التكييف الفقهي وأثره في اختلاف الفقهاء

بقلم
حسين ماني سعادة (*)

ملخص

البحث يُعرِّفُ بالتّكييف الفقهي، باعتباره أحدَ أسباب اختلاف الفقهاء قديماً وحديثاً، مبرزاً أهميته ومسالكه، وأثره في الاختلاف داخل المذهب الواحد، كاختلاف فقهاء المذهب المالكي في التّكييف الفقهي لكراء السُّفن، وأثره أيضاً في اختلاف المذاهب الفقهيّة كاختلافهم في التّكييف الفقهي لمن أكل أو شرب عامداً في نهار رمضان، وكذلك أثره في اختلاف الفقهاء المعاصرين كاختلافهم في التّكييف الفقهي لخطاب الضّمان.

الكلمات المفتاحية: التكييف – الاختلاف – الفقه – المذاهب – البحث.

مقدّمة

يتفرّدُ الفقه الإسلامي بخصائص ومميِّزات جعلته نسيجاً وحده بين قوانين العالم، فهو يتميّزُ في مصادره، وأسسه، وأهدافه، واتجاهاته، ووسائله[1].

ومن مزايا الفقه الإسلامي خصوبته ومرونته، ففيه مساحة للمجتهدين في إعمال عقولهم في فهم النُّصوص، ضمن ضوابط وقواعد، وضعها علماءُ أصول الفقه.

فطبيعة النُّصوص الشّرعيّة تسمح بالاجتهاد الفقهي، ذلك أن أحكام الشّريعة فيها المنصوص عليه والمسكوت عنه، والمنصوص عليه فيه المحكم والمتشابه، والقطعي والظنِّي،

(*) قسم الشريعة - جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة.
Saadahouseine@yahoo.com

والصّريح والمؤول، لتعمل العقول في الاجتهاد والاستنباط، فيما يقبل الاجتهاد والاستنباط.

كما أنّ طبيعة اللُّغة العربيّة التي نزلت بها النُّصوص الشّرعيّة تسمح بالاجتهاد الفقهي، ففي النُّصوص الشّرعيّة نجد المشترك اللّفظي الذي يحتمل أكثر من معنى، ونجد فيها الحقيقة والمجاز، وفيها ما يدلُّ بالمنطوق، وما يدلُّ بالمفهوم، وفيها المطلق والمقيد، والعام والخاص، في كلٍّ منه ما دلالته قاطعة، وما دلالته محتملة، أو راجحة أو مرجوحة.

كما أنّ عقول المجتهدين تتفاوت، وطبائعهم تتمايز، فمنهم من يميل إلى التّشديد، ومنهم من يميل إلى التّيسير[2].

كلُّ هذا يجعل الاختلاف الفقهي حقيقة شرعيّة وواقعية، لا مناص من الإقرار بها، كما يُعدُّ معرفة أسباب اختلاف الفقهاء أمراً مهمّاً للمشتغلين بالفقه، المتصدِّين للفتوى، خاصّة ممّن بلغ درجة الاجتهاد، أو رام الوصول إليه[3].

والنّظرُ في أسباب اختلاف الفقهاء مردُّ بعضه إلى اختلافهم في التّكييف الفقهي للوقائع والقضايا.

فما المقصود بالتّكييف الفقهي؟ وهل يُعدُّ سبباً في الاختلاف داخل المذهب الواحد أم لا؟ وما هو أثره في اختلاف الفقهاء قديماً وحديثاً؟

هذا ما يحاولُ الباحث الإجابة عنه، وفق الخطّة الآتية:

مقدّمة

المطلب الأوّل: مضمونُ التّكييف الفقهي

الفرع الأوّل: تعريفُ التّكييف الفقهي

الفرع الثّاني: أهميةُ التّكييف الفقهي

الفرع الثّالث: مسالك التّكييف الفقهي

المطلب الثّاني: التّكييفُ الفقهي وأثره في الاختلاف داخل المذهب الواحد

الفرع الأوّل: التّكييفُ الفقهي للقِسْمَة

الفرع الثّاني: التّكييفُ الفقهي للتّصيير

الفرع الثّالث: التّكييفُ الفقهي لِكراء السُّفن

المطلب الثّالث: التّكييفُ الفقهي وأثره في الاختلاف بين المذاهب الفقهيّة

الفرع الأوّل: التّكييفُ الفقهي لمسألة من أكل أو شرب عامداً في نهار رمضان

الفرع الثّاني: التّكييفُ الفقهي لمسألة إحصار الحاج بغير العدوّ

المطلب الرّابع: التّكييف الفقهي وأثره في الاختلاف في المسائل المعاصرة

الفرع الأوّل: التّكييفُ الفقهي لعقد الصِّيانة للأعيان المؤجّرة

الفرع الثّاني: التّكييفُ الفقهي لخطاب الضّمان

الفرع الثّالث: مسألة الإلزام بالأعمال التّطوعيّة في العقوبة التّعزيريّة

الخاتمة ونتائج البحث

مصادر ومراجع البحث

المطلب الأوّل

مضمونُ التّكييف الفقهي

الفرع الأوّل: تعريفُ التّكييف الفقهي

أ- التّكييفُ في اللُّغة:

(**الكَيْفُ**) يأتي في اللُّغة بمعنى: القطْعُ، ومنه: كَيَّفَ الأَديمَ تَكْيِيفاً: إذا قَطَعه، وكَيَّفته بالسّيف: قطعته[4].

