



In the name of the Allah, The Beneficent, The Merciful

9th Rabī' al-Thānī 1431
26th March 2010

The aim of this paper is to discuss the ruling on taking out breakdown cover with companies such as the AA, RAC, Greenflag, etc.

There are various levels of cover provided by such companies depending on the type of service required, and although details vary slightly between the companies, the basic construct of the cover tends to be the same. For an annual premium commensurate with the level of cover one requires the company provides a range of services to the client. Further details can be found at the following links:

<http://www.theaa.com/breakdown-cover/uk-breakdown-cover.do>

<http://www.rac.co.uk/uk-breakdown/more-information.html>

<http://www.greenflag.com/breakdown/>

Types of cover available

Typically, there tend to be five main levels of cover which may be summarised as follows:

Roadside cover: For an annual premium the service provider undertakes to provide assistance at the roadside 24 hours of the, every day of the year, as long as the client is more than a quarter of a mile from his home. An attempt will be made to get the vehicle going at the roadside and if that is not possible the vehicle will be towed to an approved garage or the clients home within a given radius (typically around 10 miles).

Nationwide recovery: The service provider will take the vehicle to a destination of the client's choice if it is unable to fix the car roadside or arrange a prompt local repair. This will typically also include transportation for up to a given number of passengers (typically seven).

Home start: Under this option the service provider undertakes to provide assistance at home or up to within a quarter mile radius.



Onward travel: Under this option if a prompt local repair cannot be arranged the service provider will undertake to arrange alternative arrangements. One such service provider states as follows:

This is an add-on to Nationwide Recovery and extends your cover (if we can't repair your vehicle at the roadside) to include:

- *Replacement car hire for a maximum of three consecutive days while your car is being repaired (over 21s only)*
- *Reimbursement of rail, air, or other public transport costs (up to £150 per person or £500 per group, whichever is less)*
- *One night's B&B accommodation for up to eight people (as above)*
- *Special medical assistance as above, if one member of the party is taken into hospital more than 20 miles from home)*

Repair cover: Under this option following a breakdown attended by the service provider the service provider will undertake to pay for any repair costs, including parts and labour, up to a given sum (typically around £500). The client may also be required to pay an excess (typically around £25)

The cover can be either person based or vehicle based although not all levels of cover may apply to both. If the cover is related to the person it may cover the individual member, the individual member and one other named member of the household, or the individual member and up to four other members of the household. If the cover is related to the vehicle then up to three vehicles may be included under the policy.

The client is typically allowed up to 5 claims per year and the various levels of cover may also come with extra member benefits such as a reduction in airport parking prices, or in food prices at selected Motorway Services, etc.

Breakdown cover and Insurance

According to the details and links provided above it is quite clear that all the various levels of cover are without doubt forms of conventional insurance. In fact, the 'Terms and Conditions' documents for each of the three companies mentioned in the question clearly state so.

<http://www.theaa.com/breakdown-cover/pdfs/breakdown-cover-policy-jan-2010.pdf>

<http://media.rac.co.uk/pdf/uk-breakdown-terms-and-conditions.pdf>

http://www.greenflag.com/downloads/GF004_1209.pdf

Thus, the rule that applies to conventional insurance applies equally to vehicle breakdown cover. To explain further:

In order for a transaction to be valid and enforceable there are certain requirements that must be met which can be briefly summarised as follows:

- There must be free mutual consent of the parties. Consent obtained through coercion, fraud and misrepresentation renders a contract invalid.
- All valid compensatory contracts must be free from *gharar* – excessive uncertainty relating to the subject matter, consideration and liabilities. *Gharar* exists when:
 - the liability of any of the parties to a contract is uncertain or contingent
 - consideration of one or both parties is unknown
 - delivery of either or both of the countervalues is not in the control of the obligor
 - payment from one party is certain but is uncertain from the other party
- The transaction must be free of *ribā*, which is defined as a conditional increase without corresponding consideration, and is also not restricted to loan contracts.
- The transaction must be free from *qimār* wherein the profit of one party is dependent on the loss of the other.
- The transaction must be free from *meysir* wherein gain results from mere chance, speculation and conjecture and not from work, taking responsibility or real sector business.
- Two mutually contingent and inconsistent contracts should not be combined such as sale and lease.

Whilst convention insurance is contracted with the free mutual consent of the parties it falls foul of some of the above as follows:

- *Gharar* - the liability of the insured is known but not that of the insurer, as the incidence and extent of the liability is contingent upon a possible future event. I.e., it is uncertain whether the insurer will indeed have to compensate the insured for a loss, and if required to do so, the extent of what that will be.
- *Ribā* – In conventional insurance an element of *ribā* can exist both directly and indirectly
 - Direct
 - If, in the event of a payout by the insurer, there is an excess on one side in the exchange of premiums and the sum insured this will result in the incidence of both *ribā al-faḍl* & *ribā al-nasī'ah*.
 - If there is no excess in the payout then this will result in *ribā al-nasī'ah*.

- If no claim is made the insurer keeps the premium without any consideration which is considered *al-akl bi al-bāṭil*.
- Indirect
 - The insurer may investment in interest based activities or lend/borrow/invest at a fixed rate of interest.

However, this indirect existence of *ribā* will not affect the legality of the contract as it is arises from the unilateral actions of the insurer in an individual capacity.

- *Qimār* – the profit of both the insured and the insurer is dependent on the loss of the other.
- *Meysir* – the gain of each party results from mere chance, speculation and conjecture and not from work, taking responsibility or real sector business.

In relation to breakdown cover:

- *Gharar* – *gharar* exists in all the various forms of cover as the liability of the vehicle owner is known but not that of the service provider, as the incidence definitely and, in some cases, the extent is contingent upon a possible future event. I.e., it is uncertain whether the service provider will be called upon to provide a service at all and, if required to do so, in some forms of cover, the extent of what that will be.
- *Ribā* - in the event that there is also some form of monetary reimbursement, such as for transport costs, then this will result in *ribā al-nasī'ah*. If there is an excess over the premium paid, then *ribā al-faḍl* too will exist.
- *Qimār* - the profit of both the vehicle owner and the service provider is dependent on the loss of the other.
- *Meysir* - the gain of each party results from mere chance, speculation and conjecture.

It is sometimes argued that the premiums paid by the vehicle owner are actually in consideration of the service provided to him. E.g., the service provider remains accessible 24/7, 365 days of the year with an average response time of around 30-40 minutes from the time it is called. Then, according to the level of cover purchased, the service provider performs a mutually agreed and known function which does not lead to dispute as the obligations of the service provider have been previously agreed. Thus, as the premiums are in consideration of a defined service, breakdown cover is different from conventional insurance and does not violate any *sharī'ah* principle.

Whilst, at first glance, this argument does appear to be somewhat plausible, further study will reveal that even if it is accepted that, in some levels of cover at least, the premiums paid by the vehicle owner are indeed in consideration of the service provided to him, the element of *gharar* is not removed.



A service provider, whether an individual or an institution, may either agree to provide its services exclusively to a customer (or a group of customers who have *collectively* contracted with the service provider) for a specified period, or it may reserve the right to provide its services to more than one customer.

In the case of the former the service provider is an employee – *ajīr khāṣ* of the customer who is the sole beneficiary of its services for the contracted period, and the object of the contract – *ma‘qūd‘aleyh* is the ‘benefit’ - *manfa‘ah* of the service provider. Stipulation of the contract period is necessary to sufficiently determine the object of the contract. The service provider cum employee is entitled to remuneration upon making itself available to the customer cum employer within the contracted period even if the latter chooses not to avail of its services. However, as the customer has exclusive rights to the ‘benefit’ of the service provider within the contracted period, the service provider cannot provide a service to a third party within the same period. If the customer allows the service provider to provide a service to a third party within the same period the customer is no longer an *ajīr khāṣ*.

