menunjukkan kepada dalalah yang qat’iyy, sebaliknya masih boleh diperbincangkan di sudut maknanya (Ibn Rushd 1988: 9).

DALIL-DALIL DAN PERBINCANGANNYA

Antara dalil-dalil yang telah dikemukakan oleh para ulama adalah seperti berikut:

1) **Jumhur ulama telah mengemukakan pelbagai dalil antaranya ialah:**

a) Firman Allah Taala:

الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض

Maksudnya, *”Kaum laki-laki itu adalah pemimpin bagi kaum wanita, oleh kerana Allah telah melebihkan sebahagian mereka (laki-laki) atas sebahagian yang lain (wanita)”*. Surah al-Nisa' 34.


Cara pendalilannya ialah perwalian adalah sebahagian daripada al-qawamah yang telah dinaskan di dalam ayat tersebut. Justeru, perwalian diperakukan dan diberikan kepada pihak lelaki yang berhak menjadi wali.

Namun demikian pendalilan ini ditolak oleh golongan Hanafi dan mereka yang sependapat dengannya, kerana ayat ini tidak menjelaskan secara qat’iyy tentang syarat wali (Ibn ‘Abidin 1998: 115).

b) Firman Allah taala:

وأنكحوا الأيامي منكم

Maksudnya, *”Dan kahwinkanlah orang-orang yang sendirian di antara kamu”*. Surah al-Nur 32



ولا تتكحوا المشركين حتى يؤمنوا

Maksudnya, "Dan janganlah kamu menikahkan orang-orang musyrik (dengan wanita-wanita mukmin) sebelum mereka beriman". Surah al-Baqarah 221.

Cara pendalilannya ialah, ayat-ayat tersebut ditujukan kepada orang lelaki (wali) untuk mengahwinkan atau tidak mengahwinkan seseorang wanita. Jika urusan mengahwinkan seseorang wanita itu diserahkan kepada golongan wanita sendiri, pastinya ayat-ayat tersebut tidak ditujukan kepada golongan lelaki.

Pendalilannya ditolak kerana ayat tersebut adalah mujmal yang tidak boleh digunakan sebagai hujah lantaran ia tidak menjelaskan kategori dan darjat wali. Tambahan pula, melewatkan penjelasan tentang sesuatu perkara yang perlu tidak dibenarkan (Ibn Rushd 1988: 10).

c) Firman Allah taala:

فانكحوهن باذن أهلهن

Maksudnya, "Kerana itu kahwinilah mereka dengan izin tuan mereka". Surah al-Nisa' 25.

Cara pendalilannya ialah, ayat ini menetapkan bahawa syarat sah nikah ialah keizinan wali bagi hamba. Justeru, seseorang wanita tidak boleh mengahwinkan dirinya sendiri.

Golongan Hanafi menjelaskan bahawa ayat tersebut bukan menyatakan tentang syarat harus sebaliknya ia menunjukkan kepada kebiasaan dan adat yang menegah wanita daripada menghadiri majlis lelaki (Muhammad °Uqlah 1983: 157).

d) Firman Allah taala :

وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف

Maksudnya, "Apabila kamu mentalak isteri-isterimu, lalu habis iddahnya, maka janganlah kamu (para wali) menghalang mereka kahwin lagi dengan bakal suaminya, apabila telah terdapat kerelaan di antara mereka dengan cara yang makruf". Surah al-Baqarah 232.

Cara pendalilannya ialah, larangan untuk menghalang para wanita yang ingin kembali kepada bekas suaminya ditujukan kepada para wali. Jika urusan untuk berkahwin diserahkan kepada wanita tersebut secara mutlak, pastinya larangan tersebut tidak mendatangkan apa-apa manfaat.

Pendalilan tersebut ditolak kerana khitab ayat di atas berkemungkinan juga ditujukan kepada para suami sebagaimana pandangan yang dikemukakan oleh al-Fakhr al-Raziyy (1985: 120).

e) Hadis Nabi s.a.w

لا نكاح إلا بولي

Maksudnya, "*Tidak sah nikah melainkan dengan wali*" (Abu Dawud 1996: 95, al-Shawkaniyy 1998: 608).

أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل

Maksudnya, "*Mana-mana wanita yang berkahwin tanpa persetujuan wali, maka pernikahannya batal, pernikahannya batal, pernikahannya batal*" (Abu Dawud 1996: 95, al-Shawkaniyy 1998: 608).

Pendalilan jumbuh dengan Hadis tersebut ditolak kerana kedua-dua Hadis yang dikemukakan adalah dhaif dan tidak boleh dibuat sebagai hujah (Al-Shawkaniyy 1998: 609).

2) Dalil Abu Hanifah

a) Firman Allah taala:

وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف

Maksudnya, "*Apabila kamu mentalak isteri-isterimu, lalu habis iddahnya, maka janganlah kamu (para wali) menghalang mereka kahwin lagi dengan bakal suaminya, apabila telah terdapat kerelaan di antara mereka dengan cara yang makruf*". Surah al-Baqarah 232.


Cara pendalilannya ialah, Allah Taala menyandarkan perbuatan mengahwinkan kepada para wanita, ia menunjukkan tentang keharusan perbuatan tersebut daripada wanita tanpa perlu persetujuan wali.

Namun demikian pendalilan tersebut ditolak oleh jumbuh ulama dengan alasan bahawa ayat tersebut ditujukan kepada para wali berdasarkan riwayat di dalam Fath al-Bari (Ibn Hajar 2000: 230).

b) Hadis Nabi s.a.w:

الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صماتها

Maksudnya, "*Janda lebih berhak terhadap dirinya (berbanding walinya), manakala anak dara diminta izin dan izinnya adalah diam*" (Al-Bukhariyy t.th: 372, Ibn Hajar 2000: 240, Al-Mundhiriyy 2000: 414).



Cara pendalilannya ialah, wanita lebih berhak terhadap dirinya (dalam urusan perkahwinannya) daripada wali, jadi tidak munasabah apabila kita menyatakan bahawa urusan perkahwinan wanita tersebut bergantung kepada izin walinya.

Jumhur ulama menegaskan bahawa Hadis tersebut tidak menafikan tentang pensyaratan wali dalam pernikahan, ia menunjukkan bahawa hak janda untuk mengahwinkan dirinya adalah lebih kuat berbanding dengan hak wali. Justeru, wali tidak boleh mengahwinkannya tanpa persetujuannya dengan jelas. Sebaliknya wali mempunyai hak yang lebih kuat berbanding anak dara, justeru persetujuannya memadai dengan senyap (al-Ashqar 1997: 177).

3) Dalil Imam Malik

Imam Malik berpandangan bahawa Syarak menetapkan syarat wali untuk menjaga kemaslahatan wanita dan menolak kemungkinan berlakunya aib jika wanita tersebut mengahwinkan dirinya dengan lelaki yang tidak sekufu (sepadan). Ia dititik beratkan kepada wanita yang mempunyai kedudukan dan kemuliaan. Manakala bagi wanita yang tidak mempunyai kedudukan tinggi, dia sepadan dengan sesiapa sahaja justeru, tidak perlu disyaratkan wali bagi perkahwinannya.

Pendalilan ini ditolak dengan alasan bahawa setiap wanita yang berkedudukan rendah berkemungkinan mendapat pasangan hidup yang berkedudukan lebih rendah daripadanya (Uqlah 1983: 163)

4) Dalil al-Zahiriyy

Hadis Nabi s.a.w:

الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صماتها

Maksudnya, "*Janda lebih berhak terhadap dirinya berbanding walinya, manakala anak dara diminta izin dan izinnya adalah diam*" (Al-Bukhariyy t.th: 372, Ibn Hajar 2000: 240, Al-Mundhiriyy 2000: 414).

Cara pendalilannya ialah Hadis tersebut membezakan di antara janda dan anak dara. Seseorang wali perlu meminta izin janda terlebih dahulu dalam soal perkahwinan dan janda tersebut berhak mengahwinkan dirinya tanpa izin wali. Manakala anak dara pula terpaksa memohon keizinan walinya terlebih dahulu (Ibn Hazm 1997: 12).

Namun demikian hujah ini telah ditolak oleh para ulama sebagaimana yang telah dijelaskan sebelum ini.

Pendapat yang dipilih

Penulis mendapati pendapat jumur ulama iaitu seseorang wanita tidak dibenarkan berkahwin tanpa keizinan daripada wali wajar diterima pakai kerana ia memiliki dalil yang lebih mantap berbanding dengan pandangan-pandangan lain. Tambahan pula perkahwinan merupakan satu akad yang bukan hanya melibatkan suami dan isteri sahaja bahkan ia melibatkan kaum keluarga dan masyarakat.

Justeru, restu dan izin kaum keluarga terutamanya wali pihak wanita adalah perlu demi menjaga hubungan kekeluargaan. Ia bukan bererti kita mengeneppikan hak wanita dalam menentukan perkahwinan tetapi ia adalah sebahagian daripada langkah-langkah untuk memastikan maruah kaum wanita dipandang tinggi dan dihormati. Para wali juga tidak boleh membuat keputusan dengan membelakangkan pendapat wanita malah perbincangan perlu dilakukan untuk menjamin keselesaan semua pihak.

PERUNTUKAN DI BAWAH UNDANG-UNDANG

Kahwin lari tidak terhad terhadap pernikahan yang berlaku di negara jiran seperti Thailand dan Indonesia sahaja, bahkan termasuk pernikahan yang tidak mengikut saluran undang-undang samada ia dilakukan di dalam atau di luar negara. Kesimpulannya, sesiapa yang bernikah di dalam atau pun di luar negara tanpa kebenaran daripada Pendaftar Nikah dianggap telah berkahwin lari (Noraini Mohd. Hashim 2003: 2).

Setiap perkahwinan mestilah didaftarkan di bawah akta atau enakmen undang-undang keluarga Islam setiap negeri. Walau bagaimanapun, perlu diketahui bahawa pendaftaran bukanlah sesuatu yang memberi kesan terhadap sah atau tidaknya sesuatu perkahwinan (Ahmad Ibrahim 1997: 70). Sebagai contoh, seksyen 34 Akta Undang-Undang Keluarga Islam (Wilayah Persekutuan) 1984 (AUUKIWP 1984) memperuntukkan bahawa pendaftaran hanya merupakan suatu keperluan undang-undang atau pembuktian terhadap sesuatu perkahwinan yang telah berlaku atau sebagai sokongan sebarang dakwaan untuk menafikan berlakunya perkahwinan.

Walau bagaimanapun, perkahwinan akan tetap sah di sisi undang-undang syarak walaupun tanpa pendaftaran. Akan tetapi, peruntukan pendaftaran ini adalah perlu bagi menjamin kelancaran dan kelicinan pentadbiran nikah kahwin, cerai dan rujuk dan masalah-masalah berkaitan seperti pendaftaran kelahiran anak, nafkah serta tuntutan-tuntutan sampingan selepas berlaku perceraian.

Pendaftaran Perkahwinan

Di Wilayah Persekutuan, seksyen 25 AUUKIWP 1984 memperuntukkan bahawa setiap perkahwinan oleh setiap pemastautin di Wilayah Persekutuan dan setiap orang yang bermukim di luar tetapi bermastautin di Wilayah Persekutuan hendaklah didaftar perkahwinannya mengikut akta tersebut.

Seksyen 19 AUUKIWP 1984 pula memperuntukkan bahawa perkahwinan hendaklah terlebih dahulu mendapat kebenaran daripada Pendaftar jika perkahwinan itu melibatkan seorang perempuan yang bermastautin di Wilayah persekutuan atau kebenaran dari pihak yang berkuasa yang hak bagi sesuatu negeri, jika perkahwinan itu melibatkan perempuan yang bermastautin di negeri itu.

Seksyen 40 AUUKIWP 1984 pula memperuntukkan bahawa perkahwinan tanpa kebenaran pendaftar nikah mengikut seksyen 19 adalah suatu kesalahan yang boleh didenda tidak melebihi ringgit Malaysia satu ribu dan penjara tidak melebihi enam bulan atau kedua-duanya sekali.

Seksyen 12 (2) AUUKIWP 1984 memperuntukkan mana-mana perkahwinan yang dijalankan bertentangan dengan mana-mana peruntukan di bawah akta ini tetapi sah dibawah hukum syarak boleh didaftarkan setelah mendapat perintah dari mahkamah dan setelah dikenakan penalti oleh mahkamah.

Perkahwinan boleh dilakukan di mana-mana sahaja menurut akta dan enakmen undang-undang Keluarga Islam negeri-negeri di Malaysia. Seksyen 24 memperuntukkan perkahwinan juga boleh diakadnikahkan mengikut Hukum Syarak, oleh Pendaftar yang dilantik di mana-mana Kedutaan, Suruhanjaya Tinggi dan Pejabat Konsul Malaysia di luar negara. Perkahwinan ini juga hendaklah mengikut peraturan yang ditetapkan sebagaimana prosedur biasa perkahwinan.

Seksyen 31 AUUKIWP pula memperuntukkan perkahwinan di luar negeri yang sah mengikut hukum syarak yang tidak mengikut seksyen 24 hendaklah didaftarkan dalam tempoh enam bulan di hadapan Pendaftar atau pihak yang diberi kuasa untuk mendaftarkan perkahwinan.

Oleh itu, perkahwinan yang dilakukan di luar negeri seperti di Thailand yang sah mengikut hukum syarak, hendaklah didaftarkan dalam tempoh enam bulan selepas perkahwinan dijalankan.

Daripada seksyen-seksyen tersebut dapatlah disimpulkan bahawa perkahwinan hendaklah didaftarkan dan kebenaran untuk berkahwin perlu diperolehi daripada Pendaftar. Lazimnya, kebanyakan kes-kes kahwin lari adalah kes-kes yang perkahwinan yang tidak didaftarkan kerana masalah-masalah seperti tidak mendapat keizinan wali dan berpoligami tanpa kebenaran mahkamah.

PUNCA-PUNCA KES KAHWIN LARI

Beberapa faktor dikenal pasti yang menyebabkan berlakunya kahwin lari, antaranya ialah:


i. Perkahwinan tanpa keizinan wali

Seksyen 7 AUUKIWP 1984 memeperuntukkan perkahwinan hendaklah mengikut peruntukan akta dan hendaklah diakadnikahhkan mengikut Hukum Syarak oleh:

- (a) Wali di hadapan Pendaftar,
- (b) Wakil wali di hadapan dengan persetujuan Pendaftar; atau
- (c) Pendaftar sebagai wakil wali.

Seksyen ini juga memperuntukkan jika sesuatu perkahwinan itu melibatkan seorang perempuan yang tidak mempunyai wali nasab, mengikut hukum syarak, perkahwinan itu hendaklah diakadnikahkan hanya oleh wali raja. Peruntukan yang sama juga boleh dilihat di enakmen-enakmen keluarga Islam negeri-negeri.

Dalam kes di Kedah, *Hashim Iwn Fatimah (1977) 5 JH 106*, Kadi Besar memutuskan bahawa perkahwinan yang diadakan di Thailand adalah tidak sah. Dalam kes ini, plaintif adalah bapa kepada defendan telah tidak bersetuju dengan lelaki pilihan defendan. Defendan dan pasangannya telah berkahwin di Padang Besar, Thailand dengan menggunakan wali hakim. Kadi Besar memutuskan oleh kerana jarak antara tempat tinggal wali perempuan itu dan tempat perkahwinan itu kurang dari dua marhalah, perkahwinan itu adalah tidak sah. Kadi Besar menghukum perempuan itu difarakkan dari lelaki itu dan dia perlu beriddah.



Dalam kes di Perlis, *Hussin Iwn Saayah* (1980) 7 JH 35, plaintif selaku bapa kepada defendan memohon mahkamah membatalkan perkahwinan anak perempuannya yang dikahwinkan dengan berwalikan seorang lebai di Thailand tanpa persetujuan plaintif yang juga wali terhadap defendan. Kadi memutuskan bahawa perkahwinan itu tidak sah dan membatalkan perkahwinan tersebut.

ii. **Berpoligami tanpa kebenaran mahkamah dan tanpa persetujuan isteri pertama**

Seksyen 23 AUUKIWP 1984 memperuntukkan bahawa kebenaran untuk berpoligami perlu diperolehi oleh mahkamah dan mahkamah akan memanggil pemohon dan isteri-isterinya yang sedia ada sebelum memberi kebenaran berpoligami.

Oleh kerana peruntukan yang terlalu ketat untuk berpoligami, maka pihak suami mengambil jalan mudah untuk berkahwin tanpa kebenaran mahkamah. Kebanyakan perkahwinan tersebut dilakukan di tempat-tempat lain dari yang sepatutnya mengikut peruntukan dan prosedur yang ditetapkan oleh undang-undang keluarga Islam (Daud Mohamad 2003: 4).

Secara umumnya, Terdapat dua kes yang berbeza berkaitan kahwin lari. Pertama sekiranya akadnikah tersebut dilakukan oleh mereka yang ditauliahkan oleh kerajaan Malaysia sepertimana yang diperuntukan oleh seksyen 28 AUUKIWP 1984, maka permohonan boleh dibuat dalam tempoh enam bulan dari tarikh perkahwinan untuk mendapat pengesahan dan mendaftarkan perkahwinan tersebut (Noraini Mohd Hashim 2003: 3). Denda juga akan dikenakan terhadap pasangan ini kerana berkahwin di luar negara tanpa kebenaran.

Sebagai contoh, terdapat beberapa tempat yang diiktiraf oleh kerajaan Malaysia untuk berkahwin di Thailand seperti di Majlis Agama Islam Wilayah Narathiwat, Patani, Yala, Setul dan Songkhla (Ishak Mohamad 2003: 3). Akan tetapi, jika perkahwinan dilakukan ditempat yang diiktiraf tanpa kebenaran dari Pendaftar di Malaysia, ia dianggap satu kesalahan di bawah kerana berkahwin tanpa mendapat kebenaran dari Pendaftar sepertimana peruntukan seksyen 40. Walau bagaimanapun, pihak-pihak boleh mendaftar pernikahan tersebut selepas membayar penalti yang ditetapkan oleh mahkamah mengikut peruntukan seksyen 31.

²Terdapat 2 syarat berpoligami menurut fiqh iaitu adil dan mampu memberi nafkah (Zaydan 2000: 287-288). Tidak dinyatakan persetujuan isteri pertama dan kebenaran mahkamah sebagai syarat berpoligami menurut fiqh.

Kedua, perkahwinan yang melibatkan mereka yang tidak bertauliah untuk mengkad nikah ataupun nikah sindiket. Pernikahan ini tidak dapat didaftarkan kerana tidak mengikut prosedur peruntukan seksyen 28, kerana orang yang mengkad nikah tidak diberi kebenaran oleh Pendaftar untuk mengkad nikahkan perkahwinan tersebut. Seksyen 39 AUUKIWP memperuntukkan kesalahan bagi mereka yang tidak mempunyai kuasa untuk mengkad nikahkan sesuatu perkahwinan.

KESALAHAN-KESALAHAN YANG BERKAITAN DENGAN KAHWIN LARI

Kesalahan kahwin lari adalah kesalahan berkaitan beberapa keadaan kerana ia membabitkan perkahwinan tanpa kebenaran pendaftar, poligami tanpa kebenaran mahkamah dan akad nikah yang tidak dibenarkan.

i. Perkahwinan tanpa kebenaran Pendaftar


Seksyen 40 AUUKIWP 1984 memperuntukkan bahawa perkahwinan tanpa kebenaran pendaftar nikah mengikut seksyen 19 adalah suatu kesalahan yang boleh didenda tidak melebihi ringgit Malaysia satu ribu dan penjara tidak melebihi enam bulan atau kedua-duanya sekali.

Seksyen ini juga memperuntukkan adalah menjadi satu kesalahan bagi sesiapa yang berkahwin atau berbuat sesuatu yang berupa sebagai akad nikah atau menjalani sesuatu cara akad nikah yang berlawanan dengan peruntukan akta ini. Sebagai contoh, nikah sindiket adalah satu kesalahan di bawah akta ini.

Dalam kes Pendakwa Mahkamah Kadi Perak lwn Hj. Shafie Ahmad (1412) JH 73, Mahkamah memutuskan bahawa yang tertuduh melakukan kesalahan kerana mengkad nikah perkahwinan yang tidak sah serta tidak mendapat kebenaran Pendaftar Mahkamah.

ii. Poligami tanpa kebenaran mahkamah

Seksyen 123 AUUKIWP 1984 memperuntukkan bahawa satu kesalahan sekiranya berpoligami tanpa kebenaran mahkamah dalam masa perkahwinannya sedia ada dan masih berterusan. Kesalahan boleh didenda tidak melebihi RM 1000 dan penjara tidak melebihi enam bulan.



Dalam kes Abdullah Ahmad lwn Noridah Othman (Kes Mahkamah Syariah Alor Setar tahun 1991 yang tidak dilaporkan), Mahkamah memutuskan pihak-pihak yang berkahwin di sempadan Thailand telah melakukan kesalahan kerana berpoligami tanpa kebenaran mahkamah dan berkahwin tanpa kebenaran pendaftar.

iii. Akad nikah perkahwinan yang tidak dibenarkan

Seksyen 39 AUUKIWP memperuntukkan kesalahan bagi mereka yang mengahwainikahkan sesuatu perkahwinan dalam keadaan tidak diberi kuasa di bawah undang-undang keluarga Islam yang boleh dikenakan denda tidak melebihi RM 1000 dan atau penjara tidak melebihi enam bulan atau keduanya sekali.

Kesimpulannya, kahwin lari merupakan satu kesalahan di bawah peruntukan undang-undang keluarga Islam di Malaysia. Kahwin lari biasanya berlaku pada perkahwinan tanpa keizinan wali dan bagi mereka yang ingin berpoligami tanpa kebenaran mahkamah. Kesalahan-kesalahan ini boleh diklasifikasikan sebagai kesalahan di bawah peruntukan perkahwinan tanpa kebenaran Pendaftar, berpoligami tanpa kebenaran mahkamah dan menjalani akad nikah yang tidak dibenarkan.

PENUTUP

Setelah diteliti daripada aspek fiqh dan undang-undang, penulis mendapati kahwin lari wajar dielakkan demi menjaga kepentingan semua pihak sama ada pihak suami, isteri ataupun keluarga. Sesuatu perkahwinan yang ingin dilangsungkan perlulah mendapat restu keluarga terdekat agar ia menjadi peristiwa yang cukup bermakna dalam kehidupan.

Justeru, sebarang keputusan berkaitan perkahwinan sewajarnya dibincangkan secara baik dan teratur dengan ahli keluarga kerana ia merupakan kehidupan yang bukan hanya melibatkan suami dan isteri sahaja, bahkan ia melibatkan juga hubungan kekeluargaan di antara keluarga suami dan isteri.

BIBLIOGRAFI

Al-Quran

Abu Dawud, Sulayman ibn al-Ash'ath al-Sijastaniyy. 1996. *Sunan Abi Dawud*. Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah.

Ahmad Ibrahim. 1999. *Undang-Undang Keluarga Islam di Malaysia*. Kuala Lumpur: Malayan Law Journal.

Al-Ashqar, Umar Sulayman. 1997. *Masa'il Fi al-Fiqh al-Muqaran*. Amman: Dar al-Nafa'is.
Al-Bukhariyy, Abu Abdillah Muhammad ibn Isma'il. t.th. *Sahih al-Bukhariyy*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabiyy.

Daud Muhammad (Y.A.A. Dato' Aria Diraja). 2003. *Kahwin Lari: Perspektif Umum dan Penilaian. (Kertas Kerja)*. Seminar Isu-Isu Mahkamah Syariah IV: Kahwin Lari Masalah dan Penyelesaiannya. Kulliyah Undang-Undang Ahmad Ibrahim, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia, Kuala Lumpur. 22 Februari 2003.

Ibn Abidin, Muhammad Amin ibn Umar ibn Abd al-Aziz. 1998. *Radd al-Mukhtar Ala al-Durr al-Mukhtar al-Ma'ruf Bi Hashiah Ibn Abidin*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabiyy.

Ibn hajar al-Asqalaniyy, Ahmad ibn Ali. 2000. *Fath al-Bari Sharh Sahih al-Bukhariyy*. Damsyik: Dar al-Salam & Dar al-Faiha'.

Ibn Hazm, Abu Muhammad Ali ibn Ahmad ibn Sa'id. 1997. *Al-Muhalla Sharh al-Mujalla*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabiyy.

Ibn Qudamah, Abu Muhammad Abdillah Ibn Ahmad Ibn Mahmud. t.th. *Al-Mughni Wa Yalihu al-Sharh al-Kabir*. Beirut: Dar al-Kutub al-Arabiyy.

Ibn Rushd, Muhammad Ibn Ahmad Ibn Muhammad al-Hafid. 1988. *Bidayat al-Mujtahid Wa Nihayat al-Muqtasid*. Beirut: Dar Kutub al-Ilmiyyah.

Ishak Mohamad. 2003. *Kahwin Lari: Pengalaman Majlis Agama Islam Selatan Thailand (Narathiwat)*. (Kertas Kerja). Seminar Isu-Isu Mahkamah Syariah IV: Kahwin Lari Masalah dan Penyelesaiannya. Kulliyah Undang-Undang Ahmad Ibrahim, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia, Kuala Lumpur. 22 Februari 2003.

Kamus dewan, 2000. Kuala Lumpur: Dewan Bahasa dan Pustaka.

Mahamad Ariffin (Prof. Madya Dr.). 2003. *Kahwin Lari: Tinjauan dari Sudut Sosial dan Penyelesaiannya*. (Kertas Kerja). Seminar Isu-Isu Mahkamah Syariah IV: Kahwin Lari Masalah dan Penyelesaiannya. Kulliyah Undang-Undang Ahmad Ibrahim, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia, Kuala Lumpur. 22 Februari 2003.

Al-Maruziyy, Abu Abdillah Muhammad Ibn Nasr. 2000. *Ikhtilaf al-Fuqaha'*. Riyadh: Adwa' al-Salaf.

Al-Mundhiriyy, Zakiyy al-Din Abd al-Aziz. 2000. *Mukhtasar Sahih Muslim*. Riyadh: Dar al-Salam.

Noraini Mohd Hashim. 2003. *Kahwin Lari: Satu Tinjauan Umum. (Kertas Kerja)*. Seminar Isu-Isu Mahkamah Syariah IV: Kahwin Lari Masalah dan Penyelesaiannya. Kulliyah Undang-Undang Ahmad Ibrahim, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia, Kuala Lumpur. 22 Februari 2003.



Md Yunus Abd Aziz, pensyarah di Fakulti Syariah dan Undang-Undang, Kolej Universiti Islam Malaysia. Beliau berkelulusan Sarjana Muda Syariah, Universiti Malaya dan Sarjana Syariah, Universiti Al Bayt.

Alamat:

Fakulti Syariah dan Undang-Undang,
Kolej Universiti Islam Malaysia,
Tingkat 10, Menara A, Persiaran MPAJ,
Jalan Pandan Utama, Pandan Indah,
55100, Kuala Lumpur.
Tel: 03-42892017 (P)
Faks: 03-42892197
Email: yunus@admin.kuim.edu.my

Tajuk:

**NEWATER
DARI ASPEK HUKUM SYARAK**

NEWATER: DARI ASPEK HUKUM SYARAK

Oleh:
Md Yunus Bin Abd. Aziz
Abdul Manan Ismail

PENDAHULUAN

Air adalah keperluan asasi yang sangat penting bagi kehidupan manusia. Penggunaannya tidak terhad untuk minuman dan kegunaan harian tetapi juga untuk pertanian, pembangunan industri dan sebagainya. Oleh itu sering tercetus perbalahan antara individu, puak bahkan negara disebabkan perebutan air ini dan kemuncaknya adalah perkelahian dan peperangan. Pihak yang mempunyai sumber air biasanya akan menjadi dominan. Di zaman moden ini pelbagai usaha dijalankan bagi mencari alternatif sumber air semulajadi dengan dibantu oleh teknologi moden. Antaranya adalah melalui penyulingan air laut atau mengitar semula air terpakai melalui proses penyulingan.

Persoalan jualbeli air di antara Malaysia dan Singapura telah membabitkan pertikaian yang masih belum selesai. Di bawah perjanjian jualbeli air Malaysia kepada Singapura 1961, Singapura membeli separuh daripada kegunaan air hariannya daripada Johor dengan harga tiga sen setiap 1000 gelen dan akan tamat pada tahun 2011. Malaysia bercadang untuk menaikkan harga air kepada 60 sen setiap 1000 gelen dari sekarang sehingga tahun 2007 dan meningkatkannya lagi selepas itu sehingga ke tahun 2011 nanti. Ini disebabkan harga yang ditetapkan dalam perjanjian itu terlalu murah dan tidak kompetitif dengan harga semasa bahkan Singapura telah membuat keuntungan dengan menjual semula air yang telah dirawat kepada kerajaan Johor. Usaha rundingan telah dibuat antara Malaysia dan Singapura tetapi gagal mencapai kata sepakat berkenaan harga air yang perlu dibayar oleh Singapura kepada Malaysia (Utusan Malaysia: 25 Sept. 2002).

Sebagai alternatif Singapura telah mengambil langkah mengeluarkan air sulingan yang diproses dari air terpakai dan kumbahan yang diberi nama Newater. Ia dianggap satu usaha untuk mengurangkan pergantungan kepada bekalan air dari Johor (Utusan Malaysia :12 Julai 2002).

Newater mungkin menimbulkan pertanyaan dan persoalan dari orang ramai khususnya masyarakat Islam mengenai status kesuciannya. Adakan air sisa yang terdiri dari bahan buangan dan segala bentuk najis boleh digunakan terutamanya untuk urusan ibadah setelah melalui proses penyulingan. Adakah ia dihukum suci atau najis. Persoalan ini bukan sahaja timbul di kalangan masyarakat Islam Singapura malahan masyarakat Islam Malaysia sendiri.



PEMBAHAGIAN AIR

Untuk pengetahuan, secara dasarnya isu ini bukan merupakan perkara baru dari sudut Fiqh Islam. Para ulamak membahagikan air kepada tiga bahagian iaitu air Mutlak yang suci lagi menyucikan (*Tahur*), air yang suci tetapi tidak menyucikan (*Musta^cmal*) dan air yang bercampur najis (*Mutanajjis*) (Atiyyah t.th: 28-33). Setiap bahagian ini mempunyai hukum tertentu dalam penggunaannya.

i. Air Mutlak (*Tahur*)

Air yang suci lagi menyucikan (*tahur*) atau dinamakan juga sebagai air mutlak ialah semua jenis air yang turun dari langit atau yang keluar dari perut bumi dan tidak berubah sifatnya iaitu warna, bau dan rasa yang disebabkan oleh benda-benda yang menghilangkan sifat kesuciannya dan ia belum digunakan (*musta^cmal*). Tidak kira sama ada ia dalam bentuk cair, beku atau wap, tawar atau masin kerana hakikatnya ia adalah air, contohnya mata air, air sungai, air laut dan salji. Ulamak sepakat bahawa air mutlak ini boleh menyucikan najis dan digunakan untuk urusan ibadat seperti wudhu'dan mandi wajib serta urusan yang lain (Ibn Humam 1998: 48, al-Sharbiniyy 1997: 44) .

Ini berdasarkan firman Allah s.w.t:

وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا

Maksudnya, "Sesungguhnya kami telah turunkan dari langit itu air yang bersih". al-Furqan 48.

Sabda Rasulullah s.a.w berhubung dengan soalan terhadap kesucian air laut maka jawabnya:

هو الطهور ماؤه الحل ميتته

Maksudnya, "Airnya bersih dan bangkai yang mati daripadanya adalah halal" . (Hadis riwayat Abu Daud dan Tarmizi)

Sifat mutlak ini kekal sekiranya ia bercampur dengan sesuatu yang suci seperti tanah dan tidak berubah warna, rasa dan baunya, begitu juga perubahan disebabkan oleh tempat bertakunya air tersebut. Sekiranya berubah disebabkan bercampur dengan benda yang bersih selain dari tanah seperti teh, gula, kopi dan air wangian maka jumhur ulamak berpendapat ia menjadi *tahir* (suci) tetapi tidak menyucikan lagi. Sekiranya percampuran itu terlalu sedikit maka ia masih lagi *tahur* seperti gaharu yang dicampurkan pada air yang digunakan untuk memandikan mayat (al-Sharbiniyy 1997: 48). Mazhab Hanafi berpendapat bahawa ia masih lagi *tahur* sekiranya ia tidak dimasak atau berubah dari sifat asalnya secara ketara (Ibn Humam 1998: 48).

ii. Air *Musta^Cmal*

Ulamak membahagikan jenis air ini kepada dua iaitu:

a. Air *Musta^Cmal* yang sedikit

Mengikut mazhab Hanafi, air yang sedikit ialah air kurang dari 10 kali 10 hasta dan sukatan air yang banyak ialah sekiranya digerakkan air itu di satu bahagian maka gerakan itu tidak sampai ke bahagian yang sebelah lagi (Marghinaniyy 1990: 19). Mazhab Maliki tidak menentukan sukatan air yang banyak. Pada Mazhab Syafi'e dan Hanbali air yang sedikit ialah yang tidak sampai sukatan dua kolah atau bersamaan dengan 195 kg atau lebih kurang 270 liter (al-Sharbiniyy 1997: 49).

Ulamak berkhilaf dalam menentukan hukum air *musta^Cmal* yang sedikit ini. Mazhab hanafi berpendapat air yang sedikit menjadi *musta^Cmal* dengan sebab bercampur dengan sesuatu yang bersih dan berubah salah satu sifatnya yang tiga itu atau percampuran itu tidak mengubah sifatnya tetapi cecair yang dicampur itu lebih banyak dari air tersebut. Pada pandangan mazhab ini air *musta^Cmal* ini boleh menghilangkan najis tetapi tidak sah digunakan untuk berwuduk dan mandi janabah (Marghinaniyy 1990: 19-20).

Mazhab Maliki, Syafi'e dan Hanbali berpendapat air yang sedikit menjadi *musta^Cmal* apabila bercampur dengan sesuatu yang bersih dan mengubah salah satu sifatnya. Mereka sepakat bahawa ia tidak boleh menghilangkan hadas dan menyucikan najis (Ibn Rushd t.th: 1/18-19). Pada pandangan mazhab Syafi'e, air yang digunakan untuk bersuci pada perkara yang sunat seperti basuhan kedua pada anggota wuduk adalah masih suci lagi menyucikan (*tahur*) (al-Sharbiniyy 1997: 48-50).

b. Air *Musta^Cmal* yang banyak

Air *musta^Cmal* yang banyak ialah yang melebihi dua kolah mengikut pandangan Syafi'e dan Hanbali. Sekiranya ia terkena najis yang berbentuk beku atau cecair tetapi tidak berubah warna, bau dan rasanya maka ia kekal suci lagi menyucikan. Ini berdasarkan hadis riwayat Muslim, sabda Rasulullah s.a.w:

إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث

Maksudnya, "Sekiranya air itu mencukupi dua kolah maka ia tidak menanggung najis"

(Hadis riwayat Tarmizi)

Kalau berubah salah satu sifatnya walaupun perubahan yang sedikit disebabkan oleh terkena najis maka mengikut Ibn Munzir ulamak telah berijmak bahawa ia menjadi air mutanajjis. Air *musta^Cmal* yang dikumpulkan dan mencapai tahap dua kolah akan bertukar sifatnya menjadi mutlak semula.

iii. Air yang terkena najis (Mutanajjis)

la boleh dibahagikan kepada dua bahagian:

a. Air sedikit yang terkena najis

Air ini menjadi najis apabila terkena najis. Ini berdasarkan hadis Rasulullah s.a.w:

إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث

Maksudnya, "Sekiranya air itu mencukupi dua kolah maka ia tidak menanggung najis".

(Hadis riwayat Tarmizi)

Difahami dari hadis ini bahawa sekiranya ia kurang dari dua kolah maka ia akan menjadi mutanajjis. Dalam beberapa keadaan ia dimaafkan seperti najis yang telalu sedikit dan tak dapat dielakkan dan bangkai binatang yang tidak mengalirkan darah. Namun demikian jika diteliti pandangan lama (Qadim) dalam mazhab Syafi'e menyatakan air yang sedikit ia tidak menjadi mutanajjis jika tidak berlaku perubahan pada salah satu sifatnya (al-Sharbiniyy 1996: 54-55).

b. Air banyak yang terkena najis


Air yang melebihi dua kolah dan berubah salah satu sifatnya disebabkan bercampur dengan najis maka ia dihukum mutanajjis. Untuk menjadikan air mutanajjis suci lagi menyucikan, maka proses perubahan (al-taghayyur) diguna pakai oleh ulama bagi menghilangkan najis dan mengekalkan semula sifat asal air yang suci lagi menyucikan. Proses perubahan ini dapat dilakukan dengan tiga cara (al-Nawawiy t.th: 132):

إذا أراد تطهير الماء النجس نظر فإن كانت نجاسته بالتغير وهو أكثر من قلتين طهر،
بأن يزول التغير بنفسه أو بأن يضاف إليه ماء آخر، أو بأن يؤخذ بعضه لأن النجاسة
بالتغير، وقد زال

Maksudnya, "Jika hendak dibersihkan air yang najis hendaklah dilihat (keadaannya), sekiranya kenajisan air tersebut kerana berlakunya perubahan (warna, bau atau rasa) dan ianya melebihi dua kolah, maka ianya dikira suci disebabkan perubahan itu hilang dengan sendirinya atau disebabkan dengan ditambah air kepadanya atau diambil sebahagiannya, kerana kenajisan itu disebabkan perubahan (warna, bau atau rasa), sedangkan perubahan yang berlaku tersebut sudah tiada"

Terdapat tiga cara di sini:

i. Perubahan dengan secara sendiri (semulajadi) iaitu dengan perubahan zaman, matahari atau tiupan angin.



ii. Perubahan dengan ditambah air ke atasnya. Air ditambah sehingga hilang sifat najis pada air tersebut. Perubahan yang dilakukan dengan cara mencampurkan air *mutanajjis* ini dengan bahan yang boleh melindungi sifat yang menajiskannya tidak akan menjadikan air tersebut kembali bersih. Contohnya seperti penggunaan cuka dan sebagainya maka ia tidak menjadikan air itu suci.

iii. Perubahan dengan dikeluarkan najis tersebut daripada air (al-Sharbiyy 1996: 51).

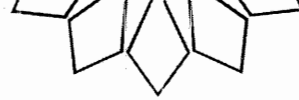
Perubahan-perubahan tersebut akan mengembalikan ciri-ciri kesucian sekiranya baki air setelah melalui proses perubahan tersebut adalah dua kolah (lebih kurang 270 liter) atau lebih. Seperti air *mutanajjis* (bernajis) yang boleh disucikan dengan cara-cara di atas, proses yang sama juga boleh mengembalikan ciri-ciri kesucian air *musta^cmal*.

PROSES NEWATER

Mengikut laporan yang dikeluarkan oleh Kementerian Kesihatan Singapura (MOH) air sulingan ini terjamin bersih dan selamat diminum. Sekumpulan pakar di Singapura yang terdiri dari para doktor, ahli mikrobiologi dan saintis telah menjalankan kajian selama dua tahun di Pusat Teknologi Air Canggih dan Makmal Mikrobiologi Universiti Nasional Singapura (NUS). Mereka telah berjaya menghasilkan rumusan air terpakai yang telah diproses semula dan telah disahkan boleh dimanfaatkan secara berterusan. Ia melalui tiga proses utama iaitu endapan, selepas itu penurapan untuk menyaring benda halus dan kemudian didedahkan kepada cahaya UV untuk menghapuskan bakteria dan virus. Sebanyak 20 ribu ujikaji dijalankan terhadap contoh air tersebut dan ia didapati tiada kesan terhadap kesihatan manusia. Rumusan air ini dikenali sebagai "Newater" (app.internet.gov.sg/).

Menurut Lembaga Perbekalan Awam Singapura (PUB), kumpulan pakar yang terdiri daripada pakar setempat dan luar negara itu mendapati Newater bermutu tinggi dan mencapai tahap piawai antarabangsa sebagai air minuman. Ia mempunyai rasa yang sama dengan air biasa bahkan lebih baik mutunya dari air biasa dan standart air minuman yang ditetapkan oleh WHO dan UDSEPA (app.internet.gov.sg/).

Walaupun demikian pihak panel pakar tersebut tidak menggalakkan penggunaan terus Newater. Mereka menyarankan penggunaannya secara tidak langsung dan ia boleh dilakukan dengan menyimpan dan mencampurkan air terpakai itu bersama dengan air di dalam kolam simpanan air biasa sebelum diproses. Buat masa sekarang kerajaan Singapura mencampurkan terlebih dahulu air Newater ini di kolam air tadahan dan simpanan dan diproses semula sebelum dimasukkan ke kolam untuk disalurkan kepada pengguna.



Akhbar *The Straits Times* Singapura melaporkan, Perdana Menteri, Goh Chok Tong memberitahu Parlimen bahawa Singapura mahu mengurangkan penggantungan kepada bekalan air dari Johor. Singapura merancang mempunyai empat sumber air utama menjelang 2011 iaitu air yang dikumpul di kolam simpanan, air dari Johor, loji menyuling air dan loji Newater. Sehingga kini sebanyak 2.2 juta galen Newater telah dihasilkan dalam sehari di sebuah loji di Bedok. Langkah awal penggunaan air ini adalah bukan untuk minuman sebaliknya untuk tujuan industri dan penggunaan penyejukan pendingin hawa dan sebagainya (Utusan Malaysia: 13 Julai 2003).


Sebenarnya teknologi ini bukan sesuatu yang baru, sebahagian besar kawasan di Amerika Syarikat telah menggunakan teknologi ini lebih 20 tahun yang lalu dan tidak melalui tiga proses utama sepertimana yang dilakukan di loji di Singapura ini (app.internet.gov.sg/).

PERBINCANGAN DAN KESIMPULAN

Setelah melihat kepada bentuk proses Newater kita boleh membandingkannya dengan perbincangan ulamak mengenai hukum air *musta^Cmal* dan *mutanajjis* yang banyak. Merujuk kepada cara penyucian yang dijelaskan oleh imam al-Nawawiyy dalam kaedah *al-Taghayyur* yang dikemukakannya, maka dengan jelas kita boleh membahagikan persoalan kesuciannya kepada dua cara. Yang pertama ialah ia menjadi bersih setelah hilang sifat yang menukarkannya kepada najis tanpa dicampurkan dengan air bersih yang lain. Yang kedua ialah ia perlu dicampur dengan air suci yang lain untuk mengembalikan sifat sucinya.

