



مَجَلَّةُ مَجْمَعِ الْفِقْهِ الْأِسْلَامِيِّ

الْمَدِينَةُ الْمَدِينَةُ الْمَدِينَةُ

الْعَدَدُ الْحَادِي عَشَرَ

الْجُزْءُ الثَّانِي

١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م



مَجْلَمُ مَجْمَعِ الْفُقَهَاءِ الْإِسْلَامِيِّ

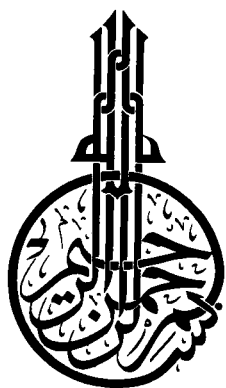
الدَّوْرَةُ الْحَادِيثُ عَشْرَةَ

مَبْرُورِ مَجْمَعِ الْفُقَهَاءِ الْإِسْلَامِيِّ

الْعَدْلَةُ الْحَادِيثُ عَشْرَةَ

الْجُزْءُ الثَّانِي

١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م





قال الله تعالى :

﴿ فَأَمَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا بِاللَّهِ وَاعْتَصَمُوا بِهِ، فَسَيُدْخِلُهُمْ فِي رَحْمَةٍ مِّنْهُ
وَفَضْلٍ وَيَهْدِيهِمْ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمًا ﴾

[النساء : ١٧٥]

* * *

عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال :
« إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ وَلَنْ يُشَادَّ الدِّينَ أَحَدٌ إِلَّا غَلَبَهُ ،
فَسَدِّدُوا وَقَارِبُوا ، وَأَبْشِرُوا ، وَاسْتَعِينُوا بِالْغَدْوَةِ
وَالرَّوْحَةِ وَشَيْءٍ مِنَ الدُّلْجَةِ » « رواه البخاري »

* * *

الدورة الحادية عشرة
لمؤتمر مجمع إلفقه الإسلامى

المنعقدة بدولة البحرين

المنامة

فى ٢٥ - ٣٠ رجب ١٤١٩ هـ

١٤ - ١٩ نوفمبر ١٩٩٨ م

عقود الصيانة وتكييفها الشرعي

المحتوى

- ١ - بحث الشيخ محمد المختار السلامي .
- ٢ - بحث الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير .
- ٣ - بحث آية الله محمد علي التسخيري .
- ٤ - بحث الدكتور منذر قحف .
- ٥ - بحث الدكتور محمد أنس الزرقاء .

عقود الصيانة
وتكيفها الشرعي

إعداد

الشيخ محمد المنحار السلامي

مفتي الجمهورية التونسية

عقود الصيانة وتكييفها الشرعي

إنَّ هذا البحث الذي أحالته عليّ الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي قدم بورقة للاستئناس بها، ومما جاء فيها أن الموضوع جاء بصيغة الجمع - عقود - .

وفسرت الورقة ملاحظة للواقع، أنَّ عقود الصيانة أنواع متميزة، وتنوعها ليس تابعاً لتعدد هذه العقود في الخارج مع اتحادها في الصورة الأصلية المعبرة عن العلاقة بين طرفي العقد وموضوعه . ولكنه اختلاف ناشئ من اختلاف الصورة الأصلية مما يجعل عقد الصيانة جنساً يشمل أنواعاً . وقد ألمحت الورقة في التحليل إلى هذا المفهوم . وبناءً على ذلك فإن بحثي سيتبع الخطوات التالية :

- ١ - تعريف جنس عقد الصيانة .
- ٢ - بيان الحاجة إليه حاجة عامة ضرورية .
- ٣ - أنواع عقد الصيانة .
- ٤ - الصيانة التي يلتزم بها البائع وتكييفها .
- ٥ - الصيانة التي يتعاقد عليها صاحب المؤسسة والصائن .
- ٦ - تكييف عقد الصيانة فقهاً .
- ٧ - أركان عقد الصيانة
- ٨ - واجبات الصائن .

٩- الربط بين تحديد الزمن وتحديد العمل في عقود الصيانة .

١٠- التزام الصائن بشراء قطع الغيار نيابة عن المؤسسة .

١١- واجبات المؤسسة .

١٢- تعجيل الأجر وتأخير ه .

١٣- ضمان الصائن .

١٤- القرار المقترح .

تعريف عقد الصيانة :

عقد الصيانة عقدٌ حادث لا عهد للفقهاء به . ومن الجهد الضائع التتقيب عن رأي الفقهاء السابقين فيه ، لأن هذا العقد تابع لدخول الآلة في الإنتاج ولاعتماد الآلة على الطاقة المحركة لدواليبها . وللتسلسل الرابط بين أجزاء الآلة . ثم لدخول عامل جديد هو الإلكترونيك في الضبط والدقة والتيسير .

وهذه كلها آليات الإنتاج المعاصر ، أثرت في حياة الإنسانية بظهور الثورة الصناعية وما تبعها إلى عصر الكمبيوتر وكوامنه العجيبة والواسعة الآفاق والتي ماتزال البشرية في أول خطواتها في الكشف عن أسرار ه وطرق استخدامه .

ثم إن هذه الثورة الاقتصادية دخلت بالعالم في منافسة قوية جداً ، فرضت فيما فرضت على المنتجين أن يحسبوا كل تكاليف الإنتاج ، وأن يعملوا جاهدين على الضغط عليها إلى أدنى مستوى ممكن ؛ ليتمكنوا من المنافسة وتثبيت قدمهم في السوق بأحد عوامل الفوز ، وهو انخفاض ثمن السلع المنتجة والجودة وخاصة في المظهر .

وارتبط بذلك أن الآلة التي قامت بالإنتاج يوزع ثمنها على المنتج ،

فإذا تعطلت أو لم يتحقق في الواقع العملي طاقتها الإنتاجية انعكس ذلك على ثمن المنتج، وأفلس المشروع.

كما أن الآلة قد يلحق الخلل بعض أجزائها وحسب طبيعتها فإن الخلل مؤذن بالتوقف الكامل، أو ضعف الإنتاج، أو عدم جودته، وكل ذلك مفضي حتماً إلى إفلاس المشروع.

ولذا كان من المتحتم على الباعث للمشروع الاقتصادي أن يعمل على قيام الآلة بوظائفها في جميع أجزائها، وأن يسرع إلى تلافي ما أصاب التجهيزات.

ولكن أصحاب المصانع والمستخدمين للآلة لا يمكنهم أن يتدبوا من يقوم بهذه المهمة كإطارات يعملون عندهم بصفة مستمرة وذلك لأمر؛ منها: أن التعرف على الخلل بعد تطور الآلة وتعهدها أصبح لا يُدرك إلا بأجهزة دقيقة ومتطورة ومرتفعة الثمن.

وقد لا يحتاج صاحب المصنع لبعضها إلا مرات قليلة أو لا يحتاج إليها أصلاً، ومنها أن المتمكنين من استخدامها العارفين بأسرارها هم من ذوي الكفاءات الذين ترتفع أجورهم وفرص الاحتياج إليهم في المصنع الواحد قليلة. وكل ذلك يدخل في تكلفة الإنتاج، ويؤدي بالباعث إلى الإفلاس إن لم يأخذ حيطته لذلك بما يضمن استمرار الآلة في الإنتاج بكفاءة، وبأقل ما يمكن من النفقات.

وبناءً على ما قدّمناه؛ فرضت المسيرة الاقتصادية أن يتخصص قسم من المسهمين في دولا ب الاقتصاد بتوفير الخدمات المطلوبة حسب القواعد الفنية، لسير المعامل والآلات بكفاءة في سرعة الإنجاز ودقته عند تعويض الأجزاء التالفة أو المتآكلة بغيرها، وكذلك الاحتياطات الدورية لدوام عمل الآلة والأجهزة، فيكون عقد الصيانة هو عقد يلتزم الخبير الفني بالقيام على

الآلات والتجهيزات في مدة محددة، قياماً يحقق أداءها لوظائفها بكفاءة ويلتزم فيه صاحبها بدفع ما اتفقا عليه إن لم تكن ملتزمة من البائع .

الحاجة إلى هذا العقد :

مما بيّناه في مقدمة التعريف يتبين الحاجة إلى هذا النوع من العقود، وأنها حاجة مفضية إلى حفظ المال الضروري .

وإذا كنا قد فرضناه في المصانع، فإن الحاجة إليه لا تتوقف على المصانع وحدها، بل تتعداها إلى كثير من ميادين الحياة .

فشركة الطيران في أي قطر من أقطار العالم تنقل المسافرين، فإذا بلغت طائرتها بالمسافرين البلد المقصود، فإنها لا تستطيع أن تواصل رحلتها أو تعود إلى منطلقها إلا بعد قيام فريق مختص بتفقد تجهيزاتها ضماناً لحياة المسافرين . ولا يمكن للشركة أن تبعث مع كل طائرة فريقاً من الفنيين ولا بأجهزة الرقابة .

والمؤسسات المالية لا تستغني في سير عملها عن تدفق التيار الكهربائي لمكاتب العمل . وللدماغ الحاسوبي الجامع الحافظ وللأجهزة المتصلة به . وهو ما يوجب القيام على التجهيزات الكهربائية قياماً يضمن عملها بانتظام . كما لا تستغني عن المراقبة أجهزة الحاسوب الأصلي وفروعه ضماناً لحقوق المتعاملين مع المؤسسة وضبطها لحساباتها .

وقد تضاعف سكان الأرض في هذا القرن عما كان عليه في القرون السابقة، وفي انتشار المساكن الأفقية عدوان على الأراضي الفلاحية وقتل للمساحات المحيطة بالمدن، زيادة عن غلاء ثمن المساكن الأفقية وارتفاع التكلفة للقيام بالخدمات المدنية من توزيع المياه، والنور الكهربائي وأجهزة الصرف؛ فاحتاج الناس إلى البناء العمودي الذي يحفظ الأرض، ويقلل من تكاليف الخدمات، ويختصر المسافات داخل المدن، وهذه البناءات

الذاهبة صُعداً لا يستغني ساكنو طوابقها العليا عن المصاعد، وتوقف المصعد بعد توفيره فيه إهدار للوقت، وفيه حجب الساكن الضعيف عن القيام بواجباته في الحياة من المسنين والمرضى، والحبالى، والصغار، والمعوقين .

والمستشفيات والمصحات قد تطوّرت طرق الكشف والعلاج تطوراً ارتبط بنمط الحياة، فالكشف بالأشعة، وبالأجهزة المعرفة بمكان المرض ونوعه، وإنعاش من بلغ مرحلة الخطر لمساعدته على تجاوز فترة الأزمة، وإجراء العمليات الجراحية . . كل ذلك لا بد من القيام على المزود بالتيار الكهربائي وعلى تلافي حصول الخلل في التجهيزات الطبية الإلكترونية المعقدة .

هذه بعض الصور التي تكشف عن الحاجة إلى صيانة المعدات والأجهزة والآلات، وهي حاجة ترتبط بالكليات الضرورية من حفظ النفس والمال، وتعتبر بذلك داخلة تحت المقاصد الضرورية، كما يدل عليه كلام الشاطبي، أنّ الحفظ للمقاصد الضرورية يكون بأمرين؛ أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود. والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع. وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم.

ثم قال عند التمثيل والمعاملات ما كان راجعاً إلى مصلحة الإنسان مع غيره؛ كانتقال الأملاك بعوض أو بغير عوض، بالعقد على الرقاب أو المنافع^(١).

وبذلك تدخل عقود الصيانة من حيث الأصل تحت مظلة الضروري عملاً بالقاعدة اليقينية المروية عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا.

(١) الموافقات: ٣/٨-١٠.

أنواع عقد الصيانة :

يدخل تحت عقد الصيانة أنواع :

أولاً- الالتزام المرتبط بعقد البيع كأحد بنوده :

إنَّ بيع الآلات والأجهزة الميكانيكية وكذلك الإلكترونية قد أصبح يجري على عرف عالمي ، معلوم مقدماً من البائع والمشتري ، منصوص عليه في العقود النمطية التي توثق بها المعاملات بين الأطراف ، فهي ليست شروطاً يشترطها المشتري على البائع ، ولكنها تمثل التزام البائع عند عرض سلعته .

فمن ذلك أن الآلات إذا كانت في حاجة إلى تثبيتها والربط بينها لتقوم بالعمل المتسلسل ، فإن الإنجاز يتم بمساعدة البائع وتحت رقابة خبرائه حتى لا يتسبب التركيب في خلل فني ينتج عنه تعويق الأجهزة عن أداء ما يجب أن تقوم به جودة وسرعة وإتقاناً .

ومن ذلك أنَّ البائع ملتزم عند العرض أنَّ كل القطع صغيرها وكبيرها قد تم صنعها بالجودة التامة وأنها قادرة على الأداء دون أن يلحقها عطب من التشغيل طيلة مدة محددة أو دائماً .

ومنها أنَّه ملتزم بالمنهج الحضاري الذي يحكم المسيرة البشرية ، وهي أن التجربة هي المعرّف الحقيقي للصالح ، أو الاختلال ؛ ولذا فإن ما يبيعه من الأجهزة هو ضامن لأدائه مدة معلومة ، وهذا ما يفرض عليه أن يبعث بخبرائه يوجهون إلى الطريق الأمثل في التشغيل في الفترة التي يحددها الطرفان عند عقد البيع ، والتي تكون كافية للتحقق من سلامة المبيع وحُسن أدائه . وبالطبع فإن كل خلل يظهر ، فإن البائع تبعاً لتعهدة يقوم بإصلاحه أو تعويض ما يوجب التعويض .

وقد وقع التساؤل في الورقة المقدمة للموضوع عن تكييف هذا

الالتزام، فجاء فيها ما يلي: ويتطلب هذا النوع من عقود الصيانة المتلازمة مع عقود التملك البحث فيما يلي:

اندراج هذا في صور صفتين في صفقة، أو اشتراط عقد في عقد، أو اعتبار ذلك شرطاً مقترناً بالعقد المقصود أصلاً، أو اقتضاء سلامة المعقود عليه التزام البائع بالصيانة، بديلاً عن حق الردّ للمعيب بعيب.

أما الاحتمال الأول: وهو أنّ هذا من صور صفتين في صفقة، فإن أصله حديث سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال: نهى النبي ﷺ عن صفتين في صفقة واحدة، فسّر سماك راوي الحديث، هو أن يبيع الرجل فيقول: هو بنسأ بكذا، وينقد بكذا وكذا، وبه فسّره أبو عبيد القاسم بن سلام، وإيراد (منتقى الأخبار) بهذه الرواية تحت عنوان: باب بيعين في بيعة يدل على أنّ صفتين في صفقة هو بمعنى بيعتين في بيعة، وهو ما يدلّ عليه صنيع ابن عبد البر، فقد أخرج حديث سماك مع أحاديث بيعتين في بيعة ولم ينصّ على فرق بينهما بسنده عن أحمد بن قاسم بن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عبد الله عن أبيه قال: لاتصلح صفتان في صفقة^(١).

وينفرد الدكتور الضرير بأنّ بيعتين في بيعة أخصّ من صفتين في صفقة؛ لأن الصفقة تشمل البيع وغيره من الصفقات. فيؤول معنى الحديث عنده إلى الجمع بين عقدين في عقد واحد^(٢).

ويجزم في مقدمة كلامه بأنّ عدم التفرقة بينهما خطأ. فيقول: وهذا ليس بصحيح، فإن بيعتين في بيعة أخصّ من صفتين في صفقة.

وهذا ذهاب منه إلى أنّ كل عقد يطلق عليه صفقة وهو مما لا يساعده

(١) الاستذكار: ١٧٣/٢٠.

(٢) الغرر، ص ١١١.

عليه لا اللغة ولا الاصطلاح الفقهي^(١). فالصق لا يطلق على النكاح، ولا على الإجارة ولا الإعارة؛ وإنما هو مأخوذ من عرف مادي كان يصحب عقد البيع من ضرب يد البائع على يد المشتري تعبيراً عن انبرامه، وتساوي الطرفين في أنّ كل واحد منهما حقق غرضه، وهو ما يرجح أن التعبير بصفتين هو تصرف من الراوي بإبدال لفظ البيعة بالصفقة، ولذلك فسّر سماك الصفقة بالبيعة. ونخلص إلى أن الحديث لا يتناول بأي وجه من الوجوه التزام المزود بالصيانة المحددة في العقد.

وأما الاحتمال الثاني: فإن البيع مع التزام المزود بالصيانة مدة معلومة، لا يعتبر التزامه بالصيانة عقداً، ولكنه في حقيقة أمره إعلان من البائع أنّ ما يبيعه يؤدي للمشتري الغرض الذي اشتراه من أجله. فالسيارة مثلاً تحقق له التنقل مع الأمن، وكذلك الطائرة، والمصنع يحقق له كمية الإنتاج وجودته والمواصفات التي تم عليها الاتفاق... وهكذا.

وعلى هذا فإذا ظهر خلل في أداء المبيع للغرض منه كان البائع لم يسلم للمشتري على حسب ما اتفقا عليه في العقد، ففأؤه بما التزم به هو من تمام العقد الأول وليس عقداً آخر.

وأما الاحتمال الثالث: أنه شرط مقترن بالعقد، فهو وإن كان في صورته الظاهرية شرطاً إلا أنه في حقيقة الأمر بعد التأمل في العقد يتبين للناظر أنه ليس من نوع الشروط التي اختلف فيها الفقهاء. ذلك أن الشرط الذي تحدّث عنه الفقهاء هو الشرط الذي يستفيد منه المشتري سواء أكان البائع أو المشتري، فكأن الشرط إن كان من المشتري، فقد انقسم الثمن المدفوع فيه بين ثمن السلعة وما يحقق الشرط، مما يؤول معه الأمر إلى نوع من الجهالة في ثمن المبيع راعاه من حرم الشرط.

(١) انظر لسان العرب: ١٠/٢٠٠-٢٠١.

وإذا كان المشتري هو البائع، فكذلك الأمر فهو يكون قد نقص من الثمن الحقيقي للسلعة في مقابلة تحقق شرطه الذي شرطه، ومن فصل فهو ناظر في باطن الأمر إلى ما ذكرناه. وفي صورة التزام البائع عند العرض بالقيام بالصيانة مدة معلومة لا نجد في العقد أنّ المشتري قد اشترط أي شيء، كما أن البائع لم يشترط على المشتري ما ينتفع به.

أما الاحتمال الرابع: وهو ردّ المعيب بالعيب، فإن المبيع إذا أطلع المشتري على عيب فيه فقد فصل فيه الفقهاء من أن يكون البائع عالماً بالعيب أو جاهلاً به، وبين كونه قديماً أو حادثاً، وبين كونه في الأصول أو في غيرها وتتبع أحكام الرد بالعيب مفصلة في كتب الفقه. ولكن الذي يهمنا من ذلك هو العيب الذي تكشف عنه التجربة العلمية للمبيع، ويستوي الطرفان في الجهل بوجوده.

والمشهور في مذهب مالك أنه لا حقّ للمشتري في القيام بهذا العيب، وذلك كالقضاء يوجد مرأً والخشبة يوجد داخلها عفناً أو مسوساً، قال في المدونة: لأنه أمر ثابت عليه يدخل البائع والمشتري، والتبايع عليه وقع، وروى أنه يرد به كسائر العيوب، وفرق ابن حبيب بين ما كان من أصل الخلقة فلا رد به وما طرأ لسبب ففيه القيام بالعيب^(١)، وأشار إلى هذا ابن عاصم بقوله:

وكامن يبدو مع التغيير كالسوس لا يرد في المأثور ودقق (التسولي) أن هذا الاختلاف محله ما لم يشترط السلامة أو يجري العرف بالرد. فللمشتري القيام بالعيب^(٢).

(١) عقد الجواهر الثمينة: ٤٧٤/٢.

(٢) البهجة: ١٩٤/٢.

ولابن عرفة فتوى: أنَّ الجبن يوجد فاسداً يرد، وكذلك الحديد يوجد
أحرش منقطعاً إذا دخل النار، معللاً بأنه مما عملته الأيدي^(١).

فهذه الفتوى تجعل الاختلاف محله ما كان من العيوب لا دخل
للإنسان فيه بتقصير أو قصور تطبيقاً للقاعدة: أنَّ المكلف يتحمل الضرر
الحاصل منه خطأً كان أو عمداً.

وإذا خلص لنا أنَّ مشتري الآلة أو الجهاز يقوم بالعيب على البائع فهل
يعتبر التزام البائع بالصيانة بديلاً عن الرد بالعيب؟

إنَّ الصيانة ليست التزاماً بتبديل المعيب، ولكن تتعدى ذلك إلى كثير
من الأعمال تتبع الخطوات الأولى في التسيير؛ كشدّ بعض الأجهزة وتشحيم
بعضها، وتبديل الزيت، ورفع بعض الأجزاء التي توضع في الآلة عند
استخدامها الأول إلى مختلف أوجه العناية التي تتبع ما في الأجهزة من
تعقيد. وبذلك فإنَّ التزام المزود بالصيانة مدة معلومة هو أعمّ من القيام
بالعيب.

ثانياً - العقد مع شركات الصيانة:

العقد مع شركات الصيانة ليس عقداً نمطياً يطبّق بصفة آلية، ذلك أنَّ
المعقود عليه يختلف باختلاف التجهيزات وما يتطلبه كل نوع من العناية،
ولذا فقد قمت بمراجعة عقود كثيرة متّحدة الموضوع ومختلفة الموضوع:

١- عقود صيانة المصاعد من شركات مختلفة.

٢- عقود صيانة أجهزة التكييف.

٣- عقود صيانة أجهزة التبريد.

(١) شرح ميارة على التحفة: ٣٩/٢.

٤ - عقود صيانة أجهزة الإنذار المبكر .

٥ - عقود صيانة أجهزة الحاسوب .

٦ - عقود صيانة الأجهزة المنذرة والمكافحة للحريق .

٧ - عقود صيانة الطائرات .

٨ - وحتى عقود صيانة العلامات المضئية للإشهار .

تعددت عقود الصيانة بناءً على أنه لكل نوع من أنواع النشاط الصناعي ولكل الأجهزة الآلية والإلكترونية في ميادين الإنتاج أو الخدمات اختصاصيون مهروا في القيام عليها ضماناً لحسن أدائها واستمراره .

وقد أردت أن أتبع الهيكل الذي تتقوم به هذه العقود مهما اختلفت لبيان حكم هذه العقود تبعاً للأركان والشروط المشتركة ، أما تختص به بعض العقود تبعاً لما تتميز به من خاصيات ، فإنه ينبغي أن تكون التوصية من المجمع منبهة إلى وجوب مطابقة كل ما يشترط في عقود الصيانة للأحكام الشرعية بمراقبتها من عالم بأحكام العقود في الإسلام .

طبيعة عقد الصيانة :

ذهب بعض الناظرين من الفقهاء المعاصرين إلى أن عقد الصيانة عقد جعل ، وأنه ينطبق عليه هذا التصور العقدي الخاص ، ذهاباً منهم إلى أن المعقود عليه مجهول ، وإذا كان العقد في ميدان العمل على مجهول ، فهو لا يجوز إلا على أنه عقد جعل ، كعقد من ضاعت دابته أو أبق عبده مع من يبذل مجهوداً معيناً أو عاماً - تبعاً لاختلاف المذاهب - ببذل مقدار من المال لمن يحقق له رغبته في رجوع العبد أو الدابة لحوزة .

وهذا خطأ في تصور عقد الصيانة ، إذ لا تنطبق أحكام الجعالة على الصيانة .

١ - إنَّ عقد الصيانة عقد لازم للطرفين بعد توقيعه منصوص فيه متى يمكن أحد الطرفين من نقضه ، ولا يكون ذلك إلا لقوة قاهرة كحرق المعمل أو حدوث حرب أو زلزال ونحو ذلك ، واختيارياً عند انتهاء الفترة المحددة من العقد، مع شرط إعلام الطرف الراغب في عدم تجديد العقد للطرف الثاني إعلاماً موثقاً أنه لا يرغب في تجديد العقد. أما عقد الجعل فهو عقد غير لازم.

٢ - إن الجعل لا يتسلَّم منه العامل شيئاً إلا بعد إتمام العمل ، فإذا لم يرد العبد أو الدابة فلا شيء له ، وإذا حمل المتاع وتركه في نصف الطريق فلا يستحق ، إلا إذا انتفع المالك بالمسافة التي قطعها حسبما هو مبين في المذاهب الفقهية .

أما في عقود الصيانة فإنه ينص فيها على أنَّ أجر الصائن مستحق عن كل فترة . ويقبضها الصائن إما بالتنصيص على أنها مقدمة في أول الشهر أو يقبضها عند نهاية كل شهر .

٣ - إنَّ الصيانة عقدٌ محدد بأجل (في إطار عام ثم مخصص) ، أعني بذلك أنَّ عقد الصيانة يتم بين صاحب المؤسسة على أنه سيستمر خمس سنوات أو ثلاث سنوات مثلاً ، وبانتهائها ينتهي العقد ليعاد النظر فيه من جديد . هذا هو الإطار العام . ثم إنَّ لكل طرف في نهاية السنة الحق في فسخ العقد مع إعلام الطرف الثاني قبل مدة محددة بثلاثة أشهر أو أكثر أو أقل برغبته في نهاية العقد ، وهذا هو الإطار الخاص . وعقد الجعالة لا يجوز ضرب الأجل فيه . وهاهي نصوص الفقهاء :

● يقول خليل في الإجارة : وفسدت مع جعل . يعلق عليه في الشرح الكبير : في صفقة واحدة لتنافرها ، لما في الجعل من عدم لزومه بالعقد ، وجواز الغرر ، وعدم الأجل ، أما الإجارة فإنها تلزم بالعقد ، ويجوز فيها

الأجل ولا يجوز فيها الغرر^(١).

● ويقول الهيثمي: إنَّ الجعالة تفارق الإجارة في جوازها على عمل مجهول وصحتها مع غير معين، وكونها جائزة، وعدم استحقاق العامل تسليم الجعل إلا بعد تسليم العمل، فلو شرط تعجيله فسد المسمى ووجبت أجره المثل^(٢).

والملاحظ أنَّ الجهالة في الجعالة ليست شرطاً فيها، وإنما تجوز فقط. قال في التحفة: وتصح على عمل مجهول وكذا معلوم في الأصح؛ لأنها إذا جازت مع الجهل فمع العلم أولى^(٣).

● ويقول ابن قدامة: لأن الجعالة يحتمل فيها الغرر، وتجاوز مع جهالة العمل والمدة بخلاف الإجارة، وأنَّ عقد الجعالة عقد جائز، وأنَّ الإجارة إذا قدرت بمدة لزم العمل في جميعها ولا يلزمه العمل بعدها^(٤).

فهذه نصوص المذاهب تنفي أن يتصور في عقد الصيانة أنَّه عقد جعالة وإذا انتفت الجعالة فهو عقد إجارة مع أجير مشترك.

الأجير المشترك:

جاء في الفتاوى الهندية: اختلفت عبارة المشائخ في الحد الفاصل بين الأجير الخاص والأجير المشترك. قال بعضهم: الأجير المشترك مَنْ يستحق الأجر بالعمل لا بتسليم نفسه. والأجر الخاص مَنْ يستحق الأجر لتسليم نفسه وبمضي المدة، ولا يشترط العمل في حقه لاستحقاق الأجر. وقال بعضهم: الأجير المشترك من يتقبل العمل من غير واحد، والأجير

(١) حاشية الدسوقي: ٥/٤.

(٢) تحفة المحتاج: ٣٦٣/٥.

(٣) المصدر السابق، ص ٣٦٩.

(٤) المغني: ٣٢٥/٨.

الخاص من يتقبل العمل من واحد^(١).

فالمعيار عند الفريق الأول هو ما يستحق به العامل الأجر، وعند الفريق الثاني هو تسليم النفس في المدة المحددة بالعقد. وعقد الصيانة على كلا التعريفين هو من قسم الأجير المشترك؛ لأن الصائن يستحق أجره بالوفاء بالعمل المتفق عليه في المدة المحددة المتفق عليها. وإذا اجتمع العمل والمدة وكان المقصود الأساس هو العمل فهو أجير مشترك^(٢). وكذلك على التعريف الثاني فإنَّ الصائن لا يقصر نفسه على مؤسسة واحدة، وإنما هو يعقد عقوداً مع عدد من المؤسسات تبعاً لإمكاناته.

وفي المذهب الحنبلي: الأجير على ضربين: خاص ومشترك؛ فالخاص: هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها. سمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس. والمشترك الذي يقع العقد معه على عمل معين، أو على عمل معين في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها. سمي مشتركاً لأنه يتقبل أعمالاً لاثنتين وثلاثة فأكثر في وقت واحد، ويعمل لهم فيشتركون في منفعته واستحقاقها، فسمي مشتركاً لاشتراكهم في منفعته^(٣).

وإذا تبين أنَّ عقد الصيانة هو عقد إجارة مع أجير مشترك، فإن الخطوة التالية هي تبين هل أن هذه العقود استوفت الأركان والشروط أو لا؟ ثم هل أنها تتضمن شروطاً تؤثر في صحة العقد؟

أولاً - أركان العقد وتشمل:

١ - العاقدين: وللضبط فإنني أطلق اسم المؤسسة على المستأجر

(١) الفتاوى: ٤/٥٠٠.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) المغني: ٨/١٠٣.

بكسر الجيم اسم فاعل ، وأطلق لفظ الصائن على الأجير ، العامل .

إنه حسب التصور يمكن أن يكون المستأجر شخصاً معيناً ، وأن يكون الصائن كذلك ، ولكن هذه الصورة تكاد تكون معدومة في نشاط هذا النوع من الخدمات (الصيانة) ، كما تكون بين الشركات . وهو الغالب ؛ إذ أنه حتى الأفراد الذين لهم دور كبير في دولا ب الحركة الاقتصادية ، لا يظهرون في نشاطهم ذلك بأسمائهم الخاصة ولكن على شكل شركات .

والشركات بما لها من شخصية معنوية قابلة للإلزام والالتزام ، فقد تحقق فيها الشروط المعتبرة في العاقدين ، خاصة وأن المسؤولين عليها الذين يقومون بتوقيع العقود هم أكفاء مقتدرين محاطون بخبراء في الحقوق والاقتصاد .

٢- الصيغة :

الصيغة في عقود الصيانة موثقة كتابة واضحة ، يقوم توقيع ممثل الشركة على العقد بالدلالة على الرضا الكامل والالتزام بما جاء في العقد .

٣- واجبات الصائن في عقد الصيانة وهي العمل المعقود عليه :

إن عقود الصيانة يتحمل فيها الصائن القيام بأعمال :

أولاً: المراقبة الدورية ، وهي مضبوطة في العقود ، في مشمولاتها وفي مواعيدها .

- تنظيف الأجهزة .

- مراقبة حُسن سيرها .

- وضع الشحم أو الزيت في الأماكن الخاصة من الأجهزة ضماناً لسير الحركة الاندماجية .

- وضع قائمة لقطع الغيار التي يحتاج إليها غالباً . يشتريها صاحب المؤسسة .

- إعلام المؤسسة عقب كل تفقّد دوري بما لاحظته من خلل في الأجهزة
يمكن أن يترتب عنه في المستقبل تعطل .

- القيام بتسجيل كل الأعمال والملاحظات التابعة لكل زيارة مراقبة
دورية ويرفع هذا التقرير إلى المؤسسة .

ثانياً: الحضور في المكان المعين في العقد إذا ما حدث خلل أو
توقف في السير بعد إعلامه بوقت مضبوط أقصاه في العقد .

إن واجبات الصائن محددة في العقود والتزاماته مضبوطة ، وأن ثمن
القطعة التالفة يتحمله صاحب المؤسسة ، ويختصر دور الصائن - بناءً على
مهارته - على التعرّف على موطن الخلل ، ثم يباشر إصلاحه إذا كان ممكناً
بدون تغيير أي قطعة ، أو يقوم بتغيير القطعة التالفة ووضع قطعة صالحة
مكانها .

يبقى سؤال هل يجوز أن يتحمل الصائن الشحوم ونحو ذلك وكذلك
أجهزة الاختبار؟

جاء في الفتاوى الهندية : وإذا استأجر خياطاً ليخيط له ثوباً كان السلك
والإبرة على الخياط ، وهذا في عرفهم ، وأما في عُرفنا السلك على صاحب
الثوب . ولو كان الثوب حريراً فالإبريسم الذي يخاط به الثوب يكون على
صاحب الثوب^(١) .

وإن استأجر ورّاقاً فإن اشترط عليه الحبر والبياض ، فاشترط الحبر
جائز ، واشترط البياض فاسد . كذا في خزانة المفتين^(٢) .

وفي المذهب المالكي : «وعمل بالعرف في الخيط كونه على الخياط

(١) الفتاوى : ٤٥٦/٤ .

(٢) الفتاوى : ٤٥٦/٤ ، والبياض هو الورق .

أو على رب الثوب، وفي نقش الرحي المستأجرة للطحن في كونه على المالك أو المستأجر، وفي آلة البناء فيقضى بما جرى به العرف. يقول ابن عرفة: وعرفنا في الأجير ألاّ خيط عليه، وفي الصانع الخيط عليه^(١).

وفي المذهب الشافعي: والأصح أنه لا يجب حبر وخيط وكحل وصبغ وطلع على وراق وخياط وكحال وصباغ وملقح. اقتصاراً على مدلول اللفظ. قلت: صحح الرافعي في الشرح الكبير الرجوع فيه إلى العادة، إذ لا ضابط له لغة ولا شرعاً^(٢).

علّق عليه ابن قاسم العبادي: قال في شرح الروض: وكالمذكورات فيما ذكر قلم النساخ ومرود الكحال وإبرة الخياط ونحوها. زاد - م - ر - في شرحه ومرهم الجراح وصابون وماء الغسال. قال ابن قاسم: وحيث شرطت على الأجير فلا بد من التقدير في نحو المرهم، فإن لم يذكر فيرجع فيه إلى العادة^(٣).

وفي المذهب الحنبلي: يجوز أن يستأجر كحالاً ليكحل عينيه، لأنه عمل جائز، ثم إنه إذا كان الكحل من العليل جاز لأن آلات العمل تكون من المستأجر كاللبن في البناء والطين والآجر ونحوها. وإن شارطه على الكحل جاز. وقال القاضي: يحتمل أن لا يجوز، لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة، فلا يصح اشتراطه على العامل كلبن الحائط. ولنا أن العادة جارية به، ويشق على العليل تحصيله، وقد يعجز عنه. فجاز ذلك؛ كالصبغ من الصباغ، واللبن من الرضاع، والحبر والأقلام من الوراق. . . وقال أصحاب مالك: يجوز أن يستأجره ليبنى له حائطاً والأجر من عنده؛ لأنه اشترط ما تتم

(١) الشرح الكبير: ٢٣/٤؛ والتاج والإكليل: ٤٢٧/٥.

(٢) تحفة المحتاج: ١٦٢/٥.

(٣) المصدر السابق نفسه.

به الصنعة التي عقد عليها^(١).

إنّ هذه النصوص التي قدّمناها تدل على أن المذاهب الأربعة متفقة على جواز اشتراط الشيء اليسير من المواد على العامل، وأنه إذا لم يشترط فالرجوع إلى العرف المعمول به في مكان العقد، وبما أن عقود الصيانة قد تبين لي من تتبعها أنها تكاد تتفق في التصوّر العام وفي البنود الأساسية، فأني لم أجد أي عقد خلا عن بيان ما يلتزم به العامل حتى في الأشياء التافهة. وهذه الطريقة محققة لما تقرر في الفقه الإسلامي.

يقول في بدائع الصنائع: «ومن شروط الإجارة بيان العمل في استئجار الصناع والعمال لأن جهالة العمل في الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة فيفسد العقد حتى لو استأجر عاملاً ولم يسم له العمل من القسارة والخيطة والرعي ونحو ذلك لم يجز العقد. وكذا بيان المعمول فيه في الأجير المشترك. إما بالإشارة والتعيين أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة»^(٢).

كما يقول في شروط المعقود عليه أن تكون المنفعة معلومة منعاً للمنازعة، فإن كانت مجهولة ينظر إن كانت تلك الجهالة مفضية إلى المنازعة تمنع صحة العقد وإلا فلا؛ لأن الجهالة المفضية للمنازعة تمنع التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد، فكان العقد عبثاً^(٣).

فالمعيار الذي ربط به عقود الإجارة صحة أو فساداً هو إفضاء العقد إلى تحققه بدون نزاع أو إمكانية حصول النزاع والتأويل القريب لكلا الطرفين.

الربط بين الزمن والعمل:

كل عقود الصيانة فيها ضبط موعد بداية العمل بالعقد وموعد انتهائه،

(١) المغني: ١٢١/٨.

(٢) بدائع الصنائع، ص ٢٥٧٩.

(٣) المصدر السابق نفسه.

زيادة عن تفصيل ما يلتزم الصائن بالقيام به من أعمال .

ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يجوز الجمع بين تحديد نوع العمل وتحديد المدة معاً؛ لأنه بجمعه بين العمل والمدة يكون المعقود عليه مجهولاً، لأنه ذكر أمرين كلٌّ منهما يجوز أن يكون معقوداً عليه . أعني العمل والمدة؛ أما العمل فظاهر، وكذا ذكر المدة بدليل أنه لو استأجره يوماً للخبازة من غير بيان قدر ما يخبز جاز، وكان الجواب باعتبار أنه جعل المعقود عليه المنفعة، والمنفعة مقدرة بالوقت ولا يمكن الجمع بينهما في كون كل واحد منهما معقوداً عليه لأن حكمهما مختلف؛ لأن العقد على المدة يقتضي وجوب الأجر من غير عمل، لأنه يكون أجيراً خاصاً، والعقد على العمل يقتضي وجوب الأجر بالعمل لأنه يصير أجيراً مشتركاً، فكان المعقود عليه أحدهما، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فكان مجهولاً، وجهالة المعقود عليه توجب الفساد^(١).

وهذا الذي ذهب إليه أبو حنيفة غير مقنع، ذلك أن الجهالة منتفية باعتبار أن الأجير لا يستحق أجره إلا بالعمل الذي أنجزه خلال المدة المتفق عليها، فإذا عقد مع الأجير عقداً على أن يحرق له أرضه في الأسبوع الذي يعقب نزول المطر، فإن استحقاق الأجير للأجر نتيجة لمحصول الحراثة وكونها في المدة المتفق عليها، فلو حرق له الأرض بعد شهرين وتبخرت مياه المطر أو لم يحم بالعمَل فلا يستحق الأجر، ولا جهالة، ولذا لم يوافق الصاحبان .

ومذهب مالك قد حرره ابن عبد السلام: الذي قاله من يرتضي من الشيخ أن الزمن الذي قيدت به الإجارة إن كان أوسع من العمل بكثير فلا يختلف في الجواز، وإن كان أضيق فلا يختلف في المنع، وإن كان الزمن

(١) بدائع الصنائع: ٥/ ٢٥٨٢ .

مساوياً لمقدار العمل ففيه قولان . اختلف الشيوخ في تعيين المشهور منها^(١)؛ فابن عبد السلام يجزم بأن الإجارة مع تحديد الأجل إذا كان الزمن أوسع من العمل جائز .

ومما قدمناه يتبين أن تحديد العمل ، وتحديد المدة في عقد الصيانة لا مانع من ذلك ، وإن كان غير مجمع عليه .

التزام الصائن بشراء قطع الغيار :

جاء في العقود أن الصائن يلتزم بشراء قطع الغيار إذا تعذر إصلاح المعطّب أو كان يستدعي نفقات تتجاوز حد السقف المتفق عليه في العقد ، وأنه يتقاضى على هذا العمل الإضافي زائداً مقدراً بنسبة مئوية من ثمن القطعة التي اشتراها .

وتكييف هذا البند أنه وكالة بأجر ، حدد فيها الأجر وتحقق رضا الموكل والوكيل ، وكلاهما ممن تصح منه الوكالة .

واجبات المؤسسة :

القدر المشترك في واجبات المؤسسات ، الذي لاحظته في عقود الصيانة يتمثل فيما يلي :

١- الالتزام بدفع أجر الصائن ، وأجر الصيانة محدد في العقد ، ويدفع على فترات ، كل شهر أو كل ثلاثة أشهر أو كل ستة أشهر ، وهذا الأجر في مقابل العمل الموصوف والمحدد في العقد ، كما يضم لهذا الأجر قيمة الأعمال التي ينجزها الصائن خارج ما التزم به في العقد ، وهذه مضبوطة في العقد ببيان أجر ساعات العمل الساعة التي يقضيها الصائن ، في أيام العمل ، وفي أيام الراحة ، كما حدد أجر التنقل إلى المكان الذي ترغب المؤسسة في

(١) مواهب الجليل : ٤١٠/٥ .

إجراء الإصلاح به . بقائمة تربط بين كل وحدة من المسافة، والأجر الذي يحسب في تعاملها، وأن هذه الإضافة تضم إلى الفاتورة التي تلتزم المؤسسة بدفع قيمتها للصائن بمجرد ما تسلمها .

٢- تسليم أجر الصائن .

جرت العقود على طريقتين .

الأولى : أن يقسم الأجر السنوي على فترات تدفع كل فترة مقدماً في بدايتها .

الثانية : أن يقسم الأجر السنوي على فترات يُدفع كل قسط عند نهاية الفترة المحددة .

وبالرجوع إلى الأحكام المقررة في فقه المذاهب فإننا نجد اختلافاً في اجتهادهم .

الطريقة الأولى - اشتراط الصائن تسلم أجره مقدماً :

فالحنفية لا يرون مانعاً من اشتراط التعجيل ويلزمون المستأجر (المؤسسة) بالوفاء بالشرط . يقول الكاساني : فإن شرط فيه تعجيل البدل فعلى المستأجر تعجيلها والابتداء بتسليمها سواء أكان ما وقع عليه الإجارة شيئاً ينتفع به كالدار والدابة ، أم كان صناعاً أم عاملاً يُنتفع بصنعه أو عمله كالقصار والصباغ لأنهما لما شرطا تعجيل البدل لزم اعتبار شرطهما لقوله ﷺ : «المسلمون عند شروطهم»^(١) .

وكذلك في المذهب المالكي : وعجل الأجر وجوباً ولو حكماً كتأخيره ثلاثة أيام لا أكثر، فيفسد العقد إن عين كئوب معين، أو بشرط أي اشتراط تعجيله عند عقد الإجارة^(٢) .

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ٢٦٣٠ .

(٢) حاشية البناني : ٣ / ٧ ؛ ومواهب الجليل : ٥ / ٣٩٢ .

وكذلك الحكم عند الشافعية والحنابلة^(١).

الطريقة الثانية:

أن يكون العقد على استحقاق الصائن أجره عند نهاية كل فترة تحدد بشهر أو ثلاثة أو ستة.

هذه الطريقة هي الأصل عند أبي حنيفة، لأن الأصل أن ثبوت الحقين للمؤجر والأجير يثبتان في وقت واحد، فيثبت الملك للأجير في الوقت الذي يستوفي فيه المستأجر المنفعة، ولهذا كان الأصل عنده تأخير الأجرة إلى انتهاء العقد، ولما كان عقد الصيانة، المنافع فيه غير مرتبطة، فنهاية كل فترة يُعرف بها تسلم المؤسسة للمنافع واستحقاق الصائن أجره^(٢).

وأما في المذهب المالكي، فإن عقد الصيانة: هو من الإجارة المضمونة لتعلقه بالذمة لا بالشخص سواء أكان الصائن شركة أم شخصاً، إذ أن المؤسسة لا تشترط أن يقوم بالعمل فرد معين، وإذا كانت الإجارة في الذمة فالمالكية لا يجيزون تأخير الأجر إذالم يشرع الأجير في العمل، وذلك بناءً على قاعدة أنه لا يجوز تعميم الذمتين، لأنه إذا تعلقت الأجرة بذمة المؤسسة لتأخيرها شهراً أو ثلاثة أشهر أو سنة. والعمل متعلق إذالم يشرع فيه تعلق بذمة الصائن فكان العقد مبنياً على الذم، وهو ممنوع. أما لو شرع الصائن في العمل بمجرد العقد فلا مانع منه، عملاً بقاعدة أن قبض الأوائل قبض للأواخر^(٣).

والشافعية هم متفقون مع المالكية: ويشترط في إجارة الذم تسليم الأجرة في المجلس قطعاً إن عقدت بلفظ السلم كرأس مال السلم؛ لأنها سلم في المنافع.

(١) مغني المحتاج: ٢/ ٣٣٤؛ والمغني، لابن قدامة: ٨/ ١٧.

(٢) بدائع الصنائع: ٦/ ٢٤-٢٥، ٢٦٢٨.

(٣) حاشية البناي: ٧/ ٣-٤؛ مواهب الجليل: ٥/ ٣٩٤.

وكذا إن عقدت بلفظ الإجارة في الأصح نظراً إلى المعنى فلا يجوز فيها تأخير الأجرة، ولا الاستبدال عنها، ولا الحوالة بها، ولا عليها ولا الإبراء منها^(١).

وفي مذهب أحمد يجوز اشتراط تأخير الأجرة: أنه إذا شرط تأجيل الأجر فهو إلى أجله، وإن شرطه مؤجلاً يوماً يوماً أو شهراً شهراً أو أقل من ذلك أو أكثر، فهو على ما اتفقا عليه؛ لأن إجارة العين كبيعها، وبيعها يصح بضمن حال ومؤجل فكذلك إجارتها^(٢).

ضمان الصائن:

جاء في عقود الصيانة أنَّ الصائن إذا لم ينهه المؤسسة إلى الخلل المتوقع، فإنه ضامن لما ترتب عن تقصيره في أداء ما التزم به.

وهو شرط مقبول: ذلك أنه ما استحق الأجر إلا لیساعد المؤسسة على دوام قيام الأجهزة والآلات بوظائفها، وأن تفقده ليس أمراً مظهرياً، فإذا أخلَّ بواجبه فلم يحسن التأمل في جميع التجهيزات أو لم يكن جاداً في مراقبته، أو أطلع ولم ينهه، فقد أخلَّ بالتزاماته ويتحمل المسؤولية.

وهذه نصوص الفقهاء تشهد لهذا التوجه.

● ففي المذهب الحنفي:

الهلاك إذا كان بفعل الأجير مع التعدي يضمن اتفاقاً.

الهلاك إذا كان بفعل الأجير بدون تعدُّ يضمن اتفاقاً.

الهلاك إذا كان بدون فعل الأجير ولا يمكن الاحتراز منه، لا يضمن

اتفاقاً.

(١) مغني المحتاج: ٣٣٤/٢.

(٢) المغني: ١٩/٨.

الهالك إذا كان بدون فعل الأجير ويمكن الاحتراز منه ففيه أربعة أقوال :

١ - لا يضمن عند أبي حنيفة .

٢ - يضمن عندهما كان العامل رجلاً صالحاً أو طالحاً أو مستوراً

٣ - يُصالح العامل على نصف القيمة .

٤ - الصالح لا يضمن وغير الصالح يضمن والمستور يصالح على

النصف .

وأما إذا شرط المؤجر الضمان والمعمول فيه بيد المؤجر . فالمفتى به

أنه لا أثر للشرط ، وفي الأشباه أنه ضامن اتفاقاً^(١) .

● وفي المذهب المالكي ، يقول الخرشي : يشترط لضمان الصانع

لمصنوعه شروط .

أن ينصب نفسه للصنعة لعامة الناس يحترز به عن الأجير الخاص

لشخص أو لجماعة مخصوصين ، ومنها أن يغيب على الذات المصنوعة ،

أما إن لم يغيب عليها بأن عملها في بيت ربها ولو غائباً أو بحضرته ولو بغير

بيته فلا ضمان ، ومنها أن يكون مصنوعه مما يُغاب عليه ، ومنها أن لا يكون

في الصنعة تغرير ، وأما إن كان فيها تغرير كثقب اللؤلؤ ونحوه ، فلا ضمان ،

ويضمن قيمته يوم دفعه ربه إليه .

وذكر قبل هذا أن الصانع يضمن إذا غرّب بفعل لا بقول ، ومثل له بالحمال

يربط المحمول بحبل رث ، أو يمشي في موضع فيه تعثر ، وكذا إذا تعدى بأن

أحرق في السير فإنه يضمن^(٢) .

فاشترط المؤسسة أن الصائن ضامن إذا لم ينبّه للخلل الذي تسبب

(١) رد المحتار: ٤٠/٥ - ٤٢ .

(٢) الخرشي: ٢٦/٧ ، ٢٨ .

عنه التعطيل شرط مقبول لأنه غرّ بفعل .

● وفي المذهب الشافعي : ولو تلف المال في يد أجير بلا تعدّد لم يضمن إن لم ينفرد باليد ، وكذا إن انفرد في أظهر الأقوال .

احترز بقوله بلا تعدّد ، عما إذا تعدى فيضمن مطلقاً قطعاً ، كما لو أسرف الخباز في الوقود أو ترك الخبز في النار حتى احترق ، أو ضرب على التأديب والتعليم الصبي فمات ، لأن تأديبه بغير الضرب ممكن^(١) .

وعدم إعلام الصائن للمؤسسة بالخلل المدرك للخبراء تعدّد منه أو تقصير ، وهما سواء في ترتّب الضمان .

● وفي المذهب الحنبلي : العامل المشترك وهو الصانع ، هو ضامن لما جنت يده ، فالحائك إذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد نص عليه أحمد ، والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه ، والطباخ ضامن لما أفسده من طبيخه ، والخباز ضامن لما أفسده من خبزه ، والحمال يضمن ما يسقط من حملة على رأسه أو تلف من عثرته ، والحمال يضمن ما تلف من يده أو جذفه أو ما يعالج به السفينة . وروي ذلك أن عمر وعلي وعبد الله بن عتبة وشريح والحسن والحكم ، وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر لا يضمن ما لم يتعدّد^(٢) .

ظاهر كلام الخرقى أنه لا فرق بين كون العامل يعمل في ملك نفسه أو مُلك مستأجره ، أو كان صاحب العمل حاضراً عنده أو غائباً عنه .

وقد ذكر القاضي أنه لو كان حمال يحمل على رأسه وربّ المتاع معه فعثر فسقط المتاع ، فتلف ، ضمن . . وإن سرق ، لم يضمن ؛ لأنه في العثار تلف بجنايته .

(١) مغني المحتاج : ٢/٣٥١-٣٥٢ .

(٢) المغني : ٨/١٠٣-١٠٤ .

والسرقة ليست من جنائته ورب المال لم يحل بينه وبينه ، وهذا يقتضي أن تلفه بجنائته مضمون عليه ، سواء حضر رب المال أو غاب ، فقد ضمن في السقطة رغم أنها غير مقصودة له ، فإذا وجب الضمان مع عدم القصد فضمانه فيما أفسده في محل المؤجر أولى^(١) .

القرار:

عقد الصيانة هو عقد بين مؤسسة اقتصادية أو فرد من جانب ، وبين مؤسسة أو فرد من جانب آخر ، يتعهد فيه الطرف الثاني بمراقبة الأجهزة والآلات موضوع العقد في فترات دورية محددة لتقوم بوظائفها دون تعطل أو نقص ، كما يتعهد بإصلاح ما تعطب من القطع أو استبدال الجديد بالتالف الذي يدفع ثمنه صاحب المؤسسة ؛ ولذا فالعقد هو عقد إجارة مع أجير مشترك من حيث المبدأ . ويجب أن يراعى في عقود الصيانة الشروط الشرعية المعتمدة في العقد مع الأجير المشترك .

والله أعلم وأحكم ، وهو حسبي ونعم الوكيل . نعم المولى ونعم النصير .

الشيخ محمد المنحار السلامي

(١) المغني: ٣/١٠٣-١٠٤ .

مَلاحق البَحث

ملاحق البحث

هذا البحث متبع بنماذج لمختلف عقود الصيانة في المؤسسات في الجمهورية التونسية، مثل عقد لصيانة الطائرات-الخطوط الجوية التونسية-، وعقد لصيانة أجهزة الإعلام- الحاسوب-، وعقد لصيانة أجهزة التكييف، وآخر لصيانة أجهزة الاتصال.

عقد لصيانة الطائرات

**CAHIER DES PRESCRIPTIONS TECHNIQUES &
SPECIALES POUR LES TRAVAUX DE REVISION ET DE
REPARATION DES MOTEURS, ACCESSOIRES ET
PIECES**

JT8-D9 & JT8-D17

INSTALLEES SUR LES BOEING B727 & B737-200

DE TUNISAIR

SOMMAIRE

ARTICLE I	OBJET DU MARCHE
ARTICLE II	DEFINITION DES TERMES
ARTICLE III	NORMES D'EXECUTION DES TRAVAUX
ARTICLE IV	REPARATION ET REEMPLACEMENT DES PIECES
ARTICLE V	CONDITIONS FINANCIERES
ARTICLE VI	LIVRAISON ET DELAIS
ARTICLE VII	GARANTIE
ARTICLE VIII	DELEGUES EN USINE
ARTICLE IX	MODIFICATION DES PRIX
ARTICLE X	TRANSPORT ET LIEU DE LIVRAISON
ARTICLE XI	ASSURANCE
ARTICLE XII	PAYEMENTS
ARTICLE XIII	RISTOURNE SUR CHIFFRE D'AFFAIRE
ARTICLE XIV	ASSISTANCE TECHNIQUE & FORMATION
ARTICLE XV	DOCUMENTATION TECHNIQUE D'ACCOMPAGNEMENT
ARTICLE XVI	RAPPORTS TECHNIQUES
ARTICLE XVII	VALIDITE
ARTICLE XVIII	ARBITRAGE
ARTICLE XIX	CLAUSE GENERALE
ARTICLE XX	LANGUE DU CONTRAT
ARTICLE XXI	FRAIS D'ENREGISTREMENT

ANNEXE A: Inventaire des équipements installés sur réacteur

ANNEXE B: Demande d'informations complémentaires sur le centre de sous traitance JT8-D9 & JT8-D17

ARTICLE 1: OBJET DU MARCHE :

Le présent marché a pour objet de fixer les termes et les conditions des révisions générales et/ou de réparations, à confier à une partie contractante (soumissionnaire), de moteurs du type JT8-D9 & JT8-D17, des accessoires et/ou des pièces les constituant. Ces moteurs sont destinés à équiper les avions BOEING B727 & B737-200 de TUNISAIR (Acquéreur)

ARTICLE II: DEFINITION DES TERMES

II.1. Par *Moteur*, il faut entendre le moteur JT8-D9 ou JT8-D17 équipé des accessoires repris dans l'annexe A du présent marché.

II.2. Par *accessoires*, il faut entendre un ensemble ou sous ensemble destiné à être monté sur un moteur. Les accessoires rentrant dans le cadre du présent marché sont repris en annexe A.

II.3. Par *révision d'un moteur*, il faut entendre les opérations industrielles qui restituent les moteurs, accessoires et pièces dans un état standard assimilable au point de vue fonctionnel à un état neuf avec toutes les garanties de fonctionnement satisfaisant pendant le potentiel d'heures autorisées entre révisions par les autorités compétentes. Ces opérations sont d'une manière générale les suivantes.

- Réception et déballage
- Inspection à la réception
- Désassemblage
- Décapage et nettoyage
- Inspections
- Réparation et/ou modification des pièces
- Préparation au remontage
- Assemblage
- Essais au banc
- Stockage
- Emballage et expédition
- Etablissement des documents

II.4. Par *Réparation d'un Moteur*, il faut entendre les opérations industrielles effectuées sur un moteur accidenté ou avarié afin de lui permettre d'achever son potentiel d'heures de fonctionnement autorisées entre révisions.

II.5. Par *Visite intermédiaire ou HSI*, qui est effectuée approximativement à la moitié du potentiel autorisé entre révisions du moteur, il faut entendre les opérations de la remise en état des parties chaudes et certaines intervention au niveau de la section froide pour réparation éventuelle et restauration de performance.

II.6. Les travaux de réparation et autres seront définis par accord mutuel entre l'acquéreur et le vendeur. A cet effet, un document intitulé "Workscope Planning Guide Document" doit être établi et approuvé en commun accord par les deux parties et éventuellement PRATT & WHITNEY. Un tel document servira de guide pour définir les travaux à effectuer en atelier pour chaque moteur de l'acquéreur. A défaut d'un tel document, pour chaque moteur reçu dans ses ateliers, le vendeur proposera à l'approbation de l'acquéreur un *Workscope* de réparation.

ARTICLE III: NORMES D'EXECUTION DES TRAVAUX

III.1. Sauf dérogation convenue entre les deux parties, tous les travaux exécutés par le soumissionnaire au titre du présent marché, seront conformes aux spécifications en vigueur à l'époque d'exécution et qui sont définies ci-après:

a/ Manuels de révision ou *Shop Manual*, publications et bulletins s'y rapportant, tels qu'ils sont édités par PARTT & WHITNEY, solutions de récupération préconisées par le soumissionnaire et approuvées par les autorités compétentes de certification

b/ Standards et instructions émis par la FAA, JAA, et/ou les autorités du pays de TUNISAIR.

III.2. Toute modification spécifiée par le fabricant et non encore incorporée dans le moteur /accessoire /pièce envoyé pour remise en état fera l'objet d'une décision en commun accord entre TUNISAIR et le soumissionnaire quant à son incorporation.

III.3. Les *Airworthiness Directives (AD)*, les *Consignes de Navigabilité (CN)*, les *Service bulletins* obligatoires et *Alert Service Bulletins* doivent être appliqués systématiquement par le soumissionnaire.

III.4. En aucun cas un moteur ne sortira de chez le soumissionnaire après réparation avec une marge EGT mesurée et calculée selon le Shop Manuel PARTT & WHITNEY inférieure à°C(1) pour la poussé décollage du moteur. Si, durant son passage au banc, un moteur présente une marge EGT inférieure à cette limite, le soumissionnaire s'engage à reprendre le moteur à ses frais. Le délai supplémentaire qui en résultera sera considéré comme un dépassement du délai de réparation et engage la responsabilité du soumissionnaire conformément à l'article XI du présent cahier

III.5. Les opérations d'entretien effectuées par le soumissionnaire sont supervisées et approuvées par son propre Département de Contrôle Qualité, dont les agents émettent tous les documents requis pour la remise en service des matériels révisés et réparés.

Tous ces documents seront disponibles pour la consultation ou l'inspection par TUNISAIR et le soumissionnaire fournira toute information relative aux documents que TUNISAIR demandera.

Le soumissionnaire se réserve le droit de confier un certain nombre de travaux à des sous-traitants et aura les mêmes exigences de qualité pour eux que pour son propre matériel

ARTICLE IV: REPARATION ET REMPLACEMENT DES PIECES

Afin de réduire autant que possible le coût de remise en état d'un moteur /accessoire /pièce, le soumissionnaire s'engage à reconditionner les pièces démontées compte tenu des normes imposées dans ce domaine.

IV.1.REPARATION DES PIECES:

Sauf demande officielle de TUNISAIR, les pièces démontées du moteur /accessoire seront réparées et remontées sur ce moteur /accessoire.

Si le coût de la réparation d'une pièce excède les 60% du prix catalogue, la pièce sera rebutée pour raison économique et sera retournée à TUNISAIR

Si le coût de la réparation d'un accessoire excède les 60% du prix catalogue, le soumissionnaire avisera TUNISAIR du coût de la réparation de l'accessoire celui-ci décidera alors du rebut ou de la réparation de l'accessoire concerné

Pour toute répartition excédant ce taux et entreprise sans l'accord préalable de TUNISAIR la différence entre le coût réel de la réparation et ce taux sera prise en charge par le soumissionnaire.

IV.2.ECHANGE STANDARD DE PIECES:

Toutefois, si, pour des raisons de réduction de temps de réparation, TUNISAIR peut demander l'échange standard de certaines pièces. Ces pièces seront, alors, échangées contre des pièces fournies par le soumissionnaire ayant un résiduel de potentiel de vie supérieur ou égal à celui des pièces démontées et du même standard technique pour les pièces à vie limitée. Pour les pièces à vie illimitée elles seront, échangées contre des pièces fournies par le soumissionnaire ayant obligatoirement un âge inférieur à celui des pièces démontées et du même standard technique.

Aucune pièce ne sera échangée sans l'accord préalable de TUNISAIR, à qui le soumissionnaire devra transmettre les P/N, S/N et la situation en heures et en cycles (actuels, autorisés, résiduels) de la pièce démontée et de la pièce à installer

ARTICLE V: CONDITIONS FINANCIERES

V.1.TAUX HORAIRE:

Le soumissionnaire doit préciser le taux horaire à appliquer pour les travaux d'inspection, réparation, révision, modifications et essais qui seront facturés en régie à l'heure/homme à (2)\$/HMO Et pour les travaux spéciaux (recharge par plasma, galvanoplastie, usinage laser, traitements thermiques), à l'heure/homme à(3)\$/HMO

La main d'oeuvre n'excèdera pas (4) heures main d'oeuvre pour une révision générale et (4b) pour une visite intermédiaire pour les travaux d'inspection, réparation, révision, modifications et essais; et(5) heures main d'oeuvre pour une révision générale et (5b) pour une visite intermédiaire pour les travaux spéciaux (recharge par plasma, galvanoplastie, usinage laser, traitements thermiques). Tout dépassement sera pris en charge par le soumissionnaire.

Aucune facturation forfaitaire de réparation ne sera permise

V.2 FOURNITURE DE PIECES:

Le soumissionnaire s'engage à remplacer les pièces non réparables par des pièces neuves ou, après accord préalable de TUNISAIR par des pièces reconditionnées.

a/Pièces Neuves:

Pour les pièces neuves à vie illimitée, le soumissionnaire présentera son offre en indiquant les prix net catalogue de constructeur majoré de%(6) avec une limitation deUS\$ (7) par "Line Item"

Pour les pièces à vie limitée, le soumissionnaire présentera son offre en indiquant les prix nets catalogue constructeur majoré de%(10) avec une limitation de US\$ (11) par "Line Item".

Le coût des pièces neuves installées, majorations incluses, n'excèdera pas US\$ (12a) par révision générale et US\$ (12b) par visite intermédiaire

b/Pièces Reconditionnées:

Pour la fourniture de pièces reconditionnées sorties du stock du soumissionnaire, le soumissionnaire présentera son offre en indiquant le prix net catalogue multiplié par%(13) sans majoration.

Les pièces à vie limitée sortie du stock du soumissionnaires seront facturées selon la formule suivante:

Prix Catalogue X (Vie Restante/Vie Totale Autonsee)

Aucune pièce à vie limitée ne devra causer une descente prématurée du moteur pour limite de potentiel.

L'avis de TUNISAIR devra être demandé pour toute installation de pièce à vie limitée non neuve. Dans ce cas, le soumissionnaire devra fournir à TUNISAIR les P/N, S/N et situation en heures et en cycles (actuels, autorisés, résiduels)

Pour les moteurs sur lesquelles des pièces reconditionnées seront installées, le plafond des pièces neuves devra être revu à la baisse.

V.3 ECHANGE STANDARD DE PIECES

L'échange standard restera une pratique exceptionnelle.

Les échanges standards sont régis par l'article IV.

La réparation de la pièce déposée sera facturée conformément à l'article V du présent marché et deviendra propriété du soumissionnaire. La pièce installée deviendra celle de TUNISAIR.

a/ Pièces à vie illimitée:

L'échange standard par une pièce neuve sera facturé à%(14) du prix catalogue en plus des frais de réparation de la pièce déposée.

L'échange standard par une pièce reconditionnée sera facturé à%(15) du prix catalogue en plus des frais de réparation de la pièce déposée.

b/ Pièces à vie limitée:

L'échange standard sera facturé à TUNISAIR selon la différence entre les valeurs des pièces échangées. Ces valeurs sont calculées selon la formule de l'article V.2.b)

V.4. PASSAGE AU BANC:

L'essai au banc sera facturé à%(16) cette redevance ne comprend pas le carburant qui sera facturé selon la consommation enregistrée avec un plafond de litres (17).

Le soumissionnaire ne facturera pas plus d'un passage au banc par visite en atelier.

V.5 TRAVAUX SOUS TRAITES PAR LE SOUMISSIONNAIRE A DES INTERVENANTS EXTERIEURS:

Les travaux sous traités seront facturés au prix de facturation du sous traitant majoré de%(18). Cette majoration incluant tous les frais (transport, gestion, ...). Toutefois, Le volume des travaux sous traités ne dépassera pas%(19) du total de la facture de la réparation du moteur, ou accessoire. A cet effet, le soumissionnaire devra fournir les copies des factures détaillées des sous traitants.

En aucun cas un moteur, ou accessoire ne sera sous traite sans l'accord préalable de TUNISAIR. Toutefois si TUNISAIR donne son accord aucune majoration ne pourra être appliquée et la facturation sera alors faite sur les mêmes bases que le présent marché. Le soumissionnaire garantit les travaux effectués par son sous-traitant.

V.6 LOCATION DE MOTEUR:

En cas de besoin, le soumissionnaire s'engage à mettre à la disposition de TUNISAIR un moteur équipé de son QEC aux conditions suivantes:

Taux fixe par jour de prêt(20)

Frais de restauration à l'heure de vol (21)

ARTICLE VI: LIVRAISON ET DELAIS

VI.1. A l'arrivée du moteur, ou accessoire dans ses installations le soumissionnaire devra effectuer une visite de réception. Toute défectuosité ou manquement est à signaler à TUNISAIR

Le soumissionnaire effectuera, sans frais pour TUNISAIR, toutes les formalités douanières tant à l'arrivée qu'au départ du moteur, accessoire, ou pièce envoyé pour remise en état

VI.2. Le délai pour une révision générale ou réparation majeure du moteur sans recours aux échanges standards est de jours maximum (22)

Le délai pour une visite intermédiaire sans recours aux échanges standards est de jours maximum (23).

Toutefois, si pour des raisons de disponibilité moteurs TUNISAIR le demande le soumissionnaire fera ses meilleurs efforts pour réduire le délai

Les autres réparations sans échanges standards et la révision générale des accessoires devront s'effectuer dans un délai de jours maximum (24). Le décompte du temps de réparation du moteur, accessoire débutera au lendemain de la livraison du moteur, ou accessoire par TUNISAIR, au lieu de livraison défini à l'article X du présent marché et s'arrêtera le jour de la livraison du moteur, ou accessoire par le soumissionnaire au lieu de livraison défini à l'article X du présent marché.

Si le soumissionnaire n'était pas à même de respecter ces délais et si de ce fait TUNISAIR risque d'avoir un avion au sol par suite à un stock nul de rechange, le soumissionnaire s'engage à mettre à la disposition de TUNISAIR, à titre de prêt, un moteur prêt à être avionné. Le prêt du moteur sera gratuit. Le soumissionnaire s'engage à mettre à disposition de TUNISAIR ledit moteur dans les vingt quatre-heures qui suivent la date de demande du prêt. Le transport aller et retour du moteur au lieu de l'immobilisation de l'avion sera à la charge du soumissionnaire. De plus le soumissionnaire créditera TUNISAIR d'un forfait de 15000 US\$ couvrant les frais d'installation et du démontage du moteur de l'avion et les frais d'immobilisation avion.

Dans le cas où le soumissionnaire se trouve dans l'incapacité de mettre à disposition de TUNISAIR un moteur, dans les vingt quatre-heures, celui-ci se réserve le droit de louer un moteur chez un tiers, les frais de location seront facturés alors au soumissionnaire. Le soumissionnaire créditera TUNISAIR d'un forfait de(25) US\$ couvrant les frais de transport aller et retour, l'habillage, le déshabillage, l'installation et le démontage du moteur de l'avion.

TUNISAIR s'efforcera de restituer le moteur mis à sa disposition dans les quinze jours suivant la livraison de son moteur au lieu de livraison défini dans l'article X du présent marché. TUNISAIR assumera tous les risques de perte ou dommage subis par le moteur prêté depuis le moment où il est mis à sa disposition jusqu'au retour au lieu de livraison.

En cas de perte totale du moteur, la valeur vénale agréée est celle qui sera fixée d'un commun accord.

ARTICLE VII: GARANTIES

VII.1 Garantie:

Si une avarie ou un défaut imputable au soumissionnaire ou à ses sous traitants est constaté ou déclaré pendant les (26) premières heures de fonctionnement après visite en atelier. Le soumissionnaire supportera tous les frais consécutifs à la remise en état du moteur ou accessoire y compris les frais de transport aller et retour. De plus le soumissionnaire créditera TUNISAIR d'un forfait de 15000 US\$, couvrant les frais d'installation et du démontage du moteur de l'avion et les frais d'immobilisation avion.

VII.2 Garantie Coût à l'heure de vol:

Le soumissionnaire garantit que le coût de restauration n'excédera pas US\$ (27) par heure de vol. ce coût sera calculé à la fin de chaque année en additionnant les totaux des factures de tous les moteurs qui ont subi une visite en atelier et divisant ce total par la somme des heures de vol depuis la dernière visite de ces moteurs. En cas de dépassement le soumissionnaire créditera TUNISAIR des coûts engendrés par ce dépassement.

VII.3 Garantie Fiabilité:

Le soumissionnaire garantit que la tenue moyenne sous l'aile sans visite en atelier sera supérieure à (28) heures de vol. Une moyenne pour tous les moteurs passés en atelier sera calculée chaque année. Si cette moyenne est inférieure à la moyenne garantie, le soumissionnaire créditera TUNISAIR de 15000 \$ pour chaque descente supplémentaire.

VII.4 Garantie Constructeur :

Le soumissionnaire s'engage à effectuer au nom de TUNISAIR, toutes les formalités de garantie auprès du constructeur.

ARTICLE VIII: DELEGUE EN USINE

TUNISAIR est en droit de désigner un représentant chargé de suivre les travaux effectués en exécution du présent marché et de prendre des décisions au nom de TUNISAIR, ce dernier informera le soumissionnaire par écrit du nom de ce représentant et des pouvoirs qui lui sont dévolus

Ce représentant aura libre accès aux installations du soumissionnaire

Le soumissionnaire fournira gratuitement à ce représentant un bureau et l'accès aux moyens habituels de communication (téléphone, télex, télécopieur, ...)

TUNISAIR s'engage à ce que ce représentant applique les directives données par le soumissionnaire et se conforme aux règles de sécurité en vigueur dans les installations du soumissionnaire.

La présence du délégué en usine ne dégage en rien la responsabilité du soumissionnaire.

ARTICLE IX: MODIFICATION DES PRIX

IX.1. Les prix mentionnés dans l'article V du présent marché demeureront inchangés jusqu'au 31 décembre 1996. Au-delà de cette date et dans la limite de validité du contrat, TUNISAIR acceptera les augmentations de salaires chez le soumissionnaire découlant des dispositions légales du pays du soumissionnaire sous réserve que ce dernier notifie au préalable à TUNISAIR l'incidence de cette augmentation sur les prix du présent marché en fournissant les justificatifs nécessaires. Toutefois, cette augmentation n'interviendra pas plus d'une fois l'an et ne devra en aucun cas induire une majoration des taux et forfait supérieur à%(29).

ARTICLE X: TRANSPORT DES MOTEURS/ACCESSOIRES ET LIEU DE LA LIVRAISON

Sauf dispositions contraires de ce marché, le transport aller et retour des moteurs/accessoires/pièces entre les installations de TUNISAIR et PARIS se fera par les soins, aux frais, risques et périls de TUNISAIR.

Le transport aller-retour de PARIS aux installations du soumissionnaire se fera par les soins, aux frais, risques et périls du soumissionnaire. Les frais d'assurance sont à la charge du soumissionnaire.

Pour les accessoires et pièces, TUNISAIR peut éventuellement les livrer et en prendre livraison dans un aéroport défini d'un commun accord à chaque opération.

ARTICLE XI: ASSURANCE

Le soumissionnaire prendra les assurances nécessaires pour couvrir les risques du séjour des moteurs, accessoires et pièces de TUNISAIR dans les installations du soumissionnaire et durant leur transport.

Les valeurs à retenir pour les assurances sont les prix de remplacement par du neuf.

ARTICLE XII: PAYEMENTS

Les factures du soumissionnaire émises en exécution du présent contrat sont payables à 90 jours fin de mois à partir de la date de réception par TUNISAIR sans réserve de la facture.

Le paiement se fera par virement au compte du soumissionnaire suivant

Les factures devront être adressées au moment de la livraison du moteur. Les factures des sous traitants devront être jointes à la facture du moteur. Aucune facture ne sera émise avant la livraison du moteur/accessoire.

Les factures seront adressées à l'adresse suivante :

DIRECTION CENTRALE FINANCIERE
SIEGE SOCIAL TUNISAIR
BOULEVARD DU 7 NOVEMBRE
2035 AEROPORT TUNIS-CARTHAGE
TUNIS

ARTICLE XIII: RESTOURNE SUR CHIFFRE D'AFFAIRE

Ce marché n'est pas exclusif, mais afin de fidéliser TUNISAIR, le soumissionnaire s'engage à accorder une ristourne sur le chiffre d'affaires annuel exprimé.

- En pourcentage % (30)
- Et par parliers (31)

ARTICLE XIV: ASSISTANCE TECHNIQUE ET FORMATION

XIV 1. Le soumissionnaire s'engage à coopérer avec TUNISAIR pour développer l'activité d'entretien et résoudre les problèmes techniques dans les ateliers de TUNISAIR. Une assistance technique gratuite plafonnée à jour-hommes (32) par an doit être effectuée par le soumissionnaire au profit de TUNISAIR à la demande de celui-ci. Toutefois TUNISAIR prendra à sa charge les frais de séjour (Pension complète dans un hôtel quatre étoiles). Il reste bien entendu que les réunions de mise au point techniques sont exclues de ce cadre et les frais qu'elles engendrent seront totalement à la charge du soumissionnaire.

XIV 2. Le soumissionnaire s'engage à assurer gratuitement la formation pratique des techniciens de TUNISAIR sur les moteurs, accessoires et pièces réparés dans les installations du soumissionnaire.

XIV 3. Des réunions périodiques de mise au point techniques (dont la fréquence est à fixer d'un commun accord) doivent être effectuées alternativement dans les installations du soumissionnaire et celle de TUNISAIR. La première réunion doit être fixée au plus tard un mois après la signature du présent marché pour définir le *Workscope Planning Guide Document*

ARTICLE XV: DOCUMENTATION TECHNIQUE D'ACCOMPAGNEMENT:

XV.1. A chaque expédition d'un moteur, accessoire ou pièce pour révision générale, visite intermédiaire, ou réparation, TUNISAIR fournira au soumissionnaire

- le livret moteur,
- la liste des pièces manquantes,
- la liste des SB et modifications appliqués,
- la liste des SB et modifications à appliquer,
- un ordre de travail (engine work order),
- le rapport technique de dépose, et,
- le relevé du suivi des paramètres (Monitoring).

XV.2. Après la réception et l'inspection de chaque moteur, le soumissionnaire fournira à TUNISAIR:

- un rapport de visite sur table, et,
- une proposition de travaux pour accord de TUNISAIR.

XV.3. A chaque restitution du moteur, le soumissionnaire devra fournir à TUNISAIR:

- le livret moteur mis à jour et agréé par les autorités de certification,
- la fiche de passage au banc,
- la liste des modifications appliquées,
- la liste des pièces à vie limitée,
- les rapports techniques d'inspection détaillés et renseignés sur l'état des pièces ainsi que leur Part Number et Serial Number,
- la liste des pièces manquantes et des accessoires installés,
- Copie des recours en garantie,
- la facture, et,
- toutes les factures détaillées des sous traitants.

XV.4 Toute la correspondance technique doit être adressée aux adresses suivantes:

SOUSSIONNAIRE:

TUNISAIR:
DIRECTION DE L'ENGINEERING
COMPLEXE TECHNIQUE TUNISAIR
2035 AEROPORT TUNIS-CARTHAGE

TEL: 216-1-751 500
FAX: 216-1-753-420
SITA: TUN TU

Les avenants du contrat doivent être adressés à l'adresse suivante

DIRECTION DES APPROVISIONNEMENTS AERONAUTIQUES
COMPLEXE TECHNIQUE TUNISAIR
2035 AEROPORT TUNIS-CARTHAGE
TUNIS
TEL: 216-1-751 500
FAX: 216-1-767 399
SITA: TUNAGTU

ARTICLE XVI: RAPPORTS TECHNIQUE

Au moins une fois par an, le soumissionnaire fournira un rapport technique. Ce rapport contiendra pour chaque moteur de TUNISAIR traité chez le soumissionnaire pour la période sus-indiquée les informations suivantes:

- Numéro de série du moteur,
- Date de dépose,
- Heures de vol depuis réparation précédente,
- Raison de la dépose,
- Copie du rapport de la visite sur table,
- Date d'arrivée du moteur dans les installations du soumissionnaire,
- Date de départ du moteur des installations du soumissionnaire,
- Temps de réparation (TAT),
- Travaux effectués,
- Nombre d'heures main d'oeuvre,
- Coût des pièces neuves installées,
- Coût des pièces reconditionnées installées,
- Coût des pièces à vie limitée,
- Total facture,
- Principaux problèmes techniques rencontrés sur les moteurs réparés chez le soumissionnaire,
- Suggestions (mini standard SB ou révision éventuelle du Workscope Planning Guide).

ARTICLE XVII: VALIDITE

La présente convention reste valable jusqu'au 31 décembre 1997. Au-delà de cette période, elle est renouvelable d'année en année par tacite reconduction sauf préavis signifié trois mois à l'avance par lettre recommandée.

Le non-respect par l'une ou l'autre des deux parties des clauses du présent marché peut entraîner sa résiliation immédiate et automatique, sans préavis.

Le durée maximale de ce marché est de cinq ans.

ARTICLE XVIII: ARBITRAGE

En cas de litige, controverse d'interprétation, ou réclamation nés du présent marché ou se rapportant au présent marché ou à une contravention du présent marché, à sa résolution, résiliation ou à sa nullité les parties s'efforcent tout d'abord de parvenir par tous les moyens extrajudiciaires à un règlement à l'amiable dans un délai de quinze jours. A défaut de cet accord, le différend sera tranché par voie d'arbitrage, conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur.

A l'expiration du délai du règlement à l'amiable et si aucune solution n'est intervenue l'arbitrage sera confié dans un délai de quinze jours à un seul arbitre désigné d'un commun accord par les parties contractantes.

En cas de désaccord sur la nomination de l'arbitre, l'autorité reviendra au Président de la CNUDCI et ce à la demande de la partie la plus diligente.

- Le lieu d'arbitrage est Tunis.
- La langue à utiliser pour la procédure d'arbitrage sera le Français
- La réglementation touchant tant la procédure que le fond de l'arbitrage est celle de la loi Française.
- Les parties conviennent que les frais de la procédure d'arbitrage sera à la charge de la partie succombante.
- La sentence arbitrale rendue sera définitive et aura l'autorité de la chose jugé à l'égard dse parties qui s'y obligent.

ARTICLE XIX : CLAUSE GENERALE

Le présent cahier ainsi que le cahier des clauses administratives générales et le cahier des prescriptions communes feront partie intégrante du contrat.

ARTICLE XX: LANGUE OFFICIELLE DU MARCHÉ

Le contrat sera rédigé en langue Française

ARTICLE XXI : FRAIS D'ENREGISTREMENT

Les frais d'enregistrement du contrat seront à la charge du soumissionnaire retenu qui s'y oblige.

Pour les besoins de l'enregistrement les parties conviennent que le montant du marché est fixé à

...

ANNEXE A:

Inventaire des équipements installés sur réacteur

DESIGNATION
Fuel Pump & Filter & Diff. Press. switch
Fuel de-icing Heater & Valve
Fuel Control Unit
Fuel Pressurising & Dump Valve
Fuel Manifolds & Nozzles
Oil Tank
Fuel Cooler
Oil Cooler
Sensing probe-press. ratio bleed control
Bleed Valve
Pt7 probes
Spark igniters
Anti-icing valves & tubings
Special front mounting provision

ANNEXE B:

Demande d'informations complémentaires sur le centre de sous traitance
JT8-D9 & JT8-D17

1. Quels sont les moyens d'accès au centre: routes, ports et aéroports les plus proches?
Distances?
2. Combien de salariés compte le centre? Administratifs, encadrement, étude et techniciens?
3. Quels sont les clients du centre pour les années 1993-1994-1995?
4. Quels sont les nombres et types de moteurs envoyés par chaque client, pour 1993, 1994 et 1995?
5. Quels sont les types de moteurs traités dans le centre?
6. Quelle est la capacité annuelle du centre par type de moteur?
7. Par type de moteur, quelles sont les réparations *Hi-Tech* (i.e. Laser Machining & Welding, Plasma spray ...) effectivement faites sur place?
8. Liste des grosses machines et équipements (i.e. Rectifieuse grande vitesse...) dont vous disposez ? Pour quels types de moteurs?
9. Prière nous fournir un plan détaillé du centre.
10. Quels sont vos principaux sous traitants?
11. Quelle est la part de sous traitance en %?
12. Quelle est la date de démarrage de l'activité du centre, et celle des réparations des JT8-D9 & JT8-D17, et le nombre total de moteurs traités (types de réparations)?

RECAPITULATIF DE L'OFFRE

A remplir par le soumissionnaire

Taux horaire		
1	Travaux courant	\$/HMO
2	Travaux spéciaux	\$/HMO
Fourniture de pièces neuves		
3	Majoration pièces neuves à vie illimitée	% PC
4	Limitation	\$/line Item
5	Majoration modules entiers	% PC
6	Limitation	\$/Module
7	Majoration PVL	% PC
8	Limitation	\$
Fourniture de pièces reconditionnées		
9	% du prix catalogue	
10	% pour PVL	
Echange standard de pièces		
11	Pièces neuves	% PC
12	Pièces reconditionnées	% PC
Passage au banc		
13	Forfait passage au banc	\$
14	Limite carburant	litres
Sous traitance		
15	Majoration	%
16	Volume maxi	% facture
Location moteur		
17	Taux fixe	\$/jour
18	frais de restauration	\$/FH
TAT		
19	TAT moteur	jours
20	TAT accessoires et pièces	jours
21	frais de restauration moteur en cas de dépassement TAT	\$/FH
Garantie		
22	Durée	FH
Modification des prix		
23	taux maxi par an	%/an

- L'équipe d'intervention se composera de techniciens suffisamment qualifiés en connaissance et en nombre pour faire face aux exigences de l'intervention.
- Le fournisseur doit disposer d'outillage complet d'un frigoriste lors de ses interventions.

Article 12 : Obligation du client

Le client mettra en temps opportun à la disposition du fournisseur, les installations et les locaux techniques liés au contrat.

Le client permettra en particulier l'accès en tous temps sur demande du fournisseur des locaux pour effectuer des relevés nécessaires au contrôle du bon fonctionnement des installations.

Le client se chargera de prévenir le fournisseur en cas de panne ou de tout événement ou incident pouvant nécessiter son intervention.

Dans le cas de non reconduction du présent contrat, le client s'engage de ne pas recruter les ouvriers du fournisseur et ce pour une période de 3 ans à partir de la date de rupture du contrat.

Article 13 : Montant et modalités de paiement

Le montant du présent contrat est fixé à DT HTVA.
Les paiements s'effectueront trimestriellement à raison de% du montant.

Pour tout travail sortant du cadre de ce contrat, un devis sera présenté au client pour accord. Sur autorisation du client, le fournisseur pourra être amené à acheter directement des pièces de rechange, ou engager des frais de remise en état, dans le but d'accélérer le délai de dépannage.

Ces frais de pièces de rechanges seront facturés au client, avec une majoration de 15 % sur le montant HTVA des achats pour frais généraux et bénéfiques.

Article 14 : Droit et frais d'enregistrement

Les droits de timbre et frais d'enregistrement du présent contrat sont à la charge du client.

Article 15 : Renouvellement du contrat

Le présent contrat prendra effet le

Dans le cas de reconduction du contrat, une augmentation de 5 % annuelle sera faite sur la valeur des prestations.

LE CLIENT

LE FOURNISSEUR

Le fournisseur fournira au client une liste quantitative des pièces détachées de première urgence à tenir en stock.

Dans le cas de non disponibilité d'une pièce dans le stock du client le fournisseur sera tenu de la procurer.

Article 7 : Intervention pour dépannage

Le fournisseur s'engage à intervenir tous les jours (ouvrable ou non) au plus tard 12 heures après avoir eu connaissance de l'arrêt ou du mauvais fonctionnement de toute ou partie de l'installation.

Au delà de cet intervalle horaire le client aura la possibilité de faire appel à une autre société et de déduire les frais, du montant du présent contrat.

Article 8 : Horaires de travail

Les travaux énumérés dans le contrat seront réalisés pendant les heures normales de travail et fixés en collaboration avec le responsable concerné.

Le client nommera une personne qui sera le vis-à-vis du fournisseur pour toutes demande de service.

Article 9 : Responsabilité du fournisseur

Le fournisseur s'engage à assurer le bon fonctionnement des installations et avertir le client de toute cause pouvant provoquer l'arrêt de l'installation.

Dans le cas d'un mauvais contrôle ou entretien effectué par le fournisseur, ce dernier assumera le frais de réparation du matériel endommagé.

Le fournisseur sera responsable de tous dommages provoqués sur l'installation ou dans les locaux du client à l'occasion de ses interventions.

Toute fois, cette responsabilité ne couvre pas les erreurs de conduite et d'entretien courant commises par le client en dehors des indications fournies par les fournisseur.

Article 10 : Cas de force majeure

Sera considéré comme cas de force majeure pour l'arrêt des installations : L'arrêt de fourniture d'énergie.

Sera considéré comme cas de force majeure pour les interventions dans les délais, les catastrophes naturelles.

Article 11 : Moyen humain et matériel

TUNISIE ELECTRONIQUE

94, rue Jugurtha - Mutuelleville
1002 Tunis Belvédère
Tél. : 280.144 / 286.314 / 791.870
Fax : 783.338
Télex : 18 238 TELEC TN

عقد لصيانة أجهزة إعلامية
- الحاسوب -

Tunis, le 4 novembre 1997

Messieurs et chers clients.

Nous vous prions de trouver ci-joint, pour approbation, deux copies d'un contrat de maintenance couvrant vos équipements HEWLETT-PACKARD.

Nous vous saurions gré de bien vouloir apposer votre paraphe sur toutes les pages des deux exemplaires, de signer à l'endroit approprié et de nous retourner une copie pour nos dossiers.

Dans l'attente.

Veuillez agréer, Messieurs et chers clients, nos meilleures salutations.

KAMEL CHAABENI

DIRECTEUR TECHNIQUE

TUNISIE ELECTRONIQUE S.A.R.L
94, Rue Jugurtha, Mutuelleville
1002 TUNIS-BELVEDERE
TUNISIE

CONTRAT GENERAL

D'ENTRETIEN

SOMMAIRE

Article 1	Objet du contrat
Article 2	Éléments constitutifs du marché
Article 3	Durée du contrat
Article 4	Montant du contrat
Article 5	Pénalité
Article 6	Service d'assistance hardware
Article 7	Service d'assistance software
Article 8	Limites des prestations
Article 9	Modifications des produits
Article 10	Adjonctions - Suppressions
Article 11	Propriété
Article 12	Droits de reproduction
Article 13	Déplacement des équipements et/ou logiciels
Article 14	Responsabilité du client
Article 15	Rapport mensuel
Article 16	Conditions de résiliation
Article 17	Loi applicable
Article 18	Règlement des litiges
Article 19	Responsabilité patronale
Article 20	Secret professionnel
Article 21	Election du domicile
Article 22	Dispositions finales

ANNEXES

Annexe 1	Liste des équipements
Annexe 2	Liste des produits software
Annexe 3	Période de couverture du contrat
Annexe 4	Conditions préalables

CONTRAT GENERAL D'ENTRETIEN

Entre la société

dénommée ci-après par le terme "CLIENT",
représentée par son Président Directeur Général.

d'une part.

Et la société

TUNISIE ELECTRONIQUE
dont le siège social est situé
au 94, Rue Jugurtha, Mutuelleville, 1002 TUNIS-BELVEDERE

dénommée ci-après "T.E."
représentée par son gérant
Monsieur Ajmi HAOUALA.

d'autre part.

IL A ETE ARRETE ET CONVENU CE QUI SUIT :

ARTICLE 1 : OBJET DU CONTRAT

1.1 "T.E." s'engage à assurer :

- l'entretien des éléments de l'équipement énumérés en annexe 1, de façon à lui assurer à tout moment des conditions de fonctionnement normales.

- les services de mise à jour du système d'exploitation et/ou des logiciels HEWLETT PACKARD définis en annexe 2, et pour les sites et les prestations qui y sont spécifiés.

1.2 les prestations de maintenance sont effectuées aux jours et heures de travail de "T.E." indiqués en annexe 3.

1.3 La possibilité pour le "CLIENT" de faire appel au service de maintenance en dehors de la période principale de maintenance est régie selon les modalités indiquées en annexe 3.

ARTICLE 2 : ELEMENTS CONSTITUTIFS DU MARCHÉ

Le marché est constitué par le présent document et les annexes suivantes qui en font partie intégrante :

- Annexe 1 : Liste des équipements
- Annexe 2 : Liste des produits software
- Annexe 3 : Période de couverture du contrat
- Annexe 4 : Conditions préalables

ARTICLE 3 : DUREE DU CONTRAT

- 3.1 Le présent contrat entre en vigueur à la fin de la période de la garantie.
- 3.2 "T.E." s'engage à assurer la maintenance indiquée à l'article 1 (paragraphe 1.1) pendant une période d'une année. Cette période est renouvelable par tacite reconduction.
- 3.3 "T.E." s'engage à garantir la continuité d'entretien et de maintenance du matériel et logiciels objets du présent contrat pendant une durée minimale de cinq (5) ans.
- 3.4 Le "CLIENT" aura néanmoins la possibilité de dénoncer le contrat à l'issue de la seconde année, sous préavis de six (6) mois.

ARTICLE 4 : MONTANT DU CONTRAT

4.1 Le montant du présent contrat d'entretien est fixé pour les interventions pendant la période principale de maintenance

à : DT/TTC 16.568,775
(SEIZE MILLE CINQ CENT SOIXANTE HUIT DINARS SEPT CENT SOIXANTE
QUINZE MILLIMES) toutes taxes comprises.

4.2 Le montant du présent contrat d'entretien sera payé par le "CLIENT" semestriellement d'avance par virement bancaire au compte de "T.E." ouvert à la BANQUE DU SUD SIEGE sous le numéro : 10-4047-01052/7.

4.3 Le non paiement aux échéances convenues des factures suspend de plein droit, après un délai supplémentaire de trente jours et notification par écrit, l'application de ce contrat.

ARTICLE 5 : PENALITE

L'efficacité semestrielle de l'ensemble de l'équipement est fixée à 95 % et définie selon la formule suivante :

$$\text{Efficacité} = \frac{\text{Temps d'utilisation normale}}{\text{Temps d'utilisation normale} - \text{Temps de panne}}$$

Tout arrêt partiel ou total de l'équipement qui empêcherait l'exécution des travaux du "CLIENT" est considéré comme temps de panne.

Par temps normal de travail, il y a lieu d'entendre 10 heures par jour et six jours sur sept.

Le temps de panne sera décompté à partir de l'appel effectué durant les heures de travail et jusqu'à la cessation de la panne.

Si le taux d'efficacité est inférieur à 95 %. "T.E." supportera une pénalité calculée de la manière suivante :

Pénalité = (100 % - Taux d'efficacité) x coût mensuel maintenance

Le décompte de l'indisponibilité est interrompu en dehors du temps normal de travail tel que défini ci-dessus. L'indisponibilité se termine quand l'équipement est remis en état de marche.

Les durées d'indisponibilité observées journalièrement pour chaque élément sont totalisées chaque semestre. L'indisponibilité semestrielle pour chaque élément est égale à la somme des temps d'arrêt observés.

Le décompte des pénalités sera établi par le "CLIENT" à la fin de chaque semestre facturé. Le montant correspondant sera réglé par "T.E." dans les 15 jours de la présentation du décompte.

ARTICLE 6 : SERVICE D'ASSISTANCE HARDWARE

Le service d'entretien comprend, entre autres, les travaux suivants :

ENTRETIEN PREVENTIF :

- 6.1 "T.E." s'engage à entretenir systématiquement le matériel énuméré dans l'annexe 1.
- 6.2 L'entretien préventif comprend tous les travaux qui permettent de prolonger la période d'utilisation des produits et d'assurer leur bon fonctionnement, tels que nettoyage, graissage, ajustage, contrôles et essais.
- 6.3 L'entretien préventif s'effectuera (4) QU'ATRE fois par an et aura lieu pendant la période principale de maintenance et conformément au calendrier convenu et arrêté en commun par les deux parties.
- 6.4 Toute modification du calendrier et des opérations de maintenance préventive sera faite en commun accord.
- 6.5 Un registre de maintenance préventive sera tenu par les deux parties.

ENTRETIEN POUR CAUSE DE PANNE :

- 6.6 "T.E." s'engage à procéder aux travaux de réparations des pannes survenues à l'équipement énuméré en annexe 1.
- 6.7 Lorsqu'une partie de l'équipement se trouve indisponible par suite du fonctionnement défectueux d'un élément, organe ou dispositif inclus dans une partie d'un autre équipement de "T.E." à laquelle elle est asservie, le "CLIENT" saisira par la voie la plus rapide "T.E." qui devra commencer le dépannage, en utilisant son personnel spécialisé.
- 6.8 Les réparations comprennent tous les travaux nécessaires pour localiser et corriger les défauts du produit.

Chaque fois que le "CLIENT" l'informe d'un arrêt ou d'un fonctionnement anormal de l'équipement objet du présent contrat, "T.E." s'engage, dans le cadre de ses jours et heures de travail habituels fixés en annexe 3 :

- à déléguer sur place un technicien compétent, dans les 24 heures qui suivent l'appel pour les équipements situés dans la région de Tunis et dans les 48 heures pour les autres équipements.
- à réparer ou remplacer, à son choix, toutes les pièces défectueuses.

- à remettre en état de fonctionnement normal le matériel nominativement désigné dans le présent contrat, dans un délai de 24 heures pour les équipements situés dans la région de Tunis et 48 heures pour les autres équipements.

Au cas où l'accès au matériel ne serait pas libre dès l'arrivée du personnel de "T.E.", le temps d'attente, au delà de la première heure sera facturé au "CLIENT", en sus, par heure entière au taux de 60 Dinars hors taxes.

Le "CLIENT" s'engage à ne faire procéder à aucune réparation du matériel autrement que par "T.E." ou du personnel dûment mandaté par ce dernier.

ARTICLE 7 : SERVICE D'ASSISTANCE SOFTWARE

L'assistance software ouvre droit aux services suivants :

7.1 Mises à jour des logiciels

Toutes les améliorations développées sur les logiciels font l'objet de mises à jour. "T.E." fournira les mises à jour des logiciels micro programmés au "CLIENT" au fur et à mesure de leur parution.

7.2 Mises à jour des manuels

Le "CLIENT" recevra un exemplaire de chaque mise à jour ou révision des manuels de référence, au fur et à mesure de leur apparition.

7.3 Bulletin logiciel

Des bulletins logiciels recensant ces mises à jours sont régulièrement adressés au responsable du système.

7.4 Rapport des problèmes de logiciel

Si vous constatez dans le logiciel ou dans une documentation HEWLETT PACKARD l'existence d'une anomalie ou d'un problème, le responsable de votre système informatique peut formuler une demande d'intervention et l'envoyer à l'adresse indiquée dans le Bulletin Logiciel. HP accusera réception de cette demande d'intervention, et informera votre responsable des suites qui y seront données. Dans l'intervalle, une solution de programmation provisoire peut être préconisée.

7.5 Consultation téléphonique

La consultation téléphonique sera assurée par un ingénieur de "T.E." qui pourra être appelé pour toute question relative au fonctionnement des logiciels HEWLETT PACKARD. Cet ingénieur apportera des conseils d'utilisation, aidera à identifier les problèmes et fournira, le cas échéant, des correctifs temporaires.

Seul, le responsable des services informatiques du "CLIENT", ou son remplaçant, sera agréé à appeler l'ingénieur de "T.E.". Cette consultation s'effectuera pendant les horaires de travail indiqués dans l'annexe 3.

ARTICLE 8 : LIMITES DES PRESTATIONS

8.1 Les services de maintenance ne visent pas les cas suivants :

- mauvais usage du matériel ou des logiciels par le "CLIENT".
- cas de force majeure (inondations, foudre, grèves, court-circuit...) tels que définis par la jurisprudence.

- réparations, travaux de maintenance, modifications effectués par du personnel n'appartenant pas à "T.E." ou sans la direction ou l'approbation de "T.E."

- non respect des spécifications d'environnement et d'utilisation du matériel ou du logiciel.

8.2 Les services de maintenance de "T.E." ne comprennent pas :

- les fournitures consommables (bandes magnétiques, papier pour imprimantes, cartouches, têtes d'impression...),

- la peinture, le ravivage ou le nettoyage extérieur de l'équipement.

- le déplacement de l'équipement ainsi que sa remise en marche après déplacement.

- la maintenance des équipements et logiciels non spécifiés dans le présent contrat.

- tous les autres services non décrits dans les articles 6 et 7 du présent contrat.

8.3 Si des services de maintenance sont effectués pour une des causes ci-dessus, ils seront facturés au tarif en vigueur.

8.4 Le "CLIENT" maintiendra les logiciels et le cas échéant tous les logiciels microprogrammés associés, au dernier niveau de révision agréé par "T.E." conformément à la politique de mise à jour définie par HEWLETT PACKARD.

8.5 Si l'exécution des services de maintenance se trouve entravée par un produit exclu du contrat, le "CLIENT" devra enlever ledit produit sous sa responsabilité et à ses frais. Toutefois, l'exécution des services rendus par "T.E." nécessite le maintien d'une configuration minimale capable de charger et d'exécuter les programmes de test et de diagnostic.

8.6 Le "CLIENT" est seul responsable de la compatibilité des logiciels exclus du contrat avec les logiciels fournis par HEWLETT PACKARD et/ou TUNISIE ELECTRONIQUE.

8.7 Les services qui viendraient à être effectués à la suite d'une panne due à un produit exclu du contrat seront facturés au "CLIENT" au tarif en vigueur. Il en sera de même si les services de maintenance effectués par "T.E." sont rendus plus difficiles par la présence d'un produit exclu du contrat.

8.8 Sont définis comme exclus du contrat les logiciels :

- non fournis par HEWLETT PACKARD et/ou "T.E.",
- non référencés dans le catalogue HEWLETT PACKARD.
- modifiés par le "CLIENT" ou par des tiers.

8.9 Pour les services effectués sur des logiciels HP, les obligations contractées par "T.E." au titre de ce contrat sont limitées à la fourniture des services de maintenance logiciel choisis par le "CLIENT".

ARTICLE 9 : MODIFICATIONS DES PRODUITS

"T.E." se réserve le droit, sans frais supplémentaires pour le "CLIENT" d'effectuer toutes modifications, recommandées par HP, nécessaires pour améliorer le fonctionnement et la fiabilité des logiciels et matériels entretenus au titre du présent contrat.

ARTICLE 10 : ADJONCTIONS - SUPPRESSIONS

10.1 Le "CLIENT" pourra, avec l'accord de "T.E.", modifier la liste des logiciels couverts par le présent contrat. Les adjonctions seront faites aux conditions du présent contrat et les redevances modifiées en conséquence. Ces modifications feront l'objet d'un avenant.

10.2 Si des logiciels ne sont plus référencés au catalogue HEWLETT-PACKARD, "T.E." pourra les supprimer de la liste des logiciels couverts par le présent contrat avec un préavis écrit (lettre ou télex) de six mois.

10.3 La modification du niveau de service ou la cessation de celui-ci pour un logiciel déterminé ne peut s'opérer qu'après un préavis de 30 jours pour le "CLIENT", adressé par écrit (lettre ou télex), avant la date d'échéance, laquelle sera alors la date de fin de maintenance.

ARTICLE 11 : PROPRIETE

Le "CLIENT" certifie, qu'il est propriétaire des logiciels qui sont définis en annexe 2 au présent contrat, ou qu'il a l'accord du propriétaire, pour inclure lesdits logiciels dans le cadre du contrat.

ARTICLE 12 : DROITS DE REPRODUCTION

12.1 Le logiciel et la documentation HEWLETT-PACKARD sont originaux. Ils ont été conçus, mis au point et développés par HEWLETT-PACKARD.

12.2 Sauf stipulation contraire, le "CLIENT" s'interdit en conséquence :

- de copier ou de reproduire en tout ou partie, le logiciel et/ou la documentation par n'importe quel moyen et sous n'importe quelle forme:

- de divulguer ou de faciliter la divulgation à quiconque du logiciel et/ou de la documentation:

- de traduire ou de transcrire le logiciel et/ou la documentation dans tout autre langage, ou langue, ou de les adapter.

12.3 Par exception, le "CLIENT" pourra copier le logiciel pour son propre usage sans que le nombre de copies puisse dépasser deux exemplaires et ce, exclusivement pour des besoins d'archivage, de remplacement d'une copie défectueuse ou de constitution d'un programme de vérification d'erreur.

12.4 Ces dispositions demeurent applicables après l'expiration du contrat pour quelque cause que ce soit.

ARTICLE 13 : DEPLACEMENT DES EQUIPEMENTS ET/OU LOGICIELS

13.1 Le "CLIENT" préviendra "T.E." par écrit, 30 jours avant tout déplacement des équipements et/ou des logiciels maintenus au titre du présent contrat.

13.2 Les logiciels et/ou équipements qui font l'objet d'un déplacement sur le même territoire continueront à être couverts par le présent contrat. Les redevances et les temps de réponse seront revus en fonction de leur nouvel emplacement, et feront l'objet d'un avenant au présent contrat.

13.3 Les équipements et/ou les logiciels faisant l'objet de déplacement hors du territoire mentionné sur le contrat, ne pourront continuer à être couverts par le présent contrat.

13.4 A moins qu'il n'en soit autrement convenu par écrit, "T.E." pourra superviser, aux frais et risques du "CLIENT", la réinstallation des équipements et/ou des logiciels sur le nouveau site après leur déplacement. Le "CLIENT" fournira le personnel et les matériels nécessaires à cette opération.

13.5 Le "CLIENT" est responsable des pertes et dommages qui viendraient à être causés aux équipements et/ou aux logiciels pendant leur déplacement.

ARTICLE 14 : RESPONSABILITE DU "CLIENT"

14.1 Le "CLIENT" assurera au personnel de "T.E." le libre accès à ses locaux, mettra à sa disposition tous les matériels que "T.E." aura jugés nécessaires pour assurer l'exécution des travaux de maintenance. Le "CLIENT" s'engage à mettre à la disposition de "T.E." une armoire fermant à clé.

14.2 Le "CLIENT" s'engage à mettre en place tous les moyens nécessaires à la reconstitution des fichiers, programmes ou données, altérés ou perdus.

14.3 Le "CLIENT" est seul responsable de la sauvegarde des données qu'il utilise et de leur traitement.

Les prestations de récupération de données ne sont pas couvertes par le présent contrat. Dans le cas où le "CLIENT" demanderait à "T.E." de récupérer pour lui des données, les prestations seront facturées au temps passé.

14.4 Le "CLIENT" respectera les procédures d'utilisation des logiciels et matériels décrits dans les manuels fournis par HEWLETT-PACKARD.

14.5 Le "CLIENT" consignera dans le carnet de bord visé par l'article 17 les éventuelles anomalies de fonctionnement.

14.6 Un représentant désigné par le "CLIENT" sera présent lors de chaque prestation de services de "T.E.". L'ingénieur de "T.E." s'interdit d'exécuter toute prestation hors de la présence dudit représentant du "CLIENT".

14.7 Le "CLIENT" autorisera "T.E." à conserver sur le système les programmes de diagnostic utilisés uniquement à cette fin.

ARTICLE 15 : RAPPORT MENSUEL

Un carnet de bord sera établi et maintenu par les deux parties. Il y sera indiqué tous les incidents ainsi que les travaux d'entretien préventif et de dépannage.

ARTICLE 16 : CONDITIONS DE RESILIATION

16.1 Résiliation d'office

Le "CLIENT" conserve le droit de résilier d'office le présent contrat en tout ou partie sans avertissement préalable dans les cas suivants :

- un ordre de suspension de paiement avec force légale ayant été émis contre "T.E.";
- une déclaration de faillite avec force légale ayant été émise.

L'abrogation sera notifiée par lettre recommandée.

Si "T.E." s'oppose à la notification de l'abrogation, le différend sera tranché par un tribunal compétent de Tunis.

16.2 Résiliation après mises en demeure

En cas de manquement des parties de l'une de leurs obligations contractuelles, la partie alléguant un tel manquement devra mettre l'autre en demeure d'y remédier par lettre recommandée, en lui fixant pour se faire, un délai. Si la mise en demeure reste sans effet ou si le délai imparti n'est pas respecté, le présent contrat pourra être résilié immédiatement et de plein droit sans préjudice de tous dommages et intérêts.

ARTICLE 17: LOI APPLICABLE

La Loi applicable au présent contrat est la Loi Tunisienne.

ARTICLE 18: REGLEMENT DES LITIGES

A défaut d'accord à l'amiable entre les parties, tout différend survenant entre elles au sujet de l'exécution, l'interprétation ou la résiliation du présent contrat, sera transmis au Tribunal de Commerce de Tunis.

ARTICLE 19 : RESPONSABILITE PATRONAL

"T.E." est le seul responsable par sa qualité d'employeur des relations entre lui-même et le personnel qu'il emploie pour assurer la maintenance.

ARTICLE 20: SECRET PROFESSIONNEL

"T.E." s'engage à garder le secret de toutes les informations ou connaissances de nature confidentielle, acquises par son personnel pendant les travaux effectués sur le site du "CLIENT".

ARTICLE 21 : ELECTION DU DOMICILE

Pour l'exécution du présent contrat, les parties élisent domicile en leur siège social respectif.

ARTICLE 22 : DISPOSITIONS FINALES

Les dispositions du présent contrat expriment seules l'accord intervenu entre les parties, annulent et remplacent le cas échéant toute correspondance ou accords antérieurs s'appliquant à l'objet du contrat, les dites dispositions ne peuvent être modifiées que par un avenant au présent contrat signé par les deux parties.

LU ET APPROUVE

Tunis, le

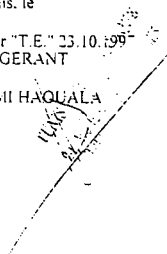
Pour le "CLIENT"

LU ET APPROUVE

Tunis, le

Pour "T.E." 23.10.199
LE GERANT

AJMI HAOUALA



ANNEXE I

LISTE DES EQUIPEMENTS

REFERENCE	DESIGNATION	QTE	PRIX TOT. DT/TTC Avant remise	COUT MAINT. 8%
A3179A	HP9000 SERIES 800K	2	63 790 687	5 103 255
A3061A	K200 SMP SYS -PA RISC 7200	2		
A3183A/ODZ	ADD 4-16 (Data compression) GB DDS-2 drive (streamer)	2	4 794 614	383 569
A3388A/ODZ	HIGH AVAILABILITY DISK ARRA Model 10	2	22 243 838	1 779 507
A3388A/303	3 MODULES DISK DE 4GB	2	15 747 492	1 259 799
C1080G/ABF	CONSOLE DE CONFIG. DISK ARRAY MODEL 10	2	1 011 819	80 946
C1064GX/ABF	CONSOLE SYSTEME	2	960 055	76 804
C3205A	HP1200 LPQ PRINTER	2	26 503 021	2 120 242
J2382B	BOITIER JET DIRECT EX Pour connexion en réseau printer	2	730 007	58 401
	TOTAL DE MAINTENANCE HTVA			10 862 523
	TOTAL DE MAINTENANCE T.T.C.			11 948 775

ANNEXE II

LISTE DES EQUIPEMENTS SOFTWARE

REFERENCE	DESIGNATION	QTE	COUT MAINT. DT/HTVA
	HP9000/K200/1W		

LICENCE TO USE

H2012A 131L00	SW LTU Updts : K200/300/1W	2	
B3919CA AGPL00	LTU - 64 Users	2	

OPERATING SYSTEM MATERIAL UPDATES

H2069A 131S00	SW Updt Med/Doc : K200/300/1W
H2069A AAFS00	CD-ROM MEDIA

COUT TOTAL MAINTENANCE DT/HTV	4200,000
-------------------------------	----------

COUT TOTAL MAINTENANCE DT/TTC	4620,000
-------------------------------	----------

ANNEXE III

PERIODE DE COUVERTURE DU CONTRAT

Le contrat est couvert pour la période de maintenance principale, définie comme suit :

Séance normale (hiver)

Du lundi au vendredi	8h30 à 12h00 14h00 à 18h00
Samedi	8h30 à 12h00

Séance unique (été)

Du lundi au vendredi	7h00 à 13h00
----------------------	--------------

Ramadan

Du lundi au samedi	8h00 à 14h00
--------------------	--------------

Exception faite des jours fériés ou chômés.

COUT DE LA MAINTENANCE EN DEHORS DES HEURES NORMALES

Si le service de maintenance est fourni, à la demande du CLIENT[™], en dehors des jours et heures de travail indiqués ci-dessus, il sera facturé comme suit :

- Coût de l'heure main d'oeuvre : 60 dinars hors T.V.A.
- Indemnité kilométrique : 0,200 DT/Kin parcouru
- Frais de séjour :
 - * moins d'un jour : 30 DT
 - * un jour ou plus : 60 DT/jour entier

ANNEXE IV

CONDITIONS PREALABLES

1. SERVICES STANDARDS

1.1 Le "CLIENT" souscritra un contrat pour tous les logiciels du système central, y compris le moniteur d'exploitation.

1.2 Dans le cas de systèmes multiples, "LE CLIENT" souscritra un contrat pour le système le plus important.

1.3 Un interlocuteur possédant une expérience ou ayant suivi une formation sur le matériel HEWLETT-PACKARD sera désigné comme contact du "CLIENT" pour "T.E."

1.4 Pour pouvoir bénéficier des services décrits en annexe, "LE CLIENT" doit avoir acquis préalablement les droits d'utilisation et de reproduction des logiciels HEWLETT-PACKARD. Ces services sont exclusivement réservés aux logiciels HEWLETT-PACKARD.

2. SERVICES OPTIONNELS

2.1 Le "CLIENT" peut étendre la couverture du système central à un système additionnel. Cette option entraîne le paiement d'une redevance complémentaire et comprend les services suivants :

a - Le "CLIENT" est autorisé à faire une copie des révisions des logiciels pour les utiliser sur le système additionnel. "T.E." fournira si nécessaire, une mise à jour des logiciels micro programmés. L'installation des logiciels et des logiciels micro programmés s'effectue sous la responsabilité du "CLIENT", mais peut être effectuée par "T.E." et facturée au temps passé.

b - Le "CLIENT" est autorisé à copier et à distribuer un exemplaire des mises à jour des manuels par site additionnel.

2.2 Il est nécessaire de bénéficier de la couverture d'un contrat pour un système sur le site central avant de demander un contrat d'extension sur des systèmes additionnels.

2.3 Tout interlocuteur supplémentaire remplira les mêmes conditions que le responsable des services informatiques du "CLIENT". Le nombre d'interlocuteurs sera défini dans les conditions particulières.

2.4 Sur un système additionnel, lorsque des contrats sont souscrits pour des logiciels HEWLETT-PACKARD autres que le moniteur d'exploitation :

a - pour tous logiciels acquis sur le site central, le "CLIENT" demandera un contrat d'extension;

b - pour un logiciel concernant uniquement le site additionnel, le "CLIENT" demandera un contrat complet;

c - s'il existe un logiciel qui ne se trouve pas sur le site central, le "CLIENT" souscritra une option de support magnétique pour le système d'exploitation du système additionnel.

**CONTRAT DE MAINTENANCE
DES ENSEIGNES LUMINEUSES TUNISAIR**

عقد لصيانة الإعلانات المضيئة للإشهار

Entre les soussignés :

Le 1^{er} le Siège Social est sis au Boulevard
du 7 Novembre 1987 2030- Aéroport Tunis-Carthage et représentée par son Président
Directeur Général, Monsieur Ahmed SMAOUI et ce en vertu des pouvoirs qui lui sont
accordés par le Conseil d'Administration du 10 Mars 1997.

Matricule Fiscale : 002672 W AM000

D'une part,

Et :

La Société Pub-Action, sise au 10, Rue Asdrubal 1002 TUNIS, représentée par son
Gérant, Monsieur Faouzi CHRAIET.

Matricule Fiscale : 496591 NA/M/000

D'autre part.

Il a été arrêté et convenu ce qui suit :

Article 1 : OBJET

Par le présent contrat la Société Pub-Action est
confiée à la société Pub-Action l'entretien des enseignes lumineuses haute tension installé sur les terrasses et les
façades des bâtiments suivant :

- Agence Avenue de la Liberté
- Agence El Mechtel
- Agence la Kasbah
- Agence Touta El Menzeh
- Agence la Marsa
- Centre de Formation
- Escale Aéroport Tunis-Carthage
- Fret Aéroport Tunis-Carthage
- Bâtiment technico-opérationnel (B.T.O) Aéroport Tunis-Carthage

Ainsi que :

- Agence Bizerte
- Agence Nabeul
- Agence Fret Nabeul
- Agence Sousse
- Agence Monastir Ville
- B.T.O Monastir, Aéroport Monastir
- Fret Monastir
- Agence Sfax Ville
- Escale Sfax
- Fret Sfax
- Agence Djerba Ville
- Centre Médical
- Agence Tripoli
- Escale Djerba
- Fret Djerba
- BTO Djerba, Aéroport Djerba
- Agence Tozeur Ville
- Escale Tozeur
- Fret Tozeur
- Escale Tabarka (x2)
- Agence Tabarka
- Agence Gabes
- Agence Kairouan
- Agence Medenine

En outre la Société pub-Action s'engage à effectuer la maintenance des enseignes lumineuses haute tension installées sur les terrasses et façades du Siège Social.

Article 2 : OBLIGATIONS

La Société Pub-Action s'engage à accomplir Les travaux de maintenance suivants :

- * Le nettoyage intérieur et extérieur des enseignes (dépoussiérage de la partie plastique)
- * Le passage de deux couches de peinture sur les parties métalliques une fois par an (antirouille et peinture)
- * Le remplacement de tous les éléments électriques défectueux à savoir les câbles grillés haute tension, les électrodes le pompage à neuf d'éléments en tubes à poudre.
- * Le remplacement des parties endommagées par les effets atmosphériques.
- * Le complément des visseries manquantes
- * La préparation des plans de récolement schématique des enseignes du siège

Article 3 : COUT DES COMPOSANTS

Pour l'exécution du présent contrat la Société s'engage à appliquer les prix unitaires suivants pour les transformateurs :

4025 mA	150D,000	H.T
4050 mA	220D,000	H.T
5025 mA	180D,000	H.T
5050 mA	250D,000	H.T
5100 mA	275D,000	H.T
6025 mA	200D,000	H.T
6050 mA	280D,000	H.T
6100 mA	300D,000	H.T
7025 mA	225D,000	H.T
7050 mA	300D,000	H.T
7100 mA	325D,000	H.T
8025 mA	225D,000	H.T
8050 mA	320D,000	H.T
8100 mA	325D,000	H.T
9025 mA	250D,000	H.T
9050 mA	350D,000	H.T
9100 mA	350D,000	H.T
10025 mA	250D,000	H.T
10050 mA	350D,000	H.T
10100 mA	375D,000	H.T
Coût d'un élément neuf	70D,000	H.T

N.B : Les transformateurs H.T grillés et les éléments neufs sont facturés en sus.

Article 4 : VISITE

L'entreprise s'engage à effectuer une visite de maintenance semestrielle pour les enseignes du siège social. Et ce conformément à un planning de travail établi d'un commun accord avec les services technique

La Société Pub-Action est tenue de remettre en état de fonctionnement, les enseignes lumineuses lors des visites à l'issue de chaque visite, un rapport global sera soumis aux responsables techniques du Siège Social.

Article 5 : DEPANNAGE

L'entreprise s'engage à répondre immédiatement aux appels de [] pour procéder aux interventions de dépannage et de réparation nécessaires en cas de [] ou de fonctionnement anormal des enseignes dans les 24 heures qui suivent la notification de l'arrêt [] par n'importe quel support de correspondance (Fax, Telex, Téléphone, etc...) les interventions seront facturées suivant le barème des articles (3 et 6).

A l'issue de chaque dépannage, un rapport sera remis aux responsables techniques du siège social.

Article 6 : FRAIS KILOMETRIQUE

Toute intervention de dépannage effectuée à la demande de [] sera facturée en sus conformément au barème suivant :

- Grand TUNIS (Rayon de 25 Km)	150D,000	H.T
- Entre 26 et 100 Km	200D,000	H.T
- Entre 101 et 200 Km	250D,000	H.T
- Entre 201 et 300 Km	300D,000	H.T
- au delà de 300 Km	350D,000	H.T

Article 7 : DUREE

Le présent contrat prend effet à partir du 1er Janvier 1998 pour une durée de trois ans renouvelable par tacite reconduction.

Article 8 : MONTANT

Le coût d'entretien des enseignes lumineuses du Siège Soci. [] bilingues + 3 siges) sera payable forfaitairement par virement bancaire n° 11 - 101- 0001128-291-788-72 Banque (U.B.C.I) Agence la fayette et sur présentation de facture.

Le montant annuel en hors taxes est de deux mille cinq cent Dinars (2.500D,000)

Article 9 : PENALITE

Au cas où l'entreprise [] n'a pas répondu à la demande de [] dans les délais telque fixés à l'article 5, [] en droit de recourir à une autre entreprise.

La différence de prix sera à la charge de l'entreprise en cas de récidive, [] en droit de résilier immédiatement le contrat pour inobservation des engagements, cette résiliation peut-être effectuée sans préavis.

Article 10 : REVISION DES PRIX

Les prix du présent contrat seront révisés chaque année à partir de l'an 2001 selon l'évolution de la grille des salaires de la convention collective de l'électricité et de la mécanique générale.

Article 11 :

Conformément à la loi n° 97-88 du 29/12/97, est en droit de retenir sur la société Pub-Action

- 1) Au titre de l'impôt sur le revenu 1,5 % du montant de chaque facture présentée
- 2) Au titre de la taxe sur la valeur ajoutée 50 % du montant de la TVA.

Article 12 : RESILIATION

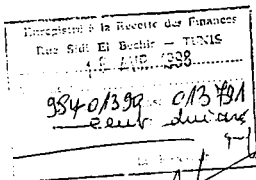
Les deux parties se réservent le droit de résilier le présent contrat moyennant un préavis de deux mois avant l'échéance.

Article 13 : LITIGES

Pour tout litige ou différent portant sur l'interprétation des clauses du contrat, les deux parties s'en remettent à la juridiction des tribunaux de Tunis, seuls compétents.

Article 14 : ENREGISTREMENT

Les frais d'enregistrement du présent contrat sont à la charge de l'entrepreneur.



Fait à Tunis, le 03 AVR 1998.

TUNISAIR
Le Directeur Général
AHMED SMAOUI

L'ENTREPRISE PUB-ACTION

FAOUZI CHRAIT
PUB - ACTION
10, Rue Asdrubal
1002 TUNIS

CONTRAT D'ENTRETIEN DES EQUIPEMENTS DE CLIMATISATION

عقد لصيانة أجهزة التكييف

ENTRE LES SOUSSIGNES

dont le siège est au boulevard de 7 Novembre et représentée par son Président Directeur Général ,
d'une part
La Société TECHNOCLIMAT dont le siège est au 10, Rue de Kairouan 1006
Tunis, ci-après désignée STC est représentée par son Gérant Monsieur TEMIMI TJANI,
d'autre part

ARTICLE 1 : OBJET

La Société STC s'engage à effectuer, l'entretien préventif et le dépannage des équipements de climatisation du bâtiment G complexe Technique Tunis-Air (désigné ci-après à l'article 2).

ARTICLE 2 : CONSISTANCE DU SERVICE

Le service à fournir par STC comprend, les visites standards de maintenance et les visites de dépannage (éventuellement les réparations exceptionnelles dans les ateliers de La société).

a/ Les visites standards de maintenance auront lieu QUATRE fois par an : pendant la saison estivale. ces visites comprennent notamment

l'entretien général, la vérification, le contrôle, le réglage, la prévention et la mise au point.

Ainsi que la mise en marche des équipements de climatisation.

b/ Les visites de dépannage auront lieu en tout moment et dans un délai de 24h sur appel par Fax de Tunis-Air qui indique à la STC la nature de la panne.

Matériels à entretenir :

- 1 Groupe condenseur au terrasse du bâtiment G.
- 2 Centrales de traitement d'air.
- 3 Réseaux de gaine Aéraulique.

ARTICLE 3 : PRESTATIONS ET FOURNITURES HORS CONTRAT

Toutes fournitures des pièces de rechange et matières consommable Fréon 22 et huile incongélable sont à la charge de TUNIS-AIR, la STC fera les recommandations nécessaires pour l'acquisition d'un stock de pièces de rechange accessible aux techniciens de la STC et susceptible d'assurer sans retard la mise des appareils en état de fonctionnement normal.

Toutes pièces défectueuses et n'existant pas dans le stock, sera réparée si possible ou remplacée et facturée.

ARTICLE 4 : CONDITIONS GENERALES

La STC ne pourra être rendu responsable des arrêts de fonctionnement des appareils survenant à la suite d'accidents ayant les caractères des forces majeures.

Il est entendu que sont assimilées en cas de force majeure toutes dispositions administratives ou réglementaires, et d'une façon générale tous les faits ou événements impossible à prévoir ou à éviter et mettant la STC dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie des engagements ou d'éviter le dommage intervenu.

ARTICLE 5 : PRIX

Le prix annuel de ce contrat est fixé à 3800,000 DT H.T + T.V.A 18%(trois MILLE HUIT CENT DIXHARS H.T PLUS TVA 18%) payable en QUATRE tranches soit après chaque visite.

Les visites et les interventions de dépannage sont payable dans un délai de 30 jours par chèque , à compter de la date de présentation de la facture.

CONTRAT D'ENTRETIEN SIMPLE NORMALISE

عقد لصيانة أجهزة المصاعد

LE PRESENT CONTRAT EST ETABLI ENTRE :

REPRESENTE PAR SON DIRECTEUR :

M.

D'UNE PART

ET :

REPRESENTEE PAR SON GERANT :

D'AUTRE PART

AU PROFIT DES INSTALLATIONS SITUEES :

CLAUSES GENERALES

I/ L'entretien SIMPLE NORMALISE, comprend exclusivement les prestations suivantes :

1°) Les visites périodiques, nettoyage et graissage des organes mécaniques 2 fois par mois pour les Escalators et une fois par mois pour les Ascenseurs .

2°) La fourniture des produits de lubrification et de nettoyage nécessaires.

3°) L'intervention de dépannage demandée par le client par fax devra avoir lieu dans la journée et ceci dans les jours de travail de l'entreprise.

Des permanences ponctuelles ou régulières de surveillance du matériel pourraient être demandées par le client par fax au moins une journée à l'avance.

Elle seront facturées sur la base du taux horaire de dix dinars hors TVA.

Ce taux subira une majoration annuelle conformément à l'article VII .

4°) La tenue chez _____, de registre permettant d'y retrouver la date et la nature des changements qui auraient été apportés à l'appareil, les dates et les résultats des dernières visites, l'indication des accidents qui se seraient produits et généralement de tous les faits importants concernant l'appareil.

II/ Les travaux non compris dans l'abonnement sont notifiés au propriétaire ou à son représentant par _____ et exécutés par elle sur devis, après accord du propriétaire ou de son représentant. Le coût de ces travaux fait l'objet d'une facturation séparée.

Toutefois, les travaux concernant les installations de bâtiments en général, même si elles ont été exécutées spécialement pour l'établissement de l'ascenseur ou monte-charge, telles que : branchements de orce, de lumière et de mise à la terre, compteurs, combinés ou disjoncteurs, éclairage des abords, onnerie d'appel, dispositifs antiparasites, entourages et protections, maçonnerie, peinture, même onsecutive à des travaux de réparations, ne sont notifiés ni exécutés par _____

NOTA : Le fait d'avoir confié l'entretien par abonnement ne dispense, ni le propriétaire, ni l'exécutant des obligations qui résultent pour eux de l'observation des lois et règlements en vigueur.

III/ DEBUT DE L'ABONNEMENT :

Le présent contrat prend effet à partir du 27/08/98 date de la réception définitive.

IV/ DUREE DE L'ABONNEMENT :

L'accord concernant l'entretien des appareils mentionnés en annexes est conclu pour la durée de 5 ans (cinq).

Il est renouvelable par tacite reconduction d'année en année, s'il n'est pas dénoncé de part et d'autre par lettre recommandée, six mois avant l'expiration d'une période quelconque.

V/ MONTANT DE L'ABONNEMENT :

Le prix annuel figurant au contrat correspond aux conditions économiques connues au jour de la fixation de ce prix.

VI/ PAIEMENT DE L'ABONNEMENT :

La rédevance est payable à terme échu sur présentation de factures mensuelles .

VII/ CONDITION D'ETABLISSEMENT ET DE REVISION DES PRIX D'ENTRETIEN : Majoration annuelle de 6% sur le prix de base.

CONDITIONS GENERALES

ARTICLE 1 : Les prix sont établis en tenant compte de la nature du service effectué par les appareils. Toute transformation dans l'usage de l'immeuble entraîne de plein droit le changement des conditions ci-dessus, la période fixée pour la durée ~~restant le même~~. Les prix d'abonnement sont basés sur les conditions économiques et fiscales à la date de départ de l'abonnement.

ARTICLE 2 : En cas de changement de propriétaire ou de gérance, l'abonnement continue dans les mêmes conditions. Le cédant doit transmettre à son successeur cet abonnement. Les avis, recommandations et en général, toute la correspondance qui ont pu lui être adressés par l'entreprise à l'occasion de l'exécution de l'entretien. Il appartient à ce successeur de réclamer ces pièces si elle ne lui ont pas été transmises, l'entreprise exécutante ne pouvant être tenue pour responsable de la non-transmission de ces documents.

ARTICLE 3 : Le non-paiement, un mois après l'échéance, d'une facture d'abonnement d'entretien ou de réparation entraîne la suspension de l'entretien huit jours après mise en demeure par lettre recommandée restée sans effet. En outre, l'abonné resté responsable de toutes les conséquences pouvant résulter de la cessation de cet entretien.

ARTICLE 4 : La durée des travaux d'entretien et le temps de remise en état de fonctionnement des appareils devront être aussi réduits que possible. L'entreprise ne saurait être inquiétée en aucune façon du fait de la durée ou de la cause des immobilisations rendues nécessaires pour exécuter, conformément aux règles de l'art, le dépannage ou les réparations. Le prix de l'abonnement ne peut être réduit de ce fait.

ARTICLE 5 : L'exécutant qui n'agit ni comme entrepreneur de transport, ni comme gardien de chose inanimée ne saurait être inquiété non plus pour des interruptions ou accidents causés du fait de :

- La gelée, la chaleur excessive, l'humidité, les poussières et les substances corrosives à l'abri desquelles le propriétaire doit tenir clos les locaux réservés aux organes des installations.

- L'arrêt ou l'insuffisance de la force motrice, les grèves, les lock-out, même limités à l'industrie des ascenseurs, la guerre et ses conséquences économiques, les émeutes, les actes de malveillance, les déprédations volontaires ou les interventions étrangères, les incendies, inondations, etc.... et, à fortiori, les cas de force majeure, l'inobservation des prescriptions spéciales et l'utilisation anormale des appareils, l'exécution des travaux de bâtiment effectués par les entreprises telles que serrurerie, maçonnerie, électricité, peinture.

Dans tous ces cas, les remises en état ne sont pas comprises dans le prix de l'abonnement.

ARTICLE 6 : L'intervention d'une personne ou maison étrangère à l'entreprise dégage aussitôt toute responsabilité de cette dernière et lui permet de résilier immédiatement l'abonnement.

ARTICLE 7 : Si un fait anormal quelconque intéressant les appareils, objet du présent abonnement, vient à se produire, le fonctionnement devra être immédiatement suspendu, l'usage et le fait signalé par fax. Adressé à l'entreprise. Cette dernière ne pourra être rendue responsable des consommations anormales de force motrice tant que celles-ci ne lui auront pas été signalées par les agents chargés de relever les indications des compteurs ou autres personnes qualifiées.

ARTICLE 8 : L'exécution de l'abonnement comporte l'application des conditions générales de vente et de montage de la chambre syndicale des ascenseurs et monte-charge en ce qu'elles ne sont pas modifiées par les conditions particulières de l'abonnement.

ARTICLE 9 : En cas de désaccord, il sera fait recours à la juridiction des tribunaux de siège social de l'entreprise, seuls compétents.

ARTICLE 10 : Les frais de timbres, d'enregistrement, s'il y a lieu, sont à la charge de l'abonné.

BORDEREAU DE PRIX

CARACTERISTIQUES DES APPAREILS

LOCALISATION	TYPE	CHARGE NOMINALE Kg	VITESSE NOMINALE m/s	NOM DE NIVEAUX	DEBUT DE L'ABONNEMENT	QTE	PRIX ANNUEL

T O T A L

PRIX ANNUEL HORS TAXES DE PRESTATIONS DE SERVICE
en toute lettres:

FAIT EN DOUBLE EXEMPLAIRE, DONT UN REMIS A CHACUNE DES PARTIES

D'UNE PART

A

LE

SIGNATURE

D'AUTRE PART

LE

SIGNATURE

S E C U R I T E C

SECURITE ELECTRONIQUE

8, rue du Paraguay
2000 Le Bardo - TUNIS
Tél. : 221.382
Télex : 14.876 TN
Fax N° 518.860

عقد لصيانة أجهزة مكافحة
الحريق والإنذار به

الأمن الإلكتروني

8. نهج البراقوي
2000 باردو - تونس
الهاتف : 221.382
تلكس : 14.876 ت
فاكس : 518.860

CONTRAT DE MAINTENANCE

ENTRE LES SOUSSIGNES:

..... Avenue 07 Novembre à Tunis, ci-après désigné par le terme "Abonné" représenté par son Président Directeur Général Monsieur

D'une part,

ET

La Société "SECURITE ELECTRONIQUE", sise au 8 Rue du Paraguay Bardo 2000 à Tunis, ci-après désignée par le terme "Prestataire", représentée par son Gérant, Monsieur BENYOUSSEF Abdelhamid.

D'autre part,

Il a été arrêté ce qui suit:

ARTICLE I. OBJET:

L'Abonné convient de confier la maintenance du système de détection et d'extinction automatique d'incendie de son siège, au Prestataire qui s'engage à maintenir en état de marche ces installations.

2 ARTICLE II. LISTE DES EQUIPEMENTS:

- 01 Centrale de détection et d'extinction automatique d'incendie;
- 01 Platine de signalisation;
- 940 Détecteurs de fumée;
- 96 Boîtiers d'alarme E.G;
- 109 Avertisseurs d'action;
- 10 Bouteilles d'extinction, au Halon 1301
- 03 Affiches lumineuses;
- 01 Contrôle d'accès;
- 07 Asservissements par porte avec ventouse magnétique.

ARTICLE III. NATURE DES SERVICES FOURNIS PAR LE PRESTATAIRE:

Le Service à fournir par le Prestataire comprend 3 visites de contrôle et de vérification. A l'issue de chacune d'entre elles il sera fourni un rapport. Lors de chaque visite, le Prestataire effectuera les opérations suivantes:

Monté au Capital de 82.400 DT.
N° 75819
Industrie N° 6568
I.V.A. 005289 F/A/M/000

شركة ذات مسؤولية محدودة رأس مالها 82.400 دينار
الدفتر التجاري عدد : 75819
منتج عدد 6568
005289 F/A/M/000

- 1) Contrôle et vérification du fonctionnement des détecteurs, des Indicateurs d'actions, des Boîtiers d'alarme et des Avertisseurs sonores;
- 2) Contrôle et vérification du fonctionnement de la Centrale de signalisation et de commande d'extinction;
- 3) Contrôle et vérification de la pression des 10 Bouteilles de Halon 1301 et de leur tableau de commande d'extinction;
- 4) Contrôle et vérification du système d'accès BODET;
- 5) Dépannage sur le site au cours de la visite;

Le prestataire s'engage à effectuer les interventions de dépannage et les travaux d'extension, ou de modification, à la demande de l'abonné : les frais y afférents sont à la charge de ce dernier.

ARTICLE IV. PIECES DE RECHANGE:

Le Prestataire fera les recommandations nécessaires pour l'acquisition par le Client d'un lot de pièces de rechange. Ce lot doit être maintenu par le Client à son niveau quantitatif, de sorte que le Prestataire puisse accomplir sa mission sans retard.

Tout empêchement de pallier une défaillance totale ou partielle du système résultant d'un défaut de pièces de rechange, rentrant dans la composition du lot défini ci-dessus, ne saurait être imputé au Prestataire tant que le Client n'aura pas effectué le réapprovisionnement du dit lot à son niveau quantitatif.

ARTICLE V. RESTRICTION:

SECELEC se dégage de toute responsabilité au cas de dégâts dus :

- à des cas de force majeure;
- à des influences ambiantes nuisibles;
- au maniement incorrect des Appareils par les Utilisateurs;
- à un entretien ou intervention faite par un tiers sont supportés par l'Abonné (déplacement, main d'oeuvre et pièces de rechange).

ARTICLE VI. MONTANT:

Le prix forfaitaire annuel est de 15.075.000 Dinars hors TVA, payable comme suit :

- 35% à l'issue de la première visite.
- 35% à l'issue de la seconde visite,
- 30% à l'issue de la troisième visite.

Les interventions à la demande de l'Abonné seront facturées en sus.

Les interventions pour les travaux d'extension ou de modification étant à la charge de l'Abonné, feront l'objet d'un bon de commande.

.../...

ARTICLE VII. Pénalités :

Le prestataire s'étant engagé à maintenir le système en état de marche, toute défaillance qui lui serait imputable sera sanctionnée par une pénalité définie comme suit.

Le délai raisonnable de remise en marche de l'installation, en état d'arrêt total, étant de huit jours, tout arrêt de fonctionnement au delà de ce délai donne lieu au paiement par le prestataire d'une retenue, calculée sur la base du montant global du marché divisé par 365 par 24 heures, correspondant au nombre de jours d'arrêt.

ARTICLE VIII. DUREE:

Le présent Contrat est conclu, entre les deux parties, pour une durée de deux ans, et se renouvellera ensuite d'année en année par tacite reconduction, s'il n'est pas dénoncé 3 mois avant l'expiration de la période en cours.

ARTICLE IX. REVISION DES PRIX:

Les prix du présent Contrat seront révisés chaque année selon l'évolution de la grille des salaires de la Convention Collective de l'Electricité et de la Mécanique Générale.

ARTICLE X. VALIDITE:

Cet accord est applicable, le jour de son approbation par le Client.

Le Prestataire suspendra ses interventions si le règlement ne sera pas honoré 60 jours après réception de la facture.

Il reprendra ses prestations, dès le règlement effectué, sans que cette interruption ne donne lieu à une quelconque remise sur le montant de la redevance concernée.

ARTICLE XI. RESILIATION:

La réalisation du Contrat doit être prononcée par l'une des deux parties.

Pour ce faire, la partie en exprimant la demande, le fera par lettre recommandée, 03 mois avant l'expiration du Contrat.

ARTICLE XII. LITIGES:

En cas de litige ou de contestation, les parties contractantes s'engagent à régler leur différent selon la procédure à l'amiable. A défaut d'entente, l'éventuel litige sera soumis à la compétence des Tribunaux de Tunis.

Fait, à Tunis le 30/01/1996

Handwritten notes:
867
490
Le 12/01/1996

P/ SECURITE ELECTRONIQUE

----- Sécurité Electronique

Alarme Vol et Incendie
8, Rue du Paraguay
2000 LE BARDO
Téléph: 221.382

LE GERANT

(Signature)
BENJOSSEF Abdelhamid

CONTRAT D'ENTRETIEN

عقد لصيانة أجهزة الاتصال

Entre les soussignés:

Représenté par:

Agissant en qualité de: Président Directeur Général

d'une part,

Et la Société NEXUS INTERNATIONAL au capital de 34.000.000 F., ayant son siège social au:
124 Rue Réaumur 75091 PARIS Cedex 02 (FRANCE), représentée par Monsieur:
Jean-François GUILLAUME, agissant en qualité de Président Directeur Général.

d'autre part,

Il a été convenu ce qui suit:

ARTICLE 1 - La société NEXUS INTERNATIONAL prend en charge, pour le compte de l'abonné, une installation suivant détail et condition ci-après:

• Siège Social

- 01 Autocommutateur TELIC 2600 IS version E
 équipé: 168 Lignes Réseaux Analogiques
 144 Lignes de Postes Dédiés
 1200 Lignes de postes Analogiques
 12 Lignes Spécialisées LIA
- 08 Postes Opérateurs
- 01 Console DHM TD 323
- 01 Serveur MINISTEL
- 01 Logiciel de Taxation Infotax
- 01 Equipement de réservation GAE 880
- 01 Messagerie Vocale et standard automatique DISCOPHONE

• Complexe Technique

- 01 Autocommutateur TELIC 2600 IS version F
 équipé: 48 Lignes Réseaux Analogiques
 56 Lignes de Postes Dédiés
 448 Lignes de Postes Analogiques
 12 Lignes Spécialisées LIA
- 03 Postes Opérateurs
- 01 Console DHM



ARTICLE II - Le service d'entretien 3^{ème} niveau comprendra:

- a) - la réparation des cartes nécessitée par l'usage normal de l'appareillage et ayant pour cause l'usure normale de ses organes.
- b) - l'intervention en cas de problèmes majeurs
- c) - la hot line avec TELIC ALCATEL
- d) - la hot line avec CIEME INFORMATIQUE
- e) - La hot line avec DISCOPHONE
- d) - le remplacement du logiciel du complexe technique

Le remplacement des générateurs de courant et organes annexes de charge, seront effectués aux frais de TUNISAIR, fourniture et main d'oeuvre.

Les dérangements et dégâts consécutifs dus à l'humidité, à l'eau, à la température, au mauvais état ou à la modification des lieux, à la casse, aux courts circuits, aux surtensions, à la foudre, à l'incendie, ceux dus à la nature même de l'industrie de l'abonné ou provenant des défauts d'appareils ou de lignes dont la Société NEXUS INTERNATIONAL n'assure pas l'entretien, ne sont pas couverts par la présente garantie. Il en est de même pour les canalisations reliant les appareils et les câbles souples des postes.

Le libre accès de l'installation sera toujours assuré aux préposés de la Société NEXUS INTERNATIONAL, les dérangements devant être signalés immédiatement.

La Société NEXUS INTERNATIONAL procédera à deux (2) visites annuelles à titre de prévention.

A la signature du contrat, NEXUS International procédera à une visite d'état des lieux (cette visite constituera l'une des deux visites annuelles).

Tous les documents, schémas concernant l'installation, en possession de l'abonné, seront à la disposition de la Société NEXUS INTERNATIONAL. L'abonné s'engage à se conformer aux instructions qui pourraient être données dans l'intérêt commun pour l'installation des appareils.

Pour le service d'entretien de 3^{ème} niveau, NEXUS International sera représentée et déléguera la gestion opérationnelle à sa filiale Tunisienne :

TELMAGH
6, rue Jameledine El Afghani
1002 TUNIS
Téléphone : 795 311
Télécopie : 798 753

ARTICLE III - Le présent contrat prend effet à la date de mise en service de l'installation ou de souscription du contrat dans le cas d'une prise à l'entretien d'une installation existante. Il est conclu pour cinq (5) années et renouvelable par tacite reconduction d'année en année, s'il n'est pas dénoncé par lettre recommandée six mois avant son expiration.

Les frais de constitution de dossier auprès des P.T.T., tous débours éventuels, droit d'usage, enregistrement, timbres, redevances restant à la charge de l'abonné.

Les dérangements quelle qu'en soit la cause ou la nature, ne donnent droit à l'abonné qu'à la remise en état de marche de l'installation et en aucun cas, à la résiliation du contrat ou à une indemnité.

ARTICLE IV - La redevance annuelle hors taxes est fixé à: 350.000 FFR
(Trois Cent Cinquante Mille Francs Français)

payables d'avance.

La redevance indiquée ci-dessus correspond aux condition économiques connues au jour de la signature du présent contrat. Elle subira les variations conformément aux dispositions légales ou, à défaut, celles résultant de l'application de la formule ci-après dont les indices seront publiés au "Bulletin Officiel du Service des Prix".



$$P = P_0 (0,15 + 0,65 S/SO + 0,20 Psdt/Psdto)$$

dans laquelle:

- P: étant le prix révisé
- P₀: le prix prévu au contrat et à ses annexes;
- So: Valeur de l'indice du coût de la main-d'oeuvre à la date de signature du présent contrat, publié dans le MONITEUR
- S: Valeur de l'indice du coût de la main-d'oeuvre à la date de révision de la formule, publié dans le MONITEUR
- PSDT₀: Valeur de l'indice du coût de la matière à la date de signature du présent contrat, publié dans le MONITEUR
- PSDT: Valeur de l'indice du coût de la matière à la date de révision de la formule, publié dans le MONITEUR

ARTICLE V: Impôts et taxes: Les droits de timbre et d'enregistrement seront à la charge de TUNISAIR. L'impôt sur la redevance sera à la charge de NEXUS International conformément aux lois et règlement en vigueur en France. Le contrat d'entretien sera soumis à la TVA Tunisienne (Son taux à la date du 3/09/96 est de 17%).

ARTICLE VI - Toutes les modifications de l'installation demandées par l'abonné ou exigées par l'administration, lois et règlements publics, feront l'objet d'un avenant au présent contrat. elles seront effectuées par la Société NEXUS INTERNATIONAL aux frais de l'abonné.

Avant la réalisation de ces travaux, la Société NEXUS INTERNATIONAL établira un devis fixant le montant de la prestation et s'il y a lieu, l'incidence sur l'abonnement; à défaut d'accord sur ceux-ci, les prix seraient fixés à dire d'expert désigné par le Tribunal compétent sur simple requête.

Toute extension fera l'objet d'une plus-value de la redevance d'entretien, sur la base du tarif en vigueur à ce moment.

La Société NEXUS INTERNATIONAL pourra éventuellement charger des maisons spécialisées de l'exécution des travaux. Elle ne sera pas rendu responsable en cas d'inexécution du travail par suite de mouvement sociaux, force majeure, ou cas fortuit.

La responsabilité de la Société NEXUS INTERNATIONAL ne saurait être engagée pour les infractions aux règlements des P.T.T., relativement à des faits antérieurs à la date de la signature des présentes lors même qu'elles seraient constatées ensuite.

ARTICLE VII - En cas de non-paiement, de non-exécution des remises en état prévues aux Articles II et IV. ci-dessus, du fait de l'abonné ou de non observation d'une des clauses du présent accord, la Société NEXUS INTERNATIONAL aura le droit de suspendre l'entretien ou de résilier cette convention cinq jours après avis donné par lettre recommandée; elle sera déchargée de toute responsabilité pour les conséquences qui pourraient en résulter, tous les frais de remise en état incombant à l'abonné. Le service d'entretien ne reprendrait qu'après exécution de ladite remise, et la période de suspension ne pourrait en aucun cas donner lieu à remboursement quelconque ou à une remise sur le montant de la prime d'entretien.

Dans les cas de résiliation prévus ci-dessus et plus généralement dans tous les cas de cessation du contrat pour quelque cause que ce soit, le montant de l'abonnement ou toutes les sommes dues éventuellement en vertu du présent contrat deviennent immédiatement exigibles.

En cas où la Société NEXUS INTERNATIONAL viendrait à faillir à ses engagements, le présent contrat serait résilié huit jours après réception par la dite société, d'une lettre recommandée avec accusé de réception.



ARTICLE VIII - En cas de règlement judiciaire, de liquidation ou de faillite, le présent contrat sera résilié de plein-droit huit jours après réception par le curateur, d'une lettre recommandée avec accusé de réception expédiée par la Société NEXUS INTERNATIONAL dénonçant le présent contrat. Dans un tel cas de résiliation, il sera dû l'indemnité résolutoire prévue à l'article VII du présent contrat. Le curateur aura toutefois la faculté d'exiger la poursuite de l'exécution du présent contrat, mais il s'obligera alors de régler les redevances et les factures correspondantes pour permettre la poursuite du présent contrat, la Société NEXUS INTERNATIONAL devenant alors le créancier de la masse.

Pour les sociétés d'ETAT, la responsabilité engagée étant celle du Ministre de TUTELLE ainsi que celle du Ministre des FINANCES, la Société NEXUS INTERNATIONAL, en cas de litiges, se retournera vers les dits Ministres.

ARTICLE IX - Tous les litiges seront de volonté expresse des deux parties soumis à la juridiction du Tribunal de Commerce de TUNIS.

Fait en triple exemplaires à : le : 10 OCT. 1996
dont un remis à l'abonné.

Signature et cachet commercial

Bon pour accord

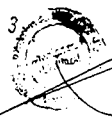
NEXUS INTERNATIONAL,



JOAN-FRANÇOIS GUILLAUME
Président Directeur Général

COPIE CONFORME A L'ORIGINAL
Montant perçu : R. 500
N° d'Enregistrement au Répertoire des Copies
Conformées : ARIANA le 10 OCT. 1996
Signature

A cfm n° 1995 130
quatre Vingt Treize
130
130



LEBAL CHERIF

CONTRAT CADRE

ENTRE

عقد لصيانة نوع خاص من المحولات

et

IMUNELEC SERVICES

pour

LA MAINTENANCE DES
ONDULEURS PRO7500

Décembre 96

SOMMAIRE

ARTICLE II - TYPE DES ONDULEURS.....	1
ARTICLE III - PRESTATIONS.....	1
ARTICLE IV - ETENDUE DES PRESTATIONS.....	1
ARTICLE V - LIMITE DES PRESTATIONS.....	1
ARTICLE VI - INTERVENTIONS.....	2
ARTICLE VII - PRIX DU CONTRAT.....	2
ARTICLE VIII - CONDITIONS DE PAIEMENT.....	2
ARTICLE IX - DELAI D'INTEVENTION.....	2
ARTICLE X - DUREE DU CONTRAT.....	2
ARTICLE XI - RESILIATION DU CONTRAT.....	3
ARTICLE XII - RESPONSABILITE.....	3
ARTICLE XIII- REGLEMENT DES DIFFERENDS.....	3
ARTICLE XIV - ENREGISTREMENT.....	3



IMUNELEC-SERVICES
55, Angle Farhat Hached
18, Janvier- 1001 Tunis (Tunisie)
Tél: 340 373- 340 377- 348 078
Fax: 340 377



CONTRAT DE MAINTENANCE DES ONDULEURS PRO7500

ARTICLE II - TYPE DES ONDULEURS

Type	Puissance	Nombre	Situation Géographique
DK	7500	3	Aéroport Tunis Carthage
DKR	7500	3	Aéroport Tunis Carthage
DK	7500	1	Aéroport Monastir
DAKER	7500	1	Aéroport Monastir

ARTICLE III - PRESTATIONS

Trois visites préventives annuelles d'entretien et tout appel de dépannage à demande.

ARTICLE IV - ETENDUE DES PRESTATIONS

La société IMMUNELEC SERVICES s'engage à maintenir les onduleurs en bon état de fonctionnement et à effectuer à chaque fois les prestations suivantes:

- Contrôle visuel de l'onduleur;
- Contrôle des pièces mécaniques;
- Mesure des paramètres électriques déterminant le bon fonctionnement de l'équipement;
- Resserrage de toutes les connexions;
- Réajustement si nécessaires des pré-réglages usine;
- Contrôle alarme;
- Réparation de tous défauts constatés sur l'onduleur en état de fonctionnement normal;
- Recommandations destinées à assurer ou à améliorer la fiabilité de l'équipement;
- Remplacement de toutes les pièces défectueuses.

ARTICLE V - LIMITE DES PRESTATIONS

La fourniture des pièces de rechange est à la charge de la société IMMUNELEC SERVICES sauf pour le matériel dû à des incidents tels que:



IMUNELEC-SER
 55, Angle Farhat H:
 18, Janvier - 1001 Tunis
 Tél: 340 373 - 340 377
 Fax: 340 377

- Court circuit provoqué par une perturbation de la tension réseaux,
- Grève, émeute, guerre, incendie, vol, inondation,
- Remplacement des éléments batterie,
- Panne de ventilation et de climatisation de la salle,

ARTICLE VI - INTERVENTIONS

Par le présent contrat la société IMMUNELEC SERVICES s'engage à intervenir en cas de panne de toute nature survenu pendant la durée du contrat.

Les interventions de la société IMMUNELEC SERVICES seront assurées dans les meilleurs délais, en fonction de la date et de l'heure de l'appel, elles ne doivent dépasser en aucun cas 32 heures. Les appels seront reçus du lundi au vendredi de 8h à 18h et samedi de 8h à 12h à l'exclusion du dimanche et jours fériés.

Pour les dimanches et les jours fériés la maintenance des onduleurs sera effectuée sur appels et facturée en sus.

ARTICLE VII - PRIX DU CONTRAT

Le prix du contrat est fixé forfaitairement à 4.200,000 (DT HT) l'an main d'oeuvre et pièces de rechange comprises pour les huit onduleurs payables sur présentation d'une facture en deux tranches égales l'une à l'entrée en vigueur du contrat et l'autre à la fin de la période contractuelle en cours.

ARTICLE VIII - CONDITIONS DE PAIEMENT

Le paiement sera effectué par chèque ou virement bancaire dès réception de facture.

ARTICLE IX - DELAI D'INTERVENTION

Le délai d'intervention sera inférieur à 8 heures ouvrées après réception de l'appel hors déplacement. La société IMMUNELEC SERVICES ne pourra toutefois, être responsable d'un retard dû à un cas de force majeure ou indépendant de sa volonté tels que grèves, barrages, inondations.

ARTICLE X - DUREE DU CONTRAT

Le présent contrat entrera en vigueur à la date de sa signature. Il est établi pour une période d'un AN renouvelable par tacite reconduction. Chacune des parties aura le droit d'y mettre fin à condition de prévenir l'autre par lettre recommandée avec accusé de réception, 2 mois avant l'expiration de la période en cours.

IMMUNELEC-SERVICES
55, Angle Farhat Hachem
18, Janvier - 1001 Tunis
Tél: 346 373 - 340 377
Fax: 340 377

ARTICLE XI - RESILIATION DU CONTRAT

En cas d'inobservation par l'une ou l'autre des parties des obligations qui incombent, l'autre partie sera en droit de résilier ce contrat par avis recommandé accusé de réception moyennant un préavis de deux mois.

ARTICLE XII - RESPONSABILITE

La société IMMUNELEC SERVICES assure l'entière responsabilité de tout dommage subi par l'installation découlant d'une mauvaise exécution des travaux objet de ce contrat ainsi que celui découlant d'une faute imputable à ses agents et survenu au cours de travaux d'entretien.

ARTICLE XIII- REGLEMENT DES DIFFERENDS

En cas de contestation sur l'exécution ou de l'interprétation des termes du présent contrat les parties tenteront de parvenir à un règlement amiable. A défaut le litige se portera devant les tribunaux de Tunis seuls compétents.

ARTICLE XIV - ENREGISTREMENT

Les frais d'enregistrement du présent contrat sont à la charge de la société IMMUNELEC SERVICES.

CE CONTRAT EST SIGNE PAR L'ACHETEUR ET PAR LE VENDEUR.

TUNISIAIS

Le Client

Le Fournisseur

Nom :	Nom :
Titre :	Titre :
Date :	Date : 24-12-1996
Signature	Signature Le Président Directeur Général HERSÉLIM



IMMUNELEC-SERVICES
55, Angle Farhat Hached
18, Janvier - 1001 Tunis (Tunisie)
Tél: 340 373 - 340 377 - 348 078
Fax: 340 377

Enregistré à la Régence des Finances Rue
Sidi el Bacha Tunis le 19 FEV. 1997
Valeur: 86.000.000
Fuite: 232.
Reçu... en...
Le Receveur.
E 944

عقود الصيانة
وتكيفها الشرعي

إعداد

الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير

أستاذ الشريعة الإسلامية

كلية القانون - جامعة الخرطوم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين ، وعلى سائر الأنبياء والمرسلين ، وبعد :
فهذا بحث عن :

عقود الصيانة وتكييفها الشرعي

أكتبه استجابة لطلب الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي لتقديمه لمجلس المجمع في دورته الحادية عشرة ، سائلاً الله أن يوفقني إلى الصواب ويجنبني الزلل .

عقد الصيانة من العقود الضرورية التي لا غنى للمجتمع عنها ؛ فالبناء ، والمصنع ، والقطار ، والسيارة ، والطائرة ، والساعة ، وكل موجود يحتاج إلى الصيانة لكي يبقى ويستمر منتفعاً به إلى أن يلحقه الفناء .

تعريف عقد الصيانة :

الصيانة في اللغة هي الحفاظ ، يقال : صان صنواً وصياناً وصيانةً إذا حفظه في صوانه ، والصوان هو ما يصاب فيه الشيء^(١) .

والمعنى القانوني والفقهني لعقد الصيانة قريب من المعنى اللغوي ، فإن الغرض من عقد الصيانة هو المحافظة على الشيء وبقاؤه منتفعاً به من

(١) مختار الصحاح ؛ والمصباح المنير .

غير أن يتعرض للخلل والتلف .

ولا يوجد تعريف في الفقه ولا في القانون لعقد الصيانة ؛ لأنه لا يوجد عقد بهذا الاسم ، لا في الفقه ، ولا في القانون ، فهو من العقود المستحدثة التي تحتاج إلى تكييف قانوني ، وتكييف فقهي ، وتعريف .

التكييف القانوني :

أبدأ بالتكييف القانوني ؛ لأنه لا صعوبة فيه ؛ ولأن التكييف الفقهي ينبني عليه .

تكييف عقد الصيانة هو أنه عقد معاولة ، وعقد المعاولة من العقود المسماة المستحدثة المعمول به في جميع البلاد العربية ، ومن البلاد التي تضمن قانونها المدني أحكاماً خاصة بعقد المعاولة : السودان ، والأردن ، ومصر .

تعريف عقد المعاولة :

عرف قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ م (السوداني) عقد المعاولة بالآتي : «المعاولة عقد يتعهد أحد الطرفين بمقتضاه بأن يصنع شيئاً ، أو يؤدي عملاً ، لقاء مقابل يتعهد به الطرف الآخر»^(١) .

هذه المادة مأخوذة من القانون الأردني^(٢) مع استبدال كلمة (مقابل) بكلمة (بدل) .

والقانون الأردني أخذ هذا التعريف من القانون المدني المصري^(٣)

(١) المادة : ٣٧٨ .

(٢) المادة : ٧٨٠ .

(٣) المادة : ٦٤٦ وهذا نصها : المعاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .

مع استبدال كلمة (بدل) بكلمة (أجر) وتقديم وتأخير لبعض الكلمات ، وكل من القانون السوداني والقانون الأردني يستمد أحكامه من الفقه الإسلامي .

أما القانون المصري فإنه يسمد أحكامه من القانون الفرنسي .

وعقد الصيانة هو نوع من أنواع عقد المقاولة^(١)، ينطبق عليه أكثر ما ينطبق على عقد المقاولة ، وكل من عقد المقاولة وعقد الصيانة قد يتعهد فيه أحد المتعاقدين أن يؤدي عملاً ، ويفرد عقد المقاولة بأن أحد المتعاقدين قد يتعهد فيه بأن يصنع شيئاً ، فعقد المقاولة أعم من عقد الصيانة ، فكل عقد صيانة هو عقد مقاولة .

وإذا أردنا تعريفاً خاصاً لعقد الصيانة نقول : عقد الصيانة يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بصيانة شيء لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .

والقانون يعتبر عقد الصيانة عقداً مستقلاً ، له خصائصه التي تميزه عن غيره من العقود ، وقد بين الدكتور السنهوري هذه الخصائص والمميزات^(٢) .

وعندما تكلم عن (تميز المقاولة عن البيع)^(٣) اصطدم بالمادة ٦٤٧ من القانون التي تنص على الآتي :

- ٦٤٧ - يجوز أن يقتصر المفاوض على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله .
٢ - كما يجوز أن يتعهد المفاوض بتقديم العمل والمادة معاً^(٤) .

(١) انظر الوسيط ، للسنهوري : ٣١/٧ - ٣٤ .

(٢) انظر المرجع السابق : ٣٥ - ٥ / ٧ .

(٣) المصدر السابق : ٢٣ / ٧ .

(٤) هذه المادة موجودة نصاً في القانون المدني الأردني ٧٨١ ، وفي قانون المعاملات المدنية ، لسنة ١٩٨٤م (السوداني) ، ٣٧٩ .