In the case of the latter the service provider is an independent contractor – *ajīr mushtarak* entitled to contract services to more than one customer and the object of the contract is the work - *‘amal* of the service provider. The specific terms and details of the work to be undertaken must necessarily be specified and, if required for the proper determination of the object, the contract period must also be stipulated. If the completion of the contracted work concludes the contract then the period need not be specified. The service provider is not entitled to remuneration until the contracted work is carried out.

It is clear from the above that the provider of the breakdown service is an independent contractor – *ajīr mushtarak* providing a service to many customers. The object of the contract [excluding the options that include monetary reimbursement and other benefits in kind] is a defined amount of work - *‘amal* according to the level of cover taken out. However, the provider is not entitled to remuneration until the work is actually carried out. The fact that the provider remains accessible 24/7, 365 days of the year with an average response time of around 30-40 minutes from the time it is called does not render the provider an *ajīr khāṣ* as that not only requires the provider to remain at the disposal of the customer continuously, but more importantly the provider is then not entitled to provide a service to other customers within the same period. Whilst the provider may perform a mutually agreed and known function that does not lead to dispute as the obligations of the service provider have been previously agreed, it is uncertain whether the provider will be called upon to provide a service at all and, if required to do so, in some forms of cover, the extent of what that will be. Even as it may be argued that the uncertainty regarding the extent of the work eventually required does not lead to dispute and thus does not render the contract voidable – *fāsid*, the element of *gharar* is still not fully removed as the service is contingent upon a possible future event. As a compensatory contract, there must be

compensation from both parties and not merely from one party only or definitely from one party and contingently from the other as is the case with breakdown cover.

ففي الدر المختار: (الأجراء على ضربين : مشترك وخاص ، فالأول من يعمل لا لواحد) كالخياط ونحوه (أو يعمل له عملا غير مؤقت) كأن استأجره للخياطة في بيته غير مقيدة بمدة كان أجيرا مشتركا وإن لم يعمل لغيره (أو مؤقتا بلا تخصيص) كأن استأجره ليرعى غنمه شهرا بدرهم كان مشتركا ، إلا أن يقول: ولاترعى غنم غيري ، وسيوضح. وفي جواهر الفتاوى: استأجر حائكا لينسج ثوبا ثم أجر الحائك نفسه من آخر للنسج صح كلا العقدين لأن المعقود عليه العمل لا المنفعة (ولا يستحق المشترك الأجر حتى يعمل ...). (كتاب الإجارة ، باب ضمان الأجير ، 64/6)

وفي رد المحتار: قوله: (من يعمل لا لواحد) قال الزيلعي: معناه من لا يجب عليه أن يختص بواحد عمل لغيره أو لم يعمل ، ولا يشترط أن يكون عاملا لغير واحد ، بل إذا عمل لواحد أيضا فهو مشترك إذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره. ... قال الزيلعي: وحكهما أي المشترك والخاص أن المشترك له أن يتقبل العمل من أشخاص لأن المعقود عليه في حقه هو العمل أو أثره فكان له أن يتقبل من العامة لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد ، فمن هذا الوجه سمى مشتركا. والخاص لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه في المدة صارت مستحقة للمستأجر ، والأجر مقابل بالمنافع ، ولهذا يبقى الأجر مستحقا وإن نقض العمل. اهـ. قال أبو السعود: يعني وإن نقض عمل الأجير رجل ، بخلاف ما لو كان النقض منه فإنه يضمن كما سيأتي. قوله: (حتى يعمل) لأن الإجارة عقد معاوضة فتقتضى المساواة بينهما ، فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر لا يسلم له العوض ، والمعقود عليه هو العمل أو أثره على ما بينا فلا بد من العمل. زيلعي. (كتاب الإجارة ، باب ضمان الأجير ، 64/6)

وفي الدر المختار: (والثاني وهو الأجير الخاص) ويسمى أجير وحد (وهو من يعمل لواحد عملا مؤقتا بالتخصيص ويستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو شهرا ليرعى الغنم) المسمى بأجر مسمى بخلاف ما لو أجر المدة بأن استأجره ليرعى شهرا حيث يكون مشتركا إلا إذا شرط أن لا يخدم غيره ولا يرعى لغيره فيكون خاصا ، وتحقيقه في الدرر. وليس للخاص أن يعمل لغيره ، ولو عمل نقص من أجرته بقدر ما عمل. فتاوى النوازل. (كتاب الإجارة ، باب ضمان الأجير ، 69/6-70)

وفي رد المحتار: قوله: (لواحد) أي لمعين واحدا أو أكثر. قال القهستاني: لو استأجر رجلا أو ثلاثة رجلا ليرعى غنم لهما أو لهم خاصة كان أجيرا خاصا كما في المحيط وغيره. اهـ. فخرج من له أن يعمل لغيره من استأجره أولا. قوله: (عملا مؤقتا) خرج من يعمل لواحد من غير توقيت كالخياط إذا عمل لواحد ولم يذكر مدة. ح. قوله: (بالتخصيص) خرج نحو الراعي إذا عمل لواحد عملا مؤقتا من غير أن يشترط عليه عدم العمل لغيره. قال ط: وفيه أنه إذا استؤجر شهرا ليرعى الغنم كان خاصا وإن لم يذكر التخصيص ، فلعل المراد بالتخصيص أن لا يذكر عموما ، سواء ذكر التخصيص أو أهمله ، فإن الخاص يصير مشتركا بذكر التعميم كما يأتي في عبارة الدرر. قوله: (وإن لم يعمل) أي إذا تمكن من العمل ، فلو سلم نفسه ولم يتمكن منه لعذر كمطر ونحوه لا أجر له كما في المعراج عن الذخيرة. ... قوله: (وتحقيقه في الدرر) ونصه: اعلم أن الأجير للخدمة أو ليرعى الغنم إنما يكون أجيرا خاصا إذا شرط عليه أن لا يخدم غيره أو لا يرعى لغيره أو ذكر المدة أولا ، نحو أن يستأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة بأجر معلوم فإنه أجير خاص بأول الكلام. أقول: سره أنه أوقع الكلام على المدة في أوله فتكون منافعه للمستأجر في تلك المدة فيمتنع أن تكون لغيره فيها أيضا. وقوله بعد ذلك: لترعى الغنم يحتمل أن يكون لإيقاع العقد على العمل

فيصير أجيرو مشتركاً لأنه من يقع عقده على العمل ، وأن يكون لبيان نوع العمل الواجب على الأجير الخاص في المدة ، فإن الإجارة على المدة لاتصح في الأجير الخاص ما لم يبين نوع العمل بأن يقول: استأجرتك شهراً للخدمة أو للحصاد ، فلايتغير حكم الأول بالاحتمال فيبقى أجير وحد ما لم ينص على خلافه بأن يقول: على أن ترعى غنم غيرى مع غنمى ، وهذا ظاهر ، أو آخر المدة بأن استأجره ليرعى غنما مسماة له بأجر معلوم شهراً فحيثد يكون أجيرو مشتركاً بأول الكلام لإيقاع العقد على العمل في أوله ، وقوله شهراً في آخر الكلام يحتمل أن يكون لإيقاع العقد على المدة فيصير أجير وحد ، ويحتمل أن يكون لتقدير العمل الذى وقع العقد عليه فلايتغير أول كلامه بالاحتمال ما لم يكن بخلافه. اهـ. (كتاب الإجارة ، باب ضمان الأجير ، 6/69-70)

