

دراسة المعايير الشرعية

© هيئة المحاسبة والمراجعات للمؤسسات المالية الإسلامية، ١٤٣٧هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

هيئة المحاسبة والمراجعات للمؤسسات المالية الإسلامية
دراسات المعايير الشرعية. / هيئة المحاسبة والمراجعات
للمؤسسات المالية الإسلامية. - المنامة، ١٤٣٧ هـ

٤ مج.
ردمك: ٩٧٨-٦٠٣-٠١-٩٥٨٠-٠ (مجموعة)
٩٧٨-٦٠٣-٠١-٩٥٨٢-٤ (ج٢)

١- المعاملات (فقه إسلامي) أ. العنوان

ديوي ٢٥٣،٩ ١٤٣٧/٨٧

رقم الإيداع: ١٤٣٧/٨٧

ردمك: ٩٧٨-٦٠٣-٠١-٩٥٨٠-٠ (مجموعة)
٩٧٨-٦٠٣-٠١-٩٥٨٢-٤ (ج٢)

هيئة المحاسبة والمراجعات للمؤسسات المالية الإسلامية



ص . ب: ١١٧٦ - المنامة - البحرين

هاتف: ١٧٣٧٥٤٠٠ (+٩٧٣) - فاكس ١٧٢٥٠١٩٤ (+٩٧٣)

البريد الإلكتروني: info@aaofifi.com

الموقع الإلكتروني: www.aaofifi.com



التوزيع لجميع أنحاء العالم: دار الميمان للنشر والتوزيع - الرياض

للطلب والشراء من الموقع الإلكتروني: www.daralmaiman.com

البريد الإلكتروني: info@daralmaiman.com

للاستفسار عبر حساب الدار بتويتر: @DarAlMaiman

هاتف: ١١ ٤٦٢٧٣٣٦ (+٩٦٦) فاكس: ١١ ٤٦١٢١٦٣ (+٩٦٦)

محمول: ٥٠٥٤٥٥٠٩٧ (+٩٦٦) محمول: ٥٠٠٠٠٤٥٦٨ (+٩٦٦)

جميع الحقوق محفوظة

لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية

ويجب استئذانها خطياً قبل أي ترجمة أو طباعة أو إعادة إصدار أو استعمال أي جزء من هذه النشرة بأي شكل من الأشكال بصورة جزئية أو كلية عن طريق أية وسائل إلكترونية أو ميكانيكية أو غيرها من الوسائل المعروفة حالياً أو التي قد يتم اختراعها فيما بعد مما يشمل التصوير الفوتوغرافي أو التسجيل أو أي نظام لتخزين واستعادة المعلومات.

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية والإسلامية

غير مسؤولة عن أية نتائج سلبية يتكدها أي شخص يقوم بعمل أو يمتنع عن القيام بعمل باستخدام مضمون هذا الكتاب بدعوى ترتيبها على ذلك الاستخدام.

دراسات المعايير الشرعية

النص الكامل للبحوث والدراسات التي قدمت
تمهيداً لإعداد المعايير الشرعية ١- ٥٤

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية

المجلد الثاني







المحتوى

رقم الصفحة

الموضوع

(٩)

صكوك الاستثمار

أ.د حسين حامد حسان

٩٥١	خطة البحث
٩٥٢	أولاً: الصفة الشرعية للصكوك وخصائصها
٩٥٥	ثانياً: أطراف الصكوك
٩٥٧	ثالثاً: تقسيمات الصكوك
٩٦٢	رابعاً: ارتباط مخاطر الصكوك بأصولها

(١٠)

الصكوك وتطبيقاتها المعاصرة

فضيلة الشيخ محمد تقي العثماني

٩٦٩	تقديم
٩٧٣	ملكية حاملي السندات في أصول المشروع
٩٧٣	التوزيع الدوري على حملة الصكوك
٩٧٤	ضمان استرداد رأس المال
٩٧٥	اشتراط الحافز لمدير العملية
٩٧٨	اشتراط القرض عند نقص الربح من النسبة المعينة
٩٨٠	تعهد المدير بشراء الأصول بالقيمة الاسمية
٩٨٠	التعهد من المدير المضارب
٩٨١	التعهد من الشريك

الموضوع	رقم الصفحة
التعهد من وكيل الاستثمار.....	٩٨٤
سياسة الاقتصاد الإسلامي.....	٩٨٥
خلاصة البحث والاقتراحات.....	٩٨٨

(١١)

مدى ارتباط مخاطر الصكوك بأصولها

أ.د. حسين حامد حسان

المقدمة.....	٩٩١
الموضوع الأول: الصكوك تمثل حقوق ملكية لحاملها.....	٩٩٣
الموضوع الثاني: الثمن في الوعد بالشراء، هل هو القيمة الاسمية أم السوقية؟.....	١٠٠٠

(١٢)

القبض وأحكامه وصوره

أ.د. نزيه حماد

المبحث الأول: حقيقة القبض وأنواعه.....	١٠٢٩
المبحث الثاني: كيفية القبض.....	١٠٣٢
المبحث الثالث: القبض الحكمي.....	١٠٤١
المبحث الرابع: مؤونة الإقباض.....	١٠٥٥
المبحث الخامس: التطبيقات المعاصرة للقبض الحكمي للأموال.....	١٠٦١

(١٣)

أحكام القرض وتطبيقاته

أ.د. عبد الله بن محمد العمراني

تمهيد في: تعريف القرض، وفضله، والأصل فيه (تصنيفه بين العقود)، وأركانه...١٠٧٩	١٠٧٩
أركان القرض:.....	١٠٩٣
أولاً: أحكام المنافع في القرض.....	١٠٩٣
ثانياً: تطبيقات القرض في المؤسسات المالية الإسلامية.....	١٢١٨

(١٤)

بيوع السلع في الأسواق المنظمة

د. عبد الستار أبو غدة

١٢٨٧.....	تمهيد
١٢٨٩.....	أولاً: البيوع الدولية
١٢٩٦.....	ثانياً: السلع
١٣٠٠.....	ثالثاً: المستقبلات
١٣٠٩.....	رابعاً: الخيارات
١٣٢٤.....	خامساً: المؤشرات واختيار المؤشرات
١٣٢٧.....	سادساً: عمليات المقايضة
١٣٣٢.....	سابعاً: المشتقات
١٣٣٥.....	المراجع

(١٥)

الأوراق المالية (الأسهم والسندات)

د. مبارك بن سليمان آل سليمان

١٣٣٩.....	مقدمة
١٣٤٠.....	الفصل الأول: الأسهم وأحكامها الفقهية
١٣٤١.....	المبحث الأول: التعريف بالأسهم وأنواعها
١٣٤٢.....	تمهيد: حقيقة شركة المساهمة
١٣٥١.....	المطلب الأول: تعريف الأسهم
١٣٥٥.....	المطلب الثاني: أنواع الأسهم
١٣٦٧.....	المبحث الثاني: أحكام إصدار وتداول الأسهم
١٣٦٨.....	تمهيد: حكم شركة المساهمة
١٣٨٧.....	المطلب الأول: حكم إصدار الأسهم
١٤٢٥.....	المطلب الثاني: حكم تداول الأسهم
١٤٢٥.....	الفرع الأول: حكم بيع الأسهم

رقم الصفحة	الموضوع
١٤٤٣	الفرع الثاني: حكم المتاجرة بالأسهم
١٤٤٧	الفرع الثالث: حكم إقراض الأسهم
١٤٦٣	الفرع الرابع: حكم رهن الأسهم
١٤٧٢	الفرع الخامس: حكم السلم في الأسهم
١٤٨٤	الفرع السادس: حكم العقود المستقبلية <i>Futures</i> على الأسهم
١٤٨٤	المقصد الأول: تعريف العقود المستقبلية، وأغراض المتعاملين بها
١٤٩٤	المقصد الثاني: حكم العقود المستقبلية على الأسهم
١٤٩٧	الفرع السابع: حكم عقود الاختيار <i>Option</i> على الأسهم
١٤٩٨	المقصد الأول: تعريف عقود الاختيار وأنواعها
١٥١٤	المقصد الثاني: حكم عقود الاختيار
١٥٤٧	الفرع الثامن: حكم عقود المبادلات <i>Swaps</i> على الأسهم
١٥٤٧	المقصد الأول: تعريف عقود المبادلات
١٥٥٢	المقصد الثاني: حكم عقود المبادلات على الأسهم
١٥٥٤	الفصل الثاني: السندات وأحكامها الفقهية
١٥٥٥	المبحث الأول: التعريف بالسندات وأنواعها
١٥٥٦	المطلب الأول: تعريف السندات
١٥٥٩	المطلب الثاني: أنواع السندات
١٥٦٦	المطلب الثالث: الفرق بين الأسهم والسندات
١٥٦٨	المبحث الثاني: حكم إصدار وتداول السندات
١٥٦٩	المطلب الأول: حكم إصدار السندات
١٥٩٨	المطلب الثاني: حكم تداول السندات

(١٦)

عقود الامتياز

د. عبد الستار أبو غدة

مقدمة ١٦٢١

الموضوع	رقم الصفحة
المراد بعقود الامتياز.....	١٦٢٣
أولاً: امتياز استغلال المعادن.....	١٦٢٦
عقود امتياز الاستغلال	١٦٣٢
ثانياً: عقود الامتياز الإنشائية	١٦٤٧
ثالثاً: تطبيق المؤسسات عقود الامتياز.....	١٦٥٢

(١٧)

الوكالة وتصرف الفضولي

د. عبد الستار أبو غدة

مقدمة	١٦٦١
تمهيد	١٦٦٢
القسم الأول: الوكالة	١٦٦٤
أحوال الصيغة.....	١٦٦٩
شروط الموكل.....	١٦٧١
شروط الوكيل.....	١٦٧٢
شروط الموكل فيه (المحل).....	١٦٧٣
توقيت الوكالة (الوكالة المؤقتة وغير المؤقتة)	١٦٧٥
أنواع الوكالة	١٦٧٩
التزامات وصلاحيات الوكيل والموكل.....	١٦٨٢
مخالفة الوكيل فيما وكل به	١٦٩٢
تعدد الوكلاء	١٦٩٥
التزامات وصلاحيات الموكل.....	١٦٩٨
انتهاء الوكالة	١٧٠٠
القسم الثاني: الفضالة.....	١٧٠٢
أركان أطراف الفضالة.....	١٧٠٤
الإجازة	١٧٠٧

(١٨)

التمويل المصرفي المجمع

د. أحمد محيي الدين أحمد

- تمهيد ١٧١٣
- أسلوب الإقراض في سوق الإقراض المصرفي الدولي ١٧١٤
- شروط عقد القرض في الإقراض المصرفي الدولي ١٧١٥
- مدى حاجة المصارف الإسلامية إلى استخدام صيغة التمويل المصرفي المجمع . ١٧٢١
- تاريخ استخدام المصارف الإسلامية لصيغة التمويل المصرفي المجمع ١٧٢٣
- الصيغ التمويلية الإسلامية التي يتم على أساسها عمليات التمويل المصرفي المجمع ١٧٢٤
- أولاً: استخدام صيغة المشاركة في التمويل المصرفي المجمع ١٧٢٦
- تكلفة دراسة الجدوى والأعمال التحضيرية ١٧٢٨
- رغبة أحد الشركاء في التخارج ١٧٢٩
- اختلاف عملات التمويل ١٧٣٠
- ضمان المصرف المدير ١٧٣١
- المشاركة مع المصارف التقليدية ١٧٣٢
- عدم إكمال أحد المصارف مساهمته في حال طلبها على مراحل ١٧٣٣
- عدم الوفاء بالتعهد بالمشاركة من أحد المصارف ١٧٣٣
- ثانياً: التمويل المصرفي المجمع على أساس المضاربة ١٧٣٤
- ثالثاً: التمويل المصرفي المجمع على أساس الوكالة ١٧٣٨
- ملحق (١): مشروع التمويل المصرفي المجمع ١٧٤١
- ملحق (٢): فتاوى صادرة في التمويل المصرفي المجمع ١٧٤٦
- أولاً: فتاوى وتوصيات الحلقة الفقهية الاقتصادية الثالثة ١٧٤٦
- ثانياً: توصيات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ١٧٤٨
- المراجع ١٧٥٠

(١٩)

الجمع بين العقود

أ.د. نزيه حماد

المبحث الأول: حقيقة الجمع وحكمه الأصلي	١٧٥٥
المبحث الثاني: الضوابط الشرعية للجمع بين العقود	١٧٦٢
المبحث الثالث: الرخص والتخفيفات الشرعية في الجمع بين العقود	١٧٨٧
المبحث الرابع: المواطأة على الجمع بين العقود	١٧٩٨
المبحث الخامس: التطبيقات المعاصرة للجمع بين العقود؛ طبيعتها، أحكامها، خصائصها	١٨٢٥

(٢٠)

التأمين الإسلامي

أ.د محمد بن سعدو الجرف

المقدمة	١٨٣٥
القسم الأول: التأمين في القانون المدني	١٨٣٨
مفهوم التأمين	١٨٤٠
أقسام عقد التأمين	١٨٤١
التأمين التجاري	١٨٤٢
التأمين التبادلي	١٨٤٢
التأمين التعاوني	١٨٤٤
أركان عقد التأمين	١٨٤٦
قسط التأمين	١٨٤٦
مبلغ التأمين	١٨٤٦
الخطر المؤمن منه	١٨٤٧
المصلحة التأمينية	١٨٤٧
صفات عقد التأمين	١٨٤٧
عقد معاوضة مالية	١٨٤٨
عقد احتمالي أو من عقود الغرر	١٨٤٨

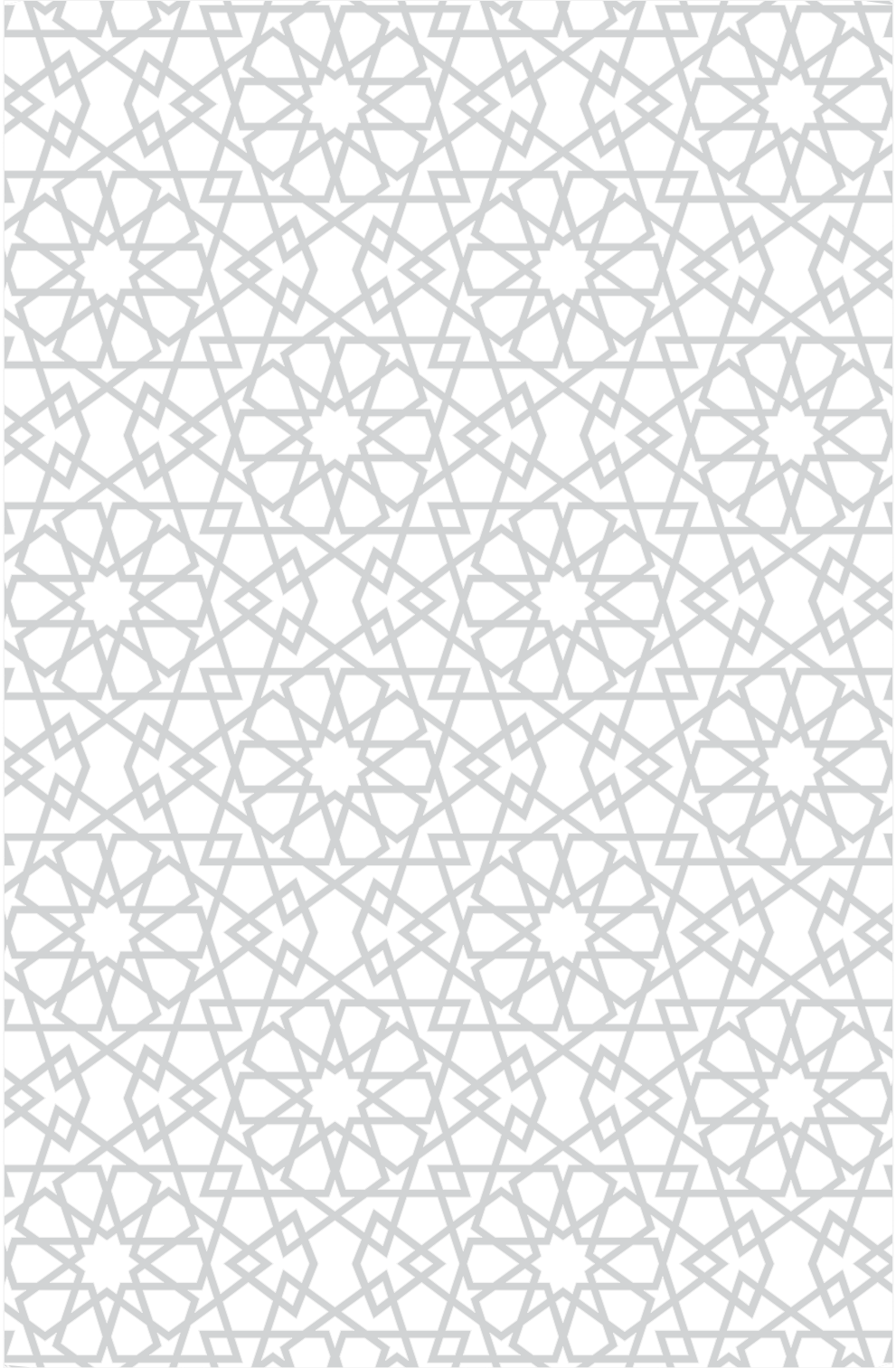
رقم الصفحة	الموضوع
١٨٤٨	عقد ملزم للجانبين.....
١٨٤٩	عقد زمني.....
١٨٤٩	المبادئ القانونية لعقد التأمين.....
١٨٥٠	منتهى حسن النية.....
١٨٥٠	السبب القريب.....
١٨٥٠	التعويض.....
١٨٥١	المشاركة.....
١٨٥١	الحلول.....
١٨٥٢	انتهاء عقد التأمين وإنهاؤه.....
١٨٥٤	القسم الثاني: التأمين في الفكر الإسلامي المعاصر.....
١٨٥٤	نظرية أو نظام التأمين.....
١٨٥٧	مشروعية نظام التأمين.....
١٨٥٩	مفهوم عقد التأمين التكافلي.....
١٨٦١	مقومات نموذج التأمين في الفكر الإسلامي.....
١٨٦٣	صفات عقد التأمين الإسلامي.....
١٨٦٣	عقد تبرع.....
١٨٦٧	الترجيح.....
١٨٧٥	المبادئ القانونية لعقد التأمين التعاوني.....
١٨٧٦	الفائض التأميني.....
١٨٧٧	توزيع الفائض.....
١٨٧٨	العجز التأميني.....
١٨٧٩	انتهاء عقد التأمين التعاوني وإنهاؤه.....
١٨٨٠	حكم عقد التأمين التعاوني أو التكافلي عند علماء الشريعة المحدثين.....
١٨٨٥	الترجيح.....
١٨٩٠	الخاتمة.....
١٨٩١	التعريف بالجهة الراعية لطباعة هذا الإصدار.....

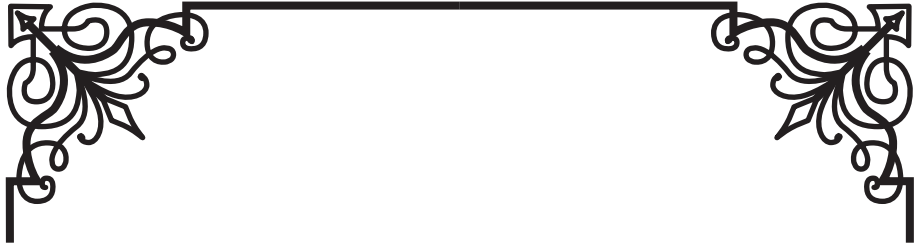


صُكُوكُ الْإِسْتِثْمَارِ

إِعْدَادُ

د. حسين حامد حسان





خطة البحث

أولاً: الصفة الشرعية للصكوك وخصائصها، والفرق بينها وبين سندات الدين والأسهم.

ثانياً: أطراف الصكوك.

ثالثاً: تقسيمات الصكوك.

رابعاً: ارتباط مخاطر الصكوك بأصولها.

أ- المقصود بأصول الصكوك/ موجودات الصكوك.

ب- المقصود بمخاطر الصكوك.

ج- هل مخاطر الصكوك ترتبط بمصدر الصكوك أم بأصول الصكوك.



أولاً: الصفة الشرعية للصكوك وخصائصها

الصكوك وثائق متساوية القيمة، تصدر باسم المكتبتين فيها، على أساس عقد شرعي أو أكثر، وتمثل حقوق ملكية في موجوداتها، وتقبل التداول والاسترداد وفقاً للضوابط الشرعية.

فخصائص الصكوك إذن هي أنها:

- وثائق أو شهادات متساوية القيمة تثبت حق المكتبتين فيها فيما تمثله.
- تصدر باسم مالكيها، المكتبتين فيها، وقد تصدر لحاملها.
- تصدر على أساس عقد شرعي أو أكثر أحد طرفيه هم المكتبتون في الصكوك.
- تمثل حقوق ملكية في موجوداتها بما يترتب على الملكية من غرم أو غنم، ويقصد بالموجودات حصيلة الاكتتاب في الصكوك وما تتحول إليه هذه الحصيلة من موجودات.
- تقبل التداول والاسترداد وفقاً للضوابط الشرعية.

الفرق بين الصك والسند:

الصك يمثل حق ملكية المكتتب فيه في أصول (موجودات) الصكوك، ويترتب على ذلك أن لمالك الصك غنم (ربح - عائد) هذه الموجودات، وعليه غرمها، (مخاطرها وما قد يترتب عليها من هلاك أو تلف أو خسائر) فهناك إذن

ربط وثيق لمخاطر الصكوك بأصولها في حين أن السند يمثل دينًا بفائدة في ذمة مصدره للمكتتب فيه، ويترتب على ذلك أن لحامل السند الغنم المتمثل في مبلغ الفائدة المضمونة مع مبلغ القرض، إذ كلاهما مضمون على مصدر السند، بصرف النظر عن نتائج استخدامه لحصيلة إصداره، ربحًا أو خسارة، تلفًا أو هلاكًا، وليس عليه غرم (خسارة - هلاك) ما استخدمت فيه حصيلة الاكتتاب في السند، إن كانت هذه الحصيلة قد استخدمت في تمويل مشروع أو نشاط يدرُّ ربحًا، وقد لا تُستخدم في شيء من ذلك أصلًا، وبذلك كان إصدار سندات القرض بفائدة مناقضًا للأصل الشرعي «الخراج بالضمان»، و«الغنم بالغرم»، ومن هنا يظهر أن مخاطر الصكوك ترتبط بموجوداتها؛ لأن المكتتبيين في الصكوك مالكون لموجوداتها فيتحملون غرم (هلاك وتلف وخسارة) هذه الموجودات، كما أنهم ينعمون بغنمها (عوائد استثمارها) وإن كانت هناك مخاطر أخرى تتعلق بالمصدر للصكوك (المستفيد من حصيلة إصدارها).

وما قيل في ارتباط مخاطر الصكوك بأصولها لا ينطبق على سندات القرض بفائدة، إذا استخدمت حصيلتها في تمويل مشروع معين أو نشاط خاص، إذ أنَّ السند لا يُمثل حق ملكية في هذا المشروع أو النشاط، بل يمثل دينًا في ذمة مصدر السند (مالك المشروع أو النشاط)، ولذا انصبت المخاطر بصفة أساسية على مصدر السند؛ لأنه هو المدين الملتزم باسترداد السندات، وقد لا تستخدم حصيلة إصدار السندات في مشروع معين أو نشاط خاص أصلًا.

الفرق بين الصك والسهم:

السهم كالصك، يمثل حصة شائعة في ملكية موجودات الشركة، ويترتب على ذلك أن حامل السهم يُشارك في غنم وغرم هذه الموجودات، كالشأن في الصك. وبذلك يظهر أن مخاطر الأسهم ترتبط بأصول الشركة أي موجوداتها، وإن كانت

هناك مخاطر أخرى ترتبط بالإدارة، كالشأن في الصكوك، فإن مخاطر الصكوك وإن كانت ترتبط أساساً بموجوداتها إلا أن هناك مخاطر أخرى ترتبط بشخص المصدر، مثل مدير الصكوك مضارباً كان أم شريكاً مديراً أم وكيل استثمار.



ثانيًا: أطراف الصكوك

تقوم الصكوك على أساس عقد شرعي أحد طرفيه دائمًا هم حملة الصكوك أو من يمثلهم، والطرف الآخر هو مصدر الصكوك الذي قد يعبر عنه بالمستفيد من حصيلة الاكتتاب في الصكوك أو المنشئ للصكوك أو الملتزم فيها. فصكوك المرابحة تقوم على أساس عقد بيع المرابحة الذي يمثل فيه حملة الصكوك البائع مرابحة ويمثل فيه المشتري لهذه البضاعة الطرف الآخر، وصكوك بيع الاستصناع يمثل فيه حملة الصكوك الصانع، ويمثل فيه الطرف الآخر المستصنع، وصكوك السلم يمثل فيه حملة الصكوك المشتري لسلعة السلم، ويمثل فيه الطرف الآخر البائع فهذه العقود الثلاثة أحد طرفيها هم حملة الصكوك وهم متعددون، والطرف الآخر غير متعدد، والشريعة لا تمنع من تعدد أحد أطراف العقد أو الطرفين معًا. وإصدار الصكوك يعني إعطاء كل واحد من المتعدين شهادة تثبت مقدار حصته أو مساهمته في الصفقة، وبنسبة هذه الحصبة يُشارك في غنم أو غرم الصفقة محل العقد.

وفي صكوك الاستثمار كالمضاربة والمشاركة والوكالة بالاستثمار، يمثل حملة الصكوك رب المال في المضاربة والموكل في الوكالة، ومالك حصبة المشاركة في المشاركة، ويمثل الطرف الآخر المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار وإصدار الصكوك يعني إعطاء كل واحد من المكتتبين شهادة تثبت نسبة مشاركته في الصفقة التي يتحمل الغرم والغنم على أساسها.