قال سحيم بن وثيل[5]:

لَكيّفته بالسَّيْفِ أو لاضْطَرَرْتهُ ** إلى عارض من آل سعْدٍ عَرمْوَمِ

وقيل شعراً أيضاً[6]:

وكسرى إذ تَكَيَّفه بنوه ** بأسياف، كما اقتسم اللحام

و(**الكِيفَةُ**): قِطْعَة من الشَّيءِ[7].

ويأتي (**الكَيْفُ**) في اللُّغة بمعنى: تصوُّر الشّيء وكتابته، يُقال: كَيَّفْتُ كيف، أي: صورته وكتبته[8].

و(**كَيْفَ**): حرف أداة، ونصبوا الفاء، فراراً من الياء السّاكنة لئلا يلتقي ساكنان، يُستفهم بها عن حال الشّيء وصفته، يقال: كيف زيد؟ ويراد السّؤال عن صحته، وسقمه، وعسره،

ويسره، وغير ذلك، وتأتي للتّعجب، والتّوبيخ، والإنكار، وقد تتضمّن معنى النّفي[9].

نخلصُ من هذا النّقل أنّ مادة (كَيْفَ) تدور بين ثلاثة معاني، وهي: القطع، وتصوُّر الشيء وكتابته، والاستفهام عن حال الشّيء وصفته.

والمعنى الثّاني هو أقرب المعاني للتّعريف الاصطلاحي للتّكييف، من حيث حاجةُ التّكييف إلى التّصوُّر، وهو الإدراك الذِّهني للمسألة أو النّازلة.

ب- التّكييفُ الفقهي في الاصطلاح:

تناول المتكلِّمون التّكييفَ كمصطلح عقدي، حيث عرّفوه بأنّه: (عبارة عن هيئة قارة للجوهر، لا يوجب تعلُّقُها تعقل أمر خارج عنها، وعن حاملها، ولا يوجب قسمةً ولا نسبةً في أجزائها، وأجزاء حاملها)[10].

أمّا في الاصطلاح الفقهي فلم يرد في كلام الفقهاء المتقدِّمين، ولكن ورد معناه بألفاظ أخرى، مثل: حقيقة الشّيء، وماهيته، وطبيعته، والتّخريج[11].

وقد شاع استعماله عند الفقهاء والباحثين المعاصرين، ومن التّعريفات التي عُرِّف بها ما يأتي:

عرّفه الدُّكتور القلعجي بقوله: (التّكييف الفقهي للمسألة: تحريرها، وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر)[12].

وعرّفه الدُّكتور الجيزاني بقوله: (تصنيف المسألة تحت ما يناسبها من النّظر الفقهي)، كما عرّفه بقوله: (ردُّ المسألة إلى أصل من الأصول الشّرعيّة)[13].

وعرّفه الدُّكتور عبد القادر جدي بقوله: (إلحاق الصُّورة المسؤول عنها بما يناسبها من أبواب الفقه ومسائله)[14].

والتّعريفات الثّلاثة أهملت قيداً مهمّاً، وهو أن يكون تصنيف المسألة تحت ما يناسبها من النّظر الفقهي بعد وقوع عملية التّصوّر الكامل للمسألة الفقهيّة.

وهذا القيد استدركه الدُّكتور مسفر القحطاني في تعريفه للتّكييف الفقهي، فقد عرّفه بقوله: (التّصوُّر الكامل للمسألة وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه)[15].

وهذا التّعريف جيّد إلا أنّه يؤخذ عليه إدخاله التّصوُّر ضمن ماهية التّكييف، في حين أنّ

التّصوُّر مرحلة مستقلّة تسبق عملية التّكييف، وعليه يمكن أن نُعدِّل في التّعريف فيكون كالآتي: (تحرير الأصل الذي تنتمي إليه الواقعة بعد التّصوُّر الكامل لها).

الفرع الثّاني: أهميةُ التّكييف الفقهي

يكتسي التّكييف الفقهي أهميّة بالغة خاصة أثناء النظر في حكم المسائل المستجدة، حيث تداخلت فيها المعاملات والقضايا بصورة لم تكن من قبل، ويمكن حصر أهمية التّكييف الفقهي في النُّقط الآتية(16):

أولاً- التّكييف الفقهي مرحلة مهمّة في العمليّة الاجتهاديّة؛ نتيجة لدوره الكبير في صحّة الحكم على المسائل، وسلامة الاجتهاد فيها.

ثانياً- التّكييف الفقهي ذو أهميّة كبيرة في الحكم على المسائل المستجدّة؛ نتيجةَ تعقيدها وتشابكها، وعدم وجود سوابق فقهيّة لها.

ثالثاً- يُسهم التّكييف الفقهي في الوقوف على مدارك العلماء الفقهيّة من جهة، والتّقريب في الاجتهادات الفقهيّة من جهة ثانية، ممّا يساعد على تحجيم الخلاف.

الفرع الثّالث: مسالك التّكييف الفقهي

التّكييف الفقهي ليس عملا معزولا عن النُّصوص، أو قواعد الشّريعة، أو اجتهادات الفقهاء السّابقين، بل يستند للنَّصِّ حيثما وُجِد النَّصُّ، كما يستند لقواعد الشّريعة إن عُدِم النّصُّ الخاصُّ، كما يستهدي المجتهد بالتُّراث الفقهي في تكييف الحوادث والوقائع المستجدة فقهيا ليصل بعدها إلى الحكم الشرعي، وفيما يأتي بيان لأهمِّ مسالك التّكييف الفقهي(17):

أولاً- التّكييف استناداً إلى النصوص:

التّكييف استناداً إلى النُّصوص يتوقّف على معرفة ثبوت النّصِّ، ومعرفة مراد اللّفظ وتفسيره؛ وذلك إمّا بدلالة المفهوم أو الإيماء أو الإشارة.. أو الإجماع أو القياس.