Dalam hal ini penulis lebih condong menyimpulkan kes Newater ini kepada cara yang pertama iaitu ia menjadi bersih tanpa perlu dicampurkan dengan air yang lain. Ini kerana prosesnya adalah sama dengan perubahan yang berlaku secara semulajadi iaitu disebabkan oleh masa yang lama, matahari atau angin. Kita boleh andaikan bahawa para saintis yang menjalankan penghasilan Newater tersebut telah menjalankan kajian terhadap proses dan tindakbalas yang berlaku secara semulajadi. Dengan bantuan teknologi proses ini dipercepatkan melalui bahan kimia dan sebagainya.

Proses ini tidak boleh dianggap hanya menutupi atau *sitir* (seperti memasukkan pewangi yang akan melindungi bau najis tersebut) sedangkan najis itu berkemungkinan masih belum hilang. Ini kerana kandungan air itu dianalisa secara saintifik mengenai tahap perubahannya dan ini berbeza dengan ijthid ulamak terdahulu yang hanya berpandukan kepada andaian. Contoh bahawa mereka menggunakan andaian adalah seperti dalam menerangkan cara membersihkan telaga yang dimasuki bangkai haiwan, menurut mazhab Hanafi, cara yang boleh dibuat ialah dengan membuang bangkai tersebut dan mengeluarkan antara 200 hingga 300 timba air dari telaga itu, ada yang menyatakan ia hanya perlu mengambil pandangan dua orang yang ahli dalam bidang air, mereka berdua mengatakan ia telah bersih maka dikira sudah bersih telaga itu (Marghinaniyy 1990: 23-24).

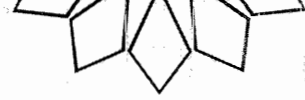


Begitu juga proses ini tidak boleh dikiaskan kepada persoalan *Istihalah*. Dalam proses istihalah iaitu perubahan dari arak kepada cuka misalnya, ulamak mazhab Syafie dan Hambali tidak mengharuskan mencampurkan sesuatu ke dalam arak supaya ia cepat menjadi cuka. Ini kerana air mempunyai hukum yang tersendiri dan ia berbeza dengan hukum benda cecair dan beku yang lain (Al-Zuhaily 3:543). Dalam hal ini, ketika membincangkan tajuk *istinjak* (bersuci dari najis), Sharbini telah mengutarakan mengapa air boleh digunakan untuk beristinjak walaupun ia adalah makanan, sedangkan makanan yang lain samada yang berbentuk beku atau cecair tidak boleh digunakan. Menurut beliau, illah harus penggunaan air ketika beristinjak ialah sifatnya yang boleh mengelak atau menghilangkan najis dari dirinya sendiri (al-Sharbiniyy 1996: 65-66).

Dari itu, dalam proses ini kita mendapati illah yang menjadikan ia najis ialah perubahan sifat yang berlaku disebabkan najis tadi, maka penulis berpandangan, apabila perubahan tersebut telah tiada maka ia kembali kepada hukum asal iaitu bersih (*tahir*) tanpa perlu dicampur dengan air bersih yang lain. Lebih-lebih lagi jumlah air yang diproses itu mencapai jumlah jutaan gelan, bukan hanya dua kolah.

Cara yang kedua yang diutarakan iaitu ia perlu dicampurkan dengan air yang lain lebih tepat dilakukan pada air yang tidak mencapai jumlah dua kolah kerana ulamak telah sepakat bahawa air yang *musta^cmal* atau *mutanajjis* sekiranya dicampurkan sehingga menjadi dua kolah dan tidak ada perubahan pada warna, bau dan rasa padanya maka ia kembali menjadi air mutlak.

Sehubungan dengan itu berhubung dengan hukum air Newater ini Jawatankuasa Fatwa Majlis Ugama Islam Singapura yang telah memfatwakan pada 22 Mei 2001 bahawa air yang telah diproses secara pensulingan atau dinamakan Newater dikira air suci lagi menyucikan. Mereka berhujjah dengan mengutarakan pandangan Imam An-Nawawi di dalam kitab Al-Majmuk seperti yang dibincangkan sebelum ini. Rancangan kerajaan Singapura di mana air yang telah diproses itu akan dicampurkan terlebih dahulu di dalam kolam air sebelum kegunaan awam adalah bertetapan dengan hukum Fiqh. Dan air yang akan digunakan itu adalah suci (www.muis.gov.sg).



BIBLIOGRAFI

- Atiyyah, Hajjah Durriyyah Atiyyah. T.th. *Fiqh al^CIbadat^C ala Madhhab al-Syaficiyy.*
- Al-Sharbiniyy, Muhammad al-Khatib. 1996. *Al-Iqna^C Fi Halli Alfaz Abi Syuja^C.* Jil. 1. Beirut: Dar al-Khair.
- Al-Sharbiniyy, Muhammad al-Khatib. 1997. *Mughni al-Muhtaj.* Jil. 1. Beirut: Dar al-Ma'rifah.
- Al-Nawawiyy, Syarifuddin. T.th. *al-Majmu^C.* Jil. 1. Arab Saudi: al-Irsyad al-Sacudiyyah.
- Ibn Rusyd, Muhammad Bin Ahmad. T.th. Beirut. Jil. 1. Dar al-Fikr.
- Marghinaniyy, Ali Bin Abu Bakar. 1990. *Al-Hidayah.* Jil. 1. Beirut: Dar al-Kutub Al-Ilmiyyah.
- Ibn al-Humam. 1998. *Sharh Fat al-Qadir.* Jil. 1. Beirut Dar al-Kutub al -Ilmiyyah.
- Al-Zuhailiy, Wahbah. 1988. *al-Fiqh al-Islamiyy Wa Adillatuh.* jil. 3. Ed. 3. Dimshq: Dar al-Fikr.
- app.internet.gov.sg
- www.muis.gov.sg
- Utusan Malaysia. 12 Julai 2002
- Utusan Malaysia. 25 Sept. 2002.
- Utusan Malaysia. 13 Julai 2003.



Arif Fahmi bin Md Yusof, is a lecturer at the Faculty of Syariah and Law, Islamic University College of Malaysia. He is a Bachelor of Law and Master in Comparative Laws holder, from the International Islamic University Malaysia.

Address:

Fakulti Syariah dan Undang-Undang,
Kolej Universiti Islam Malaysia,
Tingkat 10, Menara A, Persiaran MPAJ,
Jalan Pandan Utama, Pandan Indah,
55100, Kuala Lumpur.
Tel: 03-42892020 (P)
Faks: 03-42892197
Email: fahmi@admin.kuim.edu.my

Topic:

**RIGHTS OF ACCUSED DURING
INVESTIGATION PROCESS:
A SYARIAH AND CIVIL
LAW PERSPECTIVE**



RIGHTS OF ACCUSED DURING INVESTIGATION PROCESS: A SYARIAH AND CIVIL LAW PERSPECTIVE

By:
Arif Fahmi bin Md Yusof
Izawati binti Wook

INTRODUCTION

Who is accused?

An accused means one charged with an offence (Leslie Rutherford & Sheila Bare 1993: 9). In Arabic language it is known as *muttaham*. *Muttaham* comes from word tahama, which literally means suspicion or misgiving. The Arabs used to say that "the man gave rise to suspicion" when someone gave other people reason to suspect himself of his action (Al-Awani 1996: 263).

Under the Malaysian law, there is no statutory definition of the word accused. However can be defined as a person who has been blamed for wrongdoings, specifically a person who has been subjected to actual restraint in liberty through an arrest or a person against whom a formal indictment or information has been returned (Garner 1999: 22).

In Islamic and civil law, every person is considered innocent until proven guilty. This principle lies in an Islamic legal maxim indicating the innocence of people i.e. "*Al-Asl Bara'at al-Zimmah*". There is also a latin legal maxim that is "*Nemo Malus Nisi Probetur*" which connotes the same meaning. Its means that a person who charged with an offence is not guilty, until the judgment of his guilt is so conferred by a court of law.

Therefore we call them as an accused, not an offender. Distinguished from an accused, an offender is a person who has been held guilty by a court of law. In Malaysia, a person becomes an accused¹ immediately after he has been arrested by police for an offence which forms subject matter of investigation by them.

RIGHTS OF ACCUSED DURING INVESTIGATION PROCESS

Provision under Islamic Law

Investigation means to inquire into a matter systematically, to make an official inquiry, or to make a suspect or accused the subject of criminal inquiry (Garner 1999: 830). In Malaysia, it also includes all proceeding under the Code of Criminal Procedure for the collection of evidence conducted by a police officer or by any person (other than magistrate) who is authorized by the magistrate on this behalf ².

1. In Malay, accused is known as Orang Kena Tuduh or Yang Tertuduh. Generally abbreviation "OKT" is commonly used in criminal cases.

2. Definition given by legal dictionary Malaysian Current Law Journal. See www.cjljlaw.com.

Generally Islam ensures security of private life. Investigation in the first place is prohibited in Islam. For example, going into houses of others without permission is strictly forbidden in Islam. Allah s.w.t in this regard says:

يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون، فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم

Which means, "O you who believed! Enter not houses other than your own, until you have asked permission and greeted those in them: that is better for you, in order that you may remember. And if you find no one therein, still, enter not until permission has been given. And if you asked to go back, go back, for what is purer for you. And Allah is All-Knower of what you do". Al-Nur 27-28.

In one occasion, Sahl bin Saad reported that one person peeped through the hole of Prophet's house. At that time the Prophet s.a.w had with him a scratching instrument with which he used to scratch his head. When the prophet s.a.w saw him, he said:

"If I were to know that you had been peeping through the hole, I would have thrust that into your eyes"³.

Therefore, we note that spying which may involve any of the above -mentioned acts is generally prohibited by the Prophet s.a.w and forbidden by Allah s.w.t. Allah s.w.t. in his commands said:

يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن إن بعض الظن إثم ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا

Which means, "O you believed! Avoid much suspicion, indeed some suspicious are sin. And spy not neither back bite one another". Al-Hujurat 12.

Investigation by all means sometimes will involved the entailment of the right to privacy but it is allowed under the Islamic Law in some cases of extreme necessity in order to discover truth. The famous principle al-darurat tubih al-mahzurat (necessity makes an exception could be applied)⁴ (Al-Nadwi 2000: 308). However this could only been done in case of maslahah or necessity.

There was one case in the time of the Prophet s.a.w when Hatib bin Abi Al-Bataah who wrote a letter to the pagan of Mecca about the Prophet's decision to conquer Mecca. He sent the letter through a woman whom he trusted. When the prophet discovered this, he sent Ali bin Abi Talib, al-Zubayr and al-Miiqdad to stop her and retrieve the letter. When they found her they asked her to give them the letter but she denied that she had it. They searched her camel but they did not find any letters. They told the woman that the Prophet would not tell a lie and either she produces the letter, or they strip her naked. Realizing they were serious, she put her hand below her waist, and took out the letter.

3 Bukhari, *Sahih Bukhari*, Chapter 11, Hadith No.28.

4 For example: A Muslim is allowed to eat pork (which is originally prohibited) in critical situation where no other foods exist and he will die without eating it.

It can be seen in this particular case, the Prophet himself ordered three companions to carry out investigation on the woman. This undoubtedly indicates that investigation is allowed in some circumstances, which can be considered as a necessity.

However the permission for investigation in Islam is not unconditional. When the principle of necessity which makes an exception to the prohibition is applied, another principle has also to be applied along with it, that is "al-Darurah Tuqaddar Biqadariha" (the exception to prohibition must be in proportion to necessity (Al-Nadwi 2000: 308). This indicates that the restriction of the rights of the accused must not exceed certain limits as determined by the objective.

For the example, if a male is to search a suspected female, he is not permitted to touch her body. Hence, in the case of Hatib, three companions did not search the body of the lady, but search her belongings and frightened her into producing the letter, without actually touching her.

The accused also has right to be heard and right to defend himself during the investigation process. Indeed, there are many evidences guarantees the right to defence during the investigation process. Prophet s.a.w when he sent Ali as a governor to Yaman said:

"O Ali, people will appeal to for justice. If two adversaries come to you for arbitration, do not rule for the one, before you have similarity heard from the other. It is more proper for justice to become evident to you and for you to know who is right" (Al-Bahai 1965: 153).

In order for the accused to be able to defend himself particularly during the investigation stage, he must be informed of the crime charged against him and of the known incriminating and exonerating evidences. This requires the investigator to apprise him of such facts. Jurists are unanimous about this aspect of the right to a defence, particularly with respect to cases to be decided by an arbitrator or a judge (Awad 1982: 96).

Islam also requires to initially investigate the source of information rather than too directly investigate the accused person. These aims to make sure that the information is pure and has a valid foundation without intention of merely accusing. Therefore, information and the person who makes the accusation must first be investigated. Allah said in this regard:

يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين

Which means, "O you believe! If a fasiq comes to you with any news, verify it, lest you should harm people in ignorance, and afterward you become regretful for what you have done". Al-Hujurat 6.



Provisions under the Syariah Criminal Procedure (Federal Territories) Act 1997

Section 55 provides that No Religious Enforcement Officer shall exercise any special powers in relation to investigation given by this chapter without the order of the Chief Syariah Prosecutor. This means that the accused has the right not to be investigated if the order is not given by the Chief Syariah Prosecutor.

Section 60 provides that the accused shall have the right to be furnished with the copy of the statement during the investigation and the statement may be used to impeach the credit of other witnesses. Section 60 reads as follow:

(1) No statement made by any person to a Religious Enforcement Officer in the course of the investigation under this Chapter shall, save as herein provided, be used as evidence.

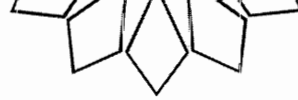
(2) When any witness is called for the prosecution or for the defence, other than the accused, the Court shall on the request of the accused or the Syariah Prosecutor refer to the statement made by such witnesses to a Religious Enforcement Officer in the course of an investigation under this chapter, and may then, if the courts thinks it expedient in the interest of justice, direct the accused to be furnished with a copy thereof, and such statement may be used to impeach the credit of such witness.

The accused also has a right not to be induced and shall have the right to make a statement by his own free will. This is provided by section 61, which read as follows:

(1) No Religious Enforcement Officer or person in authority shall offer or make any inducement, threat or promise to any person charged with an offense to induce such person to make any statement having reference to the charge against such person.

(2) No Religious Enforcement Officer or other person shall prevent or discourage by any caution or otherwise any person from making in the course of an investigation under this chapter any statement which he may disposed to make of his own free will.

Section 66 provides that every investigation shall be completed without necessary delay. This is to avoid the accused from being investigated for a very long time unnecessarily, that may deprive the right to liberty of the accused during the investigation process.



Section 66 provides as follows:

"Every investigation under this Chapter shall be completed without necessary delay, and as soon as it is completed the officer making the investigation shall, unless the offence is of character which the Chief Syariah Prosecutor has directed need not to be reported to him, forward to the Chief Syariah Prosecutor a report setting forth the names of the parties, the nature of the information, and the name of the person who appear to be acquainted with circumstances of the case".

Therefore, the Syariah Criminal Procedure Act 1997 gives certain provision to protect the rights of the accused during investigation namely to be produced with the statement of the investigation, no investigation can be done without order of the Chief Syariah Prosecutor and the investigation must be made and completed without necessary delay. This is to ensure justice is upheld, done and seen to be done to the accused in line with the basic principle " the person is innocent until proven guilty".

Provisions under the Malaysian Law (Federal Constitution and Criminal Procedure Code)

Article 5 (1) of Federal Constitution states clearly that no person shall be deprived of his life or personal liberty save in accordance with law.


Clause 3 of article 5 further provides that where a person is arrested he shall be informed as soon as may be of the grounds of his arrest and shall be allowed to consult and be defended by a legal practitioner of his choice.

Meanwhile, clause 4 of article 5 states that where a person is arrested and not released he shall without unnecessarily delay, and in any case within 24 hours be produced before a magistrate and shall not be further detained in custody without the magistrate's authority. Section 28 of the the Criminal Procedure Code (CPC) further elaborates on how persons arrested are to be dealt with and if the detention is for more than 24 hours. The provision reads as follows:

(i) A police officer making and arrest without a warrant shall without unnecessary delay and subject to the provisions herein as to bail or previous release take or send the person arrested before a Magistrate's Court.

(ii) No police officer shall detain in custody a person arrested without warrant for a longer period than under all the circumstances of the case is reasonable.

(iii) Such period is shall not in the absence or after the expiry of a special order of the Magistrate under section 117 exceed twenty-four hours exclusive for the time necessary for the journey from the place of arrest to the Magistrate's Court.



If the police investigation cannot be completed within twenty-four hours, as mentioned in Section 28 of CPC, and there are grounds to believe that the accusation and information are well founded to further detain the accused, then they can obtain the extension of time from Magistrate for a term not exceeding fifteen days a whole⁵.

The accused also has rights to make complaint for whatever unreasonable action or assault done by the police when he is produced to the Magistrate Court under Section 117. If the magistrate believes that there is unreasonable action done to the accused during the investigation or interrogation, he shall order the accused to lodge a police report on the action (Roslam Mat Nor & Zamani Haji Sulaiman 1998: 20).

The Federal Constitution generally provides rights to the accused during investigation and right to consult and be defended by a legal practitioner of his choice by virtue of Article 5 (Kevin VL Tan & Thio Li Ann 1997: 570).

In *PP v. Mah Chuan Lim & Ors*⁶, Syed Othman J in giving his judgment said that: *"The constitution does not prescribe the time within which the arrested person shall be allowed to consult his counsel. But Section 38 of Interpretation and General Clauses Ordinance 1948 which applies to Constitution read: When no time is prescribed or allowed within which anything shall be done, such thing shall be done, such thing shall be done with all convenient speed and as often as the prescribed occasion arises"*.

In *Ramli bin Salleh v. Inspector Yahya Husin*⁷, Syed Agil J held that: *"In the light of the authorities cited above, I am on the opinion that the right of an accused person remanded in police custody, to consult and be defended by a legal practitioner of his own choice as embodied in Article 5 (3) of Constitutions begins right from the day of his arrest eventhough police investigation has not yet been completed"*.

Hence, these cases support the rights of the accused to consult and to be defended by his own counsel as soon as possible even if the investigation has not been completed yet.


At the same time, Section 108 of the CPC states that the police officers will conduct investigation only when they received an order to investigate (OTI) from the public prosecutor (Mimi Kamariah 1999: 100). Section 108 reads as follows:

- (i) When the information aforesaid relates to the commission of non-seizable offence such officer shall refer the informant to the Magistrate.
- (ii) No police officer shall non-seizable case exercise any of the special power in relation to police investigations given by this Chapter without the order of Public Prosecutor.

⁵ Section 117 of Criminal Procedure Code.

⁶ [1975] 1 MLJ 95.

⁷ [1973] 1 MLJ 54.



(iii) Any police officer not below the rank of Sergeant or any officer in charge of a police station receiving such order may exercise the same powers in respect of the investigation, except the power to arrest without warrant, as such police officer may exercise without an order in a seizable case.

Therefore, the order to investigate must be received before investigation takes place. In *Seridaran v. PP*⁸ the police had conducted investigations without obtaining an order to investigate under section 108 of the CPC. It was held that the failure to do so would render the evidences obtained by the police in such investigations illegal. It is the rights of the accused to be investigated only after the police receives an OTI from the public prosecutor.

The accused also has the right to access the first information report during investigation, prior to the trial. In *Anthony Gomez v Ketua Polis Daerah Kuantan*⁹ the Federal court held that an accused person has the right to the first information report and should be given a copy thereof if applied for. In *Husdi v. PP*¹⁰ the court was of the view that an accused's right to the information is linked to his right to be informed of the ground of his arrest as provided under the Federal constitution.

Besides, the accused also has a right to make admission under section 113 of the CPC¹¹ without any inducement, threat or promise by the investigating officer. In other words, admission must be made voluntarily without any oppression or coercion. The admission must not be obtained either by fear of prejudice or hope of advantage, exercised by persons in authority (Mimi Kamariah 1999: 130). The admission or confession made with inducement and threat cannot be used as evidence in the court of law.

In *Naikan v. PP*¹² the court held that the words "you better tell the truth" as a sufficient inducement to the confession made by the accused. Therefore the confession was not valid.

In *Kamde v. Raspani*¹³ there were long hours of interrogation during a short period of time, for seventeen and half hour. The accused was also questioned until early morning and there were two occasions of assault. The court held that the confession made to be inadmissible because the accused was put under tremendous physical and mental pressure in order to compel him to make statements.

8 [1984] 1 MLJ 141.


9 [1977] 2 MLJ 24.

10 [1979] 2 MLJ 304.

11 Section 113 of CPC provides for admission or confession of statement in evidence by accused to the authority.

12 (1961) MLJ 147.

13 (1988) 2 CLJ 644.



In comparative view between Islamic and Malaysian Law, first, it can be seen that a condition to be fulfilled before the investigation takes place is obtaining permission to investigate. In Islamic Law, the concept of *isti'zan* is the important principle before taking such action. For example, not to enter a house of another without permission. In Malaysian law, order to investigate must be obtained before any investigation takes place. Any investigation done without order is considered as an invalid investigation.

Second, investigation can only be made in cases of extreme necessity. It can only be done in the cases with strong evidences, such as in the case of Hatib, where the Prophet s.a.w asked the companion to investigate the case. It aims to protect the public at large. It is in line with a maxim "harm to individual has to be sacrificed to avoid the public harm". In *Ghani and Other v. Jones*¹⁴ Lord Denning stated the principle of necessity as :

"What is the principle underlying instances. We have to consider on the other hand, the freedom of individual. His privacy and his possession are not to be invaded except for the most compelling reason. On the other hand, we have to consider the interest of the society at large in find out wrongdoers and combating crimes"

Third, the ethics during investigation should be observed. In Islamic Law, for example, a male investigator should not conduct a search for female. In Malaysian law also, it provides that search on female body is to be done by a female police officer¹⁵.

Fourth, inducement and threat shall not to be used in the investigation process. Both Islamic and Malaysian law regards the statement given inducement, threat or promise is inadmissible evidence in court. Voluntariness is indeed the most important element in admission and confessions.


RIGHTS OF ACCUSED DURING INVESTIGATION UNDER THE SUDANESE LAW

The right of accused in Sudan is governed by the Sudan Code of Criminal Procedure. However, Sudan Code of Criminal Procedure does not define who the accused is, but reference may be made to the use of term in its relevant provisions to find the definition. The sections in the Sudan Criminal Code refers as the "person" so concerned and do not describe him as "accused" (Abdalla Hassan 1983: 1).

The Code of Criminal Procedure gives power to the police to investigate whenever necessary. However, due to this regard, at the same time it provides the magistrates with sufficient power to guard against oppressive treatment to the accused and to exercise control over police investigations. Such control may be exercised at any stage when the magistrate takes cognizance of the case (Abdalla Hassan 1983: 5).

14 (1969) 3 ALL ER 1702

15 Section 19 of Malaysian CPC: When it is necessary to cause a woman to be searched the search shall be made by another woman with strict regard to decency.



On taking cognizance of the case during police investigation, magistrates are empowered to direct the conduct of the police investigation or hold inquiry, to authorize detention of the accused for a period not exceeding fifteen days when he is brought before a magistrate in cases where investigation could not be completed within such period, he may order discharged of the accused, and in cases where he deems it expedient so to do, a magistrate is himself empowered to investigate or to direct some one subordinate to him to do so (Abdalla Hassan 1983: 5).

Similar with our Malaysian law, the rights of an accused are not to be induced in making statements as provided in Sudan Criminal Code of Procedure. It stated that whether a statement was made by a witness or the accused, the investigating officer or any person in authority is not allowed to offer any inducement in order to influence the statement given. "Any person in authority" was defined as: someone engaged in the arrest, detention, examination or prosecution of the accused, or by someone acting in the presence and without the dissent of such person (Abdalla Hassan 1983: 7).

In practice in Sudan, usually voluntary statement and the question of their inducement is rarely an issue. The provision mainly renders confessions inadmissible, if they are made under inducement offered to the accused. It is therefore, necessary at this stage to examine statement made by the accused persons to the police and confessions.

In Sudan, the phrase the accused is innocent until his guilt is proved, is verily emphasized. He has the right to enjoy treatment different from the convicted prisoners when he is kept in prison during the investigation process. According to the Prisons Regulation 1948 of Sudan, in the investigation stage, the accused shall be allowed, when kept in prison, to provide his own food and to wear his own clothes. Moreover he shall not be compelled to have his hair cut or shaved and shall be allowed to have books and papers. He shall be supplied with stationery to enable him to communicate with his friend and legal advisers. He may sent his friends and communicate with his legal advisers in the presence of but not in the hearing of a prison official (Abdalla Hassan 1983: 11).

CONCLUSION

To sum up, it is clear that the underlying principle an accused is innocent until proven otherwise' governs the procedure of investigation for both system of law to protect the rights of accused and at the same time to achieved the objective aimed. They cannot be denied of those rights since their guilt is yet to be proven. All rights of an ordinary person should be allowed to be practiced by them eventhough they are in prisons.

The police officer and those having authority in both system of law must ensure that the investigation is conducted with rightness and fairness enabling justice not only to be done, but seen to be done particularly in the case of an accused.



BIBLIOGRAPHY

- Abdalla Hassan Salim. 1983. *Right of the Accused in the Sudan*. Khartoum: University of Khartoum Graduate College Publication.
- Ashraf Md. Hashim. 1988. *The Rights of the Suspect and the Accused under Islamic and Malaysia Law*. Phd Thesis. Universiti of Edinburgh.
- Al-Awani, Tahar Jabir. 1996. "*Judiciary and Right Of Accused In Islamic Criminal Law*". Criminal Law in Islam and the Muslim World, a Compatative Perspective. New Delhi Institute: Institute of Objectives Study.
- Al-Bahai, Ahmad Abdul Muneim. 1965. *Tarikh Al Qada fi al-Islam*. Mesir: Maktabah Lajnat al-Bayan al-Arabiyy.
- Al-Nadwi. 2000. *Al-Qawaid al-Fiqhiyyah*. Dimasq: Dar al-Qalam.
- Awad, M.Awad. 1982. "*The Rights of the Accused under Islamic Criminal Procedure*". The Islamic Criminal Justice System. USA: Oceana Publications.
- Garner, Bryan A. 1999. *Black Law Dictionary*. USA: West Group.
- Kevin VL Tan & Thio Li Ann. 1997. *Constitutional Law in Malaysia and Singapore*. Singapore: Butterworth Asia.
- Leslie Rutherford & Sheila Bare. 1993. *Obsorn's Concise Law Dictionary*. London: Sweet & Maxwell.
- Mimi Kamariah Majid. 1999. *Criminal Procedure In Malaysia*. Kuala Lumpur: University Of Malaya Press.
- Roslan Mat Nor & Zamani Haji Sulaiman. 1998. *Pentadbiran Keadilan Jenayah Di Malaysia*. Kuala Lumpur: Dewan Bahasa dan Pustaka.
- Malaysian Law (Federal Constitution and Criminal Procedure Code).
Syariah Criminal Procedure (Federal Territories) Act 1997.



Dina Imam Supaat, is a lecturer at the Faculty of Syariah and Law, Islamic University College of Malaysia. She is a Bachelor of Law and Master of Law holder, from the National University of Malaysia.

Address:

Fakulti Syariah dan Undang-Undang,
Kolej Universiti Islam Malaysia,
Tingkat 10, Menara A, Persiaran MPAJ,
Jalan Pandan Utama, Pandan Indah,
55100, Kuala Lumpur.
Tel: 03-42892005 (P)
Faks: 03-42892197
Email: dina@admin.kuim.edu.my

Topic:

RIGHT TO MUT^UAH IN SELANGOR REVISITED

RIGHT TO MUT^ḥAH IN SELANGOR REVISITED

By:

Dina Imam Supaat & Abidah Abdul Ghafar

INTRODUCTION TO MUT^ḥAH MAINTENANCE

The word *mut^ḥah* is a derivative from the word *matu^ḥa*. The word *matu^ḥa* is defined as an object or a thing while the word *mut^ḥah* is defined as something, which can be beneficial, for instance prey and food (Ibrahim Anis n.d: 852). The phrase *mut^ḥah al-mar'ah* is defined as something, which is given to a woman after *talaq* (divorce), where she will benefit it/them/the gift for example money (property) or a slave (*khadam*) (Ibrahim Anis n.d: 853).

Mut^ḥah according to Kifayat al-Akhyar is a property paid or given by a husband to his ex-wife because of the divorce:

وإن كان بعد الدخول فلها المتعة على الأظهر؛ وكل فرقة من الزوج لا سبب فيها أو من أجنبي فكما الطلاق مثل عن لاعن أو وطئ أبوه أو ابنه زوجته بشبهة ونحو ذلك. وإخلع كاطلاق بفعلها ففعلت أو لا مسها ثم طلقها بعد المدة بطلبها فكما الطلاق على الصحيح وكل فرقة منها أو بسبب لها فيها لا متعة فيها كفسخها باعساره أو عيبته أو فسخه بعيها ولو اشترى زوجته فلا متعة على الأظهر

Which means: "If a divorce takes place after consummation of the marriage, the wife is entitled to *mutcah* according to the majority opinion (*qawl al-azhar*). In all cases where the separation takes place without any cause given by the wife or where it is caused by a third party, the rule is the same as in the case of divorce by *talaq*. For example, if the husband has gone through the process of *li^ḥan* or the father or son has had intercourse with the wife by mistake or the like. The position of divorce by *khulc* is the same as that of *talaq* according to the correct view (*qawl al-sahih*). If the husband had conditioned the divorce on some happening and subsequently the wife has performed the condition or if the husband retains her but subsequently divorces her at her request, the rule is the same as in the case of *talaq* according to the correct view (*qawl al-sahih*). In all divorces effected by the wife or for a cause given by her, she is not entitled to get *mutcah* as for example, if she claims *fasakh* because the husband has become poor or if the husband claims *fasakh* for some defects of the wife. And if the husband buys the wife and later divorces her, the wife is not entitled to *mutcah* according to the best opinion (*qawl al-azhar*)" (Taqiyy al-Din n.d: 2).

In *al-Misbah al-Munir*, the word *mut^ḥah al-talaq* is described as a gift to a divorced woman where she will benefit from it and feel content and please with the gift (Al-Fayyumiyy n.d: 314). The term is also defined by Shafice scholars as a compulsory payment or imbursement made by a husband to a divorced wife (Qalyubi wa Umairah n.d: 290).



Mut^h is a post-divorce financial settlement, which seeks to compensate women divorce without just cause. Section 2 of Selangor Islamic Family Law Enactment 1984 provides that *mut^h* means a consolatory gift that is reasonable according to Hukum Syara', given to a divorced wife. The name *mut^h* was used to describe a consolatory gift from a husband to his ex-wife that will be useful to the woman and the purpose of the gift is to lift up her burden, sorrow and sadness caused by the divorce.

Allah said in Surah al- Baqarah verse 241 to the effect:

وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَناعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ

Which means: "And for divorced women, a provision in kindness; this is obligatory for the righteous".

Verse 236 of the same surah provides that:

لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّساءَ ما لَمْ يَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَ مَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسَعِ قَدْرَهُ وَ عَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ

Which means: "There is no blame on you if you divorce women before consummation or the fixing of the dower, but give them compensation, the wealthy according to his means and the poor according to his means- a fair compensation. This is a duty on those who wish to do the right thing".

In Surah al- Ahzab verse 28 Allah said:

يَا أَيُّها النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْواجِكِ إِنْ كُنَّ تَرْتَدْنَ تَرْدُنَ الْحَيوةِ الدُّنيا وَ زِينَتِها فَتَعالَيْنِ أَمْتَعَكُنَّ وَ أَسْرَحَكُنَّ سَراحا جَميلا

Which means: "O Prophet say to your wives, 'It be that you desire the life of this world and its glitter, then come I will compensate you and set you free in a handsome manner".

Further in verse 49 Allah commands:

يَا أَيُّها الَّذِينَ ءامَنُوا إِذا نَكَحْتُمُ الْمُؤمِناتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عَدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَراحا جَميلا

Which means: "O you who believe! When you marry believing women, and then divorce them before you have touched them, no period of ^hiddah for you to count in respect of them: so give them a present and set them free in a handsome manner".

The prophet himself gave *mut^h* to his divorced wife, so were his companions, including ^hUthman ibn ^hAffan, ^hAbdul Rahman ibn ^hAuf and Hassan ibn ^hAli.

From the above Quranic verses, most scholars are of the view that *mut^h* is compulsory and payable to divorced women whether the marriage has been consummated or not.



THE PURPOSE AND AIM OF *MUT^CAH*

Women are normally perceived as a victim in a divorce, just like children. Unfortunately, that is not the intention of Islam allowing a married couple to divorce. Divorce is allowed to avoid further damage to both parties and to prevent unnecessary pain. That is why Islam had underlined regulations that must be observed by both men and women following a divorce. Upon breakdown of marriage, a woman is entitled to *mut^Cah*, a right that cannot be replaced with *‘iddah* maintenance.

Let us examine an example of a typical case: Latifah was a brilliant accountant before marriage and planned to set up her own auditing firm. Having obtained a degree through a study loan and a very good career advancement prospect (she was working in an established auditing firm earning RM6,000 a month!), she was asked to quit her job as a respectful and talented accountant at the time of her marriage. The husband who did not want her to work and persuaded her to fully concentrate on their marriage and children promised that he would provide for her. After ten years, with five children, the husband divorced her. While he was making money and amassing wealth during the ten years of marriage, she had nothing. No saving and no financial security at all. How is she going to start a new life after *‘iddah*? How is she going to face the public who might have a negative perception and bad presumption on her divorce? Who is going to consider the sacrifice that she made for the sake of the husband and the children? This is where *mut^Cah* came into picture.

Upon divorce, it is binding upon a husband to give a gift or settlement to his wife. A woman who is divorced without just cause is entitled to *mut^Cah* for some reasons:

- i. She will benefit from the gift and she can use and utilize it in any way that she please
- ii. To ease up her burden, sadness and sorrow after the divorce and to console her. At least she does not have to worry about her financial condition.
- iii. To avoid mafsadah and to alleviate financial difficulties especially when she has no fix and independent income. The property, given in any form shall become a mean of support.
- iv. To enable her to continue a decent, noble and respectable life after the divorce in order to save her dignity and to safeguard her privacy and honour.
- v. As a compensation for her loss of love, care and attention from the husband.
- vi. To avoid negative public perception because divorce will normally stir up bad presumption against the wife and payment of *mut^Cah* will show that the divorce was not due to any defect or fault on the part of the wife.
- vii. As a parting gift to reflect the fairness of the husband, to show that he has no intention to leave her simply to make her suffer.

- viii. As a reward and acknowledgment of the benefits enjoyed and gained by the husband from the love, affection, attention and contemplation given by the wife during the subsistence of marriage.

WHO IS ENTITLED TO *MUT^CAH*?

The general rule is that *mut^Cah* is payable in all cases of divorce. All scholars are conquering on the view that *mutcah* is obligatory upon divorced women. Conversely, Imam Malik and jurists of Maliki School are of the view that payment of *mut^Cah* is only commendable (*sunat*).

According to the jurists of Shafice School, it is obligatory for the husband who divorces his wife to give *mut^Cah*, without considering the type of divorce, except when the divorce takes place before consummation. The jurists of Maliki School on the other hand viewed that the giving of *mut^Cah* is not compulsory. The jurists of Hanafi and Hanbali schools conditioned that *mut^Cah* is obligatory in *talaq al-tafwid* (Wahbah al-Zuhayliyy 1984: 320).

Women applying for *khu^C* divorce are also entitled to *mut^Cah*. Nevertheless there are exceptions to the general rule; when the divorce is on the instance of wife, for example, because of the defect of the husband or it is a *fasakh* divorce, *mut^Cah* is no longer compulsory.

The generality of verses 236 and 241 of Surah al- Baqarah was restricted by verse 237 of the Surah where Allah revealed that:

وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو
الذي بيده عقدة النكاح وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفصل بينكم إن الله بما تعملون بصير

Which means: "And if you divorce them before consummation but after a fixation of a dower for them, then the half of the dower (is due to them) unless they remit it or (the man's half) is remitted by him in whose hands is the marriage tie; and (the remission of the man's half) is the nearest to righteousness. And do not forget Liberality between yourselves. For Allah sees well in all that you do".

The effect of this *ayah* according to al-Nawawi (n.d: 636) is that women divorced before and after consummation of marriage are entitled to *mut^Cah* except for women divorced before a consummation of marriage and where the dower have been fixed, then they no longer possess the right to *mut^Cah* because they are already entitled to half of the fixed dower.

However, this view was disputed by Ibn Hazm Al- Zahiriyy (n.d: 236-237) who debated that the effect of verse 237 is not to deny the right of a divorce woman before the consummation of the marriage but after the fixation of the dower to get *mut^Cah*. It was indeed a confirmation of her right to get half of the dower as well as the *mut^Cah*.

According to Ibn Hazm, every woman has the right to *mut^cah* regardless of the circumstances of her marriage and its consummation.

The Syariah Court in *Norbee v Ahmad Sanusi* [1978] 1 JH 63 had this to say: "*Mut^cah is a gift authorized and made compulsory by syara' if the divorce was not due to any cause by the wife or any defect on the part of the wife. Mut^cah is not only payable in the case of talaq by the husband but also in the case of khul^c."*

Section 56 of Selangor Islamic Family Law Enactment 1984 provides that; "*In addition to her right to apply for maintenance, a woman who has been divorced without just cause by her husband may apply to the court for mut^cah or consolatory gift, and the court may, after hearing the parties and after being satisfied that the woman has been divorced without just cause, order the husband to pay such sum as may be fair and just according to Hukum Syara'."*


It is very unfortunate that the Enactment did not specify directly or indirectly the categories of women entitled to claim for *mut^cah*. It only explained the basis of the obligation "when she is divorced without just cause" and the right of the court to determine the amount to be paid by the husband. As far as the Selangor Syariah Courts' reported cases in *Jurnal Hukum* are concerned, the status of a divorce woman whether she had consummated the marriage or not, to determine her entitlement to *mut^cah* maintenance has never become a source of contention.

AMOUNT OF MUT^CAH AND THE MODE OF PAYMENT

Even though the duty to pay *mut^cah* is explicitly and deliberately described in the Quran, the rate and the fixed method to determine the amount was not expressly provided. The minimum and maximum amount were not specified. Muslims are given liberty to determine the amount based on the guidance contained in verse 236 of Surah al-Baqarah where the compensation shall be paid according to the husbands' means or income/ earnings/wealth. The monetary value of *mut^cah* was not specified but was left indefinite to allow the parties to decide the amount that match the means and standard of living of the divorced couple.

Al-Sharbiniyy (n.d: 241) said on the principle of deciding the amount of *mut^cah* in his book *Mughniyy al-Muhtaj*:

(فصل) لمطلقة قبل وطء متعة إن لم يجب شرط مهر و كذا الموطوءة في الأظهر: و فرقة لا بسببها طلاق
فإن تنازعا مما قدرها القاضى بنظره معتبرا حالهما: و قيل حاله و قيل حالها....



Which means: "Women who are divorced before consummation of marriage are entitled to get *mut^Cah* if they are not entitled to half of the mahr, and it is similar in the case of women who are divorced after consummation according to the best opinion (*qawl al-azhar*), where the separation is not caused by her and in fact she has been divorced by talaq ... If the parties dispute as to the amount, the judge should consider the matter based on the position of both parties, some say it is based on the position of the husband and some say it is based on the position of the wife".

The amount of *mut^Cah* according to Shafice School shall not be less than 30 dirhams (Wahbah al-Zuhayliyy 1984: 320). Maliki and Hanbali Schools hence would consider the economic status of the husband in deciding the amount of *mut^Cah*. If the husband is a wealthy man, the amount of *mut^Cah* shall be for the price of a slave and it shall be half of the amount for a poor husband (Wahbah al-Zuhayliyy 1984: 321).

The Appeal Board in considering the case of *Ningal v Jamal* (1986) 6 JH 146 cited from *I^Canat al-Talibin*:

"If both of them (the husband and wife) cannot agree on the amount of mut^Cah, then the qadhi shall assess it according to her entitlement taking into account the financial condition of the husband, descendant and character of the husband".

In fact, Section 56 of Selangor Islamic Family Law Enactment 1984 provides that:

"The court may, after hearing the parties and after being satisfied that the woman has been divorced without just cause, order the husband to pay such sum as may be fair and just according to Hukum Syara".

This is again a very open provision. By virtue of this section, the court has power to determine the amount based on the means of the husband. Nonetheless, the uniformity of calculation method used cannot be assessed, as there were very few reported cases in *Jurnal Hukum* on *mut^Cah* maintenance in Selangor¹.

The court in deciding the amount will take into account the willingness and consent of both parties, means and wealth of the husband but not the standard of living of the wife. It is a well-known fact that decisions made by Syariah Courts of other states are not binding to Syariah Courts of Selangor and they are merely persuasive and are used as guides. In deciding cases noted in Table 1, the court did not touch anything on the financial condition of the wife or the quality or character of the wife. The two aspects were simply ignored.

The method of paying *mut^Cah* to a woman as practised in Selangor are through lump sum payment and by deferred payment or instalment. The judge will first look into the ability of the husband to pay before allowing a husband to pay *mut^Cah* by instalments.

1 Refer to Table 1, From 1980 to 2000 there were only two (2) *mut^Cah* cases reported in *Jurnal Hukum*.

In the case of *Tengku Anun Zahrah v Dato Dr Hussein* (1980) 3 JH 125, the divorce was effected by the husband. The wife belonged to Pahang royal family and with her support the husband became a successful businessman, and as she was not guilty of *nusyuz* or any matrimonial offence, the court granted her claim to RM 25,200 of *mut^cah*. The court ordered the husband to settle the amount within three months after the order was made. In assessing the "consolatory gift" of amount to be paid by the husband, the court took into account only the means of the husband and not the status of the wife. As appeared in the report, the court made some comments on certain matters including failure of the couple to observe and maintain their marriage, efforts taken by the wife and her father to reconcile the parties, relation of the husband with another woman whom he married after two months of divorce, the infidelity of the husband and the grief and agony that wife had to suffer during the subsistence of their marriage and especially the divorce. However, in granting the amount claimed by the wife, the court did not make any direct reference to his basis of judgement. Nonetheless it can be seen that the judge might have taken into account the matters that he mentioned in his comments especially the grief, agony and sorrow of the wife.

