

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
فَهْرِسُ الْمَحْتَوِيَّاتِ

- ١ - الحكم الشرعي في الإعانة الطبية
بجنوب أفريقيا.....
- ٢ - ضوابط إجارة الخدمات المقدمة
من المؤسسات المالية الإسلامية.....
- ٣ - التكيف الفقهي حول بيع الوحدة السكنية
إلى الطرف الثالث قبل اكتمالها وإنجازها.....
- ٤ - مسألة المعيار المناسب لتعيين العلاقة بين
الشركة القابضة والشركة التابعة لها من وجهة
الفقه الإسلامي.....
- ٥ - التكيف الشرعي حول التقصير الطبي.....
- ٦ - الإلزام بالوعد في مجال المعاملات
في الفقه الإسلامي.....
- ٧ - التكيف الشرعي لعقود بيع العقار في
جنوب إفريقيا.....
- ٨ - التفريق للضرر في الفقه الإسلامي.....

- ٩ - الفرق بين الحيلة المباحة والحيلة المحرمة.....
- ١٠ - العُمُرَى وتطبيقاتها المعاصرة في ضوء
الفقه الإسلامي.....
- ١١ - تطبيق قانون الأحوال الشخصية
في جنوب إفريقيا.....
- ١٢ - الطلاق الصادر من قبل المحاكم غير
الإسلامية.....
- ١٣ - عقود الصيانة وتكييفها الشرعي.....
- ١٤ - الحكم الشرعي حول إجارة المحل
لغرض محرم.....
- ١٥ - الحكم الشرعي لعقد امتياز الترخيص
(FRANCHISE).....
- ١٦ - التكييف الفقهي لعملية التكافل على أساس
الوقف.....

* * *
* *
*

مقدمة

خلقت التطورات الحديثة والتوسعات الديناميكية والتفاعلية العديد من المشاكل الحديثة والقضايا المعقدة، والتي تتطلب حلولاً وإجابات عملية، من وجهة النظر الإسلامية.

ليس هناك شك أن التراث القيم للفقه الإسلامي - جنباً إلى جنب مع تطبيقاته المنهجية المعروفة - لديه القدرة الفطرية على حل جميع المشاكل الجديدة، وتوفير بدائل قابلة للتطبيق العملي في ضوء مقاصد الشريعة (على سبيل المثال، تلك التي عبر عنها العلامة الشاطبي - رحمة الله عليه - في الموافقات).

وفي التطبيقات الحديثة المعقدة، الفقيه المختص البارع لديه مهمة دقيقة وصعبة لتحديد ما إذا كان الحكم الفقهي يعتمد في بعض الأحيان على (العرف) أو (العلة) السائدة في ظرف تاريخي معين، وبالتالي فإن الحكم قد لا يكون له تطبيق حاصر في ضوء الظروف المتغيرة (لأن العرف أو السبب الذي يستند إليه لم يعد موجوداً).

ومن ثم تنشأ الاستدلالات الفقهية الخالصة، ضمن سياق معين وهذا بالطبع ينطبق على القواعد التي لا تستند على نص قطعي الدلالة من القرآن الكريم والسنة النبوية

في بعض الحالات، فيتغير الحكم، مع تغيرات في الممارسة العرفية. خذ الأمثلة التالية لتغيير الأحكام نتيجة لتغيير العرف:

- ١ - قد تكون أحكام النصوص مبنية على (العلة) وتنتفي العلة عن طريق الممارسة العرفية (العرف). على سبيل المثال، الحديث الذي يحظر شرطاً في عقد البيع (نهى الرسول ﷺ عن بيع و شرط)، وفقاً لفقهاء المذهب الحنفي أن علة النهي هي تجنب النزاعات بين الأطراف المتعاقدة. وعلى هذا الأساس، يجيز فقهاء الأحناف عدداً من الشروط، بدعم من الممارسة العرفية، والتي في جوهرها تتفق مع معنى الحديث. ومن الأمثلة العصرية ضمان المنتجات لمدة محددة، فيما يتعلق بالمركبات والمعدات والآلات.
- ٢ - عقد الاستصناع: وهو في الحقيقة لون من البيوع المعروفة، وذلك لأن موضوعه هو تصنيع سلعة و صُفُّها محدد ومعين بين الطرفين، ومن ثم فإنه بيع لبضائع غير موجودة وقت العقد؛ لذلك يندرج في نطاق النهي العام للشريعة في هذا الصدد. وعلى الرغم من هذا فقد اعترف فقهاء الأحناف بـ (الاستصناع) كعقد مستقل على أساس التعامل.

وقد تناوَلت بعض المجامع الفقهية بالفعل عدداً من القضايا الهامة المعاصرة، على أساس ما يمكن وصفه

بالاجتهاد الجماعي. وفي مقدمة هؤلاء يأتي مجمع الفقه الإسلامي العالمي، ومقره في جدة، وهي هيئة تضم عدداً من أبرز علماء الشريعة المعاصرين.

يحتوي هذا الكتاب على العديد من الأبحاث العربية التي كتبها الكاتب - تعليقاً على بعض القضايا المعاصرة - منذ نوفمبر تشرين الثاني (٢٠٠٧ م) نشرت على نطاق واسع للنظر والمناقشة.

ويظل الكاتب طالب عالم في المستوى الأدنى يتطلع إلى تصحيح أخطائه، ويسأل الله أن يتقبل هذا المسعى المتواضع، وأن يجعله في سبيل رضاه فقط.

أخيراً، تقديري العميق لأستاذي المجل، الفقيه البارز الموقر، المفتي/ تقي عثمانى، على إلهامه وتوجيهاته القيمة المستمرة، على الرغم من ضيق وقته البالغ وكثرة ارتباطاته إلا أنه لا يزال يمنح الوقت للاطلاع والتعليق على بعض الأبحاث.

وأيضاً كل الامتنان والشكر للفقيه البارز المعاصر/ عبد الستار أبي غدة لاطلاعه وتعليقاته القيمة والإيجابية على بعض الأبحاث.

محمد شعيب عمر

المحامي المتخصص بالقضاء المدني والشرعي
درين - جنوب أفريقيا

الحكم الشرعي في الإعانة الطبية بجنوب أفريقيا

تمهيد:

يوجد في جنوب أفريقيا قانون يسمى: (Medical schemes act) والإعانة الطبية (Medical aid) التي ظهرت اليوم تعد من أهم احتياجات الناس في كل مجتمع.

والغرض من هذا البحث هو اختبار مبادئ هذا القانون من الناحية الشرعية مع تعيين الحكم الفقهي لها.
العناصر الأساسية لهذا القانون:

أولاً: طبقاً لهذا القانون تعتبر الهيئة الطبية (Medical scheme) شخصاً معنوياً (Legal person) فيحق لها التملك والتملك، وأن يكون لها ذمة مالية مستقلة، ومن واجباتها أن يدفع للمشاركين (Participants) المنفعة الطبية (Medical benefit) حسب الوثائق واللوائح (Rules of scheme).

ثانياً: جميع الاشتراكات (Contributions) تستخدم لدفع المصروفات الفعلية (Operating expenses) والمنافع الطبية فقط.

جائزة لما فيها من الغرر المفسد للعقد.

أما إذا كانت هذه العلاقة مبنية على أساس التبرع المحض فهي جائزة لعدم وجود عقد بين الطرفين، ولأن الغرر لا يؤثر في عقد التبرعات^(١) بعد اختيار القانون (Medical scheme act) يتبين لنا أن هذه العملية قائمة على أساس التبرع المحض لا على أساس تعاقدية، وذلك لسببين:

من جانب المشترك فإن المشتركين في هذه العملية لا يسعون إلى الربح وتعتبر اشتراكاتهم (Contributions) تبرعاً مطلقاً بغير شرط أو قيد، بحيث يزول حق الملكية فيها، بناءً عليه وينتقل إلى ملكية الهيئة الطبية التعاونية حسب القانون والشريعة.

ومن جهة الهيئة فإن عليها أن تتبرع بالتعويضات للمشارك عند وقوع الكارثة أو الحاجة حسب اللوائح والوثائق بدون شرط أو قيد.

(١) عند المالكية قاعدة عامة بالنسبة للغرر في عقود التبرعات وهي: أن جميع عقود التبرعات لا يؤثر الغرر في صحتها. راجع الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي للشيخ الصديق محمد الأمين الضيرير (ص ٥٢٥ - ٥٣٧).

راجع أيضاً: الفروق للقرافي، الفرق الرابع والعشرين بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالات والغرر وقاعدة ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات.

ما يزيد عن المصروفات الفعلية والتعويضات (Surplus) يستثمر لصالح المشتركين، ووفقاً للقانون، ويوزع كلياً أو جزئياً لدفع التعويضات عند وقوع الكارثة أو الحاجة (مستقبلاً).

ثالثاً: لا تستهدف الهيئة الطبية التعاونية الربح (Non-profit object) ولكنها تقوم على أساس التعاون فقط لا غير.

رابعاً: تسير العلاقة بين المشتركين وبين الهيئة الطبية التعاونية وفق اللوائح وحسب القوانين (Rules of scheme)، فمثلاً في حالة التوقف أو امتناع المشترك عن دفع الاشتراكات في أوقاتها المحددة والمتفق عليها يكون للهيئة الحق في إلغاء العضوية.

خامساً: في حالة ما إذا حدثت تصفية نهائية للهيئة مع وجود فائض مالي، فإن هذا المال يوزع على المشتركين جميعاً.

الحكم الشرعي للهيئة الطبية التعاونية:

أولاً: ما هي العلاقة بين المشتركين وبين الهيئة الطبية التعاونية؟ وهل هذه العلاقة قائمة على أساس المعاوضة أم على أساس التبرع والتعاون؟

وإذا كانت العلاقة مبنية على المعاوضة فهي غير

التزام التبرع:

المسألة المطروحة هي: كيف تُكسب هذه التبرعات صفة الإلزام؟

مبدأ إلزام التبرع من المبادئ الشرعية التي انفرد بها المالكية، وقد جمع العلامة الحطاب مسائل الإلزام في كتابه المعروف « تحرير الكلام في مسائل الإلزام ».

فقال الإمام الحطاب: « المعروف عن مذهب مالك وجميع أصحابه أن من أوجب على نفسه شيئاً حَكِيم به عليه ما لم يمت أو ينفلس »^(١).

وعلى رأي المالكية فإن دفع الاشتراكات من قبل المشتركين حسب اللوائح يكون التزاماً بالتبرع لأنه من طرف واحد.

وكذلك فإن دفع التعويضات عند الحادث حسب اللوائح من قبل الهيئة كـ (شخصية اعتبارية) يعد أيضاً التزاماً بالتبرع من طرف واحد ولا يرتبط كل التزام بالآخر.

الخلاصة:

خلاصة ما توصلت إليه في بحثي هذا أن الأقساط التي يدفعها المشترك تكون تبرعاً منه لهذه الهيئة الطيبة التعاونية

(١) تحرير الكلام في مسائل الإلزام للحطاب (ص ٢٥٣) وقد بين الإمام الحطاب - رحمه الله - أنواع الإلزام والفرق بين هذه الأنواع المختلفة.

والتي هي (الشخصية الاعتبارية التي يصح التعامل معها) تدفع لمن يحتاج إليها من المشتركين حسب اللوائح (Rules of scheme) وبهذه الطريقة تصبح العملية في رأيي تعاوناً حقيقياً على البر بين المشتركين، الغاية منها نفع المشتركين عند الحاجة ولا تستهدف تحقيق ربح في أي حال من الأحوال، وإنما تقوم العملية على أساس التبرع الملزم حسب ما ذكره المالكية دون المعاوضة.

هذا ما ظهر لي والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، فإن كان ما ذكر في هذه العجالة سديداً فهو توفيق من الله ﷻ وإن كان خطأ فمني^(١).

كتبه العبد الضعيف والفقير إلى الله

محمد شعيب عمر

المحامي بالقضاء المدني والشرعي، جنوب أفريقيا

سبتمبر ٢٠٠٧م

(١) أرجو من كبار الفقهاء ذوي الرأي تقديم رأيهم.

From: Justice Muhammad Taqi Usmani

To: MS Omar

Dear Brother Omar

Assalamu alaikum,

If the situation is as mentioned in your write up; the conclusion drawn by you seems to be correct. However, it should be presented to other local Ulema also.

For future correspondence please use our new mail address: Muhammad_taqi@ cyber. net. pk.

Wassalam

Muhammad Taqi Usmani

From: Ms Omar

To: Mufti Taqi Usmani

Most Distinguished Teacher

I enclose herewith a brief summary of the fiqhi characterization of medical aid in South Africa. Please peruse the same urgently and revert to the writer with your *prima facie* comments in Arabic. Your urgent attention is deeply appreciated on this important issue.

Kind Regards & Salaams

M.S. OMAR

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بعد الحمد لله تعالى والصلاة على النبي ﷺ، وقد قرأت هذه الصفحات الأربعة، فلا أجد فيها شيئاً يعارض الكتاب والسنة والفقہ الإسلامي، إلا أننا لا نحكم بجوازه مطلقاً إلا إذا قرأنا العقد، وتفحصنا البنود التي وضعت في العقد الرسمي، فالأحسن إرسال صورة العقد حتى نرى البنود القائمة فيه. والله تعالى أعلم.

العبد محمود أشرف

غفر الله له

(١٤٢٩/٣/٤ هـ) الموافق (٢٠٠٨/٦/٩ م)

ضوابط إجازة الخدمات المقدمة من المؤسسات المالية الإسلامية

تمهيد:

والإجازة ضربان: إجازة على عين وإجازة ثابتة في الذمة.

فإن أطلق ولم يذكر الذمة كانت إجازة على عين مملوكة للمؤجر كمن استأجر عقارًا بعينه، هي الواردة على منفعة معينة. إذا هلك المحل (العين المأجورة) خلال مدة الإجازة، انفسخت الإجازة لانعدام محلها، ولأن العقد على منفعة معينة. وهذا النوع من الإجازة خارج عن موضوعنا. فالإجازة الثابتة في الذمة هي الواردة على منفعة موصوفة مع التزامها في الذمة^(١)، كأن يستأجر خدمات موصوفة بصفات يتفق عليها.

فهذا البحث يتعلق بالإجازة الواردة في الذمة وضوابطها وصورها العملية التي تطبق أو يقترح تطبيقها في المؤسسات المالية الإسلامية. ولذا من المستحسن أن نتكلم أولاً عن آراء الفقهاء في موضوع الإجازة الواردة على الذمة.

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٥٦/١).

حكم إجازة الذمة عند الفقهاء:

- مذهب الحنفية:

القاعدة العامة عند فقهاء الحنفية هي أن الإجازة لا ترد إلا على المنافع، فهي محل العقد، أو المعقود عليه في عقد الإجازة، وهي معدومة عند إنشاء العقد؛ ولهذا يرى الحنفية إقامة الأعيان مقام منافعها في عقد الإجازة، واعتبر وجودها وجوداً لمنافعها حتى يتحقق الارتباط بين الإيجاب والقبول. جاء في فتح القدير (شرح الهداية):

« إن العقد لا بد له من محل لأن المحل شرط صحة العقد لأن العقود لا تصح بلا محل ولهذا قال الفقهاء: المحال شروط ومحل العقد ها هنا هو المنافع وهي معدومة ولا يصلح المعدوم محلاً للعقد، فجمعت الدار محلاً للعقد بإقامتها مقام المنافع التي ستوجد؛ لأن الدار محل المنافع تصحيحاً للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الإيجاب والقبول أحدهما بالآخر على وجه يكونان علة صالحة في إفادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد»^(١).

(١) فتح القدير (٦٢/٩) كتاب الإجازات، طبعة دار الكتب العلمية. وقال في الفتاوى الهندية « الإجازة إنما تنعقد بلنظير يعبر بها عن الماضي نحو أن يقول أحدهما: أجرْتُ هذه الدار. ويقول الآخر: قبلت. =

وبناء على ذلك، لا يتصور فقهاء الحنفية الإجازة واردة على الذمة، لأن حسب قواعدهم، يجب أن تكون الإجازة على عين معينة (لوجود تعيينه في عقد الإجازة) بالرغم من كل هذا، ولم أر في كتب الحنفية كلاماً صريحاً حول الإجازة الواردة على الذمة.

- مذهب المالكية:

فالمالكية يجوزون إجازة الذمة، ولكن يجب تعجيل الأجرة حتى لا يقابل دين بدين. ويقول ابن رشد الحفيد في بداية المجتهد: «ومن شرط إجازة الذمة أن يُعَجَّلَ التقدُّ عند مالك ليخرج من الذَّيْنِ بالذَّيْنِ»^(١).

قال في القوانين الفقهية: «أو أن تكون الإجازة ثابتة في ذمة الأجير، فيجب تقديم الأجرة لأنها بمنزلة رأس المال في السلم»^(٢).

- مذهب الشافعية:

للشافعية وجهان في تفسير إجازة الذمة (كاستئجار دابة موصوفة):

= أو: استأجرت». كتاب الإجازة (٥٥٨/٤) طبع بيروت.

(١) بداية المجتهد (١٧٢، ١٧١/٢).

(٢) القوانين الفقهية، محمد بن أحمد بن جزّي الكلبّي، الكتاب الرابع (ص ٢٠٥).

١ - إن عقدت بلفظ سلّم، فلا يجوز فيها تأجيل الأجرة، بل يجب التسليم في المجلس، كما يجب تسليم رأس المال في مجلس العقد؛ لأنها تعدّ حيثئذٍ سلماً في المنافع، بأن قال: أسلمت إليك هذا الدينار في دابة تحمّلني إلى موضع كذا. فلو أصر تسليم رأس المال عن المجلس لكان ذلك في معنى الكالعي بالكالعي.

٢ - فإن عقدا بلفظ الإجازة، بأن قال: استأجرت منك دابة صفتها كذا لتحمّلني إلى موضع كذا، يجوز تأجيل الأجرة^(١). لأنّ المعتقد عليه دين في الذمة، طوّب المؤجر بإقامة عين مقامها إن تلفت.