وعَلَّقَ الدكتور السنهوري على هذه المادة بالآتي :

«لا شك أن العقد في الحالة التي يقدم فيها رب العمل المادة ويقتصر فيها المقاول على تقديم عمله يتمخض عقد مقاولة لا شبهة فيه، وإنما تقوم الشبهة في الفرض الآخر الذي نصت عليه الفقرة الثانية . . . فقد يقع أن يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتباً، ويقدم النجار الخشب من عنده . . . فهل يبقى العقد في هذه الحالة وأمثالها عقد مقاولة، أو يكون عقد بيع واقع على شيء مستقبل هو الخشب . . . ؟»

وأجاب الدكتور السنهوري بأن الآراء انقسمت في هذه المسألة؛ فرأي يذهب إلى أن العقد مقاولة دائماً، والمادة ليست إلا تابعة للعمل . . . ورأي ثان يذهب إلى أن العقد هو بيع شيء مستقبل . . .

ورأي ثالث يذهب أن العقد يكون مقاولة أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل، فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة . . . فالعقد مقاولة، أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل . . . فالعقد بيع .

وأيد الدكتور السنهوري هذا الرأي، ولكنه استثنى منه الحالة التي تكون للمادة فيها قيمة محسوسة إلى جانب قيمة العمل حتى لو كانت أقل قيمة منه، ومثل لها بالخشب الذي يورده النجار لصنع الأثاث، فاعتبر العقد في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاولة، سواء كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل أو أصغر، ويقع البيع على المادة، وتسري أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه^(١).

هذا هو التكييف القانوني لعقد المقاولة، وهو نفسه التكييف القانوني

(١) الوسيط: ٧/٢٣-٢٧.

لعقد الصيانة باعتبار عقد الصيانة نوعاً من أنواع عقد المقاولة .

وعقد الصيانة كعقد المقاولة قد يتعهد فيه الصائن بتقديم عمله فقط ، ويتعهد فيه صاحب الشيء المصون بتقديم المادة ، وقد يتعهد فيه الصائن بتقديم العمل والمادة معاً .

والتكييف القانوني لعقد الصيانة في الحالة الأولى هو أنه عقد مقاولة تنطبق عليه أحكام عقد المقاولة المبيّن في القانون ، وأما تكييفه في الحالة الثانية ، أي الحالة التي يتعهد فيها الصائن بتقديم العمل والمادة ، فيجري فيها الخلاف السابق بين القانونين في تكييف عقد المقاولة .

تكييف عقد الصيانة في الفقه الإسلامي :

القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي التي قننت عقد المقاولة التي اطلّعت عليها هي قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م (السوداني) ، والقانون المدني الأردني .

أما القانون السوداني فلم يتعرض للتكييف ، وأما القانون الأردني فقد تعرّض للتكييف في المذكرة الإيضاحية للمواد ٧٨٠ و ٧٨١ و ٧٨٢^(١) ، ويُفهم منها أن واضعي القانون الأردني يعتبرون عقد المقاولة ، ومثله عقد الصيانة ؛ عقد استصناع وعقد إجارة الأشخاص ، الأجير فيها مشترك .

وفيما يلي بعض ما جاء في المذكرة الإيضاحية :

جرى العرف بين الناس على اصطلاح عقد المقاولة عوضاً عن عقد

(١) المادة (٧٨٠) هي المادة الخاصة بالتعريف ، وقد تقدمت في ص ٥٤٦ ، والمادة (٧٨١) وهي تطابق المادة (٦٤٧) من القانون المصري المذكور في ص ٥٤٧ ، والمادة (٧٨٢) هذا نصها : «يجب في عقد المقاولة وصف محله وبيان نزع وقدره وطريقة أدائه ، ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله من بدل» .

الاستصناع الذي كان الفقهاء يستعملونه، كما ورد في بدائع الصنائع . . . و عوضاً عن استئجار الأجير، كما ورد في المجلة وغيرها من المراجع الفقهية؛ وأصبح مفهوم عقد المقاولة شاملاً بصورة تستتبع الأخذ بهذا الاصطلاح الجديد تقريراً للواقع وتمشياً مع العرف فيما لا يناقض آية قرآنية أو سنة نبوية، مع إخضاع هذا العقد للأحكام الخاصة بالاستصناع والأجير المشترك . . . وقد اعتمد في أحكام المواد الثلاث على ما ورد في كتاب الاستصناع أول الجزء الخامس من بدائع الصنائع، وعلى ما جاء في الصفحة ١٠٦، ج ٦ من المغني، والمواد ٣٨٨ و ٣٩٠ و ٤٢١ و ٤٢٢ و ٤٦٣ و ٥٧١ و ٦٠٠ و ٦٠٤ و ٦١٦ من مرشد الحيران^(١).

ويلحظ أن المذكرة الإيضاحية لم توضح ما إذا كان عقد المقاولة هو عقد استصناع وإجارة معاً في جميع الحالات. أم عقد استصناع في حالة تعهد المقاول بتقديم المادة، وعقد إجارة في حالة تعهد رب العمل بتقديم المادة، كما يتبادر إلى الذهن.

ويلحظ أيضاً اختلاف التكييف القانوني الذي أورده الدكتور السنهوري عن التكييف الفقهي الذي أورده واضعو المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني، مع أن المواد المتحدّث عنها في القانونين متطابقة.

والفارق الأساسي بين التكييفين هو أن الدكتور السنهوري اعتبر عقد المقاولة عقداً جديداً له مميزاته وأحكامه، تطبق عليه القواعد العامة للعقد، وواضعي المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني اعتبروه عقد استصناع وعقداً مع أجير مشترك تطبق عليه أحكام هذين العقدين.

إن تكييف عقود الصيانة يحتاج في رأبي إلى تفصيل على النحو التالي:

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: ٥٨٢/٢ و ٥٨٣.

١ - تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد، وغير المحتاج لمادة (المجرد).

٢ - تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد، والمحتاج لمادة والمتعهد بالمادة صاحب الشيء المصون.

٣ - تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد والمحتاج لمادة والمتعهد بالمادة الصائن.

٤ - تكييف عقد الصيانة المشروط في عقد البيع على البائع.

٥ - تكييف عقد الصيانة المشروط في عقد الإجارة على المؤجر أو المستأجر.

٦ - تكييف عقد الصيانة المشروطة في عقد المقاولة على المقاول.

قبل الدخول في تكييف هذه الأنواع من عقود الصيانة أود أن أشير إلى أن عقد الصيانة كأى عقد آخر له أركان هي أركان العقد بصفة عامة، وهي: الصيغة، والعاقدان، والمحل، ولكل ركن من هذه الأركان شروط صحة، لا بدّ من تحققها ليكون العقد صحيحاً، وسأفترض أن شروط الصحة المطلوبة في الصيغة والعاقدين متحققة في عقد الصيانة، وسأهتم بالشروط المطلوبة في المحل - العمل والبدل - لأن تحققها أو عدمه هو الذي يؤثر على التكييف.

١ - تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر وغير المحتاج لمادة:

هذا هو أبسط أنواع عقود الصيانة، فهو عقد صيانة مجرد، أو مستقل، غير مقترن بعقد آخر: مقاوله أو غيرها، وغير محتاج إلى مادة، لا من الصائن، ولا من صاحب الشيء المصون، فهو عقد يتعهد فيه الصائن بأداء عمل فقط هو الصيانة.

ويلحق بهذا النوع الصيانة التي تحتاج إلى مادة لا يعمل المتعاقدان لها حساب في العادة .

هذا النوع من عقود الصيانة يشبه شبيهاً تاماً عقداً معروفاً في الفقه الإسلامي هو عقد إجارة الأشخاص، وعقد إجارة الأشخاص قد يكون فيه الأجير مشتركاً، وقد يكون فيه الأجير خاصاً، والأجير المشترك هو: مَنْ يُسْتَأْجَر لإداء عمل معين، ولم يختص به شخص معين كالبناء، والمهندس، والصائغ إذا لم يكن عملهم مقصوراً على معين. والأجير الخاص هو: مَنْ يُسْتَأْجَر مدة محددة لأداء عمل لشخص معين بحيث لا يتقبل عملاً من غيره مدة الإجارة .

وفي عقد الصيانة قد يكون الصائن ممن يعمل لجميع الناس، فتطبق عليه في هذه الحالة أحكام الأجير المشترك، وهذا هو الغالب، وقد يكون الصائن يعمل لشخص معين كما لو اتفق صاحب مصانع مع شخص ليتفرغ لصيانة مصانعه بأجر شهري، فتطبق عليه أحكام الأجير الخاص .

والمعقود عليه في عقد الصيانة عندما يكون الصائن أجيراً مشتركاً هو العمل، ولذا يجب أن يعين تعييناً ينتفي معه الغرر المؤدي إلى فساد العقد، كما يجب أن يكون الأجر معلوماً، أما المعقود عليه بالنسبة للصائن عندما يكون أجيراً خاصاً فهو منفعتة أو وقته في المدة التي يعمل فيها، لهذا يجب أن تكون المدة معينة في العقد^(١) .

(١) تنص المادة (٣٨٠) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م (السوداني) على الآتي :
- يجب في عقد المقاوله وصف محله، وبيان نوعه وقدره . وطريقة أدائه ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله من مقابل . وهي مطابقة للمادة (٧٨٢) من القانون المدني الأردني، مع استبدال كلمة (مقابل) بكلمة (بدل) .

٢ - تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد، والمحتاج إلى مادة،
والمتعهد بالمادة هو صاحب الشيء المصون :

هذا النوع من عقود الصيانة كالنوع الأول يكون فيه الصائن إما أجيراً مشتركاً، أو أجيراً خاصاً، تُطبَّق عليه أحكامهما، ويضاف إلى هذا النوع أن المادة التي يقدمها صاحب الشيء المصون تكون أمانة في يد الصائن يضمنها إذا تعدى أو قصر في حفظها باتفاق الفقهاء، إما إذا تلفت من غير تعدٍّ أو تقصير، فإن كان الصائن أجيراً خاصاً فإنه لا يضمن باتفاق الفقهاء أيضاً، وإن كان أجيراً مشتركاً فإن في تضمينه وعدمه الخلاف المشهور بين الفقهاء^(١).

٣- تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد، والمحتاج إلى مادة و المتعهد
بالمادة الصائن :

هذا النوع من عقود الصيانة يتضمن عقد إجارة كما في النوع الأول والثاني، ويتضمن عقد بيع للمواد من الصائن إلى صاحب الشيء المصون، فهو عقد اجتمع فيه عقدان: البيع والإجارة، فهو صفتان في صفقة، فهل يشمل النهي الوارد في حديث صفتين في صفقة؟

عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال :

(١) ذكر قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ السوداني هذه الأحكام في عقد المقاوله في المادة (٣٨١) والمادة (٣٨٤) وهذا نصهما:

المادة (٣٨١ - ٢): إذا كان صاحب العمل هو الذي قدم مادة العمل وجب على المقاول أن يحرص عليها وإن براعي في عمله الأصول الفنية، وإن يردّ لصاحبها ما بقي منها، فإن وقع خلاف ذلك تفلتت أو تعيبت أو فقدت، فعليه ضمانها. المادة (٣٨٤): يضمن المقاول ما تولّد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان بتعديه أم تقصيره أم لا، وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه، وهاتان المادتان مطابقتان للمادتين (٧٨٣) و(٧٨٦) من القانون المدني الأردني.

نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة^(١).

هذا الحديث قال بعض العلماء أنه موقوف، وعلى فرض رفعه فقد اختلف في تفسيره، فقد فسره سماك، وهو أحد رواته، بأن يبيع الرجل البيع فيقول: هو بنسا بكذا وكذا، وهو بنقد بكذا وكذا^(٢).

وهو أيضاً تفسير لأبي عبيد القاسم بن سلام فقد قال: صفقتان في صفقة أن يقول الرجل للرجل: أبيعك هذا نقداً بكذا، ونسيئةً بكذا، ويفترقان على ذلك^(٣).

وهذا هو أحد التفاسير لبيعتين في بيعة^(٤).

فعلى هذا التفسير فإن مسألتنا لا تدخل في النهي الوارد في هذا الحديث، ولكن التحقيق أن بيعتين في بيعة أخص من صفقتين في صفقة؛ لأنه في نوع خاص من الصفقات هو البيع^(٥)، أما صفقتان في صفقة فإنه يشمل البيع وغيره من الصفقات، فيدخل فيه الجمع بين عقدين في عقد واحد أياً كان نوع العقدين، فالجمع بين البيع والإجارة، أو البيع والإعارة، أو البيع والسلف، أو البيع والشرط... كل ذلك ونحوه من صفقتين في صفقة، ولكن هل يتناول النهي كل ما يصدق عليه لفظ صفقتين في صفقة؟

(١) روى هذا الحديث أحمد في مسند: ٣٩٨/١، وأخرجه أيضاً البزار والطبراني في الكبير والأوسط، ولفظ الطبراني في الأوسط: قال رسول الله ﷺ: «لا تحل صفقتان في صفقة»، ولفظه في الكبير: «الصفقة بالصفقتين ربا» وهو موقوف: متقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار: ٢٤٨/٥-٢٤٩.

قال في مجمع الزوائد: رجال أحمد ثقات: ٨٤/٤، ولكن البزار أعل بعض طريقه، ورجح وقفه، وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام فتح القدير: ٢١٨/٥.

(٢) مسند الإمام أحمد: ٣٩٨/١.

(٣) فتح القدير: ٢١٨/٥.

(٤) انظر كتاب الغرر وأثره في العقود، ص ١٠٢.

(٥) فتح القدير: ٢١٨/٥.

لفظ الحديث عام ولكن الفقهاء لم يأخذوا بهذا العموم، فالمالكية يمنعون الجمع بين كل عقدين بينهما تضاد، ولذلك منعوا الجمع بين البيع وأحد العقود الستة، وهي: الجعالة، والمساقاة، والقراض، والصرف، والشركة، والنكاح^(١)، وجوّزوا الجمع بين البيع والإجارة. جاء في المدونة: (قلت): رأيت إن استأجرت رجلاً على أن يبني لي داري على أن الجص والآجر من عند الأجير، (قال): لا بأس بذلك، (قلت): وهو قول مالك، (قال): نعم، (قلت): لِمَ جوّزه مالك، (قال): لأنها إجارة وشراء جص وآجر صفقة واحدة...^(٢).

فتكييف هذا النوع من عقد الصيانة بالبيع والأجارة مقبول حسب مذهب المالكية، وهو الصواب عندي.

ويجب إن أخذنا بهذا التكييف تحقق شروط كل من عقد البيع وعقد الإجارة في هذا النوع من عقد الصيانة، ولكن يبدو لي أن تحقق شروط البيع غير ممكن، ولهذا فإن الأولى عندي، إذا كان صاحب العمل لا يقدم المادة بنفسه، أن يوكل الصائن بشرائها، فيكون تكييف العقد في هذه الصورة إجارة ووكالة بالشراء، ولا مانع من هذا.

٤ - تكييف عقد الصيانة المشروط في عقد البيع على البائع:

قد يشتري شخص سلعة من السلع التي تحتاج إلى صيانة، ويشترط على بائعها أن يقوم بصيانتها مدة من الزمن، فيجتمع في العقد بيع وشروط، وقد ورد في هذا حديث هو حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشروط^(٣).

(١) الفروق: ١٤٢/٣.

(٢) المدونة: ٥٥/١١، وانظر أيضاً: ٤٥/١١.

(٣) هذا الحديث رواه عبد الحق في أحكامه، الحطاب: ٣٧٣/٤؛ ورواه أبو حنيفة، قال =

وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في العمل بهذا الحديث، فأخذ به الحنفية والشافعية في الجملة، ولم يأخذ به الحنابلة، وأخذ به المالكية في موضعين، أحدهما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد، والثاني الشرط الذي يعود بخلل في الثمن^(١).

ومن الأمثلة التي يذكرها الفقهاء للبيع والشرط التي تعيننا في تكييف مسألتنا ما إذا اشترى شخص ثوباً على أن يخيطه البائع قميصاً:

قال الحنفية البيع فاسد، لأن الخياطة يقابلها شيء من الثمن فهو شرط إجارة في بيع، فيكون من صفتين في صفقة^(٢).

والبيع فاسد أيضاً عند الشافعية لحديث النهي عن بيع وشرط؛ ولأنه شرط ينافي مقتضى العقد^(٣).

والبيع جائز عند الحنابلة، قال ابن قدامة المقدسي: «ويصح أن يشترط المشتري نفع البائع في المبيع، مثل أن يشتري ثوباً، ويشترط على بائعه خياطته قميصاً»^(٤).

والعقد صحيح عند المالكية على أصل مذهبهم في جواز اجتماع البيع

= ابن رشد: رُوي عن أبي حنيفة أنه روى أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط؛ بداية المجتهد: ١٦/٢، قال ابن عرفة لا أعرف هذا الحديث إلا من طريق عبد الحق، الحطاب: ٣٧٣/٤؛ وقال ابن قدامة المقدسي: حديث النهي عن بيع وشرط ليس له أصل، وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مروياً في مسند فلا يعول عليه - الشرح الكبير على المقنع: ٥٣/٤.

(١) الميسوط: ١٣/١٣؛ وبداية المجتهد: ١٦/٢؛ والمهذب: ٢٦٨/١؛ والشرح الكبير: ٤٩/٤.

(٢) فتح القدير: ٢٢١/٥.

(٣) المهذب: ٢٦٨/١؛ ونهاية المحتاج: ١٤٣/٣؛ ٥٨.

(٤) الشرح الكبير: ٤٩/٤.

والإجارة^(١)، وبناء على ما تقدم فإن هذا النوع الرابع من عقود الصيانة يكيف على أنه (بيع وشرط)، وهو جائز عند المالكية والحنبلية .

٥ - تكييف عقد الصيانة المشروط في عقد الإجارة على المؤجر أو المستأجر :

صيانة العين المؤجرة على المؤجر ؛ لأنه هو المالك للعين ، والمستأجر يملك المنفعة ، وعلى مالك العين تمكينه من الانتفاع .

جاء في المدونة : «(قلت) : أرأيت إن استأجرت داراً على من مرمة الدار، وكنس الكنيف، وإصلاح ما بها من الجدران والبيوت، (قال) : على رب الدار، (قلت) : وهذا قول مالك؟ (قال) : سألنا مالكا عن الرجل يكتري الدار ويشترط عليه أنه إن انكسرت خشبة أو احتاجت الدار إلى مرمة يسيرة كان ذلك على المتكاري، (قال مالك) : لا خير في ذلك إلا أن يشترط من كرائتها، فهذا يدل على أن المرمة كلها في قول مالك على رب الدار»^(٢) .

وجاء في المغني : على المكري بناء حائط إن سقط وإبدال خشبة إن انكسرت، وعليه تبليط الحمام . . . وإن شرط هذا على المكترى فالشرط فاسد؛ لأن العين ملك للمؤجر فنفتتها عليه»^(٣)

٦ - تكييف عقد الصيانة المشروط في عقد المقاولة على المقاول :

قلنا إن عقد المقاولة هو عقد يتعهد فيه المقاول بصنع شيء أو أداء عمل، وإن عقد الصيانة يندرج في عقد المقاول^(٤)؛ لأن الصائن يتعهد فيه بأداء عمل من نوع خاص، وقد يتعهد المقاول بصنع شيء ويلتزم بصيانتته

(١) انظر ص ١١٥ .

(٢) المدونة: ١١/١٥١ .

(٣) المغني: ٥/٤٥٨ .

(٤) انظر ص ١٠٥-١٠٦ .

مدة من الزمن ، فيجتمع عقد الصيانة والمقاولة في عقد واحد، كما لو تعهد مقاول بإقامة مصنع وتعهد أيضاً بصيانته لمدة عشر سنين .

تكيف هذه المعاملة هو أنها عقد إجارة على صناعة الشيء وصيانته إذا كانت المادة من صاحب العمل ، وعقد إجارة وبيع إذا كانت المادة من المقاول ، وكل هذا جائز شرعاً كما بينا^(١) .

هذا وقد نص قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م السوداني في المادة (٣٨٦) ، والقانون المدني الأردني في المادة (٧٨٨) عند الكلام عن التزامات المقاول على الآتي :

- إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان أو أقاماه من منشآت ، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول .

هذه المادة تعني أن المقاول ملزم بنص القانون بصيانة ما بناه لمدة عشر سنوات ، ويجوز أن يكون الالتزام بالصيانة لمدة أكثر باتفاق الطرفين .

تكيف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة :

خرّج أو كيّف بعض الباحثين عقد الصيانة تكيفاً يختلف عن التكيف الذي ذكرته ، فكيفه بعضهم على أنه (جعالة) من هؤلاء الباحثين الأستاذ الدكتور يوسف قاسم .

يقول الدكتور يوسف :

(١) انظر ص ١١٣ ، ١١٥ .

«يمكن أن يُنظر إلى بعض عقود الصيانة بحيث نستطيع تخريجها على أساس أنها من عقود الجعالة ، مثال ذلك إذا أعلنت إحدى الشركات أن الذي يقوم بعملية صيانة شاملة للمصنع المملوك لها والكائن في مكان كذا ، فإنها تقدم له مكافأة إجمالية شاملة قدرها كذا ، والحال أن هذا الإعلان موجّه للمهندسين المتخصصين في صيانتهم هذا النوع من المصانع . فلا شك أن هذا العقد يكتف على أنه عقد جعالة»^(١) .

ومن الباحثين الذين كيفوا عقد الصيانة بأنه عقد جعالة الأستاذ الدكتور أحمد الحجبي الكندي ، يقول الدكتور الحجبي :

«الجعالة أقرب العقود قاطبة إلى عقد الصيانة مما يمكن معه إدخالها فيها ، وترتب شروطها وأحكامها على وفقها»^(٢) .

ومنهم الأستاذ عز الدين محمد توني ، يقول الأستاذ عز الدين :

«النظر في تخريج بعض عقود الصيانة على عقد الجعالة :

الجعالة عقد يقع على عمل الإنسان نظير عوض ، والصيانة كذلك عقد يقع على عمل للإنسان نظير عوض . وكما ذكرنا من قبل فإن أهم ما يميّز عقد الجعالة أنه عقد جائز فلكل من الطرفين فسخه ، وأن العوض فيها لا يُستحق إلا بتمام العمل ، وأن العمل فيها يجوز أن يكون مجهولاً . . .

وإذن يمكن أن يتمخض عقد الصيانة عقد جعالة إذا تحققت في العقد هذه الأمور .

(١) بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة بيت التمويل الكويتي ، شوال ١٤١٤ هـ ، ومنشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي ، العدد ١٨٤ ، السنة السادسة عشرة ربيع الأول ١٤١٧ هـ يوليو ١٩٩٦ ، ص ١٩٦ .

(٢) بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة بيت التمويل الكويتي ، ١٤١٦ هـ ١٩٩٥ م ، ص ٩ .

فلو أن بيت التمويل أعلن في الصحف أن مَنْ قام بإصلاح أجهزة التكييف في المبنى الكائن بشارع كذا فله كذا، فتقدمت إحدى الشركات، وتعاقد بيت التمويل معها، وذكر في العقد نوع العمل وتحديد قدر العوض، ثم ذكر في العقد أن الشركة لا تستحق هذا العوض إلا بعد تمام العمل، وأنها لو تركت العمل قبل إتمامه لا تستحق شيئاً، ووافقت الشركة على ذلك كان هذا العقد عقد جعالة مسمى باسم الصيانة»^(١).

وقد أخذت الندوة الفقهية الرابعة بالكويت (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م) برأي هؤلاء الأساتذة فجاء في قرارها ما يلي:

- تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة:

عقد الصيانة عقد مُستحدث مشروع تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود، ولا يخالف نصاً أو قاعدة شرعية عامة، وهو في تكييفه الفقهي أقرب ما يكون إلى عقد الجعالة حيث إن معظم صور الصيانة لا يمكن فيها تحديد مقدار العمل بشكل دقيق.

وبعد تحديد جنس العمل ونوعه ومحل العمل والمقابل والزمن وما فيه من جهالة أو غرر فهو من اليسير المغتفر الذي لا يؤدي إلى النزاع بالرجوع إلى المتعارف عليه في كل مجال، (هكذا) وهذا بالنسبة لعقد الصيانة بدون الالتزام بقطع الغيار.

أما إذا كان العقد شاملاً لقطع الغيار فيختلف الحكم بين الحالتين
الاثنين:

الحالة الأولى: أن يلتزم مالك العين المطلوب صيانتها بتقديم قطع الغيار من عنده عيناً، أو يلتزم بدفع ثمنها المحدد ممن يقدمها، وهذه

(١) بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة، بيت التمويل الكويتي ١٤١٦هـ - ١٩٩٥هـ، ص ١٤.

الصورة جائزة شرعاً؛ لأنها إما جعالة . أو جعالة رافقها بيع^(١) .

الحالة الثانية: أن تلزم الجهة المتعهدة بالصيانة بتقديم قطع الغيار مع العمل، فهناك صورتان:

الصورة الأولى: أن تكون الصيانة دورية، وقطع الغيار معلومة بالرجوع إلى العرف من حيث تحديد عددها وصفاتها وعمرها الافتراضي ووقت تبديلها، فهذه الصورة جعالة جائزة أيضاً^(٢). ويمكن التعاقد على العمل بعقد واحد حيث يغتفر الجهالة اليسيرة (هكذا).

الصورة الثانية: أن تكون قطع الغيار غير قابلة للتحديد عند التعاقد بالرجوع للعرف أو مراعاة الطبيعة التقنيه للمعدات، ويقع التفاوت الكبير في تكلفتها ففي هذه الصورة لا يجوز التعاقد على التزام الجهة المتعهدة بالصيانة للقيام بالعمل وتقديم قطع الغيار، وذلك للجهالة الكبيرة المؤدية للنزاع^(٣).

تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة غير مقبول عندي؛ لأن عقد الصيانة عقد لازم بالنسبة للطرفين، وعقد الجعالة غير لازم بالنسبة للمجموع له، فله أن يتخلى عن العمل في أي وقت يشاء، وغير لازم أيضاً بالنسبة للجاعل قبل شروع المجموع له في العمل^(٤)، وهذا وحده يكفي لبطلان التكييف بالجعالة، وزيادة على ذلك فإن عقد الجعالة يجوز أن يكون العمل فيه مجهولاً، وعقد الصيانة يشترط فيه معرفة العمل، وعقد الجعالة لا يستحق فيه العوض إلا بتمام العمل، وعقد الصيانة يجوز أن يدفع فيه العوض عند

(١) مرافقة البيع للجعالة غير ظاهرة في هذه الحالة .

(٢) هذه هي الصورة التي يجتمع فيها البيع مع الجعالة .

(٣) مجلة الاقتصاد الإسلامي العدد (١٧٧) السنة الخامسة عشرة، شعبان ١٤١٦ هـ، ديسمبر

١٩٩٥م، ص ٥٧٩ .

(٤) انظر بحث الدكتور يوسف، ص ١٩٦؛ والدكتور عز الدين، ص ١٤ .

العقد، أو في أثناء العمل، أو بعده حسب اتفاق الطرفين^(١).

ولو طَبَّقْنَا أحكام عقد الجعالة على عقد الصيانة كما يقول الدكتور الحججي^(٢) لأصبح عقد جعالة لا عقد صيانة.

والمثال الذي ذكره الدكتور يوسف هو عقد جعالة محله صيانة المصنع تطبق عليه أحكام الجعالة، وليس عقد صيانة، والمثال الذي ذكره الدكتور عز الدين هو أيضاً عقد جعالة، وقد اعترف الدكتور عز الدين بهذا في قوله آخر المثال: «كان هذا العقد عقد جعالة مسمى باسم الصيانة».

أما قرار الندوة فقد بدأ بداية جيدة حيث اعتبر عقد الصيانة عقداً مستحدثاً مشروعاً تطبق عليه الأحكام العامة للعقود، ولكنه عاد فجعله عقد جعالة فقط إذا كان بدون الالتزام بقطع الغيار، وعقد جعالة رافقه بيع إذا كان مع الالتزام بقطع الغيار، وإذا كان التكييف بالجعالة غير مقبول عندي فالتكييف بالجعالة والبيع^(٣) أولى بعدم القبول.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه . . .

الدكتور الصديق محمد الأمين إضرير

(١) انظر بحث الدكتور عز الدين، ص ١٤.

(٢) انظر بحث الدكتور الحججي، ص ٩.

(٣) راجع ما كتبه عن صفتين في صفقة، ص ١١٣-١١٤.

عقود الصيانة وتكييفها الشرعي

عقد الصيانة

إعداد

آية الله محمد علي التسخيري - مرتضى الزبيري

الجمهورية الإسلامية الإيرانية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله
الأطهار وصحبه الأخيار .

عقد الصيانة

من المعاملات المستحدثة عقد الصيانة . والبحث عنه يقع من
ناحيتين :

١ - حقيقة الصيانة وأنواعها .

٢ - حكمها من ناحية الشريعة المقدسة .

أهمية الصيانة :

الأدوات والأجهزة المستحدثة في حياتنا الفردية والاجتماعية ؛
كأدوات المنزل ووسائل الانتاج والنقل ، ووسائل الحرب ، والآلات المهنية
المختلفة ، قد تحولت من وسائل بسيطة إلى أجهزة معقدة ، فهي تستوجب
المراجعة من قبل المتخصصين لصيانتها وإصلاحها ، وربما تبديل بعض قطع
غيارها ، وكذلك الحال بالنسبة إلى حفظ المشاريع الصناعية والعمرانية .

ولذا كانت فكرة عقد الصيانة من لوازم الاستفادة الصحيحة من هذه
الأجهزة الحديثة والمتطورة ، ومن لوازم حفظ المشاريع الصناعية والعمرانية
المهمة ودوامها ، وتجنب حصول العطل فيها بسبب عدم توفر المتخصص
أو قطعة الغيار التي يلزم تبديلها في وقت الحاجة .

تعريف الصيانة :

الصيانة هي : الاتفاق في عقد مستقل أو في ضمن عقد معين بين الشركة أو المتخصص ، وبين صاحب المال ، للقيام بخدمات الإدامة وإصلاح المال في مدة معينة ، لكي يبقى صالحاً للاستفادة المطلوبة في مقابل أجره معينة .

أنواع الصيانة :

الاتفاق على الصيانة يمكن أن يتحقق بصور مختلفة لكل منها آثار وأحكام خاصة . فإن الاتفاق على الصيانة كما يمكن أن يتحقق في ضمن شرط في عقد بيع أو إجارة ، كذلك يمكن أن يتحقق في عقد مستقل .

وكذلك الملزم به كما يمكن أن يكون صرف استعداد المتخصص للقيام بخدمات الصيانة ، مع كون أجره العمل خارجاً عن الاتفاق ، كذلك يمكن أن يكون مشتملاً على أجره عمل الصيانة ، فيكون الاتفاق على الصيانة ملحوظاً فيه أجره الإصلاح وتبديل قطع الغيار ، أي لا تكون لهما أجره مستقلة .

فقبل الدخول في البحث نشير إلى الأشكال المختلفة للاتفاق على الصيانة ، ثم نتعرض لأحكامها .

الأشكال المختلفة للاتفاق على الصيانة :

الشكل الأول : الاتفاق على الصيانة كعقد مستقل بين صاحب المال وبين الشركة أو المتخصص ، على مجرد عرض خدمات الإدامة ، ويكون الإصلاح وتعويض قطع الغيار عند اللزوم بإجرة مستقلة عن أجره الخدمات المتفق عليها في ذلك العقد .

الشكل الثاني: نفس الصورة السابقة مع كون أجره الإصلاح وتبديل قطع الغيار وسائر الخدمات منضمّاً إلى أجره الخدمات في عقد واحد .

الشكل الثالث: كون الصيانة شرطاً في ضمن عقد البيع أو الإيجار، وكان المشروط به هو الاستعداد لتوفير خدمات الصيانة عند الحاجة، مع كون أجره الإصلاح والخدمات وثمان قطع الغيار مستقلة عن هذا العقد .

الشكل الرابع: نفس الصورة السابقة مع كون أجره الإصلاح والخدمات داخلة في العقد الأول أي عقد البيع والإيجار الذي قد اشترطت فيه الصيانة .

الشكل الخامس: كون عقد البيع أو الإيجار مشروطاً بتبديل أو إصلاح المبيع أو المال المستأجر عليه لو طرأ عليه عيب معيّن إلى مدة معلومة بدون أخذ الإجره أو الثمن على ذلك، وهو ما يسمى بضمانة الصيانة لمدة معلومة . وتفترق هذه الصورة عن الصورة السابقة في أن الملحوظ فيه هو التحفظ عن العيوب المخفية أو العيوب غير المتوقعة في المبيع . ويكون هذا الشرط بنحو شرط النتيجة، أي كون ذمة البائع مشغولة بالتبديل أو الإصلاح فيما لو طرأ على المبيع عيب، وهذا بخلاف الصورة السابقة فإن الشرط فيها على نحو شرط الفعل، أي تعهد المشروط عليه بالقيام بالفعل وهو التعمير والإصلاح بدون أن يكون هناك اشتغال ذمة - أي ضمان بشيء - وضماً - والملحوظ فيه هو المحافظة على المبيع بإجراء خدمات الإدامة .

وبما أن أحكام بعض هذه الأشكال متداخلة لذا نعقد البحث في ثلاث

صور:

الصورة الأولى - الاتفاق على الصيانة في عقد مستقل :

كما لو تم بين مالك الجهاز وبين المهندس المتخصص أو الشركة اتفاق على أن يقوم المهندس أو الشركة بخدمات الإدامة في فترات معينة،

وتبديل قطع الغيار عند الحاجة في مقابل أخذ إجرة معينة إلى مدة معلومة .

حقيقة هذا الاتفاق وحكمه الشرعي :

لمعرفة الحكم الشرعي لهذا النوع من التعاقد الذي هو من المعاملات المستحدثة لا بد من اتباع الطرق الآتية :

أولاً: عرض هذه المعاملة على المعاملات الشرعية التي كانت قائمة في ذلك الوقت والمقارنة بينهما لمعرفة حقيقة هذه المعاملة .

ثانياً: تطبيق إحدى القواعد العامة على هذا العقد لو لم نجد ما يماثلها في الإسلام .

ثالثاً: وبعد العجز عن الوصول إلى نتيجة عبر هذين الطريقتين يتم الانتقال إلى الأصول العملية .

عرض عقد الصيانة على المعاملات الشرعية :

قد يقال إن هذا الاتفاق إذا تحقق في عقد مستقل هو نوع من الإيجار بين صاحب المال كمتأجر، وبين المتخصص أو الشركة كأجير في مدة معينة للقيام بخدمات الإدامة في فترات معينة، وكذلك الإصلاح وتغيير قطع الغيار عند اللزوم كإجارة الخياط نفسه لخياطة الثوب أو الحارس للحراسة عن مال خاص، فأركان الإجارة من حيث وجود المستأجر والأجير والمنفعة، وهي الصيانة التي تكون متعلق التمليك هنا، متوفرة .

لكن التحقيق هو أنه لا يمكن إرجاع بعض أقسام الصيانة كالشكل الثاني إلى الإجارة الصحيحة، من جهة عدم وجود التحديد في ناحية المنفعة، لاشتغالها على القيام بالإصلاح وتغيير قطع الغيار عند اللزوم بدون أخذ ثمن قطعة الغيار أو أجره الإصلاح مستقلة عن عقد الصيانة، فعقد الصيانة حينئذٍ يشتمل على تمليك عين ومنفعة غير محددة، والحال أنه لا بد في عقد الإجارة

من كون متعلق الإجارة منفعة محددة .

على أن المرجع في تشخيص حقيقة المعاملات هو العرف وكيفية الإنشاء الرائج بين الناس، والعرف لا يرى عقد الصيانة داخلياً في باب الإجارة لإن الإجارة، في نظر العرف تتقوم بحصول سلطنة فعلية منجزة على المنفعة، والحال أن عقد الصيانة لا ينتج سلطنة من هذا القبيل .

ومجرد الإمكان العقلي لإنشاء هذه المعاملة (الصيانة) على نحو الإجارة أو الصلح لا يغير نظر العرف، والواقع في الخارج من عدم وقوع عقد الصيانة بهذه الصياغة، إذ العقود أمور اعتبارية يتبع حقيقتها الاعتبار الموجود في الخارج وكيفية الإنشاء، وليست لها حقائق منفصلة عن الاعتبار والإنشاء حتى يكون هو الملاك والموضوع . بل لكل عقد حقيقته الاعتبارية التي لا بد لتشخيصها من مراجعة العرف وكيفية الإنشاء المتعارف عندهم .

فمجرد التشابه بين عقدين في بعض الأركان لا يجعلهما يحملان عنواناً واحداً . فمثلاً عقد النكاح وإن كان هو تملك البضع وهي منفعة، ولكنها لا تسمى إجارة شرعاً ولا عرفاً بل هو عقد مستقل له أحكامه الخاصة، وكذلك عقد المزارعة والمساقاة .

ومن هنا علم أن إرجاع هذا العقد إلى الجعالة أو الهبة المعوضة أو الصلح أيضاً لا يخلو من تعسف، وذلك لعدم مساعدة العرف وكيفية إنشاء الواقع في الخارج على ذلك .

فالصحيح هو أن عقد الصيانة من العقود المستحدثة التي لها خصوصيات تجعلها متميزة عن العقود الأخرى . فهذا العقد بهذه الصورة ليس بيعاً ولا إجارة ولا غيرهما، وإنما هو عقد مستقل له كيانه الخاص وشروطه وآثاره الخاصة به، ولا ينبغي صهره في بوتقة عقد آخر . نعم باعتباره عقداً لا بد من توافر أركانه وهي: العاقدان، والمعقود عليه، والإيجاب، والقبول،

وكذلك شروطه العامة . ولا بد من البحث عن حكمها الشرعي كعقد مستقل مستحدث .

عرض عقد الصيانة على القواعد العامة

الصحيح أن عقد الصيانة وإن كان عقداً مستحدثاً ولكنه عقد شرعي كسائر العقود التي لا إشكال في شرعيتها، وذلك لأنه عقد مشتمل على الإيجاب والقبول وسائر الأركان والشرائط اللازمة لصحة العقد، فيكون مشمولاً للعمومات القاضية بالوفاء بالعقد مثل قوله تعالى : ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة : ١] .

وقول النبي ﷺ : «المؤمنون عند شروطهم»^(١) ، «والمسلمون عند شروطهم»^(٢) .

وكونه عقداً مستحدثاً غير معهود في زمن النبي ﷺ لا يوجب عدم شمول إطلاق وعموم تلك الأدلة لمثل هذا العقد . فإن الظاهر من قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أن الموضوع للوفاء هو كل إنشاء أمكن اتصافه بكونه عقداً سواء كان متداولاً أم غير متداول . فإن قيد التداول أمر زائد يحتاج بيانه إلى دلالة زائدة، ومع فقدها يؤخذ بظاهر العموم في كلمة العقود، ويحكم بصحة كل عقد ما لم يكن فيه خلل ممنوع شرعاً من قبيل الربا أو الغرر أو نحوه . واحتمال كون اللام في العقود للإشارة إلى العقود المتعارفة في زمن نزول الوحي خلاف المتبادر منه عند الإطلاق . على أن النظر في الأدلة الواردة في المعاملات يدلنا على أن الأصل في المعاملات هو إمضاء ما تعارف بين الناس من أصناف المعاملات والتجارات والحكم بصحته إلا في موارد

(١) الوسائل، الباب ٤٠ من أبواب المهور، كتاب النكاح .

(٢) الوسائل، الباب ٦ من أبواب الخيار؛ صحيح البخاري مع الفتح كتاب الإجارة :

٤٥١/٢؛ سنن أبي داود مع عون المعبود : ٥١٦/٩؛ الحاكم : ٤٩/٢ .

خاصة، مثل استلزامه للربا أو الغرر أو ما شاكل ذلك من المحظورات الشرعية .

ولا يفرق في البين بالنسبة إلى الالتزام بألفاظ خاصة سواء في الإيجاب أو القبول، ولا داعي للاقتصار على لفظ خاص بعد أن كان للمنشئ أن يبرز ما في نفسه بأي مبرز كان .

ولكن قد يُشكّل في صحة هذه المعاملة من جهة كونها مشتملة على الغرر والتعليق، أما الغرر فلعدم معلومية مقدار الحاجة إلى الإصلاح وتبديل ما ينبغي تبديله من قطع الغيار . وأما التعليق فلكون التعمير والإصلاح معلقاً على طروء العيب، فالمعاملة باطلة من ناحية اشتغالها على ما هو محظور شرعاً من الغرر والتعليق في المعاملة .

ولكن التحقيق أن ما ذكر لا يصلح أن يكون موجباً لفساد المعاملة .

أما لزوم الغرر فأولاً: أن متعلق العقد ليس هو الصيانة الخارجية، بل هو عبارة عن استعداد الشركة أو الشخص للقيام بالخدمات اللازمة للإدامة وإصلاح الأجهزة وتبديل قطع الغيار عند الحاجة، وهو أمر معلوم معين ليس فيه جهالة وخطر في نظر العرف، نظير استئجار شخص للحراسة فإن الحراسة هي القيام بالحفظ، والاستعداد للمواجهة مع اللصوص، وعدم معلومية وجود لص لا يوجب الجهالة في متعلق العقد وهو الحراسة عرفاً .

وثانياً: النسبة المئوية لاحتمال طروء العيب في الأجهزة معلومة أو قابلة للتخمين، وذلك من خلال التجربة والإحصائيات والاختبارات العلمية الحديثة، ومع إمكانية كهذه لا يكون الإقدام على عقد من هذا القبيل إقداماً على أمر مجهول فيه خطر .

هذا مع أن الدليل القائم على ممنوعية الغرر في المعاملة هو الحديث

المروي عن النبي ﷺ: بأنه نهى عن بيع الغرر^(١). وهو - مع ما في سنده من مناقشة - مختص بباب البيع ولا مجال للتعدي عن البيع إلى المعاملات الأخرى، كما نبه عليه الفقهاء في كتبهم.

أما لزوم التعليق:

فقد ظهر جوابه مما سبق، وهو أن متعلق المعاملة في ما نحن فيه ليس هو إلا الصيانة، أي استعداد الشركة أو الشخص للقيام بالخدمات اللازمة عند الحاجة، وهو أمر منجز غير معلق على شيء مثل الحراسة. نعم القيام بالإصلاح الذي هو من لوازم الصيانة المنجزة معلق على طروء العيب، ولكنه ليس متعلق العقد عرفاً بل هو من لوازم المتعلق.

ملاحظة وجواب:

يمكن أن يُشكل في صحة عقد الصيانة بأنه جُمع فيه بين تملك منفعة وعين، فيكون إيجاراً وبيعاً معاً، وهذا لا يصح لأنه يكون من باب الصفقتين في صفقة واحدة. وقد روي أنه نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة^(٢).

توضيح ذلك أن الصائن يقوم بأمرين:

الأول: هو الإصلاح وخدمات الإدامة مما يرجع إلى تملك المنفعة.

والثاني: تبديل قطع الغيار، وهو يرجع إلى تملك العين الخارجية فيكون إجارة وبيعاً معاً.

ولكن هذه الملاحظة غير تامة، وذلك لأن الجمع بين تملك العين والمنفعة لا يوجب تعدد الصفقة ما لم يوجب تعدد الإيجاب والقبول

(١) وسائل الشريعة، الباب ٤٠، أبواب التجارة، حديث ٣.

(٢) مسند أحمد، حديث ٣٥٩٥.

والمثمن والمثمن، بل هو صفقة واحدة بإيجاب وقبول واحد والمثمن والمثمن فيها أيضاً متحد^(١).

أما الجمع بين الصفقتين في صفقة واحدة إنما يصدق فيما لو كان هناك صفقتين لكل منهما إيجاب وقبول، وثمن ومثمن، ولكن ربط أحدهما بالآخر في مقام الإنشاء، كأن يبيع أحد المتعاملين شيئاً للآخر على أن يبيع الآخر شيئاً منه كأن يقول: أبيع لك داري على أن تبيعني دابتك مثلاً. أو أن المراد منه أن يبيع شيئاً بثمانين أحدهما نقداً والآخر نسيئة بأيهما شاء المشتري أخذ من دون أن يوجب أحدهما ويجعله قطعياً، وقد ورد النهي عنه في روايات كثيرة، وقد فسر هذا الحديث - نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة - وكذا نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيع بإحد هذين المعنيين غير واحد من العلماء^(٢).

على أن هذا الحديث أي نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة، غير ثابت من حيث السند، وغير معمول به عند علمائنا^(٣).

وقد صرح أكثر فقهاءنا بصحة الجمع بين البيع والإجارة في صفقة واحدة. وقال المحقق رحمه الله في شرائع الإسلام: «ولو جمع بين شيئين

(١) قال الشهيد الثاني في المسالك: ٢٨٦/٣: «فإن التعدد في البيع بتعدد البائع وتعدد المشتري وتعدد العقد».

(٢) ذكر المعنيين معاً ابن الأثير في النهاية: ١/١٧٣؛ وفي مسند أحمد، (حديث ٣٥٩٥) في ذيل حديث نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة: «قال: أسود قال: شريك قال: سماك الرجل يبيع البيع فيقول: هو بنسأ بكذا وكذا، وهو نقد بكذا وكذا»؛ وقد نقل في فتح القدير: ٢١٨/٥ هذا المعنى عن أبي نعيم وأبي عبيد القاسم بن سلام.

(٣) نعم حديث نهى النبي ﷺ عن بيعين في بيع مروي عندنا بالطريق الموثق (وسائل الشيعة: ١٨/٢٣٠٨٥؛ ملاذ الأخبار: ١١/٤٤٤)، ولكنه غير مربوط بالمقام كما هو واضح على أن المراد منه أحد المعنيين الذين ذكرناهما في معنى الحديث أي أن يبيع شيئاً بثمانين أحدهما نقداً والآخر نسيئة بأيهما شاء المشتري أخذ، أو أن يبيع شيئاً للآخر على أن يبيع الآخر شيئاً منه.

مختلفين في عقد واحد بضمن واحد. كبيع وسلف أو إجارة وبيع أو نكاح صح^(١).

وقال الشهيد الثاني في ذيل هذا الكلام: «لا خلاف عندنا في صحة ذلك كله؛ لأن الجميع بمنزلة عقد واحد والعوض فيه معلوم بالإضافة إلى الجملة، وهو كاف في انتفاء الغرر والجهالة»^(٢).

فتحصّل مما ذكرنا أن الصيانة كعقد مستقل من العقود المستحدثة التي لها مميزاتها الخاصة التي لا توجد في المعاملات المعهودة، ولكن مع ذلك هو عقد صحيح ولازم تشمله أدلة الوفاء بالعقود وليس فيه خلل يوجب الحكم بالفساد شرعاً.

نعم من ذهب إلى توقيفية العقود وأن المشروع من العقود هي العقود المتداولة في عصر نزول الوحي، فله أن يرجع العقود المستحدثة إلى إحدى العقود المعهودة كالصلح مثلاً، وأن يوصي المتعاقدين الملتمزين بالأحكام الشرعية أن يغيروا صياغة الإنشاء لكي يندرج العقد حقيقة في تلك العقود حتى يكون صحيحاً.

الصورة الثانية - الاتفاق على الصيانة كشرط في ضمن البيع أو الإجارة (بنحو شرط الفعل):

كما لو اشترى جهازاً بشرط أن يكون البائع أو وكيله ملزماً بالقيام بخدمات الإدامة والإصلاح إلى مدة معينة (بدون أخذ أجره الإصلاح أو ثمن قطع الغيار مستقلاً أو مع أخذها بنحو شرط الفعل)^(٣).

(١) شرائع الإسلام كتاب التجارة، أحكام العقود.

(٢) مسالك الأفهام: ٢ / ٢٨٠.

(٣) أي كون المشروع عليه (البائع) ملزماً بالقيام بفعل من دون أن يكون ذمته مشغولة وضعاً بشيء فيما لم يقم بذلك بالاختيار، أو لمانع إذ شرط الفعل في العقود لا يقتضي أكثر من =

الصحيح أن هذه معاملة صحيحة مقترنة بالشرط فتشملها أدلة وجوب الوفاء بالعقد والشرط .

ولكن قد يُشكّل في صحة هذا النوع من التعاقد من جهة توجه الإشكالات نفسها التي ذكرناها في الصورة الأولى ، أي الغرر والتعليق وكونه صفتين في صفقة واحدة . ولكن بما أن بين المقامين فرقاً من ناحية مصبّ الإشكال وبعض الأجوبة تشير إليها مع جوابها :

الإشكال الأوّل : أن هذا الشرط يستلزم الغرر ، والغرر موجب لفساد المعاملة .

والجواب :

أولاً : أن ممنوعة الغرر شرعاً ثابت بحديث نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر ، تختص بالقرار الأصلي المعاملي أي المبادلة بين الثمن والمثمن ، أما الشروط الضمنية فما دامت لا توجب حصول الغرر في المشروط أي القرار الأصلي في المعاملة ، فلا يشملها هذا النهي .

توضيح ذلك أن الغرر في الشرط قد يؤدي إلى حصول الغرر في المشروط وقد لا يؤدي إلى ذلك ، مثلاً لو باع الدار بثمن معين واشترط على المشتري خياطة ثوب ودار أمر الخياطة بين نوعين من الخياطة (كالخياطة بدرز أو درزين مثلاً) على نحو الإجمال ، فإن الغرر في الشرط بلحاظ اختلاف قيمته لو ثبت لا يوجب تحقق الغرر في البيع نفسه ، لأن الاختلاف في قيمة الخياطة يكون ضئيلاً بالنسبة إلى قيمة الدار ولا يلزم من زيادتها أو نقصانها

= الوجوب التكليفي والعصيان عند المخالفة بخلاف شرط النتيجة والغاية من الفعل كاعتاق العبد أو كون المال الفلاني لأحد المتعاقدين ، فهو اشتراط كون ذمة المشروط عليه مشغولة بشيء وضماً على ما يأتي توضيحه في الصورة الآتية . نعم يكون للمشتري خيار تخلف الشرط على كل حال عند عدم الوفاء به .

الغرر في أصل المعاملة .

فإن شرط الصيانة في المقام وإن كان فيه إجمال من ناحية عدم معلومية طروء العيب ، ولكن ليس بحدٍّ يوجب الغرر في أصل المعاملة لعدم وجود أي خطر عرفاً فيه على المتعاملين .

ثانياً : لا غرر في الشرط أيضاً بعد معلومية درجة احتمال طروء العيب بالتجربة أو الاحصائيات . إذ الصانع يعرف بالتجربة والإحصائيات مقدار احتمال طروء العيب والاحتياج إلى الإصلاح ، فإقدامه على شرط الصيانة إقدام على أمر معلوم ليس فيه خطر عرفاً .

الإشكال الثاني :

وقد يُشكل في صحة هذه المعاملة من جهة اشتمال شرط الصيانة فيها على التعليق ، إذ القيام بالصيانة معلق على بروز العيب وليس بمنجز ، والتعليق في العقود يوجب بطلانها .

والجواب :

أولاً : لا نسلم وجود التعليق في مثل هذه الشروط التي يلتزم أحد المتبايعين بالقيام بفعل على تقدير حصول شيء في الخارج ، وذلك لأن الشرط هنا هو (الالتزام) والالتزام أمر فعلي منجز يعلمان بتحقيقه ، إنما التعليق في متعلق هذا الالتزام وهو الفعل في الخارج . كما هو كذلك في الواجب المعلق في التكاليف ، وبيان آخر أنه وقع هناك التزام مطلق من أحد المتبايعين بحصة خاصة من الفعل لا الفعل المطلق حتى يكون أصل الالتزام معلقاً^(١) .

(١) قال الشيخ الأنصاري رحمه الله في دفع ما قيل لاعتبار التنجيز في الشروط : ويندفع بأن الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء (فيما لو باع شيئاً بشرط الخياطة على تقدير مجيء زيد مثلاً) لا الخياطة المطلقة ليرجع إلى التعليق إلى أصل المعاوضة الخاصة ؛ (راجع المكاسب ، ص ٢٨٣) .

وثانياً: أن الشرط هو عنوان الصيانة مثل الحراسة وهو عنوان فعلي منجز وإن كان بعض لوازم هذا العنوان كالقيام بالإصلاح أو تغيير قطعة الغيار معلقاً على طروء العيب، فهو كالإجارة على الحراسة، فإن الحراسة عنوان منجز فعلي وإن كان بعض لوازمه كدفع اللص معلقاً على وجوده.

وثالثاً: لا دليل هناك على اعتبار التنجيز في المعاملات غير الإجماع والإجماع المدعى على بطلان التعليق يختص بالقرارات المستقلة في العقود والإيقاعات، ودعوى سريان التعلق من الشرط إلى العقد المتضمن له لأنه جزء من أحد العوضين أو استلزامه المبادلة بثمانين على تقديرين، مما لا دليل عليه عرفاً ولا شرعاً.

وتدل على صحة التعليق في الشرط بالإضافة إلى ما ذكر بعض الروايات الخاصة المنقولة من أهل بيت النبي ﷺ، كصحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام^(١) قال: سألت عن رجل كان له أب مملوك وكان لأبيه امرأة مكاتبة قد أدت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم. فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون له الخيار عليه بعد ذلك، قال عليه السلام: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم^(٢).

الإشكال الثالث:

كون المعاملة مع هذا الشرط من الصفقتين في صفقة واحدة، وهو

-
- (١) وسائل الشريعة: ١٦، باب ١١، أبواب المكاتبة، حديث ١.
(٢) وقد استدلل المحقق النائيني رحمه الله بهذا الحديث على نفوذ الشرط مع التعليق (منية الطالب: ١٢٦/٢) والأمر كما أفاده قدس سره حيث تضمنت الصحيحة صريحاً تعليق الشرط - عدم الخيار - على حريتها وملكها لأمرها.

منهي عنه في الشرع ، وموجب لبطلان المعاملة .

بيان الإشكال : ذهب الحنفية والشافعية إلى أن كل شرط في المعاملة لا يقتضيه العقد ، ولا يلائمه ، وليس مما ورد في الشرع جوازه ، ولا مما جرى به التعامل بين الناس^(١) ، وفيه منفعة لإحد المتعاقدين موجب لبطلان المعاملة ، فإن اشترى ثوباً مثلاً وشرط أن يخيظه البائع قميصاً يكون هذا الشرط فاسداً ومفسداً للمعاملة . وذلك لأنه إن كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط فهو إجارة مشروطة في العقد ، وإن لم يكن بمقابلة شيء من البدل فهو إعارة مشروطة في البيع ، وهو مفسد للعقد^(٢) ، لأنه من الجمع بين صفتين في صفقة واحدة المنهي عنه شرعاً . حيث روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط^(٣) ، وكذلك روي أنه ﷺ نهى عن صفتين في صفقة^(٤) ، وفي رواية أخرى عن بيعتين في بيعة واحدة^(٥) .

ولكن يمكن الإجابة عن هذا الإشكال بأن الرواية الأولى - أي نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط - وكذلك الرواية الثانية - أي نهيه ﷺ عن صفتين -

(١) المراد من هذه القيود والاستثناءات على ما تبين في المصادر الفقهية هو كما يلي :
معنى كون الشرط مما يقتضيه العقد هو كل شيء يقتضيه العقد بلا شرط كاشتراط تسليم المبيع على البائع وتسليم الثمن على المشتري ، فإن العقد يقتضي ذلك بصيغته فإن اشترط ذلك كان صحيحاً . ومعنى كون الشرط ملائماً للعقد كونه مؤكداً لما يوجب للعقد كما لو باع شيئاً بشرط أن يرهن المشتري عنده رهناً ، فإن ذلك الشرط يؤكد معنى البيع . وأما ما ورد في الشرع جوازه كشرط الخيار ، وأما ما جرى به التعامل عند الناس كما إذا اشترى جزمة بشرط أن يخيظ البائع أزارها فإن الشرط في ذلك متعارف فيصح . (يراجع ، الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري : ٢/٢٢٦ ؛ وشرح فتح القدير : ٦/٧٧) .

(٢) يراجع ، المبسوط : ١٢/١٩٩ ، و ١٣/١٨ .

(٣) مجمع الزوائد : ٤/٨٥ .

(٤) مسند أحمد حديث (٣٥٩٥) .

(٥) سنن الترمذي حديث (١١٥٢) ؛ ومسند أحمد (٦٣٣٩) .

في صفقة منها غير ثابتة عندنا من حيث السند وغير معمول بها عند علمائنا^(١)، فإنه لو تم هذا المعنى وكان المراد هو النهي عن أخذ الشرط في البيع لشاع هذا الحكم بين المسلمين واشتهر عندهم وصار من الضروريات كالنهي عن الربا لكثرة ابتلائهم به، إذ من المعلوم أن السيرة العقلانية قد استقرت مدى الأعصار على التعامل مع الشروط التي تجر نفعاً لأحد المتعاملين والنهي عن أمر شائع كذلك يحتاج إلى تأكيد أكثر وتكرار في مختلف الأزمنة، وكذلك هو موجب لكثرة السؤال عن هذا الموضوع خصوصاً مع ملاحظة أن مركز ظهور الإسلام أي مكة المكرمة كان مركزاً للتجارة، ومع فقد هذه الشهرة يطمئن بعدم صدور هذا النهي من النبي ﷺ أو عدم دلالة على هذا المعنى.

على أن كون المراد من قوله عن بيع وشرط، هو أخذ الشرط في عقد البيع مع كون النهي مطلقاً غير مقيد بشيء يلزم منه تخصيص الأكثر المستهجن عرفاً في التخاطب، فإن الشروط الجائزة المتفق على صحتها في جميع المذاهب كثيرة جداً. فالصحيح أن المراد من النهي عن بيع وشرط على تقدير صحته، هو النهي عن شرط خاص كان متداولاً في ذلك الزمان مثل اشتراط زيادة الثمن على تقدير التأخير في أداء الثمن لا مطلق الشرط^(٢).

وأما ما يقال من أنه إن كان بعض البدل بإزاء العمل المشروط فهو

(١) أما الرواية الثالثة وإن كانت تامة من حيث السند، كما صرح بذلك العلامة المجلسي في ملاذ الأخبار: ٤٤٤/١١، ولكنه غير مربوطة بالمقام إذ لا يُتصور في ما نحن فيه تحقق بيعين في بيعة واحدة على أي تقدير، على أن الحديث لا ربط له بأخذ الشرط في العقد أصلاً. كما يأتي توضيحه.

(٢) كما هو المراد من حديث نهى النبي ﷺ عن بيع وشرطين وتدل على هذا المعنى بعض الروايات الواردة من طريق الأئمة من أهل البيت عليهم السلام. كرواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن أبيه عن أبيه عليهم السلام: «أن علياً عليه السلام قضى في رجل باع بيعاً واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيئة كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال: هو بأقل الثمين وأبعد الأجلين...» تهذيب الأحكام: ٦٤/٧.

إجارة مشروطة في العقد، وإن لم يكن بمقابلة شيء من البديل فهو إعارة مشروطة في البيع وهو مفسد للعقد^(١)، لأنه من الجمع بين الصفقتين في صفقة واحدة فغير تام. وذلك :

أولاً: أن أخذ الشرط في المعاملة لا يوجب تعددها وخروجها عن كونها صفقة واحدة مع عدم تعدد الإيجاب والقبول ووحدة الثمن والمثمن .

وثانياً: فلَمَّا حققه فقهاؤنا من أن الثمن لا يقسط على الأوصاف والشروط، ولكن مع ذلك الوصف أو الشرط دخيل في ازدياد ثمن أصل المال بنحو الحيثية التعليلية .

بيان ذلك : إذا باع أحد متين من أرز بدينارين فإن هنا يقسط الثمن أي الدينارين على المثمن وهو الأرز، فيقال : إن كل من من الأرز هو بدينار فازدياد الثمن بازدياد الأرز قلة وكثرة . فدخل ازدياد مقدار الأرز في ازدياد الثمن دخل تقييدي، ويقال : إن هذا الدخل بنحو الحيثية التقييدية .

أما إذا باع المنين من الأرز من النوع الجيد بثلاثة دنانير وباع المتين من الأرز ذي النوع المتوسط بدينارين فإن اتصاف الأرز بكونه نوعه جيداً له دخل في ازدياد الثمن ولكن دخله ليس بنحو يقسط عليه الثمن عرفاً بل يقال : إن الأرز الجيد بدينار ونصف، فالوصف يكون علة في ازدياد ثمن أصل المال لا أن يقابل نفسه بمال، وهذا ما يصلح عند علمائنا بأن دخل الأوصاف والشروط في ازدياد الثمن بنحو الحيثية التعليلية لا التقييدية .

فعلى هذا لا يصدق كون بعض البديل بمقابلة العمل المشروط حتى يكون إجارة مشروطة في العقد، ولا يكون العمل المشترط مجاناً ومما ليس له دخل البديل أصلاً حتى يكون إعارة . بل له جهل في ازدياد أو نقصان قيمة

(١) يراجع المبسوط : ١٣/١٥-١٨ .

أصل المال وإن كان ليس بإزائه مال، فعلى هذا لا يكون أخذ الشرط في المعاملة موجباً لتعدد الصفقة أصلاً. أما معنى الصفقتين في صفقة واحدة فليس هو اشتمال المعاملة على شرط يوجب انتفاع أحد المتعاملين بل معناه كما مر الإشارة إليه هو أما أن يبيع شيئاً بثمانين أحدهما نقداً والآخر نسيئة بإيها شاء المشتري أخذ من دون أن يوجب أحدهما، أو أن المراد منه هو أن يبيع أحد المتعاملين شيئاً للآخر على أن يبيع الآخر شيئاً منه، وعلى أي حال لا ربط لهذا الحديث بأخذ الشرط في العقد أصلاً.

الصورة الثالثة - ضمان الصيانة لمدة معلومة :

في ما إذا كان عقد البيع أو الإجارة مشروطاً بتبديل أو إصلاح المبيع أو المال المستأجر عليه لو طرأ عليه عيب معين إلى مدة معلومة بدون أخذ أجره أو ثمن على ذلك، والشرط هنا كما مرّت الإشارة إليه سابقاً بنحو شرط النتيجة لا الفعل، ولذلك لو لم يقم البائع بتبديل أو إصلاح السلعة المباعة وفقاً للشرائط المعينة يعد مديوناً أي تكون ذمته مشغولة بذلك. فليس هو مجرد وجوب تكليفي فحسب، بل إن الشرط هنا هو أولاً وبالذات هو الحكم الوضعي، أي كون ذمة البائع مشغولة بالتبديل، والحكم التكليفي يترتب على ذلك ثانياً، من وجوب القيام بتفريغ الذمة عند طلب من له الشرط.

هذا النحو من الشرط أيضاً صحيح عندنا، لشمول الأدلة العامة للوفاء بالعقود والالتزام بالشروط له، أما الإشكال من ناحية وجود خلل فيه من حيث الغرر والتعليق فقد ظهر جوابه مما ذكرناه في الصور السابقة.

بقي هنا بحث وهو أنه في هذه الصورة قد يكون البائع هو الصانع أو وكيه الذي يلتزم بضمان الصيانة أي تبديل السلعة على تقدير ظهور العيب في السلعة. وهذا لا إشكال فيه. ولكن قد يكون البائع مالكاً للسلعة من دون

أن يكون هو الصانع ، فقد يلتزم بتبديل السلعة عن طروء العيب من قبل الصانع لا نفسه .

فإنه يُشكل في صحة هذا الشرط بأنه شرط غير مقدور للمشروط عليه الذي هو البائع ، فيكون باطلاً لأن القدرة على الشرط من شرائط صحة الشروط ، كما هو واضح .

ولكن الصحيح هو أن هذا الإشكال غير وارد ، وذلك أن البائع الذي اشترى من الشركة الأصلية المنتجة لهذه السلعة أو من وكيله قد اشترط عليه في ضمن أخذ الوكالة عن الشركة لعرض منتجاته بشرط ارتكازي غير مصرح به ، أو بشرط مصرح بأن يبذل الصانع السلع أو يقوم بإصلاحها وفق شروط معينة ، فمع هذا الشرط يكون البائع قادراً على ما اشترطه من تبديل المال أو إصلاحه عند طروء العيب في مدة معينة ، ولا إشكال من هذه الناحية أيضاً .

فمحصل الكلام في هذا البحث :

١ - أن الصيانة بنحو عقد مستقل من العقود المستحدثة وإرجاعه إلى العقود المعهودة يخالف الواقع الخارجي وكيفية إنشائه .

٢ - عقد الصيانة عقد صحيح شرعاً لشمول الأدلة العامة للوفاء بالعقود له مع عدم وجود خلل فيه شرعاً .

٣ - الصيانة إذا كانت شرطاً في ضمن عقد سواء كان بنحو شرط الفعل أو شرط النتيجة شرط سائغ شرعاً تشمله أدلة الوفاء بالشروط ، وليس فيه أي خلل من ناحية الغرر أو التعليق أو تعدد الصفقة .

آية الله الشيخ محمد علي التستيزي

عقود الصيانة

إعداد
الدكتور منذر قحف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عقود الصيانة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي
الأمي وعلى آله وصحبه أجمعين .

مقدمة :

لا بد للوصول إلى الحكم الشرعي لعقود الصيانة من فهم طبيعة هذه
العقود وأنواعها أولاً . فتحقيق المناط فيها لا يمكن إنجازه إلا إذا قمنا
بوصف كامل وتفصيلي لهذه العقود، وصنفناها في زمر حسب خصائصها،
وما تتضمنه من التزامات متبادلة .

وفكرة صيانة السلع قد تطورت وتوسعت وتعددت أشكالها حتى إنها
طالت في أحياناً كثيرة الخدمات أيضاً . وإذا كان من المتعارف عليه صيانة
المباني والآلات الثابتة والمتحركة ، فإن صيانة الخدمات صارت شائعة
أيضاً، حيث يعمد من يقدم خدمة كالطبيب مثلاً إلى الالتزام بمتابعة ما قدّمه
من خدمة في الزيارة الأولى بزيارة ثانية مجانية، كما شاع ما يمكن أن نسميه
بالصيانة الصحية، حيث يتفق شخص مع مستشفى لتقديم جميع الخدمات
الصحية التي يحتاجها لصيانة صحته أو جسمه، إما عموماً أو لحالة معينة
كالحمل والولادة، وذلك دون تحديد لخصوصيات هذه الخدمات
ومواعيدها ولا ما يتضمنه تقديمها من أعمال ومواد .

ومع تنوع أفكار الصيانة وتطبيقاتها العملية فقد تعددت كيفية وجودها

في علاقات الناس . فقد يقدمها صانع السلعة أو مقدم الخدمة ، أو يقدمها بائع السلعة . وقد يتم هذا بشكل مباشر أحياناً بواسطة مكاتب وورشات إصلاح خاصة بالصنائع أو البائع ، أو بواسطة أشخاص آخرين يتعاقد هو معهم لتقديم الصيانة . وقد يقدم الصيانة أيضاً أشخاص آخرون مستقلون عن صانع السلعة ، أو بائع السلعة أو الخدمة . وهنا أيضاً يمكن أن يقوم المتعاقد نفسه بعمل الصيانة أو أنه يتعاقد مع آخرين لتقديمها على حسابه شأن المفاوض من الباطن .

وكذلك فإن الصيانة قد تكون بعقد مستقل ، أو بشرط في عقد البيع للسلعة أو الخدمة التي تتم صيانتها . وإن كثيراً من نماذج عقود البيع المطبوعة مسبقاً من قِبَل البائع (كبيع السيارات مثلاً) تتضمن شرط الصيانة ، بحيث يعامل هذا الشرط على أنه جزء من عقد البيع ، مما هو غير خاضع للتفاوض في العادة ، وإن كان للمشتري الحق بشطبه والتنازل عنه لو رغب بذلك ، دون أن يؤثر الشطب على سعر البيع ، وبخاصة أن ضمان الصيانة يقدم من المنتج وليس من البائع نفسه في كثير من الأحيان .

والبحث الراهن يدرس الأنواع والأشكال المتعددة لعقد الصيانة ومضمونه وعلاقته بالمسؤولية التقصيرية للمنتج ، وبالعيوب الخفية في السلعة ، وعلاقته بعقود بيع وإجارة الأصول الثابتة أو السلع المعمرة ، وما يترتب على ذلك من علاقة بإمكان إصدار سندات بالأصول الثابتة المؤجرة .

كما سنبحث علاقته بعقد التأمين ، ونشوء ما يسمى بعقد تأمين الصيانة .

وقد حددت موضوعات هذه الورقة بالعناوين التالية :

١ - الصيانة ومعناها ومضمونها وما يمكن أن تشمله من شروط

معتادة .

٢ - عقود مشابهة للصيانة .

٣ - الأشكال التعاقدية للصيانة .

٤ - علاقة الصيانة بالتمويل .

٥ - المؤشرات الشرعية التي تساعد على الوصول إلى الحكم الشرعي لعقود الصيانة .

أولاً - الصيانة : معناها ومضمونها ومشمولاتها وخصائصها الأساسية :

معنى الصيانة :

المعنى اللغوي للصيانة هو الحفظ والوقاية، وليس للعبارة معنى شرعي^(١).

أما معناها العرفي المستخلص من عقود الصيانة، فإنها تعني إصلاح الشيء المعمر (السلع المعمرة)، كلما طرأ عليه عطل أو أذى، من حيث قدرته على إنتاج الخدمات والمنافع المقصودة منه. وهي لا تشمل الحفظ المادي للشيء كأن يوضع في مكان أمين أو في ظل ظروف تناسبه من حرارة ورطوبة أو تشغيله بالطريقة الأمثل لاستمرار منفعه، فإن هذا يعتبر من مسؤولية المالك أو المستعمل، وليس مما يدخل في مسؤولية الصائن أو المتعهد بالصيانة في عقد الصيانة.

(١) لم ترد كلمة صيانة في التعريفات الفقهية لمحمد عميم الإحسان، ولا في أنيس الفقهاء للقنوني، ولا في التدقيق على مهمات التعريف للمناوي، ولا في تحرير ألفاظ التنبيه للنووي، ولا في الدرر النقي لابن عبد الهادي، ولا في التعريفات للجرحاني، ولا في الكليات لأبي البقاء الحسيني الكفوي.

مضمون عقد الصيانة :

أما أهم ما يتضمنه عقد الصيانة في العادة فهو خدمة الإصلاح المتكررة ، فالصيانة هي أصلاً عقد على الإصلاح . فهو يشمل أساساً العمل الذي يقوم به الصائن أو من ينوب عنه لإعادة الشيء إلى عهده الإنتاجي المعتاد ، كلما طرأ عليه تغير كلي أو جزئي (على أحد أجزاء الشيء) يوقف عمله كلياً أو جزئياً ، أو يقلل من جودته أو إنتاجيته المعتادة .

وكثيراً ما تشمل الصيانة تقديم ما يلزم من أعيان إضافة إلى العمل ، أيضاً نحو قطع الغيار ، سواء أكانت الحاجة إلى تغيير القطعة مسببة بفسادها أصلاً ، أم باهلاكها قبل الأوان المقرّر لها في حالة الاستعمال المعتاد (المتوقع أو المرسوم لها) .

وقد تشمل بعض عقود الصيانة الإصلاح المتكرر ، بما فيه من عمل وأعيان ، الذي أصبح ضرورياً نتيجة لسوء الاستعمال أو نتيجة لفعل الغير .

مشمولات عقد الصيانة :

فقد الصيانة هو إذن عقد على عمل أو لاً يشمل عمل المصلح نفسه واستعماله لآلات ومعدات وأدوات مما تحتاجه عملية الإصلاح المتكررة . وكثيراً ما يشمل عقد الصيانة تقديم الأعيان اللازمة للإصلاح بشرط مذكور في العقد نفسه .

ولكننا ينبغي أن نلاحظ أن هنالك شروطاً أخرى كثيرة قد تتضمنها عقود الصيانة نذكر فيما يلي أهمها :

- ١ - التعويض عن الإيراد المفقود لفترة تعطل الشيء عن العمل .
- ٢ - تقديم منفعة مماثلة ، بديلة أو موصوفة ، خلال فترة التعطل عن العمل .

٣- شمول ما قد يضاف من آلات وأجهزة عند المتعاقد خلال مدة العقد دون تحديد مسبق لهذه الآلات والأجهزة .

٤ - شمول قطع الغيار التي تحتاج إلى تغيير بسبب هلاكها بالاستعمال العادي، دون تعدد.

٥ - شمول ما تحتاجه عملية الصيانة من زيوت ومواد كيميائية وغيرها من المستهلكات (قطع قماش ومواد نظافة مثلاً) .

وفي كثير من عقود الصيانة (وبخاصة صيانة السيارات وما شابهها من آلات متحركة) يتم استثناء نوعين من الإصلاحات (بما تحتاجه من عمل وقطع، أو القطع وحدها) وهما:

أ- القطع التي تهترئ بسبب الاستعمال الطبيعي . ومن أمثلة ذلك الاهتراء المتوقع لإطارات السيارات وبطارياتها .

ب - إصلاح ما يحدث بفعل الغير، أو بتعد أو سوء استعمال ولو غير مقصود - كمخالفة التعليمات خطأ - من مستعمل الشيء الخاضع لعقد الصيانة .

فتستثنى عقود صيانة السيارات الإصلاح الذي تحتاجه السيارة بسبب الحوادث أو بسبب خطأ مستعمل السيارة، ومثاله: تلف الإطار قبل أوانه بسبب زيادة ضغط الهواء بداخله أو نقصانه عن الحدود المعتادة المذكورة في تعليمات استعمال السيارة .

وأخيراً، فإن عقد الصيانة قد يترافق مع عقد على عملية تشغيل الآلات والأجهزة . فيكون العقد للتشغيل والصيانة معاً، ويكون تشغيل الآلات هو الأهم في العقد، وتكون الصيانة تابعة له .

ففي المباني الحديثة عدد من الآلات والنظم، منها مثلاً نظام وأجهزة التكييف، ونظام وأجهزة الإنارة والكهرباء، ونظام وأجهزة إطفاء الحريق،

ونظام وأجهزة إيصال الماء للاستعمال، ونظام وأجهزة تصريف المياه المالحة، وغير ذلك. وتكون العادة أن تعمل هذه النظم والأجهزة بصورة مستمرة، بحيث يفوت أيُّ توقف أو تعطل فيها الكثير من المنافع والمصالح. ويكون العقد في كثير من الحالات لتشغيل هذه النظم والأجهزة وصيانتها معاً. فيكون الصائن هو المشغل لها. وهو يلتزم باستمرار هذه النظم بالعمل حسب ما هو محسوب أو متوقع لها وبإصلاح ما يطرأ عليها عند حدوثه.

خصائص عقد الصيانة :

تميز عقود الصيانة بخاصتين هما : الجهالة، والطبيعة التأمينية :

أ- الجهالة :

إن أهم خصيصة لعقد الصيانة، الذي هو أساساً عقد على عمل، هو وجود قدر كبير من الجهالة في العقد، فهناك جهالة في مقدار العمل المطلوب، وجهالة في مواعيد تقديمه. فهو عقد على عمل لإصلاح ما قد يصيب الشيء المطلوب صيانته من أعطال، توقف أو تقلل من سبل المنافع أو المنتجات المتوقعة من ذلك الشيء في عمله الطبيعي.

ويختلف مقدار الجهالة في العمل المعقود عليه في عقد الصيانة من عقد لآخر حسب شروط كل عقد وحسب طبيعة الشيء المصان. ففي بعض عقود الصيانة يكون هنالك حد أدنى متفق عليه من العمل المشمول بالعقد. يتضح ذلك في عقود التشغيل والصيانة معاً التي تشترط في العادة حداً أدنى من العمل، يتفق على كميته ونوعيته في العقد.

ولكن العقد ينص دائماً على التزام المشغل (الصائن) بأي مقدار من العمل يلزم لاستمرار عمل النظم والأجهزة حسبما هو مراد لها. فلا يشكل الحد الأدنى الاتفاقي إذن إلا مؤشراً فقط، فقد لمقدار العمل المعقود عليه الذي هو غير معروف المقدار عند العقد.

يضاف إلى ذلك أن أهم ما تنص عليه عقود الصيانة في العادة هو مواجهة الطوارئ. وهذه تتطلب مقداراً من العمل غير معلوم مسبقاً بحكم العبارة. وكذلك، فإن عقود الصيانة - ومثلها عقود التشغيل والصيانة معاً - تتطلب دائماً استعمال بعض الآلات والأدوات في إجراء أعمال الصيانة المطلوبة. ومقدار هذا الاستعمال مجهول أيضاً. وكذلك مواعيده.

على أن من عقود الصيانة - وهو قليل نادر - ما يتم فيه التعاقد على أجرة للعمل بالساعة ويترك تحديد عدد الساعات لكل عملية صيانة بذاتها. تحصل هذه الأنواع من العقود بشكل خاص في عقود الصيانة من الباطن، حيث يلتزم الصائن تجاه ضامن الصيانة. ويكون اتفاقهما قائماً على أساس تحديد معدلات الأجر لكل نوع من الأعمال التي قد يحيلها عليه متعهد الصيانة، دون تحديد كمية العمل التي ستُحال كلّ مرة، ولا مواعيدها. وهذه العقود تتطلب ممن يقوم فعلاً بعملية الصيانة أن يحتفظ بمقدار من العمالة الجاهزة لديه، تحسباً لما يحتاج إليه في الحالات الطارئة.

يضاف إلى ذلك أن عقود الصيانة التي تشمل قطع الغيار تتضمن جهالة بمقدار هذه القطع وأثمانها عند الحاجة إليها، وهي قدر من الجهالة ليس باليسير سواء في كميتها، أو أنواعها، أو أثمانها، أو مواعيد تسليمها واستعمالها.

ومثل قطع الغيار في الجهالة المواد الاستهلاكية التي تتطلبها الصيانة، من مواد كيماوية لازمة لإجراء الفحوص والتشغيل التجريبي، ومواد نظافة وأشياء استهلاكية أخرى مما تحتاجه الصيانة. وهذه تتضمن أيضاً جهالة في كل من مقدارها وأثمانها ومواعيد الحاجة إليها.

وثمة جهالة أخرى أيضاً تتعلق بالآلات والأجهزة الخاضعة لعقد الصيانة. إذ كثيراً ما تنص عقود الصيانة على شمولها لما يضاف من آلات

وأجهزة، تابعة أو مماثلة لما هو خاضع للصيانة، أثناء مدة عقد الصيانة (انظر النموذج المرفق، الفقرة ٢-٨).

وهناك أيضاً جهالة في معيار الصيانة المطلوبة. فمعايير الصيانة ليست منمنطة دائماً ولا بصورة كاملة، على الرغم من وجود قدر كبير من التمييز في صيانة بعض الآلات كالتائرات مثلاً. ومع ذلك، فإن معظم عقود الصيانة، بل كلها، تتضمن قدراً من الجهالة في معيار الصيانة المطلوبة. فبعضها ينص على تقديم الصيانة المعتادة والمألوفة (Usual and Customary). وبعضها ينص على تقديمها لدرجة إرضاء الزبون أو المالك (انظر الفقرات ٢-١ و ٢-٣ و ٢-٧ و ٢-٨، من النموذج المرفق). وبعضها ينص على اعتبار رأي المقدم المباشر الفعلي لعمل الصيانة، وهو في العادة يقوم بذلك وكيلاً عن متعهد الصيانة، ويعقد معه من الباطن، هو المعيار في تحديد مقدار الصيانة اللازمة كما هو الشأن في صيانة السيارات الجديدة مما يعقده المنتج من خلال البائع، وينفذه البائع وكيلاً عنه.

كما أن بعض عقود الصيانة تتضمن شروطاً جانبية تحتوي على قدر كبير من الجهالة. فالفقرة ٢-٩ من النموذج المرفق مثلاً تحمّل الصائن مسؤولية تقديم دورات تدريبية للعاملين لدى المالك حسبما يطلبه المالك وبرأيه وبحاجته فقط.

ومن عقود الصيانة ما يتضمن جهالة من نوع آخر يمكن أن نسميه بجهالة تتعلق (بالتطورات الفنية) التي قد تحصل في المستقبل. ففي مهنة برامج الكمبيوتر شاعت عقود تقديم البرامج مع صيانتها، وذلك بإدخال كل ما يحصل من معرفة فنية جديدة عليها خلال مدة العقد. والتغير الفني في هذه الصناعة كبير وسريع، وهو مما لا يمكن التنبؤ به كما هو معلوم. وهذا النوع من الجهالة يشمل جهالة التغيرات المستقبلية وأثمانها ومواعيد ظهورها بأن واحد.

ب - الطبيعة التأمينية لعقود الصيانة :

تختلف عقود الصيانة عن عقود الإصلاح البسيطة بخاصية مهمة جداً هي الطبيعة التأمينية لعقود الصيانة . ولشرح ذلك لا بد من المقارنة بين هذين النوعين من العقود . ففي عقد الإصلاح يتم أولاً فحص الآلة المتعطلة ، بأجرة أو بدون أجرة ، لتحديد ما تحتاج إليه من إصلاح . ونتيجة لهذا الفحص التشخيصي ، يتعرف الطرفان على ما تحتاجه الآلة من إصلاح ، ويتفقان على أجرة الإصلاح ، وقطع الغيار والمواد الأخرى اللازمة ، والمدة التي يستغرقها الإصلاح ؛ لأن كل ذلك يصبح معلوماً قبل العقد ، كما يكون معلوماً ما سيستعمله المصلح من الآلات لديه أثناء عملية الإصلاح .

أما في عقد الصيانة ، فإن المقصود مواجهة ما يحدث في المستقبل ، وهو أمر غير معلوم عند التعاقد ، سواء أشمل العقد العمل وحده ، أما العمل مع المواد الاستهلاكية واستعمال الآلات ، أم كل ذلك مع قطع الغيار . لذلك فإن عقد الصيانة يشبه عقد التأمين في أنه يبني على فكرة تحويل التكلفة المستقبلية المجهولة (تكلفة ما يطرأ من عطل على الآلة أو السلعة المعمرة) إلى مقدار معلوم هو الثمن الذي يمثل التزام الطرف المستفيد في عقد الصيانة .

أما من وجهة نظر الصائن ، فهو مثل المؤمن (شركة التأمين) في عقد التأمين ، يحصل على مبلغ ثابت محدد لقاء تحمله مخاطر تكاليف إصلاح ما يطرأ على الآلة أو السلعة المعمرة المعقود على صيانتها من تعطل . وبما أن هذه المخاطر مجهولة حين التعاقد . فإن عقد الصيانة لا يحدث ، ولا يدخل فيه متعهد الصيانة إلا إذا توفر واحد من شرطين هما :

١ - وجود أعداد كبيرة من راغبي الصيانة يدخل معهم في عقود صيانة بحيث تتحول الجهالة الفردية إلى ما يقرب العلم بالنسبة للمجموع ، بسبب تطبيق نظرية الاحتمال على الأعداد الكبيرة .

أو:

٢ - أن تكون قيمة العقد كبيرة بالنسبة للكلفة المباشرة للصيانة بحيث تعوض هذه القيمة (فجوة عدم اليقين) بما تتضمنه من مخصص أو هامش يحتاط به المتعهد لما هو غير متوقع من أعمال صيانة .

وبمعنى آخر، فإن عقد الصيانة له طبيعة تأمينية، تتميز بأنها تحوّل كلفة احتمالية كبيرة إلى كلفة محددة معلومة بالنسبة للمستفيد من الصيانة، كما تعتمد على قانون الأعداد الكبيرة ونظرية الاحتمالات بالنسبة لمتعهد الصيانة سواء أكان تطبيق هذا القانون من خلال عدد كبير من العقود أم مبلغ كبير لعقد واحد. وهو يختلف في كل ذلك عن عقد الإصلاح البسيط الذي يقوم على العلم واليقين الكاملين للالتزامات وواجبات طرفي العقد بما يتضمنه من مقدار عمل، وأجرته، ومواد، وقطع غيار، وثمانها .

وبخاصيته التأمينية هذه يمكن القول إن عقد الصيانة عقد جديد تطور من عقود الإصلاح البسيطة، وصار يلعب درواً مهماً في الحياة المعاصرة مع اتّساع دور الآلات الثابتة والمتحركة في حياة الإنسان، ومع التطورات الكبيرة في فن البناء وما يلزمه من آلات وأجهزة، وبما يقوم عليه من تقنية معقدة تقتضي استمرار المحافظة على تشغيلها وعملها المستمر .

وفي مقابل وجوه التشابه هذه، فإن عقد التأمين يكون موضوعه - في العادة - التعويض المالي عما يطرأ من ضرر أو تلف، في حين أن عقد الصيانة موضوعه إصلاح ما يطرأ من عطل . ففي عقد التأمين يدفع المتأمين قسط التأمين مالم يحصل المتأمين المتضرر أو المستفيد من التأمين على مبلغ التأمين مالم أيضاً . أما في عقد الصيانة فالمبادلة فيه بين مال من جهة وعمل و سلع أو عمل وحده من جهة أخرى .

ثانياً- عقود مشابهة لعقد الصيانة :

هنالك عدد من العقود تعرفها الحياة المعاصرة لها شبه كبير بعقود الصيانة نذكر أهمها فيما يلي لما لذلك من تأثير على فهم طبيعة عقود الصيانة ، ودورها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة .

أ- عقد النظافة :

وهو عقد على تقديم عمل ومواد نظافة واستعمال آلات وأدوات معينة . وهو يتضمن جهالة جزئية بسبب عدم معرفة مقدار العمل المطلوب ولا كمية المواد اللازمة عند التعاقد ، لأن كل ذلك يتأثر بظروف ، بعضها متوقع ، وبعضها غير متوقع ، مما يتأثر بالجو والطقس ونوعية المستعملين لما يراد تنظيفه وعاداتهم المتعلقة بالنظافة وموادها .

ومن الواضح أن هذا العقد قد يتضمن أحياناً قدرأ معلوماً محدداً من العمل والمواد يمثل حداً أدنى متفقاً عليه ، ويضاف إليه التزام بالنظافة فوق ذلك الحد بقدر من الجهالة يزيد أو ينقص حسبما ذكرنا .

ب- عقد التشغيل :

تحتاج المباني والمنشآت الحديثة إلى آلات وتجهيزات كثيرة ، مما يلزم لتشغيله معرفة فنية معينة . فالرافعات في الميناء مثلاً ، وسلالم الوصول إلى الطائرات وأجهزة تحميل البضائع فيها ، وآلات وأجهزة المستشفيات ومختبراتها العلمية ، وكذلك عقود تشغيل غرف الطوارئ في المستشفيات بما يحتاجه من عمل ومواد ولوازم طبية معاً ، كل ذلك مما يمكن أن يشملها عقد التشغيل .

ويكون موضوع عقد التشغيل تقديم العمل اللازم والمواد الاستهلاكية اللازمة لتشغيل الآلات والأجهزة .

ونلاحظ أن عقد التشغيل قد يتضمن قدراً أكبر من العلم بما يلتزم به المشغل من عمل ومواد .

ولكن واقع العقود التشغيلية هو أنها تنص دائماً على شرطين هامين يؤديان إلى إدخال جهالة في القدر المعقود عليه من العمل والمواد . وهذان الشرطان هما : شرط التشغيل الطارئ بما يحتاجه من زيادة الطاقة الإنتاجية للمشغل أو بزيادة ساعات العمل ، و شرط إضافة الجديد من الآلات والأجهزة لما هو مذكور منها في العقد .

ومع ذلك فإن بعض هذه العقود قد يتضمن زيادة الثمن بنسبة زيادة التشغيل . الأمر الذي يقلل من الجهالة في العقد؛ لأنه يجعله أقرب إلى التعاقد على الأجر الساعي ، مع تحديد حد أدنى لعدد الساعات والاتفاق على إمكان زيادة ذلك العدد حسب الحاجة .

جـ- عقد التحديث (Updating) :

عقد التحديث هو عقد على إضافة ما يجتد من معرفة علمية أو منتجات حديثة على الأجهزة العلمية مما يحسّن مردودها ومنافعها، ويجعلها تواكب التقدم العلمي في ميدانها . وهو عقد على تقديم المعرفة العلمية الجديدة المتمثلة في حقوق معنوية . والتي تتوفر على شكل قطع غيار صغيرة تضاف إلى الآلات أو الأجهزة المطلوبة تحديثها، أو على شكل برامج مخزونة في أقراص صغيرة يتم إدخالها في هذه الأجهزة .

والعمل المباشر الذي يتطلبه عقد التحديث يكاد يكون قليلاً جداً، وهو ما يحتاجه تركيب القطعة أو إدخال البرنامج، وذلك بالمقارنة مع الكمية الكبيرة من العمل المبذول في متابعة التطورات العلمية والتكنولوجية والصناعية، وفي الحصول عليها، ثم تطويرها بما يناسب المستفيد من عقد التحديث، وإدخال التعديلات اللازمة في نظمه حتى يصير من الممكن

لأجهزته أن تستوعب الإفادة من هذه المعرفة العلمية الجديدة .

كما أن أثمان هذه الحقوق المعنوية لا تكون في العادة معروفة عند توقيع عقد التحديث .

على أن معظم عقود التحديث كثيراً تشمل العمل وحده ، بما فيه من جزء معلوم بسيط وجزء مجهول كبير وتترك ثمن الحق المعنوي ليتحملة الطرف الطالب للتحديث .

د- عقد صيانة (أو إدارة) الصحة^(١) :

وهي عقود صارت شائعة جداً منذ أوائل الثمانينيات في بعض البلدان ، وبخاصة الولايات المتحدة الأمريكية ، كبديل لعقد التأمين الصحي . ولهذه العقود أشكال متعددة تشترك كلها بخصوصية واحدة ، هي تقديم الخدمة الصحية حسب الحاجة لقاء ثمن محدد شهري أو سنوي .

وأكثر أشكال صيانة الصحة شيوعاً في أمريكا أن يلتزم متعهد صيانة الصحة تجاه رب الأسرة بتقديم جميع ما يحتاجه من علاج ودواء وخدمة صحية للأسرة كلها ، لقاء مبلغ مقطوع يُدفع شهرياً أو سنوياً ، ويضاف إليه جزء ضئيل من أجره كل خدمة صحية أو ثمن كل دواء يقدم إليه^(٢) .

(١) عبارة (صيانة الصحة) أو (إدارة الصحة) هما المستعملتان في هذا النوع من العقود . وهم عبارتان تنسجمان مع المعنى اللغوي لكلمتي إدارة وصيانة ، وإن كان من الواضح أن ثمة فروق بين ضمان صيانة الآلة وضمان صيانة الصحة . فضمن صيانة الآلة يضمن إعادتها للقدرة على عملها المعتاد ، أما ضمن صيانة الصحة فيضمن فقط تقديم خدمة العلاج والدواء المناسبين حسبما توصل إليه فن الطب ، ولكنه لا يضمن عودة الجسم إلى وضعه المعتاد قبل طرؤ الحالة التي استدعت العلاج .

(٢) يقصد من تحميل المضمون لجزء ضئيل من ثمن كل خدمة حثه على عدم الإسراف في تناول الخدمة أو في طلب علاج ، أو دواء قد لا يحتاج إليه حقيقة . وهذا الجزء الضئيل معلوم بالتفصيل في العقد ، وله في العادة حد تراكمي أعلى يُعفى المستفيد مما يزيد عنه =

وهذه العقود تقدم الخدمات الصحية جميعها، وكذلك الأدوية، من قبل متخصصين يتعاقد معهم متعهد الخدمة (من الباطن)، ويمكن أن يغير أو يبدل فيهم (المتخصصين) دون إعلام مسبق للمستفيد من عقد صيانة الصحة.

ويختلف عقد صيانة الصحة عن عقد التأمين الصحي في أن الأول يقوم على الالتزام بتقديم الخدمات والأدوية. أما الثاني فإنه عقد مالي بحت يلتزم فيه المؤمن تجاه المستأمن بسداد أجره العلاج وأثمان الأدوية أو نسبة معلومة منها. الأمر الذي يجعل عقد صيانة الصحة مشجعاً على المبادرة لطلب الخدمة الطبية الوقائية لدى أول بادرة مرض، في حين أن الثاني يثبط - في العادة - مثل هذه المبادرة، بسبب ما يتضمنه من استثناء للنفقات الطبية الوقائية والصغيرة، مثل أجره زيارة الطبيب.

وهناك صورة من عقود صيانة الصحة شائعة في بعض البلدان، ينتفي فيها العقد من الباطن، ويكون المتعهد هو نفسه مستشفى كبير يقدم أنواعاً كثيرة من الخدمات الصحية، فيقوم هو نفسه بالالتزام بتقديم خدمات العلاج والدواء تجاه رب الأسرة، ويكون هو نفسه الذي يقدمها فعلاً.

ومثل ذلك أيضاً الالتزام ببرنامج الولادة الذي تعرضه بعض المستشفيات على الحوامل، لتقديم جميع ما تحتاجه الحامل من رعاية طبية من وقت العقد إلى ما بعد الولادة لقاء مبلغ معين، دون تحديد - ولا معرفة - لتفاصيل الخدمات الطبية التي ستحتاجها ولا نوع عملية الولادة نفسها.

= عندما يبلغه مجموع ما يتحمله من هذه الأجزاء الضئيلة. فلا توجد جهالة في هذا الجزء إلا من حيث عدم العلم - عند العقد - بالخدمة نفسها التي ستحتاج إليها، وسيتحمل جزءاً من ثمنها عند الحصول عليها.

ثالثاً - الأشكال التعاقدية للصيانة :

يتخذ التعاقد على الصيانة واحداً من أربعة أشكال هي :

- ١ - شرط الصيانة في عقد البيع .
- ٢ - عقد الصيانة بين الصائن والمالك أو المشغل للآلة .
- ٣ - عقد التعهد بالصيانة بين متعهد الصيانة والمالك (المشغل) مع عقد للصيانة من الباطن بين المتعهد والصائن .
- ٤ - عقد تأمين الصيانة بين المالك (المشغل) وشركة تأمين (ولنفرض أنها تعاونية تقوم على مبدأ التبرع بالقسط والتعاون بين المستأمنين ، ولا توزع ربحاً للمالكين ، ولا للمدراء ؛ حتى لا ندخل بمناقشة مسائل خارجة عن موضوع بحثنا) .

١ - شرط الصيانة في عقد البيع :

مع تطور الفن الصناعي وتعقد الآلات والأجهزة ظهرت مصالح جديدة لطرفي العقد في بيوع الآلات والأجهزة . أهم هذه المصالح ما يلي :

- ١ - مصلحة طرفي العقد (والمصلحة العامة أيضاً) في استقرار العقود والتقليل من حالات الرجوع فيها بالرد بالعيب . تتأكد هذه المصلحة مع قناعة كل من البائع (الصانع) والمشتري بأنه يمكن أن تقع هفوات صغيرة ، أو كبيرة ، فيما يصنع ويبيع . فرغم حرص المصانع على فحص وتدقيق منتجاتها قبل إخراجها إلى السوق ، لا بد من ظهور عيوب أو أخطاء صناعية في المنتجات الصناعية لدى المشتري ، مما يمكن تدارك معظمه بالإصلاح من خلال تقديم صيانة فنية مناسبة ، وبخاصة في المنتجات الصناعية المعمرة كالآلات الثابتة والمتحركة والمباني .

٢ - مصلحة الصانع (البائع) في التخفيف من آثار أي عيب خفي في الآلة قد تؤدي إلى تحميله مسؤولية تعاقدية تجاه المشتري أو تقصيرية تجاه المشتري وغيره ممن يتصل بالآلة التي صنعها وباعها .

٣ - مصلحة الصانع (البائع) بالاحتفاظ بأسرار آلته دون أن تصل إلى منافسيه ، وبالتالي فهو يرغب في أن يكشف للمشتري أقل قدر ممكن من هذه الأسرار ، ويحتفظ لنفسه بأسرار صيانتها .

٤ - مصلحة الصانع (البائع) في تحسين سمعته وتعظيم مبيعاته وأرباحه بإظهار أن سلعته (خدمته) ذات جودة عالية ، وأنه مستعد دائماً لدعم كفاءتها وإنجازها . لذلك فهو يلتزم بإصلاح ما قد يطرأ عليها من خلل ، بل قد يذهب أكثر من ذلك إلى ضمان خدمة بديلة أثناء فترة الإصلاح و ضمان قيمة ما قد يتلف على المشتري بسبب تعطل الآلة .

٥ - مصلحة المشتري في التقليل من آثار تعطل الآلة عن تقديم المنافع المرجوة منها إلى أدنى حد ممكن ، مما يجعله يحرص على الإصلاح السريع كلما دعت الحاجة .

٦ - مصلحة المشتري في إتقان وسائل التعامل مع الآلة في حالتي التشغيل والتعطيل ، مع علمه بأن الصانع هو أقدر الناس على هذا الإتقان .

هذه المصالح أدت إلى إدخال شرط ضمان الصلاحية للتشغيل وتقديم سبل المنافع المرجوة في عقود بيع الآلات والأجهزة وسائر المنتجات المعمرة . ولقد عم هذا الشرط وصار يتخذ أشكالاً متعددة بحسب أنواع الآلات وكثرة حوادث تعطلها .

ومع توسع استعمال الآلة في الحياة المعاصرة ، تبين أن لها علاقة كبيرة بالسلامة العامة ، مما له صلة بعدد كبير من الناس ، على تفاوت نوع

الآلة من ثابتة أو متحركة، وحسب نوع الطاقة التي تسيّرُها أو تقوم هي بإنتاجها، مما دعا الحكومات إلى أن تتدخل في شرط الصيانة هذا، وتفرض على الصانع ضمان تشغيل أكثر أمناً وسلامة للمتعاملين مع تلك الآلة. يتضح ذلك بشكل جلي فيما تقوم به الحكومات من فرض إجراء تعديلات أو تغيير بعض القطع في الطائرات والسيارات وغيرها من الآلات المتحركة أو الثابتة، بين وقت وآخر.

فشرط الصيانة إذن هو شرط يضاف في عقد البيع يتحمل بموجبه البائع (الذي كثيراً ما يكون هو نفس الصانع أو أنه يقبل بهذا الشرط نيابة عن الصانع باتفاق بينهما) عبء صيانة الآلة التي يبيعها لفترة محددة من الزمن.

وشرط الصيانة ليس بديلاً عن خيار الرد بالعيب. فقد تظهر عيوب في الآلة مما لا يمكن إصلاحه، ولا بد عندئذٍ من الرد. ولكن شرط الصيانة يقلل كثيراً من احتمالات الرد بمعالجة ما يتقبل الإصلاح من العيوب.

ومن المعروف أن شرط الصيانة في عقود البيع يميّز - عادة - بين خمسة أنواع من أعمال الصيانة هي:

١ - الصيانة التشغيلية: وتشمل ما يتطلبه تشغيل الآلة من معايير وزيوت وتبريد أو تدفئة وغير ذلك، وما تحتاج إليه من نظافة أو عناية دورية. وهذه يتم استثنائها في العادة من شرط الصيانة، بل ينص على لزومها للمالك الآلة أو مشغّلها، وأن تنفيذها يعتبر شرطاً في تحمل البائع لمسؤوليته الصيانية. وقد تشترط بعض العقود أن يتم تقديم هذا النوع من الصيانة من قبل الصانع (البائع) على حساب المالك (المشغل)، ليضمن إلى القيام بها على الوجه الصحيح.

٢ - الصيانة التي تنشأ الحاجة إليها بسبب فعل أشخاص آخرين أو بسبب حوادث طبيعية أو غير طبيعية، ليس لتشغيل الآلة علاقة بها. كأن

يشب حريق في مكان استودعت فيه الآلة أو السيارة، أو أن يحصل تصادم مع سيارة أخرى، وهذه الصيانة تستثنى أيضاً في العادة من شرط ضمان الصيانة .

٣ - الصيانة التي تنشأ الحاجة إليها بسبب مخالفة تعليمات التشغيل، كأن يُستعمل للآلة زيت مخالف لمواصفات الزيت الذي تتطلبه التعليمات . وهذا هو أيضاً مما يُستثنى من شرط ضمان الصيانة .

٤ - الصيانة التي تنشأ الحاجة إليها بسبب عوامل الهلاك والاهتراء الطبيعي، من تآكل لبعض الأجزاء التي من طبيعتها أن تتآكل أو تتغير في لون ما من طبيعته أن يتغير لونه بتعرضه للهواء أو غير ذلك . وهذا النوع يستثنى في العادة أيضاً .

٥ - أما النوع الخامس من الصيانة، فهو ما يتعلق به شرط ضمان الصيانة، ويشمل كل خلل في الآلة عن إنتاج منافعها بسبب نوعية المعدن أو المادة الذي تتركب منه أو بسبب طريقة تركيب الأجزاء بعضها مع بعض، أو بسبب تصميم الآلة أو عدم قدرة أي جزء منها على تأدية الخدمة المتوقعة منه أو المخططة له في تصميم الآلة .

ومن الواضح أن هذا النوع الأخير من الأعطال أو العيوب يقلل من منافع الآلة عما هو مقصود منها، أو يعطل هذه المنافع كليةً، ويستدعي مسؤولية الصانع (البائع) عن هذا العيب . ويهدف شرط الصيانة إلى النص على تحميل الصانع (البائع) هذه المسؤولية صراحة .

ويشبه هذا النوع من حاجات الصيانة ما قد تفرضه الحكومات من إلزام الصانع بإدخال تغييرات على الآلة بعدما يثبت لديها وجود خطورة على السلامة العامة ما لم يتم ذلك التغيير .

وكثيراً ما يتضمن شرط الصيانة قيام الصانع (البائع) بتقديم القطع

اللازمة، إضافة إلى القيام بتركيبها وإعادة الآلة إلى عهدتها التشغيلي المعتاد أو المحسوب لها .

على أن أهم ما يميّز شرط الصيانة في البيوع هو تحديد فترة زمنية لاستمرار نفاذه، فينص مثلاً على ضمان الصيانة لمدة عام أو ثلاثة أعوام . وقد نجد في كثير من العقود النص على ضمان القطع لمدة عام مثلاً مع التركيب والخدمة، في حين يستمر ضمان تقديم خدمة الصيانة (بما تتضمنه من عمل فقط) لمدة سنة أخرى مثلاً تكون فيها القطع على المشتري . ولكنه ينبغي أن يلاحظ هنا أن ما تفرضه الحكومة أحياناً من إصلاح قد يقع بعد انقضاء مدة الصيانة المشروطة، فهو لا يتقيد بالقيود الزمني لها، لأنه مبني على مصلحة السلامة العامة .

كما أن بعض شروط الصيانة يتضمن استمرار الالتزام بالصيانة لكامل مدتها حتى ولو تغير مالك الآلة، سواء أكان التغير اختيارياً بنحو البيع والهبة، أم غير اختياري بنحو الميراث والوصية والإجبار على البيع بحكم محكمة .

يضاف إلى ذلك أن بعض شروط ضمان الصيانة يشمل تقديم خدمة بديلة أثناء فترة تعطل الآلة بسبب الصيانة المضمونة، كأن تقدم سيارة بدل السيارة التي تخضع للصيانة، أو بندقية بدل تلك التي تتم صيانتها، وذلك لمدة الصيانة بكاملها .

وكذلك فقد يضاف إلى شرط الصيانة شرط يضمن بموجبه الصانع (البائع) الأضرار التي أدى إليها تعطل الآلة، كأن يعرض عما يتلف من مأكولات نتيجة تعطل الثلاجة، أو جلود نتيجة تعطل آلة الدباغة . ويحدد العقد عادة حداً أعلى لهذه المسؤولية يكون محسوباً بالاعتماد على الطاقة الإنتاجية للآلة .

وكذلك، فإن كثيراً من عقود البيع تتضمن شرطاً بالخيار باستمرار

شرط ضمان الصيانة لمدة إضافية لقاء دفع المشتري مبلغاً إضافياً عند العقد، أو عند ممارسة ذلك الخيار، الذي تحدده عادة مدة ينقضي بانتهائها.

وقد يضاف إلى شرط الصيانة أحياناً شرط الإشراف على التشغيل لمدة معينة، وكذلك شرط تقديم التدريب للعناصر التي ستعامل مع الآلة بعد تركيبها عند المشتري أو المستفيد.

٢- عقد صيانة مستقل بين الصائن والمالك (المشغل):

لقد صارت صيانة الآلات بأنواعها مهنة، بل مجموعة من المهن، حسب أنواع الآلات الكثيرة. ونشأت عن ذلك عقود صيانة ذات أشكال متعددة^(١)، أهمها ثلاثة هي:

أ- أن يتعهد الصائن بتقديم الصيانة، وأن يتفقا على سعر لوحدة العمل، وأن يشتري المالك القطع من طرف ثالث خارج عن العقد. أي أن يكون التزام الصائن عملياً مركزاً فقط في قبول ما يرسل إليه من أعمال (وعدم رفضها)، بسعر أو قل بأجر متفق عليه مسبقاً لوحدة ساعة العمل مثلاً.

ب- أن يتعهد الصائن بتقديم خدمة الصيانة بمبلغ مقطوع لكل مرة مهما كان عدد ساعات العمل التي تستغرقها كل عملية صيانة، مع شراء قطع الغيار من طرف ثالث على حساب المالك (مشغل الآلة).

ج- أن يتعهد الصائن بتقديم العمل وقطع الغيار معاً في كل مرة تحتاج فيها الآلة أو الآلات إلى صيانة، وذلك لقاء مبلغ مقطوع سنوي أو شهري.

وفي كل من هذه الأشكال الثلاثة كثيراً من ما يتضمن العقد نصاً صريحاً يعتبر ما يضيفه المالك من آلات جديدة، خلال مدة العقد داخلاً في

(١) لن نذكر من بينها عقد الإصلاح البسيط، الذي يتفق فيه الطرفان كل مرة على مقدار العمل وقطع الغيار.

العقد بمجرد ضمه إلى سائر الآلات الموجودة لديه عند التعاقد .

٣ - عقد التعهد بالصيانة :

وهو يشبه عقد الصيانة، ولكنه يشمل في العادة أنواعاً متعددة من الآلات مما يتطلب اختصاصات فنية متعددة. ويلتزم فيه متعهد الصيانة بإصلاح ما يطرأ من أعطال على الآلات والأجهزة الموجودة لدى الطرف الآخر لقاء مبلغ معين. وبسبب شموله لآلات من أنواع عديدة، فإنه قلماً يشير إلى أي تميز في المعاملة بين العمل وقطع الغيار اللازمين للصيانة. وبالتالي فإن عقد تعهد الصيانة يقدم - عادة - الصيانة كاملة، بما فيها من عمل ومواد وقطع غيار، للمالك أو المشغل للآلات والأجهزة.

وكثيراً ما يتضمن هذا العقد النص على اعتبار ما يضاف من آلات إلى ما هو موجود منها عند العقد مضموناً إليها من حيث شموله بالتعهد .

ويرافق عقد التعهد بالصيانة قيام المتعهد بالتعاقد مع الفنيين لتقديم خدمات الصيانة التي يلتزم بها .

فهو عقد تعهد بالصيانة يتضمن تقديم العمل مع المواد وقطع الغيار . وهو مترافق مع عقد صيانة من الباطن بين المتعهد والصائن الفعلي . وبسبب عقد الصيانة المرافق هذا يستطيع متعهد الصيانة أن يقدم الصيانة التي التزم بها .

٤ - عقد تأمين الصيانة :

هو عقد بين شركة تأمين والمستفيد من الصيانة تكون الالتزامات المتبادلة فيه مالية بحتة، بحيث تعوض شركة التأمين نفقات الصيانة التي احتاج إلى صرفها المالك أو المشغل للآلات والأجهزة . وهو عقد شبيه بعقد تعهد الصيانة مع فارق واحد - ولكنه مهم جداً - هو أن المتعهد يقدم خدمات

الصيانة نفسها في حين أن مؤمن الصيانة يقدم ثمن هذه الخدمات . فلا يحتاج مؤمن الصيانة إلى عقود صيانة من الباطن وإنما ينص عقد التأمين الذي يجريه على مجموعة من الإجراءات التي تتعلق بالوثائق اللازمة للمطالبة بالبدل التأميني لما يدفعه المالك (المشغل) من نفقات صيانة^(١) .

رابعاً - علاقة الصيانة بالتمويل :

للتحويل علاقة كبيرة بمسألة الصيانة . ذلك أن التمويل الإسلامي يقوم على مبدأ الاسترباح بالملك^(٢) . وتتدخل الصيانة في بابين عريضين من أبواب التمويل الإسلامي هما البيوع والإجارة .

أ - الصيانة والبيع التمويلي :

ففي باب البيوع التمويلية ، يحرص البائع الممول على تفتية تمويله البيعي من كل ما يُدخل فيه أي عامل من عوامل عدم التوقع المستقبلي وعدم الاطمئنان حول المستقبل ، وذلك حتى يتمكن من وضع خططه التمويلية وتنفيذها . واحتمال ظهور أي عيب - كان خفياً - في السلعة المبيعة يدخل شيئاً من تلك العوامل ، وبالتالي فإن مسألة الصيانة تتدخل في بيع المرابحة وفي بيع الاستصناع التمويليين ، فيكون من مصلحة البنك الإسلامي (الممول) أن يتأكد أن البائع الأول - في بيع المرابحة - والصانع من الباطن - في بيع الاستصناع - يقدمان الصيانة الكافية لن تكون بديلاً مقبولاً شرعاً

(١) وقد تجد بعض شركات التأمين من صالحها أن تعاقد من الباطن مع بعض الصائنين . فتعرض - عندئذٍ - على المستأمن أن تصلح له العطل أو تدفع له مبلغاً لا يتجاوز ما تدفعه هي للصائنين لذلك الإصلاح .

(٢) وهو الأسلوب الذي تقرره الشريعة فيما يتعلق بنشوء الربح واستحقاقه ، إذ من المعروف في الفقه أن الربح ينشأ من المال المملوك ، أو من العمل ، أو من الضمان إذ ارتبط بعمال أو بعمال .

عن تحمل مسؤولية رد المبيع ضماناً لعيب خفي فيه .

وإذا لم يكن البنك الإسلامي مطمئناً اطمئناناً كاملاً لكفاية شرط الصيانة في مبيعته الأولى في المرابحة التمويلية أو في استصناعه الثاني (من الباطن) في عملية الاستصناع التمويلي ، فإنه قد يجد نفسه مضطراً إلى الدخول في عقد تعهد بالصيانة أو عقد تأمين صيانة ، حتى يستطيع (تغطية نفسه) تجاه احتمال ظهور عيب يقتضي الإنفاق على إصلاحه ، أو رد المبيع وإرباك العملية التمويلية .

ذلك لأن أهم خصائص البنك - إسلامياً كان أم تقليدياً - هو أنه مدير للمخاطر المتعلقة باستثمار أموال الناس . وإن من المعروف أن القاعدة الأولى في إدارة المخاطر هي الحرص على التخلص من الاحتمالات بتحويلها إلى أمور متيقنة قدر الإمكان . الأمر الذي يمكن تحقيقه من خلال شرط الصيانة أو من خلال عقد التعهد بالصيانة أو عقد تأمين الصيانة .

ب- الصيانة والإجارة :

يمكن تقسيم الصيانة التي تحتاجها العين المأجورة إلى ثلاثة أنواع :

١ - صيانة تشغيلية تشمل ما يتطلبه تشغيل الآلة من تغيير زيوت ، ومسح وتنظيف أجزاء داخلية ، وضبط وتعيير أجهزة الحرارة والبرودة وغيرها .

٢ - صيانة دورية معلومة ، تشمل تغيير بعض الأجزاء ، وتعديل وضبط وتعيير أجهزة ونظم ، وغير ذلك ، وهي في الغالب فنية تتطلب مهارة خاصة وهذه تكون معلومة مسبقاً بمواعيدها ومشمولاتها .

٣ - صيانة طارئة ، وتشمل ما ينبغي عمله لمواجهة ما يطرأ من أعطال على الآلة . وهذه قد تكون كبيرة ومكلفة ، وكثيراً ما تتطلب مهارة فنية

خاصة^(١). وقد يكون سبب الاحتياج إليها وجود عيب خفي في الآلة المؤجرة، أو أمراً جديداً طرأ عليها بسبب خارجي عنها.

وإذا كان من الممكن القول بأن النوع الأول من الصيانة يقع على عاتق المستأجر باعتبار مشمولاته مرتبطة بتشغيل الآلة نفسه وليس بصلاحياتها للتشغيل ولا بوضعها تحت تصرف المستأجر، وإذا كان النوع الثاني من أعمال الصيانة يمكن أيضاً تحميله للمستأجر، إما بالعرف إذا وجد عرف يجعل ذلك على المستأجر، أو بالنص في العقد على أنه يقع على المستأجر، باعتباره جزءاً من الأجرة. فتكون الأجرة بذلك مؤلفة من جزأين: جزء نقدي وجزء هو ما يقوم به المستأجر من أعمال صيانة دورية معلومة؛ فإن النوع الثالث من أعمال الصيانة يقع على المؤجر «باعتبارها مما يُمكن به من الانتفاع، وليس مما تُستوفى به المنافع، أو أنها مما يلزم لأصل الانتفاع لا لكماله»^(٢).

وهنا أيضاً فإن الحكمة والرشد في إدارة المخاطر تقضيان على المؤجر الممول أن يسعى إلى تحويل ما هو غير معروف وغير ممكن التوقع، من التزامات وأعباء، إلى مقادير معلومة متيقّنة، بحيث يستطيع تخطيط وبرمجة أعماله المالية بحكمة ورشد. وعملية التحويل إلى المتيقن هذه لا تتم إلا بعقد تعهد بالصيانة أو تأمين صيانة.

وإذا أراد المؤجر الممول بيع العين المؤجرة لطرف ثالث، مع التزام الأخير بعقد الإجارة لمدته، فإن مقتضى الرشد لدى الطرف الثالث يتطلب منه الانتباه إلى مسألة الصيانة، فهو حريص على أن يخفف المخاطر في استثماره قدر الإمكان. ووجود عقد تعهد بالصيانة، أو تأمين صيانة، عامل

(١) د. حسين حامد حسان (المسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات)، ورقة غير منشورة.

(٢) المصدر السابق، ص ٣١.

أساسي في اعتبار مقدار المخاطرة التي سيقدم عليها المشتري، بصفته مستثمراً جديداً.

ومثل ذلك إذا كان هنالك تفاهم، أو عقد عند من يجيزه من هيئات شرعية لمصارف إسلامية، بين المؤجر والمستأجر على خيار المستأجر بشراء العين المؤجرة بعد نهاية مدة الإجارة، فإن الرشد لدى المستأجر يقتضي أن لا يمارس خيار شراء تلك العين، إلا بعد التأكد من وجود عقد تعهد بالصيانة أو تأمين صيانة، أو أنه سيقوم هو بإجراء أحد عقدي الصيانة هذين، حتى يكون واضحاً عنده مقدار ما سيتحمله من أعباء وتكاليف عند شراء الآلة، فيتمكن من تقدير التكاليف والمكاسب التي تنشأ عن خيار الشراء.

جـ- الصيانة وسندات الأعيان المؤجرة :

سندات الأعيان المؤجرة هي سندات ملكية لأعيان مرتبطة بعقد إجارة^(١). وبهذا الاعتبار فهي قابلة للبيع، مع التزام المشتري بعقد الإجارة، وانتقال حقوق والتزامات هذا العقد إليه. وإن وضوح مسألة الصيانة والعلم المسبق بتكلفة الصيانة التي تقع على المالك المؤجر يعتبر أمراً أساسياً لإمكان

(١) سندات الأعيان المؤجرة يمكن أن تكون أهم الأوراق المالية في سوق مالية إسلامية. فهي تمثل أصولاً ثابتة، وبالتالي يمكن بيعها وشراؤها في السوق. وهي أعيان مرتبطة بعقد إجارة مما يجعل إيرادها معلوماً، مثالها المبسط بنك إسلامي يشتري طائرة بمئة مليون دينار، ويؤجرها لشركة طيران لمدة عشر سنوات بأجرة سنوية قدرها (١٢) مليون دينار، ثم يقوم البنك بإصدار مليون سند كل منها يمثل جزءاً من مليون جزء من ملكية الطائرة وبيع السند بمئة دينار لجمهور الناس (افرض للتبسيط أن الطائرة تبقى صالحة للاستعمال بنفس قيمتها الشرائية مع وجود عقد صيانة كاملة كلفته نصف مليون في السنة). ويمكن أن تكون هناك أنواع عديدة من سندات الأعيان المؤجرة، انظر للتفاصيل: سندات الإجارة والأعيان المؤجرة، منذر حفح، من منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ١٩٩٥م.

تداول هذه السندات، بل لإمكان إصدارها، لأنه لا يُتوقع من المستثمر، أن يضع ماله في استثمار يتضمن قدراً كبيراً من المخاطرة، وبخاصة مع وجود البدائل الكثيرة ذات المخاطر القليلة، إلا إذا أمكن تعويضه عن هذه المخاطر بعائد مكافئ.

وإن وجود عقد تعهد بالصيانة أو عقد تأمين صيانة هو ما يحوّل المخاطرة غير المحدودة إلى مقدار معلوم هو ثمن عقد الصيانة هذا، فيعلم مشتري سند الأعيان المؤجرة ما هو مقدم عليه من تكاليف وإيرادات ويستطيع بذلك اتخاذ القرار الرشيد.

وبمعنى آخر، فإن وجود عقد التعهد بالصيانة، أو عقد تأمين الصيانة، هو شرط لا بد منه لنجاح فكرة سندات الإجارة بل لنجاح التمويل بالإجارة نفسه.

خامساً- القضايا الشرعية التي تثيرها مسألة الصيانة:

رأينا في الأجزاء الأربعة الأولى من هذه الورقة أن هنالك أشكالاً قانونية عديدة تتخذها صيانة السلع المعمرة. وحتى يمكن حصر المسائل الشرعية ذات العلاقة نلخص أولاً المسائل الشرعية في الصيانة والشروط المعتادة المضافة فيها، ثم نناقش هذه المسائل من خلال مثيلاتها في الفقه الإسلامي:

أ- تحديد المسائل الشرعية في الصيانة.

يمكن حصر علاقات الصيانة في المسائل التالية:

١ - شرط الصيانة ضمن عقد البيع دون تخصيص هذا الشرط بثمن، وإن كان ملحوظاً في الذهن أن له ثمن. ولكن البائع يُدخل ذلك في كلفته ويضمّنه كشرط لا يؤدي إلغاؤه إلى تخفيض ثمن البيع. وهذا يحصل كثيراً

في بيع السيارات والأجهزة المنزلية مما يوضع له في العادة نماذج مطبوعة ،
لعقد بيع يتضمن صيانة ، ومهياً مسبقاً من البائع والصانع .

٢ - شرط الصيانة ضمن عقد البيع ولكنه بثمن يضاف إلى ثمن البيع
ولا ينفصل عنه في العقد، وكثيراً ما يحصل هذا في الآلات التي تشتري
استصناعاً، بحيث تتم المفاوضة على ثمن الآلة وثمن صيانتها ثم يعقد العقد
بمبلغ واحد .

٣ - تحديد التزام الصيانة الذي يقدمه البائع (الصانع) بمدة محددة،
قلما تشمل جميع العمر الإنتاجي للآلة . وتكون مسؤولية الصيانة بعدها على
المشتري ، سواء أكانت الحاجة إلى الصيانة بسبب عيب كان خافياً في العين
نفسها أم بسبب طارئ .

٤ - شرط الصيانة منفصلاً عن عقد البيع وبثمن مستقل ، وهي صيانة
يقدمها البائع (الصانع) نفسه . وأكثر ما يحصل هذا على شكل زيادة في مدة
الصيانة لسنوات إضافية فوق المدة المذكورة في نموذج عقد البيع المهياً
مسبقاً ، لقاء عرض يتفق عليه .

وقد يلحق بهذا عقد الصيانة المستقل بين صائن متخصص ومالك أو
مشغل الآلة . لأنه في الواقع لا يختلف عنه إلا في كون شروط الصيانة في
عقد البيع معروفة مسبقاً ومنمطة ومطبوعة . أما في حالة شراء الصيانة بعقد
مستقل أو شراء تجديد الالتزام بالصيانة لزمناً إضافياً ، فقد يمكن التفاوض
على شروط الصيانة بشكل مفصل .

٥ - عقد التعهد بالصيانة كما شرحناه في القسم الثالث .

٦ - عقد تأمين الصيانة كما شرحناه في القسم الثالث .

٧ - المسؤولية عن الإيراد المفقود بسبب تعطل الآلة؛ وهل تقع على
متعهد أو مؤمن الصيانة ، أم على مشغل الآلة ، أم على مالكها ، أم على البائع

(الصانع)؟ وهل يؤثر في ذلك كون التعطل بسبب عيب في أجزاء الآلة أو المواد التي صنعت منها أو تصميمها، أم بسبب طارئ لا علاقة له بصنع الآلة، نحو ريح عاصفة أدخلت أتربة في بعض أجزائها .

٨ - مدى جواز شرط تقديم المنفعة البديلة من قبل البائع (الصانع) أو من قبل متعهد أو مؤمن الصيانة، نحو تركيب مولد كهربائي موقت ريثما يتم إصلاح المولد الخاضع لعقد الصيانة .

٩ - مدى جواز تحمل الصانع للمسؤولية عن الأضرار الناشئة عن تعطل الآلة^(١) . وهل يؤثر في ذلك كون الصائن هو البائع (الصانع)، وهل يؤثر فيها كون الصيانة صارت لازمة بسبب عيب في الآلة أم بسبب خارج عنها . وهل يجوز تحديد هذه المسؤولية بمبلغ مقطوع يدفع دون النظر إلى الأضرار الفعلية بما في ذلك وقوعها فعلاً، ومقدارها؟ .

١٠ - المسؤولية عن إجراء الإصلاحات التي تفرضها الحكومة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة أهمها السلامة العامة، وهل يتحملها المالك أم الصائن (أو متعهد أو مؤمن الصيانة) أم البائع (الصانع) .

١١ - مدى جواز شرط اعتبار ما يضاف من آلات داخلاً في عقد الصيانة .

١٢ - مدى جواز انتقال شرط الصيانة أو عقد الصيانة إلى المالك الجديد للآلة، سواء أكان الانتقال رضائياً بنحو البيع أو الهبة، أم بحكم الشريعة بنحو الميراث .

هذه المسائل الاثنتي عشرة هي أهم ما ينشأ عن علاقات الصيانة من

(١) قد تشبه هذه المسؤولية، المسؤولية عن الأضرار التي تقع بسبب عيب في التصميم أو في المواد المستعملة في التصنيع، مما يكتشف بعد زمن طويل أو قصير، ومن الذي يتحملها؟ المالك أم البائع (الصانع) . وهو موضوع يبعد عن حدود هذه الورقة .

قضايا شرعية تحتاج إلى النظر الفقهي . وقد يمكن إضافة بعض المسائل الناشئة عن العقود المشابهة لعقود الصيانة ، وأهمها وأكثرها شيوعاً عقود التحديث وعقود صيانة (أو إدارة) الصحة، سواء منها ما اختص بحالة واحدة كالولادة، أم ما تعلق بالرعاية الصحية الشاملة .

ب- مناقشة المسائل الشرعية للصيانة :

إن أهم ما تثيره مسائل الصيانة من تساؤلات شرعية يتعلق بثلاثة قضايا هي :

- ١- الشروط في العقود وبخاصة عقد البيع .
 - ٢- بعض الخيارات وبخاصة خيار العيب وخيار فوات الوصف .
 - ٣- عقد الجعالة ، وما يشتمل عليه من جهالة بالعمل والمؤنة .
- وهذه القضايا الثلاث كانت دائماً محل دراسة تفصيلية في الأبحاث الفقهية قديماً وحديثاً . لذلك سنكتفي بالإشارة - على شكل نقاط نعددها - إلى مواطن إسقاطات مسائل الصيانة في هذه القضايا الفقهية الثلاث :

ففي الشروط الجعالية في العقود :

مذاهب العلماء في الشروط في العقود معروفة وقد لخصتها الموسوعة الفقهية (٩/ ٢٤٣ - ٢٥٩ و ٩/ ٢٧١ - ٢٧٣) تليخياً جيداً . ويرتبط بالصيانة من ذلك النقاط التالية :

- ١ - استثنى الأحناف من شرط المنفعة المفسد لعقد البيع ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم من غير إنكار . ومن أمثلته : شراء حذاء على أن يضع له البائع نعلًا ، أو قلنسوة على أن يصنع لها البائع بطانة (ص ٢٤٦) . ولزم الشرط في مثل هذا استحساناً رغم أنه خلاف القياس عندهم ، لأن العرف قاض على القياس . ونقلت الموسوعة عن ابن عابدين جريان ذلك

على أي عرف حادث، ولو في غير الشرط المذكور طالما أنه لا يؤدي إلى المنازعة، فهو لا يدخل في «نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط»؛ لأن العرف ينفي المنازعة.

وكذلك فقد ذهب الحنابلة إلى جواز اشتراط منفعة، ولو كانت من غير مقتضى العقد ولا من مصلحته شريطة كونها لا تنافي مقتضاه. من ذلك خياطة الثوب وحمل الحطب.

ونلاحظ في هذه الأمثلة التزام البائع بالعمل والمواد معاً، وكذلك استعماله لآلاته وأدواته في تنفيذ التزامه بالنعل، أو بالبطانة، أو بالخياطة، أو الحمل.

ومن جهة أخرى، فإن الشرط في الأمثلة التي ذكرها الأحناف يتضمن العمل والمواد واستعمال الآلات لإضافة شيء جديد على العين المبيعة. أما في الصيانة فلا يهدف العمل ولا المواد ولا استعمال الصائن لآلاته إلى إضافة شيء جديد، بل إلى إعادة العين المبيعة إلى أصلها. فشرط الصيانة ليس فيه منفعة جديدة للمشتري، وإنما إعادة المبيع إلى وضعه الطبيعي بعد طروء خلل عليه.

ومن جهة أخرى، فإن الشرط الذي أجازته الأحناف معلوم بكل ما يقتضيه، أما شرط الصيانة فلا يعلم ماذا سيصير إليه من اقتضاء عمل ومواد واستعمال آلات.

ولكنه (شرط الصيانة) مع ذلك شرط قد جرى به العرف، وتعامل به الناس دون إنكار، ودون أن يفرض ذلك إلى التنازع. فإذا كان ذلك هو مناط الاستثناء من الفساد بالشرط الجعلي عند الأحناف، فإنه ينطبق على شرط الصيانة في البيع. بل إن هذا الشرط يحقق مصالح كل من البائع والمشتري معاً، كما رأينا في القسم الثالث من هذا البحث.

٢- استثناء الحملان في بيع الجمل ، الذي ورد في حديث جابر ، قاس عليه المالكية «الانتفاع بالسير بكل مبيع بعد بيعه على سبيل الاستمرار» ، وقال به أيضاً الحنابلة أخذاً بحديث جابر رضي الله عنه . (ص ٢٤٩) .

ولا شك أن المشتري مثل البائع في ذلك . وشرط الصيانة هو نوع من شرط انتفاع للمشتري ، وهو في العادة يسير بالنسبة لثمن العين المبيعة . فهلا يعامل مثله في ذلك ؟ .

٣- يرى الحنابلة أن الشروط التي من مصلحة العقد صحيحة ، ويلزم الوفاء بها (ص ٢٥٥) . وأوردوا لذلك أمثلة : كأن تكون الدابة غزيرة اللبن والطير مصوتاً . وهي من الصفات المعلومة أو التي يعلم تحققها بالتجريب . ولا شك أن شرط الصيانة من مصلحة العقد ، وهي مصلحة معلومة ولكن مقتضياتها غير معلومة عند البيع .

٤ - يرى أبو حنيفة صحة إلحاق الشرط بالعقد بعد مجلس العقد (ص ٢٤٧) . فهل يعتبر تمديد شرط الصيانة لفترة زمنية إضافية إلحاقاً بعقد البيع؟ الأظهر أنه عقد صيانة جديد لأنه لا يحصل إلا بتمن جديد عند التمديد .

وفي الخيارات :

تسرد الموسوعة آراء المذاهب في خيار العيب وخيار فوات الصفة (١١٣/٢٠ - ١٦٣) . ويهمننا من هذه الآراء النقاط التالية :

٥ - ينبغي أن نلاحظ أولاً أن شرط الصيانة ليس بديلاً كاملاً لخيار العيب . فإن الرد بالعيب يبقى قائماً مع وجود شرط الصيانة ، ولكنه ينحصر في الحالات التي لا تبرئها الصيانة في العين المعمرة المبيعة . فلو تبين بعد قبض السيارة مثلاً وجود شرخ أو اعوجاج في هيكلها الأساسي ، فإن ذلك يعتبر عيباً أوسع من أن يصلح الراتق ، وهو يستوجب الرد بالعيب .

فشرط الصيانة ليس إذن بديلاً عن الرد بالعيب، ولكن علاقته بخيار العيب تبقى وثيقة كما يتضح من النقاط التالية :

٦ - من مسقطات خيار الرد عند الفقهاء زوال العيب قبل الرد . وهنا يشكل شرط الصيانة مسقطاً تعاقدياً للرد بالعيب في الأحوال التي يمكن أن تشملها الصيانة . فإن الفقهاء قالوا بأن العيب لو أمكن «تداركه بزمن سير يمنع الخيار» (ص ١٤٤).

٧ - وفضلاً عن ذلك، فإن لمسألة الزمن السير هنا أهمية في نظرنا لأنها تعني عدم تفويت منافع المبيع على المشتري إلا زمنياً يسيراً، واليسير هو مما يُتساهل به عادة .

ولعل ذلك يقتضي جواز اشتراط المنفعة البديلة لأنها تحقق هدف (الزمن اليسير) . فلو نص شرط الصيانة على أن يقدم البائع للمشتري خدمة أو منفعة بديلة لما تقدمه العين الخاضعة للصيانة أثناء فترة صيانتها، لتحقيق هدف عدم تفويت منافع العين التي تتعرض للصيانة بتقديم بديل مماثل لها .

٨ - وكذلك قالوا بسقوط خيار الرد بصريح الإسقاط، أو بالإبراء، أو بالرضا بالعيب صراحة، أو بتصرفات دالة على الرضا (ص ١٤٥ - ١٤٧) . وإذا صح ذلك كله، وكل ذلك رضائي، فلأن يتراضى المتبايعان على الصيانة أولى بالصحة . فشرط الصيانة هو إذن أولى من إسقاط الخيار أو الإبراء منه .

٩ - وفضلاً عن ذلك، شرط الصيانة أشبه بالأرش، لأن الأرش (تقويم لنقصان الثمن) (ص ١٤٥) . وشرط الصيانة تقويم لنقصان الثمن، أي المبيع . فهو ليس بدلاً يبذل ثمناً لترك خيار الرد بالعيب، بل إعادة للمبيع إلى أصله المقصود من عقد ابتياعه .

١٠ - إذا تعدّر الردّ لسبب من الأسباب ينتقل حق المشتري إلى

الأرش، وهو بدل عن نقصان الثمن بسبب العيب. فهو موجب خلفي عن الرد (ص ١٣٧).

وفي هذا، قد يمكن القول إن إصلاح العيب ورتق الخرق بإعادة العين المعمرة إلى عهدها الطبيعي في تأدية ما هي له من منافع يعتبر موجباً خلفياً أقوى من الأرش. لأن الأرش يعوض فقط عن نقص قيمة المقصود من العقد، فالمشتري قد اشترى الآلة، لما دفعه من ثمن وهو راغب بها بذلك الثمن، لذلك يحتاج إلى منافع الآلة أكثر من حاجته لإنقاص الثمن. والصيانة تحقق له ذلك القصد، فهي إذن سابقة على الأرش في خلفيتها. مما يعني أنها ينبغي أن تكون البديل الأول عن الرد بالعيب القابل للإصلاح، سابقة في أفضليتها على الأرش.

١١ - يضاف إلى ذلك أن شرط الصيانة هو في حقيقته - إبراء بالشرط. لأن مقتضى شرط الصيانة أن المشتري رضي بإبراء البائع من الرد بالعيب في جميع الحالات الخاضعة للصيانة. فهو تصريح بقبول التزام البائع بإصلاح أي عيب يمكن إصلاحه مما قد يظهر في المستقبل، وأنه بذلك يتنازل عن خيار الرد بالعيب في هذه الأحوال، أو يسقطه.

١٢ - توقيت شرط الصيانة :

إن إسقاط خيار الرد بالعيب، أو الإبراء المسبق منه، أو التصريح بالرضا بالعيب، كل ذلك يشكل أساساً لتوقيت شرط الصيانة، وذلك لأن معنى التوقيت في شرط الصيانة هو أن المشتري يقبل بإسقاط خيار الرد بالعيوب التي تشملها الصيانة بعد فترة زمنية متفق عليها. فالتوقيت في شرط الصيانة هو إبراء جزئي ينصرف إلى ما بعد فترة الصيانة فيما تشمله الصيانة من عيوب.

١٣ - إن انتقال خيار الرد إلى الوارث، سواء أكان خيار رد بالعيب (ص ١٤٨) أم خيار رد لفوات وصف (ص ١٦٣)، يشكل أساساً لانتقال

شرط الصيانة للمالك الجديد للآلة إذا انتقلت الملكية خلال فترة الصيانة، لأن شرط الصيانة يقوم على اعتبار العيوب التي يمكن المبادرة إلى إصلاحها من خلال شرط الصيانة يسيرة مما يرتقها الإصلاح، فلا تستوجب الرد. والتزام البائع (الصانع) بالإصلاح يرتبط بالآلة المعقود عليها، لا بشخص مالكتها، فينتقل هذا الشرط إلى الوارث أو المالك الجديد لاستكمال مدة الصيانة.

١٤ - وهل يبقى المالك الأول، إذا باع الآلة مطالباً من قبل المالك الثاني بالرد بالعيب، سواء أكان مما تصلحه الصيانة، أم كان مما لا تصلحه؟ هذه المسألة يبدو أنها مما يخضع لشرط الإبراء. فإذا نص عقد البيع بينهما على شرط إبراء المالك الأول من خيار الرد بالعيب ومن إصلاح ما يمكن إصلاحه من عيوب، أو جرى بهذا الإبراء عرف يحسم المنازعة، فالذي يظهر أن مثل هذا الشرط أو العرف يمنع المالك الجديد من الرجوع على المالك الأول، ويحصر حقه بالبائع الأول (الصانع)، لأن خيار لرد بالعيب وخيار الرد بفوات الصفة، كليهما، مما يقبل شرط الإبراء، سواء أكان الإبراء شاملاً كل عيب، أم محدوداً بالعيوب التي يمكن إصلاحها. فيمكن إذن اشتراط إبراء المالك الأول من الالتزام بشرط الصيانة فلا يُرجع عليه، ويكتفى بضمان الصانع للصيانة.

وفي الجعالة:

تتحدث الموسوعة الفقهية (٢٠٨/١٥ - ٢٣٩) عن الجعالة في مقدار العمل، وعن تقديم مواد استهلاكية وغيرها معلومة المقدار، وعن استعمال العامل لآلاته وأدواته الخاصة في عمله بقدر وقت غير معلومين، من أجل الوصول إلى غرض الجعالة. كما تتحدث عن أهمية تحقيق (غرض الجاعل) بكامله دون تبعض. ولهذا الموضوع ارتباط مباشر بعقد الصيانة وعقد التعهد بالصيانة.

١٥ - فالجعالة تصح (على عمل مجهول يعسر ضبطه وتعيينه) (ص ٢٠٩)، وهذا هو أهم ما يميز الجعالة عن الإجارة التي يشترط فيها العلم بالعمل . وأهم الأمثلة التي يضربونها لجعالة العمل في الجعالة الإتيان بحيوان ضال أو مال ضائع أو عبد آبق .

فالجعالة تحتل الجعالة في العمل . والجعالة في مقدار العمل المطلوب في الصيانة قد لا تكون أكثر من الجعالة في مقداره في الجعالة كما وصفها الفقهاء .

ولسائل أن يسأل عن صحة الجعالة لصاحب قطع من الإبل ، أن يجعل مبلغاً شهرياً لمن يأتيه بما يضل منها ، دون أن يخصص جعلاً مستقلاً كلما شرد منها بعير . أو لصاحب زروع ذات مواسم حصاد متتالية أن يجعل مبلغاً معيناً واحداً لمن يحصد له كل زروعه كلما آن وقت حصاد واحد منها . ومثل ذلك من له آلات أن يجعل مبلغاً مقطوعاً أو شهرياً لمن يصلح له ما تعطل منها . . . طالما أن الجعالة محتملة في مقدار العمل المطلوب .

١٦ - محل العقد في الجعالة (إتمام عمل) (ص ٢١٣)، نحو تعليم حرفة أو إعادة مال ضائع أو تحصيل دين ، أو مداواة مريض . وكذلك فإن عقد الصيانة وعقد التعهد بالصيانة محلها هو (إتمام عمل) معرّف ، وتحقيق مقصد واضح ، هو إعادة السلعة (أو مجموعة السلع) المعمرة إلى عهدها المعتاد في إنتاج منافعها ، وما يشترطه الفقهاء في محل عقد الجعالة من كونه مباحاً ، غير واجب على العامل ، وأن يتضمن مشقة أو مؤنة (عند الشافعية والحنابلة) ، كل ذلك متوافر في عمل الصيانة .

١٧ - وقد تحدثوا عن خياطة ثوب أو بناء حائط كمحل لعقد الجعالة (ص ٢٢٥) . وليس يفترق عن ذلك صيانة آلة أو بناء ، بل قد يكون عقد الصيانة أولى بالجعالة من بناء الحائط أو خياطة الثوب ، لأن البناء والخياطة

تصلح فيها الإجارة، ولأن الجعالة أبيعحت لحاجة الناس إليها رغم ما فيها من جهالة .

١٨ - وفضلاً عن ذلك ، فإن محل عقد الجعالة يمكن أن يكون استمرار الحصول على سبيل المنافع المعتاد، نحو استمرار توفر منفعة حركة سيارة ووقوفها بمواصفات ومعايير محددة معروفة للسيارة وللوقوف وللحركة . عندئذٍ، ألا يمكن أن يشمل عقد الجعالة تقديم الصيانة المطلوبة للسيارة المشمولة بالعقد وتقديم منفعة بديلة مماثلة لفترة الصيانة؟ طالما عرفنا غرض الجاعل بأنه (استمرار حصول سبيل من المنافع) .

١٩ - يدخل في عقد الجعالة ما يستعمله العالم من دابة وسرج وآلات بناء وآلات خياطة، وغير ذلك من آلات معمرة تساعد على تحقيق مقصود الجاعل، وعلى العامل علف الدابة ونفقة هذه الآلات (ص ٢١٩) . والراجح عند المالكية أن النفقة على المال المجاعل عليه هي على العامل أيضاً حتى يردّه إلى مالكه (ص ٢١٩)، أما عند الشافعية فهذه النفقة، المبدولة لمال الجاعل في يد العامل، هي على العامل إلى أن يأذن بها الجاعل أو القاضي أو يُشهد العامل على أنه ينفقها على حساب الجاعل . وقال الحنابلة هي على الجاعل على كل حال (ص ٢٢٠) .

كل ذلك يدل على أن المواد الاستهلاكية التي تتطلبها عملية الإصلاح واستعمال الآلات التي تقتضيها الصيانة هي على العامل في الجعالة، لأنها من طبيعة العقد، أو أنها يمكن أن تكون على العامل بالشرط . بل قد نص الشافعية على أن الجعالة تكون في عمل فيه مشقة أو مؤنة .

٢٠ - أما ما ينفقه العامل من مواد استهلاكية للآلة المعقود على صيانتها ومن قطع تبديل (مثل المالكية بطعام العبد ولباسه) فهو مسألة خلافية يحسمها الشرط في العقد .

٢١- وكذلك فقد نص الشافعية على أن للجاعل أن يزيد (في العمل) المجاعل عليه، فلو رضي العامل بذلك، فليس له إلا الجعل (ص ٢٣٠). أي أن اشتراط دخول الآلات الجديدة لدى الجاعل في عقد الصيانة أمر جائز برضا العامل المجمعول له.

٢٢- وإذا انطبقت الجعالة على عقدي الصيانة والتعهد بالصيانة، فإن العقود المشابهة لعقود الصيانة من عقد نظافة، وعقد تشغيل، وعقد تحديث، وعقد صيانة صحة لا تختلف في ذلك عن الصيانة.

٢٣- وأخيراً، فإن عقد التأمين بالصيانة على أسلوب التأمين التعاوني القائم على التبرع المشروط من المستأمن لا يشير أية مشكلة شرعية إضافية لما هو معروف حول التأمين نفسه.

فالقول بأن التبرعات تحتتمل من الجهالة ما لا تحتتمله المعاوضات ينسحب أيضاً على ما في تأمين الصيانة من جهالة.
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الدكتور منذر قحف

عقود الصيانة وتكييفها الشرعي

إعداد

الدكتور محمد أنس الزرقاء

أستاذ باحث بمركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي

والدكتور سامي إبراهيم السويلم

مستشار اقتصادي بمركز دراسات شركة الراجحي

المصرفية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عقود الصيانة وتكييفها الشرعي

١- وصف الموضوع كما ورد في خطاب

الأمانة العامة للمجمع

شعرنا بأن أفضل وصف لموضوع هذا البحث؛ هو ما ورد في خطاب الاستكتاب من الأمانة العامة للمجمع الموقر، لدقته وشموله. فنشبهه فيما يلي:

عقود الصيانة وتكييفها الشرعي في خطاب الأمانة العامة للمجمع:

«لا يخفى التعقيد الذي بلغته صناعة الآلات والمعدات والأجهزة في مختلف المجالات، مما جعل الاهتمام بصيانتها يوازي أهمية الحصول عليها، وكذلك الحال بالنسبة للمشاريع العمرانية؛ حيث يحرص المتعاقد لامتلاك مصنوع أو مشروع على ضمان بقاء الانتفاع به، دون تعرضه للتلف أو الخلل لأسباب ترجع إلى سوء الصنع أو الإنجاز.

وهناك عقود صيانة تنشأ مستقلة عن عقد التملك للأصل المراد صيانته سواء كانت لاستبقاء المالك الانتفاع بملكه، أو لاستمرار الأعيان المؤجرة صالحة دون انقطاع المنفعة. ويكتنف هذه العقود بعض الالتباس في تكييفها بسبب جهالة مقدار العمل، وهو ما يغتفر في عقد الجعالة، أو بسبب الالتزام مع العمل بتقديم المواد والقطع التي تتطلبها الصيانة.

وقد استقر التعامل على الحصول على تعهد من الصانع أو المقاول بالصيانة طيلة مدة متعارف عليها لدرء الخلل غير المتوقع للعمر الاستهلاكي، ويقع هذا الالتزام جزءاً لا يتجزأ من الصفقة الأصلية للتملك، ويتطلب هذا

النوع من عقود الصيانة المتلازمة مع عقود التملك البحث فيما يلي :

- اندراج هذا في صور صفقتين في صفقة، أو اشتراط عقد في عقد.

- أو اعتبار ذلك شرطاً مقترناً بالعقد المقصود أصلاً.

- أو اقتضاء سلامة المعقود عليه التزام البائع بالصيانة بديلاً عن حق الرد للمعيب بعيب خفي .

وهناك جوانب أخرى بحسب شروط وقيود الصيانة المختلفة وعقودها المتعددة، وهي المعروضة للبحث والدراسة لتحديد أحكامها، وتكييفها الشرعي».

٢- أمثلة واقعية من عقود الصيانة وشروطها:

١/٢ - المثال الأول: عقد صيانة حاسبات وما يتبعها من طابعات في شركة:

المادة الأولى:

مقدمة: يرغب الطرف الأول بعمل صيانة لجميع أجهزة الحاسبات الآلية الشخصية الموزعة في كافة أقسام الشركة بمواقعها المختلفة بالرياض، بما في ذلك كافة الوحدات الملحقة بها من طابعات، وإجراء الإصلاح اللازم عند حصول أعطال لهذه الأجهزة، وحيث أن الطرف الثاني - وهي شركة متخصصة في أعمال الصيانة - قد أبدى استعداده وموافقته على تنفيذ متطلبات الطرف الأول، وعليه فقد جرى الاتفاق على ما يلي:

المادة الثانية:

أ- يلتزم الطرف الثاني بإصلاح كافة الأعطال التي تحدث لأي من الأجهزة المشار إليها في القائمة المرفقة خلال أيام الأسبوع (عدا يوم الجمعة).

ج- يلتزم الطرف الثاني بالاستجابة لطلب الطرف الأول بإصلاح جهاز الحاسب الآلي الرئيسي في شبكات قسم الاستثمار والصناعية ومركز الخدمة، وذلك في موقع الطرف الأول في مدة أقصاها ساعتان تسري من تاريخ ووقت تسجيل طلب الإصلاح هاتفياً لدى الطرف الثاني، في الفترة ما بين الساعة الثامنة صباحاً إلى الثانية عشر ليلاً (منتصف الليل) من كل يوم باستثناء يوم الجمعة.

د- صيانة الأجهزة مرتين أسبوعياً بمقر الطرف الأول، وفي حالة عدم تمكن الطرف الثاني من إصلاح العطل المبلغ عنه، في مدة أقصاها (٢٤) ساعة من بدء عملية الإصلاح، يلتزم الطرف الثاني بتزويد الطرف الأول بجهاز بديل على نفقته (الطرف الثاني)، كحل مؤقت إلى أن يتم إصلاح العطل بمقر الطرف الأول.

المادة الثالثة :

قيمة العقد تشمل تكلفة استبدال قطع الغيار التالفة وغير الصالحة بقطع غيار جديدة وأصلية، على أن تكون الأجزاء التالفة من حق الطرف الثاني.

المادة الرابعة :

يلتزم الطرف الثاني بعمل صيانة وقائية لأجهزة الحاسب الآلي الشخصي التابعة للطرف الأول بمقر الطرف الأول بمعدل (٣) مرات سنوياً، بموجب جدول زمني يُتفق عليه بين الطرفين.

المادة الخامسة :

حددت مدة هذا العقد بسنة ميلادية كاملة، تبدأ من ١/٨/١٩٩٥ م.

المادة السادسة :

تبلغ التكلفة الإجمالية لهذا العقد . . . وتشمل توريد وتركيب قطع الغيار .

المادة السابعة :

تكون الدفعات على أقساط شهرية .

المادة الثامنة :

من المتفق عليه بأن الأتعاب المحددة في المادة السابعة تشمل أتعاب الطرف الثاني عن جميع المهام الملقاة على عاتقه بما في ذلك قطع الغيار اللازمة ، ولا يحق للطرف الثاني المطالبة بأية زيادة مهما كانت مقابل أية أعباء إضافية ، أو زيادة فيما يتعلق بزمن الإصلاح وتكاليفه .

المادة التاسعة :

يتعهد الطرف الثاني ويضمن بأن الخدمات المهنية سوف تؤدي بواسطة أشخاص على كفاءة عالية وخبرات طويلة في مجال تخصص العمل وأن جميع الخدمات سوف تؤدي طبقاً لأفضل الممارسات المهنية ، على أن يقوم الطرف الثاني بتقديم صور من الشهادات العلمية وشهادات الخبرة للمذكورين .

المادة العاشرة :

يتحمل الطرف الأول قيمة مستهلكات استخدام الحاسب الآلي ، مثل الأوراق والأشرطة الكربونية والأقراص الصلبة . . . إلخ ، كما يتحمل الطرف الأول قيمة تكلفة الأعطال الناتجة عن سوء الاستخدام .

٢ / ٢ - المثال الثاني : بيع معدات طبية لمستشفى مع تعهد بصيانة

مديدة :

أ - في هذا العقد يلتزم المشتري بدفع ثمن المعدات على دفعتين :

النصف عند الاستلام، والنصف الآخر بعد تركيب المعدات واختبارها عملياً. ومقابل ذلك يلتزم البائع بما يلي:

ب- تكاليف الشحن إلى الموقع وتركيب المعدات فيه.

ج- تدريب موظفي المشتري على استخدام المعدات.

د- ضمان قيام المعدات بعملها على الوجه السليم لمدة سنة، ويشمل الضمان: الصيانة الوقائية الدورية والإصلاح وقطع الغيار أو الاستبدال الكلي عند اللزوم، دون أي تكلفة إضافية على المشتري.

هـ- يلتزم البائع بأن لا تتجاوز فترة التعطل للمعدات (٣٪) من ساعات التشغيل المعتادة شهرياً، ويتعرض لجزاء نقدي إن تجاوز هذا الحد. كما يلتزم أن لا يتجاوز زمن الاستجابة لطلب التصليح (٢٤) ساعة.

و- لا يسري الضمان على الأعطال الناجمة عن سوء الاستعمال من قبل المشتري.

ز- يلتزم البائع بتوفير خدمات الصيانة وقطع الغيار، لمدة لا تقل عن عشر سنوات، يحتفظ خلالها بمخزون كاف من هذه القطع.

والمفهوم أن تكاليف هذا الالتزام المديد غير مشمولة بالثمن الأصلي؛ بل يأخذ البائع مقابلها ثمن من القطع وأجرة المثل عن العمل.

٣/٢ - المثال الثالث: صيانة لوحة إعلان كهربائية بمبلغ مقطوع سنوياً:

مع التزام الصائن/المقاول:

أ- بالكشف عدة مرات في الأسبوع على اللوحة للتأكد من أنها تعمل.

ب- بإصلاح أي عطل خلال (٢٤) ساعة، وتبديل أي قطع تالفة بأخرى جديدة.

ج- لو رضى مالك اللوحة بتحمل تكاليف قطع الغيار، فإن المفاوض يرضى بثمان مقطوع أقل .

٢/٤ - المثال الرابع : تشغيل وصيانة مرافق ومساكن لمدينة سكنية صغيرة مملوكة لمؤسسة صناعية .

أ- مدة العقد ٣ سنوات ويشمل جميع المساكن وما فيها من تجهيزات منزلية، والمرافق المشتركة كالمدارس والمساجد وصالات الرياضة والبوابات وتمديدات المياه .

ب- يلتزم المفاوض الصائن بتحقيق استمرار جميع المرافق والتجهيزات والأبنية في تقديم خدماتها المعتادة بصورة جيدة . يلتزم لذلك بتوفير جميع العاملين المهرة، وما يلزمهم من آلات ومواد ووسائل نقل .

ج- يشمل العمل المطلوب الصيانة الوقائية الدورية لجميع ما ذكر، (مثل : دهان الأدوات المعرضة لعوامل الطقس، وتنظيف وضبط ومعايرة سائر التجهيزات، وتبديل الزيت والقطع التالفة . . . إلخ).

د- كما يشمل الصيانة العلاجية لإصلاح أي عطل طارئ .

هـ- الثمن الذي يتقاضاه المفاوض عن قيامه بما سلف يُدفع مُنجماً على أشهر العقد، ويتكون الثمن من عدة عناصر هي :

١- مبلغ مقطوع .

٢- تعويض عن ثمن قطع الغيار التي يقوم المفاوض بتركيبها فعلاً . لكن مجموع ما يدفع له عن قطع الغيار للعقد بأكمله لا يمكن أن يزيد عن حد أعلى محدد في العقد .

٣- يعطى تعويضاً عن كل ساعة عمل فعلية يقضيها العاملون عنده في تنفيذ أعمال الصيانة والإصلاح .

و - يلتزم المقاول الصائن ببيان عدد من سيوفرهم من المهندسين والعمال المهرة وسواهم ومؤهلاتهم التفصيلية وخبراتهم، ويشترط أن يكونوا موجودين عنده فعلاً قبل بدء سريان العقد.

ملاحظة: قيل لنا: إن هذا النوع من عقود صيانة المرافق الكبيرة شائع الاستخدام في الولايات المتحدة.

٢/ ٥ - المثال الخامس^(١): عقد صيانة مديدة مترافق مع بيع آلة:

أ- يضمن البائع للمشتري الأصلي لمدة لا تتجاوز ثماني سنوات من تاريخ الشراء، صيانة الآلة لتعمل بفاعلية، وإصلاحها الشامل (Overhaul) عند اللزوم، وفق سعر الصيانة السائد عند كل سنة.

ب - تشمل الصيانة: العمل وتبديل ما يلزم من القطع، باستثناء ما تعرض منها لإساءة الاستعمال فيتحمّل المشتري تكلفته، وكذلك يتحمل تكلفة القطع التالية. . وتحدد التكلفة بحسب السعر المعلن لتلك القطع في وقت استبدالها.

ج- كما تشمل الصيانة الفحص الدوري في فترات محددة، وكذلك زيارات الإصلاح الطارئة عند حدوث أعطال.

د - هذا الاتفاق مدته سنة، ويتجدد تلقائياً سنة بعد أخرى إلى نهاية السنة الثامنة، ما لم يخطر أحد الطرفين الآخر برغبته في عدم التجديد قبل شهر من موعد التجديد.

هـ - يحدد البائع قبل بداية كل سنة ثمن الصيانة الذي سيطبق في السنة التالية، وعلى المشتري تسديد الثمن سلفاً.

(١) نقلاً مع بعض التصرف بالإيضاح عن:

J. D. Patton Jr: Maintainability and Maintenance, 3rd ed, Instruments Society of America, 1994, p.402.

٦/٢ - بعض ملاحظات على العقود السابقة :

أ- من المهم التفريق بين الإصلاح والصيانة؛ فالإصلاح هنا يقصد به إعادة الآلة إلى حالتها الصحيحة بعد خلل طرأ عليها .

أما الصيانة فهي : (العمل الذي يحفظ الشيء في حالة صحيحة)، قاموس هيرتج (Heritage) . وهي أعم من الإصلاح، إذ تنطوي على أعمال الوقاية من وقوع الخلل، فضلاً عن إصلاح الخلل إذا وقع .

والصيانة في العرف الهندسي المعاصر، ثلاثة أنواع: وقائية دورية، أو علاجية طارئة، أو صيانة شاملة للنوعين السابقين .

فالوقائية - وتسمى أيضاً: الدورية (periodic or preventive maintenance) - تنطوي على الكشف على الشيء دورياً للتأكد من أنه يعمل بصورة صحيحة، واكتشاف ما سيؤدي إلى الخلل وضبطه . . . إلخ، بما يقلل وقوع الخلل، ويخفف تكاليف الإصلاح^(١) . والعلاجية، وتسمى أيضاً الطارئة (corrective m) - تشمل إصلاح الأعطال بعد وقوعها . وكلا النوعين ينطويان على تقديم المواد وقطع الغيار اللازمة . وهدف الصيانة هو استبقاء الشيء في حالة يؤدي فيها وظيفته بنجاحة خلال فترة زمنية مقبلة .

ب - لاحظنا من أمثلة العقود التي أوردناها تضمنها جميعاً التزام الصائن بتقديم المواد وقطع الغيار اللازمة، مع استثناء أحياناً لقطع غيار معينة يتحمل تكلفتها مالك الآلة، على أساس ثمن المثل السائد عند تبديل القطع فعلاً .

ج- نلاحظ تعدد الأعمال والأشياء التي يلتزم الصائن بأدائها وتقديمها .

(١) بتصرف من:

Garl Heyel, editor, The Encyclopedia of Management, 3rd ed, Van Nostrand N. Y, 1982, p595.

وجميع أمثلة العقود التي أوردناها تشمل الصيانة الدورية الوقائية، والصيانة الطارئة العلاجية .

٣- الحاجة إلى عقود الصيانة وأسباب تزايدها :

الحالة العادية أن مالك آلة أو أصل إنتاجي يطلب إصلاحه بعد وقوع خلل فيه، بعقد مستقل كلما وقع خلل ما، كما يفعله أكثر الناس المالكين لأدوات منزلية أو سيارات شخصية .

وإذا كان عدد الآلات عند المالك كبيراً فقد يجد أن من مصلحته استئجار أجزاء خاصين يتفرغون عنده لشأن الصيانة . لكن واقع الحال يشهد بأنه حتى الشركات والمؤسسات - ناهيك عن الأفراد - قد ترى أن صيانة بعض تجهيزاتها تكلف أكثر إذا قامت بها بنفسها، وتكلف أقل لو عهدت بها إلى أجير عام متخصص في الصيانة، يقدم خدماته لها ولغيرها . فمؤسسات الصيانة المتخصصة صارت مثلاً من أمثلة المزايا الاقتصادية لتقسيم العمل والتخصص .

إن تزايد أهمية الصيانة يرجع لعاملين على الأقل :

أولهما : زيادة الكثافة الرأسمالية في النشاطات المعيشية المعاصرة، بمعنى الاتجاه المطرد إلى زيادة استخدام الآلات والأجهزة لإنجاز عمل معين وثانيهما : هو اعتماد كثير من الأجهزة والمعدات على معرفة تقانية (تكنولوجية) متقدمة، تجعل صيانتها وإصلاحها يتطلب مهارات بشرية وإعدادات فنية خاصة (كأجهزة للاختبار والإصلاح ومواد للصيانة . . . إلخ) . وفي مجالات الصناعات التحويلية التي يوجد فيها خطوط إنتاج، حيث نتاج مرحلة معينة هو مادة وسيطة أو نصف مصنعة تستخدم في المرحلة التالية؛ يكون ضبط عملية الصيانة مهماً جداً لأن تعطل آلة معينة قد ينجم عنه خسارة

كبيرة، لما يترتب عليه من تعطيل مراحل إنتاجية لاحقة، وتعطيل أعداد من العاملين .