In an earlier case, *Haji Abdul Rahim v Isngaton* (1980) JH Vol. II 264, the husband was a poor immigrant who came from Indonesia. The marriage was the second for both of them. Although the husband then managed to buy two pieces of land, the court still considered that the husband was poor. However the amount ordered to be paid to the wife was RM2,000, half of the amount claimed by the wife who was a rich widow. The court only took into account the means of the husband ignoring the status of the wife and the duration of the marriage, which was 27 years.

TABLE 1 : COMPARISON OF MUT^CAH AMOUNT AWARDED TO DIVORCED WOMEN IN SELANGOR FROM 1980- 2002 ²

Means of Husband	Duration of Marriage	Wife's Financial condition	Amount of <i>Mut^cah</i>
------------------	----------------------	----------------------------	------------------------------------

Haji Abdul Rahim v Isngaton

Poor, he came from Indonesia, owns two pieces of land	Married in 1950, divorced in 1977.	Own some pieces of agricultural land, rich	RM2,000
-------------------------------------------------------	------------------------------------	--------------------------------------------	---------

Tengku Anun Zahrah v Dato Dr Hussein

Former Civil Servant, businessman, rich	Married in 1973, divorced in 1979.	Not working, Belongs to Pahang royal family, rich	RM25,200
-----------------------------------------	------------------------------------	---------------------------------------------------	----------

² This comparison is based on reported cases in *Jurnal Hukum* and 2 unreported case.

Amruhisham bin Md. Arsad v Zaleha Pamanin (unreported)

Self-employed earning RM1,900 per month	Married in 1992, divorced in 2002	A clerk earning RM1100 per month	RM200
--------------------------------------------	--------------------------------------	-------------------------------------	-------

Raja Nurzarina binti Raja Shaharuddin v Khairil bin Mohd Kamal (unreported)

Supervisor earning RM2,800 a month	Married in 1989, divorced in 2002.	Customer Service Manager earning RM3,500 a month	RM3,000
---------------------------------------	---------------------------------------	--------------------------------------------------------	---------


Compare the amount of *mut'ah* awarded in the case of *Haji Abdul Rahim v Isngaton* in 1980 and *Amruhisham bin Md. Arsad v Zaleha Pamanin* that took place in 2002. There is certainly a big gap, RM1,800.00. Haji Abdul Rahim, who was described as poor by the qadhi at that time, was married to a rich woman for 27 years while Amruhisham who had a fixed income was married to Zaleha for only 10 years. While the court considered only the means of the husband in the earlier case, the recent case was incomprehensible otherwise the wife agreed to it but that was not mentioned in the judgment.

WHEN CAN A DIVORCED WOMEN CLAIM FOR *MUT'AH*

Another question that arise is when can a woman claim for *mut'ah*? Can she claim it immediately when applying for divorce or in the case where divorces are affected by the husband can the court determine the amount of *mut'ah* to be paid when confirming or allowing a divorce? Does the court have to wait until the end of *'iddah* period before making any order? Or should the court make an order immediately after allowing the husband to pronounce divorce but order to hold the payment until the divorce becomes final or after the end of the *'iddah* period? Again, this matter has never been discussed in detail in the court.

Either a wife is divorced by *talaq ba'in* or *talaq raj'i*, or if the divorce couple resume the conjugal relationship (*ruju'*), she is entitled to *mut'ah* (al- Ramliyy 1938: 358). This is view acceptable and appropriate because women must be allowed to claim for *mut'ah* immediately after divorce without having to wait for the *'iddah* period for the divorce to become final. This is based on the argument that instantaneously after a *talaq* is pronounced; the possible appalling consequence will surface. The damage is done the moment the woman is divorced and it is unfair to make her waiting for sometime before she could claim or before the amount could be determined because the right to *mut'ah* emerges right away after the husband pronounces a *talaq*.

Furthermore, it has been a practise in the Syariah Court to allow claim for *mut'ah* concurrently with *'iddah* maintenance as in the case of *Tengku Anun Zahrah v Dato Dr Hussein* (1980) 3 JH 125, *Haji Abdul Rahim v Isngaton* (1980) JH Jld II 64, *Jinah bt Ahmad v Abdul Aziz* (1987) 6 JH 344 and *Rokiah v Mohamed Idris* (1989) 7 JH 111. Thus it can be concluded that a divorced wife can claim *mut'ah* subsequently after the pronouncement of *talaq*.



In the modern application where both parties failed to agree on the amount to be paid, the court shall have power to determine the amount which it thinks fit and just but to determine it will take some time. Therefore an application for a divorce by a husband should be accompanied with a declaration of his willingness to pay certain amount of *mut^cah*. In the case of divorce application made by a wife she must claim the amount of *mut^cah* straight away. Even though the divorce application form under Section 47 of the Enactment requires applicant to state her claim against the husband or his willingness to pay certain amount of *mut^cah*, most applicants failed to do so. The specific component is left blank. This is either because they are ignorant of their rights or responsibilities or the women in failing to do so are reflecting their intention not to claim because they desperately want to divorce and fear that the claim might delay the process.

ENFORCEMENT OF *MUT^cAH*

The decision to pay *mut^cah* to the wife granted by the court is meaningless until it is enforced. If the husband fails to comply with the order of the court to pay *mut^cah*, the wife may lodge a report to the Religious Enforcement Officer. If the husband still refuses, the wife can file a claim in court for enforcement order. The law plays its role in order to secure enforcement of the judgment. According to Section 106 of the Enactment, the court has power to set aside and prevent dispositions of property intended to defeat claims to maintenance. This provision applies to claims for *mut^cah*, which is "...an order ...made under Section 56..." as mentioned in Section 106 (1) (b). Therefore a husband cannot dispose his property with the intention to reduce his means to avoid paying *mut^cah* to his former wife. If the disposition has been made the court may order revocation³, and if it is intended to be made, the court has power to grant injunction preventing the disposition⁴.

Section 106 (3) of the Enactment further provides that any failure to comply with an order made under Section 106 shall be punishable as a contempt of court. By virtue of Section 220 (2) of the Syariah Civil Procedure Code Enactment (Selangor) 1991, in the act of contempt, the court shall serve notice to show cause why he should not be committed to the civil prison or fine. The notice shall be served personally. If the court finds necessary, an order imposing a fine may be enforced by order for executions or by commitment⁵. Ordinarily, the order by execution shall be issued in the first place⁶. If the husband withdraws his contempt by complying with the order to pay *mut^cah*, the court may suspend, vacate or vary the order made by way of punishment for contempt of court⁷.

BRIEF STUDY MADE TO 100 UNREPORTED CASES IN SHAH ALAM SYARIAH COURT

The writer had the opportunity to study files of unreported divorce cases in Syariah Court Shah Alam for the year 2002 and had chose 100 files at random. From the 100 files, 35 were application of divorce made by women and another 65 were application made by the husbands.

3 Section 106 (i) of the Enactment.

4 Section 106 (ii) of the Enactment.

5 Section 221 of the Syariah Civil Procedure Code 1991.

6 Ibid.

7 Section 222 of the Code.



Please note that the application varies, including eleven (11) cases of *fasakh* application by the wife under Section 52 of the Enactment, ten (10) cases of *ta^Cliq* (Section 50) application by the wife and 14 cases applied by the wife requiring the court to confirm the pronouncement of *talaq* made by the husband outside the court and without court's permission. Application of divorce made by the husbands includes application to the court to certify pronouncement of *talaq* made by the husband outside the court, *ta^Cliq* and under Section 47. The results of the study are as follows:

i. Application Made by Wives

- a. Out of 35 applications made, syarie lawyers represented only 20 applicants or 57%.
- b. Only eight (8) applicants claim for *mut^Cah*. It is not known why the other applicants qualified to claim for *mut^Cah* did not do so. We can assume that for those who were unrepresented, they are ignorant of their right; for those who were hiring syarie lawyers, they do not bother to claim because they want to claim it at later time.
- c. *Mut^Cah* amount claimed is very minimum compared to the duration of marriage, responsibility and sufferings of the wives.
- d. From the eight (8) claiming for *mut^Cah*, only five (5) were granted or awarded *mut^Cah*. These are applicants represented by syarie lawyers.
- e. The other three (3) were not represented, even though they did claim for *mut^Cah*, the matter was not mentioned during the trial. However the reason for the failure to bring it up during trial were not specified in the file. Two presumptions can be constructed; the applicant changed her mind and plan not to claim or, this may be due to the failure of the woman to bring it up. It is the practice in Selangor Syariah Court that the court will grant maintenance as applied by the wife. It is not the duty of the court to notify or remind the parties of their rights. The court plays a role as a mere adjudicator and is excluded from the argument between the parties. In other words, the judge sitting for the trial should not bring up the matter, even though the applicant did not raise the claim owing to her negligent and lack of knowledge. The judge has no power to remind the applicant of her rights to claim for *mut^Cah* before allowing the divorce.

ii. Application Made by Husbands

- a. Out of 65, syarie lawyers represented 40 applicants or 61.5%.
- b. From the 65 applications made, 55 or 85% were divorce without just cause.
- c. However, only 23 applicants or 42% specified the willingness of the husbands to pay certain amount of *mut^Cah*.
- d. The amounts offered were very low compared to their means.

- e. However only 12 cases were decided with finalized amount of *mut^{ca}h* to be paid. The rest of cases needed separate trial to finalize the amount.
- f. For those who did not specify the amount, even though the court confirmed *talaq* pronounced outside the court, comments of the judges regarding payment of *mut^{ca}h* were not found in the judge's notes in the files.

CONCLUSIONS

- i. Selangor Islamic Family Law Enactment 1984 bestows the right to *mut^{ca}h* to women divorce without just cause but it was discussed comprehensibly and this had caused diverse decisions regarding amount of *mut^{ca}h* awarded.
- ii. Clear and conscience guidance are provided in Islam where each and every facet of marriage and divorce are dealt with.
- iii. Islam does not abandon or oppress women upon divorce but the lack of knowledge on her rights had caused difficulties to women.
- iv. Women applying for khulc are also entitled to *mut^{ca}h*
- v. The divine guidance of paying mutcah has made both spouses honourable.
- vi. Divorce and the question of mutcah settlement to the wife is a sensitive issue that should be tackled cautiously in order to guarantee amicable resolution between spouses.
- vii. A divorce is a transitional period and the Islamic Law had provided means and ways to help women to adjust themselves during this period.
- viii. The right of women to *mut^{ca}h* must be highlighted and it is our duty to educate women of their rights following a divorce. Women must be made aware of the importance to claim their rights.
- ix. Women applying for divorce should apply for mutcah as well, since the court has no power to notify the parties of their rights. The court will grant maintenance as applied by the parties.
- x. Provision of the Selangor Islamic Family Law Enactment 1984 is sufficient to guarantee and to protect women's' right to *mut^{ca}h*.
- xi. The claim for *mut^{ca}h* by a woman from her ex-husband shall not be perceived as a selfish action and she shall not be accused for being materialistic because *mut^{ca}h* is a right conferred by Islam and is indeed a mean to guarantee her status in the society.
- xii. Syariah judges must be proactive in discharging their duty and assuming their functions to ensure that justice is not only done but also seen to be done.

BIBLIOGRAPHY

- al-Fayyumiyy, Ahmad ibn Muhammad ibn ^CAli. n.d. *Al-Misbah al-Munir, Mu^Cjam ^CArabiyy*. n.pl: n.pb.
- Ibn Hazm, Abu Muhammad ^CAli ibn Ahmad. n.d. *Al-Muhalla*. Vol. 10. Beirut: Maktabah al-Tijari.
- Ibrahim Anis et. al. *Mu^Cjam al- Wasit*. Vol.1. 2nd Edition, Cairo: n.pb.al-Nawawiyy. n.d. *Rawdat al-Talibin*. Vol. 5.
- Qalyubi wa Umairah. n.d. *Hashiyat Qalyubi wa Umayrah ^CAla Minhaj al-Talibin*. Vol. 2. n.pl: n.pb.
- al- Ramliyy, Shams al-din Muhammad ibn Abu al-^CAbbas ibn Hamzah ibn Shihab al-Din. 1938. *Nihayah al-Muhtaj*, Vol. VII, Egypt: Maktabah wa Matbaca Mustafa al- Babiyy al-Halabiyy.
- al-Sharbiniyy, Muhammad ibn Ahmad al-Khatib. n.d. *Mughni al-Muhtaj Ila Ma^Crifat Ma^Cani Alfaz al-Minhaj*. Vol. 3. n.pl: Dar al-Fikr.
- Taqiyy al-Din. n.d. *Kifayah al-Akhyar*. Vol. 2. n.pl: n.pb.
- Wahbah al-Zuhayliyy. 1984. *al-Fiqh al-Islamiyy Wa Adillatuh*. Vol. VII. Damascus: Dar al-Fikr.
- Selangor Islamic Family Law Enactment 1984.



Nik Salida Suhaila Nik Saleh, is a lecturer at the Faculty of Syariah and Law, Islamic University College of Malaysia. She is a Bachelor of Law and Master in Comparative Laws holder, from the International Islamic University Malaysia.

Address:

Fakulti Syariah dan Undang-Undang,
Kolej Universiti Islam Malaysia,
Tingkat 10, Menara A, Persiaran MPAJ,
Jalan Pandan Utama, Pandan Indah,
55100, Kuala Lumpur.
Tel: 03-42892015 (P)
Faks: 03-42892197
Email: salida@admin.kuim.edu.my

Topic:

**THE THEORY OF INTERPRETATION IN SOLVING
CONTEMPORARY LEGAL ISSUES:
WITH A FOCUS ON THE INSTRUMENT OF IJTIHAD**



THE THEORY OF INTERPRETATION IN SOLVING CONTEMPORARY LEGAL ISSUES: WITH A FOCUS ON THE INSTRUMENT OF IJTIHAD

By:
Nik Salida Suhaila Nik Saleh

INTRODUCTION

Since the beginning, legal theory has concerned itself with the establishment of principles and precepts that govern the procedure of legal interpretation, from the initial stages of the judicial reasoning down to the promulgation of ruling and their implementation.

The function of interpretation is to discover the intention of the Lawmaker of the matter. Therefore, interpretation is primarily concerned with the discovery of that which is not self-evident. The objective of interpretation is to ascertain the intention of the Lawmaker with regard to what has been left unexpressed as a matter of necessary interference from the surrounding circumstances. Sometimes, the textual sources did not provides a detailed guidelines in which to derive the law, then the role of interpretation is important to determine the law.

In Islamic law, the role of *Ijtihad* undoubtedly important in order to meet new problems. But some of the jurists contended that the role of *Ijtihad* had ended and we have to follow the rule that has been stated. An explanation given to this trend is that a point had been reached at which all essential question of law had been thoroughly discussed and further deliberation was deemed unnecessary.

However, some of jurists opined that the gate of *Ijtihad* never closed since it is the on going process to suit modern changes. For example, according to the words of Weiss (1978: 208), "the closing of the gate of *Ijtihad* and the general shift to *Taqlid* was more an accident of history than a requirement of theory". It means that there is a need to exercise *Ijtihad* in order to suit the modern circumstances, if there is an imitation, then it is only accidentally.

In Common law, man-made law and legislation are related to one another within a philosophy of law. Parliament makes law and it is the duty of the courts to give effect to them if properly enacted. While courts may rule that a particular statute or section is invalid for various reasons such as unconstitutionality, they cannot say, "we shall change this Act because it is not appropriate". That function belongs to Parliament (Wu Min Aun 1990: 120). So as in Islamic law, the Lawmaker is *Allah s.w.t* and the sacred text (Quran) is legislated due to His intention whereas *Sunnah* of the Prophet Muhammad is enacted due to the Prophet's intention. Therefore, *ulama of Usul Fiqh*, in making any *Ijtihad*, they are duty bound to be guided by *Quran* and *Sunnah*.

DEFINITION OF IJTIHAD

Ijtihad is defined literally as striving, exerting, self-endeavor or making an effort to deduce a principle and exerting oneself to the utmost. While legally it refers to the striving of the jurists to the point of mental exhaustion to derive principles and rules of law from evidence found in the sacred texts of sources (Codd 1999: 115). However, it has also been described as a rethinking (Rahman 1962: 12) or most commonly, as independent reasoning.

It is an activity, a struggle and a process to discover the law from the texts and to apply it to the facts awaiting decisions. The jurist stay as close to the meaning of the texts as is possible. The purpose is to discover the true intent of the Lawmaker.

In jurisprudential sense, the meaning of *Ijtihad* is exercising of one's opinion or judgment. It means that in a case where the Divine dicta is absent or implicit, one should see what would be more acceptable to one's intelligence and taste, or nearer to truth and justice, or analogous to other Islamic laws and to adopt it for his judgment (Mutahhari 2002: 2).

BASIS OF IJTIHAD

Ijtihad is the most important source of Islamic law next to the Quran and Sunnah. The main difference between *ijtihad* and the revealed sources of the shariah lies in the fact that *ijtihad* is a continuous process of development whereas divine revelation and Prophetic legislation have discontinued with the demise of the Prophet.

The role of *ijtihad* had been recognized in the Quran and Sunnah for example in Surah Al-Ankabut 69:

والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وإن الله مع المحسنين

Which means, "And those whose strive in Our (cause) We will certainly guide them to Our Paths. For verily God is with those who do right".

This ayat clearly allowed the foundation of the principle of *Ijtihad* to meet the growing of legal ruling in the future. It is because *Quran* only provides basic principles and few details legal provisions, but mostly it needs elucidation and elaboration of those matters. This process of inference is intended to meet the diverse needs of ever growing life in the developing society in the future. By this inference and logical deduction, then all future problem of human society could be solved by evolving guiding rules.

Another surah which encourages to search a knowledge so as to arrive at sound decisions, can be seen in Surah An-Nisa' 83:

وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولي الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم

Which means, "And when there comes to them tidings of safety or fear, they spread all around, whereas if they had referred it to the Prophet and to such other persons as are in authority those among them who can search out of knowledge of it, would have known it".

The term used in this verse is 'to such other persons as are in authority' or *ulul amri* in Arabic means that men who are in authority, or who are in a position to search out the knowledge. The Quran, while thus encouraging the process of *ijtihad*, indicates that the function should be carried out by the Prophet and by *ulul amr* or men in authority, power, wisdom and understanding.

The famous and well-known *hadith*, where Muaz bin Jabal has been appointed as the Governor of Yemen; The Prophet asked him:


"O Muaz, by what rule would you be guided?" He replied, "By the Law of the Quran". "But if you find no direction therein?" asked the Prophet. "Then I will act according to the Sunnah of the Prophet", replied Muaz "But what if that also does not help?" he was again asked. "Then I will exercise my judgment and act accordingly" He replied it. The Prophet raised his hands in satisfaction and thankfulness to God and uttered, 'Praise be to Allah, who guides the Messenger of His Apostle as He pleases".

This *hadis* shows the approval of the principle of *ijtihad* by the Prophet. This is involving the exercise of one's own judgment when there are no specific directions in the *Quran* or the *Sunnah*. It further shows that during the Prophet time, the companions were aware of the principle of *ijtihad* and it was freely resorted to when necessary in order to meet new circumstances. Subsequently, companions followed the principle of *ijtihad* in order to meet the changes of time and society and it was proved to be successful.

PROCEDURE OF IJTIHAD

Since *ijtihad* occurs in a various forms such as *Quran*, *Sunnah*, *qiyas*, *istihsan*, *maslahah*, custom (*urf*), etc, each of this is regulated by its own rules. There is, in other words, no uniform procedure for *ijtihad* as such.

From the viewpoint of the procedure that it employs, *ijtihad* may occur in any of the following four varieties. First in the form of a juridical analogy, which is found on an effective course. The second variety of *ijtihad* consists of a probability without the presence of any effective course, such as practicing *ijtihad* in regards to ascertaining the time of solat or the direction of *qiblah*. The third type of *ijtihad* consists of the interpretation of the source materials and the deduction of *ahkam*



from existing evidence. This type of *ijtihad* is called explanatory *ijtihad*, which takes priority over the analogical *ijtihad*. The last type of *ijtihad* referred to as *ijtihad istislahi* which is based on *maslahah* and seeks to deduce the *ahkam* in pursuance of the shariah, which may take the form of *istislah*, juristic preference, the obstruction of means, etc. *Imam Shafii* however, accepts only the first type, namely analogical *ijtihad* but to the majority of ulama, *ijtihad* is not confined to analogical deduction and may take the form of any of the foregoing varieties (Kassab 1984: 24)

As far as sources of law are concerned, *Quran* ranks in priority and followed by the *Sunnah*. When the matters are silence both under the revealed sources of law then the rule of interpretation plays an important role. Accordingly, *ijtihad* is also accounted as one of the sources of Islamic legislation, like the *Quran* and *Sunnah*, although not as a source parallel to these two. As long as a rule is to be found in the *Quran* and the *Sunnah*, the need for *ijtihad* does not arise.

THE NEED AND JUSTIFICATION OF IJTIHAD IN MODERN TIMES

The role of *ijtihad* cannot be denied due to changes in the society and circumstances. A new role has to be formulated in order to meet a modern era in which the need and justification of *ijtihad* in the modern times is very important.


Mohd Abduh had advocated the need for fresh reinterpretation of the principles found in the divine revelation as the basis of the legal reforms. He also argued the *ijtihad* was not only the right of modern day jurists but the only way to which Islam could adapt itself to the needs of today's society (Codd 1999: 121).

The role of *ijtihad* can be seen during the time of Caliph Umar and Ali practiced the *ijtihad* even in the presence of a clear *Quranic* and *Sunnah* injunctions. So, in the modern times, *ijtihad* is used in a largely peripheral manner and cannot be used in any other way unless there is a complete overhaul of the legal system. Therefore, to be reused properly within a new Islamic framework to effect modern legal reform, then *ijtihad* will have to be modified.

In order to implement *ijtihad* in the modern time, then it must be freed from the limitation imposed on it previously (Codd 1999: 129). The example of the limitation is that the requirement of the *mujtahid* itself, which is quite impossible, and hardly be found especially in the modern times.

QUALIFICATIONS OF MUJTAHID

Interpretation will be reliable only of those who engage themselves in inquiry and investigation, having deep knowledge and insight in legal matters supported by technical expertise in determining the meaning, import and applicability of a particular injunction. The interpreters must have an ability to understand worldly affairs as well as public policy. This can be referred to Surah Al-'Abiya' 78-79.



So, it is clear from the above statement that not everybody is qualified to form a valid *ijtihad* but only certain people who had fulfilled all the requirements to be a *mujtahid*.

Weiss in his article said that "if every man was a *mujtahid*, there would be no law in the ordinary sense; every man would be law unto himself. The implications, which this would have for society, can hardly be comprehended. Therefore, it is in the interest of social stability that not all choose to acquire the qualifications which are prerequisites of *ijtihad*" (Al-Amini 1986: 207).

The *mujtahid* should have knowledge of the *Quran* and *Hadith*, he should be able to distinguish the *nasikh* from the *mansukh*, the *amm* from the *khas*, the *mujmal* from the *mubayyan* and the *muhkam* from the *mutashabih*. He should be familiar with the *Quranic* vocabulary and terminology, know the circumstances in which a particular verse was revealed and have knowledge of the successive generations of narrators and transmitters of *hadith*. He should also be able to reconcile the apparently conflicting traditions. In addition to all that, he should practice *ijtihad* and exercise his personal judgment in particular case.


It seems that these qualifications in certain aspects are very good, where they are very experts in Islamic jurisprudence and Islamic laws and they can answer all the questions raised to them. But on the other hand, these qualifications hardly to achieve at the present times. But, indeed, they should be able to know all the related fields of the *Quran* and *Sunnah*.

According to al-Shawkaniyy, one who attempted to conduct *ijtihad* had to acquire a certain degree of knowledge and other requirements;

1. Who master all requirements for general *ijtihad*.
2. Who are self sufficient to understand the sources.
3. Who know the reference of the *shariah*.
4. Who specialized in a certain branch of non-religious sciences yet attempting to understand the *shariah*.

He had made relatively easy and possible the requirement for *mujtahid* since he is the most radical among his contemporary informers towards the reopen "the closing of the door of *ijtihad*". Some *Maliki*, *Hanbali* and *Zahiri ulama* also held the view that when a person is learned in a particular area of the *shariah* he may practice *ijtihad* in that area only. This would be no way violating any of the accepted principles of *ijtihad* (Badran 1984: 486).

Some observers have suggested that the practice of *ijtihad* was abandoned partly because the qualifications required for its practice were made so immaculate and rigorous and were set so high that they were humanly impossible of fulfillment (Kassab 1984: 38). This is however an implausible supposition which has been advanced mainly by the proponents of *taqlid* with a view to discourage the practice of *ijtihad*.



As for the actual conditions, some *ulama* has aptly observed that the qualifications required of a *mujtahid* would seem to be extremely moderate and there can be no warrant for supposing that men of the present day are unfitted to acquire such qualifications.

INSTRUMENTS OF IJTIHAD

In The Form Of Juridical Analogy

Qiyas

If new cases occurred which were not provided in the *Quran*, the *Sunnah* or the consensus of opinion, the jurists found them compelled, in seeking solutions to have recourse to reason, logic and opinion for example, applying Qiyas. However, they were not entirely free or unrestrained for they had to adhere to scientific rules and premise which they classified in a new category known as analogy.


The jurists derived this new source from the fundamental judicial premise that all rules are based upon objectives and interest and those objectives and interests are the causes for the rules. Hence from the rules they deduced their causes. Having done so in reference to any particular problem, they were able to apply the same rule to another problem whenever the cause for both was identical (Ziadeh 1987 :79).

A case in point is the prohibition of seeking marriage with a woman already engaged to another person. The prohibition is derived from the hadith of Prophet; "*Do not ask for a woman in marriage when another muslim has already done so*". The ratio decidendi of this prohibition lies in the fact that this would violate the brotherhood and unity among fellow Muslims. This rule can simply be applied to other similar contract such as sale of property, hire purchase, rent, etc.

In The Form Of Interpretation Of The Source Materials

1. Quran

The Quran is the first and important sources of Islamic law. If the **Quran** proves something, it is considered binding. The related *Quranic* verse (Al-Nahl: 43) provides the authority to pursue *ijtihad* and contemplated the existence of learned man at all times. As far as *Quran* is concerned, its authenticity is unquestioned. What is expressed in the *Quran* is the expression of the absolute authority of God. But it is fairly clear that the *Quran*, which is essentially a religiomoral scripture, does not provide comprehensive provision for the formation and the development of the *shariah*. The *Quran* only supplied elementary rules for few cases (Hidayatullah 1975: 75).



So we may say that *Quran* only provides general principles and only a few of normative verses, which, of course, need to be interpreted especially due to changes of the society of the modern times. In other words, it must be interpreted in the light of modern ages. Therefore the *Quran* contains a significant number of verses with legal bearing. It is these verses, which provide Muslims raw material out of which legal elaboration, were made and around which their legal speculation remained focused. For example, the *Quranic* verse, which needs further elaboration as follows:

حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم

"Prohibited to you (for marriage) your mothers, daughters". Al-Nisa': 23.

It is unanimously agreed that marriage with one's mother and daughter is prohibited. However, the word "daughter" could be taken for its literal meaning which would be a female child born to a person either through marriage or *zina*. Judicially, the word daughter can only mean a legitimate daughter. Jurists had exercised *ijtihad* to come to the own conclusion. For example, Hanafi stated that this prohibition applies to both legitimate and illegitimate daughters, whereas *Shafii* opined that this prohibition only applies to legitimate daughters. Even the child born out of wedlock, but the father of the child stills the same man and considers the father of the child then, he cannot be permitted to marry his own child.


2. Sunnah

Traditional theory is that Sunnah confirms the *Quran*, assists in its interpretation or fill in the lacunae. The Sunnah is the second most important source of Islamic law. Besides getting proof of continuous *ijtihad* in hadith, the Sunnah itself according to *Al-Faruqi* needs *ijtihad*. For example, where the rulings of Sunnah were changed in order to reflect the changes of circumstances. The Prophet had granted the right to attend the mosque for congregational prayer. Due to change of circumstances, however, Aishah later changed this ruling as she concluded "had the Messenger of God observed what was happening to woman, he would have forbidden them from attending the mosque" (Al-Ghazaliyy: 48).

In The Form Of A Probability Without The Presence Of Any Effective Course

Custom

Custom is defined by some jurists as recurring practices, which are acceptable to the people of sound nature. Thus, the legal theory of Islam, on the whole, does not recognize custom as an independent or formal source of law. But the *ulama* accepted the authority of general usage, satisfying the juristic standards, for the purposes of interpretation and application of legal rules dealing with worldly affairs. They admitted a limited contribution of custom in the growth of law. The mainspring of this growth was however, the interpreter (*mujtahid*) (Santillana 1931: 307). No custom; whatever is the degree of its utility therefore, became law in any judicial sense unless it was authoritatively recognized.



In order to constitute a valid basis for legal decisions, customs must be sound and reasonable. It has been accepted as a binding authority and been accepted in order to solve contemporary problems.

In Malaysia, the most popular custom, which has been recognized and enacted by Islamic law via the instrument of *ijtihad*, is jointly acquired property. It was defined as property acquired during the subsistence of a marriage by a husband and wife out of their joint resources or by their joint effort (Mat 1985: 92). A claim over the jointly acquired property often arises from divorce or from the death of either husband or wife. It is clear cut evident that there is no specific provision under Islamic law concerning the said property and yet, the claim of jointly acquired property has been practiced in courts and judicial decisions on the claim are mainly based on custom.

It is to be noted that most of the states in Malaysia have special provisions concerning JAP. For instance, section 58 of the Selangor Islamic Family Law Enactment No. 4 of 1984 provides to order the division between the parties (husband and wife) of any assets acquired by them during the marriage by their joint efforts.

In the case of *Hajah Lijah bt. Jamal V. Fatimah bt. Mat Diah*, (1956) 16 MLJ 63, Briggs J, says that since there is a clear recognition on jointly acquired property in many states and courts, thus, any regulation concerning jointly acquired property is to be part of the personal law in the state. Tun Salleh Abbas in his judgment in the case of *Boto' bt. Taha v. Jaafar bin Muhamed*, (1985) 2 MLJ 98 also says that jointly acquired property is a custom practiced by the Malays Muslim. Thus, since custom has been recognized as a basis of law, *ijtihad* has been made in determining the validity of jointly acquired property under Islamic law in Malaysia.

In The Form Of Deducing Hukum In Pursuance Of The Purpose Of Shariah

1. *Maslahah*

According to Al-Ghazali, *maslahah* consists of consideration which secure a benefit and prevent a harm but harmonious with the objective of *shariah*, that is to protect five values; Religion, life, lineage, intellect and property. The usefulness of this principle of law in contemporary issues is beyond doubt since both *Quran* and *Sunnah* do not textually cover current issues.

The Islamic Religious Council of Johore, issued a *fatwa*, effective as of 13 November 2001, which requires mandatory HIV/AIDS blood test for prospective Muslim couples prior to registration of marriage. Reports indicate that the *fatwa* was under consideration over a period of months prior to its eventual approval and implementation. Upon announcing its proposed implementation, the Menteri

Besar of Johore made a brief statement in which he said that the *fatwa* was taken in accordance with the principle of *syara'* in Islam, which safeguards religion, life, property, intellect and lineage. *Fatwa* can become the binding law if the Islamic Religious Council submits it to the legislative authority for ratification, either by Parliament or the state legislature as may be the case (Kamali 2001: 116).

The *shariah* doctrine of *maslahah* entitles the political authority and those in charge of the community affairs, the *ulul amr* to make decisions, enacts legislation and issue *fatwa*, which are designed to secure the public welfare. It is the Islamic duty of the government to promote and advance the *maslahah* of the people. *maslahah* as such is an important goal and philosophy of Islamic government.

2. Istihsan

The jurist who resorts to *istihsan* may find the law to be either too general or too specific and inflexible. In both cases, *istihsan* may offer a means of avoiding hardship and solution, which is harmonious with the higher objectives of the *shariah*. For example, the ruling of *Saydina Umar*, where during famine he was not enforce a hadd penalty of the amputation of the hand for theft. *Saydina Umar* had departed from existing law in order to preserve public interest and justice.

Istihsan enable a choice between alternative solutions, it contemplates the relatives merit, and demerits of each of the alternatives. In this sense, *istihsan* offers considerable potential for innovation and for imaginative solutions to legal problems. The question is *istihsan* is not merely to find a solution to a particular problem but to find a better solution, which is already, exists.

Generally speaking, the scientific and medical advancement primarily aim at the preservation of some benefit in Islam especially in the area of biomedical technology. For example, the donation of human body organs in its contemporary state are not textually covered by *Quran* and *Sunnah* and is the new issue which the ancient jurists not dealt with. It is agreed among the jurists that the basic rule is the forbidding of the utilization and exploitation of the parts of the human body, either because of its dignity or value or because no legitimate use can be made of the parts. This prohibits the donations of human body organs. This is based on Surah An-Nisa' 29-30, Allah says:

ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما

Which means, "Nor kill (destroy) yourselves, for verily God had been to you most merciful".



The Prophet also said:

"The breaking of the dead's person bone is just like the breaking of his bone while alive".

On the other hand, as a result of the advancement in this medical issue, there is need for a new ruling. The recognition of the jurists right to exercise *istihsan* in donation of human body organs as a result of scientific advancement requires departure from the principle by allowing the donation to prevail over such prohibition. Therefore, based on the right of the jurists to exercise *istihsan*, that is to choose the least of the two harms in order to reject the worst of the two, the donation of human organ is permitted.

FATWA MAKING PROCEDURE IN MALAYSIA


Fatwa means a response given by a qualified person who expounds the ruling of *shariah* on a particular issue that is put to him by a person or a group of persons. *Fatwa* also can be defined as a formal legal opinion given by a Mufti in an answer to a question submitted to him either by a judge or private individual (Ishak 1981: 9).

Fatwa is often used synonymously with *ijtihad*, both of which involve intellectual effort of a qualified scholar to provide *shariah*-based responses to real issues. *Fatwa* or *ijtihad* that is based on interpretation and personal opinion of the mufti is normally not binding on anyone unless and until it is published in the States's gazette. The important element in *fatwa* is that it always involves a question and an answer to a new case, but if a *hukum* is issued without any query, it is not called *fatwa* but a mere *ijtihad*.

In Malaysia, *Fatwa* Committee of every state is established under the respective States' Administration of Islamic Law enactments. The Committee shall consists of the Mufti, Deputy Mufti, two members of the *Majlis* nominated by the *Majlis*, not less than two fit and proper persons to be appointed by the *Majlis* and an officer of the Islamic Religious Department of the particular states to be appointed by the *Majlis*, who shall be the secretary.

Whenever the mufti proposes to make a *fatwa* he shall call for a meeting of the Committee for the purpose of discussing the proposed *fatwa*. Before the mufti makes *fatwa*, he may cause such studies or research to be conducted as he may direct and a working paper prepared.

In issuing any *fatwa* or certifying any opinion, the mufti shall ordinarily follow the accepted views of *mazhab Shafii*. However, if the mufti considers that following the view of the *mazhab Shafii* will lead to a situation, which is repugnant to public interest, the mufti may follow the accepted views of *mazhab Hanafi*, *Maliki* or *Hanbali*. For example, the use of local currency to replace the use of rice in *zakat* *fitrah* payment is in accordance with the opinion of *mazhab Hanafi* (Shuaib 2002 :273).



If the mufti considers that none of the accepted views of the four *mazhab* may be followed without leading to a situation which is repugnant to public interest, the mufti may then resolve a question according to his own judgment without being bound by the accepted views of any of the four *mazhab*.

The mufti shall make and publish in the Gazette, a *fatwa* on any unsettled question relating to Islamic law on the direction of the Yang diPertuan Agong or may be he do so on his own initiative or on the request of any person made by a letter addressed to a mufti. Upon publication in the Gazette, a *fatwa* shall be binding on every *muslim* residents in the particular state as dictate of his religion and it shall be the *muslims'* duty to uphold the *fatwa* unless he is permitted by Islamic law to depart from the *fatwa* because of personal observance, belief or opinion.

A *fatwa* shall also be recognized by all *syariah* courts in the particular states as authoritative of all matters laid down but not civil courts. However, once the civil courts call it, it should be observed and respected.

PROBLEM

There are certain qualifications to be fulfilled before the person can be called as *mujtahid*. For example, he must possess the knowledge of the sources of the *shariah*, knowledge in Arabic, familiarized with the customs of the society and the most important is that ability to formulate independent opinion and judgment. But the reality remained inclusive and hardly any *mujtahid* volunteered openly to declare him upon attaining this rank. Identification of *mujtahid* by others has often occurred long after and demise of the scholars concerned. There were specific procedure designing for the purpose other than the general recognition of the ability and competence of individual scholars by the *ulama* and community at large.

Another problem faced at present is that despite the door of *ijtihad* having been declares widely open, but still we fail to detect any movement towards the regeneration of *ijtihad*. There are opinions also which stated that qualification of *mujtahid* is heavy and exacting. According to some scholars, this is another taqlid-oriented assertion by those who wished to bring *ijtihad* to be closed.

Free development of the law was already existed. Rigidity was greatly increased by the development of the doctrine of the closing of the gate of independent reasoning. The jurists were restricted to the interpretation of the authoritative manuals of the schools, which generally were books written not by ancient masters of the schools but by the comparatively late scholars. In theory, therefore Islamic jurists since then have been mere imitators and copyists. In practice, of course, the development of the law has not stood still although it was, no doubt, slowed (Liebesny 1964: 18).



SUGGESTION

The contention made is not true since the qualifications were not excessive and were fulfilled frequently. Furthermore, the uncertainties surrounding *ijtihad* have in modern times been exacerbated by the spread of secularism and the fact that the state has become the sole law making authority in its own territorial domain. Assuming that *mujtahid* has been recognized, and then it should be possible to devise a procedure, which would integrate *ijtihad* in the legislation processes of government.


Universities and legal professions in many Muslim countries are engaged in training lawyers and barristers in modern law streams, then these are their duties to institute an effective program of training for the prospective *mujtahid*. Abdul Wahab Khallaf suggests that the government in every Muslim country should specify certain conditions for attaining to the rank of *mujtahid* and this contingent upon obtaining a recognized certificate, which would enable the government to identify the *mujtahid* and to verify their views when the occasion so requires (Khallaf 1978 :49-50).

Furthermore, in order to make *ijtihad* viable propositions, *ijtihad* in modern times needs to be collective endeavor so as to combine the skill and contribution (which involves scholars of *syariah* and experts in a various discipline). This is because acquiring a total mastery of all relevant skills that are important to contemporary society is difficult for the individual to attain.

The view for collective *ijtihad* is mainly supported by Mohd Iqbal (1982: 174) in his work "Reconstruction of Religion Thought in Islam" that the power to carry out *ijtihad* and *ijma'* should be rested in the Muslim legislative assembly. There are suggestion also in support of the institutionalization of both *ijma'* and *ijtihad* within the fabric of modern government.

Ijtihad in the past has been related to the juristic concept and remain preserving of the *mujtahid*. So *ijtihad* in the sense of self-exertion is a method of finding solutions to new issues in light of the guidance of wahyu. Scholars of *shariah* as well as experts in other disciplines must exercise so wider propositions and they must acquire mastery of the ruler data, especially in the *Quran* and *Sunnah* pertaining to his subject.

According to Coulson (Layish 1987: 225) there can be no doubt that the review of the existing commercial laws imported from the west in the light of the basis principles of the textual sources will eventually lead to a genuine Islamic law of contracts and commerce that will give *shariah* legitimacy to the principle of contractual freedom.



There is evident that few Islamic countries where the *shariah* still holds nearly uninhabited and even in those countries, the states of the Arabian Peninsula and Afghanistan, some reforms have taken place and further reforms are planned.

The enactment of modern codes and statutes is not enough, so this is the task of the court to adjust the new enactment to practical needs. If the courts, as has been the case occasionally, are too literal and strict in their interpretation and allow formalism to stifle and search for truth and the equitable application of legal rules, the law is likely to remain alien and often bewildering to the people at large.

Important in this connection is the publication of important decision, particularly of the highest tribunals, which many of the countries discussed are undertaking and which can serve as guidance to the lower courts even where there is no rule of stare decisions. In order to serve rapidly changing social, economic and political conditions and new systems will, however also have to preserve flexibility.