وفي صكوك إجارة الأصول والمنافع والخدمات يمثل حملة الصكوك المشتري في عقد شراء هذه الأصول والمنافع والخدمات، ثمَّ المؤجر عند إجارتها إلى الجهة المصدرة، وتمثل الأخيرة البائع للأصول والمنافع والخدمات ثمَّ المستأجر لها.

والخلاصة هي:

أنَّ عملية إصدار الصكوك لا تخرج عن أنها عقود شرعية، أحد طرفيها هم حملة الصكوك، وفي الغالب يكونون متعددين، والطرف الآخر هو الجهة المصدرة، أي المستفيدة من حصيلة الاكتتاب في هذه الصكوك.



ثالثاً: تقسيمات الصكوك

أ. صكوك التمويل: وهي أنواع:

١- صكوك المرابحة:

تصدر على أساس عقد المرابحة، ويستخدم ممثل المكتتبين في الصكوك حصيلة إصدارها لتمويل شراء بضاعة المرابحة لبيعها بثمن مؤجل للواعد بشرائها، بعد تملكها وقبضها. ويمثل الصك حصة شائعة في ملكية هذه البضاعة بعد شرائها وقبل بيعها وتسليمها لمشتريها، وفي ثمنها، وهو دين، بعد بيعها للواعد بشرائها. وعائد هذه الصكوك هو الفرق بين ثمن شراء بضاعة المرابحة وثمان بيعها للواعد بشرائها.

٢- صكوك الاستصناع:

تصدر على أساس عقد الاستصناع، ويستخدم ممثل المكتتبين في الصكوك حصيلة إصدارها في تمويل تصنيع عين مبيعة استصناعاً بثمن مؤجل لتسليمها إلى مشتريها استصناعاً. ويمثل الصك حصة شائعة في ملكية العين المصنعة، وفي ثمنها، وهو دين، بعد تسليمها لمشتريها. وعائد هذه الصكوك هو الفرق بين تكلفة تصنيع العين وثمان بيعها.

٣- صكوك السلم:

تصدر على أساس عقد السلم، ويستخدم ممثل المكتتبين في الصكوك حصيلة

إصدارها في تمويل شراء سلعة السلم. ويمثل الصك حصة شائعة في ملكية سلعة السلم وهي دين في ذمة البائع قبل قبضها، وفي السلعة بعد قبضها، وفي ثمنها بعد بيعها. وعائد هذه الصكوك هو الفرق بين ثمن شراء سلعة السلم و ثمن بيعها.

ب. صكوك الإجارة، وهي أنواع:

١- صكوك ملكية الأصول القابلة للتأجير:

تصدر على أساس عقدي البيع والإجارة، ويستخدم ممثل المكتتبين في الصكوك حصيلة إصدارها لتمويل شراء عين قابلة للتأجير رقة ومنفعة، ثم تأجيرها مدة محددة، هي مدة الصكوك، بأجرة معلومة، ويمثل الصك حصة شائعة في ملكية هذه العين، رقة ومنفعة، وفي أجرتها بعد تأجيرها، وهذه الأجرة هي عائد هذه الصكوك.

٢- صكوك ملكية منافع الأصول القابلة للتأجير:

تصدر على أساس عقد الإجارة، ويستخدم ممثل المكتتبين في الصكوك حصيلة إصدارها في تمويل شراء أو إنشاء منفعة أصل موجود أو موصوف في ذمة المؤجر، ثم إعادة تأجيره، لمدة أقل، لمؤجره بشروط معينة، أو لغير مؤجره، مدة محددة بأجرة معلومة، ويمثل الصك حصة شائعة في ملكية منفعة هذا الأصل، دون رقبته، وفي أجرته بعد إعادة تأجيره. والفرق بين ثمن شراء المنفعة و ثمن بيعها هو عائد هذه الصكوك.

٣- صكوك إجارة الخدمات:

تصدر على أساس عقد إجارة الخدمات، ويستخدم ممثل المكتتبين في الصكوك حصيلة إصدارها في تمويل شراء خدمات من مقدم هذه الخدمات بثمن

معين، ولمدة محددة، لإعادة بيعها لمدة مساوية أو أقل، لمتلقي هذه الخدمات. ويمثل الصك حصة شائعة في ملكية الخدمة، وهي التزام في ذمة مقدم الخدمة، قبل بيعها، وفي ثمنها بعد بيعها بثمن مؤجل، والفرق بين ثمن شراء الخدمة وثنمن بيعها هو عائد هذه الصكوك.

ج. صكوك الاستثمار: وهي أنواع:

١- صكوك المضاربة:

تصدر على أساس عقد المضاربة، ويستخدم ممثل المكتتبين في الصكوك حصيلة إصدارها لدفع رأس مال المضاربة للمضارب، لاستثماره بحصة معلومة من ربحه. ويمثل الصك حصة شائعة في ملكية موجودات المضاربة وتشمل خليطاً من الأعيان والمنافع والديون والنقود والحقوق المالية أو من بعضها، وفي ثمنها بعد بيعها. ويستحق مالكو الصكوك حصة شائعة من عائد استثمار موجودات المضاربة ويتحملون مخاطر هذا الاستثمار بنسبة ما يملكه كل منهم من صكوك. وتحدد نشرة إصدار هذه الصكوك والعقود الشرعية الملحقة بها شروط وأحكام عقد المضاربة وحصة مالكي الصكوك من الربح.

٢- صكوك الوكالة بالاستثمار:

تصدر على أساس عقد الوكالة بالاستثمار، ويستخدم ممثل المكتتبين في الصكوك حصيلة إصدارها في دفع رأس مال الوكالة بالاستثمار إلى الوكيل لاستثماره، بأجرة معلومة، ويمثل الصك حصة شائعة في ملكية موجودات الوكالة (وتشمل خليطاً من الأعيان والمنافع والديون والنقود والحقوق المالية أو من بعضها)، وفي ثمنها بعد بيعها. ويستحق مالكو صكوك الوكالة عائد استثمار موجوداتها ويتحملون مخاطر هذا الاستثمار، بنسبة ما يملكه كل منهم من صكوك، ويستحق الوكيل أجرًا

معلوماً مضموناً على مالكي الصكوك، وقد يستحق مع الأجر حافزاً هو كل أو بعض ما زاد من العائد عن حدٍّ معين. وتحدد نشرة إصدار هذه الصكوك والعقود الشرعية الملحقة بها شروط وأحكام عقد الوكالة في الاستثمار وأجر الوكيل.

٣- صكوك المشاركة في الربح:

تصدر على أساس عقد المشاركة، ويستخدم ممثل المكتتبين في الصكوك حصيلة إصدارها في تمويل حصة مالكي الصكوك في المشاركة مع الجهة المصدرة، ويمثل الصك حصة شائعة في ملكية موجودات المشاركة (وتشمل خليطاً من الأعيان والمنافع والديون والنقود والحقوق المالية أو من بعضها). ويستحق مالكو الصكوك حصة شائعة من عائد استثمار موجودات المشاركة ويتحملون مخاطر هذا الاستثمار، بنسبة ما يملكه كل منهم من صكوك. وتحدد نشرة إصدار هذه الصكوك والعقود الشرعية الملحقة بها شروط وأحكام عقد المشاركة وحصة مالكي الصكوك في ربح المشاركة.

د. صكوك المشاركة في الإنتاج: وهي ثلاثة أنواع:

١- صكوك المزارعة:

تصدر على أساس عقد المزارعة، ويستخدم ممثل المكتتبين في الصكوك حصيلة إصدارها في تمويل زراعة أرض يقدمها مالكاها بناء على هذا العقد، ويمثل الصك حصة شائعة في ملكية موجودات المزارعة غير الأرض، وفي الزرع بعد ظهوره، وفي ثمنه بعد بيعه. ويستحق حملة الصكوك، بصفتهم المزارعين بأموالهم، حصة معلومة من الزرع، ويستحق مالك الأرض الباقي، وتحدد نشرة إصدار الصكوك والعقود الشرعية الملحقة بها شروط وأحكام عقد المزارعة، وحصة كل من حملة الصكوك ومالك الأرض من الناتج.

٢- صكوك المساقاة:

تصدر على أساس عقد المساقاة، ويستخدم ممثل المكتتبين في الصكوك حصيلة إصدارها في تمويل نشاط رعاية أشجار قابلة للإثمار وتعهداتها بالسقي والتهديب والتسميد ومعالجة الآفات حتى تثمر، ويمثل الصك حصة شائعة في ملكية موجودات المساقاة غير الأرض والشجر، وفي الثمر بعد ظهوره، ويستحق حملة الصكوك حصة معلومة من الثمر، ومن ثمنه بعد بيعه، ويستحق مالك الشجر الباقي. وتحدد نشرة إصدار الصكوك والعقود الشرعية الملحقة بها شروط وأحكام عقد المساقاة، وحصة كل من مالكي الصكوك بوصفهم المساقين ومالك الشجر في الثمر.

٣- صكوك المغارسة:

تصدر على أساس عقد المغارسة، ويستخدم ممثل المكتتبين في الصكوك حصيلة إصدارها في تمويل غرس الأرض بأشجار الفاكهة أو غيرها من الأشجار ذات القيمة الاقتصادية، وتعهداتها حتى تصل إلى مرحلة الإثمار، ويمثل الصك حصة شائعة في ملكية موجودات المغارسة من الأرض والغرس، ثم في ثمنها بعد بيعها. ويستحق حملة الصكوك، بوصفهم المغارسين حصة معلومة من الأرض المغروسة، ويستحق مالك الأرض الباقي. وتحدد نشرة إصدار الصكوك والعقود الشرعية الملحقة بها حصة كل من حملة الصكوك ومالك الأرض في الأرض المغروسة.

هـ. صكوك الصناديق والمحافظ الاستثمارية:

تصدر على أساس عقد شراء صندوق أو محفظة استثمارية تتمتع بشخصية اعتبارية وذمة مالية مستقلة عن الجهة المستفيدة، وتتكون من خليط من أعيان ومناافع وديون ونقود وحقوق أو من بعضها، لا تقل فيها الأعيان والمناافع عن الثلث عند إنشائها ويمثل الصك حصة شائعة في ملكية هذه المحفظة.

رابعًا: ارتباط مخاطر الصكوك بأصولها

أصول الصكوك هي موجوداتها التي تتحول إليها حصيلة الاكتتاب فيها، وهذه الأصول قد تكون أعيانًا، كما في صكوك إجارة الأعيان، وقد تكون منافع أو خدمات، كما في صكوك إجارة المنافع والخدمات، وقد تكون عينًا مصنعة، كما في صكوك الاستصناع، وقد تكون سلعة السلم، وهي دين سلعي في ذمة بائعها، وقد تكون بضاعة المرابحة بعد تملكها وقبضها وقبل بيعها للواعد بشرائها، وقد تكون خليطًا من الأعيان والمنافع والنقود والديون والحقوق المالية الأخرى أو بعضًا منها، كما في صكوك المضاربة والمشاركة والوكالة بالاستثمار، ولكل من هذه الثلاثة شخصية اعتبارية وذمة مالية مستقلة شرعًا، وقد تكون أصول الصكوك هي الأرض أو الزرع أو الغرس في صكوك المشاركات الزراعية.

مراحل أصول الصكوك:

صكوك التمويل:

المرابحة: أصول صكوك المرابحة هي بضاعة المرابحة بعد شراء ممثل حملة الصكوك لها، ثم تتحول إلى دين في ذمة المشتري بعد بيعها، ومخاطر الصكوك هنا ترتبط ببضاعة المرابحة قبل بيعها وتسليمها لمشتريها، فتلف وهلاك ونقص قيمة هذه البضاعة يكون على حملة الصكوك وحدهم، كما أن مخاطر سداد الثمن المؤجل يكون على حملة الصكوك وحدهم، فالارتباط بين مخاطر صكوك المرابحة في

جميع مراحلها وبين أصولها أو موجوداتها، أعياناً أو ديناً، واضح تماماً. وقد يقال إنَّ مخاطر صكوك المرابحة بعد بيع بضاعة المرابحة لا ترتبط بأصولها وهي دين المرابحة، بل ترتبط بمصدر هذه الصكوك المستفيد من حصيلة إصدارها وهو المشتري مرابحةً، المدين بالثمن. وهذا صحيح غير أنه جاء تبعاً لا أصالةً، فمخاطر صكوك المرابحة ترتبط أصلاً بأصولها، وهي في هذه الحالة دين في ذمة المشتري، فمخاطر عدم سداد الثمن تقع على حملة الصكوك، إلا أنَّ لقدرة المدين على السداد دخلاً أو أثراً على مخاطر عدم السداد، ويمكن القول في الحالات التي تصير فيها أصول الصكوك ديناً، أنَّ مخاطر الصكوك ترتبط بأصولها أساساً، وترتبط بملاءة المصدر وقدرته على السداد تبعاً.

الاستصناع: أصول صكوك الاستصناع هي العين التي يقوم ممثل حملة الصكوك بتصنيعها بعد بيعها للمستصنع وقبل تسليمها له، أي في فترة التصنيع، ويشمل ذلك جميع المواد والأدوات والعناصر اللازمة للتصنيع، أو الداخلة في التصنيع، فهذه كلها أعيان حتى يكتمل صنع العين وتكون مُعدَّة (حسب المواصفات) لتسليمها إلى مشتريها استصناعاً، وجميع مخاطر هذه العين في هذه المرحلة تكون على حملة الصكوك وحدهم؛ لأن ملكية هذه العين وإن انتقلت بعقد الاستصناع إلى المشتري إلى أنها لم تسلم إليه، وانتقال المخاطر يتبع القبض لا مجرد الملك.

فإذا سُلمت العين المصنعة إلى المستصنع صارت مخاطرها عليه، ويكون ثمنها ديناً في ذمته، وتكون الصكوك ممثلة ديناً في هذه المرحلة، والدين هنا هو أصول الصكوك، وتطبق نفس القاعدة، وهي أن مخاطر الصكوك ترتبط بأصولها، ولذلك كان لا بد من التأكد من ملاءة المستصنع وقدرته على سداد دين الاستصناع في موعده، والمخاطر ترتبط بالدين هنا؛ لأنه هو أصل الصكوك أساساً، وإن كانت هذه المخاطر مرتبطة بالمدين المشتري تبعاً.

السَّلْم: أصول صكوك السلم هي بضاعة السلم التي يشتريها ممثل حملة الصكوك من مصدر هذه الصكوك (المستفيد من حصيلة إصدارها) وهو البائع لبضاعة السلم، ويدفع له كامل الثمن عند التعاقد. وبضاعة السلم دين سلعي في ذمة البائع حتى يسلمه إلى ممثل حملة الصكوك. وترتبط مخاطر الصكوك بدين السلم؛ لأنه أصل صكوك السلم الذي تحولت إليه حصيلة الاكتتاب في الصكوك، فإذا تمّ قبض هذه البضاعة فإن الصكوك تُمثل هذه البضاعة، ويتحمل حملة الصكوك مخاطر هلاكها وتلفها وخسارتها.

صكوك الاستثمار: صكوك الاستثمار ثلاثة هي المضاربة والمشاركة والوكالة بالاستثمار. وفي هذه الأنواع الثلاثة يدخل ممثل حملة الصكوك في عقد مضاربة أو مشاركة أو وكالة مع مضارب أو شريك مدير أو وكيل استثمار ويسلمه حصيلة الاكتتاب في الصكوك باعتبارها رأس مال مضاربة أو وكالة أو حصة مشاركة. ويعد كل من المضارب ووكيل الاستثمار والشريك المدير مديرًا للصكوك بحصة معلومة من ربح المضاربة، أو بأجر معلوم في الوكالة بالاستثمار أو نسبة من ربح المشاركة.

وهذه العقود الثلاثة تُسمى عقود الأمانة، وفيها لا يضمن مدير الصكوك رأسمال المضاربة أو المشاركة أو حصة المشاركة، ولا ربحًا محددًا لحملة الصكوك، في حالات التلف أو الهلاك أو الخسارة إذا أثبت أن هذا التلف أو الهلاك أو الخسارة حدثت بسبب لا يد له فيه ولا قدرة له على توقعه أو تلافي آثاره.

ويظهر بوضوح مدى ارتباط مخاطر صكوك المضاربة والمشاركة والوكالة بالاستثمار بأصول هذه الصكوك، وهي موجوداتها فلحملة هذه الصكوك غنم هذه الموجودات وعليهم غرمها، بحكم أنهم المالكون لها حتى يستردها مصدر هذه الصكوك، وهو المضارب أو الشريك المدير أو وكيل الاستثمار، وذلك عن طريق

التعهد بشرائها بقيمتها السوقية أو العادلة أو صافي القيمة أو ما يتفق عليه حملة الصكوك ومصدرها عند إتمام عملية الشراء.

ويجب أن نؤكد أن موجودات أو أصول صكوك الاستثمار. مملوكة لحملة الصكوك، وليست قرضاً لمدير الصكوك ولا ديناً مضموناً في ذمته، ومن هنا كان لهم غنمها إلا ما شرطوه منه لمدير الصكوك، وعليهم غرمها، ويكفي في ثبوت هذه الملكية عقود الاستثمار، المضاربة أو المشاركة أو الوكالة، ذلك أن هذه العقود تمنح مدير الصكوك سلطة التصرف في رأس مال المضاربة أو الوكالة بالاستثمار أو حصة المشاركة وذلك بتحويلها إلى موجودات تنشأ على ملك مالكي الصكوك ابتداءً، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

وإذا كان بعض هذه الموجودات يحتاج إلى تسجيل للاحتجاج بالتصرف أمام الغير كالعقارات التي يشتريها مدير الصكوك من الغير فإن هذا التسجيل لا يكون في اسم مدير الصكوك؛ لأنه ليس المالك، ولكن باسم المضاربة أو الوكالة أو المشاركة باعتبارها كياناً شرعياً له شخصية اعتبارية وذمة مالية مستقلة وإن لم يعترف القانون بهذه الشخصية أو الذمة ولم ينظمها حتى الآن، وعلى كل حال فإنه لا مانع شرعاً من أن يُسجل العقار باسم المضارب أو الشريك المدير أو وكيل الاستثمار إذا دعت ضرورة لذلك، باعتبار أن كلاً منهم أمين لحملة الصكوك ووكيل عنهم في التصرف، ويعلن ذلك في إعلان العهدة، ولا مانع في هذه الحالة من أن يكون لحملة الصكوك ممثل آخر هو شركة ذات غرض خاص (SPV)، ويكون مدير الصكوك أميناً لها ووكيلاً عنها في الاحتفاظ بالملكية، أي أمين الأمين ووكيل الوكيل، ولكن يجب النص على كل ذلك في نشرة إصدار الصكوك.

ويجب أن تطبق جميع أحكام الملك على هذه الصكوك، فأصول هذه الصكوك أو موجوداتها، إذا كان مدير الصكوك شركة، يجب إدراجها خارج ميزانيتها

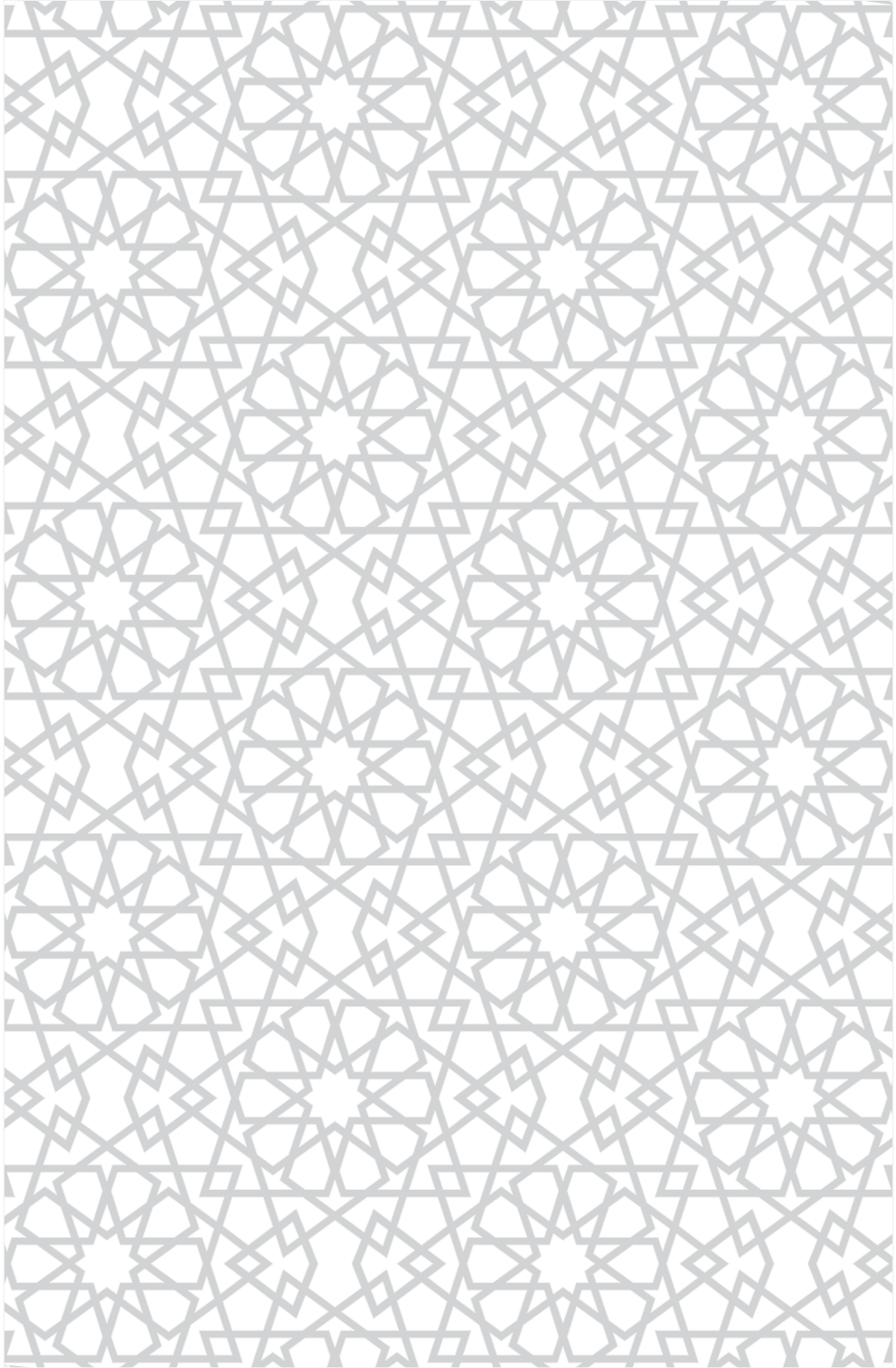
لأنها غير مملوكة لهذه الشركة، فلا يجوز قيدها داخل الميزانية، ومن جهة أخرى فإنَّ حقوق حملة الصكوك في موجودات صكوك الاستثمار مقدمة على حقوق دائني مدير الصكوك، مُضاربًا كان أو شريكًا مديرًا أو وكيل استثمار بحكم أنَّ هؤلاء مالكون لهذه الموجودات وأنَّ يد مدير الصكوك عليها يد أمانة.

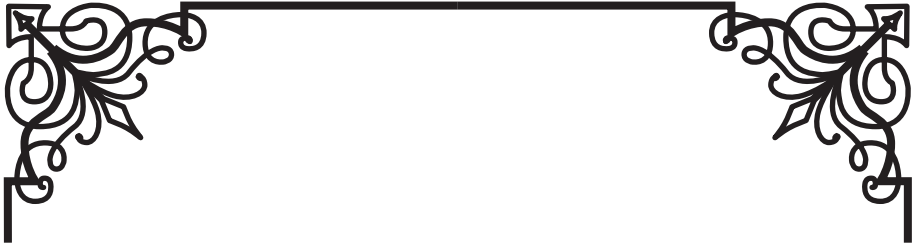
أ.د. حسين حامد حسان

الصُّكُوكُ وَتَطْبِيقَاتُهَا الْمُعَاَصِرَة

إِعْدَادُ

فضيلة الشيخ محمد تقي العثماني





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

الحمد لله وكفى وسلام على عباده الذين اصطفى، أما بعد:

فإن من مهام المجلس الشرعيّ - كما جاء في نظام هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية - (تحقيق التطابق أو التقارب في التصورات والتطبيقات بين هيئات الرقابة الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية لتجنب التضارب أو عدم الانسجام بين الفتاوى والتطبيقات لتلك المؤسسات بما يؤدي إلى تفعيل دور هيئات الرقابة الشرعية الخاصة بالمؤسسات المالية الإسلامية والبنوك المركزية).

وبما أنه ظهرت في زماننا صكوك استثمارية بمبالغ باهظة عمت المساهمة فيها في كثير من البنوك الإسلامية، وقد أبدى جمع من العلماء ملاحظاتهم بالنسبة لموافقته للأحكام الشرعية، فإن المجلس الشرعيّ في اجتماعه السابق بالمدينة المنورة قرر أن يبحث هذا الموضوع في دورته القادمة في مكة المكرمة، وفوض إليّ إعداد دراسة موجزة للمسائل التي تحتاج إلى البحث والنقاش بشأن هذه الصكوك. وإني أعددت هذه الدراسة الموجزة المتواضعة لتكون ورقة عمل لمناقشة هذا الموضوع في الاجتماع القادم إن شاء الله تعالى.