ومن الأمثلة على ذلك: أنّ الحيوان إذا زهقت روحه بالصّعق قبل ذبحه ونحره فإنّه ميتة يحرم أكله لعموم قوله تعالى: ﴿**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ**﴾ [المائدة: 3].

ثانياً- التّكييف بالتّخريج الفقهي:

التّكييف بالتّخريج الفقهي خاص بالمجتهد المقيد أو مجتهد التّخريج، فعندما يفقد المفتي

نصّاً لإمامه في الواقعة أو النازلة، أو لا يجد لها حكماً منصوصاً عند الفقهاء أو القضاة، فإنّه يلجأ إلى التّخريج على نصوص إمامه، بإلحاقها بما يشبهها في الحكم عند اتفاقهما في علّة ذلك الحكم عند المخرِّج.

وفي التّخريج استفادة من الثّروة الفقهيّة السّابقة، والفتاوى القديمة لا يمكن طرحها بالكليّة، بل إنّه عند التّأمل نستطيع أن نعثر على فروع ومسائل تشبه بالنّوع تلك التي يطرحها الواقع المعاصر ودلالتها عليها دلالة تضمّن، أو التزام بوجه من الوجوه[18].

ومن الأمثلة على ذلك: ما يسمّى بالبوفيه المفتوح، أو الإطعام حتّى الإشباع؛ إذ يمكن إلحاقه بالحمّامات التي وقع الإجماع على جوازها من باب الاستحسان؛ فإنّ من يدخل هذه الحمّامات يتفاوتون في استهلاك الماء، مع كون الأجرة مقدرة للجميع[19].

ثالثاً- التّكييف بالتّخريج على القواعد الفقهيّة:

راعى كثير من الفقهاء هذه القواعد الفقهيّة، واحتجّوا بها في فتاويهم، وخرّجوا عليها إجاباتهم واعتراضاتهم.

يقول السُّيوطي (ت 911هـ): (اعلم أنّ فنَّ الأشباه والنّظائر فنٌّ عظيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه، ومآخذه وأسراره، ويتمهَّر في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتّخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممرِّ الزّمان، ولهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النّظائر)[20].

ومن الأمثلة على ذلك: مشروعيّة السّعي فوق سطح المسعى، عملاً بالقاعدة الفقهيّة: (الهواء يأخذ حكم القرار).

ومعنى القاعدة: أنّ من ملك الأرض ملكاً شرعيّاً صحيحاً، فإنّه يملك معها هواءها، أو فراغها، أو فضاءها الذي فوقها إلى عنان السّماء[21].

وفي كتاب المغني لابن قدامة المقدسي (ت: 620هـ): (وإن صلّى على سطح الحُشِّ، أو الحمام، أو عطن الإبل أو غيرها، فذكر القاضي أنّ حكمه – أي حكم السُّطوح- حكم المصلِّي فيها؛ لأنّ الهواء تابع للقرار، فيثبت فيه حكمه، ولذلك لو حلف لا يدخل داراً، فدخل سطحها، حنث، ولو خرج المعتكف إلى سطح المسجد كان له ذلك؛ لأنّ حكمه حكم

المسجد)[22].

رابعاً- التّكييف تحقيقاً للمصالح وسدّاً للذّرائع:

تُكيّف أكثر النّوازل في هذا الزّمن على المصلحة المرسلة؛ فكلُّ ما فيه جلب نفع، أو دفع ضرر، فهو مصلحة معتبرة، يؤيِّدها الشّرع، كما أن أصل سدِّ الذرائع ليؤكد أصل المصالح المرسلة، ويوثّقه ويشدّ أزره؛ لأنّه يمنع الوسائل المفضية إلى الفساد، وهو وجه أكيد من وجوه المصلحة[23].

ومن الأمثلة على ذلك[24]:

أ- الحكم بجواز زراعة الأعضاء؛ طلباً لمصلحة المريض المستفيد، وحفظاً لحياته، والحكم بمنعها حفظاً لحقِّ المريض المتبرع أو من في حكمه، وصيانة لحرمته.

ب- القول بمشروعيّة الفحص الطِّبي قبل الزّواج ندباً أو وجوباً؛ لما يترتّب عليه من درء لمفسدة انتشار بعض الأمراض الوراثيّة في الأولاد.

المطلب الثّاني: التّكييف الفقهي وأثره في الاختلاف داخل المذهب الواحد

الاختلاف الفقهي ليس قاصراً على الاختلاف بين المذاهب الفقهيّة، بل نجده داخل المذهب الواحد، إذ نجد في كثير من المسائل اختلاف أئمة المذهب فيها، ويُعدُّ التّكييف الفقهي واحداً من الأسباب لتعدّد الأقوال داخل المذهب الواحد، وسأقتصر في هذا المطلب على التّكييف الفقهي وأثره في الاختلاف داخل المذهب المالكي.

الفرع الأوّل: التّكييف الفقهي للقِسْمَة

أ- **تعريف القِسْمَةُ**:

عرّف ابن عرفة (ت: 803هـ) القِسْمَةَ بقوله: (تصيير مشاع من مَمْلُوكِ مَالِكَيْنِ مُعَيَّناً، ولو باختصاصِ تصرُّف فيه بقُرْعة أو تراض)[25].

ب- اختلاف المالكيّة في التّكييف الفقهي للقِسْمَة:

اختلف فقهاء المالكيّة في التّكييف الفقهي للقِسْمَة على قولين[26]:

القول الأوّل: القِسْمَةُ بيعٌ من البيوع، وهو نصُّ الإمام مالك في المدوّنة.