BIBLIOGRAPHY

- Weiss, Bernard. 1978. *The Interpretation in Islamic Law: The Theory of Ijtihad*. The American Journal Of Comparative Law. Vol. 26.
- Wu Min Aun. 1990. *The Malaysian Legal System*. Longman Malaysia Sdn. Bhd.
- Codd, Rachel Anne. 1999. *A Critical Analysis of The Role of Ijtihad in Legal Reforms in the Muslim World*. Arab Law Quarterly, Kluwer Law International. Vol. 14.
- Rahman, Fazlur. 1962. *Post Formative Developments in Islam*. Karachi: Islamic Studies.
- Mutahhari, Martyr Murtada. 2002. *The Role of Ijtihad in Legislation*. Translated from the Persian by Mahliqa Qara'i, Vol. IV, No. 2.
- Amini, Mohd. Taqi. 1986. *Fundamentals of Ijtihad*. Delhi: Idarah-I Adabiyat-I. Hidayatullah, M. 1975. *The Role of the Quran in the Development of the Shariah, Islam and the Modern Age*.
- Al-Ghazaliyy, Abu Hamid. *Ihya Ulum al-Din*. 2nd Edition. Cairo: Darul Fikr.
- Khallaf, Abdul Wahhab. 1978. *Ilmu Usul al-Fiqh*. 12th Edition. Kuwait: Darul Qalam.
- Liebesny, J. Herbert. 1964. *Stability and Challenge in Islamic Law*. Middle East Institute.
- Mat, Ismail. 1985. *Adat and Islam in Malaysia: A Study On Legal Conflict and Resolution*, Temple University Press.
- Santillana. 1931. *Law and Society in the Legacy Of Islam*.
- Kamali, Hashim. 2001. *The Johore Fatwa And Mandatory HIV Testing*, IIUM Law Journal Vol., 9, No. 2.
- Kassab, Al-Sayyid Abdul Latif. 1984. *Adwa Hawl Qadiyyah Al-Ijtihad Fi Al-Shariah Al-Islamiyyah*. Cairo: Dar Al-Tawfiq.
- Badran, Abu Al-Ayrayn Badran. 1982. *Usul al-Fiqh al-Islami*. Alexandria: Muassasah Shihab al-Jamiah.
- Iqbal, Muhammad. 1982. *The Reconstruction of Religious Thought in Islam*. Lahore: Sh Muhammad Asyraf.
- Ziadeh, J Ferhat. 1987. *The Philosophy of Jurisprudence*. HIZBI.
- Layish, Atlaron. 1987. *Reforms In Islamic Commercial Law-Towards A Reopening Of The Gate To Ijtihad*, Asean And African Studies 21.
- Ishak, Othman. 1981. *Fatwa Dalam Perundangan Islam*. Kuala Lumpur: Fajar Bakti Sdn. Bhd.
- Shuaib, Farid Sufian and ors. 2002. *Administration Of Islamic Law In Malaysia; Text and Material*. Kuala Lumpur: Malayan Law Journal.
- Selangor Islamic Family Law Enactment 1984.



Farah Salwani Muda @ Ismail, is a lecturer at the Faculty of Syariah and Law, Islamic University College of Malaysia. She is a Bachelor of Law and Master in Comparative Laws holder from the International Islamic University Malaysia.

Address:

Fakulti Syariah dan Undang-Undang,
Kolej Universiti Islam Malaysia,
Tingkat 10, Menara A, Persiaran MPAJ,
Jalan Pandan Utama, Pandan Indah,
55100, Kuala Lumpur.
Tel: 03-42892137 (P)
Faks: 03-42892197
Email: farah@admin.kuim.edu.my

Topic:

**AN ANALISYS ON THE VALIDITY OF AN "INFORMED
CONSENT": IN THE LIGHT OF THE BIJANI TWINS**



AN ANALYSIS ON THE VALIDITY OF AN "INFORMED CONSENT": IN THE LIGHT OF THE BIJANI TWINS

By:

Farah Salwani Muda @ Ismail

INTRODUCTION


The long desire to live like other normal individuals conquered their hearts forcing them to decide and opt to undergo the operation. Surely the Bijani twins have captured and touched our hearts with their dreams, which was nothing but a gambling game. Nothing was certain nor sure, but they still decided to go on even when the hope promised was very slight. However, God Al Mighty knew what was best for them. Thus, 8th. July 2003 was the last day they lived and saw each other even only through a mirror.

The Iranian conjoined twins did not make it after a long exhaustive 52 hours operation. Still, their names will always remain in our thoughts. Their death caused many controversies especially from the ethical perspective. Indeed they had consented to the operation but didn't the doctors knew better since the results were correctly predicted? Mixed feelings of regret, anger, and sadness filled the air when the news of their death broke out. The Bijani twins died from massive blood loss during the operation, despite all precautions and efforts carried out by the surgical team to reroute the shared vein that drained blood from their brains to their hearts.

Even though the death of the Bijani twins has been for some time, controversies and debatable issues on them still go on. Some question whether the twins actually gave a valid informed consent to undergo such a high-risk operation or not? To what extent can a patient be subjected to the risk of death in order to have a better life and also how far can a patient be treated as authoritative in deciding what is best for their lives?

DEFINATION OF "INFORMED CONSENT"

"Informed Consent" is a term, which is used, in contemporary legal discussions about consent in medical practice. Consent requires elements of receiving and understanding information. Consent to any proposed treatment can be obtained only after adequate disclosure is provided (Donald J. Palmisano 2003). This includes the patient understanding the nature of the treatment and procedures to



be undertaken, the benefits and risks of treatment, alternative treatments available and the expected result or outcome if the treatment fails (Dialog Medical iMed Consent LLC 2003).

The Webster's Dictionary defines "Informed Consent" as "A patient's consent to a medical or surgical procedure or to participation in a clinical study after being properly advised of the relevant medical facts and risks involved". The purpose for obtaining informed Consent is to promote autonomy in making medical decisions (Robert Hartman 2003: 1). The American Medical Association Encyclopedia of Medicine (1993) states that a patient must be fully informed and aware of the information provided and presented which includes both rare and common effects.

THE NATURE OF "INFORMED CONSENT"

Obtaining consent is the responsibility of the medical practitioners before they proceed with any treatment or medication on their patients (Arthur et.al 1991: 63). Not only that it protects the doctors and medical practitioners from any law suit but it also benefits the patients because they will be knowledgeable and well alert about the proposed treatment, inherent risks and consequences that might take place during and post treatment. Even though this duty is placed on the shoulders of medical practitioners which includes providing factual information and appropriate assurance on the management of their patients' medical problems, they still have certain discretionary powers to decide the extent of suitable and sufficient information to be disclosed according to the patient's best interest. Without doubt, the principle laid down by Justice Cardozo in the celebrated case of *Schloendorff v Society of New York Hospital* (105 N.E.92,93 (N.Y.1941) must always be adhered to. The judge was quoted to have said:

"Every human being of adult years and sound mind has rights to determine what shall be done with his own body".

The above actually includes denying any infliction of intentional touching, interference and any form of bodily harm. In other words, medical practitioners are required to obtain real consent from their patients first before any procedures is conducted on these patients.

In order to achieve real and genuine informed consents, it must always be obtained voluntarily from the patient and must be free from any elements of fraud and misrepresentation. On the side of the medical practitioners, whenever information is provided to the patients, it must be presented in a manner understandable to them. All available options need to be presented and

explained including the option of having no treatment at all (Robert Hartman 2003: 2). Potential risks and benefits of the proposed options must also be informed along with the relative chances for each one (Robert Hartman 2003: 2). Patients can also ask questions to clarify any doubt that still remain. An important case to support the above is the case of *Chatterson v Gerson* ([1981] 1 Q.B. 432) when Lord Scarman said:

"In my judgment, there is no obligation on the doctor to canvass with the patient anything other than the inherent implications of the particular operation that he intends to carry out. He is clearly under no obligation to say that if he operates incompletely he will do damage. The fundamental assumption is that he knows his job and that he will do it properly but he ought to warn of what may happen by misfortune however well the operation is performed, if there is a real risk of misfortune inherent in the procedure".

ELEMENTS OF A VALID "INFORMED CONSENT"

Three vital elements are needed to form a valid informed consent. They are:

- i) The consent must be voluntarily made;
- ii) The patient consenting to the treatment must be capable of understanding the nature of the treatment;
- iii) The consenting patient must have a certain level of information on the nature of the procedure that he has agreed to undergo (S. Radhakrishnan 1999: 24).

Consent is considered as voluntarily made when there are no elements of fraud or misrepresentation of facts, pressure and force taking effect upon it. For example in a normal situation, when the medical practitioner explains any relevant information either on the condition of the patient, or anything about the treatment procedures or even about the risks that might take place, so the genuine truth must be revealed no matter how bad it is. If the patient asks for details then they must be provided as long as it is in line with the patient's best interest. Disclosure of any related information is essential to the patient except in certain special situations for example if the patient is someone who tends to worry too much, thus disclosure of certain information though vital would then only deteriorate the health condition and make things worse.

In the case of *Foo Fio Naa v Hospital Assunta & Anor* ([1999] 4 AMR 4494, 4497) Mokhtar Sidin J.C.A. held that the mere fact that the plaintiff's thumbprint had been affixed on the consent form is not automatically evidence which shows that the consent is valid. Consent is deemed valid only when it has been made voluntarily.



The second element requires the consent to be made only after adequate explanation had been given. This was laid down in the case of *Tan Ah Kau v Government of Malaysia* ([1998] A.C.199) to enable the party to understand the nature and consequences of the operation and diagnosis intended upon him.


Finally, the last element requires the patient to have at least basic knowledge on what he is consenting to. It is actually common for laymen to face difficulties in understanding and nurturing in detail all the complicated information and terms used by these medical practitioners. So, the third element only requires a minimum level of information compared to none at all. However we must remember that it is not the duty of the medical practitioners to ensure that the patients understands each and everything presented and explained to them. Due to the fact that each patient is a unique individual with different personalities, education level, emotion and capability to comprehend all the information presented, the doctors will have to adjust the amount and method of disclosing information to them.

ISSUES ON THE BIJANI TWINS

The late conjoined Bijani twins bravely took the risk of undergoing the operation in which they knew could be fatal and obviously mean death. Dr. Madjid Samii, president of the International Neuroscience Institute in Hanover, Germany was among those who denied the twin's request for surgery 15 years ago since according to his knowledge "any attempt for separation would never have a chance" (ABCNEWS.com 2003).

The doctor stated that he was astonished when he heard news that the operation to separate Laden and Laleh Bijani was set to go forward. According to him, the twins shared only one vein that drained blood from their hearts, which caused an insurmountable problem since in any attempt to separate brains, the blood drainage must be 100 percent. Otherwise the brains will start swelling and within 24 hours, pressure will increase causing brain death (ABCNEWS.com 2003). Dr. Samii who is also one of the worlds leading neurosurgeons found no solution to overcome the drainage problem in order to attempt the separation. He added that "there was no chance of success all along" (ABCNEWS.com 2003).

Another similarly conjoined twins Lori and Reba Schappell from Reading, Pa, who have been joined at head since birth 41 years ago was also alarmed with the Bijani twin's decision. According to them, even they themselves have never considered undergoing operation for separation procedures knowing that the risks of fatality is too high. One of the twins, Lori Schappel also believed that conjoined twins should not alter the way God made them (ABCNEWS.com 2003). What actually was the degree of risk involved in the Bijani twins case? Some believed it to be a 50-50 chance of survival (John Aglionby 2003). Even



some members of the surgical team themselves believed that the chance of success was very low (Robin McKie 2003). Logically, the writer feels that if all other doctors refused and doubted the operation, it seems to suggest that the operation was without doubt too risky in nature and dangerous to be conducted.

Another issue that lingers is would the medical ethics allow practitioners to proceed with something, which is very dangerous, what more to sacrifice two valuable lives just for a dream hoped to become true? Can the twin's decision be treated as authoritative when surely the doctors knew better that the end result would mean death? In simple words, was the operation actually justified to be carried out in the first place?

Despite all the arising comments, the writer opines that if the procedure is too risky, doctors should not be allowed to proceed. Yes, the patients do have rights for treatment and to seek what is best for their interest, but personally the writer believes that it should not go to the extend of sacrificing valuable lives. Like the Bijani twins, even though they were attached to each other, but no doubt they still enjoyed a good life with their loved ones. They had even managed to obtain law degrees for their future living. If given the second chance to live the writer doubts that the twins will choose to repeat their decision for the operation! Moreover, the medical ethical code also emphasizes that surgery, treatment or any procedures that offers no hope of benefit to patients should not be offered or provided. (Singapore Press Holdings: 11 November 2003). This indirectly supports that life is far more valuable to be preserved rather than to be experimented in highly risk procedures.

Under the Syariah principles, as creations of Allah s.w.t mankind are entrusted to care, nurture and safeguard themselves from any form of disruption. In the Holy Quran Allah s.w.t. commands:

Which means, *"Do not kill (or destroy) yourselves, for verily Allah has been to you most merciful"*. Al-Nisa' 29.

So, clearly if a treatment is surely to provide for a better life, then without doubt all efforts must be taken as opportunities to improve it. If the treatment itself will surely be fatal or if the chances of hope are very slight, it is better to leave things as they are. Thus in this case, the writer opines that even if it was true that this was the request and wishes of the twins alone, their decision shouldn't be taken as absolute authority by the doctors to decide. Doctors should also be given rights to interfere since they would obviously know better, including to foresee the outcome. Indeed, this case should be a precedent case where respect for patient's autonomy should be abandoned in certain exceptional situations!



Looking back to the year 1988, the doctors in German in a recent attempt by the twins to be separated, were also firm in their decision and refused surgery knowing that the chances were impossible. So, why didn't the doctors in Singapore do the same? From reports it seems that these doctors were the ones who instigated the operation and gave sparks of hope to the twins.

Mentioning about refusing treatment, are the doctors actually allowed to refuse to operate the twins if indeed it was the twins alone who requested for it? To me the answer is simple, why not? If all the other doctors rejected their request, then why couldn't the Singapore doctors do the same? Reports also seem to show that they too were not that confident to proceed with it. Some reported that "the team made a great deal of effort to talk the twins out of it" (Robin Mc Kie 2003) while others claimed that "doctors had begged them not to undergo surgery to separate their fused heads since it was too dangerous" (Robin Mc Kie 2003). Moreover, no one can be forced to do something which he does not intend or feel confident to do. What more if it involves a major operation which puts to risk of not one, but two precious lives.

It also doesn't seem right to categorize this operation as an emergency treatment (al-dharurah) since there doesn't seem to be any elements of emergency nor necessity underlying it. Operations would be considered as urgent or a necessity if it was to lengthen the life of a patient. But for the Bijani twins, however, there was no question of being in any imminent state of danger (Stephen Wilkinson 2003).


If it was actually conducted in order to improve their quality of life, the writer feels reluctant to agree with this point, since life is not worth to be risked and gambled just to fulfill a lifetime dream. Besides that, *The Islamic Code of Medical Ethics* (1981: 67) also states that:

"In his/her defense of life, however, the doctor is well advised to realize his limit and not to transgress it. If it is scientifically certain that life cannot be restored through the procedures inflicted, thus it should not be attempted. It is the process of life that the doctors must aim to maintain and not the process of dying (Muslims Internet Directory, 16 October 2003). In any case, the doctor shall not take a positive measure to terminate the patient's life".

On the other hand, some would argue that seeking medical treatment for illness is mandatory in Islam as a form of "al- ikhtiyar". The Prophet s.a.w. also said in two different occasions:

"Seek treatment subjects of God, for to every illness God has made a cure" (Muslims Internet Directory: 16 Oktober 2003).

"Your body has a right on you" (Muslims Internet Directory: 16 Oktober 2003).



However if the treatment is too risky and will obviously cause death, it ceases to be mandatory (ibid). This principle is also followed and applied by the leading schools of thought and the majority of Muslim scholars which opine that the "hukm" for it is only "mubah". However, according to Syehul Islam Ibnu Taimiyah, only a few of Imam Syafii's followers and Imam Ahmad treat it as obligatory (wajib).


Some of the Islamic scholars also differ in opinion whether it is better to seek treatment in cases where no more medication or treatment can be provided or is it better for the patients to just be patient and leave the matter in the hands of Allah s.w.t. Some of them believe that it is better for them to feel contended with how Allah has created them and learn to be strong and patient in facing all the difficulties. They base their opinion on a hadith reported by Ibnu Abbas, whereby a woman who suffered from epilepsy came to see Prophet Muhammad s.a.w. and seek for his prayers . The holy Prophet then replied to the woman:

"If you keep patient, you will be given the reward of heaven; and if you want me to pray to Allah to make you well, I will do so. Then the woman said, in the beginning I wanted you to pray for me to cure my illness, but now I want you to pray for me so that I will not request for a cure to my illness anymore" (Hadith. Muslim. Bab al-Birr wa al-Silah: 2265).

In addition to that, in the past, there were many companions and followers of Prophet Muhammad s.a.w. for example Ubai bin Ka'ab and Abu Dzar r.a. who chose not to cure their serious illness and they were never condemned for it. Dr. Yusuf Qardawi views that seeking treatment is "wajib" and must be sought for if the serious illness can be cured through medication and treatment. However, if the illness has no chances of being cured anymore, then it will no longer be an obligation (wajib) to be treated. In cases where the patient has been in a deteriorating condition for some time, and various treatment administered seems to fail, the "hukm" can change to become no longer obligatory to proceed with the treatment.

CONCLUSION

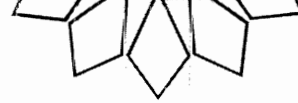
As a conclusion, a valid informed consent must be obtained first before any treatment could be inflicted on the patient. And of course, certain amount of disclosure of related facts such as the nature of the intended procedure, material risks and the consequences must be revealed by the medical practitioners to their patients. Pertaining to the Iranian Bijani twins, the writer believes that many attempts by experts all over the world have agreed that a seperation operation was next to impossible for this couple. In fact, according to their adoptive mother,



Laleh Bijani, one of the twins was terrified of the operation and had even begged her sister to abandon the idea for the operation. However, regret is now too late. No longer can we witness their smile and share the happiness they brought to their family and friends. Their high spirit and desperate desire to live as separate individuals with different personalities was above everything causing them to risk their only chance to live. If only the twins learnt to be patient and tried to accept their condition as fate from Allah, maybe it would have been better for them. May Allah bless their souls. Al-Fatihah.

BIBLIOGRAPHY

- American Medical Association Encyclopedia Of Medicine*. 1993. New York: Hardcourt and Brace.
- Arthur J. Meagher, Peter J. Marr, Ronald A. Meagher.. 1991. *Doctors And Hospitals Legal Duties*. Canada: Butterworths Canada Ltd.
- Donald J. Palmisano. 3 November. *Informed Consent Intrepid Resources*. <http://A.\Informed Consent and Material Risks.html>.
- John Aglionby. *Twin's Two Day Operation Underway*. 7 July 2003. Guardian.
- John Aglionby. 3 July 2003. *Twins Jioned At Head To Risk Surgery*. Guardian.
- Euthanasia Muslims Internet Directory. 16 Oktober 2003. <http://2muslims.com/egi-bin/links/page.cgi?page=print&ink=219025>.
- n.a. 16 Oktober 2003. *Fatwa-fatwa Kontemporer-Euthanasia*. ISNET Homepage. <http://media.isnat.org.islam.Qardhawi/Kontemporer/Eutanasia.html>.
- ABCNEWS.com. *Never A Chance? Doctors Told Late Iranian Conjoined Twins There was No Chance*. 4 November 2003. http://C.\Documents and Settings\Ka...\ABCNEWS_Com German Surgeon Toldc Conjoined Twins No.
- n.a. *Informed Consent iMedConsent LLC*. 5 November 2003. <http://A.\Dialog Medical-Informed Consent.html>.
- Robert Hartman. 3 November 2003. *A Concepr Analisys Of Informed Consent*. <http://A.\Concept Analysis Informed Consent.html>.
- Robin McKie. 13 July 2003. *Separate At Last, The Twins Who Died For A Dream*. Observer.
- Stephen Wilkinson. 5 Novenber 2003. *Seperating Conjoined Twins: The Case Of Laden And Laleh Bijani*. <http://www.ccels.cardiff.ac.uk/issue/wilkinson.html>.
- Singapore Press Holdings: 11 November 2003



Abidah Abdul Ghafar, is a lecturer at the Faculty of Syariah and Law, Islamic University College of Malaysia. She is a Bachelor of Law and Bachelor of Law (Syariah) holder, from the International Islamic University Malaysia and Masters in Islamic Studies (Syariah) holder, from the National University of Malaysia.

Address:

Fakulti Syariah dan Undang-Undang,
Kolej Universiti Islam Malaysia,
Tingkat 10, Menara A, Persiaran MPAJ,
Jalan Pandan Utama, Pandan Indah,
55100, Kuala Lumpur.
Tel: 03-42892004 (P)
Faks: 03-42892197
Email: abidah@admin.kuim.edu.my

Topic:

HOUSE BUYING IN MALAYSIA: CONTEMPORARY ISSUES

HOUSE BUYING IN MALAYSIA: CONTEMPORARY ISSUES

By:

Abidah Abdul Ghafar

Dina Imam Supaat


INTRODUCTION

Everybody dreams a nice, comfortable house to call his own. As a basic necessity, buying a house has become a benchmark of success to some people. However, many enthusiastic house buyers are often trapped in the web of unfair contract terms in sale and purchase agreement. Their excitement to own a house has made them giving in so much but neglecting their rights and protection from the law. From the legal aspect, there are differences between buying houses from an individual owner and a housing developer. The discussion in this article will focus on some pertinent contemporary issues circling the sale and purchase of houses in Malaysia which include unfair regulations provided under Housing Development (Control and Licensing) Act 1966 and the unfair contract terms contained in the sale and purchase agreement of property that involves housing developer as defined in section 3 of the Housing Development (Control and Licensing) Act 1966. This article will highlight legal issues on the contractual terms contained in the sale and purchase agreement, which the purchasers usually disregard.

Currently, the housing industry in Malaysia is governed by the Housing Developers (Control and Licensing) Act 1966¹ and its subsidiary legislation. The Rules and Regulations applicable in a contract for the sale and purchase of property from a housing developer are: Housing Developers (Control and Licensing) Regulations 1989, and Housing Development (Housing Development Account) Regulations 1991 and Housing Development (Tribunal For Homebuyer Claims) regulations 2002. The Act and the Rules were enacted for the purpose of protecting home purchasers and buyers from errant and bogus developers and to protect their rights and interest in the property and to regulate the sale of housing accommodation². Prior to the introduction of this Act, cases of malpractice in the

1 The Act was amended in 1972, revised in 1973 and was further amended in 1977 and 1989.

2 For further reading on the brief history of the introduction of Housing Developers (Control and Licensing) Act 1966 (Act 118), refer to Chapter 1 of S Y Kok. 1998. Law Governing the Housing Industry. Kuala Lumpur: Malayan Law Journal.



housing industries especially errant, bogus and fictitious developers were very difficult to be redressed, as there was no legislation that could curb it. While the preamble of the Act stated the aim unmistakably, Suffian LP while sitting in the Federal Court mentioned these rationales while deciding the case of SEA Housing Corporation Sdn. Bhd. v Lee Poh Choo³ :

"...there was an upsurge in demand for housing, and that to protect home buyers, most of whom are people of modest means, from rich and powerful developers, Parliament found it necessary to regulate the sale of houses and protect buyers by enacting the Act".

Section 3 of the Act defines a "housing developer" as "any person, body of persons, company, firm or society (by whatever name described), engages in or carries on or undertakes or causes to be undertaken a housing development"⁴ . In short, anybody who involves in housing development shall be governed by the Act.

On the other hand, 'housing development' is defined in the same section as follows:

"...to develop or construct or cause to be constructed in any manner more than four (4) units of housing accommodation and includes the collection of monies or the carrying on of any building operations for the purpose of erecting housing accommodation in, on, over or under any land; or the sale of more than four units of housing lots by the landowner or his nominee with the view of constructing more than four units of housing accommodation by the said landowner or his nominee"⁵ .

Therefore, housing development as prescribed in the Section covers the following activities:

- i. Developing, constructing and caused to be constructed more than four units of housing accommodation;
- ii. Collecting monies for the purpose of erecting housing accommodation, -this provision however will not involve the banks and financial institutions which provide loan for the developers to construct the housing project or loans for the purchasers to buy the property, unless they are themselves involved in the actual construction. Instead, it covers the developer which also provides loan to the purchasers;

3 [1982] 2 MLJ 31.

4 Section 3, Housing Development (Control and Licensing) Act 1966.

5 Section 3, *ibid.*



- iii. Carrying on of any building operations for the purpose of erecting housing accommodation,
- iv. Selling of more than four units of housing lots by the landowner or his nominee with the view of constructing more than four units of housing accommodation by the said landowner or his nominee - for example, the selling of vacant bungalow lots with an option to construct for the purchaser a bungalow unit of his own choice or design.

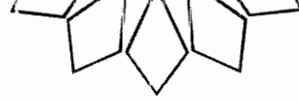
"Housing accommodation" by the way, includes "any building, tenement or messuage which is wholly or principally constructed, adapted or intended for human habitation or partly for human habitation and partly for business premises but does not include an accommodation erected on any land designated for or approved for commercial development"⁶ .

From the definitions, it is clear that the Act is confined to govern the sale of building for human habitation and accommodation purposes and in the sale and purchase of any building constructed partly for accommodation purpose and partly for commercial activities. The premises enlisted below are nevertheless not covered by the Act, namely:

- A building solely for commercial purposes.
- Any building comprises of less than four (4) units of housing accommodation.
- Small lots in a large commercial complex.

The contract of sale of housing property is made in writing between the purchaser and the vendor. The written agreement is known as Sale ad Purchase Agreement. Prior to 1982 Regulations, there was no uniformity in the contents or terms of the agreement. The 1982 Regulations introduced a standard form of sale and purchase agreement and was revised in 1989. Private housing developers have to adhere with the rulings in the Act and its subsidiary legislation and adopt the standard form of agreement in Schedule G and H of the Act while prior to 1st December 2002 the state economic development corporation and cooperative society are exempted from the rulings. However, starting from 1st December 2002, the exemption ceases to have effect. All developers must obtain license before they can commence a housing development project and the standard form of contract in Schedule G and H of the Act must be observed strictly.

⁶ Section, 3 *ibid.*



BASIC CONTEMPORARY ISSUES

Buyers' Unawareness of the Developers' Responsibility

The root to the many problems faced by house purchasers is unawareness of their rights and the developers' responsibility under the Sale and Purchase Agreement. Buyers' lack of knowledge of the developers' responsibility had often put their rights at peril. They do not know what to expect from the developer and sometime do not even realize when the developer was unscrupulous. Thus it is only appropriate to comprehend a housing developer's responsibility or duties owed to the purchasers briefly before we commence to other issues.

Overview of housing developers' responsibility

a) License of Housing Developers

All persons who involve in housing development must obtain a license according to Section 5 of the Act. The Controller of Housing may grant the license upon his discretion and may impose any conditions as he thinks fit and proper when granting such license⁷. The Controller may vary, cancel or alter the conditions; or impose any new or additional conditions upon the developer at any time⁸. Certain prescribed fees must be paid to the Controller when applying for the license⁹. The Controller addressed in the provision shall refer to the Ministry of Housing and Local Government.

b) Property free from encumbrances

After the purchaser has signed the contract of sale, the developer shall not subject the land to any encumbrances without the prior approval of the purchaser. This is provided by Rule 12 (1) (a) and (b) of the Housing Developers (Control and Licensing) Rules 1970. This provision is included in Clause 2 (1) Schedule G of the Housing Development (Control and Licensing) Regulations 1989. In the same part of the agreement, the developer undertakes that the property shall be free from encumbrances immediately before the purchaser taking vacant possession of the said property. If the purchaser has given approval, the developer was under an obligation to ensure that the property was free from such encumbrances on the date vacant possession of the property is delivered to the purchaser¹⁰. The developer is responsible to ensure that the property is free from any agricultural or industrial conditions.

7 Section 5(4), Housing Development (Control and Licensing) Act 1966.

8 Section 5 (5), *ibid.*

9 Section 5 (4A), *ibid.*

10 Clause 2 of Schedule G and H, Housing Development (Control and Licensing) Regulations 1989.

c) Property free from restrictions

The property must also be free from any agricultural or industrial conditions and any restrictions against the building of housing accommodation or affecting the title¹¹. The developer confirms that the said lot and all other lots shown in the layout plan are sold together with free rights and liberties for the purchaser, to use and enjoy the property, to pass and re-pass along, over and upon all roads in the housing development area and to make all necessary connections and to use in a proper manner the drains, pipes, cables and wires constructed by the developer under or over such roads.

d) Procedures

When the purchaser signed an S&P Agreement for landed property, the developer shall obtain the issue of a separate document of title to the said lot¹² or apply for subdivision of the said building so as to obtain the issue of a separate strata title¹³. This must be carried out at the developer's own cost and as expeditiously as possible. When the separate document of title has been issued and the payment of purchase price has been made by the purchaser according to the mode of payment agreed in the third schedule of the Agreement, the developer shall execute a valid and registrable memorandum of transfer of the said property. The execution must be done within twenty-one (21) days after the issuance of the separate document of title and made to the purchaser, his heir or nominee or lawful assign¹⁴.

e) Consent to assignment or sub sale

The developer shall not withhold its consent to any intended sale, transfer or assignment by the purchaser to any third party (including any bank or financial institution) if he has fully paid the purchase price and duly complied with all terms, conditions and stipulations in the Agreement, provided that he pays an administrative fee to the developer¹⁵. Any assignment to or reassignment from a bank or financial institution shall bear no administrative fee¹⁶. This assignment or sub sale can be made with the consent of the developer even if the title of the property has not yet been issued or no memorandum of transfer of the property has been executed.

11 Clause 1 of Schedule G and H, *ibid*.


12 For landed property.

13 For property on a sub-divisional building.

14 Clause 11 (1) and (2) of Schedule G and H, *ibid*.

15 Clause 12 (1) and (2) of Schedule G and H, *ibid*.

16 Clause 12 (2) of Schedule G and H, *ibid*.



f) Infrastructure and maintenance

The developer shall construct and expend for the infrastructure including roads, driveways, drains, culverts, water main and sewerage plants serving the said housing development. The infrastructure constructed must meet the requirements and standards of the appropriate authority¹⁷. The developer shall also bear all costs and expenses charged by the appropriate authority for providing the facilities and amenities including street lighting¹⁸ and others, such as, public hall, children playgrounds, pavements etc. The developer shall also lay and expend for all necessary water, electricity and sewerage mains, gas piping (if any) and internal telephone and cabling to serve the said housing development. The developer shall therefore be liable to apply for the connection of internal water, electricity, sanitary and gas installation (if any) of the property to the relevant authority¹⁹.

g) Maintenance services

The developer shall provide services, including refuse collection, cleaning of public drains and grass cutting on the road reserves until such services are taken over by the Appropriate Authority²⁰. This however does not apply for a property in a sub-divisional building, where the purchaser has to bear the service charges for the maintenance and management of the common property. This charge is payable to the developer prior to the establishment of a management corporation. The developer, though, may appoint a duly qualified person or agent to render the appropriate services²¹.

h) Liquidated damages due to delay in completion or late delivery

When buying landed property, vacant possession of the building shall be delivered to the purchaser within twenty-four (24) calendar months (equivalent to 2 years) from the date of the Sale and Purchase Agreement²². Whereas, vacant possession of the parcel in a sub-divisional building shall be delivered to the purchaser within thirty-six (36) calendar months (equivalent to 3 years) from the date of the Sale and Purchase Agreement²³. If the developer fails to deliver vacant possession within the stipulated time, they shall be liable to pay liquidated damages to the purchaser. The damages are calculated from day to day at the rate of ten per cent (10%) per annum (per year) of the purchase price. It is calculated from the expiry date of the delivery of vacant possession until the date

17 Clause 17 of Schedule G and H, *ibid*.

18 *Ibid*.


19 Clause 20 of Schedule G and Clause 23 of Schedule H, *ibid*.

20 19 of Schedule G, *ibid*.

21 Clause 19 of Schedule H, *ibid*.

22 Clause 23 (1) of Schedule G, *ibid*.

23 Clause 26 (1) of Schedule H, *ibid*.



the purchaser takes vacant possession of the said building and paid immediately at that time²⁴.

i) Delivery of vacant possession

The delivery of vacant possession takes place when the developer (vendor) let the purchaser into possession of the said property. The parties shall observe few matters before vacant possession is granted to the purchaser, as follows:

- The developer's architect shall issue a certificate certifying that the construction of the said building has been duly completed. It also certifies that water and electricity supply are ready for connection to the said building.
- The developer shall apply for the issuance of the Certificate of Fitness of Occupation (CFO) from the appropriate authority.
- The purchaser shall pay all monies due to the developer, including the balance of the purchase price and any relevant charges²⁵.

Even if vacant possession has been delivered to the purchaser, it however shall not give him the right to occupy the property until the CFO for the said building is issued²⁶.

j) Liability of developer for defective premises

Any damage or defect to the completed works by subsequent stage of works shall be repaired and made good by the developer. This shall be carried out before the purchaser takes vacant possession and the developer shall bear all costs and expenses for the works done²⁷.

After taking vacant possession, the purchaser enjoys defect liability period. The period starts after the date the purchaser takes vacant possession of the building and expires eighteen (18) calendar months thereafter. During this period, the developer shall repair and make good any defect, shrinkage or other faults in the said building which are either due to defective or poor workmanship or materials; or the building not having been constructed in accordance with the plans and description specified in the Agreement. This works shall be carried out at the developer's own costs and expenses, within thirty (30) days after receiving written notice of the defects from the purchaser. If the developer has not done so, the purchaser is entitled to recover from them the costs of repairing and making good of the defects²⁸.

24 Clause 23 (2) of Schedule G and Clause 26 (2) of Schedule H, *ibid*.

25 Clause 24 (1) of Schedule G and Clause 27 (1) of Schedule H, *ibid*.

26 Clause 24 (3) of Schedule G and Clause 27 (3) of Schedule H, *ibid*.

27 Clause 4 (1) of Schedule G and H, *ibid*.

28 Clause 26 (1) of Schedule G and Clause 30 (1) of Schedule H, *ibid*.

k) Liability of developer for indemnity

It is the duty of the developer to ensure that the building is in conformity with all relevant laws pertaining to building. The developer is therefore liable to indemnify the purchaser against all fines, penalties or losses incurred by the purchaser due to any breach of law committed by the vendor²⁹.

OTHER CONTEMPORARY ISSUES

Having discussed the responsibilities of developers in a nutshell, it is therefore appropriate to discuss contemporary issues at hand. As a layman, purchasers usually encounter problems in understanding the contents or terms and conditions in a sale and purchase agreement. They often raise complaints and dissatisfactions with regard to buying houses. As a valuable property, the purchase of housing accommodation should be made properly in a tactful manner. The agreement should be made in details in order to avoid discrepancies and misrepresentation. The following discussion will highlight a few issues, which are commonly faced by purchasers in buying housing accommodation and the deliberation on are made in the light of protection of buyers against powerful developers.


1. Booking Fees

Before the Act was introduced, it was common for purchasers to be required to pay booking fees, which normally amount to 10% percent of the purchase price. More often than not, bogus developers absconded after collecting thousands of money from innocent purchasers or delayed the housing project without any apparent reason causing much hardship to purchasers. The Housing Developers (Control and Licensing) Regulations 1982 made a lucid prohibition for developers to collect any payment by whatever name called except as prescribed under the standard contract of sale in Schedule E. This includes booking fees. Housing Developers (Control and Licensing) Regulations 1989 repealed and replaced the previous regulation but maintaining and expanding the same prohibition in Regulation 11. Regulation 11 states that:

(1) Every contract of sale for the sale and purchase of a housing accommodation together with the sub divisional portion of land appurtenant thereto shall be in the form prescribed in Schedule G and where the contract of sale and purchase of a housing accommodation in a subdivided building, it shall be in the form prescribed in Schedule H.

(2) No housing developer shall collect any payment by whatever name called except as prescribed by the contract of sale.

²⁹ Clause 21 of Schedule G and Clause 24 of Schedule H, *ibid*.




Both standard forms of contract in Schedule G and H under clause 4 (1) provides that the purchase price shall be paid by installments and at the time and manner as prescribed in the Third Schedule. The Third Schedule of Schedule G and H listed the installment payable and the amount whereby immediately upon the signing of this agreement i.e. the contract of sale, the purchaser must pay 10% percent of the purchase price. No payment is scheduled before the signing of the sale and purchase contract.

It is therefore wrong for the vendor or developer to collect booking fees as still practiced until to date. For ignorant consumers, paying certain amount of money as booking fees is common not knowing that they are actually neglecting their own rights and interest. However it is very common to see/ hear advertisements, which include low booking fee as an attraction. There are even developers who asked for only RM 1.00 as booking fee. The collection of the upfront amounts to an offence under the Act and on conviction shall be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit or to a term of imprisonment not exceeding three years or both. The penalty is another issue. The law should not only serve as an avenue to punish offenders but also serve as a preemptive measure to potential offender. The writer opines that it is high time for the authority to enforce the law, thus, ensuring that the rights of purchasers are adequately protected and avoiding possible malpractice.

2. Costs Borne By House Buyers

Buyers should only liable to settle payments prescribed in the Third Schedule of Schedule G and H and not more. There are several payments that must be borne by buyers immediately after a sale and purchase agreement is finalized and signed and the most important are registration fee for the agreement, transfer of ownership, stamp duty and legal fees³⁰. Although the solicitor is actually acting on behalf of the developer/ vendor, buyer will have to pay them because they are the one who handle the sale and purchase agreement between the buyer and the vendor/ house developer. While the house is in progress, buyers must pay the progressive installment according to the work schedule. Land premiums, land assessment and any charge related to the land are also compulsory. To protect his house from losses caused by all forms of calamity or disaster, buyers are also required to pay an insurance premium. There are also utility payments to be settled for the installment of water and electricity meters.

³⁰ Clause 18 of the Third Schedule



Developers are not only bound to claim for payment as prescribed in the Third Schedule only but are also prohibited from collecting any extra money in whatever denomination if it is not included in the contract. For example, there are developers who asked purchasers to pay RM 10.00 for CFO before they can collect their keys while it is not included in the Sale and Purchase Agreement. This is a developer's ploy to make extra easy money. Purchasers should not make any payment other than listed in the Third Schedule. If they do, they can ask the developer for refund and if the developer refused to refund, complaint can be made to the Ministry of Housing and Local Authority, who will take action against the developer. Therefore, it is utmost important for house buyers to be on familiar terms with their rights as stipulated in the sale and purchase agreement.


3. Solicitors in the Sale and Purchase Agreement

In most circumstances, the developers shall appoint panel of solicitors to prepare the contract of sale and purchase. This solicitor is acting on behalf of the vendor/developer and not the buyer. Buyers often misunderstood, thinking that the solicitor is acting on their behalf while they are actually not. The solicitors are the stakeholders for the developer. Thus, no one is actually guarding the purchasers' interest in the contract. In the event that the purchaser dissatisfy on any issue or matter relating to the agreement, the solicitor will not go against the interest of the developer. As a result, the interest of the purchaser will be disregarded and left unattended.

4. Deviation from the Standard Sale and Purchase Agreement

As mentioned earlier only private housing developers have to strictly adhere to the Act and its subsidiary legislation and adopt the standard form of agreement in Schedule G and H before 1st December 2002. Prior to the date, the state economic development corporation or any government backed bodies and cooperative society are exempted from the rulings. Therefore they are free to make up their own terms in sale and purchase agreement, which may contain unfair terms and conditions and prejudice to the purchasers.

In some circumstances, no license is necessary to undertake a housing project. There are even contract which gave the developer to vary the contract without consulting the purchasers. By exempting some developers from the rulings of the Act will not help to boost housing industry in the country. It will only serve as an escape root for developers to construct houses with poor workmanship and will burden buyers more.



Consequently, they deviated from the terms and conditions as stipulated by the standard S&P Agreement. Some examples of the deviations are:

- i. They reduce of the defects liability period from 18 months to 12 or even six months.
- ii. They restructure the schedule of progress payments according to their own percentage and some even ask for booking fees.
- iii. They put the entire burden of payment of survey fees on the purchaser instead of bearing 50 percent of the cost.


The exemption was a sure injustice to house buyers because it definitely deprived the rights of the buyers to get sufficient protection from the law and irresponsible developers who construct low quality houses will continue to survive. Realizing this, the government has made it mandatory for all developers, starting from December 2002, without exception to apply for license and to stick to Schedule G and H for their sale and purchase agreement, which has been proved to provide more protection for buyers and guarantee more quality houses. This is however only applicable after so many years where buyers from these exempted developers endured hard and grim days waiting for their house to be completed. To grant buyers with a very fleeting period of defect liability is totally unfair because there are defect that will only come to light after a few years.

5. Delay of Payment by the Banks

It is common to see buyers taken aback and even got angry when given a notice by the developer to pay interest because of the delay of payment by the bank. Delay in the payment of the work in progress will enable developer to claim interest calculated on a daily basis of 10% per annum. The sale and purchase agreement and the loan agreement are two separate agreements involving different parties. The loan agreement is of course between the buyer and the bank. If the bank or the financier delays the payment for the work in progress as prescribed in the Third Schedule, interest will be imposed.

This was so provided under Clause 9 of Schedule G and H, which read as follows;

(1) "...if any of the installments set out in the Third Schedule hereto shall remain unpaid by the purchaser at the expiration of the said period of twenty - one (21) working days, interest on such unpaid installment or installments shall commence immediately thereafter and be payable by the Purchaser, such interest to be calculated from day to day at the rate of ten per centum (10%) per annum".



Thus extra payment has to be settled and this will certainly burden the buyers. To steer clear of interest for late payment, buyers should regularly contact and communicate with the person responsible to handle his loan with a particular bank. However, buyers should always keep all correspondence between him and the developer and the bank especially regarding notice of payment to avoid cheating on the part of the developer. There are instances where buyer would simply pay the interest without first checking the date of the notice of payment from the developer and the notice of disbursement from the bank.


6. Delivery of vacant possession

This is another issue that continues to haunt house purchasers. Clause 24 (1) of Schedule G provides for the manner of delivery of vacant possession, that when the Vendor's architect issued a Certificate to certify that the construction of the said building (house) has been duly completed and water and electricity supply are ready for connection to the building/ house and the Vendor has applied for the issuance of the Certificate of Fitness for Occupation from the Appropriate Authority and the Purchaser have paid all monies due under the contract/ agreement and the Purchaser have performed and observed all the terms and covenants on his part, the Vendor shall let the purchaser into possession of the said property.

However, Clause 24(3) provides that delivery of vacant possession "...shall not give the purchaser the right to occupy and the purchaser shall not occupy the said property until such time as the Certificate of Fitness for Occupation (CFO) for the said building is issued"³¹. In other words, even if vacant possession has been granted to the purchaser, it shall not give him the right to occupy the property until he obtains the CFO for the said building. Nevertheless, once delivery of vacant possession is deemed granted to the purchaser, the monthly installments payable to the bank or financial institution from where the purchaser gets his loan in buying the property will commence. This leads to injustice and hardship on behalf of the purchaser where he starts on paying for the monthly installments without staying in the house and even renting elsewhere.