محمد نقي العثماني

رئيس المجلس الشرعيّ



الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد أشرف المرسلين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.
أما بعد:

فإن إصدار الصكوك المبنية على أحكام الشريعة الإسلامية الغراء كان من أهم أهداف العمل المصرفي الإسلامي ومن أعظم الوسائل المرموقة لتنمية الاقتصاد الإسلامي في المجتمع، بشرط أن تراعى في آلياتها جميع المبادئ الأساسية التي تميز الاقتصاد الإسلامي من غيره. وإن النظام الربوي السائد في العالم اليوم متعود بإصدار السندات القائمة على أساس الفائدة الربوية للمشاريع الكبيرة التي تقتضى أموالاً جمّة وتُدِرّ ربحاً أودخلاً كبيراً. ولكن حاملي السندات لا يتجاوزون من أن يكونوا مقرضين لأصحاب هذه المشاريع على أساس الفائدة، ولا دخل لهم في ملكية أصول المشروع ولا في الربح أو الدخل الذي ينتج من هذه المشاريع، وإنما يستحقون الفائدة على قروضهم بنسبة متوافقة مع سعر الفائدة في السوق. أما ربح المشاريع بعد التكاليف، ومنها الفائدة المدفوعة، فكله يرجع إلى أصحاب المشاريع.

وكانت الفكرة الأساسية من وراء إصدار الصكوك الإسلامية: أن يشارك حملة الصكوك في ربح المشاريع الكبيرة أو الدخل الناتج منها، ولو أصدرت الصكوك

على هذا الأساس أدت دورًا كبيرًا في تنمية العمل المصرفي الإسلامي، وساهمت مساهمة كبيرة في الوصول إلى المقاصد النبيلة التي تهدف إليها الشريعة الغراء، وكان فيها من المنافع ما يأتي:

١- إنها من أفضل الصيغ لتمويل المشاريع الكبيرة التي لا تطيقها جهة واحدة.

٢- إنها تقدم قناة جيدة للمستثمرين الذين يريدون استثمار فائض أموالهم، ويرغبون في الوقت نفسه أن يستردوا أموالهم بسهولة عندما يحتاجون إليها؛ لأن المفروض في هذه الصكوك أن تكون لها سوق ثانوية تباع فيها الصكوك وتُشترى. فكلما احتاج المستثمر إلى أمواله المستثمرة أو إلى جزء منها، جاز له أن يبيع ما يملكه من صكوك أو بعضها منها، ويحصل على ثمنها الذي يمثل الأصل والربح جميعًا، إن كان المشروع كسب ربحًا.

٣- إنها تقدم أسلوبًا جيدًا لإدارة السيولة تستطيع به المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية أن تدير به سيولتها. فإن كان لديها فائض من السيولة اشترت هذه الصكوك، وإن احتاجت إلى السيولة باعتها في السوق الثانوية.

٤- إنها وسيلة للتوزيع العادل للثروة، فإنها تمكن جميع المستثمرين من الانتفاع بالربح الحقيقي الناتج من المشروع بنسبة عادلة، وبهذا تنتشر الثروة على نطاق أوسع دون أن تكون دولة بين الأغنياء المعدودين. وذلك من أعظم الأهداف التي يسعى إليه الاقتصاد الإسلامي.

وقد انتشرت اليوم في السوق صكوك كثيرة تدعي أنها صكوك إسلامية. ونريد في هذه الدراسة الموجزة المتواضعة أن نطلع على آلياتها، ومدى موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها ومقاصدها المذكورة.

إن الذين أصدروا هذه الصكوك حاولوا بكل ما في وسعهم أن تكون هذه الصكوك منافسة للسندات الربوية الرائجة في السوق، وأن تحمل معظم خصائصها، ليسهل ترويجها في السوق الإسلامية والتقليدية في آن واحد، وإن أبرز خصائص السندات الربوية تتلخص في النقاط الآتية:

١- أنها لا تمثل ملكية حاملي السندات في المشروع التجاري أو الصناعي الذي أصدرت السندات من أجله، وإنما توثق القرض الربوي الذي دفعه حاملو السندات إلى مُصدرها صاحب المشروع.

٢- أنها توزع الفائدة على حاملي السندات بصفة دورية. وهذه الفائدة تقدر بنسبة من رأس المال، لا بنسبة من الربح الفعلي. وقد تكون النسبة معينة، وكثيراً ما تكون متغيرة في سندات طويلة الأجل.

٣- أنها تضمن استرداد رأس المال عند إطفاء السندات في نهاية مدتها، سواء ربح المشروع فعلاً، أو لم يربح.

وإن مصدر السندات لا يجب عليه إلا رد رأس المال مع الفائدة المتفق عليها؛ وما حصل عليه المشروع من الربح فوق ذلك، فكله له، ولا يستحق حاملو السندات أن يطالبوا حصة من الربح الزائد على سعر الفائدة.

وإن هذه الخصائص لا يمكن أن توجد في الصكوك الإسلامية بصفة مباشرة، ولكن مُصدري الصكوك الإسلامية اليوم حاولوا أن تتسم صكوكهم بمعظم هذه الخصائص بطريق غير مباشر، وأوجدوا من أجل ذلك آليات مختلفة. ولندرس هذه الآليات في ضوء هذه النقاط الثلاثة:

١- ملكية حاملي السندات في أصول المشروع:

أما النقطة الأولى، وهي ملكية حاملي السندات في أصول المشروع، فإن معظم الصكوك تختلف فيها عن السندات الربوية اختلافًا واضحًا، فإن الصكوك في عامة الأحوال تمثل حصة شائعة في أصول تُدرّ ربحًا أو دخلًا، مثل الأعيان المؤجرة، أو مشروع تجاري أو صناعي، أو وعاء استثماري يحتوي على عدة من المشاريع. وهذه هي النقطة الوحيدة التي تميزها عن السندات الربوية، غير أنه ظهرت في الآونة الأخيرة بعض الصكوك التي يُشكّك في كونها ممثلة للملكية. فمثلاً: قد تكون الأصول الممثلة بالصكوك أسهم الشركات بدون ملكيتها الحقيقية، وإنما تخوّل حملة الصكوك حقًا في عوائدها، وليس هذا إلا شراء عوائد الأسهم، وهو لا يجوز شرعًا. وكذلك انتشرت بعض الصكوك على أساس خلطة من عمليات الإجارة والاستصناع والمرابحة التي دخل فيها بنك من البنوك، فيبيع هذه الخلطة إلى حملة الصكوك، ليحصلوا على عوائد هذه العمليات. وإدخال عمليات المرابحة في هذه الخلطة لا يخلو من شبهة بيع الدين، وإن كانت نسبتها قليلة بالنسبة إلى عمليات الإجارة والمشاركة والاستصناع، ويحتاج إلى إعادة النظر في الموضوع.

٢- التوزيع الدوري على حملة الصكوك:

وأما النقطة الثانية، فإن معظم الصكوك المصدرة قد اكتسبت فيها خصيصة السندات الربوية سواء بسواء من حيث إنها توزع أرباح المشروع بنسبة معينة مؤسسة على سعر الفائدة (اللايبور). ومن أجل تبرير ذلك وضعوا بنودًا في العقد يصرح بأنه إذا كان الربح الفعلي الناتج من الاستثمار زائدًا على تلك النسبة المبينة على سعر الفائدة، فإن المبلغ الزائد كله يدفع إلى مدير العمليات (سواء أكان مضاربًا أو شريكًا أو وكيل الاستثمار) على كونه حافزًا له على حسن الإدارة، حتى إني رأيت في هيكلة بعض

الصكوك أنها لا تصرح بكون الزائد مستحقاً للمدير كحافز، بل تكتفي بقولها: إن حملة الصكوك يستحقون نسبة معينة مؤسسة على أساس سعر الفائدة في التوزيع الدوري (فكأن كون الزائد حافزاً ثبت تقديرًا أو اقتضاءً)، أما إذا كان الربح الفعلي ناقصاً من النسبة المذكورة المبينة على سعر الفائدة، فإن مدير العمليات يلتزم بدفع الفرق (بين الربح الفعلي وبين تلك النسبة) إلى حملة الصكوك على أساس قرض بدون فائدة يقدم إلى حملة الصكوك. وإن هذا القرض يسترده المدير المقرض إما من المبالغ الزائدة على سعر الفائدة في فترات لاحقة، وإما من تخفيض ثمن شراء الموجودات عند إطفاء الصكوك، كما سيأتي تفصيله في النقطة الثالثة إن شاء الله تعالى.

٣- ضمان استرداد رأس المال:

أما النقطة الثالثة، فإن جميع الصكوك المصدرة اليوم تضمن رد رأس المال إلى حملة الصكوك عند إطفائها، مثل السندات الربوية سواء بسواء، وذلك بوعده ملزم إما من مصدر الصكوك أو من مديرها أنه سيشترى الأصول التي تمثلها الصكوك بقيمتها الاسمية التي اشتراها بها حملة الصكوك في بداية العملية، بقطع النظر عن قيمتها الحقيقية أو السوقية في ذلك اليوم. وبهذه الآلية المركبة استطاعت الصكوك أن تحمل خصائص السندات الربوية من حيث إنها لا تعطي حملة الصكوك إلا نسبة معينة من رأس المال مبينة على سعر الفائدة، وفي الوقت نفسه إنها تضمن لحملة الصكوك استرداد رأس مالهم في نهاية العملية. ولتتكلم على هذه الآلية أولاً من الناحية الفقهية، وثانياً من ناحية سياسة الاقتصاد الإسلامي.

أما من الناحية الفقهية، فهناك ثلاث مسائل:

الأولى: اشتراط المبلغ الزائد على سعر الفائدة لمدير العملية بحجة أنها حافز له على حسن الإدارة.

الثانية: التزام المدير بأنه إن انتقص الربح الفعلي من النسبة المعينة على أساس سعر الفائدة في فترة من فترات التوزيع، فإنه يدفع قرصًا إلى حملة الصكوك بمقدار النقصان. وإن هذا القرض يرد إليه إما من الربح الفعلي الزائد على تلك النسبة في فترات لاحقة، أو من ثمن شرائه للأصول في نهاية العملية.

الثالثة: الوعد الملزم من قبل المدير أنه سيشتري الموجودات الممثلة بالصكوك بقيمتها الاسمية يوم إصدار الصكوك، وليس بقيمتها السوقية يوم الشراء.

اشتراط الحافز لمدير العملية:

أما اشتراط الحافز لمدير العملية، فمستنده ما ذكره بعض الفقهاء من جواز مثل ذلك في الوكالة والسمسرة وذكره الإمام البخاري - رحمه الله تعالى - تعليقًا عن ابن عباس وابن سيرين رضي الله تعالى عنهما.

قال البخاري: (قال ابن عباس: لا بأس أن يقول: بع هذا الثوب، فما زاد على كذا وكذا فهو لك. وقال ابن سيرين: إذا قال: بعه بكذا، فما كان من ربح فهو لك، أو بيني وبينك فلا بأس به).^(١)

وبهذا أخذ الحنابلة؛ جاء في الكافي لابن قدامة: (وإن قال: بع هذا بعشرة، فما زاد فهو لك، صح وله الزيادة؛ لأن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأسًا)^(٢).

وإن هذا المذهب مروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وعن ابن سيرين وشريح وعامر الشعبي والزهري والحكم عند ابن أبي شيبة في مصنفه، وعن قتادة وأيوب أيضًا عند عبد الرزاق. وكرهه إبراهيم النخعي وحماد، كما روى عنهما عبد الرزاق،

(١) صحيح البخاري، كتاب الإجازات، باب أجر السمسرة ٤/ ٤٥١.

(٢) الكافي لابن قدامة، كتاب الوكالة ٢/ ٢٥٣.

وكذلك الحسن البصري وطاوس بن كيسان، كما روى عنهم ابن أبي شيبة^(١)، وهو مذهب الجمهور غير الحنابلة.

قال الحافظ ابن حجر - رحمه الله تعالى - تحت أثر ابن عباس الذي علقه البخاري: (وهذه أجرة سمسرة أيضًا، لكنها مجهولة، ولذلك لم يجزه الجمهور وقالوا: إن باع له على ذلك فله أجر مثله. وحمل بعضهم إجازة ابن عباس على أنه أجره مجرى المقارض، وبذلك أجاب أحمد وإسحاق. ونقل ابن التين أن بعضهم شرط في جوازه أن يعلم الناس في ذلك الوقت أن ثمن السلعة يساوي أكثر مما سمي له، وتعقبه بأن الجهل بمقدار الأجرة باق)^(٢).

وقال البدر العيني - رحمه الله تعالى - : (وأما قول ابن عباس وابن سيرين فأكثر العلماء لا يجيزون هذا البيع، وممن كرهه الثوري والكوفيون. وقال الشافعي ومالك: لا يجوز، فإن باع فله أجر مثله. وأجازه أحمد وإسحاق، وقالوا: هو من باب القراض، وقد لا يربح المقارض)^(٣).

وهذا كله في أجرة السمسار إذا لم تُعيَّن غير الزيادة على ما سماه الأصيل من ثمن البيع. أما إذا سميت أجرته بمبلغ مقطوع، ثم قيل له: إن بعث بأكثر من كذا فالزائد كله لك علاوة على أجرك المقطوع، فالظاهر أنه لا يمنعه الجمهور أيضًا؛ لأن جهالة الأجرة ارتفعت بتحديد أجر مقطوع، وإن باعه بأكثر من حدمعين، فالزائد له على كونه حافزًا على حسن عمله.

وعلى هذا الأساس جاء في معيار المضاربة الصادر من المجلس الشرعي:

(١) راجع مصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، باب ٤٦، ٦/١٠٧، ١٠٨ من طبع إدارة

القرآن، كراتشي، ومصنف عبد الرزاق، ٨/٢٣٤ رقم الحديث ١٥١٨ إلى ١٥٢٢.

(٢) فتح الباري، كتاب الإجازات، باب أجر السمسرة، ٤/٤٥١.

(٣) عمدة القاري، الكتاب والباب المذكور أعلاه ١٢/١٣٣.

(إذا شرط أحد الطرفين لنفسه مبلغًا مقطوعًا، فسدت المضاربة، ولا يشمل هذا المنع ما إذا اتفق الطرفان على أنه إذا زادت الأرباح عن نسبة معينة فإن أحد طرفي المضاربة يختص بالربح الزائد عن تلك النسبة أو دونها فتوزيع الأرباح على ما اتفقا عليه)^(١).

وإن مدير العملية في الصكوك يدير العمليات إما بصفته أجيرًا أو وكيلًا للاستثمار، فيشبه السمسار، وإما بصفته مضاربًا أو شريكًا عاملاً، فيغطيه ما جاء في معيار المضاربة. ولكن الفقهاء لما أجازوا هذه الصيغة لم يكن في حسابهم أنها ستُستخدم في إجراء العمليات على أساس سعر الفائدة أو الربا، والحفاظ على النظام الربوي في السوق. وإن استحقاق المدير المبلغ الزائد على نسبة معينة قد سُمي حافزًا على حسن إدارته للأصول، وإن هذا الحافز إنما يُعقل كونه حافزًا إن كان مرتبطًا بما زاد على أدنى الربح المتوقع من خلال العمليات التجارية أو الصناعية التي أُصدرت من أجلها الصكوك، فمثلاً: إن كان أدنى الربح المتوقع من هذه العمليات ١٥٪، فيمكن أن يقال إن ما زاد على هذه النسبة من الربح الفعلي، فإنه يُعطى للمدير كحافز؛ لأن هذا المقدار الزائد يمكن إضافته إلى حسن إدارته بوجه معقول. ولكن النسبة المعينة في هذه الصكوك ليست مرتبطة بالربحية المتوقعة من العمليات، وإنما هي مرتبطة بتكاليف التمويل أو سعر الفائدة الذي يتغير كل يوم، بل كل ساعة، ولا علاقة له بربحية المشروع التجاري أو الصناعي، فكثيرًا ما تنقص نسبته من نسبة الربحية المتوقعة من المشروع. فإن كانت نسبة الربح المتوقع ١٥٪ في المثال السابق، فإنه من الممكن جدًا أن يكون سعر الفائدة ٥٪، والربح الفعلي نزل إلى ١٠٪ لسوء الإدارة من المدير، فكيف يمكن أن يقال إن ما زاد على ٥٪ يعطى للمدير لحسن إدارته، بالرغم من أنه أساء في الإدارة حتى نزل الربح إلى ١٠٪ بدلًا من ١٥٪؟ فظهر

(١) المعيار الشرعي، رقم ١٣، بند ٥، ٨.

بهذا أن ما يسمى حافزاً في هذه الصكوك ليس حافزاً في الحقيقة، وإنما هو طريق لتمشية هذه الصكوك على أساس سعر الفائدة. وإن هذه الجهة لا تخلو من الكراهة على الأقل إن لم نقل بحرمتها.

هذا من الناحية الفقهية البحتة. أما من ناحية سياسة الاقتصاد الإسلامي، فإن مثل هذه «الحوافز» التي لا تخلو منها الصكوك اليوم قد أبطلت المقاصد الاقتصادية النبيلة من توزيع الثروة فيما بين المستثمرين على أساس عادل، فإن الصكوك المؤسس على «الحوافز» جعلت الربح الموزع على المستثمرين مقتصرًا على سعر الفائدة في كل حال، وليس على الربحية الحقيقية للمشروع.

ولئن تحملت الهيئات الشرعية هذه المفاصد في بداية إصدار الصكوك في حين كانت المؤسسات المالية الإسلامية قليلة، فقد حان الأوان أن تُعيد النظر في ذلك وتخلص الصكوك الآن من هذه الأمور المشبوهة، فإما أن تخلو من «الحوافز» بتاتاً، أو تؤسس الحوافز على أساس الربح المتوقع من المشروع، وليس على أساس سعر الفائدة، ويصبح ذلك ميزة تتميز بها المؤسسات المالية الإسلامية عن المؤسسات التقليدية الربوية تميزاً حقيقياً.

٢- اشتراط القرض عند نقص الربح من النسبة المعينة:

أما اشتراط القرض عند انتقاص الربح الحقيقي من النسبة المعينة، فلا مبرر له إطلاقاً من الناحية الشرعية، فإن الذي يلتزم بالقرض هو مدير العمليات، وهو الذي يبيع الأصول على حملة الصكوك في بداية العملية، فلو اشترط عليه أن يقرض حملة الصكوك في حالة نقص الربح الفعلي عن تلك النسبة، فهو داخل في بيع وسلف، وقد ثبت عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع وسلف. أخرج مالك في الموطأ بلاغاً، وأخرج أبو داود والترمذي بلفظ: «لا يحل سلف وبيع». وقال

الترمذي: (هذا حديث حسن صحيح)^(١). وقال ابن عبد البر رحمه الله تعالى: (هذا الحديث محفوظ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ وهو حديث صحيح رواه الثقات عن عمرو بن شعيب، وعمرو بن شعيب ثقة إذا حدث عنه ثقة)^(٢).

وقد أخذ بهذا جميع أهل العلم، ولا يعرف فيه خلاف. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: (ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه أو شرط المشتري ذلك عليه فهو محرم والبيع باطل، وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافاً)^(٣).

وقال رحمه الله في موضع آخر: (وإن شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرتها أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرتها... كان أبلغ في التحريم)^(٤).

وفي آلية الصكوك المذكورة لا يرضى المدير بتقديم هذا القرض إلا لأنه يحوز أكثر من حصته الحقيقية من الربح الفعلي من خلال «الحافز» الذي اشترط له عندما يتجاوز الربح الفعلي النسبة المبنية على سعر الفائدة. فهذا القرض أبلغ في التحريم بعبارة ابن قدامة رحمه الله تعالى.

وقد يكون مدير العمليات الذي التزم بالقرض شريكاً أو مضارباً. وهذا الالتزام أيضاً مخالف لمقتضى العقد

وتغطيه علة التحريم في بيع وسلف سواء بسواء، فلا يجوز.

(١) موطأ الإمام مالك ٢/٦٥٧ وسنن أبي داود، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم ٣٥٠٤،

وجامع الترمذي، باب ما جاء في كراهية ما ليس عنده، رقم ١٢٣٤.

(٢) التمهيد لابن عبد البر ٢/٣٨٤.

(٣) المغني لابن قدامة ٤/١٦٢.

(٤) المغني ٤/٢١١.

٣- تعهد المدير بشراء الأصول بالقيمة الاسمية:

أما المسألة الثالثة، فهي أن العمليات التجارية الحقيقية في الشريعة لا يُضمن فيها استرداد رأس المال، فإنَّ غُنْم الربح الحقيقي في الشريعة الإسلامية يتبع الغُرم دائماً، فكان الأصل في الصكوك التجارية ألا يُضمن فيها رأس المال لحملتها، بل إنهم يستحقون القيمة الحقيقية للأصول، سواء أزدادت من قيمتها الاسمية أم نقصت. ولكن الصكوك الراجعة اليوم كلها تضمن رأس المال لحملة الصكوك بطريق غير مباشر. وهو أن مدير العمليات يتعهد تجاه حملة الصكوك أنه سيشتري الأصول التي تمثلها الصكوك بالقيمة الاسمية عند نهاية مدتها، بقطع النظر عن قيمتها الحقيقية يومئذ. ومعنى ذلك أن حملة الصكوك يرجع إليهم عند إطفاء الصكوك رأس مالهم مضموناً، لا غير. فإن كان المشروع أصيب بخسران، فإنه يتحملة المدير، وإن كان فيه ربح فإنه يحوزه المدير بالغاً ما بلغ. ولاحق لحملة الصكوك إلا في استرداد رأس مالهم كما في السندات الربوية.

ولو تأملنا في مدى جواز هذا التعهد، فإن مدير العمليات في الصكوك قد يدير العمليات على أساس كونه مضارباً لحملتها، وقد يكون شريكاً لهم، وقد يكون وكيلهم للاستثمار.

التعهد من المدير المضارب:

أما بطلان هذا التعهد في حالة كونه مضارباً، فظاهر؛ لأنه ضمان رأس المال من المضارب لصالح أرباب الأموال، ولم يقل بجوازه أحد. وجاء في معيار المضاربة الصادر من المجلس الشرعي: (فإذا كانت الخسارة عند تصفية العمليات أكثر من الربح يحسم رصيد الخسارة من رأس المال، ولا يتحمل المضارب منه شيئاً باعتباره أميناً ما لم يثبت التعدي أو التقصير. إذا كانت المصروفات على قدر الإيرادات يتسلم

رب المال رأس ماله، وليس للمضارب شيء. ومتى تحقق الربح فإنه يوزع بين الطرفين وفق الاتفاق بينهما^(١).

ولم أجد لهذا التعهد من المضارب مبرراً فقهياً، غير أنه قد ذكر في بعض الصكوك أن المدير لا يتعهد بصفته مضارباً، بل بصفة أخرى، وهذا أمر غير معقول؛ لأنه ليس للمضارب صفة أخرى في هذه العملية.

التعهد من الشريك:

وقد يكون مدير العمليات شريكاً لحملة الصكوك، وكما لا يجوز للمضارب أن يضمن رأس المال لرب المال، كذلك لا يجوز أن يضمنه أحد الشركاء للشركاء الآخرين، فإنه يقطع الشركة بين الشركاء في حالة الخسارة، ولم يقل بجوازه أحد. وجاء في معيار الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة الصادر من المجلس الشرعي: (لا يجوز أن تشتمل شروط الشركة أو أسس توزيع أرباحها على أي نص أو شرط يؤدي إلى احتمال قطع الاشتراك في الربح، فإن وقع كان العقد باطلاً)^(٢).

وقد نص المعيار على عدم جواز التعهد المذكور بصراحة في بند لاحق حيث جاء فيه: (يجوز أن يُصدر أحد أطراف الشركة وعداً ملزماً بشراء موجودات الشركة خلال مدتها أو عند التصفية بالقيمة السوقية، أو بما يُتفق عليه عند الشراء، ولا يجوز الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية)^(٣).

وجاء في مستند الأحكام الشرعية لهذا المعيار: (مستند عدم جواز الوعد الملزم من قبل أحد أطراف الشركة بشراء موجودات الشركة بالقيمة الاسمية أنه بمثابة

(١) المعيار الشرعي رقم ١٣، بند ٧، ٨.

(٢) المعيار الشرعي رقم ١٢، بند ٣/١/٥/٧.

(٣) المرجع السابق، بند ٣/١/٦/٢.

ضمان رأس المال، وهو ممنوع شرعاً. ومستند جواز الوعد بشرائها بالقيمة السوقية أنه ليس في ذلك ضمان بين الشركاء^(١).

وقد استدل بعض الإخوة المعاصرين على جواز هذا التعهد المستلزم لضمان رأس المال أن ذلك ممنوع في شركة العقد، وليس في شركة الملك، ثم ادّعوا أن الشركة في الصكوك (وخاصة في الصكوك التي تمثل الأعيان المؤجرة) إنما هو شركة الملك، وليس شركة العقد. ولكن إذا نظرنا في حقيقة هذين النوعين من الشركة، تبين لنا أن الشركة في الصكوك شركة عقد، وليس شركة ملك فقط، وذلك؛ لأن المقصود من هذه الشركة ليس تملكاً للأعيان بغرض الاستهلاك أو الانتفاع الشخصي، وإنما المقصود منه استثمار مشترك، وهو الفارق الأساسي بين شركة الملك وشركة العقد.

وتفصيل ذلك أننا لو تأملنا فيما ذكره الفقهاء في حقيقة شركة العقد ظهر لنا أن شركة العقد تتميز عن شركة الملك بوجوه ثلاثة: الأول أن المقصود منها الاسترباح المشترك، بخلاف شركة الملك، فإن المقصود منها التملك والانتفاع لاغير. والثاني أنها تجعل كل شريك وكيلاً عن الآخر في عمليات الاستثمار، في حين أن الشركاء في شركة الملك كل واحد منهم مستقل بتصرفه في حصته، وهو أجنبي بالنسبة لحصة شريكه أو شركائه الآخرين. الثالث: أن الشركاء أحرار في شركة العقد بتوزيع الربح فيما بينهم بأية نسبة مشاعة يتفقون عليها فيما بينهم، بخلاف شركة الملك، فإن كل شريك فيها مستقل بالاسترباح من حصته، ولو استغل كل واحد حصته منفرداً، فإن كل واحد ينفرد بما كسب من غلة حصته فقط. وإن هذه الخصائص كلها متوافرة في الشركة التي تحدث بالصكوك.