القول الثّاني: القِسْمَةُ تمييزُ حقٍّ، وإليه ذهب سحنون.

قال القاضي عياض (ت: 544هـ): (إنّها تمييز حقٍّ على الصّحيح من مذهبنا، وأقوال أئمتنا، وإن كان أطلق عليها مالك أنّها بيع، واضطرب فيها رأي ابن القاسم وسحنون)[27].

وذكر اللّخمي (ت: 478هـ) وخليل (ت: 776هـ) وغيرهما أنّ هذا الخلاف واقع في قسمة القرعة دون قسمة التّراضي، لأنّ قسمة التّراضي لم يختلف أنّها بيع[28].

وقال ابن رشد الجد (ت: 520هـ) في توجيه الخلاف في قسمة القرعة بقوله: (ووجه قول من قال: إنّها بيع من البيوع، هو أنّ كلّ واحد من المتقاسمَين عاوض صاحبه في حصّته بحصّته، فملك حصّة صاحبه من الجزء الذي صار إليه بحصّته من الجزء الذي خرج عنه، وهذه معاوضة محضة، والمعاوضة مبايعة.

ووجه قول من قال: إنّها تمييز حقٍّ، أنّها غير موقوفة على اختيار المتقاسمين بل قد تجوز فيها المخاطرة بالقرعة، وذلك ينافي البيع، فثبت أنّها لتمييز الحقِّ)[29].

الفرع الثّاني: التّكييف الفقهي للتّصيير

أ- تعريف التّصيير:

عرّفه التُّسولي (ت: 1258هـ) بقوله: (دفع شيء معيّن ولو عقاراً في دَين سابق)[30].

ب- اختلاف المالكيّة في التّكييف الفقهي للتّصيير:

اختلف فقهاء المالكيّة في التّكييف الفقهي للتّصيير على قولين:

القول الأوّل: التّصيير من ناحية البيوع، إلا أنّه يفتقر إلى إنجاز التّقابض، فإن تأخّر دخله الكالئ بالكالئ، بهذا القول أفتى ابن عتّاب، وابن القطّان، وابن مالك[31].

القول الثّاني: التّصيير كالصّدقة والهبة، وبه قال أبو عمران الفاسي[32].

ومن آثار هذا الخلاف: هل التّصيير يحتاج إلى حيازة وإخلاء أم لا؟

فعلى القول الأوّل لا يحتاج لذلك، وعلى القول الثّاني يحتاج إلى حيازة وإخلاء.

الفرع الثّالث: التّكييف الفقهي لِكراء السُّفن

أ- تعريف الكِراء:

عرّف ابن عرفة (ت: 803هـ) كراء السُّفن بأنّه: (بيع منفعة ما أمكن نقله من جارية السُّفن ببحر)[33].

وقال الرصّاع (ت: 894هـ) في شرحه للتّعريف: ("وما أمكن نقله" أخرج به كراء الدور والأرضين، وفي "جارية السُّفن ببحر" أخرج به الرواحل وإجارة العقلاء، والجارية هي: السفينة)[34].

ب- اختلاف المالكيّة في التّكييف الفقهي لِكراء السُّفن:

اختلف فقهاء المالكيّة في التّكييف الفقهي لكراء السُّفن على قولين[35]:

القول الأوّل: تكييف عقد كراء السفن بأنّه جعالة، إذا ما تمّ الاتِّفاق بين صاحب السّفينة وصاحب البضاعة على: إن بلّغه محلَّ كذا فله كذا من النُّقود.

القول الثّاني: تكييف عقد كراء السُّفن على أنّه إجارة، إذا ما تمّ الاتِّفاق على أجرة معلومة على أن يبلغه المحل.

فخلاف المالكيّة في تكييف عقد كراء السُّفن يتردّد بين الإجارة والجعالة، ويترتّب على هذا الخلاف في حكم ما إذا سرق اللُّصوص السّفينة المحمول عليها البضائع قبل أن تصل إلى المحلِّ، فقد أفتى أبو عمران الفاسي بأنّ الكراء غير لازم؛ لأنّ العقد هنا عقد جعالة، ولا يلزم الجعل إلا ببلوغ المحلِّ المتّفق عليه. وأفتى بعض المالكيّة بأنّ لصاحب السّفينة أجرة ما مضى؛ لأنّ العقد هنا عقد إجارة، والأجرة تثبت شيئاً فشيئاً[36].

المطلب الثّالث

التّكييف الفقهي وأثره في الاختلاف بين المذاهب الفقهيّة

الفرع الأوّل: التّكييف الفقهي لمسألة من أكل أو شرب عامداً في نهار رمضان

اختلفت المذاهب الفقهيّة في التّكييف الفقهي لمسألة من أكل أو شرب عامداً في نهار رمضان هل يلحق بالجماع في وجوب الكفّارة أم لا؟ على قولين:

القول الأوّل: الأكل أو الشُّرب المتعمّد في نهار رمضان ملحق بالجماع، فتجب به الكفّارة؛ بجامع أنّهما هتكٌ لحرمة الصِّيام، لأنّ الصّوم عبادة كفٌّ عن قضاء وطر الشّهوة، والشّهوة شهوتان: شهوة بطن وشهوة فرج، فمن أفطر بواحدة منهما، فقد هتك حرمة الصّوم وفوّت ركنه عن محلِّ فعله، فوجبت عليه الكفّارة مع القضاء.

ذهب إلى هذا القول الحنفيّة، والمالكيّة، والشّافعيّة في قول[37].

القول الثّاني: الأكل أو الشُّرب المتعمّد في نهار رمضان غير ملحق بالجماع، فلا كفّارة فيه؛ لأنّ العلّة في الجماع قاصرة، لا تتعدى إلى غيرها إلا بنص.