Despite the fact that there is hue and cry over the delays of CFO issuance to put the burden on the developer and blame them on the setback is unfair either,

³¹ Clause 24 (3) of Schedule G and Clause 27 (3) of Schedule H, *ibid*



because that is the responsibility of the local authority and is totally beyond their control. The developers' obligation is only up to the application of CFO to the appropriate authority and to abide by the request of the authority (if any) to enable CFO to be issued. Even though it has been argued that delivery of vacant possession within 24 months or 36 months as the case may be, without CFO, is troublesome and causing inconvenience and difficulties, to put the burden on the developer is unjustifiable and unwarrantable too. What the Minister could do is to compel the authority to issue the CFO without unreasonable delay by introducing stringent rules and transparent procedure to secure the issuance of CFO.

Before the delivery of vacant possession can be affected, the Vendor are compelled to fulfill the following requisites i.e. the construction of the building has been completed which means the actual physical development has been completed and it is certified by the Vendor's architect, the water and electricity supply are ready for connection and the Vendor has applied for CFO. On the other hand the purchaser must have performed and observed all terms and undertaking.

Several issues flowed from the provision; first, what is meant by water and electricity supply are ready for connection to the building? And, two, didn't the delivery of vacant possession of the house made without CFO unfair and prejudiced to the interest of the purchasers? Neither the Act nor its subsidiary legislation defines the word 'supply' and local courts have never interpreted the technical terminology. As suggested by a writer (SY Kok 1998: 149), the definition of the word supply should be given its plain and ordinary meaning as intended by the statute and this can be referred to the case of *A-G v County of London Electric Supply Co Ltd*³², where Tomlin J said this to interpret the term: "I think a distinction is drawn between "supply" and "use" or "consumption"...If, as I hold supply does not mean supply for use or consumption but supply in the sense of delivery at the consumer's terminal..."

Taken this interpretation to be applied in local situation, the writer opines that it is valid, proper and just to give the word 'supply' a definition that reflect the true intention of the contract as a whole and not an isolated one³³ by taking into consideration the limit of obligation of the developer. In the case of *Salmah bte Sulaiman & Anor (Administratrices of the Estate of Ahmad Ibrahim, deceased) v Metroplex Development Sdn Bhd*³⁴, the court held that it was not the duty of the developer to supply flow of water of electricity.

32 [1926] Ch 542.

33 Also refer to the case of *A-G v Leicester Corporation* [1910] 2 Ch 359 and *A-G Gravesend Corporation* [1936] Ch 550 for further explanation on the definition of the term.

34 [1994] 3 AMR 2514, [1997] 1 MLJ 369, CA.




Their responsibility is only to connect the electricity and water mains to the internal electricity and water mains but not the flow. Purchaser often misunderstood this and there are cases where buyers refuse to take vacant possession of their houses simply because there is no actual water flow running in the tap or electricity ready for consumption.

7. Defect Liability Period

Preceding the amendment in 1996, the defect liability period as specified in Schedule G and H was only up to 12 months. The period was then lengthened by the Housing Developers (Control and Licensing) (Amendment) Regulations 1996 to 18 months after the date of handing over of vacant possession. The mechanism used by the legislator to determine the period for defect liability is not known but one thing for sure, the duration is inadequate. If we were to decide the period using the status of the land, either free hold or lease hold, then buyers should enjoy such warranty according to it. Of course, this is not applicable but please bear in mind that houses are built to be occupied as long as they can take and the 18 months given is definitely not long enough for buyers to identify some defects and certain defects could only come to surface at much later time. What more if the vacant possession was delivered without CFO and was delayed for 6 months. How do we justify this? When they are not living in the house they are unable to identify the defect and it is a waste of time and quite a hassle if they have to check and recheck their house for any defect when they are not staying nearby.

Another related issue is the time to rectify the complaint by the developer. Clause 26(1) of Schedule G and H provides that the developer is required to rectify the defect within 30 days after a written complaints is received from the purchaser and if the defect is not rectified within 30 days, the purchaser is entitled to recover from the developer/ vendor the costs of repairing and he may deduct the cost from the sum held by the developer/ vendor's solicitor as stakeholder. Subject to clause (2), the vendor's solicitors shall release such costs to the Purchaser within 14 days after a written demand from the purchaser is received.

Clause (2) provides that at any time after the expiry of the 30- day period, the purchaser shall notify the Vendor the cost of repairing and making good the said defect before the commencement of the work. The purchaser is also required to give the Vendor an opportunity to carry out the work himself within fourteen days from the date the purchaser has notified the Vendor of his intention to carry out the said work.



No provision is made to tackle situation if the vendor again failed to rectify the defect after the 14 day period. Major flaws of the clause are, first, it does not grant real protection to purchasers because it does not deal the nature, severity and the condition of the defect. There are defects that require urgent rectification and waiting for another 30 days will only worsen it. Secondly, the advantage here is to the vendor while the Act is intended to protect purchasers. After the lapse of the 30-day period the vendor is given another 14 days. Impliedly, the Act is actually giving 44 days to developer. This is true if the purchaser notify the Vendor the cost of the intended repair work immediately after the expiry of 30 days. If he notifies the Vendor a week or two after the time lapse, the vendor will have more time. With unfeigned respect the writers think that this clause is relatively unfair to the purchaser because it gave advantage to the Vendor rather than the purchaser. When it comes to installment payment for work in progress, purchaser will bear the interest when banks delay the disbursement while the Vendor is given such an ample time to rectify the defect.

CONCLUSIONS

The purchasers are often unaware of their rights included under the standard S&P Agreement, preserved by the Act and the subsidiary legislations. The purchaser should read and understand thoroughly the contents of the S&P Agreement before signing. He can appoint his own lawyer in order to safeguard his rights and interest. The purchaser should know the completion period for the property, for he has the right to seek compensation if the developer fails to hand over vacant possession of the property after the stipulated time. The purchaser should ensure that the developer is licensed and has obtained the permits for the advertisement and for the sale from the Ministry of Housing and Local Government. He can always pay a visit to the developer's office and locate the construction site of the property.

Purchasers should not be influenced with attractive show houses and with the artist's impression of the house, which is normally included in the advertisement. He should decide according to the facts prescribed in the S&P Agreement pertaining to lot number, land area, location, specifications of the house and its price. The developers' propaganda in marketing strategies claiming that the access roads leading to the highway will be constructed soon or the price of the house will double within months should not impress him at all. Any promises made by the developers should be included in the Agreement; otherwise it does



not have weight. He should also estimate his financial and economic strength before purchasing the house. He should by the way consider the interest rate, repayment period and other matters imposed by the banks or financier while getting the best loan package.

It is hoped that buyers or purchasers can make a wise and rational decision while purchasing houses. He should equip himself with as much information as he could from others' experience and further readings. He can contact the authorized personnel if anything goes wrong. Purchasing of houses should not be made in rush or in a hurry as it involves valuable property that you might own for a lifetime.

BIBLIOGRAPHY

Malaysia. 2003. Housing Development (Control and Licensing) Act 1966 (Act 118).

Malaysia. 2003. Housing Development (Control and Licensing) Regulations 1989.

Malayan Law Journal.

S Y Kok. 1998. Law Governing the *Housing Industry*. Kuala Lumpur: Malayan Law Journal.



Abd Hamid Abd Murad, lecturer Faculty of Syariah and Law, Islamic University College of Malaysia. He is a Bachelor of Law and Master in Comparative Laws holder, from the International Islamic University Malaysia.

Address:

Fakulti Syariah dan Undang-Undang,
Kolej Universiti Islam Malaysia,
Tingkat 10, Menara A, Persiaran MPAJ,
Jalan Pandan Utama, Pandan Indah,
55100, Kuala Lumpur.
Tel: 03-42892264 (P)
Faks: 03-42892197
Email: hamid@admin.kuim.edu.my

Topic:

FUNDAMENTAL PROTECTION FOR CONSUMERS



FUNDAMENTAL PROTECTION FOR CONSUMERS

By:

Abd Hamid bin Abd Murad

INTRODUCTION

Since the beginning of the Industrial Revolution, the human race began the transformation from barter trade to trade using currency. Hence, this marked the beginning of mass production of products that were needed by the people in this world. The lifestyle of the human race began to change gradually from using essential items that were produced by themselves in a small scale to consuming or purchasing products that were produced by producers in factories. This marked the birth of entrepreneurs that produced items for human use and consumption in large factories. This process of producing products in large quantities is commonly known as mass production compared. Gradually, people began to pay not only for the products but also services.

The topic that I will be delivering this morning is Fundamental Protection for Consumers. Most of us will agree that at some point of our lives we have "purchased" items that are either defective or spoilt. Logically, we seek to obtain replacement or redress from the vendor who sold us the product. Some might be successful while others are not so lucky. For those who are unfortunate, they have resorted to the courts seeking damages from the vendor who sold them the products. Earlier in consumer protection law, there was little protection accorded to the consumers for their misfortunes. The history of consumer protection goes way back in 1962 when the then President of the United States, J.F. Kennedy made a declaration that there should be four fundamental rights that should be made available to the consumers. The fundamental rights are as follows:

- [a] The right to safety;
- [b] The right to obtain information;
- [c] The right to choice; and
- [d] The right to voice out opinion (Kennedy's message 1962).

As consumers of products and services, consumers have been accorded protection by the law via the courts and legislations enacted by parliament. The question that necessarily runs into our minds will be "Why protect the consumers?". As has been said earlier consumers are a group of people that consume the products that they have purchased from traders or benefit from the services provided by the service providers.



CONSUMER PROTECTION IN VARIOUS JURISDICTIONS

Earlier in the century, we have been introduced by the doctrine of caveat emptor. This is a Latin phrase which means let the buyer beware. It is a common law maxim warning a purchaser that he could not claim that his purchases were defective unless he has protected himself by obtaining express guarantees from the vendor (A Concise Dictionary of Law: 58). This means that the burden falls on the shoulders of the consumers to state that articles that he has purchased from the vendors is defective. The vendors, by operation of this legal maxim, is not burdened with any responsibility to ensure that products produced by them are defective. By process of time, this doctrine of caveat emptor is slowly but surely being eliminated by operation of the courts, statutory enactments and administrative agencies (Stanley Morganstern 1978: 81).


A consumer no longer knows just what he is buying or from whom he is buying. Certainly consumers lack the technical knowledge to be able to ascertain the quality of the products they buy. Without aid and assistance, the consumer in today's complicated market place would be at the mercy of the vendor (Stanley Morganstern 1978: 81).

Back to the question of "Why protect the consumer?" let me enlighten you with the approach taken by the British. In Britain, it is conventional wisdom, adopted by major political parties that consumer protection is by and large "a good thing". Thus for example the Conservative Government introduced a Consumer Credit Bill to give effect to the main recommendation of the Crowther Committee on Consumer Credit and though this Bill fell with the Government in February 1974 the Bill was reintroduced with few substantive changes later in 1974 by the Labour Government (Brian & Deborah 1996:

13). Thus we can clearly see that consumer protection has become a popular political agenda in the United Kingdom. What the previous government failed to succeed was later reintroduced by the victorious successor. That is the sentiment in the United Kingdom.

In the United States, the topic of consumer protection has also drawn the attention of the government. The US Special committee on Retail Instalment Sales, Consumer Credit, Small Loans and Usury, in its Report had framed question precisely along these lines:

"It is fair to ask precisely what it is that the consumer is to be protected from. Must he be protected from his own lack of knowledge or discipline which leads him to take advantage of easy credit to buy things he does not need or cannot afford? Is he to be protected from the "fringe" operator who may take advantage of the ignorance and gullibility of the consumer to cause him to overbuy or pay too much" (Trebilcock n.d: 263).



Consumer protection was also an important agenda in the Australian jurisdiction. The then Australian government took the following step in consumer protection. An important consumer protection measure in Australia was justified as follows (Brian & Deborah 1996: 13):

"In consumer transaction unfair practices are widespread. The existing law is still founded on the principle known as *caveat emptor* - meaning "let the buyer beware". That principle may have been appropriate for transactions conducted in village markets. It has ceased to be appropriate as a general rule. Now the marketing of goods and services is conducted on an organized basis and by trained business executives. The untrained consumer is no match for the businessman who attempts to persuade the consumer to buy goods or services on terms and conditions suitable to the vendor. The consumer needs protection by the law and this Bill will provide such protection" (Senator Murphy).

Thus far we have seen the approach taken and adopted by the governments of the United States, the United Kingdom and Australia. By and large, the sentiment is to protect the consumers who may be at the mercy of the vendors. Modern method of business may create an impediment to consumers who may be gullible into buying products of services that they don't really need. The influence of advertising and marketing strategies have great influence on the decision process made by consumers. Therefore, it is no surprise to see at present there are many consumer protection movements have sprung into action with the main objective of protecting the consumers. These movements have moved a step forward in not only taking steps in protecting the consumers against marketing strategies that tend to deceive them but also educating prudent consumerism to the consumers. For example, the Molony Committee grouped their proposals for consumer protection as follows:

- [a] Arrangements to give the consumer a positive assurance that the goods on offer are safe (if safety is relevant) and of sound quality (shortly "standards");
- [b] The provision of information annexed to the goods which will assist the consumer to judge for himself whether or not they will satisfy his particular requirement ("informative labeling");
- [c] The assessment of the merits of the goods on offer by independent agencies ("seals of approval" and "comparative testing");
- [d] The availability of adequate means whereby the justifiably aggrieved shopper may obtain fair redress;
- [e] The restraint of misdescription of the significant characters of the goods on offer; and
- [f] The restraint of objectionable sales promotion methods, whether in the form of advertisements or otherwise, which are calculated to divert the shopper from a proper judgment of his best interests (Brian & Deborah 1996: 21).



REDRESS FOR PRODUCT VIOLATIONS

Basically there are three methods of redress that are available to the consumers who feel that they have purchased a defective or spoilt products or have had an unsatisfactory service rendered by a service provider. They methods of redress are:-


- [a] Civil law protection;
- [b] Criminal law protection; and
- [c] Protection available under administrative regulations.

When a consumer agrees to purchase a product from a vendor or agrees to obtain a service from a service provider he is in essence entering into a contract with the vendor of the service provider. Any consumer that is not satisfied with the product that was bought or any service that was accorded to him can seek redress under the law of contract. Therefore, in order to seek redress or damages under the law of contract will first have to establish the necessary ingredients of a formation of contract. Most of the times, the vendors or service providers have escaped liability due to the argument that both parties to the contact had entered into an agreement freely and without any compulsion. When this happens the consumers will be at the losing end. The common law seemed unable to adequately compensate the aggrieved party in such circumstances. As Lord Devlin put it:

"The courts could not relieve in cases of hardship and oppression because the basic principle of freedom of contract included freedom to oppress" (Devlin 1956: 10).

Most traders, vendors or service providers sought to shield themselves behind the exemption clauses in agreements. More often than not they are successful. Nevertheless, the courts have been alert in not allowing the traders, vendors or service providers this shield. One of the most active judge in scrutinizing exemption clauses is Lord Denning. Lord Denning sought to combat exemption clauses in every way he could. It has been said that he "carried on a war of attrition against them" (Sir Gordon Borrie, Stevens & Sons 1984: 8). The courts did rule that "reasonable" notice of exemption clauses must be given but a series of cases, generally known as the "ticket cases" rules as sufficient a mere reference to the existence of terms that were only set out in another document not shown to the customer. One of the most famous case that really sought to compensate an aggrieved consumer is the case of *Donoghue v. Stevenson*¹.

1[1932] A.C. 562.



The facts of the case are as follows. A manufacturer of ginger-beer had sold to a retailer ginger-beer in an opaque bottle. The retailer sold it to A who treated her friend to its contents. The ginger-beer bottle also contained a decomposed remains of a snail which had found its way into the bottle at the factory. A's friend alleged that she became seriously ill in consequence and sued the manufacturer for negligence. It was held that although there was no contractual duty on the part of the manufacturer towards A's friend, the manufacturer owed her a duty to take care that the bottle did not contain noxious matter and he would be liable if that duty was broken. This case established the neighbourhood principle which means that a person has to be cautious of his action as the action can injure another person who is considered a neighbour.


The above was an example of an item of products bought from a vendor. Consumers are also protected for services that have been accorded to them but fall below the expectation of the consumers. An example of low quality service can be found in the case of *Jarvis v Swans Tours Ltd*². In this case, an English solicitor booked a holiday in Switzerland on the basis of a brochure which promised a welcome party on arrival, afternoon tea and cakes, a bar which would open several evenings a week and a charming owner who spoke English. There was no welcome party. The solicitor did not have the nice Swiss cakes he was hoping for: for tea there were only potato crisps and little dry nutcakes. The bar was unoccupied annexe open only one evening a week, and the Swiss owner could not speak English. The Court of Appeal said the solicitor was entitled to be compensated for disappointment and distress and he was awarded twice the cost of the holiday as damages (*Sir Gordon Borrie, Stevens & Sons 1984: 9-10*).

Under criminal law protection, the consumer is protected by law that prohibits the vendor or trader from carrying out unscrupulous transactions. An example of such protection is the prohibition from disposing stolen articles. It is an offence for any person to dispose a stolen property as if it were his own. The third protection that is available to the consumer is regulation by the government or executive. An example of such regulation is the prohibition of hoarding necessary items as such action would definitely influence the price of such items.

THE MALAYSIAN SCENARIO

The debate on consumer protectionism has been around for quite some time. There are several laws that were made to protect the rights of consumers. These laws were enacted so that the articles or items that were produced by producers and that were subsequently sold by the traders to the consumers are not

² [1973] 1 Q.B. 233, [1973] 1 A11 E.R. 71




dangerous or detrimental when they are used or consumed by the end users. Laws such as Sale of Goods Act, 1957 (revised 1989), Hire Purchase Act (Amended), 1992, Contracts Act, 1950, Weights and Measures Act, 1972, Control of Supplies Act, 1961 (revised 1973) and Trade Description Act, 1972 are some of the examples of statutes that were enacted for the purpose of consumer protection.

The purpose of parliament in enacting these laws are as follows:

- [a] In Sale of Goods Act - this law is enacted to regulate the sale of goods to consumers;
- [b] In Hire Purchase Act - this law is enacted to give sufficient protection to the hirer as well as body hiring the items or products hired to the hirer;
- [c] In Contracts Act - since most if not all of the items bought by the consumer involve some form of contact this law is enacted to protect both parties to the contract;
- [d] In Weights and Measures Act - this law is enacted to protect consumers from unscrupulous traders that tamper with the weighing machines when selling items that can be weights such as sugar or flour just to mention a few; and
- [e] In Control of Supplies Act - this law is enacted for the main purpose of hindering unscrupulous traders and shopkeepers from harbouring essential items with the hope to reap a higher price. Here the classic example is, if you can recall several years ago, there were traders that purposely hide or harbour items such as sugar, rice and flour with the hope that they will be able to sell these items at a much higher price especially during festive season.

Above are some of the examples of statutes and legislations that have been enacted by the Malaysian Parliament in an effort to protect the consumers. The list of statutes that provide consumer protection is not exhaustive and will be dealt with in future discussions. In Malaysia, the Government has established a separate ministry in order to monitor consumer grievances apart from non-governmental organizations (NGO) such as FOMCA and CAP just to name a few. The ministry that is responsible for consumer protection is Ministry of Domestic Trade and Consumer Affairs. In order to strengthen the monitoring process by the Ministry, a body known as the National Council for Consumer Protection or "Majlis Perlindungan Pengguna Kebangsaan" which developed the National Consumer Policy or "Dasar Pengguna Negara"³.

³ Booklet published by the Ministry of Domestic Trade and Consumer Affairs.



With the coming into effect the Consumer Protection Act, 1999 a advisory body known as National Consumer Advisory Council or "Majlis Penasihat Pengguna Negara" was established to carry on the functions of the National Council for Consumer Protection.

Apart from the basic consumer rights that were laid down by President Kennedy in 1962, a few more basic rights have been added into the list. They are:-

- [a] Right to enjoy basic needs;
- [b] Right to safety;
- [c] Right to obtain information;
- [d] Right to choose;
- [e] Right to express opinion;
- [f] Right to obtain compensation;
- [g] Right to consumer education; and
- [h] Right to a safe and healthy environment.

Due to constraint of time and space, the above rights of consumers will be discussed further at a later date. One of the important protection that is available to the aggrieved consumer is the establishment of the Consumers Claim Tribunal⁴. It is an independent body established under the Consumer Protection Act 1999 to hear and dispose claims by consumers for compensation against traders, suppliers and vendors for defective goods sold or unsatisfactory service provided. The objective of the establishment of this tribunal is to provide an alternative source of redress available to the aggrieved consumer. The jurisdiction of this tribunal is for claims not more than RM10,000-00.

Another consumer tribunal that has made the newspaper headlines in the past few weeks is the Tribunal For Homebuyer Claims. I am sure most of us have read the decision of the Court of Appeal reversing the decision made by the High Court in Kuala Lumpur and confirming the award made by the tribunal. This tribunal was established under the amended Housing Development (Control and Licensing) Act 1966. The gist of the Court of Appeal decision is the tribunal has the jurisdiction to entertain claims from house buyers prior to December 1st, 2002.

4 A booklet entitled "Maklumat-maklumat Mengenai Tribunal Tuntutan Pengguna", published by Bahagian Hal Ehwal Pengguna.



CONCLUSION

The topic of consumer protection has also been discussed by various organizations. Among them are:

[a] The Commission Decision relating to the setting up of a Consumers' Consultative Committee, European Economic Community (EEC), Brussels, September 25, 1973;

[b] The Council Resolution on a Preliminary Programme of the EEC for a Consumer Protection and Information Policy, European Economic Community (EEC), Brussels, April 14, 1975;

[c] Recommendation and Explanatory Memorandum on the Legal Protection of the Collective Interests of Consumers by Consumer Agencies, Council of Europe, Strasbourg, January 23, 1982;

[d] Council Resolution on a Second Programme of the EEC for a Consumer Protection and Information Policy, European Economic Community (EEC), Brussels, May 19, 1981;

[e] Guidelines for Consumer Protection, United Nations General Assembly, New York, April 9, 1985; and

[f] Council Resolution on the Integration of Consumer Policy in the other Community Policies, European Economic Community (EEC), Brussels, December 15, 1986 (Anwar Fazal & Rajeswari Kanniah 1990: 71-72).

Those are some of the initiatives taken by the relevant bodies in the area of consumer protection. Consumer protection has become an important area in law and is fast developing. Consumer education and awareness is continuously being given by the relevant authorities and non-governmental organizations to make consumers in Malaysia aware of their rights. This will put the vendors and service providers on their toes when providing products and services to the end-users.

BIBLIOGRAPHY

- A Concise Dictionary of Law. 1991. Second Edition. Oxford University Press.
- Anwar Fazal & Rajeswari Kanniah. 1990. *Consumer Protection: A Resource Handbook*. International Organization of Consumer Unions. June.
- Brian W. Harvey & Deborah L. Parry. 1996. *The Law of Consumer Protection and Fair Trading*. Butterworths.
- Devlin. "The Common Law, Public Policy and the Executive" Presidential Address to the Bentham Club (1956) Current Legal Problems.
- Kennedy's message to Congress on protecting the consumer interest in The New York Times. 1962. 16th March. New York.
- Stanley Morganstern. 1978. *Legal Protection For The Consumer*. 2nd Edition. Oceana Publications Inc.
- Sir Gordon Borrie, Stevens & Sons. 1984. *The Development Of Consumer Law And Policy* Bold Spirits And Timorous Souls. London.
- Trebilcock. *Consumer Protection in the Affluent Society*. 16 McGill LJ.
- "Maklumat-maklumat Mengenai Tribunal Tuntutan Pengguna". Booklet Published by Bahagian Hal Ehwal Pengguna.
- "Dasar Pengguna Negara". Booklet published by the Ministry of Domestic Trade and Consumer Affairs.

الرسالة.

14- الموسوعة العربية الميسرة. 1999م. ط2. ج10. الرياض: مؤسسة أعمال

الموسوعة.

15- وجدي، محمد فريد. دائرة معارف القرن العشرين. ج4. بيروت: دار

الفكر.

16- www.qaradawi.com (بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/٣٠، ص ١)

17- www.abchomeopathy.com www.geocities.com

18- www.content.health.msn.com

19- www.thraoouba.com

20- www.alternativeDr.com

21- www.islamset.com

22- www.harmonisers.net

مراجع البحث

- 1- ابن منظور، محمد بن مكرم. لسان العرب. ج14. بيروت: دار صادر.
- 2- الرازي، محمد عبد القادر. د.ت. مختار الصحاح. البراعم للإنتاج الثقافي.
- 3- مجمع اللغة العربية. 1990م. المعجم الوجيز. القاهرة.
- 4- الأشقر، محمد سليمان. 2001م. أبحاث اجتهادية في الفقه الطيبي. بيروت.
- 5- ابن عابدين، محمد أمين عابدين. 1998م. رد المختار على الدر المختار. ج1. بيروت: دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي.
- 6- الزحيلي، وهبة. 1989م. الفقه الإسلامي وأدلته. ط3. ج3. دمشق: دار الفكر.
- 7- ابن عبد السلام، عز الدين. 1990م. قواعد الأحكام في مصالح الأنام. ج1. بيروت: مؤسسة الريان.
- 8- أبو سليمان، عبد الوهاب. 1997م. فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة. جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب والبنك الإسلامي للتنمية.
- 9- صلاواتي، ياسين. د.ت. الموسوعة العربية الميسرة والموسعة. ج1. بيروت.
- 10- الأنصاري، أبو يحيى زكريا. 1994م. فتح الوهاب. ج1. بيروت: دار الفكر.
- 11- الزرقا، مصطفى. 1999م. فتاوى مصطفى الزرقا. جمعها: مجد أحمد مكي. تقديم يوسف القرضاوي. دمشق: دار القلم.
- 12- الندوة الفقهية الطبية التاسعة. مدينة الدار البيضاء. المغرب. 8-11 صفر 1418هـ الموافق 14-17 يونيو 1997م.
- 13- زيدان، عبد الكريم. 1986م. مجموعة بحوث فقهية. بيروت: مؤسسة

وقد خلُصت هذه الدراسة في هذا المقام إلى اعتبار أن البدائل الشمولية الثلاثة المدروسة وهي "العلاج المثلي" و"علاج" الوخز بالإبر" والمعالجة بـ"ذبذبة الألوان" كلها أفضل من علاج "الطب الغربي الحديث"، لأنها تفادت سلبياته في استعمال المواد المخدرة والسامة والنجسة في تركيبة دوائها. إلا أن تلك المدارس بدورها قد تفاوتت في مراعاة الجانب الأخلاقي نظرا لاختلاف بيئاتها وثقافات أصحابها، حيث اكتفت طريقة "العلاج المثلي" بتجنب المواد المضرة في تصنيع دوائها لكنها ظلت دائبة على استعمالها لبعض المواد المحرمة في الشريعة الإسلامية. في حين استطاعت المدرستان الأخريان تفادي تلك المحرمات بالكلية، فهي أولى بالاستعمال من سابقتها بالتأكيد، إلا أن مدرسة "الوخز بالإبر" على نجاحاتها الميدانية، فهي ليست في متناول غير أصحاب الثقافة الصينية ليتعمقوا فيها، لارتباطها بفلسفة الشعب الصيني وتاريخه، مما يجعل استفادة المسلمين منها قاصرة على المرضى دون الأصحاء ممن يريدون التخصص فيها، لتقديم خدماتهم لإخوانهم.

وبالتالي يجعل أفق هذا البديل أيضا محدودا واقعيا بخصوص المسلمين بالذات. بخلاف مدرسة المعالجة بـ"ذبذبة الألوان" فهي إسلامية في أصولها ونهجها وغاياتها، وبالتالي فهي أولى بالاستعمال. وإن كانت هذه الطريقة بدورها لم تخل تماما من العيوب الإجرائية في مسار معالجتها لا في صفة الدواء ذاته. وهو نقيصة جد خفيفة مقارنة بغيرها، ولا تقوم مبررا لهذا البديل الإسلامي بكليته. والله أعلم.

خاتمة

لقد تبين من خلال هذه الدراسة أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد تدارسوا منذ القدم مسألة الدواء المتضمن لمواد محرمة، واتجه أغلبهم إلى القول بجواز تناول ذلك الدواء للضرورة بشروط تتمحور حول تخفيف تأثير تلك المواد في مجمل الوصفة الدوائية، بما يضمن استحالتها فيه أو ما يقاربها. باستثناء الخمر فهناك إجماع على منع استعمالها دواء. كما كان رأي المعاصرين قريبا من ذلك في تقريرهم لنفس الحكم، إلا أن تكييفهم الفقهي للمسألة سار في اتجاهين مختلفين، أحدهما يبيح حكم الجواز على مفهوم الضرورة استثناءً، والآخر ينوطه بتحقق وصف الاستحالة الذي يحيل المسألة إلى حكم الجواز أصالةً، وبالتالي لا يلجأ إلى تحديد شروط ولا يستند إلى ضرورة.

ومن ثم يتبين أن فقهاءنا قد تركزت أنظارهم على تبرير ما يواجه المكلفين في حياتهم، ولم يعيروا اهتماما إلى مستجدات الساحة العلاجية التي ظهرت فيها مدارس جديدة تختلف بأقدار متفاوتة عن مدرسة الطب الغربي الحديث التي جاءت تقاريرتُ فقهاً لتكثيف نتائجها. خاصة وأن تلك المدارس قد ظهرت لتجاوز عيوب الطب الغربي ونتاجه الدوائي ولتكون له بديلا، مما يعني أن نجاح تلك العلاجات البديلة سيؤثر بالتأكيد في تكييف المسألة فقهاً وفي طرق الاستدلال المنتهجة فيها. فالناظر في تلك البدائل العلاجية يتبين له أن عنصري الضرورة والاستحالة قد انزاحا جزئيا في بعض تلك البدائل وكليا في بعضها الآخر. ومن ثم فقد كان من الحكمة أن يتدارسوا هذه المسألة من منظورها الجديد، فيفحصوها من جميع جوانبها ليوجها أنظار عامة المسلمين إلى ما هو أصح لهم. وإن اقتضى الأمر لفت انتباه أولى الأمر إلى رعاية تلك البدائل ودعمها وتوفير شروط نجاحها، لما فيها من فائدة تعود على عامة المسلمين في نفوسهم ونسلهم وأمورهم.

فيها انطلاقاً من الإيمان بأن أنجع طريقة علاجية تتمثل في استخدام الذبذبات الطبيعية للألوان المستخلصة من الزهور، والهادفة إلى تحقيق التوافق والتوازن بين العناصر الأربعة: الروحية والعقلية والعاطفية والمادية في جسم الإنسان⁴¹. كما تمتاز أدوية هذه المدرسة العلاجية الجديدة بخلوها من آثار الإدمان ومواد التصبير والأملاح والملونات والنكهة والمستخلصات الحيوانية.

ولكن سلبية هذا العلاج تتمثل في ضرورة توخي الدقة والتركيز خلال فحص المريض، بغية تحديد نوع المرض ومكانه وأسبابه. وذلك مما يصعب على ممارسيه، نظراً لحدائثة هذه المدرسة وضعف خبرة مزاوليها.

ونظراً لكون هذا العلاج مؤسساً على خلفية إسلامية في منطلقاته العقديّة، ويراعي ضوابط الشريعة الإسلامية في طريقة علاجه ومكونات أدويته. فضلاً عن جدواه واقعيًا، فهو بالتأكيد الأنسب لحاجات الناس عموماً والمسلمين منهم خصوصاً. فاستعماله لا إشكال فيه من جميع الجوانب بالنسبة لمستعمله، ومن ثم فإن تناول أدويته ليس من شأنها أن تثير لدى فقهاء الشريعة الإسلامية خلال تكييفها الفقهي الالتجاء إلى مفهوم الضرورة الشرعية لعدم الحاجة إليه، ولا البحث في إمكانية استحالة المواد المحرمة أو عدمه، لعدم وجودها واقعيًا.

وروسيا وماليزيا بأسماء مختلفة، ولها وسائل علاجية مختلفة أهمها وأفضلها - في رأي أنصارها - هي طريقة الاستحمام بالثلج واستعمال الورود للاستفادة من الطاقة التي تنطوي عليها، بغرض تزويد جسم المريض بتلك الطاقة لتعويضه عن النسبة التي فقدتها جسمه من طاقته الطبيعية. كما تؤمن هذه الطريقة العلاجية بأن كل جسم مادي أو معنوي موجود على الأرض تحيط به من جميع جهاته طاقة (Aura)³⁸ لا يمكن رؤيتها بالعين المجردة، وإنما يمكن كشفها وتصويرها بعدسة تقنية متطورة.

وهذه الطاقة الخاصة لجسم الإنسان كلما أصابها خلل وتغيرت في شاكلتها الأصلية كان صاحبها عرضة للإصابة بالأمراض. كما يعتقد أنصار هذه المدرسة أن من المخاطر المهددة لسلامة تلك الطاقة هي وسائل الإضاءة الصناعية الحديثة كالفوانيس والتلفاز والحواسيب. لذلك فهم يعتقدون أنها تكون عند الصغير مكتملة لقلة تعرضه لتلك الوسائل ثم يتسرب لها الخلل كلما كبر صاحبها وكثر تعرضه للأضواء الصناعية، ومن ثم يكثر تعرضه للأمراض³⁹. والأدوية المستعملة في هذه الطريقة هي في البلدان الغربية قريبة من طريقة العلاج المثلي⁴⁰، فهي خالية من الآثار الجانبية. إلا أنها لا تناسب المسلمين لاشتمال بعضها على مواد محرمة.

ولتجنب تلك السلبية فقد تأسست مدرسة جديدة في ماليزيا تقوم على نفس المنطلقات، إلا أنها تستحضر تعاليم العقيدة الإسلامية، فتقيم تجاربها على أساسها، كما أنها لا تستعمل في مواد اختباراتها وأدويتها المستحضرة لعلاج المرضى غير المواد الطبيعية الشرعية وخاصة منها الأزهار. وتقوم عملية استخلاص الأدوية

38 www.thraoouba.com

39 لذلك فإنه بإمكان الصغير فيما دون الخمس سنوات أن يرى هذه الطاقة بعينه المجردة، بخلاف الكبير

فإنه يحتاج لتدريبات بصرية معينة ليتمكن من رؤية طاقة أي جسم.

40 ليس بين الطريقتين إلا إثنتين وأربعين فارقا (42).

ويعتمد الفحص في هذا العلاج عادة على استخدام إبر رقيقة جدا توخز في جلد المريض (needles) في مواضع محددة من الجسم لإثارة طاقة "تشي" حتى تواصل انطلاقها في التدفق عبر مساراتها. بينما تستعمل الطريقة غير التقليدية لهذا العلاج وسائل الصعق والضغط الكهربائي الخفيف لإثارة طاقة "تشي" للانسياب³⁶. ومما تتميز به هذه المدرسة العريقة أنها تعتمد في دوائها على الأعشاب الطبيعية، دون أن تمزجها بمواد دخيلة أو مستحضرات كيميائية، فهي خالية تماما من المواد المخدرة والسموم. وتكتفي فقط بتحويل الأعشاب الطبيعية من هيئتها الخلقية إلى مسحوقات لتسهيل حفظها واستعمالها عند الحاجة.

وقد أثبتت هذه الطريقة العلاجية نجاحها عمليا، مع خلوها من الآثار السلبية الجانبية. ومن ثم فإنه لا إشكال فيها من الناحية الشرعية طالما أنها تستعمل الإبر والأدوية النباتية الطبيعية. ولكن مشكلتها تتمثل في ارتكازها على طاقة "تشي" المعنوية التي لا يمكن ضبطها وتفسير حقيقتها علميا. وهذا مما يجعل من الصعب على غير أصحاب الثقافة الصينية التعمق فيها³⁷ والاستفادة منها بغرض التخصص فيها، وإن كان ذلك لا يمنع المسلمين من الاستفادة من خدماتها الصحية خاصة إذا كان المشرف عليها مسلما.

3- المعالجة بذبذبة الألوان (COLOUR VIBRATION THERAPY)

هذه مدرسة علاجية جديدة متواجدة في بعض البلدان كالولايات المتحدة وألمانيا

36 www.content.health.msn.com

37 ولذلك فقد لجأ بعض الباحثين والدارسين الأمريكيين الذين درسوا هذا العلاج ووقفوا على مدى فاعليته، إلى محاولة تفسير طاقة "تشي" بطريقة حسية بيولوجية وفق طريقة البحث العلمي التجريبي لينسجم ذلك مع ثقافتهم التي لا تسمح بتقبل شيء لا يقبل التفسير والتحليل التجريبي.

- كما أن لهذا العلاج سلبية إضافية بالنسبة للمسلمين، فبعض أدويته تشتمل على مواد محرمة في الشريعة الإسلامية كالخمور والطحالب والفطريات وغيرها من النباتات غير المخدرة والمسمومة.

2- علاج الوخز بالإبر (ACUPUNCTURE)

علاج الوخز بالإبر هو من أقدم وأشهر أنواع العلاج التقليدي الشرقي، ويُعرف أيضا باسم "العلاج الصيني". فقد تواصل وجوده وتطوره لمدة ثلاثة آلاف عام (3000 سنة) متواصلة بدون انقطاع. وتزاوله الآن مدرستان: المدرسة التقليدية (Traditional Acupuncture) التي تعتمد على نظرية وخبرة ودراسات الطب الصيني التقليدي، وهي متواجدة في مختلف أنحاء العالم. والمدرسة الحديثة التي يسميها البعض بالطريقة العلمية للوخز بالإبر (Scientific Acupuncture)، وهي تعتمد كليا على خبرة ومعارف الطب الحديث. ولا توجد بكثرة إلا في اليابان، ويمارسها قلة من الأطباء في الولايات المتحدة الأمريكية إلى جانب اختصاصهم في علاج الطب الغربي الحديث³⁵.

ويُستعمل علاج الوخز بالإبر غالبا لإزالة الأوجاع من أعضاء الجسم، وهو ينطلق من نظرية تقول أن الجسم فيه طاقة تُسمى "تشِي" chi "أو" كي" qi " تنساب في مختلف أجزاء الجسم، ولها مساراتها الخاصة. فإذا تعطلت حركة هذه الطاقة بسبب انسداد أو فقدان التوازن في أي نقطة من مساراتها (meridians)، فإن ذلك ينعكس على أعضاء الجسم بالمرض. ومن ثم فإن خبراء العلاج الصيني التقليدي يعتقدون أن شفاء الجسم وضمأن صحته لا يتحقق إلا بهذا العلاج الذي يفسح الطريق أمام طاقة "تشِي" لتنساب وتسترجع توازنها.

لأي أعراض جانبية.

- هذا العلاج طبيعي وأدويته تتكون من مواد طبيعية.

- هذا العلاج متآلف مع جهاز مناعة الجسم، بخلاف لبعض أدوية الطب الغربي فهي تخمد فاعلية نظام المناعة. (فأدوية السعال مثلا تُضعف فاعلية السعال الذي يستفيد منه البدن في تطهير الرئتين).

- أدوية هذا العلاج لا تؤدي إلى الإدمان، فبمجرد الشعور بالارتياح، لا بد من التوقف عن تناوله. أما في حالة عدم الشعور بالارتياح فعلى المريض أن ينتبه إلى أنه أخطأ في استعمال الدواء.

- هذا العلاج جذري، يعالج كل الأعراض معا، بما يعني أنه يستهدف مصدر المرض لا أعراضه. وهذا يعني غالباً أن الأعراض التي يواجهها هذا العلاج مرة لا يتكرر ظهورها.

ب- سليات هذا العلاج

سليات هذا الدواء محدودة جدا ويمكن حصرها في ثلاث مسائل:

- عملية الفحص وتحديد الدواء المناسب في هذا العلاج تتطلب وقتاً أطول واحتمالاً أكثر مقارنة بعلاج الطب الحديث. لأن الأدوية نسبية بحسب كل حالة مرضية وموضعها وأسبابها، وبحسب نوع الألم والأعراض الناتجة، وغيرها من الأسباب، فلا يوجد دواء ثابت مخصص لكل مرض بعينه. فالأدوية متوفرة ولكنها تحتاج إلى جهد ووقت وصبر لتحديد ما يناسب حالة المريض في حد ذاته.

- قد تتسبب طريقة رصف هذه الأدوية الخالصة في صيدلية متوسطة الحجم في مشاكل عملية، فإذا كان الدواء المطلوب ليس واحداً من ثلاثين دواء شائع الاستعمال، فإنه يصعب الحصول عليه.

شمولية، تضمن توفير أدوية لمختلف الأمراض التي تصيب الإنسان. ولعل من أهمها:

1- العلاج المثلي (HOMEOPATHY)

هذه أكبر مدرسة بديلة وأكثرها شيوعاً في العالم³³ بعد المدرسة الأصلية. وقد جاءت أساساً لتجنب لمخلفات الجانبية لأدوية المركبات الكيماوية. وهي عبارة عن "نظام دوائي يقوم على ثلاثة مبادئ هي:

-المثيل يعالج مثيله (like cures like): فمثلاً إذا كانت أعراض زكامك

مماثلة لحالة التسمم بالزئبق (mercury)، إذن فالزئبق هو دواؤك المناسب.

-أقل كمية من الدواء (Minimal Dose): تخفيف الدواء إلى أقصى حد،

فالجزء الواحد من الدواء يقابله قرابة البليار 1000000000000 جزء من

الماء.

-أحادية العلاج (The Single Remedy): لا يهم تعدد الأعراض المصاحبة

للمرض، فعلاج واحد يستعمل لها ليكون صالحاً لكل تلك الأعراض³⁴.

أ- إيجابيات هذا العلاج

يعتبر أنصار هذه المدرسة أن علاجها ناجح للعوامل التالية:

- أنه قد أثبت فاعليته، فعند استعمال الدواء المناسب تظهر نتائجه بسرعة مع

تحقيقها نجاحاً تاماً ودائماً.

- هذا العلاج صحي تماماً فحتى الرضع والحوامل يمكنهم استعماله دون مواجهة

مخاطر الأضرار الجانبية. كما بالإمكان استعماله بالتزامن مع دواء آخر دون توقع

³³ نسبة التقدم في شعبية هذا النوع من العلاج في الولايات المتحدة الأمريكية تراوحت بين 25 إلى 50% في

العام خلال العقد السابق، انظر: www.abchomeopathy.com

³⁴ المصدر السابق.