- مذهب الحنابلة:

ويرى الحنابلة أنّ الإجازة في الذمة جائزة. وقال العلامة المرداوي في الإنصاف:

الضرب الثّاني: عقد على منفعة في الذمة مضبوطة بصنائب كالسّلم، كخياطة ثوب، وبناء دار، وحمل إلى موضع معيّن. وتجب الأجرة بنفس العقد إلّا أن يتفقاً على تأخيرها، يجوز تأجيل الأجرة مطلقاً^(٢).

(١) روضة الطالبين، كتاب الإجازة (ص ١٧٦)، للإمام النووي، المكتب

الإسلامي، المهذب للشيرازي، كتاب الإجازة (ص ٤٠٨)، مغني المحتاج

إلى شرح المنهاج، كتاب الإجازة (ص ٣٢٣).

(٢) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، طبعة دار إحياء التراث =

وَصَرَّحَ الحنابلة (كالشافعية) بأنَّ الإجارة إذا وقعت على عين موصوفة في الذمة، فتلفت العين، لم تنسخ الإجارة ولزم المؤجر إبدالها؛ لأنَّ المعتود عليه في الذمة وليس على عين معينة^(١).

وإن كانت على عمل في الذمة كخياطة ثوبٍ ونحوه... استؤجر من ماله من يعمله فإن تعدَّرَ فله الفسخ^(٢).

خلاصة أقوال الفقهاء:

وعلى ضوء ما ذكرنا من نصوص الفقهاء من المذاهب الأربعة يتلخص أنَّ المختار ما ذهب إليه جمهور الشافعية والمالكية والحنابلة، وهو جواز الإجارة الواردة على الذمة فيجوز الأجرة (عند الحنابلة وفي رأي عند الشافعية) التأجيل والتعجيل، سواء تأخر العمل فيها عن وقت العقد أو لا. وهو الذي انتهى إليه المعايير الشرعية للمؤسسات المالية ونصُّه ما يلي:

« (٥ / ٣) يجوز أن تقع الإجارة على موصوف في الذمة وصفاً منضبطاً ولم يكن مملوكاً للمؤجر (الإجارة الموصوفة في الذمة) حيث يتفق على تسليم العين

الموصوفة في موعد سريان العقد، ويراعى في ذلك إمكان تملك المؤجر لها أو صنعها، ولا يشترط فيها تعجيل الأجرة ما لم تكن بلنظ السلم أو السلف. وإذا سلم المؤجر غير ما تمَّ وصفه فللمستأجر رفضه وطلب ما تحقق فيه المواصفات^(١).

التطبيقات المصرفية المعاصرة للإجارة الموصوفة في الذمة للخدمات غير المعينة - العلاقات التعاقدية:

- العقد الأوَّل لتمويل الخدمات غير المعينة:

هي العلاقة بين شركة مقدم الخدمة (SERVICE PROVIDER).

وبين المؤسسة بصفقتها متلقي الخدمة (SERVICE RECIPIENT) فهي عقد الإجارة الواردة على الذمة.

- العقد الثاني لتمويل الخدمات غير المعينة:

هي العلاقة بين المؤسسة بصفقتها مؤجر الخدمة (LESSOR OF SERVICES) وبين العميل بصفته مستأجر الخدمة (LESSEE OF SERVICES) فهي أيضاً علاقة على أساس عقد الإجارة الموصوفة في الذمة.

(١) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية: المعيار الشرعي رقم (٩)، الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك (ص ١٤٥).

=العربي، باب الإجارة (٦ / ٣٤ ، ٦٠).

(١) المغني لابن قدامة (٤٢٠٩)، (٥٧ / ٦).

(٢) كشاف القناع للبهوتي، دار الكتب العلمية (٤ / ٣٠).

ومن الواضح أن هذين العتدين (العقد الأول والعقد الثاني) يقعان في أوقاتهما مستقلين، ولا يشترط عقد في عقد، بل يكون كل عقد منفصلاً عن الآخر في جميع حقوقه والتزاماته^(١).

يجوز أن تبرم بين المؤسسة والعمل اتفاقية (قبل العقد) يتواعدان فيها بالدخول في العقد الثاني ثم انعقد العقد الثاني مطلقاً من غير شرط.

الاتفاقية بين العمل والمؤسسة (OVERRIDING ARRANGEMENT):

عملياً يطلب العمل من المؤسسة أن تحصل له على خدمات مما يرغب العمل في استئجارها. ومن صالح الطرفين (المؤسسة والعمل) أن تكون بينهما اتفاقية ملزمة للطرفين غير قابلة للنقض.

وهذه الاتفاقية ليست عقداً باتاً في حقيقة الأمر، وإنما هي مواعدة ملزمة للطرفين بإنشاء عقد في تاريخ لاحق^(٢)، وهي تحتاج إلى الإيجاب والقبول في ذلك التاريخ اللاحق.

(١) المعايير الشرعية: الجمع بين العقود (بند ٤)، (ص ٤١٩) إذا كان العقد الواحد مشروطاً بالعقد الآخر في صلب العقد فإنه لا يجوز عند جمهور الفقهاء. (٢) والفرق بين المواعدة وبين إنجاز العقد، فرق دقيق، وقد ذكر هذه الفروق الشيخ العلامة محمد تقي العثماني في بحثه « عقد التوريد والمناقصة » بحث عرض على مجلس مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الثانية عشرة.

ويجب أن تكون هذه الاتفاقية واضحة، وأن تكون الخدمات غير معينة موصوفة بصفاتها (وصفاً منضبطاً)، وأن تكون خالية من الغرر والجهالة.

يجوز للمؤسسة أن تأخذ مبلغاً تقدماً من العمل عند التوقيع على الاتفاقية، وذلك ضماناً لجديته في إجراء عملية الإجارة وما يترتب عليه من التزامات. وهذا المبلغ يكون أمانة عند المؤسسة. وإن خلطه بماله أو صرفه فإنه يكون مضموناً عليه.

إذا نقض العمل وعده الملزم بدون عذر مقبول وأصاب المؤسسة ضرراً فعلياً بسبب إخلاله الوعد، يجوز للمؤسسة أن تحسم ذلك من هذا المبلغ.

الالتزامات الجوهرية في العقد الأول (بين مقدم الخدمة وبين المؤسسة بصفتها متلقي الخدمة):

١ - يجب أن ينص في العقد على جميع أوصاف الخدمات غير المعينة التي يوفرها مقدم الخدمة إلى متلقي الخدمة (وصفاً منضبطاً).

٢ - يتعهد مقدم الخدمة بتقديم الخدمات حسب الاتفاق.

٣ - على متلقي الخدمة دفع الأجرة حسب الاتفاق.

٤ - يجب أن ينص في العقد مدة الخدمة.

٥ - يكون مقدم الخدمة ملزماً بتوفير الخدمات الموصوفة المتفق عليها وفقاً للشروط وأحكام العقد.

٦ - يتعهد مقدم الخدمة ببذل عنايته وفقاً للمعايير المعقولة (INDUSTRY STANDARDS) في مثل هذا النوع من الخدمات، طبقاً للمواصفات المتعاقد عليها. ولا يضمن مقدم الخدمة إلا بالتعدي أو التقصير أو مخالفة شرط من الشروط.

٧ - إذا أخل مقدم الخدمة في توفير الخدمات الموصوفة المذكورة والمبيّنة في العقد، أو أخل بالتزاماته الجوهرية (MATERIAL OBLIGATIONS) المترتبة في العقد، يحق للمؤسسة (متلقي الخدمة) أن تأخذ بأيّ واحد من الإجراءات التالية:

أ - استبدال الخدمة بأخرى حسب شروط العقد.

ب - فسخ العقد كلياً أو جزئياً.

ت - إجباره على تسليم الخدمات عن طريق القضاء.

ث - للمؤسسة (متلقي الخدمة) أن يسترد من مقدم الخدمة التعويض مقابل الضرر الفعلي بسبب إخلاله.

٨ - إذا أخلف متلقي الخدمة عن الوفاء بالدفعات المتفق عليها لمقدم الخدمة الحق في فسخ العقد أو إجباره على الدفع عن طريق القضاء.

٩ - يتحمّل مقدم الخدمة جميع المصروفات والتكاليف المتعلقة بتقديم الخدمات حسب شروط العقد.

الالتزامات الجوهرية في العقد الثاني (بين مؤجر الخدمة (المؤسسة) ومستأجر الخدمة (العميل):

١ - يجب أن ينصّ في العقد بأن يلتزم مؤجر الخدمة بأن يقدم لمستأجر الخدمة الخدمات التي تنضبط بالصفات (وصفاً منضبطاً) كما هي منصوص عليها في العقد.

٢ - يتحمل مؤجر الخدمة جميع المصروفات والتكاليف التي تتعلق بتقديم الخدمات وفقاً لشروط العقد.

٣ - يجب أن ينص في العقد على ثمن الخدمة وطريقة سداه.

٤ - يجب أن ينص في العقد على مدة تقديم الخدمة، وتاريخ أداء الخدمة، ومكان أدائها.

٥ - تثبت الخدمة ديناً في ذمة مؤجر الخدمة بمجرد توقيع العقد.

٦ - يجب أن ينص في العقد على جزاء مؤجر الخدمة في حالة الإخلال بالتزاماته، كفسخ العقد، أو استبدال خدمة بأخرى أو المطالبة بالتعويض عن الضرر الفعلي الذي

أصاب العميل (المستأجر) بسبب إخلاله (المؤجر).
٧ - إذا أخلَّ مستأجر الخدمة عن الوفاء بالدفعات المتفق عليها، يحق لمؤجر الخدمة فسخ العقد أو إجباره على الدفع بالطرق القانونية مع عدم الإخلال بشأن استحقاق التعويض نتيجة الضرر الفعلي الذي أصابه.

مثال حول مشروع الإدارة (PROJECT MANAGEMENT):

على ضوء ما ذكر أعلاه، أقدم مثلاً عن ذلك:

١ - عميل يريد أن يبني بناءً وهو بحاجة إلى استئجار خدمات متعلقة بإدارة المشروع (PROJECT MANAGEMENT) التي تتكون من الخدمات الهندسية والوعمارية.

٢ - اتفق العميل مسبقاً مع مكتب مدير المشروع (PROJECT MANAGER) على أنه بحاجة إلى تمويل إجازة هذه الخدمات عن طريق المؤسسة.

٣ - ويتم إجراء هذه العملية وتنفيذها بصيغة إجازة الذمة على الوجه التالي:

- تحصل المؤسسة من العميل على وعيد موقع عليه بإبرام عقد إجازة الخدمات في الذمة على أساس

الاتفاقية كما ذكرنا أعلاه.

- يتم تعاقد المؤسسة (بصفتها متلقي الخدمة) مع إدارة المشروع (بصفته مقدم الخدمة) على تقديم خدمات موصوفة في الذمة حسب الاتفاق مقابل أجره المتفق عليه.

- تقوم المؤسسة (مؤجر الخدمة) بعد ذلك بالتعاقد مع العميل (مستأجر الخدمة) بصيغة إجازة الذمة لتقديم الخدمات المطلوبة مقابل أجره تدفع له حسب الاتفاق.

- ويتحقق الربح للمؤسسة عن طريق الفرق بين الأجرة في العقدين.

- ويتم التنفيذ بإبرام كل عقد في حينها على حدة دون أن يرتبط مع عقد آخر.

التأجير من الباطن للخدمات المعينة:

وعند أكثرية الفقهاء يجوز للمستأجر إجازة العين بمثل الأجرة، سواء كانت أقل أو أكثر^(١)، حالة أو مؤجلة. وبناء على هذه القاعدة يجوز للمؤسسة إبرام عقد تأجير باطني (SUB-LEASE) للخدمات المعينة، مثلاً: كأن تبرم المؤسسة عقد الإجازة مع مقدم الخدمة

(١) المغني لابن قدامة، كتاب الإجازات (٤٢١٥)، (٦/٦٢)، المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٩)، (٣/٣).

(SERVICE PROVIDER) للخدمات المعنية، وبعد ذلك تتعدّد عقدًا آخر تابعًا لها مع عميلها على أساس التأجير الباطني (SUB LEASE).

الخدمات التي تقترن بها الصيانة:

هنالك عقود (في الذمة) مقرونة بخدمات الصيانة التي يمكن التمويل عن طريق المؤسسة بصيغة الإجازة الموصوفة في الذمة التي تندرج تحت التطبيقات المصرفية المعاصرة المذكورة أعلاه. فهذه العقود المستحدثة، يشترط أن يحدد فيها جنس الخدمات ونوعها، والمقابل، والزمن.

ويتحقق للمؤسسة الربح عن طريق اختلاف الأجرة بين العقدين.

والمؤسسة أيضًا يمكنها أن تموّل جميع أنواع الخدمات المشروعة بصيغة الإجازة في الذمة وإعادة تأجيرها للراغبين في الانتفاع بهذه الخدمات، كالخدمات التعليمية، والصحية، والاتصالية. واللّهُ تعالى أعلم.

خلاصة البحث

١ - الإجازة الموصوفة في الذمة للخدمات غير المعنية، عملية جائزة في نفسها، على أساس القول المختار عند المالكية والشافعية والحنابلة.

٢ - أمّا ما يتعلق بالأجرة ففيها رأيان: عند الحنابلة وطائفة من الشافعية: يجوز تأجيلها وتعجيلها حسب الاتفاق. أما عند المالكية فيجب تعجيل الأجرة حتى لا يقابل دين بدين.

٣ - إن التطبيقات المصرفية المعاصرة حول الإجازة الموصوفة في الذمة للخدمات المعنية، لها علاقتان من الناحية التعاقدية: الأولى: هي العلاقة بين مقدم الخدمة وبين المؤسسة بصفتها مؤجر الخدمة. والثانية: بين المؤسسة وبين العميل بصفته مستأجر الخدمة.

٤ - في بداية العملية يجوز إجراء الاتفاقية بين العميل والمؤسسة (قبل العقد) ويتواعدان فيها بالدخول في العقد الثاني ثمّ يتعدّد العقد مطلقًا بدون قيد وشرط.

٥ - يجب أن ينص في العقدين الأوّل والثاني على الالتزامات الجوهرية (التي تتعلّق بهما) والمفصلة في البحث.

٦ - يمكن إجراء عملية التأجير من الباطن للخدمات المعنية عن طريق المؤسسة، كما هو مشار في البحث.

٧ - الخدمات المقرونة بالصيانة يمكن تمويلها عن طريق المؤسسة بصيغة الإجازة الموصوفة في الذمة، كما أن المؤسسة أيضًا لها القدرة على تمويل جميع أنواع

من المؤسسات المالية الإسلامية ٣١

From: Justice Muhammad Taqi Usmani

To: MS Omar

Dear Br. Shoaib Omar,

Assalamu alaikum .

I went through the article. It has explained the view of three imams, but in my view it should also clarify that this concept applies only to those objects that may be changed easily. Islamic banks are applying this concept to construction of flats etc which are very much identified. This practice is stretching the concept too far.

Wassalam

Muhammad Taqi Usmani

KINDLY ACKNOWLEDGE RECEIPT

* * *
* *
*

٣٠ فوابط إجارة الخدمات المقدمة

الخدمات المشروعة بصيغة الإجارة في الذمة وإعادة تأجيرها للراغبين في الانتفاع بهذه الخدمات، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتبه العبد الضعيف والفقير إلى الله

محمد شعيب عمر

المحامي بالتضاء المدني والشرعي، جنوب أفريقيا

١٤ شوال ١٤٢٩ هـ

٢٠٠٨/١٠/١٤ م

التكييف الفقهي حول بيع الوحدة السكنية
إلى الطرف الثالث قبل اكتمالها وإنجازها
SALE OF RESIDENTIAL UNIT PURCHASED
ON FLOOR PLAN TO THIRD PARTY PRIOR
TO COMPLETION THEREOF

العملية:

ظهر في هذا العصر نوع من التعامل يشتمل على
العناصر الأساسية التالية:

١ - عقد المقاوله (العقد) وهو عقد ينص على أن
بييع البائع (الشركة العقارية) للمشتري الوحدة السكنية
المحدودة (Defined Residential Unit) التي ستقوم
ببنائها وإنجازها لتاريخ مستقبل معين (Fixed Future
Date) على وفق شروط العقد (مثلاً: بعد سنتين من
وقت توقيع العقد).

٢ - ويلتزم المشتري بدفع الثمن في أقساطٍ
متفق عليها أثناء العمل وفقاً لشروط العقد.
PURCHASER UNDERTAKES TO PAY PRICE)
(IN INSTALMENTS) .

٣ - يُنصُّ العقد بأنَّ ضمان (Risk) المبيع سيتقل

إلى المشتري عند اكتمال المبيع (Unit) وتسليم المبيع
فعلاً إلى المشتري بعد تسديد جميع الثمن.

(RISK PASSES TO PURCHASER UPON
COMPLETION OF UNIT AND DELIVERY OF
POSSESSION TO PURCHASER).

٤ - يبيع المشتري (المشتري الأول) المبيع (THE
UNIT) في خلال العمل (IN THE COURSE OF
CONSTRUCTION) إلى الطرف الآخر (PARTY
(المشتري الثاني) على الثمن المتفق عليه
(زيادة عن الثمن المسمّى المتفق عليه في العقد
المذكور أعلاه).

٥ - يمنح المشتري الأول للمشتري الثاني السلطة
الكاملة على أساس الوكالة الخاصة ليقوم مقامه وينوب
عنه في شراء أيّ وحدات سكنية من أي شركات عقارية
وتحويل ملكيتها إلى اسمه (نيابة عن المشتري الأول).

٦ - يلتزم المشتري الثاني بدفع جميع الثمن في
أقساط متفق عليها حسب شروط العقد (نيابة عن
المشتري الأول).