ومحصلة هذه الفقرة: أن الحاجة إلى الصيانة هي واسعة الانتشار كما أنها إلى ازدياد .

٤ - عقد الصيانة المنفرد :

١ / ٤ - مقدمات :

سبق أن بينا في (ف ٦ / ٢) أن هدف الصيانة هو استبقاء الشيء في حالة يؤدي فيها وظيفته بنجاحة، وتختلف بذلك عن الإصلاح الذي يعالج الخلل بعد وقوعه .

ويبدو أن العرف التجاري المعاصر يقصد بعقود الصيانة عند إطلاقها الصيانة الشاملة التي تضم النوعين الوقائية والعلاجية معاً (ف ٦ / ٢)، ومثال الوقائية: الكشف بين حين وآخر على الآلة وضبطها، واستبدال القطع التي أشرفت على التلف دون انتظار وقوع خلل .

ويلاحظ هندسياً أن أعمال الصيانة الدورية وما يحتاج فيها إلى تبديل بعض القطع أو الزيوت . . . إلخ، كل ذلك يسهل تقديره سلفاً على ذوي الخبرة بألة معينة، وليس فيه إلا جهالة يسيرة. أما الصيانة العلاجية فهي بطبيعتها طارئة ليس من السهل تقديرها سلفاً، فالجهالة فيها كبيرة .

وأكثر عقود الصيانة فيما ظهر لنا هي من النوع الشامل لنوعيتها الوقائي والعلاجي لأسباب واضحة؛ أهمها أن حسن الصيانة الوقائية يخفف الحاجة إلى الصيانة العلاجية ويقلل تكاليفها. لذلك فإن العهدة بهما معاً إلى جهة واحدة له مزايا ظاهرة في حفز الصائن على إتقان الصيانة بنوعيتها، ويسهل حصر المسؤولية .

وقد رأينا في جميع أمثلة العقود التي أوردناها، أنها تنطوي على التزام الصائن بتقديم بعض أو كل قطع الغيار التي تظهر حاجة لتبديلها خلال فترة العقد.

وقد تبين لنا أن عقد الصيانة تكتنفه أربعة عقود معروفة، يشبه كلاً منها في نواح ويخالفه في أخرى، هي عقود: الإجارة على عمل، والاستصناع، والجمالة، والتأمين على الأشياء. ونبين ذلك في الفقرات التالية تمهيداً لتكييف عقد الصيانة واقتراح حكم فقهي مناسب فيه.

٢ / ٤ - عقد الصيانة مقارناً بالإجارة على عمل:

إن عقد الصيانة هو عقد على عمل، والصائن لا يضع نفسه تحت تصرف مالك الآلة مدة معينة ليقوم بالصيانة خلالها، لأنه عادة ليس أجيراً خاصاً، لكنه أجير عام (مشترك) يبيع عمله في الصيانة لجهات كثيرة، لكن الصيانة تختلف عن الأعمال المألوف تأديتها من الأجراء العاملين، كالنجار والخياط، في أمرين:

أ - جهالة مقدار العمل فيما يتصل بالصيانة الطارئة العلاجية، وهي جزء من عقود الصيانة في العادة.

ب - الالتزام بتقديم قطع التبديل من الصائن بالإضافة للعمل، ولهذه القطع قيمة ذات شأن في العادة.

وجهالة مقدار العمل تدعونا إلى النظر إلى وجوه الشبه بين الصيانة والجمالة.

٣ / ٤ - عقد الصيانة مقارناً بالجمالة:

إن أقوى وجه للشبه بين الجمالة والصيانة هو جهالة مقدار العمل، مع وجود غاية يطلب من العامل تحقيقها ليستحق الجعل، وهي هنا سلامة الآلة

بحيث تؤدي وظائفها المعتادة .

ولو كان العقد ليس صيانة ، بل إصلاحاً لخلل قد وقع فعلاً لتأكد شبهه بالجعالة . أما الصيانة فإن بينها وبين الجعالة فروقاً ثانوية ، وأخرى جوهرية .

ونعد في هذا المقام ثانوياً تلك الفروق التي لا تخل بمقصد شرعي ، لذلك يمنعها مذهب ويبيحها آخر في الجعالة ، مع وجودها في الصيانة ، مثل :

أ - منع تأقيت مدة العمل في الجعالة عند المالكية والشافعية ، بينما الحنابلة يجيزون التأقيت (وهو موجود في عقود الصيانة دوماً) ، وهو الأوجه في نظرنا ، لأن فيه تقليلاً لجهالة العمل ، وهذا حسن وليس مباحاً فقط^(١) .

ب - عدم لزوم الجعالة عند المجيزين لها (إلا قولاً ضعيفاً عند المالكية باللزوم على الطرفين حتى قبل شروع العامل في العمل)^(٢) . وعقود الصيانة لا مندوحة فيها عن اللزوم حتى قبل الشروع في العمل ، لأن عدم اللزوم فيها ضار بالطرفين .

فروق جوهرية :

ج - من الفروق الجوهرية في نظرنا في الجعالة شرط أن يكون مقصود الجاعل لا يتحقق إلا بتمام العمل (مثل رد البعير الشارد ، أو الحفر للوصول إلى الماء) . أما إن كان بعض العمل يفي ببعض غرض الجاعل (مثل إشادة بعض البناء) فإن العقد المناسب هنا هو الإجارة على عمل ، وليس الجعالة ، لأن مؤدى هذه أن لا يستحق العامل الجعل ولو أتم بعض العمل إذا لم ينجزه كله ، مع أن الجاعل ينفع بهذا البعض ، وفي هذا إجحاف دعا فقهاء المالكية إلى منع الجعالة في مثل هذه الحالات^(٣) . ونحن نتبنى هذا الاجتهاد لأنه

(١) ر : الموسوعة ، مادة جعالة ، ٢١٥ ، ٢١٠ / ١٥ ، ٢١٦ .

(٢) الموسوعة : ٢١١ / ١٥ ؛ وحاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٢٧٥ / ٢ .

(٣) د . خالد رشيد الجميلي : الجعالة وأحكامها . . . بيروت ؛ عالم الكتب : =

يحفظ مقصد العدالة والتوازن بين المتعاقدين .

ومن الواضح في عقود الصيانة التي نبهنا أنّ رب الآلة ينتفع بقيام الصائن عليها بعض مدة العقد، ولا يصح القول بأن مقصوده لا يتحقق منه شيء إلا بتمام المدة كلها . وهذا يتنافى مع تكييف الصيانة على أنها جعالة .

د - وهناك فرق جوهري آخر يتصل بالفرق السابق، وهو أن الزمن مقصود أصلي في عقد الصيانة، الذي يستهدف كما أسلفنا حفظ الآلة في حالة صالحة للعمل خلال فترة العقد . فالصيانة عقد زمني بلا ريب تتحقق المنفعة فيه آنأ بعد آن، شأن إجازة الأعيان وإجازة الأبدان، أما الجعالة على وجهها المعتاد فهدفنا تحقيق نتيجة معينة، ولو أمكن للعامل تحقيق النتيجة في ساعة لكان هذا أنفع للجاعل مما لو حققها بعد شهر .

هـ - و فرق جوهري ثالث نذكره هو أن صيانة الأعطال الطارئة يستحق الصائن فيها الأجرة ولو لم تطرأ أعطال خلال فترة العقد، فعقد الصيانة في هذا الجانب منه يشبه قول جاعل: «من التزم برد بعيري إذا شرد خلال العام القادم فله كذا، وله الجعل على التزامه هذا ولو لم يشرد البعير» . وهذا أشبه بعقد التأمين على الأشياء منه بالجعالة .

نتيجة : هناك شبه واضح بين عقد الصيانة المعاصر وعقد الجعالة المعروف في الفقه، لكن بينهما فروقاً جوهرية تمنع في نظرنا اعتبار الصيانة جعالة مطلقة .

٤ / ٤ - عقد الصيانة مقارناً بالتأمين على الأشياء :

عقد التأمين : هو عقد يلتزم فيه المستأمن (طالب التأمين) بدفع مبلغ

= ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م . ص ٧٩ - ٨٣ ، حيث بين اشتراط المالكية في العمل محل الجعالة أن لا ينتفع به الجاعل إلا بتمامه ، وهو يحيل في ذلك إلى مقدمات ابن رشد : ٦٣٥ - ٦٣٦ .

معين، لقاء التزام المؤمن بدفع تعويض عن الضرر الذي قد يلحق بالمستأمن إذا وقع الخطر المؤمن ضده خلال فترة زمنية محددة (سنة مثلاً).

والصيانة العلاجية الطارئة (غير الدورية) تشبه عقد التأمين المذكور^(١) سوى أن الصائن لا يلتزم عادة بتقديم مبلغ مالي يعوض رب الآلة عن الضرر الناجم عن العطل الطارئ، بل يلتزم إصلاح العطل، وتبديل القطع التالفة حيثما لزم ذلك.

ولو تمحضت الصيانة بحيث تكون علاجية طارئة فقط لا تشمل الصيانة الدورية، وكانت مستقلة تماماً عن عقد بيع الأصل المراد صيانته، لزد شبهها بالتأمين.

نتيجة: إذا انفرد عقد الصيانة وحده، وكان محصوراً بالصيانة الطارئة فقط دون الدورية الوقائية، فإنه يشبه عقد التأمين على الأشياء، ويجري فيه الخلاف الفقهي المعاصر في التأمين:

- فأكثر الفقهاء المعاصرين، والمجامع الفقهية ومنها هذا المجمع الموقر، رأيت عدم جواز التأمين التجاري، وجواز التبادلي والتعاوني بدلاً عنه^(٢).

- وترى قلة من الفقهاء المعاصرين جواز التأمين التجاري من حيث المبدأ، إذا خلا عقده من أسباب مفسدة أخرى.

على أن الغالب على عقود الصيانة أن تشمل الصيانة الدورية الوقائية أيضاً، وهذه لا تشبه التأمين في شيء، كما أن وجودها في العقد يخل بشرط فني جوهرى في التأمين وهو أن لا يتعلق وقوع الحادث الضار بإرادة المؤمن

(١) يؤكد باتون مثلاً أن عقد صيانة السيارة هو تأمين للتوقي من خطر أن تظهر في السيارة

عيوب خفية يكلف إصلاحها تكلفة باهظة؛ انظر patton Jr., p.403

(٢) قرار رقم (٩) بشأن التأمين، الدورة الثانية، جدة، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م.

ولا المستأمن . بينما الصيانة الدورية التي يؤديها الصائن تستهدف صراحة تقليل احتمال الحاجة إلى الصيانة الطارئة ، وتقليل تكاليفها .

أما الصيانة الطارئة المحض ، فالغالب أن تترافق مع عقد بيع الأصل ، كما هو شائع عند بيع السيارات الجديدة ، حيث تتعهد الشركة البائعة أنه إن طرأ خلل في محرك السيارة خلال فترة محددة ، فإنها تقوم بإصلاحه أو تبديله مجاناً . ولا يشمل هذا التعهد قيام الشركة البائعة بأعمال صيانة دورية .

٤/٥ - عقد الصيانة مقارناً بالاستصناع :

قد يستغرب لأول وهلة مجرد التفكير بشبه بين الصيانة والاستصناع . لكن إمعان النظر يظهر بينهما بعض جوانب الشبه ، فالاستصناع عند من يميزونه من السلم (وهم الحنفية) يتنازعه تكييفان : أحدهما أن محله هو العمل^(١) ، واتفقوا على أن مادة المصنوع (أو مواده) يقدمها الصانع في عقد الاستصناع ، والمستأجر في الإجارة على عمل . وعليه فإن عقد الصيانة يشبه الاستصناع في هاتين النقطتين ، لأن الصائن يقدم العمل والمواد وقطع الغيار ، كما يشبهه في أن الثمن فيهما قد يكون معجلاً أو مؤجلاً أو منجماً على أقساط (بينما اتفقوا في الجعالة على أن الجعل لا يستحق إلا بتمام العمل) .

ومن جوانب الاختلاف أن الصيانة عقد زمني كما أسلفنا (ف/٤/٣/د) وليس كذلك الاستصناع . كما أنه في الصيانة الطارئة تستحق الأجرة ولو لم تطرأ أعطال تقتضي عملاً (انظر ف/٤/٣/هـ) ، بينما الاستصناع - على تكييفه بأنه عقد على عمل - لا بد فيه من العمل .

٤/٦ - ترجيح اعتبار الصيانة عقداً مستقلاً :

ويبدو لنا في ضوء مقارنة الصيانة بالعقود الأربعة القريبة منها ، أنها

(١) والتكليف الثاني ، وهو الأشهر ، أنه محله هو المصنوع (الموصوف في الذمة) .

لا تشبه أيّاً منها تمام الشبه، فيصعب من ثم تطبيق جميع أحكام أحد هذه العقود على الصيانة.

ولعل الأيسر والأبعد عن التكلف اعتبار الصيانة عقداً مستقلاً، من صنف عقود الإجارة على العمل، مع تميزه بالخصائص التالية:

أ- محل العقد عمل بعضه وهو الصيانة الدورية، معلوم؛ وبعضه وهو الصيانة الطارئة، مجهول، لكنه مقدر بغاية محددة، هي استبقاء الشيء في حالة يؤدي فيها وظيفته المعتادة.

ب - يقدم الصائن عادة المواد وقطع التبديل. (وهذا خلاف الأصل في الجعالة وإجارة الأبدان، ووفق الأصل في الاستصناع). وقد يتفق على أن يوفر رب الآلة المواد وقطع التبديل، أو يوكل الصائن بشرائها.

ج- يستحق الصائن الأجرة، طالما حقق غاية العقد والتزم شروطه، بصرف النظر عن ظهور حاجة إلى صيانة طارئة وعن مقدارها. (وهذا يشبه جهالة العمل في الجعالة وتحديد غاية يُستحق الجعل ببلوغها، بصرف النظر عن مقدار العمل).

د - يجوز أن تعجل الأجرة أو تؤجل أو تنجم بحسب الاتفاق (وهذا خلاف الجعالة، ووفق إجارة الأبدان والاستصناع عند الحنفية).

هـ - العقد لازم للطرفين ما لم يشترط الخيار (وهذا موافق لإجارة الأبدان والأعيان، وخلاف الأصل في الجعالة والاستصناع).

و - الصيانة عقد زمني كالإجارة لا بد فيه من تحديد المدة (بخلاف الجعالة عند المالكية والشافعية).

٥ - عقد الصيانة المتلازم مع شراء الأصل المطلوب صيانتَه

إن المحذور الفقهي الأول المحتمل في عقد الصيانة المترافق مع

شراء الأصل هو أن يقع في نطاق النهي عن صفقتين في صفقة ، وكذا النهي عن شرطين في بيع .

وكما هو معلوم ، فقد تعددت الاجتهادات في تأويل النهي عن صفقتين في صفقة ، وهو أعم بالطبع من النهي عن بيعتين في بيعة^(١) ، وكذا في تأويل النهي عن شرطين في بيع .

فلا بد من اعتماد اجتهاد فقهي معين في تأويل ذلك النهي ، ليتمكن في ضوءه الحكم على عقد الصيانة المترافق مع الشراء .

ولن نستعرض تلك الاجتهادات المتعددة في الموضوع ، فهي مبسطة في المراجع الفقهية^(٢) ، ولكننا نبين ما اعتمدها منها مع بعض التفاصيل التي لا بد منها .

وخلاصة ما اعتمدها في هذا البحث من الاجتهادات الفقهية في هذا الموضوع هو ما يلي :

٥/١ - في تأويل النهي عن صفقتين في صفقة (وعن بيعتين في بيعة) :

يقول فضيلة د. الضرير بعد استعراضه الآراء الفقهية المتعددة في تأويل النهي عن تعدد الصفقات في عقد واحد :

«إن النص الذي ينهى عن تعدد الصفقة نص عام ، وقد رأينا اتفاق الفقهاء على عدم الأخذ بعمومه ، واختلافهم فيما يصدق عليه ، وهذا يفتح المجال للاجتهاد في تطبيق النص . . .»^(٣) .

(١) الضرير، الفرر، ص ١١١ .

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة بيع - فقرات بيع وشرط؛ والضرير، الفرر، ص ١٠٠-١١٨ .

(٣) ص ١١٩، ط ٢، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م- نشر دلة البركة - جدة .

ويلاحظ أن د. الضرير في استعراضه ذلك لم يتطرق إلى رأي ابن القيم رحمه الله في النهي عن بيعتين في بيعة، وقد نقلت الموسوعة الفقهية الكويتية قول ابن القيم أن المقصود هو: بعتك هذه بمائة إلى سنة، على أن اشتريها منك بشمانين حالة «هذا معنى الحديث الوارد في البيعتين في بيعة وهو الذي لامعنى له غيره»^(١). فابن القيم يرى أنه تأكيداً لتحريم بيع العينة.

كيف نميّز عقداً مع شرط عن عقدين في عقد؟ لم نطلع على معيار واضح للتمييز. وكثير من الأمثلة التي يضربها الفقهاء لأحدهما تصلح مثلاً للآخر (شراء حطب بشرط تكسيره وحملانه، شراء ثوب على أن يقطعه البائع ويخطه قميصاً). وقد استحسننا أحد الضابطين التاليين:

١ - ما كان مقصوداً أصلياً اعتبر هو العقد، وما كان تبعاً له اعتبر شرطاً. فإن كان كلاهما مقصوداً أصلياً (مثلاً أبيعك سيارتي هذه على أن تؤجرني دارك لمدة سنة . . .) فهذا صفتان في صفقة^(٢).

٢ - على أن تطبيق الضابط السابق قد يكتنفه صعوبة تمييز الأصل من التبع، ونرى أن أيسر معيار لذلك هو قيمة المثل. فما كانت قيمته أكبر بوضوح عددها أصلاً والآخر شرط. فإن تقاربا في القيمة اعتبرنا ذلك من صور صفتين في صفقة.

ومع ذلك لا بد من الاعتراف بأن النهي عن صفتين في صفقة، وعن شرطين في بيع، وعن بيع وشرط (عند من يأخذ به كالشافعية والحنفية) جميع هذه المناهي أمثلتها متقاربة، بل متداخلة عند الفقهاء في التطبيق العملي. لذا صرح بعض الفقهاء بأن: « . . . البيعتين في بيعة، والشرطين في بيع واحد، بمعنى واحد»^(٣).

(١) الموسوعة الفقهية: ٢٦٥/٩.

(٢) نشكر د. عبد الرحمن الأطرم على اقتراح هذا الضابط.

(٣) هذه عبارة فضيلة الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته: ٤٧٢/٤.

ونحن نصرّف هذا النهي إلى تعدد الصفقة الذي يؤدي إلى ممنوع شرعي كالربا أو الحيلة عليه (كالعينة)، أو إلى الغرر الفاحش الذي لا تدعو إليه حاجة معتبرة، أو إلى غير ذلك من الممنوعات. إن علة النهي عن بيعتين في بيعة فيما نرى لا تنحصر في الربا والغرر، بل قد تتعداهما إلى محظورات أخرى، كاحتكار الصنف أو الغبن^(١). مثال ذلك: من ينفرد بتقديم سلعة أو خدمة، فيأبى أن يبيعها إلا مقرونة بسلعة أو خدمة أخرى لا ينفرد عادة بتقديمها^(٢).

ونستبعد من النهي: العقد على عدة أشياء أو أعمال في صفقة واحدة لا تؤدي إلى ممنوع شرعي، مثل:

- شراء مكيف هواء، بشرط نقله وتركيبه في المنزل.

- تدريس طالب في الجامعة، لقاء قسط محدد، مع تقديم الجامعة السكن والطعام وأنواعاً من العناية الصحية والخدمات غير التعليمية للطالب.

- خدمة الطوافة التي تشمل عادة: تلقي الحجاج والمعتمرين من المطار، ونقلهم إلى المشاعر المختلفة، وإسكانهم وإطعامهم وإنجاز بعض المعاملات الإدارية لهم. ومثل ذلك بعض خدمات المكاتب السياحية التي تلتزم ترتيب رحلة لمجموعة من الأشخاص إلى بلد معين، وتكفل لقاء

(١) قارن: الضرير، ص ١١٠، حاشية ١.

(٢) ومن الأمثلة العملية لذلك ما فعلته شركة ميكروسوفت الأمريكية، حيث ألزمت شركات الحاسب الآلي المتعاملة معها، والتي تشتري برنامجها لتشغيل الحاسب، بأن تبيع منتجات ميكروسوفت الأخرى. ولذلك رفعت وزارة العدل الأمريكية ضدها دعوى قضائية تتهمها بممارسة (ربط الصفقات) (tying arrangements). وقد عرّفوا ذلك بأنه: «إلزام المشتري بشراء منتج معين، حتى يستنى له الحصول على منتج آخر». وقد طالبت الوزارة بتفريم الشركة مليون دولار يومياً إلى حين تصحيح وضعها. انظر (Business Week, Nov. 3, 1997). وظاهر أن ربط الصفقات هو من صور صفقتين في صفقة.

مبلغ مقطوع بتوفير النقل بالطائرة وبغيرها من الوسائط ، والإرشاد السياحي والإقامة والطعام والرسوم . . . إلخ .

٥ / ٢ - في تأويل النهي عن شرطين في بيع :

أنواع الشروط :

إن تعقد موضوع شروط العقدية ، وكثرة الآراء المختلفة فيه ، تدعو إلى وقفة قبل الخوض في الموضوع .

إن الشروط في عقد ما يمكن أن تنصب على : (أ) اشتراط أوصاف في محل العقد ، أو على : (ب) توثيق الوفاء للالتزامات العقدية ، أو على : (ج) تعديل هذه الالتزامات أو تعدد محل العقد :

أ - أوصاف المحل : وهي أوصاف يتطلبها العاقد في محل العقد (المعقود عليه) ، سواء أكان المحل : شيئاً أو عملاً . وهذه الأوصاف تقل أو تكثر ، بحسب حاجات الناس ومتطلبات الصناعة والتجارة . ومحل العقد ولو كان بسيطاً في الظاهر (مثلاً : كأس زجاجية سعة ٢٥٠ ملل) يمكن أن ينطوي العقد على شرائها عند ذوي الخبرة على عشرات الأوصاف الدقيقة (نسبة مواد كيميائية معينة في مادة الزجاج ، درجة تحمله للحرارة ، درجة مقاومته للكسر ، درجة لمعانه حسب مقياس معين . . . إلخ) التي تتحدد بشروط عقدية .

وإذا كان محل العقد عملاً (إجارة أشخاص) ، فإن أوصاف الشخص الذي يقوم به ، أو أوصاف العمل نفسه ، يمكن أن تكون كثيرة (مثلاً أن يكون حائزاً على عدد من المؤهلات التعليمية المعينة ، وعدد معين من سنوات الخبرة ، وأن يتقن لغة أو لغات ، وأن لا يزيد أو يقل عمره عن عدد من السنوات . . . إلخ) .

هذه الشروط وأمثالها هي من نوع ما سماه ابن قدامة: «اشتراط صفة مقصودة في المبيع». وقال أنه لا يعلم في صحة هذا القسم من الشروط خلافاً^(١).

ونؤكد على أنه طالما كان محل العقد جائزاً شرعاً؛ فإن مجرد تعدد الشروط المحددة لأوصافه، ولو بلغت العشرات لا يمكن أن يكون ممنوعاً. إذ لا يتصور أن تمنع الشريعة التعاقد على شراء مباح ذي أوصاف متعددة يريدّها العاقد جميعاً.

ب - توثيق الوفاء بالتزامات العقد: الشروط التي تنصب على هذا، الخلاف فيها يسير بين الفقهاء فيما يبدو ولو تعددت: كاشتراط الإشهاد والكتابة والتسجيل لدى جهة معينة (مثلاً الكاتب بالعدل) وتقديم رهن معين وكفيل معين. هذا ما ظهر من نظرة إلى موقف المذاهب الأربعة^(٢).

ج - تعديل الالتزامات العقدية أو تعدد محل العقد: والشروط التي تستهدف ذلك هي محل الخلاف الفقهي الواسع.

ويبدو لنا في هذا المقام أن بناء النهي أو الإباحة على العدد الحسابي للشروط، أو الصفقات دون نظر إلى دواعي الجمع بينها ونتائجه، إن ذلك يؤدي إلى تطبيقات مضطربة لا يربطها رابط ولا ينتظمها ضابط، أو يؤدي إلى تضيق وحرَج في التطبيق.

(مثلاً: يجوز شراء الحطب، لكن شراءه مع اشتراط حملانه إلى البيت باطل عند البعض^(٣)، وآخرون يجيزون الحملان لأنه شرط واحد، ويمنعون اشتراط تكسير الحطب وحملانه لاجتماع شرطين، وعلى هذا الرأي يمتنع

(١) المغني: ٤/٢٢٤-٢٢٦، ٢٣٥.

(٢) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته: ٤/٤٧٦-٤٨٥.

(٣) الموسوعة الكويتية: ٩/٢٥٢، مادة البيع - بيع وشرط.

اليوم شراء مكيف هواء مع اشتراط حملانه إلى البيت وتركيبه، ومن باب أولى تمتنع عقود المقاولات التي تضم عادة عشرات الشروط تملأ أحياناً كتيباً يسمى (دفتر الشروط)، بل تبلغ أحياناً مجلداً كبيراً في بعض العقود.

ونرى أن تعدد الشروط (والصفقات) لا ينبغي أن يمنع فقهاً إلا إذا أدى إلى ممنوع شرعي معروف كالربا والغرر أو احتكار الصنف... إلخ، أو كلما شاع اتخاذه ذريعة إلى مثل هذه الممنوعات، وهذا قد يقع في بيع مع شرط واحد، وقد لا يقع في بيع تضمن شروطاً كثيرة.

وهذا المنحى من تأويل المنع هو بحسب فهمنا ما انتهى إليه شيخ الإسلام ابن تيمية، بعد أن أسهب وأجاد أيما إجادة في الاحتجاج له^(١). وأقرب مذهب إليه هو مذهب مالك رحمهما الله، من حيث عدم التركيز على عدد الشروط، بل على مضمونها ومآلها. يقول ابن رشد^(٢):

«وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام: . . . وإعطاء فروق بيّنة في مذهبه بين هذه الأصناف . . . عسير، . . . وإنما هي راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من صِنْفِي الفساد الذي يخل بصحة البيوع، وهما الربا والغرر، وإلى قِلْتِهِ وإلى التوسُّطِ بين ذلك، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبَلِ الشرط أبطله وأبطل الشرط، وما كان قليلاً أجاز الشرط فيها، وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع».

في ضوء ما سبق نقول: بأن عقد الصيانة المتلازم مع شراء الأصل المطلوب صيانه ينطبق عليه وصف أنه شرط بل شروط في عقد - كما رأينا في الأمثلة التي سقناها من العقود. وإن مجرد تعدد الشروط (أو الصفقات) بحسب ما رجحنا الأخذ به من الاجتهادات، ليس كافياً للحكم بمنع مثل هذه العقود، إذا كان مضمون كل شرط (أو صفقة إضافية) هو في نفسه مباحاً،

(١) القواعد النورانية، القاعدة الثالثة: (العقود والشروط فيها)، ص ٢٠٦-٢٤٢.

(٢) بداية المجتهد: ١٢٠/٢.

وكان مآل العقد المركب نتيجة اجتماع الشروط لا يؤدي إلى ممنوع شرعي ، بل إن عقد الصيانة المذكور يخدم مقصداً شرعياً معتبراً في البيع وهو (مسؤولية البائع عن العيوب الخفية) .

نتيجة : إن عقد الصيانة إن كان مقبولاً فقهاً لو أفرد وحده ، يجوز جمعه مع بيع ما تتم صيانتَه .

٦ - الحكم الفقهي الذي نقترحه في عقد الصيانة :

١ / ٦ - أولاً : عقد الصيانة العلاجية الطارئة ، المنفرد :

نقصد بالعقد المنفرد كونه غير مقترن ببيع الأصل المطلوب صيانتَه ، وهذا في حقيقته ضرب من التأمين على الأشياء ، ويأخذ حكمه على ما وضحناه آنفاً .

٢ / ٦ - ثانياً : عقد الصيانة العلاجية الطارئة ، المقترن ببيع الأصل

المطلوب صيانتَه :

هذا العقد نرى حكمه الجواز دون تردد ، حتى عند من لا يرون جواز عقد التأمين التجاري المنفرد على الأشياء . لأن عقد الصيانة يكافئ ضمان البائع للعيوب الخفية ، على أن هذا الجواز مشروط بالتعاقد على الصيانة الطارئة حين بيع الأصل للمشتري ، وثبوتها مع ثبوت ملكية المشتري للمبيع ، ولا ينبغي أن يترأخى عقد الصيانة عن ذلك ؛ إما أن يكون في عقد منفصل ، أو ورقة مستقلة عن عقد بيع ، فلا يضر فيما نرى .

٣ / ٦ - ثالثاً : عقد الصيانة الشاملة (الوقائية والعلاجية) المنفرد :

هذا نرجح اعتباره عقداً مستقلاً ، كما نرجح جوازه لاعتبارين :

الاعتبار الأول : إمكان اغتفار مخالفاته للعقود المسماة الثلاثة القريبة

منه (إجارة الأبدان والاستصناع والجمالة) لداعي الحاجة إليه، ولوجود نظائر لتلك (المخالفات) (التي هي خروج عن بعض الأصول التعاقدية) في عقود مسماة مشهورة، وقبولها لدى بعض المذاهب أو عند بعض الفقهاء .

مثال هذه المخالفات: اشتراط تقديم الصائن المواد وقطع الغيار، على خلاف الأصل في الإجارة على عمل وفي الجمالة، فقد أجاز المالكية وبعض الحنابلة (كما بين ابن قدامة في المغني عند بحثه الجمالة) اشتراط بعض المواد من العامل، وعللوا ذلك بتعليلات تنطبق أيضاً على قطع الغيار في موضوعنا:

- إن العادة جارية به .

- إن الحاجة داعية إليه لأن تحصيل بعض المواد يشق على المستأجر، كما قد يؤدي إلى إهدار بعض هذه المواد إذا كان ما يُشترى عادة منها يزيد عما يحتاجه المتأجر^(١) .

(١) نص عبارة صاحب المغني هو: «فأما الجمالة . . . فإن الكحل إن كان من العليل جاز؛ لأن آلات العمل تكون من المستأجر؛ كاللبن في البناء والطين والآجر ونحوها، وإن شارطه على الكحل جاز. وقال القاضي: يحتمل أن لا يجوز، لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة، فلا يصح اشتراطه على العامل كلبن الحائط. ولنا: إن العادة جارية به ويشق على العليل تحصيله، وقد يعجز عنه بالكلية فجاز كالصبيغ من الصباغ واللبن من الرضاع والحبر والأفلام من الوراق . . . وفارق لبن الحائط لأن العادة تحصيل المستأجر له، ولا يشق ذلك بخلاف مسألتنا. وقال أصحاب مالك: يجوز أن يستأجر لبني له حائطاً والآجر من عنده، لأنه اشترط ماتم به الصنعة التي عقد عليها فإذا كان مباحاً معروفاً جاز، كما لو استأجره ليصبيغ ثوباً والصبيغ من عنده. ولنا: إن عقد الإجارة عقد على المنفعة، فإذا شرط فيه بيع العين صار كبيعتي في بيعة، ويفارق الصبيغ. وما ذكرنا من الصورة التي جاز فيها ذلك من حيث إن الحاجة داعية إليه، لأن تحصيل الصبيغ يشق على صاحب الثوب، وقد يكون الصبيغ لا يحصل إلا . . . حيث يحتاج إلى مؤنة كثيرة لا يحتاج إليها في صبيغ هذا الثوب. فجاز لمسيب الحاجة إليه بخلاف مسألتنا».

والاعتبار الثاني: هو تميزه عن عقد التأمين التجاري (الذي يرى أكثر الفقهاء المعاصرين عدم جوازه) كما أسلفنا في الفقرة (٤/٤): بل إننا نرى شبهاً قوياً بين عقد الصيانة الشاملة، والإجارة على عمل الحارس والسجان مع تضمينهما ما يقومان على حراسته:

«ويصح ضمان حارس ونحوه... وهو جائز عند أكثر أهل العلم: مالك وأبي حنيفة وأحمد... والسجان ونحوه - ممن هو وكيل على بدن الغريم - كالكفيل للوجه، عليه إحضار الخصم. فإن تعذر إحضاره... يضمن ما عليه عندنا وعند مالك»^(١).

فهذا استتجار على عمل مع ضمان العامل تبعاً لعمله خطر هروب من هو تحت الحراسة، ومع كون العمل نفسه مؤثراً في تقليل احتمال وقوع هذا الخطر. فهذا كله يقوي الشبه بعقد الصيانة المترافق مع ضمان الصائن لتلف القطع ولعمليات الصيانة الطارئة. ذلك أن الصائن يعمل من خلال الصيانة الدورية على درء احتمالات تلف القطع وتقليل الحاجة إلى الصيانة الطارئة. وبذلك ينتفع الطرفان: الصائن بقيمة عمله، وطالب الصيانة بتخفيض تكاليف الإصلاح الإجمالية.

٤/٦ - رابعاً: عقد الصيانة الشاملة (الوقائية والعلاجية) المقترن ببيع الأصل المراد صيانتَه:

إن اقتران الصيانة مع البيع يقوي الدواعي التي ذكرناها في (ثالثاً) للقول بجواز هذا العقد. لأن بعض هذه الصيانة (وهو العلاجية) هو أسلوب لتحقيق ضمان البائع للعيوب الخفية في المبيع.

(١) ابن اللحام، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية، تحقيق محمد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية، ص ١٣٢-١٣٣.

وبعضها الآخر (وهو الصيانة الوقائية الدورية) هو إجارة على عمل انضمت إلى عقد بيع الأصل، وهي صورة لصفقتين في صفقة، كلاهما مباح شرعاً، ولا يؤدي اجتماعهما إلى ممنوع شرعي وفق المعيار الذي رجحناه في (ف ١ / ٥). والصفقتان ليستا متنافرتين، لأن كلاً منهما عقد معاوضة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الدكتور محمد أنس الزرقاء

عقود الصيانة

العرض - التعقيب والمناقشة

العروض

الرئيس :

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين .

عقود الصيانة وتكييفها الشرعي هو موضوع هذه الجلسة المسائية ، لديكم بحوث خمسة ، والعارض فيها هو الشيخ محمد المختار السلامي ، والمقرر هو الأستاذ منذر قحف .

الشيخ محمد المختار السلامي :

بسم الله الرحمن الرحيم ، اللهم صلّ وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

شكراً سيدي الرئيس لإتاحة الكلمة ، وشكراً للأمانة العامة عندما شرّفتني لأن أكون عارضاً لهذه البحوث ، وقد بذلت جهدي في تتبعها وتلخيصها ، وهو جهد المقل فأرجو من الإخوان الذين أعدوا هذه البحوث أن يعذروني إذا لم أبلغ ما بلغوه هم عند تقديم بحوثهم وشأن التلخيص لا بد أن يضغط على البحث .

هذه البحوث هي بحوث خمسة قسمتها إلى قسمين ، لأن ثلاثة منها ذهبت إلى جواز عقود الصيانة في النهاية إجازة مطلقة ، وبحثان فصلا القول حسب العقود؛ فأجازا البعض ، ومنعا البعض ، وأبدأ بالمجيزين بشأن السهولة ، ثم أرتب هذه البحوث ترتيباً أبجدياً ، حسب أسماء الباحثين وأبدأ

بما قدمه الأستاذ أنس الزرقاء ومن شاركه .

الأستاذ أنس الزرقاء تحدث أولاً في بحثه هذا عن الحاجة لعقد الصيانة ، وأنه جرى به العمل من إبرام هذه العقود مع الصانع أو المقاول ، وضرب أمثلة مأخوذة من عقود تتبعها عقد لصيانة أجهزة الحاسوب لمؤسسة يتضمن التزام الصائن بالإصلاح في ظرف ساعتين من إعلامه ، وصيانة أسبوعية . وعند عدم تمكن الصائن من إصلاح العطل خلال أربعة وعشرين ساعة فهو ملزم بتزويد المالك بجهاز بديل حتى يتم الإصلاح ، ويتحمل الصائن تكلفة استبدال قطع الغيار التالفة على نفقته ، كما يقوم بالصيانة الوقائية (٣) مرات في السنة وحددت مدة العقد والقيمة وطريقة الدفع ، كما ضبط العقد وما يتحمله المالك ، من الأوراق والأشرطة والأقراص .

العقد الثاني هو عقد بيع معدات طبية ، يلتزم البائع بالشحن وتركيب المعدات ، وتدريب العاملين على استخدام المعدات كما يلتزم بضمان قيام المعدات بوظائفها وإصلاحها عند العطب أو استبدال القطع التالفة بقطع جديدة لمدة سنة ، كما يتضمن العقد شرطاً جزائياً إذا تجاوز التعطل (٣٪) من ساعات التشغيل يترتب عليه جزاء نقدي ، كما يلتزم البائع بتوفير خدمات الصيانة وقطع الغيار لمدة لا تقل عن عشر سنوات .

المثال الثالث كان لصيانة لوحة إعلان كهربائية بمبلغ مقطوع ، يلتزم فيه الصائن بالكشف عدة مرات في الأسبوع على اللوحة ، والإصلاح في حالة أي عطل خلال أربعة وعشرين ساعة ، وإنه إذا رضي مالك اللوحة بتقديم قطع الغيار ، فإن المقاول يرضى بثمان أقل .

المثال الرابع تشغيل وصيانة مرافق ومساكن لمدينة سكنية مملوكة لشركة صناعية .

المثال الخامس عقد صيانة مديدة مترافق مع بيع آلة ، يلتزم البائع هنا بالصيانة لمدة ثماني سنوات ، بثمان يدفعه المشتري مقدماً .

ثم أتبع ذلك بملاحظات على هذه العقود، فبين الفرق بين الإصلاح والصيانة:

إذ الإصلاح هو إعادة الجهاز إلى وضعه السوي، وأما الصيانة فإنها تشمل الوقاية الدورية، والعلاج والصيانة الشاملة لهما.

الوقائية هي تفقد الأجهزة دورياً قبل أن يقع العطب، والعلاجية هو إصلاح العطب بعد وقوعه، وفي كلا النوعين يلتزم الصائن بتقديم المواد وقطع الغيار اللازمة، وفي بعضها يتحملها المالك.

ثم بيّن الحاجة لعقد الصيانة، ثم تحدث عن عقد الصيانة المنفرد ولاحظ أن الصيانة الدورية يسهل تقديرها سلفاً، أما الصيانة العلاجية فيصعب تقديرها مقدماً، ثم ذكر أن عقد الصيانة تكتنفه أربعة عقود معروفة يشبه كلاً منها في نواح ويختلف عنها في نواح أخرى وهي: الإجارة على عمل، والاستصناع، والجعالة، والتأمين.

ثم قام بمقارنة عقد الصيانة بعقد الإجارة على عمل، وذكر أن عقد الصيانة يشبه عقد الإجارة على عمل إذ كلاهما فيه تقديم عمل إلا أن عقد الصيانة يتصل العمل فيه بقطع الغيار، كما أن العمل بالصيانة العلاجية مجهول.

ثم قارن عقد الصيانة بالجعالة وبين وجه الشبه بين الجعالة والصيانة وهو جهالة مقدار العمل مع ضبط الغاية، لكن فيما بينهما فروق ثانوية لا تُخلُّ بمقصد شرعي مثل مدة العمل في الجعالة، وهذا جائز عند الحنابلة، وعدم لزوم عقد الجعالة إلا على قولٍ ضعيفٍ، في المذهب المالكي، ثم عدد بعض الفروق الجوهرية الأخرى.

ثم قارن بين عقد الصيانة وعقد التأمين، فذكر أن عقد الصيانة بأن فيه نوعاً من الاطمئنان إلا أن عقد التأمين يستحق فيه المؤمن تعويضاً مالياً وعقد الصيانة يتحقق مع إصلاح العطب ثم تابع التمييز.

عقد الصيانة قارنه أيضاً بالاستصناع وبين الشبه بينهما بأن الصائن يقدم العمل والمواد وقطع الغيار كالمستصنع ، وكذلك الثمن قد يكون معجلاً وقد يكون مؤجلاً . ويختلفان أن الصيانة عقد زمني بخلاف الاستصناع ، كما أن الصيانة توجب استحقاق الأجرة ، وإن لم يقم الصائن بعمل ما بخلاف الاستصناع .

ترجيح اعتبار الصيانة عقداً مستقلاً يقول : « ما قدمناه من أوجه اختلاف فالأولى أن يعتبر عقد الصيانة عقداً مستقلاً لتمييزه بأربع مميزات هي تجميع لما ذكره في أوجه الاختلاف الذي قدمناه » .

ثم بين عقد الصيانة المتلازم مع شراء الأصل المطلوب صيانتة ، والمحظور هو اجتماع صفتين في صفقة ، وقد تتبع ما قاله الدكتور الضيرير متمماً له لما نقله عن ابن القيم ، وأنه خاص ببيع ، ثم استشعر إشكالاً قال فيه ما هو الأصل وما هو الشرط ؟ . نظراً لأن أمثلة الفقهاء متشابهة ومتداخلة ، ثم ضرب أمثلة لاجتماع العقد والشرط ، ويرى أنها جائزة كلها .

ثم تعرض لشرطين في بيع وقسم هذه الشروط إلى ثلاثة محاور : اشتراط الأوصاف في محل العقد ، وتوثيق الوفاء بالالتزامات العقدية ، وتعديل هذه الالتزامات أو تعدد محل العقد ، ثم أخذ يفصل وقرر في الأول بأنه إذا كان العقد جائزاً شرعاً ، فكل الشروط المحددة الأوصاف جائزة ، وكذلك القسم الثاني ، وانتهى إلى أن الشروط مقبولة إلا إذا أدت إلى ممنوع شرعي معروف كالربا والغرر والاحتكار أو اتخذ ذريعة لذلك .

ثم أبان عن هدفه وقال : بناء على ذلك ؛ فإن عقد الصيانة المتلازم مع شراء الأصل المطلوب صيانتة ينطبق عليه أنه شرط مشروع في العقد ولذلك يجري عليه حكم القبول للبيع مع الشرط .

ثم قال :

الحكم الفقهي الذي نقرحه لعقد الصيانة :

أولاً : العقد المنفرد هو عقد تأمين تجري عليه أحكام عقد التأمين .

ثانياً: عقد الصيانة العلاجية الطارئة المقترن ببيع الأصل المطلوب صيانتة : هذا العقد جائز أيضاً لأنه يكافئ ضمان البائع للعيوب الخفية .

ثالثاً: عقد الصيانة الشاملة (الوقائية والعلاجية) هو عقد جائز أيضاً، لأن غاية ما فيه مخالفته للعقود الثلاثة المسماة، وذلك مغتفر كتقديم الصائن لقطع الغيار قياساً على تقديم العامل لبعض المواد عند الحنابلة والمالكية، هكذا قال، ولأن الحاجة داعية إليه .

رابعاً: عقد الصيانة (الوقائية والعلاجية) في عقد البيع وذكر أنه عقد جائز لانتهاء الموانع لأنه أسلوب لتحقيق ضمان البائع للعيوب الخفية في المبيع، وفي الصيانة الوقائية إجارة على عمل ويجوز اجتماعهما مع عقد البيع .

البحث الثاني هو بحث صاحب الفضيلة الشيخ محمد علي التسخيري والشيخ مرتضى الترابي، تحدثا أولاً عن الصيانة كحالة متولدة عن الاعتماد على الآلة في جميع شؤون الحياة، فعرفا الصيانة بأنها الاتفاق في عقد مستقل أو في ضمن عقد معين بين الشركة أو المتخصص، وبين صاحب المال، للقيام بخدمات الإصلاح والمراقبة لمدة معينة لكي يبقى صالحاً للاستفادة المطلوبة في مقابل أجره معينة .

ثم تعرضا إلى بيان أن الصيانة لها أشكال متنوعة . الشكل الأول : أن يرتبط المالك والصائن بعقد يلتزم فيه الصائن بتقديم الخدمات وتبديل قطع الغيار، ولم يبيئنا هنا فقط من يدفع ذلك، ويلتزم المالك بدفع أجر . وحكم هذا العقد يُبحث فيه بطرق ثلاث: عرضه على العقود الشرعية المعروفة، استنباط حكمه من قاعدة من القواعد العامة المعتبرة، ثم بالاعتماد على الأصول العملية .

قالا: فإن عرضنا عقد الصيانة على الإجارة فإننا نجد عقد الصيانة يختلف عنها، باعتبار أن من محتوياته قطع الغيار فاجتمعت المنفعة، ولما

للعرف من مكانة ومرجعية، فإنه لا يرى دخول عقد الصيانة في الإجارة، لأنها سلطنة فعلية منجزة عن منفعة ولا توجد هذه السلطنة في عقد الصيانة .

وبما أن التشابه بين عقدين لا يجعلهما شيئاً واحداً، فإرجاع هذا العقد إلى الجعالة أو هبة الثواب أو الصلح، لا يخلو عن تعسف، ولذا فإن عقد الصيانة عقد جديد لا يُصهر في بوتقة أي عقد آخر، وبهذا الاعتبار فلا بد من توفر أركان وشروط العقد فيه .

ثم عرضا عقد الصيانة على القواعد العامة فقالا : هو عقد لا بدّ بالوفاء به عملاً بالآية : ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ . . . ﴾ [المائدة : ١] ، والحديث النبوي الشريف : «المسلمون عند شروطهم» .

والعبرة في العقود بالنصوص الشرعية، والإشكال في هذا العقد هو اشتماله على الغرر والتعليق . فالغرر هو في الجهل المسبق للخلل وقطع الغيار، أما التعليق فلكون الإصلاح معلق على طرو العيب، ولذا فإن المعاملة باطلة لاشتمالها على محظورين .

قالا بعد ذلك : وهذه النظرة الأولى يصور بها التأمل، ويصح العقد لأن المعقود عليه هو الاستعداد طول الفترة المتفق عليها على الإصلاح، والنسبة المثوية لاحتمال طرو العيب في الأجهزة معلومة، أو قابلة للتخمين من خلال التجربة .

ولهذا فقد انتفت الجهالة على أن حديث النهي عن بيع الغرر هو خاص بالبيع، زيادة عما في سنده من مقال .

وكذلك التعليق لأن الصيانة ليست إلا استعداد الصائن لتحقيق ما يرغب فيه المالك . كما أنه لا يوجد في عقد الصيانة صفتان في صفقة، على أن حديث النهي متكلم في سنده وأن فقهاء الشيعة يقولون بجواز الجمع بين العقدين في عقد واحد . والنتيجة المستخلصة هو جواز هذا العقد ومن ذهب إلى حصر المعاملات الصحيحة على المعاملات الموجودة في وقت وجود نص الحكم .

الشرط الثالث في ربط عقد البيع أو الإجارة بالصيانة، قالوا: «هذا العقد مرتبط بشرط وهو صحيح، لكن ترد عليه الإشكالات المبنية في الشكل السابق، وبما أن الإجابة عنها تختلف عن طريقة الفرع السابق، فلا بد من العناية بتزليل الإجابة عن تساؤل خاص».

قالا: «فأما الغرر فإنه خاص بالمعاملة الأصلية لا يتناول الشروط الضمنية التي لا تؤثر في الأصل، وبينا ذلك بالمثال باعتبار القيمة الضئيلة المترتبة على الشرط، وعدم معلومية طرو العيب ليس في ذلك خطر عرفاً ولأنه يعرف بالتجربة المقربة من اليقين».

وأما التعليق فالتعليق غير موجود لأن شرطه (الالتزام)، والالتزام هنا منجز ولأن الشرط هو عنوان الصيانة مثل الحراسة، ولأن المستند في اعتبار التنجيز في المعاملات هو الإجماع، ولكن محل الإجماع، أصل العقد لا الشرط، وما يصحح التعليق بالشرط ما ذكره أهل البيت. أما صفتان في صفة اعتماداً على الحديثين، النهي عن بيع وشرط وعن صفتين، فإن الحديثين غير ثابتين عندنا من حيث السند وغير معمول بها عند علمائنا، ولو كان الأمر ممنوعاً لاشتهر هذا كشهرة الربا، وينبغي فهم النهي عن بيع وشرط بأنه هو شرط خاص كان متداولاً في عصر النبوة لا يُقبل شرعاً.

أما الشرط الثاني وهو ارتباط شرط الصيانة مع البيع أو الإجارة بما يشمله من قطع غيار إلى مدة معلومة، وقالوا: هذا الشرط هو صحيح بشموله على الأدلة العامة للوفاء بالعقود. إلا أن هذا النوع قد يكون الصائن هو الصانع وهذا لا إشكال فيه عندنا، كما يمكن أن يكون بائع تحصل على معدات من الصانع فكيف يلتزم بالصيانة وهو غير قادر عليها؟ والشرط غير المقدر عليه باطل. قالوا: «ولكن هذا الغرض لا إشكال فيه أيضاً، لأن المشتري من الصانع يكون قد اشترط شرطاً موثقاً أو ضمناً أن الصانع يلتزم بالصيانة فهذا الشرط الارتكازي يكون البائع الثاني متمكناً فيه بالوفاء به».

البحث الثالث الذي يجري في نفس الاتجاه هو بحث الأستاذ منذر

قحف، وبحثه دسم وأطال في المقدمة فتحدّث عن تطور مفهوم الصيانة حتى شملت مرحلة الخدمات، وقد أعطى مثلاً عن ذلك: اتفاق شخص مع المستشفى ليقوم له صيانة عامة لبدنه لفترة محددة، أو العناية بالحامل إلى الوضع، وقد يستعين المتعاقد معه لتحقيق ما عقد عليه بإبرامه هو عقداً من الباطن، كما أن الصيانة تكون بعقد مستقل أو مرتبط بصفقة البيع. ثم ذكر معنى الصيانة وأنها إصلاح الشيء المعمر كلما أصابه خلل في أداء الوظائف المعد لها، ومضمون عقد الصيانة كما قال: «إن المضمون هو إصلاح الآلة حتى تؤدي وظائفها بنفس الكفاءة والجودة، وقد يشمل عقد الصيانة تقديم قطع الغيار إضافة للإصلاح».

مشمولات عقد الصيانة:

إن بعض عقود الصيانة تشمل بالإضافة إلى الإصلاح وقطع الغيار أموراً أخرى هي مثلاً: التعويض عن الإيراد المفقود أيام التعطل أو تقديم منفعة بديلة، ثانياً: القيام على الصيانة لكل الآلات التي يضمها صاحب المعمل بعد عقد الصيانة، ويستثنى عادة في عقد الصيانة تآكل إطارات السيارات، وفساد البطاريات وما يفعل بفعل الغير، وقد يكون عقد الصيانة تابعاً لعقد التشغيل.

ثم تحدث عن خصائص عقد الصيانة فقال: «الخاصية الأولى هي الجهالة في مقدار العمل المطلوب، والجهالة في مواعيد تقديمه، والجهالة في عقود الصيانة ليست على مرتبة سواء». وتتفي الجهالة إذا كان عقد الصيانة مقدراً بقيمة العمل حسب الساعات المقضية قطعاً، كما أن عقد الصيانة الذي يشمل فيه قطع الغيار، فيه جهالة غير يسيرة. ثم عدّد صوراً من الجهالة.

الطبيعة التأمينية لعقد الصيانة:

إن عقد الصيانة شبيه بعقد التأمين، لأنه يقوم على أساس تحويل

المجهول المطلوب من الصائن إلى مقدار معلوم هو الثمن، والصائن هو المؤمّن يحصل على مبلغ محدد لتحمله مخاطر الإصلاح المجهولة عند التعاقد، والصيانة كعقد لاتتم إلا على أساس الاتفاقات في الأعداد الكبيرة أو إذا كانت قيمة الصيانة كبيرة، إلا أن الفارق بين عقد الصيانة وعقد التأمين أنه في عقد التأمين يتحصل المؤمّن على مقابل مالي، وفي عقد الصيانة يتم له إصلاح ما تعطل. ثم ذكر أنه تعقد عقود تشبه عقد الصيانة: كعقد النظافة، وعقد التشغيل، وعقد التحديث، وعقد الصيانة الصحية في أمريكا.

الإشكالات التعاقدية للصيانة:

١ - شرط الصيانة في عقد البيع.
٢ - عقد الصيانة بين الصائن والمالك: ويمكن للصائن بأن يقوم بعقد من الباطن للصيانة.

٣ - عقد تأمين بين المالك وشركة تأمين تعاوني.

١ - شرط الصيانة في عقد البيع:

هو مصلحة لطرفي العقد: استقراراً للعقود، ثم عرض أنواعاً من الأغراض الحقيقية التي يتفجع بها الصائن والمشتري. وشرط الصيانة البائع ليس بديلاً عن خيار العيب وإنما يقلل من احتمال الرد بالعيب. ثم ذكر أنواعاً من التعطل تحدث في الأجهزة ولاتدخل في عقد الصيانة، وفي الصيانة يحدد الزمن الذي يسري عليه العقد، وقد يتضمن عقد الصيانة تقديم بديل مدة التعطل كأن تقدم سيارة بدل السيارة التي تخضع للصيانة، أو بندقية بدل تلك التي تتم صيانتها وذلك لمدة الصيانة بكاملها. كما يتضمن عقد الصيانة تعويضاً عما يفسد بسبب العطل كالمأكولات إذا فسدت.

٢ - عقد الصيانة بين الصائن والمالك:

ويتنوع إلى أن يتعاقد على صيانة المعدات بثمان محدد بساعة عمل

إنتاج أو ثمن محدد غير مرتبط بما قضاها الصائن في الصيانة، وفي كليهما يشترى المالك قطع الغيار أو أن يتحمل الصائن قطع الغيار وقد تُصمَّم الآلات المشتراة بعد العقد إلى التزام الصائن بصيانتها عند التعاقد.

عقد التعهد: عقد التعهد أن تتنوع الآلات مما يفرض على العاقد الأصلي أن يقوم بعقد من الباطن للوفاء بما التزم به.

٣- عقد تأمين الصيانة بين المالك وشركة تأمين:

يوجب تعويض المالك عن الأضرار.

٤- علاقة الصيانة بالتمويل:

بيَّن الحاجة لعقد الصيانة في العمليات التمويلية في البيع والإجارة، أما في البيع المرابحة أو الاستصناع، لاغنى للبنك الإسلامي عن عقد الصيانة الذي يوفر له الطمأنينة على عدم نقض البيع بفساد يظهر في المبيع.

أما في الإجارة فتحتمل العين المؤجرة إلى صيانة تشغيلية كالتنظيف والزيوت وهذه يمكن أن يتحملها المستأجر وإلى صيانة دورية للضبط والتعديل وهي مثل سابقتها، وهناك القسم الثالث وهي الصيانة الطارئة لما يحدث من أخلال تُعوَّق الذات المستأجرة عن الانتفاع بها، وهذه يتحملها المؤجر وهنا لاغنى للمؤجر عن عقد الصيانة الذي يعطيه ضماناً لاستمرار عملية التأجير.

سندات الأعيان المؤجرة: لا يتحقق ذلك إلا إذا كان المشتري لها مطمئناً على استمرار عقد الإجارة والصيانة هي الموفرة لذلك.

خامساً- القضايا الشرعية:

عقد الصيانة كعلاقة يطرح أسئلة كثيرة:

- أن يكون البائع ملتزماً به في العقد دون تراوض ولا تعيين له في عقد

البيع.

- أن يكون البائع ملتزماً به بعد تراوض إلا أنه يدمج في عقد البيع ولا يتخصص بضمن .

- عقد صيانة منفصل عن عقد البيع وبضمن محدد ويساويه العقد بين الصائن والمالك .

- مدى جواز اشتراط المنفعة البديلة .

- جواز تحمل الصانع للأضرار الناشئة عن تعطل الآلة .

- المسؤولية عن إجراء الإصلاحات .

- حكم التعهد بصيانة الآلات المضافة .

- انتقال الصيانة لمالك جديد .

ثم أرجع الإشكاليات إلى ثلاثة محاور :

أولاً : الشروط في العقود .

ثانياً : بعض الخيارات .

ثالثاً : عقد الجعالة .

ثم تعرض لرأي الحنفية والحنابلة في الشروط ، ثم قارن بين الشرط من الشروط الممثل بها في المذهبين ، وشرط الصيانة على أنه أولى بالجواز لأنه لا ينتهي إلا إلى إرجاع الشيء المصون إلى وضعه الطبيعي وشرط الصيانة شرط ضروري ، جرى به العرف ولأنه شرط من مصلحة العقد فلذلك هو مقبول ، كما قبل الصيانة بناءً على قول المالكية باشتراط الحملان .

ثم ذكر أن شرط الصيانة ليس بديلاً عن خيار العيب وإنما هو تقليل من فرص القيام به ، لامن مسقطات خيار العيب ، ثم بين قضية أخرى ، اجتهد فيها ، أنه بناءً على أن الزمن اليسير متسامح فيه يقتضي ذلك جواز اشتراط المنفعة البديلة . ومن وجهة نظره ، أنه يجوز إسقاط خيار الرد فالتراضي على

الصيانة أولى . ومن ناحية أخرى بين أن شرط الصيانة أشبه بالأرض باعتبار أن رد العين المعيبة ، موجب خلفياً أقوى من الأرض .

ثم برر توقيت شرط الصيانة كما أن انتقال خيار الرد إلى الوارث يعتبر أساساً لانتقال شرط الصيانة إلى المالك الجديد .

بعدها انتقل إلى الجعالة ، وذكر أن الجعالة تتميز عن الإجارة بجهالة العمل ، والجهالة في الصيانة أخف من الجهالة في الجعالة ، ومحل عقد الجعالة إتمام العمل ، وكذلك عقد الصيانة ، ولا فرق بين بناء حائط الذي أجازته الفقهاء وبين عقد الصيانة .

أما قضية اشتراط قطع الغيار على الصائن فهي قضية يحسمها ، وكذلك يجوز إدخال صيانة الآلات المضافة بعد عقد الصيانة اعتماداً على رأي الشافعية أن للجاعل أن يزيد في العمل المجاعل عليه برضا العامل . ثم انتهى إلى أن العقود المتشابهة لعقد الصيانة جائزة ، كعقد التأمين على الصيانة إذا كان تعاونياً بما أن التبرعات تحتمل من الجهالة ما لاتحتمله المعاوضات .

هذا هو القسم الأول الذي يجري كله في منهج واحد وهو جواز عقود الصيانة بجميع أنواعها .

أما القسم الثاني من البحوث :

البحث الأول هو لفضيلة الشيخ الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير ، ولقد اكتشفت في البحث هذا ناحية ما كنت اطلعت عليها من قبل في بحوثه إذ أنه جمع في بحثه هذا بين القانون والفقه فكان قانونياً فقيهاً أو فقيهاً قانونياً ، وبعد أن بين مفهوم الصيانة لغة ، ذكر أن المعنى القانوني والفقهني قريب من المعنى اللغوي ذلك أن الغرض من عقد الصيانة هو المحافظة على الشيء وبقاؤه منتفعاً به ، وهو عقد مستحدث يحتاج إلى تكييف قانوني والآخر شرعي .

أما التكييف القانوني فهو عقد مقاولة، وعقد المقاولة تضمن القانون السوداني والأردني والمصري أحكاماً خاصة به، ثم عرف عقد المقاولة في القانون السوداني وقارنه بالأصل المستمد من القانون الأردني الذي هو بدوره مستمد من القانون المصري. ويلاحظ أن القانون السوداني والأردني مرجعهما الفقه الإسلامي، أما القانون المصري فإنه يستمد أحكامه من القانون الفرنسي. وعقد الصيانة هو نوع من أنواع عقد المقاولة فهو أخص منه، ولذا فإن تعريف عقد الصيانة هو عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بصيانة شيء لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وتتبع عقد المقاولة وبعض الإشكالات القانونية أخذاً من كلام السنهوري، رحمه الله، ثم نُظِرَ بين عقد المقاولة وعقد الصيانة ثم قال إن عقد الصيانة قد يتعهد فيه الصائن بتقديم العمل فقط، وقد يتعهد بتقديم العمل والمادة، وفي الحالة الأولى هو عقد مقاولة وفي الثانية هل هو عقد مقاولة أو بيع أو هو مقاولة إذا كانت المادة غير غالية؟.

بعد أن أنهى البحث القانوني انتقل إلى بحث التكييف الشرعي، فاعتمد ثانية على ما جاء في القوانين المستمدة من الفقه، وذكر أن القانون السوداني لم يتعرض إلى التكييف على عكس القانون الأردني الذي تعرض إلى التكييف، على أنه عقد استصناع، أو عقد إجارة أجير مشترك، مع التنبية للإشكال السابق في تفرد العقد بالعمل أو اشتماله على المادة.

ثم ذكر أن عقد الصيانة يتحقق على صور مختلفة وأنه لا بد فيه من توفر جميع أركان العقد. ثم ذكر أنواعاً من عقود الصيانة، فقال:

أولاً: عقد الصيانة المنفرد الذي لا يقوم فيه الصائن بتقديم مادة إلا الشيء التافه، فإن الصائن إن اختص بالعاقده فهو أجير خاص، وإن لم يختص به، بل يعمل لغيره فهو أجير مشترك، ولما كان المعقود عليه هو العمل فلا بد من تعيينه تعييناً ينفي الغرر ولا بد أن يكون الأجر معلوماً، وإذا كان أجيراً خاصاً فلا بد من ضبط للمدة.

ثانياً: عقد الصيانة الذي يصحب العمل تقديم المادة من صاحب الشيء، وهذا كسابقه إلا أن المادة إن بقيت تحت يده، فإن كان الأجير خاصاً فلا ضمان إلا بتعدي أو تقصير، أما إذا كان مشتركاً ففي تضمينه الخلاف المعروف.

ثالثاً: عقد الصيانة المنفرد والمحتاج إلى مادة يتعهد الصائن بإحضارها. قال: هذا عقد اجتمع فيه عقد الإجارة وعقد البيع. وتساءل هل يشمل النهي عن صفتين في صفقة؟. وانتهى إلى أن هذا لا يدخل تحت الحديث، وهو مقبول عند المالكية، وهو الصواب عنده، ثم احتاط بأنه إذا أخذنا بهذا التكييف، لا بد من تحقق شروط البيع، ولهذا فإن الأولى أن يكون إعداد المواد إما من صاحب العمل أو أن يوكل صاحب العمل الصائن.

رابعاً: عقد الصيانة المشروط في عقد البيع. قال: ظاهر هذا العقد أنه بيع وشرط، وبعد أن ذكر اختلاف الفقهاء في البيع المقترن بالشرط، اعتمد أن هذا البيع المشروط جائز عند الحنابلة والمالكية.

خامساً: عقد الصيانة المشروط في عقد الإجارة، صيانة العين المؤجرة على المالك حتى ينتفع بالأجرة، وأتى بنصي المدونة والمغني في المعنى.

سادساً: الصيانة في عقد المقاول، إذا تعهد المقاول بصنع شيء وصيانتَه لمدة من الزمن، قال: «هذا عقد إجارة وصيانتَه إذا كانت المادة من صاحب العمل، وعقد إجارة وبيع إذا كانت المادة من المقاول، وكلاهما جائز، ومدة الصيانة يمكن أن تكون أقل أو أكثر من عشر سنوات باتفاق الطرفين».

تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة. قال: إن تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة كما ذهب إليه بعض من العلماء، وقد سماهم واحداً واحداً، إن هذا التكييف غير مقبول عنده، وهو الحق، لأن عقد الصيانة عقد

لازم، والجعل غير لازم للعامل وللجاعل قبل بداية العمل، ولأن عقد الجعالة يجوز أن يكون العمل مجهولاً بخلاف الصيانة، ولأن عقد الجعالة يستحق فيه العامل العوض في تمام العمل، وعقد الصيانة يجوز أن يقدم أو يؤخر.

البحث الأخير هو لمن كلف بالعرض: عقد الصيانة هو عقد حادث لاعهد للفقهاء به. ومن الجهد الضائع التنقيب عن رأي الفقهاء السابقين فيه، لأن هذا العقد تابع لدخول الآلة في الإنتاج ولا اعتماد الآلة على الطاقة المحركة لدواليبها. وللتسلسل الرابط بين أجزاء الآلة، ثم لدخول عامل جديد هو الإلكترونيك في الضبط والدقة والتسيير. وهذه كلها آليات الإنتاج المعاصر، أثرت في حياة الإنسانية بظهور الثورة الصناعية وما تبعها إلى عصر الكمبيوتر وكوامنه العجيبة.

ثم إن هذه الثورة الاقتصادية دخلت بالعالم في منافسة قوية جداً فرضت فيما فرضت على المنتجين أن يحسبوا كل تكاليف الإنتاج وأن يعملوا جاهدين على الضغط عليها إلى أدنى مستوى ممكن، ليتمكنوا من المنافسة وتثبيت أقدامهم في السوق بأحد عوامل الفوز والذي هو انخفاض ثمن السلع المنتجة والجودة وخاصة في المظهر.

وارتبط بذلك أن الآلة التي تقوم بالإنتاج يوزع ثمنها على المنتج. فإذا تعطلت أو لم يتحقق في الواقع العملي طاقتها الإنتاجية انعكس ذلك على ثمن المنتج وأفلس المشروع.

كما أن الآلة قد يلحق الخلل بعض أجزائها وحسب طبيعتها فإن الخلل مؤذن بالتوقف الكامل، أو ضعف الإنتاج، أو عدم جودته وكل ذلك مفض حتماً إلى إفلاس المشروع.

ولذا كان من المتحتم على الباعث للمشروع الاقتصادي أن يعمل على قيام الآلة بوظائفها في جميع أجزائها. وأن يسرع إلى تلافي ما أصاب

التجهيزات . ولكن أصحاب المصانع - في معظم الأحوال - والمستخدمين للآلات لا يمكنهم أن يتدبوا من يقوم بهذه المهمة كإطارات يعملون عندهم بصفة مستمرة الذي تحدّث عنه الشيخ الضرير بأنه أجبر دائم أي أجبر خاص . وذلك لأمر منها أن التعرف على الخلل بعد تطور الآلة وتعقدتها أصبح لا يدرك إلا بأجهزة دقيقة ومتطورة ومرتفعة الثمن .

وقد لا يحتاج صاحب المصنع لبعضها إلا مرات قليلة أو لا يحتاج إليها أصلاً، ومنها أن المتمكنين من استخدامها العارفين بأسرارها هم من ذوي الكفاءات العالية الذين ترتفع أجورهم وفرص الاحتياج إليهم في المصنع الواحد قليلة . وكل ذلك يدخل في تكلفة الإنتاج ، ويؤدي بالبائع إلى الإفلاس إن لم يأخذ حيطته لذلك بما يضمن استمرار الآلة في الإنتاج بكفاءة، وبأقل ما يمكن من النفقات .

وبناء على ما قدمناه فرضت المسيرة الاقتصادية أن يتخصص قسم من المسهمين في دولا ب الاقتصاد بتوفير الخدمات المطلوبة حسب القواعد الفنية لسير المعامل والآلات بكفاءة في سرعة الإنجاز ودقته عند تعويض الأجزاء التالفة أو المتآكلة بغيرها ، وكذلك الاحتياطات الدورية لدوام عمل الآلة والأجهزة فيكون عقد الصيانة هو عقد يلتزم الخبير الفني بالقيام على الآلات والتجهيزات في مدة محددة ، قياماً يحقق أداءها لوظائفها بكفاءة ويلتزم فيه صاحبها بدفع ما اتفقا عليه إن لم تكن ملتزمة من البائع .

ولا تقتصر الحاجة للصيانة على المعامل الآلية فشرية الطيران في أي قطر من أقطار العالم تنقل المسافرين فإذا بلغت طائرتها بالمسافرين البلد المقصود ، فإنها لا تستطيع أن تواصل رحلتها أو أن تعود إلى منطلقها إلا بعد قيام فريق مختص بتفقد تجهيزاتها ضماناً لحياة المسافرين . ولا يمكن للشركة أن تبعث مع كل طائرة فريقاً من الفنيين ولا بأجهزة الرقابة .

والمؤسسات المالية لا تستغني في سير عملها عن تدفق التيار الكهربائي لمكاتب العمل مثلاً وللدماغ الحاسوبي الجامع الحافظ وللأجهزة المتصلة

به ، وهو ما يوجب القيام على التجهيزات الكهربائية قياماً يضمن عملها بانتظام . كما لا نستغني عن مراقبة أجهزة الحاسوب الأصلي وفروعه ضماناً لحقوق المتعاملين مع المؤسسة وضبطاً لحساباتها .

وقد تضاعف سكان الأرض في هذا القرن عما كان عليه في القرون السابقة ، وفي انتشار المساكن الأفقية عدوان على الأراضي الفلاحية وقتل للمساحات المحيطة بالمدن . زيادة عن غلاء ثمن المساكن الأفقية وارتفاع التكلفة للقيام بالخدمات المدنية من توزيع المياه والنور الكهربائي وأجهزة الصرف . فاحتاج الناس إلى البناء العمودي الذي يحفظ الأرض ويقلل من تكاليف الخدمات ويختصر المسافات داخل المدن ، وهذه البناءات الذاهبة صُعداً لا يستغني ساكنوا طوابقها العليا عن المصاعد ، وتوقف المصعد بعد توفيره فيه إهدار للوقت وفيه حجب الساكن الضعيف عن القيام بواجباته في الحياة من المسنين والمرضى والحبالي والصغار والمعاقين .

والمستشفيات والمصحات قد تطورت طرق الكشف والعلاج تطوراً ارتبط بنمط الحياة . فالكشف بالأشعة وبالأجهزة المعرفة بمكان المرض ونوعه وإنعاش من بلغ مرحلة الخطر لمساعدته على تجاوز فترة الأزمة ، وإجراء العمليات الجراحية . كل ذلك لا بد من القيام على المزود بالتيار الكهربائي وعلى تلافي حصول الخلل في التجهيزات الطبية الإلكترونية المعقدة .

هذه بعض الصور التي تكشف عن الحاجة إلى صيانة المعدات والأجهزة والآلات ، وهي حاجة ترتبط بالكليات الضرورية من حفظ النفس والمال . وتعتبر بذلك داخلة تحت المقاصد الضرورية ، كما يدل عليه كلام الشاطبي ، من أن الحفظ للمقاصد الضرورية يكون بأمرين : أحدهما ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود والثاني ما يدرأ عنهما الاختلال الواقع أو المتوقع وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم .

ثم قال عند التمثيل : والمعاملات ما كان راجعاً إلى مصلحة الإنسان مع غيره كانتقال الأملاك بعوض أو بغير عوض ، بالعقد على الرقاب أو المنافع ، وبذلك تدخل عقود الصيانة من حيث الأصل تحت مظلة الضروي عملاً بالقاعدة اليقينية المروية عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه : تُحدث للناس أفضيه بقدر ما أحدثوا .

أنواع عقد الصيانة :

أولاً- الالتزام المرتبط بعقد البيع كأحد بنوده : وذلك أن البائع ملتزم عند العرض أن كل القطع صغيرها وكبيرها قد تم صنعها بالجودة التامة ، وأنها قادرة على الأداء دون أن يلحقها عطب من التشغيل طيلة مدة محددة أو دائماً . وأنه ملتزم بالمنهج الحضاري الذي يحكم المسيرة البشرية وهي أن التجربة هي المعرف الحقيقي للصالح ، أو الاختلال . ولذا فإن ما يبيعه من الأجهزة هو ضامن لأدائه مدة معلومة . وهذا ما يفرض عليه أن يبعث بخبرائه يوجهون إلى الطريق الأمثل في التشغيل في الفترة التي يحددها الطرفان عند عقد البيع . والتي تكون كافية للتحقق من سلامة المبيع وحسن أدائه .

وقد وقع التساؤل في الورقة المقدمة للموضوع عن تكييف هذا الالتزام فجاء فيها ما هو مذكور .

أما الاحتمال الأول وهو أن هذا من صور صفقتين في صفقة ، بينت أنه ليس من صور صفقتين في صفقة أصلاً وهو مذكور في العقد .

أما الاحتمال الثاني فإن البيع مع التزام المزود بالصيانة مدة معلومة ، لا يعتبر التزامه بالصيانة عقداً . ولكنه في حقيقة أمره إعلان من البائع أن ما يبيعه يؤدي للمشتري الغرض الذي اشتراه من أجله ، فالسيارة مثلاً تحقق له التنقل مع الأمن ، وكذلك الطائرة إلى آخره . وعلى هذا فإذا ظهر خلل في أداء المبيع للغرض منه كان البائع لم يسلم للمشتري المبيع على حسب ما اتفقا عليه في العقد . ففواؤه بما التزم به هو من تمام العقد الأول وليس عقداً آخرأ .

وأما الاحتمال الثالث أنه شرط مقترن بالعقد . فهو وإن كان في صورته الظاهرية شرطاً إلا أنه في حقيقة الأمر بعد التأمل في العقد يتبين للناظر أنه ليس من نوع الشروط التي اختلف فيها الفقهاء . وذلك أن الشرط الذي تحدث عنه الفقهاء هو الشرط الذي يستفيد منه المشتري سواء أكان البائع أم المشتري ، فكأن الشرط إن كان من المشتري ، فقد انقسم الثمن المدفوع فيه بين ثمن السلعة وما يحقق الشرط . مما يؤول معه الأمر إلى نوع من الجهالة في الثمن المبيع راعاه من حرم الشرط . وإذا كان المشتري هو البائع فكذلك الأمر فهو يكون قد نقص من الثمن الحقيقي للسلعة في مقابلة تحقق شرطه الذي شرطه . ومن فصل فهو ناظر في باطن الأمر إلى ما ذكرناه . وفي صورة التزام البائع عند العرض بالقيام بالصيانة مدة معلومة لانجد في العقد أن المشتري قد اشترط أي شيء . كما أن البائع لم يشترط على المشتري ما ينتفع به .

أما الاحتمال الرابع وهو رد المعيب بالعيب . فإن المبيع إذا اطلع المشتري على عيب فيه فقد فصل في الفقهاء وبيّنت كل ما يتعلق بذلك .

ووصلت إلى أن لابن عرفة فتوى : أن الجبن يوجد فاسداً يرد ، وكذلك الحديد يوجد أحرق منقطعاً إذا دخل النار . معللاً بأنه مما عملته الأيدي .

فهذه الفتوى تجعل الاختلاف محلّه ما كان من العيوب لا دخل للإنسان فيه بتقصير ، أو قصور ، تطبيقاً للقاعدة : أن المكلف يتحمل الضرر الحاصل منه خطأً كان أو عمداً .

وإذا خلص لنا أن مشتري الآلة أو الجهاز يقوم بالعيب على البائع فهل يعتبر التزام البائع بالصيانة بديلاً عن الرد بالعيب؟ .

إن الصيانة ليست التزاماً بتبديل المعيب ولكن تتعدى ذلك إلى كثير من الأعمال تتبع الخطوات الأولى في التسيير؛ كشد بعض الأجهزة وتشحيم بعضها، وتبديل الزيت، ورفع بعض الأجزاء التي توضع في الآلة عند استخدامها الأول . . . إلى مختلف أوجه العناية التي تتبع ما في الأجهزة من تعقيد، وبذلك فإن التزام المزود بالصيانة مدة معلومة هو أعم من القيام

بالعيب . ولا ينفى الردّ بالعيب على ما حققه ابن عرفة في فتواه .

ثانياً - العقد مع شركات الصيانة :

العقد مع شركات الصيانة ، ليس عقداً نمطياً يطبق بصفة آلية . وذلك أن المعقود عليه يختلف باختلاف التجهيزات وما يتطلبه كل نوع من العناية ، ولذا فقد قمت بمراجعة عقود كثيرة متحدة الموضوع ومختلفة الموضوع .

١ - عقود صيانة المصاعد من شركات مختلفة . ٢ - عقود صيانة أجهزة التكييف . ٣ - عقود صيانة أجهزة التبريد . ٤ - عقود صيانة أجهزة الإنذار المبكر . ٥ - عقود صيانة أجهزة الحاسوب . ٦ - عقود صيانة الأجهزة المنذرة والمكافحة للحريق . ٧ - عقود صيانة الطائرات . ٨ - عقود صيانة العلامات المضئية للإشهار .

وتجدون مع بحثي ولكن للأسف باللغة الفرنسية صورة من كل هذه العقود .

تعددت عقود الصيانة بناء على أنه لكل نوع من أنواع النشاط الصناعي ولكل الأجهزة الآلية والإلكترونية في ميادين الإنتاج أو الخدمات اختصاصيون مهروا في القيام عليها ضماناً لحسن أدائها واستمرارها .

وقد أردت أن أتبع الهيكل الذي تتقوم به هذه العقود مهما اختلفت لبيان حكم هذه العقود تبعاً للأركان والشروط المشتركة ، أما تختص به بعض العقود تبعاً لما تتميز به من خاصيات ، فإنه ينبغي أن تكون التوصية من المجمع منبهة إلى وجوب مطابقة كل ما يشترط في عقود الصيانة للأحكام الشرعية بمراقبتها من عالم بأحكام العقود في الإسلام .

طبيعة عقد الصيانة :

ذهب بعض الناظرين من الفقهاء المعاصرين إلى أن عقد الصيانة عقد جُعل ، وأنه ينطبق عليه هذا التصور العقدي الخاص ، ذهاباً منهم إلى أن المعقود عليه مجهول ، وإذا كان العقد في ميدان العمل على مجهول فهو

لا يجوز إلا على أنه عقد جعل، وهذا خطأ في تصور عقد الصيانة، إذ لا تنطبق أحكام الجعالة على الصيانة وذلك:

١ - أن عقد الصيانة عقد لازم للطرفين بعد توقيعه منصوص فيه متى يُمكن أحد الطرفين من نقضه.

٢ - أن الجعل لا يتسلم منه العامل شيئاً إلا بعد إتمام العمل، فإذا لم يرد العبد أو الدابة فلا شيء له بخلاف الصيانة.

٣ - أن الصيانة عقد محدد بأجل، في إطار عام ثم مخصص، أعني بذلك أن عقد الصيانة يتم بين صاحب المؤسسة على أنه سيستمر خمس سنوات أو ثلاث سنوات مثلاً، وبانتهائها ينتهي العقد ليعاد النظر فيه من جديد، هذا هو الإطار العام، ثم إن لكل طرف في نهاية السنة الحق في فسخ العقد مع إعلام الطرف الثاني قبل مدة محددة بثلاثة أشهر أو أكثر أو أقل برغبته في نهاية العقد، وهذا هو الإطار الخاص، وعقد الجعالة لا يجوز ضرب الأجل فيه. ثم أتيت بنصوص الفقهاء في عقد الجعالة لتأكيد ما قلته.

الأجير المشترك:

جاء في الفتاوى الهندية: اختلفت عبارة المشائخ في الحد الفاصل بين الأجير الخاص والأجير المشترك. قال بعضهم الأجير المشترك من يستحق الأجر بالعمل لا بتسليم نفسه. والأجير الخاص من يستحق الأجر لتسليم نفسه وبمضي المدة. ولا يشترط العمل في حقه لاستحقاق الأجر. وقال بعضهم الأجير المشترك من يتقبل العمل من غير واحد. والأجير الخاص من يتقبل العمل من واحد.

وإذا تبين أن عقد الصيانة هو عقد إجارة مع أجير مشترك فإن الخطوة التالية هي تبين هل إن هذه العقود استوفت الأركان والشروط أو لا؟ ثم هل إنها تتضمن شروطاً تؤثر في صحة العقد؟.

أولاً- أركان العقد، وتشمل :

١- العاقدان : وللضبط فإني أطلق اسم المؤسسة على المستأجر بكسر الجيم اسم فاعل وأطلق لفظ الصائن على الأجير، العامل، وقد توفرت فيهما جميع الشروط .

٢- الصيغة : الصيغة في العقود الصيانة موثقة كتابة واضحة، يقوم توقيع ممثل الشركة على العقد بالدلالة على الرضا الكامل والالتزام بما جاء في العقد .

٣- واجبات الصائن في عقد الصيانة وهي العمل المعقود عليه .

إن عقود الصيانة يتحمل فيها الصائن القيام بأعمال .

أولاً- المراقبة الدورية : وهي مضبوطة في العقود، في مشمولاتها وفي مواعيدها، إذ هي تنظيف الأجهزة، ومراقبة حسن سيرها، ووضع الشحم أو الزيت في الأماكن الخاصة من الأجهزة ضماناً لسير الحركة الاندماجية، ووضع قائمة لقطع الغيار التي يحتاج إليها غالباً يشتريها صاحب المؤسسة، وإعلام المؤسسة عقب كل تفقد دوري بما لاحظته من خلل، والقيام بتسجيل كل الأعمال والملاحظات التابعة لكل زيارة .

ثانياً - الحضور في المكان المعين في العقد إذا ما حدث خلل أو توقف في السير بعد إعلامه بوقت مضبوط أقصاه في العقد .

إن واجبات الصائن محددة في العقود والتزاماته مضبوطة وأن ثمن القطعة التالفة يتحمله صاحب المؤسسة ويقتصر دور الصائن - بناء على مهارته - على التعرف على مواطن الخلل ثم يباشر إصلاحه إذا كان ممكناً بدون تغيير أي قطعة أو يقوم بتغيير القطعة التالفة ووضع قطعة صالحة مكانها .

يبقى السؤال هل يجوز أن يتحمل الصائن الشحوم وغير ذلك وكذلك

أجهزة الاختبار؟ . جاء في الفتاوى الهندية : وإذا استأجر خياطاً ليخيط له ثوباً كان السلك والإبرة على الخياط .

وفي المذهب المالكي : «وَعَمَلُ بِالْعَرَفِ فِي الْخَيْطِ كَوْنُهُ عَلَى الْخَيْطِ أَوْ عَلَى رَبِّ الثَّوْبِ ، وَفِي نَقْشِ الرَّحَى الْمُسْتَأْجِرَةَ لِلطَّحْنِ فِي كَوْنِهِ عَلَى الْمَالِكِ أَوْ الْمُسْتَأْجِرِ» .

ثم أتيت بنصوص من الشافعية كلها لاتمنع من أن يكون الشيء القليل يتحملة الصائن .

إن هذه النصوص التي قدمناها تدل على أن المذاهب الأربعة متفقة على جواز اشتراط الشيء اليسير من المواد على العامل . وأنه إذا لم يشترط فالرجوع إلى العرف المعمول به في مكان العقد ، وبما أن عقود الصيانة قد تبين لي من تتبعها أنها تكاد تتفق في التصور العام في البنود الأساسية ، فإني لم أجد أي عقد خلا من بيان ما يلتزم به العامل حتى في الأشياء التافهة . وهذه الطريقة محققة لما تقرر في الفقه الإسلامي . يقول في بدائع الصنائع : «ومن شروط الإجارة بيان العمل في استئجار الصناع والعمال ؛ لأن جهالة العمل في الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة ، فيفسد العقد حتى لو استأجر عاملاً ولم يسم له العمل من القصاراة والخياطة والرعي ونحو ذلك لم يجز العقد ، وكذا بيان المعمول فيه في الأجير المشترك إما بالإشارة أو التعيين أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة» .

كما يقول في شروط المعقود عليه : «أن تكون المنفعة معلومة منعاً للمنازعة ، فإن كانت مجهولة - وهذا ما يريد أن يؤكد عليه - ينظر إن كانت تلك الجهالة مفضية إلى المنازعة تمنع صحة العقد وإلا فلا ، لأن الجهالة المفضية للمنازعة تمنع التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد ، فكان العقد عبثاً» .

فالمعيار الذي رُبط به عقود الإجارة صحة أو فساداً هو إفضاء العقد

إلى تحققه بدون نزاع أو إمكانية حصول النزاع والتأويل القريب لكلا الطرفين .
ولما كانت عقود الصيانة لم يقع فيها هذا أبداً دل ذلك على أنها إذا
كانت بدون تقديم قطع الغيار جائزة .

الربط بين الزمن والعمل :

كل عقود الصيانة فيها ضبط موعد بداية العمل بالعقد وموعد انتهائه
زيادة على تفصيل ما يلتزم الصائن بالقيام به من أعمال .
وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يجوز ذلك .

ومذهب مالك قد حرره ابن عبد السلام ، فقال : «الذي قاله من يرتضى
من الشيوخ أن الزمن الذي قُيِّدَت به الإجارة إن كان أوسع من العمل بكثير
فلا يختلف في الجواز» .

ومما قدمناه يتبين أن تحديد العمل وتحديد المدة في عقد الصيانة
لامانع من ذلك ، وإن كان غير مجمع عليه .

التزام الصائن بشراء قطع الغيار :

جاء في العقود أن الصائن يلتزم بشراء قطع الغيار ، وإذا تعذر إصلاح
المعطَّب أو كان يستدعي نفقات تتجاوز حد السقف المتفق عليه في العقد
وأنة يتقاضى على هذا العمل الإضافي زائداً مقدراً بنسبة مئوية من ثمن
القطعة التي اشتراها .

وتكليف هذا البند أنه وكالة بأجر ، حدد فيها الأجر وتحقق رضا الموكل
والوكيل . وكلاهما ممن تصح منه الوكالة .

واجبات المؤسسة :

القدر المشترك في واجبات المؤسسات ، الذي لاحظته في عقود
الصيانة يتمثل فيما يلي :

١- الالتزام بدفع أجر الصائن، وأجر الصيانة محدد في العقد.

٢- تسليم أجر الصائن: جرت العقود على طريقتين: الأولى أن يقسم الأجر السنوي على فترات تدفع كل فترة مقدماً في بدايتها، والثانية أن يقسم الأجر السنوي على فترات يُدفع كل قسط عند نهاية الفترة المحددة.

وبالرجوع إلى الأحكام المقررة في فقه المذاهب فإننا نجد اختلافاً في اجتهاداتهم، ففي المذهب المالكي: وعجل الأجر وجوباً ولو حكماً كتأخير ثلاثة أيام لا أكثر فيفسد العقد إن عين كثوب معين، أو بشرط أي اشتراط تعجيله عند عقد الإجارة.

وكذلك الحكم عند الشافعية والحنابلة.

الطريقة الثانية أن يكون العقد على استحقاق الصائن أجره عند نهاية كل فترة تحدد بشهر أو ثلاثة أو ستة.

ففي المذهب المالكي فإن عقد الصيانة هو من الإجارة المضمونة لتعلقه بالذمة لا بالشخص سواء أكان الصائن شركة أم شخصاً. إذ إن المؤسسة لا تشترط أن يقوم بالعمل فرد معين. وإذا كانت الإجارة في الذمة فالمالكية لا يجيزون تأخير الأجر إذا لم يشرع الأجير في العمل، وذلك بناء على قاعدة أنه لا يجوز تعمير الذمتين. والشافعية هم متفقون مع المالكية في ذلك.

وفي مذهب أحمد يجوز اشتراط تأخير الأجرة: أنه إذا شرط تأخير الأجر فهو إلى أجله.

ضمان الصائن:

جاء في عقود الصيانة أن الصائن إذا لم ينه المؤسسة إلى الخلل المتوقع، فإنه ضامن لما يترتب عن تقصيره في أداء ما التزم به، وهو شرط مقبول: ذلك أنه ما استحق الأجر إلا ليساعد المؤسسة على دوام قيام

الأجهزة والآلات بوظائفها . وأن تفقده ليس أمراً مظهرياً . فإذا أخل بواجبه فلم يحسن التأمل في جميع التجهيزات أو لم يكن جاداً في مراقبته أو اطلع ولم ينبه فقد أخل بالتزاماته ويتحمل المسؤولية . وأتيت بالنصوص الدالة على تحمله .

فاشترط المؤسسة أن الصائن ضامن إذا لم ينبه للخلل الذي تسبب عنه التعطل شرط مقبول ، وعدم إعلام الصائن للمؤسسة بالخلل المدرك للخبراء تعد منه تقصير وهما سواء في ترتيب الضمان .

في المذهب الحنبلي : العامل المشترك وهو الصانع هو ضامن لما جنت يده ، فالحائك إذا أفسد حياكته ضامن لما أفسده : نص عليه أحمد ، وأتيت بالنص كاملاً .

بناء على ما اطلعت عليه من عقود الصيانة التي أمكن أن تصل إليها يدي ، والتي أقول إنها ليست كل أنواع الصيانة ، لكن وجدت أنه هنا في بعض العقود التي رأيتها في بقية البحوث أن من عقود الصيانة ما يشترط فيه قطع الغيار على الصائن ، وبناء على ذلك انتهيت إلى تقسيم ذلك إلى تسعة أنواع :

١ - عقد الصيانة بين المؤسسة والصائن الذي يلتزم فيه الصائن بإصلاح العطب للآلات مدة معلومة وأجره معلوم مع ضمن الصائن مادة تافهة كالزيت والشحم أو بدون ذلك والموصّل الكهربائي ، جائزة لأنها إجارة مع أجير مشترك .

٢ - عقد الصيانة بين المؤسسة والصائن الذي يلتزم فيه الصائن بإصلاح العطب للآلة مع تقديم قطع الغيار ، هو عقد غير جائز عندي ، وعند الشيخ الضرير ، وجائز عند الإخوان الثلاثة .

٣ - الصيانة التي يلتزم بها البائع عند عقد البيع لمدة محددة جائزة سواء كان ذلك مع تقديم قطع الغيار أو لا .

٤ - عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يقوم الصائن بالإصلاح وشراء قطع الغيار على حساب صاحب المؤسسة مع ربح نسبي معلوم هو عقد جائز عند الجميع .

٥ - عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بصيانة المعدات الموجودة عند العقد، وما يمكن أن يضيفه صاحب المؤسسة من أجهزة جديدة، غير جائز عندي لشدة الغرر فيه، ولا أعلم وجهة نظر الشيخ الضرير، بينما يجيزونه الآخرون .

٦ - عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بالعمل على تحديث الأجهزة عندما يظهر طيلة مدة العقد غير جائز عندي . ويظهر أنه كذلك عند الشيخ الضرير، وجائز عند الثلاثة .

٧ - عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن على تدريب عمالة الصائن، مع الإصلاح عند العطب، هو عقد جائز وكذلك عند الشيخ الضرير، وذلك لأنه عقد إجارة مع الجعالة معاً، يجوز الجمع بينهما، وإن كان بعضهم لا يرى جواز ذلك .

٨ - عقد الصيانة الذي يُشترط فيه أن يضمن استمرار عمل المصون، وأنه يتحمل أيضاً تقديم ما يحقق تشغيل الأجهزة وقتياً حتى يتم الإصلاح، أو تعويض التالف من قبل صاحب المؤسسة، هذا الشرط فيه جهالة كبيرة مفسدة للعقد عندي، ويظهر أنه جائز عند الشيخ التسخيري، وجائز صراحة عند الدكتور منذر والدكتور أنس، ولم أعرف وجهة نظر الشيخ الضرير .

٩ - عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بالتعويض عن الضرر الحاصل، عندي هو عقد فيه غرر كبير وهو غير جائز، وهو مثل سابقه في الحكم عند الإخوان الذين قدموا هذه البحوث .

ما ذكره الدكتور منذر من العقود المشابهة كعقد التأمين، أراه تفضل منه وزائد عن موضوع البحث، والله أعلم وأحكم . والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته .

* * *

التعقيبُ والمناقشة

التعقيب والمناقشة

الشيخ عمر عبد العزيز :

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين ، وبعد ؛

فإن هذه البحوث المقدمة بحوث تنبئ عن ذهنية فقهية دقيقة ورصيد علمي عالٍ وصياغة متميزة بالأصالة والجِدَّة، وفي معظم هذه البحوث وجدت أن الباحثين الفضلاء قد جعلوا عقد الصيانة من الضروريات، وبذلك عندما يكون عقد الصيانة ضرورياً يكون قد تَسَمَّ ذروة طلب الشارع لفعله، وهي الطلب على وزن الحتم والإلزام المتمثل في الإيجاب، وهذا مما يتأبى ذهني على أن ينقدح ذلك فيه . ذلك أن الضروري هو ما باختلاله تختل به الحياة وتكون على فساد وتهاجر وفوضى ، ثم إن الضروري قطعي يقطع الخلاف وإذا كان الأمر كذلك أي إذا اعتبر من الضروريات فإنه عندئذ تكون الحاجة مندفة والفائدة منتفية في البحث عن حكم عقد الصيانة وجوازه، لأن جوازه إن ثبت لا يصلح أن يكون تأكيداً لوجوبه لأن الأقوى طلباً لا يتأكد بما هو أضعف منه فيه . ولا يكون كذلك تأسيساً لحكم جديد، لأن الوجوب يستلزم الجواز، لكون الوجوب أخص من الجواز والأخص يستلزم الأعم، فيكون الجواز قد ثبت مع الوجوب .

وباستقراء الأخبار الحكمية ثبت كون أحد الأمرين الغاية المتغياة منها . والباحثون الأفاضل والأساتذة الكرام قد نفوا أن يكون عقد الصيانة أو جوازه قطعياً وبذلك نفوا أن يكون ضرورياً أيضاً لأنهم هم أنفسهم قد ذكروا اختلافات كثيرة في مشروعيته ، وهم أيضاً اختلفوا في ذلك فيما بينهم .

هذا فيما يتعلق بمعظم البحوث، وقد طالعني في بعض البحوث تكييف لعقد الصيانة، فبعض الباحثين الأفاضل قد جعلوا عقد الصيانة نوعاً من المقاوله وبرروا إندراج عقد الصيانة نوعاً في المقاوله لأن أكثر ما ينطبق على المقاوله ينطبق على عقد الصيانة، وهذا المبرر، في اعتقادي، لا يبرر الأعمية للمقاوله بالنسبة لعقد الصيانة، لأن الأعم ينبغي أن يكون كل ما ينطبق عليه منطبقاً على أخص منه، لأن الإنسان لما كان أعم من الرجل وكان الإنسان هو الجسم النامي الحساس المتحرك بالإرادة؛ كان الرجل كذلك أيضاً مع خاصية الذكورة، ولذلك فإن الذي يصحح هذه النسبة هو استبدال كلمة الكل بكلمة الأكثر.

وذكر بعض الأساتذة تعريفاً لعقد الصيانة وعرفوه بأنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بصيانة شيء مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، والغرض من التعريف هو استكناه الشيء وبيان ماهيته والكشف عن حقيقته لتمييز المَعْرِفُ عن غيره، ولذلك تُقرر القواعد المنظمة للتعاريف أن يكون التعريف أجلى من المَعْرِفُ، وكذلك أيضاً ينبغي أن لا يكون المَعْرِفُ جزءاً من التعريف وإلا لأدى ذلك إلى تعريف الشيء بنفسه وهذا دورٌ يؤدي بالتعريف إلى البطلان، وكذلك أيضاً فإن التعريف ينبغي أن يكون أجلى من المَعْرِفُ ليقوم بهذه المهمة ولذلك فإن الذي يظهر لي أنه ينبغي إخلاء جميع تعاريف عقد الصيانة من كلمة الصيانة، ويؤتى بما يوضح المَعْرِفُ دون أن تتوقف معرفة المَعْرِفُ على معرفة التعريف، مع توقف معرفة التعريف على معرفة المَعْرِفُ. هذا ما أردت أن أبينه وأرجو الله، سبحانه وتعالى، للجميع التوفيق والسداد والسلام عليكم.

فضيلة الشيخ محمد تقي العثماني :

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين.

في الواقع إنني أشكر جميع الباحثين الذين قدموا هذه البحوث القيمة في هذا الموضوع المهم، وخاصة فضيلة العلامة الشيخ محمد المختار السلامي، فقد ذهب فضيلته وفضيلة الشيخ الضرير إلى أن تكليف عقد الصيانة مؤسس على أساس الإجارة ويكون من يتعهد بالصيانة كالأجير المشترك، وعلى هذا الأساس إنهم جعلوا الجهالة الموجودة في هذا العقد جهالة مغتفرة لأنها لا تؤدي إلى نزاع، والشبهة التي قد تراودني في هذا الموضوع هي أن الأمر في هذا العقد هو فوق الجهالة وربما يصل إلى درجة الغرر، وفيه غرر للجانبين، فإن الجهالة التي ذكرها الفقهاء أنها لا تفسد العقد إذا لم تكن مؤدية إلى نزاع، هي الجهالة التي يتقن فيها وجود المعقود عليه، ولكن لا نعرف قدر المعقود عليه، فإذا تآتى هنا الجهالة، وإذا كانت لا تؤدي إلى نزاع فالفقهاء قالوا لا تفسد العقد، أما هنا في هذا العقد فوجود المعقود عليه غير متيقن، مثلاً إذا عقد أحد عقد صيانة مع أجير مشترك لمدة خمسة أعوام مثلاً، فيمكن أن لا تحدث أي حاجة للصيانة خلال تلك المدة، فالأجر الذي دفعه المستأجر هو ليس بمقابلته شيء، لأنه لم يحدث له حاجة للصيانة خلال مدة العقد.

ومن ناحية ثانية يمكن أن يكون للمالك أن يحتاج إلى صيانة تتطلب أموالاً كثيرة، لم يتوقعها الصائن حينما دخل في عقد الصيانة فيتكبد جهوداً ويتحمل أموالاً طائلة، فهذه شبهة ينبغي أن ننظر إليها من هذه الناحية، ولم أجد جواباً على هذه الشبهة، فأرجو من فضيلة الشيخ السلامي والباحثين في هذا الموضوع أن يأتوا بشيء يطمئن له القلب في هذا الموضوع، والله أعلم.

فضيلة الشيخ الصديق الضرير :

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين.

أولاً شكراً للشيخ المختار فلقد لخص بحثي هذا تلخيصاً جيداً ولو طلب مني تلخيصه ما استطعت أن أجيء بأفضل منه، إلا أنه ترك الإشارة إلى

قرار الندوة الفقهية الرابعة ببيت التمويل الكويتي، فهذا الموضوع كان يُبحث فيها واتخذ فيه قراراً وقد بينته في آخر البحث ولم أوافق عليه لأنها بنته على آراء الفقهاء الذين كانوا في الندوة وهم بنوه على الجعالة، وقد اعترضت على هذا بمثل ما اعترض به الشيخ المختار، عندما عرض بحثه عرضاً كاملاً.

الواقع كل ما ذكر من الأخوين السابقين يحتاج إلى رد، لكن قبل أن أجيب أود أن أشير إلى عبارة ذكرها الشيخ السلامي في بحثه، وإلى عبارة أخرى وردت في بحث الشيخ التسخيري.

أما العبارة التي ذكرها الشيخ السلامي يقول فيها: وينفرد الدكتور الضرير بأن بيعتين في بيعة أحص من صفتين في صفقة، لأن الصفقة تشمل البيع وغيره من الصفقات فيؤول معنى الحديث عنده إلى الجمع بين عقدين في عقد واحد ويجزم في مقدمة كلامه - هذا كلام الشيخ المختار - بأن عدم التفرقة بينهما خطأ، فيقول وهذا ليس بصحيح فإن بيعتين في بيعة أحص من صفتين في صفقة. وكل هذا النقل صحيح ولكنه ليس مما تفرّد به الدكتور الضرير، وهذا كلام الكمال ابن الهمام وقد أشرت إليه في بحثي (فتح القدير: ٢١٨/٥)، وهو الصواب عندي وقد ارتضيته لأفرق بين الحديث الذي ينهى عن صفتين في صفقة، والحديث الآخر الذي ينهى عن بيعتين في بيعة، هذه مسألة بسيطة.

أما المسألة الثانية، وهي مسألة كبيرة هي ما جاء في بحث الشيخ التسخيري: «هذا مع أن الدليل القائم على ممنوعية الغرر في المعاملة هو الحديث المروي عن النبي ﷺ: بأنه نهى عن بيع الغرر، وهو - أي الحديث - مع ما في سنده من مناقشة، مختص بباب البيع ولا مجال للتعدي عن البيع إلى المعاملات الأخرى، كمانبه عليه الفقهاء في كتبهم». في هذه العبارة ثلاث دعاوى:

الدعوى الأولى: وهي أكبرها بأن حديث النهي عن بيع الغرر في

سنده مناقشة، ليس في سند هذا الحديث مناقشة، هذا الحديث رواه الثقات عن جمع من الصحابة، وروي عن أبي هريرة وقد أخرجه ابن تيمية في (المنتقى) وقال: رواه الجماعة إلا البخاري. فالحديث لا خلاف في صحته وإن كان البخاري لم يروه صراحة ولكنه وضع باباً سماه باب بيع الغرر وحبل الحبل، وقد تحدث سُرَّاح الحديث لما لم يذكر البخاري الحديث نصاً وقالوا: إنه اكتفى بالإشارة إلى حبل الحبل وبيع المنابذة و الملابس . . . ولكن العنوان بيع الغرر. فلا أدري من أين جاءت هذه المناقشة في هذا الحديث ولو حصل مناقشة في هذا الحديث لسقط أصل عظيم من أصول المعاملات فالنهي عن بيع الغرر، هذا الحديث أصل عظيم كما نوه على ذلك النووي.

الدعوى الثانية: هي قوله: مختص بباب البيع. صحيح أن الحديث ورد في البيع ولكن جميع الفقهاء قاسوا على البيع عقود المعاوضات، لم يشذ منه أحد إلا نفاة القياس، بل إن بعضهم ذهب إلى أبعد من ذلك فأدخل عقود التبرعات، التي أخرجهما المالكية، وهم على حق.

الدعوى الثالثة: كما نبه عليه الفقهاء في كتبهم، ولم يشر لنا إلى مصدر واحد من مراجع هؤلاء الفقهاء ولا أدري من هم؟!

أجيب الآن على تساؤلات الإخوة الكرام، بالنسبة لموضوع أن عقد الصيانة من الضروريات، لأرى في هذا غضاضة، أليس المسكن الذي يحفظ النفوس من الضروريات؟ أليست صيانة المسكن من الضروريات لبقاء حياة الإنسان؟ هل نستطيع أن نترك صيانة المسكن؟ أليست صيانة الطائفة، كما يقول الشيخ التي لم تُصن لترتب عليها هلاك مئات من النفوس، أليس هذا من الضروريات؟ لا أرى بأساً من وصف الصيانة بأنها من الضروريات.

وتحدث أخي الفاضل عن التعريف وهو التعريف الذي ذكرته، وهذا التعريف مأخوذ من تعريف قانوني لعقد المقاولة، وأنا أرجعت هذا إلى

القانونيين وهو تعريف الدكتور السنهوري، وأنا جعلت الصيانة نوعاً من المقابلة وهذا ما يقوله فقهاء القانون، وهذا التعريف لا أرى به بأساً. قلنا: إن الصيانة عقد يتعهد به، ما قلنا: الصيانة هي الصيانة، وكلمة الصيانة عُرِّفت بالمعنى اللغوي، وقلنا: إن المعنى اللغوي لا يختلف عن المعنى الشرعي، فلا أرى ما يستلزم الاعتراض وإن كان التعريفات كل تعريف لا يخلو من مُعْتَرَض، فليأتنا الشيخ، فهو اعترض ولم يأت بتعريف يخلو من الاعتراض، أتوقع منه مدناً بهذا التعريف. وأنا ذكرت أن عقد الصيانة أخص من عقد المقابلة وهذا واضح لأن عقد المقابلة قد يكون فيه القيام بعمل شيء مقابل كبناء مصنع أو بيت، والصائن لا يفعل هذا بل يقوم بالصيانة.

لهذا قلت إن كل عقد صيانة هو عقد مقابلة، وليس كل عقد مقابلة عقد صيانة، لأدري إن كان الشيخ العثماني قرأ ما في بحثي عندما قلت إن الإجارة إما أن يكون أجير مشترك أو أجير خاص وكلاهما متصور، وإن كان الشيخ المختار قصر الأمر على الأجير المشترك، واستبعد الأجير الخاص، وأنا لا أرى مانعاً من هذا، فقد تتفق شركة أو مجموعة من الشركات مع شخص تعيينه ليكون مختصاً بها لا يعمل لغيرها.

في موضع آخر ذكرت: « والمعقود عليه في عقد الصيانة عندما يكون الصائن أجيراً مشتركاً هو العمل، ولذا يجب أن يعين تعييناً ينتفي معه الغرر... »، يعني العمل الذي يقوم به الصائن يجب أن يُعَيَّن تعييناً ينتفي معه الغرر المؤدي إلى فساد العقد، كما يجب أن يكون الأجر معلوماً، أما المعقود عليه بالنسبة للصائن عندما يكون أجيراً خاصاً فهو منفعتة أو وقته في المدة التي يعمل فيها، لهذا يجب أن تكون المدة معينة في العقد، فانتهى الغرر في الحاليتين انتفاءً كاملاً وهذا ما يشترط في الأجير الخاص والأجير المشترك، والقانون نفسه، القانون المصري والقانون الأردني والقانون السوداني، اشترط انتفاء الغرر.

المادة (٣٨٠) من قانون المعاملات لسنة ٨٤ (السوداني) تنص على

الآتي : « يجب في عقد المقاوله - وأنا قلت : إن عقد الصيانة وعقد المقاوله أحكامهما واحده - وصف محله وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله من مقابل . »

وهذه المادة مطابقة للمادة (٧٨٢) من القانون المدني الأردني . فليس هناك مجال للقول بأن فيما قلناه غرراً . وهو مشروط ، وذكرت أنا أيضاً بأنه قبل الدخول في تكييف هذا أود أن أشير إلى أن عقد الصيانة كأى عقد آخر له أركان هي أركان العقد بصفة عامة وهي : الصيغة والعاقدان والمحل . ولكل ركن من هذه الأركان شروط صحة لا بد من تحققها ليكون العرض صحيحاً ، وسأفترض أن شروط الصحة المطلوبة في الصيغة والعاقدين متحققة في عقد الصيانة ، وسأهتم بالشروط المطلوبة في المحل (العمل والبدن) لأن تحققها أو عدمه هو الذي يؤثر في التكييف . ولهذا أوردتها مفصلة . وشكراً لكم .

الدكتور منذر قحف :

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين .

أولاً أشكر الشيخ السلامي للعرض الطيب والجيد الذي قدمه للبحوث عامة ولبحثي خاصة ، كنت أود أن يكون الدكتور الضرير قرأ بحثي قبل أن يكتب بحثه ، لعله وصل متأخراً ، أهم ما في ورقته أننا نتكلم عن شيئين مختلفين ، فضيلة الشيخ الضرير في بحثه وصف ستة أنواع من الصيانة ، وهذا لا يمثل إلا حالات خاصة ونادرة جداً من عقود الصيانة ، عقود الصيانة السمة العامة لها هي تكرار عمل الإصلاح غير المعلوم ، بأوقات غير معلومة ، ومدة من الزمن يستغرقها كل إصلاح غير معلوم . بعد ذلك في بحثه ذكر أن يكون العمل معلوماً ، فالعمل غير معلوم ، نتحدث عن شيء يتعامل به الناس وليس عن شيء نحن نصوره ونحكم عليه ، ونفتي عليه ما نسماه تحرير المناط .

النقطة الثانية : أشار الشيخ الضرير في بحثه إلى وجود جهالة كبيرة

تؤدي إلى النزاع . أنا أرى أن الجهالة في عقد الصيانة بالرغم من كونها تكون كبيرة في بعض الأحيان فإنها لا تؤدي إلى النزاع ؛ لأنها مضبوطة في حدود، فهي ليست من الجهالة التي تؤدي إلى النزاع .

النقطة الثالثة : ذكر الشيخ أن الصيانة مقاولة والمقاولة استصناع ، وقد تعلمنا أن الاستصناع هي بيع موصوف بالذمة ، أما الصيانة فمقدار العمل فيها مجهول والزمن مجهول وإن علمت المدة .

النقطة التالية ما قاله فضيلة الشيخ السلامي من أن في عقود الصيانة القطع يتحملها صاحب المؤسسة ، هذا صحيح في بعض العقود الكبيرة والكبيرة جداً ، لكن في كثير من العقود والعقود الصغيرة ، أو ما يسمونه بعقود الصيانة في أعمال التجزئة مثل بيع السيارات والآلات الفردية ، هذه تكون فيها الصيانة بقطعها وعملها على الصائن ، وليست على صاحب المؤسسة أو مالك العين المصونة .

الأمر الثاني ذكر فضيلته ، في مسألة الضمان في بحثه ، وهذا الضمان يرد في بعض العقود ، أما الضمان الذي يكثر في عقود الصيانة فهو ضمان الخدمة التي تؤديها الآلة . المقصود من الآلة التي اشترت أو من البناء ، أو أي شيء يسان هو خدمته ف ضمان استمرار هذه الخدمة هي أهم ما في عقود الصيانة من شروط ضمان . ثم ذكر فضيلته ، إضافات في العرض لم تكن في ورقته ، ومنها ذكر أن الصيانة كشرط في العقد ولو كانت بعمل غير معلوم ، وبقطع غير معلومة جائز ، وينبغي أن نلاحظ هنا أن هذا النوع من الصيانة أو الشرط الذي هو شائع جداً في كثير من العقود مبيع الآلات ، يلحظ في الثمن فيه وجود شرط الصيانة ، أي أن الصيانة لها حظ من الثمن ، وأنا أتساءل إذا كان لها حظ من الثمن هل تختلف كثيراً عما لو كانت بعقد مستقل ؟ .

ولعل كلنا نذكر الحادث الأليم الذي أودى بحياة نائب رئيس الوزراء في السودان ، وقد أجمع الجميع على أن الحادث حصل بسبب عطل فني ومن هنا تظهر لنا ضرورة الصيانة في واقعنا المعاصر .

النقطة الأخيرة، ذكر الشيخ السلامي مرات أنني أدليت برأي شرعي، أنا لم أفت بشيء في ورقتي وأشهدكم على أنني لم أفتي وهل أفت وأنتم حاضرون؟. أنا ألقىت تساؤلات فقهية أرجو أن يجاب عليها وشكراً.

الشيخ وهبة مصطفى الزحيلي:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين.

مما لاشك فيه فإن عقود الصيانة من العقود المستحدثة في عصرنا الحاضر التي لازمت ظهور الآلة، وكانت الآلات من مخترعات الصناعة الحديثة التي حققت خدمات كبرى في العالم المعاصر. وجرى العرف في كل الأوساط وخصوصاً فيما يتعلق بشؤون الآلات الكهربائية برمتها، كل ذلك يستدعي صيانة مستمرة سواء قيل بأنه قد يحدث الخلل أو قد لا يحدث، فما من آلة إلا وتتعرض للخلل إن عاجلاً أو آجلاً.

فإذن هذا الواقع لامفر منه، وحينئذ الذي يشغل الفقهاء هو ضرورة تكييف عقد الصيانة، وهل هو جائز مطلقاً أو يجوز بشروط وضوابط؟ وهذا ما يجب فعله في مثل هذا المجمع. لكل هذا فيما يتعلق بقضية التكييف فأنا لست مع أولئك الذين أجازوا العقد على الإطلاق وإنما مع الذين أجازوه بضوابط وقيود شرعية، وإلا ألغينا كثيراً من قواعد هذا الشرع إذا انسقنا مع التيارات التي تقول: إن كل ما يتعارفه الناس ينبغي أن يكون جائزاً، وتعلمون أن الأعراف منها ما هو فاسد ومنها ما هو صحيح. فليس كل ما يتعارفه الناس ينبغي أن يكون مقررأه شرعاً، وإلا لوجدت مفاسد كثيرة ودخلت على الوسط الإسلامي ونجد التبريرات لهذه الأشياء بحجة الضرورات وغير ذلك.

فإذن قضية عقد الصيانة تحتاج إلى تكييف بحسب العرف الذي يحتاج إليه الناس وليس بحسب معايير الضرورات المعروفة شرعاً، فلا ينطبق على هذا العقد معيار الضرورة وهي أنه يترتب على عدم الاستجابة لها خطر أو الوقوع في الموت أو ما شابه ذلك.

فإذن العقد هذا ككل العقود المشروعة في الإسلام هي عقود أقرتها ودفعت إليها الحاجة، ومن هنا أقر الإسلام الحنيف كثيراً من هذه العقود التي كانت منسجمة مع الحياة السابقة ما قبل القرن العشرين.

وإن كان التكيف أمراً لا بد منه فأنا مع الشيخ الضرير في كون عقد الصيانة يبدأ الانطلاق من كونه عقد مقاوله وإن لم يكن هناك تقديم لآلات وإنما ينحصر العمل بتقديم الخدمات، وأما إذا كان هناك تقديم الآلات وقطع غيار، فهذا مما ينطبق عليه عقد الاستصناع. حيث لا مجال للقول إطلاقاً إن عقد الصيانة للتأمين، واستغربت أن يكون السادة الذين بحثوا في هذا الموضوع أخضعوه لعقد التأمين، وهو بعيد كل البعد عن طبيعة عقد التأمين ومقوماته. كذلك لا يصلح أن يكون عقد الجعالة عقداً تستظل به أو برايته عقود الصيانة في الوقت الحاضر.

وأيضاً أؤيد ما تفضل به فضيلة الشيخ السلامي أن عقد الصيانة الذي لا يخلو عن تقديم الآلات وهو أكثر عقود الصيانة هذا لا إشكال فيه وهو جائز، ويدخل تحت ستار عقد الإجارة على أجير مشترك وهذا مقبول شرعاً، أما إذا ألزمت الصائن بتقديم قطع الغيار فيما إذا اختلت الآلة ولم تعد تحقق الخدمة المنشودة منها، فهنا الإشكال والواقع أن الجهالة هنا كثيرة، واستغرب أن بعض الإخوة أجازوا هذا.

وأستغرب ما ذكره الشيخ التسخيري في ما يخص النهي عن بيع وشرط يقول: إنها مخصصة لعهد النبوة.

أولاً أريد أن أطمئنه أن صيغة هذا النهي، نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط لم يثبت بهذه الصيغة وهي عبارة فقهية، أما الحديث الثابت عن حكيم ابن حزام ورواه الترمذي وغيره: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن»، هذا هو الحديث الثابت. فالقول بتخصيص النهي عن بيع وشرط في عهد النبوة، لا دليل على هذا التخصيص، وإلا لجعلنا أغلب الأحكام الشرعية مخصصة بعهد النبوة، ونحن في هذه الحالة في حل من أن

تجاوز هذه الأحكام والأصل في الشريعة العموم والخلود، وينبغي أن يقوم الدليل على التخصيص ونحن نطلب من فضيلة الشيخ أن يبين الدليل على تخصيص هذا الحكم وليس الحديث .

أيضاً لا أرى بحال من الأحوال أن نجمع في تكييف عقد الصيانة بين كونه عقد معاوضة وعقد تبرع، هذا لا يحل بحال من الأحوال وبينهما تناف واختلاف، ولكن أقر وأجيز بأنه يمكن أن يجتمع عقد بيع وعقد إجارة وقد أجاز المالكية ذلك، ولم تشر البحوث إلى أن الشافعية أيضاً صرحوا بأنه لا مانع في اجتماع عقد إجارة وعقد بيع، وهذا لا يدخل تحت النهي عن بيعتين في بيعة أو صفتين في صفقة، ولا شك أن بينهما عموماً وخصوصاً، لأن هذه العقود مما تعارفها الناس حتى في العهد الماضي، عهد النبوة .

بناء على كل هذا فإنه ينبغي أن نكون في غاية الدقة في تكييف هذا العقد للاطمئنان بحل التعاقد مع هؤلاء ولا بد من التعاقد معهم، أما الأمور الأخرى من المقدمات والضروريات لفهم عقد الصيانة، فإن القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي، القانون الأردني، والقانون المصري والقانون السوداني، كيف هذا العقد تحت عقد المقاولة وهذا تكييف صحيح وسليم ويمكن الاطمئنان إليه والعمل بموجبه .

أما الأمور الأخرى ومنها قضية ضمان الصائن، لا شك أن هذا الضمان إذا كان هناك إخلال بموجب العقد، وتطبيق القواعد العامة، فإن الذي يعقد عقداً ويقع في خطأ تقصيري إما عمداً، وإما بسبب التقصير والإهمال؛ فينبغي أن يكون مسؤولاً .

فقضية ضمان الصائن من السهولة أن تُطبق عليها القواعد العامة في الضمان في المسؤولية وليس المسؤولية التقصيرية، لأنه لو أُخِلَّ بشرط من الشروط المتعاقد عليها فحينئذ يكون هذا الضمان مقبولاً إذا كان هناك خلل بشرط من شروط التعاقد .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ عبد الستار أبو غدة :

بسم الله الرحمن الرحيم ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين
وعلى آله وصحبه أجمعين .

الصيانة يمكن تخريجها على عقد الجعالة بالرغم مما أثير من
الشبهات ، وهذه التفرقة بين الإجارة والجعالة تخدم هذا الموضوع ، لأن
الإجارة عمل معلوم وأجر معلوم ، أما الجعالة فالأجر معلوم والعمل
مجهول ولكن تحدد نتيجته وأثره ، والأمثلة على الجعالة تبين قربها من
موضوع الصيانة ، فمثلاً حينما يستأجر الإنسان شخص لحفر بئر ، هذا ليس
من الإجارة لأن العمل غير معلوم فقد يحفر عشرة أمتار فيصل إلى الماء وقد
يحفر مائة متر ، ولكنه ملتزم بالأثر الذي يترتب على هذا العقد ، وهنا في عقد
الصيانة محل العقد هو العمل ، ولكن العمل ليس بالضرورة أن يكون معالجة
فقد يكون فحصاً ، فالصيانة تتطلب دائماً فحص الأجهزة أو المعدات أو
البناء وهذا الفحص عمل وهو أساسي ويحتاج إلى خبرة فنية لتقرير صلاحية
المعدة أو المنشأة أو عدم صلاحيتها ، هذا يتلو ، ثم الفحص المعالجة
والإصلاح للعيب الذي يظهر ويتأكد فنياً ، فالجعالة تصلح أن تكون تكييفاً
شرعياً لعقد الصيانة لأن العمل غير معلوم لكنه محدد بالنتيجة والأثر وهو
بقاء الشيء صالحاً ، والاستفادة من خبرة الصائن في فحصه ومعالجته لكي
يستمر على صلاحيته .

هذا من حيث محل العقد الذي هو العمل . فضيلة الشيخ السلامي قال
بأن عقد الجعالة غير لازم ، وهذا فيه تفصيل لأن عقد الجعالة إما أن يوجه إلى
معين ، وإما أن يوجه إلى قوم غير محصورين ، فالذي يطلق إيجاباً موجهاً
للجمهور ويقول : من يفعل الأمر الفلاني له جُعل كذا أو جائزة كذا ، هذا غير
لازم أن الذين حُوطبوا ليسوا ملتزمين ، إلا إذا شرعوا ، فإذا شرعوا يثبت لهم
حق بهذا الشرع ، ولكن إذا كان عقد الجعالة أو الإيجاب موجهاً إلى شخص
معين فهذا عقد لازم لأنه لا يفترق عن الإجارة إلا في هذه الخصيصة ، وهي عدم

معلومية العمل، فالإجارة العمل فيها معلوم، وأما الجعالة فالعمل فيها غير معلوم لكنه محدد بالأثر والنتيجة، ويشبه هذا ما نص عليه الفقهاء في المعالجة لبدن الإنسان، وهي صيانة للنفس، فقد أجاز عدد من الفقهاء اشتراط البرء على الطبيب، فالعمل غير معلوم، لأنه قد يضع سماعته ويعطيه دواءً بسيطاً فيشفى، بإذن الله، أو يستمر معه وقتاً طويلاً ولكنه ملتزم بالأثر وهو البرء، فهذا يشبه كثيراً إصلاح الأشياء، وهذا الأمر قد أستفيد منه هذا التكييف وهذه المسألة في موضوع التأمين الصحي أو التأمين الطبي، فخير ما يؤسس عليه التأمين الطبي هو عقد الجعالة.

وقد عُرض هذا الأمر في إحدى ندوات البركة وشارك في هذه الندوة فضيلة الشيخ السلامي والشيخ الصديق وأبدوا بعض الملاحظات بالنسبة للأدوية والعمليات الكبيرة أنها لا تدخل في مفهوم الصيانة العام وهذا الأمر يمكن الاتفاق عليه، وعقود الصيانة فيها تفصيلات فيبين فيها عمل الصائن ومن الذي يتحمل هذه القطع، وتصنف هذه القطع إلى قطع تشغيلية وزيوت وحاجات مغتفرة وإلى أمور كبيرة تحدد أتملئها في عقد الصيانة ويطلب المستفيد من الصيانة بأن يسدد ذلك الثمن.

فإذن عقد الجعالة يصلح تكييفاً لعقد الصيانة المنفصل. أما إذا كانت الصيانة مقترنة ببيع معدة أو إنشاء منشأة، فهناك احتمال تكييف آخر، وهي أن تظل هذه الصيانة امتداداً للالتزام الذي يترتب على البائع بضمان العيوب الخفية، لأن المنشأة أو الآلة لها عمر زمني فهو يقول: هذه للسيارة أو هذه الساعة تصلح لمدة سنة أنا أضمنها، هذا ضمان للعيوب الخفية، فإذا حصل خلل في هذا الضمان فإنه يلتزم به بأثر العقد الذي دخل فيه وهو البيع. وكما تعلمون في العيوب الخفية يمكن للبائع أن يتبرأ منها ويبيعها بحالتها الراهنة بدون التزام بالتعويض عن العيب أو بإزالته، وقد لا يكون هناك اشتراط البراءة، فهنا لا يكون اشتراط البراءة بل يُحدّد هذا الالتزام بمدة كأنه يقول: أنا أضمن ألا تكون هناك عيوب خفية، وهذا الضمان ونفي البراءة باق لمدة

سنة مثلاً أو سنتين، وبهذا لا يكون هناك بيع وشرط ولا يكون هناك جمع بين عقدين أو صفتين. والله أعلم.

الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين.

لا يخفى على الجميع أن الفقه الإسلامي صناعة رفيعة لا يجيدها إلا الماهرون، من خصائص هذه الصناعة عدم الاستكثار من الأمثلة، ومن خصائص هذه الصناعة الإشراق والوضوح. هذا الموضوع - وكما يقولون - التعقيد في اللفظ يتبعه التعقيد في المعنى، جالت بخاطري هذه الأفكار وأنا أقرأ وأسمع عن عقود الصيانة، صُعد الموضوع تصعيداً كبيراً وكأنه لا عهد للفقه الإسلامي به، ولا بالفقهاء به، وكأنه نازلة جديدة لم يسبق أن نزلت بنا. الموضوع لا يمكن أن ينظر إلى هذا العقد فقط في دائرة الفقه دون النظر إلى القواعد الفقهية التي تسهل وتذلل كثيراً من الأمور، ونستغني بتلك القواعد عن كثرة التمثيل لأنه مهما وضعنا من أمثلة أو صور فالواقع يزودنا بأكثر من ذلك. وكما تعلمون أن التمثيل في الفقه إنما هو للتوضيح والتبيين وليس للحصر والاستقراء، فمهما أتينا من أمثلة وصور فالواقع يمدنا يزودنا بأكثر من هذا.

ثانياً موضوع القواعد الفقهية، وليست الصناعة الفقهية مجرد أن نعرف مجرد الأحكام دون أن نعرف الأصول وكما قال الشيخ آية الله التسخيري: الأصول ضروري للفقيه، وقواعد الفقه أيضاً ضرورية. فأجد أن الكثير حاول أن يطوف بنا في موضوعات بعيدة من أجل وجود بعض الشروط في عقد الصيانة وهو موضوع بيع القطع، فأشكل هذا وأوجد إشكالاً كبيراً، بينما المعروف لدينا في الفقه: ما صح تبعاً قد لا يصح استقلالاً، إذن هذا العقد إذا وجد فيه شرطاً، لأنه بشرط وهذا الشرط فيه شيء من الاعتراض هذا لا يجعلني أن أقلب الموضوع رأساً على عقب وأبحث عن أشياء أخرى فالقواعد الفقهية

في هذا الأمر تساعدنا، فليس هي مجرد صور وأحكام وتحليلات وإنما الفقه صناعة رقيقة، وجز الله الشيخ الكاساني، عندما قال عنه: بدائع الصنائع .

الواقع أن الفقه الإسلامي تضمن هذا الموضوع لكن ليس بالصورة التي نعيشها الآن، نجده في عقد البيع وفي عقد الإجارة، فعندما يذكر في باب الإجارة: ولو شرط عليه ترميم البيت وصيانته وترخيمه وكذا وكذا؛ لكان هذا الشرط باطلاً باعتبار أن هذا نوع من الصيانة، كذلك لو باع له شيء وشرط عليه كذا وكذا وبطل عندنا إذا كان عقد بيع وشرط المشتري على بائع المصنع أن يصونه لفترة كذا وكذا، ألا يدخل هذا في شروط البيع؟ الشروط التي أباحها سواء كان البائع فهي لا تتعارض مع العقد .

فإذن عقد الصيانة إما أن يكون ضمن عقد كعقد البيع فحينئذ يخضع لشروط البيع، ونحن عندنا معروف سواء عند المالكية أو الحنابلة أن الشروط التي تتضمن منفعة لأحد المتعاقدين شروط صحيحة ولا تتعارض مع مقتضى العقد. فإذا ما كان من هذا القبيل يدخل في عقد البيع، فلو شرط أيضاً أنه يضمن إبدال بعض القطع فإنه يصح تبعاً ما لا يصح استقلالاً، وعقد الصيانة إما أن يكون ضمن عقد البيع أو أن يكون ضمن عقد الإجارة، فإذا كان ضمن عقد الإجارة إذن يخضع للشروط في الإجارة، وإما أن يكون عقداً مستقلاً وأظن هذا بيت القصيد .

إذا كان عقد الصيانة هذا يشترط صيانة دون اشتراط استبدال قطع غير وكذا فهو إما أن يكون أجيراً خاصاً وإما أن يكون أجيراً مشتركاً، وعندئذ يخضع لذلك .

وإذا كان في هذا العقد - عقد الصيانة المستقل - فيه اشتراط بعض القطع إذن يخضع للقاعدة الفقهية ولا يجعلنا نبحث عن تكييف جديد لهذا العقد ولا يجعلنا أن نقلبه رأساً على عقب، فما صحَّ تبعاً قد لا يصح استقلالاً، وفي نظري أن الأمر أبسط من كل هذا وشكراً، والسلام عليكم .

الشيخ ناجي شفيق عجم :

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله .

إن عقد الصيانة هو محل اتفاق بين الجميع في الحاجة إليه ، ويكاد لا يستغنى عنه وعمّت به البلوى . وهذا العقد له شبه كثير بعقود كلها مباحة وجائزة (البيع ، والإجارة ، والأجير المشترك ، والجعالة) وإن كان هو أقرب إلى عقد الجعالة . ويمكن أن يكون من العقود المستجدة غير المسماة .

وفي هذا العقد أرى أن أسباب التحريم خالية منه وليس فيه ربا ولا قمار ، ولكن فيه غرراً وهو غرر بسيط وجهالة لطرف واحد من أطراف العقد وهو الصائن ، وأما المصون له فيعلم كم سيدفع ، وأما الصائن فهو لا يعلم كم يحتاج هذا الجهاز من العمل ومن قطع الغيار ، ولكن الواقع أن الصائن يعلم أن هذا الجهاز كم يحتاج من العمل لأنه مختص وخبير ويعلم أن هذا الجهاز له عمر افتراضي ، ففي السنة الأولى يحتاج إلى تغيير قطع كذا وكذا ، وفي السنة الثانية يحتاج إلى تغيير قطع كذا وكذا ، وهذا العقد إن لم يكن ميسراً للناس ، فسوف يقع الناس في ضرر شديد ، لو لم تكن هناك عقود الصيانة لوسائل النقل (الطائرات والبواخر) ؛ لأدى هذا إلى ذهاب الأرواح البريئة ، فإذاً هو من العقود الضرورية والضرورات لها استثناءها الخاص ، وما أرى فيه سبباً للتوقف فيه . والله أعلم .

وصلى الله على سيدنا محمد .

الشيخ حسن الشاذلي :

بسم الله الرحمن الرحيم ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين .

هذا الموضوع وهو عقد الصيانة ، هو كما قال الإخوة عقد جديد ومن الصور المتعددة التي أفاض بها إخواننا له ، كان من الواجب أن نتناول هذه الصور ، صورة صورة ، وبتبعنا لهذه الأبحاث ، فالإخوة الأفاضل فتحوا لنا

أشياء كثيرة وأفادونا كثيراً، ولكن بعض الصور لم يتضح الحكم فيها. والواقع أنه كان بودي لو أننا حينما ندخل على مثل هذا العقد الجديد أن نضع الضوابط أو ننتهي إلى الضوابط التي يمكن من خلالها أن يسير هذا العقد، وكان من اللازم الإشارة إلى أن الأصل في العقود هو الصحة، ولا يبطل منها إلا ما ورد الشرع بإبطاله، ويفيدنا هذا في انشاء العقود الجديدة كثيراً والأدلة على هذه القاعدة موجودة.

ثانياً: كنا بحاجة إلى تناول قضية الشرط وهي تترد معنا من خلال هذا العقد في بعض صورته، وقد يرد الاختلاف فيها إلى ذلك إذ لو وضعنا قاعدة لناخذ بها، وهي: أن الأصل في الشروط الصحة ولا يحرم منها إلا ما حرمه الشارع، وما ورد في هذا الإطار من بعض الأحاديث التي تنهى عن بيع وشرط، أو عن شرطين في بيع، قد ينتهي بنا البحث من خلال هذه النصوص إلى أن الشرط صحيح إلا إذا كان الشرط يؤدي إلى محظور أو غرر أو يخالف نصاً شرعياً، أو يخالف المقصود الأصلي من العقد.

ثالثاً: قضية اجتماع العقود في عقد، كانت أيضاً تحتاج إلى بيان بحيث إننا لو انتهينا من جواز اجتماعها لما صادفنا الكثير من التساؤلات حولها، وقد كان في الندوة الأخيرة بيت التمويل الكويتي هذه القضية كانت معروضة وانتهوا فيها إلى رأي، وكنت أود أن يتبين لنا من خلال هذه القاعدة هذا المبدأ، حتى يمكن أن يحل لنا بعض المشكلات التي تعترض مسيرة هذا العقد.

رابعاً: كنا نود تكييف عقد الصيانة بكل صورة من صورته، يعني أننا حقاً عرفنا عقد الصيانة وبين الفقهاء الكثير مما يكتنف هذا العقد، إلا أن بعض الصور التي أثارها إخواننا وخاصة الدكتور منذر القحف والدكتور أنس الزرقاء أشارا بعض الصور تحتاج منا إلى تدارسها أولاً والنص على حكمها، وبيان قربها أو بعدها من الصور الأخرى.

خامساً: إن القول بالإطلاق على أنه قريب من عقد الجعالة، إذا نظرنا أولاً إلى تقسيمات العقود من حيث الغرض منها، عرفنا أنه داخل في بيع منفعة

بمال ، أي كالإجارة ، فهو عقد معاوضة - معاوضة منفعة بمال وهو عقد لازم ، لأننا نحن محتاجون إلى هذا اللزوم وإذا كان الأمر كذلك ، حينئذٍ ما قد يظهر في بعض صورته من أنها تدخل في باب الجعالة لا يمكن أن يستمر هذا الضابط إلى نهاية هذه الصور ، ومن ثمّ لا حاجة إلى إقحام عقد الجعالة هنا الذي نزل في عقد الإجارة وهو كفيلاً باستمرارية العمل في بيان حكم هذا العقد معنا .

ولذلك إذا نظرنا إلى الصور التي أثارها الفقهاء وجدناها أنها قسموها تقسيماً جيداً ، فيما إذا كان العقد عقداً مستقلاً ، والدكتور الضرير ، جزاه الله خيراً ، بين لنا الصور الثلاثة ، الأولى :

إذا كان عقد الصيانة غير مقترن بعقد آخر ولا يحتاج إلى مادة ، ثم ما كان منه يحتاج إلى مادة يسيرة ، ثم ما كان يحتاج إلى مادة صاحب الشيء المصون يقوم بها ، وأن هذه كلها تجوز في هذه الصور الثلاثة ، وهي مناسبة معنا في عقد الإجارة لاضرير في ذلك .

وإذا كانت المادة التي تقدم لتصان بها العين وكان يقدمها الصائن ، في هذه الحالة كيفها الشيخ الضرير على أنها تكون إجارة وفي الوقت نفسه وكالة بالشراء ، هذا إذا كان طبعاً لها مقابل ، ويمكن أن نقول هل يمكن أن تعتبر تبرع من الصائن ؟ وبذلك ليس هناك مشكلة فيما إذا كان العقد منفصلاً ، أما إذا كان العقد متصلاً بعقد آخر كبيع ، أيضاً يجري عليه ما جرى على العقد المنفصل ، أما أن يحتاج إلى مادة أو لا يحتاج ، وإن احتاج إلى مادة فهل هذه المادة يقوم بها صاحب العين أو يقوم بها الصائن ؟ وحينئذٍ في هذه الحالة يمكن أن يجري الحكم فيها بناءً على الأصل الذي قدمناه .

كذلك إذا كان العقد مقترناً بعقد الإجارة نفس العمل يجري عليه ، بهذه الكيفية ، وبذلك يمكن أن يحل هذا الاتجاه النظر إلى عقد الإجارة وبيان حكمه فيما أردنا أن نبين حكمه فيه سوى الرد على بعض الأمور التي أثارها بعض الإخوان في بعض الصور التي جددت علينا من خلال قراءة هذه البحوث . وشكراً لكم .

الشيخ عوض :

بسم الله الرحمن الرحيم ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين
وعلى آله وصحبه أجمعين .

ما أود أن أقوله في هذه الكلمة وإن كان عندي الكثير من القضايا
سبقني إليها بعض المعقبين ، لكن هناك بعض النقاط التي أود أن أطرحها :

أولاً: عقود الصيانة من العقود الحادثة التي لم يسبق لسلفنا من
الفقهاء بحثها ، لأنها لم تقع في أزمانهم وهذا ما توصل إليه فقهاؤنا ، الشيخ
الضرير ، الشيخ المختار ، الدكتور منذر ، الشيخ أنس ، والشيخ سامي
سويلم ، الشيخ التسخيري ، والقول بأن عقد الصيانة موجود سابقاً على قول
بعض المعقبين ، لا أساس له ، نعم عقد الصيانة مشابه لبعض العقود التي
أوردوها من وجوه ويختلف معها في وجوه أخرى ، ولذا يبقى البحث وراء
تكييف عقد الصيانة أمر ضروري .

ثانياً: هل يدخل في عقود الصيانة النهي الوارد في حديث النبي ﷺ ،
صفقتان في صفقة؟ وقد توصل الباحثون إلى عدم دخولها في هذا النهي ،
وإن كان مسلك كل واحد منهم للوصول إلى هذه النتيجة يختلف عن مسلك
الباحث الآخر ، فشيخنا الضرير مثلاً يرى أن صفقتين في صفقة أعم من
بيعتين في بيعة ، لأنه يفصل الصفقة عن العقد ، فلا يجوز عقدان في عقد
واحد ، إلا في عقد الصيانة والدليل هو إجازة المالكية الجمع بين البيع
والإجارة ، ونقل في ذلك قول المدونة ، أما الشيخ المختار السلامي فلا يرى
دخول هذا العقد في النهي لأن البيعتين في بيعة المقصودة بالحديث هو البيع
بنقد كذا أو بنسيئة كذا ، ولذلك هذا العقد لا يدخل في بيعتين في بيعة أو
صفقتين في صفقة ، والنتيجة في الآخر بينهما واحدة .

النقطة التي أراها جوهرية هي مسألة الحديث عن الجهالة ، ولكن
سبقني إليه الشيخ العثماني ، ولأن عقد الصيانة يختلف باختلاف أنواع

الصيانة ، ولأن الصيانات متعددة ، فنجد أنفسنا نقف أمام بعض العقود التي تجهل فيها العاقبة أو فيها غرر ، فبعض الآلات أو الأجهزة لا يعرف الخلل أو العيب الذي يطرأ عليها بمجرد توقفها ، وقد لا يوجد أجهزة فحص دقيقة تبين العيب ويكون الاضطرار إلى فتح الآلة وفك أجزائه ، وبعد فكّه هل يستطيع الصائن علاجه؟ فتكون الجهالة في تحديد قيمة الصيانة لأنه لا يُعرف مقدار العيب ومقدار الزمن الذي يستغرقه لإصلاحه ، وعند حلّه هل يستطيع الصائن القيام بذلك؟ وهل يستطيع الصائن أن يفِي بما قدم إليه من قيمة لنفقات الصيانة ، أم هي أكثر من ذلك بكثير مما تحتاجه الصيانة؟ فتحصل الجهالة ويحصل النزاع ، وإن كان للقاعدة العامة التي ذكرها الأستاذ الضرير ، أنه إذا كان هناك غرر فلا يجوز ، وأرجو أن تكون هناك أمثلة للتوضيح أكثر .

ثالثاً: في نظري أنه لا يدخل في عقود الصيانة المَعْنِيَة في هذا البحث ما تم عليه البيع ، أو ما يُعرف بالضمان عند شرائنا لآلة أو جهاز أو معدات أن يقوم البائع أو الوكيل بإعطاء صك ضمان أو بطاقة ضمان لمدة معينة ، ويقوم البائع أو الوكيل بإجراء الصيانة إذا تعطل الجهاز أو حدث فيه خلل ، وهذه لا تكون من عقود الصيانة المَعْنِيَة بالبحث ، لأنه هنا داخل في البيع ، فالمشتري حينما أقدم على الشراء والبائع حينما باع ضمّن قيمة الصيانة داخل العقد فتمّت بشرط البيع ، فلا ينشأن عقداً جديداً اسمه عقد الصيانة إنما هي داخله في عقد البيع ، ولذلك هذه النقطة تبحث في البيع بشرط وليس هو عقد الصيانة المعني في هذا البحث . ولهذا لا يكون إذا قلنا إن الصيانة من هذا النوع داخله في البحث لا يصح تكييفها بالمقولة ، لأنها ليست مقولة وبيع . فتكييفها عقد مقولة يكون إذا كانت صيانة ابتداءً وليست صيانة داخله في عقد البيع . هذا ما أردت ذكره وشكراً .

الشيخ سامي حمود :

بسم الله الرحمن الرحيم ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين .

موضوع الصيانة قد يبدو بسيطاً ولكنه مع بساطته ينشر أمام الناظر كل هذا التراث الفقهي الغني، وأنا سعيد بأن أتحت لي هذه الفرصة لأتلمع المزيد من هذا التراث، لكن الذي يلفت نظري من خلفية دراستي الحقوقية، أن الموضوع هنا يبدو فيه تمايز بين التمسك بالبساطة وبين عدم النظر إلى موضوع الجمع بين العقود. فالعقد البسيط كما كان معروفاً في حياة السابقين، حياتهم بسيطة وعقودهم بسيطة، فعرفوا المضاربة بشكلها البسيط علاقة بين فردين أو مجموعة من الأفراد مع مجموعة من العاملين بعقد واحد، وواجهنا الحياة الآن بالمضاربة المشتركة التي فيها الآلاف من المتعاقدين مع البنك الواحد ولا يعرفون بعضهم البعض، كذلك العقود في الصيانة قد تكون بسيطة في آلة دون تقديم الخدمات، وقد تكون في آلة مع تقديم قطع الغيار وهي محدودة ومعروفة، قطع غيار استبدالية وقطع غيار بدل تالف، وهذا التمازج بين العقود عرض إليه الشيخ مصطفى الزرقا - رحمة الله عليه - بأنه لا يتمتع، ولا تتغير صفة العقد لإضافة أشياء عليه، فإقامتنا في هذا الفندق أساسها النوم، ولكن يضاف إليها الطعام لمن يتعامل مع المطعم وهو بيع، وتضاف إليها الخدمات لمن يستعمل التليفون وهكذا.

وقد اقترح فضيلته أن يسمى عقد مضايقة لأنه يجمع بين النوم والأكل والخدمة. كذلك فإن عقد الصيانة لا تتغير صفته من إجارة إلى استصناع لأن فيه تقديم لقطع الغيار فتبقى الصفة الغالبة أن المقصود به الخدمة، فإن رافقها تبديل قطعة بثمان متفق عليه إما أمانة ويضاف ربح معين أو بسعر السوق على أساس المساومة، ولذلك من الممكن الاستمرار في هذا العقد بصفته المتعددة الوجهات ولكن بمقصوده الأساسي المعروف والمتوجه إليه، وفي هذا أقول بيتين من الشعر:

إذا اشتريت فإن الصون يتبعه أما الإجارة فهي النفع ينتظر
فإن ضمنت إلى بيع مأجرة فعبارة الحكم بالرجحان يعتبر

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

الشيخ سامي إبراهيم السويلم :

بسم الله الرحمن الرحيم ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين
وعلى آله وصحبه أجمعين .

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

أود أن أنقل اعتذار أستاذنا الدكتور أنس الزرقاء عن عدم الحضور
وهو الكاتب الرئيسي في البحث لظرف ألمّ به .

يبدولي أن هناك عدد من النقاط التي أود أن أؤكد عليها .

النقطة الأولى : أن عقد الصيانة الشاملة المستقل يتضمن الصيانة
الدورية ، وهي في أساسها عمل ، ويتضمن الصيانة الطارئة وهي في حقيقتها
ضمان فهو عقد يتضمن عملاً وضمناً ، بحيث إن هذا العمل من شأنه أن يدرأ
أو يقلل احتمالات وقوع الخطر أو التلف ومن ثم يتحقق الضمان ، وهذا
العقد بهذه الصفة فيما نرى عقد متميز عن العقود الأخرى ، وأقرب ما يمكن
إلحاقه به من العقود التي وقفنا عليها هو عقد الحراسة مع تضمين الحارس
على ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - فالحراسة عمل ومن شأن
هذا العمل أن يقلل من احتمالات السرقة ، ولكن الحارس يضمن إذا وقعت
السرقة على هذا القول ، والأجر منصب أساساً على العمل والضمان تبعاً ،
والضمان هنا من شأنه أن يحفز الحارس على اليقظة والانتباه وعدم التفريط ،
وهو بهذا الوجه يختلف عن تضمين الأجير فيما لا يتصل بعمله ولا يمكنه أن
يؤثر فيه فهذا الأخير - أي تضمين الأجير - قد يكون أثره على الحوافز عكسياً ،
وهذا يتفق مع القاعدة : أن يد الأجير في الأصل يد أمانة .

فالذي نراه أن عقد الصيانة الشامل المستقل هو من جنس عقد الحراسة
مع تضمين الحارس وكلاهما من نوع متميز عن سائر العقود الأخرى كما
فصلناه في البحث .

النقطة الثانية: أرى من المهم تأكيد الفرق، بين التأمين التجاري وبين الصيانة الشاملة، ففي عقد التأمين نجد أن أحد الطرفين يربح إذا خسر الآخر، ولا بد فإن الحدث المؤمن ضده وقع انتفع المستأمن وإن لم يقع ربح المؤمن ولكن يتعذر انتفاع الطرفين جميعاً، أما في عقد الصيانة الشاملة فإن الصائن يعمل على درء احتمالات التلف أو تقليلها، نعم قد يقع التلف لكن معدل وقوعه أقل منه في حالة عدم الصيانة، فبدلاً من تلف الجهاز ثلاث مرّات في السنة مثلاً يصبح مرّة واحدة ولذلك ينتفع الطرفان، الصائن بقيمة عمله والمالك بتخفيض تكاليف الإصلاح الإجمالية.

النقطة الثالثة: الصيانة الطارئة هي في الحقيقة ضمان فهي من أنواع التأمين كما تنص عليه المراجع المختصة، وبذلك فلا يجوز التعاقد عليها استقلالاً. فالمعاوضة على الضمان ممنوعة بالإجماع كما قرره الفقهاء، لكن إن اقترنت الصيانة الطارئة وهي ضمان بيع الأصل المراد صيانته، فنرى أن هذا من باب ضمان العيوب الخفية كما ذكر أصحاب الفضيلة، لكن هل يجوز للبائع أن يبيع السلعة بألف ومائتين بضمن ستة أشهر مثلاً وبألف وأربعمائة بضمن سنة؟ يترجح والله أعلم الجواز بشرط عدم التراخي في مدة الضمان عن ثبوت ملكية المشتري للمبيع وإلا كان عقداً منفرداً على الضمان، ونظير ذلك أنه يجوز أن يقول البائع للمشتري: السلعة بألف ومائتين إذا تأجل الثمن سنة وبألف وأربعمائة إذا تأجل سنتين، لكن بشرط ثبوت الثمن المحدد المؤجل مع ثبوت ملكية المبيع دون تراخ، لكن لا يجوز أن يشتري السلعة ثم بعد إنهاء الصفقة يقول المشتري للبائع: اجعل الثمن مؤجلاً ولك كذا، فهذه معاوضة عن الأجل وهي ممنوعة بالإجماع كذلك، فالضمان والأجل كلاهما لا يستقلان بالمعاوضة بإجماع أهل العلم.

النقطة الرابعة: أرى من المناسب التفريق بين عقود الصيانة التي تُضمّن الصائن جميع التكاليف المترتبة على التلف الطارئ، بما فيها قطع الغيار، وبين تلك التي تضع قيوداً عليها مثل استثناء بعض القطع أو بوضع

سقف أعلى للقطع أو نحو ذلك ، فهذا الاستثناء هو بلاشك لحماية الصائن ، فالأجهزة والمعدات ونحوها لها عمر وظيفي تنتهي بنهايته ، ولايستطيع الصائن أن يضمن بقاء هذه القطع مطلقاً مهما كان مستوى الصيانة ، فتضمن الصائن هذه القطع سيؤدي إلى شيء من الإجحاف لأحد الطرفين ، فإما أن يطلب الصائن مبلغاً مرتفعاً للصيانة فيتضرر المالك فيما إذا لم تتلف هذه القطع خلال المدة المتفق عليها ، وإما أن يرضي الصائن بمبلغ أقل فيتضرر إذا وقع التلف ، ففي هذه الحالة ربما يكون من الحل أن تكون تكلفة القطع التي تتلف تكون مشتركة بين الطرفين .

وهذا الاشتراك يناسب مبدأ اللایقین في احتمال التلف الطارئ ، فإن التلف الطارئ إما أن يكون من مسؤولية الصائن أو مسؤولية المالك ، ولما كان من الصعب تحديد المسؤولية بينهما ، وقد تكون مشتركة ، ناسب تقسيم التكلفة بين الطرفين . ونظير ذلك ما رواه الإمام مالك أن عمر - رضي الله عنه - قضى بنصف الدية على من أجرى فرسه على أصبع رجل فترى منها فمات ، وأبي أولياء صاحب الفرس الحلف أنه ما مات منها ، كما أبي أولياء المقتول الحلف أنه مات منها . فورود هذه القرائن السببية مع عدم التيقن جعل عمر - رضي الله عنه - يقضي بنصف الدية . وكذلك الحال عند تلف القطع حين لا يعلم إن كان تلفها مرثه قصور الصيانة أو سبب خارج عنها فيتحمّل الصائن نسبة من التكلفة والباقي على المالك ، فالمالك ينتفع من خلال ذلك بالتخفيض (تخفيض ثمن القطع التالفة) والصائن يكون لديه الحافز لصيانة القطع بقدر ما يمكن اجتناب ما قد يتحمّله من التكلفة . والله أعلم .

الشيخ آية الله محمد علي التسخيري :

أود أن أشكر الشيخ السلامي على عرضه الأمين لجميع البحوث . وللإجابة على بعض تساؤلات المعقبين أود أن أبدأ بالنقطة التالية :

الاعتراض على هذا والقول بأنه من الضروريات (أي عقد الصيانة) ، أعتقد أن هذا الاعتراض غير وارد لأن الشيخ السلامي أرجعه بالتحليل إلى

الضروريات، أي كشف واقعه بعد أن لم يكن، وحينئذٍ لآمانع من أن نعتبره من الضروريات، وفي الواقع اليوم أنه من الضروريات وبدونه يحصل القتل ويحصل غير ذلك، كما أشار إليه الدكتور منذر.

النقطة الثانية: مسألة التعريف في الحقيقة نحن لانعرف الصيانة، صيانة واضحة، ولكننا نعرف عقد الصيانة. بطبيعة الحال عقد الصيانة يجب أن يذكر في تعريفه شيء ويُدخل فيه كلمة الصيانة الواضحة، فلا يرد عليه إشكال الدور وأنه تعريف الشيء بنفسه.

النقطة الثالثة: ما ذكره الشيخ العثماني في قوله إنه قد تصل الجهالة حتى الغرر. أولاً الرجل المصُون له أي الذي تُصنع له الصيانة معروف ماذا سيدفع، وبالنسبة للعامل أيضاً معروف إجمالاً، هو يعرف هذه المادة ويقدم عليها بوعي ودقة، وهذا المقدار من الإجمال أعتقد أنه لا يضر خصوصاً ونحن فسرنا الغرر بأنه الجهالة التي تفضي إلى نزاع، ولا أتصور أن عقد صيانة يؤدي إلى هذا النزاع.

ما تفضل به أستاذنا الجليل الشيخ الضرير من مناقشة ثلاثة مناقشات لي في ما قلته، الحقيقة أنني بعد أن انتهيت من الاستدلال قلت «مع»، ومعنى ذلك أنني لم أعتمد هذا دليلاً، فأنا أؤمن أن حديث النهي عن الغرر ثابت، وليس بخصوص البيع، وإنما في كل المعاملات، ووصلت إلى ذلك باستقرائي لموارد هذا النهي وليس بالقياس، وحينئذٍ أنا أؤمن بأن الغرر مضر بالمعاملات، وإن كنت قد أختلف مع بعض مصاديق الغرر لهذا أنا أؤيد الأستاذ الشاذلي في قوله: إننا بحاجة إلى بحث بعض القواعد الأساسية والخروج فيها بقرار منسجم، لنستند بعد ذلك إلى هذا القرار وننسى حتى قناعتنا لأن القرار هو قرار الأغلبية.

أخي الشيخ وهبة قال كيف تنتهي في حديث النهي عن بيع وشرط على أنه مخصص، أنا وقفت في مفترق طريقين، عندنا حديث: «المؤمنون عند شروطهم»، و«المسلمون عند شروطهم»، هذا الحديث قبله كل العلماء

وكل ما ذكروه من شروط لايمكن أن نعتبر هذه الشروط استثناء من حديث نهي النبي عن بيع وشرط وما أكثر هذه الشروط، وأنتم تعلمون أن تخصيص الأكثر غير مقبول، فلكي أبقى القضية احتمالاً طرحت هذا المعنى وإلا يجب أن نقول بتخصيص الأكثر.

أخي عبد الستار قال: الجعالة في الواقع ما أعرفه أن الجعالة هي جائزة، ولذلك يستطيع المعلن عن الجعالة أن يرجع خصوصاً إذا لم يبدأ بالعمل وحتى لو بدئ يمكن تعويض هؤلاء ويرجع عن أصل الجعالة، فالجعالة جائزة وقضية التاريخ أيضاً، رأيت الشيخ السلامي يشترط أن لا يكون فيها تاريخ، أنا شخصياً أشرط أن لا يكون فيها تاريخ، والجعالة حتى ولو بتاريخ تصح، على كل حال هي من العقود الجائزة المعروفة.

أعتقد أن هذا المقدار من الجواب يكفي، وأرجو من الله تعالى لكم التوفيق، ولقد سعدت بهذا البحث الطيب والمعمق، وشكراً.

الشيخ الزبير:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أخي الدكتور عبد الوهاب يقول: إن الفقه صناعة رفيعة، ولكن للأسف أنا لست من أصحاب هذه الصناعة الرفيعة، ولكنني أحاول بقدر استطاعتي أن أخوض في مثل هذه الأمور.

كما يقول الأخ عبد الوهاب، إن القضية بسيطة، وفعلاً أنا أنحو كذلك هذا المنحى في التبسيط، ومنهجي في التفكير هي العزل والتركيز بحيث تظهر القضية المجردة والواضحة والصريحة. فقضية الصيانة حقيقة هناك أنواع من عقود الصيانة التي يظهر فيها الغرر الكبير وتظهر فيها الجهالة وهذه بالتأكيد غير مقبولة ومحرمة.

ولكن في واقع الحال الآن هناك ما يسمى بالإنكليزية (MANUEL)

معنى ذلك أن هناك كشف وقائمة بالأعمال المحددة للصيانة، وكل قطعة من القطع التي بالآلة تحدد ويحدد لها سعر التغيير وسعر الصيانة، فإذا حاولنا أن نُخرِج التكيف الشرعي يبدو لي أن هناك نوع من العقود في الصيانة يمكن أن يكون على أساس عقد الأجير الخاص وليس الأجير المشترك، لأن الأجير المشترك يقوم بعمل خاص ويضمن الأجير المشترك، كما قال سيدنا علي رضي الله عنه، لكن هنا في هذا الأمر أي الأجير الخاص يُقدّم فترة من الزمن يمكن أن يحدد أو يرتبط بعقد معيّن، وليس الزمن الكلي على أساس مدة العقد، سنة أو سنتين، وإنما لكل فترة يمر فيها الصائن بالمصنع أو بالعمل المحدد ويصرف فيه وقتاً محدداً.

ويمكن أيضاً تخريج القضية على أساس الإجارة بالنسبة للقطع، وكذلك بالنسبة لشراء القطع التي أعتقد أنها من الواجب أن تكون على حساب المالك وليس على حساب الصائن، لأنها لم تُعلّم هذه القطع من قبل. وبذلك يمكن تصور عقود صيانة إسلامية تحدد فيها كل الأمور.

الأخ عبد الوهاب يقول: إن البيع بشرط هذا جائز، فعلاً، ولكن المشكلة الأساسية هي في تحديد الأعمال المشروطة، فهناك في بعض الأعمال جهالة في الصيانة، ولذلك يصبح العقد فيه غرر وجهالة.

ليست كل أمور الصيانة ضرورية، ولا نستطيع أن نعمم لأن هناك أنواع من الصيانة قد لا تكون واجبة بل قد تكون مكروهة، كصيانة أستوديو يقوم بتصوير أعمال منكرة، مثل هذا العقد يصبح مكروهاً، بعكس صيانة الطائرات والمباني مثلاً، والتي عدم الصيانة فيها تسبب هلاك الإنسان فهي واجبة وضرورية.

أخيراً التكيف بالنسبة للصائن والحارس بعيد الشبه في اعتقادي وبينهما فرق كبير جداً، وأعتقد أنني لا أستطيع أن أتصور وجه شبه بين الصائن والحارس، لأن الحارس أجير خاص لعمل معين لمدة معينة، والصائن يذهب لأنواع من الأعمال غير محددة والزمن فيها غير محدد، والله أعلم والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

الشيخ محمد المختار السلامي :

بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وسلم تسليماً ، ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير .

شكري العميق لكل من أسهم في توضيح ما عرضته نيابة عن إخواني وأصالة عن نفسي ، وأتبع المعقبين ، وأبدأ بفضيلة الشيخ عمر عبد العزيز الذي أسف أنه ليس موجوداً معنا في هذه اللحظة ، فهو قد استشكل أن عقد الصيانة يدخل تحت مظلة الضروريات وقد بينت - كما تفضل الشيخ الصديق الضرير - أنه من الضروري أن يُعلم أنه من الضروريات ، وحددت أن الدخول هذا تحت نوعين من الضروريات وهما حفظ الحياة وحفظ المال .

ثم قال إن الضروريات هي التي ما أوجبت أن تكون حياة البشر تؤول إلى فساد وتهاوج وفوضى ، ليس هذا تحديداً للضروري عند أحد من الأصوليين الفقهاء الذين تحدثوا جيداً عن الضروريات ، بل الضروريات هي ما تؤدي إلى اختلال الحياة وفرق ينسأه كثير من الناظرين أنهم ينظرون إلى هذه القضايا النظرة الجزئية ولا ينظرون إليها النظرة الكلية للأمة ، وقد بينت هذا في بحثي ، أن القضية هي وضع الأمة الإسلامية اقتصادياً في هذا المسار الاقتصادي العام فلا بد من أن تأخذ بالآليات التي تستطيع أن تدخل بها السوق ، ولها قوتها في اقتحام السوق ولها قوتها في التغلب على الأسواق .

ثم ذكر أن الغرض من التعريف أن يكون أجزاء وليس جزءاً وأن كلمة الصيانة دخلت ، وأخذ بالآخر كلمة الصيانة ، فهي لم ترد في كلامي أصلاً فكلامي هو : « هو عقد يلتزم الخبير الفني بالقيام على الآلات والتجهيزات في مدة محددة ، قياماً يحقق أداءها لوظائفها بكفاءة ويلتزم فيه صاحبها بدفع ما اتفقا عليه إن لم تكن مُلتزَمة من البائع » . ثم إن كلامه قد انصب على الحد ، ومن أوليات علم المنطق الصوري الذي درسناه جميعاً ، أن التعريف يقع على ثلاثة أشكال :

الشكل الأول : هو التعريف بما هو أجدى لفظاً .