(١) المعايير الشرعية، ص ٣٥٩.

وإن الشيخ مصطفى الزرقا - رحمه الله تعالى - قد تكلم في الفرق بين النوعين من الشركة بكلام واضح ودقيق. وإليك عبارته بنصه: (إن الملكية الشائعة إنما تكون دائماً في شيء مشترك، فهذه الشركة إذا كانت في عين المال فقط، دون الاتفاق على استثماره بعمل مشترك، تسمى «شركة ملك»، وتقابلها «شركة العقد»، وهي أن يتعاقد شخصان فأكثر على استثمار المال أو العمل واقتسام الربح، كما في الشركات التجارية والصناعية)^(١).

وقد تحدث الشيخ رحمه الله تعالى عن الفارق بين القسمين في محل آخر فقال: (عقد الشركة: وهو عقد بين شخصين فأكثر على التعاون في عمل اكتسابي واقتسام أرباحه. والشركة في ذاتها قد تكون شركة ملك مشترك بين عدة أشخاص ناشئة عن سبب طبيعي كالإرث مثلاً، وقد تكون شركة عقد بأن يتعاقد جماعة على القيام بعمل استثماري يتساعدون فيه بالمال أو بالعمل ويشتركون في نتائجه. فشركة الملك هي من قبيل الملك الشائع وليست من العقود، وإن كان سببها قد يكون عقداً، كما لو اشترى شخصان شيئاً، فإنه يكون مشتركاً بينهما شركة ملك، ولكن ليس بينهما عقد على استغلاله واستثماره بتجارة أو إجارة ونحو ذلك من وسائل الاسترباح. وأما شركة العقد التي غايتها الاستثمار والاسترباح فهي المقصودة هنا والمعدودة من أصناف العقود المسماة)^(٢).

فأوضح الشيخ رحمه الله تعالى أن الشركة متى قُصد بها الاستثمار أو الاستغلال، سواء عن طريق التجارة أو عن طريق الإجارة، أصبحت الشركة شركة عقد. ومن البديهي أن الصكوك يُقصد بها الاستثمار أو الاستغلال من الأعيان المؤجرة، فلا سبيل إلى القول بأنه شركة ملك. ولذا فلا يجوز أن يضمن أحد الشركاء رأس مال الآخر بطريق مباشر أو غير مباشر.

(١) المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى الزرقا ١/ ٢٦٣.

(٢) المرجع السابق ١/ ٥٥١.

والواقع أن عدم جواز التعهد المذكور من الشريك أو المضارب أمر لا يحتاج إلى كثير من التدليل، فإنه أمر مقرر في الفقه، وقد أكدته المجامع والندوات الفقهية، والمجلس الشرعي نفسه. ولو فتحنا هذا الباب لجاز لمديري المصارف الإسلامية أن يضمنوا رأس مال المودعين بأن يتعهدوا بشراء حصصهم المشاعة في وعاء الاستثمار بقيمتها الاسمية، وبهذا ينتفي الفارق الوحيد بين ودائع المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية.

التعهد من وكيل الاستثمار:

ولا يكون مدير العمليات في بعض الصكوك شريكاً أو مضارباً، وإنما يكون وكيلاً لحملة الصكوك في استثمار الأصول التي تمثلها الصكوك. فهل يجوز أن يتعهد لحملة الصكوك أنه سوف يشتري الأصول في نهاية المدة بقيمتها الاسمية؟ والجواب أن التعهد من الوكيل وإن كان أخف من تعهد الشريك أو المضارب، فإنه لا يجوز أيضاً؛ لأن الوكالة عقد أمانة ليس فيها ضمان على الوكيل إلا في حالة التعدي أو التقصير. والتعهد المذكور بمثابة الضمان منه، فلا يجوز هذا الضمان أيضاً. وبهذا أخذ معيار الضمانات الصادر من المجلس الشرعي، حيث جاء في البند ٢/٢ / ١ منه ما نصه: (لا يجوز اشتراط الضمان على المضارب أو وكيل الاستثمار أو أحد الشركاء سواء كان الضمان للأصل أم للربح، ولا يجوز تسويق عملياتها على أنها استثمار مضمون). وجاء في البند التالي: (لا يجوز الجمع بين الوكالة والكفالة في عقد واحد لتنافي مقتضاهما؛ ولأن اشتراط الضمان على الوكيل بالاستثمار يحول العملية إلى قرض بفائدة ربوية بسبب ضمان الأصل مع الحصول على عائد الاستثمار).

وقد يستدل على جواز هذا التعهد من وكيل الاستثمار بمسألة أقرها المعيار في البند نفسه، حيث جاء فيه: (أما إذا كانت الوكالة غير مشروطة فيها الكفالة، ثم

كفل الوكيل من يتعامل معه بعقد منفصل، فإنه يكون كفيلاً لا بصفة كونه وكيلاً، حتى لو عزل عن الوكالة يبقى كفيلاً^(١).

فيقول المستدلون إن وكيل الاستثمار وإن لم يكن ضامناً في الأصل، ولكنه أصبح ضامناً بحكم هذا التعهد المستقل المنفصل عن عقد الوكالة.

والجواب أن هذا قياس مع فارق كبير؛ لأن الوكيل في الصورة المذكورة في المعيار يكون كفيلاً عن مديون العمليات بعقد منفصل، وإنه لا يضمن إلا إذا تخلف المديون عن سداد واجباته فقط، ولكنه لا يضمن للبائع أن يكون البيع رابحاً في كل حال. أما في صورة الصكوك، فإن وكيل الاستثمار لا يضمن مديوناً معيناً، وإنما هو يضمن خسران العمليات، حتى إن ضمانه يظل قائماً، وإن سدد جميع المديونين واجباتهم، ولكن كانت العمليات خاسرة لنزول الأسعار في السوق، أو لأي سبب آخر، فكيف يقاس هذا على ذلك؟

ثم يزيد الضغث على الإثالة في هذا التعهد إن كان المدير هو البائع للأصول على حملة الصكوك، كما هو الشأن في كثير منها، حيث يتضمن هذا التعهد العينة؛ لأنه تعهد بشراء ما باعه المتعهد، إلا إذا انتفت العينة بالشروط المعروفة في الفقه.

سياسة الاقتصاد الإسلامي:

وإن هذا البحث كله كان من الناحية الفقهية البحتة. أما إذا تأملنا من منظور مقاصد التشريع وأهداف الاقتصاد الإسلامي، فإن الصكوك التي اجتمعت فيها معظم خصائص السندات الربوية، مخالفة تماماً لهذه المقاصد والأهداف. إن الهدف النبيل الذي حُرِّم من أجله الربا، هو أن يوزَّع محصول العمليات التجارية والصناعية فيما بين الشركاء على أساس عادل. وآليات الصكوك المذكورة تهدم هذا الأساس من رأسه،

(١) ينظر: المعيار الشرعي، رقم ٥، بند ١/٢/٢، و٢/٢/٢.

وتجعل الصكوك مشابهة للسندات الربوية سواء بسواء من حيث نتائجها الاقتصادية. وإن إنشاء المصارف الإسلامية لم يكن للمماشاة مع النظام الربوي السائد في العالم في جميع منتجاته وعملياته، وإنما كان المقصود من وراء ذلك أن نفتح بتدرج آفاقاً جديدة للأعمال التجارية والمالية والمصرفية يسود فيها العدل الاجتماعي حسب المبادئ التي وضعها الشريعة الإسلامية الخالدة. ولا شك أن هذا العمل العملاق كان يحتاج إلى تدرج، ولكن التدرج الحقيقي إنما يُتصور بخطة ترسّم مراحلها المختلفة بدقة ووضوح، وبأن يكون هناك متابعة مستمرة للتقدم إلى هذه المراحل، وليس المراد من التدرج أن تقف الحركة على خطوة واحدة إلى أمد غير محدد.

لا شك أن هيئات الرقابة الشرعية والمجامع والندوات الفقهية أجازت للمصارف الإسلامية بعض العمليات التي هي بالحيل أشبه منها بالعمليات الحقيقية، ولكن هذه الإجازة كانت لتسيير عَجَلتها في ظروف صعبة عدّد المصارف الإسلامية فيها قليل جداً. وكان المفروض أن تتقدم المصارف الإسلامية إلى العمليات الحقيقية المؤسسة على أساس أهداف الاقتصاد الإسلامي، وإلى الابتعاد من مشابهة العمليات الربوية، ولو خطوة فخطوة، ولكن الذي يحدث الآن هو عكس ذلك، فإن المؤسسات المالية الإسلامية أصبحت تتنافس في أن تتقدم بجميع خصائص السوق الربوية بعَجَرها وبُجَرها، وتأتي بمنتجات جديدة ترجع القهقري إلى الاقتراب من العمليات الربوية بدلاً من أن تتبعد عنها، وكثيراً ما تُبَدَّر هذه المنتجات بالحيل التي يمجّها الفكر السليم، ويضحك عليها الأعداء.

وقد يستدل لتمشية هذه الصكوك بأن هيئات التصنيف العالمية لا تصنّفها بالمستوى العالي المطلوب إلا بمثل هذه الآليات التي تضمن لحملتها رأس مالهم، وتوزع عليهم الربح بنسبة معينة من رأس المال، ولذلك لا يتيسر تسويقها على نطاق واسع إلا بمثل هذه الآليات. والجواب عنه أننا لو مشينا خلف هيئات التصنيف

العالمية التي لا تفرّق بين الحلال والحرام، لما أمكن لنا أبدأً أن نتقدم إلى منتجات إسلامية خالصة تخدم أهداف الاقتصاد الإسلامي؛ وذلك لأن هذه الهيئات نشأت في جوّ ربوي لا تعترف بجودة الاستثمار إلا بضمان رأس المال وتوزيع العائد على أساس ربويّ، والحال أن جودة المنتج من الناحية الشرعية تعتمد على تحمل الأخطار وتوزيع الربح العادل فيما بين المستثمرين، فالعقلية الإسلامية مضادة تمامًا لعقلية هذه الهيئات.

وبالتالي، فإن الصكوك الإسلامية إنما وضعت للمصارف والمؤسسات الإسلامية التي تهدف إلى الابتعاد عن الربا، فينبغي تسويق الصكوك فيما بينها على ذلك الأساس، وينبغي أن تكون الصكوك مقبولة لديهم، دون احتياجها إلى التصنيف التقليدي. وقد أنشأت هيئة للتصنيف الشرعي الآن، فينبغي أن تدعمها المصارف والمؤسسات الإسلامية حتى نستغنى عن هيئات التصنيف التقليدية.

والواقع أن عدد المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية الآن عدد لا يُستهان بشأنه والحمد لله، ولا يزال في تزايد يوميًا فيوماً، ونسبة نموّها في كثير من البلاد أكثر من نموّ البنوك التقليدية، فيتعين عليها الآن أن تتعاون فيما بينها لتقديم منتجات حقيقية بعيدة عن التحايل خالية عن شبهات الربا، وهادفة إلى خدمة مقاصد الشريعة في مجال الاقتصاد والتنمية والعدل الاجتماعي. ولا يتحصل ذلك إلا بترشيد وتأكيّد من قبل هيئات الرقابة الشرعية. ولو استمرت هيئات الرقابة الشرعية على سياستها السابقة، فإن المصارف الإسلامية سوف تخطئ الطريق، ويخشى أن تفشل هذه الحركة الطيبة لا قدر الله. وقد حان للهيئات الشرعية أن تُعيد النظر في سياستها، وتُقلّل من الرُخص التي استفادت بها المؤسسات المالية الإسلامية حتى الآن، وتصمّد على المعايير الشرعية الصادرة من المجلس الشرعي، التي لم تُغفل الحاجات الحقيقية لهذه المؤسسات. وإني على يقين بأنه إن صمدت الهيئات الشرعية على هذه

المعايير، فإن الكفاءات الفنية العالية الميسرة للمؤسسات لا تعجز عن إيجاد بدائل جيدة للمنتجات المشبوهة إن شاء الله تعالى.

خلاصة البحث والاقتراحات:

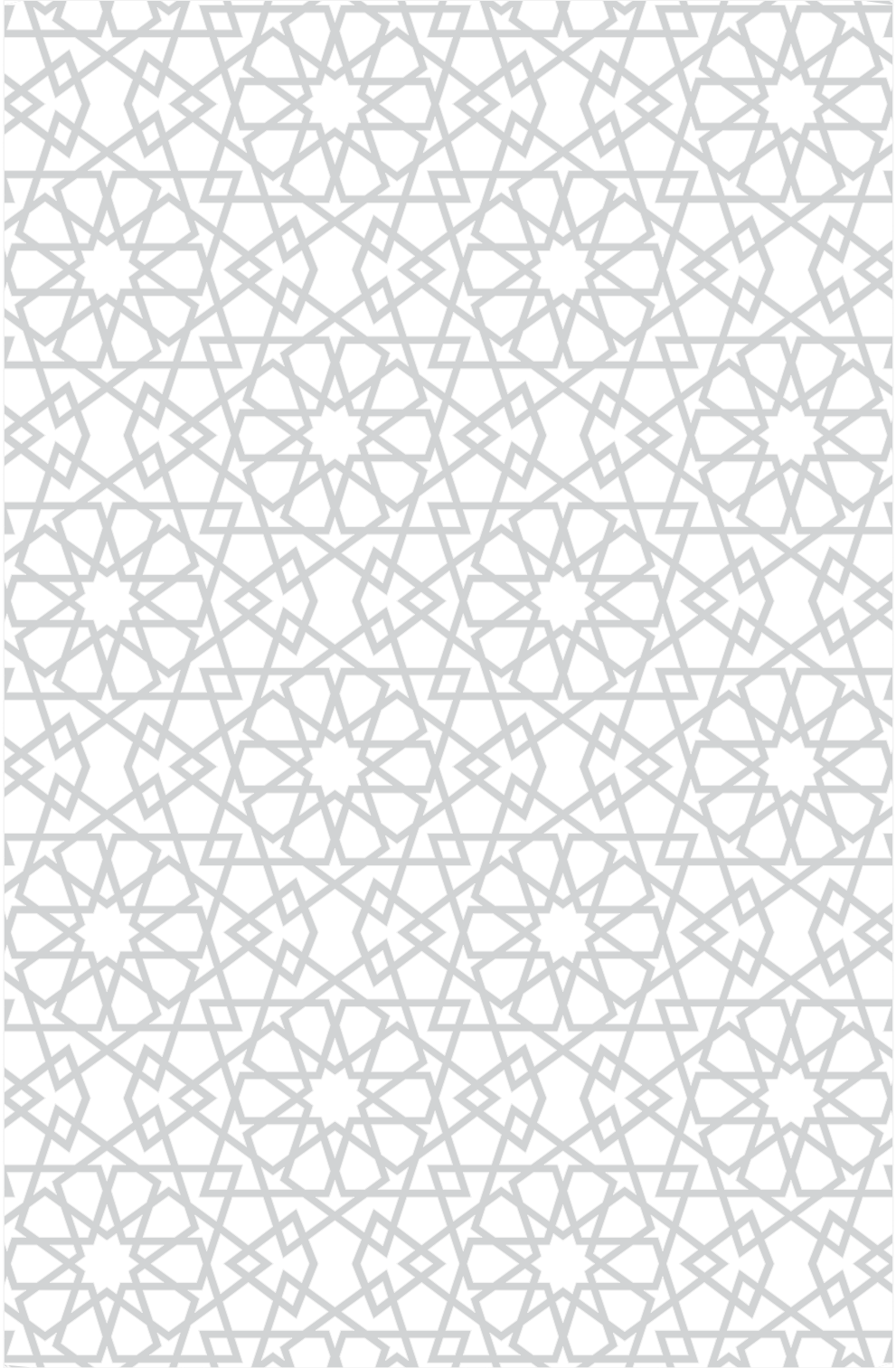
- ١- ينبغي إصدار الصكوك على أساس مشروعات تجارية أو صناعية جديدة. وإن أصدرت على أساس مشروع قائم، فالواجب أن تمثل الصكوك ملكية تامة لحملتها في موجودات حقيقية.
- ٢- ينبغي أن توزع عوائد المشروع على حملة الصكوك بالغة ما بلغت بعد حسم المصروفات بما فيها من أجرة المدير، أو حصة المضارب في الربح. ولئن كان هناك حافز للمدير فليكن على أساس الربح المتوقع من العمليات، وليس على أساس سعر الفائدة.
- ٣- لا يجوز التزام المدير أن يقدم قرضاً عند نقص الربح الفعلي من الربح المتوقع.
- ٤- لا يجوز للمدير، سواء كان مضارباً، أو شريكاً، أو وكيلًا للاستثمار أن يتعهد بشراء الأصول بقيمتها الاسمية. بل يجب أن يكون الشراء على أساس صافي قيمة الأصول، أو بثمن يُتفق عليه عند الشراء.
- ٥- يتعين على هيئات الرقابة الشرعية أن تلتزم بالمعايير الشرعية الصادرة عن المجلس الشرعي.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

مَدَى ارْتِبَاطِ
مَخَاطِرِ الصُّكُوكِ بِأُصُولِهَا

إِعْدَادُ

أ. د. حَسِينِ حَامِدِ حَسَانِ





بيننا وبينهم

كتب العالم الثقة الجليل فضيلة الشيخ تقي عثمانى بحثاً يتسم بالإخلاص والصدق مع الشفافية والمصارحة، التي هي أهم موضوع يتعلق بمستقبل الصناعة المالية الإسلامية ومؤسساتها ومنتجاتها، وهو موضوع «الصكوك»، وقد لاحظ -بحق- أن الصكوك قد انحرفت في العمل والتطبيق عن المسار الشرعي الذي رسم لها، وصارت في الشكل والموضوع والصورة والمضمون سندات دين بفائدة، وهدمت بذلك أساس الصناعة المالية الإسلامية وهدف المؤسسات المالية الإسلامية، وقد بدأت البنوك الإسلامية في الخروج بالصكوك إلى سندات الدين جزئياً وعلى استحياء.

ولما وجدت عدم الاهتمام بهذا الموضوع والتساهل من الهيئات الشرعية التي أقرت هذه المخالفات كشفت عن أساسها وخرجت على أصل الصناعة المالية الإسلامية في التمويل المؤسس على حقوق الملكية إلى التمويل القائم على الديون. لقد ذكر فضيلة الشيخ تقي عثمانى خصائص الصكوك وجميع الأوراق المالية الإسلامية التي تميزت بها عن سندات الدين، ثم أثبت بالأدلة والنماذج العملية الخروج عليها، وقد عدّ فضيلة الشيخ الشواهد على هذا الخروج وناقشها واحداً تلو الآخر، وأنا وإن كنت أنفق معه في الجملة إلا أنني أرى من الضروري أن أشير إلى حقيقة هامة، وهي أن اجتماع هذه المخالفات جميعها في الصكوك (عدم تمثيل

بعضها لحقوق ملكية، وتعهد بالشراء بالقيمة الاسمية، وتحديد الربح بمؤشر سعر الفائدة، والالتزام بمنح ما يزيد على سعر الفائدة حافزاً للمدير الصكوك، مقابل التزامه بمنح قرض لحملة الصكوك قد يسترده).

إن اجتماع كل هذه تجعل الصكوك مناقضة للشريعة قطعاً، حتى إذا تبرر بعض هذه المخالفات بتخريجها أو قيامها على فروع أخرى، أو الاكتفاء بالاستدلال بحكم الأصل هو الإباحة أو القواعد العامة، مثل الاستدلال على الوعد بالشراء بأنه لا يساوي شرط ضمان الهلاك والتلف، إلا أن اجتماع كل هذه العناصر تقطع بأنها نوع من سندات الدين.

إن الزواج دون ولي جائز عند الحنفية ولهم دليل صحيح على ذلك، والصداق ليس شرطاً في صحة عقد الزواج عند الشافعية، بل حق يرتبه الشرع عليه، ولهم دليل صحيح على ذلك، والإشهاد على عقد الزواج ليس ركناً ولا شرطاً في العقد عند المالكية، ولهم دليل على ذلك، غير أن الزواج لو تم دون ولي ولا صدق ولا شاهدين فإنه يعد باطلاً، بل زناً وإن سقط الحد للشبهة عند البعض.

وهذا هو الشأن في صكوك الاستثمار، قد يستدل على صحة إلزام مدير الصكوك بالعائد المتوقع في دراسة الجدوى بناءً على أن المؤسسة المالية قدمت التمويل معتمدة على هذه الدراسة، فيلزمه به على أساس أن المبدأ القائل بأن التخجير بالقول كالتخجير بالفعل يوجب الضمان، وقد يستدل على قيمة الحاجز، مع وجود الخصائص الأخرى.

ومن هنا فإني أتفق معه في أن اجتماع هذه المخالفات يحوّل الصكوك إلى سندات دين، ولكن أدرس هذه المخالفات واحدة واحدة للوصول إلى الحكم على الصكوك إذا تخلف بعض الخصائص دون بعض.



الموضوع الأول الصكوك تمثل حقوق ملكية لحاملها

لا خلاف في أن الصكوك يجب أن تمثل حق ملكية، ولا تمثل ديناً بفائدة في ذمة مصدرها (المستخدم لحصيلتها). وهذه الملكية إما كاملة (رقبة ومنفعة) أو ناقصة وهي المنفعة دون الرقبة، كمنفعة الأصول (Assets) مدة محدودة من الزمن، وذلك كمن باع منفعة أصول يملكها لحملة الصكوك لمدة محددة أو اشترى منفعة أصول لمدة محددة (٩٠ سنة مثلاً)، ثم باعها لحملة الصكوك، والأولى: تسمى صكوك الأعيان، والثانية: تسمى صكوك المنافع.

ولا يجوز بحال من الأحوال أن تمثل الصكوك ديوناً لحاملها في ذمة مصدرها إذا كانت هذه الديون تحمل فائدة وذلك مثل سندات (Bonds) الدين أو القرض بفائدة.

وهناك أمور يجب توضيحها في هذا الخصوص:

١. الملكية - تامة أو ناقصة - تنتقل في الشريعة بمجرد عقد البيع المستوفي لشروطه وضوابطه الشرعية، دون توقف على تسجيل هذه الملكية لدى الجهات الرسمية.
٢. ومع ذلك فإن المصلحة الشرعية تقضي بأن تسجل حقوق الملكية لدى الجهات الرسمية إذا استوجب القانون هذا التسجيل لحماية المالك

- وتمكنه من الاحتجاج بملكيته على الغير والتمتع بكامل ثمارها.
٣. إذا تعذر تسجيل حق الملكية، كأن يمنع قانون البلد الذي يوجد فيه العقار تسجيل هذه الملكية للأجانب وكانت البنوك أو المؤسسات المشاركة في التمويل (حملة الصكوك) أجنبية فإنه يجب على البائع أن يصدر سند ضد (*deed of trust and regency*) يقرر فيه بأنه يحتفظ بالملكية (*title*) لحساب حملة الصكوك المالكين الحقيقيين للأصول وأنه لا يتصرف في هذه الأصول دون إذنهم.
٤. نقل الملكية النفعية (*beneficiary ownership*) مع بقاء الملكية الحقيقية مع البائع لا يكفي، كأن يُبقي المصدر (البائع) ملكيته للأسهم، وينقل إلى حملة الصكوك أرباحها الدورية (*dividends*)، أو يُبقي المصدر ملكية أصل مؤجر وينقل لحملة الصكوك حق الحصول على الأجرة.
- تعريف المصدر والتمثيل له بصك يصدر على أساس عقد شرعي والمصدر هو أحد طرفي العقد. المتفجع هو من يتلقى حصيلة إصدار الصكوك لاستخدامها أو استثمارها، فهل ملكيته أو منفعته لحملة الصكوك.
٥. قد يكون المصدر لصكوك الإجارة شركة ذات غرض خاص (*SPV*) تنوب عن حملة الصكوك، وتباع أصول الصكوك لها وتنتقل ملكيتها إليها، بصفتها أميناً لحملة الصكوك ووكيلاً عنهم، وعند ذلك يقال إن هذه الشركة تحتفظ بسند الملكية (*title*) وأن حملة الصكوك يملكون ملكية نفعية، وهذا غير صحيح في نظر الشريعة؛ لأن الملكية الحقيقية

رقبة ومنفعة أو منفعة فقط مملوكة لحملة الصكوك، وتبقى مع الشركة المصدرة، بصفتها أميناً لهم ووكيلاً عنهم.

٦. في صكوك المضاربة والمشاركة والوكالة في الاستثمار (صكوك الاستثمار) تمثل الصكوك حقوق ملكية لحاملها بعد تحويل رأس المال إلى خليط من الأعيان والمنافع والنقود والديون (التي لا تحمل فائدة) والحقوق المالية، أي أنها تمثل حقوق ملكية (*equities*) ولا يضر وجود الديون غير الربوية بين أصول صكوك الاستثمار بصرف النظر عن نسبتها إلى بقية الأصول ما دام النشاط الذي تستثمر فيه حصيلة الصكوك مشروعاً، وكانت طبيعة هذا النشاط تقتضى وجود هذه العناصر ومنها الديون بنسب متفاوتة في أوقات مختلفة، ولم يكن الغرض الأساس من تكوين المحفظة أو الصندوق وإصدار الصكوك هو تصكيك الديون وبيعها لحملة الصكوك بنسبة خصم، مثل ديون المرابحة والاستصناع التي تتكون من تكلفة بضاعة المرابحة وتصنيع العين وهامش الربح المضاف ثم تباع لحملة الصكوك بالتكلفة دون عنصر الربح الذي يكون العائد على الصكوك.