ذهب إلى هذا القول الحنابلة، والشّافعيّة في قول(38).

يقول محمّد عثمان شبير: (إنّ جمهور الفقهاء كيّفوا الأكل والشُّرب عامداً بالجماع في نهار رمضان، فألحقوا حكم الجماع بالأكل والشُّرب؛ لأنّ واقعة الجماع معقولة المعنى، وهو الإخلال بشهر رمضان، فيتعدّى إلى غيرها، في حين ذهب الحنابلة إلى أنّ الواقعة غير معقولة المعنى، والعلّة قاصرة على الجماع فلا تتعدّى إلى غيره)(39).

الفرع الثّاني: التّكييف الفقهي لمسألة إحصار الحاج بغير العدو

اتّفق الفقهاء على حصول الإحصار الذي يترخّصُ فيه بالتّحلل من الحج أو العمرة؛ لقوله تعالى: ﴿**فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ**﴾ [البقرة:196] فقد وردت الآية سنة ست للهجرة في عمرة الحديبية حين صدّ المشركون رسول الله – صلى الله عليه وسلم– ومن معه عن مكّة، وحالوا بينه وبين الوصول إلى البيت الحرام(40).

واختلفوا في حصول الإحصار بغير العدو من المرض وذهاب النفقة على قولين:

القول الأوّل: ذهب جمهور الفقهاء من الشّافعيّة والحنابلة والمالكيّة في قول إلى أن الإحصار لا يحصل بالمرض أو ذهاب النفقة(41)؛ لأنّ الآية وردت في الإحصار بالعدو، والحكم قاصر عليه، وهو غير معلل بعلة معينة، فلا يمكن إلحاق حكم النص إلى وقائع أخرى: وذهاب النفقة.

القول الثّاني: ذهب الحنفيّة وأحمد بن حنبل في رواية، وهو منسوب إلى الإمام مالك: إلى أنّ الإحصار يحصل بالمرض أو ذهاب النفقة(42)؛ لأنّ الآية وردت في الإحصار بالعدو جاءت معللة بعلة، وهي الحاجة ورفع الحرج، وهي متحققة في كل من المرض وذهاب النفقة، فيلحق حكم الأصل بالواقعة المستجدة من مرض أو ذهاب نفقة.

فالخلاف في هذه المسألة يرجع إلى الاختلاف في حكم الأصل: هل هو تعبدي غير معقول المعنى، أو هو معقول المعنى (معلل)؟ فالذي قال: بأنّه تعبدي؛ لم يُكيِّف الواقعة المستجدة عليه، والذي قال: إنّه معقول المعنى؛ كيف الواقعة عليه، والأولى اعتبار حكم الأصل معقول

المعنى (معلل)، فيلحق الحكم بالمرض وذهاب النفقة.

المطلب الرابع

التّكييف الفقهي وأثره في الاختلاف في المسائل المعاصرة

الفرع الأوّل: التّكييف الفقهي لعقد الصِّيانة للأعيان المؤجّرة

أ- معنى صيانة الأعيان المؤجّرة:

الصيانة في الاصطلاح تطلق على: مجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عين على الحالة التي تصلح فيها لأداء الأعمال المرادة منها(43).

وقد أطلق عليها الفقهاء على هذا المعنى عدة ألفاظ منها: المرمة، والعمارة، والتّجديد(44).

فصيانة الأعيان المؤجّرة تشمل عدّة أعمال كتزييت آلات المصانع، وإعمار ما انهدم من جدران الأبنية، وتجديد ما انتهت مدّته من قطع الغيار في الآلات وغير ذلك.

ب- الاختلاف في التّكييف الفقهي لعقد الصِّيانة

عقد الصِّيانة للأعيان المؤجّرة يتردّد بين عقدين عرفهما الفقه الإسلامي، هما: عقد الإجارة، وعقد الجعالة(45).

القول الأوّل: تكييف عقد الصِّيانة للأعيان المؤجّرة على أنّه إجارة؛ لأنّ العمل المتّفق عليه معلوم، يسهل ضبطه، وإذا كان العقد في ميدان العمل على معلوم، فهو عقد إجارة.

القول الثّاني: تكييف عقد الصِّيانة للأعيان المؤجّرة على أنّه جعالة، استناداً إلى أنّ المعقود عليه مجهول، وإذا كان العقد في ميدان العمل على مجهول، فهو لا يجوز إلا على أنّه عقد جعالة، كعقد من ضاع له شيء مع من يبذل مجهوداً معيّناً أو عامّاً، ببذل مقدار من المال لمن يحقِّق له رغبته في رجوع ما ضاع له.

فعلى القول الأوّل يأخذ عقد الصِّيانة للأعيان المؤجّرة أحكام الإجارة، وعلى القول الثّاني يأخذ أحكام الجعالة.

الفرع الثّاني: التّكييف الفقهي لخطاب الضّمان

أ- حقيقة خطاب الضّمان:

خطاب الضّمان هو: تعهد قطعي مقيد بزمن محدّد، غير قابل للرُّجوع، يصدر من البنك بناءً

على طلب عميل له بدفع مبلغ معيّن، لأمر جهة أخرى مستفيدة من هذا العميل، لقاءَ قيام العميل بالدُّخول في مناقصة، أو تنفيذ مشروع بأداء حسن، ليكون استيفاء المستفيد من هذا التّعهد (خطاب الضّمان)، متى تأخّر أو قصر العميل في تنفيذ ما التزم به للمستفيد في مناقصة أو تنفيذ مشروع ونحوهما، ويرجع البنك بعد ذلك على العميل بما دفعه عنه المستفيد(46).