ثانياً : التعريف بالحد .

وثالثاً : التعريف بالرسم ، وينص المحققون من علماء المنطق أن معظم التعاريف في العلوم إنما هي من قبيل الرسم لامن قبيل الحد ، أعني بذلك ليست بالجنس والفصل وإنما هي بالجنس أو النوع والخاصة ، وإذا كانت بالخاصة فهي غير مانعة وله أن يذكر فيها ما يذكر ، لأن المقصود هو نوع من التجلية في حدود إمكانات من يريد أن يجلي .

فضيلة الشيخ محمد تقي العثماني سألني عن تكييف عقد الصيانة كإجارة مشتركة بأن وجود المعقود عليه غير متيقن ، وأنه يمكن أن يمر زمن ولا يحتاج فيه إلى الصائن أصلاً ، إجابتي عن هذا هو ققول الله تعالى : ﴿ قُلْ إِنْ كَانَ لِلرَّحْمَنِ وَكَدُّ فَآتَا أَوْلَ الْعَبِيدِ ﴾ [الزخرف : ٨١] ، بمعنى فرض المحال . الآلات والأجهزة اليوم يستحيل أن تبقى تعمل بكفاءة عالية لمدة طويلة بل لابد من العناية بها وتبديل بعض القطع ، بل لابد أيضاً من صيانة دورية من تزييت ومن كبس بعض البراغي ، هذا لابد من أن يقع بصفة منتظمة ودائمة وإلا فإن معظم الأجهزة التي تتحدث عنها لاتؤدي مهامها على الوجه الأكمل . فالذين تخصصوا في الصيانة لهم معرفة بعد تخصصهم واختباراتهم بجملة عامة يقتنعون فيها بالعمل الذي هم مطالبون به ، كما يقتنع صاحب المعمل بهذه الخدمات الدورية أو التعجيل بتعويض للقطع التالفة أو بإصلاحها .

فضيلة الشيخ الصديق الضرير تحدث أنني تجنيت عليه ونسبت له ما لم يقل ، هو في خاتمة حديثه يقول : « وهو الصواب عندي . . . » ، وأنا لما وجدته يتفق الاتفاق الكامل وينص على أنه الصواب عنده فقد نقلت ما ذكره في كتابه ثم عقبته عليه ، وإذا كنت لاتتفق معه فيما ذهب إليه وبينت ذلك . فكم كنت أود أن يبين لي محل الخطأ في اعتراضه عليه . ثم ذكر الأجير الخاص في عقد الجعالة ، أنا لم أذكر الأجير الخاص في عقد الجعالة لأنني أعتقد أن صاحب المصنع يأتي بأجراء خاصين ، فيخصص هذا للكهرباء

والآخر للدهن وغيرهم ، هؤلاء أجزاء خاصين وليست فيه عقد صيانة ، فهي مجموعة كاملة التي تقوم مع بعضها لإنجاز ما ينبغي أن ينجز . وأنا دخلت معملاً من المعامل الكبرى وفيه ستون ألف عامل ، يبدأ من مادة سائلة وينتهي بالقميص والحذاء والبدلة في تتابع في هؤلاء . هذه المعامل الكبرى فيها من القدرة والتنوع ما يجعلها تكوّن من جملة الفريق الذي يعمل عندها هذا الصائن ، وليس له حكم خاص وإنما هو عامل من بقية العاملين مختص في الصيانة .

الأستاذ منذر قحف تحدث عن الصيانة وتحمّل الصائن في العقود الصغيرة قطع الغيار ، وإن كان هذا العقد يقع هكذا ، فحسب اعتقادي هذا فيه غرر كبير وهو حرام . بمعنى أنه يجب أن تكون عقود الصيانة على العمل أو على الأشياء البسيطة جداً التي إن أتى بها لا تكلفه ، كالشحم أو الوصلات الكهربائية هذه معلومة ومقبولة ، وقد بينت صوراً مما قاله الفقهاء في هذه الأشياء البسيطة ، ولكن عذري أنني لا أستطيع أن أقرأ كل ما كتبه في هذه الجلسة ، وهو بين أيديكم وستجدون التحليل الكامل .

ثم تعرض للضمان ، وما هو الضمان؟ فالضمان الذي ذكرته أنا ليس الضمان الذي تحدث عنه ، بمعنى أن الصائن إذا لم يُعلم صاحب العمل بالخلل التي يمكن أن توجد في المستقبل فإنه لم يؤدّ وظيفته في المراقبة الدورية ، فهو رجل قد أدخل بواجبه ، وبناءً على ذلك فهو ضامن باعتبار أنه قد أدخل بواجبه .

فضيلة العلامة وهبة الزحيلي أكد على الجواز مع ضوابط شرعية وأود أن أعود إلى ما قدمته في كلمتي : « . . . فإنه ينبغي أن تكون التوصية من المجمع منبهة إلى وجوب مطابقة كل ما يشترط في عقود الصيانة للأحكام الشرعية بمراقبتها من عالم بأحكام العقود في الإسلام » .

أما أنه عقد استصناع ، فقد حاولت أن أخرجّه على عقد الاستصناع فلم يتبين لي ، ذلك أن الاستصناع كما يقوله السادة الحنفية الذين أخذوا به

وهو أن يأتي شخص إلى شخص ليصنع له خفاً، فالصانع هو يحدث شيئاً جديداً ويمكن منه صاحبه بمقابل، أما الصائن هنا فهو لا يعطي شيئاً جديداً، ولكن غاية ما يعطي أنه يضمن استمرار عمل الآلة أو مجموع الآلات بكفاءة إلى نهايتها .

الشيخ عبد الستار أبو غدة تحدث عن عقد الجعالة، وعقد الجعالة هو عقد، وكل عقد له طرفان، الشخص الجاعل والعاقل، فالجاعل يكون ملزماً متى ابتدأ العامل بالعمل فهو ملزم به، أما الصانع ولو بدأ بالعمل فهو غير ملزم وله أن يترك العمل متى شاء، أما الصيانة فإن لم يقم بالعمل لرفع الأمر إلى القاضي وألزمه بكامل الخسائر التي ترتبت عليه وهو فرق عظيم جداً، وبينت الفروق وذكرت كل أقوال الفقهاء في الجعالة ولزومها أو عدم لزومها .

فضيلة الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان، أولاً ذكرنا بعدة قواعد، جازاه الله كل خير، أولاً عدم الاستكثار بالأمثلة، ثانياً عدم التعقيد في اللفظ . قد أكون قد استكثرت في الأمثلة، أو جئت ببعض الأمثلة لأبين هذه الحقيقة من انضواء هذا العقد تحت القواعد الضرورية، وهو ما اقتضى مني زمناً طويلاً في التأمل في العقود ثم التأمل في المقاصد الشرعية إلى أن اهتديت إلى هذا، فإذا كان ذلك وقع مني بعد جهد فأردت أن لأحرم من ثمر هذا المجهود إخواني .

أما أنه كنانة جديدة فهو نازلة جديدة قطعاً، وأنا بينت أنه وليد الآلة ووليد استخدام الآلة، ووليد المنافسة في السوق، وهذه كلها أشياء جديدة . فكيف يكون متولداً عن الجديد وهو قديم؟ لكن هذا مسلط عليه . وما نعلمه من أحكام العقود ونوظفها لفهم من أي نوع هذا العقد .

والأمثلة التي ذكرتها هي للتوضيح وليست للاستقصاء . وأنا بينت بعد أن ابتدأت بالأمثلة وأخذتها من نواحي متعددة في الاقتصاد، قلت: وهذه بعض الأنواع من الأمثلة .

ثم ذكر قاعدة وقال هي التي تفتح لنا المشاكل وهي: «ما لا يصح استقلالاً قد يصح تبعاً»، وهذه القاعدة لا يمكن أن تطبق إلا بقاعدة أخرى، وهي القاعدة التي ذكرها الإمام الشاطبي في باب الأوامر والنواهي، حيث بين أن العبرة بالقصد عند العقد فإذا كان الشيء مقصوداً قصداً أولاً ليس قصداً تابعاً، فهذا لا بد من أن يأخذ القصد الأولي وينظر فيه، فإن كان لم يكن مقصوداً قصداً أولاً، وإنما كان مقصوداً قصداً تبعياً بين الاختلاف فيه، وذكر أن الحق هو أنه لا ينظر إليه. فهو بين هذه لأن فيه شروطاً وأذكر هنا أن قضية وقعت تدلنا، على القاضي عبد الوهاب -رحمة الله عليه- دخل الحمام فقدم له أحدهم شيء من الطفل ليساعده على تنظيف جسده وقال هذا من عبد اشتريته، فقال له: هل اشترطت هذا على بائعه؟ قال: لم اشترط، قال له لا حاجة لي به. إذ كان يرى هذا المال لما لم يُشترط هو مال حرام. هذا رأي. فقضية ما لا يجوز وحده يجوز تبعاً هي قضية من القواعد الفقهية التي في تطبيقها لا بد من تمعن كبير ولا تُطبَّق تطبيقاً عاماً خاصاً، وهو أعلم مني بأن القواعد الشرعية هي تابعة للفقهاء وليست سابقة عليه، بمعنى أنه بتتبع الأقوال الفقهية وقع ضبط تلك القواعد، فهي ناشئة عن الفقه ولم تكن متحركة فيه من الأول.

فضيلة الشيخ الدكتور حسن الشاذلي، يقول بعض الصور لم يتضح الحكم فيها. هذا مبلغ من العلم ومن الإبانة، وقد انتهت في بحثي بذكر عشر صور للصيانة وبينت كل حكم لكل نوع منها، وبينت الاختلاف في وجهات النظر بيني وبين إخواني. ثم طلب أن نضع الضوابط، وهذه الضوابط بينتها بياناً تاماً في البحث. ثم تعرض لقضية الشرط وقال: لو اكتملت قضية الشرط لتم الأمر، وبينت أنه ليس هناك شرط في هذا، وأن عندما يقول البائع: أنا أتحمّل الصيانة لمدة معلومة هذا ليس شرطاً، كما أن قضية اجتماع عقود في عقد واحد بينتها أيضاً، وبينت أن هذا ليس اجتماع عقود في عقد واحد وإنما هو البائع اشترط على نفسه أن يقوم بالصيانة.

الشيخ حسن الشاذلي :

أي إضافة للعقد لا بد أن تكون شرطاً عند القضاة .

الشيخ المختار السلامي :

لا ، ليست شرطاً . لو تسمحون لي أن أقرأ النص الذي بينت وكيفت به أنه بعيد تماماً عن الشرط ، وأن الشرط الذي منعه الفقهاء أو تحدثوا فيه هو الشرط الذي يؤول إلى تأثير في الثمن تأثيراً ضعيفاً أو بعيداً ، وبينت أن هذا الشرط هو ليس من ذلك ، بل فيه مصلحة للبايع يشترطه على نفسه وفيه مصلحة له ، لأنه يريد بهذا الشرط على نفسه أن يضمن الاسم التجاري الصالح له حتى يُقبل عليه الناس ، وحتى لا تكون الآلات المشترية منه يظهر فسادها فيكسد حاله . ونفس الأمر بالنسبة للجمع بين العقود والذي ذكره الدكتور سامي حمود ، لأنه ليس هناك جمع بين العقود أصلاً .

أخي سامي سويلم كان يقرأ بسرعة فلم أستطع أن أتبعه في سرعته .
والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته .

الرئيس :

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

تناولت هذه المداومات أموراً خمسة :

التعريف لعقد الصيانة ولم يظهر من خلال المداومات أنه تحرر ولعله لأنه لم يحصل تناول التام في توصيف العقد أصلاً في صورته المتعددة .

التكليف هل هو جعالة ، أو بيع أو إجارة أو عقد مقاوله أو استصناع أو غير ذلك ؟ لم يتحرر لي كذلك اتجاه الأكثرية بتكليف عقد الصيانة كلياً وإنما في بعض صورته .

ثم مدرك الخلاف في الصور المباحة إرجاعاً للأصل في العقود وفي الصور المحرمة إرجاعاً إلى الجهالة والغرر .

أما الأمر المهم جداً فهو توصيف عقد الصيانة بصوره المتعددة، فهل عقد الصيانة يمكن أن يُصدّر عليه حكم كلي بأنه يجوز أو لايجوز مع تعدد صوره، وقد علمنا كثيراً منها وربما خفي علينا الأكثر، أو أن يكون هناك من الضوابط والقواعد ما يجعل القرار على منوالها؟ .

على كل لعلكم ترون أن يكون مناسباً تكوين لجنة وفيها العارض والمقرر ويضاف إليهما من أصحاب الفضيلة الأساتذة والمشايخ : الشيخ الضرير، الشيخ حسن الشاذلي، الشيخ سامي سويلم، الشيخ وهبة الزحيلي . وبهذا ترفع الجلسة، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .



اقرار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قرار رقم: ٩٤ (١١/٦)

بشأن

عقد الصيانة

الحمد لله رب العالمين، والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين
وعلى آله وصحبه وسلم.

أما بعد:

فإن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر
الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الحادي عشر بالمنامة في دولة البحرين،
من ٢٥-٣٠ رجب ١٤١٩هـ (١٤-١٩ نوفمبر ١٩٩٨).

بعد اطلاعه على الأبحاث المقدمة إلى المجمع بخصوص موضوع
«عقد الصيانة»، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله.

قرر ما يلي:

أولاً: عقد الصيانة هو عقد مستحدث مستقل تنطبق عليه الأحكام
العامّة للعقود. ويختلف تكييفه وحكمه باختلاف صورته، وهو في حقيقته
عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة أو أي
شيء آخر من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض
معلوم. وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده أو بالعمل والمواد.

ثانياً: عقد الصيانة له صور كثيرة، منها ما تبين حكمه، وهي:

١ - عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل

فقط ، أو مع تقديم مواد يسيرة لا يعتبر العاقدان لها حساباً في العادة .
هذا العقد يكتف على أنه عقد إجارة على عمل ، وهو عقد جائز شرعاً ،
بشرط أن يكون العمل معلوماً والأجر معلوماً .

٢ - عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن تقديم العمل ،
ويلتزم المالك بتقديم المواد .

تكيف هذه الصورة وحكمها كالصورة الأولى .

٣ - الصيانة المشروطة في عقد البيع على البائع لمدة معلومة .

هذا عقد اجتمع فيه بيع وشرط ، وهو جائز سواء أكانت الصيانة من
غير تقديم المواد أم مع تقديمها .

٤ - الصيانة المشروطة في عقد الإجارة على المؤجر أو المستأجر .

هذا عقد اجتمع فيه إجارة وشرط ، وحكم هذه الصورة أن الصيانة إذا
كانت من النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة فإنها تلزم مالك العين
المؤجرة من غير شرط ، ولا يجوز اشتراطها على المستأجر ، أما الصيانة التي
لا يتوقف عليها استيفاء المنفعة ، فيجوز اشتراطها على أي من المؤجر أو
المستأجر إذا عينت تعييناً نافياً للجهالة .

وهناك صور أخرى يرى المجمع إرجاءها لمزيد من البحث والدراسة .

ثالثاً : يشترط في جميع الصور أن تعين الصيانة تعييناً نافياً للجهالة
المؤدية إلى النزاع ، وكذلك تبين المواد إذا كانت على الصائن ، كما يشترط
تحديد الأجرة في جميع الحالات .

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .



سبل الاستفادة من النوازل «الفتاوى»
وَالْعَمَلُ الْفَقْهِي فِي التَّطْبِيقَاتِ الْمَعَاصِرَةِ

البحوث

- ١- بحث الشيخ عبد الوهاب الديلمي
- ٢- بحث الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي
- ٣- بحث الشيخ خليل الميسر
- ٤- بحث الشيخ عبد الله بن بيه
- ٥- بحث الشيخ ناصر سليمان السابعي

ضوابط الفتوى
في ضوء الكتاب والسنة
ومنهج السلف الصالح

إعداد الدكتور

عبد الوهاب بن لطف الديلمي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحابه أجمعين .

أما بعد؛ فإن الله جلّت قدرته لم يخلق الإنسان عبثاً، ولم يتركه سدى، ولم يحوجه سبحانه في معرفة مصالحه الدنيوية والأخروية إلى عقله القاصر، ولا إلى متاهات البشر، أو القوانين الوضعية التي صاغتها أفكار وعقول لا تعلم بواطن الأمور ولا خفائها، ولا الأحوال المتغيرة من مكان إلى مكان، ومن زمن إلى زمن، ولا ما الذي سيحدث في المستقبل، إنها عاجزة عن معرفة كل ذلك حتى تضع لها ما يصلح لها من الأحكام والتشريع .

لكن الله عزّ وجلّ خالق الإنسان، ومدبّر أمره، هو صاحب الكمال المطلق، وهو المحيط بكل شيء علماً، لذلك كان الكمال فيما أنزل من وحي، وشرع من أحكام وآداب ترعى مصالح الإنسان في دنياه وأخراه، وترعاه في كل أحواله وظروفه وبيئاته وطبائعه، واختلاف مكانه وزمانه، والله سبحانه الذي ختم الرسالات برسالة محمد ﷺ، حتى انقطع الوحي الإلهي بوفاة النبي ﷺ، لم يغب عن علمه سبحانه ما سيجد في حياة الناس من قضايا لم تكن في العصور الأولى، تتطلب أحكاماً شرعية، وهدياً إلهياً، يستضيء به المسلم للتعامل مع المستجدات، حتى لا يقع في حيرة من أمره، لا يحتاج معه إلى آراء مبتورة عن الوحي الإلهي، لا تعرف إلى الهدى والحق طريقاً . . .

لذلك نجد شرع الله سبحانه ، المنحصر في كتاب الله عز وجل وسنة رسوله ﷺ ، قد حوى من القواعد والأحكام والنصوص العامة ما يكفل بسد حاجة البشر في حل كل معضلة ، وبيان حكم الله عز وجل في كل ما دق وجل .

والأمر يتوقف على الأهلية التي يجب أن تتوافر في العالم العارف بنصوص الشرع ، وبمطابقت استخراج الأحكام الجزئية ، وكيفية استنباطها .

فإذا وُجد في الأمة من العلماء العارفين بالنصوص الشرعية ، والقواعد الفقهية والعلوم الموصلة إلى فهم كل ذلك ، وطرق استنباط الأحكام وإمام بواقع العصر الذي يعيشه مع مكانة رفيعة من الإيمان والتقوى والورع والبراءة من الهوى ، بحيث لا ينزل نصاً على قضية إلا بعد تأنُّ ، وفحص ، واستقصاء ، مع معرفته بأنه بإصداره أي حكم في أي قضية لا نص فيها ، إنما هو موقع عن الله سبحانه ، فهو يخشى أن يتقول على الله أو على رسوله ﷺ ما لم يقل ، وهو على علم أيضاً بما يترتب على الحكم الصادر منه من تحليل أو تحريم أو إيجاب أو غير ذلك من الأحكام الشرعية .

كما أنّ وجود أمثال هؤلاء العلماء الربانيين في الأمة ، يحيي الله بهم معالم الدين ويرجع الناس إليهم عند المعضلات ، وما يلم بهم من النوازل ، ويحفظون الأمة من الوقوع في فتنة التشكيك في الدين وقدرته على استيعاب كل جديد ، فتظل بذلك صلة المسلمين بدينهم قوية ، وثقتهم به متينة ، وأمثال هؤلاء العلماء هم الذين ينطبق عليهم قول النبي ﷺ ، فيما روي عنه أنه قال : «يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله ، ينفون عنه تحريف الضالين ، وانتحال المبطلين ، وتأويل الجاهلين»^(١) .

(١) الحديث من رواية عبد الرحمن العبدى ، لسان الميزان : ٧٧ / ١ ، قال عنه ابن حجر : تابع مقبل ، ما علمته واهياً ، أرسل حديث : يحمل هذا العلم . . ثم روى ابن حجر عن أحمد أنه قال عن الحديث : صحيح ؛ وانظر المشكاة ، ص ٢٤٨ ؛ وزاد المسير : ٣٠٥ / ٥ =

حاجة الإنسان إلى التشريع الإلهي :

إن حاجة الإنسان إلى التشريع الإلهي أشد من حاجته إلى الطعام والشراب، ذلك أنّ الإنسان لا يستطيع الانفكاك عن المجتمع الإنساني، والاستغناء بنفسه عن أبناء جنسه، فهو كما يقال: «مدني بالطبع». وأحوال الناس في طلب المعاش، كما قال الشاعر:

الناس للناس من بدو وحاضرة بعض لبعض وإن لم يشعروا خدم
فجلب المنافع، ودفع المفاسد والمضار، لا تتم إلا بتضافر جهود أبناء البشر، وهذا يؤدي - حتماً - إلى تبادل المنافع والمصالح بين أفراد المجتمع، وتصبح بذلك المصالح متشابكة.

ولما كان الإنسان مجبولاً على حب الذات، والرغبة في التفوق على غيره في مصالح الدنيا، كجمع المال وحب الرئاسة، والشهرة والسيطرة، والأثرة والغلبة، ويطغى بسبب ذلك التنافس والتسابق على مصالح الدنيا، إلى جانب الدوافع الأخرى: كالشح والحسد وغيرهما، وفي هذه الحال لا بد أن تنشأ بين الناس خصومات وخلافات وعداوات، قد تأتي على مصالحهم، وتقوّض مجتمعهم، وتهدد كياناتهم، وتسلبهم الأمن والاستقرار، والقوانين الوضعية البشرية عاجزة - كعجز واضعيها - عن حلّ المشكلات، كما أن الناس لا يتفوقون على التسليم لها، والخضوع لأحكامها إلا بسُلطان القهر.

وهنا تظهر حاجة الإنسان إلى التشريع الإلهي المتميز بخصائصه من الكمال، والشمول والخلود. . . وغيرها، والمبرّأ من النقص والعيب، فهو

= وتفسير القرطبي: ٣٦/١ و ٣١١/٧، والبداية والنهاية: ٣٣٧/١٠، والتمهيد لابن عبد البر: ٥٩/١.

الذي: ﴿ لَا يَأْتِيهِ الْبَطْلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِ تَنْزِيلٌ مِّنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ ﴾ [فصلت: ٤٢] . . ذلك هو الكتاب العزيز مصدر التشريع، ومصدر سعادة الإنسان في الدنيا والآخرة، إذا تهيأ له السلطان القوي العادل.

المصالح التي عليها مدار الشرائع:

والمصالح التي عليها مدار الشرائع ثلاثة:

الأولى: المعروفة عند أهل الأصول بالضروريات.

الثانية: المعروفة عند أهل الأصول بالحاجيات.

الثالثة: الجري على مكارم الأخلاق ومحاسن العادات، المعروف عند أهل الأصول بالتحسينيات والتتميمات^(١).

ولما كانت هذه الأمور الثلاثة تقوم عليها حياة الإنسان، فإن الإسلام أحاطها بما يوجد لها ويحفظها، وبالأخص الضروريات، فقد أحاط الإسلام ضروريات الحياة بما يدرأ عنها كل مفسدة، وذلك بما شرع من العقوبات العاجلة، ورتب على انتهاكها من الوعيد الشديد، وبذلك كفل الإسلام حماية:

١- الدين . . . ٢- النفس . . . ٣- العقل . . .

٤- النسب . . . ٥- العرض . . . ٦- المال . . .

ومنهم من يعدّها خمساً، ويجعل العرض مدرجاً في غيرها.

وهي التي بها قوام حياة البشرية، وقد فشلت كل الأنظمة البشرية في إيجاد وحماية هذه الضروريات على النحو اللائق بالإنسان حتى في ظل الحضارات المادية الغربية المتفوقة في الإبداع المادي، ومجتمعاتهم التي

(١) أضواء البيان: ٤٤٨/٣ . . بشيء من الاختصار.

تعجّ اليوم بألوان كثيرة من الفساد، والقلق، والاضطراب، والحيرة، والتهيه، والتفكك المدمّر في أوساط الأسرة والمجتمع أكبر دليل على ذلك .

«وأما جلب المصالح والمنافع التي يحتاج إليها الإنسان، فقد جعل الإسلام أبوابها مفتوحة لجلب كل مصلحة حقيقية، حتى استدلّ بعضهم بقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩].

وقوله سبحانه: ﴿أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ﴾ [لقمان: ٢٠]، وأمثالهما على أنّ الأصل في الأشياء الإباحة إلا ما دلّ الدليل على خلافه»^(١).

ومن الآيات التي تدلّ على سعة الإسلام في هذا المجال، وحثّه على السعي لتحصيل ما ينفعه قول الله تعالى:

﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠].

﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨].

﴿وَمَآ آخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠].

﴿إِلَّا أَن تَكُونَ يَحْكُمَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

قال الإمام السيوطي في الأشباه والنظائر^(٢): «... قاعدة: الأصل في الأشياء الإباحة، حتى يدل الدليل على التحريم، هذا مذهبنا».

وعند أبي حنيفة: «الأصل فيها التحريم، حتى يدل الدليل على الإباحة».

(١) انظر تيسير الكريم الرحمن، للشيخ عبد الرحمن السعدي: ٦٩/١.

(٢) الأشباه والنظائر، ص ٦٠.

ويظهر أثر الخلاف في المسكوت عنه، ويعضد الأول قوله ﷺ: «ما أحل الله فهو حلال، وما حرّم فهو حرام... وما سكت عنه فهو عفو؛ فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً». أخرجه البزار والطبراني من حديث أبي الدرداء بسند حسن.

وروى الطبراني أيضاً من حديث أبي ثعلبة: «إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها، وحدّ حدوداً فلا تعتدوها، وسكت عن أشياء من غير نسيان فلا تبحثوا عنها...».

وفي لفظ: «وسكت عن كثير من غير نسيان، فلا تتكلفوها رحمة لكم فاقبلوها».

وروى الترمذي وابن ماجه، من حديث سلمان رضي الله عنه، أنه ﷺ سئل عن الجبن والسمن والفراء، فقال: «الحلال ما أحلّ الله في كتابه، والحرام ما حرّم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفى عنه». وللحديث طرق أخرى. وبناءً على أن الأصل في الأشياء الإباحة - كما دلّ الدليل على ذلك بما ذكرنا من قرآن وسنة - قال المحققون: «إن الأصل في العقود والشروط الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان والتحريم»، وفي هذا المعنى يقول ابن القيم في بيان الخطأ الرابع من أخطاء نفاة القياس: «اعتقادهم أنّ عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان حتى يقوم دليل على الصحة، فإذا لم يقم دليل على صحة شرط أو عقد أو معاملة استصحبا بطلانه، فأفسدوا بذلك كثيراً من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم بلا برهان من الله بناءً على هذا الأصل».

ويقول أيضاً رحمه الله تعالى رداً على ذلك: «وجمهور الفقهاء على خلافه، وأنّ الأصل في العقود والشروط الصحة، إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح، فإن الحكم يبطلانها حكم بالتحريم والتأثيم،

ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرّمه الله ورسوله، ولا تأثم إلا ما أثم الله ورسوله به فاعله . . كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله، ولا حرام إلا ما حرّمه الله ولا دين إلا ما شرعه .

فالأصل في العبادات البطلان، حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود والمعاملات الصحة، حتى يقوم دليل على البطلان والتحرير .
والفرق بينهما أن الله سبحانه لا يُعبد إلا بما شرعه على السنة رسله، فإنّ العبادة حقّه على عباده، وحقه الذي أحقّه هو، ورضي به وشرعه .

وأما العقود والشروط والمعاملات، فهي عفوٌ حتى يحرمها، ولهذا نعى الله سبحانه على المشركين مخالفة هذين الأصلين، وهو تحريم ما لم يحرمه، والتقرب إليه بما لم يشرعه، وهو سبحانه لو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه؛ لكان ذلك عفواً لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله^(١) .

وقد وضع الإسلام ضوابط في المعاملات، تحفظ للناس حقوقهم ومصالحهم الحقيقية، وتمنع كل مظهر من مظاهر الظلم والغش والخديعة والغرر، وغير ذلك مما يعود بالضرر على المتعاملين، أو يفرس العداوة والبغضاء في النفوس، أو يُفقد الناس الثقة فيما بينهم، كما أنّ الإسلام يقرّ كل عادة حميدة، فقد أقرّ العرب بعد الإسلام على العادات والخصال الموافقة لشرع الله، غير أنه هدّبها وأحسن توجيهها .

ومن هنا ندرك أن التشريع الإلهي؛ هو وحده الذي يضمن الحفاظ على مصالح العباد جلياً، ورعاية، واستدامة، ويدفع عنهم المفاسد عاجلها وآجلها، ويجعلهم جميعاً سواسية أمام حكمه، حتى لا ينزل الظلم بأحد .
وقد جعل الله سبحانه الوسطة بينه وبين خلقه، في تبليغ دينه، والقيام

(١) إعلام الموقعين: ١/ ٣٨٤-٣٨٥ .

بيان وحيه - رسله الذين اصطفاهم واختارهم من بين خلقه، حتى إذا ختم الله سبحانه رسالاته بمحمد ﷺ، أناط مهمة البيان بأهل العلم، وأخذ عليهم العهد في القيام بذلك حتى لا تندرر معالم الشريعة، فيعم بسبب ذلك الجهل والضلال، وتتغلب الأهواء، ويتصدّر للقول في دين الله من ليس لذلك بأهل، ولذلك جاء الوعيد الشديد لمن يكتم العلم، قال الله عزّ وجلّ: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَىٰ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّاعِنُونَ ﴿١٥٦﴾ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا وَأَصْلَحُوا وَبَيَّنَّاهُ فَأُولَٰئِكَ أَتُوبُ عَلَيْهِمْ وَأَنَا التَّوَّابُ الرَّحِيمُ﴾ [البقرة: ١٥٩ - ١٦٠].

ومما جاء في السنة النبوية، حديث أبي هريرة رضي الله عنه عند أبي داود، أنّ رسول الله ﷺ قال: «مَنْ سُئِلَ عَنْ عِلْمٍ فَكْتَمَهُ، أَلْجَمَهُ اللَّهُ بِلْجَامٍ مِنْ نَارٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(١).

وحتّ النبي ﷺ على تداول العلم وتبليغه، ضماناً لحفظه وصيانته، ففي أبي داود والترمذي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه، أنّ رسول الله ﷺ قال: «نَصَّرَ اللَّهُ أَمْرًا سَمِعَ مِنْهُ حَدِيثًا فَحَفَظَهُ حَتَّى يَبْلُغَهُ غَيْرَهُ، فُرِّبَ حَامِلُ فَقْهٍ إِلَى مَنْ هُوَ أَفْقَهُ مِنْهُ، وَرُبَّ حَامِلٍ فَقْهٍ لَيْسَ بِفَقِيهِ»^(٢). . وفي لفظ للترمذي وأحمد وابن ماجه: «فُرِّبَ مَبْلَغٌ أَوْ عَمَى مِنْ سَامِعٍ»^(٣).

وقد شرف الله عز وجل أهل العلم، بأن جعلهم أهل الوراثة النبوية، كما جاء في الحديث، وإن العلماء ورثة الأنبياء^(٤).

ومن حقّ هذه الوراثة العظيمة، حمل العلم وتبليغه للناس، والقيام

(١) سنن أبي داود برقم (٣٦٥٨)؛ ورواه الترمذي برقم (٢٦٥١)، والحديث حسن؛ كما قال

الشيخ عبد القادر الأرناؤوط في هامش جامع الأصول: ١٢/٨.

(٢) رواه الترمذي برقم (٢٦٥٨)؛ وأبو داود برقم (٣٦٦٠).

(٣) رواه الترمذي برقم (٢٦٩٥)؛ وأحمد: ٤٣٧/١؛ وابن ماجه برقم (٢٣٢٢).

(٤) من حديث طويل رواه أبو داود برقم (٣٦٤١)؛ والترمذي برقم (٢٦٨٣) عن أبي الدرداء.

ببيان أحكام الله سبحانه، واستيعاب النوازل التي تجدد في حياة الناس، والوقوف على حكم الله فيها بالرجوع إلى أصول الأدلة الشرعية، والنصوص الشرعية، وإعمالها بالفقه والاستنباط - بما يحقق للناس جلب المصالح ودفع المفاسد - حتى لا تتعرض الشريعة للتعطيل، أو الاتهام بالعجز عن قدرتها على مواجهة المستجدات، وحتى لا يفتن الناس في دينهم .

ولذلك حفظ الله هذا الدين، وانتشرت علوم الإسلام على مدى قرون متوالية في تاريخ الإسلام بفضل الله عز وجل، ثم بجهود الصادقين المخلصين من أهل العلم الذين اختارهم الله عز وجل لذلك، وقد تركت هذه الجهود الصادقة ثروة عظيمة من العلوم التي خدمت الإسلام؛ بما في ذلك الفقه الذي أنبأ عن عقول تفتقت عن غزارة علم وجودة استنباط، وعمق فقه لدين الله، وكفاءة في معرفة أسرار الشريعة ومقاصدها وقواعدها العامة، ولم يقف اهتمام أهل العلم عند حدّ النوازل التي واجهتهم في حياتهم، بل تجاوزوها إلى مسائل كثيرة افتراضية، وكان السبب في كل ذلك هو: العناية بالعلم . . .
تعلّماً، وتعليماً، وتطبيقاً، وفهماً، واستنباطاً، وتدويناً، ورواية، وظل باب الاجتهاد مفتوحاً بشروطه وضوابطه .

الفتوى ومراحلها :

والفتوى : تطبيق للأحكام الشرعية، على النوازل والوقائع بما يحقق مصالح الناس في ضوء قواعد الشريعة ومبادئها ونصوصها .

وقد مرت الفتوى بمراحل في تاريخ الإسلام، وكانت كل مرحلة تمثل الحال التي عليها زمن الفتوى .

فهذا أبو بكر الصديق رضي الله عنه كان منهجه في القضاء فيما يرد عليه من الأمور، ما رواه الدارمي^(١) عن ميمون بن مهران، قال: «كان أبو بكر

(١) الدارمي: ٥٨/١ .

رضي الله عنه إذا ورد عليه الخصم نظر في كتاب الله ، فإن وجد فيه ما يقضي بينهم قضى به ، وإن لم يكن في الكتاب وعلم من رسول الله ﷺ في ذلك الأمر سُنَّة قضى به ، فإن أعياه خرج ، فسأل المسلمين ، وقال : أتاني كذا وكذا . فهل علمتم أن رسول الله ﷺ قضى في ذلك بقضاء ، فربما اجتمع إليه نفر كلهم يذكر من رسول الله ﷺ فيه قضاء ، فيقول أبو بكر : الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ على نبيِّنا ، فإن أعياه أن يجد فيه سُنَّة من رسول الله ﷺ جمع رؤوس الناس وخيارهم واستشارهم ، فإذا اجتمع رأيهم على أمر قضى به .

فأول ما يبدأ به كتاب الله عزَّ وجلَّ ، ثم سُنَّة رسول الله ﷺ سواء مما علم من السُنَّة ، أو ثبت له برواية غيره من الصحابة ، ثم بما أجمع عليه رؤوس الناس وخيارهم ، وهذا غاية في التثبيت .

وأما عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فقد روى الدارمي ^(١) أيضاً عن شريح ، أن عمر بن الخطاب كتب إليه : « إن جاءك شيء في كتاب الله فاقض به ، ولا يلتفتك عنه الرجال ، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله فانظر سُنَّة رسول الله ﷺ فاقض بها ، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ، ولم يكن فيه سُنَّة من رسول الله ﷺ ، فانظر ما اجتمع عليه الناس فخذ به ، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ، ولم يكن في سنة رسول الله ﷺ ، ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاختر أي الأمرين شئت ؛ إن شئت أن تجتهد برأيك ثم تقدّم فتقدّم ، وإن شئت أن تتأخر فتأخر ، ولا أرى التأخر إلا خيراً لك » .

ولم يخرج عمر رضي الله عنه عن منهج أبي بكر رضي الله عنه ، غير أنه لما ذكر الرأي عند عدم الدليل جعل صاحبه مخيراً بين الإقدام والإحجام ، حتى لا تزل قدم صاحبه .

وقد روى الدارمي آثاراً أخرى عن منهج الصحابة في القضاء والفتيا ،

(١) الدارمي : ٦٠ / ١ .

وكلها لا تخرج عن تحريّ الدليل من الكتاب والسنة وأقوال أهل العلم .
لأن في هذا المنهج السديد ما يحفظ مصالح الناس المشروعة، ومن ثم جاء
التحذير والوعيد في حق مَنْ يخرج عن هذا المنهج القويم السديد، فقد جاء
عن جبر هذه الأمة ابن عباس رضي الله عنهما، أنه قال: «مَنْ أحدث رأياً ليس
في كتاب الله، ولم تمضِ به سنة من رسول الله ﷺ، لم يدرِ على ما هو منه إذا
لقي الله عز وجل»^(١).

وعن أبي نضرة قال: لما قدم أبو سلمة البصرة أتته أنا والحسن، فقال
للحسن: أنت الحسن؟ ما كان أحد بالبصرة أحب إليّ لقاءً منك، وذلك أنه
بلغني أنك تفتي برأيك، فلا تفتِ برأيك، إلا أن تكون سنة عن رسول الله ﷺ
أو كتاب منزل^(٢).

وعن جابر بن زيد أنّ ابن عمر لقيه في الطواف، فقال له: «يا أبا الشعثاء
إنك من فقهاء البصرة، فلا تفتِ إلا بقرآن ناطق، أو سنة ماضية، فإنك إن فعلت
غير ذلك هلكت وأهلك»^(٣).

وهناك آثار أخرى تدلّ على أنّ ذلك كان المنهج الغالب عند التابعين
أيضاً، «ثم جاءت مرحلة تدوين الأحاديث والآثار، واتّسعت دائرة العلم
بالرواية، فاجتمع - باهتمام أولئك من الحديث والآثار - ما لم يجتمع لأحد
قبلهم، وتيسر لهم ما لم يتيسر لأحد قبلهم، وخلص إليهم من طرق الأحاديث
شيء كثير، حتى كان يكثر من الأحاديث عندهم مائة طريق فما فوقها، فكشف
بعض الطرق ما استتر في بعضها الآخر، وعرفوا محل كل حديث من الغرابة
والاستفاضة، وأمكن لهم النظر في المتابعات والشواهد، وظهر عليهم

(١) الدارمي: ٥٧/١.

(٢) الدارمي: ٥٨/١-٥٩.

(٣) الدارمي: ٥٩/١.

أحاديث صحيحة كثيرة لم تظهر على أهل الفتوى من قبل . . فكف من حديث صحيح لا يرويه إلا أهل بلدة خاصة؛ كأفراد الشاميين والعراقيين، أو أهل بيت خاصة، كنسخة بريد^(١) عن أبي بردة، عن أبي موسى، ونسخة عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده، أو كان الصحابي مُقللاً خاملاً لم يحمل عنه إلا شردمة قليلون، فمثل هذه الأحاديث يغفل عنها عامة أهل الفتوى، واجتمعت عندهم آثار كل بلد من الصحابة والتابعين .

وكانوا إذا عرضت لهم مسألة، يسلكون المنهج الآتي في حلّ معضلتها:

فقد كان عندهم أنه إذا وجد في المسألة قرآن ناطق فلا يجوز التحول منه إلى غيره، وإذا كان القرآن محتملاً لوجوه فالسنة قاضية عليه، فإذا لم يجدوا في كتاب الله أخذوا سنة رسول الله ﷺ، سواء كان^(٢) مستفيضاً دائراً بين الفقهاء، أو يكون مختصاً بأهل بلد، أو أهل بيت، أو بطريق خاصة، وسواء عمل به الصحابة والفقهاء أو لم يعملوا به، ومتى كان في المسألة حديث، فلا يُتبع فيها خلاف أثر من الآثار، ولا اجتهاد أحد من المجتهدين .

وإذا أفرغوا جهدهم في تتبع الأحاديث، ولم يجدوا في المسألة حديثاً أخذوا بأقوال جماعة من الصحابة والتابعين، ولا يتقيدون بقوم دون قوم، ولا بلد دون بلد، كما كان يفعل من قبلهم فإن اتفق جمهور الخلفاء والفقهاء على شيء فهو المقنع، وإن اختلفوا أخذوا بحديث أعلمهم علماً، وأورعهم ورعاً، وأكثرهم ضبطاً، أو ما اشتهر عنهم، فإن وجدوا شيئاً يستوي فيه قولان . . فهي مسألة ذات قولين، فإن عجزوا عن ذلك أيضاً تأملوا في عمومات الكتاب والسنة وإيماءاتهما واقتضاءاتهما، وحملوا نظير المسألة عليها في الجواب إذا كانتا متقاربتين بادي الرأي، لا يعتمدون في ذلك على

(١) هو بريد بن عبد الله بن أبي بردة بن أبي موسى الأشعري، تهذيب التهذيب: ٤٣١/١ .

(٢) أي سواء كان الثابت من السنة . . إلخ .

قواعد من الأصول، ولكن على ما يخلص إلى الفهم، ويثلج به الصدر»^(١).

«وبالجملة فلما مهّدوا الفقه على هذه القواعد، فلم تكن مسألة من المسائل التي تكلم فيها من قبلهم والتي وقعت في زمانهم إلا وجدوا أثراً من آثار الشيخين، أو سائر الخلفاء، وقضاة الأمصار، وفقهاء البلدان، أو استنباطاً من عموم أو إيماء أو اقتضاء، فيسر الله لهم العمل بالسنة على هذا الوجه، وكان أعظمهم شأنًا وأوسعهم رواية، وأعرفهم للحديث مرتبة، وأعمقهم فقهاً أحمد بن محمد بن حنبل، ثم إسحاق بن راهويه»^(٢).

ثم مرّت بعد ذلك بالفقه مرحلة أصيب فيها بالركود وعدم الاجتهاد، وذلك بعد القرون الأربعة الأولى، فقد جاء قوم «اطمأنوا بالتقليد، ودبّ التقليد في صدورهم دبيب النمل، وهم لا يشعرون»^(٣).

ولا شك أن هذا المنهج أورث جناية عظيمة على الإسلام وعلومه، حيث أغلق على العقول المستنيرة ذات المعرفة الواسعة باب الغوص في معاني النصوص الشرعية لتستخرج منها ما أودع الله عز وجل فيها من كنوز، فبرز بذلك عظّمة الإسلام، وتتصدّى لحل كل معضلة، وكشف كل شبهة، وتحرّر من التبعية العمياء، كما أن العقول بسبب ذلك تصاب بالوآد، وتعجز عن الإبداع، ولذلك شنع كثير من أهل العلم على التقليد، إذا صدر ممن كان له ضرب من الاجتهاد، ولو في مسألة واحدة، وفيمن ظهر له ظهوراً بيّناً أن النبي ﷺ أمر بكذا، أو نهى عن كذا، وأنه ليس بمنسوخ: إما بأن يتبع الأحاديث وأقوال المخالف والموافق في المسألة، فلا يجد لها نسخاً، أو بأن يرى جمّاً غفيراً من المتبحرين في العلم يذهبون إليه، ويرى المخالف له

(١) حجة الله البالغة: ١٤٨/١ - ١٤٩، بشيء من الاختصار.

(٢) المرجع السابق: ١٥٠/١.

(٣) المرجع السابق: ١٥٣/١.

لا يحتج إلا بقياس أو استنباط أو نحو ذلك ، فحينئذٍ لا سبب لمخالفة حديث النبي ﷺ إلا نفاق خفي ، أو حرق جلي ، وهذا هو الذي أشار إليه الشيخ عز الدين بن عبد السلام ، حيث قال : «ومن العجب العجيب أنّ الفقهاء المقلّدين يقف أحدهم على ضعف مأخذ إمامه ، بحيث لا يجد لضعفه مدفعاً ، ومع هذا يقلّده فيه ، ويترك من الكتاب والسنة والأقيسة الصحيحة لمذهبه ، جموداً على تقليد إمامه ، بل يتحلّل لدفع ظواهر الكتاب والسنة ، ويتأولهما بالتأويلات البعيدة الباطلة نضالاً عن مقلّده»^(١) .

وقال : «لم يزل الناس يسألون من اتفق من العلماء من غير تقييد بمذهب ، ولا إنكار على أحد من السائلين ، إلى أن ظهرت هذه المذاهب ومتعصّبوها من المقلّدين ، فإنّ أحدهم يتبع إمامه مع بعد مذهبه عن الأدلة مقلّداً له فيما قال ، كأنه نبي أرسل ، وهذا نأى عن الحق وبُعدٌ عن الصواب ، لا يرضى به أحد من أولي الألباب»^(٢) .

وقال الإمام أبو شامة : «ينبغي لمن اشتغل بالفقه ، أن لا يقتصر على مذهب إمام ، ويعتقد في كل مسألة صحة ما كان أقرب إلى دلالة الكتاب والسنة المحكمة ، وذلك سهل عليه إذا كان أتقن معظم العلوم المتقدمة ، وليجتنب التعصّب ، والنظر في طرائق الخلاف المتأخرة ، فإنها مضیعة للزمان ، ولصفوه مكدره» .

وقد تبين مما سبق الفرق بين منهج أهل الحديث ، وأصحاب الرأي في استنباط الأحكام ، ومدى الرجوع إلى الأدلة ، وكان جميعهم في العصور الأولى ، أهل ورع وتقوى وتحرّ للحق .

(١) قواعد الأحكام : ١٣٥ / ٢ .

(٢) المرجع السابق نفسه .

وقد ذكر ابن القيم رحمه الله: أن علماء أمة محمد رسول الله ﷺ منحصرون في قسمين:

أحدهما: حفاظ الحديث، وجهابذته، والقادة الذين هم أئمة الأنام، وزوامل^(١) الإسلام، الذين حفظوا على الأمة معاهد الدين ومعاقله، وحموا من التغيير والتكدير موارد ومناهله.

الثاني: فقهاء الإسلام، ومن دارت الفتيا على أقوالهم بين الأنام، الذين خُصوا باستنباط الأحكام، وعنوا بضبط قواعد الحلال والحرام^(٢).

وذكر ابن القيم^(٣) أيضاً اختلاف أئمة الفقه الأربعة من تقديم بعض الأدلة على بعض، فأما الإمام أحمد فيقدم - عند عدم النص، وعدم ثبوت شيء عن الصحابة - الأخذ بالمرسل والحديث الضعيف، إذا لم يكن في الباب شيء يدفعه - وهو الذي رجحه على القياس، وبين اصطلاح الإمام أحمد في الحديث الضعيف، وأنه عنده قسم الصحيح، وقسم من أقسام الحسن، إذ الحديث عنده ينقسم إلى صحيح وضعيف، وللضعيف عنده مراتب، فإذا لم يجد في الباب أثراً يدفعه ولا قول صاحب، ولا إجماع على خلافه، كان العمل به عنده أولى من القياس.

وأبو حنيفة يقدم الحديث الضعيف على القياس، بل قد قدم أحاديث متفقاً على ضعفها على القياس، كحديث القهقهة في الصلاة، والوضوء

(١) الزوامل: جمع زاملة، والزاملة: التي يُحمل عليها من الإبل وغيرها، انتهى من القاموس.

(٢) إعلام الموقعين: ٩/٨ - ٩.

(٣) انظر إعلام الموقعين: ٣١/١ - ٣٢. وهذا الذي ذكره الإمام ابن القيم في تقديم الأئمة بعض الأدلة على بعض ليس هو المنهج المطرد عندهم، بل هي مجرد أمثلة على الطرق التي سلكوها في ذلك، وقد فصل القول في ذلك بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي، المتوفى عام ٧٩٤ في كتابه (البحر المحيط): ٤/٣٤٢ - ٣٥١ (فراجع).

بنيذ التمر، وحديث أكثر الحيضة عشرة أيام، وحديث لا مهر أقل من عشرة دراهم.

كما قدّم الشافعي أيضاً الحديث الضعيف على القياس، كتقديمه خبر تحريم صيد «وَجَّ»^(١) وخبر جواز الصلاة بمكة في وقت النهي مع ضعفهما على القياس.

وقدّم الإمام مالك الحديث المرسل، والمنقطع، والبلاغات، وقول الصحابي على القياس.

وهذا كله منهم اجتهاد في تقديم ما هو الأرجح عند عدم الدليل، وقد يكون لهم من ذلك مندوحة، وإن كانوا متفاوتين في الأخذ بالأولى من الأدلة الأخرى، غير أنّ الذي يُعاب على قوم ممن اشتغلوا بالفقه الإسلامي، استنادهم إلى القياس الفاسد، أو الرأي المذموم، كما بالغ بعضهم في ردّ القياس على الإطلاق سواء أكان صحيحاً أو فاسداً، وكل ذلك مجانب للصواب، وقد أوفى الإمام ابن القيم - رحمه الله - المقام حقه، بما لا مزيد عليه، فذكر أولاً ما كان عليه الصحابة من الاجتهاد عند النوازل، سواء في عهد النبي ﷺ؛ كاجتهادهم في فهم الأمر يوم الأحزاب أن يصلّوا العصر في بني قريظة^(٢)، واجتهاد علي رضي الله عنه في غلام اختصم في شأنه ثلاثة نفر، كل منهم يقول إنه ابنه، فأقرع علي رضي الله عنه بينهم، فجعل الولد

(١) روى الإمام أحمد في مسنده: ١/١٦٥، عن الزبير رضي الله عنه، قال: أقبلنا مع رسول الله ﷺ من ليلة، حتى إذا كنا عند السدرة، وقف رسول الله ﷺ في طرف القرن الأسود حذوها، فاستقبل نخباً ببصره - يعني وادياً - ووقف حتى اتفق الناس كلهم، ثم قال: إن صيد وجّ وعضاهه حرم محرّم لله . . وذلك قبل نزوله الطائف وحصاره ثقيف . . انتهى . ورواه أبو داود في المناسك برقم (٢٠٣٢).

(٢) رواه البخاري، في المغازي، عن ابن عمر: ٥٠/٥؛ ومسلم في الجهاد، عن عبد الله بن مسعود برقم (١٧٧٠).

للقارع، وجعل عليه للرجلين ثلثي الدية، فبلغ النبي ﷺ فضحك حتى بدت نواجذه من قضاء علي رضي الله عنه^(١).

وكذلك اجتهد سعد بن معاذ رضي الله عنه، في بني قريظة، وقول النبي ﷺ: «لقد حكمتَ فيهم بحكم الله من فوق سبع سموات»^(٢). وكذلك اجتهد الصحابين الذين أدركتهما الصلاة في السفر ولا ماء معهما فتيما وصلياً، ثم وجد الماء فأعاد أحدهما، ولم يعد الآخر، فصوبهما ﷺ، وقال للذي لم يعد: «أصبت السنة وأجزأتك صلاتك»، وقال للآخر: «لك الأجر مرتين»^(٣).

وذكر قصة مجزز المدلجي حين حكم بالقيافة على أن أقدام زيد وابنه أسامة بعضها من بعض^(٤)، وأن رسول الله ﷺ سُرَّ بذلك حتى برقت أسارير وجهه من صحة هذا القياس وموافقته للحق^(٥).

وهذا كله من الرأي المحمود، وقد قسمه الإمام ابن القيم إلى أربعة أقسام:

الأول: رأي الصحابة الذي قال عنه:

(النوع الأول): رأي أئمة الأمة وأبرر الأمة قلوباً، وأعمقهم علماً،

-
- (١) رواه أحمد: ٣٧٣/٤، عن زيد بن أرقم؛ وأبو داود عنه أيضاً، برقم (٢٢٦٩ - ٢٢٧٠)؛ قال صاحب القاموس: «وَوَجَّحَ: اسم وإِدْ بالطائف». اهـ.
 - (٢) أبو داود برقم (٣٣٨)؛ والنسائي: ٢١٣/١؛ والدارمي: ١٩٠/١؛ والبيهقي: ٢٣١/١؛ والحاكم: ١٧٨/١؛ وصححه ووافقه الذهبي، واستوفى في طرده الحافظ ابن حجر في تلخيص الجبير برقم (٢١٢)، كلهم عن أبي سعيد الخدري.
 - (٣) البخاري، في المناقب: ٢١٣/٤؛ ومسلم برقم (١٤٥٩)؛ وأبو داود برقم (٢٢٦٧)؛ والترمذي برقم (٢١٢٩)؛ وأحمد: ٨٢/٦، ٢٢٦.
 - (٤) انظر إعلام الموقعين: ١/٢٢٢ - ٢٢٣.
 - (٥) إعلام الموقعين: ١/٨٧.

وأقلهم تكلفاً، وأصحبهم قصوداً، وأكملهم فطرة، وأتمهم إدراكاً، وأصفاهم أذهاناً، الذين شاهدوا التنزيل، وعرفوا التأويل، وفهموا مقاصد الرسول .

(النوع الثاني): الرأي الذي يفسر النصوص، ويبيّن وجه الدلالة منها، ويقرّرها ويوضح محاسنها، ويسهل طريق الاستنباط منها، كما قال عبدان: سمعت عبد الله بن المبارك يقول: ليكن الذي تعتمد عليه الأثر، وخذ من الرأي ما يفسر لك الحديث . . وهذا هو الفهم الذي يختص الله سبحانه به مَنْ يشاء من عباده .

(النوع الثالث): الذي توأطأت عليه الأمة، وتلقاه خلفهم عن سلفهم، فإنّ ما توأطؤوا عليه من الرأي لا يكون إلا صواباً . . ولهذا كان من سداد الرأي وإصابته، أن يكون شورى بين أهله، ولا ينفرد به واحد، وقد مدح الله سبحانه المؤمنين بكون أمرهم شورى بينهم . وكانت النازلة إذا نزلت بأمر المؤمنين عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ليس فيها نص عن الله، ولا عن رسوله ﷺ جمع لها أصحاب رسول الله ﷺ ثم جعلها شورى بينهم .

(النوع الرابع): أن يكون بعد طلب علم الواقعة من القرآن، فإن لم يجدها في القرآن ففي السنة، فإن لم يجدها في السنة؛ فبما قضى بها الخلفاء الراشدون، أو اثنان منهم أو واحد، فإن لم يجده فما قاله واحد من الصحابة^(١) - رضي الله عنهم - فإن لم يجده اجتهد رأيه، ونظر إلى أقرب ذلك من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ وأقضية أصحابه، فهذا هو الرأي الذي سوّغه الصحابة واستعملوه وأقرّ بعضهم بعضاً عليه^(٢) .

أما الرأي الباطل . . فيقول فيه :

-
- (١) الرجوع إلى قول الصحابي على الإطلاق، فيه نظر، فالخلاف فيه قائم بين أهل العلم، كيف وقد وقع الخلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في جزئيات كثيرة .
- (٢) إعلام الموقعين: ١/ ٨٤ - ٩١ باختصار .

فالرأي الباطل أنواع :

- أحدها : الرأي المخالف للنص ، وهذا مما يُعلم بالاضطرار من دين الإسلام فساده وبطلانه ، ولا تحلّ الفتيا به ، ولا القضاء ، وإن وقع فيه من وقع بنوع تأويل وتقليد .

- النوع الثاني : الكلام في الدين بالحرص والظن ، مع التفريط والتقصير في معرفة النصوص وفهمها واستنباط الأحكام منها ، فإن من جهلها وقاس برأيه - فيما سئل عنه - بغير علم ، بل لمجرد قدر جامع بين الشيئين ، ألحق أحدهما بالآخر . . أو لمجرد قدر فارق يراه بينهما ، يفرق بينهما في الحكم ، من غير نظر إلى النصوص والآثار ، فقد وقع في الرأي المذموم الباطل .

- النوع الثالث : الرأي المتضمن تعطيل أسماء الرب وصفاته وأفعاله بالمقاييس الباطلة^(١) .

- النوع الرابع : الرأي الذي أحدثت به البدع وغيّرت به السنن ، وعمّ به البلاء .

- النوع الخامس : ما ذكره أبو عمر بن عبد البر ، عن جمهور أهل العلم : «إنّ الرأي المذموم في هذه الآثار عن النبي ﷺ ، وعن أصحابه ، والتابعين رضي الله عنهم : أنّه القول في أحكام شرائع الدين بالاستحسان والظنون ، والاشتغال بحفظ المعضلات ، والأغلوطات ، وردّ الفروع بعضها إلى بعض ، قياساً ، دون ردّها على أصولها ، والنظر في عللها واعتبارها» .

وقال في موطن آخر : فصل في تحريم الإفتاء في دين الله بالرأي المتضمّن لمخالفة النصوص ، والرأي الذي لا تشهد له النصوص بالقبول ، قال الله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَسْتَجِيبُوا لَكَ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءَهُمْ وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنْ

(١) إعلام الموقعين : ٧١/١ - ٧٢ باختصار .

اتَّبَعَ هَوَاهُ يَظُنُّرِ هُدًى مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴿٥٠﴾ [القصص : ٥٠] ، فقسّم الأمر إلى أمرين لا ثالث لهما :

- إما الاستجابة لله والرسول وما جاء به .

- وإما اتباع الهوى .

فكل ما لم يأت به الرسول ﷺ فهو من الهوى .

وقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهٗ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾ [النساء : ٥٩] .

فأمر تعالى بطاعته وطاعة رسوله ، وأعاد الفعل إعلماً بأن طاعة الرسول تجب استقلالاً من غير عرض ما أمر به على الكتاب^(١) ، بل إذا أمر وجبت طاعته مطلقاً ، سواء كان ما أمر به في الكتاب ، أو لم يكن فيه ، فإنه أوتي الكتاب ، ومثله معه ، ولم يأمر بطاعة أولي الأمر استقلالاً ، بل حذف الفعل ، وجعل طاعتهم في ضمن طاعة الرسول ﷺ ؛ إيذاناً بأنهم إنما يطاعون تبعاً لطاعة الرسول ، فمن أمر منهم بطاعة الرسول وجبت طاعته ، ومن أمر بخلاف ما جاء به الرسول ، فلا سمع له ولا طاعة ، كما صح عنه ﷺ ، أنه قال : لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق^(٢) . . وقال : «إنما الطاعة في المعروف»^(٣) (٤) .

وبعد هذا البيان لنوعي الرأي المحمود والمذموم ، نودّ هنا أن نبين أن من عظّمة الشريعة الإسلامية قدرتها على استيعاب كل قضية تجدّد في حياة

(١) لأنه لا يأمر إلا بطاعة الله تعالى ، ولأنه لا يصدر منه شيء يعارض ما في الكتاب .

(٢) رواه أحمد : ٤٠٩/١ عن ابن مسعود رضي الله عنه .

(٣) رواه مسلم برقم (١٨٤٠) عن علي رضي الله عنه .

(٤) إعلام الموقعين : ٤٩/١ .

الناس ، ولما لم يوجد نص لكل قضية ، وإنما ترد إلى ما يماثلها ، أو يؤخذ حكمها من قاعدة عامة ، ونص محتمل ، وغير ذلك فإننا نجد أهل العلم منذ عصر الصحابة حتى اليوم أعملوا الفكر في النصوص ، واستنبطوا لكل قضية في شرع الله حكماً .

فالصحابه رضي الله عنهم مثلوا الوقائع بنظائرها ، وشبهوها بأمثالها ، وردّوا بعضها إلى بعض في أحكامها ، وفتحوا للعلماء باب الاجتهاد ، ونهجوا لهم طريقه ، وبيّنوا لهم سبيله^(١) .

فالأخذ بالقياس - مثلاً - والانتفاع به مما فطر الله عليه عباده ، ولهذا فهمت الأمة من قوله تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ آلَيْتَمَىٰ ظُلْمًا ﴾ [النساء : ١٠] جميع وجوه الانتفاع من اللبس والركوب والمسكن وغيرها ، وفهمت من قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَقْلُ لَهْمًا أَفِي ﴾ [الإسراء : ٢٣] . . إرادة النهي عن جميع وجوه الأذى بالقول والفعل ، وإن لم ترد نصوص أخرى بالنهي عن عموم الأذى ، فلو بصق رجل في وجه والديه ، وضربهما بالنعل ، وقال : إني لم أقل لهما أفّ ، تعدّه الناس في غاية السخافة والحماقة والجهل ، من مجرد تفريقه بين التأفيف المنهي عنه ، وبين هذا الفعل قبل أن يبلغه نهي غيره ، ومنع هذا مكابرة للعقل والفهم والفطرة ؛ فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة ، وجب اتباع مراده ، والألفاظ لم تُقصد لذواتها ، وإنما هي أدلة يُستدل بها على مراد المتكلم ، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريقة كان ؛ عمل بمقتضاه ، سواء كان بإشارة أو كتابة أو إيماء . . أو دلالة عقلية ، أو قرينة حالية ، أو عادة له مطردة لا يُخلّ بها ، أو من مقتضى كماله ، وكمال أسمائه وصفاته ، وأنه يمتنع منه إرادة ما هو معلوم الفساد ، وترك إرادة ما هو متيقن مصلحته ، وأنه يُستدل على إرادته للنظير بإرادة نظيره ومثله وشبهه ،

(١) إعلام الموقعين : ٢٣٨ / ١ .

وعلى كراهة الشيء بكَراهة مثله ونظيره وشبهه، فيقطع العارف به، وبحكمته وأوصافه على أنه يريد هذا، ويكره هذا، ويحب هذا، ويبغض هذا^(١).

وهذا ضربٌ من استخراج الأحكام، واستنباطها من مظانها، وهو من شأن أهل العلم والمعرفة.

وقد مدح الله تعالى أهل الاستنباط في كتابه، وأخبر أنهم أهل العلم، ومعلوم أن الاستنباط، إنما هو استنباط المعاني والعلل، ونسبة بعضها إلى بعض، فيعتبر ما يصح منها بصحة مثله ومُشبهه ونظيره... ويُلغى ما لا يصح... هذا الذي يعقله الناس من الاستنباط.

قال الجوهري: الاستنباط كالاستخراج، ومعلوم أن ذلك قدر زائد على مجرد فهم اللفظ، فإن ذلك ليس طريقة الاستنباط، إذ موضوعات الألفاظ لا تُنال بالاستنباط، وإنما تُنال به العلل والمعاني، والأشباه والنظائر، ومقاصد المتكلم.

والله سبحانه ذم من سمع ظاهراً مجرداً فأشاعه وأفشاه، وحمد من استنبط من أولي العلم حقيقته ومعناه^(٢).

وقد ردّ الإمام ابن القيم رحمه الله على الذين زعموا بأن النصوص لا تحيط بأحكام الحوادث، حتى غلب بعضهم، وقال: ولا يُعشر معشارها، فقال: «ولعمر الله إنَّ هذا مقدار النصوص في فهمه وعلمه ومعرفته، لا مقدارها في نفس الأمر، واحتجّ هذا القائل: بأنّ النصوص متناهية، وحوادث العباد غير متناهية، وإحاطة المتناهي بغير المتناهي ممتنع، قال: وهذا احتجاج فاسد جداً من وجوه:

(١) إعلام الموقعين: ٢٣٩/١ - ٢٤٠.

(٢) إعلام الموقعين: ٢٤٨/١ - ٢٤٩، ومراد المؤلف من العبارة الأخيرة، الإشارة إلى قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّاعُوا يَدَّهُمْ لَكُوفًا وَكَلَّوْا رُءُوفَهُ إِلَى الرَّسُولِ وَرَأَىٰ أَنَّىٰ أَمْرٌ مِّنْهُمْ لَعَلَّكَ تَلْمِزُهُمُ الْعِلْمَ الَّذِينَ يَسْتَظِلُّوهُمْ مِنْهُمْ ﴾ [النساء: ٨٣].

- أحدها: إن ما لا تنهـى أفراده لا يمتنع أن يُجعل أنواعاً، فُيُحَكَّم لكل نوع منها بحكم واحد. فتدخل الأفراد التي لا تنهـى تحت ذلك النوع.

- الثاني: أن أنواع الأفعال، بل والأعراض كلها متناهية.

- الثالث: أنه لو قدر عدم تنهـيها، فإن أفعال العباد الموجودة إلى يوم القيامة متناهية، وهذا كما تجعل الأقارب نوعين: نوعاً مباحاً وهو بنات العم والعمة، وبنات الخال والخالة، وما سوى ذلك حرام. وكذلك يُجعل ما ينقض الوضوء محصوراً، وما سوى ذلك لا ينقضه، وكذلك ما يفسد الصوم، وما يوجب الغُسل، وما يوجب العدة، ما يُمنع منه المحرم. . . وأمثال ذلك.

وإذا كان أرباب المذاهب يضبطون مذاهبهم ويحصرونها بجوامع تحيط بما يحلّ ويحرم عندهم مع قصور بيانهم، فالله ورسوله المبعوث بجوامع الكلم، أقدر على ذلك، فإنه ﷺ يأتي بالكلمة الجامعة، وهي قاعدة عامة وقضية كلية، تجمع أنواعاً وأفراداً، وتدلّ دالتين: دلالة طرد، ودلالة عكس^(١). وضرب لذلك أمثلة من الكتاب والسنة.

وعندما يتجه المفتي إلى البحث عن الدليل عند حدوث نازلة، فإنه في هذه الحال إما أن يجد دليلاً من الكتاب والسنة أو أحدهما أولاً.

فإن وجد دليلاً: فهل هو منطوق أو مفهوم، وإذا كان منطوقاً هل هو نص أو ظاهر، وإذا كان مفهوماً: هل هو مفهوم موافقة، أو مفهوم مخالفة، وهل مفهوم الموافقة من قبيل فحوى الخطاب أو لحن الخطاب، (وهل دلالة المفهوم من قبيل دلالة الاقتضاء أو الإشارة، أو الإيماء والتنبيه)^(٢).

(١) إعلام الموقعين: ١/ ٣٧١-٣٧٢.

(٢) جعلت هذه العبارة بين قوسين، للخلاف القائم بين الأصوليين، هل هي من قبيل المنطوق، أو المفهوم؟.

وإذا كان مفهوم مخالفة: فمن أي أنواعه، وهل اللفظ مجمل أو مبين، وهل اللفظ عام، أو خاص، وهل هو مطلق، أو مقيد...؟.

وهل مراد المتكلم باللفظ: الحقيقة الشرعية، أو العرفية أو اللغوية، أو المنجاز، ثم هل الحكم الذي توصل إلى دليله منسوخ أو غير منسوخ؟.

وإن لم يجد الدليل في الكتاب والسنة، فسيُتجه بحثه حينئذٍ إلى ما يمكن أن يكون قد صدر في مثل هذه النازلة من فتوى: إما من الخلفاء الراشدين، أو بعضهم، أو إجماع الصحابة، أو بعضهم، أو إجماع أهل العلم في زمن معين. فإن لم يجد فإنه حينئذٍ يتجه إلى الاجتهاد، وذلك بأحد الطرق الآتية:

أ - أن يعين المراد من دليل ظني الدلالة، لاحتماله أكثر من معنى، دون تعسف، ولا تحميل اللفظ ما لا يحتمله.

ب - أن يرجح - عن التعارض - دليلاً على آخر، بوجه من وجوه الترجيح المعتمدة... وقد أوصل أبو بكر محمد بن حازم أوجه الترجيح إلى خمسين وجهاً، وذلك في صدر كتابه: (الاعتبار في النسخ والمنسوخ من الآثار).

ج - أن يأخذ بالقياس الصحيح، وذلك بإلحاق مسكوت عنه بمنصوص عليه لتساويهما في علة الحكم.

الاجتهاد الجماعي:

وهنا يجدر بنا أن نشير إلى أهمية الاجتهاد الجماعي، خصوصاً في الأعصر المتأخرة، التي ندر فيها وجود العلماء المجتهدين، وكثرت فيها القضايا التي لم تكن معروفة في عصور سابقة، إلى جانب ما للاجتهاد الجماعي من أهمية بالغة في ندرة الخطأ، وكونه أقرب إلى إدراك الصواب، وإلى العصمة عن الخطأ.

فالاجتهاد الجماعي يحقق مبدأ الشورى الذي شرعه الله عزَّ وجلَّ

لعباده، بل أمر به رسوله ﷺ، ومارسه النبي ﷺ في حياته، فالحق تبارك وتعالى يقول: ﴿ وَشَاوَرَهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾ [آل عمران: ١٥٩]، ويقول في وصف المؤمنين: ﴿ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ ﴾ [الشورى: ٣٨].

وأما في ممارسة النبي ﷺ والأئمة بعده للشورى، فإن النبي ﷺ شاور أصحابه يوم أحد في المقام والخروج، وشاور علياً وأسامة رضي الله عنهما فيما رمى به أهل الإفك عائشة رضي الله عنها.

وكانت الأئمة يستشيرون الأئمة من أهل العلم في الأمور المباحة ليأخذوا بأسهلها، وكان القراء أصحاب مشورة عمر كهولاً كانوا أو شباناً^(١).

ومن مشاورة النبي ﷺ في الأحكام، ما أخرجه الترمذي وحسنه، وصححه ابن حبان من حديث علي رضي الله عنه، قال: لما نزلت ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَلَّجْتُمُ الرَّسُولَ . . . ﴾ [المجادلة: ١٢]، قال لي النبي ﷺ: ما ترى؟ دينار، قلت: لا يطيقونه، قال: فنصف دينار. . .؟ قلت: لا يطيقونه، قال: فكم؟ قلت: شعيرة، قال: إنك لزهيد. . . فنزلت: ﴿ أَءَسْفَقْتُم . . . ﴾ [المجادلة: ١٣]، قال: فبي خفف الله عن هذه الأمة^(٢).

ومما ورد في استشارة الأئمة بعد النبي ﷺ أخبار كثيرة، منها:

مشاورة أبي بكر رضي الله عنه في قتال أهل الردة، أخرج البيهقي بسند صحيح عن ميمون بن مهران، قال: «كان أبو بكر الصديق إذا ورد عليه أمر نظر في كتاب الله، فإن وجد فيه ما يقضي به قضى بينهم، وإن علمه من سنة رسول الله ﷺ قضى به، وإن لم يعلم خرج فسأل المسلمين عن السنة، فإن

(١) رواه البخاري تعليقاً، في الاعتصام: ١٦٣/٨؛ وقد ذكر الحافظ ابن حجر هذه الأمثلة التي أوردها الإمام البخاري، وبين أنها وردت موصولة بطرق صحيحة، بعضها في البخاري وبعضها في غيره؛ الفتح: ٣٤٠/١٣.

(٢) فتح الباري: ٣٤٠/١٣؛ وقال الحافظ: ففي هذا الحديث المشاورة في بعض الأحكام.

أعياء ذلك دعا رؤوس المسلمين وعلماءهم، واستشارهم، وإنَّ عمر بن الخطاب كان يفعل ذلك»^(١).

وأورد الحافظ ابن حجر بعض الصور التي شاور فيها عمر رضي الله عنه، مثل:

إملاص^(٢) المرأة، وقاتل الفرس، ومشاورته المهاجرين والأنصار، ثم قريشاً لما أرادوا دخول الشام وبلغه أنَّ الطاعون وقع بها^(٣).

وفي سنن البيهقي أيضاً عن ميمون بن مهران: «أنَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يفعل ذلك، فإنَّ أعياءه أن يجد في القرآن والسنة، نظر هل كان لأبي بكر رضي الله عنه فيه قضاء، فإن وجد أبا بكر رضي الله عنه قد قضى فيه بقضاء قضى به، وإلا دعا رؤوس المسلمين، وعلماءهم واستشارهم، فإذا أجمعوا على الأمر قضى به»^(٤).

وقال الحافظ ابن حجر أيضاً - عن أثر الشورى في سداد الرأي -:

أخرج البخاري في الأدب المفرد، وابن أبي حاتم بسند قوي عن الحسن، قال: ما تشاور قوم قط بينهم إلا هداهم الله لأفضل ما يحضرهم، وفي لفظ: إلا عزم الله لهم بالرشد أو بالذي ينفع^(٥).

وفي تفسير قوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾.. أخرج ابن أبي حاتم بسند حسن عن الحسن أيضاً، قال: قد علم أنه ما به إليهم حاجة، ولكن أراد

(١) السنن الكبرى: ١١٤/١٠.

(٢) الإملاص: إسقاط الولد.. بسبب ضرب بطن أمه، والرواية في البخاري، في الاعتصام: ١٥٠/٨.

(٣) فتح الباري: ٣٤٢/١٣.

(٤) المرجع السابق: ١١٥/١٠.

(٥) انظر الأدب المفرد برقم (٢٥٨).

أن يستنّ به من بعده^(١) .

ومن هذه الأدلة، والسنن التي سار عليها رسول الله ﷺ والأئمة من بعده، ندرك أهمية الشورى، وبالأخص فيما يتعلق بالأحكام، ذلك أن احتمال الخطأ من الفرد، أقوى من احتمال من الجماعة، فالاجتماع والتشاور يفتح باب الحوار، ويجد كل فرد عند غيره من الأدلة والعلم والفهم والفقهاء والإدراك، وطريقة الاستنباط، ما لا يجده عند نفسه، وتتقارب الأفهام وتضيق هوة الخلاف، وتجعل الفتوى تخرج بصورة أقرب إلى الكمال، وأبعد عن الزلل، ويجد المرء في الشورى إنقاذاً لنفسه من التّقول على الله ما لم يقل، ومن التوقيع عن الله عز وجل بما لم يأذن به، والمؤمن المنصف الباحث عن الحق، المتجرّد عن الهوى والتعصب للرأي أو المذهب، يود لو أنّ الله عز وجل يجري الحق على لسان غيره، تجنباً لتحمل المسؤولية في هذا الشأن .

كما أن الفتوى الجماعية أكثر قبولاً عند عامة الناس، إذ يمنح ذلك نوعاً من الثقة والطمأنينة، وقد يكون ذلك من أسباب تقارب الآراء عند أهل العلم، ومفتاحاً لتوحيد التشريعات في الأمة الإسلامية . . وبالتالي تكون سبيلاً إلى وحدة الأمة، إذ وحدة الفكر من أهم أسباب وحدة الأمة، والمرء يدرك ما الذي حصل عند أتباع المذاهب من القطيعة، والعصبية المقيتة التي ماتزال آثارها ملموسة إلى اليوم، والتي كانت من عوامل تمزق الأمة، وغلبة الأهواء عند العامة .

ولضمان سلامة الاجتهاد من الزلل، وصونه من الفوضى في عصورنا المتأخرة، فإن الشيخ عبد الوهاب خلاف - رحمه الله - بالغ في منع الاجتهاد الفردي، وجعل حق الاجتهاد للجماعة فقط، إذا توافرت فيهم الأهلية، فقال :

(١) فتح الباري: ١٣/٣٤٠ .

«الذين لهم الاجتهاد بالرأي، هم الجماعة التشريعية الذين توافرت في كل واحد منهم المؤهلات الاجتهادية، التي قررها علماء الشرع الإسلامي، فلا يسوغ الاجتهاد بالرأي لفرد مهما أوتي من المواهب، واستكمل من المؤهلات، لأن التاريخ أثبت أن الفوضى التشريعية في الفقه الإسلامي، كان من أكبر أسبابها الاجتهاد الفردي، ولا يسوغ الاجتهاد بالرأي لجماعة إلا إذا توافرت في كل فرد من أفرادها شرائط الاجتهاد، ومؤهلاته، ولا يسوغ الاجتهاد بالرأي لجماعة توافرت في كل فرد من أفرادها شرائط الاجتهاد ومؤهلاته إلا بالطرق والوسائل التي مهدها الشرع الإسلامي للاجتهاد بالرأي، والاستنباط فيما لا نصّ فيه».

«فاجتهاد الجماعة التشريعية المتوافرة في أفرادها شرائط الاجتهاد، تنفي الفوضى التشريعية، وتشعّب الاختلافات، وباستخدام الطرق والوسائل التي مهدها الشرع الإسلامي للاجتهاد بالرأي يؤمن الشطط، ويُسار على سنن الشارع في تشريعه وتقنينه»^(١).

ومع أن الاجتهاد الجماعي - كما ذكرت سابقاً - له أهمية بالغة في تضيق دائرة الخطأ فيما يتوصل إليه أهله، وفي تقريب وجهات النظر بين أهل العلم، وأنه من أهم العوامل في جمع الكلمة والقضاء على مظاهر الخلاف المؤدي إلى التنازع والشقاق، إلا أنه يصعب الجزم بمنع الاجتهاد الفردي لمن توافرت فيه أهلية الاجتهاد، سواء في الجوانب العلمية أو في التحلي بالتقوى والورع، والسلامة من الأهواء والعصبية، مع القدرة على الاستنباط، وقد ردّ كثير من الأئمة على من ادعى استحالة الاجتهاد بعد الأئمة الذين دونت مذاهبهم، وانتشرت في الأمصار. . منهم: الإمام محمد ابن إسماعيل الأمير الصنعاني، في رسالته (إرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد).

(١) مصادر التشريع الإسلامي، ص ١٣.

فقد ردّ على القائلين بمنع الاجتهاد المطلق في العصور المتأخرة، ومما جاء فيه قوله: «قد علمت مما سقناه، أن الله - وله الحمد والمثنة - قد قيّض للمتأخرين أئمة من المتقدمين جمعوا لهم العلوم اللغوية والحديثية من الأفواه والصدور، وحفظوها في الأوراق والسطور، وذلّلوا لهم صعاب المعارف، وقادوها إلى كل ذكي عارف، ودوّنوا الأصول واللغة بأنواعها مع انتشارها واتساعها، وأدخلوا علوم الاجتهاد لأهلها من كل باب. . . تارة بإيجاز. . . وتارة بإسهاب وإطناب، وهذا شيء لاشك فيه ولا ارتياب، ولا يجهره إلا من ليس من أولي الألباب، الذين نحوهم يُساق هذا الخطاب».

«وبعد هذا فالحق الذي ليس عليه غبار، الحكم بسهولة الاجتهاد في هذه الأعصار، وأنه أسهل منه في الأعصار الخالية، لمن له في الدين همة عالية، ورزقه الله فهماً صافياً، وفكراً صحيحاً، ونباهة في علمي السنّة والكتاب، فإن الأحاديث في الأعصار الخالية كانت مفرقة في صدور الرجال، وعلوم اللغة في أفواه سكان البوادي ورؤوس الجبال، حتى جمعت متفرقاتها ونفقت ممزقاتها، حتى لا يحتاج طالب العلم في هذه الأعصار إلى الخروج من الوطن، وإلى شد الرحال والظعن، فيا عجباه حين تفضل الله بجمعها من الأغوار والأنجاد، وسهّل سيقها للعباد، حتى أينعت رياضها، وأترعت حياضها، وأجريت عيونها، وتهذلت بشمارها غصونها، وفاض في ساحات تحقيقها معينها، واشتدّ عضدها وجلّ ساعدها، وكثر معينها. وتعدّر الاجتهاد، ما هذا والله إلا من كفران النعمة وجحودها، والإخلاد إلى ضعف الهمة وركودها، إلا أنه لا بد مع ذلك أو لأمن غسل فكرته من أدران العصبية، وقطع مادة الوسواس المذهبية، وسؤال للفتح من الفتح العليم، وتعرض لفضل الله، فإن الفضل بيد الله يؤتیه من يشاء، والله ذو الفضل العظيم»^(١).

ولالإمام محمد بن علي الشوكاني في كتابه (القول المفيد في أدلة

(١) مصادر التشريع الإسلامي، ص ٣٦-٣٧.

الاجتهاد والتقليد) كلام مهم في الردّ على مدّعي إغلاق باب الاجتهاد، خلاصته: «إن القائلين بهذه المقالة، قد ادّعوا أنه قد انقطع التفضّل من الله سبحانه به على عباده، وأنّ من يتجاراً^(١) على مثل هذه المقالة وحكم على الله سبحانه بمثل هذا الحكم المتضمن تعجيزه عن التفضّل على عباده، بما أرشدهم إليه من تعلّم العلم وتعليمه، لا يعجز عن التجرؤ على أن يحكم على عباده بالأحكام الباطلة، ويجازف في إيراده وإصداره، وبالله العجب، ما قنع هؤلاء الجهلة بالتوكؤ بما هم عليه من بدعة التقليد؛ التي هي أم البدع، ورأس الشنع، حتى سدّوا على أمة محمد ﷺ باب معرفة الشريعة من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، وأنه لا سبيل إلى ذلك ولا طريق حتى كأنّ الأفهام البشرية قد تغيّرت، والعقول الإنسانية قد ذهبت، وكل هذا حرص منهم على أن تعمّ بدعة التقليد كل الأمة، وأن لا يرتفع عن طبقتهم السافلة أحد من عباد الله»^(٢).

مراعاة مقاصد الشريعة:

وإذا أقدم المفتي على الفتوى، فإنه يجب أن يراعي - عند عدم وجود الدليل - مقاصد الشريعة الإسلامية، من جلب المصالح ودفع المفسد، إذ الشريعة الإسلامية مبنية على هذا الأساس: أعني جلب المصلحة، ودفع المفسدة، ولزوم هذه المقاصد عبادة لله تعالى، وطاعة له، «والمفهوم من وضع الشارع أنّ الطاعة أو المعصية تعظم بحسب عظم المصلحة أو المفسدة الناشئة عنها»^(٣)، إلا أنّ الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد،

(١) هكذا جاءت في (القول المفيد)، ولم يذكر صاحب اللسان، ولا صاحب القاموس هذه الصيغة في ماضي (جرأ).

(٢) ص ٨١-٨٢.

(٣) الموافقات: ٢/٢٩٨-٢٩٩.

دون الالتفات إلى المعاني، «فالركن الوثيق الذي ينبغي الالتجاء إليه الوقوف عندما حد دون التعدي إلى غيره»^(١)، وأما الأصل في العادات فالالتفات إلى المعاني. . وقد أورد الإمام الشاطبي على ذلك أدلة، وهي قوله:

«أولها: الاستقراء، فإننا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد، والأحكام العبادية تدور معه حيثما دار، قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأْتُوا لِيَأْتِيَ﴾ [البقرة: ١٧٩]. . وقال أيضاً: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

وفي الحديث: «لا يقضي القاضي وهو غضبان»^(٢). وقال: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣).

الثاني: أن الشارع توسع في بيان العلل والحكم، في تشريع باب العادات. . وأكثر ما علل فيها بالمناسب الذي إذا عرض على العقول تلقته بالقبول^(٤) ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيها اتباع المعاني لا الوقوف مع النصوص.

الثالث: أن الالتفات إلى المعاني قد كان معلوماً في الفترات، واعتمد عليها العقلاء، حتى جرت بذلك مصالحهم، وأعملوا كلياتها على الجملة فاطردت لهم، ومن هنا أقرت الشريعة جملة من الأحكام التي جرت

(١) الموافقات: ٣٠٣/٢-٣٠٤.

(٢) البخاري، الأحكام: ١٠٨/٨ - ١٠٩ بلفظ: لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان؛ ومسلم برقم (١٧١٧)؛ وأحمد: ٣٦/٥، ٣٨؛ وأصحاب السنن عن أبي بكر.

(٣) أحمد: ٣١٣/١؛ وابن ماجه برقم (٢٣٤١) عن ابن عباس؛ والحاكم: ٥٨/٢؛ والبيهقي في السنن الكبرى: ٦٩/١ - ٧٠؛ والدارقطني: ٧٧/٣ عن أبي سعيد الخدري، وهو في صحيح الجامع الصغير برقم (٧٥١٧).

(٤) ويعرفه الأصوليون، بأنه: وصف ظاهر منضبط.

في الجاهلية: كالدية، والقسامة، والاجتماع يوم العروبة - وهي الجمعة - للوعظ والتذكير، والقراض^(١)، وكسوة الكعبة، وأشياء ذلك مما كان عند أهل الجاهلية محموداً، وما كان من محاسن العوائد، ومكارم الأخلاق التي تقبلها العقول، وهي كثيرة^(٢).

وعلى هذا فإن مراعاة جلب المصلحة، ودفْع المفسدة، واجب عند إصدار الفتوى سيراً مع مقاصد الشريعة الإسلامية، وقد اعتنى أهل العلم بهذا الجانب عناية فائقة، فيما حرّره أمثال: العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام، والقرافي في (الفروق) . . والشاطبي في (الموافقات) وغيرهم، وأذكر هنا مثلاً حرّره هؤلاء الأئمة في ذلك:

يقول الإمام العز بن عبد السلام في (قواعد الأحكام في مصالح الأنام)^(٣):

«ومعظم مصالح الدنيا ومفاسدها معروف بالعقل، وذلك في معظم الشرائع، إذ لا يخفى على عاقل قبل ورود الشرع، أنّ تحصيل المصلحة المحضّة، ودرء المفاسد المحضّة عن نفس الإنسان وعن غيره محمودٌ حَسَنٌ، وأنّ تقديم أرجح المصالح فأرجحها محمودٌ حَسَنٌ، وأنّ درء أفسد المفسد فأفسدها محمود حسن، وأنّ تقديم المصالح الراجحة على المفسد المرجوحة محمودٌ حَسَنٌ، وأنّ درء المفسد الراجحة على المصالح المرجوحة محمودٌ حَسَنٌ، وأنّ اتفاق العلماء على ذلك . . وكذلك الشرائع على تحريم الدماء، والأبضاع والأموال والأعراض، وعلى تحصيل الأفضل فالأفضل من الأقوال والأعمال».

(١) وهي المضاربة.

(٢) الموافقات: ٢/٣٠٥-٣٠٧.

(٣) ٧-٤/١.

«واعلم أنّ تقديم الأصلاح فالأصلح، ودرء الأفسد فالأفسد، مركزوز في طبائع العباد نظر ألهم من رب الأرباب».

«وأما مصالح الآخرة ومفاسدها، فلا تعرف إلا بالنقل، ومصالح الدارين ومفاسدهما في رتب متفاوتة: فمنها ما هو في أعلاها، ومنها ما هو في أدناها، ومنها ما يتوسط بينهما، وهو ينقسم إلى متفق عليه، ومختلف فيه: فكل مأمور به، ففيه مصلحة الدارين أو إحداهما، وكل منهي عنه، ففيه مفسدة الدارين أو إحداهما».

«ومعظم مقاصد القرآن، الأمر باكتساب المصالح وأسبابها، والزجر عن اكتساب المفاسد وأسبابها».

«والمصالح ثلاثة أنواع: أحدها: مصالح المباحات. الثاني: مصالح المندوبات. . الثالث: مصالح الواجبات».

«والمفاسد نوعان: أحدهما: مفاسد المكروهات. الثاني: مفاسد المحرمات».

ولا يقف الحد عند هذا في جلب المصالح، ودفع المفاسد، بل قد تقتضي الضرورات تحمّل بعض المفاسد، لدفع مفاسد أكبر، أو الحفاظ على بعض المصالح مخافة فوات جميعها، وفي ذلك يقول عبد السلام أيضاً^(١):

«قاعدة في تعذّر العدالة في الولايات: إذا تعذّرت العدالة في الولاية العامة، والخاصة، بحيث لا يوجد عدل، ولينا أقلهم فسوقاً، وله أمثلة».

«أحدها: إذا تعذّر في الأئمة فيقدم أقلهم فسوقاً عند الإمكان، فإذا كان الأقل فسوقاً يفرّط في عُشر المصالح العامة مثلاً، وغيره يفرّط في

(١) قواعد الأحكام: ٧٣/١.

خُمسها، لم تجز تولية من يفرط في الخمس، فما زاد عليه، ويجوز تولية من يفرط في العشر، وإنما جَوَّزنا ذلك، لأن حفظ تسعة الأعشار بتضييع العُشر أصلح للأيتام، ولأهل الإسلام، من تضييع الجميع، ومن تضييع الخُمس أيضاً، فيكون هذا من باب: دفع أشد المفسدتين بأخفهما. . ولو استولى الكفار على إقليم عظيم، فولّوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة، فالذي يظهر إنفاذ ذلك كله، جلباً للمصالح العامة ودفعاً للمفاسد الشاملة، إذ يبعد عن رحمة الشارع ورعايته لمصالح عباده تعطيل المصالح العامة، وتحتمل المفاسد الشاملة، لفوات الكمال فيمن يتعاطى توليتها لمن هو أهل لها، وفي ذلك احتمال بعيد» .

«المثال الثاني: الحكام إذا تفاوتوا في الفسوق، قدمنا أقلهم فسوقاً، لأننا لو قدمنا غيره لفات من المصالح ما لنا عنه مندوحة، ولا يجوز تفويت مصالح الإسلام إلا عند تعذر القيام بها، ولو لم يُجز هذا وأمثاله لضاعت أموال الأيتام كلها، وأموال المصالح بأسرها، وقد قال الله تعالى: ﴿ فَأَنْفِقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ ﴾ [التغابن: ١٦] .

«المثال الثالث: إذا تعذرت العدالة في ولاية الأيتام فيختص بها أقلهم فسوقاً فأقلهم، لأن حفظ البعض أولى من تضييع الكل، فإذا كان مال اليتيم ألفاً، وأقلهم فسوقاً يخون في مائة من الألف، ويحفظ الباقي، لم يجز أن يُدفع إلى من يخون في مائتين فما زاد عليها» .

«المثال الرابع: فوات العدالة في المؤذنين، والأئمة، يُقدّم فيها الفاسق على الأفسق، تحصيلاً للمصالح على حسب الإمكان» .

«المثال الخامس: إذا تفاوت رتب الفسوق في حق الأئمة، قدمنا أقلهم فسوقاً، مثل إن كان فسق أحد الأئمة بقتل النفوس، وفسق الآخر بانتهاك حرمة الأبخاع، وفسق الآخر بالتعرض للأموال، قدمنا المتعرض للأموال على المتعرض للدماء والأبخاع، فإن تعذر تقديمه، قدمنا المتعرض للأبخاع

على من يتعرّض للدماء ، وكذلك يترتب التقديم على الكبير من الذنوب
والأكبر ، والصغير منها والأصغر . . على اختلاف رتبها» .

فإن قيل : أيجوز القتال مع أحدهما لإقامة ولايته ، وإدامة تصرّفه ، مع
إعانتة على معصيته؟ قلنا : «نعم دفعا لما بين مفسدتي الفسوقين من التفاوت ،
ودرءاً للأفسد فالأفسد ، وفي هذا وقفة وإشكال . . من جهة أننا نعين الظالم
على فساد الأموال دفعا لمفسدة الأبخاع ، وهي معصية ، وكذلك نعين الآخر
على إفساد الأبخاع دفعا لمفسدة الدماء ، وهي معصية . . ولكن قد تجوز
الإعانة على المعصية ، لا لكونها معصية ، بل لكونها وسيلة إلى تحصيل
المصلحة الراجعة ، وكذلك إذا حصل بالإعانة مصلحة تربى على مصلحة
نفويت المفسدة ، كما تبذل الأموال في فدى (الأسرى) الأحرار المسلمين من
أيدي الكفرة والفجرة» .

ثم قال - عقب هذه الأمثلة - : «ومبنى هذه المسائل كلّها على
الضرورات ومسيب الحاجات ، وقد يجوز في حال الاضطرار ما لا يجوز في
حال الاختيار» . اهـ .

وعند مراعاة المصلحة لا بد من مراعاة الأمور الآتية :

«أولاً : أن يثبت بالبحث وإنعام النظر أنها مصلحة حقيقية لا وهمية ،
أي أنّ بناء الحكم عليها يجلب نفعاً أو يدفع ضرراً ، لأنها بهذا تكون مصلحة
متفقة - في الجملة - والمصالح التي قصدها الشارع .

وأما مجرد توهم المصلحة من غير بحث دقيق ، ولا استقراء شامل ،
ومن غير موازنة بين وجوه النفع ، ووجوه الضرر ، فهذه مصلحة وهمية
لا يسوغ بناء التشريع عليها»^(١) .

(١) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه ، عبد الوهاب خلاف ، ص ٩٩ - ١٠٠ .

وليس المراد بالمصلحة هنا: مطلق المصلحة، لأن المصالح والمفاسد، لا تتمخض في الدنيا، ولكن المراد أن تكون المصلحة هي الغالبة، يقول الإمام أبو إسحاق الشاطبي: «المصالح المبنوثة - في هذه الدار - يُنظر فيها من جهتين: من جهة مواقع الوجود، ومن جهة تعلق الخطاب الشرعي بها».

«فأما النظر الأول: فإن المصالح الدنيوية - من حيث هي موجودة هنا - لا يتخلص كونها مصالح محضة، وأعني بالمصالح ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان، وتمام عيشه، ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق، حتى يكون منعماً على الإطلاق، وهذا في مجرد الاعتبار لا يكون، لأن تلك المصالح مشوبة بتكاليف ومشاق، قلت أو كثرت، تقترن بها، أو تسبقها، أو تلحقها؛ كالأكل والشرب واللبس والسكن، والركوب والنكاح، وغير ذلك، فإن هذه الأمور لا تنال إلا بكد وتعب، كما أن المفاسد الدنيوية ليست بمفاسد محضة - من حيث مواقع الوجود - إذ ما من مفسدة - تفرض في العادة الجارية - إلا ويقترن بها، أو يسبقها، أو يتبعها من الرفق واللطف، ونيل اللذات كثير».

«ويدلّ على ذلك ما هو الأصل: وذلك أنّ هذه الدار وضعت على الامتزاج بين الطرفين والاختلاط بين القبيلين، فمن رام استخلاص جهة فيها لم يقدر على ذلك، وبرهانه التجربة التامة من جميع الخلائق، وأصل ذلك، الإخبار بوضعها على الابتلاء والاختبار والتمحيص. قال تعالى: ﴿وَبَلَّوْكُمْ بِالشَّرِّ وَالْخَيْرِ فِتْنَةً﴾ [الأنبياء: ٣٥]، ﴿لِيَبْلُوكُمْ أَيَكُونُوا أَحْسَنُ عَمَلًا﴾ [المّلك: ٢]، وما في هذا المعنى، وقد جاء في الحديث: «حُفَّتِ الْجَنَّةُ بِالْمَكَارِهِ، وَحُفَّتِ النَّارُ بِالشَّهَوَاتِ»^(١)، فلهذا لم يخلص لأحد جهة خالية من شركة الجهة الأخرى».

(١) مسلم عن أنس برقم (٢٨٢٢).

«فإذا كان كذلك فالمصالح والمفاسد الراجعة إلى الدنيا، إنما تُفهم على مقتضى ما غلب؛ فإذا كان الغالب جهة المصلحة، فهي المصلحة المفهومة عُرفاً، وإذا غلبت الجهة الأخرى فهي المفسدة المفهومة عُرفاً، ولذلك كان الفعل ذو الوجهين منسوباً إلى الجهة الراجعة، فإن رجحت المصلحة فمطلوب. . . ويقال فيه: إنه مصلحة، وإذا غلبت جهة المفسدة فهروب عنه، ويقال: إنه مفسدة، على ما جرت به العادات في مثله».

«وأما النظر الثاني فيها- من حيث تعلق الخطاب بها شرعاً-: فالمصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة، في حكم الاعتیاد، فهي المقصودة شرعاً، ولتحصيلها وقع الطلب على العباد، ليجري قانونها على أقوم طريق؛ وأهدى سبيل، وليكون حصولها أتم وأقرب، وأولى بنيل المقصود، على مقتضى العادات الجارية في الدنيا؛ فإن تبعها مفسدة أو مشقة، فليست بمقصودة في شرعية ذلك الفعل وطلبه».

«وكذلك المفسدة، إذا كانت هي الغالبة بالنظر إلى المصلحة في حكم الاعتیاد، فرفعها هو المقصود شرعاً، ولأجله وقع النهي، ليكون رفعها على أتم وجوه الإمكان العادي في مثلها، حسبما يشهد له كل عقل سليم، فإن تبعها مصلحة أو لذة، فليست هي المقصودة بالنهي عن ذلك الفعل، بل المقصود ما غلب في المحل، وما سوى ذلك ملغى في مقتضى النهي، كما كانت جهة المفسدة ملغاة في جهة الأمر»^(١). اهـ.

وعند تعارض المصالح، يقدم الأهم منها، فلا يُنظر إلى مصلحة تفوت مصلحة أهم منها، فإذا تعارضت مصلحتان في مناه واحد، تعارضاً كلياً، بحيث كان لا بد لنيل إحدهما من تفويت الأخرى، قدّم الإبقاء على الأهم منهما، وتفويت الأخرى، فإذا تعارض ما به حفظ الدّين على ما به حفظ

(١) الموافقات: ٢/٢٥-٢٧.

النفس، قُدِّم ما به حفظ الدين، ولذلك شُرِع الجهاد - وفيه إزهاق الأنفس - من أجل الحفاظ على الدين، وإذا تعارض ما به حفظ النفس على ما به حفظ العقل، قُدِّم ما به حفظ النفس . . . وهكذا، كما يُقدِّم حفظ الضروريات على الحاجيات، والحاجيات على التحسينيات، عند التعارض .

«الأمر الثاني: أن تكون هذه المصلحة الحقيقية عامة، أي ليست مصلحة شخصية، أي أن بناء الحكم عليها يجلب نفعاً لأكثر الناس، أو يدفع ضرراً عن أكثرهم، وأما المصلحة التي هي نفع لأمير أو عظيم أو أي فرد بصرف النظر عن أكثر الناس، فلا يصبح بناء التشريع عليها، لأنها إذا كانت عامة كانت مقصودة للشارع، ولو كان فيها مضرّة لفرد أو أفراد»^(١).

والمراد أن الشارع جاء لمراعاة المصالح العامة التي تندرج تحتها المصالح الخاصة، فإذا روعيت المصلحة الخاصة، دون مراعاة للمصلحة العامة، فهذا مخالف لمقاصد الشرع، إذ الشارع يراعي المصالح العامة، وإن ترتب عليها مفسدة للفرد، فالضرر الخاص يتحمل دفعاً للضرر العام، ولهذا إذا تعارضت المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة قُدِّمت المصلحة العامة.

فمثلاً: أوجب الشارع قطع يد السارق، وفي ذلك مفسدة للمحدود، ولكن الشارع راعى هنا مصلحة الجماعة من حيث حفظ الأموال، وهكذا يُقال في سائر إقامة الحدود كالحد على الزاني والقاذف وغيرهما . . .

«الأمر الثالث: أن تكون هذه المصلحة الحقيقية العامة، لا تعارض نصاً ولا إجماعاً»^(٢).

(١) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، عبد الوهاب خلاّف، ص ١٠٠.

(٢) المرجع السابق نفسه.

ذلك أن المصالح الشرعية إنما عُرفت بالرجوع إلى الأحكام الشرعية المستنبطة من الأدلة التفصيلية الواردة في الكتاب والسنة، فإذا جاءت المصلحة معارضة للدليل الشرعي، فإنَّ ذلك يستلزم معارضة المدلول لدليله، وهو باطل، وقد أوجب الله عز وجل التمسك بما جاء في كتابه وسنة رسوله ﷺ، وذلك في مثل قوله تعالى:

﴿ وَأَن أَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ هُمْ وَأَحْذَرُهُمْ أَن يَفْتَنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ﴾ [المائدة: ٤٩].

﴿ إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيمًا ﴾ [النساء: ١٠٥].

﴿ فَإِن نَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ [النساء: ٥٩].

﴿ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا ﴾ [الحشر: ٧].

﴿ وَإِن تَطِيعُوهُ تَهْتَدُوا ﴾ [النور: ٥٤].

فالمصلحة الحقيقية هي المدلول عليها بالنص، كالتي يدل عليها مثل قوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ ﴾ [النساء: ١١] . . ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وأياً مصلحة تخالف دلالة مثل هذه النصوص، فهي متوهمة، فدلالة المصلحة على الحكم دلالة ظنية، ودلالة النص قطعية، والظني لا يعارض القطعي.

وقد ظهر من ينادي بتقديم المصلحة مطلقاً حتى على النص والإجماع عند معارضتها لهما، وقد تولى أهل العلم الرد على مزاعمه، وبيان تهافتها وبطلانها، ويحسن هنا أن أنقل نص عبارة الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي في كتابه (ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية) في الرد على

الطوفي^(١) الذي كان أول من ينادي بذلك ، حيث يقول: «فهذا الإجماع الذي بدأ منذ عصر الصحابة ، لم يزل ساري المفعول لدى مختلف طبقات الأئمة والعلماء على اختلاف آرائهم واجتهاداتهم ، إلى أوائل النصف الثاني من القرن السابع الهجري ، حيث ظهر في هذه الفترة رجل من علماء الحنابلة اسمه سليمان بن عبد القوي الطوفي . . وما لبث أن نادى في بعض مؤلفاته بضرورة تقديم المصلحة مطلقاً على النص والإجماع عند معارضتها لهما .

فقد ألّف كتاباً في شرح الأربعين حديثاً ، وأفاض في الكلام عند شرحه لحديث «لا ضرر ولا ضرار» وبعد أن بيّن فيه أنه يقتضي رعاية المصالح إثباتاً ، والمفاسد نفياً ، وجعل أدلة الشرع في حسابه تسعة عشر دليلاً ، قال ما نصه :

«وهذه الأدلة التسعة عشرة أقواها النص والإجماع ، ثم هما إما أن يوافقا رعاية المصلحة أو يخالفها ، فإن وافقاها فيها ونعمت ولا نزاع ، وإن خالفها وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتئات عليهما والتعطيل لهما» .

وعمدة دليله على كلامه هذا ، اعتباره المصلحة دليلاً أقوى من كل من النص والإجماع ، فهو يقول : إنّ رعاية المصلحة أقوى من الإجماع ، ويلزم من ذلك أنها أقوى أدلة الشرع ، لأنّ الأقوى من الأقوى أقوى .

(١) قال ابن العماد في شذرات الذهب : ٣٩/٦ - ٤٠ : نجم الدين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي الصرصري ، ثم البغدادي الحنبلي الأصولي المتفنن ، ولد سنة بضع وسبعين وستمائة ، بقرية طوفا من أعمال صرر ، ثم ذكر حياته العلمية ومؤلفاته ، وأعقب ذلك بقوله : وكان مع ذلك كله شيعياً منحرفاً في الاعتقاد عن السنة . . حتى أنه قال عن نفسه : أشعري حنبلي رافضي ، هذه إحدى العبر ، ووجدله في الرفض قصائد ، ويلوح به في كثير من تصانيفه ، حتى أنه صنّف كتاباً سماه : العذاب الواصب على أرواح النواصب . . قال تاج الدين أحمد بن مكتوم : اشتهر عنه الرفض والوقوع في أبي بكر رضي الله عنه ، وابنته عائشة رضي الله عنها ، وفي غيرها من جلة الصحابة . اهـ . مات سنة ٧١٦هـ .

وجعل عمدة دليبه على أن المصلحة مقدّمة في الرعاية على النص والإجماع أمرين :

أحدهما : أنّ منكري الإجماع قالوا برعاية المصالح ، فهي إذاً محل وفاق ، والإجماع محل خلاف ، والتمسك بما اتفق عليه أولى من التمسك بما اختلف فيه .

ثانيهما : أنّ النصوص مختلفة متعارضة ، فهي سبب الخلاف في الأحكام المذموم شرعاً ، ورعاية المصالح أمر حقيقي في نفسه لا يختلف فيه ، فهو سبب الاتفاق المطلوب شرعاً ، فكان اتّباعه أولى .

مناقشة هذه الأوهام وردّها :

وقبل أن نردّ على ما تخيلته من أدلة لزعمه هذا ، ينبغي أن نشير للقارئ إلى ما وقع فيه هذا الرجل من تناقض عجيب ، وهو يقرر أدلته هذه .

فلقد بدأ فساق كل الأدلة الشرعية التي قيل بها والتي أحصاها في تسعة عشر دليلاً ، سواء منها ما كان متفقاً عليه ، وما كان مختلفاً فيه ، وذكر منها المصالح المرسلّة ، ثم اعترف بأن النص والإجماع هما أقوى هذه الأدلة كلها ، ولكنه مع ذلك عاد فقال في معرض استدلاله على وجوب تقديم المصلحة عليهما : إنّ رعاية المصلحة مقدّمة على الإجماع ، وإذاً فهي أقوى أدلة الشرع كلها . أفيكون تناقض أبلغ من هذا وأوضح؟! .

وأيضاً فقد ذكر عن تحليل لفظ حديث « لا ضرر ولا ضرار » . . ما نصّه : «ثم المعنى لا لحوق ضرر شرعاً إلا بموجب خاص مخصص» .

«وعاد فأكد هذا الكلام بعد ذلك ، فقال : إنّ النص والإجماع إما أن لا يقتضيا ضرراً ولا مفسدة بالكلية ، أو يقتضيا ذلك ، فإن لم يقتضيا شيئاً من ذلك فهما موافقان لرعاية المصلحة ، وإن اقتضيا ضرراً فإما أن يكون الضرر

مجموع مدلوليهما أو بعضه، فإن كان مجموع مدلوليهما، فلا بد أن يكون من قبيل ما استثنى من قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»^(١)، وذلك كالحدود والعقوبات على الجنايات، وإن كان الضرر بعض مدلوليهما، فإن اقتضاه دليل خاص أتبع الدليل، وإن لم يقتضه دليل خاص وجب تخصيصهما بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار» جمعاً بين الأدلة.

«فماذا عسى أن يكون الموجب الخاص المخصص في كلامه الأول، أو الدليل الخاص المقتضي للضرر في كلامه الثاني غير نص الكتاب أو السنة أو الإجماع المترتب على أحدهما»؟.

«ومادام كذلك فكيف تكون المصلحة مع ذلك أقوى اعتباراً من النص والإجماع»؟.

«إما أن المصلحة أقوى اعتباراً من النص والإجماع كما يقول، فلا معنى إذاً لتحكم أحدهما في استثناء بعض صور المصالح عن الاعتبار، سواء كان الضرر كل مدلوله أو بعض مدلوله، وسواء أكد هذا البعض دليل خاص آخر أم لا، لا فرق بين كل هذه التنوعات المتكلفة مادام أصل دلالتها آتياً من النص أو الإجماع، ومادامت المصلحة في ذاتها أقوى منهما في ذاتهما».

«وإما أن النص والإجماع أقوى اعتباراً من محض ما يسمّى مصلحة، وعلى ذلك يأتي الموجب الخاص فيخصص عموم حديث «لا ضرر ولا ضرار» كما قال، فما معنى التفريق إذاً بين نص كان الضرر كل مدلوله، ونص آخر كان الضرر بعض مدلوله، مادام الدالّ على كلّ نصّاً، ومادام النص أقوى من المصلحة المتوهمة؟ وما معنى القول بترجيح هذا المتوهم على النصوص والإجماع.؟.

(١) تقدم تخريجه، ص ٣١٧.

«فهاتان الصورتان من التناقض الصارخ في كلامه ، كافيان لإسبال حجاب الإهمال على مجموع أدلته وبراهينه التي ساقها على دعواه» .

ومع ذلك فلنناقش أدلته ، وإن كانت واضحة البطلان خشية أن يُفتن بها الذين يتلمسوا السبيل في هذه الأيام إلى مثل دعواه .

«فنقول أولاً : إنَّ الأساس الذي بنى عليه زعمه هذا ، أساس مُحال غيرُ متصور الوقوع ، ألا وهو فرض كون المصلحة مخالفة للنص أو الإجماع» .

«والعجيب أنه هو بنفسه مهَّد لبيان كونه محالاً دون أن يشعر . إذ إنه ساق البراهين على أنّ كتاب الله إنما جاء متضمناً لمصالح الخلق ، واستخرجها واحدة بعد أخرى من قوله عزَّ وجلَّ : ﴿ يَتَأْتِيهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَتْكُمْ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِّمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [يونس : ٥٧] .

«وبدهي أنّ كتاب الله تعالى إنما يكون متضمناً للرحمة بالعباد والرعاية لمصالحهم ، إذا كانت نصوصه متفقة مع هذه المصالح ، وإذا فمن المحال أن نجد آية فيه تدعو إلى ما يخالف المصلحة الحقيقية ، والذي يترأى من ذلك لأول وهلة ، إنما هو بتأثير الشهوات والأهواء وقصور معظم العقول عن إدراك كنه المصالح الحقيقية ، ومن ثم فمن العبث الشنيع أن يفكر الإنسان بالمخرج والحل عند ذلك» .

«وإذا تصوّرنا المحال وفرضنا أن نجد في نصوص الكتاب - والستة مثله - ما يخالف المصلحة ، فقد سقط إذاً البرهان الذي بنى عليه الطوفي دعواه من أنّ الشريعة لم تأتِ إلا لرعاية مصالح العباد ، إذ تصبح النصوص - على هذا الفرض - أعم من أن تلتزم بمقتضى المصالح ، وبذلك يغدو ميزان المصالح ، قاصراً عن درك أحكام الشريعة» .

«فالنتيجة ، أنّ ما فرضه الطوفي من إمكان مخالفة المصالح للنص أو الإجماع ، إما أن يكون فرضاً ممكناً أو محالاً ، وهو في كلا الحالتين دليل

واضح على عكس دعواه» .

قد يقول قائل: «ولكن الطوفي إذ يقدّم المصلحة على النص أو الإجماع، يحاول أن يسلك إلى ذلك طريق التخصيص لأحدهما لا هدره وإلغائه . . . كما قد يتوهم ذلك، أي فالنص يكون مراعيّاً لتلك المصلحة في الحقيقة لا معارضاً لها» .

فالجواب: «إما أن يتخصص الإجماع بمخصص من مصلحة أو غيرها . . . فهذا ما لم يُسمع ولم يقل به أحد، إذ الإجماع بعد ثبوته دليل قطعي من كل نواحيه، فمن أين ينفذ التخصيص إليه . . ؟ وإما أن يتخصص النص بالمصلحة «أي بما يقال إنه مصلحة» فهذا أيضاً ما لا يمكن أن يتصور، وإلا لانهار الفرق - على جلائه - بين التخصيص والنسخ، ولأمكن لأي يد أن تشطب على جملة شريعة الله بدعوى التخصيص» .

«ومعلوم أنّ من أبرز مظاهر الفرق بين التخصيص والنسخ، أنّ التخصيص إخراج جزء من المدلول لم يكن المتكلم قد أراد بلفظه الدلالة عليه، على حين أنّ النسخ إبطال ما أراده المتكلم، وأنّ التخصيص إخراج جزء فقط من المخصص على حين أنّ النسخ يمكن أن يكون إبطالاً للكل» .

«والطوفي إنما يدعو إلى تقديم المصلحة على جملة مدلول النص عند معارضتهما، فكيف ينطبق معنى التخصيص على ذلك؟ وعلى فرض أنّ المصلحة عارضت جزءاً من مدلول النص، فمن أين له أنها مصلحة حقيقية وأنّ الشارع لم يرد بالنص الدلالة على الحكم المخالف لها؟ وماذا يقول في قرون متطاولة من قبله أخذ أهلها - مثلاً - بكل مدلوله، ولم يفهموا إلا أنّ المصلحة هي ما تضمّنته جملته؟ ثم إنّ الرعيل الأول من المسلمين، وهم الصحابة والتابعون رضوان الله عليهم، لم يتركوا بسأفي مدلولات النصوص القابلة للتخصيص - بما وصل إلينا من أفعالهم وعلومهم وأقوالهم - فما سكتوا عن تخصيصه، وعبدوا الله بالتمسك بمجموع دلالاته، فهو غير قابل

للتخصيص بعد ذلك ، وإلا للزم من ذلك جهل الصحابة بمدلولات النصوص والقدر المراد منها ، أو نسخ ما ثبت حكمه واستقرت على الناس تبعته ، ونعوذ بالله من الوقوع في أي الضلالين .

«ثانياً: إن اعتبار المصلحة أقوى من الإجماع والنص ، فرع لاعتبارها مستقلاً عنهما ، كما هو واضح ، وقد ذكرنا في تمهيد هذا الباب : أن رعاية المصلحة مجردة ليست في حقيقتها دليلاً مستقلاً عن النص حتى يمكن اعتبارها قسيماً له ، وإنما هي معنى كلي استخلص من تتبع جزئيات الأحكام القائمة في أساسها على النصوص ، والكلي لا يوجد إلا في جزئياته - كما هو معروف - وإلا لم يكن كلياً لها ، ولذا فقد كان لا بد لاعتبار حقيقة المصلحة في أمرٍ ما من أن يدعمه دليل من الأدلة الشرعية التفصيلية القائمة في أساسها على النصوص أو أن لا يوجد ما يخالفها من ذلك على الأقل» .

«كيفية يصح بعد ذلك أن تكون المصلحة قسيماً ، بل ونداً للنص والإجماع يشطب بها عليهما حيثما قضى بذلك الوهم والخيال» . . ؟

«ثالثاً: وفي استدلال الطوفي على كون المصلحة أقوى من الإجماع ، أبرز صورة للمغالطة التي تشبه أن تكون مقصودة ، إذ هي من الوضوح بحيث لا يجهلها من مارس كتب العلم والاطلاع عليها مهما قلت بضاعته منها» .

فقد استدلل على كونها أقوى من الإجماع بقوله : «إن منكري الإجماع قالوا؛ برعاية المصالح ، فهي إذأ محل وفاق . . والإجماع محل خلاف .

«فإذا كان يريد بذلك ، أن منكري الإجماع قالوا كغيرهم بأن نصوص الشريعة قائمة على أساس المصالح ، فهذا صحيح ، ولكن ما علاقة هذا بدعواه؟ وهل يلزم من الاتفاق على كون الشريعة قائمة على أساس المصالح . . الاتفاق على تقديم ما توهم أنه مصلحة على الإجماع أو النصوص»؟

«إنَّ من الواضح بمكان أنَّ إجماعهم الذي يشير إليه يدعوهم إلى الحذر من الوقوع في هذا الضلال، فضلاً عن أن يتفقوا على الوقوع فيه».

«وإذا كان يريد بذلك أنَّ منكري الإجماع، قالوا بمثل رأيه في شأن المصالح، فهذا كذب وافتراء، وما من أحد من المسلمين قبله خطر له أن يقول بمثل ما أتى به؛ سواء منهم جماهيرهم القائلون بالإجماع، والقلة الذين لم يقولوا به».

«ثم تأمل كيف نسي نفسه، وهو يقلل من أهمية الإجماع في جنب المصلحة المجردة، فراح يستدل على ذلك نفسه بالإجماع..! فأصبح معنى كلامه: الإجماع أضعف من رعاية المصلحة، لأن رعاية المصلحة مجمع عليها، والإجماع غير مجمع عليه..!! وهل يقول هذا الكلام عاقل»..؟

«رابعاً: وفي استدلاله على كون المصلحة مقدّمة على النص، مغالطة أكبر وأشنع.. إذ استدلّ على ذلك، كما ذكرنا، بأن النصوص مختلفة متعارضة، ورعاية المصالح أمر حقيقي في نفسه لا يختلف.. فكيف تكون نصوص الشريعة مختلفة متعارضة، وهي آتية من عند الله عزَّ وجلَّ»؟.

«ولو كانت مختلفة متعارضة كما يقول، لكان ذلك أكبر دليل على أنها من عند غيره سبحانه وتعالى، ولذا نبه الله عباده إلى أن تناسق القرآن وتوافق نصوصه وآياته، أكبر دليل على أنه من عند الله عزَّ وجلَّ»^(١).

(١) يشير بذلك إلى قوله: ﴿أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْآنَ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢]، وقوله: ﴿كَتَبْنَا عَلَيْكَ الْبُرْهَانَ ثُمَّ فَصَّلْنَا مِنْ لَدُنْ حَكِيمٍ حَبِيرٍ﴾ [هود: ١]، وغيرهما.

«ولقد استدَلَّ الطوفي على هذا الزعم العجيب بالخلاف الذي وقع بين الأئمة والفقهاء بسبب النصوص، ولست أدري كيف يتصور عاقل من الناس ضرورة الصلة بين هذا الدليل وذلك الزعم، فالخلاف الذي وقع بين الأئمة في الفروع، إنما هو خلاف في فهم النصوص والوصول إلى حقيقة مدلولاتها، لتفاوت الأفهام فيما بينهم، لا خلاف بين النصوص في ذاتها؛ وهذا الخلاف أمر متصور الوقوع في الاجتهاد، ومعلوم أن اختلاف المذاهب في الاجتهاد لا يعني بحال اختلاف النصوص في مدلولاتها، ولكنه يعني أنّ واحداً غير معين، قد وافق الحقيقة وأخطأها الآخرون، وقد رفعت الشريعة عنهم تبعة هذا الخطأ على لسان النبي ﷺ إذ قال: «إذا اجتهد المجتهد فأصاب فله أجران، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر واحد»^(١).

«ذلك أنّ الله لم يلزم أهل العلم بأكثر من بذل الجهد للوقوف على ما اشتبه عليهم من الأحكام، وهو في ذاته نوع من العبادة، تعبدهم الله به لحكمه . . .» .

«وإذا تأملت في كلامه، وجدت أنه إنما يقصد بالنصوص حقيقتها لا الفهم لها . . إذ هو يقول عن المصلحة في مقابلها: «ورعاية المصالح أمر حقيقي في نفسه»، فهو إذاً إنما يقابل ذات النصوص بذات المصالح، ثم يفوه بما لا يقول به مسلم من أنّ النصوص متعارضة متخالفة في نفسها» . . .

«هذا عن مغالطته فيما وصف به نصوص الشريعة» . .

«أما مغالطته فيما قال عن المصلحة فكامنة في أنه بنى وهمه هذا على مقدمتين لا رابطة بينهما، ولا حد متكررأ فيهما، إذ هو ينظر أولاً إلى جزئيات

(١) الحديث في البخاري في الاعتصام: ١٥٧/٨، عن عمرو بن العاص رضي الله عنه، أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر»؛ ومسلم في الأفضية برقم (١٧١٦).

المصالح المتصورة في الخارج ، ومعظمها جزئيات اعتبارية مختلف فيها» .

«يقول : «هذه مصالح» . ثم ينظر إلى الجنس المعنوي لها - وهو كلي متفق على رعايته في جميع الأذهان - فيقول : والمصلحة رعايتها حقيقة مجمع عليها . . ثم يُزهى بالنتيجة المغلوطة قائلاً : فرعاية المصالح - أي الجزئية - أمر حقيقي مجمع عليه» .

«فهذا القياس الملقق هذا التلفيق ، يشبه ما يذكره المناطقة مثلاً على السفسطة ، وهو أن يشير الإنسان إلى صورة فرس على الجدار فيقول : هذا فرس ، ثم يشير إلى جنس الفرس القائم في الذهن فيقول : وكل فرس صاهل ، ثم يأتي بمثل نتيجة الطوفي فيقول عن الصورة : فهذا صاهل فرس»^(١) .

«ولا ريب أن التخالف بين جزئيات المصالح المختلف فيها بين الناس ، وحقيقتها القائمة في الذهن ، ليس أقل من التخالف بين صورة الفرس على الورق وحقيقته الماثلة في العقل» .

«فالحقيقة الذهنية للمصلحة ، حقيقة متفق على رعايتها كما قال ، ولكن ليست هي التي يقع بها التعارض مع النص ، على فرض صحة وقوعه ، وإنما يكون التعارض بما يوجد من صور جزئية لها في الخارج» .

«وهذه الصور الجزئية ، هي شيء غير الحقيقة الذهنية المجردة ، وهي ليست أموراً متفقاً عليها بحال من الأحوال ، لأن هذه الصور إنما يصار إليها عن طريق تحقيق المناط ، فكل أمر أنيط بتحقيقه نفعٌ ما فهو مصلحة ، ومعظم المنافع كما قلنا في صدر هذا الكتاب أمور اعتبارية تختلف حسب اختلاف المشاعر والعادات والأخلاق . . ولقد رأينا كيف أن علماء الأخلاق - وقد أجمعوا على تقديس المصلحة - لم يتمكنوا أن يصيروا إلى أي اتفاق على

(١) النتيجة هي أخذ موضوع الصغرى ، ومحمول الكبرى ، فتكون - في مثل هذا المثال - (هذا صاهل) . . وعلى هذا فلا داعي لذكر كلمة (فرس) في النتيجة .

مسمياتها الجزئية، حينما حكموا في ذلك عقولهم وحدها، بل ولم تتمكن عقولهم من الاستقلال بالنظر والحكم، إذ سرعان ما يغلب عليهم وحي الشهوات والأهواء ومقاصد الأنانية والأثرة، وليته قد تخلف به الزمان حتى رأى عصرنا الحاضر وتعقد مسائله، وحيرة أهله وتضارب آرائهم وتباين مذاهبهم، إذ أوجد أن المصلحة التي سماها حقيقة لا تختلف ليست إلا سراً قد ضلّ سعي الناس وراءه. . . .».

«من أجل هذا جاءت نصوص الشريعة، مفتاحاً لما استغلق على الناس فهمه، وهداية إلى الحق الذي التبس عليهم أمره، إذ الخالق أدرى حيث تكمن مصلحة عباده وحيث تكمن مضارهم. . . ومن هنا كانت المصلحة الحقيقية ما عرفت بهدي النصوص أو توابعها، ولا عبرة بمن قد يحسبها مفسدة، وكان كل ما خالفها مفسدة، ولا عبرة بوهم من ظنها مصلحة».

وصدق الله القائل في محكم كتابه: ﴿وَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَعَسَىٰ أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢١٦]»^(١).

وهناك أمر آخر مهم. . . غير ما أورده صاحب (ضوابط المصلحة) وهو أن الأخذ بالرأي الذي جنح إليه الطوفي، لا يمكن أن ينحصر في ضوابط معينة، إذ يصير من حق كل صاحب شهوة وهوى أن يدعي المصلحة في أمر ما، دون التفات إلى نصوص الشرع، ولا إلى الإجماع، وحينئذ يصبح الخضوع للهوى والشهوة، لا لأحكام الشرع.

والنصوص الشرعية قد جاءت من أجل تحقيق المصالح، ودرء المفاسد، على وجه لا يتطرق إليه الاختلال، ومن ادعى تعارضها مع

(١) ضوابط المصلحة، ص ٢٠٢ - ٢١٥؛ وانظر نص رسالة الطوفي، ضمن كتاب (مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه) لعبد الوهاب خلاف، ص ١٠٥ - ١٤٤.

المصلحة، فقد ادعى عدم أطرادها، وإمكان اختلالها وتخلفها عما وضعت له، وفي ذلك يقول الشاطبي^(١):

«فإنها لو كانت موضوعة بحيث يمكن أن يختل نظامها، أو تختل أحكامها، لم يكن التشريع موضوعاً لها^(٢). . إذ ليس كونها مصالح إذ ذاك بأولى من كونها مفسد، لكن الشارع قاصدٌ بها أن تكون مصالح على الإطلاق، فلا بد أن يكون وضعها على ذلك الوجه أبدياً، وكلياً، وعماماً في جميع أنواع التكليف والمكلفين، وجميع الأحوال . . .».

«والمصالح المجتلبة شرعاً، والمفاسد المستدفة، إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى، لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية، أو درء مفسدها العادية، والدليل على ذلك أمور»:

«أحدها: أن الشريعة إنما جاءت لتخرج المكلفين عن دواعي أهوائهم، حتى يكونوا عباداً لله، وهذا المعنى إذا ثبت، لا يجتمع مع فرض أن يكون وضع الشريعة على وفق أهواء النفوس، وطلب منافعها العاجلة كيف كانت، وقد قال ربنا سبحانه: ﴿وَلَوْ أَتَّبَعَ الْخَلْقُ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ﴾ [المؤمنون: ٧١].

«الثاني: أن المنافع الحاصلة للمكلف مشوبة بالمضار عادة، كما أن المضار محفوفة ببعض المنافع، ومع ذلك فالمعتبر إنما هو الأمر الأعظم، وهو جهة المصلحة التي هي عماد الدين والدنيا، لا من حيث أهواء النفوس»

«الثالث: أن المنافع والمضار، عامتها أن تكون إضافية لا حقيقية، ومعنى كونها إضافية: أنها منافع أو مضار في حال دون حال، وبالنسبة إلى شخص دون شخص، أو وقت دون وقت، فالأكل والشرب - مثلاً - منفعة

(١) الموافقات: ٣٧/٢ - ٤٠.

(٢) أي للمصلحة.

للإنسان ظاهرة، ولكن عند وجود داعية الأكل، وكون المتناول لذيداً طيباً، لا كريهاً ولا مرّاً. وكونه لا يولد ضرراً عاجلاً ولا آجلاً، وجهة اكتسابه لا يلحقه به ضرر عاجل ولا آجل».

«الرابع: أن الأغراض في الأمر الواحد تختلف، بحيث إذا نفذ غرض بعض وهو منتفع به تضرر آخر لمخالفة غرضه، فحصول الاختلاف في الأكثر، يمنع من أن يكون وضع الشريعة على وفق الأغراض، وإنما يستتب أمرها بوضعها على وفق المصالح مطلقاً، وافقت الأغراض أو خالفتها».

وهناك أمر آخر غير ما تقدم، وهو أن من يدعي تقديم المصلحة على النص، سيؤدي ذلك إلى مفسدات عظيمة، لأن الناس - عند عدم الرجوع إلى الضابط الشرعي للمصلحة والمفسدة - تتباين رغباتهم وأهواؤهم وتتصادم مصالحهم، ويطلب كل شخص من المصالح المطابقة لهواه، ما يؤدي إلى مفسدات كبيرة على غيره، وهناك تحدث فتنٌ عظيمة بين الناس، وفي ذلك يقول الشاطبي^(١):

«إنه قد عُلم بالتجارب والعادات، أن المصالح الدينية والدينية، لا تحصل مع الاسترسال في اتباع الهوى، والمشي مع الأغراض، لما يلزم من ذلك من التهاجر والتقاتل والهلاك، الذي هو مضاد لتلك المصالح».

ومن هنا يتبين أن الاستصلاح أو (المصالح المرسلة) من الأدلة التي يُستند إليها عند عدم وجود دليل من كتابٍ أو سنةٍ أو إجماعٍ أو قياس، والمراد بالمصالح المرسلة:

«كلُّ منفعة داخلية في مقاصد الشارع، دون أن يكون لها أو لجنسها القريب شاهدٌ بالاعتبار أو الإلغاء»^(٢)، ولا يعني ذلك عدم وجود أي دليل

(١) الموافقات: ٢/ ١٧٠، مع شيء من التصرف.

(٢) ضوابط المصلحة، ص ٣٣٠.

تستند إليه ، وإلا لما أمكن للمجتهد أن يجعلها دليلاً على حكم من أحكام الشريعة بحال ، إذأ «فالمصالح المرسله لابد أن تستند إلى دليل ما قد اعتبره الشارع ، غير أنه لا يتناول أعيان هذه المصالح بخصوصها ، وإنما يتناول الجنس البعيد لها : كجنس حفظ الدين ، والأرواح ، والعقول ، والأنساب ، أي فهو قاصر عن دليل القياس الذي يتناول عين الوصف المناسب بواسطة النص عليه ، كما في الوصف المؤثر أو بواسطة جريان حكم الشارع على وفقه كما في الملائم»^(١) .

اعتبار العرف والعادة :

كما أن المفتي قد يرجع إلى العرف أحياناً ، فيستند إليه في اعتباره مصدراً من مصادر الأحكام عند الحاجة ، وذلك ضمن ضوابط حددها أهل العلم ، وسنوضح ذلك فيما يلي :

أولاً - تعريف العرف : هو ما يتعارف الناس ، ويسرون عليه غالباً من قول أو فعل^(٢) ، وهذا يشمل مطلق الأعراف الحسنة منها والقبیحة ، وهذا تعريف بالمعنى العام . . ومنهم من حصر تعريف العرف في العرف الحسن ، ومن ذلك تعريف الجرجاني في (التعريفات)^(٣) فقد عرّفه بقوله : « العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول » ، وعرّفه بعض المتأخرين^(٤) بقوله :

« العرف ما استقرّ في النفوس ، واستحسنته العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول ، واستمرّ الناس عليه فيما لا تردّه الشريعة وأقرتهم عليه » ،

(١) المرجع السابق ، ص ٢١٧ .

(٢) مصادر التشريع فيما لا نص فيه ، عبد الوهاب خلاف ، ص ١٤٥ .

(٣) المرجع السابق ، ص ١٤٩ .

(٤) الدكتور السيد صالح عوض ، في كتابه (أثر العرف في التشريع الإسلامي) ، ص ٥٢ .

وهذا تعريف بالمعنى الخاص .

ثانياً: لم يفرّق جمهور القائلين به بين العرف والعادة، باعتبار: أنّ العادة مأخوذة من المعاودة والتكرار للأفعال والأقوال، وهي بهذا الاعتبار تشمل ما تتلقاه الطباع السليمة مما يوافق الشرع، وما كان مصدره الهوى والشهوة وغيرهما، مما يكون سبباً في حدوث أي أمر مع تكرره مرة بعد أخرى تكراراً يخرجّه عن كونه واقعاً بطريق الموافقة، بل يصبح معهوداً، وجارياً بين الناس . . إلا أنّ العرف المعتبر: هو العرف بالمعنى الخاص كما تقدّم.

ثالثاً: ينقسم العرف إلى قسمين:

١ - القولي: وقد عرفه القرافي بقوله: «العرف القولي أن تكون عادة أهل العرف، يستعملون اللفظ في معنى معين، ولم يكن ذلك لغة»^(١).

والمراد أنّ اللفظ يغلب على معنى معين، بحيث لا يُفهم عند إطلاقه إلا ذلك المعنى، وذلك مثل: إطلاق لفظ (الدابة) على ذوات الأربع، ولفظ (اللحم) على غير السمك، ولفظ (الولد) على الذكر، وهذا الاستعمال بمثابة وضع جديد للفظ.

٢ - العملي: «وأما العرف العملي، فهو: ما جرى عليه الناس، وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم».

مثال ذلك: تعارف الناس البيع بالتعاطي، من غير صيغة لفظية بالإيجاب والقبول، وكذلك الاستصناع، ومن ذلك التوكيل المطلق في البيع، فإنه يتقيّد بثمن المثل، وغالب نقد البلد، تنزيلاً للعادة الجارية في المعاملات منزلة صريح اللفظ . . وكذلك حمل الإذن في النكاح على

(١) الفروق: ١/١٧١.

الكفؤ، ومهر المثل المتبادر إلى الأفهام .

وقال العز بن عبد السلام: «فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال، في تخصيص العام، وتقييد المطلق وغيرهما»^(١). وقال ابن القيم: «وقد أجري العرف مُجرى النطق في أكثر من مائة موضع»^(٢).

وقد خرج ابن القيم على هذا الحديث عروة بن أبي الجعد البارقي، حيث أعطاه النبي ﷺ ديناراً يشتري شاة، فاشترى شاتين بدينار، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بالدينار والشاة الأخرى^(٣)، فباع وأقبض، وقبض بغير إذن لفظي، اعتماداً منه على الإذن العرفي الذي هو أقوى من اللفظي في أكثر المواضع^(٤).

وهذا الدليل صريح في اعتبار العرف العملي وتنزيله منزلة النطق باللفظ، وقد جرت على ألسنة الفقهاء عبارات تدل على اعتبار العادة والعرف، مثل (العادة محكمة) و(العرف قاضٍ) و(العرف كالشرط) . . ومادامت العادة والعرف تشمل ما هو حسن، وما هو قبيح؛ فإن الإسلام يقرّ ما هو حسن، ويعتبره في جنس الأدلة، ويمقت العادات القبيحة، ويدعو إلى نبذها وهجرها، والعدول عنها إلى ما جاء به الإسلام من أحكام وآداب وأخلاق.

والعادات من حيث هي قد تبدأ باستحسان لأمرٍ ما، أو تقليد، أو غير ذلك، وما أن تلبث حتى تتمكن من النفوس، وتشيع عند الناس، وتكثر

-
- (١) قواعد الأحكام: ١٢١/٢ .
 - (٢) إعلام الموقعين: ٤٤٨/٢ .
 - (٣) الحديث في أبي داود برقم (٣٣٨٤).
 - (٤) إعلام الموقعين: ٤٤٩/٢ .

ممارستها حتى يكون لها سلطان على النفوس يصعب بسببه التخلّي عنها وتركها، فإذا كانت مما يقرّه الشرع، فذلك أمرٌ محمود، ولا ضرر من استحكامها في النفوس؛ لأن ذلك لا يؤدي إلى مفسدة، بل يجلب مصلحة، أو يدفع مفسدة، أما إذا كانت قبيحة، بحيث تتعارض مع مقاصد الشريعة، لما فيها من المفساد، فمثل هذه العادات تحتاج من الدعاة المصلحين إلى بذل الجهد في استئصالها، وإن كان ذلك يحتاج إلى جهود كبيرة، ذلك أنّ الذين يألفون عادات معينة يصعب عليهم مفارقتها، والمتأمل في تاريخ الدعوة الإسلامية يجد أنّ أول من تصدّى للإسلام، هم أصحاب العادات المتوارثة، والتقليد الأعمى، كما حكى الله عز وجل ذلك عنهم في كتابه، في مثل قوله تعالى:

﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُم تَعَالَوْا إِلَى مَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَإِلَى الرَّسُولِ قَالُوا حَسْبُنَا مَا وَجَدْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أُولَئِكَ هُمُ الْبَاطِلُونَ لَا يَعْلَمُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ ﴾ [المائدة: ١٠٤].

لذلك واجه رسول الله ﷺ من قومه عنتاً شديداً، ومقاومة عنيدة، وإصراراً على التمسك بالباطل، بسبب ما طُبِعوا عليه من العادات والتقاليد الموروثة.

ومن أجل ذلك جاءت التشريعات الإسلامية متدرجة، لاجتثاث ما علق بالنفوس، وغرس الفضائل، والإلزام بأوامر الشرع ونواهيها، وفي ذلك تقول السيدة عائشة رضي الله عنها: «إنما نزل من القرآن أول ما نزل: سورة من المفصل، فيها ذكر الجنة والنار، حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام نزل الحلال والحرام، ولو نزل أول شيء: لا تشربوا الخمر، لقالوا: لا ندع الخمر أبداً، ولو نزل: لا تزنوا، لقالوا: لا ندع الزنى أبداً»^(١).

أما إذا كانت العادات حسنة تقرها قواعد الإسلام، وتتفق مع مقاصده

(١) البخاري، في فضائل القرآن: ١٠١/٦.

العامّة، فينبغي مساعدة الناس على المزيد من التمسك بها، والتحلّي بها، والعمل على ذبوعها، مادامت تحقق مصالح للمجتمع، وإذا كانت الأعراف المعتبرة شرعاً هي الأعراف الحسنة، فإنه لا بد من توضيح الشروط اللازم توافرها في العادة المعتبرة.

شروط العرف المعترف في التشريع :

وللعرف المعترف شرعاً شروط لا يتم بناء الأحكام عليها إلا بتوافرها، وهي :

الأول : أن يكون العرف مطرداً أو غالباً.

قال السيوطي : «إنما تعتبر العادة، إذا أطردت، فإذا اضطربت فلا»^(١).

وقال ابن نُجيم : «إنما تعتبر العادة إذا أطردت أو غلبت»^(٢).

أي أن انخراقها أحياناً لا يقدر في اعتبارها، إذ العبرة بالغالب، ولذا يقول الشاطبي : «وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً، فلا يقدر في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة على الجملة»^(٣).

الثاني : أن لا يكون العرف مخالفاً لنص من الكتاب أو السنة .

فلا اعتبار لعرف خالف نصاً شرعياً، فلو تعارف الناس على شرب الخمر، أو لعب الميسر، أو خروج النساء سافرات، أو على التعامل بالربا، أو لبس الرجال الحرير والذهب، أو نحو ذلك مما يصادم نصوصاً شرعية فلا اعتبار له، إذ المصلحة الحقيقية في مراعاة النصوص الشرعية لا في

(١) الأشباه والنظائر، ص ٩٠.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص ٤٧.

(٣) الموافقات : ٢/ ٢٨٨.

مخالفتها، كما أنه لا مصلحة إطلاقاً فيما حرّمه الله تعالى ورسوله ﷺ، ولو لم يكن هناك احترام والتزام وتقيّد بالنصوص الشرعية لَمَّا بقي لها معنى، ولأصبحت الأهواء والشهوات هي المقدّمة على النصوص، كما أن النصوص الشرعية هي المصدر للأحكام الشرعية، ومنها تُستمد الأحكام، وبها يُعرف شرعية غيرها من عدمه.

الثالث: أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه: فالأصل أن العرف بمنزلة الشرط، فيصبح ملزماً، اعتماداً على العرف المطرد أو الغالب، ما لم يصرح المتعاقدان بخلافه، فإن صرّحاً بخلافه لزم التقيّد بالمصرّح به، ولا اعتبار حينئذٍ للعرف؛ لأن دلالة اللفظ المصرّح به، أقوى من دلالة العرف، بل هو ناقض له، فإذا كان العرف يقضي أنّ العامل يعمل ساعات معينة، لزم رب العمل والأجير التقيّد بذلك، فإن اتفقا عند العقد على أقل من ذلك أو أكثر، أصبح العرف حينئذٍ ملغى.

وفي ذلك يقول العز بن عبد السلام: «كل ما يثبت في العرف إذا صرّح المتعاقدان بخلافه، بما يوافق مقصود العقد صحّ، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب يقطع المنفعة لزمه ذلك، ولو أدخل أوقات قضاء الحاجات في الإجارة، مع الجهل بحال الأجير في قضاء الحاجة، لم يصح، ولو شرط عليه أن لا يصلّي الرواتب، وأن يقتصر في الفرائض على الأركان صح، ووجب الوفاء بذلك لأن تلك الأوقات إنما خرجت عن الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشرط، فإذا صرّح بخلاف ذلك مما يجوزّه الشرع، ويمكن الوفاء به جاز، كما لو أدخل بعض الليل في الإجارة بالنص عليه، ولو شرط عليه أن يعمل شهراً الليل والنهار، بحيث لا ينام ليلاً ولا نهاراً، فالذي أراه بطلان هذه الإجارة لتعدّر الوفاء به، فإنّ النوم يغلب بحيث لا يتمكن الأجير من

العمل، فكان ذلك غرراً لا تمس الحاجة إليه»^(١).

الرابع: أن يكون قائماً حال العقد وسابقاً عليه، فلا عبرة بعرف لاحق، ولا يعتبر ملزماً، وبذلك صرح أهل العلم كالسيوطي^(٢)، وابن نجيم^(٣)، والشاطبي^(٤)... وغيرهم.

ومما سبق يتبين أن العرف ملزم، إذا ترتب عليه حق، وتوفرت فيه الشروط السابقة.

رفع الحرج:

ومما ينبغي مراعاته، أن الشارع قصد إلى عدم إيقاع المكلف في الحرج والمشقة، وفي هذا يقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، ﴿فَأَنْقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ١٦].

وفي الحديث: عن عائشة رضي الله عنها، قالت: «كان رسول الله ﷺ إذا أمرهم؛ أمرهم بما يطيقون، قالوا: إنا ليس كهيئتكم يا رسول الله، إن الله قد غفر لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر، فيغضب حتى يُعرف الغضب في وجهه، ثم يقول: إن أتاكم وأعلمكم بالله أنا»^(٥).

وعن عائشة رضي الله عنها، أن النبي ﷺ دخل عليها وعندها امرأة،

-
- (١) قواعد الأحكام: ١٥٨/٢.
 - (٢) الأشباه والنظائر، ص ٩٢.
 - (٣) المرجع السابق، ص ٥٠.
 - (٤) الموافقات: ٢٩٧/١ - ٢٩٨.
 - (٥) البخاري في الإيمان: ١٠/١؛ وأحمد: ٥٦/٦.

فقال: مَنْ هذه..؟ قالت: فلانة، تذكر من صلاتها، قال: مَهْ عليكم بما تطيقون، فوالله لا يملأ الله حتى تملؤا..»، «وكان أحب الدين إليه ما داوم عليه صاحبه»^(١).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ، قال: إياكم والوصال - مرتين - قيل: إنك تواصل، قال: «إني أبيتُ يطعمني ربي، ويسقيني، فاكلُفُوا»^(٢) من الأعمال ما تطيقون»^(٣).

وفي لفظ له أيضاً: «فلما أبوا أن ينتهوا عن الوصال، واصل بهم يوماً، ثم يوماً، ثم رأوا الهلال، فقال: «لو تأخر لزدتكم»^(٤).. كالتنكيل لهم حين أبوا أن ينتهوا.

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، قال: قال لي رسول الله ﷺ: «إنك لتصوم الدهر وتقوم الليل»..؟ فقلت: نعم، قال: «إنك إذا فعلت ذلك هجمت له العين، ونفثت له النفس».

وفي لفظ، قال: «فإنك لا تستطيع ذلك»^(٥).

ومع ذلك فإن مطلق المشقة لا بد حاصلة في كل عبادة يمارسها العبد، بل إن الجنة لا تُنال إلا باقتحام المكاره، ففي الصحيح عن النبي ﷺ أنه قال: «حُجبت النار بالشهوات، وحُجبت الجنة بالمكاره».

(١) البخاري في الإيمان: ١٦/١؛ وأحمد: ٥١/٦.

(٢) في فتح الباري: ٢٩٨-٢٩٩، قال ابن التين: هو في اللغة بالفتح، ورويناه بالضم، والمراد به: الإبلاغ بالشيء إلى غايته.

(٣) البخاري، في الصوم: ٢٤٣/٢.

(٤) المرجع السابق نفسه.

(٥) البخاري، في الصوم: ٢٤٥-٢٤٦؛ ومسلم برقم (١١٥٩)، ومعنى هجمت: غارت ودخلت في موضعها، وقوله (نفثت) ولفظ مسلم (نهكت) ومعناها واحد: ضعفت وأعييت وكتلت.

وفي لفظ (حُفَّت) (١)، قال الإمام النووي (٢)، عند شرح هذا الحديث: «فأما المكارة فيدخل فيها الاجتهاد في العبادات، والمواظبة عليها، والصبر على مشاقها، وكظم الغيظ، والعتو، والحلم، والصدقة، والإحسان إلى المسيء، والصبر عن الشهوات... ونحو ذلك».

وكذا الآيات والأحاديث الواردة في الدعوة إلى الصبر والترغيب فيه وبيان عِظَم أجر صاحبه، كل ذلك من أبرز الأدلة على ما يحتاجه الإنسان من الجَلَد والمجاهدة لما قد يلقاه من الابتلاء، ولكنها مشاقٌ محتملة، يعقبها الأجر مع الصبر والاحتساب.

وإذا حصلت مشقة في أي عبادة في فعل مأمور به أو ترك منهي عنه، فالمشقة ليست مطلباً للشارع، بل العبادة هي المطلوبة، غير أنها لا تتحقق إلا بنوع من المشقة، وهنا يلاحظ أن العبادة التي لا يمكن تحقيقها إلا بمشقة بالغة لا يُنظر فيها إلى جانب المشقة، ولكن يُنظر إلى كون المصلحة راجحة، بحيث يهون بسببها تحمّل المشاق العظيمة، وذلك كالجهاد في سبيل الله سبحانه، ذلك أنّ الشارع راعى - في أولويات المصالح المرعية - حفظ الدّين، وهذا قد لا يتأتى إلا بإزهاق النفوس، والمشقة فيه عظيمة، لكنها تهون أمام إعزاز دين الله والتمكين له في الأرض، ودحر الطغيان والظلم، وإشاعة العدل، وبذلك يُحفظ الدّين، وبحفظ الدين تُحفظ الضروريات الأخرى من النفس، والمال، والدم، والعقل... وعدم الجهاد معناه غلبة الكفار على المسلمين المؤدّي إلى إهدار كل شيء من مصالح الدين والدنيا ولم يعدل الشارع إلى غير الجهاد من الوسائل الأخرى، إذ كان المقصود لا يتحقق إلا به، والمشقة المذكورة لا تنفك عنه، كما

(١) البخاري في الرقاق عن أنس: ١٨٦/٧؛ ومسلم برقم (٢٨٢٢).

(٢) شرح صحيح مسلم: ١٦٥/١٧.

روعي في جانب الزجر عن ارتكاب بعض الجرائم، إيقاع بعض العقوبات التي تؤدي أيضاً إلى مشقة عظيمة، وذلك في بعض الحدود، مثل: قتل الزاني المحصن، وقطع يد السارق . . . وغيرهما، لما أنّ الزجر في حقهم مطلوب حفاظاً على دماء وأموال وأعراض الناس، ومراعاة المصالح العامة، مقدّمة على مراعاة المصالح الخاصة عند التعارض، ولما كان العدول عن الشاق إلى ما هو أخفّ منه ممكناً، وجدنا أنّ الشارع يراعي ذلك في كثير من الأحكام.

فقد رخص للمريض عند عدم القدرة على القيام - في الصلاة - أن يصلي من قعود أو على جنب.

ورخص للمسافر، والمريض، والحامل - الخائفة على نفسها أو على ولدها - الفطر، وكذا المرضع، ورفع الإثم والمؤاخذه عن المكروه، والناسي، والنائم، والمخطئ . . .

وأسقط الصلاة عن الحائض والنفساء، كما أسقط عنهما الصوم حال ذلك، مع وجوب القضاء، وأسقط الصوم عن العاجز عنه، مع العدول إلى الكفارة . . .

وشرع في قصر الصلاة الرباعية للمسافر، ورخص له في الجمع بين الصلاتين في بعض الأحوال.

وشرع الكفارات تخفيفاً على العباد من الوقوع في العنت، وتطهيراً لهم من الذنب، وخيرهم أحياناً بين أنواع من الكفارات، وأحياناً جعلها على الترتيب، وكل هذه الأمور يُطلب تفصيلها في مظانّها.

وأباح الشارع عند الضرورات ما لم يُجز في الأحوال العادية، حتى شاع في القواعد الفقهية: «الضرورات تُبيح المحظورات»، «إذا ضاق الأمر اتسع»، «المشقة تجلب التيسير» . . . ونحوها.

ومع أنّ الشارع لا يقصد المشقة في تكليف العبد، إلا أنه قد يُثاب

عليها أحياناً، وقد أوضح العزّ بن عبد السلام في قواعد الأحكام^(١) ضابط الفعل الشاق الذي يؤجّر عليه، أكثر مما يؤجر على ما ليس بشاق، فقال:

«إذا اتّحد الفعلان في الشرف والشرائط، والسنن والأركان، وكان أحدهما شاقاً، فقد استويا في أجرهما لتساويهما في جميع الوظائف، وانفرد أحدهما بتحمّل المشقة لأجل الله سبحانه وتعالى، فأثيب على تحمّل المشقة لا على عين المشاق، إذ لا يصح التقرب بالمشاق، لأن القرب كلها تعظيم للرب سبحانه وتعالى، وليس عين المشاق تعظيماً ولا توقيراً. . . وذلك كالإغتسال في الصيف والربيع، بالنسبة للإغتسال في شدة برد الشتاء، لأجل تحمّل مشقة البرد، فليس التفاوت في نفس الغسلين، وإنما التفاوت فيما لزم عنهما، وكذلك مشاق الوسائل؛ كمن يقصد المساجد والحج، والغزو من مسافة قريبة، وآخر يقصد هذه العبادات من مسافة بعيدة، فإنّ ثوابيهما يتفاوتان بتفاوت الوسيلة، ويتساويان من جهة القيام بسنن هذه العبادات، وشرائطها وأركانها، فإنّ الشارع يثيب على الوسائل إلى الطاعات كما يثيب على المقاصد، مع تفاوت أجور الوسائل والمقاصد».

ولما لم تكن المشقة مقصودة للشارع، فإنه ينهى عن المبالغة في العبادة، والتنطع، وعدم الأخذ بالرخص، فكل ذلك خارج عن هدي رسول الله ﷺ وسنته. . . فقد كان يحب القصد والوسط الذي لا إفراط فيه ولا تفريط، وينهى عن تجاوز ذلك، ففي الصحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ، أنه قال: «إنّ هذا الدين يسر، ولن يُشادّ الدين أحدٌ إلا غلبه، فسددوا وقاربوا، وأبشروا، واستعينوا بالغدوة والروحة، وشيء من الدلجة»^(٢).

(١) قواعد الأحكام: ٣١/١.

(٢) البخاري، في الإيمان: ١٥/١؛ والنسائي: ١٢٢/٨؛ والبيهقي، في السنن الكبرى:

قال الحافظ ابن حجر - عند شرح هذا الحديث - (١):

والمعنى: لا يتعمق أحد في الأعمال الدينية، ويترك الرفق، إلا عجز وانقطع، فيغلب، قال ابن المنير: في هذا الحديث علم من أعلام النبوة، فقد رأينا ورأى الناس قبلنا: أن كل مُتَنَطِّع في الدين ينقطع، وليس المراد منع طلب الأكمل في العبادة، فإنه من الأمور المحمودة، بل منع الإفراط المؤذي إلى الملل، أو المبالغة في التطوع المفضي إلى ترك الأفضل . . . إلخ» .

ولما بالغ عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما في الإكثار من العبادة، وأرشده النبي إلى ما هو الأولى له، ولم يأخذ بوصية رسول الله، ندم بعد ذلك في آخر عمره، حتى قال: فشددت فشدد عليّ، وقال لي النبي ﷺ: إنك لاتدري لعلك يطول بك العمر، قال: فصرت إلى الذي قال لي رسول الله ﷺ، فلما كبرت وددت أنني كنت قبلت رخصة رسول الله ﷺ» (٢).

فالنبي ﷺ كان يرغب في القصد الذي لا يؤدي إلى الهلاك والملل والكسل، والانتقطاع، ووهن القوى البدنية، والإخلال بكثير من الواجبات، وعدم الإلتقان في العمل، والسامة . . . فقد أخبر عليه الصلاة والسلام عن محبة الله سبحانه لدوام الطاعة من العبد، وعدم انقطاعها، ففي الصحيح عن عائشة رضي الله عنها، عن النبي ﷺ، أنه قال: « . . . وإن أحب الأعمال إلى الله ما دُوم عليه، وإن قل» (٣)، وهذا لا يتأتى عند وجود المشقة الخارجة عن المعتاد .

والحاصل أن على المفتي أن لا يتعمد إيقاع المستفتي في العنت والمشقة، إذا كان هناك مندوحة عن ذلك في الشريعة الإسلامية، مع مراعاة

(١) فتح الباري: ١/ ٩٤ .

(٢) البخاري، في الصوم: ٢/ ٢٤٥؛ ومسلم برقم (١١٥٩).

(٣) البخاري في الرقاق: ٧/ ١٨٢؛ ومسلم برقم (٧٨٢).

عدم تتبّع الرُّخَص، خاصة في حق من علم تساهله، واستهتاره بأحكام الشرع، حتى لا يكون ذلك ذريعة إلى جرأته وتماديه واستغلاله للتسامح في الفتوى وتحقيق أهوائه.

سدّ الذرائع:

وقد راعى الشارع سدّ الذرائع في كثير من الأحكام الشرعية، فهو لذلك:

«مطلوب مشروع، وهو أصل من الأصول القطعية»^(١)، وقد عرفه القرافي في (الفروق) بأنه: «حسم مادة وسائل الفساد دفعاً لها»^(٢)، وهذا التعريف ينطبق على الذرائع التي تفضي إلى مفسدة، وهي التي يطلب منعها وسدها، لا الذرائع من حيث هي، إذ الذرائع وسائل، والوسائل تأخذ حكم المقاصد، قال القرافي^(٣): «اعلم أنّ الذريعة كما يجب سدّها، يجب فتحها، وتكره، وتُندب وتُباح، فإنّ الذريعة: هي وسيلة، فكما أنّ وسيلة المحرم محرّمة، فوسيلة الواجب واجبة، كالسعي للحج والجمعة؛ وموارد الأحكام على قسمين: مقاصد، وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل وهي الطرق المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل. . . غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها».

وقد تنخرم هذه القاعدة، فيختلف حكم الوسيلة عن حكم ما تفضي إليه، فقد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة، كالتوسّل إلى فداء الأسارى بدفع المال للكفار. . . وكدفع مال لرجل يأكله حراماً، حتى لا يزني بامرأة، إذا عجز عن دفعه عنها إلا بذلك، وكدفع المال

(١) الموافقات: ٦١/٣.

(٢) الفروق: ٣٢/٢.

(٣) المرجع السابق: ٣٣/٢.

للمحارب حتى لا يقع القتل بينه وبين صاحب المال . . . فهذه الصور كلها الدفع وسيلة إلى المعصية بأكله المال، ومع ذلك فهو مأمور به لرجحان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة^(١).

وقد فصل ابن القيم القول في المسألة فقال^(٢):

«لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل الحرمات والمعاصي - في كراهتها والمنع منها - بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطها بها، ووسائل الطاعات والقربات - في محبتها والإذن فيها - بحسب إفضائها إلى غاياتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل، فإذا حرم الرب تعالى شيئاً، وله طرق ووسائل تفضي إليه، فإنه يحرمها، ويمنع منها، تحقيقاً لتحريمه، وتثبيتاً له، ومنعاً أن يُقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه، لكان ذلك نقضاً للتحريم، وإغراءً للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك، فإن أحدهم إذا منع جنده، أو رعيته أو أهل بيته من شيء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه، لعدّ متناقضاً، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده، وكذلك الأطباء، إذا أرادوا حسم الداء، منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه، وإلا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه، فما الظن بهذه الشريعة الكاملة، التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال . . . ؟ ومن تأمل مصادرها ومواردها، علم أنّ الله تعالى ورسوله ﷺ سدّ الذرائع المفضية إلى المحارم، بأن حرمها ونهى عنها، والذريعة: ما كان وسيلة وطريقة إلى الشيء». ثم أورد أمثلة على الأفعال والأقوال التي

(١) الفروق: ٣٣/٢.

(٢) إعلام الموقعين: ٣/١٧٥.

تفضي إلى المحرم، والتي لا يجوز الإتيان بها مادامت كذلك، وقد أوصل هذه الأمثلة إلى تسعة وتسعين مثلاً، نذكر منها مايلي :

«الأول: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرٍ﴾ [الأنعام: ١٠٨].

فحرم الله تعالى سب آلهة المشركين - مع كون السبب غيظاً وحمية لله، وإهانة لآلهتهم - لكونه ذريعة إلى سبهم الله تعالى، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم، وهذا كالتنبيه، بل كالنصريح على المنع من الجائر، لثلا يكون سبباً في فعل ما لا يجوز».

«الثاني: قوله تعالى: ﴿وَلَا يَضْرِبْنَ يَأْرُجِلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]، فمنعهن من الضرب بالأرجل - وإن كان جائزاً في نفسه - لثلا يكون سبباً في سمع الرجال صوت الخلخال، فيثير ذلك دواعي الشهوة منهم إليهن».

«الثالث: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا آنظُرْنَا﴾ [البقرة: ١٠٤]، نهاهم سبحانه أن يقولوا هذه الكلمة - مع قصدهم بها الخير - لثلا يكون قولهم ذريعة إلى التشبه باليهود في أقوالهم وخطابهم، فإنهم كانوا يخاطبون بها النبي ﷺ ويقصدون بها السب، يقصد فاعلاً من الرعونة، فهي المسلمون عن قولها، سداً لذريعة المشابهة، ولثلا يكون ذلك ذريعة إلى أن يقولها اليهود للنبي ﷺ تشبهاً بالمسلمين، يقصدون بها غير ما يقصده المسلمون».

«الرابع: أن النبي ﷺ كان يكف عن قتل المنافقين - مع كونه مصلحة - لثلا يكون ذريعة إلى تنفير الناس عنه^(١)، وقولهم: إنَّ محمداً يقتل أصحابه،

(١) وقد جاء ذلك صريحاً في كلام النبي ﷺ، وذلك لما قال عمر رضي الله عنه لرسول الله ﷺ - في غزوة بني المصطلق -: ألا تقتل يا رسول الله هذا الخبيث - لعبد الله - فقال النبي ﷺ: =

فإنّ هذا القول يوجب النفور عن الإسلام ممن دخل فيه، ومَن لم يدخل فيه، ومفسدة التنفير أكبر من مفسدة ترك قتلهم، ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل»^(١).

ثم قال ابن القيم:

«وباب سدّ الذرائع أحد أرباع التكليف، فإنه أمرٌ ونهيٌّ، والأمر نوعان: أحدهما مقصود لنفسه، والثاني وسيلة إلى المقصود، والنهي نوعان: أحدهما ما يكون المنهي عنه مفسدة في نفسه، والثاني ما يكون وسيلة إلى المفسد؛ فصار سدّ الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين»^(٢).

والحاصل: أنّ على المفتي مراعاة سدّ الذرائع التي راعاها الشارع في مواطن كثيرة، فمهما علم أنّ عملاً ما - وإن كان جائزاً شرعاً - سيفضي القيام به إلى محرم، فالواجب المنع منه، وعدم إباحته، كما عُلِمَ ذلك من خلال الأمثلة التي سقناها وغيرها.

* * *

= لا يتحدث الناس أنه كان يقتل أصحابه. البخاري، في المناقب، من رواية جابر بن عبد الله: ١٦/٤؛ ومسلم في الفضائل برقم (٢٥٨٤).