وفي بدائع الصنائع: ومنها: بيان العمل في استئجار الصناع والعمال لأن جهالة العمل فى الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة فيفسد العقد حتى لو استأجر عاملاً ولم يسم له العمل من القصاراة والخياطة والرعى ونحو ذلك لم يجز العقد. وكذا بيان المعمول فيه في الأجير المشترك ، إما بالإشارة والتعيين ، أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة في ثوب القصاراة والخياطة وبيان الجنس والقدر في إجارة الراعى من الخيل أو الإبل أو البقر أو الغنم وعددها لأن العمل يختلف باختلاف المعمول. ... وهل يشترط فيه بيان المدة؟ أما فى استئجار الراعى المشترك فيشترط لأن قدر المعقود عليه لا يصير معلوماً بدونه. وأما فى استئجار القصار المشترك والخياط المشترك فلا يشترط حتى لو دفع إلى خياط أو قصار أثواباً معلومة ليخيطها أو ليقصرها جاز من غير بيان المدة لأن المعقود عليه يصير معلوماً بدونه. وأما فى الأجير الخاص فلا يشترط بيان جنس المعمول فيه ونوعه وقدره وصفته ، وإنما يشترط بيان المدة فقط. (كتاب الإجارة ، 4/184)

وفي المحيط البرهاني: اختلفت عبارة المشايخ فى الحد الفاصل بينهما ، بعضهم قالوا: الأجير المشترك من يستحق الأجر بالعمل لا بتسليم نفسه للعمل. والأجير الخاص من يستحق الأجر بتسليم النفس ، وبمضى المدة ، ولا يشترط العمل فى حقه لاستحقاق الأجر. وبعضهم قالوا: الأجير المشترك: من يتقبل العمل من غير واحد. والأجير الخاص من يتقبل العمل من واحد. وإنما يعرف استحقاق الأجر بالعمل على العبارة الأولى بإيقاع العقد على العمل. كما لو استأجر خياطاً ليخيط له هذا الثوب بدرهم ، أو استأجر قصاراً ليقصر له هذا الثوب بدرهم. وإنما يعرف استحقاق الأجر بتسليم النفس وبمضى المدة بإيقاع العقد على المدة. كما لو استأجر إنساناً شهراً لخدمته. والإجارة على العمل إذا كان معلوماً صحيح بدون بيان المدة ، والإجارة على المدة لاتصح إلا ببيان نوع العمل. وإذا جمع بين العمل وبين المدة وذكر العمل أولاً ، نحو أن يستأجر راعياً مثلاً ليرعى له غنماً مسماة بدرهم شهراً ، يعتبر هو أجيرو مشتركاً لأنه جعله أجير مشتركاً بأول الكلام لأنه أوقع العقد على العمل فى أول كلامه. وقوله شهراً فى آخر كلامه يحتمل أن يكون لإيقاع العقد على المدة ، فيصير أجير وحد ، ويحتمل أن يكون لتقدير العمل الذى أوقع العقد عليه ، فإنه لا بد من تقديره ، ولا يمكننا تقديره إلا ببيان المدة فى هذه الصورة ، فلايتغير أول الكلام بالاحتمال ، إلا إذا صرح فى آخر كلامه بما هو حكم أجير الواحد بأن قال: على أن لاترعى غنم غيرى مع غنمى لأنه لما صرح جعله أجير وحد وبين أنه ذكر المدة لإيقاع العقد على المدة ، لا لتقدير العمل المذكور فى أول الشهر. وإذا كان صريحاً فى جعله أجير وحد تغير أول الكلام به وصار أجير وحد. وإذا ذكر المدة أولاً نحو أن يستأجر راعياً شهراً ليرعى له غنما مسماة بدرهم يعتبر هو أجير وحد لأنه جعله أجير وحد بأول الكلام لأنه أوقع العقد على المدة فى أول الكلام. وقوله: ليرعى هذه الأغنام ، محتمل بين أن يكون لإيقاع العقد على العمل فيصير أجيرو مشتركاً وبين أن يكون لبيان نوع العمل الذى يستحق على الأجير فى المدة ، فإن الإجارة على المدة لاتصح ما لم يبين نوع العمل. فيقول: استأجرتك شهراً للخدمة أو للرعى أو للحصاد لأن أنواع العمل متفاوت. وإذا كان كذلك لايتغير حكم أول الكلام بالاحتمال ، فيبقى أجير وحد ، إلا

إذا نص في آخر كلامه بما حكم الأجير المشترك ، فيقول: وترعى غنم غیری مع غنمی ، فيكون تصريحاً منه أنه جعله أجيئاً مشتركاً ، فيتغير به أول الكلام ، ويصير أجيئاً مشتركاً من هذا الوجه . (كتاب الإجارة ، الفصل الثامن والعشرون في بيان حكم الأجير الخاص والمشارك ، 39-38/12)

Another argument that may be advanced is that the provider of breakdown cover is not a simple *ajīr mushtarak* but also bears similarities with an *ajīr khāṣ*. Whilst the right to contract with many parties severally makes the basic construct that of an *ajīr mushtarak* the relative immediacy of accessibility to the provider is a strong similarity with an *ajīr khāṣ*. Similarity with the latter should allow the service provider to charge the relative premium even if no service is ever provided. This is conversely similar to the situation of a wet-nurse and a herder as discussed in classical *fiqh*.

The issues related to a wet-nurse have remained contradictory with the text of al-Mabṣūṭ suggesting she is an *ajīr khāṣ* whilst the text of al-Dhakhīrah suggests she is an *ajīr mushtarak*. In al-Mabṣūṭ it is mentioned that if the child perishes in her care, or falls and dies, or some of the child's jewelry or clothes are stolen, she will not bear any liability as she is like an *ajīr khāṣ* as the contract has been concluded upon her 'benefits' for the contract period. She is not entitled to occupy herself from the suckling of the child and she cannot provide a similar service to a third party for the duration of the contract. An *ajīr khāṣ* is a trustee of his possession [and thus does not bear any liability] as opposed to an *ajīr mushtarak* according to the opinion of those that deem him liable. In al-Dhakhīrah it is mentioned that if a wet-nurse contracts with another group to suckle their child without the knowledge of her first group and then proceeds to suckle both children and completes her task she is sinful in her action and this is an infraction on her part. However, she will be entitled to full remuneration from both parties. This indicates that she is like an *ajīr mushtarak* otherwise she would not be entitled to full remuneration from both parties. Al-Itqān¹ has stated that "the correct opinion is that if he gives over the child to her [wet-nurse] that she may suckle it then she is an *ajīr mushtarak*, and if he takes her home to his house then she is an *ajīr khāṣ*." In al-Fat-ḥ al-Qadīr Ibn al-Humām mentions, in what he describes as the essence of what is stated in al-Nihāyah, that, according to what is stated in al-Dhakhīrah there is the possibility that she is an *ajīr khāṣ* and the possibility that she is an *ajīr mushtarak*. This is because if she is an *ajīr khāṣ* in every manner she would not have been entitled to the full remuneration and she would have been sinful for her conduct. If she is an *ajīr mushtarak* in every manner she would have been entitled to the full remuneration and would not have been sinful. Therefore, she [is neither a simple *ajīr khāṣ* nor a simple *ajīr mushtarak* but] is between the two. Thus we say that she is entitled to full remuneration [from both groups] on account of her similarity with an

¹ أمير كاتب بن أمير غازي ، قوام الدين المكني بأبي حنيفة العميدى الإتيقان الفارابي (ت 758 هـ)

ajīr mushtarak, and that she is sinful on account of her similarity with an *ajīr khāṣ*. In al-Muḥīṭ al-Burhānī [11:297] al-Bukhārī explains as follows:

The reason in that is that an *ajīr khāṣ* in the issue of suckling resembles an *ajīr mushtarak* in that it is possible to complete the work for each of the two parties fully as is the case of a tailor or a bleacher, even if she is an *ajīr khāṣ* in that he has based the contract in her case upon the period. If she had been an *ajīr khāṣ* in every manner in that he had based the contract in her case upon the period, and the work was such that it was not possible to complete it fully for each of the two parties in that period, e.g. she had hired herself for a day to reap the harvest or to provide a [personal] service, and then for some of the day she served or harvested for another, she will not be entitled to full remuneration from the first party and will be sinful for her conduct. If she had been an *ajīr mushtarak* in every manner she would have been entitled to the full remuneration and would not have been sinful. When the situation is between the two, we say that she is sinful on account of her similarity with an *ajīr khāṣ* and we say that she is entitled to the full remuneration on account of her similarity with an *ajīr mushtarak*.