ب- الاختلاف في التّكييف الفقهي لخطاب الضّمان

اختلف الفقهاء المعاصرون في التّكييف الفقهي لخطاب الضّمان على عدّة أقوال، أكتفي منها بقولين(47):

القول الأوّل: تكييف خطاب الضّمان على أنّه كفالة؛ لأنّ خطاب الضّمان والكفالة متّفقان من حيث المعنى، وهو التزام الشّخص مالا واجباً على غيره لشخص ثالث.

وممّن ذهب إلى هذا القول الدُّكتور الصِّديق الضّرير، والدُّكتور بكر أبو زيد، والدُّكتور علي أحمد السّالوس.

القول الثّاني: تكييف خطاب الضّمان على أنّه وكالة؛ لعدم تباين خطاب الضّمان المصرفي للوكالة.

وممّن ذهب إلى هذا القول الدُّكتور سامي حمود.

وترتّب على هذا الاختلاف في التّكييف الفقهي لخطاب الضّمان آثار فقهيّة منها:

أوّلا- أغلب العلماء ممّن قال بأنّ خطاب الضّمان كفالة قال بعدم جواز أخذ الأجرة على خطاب الضّمان، عملا بقول جمهور الفقهاء الذين منعوا أخذ الأجرة على الكفالة؛ لأنّ الكفالة بالمال قرض على المدين فإن ردّه مع زيادة كان ربا.

ثانياً- ويترتّب على القول بأنّ خطاب الضّمان وكالة جواز استحقاق المصرف الأجر على قيامه بما وُكِّل به، حيث يمكن أن تكون الوكالة بأجر.

الفرع الثّالث: مسألة الإلزام بالأعمال التّطوعيّة في العقوبة التّعزيريّة

الأصل أنّ العقوبة التّعزيريّة التي ورد فيها الاجتهاد الفقهي هي: الحبس، والضرب، والتوبيخ والغرامة ونحوها، ومن النّوازل المعاصرة التّعزير بالأعمال التّطوعيّة بدلا من العقوبة(48).

أوّلا- صورة المسألة:

تأخذ المسألة صوراً وأشكالا عديدة مثل:

- الإلزام بالعمل في قسم الإسعافات في أحد المستشفيات مدّة معيّنة.

- التّكليف بأعمال معيّنة في بعض المؤسّسات الخيرية مثل: صيانة المكيّفات، السِّباكة، النِّجارة، التّمريض، الحلاقة ونحو ذلك.

- الإلزام بتعليم فئة من اليتامى والفقراء علماً معيّناً، أو مهارة معينةً، كمهارة الحاسب الآلي.

- الإلزام بحفظ كذا من القرآن الكريم أو الحديث الشّريف.

والأصل أنّ هذه الأعمال الخيرية تُبذل تطوّعاً واحتساباً عند الله - تعالى- ولكن هل يمكن الإلزام بها لتكثير فعل الخير، وبدلا عن العقوبات التّعزيريّة الأخرى التي لا تفيد المجتمع بشيء فضلا عن تحميله الأعباء والنّفقات؟

ثانياً- تكييف المسألة:

تكييفُ هذه المسألة يتعلق بمسلكين: القياس، والاستصلاح.

1- **القياس:** ما فعله النبي - صلى الله عليه وسلم- مع أسرى يوم بدر حين طلب منهم تعليم أبناء المسلمين الكتابة بدلا من دفع الفداء المالي، فعن عبد الله بن عبّاس - رضي الله عنهما- قال: (كان ناس من الأسرى يوم بدر لم يكن لهم فداء، فجعل رسول الله - صلى الله عليه وسلم- فداءهم أن يُعلِّموا أولاد الأنصار الكتابة). قال: (فجاء غلام يوماً يبكي إلى أبيه، فقال ما شأنك؟ قال: ضربني مُعَلِّمي. قال: الخبيث يطلب بِذَحْلِ بدر، والله لا تأتيه أبدا) (49).

فقياس المسألة التي نحن بصددها على الحديث من باب قياس الشّبه، الذي عرّفه الزّركشي (ت: 794هـ) بأنّه: (الجمع بين الأصل والفرع بوصف يوهم اشتماله على الحكمة المفضية للحكم من غير تعيين)(50).

إذ إنّ الحديث ليس صريحاً في المسألة، والعلّة غير واضحة بين الأصل والفرع، إلا أنّ المشابهة بينهما، من حيث استبدال العمل التّطوعي الذي هو تعليم الصِّغار الكتابة بالعقوبة

الماليّة التي هي الفداء له أصل في الشّريعة وفعل النّبي – صلّى الله عليه وسلّم –[51].

2- **تحقيق المصلحة:**

فالملاحظُ لهذا الأصل، الذي تسعى الشّريعة لتحقيقه أنّه متحقق بمسألة: الإلزام بالأعمال التّطوعية، ومن هذه المصالح التي تتحقّق بهذا الإلزام[52]:

– استبدال الأعمال التّطوعية بالسِّجن الذي هو أكثر العقوبات التّعزيرية، وفيه من المفاسد ما فيه من حيث اختلاط الأحداث بأصحاب السوابق وتعلمهم منهم فنون الإجرام.

– إنّ الإلزام بالأعمال التطوعية يؤدي إلى رفع همة المعاقب، وانتشاله نفسياً من المحيط الذي حوله، والقضاء على البطالة بالعمل والإنتاج، ولا يخفى على أحد ما للبطالة من آثار سيئة على المجتمع.

– إنّ تدريب الجاني على العمل التّطوعي يكسبه مهارة، وتحصيل حرفة معيّنة، ممّا يدفعه إلى الاستمرار في خدمة مجتمعه.

