

مجتہد فیہ مسائل میں

پہلی قسط

عدالتی تنسیخ نکاح کا شرعی حکم

مولانا مفتی محمد زاہد

جامعہ امدادیہ اسلامیہ فیصل آباد

ذیلی عنوانات

- ۱ قاضی کیلئے شرائط
- ۲ پہلی شرط
- ۳ دوسری شرط
- ۳ تیسری شرط
- ۴ امر امام بھی رافع نزاع ہے۔
- ۵ موجودہ صورت حال کا حکم

فیلڈ مارشل محمد ایوب خان صدر اسلامی جمہوریہ پاکستان کے دور حکومت میں خلاف شریعت عائلی قوانین نافذ کئے گئے ان قوانین کے دفعہ ۱۳ حقوق تنسیخ نکاح کے متن کے پیرا دوم الف میں کہا گیا ہے کہ اگر خاوند نے موجودہ عائلی قوانین کی خلاف ورزی کرتے ہوئے ایک اور شادی کر لی تو اس کی بیوی کو حق تنسیخ نکاح حاصل ہوگا۔ نیز پیرا ہفتم میں کہا گیا ہے کہ اگر کسی لڑکی کے والد یا سرپرست نے اس کی شادی سولہ سال کی عمر سے پہلے کر دی تو اس لڑکی کو فتح نکاح کا حق حاصل ہوگا۔ ظاہر ہے کہ اس دفعہ کے مندرجات قرآن و سنت سے متصادم ہیں۔ پھر اس دفعہ کی رو سے اگر ایک شخص دوسری شادی کرنے کے بعد اپنی دونوں بیویوں میں عدل کرتا ہے کسی پر کوئی ظلم نہیں کرتا تو اس صورت میں بھی اس کی پہلی بیوی کو یہ اختیار ہوگا۔ کہ وہ عدالت میں فتح نکاح کا دعویٰ دائر کر کے شوہر سے اپنا رشتہ زوجیت منقطع کر لے اور ظاہر ہے کہ یہ چیز بھی اسلامی شریعت کے بالکل مخالف ہے۔ کیونکہ اگر شوہر عدل سے کام لے تو قرآن کریم و شادیاں کرنے پر کوئی پابندی عائد نہیں کرتا۔ اور پہلی بیوی کو اس صورت میں حق فتح نکاح بالکل حاصل نہیں۔ اسی طرح اگر کوئی لڑکی سولہ سال کی عمر سے پہلے بیاہ دی جاتی ہے تو بلوغ سے قبل بھی اسے فتح نکاح کا حق اس دفعہ کی رو سے دیا گیا ہے حالانکہ نابالغ بچوں کو صرف عقل و شرع کی نظر میں ہی نہیں بلکہ ہر حکومت و ملت کے قانون میں بھی اس کا اہل نہیں سمجھا گیا کہ وہ اپنا نکاح خود کر لیں یا کئے ہوئے نکاح کو فتح کر دیں۔ اس میں نہ علماء امت کے دورائیں ہو سکتی ہیں نہ مقلدائے دنیا ہی اس کو فتح قرار دے سکتے ہیں۔

زیر نظر مقالہ میں عدالت کا ان وجوہ پر تنسیخ نکاح کے قضیے کا شریعت کی روشنی میں جائزہ لیا گیا ہے کہ شرعاً بھی یہ تنسیخ نکاح نافذ ہے یا نہیں؟ یہ مقالہ دوسری بنوں فقہی کانفرنس کیلئے تحریر کیا گیا ہے۔ امید ہے قارئین اس سے حظ وافر حاصل کریں گے۔ اور عائلی مسائل میں چراغ راہ بنائیں گے۔ (ادارہ)

مجہد فیہ مسائل میں عدالتی تفسیح نکاح کا شرعی حکم:

ہمارے ہاں عورت کی درخواست پر تفسیح نکاح کا جو قانون مروج ہے (The Siddolution of Muslim

Marraige Act 1993) اس کی متعدد شقیں خلاف شریعت ہیں۔ یا کم از کم فقہ حنفی کے خلاف ہیں۔ جس پر پاکستان کے مسلمانوں کی واضح اکثریت عمل پیرا ہے۔ ایسی صورت حال بکثرت پیش آتی ہے۔ کہ عدالت کسی مقدمے میں ایسی بنیاد پر تفسیح نکاح کا فیصلہ کر دیتی ہے۔ جسے فقہ حنفی فسخ نہ ہونے کی بنیاد تسلیم کیا گیا اور حنفی مفتی نکاح فسخ نہ ہونے کا فتویٰ دے دیتا ہے۔ عدالتی فیصلے اور فتوے میں تعارض کی وجہ سے متعلقہ فریقوں کیلئے بہت سی مشکلات پیدا ہو جاتی ہیں۔ جبکہ خود حنفی کا یہ قاعدہ ہے۔ کہ مجہد فیہ مسائل میں۔ قضاء قاضی رافع نزاع اور نافذ ہو جاتی ہے۔ خود فقہ حنفی کے اصول کے مطابق فریقین اس فیصلے پر عمل کے پابند ہو جاتے ہیں۔

اب ایک طرف تو یہ ضرورت ہے کہ مجہد فیہ مسائل میں قضاء قاضی کے نافذ ہونے کے اصول کے تنقیح کر کے یہ دیکھا جائے کہ اس قاعدے کے اطلاق کے لئے فقہاء حنفیہ نے جو شرطیں لکھی ہیں۔ موجودہ حالات میں ان کی فقہی حیثیت کیا ہے۔ دوسری طرف مردہ قانون میں فسخ نکاح کے لئے جن بنیادوں (Grounds) کا ذکر کیا گیا ہے۔ کہ ان میں سے کون سی فقہ حنفی کے مطابق ہیں۔ کون سی ایسی ہیں۔ جو فقہ حنفی کے مطابق تو نہیں البتہ وہ مجہد فیہ مسائل کے دائرے میں آتی ہیں۔ اور بعض مسلم ائمہ مجہدین کے نزدیک ان کی بنیاد پر نکاح فسخ کیا جاسکتا ہے۔ اور کون سی وجوہ شریعت کے بالکل خلاف ہیں۔ اور ان میں کسی مسلم حج یا حاکم کا فیصلہ بھی شرعاً کا عدم ہوگا۔