In al-Mabsūṭ [8:110] al-Sarakhsī reasons that the wet-nurse is guilty of an infraction as her ‘benefits’ are now rightfully due to the first group as she is like an *ajīr khāṣ*. Notwithstanding, she is still entitled to the full remuneration from both groups as she has fulfilled the object of the two groups and she will not [have to] give to charity any of what is paid as what she has taken from each group she has taken in consideration of her own ownership as her benefits are owned by her.

Thus, the principle established from the above is that if an *ajīr khāṣ*, after contracting with one employer then contracts with another without the knowledge of the former and is, similar to an *ajīr mushtarak*, able to complete the contracted work in full for both, such *ajīr khāṣ* will be entitled to full remuneration from both employers even whilst incurring sin for breach of the first contract. In al-Muḥīṭ al-Burhānī [12:60-61] al-Bukhārī mentions the same principle with regards to a herdsman as follows:

The herdsman is not entitled, in the event he is *khāṣ*, to herd the goats of another for a fee. If he hires himself to another for the act of herding and several months passed upon that without the former coming to know of it, he is entitled to the full fee from both of them. He will not [be required to] give in charity any of that except that he will incur sin, even though he is an *ajīr khāṣ* and it is not for an *ajīr khāṣ* to hire himself out to another, [and this is] in contrast to an *ajīr mushtarak*. This is because, in the issue of herding, an *ajīr khāṣ* resembles an *ajīr mushtarak* in one way in that it is possible for him to complete the work

for each of the two parties fully within the period by herding the goats of the former in the period and herding the goats of the second [also within the same period]. So, from the aspect that it is possible for him to complete the work for each of the two parties fully within the period he is an *ajīr mushtarak*, and from the aspect that he has based the contract upon the period and not upon the work he is an *ajīr khāṣ*. If he had been an *ajīr mushtarak* in every manner, as is the case of a bleacher and a tailor, he would have been entitled to hire himself to another, he would have had the right to the full fee from both of them, he would not have incurred sin, and he would not [have been required to] give in charity any of that. If he had been an *ajīr khāṣ* in every manner in that he had based the contract upon the period for work that was not possible for him to fully complete for each of the two parties in the period, e.g. he had hired herself for one dirham for a day to reap the harvest or to provide a [personal] service, and then for some of the day he served or harvested for another, he will not be entitled to the full fee from the first party and he will incur sin. Thus, when he has a resemblance with an *ajīr mushtarak* we have accorded both resemblances their portion and have said: on account of his resemblance to an *ajīr mushtarak* he is entitled to the full fee from both of them and he will not [be required to] give in charity. And from the aspect that he is an *ajīr khāṣ* he will incur sin, thus fully according both resemblances their portion as much as is possible. The reason we have expounded the resemblance to an *ajīr khāṣ* in relation to sin and not in a reduction of the fee is to enable us to act upon both resemblances. If we had expounded the resemblance to an *ajīr khāṣ* in relation to a reduction of the fee he would have incurred sin too as the fee is reduced on account of his withholding some of the object of the contract – *ma'qūd'aleyh* from the first employer, and this results in sin. Thus, acting upon both resemblances will be obstructed. We have therefore expounded the resemblance to an *ajīr khāṣ* in relation to sin and in every rule other than that we have connected it to an *ajīr mushtarak*. And comparable to this is what we have discussed in Chapter on the Wet-nurse: If he hires a wet-nurse for a month to suckle his child she is an *ajīr khāṣ* to the extent she cannot hire herself out. If she hires herself out to another group to suckle their child without the knowledge of her first group and the period passes and she has suckled each of them she will be entitled to the full fee from each of the two parties. She will not [be required to] give in charity any of that and she will incur sin even though she is an *ajīr khāṣ* as she has based the contract upon the period and not upon the work except that she has a resemblance to an *ajīr mushtarak* in [the issue of] suckling in that it is possible for her to complete fully her duty to suckle for each of the two of them. Thus, we have accorded both resemblances their portion and we have said: She will incur sin as she is an *ajīr khāṣ*, and on account of her resemblance to an *ajīr mushtarak* we have said: She is entitled to the full fee and she will not [be required to] give in charity anything. Thus the same applies here.

Again, the principle thus established is that if an *ajīr khāṣ*, after contracting with one employer then contracts with another without the knowledge of the former and, similar to an *ajīr mushtarak*, is able to complete the contracted work in full for both, such *ajīr khāṣ* will be entitled to the full fee from both employers even whilst incurring sin for breach of the first contract.

Conversely, if an *ajīr mushtarak* bears a resemblance to an *ajīr khāṣ*, in that the *ajīr mushtarak* [service provider] remains at the relative immediate disposal [30-40 minute average response time 24/7, 365 days of the year] of the employer [policy holder stranded on the hard shoulder of the motorway] similar to what is required of an *ajīr khāṣ* then this should allow the *ajīr mushtarak* to charge a fee [premium] for the period of the contract even if no service is ever provided.

However, the above argument does not stand up to scrutiny. Firstly, an *ajīr khāṣ* must first present himself for work – *taslīm al-naḥs* and then be able to provide the contracted service. It is not sufficient to remain at the ‘relative immediate disposal’ [30-40 minute average response time 24/7, 365 days of the year] to qualify as an *ajīr khāṣ*. The very reason an *ajīr khāṣ* is entitled to remuneration is because the contract is based on the period, i.e. for the duration of the contract period the ‘benefits’ *manāfi* of the *ajīr khāṣ* are the exclusive right of his employer and the *ajīr khāṣ* cannot contract with another party for the duration of the period. As the contract period is ‘given’ to the employer the *ajīr khāṣ* is entitled to his return and it remains upon the employer to then utilize his services. If the employer elects not to do so this it will not impact on the payment to the *ajīr khāṣ*. Secondly, in the original case wherein an *ajīr khāṣ* contracts with more than one party and is able to complete the contracted work in full for both parties, if this is with the knowledge and consent of the first party the *ajīr khāṣ* is no longer an *ajīr khāṣ* but is then an *ajīr mushtarak* and all related rulings apply. If this is without the knowledge and consent of the first party then although the *ajīr khāṣ* remains an *ajīr khāṣ* he is guilty of an infraction and is thus sinful. The ‘benefits’ of the *ajīr khāṣ* for the contract period are the exclusive right of the first party and the *ajīr khāṣ* cannot contract the same benefits to another party. However, if he does so and completes the work for both in full for both parties he is sinful even if he is entitled to full remuneration from each party as he has completed the contracted work for each party. Thus, even if the asserted similarity to an *ajīr khāṣ* is conceded in the case of the provider of breakdown cover the original case on which the analogy is based is not free from sin. Thus, it is unsuitable as a basis for analogy.

Thus, we must conclude that, even in the options that exclude monetary reimbursement and other benefits in kind, the basic construct of the breakdown cover is, as also stated, that of conventional insurance from which the prohibited element of *gharar* is not removed. The service provider is an independent contractor – *ajīr mushtarak* providing a service to many customers, and the object of the

contract is a defined amount of work - *amal* that is contingent upon a future event. It is thus logical to conclude that even such breakdown cover is voidable – *fāsīd* and thus not permitted.