(١) وانظر بقية الأمثلة التي أوردها ابن القيم في إعلام الموقعين: ١٧٧/٣ - ٢٠٥.

(٢) إعلام الموقعين: ٢٠٥/٣؛ وانظر أيضاً كلام القرطبي في تفسيره: ٥٧/٢ - ٥٩.

المخاتمة

وخلاصة القول: إن ترك الأمور في مجال الفتوى سائبة - وبالأخص في عصرنا الذي رأينا فيه عجباً - سيُخلف في الأمة فوضى لا نهاية لها، وستصدي للفتيا من ليس لها بأهل، وسيصعب بسبب ذلك على العامة تمييز الحق من الباطل، والهدى من الضلال، والحلال من الحرام، وإننا لنشاهد اليوم كثيراً من ذوي الجرأة على الله تعالى يقتحمون هذه المفاوز دون بصيرة، ولا هدى، فيضلُّون ويضلُّون، ودون أن يضعوا أنفسهم في مكانها الصحيح، ويردّوا الأمر إلى أهله.

كما لا ينبغي أن توصلد الأبواب أمام من هو أهل للقيام بهذه الوظيفة الدينية العظيمة، من أهل العلم والمعرفة والتقوى، ليبصر الناس بأمور دينهم، ويحل معضلاتهم، ويهديهم عند الحيرة، ويأخذ بأيديهم إلى شاطئ الأمان، حتى لا يقعوا فريسة الجهل والشبهات التي يروجها أعداء الإسلام، ولا يلجؤوا إلى سلوك الطرق البعيدة عن هدى الله سبحانه، وكلما صدرت الفتوى عن جماعة توافرت في كلِّ منهم شروط الاجتهاد كان ذلك أدعى إلى ندرة احتمال الخطأ، وأضمن لإدراك الحق والصواب، والاهتداء إلى معرفة مراد الله سبحانه فيما يعرض عليهم من قضايا، كما أنه يقلل من ظاهرة الخلاف بين أهل العلم وتباين آرائهم، إذ أن اجتماعهم يتيح لهم فرصة تداول الآراء واستعراض الأدلة وتمحيصها، ومعرفة أقوال من سبقهم من أهل العلم، وعند التجرد للحق، والترفع عن الهوى والتعصّب للرأي أو للمذهب، والتحلّي بالتقوى والخوف من الله، يصبح المرء خاضعاً للحق،

مستسلماً له ، عادلاً عن رأيه إشاراً لغلبة الحق وعلوّه ، ورغبة في الحرص على الوصول إليه ، وهذا كله مما يجعلهم أهلاً لأن يمنحهم الله تعالى مزيداً من التوفيق والسداد ، ويلهمهم الصواب ، ويجري الحق على ألسنتهم ، وينير بصائرهم . . .

ولله الحمد في الأولى والآخرة .

عبد الوهاب بن لطف الديلمي

سبل الاستفاده من النوازل «الفتاوى»
والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة

إعداد الدكتور

وهبة مصطفى الزحيلي

رئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه

بجامعة دمشق - كلية الشريعة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وعلى آله وصحبه البررة، وبعده. فإن حركة التجديد في الفقه الإسلامي لم تتوقف والله الحمد في أي عصر من العصور، منذ بداية عهد الصحابة بعد انتهاء فترة النبوة، وإلى يومنا الحاضر، وإن تفاوت حصادها كثرة وقلة، صعوداً وهبوطاً، ونماء وركوداً أحياناً، وظل العطاء الفقهي مستمراً في كل زمان، على الرغم مما تعرض له من صعوبات، وإعراض بعض السلطات الزمنية عن الأخذ به، أو شيوع اصطلاح إغلاق باب الاجتهاد، لحماية الثروة الفقهية الموروثة من العبث والضياع، وسد الباب أمام أدياء الاجتهاد الذين لم تتوافر فيهم أهلية الاجتهاد الكافية، أو كانت لهم نوايا مشبوهة في محاولة الانقضاض على صرح الفقه وتقويضه من الداخل، فكان الإغلاق مؤقتاً من قبيل ما يسمى بالسياسة الشرعية، لأنه لا يعقل تعطيل الاجتهاد، والمجتهدون وغيرهم يعلمون بأن الاجتهاد فرض من فروض الكفايات على أهل كل عصر، وواجب أن يقوم به فئة في كل زمن.

وكان من أبرز مزايا الفقه الإسلامي التي مكنته من الاستمرار والفاعلية: توافر مقومات الثبات لأصوله وأسس، ووجود ظاهرة المرونة والسماحة واليسر فيه، ومواكبة المتغيرات والتطورات فيما لا يمسّ كيان الثوابت، ويتجاوب مع ظروف العصر.

وأثبت الفقهاء والمفتون قدرتهم البارعة في الجمع بين الثابت والمتغير

فيما أصدره من فتاوى جديدة عامة في الأقطار الإسلامية، أو مقصورة على بعض البيئات والأوضاع المحلية، ومراعاة المصالح المتجددة، والأعراف الزمنية، وظروف الوقائع والنوازل الطارئة أو المستجدة.

ونجم عن الحشد الهائل من هذه الفتاوى في مختلف المذاهب، ولا سيما مذهب الحنفية والمالكية، وجود ثروة كبرى في ميدان الفقه، يمكن الاستفادة منها إما بذاتها، أو بمعرفة كيفية استنباطها أو إصدارها، في مجال التطبيقات المعاصرة لمسائل الفقه والاجتهاد، فنشأ علم الفتاوى أو النوازل.

وقد برع فقهاء المالكية في الأندلس لدى جماعة الفقهاء الذين كان الخلفاء يرجعون إليهم في كل شيء، وفي المغرب العربي، في إغناء ظاهرة الفتيا، وتعدد أنماطها بحسب الحواضر التي اشتهرت بفقهاءها، ومراعاة الأعراف المحلية والعوائد الزمنية التي لها مسوغ شرعي، فوجد ما سماه المالكية (العمل) أو (العمليات)؛ فكان (العمل الفاسي) و(عمل تونس) و(عمل القيروان)، ويقصد به ما اختار الفقهاء تطبيقه من الأحكام في عصر معين أو بلد محدد، ولو لم يتفق مع الراجح في المذهب أو المقولات الفقهية السابقة أو المشهورة.

وظهر لدى غير المالكية ما يشبه (العمل) ضمن أسماء أخرى كالسياسة الشرعية أو الأحكام السلطانية أو الحسبة لدى الشافعية والحنابلة في العصر العباسي وتوابعه، ولدى الحنفية في ظل السلطة العثمانية، في مجال الأحكام القضائية أو فتاوى شيوخ الإسلام، ومنها معروضات المفتي أبو السعود الحنفي العمادي، وفتاوى ابن عابدين، وضوابطه في رسائله ومصنفاته، وغيره من المفتين، مثل تنقيح الفتاوى الحامدية والفتاوى الخيرية، والمهدية، والفتاوى الهندية. ومثلها عند الشافعية الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي، ومجموع الفتاوى الكبرى لابن تيمية، وإعلام الموقعين لابن قيم الجوزية، وكتب القواعد الفقهية كالأشباه والنظائر لابن نجيم

الحنفي، أو للسيوطي، وقواعد الأحكام في مصالح الأنام لشيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام، والقواعد لابن رجب الحنبلي، وغير ذلك .

إن هذه الفتاوى في النوازل الطارئة تمنحنا الجرأة في تغطية أحكام المستجدات المشابهة، وتفيدنا أيضاً فيما لا يشبهها، لأنها تعلمنا كيفية علاج المشكلات والتطبيقات المعاصرة .

خطة البحث :

غاية البحث : تحديد خصائص وضوابط الفتاوى (والنوازل) والعمل الفقهي، وبيان سبل الاستفادة منها، بحيث يسهم ذلك في تجديد حيوية الفقه، للاستفادة منه في التطبيقات المعاصرة، وتكون خطة البحث كما يأتي :

- تحديد المراد بالنوازل والواقعات أو العمليات .

- الفرق بين الإفتاء والقضاء .

- الفرق بين الاجتهاد والإفتاء .

- آراء العلماء في ضرورة مراعاة البيئة والأعراف والمصالح ونحوها .

- الثواب والمتغيرات في الشريعة .

- ما يلزم المفتي مراعاته أو شروط الإفتاء .

- ضوابط الفتوى بالنوازل (الضوابط العشرة) وأمثلتها .

ويلاحظ أن أغنى أو أخصب كتاب في النوازل عند فقهاء المالكية هو :

كتاب (المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل أفريقيا والأندلس والمغرب) لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، ثلاثة عشر مجلداً، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، فهو يمتاز بكثرة ما احتوى عليه من نوازل وأحداث عاشها الناس في هذا الجناح الغربي من

العالم الإسلامي، مصطبغة بالصبغة المحلية، ومتأثرة بالأعراف السائدة،
والمؤثرات الوقتية، وكان ذلك مدعاة إلى اجتهاد الفقهاء لاستنباط الأحكام
الشرعية الملائمة، عن طريق استقراء النصوص الفقهية القديمة ومقارنتها
وتأويلها، كما جاء في مقدمة محقق الكتاب .

- المراد بالنوازل والوقاعات أو العمليات :

الفارق المتميز بين مدرسة أهل الرأي بالكوفة أو العراق بزعامه الإمام
أبي حنيفة النعمان رحمه الله، وبين مدرسة أهل الحديث في المدينة أو
الحجاز بزعامه الإمام مالك: هو أن فقه المدرسة الأولى يعنى ببحث
الاحتمالات أو الافتراضات النظرية التي شغبت الفقه وضخمته وعقدته،
وأعيت المقلدين والأتباع بحفظ أجوبة المسائل والحوادث التي تتجاوز
عشرات الآلاف، وأما فقه أهل الحديث فيقتصر على بحث الحالات
الواقعية والمسائل المستجدة .

والنوازل أو الوقاعات أو العمليات: هي المسائل أو المستجدات
الطارئة على المجتمع، بسبب توسع الأعمال، وتعقد المعاملات، والتي
لا يوجد نص تشريعي مباشر أو اجتهاد فقهي سابق ينطبق عليها. وصورها
متعددة، ومختلفة بين البلدان أو الأقاليم، لاختلاف العادات والأعراف
المحلية .

فقد تنشأ مسألة أو نازلة تندر، وقد تثار قضية في بلد أو إقليم
لا تحدث في بلاد أو أقاليم أخرى، وقد تكون المسألة عامة، كالأعراف
العامة غير المقصورة على بلد، وإنما تعم البلاد الإسلامية كلها أو أكثرها .

قال الخليفة الراشدي عمر بن عبد العزيز: «تحدث للناس أفضية
بقدر ما أحدثوا من الفجور» .

الفرق بين الإفتاء والقضاء :

القضاء : إصدار الحكم في الخصومة أو المنازعة من القاضي أو الحاكم لفصل النزاع ، ويكون ملزماً للمتخاصمين . وينفذ الحكم القضائي بقوة الحكومة (السلطة التنفيذية) لإحقاق الحق وإبطال الباطل ، وتحقيق الاستقرار ، ومنع استمرار النزاع أو الخصام .

أما الإفتاء : فهو إخبار المفتي بحكم الله تعالى بما يجده في الأدلة من حكم الله تبارك وتعالى إما صراحة من النصوص الشرعية ، وإما استنباطاً من قبل المجتهد .

والقضاء يحكم دائماً على ظواهر الأشياء ، فيقال : هذا شيء يجوز قضاء لا ديانة ، والمفتي يُعنى بأمور الديانة ، والحاكم يعتمد على طرق الإثبات ، قال القرافي : الحاكم يتبع الحجاج ، وهي جمع حجة ، والحجة : الدليل والبرهان ، والحجاج : البينة والإقرار ونحوهما من القرائن ، والقضاء بشاهد ويمين المدعي ، والنكول : (الامتناع عن اليمين) ، وعدّد القرافي الحجاج في كتابة (الفروق)^(١) فبلغت نحو العشر .

والمفتي يتبع الأدلة ، ولا يعتمد على الحجاج . والأدلة : الكتاب والسنة ونحوهما من الإجماع والقياس والاستحسان والاستطلاع وغيرها من الأدلة المختلف فيها^(٢) ، وعدّد القرافي الأدلة في كتابه (الفروق)^(٣) فبلغت نحو العشرين دليلاً . وأوصلها الشيخ جمال الدين القاسمي إلى نيف وأربعين دليلاً .

(١) الفروق : ١٢٩/١ .

(٢) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام للقرافي ، ط حلب ، ص ٣٠ وما بعدها .

(٣) الفروق : ١٢٨/١ .

والأدلة يجب فيها اتباع الراجح وترك المرجوح . وليس للمفتي أن ينشئ حكماً بالهوى واتباع الشهوات ، بل لا بد من أن يكون ذلك القول الذي حكم به ، قال به إمام معتبر ، لدليل معتبر^(١) .

وإذا كان المفتي مجتهداً ، وجب عليه اتباع الأدلة بعد استقرارها ، ويخبر الناس بما ظهر له منها من غير زيادة ولا نقص . وأما إن كان مقلداً لمجتهد ، كما في زماننا ، فهو نائب عن المجتهد في نقل ما لخص إمامه لمن يستفتيه ، فهو بمثابة وكيل أو مترجم عن المجتهد^(٢) ، وحكم الحاكم ليس خبيراً يحتمل التصديق والتكذيب ، بل إنشاء لا يحتملها ، فإنه إلزام أو إذن ، ومن أنشأ إلزاماً على غيره أو على نفسه ، أو أذن لغيره في فعل ، لا يقال له ، صدقت ولا كذبت^(٣) .

- الفرق بين الاجتهاد والإفتاء :

الأصل في المفتي : أن يكون هو المجتهد أو الفقيه^(٤) ، ثم صار لفظ المفتي في عصرنا يطلق على متفقيه المذاهب ، الذين يقتصر جهدهم على تطبيق نصوص الفقه المذهبي على الوقائع ، وذلك الإطلاق من قبيل المجاز أو الحقيقة العرفية بحسب اصطلاح الحكومات المعاصرة . والفارق بين الاجتهاد والإفتاء : هو أن الإفتاء أخص من الاجتهاد ، فإن الاجتهاد هو استنباط الأحكام ، سواء أكان هناك سؤال في موضوعها أم لم يكن .

أما الإفتاء فإنه لا يكون إلا إذا كانت واقعة وقعت ، ويتعرف الفقيه حكمها .

(١) الإحكام للقرافي ، المرجع والمكان السابق .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٩ ، ٨٤ .

(٣) المرجع السابق ، ص ٤٨ .

(٤) الإحكام للآمدي : ١٦٧/٣ ؛ إرشاد الفحول للشوكاني ، ص ٢٣٤ .

والفتوى الصحيحة تتطلب عدا توافر شروط الاجتهاد في المجتهد شروطاً أخرى، وهي معرفة واقعة الاستفتاء، ودراسة نفسية المستفتي، والجماعة التي يعيش فيها، وظروف البيئة أو البلد التي حدثت فيها النازلة أو الواقعة أو العمل، ليعرف مدى أثر الفتوى سلباً وإيجاباً^(١).

ولا بد من أن يتصف المفتي بصفات أو ضوابط لها صلة بالممارسة العملية وقبول الناس لفتواه: وهي العقل والبلوغ والحرية بالانفاق، والحياة، والأعلمية، والعدالة، على اختلاف فيها.

والعدالة شرعاً: يراد بها أهلية قبول الشهادة والرواية عن النبي ﷺ، وعرفها الغزالي بقوله: «العدالة: عبارة عن استقامة السيرة والدين، وحاصلها يرجع إلى هيئة راسخة في النفس، تحمل على ملازمة التقوى والمروءة جميعاً، حتى تحصل ثقة النفوس بصدقه، وذلك إنما يتحقق باجتنب الكبائر، وبعض الصغائر، وبعض المباحات»^(٢).

فلا يُستفتى مجهول العدالة حتى تعلم عدالته بقول عدل أو عدلين أو بالاستفاضة والشهرة، لأن العدل يكون غالباً موقفاً إلى اختيار الصواب، وليطمئن الناس إلى كلامه، بخلاف الفاسق فإنه مذموم، ويحيط الشك كثيراً بأقواله.

قال ابن فرحون في تبصرة الحكام^(٣): إن المكلفين قسمان: مجتهد وغير مجتهد، وغير المجتهد: أوجب الشرع عليه الرجوع إلى قول المجتهدين العدول، فنزل الشرع ظن المجتهد في حقه كظنه، لو كان مجتهداً لضرورة العمل، وهذا أمر مجمع عليه.

(١) أصول الفقه للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، ص ٣٨٧.

(٢) المستصفي: ١٠٠/١.

(٣) تبصرة الحكام: ٥٩/١.

آراء العلماء في ضرورة مراعاة البيئة والأعراف والمصالح ونحوها :

اتفقت كلمة العلماء على ضرورة مراعاة أحوال الواقعة النازلة، من عرف البلد والزمان، وما يحقق مصالح الناس في معاملاتهم وتصرفاتهم، وذلك ينسجم مع مهمة المفتي وسلامة الفتوى، فإن لم يراع المفتي ظروف الواقعة أو المسألة المستجدة، أعرض الناس عن فتواه، ووقعوا في الحرام أو المنكر عمداً أو خطأً .

وهذه طائفة من أقوال أئمة الفقه والعلم :

قال الإمام القرافي رحمه الله في الفرق الثامن والعشرين بين قاعدة العرف القولي يقضى به على الألفاظ ويخصصها، وبين قاعدة العرف الفعلي، لا يقضى به على الألفاظ ولا يخصصها^(١) :

«على هذا القانون (وهو اتباع الأعراف المحلية) تراعى الفتاوى على طول الأيام، فمهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك، لا تجره على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده وأجره عليه، وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح . والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين .

وعلى هذه القاعدة تتخرج أيمان الطلاق والعتاق، وصيغ الصرائح والكنيات، فقد يصير الصريح كناية يفترق إلى النية، وقد تصير الكناية

(١) الفرق بينهما كما ذكر صاحب تهذيب الفروق : ١٨٩/١ : أنه في العرف القولي يصير الأصل مهجوراً، وكان العرف ناسخاً للغة، والناسخ يقدم على المنسوخ، أما في العرف الفعلي فيظل اللفظ اللغوي مستعملاً في مسماه اللغوي، فلا يكون العرف الفعلي ناسخاً للغة حتى يقدم، من حيث كونه ناسخاً، على المنسوخ .

صريحاً، مستغنية عن النية»^(١).

وقال ابن القيم رحمه الله في فصل تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد:

«هذا فصل عظيم النفع جداً، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة، أوجب من الحرج والمشقة وتكليف مالا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد.

وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل.

فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله ﷺ أتم دلالة وأصدقها، وهي نوره الذي به أبصر المبصرون، وهُداه الذي به اهتدى المهتدون، وشفأؤه التام الذي به دواء كل عليل، وطريقه المستقيم الذي من استقام عليه، فقد استقام على سواء السبيل... إلخ»^(٢).

وقال علامة الشام ابن عابدين رحمه الله في رسالته: (نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف):

«فهذا كله وأمثاله دلائل واضحة على أن المفتي ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية، من غير مراعاة الزمان وأهله، وإلا يضيّع

(١) الفروق: ١/١٧١-١٧٧؛ وانظر تهذيب الفروق بهامشه: ١/١٨٧ وما بعدها.

(٢) إعلام الموقعين: ٣/١٤-١٥، ط محيي الدين عبد الحميد.

حقوقاً كثيرة، ويكون ضرره أكثر من نفعه»^(١).

«وبما قررناه اتضح لك معنى ما قاله في القنية وأشرنا له في البيت السابق^(٢)، من أنه ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما بظاهر الرواية، ويتركا العرف، والله أعلم»^(٣).

«ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد: إنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً، للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير، ودفع الضرر والفساد، لبقاء العالم على أتم نظام، وأحسن أحكام. ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة، بناها على ما كان في زمنه، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم، لقال بما قالوا به، أخذاً من قواعد مذهبه»^(٤).

وقال العز بن عبد السلام: «أمر الله عباده بتحصيل مصالح إجابته وطاعته، ودرء مفاسد معصيته ومخالفته، إحساناً إليهم وإنعاماً عليهم»^(٥).

هذه الأقوال وأمثالها تقرر أصالة الذي نريد إثباته، وهو ضرورة مراعاة ظروف الواقعة، وأعراف الناس، وتطورات الزمان، وترك الجمود على العبارات الفقهية المنقولة التي راعت ظروفًا معينة في عصر أصحابها، مما يدل على تجديد حيوية الفقه الإسلامي ومرونته وإمكان تغطيته أحوال الناس، وتحقيق تطبيقات العصر، ومواكبة التقدّم والتطور، ومراعاة

(١) رسائل ابن عابدين: ١٣١/٢.

(٢) وهو قولهم: والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار.

(٣) رسائل ابن عابدين: ١٣٣/٢.

(٤) المرجع السابق، ص ١٢٥.

(٥) قواعد الأحكام، ص ٢.

المصالح المتجددة، والأعراف السائدة في كل زمان ومكان، سواء أكان العرف عاماً أم خاصاً.

الثواب والمتغيرات في الفقه أو الشريعة:

الأحكام الشرعية قسماً كبيران: ثواب ومتغيرات.

أما الثواب أو الأحكام الأساسية: فهي المنصوص عليها صراحة في النصوص الشرعية من القرآن والسنة النبوية، القطعية (اليقينية التي لا تحتمل أي معنى آخر سوى المعنى المتبادر منها) أو الظنية التي تقرر مبدأ عاماً أو حكماً غير معلل بعلّة المصلحة، أو إقرار عرف معين أو مؤقت لفترة زمنية محددة.

والمراد بالحكم الظني: هو الحكم الذي يتبادر إلى الذهن، ويحتمل معنى آخر احتمالاً ضعيفاً أو نادراً يجعل دلالة الحكم ظنية (أغلبية) غير قطعية.

وهذه الثواب لا تتبدل ولا تتغير، لأنها ذات صفة دائمة، أو ذات حاكمية مطلقة على الأحداث والوقائع، لكون المصلحة فيها ثابتة وغير قابلة للتبدل، وليس للأعراف المتغيرة تأثير عليها، مثل فرضية العبادات من صلاة وصيام وحج وزكاة، وتقرير أصول الإيمان بالله وملائكته وكتبه واليوم الآخر وبالقدر خيره وشره، وأصول الإسلام أو أركانه الخمسة: وهي شهادة أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، وصوم رمضان، وحج البيت من استطاع إليه سبيلاً، وحرمة المحارم في آية: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ . . . ﴾ [النساء: ٢٣]، والتراضي في العقود في آية: ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحَكْرَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩]، ومبدأ إلزامية العقود والوفاء بها في آية ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة: ١]، وضمن الضرر الواقع بالآخرين في حديث: « لا ضرر

ولاضرار^(١)، وتحريم أكل أموال الناس بالباطل، وحماية الحقوق الخاصة أو العامة في آية: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، وتحريم القتل والسرقة والزنا وتطيف الكيل والميزان في آيات سورة الإسراء [٣١ - ٣٥] وغيرها، وجعل الإقرار حجة قاصرة على المقر، والمسؤولية الفردية أو الشخصية في آية: ﴿وَلَا تُزِرُّ وَازِرَةً وَزِدَّ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤]، وكون الأصل براءة الذمة من التكليف، وبراءة المتهم حتى تثبت إدانته، وجعل الأصل في الأشياء والأفعال والأقوال الإباحة في آية: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، وسد ذرائع الشر والفساد في آية: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام: ١٠٨]، ونحو ذلك مما جاءت الشريعة الإلهية لإقراره، وإصلاح شؤون الفرد والجماعة.

أما النصوص القابلة للتغير فهي ثلاثة:

١ - النص المعلل بعلّة ثم تتغير العلة: كما امتنع النبي ﷺ عن التسعير بقوله: «إن الله هو القابض الباسط الرزاق المسعر»^(٢)، لأن مسوغ التسعير لم يوجد، وهو مغالاة التجار بالأسعار، ثم تغير العرف، فأفتى فقهاء المدينة السبعة والإمام مالك، ومتأخرو الزيدية فيما عدا قوت الآدمي والبهيمة، بجواز التسعير، لأن غلاء الأسعار في عهد التابعين وأئمة المذاهب صار بسبب من التجار أنفسهم، لطمعهم وجشعهم، أما في عهد النبوة فكان الغلاء بسبب قلة العرض للسلعة، وزيادة الطلب، وتبدل الأمر بعدئذ، فجاز التسعير بالعرف الجديد.

(١) رواه ابن ماجه والدارقطني مسنداً (متصلاً)، ورواه مالك مراسلاً (غير متصل) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٢) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) إلا النسائي؛ وصححه الترمذي من حديث أنس ابن مالك رضي الله عنه.

٢- النص العرفي المرعى فيه حال المبادلة القائم، بالكيل في الأموال الربوية: (المكيال مكيال أهل المدينة، والوزن وزن أهل مكة)^(١)، ثم تغير، فأصبح أسلوب التبادل بالوزن، لذا أفتى الإمام أبو يوسف رحمه الله بأن مقياس تبادل الأموال الربوية لتحقيق المساواة فيها وعدمها: هو المقياس العرفي، وأنه يتبدل بتبدل العرف، أي ما آل إليه الأمر، وهو الصواب، وهو أيضاً رأي المالكية.

٣- الأحكام التي روعي فيها تنظيم بيت المال، مثل عدم إعطاء الزكاة لبني هاشم وبني المطلب، وأن الزكاة لا تحل لهم كما لا تحل للنبي ﷺ، وهذا كان سائغاً في العهد النبوي، حيث كان لهم سهم من الفيء والغنائم، فلما فسد نظام بيت المال، وحجب عنهم هذا السهم، أفتى فقهاء الحنفية والمالكية بعطائهم من الزكاة، حفاظاً عليهم، وإبقاء على كرامتهم.

وقد تبدل وسائل حماية الحقوق، كالأخذ في نظام المحاكم الحالية بأسلوب القضاء الجماعي، وتعدد درجات المحاكم، ما دام الهدف أو المبدأ الشرعي واحداً: وهو إحقاق الحق، ومحاربة الباطل، ورعاية المصالح، ودرء المفاسد.

وأما المتغيرات أو القابلة للتغير: فهي الأحكام الاجتهادية المبنية على قاعدة أو مصدر القياس أو رعاية المصلحة، وهذه الأحكام وحدها هي التي يمكن تبديلها، وهي المقصودة بالقاعدة الشرعية المعروفة، «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»^(٢).

قال ابن عابدين: «نظراً لتغير الأعراف بتغير الأزمان، فإن الأحكام

(١) رواه أبو داود، والنسائي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) المجلة، م٣٩٠.

المبنية على العرف تتغير أيضاً^(١).

وعوامل التغير إما فساد (فساد الأخلاق أو القياس أو المصلحة)، أو تطور (تطور أساليب الحياة)^(٢)، ويتضح ذلك بالأمثلة التالية:

أمثلة فساد الأحوال:

١ - أفتى المتأخرون من العلماء بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم، وعلى وظائف الإمامة والخطابة والأذان وسائر الطاعات من صلاة وصيام وحج، وهو حكم خولف فيه ما كان مقرراً سابقاً بين العلماء، ومنهم أئمة الحنفية وغيرهم، نظراً لتغير الزمان، وانقطاع عطاءات المعلمين والقائمين بالشعائر الدينية من بيت المال. فلو اشتغل هؤلاء بالاكْتساب من زراعة أو تجارة أو صناعة، لزم ضياع القرآن، وإهمال تلك الشعائر^(٣).

٢ - تضمين الأجير المشترك كالخياط والصبغ والكواء، فإن الأصل هو أنه أمين، لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، ثم قرر بعض الصحابة، مثل عمر وعلي، ومن تبعهم من الفقهاء ضمانه، نظراً لكثرة الإدعاء بهلاك ما في يده، ومحافظة على أموال الناس. وقد قضى الونشريسي بتضمين الراعي المشترك^(٤).

٣ - عدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة: فإن أبا يوسف ومحمد رحمهما الله قررا أنه لا بد من تزكية الشهود (أي إظهار عدالة الشاهد وصلاحيته للشهادة بوساطة ثقة)، للمحافظة على حقوق الناس وعدم

(١) رسائل ابن عابدين: ١٢٥/٢.

(٢) المدخل الفقهي العام للأستاذ الشيخ مصطفى الزرقاء: ف٥٤١ - ٥٥٥، ص ٩١٦ وما بعدها.

(٣) تنقيح الفتاوى الحامدية: ١٣٧/٢.

(٤) المعيار المغربي: ٣٤٣/٨.

ضياعها، علماً بأن ذلك مخالف لما قرّره أبو حنيفة من أنه يُكتفى بظاهر العدالة فيما عدا الحدود والقصاص، ولم يشترط التزكية، بناء على ما كان في زمنه من غلبة العدالة، لأنه كان في الزمن الذي شهد له رسول الله ﷺ بالخيرية، وهو القرن الأول والثاني والثالث، فنظراً لتغيّر الزمان، وفشو الكذب، أفتى الصاحبان بما يخالف رأي الإمام رحمه الله، نزولاً تحت وطأة العرف.

قال الونشريسي: لا يستسفر القاضي من الشهود العدول عن شهادتهم إلا في الزنا والحدود، لما ورد أن الحدود تدرأ بالشبهات^(١).

٤ - تحقق الإكراه من غير السلطان: كان أبو حنيفة يفتي بأنه لا يتحقق الإكراه إلا من السلطان، لا من غيره، نظراً لما شاهدته في عصره، من أن المنعة والقدرة لم تكن لغير السلطان. ونظراً لفساد الزمان وتغيّر الحال وظهور الظلمة، فإن الصاحبين أفتيا بتحقيق الإكراه من غير السلطان، بناء على ما شاهداه في زمانهما^(٢).

٥ - منع النساء الشابات من حضور المساجد لصلاة الجماعة، بخلاف ما كان عليه الحال في زمن الرسول ﷺ، نظراً لفساد الأخلاق، وغلبة السوء.

٦ - أفتى فقهاء الحنفية بمنع الزوج من السفر بزوجه، وإن أوفأها المهر المعجل، لفساد الزمان وسوء المعاملة، وأفتوا أيضاً بعدم تصديق المرأة بعد الدخول بها، بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر، مع أنها منكرة للقبض، علماً بأن القاعدة تقرر: أن القول قول المنكر بيمينه، وقد تركت هذه القاعدة هنا، لأن المرأة في العادة لا تسلّم نفسها قبل قبض المعجل^(٣).

(١) المعيار المعرب: ٤١٦/٩.

(٢) الفتاوى الهندية: ٣٧/٥.

(٣) رسائل ابن عابدين: ١٢٦/٢.

٧- أخذ زكاة الأراضي : وهو العشر من المستأجر دون المؤجر ، أفتى به الصحابان خلافاً لرأي الإمام أبي حنيفة ، لأنه أحسن للزمان وأكثر فائدة ، وأعظم جدوى بالنسبة للفقراء ، ولأن الزكاة تؤخذ من الزرع ، فتتبع مالك الزرع ، وهو هنا المستأجر ، علماً بأن أبا حنيفة كان يرى العشر على المؤجر ، لأن الزكاة مؤنة الملك ، وملك الأرض للمؤجر .

هذه الأمثلة ونحوها كبيع الوفاء^(١) ، ودخول الحمام من غير بيان مدة المكث ومقدار الماء المستهلك ، والإعفاء عن طين الشارع للضرورة ، اختلفت أحكامها لاختلاف عادات أهل الزمان وأحوالهم .

٨- عارض المديونية : الأصل المقرر عند الحنفية وغيرهم أن تبرعات المدين نافذة ، ولو استغرقت ديونه أمواله كلها ، وهذا مقتضى القياس ، ثم لما فسدت الذمم ، ولجأ المدينون لتهريب أموالهم من وجه الدائنين من طريق وقفها أو هبتها لأقاربهم ، أفتى متأخرو الحنفية والحنابلة بعدم نفاذ هذه التبرعات إلا فيما يزيد عن وفاء ديونهم .

٩- الأصل المقرر عند الحنفية عدم ضمان منافع الغصب ، سواء استوفأها الغاصب أو عطلها ، مثل ركوب الدابة ، وسكنى الدار ، وزراعة الأرض ، ثم استثنى متأخرو الحنفية ثلاثة مواضع يجب فيها أجر المثل ، وهي أن يكون المغصوب مال وقف ، أو مال يتيم ، أو شيئاً معداً للاستغلال ، بأن بناه صاحبه أو اشتراه لذلك الغرض^(٢) .

١٠- الأصل في المذهب الحنفي والشافعي أن القاضي يقضي بعلمه الشخصي في الوقائع ، في الأظهر عند الشافعية ، إلا في الحدود والقصاص ، ثم أفتى المتأخرون - وأشار الشافعي لذلك - بأن القاضي لا يقضي بعلمه

(١) بيع الوفاء : هو أن يبيع المحتاج إلى النقد عقاراً ، على أنه متى وفى الثمن ، استرد العقار .

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية : ٢ / ١٦٨ ، ١٧٣ ؛ الدر المختار ورد المحتار : ١٤٤ / ٥ - ١٤٥ .

الشخصي مطلقاً للتهمة^(١).

وجاء في المعيار المعرب: قال العبدوسي: لا يحكم القاضي بعلمه في التسفيه بإجماع، وإنما يحكم بعلمه بعد ثبوته بينة عدلة، هذا والحكم المقرر عند المالكية والحنابلة: أنه لا يقضي الحاكم بعلم نفسه في حد ولا غيره، إلا فيما علمه في مجلس القضاء^(٢)، وهذا هو المقرر في القوانين الوضعية؛ حيث يقضي القاضي بعلمه في جرائم الجلسات.

أمثلة التطورات:

١ - تدوين السنة النبوية: دوّنت السنة النبوية، في مطلع القرن الثاني الهجري، بأمر الخليفة عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه، خوفاً من ضياعها بموت رواتها وحفظتها، لأن أسلوب الكتاب أثبت وأدوم من حفظ الذاكرة، علماً بأن النبي ﷺ في بدء أمره ودعوته نهى عن كتابة أحاديثه، حتى لا تختلط بالقرآن، وقال لأصحابه: «لا تكتبوا عني شيئاً، ومن كتب غير القرآن فليمحّه»^(٣).

٢ - ظاهرة السجلات العقارية أو العينية: كان من المقرر فقهاً ضرورة وصف المبيع بحدوده الأربع، ووجود التسليم، أي التخلية، فلما ظهر نظام السجل العقاري، أصبح بيان الحدود الأربعة عبثاً، واستقر الاجتهاد القضائي على حصول التسليم بمجرد تسجيل العقد في السجل العقاري، وبالتسجيل تنتقل تبعة ضمان هلاك المبيع، من عهدة البائع إلى عهدة المشتري، أخذاً بتطور أساليب التنظيم والضبط المحققة للمراد، بدلاً من

(١) الدر المختار ورد المختار: ٤/٣٦٩؛ مغنى المحتاج: ٤/٣٩٨.

(٢) المعيار المعرب: ٩/٢٥٧؛ بداية المجتهد: ٢/٤٥٨ وما بعدها؛ المغنى: ٩/٥٣ وما بعدها.

(٣) رواه مسلم في صحيحه.

التسليم الفعلي للعقار الذي كان لا بد منه ، بل إن الدولة لا تعترف بانتقال ملكية العقارات إلا بهذا التسجيل ، وليس بمجرد التعاقد .

ويلاحظ أن مسألة تغيير الأحكام بتغيير الأزمان ، ليست أخذاً بالعرف ، وإنما هي تطبيق لمبدأ المصالح المرسلة ، لأن فساد الأحوال ليس من قبيل الأعراف المتعارفة ، وإنما هو انحراف في الأخلاق ، أو تبدل وسائل التنظيم ، مما يجعل ظروف الاجتهاد الجديدة ومراعاة المصالح هي الدافعة لتغيير الأحكام ، وليست مجرد نشوء أعراف جديدة^(١) .

- ما يلزم المفتي مراعاته أو شروط الإفتاء :

تتطلب عدالة المفتي أموراً ثلاثة إذا اختار أحد آراء المذاهب :^(٢) .

أ- أن يتبع القول لدليله : أي يعمل بالراجح دليلاً من الآراء إذا تعارضت الأدلة ، ولا يختار من المذاهب أضعفها دليلاً ، بل يختار أقوىها دليلاً ، لأن الفتيا شرع عام على المكلفين إلى قيام الساعة ، واتباع الشرع إنما يكون بالدليل ، وليس اتباعاً للهوى ، والأدلة يجب فيها اتباع الراجح ، أما الحكم أو الفتيا بما هو مرجوح فخلاف الإجماع .

ب - أن يجتهد ما أمكن الاجتهاد في أن لا يترك الأمر المجمع عليه إلى المختلف فيه ، لأن اتباع الإجماع واجب أولاً .

ج- أن لا يتبع أهواء الناس ، بل يتبع المصلحة والدليل ، والمصلحة المعتبرة : هي مصلحة الكافة . وهذه الضوابط عامة في العبادات والمعاملات وأحكام الأسرة والعلاقات الدولية ونحوها .

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء ، ف ٥٥٣ .

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ، ص ٣٠ ، ٧٩ ، ٨٠ ؛ أصول الفقه للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، ص ٣٩٠ .

ضوابط الفتوى بالنوازل والعمل الفقهي :

إذا كانت النازلة أو المسألة المستجدة مشابهة لما سبقها ، فيقضى أو يفتى بها ، ما دامت منسجمة مع مقاصد الشريعة وأصولها ، ومحققة للمصلحة الزمنية والأعراف الصحيحة التي لاتصادم نصوص الشريعة . وأما إذا اختلفت المصلحة ، أو تبدل العرف ، فيمكن الاستفادة من صنيع المفتين السابقين ، ومعرفة كيفية الإفتاء ، والتعلم من طرائق الاستدلال التي سلكوها ، وتنزيلها على المقاصد التشريعية والأصول الاستدلالية ، ويمكن حصر هذه الأصول أو الضوابط بعشرة ، وهي كفيلة بتجديد حيوية الفقه ، ومعرفة كيفية الاستفادة من فتاوى النوازل في التطبيقات العصرية ، وهذه الضوابط هي في تقديري إجمالاً عشرة ، وهي ما يلي :

الضابط الأول - مراعاة الضرورة أو الحاجة :

الضرورة أشد باعثاً أو دافعاً لتجاوز القواعد القياسية العامة من الحاجة ؛ فالضرورة : ما يترتب على عدم مراعاتها خطر أو ضرر شديد محقق كالموت جوعاً . وأما الحاجة : فهي ما يترتب على تركها مشقة وحرَج أو عسر وصعوبة ، وقد عرف الزركشي والسيوطي الضرورة فقلاً : هي بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب ، كالمضطر للأكل واللبس ، بحيث لو بقي جائعاً أو عرياناً لمات أو تلف منه عضو^(١) .

وللمالكية والحنابلة تعريف مقارب أو مشابه^(٢) .

وتطبيقات الضرورة أو الحاجة من النوازل والفتاوى كثيرة ، منها ما يأتي ، وقاعدتها المقررة هي : (الضرورات تبيح المحظورات)^(٣) .

(١) قواعد الزركشي ، مخطوط : ق ١٣٧ ب ، وقد طبع أخيراً في الكويت .

(٢) المغني : ٥٩٥ / ٨ ؛ الشرح الكبير للدردير : ١١٥ / ٢ .

(٣) المجلة : م ٢١ .

فمن أمثلة الضرورة:

- كشف العورات أمام الطبيب، للمداواة.

- تناول بعض المآكل أو المشارب المحظورة لإنقاذ النفس من الهلاك أو الموت جوعاً، فيباح تناول شيء من الميتة أو الخنزير أو الخمر، أو أخذ مال شخص آخر غير مضطر مثله، لدفع خطر الهلاك، إما محققاً، أو بظن غالب، أو الوقوع في وهن لا يحتمل.

- اقتحام المنزل لإطفاء حريق أو تفادي هدم جدار وسقوطه، لكن هناك أمور ثلاثة لا تحل ولو في حال الضرورة. وإن ارتفع الإثم أو العقاب عن فاعلها، وهي الكفر والقتل والزنا.

- الأصل فيمن يتولى القضاء أن يكون مجتهداً عادلاً، لكن ذكر الغزالي في وسيطه، وحكاه عنه الرافعي في الشرح، وجزم به في المحرر، أن من ولّاه ذو شوكة، نفذ حكمه، وإن كان جاهلاً أو فاسقاً للضرورة، قال ابن حجر: وهذا هو اللائق بهذا الزمان.

وكذلك المتغلب على إقليم، لو نصب فاسقاً أو جاهلاً، تنفذ أحكامه للضرورة^(١).

- يرى الإمام أبو حنيفة رحمه الله أن حكم القاضي ينفذ ظاهراً وباطناً للضرورة في العقود والفسوخ، وخالفه الصحابان وبقية الفقهاء، فقالوا: لا ينفذ حكم القاضي في الأموال وغيرها، فلا يحل الحرام، ولا يحرم الحلال^(٢).

- بيع التلجئة: هو العقد الذي ينشئه البائع لضرورة أمر، فيصير

(١) فتاوى ابن حجر: ٢٩٧/٤ - ٢٩٨.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للباحث: ٧٥٦/٦.

كالمدفوع إليه ، وصوره ثلاث عند الحنيفة :

١ - إذا كان في نفس المبيع فهو باطل .

٢ - وإذا كان في البدل : نحو أن يتفقا في السر أن الثمن ألف ، ويتبايعان في الظاهر بألفين ، فالثمن هو المذكور في السر .

٣ - وإذا اتفقا في الباطن أن الثمن ألف ، ويتبايعان في الظاهر بمائة دينار ، قال محمد بن الحسن : القياس أن يبطل العقد ، وفي الاستحسان : يصح بمائة دينار ، والفرق بين هذه الصورة وما قبلها : أن الثمن في الظاهر في هذه الصورة أقل . وعن أبي حنيفة : بيع التلجئة موقوف ، إن أجازه جاز ، وإن رده بطل^(١) .

- علاج التضخم في القرض : لو استقرض الفلوس فكسدت ، قال أبو حنيفة : عليه مثلها كاسدة ، ولا يغرم قيمتها ، وقال أبو يوسف : عليه قيمتها يوم القبض . وقال محمد : عليه قيمتها في آخر يوم كانت رائجة ، وعليه الفتوى . قال في الفتاوى الهندية^(٢) : «وبعض مشايخ زماننا أفتوا بقول أبي يوسف ، وقوله أقرب إلى الصواب في زماننا» .

- وهناك ما يسمى عند الحنيفة باستحسان الضرورة ، واستحسان العرف ، والمصلحة المرسلة لضرورة .

أما الاستحسان بالضرورة : فهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس والأخذ بمقتضى الضرورة ، مثل تطهير الآبار والأحواض التي تقع فيها نجاسة ، فمقتضى القياس : أنه لا يمكن تطهيرها بنزح الماء كله أو بعضه ، لأن نزح بعض الماء الموجود في البئر أو الحوض لا يؤثر في طهارة

(١) الفتاوى الهندية : ١٧٨/٣ .

(٢) المرجع السابق : ١٧٥/٣ .

الباقى فيها، ونزح كل الماء لا يفيد في طهارة ما ينبع من ماء جديد، لملاقاته لمحل النجاسة في قاع البئر وجدرانه، والدلو تنجس أيضاً بملاقة الماء، فلا تزال تعود وهي نجسة، إلا أنهم استحسنوا ترك العمل بموجب القياس، فحكموا بالطهارة بنزح مقدار من الماء للضرورة المحوجة إليها.

قال الحنفية: إن وقعت في البئر فأرة أو عصفورة ونحوها فماتت: نزح منها ما بين عشرين دلواً إلى ثلاثين، بحسب كبر الدلو وصغرهما، بعد إخراج الفأرة، فإن ماتت فيها حمامة أو نحوها كالدجاجة والسنور والهري، نزح منها ما بين أربعين دلواً إلى ستين. وإن ماتت فيها شاة أو كلب أو آدمي، نزح جميع ما فيها، فإن انتفخ الحيوان فيها أو تفسخ، نزح جميع ما فيها، صغر الحيوان أو كبر، لانتشار البلة في أجزاء الماء^(١).

وأما استحسان العرف: فهو كعقد الاستصناع: وهو شراء ما سيصنع وفقاً للطلب، وهو جائز في كل ما جرى التعامل فيه^(٢)، وما يقترضه الجيران من بعضهم بعضاً من الحوائج من الدقيق والخبز ونحوهما، قال الحنفية: إذا استقرض الدقيق وزناً لا يرده وزناً، ولكن يصطلحان على القيمة، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: يجوز استقرضه وزناً استحساناً، إذا تعارف الناس ذلك، وعليه الفتوى^(٣).

وأما المصلحة لضرورة: فمتفق على الأخذ بها، قال الغزالي: المناسب المرسل يعتبر إن كانت المصلحة ضرورية قطعية كلية، وإلا فلا، فالضرورية: هي التي تكون من إحدى الضروريات الخمس: وهي حفظ الدين والنفس والعقل والنسب والمال. وأما القطعية: فهي التي يجزم

(١) فتح القدير: ٦٨/١ - ٧٤.

(٢) الفتاوى الهندية: ١٧٧/٣.

(٣) المرجع السابق: ١٧٣/٣.

بحصول المصلحة فيها، والكلية: هي التي تكون موجبة لفائدة عامة للمسلمين، مثال ذلك: مشروعية قتل أسارى المسلمين بيد الأعداء، إذا ترسوا بهم، للضرورة، حتى لا يتخذوا ذلك دريئة للتقدم في ديار المسلمين، والاستيلاء عليها، وقتل المسلمين كافة^(١).

ومثل: توظيف الخراج على الأراضي، إذا خلت الأيدي من الأموال، ولم يكن من مال المصالح ما يفي بحاجات الجيش، فيجوز لولي الأمر أن يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند، لأنه إذا تعارض شران أو ضرران، قصد الشارع دفع أشد الضررين، وأعظم الشرين. أفتى بذلك كبار العلماء كالغزالي والعز بن عبد السلام والقرطبي والشاطبي وابن عابدين وغيرهم.

وجاء في الأحكام السلطانية للماوردي^(٢): إذا ضاقت على بيت المال الديون والحقوق عن سدادها، جاز لولي الأمر إذا خاف الفساد أن يقترض على بيت المال ما يصرفه في الديون دون الارتفاق، وكان من حدث بعده من الولاية مأخوذاً بقضائه إذا اتسع له بيت المال. وأما الفائض من الحقوق عن مصارف بيت المال: فذهب أبو حنيفة إلى أنه يدخر في بيت المال لما ينوب المسلمين من حادث. وذهب الشافعي إلى أنه لا يدخر، وإنما يصرف في مصالح المسلمين، لأن النوائب تعين فرضها عليهم إذا حدثت.

وذكر الماوردي مراتب الضرب في التعزير، فمن سرق نصاباً من غير حرز ضرب أعلى التعزير. خمسة وسبعين سوطاً، وإذا سرق من حرز أقل من نصاب، ضرب ستين سوطاً، وإذا سرق أقل من نصاب من غير حرز، ضرب خمسين سوطاً، فإذا جمع المال في الحرز واسترجع منه قبل إخراجه، ضرب

(١) المستصفي: ١٤٠/١ - ١٣٢.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي، ص ٢٠٧، ط صبح؛ وانظر الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٣٧.

أربعين سوياً، وإذا نقب الحرز ودخل ولم يأخذ، ضرب ثلاثين سوياً. وإذا نقب الحرز، ولم يدخل، ضرب عشرين سوياً، وإذا تعرض للنقب أو لفتح باب ولم يكمله، ضرب عشرة أسواط. ثم قال الماوردي: وهذا الترتيب، وإن كان مستحسنًا في الظاهر، فقد تجرد الاستسحان عن دليل يتقدر به^(١).

ومن أمثلة الحاجة: مشروعية طائفة من العقود لحاجة الناس إليها، استثناء من القواعد القياسية العامة، كالحكم والإجازة، والوصية والجعالة، والحوالة والكفالة، والصلح والقراض.

(المضاربة) والقرض ونمو ذلك:

- يباح من ربا الفضل ما تدعو الحاجة إليه، كالعرايا (بيع الرطب بالتمر)، وبيع الذهب أو الفضة السبيكة بالمصوغ منه صياغة مباحة، كخاتم الفضة، وحلية النساء، وما أبيع من حلية السلاح وغيرها.

- مشروعية الخيارات في العقود.

- إباحة ضمان الدرك: وهو أن يضمن البائع للمشتري إن خرج المبيع مستحقاً لغير البائع أو معيباً أو ناقصاً^(٢).

- بيع الثمار المتلاحقة الظهور كالتين والموز والقثاء واليقطين والبطيخ.

- إباحة عقد الاستصناع (المقاولة مع صانع على أن يعمل شيئاً) لحاجة الناس إليه. وإباحة البيع لأجل أو بالتقسيط للحاجة إليهما، ولا بأكثر من الثمن الحالّ (النقدي)، ودخول الحمام بأجر، مع جهالة مدة المكث فيها وجهالة مقدار الماء المستعمل أو المستهلك، ومثله نزول الفنادق بالطعام والشراب.

(١) ص ٢٢٨ وما بعدها؛ وانظر الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٦٤.

(٢) مغني المحتاج: ١/٢ - ٢.

- إباحة الحنفية بيع الوفاء وصحته، للحاجة بسبب كثرة الديون على الناس^(١). وإباحة الحنفية أيضاً للمحتاج الاستقراض بالربح، مثل أن يقترض شخص عشرة دنانير مثلاً، ويجعل لصاحبها من الربح شيئاً معلوماً، في كل يوم ربحاً خاصاً به. أو يدفع المستقرض إلى المقرض ملعقة مثلاً ويستأجره على حفظها، في كل شهر بكذا، يجوز ذلك بالتعارف العام، لما فيه من احتياج عامة الناس إليه، وقد تعارفوا ذلك سلفاً وخلفاً، فجاز على خلاف القياس^(٢).

- يباح النظر إلى العورات للمداواة، كما يباح النظر لوجه المرأة للمعاملة والإشهاد والخطبة والتعليم ونحوها، للحاجة لذلك، لكن بقدر الحاجة في كل ما ذكر، لأن (الضرورة أو الحاجة تقدر بقدرها).

- التزام المذهب غير ملزم: قال الإمام النووي: الذي يقتضيه الدليل أنه لا يلزم المقلد التمسك بالمذهب، بل يستفتي من شاء أو من اتفق، قال ابن حجر: وظاهره جواز الانتقال من مذهب لآخر. وأفتى شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام بجواز تقليد إمام مذهب في مسألة، وآخر في أخرى، وهكذا من غير التزام مذهب معين^(٣).

وقال ابن السبكي: يجوز تقليد الصحابة رضي الله عنهم (أي خلافاً للمعتمد في المذهب) وهو الصحيح عندي^(٤).

وأفتى جماعة كالعز بن عبد السلام وابن حجر: بأنه يجوز للعامي تقليد من شاء من المجتهدين، ولو مفضولاً، مع وجود الأفضل، ما لم يتبع

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٧٩، ٩٢.

(٢) رسائل ابن عابدين: ١١٧/٢.

(٣) فتاوى ابن حجر: ٣٠٥/٤.

(٤) المرجع السابق: ٣٠٧/٤.

الرخص، بل وإن تتبعها^(١).

ويجوز للقاضي أخذ رزق من الخصمين بشروط عشرة؛ كالفقر
وتساوي الخصمين في مقدار الأجر^(٢). وكل ما ذكر مشروع للحاجة.

- لا مانع عند الحنفية وبعض الحنابلة والشافعية من الأخذ بنظام قضاء
الجماعة^(٣).

ولا مانع فقهاً من تعدد درجات التقاضي، بدليل أن الإمام علي رضي
الله عنه قضى بين خصمين في اليمن، وأجاز لهما إذا لم يرضيا أن يأتيا
رسول الله ﷺ، فأتياه، فأقر قضاء علي. وهذا مفهوم أيضاً من رسالة عمر
رضي الله عنه في القضاء لأبي موسى الأشعري.

وقد تقدم أن تغير وسائل حماية الحق بحسب المصلحة الزمنية تتفق
مع المبدأ الذي تقوم عليه الأحكام الشرعية، وهو إحقاق الحق، وإبطال
الباطل، ورعاية المصلحة، ودرء المفسدة.

- أخذ بعض فقهاء المالكية كابن فرحون، وبعض الحنابلة كابن القيم
بجواز القضاء بالقرائن أحياناً، مع التحفظ والحذر، ولو في نطاق الحدود،
وصار ذلك مذهب المالكية والحنابلة، مثل إثبات الزنا بالحمل، وإثبات
شرب الخمر بظهور روائحها من فم الشارب المتهم، وثبوت السرقة بوجود
المال المسروق في حيازة المتهم، ورد المسروق أو الوديعة أو اللقطة لمن
يصنفها بعلامات مميزة، دون حاجة للشهادة أو اليمين^(٤).

(١) فتاوى ابن حجر: ٣١٥/٤.

(٢) المرجع السابق: ٣٢٠/٤.

(٣) الفتاوى الهندية: ٣/٣١٧؛ التبصرة لابن فرحون: ١/٣٧.

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون: ١/٣١٢؛ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن
القيم: ص ٩٧ وما بعدها، ٢١٤ وما بعدها؛ الفقه الإسلامي وأدلته: ٦/٣٩١-٣٩٢.

واكتفى الحنفية بالأخذ بالقرينة القطعية، كرؤية شخص مدهوش ملطخ بالدم، ومعه سكين ملوثة بالدم، مما يدل على أنه هو القاتل إلا إذا ثبت العكس بدليل قاطع^(١).

- الطلاق المقترن بلفظ الثلاث أو المتكرر أو المتتابع، قال الجمهور: يقع الطلاق المقترن بلفظ الثلاث، أو المتكرر، كما أوقعه الزوج. لكن الإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وبعض المعاصرين (المشايخ: محمود شلتوت، ومحمد السائس، وعلي الخفيف، ومحمد الزفزاف) والقوانين في مصر والسودان والمغرب وسورية ولبنان والأردن والعراق، والشيعية الإمامية؛ يرون أن الطلاق المقتن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة، لأن القول بوقوعه واحدة أقل مفسدة من القول بوقوعه ثلاثاً، والقاعدة المقررة هي (يرتكب أخف الضررين وأقلهما فساداً). وكذلك الطلاق المتتابع عند بعض المعاصرين (الشيخ محمد أبو زهرة) لا يقع إلا واحدة، لأن الظاهر أن هذا الطلاق ولو في مجالس متعددة يراد به التأكيد، أي إن الطلاق المتكرر يأخذ حكم المقتن بالعدد عن طريق القياس^(٢). والدافع لهذا هو حاجة الناس.

- طلاق الهازل أو الذي يجري على اللسان بدون قصد: قال بعض المالكية وبعض الزيدية، والظاهرية والجعفرية: طلاق الهازل لا يقع لعدم القصد إليه والعزم عليه، لأن الهازل لا نية له في الطلاق، والحديث صريح في اشتراط النية «إنما الأعمال بالنيات»^(٣)، وأما حديث «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة»^(٤). فتشككوا فيه، ولم يصح عندهم.

(١) المجلة: ١٧٤١م.

(٢) فتاوى ابن تيمية: ١٧/٣؛ إغاثة اللهفان: ٣/٣٢٦؛ الفصول الشرعية، ص ٧٤.

(٣) رواه البخاري ومسلم عن عمر رضي الله عنه.

(٤) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أبي هريرة، وهو كما ذكر السيوطي وغيره: حسن.

- بيع المعدوم : من شروط البيع عند الحنابلة^(١) وغيرهم : القدرة على تسليم المبيع ، فلا يصح بيع الآبق ، والشارد ، ولو لقادر على تحصيلهما ، لما رواه أحمد من حديث أبي سعيد أن النبي ﷺ «نهى عن شراء العبد وهو آبق» ، ولمسلم عن أبي هريرة أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الغرر» ، وفسره أبو يعلى وجماعة : بما تردد بين أمرين ليس أحدهما أظهر .

ثم - في تقديري - للحاجة أجاز ابن تيمية وابن القيم بيع المعدوم عند العقد إذا كان محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة ، لأنه لم يثبت النهي عن بيع المعدوم ، لا في الكتاب ولا في السنة ولا في كلام الصحابة ، وإنما ورد في السنة النهي عن بيع الغرر : وهو ما لا يقدر على تسليمه ، سواء أكان موجوداً أم معدوماً ، كبيع الفرس النافر والجمال الشارد ، فليست العلة في المنع ، لا العدم ولا الوجود^(٢) .

- بيع عقار القاصر : للوصي بيع عقار القاصر ، لحاجة النفقة ، بمثل القيمة ، لكن من دقائق الفقه الحنفي : أنه لا يجوز للجد بيع العروض والعقار ، لقضاء الدين وغيره ، ويجوز ذلك للوصي ، لأن الوصي هو المختص بحفظ الأموال وله الولاية على المال .

ولا يجوز للوصي بيع عقار القاصر من غير حاجة ولا مسوغ شرعي . قال في الذخيرة : الوصي يملك بيع عروض الصغير من غير حاجة ، ولا يملك بيع عقاره إلا لحاجة ، لأن وظيفته إذ ذاك حفظ الأموال ، وبيع العروض من الحفظ ، لأن حفظ الثمن أهون . أما العقار : فهو محصن بذاته ، محفوظ بنفسه ، فلا يكون يبعه من باب الحفظ ، إلا إذا كان العقار في معرض

(١) منار السبيل : ٢٨٩/١ .

(٢) إعلام الموقعين : ٨/٢ وما بعدها .

الهلاك، فبيعه يكون بمنزلة العروض^(١).

- أجاز الحنفية والمالكية نقل الزكاة من بلد المزكي إلى بلد آخر، لقربة محاويع، ليسد حاجتهم، أو إلى قوم هم أحوج إليها، أو أصلح، أو أروع، أو أنفع للمسلمين، أو من دار الحرب إلى دار الإسلام، أو إلى طالب علم أو إلى الزهاد^(٢).

الضابط الثاني - رعاية المصلحة:

المصلحة في اللغة: جلب المنفعة، أو دفع المضرّة، وفي الشرع: المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة، كما ذكر الإمام الغزالي^(٣).

وبعبارة أخرى: المصالح المرسلّة التي هي أصل من أصول التشريع الإسلامي: هي الأوصاف التي تلائم تصرفات الشارع ومقاصده، ولكن لم يشهد لها دليل معين من الشر بالاعتبار أو الإلغاء، ويحصل من ربط الحكم بها جلب - مصلحة - أو دفع مفسدة عن الناس^(٤).

والمصالح أنواع ثلاثة متفاوتة الدرجة بحسب أهميتها، وهي: الضروريات والحاجيات والتحسينيات^(٥).

-
- (١) تنقيح الفتاوى الحامدية: ٢/ ٣٢٢ - ٣٢٣؛ الفتاوى الخيرية بهامشه: ٢/ ٣٣٦.
(٢) الفتاوى الهندية: ١/ ١٧٨؛ الدر المختار: ١/ ٩٣ - ٩٥؛ أحكام القرآن لابن العربي: ١٥٨/١.
(٣) المستصفى: ١/ ١٣٩ - ١٤٠.
(٤) الموافقات للشاطبي: ١/ ٣٩.
(٥) الموافقات: ٢/ ٨ - ١٢؛ روضة الناظر وجنة المناظر: ١/ ٤١٤؛ فواتح الرحموت: ٢/ ٢٦٢؛ المستصفى: ١/ ١٣٩.

وأمثلتها من الفتاوى لدى الصحابة الكرام : جمع المصحف الشريف في عهد أبي بكر وعثمان ، وتضمين الصناعات من أنهم أمناء ، حفاظاً على أموال الناس ، ومنع التهاون بها ، وتجميد سهم المؤلفقة قلوبهم من الصدقات ، لعدم الحاجة إلى التأليف بعد أن عز الإسلام ، وعدم تطبيق حد السرقة عام الرمادة (المجاعة) ، وإمضاء الطلاق الثلاث بكلمة واحدة ثلاثاً زجراً عن كثرة استعماله ، ووضع الخراج على الأراضي المفتوحة عنوة وتركها بيد أهلها ، وتدوين الدواوين ، واتخاذ السجون ، وتوريث الزوجة المطلقة في مرض الموت (طلاق الفرار) .

ومن أمثلتها ما يلي :

عند الحنفية تحت ستار الاستحسان المصلحي^(١) : مشروعية دفع القيمة في الزكاة وفي اليمين والنذر والكفارة ، وقصر خمس الغنائم على الفقراء دون غيرهم ولو من ذوي القربى ، وتضمين القابض على سوم الشراء ، ونحو ذلك .

وعند الشافعية^(٢) : قياس جميع المسكرات المشروبة أو المأكولة على الخمر في التحريم ، فرض الخراج على الأغنياء عند خلو بيت المال ، وقتل الأسارى المسلمين إذا ترس بهم العدو ، وإعطاء المظنة حكم المظنون قياساً على الخلوة بالأجنبية ، وقال عز الدين بن عبد السلام : الاعتماد في جلب معظم مصالح الدارين ، ودرء مفاسدهما ، على ما يظهر في الظنون^(٣) .

ومن فتاوى المتأخرين من الحنفية عملاً بالمصلحة : إقرار مشايخ

(١) مقاصد الشريعة للدكتور حسين حامد : ٦٠٤/٢ .

(٢) المستصفى : ١٣٩/١ وما بعدها .

(٣) قواعد الأحكام : ٣/١ .

بخارى وسمرقند بيع الوفاء في أواخر القرن الخامس الهجري، الذي يشبه ثلاثة عقود:

البيع الصحيح، والبيع الفاسد، والرهن، وهو في الحقيقة رهن، فأعطي من كل واحد من هذه العقود ما يناسب غايته من الأحكام، قال النسفي في فتاواه: «البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالياً للربا، وسموه (بيع الوفاء) هو في الحقيقة رهن» والصحيح إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً، وهو عند الصاحبين: بيع غير لازم^(١).

- ومثل ذلك إقرار العمل بعقد الاستصناع^(٢). والرهن المستعار: وهو أن يستعير الإنسان شيئاً من صديقه، لا يستعمله، بل ليرهنه ويستدين به، وهو عقد لازم، مع أن الأصل في عقد الإعارة أنه عقد تبرع غير لازم، فيفسخه المعير متى شاء، والعارية أمانة لا تضمن بالهلاك عند الحنفية، وهذا المرهون مضمون^(٣).

- وأفتى الحنفية^(٤). بجواز فسخ الإجارة بالأعذار، من جانب المؤجر أو المستأجر، أو العين المؤجرة، نزولاً تحت وطأة المصلحة.

- وأفتى بعض المعاصرين (الاستاذ مصطفى الزرقا) خلافاً لاتجاه وقرارات المجامع الفقهية بجواز عقد التأمين التجاري ذي القسط الثابت.

والاستصناع عند غير الحنفية تنطبق عليه قواعد عقد السلم، أو العرف في بعض أحكامه، قال شيخ الإسلام العز بن عبد السلام:

(١) الفتاوى الهندية: ١٧٨/٣.

(٢) المرجع السابق: ١٧٧/٣.

(٣) البدائع ١٤٦/٦؛ تبين الحقائق: ٨٨/٦؛ الدر المختار: ٣٦٥/٥.

(٤) الفتاوى الهندية: ١٩٨/٤ وما بعدها؛ ٤٥٨ وما بعدها؛ ٤٦٣؛ تكملة فتح القدير: ٢٢٢/٧ وما بعدها.

استصناع الصناعات الذين جرت عاداتهم بأنهم لا يعملون إلا بالأجرة إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة؛ كالدلال والحلاق والقاصد، والحجام والنجار والحمال والقصار، فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة، للدلالة العرف على ذلك^(١).

الضابط الثالث - الاستحسان :

وبه قال الحنفية والمالكية والحنابلة، وهو ينحصر في أمرين :

١ - ترجيح قياس خفي على قياس جلي، بناء على دليل .

٢ - استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة، بناء على دليل خاص يقتضي ذلك . والكلام في الاستحسان هنا يقتصر على استحسان الفقيه المستنبط الذي يطبق نصوص الشارع ويقس عليها، ويستحسن على وفقها بالعدول عن حكم القياس، مستلهماً من غرض الشارع ومقاصد شريعته، وهذا يشمل نوعين فقط، وهما: الاستحسان القياسي، واستحسان الضرورة^(٢). وقد ذكرت أمثلة النوع الثاني في مراعاة الضرورة .

وأمثلة الاستحسان بالقياس الخفي: الحكم بطهارة سؤر سباع الطيور الجوارح، لأن المنقار عظم طاهر، وتشبيه الوقف بالإجارة في إفادة كل منهما مجرد الانتفاع بالعين، لأن المقصود من الوقف هو مجرد الانتفاع، وذلك لا يتحقق إلا بدخول حقوق الارتفاق في الوقف، دون نص عليها، كالمسبل والشرب والطريق والمرور .

واستحسان المصلحة: يدخل تحت مبدأ أو قاعدة المصلحة المرسلة، مثل صحة وصية المحجور عليه لسفه في سبيل الخير، لأن

(١) فواعد الأحكام: ١١١/٢ .

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا: ف ١٥-١٧، ٣٠-٣١ .

الوصية لا تفيد الملك إلا بعد وفاة المحجور عليه ، ولأن الوصية التي لا تنفذ إلا من الثلث ، لا تكون نافذة إلا بعد وفاء الديون ، فاستثنت الوصية من الأصل العام لمصلحة جزئية : وهي تحصيله الثواب وجلب الخير للمحجور عليه ، مع عدم الإضرار به في حياته .

الضابط الرابع - مراعاة الأعراف والعادات :

العرف : هو ما اعتاده الناس ، وساروا عليه ، من كل فعل شاع بينهم ، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة ، ولا يتبادر غيره عند سماعه ، وهذا يشمل العرف العملي والعرف القولي .

وهو بحسب إطراره أو شموله إما عرف عام وإما عرف خاص .

والعرف العام : هو الشائع في أغلب البلاد أو كلها بين الناس ، على اختلاف أزمانهم وبيئاتهم ، كالأستصناع ، وبيع المعاطاة ، وقسمة المهر إلى معجل ومؤجل ، وتقديم الإكرامية (البقشيش) للخدم في المطاعم والفنادق ، ودخول الحمامات العامة والمسابح من غير تحديد مقدار الماء المستعمل ومدة المكث .

والعرف الخاص : هو الذي يختص ببلدة معينة أو فئة من الناس ، كأهل حرفة ما دون غيرها ، وهذا يتجدد بتجدد الأزمنة واختلاف الأمكنة ، كعرف التجار فيما يُعدّ عيباً يجيز الفسخ أو الرد ، ودفع أثمان البضاعة المؤجلة من تاجر الجملة كل يوم خميس ، وتقسيط ثمن البضاعة أقساطاً معلومة ، ودفع الأجرة شهرياً أو كل ثلاثة أو ستة شهور أو سنوياً ، وتجديد عقد الإيجار تلقائياً بقوة القانون ، ودفع أجر المحامي على قسطين : قسط عند التوكيل ، وقسط بعد فصل الدعوى في المحكمة .

ومنه : الاصطلاحات الخاصة بكل فن أو علم كاصطلاح الفقهاء ، وعبارات الواقفين ، والتجار والزراع والصنّاع . ويلاحظ أن أكثر فتاوى

النوازل أو الوقائع تكون بسبب التأثر بالأعراف العامة، أو الخاصة في بلد أو إقليم أو قطر .

والعرف حجة في الشريعة، ففهم النصوص الشرعية من القرآن والسنة بدلالة العرف القائم حين ورود النص، ولا يلتفت لتبدل الأعراف، ويخصص النص عند الحنفية والمالكية بالعرف العام العملي، فلا تلزم المرأة الشريفة بالقدر بإرضاع ولدها، ويقصد بالطعام الذي يحرم في الربا البر، كما يخصص القياس، ويترك النص المذهبي بالعرف الخاص المعارض له، فيحكم بطهارة خراء الحمام في المسجد، وتصح الإجارة المشروطة بشرط متعارف عليه، ويباح استقراض الخبز عدداً للتعامل به بين الجيران، ويجوز بيع دود القز والنحل لتعامل الناس به، وللأب أو الجد قبض مهر البنت البكر البالغة، للعرف والعادة، ما لم تنه عن ذلك^(١).

وترك القاعدة الفقهية الكلية أو الاستحسان أو الاستصلاح بالعرف العام، لعموم الحاجة، ورعاية المصلحة العامة، لأن (العادة محكمة)^(٢) و(استعمال الناس حجة يجب العمل بها)^(٣) و(المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة) و(العرف بمنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص)، كما ذكر الكمال بن الهمام^(٤).

وهناك إحدى عشرة قاعدة تدل على حجية العرف، وهي معروفة^(٥).

ومن فتاوى الفقهاء المبنية على العرف والعادة ما يلي :

- الأيمان والنذور مبنية على العرف، وكذا ألفاظ الطلاق والزواج، وقد يراد بالطلاق الزجر المحض دون قصد التطليق، مثل (علي الطلاق) أو (علي الحرام).

(١) رسائل ابن عابدين : ١١٦/٢؛ العرف والعادة للشيخ أبي سنة، ص ١٠١-١٠٢.

(٢) المجلة : ٣٦م.

(٣) المجلة : ٣٧م.

(٤) فتح القدير : ٥٧/٦.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٨٠-٩٠؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٠١-١١٢.

والطلاق المعلق على شيء إن كان يراد به الحث على فعل شيء أو التهيب من فعل شيء، ولم يقصد به تطليق المرأة، ليس طلاقاً في رأي ابن تيمية، وإنما هو يمين، فيه كفارة يمين.

وقال ابن حجر: كلمة (علي الحرام) أصبحت من صرائح ألفاظ الطلاق عرفاً، وليس من ألفاظ الكنايات التي تحتاج إلى نية، فإذا تقدم ذكر المرأة فهو طلاق صريح، ومع عدم تقدمها: كناية في الزوجة^(١).

- وألفاظ الواقفين تبنى على العرف، مثل تعيين ناظر على الوقف، ومثل كلمة: (على الفريضة الشرعية)، يراد بها إعطاء الذكر ضعف الأنثى.

- والبيع بثمن قليل رمزي يعد هبة، والهبة بعوض معلوم بيع، وبيع الثمار على الأشجار بلفظ الضمان أو التضمن في بلاد الشام بيع.

- وقد يعبر العوام عن شرط البراءة عن العيوب في بيع السلعة، كسيارة ونحوها بعبارة (كوم عظام) أو (حاضر حلال) ونحو ذلك.

- وتدخل عرفاً توابع المبيع في البيع، كأدوات إصلاح السيارة، ومضخة استخراج الماء في بيع البستان، وآلات غلي الماء في بيع الحمام.

- والوصية بثمره البستان تجعل للموصى له الثمرة الموجودة، لا المعدومة.

- وتراعى عرفاً أساليب العوام في العقد والتعليق والتنجيز والإذن والإجازة، وإن خالفت مذاهب اللغويين.

- كل هذا يدل على أن العرف اللفظي يحدد المقصود من كلام المتكلم، قال القرافي: الصحيح تقديم العرف اللفظي على اللغة، وهو أمر واجب متعين، لأنه ناسخ مقدم على المنسوخ، فكذا ههنا^(٢). وهذا أيضاً

(١) فتاوى ابن حجر: ١٣٢/٤ - ١٤٣.

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص ٧٣.

شائع في عبارات الحنفية حيث يقولون: إن لفظ الماضي مثل: بعث واشترت يدل على تنجيز البيع عرفاً، والعرف قاض على اللغة.

- وقرر علماء المذهب الحنفي والمالكي بصفة عامة في الأعراف أن:
«الثابت بالعرف الصحيح غير الفاسد - شرعاً - ثابت بدليل شرعي»^(١).

وقال شارح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم: «الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي»، وقال السرخسي في المسبوط: «الثابت بالعرف كالثابت بالنص».

وقرر الحنفية كما تقدم: أن العرف الثابت العام: وهو الذي اتفق عليه الناس في كل الأمصار كدخول الحمام وعقد الاستصناع يترك به القياس، ويسمى استحسان العرف، ويخصص به العام إذا كان ظنيّاً، ولم يكن قطعياً.

والعرف الخاص: وهو السائد في بعض الأقاليم أو لدى طائفة من الناس كعرف التجار أو عرف الزراع ونحو ذلك، لا يقف أمام النص، ولكنه يقف أمام القياس الذي لا تكون علته ثابتة بطريق قطعي من نص أو ما يشبه النص في وضوحه وجلالته^(٢).

وعقد الإمام عز الدين بن عبد السلام في كتابه (قواعد الأحكام)^(٣) فصلاً بعنوان: (فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم، وتقيد المطلق وغيرهما)، وله أمثلة منها:

- التوكيل في البيع المطلق: فإنه يتقيد بضمن المثل وغالب نقد بلد البيع، تنزيلاً للغلبة منزلة صريح اللفظ.

(١) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة، ص ٢٧٣.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٧٤.

(٣) قواعد الأحكام: ١٠٧/٢ وما بعدها.

- حمل الإذن في النكاح على الكفء ومهر المثل ، وهو المتبادر إلى الأفهام .

- إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها ، فإنه يجب إبقاؤها إلى أوان جذاذها ، والتمكين من سقيها بمائها ، لأن هذين مشروطان بالعرف ، فصارا كما لو شرطاهما بلفظه .

- حمل الودائع والأمانات على حرز المثل ، فلا تحفظ الجواهر والذهب والفضة بأحراز الثياب والأحطاب ، تنزيلاً للعرف منزلة تصريحه بحفظها في حرز مثلها .

- حمل الصناعات على صناعة المثل في حملها .

وذكر السيوطي^(١) فصلاً في تعارض العرف مع الشرع ، وهو نوعان :

أحدهما : أن لا يعلق بالشرع حكم : فيقدم عليه عرف الاستعمال ، فلو حلف : لا يأكل لحماً ، لم يحنث بالسّمك ، وإن سماها الله لحماً .

والثاني : أن يتعلق به حكم : فيتقدم على عرف الاستعمال ، فلو حلف لا يصلي ، لا يحنث إلا بذات الركوع والسجود ، أو لا يصوم ، لم يحنث بمطلق الإمساك .

وفي تعارض العرف مع اللغة ذكر وجهين في المقدم منهما :

أحدهما : وإليه ذهب القاضي حسين : الحقيقة اللفظية تقدم عملاً بالوضع اللغوي .

والثاني : وعليه البغوي : الدلالة العرفية ، لأن العرف محكم في التصرفات ، سيما في الأيمان .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٨٣-٨٤ .

وقال الرافعي في الطلاق: وإن تطابق العرف والوضع اللغوي فذاك، وإن اختلفا فكلام الأصحاب يميل إلى الوضع. والإمام (إمام الحرمين) والغزالي يريان اعتبار العرف.

كانت عاداتهم بالمدينة: أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقتها، واليوم عاداتهم على خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها، لأجل اختلاف العوائد^(١)، وأما اليوم فتسجل عقود الزواج وحقوق المرأة في سجلات المحاكم الشرعية.

- صبغ الثوب المغصوب بالأسود: كان أبو حنيفة يرى أن السواد نقصان، وقال صاحبان: السواد زيادة.

جاء في الفتاوى الهندية^(٢): والصحيح أنه لا خلاف بينهم في الحقيقة، لأن جواب أبي حنيفة رحمه الله تعالى خرج في وقت كان الصبغ بالأسود نقصاناً، أو عيباً في الثوب، وجوابهما خرج في وقت كان الصبغ بالأسود زيادة في الثوب، فوجب مراعاة العرف والعادة في المصبوغ.

- تسليم المبيع أو الثمن: تسليم المبيع: هو أن يخلى بين المبيع وبين المشتري، على وجه يتمكن المشتري من قبضه بغير حائل، وكذا التسليم في جانب المشتري، وهذا عمل بالعرف، وأجمعوا على أن التخلية في البيع الجائز تكون قبضاً، وفي البيع الفاسد روايتان، والصحيح أنها قبض^(٣).

الضابط الخامس - دفع المفاسد ودرء المضار:

حرصت الشريعة على ضرورة تجنب المحرمات والمضار والمفاسد

(١) الإحكام للقرافي، ص ٢٣١ - ٢٣٤.

(٢) الفتاوى الهندية: ١٢٧/٥.

(٣) المرجع السابق: ١٥/٣.

قبل القيام بالواجبات، وعلى منع المنهيات قبل تحقيق الأمور، لأن ضرر المفسدة كالوباء والحريق، قال النبي ﷺ: «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم»^(١)، والقاعدة الشرعية تقول: «درء المفاسد أولى من جلب المنافع»^(٢) أو «من جلب المصالح»، فيحجز على الطيب الجاهل، والمفتي الماجن، والمكاري المفلس. ويمنع الاحتكار مطلقاً في الأقوات وغيرها، منعاً من المضرة.

ويحرم الاتجار بالخمور والمخدرات، ولو تحقق بيعها الربح المادي.

ويمنع الضرر بالجيران كاتخاذ المعاصر والأفران التي تؤذي بدخانها أو رائحتها.

وتسد النافذة المطلة على مقر نساء الجار، ولو وجد فيها منفعة.

- ولا يجوز إحداث رحي في دار إذا أضرت بالجار. ولا يجوز إحداث إصطبل إذا أضرب بالجار، ولا يجوز لصاحب البيت إحداث باب لغرفة يطل منه على بيت جاره لحديث «لا ضرر ولا ضرار».

وعلى صاحب الخربة أن يدفع الزبل الذي في خربته الذي أضرب جاره. ولا يجوز لأحد أن يحدث في طريق المسلمين ما يضرب بهم في ممرهم وتصرفهم. وعليهم حرج ومشقة، وينهى عنه أشد النهي.

ويجب على من بسط الله يده من حكام المسلمين زجره عن ذلك للحديث المتقدم: «لا ضرر ولا ضرار»، فإن لم ينته، عاقبه عقوبة يرجع بها عن فعله، ولا يسامح بمثل هذا، لأنه يؤدي إلى تسامح الناس فيه، ومن لا قائم له، فالحاكم هو النائب عن المسلمين فيه^(٣).

(١) رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) المجلة: م ٣٠.

(٣) الفتاوى الهندية: ٤٤٨/٨.

- فسخ الإجارة لأجل الدين: قال الحنفية: متى تحقق القاضي عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر يلحقه، وهو لم يرضَ به، يكون عذراً تفسخ به الإجارة دفعاً للضرر، وإذا أراد القاضي فسخ الإجارة لأجل الدين، اختلفوا فيه، فقال بعضهم: يبيع الدار، فينفذ بيعه، فتفسخ الإجارة، وقال بعضهم: تفسخ الإجارة أولاً ثم يبيع، هذا إذا كان الدين ظاهراً، فإن لم يكن، ولكن صاحب الدار أقر بالدين على نفسه، وكذبه المستأجر، قال أبو حنيفة: يصح الإقرار، ويفسخ القاضي الإجارة بينهما بإقراره بالدين، وقال أصحابه: لا يصح إقراره^(١).

- إعارة الأرض: استعار زيد من زوجته (أو غيرها) أرضاً ليزرعها، فزرعها حنطة بعدما حرثها، وأذنت له بزرعها، ونبت الزرع، لم تؤخذ منه قبل أن يحصد الزرع وقتها^(٢).

- البيع في مرض الموت للوارث: لا يجوز عند أبي حنيفة إلا برضا الورثة، وإن كان بمثل القيمة^(٣).

- يجوز بيع الوصي وشراؤه بالغبن اليسير، ولا يجوز بالفاحش، لأن ولايته نظرية^(٤).

ولا يجوز بيع دار اليتيم بالغبن الفاحش، وبطل بالوجه الشرعي، وردّ بعد سنين إلى اليتيم بعد بلوغه أو قبل ذلك^(٥).

ولا يملك الوصي بيع العقار بلا مسوغ شرعي، وهو بيع باطل لا فاسد^(٦).

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية: ١٠٣/٢.

(٢) المرجع السابق: ٨٩/٢.

(٣) المرجع السابق: ٣١٦/٢.

(٤) المرجع السابق: ٢٢٣/٢.

(٥) الفتاوى الخيرية بهامش الفتاوى الحامدية: ٣٣٦/٢.

(٦) تنقيح الفتاوى الحامدية: ٣٢٣/٢.

- ليس للوصي أن يسافر بمال اليتيم إذا كان الطريق مخوفاً، فلو سافر به حيثئذ يضمن المال إذا هلك، قال الإمام الإسيباني: لكل من الأب والجد والقاضي وأوصيائهم أن يسافروا بأموال اليتامى إذا كان الطريق آمناً، فإذا أصيبوا في الطريق، فلا ضمان عليهم، ولهم أن يتجروا في أموالهم بالمعروف، على أن يبيعوا بمثل القيمة، فإن كان البيع بغبن فاحش تبطل عقودهم، ولا تتوقف على الإجازة بعد البلوغ، لأنه لا مجيز له حالة العقد، ولا ينعقد حتى يتوقف، وكذلك شرائهم، لكن إذا كان بغبن فاحش، فإنه ينفذ على أنفسهم، لصدوره عن أهل في محله، فلا يبطل كالبيع^(١).

- لا يجوز للجار اتخاذ الحمام والنحل وأمثالهما مما يؤدي الأبرجة في مسارحها عند الماء وغيره، للحديث المتقدم: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢).

- ولا يجوز اتخاذ مطاحين يؤدي دويها الجيران^(٣).

وقال العز بن عبد السلام^(٤): إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد (أي معاً) فعلنا ذلك، امتثالاً لأمر الله تعالى فيهما في قوله سبحانه: ﴿فَأَنْقُرُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ١٦]، وإن تعذر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة، ولا نبالي بفوات المصلحة، قال الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا آكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩]، ثم ذكر العز (٦٣) مثلاً لأحوال مراعاة الأمرين وترجيح المصلحة الراجحة، منها: الحجر على المفلس مفسدة في حقه، لكنه ثبت تقديماً لمصلحة الغرماء على مفسدة الحجر، وإن شئت قلت: تقديماً

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية: ٣٣٧/٢.

(٢) المعيار المعرب: ٤٣/٩.

(٣) المرجع السابق: ٥٩/٩.

(٤) قواعد الأحكام: ١٠٤-٨٣/١.

لمصلحة غرمائه على مصلحته في الإطلاق، بخلاف الإنفاق عليه وعلى أهله إلى يوم قضاء الدين، فإن مصلحته بالكسوة والإنفاق، ومصلحة من يلزمه: مصلحته مقدمة على مصالح غرمائه. ومثال ما رجحت مفسدته على مصلحته: قطع اليد المتأكلة، حفظاً للروح إذا كان الغالب السلامة بقطعها وأما ما تكافأت فيه المصلحة والمفسدة، فقد يتخير فيه، وقد يمتنع.

الضابط السادس - مراعاة فساد الزمان:

أي مراعاة أحوال اختلاف الزمان وفساد الأخلاق، بما لا يتصادم مع أصول الشرع ومبادئه وأحكامه، وهي أحكام القياس والمصلحة المرسلة، حيث يقاس الحادث الجديد على مسألة مختلفة عن مسألة شائعة سابقاً، أو تقتضي المصلحة العمل باتجاه معين مغاير لمقتضى مصلحة كانت تنسجم مع الماضي. وقد ذكرت في قاعدة: «تغير الأحكام بتغير الأزمان» أمثلة هذا الضابط.

الضابط السابع - مراعاة أحوال التطور:

أي تجدد الأوضاع التنظيمية التي تحقق المقصود من الحكم الشرعي الذي قرره الفقهاء في الماضي، كأنظمة السجل العقاري المحقق للقبض والاكْتفاء بذكر رقم المحضر في البيع، بدلاً من ذكر حدوده الأربعة. وقد سبق بيان ذلك في قاعدة تغير الأحكام.

الضابط الثامن - التزام ميزان العدالة:

الفتوى والقضاء والتحكيم تعتمد كلها على مبدأ العدالة في فصل المنازعات، وإحقاق الحقوق، وإنصاف المظلوم، وإبطال الباطل. فبالعدل تدوم الدول، وتستقر أوضاع المجتمع. وذلك يتطلب فهم المسألة، والبعد عن الميل إلى أحد الخصمين، وتجنب التورط بالرشاوى، والهدايا،

وتقديم الخدمات، ومن تطبيقات ذلك: مراعاة ظروف وأحوال التضخم النقدي بقدر الإمكان في إيفاء الديون والالتزامات، والأخذ بفتوى الإمام أبي يوسف في وفاء القرض بسعر النقود يوم القبض السابق.

الضابط التاسع - إحقاق الحق:

العدالة تكون حال الفصل في المنازعة بين خصمين، وأما إحقاق الحق فهو أعم من ذلك، فقد لا تكون هناك منازعة بين الخصوم، وإنما الأمر يقتضي إرساء معالم الحق وإبطال الباطل بين الناس، ولو لم يكن هناك خصومة أو ادعاء، مثل ردّ المظالم الذي قام به الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى، إحقاقاً للحق، ودفع الظلم.

ومثل القضاء ببقاء الحق لصاحبه ولو طال الزمان، لأن التقادم (وضع اليد على مال مملوك لغيره مدة طويلة) لا يثبت الملك ولا يزيله، لأن الإسلام لا يقر التقادم المكسب على أنه سبب لكسب الملكية، وإنما هو مجرد مانع للقاضي - لا المفتي - من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه زمن معين.

وهو كما ذكرت المجلة (م ١٦٦١ - ١٦٦٢) في الحقوق الخاصة (١٥) سنة، وفي الأراضي الأميرية (١٠) سنوات، وفي الأوقاف وأموال بيت المال (٣٦) سنة^(١)، توفيراً لوقت القضاة، وتجنباً لما يثار من مشكلات الإثبات، وللشك في أصل الحق.

(١) وجاء في تنقيح الفتاوى الحامدية ٨/٢: لا تسمع دعوى الوقف بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة، ولا تسمع دعوى القضاء بعد مضي عشرين سنة، ولا تسمع دعوى قريب الواقف أنه مالك لدار موقوفة بالإرث بعد مضي خمس عشرة سنة، وهو يعلم بالوقف، وهما في بلدة واحدة.

أما أصل الحق فيجب الاعتراف به لصاحبه وإيقاؤه له ديانة أو إفتاء، فمن وضع يده على مال مملوك لا يملكه شرعاً. كذلك لا يقرّ الإسلام التقادم المسقط للحق بترك المطالبة به مدة طويلة، فاكْتساب الحقوق وسقوطها بالتقادم حكم ينافي العدالة والحق، ويصير واضع اليد (الغاصب أو السارق) مالكاً في عرف القضاء، لا في الديانة.

لكن الإمام مالك في المدونة خلافاً لمعظم أصحابه يرى إسقاط الملكية بالحيازة، كما يرى تملك الشيء بالحيازة، ولكنه لم يحدد مدة للحيازة، وترك تحديدها للحاكم، ويمكن تحديدها، عملاً بحديث مرسل رواه سعيد بن المسيّب مرفوعاً إلى النبي ﷺ عن زيد بن أسلم وهو: «من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين، فهو أحق به منه»^(١).

الضابط العاشر - منع النزاع والخصام:

تتفق مهمة القاضي والمفتي في إنهاء المنازعة وتسوية الخصومة، وتحقيق الاستقرار، والطمأنينة فيما بين الناس في معاملاتهم ورعاية حقوقهم. وهذا هو الهدف الأساسي أو مقصد الشريعة العام في تشريع المعاملات (العقود والتصرفات) واشتراط شرائط معينة، والحكم بصحة العقد أو بطلانه أو فساده، مما أدى إلى ظهور طائفة من البيوع المنهي عنها. ومن هذه الضوابط والشروط: اشتراط القبض في التبرعات، ومنع بيع الشيء قبل القبض، ومنع الغرر والجهالة تحقيقاً لاستقرار التعامل، وتحريم الربا بسبب الاستغلال وظلم أحد الطرفين العاقلين للآخر. وعلى المفتي مراعاة ذلك كله في اجتهاده أو فتواه.

(١) بحث الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عبد الجواد، ص ١٨، ٥٠ وما بعدها، ٦٠، ١٠٨، ١٥٠؛ المدونة لمالك: ٤٣/١٣؛ تبصرة الحكام على هامش فتح أعلى المالك: ٣٦٢/٢ وما بعدها، ٢/٢١٤، ط دار الفكر - بيروت.

التزام النصوص :

وكما يلتزم المفتي بالضوابط السابقة، يلتزم قبل كل شيء بالحكم بما تدل عليه النصوص الشرعية بحسب دلالتها مباشرة أو بحسب ظواهرها العامة، أي بنصها أو ظاهرها، فإن أول ما يجب البحث فيه عن حكم المسألة هو في النصوص من كتاب أو سنة، كما كان يفعل الصحابة الجرام في اجتهادهم بعد النبي ﷺ.

ومن أمثلة الفتاوى أو النوازل في هذا ما يأتي :

- تملك الدين ممن ليس عليه الدين باطل إلا في ثلاث: حوالة، ووصية، وإذا سلطه، أي سلط المملك غير المديون على قبضه، أي قبض الدين^(١). والنص الذي ينبغي مراعاته هو: ما رواه الدارقطني عن ابن عمر: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ» أي الدين بالدين.

- لا تصح إجازة الورثة في حياة الموصي وإنما بعد الموت تصح ولا رجوع^(٢)، وهذا تطبيق للحديث: «لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة»^(٣) أي بعد موته، لأن الشخص لا يسمى وارثاً، إلا بعد الموت، وهذا نص على أن الوصية للوارث، إنما لم تجز لحق بقية الورثة، لا لحق الشرع، كالوصية بما زاد على الثلث للأجنبي، لم تجز لحق الورثة، لأن حقهم تعلق بثلي المال في مرض موته، بدليل أن لهم أن ينقضوا تصرفه شرعاً في ثلثي ماله، ونقض التصرف في ملك الغير يدل على تعلق الحق لهم به، ولا تصح إجازتهم في حياة الموصي، وتصح بعد موته، وليس لهم أن يرجعوا بعد الإجازة، وإن لم يقبض الموصى له وصيته، لأن الوصية قبل موت الموصي

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية: ٢٩/٢.

(٢) المرجع السابق: ٣١٤/٢.

(٣) رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

غير لازمة، لأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت، فبالإجازة لا تصير لازمة منبرمة، فيجب أن تكون الإجازة بمثابقتها غير لازمة، يمكن للورثة الرجوع عنها.

- من أجر نفسه للقراءة على المقابر بأجر معلوم، ليقراً في كل يوم وليلة جزءاً من القرآن، أجاز ابن المكوي المالكي بأن هذه بدعة، وهي مكروهة، وليست بحرام^(١)، لأن القربات الدينية الأصل الشرعي ألا تقبل النيابة، وهي مقصورة الثواب على فاعلها.

- للصديق أن يأكل من مال صديقه بغير إذنه، يجوز له ذلك إن علم بطيب نفسه^(٢)، لقوله تعالى في رفع الحرج عن الأكل: ﴿أَوْ صَدِيقِكُمْ﴾ [النور: ٦١].

- من تصدق بجميع أملاكه على غيره، فقام قائم من جهته يدعي عليه السفه، وأنه كان مختل العقل، تكون صدقته نافذة إذا قبضها أو حازها المتصدق عليه^(٣).

- من أوصى عند الموت أن يدفع ماله لزوجته، وكان له ورثة كابنه، فقال ابن أبي زيد القيرواني: إن أراد أن تستأثر بذلك الزوجة، فلا يجوز، وهو ميراث، وإن ادعت الزوجة أنه دين لها عليه، فعليها البينة^(٤)، لأن الموصي تصرف بما يلحق ضرراً بالورثة، والإضرار بالورثة من الكبائر، لقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِي يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مُضْكَرٍ﴾ [النساء: ١٢].

- الوصية بمعصية: من أوصى أن يجعل بين أكفانه شيء من القرآن،

(١) المعيار: ٢٦٠/٨.

(٢) المرجع السابق: ١٨٥/٩.

(٣) المرجع السابق: ١٦٦/٩.

(٤) المعيار: ٣٨٦/٩.

قال ابن يزادة الله: لا أرى تنفيذ وصيته، وتجل أسماء الله عن الصديق والنجاسة، وينبش القبر لإخراج ذلك^(١).

وكذلك لو أوصى أن تدفن معه نسخ من كتاب الله أو نسخة من صحيح البخاري، قال العقباني: لا تنفذ وصيته^(٢)، أي لأنه يجب تعظيم القرآن والحديث.

- أمانة الحاكم والموظف: قال ابن زرب: من ولي من أمانات المسلمين شيئاً، فهو موكول إلى أمانته بظاهر القرآن ودلائل السنة. ولا يضمن الأوصياء في بلدنا قط شيئاً، وإن فرطوا^(٣).

- لو أوصى زيد بجميع ماله لعمرو (أجنبي غير وارث) ثم مات عن تركه وورثة لم يجزوا الوصية، وقبل عمرو الوصية، تنفذ الوصية في ثلث ماله بعد إخراج ما يجب إخراجه شرعاً، وذلك لأن المسموح به شرعاً هو الإيضاء بالثلث، في الحديث المتفق عليه عن ابن عباس: «الثلث والثلث كثير»، وحديث الجماعة عن سعد بن أبي وقاص: «الثلث والثلث كثير أو كبير».

- إرث المال الحرام: سئل أبو محمد المالكي عن هلك وترك مالاً حراماً، هل يورث عنه ويطيب أم لا؟ فأجاب:

اختلف السلف فيه، فأجاز وراثته ابن شهاب الزهري والحسن البصري والقاسم بن محمد وغيره. وفرق مالك وأصحابه بين أن يكون حراماً من جهة الغصب، فيرد إلى أهله إن عرفوا، وإن لم يعرفوا فينبغي للورثة التمسك برأس المال إن عرفوه، والتصدق بما بقي. وإن لم يعرفوا تصدق بجميعه، يؤمرون

(١) المعيار: ٣٩٤/٩.

(٢) المرجع السابق: ٣٩٦/٩.

(٣) المرجع السابق: ٣٨٤/٩.

ولا يجبرون، وأهل الورع لا يرضون التمسك^(١).

هذه نماذج وأمثلة من الفتاوى، وهذه ضوابط وخصائص فتاوى النوازل، وبيان سبل الاستفادة منها بحيث يسهم ذلك في تجديد حيوية الفقه، للاستفادة من ذلك في التطبيقات المعاصرة.

والله ولي التوفيق

وهبة مصطفى الزجيلي

(١) المعايير المعرب: ٥٤٥/٩.

سبل الاستفاده من النوازل «الفتاوى»
والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة

إعداد
الشيخ خليل محيي الدين الميس
عضوالمجمع
مفتي زحلة والبقاع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده محمد وعلى آله وصحبه، وبعد. فيقول تعالى: ﴿ إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ ﴾ [آل عمران: ١٩]، والإسلام عقيدة وشريعة، عقيدة تحكم صلة الإنسان بربه، وشريعة تنظم سلوك الناس أفراداً ومجموعات ودول.

وأساس الشريعة هو كتاب الله تعالى وسنة رسوله المصطفى ﷺ، والفهم الصحيح لهما، وأشرف العلوم ما ازدوج فيه العقل والسمع، واصطحب فيه الرأي والشرع.

وقد اجتهد الأئمة الفقهاء في فهم الكتاب والسنة واستنباط الأحكام منهما ما وسعهم الجهد، وكانوا من دقة الفهم ونقاء النفس وسعة الأفق بحيث وضعوا قواعد وأصولاً للأحكام، تعد تراثاً إنسانياً ومرجعاً عاماً لكل المشتغلين بالفقه والقانون، وقبض الله تعالى في كل قرن من المسلمين علماء أختار ذوي رأي وبصيرة يفقهون كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، فيعرضون عليهما النوازل المستجدة ليروا فيها رأي الإسلام.

لا تخلو واقعة من حكم شرعي:

والمعتقد أنه لا يفرض وقوع واقعة مع بقاء الشريعة بين ظهراي حملتها إلا وفي الشريعة مستمسك بحكم الله تعالى فيها.

والدليل القاطع على ذلك: أن أصحاب المصطفى ﷺ رضي الله عنهم

استقصوا النظر في الوقائع والفتاوى والأقضية ، فكانوا يعرضونها على كتاب الله تعالى ، فإن لم يجدوا فيها متعلقاً راجعوا سنن المصطفى ﷺ .

- وعلى ذلك درجوا في تمادي دهرهم إلى انقراض عصرهم .

- ثم استنَّ بعدهم بستهم . . . وقد علمنا اضطراراً من مطرد الإعتبار أن الشريعة تشتمل على كل واقعة ممكنة .

ولما قال رسول الله ﷺ لمعاذ بن جبل رضي الله تعالى عنه : بِمَ تحكّم يا معاذ؟ فقال : بكتاب الله . قال : فإن لم تجد؟ قال : فبسنة رسول الله . قال : فإن لم تجد؟ قال : أجتهد رأيي . . . فقرره ﷺ وصوبه ، ولم يقل له : فإن قصر عنك اجتهادك فماذا تصنع؟ فكان ذلك نصاً على أن الوقائع تشملها القواعد التي ذكرها معاذ .

هذا : وإن قواعد الشريعة متقابلة بين النفي والإثبات ، والأمر والنهي ، والإطلاق والحجر ، والإباحة والحظر ، ولا يتقابل قط أصلان إلا ويتطرق الضبط إلى أحدهما ، وتتفي النهاية عن مقابله ومناقضه^(١) .

(كل نازلة مستأنفة في نفسها) :

قال الشاطبي (- ٧٩٠هـ-) : «إن كل نازلة مستأنفة في نفسها لم يتقدم لها نظير؛ وإن تقدّم لها في نفس الأمر فلم يتقدم لها فلا بد من النظر فيها بالاجتهاد» .

- وكذلك إن فرضنا أنه تقدّم لنا مثلها فلا بد في كونها مثلها أولاً ، وهو نظر اجتهاد أيضاً ، وكذلك القول فيما فيه حكم من أروش الجنایات ، وقيم المتلفات .

ويكفيك من ذلك أنّ الشريعة لم تنص على حكم كلّ جزئية على

(١) الجويني، الغيائي، ص ٤٣٣ .

حدثها، وإنما أتت بأمر كلية وعبارات مطلقة تتناول أعداداً لا تنحصر، ومع ذلك فلكل معيّن خصوصية ليست في غيره ولو في نفس التعيين.

ولا بد من تحقيق المناط بالنسبة إلى كل ناظر وحاكم ومفت.

ولو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد لم تنزل الأحكام الشرعية على أفعال المكلفين إلا في الذهن، لأنها مطلقات وعمومات وما يرجع إلى ذلك، منزلات على أفعال مطلقات كذلك.

والأفعال لا تقع في الوجود مطلقة، وإنما تقع معيّنة مشحّصة فلا يكون الحكم واقعاً عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا المعيّن يشمل ذلك المطلق أو ذلك العام، وقد يكون ذلك سهلاً وقد لا يكون وكله اجتهاد^(١).

ضرورة فتح باب الاجتهاد

ولما كانت الوقائع في الوجود لا تنحصر فلا يصح دخولها تحت الأدلة المنحصرة، لذلك احتيج إلى فتح باب الاجتهاد من القياس وغيره.

أو نقول لا بد من حدوث وقائع لا تكون منصوفاً على حكمها، ولا يوجد للأولين فيها اجتهاد، فإذا لا بد من الاجتهاد في كل زمان^(٢).

وهذه الوقائع المستجدة، هي الوقائع، والنوازل، واستنباط أحكامها من مظان الأدلة هو الفتوى والاجتهاد والتخريج.

الاستفادة من مناهج الفقهاء جميعاً في الاستنباط:

إن الشريعة الإسلامية لا تتحدد بمجتهدات عصر معيّن أو مذهب فقهي واحد، لأنها أبعد غوراً وأوسع مدى من حيث مبادئها الكبرى

(١) الموافقات: ٩٠/٤-٩٤، بتصرف.

(٢) الشاطبي، الموافقات: ١٠٤/٤.

وأصولها العامة ومقاصدها التشريعية، وإن الاجتزاء بمذهب اجتهاد معين يتنافى وطبيعة الاجتهاد نفسه من حيث أنه تصرف عقلي في مقررات الوحي، وكل اتجاه من الاتجاهات الفقهية يمثل وجهة نظر معينة في هذه المقررات فهماً أو تطبيقاً، ولكنه لا يمثل فقه الشريعة كاملة من حيث هي .

والاجتهاد بطبيعته يحتمل الخطأ فثمرته هو الفقه كذلك، بل الاجتهاد بالرأي هو صلب التفقه في التشريع . هذا، ولما كان لا يتصور انقطاع الاجتهاد بالرأي في التشريع أبد الدهر لصلته الوثقى بمعاني العدل والإنصاف في الفروع، وإذا انقطع الاجتهاد فقد العدل ما به يُعرف، وما به يتحقق . . . وواقعية التشريع تقتضي من المجتهد بالأل يقتصر الاستنباط أو التطبيق على الأصول النظرية الذهنية المجردة، بل ينزل بها من أفقها التجريدي المحض إلى عالم الوقائع المشخصة بظروفها وأحوالها، ويبحث ويمحص ذلك كله، ثم يطبق على كل حالة ما يناسبها مما يقتضيه العدل والإنصاف، والمصلحة المقررة شرعاً، لأن أساس التشريع كله المصلحة والعدل، وهما المقصد الكلي للتشريع الإسلامي^(١) .

إن الاجتهاد داخل حدود مذهب معين، والتصرف في نصوص الإمام وقواعده . . . مثل التصرف في نصوص الشارع في استنباط الحكم من القواعد .

وهو: أن يقيس ما لم ينص عليه إمامه بما نص عليه . وأن يطبق ما وضعه الإمام على ما يدخل تحته من جزئيات مما لم يتكلم فيها الإمام نفسه، وأن يستخرج من الجزئيات والفروع المتشابهة شكلاً، والمتحدة حكماً، والتي نقل حكمها عن صاحب المذهب، قواعد وضوابط يعرف بها حكم المذهب في الفروع المتشابهة الجديدة بعد ذلك . . . وأن يجتهد لمعرفة

(١) بداية المجتهد: ١٥٤/٢ .

حكم ما لم يرد حكمه في مذهب إمامه من فحوى كلام الإمام ومفهومه .

وأن يعرف ما بناه الإمام على أدلة وقواعد ثابتة، وما بناه على ما يتغير بتغير الأزمان والأمكنة والأعراف . . . وأن يجتهد فيما لم يتمكن من استنباط حكم بالتخريج على أقواله، والقياس على ما نص عليه من الأحكام بنصوص الشارع، وذلك باتباع منهجه في الاستنباط . . إلا أنه لو عجز عن ذلك لا يخرج عن أن يكون مجتهداً في المذهب؛ لأن الاجتهاد في المذهب عمدته العمل على ما خططه صاحب المذهب، ووفق ما زيد عليه ممن سبق من كبار علماء المذهب .

وكل ذلك يتطلب إضافة إلى الشروط التي ينبغي توفرها في المجتهد على اختلاف مراتبه . . أمرين هما: فقه الواقع وفقه التنزيل - ليحسن فقه النوازل المستجدة .

تعريف التخريج :

إن مصطلح التخريج: استعمل عند الفقهاء والأصوليين في غير معنى، وإن بين تلك المعاني تقارب وتلاحم .

يطلق التخريج على أمرين :

الأول: على استنباط الأحكام من القواعد، أو إخراج أحكام جزئيات القاعدة من القوة إلى الفعل^(١) .

الثاني: على استنباط الأحكام من فروع الأئمة المنسوبة إليهم، سواء كانت من أقوالهم أو أفعالهم أو تقاريراتهم . . . ويمكن تسميته تخريج الفروع على الفروع .

(١) تقارير الشربيني على شرح الجلال: ٢٢/١ .

كما يطلق التخرّيج على : نقل حكم مسألة إلى ما يشبهها والتسوية بينهما فيه^(١) .

والتخرّيج وفق هذا التعريف يلحق بالقياس . . . الذي يتضمن نقل مثل حكم مسألة جزئية إلى أخرى لوجود شبه بينهما ، ويمكن الجمع بين هذه التعريفات بالقول :

هو العلم الذي يتوصل به إلى التعرف على آراء الأئمة في المسائل الفرعية التي لم يرد عنهم فيها نص ، بإلحاقها بما يشبهها في الحكم عند اتفاقهما في علة ذلك الحكم عند المخرّج^(٢) .

أو بإدخالها في عمومات نصوصه أو مفاهيمها ، أو أخذها من أفعاله أو تقريراته ، بالطرق المعتدّ بها عنده ، وشروط ذلك ودرجات هذه الأحكام .

وقد يكون التخرّيج - وهذا هو غالب استعمال الفقهاء - بمعنى الاستنباط المقيّد ، أي بيان رأي الإمام في المسائل الجزئية التي لم يرد فيها عنه نص - وذلك عن طريق إلحاقها بما يشبهها من المسائل المرورية عنه ، أو بإدخالها تحت قاعدة من قواعدها . . .

والتخرّيج بهذا المعنى هو ما تكلم عنه الفقهاء والأصوليون في مباحث الاجتهاد . . .

وقد يطلقون التخرّيج بمعنى (التعليل) ، أو توجيه الآراء المنقولة عن الأئمة وبيان مأخذهم فيها عن طريق استخراج واستنباط العلة وإضافة الحكم إليها بحسب اجتهاد المخرّج . ومن هذا القبيل ما يسمى (بتخرّيج المناط)^(٣) .

(١) المسوّدة ، ص ٥٣٣ .

(٢) الباحثين ، التخرّيج ، ص ١٨٧ .

(٣) الطرخي ، شرح مختصر الروضة : ٢٤٢/٣ ؛ والباحسين ، التخرّيج عند الفقهاء والأصوليين ، ص ١٢ .

وبالجملة فالتخريج بأن لا يكون المفتى به منصوصاً لأصحاب المذهب لكن المفتى أخرجه من أصوله (صاحب المذهب).

هذا . . . وإن التخريج هو ملجأ الفقهاء - بعد الأئمة الأربعة وكبار تلاميذهم - في تحصيل الظن بآراء أئمة المذاهب التي يقلدونها، سواء كان ذلك بتحديد القواعد التي بنيت عليها الأحكام . . . أو بالتعرف على أحكام الجزئيات . . . أو النوازل الجديدة وفقاً لتلك القواعد، أو تشبيهاً لها بما ورد عنهم من آراء في وقائع جزئية أخرى، وغير ذلك من الأساليب.

وفي العصر الحاضر استجدت وقائع ونوازل جديدة . . . وتصدى ثلة من العلماء للوقوف على أحكامها . . . فرادى ومجتمعين عبر المجامع الفقهية.

الفرق بين الاستنباط والتخريج :

الاستنباط والتخريج عبارتان مختلفتان في المبنى ولكنهما متقاربتان في المعنى، ووجه التقارب في المعنى: أن كلا منهما ينبئ عن منهج في الاجتهاد.

أما الاستنباط: فهو استخراج الحكم الشرعي من الأدلة المعتبرة شرعاً.

أي: استفادة الحكم من الكتاب، أو السنة، أو الرأي المبني عليهما.
أما التخريج: فهو تفريع أحكام المسائل المستجدة على قول إمام المذهب وأصحابه، وإن شئت قلت: مقتضى دليل الإمام.

فإن قول الإمام أبي حنيفة، أو الشافعي، أو مالك، أو أحمد رضي الله عنهم، يعتبر بمثابة القاعدة الشرعية التي يتفرع عليها أحكام مسائل خرّجها فقهاء المذاهب بضوابط التزامها الفقيه الإمام.

وهكذا نجد: أن التخريج هو المرحلة التالية للاستنباط، فلا تخريج إلا وهو مسبق باستنباط . . .

وبذلك يتبين: أن الفتاوى على المذهب هي ضرب من التخريج الفقهي. أما نقل نفس عبارة الإمام فلا تعتبر تخريجاً.

ومن هذا المنطلق يمكن القول: أنه يجري على فقه التخريج من الضوابط والمنهجية ما يجري على فقه الاستنباط من الوقوف على مسائل الإمام هنا، كما ينبنى على أدلة الإمام هنالك.

ولا بد للمخرج على أقوال الأئمة من تحصيل رتبة علمية معينة تعرف عند المؤرخين الفقهاء بـ: (طبقة أصحاب التخريج) من المقلدين؛ كالرازي وأضرابه عند فقهاء الحنفية.

الباعث على فقه التخريج:

لم يجتهد أبو حنيفة وأصحابه مثلاً في كل المسائل، بل اجتهدوا في استنباط حكم ما وقع في عصرهم من أحداث، وما فرضوه من صورة لكي يطبقوا أقيستهم على كل ما يتصور وقوعه من جنس ما ينطبق عليه علة القياس، ومهما يكن مقدار ما وقع في عصرهم من حوادث استنبطوا أحكامها، وما قدروا من أمور استخرجوا أحوالها، فلا بد أن يكون في كل عصر أمور لم يكن لهم أحكام فيها.

وإن الناس يجد لهم من الأفضية بمقدار ما يحدث لهم من أحداث، ولذلك كان لا بد من وجود المخرجين في المذاهب الذين يبنون على قواعده أحكام حوادث لم تقع في عصر أئمة المذهب، ولم يؤثر عنهم أحكام فيها. وقد كانت هذه الطبقة من الفقهاء بعد عصر أبي حنيفة من تلاميذ أولئك الأصحاب ومن جاء بعدهم، فقد اجتهد هؤلاء في تعرف أحكام الوقائع التي حدثت في عصورهم المختلفة، وبنوا ما استنبطوه على القواعد التي

استخلصوها من مجموع الفروع المأثورة عن أبي حنيفة وأصحابه .

ونقل النووي عن أبي المعالي الجويني : أن كل ما اختاره المزني أرى أنه تخريج ملتحق بالمذهب .

عمل المخرجين الأولين :

كان عمل المخرجين الأولين يقوم على عنصرين :

أحدهما : استخراج المناهج العامة التي تعد أصولاً للاستنباط في فقه أبي حنيفة وأصحابه .

وثانيهما : تخريج أحكام المسائل التي لم ينص عليها على ذلك .

عمل المخرجين المتأخرين :

ولما جاءت طبقات المخرجين بعد استخلاص القواعد، فكان عملهم فقط :

استخراج الأحكام للوقائع التي لم تكن قد حدثت في عصر من عصور السابقين .

ولقد سمى العلماء ما يستخرجه أولئك المخرجون من أحكام جزئية (الوقائع، والفتاوى، والنوازل) .

وفي هذا الصدد يقول الماتن :

وكتب ظاهر الرواية أتت سئاً لكل ثابت عنهم حوت
إلى أن قال :

وبعدها سائل النوازل خرجها الأشياخ والدلائل

وهكذا، اعتبرت النوازل محور اهتمام فقهاء المذاهب بعد استقرارها .

ومن النوازل قبل استقرار المذهب حدّ الخمر :

قال أبو الوليد رضي الله عنه (- ٥٢هـ) : فلا نازلة إلا والحكم فيها قائم من القرآن، إما بنصّ، وإما بدليل علمه من علمه، وجَهْلُهُ من جهلُهُ، وهذا المعنى من الاستنباط مثل ما جاء أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كان يجلد في الخمر أربعين، وكان عمر رضي الله عنه يجلد فيها أربعين إلى أن بعث إليه خالد بن الوليد يذكر له : أن الناس قد استخفوا في الخمر، وأنهم انهمكوا فيها فما ترى في ذلك؟ .

فقال عمر لمن حوله - وكان عنده علي وطلحة والزبير وعبد الرحمن ابن عوف - : ما ترون في ذلك؟ ما ترى يا أبا الحسن؟ فقال : يا أمير المؤمنين أرى أن تجلد فيها ثمانين جلدة، فإذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفترى ثمانون جلدة . . . وتابعه أصحابه على ذلك فقبله عمر وأخذ به لأنهم استنبطوه من الكتاب .

قال أبو الوليد ابن رشد رضي الله عنه :

والوجه في استنباطهم إياه منه : أنه لما كان الأصل المتفق عليه أن الحدود وضعت للردع والزجر عن المحارم وجب أن يرجع في حدّ الخمر إلى أشبه الحدود بها في القرآن، فكان ذلك حدّ القذف للمعنى الذي ذكره علي رضي الله عنه، فهذا وجه قول عمر بن العزيز رضي الله عنه :

تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور . لا أن تحدث لهم أقضية مبتدعة بالهوى خارجة عن الكتاب والسنة، وبالله التوفيق لا شريك له (١) .

- فالفقه يواكب دائماً الحياة ويرتبط بحركتها، ويزدهر بهذا الارتباط

(١) فتاوى ابن رشد: ٧٦٣/٢ .

على أيدي القضاة والمفتين والمجتهدين الذين يتقون الله تعالى في بيان الأحكام، ومن أراد الوقوف على هذا الازدهار فليطلع على كتب النوازل وكتب الوقاعات والفتاوى . . . وفي مقدمة ذلك فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٦٦١ - ٧٢٨هـ)، فإنك تقرأ فيها حياة كاملة بكل نواحيها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية بل والجغرافية؛ حيث ترى تصوير حالة العالم الإسلامي في القرن الثامن الهجري، وتقرأ في فتاويه ومصنفاته كيف أحكم ارتباط الفقه في الحياة، بل كيف يواكب الفقه الحياة وأعاد إلى الذهن مسيرة فقهاء الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم، حيث يمكن وصف هذا النموذج (بفقه الواقع)، حيث إذا نزلت نازلة يسألون فإن لم يجدوا نصاً اجتهدوا في استخراج الحكم لها . . .

ومن ذلك على سبيل المثال: الأذان يوم الجمعة . . . حيث زاد عثمان - رضي الله عنه - الأذان الأول على الزوراء، فقاس الجمعة على باقي الصلوات، وهذه نازلة . . . وهذا ما واجهه الصحابة من فقه وعمل الصحابة في ذلك . وعليه مضى العمل في التابعين فمن بعدهم إلى زماننا هذا .

ومن النوازل تضمنين الصناعات:

فالصانع إذا ادعى هلاك الذي بحوزته وليست له بينة على ذلك؛ كان في عهد النبي ﷺ وعهد الخلفاء قبل علي يصدق، وفي عهد علي ألزمهم بالضمان وقال: لا يُصلح الناس إلا ذلك .

ووجهه: أن الناس في عهد علي رضي الله عنه اختلف حالهم عن حال الناس في عهد النبي ﷺ وفي عهد أبي بكر وعمر وعثمان؛ فإن التزامهم بالصدق وبالحق صار أخف مما سبق، فاختلف حالهم عن ذي قبل، ومن مثل هذا استنبط العلماء قاعدة اختلاف الفتوى بسبب فساد الناس .

فقه الواقع :

هو الحكم الشرعي الذي يلائم المكلف في حالته التي هو عليها، والواقع هو المختبر الحقيقي لدعاوى الإصلاح^(١).

يقول ابن القيم: «ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: أحدهما فهم الواقع والفقه فيه، واستنباط علم حقيقته ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علماً^(٢)».

ويمكن تسمية هذا الفقه هو العلم القاصر عند الفقهاء الذين هم قادة الأمة، ومعلمو دينها، وحافظو شريعتها، وباعثو نهضتها.

فالحاجة ليست تجديداً في الإسلام وإنما التجديد يجب أن يكون في نفر من الناس يتولون شؤون الإسلام والمسلمين، لأن الأزمة في تفكيرهم، لأنهم يريدون أن يقيموا الإسلام بمقاييس ليست صالحة، والدليل على ذلك مسألة البلوغ؛ فعند الحنفية من دلائله بلوغ الصبي ثماني عشرة سنة، وعند الفتاة سبع عشرة سنة، ورواية عن الصحابين خمس عشرة سنة^(٣).

وأما عند الشافعية فمن دلائله استكمال المولود خمس عشرة سنة قمرية^(٤). وهو مشترك بين الذكر والأنثى، وفي رواية أخرى تسع سنوات.

فالاختلاف بين الإمام أبي حنيفة والإمام الشافعي لم يكن عن تناقض، ولكن كل واحد منهما قد تناول موضوع الرشد من جانب، لأن الحكم من ذلك يصدر عن علم بطبائع البلاد واختلاف المناخ.

(١) تأملات في الواقع الإسلامي، عمر عبيد حسنة، ص ١٢.

(٢) إعلام الموقعين: ٦٩/١.

(٣) الاختيار لتعليل المختار، ابن مودود: ٩٥/٢.

(٤) روضة الطالبين، النووي: ٤١١/٣.

ومن المعضلات - حالياً - وسببه عدم اعتماد فقه الواقع مسألة إثبات رؤية الهلال، والتي دائماً ترافقها منافسة في التفوذ السياسي؛ فهناك من يثبت وهنا من ينفي، وتجد السباق بينهم في الاثنين معاً من الدول، حتى تعم الفوضى والكآبة عند المسلمين.

ومحور الخلاف في هذه المسألة: هل يجوز إثباته بغير الرؤيا كالحساب، فعلى سبيل المثال: رؤية الهلال في الحجاز غالباً متحققة لصفاء الجو بخلاف البلاد الشمالية الباردة فالجو غالباً فيه غيم ولا يمكن تحقق الرؤية، فالعلماء فريقان في الجواز والمنع، ودليل المانعين قوله عليه الصلاة والسلام: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته»^(١)، وقوله عليه الصلاة والسلام: «نحن أمة أمية لا نكتب ولا نحسب...»^(٢)، وهذا الكلام محل إجماع العلماء السابقين.

- والفريق الآخر بجواز إثباته بالحساب، والذي ذهب إليه بعض البغداديين كالمالكية، وبعض أكابر الشافعية كما نص عليه ابن دقيق العيد^(٣)، هذا لغيره وأما لنفسه فقد قال به ابن سريج والقفال والقاضي الطبري كما نص على ذلك الرافعي^(٤).

وذكر الإمام القرافي أنه يوجد قولين في المذهب المالكي والشافعي في اعتبار الحساب وعدمه^(٥).

فالتساؤل لماذا لا يفتى على قول أصحاب الرأي الثاني طالما كان

(١) البخاري، باب الصوم: ٣/٣٥؛ رواه الدارقطني باب الصوم: ٢/١٦١؛ التنقيح: ٢/٢٩١

(٢) البخاري، باب الصوم: ٢/٣٤١.

(٣) أحكام الأحكام: ٢/٢٦.

(٤) العزيز شرح الوجيز: ٣/١٧٨.

(٥) الفروق: ٢/١٧٨.

هناك دقة في الحساب وتطور للعلم في هذا الزمان، وبقي أن نشير - والتي هي من لوازم فقه الواقع - إلى التدرج في التطبيق، فالتدرج في التطبيق ليس أمراً خارجاً عن الدين كما يتوهم بعضهم، ذلك أن أمر الشارع منوط بالاستطاعة، والتكليف منوط بالطاقة، قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]، وقال تعالى: ﴿فَأَنْقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ١٦].

لذلك ليس من فقه الواقع مطالبة المكلف بالحد الأقصى للتكليف وهو لا يطبق الحد الأدنى، المشقة تجلب التيسير، وإذا ضاق الأمر اتسع، وأيضاً إن العدول عن العزيمة إلى الرخصة في حالات قد تؤدي العزيمة فيها إلى تفويت مقصد الدين وإيقاع المكلف في الحرج، فإقامة الحدود واجبة ولكن في الغزو منهي عن إقامتها لخبره ﷺ: «نهى أن تقطع الأيدي في الغزو»^(١)، وسبب النهي هو خشية أن يترتب عليه ما هو أبغض إلى الله من تعطيله أو تأخيره من حقوق صاحبه بالمشركين حمية وغضباً^(٢)، ومنها أيضاً إبقاء الحالة على ما وقعت عليه، لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي كحديث البائل في المسجد^(٣)، فإن النبي ﷺ أمر بتركه حتى يتم بوله لأنه لو قطع بوله لنجست ثيابه ولحدث عليه من ذلك داء في بطنه، فترجح جانب تركه على ما فعل من المنهي عنه على قطعه بما يدخل عليه من الضرر، وبأنه ينجس موضعين، وإذا ترك فالذي ينجسه موضع واحد.

وكذا بالنسبة لتأسيس البيت على قواعد إبراهيم قوله ﷺ: «ولولا أن

(١) رواه أبو داود.

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم: ١٣/٣.

(٣) رواه البخاري، انظر فتح الباري لابن حجر (٤٣٠ - ٤٣١)، كتاب الوضوء، باب ٥٨، حديث رقم (٢٢١).

قومك حديث عهدهم في الجاهلية فأخاف أن تنكر قلوبهم لنظرت أن أدخل الجدر في البيت وأن ألزق بابه بالأرض»^(١) وهذا كله لا يدرك إلا بفقته الواقع .

وكذا يحكى عن عمر بن عبد العزيز أن ابنه عبد الملك قال له : وما لك لا تنفذ الأمور؟ فوالله ما أبالي لو أن القدور غلت بي وبك في الحق ، قال له عمر : لا تعجل يا بني فإن الله ذم الخمر في القرآن مرتين وحرمها في الثالثة ، وإنني أخاف أن أحمل الحق على الناس جملة ، فيدفعوه جملة ويكون من ذا فتنة^(٢) .

ولقد ذكر العز بن عبد السلام عدة أمثلة فيما يخص التدرج في الحكم^(٣) :

أحدها : أن الله أخر إيجاب الصلاة إلى ليلة الإسراء ؛ لأنه لو أوجبها في ابتداء الإسلام لنفروا من ثقلها عليهم .

الثاني : الصيام لو وجب في ابتداء الإسلام لنفروا في الدخول في الإسلام .

الثالث : تأخير وجوب الزكاة إلى ما بعد الهجرة ، لأنها لو وجبت في الابتداء لكان إيجابها أشد تنفيراً للغلبة الضنة بالأموال .

الرابع : الجهاد لو وجب في الابتداء لأباد الكفرة أهل الإسلام لقلة المؤمنين وكثرة الكافرين .

الخامس : القتال في الشهر الحرام لو أجل في ابتداء الإسلام لنفروا منه لشدة استعظامهم بذلك ، وكذلك القتال في البلد الحرام .

(١) صحيح مسلم : ٢ / ٩٧٣ ، ١٥ ؛ كتاب الحج (٧٠-٧١) ، باب حديث رقم (٤٠٥) .

(٢) الموافقات : ٢ / ٧١ .

(٣) القواعد (٥٠-٥١) .

السادس: القصر على أربع نسوة لو ثبت في ابتداء الإسلام لنفرت الكفار من الدخول فيه، وكذلك القصر على ثلاث طلاقات، فتأخرت هذه الواجبات تأليفاً على الإسلام الذي هو أفضل واجب، ومصالحته تربو على جميع المصالح، ولمثل هذا قرر الشرع من أسلم على الأنكحة المعقودة على خلاف شرائط الإسلام، وكذلك أسقط عن المجانين ما يتلقونه من أنفس المؤمنين وأموالهم لأنه لو ألزمهم بذلك لنفروا من الدخول في الإسلام، وكذلك بني على الإسلام غفران جميع الذنوب لأن عهدتها لو بقيت بعد الإسلام لنفروا، وكذلك قال جماعة قذروا فأكثرُوا من الزنا وغيره من الكبائر لرسول الله ﷺ: إن ما تقول وتدعو إليه حسن لو تخبرنا أن لما عملنا كفارة؟ .

فأنزل الله تعالى ﴿ قُلْ يَبْعَادَى الَّذِينَ اسْرَفُوا عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ ﴾ [الزمر: ٥٣]، وقال في غيرهم ﴿ قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [الأنفال: ٣٨]، وإنما أمرهم في ابتداء الإسلام بإفشاء السلام وإطعام الطعام وصلة الأرحام والصدق والعفاف لأن ذلك كان ملائماً لطبائعهم حاثاً على الدخول في الإسلام، وكذلك ألف ﷺ جماعة على الإسلام إلى دفعه لهم من الأموال، وامتنع عن قتل جماعة من المنافقين، وقد عرف بنفاقهم خوفاً أن يتحدث الناس بأنه أخذ في قتل أصحابه فينفروا من الدخول في الإسلام.

وهذه الأحكام كلها مآلها إلى فقه الواقع، ويكون الأداء فيه من خلال مجاهدات العقل البشري والفعل البشري، فالأزمة الفكرية أو المعادلة الصعبة في العقل المسلم - إن صح التعبير - هي في الخلط بين النص الإلهي الخالد المطلق المعصوم المجرد عن حدود الزمن والمكان، وبين الاجتهاد البشري المظنون النسبي المحدود المحكوم بحدود الزمان والمكان وظروف الحال^(١).

(١) الشاكلة الثقافية لعمر عبيد حسنة، ص ٦٥.

وقال الشيخ محمد الغزالي: «من أجل ذلك قرر المصلحون بعد تجارب مريرة أن الزمن جزء من العلاج»^(١)، والأمة اليوم بأمس الحاجة إلى هذا العلاج.

فقه التنزيل:

يقصد به تنزيل العلم على الوقائع الجزئية أو المسائل المستجدة والحادثة، واشتهر في الزمن الماضي بالنوازل، واشتهر بلسان العصر باسم النظريات والظواهر.

وعرّفه ابن القيم بأنه: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله تعالى الذي حكم به في كتابه أو على لسان قوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر، ثم يقول فمن بذل جهده واستفرغ وسعه في ذلك له أجرين أو أجر، فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله^(٢).

وهكذا يأتي ابن القيم لي طرح من جهته جدلية العلاقة بين الثابت والمتغير في النص الشرعي أو بين المقاصد الكلية والوقائع الجزئية، وليميز بين نوعين أو ثلاثة من مستويات الفقه، ففقه في نفس الأحكام الشرعية التكليفية، وفقه في نفس الوقائع وأحوال الناس ثم يذكر الثالثة فيقول: «ثم يطابق بين هذا وهذا فيعطي الواقع حكمه من الواجب ولا يجعل الواجب مخالفاً للوقائع»^(٣).

لذا أنكر على من نفى هذا العلم أو رده فقال عنهم: فعطلوا الحدود، وضيعوا الحقوق، وجروا أهل الفجور على الفساد، وجعلوا الشريعة قاصرة

(١) الطريق من هنا، ص ١١٤.

(٢) إعلام الموقعين: ١/٦٩.

(٣) الطرق الحكمية، ص ٤.

لا تقوم بمصالح العباد، محتاجة إلى غيرها، وسدوا على نفوسهم طرقاً صحيحة من طرق معرفة الحق والتنفيذ له، وعلطوها مع علمهم وعلم غيرها قطعاً: إنها حق مطابق للواقع، ظناً منهم منافاتها لقواعد الشرع، ولعمر الله إنها لم تناف ما جاء به الرسول ﷺ، وإن نفت ما فهموه هم من شريعته باجتهادهم، والذي أوجب لهم ذلك نوع تقصير في معرفة الشريعة، وتقصير في معرفة الواقع وتنزيل أحدهما على الآخر^(١).

بل يغور في الموضوع أكثر فيقول: «فإن ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فشمَّ شرع الله ودينه، والله أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمانة فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له^(٢)».

إذاً فالجهل بشروط التنزيل للعلم على الوقائع المستجدة، والغفلة عن مقاصد الشرع، جعل عند متزمتي الفقهاء أن يقفوا عند حدود ظاهر النص ولا يتعداه، ويستشكل مع ذلك عدو الشريعة عن متابعة تطور الواقع ومواكبة مستجدات مشاكله، وهذا الأمر نجده متسعاً عند ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فيما يسميانه (بالسياسة الشرعية) التي تتسع عندهما لتشمل كل سياسة عادلة ممكنة، والذي يؤكد ذلك ما طرحه ابن القيم: مسؤولية رجل العلم في الفهم والفتوى، ودوره في عملية الإنقاذ بعد التراجع الأكبر، حين اعتبر العالم (المدرک لمقاصد الشرع الفقيه في التنزيل على الواقع الملتزم بتبليغ العلم

(١) الطرق الحكمية، ص ١٣.

(٢) المصدر السابق نفسه.

المتصف به^(١) مكلفاً بمسؤولية التوقيع عن رب العالمين ، فإذا كانت الإشادة واقعة خاصة في هذا الدين بمنصب التوقيع عن الملوك فكيف بمنصب التوقيع عن رب الأرض والسموات ؛ فحقيق بمن أقيم فيه ولا يكون في صدره حرج من قول الحق والصدق به^(٢) .

ومحل فقه التنزيل هو في النصوص التي تتضمن متغيرات ، وهي التي فيها مجال الاجتهاد أوسع وأرحب وفقاً لسببين :

الأول : استنباط الحكم الملائم للواقعة ، حيث يستنبط من النص الظني لا القطعي .

الثاني : الاجتهاد في التطبيق على الوقائع بظروفها وملابساتها .

وتعليل هذا الكلام ما قاله الشاطبي : «لأن الوقائع في الوجود لا تنحصر ، فلا يصح دخولها تحت الأدلة المنحصرة ، ولذلك احتيج إلى فتح باب الاجتهاد من القياس وغيره ، فلا بد من حدوث وقائع لا تكون منصوباً على حكمها ، ولا يوجد للأولين فيها اجتهاد ، وعند ذلك : فيما أن يترك الناس فيها مع أهوائهم ، أو ينظر فيها بغير اجتهاد شرعي ، وهو أيضاً اتباع للهوى وذلك كله فساد فلا يكون بد من التوقف لا إلى غاية ، وهو معنى تعطيل التكليف لزوماً وهو مؤد إلى تكليف ما لا يطاق ؛ فإذا لا بد من الاجتهاد في كل زمان ، لأن الوقائع المفروضة لا تختص بزمان دون زمان»^(٣) .

ويذكر في بداية كلامه عن الاجتهاد : «الاجتهاد على ضربين أحدهما : لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف ، وذلك عند قيام الساعة»^(٤) .

(١) الطرق الحكمية ، ص ١٤ .

(٢) إعلام الموقعين : ٩ - ٨ / ١ .

(٣) الموافقات : ٧٥ / ٤ .

(٤) المصدر السابق نفسه .

والحال يحكي هذا، ومن الأمثلة: النقود الورقية؛ فالتعامل زمن النبي ﷺ كانت النقود فيه مسكوكة من الذهب والفضة بيعاً وشراءً وقرضاً وقسمة وتبرعاً وإيصالاً وتحبيساً، ولكن في عصرنا الحاضر انتهى دور الذهب والفضة واستبدل العالم التقدين بالأوراق النقدية، وهذه الأوراق النقدية لا نجد نصاً من كتاب الله ولا سنة رسوله ﷺ يتحدث عنها أو قول للفقهاء، فمسألة عدم الاعتبار كونها مساوية للذهب والفضة خطرة، فالأوجب اعتبارها، وهذا ما حدث وكان قرار المجمع الفقهي في مكة المكرمة د-٧/٢-١٤٠٦هـ: أن العملة الورقية نقد قائم بذاته له حكم النقدين من الذهب والفضة.

وما يزيد الموضوع أكثر موضوعيةً هو ما كتبه العلماء في أفراد كتب الفتاوى عن الفقه أو النوازل، وهذا أكثره في الأندلس، إذ كتبت العشرات من الكتب في فقه النوازل، هذا في الزمن الماضي؛ وأما اليوم فالواقع مليء بالنوازل والأحداث والوقائع والأفعال الطارئة التي لم تحطها النصوص ولا الاجتهادات السابقة، وخاصة أن الأمة تعيش مفاصل هامة، وهي بأمر الحاجة إلى فقه التطبيق لتنزيل المستجدات منازلها من الشرع، وتكفل لها الحياة نحو الأمل المنشود، وهذا كله يستلزم جهداً وحركة علمية عميقة كي يعطي حكماً منهجياً موافقاً للواقع، كي لا نجد هناك مردوداً سلبياً لا يحقق مصلحة أو يدرأ مفسدة.

وأهمها على سبيل المثال لا الحصر: نازلة الاستنساخ؛ فالعلماء والفقهاء قالوا: استنساخ البشر مرفوض شرعاً و عقلاً غير أخلاقي لا مبرر له^(١)، يبقى موضع استخدام هذا العلم في مجال الحيوان؛ يقول الدكتور

(١) مجلة المجمع، الثلاثاء، العدد (١٢٤٤)، ٢٣-٢٩ ذو القعدة ١٤١٧هـ، ص ٢٢-٣١.

عجيل النشمي^(١): لا بأس به فإن الله قد سخر لنا الحيوان ننتفع به في كل ما هو نافع؛ مثل: تحسين النوع وإكثار النسل وتطيب اللحم ونحو ذلك، على أن لا تؤدي هذه التجارب إلى تشويه الحيوان أو تعذيبه... ويختم كلامه: إنه من السابق لأوانه الحكم القاطع في هذا الموضوع لقصور في المعلومات وتوثيقها، وهو من القضايا التي تحتاج إلى رأي مشترك يصدر من أطباء مختصين وفقهاء، وما ذكرنا محض رأي على ما ورد من معلومات في هذا الموضوع^(٢).

وبقي أن نؤكد فيه من القواعد والمرونة ما يمكن معه استيعاب كل المستجدات، ولكن ليس معنى ذلك أن ننحني أمام بعض القضايا، فعالمية الإسلام بأحكامه وطروحاته هي المرجع والمآل.

معرفة الناس أصل في الإفتاء والتخريج:

إن معرفة الناس أصل عظيم يحتاج إليه المفتي والحاكم، فإن لم يكن فقيهاً في الأمر والنهي لم يطبق أحدهما على الآخر، وإلا كان ما يفسد أكثر مما يصلح، فإنه إذا لم يكن فقيهاً في الأمر له معرفة بالناس تصور له الظالم بصورة المظلوم وعكسه، والمحق بصورة المبطل وعكسه، وهو بجعله بالناس وأحوالهم وعوائدهم وعرفياتهم لا يميز هذا من هذا، بل ينبغي أن يكون فقيهاً في معرفة مكر الناس وخداعهم واحتياهم وعوائدهم وعرفياتهم، فإن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال، وذلك كله من دين الله^(٣).

وقال القرافي: ينبغي للمفتي إذا ورد عليه مستفت لا يعلم أنه من أهل البلد الذي منه المفتي، وموضع الفتيا أن لا يفتيه بما عاداته يفتي به حتى يسأله

(١) عميد سابق في كلية الشريعة بالكويت.

(٢) مجلة المجتمع، الثلاثاء، العدد (١٢٤٤)، ٢٣-٢٩ ذو القعدة ١٤١٧هـ، ص ٢٧.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين: ٤/٤٤٢.

عن بلده، وهل حدث عندهم عرف في ذلك البلد في هذا اللفظ اللغوي أم لا؟
وإن كان اللفظ عرفياً فهل عرف ذلك البلد موافق لهذا البلد في عرفه أم
لا؟ وهذا أمر متعين واجب لا يختلف فيه العلماء^(١).
والآن يصل بنا الكلام إلى (فقه التخريج)، ولنبدأ بالتأريخ له فنقول
وبالله التوفيق:

تاريخ التخريج:

التخريج في مرحلته الأولى:

إن التخريج - باعتباره تفرعاً على آراء الأئمة وبيان مبني الخلافات
القائمة بينهم - كان ملازماً لنشأة المذاهب الفقهية من قبل تلامذة الأئمة ثم
من جاء بعدهم من العلماء . . . يخرجون أحكام الوقائع الجديدة التي لم يرد
بشأنها شيء عن الإمام قياساً على وقائع جزئية منصوص على حكمها من قبل
الإمام، أو على قواعده والأسس التي استخدمها في الاستنباط.

وبناءً عليه يمكننا القول بأن محمد بن الحسن (- ١٨٩هـ) وأبا يوسف
(- ١٨٢هـ) وغيرهما من تلاميذ أبي حنيفة (- ١٥٠هـ) كانوا من المخرجين
على مذهب إمامهما . . . وإن كانوا من المجتهدين اجتهاداً مطلقاً منتسباً.

كما أن عبدالله بن وهب (- ١٩٧هـ) وعبدالرحمن بن القاسم (- ١٩٢هـ)
وأشهب بن عبد العزيز القيسي (- ٢٢٤هـ) وأسد بن الفرات (- ٢١٣هـ)
وعبد السلام بن سعيد الملقب بسحنون (- ٢٤٠هـ) من أتباع مالك رحمه الله
(- ١٧٩هـ) من المخرجين على مذهبه أيضاً.

ومثل هؤلاء تلامذة الإمام الشافعي رحمه الله (- ٢٠٤هـ) كالحسن بن

(١) القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص ٢٤٩.

محمد الزعفراني (-٢٦٠هـ) وأبي علي الحسن بن علي الكرابيسي (-٢٤٥هـ) وإسماعيل بن يحيى المزني (-٢٦٤هـ) وأبي يعقوب يوسف بن يحيى البويطي (-٢٣١هـ) والربيع بن سليمان المرادي (-٢٧٠هـ).

- وكذلك تلامذة الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله (-٢٤٠هـ)، الذين نقلوا آراءه؛ كابنه عبد الله (-٢٩٠هـ) وابنه صالح (-٢٦٦هـ) والآخرين الذين أخذوا عنه أو عن تلاميذه، كأحمد بن محمد بن عبد العزيز المروزي (-٢٧٥هـ) وأبي إسحاق إبراهيم بن إسحاق الحربي (-٢٨٥هـ) وأبي بكر أحمد بن محمد بن هارون المعروف بالخلال (-٣١١هـ) وأبي القاسم عمر بن حسين المزني (-٣٤٣هـ). . . وغيرهم. ومن الممكن أن نلاحظ هذا في سائر المذاهب الفقهية.

فعلماء هذا الدور ومن جاء بعدهم جمعوا الآثار ورجحوا الروايات وخرجوا علل الأحكام واستخرجوا من شتى المسائل والفروع أصول أئمتهم وقواعدهم التي بنوا عليها فتاويهم^(١).

ومن أقدم الكتب المؤلفة في هذا الباب: (تأسيس النظائر) لأبي الليث السمرقندي (-٣٧٣هـ)، ثم جاء بعده أبو زيد الدبوسي (-٤٣٠هـ)؛ فصنف كتابه (تأسيس النظر) منسج على منوال السمرقندي، وبعد ما يزيد على قرنين ظهر كتاب (تخريج الفروع على الأصول) لشهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني (-٢٥٦هـ) وقد ادعى قائلاً: حيث لم أر أحداً من العلماء الماضين والفقهاء المتقدمين من تصدى لحيازة هذا المقصود^(٢)! ولكن هذه الدعوى يخدشها ظهور الكتابين السابقين . . .

وبعد ذلك جاء الأسنوي الشافعي (-٧٧٢هـ) في كتابه (التمهيد في

(١) الخصري، تاريخ التشريع، ص ٣٣٠.

(٢) الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، ص ٢.

تخريج الفروع على الأصول) . . . لكنه قصر الكلام فيه على الخلافات داخل المذهب الشافعي . . .

ومن العلماء الذين أسهموا في ذلك : أبو الحسن علاء الدين بن عباس البعلبي الحنبلي (- ٨٠٣هـ) المعروف باللحام في كتابه (القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية) ، ثم جاء الفقيه محمد بن عبد الله التمرتاسني الحنفي (- ١٠٠٤هـ) فصنف كتابه الوصول إلى قواعد الأصول .

وآخر ما صنف في هذا الفن كتاب (أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء) للدكتور مصطفى سعيد الخن حفظه الله .

وكتاب : أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي للدكتور مصطفى البغا .

مصادر التخريج :

هي المصادر التي تؤخذ منها مذاهب الأئمة الأربعة آراؤهم ونصوصهم الصريحة ، أو ما يجري مجرى نصوصهم من اقتفاء أو إيماء أو إشارة أو تنبيه على رأي أو ما شابه ذلك ، مما يدخل في اصطلاحاتهم في نطاق (المنطوق) .

رأي فقهاء الأحناف :

أ - إن ما ورد عن الأئمة يعد من آرائهم الجارية مجرى النص والتي صححوها نسبتها إليهم . ومن أمثلتها :

١ - ما رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله في شأن صلاة كسوف الشمس وقوله : إن شاؤوا صلوا ركعتين . . وإن شاؤوا صلوا أربعاً ، وإن شاؤوا أكثر من ذلك ، فلم يصرح الإمام أبي حنيفة بكون صلاة الكسوف نافلة . . . ولكن ذلك عرف من نصه إيماءً لأن كلامه يفيد التخيير ، قال

الكاسائي (-٥٨٧هـ): والتخيير يكون في النوافل لا في الواجبات^(١).

وقال محمد بن الحسن: «ولا تصلى نافلة في جماعة إلا قيام رمضان وصلاة الكسوف»، قال الكاسائي: فاستثنى صلاة الكسوف من الصلوات النافلة، والمستثنى من جنس المستثنى منه... فيدل على كونها نافلة... فنص محمد لم يصرح بكونها نافلة...

وفي مذهب الإمام أحمد رضي الله عنه ما نسب إليه إيماء: (أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه). قال أبو الخطاب: وأوماً إليه أحمد في رواية الأشرم وغيره. وقد سئل عن القرعة فقال: في كتاب الله في موضعين ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ [الصافات: ١٤١]، و﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ﴾ [آل عمران: ٤٤]، وهذا شرع يونس. وهذا شرع زكريا^(٢).

فذكر الإمام أحمد هاتين الآيتين دون أن يعلق عليهما، يفهم منه أنه يرى حجية شرع من قبلنا، ولو لم يكن ذلك مما كان لذكرهما فائدة، فهو لم يصرح بالحجية، ولكنه أوماً إليها.

٢- التخيير على نص مفهوم الإمام: نقل الحصكفي (-١٠٨٨هـ) عن جملة من مصادر الحنفية ما يفيد ذلك: فعن النهر: أن مفاهيم الكتب-الأصل- حجة، بخلاف أكثر مفاهيم النصوص، وإن المفهوم معتبر في الروايات- أي عن الأئمة- اتفاقاً، وذكر أن ما يعتبر مفهوم كلامه اتفاقاً... أقوال الصحابة... ولكن ينبغي تقييده بما يدرك بالرأي لا مما يدرك به.

ووجه ابن عابدين (-١٢٥٢هـ) ذلك في شرحه: بأن ما لا يدرك بالرأي في حكم المرفوع، والمرفوع نص، والحنفية لا يحتجون بالمفهوم في

(١) بدائع الصنائع: ١/٢٨٠.

(٢) التمهيد: ٤١١/٢.

نصوص الشارع^(١)، ونصت على ذلك طائفة من كتب الحنفية . ومما مثلوا به لذلك أن المتأخرين قالوا: لو قال: ما لك علي أكثر من مائة كان إقراراً بالمائة، فهذا دليل على اعتبارهم المفهوم في غير النصوص الشرعية، ومما يوضح ذلك في مفاهيم الكتب أن القدوري (-٤٢٨هـ) نص في الكتاب على أن «السهو يلزم إذا زاد في صلاته فعلاً من جنسها ليس منها . . . أو جهر الإمام فيما يخافت أو خافت فيما يجهر». فأخذ بعض الحنفية من تقييده الجهر والإخفات بالإمام أن المنفرد لا سهو عليه في حالتي الجهر فيما يخافت فيه أو الإخفاء فيما يجهر فيه^(٢).

رأي فقهاء المالكية :

ذكر المقرئ (-٧٥٨هـ) وهو من علماء المالكية - عدم جواز تخريج آراء الأئمة ثم نسبتها إليهم بناء على مفهوم المخالفة .

قال: لا يجوز نسبة بالتخريج والإلزام بطريق المفهوم أو غير المفهوم إلى غير المعصوم عند المحققين - لإمكان الغفلة أو الفارق . أو الرجوع عن الأصل عند الإلزام التقييد بما ينفيه، أو إبداء معارض في السكوت أقوى، أو عدم اعتقاده العكس إلى غير ذلك، فلا يعتمد في التقليد ولا يُعدّ في الخلافات^(٣).

رأي فقهاء الشافعية :

وفي كلام أبي إسحاق الشيرازي الشافعي (-٤٧٦هـ) ما يدل على منع مثل هذا التخريج، ورفضه أن ينسب ذلك إلى الأئمة قال :

(١) الحاشية: ١١٠/١ .

(٢) اللباب شرح الكتاب: ٩٧/١ .

(٣) قواعد المقرئ: ٣٤٨/١-٣٤٩ .

«قول الإنسان: ما نص عليه، أو دل عليه ما يجري مجرى النص، وما لم يدل عليه - فلا يحل أن يضاف إليه، ولهذا قال الشافعي رحمه الله: لا ينسب إلى ساكت قول» .

رأي فقهاء الحنابلة:

اختلفت أقوال فقهاء الحنابلة بهذا الشأن:

فقد اختار المزملي وابن حامد الحربي منهم، صحة نسبة ذلك إلى الإمام.

وحجتهم في ذلك أن ما يذكر من قيد لا بد أن تكون له فائدة، ولو لم يكن الأمر لكان ذكره لغواً.

قال ابن حامد: ومع هذا فقد ثبت وتقرر أن إمامنا - أحمد بن حنبل رحمه الله - وغيره من العلماء لا يأتون لكلمة من حيث الشرط إلاً ولذلك فائدة، فلو كانت القضية بالشرط وعدم الشرط، سواء كان ما جاء به الفقيه من الشرط أيضاً لغواً، وهذا بعيد أن ينسب إلى أحد من العلماء^(١)، وهذا الوجه قال عنه في شرح التحرير: (هو الصحيح من المذهب).

والوجه الثاني: أن مفهوم كلام الإمام لا يعد مذهباً له، ولا تصح نسبته إليه، وقد اختار ذلك أبو بكر عبد العزيز بن جعفر المعروف بغلام الخلال (-٣٦٣هـ).

ووجه قول هؤلاء: أن القيد لا يتعين للنفي فيما عداه، فقد يكون خاصاً بواقعة معينة، أو يكون القيد لحالة خرج الكلام فيها مخرج الغالب، أو لإمكان الغفلة، أو لوجود الفارق، أو الرجوع عن الأصل، أو غير ذلك

(١) تهذيب الأجوبة، ص ١٩٢؛ وصفة الفتوى والمفتي، ص ١٠٣.

من الأمور^(١)، وينبغي على ذلك أن لا تصح نسبة أي رأي له عن طريق المفهوم.

أمثلة التخريج على المفهوم:

من أمثلة التخريج عن طريق المفهوم ما أخذ من نص الإمام أحمد في رواية إسحاق بن منصور، حيث نص على أن كل من لم يكن له شيء يفعله في طريق المسلمين ففعله فأصاب شيئاً فهو ضامن، فإن المفهوم منه انتفاء الضمان بما ينشأ عن الفعل المباح^(٢).

هل لازم المذهب يعتبر من المذهب؟:

لازم المذهب يطلق على حالة معيّنة وهي:

ما إذا لم يعرف للمجتهد قول في مسألة، لكن عرف له قول في نظيرها . . . اختار الزركشي - في البحر المحيط - أن الصحيح في ذلك عدم جواز التخريج^(٣).

وأن الأصح عدم جواز نسبة القول إلى الإمام . . . وعليه فإن لازم المذهب ليس بمذهب . . . وهذا ما صوّبه شيخ الإسلام ابن تيمية في حالة عدم التزام صاحب المذهب^(٤).

أمثلة فقهية لللازم المذهب:

١- الإقالة وهل هي فسخ أو بيع:

اختلف العلماء في الإقالة؛ فذهب مالك وأبي يوسف إلى أنها بيع، وهو

(١) قواعد المقرئ، قاعدة ١٢٠.

(٢) القواعد والفوائد الأصولية، ص ٧٨.

(٣) البحر المحيط: ١٢٧/٦.

(٤) مجموع الفتاوى: ٣٠٦/٥.

رواية عن الإمام أحمد، وذهب الشافعي ومحمد بن الحسن إلى أنها فسخ .
وعند أبي حنيفة أنها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث^(١) .
وقد ترتب على هذه الآراء لوازم مختلفة تتناسب مع تلك الآراء، فمن
قال: إنها فسخ لزمته أحكام متعددة منها:

جوازها قبل القبض وبعده .

وعدم استحقاق الشفعة بها .

وعدم حنث من حلف لا يبيع بها^(٢) .

ومن قال: إنها بيع لزمه:

١- أنه لا يجوز ذلك قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض .

٢- أنها تستحقه بالشفعة .

٣- يحنث بها من حلف لا يبيع . . .

كما اختلفوا في الخلع:

فذهب الجمهور إلى أنه طلاق . وبه أخذ مالك وأبو حنيفة وأحمد في
إحدى الروايتين، وذهب الآخرون إلى أنه فسخ، وبذلك أخذ الشافعي في
قوله القديم، وأحمد في رواية، وغيرهم من العلماء، وهو رأي ابن عباس
من الصحابة^(٣) .

وهذا الخلاف يلزمه خلاف في كثير من الفروع الفقهية، فمن قال: إن
الخلع طلاق يلزمه أن الخلع ينقص عدد الطلقات، وأما من قال: إن الخلع

(١) المغني: ٤/١٣٥؛ وتبيين الحقائق: ٤/٧٠؛ وقواعد ابن رجب، ص ٣٧٩ .

(٢) المغني: ٤/١٣٦ .

(٣) بداية المجتهد: ٢/٦٩؛ وتبيين الحقائق: ٢/٢٦٨؛ والوجيز: ٢/٤١؛ المغني: ٧/٥٦ .

فسخ ، فلا تحرم عليه حتى لو خالها مائة مرة . . .

أنواع التخريج :

إن المتتبع لجهود الفقهاء في التخريج يتبين له أن جهودهم في هذا الشأن تتوجه في مناهج ثلاثة :

الأول : تخريج الأصول من الفروع : وهو الأساس في تأسيس علم (أصول الفقه) ، وبخاصة الأئمة الذين لم يدونوا مناهجهم في الأصول ، كأبي حنيفة ومالك وأحمد رضي الله عنهم .

الثاني : تخريج الفروع على الأصول : وهو النمط الظاهر من كتاب تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ، أو التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للأسنوي ، أو (القواعد والفوائد الأصولية) لابن اللحام .

الثالث : تخريج الفروع على الفروع : وهو النوع الذي حظي بعناية الفقهاء والأصوليين أكثر من غيره ، سواء في الكتب التي حررت فتاوى المذاهب ، أو في كتب أصول الفقه ضمن مباحث الاجتهاد والتقليد . . . أو في مواضع منثورة من كتب الفقه^(١) .

قلت : وهذا القسم هو الذي بني عليه بحثنا في فقه التخريج ، والأسس التي يقوم عليها استنباط أحكام النوازل الفقهية موضوع الدراسة . . .

ومن الملاحظ أن الأنواع الثلاثة من التخريج تمثل نوعين معاكسين من التخريج :

إحدهما : يتجه إلى تخريج القواعد والضوابط الكلية من الفروع والجزئيات .

(١) الباحثين ، التخريج ، ص ٦٠ .

وثانيهما: يتجه على العكس من ذلك - أي إلى تخريج الفروع والجزئيات .

إما بنائها على القواعد الكلية، أو بنائها على جزئيات مثلها^(١) .

المنهجية في فقه التخريج:

نهج متأخرو الفقهاء في تخريجهم: هو على النمط التالي:

أن يحفظ كل أحد كتاب من هو لسان أصحابه وأعرفهم بأقوال القوم، وأصحبهم نظراً في الترجيح، فيتأمل في كل مسألة وجه الحكم، فكلما سئل عن شيء، أو احتاج إلى شيء، رأى فيما يحفظ من تصريحات أصحابه، فإن وجد الجواب فيها، وإلا نظر إلى عموم كلامهم فأجراه على هذه الصورة، أو أشار إلى ضمنية الكلام فاستنبط منها .

وربما كان لبعض الكلام إيماء، أو اقتضاء يفهم المقصود .

وربما كان للمسألة بها نظير يحمل عليها .

وربما نظروا في علة الحكم المصرح به بالتخريج، أو باليسير والحذف، فأداروا حكمه على حكمه على غير المصرح به .

وربما كان له كلام لو اجتمعا على هيئة القياس الاقتراني أو الشرطي أنتجا جواب المسألة .

وربما كان في كلامهم ما هو معلوم بالحد الجامع المانع؛ فيرجعون إلى أهل اللسان، ويتكلفون في تحصيل ذاتياته، وترتيب حد جامع مانع له، وضبط مبهمه، وتمييز مشكله .

وربما كان كلامهم لوجهين، فينظرون في ترجيح أحد المحتملين .

(١) الباحثين، ص ٧.

وربما يكون تقريب الدلائل خفياً فيسبون ذلك .

وربما استدل بعض المخرجين من فعل أئمتهم وسكوتهم، ونحو ذلك .

فهذا هو التخريج .

ويقال له : القول المخرج لفلان كذا .

ويقال : على مذهب فلان، أو على أصل فلان، أو على قول فلان جواب المسألة كذا وكذا .

ويقال لهؤلاء : المجتهدون في المذهب .

وقالوا: من حفظ المبسوط كان مجتهداً . . . أي : وإن لم يكن له علاقة برواية أصلاً، ولا بحديث واحد . فوقع التخريج في كل مذهب وكثر^(١) .

وإنما قالوا: من حفظ المبسوط . . . باعتباره المصنف الذي أحاط بالراجح من أقوال الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى .

وهو من تصنيف الإمام محمد بن الحسن . وإن كانت المتون فيما بعد لضبط أقوال الإمام، وتحرير الراجح منها . ويجري على من استظهر تلك المتون ما يجري على من استظهر المبسوط .

تخريج القواعد الأصولية على كلام الأئمة :

هذا والتخريج غير مقتصد على تخريج الفروع على قواعد الأئمة . . . بل إن القواعد الفقهية والأصولية نفسها هي من تخريجات الأصحاب، وليس ذلك مذهباً في الحقيقة .

(١) الدهلوي، حجة الله البالغة : ١٥٢ / ١ .

ومسائل الخلاف بين أبي حنيفة والشافعي رحمهما الله على الأصول المذكورة في كتاب (البزدوي) ونحوه أكثرها أصول مخرجة على قولهم .

وقال الدهلوي : وعندي بأن الخاص مبين ولا يلحقه البيان .

- وإن الزيادة على النص نسخ .

- وإن العام قطعي كالخاص .

- وإن الترجيح بكثرة الرواة .

- وإنه لا يجب العمل بحديث غير الفقه إذا انسد باب الرأي .

- وأن لا عبرة بمفهوم الشرط ، والوصف أصلاً .

- وأن موجب الأمر هو الوجوب البتة . وأمثال ذلك أصول مخرجة

على كلام الأئمة .

- وأنه لا تصح بهارواية عن أبي حنيفة وصاحبيه .

مثاله : أنهم أصلوا : إن الخاص مبين فلا يلحقه البيان .

وخرجوه من صنيع الأوائل في قوله تعالى : ﴿ أَرْكَعُوا وَأَسْجُدُوا ﴾

[الحج : ٧٧] ، وقوله ﷺ : « لا تجزئ صلاة الرجل حتى يقيم ظهره في

الركوع » ، وحيث لم يقولوا بفريضة الاطمئنان في الصلاة .

ولم يجعلوا الحديث المذكور بياناً للآية ، فورد عليهم صنيعهم في

قوله تعالى : ﴿ وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ ﴾ [المائدة : ٦] ، ومسح ﷺ على ناصيته

حيث جعلوه بياناً .

وقوله تعالى : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [النور : ٢] .

وقوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة : ٣٨]

وقوله تعالى : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة : ٢٣٠] .

وما يلحقه من البيان بعد ذلك - فتكلفوا الجواب كما هو مذكور في كتبهم .

وإنهم أصلوا: أن العام قطعي كالخاص .

وخرجوه من صنيع الأوائل في قوله تعالى: ﴿فَأَقْرَهُوْا مَا يَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [المزمل: ٢٠]، وقوله ﷺ: «لا صلاة إلا بفاتحة القرآن» .

حيث لم يجعلوا الحديث مخصصاً لعموم الآية الكريمة التي تتناول مطلق القراءة .

وفي قوله ﷺ: «فيما سقت العيون العشر»، وقوله ﷺ: «ليس فيما دون خمسة أواق صدقة» .

وكذلك أصلوا: أنه لا يجب العمل بحديث غير الفقيه إذا انسد باب الرأي:

وخرجوه من صنيعهم في ترك حديث المصراة، ثم ورد عليهم حديث القهقهة، وحديث عدم فساد الصوم بالأكل ناسياً، فتكلفوا الجواب^(١)، والله أعلم بالصواب .

ولا بد من التقرير بأن الفروع وإن لم تكن كلها منقولة عن الإمام الأعظم، لكن المشايخ خرجوا بعضها عن المنقول لا بمجرد الرأي .

- كما لا بد من الإشارة إلى ما كان مخرجاً على المذهب من أهل التخريج فهو داخل بالمذهب . وفي هذا الصدد يقول ابن عابدين:

فإن فيه إحسان الظن بمشايخ المذهب^(٢)، أي وإلا اتهم فقهاء

(١) الدهلوي، حجة الله البالغة: ١٦١/١ .