اسی ضرورت کے پیش نظر چند طالب علمانہ گزارشات اہل علم کی خدمت میں غور و فکر کے لئے پیش کی جا رہی ہیں۔ جن کی حیثیت محض تجویز کی ہے۔ باقاعدہ فتویٰ انہیں۔ اس تحریر میں بنیادی طور پر تین امور زیر بحث لائے گئے ہیں۔

۱۔ مجہد فیہ مسئلہ میں قضاء قاضی یا حکم حاکم کے نافذ اور رافع نزاع ہونے کے اصول کی تنقیح۔

۲۔ مسئلہ مجہد فیہ کیسے بنتا ہے؟

۳۔ قانون انفساخ نکاح مسلمانان (۱۹۳۹) کی اہم شقوں کا مندرجہ بالا اصولوں کی روشنی میں جائزہ۔

مجہد فیہ مسئلہ میں جب قاضی کسی بھی قول کے مطابق فیصلہ کر دے تو وہ فیصلہ نافذ اور رافع نزاع ہوتا ہے۔ اگرچہ وہ متعلقہ فریقوں یا ان میں سے کسی کی رائے اور اجتہاد یا اس فقہ کے خلاف ہو جس کی وہ تقلید کرتا ہے۔ رافع نزاع ہونے کا مطلب یہ ہے کہ جن اشخاص پر یہ فیصلہ قانوناً لاگو ہوگا ان کے عمل کی حد تک گویا یہ مسئلہ اختلافی رہا ہی نہیں بلکہ اس کے لئے ایک جانب متعین ہو گئی ہے۔ یہ اصول فقہ حنفی میں بھی موجود ہے۔ اور دوسری فقہوں میں بھی، چنانچہ فقہ حنفی کی معروف کتاب ہدایہ میں ہے۔

والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهد افیه ینفذ ولا یرده غیره. لان اجتهاد الثانی کا جتہاد. الاول و قد ترحح الاول باتصال القضاء به. فلا ینتقض بمادونه (۱).

اس عبارت کا حاصل یہ ہے۔ کہ قضاء جب مجتہد فیہ مسئلہ میں صادر ہو تو وہ نافذ ہو جائے گی۔ اور دوسرا (اس کے برابر کے درجے کا) قاضی اسے ختم نہیں کر سکتا۔ اس لئے کہ دوسرے کا اجتہاد پہلے کے اجتہاد کی طرح ہے۔ (یعنی اجتہاد ہونے میں دونوں برابر ہیں۔ اور خطا و صواب ہونا امر اضافی ہے) اور پہلے اجتہاد کے مطابق قضاء ہو چکی ہے۔ اس کی وجہ سے اسے ترجیح ہوگی۔

مالکیہ کے نزدیک عدت کے اندر نکاح کر کے جماع کر لینے کی صورت میں مرد و عورت کے درمیان حرمت منوبہ ثابت ہو جاتی ہے۔ اس مسئلے پر معروف مالکی فقیہ علامہ صادی فرماتے ہیں۔

”فلو رفعت المسألة لشافعی أو حنفی و حکم بعدم تابد التحريم لرفع الخلاف كما هو معلوم“ (۲)

زوجین میں اختلاف واقع ہونے کی صورت میں جو دو حکم بنائے جاتے ہیں۔ انہیں اپنے فیصلہ کی تاضی سے توثیق کرانا مالکیہ کے ہاں ضروری تو نہیں ہے۔ البتہ اگر یہ اپنا فیصلہ تاضی کے سامنے پیش کر دیں تو اسے اس کی توثیق کر دینی چاہیے۔ اس توثیق کا فائدہ بیان کرتے ہوئے زرقانی مختصر خلیل کی شرح میں فرماتے ہیں۔

”ولما جرى خلاف فی رفع حکم الحکمین الخلاف واتفق علی ان حکم الحاکم یرفعه ظہرت فائدة تنفيذہ لیسیر رافعا اتفاقا“ (۳)

مذکورہ عبارت کا حاصل یہ ہے۔ کہ ثالثوں کا فیصلہ رافع نزاع ہوگا یا نہیں؟ اس میں تو اختلاف ہے حکم حاکم کے رافع نزاع ہونے میں اختلاف نہیں۔ قاضی سے توثیق کرانے کا فائدہ یہ ہوگا۔ کہ یہ فیصلہ بالاتفاق رافع نزاع بن جائے گا۔

اسی طرح فقہ شافعی کے معروف متن المہذب میں یہ مسئلہ بیان کرتے ہوئے کہ شرعا مقررہ مقدار سے زائد زکوٰۃ وصول کرنے کا حکومتی اقدام کا عدم اور بے اثر ہوگا۔ ایک صورت کا استثناء کیا ہے وہ یہ کہ حکومت کی طرف سے زائد وصولی تاویل کے ساتھ ہو۔ اسکی مثال یہ دی ہے۔ کہ مالکی مذہب کے مطابق چھوٹی بکریوں میں سے بڑی بکری لے لی جائے۔ اس استثناء کی وجہ ان لفظوں میں بیان کی ہے۔

”لانه مجتهد فیہ“ (۵)

درج بالا قاعدے کی ایک بنیاد حضرت عمرؓ کا اثر بھی ہے کہ ایک دفعہ میراث کے ایک مسئلے میں انہوں نے ایک فیصلہ فرمایا۔ کسی نے عرض کیا کہ گزشتہ سال آپ نے اسی جیسے مسئلے میں اس کے برعکس فیصلہ فرمایا تھا۔ اس پر حضرت عمرؓ نے ارشاد فرمایا۔ ”تلك علی ما قضینا

و هذا علی ما قضینا“ (۶)