٧ - ينصُّ عقد المقاوله أيضاً على أن المشتري الأول
لا يجوز له أن يحوّل جميع حقوقه إلى الطرف الثالث

(THIRD PARTY) قبل إتمام المشروع وإنجازه.
(ASSIGNMENT PROHIBITED PRIOR COMPLETION DATE).

عرض المسألة:

١ - هل يستحق المشتري الأول الربح أو الكسب وهو الفرق بين الثمن الأوّل والثمن الثاني (يعني: الفرق بين السّعريين).

٢ - السمسار (BROKER) الذي يتوسط بين المشتري الأول والمشتري الثاني (الطرف الثالث)، هل يستحق له العمولة (COMMISSION) أم لا؟

التكييف الفقهي لهذه العملية:

١ - عقد المقاولة المذكور أعلاه هو في الحقيقة عقد الاستصناع، فينطبق عليه شروط الاستصناع وضوابطه. وإنما محل العقد هو الشيء المصنوع (الوحدة السكنية) وهذا ظاهر لا غبار عليه.

٢ - أمّا استحقاق الكسب أو الربح للمشتري الأول، وهو الفرق بين السعريين، إنها عملية محرّمة شرعاً لا يجوز الربح أو الكسب (حسب العقد الثاني) لأسباب آتية:

(٢ / ١) المعروف في عقد الاستصناع أنّ الضمان

والملكية ينتقلان إلى المشتري (المستصنع) بعد التسليم أو القبض (فور اكتمال المشروع)، وبسبب ذلك لا يجوز للمشتري الأول أن يبيع المبيع (الوحدة السكنية) قبل اكتمال المشروع وإنجاز البناء، عملاً بالقاعدة الفقهية « الخراج بالضمان » و « الغرم بالغنم ».

(٢ / ٢) هذه العملية من باب بيع لما لا يملكه الإنسان كما ورد في الحديث « لا تبع ما ليس عندك » (أخرجه النسائي والترمذي وأبو داود).

(٢ / ٣) قبل اكتمال المشروع والبناء، وقبل قبض المشتري (المستصنع)، الصانع (البائع في عقد المقاولة) (DEVELOPER) هو يملك محل العقد (SUBJECT MATTER OF CONTRACT) وعلى أساس هذا الوجه، لا يجوز للمشتري الأول أن يبيع الشيء المصنوع قبل اكتماله وإنجاز البناء حسب شروط العقد والمواصفات المشروطة.

(٢ / ٤) أما استحقاق العمولة (COMMISSION) للسمسار (BROKER) لا يجوز لأنّه مبنيٌّ على عقد باطل كما هو ظاهر، والمبنيٌّ على الباطل باطل.

هذا ما ظهر لي، واللّه سبحانه وتعالى أعلم بالصواب^(١).

كتبه العبد الضعيف والفقير إلى الله

محمد شعيب عمر

المحامي بالقضاء المدني والشرعي، جنوب أفريقيا

٢٠٠٨/٦/٢٠ م

الجواب حامداً ومصلياً

١ - إذا كان هذا العقد « عقد الاستصناع » فلا يجوز للمشتري الأول أن يبيعه من أحد قبل قبضه إياه؛ لأن المشتري لا يملك المبيع قبل قبضه، فيكون هذا من باب بيع لما لا يملكه الإنسان كما ذكرتم. ينعقد إجارة ابتداءً، ويصير بيعاً انتهاءً متى سلم قبل التسليم بساعة^(١)

٢ - لا يجوز السمسرة على هذه العملية لأنها ممنوع شرعاً، فلا يستحق السمسار العمولة على هذا العمل. واللّه تعالى أعلم.



(١) أرجو من كبار الفقهاء ذوي الرأي تقديم رأيهم. فمن وجد خيراً فليحمد الله ومن وجد غير ذلك فليبادر مشكوراً بإعلامي عنه فإن الرجوع إلى الحق خير من التهادي في الباطل.

مسألة المعيار المناسب لتعيين العلاقة بين
الشركة القابضة (HOLDING COMPANY)
والشركة التابعة لها (SUBSIDIARY)
من منظور الفقه الإسلامي

١ - المقدمة:

وقد اعترف الفقهاء المعاصرون بالشخصية المعنوية
(LEGAL PERSON) أن لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم
الشركاء المكونين لها، ولذا طبقوا عليها أحكام الشخص
الحقيقي، فتكتسب الحقوق وتلتزم بالواجبات، وقد
أقر الفقه الإسلامي فكرة الشخصية المعنوية، ويتجلى
مظهر ذلك في نظام الوقف و « الوقف يستحق ويستحق
عليه » وإن الوقف يعتبر شخصية مستقلة عن أشخاصها
الواقفين والناظرين لها ذمة مالية تترتب عليها الحقوق
والواجبات، ويكون الوقف - في جميع تعاملاته
التعاقدية - هو المالك والدائن والمدين.

٢ - عرض المسألة:

المسألة الهامة التي نريد أن نبحث، هي كما يلي:

هل العلاقة بين الشركة القابضة (HOLDING
COMPANY) والشركة التابعة لها (SUBSIDIARY)،

From: Justice Muhammad Taqi Usmani

To: MS Omar

Dear Br, Shoaib Omar

Assalamu alaikum,

I agree that it is not permissible to sell the
apartment before its completion and delivery.

Wassalam

Muhammad Taqi Usmani

From: MS Omar

To: Justice Muhammad Taqi Usmani

Mufti Taqi Usmani

Most Distinguished Teacher

1 - Enclosed herewith Arabic article of the writer
on the sale of a residential unit to a third
party, prior to completion (acquired from a
developer on floor plan) thereof. Is the resultant
profit permissible?

2 - Your urgent comments and corrections are
greatly appreciated.

Kind Regards and salaams

M. S. OMAR

٤٠ ===== مسألة المعيار المناسب لتعيين العلاقة

تعتبر علاقة أجنبية من الناحية التعاقدية فيما بينهما؟

١ - ما هو المعيار المناسب لتعيين العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة لها؟

٢ - رأينا في المسألة: معيار السيطرة على أغلبية الأسهم:

بعد تأمل وتدبر يبدو لي أن المعيار المناسب بوجه العموم لتعيين العلاقة بينهما هي السيطرة على الأصوات (VOTING CONTROL) التي تقوم بأغلبية تملك الأسهم (MAJORITY HOLDING) وتعبير آخر، أن الشركة القابضة تشارك في الشركة التابعة لها بنسبة أكثر من (٥٠٪) من أسهمها، وحينئذ تعتبر الشركة القابضة هي المالكة للشركة التابعة لها.

هذا المعيار وصفٌ ظاهر منضبط لأنه يسهل تحقيقه، ويمكن لكل واحد الاطلاع عليه، فمن المسلم لدى الجميع أن من يملك أغلبية الأسهم فهو القادر على السيطرة على الشركة حتمًا.

أمّا المعيار الآخر وهو السيطرة على مجلس الإدارة فقط (CONTROL OF DIRECTORS) دون الرجوع إلى أغلبية الأسهم، فهذا المعيار غير منضبط، ولأنه يحتاج إلى توضيح وتأويل الشروط المتفق عليها بين

بين الشركة القابضة والشركة التابعة لها ===== ٤١

الشركة القابضة والشركة التابعة لها.

٤ - الحكم الشرعي على بعض المعاملات بين الشركة القابضة والشركة التابعة لها:

إذا سلمنا أن المعيار المناسب بوجه العموم هو السيطرة على الأصوات بسبب تملك أغلبية الأسهم في الشركة القابضة، نستطيع أن نقول ما يلي:

أولاً: أن القروض (INTERCOMPANY LOANS) على أساس الفائدة الربوية المحددة بين الشركة القابضة والشركة التابعة لها لا يُعدُّ ربًا، إذا كانت الشركة القابضة تملك جميع الأسهم (١٠٠٪) في رأس مال الشركة التابعة لها (WHOLLY OWNED SUBSIDIARY) لأن هذه المعاملة صورية لاتحاد الذمة المالية للشركتين، وهي من باب تعامل الشخص مع نفسه.

ثانيًا: تحقق العينة المحرمة إذا اشترى طرف ثالث (THIRD PARTY) سلعة بمائة دولار مثلاً (\$ ١٠٠) مؤجلة من الشركة القابضة (أو التابعة) ثم باعها بخمسين دولارًا (\$ ٥٠) إلى الشركة التابعة (أو القابضة) (WHOLLY OWNED SUBSIDIARY)، وذلك لعله اتحاد الملكية، أو بتعبير آخر لاتحاد الذمة المالية للشركتين. ثالثًا: أمّا إذا كانت الشركة القابضة تملك أغلبية

الأسهم مثلاً (٥١٪) في الشركة التابعة لها، هل يجوز الإقراض بفائدة بين شركتين شقيقتين، رغم أن الشركة القابضة لها السيطرة حتمًا على الشركة التابعة لها؟
أرى أن الإقراض على أساس الفائدة الربوية في هذه الصورة لا يجوز لعلّة اختلاف الدّمة المالية بين المقرض والمقترض، وأيضًا لا تتحقق العينية بين الشركتين اللتين تقومان على هذه المواصفات، وذلك لأنّ السلعة لم تعدم لبائِعِهَا^(١).

كتبه العبد الضعيف والفقير إلى الله

محمد شعيب عمر

المحامي بالقضاء المدني والشرعي، جنوب أفريقيا

٢٠٠٨/٦/٢م

الجواب حامدًا ومصليًا

إن الأحوط عندنا في باب البيوع والمعاملات أن الشركة القابضة إذا ملكت (٣٣٪) من الشركة التابعة فحينئذ تعتبر الشركة القابضة مالكة للشركة التابعة لما جاء في الحديث: « الثلث كثير » (صحيح البخاري، كتاب المرضى - قول المريض إني وجع - حديث: (٥٢٣٦)، وكتاب الدعوات، باب الدعاء برفع الرباء حديث: (٥٨٩٦)).

- إذا كانت الشركة القابضة ملكت جميع الأسهم في رأس مال الشركة التابعة فلا شك أن القروض الجارية فيما بينهما على أساس الفائدة الربوية، لا تعد من المعاملات الربوية لكونه من باب تعامل الشخص مع نفسه، ولكن مع ذلك فالاجتناب مثل هذه المعاملات التي تبدو في الظاهر ربوية لازم لقوله ﷺ: « دعوا الربا والربية ».

- تحقّق العينة إذا اشترى طرف ثالث سلعة بمائة دولار مثلاً من الشركة القابضة ثم باعها إلى الشركة التابعة إذا كانت الشركة القابضة ملكت (٣٣٪) أو أكثر من أسهم الشركة التابعة - لا يجوز بالدليل الذي ذكرتم في السؤال. والله تعالى أعلم.

الإسلام سؤال وجواب



الإسلام سؤال وجواب



(١) أرجو من كبار الفقهاء ذوي الرأي تقديم رأيهم. فمن وجد خيرًا فليحمد الله، ومن وجد غير ذلك فليبادر مشكورًا بإعلامي عنه، فإنّ الرجوع إلى الحقّ خيرٌ من التهادي في الباطل.

التكييف الشرعي حول التقصير الطبي (MEDICAL NEGLIGENCE)

تطور علم الطب في العالم:

لقد تطورت مجالات علم الطب تطورًا لا نظير له، حيث لم تكن موجودة في عهد الفقهاء القدامى، فعادة ما لا يوجد في مؤلفاتهم وكتبهم جواب خاص عن الفروع والمجالات الطبية الموجودة في عصرنا الحاضر، ولا سيما في هذا المجال التي ستتكم عنه في هذا البحث.

ولا شك أن المجالات الطبية من أهم المجالات التي توسعت عبر العصور توسعًا باهرًا، وما زالت تتوسع عن طريق البحث والاختبار، بحيث أصبحت مجالًا للتخصص والاختصاص في أنواعها المختلفة؛ ولذا ظهرت قوانين يجب أن تراعى في هذا الميدان الهام خاصة لمن أراد أن يمارس علم الطب.

عرض المسألة:

ويترتب قانونًا على متخصص هذا المجال مراعاة مستوى فنه ومكانته (STANDARD OF PROFESSION) إذا أخطأ الطبيب المتخصص في

عمليته بأن أهمل أصول فنه الذي ينتمي إليه، فأثر ذلك على المريض، فمثلًا: أصيب المريض بضرر في دماغه وتعطل عن العمل نتيجة عملية جراحية، فهل يجوز للمريض أن ينال العوض (COMPENSATION) مقابل ضرره شرعًا أم لا؟

إذا كان المريض يستحق التعويض، هل التعويض يحدد على جميع المكلفات الفعلية المباشرة (DIRECT DAMAGES) أم يمتد إلى التعويضات الغير المباشرة (INDIRECT DAMAGES) نتيجة هذا الضرر؟

العلاقة بين المريض والطبيب:

أما العلاقة بين المريض والطبيب المتخصص فهي علاقة عقدية على أساس الإجارة، فينطبق عليهم أحكامها.

وهذه الإجارة تتكون من الشروط الأساسية التالية:

الأول: على المريض أن يدفع الأجر المسمى مقابل علاجه والخدمات الطبية المعينة.

الثاني: الطبيب المتخصص يتعهد (على المريض) ببذل العناية الفنية التي تقتضيها أصول المهنة، وإذا أهمل الطبيب ونقض هذا العقد (BREACH OF CONTRACT) أصبح متعديًا.

تطبيق قاعدة الضرر نتيجة نقض العقد:

والذي يظهر لي في ضوء مقاصد الشريعة ومبادئها العامة، إنما هو تحقيق العدالة والمساواة بين طرفي العقد، دون الإضرار والضرار، عملاً بالحديث الشريف: « لا ضَرر ولا ضِرار ».

وإن هذا الحديث الشريف الذي يعتبر من جوامع الكلم وأصل عظيم يدل ما يلي:

الأول: الأصل في الشريعة الإسلامية أنه لا يجوز لأحد أن يفعل فعلاً يضر بآخر.

الثاني: إن الذي يحدث ضرراً بنفس الآخر أو بماله، فإنه يضمن له ذلك الضرر^(١).

وفي ضوء هذه المبادئ الهامة، فللمريض الحق باسترداد التعويض المباشر نتيجة الضرر، لأن الضرر إنما نشأ بتعدي الطبيب المتخصص، والمتعدي ضامن في كل حال من الأحوال.

(١) انظر: بحث حول الضرر وضمائنه في الشريعة الإسلامية للشيخ العلامة محمد تقي العثماني: بحوث في قضايا فقهية معاصرة (ص ٢٨٩ - ٢٩١). وقد عبر عنها الإمام الكاساني بقوله: « الضرر واجب الدفع ما أمكن » [انظر: جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية، علي أحمد الندوي (١٣٩ / ١ - ١٧١)].

أما الضرر غير المباشر هل يضمن أم لا؟

إن منظار هذا السؤال فيه تعقد وصعوبة يحتاج إلى مزيد من البحث والتدقيق على مستوى لجنة خاصة (مجمع الفقه الإسلامي الدولي) الذي ينبغي أن يضع ضوابط وقيوداً إذا أجازت.

ومما يؤيد هذا البحث ما قاله فضيلة الشيخ العلامة محمد تقي العثماني في موضوع السؤال والجواب:

« A specialist gynaecologist was grossly negligent (alternatively, negligent) at the time of the birth of the child, with the result that the child suffered from what is described as « H I cerebral injury at birth ».

This means that the child is brain - damaged, resulting in serious mental and physical abnormality. The monthly costs of medical treatment including therapy, and other costs, is substantial.

The question arises whether it is permissible in Islamic Law for the father to claim, on behalf of his child the actual financial loss incurred, and to be incurred for a reasonable period in the treatment of the child from the specialist medical practitioner concerned. The claim is founded both in breach of contract and in tort.

From: Justice Muhammad Taqi Usmani

To: MS Omar »

Dear Br. Shoaib Omar

Assalamu Alaikum ,

I have perused your article which is substantially correct. However, Maulana Muhammad Rafi Usmani has a detailed fatwa on the subject under the title « Tabib Ki Ghalati ». You must study it. I am leaving for London. You may ask the people of Darul Ifta to send you a copy of that fatwa.

Wassalam

Muhammad Taqi Usmani

From: MS Omar

To: Muhammad Taqi

Most Distinguished Teacher

Enclosed herewith is an article on Medical Negligence written by myself. Please peruse and give me your considered *prima facie* views.

Salaams & Kind Regards

M.S. OMAR

In South Africa , medical practitioners contribute to a Fund , which pays the claim, if negligence on the part of the medical practitioner concerned were to be proved.

Please let me have your opinion as a matter of extreme urgency on this issue , as the party involved is contemplating legal proceedings, provided there is no objection in Shariah to do so.

Answer:

You have asked about the loss caused by the gross negligence of a gynaecologist. The answer is that if gross negligence is proved against her, she may be held liable for the costs of the treatment of the child and the father of the child can sue her for claiming the damages.

Wassalam

Muhammad Taqi Usmani

كتبه العبد الضعيف والفقير إلى الله

محمد شعيب عمر

المحامي بالتضاء المدني والشرعي، جنوب أفريقيا

م ٢٠٠٨ /٣ /٢٠

الإلزام بالوعد في مجال المعاملات في الفقه الإسلامي

المقدمة:

قد اتسعت وتعمدت أنظمة الاقتصاد والحضارة والتجارة والإدارة المدنية بصورة بالغة، وكانت الأحوال متنوعة والقضايا متشعبة والمسائل مستحدثة.