(٢) ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرائق: ١٤/٢ .

المذاهب جملة بأنهم نسبوا إلى المذهب ما ليس منه . وهذا يجعلون عنه وهم أهل الفضل والاجتهاد ، ومؤتمنون على شرع الله تعالى ، وقد وصفهم ابن قيم الجوزية بأنهم الموقعون عن الله تعالى في كتابه الموسوم : (إعلام الموقعين عن رب العالمين) .

تطور فقه التخريج والمصنفات الموضوعية في هذا الفن :

إن المسائل المستنبطة في هذا الباب ماثورة في كتب الفقه والأصول ، كما أنه أفردت به مصنفات معينة ، ومن أقدم المصنفات المتخصصة بهذا الفن التي وصلت إلينا :

- رسالة وضعها أبو الحسين عبيد الله بن الحسين الكرخي المتوفى سنة أربعين وثلاثمائة (٣٤٠هـ) ، وإنما اقتصر فيها على ذكر (الضوابط) أو (الأصول) التي عليها مدار فروع الحنفية ، وحصرها في أربعين أصلاً .

وتعقبها بالشرح والتعليق الإمام نجم الدين عمر بن أحمد النسفي المتوفى سنة إحدى وستين وأربعمائة (٤٦١هـ) فذكر أمثلتها ، ونظائرها وشواهدا .

وإنما كان عمله ذكر المثال الواحد أو مثالين على الأكثر ورفع التعارض بين الأدلة ، ويبدو ذلك لدى تعليقه الأصلين ، السابع والعشري ؛ ونصه :

«إن كل آية تخالف قول أصحابنا فإنها تحمل على النسخ ، أو على الترجيح ، والأولى أن تحمل على التأويل من جهة»^(١) .

والأصل رقم : ثمانية وعشرون ؛ ونصه : «إن كل خبر يجيء بخلاف قول أصحابنا من وجوه الترجيح ، أو يحمل على التوفيق ، وإنما يفعل ذلك

(١) انظر الدبوسي ، تأسيس النظر ، ص ١٥٢ .

على حسب قيام الدليل، فإن قامت دلالة النسخ يحمل عليها، وإن قامت الدلالة على غيره صرنا إليه»^(١).

ويبدو أن النسفي لم يطلع على ما كتبه أبو زيد الدبوسي المتوفى (-٤٣٠ هـ)، الذي بسط الكلام في هذا الموضوع في كتابه المعروف بـ (تأسيس النظر) على الرغم من سبق الدبوسي في تاريخ الوفاة بثلاثين عاماً. وكان ذائع الصيت، وإماماً في المذهب.

● من له حق التخريج عند فقهاء الأحناف:

إفتاء غير المجتهد بمذهب مجتهد إفتاء تخريج، بأن لا يكون المفتي به منصوصاً لصاحب المذهب لكن المفتي أخرجه من أصوله.

- ويشترط في المفتي على هذا الوجه أن يكون أهلاً للتخريج ولمعرفة ما يتوقف عليه، وهو المسمى بالمجتهد في المذهب.

- وإن لم يكن غير مجتهد في المذهب لا يجوز إفتاؤه تخريجاً.

وفي شرح البديع للهندي - وهو المختار عند كثير من المحققين من أصحابنا وغيرهم - فإنه نقل عن أبي يوسف وزفر وغيرهما من أئمتنا: أنه لا يجوز لأحد أن يفتي بقولنا ما لم يعلم من أين قلنا^(٢).

قال ابن عابدين:

فقد تحرر... أن قول الإمام وأصحابه: لا يحل لأحد أن يفتي بقولنا حتى يعلم من أين قلنا... محمول على فتوى المجتهد في المذهب بطريق الاستنباط والتخريج...

(١) انظر الدبوسي، تأسيس النظر، ص ١٥٣.

(٢) أمير بادشاه، تيسير التحرير: ٢٤٩/٤.

وقال: والظاهر إشراك أهل الطبقة الثالثة والرابعة والخامسة في ذلك^(١).

وقال المناوي: مجتهد الفتوى قسمان:

أحدهما: من جمع شرائط الاجتهاد . . . وهذا لا يوجد.

والثاني: من ينتحل مذهب واحد من الأئمة كالشافعي، وعرف مذهبه وصار حادقاً فيه لا يشذ عن شيء من أصوله، فإذا سئل في حادثة، فإن عرف لصاحبه نصاً أجاب، وإلا، يجتهد فيها على مذهبه، ويخرجها على أصوله، وهذا أعز من الكبرى الأحمر^(٢).

الطبقة السابعة: طبقة المقلدين الذين لا يقدرّون على ما ذكر^(٣)، وقد ورد بعض المآخذ على تصنيف بعض الفقهاء؛ كالإمام الدهلوي حيث أورد التقسيم التالي:

١- طبقة المجتهدين اجتهاداً مطلقاً وهي قسمان:

أ- طبقة المجتهدين المستقلين، كالأئمة الأربعة.

ب- طبقة المجتهدين المنتسبين، من تلاميذ الأئمة.

٢- طبقة المجتهدين في المذهب، وهم المتمكنون من تخريج الأحكام على نصوص إمامهم.

٣- طبقة مجتهدي الفتيا، وهم المتبحرون في مذهب إمامهم المتمكنون، من ترجيح قول على آخر.

(١) ابن عابدين، رسم المفتي، ص ٣١-٣٣.

(٢) المناوي، فيض القدير، ص ٩٤.

(٣) شرح عقود رسم المفتي، لابن عابدين: ١/١١ و١٢؛ ورد المختار لابن عابدين: ٧٧/١.

٤ - طبقة المقلدين صرفاً^(١) .

وكان لابن الصلاح (- ٦٤٣هـ) ترتيب آخر مجمله :

إن المفتين خمس طبقات ، تدخل ضمن قسمين رئيسيين هما :

- المفتي المستقل .

- والمفتي غير المستقل .

وجعل المفتي الغير مستقل أربع درجات وبذلك تكون طبقاته خمساً^(٢)

وجاء بعده ابن حمدان (- ٦٩٥هـ) وقسم الفقهاء إلى سبع طبقات

متأثراً بابن الصلاح :

القسم الأول : المجتهد المطلق

القسم الثاني : المجتهد في مذهب إمامه وجعل له أربعة أحوال .

القسم الثالث : المجتهد في نوع من العلم

القسم الرابع : المجتهد في مسائل أو في مسألة وليس له الفتوى في

غيرها . . .

● من له حق الفتوى فيما لا نص فيه في المذهب الشافعي :

مجتهد التخريج :

(من له حق الفتوى فيما لا نص فيه لإمامه بما يخرج على أصوله) :

- أن يكون مستقلاً بتقرير أصول إمام من أئمة الفقه بالدليل ولا يتجاوز

في أدلته أصوله وقواعده ، عالماً بالفقه والأصول وأدلة الأحكام تفصيلاً ،

(١) عقد الجيد : ١٧/٥ .

(٢) أدب المفتي والمستفتي ، ص ١٩ .

بصيراً بمسالك الأقيسة والمعاني، تام الارتياض في التخريج والاستنباط، قادراً على إلحاقه من لم ينص عليه الإمام بما نص عليه بأصوله . . . يتخذ نصوص إمامه أصولاً يستنبط منها الأحكام كما يفعل المستقل بنصوص الشارع . . .

قال الإمام النووي: وهذه صفة أصحابنا أصحاب الوجوه، وعليه كان أئمة أصحابنا أو أكثرهم .

والعامل بفتوى هذا مقلد لإمامه لا له^(١).

وسماهم الإمام السيوطي بمجتهدى التخريج^(٢).

وتنطبق عليهم صفات من جعلهم ابن القيم في الدرجة الثالثة من المجتهدين وقال فيهم: وهذا شأن كثير من أصحاب الوجوه والطرق والكتب المطولة والمختصرة، وهؤلاء لا يدعون الاجتهاد، ولا يقرون بالتقليد.

مراتب المجتهدين:

جاء في باب آداب الفتوى والمفتي والمستفتي:

قال أبو عمرو بن الصلاح: المفتون قسمان: مستقل وغيره، ومنذ دهر طويل عدم المفتي المستقل وصارت الفتوى إلى المنتسبين إلى أئمة المذاهب المتبوعة. وللمفتي المنتسب أربعة أحوال:

الحالة الأولى: أن لا يكون مقلداً لإمامه لا في المذهب ولا في دليله لاتصافه بصفة المستقل، وإنما ينسب إليه لسلكه طريقته في الاجتهاد.

الحالة الثانية: أن يكون مجتهداً مقيداً في مذهب إمامه، مستقلاً بتقرير أصوله بالدليل، غير أنه لا يتجاوز في أدلته أصول إمامه وقواعده.

(١) النووي، المجموع: ٧٢/١.

(٢) الرد على من أخذ إلى الأرض، ص ٤٢.

وشرطه : كونه عالماً بالفقه وأصوله ، وأدلة الأحكام تفصيلاً ، بصيراً بمسالك الأقيسة والمعاني ، تام الارتياض والاستنباط ، قيماً بالحاق ما ليس منصوصاً عليه لإمامه بأصوله .

ثم يتخذ نصوص إمامه أصولاً يستنبط منها ، كفعل المستقل بنصوص الشرع .

الحالة الثالثة : أن لا يبلغ رتبة أصحاب الوجوه ، لكنه فقيه النفس حافظ مذهب إمامه عارف بأدلته قائم بتقريرها . . وهذه صفة كثير من المتأخرين إلى أواخر المائة الرابعة ، المصنفين الذين رتبوا المذهب وحرروه ، وصفوا فيه تصانيف فيها معظم اشتغال الناس اليوم .

الحالة الرابعة : أن يقوم بحفظ المذهب ونقله وفهمه في الواضحات والمشكلات - ولكن عنده في تقرير أدلته وتحرير أقيسته - فهذا يعتمد نقله وفتواه به فيما يحكيه من مسطورات مذهب من نصوص إمامه وتفريع المجتهدين في مذهبه^(١) .

مجتهد الفتوى والترجيح :

وهو النوع الرابع من أنواع المجتهدين ، وهم الطبقة التي تلي أصحاب الوجوه ، الذين لم يصلوا درجتهم في حفظ المذهب ، والتمرس بأصوله وقواعده ، والارتياض في الاستنباط ، وغير ذلك من مسالك الاجتهاد ووسائله .

إلا أنه لأن يكون المجتهد في هذه المرتبة ، لا بد أن يكون فقيه النفس ، حافظاً للمذهب ، عارفاً بأقوال الأصحاب وأوجههم ، مدركاً لتعليقاتهم وأدلتهم ، متمرساً بأدلة المذهب ، يتمكن من تحرير المسائل وتقريرها ، وترجيح بعض الأقوال على بعضها الآخر ، وتزييف الضعيف منها .

(١) النووي، المجموع: ١/٧٠-٧٤.

قال ابن الصلاح: وهذا لا يبلغ رتبة أصحاب الوجوه، لكنه فقيه النفس، حافظ مذهب إمامه، عارف بأدلته، قائم بتقريرها، بصور ويحرر، ويمهد ويزيف ويرجع.

لكنه قصر عن أولئك لقصوره عنهم في حفظ المذهب، أو الارتياض في الاستنباط، أو معرفة الأصول ونحوها من أدلتهم.

قال: وهذه صفة كثير من المتأخرين إلى أواخر المائة الرابعة من المصنفين الذين رتبوا المذهب وحرروه، وصنفوا فيه تصانيف فيها معظم اشتغال الناس اليوم، ولم يلحقوا الذين قبلهم في التخريج.

وأما فتاويهم، فكانوا يتبسطون فيها تبسط أولئك أو قريباً منه، ويقيسون غير المنقول عليه، غير مقتصرين على القياس الجلي.

ومنهم من جمعت فتاويه، ولا تبلغ في التحاقها بالمذهب فتاوي أصحاب الوجوه^(١).

● من له حق الفتوى والتخريج عند فقهاء المالكية:

رأي الشاطبي في شروط الاجتهاد:

مع توفر شروط الاجتهاد لا بد من التقوى المذكورة في قوله تعالى: ﴿إِنْ تَتَّقُوا اللَّهَ يَجْعَلْ لَكُمْ فُرْقَانًا﴾ [الأنفال: ٢٩]، والتي يعبر عنها بالحكمة ويشير إليها قوله تعالى: ﴿يُؤْتِي الْحِكْمَةَ مَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ [البقرة: ٢٦٩].

قال مالك: من شأن ابن آدم أن لا يعلم ثم يعلم، أما سمعت قول الله تعالى: ﴿إِنْ تَتَّقُوا اللَّهَ يَجْعَلْ لَكُمْ فُرْقَانًا﴾. وقد كره مالك كتابة العلم - يريد

(١) المجموع: ٧٣/١؛ وجمع الجوامع: ٣٨٥/٢.

ما كان نحو الفتاوى - فسئل: ما الذي نصنع؟ فقال: تحفظون وتفهمون حتى تستتير قلوبكم ثم لا تحتاجون إلى الكتاب.

وقال الشاطبي: إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين: فهم مقاصد الشريعة، والتمكن من الاستنباط بناءً على فهمه فيها^(١).

● من له حق الفتوى والتخريج عند فقهاء الحنابلة:

تقسيم ابن قيم الجوزية (- ٧٥١هـ):

جعل فيه الذين نصبوا أنفسهم للفتوى أربعة أقسام هي:

المجتهد المطلق، والمجتهد المقيد في مذهب من ائتم به، والمجتهد في مذهب من انتسب إليه، والمقلد تقليداً محضاً، وبذلك يكون متبعاً لابن الصلاح في منهجه، لكنه طوى إحدى الطبقات في الطبقة التي قبلها، فجعل أهل التخريج - وهم أصحاب الوجوه والطرق - وأهل الترجيح طبقة واحدة. هي طبقة المجتهد في مذهب من انتسب إليه.

وسمى أهل الفتوى المقلدين تقليداً محضاً^(٢).

وخلاصة القول: أن المصنفين في طبقات الفقهاء اتفقت كلمتهم على أن أهل التخريج يعدون من المجتهدين، وما جاء في تقسيم ابن كمال باشا حيث نعت طبقة أهل التخريج بالمقلدين. . لم يكن معنياً به المخرجين الذين نحن بصدد الكلام عنهم، بل المخرجون - الذين هم موضوع بحثنا - هم الذين ذكرهم في الطبقة الثالثة. . . وسماههم المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب^(٣).

(١) الموافقات: ١٠٦/٤.

(٢) إعلام الموقعين: ١٨٤/٤ - ١٨٥.

(٣) الباحثين، التخريج عند الفقهاء، ص ٣١٩.

وقال: أول من وقع عن الله هو الرسول ﷺ، وأول من قام بهذا المنصب الشريف سيد المرسلين، فكان يفتي عن الله بوحية المبين، وكان كما قال له أحكم الحاكمين: ﴿ قُلْ مَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرٍ وَمَا أَنَا مِنَ الْمُتَكَلِّفِينَ ﴾ [سورة ص: ٨٦]، فكانت فتاويه ﷺ جوامع الأحكام، ومشملة على فصل الخطاب.

ثم قام بالفتوى من بعده برك الإسلام، وعصابة الإيمان، وعسكر القرآن وجند الرحمن، أولئك أصحابه ﷺ.

وقال: وكما أن الصحابة سادة الأمة وأئمتها وقادتها . . . فهم سادات المفتين العلماء^(١).

وقال: وكان السلف من الصحابة والتابعين يكرهون التسرع في الفتوى، ويود كل واحد منهم أن يكفيه إياها غيره، فإذا رأى أنها قد تعينت عليه بذل اجتهاده في معرفة حكمها من كتاب الله والسنة أو قول الخلفاء الراشدين ثم أفتى^(٢).

الإفتاء في النوازل هو التوقيع عن الله:

قال ابن القيم في الإعلام:

ما يشترط فيمن يوقع عن الله ورسوله:

لَمَّا كَانَ التَّبْلِيغُ عَنِ اللَّهِ سَبْحَانَهُ يَعْتَمِدُ الْعِلْمُ بِمَا يَبْلُغُ، وَالصَّدَقُ فِيهِ - لَمْ تَصْلُحْ مَرْتَبَةُ التَّبْلِيغِ بِالرَّوَايَةِ وَالْفَتْوَا إِلَّا لِمَنْ اتَّصَفَ بِالْعِلْمِ وَالصَّدَقِ، فَيَكُونُ عَالِمًا بِمَا يَبْلُغُ، صَادِقًا فِيهِ . . . وَإِذَا كَانَ مَنْصِبُ التَّقْوِيعِ عَنِ الْمُلُوكِ بِالْمَحَلِّ الَّذِي لَا يَنْكَرُ فَضْلَهُ . فَكَيْفَ بِمَنْصِبِ التَّقْوِيعِ عَنِ رَبِّ الْأَرْضِ وَالسَّمَاوَاتِ .

وكيف هو المنصب الذي تولى بنفسه ربُّ الأرباب، قال تعالى:

(١) إعلام الموقعين: ١١/١ - ١٣.

(٢) المصدر السابق: ٢٩/١.

﴿ وَسَتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي
 الْكِتَابِ ﴾ [النساء : ١٥٧]. وكفى بما تولاه الله تعالى بنفسه شرفاً وجلالة إذ
 يقول في كتابه : ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَلَةِ ﴾ [النساء : ١٧٦] ،
 وليعلم المفتي عمن ينوب في فتواه، وليوقن أنه مسؤول غداً وموقوف بين
 يدي الله (١).

الفتوى على غير مذهب الإمام :

تساءل ابن القيم قائلاً : هل للمفتي المنتسب إلى الإمام بعينه أن يفتي
 بمذهب غيره إذا ترجح عنده؟ .

فإن كان سالكاً سبيل ذلك الإمام في الاجتهاد ومتابعة الدليل أين كان
 - وهذا هو المتبع للإمام حقيقة - فله أن يفتي بما ترجح عنده من قول غيره .

وإن كان مجتهداً متقيداً بأقوال ذلك الإمام لا يعدوها إلى غيرها (٢)؛
 فقد قيل : ليس له أن يفتي بغير قول إمامه . . .

والصواب : أنه إذا ترجح عنده قول غير إمامه بدليل راجح فلا بد أن
 يخرج على أصول إمامه وقواعده، فإن الأئمة متفقة على أصول الأحكام .
 فكل قول صحيح فهو يخرج على قواعد الأئمة بلا ريب، فإذا تبين لهذا
 المجتهد المقيّد رجحان هذا القول وصحة مأخذه خرج على قواعد إمامه فله
 أن يفتي به، وبالله التوفيق .

هل التخرّيج على قواعد الإمام بمثابة قول الإمام؟ :

نسبة القول المخرج للإمام :

إن مجتهد المذهب قد يجتهد بالتخرّيج على قواعد الإمام فيلحق ما لم

(١) إعلام الموقعين : ١١/١ .

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين : ٤٦٥/٢ .

ينص عليه الإمام بما نص عليه . ولكن ما هو مصير هذه الأقوال المخرجة ، هل تنسب للإمام الذي خرجت الأقوال على أصوله وقواعده ، أم لا تنسب إليه ، وإنما هي أقوال في المذهب تنسب لمخرجيها فقط ؟ .

لقد جزم إمام الحرمين في (الغياثي)^(١) بأن القول المخرج في المذهب منسوب للإمام ، وأن المفتي إذا أفتى بتخريجه ، فالمستفتي مقلد لإمامه ، لا له .

وقال الإمام الشيرازي في (التبصرة) : لا يجوز أن ينسب إلى الشافعي - رضي الله عنه - ما يخرج على قوله ، فيجعل قولاً له^(٢) .

ثم رد الشيرازي على من قال من الأصحاب بأنه ينسب إليه .

قال الشيرازي : وذلك أن قول الإنسان ما نص عليه ، أو دل عليه بما يجري مجرى النص ، وما لم يقله ، ولم يدل عليه ، فلا يحل أن يضاف إليه .

ولهذا قال الشافعي - رحمه الله - : لا ينسب لساكت قول .

وهذا الذي قاله الشيرازي هو الصحيح المعمول به في المذهب ، كما قال ابن الصلاح ، والنووي^(٣) .

قلت : ثم هذه التخريجات ، وإن كانت لا تنسب للشافعي ، على هذا الصحيح المختار ، إلا أنها تعد من المذهب ، وتعتبر جوهراً فيه ، ما دامت مستخرجة على نصوص الإمام وأصوله ، ومن قبل أصحابه ومقلديه ، وأما إن كانت مما اجتهد فيه صاحب الوجه ، ولم يأخذه من أصل الإمام ، فإما أن يوافق القواعد ، وإما أن يخالفها . فإن وافق القواعد فهو من المذهب ، وإلا فلا .

(١) الغياثي ، ص ٤٢٧ .

(٢) انظر التبصرة ، ص ٥١٧ بشرحنا .

(٣) المجموع : ٧٣/١ ؛ والمغني : ١٢/١ ؛ ونهاية المحتاج : ٤٣/١ ؛ والتحفة : ٥٣/١ .

قال ابن السبكي في (الطبقات)^(١): «القول الفصل فيما اجتهدوا فيه - أي أصحاب الوجوه - ولم يأخذوه من أصله أنه لا يعد، إلا إذا لم ينافِ قواعد المذهب، فإن نافاه لم يعد، وإن ناسبها عد، وإن لم يكن له مناسبة ولا منافاة - وقد لا يكون لذلك وجود، لإحاطة المذهب بالحوادث كلها - ففي إلحاقه بالمذهب تردد. وكل تخريج أطلقه المخرج إطلاقاً، فيظهر أن ذلك المخرج، إن كان ممن يغلب عليه التمدذهب والتقيد، كالشيخ أبي حامد، والقفال، عد من المذهب.

وإن كان ممن كثر خروجه كالمحمدين الأربعة، فلا يعد.

وأما المزني، وبعده ابن سريج، فبين الدرجتين، لم يخرجوا خروج المحمدين، ولم يتقيدوا بقيد العراقيين والخراسانيين».

هذا ومن التخريج ما يكون من نقل الأقوال للإمام من مسألة أخرى، كأن ينص الإمام في مسألة على حكم، ثم ينص في مسألة أخرى تشابهها على حكم يخالف الحكم الأول.

فيأتي مجتهد المذهب ويخرج لكل مسألة من المسألتين قولاً من المسألة الأخرى، فيصير لكل مسألة قول منصوص عليه من قبل الإمام، وقول مخرج من قبل الأصحاب.

قال ابن الصلاح: ثم تارة يخرج من نص معين لإمامه، وتارة لا يجده فيخرج على أصوله، بأن يجد دليلاً على شرط ما يحتج به إمامه، فيفتي بموجبه.

فإن نص إمامه على شيء، ونص في مسألة تشبهها على خلافه، فخرج من أحدهما إلى الآخر، سمي قولاً مخرجاً.

(١) ابن السبكي، الطبقات: ١٠٤/٢.

وشرط هذا التخريج أن لا يجد بين نصيه فرقاً، فإن وجده، وجب تقريرهما على ظاهرهما .

ويختلفون كثيراً في القول بالتخريج في مثل ذلك، لاختلافهم في إمكان الفرق .

قال النووي: قلت: وأكثر ذلك يمكن فيه الفرق، وقد ذكره^(١).

ومثال التخريج في الأقوال والمسائل - والأمثلة كثيرة - ما نص عليه الشافعي في الاجتهاد في الأواني، إذ نص على أنه اجتهد فيها، وغلب على ظنه طهارة أحدهما استعمله، وأراق الآخر، فإن استعمل ما غلب على ظنه طهارته، إلا أنه لم يرق الآخر، الذي غلب على ظنه نجاسته، ثم تغير اجتهاده، بأن غلب على ظنه طهارة ما ظنه نجساً ونجاسة ما ظنه طاهراً في الاجتهاد الأول .

قال الشافعي: لا يعمل بالاجتهاد الثاني، لئلا ينتقض اجتهاد بالاجتهاد، بل يخلطان، بل يريقهما ويتمم . . . إلا أنه في الاجتهاد في القبلة نص على أن المصلي لو اجتهد في القبلة، وغلب على ظنه أنها في جهة الغرب مثلاً، فصلى إليها، ثم تغير اجتهاده في الركعة الثانية، فغلب على ظنه أنها في جهة الشمال، أنه يغير اتجاهه في الركعة الثانية، حتى لو تغير اجتهاده أربع مرات، يصلي أربع ركعات إلى أربع جهات، ولم يقل فيها ما قاله في مسألة الاجتهاد في الأواني من عدم العمل بالاجتهاد الثاني .

فهاتان مسألتان، متشابهتان، نص فيهما الإمام على حكمين مختلفين، في الأولى لم يجز العمل بالاجتهاد الثاني، وفي الثانية أجاز العمل به .

فخرَج بعض الأصحاب لكل من المسألتين قولاً من نظيرتها، ففي

(١) المجموع: ١/٧٣ .

مسألة الاجتهاد في الأواني خرجوا لها قولاً من الاجتهاد في القبلة، فصار فيها قولان؛ قول منصوص، وهو أنه لا يجوز العمل بالاجتهاد الثاني، وقول مخرج من الاجتهاد في القبلة، وهو أنه يجوز العمل بالاجتهاد الثاني. وعليه يجوز له أن يتوضأ مما غلب على ظنه طهارته بالاجتهاد الثاني.

كما خرجوا من مسألة الاجتهاد في الأواني قولاً إلى الاجتهاد في القبلة، فصار فيها قولان؛ قول منصوص يجوز له أن يعمل بالاجتهاد الثاني، حتى يصلي أربع ركعات إلى أربع جهات، وقول مخرج، لا يجوز له أن يعمل بالاجتهاد الثاني.

على أن بعض الأصحاب أظهر فرقا بين المسألتين، وبناء على ذلك منع التخريج فيهما^(١).

قال الإمام النووي: إذا أفتى المفتي بتخريجه والمستفتي مقلداً لإمامه لا له. هكذا قطع به إمام الحرمين في كتابه الغيائي.

وقال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح: وينبغي أن يخرج هذا على خلاف حكاة الشيخ أبو إسحاق الشيرازي وغيره:

إن ما يخرج أصحابنا هل يجوز نسبه إلى الشافعي؟ والأصح أنه لا ينسب إليه. ثم تارة يخرج من نص معين لإمامه، وتارة لا يجده فيخرج على أصوله بأن يجد دليلاً على شرط ما يحتج به إمامه فيفتي بموجبه، فإن نص إمامه على شيء، ونص في مسألة تشبهها على خلافه فخرج من أحدهما إلى الآخر سمي قولاً مخرجاً.

وشرط هذا التخريج: أن لا يجد بين نصيه فرقاً، فإن وجده وجب

(١) انظر هذه المسألة ونظائرها في شرح المحلي على منهاج النووي، فقد أبدع كل الإبداع في ذكر الأقوال المخرجة، وتعليقاتها، والفوارق بين المسألتين المتناظرة، ونظيره ما فعله ابن حجر في التحفة حيث أتى فيها في هذا المجال بالعجب العجيب.

تقريرهما على ظاهرهما .

ويختلفون كثيراً في القول بالتحريح في مثل ذلك لاختلافهم في إمكان الفرق^(١) .

قال مسروق رحمه الله : جالست أصحاب محمد ﷺ فكانوا كالإخاذه (جمع إخاذه ، والإخاذه الغدير) يقول : الإخاذه تروي الراكب ، والإخاذه تروي الراكبين ، والإخاذه تروي العشرة ، والإخاذه لو نزل بها أهل الأرض جميعاً لأصدرتهم .

قال الزركشي : فرع : الأوجه المحكية عن الأصحاب هل تنسب إلى الشافعي؟ .

قال الزركشي في البحر : لم أرَ فيها كلاماً ، ويشبه تحريجها التي قبلها ، ويكون على طريق الترتيب ، وأولى بالمنع لأنهم يخرجونها على قواعد عامة في المذهب ، والقول المخرج إنما يكون في صور خاصة^(٢) .

ما الحكم إذا لم يعرف للمجتهد قول في المسألة؟

قال الزركشي : إذا لم يعرف للمجتهد قول في المسألة ، لكن له قول في نظيرها ولم يعلم بينهما فرق ؛ فهو القول المخرج فيها .

- ولا يجوز التحريح حيث أمكن الفرق كما قال ابن كج والماوردي وغيرهما .

- وأشار الشيخ أبو إسحاق في التبصرة إلى خلاف فيه فقال : لا يجوز على الصحيح .

- ثم لا يجوز أن ينسب للشافعي ما يتخرج على قوله فيجهل قولاً له

(١) النووي، المجموع : ٧٢-٧٣ .

(٢) الزركشي ، البحر المحيط : ١٢٧/٦ - ١٢٨ .

على الأصح، بناء على أن لازم المذهب ليس بمذهب، ولاحتمال أن يكون بينهما فرق فلا يضاف إليه مع قيام الاحتمال اعتراض والرد عليه، فإن قيل: أليس أنه ينسب إلى الله ورسوله ما يقتضيه قياس قولهما - فكذلك ينسب إلى صاحب المذهب ما يقتضيه قياس قوله؟

قلنا: ما دل عليه القياس في الشرع لا يجوز أن يُقال: إنه قول الله ولا قول رسوله، وإنما يقال: هذا دين الله ودين رسوله. بمعنى: أن الله دل عليه، ومثله لا يصح في قول الشافعي. قاله ابن السمعاني^(١).

أقوال فقهاء الحنفية:

قال صاحب الكنز: ويبطل الحد بموت المقذوف؛ لا بالرجوع والعفو.

قال الشارح: أي بطل الحد لأنه لا يورث عندنا، ولا خلاف في أنه فيه حق الشرع وحق العبد، فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد.

ثم إنه شرع زاجراً ومنه سمّي حداً، والمقصود من الزواجر إخلاء العالم عن الفساد، وهذه آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الأحكام.

فإذا تعارضت الجهتان: فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد تقديماً لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع.

ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع: لأن ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مدعياً به ولا كذلك عكسه، لأنه لا ولاية للعبد في استيفاء حق الشرع إلا نيابة.

(١) المرغيناني، الهداية: ١١٢/٢؛ وشرح فتح القدير: ٣٢٧/٨.

وهذا هو الأصل المشهور الذي تتفرع عليه الفروع المختلف فيها .
منها: الإرث، إذ الإرث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع،
أي إنما يرث العبد حق العبد بشرط كونه مالاً أو ما يتصل بالمال كالكفالة،
أو فيما ينقلب إلى المال كالقصاص، والحد ليس شيئاً منها، فيبطل بالموت .
ومنها: العفو، فإنه لا يصح العفو عن المقدوف عندنا، ويصح عنده
- الشافعي - .

ومنها: أنه لا يجوز الاعتياض عنه، ويجري فيه التداخل، وعند
الشافعي لا يجري^(١) .

قال ابن تيمية - من الحنابلة - :

والفقهاء من أصحابنا وغيرهم إذا خرجوا على قول عالم لوازم قوله
وقياسه، فإما أن لا يكون نص على ذلك لا بنفي ولا إثبات أو نص على نفيه .
وإذا نص على نفيه؛ فإما أن يكون نص على لزومه، أو لم ينص .

- فإن كان قد نص على نفي ذلك اللازم وخرجوا عنه خلاف
المنصوص عنه تلك المسألة، مثل أن ينص في مسألتين متشابهتين على
قولين مختلفين، أو يعلل مسألة بعلة ينقضها في موضع آخر، كما علل أحمد
هنا عدم التكفير بعدم الاستثناء، وعنه في الاستثناء روايتان .

- فهذا مبني على تخريج ما لم يتكلم فيه بنفي ولا إثبات، هل يسمى
مذهباً؟ أو لا يسمى؟ ولأصحابنا فيه خلاف مشهور .

- فالأثرم والخرقي وغيرهما يجعلونه مذهباً له .

والخلال وصاحبه وغيرهما لا يجعلونه مذهباً لهم .

(١) ابن نجيم، البحر الرائق: ٣٩/٥، باب حد القذف .

والتحقيق: أن هذا قياس قوله ولازم قوله، فليس بمنزلة المذهب المنصوص عنه، ولا أيضاً ما ليس بلازم قوله بل هو منزلة بين منزلتين، هذا حيث أمكن أن لا يلزمه^(١).

ما يصح نسبته إلى صاحب المذهب في التخريج:

قال الإمام الطوفي:

إذا نص المجتهد على حكم مسألة لعلّة بينها فمذهبه في كل مسألة وجدت فيها تلك العلة كمذهبه فيها، لأن الحكم يتبع العلة فيوجد حيث وجدت، ولأن هذا قد وجد في كلام صاحب الشرع. ففي كلام المجتهدين كذلك أولى، لأن الله عزّ وجلّ أوجب في سياق ذمهم بأنهم يقولون ﴿مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة: ٢].

ففهمنا من ذلك تعليل وجوب الكفارة بقول المنكر والزور على جهة العقوبة. ولما قال النبي ﷺ في الهرة: «إنها من الطوافين»^(٢) ووجدت علة الطواف في غيرها جعلنا حكم الشرع في ذلك واحداً.

وقد روي أن قوماً على ماء لهم، مرّ بهم قوم آخرون فاستسقوهم فلم يسقوهم حتى ماتوا عطشاً، فضمن عمر أصحاب الماء ديّاتهم، فقيل لأحمد: أتقول بهذا؟ قال: إي والله، يقول عمر ولا آخذ به.

وجهه: أنه لما علل بأن عمر رضي الله عنه قاله دل على أنه يأخذ بقول عمر وغيره من الصحابة رضي الله عنهم - في كل حكم ما لم يمنعه مانع، وأن قول الصحابي عنده حجة مطلقاً^(٣).

(١) الفتاوى: ٢٨٨/٣٥.

(٢) رواه مالك في الموطأ: ٢٣/١؛ وأحمد: ٣٠٣/٥؛ وأبو داود برقم (٧٥)؛ والترمذي برقم (٩٢)، وغيرهم.

(٣) الطوفي، شرح مختصر الروضة، ص ٦٣٨.

مسألة : إذا نص المجتهد على حكم مسألة ولم يبين العلة :

فلا يحكم بحكم تلك المسألة في غيرها من المسائل وإن أشبهتها؛
يعني المسألة المنصوص عليها وغيرها في الصورة .

وجهه : لأن ذلك إثبات مذهب له بالقياس بغير جامع ، ولجواز ظهور
الفرق للمجتهد لو عرضت عليه المسألة التي لم ينص على حكمها - أي لو
عرض على المجتهد المسألتان - التي نص على حكمها وغيرها لجاز أن
يظهر له الفرق بينهما؛ فيثبت الحكم فيما نص عليه دون غيره ، وحينئذ
لا يجوز لنا أن نثبت له حكماً يجوز أن يبطله بظهور الفرق له .

وإذا نص المجتهد على حكمه في مسألة وسكت عن مسألة أخرى
تشبهها فلم ينص على حكم فيها .

فلم يجز له أن ينقل حكم المنصوص عليها إلى المسكوت عنها .

كذلك إذا نص على المسألتين بحكمين مختلفين - لم يجز أن ينقل
حكم إحداهما إلى الأخرى ويخرجه قولاً له فيها . . . والأولى جواز ذلك ،
وقد وقع النقل والتخريج في مذهبنا (الحنابلة) ، فقال في المحرر في باب
ستر العورة : «ومن لم يجد إلا ثوباً نجساً صلى فيه وأعاد» نص عليه .

- ونص فيمن حبس في موضع نجس فصلى أنه لا يعيد فيتخرج فيهما
روايتان ، وذلك أن طهارة الثوب والمكان كلاهما شرط في الصلاة .

- وقد نص في الثوب النجس أنه لا يعيد؛ فينقل حكمه إلى المكان
ويتخرج فيه مثله .

- ونص في الموضع النجس على أنه لا يعيد ، فينقل حكمه إلى الثوب
النجس ، فيتخرج فيه مثله ، فلا جرم صار في كل واحدة من المسألتين
روايتان : إحداهما بالنص . والأخرى بالنقل .

من ذلك ما جاء في باب الوصايا : ومن وجدت له وصية بخطه عمل
بها . نص عليه .

- ونص فيمن كتب وصية وختمها وقال : اشهدوا بما فيها أنه لا يصح .

فتخرج المسألتان على روايتين ، ووجه الشبه بين المسألتين أن في كل
واحدة منهما وجدت وصية بخطه ، وقد نص فيهما على حكمين مختلفين
فيخرج الخلاف في كل واحدة منهما بالنقل والتخريج .

الفرق بين النقل والتخريج :

فائدة : كثيراً ما يقع في كلام الفقهاء : في هذه المسألة قولان بالنقل
والتخريج .

ويقولون : يتخرج أن يكون كذا ، وتتخرج على هذه المسألة ، أو في
هذه المسألة تخريج .

فيقال : ما الفرق بين التخريج ، وبين النقل والتخريج .

الجواب : أن النقل والتخريج يكون من نص الإمام بأن ينقل عن محل
إلى غيره بالجامع المشترك بين محلين ، والتخريج يكون من قواعد الكلية .

واعلم : أن التخريج أعم من النقل ، لأن التخريج يكون من القواعد
الكلية للإمام أو الشرع أو العقل ، لأن حاصله أنه بناء فرع على أصل بجامع
مشترك كتخريجنا على قاعدة : تفريق الصفقة - فروعاً كثيرة ، ومع قاعدة
(تكليف ما لا يطاق) أيضاً فروعاً كثيرة في أصول الفقه وفروعه .

وأما النقل والتخريج : فهو مختص بنصوص الإمام^(١) .

* * *

(١) الطوفي : ٦٤٤ / ٣ .

فقه النوازل عند فقهاء الحنفية

تعريف النوازل : هي المسائل والوقائع المستجدة والحادثة، وكانت تعرف عند فقهاء الحنفية (بواقعات المفتين)، والواحدة منها تدعى (بواقعة الفتوى)، وتسمى بلسان أهل العصر (بالنظريات)، وهنالك مصنفات لكل من فقهاء الحنفية والمالكية حملت هذا الاسم منذ وقت مبكر في نشأة المذهب، حتى أناطوها (بفقه التخريج)، لذلك وصفوا تلك المصنفات أنها في المرتبة الثالثة . . . بعد كتب (ظاهر الرواية) وتعرف (بالأصل) ثم مسائل النوادر والتي إسنادها في الكتب غير ظاهر أي لم تنتقل برواية الثقة من فقهاء المذهب، حتى قالوا: الأصول ستة في مذهب أبي حنيفة كالصحيحين في الحديث، والنوادر كالسنن الأربعة، واشتهر عنهم أن المتون كالنصوص متقدمة على ما في الشروح، وما فيها متقدم على ما في (الفتاوى)، وهو مخلوط بآراء المتأخرين^(١).

قال ابن عابدين : اعلم أن مسائل أصحابنا الحنفية على ثلاث طبقات :

الأولى : مسائل الأصول وتسمى ظاهر الرواية، وهي مسائل مروية عن أصحاب المذهب .

الثانية : مسائل النوادر، وهي المروية عن أصحابنا لكن لا في كتب الأصل .

الثالثة : الواقعات : وهي مسائل استنبطها المجتهدون المتأخرون لما

(١) المرجاني، ناظورة الحق، ص ٥ .

سُئِلوا عنها ولم يجدوا فيها رواية؛ وهم أصحاب أبي يوسف ومحمد وأصحاب أصحابهما وهلمَّ جرّاً . . .

وقد يتفق لهم أن يخالفوا أصحاب المذهب للدلائل وأسباب ظهرت لهم . وأول كتاب جمع في فتاويهم فيما بلغنا (كتاب النوازل) لأبي الليث السمرقندي (- ٣٧٣هـ) جاء في مقدمته: «وسميته فتاوى النوازل لأنه هو تحلى بمسائل الفتاوى»، جمع فيه فتاوى مشايخه ومشايخ شيوخه، ثم جمع المشايخ بعده كتباً أخرى، كمجموع النوازل والوقاعات للناطقين، والوقاعات للصدر الشهيد .

ثم ذكر المتأخرون هذه المسائل مختلطة، كما في فتاوى قاضي خان وغيره، وميز بعضهم كما في محيط رضي الدين السرخسي فإنه ذكر أولاً مسائل الأصول، ثم النوادر، ثم الفتاوى^(١) .

وقال الدهلوي: وقسم هو تخريج المتأخرين اتفق عليه جمهور الأصحاب، وحكمه: أنهم يفتون به على كل حال، وقسم هو تخريج منهم لم يتفق عليه جمهور الأصحاب وحكمه: أن يعرض المفتي على الأصول والنظائر من كلام السلف فإن وجده موافقاً لها أخذ به وإلا تركه كمحمد بن سماعة، ومحمد بن مقاتل الرازي، وعلي بن موسى القمي، ومحمد بن مسلم، وشداد بن حكم، ونصير بن يحيى البلخي .

وقال العلامة ابن عابدين: الفتاوى والوقاعات وهي مسائل استنبطها المجتهدون المتأخرون لما سئلوا عن ذلك، ولم يجدوا فيها رواية عن أهل المذهب المتقدمين، وهم: أصحاب أبي يوسف ومحمد وأصحاب أصحابهما وهلمَّ جرّاً وهم كثيرون .

(١) ابن عابدين، الحاشية: ٦٩/١ .

فمن أصحاب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : مثل عصام بن يوسف ، وابن رستم ، ومحمد بن سماعة ، وابن سليمان الجوزجاني ، وأبي حفص البخاري ، ومن بعدهم : مثل محمد بن مسلمة ويحيى بن نصير والقاسم بن سلام .

- وقد يتفق لهم أن يخالفوا أصحاب المذهب للدلائل وأسباب ظهرت لهم . . . وأول كتاب جمع في فتاويهم فيما بلغنا (كتاب النوازل) لأبي الليث السمرقندي (- ٣٧٣هـ) ، ثم جمع المشايخ بعده كتباً أخرى ، كمجموع النوازل والواقعات للناطفي ، والواقعات للصدر الشهيد .

ثم ذكر المتأخرون هذه المسائل مختلطة غير متميزة كما في فتاوى قاضي خان والخلصة وغيرهما ، ويميز بعضهم كما في كتاب المحيط لرضي الدين السرخسي فإنه ذكر أولاً مسائل الأصول ، ثم النوادر ، ثم النوازل^(١) .

نعم : قد يقال إذا كانت أقوالهم روايات عنه تكون تلك القواعد له أيضاً لابتناء تلك الأقوال عليها . . . وعلى هذا تكون نسبة التخريجات إلى مذهبه أقرب لابتنائها على قواعده التي رجحها وبنى أقواله عليها .

* * *

(١) ابن عابدين ، رسم المفتي ، ص ١٧ .

منهج فقهاء الأحناف في التخريج

وقال في منهج فقهاء الحنفية في التخريج :

إن ما خالف فيه الأصحاب إمامهم الأعظم لا يخرج عن مذهبه إذا رجحه المشايخ المعتبرون ، وكذا ما بناه المشايخ على العرف الحادث لتغير الزمان أو للضرورة ونحو ذلك لا يخرج عن مذهبه أيضاً ، لأن ما رجحوه لترجيح دليله عندهم مأذون به من جهة الإمام ، وكذا ما بنوه على تغير الزمان والضرورة باعتبار أنه لو كان حياً لقال بما قالوه - لأن ما قالوه إنما هو مبني على قواعده أيضاً - فهو مقتضى مذهبه لكن ينبغي أن لا يقال : قال أبو حنيفة كذا إلا فيما روي عنه صريحاً .

وإنما يقال فيه : مقتضى مذهب أبي حنيفة كذا . . . ومثله تخريجات المشايخ بعض الأحكام من قواعده أو بالقياس على قوله .

ومنه قولهم : وعلى قياس قوله بكذا يكون كذا . . . فهذا كله لا يقال فيه : قال أبو حنيفة .

نعم ؛ يصح بأن يسمى مذهبه بمعنى أنه قال أهل مذهبه ، أو مقتضى مذهبه .

والظاهر أن نسبة المسائل المتخرجة إلى مذهبه أقرب من نسبة المسائل التي قال بها أبو يوسف ومحمد عليه ؛ لأن (المسائل) المخرجة مبنية على قواعده وأصوله .

وأما المسائل التي قال بها أبو يوسف ونحوه من أصحاب الإمام فكثير منها مبني على قواعد لهم خالفوا فيها قواعد الإمام، لأنهم لم يلتزموا قواعده كلها .

ومنها: أن التخييع على كلام الفقهاء، وتتبع لفظ الحديث لكل منهما أصل أصيل في الدين^(١) .

فمن كان من أهل الحديث ينبغي أن يعرض ما اختاره وذهب إليه على رأي المجتهدين من التابعين، ومن كان من أهل التخييع ينبغي له أن يجعل من السنن ما يحترز به من مخالفة الصريح الصحيح، ومن القول برأيه فيما فيه حديث أو أثر بقدر الطاقة .

ولا ينبغي لمخرج أن يخرج قولاً لا يفيد نفسه كلام أصحابه، ولا يفهم منه أهل العرف والعلماء باللغة، ويكون بناء على تخيير مناط، أو حمل نظير المسألة عليها مما يختلف فيه أهل الوجوه وتتعارض الآراء، ولو أن أصحابه سئلوا عن تلك المسألة ربما يحملوا النظر على النظر لمانع، وربما ذكروا علة غير ما خرج هو .

ولا ينبغي لمخرج أن يردّ حديثاً أو أثراً اتفق عليه القوم لقاعدة استخراجها هو وأصحابه، كردّ حديث المصراة، وكإسقاط سهم ذوي القربى، فإن رعاية الحديث أوجب من رعاية تلك القاعدة المخرجة . . . وإلى هذا المعنى أشار الشافعي حيث قال: مهما قلت من قول أو أصلت من أصل فبلغ عن رسول الله ﷺ خلاف ما قلت فالقول ما قاله ﷺ .

ومنها: إن تتبع الآثار (السنن) لمعرفة الأحكام الشرعية على مراتب: أعلاها: أن يحصل له من معرفة الأحكام بالفعل أو بالقوة القريبة من

(١) الدهلوي، حجة الله البالغة: ١٥٦/١ .

الفعل ما يتمكن به من جواب المستفتين في الوقائع غالباً، بحيث يكون جوابه أكثر مما يتوقف فيه، وتخص هذه المعرفة باسم الاجتهاد .

وهذا الاستعداد يحصل تارة بالإمعان في جمع الروايات وتتبعه الشاذة والفاذة منها - كما أشار إليه الإمام أحمد بن حنبل - مع ما لا ينفك منه العاقل العارف باللغة من معرفة مواقع الكلام، وصاحب العلم بآثار السلف .

ويحصل تارة بإحكام طرق التخريج على مذهب شيخ من مشايخ الفقه مع معرفة جملة صالحة من السنن والآثار، بحيث يعلم أن قوله لا يخالف الإجماع، وهذه طريقة أصحاب التخريج . . . وإن لم يتكامل له الأدوات كما يتكامل للمجتهد، ولا يقبل فيه قضاء القاضي، ولا يجري فيه فتوى المفتين، وأن يترك بعض التخريجات التي سبق الناس إليها، إذا عرف عدم صحتها، ولهذا لم يزل العلماء - ممن لا يدعي الاجتهاد المطلق - يصنفون ويرتبون ويخرجون ويرجعون .

وإذا كان الاجتهاد يتجزأ عند الجمهور والتخريج يتجزأ وإنما المقصود تحصيل الظن وعليه مدار التكليف^(١) .

ومنها: زعم بعضهم، أن جميع ما يوجد في هذه الشروح الطويلة وكتب الفتاوى الضخمة هو قول أبي حنيفة وصاحبيه، ولا يفرق بين القول المتخرج وبين ما هو قول في الحقيقة^(٢) .

- ولا يحصل معنى قولهم: على تخريج الكرخي كذا، وعلى تخريج الطحاوي كذا، وإن تخريجات الأصحاب ليس مذهباً في الحقيقة .

وقال شاه ولي الله الدهلوي: حدث التخريج بعد القرنين الأول

(١) الدهلوي، حجة الله البالغة: ١٥٦/١ .

(٢) المصدر السابق: ١٦٠/١ .

والثاني، غير أن أهل المائة الرابعة لم يكونوا مجتمعين على مذهب واحد، والتفقه والحكاية لقوله كما يظهر من التتبع؛ فكان العامة منهم: إذا وقعت لهم واقعة استفتوا فيها أي مفتٍ وجدوه من غير تعيين مذهب.

وكان خبر الخاصة: أنه كان أهل الحديث منهم يشتغلون بالحديث وآثار الصحابة.

وكان أهل التخريج منهم يخرجون فيما لا يجدونه مصرحاً ويجتهدون في المذهب... وكان هؤلاء ينسبون إلى مذهب أصحابهم، يقال: فلان حنفي، وفلان شافعي^(١).

المعتزلة وفقه التخريج:

ويرى شاه ولي الله الدهلوي أن أول من أظهر فقه التخريج -المعتزلة، ثم استطاب ذلك المتأخرون توسعاً وتشحيذاً لأذهان الطالبين ولو لغير ذلك والله أعلم^(٢).

وهكذا يبدو وجود علاقة وثيقة بين فقه الرأي وفقه التخريج، لأن فقه الرأي حوادث معينة ويلتمس لها حكم شرعي، بينما فقه التخريج ينطلق من قواعد أصولية أو فقهية معينة، وغالباً ما تكون المسائل مستجدة لا نص على حكمها في الكتاب أو السنة أو فتاوى فقهاء الأمصار.

أصالة فقه التخريج ومنهجيته:

إن التخريج على كلام الفقهاء وتتبع لفظ الحديث لكل منهما أصل أصيل في الدين، ولم يزل المحققون من العلماء في كل عصر يأخذون بهما.

ومنهم من يقل من ذا ويكثر من ذلك، ومنهم من يكثر من ذا ويقل من ذلك.

(١) شاه ولي الله الدهلوي، حجة الله البالغة: ١٥٣/١.

(٢) المصدر السابق: ١٦٠/١.

فلا ينبغي أن يهمل أمر واحد منهما بالمرة، وإنما بالحق البحث أن يطابق أحدهما بالآخر، وأن يجبر خلل كل بالآخر، وذلك قول الحسن البصري: ستتكم - والله الذي لا إله إلا هو - بينهما، بين الغالي والجافي .

فمن كان من أهل الحديث ينبغي أن يعرض ما اختاره وذهب إليه على رأي المجتهدين من التابعين، ومن كان من أهل التخريج ينبغي له أن يجعل من السنن ما يحترز به من مخالفة الصريح الصحيح، ومن القول برأيه فيما فيه حديث أو أثر بقدر الطاقة .

وكما ينبغي على المحدث أن لا يتعمق بالقواعد التي أحكمها أصحابه - وليست مما نص عليه الشارع - فإيرد به حديثاً أو قياساً صحيحاً لأدنى شبهة، كما فعل ابن حزم: رد حديث تحريم المعازف الشائبة الانقطاع في رواية البخاري، على أنه في نفسه متصل صحيح .

ولا ينبغي لمخرج أن يخرج قولاً لا يفيد نفسه كلام أصحابه، ولا يفهمه منه أهل العرف والعلماء باللغة . وإنما جاز التخريج لأنه في الحقيقة تقليد المجتهد، ولا يتم إلا فيما يفهم من كلامه .

أبو حنيفة وفقه التخريج :

بمناسبة الكلام عن فقه التخريج سرعان ما يتبادر إلى الذهن تقدم مذهب الحنيفة في هذا الميدان، حيث كان أبو حنيفة رضي الله عنه كثير الالتزام، وعظيم الشأن في التخريج على مذهب إبراهيم النخعي، دقيق النظر في وجوه التخريجات، مقبلاً على الفروع أتم إقبال، وإن منهجية فقه الرأي أسهمت في إثراء هذا التراث الفقهي الوافر .

تلاميذ الإمام أبي حنيفة وفقه التخريج :

تابع تلاميذ أبي حنيفة مسيرة إمامهم في التخريج، وخاصة محمد بن

الحسن، حيث تفقه على أبي حنيفة وأبي يوسف، ثم خرج إلى المدينة فقرأ الموطأ على مالك، ثم رجع إلى نفسه فطبق مذهب أصحابه على الموطأ مسألة في كتابه (الحجة على أهل المدينة) وهو مطبوع متداول، فإن وافق فيها، وإلا فإن رأي طائفة من الصحابة والتابعين ذاهبين إلى مذهب أصحابه فكذلك، وإن وجد قياساً ضعيفاً، أو تخريجاً لينا، يخالفه حديث صحيح فيما عمل به الفقهاء، أو يخالفه عمل أكثر العلماء تركه إلى مذهب من مذاهب السلف، مما يراه أرجح ما هناك^(١).

منهج الصحابين في فقه التخريج:

سلك الصحابان منهج إبراهيم النخعي وأقرانه ما أمكن لهما، كما كان أبو حنيفة رضي الله عنه يفعل ذلك، وإنما كان اختلافهم في أحد شيئين: - إما أن يكون لشيخهما تخريج على مذهب إبراهيم النخعي، يزاحمانه فيه.

- أو يكون هناك لإبراهيم نظائره أقوال مختلفة يخالفان شيخهما في ترجيح بعضها على بعض، وكانت النواة الأولى في المذهب تلك المصنفات التي صنفها محمد بن الحسن، والتي جمع فيها أقوال الإمام وتلاميذه.

وتواصلت جهود العلماء فتوجه أصحاب أبي حنيفة إلى تصانيف محمد ابن الحسن تلخيصاً وتقريباً أو شرحاً أو تخريجاً أو تأسيساً أو استدلالاً، ثم تفرقوا إلى خراسان وما وراء النهر، وسمي ذلك مذهب أبي حنيفة، وهكذا أيضاً يتجلى لنا أثر فقه التخريج في نمو المذاهب المتبعة، مع العلم بأن أقوال الفقهاء بمثابة نصوص حيث لا نص من كتاب ولا سنة.

وتابع فقهاء المذاهب مسيرة أئمتهم، إسهاماً منهم في نمو المذاهب

(١) الدهلوي، حجة الله البالغة.

الفقهية: إفتاء، وجدالاً، وتصنيفاً؛ كل ذلك ضمن إطار المذهب.

أهل الحديث وأهل الرأي:

إن من يمعن النظر في مراحل نشأة الفقه الإسلامي وتطوره من قبل استقرار المذاهب ومن بعد استقرارها، يتضح له أنه كان قوم من العلماء في عصر سعيد بن المسيب، وإبراهيم النخعي (٩٦هـ)، والزهري (١٢٤هـ)، يخافون الخوض في الرأي، ويهابون الفتيا والاستنباط إلا للضرورة لا يجدون منها بدأً، وكان أكبر همهم رواية حديث رسول الله ﷺ، وتتبع آثار الصحابة والتابعين، والمجتهدين على قواعد أحكموها في نفوسهم وهؤلاء يعرفون بأهل الحديث، وكانوا يقولون: لا تعجلوا بالبلاء قبل نزوله^(١).

وفي الوقت نفسه كان هناك فئة معاصرة ترفع شعاراً آخر، وربما يكون على نقيض من هذا الشعار، وهو: على الفقه بناء الدين فلا بد من إشاعته.

مدرسة أصحاب الرأي:

وهؤلاء الفقهاء ممن عاصروا مالك وسفيان الثوري، وكانوا قوماً لا يكرهون المسائل، ولا يهابون الفتيا، ويقولون: على الفقه بناء الدين فلا بد من إشاعته.

وكانوا يهابون رواية حديث رسول الله ﷺ والرفع إليه، حتى قال الشعبي: على من دون النبي ﷺ أحب إلينا، فإن كان فيه زيادة أو نقصان، كان على من دون النبي ﷺ^(٢).

وعن إبراهيم النخعي قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة (اكتراء الأرض بالبر) والمزابنة (بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر)»، فقيل له:

(١) الدهلوي، حجة الله البالغة: ١/١٤٧-١٤٨.

(٢) المصدر السابق: ١/١٥٢.

أما تحفظ عن رسول الله ﷺ حديثاً غير هذا؟ قال: بلى، ولكن أقول: قال عبد الله: قال علقمة: أحب إلي^(١).

وكان ابن مسعود إذا حدث عن رسول الله ﷺ تربد وجهه وقال: هكذا أو نحوه، هكذا ونحوه^(٢).

وأخرج الدارمي في سننه عن قرظة بن كعب قال: بعث عمر بن الخطاب رهطاً من الأنصار إلى الكوفة فبعثني معهم، وقال: إنكم تأتون الكوفة فتأتون قوماً لهم أزيز بالقرآن، فيأتونكم فيقولون: قدم أصحاب محمد، قدم أصحاب محمد، فيأتونكم فيسألونكم عن الحديث، فأقلوا الرواية عن رسول الله ﷺ، وأنا شريككم فيه^(٣).

وكان قلوب هؤلاء أميل شيء إلى أصحابهم، كما قال علقمة: هل أحد منهم أثبت من عبد الله؟

وقال أبو حنيفة: إبراهيم أفقه من سالم بن عبد الله، ولولا فضل الصحبة لقلت: علقمة بن قيس (التابعي)، أفقه من ابن عمر (الصحابي).

وكان عندهم من الفطانة، والحدس، وسرعة انتقال الذهن من شيء إلى شيء ما يقدرون به على تخريج جواب المسائل على أقوال أصحابهم.

قال الله تعالى: ﴿كُلُّ حِزْبٍ بِمَا لَدَيْهِمْ فَرِحُونَ﴾ [المؤمنون: ٥٣]. وقال رسول الله ﷺ: «وكل وميسر لما خلق له».

تأسيس النظر:

من أوائل مصنفات الأحناف، التي حفلت بفقهِ التخريج، وتداوله

(١) سنن الدارمي: ٨٢/١.

(٢) المصدر السابق: ٨٣/١.

(٣) المصدر السابق: ٨٥/١.

العلماء وأفادوا من منهجه؛ كتاب (تأسيس النظر) للإمام أبي زيد عبيد الله بن عمر المتوفى سنة ٤٣٠هـ، وقد جاء في المقدمة ما نصه: «فإني لما رأيت تصعب الأمر في تحفظ مسائل الخلاف على المتفقهة - وفقهم الله لمرضاته - وتعسر طرق استنباطها عليهم، وقصور معرفتهم على الاطلاع على حقيقة مأخذها، واشتباها مواضع الكلام عند التناظر، جمعت في كتابي هذا أحرفاً - إذا تدبر الناظر فيها وتأملها - عرف محل التنازع ومدار التناطح عند التخاصم، فيصرف عنايته إلى ترتيب الكلام، وتقوية الحجج في المواضع التي عرف أنها مدار القول، وموضع التنازع في موضع التنازع، فيسهل عليهم تحفظها، ويتيسر لهم سبيل الوصول إلى عرفان مأخذها، فأمكنهم قياس غيرها عليها». قلت: وهذا هو تخريج المسائل الذي نعرض في هذه الدراسة، أما منهجه في التأليف فأسفرت عنه عبارته، حيث قال: وإني لما نظرت في المسائل التي اختلفت فيها الفقهاء، فوجدتها منقسمة على أقسام ثمانية:

- قسم منها: خلاف بين أبي حنيفة رحمه الله، وبين صاحبيه محمد بن الحسن، وأبي يوسف بن إبراهيم الأنصاري.

- وقسم منها: خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف، وبين محمد بن الحسن رحمهم الله تعالى.

- وقسم منها: خلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

- وقسم منها: بين علمائنا الثلاثة: أبي يوسف، ومحمد بن الحسن، والحسن بن زياد، وبين زفر رحمهم الله تعالى أجمعين.

- وقسم منها: بين علمائنا وبين الإمام الأقدم مالك بن أنس رضي الله عنهم.

- وقسم منها: خلاف بين علمائنا الثلاثة محمد بن الحسن، والحسن

ابن زياد اللؤلؤي، وزفر، وبين ابن أبي ليلي .

- وقسم منها: خلاف بين علمائنا الثلاثة، وبين أبي عبد الله الإمام القرشي .

ثم ذكر منهجه في البيان والتفصيل فليراجع .

أمثلة من تخريج الفقهاء :

وإذا اختلف الزوجان في المهر، فقال الزوج : ألف . وقالت المرأة : ألفان؛ ففي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : يحكم مهر مثلها . وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلي رحمهما الله تعالى : القول قول الزوج إلا أن يأتي بشيء مستنكر جداً .

وإذا كان الاختلاف في الألف والألفين، والمتعة لاتزيد على خمسمائة، لها نصف ما يقوله الزوج، على أنه يجوز أن يصار إلى مهر المثل قبل الطلاق، ولا يصار إلى المتعة بالطلاق، كما إذا تزوجها على ألف وكرامة : يكون لها نصف الألف بعد الطلاق، ويكون لها كمال مهر المثل قبل الطلاق إذا لم يف بما شرط لها من الكرامة .

قال الكرخي : يتحالفان في الابتداء، ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك .

وكان أبو بكر الرازي رحمه الله تعالى يقول : يحكم مهر المثل أولاً .

فإن كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول قولها مع يمينها، لأن الظاهر يشهد لها .

وإن كان لها ألف درهم أو أقل، فالقول قول الزوج مع يمينه، لأن الظاهر يشهد للزوج .

وإن كان مهر زوجها ألفاً وخمسمائة، فحينئذ يتحالفان، ثم يقضي لها بمهر مثلها، لأن المصير إلى التحالف، وإذا لم يمكن ترجيح أحدهما على

الآخر بشهادة الظاهر له، وذلك في هذا الموضوع والأصح ما ذكره الكرخي^(١).

وقال صاحب الهداية (- ٥٩٣هـ) في باب المهر: وإن كان مهر مثله ألف وخمسمائة وتحالفا، وإذا حلفا تجب ألف وخمسمائة، هذا تخريج الرازي^(٢).

أمثلة من تخريج الأصوليين:

قال عبد العزيز البخاري في شرحه على (كشف الأسرار):

النهى عن المشروعات يقتضي بقاء مشروعيتها:

وعلى هذا الأصل يخرج كلها، منها:

١ - أن البيع بالخمير منهى بوصفه وهو الثمن، لأن الخمر مال غير متقوم، فصلح ثمناً من وجه دون وجه، فصار فاسداً لا باطلاً، ولا خلل في ركن العقد ولا في محله، فصار قبيحاً بوصفه، مشروعاً بأصله.

٢ - وكذلك بيع الربا مشروع بأصله (أي بيع هو ربا)، وهو وجود ركنه في محله، غير مشروع بوصفه وهو الفضل في العرض، فصار فاسداً لا باطلاً.

٣ - ومنها: صوم أيام التشريق حسن مشروع بأصله، وهو الإمساك لله تعالى في وقته طاعة وقربة، قبيح بوصفه، وهو الإعراض عن الضيافة الموضوعية في هذا الوقت بالصوم، فلم يتقلب بالطاعة معصية بل هو طاعة انضم إليها وصف هو معصية.

(١) السرخسي، المبسوط: ٦٦/٥.

(٢) المرغاثي، الهداية: ٢١٣/١.

٤ - ومنها : الصلاة وقت طلوع الشمس ودلوكها ، مشروعة بأصلها إذ لا قبح في أركانها وشروطها ، والوقت صحيح بأصله فاسد بوصفه وهو أنه منسوب إلى الشيطان ، كما جاءت السنة : «فإنها تطلع حين تطلع بين قرني الشيطان» إلا أن الصلاة لا توجد بالوقت ، لأنه ظرفها لامعيارها وهو سببها ، فصارت الصلاة ناقصة لا فاسدة .

٥ - ومنها النهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة متعلق بما ليس بوصف فلم تفسد .

٦ - ومنها : البيع وقت النداء .

٧ - ومنها : أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة^(١) .

وإذا ثبت هذا الأصل ، وهو : (أن النهي بحقيقته يقتضي القبح في عين ما أضيف إليه) :

١ - لم تثبت حرمة المصاهرة بالزنا ، لأن المصاهرة شرعت نعمة وكرامة كالنسب ، فإن ثبت كرامة لبني آدم اختصاصاً به من بين سائر الحيوانات ، وتعلق به أنواع من الكرامات من الحضانة والإرث والنفقة والولايات .

٢ - وكذلك الغصب لا يفيد الملك ، لأنه عوان محض ، فلا يصلح سبباً في الملك ، لأن الملك نعمة وكرامة .

٣ - لم يكن سفر المعصية سبباً للرخصة لكونه منهياً عنه ، لأن الرخصة نعمة شرعت لدفع الحرج ، فلا يجوز أن يتعلق بالمعصية .

٤ - لا يملك الكافر مال المسلم بالاستيلاء .

(١) البزدوي ، كشف الأسرار : ١/ ٢٨٦- ٢٨٩ .

قال الزنجاني الشافعي^(١) في مقدمة كتابه :

ثم لا يخفى عليك أن الفروع إنما تبتنى على الأصول، وأن من لا يفهم كيفية الاستنباط، ولا يهتدي إلى وجه الارتباط بين أحكام الفروع وأدلتها التي هي أصول الفقه، لا يتسع المجال ولا يمكنه التفريع عليها بحال، فإن المسائل الفرعية على اتساعها وبعد غاياتها، لها أصول معلومة وأوضاع منظومة، من لم يعرف أصولها لم يحط بها علماً.

وقال: وحيث لم أر من العلماء الماضين والفقهاء المتصدين من تصدى لحيازة هذا المقصود، بل استقل علماء الأصول بذكر الأصول المجردة، وعلماء الفروع بنقل المسائل المبددة، من غير تنبيه على كيفية استنادها إلى تلك الأصول. أحببت أن أتحف ذوي التحقيق من الناظرين بما يسر الناظرين.

فبدأت بالمسألة الأصولية التي ترد إليها الفروع في كل قاعدة، وضمنتها ذكر الحجة الأصولية من الجانبين، ثم رددت الفروع الناشئة منها إليها.

وقال الأسنوي والشافعي في مقدمة التمهيد: «وقد مهّدت بكتابي هذا طريق التخريج لكل ذي مذهب، وفتحت به باب التفريع لكل ذي مطلب». ثم دعا فقهاء المذاهب أن ينهجوا نهجه، ويسلكوا سبيله في هذا المضمار، حيث قال: «فلتستحضر أرباب المذاهب قواعدها الأصولية وتفاريعها، ثم تسلك ما سلكته فيحصل به إن شاء الله تعالى لجميعهم التمرن على تحليل الأدلة وتهذيبها، وتهيئاً لأكثر المستعدين الملازمين للنظر فيه نهاية الأرب، وغاية الطلب، وهو: تمهيد الأصول إلى مقام استخراج الفروع على قواعد الأصول، والتفريع إلى ارتقاء مقام ذوي التخريج»^(٢).

(١) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني (٢٥٦، ص ٣٤-٣٥).

(٢) مقدمة القواعد، ص ٤.

وقال ابن رجب الحنبلي في مقدمة كتابه (القواعد الكبرى):

«أما بعد؛ فهذه قواعد مهمة وفوائد جمّة تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه على مأخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب، وتنظم له منشور المسائل في سلك واحد، وتقيده الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد، فليمعن النظر فيه الناظر، وليوسع العذر إن اللبيب عذر، فلقد سنح بالبال على غاية من الأعجال، الارتجال أو قريباً من الارتجال في أيام يسيرة وليال، ويأبى الله العصمة لكتاب غير كتابه، والمنصف من اغتفر قليل خطأ المرء من كثير صوابه»^(١). اهـ.

* * *

(١) مقدمة القواعد، ص ٤.

النوازل في فقه الشافعية

قال الجويني: وإن وقعت واقعات لا نصوص لصاحب المذهب في أعيانها، فما يعرى عن النص ينقسم قسمين:

أحدهما: أن يكون في معنى المنصوص عليه، ولا يحتاج في ذلك إلى فضل نظر وسبر غور وإمعان فكر، فلا يتصور أن يخلو عن الإحاطة بمدارك هذه المسالك من يستقل بنقل الفقه، فليلحق في هذا القسم غير المنصوص عليه بالمنصوص عليه.

وبيان ذلك بالمثال من ألفاظ الشارع: أن النبي ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه نصيب صاحبه»^(١). فالمنصوص عليه العبد، لكننا نعلم قطعاً أن الأمة المشتركة في معنى العبد الذي اتفق النص عليه... فلا حاجة في ذلك إلى الفحص والتنقيب عن مباحث الأقيسة، فإذا جرى لصاحب المذهب مثل ذلك، لم يشك المستقل بنقل مذهبه في هذا الضرب في إلحاق ما في معنى المنصوص عليه بالمنصوص عليه.

وإذا احتوى الفقيه على مذهب إمام مقدم حفظاً ودراية، واستبان أن غير المذكور ملتحق بالمذكور فيما لا يحتاج فيه إلى استشارة معان واستنباط علل، فلا يكاد يشذ عن محفوظ هذا الناقل حكم واقعة في مطرد العادات. والسبب فيه: أن مذاهب الأئمة لا تخلو من كل كتاب بل في كل باب،

(١) الشوكاني، نيل الأوطار: ٢٠٧/٦؛ رواه جماعة والدارقطني.

عن جوامع وضوابط وتقاسيم تحوي طرائق الكلام في الممكنات ما وقع
منها وما لم يقع .

فإن فرضت واقعة لا تحويها نصوص، ولا تضبطها حدود روابط
وجوامع ضوابط، ولم تكن في معنى ما انطوت النصوص عليه^(١).

* * *

(١) الجويني، الغيائي، ص ٤٢٣ .

النوازل عند فقهاء الحنابلة

الفتوى في الحادثة التي ليس فيها قول لأحد العلماء :

قال ابن القيم : إذا حدثت حادثة ليس فيها قول لأحد العلماء ، فهل يجوز الاجتهاد فيها بالإفتاء والحكم أم لا ؟ .

يجوز ، وعليه تدل فتاوى الأئمة وأجوبتهم ، فإنهم كانوا يسألون عن حوادث لم تقع قبلهم فيجتهدون فيها ، وقد قال النبي ﷺ : «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران ، وإن اجتهد فأخطأ فله أجر»^(١) . وهذا يعم ما اجتهد فيه مما لم يعرف فيه قول من قبله ، وما عرف فيه أقوال واجتهد فيه الصواب منها وعلى هذا درج السلف والخلف .

والحاجة داعية إلى ذلك لكثرة الوقائع واختلاف الحوادث . . . وأنت إذا تأملت الوقائع لرأيت مسائل كثيرة واقعة وهي غير منقولة ، ولا يعرف فيها كلام لأئمة المذاهب ولا لأتباعهم .

والحق : أن ذلك يجوز - بل يستحب أو يجب - عند الحاجة وأهلية المفتي والحاكم^(٢) .

قال ابن القيم : ما يصنع المفتي إذا أفتى في واقعة ثم وقعت له مرة أخرى ؟ .

(١) أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ عن عمرو بن العاص (٢٢) ؛ كتاب الأفضية والأحكام : ٢٢١ / ٢ ؛ وينحوه مسلم رقم (١٧١٦) ؛ كتاب الأفضية .

(٢) ابن القيم ، إعلام الموقعين : ٤٨٦ / ٤ .

إذا أفتى في واقعة ثم وقعت له مرة أخرى، فإن ذكرها وذكر مستندها ولم يتجدد له ما يوجب تغيير اجتهاده، أفتى بها من غير نظر ولا اجتهاد.

وإن ذكرها ونسي مستندها فهل له أن يفتي بها دون تجديد نظر واجتهاد؟

فيها وجهان: لأصحاب الإمام أحمد والشافعي: أحدهما: لا يلزم تجديد النظر، وجهه: لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، وإن ظهر له ما يغير اجتهاده لم يجز له البقاء على القول الأول، ولا يجب عليه نقضه، ولا يكون اختلافه مع نفسه فادحاً في علمه، بل هذا من كمال علمه، ولأجل هذا خرج عن الأئمة في المسألة قولان فأكثر^(١).

* * *

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين: ٤/٤٦٢.

النوازل في الفقه المالكي

النوازل والفتاوى :

النوازل والفتاوى والوقائع والأحكام هي أسماء لمسمى واحد (الفتوى)، والغالب على أهل المشرق أن يطلقوا عليها تسمية (الفتاوى) لأنها بينت أحكام حوادث نزلت، و(كتب أجوبة) لأنها أجيب بها عن أسئلة وردت، و(كتب أسئلة) لأنها حدثت بعد أسئلة، و(كتب أحكام) لأنها بينت أحكاماً بحوادث خاصة، مما جعل المتأخرين من المغاربة يسمون المفتي (بالنوازلي)^(١). لأنه اختصاصي في الإجابة عما يحدث من النوازل.

وربما كانت النوازل الأندلسية والمغربية من منتصف القرن الخامس الهجري إلى منتصف القرن التاسع منه - من أهم النوازل، لأنها كتبت في مرحلة تاريخية هامة وغنية بالأحداث، حيث اشتدت بالأندلس مشاكل ملوك الطوائف، وظهرت بالمغرب نتائج زحفة بني هلال.

وفيهما بدأ الهجوم النصراني على بلاد الأندلس، فسقطت طليطلة ثم قرطبة وأشبيلية وأخيراً غرناطة، كما تعددت حملات الفرمان على السواحل الشرقية للمغرب.

وفيهما ظهرت دول إسلامية كبرى كالمرابطين والموحدين والمرينيين. وفيها حدثت التحركات البشرية في هجرات متداخلة متعاكسة، كهجرة الأندلسيين من شمال بلادهم إلى وسطها فالمغربيين الأقصى والأدنى، وكهجرات المغاربة الداخلية التي كانت بسبب تناوب الدول واعتمادها على العصبيّة القبليّة.

(١) من ذلك ما وصف به أبو المحاسن القصري (١٠١٣هـ)، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية: ٢٩٥/١.

هناك أربعة أصناف رئيسية من المناهج التأليفية لكتب النوازل المغربية والأندلسية :

الصف الأول منها : هي التي يؤلفها أحد الفقهاء المفتين ، فيجمع فيها أجوبته وأجوبة غيره من معاصريه ، أو من السابقين له من مختلف البلاد ، ويرتبها على ترتيب أبواب الفقه .

ومن أشهر هذه المؤلفات في هذا الصنف معلمتان بارزتان : إحداهما التونسي هو البرزكي (- ٨٤١هـ) .

أما المعلمة الثانية في هذا الصنف من النوازل فهي كتاب (المعيار المعرب) لأحمد بن يحيى الونشريسي التلمساني (- ٩١٤هـ) .

الصف الثاني : من كتب النوازل هي التي جمعت أجوبة فقهاء ينتسبون إلى منطقة واحدة ، أو إلى مدينة واحدة ، فمن تلك التي جمعت فتاوى شيوخ منطقة واحدة يمكن أن نذكر مثلين بارزين هما :

١ - كتاب (أحكام ابن سهل الغرناطي ٤٨٦هـ) ، وهو المعروف بكتاب (الإعلام بنوازل الأحكام) ، وهو أقدم مجاميع النوازل الأندلسية ، حيث جعله صاحبه خاصاً بفتاوى الأندلسيين .

٢ - كتاب (الدر المكنون في نوازل مازونة) للفقير يحيى بن موسى المازوني المغيلي (- ٨٨٣هـ)^(١) . هو كتاب جمع فيه نوازل علماء تونس وبيجاية والجزائر وتلمسان . أما كتب النوازل التي جمعت أجوبة فقهاء ينتسبون إلى مدينة واحدة فمنها :

أ - كتاب الحديقة : المستقلة النضرة في الفتاوى الصادرة عن الحضرة (غرناطة) ، لمؤلف مجهول .

ب - (مجموع فتاوى علماء غرناطة) تأليف أبي القاسم محمد بن

(١) مقدمة مناهج كتب النوازل الأندلسية والمغربية ، بتصرف .

طركاظ العكي الأندلسي، تولى قضاء المرية (٨٥٤هـ)، ولم يعرف تاريخ وفاته.

والصنف الثالث: من كتب النوازل؛ هي التي جمعت أجوبة فقيه واحد، جمعها أو جمعت له من أحكامه خلال مدة قضائه وتوليه الفتوى، أو أجاب بها عن مجموعة أسئلة وجهت إليه.

- فمن أمثلة النوازل التي تجمع للفقهاء: فتاوى أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الجد (- ٥٢٠هـ)، جمعها تلميذه محمد بن أبي الحسن بن الوزان (- ٥٤٣هـ).

وفتاوى القاضي عياض اليعقوبي السبتي (- ٥٤٤هـ)، عنوانها: (مذاهب الحكام في نوازل الأحكام). ونوازل مفتي الأندلس أبي سعيد فرج بن لب (- ٧٨٢هـ).

والصنف الرابع: من كتب النوازل؛ هي تلك التي يؤلفها صاحبها للإجابة عن قضية واحدة، منها: الرسالة المنصورية، وعنوانها: (مصباح الأرواح في أصول الفلاح)، وهي جواب عن سؤال يطلب منه توضيح ما يجب على المسلمين من اجتناب الكفار وما يلزم أهل الذمة... وخاصة يهود ناحية توات من جنوب البلاد الجزائرية.

- ومنها: أسنى المتاجر في بيان من غلب على وطنه النصراني ولم يهاجر... لأحمد بن يحيى الوائشريسي التلمساني (- ٩١٤هـ)، وفيها من الشذ ما جعله يمنع كل موالة النصراني، ويحرم كل تعايش معهم وفي جوارهم... وقد صدرت هذه الفتوى في ظروف عصيبة، حيث كانت بعد سقوط مدينة غرناطة في أيدي النصراني.

وجاء في مقدمة (مذاهب الحكام): وثمة فرع آخر برز فيه الفقهاء الأندلسيون والمغاربة وهو (النوازل) التي تدعى كتبها أيضاً بكتب (الفتاوى) وكتب (الأحكام) وكتب (المسائل). اهـ.

وقد استمر الأندلسيون يؤلفون في هذا الفرع إلى سقوط مملكة غرناطة، ولعل نوازل (ابن طركاظ) هي آخر مجموع وصل إلينا من تراث (النوازل) الأندلسي الضخم، ومنها كتاب (مذاهب الحكام في نوازل الأحكام) للقاضي عياض وولده، ومن أقدم ما أُلّفه المغاربة، وهي إحدى المجموعات التي ترجع إلى عهد المرابطين ونسبها فيما يلي:

١ - نوازل ابن سهل المعروفة (بالأحكام الكبرى)، وابن سهل هذا - مثل القاضي عياض - مارس القضاء والأحكام في المغرب والأندلس على عهد المرابطين وقبلهم. وقد ظلت هذه النوازل مرجعاً فقهياً، وأفاد منها بعض المؤرخين المحدثين، ويعنى بدراستها وإخراجها مجزأة الدكتور محمد عبد الوهاب خلاف.

٢ - نوازل ابن رشد الجد: وقد رواها عنه وجمعها تلميذه ابن الوزان، وأفاد من هذه النوازل وكتب عنها عدد من الأساتذة، منهم: عبد العزيز الأهواني، وبرونشفيغ، وإحسان عباس، وغيرهم، وكانت موضوع رسائل جامعية.

٣ - نوازل ابن الحاج القاضي الشهيد: وتنقل عنها كتب النوازل المتقدمة والمتأخرة، وما تزال مخطوطة.

٤ - نوازل أبي المطرف عبد الرحمن الشعبي المالقي: وينقل عنها ولد القاضي عياض والبناهي وغيرهما، ووصفها البناهي بأنها مجموعة نبيلة، وقد نشرتها دار الغرب الإسلامي أخيراً.

٥ - نوازل القاضي ابن دبوس الزناتي اليفرنى التي أسماها: الإعلام بالمحاضر والأحكام، وما يتصل بذلك مما ينزل عند القضاة والحكام، تقع في أربعة أسفار يوجد منها سفران في خزانة القرويين، وقد توفي القاضي أبو محمد عبد الله بن أحمد بن دبوس المذكور سنة (٥١١هـ)، كما في طرة المخطوط.

٦ - نوازل أبي الوليد هشام بن أحمد الهلالي الغرناطي، المعروف بابن بقوي، المتوفى سنة (٥٣٠هـ)، وكتابه المذكور في الأحكام والنوازل يوجد مخطوطاً في الخزانة العامة بالرباط، والخزانة الحسنية وخزانة القرويين وغيرهما.

٧ - نوازل أبي القاسم أحمد بن محمد بن عمر التيمي المعروف بابن ورد، المتوفى سنة (٥٤٠هـ)، وقد عني بعض إخواننا بإعداد نوازل له، وهي قيد الطبع.

٨ - نوازل أحمد بن سعيد بن بشتغير اللخمي اللورقي المتوفى عام (٥١٦هـ)، وله نوازل توجد منها نسخة وحيدة في الخزانة الحسنية، وقد قام بإعدادها للطبع صديقنا الفقيه الفاضل السيد محمد أبو خبزة.

٩ - اعتماد الأحكام، في مسائل الأحكام، وتبيين شرائع الإسلام من حلال وحرام، مما عني بجمعه وترتيبه على توالي مدونة سحنون، الشيخ الفقيه أبو علي حسن بن زكون، وتوجد منه الأجزاء ٧، ٨، ٩، ١٠ في مجلد ضخم بالخزانة العامة بالرباط ٤١٣ ق، ومؤلف هذه المسائل المذكور في هذه النوازل التي بين أيدينا.

١٠ - نوازل ابن عياض: موضوع هذا العرض، وهي أصغر حجماً من نوازل أبي الأصبح ابن سهل، وأبي الوليد ابن رشد، ولكنها لا تقل عنهما فائدة وقيمة، وتميز عنهما بطابعها المزدوج، أي أنها نوازل مغربية أندلسية.

إن ظهور هذه النوازل في عصر واحد وزمن متقارب يدل على حركة الفقه ورواجه في عصر المرابطين، الذي كان عصر الفقهاء أو عصر (قال مالك)، كما عبر الشاعر الأعمى التطيلي في كافيته التي يشكو فيها من كساد بضاعة الشعر ونفاق سوق الفقه.

* * *

مسائل من النوازل عند فقهاء الحنفية

أ- وجوب العشاء وإن لم يغب الشفق .

ب- التأمين البحري - ابن عابدين .

ج - النوازل المستجدة . . . ورأي بعض الفقهاء المعاصرين (حق التأليف والنشر) .

أ- نازلة وجوب العشاء وإن لم يغيب الشفق

إن أهالي قازان وبلغار، وما يقاطرهما من القرى والأمصار، افترقوا في هذه القضية زمراً واختلفوا فيها.

منهم: من يساهل بالكلية، ويزعم سقوط هذه الفريضة في تلك الأيام من السنة، وأبعدهم عن الحق وأضلهم عن سواء السبيل هذا البعض.

ومنهم: من يحتاط ويأخذ بالأحوط في مواضع الخلاف، فيصليها فرادى، ويترك الجماعة فيها مخافة الوقوع في البدعة وهي: التنفل بالجماعة وذلك باطل؛ لأنه لا مساغ للشك في وجوبه ولو سلم، فلما صلاها بظن الوجوب على الفرق فالمعتبر ذلك الظن، ولا يكون الجمع مكروهاً كما في صلاة الجمعة مع الخلاف في وجوبها، لعدم تحقق شرائط وجوبها أو صحتها في أكثر المواضع.

ومنهم: من يصليها أخذاً بمذهب مالك والشافعي وغيرهما من الأئمة.

ومنهم: من يقول: إن الوقت يدخل لأن الشفق هو الحمرة على الأصح وهي تغيب، وإنما يبقى البياض والصفرة وهي غيرها... ومن ذلك ذهب أبو المعالي من الشافعية إلى أن أول وقت العشاء حين يغيب الشفق وهو الصفرة دون البياض والحمرة.

ومنهم: من يقول: إن الشفق يغيب من جهة الغروب ومحل الأفول؛ وأما ما يبقى من الجانب الآخر وجهة الطلوع بعد وصول الشمس إلى خط نصف النهار في انحطاطها فهو محسوب من الصبح.

ومنهم: ومن يتكلف وينوي في كل يوم قضاء عشاء اليوم السابق.

ومنهم: من يقول بالتقدير، ويعتبر غيبة الشفق في أقرب البلاد إليهم، فإذا مضى من الزمان قدر ما يغيب فيه الشفق في أقرب البلدان إليهم دخل وقت العشاء وخرج وقت المغرب، ومقتضى ذلك أن لا يصلوها إلا في نصف الليل بالغيوبة في أقرب البلدان إليهم، ثم الأقرب فالأقرب حتى يغيب عندهم. وهذه جملة آراء انتحلوها في هذا الباب.

وبعد سرد هذه الأقوال وتزييفها قال:

وقد عرفت أن الحق في المسألة أن الوقت ليس بسبب لوجوب الصلاة، وتحقيقه ليس بمشروط بالغيوبة أو غيرها من العلامات المذكورة. ثم على تقدير سببته فليس هو من الأسباب والشروط التي لا تحتمل السقوط، فإذا مضى بعد المغرب زمان يغيب فيه الشفق في الأقطار الاستوائية والأيام الاعتدالية دخل وقت العشاء.

وهؤلاء الذين يدينون بإسقاط هذه الفريضة لا يراعون غيبة البياض، ولا يحافظون على غيبة الحمرة كما ينبغي في أيام الشتاء، ثم يتعللون في إسقاط فريضة من أعظم فرائض الله تعالى بزخارف الشبهات^(١).

شدَّ شِرْذَمَةٌ قليلة من أحداث الأمة، وأخلاف المتفقهة؛ وزعموا أن العشاء ساقطة عن سكان بعض الأقطار في عدة من أيام السنة ينتهي اقتصار لياليها إلى غاية لا يغيب الشفق فيها، متوهماً منهم أن الوقت هو سبب لوجوب الصلاة، وظرف لها وشرط لتحقيقها يتوقف على غيبوبة الشفق. وهو زعم ساقط وتوهم لا مسأغ له قط.

وذلك لأن سببية الوقت غير مسلمة بل غير صحيحة، لأن أدنى مراتب

(١) المرجاني شهاب الدين، ناظورة الحق، ص ١٤٨.

السبب أن يكون ملائماً للمسبب، وهو منتفٍ بين الصلاة والوقت قطعاً .

ولأن السبب لا يجوز أن يكون كل الوقت لوجوب الصلاة لمن صار أهلاً لها في آخر الوقت، ولا البعض المعين منه لصحة الأداء ممن أقامها في غير ذلك الجزء المعين مطلقاً لعدم وجوب أدائها ولا قضائها ولا الفدية عنها على من اعترضه عدم الأهلية في آخر الوقت، من موت أو جنون مطبق أو حيض أو نفاس، ولا الجزء المقارن للأداء لوجوب قضائها المساهل الذي لم يشرع فيها قط، بل تعطل في الوقت كله . . .

مع أن الجزء المقارن ليس له تقدم على الصلاة أصلاً، فكيف يكون سبباً موجباً لها ومؤدياً إليها^(١) .

وبالجملة جعل الوقت سبباً للعبادة، بما هو وقت؛ غير معقول .

ثم لا شك أن الوقت متحقق في حق من ليس بأهل للصلاة لاشتماله على أحواله، مع عدم الوجوب عليه، فينقدح من ذلك: أن السبب أو مرور الوقت . . .

- فقد ذهب الفقهاء المتقدمون والعلماء المحققون من مشايخنا إلى أن سبب وجوب العبادات تنالني نعم الله تعالى، وتواتر إنعامه وإحسانه إلينا في كل وقت، ومن كل وجه، وعلى كل حال .

فإنه سبحانه أسدى لعباده من أنواع البر والنعم وأصناف الفضل والكرم ما يعجز العقول عن عدّه والإحصاء عن الوصول إلى حده، كما قال تعالى: ﴿وَإِنْ تَسُدُّوا نِعْمَتَ اللَّهِ لَا تَحْصُوهَا﴾ [إبراهيم: ٣٤]، فأوجب سبحانه عليهم العبادات بعد إتيانهم بما يجب تقديمه من الإيمان والإقرار بالصانع القادر المختار شكرًا لما منحهم من باهر نعمه، وغمرهم بعظيم فضله ووافر كرمه،

(١) المرجاني شهاب الدين، ناظرة الحق، ص ١٠٨ .

ليفوزوا بجواره وينقذوا من ناره . . . إلى أن قال: ثم النعم لما كانت غير داخلية تحت الضبط والإحصاء والوقت ظرفاً لحدوثها، أديرت الصلوات معه ووزعت على أوقاتها تيسيراً للعبادة، وإقامة للظرف مقام المظروف، وهو مراد من قال: إن الوقت سبب لها نسبة لما هو للحال إلى المحل على طريق المجاز العقلي، كقوله: سار الركب، وسال الوادي، وليس أنه سبب حقيقة . . .

ثم إن الوقت مقدار محدود من زمان غير محدود، وهو أمر بديهي الأتية وإن كان خفي اللمية. إن الزمان هو مقدار متجدد غير قارٍ، فلتجعله ما شئت وسمه به . . .

وليكن ما كان لا يدخل في حقيقته شيء من الألوان من الحمرة والصفرة والبياض، ولا الطلوع والزوال والعشي والغروب، ولا يتوقف على وجودها، وإنما هي أعلام معرفات لمضي الأزمان، وانقضاء المقدار المعين من الأوقات يتعرف بها حضور الأوقات التي جعلت بحكم الشرع مداراً لأداء الصلوات ووجوبها، لا ينتفي بانتفائها وانتفاء الأعلام المعرّفة بها.

- هذا وإن سبب وجوب الصلوات الخمس . . . النعم المتواردة على التوالي، ولكنها لما كانت غير منضبطة ولا داخلية تحت الإحصاء أديرت الصلوات مع الأوقات، وجعل الطلوع والزوال والغروب والغيوبية وأمثالها علامات لوجودها، ومعرّفات لها، يتمكّن بها العامة والخاصة من العلم بحضور الأوقات المعيّنة للصلوات . . .

قلت: وهذا كلام النفيس.

وإن وجوب نفس الصلاة موزعة على أوقاتها من الظهرية والعشوية والمساء والزلفة والصبح بالبرهان القطعي . . . لكن داخله الظن وآراء الناس في بيان أول الوقت وآخره فيما نحن فيه. فإن ذكر غيبوبة الشفق في

دخول وقت العشاء ؛ إنما ورد في رواية عائشة وأبي موسى وعبد الله بن عمر وأنس وأبي هريرة وبريدة . . .

وحديث الإمامة، وهو كما أنه خبر الواحد ظني الثبوت كذلك ظني الدلالة. فلو شرط غيبة الشفق لدخول وقت العشاء، لزم نسخ عمومات الكتاب ومحكمات الأدلة الواردة في إيجاب الصلوات الخمس على كل مؤمن ومؤمنة بالنسبة إلى سكان الأقطار التي لا يغيب فيها الشفق، بخبر الواحد الظني الثبوت والدلالة، أو تخصيصها بغيرهم بهذا الخبر.

ولذلك اختلف في مفاده فقهاء وعلماء الأمة، فإن أصحابنا وسفيان الثوري وأحمد ومالكاً في رواية، والشافعي في قوله القديم؛ ذهبوا إلى أن وقت المغرب يمتد إلى غروب الشفق مع اختلافهم في الشفق . . . وذهب الأوزاعي وابن المبارك والشافعي في قوله الجديد، ومالك في رواية إلى أن وقت المغرب قدر ما يصلى خمس ركعات متوسطات بوضوء وأذان وإقامة فحسب، ويدخل وقت العشاء بعده.

والشفق: هو البياض عند أبي حنيفة وأحمد بن حنبل والمزني.

والشفق: هو الصفرة فيما اختاره أبو المعالي الجويني، والحمرة عند آخرين.

وذهب أبو سعيد الأصبخري من الشافعية إلى أن آخر وقت العشاء إلى نصف الليل.

وقال الحسن بن زياد: آخر وقت العصر إلى اصفرار الشمس فقط.

ومن ذهب من المخالفين إلى أن وقت الظهر والعصر واحد، وكذا وقت المغرب والعشاء، وجواز الجمع بين الصلاتين في السفر والحضر، ولو كان قطعياً لزمه الإجماع، ولما ساغ هذا الخلاف فيما بين هؤلاء الأئمة العظام والفقهاء الفخار، العارفين بموارد النصوص ومعانيها،

ومواقع الإجماع ومبانيها، ولما وقع منهم ذلك وقوعاً متوسعاً شائعاً . . .
ولكن المسألة لما كانت في محل الاجتهاد مال هؤلاء إلى هذا، وهؤلاء إلى ذلك، بما لاح لهم من الأمارات الظنية في ترجيح بعض الأدلة على بعض، وحمل غيره إلى ما ترجح عنده بحسب غالب الظن، فصار إلى ما أدى إليه رأي كل واحد منهم مذهباً له، ولمن تابعه من غير تضليل لصاحبه، ولا إسقاط لقوله من الاعتبار، بل أجمعوا على تقرير حكم المجتهد، وعلى تقليد العامي له في ذلك الحكم فإنه دليل شرعي . والمذهب أن العلامات حيثما تحققت يجب مراعاتها، ولا يجوز المساهلة في تحقيقها تحصيلاً لليقين وسلوكاً لطريق الاحتياط، وعملاً بقوله عليه الصلاة والسلام: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك» .

فيقدر وقت صلاة المغرب بمدة مغيب الشفق في الأيام الاعتدالية، والأقطار الاستوائية . . . ثم يدخل وقت العشاء إن أمكن ذلك .

وإلا فبقدر ما يغيب فيه أسرع من غيبته في هذه الأيام والأقطار، ثم الأسرع فالأسرع، فإن لم يمكن ذلك - بأن لا يكون بين غروب الشمس وطلوعها إلا زمان قليل لا يسع التقدير فيه بشيء - فالواجب إذن إيقاع المغرب والعشاء والفجر بين المغرب والطلوع .

فإن لم يكن بينهما مدة يسع فيها تلك الفرائض فيسقط اعتبار العلامات بالكلية ويرجع الأمر إلى التقدير على منوال ما سبق في كل صلاة للضرورة، ويكون أداء لما ثبت فرضيته بالأدلة المطلقة في الوجوب .

وتلخيص البيان: أن كون الأوقات أسباباً لوجوب الصلوات ووجودها مشروط بتحقق العلامات مما لا مساغ له قط، فلا نسلم فقد الأوقات بانتفائها، ولا سقوط الصلوات بفقدانها. وقال: وقد تقرر في مقره أن الأسباب والشرائط إنما تعتبر بحسب الإمكان، ولا يسقط الممكن بسقوط

ما ليس بممكن ، هذا والله المستعان . . .

وقال : واعلم أنه لو انتفتت تلك العلامات المعرفة للمدة الفاصلة بين أوقات الصلوات أصلاً ، بأن لا يتحقق غروب الشمس ولا طلوعها مدة مديدة نصف سنة أو أقل . . . بأن تطلع الشمس كما تغرب ، فإن مثل هذه المعمورة متحقق لا محال .

وأقصى المنطقة الباردة لا تغرب الشمس أكثر من ستة أشهر ، فإنه لا تطلع الشمس فيها ولا تغرب إلا بحركتها الخاصة الشرقية .

وقال : وإذا قد ثبت لنا ذلك ثبوتاً لا مرد له عقلاً بالعلم الضروري ، ونقلًا بالخبر المتواتر ، بحيث لا يمكن إنكاره إلا من جاهل معاند .

فهل تجب الصلوات الخمس والصوم وسائر العبادات المتعلقة بالأوقات على سكان هذه الأقطار؟ .

لم يُر فيه كلام في كتب المتقدمين ، ولم يرو فيه خبر عنهم في تصانيف واحد من العلماء الكبار المتبحرين من أهل القرن السادس وبعده ؛ في وجوب العشاء والوتر وعدمه على من لم يجد وقتها . . . بأن لا تتحقق المدة الفاصلة التي هي مدة غروب الشمس في الأيام المعتدلة والأقطار المتوسطة .

- ففي الفتاوى الظهيرية والمضمرات والتسارخانية وغيرها ، أفتى الإمام الأجل برهان الدين الكبير في أهل بلد كما تغرب الشمس يطلع الفجر - أن عليهم صلاة العشاء ، والصحيح أنه لا ينوي القضاء لفقد وقت الأداء .

وقال ابن الهمام : وأفتى الإمام البرهان الكبير بوجوبها^(١) .

وفي التبيين : شرح الكنز للزيلعي : ذكر المرغيناني أن الشيخ برهان

(١) شرح فتح القدير : ١/٢٢٤ .

الدين الكبير أفتى بأن عليهم صلاة العشاء .

وقال محمد بن عبد الله التمرتاشي الغزي في كتاب تنوير الأبصار :
وفاقد وقتهما مكلف بهما .

وقال الشيخ سري الدين عبد البر - المعروف بابن الشحنة - في الذخائر
الأشرفية : إن الصحيح خلاف ما اختاره صاحب الكنز في هذه المسألة .

وقال في الكنز : إن الفتوى على الوجوب .

وفي المحيط البرهاني : ورد فتوى في زمن الصدر الكبير برهان الأئمة .

وكان فيها : إنا لا نجد وقت العشاء في بلدتنا ؛ فإن الشمس كما تغرب
يطلع الفجر من الجانب الآخر ، هل علينا صلاة العشاء ؟ .

فكتب في الجواب : إنه ليس عليكم صلاة العشاء ، وهكذا كان يعني
ظهر الدين المرغيناني (١) .

وفي الظهيرية : وأفتى الشيخ الإمام برهان الدين الكبير في أهل بلد
كما تغرب الشمس يطلع الفجر . . . إن عليهم صلاة العشاء ، والصحيح أنه
لا ينوي القضاء لفقد وقت الأداء (٢) .

وفي خلاصة الفتاوى : ولو كانوا في بلدة إذا غربت الشمس طلع الفجر
لا يجب عليهم صلاة العشاء (٣) .

وفي الكافي لأبي البركات النسفي : ولا يجب العشاء لقوم لم يجدوا
وقته بأن يطلع الفجر كما غربت الشمس ، لعدم سبب الوجوب وهو وقته .

وفي الكنز له : ومن لم يجد وقتها لم يجب .

(١) البرهاني ، المحيط : ٨٣ / ١ مخطوط .

(٢) هامش الخلاصة : ٦٧ / ١ .

(٣) افتخار الدين البخاري ، الخلاصة : ٦٧ / ١ .

وذكر الزاهدي في المجتبى شرح المختصر عن البدر الطاهر قال :
وردت فتوى في زمن الصدر الكبير برهان الأئمة : إنا لا نجد وقت العشاء في
بلدتنا هل علينا صلاته؟ .

فكتب : ليس عليكم صلاة العشاء ، وبه أفتى ظهير الدين المرغيناني .
وفي الجواهر : إن كانوا في بلدة يقال لها : بلغار - إذا غربت الشمس
طلع الفجر : لا يجب عليهم صلاة العشاء . . . كذا أفتى الصدر الكبير برهان
الأئمة وظهير الدين المرغيناني .
وقد نسب الفتوى بالوجوب إلى ظهير الدين المرغيناني في غير واحد
من الشروح وغيرها .

وبالجملة

- فمأخذ القول بالوجوب هو برهان الدين الكبير .

- ومأخذ القول بعدمه هو الصدر الكبير برهان الأئمة .

- واختلف القول : عن ظهير الدين المرغيناني^(١) .

ثم خلُص إلى القول : بأن طائفة من أحداث الجهال المتعصبين على
الحق ، المنهمكين في التقليد ، المتهاكين في إضاعة الصلاة قد حرّفوا
عبارة الظهيرية والمضمرات وغيرهما ، وزادوا فيها كلمة (ليس) النافية ،
وسلّطوها على الوجوب ، زعماً منهم أنها لو لم تكن موجودة في العبارة

(١) وقد شارك في هذا اللقب والنسبة رجلان من بيت واحد ، ولم يبين أحد أن المفتي في هذه
الحادثة أيهما :

أحدهما : ظهير الدين أبو الحسن علي بن عبد العزيز بن عبد الرزاق المرغيناني توفي
(٥٠٦هـ) ، وهو جد صاحب الخلاصة لأمه ، وعم والد قاضيخان .

وثانيهما : ابنه ظهير الدين أبو المحاسن حسن بن علي المرغيناني ، صاحب كتاب
الأفضية وغيرها ، والظاهر أن تلك الفتوى بالوجوب منسوبة إليه .

لكان آخر الكلام منافياً لأوله، حيث قال: والصحيح أنه لا ينوي القضاء لفقد وقت الأداء، وهو زعم سقيم ووهم عقيم، فإن عبارات تلك الكتب محكمة في عدم هذه الكلمة، والنسخ مضطردة عليه، فإنه لو كانت موجودة فيها لم يرتبط بها قوله: والصحيح أنه لا ينوي القضاء لفقد وقت الأداء.

- لأن مفاده أن هذا الذي وجب عليه العشاء لا ينوي القضاء، لأن التقدير: فُقد وقت الأداء، والقضاء تسليم ما وجب بعد انقضاء الوقت، ولأنه لا حاجة إلى نفي وجوب القضاء بعد قوله: ليس عليهم صلاة العشاء.

- على أن حق العبارة على ذلك التقدير أن يقول: والصحيح أنهم لا يجب عليهم قضاؤها.

وقد عرفت أن الخلاف فيمن لا يجد الوقت أصلاً.

ومن أفتى بالوجوب لم يُبالِ بعدم الوقت وذهب إلى وجوبه مع عدمه، لأن الوقت غير مقصود بالذات ولا بسبب حقيقة، ويسقط اعتباره بأدنى سبب، كما في عرفة ومزدلفة وأيام الدجال بالاتفاق. ويجوز الجمع بين الظهر والعصر في وقت إحداهما، وكذا المغرب والعشاء عند مالك والشافعي ومن وافقهما.

وقد قالوا: إن العبادات متى دارت بين الوجوب وعدمه أوجبها الاحتياط، لأن مبناها على التكثير، لأن الإنسان إنما خلُق للمعرفة وإظهار العبودية، فكيف لا، إذا قام الدليل على وجوبها قياماً لا مردّله، وثبت ثبوتاً لا ريب فيه، بخلاف أمر العقوبات فإنها تندري بالشُّبهات.

فقولهم: الصحيح أنه لا ينوي القضاء متفرّع على وجوب الأداء مع عدم تحقق وقت العشاء، ولا تنافي بين أطراف الكلام أصلاً.

ألا ترى العلامة ابن الهمام رحمه الله تعالى بعد ما بسط الكلام في

الوجوب، وزين القول بالسقوط قال: الصحيح أنه لا ينوي القضاء، لفقد وقت الأداء^(١).

ب- نازلة التأمين البحري (السوكرة):

جاء في تحرير المسألة ما نصه:

قال ابن عابدين: جرت العادة - في زمن المصنف - أن التجار إذا استأجروا مركباً من حربي يدفعون له أجرته، ويدفعون أيضاً مالاً معلوماً لرجل حربي مقيم في بلاده، ويسمى ذلك المال (سوكرة)، مع أنه مهما هلك من المال الذي في المركب - بحرق أو غرق أو نهب أو غيره - فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذ منهم - ولو وكيل عنه مستأمن في دارنا يقيم في بلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان - يقبض من التجار مال السوكرة.

وإذا هلك من مالهم في البحر شيء يؤدي ذلك المستأمن للتجار بدله تماماً.

قال ابن عابدين: والذي يظهر لي: أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله، ووجه هذا القول لأن هذا التزام ما لا يلزم.

ثم مضى بأسلوب الجدل الفقهي يحزر المسألة بإيراد الاعتراضات المحتملة والرد عليها فقال:

فإن قلت: إن المودع إذا أخذ الأجرة على الوديعة يضمها إذا هلك.

قلت: ليست مسألتنا من هذا القبيل - وجهه: لأن المال ليس في يد صاحب السوكرة بل بيد صاحب المركب. وإن كان صاحب السوكرة هو صاحب المركب يكون أجيراً مشتركاً، فقد أخذ أجرة على الحفظ وعلى الحمل، وكل من المودع والأجير المشترك لا يضمن ما لا يمكن الاحتراز

(١) شرح فتح القدير: ١/٢٢٤.

عنه كالموت والغرق ونحو ذلك .

فإن قلت : لو قال الآخر : اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه وأخذ ماله لم يضمن .

ولو قال : إن كان - الطريق - مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن ، بعله أنه ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصاً . أي بخلاف الأولى فإنه لم ينص على الضمان بقوله : فأنا ضامن .

وفي جامع الفصولين : الأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار لو حصل الغرور في ضمن المعاوضة ، أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور ، فيصار كقول الطحان لرب البر : اجعله في الدلو فجعله فيه ، فذهب من الثقب إلى الماء - وكان الطحان عالماً به - يضمن إذا غره في ضمن العقد وهو يقتضي السلامة .

قلت : لا بد من مسألة التغيرير أن يكون الغار عالماً بالخطر كما يدل عليه مسألة الطحان المذكورة ، وأن يكون المغرور غير عالم ، إذ لا شك أن رب البر لو كان عالماً بنقب الدلو يكون هو المضيع لماله باختياره ، ولا يخفى أن صاحب السوكرة لا يقصد تغيرير التجار ، ولا يعلم بحصول الغرق هل يكون أم لا؟ .

- وأما الخطر من اللصوص والقطاع فهو معلوم له وللتجار ، لأنهم لا يعطون مال السوكرة إلا عند شدة الخوف ، طمعاً في أخذ بدل الهالك ، فلم تكن مسألتنا من هذا القبيل أيضاً . . .

نعم قد يكون للتاجر شريك حربي في بلاد الحرب ، فيعقد شريكه هذا العقد مع صاحب السوكرة بين حربيين في بلاد الحرب . . . وقد وصل إليه ما لهم برضاهم ، فلا مانع من أخذه .

وقد يكون للتاجر في بلادهم ، فيعقد معهم هناك ويقبض البديل في

بلادنا أو بالعكس . . .

ولا شك أنه في الأولى: إن حصل بينهما خصام في بلادنا لا يقضي للتاجر بالبدل، وإن لم يحصل خصام ودفع له البدل وكيله المستأمن هنا يحل له أخذه، لأن العقد الذي صدر في بلادهم لا حكم له، فيكون قد أخذ مال حربي برضاه .

وأما في صورة العكس، بأن كان العقد في بلادنا والقبض في بلادهم، فالظاهر أنه لا يحل له أخذه ولو برضى الحربي، لا بتناؤه على العقد الفاسد الصادر في بلاد الإسلام فيعتبر حكمه^(١).

والشاهد في هذه النازلة أنه أفتى بحرمة التأمين البحري وخرجه على أنه التزام ما لا يلزم، ومنع تخريجها على تضمين المودع الوديعة إذا أخذ أجرًا عليها لوجود الفارق بينهما . . .

هذا، وقد اختلفت تكييفات وتخريجات العلماء المعاصرين لهذه النازلة، واختلفت بناء على ذلك أحكامهم بشأنها، فمنهم من أجازها ومنهم من منعها^(٢)، فالذين قالوا بالتحريم اختلفت تخريجاتهم؛ فخرجها بعضهم على أنها من باب أكل أموال الناس بالباطل، فيدخل في النهي الوارد لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]^(٣).

(١) ابن عابدين، الحاشية: ١٧٠/٤، باب المستأمن.

(٢) فقد اتخذ مجمع الفقه الإسلامي - في دورته المنعقدة في ١٠ شعبان ١٣٩٨هـ بمكة المكرمة - قراراً بمنع التأمين التجاري بجميع أنواعه، وبإجماع الآراء عدا الشيخ مصطفى الزرقا، وكان من قبل قد اتخذ مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورته العاشرة المنعقدة في الرياض بتاريخ: ١٣٩٧/٤/٤هـ قراراً بتحريم التأمين التجاري وبجميع صورته.

(٣) انظر الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي للدكتور الصديق محمد الأمين الضير، =

وخرجها الشيخ محمد بخيت المطيعي في رسالته (السوكرتاه) بالقياس على القمار، حيث قال: عقد التأمين عقد فاسد شرعاً، وذلك لأنه معلق على خطر، تارة يقع وتارة لا يقع فهو قمار معنى^(١).

ومما علل به المنع في هذه الواقعة: أن ضمان الأموال شرعاً، إما أن يكون بطريق الكفالة، أو بطريق التعدي، أو الإتلاف، ولا يوجد أي من هذه الأسباب في عقد التأمين.

وخرجها آخرون على أنها من عقود الغرر إذ هي عقد احتمالي^(٢).

أما المجيزون للتأمين التجاري فقد اختلفوا أيضاً في تخريجه:

١ - فمنهم من خرج به على أنه من التعاون المحجب، وأنه محقق لمساندة الإنسان لغيره ومساندة الغير له^(٣)، وهو متضمن في قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢].

٢ - ومنهم من خرج به على أنواع التبرعات وليس من البيوع^(٤).

٣ - ومنهم من خرج به على قاعدة أن الأصل في العقود الإباحة، وأن التأمين عقد جديد... وأنه لا غرر فيه، وأنه محقق للفائدة، ولا نص يمنع منه^(٥).

= ص ٦٤٧؛ ونظرية التأمين في الفقه الإسلامي للدكتور محمد زكي السيد، ص ٨١.

(١) السوكرتاه، ص ١٢.

(٢) الدكتور علي السالوس، المعاملات المالية، ص ٣٨٠.

(٣) التأمين في الشريعة والقانون، للدكتور غريب الجمال، ص ٢٧٣؛ ومحمد يوسف موسى، ص ٢٠٣ وغيرهما.

(٤) الفكر الإسلامي، الحجوي: ٥٠٤/٢.

(٥) التأمين في الشريعة، الدكتور الغريب، ص ١١١، والشيخ الزرقا.

- ٤ - ومنهم من خرج ذلك بالقياس على عقد المضاربة في الشريعة الإسلامية، وقد تطرق صاحب هذا القول حتى رخص بالتأمين على الحياة^(١).
- ٥ - ومنهم من خرج على عقد الموالاة وعلى تحمل العاقلة الدية.
- ٦ - ومنهم من خرج على أنه من باب المصالح المرسلة.
- ٧ - ومنهم من خرج على مبدأ العرف . . . (نظرية التأمين للدكتور محمد زكي السيد).
- ٨ - ومنهم من نزل على الضرورة، (التأمين الإسلامي للدكتور عبد السميع المعري).

ج- ومن النوازل المستجدة:

حق التأليف والطبع والنشر:

وهو ما أطلق عليه مجمع الفقه الإسلامي (الحقوق المعنوية)، فقد اختلف العلماء في تكيفه وتخريجه . . . وبالتالي اختلفت وجهات النظر في حكمه . . . ومن تلك التخريجات:

١ - قياسه على المصنوعات، لأن الكتاب المؤلف كالمصنوع، والمؤلف كالصانع، وممن خرج على ذلك الشيخ أبو الحسن الندوي^(٢).

٢ - قياسه على ما ورد في الفقه الحنفي بشأن (النزول عن الوظائف بمال)^(٣)، وممن خرج على ذلك بعض علماء الهنود، باعتبار أن كلاً منهما من الحقوق، وقد رفض الشيخ الندوي هذا التخريج لطائفة من الأسباب أهمها:

(١) مقال في لواء الإسلام، الشيخ عبد الوهاب خلاف، ع(١١)، السنة (٨).

(٢) حق الابتكار، فتحي الدريني، ص ١٤٩-١٥٣.

(٣) رد المحتار: ٥١٩/٤.

أ- إن الحكم المذكور ليس متفقاً عليه عند فقهاء الأحناف ، بل أكثرهم على المنع .

ب- الفرق بين التنازل عن الوظيفة ، وأخذ العوض على حق الطباعة ، لأن الوظيفة شيء قد تأكد استحقاقه لصاحبه . . . بخلاف حق الطباعة^(١) .

* * *

(١) حق الابتكار، فتحي الدرديني، ص ١٥٦-١٥٧ .

نماذج مختارة من النوازل عند فقهاء المالكية

تطبيقات فقهية عامة لتحقيق المناط عند المالكية :

يضم هذا المبحث تطبيقات فقهية عامة لتحقيق المناط في نوازل وقعت بالفعل ، وليست مفترضة الوقوع ، فجاءت النوازل معروضة على المجتهد أو المفتي كما هي في الواقع ، بكل ما يحف بها من عوارض وملابسات ، مما اقتضى من المفتي تحقيق المناط فيها ، قبل التصريح بالحكم ، وقد تختلف في ذلك الأنظار بين مفتي وآخر ، فيختلف تبعاً لذلك الحكم .

والوقائع النازلة المعروضة في هذا المبحث يغلب عليها تحقيق المناط الخاص الملائم لمثلها ، وهو من أدق وأصعب أنواع تحقيق المناط ، لما يتطلبه من علم وبعده نظر عند المجتهد ، حتى يصادف كل حكم شرعي محله من الوقائع عند التطبيق .

النازلة الأولى - المسح على العمامة :

سئل ابن رشد^(١) من حاضرة مراكش عن رجل ضعيف الجسم والدماع متى أراد المسح على رأسه في الوضوء يزيد مرضه ، وأصابته نزلة شديدة كذلك أبداً ، هل يكون فرضه المسح على العمامة أم لا؟ وهو مع ما هو سبيله من هذه الحال المذكورة ، تتناوب نوب من أمراض تنضاف إلى الضعف المتقدم

(١) ابن رشد الجد (٤٥٠ - ٥٢٠ هـ ، ١٠٥٨ - ١١٢٦ م) هو محمد بن أحمد بن رشد ، أبو الوليد قاضي الجماعة بقرطبة ، من أعيان المالكية ، وهو جد ابن رشد الفيلسوف ، من تأليفه : المقدمات الممهدة في الأحكام الشرعية ، البيان والتحصيل ، مختصر شرح معاني الآثار للطحاوي (الأعلام : ٣١٦/٥ - ٣١٧).

الذكر الذي لا ينفك عنه ، فإذا أصابته النوب المذكورة لم يقدر على الوضوء بالماء وإن كان حاراً ويخاف من الهواء ، هل يتيمم في هذه الحال الموصوفة ويكون فرضه فيها التيمم؟ أم كيف يفعل؟ وكيف لو أصاب أهله في هذه الحال ، هل يتيمم لجنابته ما دام على هذه الحال ويجزئه ذلك؟ ومتى أصابته جنابة من مماسة أهله في الحال الأولى المتقدمة الذكر لا يقدر على غسل رأسه بالماء ، وربما احتاج إلى الاغتسال من الوجه المذكور من الثلاثة الأشهر إلى الأربعة ، أو أقل من ذلك أو أكثر لضعفه ، فإن صب الماء على رأسه كان حاراً أو بارداً مريض أو خاف على نفسه ، فهل يكون فرضه الغسل في هذه الحال؟ أو المسح على رأسه وغسل جسده بالماء؟ أو كيف يفعل؟ راجعنا على ذلك فصلاً فصلاً مأجوراً إن شاء الله تعالى .

لقد رأى ابن رشد بعد تحقيق المناط الخاص في هذه النازلة ؛ أنها لا تدخل تحت حكم نظائرها من رفع الحرج والمشقة عن المكلف ، وإنما ينطبق عليها مناط الحكم العام من الوضوء والغسل ، وذلك لأن كل ما رآه صاحب النازلة مبرراً للتخفيف عنه ، لم يكن إلا من وسوسة الشيطان ليفسد عليه دينه . ولم يكن هذا الحكم إلا بعد النظر في الأعدار ، هل هي نوع من أنواع الأعدار الموجبة للتخفيف والأخذ بالرخصة أم لا؟ فبعد تحقيق المناط في النوع ، ظهر لابن رشد أن تلك الأعدار ليست داخلة تحت نوع الأعدار الموجبة للتخفيف ، بدليل أن له القدرة على إصابة أهله ، ومن كانت حاله كذلك لم يصل بعد ضعف جسده ودماغه إلى الحالة التي لا يقدر معها على المسح على رأسه بالماء ، سواء أكان بارداً أو حاراً في الوضوء والغسل .

النازلة الثانية - العاجز عن استعمال الماء البارد :

وسئل مفتي بجاية الشيخ أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم المشدالي^(١)

(١) أبو القاسم المشدالي : هو محمد بن أبي القاسم بن محمد بن عبد الصمد المشدالي وبه =

عن العاجز عن استعمال الماء البارد لمرض به ويقدر على استعماله سخناً، فهل يجب عليه تسخينه ليصل به إلى تحصيل الطهارة المائية إن تيسرت عليه أسباب ذلك؟ أو لا يجب عليه ذلك، ويتيمم لعجزه عن استعماله؟ فإذا قلت: يجب عليه تسخينه فخاف خروج الوقت إن اشتغل بذلك، فهل يكون ذلك حكم الصحيح الذي يخاف خروج الوقت إن تشاغل بالماء فيدخله الخلاف المعلوم فيه؟ أو يقال ليس هذا كالصحيح ويتيمم اتفاقاً لوجود المرض، فهو داخل في الآية ولا يطلب منه التسخين إلا مع فسحة الزمان؟ بينوا لنا ذلك ولكم الأجر.

فأجاب: المسألة تكلم عليها العوفي^(١) ونصه: لو كان الماء بارداً لا يقدر على استعماله لمرض به إلا بتسخينه، وهو لو سخنه أو بعث إليه من الحمام لخرج الوقت، فهل يتيمم أو لا؟

ذهب بعض المعاصرين إلى أنه يدخله الخلاف فيمن لو تشاغل بالماء ذهب الوقت، وهو عندي خطأ، فإن كونه لا يقدر لمرض فهو مريض له حكم المرض فيباح له التيمم لاندراجه في الآية^(٢)، بخلاف من لا يعوقه إلا قدر زمان الاستعمال فإنه صحيح فيدخله الخلاف، هذا إذا كان لمرض وإن كان

= عرف، البجائي (أبو عبد الله) فقيه خطيب، ولد في بجاية في المغرب، وتوفي بها، من مؤلفاته: تكملة حاشية أبي مهدي عيسى الوانوشي على المدونة في فقه المالكية مختصر البيان لابن رشد، والفتاوى، وتوفي في بجاية سنة (٨٦٦هـ، ١٤٦٢م)، (الأعلام: ٥/٧؛ معجم المؤلفين: ٣/٥٩٨).

(١) العوفي هو ثابت بن عبد الله بن ثابت العوفي، يكنى أبا الحسن، كان من أهل العلم والعمل، بارعاً في الفقه متضلماً فيه، ولي القضاء بسرقسطة، استوطن قرطبة، من تصانيفه: كتاب الدلائل، توفي بغرناطة سنة ٥١٤هـ - (ابن فرحون، إبراهيم، الديباج المذهب، بيروت، دار الكتب العلمية، دت، ص ١٠٢) (الأعلام: ٩/٦).

(٢) المقصود بالآية قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْمَاءِ أَوْ لَبَسْتُمْ مِنْ نِسَاءٍ فَلَمْ تجدُوا مَاءً فَامْسَحُوا بِطَيْبٍ مِمَّا بَدَنُكُمْ وَأَيْدِيكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُوًّا غَفُورًا ﴾ [النساء: ٤٣].

لمشقة تلحقه، فإن قلنا إن المشقة من غير مرض توجب الترخص كان كالمريض وإلا فكالصحيح، انتهى كلام العوفي .

وفي تخطيطه لبعض المعاصرين نظر، لاحتمال أن يقال إن المريض الذي يندرج في مضمون الآية هو الذي لا يقدر على مس الماء مطلقاً، وهذا ليس كذلك، وإنما تعذر عليه مس الماء البارد فقط، وأما المسخن فهو الذي يقدر على استعماله، لأنه باعتبار ذلك الوجه من القادرين على استعمال الماء وبه يخرج عن مضمون الآية .

فإذا كان تشاغله بتحصيل ذلك الوجه لا يُقيِّتُ الوقت فواضح، وإن كان يقيته صح إجراء الخلاف فيه مما ذكر بعض العصريين، والله تعالى أعلم^(١) .

لقد رأى العوفي أن المكلف في هذه النازلة يدخل تحت حكم الآية فينطبق عليها حكمها، بينما يرى أبو القاسم المشدالي، أنه لا يندرج في مضمون الآية، لأن المريض المعني في الآية، هو الذي لا يقدر على مس الماء مطلقاً، بينما هو ليس كذلك، فلم يتعذر عليه إلا مس الماء البارد فقط، وبذلك يطالب باستعمال الماء من الوجه الذي يقدر عليه وفرضه الوضوء لا التيمم .

النازلة الثالثة - الصلاة بالتيمم لمن ينتقض وضوؤه عند مس الماء :

وسئل أيضاً (أبو القاسم البرزلي)^(٢) عن قول اللخمي : سئلت عن

(١) الونشريسي، المعيار المعرب: ٦٧/١ .

(٢) البرزلي (٧٤٠ - ٨٤٤هـ، ١٢٣٩ - ١٣٤٣م) هو أبو القاسم بن أحمد بن المعتل البلوي القيرواني التونسي، المالكي، الشهير بالبرزلي، فقيه، ولد في حدود سنة ٧٤٠هـ ورحل إلى القاهرة، صار إماماً بالزيتونة، وأفتى ووعظ، وتوفي بتونس، من آثاره: الديوان الكبير في الفقه، النوازل، الفتاوى؛ معجم المؤلفين: ٦٣٧/٢؛ الأعلام: ١٧٢/٥ .

رجل إن توضعاً لم تسلم له صلاته حتى تنتقض طهارته ، وإن تيمم لا يحدث له شيء حتى تنتقض صلاته ، فرأيت أن صلاته بالتيمم أولى . فأشكل ذلك على السائل بسبب أن خروج الحدث عند الملاقاة للماء وعدم خروجه مع ترك الملاقاة دليل على أنه خارج على غير الصحة والاعتقاد ، وكل ما كان هكذا فكيف ينقض على أصل المذهب؟ نعم جوابه يجري على قول ابن عبد الحكم في الذي لا يملك خروج الريح منه إن صلى فإنما يصلي جالساً .

فأجاب : الذي ثبت كونه من السلس غير ناقض هو السلس الذي لا انفكاك للمكلف عنه ، على الوجوه التي ذكروها ، ولا حيلة في رفعه ولا طهارة تسلم معه ، وأما مسألة اللخمي فليس الكائن فيها بهذه الحيثية لأن المكلف إن لم يتسبب فيه لم يقع فيمكن له ثبوت الطهارة الترابية مع سلامته منه ، والسلس الذي ذكروه لا يمكن ذلك فيه ولا أقل من أن يكون هذا مرجحاً لما ذكروه إن لم يكن تاماً ، ولا يمكن قياس مسألته على المسألة المشهورة لقيام الفارق الذي ذكرناه والله تعالى أعلم^(١) .

عندما قام الفارق لدى البرزلي بين هذه الحالة والسلس لم يرَ أنها تندرج تحت حكم السلس ، وذلك لأن هذه الحالة إن لم يتسبب فيها المكلف لم تقع ، بينما في السلس لا يمكن ذلك فيه ، لذلك عدل بها عن حكم السلس إلى حكم التيمم ، فأثبت له الطهارة الترابية مع سلامته من انتقاض وضوئه ، وذلك لعدم تحقق مناط السلس فيه .

النازلة الرابعة - تعطى الزكاة للفقير ولو كان له ولد غني :

وسئل السيوري^(٢) عن أحد الأبوين فقير له ولد غني يأبى أن يطلب

(١) الونشريسي ، المعيار المعرب : ٣١ / ١ .

(٢) هو أبو القاسم عبد الخالق بن عبد الوارث ، خاتمة علماء أفريقيا وآخر شيوخ القيروان ، ذو البيان البديع في الحفظ والقيام على المذهب والمعرفة بخلاف العلماء ، كان فاضلاً ، =

نفقته منه ، هل يعطى من الزكاة؟ .

فأجاب : بأنه يعطى من الزكاة ، قيل لأنها لا تجب له إلا بالحكم فإذا ، ترك الطلب فكأنه لم يكن له ولد^(١) إن الحكم العام يقتضي وجوب نفقة الابن الغني على أبيه إذا كان فقيراً ، إلا أن هذه الصورة يرى السيوري أنها لا تدرج تحت ذلك الحكم العام ، لقيام خصوصية في الأب أخرجته من ذلك ، وهو إياؤه طلب النفقة ، والحال أن النفقة لا تجب إلا بالحكم ، فأصبح الأب بذلك كأنه لم يكن له ولد ، وعُدَّ من جملة الفقراء ، ومن ثم جازت له الزكاة لفقره وهو ملحوظ دقيق من السيوري .

النازلة الخامسة - تدفع الزكاة لأهل البيت إن خيف عليهم الضياع :

سئل سيدي محمد بن مرزوق^(٢) عن رجل شريف أضر به الفقر ، هل يواسى بشيء من الزكاة أو صدقة التطوع؟ وقد علمتم ما في ذلك من الخلاف ، وحالة هذا الرجل وغيره من الشرفاء عندنا ، لا سيما من له عيال تحت فاقة .

فالمراد ما نعتمده في ذلك من جهتكم فإني وقفت على جواب الإمام ابن عرفة^(٣) قال فيه : المشهور من المذهب أنهم لا يعطون من الزكاة ،

= أديباً ، نظاراً ، زاهداً ، له تعليقات على المدونة ، طال عمره فكانت وفاته سنة ٤٦٠هـ - بالقيروان (الديباج المذهب ، ص ١٥٨) .

(١) الونشريسي ، المعيار المعرب : ١ / ٣٦٧ .

(٢) محمد بن مرزوق (٧٦٦ - ٨٤٢هـ ، ١٣٦٤ - ١٤٣٩م) هو محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن أبي بكر بن مرزوق الحفيد ، التلمساني (شمس الدين أبو عبد الله) فقيه أصولي ، محدث ، مفسر ، صوفي ، مقرئ ، لغوي ، بياني ، عروضي ، ناظم ، رحل إلى الحجاز والمشرق ، وتوفي بتلمسان ، من تصانيفه : أنوار الدراري في مكررات البخاري - روضة الأريب في شرح التهذيب ؛ (معجم المؤلفين : ٣ / ٩٧ ؛ نيل الابتهاج ، ص ٢٩٣ وما بعدها ؛ الديباج المذهب ، ص ٣٠٥) .

(٣) ابن عرفة (٧١٦ - ٨٠٣هـ ، ١٣١٦ - ١٤٠١م) هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي المالكي ، ويعرف بابن عرفة (أبو عبد الله) ، مقرئ ، فقيه ، أصولي ، بياني ، =

وبذلك احتج علي من تكلمت معه في ذلك من طلبه بلدنا، فقلت له: إن وقفنا مع هذا وشبهه مات الشرفاء وأولادهم وأهاليهم هزالاً، فإن الخلفاء قصرُوا في هذا الزمان في حقوقهم ونظام بيت المال، وصرف ماله على مستحقه فسد. والأحسن عندي أن يرتكب في هذا أخف الضررين، ولا ينظر في حضرة رسول الله ﷺ حتى يموتوا جوعاً، فعارضني بما قلت لكم، وبما قاله الشيخ ابن رشد في الأجوبة.

فأجاب: المسألة اختلف العلماء فيها كما علمتم، والراجح في هذا الزمان أن يعطى، وربما كان إعطاؤه أفضل من إعطاء غيره، والله تعالى أعلم^(١).

الأصل في أهل البيت أنهم لا يعطون من الزكاة، ولكن بالنظر إلى ما ألوا إليه من فاقة وفقر بسبب فساد نظام بيت المال، وصرف ماله على مستحقه كان الأولى إعطاءهم، لذلك رأى محمد بن مرزوق أن يعطى ذلك الرجل الشريف - بما وصف من حاله - الزكاة، لأن تطبيق حكم الأصل عليه يؤدي إلى الضرر به، ومناف لقصد الشارع في إعفاف أهل البيت بتنزيههم عن أخذ مال الزكاة.

النازلة السادسة - الجهاد أفضل من الحج في حق الأندلسيين:

وسئل ابن رشد عن لم يحج من أهل الأندلس في هذا الوقت؛ هل الحج أفضل له أو الجهاد، وكيف لو حج الفريضة؟.

فأجاب: فرض الحج ساقط في زماننا هذا عن الأندلس لعدم

= منطقي، متكلم، فرضي، تولى إمامة الجامع الأعظم وتوفي بتونس، من تصانيفه: المبسوط في الفقه المالكي، مختصر الفرائض، مصنف في المنطق، المختصر الشامل في أصول الدين.

(١) الوثريسي، المعيار المعرب: ٣٩٥/١.

الاستطاعة، وهي القدرة على الوصول مع الأمن على النفس والمال، وإذا سقط الفرض صار نفلاً مكروهاً للضرر، فبان أن الجهاد الذي لا تحصي فضائله أفضل، وهو أبين من أن يسأل عنه، وموضع السؤال فيمن حج الفريضة والسبيل مأمونة، هل الحج أفضل أو الجهاد؟.

وأختار الجهاد لما ورد فيه من الفضل العظيم، وأما من لم يحج وسبيله مأمونة فيتخرج على الفور أو على التراخي، وهذا ما لم يتعين فرض الجهاد، فإن تعين فهو أفضل من حجة الفريضة قولاً واحداً.

وأما غير أهل الأندلس كالعدوتين، فإن خافوا على أنفسهم وأموالهم فهم كأوليين، وإن لم يخافوا فالجهاد عندي لهم أفضل من تعجيل الحج، إذ هو على التراخي على الصحيح مما تدل عليه مسائل المذهب، وهذا في غير من يقوم بفرض الجهاد، وأما من قام بفرضه من أجناد المسلمين فالجهاد واجب عليهم، إذ لا يجب تعجيل الحج عليهم.

وأجاب الأستاذ أبو بكر الطرطوشي^(١) بأنه حرام على أهل المغرب، فمن خاطر وحج فقد سقط فرضه ولكنه آثم بما ارتكب من الغرر^(٢).

هكذا قد يكون الشيء واجباً في الحالة العادية، فينقلب في حق مكلف ما، في حالة ما، حراماً يآثم على إتيانه، وكل ذلك يعرف بعد تحقيق المناط في حالة المكلف، وما هو الفرض عليه باعتبار الوقت والحال، وما هذه

(١) الطرطوشي، أبو بكر (٤٥١ - ٥٢٠ هـ، ١٠٥٩ - ١١٢٦ م) هو محمد بن الوليد بن محمد ابن خلف بن سليمان بن أيوب الفهري المالكي المعروف بالطرطوشي (أبو بكر) فقيه، أصولي، محدث، مفسر، نشأ في طرطوشة بالأندلس، ورحل إلى المشرق فدخل بغداد والبصرة، وسكن الشام، توفي بالإسكندرية، من تصانيفه: سراج الملوك، مختصر تفسير الثعالبي، شرح رسالة ابن أبي زيد، سراج الملوك والخلفاء ومنهاج الولاية والأمراء؛ (معجم المؤلفين: ٧٦٢/٣؛ شذرات الذهب: ٦٢/٤).

(٢) الونشريسي، المعيار المعرب: ٤٣٢/١ - ٤٣٣.

المسألة إلا دليلاً على ذلك ، إذ نظر فيها حال ذلك الزمان وأهله ، لذلك أفتوا بما يناسب حالهم ، وما هو فرض الوقت في حقهم هل الجهاد أم الحج .

النازلة السابعة - جواز بناء المسجد على القبور الدائرة :

وسئل أبو سعيد بن لب^(١) عن البناء على المقابر ، مثل أن يبني عليها مسجد أو صومعة ؟ .

فأجاب : أما مسألة البناء على المقابر ؛ بناء مسجد أو صومعة ، فقد قال مالك في مقبرة دائرة بني فيها مسجد يصلى فيه : لا بأس به ، وإنما أباحوه في الدائرة دون الجديدة ، لأنها يخاف في الجديدة نبش العظام ، وذلك لا يجوز ، فإن أمن من ذلك بأن يكون البناء فوق القبور دون حفر يصل إلى مواضع العظام فذلك جائز ، وما في الحديث من النهي عن اتخاذ القبور مساجد ، وإنما ذلك مخافة أن تعبد القبور ، كما كان اتفق لمن سلف قبل هذه الأمة ، أما إذا كان المقصود عبادة الله مع الأمن من ذلك الخوف في هذه الأزمنة ، فلا حرج إلا من ناحية نبش العظام خاصة^(٢) .

إن هذه الصورة من بناء المساجد على القبور الدائرة ، لا يتعدى إليها حكم أصلها في النهي عن اتخاذ القبور مساجد ، لعدم تحقق العلة فيها وهي مخافة أن تعبد القبور ، فإذا كان المقصود عبادة الله مع الأمن من ذلك الخوف ، جاز ذلك ، بالإضافة إلى أن الدائرة لا يخاف فيها نبش العظام بخلاف الجديدة ، وكل ذلك يعرف بعد تحقيق المناط بمعنى العلة .

(١) هو فرج بن قاسم بن أحمد بن لب ، أبو سعيد التغلبي الغرناطي ، من الفقهاء ، انتهت إليه رئاسة الفتوى في الأندلس ، ولي الخطابة بجامع غرناطة ، له كتاب في (الباء الموحدة) والأجوبة الثمانية ، وأرجوزة في الألفاظ النحوية ، ورسالتان في الفقه ؛ (الأعلام : ١٤٠/٥ ؛ نيل الابتهاج ، ص ٢١٩) .

(٢) النشرريسي ، المعيار المعرب : ٧/٢٠٤ - ٢٠٥ .

النازلة الثامنة - حكم القيام للناس :

سئل ابن رشد عن القيام للناس هل يباح أو يكره؟ وهل يستوي في حكمه الوالد والفقير والصالح؟ وصار الأمر فيه اليوم إلى أنه إذا دخل شخص على قوم أو اجتاز بهم، فمن لم يقم له عده متهاوناً به منكراً عليه وحقد عليه، فما الحكم بهذا الاعتبار؟ .

فأجاب: لا بأس بقيام الإكرام والاحترام، وقد قال ﷺ للأَنْصار: «قوموا إلى سيدكم»^(١).

يعني سعد بن معاذ^(٢) وكذلك لبني قريظة، فلا بأس بالقيام للوالدين والعلماء والصالحين، وأما في هذا الزمن فقد صار تركه مؤدياً إلى التباغض والتقاطع والتدابير، فينبغي أن يفعل رفعا لهذا المحذور، لأن تركه قد صار وسيلة إلى هذا.

وقد قال ﷺ: «لا تقاطعوا ولا تدابروا ولا تباغضوا، وكونوا عباد الله إخواناً كما أمركم الله»^(٣)، فهذا لم يؤمر به لعينه، بل لكونه صار تركه وسيلة لهذه المفساد في هذا الوقت، ولو قيل بوجوبه لم يكن بعيداً، لأنه قد صار تركه إهانة واحتقاراً لمن جرت العادة بالقيام له، والله أحكام تحدث عند

(١) رواه البخاري عن أبي سعيد في كتاب الاستئذان، باب قول النبي ﷺ: «قوموا إلى سيدكم» رقم (٦٢٦٢).

(٢) هو سعد بن معاذ بن النعمان بن امرئ القيس بن زيد بن عبد الأشهل بن الحارث بن الخزرج، اسمه عمرو بن مالك بن الأوس الأنصاري الأوسي، أمه كبشة بنت رافع، لها صحبة. أسلم على يد مصعب بن عمير، شهد بدرأ وأحدأ والخندق، ورمي فيه سهم فعاش بعد ذلك شهراً ثم انتقض جرحه فمات منه سنة (٥ هجرية)؛ (ابن الأثير، أسد الغابة: ٤٦١/٢؛ ابن حجر، تهذيب التهذيب، ص ٤٢٠).

(٣) رواه البخاري عن أنس بن مالك في كتاب الأدب، باب ما ينهى عن التحاسد والتدابير، رقم (٦٠٦٥)؛ أبو داود في كتاب الأدب برقم (٤٩١٠).

أسباب لم تكن موجودة في الصدر الأول والله أعلم .

- وسئل عن القيام والإكرام والاحترام لمن ينبغي أن يفعل أو يترك من المسلمين والكفار ، وحكم الألقاب وتنكيس الرؤوس في السلام؟ .

فأجاب: لا بأس بالقيام لمن يرجى خيره ويخاف شره من أهل الإسلام، وأما الكفار فلا يقام لأحد منهم، لأننا أمرنا بإهانتهم وإلزامهم بإظهار الصغار، وكيف لا نفعل ذلك بمن يكذب الله ورسوله، فإن خفنا من شرهم ضرراً عظيماً فلا بأس من ذلك، لأن التلفظ بكلمة الكفر جائز عند الإكراه، وأما إكرامهم بالألقاب الحسان فلا يجوز إلا لضرورة أو حاجة ماسة، وينبغي أن يهان الكفرة والفسقة زجراً عن كفرهم وفسقهم وغيره لله عزَّ وجلَّ، وما يفعله الناس من تنكيس الرؤوس فإن انتهى إلى حد أقل الركوع فلا يفعل، كما لا يفعل السجود لغير الله عز وجل، ولا بأس بما يقصر عن حد الركوع لمن يكرم من أهل الإسلام، وإذا تأذى مسلم أمرنا بإكرامه بترك القيام، والأولى أن يقام له، فإن تأذيه بذلك يؤدي إلى العداوة والبغضاء، وكذلك التلقيب بما لا بأس به من الألقاب^(١).

وهذا تحقيق للمناط في الأحكام بالنظر إليها باعتبار حال دون حال، ووقت دون وقت، أي بإدخال عنصر الزمان والمكان والحال، فقد يكون الشيء حكمه الأصلي الإباحة فينقلب إلى واجب أو حرام، مثلاً باعتبار تحقق مقصده منه، أو عدمه، وكذلك في نازلتنا هذه دخلت عوامل أخرى اقتضت من المجتهد أن ينظر إليها باعتبار مآل الحكم فيها عند التطبيق .

هذه جملة من التطبيقات الفقهية أوردناها كما هي، حتى تكون نموذجاً لكيفية إعمال أصل تحقيق المناط عند ابتغاء تنزيل الأحكام الشرعية العامة المجردة على الوقائع النازلة في حياة الناس، أفراداً وجماعة، وهو منهج في

(١) الونشريسي، المعيار المعرب: ١٢/٣٢٠-٣٢١.

التنزيل كثيراً ما يغفل عنه من أوكل إليه هذا الأمر، فيعمد إلى تطبيق الحكم الشرعي العام المجرد على الوقائع دون التفات إلى ملابسات الواقعة، وما تقتضيه من استثنائها من حكمها الأصلي، أو اندراجها تحت حكم آخر أكثر مناسبة لها في تحقيق مقصود الحكم فيها، إلى غير ذلك من أنظار قد يتطلبها الاجتهاد بالقضاء، أو الفتوى، أو غير ذلك من أغراض تطبيق الأحكام الشرعية في واقع الناس، بما يؤدي إلى ضبط أقوالهم، وأفعالهم، ومختلف تصرفاتهم، وفق ضوابط الشريعة ومقاصدها، بما يجعل حياة الناس على استقامة، وصلاح في الدنيا، وفوز ونعيم في الآخرة، وهذا ما تبغيه الشريعة السمحة من تشريع مختلف أحكامها، سواء أكانت اعتقادية أم عملية .

* * *

التأسيس لفقه النوازل ومنهج الإمام الشاطبي

النوازل وفتح باب الاجتهاد:

إن الوقائع في الوجود لا تنحصر، فلا يصلح دخولها تحت الأدلة المنحصرة، ولذلك احتيج إلى فتح باب الاجتهاد من قياس وغيره. فلا بد من حدوث وقائع لا تكون منصوصاً على حكمها، ولا يوجد للأولين فيها اجتهاد.

وعند ذلك: فإما أن يترك الناس فيها مع أهوائهم، أو ينظر فيها بغير اجتهاد شرعي - وهو أيضاً اتباع للهوى - وذلك كله فساد. فلا يكون بدُّ من التوقف لا إلى غاية - وهو معنى تعطيل التكليف، وهو مؤدٍ إلى تكليف ما لا يطاق . . .

فإذاً: لا بد من الاجتهاد في كل زمان، لأن الوقائع المفروضة لا تختص بزمان دون زمان^(١).

وهذا الاجتهاد الذي يتوجه إلى ما يعرف (بتحقيق المناط) أي تحقيق العلة المتفق عليها في الفرع، وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله.

ومعناه: أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي . . . أي الكتاب أو السنّة أو الإجماع، لكن يبقى النظر في تعيين محله؛ أي تطبيقه على الجزئيات والحوادث الخارجية.

(١) الشاطبي، الموافقات: ١٠٤/٤.

فإذا أوصى بماله إلى الفقراء :

فلا شك أن من الناس من لا شيء له فيتحقق فيه اسم الفقر فهو من أهل الوصية .

- ومنهم من لا حاجة به ولا فقر وإن لم يملك نصاباً . . . وبينهما وسائط .

كالرجل يكون له الشيء ولا سعة له ، فينظر فيه :

هل الغالب عليه حكم الفقر أو حكم الغنى ؟ .

كذلك في فرض نفقات الزوجات والقربات :

إذ هو مفتقر إلى النظر في حال المنفق عليه والمنفق ، وحال الوقت ، إلى غير ذلك من الأمور التي لا تنضبط بحصر ، ولا يمكن استفتاء القول في آحادها .

ولأن كل صورة من صور النازلة نازلة مستأنفة في نفسها ، لم يتقدم لها نظير ، وإن تقدم لها في نفس الأمر فلم يتقدم لنا ، فلا بد من النظر فيها بالاجتهاد .

وكذلك إن فرضنا أنه تقدم لنا مثلها ، فلا بد من النظر في كونها مثلها أولاً ، وهو نظر اجتهاد أيضاً . وكذلك القول فيما فيه حكومة من أروش الجنایات وقيم المتلفات .

هذا وإن الشريعة لم تنص على حكم كل جزئية على حدها ، وإنما أتت بأمر كلية وعبارات مطلقة تتناول أعداداً لا تنحصر ، ومع ذلك فلكل معين خصوصية ليست لغيره ولو في نفس التعيين .

فلا يبقى صورة من الصور الوجودية المعيّنة إلاً وللعالم فيها نظر سهل أو صعب ، حتى يتحقق تحت أي دليل تدخل .

ومن القواعد القضائية: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)؛
فالقاضي لم يمكن الحكم في واقعة إلا بعد فهم المدعى من المدعى عليه؛
وهو أصل الفقهاء .

ولا يتعين ذلك إلا بنظر واجتهاد وردّ الدعاوى إلى الأدلة .

وهو تحقيق المناط بعينه .

فالحاصل: أنه لا بد من تحقيق المناط بالنسبة إلى كل ناظر وحاكم
ومفت، بل بالنسبة إلى كل مكلف في نفسه .

فإن العامي إذا سمع في الفقه: أن الزيادة الفعلية في الصلاة سهواً - من
غير جنس أفعال الصلاة أو من جنسها - إن كانت يسيرة فمغتفرة، وإن كانت
كثيرة فلا .

فوقعت في صلاته زيادة؟ فلا بد له من النظر فيها حتى يردّها إلى أحد
القسمين، ولا يكون ذلك إلا باجتهاد ونظر . . . فإذا تعين له قسمها تحقق له
مناط الحكم فأجراه، وكذلك سائر تكليفاته^(١) .

ولو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد لم تنزل الأحكام الشرعية على أفعال
المكلفين إلا في الذهن، لأنها مطلقات وعمومات وما يرجع إلى ذلك،
منزلات على أفعال مطلقات كذلك . . . والأفعال لا تقع في الوجود مُطلقة
وإنما تقع معينة مشخصة؛ فلا يكون الحكم واقعاً عليها إلا بعد المعرفة بأن
هذا المعين يشمل ذلك المطلق أو ذلك العام . . . وقد يكون ذلك سهلاً،
وقد لا يكون، وكله اجتهاد .

وعليه: فلا بد من الاجتهاد في كل زمان، إذ لا يمكن حصول التكليف
إلا به، فلو فرض التكليف مع إمكان ارتفاع هذا الاجتهاد لكان تكليفاً

(١) الشاطبي، الموافقات: ٩١/٤ - ٩٣ .

بالمحال وهو غير ممكن شرعاً، كما أنه غير ممكن عقلاً .

المصلحة الجزئية - والمصلحة الكلية في المسائل :

ثبت أن الشريعة تشتمل على مصلحة جزئية في كل مسألة ، وعلى مصلحة كلية في الجملة .

أما المصلحة الجزئية : فما يعرب عنها دليل كل حكم وحكمته .

وأما المصلحة الكلية : فهي أن يكون المكلف داخلاً تحت قانون معين من تكاليف الشرع في جميع تصرفاته ، اعتقاداً وقولاً وعملاً^(١) .

وقال ابن القيم :

والمفتي مخبرٌ عن الحكم الشرعي ، وهو إما مخبر عما فهمه عن الله ورسوله . . .

وإما مخبر عما فهمه عن كتاب أو نصوص من قلده دينه . وهذا لون ، وهذا لون .

فكما لا يسع الأول أن يخبر عن الله ورسوله إلا بما علمه ؛ فكذا لا يسع الثاني أن يخبر عن إمامه الذي قلده دينه إلا بما يعلمه^(٢) .

ما يشترط في الاستنباط من النصوص أو من المعاني :

الاجتهاد إن تعلق بالاستنباط من النصوص - فلا بد من اشتراط العلم بالعربية .

وإن تعلق بالمعاني - من المصالح والمفاسد - إنما يلزم العلم بمقاصد الشرع من الشريعة جملة وتفصيلاً خاصة .

(١) الشاطبي، الموافقات: ٤/ ١٣١ .

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين: ٤/ ٤٣٥ .

وجه هذا القول :

لأن المعاني المجردة، العقلاء مشتركون في فهمها فلا يختص بذلك لسان دون غيره . إذاً من فهم مقاصد الشرع من وضع الأحكام، وبلغ رتبة العلم بها، وإلى هذا النوع يرجع الاجتهاد المنسوب إلى أصحاب الأئمة المجتهدين كابن القاسم وأشهب في مذهب مالك .

وأبي يوسف ومحمد بن الحسن في مذهب أبي حنيفة .

والمزني والبويطي في مذهب الشافعي .

فإنهم - على ما حكى عنهم - يأخذون أصول إمامهم وما بني عليه في فهم ألفاظ الشريعة، ويفرغون المسائل ويصدرون الفتاوى على مقتضى ذلك - وقد قبل الناس أنظارهم وفتاويهم وعملوا على مقتضاها - خالفت مذهب إمامهم أو وافقته .

وإنما كان كذلك لأنهم فهموا مقاصد الشرع في وضع الأحكام^(١) .

تعلق الاجتهاد بالمناط :

وقد يتعلق الاجتهاد بتحقيق المناط؛ فلا يفتقر في ذلك إلى العلم بمقاصد الشارع، كما أنه لا يفتقر فيه إلى معرفة علم العربية .

والوجه في ذلك :

لأن المقصود من هذا الاجتهاد إنما هو العلم بالموضوع على ما هو فيه، وإنما يفتقر فيه إلى العلم بما لا يعرف ذلك الموضوع إلا به من حيث قصدت المعرفة، فلا بد أن يكون المجتهد عارفاً ومجتهداً من تلك الجهة التي ينظر فيها؛ ليتنزل الحكم الشرعي على وفق ذلك المقتضى^(٢) .

(١) الشاطبي، الموافقات: ٤/١٦٤ .

(٢) المصدر السابق: ٤/١٦٧ .

والحاصل: أنه إنما يلزم في هذا الاجتهاد المعرفة بمقاصد المجتهد فيه. فالحكم الشرعي أن من يعتريه المرض، أو يتأخر برؤيه بسبب استعمال الماء، يرخص له التيمم.

فإذا أردنا معرفة الحكم الشرعي لمريض يرخص له أو لا يرخص... فإننا لا نحتاج إلى اللغة العربية، ولا مقاصد الشرع في باب التيمم فضلاً عن سائر الأبواب، إنما يلزم أن نعرف بالطريق الموصل، هل يحصل ضرر فيتحقق المناط؟ أم لا؟...

ما يجوز النظر فيه وما لا يجوز:

ضابطه: إنك تعرض مسألتك على الشريعة، فإن صحت في ميزانها فانظر في مآلها بالنسبة إلى حال الزمان وأهله.

فإن لم يُقدِّ ذكرها إلى مفسدة فاعرضها في ذهنك على العقول، فإن قبلها فلك أن تتكلم فيها:

إما على العموم إن كانت مما تقبلها العقول على العموم.

وإما على الخصوص إن كانت غير لائقة بالعموم، وإن لم يكن لمسألتك هذا المساغ - فالسكوت عنها هو الجاري على وفق المصلحة الشرعية والعقلية^(١).

فيما يتعلق بالمجتهد من جهة فتواه:

المجتهد في فتواه مخبر عن الله كالنبي، ونائب عن النبي في تبليغ الأحكام، وهو شارع من وجه لأن ما يبلغه من الشريعة، إما منقول عن صاحبها، وإما مستنبط من المنقول، فالأول يكون فيه مبلغاً.

(١) الشاطبي، الموافقات: ٤/١٩١.

والثاني يكون فيه قائماً مقام صاحب الوحي في إنشاء الأحكام، وإنشاء الأحكام إنما هو للشارع .

فإذا كان للمجتهد إنشاء الأحكام بحسب نظره واجتهاده فهو من هذا الوجه شارع واجب إتباعه على وفق ما قاله . . .

- وبالجملة فالمفتي - في فتواه - مخبر عن الله كالنبي^(١) .

وعليه ، فالمفتي هو المتمكن من درك أحكام الوقائع على يسير من غير معاناة تعلم ، وإنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين :
إحدهما : فهم مقاصد الشريعة .

الثاني : التمكن من الاستنباط بناءً على فهمه فيها^(٢) .

المنهج في الفتوى والاجتهاد :

قال الشاطبي : المفتي البالغ ذروة الدرجة : هو الذي يحمل الناس على المعهود الوسط فيما يتعلق بالجمهور .

- فلا يذهب مذهب الشدة ، ولا يميل بهم إلى طرق الانحلال .

والدليل على صحة هذا : أنه الصراط المستقيم الذي جاءت به الشريعة ، وأن قصد الشارع من المكلف الحمل على التوسط من غير إفراط ولا تفريط - وهذا المذهب - كان المفهوم من شأن رسول الله ﷺ وأصحابه الأكرمين . . .

وقدر رسول الله على جماعة من أصحاب التبتل لما طلبوا منه ذلك . وقال لمعاذ لما أطال بالناس في الصلاة : أفتان أنت يا معاذ؟ . (أخرجه في التيسير عن الخمسة إلا الترمذي) .

(١) الشاطبي، الموافقات: ٤/٢٤٥ .

(٢) المصدر السابق: ٤/١٠٥ .

وقال: «إن منكم منفرين» (رواه البخاري في صلاة الجماعة).

وقال: «سدّدوا وقاربوا، واغدوا وروحوا وشيء من الدلجة، والقصد القصدَ تبلغوا» (رواه البخاري في كتاب الإيمان).

فعلى هذا: يكون الميل إلى الرخص في الفتيا بإطلاقه مضاداً للمشي على التوسط، كما أن الميل إلى التشديد مضاد له أيضاً.

وإذا ثبت أن الحمل على التوسط هو الموافق لقصد الشارع، وهو الذي كان عليه السلف الصالح... فليُنظر المقلّد أي مذهب كان أجرى على هذا الطريق فهو أخلق بالاتباع وأولى بالاعتبار - وإن كانت المذاهب كلها طرقاً إلى الله تعالى، ولكن الترجيح فيها لا بد منه، لأنه أبعد عن اتباع الهوى، وأقرب إلى تحرّي قصد الشارع في مسائل الاجتهاد^(١).

التوسعة في اجتهاد الرأي:

إن مسائل الاجتهاد قد جعل الله فيها سعة بتوسعة مجال الاجتهاد لا غير ذلك...

قال القاضي إسماعيل: إنما التوسعة في اختلاف أصحاب رسول الله ﷺ توسعة في اجتهاد الرأي.

فإما أن يكون توسعة أن يقول الإنسان بقول واحد منهم من غير أن يكون الحق عنده فيه فلا، ولكن اختلافهم يدل على أنهم اجتهدوا فاختلّفوا.

قال ابن عبد البر: كلام إسماعيل هذا حسن جداً.

هذا وإن الشريعة قد كملت، فلا يمكن خلو الوقائع عن أحكام الشريعة فتحرى أصحاب رسول الله ﷺ أقرب الوجوه عندهم إلى أنه المقصود الشرعي

(١) الشاطبي، الموافقات: ٤/٢٦١.

والفِطْرُ والأنظار تختلف، فوقع الاختلاف من هنا، لا من جهة أنه مقصود الشارع.

فلما اجتهدوا ونشأ من اجتهادهم في تحري الصواب الاختلاف، سهل على من بعدهم سلوك الطريق؛ فلذلك - والله أعلم - قال عمر بن عبد العزيز:

ما يسرني أن لي باختلافهم حُمرُ النعم. وقال: ما أحب أن أصحاب رسول الله ﷺ لم يختلفوا^(١).

* * *

(١) الشاطبي، الموافقات: ٤/١٣٠.

الخاتمة

ضرورة الاجتهاد الجماعي في فقه النوازل

وأخيراً . . . فلأنه تكون عملية الاجتهاد صادرة عن جماعة مؤهلين لها تأهيلاً علمياً رصيناً موزوناً، يصدر عن وعي سديد بمقاصد الوحي وسبل تحقيقها على أرض الواقع، ولا يتوقف الأمر عند أدوات فهم النصوص فحسب، ولكن يشتمل على ضرورة التمكن من أدوات فهم الواقع .

لذلك كان لا بد من ضبط مسار الاجتهاد في اتجاهين رئيسين يكمل بعضهما بعضاً، وهذان المساران هما :

أ- مسار فهم معاني نصوص الوحي - كتاباً وسنة واستنباط الأحكام من تلك النصوص .

ب- مسار تطبيق وتنزيل نصوص الوحي على الواقع اعتماداً على علوم ومعارف مساعدة على حسن التنزيل والتطبيق والاجتهاد - بناءً على هذا التصور - يستهدف تحقيق أمرين هما :

الأول : فهم النص (أو الاجتهاد النظري)، وغايته التوصل إلى حسن فهم معاني نصوص الوحي .

الأمر الثاني : تنزيل النص وتطبيقه على الواقع، والذي يمكن أن يسمى (الاجتهاد والتنزيل التطبيقي) وهدف هذا الاجتهاد التوصل إلى حسن تنزيل وتطبيق معاني نصوص الوحي المجسمة والمصورة في ذهن المجتهد على الواقع .

أصالة الاجتهاد الجماعي :

اعتماد الاجتهاد الجماعي بدلاً من الاجتهاد الفردي في قضايا الأمة
المصيرية :

فقد روى الإمام الطبراني في معجمه الأوسط عن علي - رضي الله عنه -
قال : قلت : يا رسول الله إن عرض لي ما لم ينزل فيه قضاء في أمره ولا سننه
كيف تأمرني؟ قال : تجعلونه شورى بين أهل الفقه والعابدين من المؤمنين ،
ولا تقض فيه برأيك خاصة^(١) ؛ ولهذا فلا غرو أن تكون طريقة الخليفة الأول
أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - وخليفته أمير المؤمنين عمر بن الخطاب
- رضي الله عنه - في الحكم والفتوى دعوة رؤوس المسلمين وعلمائهم ،
واستشاراتهم في النوازل والقضايا . وفي ذلك يقول الدارمي في مسنده عن
المسيب بن رافع : كانوا إذا نزلت بهم قضية ليس فيها من رسول الله ﷺ أمر ،
اجتمعوا لها وأجمعوا ، فالحق فيما رأوا^(٢) .

وإن المنهج الجماعي في الاجتهاد قد عصم الأمة من الزلات والهفوات
والأخطاء القتالة ، وكان ملاذاً في استكشاف واستنباط الحلول المناسبة
لمشاكلها الطارئة ، وقضاياها المصيرية الكبرى .

ولذلك كان تأسيس المجامع الفقهية لمناقشة قضايا الأمة الكبرى
ومستجدات العصر التي عمت بها البلوى ، بغية التوصل إلى موقف إسلامي
يرقى إلى درجة الإجماع يتفق فيه المجتمعون على رأي معين .

والله من وراء القصد .

الشيخ خليل محيي الدين الميس

(١) الطبراني ، المعجم الأوسط .

(٢) مسند الدارمي : ٤٦/١ .

سبل الاستفاده من النوازل «الفاوئى»
والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة

إعداد الدكتور
عبدالله الشيخ المحفوظ بن سبيح
أستاذ الدراسات الإسلامية بكلية الآداب
جامعة الملك عبد العزيز

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه .

(سبل الاستفادة من النوازل الفتاوى والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة).

تحت هذا العنوان طلب مني أن أكتب هذا البحث الذي أقدمه اليوم إلى أصحاب الفضيلة ، طالباً بين يدي الموضوع المعذرة عن الاختصار الذي قد يعتبره البعض مخللاً في موضوع متسع الأرجاء مترامي الأطراف لا يسعه إلا كتاب كامل ، وليس ذلك من طبيعة هذا النوع من الأعمال .