٧. إن المقصود بالديون في عبارة أن (الصكوك لا تمثل ديوناً) هي الديون الناتجة عن قرض بفائدة، أي التي تمثل ديوناً بفائدة في ذمة مصدرها لحاملها، بحيث يكون العائد هو الفائدة، أو أن تكون ديوناً قد اشترت بنسبة خصم، بحيث تكون العوائد التي تدفع لحملة الصكوك في المستقبل هي نسبة خصم الديون؛ كأن تكون ديون المرابحة والاستصناع مائة فيشترها حملة الصكوك بثمانين ثم يحصلون المائة من المدنين، فتكون ثمانون منها إطفاء للصكوك وعشرين عائداً. أما

الديون الناشئة عن معاملات شرعية مثل ديون المربحة والاستصناع وديون الأجرة فإنه يمكن أن تكون محلاً للصكوك في مرحلة معينة أثناء حياة الصكوك التي تمثل حقوق ملكية أعيان، فيمتنع التداول أو تقييد بشروط معينة في هذه المرحلة ولكن يظل الصك موافقاً لأحكام الشريعة، وذلك على النحو التالي:

- صكوك المربحة تمثل نقوداً قبل شراء بضاعة المربحة، ثم تمثل حقوق ملكية بعد شراء بضاعة المربحة، ثم تمثل ديوناً في ذمة المشتري للبضاعة بعد بيعها فيمنع التداول في الحالة الأخيرة وتظل الصكوك مشروعة.
- صكوك الاستصناع تمثل نقوداً قبل تمويل الشيء المصنع وخليطاً من النقود والأعيان أثناء مراحل التصنيع، ثم تمثل ديوناً في ذمة المشتري استصناعاً بعد تسليم العين المصنعة له فيمنع التداول في المرحلة الأخيرة وتبقى الصكوك مشروعة، وهنا تفرق الشريعة بين مشروعية الصكوك وبين مشروعية تداولها.
- الاستصناع تمثل نقوداً، ثم موجودات استصناع (ديون وأعيان) ثم ديوناً حيث أن حملة الصكوك يمثلون البائع استصناعاً «الصانع» بواسطة وكيلهم والمشتري استصناعاً هو الذي يملك المبيع الموصوف في الذمة مع التزامه بدفع ثمنه، فالإطفاء يكون من الصانع؛ كأن يشتري الصكوك ويدفع القيمة وموجودات الاستصناع في فترة الصنع وقبل التسليم يكون خليطاً بين الأعيان والمنافع، فيجوز له شراؤها بالقيمة السوقية والاسمية، ويمكن أن يكون الثمن هو ما يتفق عليه المصدر للصكوك أو من صدرت

الصكوك لصالحه؛ لأنه هو المستخدم لحصيلة إصدار الصكوك في الواقع لأنه هو المستفيد فالإطفاء هنا يكون بقيمة الاتفاق (الاسمية أو السوقية).

• التداول هو شراء طرف ثالث لصكوك الاستصناع، أي: لموجودات صكوك الاستصناع حسب الاتفاق.

• المرحلة الثالثة: مرحلة الدين، الإطفاء (من المشتري استصناعاً) وهو المدين ويجوز بالقيمة الاسمية ونسبة بعضه وبالعين. التداول (شراء الصكوك أي حصيلة الصكوك بالقيمة الاسمية أو بالأعيان).

• مرحلة النقود في الاستصناع: الإطفاء (من المستصنع) الاسمية مع القبض. التداول (شراء الغير) الاسمية والقبض.

السلم: يمثل نقوداً ثم ديوناً سلعية في ذمة البائع، ثم أعياناً (أموال عينية).

مرحلة النقود: الإطفاء من البائع سلماً (التداول: الاسمية)، المرحلة الثانية: ديوناً سلعية (الإطفاء: الاسمية)، التداول (شراء الغير/ الاتفاق).

٨. أما صكوك السلم فإنها تمثل رأس مال السلم قبل دفعه للبائع سلماً، ثم تمثل ديناً سلعياً في ذمة البائع سلماً وهو يختلف عن الدين النقدي ولذلك وقع الخلاف في تداول هذه الصكوك وإطفائها، فالمالكية يرون جواز شراء البائع سلماً لبضاعة السلم قبل قبضها بقيمتها الاسمية، وبعض الحنابلة (ابن تيمية وابن القيم) يُجوزون للبائع شراءها قبل

قبضها بالقيمة السوقية، وقد جَوَّز بعض الباحثين جواز الوعد بشراء بضاعة السلم قبل قبضها بثمن هو الأعلى من سعر السوق والقيمة الاسمية جمعاً بين مذهب المالكية وبعض الحنابلة. والسبب في ذلك أن دين السلم دين سلعي لا نقدي فجمع بين العين والدين بمكان محلاً للاجتهاد. أما جمهور الفقهاء فيمنعون التداول والإطفاء قبل القبض؛ لأنهم لا يفرقون بين الدين السلعي والدين النقدي، ولكل من الجمهور وغيرهم أدلة شرعية تؤيد رأيه.

أما بيع بضاعة السلم قبل قبضها: فقد جوزها الجمهور للبائع أو لغيره، وعلى ذلك يجوز الوعد بشراء موجودات صكوك السلم قبل قبضها للبائع سلماً أي: وبالقيمة السوقية عند الحنابلة، كما يجوز الوعد بشرائها الصادر من طرف ثالث غير بائعها عند المالكية بالقيمة الاسمية أو السوقية، أما الوعد بشرائها بعد قبضها فيجوز عند الجميع بالقيمة السوقية أو الاسمية.

إثبات بيع أصول الصكوك في سجلات مصدر الصكوك:

يجب على مصدر صكوك الأعيان المؤجرة والإجارة وصكوك الاستثمار وغيرها (أي: المستخدم لحصيلتها) أن يثبت في سجلاته وقوائمه المالية وميزانيته واقعة بيع الأصول أو المضاربة أو المشاركة. ففي صكوك الإجارة أو الأعيان المؤجرة إذا باع المصدر هذه الأصول لحملة الصكوك فإن عليه أن يخرج هذه الأصول من ميزانيته فلا تبقى ثابتة في جانب الأصول بل تكون خارجة عنها؛ لأنه قد باع هذه الأصول وقبض ثمنها ونقل ملكيتها، فبقاؤها بين الأصول يعني أن هذا البيع صوري وأن الثمن قرض وأن عائد الصكوك هو الفائدة وإن سمي أجرة، وقد أصرت بعض البنوك الإسلامية على إبقاء الأصول المؤجرة التي باعها لحملة الصكوك في قائمة

أصولها (ON BALANCE SHEET) وكان عليها أن تضعها (OFF BALANCE SHEET) وساعدهم بعض المدققين الخارجيين على ذلك بحجة أن هذا البيع صوري وأن المعاملة في طبيعتها قرض، اعتمادًا على أن الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية يجعل المصدر متحملًا لمخاطر هلاك العين أو تلفها.

وفي صكوك عقود التمويل التي يتخلف عنها دين في ذمة المستفيد أو المستخدم لحصيلة الصكوك، يجب إثبات حصيلة إصدار صكوك المربحة، والبيع المؤجل والاستصناع والسلم هي ثمن بضاعة المربحة وتكلفة تصنيع العين المصنعة أو ثمن بضاعة السلم مؤجلة التسليم وليس قرضًا للمشتري مربحة أو استصناعًا أو البائع سلمًا.

وفي صكوك الاستثمار، أي: تصدر بناءً على عقد من عقود الاستثمار أي المضاربة، المشاركة، أو الوكالة في الاستثمار، يجب إثبات أن رأس المال المدفوع والموجودات التي تشتري به مملوكة لحملة الصكوك وهي أمانة لدى مصدر الصك المستفيد أو المستخدم لحصة المضارب والشريك والوكيل.



الموضوع الثاني التمن في الوعد بالشراء، هل هو القيمة الاسمية أم السوقية؟

- (١) مصدر الوعد بالشراء: قد يصدر الوعد بالشراء من المضارب أو الوكيل في الاستثمار أو الشريك المدير، وهؤلاء الثلاثة يطلق عليهم «مدير الصكوك»، وقد يصدر الوعد بالشراء كذلك من بائع الأعيان المؤجرة، أو من بائع منافع الأعيان محل الصكوك إذا كان مديرًا للصكوك، أما إذا لم يكن مديرًا لها فله أن يعد بشراء موجودات الصكوك بسعر السوق أو بالقيمة الاسمية؛ لأنه أجنبي عن الصكوك أما الوعد بالشراء بما يتفق عليه العاقدان ليس وعدًا؛ لأن الواعد يملك عدم الاتفاق فيندم الالتزام، ما لم توجد مخالفات شرعية أخرى كبيع الوفاء أو العينة.
- (٢) أما صكوك المرابحة بعد بيع بضاعة المرابحة، وصكوك الاستصناع بعد تسليم العين المصنعة إلى المستصنع، فإنها تمثل دينًا في ذمة المشتري مرابحة أو استصناعًا، وبالتالي فإن إطفاءها أي شراء غير المدين لهذه الموجودات (الدين) يخضع للمدين ولغيره وهذه الأحكام يشترط أن يكون للإطفاء بيع للمدين بالقيمة الاسمية للمدين أو مع خصم وبالقيمة الاسمية فقط بالنسبة للغير (التداول) ويجوز مطلقًا بالعين ونشرط قبض الثمن بكل من الإطفاء والتداول.

(٣) أما صكوك السلم قبل قبض بضاعة السلم تمثل دينًا سلعيًا في ذمة البائع سلمًا، وجمهور الفقهاء يمنعون شراء بضاعة السلم قبل قبضها سواء كان المشتري هو المدين أي البائع سلمًا، أو غيره، وعلى رأيهم فإن إطفاء صكوك السلم وتداولها غير مشروع. أما المالكية فإنها يجيزون للمدين أي البائع سلمًا أي يشتري بضاعة السلم غير الطعام قبل قبضها بالقيمة الاسمية، ويجيزون لغير البائع شراء بضاعة السلم قبل قبضها عدا الطعام بالقيمة السوقية أو الاسمية أو ما يتفق عليه البائع والمشتري وعلى هذا يجري تداول صكوك السلم، ويرى ابن تيمية وابن قيم الجوزية من الحنابلة جواز شراء المدين - أي: البائع - سلمًا شراء بضاعة السلم قبل قبضها وذلك بالقيمة السوقية ويجوز ذلك لغير البائع وعلى ذلك يجري إطفاء وتداول صكوك السلم عندهم. وقد خرج بعض الباحثين من رأي المالكيين بعض الحنابلة جواز وعد المدين والبائع سلمًا شراء بضاعة السلم قبل قبضها بأكثر القيمتين الاسمية والسوقية. ويتخرج الوعد بالشراء الصادر من المدين البائع أو من طرف ثالث بشراء موجودات صكوك السلم (وهذه الموجودات دين سلعي) على ذلك.

التعهد بالشراء:

أولاً: بشراء موجودات الصكوك وهناك نوعان من الصكوك: صكوك التمويل وصكوك الاستثمار، والأولى هي التي تقوم على أساس عقود التمويل التي يترتب عليها دين في ذمة المستخدم أو المستفيد من حصيلة بيع الصكوك مثل المشتري مرابحة أو استصناعًا والبائع سلمًا، والثانية هي التي تقوم على أساس عقود الاستثمار؛ أي العقود التي لا يتخلى فيها المصدر الصكوك، أي المستفيد أو المستخدم لحصيلتها

عن ملكية الموجودات، بل يستثمر هذه الموجودات إما بواسطة غير «المضارب» أو مع غيره كالشريك المدير.

ثانيًا: الوعد بشراء موجودات صكوك الاستثمار، وفيها عدة مسائل تستحق

البحث:

• الوعد بالشراء نفسه بصرف النظر عن ثمن الشراء، هل هو القيمة الاسمية أو القيمة السوقية أو القيمة الاتفاقية أو القيمة التي تحدد بألية معينة؟ هل يعد ضمانًا من جانب الواعد لقيمة موجودات صكوك الاستثمار؟ أو بعبارة أخرى: هل يعد وعد المضارب أو الشريك بشراء موجودات صكوك المضاربة أو المشاركة *Sukuk Underlying Assets* وله بالقيمة السوقية ضمانًا لقيمة هذه الموجودات ويكون حكم وعده شرط ضمان رأس المال على المضارب، وهو شرط ينافي مقتضى العقد فيبطل الشرط وحده أو مع العقد؟ الظاهر أن هذا لا يعد ضمانًا ينافي مقتضى عقود الأمانات (المضاربة - المشاركة - الوكالة في الاستثمار) فلا يكون له حكم شرط الضمان على الأمين؛ لأن الضامن يلتزم بدفع رأس المال لحملة الصكوك في جميع الحالات بما في ذلك حالة هلاك وتلف هذه الموجودات ونقص قيمتها بسببها ولو كان ذلك بسبب لا يدل له فيه، في حين أن الواعد بالشراء لا يلزم الوفاء بوعده في تلك الحالات.

(١) الوعد بالشراء بالقيمة السوقية: لا أظن أن هناك خلافًا بين الفقهاء قديمًا وحديثًا في أن:

أ. موجودات الصكوك مملوكة لحملة الصكوك ملكية حقيقية، وبالتالي فإن غرمها - هلاكها (الهلاك الكلي المادي مثل الهدم

والحرق والغرق) وتلفها (هلاك مادي جزئي كأنهدام أو احتراق الموجودات)، وخسارتها (نقص القيمة لأسباب تجارية) - عليهم، وغنمها (ربحها وعائدها) لهم إلا ما شرط منه لمدير الصكوك مضاربًا أو شريكًا أو وكيلًا في الاستثمار.

ب. اشتراط ضمان الغرم (الهلاك أو التلف أو الخسارة) على مدير الصكوك شرط باطل؛ لأنه ينافي مقتضى العقد، وهل يبطل العقد نفسه؟ هذا محل اجتهاد.

ج. مدير الصكوك ملتزم شرعًا بتنضيض (تسييل) موجودات الصكوك في نهاية مدتها، بيعها للغير أو شرائها لنفسه حسب الضوابط الشرعية لشراء المضارب من مال المضاربة (أي بدون وعد منه بالشراء) حتى يرد رأس المال والربح المتحقق حسب شروط المضاربة محددة المدة عند المالكين، وهذا هو الوضع الطبيعي، وبالطبع فإنه يبيع بسعر السوق وبذلك لا نحتاج إلى تعهد مدير الصكوك بالشراء أصلاً؛ لأنه ملتزم بحكم الشرع بتسييل موجودات المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في نهاية المدة المتفق عليها، وذلك بالبيع بسعر المثل؛ أي: بالقيمة السوقية للغير، أي لطرف ثالث أو لنفسه حسب رأي جمهور الفقهاء الذين يجوزون للمضارب شراء بضاعة المضاربة.

(٢) هناك أمور تستحق المناقشة في تحديد ثمن الشراء بالقيمة السوقية:

أ. القيمة السوقية مجهولة عند صدور الوعد، والشأن في الوعد بالشراء أن يكون بثمن معلوم يلتزم به الواعد مثل وعد المستأجر لشراء العين المؤجرة بثمن محدد أو بالرصيد الباقي من مبالغ

الأجرة الثانية ومثل وعد المشتري مرابحةً بشراء بضاعة المرابحة بالإضافة إلى مؤشر ربح معين، وهذا في نظرنا لا يؤثر في صحة الوعد بالشراء بالقيمة السوقية؛ لأن العلم المطلوب في الوعد عموماً يتحقق بكل آلية يتحدد بها ثمن البيع عند الدخول فيه.

ب. ليس هناك سوق ثانوية لموجودات صكوك الاستثمار (المضاربة والمشاركة أو الوكالة في الاستثمار)، فمن الذي يقوم إذن بتحديد القيمة السوقية لهذه الموجودات؟ هل هو المضارب وحده؟ هذا هو الظاهر من أقوال الفقهاء وما هي النتائج العملية التي تترتب على ذلك؟ أم أنه لا بد من موافقة رب المال (حملة الصكوك) على هذا التحديد؟ وما الحكم لو لم تتم هذه الموافقة؟ هل نحتاج إلى جهة خارجية لتحديد القيمة السوقية وما هي هذه الجهة؟ إذن مجرد النص في الوعد بالشراء على أن الثمن هو القيمة السوقية لا يكفي، بل لا بد من معرفة من يقوم بالتحديد، وآلية هذا التحديد. ثمن الشراء هو ما يتفق عليه حملة الصكوك والمضارب: قيل كما ذكرت المعايير الشرعية «بأن الوعد بالشراء يمكن أن يكون بالثمن الذي يترضى عليه الطرفان، أي ممثل حملة الصكوك ومدير الصكوك على الثمن (مضارباً كان أو شريكاً أو وكيلًا في الاستثمار) وهذا المعيار لا يصلح عملياً كذلك؛ لأنه لم يحدد الآلية في حالة عدم اتفاق ممثل حملة الصكوك ومدير الصكوك، فلا بد إذن من النص على هذه الآلية، وقد تكون جهة خبيرة محايدة، أو المدقق الخارجي، أو المحكمة أو هيئة تحكيم». وهل يكون تحديد القيمة بالاتفاق أو بآلية أخرى شرعياً، حتى إذا اختلفت عن القيمة

السوقية والاسمية (رأس المال). وأخيرًا هل يمكن تحديد ثمن الشراء بألية منضبطة (Formula) بدلاً من القيمة السوقية أو الاسمية أو ما يتفق عليه المصدر ومدير الصكوك؟

ج. هل يجوز النص في مستندات الصكوك على التزام مدير الصكوك بتصفية الصكوك وتنضيف موجوداتها بثمن لا يقل عن القيمة الاسمية، وذلك بشراء هذه الموجودات لنفسه أو بيعها لغيره، ومن المقرر عند بعض الفقهاء أن للمضارب أن يشتري موجودات المضاربة لنفسه. والخلاصة أن الوعد بالشراء بالقيمة السوقية أو بالثمن الذي يتفق عليه ممثل حملة الصكوك ومدير الصكوك لا يصلح وحده من الناحية العملية. بل لا بد من آلية لتقدير القيمة السوقية حتى يرفع النزاع.

الشراء بالقيمة الاسمية:

جرى العمل في صكوك الاستثمار (المضاربة والمشاركة والوكالة وصكوك الاجارة والأعيان المؤجرة إذا كان البائع لهذه الأعيان مديرًا أو وكيلًا للصكوك في الوعد بالشراء) على تحديد ثمن الشراء بالقيمة الاسمية لموجودات الصكوك، أي بثمن يساوي رأس المال. وجمهور فقهاء العصر يرفضون ذلك ويرون أن هذا الوعد لا يجوز شرعًا؛ لأنه يعد بمثابة شرط الضمان على مدير الصكوك، وشرط الضمان شرط ينافي مقتضى العقد باتفاق، فيبطل الشرط ويبطل معه العقد لدى جمهور الفقهاء، وقد ترى قلة منهم بطلان الشرط وحده ونلاحظ على هذا الرأي أن الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية ليس شرطاً لضمان رأس المال على مدير الصكوك، والشريعة منعت شرط الضمان؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، أي حكم الشرع الذي رتبته على هذا العقد الذي صدرت الصكوك على أساسه، ولأن أثر هذا الشرط أن مدير الصكوك

يضمن لحملة الصكوك رأس المال في جميع الأحوال بما فيها حالة الهلاك والتلف والخسارة بصرف النظر عن سبب هذا الهلاك وما ذكر معه، أي حتى إذا كان بسبب لا يد لمدير الصكوك فيه (القوة القاهرة وخطأ الغير) بينما حتم الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية ينحصر في شراء موجودات الصكوك عند وجودها في حالة هلاكها فلا يلزم الشراء، وبالتالي لا يكون ضماناً.

ومن جهة أخرى فإن مدير الصكوك يلزمه شرعاً رد رأس المال والربح المتحقق لحملة الصكوك لقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، وإذا ادعى الهلاك أو الخسارة فإن دعواه لا تقبل حتى يقدم الدليل على أنه لم يتعمد أن يخون، ولم يقصر في حفظه ولم يخطئ في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنه، أي أنه يلزمه إثبات أن الهلاك والخسارة نتجت عن أسباب لاحقة لتقديمه دراسة الجدوى والدخول في العقد الذي صدرت الصكوك على أساسه، إنه لا يد له فيه ولا قدرة له على دفعه أو تلاف آثاره.

القيمة الاسمية تعادل القيمة السوقية إذا كان هناك ربح موزع:

الشراء بالقيمة الاسمية لا يسبب إشكالاً في حالة ما إذا كانت القيمة السوقية لموجودات المضاربة في تاريخ تنفيذ الوعد (وهو عادةً تاريخ توزيع الربح أو في نهاية مدة الصكوك) أعلى من القيمة الاسمية، أي أكثر من رأس المال؛ لأن الربح، وهو ما زاد على رأس المال باتفاق في هذه الحالة يوزع، وتكون قيمة الموجودات السوقية بعد خصم هذا الربح معادلة تماماً للقيمة الاسمية أي رأس المال.

القيمة الاسمية تعادل القيمة السوقية إذا لم يتحقق ربح ولا خسارة:

أما إذا كانت قيمة الموجودات محل الصكوك في تاريخ تنفيذ الوعد مساوية تماماً لقيمتها الاسمية (رأس المال) أي أنه ليس هناك ربح ولا خسارة، فإن القيمة

السوقية تساوي رأس المال في هذه الحالة كذلك.

القيمة السوقية أقل من القيمة الاسمية في حالة الخسارة التجارية:

أما إذا كانت قيمة موجودات الصكوك السوقية أقل من قيمتها الاسمية (أي: رأس المال) في تاريخ تنفيذ الوعد، فإننا نكون أمام حالة خسارة تجارية، وهنا لا تكون القيمة الاسمية مساوية للقيمة السوقية، ويكون على مدير الصكوك أن يدفع ثمنًا أكثر من القيمة السوقية، وهذا يكون في حكم شرط الضمان الجزئي؛ أي ضمان ما نقص من رأس المال، عند من يرون أن الوعد بالشراء يأخذ حكم شرط الضمان على مدير الصكوك، وهو شرط ينافي مقتضى العقد فيبطل الشرط والوعد والشرط وحده على هذا الأساس. وهنا نقول أن الثمن الواجب هو قيمة الموجودات السوقية، ثم نبحث بعد ذلك عما إذا كان مدير الصكوك مسؤولاً عن هذه الخسارة فيضمنها لحملة الصكوك، أم أنها حدثت بسبب لا يدل له فيه فلا يضمنها بل يتحملها حملة الصكوك، وفي حالة مسؤولية مدير الصكوك عن هذه الخسارة فإنه يعرض هذه الخسارة لحملة الصكوك فيضاف مبلغ التعويض إلى قيمة الموجودات وتكون النتيجة هي حصول حملة الصكوك على كامل القيمة الاسمية (أي: رأس المال) والخسارة هنا تتمثل في الفرق بين القيمة السوقية والقيمة الاسمية لموجودات الصكوك (أي: رأس المال).

أما إذا كان هلاك أصول الصكوك كلياً فإنه ليس لحملة الصكوك مطالبة مدير الصكوك بتنفيذ وعده بشراء أصول الصكوك أصلاً؛ لأن الوعد بالشراء ليس شرطاً لضمان رأس المال على المضارب، ولأن شرط صحة البيع أن يكون المبيع موجوداً عند التعاقد فإن هلك قبله فإنه لا يصح؛ لأنه يكون من بيع المعدوم. ويبقى السؤال عما إذا كان مدير الصكوك مسؤولاً عن هذا الهلاك فيضمن رأس المال كاملاً بحكم الشرع، وتكون النتيجة هي حصول حملة الصكوك على القيمة الاسمية تعويضاً لا ثمنًا

لموجودات الصكوك أو ليس مسؤولاً فيتحمل حملة الصكوك الهلاك أو الخسارة. ولو كان قد اشترط على مدير الصكوك الضمان لتحمل الهلاك في هذه الحالة.

التفرقة بين الهلاك الجزئي والخسارة:

يفرق الفقهاء بين الهلاك الكلي والجزئي ويسمى التلف وبين الخسارة. فالهلاك الكلي هو هلاك موجودات الصكوك، والهلاك الجزئي أو التلف هو هلاك بعض هذه الموجودات، مثل تهدم البناء كلياً أو جزئياً، وغرق السفينة وتحطم الطائرة كلياً أو جزئياً. ولا حديث هنا عن انخفاض القيمة السوقية للموجودات مع الخسارة التجارية الناشئة عن كساد البضاعة أو ارتفاع التكاليف أو انخفاض الطلب على السلعة مع بقاء الموجودات على حالها. وشرط الضمان الذي منعه الشريعة هو شرط ضمان الهلاك والتلف؛ أي الهلاك الكلي والجزئي لموجودات المضاربة، فإذا بقيت الموجودات على حالها فإن شراءها بالقيمة الاسمية لا يجوز، هذا هو الشأن في الوعد في جميع الحالات، فالواعد بشراء بضاعة المرابحة يعد بشرائها بالتكلفة بالإضافة إلى هامش ربح، وعليه تنفيذ وعده إذا انخفضت قيمة البضاعة عند تنفيذ وعده، ما دامت البضاعة لم تهلك ولم تتلف، والمستأجر الواعد بشراء العين المؤجرة يلتزم بتنفيذ وعده ولو نقصت القيمة السوقية للعين المؤجرة ما دامت لم تهلك كلياً أو جزئياً، فيجب التفرقة بين الهلاك والتلف لموجودات الصكوك، وبين الخسارة الناتجة عن حوالة الأسواق والواعد بالشراء بالقيمة الاسمية لا يتضمن شرط ضمان الخسارة أو تحقق الربح.