اب قابل غور بات یہ ہے کہ قضاء قاضی کو جو رافع خلاف کہا گیا ہے۔ اس کی کچھ شرطیں بھی ہیں یا نہیں۔ اگر یہ قاعدہ مشروط ہے تو وہ شرائط

کون سی ہیں۔ اس امر کا جائزہ فقہ حنفی کی روشنی میں لیا جا رہا ہے۔

فقہ حنفی میں اس قاعدے کے متعلق جو شرطیں ذکر کی گئی ہیں۔ وہ اجمالاً یوں ہیں۔

۱۔ قاضی مجتہد ہو تو اپنے اجتہاد کے مطابق اور اگر مقلد ہو تو جس فقہ کا وہ مقلد ہے اس میں صحیح قرار دئے گئے قول کے مطابق فیصلہ کرے۔

۲۔ بعض نے قاضی کے مجتہد ہونے کی شرط بھی لگائی ہے۔

۳۔ قاضی کو اس مسئلہ کے مجتہد فیہ ہونے کا علم ہو۔

پہلی شرط:

مجتہد فیہ مسئلہ میں فیصلہ کرنے والا قاضی اگر مجتہد ہو تو اپنی رائے کے خلاف فیصلہ نہ کرے اور اگر مقلد ہو تو اپنے مذہب کے خلاف فیصلہ نہ کرے۔ اگر اپنی رائے یا مذہب کے خلاف فیصلہ کر دیا تو صاحبین کے نزدیک مطلقاً غیر نافذ ہوگا۔ خواہ اس نے یہ فیصلہ عاذاً کیا ہو یا ناسیاً۔ امام صاحب کے مذہب کی تفصیل یہ ہے کہ اگر فیصلہ ناسیاً کیا ہے تو ایک ہی روایت ہے کہ نافذ ہو جائے گا۔ عمد کی صورت میں دو روایتیں ہیں۔ ایک نفاذ کی دوسری عدم نفاذ کی۔ عموماً فتویٰ صاحبین کے قول پر دیا گیا ہے۔ اگرچہ بعض حضرات نے مطلقاً نافذ ہونے کو بھی مفتی بہ قرار دیا ہے۔ اس سلسلے میں چند عبارات ملاحظہ ہوں۔ ہدایہ میں ہے۔

”وعندہما لا ینفذ مطلقاً لانه قضی. بما هو خطأ عنده و علیہما الفتوی“ (۷)

در مختار میں ہے۔

”لا ینفذ مطلقاً ناسیاً او عامداً عندہما والائمة الثلاثة (وہ یفتی) مجمع ووقایة و ملتقى و قبل بالنفاذ

یفتی“ (۸)

قاضی مقلد کے بارے میں در مختار میں ہے۔

”بل المقلد متی خالف معتمد مذہبہ لا ینفذ حکمہ و ینقض ، هو المختار للفتوی (۹)

جیسا کہ اوپر ذکر کیا گیا ہے۔ کہ قاضی کا اپنی رائے کے خلاف فیصلہ اگر نسیان کی وجہ سے ہو تو امام صاحب کے ہاں نافذ ہو جائے گا اور عاذاً ہونے کی صورت میں دور و ایتیں ہیں۔ ان میں سے صحیح اظہر اس روایت کو قرار دیا گیا ہے۔ جس کے مطابق یہ فیصلہ نافذ ہوگا۔ بعض حضرات نے اسے مفتی بہ بھی قرار دیا ہے۔ چنانچہ جامع الفصولین میں ہے۔

ولا مجتہداً فحکمہ برای غیرہ ناسیاً قال ابو حنیفة نفذ کذا اعمده عنده فی الصحیح ولم ینفذہ لزعمة

و بقولہما یفتی و قیل بقولہ (۱۰)

الخبر الرأی میں ہے۔

و احتسلف التمریح فی الخانیة اظهر الروایتین عن ابی حنیفة نفاذ قضانہ و علیہ الفتویٰ اہ و ہکذا فی الفتاویٰ
الصعری (۱۱)

جب کسی مسئلے میں امام ابو حنیفہ اور صاحبین کا اختلاف ہو جائے تو عموماً فتویٰ امام صاحب کے قول پر ہی دیا جاتا ہے۔ یہاں یہ سوال پیدا ہوتا ہے کہ اس مسئلہ میں بیشتر متاخرین نے صاحبین کے قول کو کیوں ترجیح دی ہے۔ اس کا جواب ابن الصمام کی درج ذیل عبارت سے ملتا ہے۔

والوحد فی هذا الزمان ان یفتی بقولہما لان التارک لمذہبہ عمدأ لا یفعلہ الا لہوی باطل لا لقصد جمیل
و اما الناسی فلان المقلد ما قلده الا لیحکم بمذہبہ لا بمذہب غیرہ هذا کله فی القاضی المجتہد فاما المقلد
فانما و لاہ لیحکم بمذہب ابی حنیفة مثلاً فلا یملک المخالفة
فیكون معزولا بالنسبة الی ذالک الحکم (۱۲)

اس عبارت کا حاصل یہ ہے کہ مقلد کا اپنے مذہب کے خلاف فیصلہ اس لئے نافذ نہیں ہوگا۔ اسے قضاء کے اختیارات ہی اس شرط کے ساتھ دیئے گئے ہیں کہ وہ اپنے امام کے مذہب کے مطابق فیصلہ کرے۔ دوسرے قول کے مطابق فیصلہ کر کے وہ اپنے اختیارات سے تہاؤز کا مرتکب ہوا اور اپنے دائرہ تولیت سے نکل گیا ہے۔ باقی جہاں تک مجتہد کا تعلق ہے تو اگر وہ جان بوجھ کر اپنے اجتہاد کے خلاف فیصلہ کرتا ہے۔ تو اس کا منشا سوائے اتباع ہوئی کے اور کچھ نہیں ہو سکتا اور اگر وہ نسیان کی وجہ سے ایسا کرتا ہے تو بھی جب کسی مجتہد کو قاضی بنایا جاتا ہے تو عملاً یہ شرط ہوتی ہے کہ وہ اس رائے کے مطابق فیصلہ کرے جو اس کے دیانت دارانہ اجتہاد کی رو سے درست معلوم ہوتی ہے اس کے خلاف فیصلہ درحقیقت اس کے دائرہ اختیار سے ہی باہر ہے۔ اس لئے وہ نافذ نہیں ہوگا۔ (امام ابو حنیفہ کے قول کے مطابق اسے اس کے اجتہاد کی تبدیلی پر محمول کیا جاسکتا ہے)