سابقا حتى لظهور مدرسة الطب الغربي الحديث نفسها، وإنما إفراط هذه المدرسة المهيمنة على أسواق الأدوية العالمية في اعتماد العناصر الكيماوية وتجاهلها لغير الجوانب الحسية في كيان الإنسان، كان دافعا مهماً للكثيرين للبحث عن بدائل أخرى تتجاوز سليات المدرسة الغربية.

فقد جاء في دائرة معارف القرن العشرين: قال طبيب العرب الحرث بن كندة: دافع الدواء ما وجدت مدفعا ولا تشتته إلا من ضرورة فإنه لا يصلح شيئا إلا أفسد. هذه كلمة قالها رجل من صميم العرب كان عائشا في القرن الأول من الإسلام ولم يظهر صدقها في أوروبا إلا في القرن التاسع عشر حيث نبغ الأطباء الطبيعيون فقرروا أو العلاجات أكثرها سام جالب لأعراض عضالة إلا ما كان منها نباتيا خاليا من الجواهر السامة...³². لذلك فإن ظهور المدارس العلاجية البديلة في هذا العصر لم يكن إلا استجابة لتلك الدعوات الملحة وتحقيقا لحلم الخلاص من سليات الأدوية الكيماوية المركبة المتعارفة بين الناس.

والحقيقة أن تلك المدارس البديلة كثيرة جدا يوصلها البعض إلى ست وستين بديلا وبعضهم أكثر وبعضهم أقل. ولكن الأکید أن تلك المدارس أغلبها جزئي جاء لمعالجة بعض الأمراض دون بعض، وليس إلا عددا قليلا جدا منها

³² ثم يستورد المصنف في عرض البديل بقوله: "وأما العلاج كل العلاج في نظرهم فهو الاستفادة من قوى الطبيعة من نور وماء وهواء وحمية. وحتهم في ذلك أن المريض بعضو من أعضائه لم يصبه المرض في ذلك العضو إلا بفساد طبيعته بمعاصاته لقوانين الطبيعة العامة، فعلاجه أن يعود للخضوع لتلك القوانين نفسها لأن يعالج ذلك العضو المريض على حدته، فإنه إن عاجله على انفراده بالجواهر التي تؤثر عليه على حدته لم يتوصل إلى ذلك إلا بإعطاء المصاب من الجواهر ما يكفي لإتلاف أعضاء أخرى في بدنه، فيكون أراد أن يصلح شيئا فأفسد أشياء" انظر وجدي . محمد فريد. دائرة معارف القرن العشرين. ج4. بيروت: دار الفكر: ص 95-94.

سيؤدي إلى تعطيل مسار العلم ونسق تطوره ويعرقل مسيرته الموفقة³⁰، وبالتالي يحرم الإنسانية من الاستفادة من نتائجه في المستقبل.

وقد ظهرت آثار سلبية كثيرة في مجال الطب وتصنيع الأدوية تتعارض مع مبادئ الإسلام الأخلاقية وأحكامه الشرعية، مثل حبس منع الحمل التي هي في متناول عامة الناس يستعملونها بلا ضوابط أخلاقية، والأدوية المخدرة المصنعة لتصبير المدمنين على المخدرات، المستعملة لتلبية رغبات من لا يرغبون في حلول علاجية جذرية لحالاتهم وغيرها. فضلا عن المكونات المحرمة التي تشتمل عليها بعض الأدوية أو المواد المستخرجة منها دون استحالة، مثل الفطريات والعفن والحيوانات والدماء والجراثيم والجينات³¹.

3- المدارس العلاجية البديلة

يبدو أن قضية التوجس من استعمال الأدوية غير الطبيعية ظاهرة قديمة، تعبر عن مدى تخوف الناس من تناول الأدوية المركبة التي فارقت صفاتها الطبيعية التي وجدت عليها حال الانفراد، وتبرر سعي بعض الحكماء منهم إلى تجنبها وتوجيه أنظارهم إلى غيرها من البدائل الأخرى التي تضمن لهم تفادي مخاطرها ومخلفاتها. وقد كان ذلك

³⁰ جاء في رد الشيخ يوسف القرضاوي على أحد المستفتين في مسألة الاستنساخ قوله: "العلم في الإسلام مثله مثل العمل، والاقتصاد والسياسة والحرب، كلها يجب أن تتقيد بقيم الدين والأخلاق، ولا يقبل الإسلام فكرة الفصل بين هذه الأمور وبين الدين والأخلاق، كأن يقول قائلون: دعوا العلم حراً، ودعوا الاقتصاد حراً، ودعوا السياسة حرة، ودعوا الحرب حرة، ولا تدخلوا الدين أو الأخلاق في هذه الأمور فتضيقوا عليها، وتمنعوها من النمو والانطلاق وسرعة الحركة" انظر: www.qaradawi بتاريخ: 30/12/2002 ص 1.

³¹ تقوم الصناعات الصيدلانية بإنتاج الأدوية المركبة كيميائياً بصورة أساسية، وكذلك تقوم بإنتاج بعض الأدوية المستخرجة من النباتات والفطريات والعفن والحيوانات والمعادن والجراثيم والجينات. انظر: الموسوعة العربية الميسرة. ج 10: ص 422.

قضية معروفة لا تخفى على أحد، ولا ينكرها الأطباء والصيدلة المزاوون لها، ولكنها عندهم من باب الشر الذي لا بد منه. " وهذه الآثار الضارة تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

- الآثار الجانبية: تسبب كل الأدوية آثارا جانبية. ويستطيع الأطباء توقعها وإخبار المريض بها. وهي في معظم الأحوال آثار طفيفة لا تمنع استعمال الأدوية.

- آثار فرط الحساسية: وتسمى بالآثار "الأرجية" أو الآثار الناتجة عن الحساسية، وتحدث فقط عند بعض المرضى ذوي الحساسية لدواء بعينه. وقد تكون آثارا بسيطة أو شديدة. فمثلا نلاحظ عدم استطاعة بعض الناس تعاطي "الأسبرين" أو "البنسلين" نتيجة لحساسيتهم المفرطة لهذين العقارين.

- الآثار السامة للدواء: يظهر بعض التسمم به -أي بعد تعاطي جرعات كبيرة جدا منه- ويمكن أن تؤدي إلى إتلاف خلايا الجسم وقتل الإنسان. فلكل دواء آثار سامة بسيطة، ولكنها تظهر بصورة خطيرة عند تعاطي جرعات كبيرة.

بالإضافة إلى ذلك فإن التعاطي المستمر للأدوية المتضمنة للكحول والمخدرات وبعض العقاقير الأخرى يؤدي إلى حالة الإدمان²⁹.

ب- الآثار الأخلاقية لمدرسة الطب الغربي الحديث:

نظرا لطبيعة هذه المدرسة الأمريكية القائمة على أسس ومنطلقات علمانية خالية من أي مرجعية دينية أو أخلاقية، فقد كانت السمة الغالبة على الباحثين والمتخصصين فيها عدم الاهتمام بالجوانب الأخلاقية، ومبرر ذلك عندهم أن الالتزام بالأخلاقيات

²⁹ الموسوعة العربية الميسرة. 1999م. ط2. ج10. الرياض: مؤسسة أعمال الموسوعة: ص 421-

422. (بتصرف).

الآلام والدماء والقيء وغيرها²⁷.

وقد تحقق لأولئك هدفهم المنشود في تخليص المرضى من آلامهم الآنية. ولكن ذلك ترتب عنه التفريط في الجانبين الصحي المتمثل في مخلفات أدويتهم الجانبية السلبية، والأخلاقي المتمثل في التعاليم والمبادئ الدينية.

والسمة الأساسية التي تميز هذه المدرسة عن غيرها هي ارتهاؤها بالتجارب الحسية الأميركية وعدم الاعتراف بالمصادر المعرفية الأخرى في التعامل مع المرضى وفي تصنيع الأدوية. ومن ثم فهي تتعامل مع المريض باعتباره جسما فقط ليست له أبعاد روحية أو غيرها من التأثيرات الباطنية الخفية. لذلك فإن هذه المدرسة لا توجه علاجها ودواءها إلا إلى العضو المريض مباشرة، بعد التشخيص الحسي المباشر، دون الالتفات إلى احتمال وجود مؤثرات وارتباطات أخرى تأثر بها ذلك العضو المريض في الظاهر²⁸.

أ- الآثار السلبية لمدرسة الطب الغربي الحديث:

قضية الآثار السلبية لهذه المدرسة العملاقة تظهر خاصة في نتائج الأدوية الكيماوية التي تعتمد عليها فيما يُعرف بالآثار السلبية أو المخلفات الجانبية لأدويتها، وهي

²⁷ كما كان لمخلفات صراع الكنيسة الغربية مع العلم والعلماء آثار واضحة في ذلك أيضا، تمثل في تمرد العلماء بعد انتصارهم على الكنيسة على مختلف التعاليم الدينية والمبادئ الأخلاقية، ومن ثم لم يروا بأسا في استعمال مختلف المواد النجسة والمسكرة والمخدرة والسامة في تركيبة أدويتهم طالما أنها تحقق غرضهم في تخليص المريض من آلامه الآنية، بقطع النظر عن مخلفاتها السلبية في المستقبل.

²⁸ مرت هذه المدرسة بثلاث مراحل تعتبر منعرجات مهمة في تاريخها وهي: أولا: اكتشاف الجراحة واستخدامها، ثانيا: اكتشاف المضادات الحيوية، ثالثا: اكتشاف تأثير العقل على الجسم. وهذا المنعرج الأخير، مع خطورته باعتباره يمثل ثورة على خلفية المدرسة دائما، فإن تأثيره ظل محدودا، لجدته، ولا استمرار المدرسة في ارتهاؤها بطرق ووسائل ونتائج التجارب الحسية الأميركية.

وستعمل هذه الدراسة في هذا المبحث على التطرق بإيجاز لهذه المدارس الثلاث، قصد التعريف بها وبيان أهم مبادئها والأسس التي قامت عليها. ولكن حقيقة هذه المدارس الثلاث وما تتميز به لا تظهر إلا من خلال مقارنتها بمدرسة الطب الغربي الحديث ذاتها التي جاءت أساسا لتكون بديلا عنها. ومن ثم لم يكن بد من التطرق لمدرسة الطب الغربي الحديث أولا، مع أنها ليست بديلا، بل هي المدرسة الأصلية، والمدارس الأخرى ظهرت لتتجاوز سلبياتها.

2- علاج الطب الغربي الحديث (ALLOPATHIC)

وهي المدرسة الأصلية التي توفر مختلف أنواع الأدوية المعتمدة على التركيبة الكيميائية للمواد المصنعة والتي تملأ صيدليات مختلف بلدان العالم. وعمر هذه المدرسة ثلاثة قرون. ظهرت في أوروبا انطلاقا من مبدئها القائل بوجوب إنقاذ المريض من الآلام التي يعانيتها في أسرع وقت ممكن وبأي طريقة ممكنة، ولو كان في الطرق المعتمدة في تحقيق هذا الغرض بعض المضار الجانبية الأخرى الأقل خطورة من المرض الأصلي. فهذه المدرسة تقوم أساسا على مبدأ الرأفة بالمريض وعدم السماح برؤيته يتألم.

وهذه في الحقيقة كانت ردة فعل ضد الطرق الخشنة التي كانت مستعملة في أوروبا في التعامل مع المرضى، والتي كانت، بسبب خشونة الطبع الأوروبي في تلك الأزمان وضعف الوسائل العلاجية في بدايات مرحلة النهضة الأوروبية، لا ترى غضاضة في ترك المريض يتألم لبعض الوقت إذا كان الألم مؤقتا دون التعجيل في البحث عن حل آني، وفي استعمال وسائل الكي بالنار والجراحة التقليدية دون تخدير للمريض وغيرها من الطرق والوسائل التي لم يحتملها بعض الأطباء والباحثين، فعملوا على استكشاف طرق ووسائل جديدة تخلص المرضى من مختلف مظاهر

فالاتجاه الغالب -إذن- لدى فقهاءنا قد استغرقهم واقع الناس -بما فيه من هنات هم يدركونها تمام الإدراك-، فاهتمكوا في ملاحقة القضايا والنوازل على ما هي عليه في واقع الحال، دون الانتباه إلى ضرورة البحث عن حلول جذرية كفيلة بتخليص الناس من المشكلة في أساسها، بما يُعفيهم هم أنفسهم كفقهاء من الالتجاء إلى المسالك الاستدلالية القائمة على الاستثناء الظرفي، وبالتالي العمل على إنقاذ الناس في الواقع من مخاطر استعمال الأدوية المتضمنة لمواد محرمة قد تكون خطيرة، وإنقاذ الحركة الفقهية المعاصرة ذاتها مما تردت فيه -بسبب تخلف المسلمين في جميع الميادين ومنها الطب- من مجازاة الواقع التماسا للمصالح الجزئية الآنية، في ظل غياب عوامل تحقق المصالح الكلية الخالصة من المفاسد.

وقد كان جديرا بفقهاءنا المعاصرين -وكذلك المتخصصين في العلوم الطبية وولاية أمور المسلمين- أن يولوا اهتماما كبيرا لظاهرة نشوء المدارس العلاجية الجديدة التي تطرح نفسها بديلا عن مدرسة الطب الغربي الحديث، لمدارسها بمساعدة المتخصصين من الأطباء المسلمين المهتمين بهذه القضية وبعض المشاركين في تلك المدارس البديلة نفسها، قصد استصفاء ما هو أنسب منها لمصالح المسلمين ولا يتعارض مع المبادئ الإسلامية، للتعريف به وتشجيع أصحابه على تطويره في بلدان المسلمين وتوجيه المسلمين إليه استعاضة به عن استعمال الأدوية الكيماوية المتعارفة.

ولعل أهم تلك المدارس البديلة المعروفة إما عالميا أو قطريا هي:

- مدرسة العلاج المثلي

- مدرسة الوخز بالإبر

- مدرسة العلاج بذبذبة الألوان

تشتمل في تركيبها الكيماوية على مواد محرمة في الشريعة الإسلامية، مثل الكحول والخمور والمخدرات والنحاسات، التي لا تستحيل أحيانا إلى مواد أخرى في تركيبه الدواء الجمالية، بل تبقى فيه على هيئتها الأصلية.

ثانيا: الجانب الصحي المتمثل في المخلفات الجانبية السلبية التي تتركها بعض الأدوية في جسم الإنسان المستعمل لها، وهي متراوحة في خطورتها، وقد تتجاوز أحيانا مخاطر المرض الأصلي نفسه.

ومرد ذلك هو أن المدرسة الغربية الحديثة العاملة على توفير تلك الأدوية لها منطلقاتها الخاصة المناسبة للبيئة التي نشأت فيها، وهي بيئة مخالفة لبيئة الثقافة الإسلامية ومنطلقاتها المرتبطة بتعاليم الإسلام. وبما أن فقهاءنا مطالبون بالنظر في القضايا والنوازل التي تواجه المكلفين في حياتهم، لتقرير أحكامها الفقهية المناسبة لها. فإنه لا خيار لهم من مدارسها والاجتهاد في استنباط أحكامها وفق الظروف التي عليها واقع الحال. لأن هذا الواقع بما فيه من مظاهر انحراف لا يمكن تغييره في الحال، بل إن تعديله وإصلاحه يستغرق آمادا من الزمن، في حين أن مشاكل المكلفين وقضاياهم لا تحتمل الانتظار، بل لا بد من الفصل فيها بأسرع وقت على علاقتها، لتقريب سلوك المكلفين إلى مقاصد الشريعة الإسلامية ما أمكن، وإلا تنكروا لها بالكلية، وخاصة في المسائل المستعجلة كالمعلقة منها بأوضاعهم الصحية.

فلتلك الأسباب فإن فقهاءنا لم يكن لهم خيار عن مسامرة واقع المكلفين على ما هو عليه في انتهاجهم لمسالك اجتهاد يغلب عليها منحى الاستثناء المتمثل خاصة في مفهوم الضرورة، موازنةً منهم بين مقتضى الأصول والمبادئ الشرعية من ناحية²⁶، وبين متطلبات أوضاع الناس وظروفهم القاهرة من ناحية أخرى.

²⁶ وهي التردد في عوية المتعارفة في كتب أصول الفقه الإسلامي.

- الفقيه عبد الكريم زيدان:

من اختار هذا الاتجاه في الاجتهاد الفقهي الشيخ عبد الكريم زيدان، فقال بخصوص مسألة تناول الأدوية المشتملة على نسبة من الكحول بعد حديثه عن حالة الضرورة: "أما في غير حالة الضرورة، كأن يكون الاحتياج إليها قائما وإن لم يبلغ حد الضرورة فهل يجوز في هذه الحالة؟ الظاهر لي الجواز قياسا على ما قاله الفقهاء في استحالة النجاسة"²⁵

المبحث الثاني: البدائل العلاجية المتاحة

1- دواعي البحث عن البدائل

من خلال ما تم عرضه من نماذج فقهية جماعية وفردية، وطريقة الفقهاء في مداورة مسألة "الدواء الحاوي لمواد محرمة"، ومن خلال معاينة واقع المكلفين المعنيين بهذه المسألة العامة التي لا يكاد يسلم من تبعاتها إنسان على وجه الأرض، يتبين أن فقهاءنا قد عاجلوا المسألة كما هي عليه في واقع الناس الغالب على حياتهم، باعتبار أن المريض لا مناص له من اللجوء إلى الأدوية المتاحة في الصيدليات لمعالجة مرضه وتخفيف آلامه. ونظرا لكون مدرسة الطب الغربي الحديث (Allopathic) هي التي توفر جميع أصناف الأدوية للصيدليات في مختلف بلدان العالم، بما في ذلك بلدان العالم الإسلامي، فلا مفر إذن من استعمال هذا الدواء الذي تعارف عليه الناس وألفوه لعقود متطاولة، وأثبت نجاحا باهرا في تحقيق أغراضه، دون الالتفات إلى الجوانب السلبية المترتبة عن استعمال تلك الأدوية والتي يمكن حصرها في أمرين: أولا: الجانب الأخلاقي بالنسبة للمسلمين، والمتمثل في كون الكثير من تلك الأدوية

25 زيدان. عبد الكريم. 1986م. مجموعة بحوث فقهية. بيروت: مؤسسة الرسالة: ص 175.

ترددت كثيرا في الجواب لقوة الشبهة في الموضوع، ثم خطر لي أن أغتتم فرصة أسبوع الفقه الإسلامي، فأباحث فيه من يحضر هذا المؤتمر من فقهاء الشريعة في الإقليم الجنوبي مصر. وقد فعلت، فذاكرت عددا من كبارهم كالأستاذ محمد أبو زهرة والأستاذ الخفيف وعددا أيضا من علمائنا كالأستاذة الدواليبي والمنتصر الكتاني والمبارك في اجتماع مشترك. وبعد البحث والتمحيص اتفقت كلمتنا جميعا على عدم وجود مانع شرعي من تناول هذا العلاج وأمثاله. لأن الدم المحرم بنص القرآن إنما هو الدم المسفوح، وهذا لا يُقال له دم مسفوح، وإنما هو من عناصر غددية مستخرجة من الدم بطرق كيميائية تؤدي إلى تغير صفتها الدموية ينطبق عليه مبدأ الاستحالة²²

- الندوة الفقهية الطبية التاسعة:

جاء في الندوة الفقهية الطبية التاسعة التي كانت تحت عنوان "رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة"²³ أن:

- 1- المركبات الإضافية ذات المنشأ الحيواني المحرم أو النجس التي تتحقق فيها الاستحالة كما سبقت الإشارة إليها، تعتبر طاهرة حلال تناول في الغذاء والدواء.
- 2- المركبات الكيميائية المستخرجة من أصول نجسة أو محرمة كالدم المسفوح أو مياه المجاري والتي لم تتحقق فيها الاستحالة بالمصطلح المشار إليه، لا يجوز استخدامها في الغذاء والدواء لاحتوائها على الدم المسفوح الذي لم تتحقق فيه الاستحالة²⁴

²² فتاوى مصطفى الزرقا. ص 234.

²³ عُقدت هذه الندوة في مدينة الدار البيضاء المغربية في الفترة 8-11 صفر 1418هـ الموافق 14-17 يونيو

1997م.

²⁴ P.1-2.www.islamsat.com.

بشيء في هذا المقام الفقهي .

معنى الاستحالة

جاء في تعريف الندوة الفقهية الطبية التاسعة بالدار البيضاء للاستحالة بأنها "تغير حقيقة المادة النجسة أو المحرم تناولها وانقلاب عينها إلى مادة أخرى مباينة لها في الاسم والخصائص والصفات"، ويُعبر عنها في المصطلح العلمي الشائع بأنها: كل تفاعل كيميائي يحول المادة إلى مركب آخر، كتحويل الزيوت والشحوم على اختلاف مصادرها إلى صابون، وتحلل المادة إلى مكوناتها المختلفة، كتفكك الزيوت والدهون إلى حموض دسمة وجليسرين. وكما يحصل التفاعل الكيميائي بالقصد إليه بالوسائل العلمية الفنية يحصل أيضا - بصورة غير منظورة - في الصور التي أوردها الفقهاء على سبيل المثال: كالتخلل والديباغة¹⁹ والإحراق²⁰.

- مؤتمر أسبوع الفقه الإسلامي:

وقد تدارس فيه جمع من الفقهاء استفتاء سيدة سورية عن حكم تناول دواء مستخلص من دماء الحيوانات²¹، وكان جواب الشيخ الفقيه مصطفى الزرقا كالتالي:

¹⁹ جاء في فتح الوهاب: "والذي يطهر من نجس العين حمر تخلل بلا عين بدنها وجلد نجس بالموت باندباغة بما يترع فضوله ويصير كثوب تنحس" انظر: الأنصاري. أبو يحيى زكريا. 1994م. فتح الوهاب. ج 1. بيروت: دار الفكر: ص 24.

20 P.2.www.islamset.com

²¹ جاء في توصيف هذا الدواء مانصه "هذا المستحضر يحتوي على جميع الهرمونات الدوارة في الحيوانات الفتية والقوية، وزيادة على هذا فقد أخضعنا إليه مستخلصا من الكبد يقوي فاعليته في زيادة الكريات الحمراء، هذا العلاج هو محضر من خلاصة دماء الثور والعجلة والبقرات الفتية، بينما هي في أشد أدوار نموها ونشاطها، وهذا المستحضر يعطي للجهاز العضوي جميع العناصر الغددية الضرورية لحياة منتظمة"، انظر نص الفتوى: فتاوى مصطفى الزرقا. 1999م. ط 1. جمعها مجد أحمد مكّي. تقدم يوسف القرظاوي. دمشق: دار القلم: ص 233.

حيوان نجس أو سم أو غير ذلك من المحرمات، كدواء داخلي، شرباً أو أكلًا أو نحوهما، بالشروط التي ذكرها الشافعية، وهي: ألا تكون صرفة، وألا يقوم غيرها مقامها، وأن يكون المأخوذ قليلاً لا يسكر، وأن يكون أخذها بقول طبيب مسلم، لأن غير المسلم لا يبالي بوصفها لمريضه. ونزيد على ذلك شرطاً خامساً، وهو أن يكون في المرض خطورة على النفس أو الأعضاء، أو يكون الألم معه شديداً لا يحتمل، أو يحتمل مع مشقة زائدة. وإنما قلنا هذا لأن الأمراض اليسيرة، التي يتحملها الإنسان بيسر، أو مع مشقة غير خارجة عن المعتاد، لا تتحقق معها الضرورة المبيحة"16!

ب- منهج القائلين بالاستحالة

كثير من الفقهاء المعاصرين مالوا إلى هذا الاتجاه في تكييفهم لفرع الحال، سواء في إطار المؤتمرات والندوات الفقهية، أو في خصوص الفقيه الفذ بناء على اجتهاده الفردي.

ولكن قبل التطرق إلى عرض نماذج من اجتهادات العلماء الناحية لهذا الاتجاه في التكييف الفقهي لهذا الفرع، يجدر بيان حقيقة معنى الاستحالة في مفهومها الاصطلاحي الفقهي بعيداً عن دلالاتها اللغوية¹⁷ والفلسفية¹⁸ التي لا تفيد

¹⁶ أبحاث اجتهادية في الفقه الطيبي، ص 109.

¹⁷ الاستحالة في دلالتها اللغوية واسعة جداً، تستغرق جميع معانيها الأخرى، فهي تدل على مطلق معنى التحول، أي الانتقال من حال إلى حال. جاء في المعجم الوجيز: "استحال الشيء تحوّل": ص 179.

¹⁸ جاء في الموسوعة العربية الميسرة والموسوعة: "الاستحالة هي التحول من حالة إلى أخرى، وهي عند أرسطو تغير في الكيف، أي صيرورة الشيء شيئاً آخر، وتُستعمل في نظرية المعرفة بمعنى التبدل في الأعراض لا في الجواهر. وفي العلم بمعنى الانتقال من حالة سوية إلى حالة شاذة، نقول: استحالة الألوان في الرسم، واستحالة الثبي والطابع في المجتمع"، انظر: صلاواوي. ياسين. الموسوعة العربية الميسرة والموسوعة. ج 1. بيروت: مؤسسة التاريخ العربي: ص 395.

أ- منهج القائلين بالضرورة

بعض الفقهاء المعاصرين ينحون هذا المنحى في تكييف مسألة الدواء المتضمن لمواد محرمة، فيقولون بجواز تناول هذا الدواء، ولكنهم يشترطون لذلك شروطاً يبررون بتحققها اندراج وضع المكلف في دائرة مفهوم الضرورة الشرعية. وسنقتصر في هذا المقام على إيراد أمثلة محدودة ومتنوعة، بعضها صادر عن اجتهاد جماعي تمخض عن مداورات الفقهاء في جلساتهم داخل إطار الجامع الفقهي الإسلامية، وبعضها الآخر صادر عن اجتهاد فردي في صيغة فتوى محدودة برأي صاحبها واجتهاده واستدلاله. ومن انتحى هذا المنحى في الاجتهاد:

– فقهاء المجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي:

وذلك خلال مدارستهم لمسألة تناول الدواء الحاوي للكحول التي قرّر فيها علماء المجمع حكم الجواز عند الضرورة وبشروط، جاء فيها أن "للمريض المسلم تناول الأدوية المشتملة على نسبة من الكحول، إذا لم يتيسر دواء خال منها، ووصف ذلك الدواء طبيب ثقة، أمين في مهنته"⁵! وواضح أن تقرير حكم الجواز في قرار المؤتمر كان على أساس مراعاة الاستثناء الذي دعت إليه الضرورة، باعتباره أن الأصل في تناول الكحول الحرمة، وطالما أن تلك الأدوية حاوية للمحرم فهي محرمة وفق ذلك المنحى.

– الفقيه محمد سليمان الأشقر:

وقد درس هذه المسألة على انفراد وانتهى فيها إلى القول بأن "الذي نراه، أخذاً من قاعدة الضرورة التي دلت عليها الأدلة المتكاثرة من الكتاب والسنة، وقاعدة الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، رجحان القول بجواز استعمال المحرّم من خمر أو دم أو لحم

⁵ أبو سليمان. عبد الوهاب. 1997م. فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة. جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب والبنك الإسلامي للتنمية: ص194.

تكتنف وضع المكلف، ولذلك نراهم دائما يُتبعون حكم الجواز بقائمة من الشروط التي يلزم تحققها في وضع المكلف كي يكون بإمكانه شرعا الاستفادة من تلك الأدوية. بما يعني أن الأصل في تناول الأدوية المخلوطة بمواد محرمة هو الحرمة أصالة، وإنما تعلق بها حكم الجواز استثناء للضرورة. في حين يعتبر البعض الآخر أن حكم الجواز متعلق بفعل المكلف أصالةً وليس استثناء، فلا ضرورة في الأمر، وإنما كان فعل المكلف خاليا من الشبهات. ومن ثم فلا داعي عندهم للشروط التي وضعها غيرهم.

ومرد هذا الاختلاف المنهجي في التكيف الفقهي بين الطرفين هو عدم اعتبار عنصر الاستحالة عند البعض ممن يتمسكون بأصل حكم الجزء المحرم الذي خالط الدواء، ويسحبونه على جملة المركب العلاجي ابتداءً، ثم يعدلون عنه إلى الجواز لعامل الضرورة. وإقرار البعض الآخر بمبدأ الاستحالة في المسألة محل النظر الكفيلة عندهم بتغيير حكم المسألة من الحرمة إلى الجواز، تبعا للتغير العارض للعنصر المحرم على انفراده، بعد استحالته إلى عين طاهرة وجزء مفيد في كل الدواء النافع. فالطرف الأول لا يعدم حكم الأصل وهو الحرمة، وإنما يعدل عنه إلى الحكم الاستثنائي وهو الجواز لسند الضرورة الطارئة. بخلاف الطرف الثاني، فإنه يستحضر مسألتين منفصلتين لا مسألة واحدة. وبالتالي فحكم الجواز عندهم متعلق بالمسألة الثانية، ولا صلة له بالأولى. لأن العنصر المحرم على انفراده يبقى على أصل الحرمة حال انفراده، أما بعد استحالته في مركب الدواء، فقد انعدم الوصف الذي ألحقه بحكم الحرمة وهو النجاسة، وأصبح بالتالي جزء مفيدا في مركب صحي طاهر. ومن ثم فلا ضرور في المسألة، وإنما هذه مسألة مختلفة تأخذ حكم الجواز في استقلال عن المسألة الأولى التي لا يجمعها بها جامع من الناحية الشرعية.

يمنعونها مطلقاً ولو للضرورة القصوى وإن أشرف المريض على الموت. بل يقولون يجد المريض المتناول له أكلاً أو شرباً.

وقيد الشافعية حرمة التداوي بالخمر إذا كانت صرفاً، غير ممزوجة بشيء آخر تستهلك فيه. أما الترياق المعجون بها ونحوه مما تستهلك فيه، فيجوز التداوي به عند فقد ما يقوم مقامه، مما يحصل به التداوي من الطاهرات، كالتداوي بنجس كلحم حية وبول. وكذا يجوز التداوي بما ذكر لتعجيل شفاء بشرط إخبار طبيب مسلم عدل بذلك، أو معرفته للتداوي به، وبشرط أن يكون القدر المستعمل قليلاً لا يسكر¹³. وقد جاء في قواعد الأحكام: "جاز التداوي بالنجاسات إذا لم يجد طاهراً يقوم مقامها، لأن مصلحة العافية والسلامة أكمل من مصلحة اجتناب النجاسة، ولا يجوز التداوي بالخمر على الأصح إلا إذا علم أن الشفاء يحصل بها، ولم يجد دواء غيرها"¹⁴.

وأكثر علماء المذاهب تشدداً في هذه المسألة هم الحنابلة، فقد قالوا بجرمة استخدام أي شيء نجس للتداوي، كالخمر والنجاسات بأنواعها وحليب الأتان. بخلاف أبوالحيوانات مأكولة اللحم فقد قالوا بجوازها لأنها عندهم طاهرة.

مناهج المعاصرين في تكييف المسألة

الرأي الغالب لدى فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين في هذه المسألة هو القول بجواز تناول الدواء المتضمن لمواد محرمة. ولكن طرقهم في تقرير ذلك الحكم قد اختلفت. فبعضهم يقولون بأن حكم الجواز معلق على حالات الضرورة التي

¹³ الزحيلي. وهبة. 1989م. الفقه الإسلامي وأدلته. ط3. ج3. دمشق: دار الفكر: ص523.

¹⁴ ابن عبد السلام. عز الدين. 1990م. قواعد الأحكام في مصالح الأنام. ج1. بيروت. مؤسسة الريان:

وخارجياً، إلا في حالات الضرورة أو الحاجة الماسة، وحيث لا يقوم غيرها مقامها. ولا تؤخذ إلا بقول طبيب مسلم، وهذا لأن الله تعالى أوجب اجتنابها، وهو موجب لتحريم جميع أنواع الاستعمالات!¹¹

3- الاستعمال الداخلي

أما بخصوص الاستعمال الداخلي فقد كان الفقهاء فيه -منذ القديم- أكثر تحوطاً. حيث اتفقت كلمة القدامى من علماء المذاهب على تحريم الاستشفاء بالخمير مطلقاً، إلا للضرورة القصوى عند بعضهم. أما في غير الخمر من محرمات النجاسات والسموم والدماء وسائر المواد المستخلصة من ميتة الحيوان، فذهب أغلبهم إلى جواز تناولها مع اختلاف بينهم في التفصيل الذي يتطرق أحياناً إلى خصوص علماء المذهب الواحد أو الراجع إلى اختلاف الروايات المنسوبة لإمام كل مذهب.

فعامة الحنفية مدار الفتوى عندهم بخصوص هذه المسألة يستقر على حكم الجواز. فقد جاء في حاشية ابن عابدين قوله: "أختلف في التداوي بالحرّم ففي "النهاية" عن "الذخيرة": "يجوز إن علم فيه شفاء ولم يعلم دواء آخر. وفي "الخانية" في معنى قوله عليه الصلاة والسلام: "إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم" كما رواه البخاري أن ما فيه شفاء لا بأس به، كما يحل الخمر للعطشان في الضرورة. وأفاد سيدي عبد الغني أنه لا يظهر الاختلاف في كلامهم لاتفاقهم على الجواز للضرورة"¹².

أما المالكية فيجيزون تناول النجاسات للاستشفاء، فيما عدا الخمر فإنهم

¹¹ الأشقر. 2001 م. أبحاث اجتهادية في الفقه الطيبي. بيروت: مؤسسة الرسالة: ص 126.

¹² ابن عابدين. محمد أمين عابدين. 1988 م. رد المحتار على الدر المختار. ج 1. بيروت. دار إحياء

التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي. ط 1. ص 325.

لمواد محرمة لغرض خارجي سطحي كالجروح والخدوش والأورام والدُّبَر، لأن الآيات التي ورد فيها حكم تناول المحرمات لا تفيد مطلق الاستعمال، فقوله تعالى: {حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ المَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الخِتْرِيرِ وَمَا أَهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالمُنخَنِقَةُ وَالمَوْقُوذَةُ وَالمُتْرَدِيَةُ وَالنطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبْعُ} ⁶، وكذلك آيتا البقرة ⁷ والنحل ⁸، لا يُفهم منها مطلق الاستعمال، بل إن الفهم المتبادر إلى الذهن منها جميعاً ينصبّ على الأكل والشرب. أما قوله تعالى: {قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِتْرِيرٍ فَإِنَّهُ رَجَسٌ أَوْ فَسَقًا أَهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ} ⁹، فهو صريح في معنى الطعم أي الأكل، ولا يتجاوزُه بحال إلى معنى مطلق الاستعمال. باستثناء الخمر التي وردت في قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الخَمْرُ وَالمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ} ¹⁰، فهي في مطلق الاستعمال لأن لفظ "اجتنبوه" يفيد الشرب وغيره من وجوه الاستعمالات الأخرى.

وقد توصل الشيخ محمد سليمان الأشقر إلى هذه النتيجة بعد مدارسته للمسألة من جميع جوانبها، حيث يقول في خلاصة تكييف الفقهاء، تحت عنوان "المواد النجسة والمحرمة في الأدوية للاستعمال الخارجي": يجوز مع الكراهة استعمال المواد النجسة والمحرمة - ماعدا الخمر وما ألحق بها - في الأدوية المستعملة خارجياً، وسواء في حال الضرورة والحاجة، أو حيث لا ضرورة ولا حاجة، وسواء وُجد ما يقوم مقامها أو لم يوجد. أما الخمر فيحرم استعمالها بكل حال، داخلياً

6 المائدة 3.

7 قوله تعالى: {إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ المَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الخِتْرِيرِ وَمَا أَهَلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ} (البقرة 173).

8 قوله تعالى: {إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ المَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الخِتْرِيرِ وَمَا أَهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ} (النحل 115).

9 الأنعام 145.

10 المائدة 90.

ج- البدائل:

جمع بديل، وهو في اللغة "الخلف والعوض، جمع بُدلاء"⁴. ويُطلق على كل ما يُستغنى عنه لوجود غيره مما ينوب عنه في أداء نفس الغرض. والبدائل في علم الطب جمع بديل، وهو تسمية متعارفة -لدى الأطباء خاصة- تُطلق على أي علاج يخالف في تكوينه الكيميائي للدواء الغربي المركَّب⁵ المتداول الآن في مختلف صيدليات بلدان العالم.

2- الاستعمال الخارجي

ليس من الصواب إطلاق حكم فقهي عام بخصوص مسألة تناول الدواء الحاوي لمواد محرّمة. لسببين اثنين:

أولهما: أن المواد المحرّمة متنوعة ومختلفة في أسباب حرمتها ودرجات تأثيرها في الدواء الذي خالطته، وعمّا إذا كانت تستحيل فيه إلى مادة أخرى أم لا، وعمّا إذا كان الاستعمال داخليا أو خارجيا.

ثانيهما: أن أنظار الفقهاء ذاتها قد اختلفت في تقرير الأحكام المتعلقة بها قديما وحديثا، بحسب الأدلة الشرعية التي اعتمدها كل طرف في استدلاله الفقهي.

ولا مناص هنا من الفصل بين التناول الداخلي للدواء المتضمن لمواد محرّمة، وبين استعماله خارجيا دون استهلاكه عبر المسالك الهضمية والجاري الدموية. والحالة الثانية أخف من الأولى، ولذلك كان الاختلاف فيها خفيفا جدا، بل إن كلمة الفقهاء تكاد تجتمع من مختلف المذاهب على جواز استعمال الدواء الحاوي

⁴ مجمع اللغة العربية. المعجم الوجيز. 1990م. القاهرة. ص ٤١.

⁵ انظر موقع: www.alternative Dr.com

Alternative Medicine is any healing practice other than allopathic, or Western scientific medicine.

المبحث الأول: حكم تناول الدواء المتضمن لمواد محرمة

1- توطئة اصطلاحية:

قبل الولوج في صلب موضوع هذه الدراسة والتوغل في تفاصيلها المضمونية ذات الصبغة اللامتناهية¹، يجدر التطرق أولاً إلى بيان دلالة بعض المصطلحات المهمة التي يتضمنها العنوان، باعتبارها الكلمات المفاتيح التي ستظل جوانب الدراسة تدور حولها وبالتالي ستبقى تتردد باستمرار، وهي مصطلحات: "الدواء" و"المواد المحرمة" و"البدائل".

أ: مفهوم الدواء:

الدواء هو اسم يُطلق عادةً -بمعناه اللفظي- على المواد التي ينصح الطبيب المريض باستعمالها قصد الاستشفاء. جاء في لسان العرب: "... يُقال: هو يُدوي ويداوي أي يعالج، ويداوي بالشيء أي يعالج به، (ثم نقل قول ابن السكيت): الدواء ما عولج به الفرس من تَضْمِيرٍ وحنْدٍ، وما عولجت به الجارية حتى تسمن"² وجمع الدواء أدوية، جاء في مختار الصحاح "الدواء ممدود واحد الأدوية... ودواؤه عاجله يقال فلان يُدوي ويداوي. وتداوى بالشيء تعالج به"³.

ب: المواد المحرمة:

هي المواد التي تخالط الدواء وهي في تكوينها الأصلي لا يجوز تناولها، كالنحاسات بأنواعها والميتة والخمر ولحم الخنزير.

¹ وذلك بسبب اشتغالها على جانب أخلاقي شرعي وآخر علمي تجريبي.

² ابن منظور. محمد بن مكرم. لسان العرب. ج 14. بيروت: دار صادر: ص 279.

³ الرازي. محمد عبد القادر. مختار الصحاح. البراعم للإنتاج الثقافي: ص 217.

ويلجأ في مقابل ذلك إلى مفهوم الضرورة الأصولي للتخفيف عن المكلفين في مثل هذه القضية الحساسة المتعلقة بصحة الإنسان وسلامته وضمان رفع معاناته ودفع آلامه ودرء الشرور عنه.

إلا أن الناظر المدقق في هذه المسألة وأمثالها لا يغيب عنه إدراك حقيقة كون جلب المصلحة للمكلف في مثل هذه القضية لا يقتضي بالضرورة الاكتفاء بما هو متعارف من الحلول العملية الشائعة بين الناس، بل توجد في الواقع حلول أخرى تحقق المصلحة المرجوة دون تعريض المكلف إلى تأرجح وضعه بين المصلحة والمفسدة بسبب ضيق مجال الخيار متاح له في واقع تراثنا الفقهي، والذي أدى بدوره إلى اختلاف مناحي اجتهاد الفقهاء إلى اليوم. وهذه الحلول قد تعارف عليها أهل الاختصاص من الباحثين والدارسين باسم العلاج "البديل" أو "الشعبي" أو "التكميلي". لذلك فقد ارتأت هذه الدراسة ألا تتوقف عند الجانب الفقهي النظري المقصر على مناقشة آراء الفقهاء في المسألة محل النظر كما اعتاد على ذلك الباحثون الشرعيون، بل رامت ما هو أعمق من ذلك، من خلال تتبع أهم البدائل العلاجية المتاحة مما يتسم بالشمول في توفير علاجٍ لمختلف الأمراض والأعراض التي تصيب الإنسان، دون الوقوع في مضارها مما يُعرف بالآثار السلبية أو المخلفات الجانبية للدواء أو ما اشتملت عليه التركيبة العلاجية من مواد محرمة شرعاً، وإن لم يتبين للباحثين خطرُها الصحي. ولعل أهم تلك الطرق العلاجية الشمولية البديلة عن الأدوية الكيماوية الغربية الحديثة ما يعرف بـ "العلاج المثلي" و"علاج الوخز بالإبر" و"المعالجة بـ"ذبذبة الألوان". مما ستعمل هذه الدراسة على بيان بعض جوانبه الداعمة للحكم الفقهي الأنسب لتحقيق مصالح المكلفين المساوقة للفترة الإنسانية من ناحية، والآيلة إلى تجاوز ذلك الخلاف المنهجي في تكيف الحكم الشرعي المقرر من قبل فقهاء الشريعة المعاصرين من ناحية ثانية.