ففي الدر المختار: (فلا ضمان على ظئر في صبي ضاع في يدها أو سرق ما عليه) من الحلى لكونها أجير وحد ، وكذا لا ضمان على حارس السوق وحافظ الخان. (كتاب الإجارة ، باب ضمان الأجير ، 71/6)

وفي رد المحتار: قوله: (لكونها أجير وحد) قال أبو السعود: الحاصل أن المسائل في الظئر تعارضت ، فمنها ما يدل على أنها في معنى أجير الوحد كقولهم بعدم الضمان في هذه ، ومنها ما يدل على أنها في معنى المشترك كقولهم: إنها تستحق الأجر على الفريقين إذا أجرت نفسها لهما. قال الإفتان: والصحيح أنه إن دفع الولد إليها لترضعه فهي أجير مشترك وإن حملها إلى منزله فهي أجير وحد. اهـ. ملخصاً. ط. (كتاب الإجارة ، باب ضمان الأجير ، 71/6)

وفي المبسوط: ولو ضاع الصبي من يدها ، أو وقع فمات ، أو سُرِق من حلّى الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئاً لأنها بمنزلة الأجير الخاص فإن العقد ورد على منافعتها في المدة. (ألتري) أنه ليس لها أن تُشغل نفسها في المدة عن رضاع الصبي ، ولا تواجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل؟ والأجير الخاص أمين فيما في يده بخلاف الأجير المشترك على قول من يُضمّنه. (كتاب الإجارة ، باب إجارة الظئر ، 105/8)

وفي المبسوط: وإن أجزت الظئر نفسها من قوم آخرين تُرضع لهم صبياً ولا يعلم أهلها الأولون بذلك فأرضعت حتى فرغت فإنها قد أثمت وهذه جنابة منها لأن منافعتها صارت مستحقة للأولين فإنها بمنزلة الأجير الخاص. فصرفت تلك المنافع إلى الآخرين يكون جنابةً منها ، ولها الأجر كاملاً على الفريقين لأنها حصّلت مقصود الفريقين ولا تصدق بشيء منه لأن ما أخذت من كل فريق إنما أخذته عوضاً عن ملكها فإن منافعتها مملوكة لها. (كتاب الإجارة ، باب إجارة الظئر ، 110/8)

وفي حاشية الشلبي على تبين الحقائق: فإن قيل: ذكر في المبسوط: لو ضاع الصبي في يدها أو وقع فمات أو سُرِق من حلّى الصغير أو من متاعه أو ثيابه في يدها لم تضمن الظئر لأنها بمنزلة الأجير الخاص لورود العقد على منافعتها في المدة ، بخلاف الأجير المشترك على قول من يضمّنه ، وذكر في الذخيرة: لو أجزت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبياً لهم ولم يعلم بذلك أهلها الأولون حتى يفسخوها فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت ، وهذه جنابة منها ، ولها الأجر كاملاً على الفريقين ، وهذه تدل على أنها كالأجير المشترك وإلا لما وجب الأجر كاملاً ، ولو وجب الأجر كاملاً ينبغي أن لاتأثم ، قلنا: الوجه أن أجير الوحد في الرضاع يشبه الأجير المشترك من حيث إنسه يمكنه إيفاء العمل لكل واحد منهما كما في الخياط. ثم لو كانت أجير وحد حقيقة لم تستحق الأجر كاملاً. فليشبهها بالأجير المشترك تستحق الأجر كاملاً ، ولشبهها بأجير الوحد تأثم. كذا قرره شيخى صاحب النهاية. اهـ. قال الإفتان: ثم الظئر إذا استوجرت للرضاع هل هي أجير وحد أو أجير مشترك؟ تكلم المشايخ فيها. قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسيحاني في شرح الكافي الذي هو مبسوطه: والمسائل متعارضة في هذا الباب ، بعضها يدل على أنها في معنى أجير الوحد ، وبعضها يدل على أنها في معنى الأجير المشترك. والصحيح أنه إن دفع الولد إليها لترضعه فهي أجير مشترك ، وإن حملها إلى منزله فهي أجير وحد. وقال الكرخي في مختصره: والظئر بمنزلة الأجير الخاص وليس لها أن تاجر نفسها من غير الأولين. (كتاب الإجارة ، باب الإجارة الفاسدة ، 126/6-127)



وفي تكملة البحر الرائق للطوري: قال الأكملي: فإن قلت: الظئر أجير خاص أو مشترك؟ قلت: هو أجير خاص يدل عليه لفظ المبسوط. قال: لو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلى الصبي أو ثيابه شيء لم تضمن الظئر لأنها بمنزلة الأجير الخاص. وذكر في الذخيرة ما يدل على أنه كما يكون مشتركا يجوز أن يكون خاصا. قال: لو أجزت نفسها لقوم غير الأول ولم يعلم الأول فأرضعت كلا منهما صح ، وتصير المرضعة أمينة ، وهذه خيانة منها ، ولها الأجر كاملا على الفريقتين . وهذا يدل على أنها تحتملهما معا ، فقلنا: تجب الأجرة كاملا نظرا إلى أنها مشتركة ويأتم نظرا إلى أنها خاص. (كتاب الإجارة ، باب الإجارة الفاسدة ، 22/8)

وفي العناية شرح الهداية: فإن قيل: الظئر أجير خاص أو مشترك؟ أجيب بأنها أجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط. قال فيه: ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلى الصبي أو ثيابه شيء لم تضمن الظئر لأنه بمنزلة الأجير الخاص ، فإن العقد ورد على منافعه في المدة. ألا يرى أنه ليس لها أن توجر نفسها من غيرهم. يمثل ذلك العمل ، والأجير الخاص أمين فيما في يده. وفيه نظر لأنه قال: لأنه بمنزلة الأجير الخاص لا عينه. وذكر في الذخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصا ومشتركا ، فإنها لو أجزت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الأولون فأرضعت كل واحد منهما وفرغت أثمت ، وهذه حناية منها ، ولها الأجر كاملا على الفريقتين. وهذا يدل على أنها تحتملهما ، فقلنا: بأنها تستحق الأجر منهما كَمَلًا تشبيها بالأجير المشترك ، وتأتم. بما فعلت نظرا إلى الأجير الخاص. (كتاب الإجازات ، باب الإجارة الفاسدة ، 49-48/8)

وفي فتح القدير: فإن قيل: الظئر أجير خاص أو أجير مشترك؟ أجيب بأنها أجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط ، فإنه قال فيه: ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلى الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئا لأنها بمنزلة الأجير الخاص فإن العقد ورد على منافعه في المدة. ألا يرى أنه ليس لها أن توجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل ، والأجير الخاص أمين فيما في يده. اهـ. ويحتمل أن تكون أجيرا خاصا وأن تكون أجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة ، فإنه قال فيها: وإن أجزت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيانهم ولا يعلم بذلك أهلها الأولون حتى يفسخوا هذه الإجارة فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت ، وهذه حناية منها ، ولها الأجر كاملا على الفريقتين. اهـ. وجه الدلالة على احتمالها أنها لو كانت أجير وحد من كل وجه لم تستحق الأجر كاملا وأثمت بما صنعته. ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحققت الأجر كاملا ولاتأتم ، فكانت بينهما. فقلنا: بأنها تستحق الأجر كاملا لشبهها بالأجير المشترك ، وبأنها تأتم لشبهها بأجير الواحد. هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية هاهنا ، واقتفى أثره صاحب العناية غير أنه اعترض على دلالة لفظ المبسوط على كونها أجيرا خاصا حيث قال: وفيه نظر لأنه قال: لأنها بمنزلة الأجير الخاص لا عينه. اهـ. أقول: نظره ساقط ، فإن المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله: فإن العقد ورد على منافعه في المدة ، وتنويره بقوله: ألا يرى أنه ليس لها أن توجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل ، فإن كلا منهما يدل قطعاً على أنها أجير خاص لأن ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز إيجار النفس من غير المستأجر من خواص الأجير الخاص. وأما قوله: بمنزلة الأجير الخاص ، فيجوز أن يراد به بمنزلة الأجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لأحد ، وهذا لا ينافي أن تكون هي عين جنس الأجير الخاص. ثم إن بعض الفضلاء قال: ولعل الأولى في الجواب أن يقال: إن قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضعي ولدى هذا تكون خاص ، وإن قدم ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي. اهـ. أقول: ليس ذلك الجواب بتام إذ يرد عليه أن يقال: لو كانت الظئر أجيرا خاصا على الثبات فيما إذا قدم المستأجر ذكر المدة لما استحققت الأجر كاملا إذا أجزت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع أنها تستحقه كاملا على الفريقتين ولكن تأتم كما نقلناه عن الذخيرة ، وذكر في