ابن الہمام کی مذکورہ عبارت فتاویٰ عالمگیریہ میں بھی نقل کی گئی ہے۔ (۱۳) لططاوی (۱۴) اور شامی (۱۵) نے درمختار کے حاشیہ میں بھی اسے نقل کیا ہے۔

ابن الہمام کے مذکورہ گفتگو سے قاضی کے اپنے مذہب کے خلاف فیصلے کے غیر نافذ ہونے کی دو وجہیں سمجھ میں آئیں۔ ایک یہ کہ فیصلہ قاضی کے دائرہ اختیار میں ہی نہیں تھا۔ گویا اس فیصلے کی حد تک اس کا قاضی ہونا ہی مسلم نہیں ہے۔ دوسرے یہ کہ بعض صورتوں میں اتباع ہونی کے علاوہ اس فیصلے کی کوئی اور توجیہ مشکل ہے۔

اس سے یہ بھی معلوم ہوا کہ موجودہ دور کی عدالتوں کے فیصلے کے نافذ ہونے کا قول ہی قابل ترجیح ہے۔ ایک تو اس وجہ سے کہ یہ امام صاحب کا قول ہے۔ اور صاحبین کے قول پر فتویٰ دینے کی وجہ عموماً ان عدالتوں میں نہیں پائی جاتی اس لئے کہ یہ عدالتیں کسی خاص فقہ کے مطابق فیصلے کرنے کی پابند نہیں ہوتیں۔ اور ان کے فیصلوں کی بڑی وجہ یہ ہوتی ہے کہ موجودہ قوانین کا مقتضاء ہی یہ ہوتا ہے۔ دوسرے اس وجہ سے کہ فقہاء نے جس دور میں بات کی ہے اس وقت اپنی رائے یا مذہب کے خلاف فیصلہ کی صورت شاذ و نادر پیش آتی ہوگی۔ جبکہ آج کل ایسے معاملات بکثرت پیش آتے ہیں۔ دوسرے لفظوں میں ابتلاء عام ہے اور عدم نفاذ کا قول لوگوں کیلئے حرج اور تنگی کا باعث ہوگا۔

دوسری شرط

بعض عبارات سے معلوم ہوتا ہے کہ اس ضابطے کی ایک شرط قاضی کا مجتہد ہونا بھی ہے۔ (جیسا کہ آگے شامی کے حوالے سے علامہ ابن قاسم کا قول آئے گا۔)

اس سلسلے میں تتبع اور غور کے بعد جو بات سامنے آئی ہے اس کا حاصل یہ ہے کہ اگر قاضی مقلد ایسے قول کے مطابق فیصلہ کرے جو اس کے مذہب میں راجح ہو تو وہ نافذ اور رافع نزاع ہوتا ہے۔ اس کے عدم نفاذ کا قول کہیں نظر سے نہیں گزرا اگر وہ ایسے قول کے مطابق فیصلہ کرتا ہے جو اس کے مذہب کی رو سے ضعیف ہو تو اس صورت میں مقلد کی یہ قضا نافذ ہوگی یا نہیں عبارات فقہاء میں دونوں قول ملتے ہیں۔ بعض نفاذ کے قائل ہیں۔ بعض عدم نفاذ کے۔ اس لحاظ سے یہ کوئی مستقل بحث معلوم نہیں ہوتی بلکہ یہ خلاف مذہب فیصلہ کے نفاذ و عدم نفاذ کی بحث ہی کا حصہ ہے۔ جس پر شرط اول میں گفتگو ہو چکی ہے۔ لیکن قضا مقلد کے بارے میں بعض حضرات نے چونکہ مستقلاً گفتگو کی ہے اس لئے اس سلسلے میں چند گزارشات ضروری معلوم ہوتی ہیں۔

قضاء قاضی مجتہد فیہ مسئلہ میں رافع نزاع اور مقوی للقول الضعیف ہوتی ہے۔ یہ ضابطہ عام کتابوں میں تو مطلق ہے لیکن محقق ابن الہمام اور علامہ قاسم وغیرہ نے اس میں شرط لگائی ہے کہ قول ضعیف پر فیصلہ کرنے والا قاضی مجتہد ہو مقلد نہ ہو۔ چنانچہ رد المحتار میں ہے۔

وقال العلامة قاسم فی فتاواہ: وليس للقاضی المقلد ان يحکم بالضعیف لانه ليس من اهل الترجیح فلا يعدل عن الصحیح الا لقصده غیر جمیل ولو حکم لا ینفذ، لان قضائه قضاء بغير الحق لأن الحق هو الصحیح، وما

وقع من ان القول الضعیف یتقوی بالقضاء المراد به قضاء المجتهد كما بین فی موضعة (۱۶)

اس عبارت میں علامہ شامی نے علامہ قاسم کا قول نقل کیا ہے کہ قاضی مقلد کے لئے قول ضعیف پر فیصلہ کرنا درست نہیں ہے۔

جس کی یہ بیان کی ہے کہ یہ اہل ترجیح میں سے تو ہے نہیں کہ یہ سمجھا جائے کہ اس نے دلیل کی بنیاد پر دوسرے قول کو ترجیح دی ہے۔ اس

لئے اس کے اس فیصلے کا منشا کوئی غلط مقصد ہی ہوگا۔ یہ وہی بات ہے جسے ابن الہمام کی پہلے ذکر کردہ عبارت میں ہوی باطل (غلط خواہش) کی اتباع سے تعبیر کیا گیا تھا۔

لیکن ابن نجیم کا رجحان الجرائق میں اس شرط کے نہ ہونے کی طرف ہے۔ چنانچہ بزار یہ، عمدۃ القنادی اور سراجیہ وغیرہ کی عبارات نقل کرنے کے بعد فرماتے ہیں۔