هل الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية ضمان لرأس الصكوك؟

١. نحن نتفق مع القائلين بعدم جواز تحديد الثمن في الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية في أنه لا يجوز أن يتضمن عقد المضاربة أو المشاركة

أو الوكالة، شرط ضمان رأس المال أو ربح محدد على المضارب أو الشريك أو الوكيل؛ لأن ذلك شرط ينافي مقتضى العقد باتفاق، أي: الحكم الذي رتبته الشرع على العقد، ولكننا نختلف معهم في قضية أخرى هامة، وهي قولهم أن الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية يعد شرطاً للضمان على مدير الصكوك، إذ أن بين شرط الضمان على مدير الصكوك ووعدته بشراء موجودات الصكوك بالقيمة الاسمية فروق كثيرة بيّنا بعضها ونبين البعض الآخر على الوجه التالي:

أ. أن شرط ضمان رأس المال على مدير الصكوك يلزمه بضمان رأس المال (القيمة الاسمية) في جميع الحالات، بما في ذلك حالة الهلاك والتلف والخسارة التجارية، وليس كذلك الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية؛ لأنه لا يلزمه الوعد بالشراء عند هلاك موجودات الصكوك كلياً أو جزئياً لعدم وجود المبيع كاملاً على الوجه الذي وقع عليه الوعد بأن هلكت جميع المباني أو هلك أحدها وكان الوعد بشرائها كلها عند الدخول في عقد البيع.

ب. أنه في حالة الهلاك الجزئي أو الخسارة يلزم الضامن لرأس المال (بناءً على شرط الضمان) ضمان الهلاك الجزئي أو الخسارة في جميع الأحوال. أما الواعد بشراء موجودات الصكوك بالقيمة الاسمية فإنه لا يلزمه شراء ما تلف أو هلك جزئياً ويلزمه شراء الموجودات وإن نقصت قيمتها فاختلف الحكم ويمكن الإجمال على النحو التالي:

أ- حالة الهلاك الكلي لا يشتري.

- ب- حالة الهلاك الجزئي لا يشتري.
- ج- حالة الخسارة يشتري بالقيمة الاسمية وهذه الحالة التي يكون فيها الشراء بالقيمة الاسمية ضماناً، والضمان هنا مبنى على التعدي والتقصير والخطأ.
- ج. إن الضمان المترتب على الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية لا يتحقق إلا إذا كان وقوع البيع بالقيمة الاسمية حتمياً، وفي جميع الحالات ولكن هذا غير واقع ولا تقتضيه طبيعة الوعد بالشراء للأسباب التالية:
- أ- الوعد يلزم الواعد (مدير الصكوك) وحده، وقد لا يرغب الموعد له أي المستفيد (حملة الصكوك) في تنفيذ الوعد فلا يحصل البيع.
- ب- أن موجودات الصكوك قد تهلك هلاكاً كلياً أو جزئياً، فلا يقع البيع حتى إذا طلبه حملة الصكوك؛ لأن بيع المعدوم لا يجوز ولأن موجودات الصكوك قد تهلك جزئياً، فلا يلزم الواعد شراء الهالك ويشتري الباقي بحصة من الثمن.
- ج- أما إذا لم يقع هلاك لموجودات الصكوك كلياً ولا جزئياً، ووقعت خسارة، أي انخفاض في قيمة الصكوك أو حوالة الأسواق فإن الواعد يلزمه شراء بالقيمة الاسمية ولا يعد ذلك ضماناً للخسارة؛ لأن الشأن الواعد أنه يلزمه مواعيد بالشراء ولو نقصت القيمة

السوقية للبضاعة كما في المرابحة ووعده المستأجر بشراء العين المؤجرة فإنه يلزمه الشراء وإن نقضت القيمة السوقية. أما عن مصير وعده بالشراء بالقيمة الاسمية فيكون كالتالي:

١- لا يلزمه تنفيذ وعده في حالة الهلاك الكلي؛ لأن شرط عقد البيع وجود المبيع عند التعاقد، والمبيع هنا قد هلك ويكون عليه الضمان في حالة مسؤوليته.

٢- الهلاك الجزئي، لا يلزمه شراء الجزء الهالك ويشترى الموجودات التي لم تهلك بحصتها من الثمن، ويضمن الجزء الهالك إذا كان خاطئاً.

٣- في حالة الخسارة وبقاء الموجودات كما هي لا يلزمه الضمان يلزمه شراء الموجودات بالقيمة الاسمية (قيمة رأس المال).

د- أن الواعد بالشراء (مدير الصكوك) غير ملتزم بالدخول في عقد شراء، بل له أن يرفض الدخول في عقد الشراء، ولا يكون أمام حَمَلَةِ الصكوك غير بيع أصول الصكوك في السوق والرجوع عليه بتعويض الفرق (أن وجد) بين سعر البيع ولا القيمة الاسمية للصكوك (رأس المال).

ويظهر من كل ما تقدم أن الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية ليس ضماناً ولا يمكن بحال قياسه على عقد الضمان أو شرط الضمان على مدير الصكوك (مضارباً كان

أم شريكًا أم وكيلًا في الاستثمار)، أما حكم التعهد بالشراء بالقيمة الاسمية وأثر ذلك على شرعية الصكوك فموضوع آخر.

وقد رأينا أن هذا الموضوع يثار في حالة الهلاك الكلي أو الجزئي أو الخسارة لموجودات الصكوك لسبب لا يد لمدير الصكوك فيه ولا قدرة له على توقيعه أو تلافيه آثاره، أما في حالة تعدي مدير الصكوك على موجودات الصكوك أو تقصيره في حفظها أو خطئه في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنها فإنه يضمن القيمة الاسمية (رأس المال) أو ما نقص منها لحملة الصكوك، أما ضمان الربح ففيه خلاف بين فقهاء العصر. من الأصول الشرعية المسلمة أن متلقي حصيلة إصدار الصكوك، أي مستخدميها مضاربًا كان أو شريكًا مديرًا أو وكيلًا استثماريًا (مدير الصكوك) يلزمه شرعًا رد هذه الحصيلة، أي رأس مال المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار ما لم يدع هلاك موجودات الصكوك، فيلزمه أن يقيم الدليل على وقوع هذا الهلاك أو التلف أو الخسارة، وعلى أنه كان بسبب لا يد له فيه ولا قدرة له على توقيعه أو تلافيه آثاره، أي يثبت أن الهلاك وما معه لم يكن بسبب تعديه على موجودات الصكوك، ولا تقصيره في حفظها ولا خطئه في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنها، فإن عجز عن هذا الإثبات لزمه ضمان الهلاك الكلي أو الجزئي أو الخسارة، أي: لزمه رد رأس المال كاملاً لحملة الصكوك.

عبء إثبات مسؤولية مدير الصكوك:

نقدم لذلك بقواعد شرعية مسلمة:

١. أن مدير الصكوك يضمن قيمتها الاسمية (رأس المال) في الحالات

التالية:

- التعدي (أي الخيانة) على أصول الصكوك (assets).

- التقصير في حفظ موجودات الصكوك.
- الخطأ في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأن موجودات الصكوك.
- مخالفة شروط الصكوك.

٢. هناك مبدأ شرعي وردت به السنة الشريفة مضمونه أن (على اليد ما أخذت حتى تؤديه أو ترده) وهذا يعني أن مدير الصكوك مضارباً كان أو شريكاً أو وكيلًا في الاستثمار يلزمه شرعاً رد رأس مال المضاربة أو المشاركة أو الوكالة، وأنه إذا ادعى هلاكه أو تلفه أو خسارته فإن عليه وحده - وفقاً للمبدأ الشرعي الآتي - أن يقدم الدليل على أمرين: أولهما: أن موجودات الصكوك قد هلكت هلاكاً كلياً أو جزئياً أو أن هذه الموجودات قد حققت خسارة.

ثانيهما: أن هذا الهلاك أو التلف أو الخسارة لم تكن نتيجة تعدييه أو تقصيره أو خطئه أو مخالفته لشروط الإصدار. أي أنها حدثت لأسباب وظروف جَدَّت بعد الدخول في العقد الذي قامت عليه الصكوك، وأنه لا يد له في هذه الأسباب أو الظروف، ولا قدرة له على توقعها ولا على تلافي آثارها، وبعبارة أخرى على مدير الصكوك إثبات أنه لم يتعد ولم يقصر ولم يخطئ ولم يخالف شروط الإصدار.

٣. مدير الصكوك مُدَّعٍ تلزمه البيئنة: جاء في الحديث الشريف: «البيئنة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١). وقد اتفق الفقهاء على تعريف المدعي بأنه هو من يدعى خلاف الأصل أو خلاف الكثير الغالب في العرف والواقع: وتطبيق هذا المبدأ على دعوى مدير الصكوك أن

(١) الترمذي (١٣٤١).

أصول/ موجودات الصكوك قد هلكت كلياً أو جزئياً أو خسرت يقتضي أن دعواه لا تقبل إلا إذا قدم هو الدليل على الأمرين السابقين معاً وهما:

- وقوع الهلاك الكلي أو الجزئي أو حدوث الخسارة فعلاً.
- أن هذا الهلاك (*total loss*) أو التلف (*partial loss*) أو الخسارة (*LOSS*) لم تكن نتيجة تعديه على موجودات المضاربة أو تقصيره في حفظها أو خطئه في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنها، أي أنه لا بد أن يثبت أن الهلاك أو التلف أو الخسارة كان بسبب لا يد له فيه ولا قدرة له على توقعه أو تلافي آثاره.

والسبب في ذلك أن مدير الصكوك يعد مدعيًا؛ لأنه يدعي أمرًا يخالف الأصل، في أن من أخذ شيئًا ييقين فإن هذا الشيء يكون موجودًا عنده ما لم يقدم دليلًا على هلاكه، وفي الحالات الكثيرة الغالبة أن رأس المال لا يتلف ولا يهلك ولا يخسر، فليس هذا هو الغالب في العرف والواقع، بل الغالب والكثير خلافه وهو بقاء رأس المال على الأقل. ولذا فإننا لا نرى أن نسبة كبيرة - ٨٠٪ - مثلاً من الذين يمارسون نشاطاً ويحصلون على رأس مال تهلك موجوداتهم أو يخسرون فيها فذلك أمر نادر، وعلى ذلك فإنه إذا وعد مدير الصكوك بشراء موجودات الصكوك بالقيمة السوقية فإن هذه القيمة تساوي في الغالب من الحالات القيمة الاسمية أي رأس المال وقد تحقق ربحاً فيكون نقل عبء الإثبات على مدير الصكوك، حسب حكم الشريعة صحح يقلل المخاطر بالنسبة لحملة الصكوك، إذ تنقل الحالات التي يحدث فيها الهلاك الكلي أو الجزئي أو الخسارة بسبب لا يد لمدير الصكوك فيه، ويبقى الحد الأدنى من المخاطر الذي استلزمته الشريعة حتى تكون الصفقة مقبولة شرعاً تطبيقاً للمبدأ الشرع (الغنم بالغرم والخراج بالضمنان) وتقترب نتائج القيمة

السوقية من القيمة الاسمية. وبناءً على ذلك نعرض هذه الحالات:

١. هلاك موجودات الصكوك هلاكاً كلياً، لا ينفذ الوعد بالشراء أصلاً؛ لأن شرط الشراء وجود محله وقد هلك، ثم إن كان الهلاك بخطأ مدير الصكوك فإن يضمن رأس المال أي القيمة الاسمية، فلا يكون هناك فرق.
٢. هلاك موجودات المضاربة جزئياً، ينفذ الوعد بالشراء فيما لم يهلك، ويضمن الجزء الهالك وهو ما نقص عن رأس المال إن كان بخطئه وإن لم يكن فلا يضمنه ويتحملة حملة الصكوك.
٣. إذا لم يحدث هلاك لموجودات المضاربة، ولكن وقعت خسارة، فإنه يضمن هذه الخسارة إذا كان مخطئاً ويضمن ما نقص من رأس المال؛ لأن رأس المال وسقف لضمان حالات التعدي، وإذا لم يكن مخطئاً فلا يضمنها، ولكن يلزمه شراء الأصول بالقيمة الاسمية؛ لأن الخسارة ليست في هلاك موجودات المشروع والقيمة السوقية أقيم من الاسمية، على فرض وجود خسارة.

الصفة الشرعية لدراسة الجدوى:

١. إن حفظ المال مصلحة شرعية (مبدأ كلي قطعي) وهذا الحفظ يقتضى أن على المؤسسة المالية الإسلامية ألا تدخل في عقد استثمار أو تمويل إلا بعد التأكد من سلامة المعاملة في الغالب، وأن مخاطرها متوازنة مع عوائدها، وإلا كانت مجازفة بالمال وتدخل في باب التبذير المحرم. أضف إلى ذلك أن المؤسسة المالية الإسلامية تعمل وكيلاً وأميناً

للمودعين لديها أو الممولين لها وهي تعمل لصالحهم، وهذا يقتضي أن تطلب المؤسسة من عملائها الطالبين للتمويل أن يقدموا دراسة جدوى تحدد المشروع أو النشاط الذي يستثمر فيه التمويل / رأس المال المطلوب، وجدوى الاستثمار فيه، ومخاطره وعوائده المتوقعة حتى تختار المؤسسة المالية الإسلامية النشاط الذي تقل مخاطره، وترتفع عوائده، وعند إصدار الصكوك يقوم المصدر ووكيل حملة الصكوك وذوي الشأن بإعداد دراسة جدوى حسب الأصول الفنية لدراسة الجدوى، وهذه الدراسة تحدد النشاط المشروع، والدراسة السوقية لمنتجاته، والمخاطر والعوائد المتوقعة. وبناءً على هذه الدراسة يقدم التمويل، أو يقبل حملة الصكوك على شرائها اعتماداً على هذه الدراسة. ومن الطبيعي أن يكون معدّ الدراسة مسؤولاً عن أنها أعدت بأمانة ووفقاً لقواعد إعداد دراسات الجدوى ودراسة السوق ومسؤولاً عن نتائجها؛ ومنها العوائد المتوقعة. فما هو أثر تخلف هذه الدراسة بأن وقعت خسارة أو لم يتحقق الربح المتوقع؟

- وُجد رأي في الفقه الإسلامي يقول بأن التغرير بالقول كالتغرير بالفعل يوجب الضمان، فمن حفر بئراً في طريق الناس ثم غطاه بورق أو سعف نخيل فإنه يضمن نفس ومال من وقع فيه، أي أنه مسؤول جنائياً ومدنياً، فكذلك من قدم للمؤسسات المالية دراسة جدوى تشير إلى وجود أرباح متوقعة ثم ثبت عدم تحقق الربح أو وقوع خسارة فإنه يضمن هذه الخسارة والربح العائد حتى دفعت له رأس المال اعتماداً على هذه الدراسة. ويرى هذا الفريق أن مقدم دراسة الجدوى، وهو مدير الصكوك مسؤول عن عدم تحقيق

نتائجها، أي عن وقوع الخسارة وعدم تحقق الربح، بناءً على المبدأ المتقدم. ويقتصر فريق من هؤلاء على ضمان الخسارة وهو ما نقص عن رأس المال دون الربح. وهناك من يخالف في أعمال هذا المبدأ ولا يطبقه مجال الصناعة المالية الإسلامية بصفة عامة، وعلى الصكوك بصفة خاصة، ويحتاج الأمر إلى مزيد من البحث. وإذا أخذنا بمبدأ مسؤولية مدير الصكوك عن نتائج دراسة الجدوى التي قدمها والربح المتوقع الذي أظهرته مع القاعدة المتفق عليها في نظام الإثبات وهي أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكروا، والحكم تبعاً لذلك بأن مدير الصكوك ملتزم برد الهلاك والتلف والخسارة إذا عجز تقديم الدليل على أن عدم تحقق نتائج دراسة الجدوى التي قدمها والربح المتوقع الذي أظهرته لم تكن بسبب من جانبه. ونعرض الجدول الآتي الذي يحدد الحالات التي يعد فيها الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية مؤدياً إلى ضمان في رأس المال:

الحكم	الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية	مسؤولية مدير الصكوك	الهلاك الكلي
الوعد ليس ضماناً	لا ينفذ الوعد بالشراء	يضمن رأس المال	مسؤول
	لا ينفذ الوعد بالشراء	لا يضمن رأس المال	غير مسؤول
الهلاك الجزئي			
	يشترى الموجودات التي لم تهلك ولا فرق بين القيمة السوقية والاسمية؛ لأن هناك سقف الضمانة	يضمن ما نقص من رأس المال	مسؤول
	يشترى الموجودات بحصة من الثمن	لا يضمن النقص	غير مسؤول
الخسارة			
		يضمن الخسارة	مسؤول
		لا يضمن الخسارة	غير مسؤول

تحديد الربح في صكوك الاستثمار (صكوك المضاربة - المشاركة والوكالة):

١. لا يجوز بحال أن يضمن مدير الصكوك لحملة الصكوك ربحًا أو عائدًا محددًا، سواء كان ذلك الثمن بمبلغ معين أو بنسبة من رأس المال أو بمؤشر معين كاللايبور، ولا أظن أن فقيهاً معاصراً يخالف هذا المبدأ.
٢. إن الآلية المقبولة لإعطاء حملة الصكوك مؤشراً لعوائد الصكوك المتوقعة هي ما يلي:

- أ- تقديم دراسة جدوى تحدد المشروع أو النشاط الذي تستثمر فيه حصيلة الصكوك، ومخاطر العوائد المتوقعة من هذا الاستثمار.
- ب- تحديد نسبة توزيع الربح الصافي الفعلي بين حملة الصكوك ومدير الصكوك، حسب نوع العقد الذي يصدر الصك على أساسه، إذا ضربت نسبة أو حصة حملة الصكوك في نسبة الربح المتوقعة فإنه يظهر العائد أي الربح المتوقع لحملة الصكوك حسبما أظهرته دراسة الجدوى، وإذا كان الربح المتوقع في دراسة الجدوى هو ١٥٪ وكانت حصة حملة الصكوك من الربح الصافي هي ٦٠٪ فإن العائد على الصكوك هو ٩٪ لحملة الصكوك، وتكون ربحًا أو عائدًا متوقعًا ولا تمثل التزامًا على مدير الصكوك إلا على رأي القائلين بمسؤولية مدير الصكوك عن نتائج دراسة الجدوى بما جاء فيها من أرباح متوقعة إذا عجز عن إثبات القوة القاهرة أو السبب الأجنبي الذي حال دون تحقيق الربح المتوقع.

ج- لا مانع شرعاً من تنازل حملة الصكوك عن حصة من أرباحهم الفعلية حافظاً على حسن الأداء إذا زادت أرباحهم عن حد معين. وهذا يتم بطرق عدة منها:

أ. أن تختلف نسبة توزيع الربح بين حملة الصكوك والمدير باختلاف شرائح الربح مثل أن يكون التوزيع بالنسبة للربح حتى ١٥٪ على النحو التالي: ٦٠٪ لحملة الصكوك، ٤٠٪ لمدير الصكوك فإذا زادت الأرباح عن ١٥٪ ولم تزد ٢٠٪ تكون نسبة توزيع الأرباح، أو ما زاد منها هي ٢٠٪ لحملة الصكوك، و ٨٠٪ لمدير الصكوك وإذا زادت الأرباح عن ٢٠٪ فإن مدير الصكوك يستحق من الربح أو من الزيادة ٩٠٪، وحملة الصكوك يستحقون ١٠٪. وهذه الآلية شائعة في إدارة الصناديق والمحافظ الاستثمارية وقد نصّت عليها كتب الفقه الإسلامي حيث أن هذه الآلية لا تؤدي إلى قطع الشركة في الربح.

ب. وقد جرى العمل في كثير من صكوك الاستثمار وصكوك الإجارة على منح المدير جميع ما زاد عن حد معين من الربح وقد يكون منها نسبة من رأس المال أو مبلغاً محدداً أو مؤشر سعر الفائدة أو أي آلية أخرى، وقد اعترض على هذا بعض الفقهاء المعاصرين، ولا أرى لاعتراضهم وجهاً أو دليلاً مقبولاً إذا تم على الوجه المذكور، ولم يكن معه من المخالفات الأخرى ما يقوض أساس وخصائص الصكوك الشرعية؛ لأن هذه شروط لا تقطع

الشركة في الربح. وإن كنت أقدر الدافع لهذا النوع من التشدد، وذلك أنهم قد أخذوا هذه الجزئية مع غيرها من الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية، والتزام مدير الصكوك بالإقراض وتقديم السيولة، فكانت هذه في نظرهم مجتمعة تسلب عن الصكوك حقيقتها وطبيعتها الشرعية وتجعلها شبيهة بسندات الدين التقليدية، وقد عالجتنا هذه النقاط كل على حدة، ولذا وجب إعادة النظر في أمر الحافز وطريقة تحديده على ضوء هذا، ولا يفوتني أن أذكر أنني أميل إلى الطريقة التي تمنح مدير الصكوك نسبة مما زاد من الربح عن حد معين أو عن الربح المتوقع حسب المؤشر الموجود في دراسة الجدوى دون منحه جميع المبلغ أو النسبة الزائدة عن هذا الحد.

إقراض مدير الصكوك لحملة الصكوك:

من الأمور التي ظهرت حديثاً في نشرات إصدار صكوك الاستثمار هو إلزام مدير الصكوك بتقديم قرض بدون فائدة لحملة الصكوك لضمان توزيع عائد محدد على حملة الصكوك في موعده إذا لم يكن لدى المدير سيولة كافية لهذا التوزيع ولم تيسر له الحصول على تمويل بصيغة شرعية توفر له السيولة المطلوبة وبعض هذه الصكوك يعطي مدير الصكوك الحق في استرداد القرض من الأرباح المتحققة في فترات تالية فإن لم يتحقق ربح لرد يكفي القرض فإن لمدير الصكوك أن يسترد القرض من موجودات الصكوك، وبعض الصكوك يجعل حق مدير الصكوك قاصراً على الأرباح دون المساس بموجودات الصكوك أي أصولها (Assets) والإلزام بالإقراض يحدث في حالتين:

أولهما: إذا لم يظهر ربح للنشاط الذي استثمرت فيه حصيلة الصكوك، في التاريخ المحدد للتوزيع، بأن كانت قيمة موجودات الصكوك السوقية في تاريخ التوزيع لا تزيد عن رأس المال؛ لأن الربح في الشريعة هو ما زاد عن رأس المال.

والثانية: هي حالة ما إذا ظهر ربح بأن زادت قيمة أصول الصكوك السوقية عن القيمة الاسمية (رأس المال) ولكن لا توجد لدى المدير السيولة الكافية للتوزيع. والأصل في الحالتين ألا توزع أرباح على حملة الصكوك ومع ذلك فإنه يجوز تبرع مدير الصكوك بتقديم السيولة باعتبارها قرصًا حسنًا لحملة الصكوك، على أن يسترد مبلغ القرض من الأرباح المحققة في الفترات الاستثمارية التالية، وإلا فمن أصول الصكوك أي من رأس المال. وبعض الصكوك التي أعطي مدير الصكوك الحق في استرداد القرض من موجودات الصكوك إذا لم تكن أرباح كافية لسداد القرض، زاد في الوعد بالشراء الذي يقدمه المدير على القيمة الاسمية للصكوك - مبلغ القرض الذي لم يسدد - وهذه حيلة ظاهرة البطلان.

ويجوز كذلك أن تتضمن نشرة إصدار الصكوك قيام مدير الصكوك بالحصول على تمويل لتوفير السيولة المطلوبة بصيغة شرعية. ويرى جمهور فقهاء العصر وأنا منهم أنه لا يجوز إلزام مدير الصكوك بإقراض حملة الصكوك وإن جاز التبرع بهذا دون إلزام على أن يكون له الحق دائمًا إذا تبرع بالقرض أي يسترد مبلغ من حملة الصكوك من الأرباح أو الأصول أو غيرها. والسبب في عدم جواز إلزام مدير الصكوك بالإقراض أنه طرف في عقد معاوضة مثله مثل عقد البيع، هذا العقد هو المضاربة أو المشاركة أو الوكالة بأجر، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وسلف، وقاسوا هذه العقود على عقد البيع بجامع أنها عقود معاوضة، وربما خالف في هذا بعض المجتهدين بحجة أن المضاربة والمشاركة والوكالة في الاستثمار لا تقاس على عقد البيع؛ لأنها من طائفة عقود المشاركات وليست من طائفة عقود المعاوضات، ولكنني لا أوافق هذا الاجتهاد.

توزيع الأرباح تحت الحساب:

لا مانع شرعاً من أن يقوم مدير الصكوك، بناءً على دراسة الجدوى والدراسة السوقية التي أعدها للمشروع أو النشاط الذي يستثمر فيه حصيلة الصكوك بتوزيع أرباح بينه وبين حملة الصكوك تحت الحساب في فترات دورية إذا توافرت لديه السيولة الكافية لهذا التوزيع، وذلك في الحالات التي يتعذر فيها التضيض الحكمي الدوري، أو في نهاية مدة الصكوك. وهل يجوز لمدير الصكوك أن يدبر السيولة اللازمة للتوزيع تحت الحساب كذلك عن طريق تمويل شرعي أو قرض حسن على أن يسترد مبلغ القرض من الأرباح المتحصلة في المستقبل أو من أصول الصكوك، ورأي أنه لا مانع من ذلك.