– مساعدة الجهات الرسمية وغير الرسمية بإنجاز أعمال تطوعية رديفة لموظفيها الرسميين، سواء في البلديات، أو دور الرعاية الاجتماعية والمستشفيات وغيرها.

– التّخفيفُ من الازدحام في السُّجون، والحدُّ من الأعباء المالية التي تتحملها الدول من أجل تنفيذ عقوبة السجن: من بناء السُّجون، وتجهيزها وصيانتها، ورواتب العاملين بها، وتأمين الغذاء والدّواء للسُّجناء وغيرها.

الخلاصةُ أنّ مسألة الإلزام بالأعمال التّطوعيّة على أنّها عقوبة تعزيرية جائز شرعاً والله أعلم. وهذا ما تبيّن لنا من خلال تكييفها على الأصول الشّرعيّة، من القياس والمصالح المرسلة، وأنّ هذا الإلزام يتحقّق فيه معظم الحِكَم التي شُرِع من أجلها التّعزير بالسِّجن، والضّرب، والتّشهير، كما يتحقّق فيه تأديب الجاني وردعه، وإصلاحه وتهذيبه، وردِّ حق المجتمع.

ومن تأمّل أدلّة الشّريعة يرى أنّها تتّسع لكلِّ عقوبة تصلح الجاني وتؤدبه، وتحمي الجماعة من الإجرام، فكلُّ ما يحقق هذا المعنى هو حقيقة سواء أكان إلزاماً بعمل تطوعي أو غيره. يقول عبد القادر عودة (ت: 1374هـ): (وإذا كانت الشّريعة قد عرفت عقوبات تعزيرية

معينة، فليس معنى ذلك أنّها تقبل غيرها، والقاعدة العامّة في الشّريعة؛ أنّ كلَّ عقوبة تؤدي إلى تأديب المجرم واستصلاحه وزجر غيره، وحماية الجماعة من شرِّ المجرمِ والجريمةِ هي عقوبة مشروعة)[53].

الخاتمة ونتائج البحث:

بعد البحث في مفهوم التّكييف الفقهي وأثره في اختلاف الفقهاء خلصت إلى النتائج الآتية:

1- إنّ مجالات التّكييفِ الفقهي تتّسع لتشمل كلّ أبواب الفقه الإسلامي من عبادات، ومعاملات ماليّة، وأحوال شخصيّة، وسياسيّة، وعقوبات، وقضايا طبيّة، وغير ذلك.

2- التّعريفُ المختار للتّكييف الفقهي هو: تحرير الأصل الذي تنتمي إليه الواقعة بعد التّصوُّر الكامل لها.

3- يكتسي التّكييفُ الفقهي أهميّة بالغة خاصّة لدى الفقهاء والباحثين المعاصرين في بحث الأحكام الشّرعيّة للمسائل المستجدّة.

4- يستند التّكييفُ الفقهي إلى أربعة مسالك: التّكييف استناداً إلى النُّصوص، والتّكييف بالتّخريج الفقهي، والتّكييف بالتّخريج على القواعد الفقهيّة، والتّكييف تحقيقاً للمصالح وسدّاً للذّرائع.

5- التّكييفُ الفقهي ليس قاصراً على الاختلاف بين المذاهب الفقهيّة، بل نجده داخل المذهب الواحد، ويُعدُّ واحداً من أسباب تعدّد الأقوال في المذهب الواحد.

وصلّى الله على سيدنا محمّد وعلى آله وصحبه.

*** الحواشي والإحالات:**

(1) يوسف القرضاوي، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، مكتبة وهبة- القاهرة، ط2، 1419هـ/1999م، (7) وما بعدها.

(2) يوسف القرضاوي، الصحوة الإسلامية بين الاختلاف المشروع والتفرق المذموم، مكتبة رحاب- الجزائر، (59) وما بعدها.

(3) حمد بن حمدي الصاعدي، أسباب اختلاف الفقهاء في الفروع الفقهية، الجامعة الإسلامية- المدينة المنورة، ط1، 1432هـ/2011م، (55-56).

(4) الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، (414/5)؛ مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مصطفى حجازي، مطبعة حكومة الكويت، وزارة الإعلام الكويتية، 1408هـ/1987م، (352/24).

(5) إسحاق بن مرّار الشيباني، الجيم، تحقيق: إبراهيم الأبياري، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة، 1394هـ/1974م، (182/3).

(6) الفراهيدي، كتاب العين، مصدر سابق، (414/5).

(7) ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: عبد الله الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، دار المعارف- القاهرة، (3968/5)؛ الزبيدي، تاج العروس، مصدر سابق، (352/24).

(8) الفراهيدي، كتاب العين، مصدر سابق، (414/5).

(9) الفراهيدي، كتاب العين، مصدر سابق، (414/5)؛ أحمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية – بيروت، (546/2).

(10) سيف الدين الآمدي، المبين في شرح معاني ألفاظ الحكماء والمتكلمين، تحقيق: حسن محمود الشافعي، مكتبة وهبة- القاهرة، ط2، 1413هـ/1993م، (111).

(11) محمد عثمان شبير، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، دار القلم- دمشق، ط2، 1435هـ/2014م، (14).

(12) محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء: دار النفائس- بيروت، ط2، 1408هـ/1988م، (143).

(13) محمد بن حسين الجيزاني، فقه النوازل، دار ابن الجوزي- المملكة العربية السعودية، ط2، 1427هـ/2006م، (47/1).

(14) عبد القادر جدي، عمل المفتي في النوازل، بحث منشور على موقع جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، http://www.univ-emir.dz/djadi-aek.htm.