وكثير من أنواع التجارة المعاصرة لا يمكن أن يقع البيع على سلع موجودة متعينة عند إبرام اتفاقية البيع، فالمشتري مثلاً يريد أن يشتري ألف طن من القطن والبائع لا يوجد عنده القطن بهذا المقدار، فاتفق مع المشتري بأنه سوف يوفره لتاريخ معين (بعد شهر مثلاً)، وأنفق البائع مبالغ كبيرة للحصول على هذه الكمية من القطن، وبذل جهده ووقته للوفاء بوعدته، فلما عرضه وقدمه للمشتري رفض المشتري إبرام عقد البيع والشراء، فلو لم يكن وعد المشتري ملزماً تضرر به البائع ضرراً كبيراً مما يسبب خسائر لا تحتمل، ولا سيما إن كان الطرف الثالث - الذي سيشتري من البائع ذلك النوع من القطن بهذا المقدار الباهظ - غير متوفر.

وبناء على ذلك فإن كثيراً من كبار الفقهاء المعاصرين يعتبرون الوعد والمواعدة أمراً ملزماً. وقد صدر عن

مجمع الفقه الإسلامي الدولي قراران^(١):

أحدهما يؤكد مشروعية الوعد الملزم من طرف واحد. والآخر يؤكد المنع من المواعدة الملزمة من الطرفين بخصوص عملية المراجعة^(٢).

المتصود بهذا العرض الموجز أن نذكر آراء الفقهاء حول هذا الموضوع الهام لارتباطه بكثير من المعاملات المعاصرة.

آراء الفقهاء في وجوب الوعد:

اختلف الفقهاء في وجوب القضاء بالوعد على خمسة أقوال^(٣):

الأول: يجب الوفاء به ديانة لا قضاء، وهو رأي الإمام تقي الدين السبكي الشافعي^(٤).

والثاني: يُقضى به مطلقاً، وهو مذهب القاضي

(١) قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرار رقم (٤٠، ٤١).

(٢) لأن المواعدة الملزمة في بيع المراجعة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى لا يكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده (نفس القرار).

(٣) انظر إلى بحث الدكتور نزيه كمال حماد، وهو من أدق البحوث من أبحاث الدورة الخامسة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي (مجلة المجمع، العدد الخامس) (٢/ ٨٢٥ - ٨٣٧).

(٤) المرجع السابق (٢/ ٨٢٦) للدكتور نزيه حماد.

الهمذاني وقول عند المالكية ورأي ابن شبرمة^(١).

وقال ابن شبرمة: الوعد كله لازم ويُقضى به على الواعد ويُجبر.

والثالث: أن الوفاء به مستحب لا واجب، وهو مذهب جماهير العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية.

الرابع: إن كان الوعد مرتبط بسبب ودخل الموعد في السبب، فإنه يجب الوفاء به كما يجب الوفاء بالعقد، كما إذا وعده بأن يقرضه ثمن سيارة يريد شراءها فاشتراها حقيقة يلزم الواعد قضاء بالوفاء بما وعد به، وهذا هو القول المشهور من الأقوال، والراجح في مذهب مالك، وعزاء العلامة القرافي إلى مالك وابن قاسم وسحنون^(٢).

الخامس: إن كان الوعد مرتبط بسبب يجب الوفاء به قضاء سواء دخل الموعد في السبب أو لم يدخل فيه، وإلا فلا.

وهو قول في مذهب المالكية، فإن الواعد يكون ملزماً بالوفاء ويُقضى عليه بالتنفيذ جبراً إن امتنع.

(١) المرجع السابق (٨٢٦/٢) للدكتور نزيه حامد.

(٢) الفروق: الفرق الرابع عشر والمائتان (٥٦/٤)، تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب (ص ١٦٦)، وقال العلامة ابن الشاط في حاشيته على الفروق المسببة إدرار الشروق على أنواع الفروق: الصحيح عندي القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقاً.

الخلاصة:

ولا شك أن الحاجة في إلزام الوعد أو المواعدة في عقود جديدة ظاهرة، وبيع الوفاء هو النظر يدل أن الفقهاء الحنفية اعتبروا حاجات الناس في إلزام ما لم يكن لازماً في الأصل^(١).

وإضافة إلى هذا، ينبغي الأخذ بالرأي المشهور عند المالكية بتنفيذ الوعد جبراً، وهو ملتب للحاجة، والأوفق بمقاصد الشريعة ومطابق لما تقتضيه أعراف الناس وعاداتهم في الوقت الحاضر.

فإن الشريعة لا تسمح بأن يقع ضرر دون أن يكون المتسبب ملزماً بتعويض هذا الضرر الفعلي الحقيقي غير المحتمل وغير المتوقع، فإن هذا التعويض يكون واجباً على من تسبب بوعده في حدوث الضرر.

كتبه العبد الضعيف والفقير إلى الله

محمد شعيب عمر

المحامى بالقضاء المدني والشري، جنوب أفريقيا

٢٠٠٨/٤/١٧ م

(١) انظر إلى ما كتبه فضيلة القاضي العلامة محمد تقي العثماني، بحث عقود التوريد والمناقصة من أبحاث الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي - هذا بحث دقيق وفريد، لا نظير له.

**التكليف الشرعي لعقود بيع العقار
في جنوب أفريقيا**

اتفاقية البيع: العناصر الأساسية:

إن عقد بيع العقار عبارة عن اتفاقية بين الجهة المشترية والجهة البائعة، وهو يشمل على العناصر الأساسية التالية:

١ - بيع العقار المعين (المملوك للبائع) على الثمن المتفق عليه.

٢ - نقل ملكية العقار إلى المشتري حتى تاريخ سابق على التسجيل الرسمي في السجلات العقارية المنظمة حديثاً، ولا تنتقل الملكية عند إبرام اتفاقية البيع.

٣ - تمام تسليم العقار حكماً وعملياً بتسجيل المبيع باسم المشتري في السجلات العقارية (وليس قبل ذلك) [Deeds Registry]

٤ - فإن هلك المبيع قبل التسجيل في السجل العقاري يكون مضموناً على البائع، فإن تلف المبيع بعد التسجيل يكون على حساب المشتري.

٥ - أداء الثمن المسمّى لا يلزم على إبرام الاتفاقية ويجب دفعه عند التسجيل (مقابل نقل الملكية في العقار).

From: Justice Muhammad Taqi Usmani

To: MS Omar

Dear Br. Shoaib,

Assalamu alaikum,

I had a cursory look at your article which is okay. There are, however, some grammatical mistakes which should be corrected. For instance, Wa'd should be treated as masculine gender, and not feminine.

Wassalam

Muhammad Taqi Usmani

From: MS Omar

To: Muhammad Taqi

Most Distinguished Teacher

I have written a summarized article on the enforceability of promises, which is attached. Your valuable comments are deeply appreciated as usual. I am endeavouring to get the article typed.

Regards & Salaams

M.S. OMAR

* * *
* * *
* * *

٦ - جرت العادة بمضمون الثمن المسمى من قبل البنك بإصدار خطاب الضمان [Bank Guarantee] حسب اتفاقية البيع.

٧ - أما الضرائب [Taxes] المستحقة على العقار إلى وقت تسجيل العقار باسم المشتري فهي على البائع، أما بعد التسجيل فهي على حساب المشتري.

٨ - غلة العقار من وقت إبرام اتفاقية البيع إلى وقت التسجيل للبائع ونفقتة عليه (لأن الغرم بالغنم).

٩ - بعد تسجيل العقار باسم المشتري انتقل الضمان إلى المشتري، عملاً بالقاعدة الفقهية: « الخراج بالضمان ».

١٠ - إذا مات البائع مفلتسًا قبل تسجيل العقار باسم المشتري فإن المبيع يعتبر من تركة الإفلاس [Insolvent Estate] وفقًا لأحكام القوانين الخاصة له.

وعلى ضوء المذكور أعلاه:

ما هو تكييف هذه الاتفاقية؟

في أي قسم نضع هذا « العقد »؟

هل هو عقد بات مضاف إلى المستقبل (أي إلى

تاريخ التسجيل)؟

الظاهر أن عقد البيع لا يقبل الإضافة إلى زمن مستقبل عند جمهور الفقهاء^(١).

هل هو موافقة الطرفين على إنجاز العقد في وقت التسجيل المستقبل في السجلات العقارية [Deeds Registry]؟

والذي يبدو لي أن اتفاقية البيع لا يجوز أن تكون عقدًا باتًا تترتب عليه أحكام العقد ومسؤولياته العقدية، وأنها تكون تفاهمًا ومواعدة للطرفين [Reciprocal Promises].

وأما البيع الفعلي فيعقد عند التسجيل في السجلات العقارية على أساس التعاطي وعلى أساس المواعدة السابقة.

المواعدة الملزمة بين الطرفين:

[Enforceability of Reciprocal Promises]

وهذه المواعدة تنفذ حسب القانون.

وكذلك في الفقه الإسلامي أن المواعدة من الطرفين لازمة عند الحاجة.

(١) ويمكن أن يشهد بأنه بيع الكالئ بالكالئ وهو عقد يتأجل فيه البدلان وهو ممنوع، وقد جاء في الحديث « أن النبي ﷺ نهي عن بيع الكالئ بالكالئ ».

يقول قاضيخان - رحمه الله - من الحنفية:

« المواعدة قد تكون لازمة، فتجعل لازمة لحاجة الناس ».

وكذا يلزم وفاء الوعد بالبيع قضاءً عند المالكية إذا ترتب على الوعد دخول الموعود في التزام ما.

وقد تناول هذا الموضوع العلامة الكبير الجليل القاضي فضيلة الشيخ محمد تقي العثماني - حفظه الله - في بحثه القيم العميق: الفرق بين العقد والمواعدة^(١).

وخلاصة ما قاله الشيخ الجليل ما يلي:

أولاً: العقد ينقل المعقود عليه من ذمة إلى ذمة، وعقد البيع يجعل انتقال الملكية فوراً تلقائياً بمجرد العقد إذا كان البيع باتاً لا خيارياً، فهو ثبوت الملك في المبيع للمشتري.

ثانياً: أما المواعدة فلا تنشئ ديناً على أحد من الطرفين، ولا ينتج عنها آثار العقد والمديونية إلا في

(١) انظر تحقيق جواز المواعدة الملزمة وكونها تختلف عن العقد للشيخ العلامة محمد تقي العثماني، بحث « عقود التوريث والمناقصة » من أبحاث الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي:

[Islamic Fiqh Academy, Jeddah] Organ of Organisation of Islamic Conference.

التاريخ الموعود، ويتم العقد في حينه على أساس التعاطي والاستقرار على أنه إن عرض لأحد الطرفين في المواعدة عذر حقيقي مقبول منعه من إنجاز الوعد فإنه يعد معذوراً ولا يجبر على إنجاز العقد ولا على دفع التعويض.

وقال الباحث الكبير: « بما أن المواعدة الملزمة ليست عقداً باتاً في حقيقة الأمر لفوارق ذكرناها فإنها يمكن أن يصار إليها في مواقع الحاجة العامة ».

خلاصة:

وخلاصة ما وصلنا إليه في اتفاقية البيع العقاري ما يلي:

١ - أن الاتفاقية التي جرت بين الطرفين ليست عقداً للبيع، بل إنها تنشئ المواعدة لإنجاز العقد في المستقبل (أي في وقت التسجيل في السجلات العقارية على أساس التعاطي أو المعاطاة في اصطلاح الفقهاء).

٢ - المواعدة ملزمة^(١) للطرفين لمراعاة حاجة العامة

(١) وقال العلامة الخطاب الفقيه المالكي - رحمه الله - : إذا كانت على سبب وإن لم يدخل الموعود بسبب العدة في شيء... فإن ذلك يلزمه ويقضى عليه به ما لم تترك الأمر الذي وعدك عليه [تحرير الكلام في مسائل الالتزام للخطاب (ص ١٥٤)].

حسب ما ذهب إليه المالكية وبعض الفقهاء من الحنفية.
هذا ما ظهر لي، والله أعلم بالصواب^(١).

كتبه العبد الضعيف والفقير إلى الله

محمد شعيب عمر

المحامي بالقضاء المدني والشرعي، جنوب أفريقيا

نوفمبر ٢٠٠٧م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قرأت هذه الصفحات العديدة فلم أجد فيها شيئاً
يعارض الفقه الإسلامي. والله تعالى أعلم.

العبد محمود أشرف

عقر الله له

(١٤٢٩/٦/٤هـ) الموافق (٢٠٠٨/٦/٣م)

(١) أرجو من كبار الفقهاء ذوي الرأي تقديم رأيهم.

التفريق للضرر في الفقه الإسلامي

١ - المقدمة:

الزواج: شركة اجتماعية بين رجل وامرأة غايتها التعاون على أعباء الحياة وإنجاب الأولاد. ويتبين من نصوص كثيرة (شرعية) أن الحقوق والواجبات متوازنة بين الرجل والمرأة ومتعادلة. وقد جعلت الشريعة الإسلامية لتلك الحقوق والواجبات حدودًا وضوابط تمنع طغيان أحدهما على الآخر وتحقق دوام الألفة والمودة والسعادة بين الزوجين، وتدوم السعادة ما دام هذا التوازن قائمًا، وما دام كل منهما مراعيًا للفوائد الشرعية وضوابطها. ورغم أن الإسلام جعل الطلاق بيد الرجل، لكن الشارع لم يهمل ناحية المرأة وشعورها، بل جعل لها بامتضى ما استنبطه كثير من فقهاء المسلمين «الحق في طلب التفريق إذا تضررت من زوجها».

٢ - مشروعية التفريق القضائي بين الزوجين:

أساس التفريق القضائي قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء: ٣٥]. أخذ فقهاء المالكية والحنابلة حكم التفريق حسب المفهوم المخالف لهذه الآية. وأجازوا للقاضي

أن يحكم بالطلاق ولو رفضه الزوج متى تعذر الإصلاح واستحالت العشرة بالمعروف بين الزوجين، وأثبتت إساءته لها وإضراره بها، (عند ثبوت الضرر) ودون اللجوء إلى الحكّمين (TWO ARBITRATORS) وخالفهما في ذلك الأحناف والشافعية.

٣ - آراء علماء المالكية حول التفريق للضرر:

يقول خليل في المختصر: ولها التّطليق بالضرر ولو لم تشهد البيّنة بتكرّره.

ويقول الخرخشي في شرحه: يعني أنه إذا ثبت بالبيّنة عند القاضي أنّ الزوج يضارر زوجته وهي في عصمته، ولو كان الضرر مرة واحدة، فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار، فإن شاءت أقامت على هذه الحالة، وإن شاءت طلقت نفسها بطلاق واحدة بئنة لخبر «لا ضرر ولا ضرار» فلو أوقعت أكثر من واحدة فإن الزائد على الواحدة لا يلزم الزوج، ومن الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه عنها، وضربها ضربًا مؤلمًا، لا منعها الحمام أو تأديبها على الصلاة، والتسري والتزوج عليها. وكلام المؤلف إذا أرادت الفراق فلا ينافي قوله: وبتعدّيه زجره الحاكم؛ لأن ذلك إذا أرادت البقاء، وظاهر قوله: ولها إلخ أنه يجري في غير البالغين، ثم إنه يجري هنا هل

يطلق الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم به قولان^(١).

(ولها التطلق) بالتعدّي إذا ثبت (وإن لم يتكرّر)
التعدي منه عليها، وليس من الضّرر منعها من الحمام
والنزاهة وضربها ضرباً غير مبرح على ترك الصّلاة
ونحوها، بخلاف المبرح كما تقدّم، (وإن) كانت
(صغيرة وسفينة) ولا كلام لوليّها في ذلك^(٢).

(ولها) أي للزّوجة (التطلق) على الزوج (بالضرر)
وهو ما لا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعيّ وضربها
كذلك وسبها وسب أبيها، نحو: يا بنت الكلب، يا بنت
الكافر، يا بنت الملعون كما يقع كثيراً من رعاك الناس،
ويؤدب على ذلك زيادة على التطلق كما هو ظاهر،
وكوطئها في دبرها لا يمنعها من حمام وفرجة وتأديبها
على ترك صلاة أو تسرّ أو تزوج عليها، ومتى شهدت
بيّنة بأصل الضّرر فلها اختيار الفراق (ولو لم تشهد البيّنة
بتكرّره) أي الضّرر أي ولها اختيار البقاء معه^(٣).

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، باب النكاح، فصل في القسم للزّوجات
ط: دار صادر بيروت. (٩/٤)

(٢) في الشرح الصغير، باب النكاح، فصل في القسم للزّوجات (٥١٢/٢)
ط: دار المعارف بمصر (١٣٩٢هـ).

(٣) الشرح الكبير (عل هامش حاشية الدسوقي) باب النكاح، فصل في
القسم للزّوجات (٣٤٥/٢) ط: دار الفكر بيروت.

(قوله: ولها التطلق بالضرر) أي لها التطلق طلقة واحدة
وتكون بائنة كما في شرح الشيخ عبد الباقي الزرقاني على
مختصر خليل وظاهره ولو كانا غير بالغين كما في شرح
الخرشي على مختصر خليل (قوله: كهجرها) أي بقطع
الكلام عنها وتولية وجهه عنها في الفراش (قوله: وفرجة) أي
ونزاهات (قوله: أو تسرّ) عطف على منعها من حمّام، أي لها
التطلق بالضرر لا يمنعها من حمّام ولا تسرّ وتزوج عليها^(١).

(ولها التطلق بالضرر ولو لم تشهد البيّنة بتكرره)
ابن سلمون: إذا ثبت للمرأة أنّ زوجها يضربها وهي
في عصمته فقيل: لها أن تطلق نفسها كما تفعل إذا كان
ذلك شرطاً. وقيل: ليس لها أن تطلق نفسها حتى يشهد
بتكرّر الضّرر.

انظر بعد هذا قول مالك: من باع زوجته طلقت عليه،
وانظر إذا كان لها شرط في الضّرر.

قال في السليمانية: إذا قطع الرّجل كلامه عن زوجته
أو حوّل وجهه عنها في فراشها، فذلك من الضّرر بها،
ولها الأخذ بشرطها^(٢).

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير تحت (٣٤٥/٢) ط: دار الفكر، بيروت.