دور وكالات التصنيف في تصنيف الصكوك:

١. الصناعة المالية التقليدية لديها منتج واحد هو القرض بفائدة مع اختلاف صورته وأسمائه. وجميع الدراسات الخاصة بالمخاطر (*Risk Management*) والتحوطات (*mitigation*) المطلوبة لهذه المخاطر، والمعايير والضوابط التي وضعتها لجنة بازل في هذا الشأن تنطبق على مخاطر منتج واحد هو القرض بفائدة.
٢. وقد ترتب على ذلك أن وكالات التصنيف ومكاتب المراجعة أو التدقيق الخارجية (*external audit*) تسير في تصنيف صكوك الاستثمار على منهج قريب من منهج تصنيف سندات الدين، وليس باعتبارها تمثل استثماراً في حقوق ملكية (*equities*) وقد تأثر بهذا المنهج بعض إدارات المخاطر في بعض المؤسسات المالية الإسلامية.
٣. والواقع أن الشريعة الإسلامية عرفت منذ نزولها منتجات غير محدودة

ليس القرض بفائدة واحدًا منها، فهناك منتجات مبنية على عقود شرعية مسماة مثل المرابحة والاستصناع والسلم والإجارة والمضاربة، والمشاركة والوكالة في الاستثمار والمزارعة والمغارسة والمساقاة، ولكن الشريعة لا تمنع من ابتكار منتجات وعقود جديدة طالما أنها ملتزمة بمبادئ الشريعة وضوابطها وإن لم تبين على عقد من العقود المسماة السابقة، ولكل منتج أو عقد من هذه العقود التي تصدر الصكوك على أساسها مخاطر مختلفة عن مخاطر القرض بفائدة وعن مخاطر المنتجات الأخرى، وذلك من حيث نوع وطبيعة المخاطر وأوزانها، ولكل نوع من هذه المخاطر تحوطات شرعية وكان على وكالات التصنيف والمدققين وغيرهم أخذ ذلك في الاعتبار عند تصنيف الصكوك وإعطائها أوزان المخاطر التي تناسبها. ومن ناحية أخرى فإن لهيكل التمويل الإسلامي عمومًا وهيكل الصكوك خصوصًا طبيعة خاصة تميزها عن هياكل سندات الدين، ذلك أنه يمكن هيكل الصكوك القائمة على عقود شرعية على نحو يوفر التحوط اللازم لمخاطرها فتكون مخاطرها متحوط منها (SELF MITIGATED). وقد دعوت في بعض المؤتمرات، ولا زلت أدعو إلى لقاءات وورشات عمل مشتركة بين فقهاء الشريعة ورجال القانون وخبراء وكالات التصنيف، لدراسة مخاطر كل منتج أو عقد شرعي وما يصدر من صكوك على أساس هذا العقد، وطرق ووسائل التحوط والضمانات المطلوبة أو تحديد منهجية التصنيف المناسب في ضوء ذلك. فالإجارة المالية المنتهية بالتمليك بقسط ثابت وقسط متغير مثلاً أقل في مخاطرها من كثير من سندات الدين التي أخذت تصنيفاً عالياً، ومع ذلك وجدت صعوبات جمة في الحصول على تصنيف مناسب لهذه الصكوك.

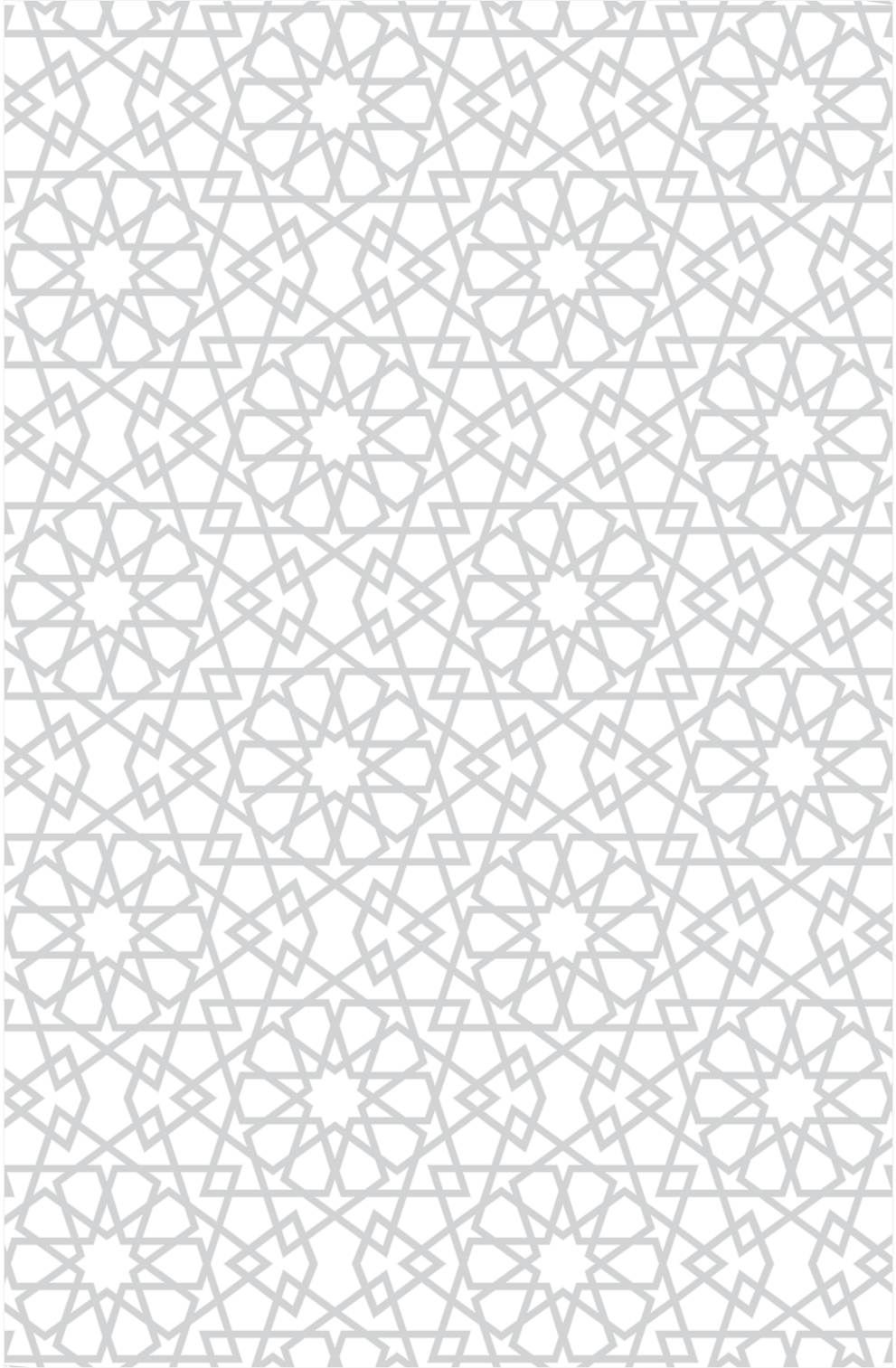
هل يجوز استخدام مؤشر معين لتوزيع الربح؟

١. في صكوك الإجارة والأعيان المؤجرة، حيث تكون الأجرة معلومة بمبلغ محدد أو نسبة من تكلفة الأصل المؤجر، أو مؤشر معين مثل الأييور، تكون عوائد الصكوك محددة بذلك، وتكون حصيلة أجرة الأصول محل الصكوك هي العائد أو الربح الذي يوزع على حملة الصكوك بعد خصم بعض المصروفات وعمولات وأجور المشاركين في الإصدار وهنا تكون الأجرة معلومة وإن لم تكن مضمونة على مدير الصكوك. ومثل ذلك صكوك المرابحة والاستصناع حيث يكون هامش الربح المضاف إلى ثمن بضاعة المرابحة وثمان العين المصنعة معلومًا عند إصدار الصكوك وإن لم يكن مضمونًا على مدير الصكوك. أما صكوك السلم فإن بضاعة السلم وإن كانت معلومة نوعًا وقدرًا ووصفًا كمائة طن من الأرز أو النحاس الموصوف، إلا أن ثمن هذه البضاعة بعد قبضها والربح المتحقق ليس معلومًا وإن وجدت له مؤشرات في دراسة الجدوى. وبالتالي فإن موضوع تحديد الربح أو العائد على أساس مؤشر معين في هذه العقود يكون قليل الأهمية، إذ أن ذلك يكون في تحديد الأجرة، وإذا استخدم المؤشر في تحديد ربح المرابحة، فإنه يعني التحديد عند توقيع عقد بيع المرابحة، ثم يصبح الربح جزءًا من الثمن الذي يوزع على أقساط محددة. وقد أجاز المجلس الشرعي (AAIOFI) تحديد الأجرة بمؤشر معين إذا كانت أجرة الفترة الأولى معلومة بالأرقام وكان هناك حد أعلى وحد أدنى لهذا المؤشر. وقد قبل جمهور فقهاء العصر تحديد هامش ربح المرابحة بمؤشر يتم تحديده وتحويله إلى رقم في تاريخ توقيع عقد

المرابحة. والإشكال يثور في تحديد ربح المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار بالمؤشر، بمعنى أن يقال إن عائد هذه الصكوك هو مؤشر الأيبور يضاف إليه هامش ربح محدد. ونحن نقطع بعدم جواز تحديد عائد صكوك الاستثمار (المضاربة والمشاركة والوكالة) لا بالمؤشر ولا بنسبة من القيمة الاسمية للصكوك ولا بمبلغ محدد، فقد سبق الإجماع على عدم جواز ضمان ربح معين أو محدد بأي وسيلة من وسائل التحديد لحملة الصكوك، فحملة صكوك الاستثمار يستحقون الربح الفعلي المحقق من استثمار موجودات الصكوك - قلّ أو كثر - إن كان هناك ربح وإلا فلا ربح لهم. وإنما يجوز استخدام المؤشر على النحو السابق شرحه في تحديد الحافز الذي يعطى لمدير الصكوك بأن يعطى له ما زاد من الربح عن المؤشر المستخدم. أما ما عدا ذلك فإنه لا يجوز استخدام المؤشر.

٢. أما عن استخدام مؤشر سعر الفائدة بصفة عامة في المعاملات الإسلامية فإنه لا يوجد من يحبذه، وهناك شبه اتفاق على وجوب إيجاد مؤشر يعتمد على معدلات عوائد المنتجات الإسلامية، وأنا بمحاولة متواضعة في هذا الاتجاه، أما القول بتحريم استخدام مؤشر سعر الفائدة في المعاملات الإسلامية، فهو قول لا دليل عليه؛ لأن المؤشر ميزان مثل المتر والكيلوغرام، ولا يوصف شيء من ذلك بالحلّ ولا بالحرمة، وإن قيل بأنه لا يمثل حقيقة تكلفة وعوائد التمويل الإسلامي فإنه قول مقبول خاضع للتحليل العلمي.

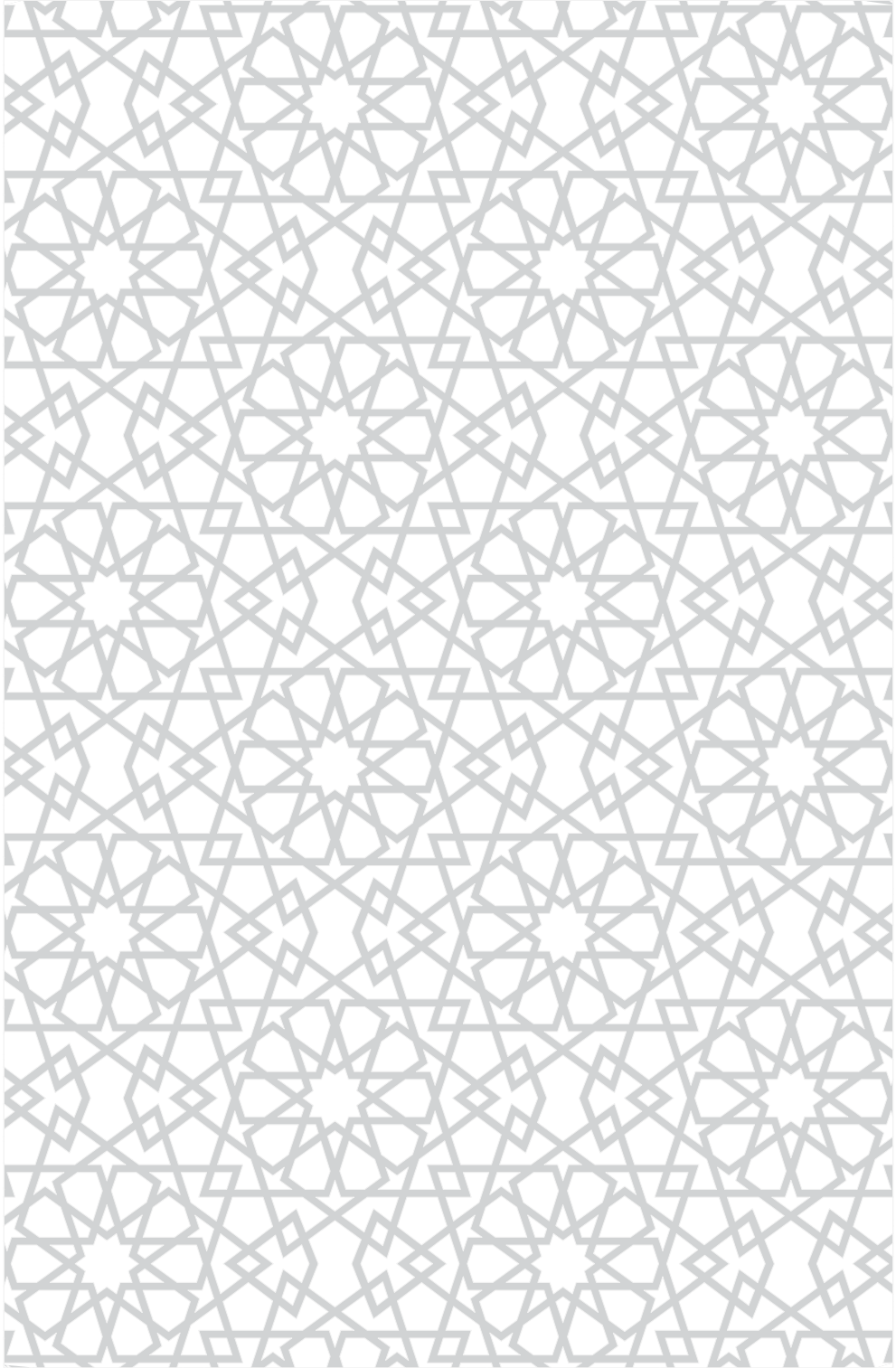




القبض
وأحكامه وصوره

إعداد

الأستاذ الدكتور نزيه حماد





المبحث الأول

حقيقة القبض وأنواعه

القبض في اللغة:

القبض لغة: هو تناول الشيء بجميع الكفِّ. ومنه قبض السيف وغيره. ويقال: قبض المال؛ أي أخذه بيده، وقبض اليد على الشيء؛ أي جمعها بعد تناوله، وقبضها عن الشيء؛ أي جمعها قبل تناوله، وذلك إمساك عنه، ومنه قيل لإمساك اليد عن البذل والعطاء قبْضًا.

ويستعار القبْضُ لتحصيل الشيء، وإن لم يكن فيه مراعاة الكف، نحو: قبضت الدار والأرض من فلان؛ أي حُزْتُها. ويقال: هذا الشيء في قبضة فلان؛ أي في ملكه وتصرفه.

ويقال: قبضته عن الأمر؛ أي عزلته. وتقبض عنه؛ أي اشمأز. وقد يكنى بالقبض عن الموت، فيقال: قبض فلان؛ أي مات. فتجوزوا بالقبض عن الإعدام؛ لأن المقبوض من مكان يخلو منه محله، كما يخلو المحل عن الشيء إذا عدم^(١).

(١) ينظر: مادة قبض في الصحاح للجوهري: ٣/١١٠٠؛ مفردات الراغب، ص ٣١٩؛ بصائر ذوي التمييز: ٤/٢٨٨؛ المصباح المنير: ٢/٥٨٧؛ معجم مقاييس اللغة: ٥/٥٠؛ المغرب للمطري: ٢/١٠٨؛ وينظر: الإشارة إلى الإيجاز للعز بن عبد السلام، ص ١٠٦.

القبض في الاصطلاح الفقهي:

لا خلاف بين الفقهاء - على اختلاف مذاهبهم - في أن القبض عبارة عن حيازة الشيء والتمكن منه، سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أم لم يكن^(١).

قال الكاساني: (ومعنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقة)^(٢).

وقال العز بن عبد السلام: (قولهم قبضت الدار والأرض والعبد والبعير، يريدون بذلك الاستيلاء والتمكن من التصرف)^(٣).

وبالنظر إلى القبض في معناه اللغوي وفي معناه الاصطلاحي نلاحظ أن بينهما نسبة العموم والخصوص المطلق؛ لأن القبض يستعمل في اللغة لتحصيل الشيء، وإن لم يكن فيه مراعاة الكف - وهو معناه الاصطلاحي - ويستعمل أيضاً لمعان أخرى. فكان كل قبض بالمعنى الاصطلاحي قبضاً بالمعنى اللغوي ولا عكس، إذ الأخص يستلزم دائماً معنى الأعم ولا عكس.

أنواع القبض:

لقد قسم الإمام العز بن عبد السلام - وتبعه في ذلك القرافي - القبض باعتباره تصرفاً من تصرفات المكلفين إلى ثلاثة أنواع^(٤):

(١) ينظر: القوانين الفقهية، ص ٣٢٨؛ البهجة شرح التحفة: ١/١٦٨؛ ميارة على العاصمة: ٢/١٤٤؛ حدود ابن عرفة وشرحه للرصاع، ص ٤١٥؛ شرح مرشد الحيران للأبياني وسلامة: ١/٥٨.

(٢) بدائع الصنائع: ٥/١٤٨.

(٣) الإشارة إلى الإيجاز للعز بن السلام، ص ١٠٦.

(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ٢/٧١؛ شرح تنقيح الفصول للقرافي، ص ٤٥٥ =

أحدها: قبض بمجرد إذن الشرع دون إذن المستحق. وهو أنواع:

منها: قبض ولاية الأمور والحكام الأعيان المغصوبة من الغاصب. وقبضهم أموال المصالح والزكاة وحقوق بيت المال، وقبضهم أموال الغائبين والمحجورين الذين لا يتمكنون من حفظ أموالهم، وقبضهم أموال المجانين والمحجور عليهم بسفه ونحوهم.

ومنها: قبض من طيرت الربح ثوباً ثم ألقته في حجره أو داره.

ومنها: قبض المضطر من طعام الأجانب بغير إذنهم لما يدفع به ضرورته.

ومنها: قبض الإنسان حقه إذا ظفر به بجنسه.

والنوع الثاني: قبض ما يتوقف جواز قبضه على إذن مستحقه، كقبض المبيع بإذن البائع، وقبض المستام، والقبض في البيع الفاسد، وقبض الرهون والهبات والصدقات والعواري والودائع، وقبض جميع الأمانات.

النوع الثالث: قبض بغير إذن من الشرع ولا من المستحق. وهذا قد يكون مع العلم بتحريمه، كقبض المغصوب، فيأثم الغاصب، ويضمن ما قبضه بغير حق ولا إذن... وقد يكون بغير علم، كمن قبض ما لا يعتقد أنه ماله، فإذا هو لغيره. قال القرافي: (فلا يقال إن الشرع أذن له في قبضه، بل عفا عنه بإسقاط الإثم)^(١)، وعلى ذلك فلا إثم عليه، ولا إباحة فيه، وهو في ضمانه.



= وما بعدها.

(١) شرح تنقيح الفصول، ص ٤٥٦.

المبحث الثاني كيفية القبض

تختلف كيفية قبض الأشياء بحسب اختلاف حالها وأوصافها، وهي في الجملة نوعان: عقار ومنقول:

(أ) كيفية قبض العقار:

ما هو العقار؟ لقد اختلف الفقهاء في المراد بالعقار على قولين:

أحدهما للحنفية: وهو أن العقار: (ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله) كالأراضي والدور^(١). أما البناء والشجر فيعتبران من المنقولات، إلا إذا كانا تابعين للأرض، فيسري عليهما حينئذ حكم العقار بالتبعية^(٢).

(١) رد المحتار: ٤/ ٣٦١؛ وينظر: م (١٢٩) من مجلة الأحكام العدلية وم (٢) من مرشد الحيران؛ كشف اصطلاحات الفنون للتهانوي، ص ٩٦٢.

(٢) رد المحتار: ٤/ ٣٦١، ٦/ ٢١٧ ح وينظر: م (١٠٢٠، ١٠١٩) من مجلة الأحكام العدلية. وقد قال الأستاذ مصطفى الزرقا في (المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي)، ص ١٠٣ معبراً عن رأي الفقه الحنفي: (غير أنهم يلحقون البناء والشجر بالعقار حكماً على سبيل التبعية له في التصرف الوارد على العقار بما فيه من بناء أو شجر. فلو بيعت دار أو أرض مشجرة، يتناول حق الشفعة البناء والشجر مع الأرض. ومعنى هذا أن البناء والشجر في النظر الفقهي لهما اعتباران: فهما منفردين من المنقولات، وهما مع العقار =

والثاني للشافعية والمالكية والحنابلة: وهو أن العقار هو الأرض والبناء والشجر^(١).

أما ما يكون به قبض العقار، فقد اتفق الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية على أن قبض العقار يكون بالتخلية والتمكين من اليد والتصرف. فإن لم يتمكن منه بأن منعه شخص آخر من وضع يده عليه، فلا تعتبر التخلية قبضاً^(٢). وقد قيد الشافعية قولهم هذا بما إذا كان العقار غير معتبر فيه تقدير. أما إذا كان معتبراً فيه، كما إذا شترى أرضاً مذارعة، فلا تكفي التخلية مع التمكين، بل لا بد مع ذلك من الذرع^(٣).

كما اشترط الحنفية أن يكون العقار قريباً، فإن كان بعيداً فلا تعتبر التخلية قبضاً، وهو رأي الصاحبين، وظاهر الرواية والمعتمد في المذهب، خلافاً للإمام أبي حنيفة، فإنه لم يعتبر القرب والبعد.

ثم إنهم نصوا على أن العقار إذا كان له قفل، فيكفي في قبضه تسليم المفتاح مع

= عقار بالتبعية).

(١) ينظر: مغني المحتاج: ٧١ / ٢؛ الخرشي على خليل: ١٤٦ / ٦؛ كشاف القناع: ٢٠٢ / ٣؛

المصباح المنير للفيومي: ٥٠٣ / ٢.

(٢) الفتاوى الهندية: ١٦ / ٣؛ رد المحتار: ٥٦١ / ٤ وما بعدها؛ م (٢٦٣) من مجلة الأحكام

العدلية؛ م (٤٣٥) من مرشد الحيران؛ روضة الطالبين: ٥١٥ / ٣؛ فتح العزيز: ٤٤٢ / ٨؛

مغني المحتاج: ٧١ / ٢؛ المجموع شرح المذهب: ٢٧٦ / ٩؛ منح الجليل: ٦٨٩ / ٢؛

مواهب الجليل: ٤٧٧ / ٤؛ كشاف القناع: ٢٠٢ / ٣؛ المغني: ٣٣٣ / ٤، ٥٩٦ / ٥؛ المحلى:

٨٩ / ٨؛ وينظر: م (٣٣٥) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد للقاري.

(٣) مغني المحتاج: ٧٣ / ٢؛ المجموع: ٢٧٨ / ٩؛ فتح العزيز: ٤٤٨ / ٨؛ روضة الطالبين:

٥١٧ / ٣.

تخليته، بحيث يتهيأ له فتحه من غير تكلف^(١).

هذا وقد ألحق الحنفية والشافعية والحنابلة الثمر على الشجر بالعقار في اعتبار التخلية مع ارتفاع الموانع قبضاً له، لحاجة الناس إلى ذلك وتعارفهم عليه^(٢).

(ب) كيفية قبض المنقول:

بعد أن بينا ما يكون به قبض العقار، نعرض للكلام عن كيفية قبض المنقول؛ لأن ما يراد قبضه لا يخرج عن كونه عقاراً أو منقولاً.

والمنقول: هو ما يمكن نقله وتحويله. فيشمل النقود والعرض والحيوانات والسيارة والسفن والطائرات والمكيات والموزونات، وما أشبه ذلك^(٣).

هذا وقد اختلف الفقهاء في كيفية قبض المنقول على النحو التالي:

(١) رد المحتار: ٥٦١ / ٤ وما بعدها؛ الفتاوى الهندية: ١٦ / ٣ وما بعدها؛ مجمع الضمانات، ص ٢١٨، ٢١٩؛ الحموي على الأشباه والنظائر: ٣٢٧ / ١؛ لسان الحكام لابن الشُّحنة، ص ٣١١؛ عيون المسائل للسمرقندي، ص ١٢٧؛ وينظر: م (٢٧٠، ٢٧١) من المجلة العدلية؛ م (٤٣٥، ٤٣٦) من مرشد الحيران؛ وقد استظهر ابن عابدين في رد المحتار: ٥٦٢ / ٤ أن المراد بالقرب في الدار بأن تكون في البلد.

(٢) شرح معاني الآثار: ٣٦ / ٤؛ مجمع الضمانات، ص ٢١٧؛ كشف القناع: ٢٠٢ / ٣؛ المغني: ٣٣٣ / ٤؛ قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ٨١ / ٢، ١٧٢.

* هذا وقد اختلف الشافعية في الثمرة على الشجرة، هل تعتبر في قبضها في معنى العقار قبل إيناعها وحلول أو ان جذاها فقط، أم تعتبر كذلك ولو بعد إيناعها وحلوله؟ فقال في مغني المحتاج: ٧١ / ٢: (قال الرافعي: وفي معنى العقار الأشجار الثابتة والثمرة المبيعة على الشجر قبل أو ان الجذاذ. وتقييده بذلك يشعر بأن دخول وقت قطعها يلحقها بالمنقول. وهو كما قال الأسنوي: المتجه. وإن نازع فيه الأذري). وينظر أيضاً: روضة الطالبين: ٥١٥ / ٣؛ المجموع: ٢٧٩ / ٩؛ فتح العزيز: ٤٤٣ / ٨.

(٣) ينظر: م (٣) من مرشد الحيران، م (١٢٨) من مجلة الأحكام العدلية.