ومع ذلك فقد حاولت أن أقدم بحثاً مفيداً غير مستوعب ، وقسمته إلى ثلاث فصول :

الفصل الأول : تعريف النوازل والفتوى - لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره - وفي هذا الفصل أوضحنا معنى النازلة والفتوى لغة واصطلاحاً ومن هو المفتي ، وأصناف المفتين .

الفصل الثاني : تعرضنا للعمل الإقليمي عند المالكية ، فعرفناه بالحد مع النقول المتعلقة بتقديمه على الراجح والمشهور ، وتعرضنا لشروط إجراء العمل والمجالات التي يدخل فيها ، وذلك في سلسلة من المسائل تجيب عن كل ما يتعلق بالعمل .

الفصل الثالث : ذكرنا فيه تصورنا للاستفادة من الفتاوى والعمل

الفقهي في ثلاث طرق، وليس هذا العدد حصرياً، ولكنه توجيه للبحث في هذا الاتجاه الذي لم يتطرق إليه كثيراً إلى الآن على حد علمي :

- الطريق الأول : هي التعرف على ضوابط الإفتاء عن طريق استقراء نماذج معتمد أهل الفتوى قديماً وحديثاً.

- الطريق الثاني : هو استخلاص القواعد الكلية والجزئية التي اعتمدوا عليها للفتاوى، مع ملاحظة سياقها والتخريج عليها، لتكون أساساً نستفيد فيه من التطبيقات المعاصرة.

- الطريق الثالث : كان عن أمثلة من الفروع والفتاوى تمكن الاستفادة من عباراتها أو إشاراتها في القضايا المعاصرة.

وختمنا بحثنا بخاتمة، أو جزناً فيها نتيجة البحث ومساره.

وبالله سبحانه وتعالى التوفيق، وهو الهادي بمنه إلى سواء الطريق.

* * *

النوازل

النازلة: في اللغة هي اسم فاعل من نزل به ينزل إذا حل، تنزل الوصف منزلة للموصوف فأصبح اسماً (للشدة من شدائد الدهر)، كما ذكر صاحب المحكم واقتصر عليه في التاج، وتجمع على نوازل، وهو جمع مقيس في كل فاعله، سواء كانت اسماً أو وصفاً، قال ابن مالك فواعل لفوعل وفاعل - إلى قوله - وحائض وصاهل وفاعله .

ويجمع على نازلات قياساً أيضاً، قال أبو الطيب المتنبّي:

قد عرض السيف دون النازلات له وطاهر الحزم بين النفس والغيل

وأطلقت النازلة على الفتوى الفقهية، ويبدو لي أنها إنما تطلق عليها إذا كانت جواباً على قضية واقعة، وليست على قضية مفترضة يطرحها الطلبة على الفقيه لاقتناص الفائدة، وكثير استعمال فقهاء الغرب الإسلامي للفظ النوازل إلى جانب الفتوى والأجوبة بنسبة أقل، واستعملت النوازل في المشرق، مثل نوازل أبي الليث السمرقندي، كما استعمل الأحناف كلمة الوقاعات، وهو مصطلح يخصهم يستعمل مع النوازل كرديف مؤكداً؛ كنوازل وواقعات الناطقي .

فالنوازل من النزول أي الحلول، لأنه مسألة يجهل حكمها تحل بالفرد أو المجتمع أو للمح معنى الشدة لما يعانیه الفقيه في استخراج حكم النازلة، ولما كان السلف لشدة ورعهم يتحرجون من الفتوى ويسألون هل نزلت؟ .

فالنوازل إذن: هي وقائع حقيقية تنزل بالناس فيتجهون إلى الفقهاء

بحثاً عن الفتوى، فهي تمثل جانباً حياً من الفقه متفاعلاً مع الحياة المحلية لمختلف المجتمعات.

- أما الفتوى: فهي اسم مصدر من أفتاه في الأمر إذا أبانه له، وهي الإجابة على ما يشك فيه حسب عبارة الراغب، كما في التاج يقال: استفتى الفقيه فأفتاه والاسم الفتيا والفتوى ويجمع على فتاوى، وقد يفتح تخفيفاً كما نص عليه مرتضى.

وهي اصطلاحاً: تبين الحكم الشرعي عن دليل لمن سأل عنه^(١):

قال القرافي: إنها إخبار عن الله تعالى فالمفتي كالمترجم، قال المنهج بعد تعريف الحكم:

لأجل ما يصلح من دنيا وقد
من العبادات وما قد منعا
وما لآخره فيه اختلافاً
بأنه أهل بحكم شرعاً
اختص بالفتيا جميع ما ورد
منها وأسباب شروط جمعها
ورسمها إخبار من قد عرف
والحكم وهي في سواه اجتماعاً^(٢)
قال في التكميل:

إخبار الفتوى كمن يترجم والحكم إلزام كنائب اعلموا
وعند ابن القيم: بمنزلة الوزير الموقع عن الملك.

- فَمَنْ المفتي؟ وبأي شيء يفتي؟

- إنه معترك الأقلام ومزدحم الأفهام.

- فالمفتي الأول في الشرع هو النبي ﷺ، مبلّغاً عن الله تعالى:

(١) شرح المنتهى: ٤٥٦/٣؛ والموسوعة الفقهية: ٢٠/٣٢.

(٢) المنجور، ص ٦١٤.

﴿ وَاسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ ﴾ [النساء: ١٢٧]،
﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلْبَةِ ﴾ [النساء: ١٧٦].

وبعد عليه الصلاة والسلام تعاقب على الفتوى أصحابه الكرام وفي مقدمتهم الخلفاء الراشدون، وحفظت الفتوى عن مائة وثلاثين ونيف من الصحابة كما ذكر الإمام ابن القيم في إعلام الموقعين^(١)، وكما كان سبعة من الصحابة من المكثرين من الرواية، فإن سبعة منهم كانوا من المكثرين من الفتيا؛ وهم عمر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وعائشة أم المؤمنين وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم.

وقد أشرعت فتاوى الصحابة أبواباً عظيمة للتابعين ومن تبعهم بإحسان بينت المنهج السديد والطريق الملتب لكيفية تطبيق النصوص على الوقائع المتجددة، فسلك سبيلهم أئمة أعلام ساروا على دربهم وانسابوا في سربهم. ومر الزمان واتسعت الحادثات وتكاثرت الفتاوى وتنوعت الردود وتعددت المذاهب، فمن مقتفٍ لخطا الرعيل الأول شبراً بشبر وذراعاً بذراع وقد سميت هذه المدرسة بمدرسة أهل الحديث أو أهل الأثر. ومنهم من توسع في الفهم والتأويل واقترح أفكار المسائل، وولد النوازل فأعمل رأيه وركب مطية الاستنباط، ووسع جيوه وجر ذيوه، وهذه المدرسة تسمى بمدرسة الرأي. بالإضافة إلى أن كلتا المدرستين كان منها من أخذ بنصيب من أساليب ومفاهيم المدرسة الأخرى، حتى نشأت أصول تجمع بين الأثر والرأي ووضعت ضوابط الاستنباط، فكانت رسالة الشافعي في أصول الفقه في أواخر القرن الثاني نتاج الجدل الدائر بين مدرسة الأثر ومدرسة الرأي، وخطوة عظيمة نحو تأصيل التعامل مع النصوص وإقامة ميزان للاستدلال، ومع أن مدرسة الرأي تأخرت طويلاً في تقديم نظرتها الخاصة لتظهر في القرن

(١) إعلام الموقعين: ١٠/١.

الرابع مع أبي الحسن الكرخي والجصاص، فكانت إضافة مفيدة وفرت قاعدة للمقارنة الخصبية بين المدرستين، فكانت كتب أصول الفقه التي أُلِّفت في القرون اللاحقة ميداناً للمقارنة الخصبية بين المدرستين، فقد أُلِّف الساعاتي البغدادي (- ٦٩٤ هـ) كتابه بديع النظام الجامع بين كتاب البيهقي والأحكام للآمدي وكانت أسس الفتوى وصفات المفتي تشغل حيزاً لا بأس به في مؤلفات هذه المدارس.

فالفتوى لها شأن عظيم في الإسلام فهي خلافة للنبي ﷺ في وظيفة من وظائفه في البيان عن الله تعالى، فبقدر شرفها وأجرها يكون خطرها ووزرها لمن يتولاها بغير علم، ولهذا ورد الوعيد، ففي حديث الدارمي عن عبيد الله ابن جعفر مرسلًا: «أجرؤكم على الفتيا أجرؤكم على النار».

والفتوى أعمّ من الحكم، إذ أن الأحكام قسمان: منها ما يقبل حكم الحاكم مع الفتوى فيجتمع الحكمان، ومنها ما لا يقبل إلا الفتيا^(١).

أما القسم الثاني فهو العبادات والمشار إليها بأمر الآخرة، وقد بين القرافي خير بيان في الفرق بين قاعدة الفتوى وبين قاعدة الحكم، فالفتوى تدخل في الأحكام الاعتقادية، وتدخل في الأحكام العملية جميعها من عبادات ومعاملات وعقوبات وأنكحة، وتدخل في الأحكام التكليفية من واجبات ومحرمات ومندوبات ومكروهات ومباحات، وتدخل في الأحكام الوضعية من أسباب وشروط وموانع وصحة وفساد^(٢).

الفرق بين علم الفقه وعلم الفتوى والقضاء:

إن علم الفتوى والقضاء أخص من علم الفقه، وقد أوضح ذلك الإمام ابن عرفة، حيث قال: «علم القضاء والفتوى أخص من العلم بالفقه، لأن

(١) المنجور، ص ٦١٦.

(٢) الفروق للقرافي: ٤٨/٤ وما بعدها.

متعلق الفقه كلي من حيث صدق كليته على جزئيات ، فحال الفقيه من حيث هو فقيه كحال عالم بكبرى قياس الشكل الأول فقط ، وحال القاضي والمفتي كحال عالم بها مع علمه بصغراه ولا خفاء أن العلم بها أشق وأخص ، وأيضاً فقها القضاء والفتوى مبنيان على أعمال النظر في الصور الجزئية وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف الكامنة فيها ، فيلغى طردها ويعمل معتبرها»^(١) .

قال محرر هذا البحث : ويعنى بكبرى قياس الشكل الأول القضية الثانية التي يكون فيها الحد الوسط موضوعاً ، وهو نفسه المحمول في الصغرى التي تكون أولى في الترتيب .

وموضوع الصغرى هو الجزئي المقصود للتعرف على حكمه في النتيجة . وهاتان القضيتان تعتبران مقدمتين تنشأ عنهما النتيجة المطلوبة في الشكل الأول من الأشكال الأربعة المنتجة ، أما قوله الأوصاف الطردية والمعتبرة ؛ فيعنى بالطردية الأوصاف التي لا تصلح منطاً للحكم ، فهي مطرودة عن العلية أو التي لا تنبني على وجودها أو فقدانها ثمرة . أما الوصف المعتبر فهو المناسب الذي تترتب عليه الأحكام ويصلح للعلية .

وهذا الكلام نفيس جداً ، فهو ينبه على أن المفتي لا بد أن يكون بصيراً بالواقع ، مدركاً لجزئيات الوقائع ، حتى يستطيع تطبيق الأحكام والقواعد الفقهية ، فحفظ المسائل الفقهية لا يكفي إذالم يكن الفقيه قادراً على تطبيقها على الواقع ، وقادراً على الاستنباط من القواعد ، وقد شبه حفيد ابن رشد الفقيه الذي يحفظ المسائل ببائع الخفاف الذي عنده خفاف كثيرة لكنه ليس خفافاً ، لأنه لا يحسن أن يصنع خفافاً لمن لا يوافق قدمه ما عنده من الخفاف^(٢) .

(١) التسولي : ١٧/١ .

(٢) بداية المجتهد مع الهداية : ٣٧٦/٧ .

ومعرفة الواقع تارة يعبرون عنها بالعرف حتى لا يطبق الحكم في غير محله، حيث إن الحكم مبني على عرف تدور معه الفتوى فيغفل عنه، فيخطئ في التطبيق. وتارة يعبرون عنه بتحقيق المناط وهو حسن تطبيق القاعدة على أحاد صورها، ولذلك نقول كلمة عن هذين الدليلين اللذين يشترك فيهما المجتهد والمقلد.

بأي شيء تكون الفتوى؟

- الأصل في الفتوى أن تكون بالكتاب أو بالسنة الثابتة نصاً أو ظاهراً أو اقتضاء أو إيماء - أو إشارة إلى مفهوم موافقة أو مخالفة عند الثلاثة خلافاً لأبي حنيفة، وتكون الفتوى بالقياس على أصل قائم من الكتاب والسنة والقياس، الذي لا يختلف فيه القائلون بالقياس هو قياس العلة منصوطة أو مستنبطة لوجود مناسب معتبر مؤثراً أو ملائماً، وكذلك عن طريق السبر والتقسيم والدوران طرداً وعكساً على الأصح.

كما تستند إلى الإجماع الذي لا يعرف عن أصل من كتاب وسنة على الصحيح، كما - تستند عند بعض العلماء على الاستصحاب والمصالح المرسلة وسد الذرائع والاستحسان وقول الصحابي، وشرع من قبلنا عند من يقول بهذه الأدلة الثانوية على التفصيل المعروف - في كتب الأصول فلا نطيل به كل هذا بالنسبة للمجتهد، إلا أنه يوجد دليلان يشترك فيهما المجتهد والمقلد، وهما العرف والقياس المعتمد على تحقيق المناط؛ لهذا فلا بد من كلمة تختص بهذين الدليلين:

العرف: هو ما يتعارف عليه الناس كالمعروف والعارفة، وحجة العرف مستفادة من الكتاب والسنة قال تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۗ﴾ [البقرة: ٢٤١]، ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ الْمَوْسِعِ قَدَرُهُنَّ وَعَلَىٰ الْمُقْتَرِ قَدَرُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] وقال تعالى: ﴿مِنَ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، وفي الحديث

«خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف»، ومن ما يستدل به لحجية العرف السنة التقريرية؛ كتقرير النبي ﷺ للناس على صنائعهم وتجاراتهم. و«قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والستين»^(١).

وقد أقر ﷺ - القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية^(٢).

قال القرافي: «وأما العرف فمشارك بين المذاهب ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها»^(٣).

ولهذا اعتبرته المذاهب الفقهية، فقد ورد عن الأحناف رحمهم الله تعالى حمل بعضهم قوله عليه الصلاة والسلام: «الطعام بالطعام» على البر؛ لأنه كان طعامهم ذكر ذلك إمام الحرمين في البرهان^(٤).

وعن مالك أنه خصص قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ ﴾ [البقرة: ٢٣٣] بالعرف قائلاً: إن المرأة الشريفة لا ترضع بناء على العرف وهو يوجب الرضاع على غيرها^(٥).

أما الشافعي: (فالذي رآه أن عرف المخاطبين لا يوجب تخصيص لفظ الشارع)^(٦). ولكن الشافعي قد يأخذ بالعرف في ترتيب الأحكام على كلام الناس؛ قال الرافعي: «الشافعي يتبع مقتضى اللغة تارة وذلك عند ظهورها وشمولها وهو الأصل، وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد.

(١) متفق عليه.

(٢) رواه مسلم.

(٣) شرح تنقيح الفصول، ص ٤٨٨، ويُراجع كتاب (العرف) للشيخ عادل عبد القادر قوته، ص ١٢٩.

(٤) ٤٤٦/١.

(٥) القرطبي: ١٦١/٣.

(٦) البرهان: ٤٤٦/١.

وقال ابن عبد السلام قاعدة الإيمان البناء على العرف إذا لم يضطرب
فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة»^(١).

أما الإمام أحمد فإنه يقول في الجائحة: «إني لا أقول في عشر ثمرات
ولا عشرين ثمرة، ولا أدري ما الثلث، ولكن إذا كانت جائحة تعرف الثلث
أو الربع أو الخمس توضع»، وقال ابن قدامة أنه ظاهر المذاهب^(٢).

ما نقل يدل على أن العرف قد يكون أساساً لاستنباط الحكم فيخصص
العام في دليل الاستحسان، إلا أن العرف قد يكون أساساً لتغيير الفتوى، لهذا
فإن العلماء فيما يتعلق بالعرف لم يفرقوا بين مجتهد ولا مقلد.

قال في مراقى السعود في تعريف الاستحسان: «أو هو تخصيص بعرف
ما يعم ورعي الاستصلاح بعضهم يؤم».

ومن الواضح أنهم يرون أن المقلد يتصرف طبقاً للعرف، فيمكن أن
يراجع مذهب إمامه على ضوئه، بل إنه يخالف ظاهر النص بسبب اختلاف
العرف الذي كان قائماً عليه على خلاف في هذه المسألة لأنه من باب تحقيق
المناط، وبهذا الصدد نذكر اختلافهم في تغيير العرف بالنسبة لضمان
ما أتلفته الماشية، كما في حديث ناقة البراء، فإن على أهل الحوائط حفظ
حوائطهم بالنهار، وعلى أهل الماشية حفظ ماشيتهم بالليل، وفي حال تغيير
العرف بأن كان أهل الحوائط يحفظونها ليلاً وأهل الماشية يحفظونها نهاراً.

قال السيوطي: «كما لو جرت عادة قوم بحفظ زرعهم ليلاً ومواشيهم
نهاراً فهل ينزل ذلك منزلة العرف العام في العكس وجهان والأصح نعم»^(٣).

(١) السيوطي في الأشباه والنظائر، ص ٦٧.

(٢) المغني: ١٧٩/٦.

(٣) الأشباه والنظائر، ص ٦٧؛ العرف لعادل قوته، ص ٢١٥.

كذلك نجد أن أبا يوسف يرى جواز معيار العد فيما معياره الوزن عند تغير العادة مع ورود النص . قال الدر المختار : «وما نص الشارع على كونه كلياً: كَبْرَ وشعير وتمر وكل وملح، أو وزنياً: كذهب وفضة فهو كذلك لا يتغير أبداً. . . إلى قوله: لأن النص أقوى من العرف، فلا يترك الأقوى بالأدنى، وما ينص عليه حمل على العرف وعن الثاني اعتبار العرف مطلقاً ورجحه الكمال» .

قوله: ورجحه الكمال حيث قال: عقب ما ذكرناه ولا يخفى أن هذا لا يلزم أبا يوسف، لأن قصاره أنه كنصه على ذلك وهو يقول يصار إلى العرف الطارئ بعد النص بناء على أن تغير العادة يستلزم تغير النص، حتى لو كان ﷺ حياً نص عليه، وأطلق ابن عابدين حيث أوضح «أن النص معلول بالعرف فيكون هو المعتمد في أي زمن كان»^(١).

قال ابن القيم في (تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد): «هذا فصل عظيم النفع جداً وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها؛ فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث؛ فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله ﷺ»^(٢).

(١) حاشية ابن عابدين: ١١٢/٤ .

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين: ١١/٣ .

قال القرافي في (الأحكام): «إن إجراء الأحكام التي مدرکہا العوائد مع تغير تلك العوائد: خلاف الإجماع وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد: يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهليه الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهاد فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استثناء اجتهاد»^(١).

وتحقيق المناط :

والمناط: هو العلة من النوط إلى التعليق فالحكم معلق بها تقول ناط به نوطاً أي علقه قال حسان:

وأنت زنيم نيط في آل هاشم كما نيط خلف الراكب القدح الفرد

ويقال: هو منه مناط الثريا أي بعيد، وهو تحقيق العلة المتفق عليها في الفرع علة حكم ما في محله بنص أو إجماع، فيبين المجتهد وجودها في الفرع^(٢). قال في مراقي السعود: تحقيق علة عليها ائلتفا في الفرع تحقيق مناط عرفاه؛ كت تحقيق الطوافة في الفأرة فيحكم لها بحكم الهرة. وهو تطبيق القاعدة الشرعية المتفق عليها أو المنصوص عليها.

وتحقيق المناط لا ينقطع فيه الاجتهاد إذ لا يمكن التكليف به، كما قال الشاطبي، وأمثله كثيرة وهي التي ركز عليها الفقهاء^(٣).

وقال الشاطبي: «الاجتهاد على ضربين؛ أحدهما: لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع التكليف، وذلك عند قيام الساعة، والثاني: يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا.

(١) القرافي، الأحكام، ص ٢١٨.

(٢) شرح مختصر الروضة: ٢٣٣/٢.

(٣) نشر البنود: ٢٠٨/٢.

فأما الأول فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط، وهذا الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله، ومعناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله^(١).

فمن هو المفتي؟

قال في الدر المختار: «المفتي عند الأصوليين هو المجتهد؛ أما من يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفت، وفتواه ليست بفتوى بل هو ناقل»^(٢).

وأصل المفتي في اصطلاح علماء الأصول - كما في تحرير الكمال - هو المجتهد المطلق وهو الفقيه. قال الصيرافي: هو موضوع لمن قام للناس بأمر دينهم وعلم عموم القرآن وخصوصه وناسخه ومنسوخه، وكذلك في السنن والاستنباط، ولم يوضع لمن علم مسألة وأدرك حقيقتها. وقال - أي السمعاني -: هو من استكمل فيه ثلاثة شرائط: الاجتهاد والعدالة والكف عن الترخيص والتساهل.

ولكن بعض العلماء في العصور المتأخرة عزفوا عن اشتراط الاجتهاد في الفتوى؛ فقال السبكي: فيمن لم يبلغ رتبة الاجتهاد المطلق مراتب؛ إحداهما: أن يصل إلى درجة الاجتهاد المقيد فيستقل بتقدير مذهب إمام معين ونصوصه أصولاً يستنبط منها، نحو ما يفعل بنصوص الشارع، وهذه صفة أصحاب الوجوه، والذي أظنه قيام الإجماع على جواز فتيا هؤلاء وأنت ترى علماء المذهب ممن وصل إلى هذه الرتبة هل منعهم أحد من الفتوى أو منعوا هم أنفسهم منها؟.

- الثانية: من لم يبلغ رتبة أصحاب الوجوه لكنه فقيه النفس حافظ للمذهب قائم بتقديره، غير أنه لم يرتض في التخريج والاستنباط كارتياض

(١) الموافقات: ١٩/٤ - ٩٠.

(٢) الدر المختار: ٣٠٦/٤.

أولئك وقد كانوا يفتون ويخرجون، وما زال العلماء، يتدرجون حتى قال المازري في كتاب الأفضية: الذي يفتي في هذا الزمان أقل مراتبه في نقل المذهب أن يكون قد استبحر في الاطلاع على روايات المذهب وتأويل الشيوخ لها، وتوجيههم لما وقع فيها من اختلاف ظواهر واختلاف مذاهب، وتشبيههم مسائل بمسائل قد يسبق إلى النفس تباعدها، وتفريقهم بين مسائل ومسائل قد يقع في النفس تقاربها وتشابهها إلى غير ذلك مما بسطه المتأخرون في كتبهم وأشار إليه المتقدمون من أصحاب مالك في كثير من رواياتهم، فهذا لعدم النظار يقتصر على نقله عن المذهب.

ولكنهم نزلوا درجات أخرى لعموم الجهل، فاكتفوا بمعرفة تقييد مطلقات روايات المذهب، بأن تكون المسألة موجودة في التوضيح أو في ابن عبد السلام، كما يقول الحطاب وقد أشار في مراقي السعود إلى ذلك بقوله: بذل الفقيه الوسع أن يحصل ظناً بأن ذاك حتم مثلاً فذاك للمجتهد الرديف. قال في شرحه: يعني أن الفقيه والمجتهد مترادف في عرف أهل الأصول، والفقيه في عرف الفقهاء من تجوز له الفتوى من مجتهد ومقلد. ومن تجوز له الفتوى المجتهد المطلق، والمجتهد المقيد مجتهد مذهب كان أو مجتهد فتياً، وغير المجتهد إذا كان عالماً بالأصول أو جاهلاً لها بشرطه الآتي^(١).

- وبعد أن استكمل أوصاف المجتهد المطلق الذي هو أول من تجوز له الفتوى في قائمة المفتين شرع في بيان الآخرين بقوله:

منسفل الرتبة عنه يوجد	هذا هو المطلق والمقيد
فليس يعدوها على المحقق	ملتزم أصول ذاك المطلق
منصوصه أم لا حوى منقوله	مجتهد المذهب من أصوله
على نصوص ذلك الإمام	وشرطه التخريج للأحكام

(١) نشر البنود: ٣١٥/٢.

مجتهد الفتوى الذي يرجح قولاً على قول وذاك أرجح
لجاهل الأصول أن يفتي بما نقل مستوفي فقط وأما^(١)

- ذلك حال تطور نظرتهم إلى المفتي من مجتهد مطلق إلى مجتهد
مذهب أو فتوى، إلى فقيه النفس حافظ متبحر في الاطلاع على الروايات،
عارف بتخصيص عمومها وتقييد مطلقها إلى من يكتفي بحفظ ذلك من كتاب
يوثق به .

وهكذا نجد أن الفتاوى تغيرت مرجعيتها من حيث صفة القائم عليها
في كونه مجتهداً مطلقاً في الصدر الأول، إلى مقلد تفاوت رتبته بحسب
الزمان، وكذلك من حيث الدليل المعتمد الذي كان كتاباً وسنة أو قياساً،
إلى أن أصبح الدليل أقوال الإمام المقلد وقواعده، أو التخريج على أقواله
ورواياته .

ونعني بالتخريج: القول في المسألة التي لا نص فيها للإمام، بمثل
قوله في مسألة تساويها إذا نص المجتهد على حكم في مسألة لعله بينها
فمذهبه في كل مسألة وجدت فيها تلك العلة كمذهبه فيها .

قال في المراقي :

إن لم يكن لنحو مالك ألف قول بذى وفي نظيرها عرف
فذلك القول هو المخرج وقيل في الأخذ عليه حرج

وظهرت في كل مذهب إلى جانب كتب الفقه كتب الفتاوى والنوازل؛
كفتاوى السبكي وابن الصلاح في مذهب الشافعي والفتاوى الهندية وفتاوى
قاضيخان في المذهب الحنفي، وقد ذكر في (كشف الظنون) أكثر من مائة
وخمسين تأليفاً من الفتاوى وفي المذهب المالكي كفتاوى ابن رشد والبرزلي

(١) نشر البنود: ٣٢١/٢ .

وغيرهما . وستعرض بإشارة خاصة إليها ، وإلى المذهب الحنبلي مع فتاوى ابن تيمية .

- وقد حاولت مختلف المذاهب ضبط الفتاوى عندما لم تعد من خصائص المجتهد المطلق ، والفتاوى قد لا تكون نتيجة نازلة ولكنها تكون نتيجة توليد للمسائل .

وقد كان من السلف من يكره افتراض المسائل وتوليد الوقائع ، وقد كانوا يسألون عن المسألة هل نزلت؟ .

وكان مالك يكره ذلك ويكره رأيته؟ .

إلا أن أصحاب أبي حنيفة سلكوا منحى آخر في افتراض الصور الذهنية ، وهكذا وسعوا جيوب الفتوى ، وجروا ذيلها على مسائل وقعت وأخرى لم تقع ، وربما لن تقع أبداً ، إلا أنهم أثروا الفقه بتأليفهم ما سموه مسائل الأصول المروية عن الإمام وأصحابه ، وقد تضمنت كتب محمد بن الحسن الستة : المبسوط والزيادات والجامع الصغير والجامع الكبير والسير الكبير والصغير ، وهي التي تعرف بظاهر الرواية . وبقيت مسائل النوادر التي ليست في الكتب الستة ، ولكنها في غيرها وهناك مسائل الفتاوى والوقائع التي عرضت لعلماء الأحناف من غير الطبقة الأولى ، وهي ما استنبطها المجتهدون المتأخرون لما سئلوا عنها ، ولم يجدوا فيها رواية ، وهم أصحاب أبي يوسف ومحمد وأصحاب أصحابهم وهلم جرأ وهم كثيرون .

- فمن أصحابهما مثلاً : عصام وابن رستم ومحمد بن سماعه ، وقد يتفق لهم أن يخالفوا أصحاب المذهب لدلائل وأسباب ظهرت ، وأول كتاب جمع في فتواهم - فيما بلغنا - كتاب (النوازل) للفقير أبي الليث السمرقندي ، ثم جمع المشايخ بعده كتاباً آخر كمجموع النوازل والوقائع للناطقى^(١) .

(١) حاشية ابن عابدين باختصار وحذف : ٤٧/١ .

وحاول الأحناف ضبط الفتاوى، فقال صاحب تنوير الأبصار: «يفتى بقول أبي حنيفة على الإطلاق»، علق عليه ابن عابدين بقوله: أي سواء كان معه أحد أصحابه أو انفراد، لكن سيأتي قبيل الفصل أو الفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته. وعلق على قول صاحب الدر بقوله: (وهو الأصح) قائلاً: ما يأتي عن الحاوي وفي جامع الفصولين من أنه لو معه أحد صاحبيه أخذ بقوله، وإن خالفاه قيل كذلك، وقيل يخير إلا فيما كان الاختلاف بحسب تغير الزمان؛ كالحكم بظاهر العدالة وفيما أجمع المتأخرون عليه؛ كالمزارعة والمعاملة فيختار قولهما^(١).

وتوجيه هذا الكلام أن الأحكام تبتنى في كل إقليم وفي كل عصر على عرف أهله وهو مأخوذ من الفتح^(٢).

وقال بعد ذلك: وفي فتاوى ابن الشلبي لا يعدل عن قول الإمام إلا إذا صرح أحد المشايخ بأن الفتوى على قول غيره، وبهذا سقط ما بحثه في البحر من أن علينا الفتوى بقول الإمام وإن أفتى المشايخ بخلافه، وقد اعترضه محشية الخير الرملي^(٣)، وقال في تنوير الأبصار مع الدر المختار في بيع المعدوم، ومنه بيع ما أصله غائب؛ كجزر وفجل، أو بعضه كورد وياسمين ومرصاد، وجوزه مالك لتعامل الناس وبه، أفتى بعض المشايخ عملاً بالاستحسان^(٤). «ومقدار الوزن لا يعلم بالعد كما العكس وكذا قال العلامة البركوي في أواخر الطريقة المحمدية: أنه لا حيلة فيه إلا التمسك بالرواية الضعيفة. لكن شارحها سيدي عبد الغني النابلسي بأن العمل بالضعيف مع وجود الصحيح لا يجوز، وفي الكافي الفتوى على عادة الناس»^(٥).

(١) تنوير الأبصار: ٣٠٢/٤.

(٢) الحاشية: ٧١٩/٤.

(٣) المرجع السابق، ص ٣٠٣.

(٤) ١٠١/٤.

(٥) الحاشية: ١٨٢/٤.

وقال الأحناف: إن المتون مقدمة على الشروح، والشروح مقدمة على الفتاوى، والعمل على ما في المتون إذا تعارض ما في المتون والفتاوى فالمعتمد ما في المتون، كما في أنفع الوسائل، وكذا يقدم ما في الشروح على ما في الفتاوى^(١).

لكن مراجعة كتب الفتاوى؛ كالهندية وقاضيخان، تبرز بوضوح تأثير المتأخرين في ترجيح كفة الفتاوى وما يفتى به في بلخ وخوارزمية وغيرها. وأما المالكية فإنهم مع كراهية إمامهم رحمه الله تعالى لافتراض المسائل وتقدير الوقائع فإنهم في وقت مبكر اقتصوا آثار المدرسة العراقية الحنفية في افتراض المسائل عندما سلك أسد بن الفرات مسلك الأحناف في توليد المسائل بعد ملازمته لمحمد بن الحسن، فكان يطرح على ابن القاسم تلميذ مالك تلك المسائل فيجيبه عليها، فدوّن منها مدونة كبيرة عرفت باسم (الأسدية) عاد بها إلى إفريقيّا وقفا أثره سحنون بن سعيد الذي راجع المدونة على ابن القاسم وصححها فأسقط الكثير وأثبت فتاوى أخرى لابن القاسم، ودوّن ما أملاه عليه ابن القاسم وعاد به إلى بلاده ليصبح المرجع في الفتوى لدى أئمة المذهب في تونس وإفريقيّا بخاصة، حيث اختصره ابن أبي زيد القيرواني في مختصره، ولخصه أبو سعيد البرادعي في تهذيبه الذي اعتمده العلماء كما قال في طليحيته: واعتمدوا التهذيب للبرادعي، والمدونة في البرادعي، وقد شرحت المدونة وكثر التعليق عليها.

وإن كان أهل الأندلس أكثر اهتماماً بالعنينة وقد بينها ابن رشد في بيانه وتحصيله يراجع ابن خلدون في المقدمة.

فكانت هذه المدونات والمستخرجات وكتب ابن يونس واللخمي وابن أبي زيد وابن المواز مرجع النوازل والفتاوى في أقطار الشمال الأفريقي

(١) الحاشية: ٣١٧/٤.

والأندلس . إلا أن علم الفتاوى والنوازل كان له رواج كبير إلى جانب علم القضاء والتوثيق ، فقد كانت لكل علم من أعلام الفقه نوازله وفتاويه الخاصة في مسائل ترد عليه ، سواء في حضرة تونس أو القيروان أو فاس أو قرطبة .

ولعل أقدم النوازل بالغرب الإسلامي : نوازل القرويين ونوازل ابن رشد (الجد) وابن الحاج القرطبي ومذاهب الحكام في نوازل الأحكام لمحمد بن القاضي عياض قد جمعها من بطائق والده التي دونها تحت عنوان (أجوبة القرطبيين) ، ويرى بعض الباحثين أن فتاوى القاضي عياض كانت تشكل مدونة العمل السبتي الذي كان رائداً للعمل الفاسي والعمل الرباطي والعمل السوسي والعمل التطواني الذي استفيد من نوازل في الأحكام الشرعية بتطوان للفقهاء الحائك ، وقد أدمجها المهدي الوزاني في نوازله الصغرى^(١) .

وقد دونت هذه الفتاوى تارة مفردة أو مع غيرها كفتاوى ابن رشد ، وفتاوى البرزلي تلميذ الإمام ابن عرفة وغيرهما ، وقد ظهرت مؤلفات النوازل ككتاب (المعيار المغرب والجامع المعرب عن فتاوى أهل أفريقيا والأندلس والمغرب) للإمام الونشريسي أحمد بن محمد التلمساني نزيل فاس المتوفى سنة ٩١٤ هـ .

وهو جامع كبير جمع ثروة فقهية عظيمة وكان سجلاً تاريخياً واجتماعياً واقتصادياً لهذه المناطق ، وذلك ما يميز كتب النوازل بصفة خاصة هو لصوقها بالحياة وغوصها في أعماق المجتمعات وبحثها عن الحلول الفقهية لمشاكل البشر المتجددة مما أنشأ علم الفتاوى بأسلوبه المميز وضوابطه التي تميز بين الراجح والمشهور وما يجري به العمل ، وتقوم بعملية ترجيح بين الشيوخ ، ليكون المفتي على بصيرة من أمره وجليه في تصرفه . فقالوا : إن الراجح هو ما قوي دليله ، والمشهور ما كثر قائله وقيل : بترادفهما ولا بد أن

(١) يُراجع في بحثه (سبته في عصر القاضي عياض) ، دورة القاضي عياض : ٢٥٤/٢ .

يزيد نقلة المشهور على الثلاثة، كما في فتاوى عيش .

ورجحوا تشهير ابن رشد على ابن يونس وتشهير ابن يونس على اللخمي وسوا بين ابن رشد وعبد الوهاب البغدادي والإمام المازري وقدموا طبقة المصريين على طبقة المدنيين، وهذه على المغاربة وهؤلاء على العراقيين من أصحاب مالك وذكروا الكتب المعتمدة والكتب الضعيفة التي لا يرضى بها إلا من يرضيه ما يرضي أم الحليس .

أم الحليس لعجوز شهربة ترضى من اللحم بعظم الرقبة على حد استعارة النابغة الغلاوي في نظم الطليحة، وهو مع أصله نور البصر للهاللي مرجع في الترجيح والإفتاء مع إضافات والدنا - الشيخ المحفوظ في نظمه لمراتب الترجيح .

إلا أن الأهم في عملية الفتوى عند المالكية هو اعتماد العمل كمرجح أقوى من الراجح والمشهور، وهو العمل الفقهي الذي أخذ أصله عن عمل أهل المدينة، فما به العمل غير المشهور مقدم في الأخذ غير مهجور . وعمل أهل المدينة عند مالك هو من السنة العملية، وقد بين مالك في رسالته إلى الليث بن سعد تمسكه بعمل أهل المدينة حيث قال منكرأعلى الليث : بلغني أنك تفتي الناس بأشياء مخالفة لما عليه جماعة الناس في بلدنا الذي نحن فيه . . . ويضيف : وإنما الناس تبع لأهل المدينة . . . ثم يقول : فإذا كان الأمر بالمدينة ظاهراً معمولاً به لم أر لأحد خلافه . قال ابن القاسم وابن وهب : العمل عند مالك أقوى من الحديث .

واحتج المالكية بحديث : «المدينة كالكير تنفي خبثها وينصع طيبها» واحتجوا بأقوال الصحابة . قال القاضي عياض في المدارك : باب فضل عمل أهل المدينة وترجيحه على عمل غيرهم واقتداء السلف بهم قال زيد بن ثابت : إذا رأيت أهل المدينة على شيء فاعلم أنه السنة . قال ابن عمر : لو أن الناس إذا وقعت فتنة ردوا الأمر إلى أهل المدينة لصلح الأمر، ولكنه إذا نعت

ناعق اتبعه الناس . وأضاف : عن أبي بكر بن حزم : يا ابن أخي إذا وجدت أهل هذا البلد قد أجمعوا على شيء فلا يكن في قلبك شيء .

وقال ربعة : ألف عن ألف أحب إلي من واحد عن واحد .

وقد جرى في ذلك نزاع طويل معروف ، وقد فصل العلامة تقي الدين ابن تيمية في هذه المسألة ، فجعل ذلك على أربع مراتب :

-المرتبة الأولى : مايجري مجرى النقل عن النبي ﷺ ، مثل مقدار الصاع والمد وترك صدقة الخضراوات والأحباس فهذا مما هو حجة باتفاق العلماء .

أما الشافعي وأحمد وأصحابهما فهو حجة عندهم بلا نزاع ، كما هو حجة عند مالك وذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه . وذكر ابن تيمية ما جرى بين مالك وأبي يوسف لما اجتمع بمالك وسأله عن هذه المسائل وأجابه مالك بنقل أهل المدينة المتواتر ، فرجع أبو يوسف إلى قومه وقال : لو رأى صاحبي مثل ما رأيت لرجع مثل ما رجعت .

- وبعد نقل طويل يخلص إلى أن عمل أهل المدينة الذي يجري هذا المجرى حجة باتفاق المسلمين .

- المرتبة الثانية : العمل القديم بالمدينة قبل مقتل عثمان بن عفان رضي الله عنه فهذا حجة في مذهب مالك وهو المنصوص عن الشافعي ، وكذا ظاهر مذهب أحمد ، أن ما سنه الخلفاء الراشدون فهو حجة يجب اتباعها .

- المرتبة الثالثة : إذا تعارض في المسألة دليلان كحديثين أو قياسين جهل أيهما أرجح ، وأحدهما يعمل به أهل المدينة فيه نزاع ؛ فمذهب مالك والشافعي أنه يرجح بعمل أهل المدينة ، ومذهب أبي حنيفة أنه لا يرجح به ولأصحاب أحمد وجهان .

وانتهى إلى قوله : فهذه مذاهب جمهور الأئمة توافق مذهب مالك في الترجيح لأقوال أهل المدينة .

- وأما المرتبة الرابعة: فهي عمل المتأخرين بالمدينة، ورجح أنه ليس بحجة عند المحققين من أصحاب مالك ودافع شيخ الإسلام عن أهل المدينة دفاعاً قوياً، قال في ثنياه: «وإذا تبين أن إجماع أهل المدينة تفاوتت فيه مذاهب جمهور الأئمة علم بذلك أن قولهم أصح وأقوال أهل الأمصار رواية ورأياً، وأنه تارة يكون حجة قاطعة وتارة حجة قوية وتارة مرجحاً للدليل، وليست هذه الخاصية لشيء من أمصار المسلمين»^(١)، أي أكثر من مائة صفحة أجرى فيها مقارنة بين مذهب أهل المدينة وبين غيره، أثنى فيها على مالك وأصحابه، وختم ذلك بقوله: «فكذلك بيان السنة ومذهب أهل المدينة وترجيح ذلك على غيرها من مذاهب الأمصار أعظم أمور الدين عند ظهور بدع الجهال للمتبعين للظن وما تهوى الأنفس والله أعلم».

وأما ابن القيم ففرق بين نقل أهل المدينة واجتهادهم، فصحح النقل ورجح به وناقش في الاجتهاد ورد كثيراً من المسائل التي تركت لها الأحاديث لمخالفتها للعمل^(٢)، والذي يظهر لي والله أعلم أن عمل أهل المدينة تارة يكون عمل جميع علماء المدينة فيكتسب قوة ومكانة. وتارة يكون عمل بعضهم فيكون أضعف وقد يكون ذلك اختياراً للإمام مالك فيقتصر على كونه عملاً لأهل المدينة وهو عمل بعضهم ويكون قوله من باب العام يراد به الخاص فقد قال أبو عمر بن عبد البر في التمهيد في ترجمة ربيعة بن أبي عبد الرحمن: «وحدثنا مصعب قال: حدثنا الداروردي إذا قال مالك وعليه أدركت أهل بلدنا وأهل العلم ببلدنا، والأمر المجمع عليه عندنا؛ فإنه يريد ربيعة بن أبي عبد الرحمن وابن هرمز»^(٣). وبهذا يمكن أن نفهم كثيراً من القضايا التي حاول العلماء ردها لوجود مخالفة بعض علماء فيها المدينة لما ذهب إليه المالكية.

(١) يُراجع ذلك كله في الفتاوى: ٢٠/٢٩٤-٣٩٦، باختصار وحذف وتصرف.

(٢) إعلام الموقعين: ٢/٢٧٤.

(٣) التمهيد: ٤/٣.

ومن ناحية أخرى :

- توجد في غير مذهب مالك إشارات إلى الترجيح بالعمل دون ذكر قطر؛ ففي كتاب طبقات الحنابلة لأبي يعلى في ترجمة علي بن عثمان الحراني قال : سمعت أبا عبد الله يقول : شر الحديث الغرائب التي لا يعمل بها ولا يعتمد عليها^(١).

وفي رواية لأحمد بن حنبل لمسائل عن رفع اليدين في الصلاة، يروى عن النبي ﷺ وعن غير واحد من أصحابه : أنهم فعلوه إذا افتتح الصلاة وإذا أراد أن يركع وإذا رفع رأسه من الركوع . قلت له : فبين السجديتين؟ قال : لا ، قلت : فإذا أراد أن ينحط ساجداً؟ قال : لا ، فقال له العباس العنبري : يا أبا عبد الله أليس يروى عن النبي ﷺ أنه فعله؟ قال : هذه الأحاديث أقوى وأكثر^(٢).

كذلك عمل أحمد بحديث ضعيف وهو : «العرب أكفاء إلا حائكاً أو حجاماً»، فقيل لأحمد رحمه الله تعالى : كيف تأخذ به وأنت تضعفه؟ قال : العمل عليه قال الموفق أي أنه يوافق أهل العرف^(٣). وسئل الإمام أحمد عن حديث الزكاة «ومن أباهما فإننا أخذوها وشرط ماله عزيمة من عزمات ربنا» فقال : ما أدري ما وجهه . وسئل عن إسناده فقال : هو عندي صالح الإسناد^(٤). مما يدل على أن الإمام كان يلتفت إلى العمل .

- أما عمل الأمصار والأخرى غير المدينة :

فهو أمر لا نجده في غير مذهب مالك إلا أن اعتبار المفتي به التي نجدها

(١) كتاب طبقات الحنابلة لأبي يعلى : ٢٢٩/١ .

(٢) يُراجع كتاب طبقات الحنابلة لأبي يعلى : ٢٣٥/١ .

(٣) يُراجع كتاب العرف للشيخ عادل عبد القادر قوته : ١٢١/١ .

(٤) يُراجع المغني لابن قدامة : ٧/٤ ، طبعة هجر .

في ثنانيا كلام بعض المذاهب، وقد قدمنا بعض ذلك من مذهب أبي حنيفة، واعتبار العرف في الجملة، توعد بوجود عمل ما يختلف في الزمان والمكان.

- أما متأخرو المالكية فإنهم جعلوه مصدراً من مصادر الفتوى إلى جانب الراجح والمشهور، فهو مقدم عليهما حيث يرجح به القول الضعيف، وأنكره المقري والتلمساني.

وحقيقة إجراء العمل أنه: الأخذ بقول ضعيف في القضاء والفتوى من عالم يوثق به في زمن من الأزمان، ومكان من الأمكنة، لتحقيق مصلحة أو لدرء مفسدة، وقد يكون مسaire لعرف أو مجارة لرأي من له الأمر.

كما جرى عمل أهل قرطبة برد عمل السفه قبل الحكم عليه بالسفه بأمر بعض الأمراء. قال في نظم العمل:

ثم بقرطبة بالرد جرى عملهم بأمر بعض الأمراء
- إذا فالعمل الفقهي القطري من خصائص المذهب المالكي، حيث رجحوا به الضعيف ومحاوا به السقيم.

وهذه أقوال أهل المذهب في الترجيح بالعمل وفي تعريفه وأسباب جريانه وشروط إجرائه، قال الشيخ المسناوي: «وإذا جرى العمل ممن يقتدي به بمخالف المشهور لمصلحة وسبب فالواقع في كلامهم أنه يعمل بما جرى به العمل ممن يقتدي به، وإن كان مخالفاً للمشهور، وهذا ظاهر إذا تحقق استمرار تلك المصلحة وذلك السبب، وإلا فالواجب الرجوع إلى المشهور، هذا هو الظاهر»^(١).

قال السجلماسي نقلاً عن ابن فرحون في تبصرته: «كثيراً ما يوجد في كتب الموثقين في المسألة ذات الأقوال الذي جرى به العمل كذا.

(١) البناني: ١٢٤/٥.

ونصوص المتأخرين متواطئة، على أن ذلك مما يرجح به القول المعمول به». (انتهى وباختصار كثير).

والمراد بالعمل بالقول بحكم الأئمة به واستمرار حكمهم، قال الشيخ مصطفى في آخر باب القضاء من حاشيته نحوه قول الأجهوري في آخر باب الفلوس: «إن المراد بما به القضاء ما عمل به القضاة وحكموا به فهو في جملة ما به العمل».

وإذا كان القول المعمول به راجحاً بالعمل لم يجز للقاضي ولا للمفتي العدول عنه، وإن كان ما يعدل عنه مشهوراً.

قال سيدي عيسى السجستاني في نوازله - بعد أن وجه العمل الجاري في مسألة ذكرها - : فإذا اتضح لك توجيه ما جرى به العمل لزم إجراء الأحكام عليه، لأن مخالفة ما جرى به العمل فتنة وفساد كبير.

وفي مسائل النكاح في الدر الثير عن الشيخ أبي الحسن: أن القاضي لا يقضي بين المالكية إلا بمشهور المذهب، أو بما صحبه العمل من الموثوق بعلمهم ودينهم. ففي العطف بأو فيهما دليل على أنه يُقضى بالمشهور ما لم يجر العمل بغيره، فإن جرى بالشاذ قضى به وترك المشهور.

قال القاضي سيدي محمد المجاصي في بعض أجوبته: وخروج القاضي عن عمل أهل بلده ريبة قاذحة، لكن يقتصر من العمل على ما ثبت، ويسلك المشهور فيما سواه.

وقال سيدي عبد الله في مراقي السعود:

وقدم الضعيف إن جرى عمل به لأجل سبب قد اتصل^(١)

(١) نشر البنود: ٣٣٣/٢.

ومن المهم أن نعرف لماذا عدل العلماء عن المشهور والراجح إلى القول الضعيف؟ والجواب كما يقول السجلماسي في شرحه: «إن أصل العمل بالشاذ وترك المشهور الاستناد لاختيارات شيوخ المذهب المتأخرين لبعض الروايات والأقوال لموجب ذلك كما بسطه ابن الناظم في شرح تحفة والده ومن الموجبات تبدل العرف أو عروض جلب المصلحة أو درء المفسدة فيرتبط العمل بالموجب وجوداً وعمداً ولأجل ذلك يختلف باختلاف البلدان ويتبدل في البلد الواحد بتبدل الأزمان»^(١).

قلت: وما أشار إليه من تغيير العمل استناداً لاختيارات الشيوخ، يدل على أن العمل قد ينشأ عن اجتهاد ترجيحي، بمعنى أن الشيوخ قد يلاحظون ضعف مستند القول المشهور في المذهب، فيعتمد قولاً ضعيفاً قوي مستنده وهي مسألة لم يعرج عليها كثير ممن اهتموا بالعمل قديماً وحديثاً وقد وجدت لها أمثلة من ذلك: مسألة اشتراط الخلطة لإيجاب اليمين على المدعى عليه.

وهي مسألة تعتمد على زيادة غير ثابتة في حديث: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر إذا كانت بينهما خلطة»، وقد رفض علماء الغرب الإسلامي العمل بإيجاب الخلطة، فأوجبوا اليمين بدونها، قال البناني: «واعلم أن العمل جرى بثبوت اليمين، ولو لم تثبت خلطة، قاله أبو الحسن وابن عرفة وغيرهما»^(٢).

وقال الشيخ محمد المامي الموريتاني في مقدمة كتابه في عمل بلاد شنقيط الذي سماه كتاب البادية: «وما ألجأني إلى جذع نخلة هذا العلم الغريب إلا مخاض ضرورات أهل البادية وعوائدهم وهم قطر من المسلمين لهم ضرورات وعوائد والضرورات والعوائد مما تبنى عليه الأحكام» وقال:

(١) شرح نظم العمل المطلق: ٧/٢.

(٢) البناني، حاشية على الزرقاني: ١٣٧/٧.

«إن اتباع نص الرواية في بعض النوازل من الجهل» .

وأشدد من قصيدته (الدلفينية) التي يرد بها على مخالفيه من علماء
القطر :

وللنوازل أحوال وأزمنة تنوعت مثل أحوال الأزامينُ
فيكشف الغم تنزيل الخلاف على حالين أو زمني ما هو مفتون

وبعض العلماء في شنقيط لم يوافقوا على بعض ما يجري به عمل
الناس ، وقد ألف سيدي عبد الله صاحب مراقبي السعود كتابه : (طرد الضوال
والهمل عن الكروع في حياض العمل) .

فمما سلف ندري أن العمل يجري لعرف أو ضرورة أو مصلحة أو
ترجيح . وللعمل شروط لإجرائه ، ذكرها الهلالي في نور البصر ، ونظمها
النابغة الغلاوي الشنقيطي في نظم الطليحية حيث قال :

شروط تقديم الذي جرى العمل	به أمور خمسة غير همل
أولها ثبوت إجراء العمل	بذلك القول بنص ما احتمل
والثاني والثالث يلزمان	معرفة الزمان والمكان
وهل جرى تعميماً أو تخصيصاً	ببلد أو زمن تنصيصاً
وقد يعم عمل بأمكنة	وقد يخص وكذا في الأزمنة
رابعها كون الذي أجرى العمل	أهلاً للاقتداء قولاً وعمل
وحيث لم يثبت له الأهلية	تقليده يمنع في النقلية
خامسها معرفة الأسباب	فإنها معينة في الباب
فعند جهل بعض هذي الخمس	ما العمل اليوم كمثل أمس

وقد نص الشيخ ميارة في شرحه للامية الزقاق على ثلاثة شروط ؛ وهي :

أن يكون العمل صدر من العلماء المقتدى بهم ، وأن يثبت بشهادة العدول

المثبتين في المسائل، وأن يكون جارياً على قوانين الشرع وإن كان شاذاً^(١).

قلت: وما ذكره ميارة رحمه الله تعالى غير واضح؛ فكيف يعرف كونه موافقاً لقوانين الشرع وهو قول شاذ، إلا أن يكون أراد بالقوانين القواعد الشرعية الكلية وأصول الاستنباط، وقد استعملها ابن رشد الحفيد في ذلك حيث قال: «ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك في نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصاً ممن تقدمه، أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره»^(٢).

وهناك استدراك آخر، وهو أنهم نصوا جميعاً: على أن المقلد الصرف لا يجوز له أن يحكم بالشاذ ولا بالقول الضعيف، بل إنه إذا عدل عن الراجح والمشهور نقض حكمه، وقد جرى العمل بهذا في حواضر الغرب الإسلامي قال صاحب عمل فاس سيدي عبد الرحمن الفاسي:

حكم قضاة الوقت بالشذوذ ينقض لا يتم بالنفوذ
وقال السجلماسي:

ومنذ دهر وزمان انقضى كان بإفريقية والي القضا
محجراً عليه أن لا يحكما إلا بما شهر عند العлма
وغير ما شهيره منقول هو عن الحكم به معزول

ونقل في شرحه ما نقل المازوني في نوازل الجامع من درره المكونة، وهو ما نقله ابن المشاط في قول الإمام ابن عرفة: إنما يعتبر من أحكام قضاة العصر ما لا يخالف المشهور في المذهب. وقد تبعه على هذه المقالة تلميذه الشيخ الحافظ أبو القاسم البرزلي، حيث قال: الذي جرى به العمل أن

(١) شرح العمل المطلق للسجلماسي: ٩/٢.

(٢) بداية المجتهد مع الهداية: ٣٣٢/٧.

لا يحكم القاضي بغير مشهور مذهب مالك وقد وقع ذلك في زمان السيوري
ففسخ حكم القاضي، ووقع في زمان الشيخ أبي القاسم الغبريني ففسخ حكم
حاكم بشاذ من القول إذا لم يكن القاضي من أهل العلم والاجتهاد، لأن كل
من كان مقلداً لا يعرف وجوه الترجيح لا يجوز له أن يحكم بالشاذ، وهو
معزول عنه ويفسخ حكمه، وإنما يحكم بغير المشهور من القضاة من ثبتت له
وجوه الترجيح . . . إلى آخر كلام البرزلي^(١).

وهذا الكلام يدل على أن الذي يجري العمل هم علماء الترجيح،
ولعل بذلك يفسر قول النابغة في شروطه إجراء العمل:

رابعها كون الذي أجرى العمل أهلاً للاقتداء قولاً وعمل

ومع إنكار أبي بكر الطرطوشي للحجر على القاضي والمفتي وتقيده
بمذهب أو بقول، خلص معتبراً ذلك جهلاً من أهل قرطبة، وقال: «لا يلزم
واحد ممن يعتزى إلى مذهب، تقليد ذلك في الحكم وألف توى»^(٢).

- يجب التنبيه على أن العمل لا يجري إلا في مقابل قول: فإذا وجد
قول واحد فلا يقال جرى به العمل، وقد نبه على ذلك شارح العمل المطلق
في توجيه رد ابن عات في الطرر على ما في المتيطة من قولها: وجرى به
القضاء قال في الطرد: وقوله: «وبالأول جرى خطأ» قال السجلماسي: وبيان
وجه الخطأ والله أعلم أنه لا يقال في القول معمول به إلا في مقابلة قول أهمل
ولم يؤخذ به . . . فلا يقال في القول الواحد جرى العمل به^(٣).

- العمل لا بد له من قول يعتمد عليه، فهو ترجيح من الخلاف وليس

(١) شرح السجلماسي للعمل المطلق: ١٠١/٢ - ١٠٢.

(٢) يُراجع كلامه في نشر البنود: ٣٣٢/٢؛ ويُراجع كتاب (فقه النوازل) للعلامة الشيخ بكر
أبو زيد: ٢٤/١.

(٣) السجلماسي: ١٠٢/٢.

إنشاء لرأي جديد مستقل ، لأن صاحبه ليس مجتهداً ، ولهذا طعنوا في بعض المسائل التي جرى بها العمل ، بأنها لا تستند إلى قول المذهب ، وقد ردوها بذلك ، فمن ذلك مسألة عقلة المدعى فيه بمجرد الدعوى التي جرى بها عمل فاس .

حيث قال سيدي عبد الرحمن الفاسي :

وكل مدع للاستحقاق مكن من الإثبات بالإطلاق
من غير أن يشهد ذلك أحد له فشرط ذلك ليس يعتمد
وقد رد هذا العمل أبو علي سيدي الحسن بن رحال قائلاً: إن هذا
العمل لا مستند له ، ولا يوجد قول في المذهب يوافقه ، قال : «والعمل إنما
يجري بقول وإن كان ضعيفاً» .

وقالوا: إن مجرد الدعوى لا يعقل به مال أحد حتى ينضم إليه سبب
شاهد عدل ، أو مرجو تزكية ولطخ شهود غير عدول^(١) .

وقد أشار السجلماسي إليه في نظم العمل المطلق حيث قال :

ومن أقام شاهداً أو أكثرا غير عدول إن ذا العبد البرا
ملك له مكن مما يطلب من وضع قيمة له ويذهب
به لبيته واللطخ في ذا العهد عند أهل فاس منتفي^(٢)

وقد يجري العمل بقولين فيضطر للترجيح كمسألة من مكثت عاماً في
بيت الزوجية ، ويتصادقان على نفي المسيس فلها قيل : الصداق كاملاً ، وقيل
لا بل نصفه ، وبهما قد عملا والأول الأشهر .

(١) والكلام لابن فرحون في التبصرة: ١٧٩/١ بالمعنى .

(٢) شرح نظم العمل المطلق: ٢٧٠/١ .

هل يعمل بالقول الضعيف الذي لم يصحبه عمل؟

أكثر العلماء يقول: إنه لا يجوز به العمل وحكى في نشر البنود الاتفاق على ذلك من أهل المذهب وغيرهم، خلافاً للقاضي (لعله الباقلاني فعند الاطلاق عند الأصوليين فهو الباقلاني، مع أنه في مراقي السعود قد يطلقه على القاضي عبد الوهاب البغدادي) إلا إذا كان العامل به مجتهداً مقيداً ورجح عنده الضعيف فيعمل به ويفتي ويحكم^(١)، وقد ذكر ذلك الهلالي في نور البصر، ونظمه النابغة في الطليحية في أداب الفتوى حيث قال:

ولم يجز تساهل في الفتوى بل تمنع الفتوى لغير الأقوى
وكل من يكفيه أن يوافقا قولاً ضعيفاً لم يجد موافقا
وكل عالم بذاك عرفا عن الفتاوى والقضاء صرفا

إلا أن البناني والدسوقي ذكرا أن منع الفتوى بالضعيف إنما هو من باب سد الذرائع؛ فتجوز الفتوى به عند الضرورة، ويجوز أن يفتي صديقه بالضعيف لأنه يتحقق ضرورته^(٢).

أما سيدي عبد الله في مراقي السعود فضبط مسألة الفتوى بالضعيف

بقوله:

وذكر ما ضعف ليس للعمل إذ ذاك عن وفاقهم قد انحظل
بل للترقي في مدارج السنا ويحفظ المدرك من له اعتنا
ولمراعاة الخلاف المشتهر أو المراعاة لكل ما سطر
وكونه يلجى إليه الضرر إن كان لم يشتد فيه الخور
وثبت العزو وقد تحققا ضراً من الضرب تعلقا

(١) نشر البنود: ٢/٢٧٥.

(٢) الدسوقي، حاشية الدردير: ٤/١٣٠.

فالشروط أربعة: أن تلجئ إليه الضرورة، وأن لا يكون القول المعمول به ضعيفاً جداً، وأن تثبت نسبته إلى قائل يقتدى به علماً وورعاً، وأن تكون الضرورة محققة.

قال في الشرح: «ولذلك سدوا الذريعة، فقالوا: تمنع الفتوى بغير المشهور خوف أن لا تكون الضرورة محققة، لا لأجل أنه لا يعمل بالضعيف إذا تحققت الضرورة يوماً ما» وهو كلام البناني الذي نقله عن المسناوي^(١).

وقد اختلفت عبارات الشافعية فيما يتعلق بالقول الضعيف الذي يقابل الراجح، فقد قال الشبر ملسي في حاشيته على نهاية المحتاج: «وهو موافق في ذلك لقولهم للعمل بالراجح واجب فما اشتهر من أنه يجوز العمل لنفسه بالأوجه الضعيفة كمقابل للأصح غير صحيح».

وعلق عليه الرشدي بقوله: «ففي فتاوى العلامة ابن حجر رحمه الله ونفعنا به ما ملخصه بعد كلام أسلفه، ثم مقتضى قول الروضة وإذا اختلف متبحران في مذهب لا اختلافهما في قياس أصل أمامهما، ومن هنا تتولد وجوه الأصحاب، فنقول: بأيهما يأخذ العامل فيه ما في اختلاف المجتهدين. أي فيكون الأصح التخيير أنه يجوز تقليد الوجه الضعيف في العمل، ويؤيده إفتاء البلقيني بجواز تقليد ابن سريح في الدور وأن ذلك ينفع عند الله تعالى، ويؤيده أيضاً قول السبكي في فتاويه: يجوز تقليد الوجه الضعيف في الأمر نفسه بالنسبة للعمل في حق نفسه لا الفتوى والحكم، فقد نقل ابن الصلاح الإجماع على أنه يجوز^(٢). اهـ.

وقد مر عن الأحناف قول بعضهم: لا حيلة إلا العمل بالرواية الضعيفة ومنازعتهم في ذلك بقولهم: إن العمل بالقول الصحيح هو الواجب. لكن

(١) البناني: ١٢٤/٥.

(٢) ٤٧/١.

تقدم عنهم ترك قول الإمام إذا كانت فتوى الشيوخ على خلافه . ومثاله : «فإذا شرط على المزارع أو ربها الحصاد أو الدياس فسدت (المزارعة) من أيهما كان البذر في ظاهر الرواية ، وفي النوازل جاز على قول الإمام الثاني رحمه الله تعالى : وعلى قول الثاني استقر الفتوى بين أئمة خوارج . . . إلى قوله : وجوزه مشايخ بلخ»^(١) ، ومحل الشاهد أن عبارة استقرار الفتوى بين أئمة من خوارج إنما هو نوع من إجراء العمل .

- فإن البحث العملي للاستفادة منها سيكون بثلاث طرق :

١ - الطريق الأول :

بدراسة الفتاوى وتصنيفها إلى مجموعات بحسب معتمد الفتوى وطريقة الاستنباط ، فعلى سبيل المثال يمكن تصنيف الفتاوى إلى ثلاثة نماذج وذلك بحسب تصنيف المفتين :

- فتاوى تعتمد الينبوع الأصلي من الكتاب والسنة والقياس وأقوال الصحابة والتابعين وتمثل هذا النموذج فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، حيث يعتمد اعتماداً واصباً على الكتاب والسنة وأقوال السلف ، يصحح ويرجح ويحيي أقوالاً للصحابة والتابعين شبه مهجورة إذا ظهر له أنها أسعد بالدليل والقواعد ، وهو لذلك يقرر أن الإجماع لا ينعقد بعد خلاف الصحابة ، وهو مذهب أبي الخطاب والحنفية ، خلافاً للقاضي وبعض الشافعية^(٢) .

وقد اختلف المالكية على قولين : أحدهما الباجي في الفصول اختار فيه ، أن الإجماع بعد الخلاف يرفع الخلاف قائلاً : «فإن ذلك يكون إجماعاً تثبت الحجة به ، هذا قول كثير من أصحابنا» وأنكر القول الثاني بقوة^(٣) .

(١) فتاوى قاضيخان : ٦/ ٩٢ بحاشية الفتاوى الهندية .

(٢) شرح مختصر الروضة : ٣/ ٩٥ .

(٣) كتاب الفصول ، ص ٤٢٥ .

أما أبو الحسن بن القصار ، فقد مال إلى أن الخلاف باق بعد ذكر القولين ، قائلاً في مقدمته في علم الأصول : «والجيد وهو الذي يختاره شيخنا أبو بكر بن صالح الأبهري رحمه الله ، أن الخلاف باق»^(١) .

وقد نبهت على هذا ، لأن كثيراً من الناس يستشكل بعض فتاوى ابن تيمية حيث يدعي البعض انعقاد إجماع في محل الخلاف وهو موضوع يجب أن يحرر وتكاد فتاوى ابن تيمية تكون المجموعة الفريدة بعد عصر المجتهدين التي ارتفعت عن التقليد وسمت عن مجرد النقل عن الأئمة إلى مرتبة الاستنباط والتصرف في الأدلة تفصيلاً لمجمل وتأويلاً لمشكل وترجيحاً عند تعارض .

- النموذج الثاني من الفتاوى هو فتاوى مجتهدي المذهب والفتيا : وهذه الطبقة تعتمد مذهب إمامها لكنها ترجح في نطاق المذهب وفي بعض النوازل تستشهد بالكتاب والسنة تعضيذاً لما تذهب إليه وتتصرف تصرف المجتهدين إلا أن الغالب على هذه الطبقة أنها لا تخرج عن المذهب ولكنها تختار وتستظهر وتضع القواعد وتقسم وتقيس وتخرج وتمثل هذه الطبقة فتاوى ابن رشد وهو يلجأ إلى ذلك غالباً في قضايا يلج فيها النزاع بين جمهرة العلماء ، فترفع إليه أو يرد فيها على من انتقد قوله في مسألة .

أما النموذج الثالث :

فهو طبقة المقلدين لا ترتقي في استدلالها إلى نصوص الشارع ، ولكنها تعتمد على روايات المذهب وأحياناً على أقوال المتأخرين وتخريجاتهم كفتاوى قاضيخانة من الأحناف وعليش من المالكية وغيرهما وهو النموذج الشائع الفاشي في القرون الماضية .

- إن هذا التصنيف سيكون مقدمة ضرورية للتعامل مع البحر المتلاطم

(١) المقدمة ، ص ١٥٩ ، تحقيق السليمانى .

من الأقوال والآراء التي تزخر بها فتاوى الطبقات الثلاث من المفتين للتعرف على ضوابط الفتوى بالنسبة لكل طبقة ومرجعيتها في الإفتاء .

مع أن الضوابط في مجملها لا يختلف عليها، فالمفتي يجب أن يكون عالماً ورعاً، كما قال في مراقي السعود :

وليس في فتواه مفت يتبع إن لم يضيف للدين والعلم الورع

ولكن الاختلاف في ماهية العلم المشترط في الفتوى، فالعلم بالنسبة للمجتهد هو علم بالكتاب والسنة كما قدمنا، وبالنسبة للمقلد علم بنصوص إمامه، وفي كلتا الحالتين عليه أن يكون ورعاً غير متساهل في الفتوى .

- آداب الفتيا :

قال الإمام أحمد رحمه الله تعالى : لا ينبغي للرجل أن ينصب نفسه للفتيا حتى يكون فيه خمس خصال : أولها : أن تكون له نية، فإن لم تكن له نية لم يكن عليه نور ولا على كلامه نور .

الثانية : أن يكون له حلم ووقار وسكينة .

الثالثة : أن يكون قوياً على ما هو فيه وعلى معرفته .

الرابعة : الكفاية (أي من العيش)، وإلا مضغه الناس .

الخامسة : معرفة الناس^(١) .

- وأشار المقرئ إلى نصائح للمفتي تصلح أن تدرج في الضوابط :

إياك ومفاهيم المدونة، فقد اختلف الناس في القول بمفهوم الكتاب والسنة فما ظنك بكلام الناس . . . إلى قوله . . . ولا تفت إلا بالنص إلا أن تكون عارفاً بوجوه التعليل، بصيراً بمعرفة الأشباه والنظائر، حاذقاً في بعض أصول الفقه وفروعه، إما مطلقاً أو على مذهب إمام من العدة، ولا يغرك أن

(١) إعلام الموقعين: ٤/ ١٩٩ .

ترى نفسك أو يراك الناس حتى يجتمع لك ذلك والناس العلماء، واحفظ الحديث تقو حجتك، والآثار يصلح رأيك والخلاف يتسع صدرك، واعرف العربية والأصول، وشفع المنقول بالمعقول والمعقول بالمنقول^(١).

والمراد من هذا أن الفتاوى التي تصدر عن فقهاء هذا الزمن، على أصحابها أن يصنفوها في إحدى الطبقات حتى يلتزموا بالضوابط الشرعية لكل طبقة، فعندما يقيس المفتي عليه أن يلتزم بشروط القياس، وعندما يقلد قولاً عليه أن يقلد القول الصحيح، وعندما يقلد الضعيف عليه أن يبين سبب ذلك.

إن فتاوى أهل زماننا بحاجة إلى التأصيل على ضوء أصول فتاوى الأولين. انطلاقاً من مجموع الضوابط والشروط التي وضعها العلماء، سواء في العصور الأولى لازدهار الاجتهاد، أو تلك التي وصلوا إليها للضرورة والحاجة، عندما أجازوا قضاء المقلد وفتواه بشرط أن يحكم بالراجع والمشهور وما عليه العمل بشروط، أو ما به الفتوى الذي يوازي عند غير المالكية العمل عند المالكية. كما أن الفتوى بالضعيف للضرورة التي ليست ضرورة بالمعنى الفقهي، وهي الأمر الذي إذا لم يرتكبه المضطر هلك أو قارب الهلاك، فهذه تبيح المحرم، ولا يحتاج إلى قول لتستند عليه. لكن الضرورة التي تعم الحاجة وهو تعبير مستفيض في كلام الفقهاء.

٢- الطريق الثاني:

هو البحث عن القواعد والضوابط والأسس التي أقام عليها المفتون أحكامهم وفتاويهم في مختلف العصور، وهي قواعد تنير دروب تطبيق النصوص على الوقائع المتجددة، فقد كانت القواعد والمبادئ العامة خير معين على مقارعة صعاب النوازل، وتقويم اعوجاج ملتويات المسائل، وهذه

(١) المعيار: ٦/٣٧٧.

القواعد تتعلق برفع الحرج: المشقة تجلب التيسير، والأمر إذا ضاق اتسع وجلب المصالح ودرء المفاسد ونفي الضرر وارتكاب أخف الضررين والنظر في المآلات، والعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وسد الذرائع وتحكيم العرف، وتحقيق المناط، والإذن في العقود، وفي مدونات الفتاوى تطبيق حي للقواعد والضوابط على الوقائع نقطف منه بعض الأمثلة:

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه نصاً أو قياساً»^(١).
وقد قال الشاطبي: «إن الأصل في المعاملات الإباحة حتى يدل دليل على خلافه».

وسئل الشاطبي رحمه الله عن الاشتراك في الألبان وخلطها لإخراج الزبد والجبن فتختلف النسبة ويجهل التساوي، فقال: إنه لا يعرف فيه نصاً بعينه ولكنه أجاز له لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَخَاطَبُوهُم فَاِخْوَانُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، وذلك في شأن الأيتام واعتبر هذا النوع من الشركة من المخالطة رفعا للحرج واغتفر للغرر اليسير والربا اليسير قائلاً: «وله نظائر في الشرع كبيع العارية بخرصها تمراً، أو رد القيراط على الدرهم في البيع» وبنهاها على الرفق ودفع الحرج (ولا حرج في الدين).

وذكر ما في العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك: «عن معاصر زيت الجلجلان والفجل، يأتي هذا بأرادب، وهذا بأخرى، حتى يجتمعوا فيها فيعصرون جميعها، فقال (مالك): إنما يكره هذا، لأن بعضه يخرج أكثر من بعض فإذا احتاج الناس إلى ذلك فأرجو أن يكون خفيفاً، لأن الناس لا بد لهم مما يصلحهم والشيء الذي لا يجدون عنه بدأ، فأرجو أن يكون لهم في ذلك سعة إن شاء الله - ولا أرى به بأساً. قال: والزيتون مثل ذلك».

(١) الفتاوى: ٢٩/١٣٢.

«قال ابن رشد: خففه للضرورة إلى ذلك، إذ لا يتأتى عصر اليسير من الجلجلان والفجل على حدة مراعاة لقول من يجيز التفاضل في ذلك من أهل العلم، قال: وهذا من نحو إجازتهم للناس خلط أذهابهم في الضرب بعد تصفيتها ومعرفة وزنها، فإذا خرجت من الضرب أخذ كل منهم على حسب ذهبه وأعطى الضراب أجرته»^(١).

- إنها أمثلة لتطبيق قاعدة رفع الحرج، والتخفيف فيما يصلح الناس في مقابل المزابنة المحرمة بالنص، وقد ذكر ذلك في مقابل قاعدة الشك في التماثل كتحقيق التفاضل.

وفي جواب لسيدي محمد بن مرزوق في مسألة مقدار الدراهم اليسيرة التي يبيعها الحاضن هل هي دراهم شرعية أو من دراهمنا؟.

فقال في جوابه: ولا يتوقف مع النصوص في هذا بل في اليسير والكثير إلى عرف الناس^(٢).

وفي جواب للبرزلي في مسألة نكاح يتنازع في صحته، وقد وجه صحته قائلاً: لأن الأصل عدم التعدي والإقدام على المحرمات وإمضاء العقود وعدم التعرض لحلها إلا بالوجه المحقق، وأجراه على القاعدة المعلومة في العقود المحتملة للصحة والفساد فيها قولان، والمشهور إنها محمولة على الفساد، أو تحمل على الاختلاف في دعوى الصحة والفساد، والمشهور قول مدعي الصحة^(٣).

وكقول قاضيخانة: الرهن أمانة عند المرتهن كالوديعة فبكل فعل يغرم المودع يغرم المرتهن، لكن بالهلاك لا يغرم المودع ويسقط في الرهن.

(١) المعيار: ٢١٥/٥ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق: ٢٩١/٥.

(٣) المعيار: ٣٣٦/٤ وما بعدها.

وفي كل موضع لا يغرم المودع، كذلك المرتهن والوديعة لا يودع ولا يعار ولا يؤجر فكذا الرهن لا يرهن ولا يؤجر ولا يعار، وليس له أن يودع من ليس في عياله^(١).

٣- الطريق الثالث في سبيل الاستفادة من الفتاوى والعمل:

هو البحث عن بعض النوازل التي تشبه القضايا المعاصرة في وجه من الوجوه وصورة من الصور، فيطبق عليها أو يستأنس بها لإيجاد حل للقضية المعاصرة، ومن الواضح أن كل زمان يطرح قضاياها ونوازلها، وبخاصة في زماننا الذي انمحت فيه الحدود وزالت فيه الحواجز، وغزت العالم الإسلامي في عقر داره أعراف العالم الآخر ونظمه وقوانينه، فنظمت المعاملات والمبادلات على أسس لا توافق في أحيان كثيرة الأسس الفقهية المعروفة، بيد أن الأمر ازداد تعقيداً بظهور المخترعات العلمية الحديثة التي قطرت معها قطاراً من المسائل، نشأت عن الحاجات التي أوجدتها لدى المجتمع، كتلك المتعلقة بالطب من زراعة الأعضاء ونقلها إلى الهندسة الوراثية^(٢).

ولهذا فإن الفتاوى والنوازل القديمة قد لا تجدي فتياً في حل المسائل المعاصرة التي يمكن أن تحل من خلال القواعد كما أسلفنا، ومع ذلك فإنه بإمكان النظر في كتب الفتاوى والعمل يستطيع المتوسم أن يعثر على فروع ومسائل تشبه تلك التي تفرحها المعاملات المعاصرة، وينبغي التنبيه على أن دلالتها عليها قد لا تكون دلالة مطابقة، ومفهومها قد لا يكون مفهوم موافقة، بل أنها تدل عليها دلالة تضمن، أو التزام بوجه من الوجوه وشكل من الأشكال تنبئ عما وراء الأكمة بدون غوص في مضامينها، أو تعمق في محتواها، غير ملتزم بترجيح وجه من أوجه الخلاف، إذ أن المقصود إثارة الموضوع ليعلم أن

(١) بهامش الفتاوى الهندية: ٦٨/٦.

(٢) يُراجع كتاب فقه النوازل للعلامة الشيخ بكر أبو زيد ففيه إشارة على بعض هذه القضايا.

له شواهد في النوازل تبيحه أو تحرمه ، أو تحكي الخلاف فيه ، وهو أمر سبيح للفقهاء عندما يعالج أيأ من هذه النوازل سنداً يستند إليه ليرجح من الخلاف على أساس من المرجحات ، ويفقيه منقبة لهذا الخلاف أنه يرفع عن الباحث إصر مخالفة الإجماع ، ويسلكه في مسلك الاتباع .

- من أسلم ذهباً إلى شخص في قمح وباع منه قمحاً بذهب إلى أجل : فأجاب الفقيه ابن الحاج : إن ذلك جائز إذا كان في صفتين ، ولا يجوز إذا كان في صفقة واحدة ، لأنه ذهب وطعام بذهب وطعام^(١) .

- الموجد بأخذ الأجرة مقدماً لا يجب عليه دفع الزكاة إلا لما مضى من الزمان .

- مسألة التسالف بين الأحاباس ، وقول ابن حبيب في الواضحة : إن الأموال المرصودة في وجه من وجوه البر يمكن أن تصرف في أوجه أخرى من أوجهه . وهذا يوسع على هيئات الإغاثة لتبادل الاقتراض ومساعدة بعضها البعض .

- مسألة التضخم :

سئل فقهاء طليطلة عمّن أوصى لرجل بسكة فحالت السكة إلى سكة أخرى ، فشور فيها فقهاء قرطبة ، فأجابوا بوجوب الوصية في السكة الجارية يوم مات الموصي لا يوم أوصى ، وأقاموها من مسألة الخيش والمسح والخريطة .

وذكر كلام المتيطي : لو اكرتري داراً لكل شهر بكذا فاستحالت السكة وتمادى المكتري في السكنى حتى مضت مدة وكانت السكة التي استحالت إليها أحسن من القديمة التي عقد عليها الكراء ، فهل يجب للمكري على

(١) المعيار: ١٦٢/٦ .

المكتري من القديمة أو من الحديثة؟ فقال ابن سهل: له من السكة القديمة التي عقد عليها الكراء، كما لا حجة لبعض على بعض بغلاء أو رخص لا يحتمل النظر غير هذا، ولا يجوز على الأصول سواه^(١).

وفي قياس التضخم على الجائحة سئل شيخ الإسلام ابن تيمية:
عمن استأجر أرضاً فلم يأتها المطر المعتاد فتلف الزرع هل توضع
الجائحة؟

فأجاب: أما إذا استأجر أرضاً للزرع فلم يأت المطر المعتاد فله الفسخ
باتفاق العلماء، بل إن تعطلت بطلب الإجارة بلا فسخ في الأظهر.

وأما إذا نقصت المنفعة فإنه ينقص من الأجرة بقدر ما نقصت المنفعة
نص على هذا الإمام أحمد بن حنبل وغيره فيقال: كم أجرة الأرض مع حصول
الماء المعتاد؟ فيقال: ألف درهم ويقال كم أجرتها مع نقص المطر هذا النقص؟
فيقال: خمسمائة درهم، فيحط عن المستأجر نصف الأجرة المسماة فإنه تلف
بعض المنفعة المستحقة بالعقد قبل التمكن من استيفائها، فهو كما لو تلف
بعض المبيع قبل التمكن من قبضه.

وكذلك لو أصاب الأرض جراد أو نار أو جائحة أتلف بعض الزرع؛
فإنه ينقص من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة^(٢).

مسألة تغير السكة أو انقطاعها:

وأفتى ابن عتاب بقرطبة حين انقطعت سكة ابن جهور بدخول ابن عباد
بسكة أخرى - أن يرجع في ذلك إلى قيمة السكة المقطوعة من الذهب ويأخذ
صاحب الدين القيمة من الذهب، وكان أبو محمد بن دحون رحمه الله يفتي

(١) المعيار: ٢٢٨/٦ وما بعدها.

(٢) الفتاوى لابن تيمية: ٣/٢٥٧.

بالقيمة يوم القرض ، ويقول : إنما أعطاها على العوض^(١) .

- كان أبو عمر بن عبد البر يفتي فيمن اكرت داراً أو حماماً بدراهم موصوفة جارية بين الناس حين العقد، ثم غيرت دراهم ذلك إلى أفضل منها أن يلزم المكتري النقد الثاني الجاري حين القضاء دون النقد الجاري حين العقد وخالفه الباجي .

وقد نزل ببلنسية حين غيرت دراهم السكة التي كانت ضربها^(٢) .

- وقال أبو حفص العطار : من لك عليه دراهم وقطعت ولم توجد فقيمتها من الذهب بما تساوي يوم الحكم .

وفي كتاب ابن سحنون : إذا أسقطت تبعه بقيمة السلعة يوم قبضت ، لأن الفلوس لا ثمن لها^(٣) .

- الإيجار المنتهي بالتمليك . وفي مسألة المكتري يبتاع الدار المكتراه ويشترط أن الكراء عنه محطوط .

سئل عنها فقهاء قرطبة :

أجاب عبد الله بن موسى الشارقي : بعدم الجواز لأنه ابتاع الدار والكراء الذي عليه بالثمن الذي دفع ، فصار ذهباً وعرضاً بذهب وعرض . وإن باعه من غير المكتري بعد عقد الكراء فإن لم يعلم الأجنبي فهو عيب إن شاء رد وإن شاء أمسك وإن علم به فلا رد له ولا حق له في الكراء مع البائع المكري إلا أن يشترطه ؛ وفصل تفصيلاً فيما يتعلق بالإيجار إن كان ذهباً أو ورقاً .

ابن الحاج : إن باع مع الكراء عرضاً ، والثمن عيناً جاز للمشتري أخذه

(١) المعيار : ١٦٣/٦ .

(٢) ١٦٤/٦ .

(٣) المعيار : ١٠٦/٦ .

ولو باعها من المكتري، فقال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن وأبو عمر ابن الفاسي وأبو عمر بن عبد البر في الكافي: إن ذلك جائز، وهو فسخ لما تقدم من الكراء في قول أبي بكر، وفسخ لما بقي من المدة في قول أبي عمران. وقال في جواب ابن دحون والشارقي وابن الشقاق المتقدم الذكر وجواب هؤلاء: لا يدل على أن الكراء يفسخه الشراء.

وفي فتاوى المعيار: بيع الدار على أن يقبضها مشتريها بعد عشر سنين على مذهب ابن شهاب جائز.

وأما في القاعة: فيجوز إلى عشر سنين أو أكثر، لأنها مأمونة، وقد مر العمل هنا بجواز ذلك إلى عشرين وثلاثين سنة لأمنها.

وأما قسم القاعات بين مالكيها وتبقى كل قاعة تحت يد مكتريها إلى انقضاء المدة فيجوز ذلك، كما يجوز بيعها على أن لا يقبضها المشتري إلا إلى أمد بعيد وقد سبق بيان ذلك.

- هذا باختصار وحذف من أجوبة أبي الفضل راشد بن أبي راشد الوليدي^(١).

- مسألة الاستصناع:

إجارة الصانع على أن مواد المصنوع عليه، ودون تحديد أجل، ودون دفع شيء مقدم، كما يدفع في السلم. العرف في هذه المسألة (التي ليست بسلم محض، ولا بيع معين على ما نص علماء رضي الله عنهم وعنكم)، كما في السؤال الذي ورد على الونشريسي فأجاب جواباً مطولاً.

- فقال ما مضمونه: إذا توأصفا السلعة وشرع في العمل يومئذ أو لأيام يسيرة جداً، فلا نزاع في الجواز، وسواء قدم النقد أو أخره على هذا المبيع

(١) ٤٦٤/٦.

المجتاز، لأنه بيع معين وإجارة صانع معين، واجتماعهما في صفقة واحدة وعقد واحد جائز سائغ لا خلل فيه ولا محذور، إلا على شذوذ من القول لا يلتفت إليه ولا يعول عليه عند الجمهور.

إلى قوله . . . قال في كتاب الجعل منها (المدونة): «ولا بأس أن يؤاجر على بناء دارك هذه والجص والآجر من عنده، ولما تعارف الناس ما يدخلها وأمد فراغها كان عرفهم كذكر الصفة والأجل».

- وأطال قائلاً . . . أنه قول مالك وابن القاسم مقيداً بأن يكون الأجير صاحب صنعة عمل الجص والآجر، فيصير تأخير النقد جائز كالاشتراء من الخباز ومن الجزار الدائمي العمل كل يوم خبزاً أو لحماً، والثلث معجل أو مؤخر إذا شرع في العمل.

وقال عن ابن رشد: «ولاشتهارها سميت ببيعة المدينة».

وختم بحثه بقوله: وقال ابن أبي منين في مسألة الجعل والأجارة: هذه مسألة لا يحملها القياس، وإنما هي استحسان واتباع، وقال سحنون: لا تحتملها الأصول. قال في التنبهات، ومنعها عبد الملك في الثمانية^(١).

وقد بين بعد ذلك أحكام فلس الأجير أو موته وتأثير ذلك على الصفقة.

قلت: هذه المسألة التي لم يقدم فيها الثمن ولا المثلث، فلا هي بيع أجل ولا سلم عاجل ولا إجارة محضه ولا جعالة، من أهم سند في عقود الاستصناع الحديثة التي يكتفي فيها بالاتفاق والوصف وآجال التسليم عن دفع الثمن الذي قد يكون مقسطاً بحسب ما ينجز من أجزاء الصفقة، وهو أمر لا مانع منه بل هو أولى في الجواز مما هو مذكور هنا.

- ومن ذلك مسألة استهلاك العين المنغمة (الأدوية تكون فيها مادة

(١) المعيار للونشريسي: ٢٣٣/٦-٢٣٦.

الكحول مستهلكة) أجاب أبو الفرج في مسألة الجلود التي فيها الذهب تغزل فيها خيوطه تباع بالذهب، فأجاب: إنها تباع لأنها كالعروض لوجود الاستهلاك وعدم تيسره، وهذا الوصف يسقط عنه حكم العين، ويعدم منه حكم العلة الموجبة لحكم التحريم، وهي كونه ثمناً للمبيعات، ونظير هذا في أن الاستهلاك ينقل الحكم عن العين ما قالوه في لبن المرأة إذا خلطوه بطعام أو دواء واستهلك فيه، ثم أو شربه الصبي؛ أن لا حكم له في التحريم على الأصح الأظهر^(١).

- مسألة التطوع من المبتاع يرد المبيع إذا أحضر الثمن، وهو إقالة وصيفة من بيع الوفاء:

وَجَازَ فِي رَسْمِ الْإِبْتِياعِ	كُتِبَ التَّطَوُّعُ مِنَ الْمَبْتَاعِ
لِبَائِعٍ بِأَنَّهُ التَّزَمَ أَنْ	يَقْبَلَهُ مَتَى أَتَاهُ بِالْثَمَنِ
وَإِخْتِيرَ فِي ذَلِكَ كِتَابَ مَفْرَدٍ	إِذْ هُوَ عَنِ ظَنِّ الْفَسَادِ أْبْعَدُ ^(٢)

* * *

(١) المعيار: ٣١١/٦.

(٢) العمل المطلق للسجلماسي.

الخاتمة

- وفي الختام؛ فقد أنجزنا هذا البحث بتوفيقه تعالى، وقد عرفنا فيه الفتوى التي هي إخبار عن الله تعالى بحكم شرعي في مقابل الحكم الذي هو إلزام بالحكم، وقد بيّنا فيه نسبة علم الفتيا والقضاء لعلم الفقه، فالمفتون هم خاصة الفقهاء، وهذا معنى كون علمها أخص من علم الفقه، وإلا فعلم الفتيا أعم، لكونه يشتمل على علم الفقه، ويزيد عليه بتنزيل الأحكام على الوقائع، وهو أمر يفترض علماً بالواقع وفهماً للعلاقة بين الحكم والواقع، وهي العلاقة التي ستكون الفتوى نتيجتها كإنتاج الشكل الأول من الأشكال الأربعة المنتجة إذ ارتبت كبراه على صغراه، فمن لا يعرف أن الإنسان داخل في جنس الحيوان، وتلك هي الصغرى لا يستفيد من كون كل حيوان متغيراً وهي الكبرى، وذلك ما عناه الإمام ابن عرفة في تعريفه لعلمي القضاء والفتوى.

وقد تطرّق البحث إلى الأدلة التي تعتمد عليها فتاوى المجتهدين استنباطاً من الأصلين، وفتاوى المقلدين اتباعاً للأولين.

ثم أوضحنا من هو المفتي، ودرجات المفتين من مجتهد مطلق من كل قيد، ومجتهد مقيد بقيد المذهب والفتيا، ومقلد أخذ إلى أرض التقليد.

ثم عقدنا فصلاً عن العمل الفقهي القطري، وهو خصيصة من خصائص المذهب المالكي في الغرب الإسلامي: (شمال إفريقية والأندلس)، وقد عرفناه بأنه ترجيح قول ضعيف لمصلحة أو ضرورة من أهل الترجيح علماً وعملاً، ومن جملة ما أضفنا من المسائل والأقوال التي اشتملت على قيد أو

شرط، يمكن أن نعتبر أن إجراء العمل والعدول عن الراجح والمشهور في المذهب، لسبب اقتضى ذلك من مصلحة أو ضرورة أو حاجة في زمان معين ومكان معين من أهل العلم، الذين يحق لهم الاختيار والترجيح والتخريج على أقوال الإمام وقواعد المذهب وقد يكون العدول عن الراجح والمشهور لأرجحيته من حيث الدليل الأصلي، فهو وبهذا المعنى اجتهاد من المرجح، وقد مثلنا لذلك بمسألة الخلطة، ولم يسبق لأحد ممن كتب عن العمل أن اهتدى إلى هذا الملحظ، كما أبنا شروط إجراء العمل الثلاثة أو الخمسة، وناقشنا بعضها لنصل إلى أن القول الضعيف قد يكون مرجعاً للفتوى، وأن منعه إنما هو سد للذريعة، وهو أمر لا يختص بالمالكية، بل نجده عند الأحناف في المفتى به وعند الشافعية ولو بغير ضرورة.

وفي الفصل الثالث: صورنا كيفية الاستفادة من النوازل والفتاوى في التطبيقات المعاصرة في ثلاث سبل هي: أولاً: الاستفادة من ضبط المنهج بعد استقراء نماذج الفتاوى التي ينبغي أن يُحتذى بها على قدر اقتدار المفتي وملكته في الاستنباط، إذا كان متمكناً متبحراً أو عالماً متبصراً أو مقلداً مضطراً وعلى الراجح والمشهور مقتصراً.

فمثال الشيخ تقي الدين بن تيمية للأول، وابن رشد الثاني، وكثير من الفقهاء الآخرين والمتأخرين للثالث، وفي كل خير، وفي اتباع كل بحسب الوسع والسعة منجاة إن شاء الله، إذا استرشدنا بنصائحهم، وقد ذكرنا بعض هذه النصائح، وعولنا على درء المفاسد وجلب المصالح.

أما الطريق الثاني: فهو استخراج القواعد والأسس والضوابط التي راجت في سوق الفتاوى، فكانت خير بضاعة وزاد لاجتياح مفاوز النوازل ومتاهات الفتاوى.

وفي الطريق الثالث: ذكرنا أمثلة من الفروع التي يصلح عليها التخريج لبعض القضايا المعاصرة، دون الخوض في التفاصيل، اكتفاء

بالتنبيه والإشارة، دون توضيح العبارة، فلسنا في وارد إصدار الفتوى،
ولكننا في مورد التنبيه والفحوى .

ولعل فيما ذكرنا سداداً من عوز .

ونستغفره سبحانه وتعالى مما كتبت أقلامنا وأنتجتة أفهامنا .

عبدالله الشيخ المحفوظ بن بيّه

العَمَلُ الفَقْهِيُّ
عِنْدَ الإِبَاضِيَّةِ

إِعْدَادُ

نَاصِرِ بْنِ سَلِيمَانَ بْنِ سَعِيدِ السَّابِغِيِّ

مَقْدَمٌ إِلَى مَجْمَعِ الفَقْهِ الإِسْلَامِيِّ

الْمُنْعَقِدِ فِي دَوْرَتِهِ الحَادِيَةِ عَشْرَ قِبْذِ وَدَوْلَةِ البَحْرَيْنِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

أحمده تعالى وأستعينه وأستهديه وأستغفره، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبد الله ورسوله، هادي الأمم من الظلمات إلى النور، وعلى آله وصحابه ومن سار على الصراط المستقيم .

أما بعد:

فلا تخفى أهمية دراسة العلوم الشرعية في سبيل إحياء البشرية، وبث روح الحياة في أفرادها .

ومن أجل هذه العلوم وأنفعها في تقويم السلوك البشري علم الفقه، الذي هو ثمرة لجهود مضية بذلها علماؤنا وأسلافنا العظماء طيلة القرون السالفة .

وفي هذا البحث المختصر دراسة للجانب التطبيقي من الفقه الإسلامي في ضوء المذهب الإباضي، ومحاولة لبيان الجوانب المتعلقة بموضوع العمل الفقهي المتمثلة في المباحث التالية :

المبحث الأول: تاريخ العمل الفقهي، ويشمل أمثلة مما جرى به العمل في فترات التاريخ الإباضي بجناحيه المشرقي والمغربي .

المبحث الثاني: يشمل خصائص العمل الفقهي وضوابطه .

المبحث الثالث: سبل الاستفادة من العمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة .

والله ولي التوفيق، وهو الهادي إلى سواء السبيل .

تاريخ العمل الفقهي عند الإباضية

نريد بالعمل الفقهي ما جرى عليه العمل في الفتوى عند علماء مذهب معين أو بلد معين في مسألة ما أو مسائل، سواء كانت تلك الفتوى مصدر ذلك العمل أو بنيت الفتوى على مصلحة بقائه أو عدم مصلحة إلغائه .

وخير مثال على ذلك ما عرف عند المالكية بعمل أهل المدينة، إذ نقل عن الإمام مالك بن أنس القول بأنه حجة على غيرهم^(١) .

وبصرف النظر عن مدى صحة هذه الرؤية فإن مفادها إقرار هذا النظام قديماً في استمداد عدد من الأحكام الشرعية، وذلك فيما ورد عن الإمام مالك من نحو قوله: «الأمر عندنا...»^(٢)، وقوله: «وذلك الأمر عندنا»^(٣) .

وقد كان للعمل الفقهي عند الإباضية حظ كبير من العناية منذ وقت مبكر، ربما في فترة متقدمة على الإمام مالك، وهذا جلي فيما وجد من نصوص علماء الإباضية الأوائل من اعتبار العمل الفقهي وما جرى مجراه أحد الأسس التي تتحكم في الفتوى .

من ذلك قول الإمام أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي (ت ١٤٥ هـ) خليفة الإمام أبي الشعثاء جابر بن زيد الأزدي (ت ٩٣ هـ) في قيادة الحركة

(١) الموسوعة الفقهية: ٣٠٠/٣٣٣ .

(٢) الموطأ، ص ٢٥ .

(٣) المصدر السابق، ص ٥٠ .

الإباضية ، في رسالته إلى الإمام أبي الخطاب عبد الأعلى ابن السمح المعافري الذي بويغ عام ١٤٠ هـ واستشهد سنة ١٤٤ هـ :

«وأما ما ذكرت من أطفال في حجر المسلم وهو خليفتهم أو غير خليفة أتى له أن يزكي عنهم؟ ، فأصحابنا يأمرون أن يزكي عنهم وجابر بن زيد وجميع فقهاءنا على ذلك»^(١) .

وقوله فيمارواه عنه تلميذه الإمام الربيع بن حبيب (ت بين ١٧٥ و ١٨٠ هـ) بعد رواية حديث المنديل الذي كان النبي ﷺ يمسح به بعد الوضوء : «المعمول به عندنا ألا يمسح أعضاءه بعد الوضوء ، وهو استحباب من أهل العلم وترغيب منهم في نيل الثواب ما دام الماء على أعضاءه»^(٢) .

ومن نصوص علماء الإباضية القدماء في ذلك قول أبي غانم بشر بن غانم الخراساني (توفي حوالي سنة ٢٢٠ هـ) : «سألت الربيع : أيسجد الرجل ويده في ثوبه ولا يخرجها؟ قال : ليفض بيده إلى الأرض أحب إليّ ، قال أبو المؤرج وعبد الله بن عبد العزيز : قد جاء في ذلك أثر من الفقهاء ، وقد رأينا الأخيار من أصحابنا يفعلون ذلك ويروونه عن فقهاءهم ، فلا بأس بذلك»^(٣) .

المشرق الإباضي :

تمضي المؤلفات الإباضية المشرقية في ذكر الأمور العملية الفقهية التي جرى العمل بها عند علماء المذهب ، حتى يأتي دور الإمام أبي محمد عبد الله بن محمد بن بركة البهلوي العماني (ت ٣٦٢ هـ) ، الذي ألف عدداً من الكتب ، من بينها (الجامع) و(التعارف) .

(١) رسالة أبي عبيدة في الزكاة ، ص ٢٤ .

(٢) الجامع الصحيح حديث رقم ٩٥ .

(٣) المدونة الصغرى : ٦٨ / ١ .

أما (الجامع) فقد ذكر فيه عدداً من الأمور التي تدخل ضمن نطاق العمل الفقهي، كقوله في المرأة يمتد بها الدم فيتعدى مدتها المعتادة، ثم تنتظر يوماً أو يومين ثم تكون في حكم المستحاضة إن استمر بها الدم: «والذي عليه العمل من أصحابنا إيجاب بدل اليوم واليومين اللذين تركت فيهما الصلاة إلا أن ينقطع الدم فلا يوجبون عليها إعادتهما»^(١)، وقوله: «والطلاق يقع عند أكثر أصحابنا وعليه العمل منهم اليوم بالإفصاح به والكناية عنه أيضاً»^(٢).

وأما كتاب (التعارف) فقد كان قفزة جديدة في مجال العمل الفقهي، إذ برزت فيه العناية بالعرف والعادة الجارية، حيث صار سياجاً يضبط جملة من المسائل الفقهية لا سيما ما كانت مجالاتها العلاقات الاجتماعية.

وقد أصبح كتاب التعارف مادة جيدة - في بابه - لعدد من المؤلفات التالية، مثل كتاب (المصنف)^(٣) للشيخ أحمد بن عبد الله الكندي (ت ٥٥٧هـ)، وكتاب (منهج الطالبين وبلاغ الراغبين)^(٤) للشيخ خميس بن سعيد الشقصي (من علماء القرن الحادي عشر الهجري)، وكتاب (جواهر الآثار)^(٥) للشيخ محمد بن عبد الله بن عبيدان (عاش في أواخر القرن الحادي عشر وأوائل القرن الثاني عشر الهجري).

هذا، وما لبث أن جاء أبو الحسن علي بن محمد البسيوي (توفي في الربع الأخير من القرن الرابع الهجري) تلميذ ابن بركة فألف كتابه المسمى بـ(مختصر البسيوي)، الذي كان طرحاً جديداً للفقهاء بشتى أبوابه، إذ كان غاية في الاختصار الذي هو بمنزلة القواعد المبسطة، ونحوه كتاب

(١) جامع ابن بركة: ٢/٢١٣.

(٢) المصدر السابق: ٢/١٦٧.

(٣) المصنف: ٢٨/١٨.

(٤) منهج الطالبين: ١٣/١٤١.

(٥) جواهر الآثار: ٢٠/٢٥٨.

(مختصر الخصال) لأبي إسحاق إبراهيم بن قيس الحضرمي (توفي في النصف الثاني من القرن الخامس الهجري)، الذي كان مثلاً فريداً في تأليفه وحسن عرضه، غير أنه رغم ما فيه من هذه الميزة على مختصر البسيوي - وربما لبعده مؤلفه عن عمان - فإن الأخير صار المرجع في الفتوى في المشرق الإباضي لقرون عديدة، يقول الشيخ صالح بن وضاح المنحفي (ت ٨٧٥هـ): «حفظنا عن أشياخنا رحمهم الله أن مختصر الشيخ أبي الحسن البسيوي رحمه الله كله عليه العمل إلا ثلاث مسائل»^(١).

وذكر الشيخ محمد بن علي بن عبد الباقي أن شيخه ابن وضاح زاد مسألة رابعة، أخرجها مما جرى عليه العمل من مختصر البسيوي^(٢).

هذا، والظاهر أن العمل على الفتوى بما في مختصر البسيوي قد امتد إلى أبعد من هذه الفترة، فقد أخرج الشيخ صالح بن سعيد الزامل (من علماء أوائل القرن الحادي عشر الهجري) المسائل الأربع من مختصر

(١) إتحاف الأعيان: ٢٣٠/١، والمسائل كما ذكرها ابن وضاح هي: الأولى: في الحيض، ذكر في المختصر أن أكثره خمسة عشر يوماً، والعمل أن أكثره عشرة.

الثانية: عطية الزوجين لبعضهما، ذكر في المختصر أنه إذا أعطى أحد الزوجين صاحبه عطية فردها عليه في الصحة أو في المرض جاز ذلك، والعمل أنه إذا رد عليه العطية في الصحة ثبت ذلك، وأما رده في المرض لا يثبت.

الثالثة: هي التي قال فيها: إذا حلف الرجل على زوجته على شيء يمنعه منه مما يجوز منعها عنه فعصته فيه أن لا صداق لها، والعمل على أن لها الصداق؛ انظر إتحاف الأعيان: ٢٣٠/١.

(٢) إتحاف الأعيان: ٢٣٠/١، والمسألة الرابعة هي: فيمن علم ببيع شفعته بعد موت البائع هل له شفعة إذا طلبها، قال في المختصر: إنها تبطل بموت البائع والمشتري. قال الشيخ ابن وضاح: وهي لا عمل عليها، والعمل أنها نفوت بموت المشتري أو الشفيع، فأما بموت البائع فلا تبطل الشفعة ولا نفوت إذ ماله سبب، وقد خرجت منه الأسباب لبيعه ماله وخروجه من يده؛ انظر: إتحاف الأعيان: ٢٣٠/١.

البيسوي من كونها معمولاً بها، وذلك في جواب سؤال وجه إليه^(١).

ولا يعني هذا أن كل علماء المذهب الإباضي في المشرق درجوا على اعتماد مختصر البيسوي في استصدار الفتوى وإعطاء الحكم الشرعي فيما يجد من المسائل والنوازل، فقد وجدت مؤلفات عدة طيلة هذه الفترة، وظهرت بين الحين والآخر كتب تعبر عن وجهة نظر مؤلفيها، ولا ريب أنها في مسائل عديدة تخالف ما في المختصر وغيره.

على أن ظهور عدد من العلماء المجتهدين يحول دون اعتمادهم في الفتوى على مختصر البيسوي، وكان في ظهورهم السبب المباشر في تغير المنهج في اعتماد عمل معين، وكانوا عاملاً فاعلاً في حركة الفقه وتطوره، الأمر الذي نتج عنه الجودة في قضية العمل الفقهي، سواء بالموافقة والتأصيل أو بالمخالفة والتغيير، لا سيما إذا علم أن مشهور المذهب عدم جواز تقليد المجتهد غيره^(٢).

ومن أبرز هؤلاء: الشيخ أبو نبهان جاعد بن خميس الخروصي (ت ١٢٣٧هـ) الملقب بالشيخ الرئيس، وابنه الشيخ ناصر بن جاعد (ت ١٢٦٢هـ)، والشيخ سعيد بن خلفان الخليلي (ت ١٢٨٧هـ) الملقب بالمحقق - وهو تلميذ للشيخ ناصر بن جاعد الخروصي - والشيخ نور الدين عبد الله بن حميد السالمي (ت ١٣٣٢هـ)، والإمام محمد بن عبد الله الخليلي (ت ١٣٧٣هـ) تلميذ نور الدين وحفيد المحقق الخليلي.

وفتاوى هؤلاء وجهودهم بيان صادق على المرتبة العلمية العليا التي بلغوها، وقد أنتجت هذه النهضة العلمية العملية ما يغذي مجال العمل الفقهي، إذ كان من ثمراتها الجهود الإصلاحية الكبرى التي ابتدأها المحقق

(١) إتحاف الأعيان: ٢٣١/١.

(٢) مختصر العدل والإنصاف، ص ٤٧؛ طلعة الشمس: ٢٩٠/٢.

الخليلي - رحمه الله - ، وقد استفاد من واقعه العملي في تأليفه ، من ذلك كتاب (إغاثة الملهوف بالسيف المذكر في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) ، الذي تميز بأنه تمخض عن تجربة واقعية ، فكان كتابه بحق دستوراً في الفقه الجنائي ، فهو من هذه الحيشية يعد عملاً فقهياً واقعياً .

ومن أمثلة ذلك كتاب (جوهر النظام في علمي الأديان والأحكام) للإمام السالمي ، الذي صاغه بأسلوبه البارِع نظماً رائعاً حتى غدا أنشودة المتعلمين في عمان من بعده ، وصار مرجعاً للعالم والمبتدئ والعامي في استقاء الأحكام الشرعية .

المغرب الإباضي :

أما في المغرب الإباضي ؛ فمن أقدم ما يخدم مجال العمل الفقهي كتاب (ديوان الأشياخ) أو (ديوان الغار) أو (ديوان العزابة) الذي ألف في رأس القرن الرابع الهجري .

ومن أهم ميزاته أنه صنف من قبل سبعة من العلماء^(١) ، مما أعطاه صبغة علمية واضحة وطبيعة مختلفة عن كثير من المؤلفات التي ظهرت في المذهب الإباضي ، ذلك (أنه وضع لجمع الأحكام الشرعية للمسائل الحياتية مختصرة واضحة يرجع إليها المفتي والقاضي)^(٢) .

(١) ألف هذا الديوان في جزيرة (جربة) في (غار مجماج) ، ولذا يسمى بديوان الغار وبديوان الأشياخ نسبة لأشياخ العلم السبعة الذين ألفوه وهم : (١) أبو عمران موسى بن زكريا المزاتي الدمري ، (٢) أبو محمد عبد الله بن ماتوح اللمائي الهواري ، (٣) أبو عمرو التميلي الزواغي ، (٤) أبو يحيى زكريا بن جرناز النفوسي ، (٥) جابر بن سدرمام ، (٦) كباب بن مصلح المزاتي ، (٧) أبو مجبر توزين المزاتي ؛ انظر لمزيد تفصيل : نظام العزابة عند الإباضية الوهبة في جربة . وهذا البعض يعد ديوان العزابة غير ديوان الأشياخ ، مثل الشيخ أبي إسحاق أطفيش ، حيث جعل في مقدمته لكتاب (الوضع) ديوان العزابة مؤلفاً من قبل عشرة من العلماء ، بينما ألف ديوان الأشياخ سبعة .

(٢) أشعة من الفقه ، ص ١٨٦ .

كما أن فكرة المختصرات التي كانت في الغالب يراد بها بيان المعمول به أو الإرشاد إليه، ظهرت في مؤلفات الشيخ أبي زكريا يحيى بن أبي الخير الجناوني (من علماء النصف الأول من القرن الخامس الهجري)، مثل كتاب الصوم (وهو عادة يصدر بالقول المعمول به)^(١)، وكتاب (النكاح) الذي كان ينه فيما فيه خلاف إلى المعمول به، كقوله: «وقيل إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي، وليس عليه العمل عندنا، والقول الأول هو قول أصحابنا رحمهم الله»^(٢). والقول الأول أن الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج.

وأما ما لم يذكر فيه خلافاً فظاهر أن مراده العمل به.

وتستمر المؤلفات الإباضية في المغرب العربي، حتى يأتي دور أبي يعقوب يوسف بن خلفون (من علماء القرن السادس الهجري)، لتكون أجوبته رافداً لقضية العمل الفقهي في بعض المسائل، حيث يقول في آخر أجوبته مبيناً سبب إجابته لسائله: «دعاني إلى ذلك ألا أكتم عليك شيئاً من الاختلاف والتوقيف على مذهب أصحابنا، وما صح به العمل عندهم»^(٣)، بعد أن قال في مقدمة كتابه: «وقد كتبت إلينا - وفقنا الله وإياك لسبيل مرضاته - في مسائل تريد شرحها، وبيان اختلاف الفقهاء فيها من السلف والخلف، وما اعتمد عليه أصحابنا من ذلك»^(٤).

ثم يأتي دور أبي ساكن عامر بن علي الشماخي (ت ٧٩٢هـ)، الذي نوّه ببعض الأمور التي عليها العمل عند الإباضية في كتابه (الإيضاح)، الذي قال عنه بدر العلماء أحمد بن سعيد الشماخي (ت ٩٢٨هـ): «وهو اعتماد أهل المغرب في وقتنا خصوصاً نفوسة، وبعده ديوان أبي زكريا يحيى بن

(١) النكاح، المقدمة، ص ٨؛ أشعة من الفقه، ص ١٩٢.

(٢) النكاح، ص ٨٨.

(٣) أجوبة ابن خلفون، ص ٩٦.

(٤) المصدر السابق، ص ٢٣.

الخير، وبعدهما الديوان ديوان الأشياخ»^(١).

وجعله الشيخ أبو إسحاق إبراهيم أطفيش (مرجع الفتوى بلا منازع)^(٢)، و(معتمد الأصحاب في الفتوى بالمغرب)^(٣).

وفي أواخر القرن الثاني عشر وأوائل الثالث عشر الهجريين يؤلف الشيخ عبد العزيز ابن إبراهيم الثميني (ت ١٢٢٣هـ) كتابه القيم (النيل وشفاء العليل)، الذي هو اختصار لعدد جم من الكتب التي سبقتة، واختصاره إلى حيث يشبه الرموز في كثير من الأحيان، فقد أراده (مختصراً في الفقه جامعاً، مبيناً لما به الفتوى من مشهور المذهب) كما قال ذلك بنفسه^(٤).

وقد عد كتاب النيل - في المغرب الإباضي - بمنزلة مختصر الشيخ خليل في المذهب المالكي^(٥). والحال نفسها فيما يتعلق بظهور مجتهدين في المغرب العربي الإباضي، إذ ظهر قطب الأئمة الشيخ محمد بن يوسف أطفيش (ت ١٣٣٢هـ) الذي يمثل أحد أركان النهضة العلمية الحديثة، فألف عدداً جماً من الكتب التي لا ريب أنها تعالج نوازل معيشة، فيكون دوره الريادي في قضية العمل على نحو ما مضى قوله من أثر أمثال هؤلاء المصلحين في هذه المسألة إما بالتأصيل أو بالتغيير.

* * *

(١) كتاب السير: ١٩٩/٢.

(٢) الوضع، مقدمة أبي إسحاق أطفيش، ص ٣.

(٣) المصدر السابق، ص ٩.

(٤) النيل، ص ٤.

(٥) النيل، مقدمة عبد الرحمن بن عمر بكلي، ص ٤.

المبحث الثاني

خصائص العمل الفقهي وضوابطه

لا مرء في أن العمل الفقهي أحد مظاهر الفقه الحضارية من حيث تناوله الجوانب العملية من حياة الإنسان، ولذلك فهو يمثل قانوناً شرعياً ودستوراً للبشرية كلها.

وقبل الدخول في الخصائص والضوابط، يحسن أن نتبين مدار العمل الفقهي وطبيعة علاقته بالأحكام الشرعية.

إن العمل الفقهي من حيث مصدره وثيق الصلة بالفتوى التي تكون حلاً شرعياً لنازلة من النوازل، وذلك بأحد أمرين:

الأول: أن تصدر الفتوى حكماً شرعياً يكون علاجاً لنازلة معينة يجري العمل بالحكم على مثيلاتها بمقتضاها، فتصبح عملاً فقهيّاً قد يمتد قرناً.

الثاني: أن تكون الفتوى جارية على مقتضى عرف أو عادة سبقتها مما لا يعارض دليلاً شرعياً، سواء كانت المصلحة ترجح بقاءها أو لم يمكن أصلاً سبب لتغيير ذلك العرف أو تلك العادة.

وقد ورد العمل الفقهي عند الإباضية باسم النوازل في صورتين:

الأولى: (نوازل نفوسة):

وهو عنوان كتاب لم أقف على مؤلفه، وقد ذكره الإمام قطب الأئمة مراراً في شرح النيل، والعينات التي نقلها منه هي من قبيل العمل الفقهي، مثل قول الإمام القطب فيمن قابلتها اثنتان: «وإن ولدته حياً ومات هو وأمه

فقال إحداهما: مات قبلها، وقالت الأخرى: بعدها، ففي نوازل نفوسة:
القول قول من قالت بعدها»^(١).

وقوله: «وإن اعتدت بالغة بالأشهر - على قول - فحاضت قبل خروج
العدة استأنفت بالحيض كذلك، وقيل: إذا حاضت من دخلت في العدة
بالأشهر بنت على ما مضى من الأشهر بالأيام، وتلغي الحيض وتحسب
بالأيام، قال في نوازل نفوسة: هو غير معمول به»^(٢).

ويفهم من هذين الأمرين وغيرهما مما ذكره الإمام القطب أن سبيل
هذا الكتاب سبيل غيره مما يدخل مجال العمل الفقهي، وأما نسبه إلى
نفوسة فيحتمل أن مؤلفه من نفوسة موطن الإباضية بليبيا، أو مما هو مجال
للعمل بنفوسة. غير أن الرابط بين النوازل وبين العمل يوضح العلاقة المتينة
بينهما.

الثانية: (نوازل العزابة):

وهي عبارة عن (دفتر النوازل التي حكم فيها العزابة)^(٣).

غير أن مضمون هذا الدفتر يختلف عن نوازل نفوسة، إذ أورد نوازل
العزابة وقائع بعينها وبيان حكم العزابة فيها. وعلاقتها بالعمل الفقهي من
جهتين:

١ - بيان بعض الأحكام التي تعبر عن المعمول به، مثل جريان العمل
عند العزابة في كتابة الصداق أن المرأة تصبح في عصمة نفسها إذا تغيب عنها
زوجها أكثر من سنتين^(٤).

(١) شرح النيل: ٣٥٥/٥.

(٢) المصدر السابق: ٤٢٦/٧.

(٣) نظام العزابة، ص ٢٧٥.

(٤) المصدر السابق، ص ٢٧٦.

٢ - استناد الفتوى أو الحكم القضائي على عمل فقهي العمل به جار بمقتضى الحكم الشرعي الذي روعي فيه المصلحة المرسلة .

ويمكننا أن نستخلص - مع هذه الاعتبارات - سمات العمل الفقهي وضوابطه التي تتحكم فيما يلي :

أولاً - خصائص العمل الفقهي :

يمتاز العمل الفقهي بأن أحكامه تتناول الجانب العملي التطبيقي من الفقه دون الأحكام النظرية ، ويعرف ذلك من نص العلماء على ما يجري العمل به ، كما سبق التمثيل عليه في المبحث السابق ، إضافة إلى ما كان من التأليف مما قصد به بيان الأمور المعمول بها عند علماء المذهب أو عند عامة الناس ممن ينتمون إلى بلد أو إقليم معين .

أما التأليف التي تغذي جانب الفقه العملي فلا بد أن تتحقق فيها إحدى صفتين : القصد من تأليفها إلى العمل بها ، وجريان العمل بعد تأليفها .

وهي نوعان :

أ - التأليف العامة : التي تشير أحياناً إلى ما عليه العمل ، وهي السمة الغالبة على سائر كتب المذهب الإباضي ، ككتاب الإيضاح الذي صار مرجع الفتوى في المغرب في فترة من الفترات ، وذلك من حيث اعتماده في استصدار الأحكام الفقهية العملية بالرجوع إما إلى ما نص المؤلف على كونه معمولاً به أو إلى ما رجحه .

ب - التأليف المقصودة لهذا الغرض : وذلك مثل مختصر البسيوي الذي سبق الحديث عنه ، والملاحظ على هذا الكتاب ومثله أنه لم يغفل بعض الجوانب العقدية ، مما يفيد تأكيد الإباضية على الربط بين القول والعمل في الإيمان ، لأن الفقه وإن كان مقصوده الأسمى جانب العمل إلا أن للعقيدة

الراسخة دوراً في توجيه الجوارح نحو العمل ودفعها إلى تنظير الفقه، ولهذا لم تستطع أغلب المؤلفات الإباضية طوال فتراتهم السابقة إغفال الجانب العقدي، بل على العكس نجد التركيز على بسط مقومات الإيمان وغرس معانيه بشكل واضح جداً، ووضوحه من خلال عدم إفراد مؤلفات خاصة بالعقيدة وأخرى بالفقه إلا نادراً، سواء ما يخدم منها العمل الفقهي بشكل مباشر أو عن طريق البيان.

وهذا الربط ينسحب على المختصرات مثل مختصر الخصال، ما عدا كتاب (النكاح) وكتاب (الصوم) لأبي زكريا الجناوني، اللذين يفسر خلوهما من هذا المعنى بأنهما جرداً لمجاليهما، فهما بمنزلة بايين من أبواب أي مختصر قصد به العمل الفقهي.

هذا ولا يمنع من المصير إلى كون مثل هذه المؤلفات مرادة للعمل الفقهي من ذكر بعضها غير قول في بعض المسائل، أو اشتمالها على بعض المسائل الفقهية النظرية، لأن القضية الأولى عولجت بتصدير ما عليه العمل عند تعدد الآراء أو بالنص عليه، والثانية بكون الكتاب شاملاً لكافة جوانب الفقه، نظراً إلى خصائص التشريع الشاملة لكل جوانب الحياة.

- هذا ويمكن تقسيم العمل الفقهي بالنظر إلى نوعية العاملين به إلى ما يلي:

أ- عمل العلماء:

وهو - لا ريب - يراد به ما تجري به الفتوى من قبل هؤلاء العلماء فيما يعالجون به نوازل حادثة أو تحدث بشكل متكرر، ويظهر الفرق بينه وبين الإجماع من خمسة أوجه:

الأول: أن الإجماع لا مخالف له في الدائرة التي ينحصر العمل فيها، وكذلك الأمر إن اتسعت الدائرة؛ بمعنى إن أريد بالإجماع إجماع الأمة

الإسلامية فلا مخالف له إذن من الأمة، وإن أريد به إجماع أهل بلد معين فلا مخالف له من ذلك البلد من أي عالم.

وأما العمل فنحوه من حيث شمول دائرته بحسب نسبته، غير أنه قد يوجد له مخالف ولم تجر الفتوى على مقتضى قول ذلك المخالف.

الثاني: أن الإجماع يشمل المسائل النظرية وغيرها، أما العمل الفقهي فيتوجه إلى القضايا التطبيقية ذات الدلالة الحيوية التي تعالج شرعاً بنظر المفتي أو القاضي وفق العمل الفقهي.

الثالث: أن الإجماع يكون حجة بنفسه، أما العمل الفقهي فلا يستقل بالحجة.

الرابع: أن مستند الإجماع الدليل الشرعي، أما العمل الفقهي فقد يخالف الدليل أو الراجح.

الخامس: أن الإجماع لا يصح خرقه ولو طال العهد فحكمه سار، أما العمل الفقهي فالعرف والعادة والمصلحة تتحكم فيه بشكل مباشر وقوي.

السادس: أن الإجماع يصدر عن إطباق مجتهدي عصر معين، أما العمل الفقهي فهو ما تجري به الفتوى من قبل العلماء، ولا يشترط أن يكونوا مجتهدين أو ما يكون عليه عمل الكافة مما لا يناقض دليلاً شرعياً.

ب- عمل الكافة:

وهو نمط التعامل بين أفراد المجتمع مما يقتضي النظر الشرعي صدور الفتوى أو الحكم بإباحته وإلا لم يسغ بقاؤه أصلاً.

ويمثله - في أحد جوانبه - في كتب فقهاء الإباضية ما يعرف بالدلالة أو التعارف الذي كان من أوائل من ألف فيه الإمام ابن بركة في كتابه (التعارف) (وهذا ما يتجلى أن الفتوى تجري على مقتضاه ما لم يخالف دليلاً شرعياً).

ويعني ما تجري به العادة بين الناس في المعاملات التي يتعارفون عليها في أمورهم الحيوية والاجتماعية ، وقد أدخل فقهاء الإباضية هذه الأمور ضمن العمل الفقهي لتحاط بسياج الشرع وتضبط بضوابط الإيمان .

يدل على ذلك أن مسائل هذه الأعراف صارت أحكاماً شرعية كقول الشيخ أحمد بن عبد الله الكندي :

«في الدلالة اختلاف بين الناس أجازها أكثر المسلمين ، وأحسب أن بعضاً يقول لا يكون إلا على من يتولاه ، والمعمول به أنها في مال الولي وغير الولي ممن يعرف منه ذلك»^(١) .

ولنأخذ نصاً للشيخ خميس بن سعيد الشقصي لزيادة البيان فيما يتناوله التعارف بين الناس ، يقول :

«أجمع الناس على تملك العبيد بالشراء ، ممن يبيعهم بغير إقرارهم ولا صحة عبوديتهم ، على أنهم قد أجمعوا: أن حكم بني آدم الحرية في الأصل ، وكذلك ما يشتري من صغار العبيد بالشراء ممن يبيعهم بغير إقرارهم فقد أجازوا التملك عليهم ، وقد علمنا أنه لا يقين معنا على ذلك ، ولكن قد جرى بهذا العرف بين الناس ، ولا يكون في شيء مع أهل موضع ، إلا حتى يكون الإجماع منهم على إباحتهم ذلك معهم ، لأنه إنما يسمى بسنة البلد ، والسنة لا تكون إلا مجتمعاً عليها ، وإذا كان فيها اختلاف فليس بسنة .

وإذا كانت السنة ثابتة معهم في مال الغائب واليتيم والمساجد فهو على ما أدركت عليه السنة ، وإذا كان قد جرى معه أن التعارف لا يكون إلا في مال الحاضر العاقل البالغ فكذلك .

(١) المصنف: ٢٨/١٨ .

وإذا أراد أحد من أهل الأملاك منع شيء قد أجمع عليه أهل البلد على إباحته فله ذلك لأن هذه سنة تراض ، فإذا لم يرض فقد خرج من حال الإجماع وصار مخصوصاً بالكرهية^(١).

أما الجانب الثاني فهو ما يكون شأنه الأحكام الفقهية التي اصطلح عليها أو على العمل بها .

وكلا الجانبين إما أن يكونا بنياً على فتوى أو حكم ، أو بنياً عليهما كما تقدم ذكره .

وينقسم العمل الفقهي من حيث تناوله للمسائل إلى قسمين :

- العمل الفقهي الجزئي : وهو المسائل المتفردة التي ينص على جريان العمل بها .

- العمل الفقهي المتكامل : وهو مجموعة المسائل المعمول بها التي تتمثل في المؤلفات المرادة للعمل الفقهي ، وقد سبق التمثيل عليها .

كما ينقسم العمل من حيث بيئته إلى :

أ - ما عليه العمل عند كافة علماء المذهب الإباضي بما فيهم أهل المشرق وأهل المغرب ، وذلك كعدم الضم وعدم الرفع في الصلاة .

ب - ما عليه العمل عند أهل بلد أو إقليم ، وقد ظهر ذلك في صور منها :

- عمل المغاربة : ولعل أجلى صورة لذلك ما يعرف عندهم بنظام العزابة ، وهو مؤسسة اجتماعية دينية ، يشرف عليها مجلس أعلى يسمى مجلس العزابة أو هيئة العزابة ، هدفه الحفاظ على كيان المجتمع المسلم وتنظيمه وصلاح أفراده .

(١) منهج الطالبين : ١٣ / ١٤١ .

وصاحب فكرة تأسيسه أبو زكريا فضيل بن أبي مسور اليهراسني (توفي في العقد الرابع من القرن الخامس الهجري)، وذلك إثر الوقائع التي أضعفت كيان المذهب الإباضي في المغرب، طرح أبو زكريا الفكرة سنة (٤٠٨هـ) وأوعز بتبنيها إلى تلميذه أبي عبد الله محمد بن بكر بن أبي بكر الفرسطائي النفوسي (ت ٤٤٠هـ)، فعكف أبو عبد الله مدة أربعة أشهر ثم خرج بهذا النظام الذي سمي بداية بالسيرة المسورية البكرية، وقد استمر العمل عليه عند المغاربة طيلة القرون السابقة، وتداعى كيانه في بداية القرن الثالث عشر الهجري، ثم توقف في جربة ونفوسة، ولا يزال باقياً إلى الآن في وادي ميزاب في الجنوب الجزائري^(١).

- عمل أهل الباطنة من عُمان :

ذلك أن عاداتهم أن الزجر (وهو السقي بالدوالي والقرب) يكون في الثلث الآخر من الليل، ويستعملون المواشي في ذلك، والذين يقومون بذلك هم العبيد.

وهذا العمل منهم منذ زمن قديم، إذ ورد أن ذلك كان في أيام الإمام غسان بن عبد الله الخروصي (ت ٢٠٧هـ)، وكان جريان العمل على هذا الأمر باقياً إلى ما قبل فترة وجيزة من وقتنا الحاضر، وقد جاء عن هذا الإمام العادل قوله: «عدلنا إلا في عبيد الباطنة فإننا لم نقدر على أن نعدل فيهم»^(٢).

يقول الإمام السالمي: «وكان من رأيه رحمه الله منع الاستخدام بعد العتمة مطلقاً، وإلا فأهل الباطنة يريحون عبيدهم بالنهار مقدار ما يستعملونهم بالليل»^(٣).

(١) انظر للتوسع: نظام العزابة، د. فرحات الجعبري.

(٢) شرح الجامع: ٤٩٠/٣.

(٣) المصدر السابق نفسه.

- عمل أهل وادي ميزاب بالجنوب الجزائري :

كما سبق من بقاء نظام العزابة ، وما ذكر في نوازل العزابة من جعل طلاق المرأة بيدها بعد غياب زوجها أكثر من سنتين بناء على الشرط عند العقد، وكالذي يجري عليه العمل الآن من اعتبار اشتراط الزوجة في عقد نكاحها أن عصمة النكاح تصبح بيدها إن تزوج زوجها امرأة غيرها .

- عمل أهل نفوسة في (ليبيا) : وقد سبق التمثيل عليه من نوازل نفوسة .

- عمل أهل جربة :

كمثل ما تجري به الفتوى من أن الميت يجعل عليه ما يمنع التراب عنه^(١) .

ثانياً- ضوابط العمل الفقهي :

لا تختلف ضوابط العمل الفقهي عن ضوابط الفتوى الشرعية باعتبار كل مسألة بعينها ، والتي يمكن اختزالها فيما يلي :

الكتاب، السنة، الإجماع، القياس، الاستدلال (خاصة العرف والمصالح المرسلة والاستحسان)، أما باعتبار أن العمل الفقهي يكون مجموع النظام الذي يرصد أعمال الإنسان في كل جوانب حياته العملية؛ فلا ريب أنه قد لا يتفق مع نظر كل مجتهد، إذ قد يظهر من يخالف عدداً من المسائل التي قد تكون درج عليها عدد من الفقهاء وجرى العمل بها، وقد تقدم المثال على هذا فيما خولف به مختصر البسيوي من المسائل الأربع المذكورة .

على أن هذه المخالفة لاتعني التشكيك في كون هذه المصادر التشريعية

(١) شرح النيل : ٦٥٨/٢ .

مراعاة في ذلك العمل الفقهي ، لأنها تدخل في باب أسباب اختلاف الفقهاء المعروفة ، وعليه فإن ما وجد مما هذا سبيله ينحو هذا المنحى ، وذلك كالذي وجد الشيخ نور الدين السالمي العمل عليه من كون الذي يقيم للصلاة هو إمام الصلاة ، فأنكر على هذا الفعل إنكاراً شديداً ، خاصة لما وجد من يتعنت في قبول الحق الذي استدل عليه من سنة الرسول ﷺ ، واعتذر نور الدين للذين قالوا بهذا القول بأعذار عدة ، إذ لم يريدوا بذلك مخالفة المصطفى ﷺ .

غير أن لكل من العرف والمصالح المرسلة والاستحسان بروزاً في قضية العمل الفقهي .

- العرف :

يمثل العرف عند الإباضية أحد مصادر التشريع التبعية التي لا يستغنى عنها في ضبط كثير من الأحكام الشرعية ، لا سيما التي لم ينص عليها نص ولا هي من الإجماع ولا مما يعرف حكمه بالقياس .

وقد أولاه فقهاء الإباضية عناية كبيرة ، وما بوب له في كتبهم بالتعارف أو الدلالة شاهد على هذا الاهتمام ، وقد عد النور السالمي مسائل التعارف مما يتفرع على قاعدة العادة محكمة^(١) ، إذ يعد ذلك من باب التيسير الذي يعد أحد خصائص التشريع الرباني مصداقاً لقوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [الحج : ٧٨] ، وهو بمنزلة ما أقره الرسول ﷺ من العادات والأعراف التي وجد قومها عليها مما لا يتنافى مع روح الإسلام . ولذا نجد أن كثيراً مما هو معمول به مراعى فيه جانب الأعراف التي هي من هذا القبيل .

غير أن إدراج العرف ضمن المصادر التشريعية مرهون - عند الإباضية كما عند فقهاء المذاهب الأخرى - بالأى يكون مما خالف نصاً أو أصلاً عاماً ، كما يتبين ذلك من النص الذي أوردناه سابقاً عن الشيخ الشقصي .

(١) طلعة الشمس : ١٩١/٢ .

- المصالح المرسلة :

إن اعتبار الإباضية المصالح المرسلة مصدراً تشريعياً تبعياً يوحى بأن لها دوراً في التأثير على نوعية الفتوى الشرعية وفحواها، إذ توافقت الأحكام المبنية عليها مع مصالح الناس، بما يسعفهم على الانضباط مع أهداف الشريعة وغاياتها.

وقد بيّن الإمام السالمي أن للإباضية اهتماماً بالمصالح المرسلة، وأن كثيراً من فروعهم مبني على هذا النوع من الاستدلال^(١).

وضرب لذلك مثلاً: فتوى أبي المؤثر الصلت بن خميس الخروصي (ت ٢٧٨هـ) بحرق منازل القوم الذين دخلوا في طاعة القرامطة، وذلك لما حاربوا القرامطة في عمان لثلاثين رجلاً يسكنونها، قال الإمام السالمي: «ولا مستند لأبي المؤثر في هذه المسألة إلا القياس المرسل، وهو النظر في صلاح الإسلام وأهله، حتى لا يكون للقرامطة ملجأ يلجؤون إليه»^(٢).

ثم قال: «وأنت إذا تأملت مذهب الأصحاب رحمهم الله تعالى وجدتهم يقبلون هذا النوع من المناسب ويعللون به لما دل عليه مجملاً، أي وإن لم يدل دليل على اعتباره بعينه أو جنسه، فإن الأدلة الشرعية دالة على اعتبار المصالح المرسلة مطلقاً»^(٣).

- الاستحسان :

بيّن الشيخ السالمي أن الاستحسان أحد المصادر المعتمدة في الشرع، فبعد أن ذكر الخلاف في قبوله، والخلاف في تعريفه، وذكر أمثلة مما ضربه للاستحسان قال: «وبعض هذه المسائل موجود في المذهب على هذا الحال

(١) طلعة الشمس: ١٨٥/٢.

(٢) المصدر السابق: ١٤٥/٢.

(٣) المصدر السابق: ١٤٣/٢.

الذي ذكروه، والبعض الآخر يقبله المذهب لوجود نظائره فيه»^(١).

وقال الشيخ خلفان بن جميل السيابي (ت ١٣٩٣ هـ): «وفي فتاوى المذهب ما يدل على الأخذ بالاستحسان عند كثير من علماء الأصحاب»^(٢).

هذا، وإذا عدنا إلى الأمثلة التي ذكرناها سابقاً استطعنا الربط بين العمل الفقهي وهذه المصادر التشريعية، فمثلاً:

- ما جرى العمل به عند العزابة من أن المرأة تصبح في عصمة نفسها إذا تغيب عنها زوجها أكثر من سنتين، ابتنى العمل على هذا الحكم نظراً إلى الضرر الذي يلحق المرأة من غياب زوجها عنها هذه المدة الطويلة، فالمصلحة داعية إلى رفع الضرر عنها، وجعل الأمر بيدها، إن شاءت فسخت عقدة النكاح وإن شاءت أبقت عليه، فالمصلحة الشرعية هي الداعية إلى سن هذا العرف الفقهي.

- أما عدم الرفع والضم فهو مبني على الحديث الذي رواه الإمام الربيع مرفوعاً: «كأنني يقوم يأتون من بعدي يرفعون أيديهم في الصلاة كأنها أذنان خيل شمس»^(٣).

وقد جرى العمل عند الإباضية على عدم الرفع والضم، استناداً إلى هذا الحديث، وإلى أخذ الإمام جابر بن زيد من عدد جم من الصحابة عن رسول الله ﷺ، إذ ورد عنه قوله:

«أدركت سبعين بدرياً فحويت ما عندهم إلا البحر» يعني ابن عباس، فهو بمنزلة العمل الفقهي، أو الإجماع العملي الذي استمر واستقر عليه العمل، وهذه المسألة أشبه بمسألة عمل أهل المدينة.

(١) طلعة الشمس: ١٨٧/٢.

(٢) فصول الأصول، ص ٣٥٥.

(٣) الجامع الصحيح حديث رقم (٢١٣).

- أما نظام العزابة فإن معرفتنا بسبب تأسيسه يرجح أن جانب المصلحة اقتضت - من وجهة أنظار مؤسسيه - وجوده حفاظاً على كيان الإباضية، إذ لم يتمكنوا في المغرب العربي من إقامة إمامة إسلامية تحكم بالقسط وتقسّم بالعدل، لا سيما في ظل الدولة الجائرة التي كانت تحكم السيطرة على مناوئها يومئذٍ، فهو كالبديل لنظام الدولة الإسلامية غير المقدور على تطبيقه، ولهذا ليس لنظام العزابة وجود عند إباضية عمان على مدى فترات تاريخهم، إذ استمر العمل على نصب الخلفاء الشرعيين، وإعلان النظام القائم على الحكم بشرع الله سبحانه وتعالى، متى ما سنحت الفرصة لذلك.

- وأما استخدام العبيد - في فترة سابقة - بعد صلاة العتمة فقد ورد النهي عنه فيما رواه الإمام الربيع من طريق جابر بن زيد قال: «سمعت أناساً من الصحابة يروون عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن استعمال العبيد بعد صلاة العتمة»^(١).

وموضوع الشاهد أن الإمام غسان بن عبد الله الخروصي - حسبما سبق - كان يرى التشدد في مسألة استخدام العبيد بعد العتمة، فيحمل النهي في الحديث على هذا المحمل، فعدوله عن الأخذ بمقتضاه عدول عن الأخذ بالنص لمصلحة رجحت عدم العمل به، ولذا قال قولته: «عدلنا إلا في عبيد الباطنة... إلخ»^(٢).

- وأما فتوى أبي المؤثر بتحريق بيوت القرامطة فقد عدها الإمام

(١) الجامع الصحيح، حديث رقم (٦٨٧).

(٢) لا يخفى أن العدل حاصل من حيث إن الأسياد يريحون عبيدهم بالنهار مقدار عملهم بالليل، فإذا حصل لهم الرفق بالاستراحة حصل مقصود الشارع كما يقول الإمام السالمي.

أما على قول الإمام غسان، فالعدول عن الأخذ بظاهر الحديث إن حمل النهي فيه إلى التحريم كما هو رأي الإمام، فليس الأمر راجعاً فيه إلى هذا المعنى، بل إلى أن الليل ليس وقت عمل بل هو وقت استراحة وعبادة؛ انظر: شرح الجامع الصحيح: ٤٩١/٣.

السالمي من قبيل المصلحة المرسله كما سبق .

وقد عدّها أبو الحواري محمد بن الحواري العماني (من علماء أواخر القرن الثالث الهجري) من قبيل القياس ، إذ جعلها مقيسة على تحريق النبي ﷺ مسجد الضرار^(١) .

- أما أبواب التعارف (الدلالة) فمحورها - فيما لم يرد في حكمها نص ولا هو مما أجمع عليه ولا توصل إليه بقياس ولا استدلال - الرضا وسخاء النفس وجريان العادة ، وفيما مضى بعض الأمثلة على ذلك ، ومما ورد في المصنف : «في الدلالة اختلاف بين الناس . . . والمعمول به أنها في مال الولي وغير الولي ممن يعرف منه ذلك ، وذلك إذا كان يدل عليه بشيء يسر به المدلول عليه ويكره مما لو فعله بحضرته لم يستح منه بذلك»^(٢) .

«وقيل الإدلال على كل من اطمأن قلبك أن الذي تفعله في ماله تطيب به نفسك ، وإن كان يهودياً أو منافقاً ، لأن الحلال أصله الرضا وطيبة النفس مع موافقة الحق فيما دخل فيه ، وإذا كنت لا تستحي من صاحبك إذا أدركك وأنت تأكل من ماله لم يدخلك حياء»^(٣) .

«وإذا أراد أحد من أهل الأملاك منع شيء قد أجمع عليه أهل البلد على إباحته فله ذلك ، لأن هذه سنة تراضٍ فإذا لم يرض فقد خرج من حال الإجماع وصار مخصوصاً بالكراهية»^(٤) .

وهكذا يمكن أن توجه كل المسائل الفقهية المتعلقة بهذا المجال .

* * *

(١) السير والجوابات : ٣٦٠ / ٢ .

(٢) المصنف : ٢٨ / ١٣ .

(٣) المصدر السابق : ٢٨ / ١٨ - ٢٩ .

(٤) منهج الطالبين : ١٤١ / ١٣ .

سبل الاستفادة من العمل الفقهي

في التطبيقات المعاصرة

للعمل الفقهي مجالات متنوعة متوزعة على أبواب الفقه المعروفة، سواء منها العبادات والمعاملات، وفقه الأحوال الشخصية والتشريعات القضائية والدستورية.

وقد اتضح مما سبق من الأمثلة المذكورة شمول العمل الفقهي لجميع هذه الأبواب. كما تبين من اتخاذ بعض كتب الفقه رافداً للفتوى وإصدار الحكم الشرعي صلاحية هذا النوع من التوجه نحو التعامل مع مستجدات المسائل الشرعية، ولعل من القضايا المهمة التي عالجها العمل الفقهي خلو الساحة من مجتهدين قادرين على استنباط الأحكام في كل جزئية من مسائل الفقه في زمن من الأزمنة.

وهذا ما يبدو أنه تم الإطباق على موافقته لروح الشريعة، من خلال جريان الفقهاء والعلماء على الأخذ به طوال قرون مضت.

ولا يؤثر العمل الفقهي - من حيث وجوده - على حركة نمو الفقه وبرز مجتهدين في الأمة، فقد تقدم أن مختصر البسيوي مثلاً أخرج منه بعض العلماء مسائل لم يكن الاعتماد على الأخذ بها، لأن العمل الفقهي بمنزلة الحل الوقتي لأزمة فقدان المجتهدين في وقت تشل فيه حركة الفقه ويقل فيه الفقهاء والعلماء.

على أن الوصول إلى مرتبة الاجتهاد التي يتسنى بها إعطاء الحكم لكل
حادثة أمر محدود لا سيما في العصور المتأخرة .

ويمكن اعتبار العمل الفقهي مرحلة عليا من مراحل نمو الفقه وتطوره،
وهذا ما نشهده حالياً كما سيأتي بيانه .

بيد أن العمل الفقهي إذا استحال إلى ما يشبه النص الشرعي الذي
لا يحل استبدال شيء به فذاك من سلبياته بهذا الاعتبار .

كما أن نظرنا إلى العمل الفقهي بأنه آخر نتاج الفقه مما يؤدي إلى
القول بإغلاق باب الاجتهاد - كما حدث في عصور الجمود والركود - سلبية
أخرى تؤخذ على هذا العمل ، لا سيما إذا استمر العمل به مع تغير الحكم في
مسألة ما ، أو اقتضت المصلحة العدول عن شيء من أحكامه إلى حكم آخر .

إذا فهمنا هذه القضايا فيمكننا تحرير مجالات الإفادة من العمل
الفقهي فيما يلي :

أولاً - تقنين الفقه :

وهو أن تصاغ الأحكام الفقهية على شكل مواد قانونية ، تعالج كل
قضية من القضايا الحيوية في المجال الذي توضع له .

وليس تقنين الفقه هذا إلا شكلاً من أشكال العمل الفقهي تميزه الصورة
القانونية التي يطرح بها ، والطريقة القانونية التي تنفذ بها أحكامه ، لا سيما إذا
كان الفقه بهذا الطرح يمنع من الزلل الذي قد يقع فيه قليلو الدراية بالأحكام
الشرعية .

ولذا من الممكن في إطار إدراج العمل الفقهي ضمن عملية التقنين
هذه أن يعتمد : إما على الأمور المعمول بها في العصر الذي تتم فيه هذه
العملية ، أو على بعض الأعمال الفقهية المتقدمة التي يجري التعديل فيها

بما يتفق مع مقتضيات كل عصر ومكان .

ولو نظرنا إلى كل من مختصر البسيوي ومختصر الخصال لوجدناهما قانوناً فقهياً مميزاً سبق القانون الدولي الحاضر في سائر مجالات الفقه، وخاصة كتاب مختصر الخصال، فعباراته أشبه بالمواد القانونية، ولتأخذ عليه مثلاً :

«باب ذكر بيان ما يستحق الفقير والمسكين من الصدقة

قال أبو إسحاق : والذي يستحق به الفقير والمسكين من الصدقة ثلاث خصال، أحدها : أن يكون مسلماً، والثاني : أن يكون حراً، والثالث : أن لا يكون في ملكه قيمة نصاب من المال يكون به غنياً، وقيل خمسين درهماً .

باب ذكر بيان ما يستحق به العامل من الصدقة

قال أبو إسحاق : والذي يستحق به العامل من الصدقة خمس خصال : أحدها : أن يكون رجلاً بالغاً، الثاني : أن يكون عاقلاً، الثالث : أن يكون مسلماً، الرابع : أن يكون عاملاً لإمام عادل، الخامس : أن يكون حراً .

باب بيان ما يستحق به المؤلف من الصدقات

قال أبو إسحاق : والذي يستحق به المؤلف من الصدقات ثلاث خصال، أحدها : أن يكون رجلاً حراً بالغاً عاقلاً، الثاني : أن يكون مسلماً، الثالث : أن يكون الإمام محتاجاً إليه في الوقت»^(١) .

هذا، وينبغي أن تراعى في مسألة التقنين جملة أمور :

١ - أن يكون التقنين وفق الأدلة الشرعية المستمدة من مصادر التشريع الإسلامي، فلا يجوز أن يكون مجال استمداها من غير هذه المصادر، وأن

(١) مختصر الخصال، ص ١١١ .

يكون لكل من العرف والمصلحة المرسلة حظ من النظر كبير في بيان الفتوى وإصدار الحكم الشرعي .

٢ - أن يكون التقنين أو الاختيار موكولاً إلى فقهاء وعلماء يميزون الأحكام الشرعية، ويدركون كيفية الترجيح عند تعارض الأدلة أو عند اصطدام الأدلة بالواقع ويفهمون مقاصد الشريعة المعروفة التي يتم إصدار الحكم الشرعي أو النازلة المعينة في ضوءها .

وهذا ما نشهده في العمل الفقهي الذي استغرقتنا تاريخه عند الإباضية، إذ صدر من علماء أجلاء، وكتاب (ديوان الأشياخ) أو (ديوان العزابة) خير مثال لهذا المعنى .

٣ - بروز دور مجتهد العصر أو المكان الذي يراد صياغة الفقه فيه، والرجوع إليه في المسائل التي يصل اجتهاده فيها إلى حكم معين نهائي، كما هو الحال في سائر الأعمال الفقهية .

وإغفال هذه الأمور الثلاثة من أكبر المآخذ على كثير من القوانين التي تنظم الأحكام الفقهية، إذ المسألة مسألة شرع وبيان مراد الله فيما يخص تلك المسائل .

٤ - ينبغي أن يكون التقنين شاملاً لكل مناحي الحياة التي تحكمها سائر الأبواب الفقهية، من عبادات ومعاملات وحدود ودعاوى وغير ذلك، لأن الدين كل لا يتجزأ، وأن تدخل النوازل الحادثة ضمن هذا التقنين من حيث العمل والاجتهاد إلى معرفة الحكم الشرعي منها، وإدراجه ضمن القانون المراد طرحه .

٥ - أن يكون تنفيذ القانون الفقهي - في المجالات القضائية - موكولاً إلى قضاة شرعيين عارفين بأحكام الشريعة، ليتسنى تنزيل الحكم على الحادثة، بعد المعرفة التامة بتوجه الحكم إليها .

٦ - أن تتبنى فكرة التقنين جهة شرعية مسؤولة عن تنفيذ الأحكام الشرعية .

٧- أن يقدم القانون الفقهي بشكل يتناسب مع لغة الطرح العصرية .

٨ - أن لا تكون عباراته وألفاظه ذات دلالة محتملة بحيث تختلف الأنظار في تفسير نصه ، مما يؤدي إلى اختلاف الحكم من شخص لآخر في مسألة واحدة .

ثانياً - تلقين الفقه :

يمكن استغلال العمل الفقهي في النواحي التعليمية والمجالات الأكاديمية وذلك فيما يلي :

١ - إذا كان المتلقي النشء المؤمن ، الذي يفترض أن يكون بمنأى عن الخلافات الفقهية التي لا يستفيد منها في الأمور العملية ، وأن ينفصل في باكورة حياته عن الأدلة الشرعية التي استفيد منها أحكام العمل الفقهي الذي يلقنه ، إذ المراد العمل بالحكم لا الاستدلال على الحكم .

ويتم ذلك باختيار أحد المختصرات التي يسهل عليه هضمها من حيث التلقي والاستيعاب ، ولا مانع حينئذ من إحداث عمل فقهي مناسب للمستوى المطلوب .

وقد ظل ديوان العزابة فترة من الفترات مساقاً دراسياً للطلبة .

وقد تمثلت هذه الفكرة عند الإباضية فيما ألفه الإمام نور الدين السالمي مما وسمه بـ (تلقين الصبيان ما يلزم الإنسان) الذي صار العمل بتلقيه للنشء جارياً منذ تأليفه حتى العصر الحاضر ، وقد أدى هذا العمل الفقهي المختصر دوره الريادي عند إباضية عمان .

٢ - يمكن أن يصبح العمل الفقهي وسيلة ناجحة في تغطية جوانب

النقص لدى المشتغلين بغير العلوم الشرعية، الذين ليس عندهم من الوقت ما يسعفهم لقراءة المطولات التي تتميز بتزاحم الأقوال وتكاثر الأدلة، وليس عندهم من الملكة الفقهية ما يمكنهم من الترجيح بين الأقوال، والذين لا يعينهم من الفقه إلا الجانب التطبيقي الذي يحتاجون إليه فيما يؤدون به القدر الواجب عليهم من أحكام الدين العملية .

وإذا كانت كثير من مختصرات الفقه قصد باختصارها التيسير على طلبة العلم؛ فإن غيرهم أولى بهذا القصد، سواء الدارسون في هذه الميادين أو الممتحنون لها، ويمكن أن تعنى المؤسسات التعليمية بهذا الجانب، من خلال طرح مساقات تسهل على غير طلبة العلم الشرعي الأخذ بنصيب وافر مما يعينهم من أمور دينهم، وهذا هو الملاحظ على كثير من دور التعليم لا سيما التي يتأخر فيها التخصص، حيث إن علاج هذه المسألة فيها يكون بشكل غير كثير الجدوى، حين يُساوى عدد طلاب العلوم الشرعية بغيرهم في عدد الجرعات الفقهية ونوعية المادة الدراسية الشرعية .

٣- مما يمكن أن يستفاد من العمل الفقهي تقريب الفقه إلى المسلمين غير الناطقين باللغة العربية، لا سيما حديثي العهد بالإسلام، الذين لم يمارسوا شعائر الدين وتعاليمه ممارسة تمكنهم من استيعاب الأحكام إلا بطريقة التلقين .

ويتم إنجاز نحو هذا المشروع بترجمة هذا العمل الفقهي المعدل لأمثال هؤلاء .

ثالثاً- المجالات الدستورية :

يمكن أن يستفاد من العمل الفقهي بإيجاد صيغة إسلامية لكل التشريعات، سواء منها ما يتعلق بنظام الحكم أو التشريعات الجنائية أو غيرها، وللإباضية في هذين المجالين القدر المعلى والنصيب الأوفر من

الأمثلة العملية الحية التي لازمت الحركة السياسية عند الإباضية ، فلذا يمكن أن يستفاد من الأعمال الفقهية سواء منها المجموعة مثل كتاب (إغاثة الملهوف بالسيف المذكر في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) للشيخ سعيد بن خلفان الخليلي ، أو المتناثرة مما له علاقة بالفقه السياسي الإباضي من حيث شروط اختيار الخليفة وطرق ذلك مما تلح الحاجة الآن إلى بيانه وضبطه .

رابعاً- المجالات الاجتماعية :

حيث يمكن أن يفادى من بعض مجالات العمل الفقهي المتعلقة بالجوانب الاجتماعية التنظيمية ، من خلال استحداث أنظمة اجتماعية أشبه بالدساتير ذات الصبغة الشرعية ، تعنى بالجوانب الإصلاحية وتسد النقص الذي أفرزته المدنية الحديثة الممتزجة بالمادية الخاوية من روح الدين .
وقد مثل نظام العزابة هذه القضية خير تمثيل .

ناصر بن سليمان بن سعيد السابحي

قائمة المراجع

- ١ - أجوبة ابن خلفون، أبو يعقوب يوسف بن خلفون المزاتي، تحقيق وتعليق د. عمرو خليفة النامي - بيروت، دار الفتح، ط ١، ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م.
- ٢ - أشعة من الفقه الإسلامي (ج ٣) الفقه والتشريع مدخلاً وتاريخاً، مهني بن عمر التيواجني، ط ١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- ٣ - الإيضاح، الشيخ عامر بن علي الشماخي - سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- ٤ - التعارف، الشيخ عبد الله بن محمد بن بركة البهلوي - سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٩٨٤م.
- ٥ - الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب الفراهيدي، ويليهِ الفهارس، إعداد سعود بن عبد الله الوهبي، روي: مكتبة مسقط، ط ١، ١٤١٥هـ - ١٩٨٤م.
- ٦ - الجامع، عبد الله بن محمد بن بركة البهلوي - سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، تحقيق عيسى يحيى الباروني.
- ٧ - جواهر الآثار، الشيخ محمد بن عبد الله بن عبيدان - سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ٨ - رسالة أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي للإمام أبي الخطاب المعافري - سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٩٨٢م.

- ٩ - السير، الشيخ أحمد بن سعيد الشماخي - سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، تحقيق الشيخ أحمد بن سعود السيابي، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ١٠ - السير والجوابات لعلماء وأئمة عمان، تحقيق د. سيدة إسماعيل كاشف - سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ١١ - شرح الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع، نور الدين عبد الله بن حميد السالمي، صححه وعلق عليه عز الدين التنوخي - سلطنة عمان: مكتبة مسقط.
- ١٢ - شرح النيل وشفاء العليل، الشيخ محمد بن يوسف أطفيش - جدة، مكتبة الإرشاد، ط٣، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ١٣ - الصوم، أبو زكريا يحيى بن أبي الخير الجنائوني - سلطنة عمان، مكتبة الضامري، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- ١٤ - فصول الأصول، الشيخ خلفان بن جميل السيابي - سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- ١٥ - مختصر البسيوي، أبو الحسن علي بن محمد، تقديم الشيخ أحمد بن حمد الخليلي، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ١٦ - مختصر الخصال، أبو إسحاق إبراهيم بن قيس الحضرمي - سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- ١٧ - مختصر العدل والإنصاف، الشيخ أحمد بن سعيد الشماخي - سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- ١٨ - المصنف، أحمد بن عبد الله الكندي - سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

- ١٩ - منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، الشيخ خميس بن سعيد الشقصي - سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
- ٢٠ - الموسوعة الفقهية، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط١، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
- ٢١ - موطأ الإمام مالك بن أنس رواية يحيى بن يحيى الليثي، إعداد أحمد راتب عرموش، ط١٠ - بيروت، دار النفائس، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
- ٢٢ - نظام العزابة عند الإباضية الوهبية في جربة، د. فرحات الجعبيري - تونس، ١٩٧٥م.
- ٢٣ - النكاح، أبو زكريا يحيى بن أبي الخير الجنائني، تقديم الشيخ علي يحيى معمر، طرابلس، ١٩٧٦م.
- ٢٤ - النيل وشفاء العليل، الشيخ عبد العزيز بن إبراهيم الثميني، تعليق بكلي عبد الرحمن عمر، ط٢، ١٣٨٧هـ-١٩٦٧م.
- ٢٥ - الوضع، أبو زكريا يحيى بن أبي الخير الجنائني، تعليق أبو إسحاق إبراهيم أطفيش - سلطنة عمان، مكتبة الاستقامة، ط٦.



سبل الاستفاده من النوازل

العرض - التققيب و المناقشة

العروض

الرئيس :

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله ربّ العالمين ، وصلى الله على
نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين . أما بعد؛

ففي هذه الجلسة الصباحية المباركة النظر في موضوع : (سبل
الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة) ،
وقد وزّع عليكم سبعة بحوث في وقت سابق ، والعارض هو فضيلة الشيخ
عبد الله بن بيه ، والمقرر هو فضيلة الشيخ وهبة الزحيلي .

الشيخ عبد الله بن بيه :

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، اللهم صلّ وبارك
على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه . وبعد؛

فإني أتقدم بين يدي هذا الموضوع بالشكر الجزيل للرئيس على
ما أتاه الله من علم ومن خلتين هما الحلم والأناة ، وهما خلتان يحبهما الله .
وأشكر للأمانة العامة حلمها وأمانتها وجهدها المتواصل ، وأشكر للإخوة
في البحرين حسن الضيافة وكرم الوفادة .

ثم أقول :

فيا ربي عوناً فالمعان مؤيدٌ وما لأمريء إن لم تعنه كفاءٌ

هذه البحوث تشتمل على حوالي ثلاثمائة صفحة، وهي بحوث من آفاق مختلفة ومشارب شتى. ولهذا فإني عندما أعرض هذه البحوث فإن العارض يكون بين تعارض دليلين، الدليل الأول هو دليل الوقت والدليل الثاني هو دليل غزارة المادة، وعند تعارض الدليلين قد يلجأ المرء إلى الترجيح وقد يلجأ إلى الجمع. وإني أحاول ما استطعت إلى ذلك سبيلاً أن أجمع بين تعارض الوقت وغزارة الماد. فسأعرض وبسرعة دون أن أبخس أحداً سلعته أو أعظم أحداً حقه، سأعرض إلى هذه البحوث دون اعتراض ولا معارضة، وسأرتبها حسب الترتيب الذي أمامي في الورقة، إلا أن العارض سيكون آخر القوم، كما أن ساقبي القوم آخرهم شرباً. وهذه الطريقة التي أرجو أن تكون طريقة حسنة هي اختيار لبعض الفقرات من هذه البحوث، لكتابتها وتلخيصها، ولم يقدم أي باحث من الباحثين خلاصة بحثه وهو أمر يجب التنبيه عليه، وقد يفتخر العارض بأنه الوحيد الذي قدم خلاصة بحثه.

البحث الأول: هو بحث فضيلة الشيخ آية الله محمد علي التسخيري وعنوانه (العمل الحكومي ودوره في تحقيق مسؤوليات الدولة الإسلامية). وفي هذا البحث نبهني فضيلته بأنه لا يوجد فتاوى عند الشيعة وإنما الذي عندهم هو عمل حكومي، معناه أن الفقيه يتصرف تصرفاً ولائياً وليس تصرفاً بالفتوى مع أنني وجدته أثناء بحثه فرق بين الفتوى والحكم وهو تفريق يتفق تماماً مع التفريق الذي عندنا عند القرافي وغيره.

بدأ بحثه بقوله:

للحكومة الإسلامية دور محوري في المسيرة الاجتماعية التي خطط لها الإسلام في إطار نظريته الاجتماعية العامة. وقد حدد الإسلام هذه المسؤوليات التي نجد أنها تجاوزت كثيراً ما كان متعارفاً عليه في عصر انطلاق الإسلام.

ثم فصل هذه المسؤوليات وذكر أن واجبات الفقيه في عملية الاستنباط وواجباته في عملية القضاء وفض النزاعات . وفرق بينها وبين واجبات الحاكم في مسألة إدارة دفة الحكم . وفي صفحة أخرى نجد أنه بيّن مسيرة بحثه وقال :
وسيسير بحثنا على النمط التالي : الفصل الأول : وستحدث فيه بشكل مقدمي عن المصطلحات التي سنركز عليها كالحكم الحكومي والحكم الأولي والثانوي والعلاقة بين هذه الأقسام . والفصل الثاني : وسنركز فيه على مشروعية الحكم الحكومي متعرضين بالطبع إلى بعض تطبيقاته . والفصل الثالث : وسيتم البحث فيه عن مسؤوليات الحكومة الإسلامية والملاكات التي تحدد لها عملية التنفيذ لهذه المسؤوليات . والفصل الرابع : وسنركز فيه على الإمكانيات التشريعية التي يملكها الحاكم لتنفيذ مسؤولياته . والفصل الخامس : فتعرض فيه إلى الإمكانيات الأخرى التي تساعده في ذلك .