سائر المعتمرات أيضاً. وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهان بعد بيان استحقاقها الأجر كاملاً على الفريقين: وهذا لا يشكل إذا قال أبو الصغيرة للظفر استأجرتك لترضى ولدى هذا سنة بكذا لأن الظفر في هذه الصورة أجير مشترك لأن الأب أوقع العقد أولاً على العمل. وإنما يشكل فيما إذا قال لها استأجرتك سنة لترضى ولدى هذا بكذا لأنها أجير وحد في هذه الصورة لأنه أوقع العقد على المدة أولاً ، وليس لأجير الوحد أن يؤجر نفسه من آخر. وإذا أجر لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الأول ويأتم. والوجه في ذلك أن أجير الوحد في الرضاع يشبه الأجير المشترك من حيث إنه يمكنه إيفاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار. ثم لو كانت أجير وحد من كل وجه لم تستحق الأجر كاملاً على الأول ، وتأتم بما صنعته. ولو كانت أجيراً مشتركاً من كل وجه استحققت الأجر كاملاً ، ولم تأتم. فإذا كانت بينهما قلنا: بأنها تستحق الأجر كاملاً لشبهها بالأجير المشترك وقلنا: بأنها تأتم لشبهها بالأجير الوحد. اهـ. فقد ظهر أن مجرد تقديم المستأجر ذكر المدة لا يتم كون الظفر أجير وحد من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهان واختاره الشراح في الجواب فتبصر. (كتاب الإجازات ، باب الإحارة الفاسدة، 48/8-49)

وفي الفتاوى العالمة: وليس للظفر أن تأخذ صبيبا آخر فترضعه مع الأول. فإن أخذت صبيبا آخر فأرضعته مع الأول فقد أساءت وأتمت إن كانت قد أضرت بالصبيبي. كذا في البدائع. ولها الأجر كاملاً على الفريقين ولا تصدق بشيء منه. كذا في خزائن المفتين. والأجر طيب لها ، ولا ينقص من الأجر الأول إن أرضعت ولداهم في المدة المشروطة ، وي طرح من الأجر بقدر ما يختلف. كذا في الغياثية. (كتاب الإحارة ، الباب العاشر في إحارة الظفر، 433/4)

وفي المحيط البرهاني: وإن أجزت الظفر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيبا لهم ولا يعلم بذلك أهلها الأولون حتى يفسخوا هذه الإحارة فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أتمت ، وهذه خيانة منها ، ولها الأجر كاملاً على الفريقين ولا تصدق بشيء. وهذا الجواب لا يشكل إذا قال أبو الصغير للظفر: استأجرتك لترضى ولدى هذا سنة بكذا لأن الظفر في هذه الصورة تعتبر أجرة مشتركة لأن الأب أوقع العقد أولاً على العمل. إنما يشكل فيما إذا قال لها: استأجرتك سنة لترضى ولدى هذا بكذا لأنها أجرة وحد في هذه الصورة لأنه أوقع العقد على المدة أولاً. وسيأتي بيان ذلك في باب الراعي إن شاء الله تعالى. وليس لأجير الواحد [لعله الوحد] أن يؤجر نفسه من آخر. وإذا أجر لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الأول ويأتم. والوجه في ذلك أن أجير الواحد في الرضاع يشبه أجير المشترك من حيث إنه يمكنه إيفاء العمل إلى كل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار ، وإن كانت أجير وحد من حيث إنه أوقع العقد في حقها على المدة. ولو كانت أجرة وحد من كل وجه بأن أوقع العقد في حقها على المدة والعمل عمل لا يمكنها إيفاؤه لكل واحد منهما على الكمال في تلك المدة ، بأن أجزت نفسها يوماً للحصاد أو للخدمة [لعله: فخدم وحصد في بعض اليوم لغيره فإنه لا يستحق الأجر] كاملاً على الأول ويأتم بما صنع. ولو كانت أجرة مشتركة من كل وجه استحق الأجر كاملاً ولم ياتم. فإذا كان بينهما قلنا بأنها تأتم لشبهها بالأجير الوحد، وقلنا بأنها تستحق الأجر كاملاً لشبهها بالأجير المشترك. (كتاب الإحارة، الفصل التاسع في جواز إحارة الظفر ، 297/11)

وفي المحيط البرهاني: وليس للراعي إذا كان خاصاً أن يرعى غنم غيره بأجر ، فلو أنه أجر نفسه من غيره لعمل الرعي ومضى على ذلك شهر ولم يعلم الأول به فله الأجر كاملاً على كل واحد منهما لا تصدق بشيء من ذلك ، إلا أنه يأتم ، وإن كان هذا أجير وحد وليس لأجير الوحد أن يؤجر نفسه من غيره ، بخلاف الأجير المشترك لأن أجير الوحد في الرعي يشبه أجير المشترك من وجه ، من حيث إنه يمكنه إيفاء العمل إلى كل واحد منهما بتمامه في المدة ، بأن يرعى غنم الأول في المدة ويرعى غنم الثاني. فمن حيث إنه يمكنه إيفاء العمل إلى كل واحد

منهما بتمامه كان أجير مشترك ، ومن حيث إنه أوقع العقد على المدة لا على العمل كان أجير وحد. ولو كان مشترك من كل وجه ، كما في القصار والخياط، كان له أن يؤاجر نفسه من غيره ، ويستحق الأجر على كل واحد منهما كاملاً ، ولا يأنم ولا يتصدق بشيء من ذلك. ولو كان أجير وحد من كل وجه بأن أوقع العقد على المدة لعمل لا يمكنه الإيفاء إلى كل واحد منهما بتمامه في المدة بأن أجر نفسه يوماً بدرهم للحصاد ، أو للخدمة فخدم وحصد في بعض اليوم لغيره ، فإنه لا يستحق الأجر كاملاً على الأول ، ويأنم. فإذا كان له شياً بأجير المشترك وفرنا على الشبهين حظهما ، فقلنا: لشبهه بأجير المشترك يستحق الأجر كاملاً على كل واحد منهما ، ولا يتصدق. ومن حيث إنه أجير وحد يأنم ، توفيراً على الشبهين حظهما بقدر الإمكان. وإنما أظهرنا شبه أجير الوحد في حق الإأنم لا في حق نقصان الأجر ليمكننا العمل بالشبهين لأننا لو أظهرنا شبه أجير الوحد في حق نقصان الأجر ، كان يأنم أيضاً ؛ لأن الأجر إنما يسقط لمنعه بعض المعقود عليه عن الأول ، وهذا يوجب الإأنم ، فيتعطل العمل بالشبهين. فلهذا أظهرنا شبه أجير الوحد في حق الإأنم ، وفيما عدا ذلك من الأحكام ألحقناها بأجير المشترك. ونظير هذا ما قلنا في باب الظئر: إذا استأجر ظئراً شهراً لترضع ولده كانت أجرة وحد حتى لا يكون لها أن تؤاجر نفسها. فإن أجزت نفسها من قوم آخرين ولم يعلم الأولون حتى مضت المدة ، وقد أرضعت ولد كل واحد ، فإنها تستحق الأجر كاملاً على كل واحد منهما ، ولا تتصدق بشيء من ذلك ، وتأنم ، وإن كانت أجرة وحد ، لأنها أوقعت العقد على المدة لا على العمل، إلا أن لها شياً بأجير المشترك في الرضاع من حيث إنه يمكنها إيفاء الرضاع إلى كل واحد منهما بتمامه فوفرنا على الشبهين حظهما ، فقلنا: تأنم لأنها أجرة وحد ، ولشبهها بأجير المشترك قلنا: تستحق الأجر كاملاً ولا تتصدق بشيء ، فكذلك هذا. (كتاب الإجارة ، الفصل الثامن والعشرون في بيان حكم الأجير الخاص والمشارك ، 61-60/12)

However, despite this logical conclusion based on a strict analogy, the question remains as to whether there is an argument for allowing the form of breakdown cover that does not include monetary reimbursement and other benefits in kind on the basis of *istihsān* – juristic approbation owing to *hājah* – need, *urf* – custom and *t‘āmul* – prevalent practice as an exception to the rule? Jurisprudential texts contain numerous examples wherein *gharar* has been tolerated in sale and *ijārah* contracts on the bases of need and prevalent practice despite strict analogy requiring a ruling of prohibition. A few such examples are given below:

Jurist allowed the use of public baths for a fixed fee without any agreement on the amount of water to be used or the duration of stay whereas strict analogy required that the object of sale be defined and quantified. Such use also involved *istihlāk al-‘eyn* - the consumption of corporeal property as opposed to utility of its usufruct. The basis of this permission was predominantly popular custom across all regions although there are reports of the Messenger sws entering the public baths of Juhfah. However, the reliability of such reports is highly criticised.