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل (عل هامش مواهب الجليل) باب
النكاح، فصل في القسم للزّوجات (١٧/٤) ط: دار الفكر بيروت.

وقال المتطيبي: إذا ثبت أنه يضر بزوجه وليس لها شرط، فقول: إن لها أن تطلق نفسها وإن لم تشهد البيئة بتكرار الضرر. قال: ويستوي على القول الأول من شرط الضرر ومن لم يشترط.

قال مالك: من يريد العبادة أو ترك الجماع لغير ضرر ولا علة قال له: إِمَّا وَطِئْتَ أَوْ طَلَقْتَ^(١).

يقول خليل في المختصر: (ولها التطلق بالضرر).

يقول الحطاب في مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: قال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: من الضرر قطع كلامه عنها، وتحويل وجهه في الفراش عنها، وإيثار امرأة عليها، وضربها ضرباً مؤلماً، وليس من الضرر منعها من الحمام، والنزاهة، وتأديبها على ترك الصلاة، ولا فعل التسري، انتهى^(٢).

(ولها) أي الزوجة (التطلق) جبراً على الزوج طلاقة واحدة تبين بها (ب) سبب (الضرر) من الزوج لها كقطع كلامه عنها، وتولية وجهه عنها في الفراش، لا منعها من حمام،

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل (على هامش مواهب الجليل) باب النكاح، فصل في القسم للزوجات (١٧/٤) ط: دار الفكر بيروت.

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، باب النكاح، فصل في القسم للزوجات (١٧/٤) ط: دار الفكر بيروت.

وتفرج على قطع الخليج، والمحمل والكسوة والموكب، أو تأديبها على ترك حق الله تعالى كالصلاة وغسل الجنابة، والتسري والتزوج عليها إن شهدت بيته بالضرر وتكرره. بل (ولو لم تشهد بيته بتكرره) أي الضرر بأن شهدت بحصوله مرة واحدة فلها التطلق بها على المشهور لخبر: «لا ضرر ولا ضرار»^(١).

٤ - مفهوم الضرر وتقديره في القضايا الشرعية:

والحقيقة أن معرفة الضرر بمعناه الشرعي ليس أمراً سهلاً؛ لأن الضرر بمفهومه الشرعي هو غير الضرر بمفهومه العادي.

والضرر هو ما لا يجوز شرعاً - كما ذكر في الشرح الكبير - ولا يشترط في الإضرار أن يكون مادياً كالضرب مثلاً، وإنما يمكن أن يكون معنوياً أيضاً كسوء سلوك الزوج وفساد أخلاقه، بل لعل الإضرار المعنوي أشد إيلاماً وأبعد أثراً من الإضرار المادي. ولا يشترط فيه النية والقصد، وإنما يعتبر بمجرد وقوعه، فصَدَّ إلى ذلك المضر أم لم يقصد، وكما يكون الضرر بفعل أو بامتناع عن فعل، فقد يكون بحالة متفرقة في الزوجة كإصابة

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، باب النكاح، فصل في القسم للزوجات (١٧٩/٢) ط: دار الطباعة الكبرى.

الزوج بأمراض معدية (مثلًا AIDS). لا يمكن تعداد حالات الضرر المؤدي إلى الفرقة بين الزوجين على سبيل الحصر نظرًا لكثرتها وتشعبها وتعدد أسبابها.

٥ - الخلاصة:

(١ / ٥) إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها (بمفهومه الشرعي)، ورفعت أمرها إلى القضاء، فإن أثبتت دعواها وطلبت من القاضي التفريق بينها وبينه، حكم بالتفريق ويعتبر ذلك طلاقًا بائنًا.

(٢ / ٥) أمّا إذا لم يوجد قاضي (كما هو الحال في جنوب أفريقيا) رفعت الأمر لجماعات المسلمين العدول الثلاثة (فما فوق) تقوم مقام القاضي الواحد في فصل الخصومات كما ذكر في الحيلة الناجزة للحليلة العاجزة للشيوخ أشرف علي ثانوي (على مذهب المالكية)^(١).

كتبه العبد الضعيف والفقير إلى الله

محمد شعيب عمر

المحامي بالقضاء المدني والشرعي، جنوب أفريقيا

٢٠٠٨/٦/٨ م

(١) أرجو من كبار الفقهاء ذوي الرأي تقديم رأيهم. فمن وجد خيرًا فليحمد الله، ومن وجد غير ذلك فليبادر بشكوره بإعلامي عنه، فإن الرجوع إلى الحق خير من التهادي في الباطل.

الفرق بين الحيلة المباحة والحيلة المحرمة

١ - معنى الحيلة في الاصطلاح:

الحيلة في اصطلاح الفقهاء: « فهي نوعٌ مخصوص من العمل الذي يتحوّل به فاعله من حال إلى حال، ثم غلب استعمالها عرفًا في سلوك الطرق الخفية التي يتوصل به إلى حصول الغرض بحيث لا يتنطّن لها إلا بنوع من الذكاء والفتنة »^(١).

٢ - رأي ابن القيم:

وقد قال العلامة ابن قَيِّم الجوزيَّة - رحمه الله تعالى -: « وقد أرشد الله تعالى نبيّه أيُّوب عليه السلام إلى التخلّص من الحنث بأن يأخذ بيده ضغثًا فيضرب به المرأة ضربة واحدة. وأرشد النبي ﷺ بلالًا إلى بيع التمر بدرهم ثم يشتري بالدرهم تمرًا آخر فيتخلص من الرِّبَا، فأحسن المخارج ما خلّص من المأثم، وأقبح الحيل ما أوقع في المحارم أو أسقط ما أوجبه الله تعالى ورسوله من الحقِّ اللّازم »^(٢).

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية (١٨ / ٣٣٨).

(٢) إعلام الموقعين (٤ / ١٨١).

٣ - مذهب الحنفية:

وقد ذهب الحنفية إلى جواز الحيلة للتخلص من الربا ونحوه من المنهيات، وكل حيل توصل إلى أخذ الربا (لا للتفصي عنه) وإلى الوصول إلى الحرام، فهي محرمة غير جائزة؛ لأنها استحلّت الحرام بالحيل. والحنفية أباحوا للناس التسبب إلى الحلال بالتخلص عن الحرام^(١) فقط.

٤ - مذهب الحنابلة وبعض الفقهاء:

وقال الموفق في المغني:

« والحيل كلها محرمة غير جائزة في شيء من الدين، وهو أن يظهر عقدًا مباحًا يريد به محرّمًا مخادعة وتوسلاً إلى فعل ما حرّم الله واستباحة محظوراته أو إسقاط واجب أو دفع حقّ ونحو ذلك... وبهذا قال مالك^(٢) ».

٥ - الرأي المختار:

قال العلامة الألوسي البغدادي - رحمه الله تعالى - تحت قوله تعالى: ﴿ فَاتْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَتْ ﴾ [ص: ٤٤]:

(١) إعلاء السنن (١٣/١٧١، ١٧٢).

(٢) المغني لابن قدامة (٤/٢٨٦).

« وعندي أن كلّ حيلة أوجبت إبطال حكمة شرعية لا تقبل كحيلة سقوط الزكاة... »^(١).

وقال أستاذي الكبير العلامة محمد تقي العثماني في كتابه (تكملة فتح الملهم بشرح صحيح مسلم) تحت حديث (قاتل الله اليهود: ٣٩٣١) ما نصّه:

ومن أقوى ما يدل على جواز الحيلة المشروعة ما أخرجه الشيخان والنسائي عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءهم بتمر جنيب... (إلى آخر الحديث)، وإنما هو تعليم حيلة للتوصل إلى طريق حلال، فما كان من هذا القبيل فهو جائز قطعاً.

وأما حيلة اليهود في تحليل السبت وبيع الشحوم وأكل ثمنها فكانت من قبيل إبطال الحكمة الشرعية قصدت منعهم عن الصيد يوم السبت وعن أكل الشحوم وبيعها، ففعلوا ما حصل منه ذلك بعينه، وإنما غيروا الطريق أو التعبير، وقدّمنا أن مجرد تغيير الاسم لا يؤثر في حلّ الشيء وحرمة حتى تتغير حقيقته. فمن أجل ذلك عابهم رسول الله ﷺ.

(١) روح المعاني (١٢/٢٠٩).

فالحاصل أنَّ الحيلة كلما أوجبت إبطال حكمة شرعية، فهي من قبيل الحيل المحرمة الباطلة. وأجمع العلماء على تحريمها لأنها في حقيقة الأمر استحلال الحرام بالحيلة (وهي الحيل التي تهدم أصلاً شرعياً أو تُناقض مصلحة شرعية^(١)). واللَّه سبحانه وتعالى أعلم.

كتبه العبد الضعيف والفقير إلى الله

محمد شعيب عمر

المحامي بالقضاء المدني والشرعي، جنوب أفريقيا

٢٠٠٨/٧/٢١ م

العمري نوع من الهبة يفترق إلى الإيجاب والقبول والقبض. وصورة العمري أن يقول الشخص لآخر: أعمرتك داري هذه. أو: جعلتها لك عمرك، أو حياتك أو ما عشت، أو مدة حياتك، أو ما يقيد هذا المعنى. سميت عمري لتقيدها بالعمري^(١).

العمري صحيحة جائزة، وقد حصل من مجموع الروايات والنصوص، أن العمري تحتمل صوراً ثلاثاً، ولكل منها أحكام خاصة ومستقلة، على ما يأتي بيانه^(٢).

وقال ابن حجر - رحمه الله -: «وأما شرعاً فالجمهور على أن العمري إذا وقعت كانت ملكاً للأخذ ولا ترجع إلى الأول إلا إن صرح باشتراط ذلك»^(٣).

الصورة الأولى من العمري (حالة الإطلاق):

أن يقول: أعمرتك هذه الدار ويطلق اللفظ، ولم

(١) المغني لابن قدامة: كتاب الهبة والعطية (٣٣٦/٦)، شرح صحيح مسلم للنووي، باب العمري.

(٢) تكملة فتح الملهم: كتاب الهبات (٨٠/٢) باب العمري، وإعلاء السنن (١١٨/١٦).

(٣) فتح الباري (١٨٢/٥) باب ما قيل في العمري والرقيبي.

(١) أرجو من كبار الفقهاء ذوي الرأي تقديم رأيهم. فمن وجد خيراً فليحمد الله ومن وجد غير ذلك فليبادر مشكوراً بإعلامي عنه، فإن الرجوع إلى الحق خير من التهادي في الباطل.

يشترط شيئاً، واختلف فيها الفقهاء على أقوال^(١):

الأول: أنها تتعقد هبة، ولا ترجع إلى المُعْمِر (الواهب) أبداً، وحكمها حكم المؤبدة، وبذلك قالت الحنفية والحنابلة، وهو أحد قولي الشافعي (في الجديد).

الثاني: أنَّهَا تَصِحُّ، ويكون للمُعْمِر (الموهوب له) في حياته فقط، فإذا مات عادت إلى الواهب أو ورثته، وهو قول مالك، ورواية عن الشافعي في (القديم).

والثالث: أن هذا العقد باطلٌ، وهو قول الشافعي في القديم؛ لأنه تملك مؤقت فأشبه ما إذا قال: أعمرتك سنةً، أو حياة زيد.

الصورة الثانية من العمري (حالة بشرط الرجوع):

أن يقول: أعمرتك هذه الدار ما عشتَ فإن مات عادت إليَّ إن كنتَ حياً وإلى ورثتي إن كنت ميتاً. واختلف فيها الفقهاء على قولين^(٢):

(١) المهذب للشيرازي: كتاب الهبات، والإتصاف للمره اوي، باب الهبة والعطية. والموطأ على رواية الإمام محمد، باب العمري والسكنى وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد، القول في أنواع الهبات.

(٢) المغني لابن قدامة (٦/٣٣٨، ٣٣٩) الهداية، كتاب الهبة، والمبسوط للسرخسي، باب العطية.

الأول: أن شرط الرجوع إلى المُعْمِر (الواهب) أو إلى ورثته صحيح، فهذه عارية مؤقتة لازمة إلى حياة المُعْمِر (الموهوب له)، فإذا مات عادت إلى المُعْمِر. وبذلك قالت المالكية، وهي رواية عن الحنابلة.

الثاني: أن شرط الرجوع فاسدٌ، ويستقط الشرطُ وأنها تتعقد هبة، وبذلك قالت الحنفية، والشافعية، وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة في رواية أبي طالب.

الصورة الثالثة من العمري (ذكر العقب):

أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك ولعقبك^(١) بعدك، (يعني لورثتك من بعدك). فهذه حكمها حكم الهبة عند الجمهور؛ وتكون للمُعْمِر (بفتح الميم) وورثته، لأنها تملك للرقبة، وقال المالكية: إن ذكر العقب عادت إذا انقطع العقب إلى المُعْمِر (بكسر الميم) أو إلى ورثته.

وفي ضوء ما ذكرته، لا خلاف في صحة العمري، وإنما الخلاف هل يملك المُعْمِرُ الرقبة أو المنفعة فقط؟ والمالكية اعتبروها من قبيل هبة المنافع في جميع الأحوال^(٢) دون الرقبة.

(١) والعقب هم أولاد الإنسان ما تناسلوا. شرح صحيح مسلم للنووي، الهبات.

(٢) القوانين الفقهية لابن جزي، في الهبات والأحباس (ص ٢٧١).

جاء في مواهب الجليل^(١) نقلاً عن ابن عرفة:

« العمري تملك منفعة حياة المُعْطَى بغير عوضٍ »
وقال الشيخ الدردير في الشرح الكبير^(٢): « ولا يشترط
فيها لفظ الإعمار بل ما دلَّ على تملك المنفعة في عقار
أو غيره مدة عمر المُعْطَى » (بفتح الطاء).

عرض المسألة:

إن ما يحدث في المجتمع المعاصر، أن الزوج إذا
مات وترك الزوجة والأولاد، يُجْبِرُ الوَرَثَةُ الزوجة على
بيع البيت الذي سكنت فيه لأجل تقسيم الميراث،
وليس عندها من المال ما يكفي لشراء المسكن، وبسبب
ذلك تجد نفسها في حالة مشقة شديدة. فما هو الحل
إذن؟ قد أقرت القوانين الوضعية بجواز حق الانتفاع
وتسمى (USUFRUCT)، ولكن لا بد لنا أن نزيل هذا
الضرر بطريق مشروع، ففي مثل هذه الحالة، وحسب
الظروف والأحوال في البلاد الأجنبية، يمكننا أن نأخذ
بمذهب مالك بأن يجعل الزوج قبل وفاته مسكن
الزوجة عمري للزوجة، بحيث تنتفع بالمسكن طوال
حياتها بعد وفاته ولا تقع في مشقة عدم توافر مسكن لها،

(١) مواهب الجليل للحطاب، دار الفكر (٦١/٦).

(٢) الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي (١٠٨/٤).

هذا ما ظهر لي، واللَّه سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

الرأي الشرعي لي:

أرى الأخذ بمذهب المثبتين للعمري على أنها انتفاع
مدى عمر من حُصِّصَتْ له، وهذا الأرجح واللَّه أعلم.

كتبه العبد الضعيف، الفقير إلى الله

محمد شعيب عمر

المحامي بالقضاء المدني والشرعي، جنوب أفريقيا

٢٠٠٩/٥/١٢ م

تطبيق قانون الأحوال الشخصية في جنوب أفريقيا

الموازنة بين المصالح والمفاسد من منظور
قواعد الشريعة الإسلامية

تمهيد:

١ - قد أصدرت أخيراً (15 JULY 2009) المحكمة
العلّيا الدستورية (CONSTITUTION COURT)
قرارها (JUDGEMENT) المتعلق بالأحوال الشخصية
في قضية FATIMA HASSAM . وقالت المحكمة العليا
أثناء قرارها بالإجماع (UNANIMOUSLY) ما يلي:

(35) This conclusion does not mean that
rules of Muslim Personal Law, if enacted
into law in terms of section 15 (3) of the
constitution, would necessarily constitute
discrimination on the grounds of religion, for
the constitution itself accepts diversity and
recognises that to foster diversity, express
provisions for difference may at times be
necessary. Nor does this conclusion foreshadow
any answer on the questions as to whether
polygynous marriages are themselves consistent
with the constitution. Whatever the answer to

that question may be, one we leave strictly open
now, it could not result in refusing appropriate
protection to those women who are parties to
such marriages. Such a result would be to lose
sight of a key message of our constitution: each
person is of equal worth and must be treated
accordingly.

٢ - وقد وضع المسلمون مشروع قانون مقترح باسم
« MUSLIM MARRIAGE BILL » ورفعوه إلى وزارة
العدل في مرحلة من مراحلها. وهذا القانون المقترح
يتضمن أحكام الزواج وما يترتب عليه من مهر ونفقة
وطلاق وعدة وخلع والتفريق القضائي وغيرها.

٣ - وقد عارضت طائفة قليلة من علماء الشريعة
هذا القانون المقترح وفكرة تطبيقه وتنفيذه (LEGAL
APPLICATION AND ENFORCEMENT) مبدئياً
(IN PRINCIPLE) ولم يوافقوا على تنفيذ هذا
المشروع لعدة أسباب لديهم.

٤ - وهذه الطائفة المعارضة تدعي أن كل محكمة
تتعيّد بنصوص الدستور، كقانون أساسي (SUPREME
LAW) وتلزم مبادئه وتطبق تفسيره حسب تشريع القاضي
(JUDGE-MADE LAW) فإن هذا سيؤدي (حسب
قولهم) إلى تعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية

(بما لا يتفق مع المبادئ الإسلامية).

٥ - ولا شك أن تطبيق أحكام الأحوال الشخصية الإسلامية وتنفيذها وفق القوانين الخاصة لها مرتبطة بمحافظه الشخصية الإسلامية المميزة القوية (PROTECTION OF THE DISTINCT MUSLIM PERSONALITY) إزاء الحضارات الأجنبية.