وقد عرّف الحكم بأنه الاعتبار الشرعي المتعلق بأفعال العباد تعلقاً مباشراً أو غير مباشر . وهذا قريب من التعريف المعروف عندنا وهو أن الحكم ينقسم إلى حكم يتعلق بأفعال العباد . . . إلخ . وبعد ذلك تعرّض لما أسماه بالحكم الثانوي - ولعله رخصه - فقال : في حين أن الحكم الثانوي ثابت ما ثبتت الحالة الطارئة ولخصوص هذا الشخص الذي عرضت له . وهذا يشبه الرخصة إلى حد كبير ، وذكر أدلة هي أدلة الرخصة المعروفة عندنا ، وفرق بين الأحكام الولائية أو السلطانية ، ومنها الأحكام القضائية وأدخلها في الأحكام الحكومية ، وفصل هذه الأحكام تفصيلاً بين أيديكم وفرق بين ما سمّاه بالأحكام الأولية والأحكام الولائية . وقد ألفت انتباهه قليلاً على أن حديث «رفع القلم عن ثلاثة» ليس في البخاري على حد علمي ومعرفتي ، أشار إليه في الهامش وأنه في البخاري لكنه في الترمذي وغيره . ذكر أن الأحكام الأولية هي أحكام كلية .

وعرض لمشروعية الحكم الحكومي وبيّن أصل ذلك من الكتاب، وفي السيرة النبوية وفي أحاديث النبي ﷺ، وذكر جملة من الأحاديث موجودة في الصحيحين. ثم فصل في الأفعال التي تصدر من النبي ﷺ، والأفعال كما نسميها معكوسة في الجبلة والأفعال الطبيعية والتصرفات في الحياة، وذكر هذا التفصيل في بحثه وهو بين أيديكم وهو تفصيل واضح ومعروف لديكم.

وفصل بعد ذلك معايير التمييز بين الأوامر الشرعية والأوامر الولاية، وما يبدو لنا أن هناك معايير فنية من قبيل أولاً: يتعلق الأمر بالقضايا الخارجية. ثانياً: أن يحمل معه قرينة. ثالثاً: أن يصدر في جو مخالف لمضمونه. رابعاً: أن يفسره الأئمة والأصحاب بذلك. بعد ذلك تحدث عن طبيعة التشريع الإسلامي ودليل العقل، وهنا موضوع يتعلق بالمنطق والعقل والمسلك الذي يعتمد على النتيجة المنطقية.

ثم تحدّث عن مسؤوليات الدولة وملاكات الحكم الولاية، وهذه المسؤوليات ذكرها كما ذكرها أبو يعلى الفراء والماوردي وهي مسؤوليات محددة ومعروفة في المسائل العشر التي تحدد ذلك، وناقش المسائل وأظهر أن كل القضايا يمكن أن تدخل فيها بما فيها من قضايا الإعلام والعلاقات الدولية والمواصلات.

وتحدّث بعد ذلك عن الثوابت إذا أمكن أن يسمى ذلك، فالمؤشرات هي عناصر ثابتة يستفيد منها الحاكم الشرعي لقيادة الساحة وإدارتها على أساس المقاصد الإسلامية. وذكر مقاصد الإسلام في العدالة والأخوة وحفظ النسب والدين والمال والعرض، ولن ندخل في تفصيلاتها فهذه المقاصد معروفة لديكم. وفصل ذلك تفصيلاً طويلاً في بحثه. ثم ذكر السياسة الواجبة على الإمام نصب ما يستقيم به نظام نوع الإنسان، وتحدّث

عن الفرق بين الفتوى والحكم وقال: والظاهر أن الأول (الفتوى) الإخبار عن الله تعالى بحكم شرعي. وهذا التفصيل قطعاً هو الذي نعرفه وهو الذي تحدّث عنه القرافي وغيره.

ثم تحدّث بعد ذلك عن المساحة الإلزامية وقال: وما يبدو لأول وهلة أن لا نفوذ لحكم الحاكم فيها، في مسائل الإلزام وعدمه. وقال بعد ذلك: فالحاكم إما أن يقوم هو بعملية ترجيح الحكم الأهم أو يوجد عملية التزاحم ليتم ترجيح الأهم. في مسألة الترجيح أو الأولويات في القضايا التي تعرض على الحاكم وفصل ذلك وبينه وقدم له أمثلة طويلة ومهمة.

ثم في النهاية ذكر الإمكانيات المالية وقال: وهذا باب واسع الأبعاد نشير فيه إلى أن الإمكانيات المادية والمالية للدولة متناسب مع وظائفها العامة. وقبل ذلك فصل الأرضية المساعدة لإقامة النظام الإسلامي وذكر ثلاثة عناصر في غاية الأهمية وهي:

(١) العقيدة الإسلامية. (٢) المفاهيم الإسلامية. (٣) العواطف الإسلامية. وفصل هذه العناصر وشرحها.

وأخيراً ذكر الأدوات وهي: الخراج، والجزية، والضرائب، وواردات الأنفال من الأراضي، والواردات المستحبة كما يردها من الأوقاف والهبات الشعبية، ونتاج النشاطات الاقتصادية، وغير ذلك مما يعطيها القدرة المناسبة على تحقيق أهدافها.

هذه تقريباً فقرات في غاية الأهمية ويمكن أن تكون هناك فقرات أخرى لم أهدئ إليها أو لم يسعني الوقت لعرضها، فالمهم أن البحث كان يتعلق بالعمل الحكومي ومعنى ذلك أن عمل الفقيه يتحوّل عندما يريد أن يصدر حكماً إلى عمل حكومي، والعمل الحكومي يدخل إذن في كل المجالات وفي كل مساحات العمل الإسلامي، وفي النظر إلى الجزئي

بصفته داخلاً في كلي عام هو الإطار الإسلامي العام كما سمّاه فضيلته . ومع وجود الشاهد الأصلي لا تجوز شهادة النقل والشهود هنا قد يُعلّقون على ما أقوله وبالتالي سأكون مرتاحاً لما يقدمه هؤلاء الإخوة .

البحث الثاني : فضيلة الشيخ خليل الميس ، وتحدّث فضيلته عن كثير من الموضوعات ، وهي في الحقيقة موضوعات مشتركة بيني وبينه وبين الشيخ وهبة ، فهي موضوعات تكاد تكون المسميات والألفاظ والمصطلحات هي كلها مصطلحات تتفق فيها ولا تختلف فيها ، إلا أنه ركّز كثيراً على ما سمّاه بالتحريج . الذي أعطاه الشيخ أشمل المعاني وأوسع المباني فجعل كل شيء يقوم على التحريج ، فخرّج الأصول على الفروع ، والفروع على الأصول . فهو يقول : «إن الدين عند الله الإسلام» ، والإسلام عقيدة وشرعية ، عقيدة تحكم صلة الإنسان بربه ، وشرعية تنظم سلوك الناس أفراداً ومجتمعات ودولاً . ويقول بعد ذلك : إنه لا تخلو واقعة من حكم شرعي ، وإن قواعد الشريعة متقابلة بين النفي والإثبات ، والأمر والنهي ، والإطلاق والحجر ، والإباحة والحظر ، ولا يتقابل قط أصلان إلا ويتطرق الضبط إلى أحدهما وتنتفي النهاية عن مقابله ومناقضه . وهذا كلام من الجويني في الغيائي .

ثم يتحدث عن ضرورة فتح باب الاجتهاد ، والاجتهاد إذا كان بابه قد أغلق فإنه يُريد فتحه ، والاستفادة من مناهج الفقهاء جميعاً في الاستنباط . ويشير إلى أن المصلحة والعدل هما المقصد الكلي لكل تشريع إسلامي .

ثم يتحدث عن التحريج ، وهو الذي كرس له تقريباً معظم هذا البحث . وتعرّض إلى مصطلحين وإن كان أحدهما أقل شيوعاً من الآخر . وهذان هما : استنباط الأحكام من القواعد أو إخراج أحكام جزئيات القاعدة من القوة إلى الفعل . والثاني : استنباط الأحكام من فروع الأئمة المنسوبة إليهم . والتحريج يطلق على نقل حكم مسألة إلى ما يشابهها والتسوية بينهما فيه . فذكر تعريفات التحريج التي هي تعريفات معروفة عنكم .

تحدّث بعد ذلك عن فقه الواقع وهو الحكم الشرعي الذي يلائم المكلف في حالته التي هو عليها، والواقع هو المختبر الحقيقي لدعاوى الإصلاح. ونقل كلام العلامة ابن القيم: «ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم...»، وهذا هو حكم الواقع وهو أمر لا نختلف معه فيه.

ثم تحدّث عن فقه التنزيل، وقال: يقصد به تنزيل العلم على الوقائع الجزائية أو المسائل المستجدة والحادثة، واشتهر في الزمن الماضي بالنوازل واشتهر بلسان العصر باسم النظريات والظواهر. وذكر كلام ابن القيم مرة أخرى في فهم الواجب في الواقع وهو حكم الله تعالى الذي حكم به في كتابه.

وكتب بعد ذلك عن تاريخ التخرّيج مع ذكر أمثلة: هنا بدأ مرحلة التخرّيج باعتباره تفرّيعاً على آراء الأئمة وبيان مبني الخلافات القائمة بينهم. وقد حوّل كل المجتهدين الذين ليسوا في الاجتهاد المطلق غير المنتسب حولهم إلى مخرّجين، وهذا طبعاً أمر يصح وقد فرّق العلماء بينهم، وذكر أقوال العلماء في ذلك، وذكر كثيراً من الأمثلة من الكتب التي قامت على التخرّيج، تخرّيج الفروع على الأصول. وذكر مصادر التخرّيج عند الفقهاء الأحناف وعند المالكية، وذكر عدم جواز تخرّيج آراء الأئمة ثم نسبتها إليهم بناءً على مفهوم المخالفة. وقيل: عزوها إليه حرج. وكما قيل في مراقبي السعود: هو أمر مُختلف فيه في المذهب، كقوله: المخرّجون، بالنسبة لمذهب مالك على الأقل. رأي فقهاء الحنابلة ذكر أيضاً اختيارات المزني وابن حامد.

وتعرّض لمسألة هل يأتي قول يُعدّ قوله واللازم من المذهب يُعدّ من المذهب؟ وذكر أمثلة لكلام العلماء في هذه المسألة.

وبعد ذلك ذكر أنواع التخريج وهي: تخريج الأصول من الفروع، وتخريج الفروع على الأصول، وتخريج الفروع على الفروع. وهي مباحث جيدة وشائقة.

وذكر المنهجية في فقه التخريج. وبعد ذلك ذكر تخريج القواعد الأصولية على كلام الأئمة، وهذا أيضاً خاص لأنه نوع من التخريج أرى أن الشيخ زاده وأثرى به عملية التخريج وقد يكون زيادة مقبولة على ما كان معروفاً في التخريج.

وتحدّث عن تطور فقه التخريج والمصنفات الموضوعية في هذا الفن. وذكر بعد ذلك من له حق التخريج عند فقهاء الأحناف، وذكر طبقات المجتهدين والمقلّدين وهو أمر مذكور في بحوثنا التي بين أيديكم نتفق فيما ذكره من مراتب المجتهدين وفي كل المذاهب ذكر ذلك جزاءه الله خيراً.

ثم تعرّض للنوازل وذكر كثيراً من النوازل خصوصاً النوازل والفتاوى والواقعات - والواقعات مصطلح حنفي طبعاً - وذكر كثيراً من الكتب التي ألّفت فيها وجمع كثيراً من الكتب التي ألّفت في النوازل في مذهب مالك - رحمه الله تعالى - وقدم قوائم طويلة مهمة ومفيدة لهذه النوازل وهو أمر لا يُختلف فيه.

ذكر بعد ذلك مسائل النوازل عند فقهاء الأحناف وهي نماذج أراد أن يُقدّمها ليُستفاد منها. ومن هذه النوازل وجوب العشاء وإن لم يغب الشفق، وذكر الاختلاف في الشفق هل هو الحُمْرة أم البياض أم الصفرة؟. وذكر مسألة التأمين البحري عند ابن عابدين، والنوازل المستجدة ورأي بعض الفقهاء المعاصرين في حق التأليف والنشر. وذكر نماذج مختارة من النوازل عند فقهاء المالكية. وبعد ذلك ذكر النوازل وفتح باب الاجتهاد وذكر قضية تحقيق المناط وهو أمر ذكرته في بحثي، وذكر التوسعة في الاجتهاد بالرأي

وأن الاجتهاد قد جعل الله فيه سعة بتوسعة مجال الاجتهاد وإنما التوسعة في اختلاف أصحاب رسول الله ﷺ توسعة في اجتهاد الرأي . وذكر أقوال العلماء في ذلك ، ومن ذلك قول عمر بن العزيز : ما يسرني أن لي باختلافهم حُمر النعم .

وبعد ذلك ذكر ضرورة الاجتهاد الجماعي وهو أمر شاطره فيه بعض الإخوة الباحثين ، وإن كنت أنا شخصياً لا أميل إلى ما يسمى بالاجتهاد الجماعي . وقال : إن المنهج الجماعي في الاجتهاد قد عصم الأمة من الزلّات والهفوات والأخطاء القاتلة ، وكان ملاذاً في استكشاف واستنباط الحلول المناسبة لمشاكلها الطارئة وقضاياها المصيرية الكبرى . ولذلك كان تأسيس المجامع الفقهية لمناقشة قضايا الأمة الكبرى ومستجدات العصر التي عمّت بها البلوى بغية التوصل إلى موقف إسلامي يرقى إلى درجة الإجماع يتفق فيه المجتمعون على رأي معين . وكان هذا خاتمة البحث الطويل المفيد الذي أوصي بأن يراجع ويُطلع عليه ، لأن أخذ الكعك من أيد صنّاعه كما يقول علماؤنا هناك .

البحث الذي يليه : هو بحث فضيلة الدكتور عبد الوهاب الديلمي وعنوانه : (ضوابط الفتوى في ضوء الكتاب والسنة ومنهج السلف الصالح) . الدكتور عبد الوهاب كما يشير إليه عنوان بحثه اهتم بفتاوى الصحابة وتطور الفتوى من عهد الصحابة ، وهو أمر لا يُختلف فيه ، وقال في مقدمة بحثه : لذلك نجد شرع الله - سبحانه وتعالى - المنحصر في كتاب الله - عزّ وجلّ - وستة رسوله ﷺ قد حوى من القواعد والأحكام والنصوص العامة ما يكفل بسد حاجة البشر في حل كل معضلة وبيان حكم الله - عزّ وجلّ - في كل ما دقّ وجل . والأمر يتوقف على الأهلية التي يجب أن تتوفر في العالم العارف بنصوص الشرع ، وبمظان استخراج الأحكام الجزئية وكيفية استنباطها . كان هذا منطلق البحث ثم ذكر حاجة الإنسان إلى التشريع

الإلهي، وذكر المصالح وأنها تدور على ثلاثة أقسام وهي: المعرفة عند الأصوليين بالضروريات، ولعل الأمر يتعلق بالمقاصد التي تنبني عليها المصالح.

ثم أفاض في مسألة جلب المصالح والمنافع ودرء المفساد، وذكر الأدلة من التكاثر والسنة في ذلك.

وذكر الفتوى ومراحلها، وقال: إن الفتوى هي تطبيق للأحكام الشرعية على النوازل والوقائع بما يحقق مصالح الناس في ضوء قواعد الشريعة ومبادئها ونصوصها.

وذكر مراحل الفتوى وهي مراحل جيدة وجميلة فبدأ بأبي بكر الصديق - رضي الله عنه - وبعمربن الخطاب - رضي الله عنه - وكما يشير إليه في عنوان بحثه فقد ذكر هذه المراحل عند السلف ثم أعقبها بالخلف، ويقول: ثم مرّت بعد ذلك بالفقه مرحلة أصيب فيها بالركود وعدم الاجتهاد، وذلك بعد القرون الأربعة الأولى، فقد جاء قوم اطمأنوا بالتقليد ودب التقليد في صدورهم ديب النمل وهم لا يشعرون، وهو ينقل عن حجة الله البالغة.

ثم بعد ذلك تحدّث عن أدلة المذاهب وكيف أنّ أبا حنيفة يُقدّم الحديث الضعيف على القياس بل إنه قدّم أحاديث متفق على ضعفها على القياس، كحديث الفهقة في الصلاة، وذكر أقوال الأئمة في ذلك والحديث المرسل والبلاغات وقول الصحابي. وذكر اختلاف الرأي بين رأي صحيح ورأي باطل، وذكر أنواع الرأي الباطل.

وذكر فضيلته ما يضمن الاجتهاد من الزلل، وقال: «ولضمان سلامة الاجتهاد من الزلل وصونه من الفوضى في عصورنا المتأخرة، فإن الشيخ عبد الوهاب خلّف بالغ في منع الاجتهاد الفردي، وجعل حق الاجتهاد للجماعة فقط إذا توافرت فيهم الأهلية»، هذا الاجتهاد الجماعي الذي

ذكرناه من قبل ركّز عليه وكما ذكره الشيخ خليل أيضاً سنرى الموقف منه ومع أن له أهمية بالغة في توضيح دائرة الخطأ . وذكر بعد ذلك أحكام الشورى وجعلها دالة على الاجتهاد الجماعي وهو أمر أعتقد أنه ناقشه فيه الشيخ محمد الحاج الناصر مناقشة مستفيضة قد لا يتسع الوقت لعرضها .

وتحدّث بعد ذلك عن مراعاة مقاصد الشريعة، وذكر كلام العز بن عبد السلام في (قواعد والأحكام في مصالح الأنام)، وقال : ومعظم مصالح الدنيا ومفاسدها معروف بالعقل . . إلى آخر الكلام الذي تعرفونه جميعاً .

وبعد ذلك عرّف المصلحة الحقيقية والتي هي مدلول عليها بالنص . ثم ناقش الطوفية مناقشة طويلة في موقفه من المصلحة الموقف المعروف وذكر في ذلك بحث الدكتور سعيد رمضان البوطي في كتاب (ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية)، وأفاض في النقل من هذا البحث إلى أن انتهى هو أيضاً إلى زيادات على ما ذكره الشيخ سعيد البوطي ، وكل هذه الصفحات تتعلق بالرد على الطوفي في مسألة المصلحة التي جعلها مطلقة ، والحقيقة أن المصلحة يجب أن تُقيّد لكونها من نوع المصالح التي يعتبرها الشرع أو من نوع المفاسد التي يدرؤها الشرع .

ثم ذكر في النهاية اعتبار العرف والعادة وذكر في ذلك أقوال العلماء التي تعرفونها والتي ذكرها غير واحد من الباحثين، وهو مع هذا يتفق مع غيره لكلام القرافي - رحمه الله تعالى - وغيره .

وذكر شروط العرف المعتبر وهي : أن يكون مطرداً، وأن يكون عرفاً عاماً . وذكر بعد ذلك قاعدة (رفع الحرج) وقابلها بأن مطلق المشقة حاصله في العبادة، وهو أمر جيد وجميل .

ثم ذكر أخيراً سدّ الذرائع وقال : إنه من المسائل التي تجب مراعاتها وهو من الأصول القطعية، وقد عرّفه القرافي بأنه : (حسم مادة وسائل الفساد

دفعاً لها). وذكر كلام ابن القيم في سدّ الذرائع . وذكر خاتمة وهو الوحيد من الباحثين الذي ذكر خاتمة، وقال فيها: وخلاصة القول: إن ترك الأمور في مجال الفتوى سائبة وبالأخص في عصرنا الذي رأينا فيه عجباً سيُخلف في الأمة فوضى لا نهاية لها، وسيتصدى للفتيا من ليس بأهل، وسيصعب بسبب ذلك على العامة تمييز الحق من الباطل، والهدى من الضلال، والحلال من الحرام، وإننا لنشاهد اليوم كثيراً من ذوي الجرأة على الله تعالى يقتحمون هذه المفاز دون بصيرة ولا هدى، فيضلّون ويضلّون، ودون أن يضعوا أنفسهم في مكانها الصحيح ويردوا الأمر إلى أهله.

كما لا ينبغي أن توصل الأبواب أمام من هو أهل للقيام بهذه الوظيفة العظيمة من أهل العلم والمعرفة والتقوى، ليبصر الناس بأمور دينهم، ويحلّ معضلاتهم، ويهديهم عند الحيرة، ويأخذ بأيديهم إلى شاطئ الأمان، حتى لا يقعوا فريسة الجهل والشبهات التي يروجها أعداء الإسلام، ولا يلجؤوا إلى سلوك الطريق البعيد عن هدى الله سبحانه، وكلما صدرت الفتوى عن جماعة توافرت في كل منهم شروط الاجتهاد كان ذلك أدعى إلى ندرة احتمال الخطأ وأضمن لإدراك الحق والصواب، والاهتداء إلى معرفة مراد الله سبحانه فيما يعرض عليهم من قضايا، كما أنه يقلل من ظاهرة الخلاف بين أهل العلم وتباين آرائهم، إذ أن اجتماعهم يتيح لهم فرصة تداول الآراء واستعراض الأدلة وتمحيصها، ومعرفة أقوال من سبقهم من أهل العلم، وعند التجرد للحق والترفع عن الهوى والتعصب للرأي أو للمذهب، والتحلي بالتقوى والخوف من الله تعالى، يصبح المرء خاضعاً للحق مستسلماً له عادلاً عن رؤية إثارة الغلبة الحق وعلوه ورغبة في الحرص على الوصول إليه، وهذا كله مما يجعلهم أهلاً لأن يمنحهم الله تعالى مزيداً من التوفيق والسداد، ويلهمهم الصواب، ويجري الحق على ألسنتهم، وينير بصائرهم. والله الحمد في الأولى والآخرة.

وبعد ذلك بحث الدكتور محمد سليمان الأشقر: تحدّث أولاً عن الفتوى والإفتاء، وذكر الفتاوى والنوازل، ثم بعد ذلك ذكر المسألة والسائل، والنوازل حدّدها، والواقعات عند الحنفية وبمعنى النوازل عند المالكية، وأهمية الإفتاء في النوازل، وبيان أحكام الفتوى والوقائع.

وقال فضيلته: «ومن هنا ذهب بعض أهل العلم - وإن كان لا يوافق على ذلك - إلى أن العامي ليس له أن يقيم ببلد لا يجد فيها مفتياً». وذكر أهمية منصب الفتوى بأنه لا يجوز تركه شاغراً لأنه فرض على الكفاية كغيره. وذكر حقيقة الإفتاء في النوازل وحلّله إلى ثلاثة عناصر وهي:

١ - معرفة الحكم.

٢ - تطبيق الحكم.

٣ - النطق بالحكم (الإخبار بحكم الواقعة لمن سأل عنه).

وبعد ذلك ذكر النظر في الاجتهادات الفقهية الصادرة عن العلماء المتقدمين والمتأخرين، وموقعه من فقه النوازل وتحدّث عن هذه الاجتهادات وتحدّث بالذات عن كلام شيخ الإسلام ابن تيمية بأن من قال قولاً سائغاً ولو خرج عن أقوال الأئمة الأربعة في مسائل الإيمان والطلاق وغيرهما مما ثبت النزاع فيه بين علماء المسلمين بأن هذا القول يسوغ له أن يُفتي به.

ذكر أن من شروط المجتهد التي يغفل عنها بعض أهل الأصول أن يكون المتصدّي للاجتهاد قد تبخّر في دراسة الاجتهادات السابقة، وعرف مواقع الاختلاف والإجماع، وتمرّس في المقارنة بين الأقاويل الفقهية. وذكر كلام ابن عبد البر، وكلام الموافقات.

تعرض للمفتي في النوازل وذكر أقوال أهل المذهب الحنبلي، واختلافهم في فتيا المقلّد في الكتب المذهبية. وقال: إن السائر في المذهب الحنبلي وغيره أن فتياه لا تصح كما أن قضاءه لا يصح. وقال: ليس لأحد أن

يُفتي في دين الله إلا أن يكون عارفاً بكتاب الله، ثم ذكر شروط ذلك .

وبعد ذلك تحدّث عن الإفتاء الجماعي - ولي كلمة قد تكون بالنسبة لي شخصياً إذا صاغ لي أن أتدخل أقول: إنها أقرب إلى قلبي من الاجتهاد الجماعي، لأن الاجتهاد هو جهد شخصي - ذكر الإفتاء الجماعي وذكر أهميته واستدل عليه بأدلة الشورى التي استدل بها غيره من الإخوة على ما يسمى بالاجتهاد الجماعي .

ذكر أثر فقه النوازل في نمو الثروة الفقهية الإسلامية، وقال: إن فقه النوازل هو الرافد الأكبر لثروة الفقه الإسلامي . ويوضح ذلك أن القرآن نزل منجماً . وتحدّث عن فقه النوازل واشترط المسائل وتشقيقها والتوريدات في الشروح والحواشي والتعليقات والتقارير والذي هو صنيع بعض أهل المذاهب .

وذكر نشاط الفقهاء الحنابلة في فقه النوازل واقتصر على المذهب الحنبلي، وذكر مسائل صالح بن الإمام أحمد، ومسائل عبد الله بن الإمام أحمد ومسائل الكوسج، ومسائل أبي داود والمسائل التي تعرفونها جيداً .

وذكر أنه أنتدب لجمع ما روي من المسائل عن الإمام أحمد: الشيخ أبو بكر الخلال . وذكر كثيراً من المسائل فيما يتعلق بهذا الموضوع، وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «كلام الإمام أحمد كثير منتشر جداً، وقلّ من يضبط جميع نصوصه في كثير من المسائل لكثرة كلامه وانتشاره وكثرة من كان يأخذ العلم عنه . وأبو بكر الخلال قد طاف البلاد وجمع من نصوصه - أي نصوص أحمد - في مسائل الفقه نحو أربعين مجلداً، وفاته أمور ليست في كتبه» .

ثم ذكر مجموعات الفتاوي في العصور اللاحقة في المذهب الحنبلي، وأسند إلى الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد (المدخل المفصل إلى مذهب الإمام

أحمد) أربعاً وعشرين مجموعة من مجموعات فتاوى الفقه الحنبلي، وذكر هذه الفتاوى القاضي أبو يعلى، إلى آخر القائمة المعروفة عنكم.

وقال: «ولا يشك المطلع المنصف أن أجمع هذه المجموعات من الفتاوى وأحسنها وأكثرها تحقيقاً ونفعاً هي مجموعة شيخ الإسلام ابن تيمية»، فهذا رأي شاطرته فيه في بحثي بل قلت: إن هذه المجموعة مجموعة فريدة من بعد القرون الأولى، هي المجموعة الفريدة التي ترجع إلى الكتاب والسنة مباشرة ومناقشة الأدلة في جوهر الاجتهاد المطلق والحرية الكاملة. في النهاية تكلم عن الحسبة وتكلم عن الأحكام السلطانية (فقه السياسة الشرعية).

وهكذا كان بحثه لطيفاً ولم يكن طويلاً.

وانتقل بعد ذلك إلى بحث فضيلة الشيخ وهبة الزحيلي، وأشار في ديباجته إلى حركة التجديد التي لم تتوقف وإن شهدت صعوداً وهبوطاً، نماءً وركوداً، مشيراً إلى الثروة الهائلة من فتاوى الأحناف والمالكية مراعاة للأعراف ومراعاة للعمل عند المالكية وما يشبهه من الأحكام السلطانية.

ففي البداية حدّد خطة بحثه فقال: غاية البحث تحديد خصائص وضوابط الفتاوى والنوازل والعمل الفقهي، وبيان سبل الاستفادة منها، بحيث يسهم ذلك في تجديد حيوية الفقه للاستفادة منه في التطبيقات المعاصرة، وتكون خطة البحث كما يأتي:

- تحديد المراد بالنوازل والوقائع أو العمليات.

- الفرق بين الإفتاء والقضاء.

- الفرق بين الاجتهاد والإفتاء.

- آراء العلماء في ضرورة مراعاة البيئة والأعراف والمصالح ونحوها.

- الثواب والمتغيرات في الشريعة .

- ما يلزم المفتي مراعاته أو شروط الإفتاء .

- ضوابط الفتوى بالنوازل (الضوابط العشرة) .

وهذه الضوابط العشرة من أهم ما في البحث، والبحث كله مهم، ولأجل ذلك هذه البحوث لم تكن لها خلاصات لأنها خلاصات .

قال بعد ذلك: المراد بالنوازل والوقائع أو العمليات: الفارق المتميز بين مدرسة أهل الكوفة أو العراق بزعامة الإمام أبي حنيفة قال: إن تلك المدرسة تولد المسائل والمدرسة الأخرى تقتصر على ما هو واقع فعلاً. ثم فرّق بين الإفتاء والقضاء بالتفريق الذي تعرفونه من كون المفتي مُخبراً عن الله - سبحانه وتعالى - والقاضي مُلزماً ومنفذاً عنه تعالى، فالأخبار بالفتوى كمن يترجم، والحكم إلزام ككتاب يعلمون، وهذا مني ولكنه له .

الفرق بين الاجتهاد والإفتاء . هنا فرّق بين المجتهد والمفتي والفقهاء، وهو فرق لم يساعده عليه الشيخ محمد الحاج الناصر، وبينهما تداخل لا شك في ذلك بين المفتي والمجتهد، والمجتهد في الأصل هو المفتي .

تحدّث بعد ذلك عن الثواب والمتغيرات في الفقه أو الشريعة وقال: إن الأحكام ثوابت ومتغيرات . وبّين معنى الثبوت وأن الثوابت لا تتغير ولا تتبدل، وذكر الشعائر في كونها ثوابت والتراضي في العقود وتحريم أكل أموال الناس بالباطل . وذكر النصوص المتغيرة وقال: إن التغيير يكمن في ثلاثة عناصر، وهذه العناصر هي:

١ - نص معلل بعلّة ثم تتغير علته .

٢ - النص العرفي المراعي فيه حال المبادلة القائم .

٣ - الأحكام التي روعي فيها تنظيم بين المال .

وأما المتغيرات أو القابلة للتغير فهي الأحكام الاجتهادية المبنية على قاعدة .

ذكر أمثلة فساد الزمان بما أفتى به المتأخرون في كثير من المسائل أو في بعض المسائل التي بسبب فساد الزمان أفتى الناس فيها . وهو رأي أيضاً ناقش فيه الشيخ الناصر ، ورأيه فيه شيء بالنسبة للمذهب المالكي لأنه هو حنفي .

وذكر بعد ذلك ما يلزم المفتي مراعاته أو شروط الإفتاء ، وهذه الشروط هي : الالتزام بالدليل ، والاجتهاد ، والورع .

ذكر ضوابط الفتوى بالنوازل والعمل الفقهي ، وهذه الضوابط في غاية الأهمية ، وذكر جملة من الأمثلة مع كل ضابط ، وهي : الضابط الأول مراعاة الضرورة أو الحاجة ، وذكر أمثلة الضرورة كما فصل العلماء . وذكر أنواع الاستحسان ، الاستحسان بالضرورة ، وبالمصلحة . ثم ذكر الضابط الثاني وهو رعاية المصلحة ، وفسر المصلحة وبين اعتبارها عند المذاهب المختلفة . ثم ذكر الضابط الثالث : وهو الاستحسان وضوابطه . وبعد ذلك الضابط الرابع : مراعاة الأعراف والعادات ، وذكر العرف الخاص بكل بلد وذكر أمثلة لذلك . وذكر أن المصلحة العامة تُقدّم على المصلحة الخاصة ، والعرف بمنزلة الإجماع شرعاً عند انعدام النص كما ذكر الكمال ابن الهمام .

ثم استمر في ذكر هذه الضوابط العشرة التي لا بد منها للمفتي ، وذكر الضابط الخامس : وهو دفع المفسد ودرء المضار ، وذكر في هذا أيضاً مسألة درء المفسد والحجر على الطبيب الجاهل والمفتي الماجن . والضابط السادس : مراعاة فساد الزمان (مراعاة أحوال اختلاف الزمان وفساد الأخلاق) . والضابط السابع : مراعاة أحوال التطور ، وهو قريب من الذي قبله ونبهني على ذلك . الضابط الثامن : التزام ميزان العدالة . الضابط التاسع :

إحقاق الحق، وهو قريب من الذي قبله وهو العدالة، وفرق بينهما بأن الحق في كل الأحوال وأن العدالة خاصة بالمنازعات. الضابط العاشر: منع النزاع والخصام، وقال إن مهمة القاضي والمفتي في إنهاء المنازعة وتسوية الخصومة وتحقيق الاستقرار والطمأنينة فيما بين الناس. وهو أمر ناقشه الشيخ محمد الحاج الناصر مناقشة يمكن أن يُرجع إليها في مكانها.

وذكر مسألة التزام النصوص وقال إنه لا بد من التزام النصوص في الفتاوى. وذكر مجموعة من الفتاوى منها للمالكية وهي فتاوى ذكرها كنماذج وقال: هذه نماذج وأمثلة من الفتاوى وهذه ضوابط وخصائص فتاوى النوازل وبيان سبل الاستفادة منها بحيث يسهم ذلك في تجديد حيوية الفقه للاستفادة من ذلك في التطبيقات المعاصرة.

بعد ذلك بحث الشيخ ناصر بن سليمان السابعي، وعنوان بحثه (العمل الفقهي عند الإباضية)، وأفادنا كثيراً في هذا البحث وقال: إن خطته في البحث هي:

المبحث الأول: تاريخ العمل الفقهي، ويشمل أمثلة مما جرى به العمل في فترات التاريخ الإباضي بجناحيه المشرقي والمغربي.

المبحث الثاني: يشمل خصائص العمل الفقهي وضوابطه.

المبحث الثالث: سبل الاستفادة من العمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة.

وفصل العمل الفقهي بأنه ما جرى عليه العمل في الفتوى عند علماء مذهب معين أو بلد معين في مسألة ما أو مسائل، سواء كانت تلك الفتوى مصدر ذلك العمل أو بنيت الفتوى على مصلحة بقائه أو عدم مصلحة إلغائه.

وذكر مسألة عمل أهل المدينة عند المالكية وأنه حجة عندهم.

وذكر بعد ذلك أن المذهب الإباضي يهتم بالمصالح المرسلة ويعتبرها مصدراً تشريعياً، وضرب لذلك بعض الأمثلة. وذكر أيضاً أنهم يهتمون بالاستسحان. وذكر في الحقيقة مسائل هي قريبة من الفقه المالكي وهي مسألة أن اشتراط المرأة على زوجها وأنها تأخذ بشرطها وتملك أمر نفسها، وهذا أمر لا يختلف فيه مع المذهب المالكي.

وذكر الإجماع وأنه يشتمل على المسائل النظرية وغيرها، أما العمل الفقهي فيتوجه إلى القضايا التطبيقية ذات الدلالة الحيوية التي تعالج شرعاً في نظر المفتي أو القاضي.

وذكر عمل الكافة وهو نمط التعامل. هذه المصطلحات هي ليست متداولة عندي على الأقل ولا أعرفها كثيراً.

ذكر ضوابط العمل الفقهي وقال: إنها الكتاب والسنة والقياس، وهذه الضوابط لا يُختلف فيها.

وذكر مجالات العمل الفقهي وسبل الاستفادة في أبواب العبادات وتقنين الفقه وتلقين الفقه والمجالات الدستورية والمجالات الاجتماعية.

وإن العارض ليس له اعتراض ولا معارضة لكن هنا كلمة أنه عندما يهب إلى الميزاب بسبب حكومات جور أو أنظمة جور أو دول الجور في المغرب، أعتقد أن ليس كل دول المغرب دول جائرة، والحقيقة أنهم كانوا أقلية، والأقلية لا يمكن أن تحكم وكان أكثر سكان المغرب من أهل السنة على مذهب الإمام مالك، فلا أريد أن يكون العارض معارضاً أو معترضاً لكن فقط أريد التنبيه على ذلك، انصافاً للتاريخ المغربي الذي قامت فيه دول عادلة ومعروفة. وأشكر الشيخ على الإفادة التي أفادنا بها.

وختاماً يريد العارض ألا يكون عارض أزياء لا ينتفع بما يعرض وأنا أريد أن أعرض هذه الشجرات من هذه البحوث التي تبحث في مجملها عن

كيفية التصرف في مجال السياسة الإسلامية العامة التي يمارسها ولي الأمر، وكيف توصف تصرفاته وقراراته ودرجاتها في سلم التصرفات الشرعية، وتمييزها عن القضاء والفتوى، باعتبار أن تصرفه وإن كان جزئياً فإنه يدور في دائرة أوسع من الإطار الكلي الإسلامي المترابط. من حيث علاقته بالمجتمع وذلك ما يسمى بالسياسة وهذا هو مضمون بحث الشيخ محمد علي التسخيري. ولعل ذلك ما عناه الشيخ محمد علي التسخيري في بحثه في العمل الحكومي، حيث تعرّض لما سمّاه بالأحكام الأولية والأحكام الولاية مع أمثلة واسعة ومساحات متسعة حدد فيها وظائف السلطة ومجالات عملها.

أما البحوث الأخرى فعُنيت بالنوازل والعمل الفقهي كأداة لإسعاف الفقيه في ميدان المستجدات ومعمعة النوازل والواقعات، فبينما نجد الشيخ ناصر بن سليمان لا يتجاوز العمل الفقهي في المذهب الإباضي إلا أنه تعرّض للعديد من المبادئ الأصولية كالمصالح المرسلة والاستحسان.

أما البحوث الأخرى فهي تعالج موضوعاً متقارباً هو سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي وتشابهه في منطلقاتها ومقدماتها ومرجعياتها وفي بعض الأحيان في نتائجها، فهي تُعرّف الفتاوى والنوازل، وتذكر الأدلة التي تجب أن تكون سنداً للإفتاء من كتاب وسنة واجتهاد وأحوال المفتين، إلا أن البعض قد يُعنى بنوع من الأدلة في كثير من التوسع كما وقع لفضيلة الشيخ خليل مع التخريج حيث استخراج منه أصول الاستنباط الخاصة بالمجتهدين وتلك الخاصة بالمقلّدين.

نلاحظ أن فضيلة الدكتور وهبة استأثر باهتمامه وضع ضوابط تستند إليها الفتوى في ضوابط عشرة هي: عوارض الوقائع التي قد تكون في موقع الضرورات والحاجيات إلى آخره، مع اهتمامه بصفة المفتين من علم وورع. واهتم الشيخ الأشقر بحقيقة الفتوى والإفتاء الجماعي وسمّاه غيره الاجتهاد

الجماعي، واهتم بخاصة بكتب الفتاوى عند الحنابلة. أما الشيخ الديلمي فاهتم بمنهج السلف وأصل لما دعاه بالاجتهاد بكثير من النصوص والوقائع مع ملاحظة مناقشة الشيخ محمد الحاج الناصر. فعند الجميع الفتوى إخبار والحكم إلزام، وعند أكثرهم ذكروا تطوّر الفتوى من مجتهد مطلق إلى مجتهد في المذهب إلى مجتهد مقيد، ومجتهد الفتوى ومجتهد ترجيح.

أما العارض فإن يحثه لا يختلف كثيراً عن بحوث زملائه في كثير من المنطلقات إلا أنه أصل للعمل الإقليمي في مذهب مالك تأصيلاً كاملاً معرّفاً إياه وذاكراً أنواعه. واستأذن الرئيس في قراءة ملخص بحث العارض.

هذا البحث إذا كانت له ميزة - وصاحبه ربما يكون هو المالكي الوحيد بين من قدموا بحثاً في هذا الموضوع - فهي توضيح مسألة العمل عند المالكية، وأصل مالك في عمله في المدينة، ونقل الكلام منصفاً لمالك بل كلام محب لمالك، وشيخ الإسلام ابن تيمية، وتفصيلنا للطريقة المالكية من إجراء العمل. ولهذا سأقرأ نهاية البحث ومن أراد الاطلاع على النوازل التي ذكرتها وفيها ما يتعلق بالإجارة المنتهية بالتملك وقد وجدنا قول ابن شهاب الذي عمل به أهل الأندلس وأن الدار يجوز بيعها وآل يقع القبض إلا بعد عشر أو بعد ثلاثين سنة، وأن البيع لا يقطع الإجارة، وكثيراً من المسائل التي استقيناها من هذه الكتب.

سأقرأ لكم الخاتمة:

وفي الختام فقد أنجزنا هذا البحث بتوفيقه تعالى وقد عرفنا فيه الفتوى التي هي إخبار عن الله تعالى بحكم شرعي في مقابل الحكم الذي هو إلزام بالحكم، وقد بينا فيه نسبة علم الفتيا والقضاء لعلم الفقه فالمفتون هم خاصة الفقهاء، وهذا معنى كون علمها أخص من علم الفقه وإلا فعلم الفتيا أعم لكونه يشتمل على علم الفقه ويزيد عليه بتنزيل الأحكام على الوقائع، وهو أمر يفترض علماً بالواقع وفهماً للعلاقة بين الحكم والواقع وهي العلاقة التي

ستكون الفتوى نتيجتها كإنتاج الشكل الأول من الأشكال الأربعة المنتجة إذا رتبت كبراه على صغراه، فمن لا يعرف أن الإنسان داخل في جنس الحيوان وتلك هي الصغرى لا يستفيد من كون كل حيوان متغيراً وهي الكبرى، وذلك ما عناه الإمام ابن عرفة في تعريفه لعلمي القضاء والفتوى .

وقد تطرق البحث إلى الأدلة التي تعتمد عليها فتاوى المجتهدين استنباطاً من الأصليين وفتاوى المقلدين اتباعاً للأولين .

ثم أوضحنا من هو المفتى ودرجات المفتين : من مجتهد مطلق من كل قيد، ومجتهد مقيد بقيد المذهب والفتيا، ومقلد أخذ إلى أرض التقليد .

ثم عقدنا فصلاً عن العلم الفقهي القطري وهو خصيصة من خصائص المذهب المالكي في الغرب الإسلامي : (شمال إفريقيا والأندلس) وقد عرفناه بأنه ترجيح قول ضعيف لمصلحة أو ضرورة من أهل الترجيح علماء وعملاً، ومن جملة ما أضفنا من المسائل والأقوال التي اشتملت على قيد أو شرط يمكن أن نعتبر أن إجراء العمل والعدول عن الراجح والمشهور في المذهب لسبب اقتضى ذلك من مصلحة أو ضرورة أو حاجة في زمان معين ومكان معين من أهل العلم الذين يحق لهم الاختيار والترجيح والتخريج على أقوال الإمام وقواعد المذهب، وقد يكون العدول عن الراجح والمشهور لآرجحيته من حيث الدليل الأصلي، فهو وبهذا المعنى اجتهاد من المرجح، وقد مثلنا لذلك بمسألة الخلطة ولم يسبق لأحد ممن كتب عن العمل أن اهتدى إلى هذا الملحظ، كما أبنا شروط إجراء العمل الثلاثة أو الخمسة وناقشنا بعضها لنصل إلى أن القول الضعيف قد يكون مرجعاً للفتوى، وأن منعه إنما هو سدّ للذريعة وهو أمر لا يختص بالمالكية بل نجده عند الأحناف في المفتى به وعند الشافعية ولو بغير ضرورة .

وفي الفصل الثالث صورنا كيفية الاستفادة من النوازل والفتاوى في التطبيقات المعاصرة في ثلاث سبل هي : أولاً الاستفادة من ضبط المنهج

بعد استقراء نماذج الفتاوى التي ينبغي أن يحتذى بها على قدر اقتدار المفتي وملكوته في الاستنباط إذا كان متمكناً متبحراً، أو عالماً متبصراً، أو مقلداً مضطراً، وعلى الراجح والمشهور مقتصرأً.

فمثال الشيخ تقي الدين ابن تيمية للأول، وابن رشد للثاني، وكثير من الفقهاء الآخرين والمتأخرين للثالث، وفي كل خير وفي اتباع كل بحسب الوسع والسعة منجاه، إن شاء الله، إذا استرشدنا بنصائحهم وقد ذكرنا بعض هذه النصائح وعولنا على درء المفاسد وجلب المصالح.

أما الطرف الثاني فهو استخراج القواعد والأسس والضوابط التي راجت في سوق الفتاوى فكانت خير بضاعة وزاد لاجتياح مفاوز النوازل ومataهات الفتاوى.

وفي الطريق الثالث ذكرنا أمثلة من الفروع التي يصلح عليها التخريج لبعض القضايا المعاصرة دون الخوض في التفاصيل اكتفاء بالتنبيه والإشارة دون توضيح العبارة، فلسنا في وارد إصدار الفتوى ولكننا في مورد التنبيه والفحوى.

ولعل فيما ذكرنا سداداً من عوز.

ونستغفره سبحانه وتعالى مما كتبت أقلامنا وأنتجتة أفهامنا.

هذا ما تيسر لي الآن والبحوث بين أيديكم ولعلنا نزيد الأمر إيضاحاً عندما نتحدث عنه، واعتذر لإخواني فهذا جهد المقل والوقت كما ترون دليل قوي إذا لم أكن عرضت بحوثكم وشاهد النقل لا يصلح مع وجود الأصل وأنتم هنا.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

* * *

التعقيب والمناقشة

التعقيب والمناقشة

الشيخ أحمد الخليلي :

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم
على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين . أما بعد؛

فقبل كل شيء أشكر الباحثين على بحوثهم القيّمة التي قدّموها،
وأشكر العارض على حسن تأديته في عرضه لهذه البحوث، وليس لدي
شيء من التعليق على ما في هذه البحوث وإنما هي ذكرى لأمر ربما فات
العارض، فعندما ذكر بأن الإباضية في المغرب لجؤوا إلى ميزاب فراراً من
جور الحكام أو حكام الجور لم يقصد الكاتب أو الباحث علماء المذهب
المالكي، أو حُكّام المالكة وإنما من المعروف أن الذين أخرجوهم من
تيهارت هم العبيديون، والعبيدية فرقة معروفة أنها باطنية، ففيما أظن وفيما
أحسب أن جميع المذاهب الإسلامية بما فيهم المذهب الشيعي الإمامي
يتبرؤون من أولئك ومن أفعالهم، لأنها فرقة باطنية وليست فرقة معتدلة
وإنما هي فرقة غالية .

هذا الذي أردت أن أنبه عليه، وأرجو من فضيلة الشيخ عبد الله بن بيّه
- جزاه الله خيراً - أن يرجع شيئاً قليلاً إلى التاريخ وسيجد ذلك، ولعلّ خير
ما كتُب في ذلك ما كتبه ابن الصغير المالكي في كتابه . والله ولي التوفيق .

الشيخ خليل الميس :

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، وصلى على وسلم على سيدنا
محمد وعلى آله وصحبه . وبعد؛

فشكراً للعارض ابن بيه ، وهو ابن بار بحمد الله في الشريعة وفي هذا المجال .

ثم في الحقيقة النوازل يمكن أن تختصر بالآتي عند فقهاء الأحناف ، وقد نصّ عليها الماتم بقوله : وكتب ظاهر الرواية أتت ستاً لكل ثابت عنه وحوث ، صنفها الشيباني وحرر فيها المذهب النعماني ، إلى أن ذكر الكتب الستة ثم قال :

وبعدها مسائل نوادر إسنادها في الكتب غير ظاهر إلى أن يصل :

وبعدها مسائل النوازل خرّجها الأشياخ بالدلائل

فإذن النوازل في الفقه الحنفي هي كل الفتاوى التي ظهرت بعد استقرار مذهب الإمام أبي حنيفة وتلاميذه ، وكأن هذا المصطلح ينبغي أن يكون منطبقاً على جميع فتاوى ، لأن ما صدر عن كل إمام وتلاميذه الذين عاصروه هو مذهب ، أما الفتاوى التي جاءت بعد استقرار المذاهب وبعد استكمال المدارس هي التي سُميت بالنوازل أو الواقعات ، وهي التي تسمى بالفتاوى . وقلنا في الحقيقة النوازل التي وردت عند المالكية لها كتب النوازل ، وهي في الحقيقة كتب الفتاوى ، ولكن ما ينبغي الإشارة إليه أن كل نازلة هي مستأنفة في نفسها فلا بد من النظر فيها بالاجتهاد . كذا قال الشاطبي . ولا بد من تحقيق المناط بالنسبة إلى كل ناظر ومفت بأن يقيس ما لم ينص عليه إمامه بما نصّ عليه .

ثم الآن عندما نتكلم عن النوازل لا بد أن نتكلم عن التخريج . وبالمناسبة إذا رجعنا إلى كتب الأئمة وإلى التخريج على كتب الأئمة فنحن إنما نقرأ كتب المذاهب . أقوال الأئمة والتخريج على أقوالهم ينبغي أن يُميّز ما بين التخريج وما بين أقوال الأئمة . ثم هنالك أمر ، الحقيقة أن التخريج

بالذات - وهو الذي أشرنا إليه في البحث - يختلف عن الاستنباط، لأن الاستنباط هو استفادة الحكم من الدليل من الكتاب والسنة من الأدلة الأصلية، أما استفادة الحكم من مقتضى أقوال الأئمة فهو يسمى التخریح ليمتروا بين نوعين من الاستنباط وهذا شيء ربما ذكرنا فيه كثيراً.

الآن الأمر الذي ينبغي الإشارة إليه يا ترى لا نقول من له حق التخریح ولكن هنالك سؤال كبير: هل التخریح على قواعد الإمام بمثابة قول الإمام؟ الحقيقة هذا الذي ينبغي أن يُذكر، أنا قد أشرت إليه في بحثي، ومرّ العارض - جزاه الله خيراً - بسرعة عليه.

قال الزركشي من الشافعية: إذا لم يُعرف للمجتهد قول في المسألة، لكن له قول في نظيرها ولم يعلم بينهما فرق فهو القول المخرّج فيها. ولا يجوز التخریح حيث أمكن الفرق كما قال ابن كج والماوردي وغيرهما. وأشار الشيخ أبو إسحاق في التبصرة إلى خلاف فيه فقال: لا يجوز على الصحيح. ثم قال: لا يجوز أن ينسب للشافعي ما يتخرج على قوله فيجعل قولاً له على الأصح بناء على أن لازم المذهب ليس بمذهب. وقال صاحب الكنز من الحنفية: ويطل الحد بموت المقذوف لا بالرجوع والعفو. وقال الشارح: أي يطل الحد لأنه لا يُورث عندنا، ولا خلاف في أنه فيه حق الشرع وحق العبد، فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف.

وقال ابن تيمية من الحنابلة: والفقهاء من أصحابنا وغيرهم إذا خرّجوا على قول عالم لوازم قوله وقياسه، فإما ألا يكون نصّ عليه ذلك لا ينفي ولا بإثبات، فإذا نصّ على نفي فإما أن ينص على لزومه أو لم يُنص، فإذا كان قد نص على نفي ذلك اللازم وخرّجوا عنه خلاف المنصوص عليه إلى آخره.

والتحقيق أن هذا قياس قوله، ولازم قوله فليس بمنزلة المذهب المنصوص عنه، ولا أيضاً ما ليس بلازم قوله بل هو منزلة بين المنزلتين،

هذا حيث أمكن ألا يلزمه .

وقال الطوفي : إذا نص المجتهد على حكم مسألة لعله بينها فمذهبه في كل مسلة وجدت فيها تلك العلة كمذهبه فيها ، لأن الحكم يتبع العلة فيوجد حيث وجدت .

وبالجملة يا ترى إذا نصّ المجتهد على حكم مسألة ولم يبيّن العلة فلا يحكم بحكم تلك المسألة في غيرها من المسائل وإن أشبهتها - يعني المسألة المنصوص عليها وغيرها - في الصورة؟ . وجهة لأن ذلك إثبات مذهب له بالقياس بغير جامع ، ولجواز ظهور الفرق للمجتهد لو عرضت عليه لجاز أن يظهر له الفرق بينهما فيثبت الحكم فيما نصّ عليه دون غيره .

وبالجملة في الحقيقة أن كل مسلة الآن مستجدة هي تعتبر نازلة ، ولكن ربما ما فاتنا ونستدركه في نهاية هذا المؤتمر المبارك هل يمكن أن نخرّج على غير مذهب في وقت واحد أم لا؟ يعني هو ما أشير إليه بالتلفيق بين المذاهب .

على أي حال هذه النوازل كما ذكرنا هي فقه تخريج على المذاهب ، ولكن ما ينبغي أن نصل إليه هل نخرّج على غير مذهب في وقت واحد؟ هذا ما نسأله أو نظرحه على أنفسنا ، وإن شاء الله يُتابع البحث أو نجد الإجابة عند إخواننا .

وشكراً لكم ، والسلام عليكم ورحمة الله .

الشيخ حمداتي شبيهناء ماء العينين :

بسم الله الرحمن الرحيم ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

الحقيق أن تدخلي كان سيكون على البحوث بإيجاز في استفسار عن

بعض النقاط ، ولكن جزئي الشيخ ناصر بن سليمان إلى أن أعطي بعض التوضيحات .

أولاً: المغرب والحمد لله دولة إسلامية معروفة بتمسكها بالإسلام بكل مبادئه ، فعليها أمير المؤمنين ، وهو الحارس والساھر على تطبيق الشريعة الإسلامية وعلى رعاية الإسلام وصدّ كل ما يهدده من أي جهة كانت ومهما بلغ ذلك من ثمن . ففي سنة ١٩١٣م عندما فُرضت الحماية على المغرب وكان من بين النصوص التي وردت فيها هو تنظيم تلك القوانين والإدارة كان الملك - وهو الحمد لله من نفس السلالة - قد ألح على أن تكون تلك القوانين مأخوذة من صلب الشريعة الإسلامية ، وقد صدرت مذكرة إيضاحية طُبعت في الجريدة الرسمية المغربية سنة ١٩١٣م باللغة الفرنسية تبين النسبة المثوية لكل فصل من فصول العقود والالتزامات ، النسبة التي أخذ فيها من أصول إسلامية . حقيقة لم تنقيد في كل نصوصها بالمذهب المالكي ، بل فيه الكثير من المذهب الحنفي نظراً لأنها تأثرت بالمجلة التركية ، وفيها غير ذلك من مختلف المذاهب ، والمجلة موجودة ومن أراد الاطلاع عليها فهي موجودة ومحفوظة ومكتوبة بتاريخها في الجرائد الرسمية التي كان يشرف عليها ضابط فرنسي آنذاك .

سنة ١٩٥٩م بعد الاستقلال بثلاث سنوات جمع محمد الخامس جماعة جعل على رأسها المرحوم علّال الفاسي من نخبة علماء المغرب ، وأزّمهم بإعداد قانون للأحوال الشخصية ومراجعة القانون المدني حتى يُعرف ما فيه مما لا يستجيب لروح الشريعة الإسلامية ليُزال ، فكتب تقرير عن هذا ونُشر آنذاك أيضاً بحيث من أراد الاطلاع عليه فهو موجود . وقد كتبت رسالتي للدكتوراه على تأثر مصادر الالتزام في القانون المغربي بالفقه الإسلامي . إذن فنحن الحمد لله بخير وعلى خير من هذه الناحية .

مند سنتين جمع الحسن الثاني مجموعة من العلماء وكنت كتلميذ من

بينهم على أن يراجعوا مدونة الأحوال الشخصية فيما يرجع لما تطالب به منظمات النساء المغربيات ومن بينهن المتطرفات فقال بالنص: انظروا في الفقه المالكي ما وجدتم فيه مما يُيسر لكم الفتوى فاقبسوه وإن وجتومه في مذهب آخر فمذاهب أهل السنة واحد. وقال: نحن نشدد في شيء واحد هو أن تكون النصوص مقتبسة من الشريعة الإسلامية وألا يُطبق على المغرب أي نص لا يستجيب للشريعة الإسلامية. هذا والله الحمد من حيث التطبيقات الشرعية والممارسة الإسلامية في بلادنا. التاريخ مليء بالصراع بين الطوائف الإسلامية، وبين المذاهب الإسلامية، وبين الدول الإسلامية، فلا فائدة من إحياء هذه المشاكل في بحوثنا اليوم ونحن نريد أن نجعل نوعاً من التقارب بين المتباعد. الإسلام فرقته الخلاف بين كل الدول الإسلامية وبين الطوائف الإسلامية، وفرّقت التيارات الأجنبية التي دخلت عليه، ومجمعكم هذا جُمع من أجل أن يتلافى نتائج تلك المخالفات. فعلينا في بحوثنا أن نكون حذرين من كل ما يثير تشنجاً عند دولة إسلامية، لا حقّ لنا لأن مجمعنا ليس سياسياً. من أراد أن يتكلم بكلام دولته سياسياً فليعد بذلك إلى وزير خارجيته ويثير ذلك في مؤتمر وزراء الخارجية أما نحن فعلماء ندرس ما يمكن أن يُقارب بين مذاهبنا وبين طوائفنا وبين مجتمعاتنا.

تمسكنا بالمذهب المالكي لا تعصباً ضد مذاهب أهل السنة ولا خدشاً فيهم ولا تضعيفاً لما عندهم، ولكن أردنا به أن تكون جماعة المسلمين في ذلك القُطر الذي هو أبعد أقطار العالم الإسلامي، والذي هو محفوف بالدول الأوروبية وأمريكا أردنا أن تكون جماعة المسلمين على مذهب واحد، وأن تكون موحدة في بحوثها ووجدانها وفي تطلّعها وفي ممارساتها، ولكن نمتاز بشيء آخر في بحوثنا الجامعية وفي كتاباتنا وفي أُنديتنا نحن نتكلم كأننا من أتباع المذهب الحنفي أو الحنبلي أو الشافعي، وحتى إننا منذ ثلاث سنوات كان جلالة الملك عقد مجلساً ودعا نخبة من علماء إيران وعين لهم جماعة من العلماء - كنت من بينهم - للتقارب بين المذاهب وأن ننظر فيما يمكن أن

يجمع بين أهل السنة وأهل الشيعة حتى يكون الإسلام في مواجهة خصومه
موحداً .

ولهذا لا أطيل وإن كان الكلام كثيراً في هذا الموضوع ، هذا البحث
يُرجع لصاحبه حتى يزيل كل كلمة يمكن أن تثير حساسية للمغرب لأنه عندما
يقال المغرب ويُسكت تذهب إلى بلادي ، وعندما يقال المغرب العربي
أكون معنياً ولكن في مجموعة من الدول وهنا اللفظ أتى للمغرب ، وأقول أنه
منذ ستة قرون لا يوجد في المغرب غير أهل السنة والمذهب المالكي . يزال
ما فيه مما يثير الحساسية ولا ينشر في المجلة إلا إذا أزيل منه ذلك وإلا فإن
المغرب يحتفظ بحقه في الرد القوي عند المناسبة .

ثانياً: الناحية الثانية تعني البحوث وإن كنت سأصرف النظر عنها
وأكتفي الآن بهذا الرد . وشكراً .

الشيخ محمد الحاج الناصر :

بسم الله الرحمن الرحيم

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

وبعد؛ ألفت إلى شيء واحد وهو أننا منذ أمس نستمع إلى بحوث
فيها الكثير من الجيد القيم لكنها تتفق في شيء واحد للأسف ، وهي أنها
تصدر عن اعتماد أقوال المجتهدين فإن ألم بعضها على استحياء حديث أو آية
كان إماماً عارضاً ، وما كلفنا الله - سبحانه وتعالى - إلا باعتماد القرآن والسنة ،
هما مصدر التشريع وما بعدهما من اجتهادات ليست مصادر للتشريع ، وإنما
هي تأويلات للكتاب والسنة ، قد يُصيب أصحابها وقد يخطئون ، لا استثنى
أحداً حتى الأئمة الأول الصدور فقد كانوا يقولون : « إذا ثبت الحديث
ومخالف لما قلناه فأرجعوا إلى الحديث » ، ومن شك في ذلك فليرجع إلى
ما ذكره ابن القيم في إعلام الموقعين منقولاً عنهم واحداً واحداً ، وكان أحمد

ابن حنبل - رحمه الله - وهو من هو ، تقوى ورواية للحديث وإحاطة بالفقه ذكر حديثاً بمحضر أحدهم فقال أحد الحاضرين : « قال فلان » ، فضربه أحمد وقال له : « ويلك ، أقول لك : قال رسول الله وتقول لي : قال فلان؟ » .

الذي يجب أن نفتدي به ونرجع إليه هو الاستفادة من مناهج الأئمة الأول في فهم القرآن والسنة ، أما ما انتهت إليه الاجتهادات فقد نشأت في ضمن مؤثرات بيئية ومؤثرات حياتية ومؤثرات سياسية تجاوزها البشر اليوم في تطوره الحضاري لدرجة أنه أوشك أن تنقطع العلاقة بين تلك العهود وهذه العهود في ظروفها الحياتية . لذلك كنت أعجب بالأمس وأنا أسمع المحاورات هل عقد الصيانة عقد جعالة أم عقد إيجار أم عقد حراسة؟ لماذا لا نسميه عقد الصيانة ونبحث له عن حكم من كتاب الله وسنة رسوله أولاً ، ونستأنس بما قاله العلماء من بعد استئناساً على أن تصدر من كتاب الله سنة رسوله ؛ لأنه لم يكن في عهد رسول الله ﷺ مثل هذه العقود التي حاولوا اعتمادها وإجبار وإرغام عقد الصيانة أن يدخل تحت مظلة أحدهم وحمائتها؟ . يرحمكم الله تذكروا أن الله يسألكم يوم القيامة عن كتابه وسنة رسوله ، تذكروا أن الكتاب والسنة هما المصدران الوحيدان للتشريع ، واصلدروا عنهما بما شئتم لكن الزموا معالمهما .

وشكراً . والسلام عليكم .

الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان :

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

السيد الرئيس ؛

أصحاب الفضيلة ؛

قدّمت لنا هذه البحوث القيّمة وكان من بينها رصد العلم الرّزين الذي

قدّمه الشيخ محمد الحاج الناصر عن بحث فضيلة الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، وكنت أتمنى أن يكون مع كل بحث مثل هذا التعقيب ليوفر الكثير من الوقت ومن الجهد، فكان رصداً علمياً، وأنا أرصد ما رصده وعلى طريقة بعض الأدباء المكيين الذين نقدوا الأدباء فألفوا كتاب (المرصاد)، فتعليقه المرصاد وجاء أديب مكّي آخر فكتب (مرصاد المرصاد). فأنا أقول لفضيلة الشيخ محمد الحاج الناصر: هذه الملاحظات قيمة ولكن فيما يبدو لي أنه فاتته نقطة واحدة تلك هي مطابقة العنوان للمضمون. وهذا ما كنت أبحث عنه بحرص وإصرار فيما قرأته من البحوث، الاستفادة من النوازل في القضايا المعاصرة، ولذلك هذه النقطة أو هذا العنصر هو الذي سيكون محور دراستي لما استطعت أن أدرسه وأبحثه.

العنوان العام للموضوع هو (الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة)، لا أظن أن المجمع وضع هذا العنوان لنعرف - ولا شك أن هذا من الضروري - تعريف الفتوى والقضاء والنازلة والواقعة... إلخ، لا شك هذه مطلوبة ولكن أن ندخل في أعماق موضوع الفتوى ونعطي كل الثقل والاهتمام بأداب الفتوى والعناصر التي تذكر في آداب الفتوى في حين أن كيفية الاستفادة من هذا الكنز النفيس والتراث الفقهي العظيم يكون مفقوداً ضمن بعض هذه البحوث، ولذلك سأركز على البحوث التي وجدت فيها بغيتي وأنا أتطلع وكل واحد يتطلع لهذا الجانب وهو كيفية الاستفادة طلب الإفادة من كتب الإفتاء الكثيرة العظيمة والمدونات الكبيرة التي تملأ مكتبتنا الفقهية.

أول ما أبدأ به بفضيلة الشيخ عبد الله بن بيه - حفظه الله - قرر ضمن ما قرره في بحثه تعليماً على كتاب (المعيار) وهو صادق على كل كتب الفتوى بأنه سجل تاريخي واجتماعي واقتصادي، أضيف إلى هذا (وفقهي) الذي هو الأصل وليس استدراكاً عليه وإنما هو أيضاً سجل فقهي. كتب الفتوى ولا شك

وهذا كلام صادق ونوّه بما فيها كثير من المفكرين المسلمين والفلسفيين أمثال الدكتور سامي النشار على أساس أن نستفيد من هذه الفتوى جوانب عديدة .

تميّز بحث فضيلة الشيخ عبد الله بن بيه أنه في بحثه وإن كان جاء هذا من دون إعطائه البروز القوي منهج الإفادة من كتب الفتاوى ، وكان موقفاً كل التوافق في هذا ، وإن كان هذا المنهج قصره على كتب المذهب المالكي ، والشيء الذي أستغرب له أن بعض البحوث - وهذا أظن أنه من بعض وظائفها - البحوث الجديدة المهمة والقيمة التي كتبت في هذا الموضوع ، وبيان درجة كتب الفتاوى من بين كتب الفقه بحوث قيمة أعدّها الزميل الأستاذ الدكتور محمد إبراهيم علي ولم أجد أي باحث أشار إليها ، المذهب عند الشافعية ، المذهب عند الحنفية ، المصطلح عند المالكية ، وكان يضع كتب الفتوى من بين كتب الفقه على حسب ما تعارف عليه الفقهاء . فهنا الشيخ عبد الله بن بيه - جزاه الله خيراً - سدّ هذه الثغرة عند المالكية فقط . الجانب المهم الذي يتوخّاه كل قارئ في هذه البحوث هو كيفية الاستفادة من هذه الفتاوى .

أولاً: الشيخ ابن القيم - رحمه الله تعالى - تكلم عن كيفية الاستفادة من الفتوى وإلى أي مدى ، قال : «من أفتى الناس بفتوى واحدة على اختلاف طبائعهم واختلاف بلدانهم وأعمارهم أضّرّ على الدين من طيب يعالج الناس على اختلاف أعمارهم واختلاف بلدانهم واختلاف أمزجتهم بدواء واحد» ، فهنا يأتي إذا كان النظر للفتوى ما هي كيفية الاستفادة منها؟ الشيخ عبد الله - جزاه الله خيراً - صنّف الفتاوى تصنيفاً ، أو طريقة الاستفادة منها .

أولاً: التصنيف الموضوعي المعتمد على الكتاب والسنة لأنه من دون تصنيف وتنظيم لا يمكن أن تتم الفائدة .

ثانياً: استخراج القواعد والضوابط والأسس ، وهذا شيء مهم جداً وهو أول ما يجب أن نستفيد منه .

ثم بعد ذلك قال: «الطريق الثالث: البحث عن القضايا التي تشبه القضايا المعاصرة، وهل نعطيها حكمها؟» فهو تكلم أن هذا الجانب هو الذي يهمننا كثيراً، فقال: «من أجل أن نستدرك ليس المقصود أن ننزل تلك الأحكام والفتاوى على قضايانا المعاصرة كما هي وإلا وقعنا في المحذور الذي حذر منه الشيخ ابن القيم - رحمه الله تعالى - فيقول بالنص: «إذا أن المقصود إثارة الموضوع ليُعلم أن له شواهد في النوازل تبينه أو تحرمه أو تحكي الخلاف فيه، وهو أمرٌ سيُتيح للفقهاء عندما يُعالج أياً من هذه النوازل سنداً يستند إليه ليرجح الخلاف على أساس من المرجحات، ويكفيه منقبة لهذا الخلاف أنه يرفع عن الباحث إصرر مخالفة الإجماع ويسلكه في مسلكه الاتباع».

هذه الأسطر مهمة جداً وأعتقد أنها تحتاج إلى تحليل كبير جداً، لأنه يبين أن اطلاعه على فتاوى من قبله في نفس الموضوع سيتلافى بها مخالفة الإجماع إلى آخر ما ذكره.

هذا ما أردت أن أقوله عن بحث الشيخ عبد الله بن بيه - جزاه الله خيراً - وهو في صلب الموضوع حيث يتطابق العنوان مع المضمون، وحديثه عن العمل ومتى يؤخذ بالعمل، هذا كله في منهج الإفادة من كتب الفتاوى.

أنتقل إلى بحث الدكتور محمد سليمان الأشقر (سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى)، تعرّص لمقدمات ولكن الذي يهمني والذي كنت أتوخاه وأتحره ويتحره كل مُطالع لهذه البحوث هو ما جاء في بحثه تحت عنوان: (النظر في الاجتهادات الفقهية الصادرة عن العلماء المتقدمين، وموقعه من فقه النوازل): واستمر في عدة صفحات إلى أن يأتي إلى أثر فقه النوازل في نمو الشريعة الفقهية الإسلامية. وأرى بين هذين الباحثين تكاملاً وأنهما يكملان موضوع العنوان.

بعد هذا انتقل إلى بحث صاحب السماحة آية الله الشيخ محمد علي التسخيري، أقف قليلاً عند العنوان (سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة «العمل الحكومي»). لعلّي فهمت من هذا البحث أو من عنوان: (العمل الحكومي) ولاية الفقيه، لأن البحث - إن صح وصدق هذا الفهم - فهو يتكلم عن ولاية الفقيه، ولا غبار على ذلك.

انتقل بعد ذلك إلى ما كتبه حيث إنه تكلم سماحته - جزاه الله خيراً - وأثار موضوعاً قلّ من يتعرّض له وهو تشخيص موقف الرسول ﷺ. هذا الموضوع تطرّق إليه كبار الفقهاء، والواقع أنه أضاف إلى ما أعرفه عن هذا الموضوع إضافات جيّدة جداً. الشيء الذي أودّ أن أقوله هو ليته تمّم هذه الإضافات. الإمام القرافي في كتابه: (الإحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام) شخّص موقف الرسول عليه الصلاة والسلام في خمسة مواقف، وابن السبكي وبعض الفقهاء تعرّضوا لهذا، ولكن أظن الذي أفاض وأضاف إضافات عديدة جداً لتشخيص موقف الرسول ﷺ العلامة الكبير الطاهر بن عاشور في كتابه (المقاصد)، وقد نبهني إلى هذا صاحب السماحة فضيلة الشيخ محمد الحبيب ابن الخوجة - حفظه الله - فلقد أوصل الطاهر بن عاشور - وقد قرأت هذا الكتاب بتمعن - تشخيص موقف الرسول ﷺ - أظن والله أعلم - إلى اثني عشر موقفاً أو خمسة عشرة موقفاً، تضاف إلى تشخيص موقف الرسول عليه الصلاة والسلام، ثم اختلاف تباين التشريع، ما الذي يمكن أن يكون الرسول ﷺ فيه مشرعاً، وما الذي يكون فيه والياً ومنفذاً إلى آخره؟. فعلى أي حال على اختلاف تشخيص موقف الرسول ﷺ تختلف الأحكام.

وأود أن أنوّه إلى جانب أن الكثيرين الذين كتبوا في أسباب اختلاف الفقهاء للأسف حتى آخر كتابه كتبت عن هذا لم ينوّه أحدٌ أن من أسباب اختلاف الفقهاء تشخيص موقف الرسول عليه الصلاة والسلام، وهو سبب

جوهرى للخلاف بين كافة المذاهب لم يتعرّض له أحد حتى الوقت الحاضر فيما أقرأ من بحوث ورسائل .

تعرّض سماحة الشيخ محمد علي التسخيري لهذا في بحثه حيث يقول: «إن أي أمر يمكن أن يصدر من الحاكم الشرعي حتى لو كانت المنطقة المباحة فضلاً عن المنطقة الإلزامية هو حكم إلهي ليس لأحد أن يحكم بخلافه، وبهذا لا يبقى أي مجال لنفوذ حكم الحاكم الشرعي)؛ كون الحاكم الشرعي حكمه حكم إلهي ما أدري كيف أوفق بين هذا وبين حديث صحيح أن الرسول ﷺ خاطب أحد قادة الغزو: «وإذا عاهدت فأنزلهم على حكمك ولا تنزلهم على حكم الله»، وذلك لأنه لو جعل ذلك حكم الله لربما كان مخطئاً، فكيف يكون حكم الحاكم حكماً إلهياً؟ وإلا معنى ذلك أصبح للحكام تلك القداصات ولا يمكن أن نرفع أصبعنا بأي اعتراض . فهذه أشكلت علي .

في مكان آخر يقول: «إن الحكومة وهي شعبة من الولاية المطلقة لرسول الله ﷺ هي إحدى الأحكام الأولية والمقدمة على كل الأحكام الفرعية حتى الصلاة والصوم والحج». أظن الصوم والصلاة والحج ليست أحكاماً فرعية، هي فرعية كناحية فقهية ولكن هي أركان، فكيف أقول: إن الحكومة هي شعبة من الولاية المطلقة لرسول الله ﷺ. على أي حال الولاية باعتبار أنها حكم إلهي أما هذا فأنا على الأقل لست مقتنعاً بهذا .

الرئيس: بُني الإسلام على خمس .

الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان :

هي إحدى الأحكام الأولية والمقدمة على كل الأحكام الفرعية حتى الصلاة والصوم والحج!! هذا يمثل إشكالاً كبيراً في ذهني .

وذكر موضوع تراحم الأحكام . تراحم الأحكام في الحقيقة أن آية الله

- جزاء الله خيراً - حلل هذا وبينه، فقال: «الأحكام الإلهية قد تتزاحم» يمكن أن أقول: الأحكام الإلهية قد تتزاحم على المكلف ولكن الأحكام الإلهية لا تتزاحم، وإن جاء التمثيل بأن هناك الواجب المضيق والواجب الموسع فعندئذ يقدم الواجب المضيق على الواجب الموسع، لكن عندنا كما يقولون: الحقوق لا تتزاحم والأحكام لا تتزاحم. هذا شيء.

الشيء الثاني في نفس الصفحة وأعتقد أن هذه تحتاج إلى نقاش طويل ولا بد أن نفهم هذا لأنها هي نقطة تهمانا جميعاً، يقول كتمثيل للأحكام التي تتزاحم: «بل يمكن القول بأن الحكم الشرعي عندما يجد أن تطبيق حكم شرعي معين قد يؤدي إلى نتائج عكسية كبرى نتيجة لظروف خاصة، كما في مسألة تطبيق مسألة (الرجم) اليوم مع وجود معارضة عالمية وضجة مفتعلة قد تؤدي إلى القضاء على وجود الدولة وكيانها، فإن بإمكانه تنفيذ قوانين التزاحم وتقديم الأهم على المهم بالانتقال إلى عقاب أكثر قبولاً يرفع به هذا التزاحم طبعاً، مع ملاحظة أن الحالة استثنائية وأنه يجب الالتزام الكامل بالحكم عند ارتفاع الضغط، وإلى هذا المعنى تعزى مسألة التدرج في إعطاء الأحكام في صدر الإسلام أو تدرج بعض الدولة الإسلامية في تطبيق الأحكام الإسلامية لكي تتلافى الصدمة وتمهد للمستقبل).

الواقع أننا دائماً نتحدث ونمتدح صمود بعض الدول الإسلامية كالمملكة وكإيران وكبعض الدول الأخرى الإسلامية التي كانت لها مواقف مشرفة في بعض المؤتمرات العالمية، والتي كان لها دور كبير في تقييد أو إلغاء بعض الأشياء التي كانت تُفرض على المسلمين، ثم هذه الدول التي تقف بشجاعتها أمام هذا التيار هل يمكن أن نطالبهم - وهم واجهات مشرفة في تمثيل أحكام الشريعة - أن يتهاونوا، وأنها حالة استثنائية، أو أن يقفوا الموقف الجريئة الشجاعة أمام هؤلاء لأن هذا ديننا وهذا ما يأمرنا به، وإذا كنتم تحترمون الأديان فاحترموا ديننا ومبادئنا؟ فإذا أعطينا هذا المبرر للحكام

استثناءً فما أدري بعد ذلك متى يعود الحكم للإسلام؟ ومتى يعود تطبيق الإسلام ونحن دائماً إلى الوراء وإلى الضعف؟ .

فضيلة الشيخ يقول: «ولي الأمر وانتخاب الفتوى الملازمة». الواقع صحيح أنه هو في بعض الصفحات فيها تطابق العنوان مع المضمون إلا أنه عندي سؤال، يقول: «ولي الأمر وانتخاب الفتوى الملازمة»: في أحد بحوثنا الماضية التي طُرحت حول مسألة التلفيق والأخذ بالرخص، قلنا بأن للفرد أن يأخذ بمسألة التلفيق بين الفتاوى بعد أن بنينا ذلك على عدم لزوم اتباع الأعم في التقليد، وهي مسألة اختلفنا فيها مع المشهور بين علماء الإمامية واتفقنا فيها مع المشهور بين علماء المذاهب الأربعة». هل فقهاء المذاهب الأربعة يقولون بالتلفيق؟ وإذا عُرض الموضوع ولقّف من كل مذهب قالوا يجوز التلفيق بشرط أنه لو عُرض على إمام واحد قبله لكن لو عُرض هذا التلفيق على إمام واحد ولم يقبله فعندئذ لا يقبل. إذن الموضوع إما أن يحتاج إلى تحديد أو إلى تقييد أو إلى تحرير .

فيما يتصل بالاستفادة من الفتوى يقول: (فإن للحاكم الشرعي لا بصفته يُفتي لمقلديه بل بصفته يدير شؤون الأمة الإسلامية أن ينتخب هذه الفتوى ويحولها إلى حكم إلزامي تُدار على أساس منها شؤون الأمة)، إذن هنا الجانب الذي نستفيدة من الفتوى في هذه الحالة، (ولكي يُقرّب الأمر إلى الذهن نلاحظ أن الباحث المسلم لكي يكتشف مذهباً حياتياً كالمذهب الاقتصادي الإسلامي أو المذهب الاجتماعي أو الحقوق أو غير ذلك، قد يجد فتاوى منسجمة مع بعضها لدى مفتين متعددين لكنها تشكل وجهاً واحداً لخط عام منسجم وحينئذ فإنه يستطيع أن يطرح ذلك الخط كصورة اجتهادية عن المذهب المذكور) وبهذه النقاط الأخيرة يكون هناك تكامل بين بحث فضيلة الشيخ محمد علي التسخيري وفضيلة الشيخ عبد الله بن بينه وفضيلة الدكتور محمد سليمان الأشقر .

وشكراً لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ عبد الله البسام :

بسم الله الرحمن الرحيم

الذي أردت أن أقوله ؛ قاله الشيخ محمد الحاج الناصر وذلك في أحد شقيه .

الشيخ أحمد الشيباني :

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين . أما بعد ؛

فإني أشكر الباحثين على بحوثهم القيّمة ، كما أشكر عارض البحوث على ما قام به وقام به الباحثون ، وعندى ملاحظتين :

الملاحظة الأولى : حول ملاحظات الشيخ محمد الحاج الناصر على بحث الدكتور عبد الوهاب الديلمي ، حيث ذكر في خاتمة بحثه : أما تعيين الصوم في كفارة رمضان على الموسر فليس يبعدُ إذا أدى إليه اجتهاد مجتهد وليس ذلك من باب وضع الشرع بالرأي بل هو من باب الاجتهاد بحسب المصلحة ، أو من باب تخصيص العام المستفاد من ترك الاستفصال في حديث الأعرابي ، وهو عام ضعيف فيخص بهذا اجتهاد المصلحي المناسب أقول وبالله التوفيق : إن أي مسألة في نظري وجد فيها الدليل الصحيح الواضح فلا سبيل للاجتهاد فيها ، فحديث الأعرابي الذي رواه مالك في إحدى روايته ورواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة - رضي الله عنه - جاء فيه أن كفارة رمضان لها ثلاث مراحل : العتق وإذا لم يوجد فالصيام ، فإذا لم يستطع فالإطعام . والأئمة الثلاثة (أبو حنيفة والشافعي وأحمد) جعلوا هذه الأنواع من الترتيب وليست على التخيير .

أما مالك - رحمه الله - فقال إنها على التخيير معتمداً على رواية أخرى في الموطأ فيها التخيير أن رجلاً أفطر في رمضان فقال له : أفعَل كذا أو كذا (وَأو) دائماً تكون للتخيير عند الجمهور وعليه فإنني لا أرى مجالاً للاجتهاد في مسألة وجد فيها دليلٌ ثابت عن رسول الله ﷺ مع أنني قد بلغني أن أحد علماء الأندلس أفتى بوجوب الصوم على أمير وطى زوجته أو جاريتها في رمضان ، وقال : إذا وأفتيته بالعتق فإنه لكثرة ما عنده من الرقيق يفعل كل يوم ويعتق . ولكن علماء المالكية لم يسلّموا بذلك ، ومعنى ذلك أن الحكم في الكفارة شامل للغني والفقير . والله أعلم .

الملاحظة الثانية : هي عبارة عن سؤال للدكتور الشيخ وهبة الزحيلي ، فتكلم في بحثه عن التسعير وأتى بالحديث الذي قال فيه رسول الله ﷺ : «إن الله هو المسعر ، القابض ، الباسط ، الرازق . . إلى آخره» ، وهذا الحديث قال : إنه كان في زمن لم تكن الأسعار تتفاحش بالغلاء ، وبعد ذلك جاز التسعير ، وذكر أن فقهاء المدينة السبعة قالوا ذلك والإمام مالك والفقهاء . . أنا لم أر فقهاء المدينة وأعرف أن مالكاً عنده قولان لا قول واحد رواه عنه أشهب ، الذي رواه عنه أشهب جواز التسعير ، وذكر الباجي - رحمه الله - عند شرحه لهذا الحديث . . في الموطأ لم يأت به إلا أثر عمر بن الخطاب مرّ بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زيبياً له في السوق فقال : إما أن تزيد في السعر وإما أن ترفع عن سوقنا . هذا الموطأ حتى إن محمد بن الحسن الشيباني قال : وبهذا نقول فلا يجوز التسعير . الباجي عندما شرح قال : التسعير له نوعان ، وأنه لا يلجأ إليه إلا في الضرورة عند المالكية ، وقال : إنه لا يتناول إلا مسائل خاصة : أن يكون مقتصراً على ما يكال ويوزن كاللحم والخضروات والزيوت والحبوب ، أما غير ذلك فلا يتعلق بالتسعير . والشيء الذي أسأل عنه هل علماء المدينة السبعة قالوا بهذا؟ هذا هو الذي أريد أن أعرفه . والله تعالى أعلم .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ يوسف القرضاوي :

بسم الله الرحمن الرحيم

شكراً سماحة الرئيس، والشكر موصول للإخوة الباحثين ولمن عرض بحوثهم الأخ الشيخ عبد الله بن بيّه، وللإخوة المعقّمين. وحديثي يتلخّص في موضوع كنت أحسب أن الإخوة الذين كتبوا بحوثهم يتعرّضون له. تعرّض الشيخ وهبة الزحيلي إلى ضوابط الفتوى، وهناك أمر نحتاج إليه في عصرنا كثيراً وهو مزالق المتصدّين للفتوى في عصرنا، وهذا أمر في غاية الأهمية والخطورة فقد رأينا فتاوى تُحلّ الحرام وتُحرّم الحلال وتسقط الفرائض، حتى الأمور المجمع عليها والتي لا شائبة فيها مثل الربا وغير ذلك. ولذلك ينبغي أن ننبه إلى هذه المزالق الخطرة، وأستطيع أن أعدّد بعض المزالق المهمة من استقرائي لما ينشر وما يُذاع، فمن هذه المزالق الغفلة عن النصوص.

الأخ الشيخ الحاج الناصر يتحدّث أن الأساس الكتاب والسنة، هناك أناس يُفتون وهم في غفلة عمّا في الكتاب والسنة. الغفلة عن السنة هذا أمر واضح وشكا منه العلماء من قديم. عند الفقهاء أحاديث ضعيفة وأحاديث لا أصل لها، ولذلك كثيراً ما يقولون هذا من أحاديث الفقهاء، واضطر إمام كابن الجوزي أن يُخرّج أحاديث التعاليق في كتابه (التحقيق في أحاديث التعاليق) التعاليق الموجودة في كتب الفقه وأن ينقّحه ابن عبد الهادي وأن تُخرّج الكتب المشهورة في المذاهب مثل (الهداية) وقد تصدّى لها جمال الدين الزيلعي في كتابه (نصب الرّاية)، والحافظ ابن حجر في (تلخيص الحبير) إلى آخره.

فالسنة للأسف نجد كثيرين يغفلون عنها، إنما مع هذا وُجد من يغفل حتى عن القرآن. يعني أفتى بعض الإخوة وفي بعض البلاد بجواز أن يلحق

الإنسان اللقيط بنسبه ويصبح واحداً من الأسرة وقالوا هذا جائز والفقهاء جَوَّزُوا الاستلحاق . ولكن جواز الاستلحاق إذا كان هناك شبهة أو وطء بشبهة حتى إن ابن تيمية وابن القيم أجازا الاستلحاق بالزنا، إنما إذا لم يكن هناك أي شيء فهذا هو التَّبَتِّي المحرَّم شرعاً ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ ﴾ [الأحزاب: ٤]، فهناك الغفلة حتى نصوص القرآن فما بالك بالسنة!!

كتب أحدهم في إحدى الصحف عن التكشف والتبرج واللبس القصير وكشف الذراعين والصدر والشعر وغير ذلك، وقال: هذا وإن كان محرماً فهو من الصغائر التي تكفرها الصلوات . . . إلى آخره . مع أن هناك الحديث الصحيح الذي رواه الإمام مسلم عن أبي هريرة: «صنفان من أهل النار لم أرهما، قوم معهم سياط كأذناب البقر يضربون بها الناس، ونساء كاسيات، عاريات، مميلات، مائلات، رؤوسهن كأسنمة البُخْت المائلة . لا يدخلن الجنة ولا يجدون ريحها، وإن ريحها ليوجد من مسيرة كذا وكذا»، فهؤلاء الذين حكم عليهم النبي ﷺ من أهل النار وأنهن لا يدخلن الجنة ولا يجدن ريحها . لا يمكن أن يكون هذا في صغيرة، على أن العلماء قالوا: لا صغيرة مع إصرار، فالتى تفعل هذا باستمرار لا يمكن أن تظل صغيرة . فالغفلة عن النصوص .

من ناحية أخرى هناك من يجاوزون الإجماع، والإجماع المتيقن . هناك إجماع غير متيقن، هناك دعاوى إجماع كثيرة مع ثبوت الخلاف، إنما هناك إجماع متيقن وإجماع مقرون بالعمل واستقرت عليه الأمة مثل زواج المسلمة بغير المسلم، للأسف نجد من أجاز أن تتزوج المسلمة بغير المسلم، وقال: لا يوجد نص صريح في الكتاب والسنة . ويكفي الإجماع أن الأمة أجمعت بكل مذاهبها وطوائفها واستقرت العلم على ذلك أربعة عشر قرناً، ولا بد لهذا الإجماع من سند كما يقول شيخ الإسلام ابن تيمية:

لا يوجد إجماع حقيقي إلا ووراءه سند، علمه من علمه وجهله من جهله .
ثم هناك أيضا القياس على غير أصل .

كتب بعضهم في بعض الصحف يقولون لماذا تنكرون على الحكومات
أخذ الفوائد وغير ذلك وهذا مقيس على أنه لا ربا بين الوالد وولده فكذلك
لا ربا بين الحكومة والشعب . وهذا الشيء الذي قاس عليه ليس كتاباً
ولا سنة ، ليس أصلاً متفق عليه حتى يقاس عليه ، ولو فرض أنه أصل فهو
قياس مع الفارق ، لأن الولد فيه حديث «أنت ومالك لأبيك» ولم يرد «أنت
ومالك للحكومة»! فهذا القياس على غير أصل .

هناك أيضاً الذين يُغفلون المقاصد الشرعية ولا يباليون بمقاصد الشرع
كأولئك الذين ظهروا في لبنان وفي غيرها يعرفهم الشيخ خليل الميس الذين
يُسَمَّون (الأحباش)، ويقولون بأن النقود الورقية لا تجب فيها الزكاة
ولا يجري فيها ربا، لأن النقود الشرعية هي الذهب والفضة . أي ظاهرية؟!
أي حرفية؟! أي جمود؟! وإذا سقطت الزكاة عن النقود في ماذا تجب
الزكاة؟! في البحرين هنا لا زكاة لأنه لا يوجد لا إبل ولا بقر ولا غنم ولا زروع
ولا ثمار وكذلك في الدوحة وفي جدة والكويت ودبي ومعظم المدن الكبرى
التي فيها المليارات، إذن لا تجب فيه الزكاة ولا يجري الربا!! هذه غرائب،
وبعض العلماء الكبار يقعون في مثل هذا .

لا داعي على أن أذكر بعض أسماء رجال الحديث الكبار في عصرنا
الذين يقولون بعدم وجوب الزكاة في التجارة - هذا أمر غريب - إلا إذا
نضت ، يعني إذا سُئِلت . ومعروف أن في عصرنا قلما تنض أموال التجار ،
قلما تُسْتَيْل . الآن في عصرنا الحاضر كله ماشي على العمليات الائتمانية ،
فالتاجر ليس عنده نقود ، كلها تستمر بضاعة مع بضاعة . . إلى آخره . فكيف
نُعفي هؤلاء من الزكاة؟! فاعتبار المقاصد هذا أمر مهم .

أمر آخر أيضاً وهو مراعاة الواقع بما فيه فقه الواقع وهو الذي ذكره

الإمام ابن القيم حينما قال: الفقيه هو من يزاود بين الواجب والواقع، فلا تعيش أبداً فيما يجب أن يكون ولكن فيما كائن أيضاً. قال هذا وهو يشرح كلمة الإمام أحمد فيما يجب على المفتي أن يتصف به، وهي صفات خمس: العلم والسكينة والحلم والكفاية ومعرفة الناس. فقال: «معرفة الناس» يعني ينبغي أن يعرف الواقع بما فيه.

وفي عصرنا يجب أن يعرف الواقع بما يمر فيه من تيارات وأحداث تتغير. وعملية التغير في الزمان والمكان والإنسان هذه أمور مهمة.

أعجبني في كلام الشيخ الضرير بالأمس حيث يقول: يجب أن ندقق فيما يقوله العلماء، أحياناً نقول العلماء قالوا كذا، إنما هل العلماء حينما قالوا، قالوا في مثل هذه الواقعة؟ وهل الواقعة في زمنهم كانت بحجم الواقعة في زماننا؟ وهل لها ملابسات مثل هذه الملابس؟ وهل لها آثار مثل هذه الآثار؟ يجب أن نراعي الزمان والمكان والحال كما قال الإمام ابن القيم في (إعلامه)، وكما قال القرافي في (إحكامه)، وكما قاله في (فروقه) أيضاً، وقاله ابن عابدين في رسالته المعروفة (نشر العرف فيما بني من الأحكام على العرف)، وقاتلتها مجلة (الأحكام العدلية) في المادة التاسعة والثلاثين منها: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان. وإن كنت أود أن يقول: الأحكام الاجتهادية أو الأحكام الظنية أو غير ذلك حتى لا يشمل كل الأحكام، وأيضاً تتغير بتغير الزمان والمكان والعرف والحال كما ذكر الإمام ابن القيم، وكانت عبارته أدق وأعمق حينما قال: (الفتوى) ولم يقل (الأحكام)، أي تنزيل الحكم على الوقائع هو الذي يتغير بتغير الزمان والمكان.

كذلك أيضاً اعتبار المصالح الملقاة، إلى آخره. لا بد أن أطيل ولكن أريد أن ننبه على هذه المزالق الخطرة التي يقع فيها الذين يتعرضون للفتوى في عصرنا وخصوصاً أن عصرنا تداع فيه الفتاوى وتشر ويعرفها الناس، وقد قال النبي ﷺ فيمن أفتوا لرجل عنده جراحة أفتوه بأن يغتسل فاغتسل

الرجل فمات من جراحته ، تفاقت الجراحة عليه فمات ، فقال ﷺ : « قتلوه قتلهم الله ، هلاً سألوا إذ لم يعلموا » اعتبرهم قتلة ودعا عليهم « قتلوا قتلهم الله ، هلاً سألوا إذ لم يعلموا فإنما كان يكفيه أن يعصب على جرحه ويقيم . . » إلى آخر . فمن الفتاوى ما يقتل ، ومن الفتاوى ما لا يقتل فرداً فقط بل ربما يقتل مجتمعاً بأسره .

أسأل الله تعالى أن يهدينا سواء السبيل وأن يعلمنا ما ينفعنا ، وأن ينفعنا بما علمنا . وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ عبد اللطيف الرفور :

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله وكفى ، وسلام على عباده الذين اصطفى .

أتوجه بالشكر للباحثين والسيد العارض ، ولا داعي لتكرار ذلك فقد أصبح معروفاً ، والمعروف كالمشروط نصاً . إنما أود أن أتحدث باختصار شديد عن نقاط مهمة .

البحث كله - فيما أرى - يدور حول محور واحد هو سبل الاستفادة من فقه النوازل والوقاعات ، ثم ألحق بها كلمة (الفتاوى) . فالفتاوى مصدر كبير يؤخذ منه النوازل والوقاعات . والذي يبدو لي أن هذا منوط بإيجاد لجنة - هذا اقتراح - تحمل هذا المشروع فتصنع أولاً موسوعة مذهبية في كل مذهب من المذاهب لفقه النوازل والوقاعات ، ثم تُكلف لجنة أوسع منها بدمج هذه الموسوعات كلها في موسوعة واحدة مرتبة حسب الترتيب الأبجدي إن تيسر ذلك ، وإن لم يتيسر نبقى على الموسوعات المذهبية حتى تيسر الاستفادة من هذه الكنوز والذخائر الموجودة في المذاهب وهو ما يسمى بفقه النوازل والوقاعات . وهذا شيء كثير مخبوء في كتب المذاهب

وفي كتب الفتاوى أيضاً. هذا مجرد اقتراح، فإن رأت الأمانة العامة ورياسة المجمع الموقرة هذا الأمر فجزاهم الله كل خير وهذه مآثرة من مآثرهم.

هنالك قضية أخذ جواب واقعة أو نازلة تخريجاً على واقعة أو نازلة أخرى تشبهها في مذهب آخر من المذاهب الفقهية المعتمدة المدونة. هذا ما توقف فيه بعض إخواني وزملائي على أنهم اجتهدوا في ذلك، فالذي أراه - والله أعلم - فيما يبدو لي ترجيح الجواز في أخذ الجواب واقعة أو نازلة من مذهب آخر ليُخرج عليها جواب واقعة أو نازلة أخرى في المذهب الذي نحن فيه. فمثلاً لا مانع أن يؤخذ جواب نازلة أو واقعة في المذهب الحنبلي ليُخرج عليها مثل ذلك إذا كان هنالك نظيرها في أي مذهب آخر، هذا لا مانع منه؛ لأن المذاهب كلها إنما هي جداول من شريعة واحدة؛ وهي الشريعة المحمدية المطهرة (الإسلام)، وما المذاهب إلا أغصان وفروع من هذه الدوحة الباسقة التي جذورها في الأرض وفرعها في السماء، وقد فعل مثل ذلك الأئمة - رضي الله عنهم - أئمة المذاهب، كما يروى عن أبي يوسف في قضية الحمام، قال: «نقلد فيها أخانا الشافعي» رضي الله عنهم وأرضاهم، وهذا كثير له نظائر وأمثلة لدى الأئمة الأولين من أئمة المذاهب - رضي الله عنهم - .

ثم قضية أخرى هي قضية فقه النفس ومعرفة الواقع، وهذان شرطان متميزان ذكرهما إخوتي وزملائي الأعزاء من أهل العلم والفضل وإني خادمهم. أقول بهما وأزيد أنه لا يجوز أن يتكلم في الفتيا وأن يتصدّر لها من ليس متخصصاً في الفقه الإسلامي وأصوله، من لم يقرأ على العلماء ومن لم يصاحب الأشياخ وليست له إجازات معتبرة خاصة وعامة، فقد أصبحنا اليوم ونحن في عصر يتكلم في الدين وفي الفتيا من هبّ ودبّ، من يصلح ومن لا يصلح، المتخصص وغير المتخصص، بل ربما تكلم في ذلك أناس لا علاقة لهم بالعلوم الإسلامية أبداً ولم يدرسوها لا على أستاذ ولا في كونه

بحته ، كل ما لديهم ثقافة عامة مبتسرة ينطلقون منها نحو الفتيا وهذا أخطر شيء ، فمن تصدّر للفتيا وهو ليس أهلاً لها كان آثماً شرعاً ، ويحجر عليه وهو من يسمى بالمفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس ، كما تعلمون أيها السادة العلماء ، فالتخصص شرط بالإضافة إلى فقه النفس ومعرفة الواقع .

هذا الشرط أردت أن أزيده على ما تفضل به إخواني العلماء ، جزاهم الله خيراً ، وذاكرت أخي الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان - حفظه الله - في قضية تشخيص عمل النبي ﷺ وتصرفاته الكريمة فقلت لعلك تريد كتاب (الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وحكم تصرفات الإمام) لشهاب الدين القرافي ، فقال : نعم ، وهو مطبوع محقق ، وهو أصل فيما ذهب إليه فضيلته - جزاه الله عنا كل خير - .

وأما كتب الوقاعات والنوازل فكثيرة جداً في جميع المذاهب في المذهب الحنفي فيما يظهر لي ، فالكثرة موجودة متوفرة في المذاهب كلها ، أما المذهب الحنفي فربما تميز بالكثرة الكاثرة ، لأنه كان مذهب الدولة في كثير من العصور كالعصر العباسي والعصر التركي وما شاكل ذلك فكثرت فيه كتب النوازل والوقاعات والفتاوى . وكتب الفتاوى مهمة جداً في هذا الموضوع وتعتبر أصلاً على أساس أن الفتوى قد تكون نازلة وقد لا تكون . فليست كل فتوى بنازلة أو واقعة - كما نعلم جميعاً - وإنما النازلة فتوى ، والواقعة كذلك فتوى ، والفتوى تعمُّ النازلة والواقعة وتشمل غيرهما . والله تعالى أعلم . وشكراً ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ حمزة الفعر :

بسم الله الرحمن الرحيم

أشكر لفضلة الشيخ ابن بيّه عرضه الذي قدّمه . ولي ملاحظة من خلال قراءتي للأبحاث المعروضة والتعقيبات . أبدؤها بالتعقيب الذي قدّمه الأستاذ

الناصر على بحث الدكتور عبد الوهاب الديلمي . فالدكتور الديلمي استدل على الإفاء والاجتهاد الجماعي الذي يعتمد التشاور بين المجتهدين ، واستدل بالآيات التي فيه الأمر بالشورى نحو قوله تبارك وتعالى : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾ [آل عمران : ١٥٩] ، وقوله تبارك وتعالى : ﴿ وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بينهم ﴾ [الشورى : ٣٨] . قال الأستاذ الناصر : « لا يمكن فهم كلمة (الشورى) إلا في الأمور السياسية . الحقيقة أن هذا الأمر لا يُسَلَّم لعدة أمور ، لأن سبب النزول وإن كان في بعض الغزوات وفي أمور هي من قبيل السياسة كما ذكر الأستاذ إلا أن هذه الحادثة تتعلق بطاعة الله وطاعة رسوله ﷺ فهي من قبيل الأحكام حتى وإن كانت وردت في شأن من شؤون السياسة .

الأمر الثاني : أن كثيراً من الأحكام وردت على سبب خاص ، ولكن العبرة - كما هو المعتمد عند جمهور العلماء - بعموم النص . والنص هنا يدل بعمومه على شمول أمور السياسة وغيرها ، لأن قوله تبارك وتعالى : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ ﴾ أمرٌ تسلط على قضية الشورى التي ارتبطت بقوله : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾ اللفظ هنا قوله : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾ لفظ مفرد اقترنت به الألف واللام الجنسية فهو صيغة من صيغ العموم ، كما هو مقرر في أصول الفقه .

إضافة إلى أن الأستاذ الناصر قال : « إن الشورى من الأمور المندوبة » ، وهو بذلك يرد على الباحث الذي يرى أن قوله تبارك وتعالى : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ ﴾ أمر والأمر يقتضي الوجوب كما هو المقرر ما لم يصرفه صارف . يقول بأن هذه الشورى من قبيل الأمور المندوبة وليست من قبيل الأمور الواجبة . والحقيقة أن هذا فيه مخالفة لظاهر اللفظ ، لأن اللفظ كما قلنا أمر والأمر يقتضي الوجوب من ناحية ، ومن ناحية أخرى قوله تبارك وتعالى : ﴿ وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بينهم ﴾ هذا خبر لكنه يفيد الأمر لأنه يبين حال وشأن هذه الأمة .

ثم بعد ذلك أقاويل العلماء الثقات تدل على أن الشورى ليست من باب الأمور المندوبة بل هي من عزائم الأمور كما ذكر الماوردي والقرطبي وغيرهما من علماء المسلمين قالوا : إن الشورى من عزائم الأمور ، وهي

تكون في الأمور الكبيرة وتكون في الأمور الصغيرة .

أحببت أن أبين هذه النقطة مع شكري للأستاذ الناصر على تتبعه لهذه الأبحاث التي كتب عنها ، واستمحيكم العذر .

والسلام عليكم ورحمة الله .

الشيخ عبد الستار أبو غدة :

بسم الله الرحمن الرحيم

أول ما أريد أن أشير إليه أن هذا الموضوع الذي هو الاستفادة من النوازل والفتاوى يفيد المجمع في تحقيق ما يصبو إليه من الحكم على المتسجدات العصرية ، والسبب في ذلك أن الفتاوى كانت ميداناً لبحوث الفقهاء ، حيث تضيق كتب المدونات الدورية من متون وشروح وحواشي عن الإفاضة في التعرّض للوقائع العملية إذ يتقيدون ببيان المسائل الفقهية وأدلتها وعلى سبيل النظر والتنظير ، ولكن حينما يكتبون الفتاوى فإنهم يعالجون الوقائع القائمة ، ولذلك نجد في كتب الفتاوى - التي فيها بسط طبعاً وليس التي فيها اختصار وإيجاز - نجد فيها كثيراً من الحلول التي يُستأنس بها في القضايا العصرية المستجدة .

وهذا الموضوع أيضاً طرحه على هذا المستوى الذي تعدد فيه الاتجاهات المذهبية كما تلاحظون أنه غُطيت المذاهب السبعة تقريباً في عرض ما لديها يُحقق جانباً من جوانب الوحدة العلمية التي طُرح أمرها في اليوم الأول وأن من أسباب تحقيق هذه الوحدة أن يُطلع أهل كل مذهب أصحاب المذهب الآخر على ما عندهم من خصوصيات ، وهذه الخصوصيات تتأكد في موضوع الترجيح والإفتاء .

الفقه العملي يختلف عن المسائل الفقهية - كما أشرت - لأن المسائل الفقهية لا يُشترط أن تكون هناك حادثة أو واقعة ، وأما الفتوى فلا بد وأن

تنصّب على حادثة وواقعة وعلى حالة شخص يستفتى أو جهة تستفتى . وبهذا يختلف الفقه العملي عن الفقه التعليمي .

وبهذه المناسبة فإن هناك مستويات كثيرة من عرض الفقه الإسلامي ، فهناك الكتب المدوّنة المعروفة ، وهناك كتب الفتاوى التي تُولي الأهمية للراجع من أقوال المذهب بحيث إن أحد الكتب الفقهية في المذهب الحنفي ليس فيه أي فتوى من الفتاوى ولكنه سُمي بـ (الفتاوى الهندية) لأنه تضمّن ما يُختار للفتوى وما هو أرجح من غيره ، وكان هذا الكتاب عملاً جماعياً كما يعلم المختصون أنه كان بعناية من ملك من ملوك الهند المسلمين وهو : (أورنق ذيب) الذي كان يسمى : (عالم كبير) أي فاتح العالم لاهتمامه بنشر الدعوة الإسلامية في تلك القارة ، هذا العالم جمع عدداً من علماء الهند وأوجد تحت أيديهم مكتبة كبيرة ، فاستخلصوا منها الرّاجح في المذهب الحنفي وكان من ذلك الفتاوى الهندية .

في المذاهب الأخرى نجد موضوع العمل وخصوصاً عند المالكية ، فهناك العمل الفاسي بالنسبة لأهل فاس ، وعمل أهل القيروان ، وغير ذلك . والعمل في الحقيقة يعتبر نوعاً مبتكراً في تدوين الفقه لأنه يهتم بمعالجة الواقع العملي ، فقد يكون فيه ترجيح لبعض الأقوال الضعيفة ، ويكون فيه معالجة مباشرة لهذه الوقائع ، والعمل لا يقترن بسلطة الزامية وإنما هو التزام من علماء المذاهب أو علماء المذهب بأنهم يلتزمون ما رُشّح للعمل وأصبح يشكل سوابق تشبه السوابق القضائية التي يتعاقب عليها القضاة فتخرج منها مبادئ وقواعد تُحترم بالالتزام .

ولكن هناك شيء آخر يحصل بالالتزام وهذا نجده في المذهب الحنفي حينما أبو السعود العمادي أحد كبار المفتين في الدولة العثمانية اختار من المذهب الحنفي كثيراً من المسائل التي تستحق أن ترجح ويُعمل بها وسمّها (المعروضات) ، وعرضها على السلطان في ذلك الزمن فقرنها بالالتزام

وأصبحت مُلزَمة، وكأنها قانون مستمدٌ من الفقه، وهذه المعروضات - معروضات أبي السعود - كثيراً ما ينقل منها العلامة ابن عابدين ويلتزم بها وكان يُنَوِّه بأنّها مُلزَمة لكل من جاء بعد ذلك السلطان، لأنّه كما هو معلوم الأمر الذي يصدر من ولي الأمر يتغيّر أو يموت بموته ولا بدّ لإلغائه أو تعديله من ولي أمر لاحق له .

فهذه المختارات الرسمية للعمل أيضاً تعتبر ميزة وتعتبر أمراً مهماً في الفقه العملي . وهذا يدعونا إلى الاهتمام بكتب الفتاوى . فكتب الفتاوى ما نشر منها إلا القليل، وكثير مما نُشر منها الفتاوى فيه موجزة، ولكن هناك كتب للفتاوى فيها بحوث وبها مناقشات وقد نشر بعض إخواننا شيئاً منها، فالدكتور علي القره داغي نشر (الغاية القصوى) فتاوى في غاية السعة والاهتمام، وأخونا الشيخ نظام يعقوبي يُعني الآن بنشر فتاوى الإمام الغزالي، وهي فتاوى في غاية الروعة، لأنها تقدم مبادئ لا نجدّها في كتب الغزالي المطوّلة .

ولذلك يجب أن تتجه الأنظار إلى نشر هذا النوع من الكتب لأنه أشبه ما يكون بحاجة عصرنا ويُعتبر ثروة فقهية كبيرة تُمدُّ هذا المجمع في معالجة المستجدات العصرية . والله أعلم .

الشيخ خليفة بابكر الحسن :

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

السيد الرئيس ؛

السادة الأعضاء ؛

السلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته، وبعد ؛

فأؤكد أيضاً بدوري شكري للأساتذة الأجلاء الذين كتبوا عن موضوع (سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى) وللشيخ العارض . وقبل ذلك أيضاً أشكر المجمع لاختياره لهذا الموضوع الذي يُمثل من الناحية العملية منهجاً لا بدّ من الاهتمام به ذلك أن قضية بحث المسائل الفقهية لا تتم إلا بأسلوب ومنهج وطريقة ، وذلك هو المنهج الذي يريد المجمع أن يسلكه ، وبهذا الاعتبار فإن بحث هذا الموضوع مفيد من الناحية العملية .

كما أن بحث هذا الموضوع أيضاً مفيد من الناحية النظرية البحتة والثقافية على المستوى المدرسي في الجامعات ولطلاب الدراسات العليا فإن هذا الموضوع فيه قابلية للبحث أكثر لكي يستفاد منه في المستقبل . وما أودّ أن أقوله بعد ذلك أنني كنت أحبّذ لو أن الباحثين حينما بحثوا موضوع العمل ، أن يبحثوه في المذاهب المختلفة ، وأن يقارنوا ويحلّلوا ويعلّلوا مثلاً لفتوى معيّنة إذا كانت فتوى في موضوع معيّن مثلاً لم يتفق معها المذهب الآخر يُعلّل لذلك ويُذكر السبب ، ويذكر أيضاً أثر الزمن وأثر الظروف البيئية المحيطة بالعلماء آنذاك ، التي قادتهم أن يتجهوا اتجاهاً معيّنًا ، وأن يتجه غيرهم اتجاهاً آخر .

هذا أمر مهم في دراسة تطور تاريخ الفقه الإسلامي نحتاج إليه إلى حد كبير ، ودراساتنا لتاريخ التشريع الإسلامي لا تزال إلى الآن دراسات مكررة ليس فيها جديد من هذه الناحية ، وهي ناحية تأثير الزمن على الفقه ، وتأثير الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية في بعض الأحوال ، لأن هذا من شأنه إذا وجد أن يفيدنا كثيراً .

هذه النظرة العامة كنت أودّ أن تكون موجودة وفيما عدا ذلك فإن عدم تخطي هذه النوازل مهم وضروري ، وعدم تخطي البدائل الفقهية من الناحية المنهجية بالنسبة لهذا المجمع أيضاً مهم لاعتبارات :

الاعتبار الأول: أن هذا المنهج وهذا الأسلوب يقلّل من الخلاف إذا

كان كل موضوع من الموضوعات الجديدة المعاصرة التي تُعرض علينا اليوم مباشرة نرجع فيها إلى القرآن والسنة، ونحاول أن نشتمق لها حكماً، فإن ذلك يؤدي إلى خلاف كبير بيننا ولكن يُقلّل من مساحة هذا الخلاف أن نرجع في المسائل التي نصّ الفقهاء على حكمها أن نرجع إلى آرائهم، فإذا وجدنا فيها حكماً فقهياً نأخذ به وإلا بعد ذلك نحاول أن نقيس ونخرّج على آرائهم فإن أمكن ذلك فبها وإلا نعود بعد ذلك إلى الاجتهاد المطلق.

الاعتبار الثاني: أن الفقهاء حينما أفتوا في هذه المسائل التزموا ضوابط الاجتهاد وضوابط أصول الفقه الإسلامي، وقد تغيب هذه الضوابط اليوم إلى حد كبير فأيضاً ضمان أن نجد مساحة من الفتوى الفقهية من الفقهاء ونعتمد عليها هذا أمر مفيد.

الاعتبار الثالث: أن هذا يُمثل تراثنا ويمثل أصولنا ولا يمكن للإنسان بحال أن يتجاوز أصوله وتراثه إلا لضرورات واعتبارات تقتضي ذلك عند ذلك يمكن التجاوز لكن من حيث المبدأ والأساس لا يجوز التجاوز. وعلى كل حال فإن نظرنا في تلك الفتاوى هنالك فتاوى في مسائل لا تختلف باختلاف الزمان والمكان كما تعلمون وهي المسائل المتصلة بالثواب، يعني مسائل الأحوال الشخصية: الزواج، الطلاق، الإيمان والنذور، والمأكولات والمشروبات، لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، وبالتالي نستفيد من الفتوى الموجودة في مثل هذه الحالة. الأحكام التي تعتمد على التقدير لعدم اختلاف الزمان والمكان، ولأن الشارع الحكيم جعل مبنائها غالباً على الاجتهاد بعد وضع الأصول العامة فيها كالمعاملات هذه يمكن أن نستأنس ونستفيد ونقيس ونخرّج فيها آراء الفقهاء.

هنالك مسألة أودّ الحديث عنها، فبالأمس ذكرت كيفية استخدام القواعد الفقهية، والقواعد الفقهية حقيقة هي فعلاً استخلاص من الفروع الفقهية وقد جاءت بعد الفقه، لكن هذه القواعد بعد أن جاءت بعد الفقه واستخلصت يستفاد منها وتعتبر هوادي ومعينة عند النظر الاجتهادي، ولهذا

صُدّرت بها مجلة الأحكام العدلية وكثير من قوانين المعاملات . فليس معنى أنها جاءت بعد الفقه ألا يُستفاد منها في الفقه . تفيدها اليوم في التخريج وفي حرركتنا الاجتهادية ولا بد من الاستئناس والاستفادة منها .

أمر أخير فيما يتصل بالمصطلحات الأصولية . أمس في موضوع الصيانة هل هي من الضروريات أو ليست من الضروريات؟ العقود كلها يذكر الأصوليون أنها من الحاجيات ، فمشروعية العقود كلها من باب الحاجة ، لأنها تدفع العسر وترفع المشقة وتحقق اليسر ، هذا من حيث المبدأ كعقود تعتبر من باب الحاجيات لكن قد يأخذ الأمر وضعاً آخر باعتبار أنه ضرورة أو حاجة أو لاعتبارات أخرى لكن كعقد هو من باب الحاجيات ، والصيانة فيما أعتقد أنها تعتبر أمراً مكماً في الحقيقة ، بمعنى أنها إما أن تدخل في مكمل الضروري وهي مثل التماثل بالنسبة للاختصاص كما يذكر الأصوليون ، أو هي الكفاءة بالنسبة للزواج لأنها تابعة لغيرها . وبناءً على ذلك فهي بحسب الشيء المصون ، قد يكون الشيء المصون حاجياً فتكون مكملة لهذه الحاجة ، وقد يكون ضرورياً فتكون مكملة لهذا الضروري ، وقد تكون الصيانة لأمر تحسيني فتأخذ أيضاً هذا الوضع .

هذا ما أردت قوله ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ عكرمة صبري :

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله ، والصلاة والسلام على رسول الله ، وعلى آله وصحبه ومن والاه .

شكراً الأخ الرئيس ، وشكراً للمجمع الفقهي الذي طرح هذا الموضوع المهم الذي تقوم عليه جميع المهام ، وتقوم عليه جميع أعمال المؤتمرات الفقهية . وكنت أودّ أن أعقب على نقطتين :

النقطة الأولى : التي تعرّض له الشيخ القرضاوي بأن لا تكون الفتاوى قائمة على الهوى ، والآ تكون متأثرة بنزوات سياسية أو دنيوية ، ونذكر بعضها

بعضاً بقول الرسول ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت». بهذا أكتفي بالنقطة الأولى.

أما النقطة الثانية: فهي حول الاجتهاد الجماعي، وقد لاحظت أن بعض الإخوة الفضلاء يتحفظون من هذا التعبير، وأقول: إن ديننا الإسلامي اعتبر الإجماع مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي، فنحن نريد أن نسير بروح الإجماع، وإن لم يتحقق الإجماع في أيامنا هذه فعلى الأقل حينما يصدر رأي شرعي أو تصدر فتوى على الأقل أن يُشارك فيها أكبر عدد ممكن من العلماء، وما المجمع الفقهي إلا صورة عن الاجتهاد الجماعي وتوحيد الفتوى التي نحن بحاجة ماسة إليها وبخاصة في هذه الأيام، لأن أي فتوى تصدر في هذه الأيام تتناقلها أجهزة الإعلام، ويترتب على ذلك أن الجماهير الإسلامية في العالم تطلع عليها وتسمع بالمقابل فتوى مناقضة من عالم آخر فيقع الناس في حيرة من أمرهم، وهذا ما يؤدي إلى ضعف موقف العلماء والمفتين لدى الجماهير المسلمة. فنحن بحاجة إلى الخروج بفتاوى جماعية أو شبه جماعية بحيث لا نوقع العامة من الناس في مشاكل وفي ارتباك.

وإن الموضوع المطروح حالياً للمناقشة حول القضايا المعاصرة ويترتب على ذلك أن تُحصر المناقشات فيما يُستفاد من هذه القضايا المعاصرة، وهذه مسؤولية كبيرة على العلماء في هذا العصر؛ وخاصة أن الجماهير الإسلامية في العالم توافقة لأن تشاهد دور العلماء في المجتمع وأن ينزلوا من الأبراج العاجية والعالية إلى الشارع ليقولوا قولتهم في قضايا كثيرة مستجدة.

وإنني إذاً أثني على أقوال الإخوة الذين أعطوا للاجتهاد الجماعي أهميته، كما وأدعو جميع الدول العربية والإسلامية بتشكيل مجالس عامة للفتوى في بلادهم حتى على الأقل تكون الفتوى في كل قطر موحدة، وأنا أعلم جيداً أن بعض الدول العربية والإسلامية تسير على هذا المنهج،

وكذلك بالنسبة إلى فلسطين فهناك مجلس يُعرف بمجلس الفتوى الأعلى لبحث القضايا المستجدة وللخروج برأي موحد حتى يكون الناس على بينة من أمرهم .

مرة أخرى أشكر المجمع على طرحه لهذا الموضوع المهم والحساس ، وأتمنى وأمل أن يخرج المجمع بتوصية تؤكد على الاجتهاد الجماعي وعلى الإجماع المتقارب بين العلماء لتكون الفتاوى - إن شاء الله - فتاوى مستندة إلى الكتاب والسنة وأن تكون موضوعية ، وحيثُذِ سيلتزم الناس بها طواعية وبمحبّة وإيمان وتقدير للعلماء العاملين .

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وشكراً لكم ، والسلام عليكم .

الشيخ محمد علي الشخيري :

بسم الله الرحمن الرحيم

قبل أن أوضح الموقف خصوصاً فيما طرحه بعض أعزائنا وساداتنا من أسئلة . أودّ أن أذكر بعض النقاط حول ما طرحته في المقال .

قبل كل شيء أودّ أن أعرض أمام السادة العلماء بأن لدي بالخصوص مشكلتين أساسيتين :

المشكلة الأولى : أن هناك اختلافاً كبيراً في مصطلحات الفقه الإمامي عنها في المذاهب الأخرى ، وهذا الأمر يوُلِّد لي في كثير من الأحيان بعض الإشكالات .

المشكلة الثانية : في المذهب الإمامي لا يقلّد عالم عالماً على الإطلاق ، فعندما تُدرس أي مسألة لا ينظر أحدهم وهو يعيش في القرن العشرين إلى ما قاله الشيخ الطوسي أو الشيخ المفيد أو كذا وكذا ، وإنما يتأبّد به فقط .

ومن الطبيعي أن أقع في مشكلة عرض كل هذه الآراء الممتدة عبر التاريخ، ومن هنا فأنا أميل لذلك الرأي المشهور ثم أذكر رأيي أحياناً، وحينئذٍ فسوف يؤدي هذا أحياناً إلى مخالفة المشهور .

أعود إلى المقال وأذكر منهجياً أن الفقيه في الفقه الإمامي يتجه أولاً لبيان فتواه الشرعية الكاشفة عن رأي الشارع في القضية دون ملاحظة أي ظروف طارئة، هو يتحدث كالفقيه الحنفي يطرح فرض المسألة ويكتشف حكمها ويستنبط حكمها من الكتاب والسنة الشريفة . هذا ما يقال طرح القضية على نحو القضية الحقيقية . أما عندما يواجه بمشكلة أو واقعة أو قضية خارجية مطروحة هنا يتحول إلى الحكم السلطاني يتحول إلى ولي هذا الفقيه وينطلق كأنه ولي فيصدر حكمه الولائي، وهذا كما حدث في مسألة من المسائل عند عقد ناصر الدين شاه اتفاقاً مع شركة غريبة ضخمة على حصر التبنك وشراؤه منها، فأصدر المرحوم الشيرازي الكبير وكان يسكن في سامراء أصدر حكماً بحرمة التعامل مع هذه القضية وحينئذٍ فحتى زوجات الشاه كسرن النارجيلة التي يُشرب بها التبنك آنذاك، فعندما اعترض الشاه على زوجته لماذا فعلت؟ من الذي أمرك قالت: أمرني الذي حللني لك وحكم بحلتي لك . على أي حال هذه مسألة مهمة ولاية الفقيه عندما تُطرح هناك اتجاهات عندنا، اتجاه يقول إن كل فقيه إذا وصل إلى مرحلة ما من الفقه .

الرئيس :

يا شيخ يا ليتك تعطينا فالجواب معلوم والولاية معلومة .

التسخيري :

هناك اتجاه يقول كل فقيه ولي ولكن عندما ينتخب الفقيه يجب أن يطيعه الآخرون، واتجاهي أنا واتجاه البعض أن الفقيه الذي ينتخب هو الولي . يعني يشترط في ولي الأمر أن يكون فقيهاً . هذا هو الرأي الذي أتبناه بقوة .

ذكرت الأحكام الأولية والثانوية والولائية. الأولية ما يثبت للشيء بمقتضى نفسه حكم الصلاة الجواب، وحكم الخمر حرمة الشرب. الثانوية في مصطلحنا ما يثبت للشيء بعد طرو عنوان آخر عليه، يعني ما أشار إليه سماحة الشيخ من أنه كالرخصة، الرخصة بعض الأحكام الثانوية. الضرر، الحرج، الاضطرار، لكن هناك أحكام ثانوية ملزمة، يعني قد يكون الشيء مقدّمة للواجب، وقد يكون مقدّمة للحرام كما في سدّ الذرائع فيحرم، وقد يكون مزاحماً في العمل فيصدر عليه حكم المزاحمة. هذه أمور إلزامية، وليس يرادف الرخصة كما تفضّل سماحة الشيخ ابن بيه وقد نسبت أن أشكره شكراً جزيلاً على عرضه.

الأحكام الولائية هي الأحكام السلطانية المعروفة التي يصدرها الحاكم إما في منطقة المباحات أو يعبر حتى منطقة المباحات إلى منطقة الإلزاميات عندما يحدث تراحم. التزاحم أيضاً هو مصطلح ربما وقع فيه خلط، التزاحم هو نوع من تراحم الأحكام عند الامتثال وليس عند الشارع. الغصب حرام، إنقاذ المسلم الغارق واجب، يقع تراحم، عليّ أن أنقذ هذا الإنسان الغارق بعبور منطقة هذه المنطقة لا يرضى صاحبها، يُقدّم هنا الأهم وهو إنقاذ المسلم على المهم وهو حرمة الغصب فارتكب الغصب لإنقاذ المؤمن. فإذن هو في مقام الامتثال كما استفاده. لذلك ضربت أمثلة للتعارض بين المضيق وبين الموسع، ومعنى ذلك أنهما حكمان عند الامتثال.

في مقالي تحدثت بنوع من الإسهاب عن مرونة نظام الحكم الإسلامي وأشرت إلى نقطة أرجو أن نبحت فيها أكثر وهي المؤشرات التي يُعطىها الإسلام للحاكم الإسلامي ليملاً هذه المنطقة على ضوءها. ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾ [الحشر: ٧]، مؤشر يضيف للحاكم اتجاه التشريع الإسلامي، وما إلى ذلك، هذا بحث أراه مهماً وحبذا لوركننا عليه.

هناك ملحوظة: نحن عندما نريد أن نبني دولة تقنن الأحكام الإسلامية. حرمة الربا تقنن عندما يوضع نظاماً مصرفياً لا ربوياً. هذا التقنين وفرضه على

المجتمع يحتاج إلى حكم من الحاكم ومن ولي الأمر حتى يصبح لهذه الصيغة حكماً يجب الالتزام به .

أريد أن أشير إلى ما أشار إليه الدكتور عبد الوهاب . أشكره جداً على ما نبهني إليه من لزوم البحث أكثر في قضايا تشخيص موقف الرسول العظيم عليه الصلاة والسلام من القضايا ، هل هو موقف ولائي ، أم هو موقف في مقام إبلاغ الحكم الشرعي وما إلى ذلك ؟ هذه أمور أنا استفدت منها . وكذلك أشار إلى من أسباب الاختلاف ، هذا الاختلاف ، أشكره كذلك على ذكر هذا المعنى وأضيف أنه من أسباب الاختلاف اختلاف الفقهاء في منهج الاستدلال ، هذه مهمة جداً . هل الرجوع أولاً لهذا الأصل الفقهي إلى أصول الفقه أو ذاك أو العكس هو الرجوع ؟ السير في المنهج الفقهي له دوره الكبير في مسألة الاختلاف .

أشرت في بحثي إلى أن حكم الحاكم الشرعي إلهي . لا ريب هو حكم صدر بمقتضى سماح إلهي ، الله تعالى أجاز لولي الأمر أن يملأ هذه المنطقة وفق مصلحة الأمة هو حكم إلهي . قلت إنه لا تجوز مخالفته عملاً بلا ريب ، يعني حتى المجتهدون الآخرون يجب أن يطيعوا حكم ولي الأمر وإن كان لهم أن يبدوا رأيهم ، يعني لهم الحق ، يعني هنا مسألة الطاعة العملية يجب إطاعة حكم ولي الأمر ليكون القرار الصادر قراراً واحداً .

أشرت أيضاً إلى أن الحكم الحكومي حكم أولي مقدم على الأحكام الفرعية .

مصطلح الأحكام الفرعية هنا في مقابل أحكام الأصول ، يعني نوعان من الأحكام عندنا . هناك حكم كلي أصولي مثل حجية الاستصحاب ، وحجية الخبر الواحد ، وحجية السيرة وما إلى ذلك ، هذه حجيات وأحكام أصولية وما عدا ذلك كل ما يتصل بعمل المكلف يسمى حكماً فرعياً لا علاقة له بأهمية ذلك العمل . نحن أيضاً نعتقد أن الإسلام بُني على الصلاة والصوم ، ولكن المصطلح الفرعي هنا المقابل للأحكام الأصولية وليس فيها أي تقليل من أهمية هذه الأحكام .

جننا إلى مسألة التزاحم التي أشار إليها الدكتور وهي مسألة مهمة .
التزاحم كما قلت لكم تزاخم الأحكام في مقام الامتثال لدى المكلف ، هذا
التزاحم تارة فردياً كالمثال الذي أشرت إليه . هناك وفاء بالدين فوري وهناك
أداء للصلاة في وقت موسع إذا تزاخما يُقدّم الأداء الفوري على الحكم
الآخر ، ثم بعد ذلك يأتي ويعود ويصلي لأنه موسع . أو مسألة التزاحم بين
حكم الغضب وحكم إنقاذ الغارق هذا عمل فردي .

عندما نصعد إلى مستوى العلم الاجتماعي نجد أن ولي الأمر هو الذي
يشخص الأهمية في التزاحم ، ولي الأمر يجد أن هناك مصلحة يعني هناك
حكم إلهي وهناك حكم إلهي آخر وقد تزاخما حينئذ يدخل بصفته ولي
الأمر وبعد المشورة ليقدم . لنفرض أن هناك تزاخماً بين ذهاب حيازة في
هذا العام وبين مصلحة إسلامية عليا مسألة الجهاد مع عدوه ويريد أن يغزو
هذه الأرض ويسلبها كاملة . هنا في هذه المرحلة يبقى وهو الفقيه العادل
الولي الكفء يبقى في تزاخمه بين حكمين ، هنا لا يقال إننا قللنا من أهمية
الحج وإنما المسألة مسألة أهم ومهم ولا يمكن القيام بأحدهما فماذا نفعل ؟
ضربت مثلاً وقلت مسألة الربا . الآن لو توقف مسألة تعطيل تعميم الحكم
اللابروي في دولة حديثة جديدة توقف على تأخيرها إلى سنة أو سنتين وإلا
لانهار النظام الاقتصادي بكامله وسقط النظام الإسلامي نفسه فماذا يفعل
الحاكم الشرعي في هذا المعنى ؟ بطبيعة الحال يُقدّم الأهم والمهم ، وهذه
قضية مقبولة لدى كل الفقهاء بل لدى كل العقلاء على الإطلاق .

هذه مسألة التزاحم مسألة مهمة جداً ، ولعلنا نستفيد من هذا مسألة
هدم مسجد ضرار ، المسجد لا يجوز هدمه لكن إذا كانت تترتب عليه آثار
سيئة كبرى ، قتل من تترس بهم الكفار من المسلمين ، لو فرضنا تترس بالفين
وتوقف الفتح على قتلهم ألا يُقتي الفقهاء بقتل هؤلاء والحصول على الفتح
وإلا لهُزمت البلاد وقُتلت الملايين ؟ يعني هناك نوع من التزاحم يبدو واقعياً
عندما نعرضه بدقة . ألسنا نعصب مثلاً كما قلت لإنقاذ مسلم ؟ إلى آخره .

هناك نقطة مهمة وهي مسألة انتخاب الفتوى الملائمة . ولي الأمر يريد

أن يُفتي في نازلة وقعت، فتواه شيء وفتوى غيره شيء آخر، هو يجد أن المصلحة الإسلامية العليا تقتضي أن يختار فتوى غيره مثلاً أو يُعمم فتواه، يعني ويُحوّل فتواه إلى حكم، ينقل فتواه الفقهية (نظره الفقهي) إلى حكم للأمة إلى قانون، وهو ولي الأمر له هذا الصلاح بأن ينتخب فتواه أو فتوى غيره لتعميمها في المجال الآخر.

هناك نقطة أرجو أن يلحظها أخي الدكتور وهي مسألة التلفيق. أنا نسبت التلفيق إلى المذاهب الأربعة وقلت خالفت مذهبي وهو القائل بلزوم تقليد الأعم. خالفت ذلك لأنّي لا أقول بلزوم تقليد الأعم وأيدت ما هو عليه العمل في المذاهب الأربعة، الإنسان الذي يتبع أي مذهب من المذاهب يمكنه أن يُقلّد هذا العالم في مسألة أو هذا المذهب في مسألة أخرى، يبدو ما أشار إليه الدكتور في الأحكام التركيبية كالصلاة. لو فرضنا أن عالماً مثلاً فرض شيئاً وشرطاً في الركوع وعالماً آخر فرض في الركعة الثالثة رأياً آخر فإذا صليت صلاة اتبعت في جزء منها عالماً وفي جزء آخر عالماً آخراً حينئذ أنا في الواقع صليت صلاة باتباع عالمين لكن هذه الصلاة مرفوضة من قِبَل العالمين لاختلافهما في هذا المعنى. هنا يوجد اختلاف في أنه هل عليّ أرضي كل المفتين في حكمي التركيبي أو المفتي الواحد في حكمي التركيبي أم لا؟. أما في الأحكام التي هي غير مركبة يمكنني أن أنتخب حكماً أو فتوى من هذا العالم، وحكماً أو فتوى من العالم الآخر.

أشير في نهاية حديثي إلى المذهب. هناك اتجاهات اليوم كبرى تحتاج إلى استنباط. اتجاه معرفة المذهب الاقتصادي الإسلامي أو المذهب الاجتماعي الإسلامي، هذه الاتجاهات تحتاج أن يقوم بها علماء وليس مفكرين، هناك مفكرون لا يملكون القدرة على الاستنباط يطرحون مسألة اكتشاف هذا المذهب الاقتصادي أو ذلك المذهب الحقوقي، هذه القضية تؤكد على أن يقوم بها مجتهدون والذي يهمنا في هذا المعنى أن نكتشف الخطوط الأساسية التي يمسي عليها، أو الخطوط التي تقف وراء الأحكام الفرعية في الجانب الاقتصادي أو في الجانب الحقوقي.

هذه قضية مهمة جداً وأعتقد أنها تستحق أن تبحث .

شكراً لكم ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ محمد المختار السلامي :

بسم الله الرحمن الرحيم ، اللهم صلّ وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم . ربنا هب لنا من لدنك رحمة وهيب لنا من أمرنا رشدا .

هذا الموضوع الذي بُحث في هذه الصبيحة كنت حفيأ به منتظراً لما يأتي به السادة الفقهاء ، ذلك أنه موضوع ينطلق من الماضي إلى المستقبل ويشمل بين جناحيه الفقه الإسلامي ، في جميع مراحلها ولا يقف عند الحد وإنما يستمر إلى ما بعد ، إذ أن العنوان : (سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة) ، فإذا بُحث النوازل والفتاوى والعمل الفقهي وعزل ذلك عن تمام العنوان فمعنى ذلك أننا ابتعدنا عن الموضوع ولم نحقق الغاية التي من أجلها وضع هذا البحث باعتبار أنه يواجه حلاً لصعوبة من الصعوبات تصوّر الواضعون لهذا أن بحثها سيساعد الفقهاء عندما يواجهون القضايا المعاصرة .

وهذه القضية أو كيف أن الفقه يتناول الواقع . أعتقد أن أول من اعتنى بذلك هو الذي خط لجميع فقهاء العالم الإسلامي . المنهج أعني به مالك بن أنس - رضي الله تعالى عنه - في كتابه (الموطأ) . فمالك في كتابه الموطأ وثق الحديث ولم يكن مقتصرأ على حديث رسول الله ﷺ بل أضاف إليه فتوى وأضاف فيه عملاً ، ولذلك تجده مثلاً في حديث خيار المجلس بعد أن وثق الحديث يقول : «وليس عندنا في هذا حدٌ معلوم ولا أمر معمول به عندنا» ، فهو لا يطعن في الحديث ويوثقه ويبيّن أنه لا يُعمل به في المدينة . فالرباط بين العمل وبين النصوص ظهر كبادرة عند مالك ، كما أن تقسيم أبواب الفقه

إلى تلك الأبواب هي مئة طَوْقها مالك أعناق علماء الإسلام إذ ساروا على دربه، وكذلك كتب الحديث التي جاءت حسب الأبواب إلى أن جاء الإمام أحمد بن حنبل - رضي الله تعالى عنه - فنهج نهجاً آخر في توثيق الحديث .

فإذن القضية الكبرى وهي أن كيف الفقه له طرق في تدوينه؟ أولاً: نجد طريقة الفقه المجرد الذي يُعطي الأركان والشروط والأحكام، وهذا ما جرى عليه الفقهاء إما في المختصرات وإما في المطوّلات، وعندنا فقه آخر، وهو أنه يأخذ هذا الفقه الذي وجد في المذهب، فيقارن بين مذهب ومذهب ويستدل له بما يرى أنه جدير لتأييد هذا المذهب على المذهب الآخر، ولبيان وجه الحق حسبما اجتهد فيه .

وهذا أمر آخر . ثم ظهر أمر جديد بعد ذلك وهو كتب الأصول التي بيّنت للفقهاء كيف كان الفقهاء من قبل يجتهدون وكيف كانوا يأخذون الأدلة . ثم ظهر أمر آخر وهي كتب المقاصد التي بيّنت كيف يرتبط نظر الفقيه مع النص ومع الواقع إلى أمر جديد وهو المقصد الشرعي العام الذي هو أمر يقيني . ثم إن الفقهاء العلماء حقاً كانت تُعرض عليهم القضايا فإذا هم يُعملون هذه الأصول الأربعة ويفتون بها في الوقائع التي تُعرض عليهم، فكان عرضهم - رضي الله عنهم - عرضاً تجد فيه المقصد الشرعي وتجد فيه الأصل أنه عام أو أنه خاص أو مُخصّص، وتجد فيه القول الفقهي لصاحب الرأي، وتجد فيه الإشارة إلى القول المخالف، والترجيح . فكانت كُتب الفتاوى أو كُتب النوازل كأنها جمعت كل التوجهات الفقهية ووثقتها معاً في قضايا جزئية . هذا منهج عندما تُعرض علينا القضايا كيف نستفيد من هذا المنهج ثم كيف نستفيد مما وصل إليه الفقهاء ودوّنه في كتب النوازل .

أنا كنت انتظر هذا ولكن مع تقديري للبحوث القيمة التي كانت جيدة جداً وبذل أصحابها مجهوداً كبيراً إلا أنها لم تخرج عن النظريات أو عن الفقه النظري إلى الفقه العملي التطبيقي الذي يبين لنا كيف نسير تطبيقاً في

المستقبل؟ وهذا ما أراده واضح هذا البحث على نظر السادة العلماء . فهذه أولاً كنظرة عامة عن الموضوع .

بجانب هذا أردت أن أبين زيادة على هذا ما تعرّضت إليه من قبل وهي قضية (المآلات والمقاصد) ، فعندما يُفتي المفتي يجد في كتب الفقه الحكم لكن الحكم هو حكم مجرد لم ينظر إلى مآلات الفعل أو الوضع الذي عليه الأمة الإسلامية لا يراعى فيه ذلك . فكتب النوازل تعطينا هذه الأنظار البعيدة ، فلو استخلص السادة النظارة منهجاً يساعد فقهاءنا في النظر في القضايا المستجدة لكان عملاً جيداً جداً ، وأرجو أن تكون المادة التي قُدمت تُستكمل حتى نصل إلى وضع هذا المنهج وضوابطه .

الأمر الآخر وهو أمر خطير جداً تعرّض له صديقي العلامة الشيخ محمد الناصر وقال : إنه كلام ، قطعاً ، يحرك أو يدغدغ عواطف العلماء ولماذا؟ وأن علينا أن نعتمد على الكتاب والسنة . إن رزقه الله هذا المستوى فهنيئاً له ، والحمد لله الذي برز بيننا عالم يستطيع في عصرنا هذا أن يرجع إلى الكتاب والسنة فقط ويعطينا حلولاً لمشاكلنا ، لكن الذي حققه الفقهاء في طيلة الأعصار على أن الفقهاء ليسوا من هذا النوع ، عندنا فقيه مجتهد مطلق وهو الرجل الذي استطاع أن يبين منهجاً في الاستنباط فنظر في الأدلة ليتخير منها ما يتخير ، ويعتمد ما يعتمد ، ويُقدّم ما يُقدّم ، ويؤخر ما يؤخر ، وهذا هو المجتهد المطلق ، ثم يأتي مجتهد المذهب وهو الذي ينظر كنظر إمامه لكن لا في المنهج ، وإنما في القرآن والسنة والقواعد التي أسسها مذهبه ، بعد هذين انتهى ، فكل الفقهاء الذين جاؤوا بعد ذلك إنما هم ينظرون في أقوال المتقدمين ليؤيدوا ما يؤيدوا أو يزيّدوا حكماً جديداً ، بينما القسم الأول هو قد يُخالف إمامه عندما ينظر أما ما بعدهم فهم لا يخالفون أمتهم . ثم بعد ذلك يأتي المخرّجون عن المذاهب كالإمام اللخمي وغيره في مذهب مالك ، ثم بعد ذلك يأتي الفقهاء الذين ينظرون في كتب المذاهب ، وهذا

فضل كالثروة، فعندنا من يستطيع أن يسكن قصرًا وعندنا من يستطيع أن يسكن خيمة، فكيف يُطلب منّي وأنا لا أستطيع أن أسكن خيمة أن أسكن القصر الذي يسكنه هو؟ لكل شخص ما رزقه الله من الذكاء ومن النباهة ومن العلم ومن الفطنة، والأحجر علينا إذا كُنّا لم نستطع أن نوصل إلى مستواه .

أمر آخر أريد أن أبينه هو قضية جاءت في أثناء الحديث أن أحد علماء المالكية أفتى الخليفة بأن عليه أن يصوم شهرين متتابعين . القضية معروفة هي قضية يحيى بن يحيى الليثي المصمودي وكان كبير رجال الفتوى في عهده وما كان يستطيع أحد أن يتكلم أمامه، لأنه هو إمامهم وشيخهم . جمعهم عبد الرحمن الناصر وقد وقع فيما وقع فيه يطلب الفتوى فقال يحيى ابن يحيى وقال له : ليس لك إلا أمر واحد وهو أن تصوم شهرين متتابعين، فلما خرج سُئل عن ذلك وقيل له : أنت إمام في مذهب مالك ومذهب مالك هو التخيير، فلماذا عدلت عن التخيير؟ قال : إنّي أخاطب فقيراً لا خيار له لأن الأموال التي بين يديه ليست مالاً له وإنما هي أموال سرقها من المسلمين فعليه أن يصوم، فأنا طبقت الواقع أو مذهب مالك على الواقع؟ .

أمر آخر وهو نقطة نظام أرجو من السيد الرئيس أن يتمسك بها وهي أنه إذا كان انتهى البحث في قضية من القضايا ثم ذهبت لجنة الصياغة لصياغة ما تريد أن تقوله هنا انتهى البحث، فإذا أراد شخص آخر أن يثير القضية من جديد فليس له ذلك، لأنه إذا أثارها فمعنى ذلك أجيبه أيضاً، ثم أطلب من لجنة الصياغة أن تجتمع مرة أخرى، وهذه سلسلة ليست من التنظيم ولا من نجاعة العمل .

ما أريد أن أقوله أخيراً هو أن كتب النوازل أخذت أسماء فأخذت اسم الفتاوى تارةً واسم المعيار تارةً، ونجد المعيار للونشريسي، ونجد المعيار للوزاني، وأخذت كتب البرامج فقبل برنامج، وعندنا من كتب البرنامج الممتازة والمهمة وليته يُطبع فيه من الآراء والشجاعة الشيء العجيب وهو

برنامج الشيخ عضوم من علماء القرن الحادي عشر في القيروان ، فهو رجل عجيب جداً في فتاواه وفي تنزيله وفي اعتبار الوقائع . هذه كلها أردت أن أقول إنه عندما ينظر في هذا الموضوع يجب أن يضاف إلى هذه النواحي النظرية البحث أيضاً في المكتبات الإسلامية وتكوين قائمة لهذه الكتب حتى يعرف أهل المشرق ، وأهل المغرب ذخائرهم .

شكراً لكم ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ وهبة الزحيلي :

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله ، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه .

هناك قضية عامة وقضية بحث هذا اليوم .

أما القضية العامة فمن المعلوم أن المجالس العلمية ينبغي أن تعتمد على أصول من الحرية في النقاش والمداولة في الرأي ، وألا تكون هناك مصادرات على الرأي وإلا لم يكن لمثل هذا المجلس أية قيمة لتخليه عن مبدأ الشورى الذي قامت عليه هذه الشريعة . وبناءً على ذلك فإني أعتبر أن المجمع مسؤول إذا قرر في توصياته شيئاً يمسّ دولة من الدول ، وحينئذٍ المسؤولية توجه إليه ، أما البحوث العلمية فينبغي أن تمتاز بحرية آراء أصحابها وألا يطوى منها شيئاً ، وكذلك المناقشات التي تدور في هذه الجلسة ينبغي ألا تُهمل بحالٍ من الأحوال وإلا كان ذلك نوعاً من الإرهاب الفكري وهذا ما لا يُقره الجميع .

شيء آخر وهو ما يتعلّق بموضوع البحث . الدكتور خليفة قال : « حينذا لو كانت هذه البحوث تتكلّم عن المذاهب المختلفة » ولعلّه لم يطّلع على كتب التكليف التي جاءتنا من الأمانة العامة . وألزمت كل باحث أن يبحث النوازل والواقعات والفتاوى ضمن إطار مذهب معيّن أو مذهبين ، فلذلك نحن نقيّدنا بهذا التوجيه .

أمر آخر وهو أن الموضوع الذي نتكلم في شأنه ومعالي الرئيس كان قد أكد على ضرورة الالتزام بفحوى هذا الموضوع، وسار على توجيهه الإخوة الذين تفضلوا بالنقاش وهم الدكتور عبد الستار، والدكتور خليفة، والشيخ عكرمة، وختامهم فضيلة الشيخ السلامي، وأنه ينبغي أن نلتزم في مضمون هذا العنوان وهو أن نتلمس ونتتبع ونُحصي ونستقري الوقائع والنوازل لدى فقهاءنا خصوصاً المتأخرين، ثم نبني عليها ما نحتاجه من التخريجات في القضايا المعاصرة.

وفي ضوء هذا الاتجاه حينئذٍ ينبغي أن نستفيد من أهمية هذا الموضوع، ولذلك ما طالب به فضيلة الشيخ السلامي حقيقته في بحثي، وأني ذكرت الضوابط التي يمكن استنباطها من الوقائع والنوازل الماضية، وهي تصلح أن تكون منطلقاً وأساساً للعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة، ولكني لا أوافق في أن مذهب الإمام مالك حينما اعتبر عمل أهل المدينة سبباً في الرد أو عدم أخذه بحديث خيار المجلس. فالإمام مالك في الثماني وأربعين مسألة في موطنه حينما يخالف الأحاديث إنما يعتبر عمل أهل المدينة حجة وبمثابة النص، وما يرويه جماعة عن جماعة يكون له حكم التواتر فيفضل ويقدم على ما يرويه صحابي أو راوٍ واحد، ومن خطأ كثير من الناس أنهم حينما قال بعضهم: ينبغي أن يُعزَّز الإمام مالك لتركه حديث رسول الله وخصوصاً في حديث خيار المجلس كان غير دقيق في هذا الحكم، لأن رأي الإمام مالك في إجماع أهل المدينة هو بمثابة الحديث المتواتر فيقدم على خبر الآحاد. وبناءً على ذلك فلا يصلح الاستناد إلى عمل أهل المدينة في قضية الوقائع والنوازل التي هي آراء فردية وفتاوى للمتأخرين فلا يصح أن نقيس هذه النوازل على ذلك العمل المشهور والمقرر عند المالكية.

فيما يتعلق بقول فضيلة الشيخ الشيباني: «أن فقهاء المدينة السبعة أفتوا بإباحة التسعير»، يا ليت لو رجع إلى أي كتاب من كتب تاريخ التشريع

أوتاريخ الفقه الإسلامي لوجد أن ما ذكرته هو المقرر في هذه الكتب وأنهم فعلاً أفتوا لتغيير مناهج الحكم لا لرد الحديث ، ولذلك هذا أمر دقيق ينبغي أن يُعلم في مثل قضية المؤلفات قلوبهم ، فالإمام عمر لم يُعطل النص كما يدعي هؤلاء الإباحيون وإنما هو فهم مدلول النص وأن التأليف حيث لا يوجد له مسوّغ حينئذٍ لا يعمل به ، وكذلك التسعير حيث لا يوجد له مسوّغ لا يُعمل به وإن وجد المسوّغ جاز العمل به وهذا ما أفتى به فقهاء المدينة السبعة .

ما تحدّث به فضيلة الشيخ القرضاوي ، البحث في هذه الأمور أنا أؤيده عليها وأؤكد ضرورة العمل بما قرره وأنني التزمت هذا في آخر ذكر الضوابط الشرعية أنه يجب على المفتي أولاً وقبل كل شيء أن يلتزم النصوص الشرعية ، ويلتزم ما عليه إجماع المسلمين ولا يصح أن يُفتي بشيء يتصادم مع هذه الأصول .

ما تحدّث عنه الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان وقال : إنه يُكبر ما ذكره الأستاذ محمد الحاج الناصر . أنا في اعتقادي أنه لم يقرأ هذه الملاحظات وإنما أشادها من حيث المبدأ ، ولو قرأ مضمون هذه الملاحظات فلا تخدم الفكر أو المضمون الذي تضمّنه بحث اليوم من كون الاعتماد على النوازل والوقائع ينبغي أن يكون أساساً للتحديث في تخريج المسائل المستجدة والقضايا المعاصرة .

وبناءً على ذلك فما ذكره الأخ الكريم أن أشكره على اهتمامه ببحثي وتبنيه لتقديم هذه الملاحظات ، ولكنني أعتقد أنه أقل على نفسه باب حجرته ولم ينظر في أصل الموضوع وأخذ يبحث ما يريد بحثه بحسب ما ينقله من عبارات وبحسب ما فُتح عليه من هدم وتشنيع على البحث ويبدأ ذلك من أن كلامي متناقض بين القول بحيوية الشريعة ومرورها وتطبيقاتها ، وأن الاجتهاد - وإن أغلق - لكن كانت هناك محاولات كثيرة ولم يخل عصر من العصور من الاجتهادات ، ولذلك لا يخلو عصر من قائم لله بحجة . أنا أتكلم عن جملة

هذه الأمور ولكن أؤاخذ هؤلاء الذين ساروا على منهاج إغلاق باب الاجتهاد وأدى ذلك فعلاً إلى ركود أحياناً في الفقه أو في الاجتهادات الحديثة . ثم هو يطلب من الكلام عن أحكام غزو الفضاء والأقمار الصناعية في باب المعاملات ، وأين كذا وأين كذا ، يا أخي هو يعني إذا كان المجتهدون لم يتحدثوا عن هذا بشكل جماعي هناك كلام كثير وفتاوى فردية عن مثل هذه الأمور . فإذا غايتك تتحقق إذا تبعت مثل هذه الآراء .

ثم أيضاً يقول معترضاً علي بأنني قلت الفتوى أخص من الاجتهاد . وهذا فعلاً ، لأن الاجتهاد أعم من الفتوى ، الاجتهاد يتكلم عن الأمور الواقعية والأمور الاحتمالية ، أما الفتوى فلا تتحدث إلا عما هو واقع . هو يعترض بقول الزركشي بأن الفتوى أعم من الاجتهاد . ملحظ الزركشي غير الملحظ الذي سرت عليه .

كذلك أيضاً يخلط بين قضية الالزام وقضية التنفيذ في قضية الفرق بين القضاء وبين الفتوى . فكل من المجتهد والمفتي ملزمان بالأحكام الشرعية وبالنصوص الشرعية ، ولكني أنا أتحدث عن التنفيذ وأن قوة الحكم المقضي به في الدول تؤيدها سلطة تنفيذية فتحمل المحكوم عليه على تنفيذ الحكم وهذا أمر غير متوافر بالنسبة للفتوى . فإذا هناك فرق بين الإلزام الأولي وبين التنفيذ لهذه الأحكام .

فأنا أطلب طي هذا البحث لأنه كله أخلاط في أخلاط .

وشكراً لكم ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ أحمد الخليلي :

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين . أما بعد ؛

فإني أشكر الرئاسة والأمانة العامة على إتاحة الفرصة لي للحديث ،

وأشكر جميع الإخوان الذين شاركوا مشاركات إيجابية في هذا اللقاء جزاهم الله خيراً. وأشير قبل كل شيء إشارة خفيفة إلى ما تعرّض له فضيلة الشيخ الدكتور حمداتي في تعقيبه وقد جلست معه وزال اللبس بسبب بعض العبارات التي ربما كانت قاصرة عن وضع النقاط على الحروف، والحمد لله زوال اللبس هو الذي يهّمنا ويشغلنا.

هذا وأسأل الله التوفيق والخير، والسلام عليكم ورحمة الله.

الأمين العام:

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

أحمد الله على ما تحقق في هذه الجلسة المباركة التي استمعنا فيها إلى آراء جيدة وإلى بحوث قيّمة تناولت قضية لم يقع بحثها من قبل أو لم يكثر بحثها، وهذه القضية هي قضية العمل في الفقه الإسلامي وقضية النوازل والفتاوى، والاستمرار على دراسة هذا الجانب قد يكون مفيداً لحضرات الباحثين فيما يستقبلون من قضايا، ولعمامة الناس بما يجدونه من إنارة فكرية للقيام بهذا العمل العلمي المجيد.

ولذلك فإنّي أريد أن أعرض على حضراتكم شيئاً أعتقد أنه من المفيد جداً: قبل حضورني إلى المملكة العربية السعودية للقيام بواجبي على رأس المؤسسة - مجمعكم الموقر - كنت أعدّ نفسي لتحقيق كتاب، وهذا الكتاب هو (التهيئات) للقاضي عياض، هو تصحيح وجمع وتثبيت لأهم مدوّنة في الفقه المالكي وهي المدوّنة لما فيها من تقديم وتأخير واضطراب في الإعداد الأخير وحتى في الطباعة، وهذا الكتاب لعلكم تعرفون عن طريق (حاشية الرّهوني) الإشارة إلى كثير من الآراء الفقهية وإلى العمل بهذه الآراء الذي يختلف من بلد إلى بلد، من الأندلس إلى فاس ومن فاس إلى القيروان، وهذا

يُثْرِي إن صحَّ التعبير مجال البحث ومجال النظر عندما نتبع القضايا للحصول على فتوى مناسبة، ولذلك فإني أعرض بهذه المناسبة عليكم من يريد أن يشارك في تحقيق هذا الكتاب، هو ذو خمسة أجزاء، وهو نافع بإذن الله، وفيه مادة علمية غزيرة والزهوني صحح لنا بعض النصوص منه لأنه يذكره أثناء شرحه.

والأمر الثاني هو أنني أريد أن أقترح عليكم ولستم مطالبين بالإجابة تَوَّأ: ما هي كُتُب التراث التي ينبغي أن نُعنى بها وخصوصاً في المادة الفقهية، فإن المذاهب المختلفة لها كثير من المدونات التي يجهلها أكثر الناس؟ وبجانب هذا الطلب الذي أتقدم به إلى حضراتكم أريد أن أُبثِّمكم بشرى هو أن شيخنا العلامة بكر أبو زيد قد أعدَّ دراسة على نحو دراسته السابقة تكون مدخلاً إلى فقه النوازل، فأنا أريد وأرجو من حضراتكم أن تُضمّن التوصيات التي ستصدر عن هذه الدورة تحقيق وإنجاز هذا العمل بطبعه في سلسلة منشورات المجمع، وكذلك في التهيؤ إلى كل المؤلفات التي ستكون موضع التحقيق والنشر. وشكراً لحضراتكم.

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم.

انتهى الوقت وانتهى ما لدي. إضافة إلى العارض الشيخ ابن بيه والمقرر الشيخ وهبة أن تكون اللجنة منهما ومن الشيخ يوسف القرضاوي والشيخ عبد الله البسام والشيخ نزيه حمّاد والشيخ عبد الستار أبو غدة.

وبهذا ترفع الجلسة، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.



اقرار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قرار رقم : ٩٥ (٧/١١)

بشأن

سبل الاستفادة من النوازل (الفتاوى)

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه وسلم .

أما بعد :

فإن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الحادي عشر بالمنامة في دولة البحرين ، من ٢٥ - ٣٠ رجب ١٤١٩ هـ (١٤ - ١٩ نوفمبر ١٩٩٨) .

بعد اطلاعه على الأبحاث المقدمة إلى المجمع بخصوص موضوع (سبل الاستفادة من النوازل) ، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله .

قرر ما يلي :

١ - الاستفادة من تراث الفتاوى الفقهية (النوازل) بمختلف أنواعها لإيجاد حلول للمستجدات المعاصرة سواء فيما يتعلق بمنهاج الفتوى في ضوء ضوابط الاجتهاد والاستنباط والتخريج والقواعد الفقهية ، أو فيما يتعلق بالفروع الفقهية التي سبق للفقهاء أن عالجوا نظائر لها في التطبيقات العملية في عصورهم .

٢ - تحقيق أهم كتب الفتاوى ، وإحياء الكتب الفقهية المساعدة مثل كتاب (التنبيهات على المدونة) للقاضي عياض ، وبرنامج الشيخ عضوم ، وفتاوى الإمام الغزالي ، وتقويم النظر لابن الدهان ، وكتب العمل في المذهب المالكي وعواصمه العلمية كفاس والقيروان وقرطبة ، ومعروضات أبي السعود وغيرها من الكتب التي تكون طريقاً لإبراز حيوية الفقه .

٣ - إعداد كتاب مفصل يبين أصول الإفتاء ومناهج المفتين ومصطلحات المذاهب الفقهية المختلفة ، وطرق الترجيح والتخريج المقررة في كل مذهب ، بما في ذلك جمع ما جرى به العمل في المذهب المالكي وغيره ونشر كتاب (المدخل إلى فقه النوازل) لرئيس المجمع .

٤ - إدراج بقية كتب الفتاوى في خطة معلمة القواعد الفقهية للوصول إلى القواعد التي بنيت عليها الفتاوى ولم تشمل عليها المدونات الفقهية .

ويوصي بما يلي :

١ - يجب الحذر من الفتاوى التي لا تستند إلى أصل شرعي ولا تعتمد على أدلة معتبرة شرعاً ، وإنما تستند على مصلحة موهومة ملغاة شرعاً نابعة من الأهواء والتأثر بالظروف والأحوال والأعراف المخالفة لمبادئ وأحكام الشريعة ومقاصدها .

٢ - دعوة القائمين بالإفتاء من علماء وهيئات ولجان إلى أخذ قرارات وتوصيات المجامع الفقهية بعين الاعتبار ، سعياً إلى ضبط الفتاوى وتنسيقها وتوحيدها في العالم الإسلامي .

٣ - الاقتصار في الاستفتاء على المتصفين بالعلم والورع ومراقبة الله عزّ وجلّ .

٤ - مراعاة المتصدرين للفتيا لضوابط الإفتاء التي بينها العلماء ، وبخاصة ما يلي :

أ - الالتزام بالأدلة الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع والقياس وغيرها من الأدلة الشرعية، والالتزام بقواعد الاستدلال والاستنباط .

ب - الاهتمام بترتيب الأولويات في جلب المصالح ودرء المفاسد .

ج - مراعاة فقه الواقع والأعراف ومتغيرات البيئات والظروف الزمانية التي لا تصادم أصلاً شرعياً .

د - مواكبة أحوال التطور الحضاري الذي يجمع بين المصلحة المعتمدة والالتزام بالأحكام الشرعية .

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .



محتوى الجزء الثاني من العرواح والحواري محمد

- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي : ٥
- البحوث : ٧
- بحث الشيخ محمد المختار السلامي ٩
- بحث الدكتور الصديق محمد الأمين الضيرير ١٠٣
- بحث آية الله محمد علي التسخيري ١٢٣
- بحث الدكتور منذر قحف ١٤٣
- بحث الدكتور محمد أنس الزرقاء ١٨٣
- العرض-التعقيب والمناقشة ٢١١
- القرار ٢٧٧
- سبل الاستفادة من النوازل (الفتاوى) والعمل الفقهي
- في التطبيقات المعاصرة ٢٨١
- البحوث : ٢٨٣
- بحث الشيخ عبد الوهاب الديلمي ٢٨٥
- بحث الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ٣٥٧
- بحث الشيخ خليل الميس ٤٠٧
- بحث الشيخ عبد الله بن بيه ٥٢٩
- بحث الشيخ ناصر سليمان السابعي ٥٧٩
- العرض-التعقيب والمناقشة ٦١٥
- القرار ٦٩١
- محتوى الجزء الثاني ٦٩٦

* * *