فقد تحرران القاضي المقلد اذا قضی بمذهب غیره فانه ینقد وکذا اذا قضی بروایة ضعیفة او بقول ضعیف لا طلاق قولهم ان القول الضعیف یتقوی بقضاء القاضي وما قیده به فی فتح القدیر من ان هذا انما هو فی المجتهد ثابت فی بعض العبارات (۱۷)

اس عبارت میں قاضی مقلد کے قول ضعیف یا روایہ ضعیفہ کے مطابق فیصلے کو بھی نافذ قرار دیا گیا ہے۔ اور وجہ اس کی یہ بیان فرمائی ہے کہ فقہاء نے یہ قاعدہ کہ قضاء قاضی سے قول ضعیف کو تقویت حاصل ہو جاتی ہے۔ مطلق ذکر کیا ہے اور کوئی شرط نہیں لگائی باقی جو فتح القدیر میں مجتہد ہونے کی شرط مذکورہ ہے۔ وہ صرف بعض عبارات سے ثابت ہے۔ آگے چل کر صاحب بحر نے قضاء قاضی بخلاف مذہب کی دو صورتیں بیان کی ہیں۔

1- قاضی کا مقصد اپنے مذہب سے ہٹنا نہ ہو۔ کسی غلط فہمی کی وجہ سے خلاف مذہب فیصلہ یہ تصور کرتے ہوئے کر دیا کہ میں اپنے مذہب کے مطابق فیصلہ کر رہا ہوں۔ (مثلاً تحقیق مذہب میں غلطی ہوگئی یا تحقیق واقعہ میں غلطی ہوگئی جیسا محدودنی القذف تا تب کی شہادت پر فیصلہ کر دیا اور اس کے محدودنی القذف ہونے کا علم نہ تھا۔) تو اس صورت میں یہ قضاء غیر نافذ ہوگی۔ گویا یہ قضاء بمذہب الغیر نہیں بلکہ قضاء بالخطا ہے اس میں قضاء قاضی کے باطناً نافذ ہونے والے مسئلے کی تفصیلات بھی پیش نظر رہنی چاہئیں۔

2- اس کا مقصد ہی دوسرے مذہب کو اختیار کرنا تھا۔ تو اس صورت میں یہ قضاء نافذ ہو جائے گی۔ اس کے بعد صاحب بحر نے فرمایا ہے کہ آج کل (ان کے زمانہ کے) قضاء چونکہ مقلد ہوتے ہیں۔ ان سے یہ توقع ہی نہیں ہوتی کہ انہوں نے اجتہاد کر کے دوسرے قول کو اختیار کر لیا ہوگا۔ اس لئے آج کل خلاف مذہب فیصلے پہلی قسم میں شمار ہوں گے۔ اور یہ سمجھا جائے گا کہ قاضی نے یہ فیصلہ غلط فہمی میں کیا ہے۔ رائے کی تبدیلی کی وجہ سے نہیں۔ بحر کی عبارت جس کا حاصل اوپر ذکر کیا حسب ذیل ہے۔

والحق فی هذا المسألة ان القاضي اذا حکم علی خلاف مذہبه فان كان متوهماً انه علی وفقه فانه باطل یحب نقضه وان وافق مجتهداً فیہ وان كان معتمداً مذہب غیره فانه لا ینقض وهذا التفصیل متعین فی حکام زماننا فانهم لا یعتمدون فی احکامهم علی الاجتهاد لا مطلقاً ولا مقیداً لكونهم مقلدین فاذا اجرى منهم الحکم بخلاف مذہبهم فهو مقطوع بكونه منه خطأ فینقض الخ (۱۸)

علامہ قاسم کی عبارت جو اس شرط پر گفتگو کے آغاز میں ذکر کی گئی اور ابن نجیم کی ابھی ذکر کردہ عبارت میں مشترک بات یہ ہے کہ اس زمانے میں قاضی مقلد سے چونکہ اجتہاد یا غور و فکر کا امکان نہیں ہوتا تھا اس لئے اس کے فیصلے کو اس بات پر محمول نہیں کیا جاسکتا تھا۔ کہ اس کی رائے بدل گئی ہوگی۔ اس کے اس فیصلے کا منشا علامہ قاسم کی عبارت کے مطابق غلط مقصد کا حصول اور ابن نجیم کی عبارت کے مطابق کوئی غلط فہمی ہی ہو سکتا ہے۔ اس لئے یہ قضا غیر نافذ ہوگی۔

تیسری شرط:

بعض حضرات نے قضا و قاضی کے رافع نزاع ہونے کیلئے یہ شرط بھی ذکر کی ہے کہ قاضی کو فیصلہ کرتے وقت اس مسئلہ کے مجتہد فیہ ہونے کا بھی علم ہو، اگر اسے اس کے مجتہد فیہ ہونے کا علم نہ ہو تو اس کی قضا رافع نزاع نہیں ہوگی۔ اس شرط کے متعلق پہلی بات تو یہ ذہن میں ڈینی چاہئے کہ اگرچہ اس قول کو ظاہر المذہب قرار دیا گیا ہے۔ لیکن بہت سے حضرات نے راجح اور مفتی بہ اس کو قرار دیا ہے کہ یہ شرط نہیں ہے۔ جیسا کہ درج ذیل عبارات سے معلوم ہوتا ہے۔

☆ در مختار میں ہے۔

عالمًا باختلاف الفقهاء فيه فلو لم يعلم لم يجز قضاؤه ولا يمضيه الثاني في ظاهر المذهب زيلعي و عيني وابن كمال ولكن في الخلاصة ويفتي بخلافه و كانه تيسيراً (۱۹)

اس میں خلاصۃ الفتاویٰ کے حوالہ سے نقل کیا گیا ہے۔ کہ فتویٰ اس شرط سے نہ ہونے کا دیا جائے گا۔ اور صاحب در مختار نے اس کی وجہ تیسیر کو قرار دیا ہے۔ یعنی لوگوں کی سہولت اس میں ہے۔