٦ - والموضوع بهذا التحديد بالغ الأهمية. وهذا ما سنحاول معالجته في هذه العجالة من نظر المصالح والمفاسد والموازنة بينهما، حسب تحليل وتكييف سلطان العلماء الإمام عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام - رحمة الله عليه - [انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام].

الوضع الحالي (PRESENT SITUATION):

٧ - إن المعمول به الآن هو أن المسلمين في جنوب أفريقيا يلتزمون ويطبقون في مجال الأحوال الشخصية القوانين المدنية الوضعية المشتقة من القانون الروماني، فلا يزال العمل قائمًا بها.

٨ - ولا شك أن هذه القوانين الوضعية (خاضعة تحت الدستور) تختلف اختلافًا جوهريًا (FUNDAMENTALLY) عن القواعد الإسلامية،

من حيث الصياغة والصنعة، والأسلوب والتصوير والمصادر.

٩ - وبناءً عليه فإن الوضع الحالي كله مفاسد خالصة أو أغلبيته مفاسد، وكلما ظهرت المفاسد أعظم من المصلحة وجب علينا أن نسعى في درئها^(١).

١٠ - والقانون يمنع قطعاً فصل الخصومات المتعلقة بالزواج عن طريق التحكيم (ARBITRATION) ولا بد من أن يتحاكموا إلى القانون المدني عن طريق دعوى مدنية (CIVIL ACTION).

الوضع المستقبل (THE FUTURE SITUATION):

١١ - إذا كانت الدولة ستصدر القانون الخاص للأحوال الشخصية، بما يوافق الحكم الشرعي، فأرى في هذه الحالة أن غالبية القضايا ستحل بطريق الصلح أو القضاء، حسب الشريعة ومقاصدها.

١٢ - وفي هذه الحالة يمكن الاحتمال بأن القلة من القضايا ستؤدي إلى النتيجة السلبية التي تنافي الحكم الشرعي، ولكن لا يجوز تعطيل المصالح الغالبة (على) وقوع المفاسد النادرة (أو القليلة)^(٢).

(١) قواعد الأحكام (ص ٥٠، ٨٣)

(٢) قواعد الأحكام (ص ٨٥).

ولأن النادر لا يلحق بالغالب ولا يعطى حكم الغالب في هذه الظروف الخاصة^(١).

الخلاصة: الموازنة بين المصالح والمفاسد:

يتبين لنا مما تقدّم، وبعد المقارنة بين الوضع الحالي وبين الوضع المستقبل (تحت القانون الخاص المشتمل على أحكام الشريعة في الأحوال الشخصية) النقاط الأساسية الآتية:

أولاً: أن الوضع الحالي - في غالبته - مبني على المفاسد. يجب علينا اتقاؤها عند الإمكان حسب القاعدة العامة، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة^(٢).

ثانياً: أن الأوضاع المستقبلية أغلبها مبنية على المصالح فيجب تحصيلها ودرء مفاسدها النادرة إذا أمكن امتثالاً لأمر الله تعالى فيهما ﴿ فَأَنْفِقُوا لِلَّهِ مَا اسْتَطَعْتُمْ... ﴾ [التغابن: ١٦].

ثالثاً: رغم هذا كله، كما ذكر في الأشباه والنظائر لابن نجيم « من ابتلي بيلتين وهما متساويتان يأخذ بأيتهما شاء، وإن اختلفا يختار أهونهما؛ لأن مباشرة

(١) المنشور في القواعد للزركشي (٢٤٣/٣).

(٢) قواعد الأحكام (ص ٨٣).

الحرام لا تجوز إلا للضرورة، ولا ضرورة في حقّ الزيادة». ولا ريب أنّ الوضع المستقبل - والله أعلم بالصواب - هو أخف المفسدة^(١).

كتبه العبد الضعيف والفقير إلى الله

محمد شعيب عمر

المحامي بالقضاء المدني والشرعي، جنوب افريقيا

٢٠٠٨/٦/٢٠م

(١) أرجو من كبار الفقهاء ذوي الرأي تقديم رأيهم. فمن وجد خيراً فليحمد الله، ومن وجد غير ذلك فليبادر مشكوراً بإعلامي عنه، فإن الرجوع إلى الحق خير من التماهي في الباطل.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رقم التسجيل: ٤٦٩٥/٤/٧٠١٧/٩٠

مجمع الفقه الإسلامي (الهند)

الرقم:

التاريخ:

فضيلة الشيخ شعيب عمر/ الموقر

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته..

أتمنى لكم كل الخير والعافية وبعد!

يسرني إشعار سعادتك بأن مجمع الفقه الإسلامي بالهند سيعقد ندوته الفقهية التاسعة عشرة ما بين (١٢-١٥/ فبراير ٢٠١٠م) بمدينة هانسوت في ولاية غوجرات نادو حول المواضيع الأربعة التالية:

١- التكييف الشرعي للعمليات الورقية المعاصرة.

٢- الطلاق الصادر من قبل المحاكم غير الإسلامية.

٣- مسألة « التورق ».

٤- نصاب الذهب والفضة.

وفي هذه الندوة سيناقش المجمع موضوع « الطلاق الصادر من قبل المحاكم غير الإسلامية » بكل جدية وموضوعية في إطار الفقه الإسلامي إن شاء الله،

ولتحقيق الهدف المطلوب يرجى من سعادتكم التكرم بإرسال بحثكم العلمي والفقهي حول موضوع « الطلاق الصادر من قبل المحاكم غير الإسلامية » حتى يستفيد علماء الهند من آرائكم القيمة عن الموضوع.

وإني على ثقة كاملة بأن سعادتكم سوف تزودون المجمع بمقالكم وبحثكم قبل (٣١/ ديسمبر ٢٠٠٩م) حتى يتمكن المجمع بإدراج آرائكم في ملخص البحوث ويقوم بتوزيع بحثكم على المشاركين. وإن المجمع في أشد حاجة إلى تعاونكم الغلمي بهذا الخصوص.

وتفضلوا بقبول بالغ الإكرام وفائق الاحترام، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

خالد سيف الله الرحماني

(الأمين العام)

* * *
* * *
* * *

الطلاق الصادر من قبل المحاكم غير الإسلامية

تمهيد:

- ١- المسلمون الذين يسكنون في بلاد غير المسلمين، هم يعيشون في ظل نظام غير إسلامي، لكون الدستور أو القوانين الوضعية، (غير إسلامية) وفي بعض البلاد غير الإسلامية لا يوجد نظام للقضاء الإسلامي لقطع النزاع ورفع الخلاف وفصل الخصومات فيما بين المسلمين، وهو (القضاء) فريضة محكمة كما ذكر في كتاب عمر لأبي موسى الأشعري - رضي الله عنهما -.
- ٢- وكثير من المسلمين في هذه البلاد غير الإسلامية يعقد عملية زواج مدني (CIVIL MARRIAGE) بعد إبرام عقد النكاح لأجل الحصول على الاعتراف القانوني (LEGAL RECOGNITION) وشرعية المولود (LEGITIMACY) وحماية القانون بوجه عام.
- ٣- والنظام الدستوري هو نظام جديد، مبني على توزيع السلطات بين التشريعية (LEGISLATIVE) والتنفيذية (EXECUTIVE) والقضائية (JUDICIAL) حسب قاعدة فصل السلطات (SEPARATION OF POWERS)

والقضاء سلطة مستقلة تقوم تحت حماية الدستور كقانون أساسي^(١) (SUPREME LAW).

٤ - وعلاوة على هذا بعض الدول غير الإسلامية، (كالولايات المتحدة الأمريكية مثلاً)، وإن كانت تضمن حرية الدين والاعتقاد (FREEDOM OF RELIGION) لا تسمح أحكام دستورها بالتدخل في أمور الدين، وإن كان دستورها مبنياً على أساس مبدأ الحيادية (NEUTRALITY).

عرض المسألة:

٥ - المسألة الأساسية المطروحة علينا تتعلق بالمبني بالولاية، لأن القضاء ولاية، والكافر ليس أهلاً للولاية^(٢)، ولا ولاية لكافر على مسلم وذلك لقول الله تعالى: ﴿ وَكُنْ يَجْعَلُ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [النساء: ١٤١].

٦ - والظاهر أن هذه الآية عامة حتى يقوم الدليل على تخصيصها. وقال الإمام الرازي - رحمه الله - في التفسير الكبير تحت هذه الآية:

(١) انظر: تكملة فتح المهمل، للعلامة محمد تقي العثاني (٥٣٧/٢) النظام القضائي في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، للأستاذ الدكتور محمد الزحيلي (ص ٣٧ - ٤٠).
(٢) حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرط المنهاج (١٠٦/١٠).

« القول الثالث: هو أنه عام في الكل إلا ما خصه الدليل »^(١).

٧ - هل هناك فرق بين الولاية الصادرة من دولة إسلامية ودولة غير إسلامية حديثة؟

٨ - هل يمكن أن نقول أن نصوص الفقهاء القدامى التي تتعين وتحدد، اتفاقاً^(٢) شرط الإسلام في صحة الولاية وتولية القضاء فيما بين المسلمين، فهي مخصص (أو يراد بها تخصيصها) على الولاية الصادرة من قبل الحكومة الإسلامية؟

٩ - وهذا الفرق الدقيق سيظهر عن طريق بعض الأمثلة التي تتعلق بالأحكام أو القرارات الصادرة من المحاكم غير الإسلامية.

المثال الأول: قام القاضي غير المسلم بفسخ نكاح فاطمة عن زوجها زيد، وأثبتت فاطمة دعواها بالشهادات وفق أحكام الشريعة، فبعد هذا الحكم هل تكون علاقة الزوجية قائمة بينهما شرعاً؟

(١) التفسير الكبير للرازي (١١/٨٣).

(٢) انظر: أدب القضاء ابن أبي الدم (ص ٧٠)، طبعة دار الفكر.

- الأحكام السلطانية للماوردي (ص ٨٤)، طبعة دار الكتب العلمية.

- تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام للقاضي برهان الدين ابن فرحون المالكي، ومطبوع على هامش فتح العلي المالك للشيخ محمد عليش.

المثال الثاني: ادعت امرأة أن زوجها قد طلقها، وأقر الزوج على ذلك عند المحكمة غير الإسلامية، فحكم القاضي عليه بموجب إقراره، ولم تسمع منه بينة بعد إقراره (وفق القانون والشريعة)، فبعد هذا الحكم هل تبقى علاقة الزوجية قائمة بينهما شرعاً؟

المثال الثالث: ادعت المرأة عند المحكمة غير الإسلامية أن زوجها قد فوّضها (تفويضاً صحيحاً شرعياً) طلاق نفسها، وهي قد طلّقت نفسها حسب التفويض، وأنكر الزوج هذا التفويض، فأقام المدعي (المرأة) على ذلك شاهدين شهدا على دعواها، ورفض القاضي دعوى المدعى عليه (الزوج)، وحكم القاضي بفسخ النكاح حسب طلاق المرأة وفق التفويض الصحيح، هل هذا الحكم الصادر من قبل المحاكم غير الشرعية يكون ملزماً ورافعاً للخلاف حسب الشريعة الإسلامية؟

١٠ - هل هناك فرق (في شأن صحة تولية غير المسلم القضاء) بين الأحوال الشخصية والمعاملات المالية؟
مثلاً:

ادعى زيد عند المحاكم غير الإسلامية أن له ألف روبية على عمرو وأنكر عمرو، وأثبت زيد دعواه بالشهادات فقضى له القاضي بأداء الألف إلى زيد، ففي

هذه الصورة، هل تسلم الشريعة أن أداء ألف روبية واجب على عمرو بموجب الحكم القضائي؟

أثر الحكم الصادر من قبل المحاكم غير الإسلامية:

١١ - وفي ضوء ما ذكرناه، يبدو لي أن هناك

صورتين:

الأولى: وهي أن الحكم الذي صدر من المحاكم غير الإسلامية، إذا كان مخالفاً للحكم الشرعي، فلا ينفذ أصلاً؛ لأن الحكم القضائي في هذه الصورة لا يحلّل الحرام ولا يحرمّ الحلال، وهذا لا غبار عليه.

الثانية: وهي أن الحكم الذي صدر من المحاكم غير الإسلامية إذا كان موافقاً للحكم الشرعي، فيُنظر هل نفذ حكمه وقضاؤه؟ وهذا يحتاج إلى تأمل النظر على ضوء الظروف الحادثة أمام الفقهاء المعاصرين على طريق الاجتهاد الجماعي.

١٢ - والذي يظهر لي أن الحالة الراهنة في البلاد

غير المسلمة هي حالة الضرورة لأن المسلمين لا اختيار لهم إلا باللجوء إلى المحاكم غير الإسلامية في تحصيل حقوقهم وصيانتها، ولأن غالبية البلاد لا يوجد بها قاضي شرعي عادل لديه قوة التنفيذ الجبري (ENFORCEABILITY) يستطيع أن يسلم الحق

المحكوم به إلى المحكوم له، وتضييع الحقوق فيسود الظلم، ولذلك قال عمر رضي الله عنه: « فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ». والله سبحانه وتعالى أعلم ^(١).

كتبه العبد الضعيف والفقير إلى الله

محمد شعيب عمر

المعامي بالقضاء المدني والشرعي، جنوب أفريقيا

٢٠٠٩/٩/٢٨ م

(١) أرجو من كبار الفقهاء ذوي الرأي تقديم رأيهم. فمن وجد خيراً فليحمد الله، ومن وجد غير ذلك فليبادر مشكوراً بإعلامي عنه، فإن الرجوع إلى الحق خيرٌ من التادي في الباطل.

عقود الصيانة وتكييفها الشرعي

(THE SHARIAH CHARACTERIZATION OF
MAINTENANCE CONTRACTS)

المقدمة:

١ - عقد الصيانة هو عقد مستحدث لا عهد للفقهاء به، له صورٌ كثيرةٌ، ولكن عامةً هو عقدٌ مستقلٌ غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل والمواد (SPARES) لمدة معلومة في مقابل أجرٍ معينة، وهو عقدٌ لازمٌ للطرفين.

والمسألة الأساسية مطروحة أمام الفقهاء المعاصرين: ما هو تكييفه الصحيح لهذا العقد الجديد؟

٢ - وبعض الباحثين^(١) كيفوا هذا العقد على أنه عقد إجارة على عمل (من قسم الأجير المشترك)، بمعنى أن محل العقد هو العمل. والعمل يتضمن فحص الأجهزة والمعدات (EQUIPMENT) ويحتاج إلى خبرة فنيّة لتعيين صلاحية المعدة أو عدم صلاحيتها.

(١) انظر بحث (عقود الصيانة وتكييفها الشرعي) للشيخ محمد المختار السلامي، مفتي الجمهورية التونسية، من أبحاث الدورة الحادية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي (٢٤ / ٢).

٣ - خرج بعض الباحثين عقد الصيانة بأنه عقد جعالة لما أنّ الجعالة عقد يقع على عمل مجهول نظير عوض، والصيانة كذلك عقد يقع على عمل نظير عوض^(١).

٤ - والإشكال على تكييف عقد الصيانة على أنّه عقد إجارة، أو أنّه عقد جعالة، وهو أنّ محل عقد الصيانة غير متيقن بحيث من الإمكان أن لا تحدث أي حاجة للصيانة خلال مدة العقد. وبسبب ذلك فالأجر الذي دفعه المستأجر هو ليس مقابله شيء، وهذا غرر في المحل، هل حصل الخلل أو لم يحصل؟ وإذا حصل متى يحصل؟ فإذا ما هو المخرج؟

٥ - والذي يبدو لي أنّ محل عقد الصيانة هو الاستعداد للإصلاح وتقديم الخدمات وتبديل قطع الغيار (SPARE PARTS) عند الحاجة لقاء أجر في مدة العقد حسب اتفاق الطرفين. وهذا التخريج يشبه شيئاً للأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتمكّنه للخدمة سواء خدم أو لم يخدم^(٢).

(١) الأستاذ الدكتور يوسف قاسم، والأستاذ الدكتور أحمد الحججي الكردي، والأستاذ عز الدين محمد توني. انظر بحث الدكتور الصديق محمد الأمين الصديدي، بحث حول عقد صيانة مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي (١٩٩٨ م)، مجلة المجمع، الدورة الحادية عشرة (١١٨ / ٢)، ١١٩. (٢) راجع: مرشد الخيران (مادة ٤٩٨).

٦ - أمّا التزام الصائن (المؤجر) بتقديم قطع الغيار (SPARES) على ما تعطل في المستقبل في أثناء العقد، يمكن أن نقول على أنه عقد اجتمع فيه عقد بيع وعقد إجارة، وقد أجاز المالكية ذلك^(١)، وهذا لا يدخل تحت النهي عن صفقتين في صفقة، ولأنه بمثابة آثار العقد الواحد بدون الارتباط والاشتراط بين عقدين.

كتبه العبد الضعيف والفقير إلى الله

محمد شعيب عمر

المحامي بالقضاء المدني والشرعي، جنوب أفريقيا

٢٥/٧/٢٠١٠م

الحكم الشرعي حول إجارة

المحل لغرض محرم

(PROHIBITED PURPOSE)

في ضوء نظرية السبب في الفقه الإسلامي

المقدمة:

١ - ومن المشكلات التي يواجهها المسلمون في البلاد الغربية كفة الأقلية، وهي إجارة المحل لغرض محرم. ما هو الحكم الشرعي لها؟ وهل يجوز للمسلم مثلاً أن يؤجر محله للبنك التقليدي الربوي في الأحوال الآتية:

أ - إذا صرح العقد صراحة، بأن المستأجر يلزم عليه استعمال المحل (PREMISES) لغرض نشاطات البنك التقليدي الربوي (CONVENTIONAL BANK).