فقي الدر المختار: (وجاز إجارة الحمام) "لأنه عليه الصلاة والسلام دخل حمام الجحفة" وللعرف. (كتاب الإجارة ، باب الإجارة الفاسدة ،

52-51/6

وفي رد المختار: قوله: (وجاز إجارة الحمام) قدمنا أن الإجارة اسم للأجرة: أي جاز أخذ الحمامي أجرة الحمام. ... قوله: (لأنه عليه الصلاة والسلام دخل حمام الجحفة) قال منلا على القارى: ذكر الدميرى والنوى أنه ضعيف جدا ، فقول شيخنا ابن حجر المكي في شرح الشرائع إنه موضوع باتفاق الحفاظ وإن وقع في كلام الدميرى وغيره ليس في محله. اهـ ملخصا. قوله: (وللعرف) لأن الناس في سائر الأمصار يدفعون أجرة الحمام وإن لم يعلم مقدار ما يستعمل من الماء ولا مقدار القعود ، فدل إجماعهم على جواز ذلك وإن كان القياس يأباه لوروده على إتلاف العين مع الجهالة. إتقان. (كتاب الإجارة ، باب الإجارة الفاسدة ، 51/6-52)

According to Imām Abū Ḥanīfah the contract of *muzāra'āh*, wherein a landowner grants a farmer access to his land so that the latter may work the land using his own seed and equipment and the crop is shared between the two, is not permissible as this falls foul of the prohibition of employing another for a portion of the toils of the latter famously referred to as the issue of *qafīz al-taḥḥān – qafīz* (unit of measure) of the miller. Imām Abū Yūsuf and Imām Muḥāmmad have both allowed this contract and Ḥanafī jurists have adopted the latter opinion for *fatwā* on account of need and popular custom and have stated that this is a basis for departing from strict analogy.

ففي الدر المختار: (ولا تصح عند الإمام) لأنها كقفيز الطحان (وعندهما تصح ، وبه يفتى) للحاجة ، وقياسا على المضاربة. (كتاب المزارعة ، 275/6 ،

وفي رد المختار: قوله: (ولا تصح عند الإمام) إلا إذا كان البذر والآلات لصاحب الأرض والعامل ، فيكون الصاحب مستأجرا للعامل والعامل للأرض بأجرة ومدة معلومتين ، ويكون له بعض الخارج بالتراضى ، وهذا حيلة زوال الخبث عنده. وإنما لم يصح بدونها لاختلاف فيه من الصحابة والتابعين لتعارض الأخبار عن سيد المرسلين صلوات الله عليه وعليهم إلى يوم الدين كما في المبسوط. وقضى أبو حنيفة بفسادها بلا حد ، ولم ينه عنها أشد النهى كما في الحقائق. ويدل عليه أنه فرع عليها مسائل كثيرة ، حتى قال محمد: أنا فارس فيها لأنه فرع عليها وراجل في الوقف لأنه لم يفرع عليه كما في النظم. قهستان. ... قوله: (لأنها كقفيز الطحان) لأنها استجار ببعض ما يخرج من عمله فتكون بمعناه ، وقد نهي عنه صلى الله عليه وسلم ، وهو أن يستأجر رجلا ليطحن له كذا منا من الخنطة بقفيز من دقيقها ، وتام الأدلة من الجانبين مبسوط في الهداية وشروحهها. وفي الشرنبلالية عن الخلاصة أن الإمام فرع هذه المسائل في المزارعة على قول من جوزها لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله. (كتاب المزارعة ، 275/6)

وفي مجمع الضمانات: وقالوا جائزة ، والفتوى على قولهما لتعامل الناس ، وللاحتياج إليها ، والقياس يترك بالتعامل. (الباب الرابع والعشرون في المزارعة والمساقاة والشرب ، ص 551)

The remuneration due to a broker, announcer, public bath attendant or scribe wherein the time and extent of work could not be specified was also permitted as it responded to legitimate needs and was commonly practiced although strict analogy required that the object of the contract be defined either by stipulating a period or specifying the work to be done. However, jurists stated that such remuneration should not exceed the *ujrah al-mithl* – proper fee determined by the prevalent market rate.

ففي رد المختار: قوله: (أو مدة) إلا فيما استثنى. قال في البزازية: إجارة السمسار والمناذى والحمامى والصكك وما لا يقدر فيه الوقت ولا العمل تجوز لما كان للناس به حاجة ويطيب الأجر المأخوذ لو قدر أجر المثل. وذكر أصلاً يستخرج منه كثير من المسائل فراجعه في نوع المتفرقات والأجرة على المعاصى. (كتاب الإجارة ، باب الإجارة الفاسدة ، 47/6)

وفي البزازية: السمسار والمناذى والحمامى والصكك وما لا يقدر فيه الوقت ولا مقدار العمل لما كان للناس به حاجة جاز ويطيب الأجر المأخوذ لو قدر أجر المثل. وذكر الإمام محمد بن الفضل أصلاً يستخرج منه كثير من مسائل الإجارة ، وهو أنه إذا استأجر إنساناً على عمل لو رام الأجر الشروع فيه حالاً قدر عليه صحت الإجارة ، ذكر له وقتاً أو لا ، كالإجارة على خبز عشرين منا من السديقي والآلات كالسديقي ونحوه في ملك المستأجر. وإن لم يذكر مقدار العمل لكن ذكر الوقت نحو أن يقول استأجرتك لتخبز لى اليوم إلى الليل يجوز أيضاً لأن المنفعة تصير معلومة بذكر الوقت أيضاً. وكذا لو قال أصلح هذا الجدار بهذا الدرهم يجوز وإن لم يذكر الوقت لأنه يمكن له الشروع في العمل حالاً بخلاف ما لو قال تدرى هذا الكدس بهذا الدرهم لعدم إمكان الشروع في العمل حالاً لتوقف التدرية على الريح وإن ذكر الوقت. ويجوز إن ذكر الوقت أولاً ثم الأجرة نحو استأجرتك اليوم لتدريته بدرهم لأنه استأجر لعمل معلوم وإنما ذكر الأجرة بعد بيان العمل فلا يتغير. وإن ذكر الأجرة أولاً ثم العمل بأن قال: استأجرتك بدرهم اليوم لتدريته لا يجوز لأن العقد أولاً وقع على الأجرة والاحتياج إلى ذكر الأجرة بعد بيان العمل فإذا كان مجهولاً أو معدوماً فذكر الوقت بعد ذكر الأجرة للاستعجال أى يعجل اليوم ولا يؤخر فلم يكن ذكر الوقت لوقوع العقد على المنفعة وكذا مسألة السمسار. (كتاب الإجازات ، نوع في المتفرقات ، 40/5-41)

Similarly, the contract of *istiṣnā'* - manufacture was validated despite being a sale of a non existent object without being a *salam* contract. Again, the *gharar* contained therein was tolerated despite being excessive because it responded to legitimate needs and it was commonly practiced across all regions without actually leading to inordinate conflicts. This was seen to be a consensus of opinion which authorised a departure from strict analogy. Such consensus also validated a departure from strict analogy in the use of public baths for a fixed fee without defining the period of stay or the amount of water to be used, and in the practice of drinking an undefined amount of water from a waterskin for a fixed fee, and in the practice of cupping without defining the amount of blood to be removed.