☆ علامہ طحاوی فرماتے ہیں۔

ورجح غير واحد انه ليس بشرط فينفذ على المخالف علم القاضى بالخلاف فى المسألة ام لم يعلم اقول ينبغي عدم اشتراط العلم بالخلاف لاسيما فى زماننا لا معرفة لهم بمذاهبهم فضلاً عن علمهم بمذاهب بقية المجتهدين (۲۰)

☆ فتاویٰ عالمگیریہ میں ہے۔ وفى الخلاصة ان هذا الشرط يعنى كونه عالمًا بالاختلاف وان كان ظاهر المذهب لكن يفتى بخلافه (۲۱)

☆ فتاویٰ عالمگیریہ میں دوسری جگہ ہے۔ وان لم يعرف مواضع الاجتهاد والاختلاف ففى نفاذ قضائه روايتان والأصح انه ينفذ كذا فى خزنة المقتنين (۲۲)

پھر جن لوگوں کے نزدیک قاضی کا مسئلہ کے مجتہد فیہ ہونے سے واقف ہونا ضروری ہے ان کے نزدیک بھی یہ شرط قاضی مجتہد کے بارے میں ہے مقلد کے بارے میں نہیں اور مجتہد کے بارے میں بھی یہ شرط اس صورت میں ہے جبکہ وہ فیصلہ اپنی سابقہ معروف رائے کے خلاف کرے۔ اگر فیصلہ اپنی سابقہ رائے کے مطابق کرے تو یہ شرط نہیں ہے اصل میں یہ شرط بھی اس بات کا یقین کرنے کیلئے ہے کہ اس مسئلے میں قاضی کی واقعی رائے بدل گئی ہے۔ اگر وہ فیصلہ اپنی سابقہ رائے سے ہٹ کر کرتا ہے اور اسے مسئلہ کا مجتہد فیہ ہونا معلوم ہے تو سمجھا جائے گا کہ اس کی رائے ہی بدل گئی ہے اس لئے یہ فیصلہ نافذ ہوگا۔ لیکن اگر قاضی مسئلے کو مجتہد فیہ ہی نہیں سمجھتا اور اس کے نزدیک اس مسئلے میں اجتہاد کی گنجائش ہی نہیں ہے۔ تو ظاہر ہے کہ اس کی اپنی رائے کے خلاف فیصلے کو تبدیلی رائے پر محمول کرنا مشکل ہے۔ بظاہر یہ فیصلہ کسی اور غلط فہمی کی وجہ سے ہوا ہے۔ یہی بات علامہ شامی نے ان لفظوں میں بیان کی ہے۔

فاذا ظهر ان هذا في قضاء القاضي المجتهد و ان اعتبار العلم و عدمه انما هو الدلالة على البقاء على الاجتهاد الاول او تبدله و انه لو كان على و فق رأيه نفذو ان لم يعلم بالخلاف ظهر لك ان اعتبار هذا في القاضي المقلد جهالته فاحشة. (۲۳)

علامہ شامی کی اس عبارت سے یہ بھی معلوم ہوا کہ علم کی شرط کا جن حضرات نے اعتبار کیا ہے ان کے نزدیک اس صورت میں ہے جبکہ وہ قاضی کی رائے کے خلاف ہو، اگر یہ واضح ہو کہ قاضی کی اپنی رائے یہی ہے تو اس کی قضاء، نافذ ہوگی خواہ اس مسئلے کے مجتہد فیہ ہونے کا علم ہو یا نہ ہو۔

مذکورہ بالا تفصیل سے پوری صورت حال یہ سمجھ میں آتی ہے کہ اصل کے اعتبار سے یہ قاعدہ مطلق ہے۔ خود ائمہ مذہب سے اس میں مذکورہ شرطیں منقول نہیں ہیں۔ چنانچہ امام محمد کی جامع صغیر کی عبارت حسب ذیل ہے۔

”وما اختلف فيه الفقهاء ففضي به القاضي ثم جاء قاض اخر يري غير ذلك أمضاه (۲۴)“

قدوری کی عبارت یہ ہے۔

اذا رفع اليه حكم حاكم أمضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع او يكون قول لا دليل عليه (۲۵)

البتہ بعد کے فقہاء نے مخصوص عوارض کی وجہ سے چند شرطیں لگا دی ہیں، ان عوارض کا حاصل دو باتیں ہیں۔ ایک یہ کہ بعض اوقات قاضی کا فیصلہ خود اس کے دائرہ اختیار سے خارج ہوتا ہے جیسا کہ خلافت عثمانیہ کے دور میں تمام قاضی فقہ حنفی کے مطابق فیصلے کرنے کے پابند ہوتے تھے۔ اس کے خلاف فیصلہ کرنا ان کے دائرہ اختیار سے باہر ہوتا تھا۔ دوسرے یہ کہ بعض حالات میں یہ ظن غالب ہوتا ہے کہ قاضی نے جو فیصلہ کیا ہے وہ اس کی اپنی سوچی سمجھی رائے نہیں ہے۔ ابن الہمام کی عبارت جو پہلی شرط پر گفتگو کے ضمن میں ذکر کی گئی ہے۔ سے معلوم ہوتا ہے کہ دوسری بات بھی پہلی ہی کی طرف راجع ہے اس لئے کہ اس میں مجتہد کی اپنی رائے کے خلاف فیصلے کو اس وجہ سے غیر نافذ

قرار دیا گیا ہے کہ وہ سلطان کی طرف سے اپنی رائے کے مطابق فیصلہ کرنے کا پابند تھا۔
حاصل یہ کہ مجتہد فیہ مسئلہ میں قضاء قاضی کے رافع نزاع ہونے کیلئے بنیادی شرطیں دو ہی ہیں۔
۱۔ وہ فیصلہ اس قاضی کے دائرہ اختیار میں ہو۔