ب - إذا صرح العقد صراحةً بلزوم استعمال المحل (PREMISES) لغرض مشروع (مثل التجارة العامة) ولكن المستأجر يستعملها (أي المحل) لغرض محرم (أي في المعاملات الربوية)، وهل هذا يؤثر في صحة الإيجار؟

٢ - والجواب عن ذلك، يحتاج إلى تطبيق الضوابط

(١) الفروق للقرافي، الفرق السادس والخمسون والمائة بين قاعدة ما يجوز اجتماعه مع البيع وقاعدة ما لا يجوز اجتماعه معه.

التي تتعلق بمسألة الإعانة المحرمة، ونظرية السبب (كما يأتي) وأحسن ما كتب في هذا الموضوع الدقيق فيما أعلم، هي رسالة مستقلة للعلامة المفتي محمد شفيع - رحمه الله تعالى - يسمى: تفصيل الكلام في مسألة الإعانة على الحرام^(١).

فنستعرض إذن هذه الضوابط مع تلخيص وإضافة من مذاهب أخرى (غير مذهب الحنفي) من قبلي.

٣ - الإعانة المحرمة:

والإعانة المحرمة هي ما تتميز من التسبب (CAUSATION) كما يأتي. والإعانة المحرمة في هذا المجال تتعلق بإقامة المعصية بنفس العقد، وسواء استعملها على حالة موجودة أو بعد تغيير وتصرف، ولا ينعقد العقد عليه، فالعقد باطل بنص القرآن، وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢] وقوله تعالى: ﴿فَلَنْ أَكُونُ ظَاهِرًا لِلْمُجْرِمِينَ﴾ [القصص: ١٧]. وهذا تعاون ظاهر على الإثم والعدوان، ولأن النهي في الآية الأولى يقتضي التحريم كما ذكر العلامة ابن قدامة

(١) وقد لخصها ابنه الكريم، العلامة المفتي محمد تقي العثماني، في بحث قيم له بعنوان: « أحكام الودائع المصرفية » الذي قدمه لمجمع الفقه الإسلامي.

في المغني (مسألة ٣١١٣). وقد قال العلامة الشوكاني بأنه لا خلاف في التحريم^(١).

- والإعانة المحرمة في هذا الصدد تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

- القسم الأول: هو النية والقصد الإعانة على المعصية..

بمعنى أن المؤجر أو البائع يقصد الغرض المحرم وقت العقد، فحقيقة النية القصد إلى الفعل مع قطع النظر عن فعل فاعل مختار^(٢).

ولذلك أمثلة:

أ - إن بيع العصير ممن يتخذ خمراً، إن قصد به التجارة فلا يحرم، وإن قصد لأجل التخمير حرم^(٣).

ب - إذا أجر نفسه على حمل الخمر (بقصد) الانتفاع بها، فذلك حرام^(٤). لأن المحرم الاستئجار على حمل الخمر للانتفاع بها.

(١) نيل الأوطار (٢/٢١٨٣).

(٢) المشور في القواعد للزركشي (٣/٢٨٤).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم، تحت مباحث النية، القاعدة الثانية: الأمور بمقاصدها.

(٤) مواهب الجليل للخطاب، كتاب الإجارة، دار الفكر (٥/٤٠٩).

ت - فلو أن الفاعل المكلف قصد بالفعل الذي فعله أمرًا محرّمًا كان فعله محرّمًا^(١).

- القسم الثاني: التصريح في صلب العقد:

معناه أن العقد:

أ - يصرح صراحة استعمال المحل لغرض محرم، أو أن يذكر السبب غير المشروع صراحة في صيغة العقد، وهذا يعتبر القصد والنية حكمًا ومعنى، لأن التصريح باللفظ يقوم مقام النية في عامة المعاملات، فإذا صرح لفظًا كان كمن نوى وقصد (مع قطع النظر عما يحدث بعد ذلك) فلا ينعقد العقد عليه. مثاله: أجرينى بيتك لأبيع فيه الخمر، فقال المؤجر أجرته.

ب - في هذا الصدد، يمكن أن يقال أن العبرة في الفقه الإسلامي هي بالإرادة الظاهرة، وأن اللفظ يؤخذ على معناه الواضح^(٢). ولا يجوز الانحراف عن هذا المعنى بحجة تفسير نية المتعاقدين (أي عدم قصد الإعانة على المعصية). وذلك نظرًا للقواعد الكلية، مثل أن الأصل في الكلام الحقيقة، ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح، وأيضًا فإن دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم

(١) شرح سليم باز على المجلة (ص ١٧).

(٢) انظر: مصادر الحق، للستهوري (١/ ٣٥) دار الفكر.

مقامه، يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته.

- القسم الثالث: بيع أو إجارة المحل ليس له مصرف إلا في المعصية - وإن لم يصرح بها - لأن تداوله قام مقام قصد المعصية حكمًا.

والواضح على ضوء ما ذكرنا أعلاه بأن الإعانة حقيقة هي ما قامت المعصية بعين فعل المعين، ولا يتحقق إلا بنية الإعانة أو التصريح بها، أو تعيينها في استعمال هذا الشيء، بحيث لا يتحمل غير المعصية. وما لم تتم المعصية بعينه لم يكن من الإعانة حقيقة، بل من التسبب. ومن أطلق عليه لفظ الإعانة فقد تجوز، لكونه صورة إعانة، كما مر من السير الكبير.

التسبب:

ثم التسبب إن كان سببًا محرّمًا وداعيًا إلى المعصية، فالتسبب فيه حرام، كالإعانة على المعصية بنص القرآن كقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَسْبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ ﴾ [الأنعام: ١٠٨]، وقوله تعالى: ﴿ فَلَا تَحْضَعَنَ بِالْقَوْلِ ﴾ [الأحزاب: ٣٢] وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَبْرَحْ ﴾ [الأحزاب: ٣٣]. وإن لم يكن محرّمًا وداعيًا، بل موصلاً محضًا، وهو مع ذلك سبب قريب بحيث لا يحتاج في

إقامة المعصية به إلى إحداث صنعة من الفاعل، كبيع السلاح من أهل الفتنة، وبيع العصير ممن يتخذه خمراً، وبيع الأمرد ممن يعصي به، وإجارة البيت ممن يبيع فيه الخمر، أو يتخذها كنيسة أو بيت نار وأمثالها، فكله مكروه تحريمًا، بشرط أن يعلم به البائع والمؤجر من دون تصريح به باللسان، فإنه إن لم يعلم كان معذورًا، وإن علم وصرح كان داخلًا في الإعانة المحرمة.

وإن كان سببًا بعيدًا، بحيث لا يفضي إلى المعصية على حالته الموجودة، بل يحتاج إلى إحداث صنعة فيه، كبيع الحديد إلى أهل الفتنة وأمثالها، فتكره تنزيهاً. وقد تحدث - رحمه الله تعالى - عن هذه المسألة في مقالة أوردية له بأوضح مما ههنا، وإليكم ترجمتها مع تلخيص:

إن أخذنا التسبب بمعناه العام، فلن يبقى عمل مباح على وجه الأرض. فإن زراعة الحبوب الغذائية والثمار يسبب النفع لأعداء الله، وكذلك من ينسج الثياب، فإنه يهيئ لباساً للبرِّ والفاجر، وربما يستعمله الفاجر في فجوره... فلا بد إذن من الفرق بين السبب القريب والبعيد. فالسبب البعيد لا حرمة فيه.

أما السبب القريب، فهو أيضًا على قسمين:

- القسم الأول:

ما كان باعًا للإثم بمعنى كونه محرکًا له، بحيث لولا هذا السبب، لما صدرت المعصية، وإن إحداث مثل هذا السبب حرام كارتكاب المعصية سواء بسواء، وإن هذا القسم من السبب قال فيه الشاطبي في الموافقات: إن إيقاع السبب إيقاع للمسبب... وبما أن إحداث مثل هذا السبب في حكم ارتكاب المعصية بالذات، فتنسب المعصية إلى المسبب، ولا تنقطع هذه النسبة عنه بتدخل فعل فاعل مختار.

- والقسم الثاني من السبب القريب:

ما ليس بمحرك للمعصية في نفسه، بل تصدر المعصية بفعل فاعل مختار، مثل بيع عنب ممن يتخذه خمراً، أو إجارة الدار لمن يتعبد فيها للأصنام، فإن هذا البيع أو الإجارة وإن كان سببًا قريبًا للمعصية، ولكنه ليس جالبًا أو محرکًا للمعصية في نفسه... وحكم هذا النوع من السبب القريب أن البائع أو المؤجر إن قصد بذلك إعانة المشتري أو المستأجر على معصيته، فهو حرام قطعًا.

أما إذا لم يتو بذلك المعصية، فله حالتان:

الحالة الأولى: أنه لا يعلم أن المشتري يتخذ من

العصير خمراً. وفي هذه الحالة يجوز البيع بلا كراهة. والحالة الثانية: أنه يعلم أن المشتري يتخذه خمراً، فإن البيع مكروه... فإن كان المبيع يستعمل للمعصية بعينه، من غير احتياج إلى تغييره، فالكراهة تحريرية، وإلا فهي تنزيهية^(١).

خلاصة الجواب:

وخلاصة الجواب في ضوء ما قدمنا من البحث: إذا صرح عقد الإجارة بلزوم الاستعمال لغرض محرم فهذا حرام قطعاً، لأنه إعانة على المحرم، ويكون العقد نفسه متضمناً للمعصية بغض النظر عما يحدث بعد ذلك.

وأما إذا لم يصرح العقد صراحة بلزوم استعمال المحل لغرض محرم، ولكن المستأجر يستعمله على أساس فعل فاعل مختار لغرض محرم بدون التصريح به باللسان أو في العقد، فهذا لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى أن المؤجر لا يعلم أن المستأجر يستعمل المحل لغرض محرم، فهو معذور وتجاوز الإجارة بلا كراهة.

وأما إذا علم أن المستأجر يتخذه لغرض محرم، ولم

(١) جواهر الفقه (٢/٤٦٠ - ٤٦٢).

ينو المؤجر بذلك المعصية كراهة تحريرية (أما إذا احتاج في إقامة المعصية إلى إحداث صنعة من الفاعل^(١)) فهذا يعتبر سبباً بعيداً فيكِّره كراهة تنزيهية). والله سبحانه وتعالى أعلم^(٢).

كتبه العبد الضعيف والفقير إلى الله

محمد شعيب عمر

المحامي بالقضاء المدني والشرعي، جنوب أفريقيا

٨ رجب ١٤٣٢ هـ

١٠/٦/٢٠١١ م

(١) ولم ينو بذلك معصية. وأما الاختلاف بين أبي حنيفة - رحمه الله - وصاحبيه، مداره على عدم قصد الإعانة، غير أنه إذا صرح بلسانه أو بالكتابة، سقط اعتبار النية كما في سائر العقود والمعاملات، [أن التصريح باللفظ يقوم مقام النية شرعاً] وكما ذكر في المبسوط للسرخسي: ولا بأس بأن يؤاجر المسلم داراً من الذمي ليسكنها، فإن شرب فيها الخمر... لم يلحق المسلم إثم... لأنه لم يؤجرها لذلك، والمعصية في فعل المستأجر، وفعله دون قصد رب الدار. [المبسوط، كتاب الإجازات، باب الإجارة الفاسدة (٣٩/١٦) إدارة القرآن].

(٢) أرجو من كبار النحهاء ذوي الرأي تقديم رأيهم. فمن وجد خيراً فليحمد الله، ومن وجد غير ذلك فليبادر مشكوراً بإعلامي عنه، فإن الرجوع إلى الحق خير من التأييد في الباطل.

الحكم الشرعي لعقد امتياز الترخيص (FRANCHISE)

١ - المقدمة:

(١ / ١) يُعَدُّ عقد امتياز الترخيص (FRANCHISE) من العقود الهامة المستحدثة، وقد شاع استخدامه في العديد من الدول، لما يمثله هذا العقد من وسيلة نافعة لنقل المعرفة الفنية (KNOW HOW) والمساعدة التقنية وتقديم الملكية الفكرية (INTELLECTUAL PROPERTY) بأسلوب يحقق أهداف المتعاقدين.

(١ / ٢) ونظرًا لأهمية هذا الموضوع الحديث، أودُّ في هذا البحث الملخص أن أقدم التكييف الشرعي لعقود امتياز الترخيص (FRANCHISE).

(١ / ٣) تعريف عقد الفرنشايز:

قبل البدء بتعريف عقد الفرنشايز، لا بد أولاً من إيراد بعض الأمثلة التي توضح فكرة الفرنشايز.

- المثال الأول:

لنفرض أن اسمك هو (سعيد) وأنت تملك عملاً ناجحاً في صنع الجميد (اللبن المجفف)، وأطلقت عليه اسم (جميد سعيد) على هذا المشروع الناجح،

كما أطلقت اسم (وصفة سعيد الخاصة) على الوصفة الخاصة بك، وقمت بتسجيلها كعلامة تجارية، ولنفرض أنك قد قمت بالفعل بافتتاح ثلاثة محلات للقيام ببيع الجميد الخاص بك والذي أصبح معروفاً، والآن أنت ترغب في التوسع وافتتاح محال أخرى لك.

إنك تعلم أن افتتاح المحال وتشغيلها يتطلب إدارة تلك المحال بنفسك والبقاء مسيطراً على كل ما يحدث داخلها، ففي هذه الحالة، يمكنك أن تقوم بإعطاء ترخيص لمحل الجميد الخاص بك، وذلك يعني أن تسمح لشخص آخر أن يفتح محلاً في منطقة أخرى مستخدماً اسم محلك التجاري نفسه أو علامتك التجارية، أو مستخدماً خلطتك السريّة أو المعرفة الفنية الخاصّة بك، أو مستخدماً لها جميعاً. فإن الشخص الحاصل على الامتياز سيقوم بدفع رسوم لك مقابل استخدامه لكل ما سبق.

- المثال الثاني:

شبكة مطاعم (أ) أنتجت وجبة جديدة استحسناها الجمهور، وبعد انتشار هذه الوجبة واكتسابها السمعة الجيدة وبعد انتشارها وشهرتها القائمة على الدعاية والتسويق الجيدين أقبل الجمهور عليها. فإن رغبت

الشركة (أ) في تطوير حصتها في السوق ورغبتها في توسيع دائرة نشاطها دون أن يشكل ذلك عبئاً مالياً على نفقاتها الرأسمالية، فأمامها خياران:

الأول: يتمثل بقيامها بتمويل مراكز أخرى وبنائها وتشغيلها وذلك لبيع منتجاتها، وما يترتب على هذا الخيار من إمكانية فشل هذا المشروع بالإضافة إلى التكاليف الباهظة التي سيتكبدها المشروع.

وأما الخيار الثاني: فيتمثل بلجوء هذه الشركة إلى بيع الامتياز لمن يقوم بالمهمة بالنيابة عنها، بحيث يترتب على هذا الخيار فوائد تعود على كلا الطرفين.

٢ - تعريف امتياز الترخيص (DEFINITION)
والعناصر الأساسية:

يعرف الاتحاد الدولي للفرنشايز (INTERNATIONAL FRANCHISING)
ASSOCIATION) بأن هذه العملية، هي علاقة تعاقدية بين طرفين هما المانح (FRANCHISOR) والتمنوح له (FRANCHISEE) يلتزم بامتضاها المانح بنقل المعرفة الفنية (KNOW HOW) والتدريب (TRAINING) للتمنوح له (FRANCHISEE) الذي يقوم بالعمل تحت اسم

معروف، أو شكل أو إجراءات مملوك أو مسيطر عليها من قبل المانح (FRANCHISOR) وفي هذا العقد يقوم الممنوح له (FRANCHISEE) باستثمار أمواله الخاصة في العمل - محل الفرنشايز - بحيث تكون مخاطر نجاح هذه العملية عليه، ويتحملها وحده دون غيره.

٣ - هناك تعريفات أخرى حول هذا النظام، وأنها تتفق جميعاً في العناصر الأساسية على ما يلي:

(٣ / ١) إن علاقة الفرنشايز هي علاقة عقدية بين الأطراف يقوم فيها المانح (FRANCHISOR) بمنح الامتياز للممنوح له (FRANCHISEE) ليقوم بمباشرة العمل أو المشروع تحت العلامة التجارية (TRADE MARK) والسمعة التجارية التي ترتبط بمنتج المانح، مستخدماً نظام العمل الذي يزوده به المانح. وبذلك فإن الممنوح له هو مشترٍ لحق الفرنشايز مقابل عوض مالي، يعني حق تشغيل الأنظمة التي يملكها المانح وفقاً للشروط التي يُتَّفَقُ عليها في العقد.

(٣ / ٢) سيطرة المانح (FRANCHISOR) على الطريقة التي يعمل بها الممنوح له (FRANCHISEE) في العملية، والمقصود بالسيطرة هي حق المانح بالإشراف المستمر خلال مدة العقد على الأعمال التي

يقوم بها الممنوح له، والرقابة على كيفية إدارة الممنوح له المشروع الذي يتمثل موضوع العقد.

(٣/٣) يلتزم المانح بتزويد الممنوح له بكل ما يلزم لتأدية الأعمال ومساعدته في ذلك، وبالأخص تنظيم عمل الممنوح له وتدريب موظفيه... إلخ.

(٣/٤) يلتزم الممنوح له أن يدفع للمانح أتعاب الفرانشايز والعمولات المستحقة نتيجة العقد على النحو التالي:

(٣/٤/١) رسم الدخول (UPFRONT FEE) يدفع مقدماً لدى افتتاح العملية مقابل نقل المعرفة العملية والمساعدة والتدريب وتقديم جميع الامتيازات التي يستفيد منها الممنوح له. وذلك بمبلغ محدد سلفاً لدى توقيع العقد، ولا يمكن استرجاع هذا المبلغ.

(٣/٤/٢) رسم خدمات إدارية (MANAGEMENT SERVICES FEE) يدفع مقابل مساعدة مستمرة (ONGOING SUPPORT) وذلك يُستحق خلال حياة العقد وتنفيذه. وإن الممنوح له (FRANCHISEE) مُلزَمٌ بدفع نسبة مئوية من إجمالي الإيرادات شهرياً (PERCENTAGE OF FRANCHISEE'S SALES) حتى لو لم يحقق أرباحاً.