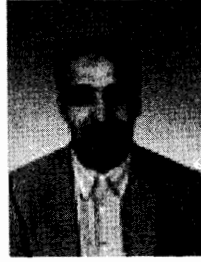
الدواء المتضمن لمواد محرّمة: الحكم الشرعي والبدائل المتاحة

إعداد:

الدكتور محمد البشير الحاج سالم

مقدمة

لا شك أن النشاط الاجتهادي الفقهي في مختلف صورته من فتاوى واجتهادات جماعية وفردية، إنما الغاية منه جلب المصالح للمسلمين ودرء المفسد عنهم. وما الأحكام الفقهية التي يُجهد الفقهاء أنفسهم في مختلف العصور لتقريرها واستنباطها من مصادرها ومظاهرها إلا وسيلة لضمان تحقيق تلك المصلحة المرجوة من الحكم نفسه. ولكن كثيرا ما تختلف أنظار الفقهاء في المسألة الفقهية الواحدة، سواء في حكمها أو في المسالك الاستدلالية المفضية إلى ذلك الحكم. والثاني أهون من الأول لأنه يطال المنهج الآيل إلى نفس الحكم، وهو مجرد اختلاف نظري منهجي استدلالى لا غير. كما هو الحال في مسائل فقهية كثيرة، ومنها المسألة المعروضة للدرس في هذه الدراسة المتعلقة بموضوع "الدواء المتضمن لمواد محرّمة"، فالرأي الفقهي الغالب فيها منذ القديم يميل إلى القول بجواز تناول الأدوية الحاوية لمواد محرّمة، مع اختلاف في التفاصيل. وكذلك آراء المعاصرين فهي لا تختلف عن بعضها كثيرا بخصوص الثمرة الفقهية النهائية المقررة، ولكن مناحي اجتهادهم فيها قد تباينت بين من يعتبر ذلك الحكم واردا على الأصل لا لدواع استثنائية طارئة، وبين من يعلّق ذات الحكم على وضع الاستثناء المخالف للأصل. ويترتب على ذلك أن أصحاب الاتجاه الأول يعالجون مسألتهم بناء على مبدأ الاستحالة وهو مبدأ قديم في تراثنا الفقهي. في حين أن الاتجاه الثاني لا يعير اهتماما لهذا العنصر الذي هو مدار اجتهاد الطرف الآخر،



الدكتور محمد البشير الحاج سالم، محاضر بكلية الشريعة والقانون،
جامعة العلوم الإسلامية بماليزيا. حامل لشهادة الإجازة، من الجامعة
الزيتونية، وشهادة الماجستير، من جامعة أم درمان وشهادة
الدكتوراة، من الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا.

Alamat:

Fakulti Syariah dan Undang-Undang,
Kolej Universiti Islam Malaysia,
Tingkat 10, Menara A, Persiaran MPAJ,
Jalan Pandan Utama, Pandan Indah,
55100 Kuala Lumpur.
Tel: 03-42892205 (P)
Faks: 03-42892197
Email: mohdbeshir@admin.kuim.edu.my

العنوان:

**الدواء المتضمن لمواد محرّمة:
الحكم الشرعي والبدائل المتاحة**

عبد الواحد، نجم عبد الله. د.ت. نظرة الإسلام حول طبيعة الجنس والتناسل. الكويت: المنار.

عبدو، محمد. 1996/1995م. الفكر المقاصدي عند الإمام الغزالي. رسالة ماجستير غير منشورة. الرباط: جامعة محمد الخامس. كلية الآداب والعلوم الإنسانية. شعبة الدراسات الإسلامية.

ابن العربي، أبو بكر. 1989م. القبس في شرح موطأ مالك. الطبعة الأولى. بيروت: دار الغرب الإسلامي.

الريان، عصام. 21/3/1995. ضوابط التلقيح خارج الرحم. المجتمع. العدد 1142. فتحي، محمد. استنساخ دوللي يفتح آفاقاً باهرة وأخرى مروعة، كيف؟ المصور. العدد 3775. 14 مارس 1997.

قادري، عبد الله أحمد. 1990م. الإسلام وضرورات الحياة. الطبعة الثانية. جدة: دار المجتمع للنشر والتوزيع.

- العلمي والواقع الملموس. مجلة الكويت. العدد 164.
- الجميل، هاني. 21/1/1996. الجمعية الطبية الإسلامية في بريطانيا. منار الإسلام. السنة 21. العدد 9.
- الجويني، أبو المعالي. 1992م. الغيائي. تحقيق: عبد العظيم الديب. الطبعة الأولى. قطر: وزارة الشؤون الدينية.
- ابن حجر. 1981م. فتح الباري. تصحيح: محب الدين الخطيب. لاهور: دار نشر الكتب الإسلامية.
- حلمي، مصطفى محمود. يونيو 1997. آخر قنابل الهندسة التناسلية. العربي. العدد 463. رابطة العالم الإسلامي. 1411هـ. قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي من دورته الأولى لعام 1398هـ. ومن دورته الدورة الثامنة 1405هـ. ط4. مكة المكرمة: رابطة العالم الإسلامي.
- الريسوني، أحمد. 1412هـ/1992م. نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي. الطبعة الثانية. الرياض: الدار العالمية للكتاب الإسلامي.
- زايد، فهميم. مايو 2000. التلقيح الصناعي والجھري كيف نفرق بينهما؟. العالم الإسلامي. العدد 1651.
- الزرقا، أحمد. 1996. شرح القواعد الفقهية. ط4. دمشق: دار القلم.
- السقا، السيد سلامة. يوليو 1984. زرع الأجنة إلى أين؟ منار الإسلام. العدد 10. السنة 9. الشاطبي، أبو إسحاق. الموافقات. بيروت: دار المعرفة.
- عارف، عارف علي. 1419هـ/1998م. رؤية إسلامية لعلم الهندسة الوراثية والاستنساخ البشري. إسلامية المعرفة. السنة 4. العدد 13.
- ابن عاشور. 1988م. مقاصد الشريعة الإسلامية. الطبعة الثالثة. تونس: الدار التونسية للتوزيع والنشر.
- عبد الله، هاشم جميل. زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية. الرسالة الإسلامية. العدد 232 السنة 22. ربيع الأول 1410هـ/ تشرين الأول 1989. العراق: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية.

قائمة المصادر والمراجع

- أركين، توختر أخون. 1418هـ/1998م. الصين: سياسة تحديد النسل هدفها الحد من تعداد المسلمين. المستقبل الإسلامي. العدد 77.
- أبو زيد، بكر بن عبد الله. 1408هـ/1987م. طرق الإنجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي. بحث مقدم للدورة الثالثة لجمع الفقه الإسلامي، المنعقد بالأردن. 8/2/1407هـ. المجمع. عدد 3. ج 1.
- أبو الفتوح، خالد. 1418هـ/1997م. ماذا وراء الاستنساخ؟ (1 من 2). البيان. السنة 12. العدد 117. جمادى الأولى.
- أبو الفتوح، خالد. 1418هـ/1997م. ماذا وراء الاستنساخ؟، (2 من 2)، البيان. السنة 12. العدد 118. جمادى الآخرة.
- الأنصاري، عمر. 22 صفر 1418هـ/27 يونيو 1997م. الندوة الطبية الفقهية التاسعة بالمغرب. المسلمون. العدد 647. السنة 13. الجمعة.
- البار، محمد علي. 1405هـ/1985م. التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب. مجلة جمع الفقه الإسلامي. العدد 2. ج 1.
- البار، محمد علي. 1408هـ-1987م. القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب. بحث مقدم للدورة الثالثة لجمع الفقه الإسلامي، المنعقد بالأردن. 8/2/1407هـ. مجلة المجمع. عدد 3. ج 1.
- البسام، عبد الرحمن. 1407هـ/1986م. أطفال الأنابيب. مجلة جمع الفقه الإسلامي. العدد 2. ج 1.
- البقصي، ناهدة. 1413هـ/1993م. الهندسة الوراثية والأخلاق. سلسلة عالم المعرفة. الكتاب رقم: 174. الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب.
- جاد الحق، جاد الحق علي. 1994م. بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة. الطبعة الأولى. الأزهر الشريف: الأمانة العامة للجنة العليا للدعوة الإسلامية.
- الجددي، عواد. 25 محرم 1418هـ/1 يونيو 1997م. استنساخ الكائنات الحية بين الخيال

- إنتاج الأعضاء البديلة، والأدوية التي يحتاجها الإنسان في أجساد الحيوانات³⁴ حيث يتطلع الأطباء إلى إمكانية التحكم في بعض صفات الحيوانات، بحيث يتم تخليق حيوانات فيها أعضاء لا يرفضها الجسم البشري عندما تنتقل إليه³⁵.

وفي الختام: السؤال الجوهرى-بعد استعراض مختلف جوانب الموضوع- هو: ماهي المبررات التي تسمح بإجراء التجارب على الإنسان، والمس بكرامته، وقبل ذلك بإنسانيته؟ لتظهر الصفة الشرعية "للاستنساخ البشري".

وأية فائدة ترجى منه؟ هل مشكلة العقم عند الرجال والنساء؟ هذا غير معقول، وغير صحيح، فهو بجانب للصواب؛ لأن المستنسخ سيكون إما صورة طبق الأصل للأب أو الأم، وهو في كلتا الحالتين خروج عن طبيعة الإنجاب الحيوي بصفة عامة، ناهيك عن طبيعة الإخصاب البشري.

وإن لم يكن الاستنساخ خلقاً، فإنه تغيير لصورة الخلق الطبيعي، سيتسع الحديث عن "طبيعة الخلق"، وعدم جدوى الزواج؛ فالمرأة أو الرجل باستطاعتها الحصول على الذرية بهذه الطريقة، خاصة في ظل "الإباحية الجنسية"، وانتشار "الأسر أحادية الأصل"، فيكون للولد أبوان، أو أمّان؛ أو الأسر التي تقوم على أحد الوالدين فقط، إما الأب أو الأم؟ ناهيك عما للمسألة من أثر هدام في القضاء على القاعدة والسنة الإلهية في "الزوجية والتزاوج"³⁶. أم أن الموضوع يحكمه جانب البحث العلمي البحث دون النظر في المآلات؟

34 فتحي 1999: 49.

35 الجدي 1997م: 82؛ الأنصاري 1997م: 7؛ أبو الفتح 1997م: 54.

36 عارف 1998م: 107.

ناهيك عن إمكانية إنشاء مصانع خاصة لتوليد أطفال حسب الطلب وبميزات خارقة للعادة، مما يؤدي إلى تكوين جيل يفتقد في الحقيقة كل معاني الإنسانية.

الإيجابيات المفترضة للاستنساخ

الحديث عن إيجابيات أي إنجاز علمي دائما يكون في مقدمة الحديث عن الإنجاز نفسه، ولذا فإن فوائد "الاستنساخ" التي يرجو العلماء الوصول إليها كثيرة حسب رأيهم، ومن أهمها:

- إنهاء مشكلة العقم بلا رجعة لدى النساء والرجال، حيث هنالك بعض الرجال الذين لا توجد لديهم حيوانات منوية، فيمكن أخذ بويضة من الزوجة وإفراغها من النواة وتنشيطها، وبعد ذلك تحقن بنواة مستخلصة من خلية جسدية من الزوج، وبهذه الطريقة سيكون الجنين ذكرا وحاملا للصفات الوراثية للأب فقط³³.

- فهم كثير من أساسيات الحياة، حيث يقدم الاستنساخ فهما عميقا لمعضلات مثل توقف انقسام خلايا المخ والنخاع الشوكي وعضلات القلب عند مرحلة بعينها من النمو.

ومن قبيل عودة الخلية السرطانية في أي عضو من الأعضاء إلى المرحلة الجنينية، وانخراطها في الانقسام العاصف على نحو غير منضبط.

- التخلص من الأمراض والعاهاث الوراثية والعيوب الخلقية، بانتقاء الخلايا السليمة وإتاحة الفرصة لها بالتكاثر.

- حماية أنواع كثيرة من الحيوانات من الانقراض.

33 الجدي 1997: 80.

وإن كانت العملية تبدو سهلة بدائية؛ إلا أنها في الحقيقة كلفت الفريق الاسكتلندي ملايين الدولارات (92 مليون دولار)، ناهيك عن (277) محاولة في زرع الأجنة، والتي عاش منها (29) جنينا مدة ستة أيام فقط، فلم يكتمل نمو أي منها حتى الولادة سوى "دوللي"³²!

وكما يبدو فإن التقنية الجديدة سهلة وغير مركبة، ويمكن اختصار محاولات النجاح إلى أقل عدد ممكن في المستقبل بعمل الباحثين الخيثل؛ لكن التجربة لن تبقى مجرد إنجاز علمي بحت، بل تتعدى ذلك إلى النذير بوجود خطر قادم يحوم حول الهندسة التناسلية في إلغاء دور الحيوان المذكور، ومن ثم إلغاء دور الرجل في المستقبل القريب (في حال نجاح التجربة على الإنسان)، فهي نذير شؤم على البناء الأسري، وتهديد مؤسسة "الزواج" بسقوطها، وانهايم مفاهيم "الزوج" و"الزوجة"، و"الأسرة"، و"الأمومة"، و"الأبوة"، إلى غيرها من المفاهيم الحيوية التي تعد اللبنة الأساس في بناء المجتمع.

فبالإلغاء دور الرجل في إيجاد النسل، سوف يلغى دوره وتندعم فائدة وجوده إلى جنب المرأة القادرة وحدها على إيجاد الأولاد. ولا فائدة من إقامة مؤسسة "الزواج" بعدما أمكن فصل مفهوم "الجنس" عن مفهوم "الإنجاب"، وخاصة في ظل الإباحية، وإباحة "الشدوذ الجنسي"، و"الزواج المثلي" الذي سيكون أنصاره من أشهر مناصري فكرة "الاستنساخ البشري".

التنوع وعدم أداء كل التجارب في نعة واحدة. هو تنصيص القانون البريطاني على عدم جواز إجراء أكثر من تجربة واحدة فقط على أي حيوان. أنظر: أبو الفتوح، خالد: "ماذا وراء الاستنساخ؟"، (1 من 2)، البيان، السنة 12، العدد 117، جمادى الأولى 1418هـ/ سبتمبر 1997م، ص 86-93.

³² أبو الفتوح 1997م: 88.

الاستنساخ الحيوي

الاستنساخ الحيوي معناه محاولات العلماء التوصل لإيجاد نسل للكائنات الحية، دون حاجة لوجود الحيوان المنوي المذكر أو البويضة الأنثوية عند التلقيح؛ أي أن يتم الإنجاب عن طريق ما يعرف عند بعض الكائنات "التكاثر العذري"²⁹، أو "التكاثر اللاجنسي"³⁰، حيث يتم إلغاء دور الحيوان المنوي والبويضة.

وخلاصة استنساخ النعجة "دوللي" أنه: "أخذت خلية جسدية من ضرع نعجة حامل، ولمنع انقسام هذه الخلية قام العلماء بتجويعها (أي تجويع الخلية) لمدة أسبوع، واستجابة لمنع كافة المغذيات عنها، أصبحت بحالة حمول، وكانت بمثابة سبات عميق، وأخذت منها النواة التي تحتوي على الصبغيات (الكروموزومات) الكاملة، ثم زرعوا هذه النواة الساكنة في بويضة غير مخصبة، وإبعاد نواتها، وباستعمال ذبذبات كهربائية مخفضة دفعت البويضة لتقبل النواة الجديدة، مع أنها لم تكن نواتها الأصلية... وأصبحت البويضة بمثابة بيئة لتنمية الجنين. وبذلك تقبلت البويضة النواة الجديدة بكل ما تحتويه من أحماض أمينية DNA، وبدأ الجنين بالتكوين حيث أتى مطابقا تماما للنعجة التي أخذت الخلية الجسدية من ضرعها"³¹، فتأتي النتيجة إنجاب جنين لا أب له، وبتركيب وراثي مماثل للأم.

²⁹ ومعناه: أن يتم التكاثر من خلال البويضة لوحدها دون تدخل الحيوان المنوي، كما يحدث مع دودة القز، والنحل. أنظر: حلمي، مصطفى محمود: "آخر قنابل الهندسة التناسلية"، العربي، العدد 463، يونيو 1997.

³⁰ وفيه يتم التكاثر بطريقة الانتشار أو التبرعم أو التجدد، فلا وجود للحيوانات المنوية أو البويضات، مثل التكاثر عند البرامسيوم. أنظر: المرجع السابق نفسه.

³¹ البقصي 1993م: 83. مع ملاحظة أن استنساخ "دوللي" تم فيه: أخذ البويضات من نعجة اسكتلندية، وخلية الضرع من نعجة فنلندية، وتم زرع البويضة بنواة خلية الضرع في رحم نعجة ثالثة؛ وسبب هذا

التجارب تدخلا في إرادة الله وشؤون الخلق؟ وما هي الأطر الشرعية التي يجب أن تسير عليها الأبحاث العلمية؟ وكيف توجه هذه الأبحاث حتى تخضع للمقاصد العامة للشريعة؟

فمن المعطيات العلمية

في تقنيات التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي، ومن نجاح تلقيح البويضة بالحيوان المنوي خارج الرحم، أمكن ملاحظة ومتابعة التطورات التي تسير البويضة الملقحة في صيرورتها جنينا؛ هذه التقنية أوحى للعلماء بما يلي:

- 1- فصل الحيوان المنوي المؤنث عن المذكر، والتحكم في جنس الجنين.
- 2- ملاحظة تركيب الحمض النووي (DNA) عند التحام النواتين الأثوية والذكورية، ومعرفة التركيبة الصحيحة الطبيعية له؛ مما أمكن من معرفة مواطن الخلل والقصور التي تسبب بعضا من الأمراض الوراثية، والتشوهات الجسدية، لأمر الذي جعل العلماء يحاولون إعادة التركيب الحمضي إلى طبيعته، بالاختبار الجيني؛ للحصول على جنين غير مشوه ولا مريض.
- 3- وبدل أن تبدأ النواة الأثوية الذكورية في البويضة الملقحة بالانقسام، يتم نزع نواتها، واستبدالها بنواة خلية عادية بالغة متخصصة من الجسم نفسه، حيث تبدأ البويضة الملقحة بالانقسام العادي لتنتج في النهاية كائنا شبيها بصاحب النواة المنقسمة، من دون تدخل حيوان مذكر في عملية التلقيح ومن ثمة الانقسام، وهذه العملية تعرف بـ "الاستنساخ".

نسب الولد، فهو منسوب للأب، لكن المشكلة في من التي تعد أمًا حقيقية، والتي تعد أمًا رضاعية. وما مآل هذه القضية في حال جوازها؟

أليس من باب أولى أن الزوجة العقيم ترضى بقضاء الله وقدره؟ وتجه واقعا لرعاية أولاد زوجها من ضررها بدل أن تطلب منها أن تحمل بدلا عنها، وفي النهاية لا تعتبر أمًا حقيقية على رأي غالبية الفقهاء، وسيعتبر عملها كله من البداية إلى النهاية هدرًا لا فائدة من ورائه سوى عدّها من المحرمات من الرضاع، وهو ما لم تطلبه؛ بل طلبت ولدا!

إن غياب مفهومي الزواج والأسرة أمر غير طارئ على المجتمع الغربي، ومن ثم فإن قبول فكرة استئجار أرحام لا تثير أدنى حرج إذا سبقه اتفاق بين الأطراف المشتركة في العملية، مقابل مبلغ مالي محدد؛ وهو ما يتنافى ومفهوم "الأمومة"، والمقاييس التي يحتكم إليها، حيث أريد بمفهوم "الأمومة" هنا، أي في الغرب، إحدى الوظائف والمهن التي تتقنها المرأة، فوظيفة "الأم" مثلها مثل وظيفة الإدارية، والمضيقة، والنادل في المطعم، والمدرّسة وغيرها.

المبحث الثاني: وسائل إنجاب النسل المستمدة من الهندسة الوراثية

الهندسة الوراثية هي مجموعة التجارب العلمية على المورثات في الكائن الحي، مثل تجارب التحكم في المورثات، وإعادة تركيب الحمض النووي DNA²⁸. مما يؤثر في الصفات الوراثية للجنين، من خلال تطويع المعلومات الوراثية.

فهل يجوز هذا الفعل بإجراء التجارب على كائن حي؟ وهل تعتبر مثل هذه

28 البقصي 1993م: 83.

حولہ.

فهل مجرد الاحتمال يدعو لأخذ الحيطة والحذر في سلوك طريق التلقيح الاصطناعي؟ لأن حفظ النسب مقصد تبعي إلى جانب المقصد الأصلي؛ "حفظ النسل معرض للخطر إذا ضيع حفظ النسب"²⁴ والقاعدة المقاصدية تقول "إنه ينبغي المحافظة على الحاجي وعلى التحسيني للضروري"²⁵، حتى لا يضيع الولد، ويسقط حقه في الحضانة، ولا يُتعهد به على أحسن وجه؛ فإن "الشك في انتساب النسل إلى أصله يزيل من الأصل الميل الجبليّ الباعث عن الذب عنه والقيام عليه"²⁶

القاعدة الثانية: النظر في مآلات الأفعال معتبرٌ مقصودٌ شرعاً²⁷

تكثر محاذير التلقيح الاصطناعي في الغرب بخاصة، حيث تنتشر بنوك الحيوانات المنوية، ووكالات استئجار الأرحام، ناهيك عن المصير الغامض والمجهول للبويضات الملقحة والفائضة، وكذلك اتجاه بعض الأزواج لترجي الأطباء أن يخصبوا لهم جنينا معين الجنس، حسب رغبتهما في الولد أو البنت؛ هذه المحاذير التي يمكن تجاوزها في مراكز التلقيح الإسلامية في وجود الوازع الديني عند العاملين، وفهم للمقاصد العامة للشريعة التي تحكم عمليات الإخصاب الخارجي كحفظ النسل بحفظ نسبه، وحفظ عرض الزوجين.

وفي حال استئجار رحم الضرة أو تبرعها بالحمل بدلا عن الضرة العقيم، كما يحلو للبعض تسميتها من باب الملاطفة، في هذه المسألة رغم أنه لا تثار قضية

24 قادري 1990: 90.

25 الشاطي: ج 2/ص 16.

26 ابن عاشور 1988م: 81.

27 الشاطي: ج 4/ 194.

القاعدة الثالثة: حديث المصطفى صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش)²²

والحديث يرجع معناه إلى اعتبار كل ولادة تحصل في ظل عقد الزواج بين امرأة ورجل يلحق نسب المولود بالزوج، إلا إذا لاعتن فلا انتساب حينئذ، وفي حال وفاة الزوج فإن الولد ينسب للزوج المتوفى إذا ولد لأقصى مدة الحمل.

وظاهر الاستدلال على تجويز بعض صور التلقيح الاصطناعي راجع إلى هذا المعنى، كما في الأسلوبين الأول والثالث؛ أين يتم تلقيح بويضة الزوجة بماء الزوج، فالتلقيح وإن تم خارج الجسم، وبغير الطريق الطبيعي المعروف عادة؛ فإنه تم في ظل عقد الزوجية.

القواعد الضابطة لمخاير التلقيح الاصطناعي

في الوقت الذي نؤصل للتلقيح الاصطناعي بالقواعد الثلاث الأولى، بعدّه وسيلة مرسلة مشروعة في إيجاد النسل، إلى جنب الوسيلة المباشرة والمتعيّنة نصاً والمتمثلة في الزواج.

القاعدة الأولى: كل ما كان مكملًا ومقويًا لمقصود شرعي فهو مقصود تبعاً²³

مقصود الشارع من حفظ النسل إيجاد نسل لا شك في نسبه. كما تؤكده القاعدة الثالثة في قوله صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش)، حيث أن "الإنجاب من الوقاع الطبيعي بين الزوجين أمر مضمون العاقبة وسليم النتيجة لصحة النسب، بخلاف التلقيح الاصطناعي، فمهما عمل له من الاحتياطات فإن الشكوك تكتنفه وتحوم

22 أخرجه البخاري. انظر ابن حجر. 1981م. فتح الباري. ج12: ص32.

23 الشاطبي: ج2/397؛ الريسوي1992م:323.

الضرورة في حق الواحد المضطر" 16

القاعدة الثانية: من الوسائل ما تكون الحاجة إليه حاجة ضرورية، ومنها ما تكون الحاجة إليه حاجة نافعة¹⁷

يعد التلقيح الاصطناعي في صورته الجائزة من الحاجات النافعة، لا الضرورية، خلافا للزواج فهو في حق العامة ضرورة، وأصل لإيجاد النسل. أما التلقيح الاصطناعي فأمر تبعي حال العقم لا أصلي.

كما أن النسل لا ينقطع بعقم بضعة نسوة، بل يتوقف أكثر بالجنوسة المتفشية في المجتمع، ويتوقف باتساع نطاق استعمال الإجهاض، "حينما نعلم أن الإحصاءات تشير إلى أنه يقتل يوميا في بريطانيا (500) طفل من كاملي الأعضاء، بسبب الإجهاض بالمستشفيات أو العيادات الخاصة"¹⁸، ويتوقف بالتعقيم الدائم الجبري الذي تقوم به حكومات بعض الدول مثل (الهند، ومصر)¹⁹. وكذا الأمر في الصين²⁰.

فالتلقيح الاصطناعي تبعا لهذه القاعدة لا يصل إلى مرتبة الوسيلة الضرورية، بل هو وسيلة حاجية، فالعلاج في حق العقيمين حاجي نافع في تكثير سواد المسلمين، لتتحقق مباحة الرسول صلى الله عليه وسلم بهم الأمم. كما جاء في حديثه صلى الله عليه وسلم: (تناكحوا وتناسلوا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة)²¹.

16 الجريني 1992م: ص478؛ عبدو. 1996م. الفكر المقاصدي عند الإمام الغزالي: ص207.

17 عبدو. 1996م. الفكر المقاصدي عند الإمام الغزالي: ص209.

18 الجمل. 1996م. الجمعية الطبية الإسلامية في بريطانيا: ص87.

19 البار. 1985م. مج1/ص31.

20 أركين. 1998م. الصين.. سياسة تحديد النسل هدفها الحد من تعداد المسلمي: ص18.

21 ابن العربي. 1989م. القبس في شرح موطأ مالك. ج2: ص678.

النوازل والحوادث؛ فإن تأصيلها التشريعي يرجع في المقام الأول لمقاصد الشارع¹⁴!

على اعتبار أن التلقيح الاصطناعي وسيلة مستحدثة لإيجاد النسل، فإن الأساليب الثلاثة من التلقيح الاصطناعي التي أباحها الفقهاء تعد وسائل مرسلة لم يأت فيها نص، وتأتي بإباحتها استنباطا من النصوص التي تجيز التداوي والمعالجة عموما، بشرط عدم مناقضة أي مقصد من مقاصد الشارع الحكيم.

القاعدة الأولى: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة¹⁵

الزواج واجب في حق العامة، مندوب في حق الفرد الواحد على الأرجح، والنسل يأتي تبعا بعد الزواج، فمن حصل عنده نسل فهو المستغنى، ومن انعدم عنده فهذه إرادة الله تبارك وتعالى.

والتداوي ومعالجة مشكلة العقم عند النساء أو الرجال "تستدعي تيسيرا أو تسهيلا لأجل الحصول على المقصود" وهو الإنجاب، وهو وإن كان لا يرتفع إلى مرتبة الضروري في حق كافة الخلق، بأن لا تجبر كل النساء وكل الرجال على علاج العقم، إلا أنه في حق المرأة الواحدة أو الرجل الواحد ضرورة، فهذا نبي الله زكريا يدعو ربه أن يهبه ولدا في قوله تعالى: ((و زكريا إذ نادى ربه رب لا تدربني فردا وأنت خير الوارثين)) (الأنبياء: 89). "فالحاجة في حق الناس كافة تنزل منزلة

¹⁴ يقول ابن عاشور في هذا المقام "غرضنا من علم مقاصد الشريعة أن نعرف كثيرا من صور المصالح المختلفة الأنواع المعروف قصد الشريعة إياها، حتى يحصل لنا من تلك المعرفة يقين بصور كلية من أنواع هاته المصالح، فمتى حلت الحوادث التي لم يسبق حلؤها في زمن الشارع ولا لها نظائر ذات أحكام متلقاة منه عرفنا كيف ندخلها تحت تلك الصور الكلية، فنثبت لها من الأحكام أمثال ما ثبت لكلياتها، ونظمتن بأننا في ذلك مثبتون أحكاما شرعية إسلامية" ا.هـ. أنظر: ابن عاشور. 1988م. مقاصد الشريعة الإسلامية. الطبعة الثالثة. تونس: الدار التونسية للتوزيع والنشر: ص 83.

¹⁵ الزرقا. 1996م. شرح القواعد الفقهية: ص 209.

ثانيا: بنوك الحيوانات المنوية

انتشرت هذه البنوك بصورة واسعة في المجتمعات الغربية، بغرض مساعدة النساء اللواتي يعانين أزواجهن من فقر في الحيوانات المنوية، حيث يتبرع - كما يقال - بعض الرجال بحيواناتهم المنوية مقابل مبالغ مالية معينة، رجاء حصول بعض السيدات على نسل منهم؛ ولأن المسألة فيها دخول طرف ثالث في عمليات التلقيح الاصطناعي فهي محرمة في الشريعة الإسلامية.

ثالثا: استئجار الأرحام

العرب ناقش فكرة استئجار الأرحام وبدا لهم أنها وسيلة لإيجاد أطفال "من نوع جديد لا هم يتامى ولا هم لقطاع، وقد يعترف بهم الوالد ولا تعترف بهم الأم"!¹³.

رابعا: إجهاض الأجنة الأنثوية

بعد أن أمكن تلقيح البويضات خارج الرحم بماء الرجل، استطاع العلماء إلى حد ما فصل الحيوانات المنوية الذكرية عن الأنثوية في ماء الرجل، ليتسع المجال للتحكم في جنس الجنين، للذين يرغبون في ذلك. ومن نتائج هذه العملية بدأت تعود ظاهرة "الوآد الخفي" المتمثلة في قتل الأجنة الأنثوية.

القواعد الضابطة للتلقيح الاصطناعي

لما كان التلقيح الاصطناعي من الأمور المستحدة في واقعنا؛ فإننا سنحتكم إلى القواعد المقاصدية والأصولية والفقهية، في غياب نص صريح في المسألة، وهذا حال

¹³ نقل هذا الدكتور عبد الرحمن البسام عن تقرير اللجنة الفرنسية حول موضوع أطفال الأنابيب. أنظر:

البسام، 1986م. أطفال الأنابيب: ص 247.

آبائهم⁹. وهذا مما لا يختلف عن نكاح الاستبضاع المحرم في الإسلام.

2- إجراء التجارب عليها:

حيث يستعملها الأطباء في إجراء التجارب عليها، لأغراض علمية مثل معرفة التكوينات المبكرة في النطفة الأمشاج وما بعدها من مراحل جنينية أولى، وفي بحثهم حول الإمكانيات المستقبلية المتوقعة لثمرات هذا الإنجاز العلمي وفوائده لتحسين النسل في الأسر ليكون النسل أصح وأقوى بنية وصفات ومميزات¹⁰، كما "يستفاد بها للعلاج في نقل الأعضاء منها، فإن استخدام هذه الأجنة في زراعة الأعضاء يشكل فتحاً جديداً في عالم الطب"¹¹!

فقد يستفاد منها مثلاً في حالة المواليد الذين يعانون نقصاً شديداً في المناعة، فإذا ما زرعت في أجسامهم الأنسجة المأخوذة من أجنة عمرها شهران أو ثلاثة أشهر (من حالات الإجهاض التلقائي)، فإن هذا العمل يمددهم بفرصة للشفاء.¹²

وفي حال السماح بذلك، سي طرح السؤال: إلى أي وقت يسمح بهذه التجارب؟ هل إلى اليوم الرابع عشر أين تكون البداية الأولى لتكون الجهاز العصبي، بظهور الميزان العصبي Neural Groove؟ أم نرجئه إلى حدود الأربعين يوماً حيث تكون النطفة الأمشاج قد تخلقت كائناً حياً يبدأ دقات القلب؟ أم يسمح بإجراء هذه التجارب لمدة أطول تنتهي ببداية نفخ الروح؟

⁹ أورد هذا الدكتور علي البار منسوباً إلى مجلة (News Week) بتاريخ 17/2/1985م. أنظر:

البار. 1985م. التلقيح الصناعي والأطفال الأنابيب: ص 271.

¹⁰ نقل هذا القول عن الشيخ الزرقا. أنظر: البسام، 1986م. "أطفال الأنابيب"، ص 249.

¹¹ البار. 1987م. القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب: ص 461.

¹² السقا. 1984م. زرع الأجنة إلى أين؟: ص 34.

أولاً: غموض في مصير البويضات الملقحة الفائضة (الأجنة)

في حال إجراء تجارب أطفال الأنابيب (الأسلوب الثالث)، فإن الطبيب يلجأ إلى إعطاء المرأة أدوية وعقارات مثل الكلوميدي (Clomide)، لتزيد من إفراز البويضات فيأخذ الطبيب عدة بويضات ويلقحها. ولذا كثرت ولادة التوائم في أطفال الأنابيب.

وتحسباً لاحتمالات الفشل فإن الطبيب يحتفظ بمجموعة من البويضات الملقحة مثلجة ومجمدة فإذا فشلت المحاولة الأولى أعاد الكرة، وإذا نجحت المحاولة فما مصير الأجنة المجمدة⁷؟ هل: يُتبرع بها للعقيمين؟ أم يجب التأكد من إتلافها إثر كل تجربة حال نجاح الحمل، أمام ناظري الزوجين؛ لتلا تعطي لآخرين؟ أو تكون حقلاً للتجارب في حال رفض الزوجين لذلك؟

1- التبرع بها:

وهو الذي يحدث في الواقع الآن؛ حيث أكد أطباء مسلمون ممن اشتغلوا في مراكز غربية أن الاستفادة منها تكون لأزواج آخرين. فهذا الدكتور نجم عبد الله عبد الواحد يؤكد ذلك بقوله: "بدأت بعض الفرق العلمية الطبية وخاصة الفريق الذي كنت أعمل فيه في لندن إلى نقل البويضات الزائدة إلى نساء أخريات هن بطبيعتهن عقيمات ولا يمكن لهن الإنجاب بسبب عجز المبايض عندهن"⁸، وحتى بداية سنة 1985م كان ما لا يقل عن ربع مليون طفل ولدوا نتيجة التلقيح الصناعي بغير ماء

⁷ أبو زيد. 1987م. طرق الإنجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي: ص 429؛ العريان. 1995م. ضوابط التلقيح خارج الرحم: ص 59، عبد الله. 1989م. زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية: ص 91.

⁸ عبد الواحد. د.ت. نظرة الإسلام حول طبيعة الجنس والتناسل: ص 84.

- إن الأسلوب الأول هو أسلوب جائز شرعاً بالشروط العامة⁵، وذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل.

- إن الأسلوب الثالث هو أسلوب مقبول مبدئياً في ذاته بالنظر الشرعي لكنه غير سليم تماماً من موجبات الشك فيما يستلزمه ويحيط به من ملابسات. فينبغي أن لا يلجأ إليه إلا في حالات الضرورة القصوى⁶. وكذا الأمر بالنسبة للأسلوب السابع.

- وأما الأساليب الأخرى من أساليب التلقيح الاصطناعي في الطريقتين الداخلية والخارجية مما سبق بيانه فجميعها محرمة في الشرع الإسلامي؛ فإن منها ما يدخل في معنى نكاح الاستبضاع، كما في الأسلوبين الرابع والسادس، ومنها ما هو شبيه بالتبني، كما في الأسلوبين الثاني والخامس؛ لأن البذرتين الذكرية والأنثوية فيها ليستا من زوجين، أو لأن المتطوعة بالحمل أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين.

نتائج التلقيح الاصطناعي

يصاحب الإجراء العملي لتجارب التلقيح الاصطناعي مجموعة من التبعات الغامضة حيناً، والسيئة حيناً آخر، حيث ينتج عن كل تجربة ما يأتي:

5 تتمثل الشروط العامة في: " (1) أن انكشاف المرأة المسلمة على غير من يحل بينها وبينه الاتصال الجنسي لا يجوز بحال من الأحوال إلا لغرض مشروع يعتبره الشرع مباحاً لهذا الانكشاف، (2) أن احتياج المرأة إلى العلاج من مرض يؤذيها، أو من حالة غير طبيعية في جسمها تسبب لها إزعاجاً، يعتبر ذلك غرضاً مشروعاً يبيح لها الانكشاف على غير زوجها لهذا العلاج، وعندئذ يتقيد ذلك الانكشاف بقدر الضرورة، (3) كلما كان انكشاف المرأة على غير من يحل بينها وبينه الاتصال الجنسي مباحاً لغرض مشروع، يجب أن يكون المعالج امرأة مسلمة إن أمكن ذلك، وإلا فامرأة غير مسلمة، وإلا فطبيب مسلم ثقة، وإلا فغير مسلم بهذا الترتيب. ولا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى". أنظر: البسام. 1986م. أطفال الأنابيب: ص335.

6 رابطة العالم الإسلامي 1411هـ: 141.

طرق التلقيح الاصطناعي الخارجي

- الأسلوب الثالث: تؤخذ فيه نطفة من الزوج وبويضة من مبيض الزوجة، وتلقحان في وعاء الاختبار، وبعد أن تأخذ اللقيحة بالانقسام والتكاثر، تنقل في الوقت المناسب إلى رحم الزوجة، لتنمو طبيعياً مدة الحمل، وهذا هو "طفل الأنبوب"؛ حيث يلجأ إلى هذا الأسلوب عندما تكون الزوجة عقيماً بسبب انسداد قناة فالوب التي تصل بين المبيض والرحم.

- الأسلوب الرابع: وفيه يتم تلقيح بويضة امرأة غير متزوجة بنطفة رجل أجنبي عنها في وعاء اختبار؛ لتزرع في رحم زوجة الرجل، ويلجأ لهذه الطريقة عندما يكون مبيض الزوجة معطلاً غير قادر على إنتاج البويضات.

- الأسلوب الخامس: يتم فيه تلقيح نطفة رجل، وبويضة امرأة (أجنبيين عن بعضهما)، لا تربطهما صلة زواج، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متزوجة، بغية حصولها على ولد؛ ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة لأن المرأة وزوجها عقيمان.

- الأسلوب السادس: يتم فيه إجراء تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة تتطوع بحملها. ويلجأ لهذه الطريقة عندما يكون رحم المرأة مريضاً؛ لكن مبيضها سليم.

- الأسلوب السابع: وهو الأسلوب السادس نفسه، غير أن المتطوعة بالحمل تكون زوجة ثانية للزوج. وهذا الأسلوب من اقتراح الدكتور مصطفى الزرقا عليه رحمة الله³. وهذه الأساليب هي آخر ما توصل إليه البحث العلمي في معالجة العقم⁴.

³ البار. 1408هـ- 1987م. القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب: ص 269.

⁴ زايد. 2000م. التلقيح الصناعي والمجهري كيف نفرق بينهما: ص 9.

علاج العقم مخالفة لإرادة الشارع ومقاصده؟

- حفظ النسل هو أحد مقاصد الشريعة الخمسة، وطرق الإنجاب الاصطناعي وسائل حفظ هذه الوسيلة؛ لكن هل كل هذه الوسائل تؤدي إلى المقصد الذي نريد تحقيقه؟

المبحث الأول: وسائل إنجاب النسل المستمدة من الهندسة التناسلية

التلقيح الاصطناعي: ماهيته وطرقه

التلقيح الاصطناعي: هو التلقيح داخل وخارج الرحم، بغير الطريق الطبيعي؛ حيث أريد بهذا التعبير "كل طريقة أو صورة يتم فيها التلقيح والإنجاب بغير الاتصال الجنسي الطبيعي بين الرجل والمرأة، أي بغير عملية الجماع"².

والإنجاب قد يقع داخل الرحم أو خارجه حسب أنواع التلقيح فمنه الداخلي، ومنه الخارجي، ولجمل النوعين سبع صور كما سيأتي:

طرق التلقيح الاصطناعي الداخلي

- الأسلوب الأول: ويتمثل في حقن النطفة الذكرية من رجل متزوج في مهبل أو رحم زوجته، لتلتقي بالبويضة، فتتلحق، ويلجأ لهذه الطريقة عندما يعجز الزوج عن إيصال مائه للزوجة.

- الأسلوب الثاني: وهو أن تؤخذ النطفة من رجل غريب وتحقن في الموقع المناسب لزوجة رجل آخر، لتلقح البويضة، ويلجأ لهذه الطريقة عندما يكون الزوج عقيماً لا ماء له.

² البسام. 1407هـ/ 1986م. أطفال الأنابيب: 1/ص 235-236.

فكل اتصال جنسي خارج إطار الزواج مشروع عندهم، حتى بين المثليين، وفي المقابل فإن حدث حمل من الاتصالات الجنسية غير الشرعية فلا مشكلة أيضاً، حيث إن الإجهاض مباح عندهم. فلا زواج معتبر، ولا أسرة، مادام المجال مفتوحاً للأبوة الزائفة مثل أبوة التلقيح الاصطناعي في صورته المحرمة، أو أبوة التبني، أو السفاح كما سنرى.

ولا يمكننا بحال دراسة هذه القضايا بمعزل عن الظروف التي تحيط بها، فالأحكام جزء من فهم الواقعة، وكما يقول علماء المنطق فإن "الحكم على الشيء فرع عن تصوره"؛ ومن ثم إضفاء الشرعية عليها أو إبطالها؛ والذي يهمننا في البحث هو الانطلاق من التصور الإسلامي بمبادئه وقيمه، فليست القضية مجرد إنجازات علمية، وإيجاد حلول للحالات عقم محدودة، ولكنها في الإسلام قضية إيجاد الانسجام والتناسق بين متطلبات البحث العلمي، وبين المبادئ والقيم الثابتة التي يقوم عليها التشريع الإسلامي.

مبادئ وقواعد الشريعة العامة في هذا المجال

- من مقاصد الشريعة "حفظ النسل"، الذي لأجله شرع الله النكاح، وحرّم السفاح، وأقر الولد ثمرة الزواج الصحيح!
- النكاح هو الوسيلة التي توجد النسل، والأسرة هي التي تحفظ النسل وتتعهد به بالتربية.

- من مقاصد الشارع كذلك قوله تعالى: ((يهب لمن يشاء إناثاً، ويهب لمن يشاء الذكور، أو يزوجهم ذكرانا وإناثاً، ويجعل من يشاء عقيماً إنه عليم قدير)) (الشورى: ٥٠). فقد شاءت إرادة العلي القدير أن يكون البعض عقيماً. فهل محاولة

1 جاد الحق، 199٩م. بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة: 2 / ص 369.