۲۔ ایسی صورت حال نہ ہو کہ اس فیصلے کی وجہ اتباع ہو یا غلط فہمی کے علاوہ کوئی اور ہو ہی نہ سکتی ہو۔ یعنی یہ کہنا مشکل ہو کہ فیصلہ کرتے وقت قاضی کی اپنی دیانت دارانہ رائے ہی یہ تھی۔

یہاں یہ بات بھی ذہن میں رہے کہ آج کل کی عدالتوں کے پیش نظر عموماً صرف یہ بات ہوتی ہے کہ مروجہ قانون کا مقتضا کیا ہے۔ مسئلہ کے مجتہد فیہ ہونے یا نہ ہونے اور فیصلہ کے شریعت کے موافق ہونے یا نہ ہونے سے عموماً بحث نہیں کی جاتی۔

حکیم الامت حضرت تھانویؒ کی عبارت (جس پر اس وقت کے مشاہیر علماء کے دستخط ہیں) سے معلوم ہوتا ہے کہ فیصلہ اس کے باوجود بھی شرعاً معتبر ہوگا۔ کیونکہ آپ نے انگریزی حکومت کی طرف سے مقررہ مسلمان ججوں کے فیصلوں کے بارے میں بھی ولایت و اختیار اور فیصلے کے موافق شریعت ہونے کا اعتبار فرمایا ہے۔ حضرت کی عبارت حسب ذیل ہے۔

”ہندوستان کی جن ریاستوں میں قاضی شرعی موجود ہیں وہاں تو معاملہ سہل ہے۔ اور گورنمنٹی علاقوں میں جہاں قاضی شرعی نہیں ان میں وہ حکام جج مجسٹریٹ وغیرہ جو گورنمنٹ کی طرف سے اس قسم کے معاملات میں فیصلہ کا اختیار رکھتے ہیں اگر وہ مسلمان ہوں اور شرعی قاعدہ کے موافق فیصلہ کریں تو ان کا حکم بھی قضاء قاضی کے قائم مقام ہو جاتا ہے۔ لہذا فی الدر المختار ویجوز تقلد القضاء من السطان العادل والجانر ولو کافرا ذکرہ مسکین وغیرہ۔

لیکن اگر کسی جگہ فیصلہ کنندہ حاکم غیر مسلم ہو تو اس کا فیصلہ بالکل غیر معتبر ہے اس کے حکم سے فتح وغیرہ ہرگز نہیں ہو سکتا۔

لان الکافر لیس باهل للقضاء علی المسلم کما هو مصرح فی جمیع کتب الفقہ (۲۶)

امر امام بھی رافع نزاع ہے:

پھر جس طرح قضاء قاضی رافع نزاع ہوتی ہے اسی طرح حکم حاکم اور امر امام بھی رافع خلاف ہوتا ہے۔ قضاء قاضی کے رافع نزاع ہونے کیلئے تو کچھ شرطیں ذکر کر گئی ہیں۔ جن پر اوپر تفصیلی گفتگو ہو چکی ہے۔ امر امام کے بارے میں جو عبارات نظر سے گزری ہیں ان میں اس طرح کی کوئی شرط مذکورہ نہیں۔ قاضی کے اختیارات بھی دراصل امام ہی سے مستفاد ہوتے ہیں۔ اس لئے امام اس مسئلہ میں اصل اور قاضی فرع ہوگا۔ یہ ضروری نہیں کہ جو شرطیں فرع میں ہوں وہ اصل میں بھی لازماً ہوں۔ اس لئے حکم امام میں یہ قضاء قاضی پر قیاس کر کے بھی ثابت نہیں کی جاسکتیں۔

حکم امام کے رافع نزاع ہونے کی ایک وجہ فقہاء کی عبارات سے یہ بھی معلوم ہوتی ہے کہ اولاً امر کی اطاعت واجب ہے جب تک کہ وہ معصیت کا حکم نہ دے۔ اور مجتہد فیہ مسئلہ میں کسی مجتہد کے قول کے مطابق جاری کئے گئے حکم کو معصیت کا حکم دینا نہیں کہا جاسکتا۔ اب اس سلسلے میں چند عبارات پیش خدمت ہیں۔

۱۔ در مختار میں ہے

نعم امر الامیر منی صادقاً فصلاً مجتہداً فیہ نفذ امرہ کما فی سیر التارخانیة و شرح السیر الکبیر فلیحفظ (۲۷)
اس سے پہلے صاحب در مختار قضاء قاضی کے نافذ ہونے کی بعض شرطوں پر گفتگو کر رہے ہیں۔ انداز کلام یہ بتا رہا ہے کہ مذکورہ عبارت ماقبل سے ایک قسم کا استثناء ہے جس سے معلوم ہوتا ہے کہ قضاء قاضی کی شرطوں کا حکم حاکم میں معتبر ہونا ضروری نہیں۔

۲۔ در مختار کی مذکورہ عبارت میں فتاویٰ تاتارخانیہ کی جس عبارت کا ذکر ہے۔ وہ درحقیقت امام محمدؒ کی عبارت ہے جو علامہ شامی کی نقل کے مطابق حسب ذیل ہے۔

قال محمد و اذا امر امیر العسکر بشیء کان علی العسکر ان یطیعوہ فی ذالک الا ان یكون المأمور بہ معصیة بیقین .
ان عبارات میں بات اگرچہ امام کی طرف سے مقرر کردہ امیر کی ہورہی ہے لیکن جب ماتحت امیر کے حکم کی یہ حیثیت ہے کہ جب تک اس کا حکم یقینی طور پر معصیت نہ ہو تو اطاعت واجب ہے اور امام اور حاکم عام کے حکم کی بطریق اولیٰ یہ حیثیت ہوگی۔
۳۔ فتاویٰ عالمگیریہ میں یہ ہے۔

لو ان اماماً رای مشرکاً فی العرب فسبأهم وقسمهم جاز ولیس للامام بعد ذلک ان یطله لان هذا موضع الاجتهاد لان الشافعی یقول بجواز استرقاق مشرک فی العرب (۲۹)
۴۔ فتاویٰ عالمگیریہ ہی میں دوسری جگہ ہے۔