(٣/٤/٣) رسوم التسويق والترويج للمنتجات وهذا ظاهر (MARKETING LEVY).

(٣/٥) أن هذا العقد محدد المدة، ينتهي بانتهاء مدته، وذلك ما لم يتفق الطرفان في تجديد العقد، وفق الشروط المتفق عليها، أو القانون.

(٣/٦) يلتزم الممنوح له (FRANCHISEE) طوال مدة العقد بشراء السلع والبضائع والمواد بصورة حصرية من المانح أو بأي مصدر يحدده المانح، وذلك في بعض الأنواع من الفرانشايز والمتصود بهذا الشرط الحصري (PRODUCT RESTRAINT) خفض تكاليف الإنتاج (PRODUCT COST REDUCTION).

الحكم الشرعي لهذه العملية:

(٤/١) فالمسألة المطروحة أمامنا: هل عقد امتياز الترخيص (FRANCHISE) هذا عقد جديد أم عقد يدخل في العقود المسماة؟

(٤/٢) ويبدو لي أن هذا العقد في الحقيقة هو عقد الإجارة فينطبق عليه شروط الإجارة وضوابطها.

(٤/٣) وأن محل هذا العقد يشمل:

(٤/٣/١) تقديم المعرفة الفنية (KNOW HOW) من المانح إلى الممنوح له (FRANCHISEE).

(٤/٣/٢) استحقاق الممنوح له في استعمال اسم المانح (TRADE NAME) والعلامة التجارية (TRADE MARK) والشعار (LOGO) وسائر عناصر الملكية الفكرية (INTELLECTUAL PROPERTY).

(٤/٣/٣) الالتزام من طرف المانح خلال فترة العقد بالمساعدة المستمرة ونقل مجموعة المعلومات المتعلقة ببيع المنتجات أو تقديم الخدمات والتدريب بحيث يستطيع القيام بنشاطه.

(٤/٤) أما حقوق الملكية الفكرية (INTELLECTUAL PROPERTY) وإن كانت في الأصل حقاً مجرداً غير ثابت في عين ملموسة، فهي شبيهة للحق المستقر في العين. والتحق في عرف التجار بالأعيان. فينبغي أن يجوز الاعتياض عنه على وجه الإجارة. ولا شك كما ذكر العلامة ابن عابدين - رحمه الله - أن للعرف العام مجالاً في إدراج بعض الأشياء بصفة المال: «والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم، والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعاً»^(١).

(١) رد المحتار (٣/٤)، انظر للتفصيل في بحث قيم بعنوان بيع الحقوق المجردة، للعلامة محمد تقي العثاقني، التي قدمها لمجمع الفقه الإسلامي بحوث، المجلد الأول (ص ٧٤ - ١٢٤).

(٤/٥) قد أصدر مجمع الفقه الإسلامي الدولي قراراً في موضوع الحقوق المعنوية، وأكد فيها بأن هذه الحقوق أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة بتمول الناس لها، ويجوز التصرف بها بعوض مالي، وهذه الحقوق مصنوعة شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها^(١).

(٤/٦) أمّا رسم الدخول (UPFRONT FEE) لا مانع منه شرعاً، باعتبار أنها مبلغ مقابل لنقل المعرفة العملية، كما ذكرت.

(٤/٧) أمّا رسم الخدمات الإدارية (MANAGEMENT SERVICES FEE) التي ترتبط بنسبة معينة من إجمالي المبيعات (FIXED PERCENTAGE OF SALES) ولا يستطيع تحديد مقدار ما يعطي وقت العقد. والأجرة يجب أن تكون معلومة عند العقد. وهنا تعلقت الأجرة بإجمالي المبيعات (TURNOVER) بحيث تزيد زيادته وتنقص بنقصانه، فإن ذلك أجرة مجهولة عند إبرام العقد. هل هذه الجهالة تفسد هذا العقد؟

(٤/٨) والجواب على ذلك: أن كثيراً من الفقهاء أجازوا تحديد أجرة السمسار بالنسبة المئوية من ثمن

(١) قرار رقم (٤٣) (٥/٥) ديسمبر (١٩٨٨م).

المبيع. ويقول العلامة ابن قدامة - رحمه الله -: « ويجوز أن يستأجر سمسارًا يشتري له ثيابًا..... فجعل له من كل ألف درهم شيئًا معلومًا صح أيضًا »^(١).

إذا دفع إلى رجل ثوبًا وقال: بهه بكذا فما ازددت فهو لك صح، نص عليه أحمد في رواية أحمد ابن سعيد. وروي ذلك عن ابن عباس وبه قال ابن سيرين وإسحاق...^(٢).

(٤/٩) وكذلك أفتى المتأخرون من الحنفية، عن أجره السمسار (بأن في كل عشرة دنانير كذا) لكثرة التعامل ولحاجة الناس إليه^(٣).

(٤/١٠) وقياسًا على هذا أرى جواز ربط الأجرة بنسبة معينة من إجمالي المبيعات (TURNOVER) على أساس العرف العام لكونه لا يفضي إلى النزاع، وانتفت العلة بالتعامل في بعض الجزئيات كما علل به ابن عابدين - رحمه الله -^(٤)

(٤/١١) وأما ما يتعلّق بالشرط الحصري

(١) كتاب الإجارة (٤١٩٧).

(٢) كتاب الإجارة (٤٢٣٧).

(٣) رد المحتار (٦/٦٣٦).

(٤) رسائل ابن عابدين (١١٨/٢).

(PRODUCT RESTRAINT) لا مانع شرعًا، لأنه لا يناقض مقتضى العقد، ولا يُجَلُّ بالثمن بأن يزيده أو ينقصه إلى قدر غير معلوم، وأجازته المالكية إذا كانت فيها مصلحة لأحد المتعاقدين، فضلًا عن المصالح المشتركة والله سبحانه وتعالى أعلم^(١).

كتبه العبد الضعيف والفقير إلى الله

محمد شعيب عمر

المحامي بالقضاء المدني والشرعي، جنوب أفريقيا

٢٠١٢/٦/٤م

(١) أرجو من كبار الفقهاء ذوي الرأي تقديم رأيهم. فمن وجد خيرًا فليحمد الله، ومن وجد غير ذلك فليبادر مشكورًا بإعلامي عنه، فإن الرجوع إلى الحق خيرٌ من التنادي في الباطل.

التكييف الفقهي لعملية التكافل على أساس الوقف

١ - المقدمة:

الظاهر أن بعض الباحثين الذين اقترحوا قيام التأمين على أساس التبرع والتعاون، يرون أن العلة المانعة من التأمين التجاري التقليدي (CONVENTIONAL INSURANCE) هي الغرر فقط. وهو ما اعتمده قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وهذا نصه: « أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد. ولذا فهو حرام شرعاً » قرار رقم (٢/٩/٩).

٢ - الفروق الأساسية بين شركة التأمين التجارية وشركة التأمين التعاونية:

(٢/١) الفرق الأساسي، هو أن في التأمين التجاري يسعى مؤسسو الشركة إلى تحقيق ربح من الفائض (SURPLUS) الذي تحقته الشركة من قسط التأمين. أما في التأمين التعاوني، فإن هذا الفائض ليس حقاً للمؤسسين. وإنما هو حق للمشاركين جميعاً يحتفظ به كله أو بعضه كاحتياطي (RESERVE) ويوزع ما زاد عن

الاحتياطي على المشاركين.

(٢/٢) والصحيح أن الغرر موجود في التأمين الإسلامي، القائم على التعاون والتبرع، وليس على أساس المعاوضة، ولكن الغرر عند المالكية يفسد عقود المعاوضات وحدها، ولا يفسد عقود التبرعات، ولأن الحديث نهى عن بيع الغرر، لما قد يترتب عليه من أكل أحد المتعاقدين مال الآخر بالباطل، وهذا متحقق في عقود المعاوضات، وغير متحقق في عقود التبرعات، ولا يؤدي إلى النزاع والخصومات^(١). ولأن التبرعات يجوز فيها التعليق والتقييد بالشروط عند جمهور الفقهاء.

(٢/٣) ومن الشواهد للتعاون والتكافل، وهو تكافل الأشعرين في السفر والحضر. وواضح أن بعضهم يقدم القليل ويحصل على الكثير بالنسبة لما قدمه، فدل ذلك بوضوح أن قصد التعاون والبر يعتفّر معه ما لا يغتفّر في المعاملات^(٢).

(١) يراجع: الشيخ الصديق الضير، كتابه القيم عن الغرر وأثره في العقود، سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية (ص ٥٨٥، ٥٨٦).
(٢) صحيح البخاري، كتاب الشركات (٣٤٨٦)، وصحيح مسلم، باب فضائل الصحابة (٢٥٠٠).

وبعد هذا التعليق أنتقل إلى تأصيل التأمين التكافلي على صيغة الوقف. فإن الوقف صيغة أصيلة في الفقه الإسلامي، مبني على أساس التعاون، وأنشئ لمباشرة الأعمال الخيرية، وله شخصية اعتبارية مستقلة في كل من الشريعة والقانون، ويجوز فيه من الشروط ما لا يجوز في غيره، وأن الوقف يصلح لثبوت الحقوق له وعليه. فلو استدان الناظر على الوقف لا يكون ذلك ديناً على الناظر، وإذا تأخر المستفيد من الوقف في أداء ما عليه كان مديناً للوقف لا للناظر. وتأصيل التأمين التكافلي على أساس الوقف، هو الصيغة التي اختارها أستاذي العلامة القاضي فضيلة الشيخ محمد تقي العثماني حفظه الله.

٣ - تطبيق التأمين الإسلامي على أساس الوقف:

(٣/١) تقوم الشركة بإنشاء محفظة (PORTFOLIO) للوقف، وتعزل جزءاً معلوماً من رأس مالها يكون وفقاً مؤبداً لأغراض الوقف. وإن هذه المحفظة هي التي تقوم بدفع التعويضات إلى المشتركين حسب لوائح الوقف. ويكون ذلك من باب وقف النقود، وهو قول محمد بن عبد الله الأنصاري، صاحب الإمام زفر واختاره ابن تيمية^(١).

(١) فتح القدير (٩/٦).

(٣/٢) إن محفظة الوقف شخصية اعتبارية (JURISTIC PERSON) يصح أن تملك الأقساط وتستثمرها، وتدفع التعويضات، حسب شروط الوقف.

(٣/٣) إن الراغبين في التأمين الإسلامي يشتركون في عضوية الوقف بالتبرع إليه حسب شروط الوقف.

(٣/٤) ما يتبرع به المشترك، يخرج من ملكه ويدخل في ملك الوقف لأن التبرع له. وبما أن ما يتبرع به للوقف ليس وقفاً، وإنما هو مملوك للوقف، يصرف لأغراض الوقف وللموقوف عليهم.

وجاء في الفتاوى الهندية:

رجل أعطى درهماً في عمارة المسجد أو نفقة المسجد أو مصالح المسجد صح؛ لأنه وإن كان لا يمكن تصحيحه وفقاً يمكن تصحيحه تملكاً بالهبة للمسجد، فأثبت الملك للمسجد على هذا الوجه صحيح، فيتم بالقبض. (كتاب الوقف).

(٣/٥) تنص اللوائح أو وثائق الوقف على شروط استحقاق التعويض، والتزامات المشترك، وعلى أن الشركة وكيله في إدارة المحفظة للتأمين، ومضاربة أو وكيله في استثمار موجودات الوقف، (غير النقود الموقوفة).

(٣/٦) إن التعويضات المدفوعة من محفظة التأمين

للوقف، ليست عوضاً عما تبرعوا به، وإنما هي عطاء مستقل من صندوق الوقف لدخول المشتركين في جملة الموقوف عليهم حسب شروط الوقف، فلا تتحول به العلاقة إلى معاوضة، وبما أن الواقف يجوز له الانتفاع بوقفه إن كان داخلاً في جملة الموقوف عليهم.

(٣/٧) بما أن الوقف مالك لجميع موجوداته، وأن الفائض التأميني جزءاً منها، ويتم التصرف فيه حسبما ينص عليه في اللوائح. فيجوز أن يخصص كل الفائض أو جزءاً منه كاحتياطي، لما قد يحدث من النقص في السنوات المقبلة، أو يوزع ما تبقى من الفائض على المشتركين بنسبة أقساطهم. ويجوز أن يصرف جزءاً منه في وجوه الخير، على أن لا تستحق الشركة المدبرة شيئاً من ذلك الفائض.

(٣/٨) يجب أن ينص في اللوائح، بصرف جميع المبالغ الباقية فيه، بعد المصروفات، إلى وجه غير منقطع من وجوه الخير عند تصفية المحفظة (WINDING UP)^(١).

(٣/٩) إن الشركة التي تقوم بإدارة عمليات الصندوق، من إعداد وثائق التأمين، وجمع الاشتراكات

(١) المغني لابن قدامة (٦/٢١٤).

ودفع التعويضات وغيرها من الأعمال الفنية، وهي تستحق لقاء هذه الخدمات أجرة معلومة ينص عليها في العقد المناسب بين الشركة وبين الوقف.

(٣/١٠) وأما استثمار أموال المحفظة، فيمكن أن تقوم به الشركة على أساس الوكالة بأجر، أو كمضارب فتستحق بذلك جزءاً مشاعاً من الأرباح الحاصلة بالاستثمار. ولا تضمن إلا بالتعددي، أو التقصير، أو مخالفة الشروط.

(٣/١١) تتحمل الشركة المصروفات الخاصة بتأسيس الشركة وجميع المصروفات التي تخصها.

٤ - وإن المجلس الشرعي للمؤسسات المالية الإسلامية (AOOFI) قد اتخذ المعيار الشرعي رقم (٢٦) حول التأمين الإسلامي، وبنى التكييف الشرعي للتأمين الإسلامي على أساس الالتزام بالتبرع من المشتركين لمصلحتهم. فلا مانع من أن يكون عندنا تأصيلان تأخذ كل شركة بأيهما شاءت.. واللّه سبحانه وتعالى أعلم.

كتبه العبد الضعيف والفقير إلى الله

محمد شعيب عمر

المحامي بالفقهاء المدني والشرعي، جنوب أفريقيا

٢٠١١/١٢/١١ م

المفتي محمد تقي العثماني
رئيس المجلس الشرعي للبحرين
وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي
ونائب رئيس جامعة دار العلوم
كراتشي بباكستان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على
رسوله الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل
من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

إلى كل من يهمه:

إني أعرف فضيلة الشيخ محمد شعيب عمر - حفظه
الله تعالى - منذ أكثر من ثلاثين سنة، ووجدته حريصاً
على طلب العلم منذ نشأته، تخرج أولاً من كلية الحقوق،
واشتغل محامياً معروفاً في جنوب أفريقيا، ثم إن حرصه
الشديد على طلب العلوم الإسلامية جعله يسافر من أجل
تحصيل العلوم الدينية والعربية من مشايخ موثوقين في
باكستان، وإني أعتز بأني ساعدته في دراسة الفقه لمدة
سنتين أو أكثر، ووجدته سريع الفهم مكباً دائماً على
مطالعة الكتب الفقهية على المذاهب الأربعة، ومقارنة
الفقه بالقوانين الوضعية، وخاصة في المسائل المستجدة

التي حدثت في عصرنا الأخير، فإنه يتابع كل ما كُتِبَ
أو يُكْتَب في هذه المسائل من قبل العلماء المعاصرين،
وخاصة البحوث التي قدمت من قبل المجمع الفقهي
والندوات العلمية، والقرارات التي أصدرت منها، وإنه
كتب عدة بحوث في مثل هذه المسائل باللغتين العربية
والإنجليزية، وهو من مقدمة مَنْ ساهم في صياغة
قانون الأحوال الشخصية في جنوب أفريقيا فتفد هناك،
واعتمد عليه في ذلك معظم علماء بلاده، وله سيرة
حسنة، ولا أزكي على الله أحداً، أرجو الله ﷻ أن يوفقه
لصالح الأمة الإسلامية حسبما يحبه الله ويرضاه.

محمد تقي العثماني

أخوكم

محمد تقي العثماني

* * *

نبذة عن المؤلف

الإسم الكامل: محمد شعيب عمر.

العمر: (٥٥) سنة.

الحالة الاجتماعية: متزوج وله ثلاث بنات.

المؤهلات العلمية:

١ - الإجازة العالية في الحقوق المدنية في جامعة درين - جنوب أفريقيا.

٢ - شهادة في الشريعة الإسلامية والعربية في دار العلوم كراتشي لدى أستاذه الجليل / مفتي محمد التقي العثماني / نائب رئيس المجمع الفقهي الإسلامي الدولي ورئيس المجلس الشرعي في هيئة المحاسبة العامة للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية. وهو من التلاميذ الذين لهم مكانة خاصة لدى مفتي محمد التقي العثماني. وقد كان له مع شيخه دروس خاصة في أصول الفقه.

٣ - متخصص في فقه المعاملات والأحوال الشخصية، وكذلك هو متخصص في مجال الفقه المقارن بين القانون الشرعي والوضعي لمدة خمس وعشرين سنة. ومن أهم أعماله العلمية ما يلي:

- مؤلفات في فقه الزكاة والميراث والطلاق والتمويل الإسلامي والتكافل الإسلامي وغير ذلك.

- بحوث في قضايا معاصرة بالعربية.

- المصرف الإسلامي واستثماره.

٤ - عضو في عديد من الهيئات الشرعية محلية وخارجية لما فيها البركة جنوب إفريقيا كعضو للهيئة الشرعية.

٥ - كتب القانون المقترح لتطبيق الأحوال الشخصية للمسلمين في جنوب أفريقيا، وهو تحت دراسة عند وزارة العدل.