وسائل الإنجاب الاصطناعية: نحو توجيه البحث العلمي بالنظر المقاصدي.

إعداد

الدكتورة فريدة زوزو

مقدمة

يناقش هذا البحث أهم المسائل الطبية المتعلقة بموضوع إيجاد النسل، هذه التجارب العلمية التي يقوم بها أطباء متخصصون بغية الوصول إلى إيجاد حلول لمشكلة العقم عند الإنسان، حيث ابتكر العلماء طريقة الإنجاب غير الطبيعي خارج نطاق الاتصال الجنسي المعروف والذي ينتج النسل عادة، فالتلقيح الاصطناعي مثلا أصبح إحدى الوسائل التي يمكن من خلالها استيلاد أطفال، سواء في رحم الأم نفسها أو خارجه؛ إضافة إلى ظهور الاستنساخ الذي ينتج النسل في غياب العنصر الذكري. كما لا يخفى ما لزرع الأعضاء التناسلية من فائدة في التلقيح، ومن ثمة الإنجاب طبيعيا.

وإن الحقيقة التي لا يجب أن تغيب عن الأذهان أن الباحثين في هذا المجال كان مقصدهم من ذلك البحث العلمي ذاته؛ لمساعدة غير القادرين على الإنجاب؛ ومثلهم من الباحثين في المقابل، توسعوا في مجال وسائل منع الحمل، وفي نطاق استعمال التعقيم الجراحي، والإجهاض، وبين أولئك وهؤلاء تنافس كبير. ومن المجال الطبي أخذت البحوث منعظا آخر بمساعدة علماء الاجتماع والنفس الذين يروجون لها، باستحسانها ومباركتها، فهي لا تخالف المبادئ والقيم التي يقوم عليها المجتمع الغربي، حيث لا يولون أهمية كبرى "للزواج الشرعي"، كما أن مفاهيم "الأسرة"، و"العائلة" قد فقدت معانيها الحقيقية.



الدكتورة فريدة صادق زوزو، محاضرة بكلية الشريعة والقانون،
جامعة العلوم الإسلامية بماليزيا. حاصلة على شهادة الليسانس في
الفقه، من جامعة باتنة (الجزائر)، وشهادة الماجستير في الفقه وأصوله
من جامعة باتنة (الجزائر)، وشهادة الدكتوراة في الفقه وأصوله من
الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا.

Alamat:

Fakulti Syariah dan Undang-Undang,
Kolej Universiti Islam Malaysia,
Tingkat 10, Menara A, Persiaran MPAJ,
Jalan Pandan Utama, Pandan Indah,
55100 Kuala Lumpur.
Tel: 03-42892263 (P)
Faks: 03-42892197
Email: farida@admin.kuim.edu.my

العنوان:

**وسائل الإنجاب الاصطناعية: نحو توجيه البحث
العلمي بالنظر المقاصدي**

موضوعات آخر كالفقه المقارن والبعد الزمني والمكاني وأثرهما في استنباط الأحكام ونظرية مقاصد الشريعة. والله تعالى أعلم وبالله التوفيق والهداية.

أهم المراجع

- ابن نجيم الحنفي. الأشباه والنظائر. دار مكتبة الهلال.
- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن. الأشباه والنظائر. ط 1. دار الكتب العلمية.
- الزركلي. الأعلام. ج 1. ط 3.
- الزبيدي، السيد محمد المرتضى. تاج العروس. ج 2.
- عطية، جمال الدين. التنظير الفقهي. ط 1. مطبعة المدينة.
- الجوهري، إسماعيل بن حماد. الصحاح. ج 2. دار العلم للملايين.
- خلاف، عبد الوهاب. علم أصول الفقه. دار القلم.
- القراي. الفروق. ج 1. دار المعرفة.
- الفيروز آبادي. القاموس المحيط. ج 1.
- ابن منظور. لسان العرب.
- الزرقا، مصطفى. المدخل الفقهي العام. ج 2. ط 6.
- الفيومي، أحمد بن محمد. المصباح المنير. دار الكتب الحديثة.
- زكي الدين شعبان. أصول الفقه الإسلامي. جامعة الكويت.
- شعبان محمد إسماعيل. أصول الفقه.
- العز بن عبد السلام. القواعد.
- المراغي. الفتح المبين. ج 2. مطبعة أنصار السنة.

قواعد الشريعة (الأصولية والفقهية) لها دور عظيم في مجال الأحكام من حيث الوصول إلى الحكم الصواب أو رفع الخلاف بالجمع والتوفيق أو الترجيح بين آراء العلماء خاصة في زماننا هذا الذي كثرت فيه المسائل وتطورت وسائل الحياة.

جهود العلماء السابقين تعتبر الأساس الذي يمكن البناء عليه والاستفادة منه في هذا المضمار إلا أنها ليست كافية إذا جمد النشاط الفقهي بالاعتصار عليها خاصة وأنها كتبت لتعالج مشكلات عصور ليست بعصرنا.

جهود العلماء الفردية والجماعية كالجوامع الفقهية في عصرنا اليوم تعتبر مقدرة إلا أنها غير كافية كذلك ولا تزال بعيدة عن تحقيق الأهداف المنشودة من أجل سعادة الأمة ورفاهيتها خاصة في مجال التقنين والتطوير ولا تزال قاصرة عن الوصول إلى إصدار أحكام ملزمة أو على الأقل مجمع عليها وغاية الأمر أنها تدور حول مجال الفتاوى فحسب، كما يلاحظ أن تلك المناهج لا تبين القواعد التي تعتمد عليها في الإفتاء بصورة واضحة مفصلة، مما ينجم عنه خلاف واضطراب في الأحكام غالباً في مسائل حيوية مطروحة للنقاش كالفوائد المصرفية والتأمين وغير ذلك.

التأكيد على الاهتمام بالقواعد بأنواعها المتعددة واستعمالها كحلقة وصل فعالة في مجال استنباط وبيان الأحكام كوسيلة حتمية وصولاً إلى الأحكام الصائبة في كثير من القضايا الأساسية والملحة في حياة الإنسان في عصرنا هذا.

وختاماً يلاحظ أن المباحث التي يمكن أن تستغل كحلقة وصل بين النصوص والأحكام أو بين المجال النظري والمجال التطبيقي يمكن أن تشمل

وكذلك كان حكم الإمام السيوطي على القواعد الخمس بأنها القواعد التي ترجع إليها جميع مسائل الفقه غير جامع ولا مانع لأن كثيرا من المسائل لا ترجع إلى هذه القواعد، ولأن غيرها من القواعد التي أوردتها بعد ذلك وعددها أربعون وأطلق عليها القواعد الكلية التي يخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية لا تختلف عن الخمس الأولى في هذا الصدد كثيرا.

وكذلك فعل ابن السبكي في القواعد التي أوردتها بعد القواعد الخمس فقد أسماها القواعد العامة التي لا تخص بابا دون باب، تميزا لها عن الصنف الثالث الذي أوردته بعد ذلك بعنوان القواعد الخاصة بالأبواب، فهذا التمييز الدقيق في التفريق بين هذه القواعد الخمس (أو الست عند ابن نجيم) يعتمد على التجريد والعموم في هذه القواعد، وهو ما يفهم صراحة من قول ابن السبكي الذي سبقته الإشارة إليه، حيث فرق في إرجاع الفقه إلى القواعد بين منهج التعسف والتكلف وبين منهج الوضوح، وأنه كلما زاد عدد القواعد كلما كان إرجاع الفقه إليها أيسر وأوضح³⁶.

³⁶ أنظر: العز بن عبد السلام. القواعد، وابن السبكي. الأشباه والنظائر، والسيوطي. الأشباه والنظائر، وابن نجيم. الأشباه والنظائر: مواضيع متعددة، وانظر أيضا: عطية. التنظير الفقهي: ص 78.

(القواعد والأشباه والنظائر) وقال: فعمدت إلى الكتاب فاحتلبت زبده وقذفت من بحر فوائده زبده وجمعت عليه من الأشباه والنظائر³².

وقد تابع السيوطي (ت 911هـ) ابن السبكي في ذكر القواعد الخمس التي ذكر الأصحاب أن جميع مسائل الفقه ترجع إليها، ونقل قول الشيخ تاج الدين بن السبكي: التحقيق عندي أنه إن أريد رجوع الفقه إلى خمس بتعسف وتكلف وقول جملي، فالخامسة داخلية في الأولى³³. ويقال على هذا: واحدة من هؤلاء الخمس كافية، والأشبه أنها الثالثة³⁴. وإن أريد الرجوع بوضوح فإنها تربو على الخمسين بل على المائتين، حسب عبارة الإمام السيوطي.

وجاء ابن نجيم (ت 970هـ) فجعل هذه القواعد ستا، إذ قسم قاعدة الأمور بمقاصدها إلى قاعدتين: "لا ثواب إلا بالنية" و"الأمور بمقاصدها". وقد جمع ابن نجيم بين هذه القواعد الست، وبين القواعد التسعة عشر التي تبعتها بقوله: إنها القواعد التي ترد إليها وفرعوا الأحكام عليها، وهي أصول الفقه في الحقيقة، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد ولو في الفتوى.

ولم يبين ابن نجيم الفرق بين هذين النوعين من القواعد، بل اكتفى بإيراد الست الأولى تحت عنوان النوع الأول من القواعد، وتسعة عشر أخرى تحت عنوان النوع الثاني من القواعد، وإن أضاف أنها قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية³⁵. وهذا القول غير كاف للفرقة بين النوعين لأنه ينطبق كذلك على النوع الأول.

³² عطية: التنظير الفقهي: ص 78.

³³ أي قاعدة "الأمور بمقاصدها" داخلية في قاعدة اليقين لا يزال بالشك.

³⁴ هي قاعدة "المشقة تجلب التيسير" حسب ترتيب ابن السبكي والسيوطي.

³⁵ ابن نجيم. الأشباه والنظائر: ص 15، والسيوطي. الأشباه والنظائر: ص 104 وما بعدها.

المعاملات.

رابعا : القواعد الخاصة بباب من أبواب الفقه. وسوف يتركز التفصيل فيما يلي على القسم الأول وهو القواعد الكلية الأصلية.

لقد رد العز بن عبد السلام (ت660هـ) القواعد الفقهية وفروعها إلى قاعدتين هما جلب المصالح ودرء المفاسد. بل قال: إن درء المفاسد هو من جملة جلب المصالح وبذلك تدور القواعد حول قاعدة واحدة³⁰. وقد فصل بعض العلماء هذه النظرة الشاملة فأرجع بعضهم القواعد إلى أربع وبعضهم إلى خمس وبعضهم إلى ست .

فالمروزي (ت462هـ) رد فقه الشافعية إلى أربع قواعد هي:

(1) اليقين لا يزال بالشك.

(2) المشقة تجلب التيسير.

(3) الضرر يزال.

(4) العادة محكمة.

وردها ابن السبكي (771هـ) إلى خمس قواعد حيث أضاف قاعدة:

الأمر بمقاصدها. وأصلها حديث النبي صلى الله عليه وسلم "إنما الأعمال بالنيات"³¹.

والظاهر من هذه العبارة لابن السبكي أن غيره كان قد سبقه إلى إضافة هذه القاعدة فلعله أحد من أخذ عنه كصدر الدين محمد بن عمر بن المرحل الذي كان قد جمع كتابا في الأشباه والنظائر في الفروع أثنى عليه ابن السبكي في مقدمة كتابه

30 المرجع السابق: ص 38.

31 أخرجه البخاري في بدأ الوحي رقم 1 و الإيمان رقم 41، ومسلم في الإمارة رقم 155.

أحدهما ما يسمى أصول الفقه: هو قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح والأمر للوجوب والنهي للتحريم. وثانيهما: قواعد كلية فقهية كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه. وهي قواعد عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بما يعظم قدر الفقيه ويشرف²⁸.

ونلاحظ من تعريف الإمام القرافي أنه أراد بأصول الشريعة ما يشمل القواعد الأصولية- كما ذكره في القسم الأول- وقواعد الفقه الكلية كقسم ثان ويجدر بنا أن نذكر أيضا ما أورده الإمام السيوطي عن قواعد الفقه الكلية في مقدمة كتابه الأشباه والنظائر وهو يتحدث عن هذا الفن: قال بعد الثناء على الفقهاء: ولقد نوعوا هذا الفقه فنونا وأنواعا وتطاولوا في استنباطه يدا وباعا. وكان من أجل أنواعه: معرفة نظائر الفروع وأشباهه، وضم المفردات إلى أخواتها وأشكالها، ولعمري إن هذا الفن لا يدرك بالتمني، ولا ينال بسوف ولعل ولو أني، ولا يبلغه إلا من كشف عن ساعد الجد وثمر²⁹. واستطرد في ثنائه على هذا العلم.

أنواع القواعد الفقهية

تقسيم القواعد الفقهية في هذا المطلب على أساس نشأتها من ناحية، وعلى أساس تجريدتها وشمولها من ناحية أخرى.

فعلى هذا الأساس يمكن تقسيمها إلى الأنواع التالية:

أولا: القواعد الكلية الأصلية.

ثانيا: القواعد المشتركة بين الأبواب الفقهية من أقسام مختلفة.

ثالثا: القواعد المشتركة بين أبواب فقهية من قسم واحد كالعبادات أو

28 الفرائي. الفروق: ص 3.

29 السيوطي. الأشباه والنظائر: ص 4.

الكلامية ولم أورد الإطالة بذكرها في هذا البحث إذ أنها ليست بذات أثر كبير في مجال استنباط الأحكام الشرعية العملية. وهي أليق بالبحث في مجال أصول الدين والعقيدة.

ثانياً: القواعد الفقهية

تعريفها: القواعد الفقهية يقصد بها ما يجمع الأحكام المتشابهة التي ترجع إلى قياس واحد يضمها، أو إلى ضابط فقهي يربطها، فيجتهد الفقيه المستوعب للمسائل فيربط بين هذه المسائل المتفرقة برباط يسمى القاعدة .

فالقواعد الفقهية عبارة عن نصوص موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها وتتجدد بتجدد الزمن²⁵ وهي قواعد كثيرة العدد أوصلها بعضهم إلى مئات وجمع بعض العلماء قواعد مذهب الإمام الشافعي في أربع قواعد:

- اليقين لا يزال بالشك.

- المشقة تجلب التيسير.

- الضرر يزال.

- العادة محكمة.

وزاد بعضهم قاعدة:

- الأمور بمقاصدها²⁶.

وقد وردت الإشارة إليها في عبارة الإمام القرافي²⁷: أصول الشريعة نوعان:

25 انظر : مصطفى الزرقا. المدخل الفقهي العام: ص 347، وشعبان محمد إسماعيل. أصول الفقه: ص 60.

26 السيوطي. الأشباه والنظائر: ص 7-8.

27 المرجع السابق: ص 10.

القاعدة الثالثة: في نسخ الحكم:

وصيغتها كآلي: لا نسخ لحكم شرعي في القرآن أو السنة بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، وأما في حياته، فقد اقتضت سنة التدرج بالتشريع، ومسايرته المصالح نسخ بعض الأحكام التي وردت فيهما ببعض نصوصهما نسخا كلياً، أو نسخا جزئياً²³

القاعدة الرابعة: في التعارض والترجيح:

وصيغتها كآلي: إذا تعارض النصان ظاهراً وجب البحث والاجتهاد في الجمع والتوفيق بينهما بطريق صحيح من طرق الجمع والتوفيق. فإن لم يمكن وجب البحث والاجتهاد في ترجيح أحدهما بطريق من طرق الترجيح فإن لم يمكن هذا ولا ذلك وعلم تاريخ ورودهما فإن اللاحق منهما يكون ناسخاً للسابق، وإن لم يعلم تاريخ ورودهما توقف عن العمل بهما. وإذا تعارض قياسان أو دليلان من غير النصوص ولم يمكن ترجيح أحدهما عدل عن الاستدلال بهما²⁴.

ملاحظات

- (1) يلاحظ بالنسبة لمنهج الأستاذ عبد الوهاب خلاف في كتابته عن القواعد اللغوية والتشريعية طول العبارة في صياغة القاعدة وقد اصططح العلماء أن تكون موجزة.
- (2) يلاحظ على منهجه كذلك ذكر بعض القواعد التي عرفت أنها قواعد فقهية فأوردها على أساس أنها مبادئ ضمن القواعد الأصولية التي كان بصدد بحثها، وذلك مثل قاعدة "الضرر يزال شرعاً" وما شابهها.
- (3) هناك أنواع أخرى من القواعد الأصولية أشار إليها العلماء كالقواعد الأصولية

²³ المرجع السابق: ص 222.

²⁴ المرجع السابق: ص 229.

صحيح ومنطبق على هذا النوع من القواعد التي يمكن استمدادها من أمر المشرع أو توجيهه أو مقصده من التشريع فقط دون ملاحظة استمدادها من الموارد التي تستمد منها القواعد الأصولية الأخرى. وقد كتب عنها الأستاذ عبد الوهاب خلاف¹⁹ من المتأخرين، فذكر أن هذه القواعد التشريعية استمدتها علماء أصول الفقه الإسلامي من استقراء الأحكام الشرعية. ومن النصوص التي قررت مبادئ تشريعية عامة وأصولاً تشريعية كلية²⁰، حيث ذكر عدة قواعد من هذا النوع في صياغة جديدة فمن ذلك:

القاعدة الأولى: فيما هو حق لله وما هو حق للمكلف:

وصياغتها كالآتي: أفعال المكلفين التي تعلق بها الأحكام الشرعية، إن كان المقصود بها مصلحة المجتمع عامة فحكمها حق خالص لله وليس للمكلف فيها خيار، وتنفيذه لولي الأمر، وإن كان المقصود بها مصلحة المكلف خاصة، فحكمها حق خالص للمكلف وله في تنفيذها الخيار.

القاعدة الثانية: فيما يسوغ الاجتهاد فيه:

وصيغتها كالآتي: لا مسأغ للاجتهاد فيما فيه نص صريح قطعي²¹. وأشار في شرحه لهذه القاعدة إلى أمور ثلاثة²²:

أحدها: أن الاجتهاد لا يتجزأ.

ثانيها: أن المجتهد مأجور.

ثالثها: أن الاجتهاد لا ينقض بمثله.

وكانه ينبه بهذه الإشارة إلى أنها قواعد متفرعة عن القاعدة الأصلية.

¹⁹ المرجع السابق: ص 197.

²⁰ المرجع السابق: ص 197.

²¹ المرجع السابق: ص 216.

²² المرجع السابق: ص 220-221.

النوع الثاني: القواعد الأصولية التشريعية

عند المتقدمين من العلماء:-

تجدر الإشارة إلى أن العلماء المتقدمين لم يطلقوا لفظ التشريعية على هذا النوع من القواعد ولكنها ذكرت ضمن مؤلفاتهم على أنها قواعد أصولية ومن ذلك على سبيل المثال:

أ) من القواعد التي ذكرها الزركشي (ت794هـ):

- 1) الجهل والنسيان يعذر بهما في حق الله تعالى المنهيات دون المأمورات.
- 2) الحاجات العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في آحاد الناس.
- 3) الحاجات الخاصة تبيح المحظور.
- 4) الحال لا يتأجل.
- 5) حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة.
- 6) الخطأ يرفع الإثم.

ب) وتشتمل القواعد الكلية التي أوردتها السيوطي (ت911هـ) في الكتاب الثاني من مؤلفه (الأشباه والنظائر) وعددها أربعون قاعدة بعض القواعد الأصولية منها:

- 1) الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.
- 2) تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصالح.
- 3) الرخص لا تناط بالشك.
- 4) يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد.

عند المتأخرين من العلماء

لقد مرت الإشارة إلى أن نعت هذا النوع من القواعد الأصولية بصفة (التشريعية) لم يرد كثيرا في مؤلفات الأصوليين وربما لم يكن متداولا بين المتقدمين ولكنه وصف

وصيغتها كالتالي: إذا ورد في النص لفظ خاص ثبت الحكم لدلوله قطعا، ما لم يقيم دليل على تأويله وإرادة معنى آخر منه، فإذا ورد مطلقا أفاد ثبوت الحكم على الإطلاق ما لم يوجد دليل يقيدده. وإن ورد على صيغة الأمر أفاد إيجاب المأمور به ما لم يوجد دليل يصرفه عن الإيجاب، وإن ورد على صيغة النهي أفاد تحريم المنهي عنه ما لم يوجد دليل يصرفه عن التحريم¹⁸.

وهذه القاعدة والسابقتان لها ذكر الأستاذ الدكتور زين العابدين بن العبد محمود نور صياغتها المحكمة هكذا:

- (1) إن كان الاشتراك بين معنى شرعي ولغوي حمل على الشرعي.
- (2) إن كان الاشتراك بين معنى لغوي وبين معنى لغوي آخر وجب حمله على واحد منهما بعينه.
- (3) المشترك لا يصح إرادة معنييه أو معانيه جميعا.
- (4) العام غير المخصص يحمل على عمومه.
- (5) العام المخصص وجب حمله على الباقي.
- (6) العام لا يخصص إلا بدليل يساويه أو يرجحه.
- (7) الخاص يدل على معناه قطعا.
- (8) الخاص الوارد مطلقا حمل على إطلاقه.
- (9) الخاص إن كان صيغة الأمر حمل على الوجوب ما لم يوجد دليل يصرفه عن الإيجاب.
- (10) الخاص إن كانت صيغة فهي حمل على التحريم ما لم يوجد دليل يصرفه عن التحريم.

¹⁸ المرجع السابق: ص 191.

القاعدة الرابعة: في غير الواضح الدلالة ومراتبه

وصيغتها كالتالي: غير الواضح الدلالة من النصوص هو ما لا يدل على المراد منه بنفس صيغته، بل يتوقف فهم المراد منه على أمر خارجي، إن كان يزال خفاؤه بالبحث أو الاجتهاد فهو الخفي أو المشكّل، وإن كان لا يزال خفاؤه إلا بالاستفسار من الشارع نفسه فهو المجمل، وإن كان لا سبيل إلى إزالة خفائه أصلاً فهو المتشابه¹⁵.

القاعدة الخامسة: في المشترك ودلالته

وصيغتها كالتالي: إذا ورد في النص الشرعي لفظ المشترك، فإذا كان مشتركاً بين معنى لغوي ومعنى اصطلاحى شرعي، وجب حمّله على المعنى الشرعي، وإن كان مشتركاً بين معنيين أو أكثر من المعاني اللغوية وجب حمّله على معنى واحد منها بدليل يعينه، ولا يصح أن يراد بالمشترك معناه أو معانيه¹⁶.

القاعدة السادسة: في العام ودلالته

وصيغتها كالتالي: إذا ورد في النص الشرعي لفظ عام ولم يقدّم دليل على تخصيصه، وجب حمّله على عمومّه وإثبات الحكم لجميع أفرادهِ قطعاً، فإن قام دليل على تخصيصه وجب حمّله على ما بقي من أفرادهِ بعد التخصيص. وإثبات الحكم لهذه الأفراد ظناً لا قطعاً. ولا يخصّص العام إلا بدليل يساويه أو يرجّحه في القطعية أو الظنية¹⁷.

القاعدة السابعة: في الخاص ودلالته

15 المصدر السابق: ص 169.

16 المصدر السابق: ص 177.

17 المصدر السابق: ص 181.

د) ومن مؤلفات المتأخرين كتب عنها عبد الوهاب خلاف بمنهج خاص يعتمد على صياغة المباحث الأصولية اللغوية على هيئة قواعد. فمن ذلك:

القاعدة الأولى: في طريق دلالة النص

وصياغتها كالتالي: النص الشرعي - أو القانوني - يجب العمل بما يفهم من عبارته أو إشارته أو دلالاته أو اقتضائه، لأن كل ما يفهم من النص بطريق من هذه الطرق الأربعة هو من مدلولات النص، والنص حجة عليه، وإذا تعارض معنى مفهوم بطريق من هذه الطرق ومعنى آخر مفهوم بطريق آخر منها رجح المفهوم من العبارة على المفهوم من الإشارة ورجح المفهوم من أحدهما على المفهوم من الدلالة¹².

القاعدة الثانية: في مفهوم المخالفة

وصياغتها كالتالي: النص الشرعي لا دلالة له على حكم في مفهوم المخالفة¹³.

القاعدة الثالثة: في الواضح الدلالة ومراتبه

وصياغتها كالتالي: الواضح الدلالة من النصوص، هو ما دل على المراد منه بنفس صيغته من غير توقف على أمر خارجي، فإن كان يحتمل التأويل والمراد منه ليس المقصود أصالة من سياقه، سمي الظاهر، وإن كان يحتمل التأويل والمراد منه هو المقصود أصالة من سياقه سمي النص، وإن كان يحتمل التأويل ويقبل حكمه النسخ سمي المفسر، وإن كان لا يحتمل التأويل ولا يقبل حكمه النسخ سمي المحكم. وكل نص واضح الدلالة يجب العمل بما هو واضح الدلالة عليه، ولا يصح تأويل ما يحتمل منه إلا بدليل¹⁴.

12 خلاف. علم أصول الفقه: ص 143.

13 المصدر السابق: ص 153.

14 المصدر السابق: ص 161.

الأصولية اشتهارا وتداولوا وكثرة وأهمية وقد كتب عنها كثير من العلماء السابقين، ومثال ذلك من مؤلفات العلماء المتقدمين:

(أ) قد أفرد ابن عساكر (ت771هـ) لها قسما خاصا في كتابه (القواعد والأشباه والنظائر) بعد القواعد الكلامية والأصولية. مثال ذلك القواعد المتعلقة بالواو، والفاء وفي، وثم، وإذا، وإلا، وبعد، وبلى، وحتى، وكاد، وكم، وكيف، وكذا، واللام، ولولا. كما بحث في المركبات، وما يبني على العربية من الفروع الفقهية مثل المقصود بكلمة "الكلام" وأبحاث المضمرات، والضمير المسمى، والموصول، والمبتدأ، والحال، والعدد، وأبنية الفعل ومعانيها، وإعمال المصدرية، وعوامل الجزم، وغير ذلك من المباحث، وأثر هذه المباحث في تفسير النصوص المختلفة.

(ب) وقد خصص الإسنوي (ت772هـ) كتابا مستقلا باسم (الكوكب الدرّي في تخريج الفروع الفقهية على المسائل النحوية) وقد حققه د. عبد الرزاق السعدي وطبعته وزارة الأوقاف الكويتية.

(ج) وقد حصر ابن رشد القرطبي في كتابه (بداية المجتهد) الأسباب المؤدية إلى الاختلاف بين الفقهاء في ستة أسباب موجزها:

1- تردد اللفظ بين أصناف الألفاظ التي تؤخذ منها الأحكام من السمع.

2- الاشتراك الحاصل في الألفاظ.

3- الاختلاف في الإعراب لأنه هو الفارق بين المعاني.

4- تردد اللفظ بين حملة على الحقيقة أو على المجاز، ومن حذف أو زيادة،

أو تقديم أو تأخير، وكذا ترده بين الحقيقة أو الاستعارة.

5- إطلاق اللفظ تارة وتقييده تارة.

6- التعارض بين الشئيين في جميع أصناف الألفاظ التي تؤخذ منها

الأحكام، وكذا التعارض في الأفعال أو القرارات أو القياسات.

أما الإشارة إلى تعريف القواعد الأصولية على وجه التحديد فلم تكن واضحة عند المتأخرين من العلماء كما أنها لم تفرد بالتأليف لديهم كما هو الحال غالبا عند المتقدمين. ولكن على سبيل المثال نذكر بعض التعريفات الموجزة التي وردت في مؤلفات المتأخرين: فمن ذلك على سبيل المثال:

- (أ) عند د. شعبان محمد إسماعيل: القواعد الأصولية هي المناهج التي تحدد الطريق الذي يلتزمه الفقيه في استخراج الأحكام الشرعية من أدلتها¹⁰.
- (ب) وعند د. جمال الدين عطية: المقصود بها القواعد التي تتناول مباحث أصول الفقه وتحكمها وتضبطها¹¹.

أنواع القواعد الأصولية

تجدر الإشارة في البداية إلى أن أنواع القواعد الأصولية لم يتطرق إليها العلماء بالبحث العلمي الدقيق المفصل بل كثيرا ما يحدث المزج والتداخل عند التأليف فيها مع تمييز القواعد الأصولية اللغوية وإن لم تفرد بالتأليف شأن القواعد الأصولية عموما.

وفي هذا المطلب محاولة لتحديد أنواع القواعد الأصولية والتمييز بينها للفائدة العلمية والأكاديمية وذلك بتبويبها في المؤلفات المختلفة وهذه المحاولة تعتمد على التفريق بين ثلاثة أنواع من القواعد الأصولية بناء على استمداد علم أصول الفقه. وسيكون التركيز على نوعين هما القواعد اللغوية والقواعد التشريعية.

النوع الأول: القواعد الأصولية اللغوية

وذلك بناء على استمداد أصول الفقه من اللغة العربية وهي أكثر أقسام القواعد

¹⁰ شعبان محمد إسماعيل. أصول الفقه: ص 60.

¹¹ عطية. التنظير الفقهي: ص 102.

ثانيهما : قواعد كلية فقهية كثرة العدد عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه. وهي قواعد عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف⁶. فالنوع الأول الذي ذكره في عبارته يراد به القواعد الأصولية.

القواعد الأصولية عند المتأخرين من العلماء:

أشار إليها كثير من العلماء المتأخرين خاصة عند تعريفهم لعلم أصول الفقه، بل إن بعضهم قد حصر تعريف علم أصول الفقه في العلم بالقواعد الأصولية التي يمكن بها استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة العامة. ومن ذلك على سبيل المثال:

أ) عند عبد الوهاب خلاص: أصول الفقه هو العلم بالقواعد والبحوث التي يتوصل بها إلى استفادة الأحكام الشرعية العلمية من أدلتها التفصيلية. أو هي مجموعة القواعد والبحوث التي يتوصل بها إلى استفادة الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية⁷.

ب) عند زكي الدين شعبان: أصول الفقه: هي القواعد التي يتوصل بها المجتهد إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من الأدلة التفصيلية⁸.

ونلاحظ على مثل هذه التعريفات لعلم أصول الفقه أنها قد اقتصرنا على ذكر جزء فقط من علم الأصول وهو معرفة القواعد. ولكن القواعد الأصولية قسم من ثلاثة أقسام اشتمل عليها التعريف بعلم أصول الفقه كما ذكره البيضاوي وغيره من العلماء المتقدمين⁹.

⁶ القرافي. الفروق: ص ٣.

⁷ خلاص. علم أصول الفقه: ص ١٢.

⁸ زكي الدين شعبان. أصول الفقه الإسلامي: ص ١٠ جامعة الكويت.

⁹ أنظر ص ٧ من هذه الرسالة.

القواعد الأصولية والفقهية ودورها كحلقة وصل بين النظرية والتطبيق

أ) تعريف القاعدة لغة:

كلمة "القاعدة" في اللغة العربية مشتقة من مادة "قعد" والقعود هو الجلوس، والقواعد الأسس².

ب) التعريف بالقاعدة في الاصطلاح اللغوي³:

المعنى السابق هو الأصل في كلمة "قاعدة" أما المعنى الذي اشتهر في اصطلاح علماء اللغة هو أن القاعدة بمعنى الضابط أو الأمر الكلي الذي ينطبق على جميع جزئياته غالباً⁴.

أولاً : القواعد الأصولية:

القواعد الأصولية عند العلماء المتقدمين:

أشار الإمام القرافي⁵ إلى القواعد الأصولية والفقهية بعبارة واضحة يقوله (أصول الشريعة نوعان:

أحدهما : ما يسمى أصول الفقه: وهو قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح و الأمر لوجوب والنهي للتحريم.

² انظر: الجوهري. الصحاح: ص 525، وابن منظور. لسان العرب: ص 362، والفيروز آبادي. القاموس

المحيط: ص 340، والزبيدي. تاج العروس: ص 469، والفيومي. المصباح المنير: ص 616.

³ المراد اصطلاح علماء اللغة العربية وعرفهم في استعمال كلمة "قاعدة" وليس المراد تعريف القاعدة الفقهية في اصطلاح الفقهاء فهذا يأتي لاحقاً في ثنايا هذا البحث.

⁴ أنظر: الفيومي. المصباح المنير: ص 616، والمصادر السابقة ذكرها.

⁵ هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي نسبة إلى قبيلة صنهاجة من برابرة المغرب. والقرافي نسبة إلى القرافة بالقاهرة توفي سنة 684هـ. انظر: الزركلي. الأعلام: ص 90، والمراسي. الفتح المبين: ص 86.

ينبغي، وإن كانت جهودا عظيمة مثل كتاب الأشباه والنظائر في فروع فقه الشافعية للإمام السيوطي الذي اشتمل على كثير من المسائل التطبيقية في عصره.

والقواعد بأنواعها المتعددة لم تحظ بالدراسة الوافية ولم تتم الاستفادة القصوى منها خاصة في عصرنا هذا. وفي هذا البحث المقتضب أود التركيز على نوعين من القواعد الشرعية هما القواعد الأصولية والقواعد الفقهية، وذلك لبيان دورها كحلقة وصل بين الأدلة والنصوص العامة النظرية والتطبيق العملي.

لقد أفرد العلماء سابقا علم الفقه بالأحكام العملية والتي يقصد منها كسب الجوارح وما تدركه الحواس ولكنهم لم يتفقوا تماما حول هذا المعنى كما نلاحظ في مؤلفات بعض كبار العلماء السابقين كالإمام الغزالي في كتابه إحياء علوم الدين الذي جمع فيه بين فقه الحواس وفقه القلب. ويجسب ضمن هذا النطاق كذلك كتاب الفقه الأكبر لأبي حنيفة. ويبدو أنه في الصدر الأول من الإسلام قد كانت كلمة الفقه تستعمل بمعناها العام الذي تدخل فيه كل أحكام الشريعة ثم خصت بعمل الجوارح فيما بعد.

وتجدر ملاحظة أن الأمور والمسائل القلبية كالإيمان والصفات المعنوية تدخل ضمن نطاق التطبيق كذلك فهي أيضا أحكام عملية من حيث اللغة ولذا اشتهر القول بأن الإيمان هو عمل القلب.

ولذلك أود في هذه المحاولة أن أسير على العرف الغالب عند العلماء خاصة المعاصرين مع أنني أميل إلى الرأي القائل بعدم الفصل بين المعنوي والمادي من حيث التطبيق فالأحكام المتعلقة بالحواس والتي خص بها علم الفقه لها جانب تطبيقي والأحكام المعنوية التي خص بها علم أصول الدين لها جانب تطبيقي كذلك من حيث عمل الإنسان.

حياته من هذه الأحكام، كذلك لا بد لهذه الأحكام من القواعد.

ومن الواضح جليا لكل باحث في مجال الدراسات الشرعية أهمية هذه القواعد في مجال الاجتهاد الذي لا غنى عنه لمعرفة الأحكام الشرعية على مدى الزمان والمكان. كما تبين لي كذلك أن تعلق القواعد الأصولية بمجال الاجتهاد الاستنباطي أكثر من الفقهية وأن الأخيرة أليق بمجال الاجتهاد البياني و الاجتهاد بقسميه لا بد منه في حياة المسلم كما هو معروف خاصة في مثل زماننا هذا الذي كثرت فيه المسائل وتشعبت واستحدثت كثير من وسائل الحياة والتطور، ويحتاج المسلم إلى التعامل معها بالطريقة الشرعية الصحيحة، ومن هنا تنبع أهمية الاجتهاد، وبالتالي أهمية القواعد التي تمثل الضوابط له فإذا أضفنا إلى ذلك ضعف العامل اللغوي بصفة عامة اتضح سبب القصور والخلاف في الأحكام.

إن للقواعد الأصولية والفقهية دورا عظيما في مجال الاجتهاد، من حيث معرفة الأحكام غير المنصوص عليها (الاجتهاد الاستنباطي) أو فهم الأحكام المنصوص عليها (الاجتهاد البياني)، ومن الملاحظ أن هذه القواعد (أصولية أو فقهية) لم تحظ بالدراسة الوافية عند العلماء المتأخرين فضلا عن التعمق في استعمالها في مجال الأحكام تطبيقيا إلا النذر اليسير الذي لا يعدو دور التعريف والتنظير ووضع الخطوط العريضة التي على هداها يمكن السير¹. وهذه المرحلة لا بد منها إلا أنها ليست كافية حيث أن المقصود هو استيعاب كل المسائل العصرية التي تحتاج إلى أحكام لتتنضوي تحت القواعد مواكبة لأحكام العصر.

ومؤلفات المتقدمين من العلماء وإن كانت تمثل الأساس الذي نعتمد عليه من حيث المرجعية العلمية، إلا أنها لم تفصل ولم تفرق بين أنواع القواعد تماما كما

¹ مثل مجلة الأحكام العدلية وغيرها.

القانون الشرعي الذي يحتكم إليه. وهذه المسائل تتوزع بين أقسام الفقه وأبوابه المتعددة من عبادات ومعاملات وجنايات وأحوال شخصية وغير ذلك منها على سبيل المثال فوائد المصارف وشهادات الاستثمار وصناديق الادخار والتأمين وإعادة التأمين وخطاب الضمان وبطاقات الائتمان والعقود بالاتصالات الحديثة وزكاة الديون وزكاة الأسهم والمفطرات في مجال التداوي والإحرام في الطائرة والسفينة والانتفاع بأعضاء الإنسان ومسؤولية الطبيب والتلقيح الصناعي وتنظيم النسل وأجهزة الإنعاش وزراعة الخلايا والاستنساخ وغير ذلك.

ومن هذه المسائل ما تمت مناقشته في بعض الجامعات العلمية أو من قبل بعض العلماء، ومنها ما لم يحظ بالحكم الشرعي بعد، ومنها ما لم يحسم الخلاف حوله بعد، الأمر الذي يمكن أن يعزى في الغالب الأعم إلى الخلاف في فهم وتفسير النصوص وفي تطبيق القواعد الشرعية. وإذا أردنا الوصول إلى الحكم الصواب أو رفع هذه الخلافات المتناقضة أو الترجيح بين الأقوال المختلفة باختيار الأفضل والأمثل من بينها فلا مناص من التعرض إلى موضوع القواعد وكيفية الاستفادة منها في استنباط الأحكام.

ومع التسليم بأن الموضوع من هذه الناحية يكتنفه شيء من الصعوبة مما يجعل كثيرا من الباحثين يتجنب الخوض فيه ليس في عصرنا هذا فحسب بل حتى في العصور السابقة إلا أنه لا بد من ذلك وإلا فسوف يكون الفقه الإسلامي غير متناسق وغير مكتمل وبالتالي غير قادر على المنافسة كقانون في العصر الحديث. وقد ورد ضمن القواعد الأصولية "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب".

وقواعد الشريعة هي المناهج والوسائل التي بواسطتها تستنبط الأحكام الشرعية من الأدلة الإجمالية وتفهم وتضبط، وكما أن الإنسان المسلم لا بد له في

قواعد الشريعة كحلقة وصل بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي

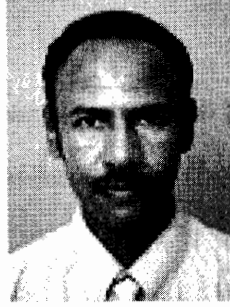
إعداد

الدكتور محمد خير حسب الرسول

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الأمين، وبعد؛ فالشريعة الإسلامية من حيث الأحكام تقوم على عمادين أحدهما نظري والآخر تطبيقي، سواء نظرنا إلى كلمة الشريعة بمفهومها العام الذي يشمل كل الأحكام التي شرعت في الإسلام بما في ذلك ما يتعلق بالعقيدة وأصول الدين أو نظرنا إليها بمفهومها الخاص الذي يحددها بالأحكام المتعلقة بعمل الجوارح وهذا ما يدور حوله تعريف الفقه اصطلاحاً وفقاً لما سار عليه العلماء بعد الصدر الأول من الإسلام وهذا المعنى الأخير هو الذي سيركز عليه هذا البحث المقتضب من أجل بيان العلاقة بين الجانبين النظري والتطبيقي مع بعض الملاحظات التي سوف تأتي في مكانها. ثم بيان كيفية الاستفادة من النظريات الخاصة التي استخلصها العلماء على امتداد العصور من أجل الوصول إلى الأحكام الفقهية الصحيحة على المسائل والمشكلات التي تتجدد دائماً.

ولا بد من الاعتراف بأنه لم يوجد اتفاق تام على أحكام جميع المسائل بين جميع الفقهاء في أي عصر من العصور بل وجدت خلافات على مستويات متعددة، مع وجود الاتفاق أحياناً. وفي عصرنا اليوم على وجه الخصوص نجد كثيراً من المسائل الفقهية والمشكلات والمستحدثات في العالم تحتاج المجتمعات الإسلامية ويحتاج الأفراد إلى بيان الحكم الشرعي عليها بناء على أن الفقه الإسلامي هو



الدكتور محمد خير حسب الرسول، محاضر بكلية الشريعة والقانون،
في جامعة العلوم الإسلامية بماليزيا حامل شهادة الليسانس من
الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، وشهادة الماجستير من جامعة أم
درمان ، وشهادة الدكتوراة، من جامعة القرآن الكريم والعلوم
الإسلامية بالسودان

Alamat:

Fakulti Syariah dan Undang-Undang,
Kolej Universiti Islam Malaysia,
Tingkat 10, Menara A, Persiaran MPAJ,
Jalan Pandan Utama, Pandan Indah,
55100 Kuala Lumpur.
Tel: 03-42892016 (P)
Faks: 03-42892197
Email: khair@admin.kuim.edu.my

العنوان

**قواعد الشريعة كحلقة وصل بين
النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي**

ISBN 983-41280-1-0



9 789834 128012

**FAKULTI SYARIAH DAN UNDANG-UNDANG
KOLEJ UNIVERSITI ISLAM MALAYSIA
TINGKAT 10, MENARA A, PERSIARAN MPAJ,
JALAN PANDAN UTAMA, PANDAN INDAH,
55100 KUALA LUMPUR, MALAYSIA**