صورة ما ذکر فی السیر لورای امام من ائمة المسلمین ان یقبل الجزیة من مشرک فی العرب وقبل جاز وان کان هذا خطأ عند الكل لانه موضع اجتهاد کذا فی الذخیرة (۳۰)
موجودہ صورت حال کا حکم:

ہمارے دور میں جمہوری ممالک کے اندر متفقہ کا فیصلہ تمام آئینی مراحل طے کر لینے کے بعد حکم سلطان ہی میں داخل سمجھا جائیگا۔ اس لئے کہ سلطان درحقیقت کسی شخص کا نام نہیں ہے بلکہ ان اختیارات اور اتھارٹی کا نام ہے جو پہلے عموماً ایک ہی فرد کی شکل میں ظاہر ہوتی تھیں۔ اب وہ متفقہ، عدلیہ اور انتظامیہ کے الگ الگ اداروں میں تقسیم ہو گئے ہیں۔ اس لئے جو حکم ملک میں قانون کی حیثیت رکھتا ہو۔ وہ حکم

سلطان ہوگا۔ اور حدود شریعت کے اندر نافذ ہوگا خواہ وہ کسی ادارے کی طرف سے ہو۔ جیسے ہمارے ہاں پارلیمنٹ کے منظور کردہ قوانین یا فرد کی طرف سے جیسے ہمارے ہاں محدود مدت کیلئے صدارتی آرڈیننس۔

ہمارے ہاں عدالتیں جو فیصلے کرتی ہیں۔ وہ دو طرح کی ہو سکتے ہیں۔ ایک وہ فیصلے جن میں عدالت اس کے خلاف فیصلہ کرنے کی قانوناً مجاز ہی نہیں تھی۔ دوسرے وہ قضایا جن میں عدالت کی صوابدیکہ کو بھی دخل ہوتا ہے۔ قانون کی رو سے وہ کسی خاص فیصلے کی پابندی نہیں ہوتی۔ ہمارے ہاں ججوں کی تقرری اس شرط پر ہوتی ہے کہ وہ مقتضہ کے احکامات کی پابندی کرے اور اس کے دائرہ سے نہ نکلے۔ اب اگر قانون کی بعض دفعات ایک فقہ کے مطابق ہیں اور بعض دوسری کے تو گویا تقلید و تولیت ہی میں اسے پابند کر دیا گیا ہے کہ فلاں مسئلے میں فلاں قول پر فیصلہ کرنا ہے۔ اور فلاں میں فلاں پر اب عدالت کا کام صرف صورت واقعہ کی تعین ہے خاص واقعہ متعین ہو جانے کے بعد وہ خاص حکم سنانے کا پابند ہے جج اگر اس کی خلاف ورزی کرے گا۔ تو دائرہ اختیار سے نکل جائے گا اس صورت میں مذہب کے مطابق فیصلہ صرف قضاء قاضی نہیں بلکہ حکم امام بھی ہے۔ یعنی تعین و تنقیح واقعہ کی حد تک تو یہ قضاء قاضی ہے لیکن تعین و تنقیح واقعہ کے بعد اس کا جو حکم جازی کیا گیا ہے۔ وہ دراصل حکم امام ہے اور اس کے بارے میں یہ فیصلہ نافذ تصور ہوگا قطع نظر قاضی کے اپنے فقہی مذہب یا اس کے مقلد یا مجتہد ہونے کے۔ اگر وہ فیصلہ دوسری نوعیت کا ہے تو اسے قضاء قاضی سمجھا جائے گا۔ اور قضاء کے نفاذ کی شرط کے ساتھ اسے نافذ تصور کیا جائیگا۔

ہمارے فقہاء نے قضاء قاضی کے رافع نزاع ہونے کیلئے ایک شرط یہ بھی ذکر کی ہے کہ وہ قضاء خاص واقعہ میں دعویٰ صحیحہ اور خصومتہ صحیحہ کے بعد ہو۔ وگرنہ وہ فیصلہ درحقیقت قضاء نہ ہوگا۔ محض ایک فتویٰ بن جائیگا۔ ہمارے ہاں اس شرط کی خلاف ورزی ایک تو قضاء علی الغائب کی بعض صورتوں میں پائی جاتی ہے۔ جو مستقل بحث کا متقاضی موضوع ہے دوسرے بعض اعلیٰ عدالتوں کے عمومی نوعیت کے فیصلوں میں ایسی صورت ہو سکتی ہے۔ جیسے خیار بلوغ کے بارے میں بعض ہائی کورٹس کا یہ فیصلہ کہ اس حق کے استعمال کی وجہ سے فسخ نکاح کیلئے عدالت سے رجوع کی ضرورت نہیں ہے۔ لڑکی یہ حق استعمال کرتے ہوئے خود ہی نکاح فسخ کر سکتی ہے۔ جبکہ فقہ حنفی کی رو سے فسخ نکاح کیلئے قضاء قاضی کی ضرورت ہے اگر یہ مسئلہ مجتہد فیہ ہو تو یہ بات قابل غور ہوگی کہ اعلیٰ عدالتوں کے اس عمومی فیصلے کے بعد ہر واقعہ میں خصومت کی ضرورت ہوگی یا نہیں۔ اس پر اس نقطہ نظر سے غور کی ضرورت ہے کہ اعلیٰ عدالت کے اس نوعیت کے فیصلے ماتحت عدالتوں کیلئے ایک قانون کی حیثیت رکھتے ہیں۔ گویا قانون ہی یہ بنا دیا گیا ہے کہ خیار بلوغ کی وجہ سے فسخ نکاح کیلئے عدالت سے رجوع کی ضرورت ہی نہیں۔ شاید یہ کہنے کی گنجائش ہو کہ یہ حکم صرف قضاء نہیں بلکہ حکم سلطان کی حیثیت بھی رکھتا ہے۔ اس لئے اس میں دعویٰ اور خصومت کی ضرورت نہیں مسئلے کی تفصیل آگے خیار بلوغ کے مسئلے کے تحت آجائیگی۔ (جاری ہے۔۔۔)