ففي بدائع الصنائع: وأما جوازه ، فالقياس أن لا يجوز لأنه بيع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم ، وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم. ويجوز استحساناً لإجماع الناس على ذلك لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكر ، وقد قال عليه الصلاة والسلام: { لا تجتمع أمتى على ضلالة } وقال عليه الصلاة والسلام: { ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح }. والقياس يترك بالإجماع ، ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذى يستعمل ، وفي قطعه الشارب للسقاء من غير بيان قدر المشروب ، وفي شراء البقل ، وهذه المحقرات كذا هذا ، ولأن الحاجة تدعو إليه لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة ، وقلما يتفق وجوده مصنوعاً فيحتاج إلى أن يستصنع. فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج. وقد خرج الجواب عن قوله: إنه معدوم لأنه ألحق بالموجود لمساس الحاجة

إليه كالمسلم فيه فلم يكن بيع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق ، ولأن فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والإجارة لأن السلم عقد على مبيع في الذمة ، واستتجار الصناع يشترط فيه العمل ، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزا . (كتاب الاستصناع ، فصل في جواز الاستصناع ، 2/5-3)

وفي تبين الحقائق: وأما الاستصناع فلالإجماع الثابت بالتعامل من لدن النبي صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا وهو من أقوى الحجج ، وقد استصنع النبي صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا ، وقال عليه الصلاة والسلام: { ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن } . وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لأنه بيع المعدوم وهو منهي عنه ولكن ترك العمل به بما ذكرنا ، والقياس يتركه كدخول الحمام والاحتجام بأجرة وطلب شربة ماء من السقاء بفلس كل ذلك جائز للتعامل وإن كان القياس يأباه للجهالة لأنه لا يعرف كم قدر ما يقعد في الحمام وكم قدر ما يستعمل أو يشرب من الماء وكم قدر ما يخرج من الدم إذ لا يعتبر القياس بمقابلة الإجماع أو النص ، وقد قال عليه السلام: { لا تجتمع أمي على الضلالة } . (كتاب البيوع ، باب السلم ، 526/4)

Jurists allowed the suckling of a child for a fee on the basis of *istihsān* due to prevalent practice although strict analogy required a ruling of prohibition as it was a contract that involved *istihlāk al-‘eyn* - the consumption of corporeal property (milk) as opposed to utility of the services of the wet-nurse. Hiring the services of a wet-nurse is an *ijārah* contract and not a contract of sale. Furthermore, the volume of milk consumed could not be specified. Despite this, it was permitted on the basis of popular practice.

ففي الدر المختار: (والظن بكسر فهمز: المرضعة (بأجر معين) لتعامل الناس ، بخلاف بقية الحيوانات لعدم التعارف . (كتاب الإجارة ، باب الإجارة الفاسدة ، 53/6)

وفي رد المحتار: قوله: (لتعامل الناس) علة للجواز وهذا استحسان لأنها ترد على استهلاك العين وهو اللبن . ويشترط التوقيت إجماعا . حموى عن المنصورية . (كتاب الإجارة ، باب الإجارة الفاسدة ، 53/6)

Imām Abū Bakr al-Jaṣāṣ has discussed further cases wherein jurists have departed from strict analogy on the bases of popular practice. One such example is taking a seat on a boat whilst paying a fee without stipulating point of transit nor the amount of fee to be paid.

ففي الفصول في الأصول للرازي: ومما تركوا القياس فيه وخصوا الحكم مع وجود العلة لعمل الناس ما ثبت عندهم أن عقود الإجازات لا تجوز إلا بأجر معلوم . وكذلك قال صلى الله عليه وسلم: { من استأجر أجيرا فليعلمه أجره } فصارت أبدال المعلوم من المنافع كأبدال الوجود من الأعيان في باب اعتبار كونها معلومة في العقد . وكذلك قالوا - إذا استأجر عبدا أو دارا - : إن الحاجة إلى معرفة المدة كهى إلى مقدار الأجرة فلم يميزوها بأجر مجهول ولا على مدة مجهولة . فلو لزموا هذا الاعتبار وأعطوا العلة حقا مما يقتضيه من الحكم ويوجبه لوجب أن لا يجوز للإنسان دخول الحمام حتى يبين مقدار ما يعطى من الأجرة ، ومقدار لبثه في الحمام ، وما يصب على نفسه من الماء ، إلا أنهم

تركوا القياس في ذلك واتبعوا عمل الناس وإجازتهم له. والمراد بقولهم: عمل الناس: أن السلف من الصحابة وعلماء التابعين قد كانوا يشاهدون الناس يفعلون ذلك فلم يظهر من أحد منهم نكير على فاعله، فصار ذلك إجازة منهم له وإقرارا لهم عليه إذ كانوا هم الأمرين بالمعروف والناهين عن المنكر كما وصفهم الله تعالى به، فصار ذلك أصلا بنفسه خارجا عن موجب القياس الذى وصفنا. ونحو ذلك أيضا: قعود الإنسان في سمارية وإعطاء الملاح مَقْطَعَة من غير شرط موضع العبور ولا بيان مقدار ما يعطيه. ومثله أيضا شراء البقل ونحو ذلك مما يعطى فيه مقطعة فيأخذها من غير شرط لمقدار ما يأخذ أو يعطى. وكذلك أجازوا أن يشتري أرطال لحم مما بين يدي القصاب فيعطى الدراهم ويأخذ اللحم، وكان القياس أن لا يجوز حتى يُسَمَّى فيه شيئا بعينه إلا أنهم تركوا القياس لما وصفنا. ومن نظائر ذلك الاستصناع، وهو: أن يستصنع عند الرجل خفين أو نعلين أو قلنسوة أو نحوها ويسمى الثمن ويصف له العمل. فكان القياس عندهم أن لا يجوز لأنه بيع ما ليس عنده. كما لا يجوز أن يشتري منه خفا موصوفا أو قلنسوة أو نحوها مما ليس عنده إلا أنهم تركوا القياس فيه وأجازوه لما ذكرنا من عمل الناس على الوجه الذى بينا. (الباب السابع والتسعون في القول في مائة الاستحسان وبيان وجوهه، 249-248/4)

Thus, it can be seen from the above that where a genuine need exists which is indicated by popular practice across different regions there is license to depart from strict analogy and tolerate the incidence of excessive gharar on the basis of *istihsān* provided it does not result in inordinate conflict. Whilst the law in England and Wales currently allows broken down vehicles to be towed along the motorway by private individuals using a tow-bar or tow-rope the maximum time a vehicle can be left on the hard shoulder is two hours.² However, in some areas it may be as little as 30 minutes. Thus, it is seldom possible to arrange for a relative or friend to help in towing the car to a safe place for repair. Without breakdown cover, an individual may incur considerable cost to have the car fixed, removed off the motorway, towed to a garage for repair or returned to point of origination or destination. This may involve only a puncture repair, tyre replacement, minor repairs roadside or a tow to a nearby garage. However, the distress and concern suffered by the occupants of the vehicle, especially if women and children are involved, is a necessary consequence of such break down. The fact that many people take out breakdown cover despite it not being a legal requirement is indicative of need and thus it can safely be argued that the level of cover that meets the needs of a breakdown on the motorway warrants a departure from strict analogy to a ruling of permission. The levels of cover that include monetary reimbursement violate the prohibition of *ribā* whilst the level of cover that provides assistance at home or up to within a quarter mile radius only does not involve a heightened need. Thus, a departure from strict analogy does not appear to be warranted in this latter case.

And Allah Knows best.

Mufti Mohammed Zubair Butt

Chair, Al-Qalam Shariah Panel

² <http://www.traffic-answers.co.uk/motorways.htm#leave>