(15) مسفر القحطاني، التكييف الفقهي للأعمال المصرفية المعاصرة: مجلة العدل- السعودية، العدد 28، شوال 1426هـ، (بتصرف)، (56).

(16) مسفر القحطاني، التكييف الفقهي، مرجع سابق، (بتصرف)، (61-62).

(17) ينظر: الجيزاني، فقه النوازل، مرجع سابق، (50/1-51)؛ عبد الله الموسى، التكييف الفقهي للنازلة وتطبيقاته المعاصرة، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية- السعودية، 1431هـ/2010م، (1332).

(18) عبد القادر جدي، عمل المفتي في النوازل، مرجع سابق، http://www.univ-emir.dz/djadi-aek.htm.

(19) الجيزاني، فقه النوازل، مرجع سابق، (51/1).

(20) جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، 1403هـ/1983م، (6).

(21) محمد صدقي البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة ناشرون- بيروت، ط1، 1424هـ/2003م، (110/12).

(22) ابن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة، 1388هـ/ 1968م، (54/2).

(23) عبد الله الموسى، التكييف الفقهي للنازلة، مرجع سابق، (بتصرف)، (1342) وما بعدها.

(24) الجيزاني، فقه النوازل، مرجع سابق، (53/1).

(25) محمّد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي– بيروت، ط1، 1993م، (373).

(26) ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1، 1408هـ/1988م، (93/3).

(27) عياض بن موسى اليحصبي، التنبيهات المستنبطة في الكتب المدونة والمختلطة، تحقيق: عبد النعيم حميتي، دار ابن حزم- بيروت، ط1، 1432هـ/2011م، (1875/4).

(28) أبو الحسن اللخمي، التبصرة، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- قطر، ط1: 1432هـ/2011م، (5903/12-5904)؛ خليل بن إسحاق، التّوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، دار نجيبويه– القاهرة، ط1، 1429هـ/2008م، (252/3).

(29) ابن رشد، المقدمات الممهدات، مصدر سابق، (93/3).

(30) علي التسولي، البهجة في شرح التّحفة، ضبط وتصحيح: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية– بيروت، ط1: 1418هـ/1998م، (249/2).

(31) ينظر: ابن سهل، ديوان الأحكام الكبرى، تحقيق: يحيى مراد، دار الحديث– القاهرة، رقم الإيداع: 2002/24823، (481)؛ ابن هارون، مختصر النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، تحقيق: صحراوي حبيب خلواتي الجزائري، دراسة وتحقيق من أول الكتاب إلى آخر كتاب النكاح، رسالة دكتوراه من جامعة بيروت الإسلامية، 1426-1427هـ، (848)؛ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3: 1412هـ/1992م، (300/5).

(32) أبو عمران الفاسي، فقه النوازل على المذهب المالكي، فتاوى أبي عمران الفاسي، تحقيق: محمد البركة، أفريقيا الشرق- الدار البيضاء، المغرب، رقم الإيداع القانوني: 1415هـ/2009م، (137).

(33) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، (399).

(34) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، (399).

(35) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مصدر سابق، (399)؛ شبير، التكييف الفقهي، مرجع سابق، (129).

(36) شبير، التكييف الفقهي، مرجع سابق، (129).

(37) أبو بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي- بيروت، 1982م، (98/2)؛ يوسف الفندلاوي، تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك، تحقيق: أحمد البوشيخي، دار الغرب الإسلامي- تونس، ط1، 1430هـ/2009م، (642/1-643)؛ محي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي- بيروت، ط2، 1405هـ، (377/2).

(38) ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، (120/3)، النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، (377/2).

(39) شبير، التكييف الفقهي، مرجع سابق، (124).

(40) ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، دار المعرفة، بيروت، (219/1).

(41) الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، (205/1)؛ الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، (357/4)؛ النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، (173/3)؛ ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، (376/3).

(42) الكساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، (175/2)؛ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى الحلبي- القاهرة، ط1، 1960م، (358/1)؛ ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، (376/3).

(43) محمد عثمان شبير، صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف، ضمن كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مجموعة من المؤلفين، دار النفائس الأردن، ط1، 1418هـ/1998م، (2/741).

(44) شبير، صيانة الأعيان المؤجرة، مرجع سابق، (2/744-745)؛ ومحمد المختار السلامي، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، موقع الملتقى الفقهي:
http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=1282.

(45) شبير، صيانة الأعيان المؤجرة، مرجع سابق، (2/744).

(46) بكر أبو زيد، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، ط1، 1433هـ/2012م، (1/201).

(47) محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس- الأردن، ط6، 1427هـ/2007م، (299) وما بعدها؛ علي أحمد السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة في الاقتصاد الإسلامي، مكتبة دار الفرقان ودار الثقافة- مصر وقطر، ط7، (643) وما بعدها.

(48) عبد الله الموسى، التكييف الفقهي للنازلة وتطبيقاته المعاصرة، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، مرجع سابق، (20).

(49) أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن العباس، برقم: 2216، قال الشيخ شعيب أرنؤوط: حسن، المسند بتحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الحديث- القاهرة، ط1، 1416هـ، (3/20). والذحل: الثأر أو العداوة والحقد، والجمع: أذحال وذحول.

(50) بدر الدين الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، 1414هـ، (7/294).

(51) الإلزام بالأعمال التطوعية في العقوبة التعزيرية، مرجع سابق، (21).

(52) الإلزام بالأعمال التطوعية في العقوبة التعزيرية، مرجع سابق، (22-23-24).

(53) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت، (1/686).