(أ) فقال الحنفية: قبض المنقول يكون بالتناول باليد أو بالتخلية على وجه التمكين^(١). جاء في م (٢٧٤) من (مجلة الأحكام العدلية): (تسليم العروض يكون بإعطائها ليد المشتري، أو بوضعها عنده، أو بإعطاء الإذن له بالقبض مع إراءتها له) وقال ابن عابدين في حاشيته (رد المحتار): (وحاصله أن التخلية قبض حكماً لو مع القدرة عليه بلا كلفة، لكن ذلك يختلف بحسب حال المبيع، ففي نحو حنطة في بيت مثلاً؛ فدفع المفتاح إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض، وفي نحو دار؛ فالقدرة على إغلاقها قبض، أي بأن تكون في البلد فيما يظهر، وفي نحو بقر في مرعى؛ فكونه بحيث يُرى ويشار إليه قبض، وفي نحو ثوب؛ فكونه بحيث لو مد يده تصل إليه قبض، وفي نحو فرس أو طير في بيت؛ فإمكان أخذه منه بلا معين قبض^(٢)).

وجاء في (الفتاوى الهندية): (رجل باع مكيلاً في بيت مكائلة، أو موزوناً موازنة، وقال: خلّيت بينك وبينه، ودفع إليه المفتاح، ولم يكله ولم يزنه؛ صار المشتري قابضاً)^(٣).

وجاء فيها أيضاً: (وتسليم المبيع هو أن يخلي بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه بغير حائل، وكذا التسليم في

(١) لسان الحكام لابن الشحنة، ص ٣١١؛ شرح المجلة للأتاسي: ٢/ ٢٠٠ وما بعدها؛ وينظر: م (٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٤، ٢٧٥) من مجلة الأحكام العدلية؛ وم (٤٣٧، ٤٣٨) من مرشد الحيران.

(٢) رد المحتار: ٤/ ٥٦١.

(٣) الفتاوى الهندية: ٣/ ١٦.

جانب الثمن^(١).

واستدل الحنفية على اعتبار التخلية مع التمكين في المنقولات قبضاً: بأن تسليم الشيء في اللغة معناه جعله سالمًا خالصًا لا يشاركه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية. وبأن من وجب عليه التسليم لا بد وأن يكون له سبيل للخروج من عهدة ما وجب عليه، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع. أما الإقباض فليس في وسعه؛ لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقباض، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب، وهذا لا يجوز^(٢).

هذا وقد وافق الحنفية على اعتبار التخلية في المنقول قبضاً أحمد في رواية عنه، وذلك لحصول الاستيلاء بالتخلية، إذ هو المقصود بالقبض، وقد حصل بها^(٣).

(ب) وذهب الظاهرية إلى أن قبض المنقول يكون بالنقل والتحويل إلى نفسه^(٤).

(ج) أما سائر الفقهاء وجمهورهم، فقد ذهبوا إلى التفريق بين المنقولات فيما يعتبر قبضاً لها، حيث إن بعضها يتناول باليد عادةً، والبعض الآخر لا يتناول. وما لا يتناول باليد نوعان؛ أحدهما: لا يعتبر فيه تقديرٌ في العقد، والثاني: يعتبر فيه. فتحصل لديهم في المنقول ثلاث حالات:

(١) المرجع السابق نفسه.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٤٤/٥.

(٣) المغني: ٤/١١١؛ الإفصاح لابن هبيرة، ص ٢٢٤، ط. الطباخ بحلب.

(٤) المحلى لابن حزم: ٨٩/٨.

الحالة الأولى: أن يكون مما يتناول باليد عادة، كالنقود والثياب والجواهر والحلي وما إليها، وقبضه إنما يكون بتناوله باليد عند جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة^(١).

الحالة الثانية: أن يكون مما لا يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذرع أو عدّ، إما لعدم إمكانه وإما مع إمكانه، لكنه لم يراع فيه، كالأمتعة والعروض والدواب والصبرة تباع جزأفاً. وفي هذه الحالة اختلف المالكية مع الشافعية والحنابلة في كيفية قبضه على قولين:

أحدهما للمالكية: وهو أنه يرجع في كيفية قبضه إلى العرف^(٢).
والثاني للشافعية والحنابلة: وهو أن قبضه إنما يكون بنقله وتحويله^(٣).

واستدلوا على ذلك بالمنقول والعرف:

- (١) المجموع للنووي: ٢٧٦/٩؛ مغني المحتاج: ٧٢/٢؛ التنبيه للشيرازي، ص ٦٢؛ قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام: ٨١/٢؛ الذخيرة للقرافي: ١٥٢/١؛ شرح تنقيح الفصول، ص ٤٥٦؛ المغني: ٣٣٢/٤؛ كشاف القناع: ٢٠٢/٣؛ المحرر للمجد ابن تيمية: ٣٣٢/١؛ وينظر: م (٣٣٣) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد للقاري، حيث جاء فيها: (قبض كل شيء بحسبه عرفاً... وقبض ما يتناول باليد بتناوله باليد، كالدراهم).
- (٢) شرح الخرشي: ١٥٨/٥؛ الشرح الكبير للدردير: ١٤٥/٣؛ المتتقى شرح الموطأ للباجي: ٩٧/٦.
- (٣) مغني المحتاج: ٧٢/٢؛ روضة الطالبين: ٥١٥/٣؛ المهذب: ٢٧٠/١؛ التنبيه للشيرازي، ص ٦٢؛ قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ٨١/٢، ١٧١ وما بعدها؛ فتح العزيز: ٤٤٤/٨؛ المجموع: ٢٧٦-٢٧٧؛ المغني: ١١٢/٤، ٣٣٢؛ كشاف القناع: ٢٠٢/٣، وينظر: م (٣٣٣) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد.

- أما المنقول، فما روي عن ابن عمر أنه قال:
كنا نشترى الطعام من الركبان جزأفاً، فنهانا
رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه^(١).
وقيس على الطعام غيره^(٢).
- وأما العرف، فلأن أهله لا يعدُّون احتواء اليد عليه
قبضاً من غير تحويل، إذ البراجم لا تصلح قراراً
له^(٣).

الحالة الثالثة: أن يكون مما يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن
أو ذرع أو عدّ، كمن اشترى صبرة حنطة مكابلة أو
متاعاً موازنةً، أو ثوباً مذارعةً، أو معدوداً بالعدد. وفي
هذه الحالة اتفق الشافعية والمالكية والحنابلة على أن
قبضه إنما يكون باستيفائه بما يقدر فيه من كيل أو وزن
أو ذرع أو عدّ^(٤)، وقد جاء في (مجلة الأحكام الشرعية
على مذهب الإمام أحمد) (م ٣٣٦): (المبيع كيلاً
أو وزناً أو ذرعاً أو عدّاً يعتبر في قبضه إجراء عمل الكيل

- (١) أخرجه البخاري ومسلم كما في التلخيص الحبير: ٢٧/٢؛ وأخرجه أيضاً ابن ماجه:
٧٥٠/٢؛ والبيهقي في السنن الكبرى: ٣١٤/٥؛ وابن الجارود في المتقى، ص ٢٠٧.
- (٢) مغني المحتاج: ٧٢/٢؛ فتح العزيز: ٤٤٤/٨؛ المغني: ٣٣٢/٤؛ كشاف القناع: ٢٠٢/٣.
- (٣) المجموع شرح المذهب: ٢٨٢/٩؛ المغني: ١١٢/٤.
- (٤) روضة الطالبين: ٥١٧/٣؛ وما بعدها؛ فتح العزيز: ٤٤٨/٨؛ مغني المحتاج: ٧٣/٢؛
المجموع: ٢٧٨/٩؛ قواعد الأحكام: ٨٢/٢، ١٧١؛ الذخيرة للقرافي: ١٥٢/١؛ الشرح
الكبير للدردير: ١٤٤/٣؛ كشاف القناع: ٢٠١/٣، ٢٧٢؛ المحرر للمجد ابن تيمية:
٣٢٣/١.

أو الوزن أو الذرع أو العد بحضور المشتري أو نائبه.
وتصح استنابة البائع المشتري في العمل المذكور).

واشترط الشافعية بالإضافة إلى ذلك نقله وتحويله.

- أما دليل جمهور الفقهاء على أن قبض المقدرات من المنقولات إنما يكون بتوفيتها بالوحدة القياسية العرفية التي تراعى فيها من الكيل أو الوزن أو الذرع أو العد. فهو ما روي عن النبي ﷺ أنه (نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان؛ صاع البائع وصاع المشتري)^(١)، وقوله ﷺ: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله»^(٢). حيث دل ذلك على أن القبض فيه لا يحصل إلا بالكيل، فتعين فيما يقدر بالكيل الكيل، وقيس عليه الباقي^(٣).

بعد هذا البيان لأراء الفقهاء واختلافاتهم فيما يكون قبضاً للعقار والمنقول تحسن الإشارة إلى حقيقة هامة، وهي أن منشأ اختلافهم هذا إنما هو اختلاف العرف والعادة فيما يكون قبضاً للأشياء. قال الخطيب الشربيني: (لأن الشارع أطلق القبض

(١) الحديث رواه جابر وأبو هريرة وأنس وابن عباس، ورواية جابر أخرجهما ابن ماجه في سننه وابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والبخاري في مسانيدهم، والدارقطني والبيهقي في سننهما، وهي معلولة بابن أبي ليلى. ورواية أبي هريرة أخرجهما البخاري في مسنده وزاد فيها: (فيكون لصاحبه الزيادة، وعليه النقصان). وروايتا أنس وابن عباس أخرجهما ابن عدي بإسنادين ضعيفين جداً كما قال الحافظ ابن حجر. ينظر: نصب الرأية: ٤/ ٣٤ وما بعدها؛ التلخيص الحبير: ٣/ ٢٧؛ سنن الدارقطني والتعليق على المغني: ٣/ ٨؛ نيل الأوطار: ٥/ ١٦٨.

(٢) أخرجه مسلم (صحيح مسلم بشرح النووي: ١٠/ ١٦٩)؛ وأبو داود: ٢/ ٢٥٢؛ والنسائي: ٧/ ٢٨٥ عن ابن عباس.

(٣) ينظر: مغني المحتاج: ٢/ ٧٣؛ المغني لابن قدامة: ٤/ ١١١؛ كشف القناع: ٣/ ٢٠١.

وأناط به أحكاماً، ولم يبينه، ولا حد له في اللغة، فرجع فيه إلى العرف^(١).

وقال تقي الدين ابن تيمية: (وما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع، فالمرجع فيه إلى عرف الناس، كالقبض المذكور في قوله ﷺ: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه»^(٢)).

هذا وقد سبق للإمام الخطابي أن أوماً إلى سبب ذلك الخلاف حيث قال: (القبوض تختلف في الأشياء حسب اختلافها في نفسها، وحسب اختلاف عادات الناس فيها)^(٣).



-
- (١) ينظر: المهذب: ١/ ٢٧٠؛ المغني: ٤/ ١١٢؛ المجموع للنووي: ٩/ ٢٧٥؛ وم (٣٣٣) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد.
- (٢) فتاوى ابن تيمية: ٣/ ٢٧٢.
- (٣) معالم السنن للخطابي: ٣/ ١٣٦.

المبحث الثالث القبض الحكمي

إن ما أسلفناه من كلام الفقهاء عن معنى القبض وضروره وكيفيته إنما هو منصب -في الجملة- على القبض الحقيقي المدرك بالحس. بيد أن ذلك لا يعني أن القبض الحكمي التقديري غير سائغ عند الفقهاء بإطلاق، بل هو مقبول ومعتبر ومعروف لديهم في أحوال كثيرة، يقام فيها مقام القبض الحقيقي وينزل منزلته، وإن لم يكن متحققاً حساً في الواقع، وذلك لضرورات ومسوغات تقتضي اعتباره تقديراً وحكماً، وترتيب أحكام القبض الحقيقي عليه...

وبتتبع صور القبض الحكمي في مذاهب الفقهاء، نجد أنه سائغ مقرر في ست حالات:

الحالة الأولى: عند إقباض المنقولات بالتخلية مع التمكين في مذهب الحنفية، ولو لم يقبضها الطرف الآخر حقيقة، حيث إنهم يعدون تناولها باليد قبضاً حقيقياً، والقبض بالتخلية قبضاً حكماً، بمعنى أن الأحكام المترتبة عليه نفس أحكام القبض الحقيقي^(١).

قال الكاساني: (فالتسليم والقبض عندنا هو التخلية، وهو أن يخلي البائع بين

(١) ينظر: بدائع الصنائع: ٥/٢٤٤.

المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه^(١). وجاء في «مجلة الأحكام العدلية»: (تسليم المبيع يحصل بالتخلية، وهو أن يأذن البائع للمشتري بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسلم المشتري إياه. ومتى حصل تسليم المبيع صار المشتري قابضاً له)^(٢). وقال ابن عابدين: (وحاصله أن التخلية قبضٌ حكماً لو مع القدرة عليه بلا كلفة)^(٣).

وجاء في «شرح المجلة» للأتاسي: (إن التخلية بين المشتري والمبيع تقوم مقام القبض الحقيقي إذا كانت على وجه يتمكن فيها المشتري من القبض بعد أن أذن له البائع بقبضه)^(٤). (ومتى وجدت التخلية على الوجه المذكور.. صار المشتري قابضاً، وإن لم يقبضه حقيقة؛ لأن تمكنه من القبض بإذن البائع مع عدم المانع والحائل قائم مقام القبض الحقيقي، فلو هلك المبيع هلك على المشتري؛ لدخوله في ضمانه)^(٥). وفي (درر الحكام): (ولا يتوقف تحقق القبض الشرعي على قبض المشتري للمبيع بالفعل كما هو معنى لفظ القبض لغة)^(٦).

ولعل أهم ما يتفرع على هذا الأصل عند الحنفية التطبيقات الفقهيّة التالية:

- إذا سلّم البائع المبيع إلى شخص أمر المشتري بتسليمه إليه فقد حصل القبض، كما لو سلم البائع المبيع إلى المشتري نفسه، إذا أمر المشتري

(١) المرجع السابق.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، م(٢٦٣، ٢٦٤)؛ وينظر: درر الحكام لعلي حيدر: ٢١٦/١ وما بعدها.

(٣) رد المحتار: ٥٦١/٤.

(٤) شرح المجلة للأتاسي: ١٩٢/٢.

(٥) المرجع السابق نفسه.

(٦) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية للعلامة علي حيدر: ٢١٧/٢.

- البائع قبل القبض بتسليم المبيع إلى شخص معين، فسلم البائع المبيع إلى ذلك الشخص، يكون المشتري بذلك قد قبض المبيع^(١).
- إذا استعمل البائع المبيع قبل التسليم بإذن المشتري في مصلحة المشتري، يكون المشتري قد قبض المبيع^(٢).
 - لو أعطى المشتري البائع كيسًا ليضع فيه المبيع اعتبر ذلك قبضًا من المشتري^(٣).
 - لو اشترى شخص من آخر قمحًا، وطلب إليه أن يطحن القمح، فطحنه البائع يكون المشتري قابضًا القمح تبعًا لطلبه من البائع أن يطحنه^(٤).
 - إذا بيعت ثمار على أشجارها، يكون إذن البائع للمشتري بجزها تسليمًا^(٥).
 - إعطاء مفتاح العقار الذي له قفل للمشتري يكون تسليمًا^(٦).
 - إذا أتلّف أجنبي المبيع قبل قبض المشتري له، فقام المشتري بتضمين المتلف، يكون قابضًا^(٧).
 - إذا باع شخص ثوبًا من آخر، وأذن له بقبضه، فلم يقبضه المشتري،

-
- (١) درر الحكام: ٢١٤ / ١.
 - (٢) المرجع السابق: ٢٢١ / ١.
 - (٣) المرجع السابق: ٥٠ / ١.
 - (٤) المرجع السابق: ٥٠ / ١، إلا أنه امتنع البائع أن يسلم الدقيق بعد الطحن إلى المشتري، فتلف فإلخسارة على البائع؛ درر الحكام: ٢٢٠ / ١.
 - (٥) المادة (٢٦٩) من مجلة الأحكام العدلية.
 - (٦) المادة (٢٧١) من مجلة الأحكام العدلية.
 - (٧) درر الحكام: ٢٢٢ / ١ نقلًا عن الفتاوى الهندية.

فأخذه أجنبي وأضاعه، فإن كان ذلك الثوب قريباً من المشتري بحيث يمكن قبضه من دون قيام، يعتبر المشتري قابضاً بذلك، ويعود عليه الخسران^(١).

• العقار الذي له باب وقفل، كالدار والكرم، إذا وجد المشتري داخله، وقال له البائع: سلمته إليك، كان قوله ذلك تسليمًا، وإذا كان المشتري خارج ذلك العقار، فإن كان قريباً منه بحيث يقدر على إغلاق بابه وإقفاله في الحال، يكون قول البائع للمشتري سلمتك إياه تسليمًا أيضًا. وإن لم يكن منه قريباً بهذه المرتبة؛ فإذا مضى وقت يمكن فيه ذهاب المشتري إلى ذلك العقار ودخوله فيه يكون تسليمًا^(٢).

الحالة الثانية: اعتبار الدائن قابضاً حكماً وتقديرًا للدَّين إذا شغلت ذمته بمثله^(٣) للمدين؛ وذلك لأن المال الثابت في الذمة إذا استحق المدين قبض مثله من دائنه بعقد جديد أو بأحد موجبات الدين، فإنه يعتبر مقبوضاً حكماً من قبل ذلك المدين. وشواهد ذلك من نصوص الفقهاء عديدة، منها:

(أ) اقتضاء أحد النقدين من الآخر:

ذهب جماهير أهل العلم إلى أن المدين بنوع من النقود له أن يصرفه من دائنه بنقد آخر. ولما كان الصرف لا يصح إلا مع التقابض بالإجماع؛ وجب على المدين أن يدفع إليه البديل من النقد الآخر في مجلس العقد، بخلاف الدائن فإنه لا يلزمه أن يسلمه النقد المبدل منه؛ لأن ثبوته في ذمة المدين قبل المصارفة يعتبر قبضاً حكماً

(١) درر الحكام: ٢٢٣/١ نقلاً عن الفتاوى الهندية.

(٢) المادة (٢٧٠) من مجلة الأحكام العدلية؛ وينظر: درر الحكام: ٢١٩/١.

(٣) أي بمثله في الجنس والصفة ووقت الأداء.

واقْتضاء تقديرًا له من دائته، فكأنَّ الدائن بعد المصارفة قبضه منه ثم سلمه ثانية إليه^(١).
 جاء في (المغني): (ويجوز اقتضاء أحد النقيدين من الآخر، ويكون صرفًا
 بعين وذمة في قول أكثر أهل العلم)^(٢) وقال العلامة الأبي: (لأن المطلوب في
 الصرف المناجزة، وصرف ما في الذمة أسرع مناجزة من صرف المعينات؛ لأن
 صرف ما في الذمة ينقضي بنفس الإيجاب والقبول والقبض من جهة واحدة،
 وصرف المعينات لا ينقضي إلا بقبضهما معًا، فهو مُعَرَّضٌ للعدول، فصرف ما في
 الذمة أولى بالجواز)^(٣).

واستدلوا على ذلك بحديث ابن عمر رضي الله عنه قال: (كنت أبيع الإبل
 بالبقيع، فأبيع بالدنانير وأخذ مكانها الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ مكانها الدنانير،
 أخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فأتيت النبي ﷺ فسألته عن ذلك فقال:
 «لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء»^(٤).

قال الشوكاني: (فيه دليل على جواز الاستبدال عن الثمن الذي في الذمة بغيره،
 وظاهره أنهما غير حاضرين جميعًا، بل الحاضر أحدهما، وهو غير اللازم، فدل على
 أن ما في الذمة كالحاضر)^(٥).

(١) شرح السنة للبخاري: ١١١/٨-١١٣.

(٢) المغني لابن قدامة: ٥٤/٤ (ط. مكتبة الرياض الحديثة).

(٣) شرح الأبي المالكي على صحيح مسلم: ٢٦٤/٤.

(٤) الحديث أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي والحاكم والبيهقي والدارقطني وابن ماجه
 وغيرهم. ينظر: سنن البيهقي: ٥/٢٨٤، بذل المجهود: ١٥/١٢، سنن الدارقطني: ٣/٢٤،
 سنن ابن ماجه: ٢/٧٦٠، عارضة الأحوذى: ٥/٢٥١، المستدرک: ٢/٤٤، التلخيص
 الحبير: ٣/٢٥.

(٥) نيل الأوطار: ٥/١٧٥.

(ب) المقاصة:

وذلك إذا انشغلت ذمة الدائن بمثل ما له على المدين في الجنس والصفة ووقت الأداء برئت ذمة المدين مقابلةً بالمثل من غير حاجة إلى تقابض بينهما، ويسقط الدينان إذا كانا متساويين في المقدار؛ لأن ما في الذمة يعتبر مقبوضاً حكماً. فإن تفاوتوا في القدر، سقط من الأكثر بقدر الأقل، وبقيت الزيادة، فتقع المقاصة في القدر المشترك، ويبقى أحدهما مديناً للآخر بما زاد^(١).

(ج) تطرح الدينين صرفاً:

ذهب الحنفية والمالكية وتقي الدين السبكي من الشافعية وتقي الدين ابن تيمية من الحنابلة إلى أنه لو كان لرجل في ذمة آخر دنانير، وللآخر عليه دراهم، فاصطرفا بما في ذمتهما، فإنه يصح ذلك الصرف، ويسقط الدينان من غير حاجة إلى التقابض الحقيقي - مع أن التقابض في الصرف شرط لصحته بإجماع الفقهاء - وذلك لوجود التقابض الحكمي الذي يقوم مقام التقابض الحسي. وقد عللوا ذلك (بأن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة)^(٢) و(بأن الدين

(١) ينظر: م(٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٣٠، ٢٣١) من مرشد الحيران لقدري باشا.

(٢) تبين الحقائق: ٤/١٤٠؛ رد المحتار (بولاقي ١٢٧٢هـ): ٤/٢٣٩؛ الخرشي: ٥/٢٣٤؛ منح الجليل: ٣/٥٣؛ إيضاح المسالك للونشريسي، ص ١٤١، ٣٢٨؛ مواهب الجليل: ٤/٣١٠؛ بداية المجتهد: ٢/٢٢٤؛ الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية: ص ١٢٨؛ طبقات الشافعية لابن السبكي: ١٠/١٣١؛ شرح الأبي على صحيح مسلم: ٤/٢٦٤؛ نظرية العقد لابن تيمية: ص ٢٣٥.

وخالف في ذلك الشافعية والحنابلة، ونصوا على عدم جواز صرف ما في الذمة إذا لم يحضر أحدهما أو كلاهما النقد الوارد عليه عند الصرف؛ لأنه يكون من بيع الدين بالدين. ينظر: الأم ٣/٣٣؛ تكملة المجموع للسبكي: ١٠/١٠٧؛ شرح منتهى الإرادات: ٢/٢٠٠؛ المبدع: ٤/١٥٦؛ المغني: ٤/٥٣، ط. مكتبة الرياض الحديثة؛ كشاف القناع =

في الذمة كالمقبوض^(١). قال ابن تيمية: (فإن كلاً منهما اشترى ما في ذمته - وهو مقبوض له - بما في ذمة الآخر، فهو كما لو كان لكل منهما عند الآخر وديعة فاشتراها بوديعته عند الآخر)^(٢).

غير أن المالكية اشترطوا أن يكون الدينان قد حللاً معاً، فأقاموا حلول الأجلين في ذلك مقام الناجز بالناجز، أي اليد باليد.

(د) جعل الدين الذي على المسلم إليه رأس مال السلم:

ذهب الشيخ تقي الدين ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى أنه إذا كان لرجل في ذمة آخر ديناً، فجعله سلماً في طعام إلى أجل، فإنه يصح السلم من غير حاجة إلى قبض حقيقي لرأس مال السلم - مع اتفاق الفقهاء على وجوب تسليم رأس المال معجلاً لصحة السلم - وذلك لوجود القبض الحكمي لرأس مال السلم، وهو ما في ذمة المدين المسلم إليه، فكأن الدائن بعد عقد السلم قبضه منه ثم رده إليه، فصار معجلاً حكماً، فارتفع المانع الشرعي^(٣). قال العلامة ابن القيم: (لو أسلم إليه في كر حنطة بعشرة دراهم في ذمته، فقد وجب له عليه دين، وسقط له عنه دين غيره. وقد حكى الإجماع على امتناع هذا، ولا إجماع فيه. قال شيخنا: وأختار جوازه، وهو الصواب)^(٤).

= ٢٥٧/٣، ط. الحكومة بمكة.

(١) التمهيد لابن عبد البر: ٦/٢٩١. (٢) نظرية العقد لابن تيمية، ص ٢٣٥.

(٣) وخالف في ذلك جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة بحجة أن ذلك افتراق عن

دين بدين. ينظر: رد المحتار: ٤/٢٠٩، بولاق، تبين الحقائق: ٤/١٤٠؛ نهاية المحتاج:

٤/١٨٠؛ فتح العزيز ٩/٢١٢؛ بدائع الصنائع: ٧/٣١٥٥، مط. الإمام؛ شرح منتهى

الإرادات: ٢/٢٢١؛ المغني: ٤/٣٢٩، ط. مكتبة الرياض الحديثة.

(٤) إعلام الموقعين عن رب العالمين: ٢/٩.

وقال الكاساني في (البدائع): (وعلى هذا تخرج مقاصة رأس مال السلم بدين آخر على المسلم إليه، بأن وجب على المسلم إليه دين مثل رأس المال أنه هل يصير رأس المال قصاصًا بذلك الدين أم لا؟.. قال: (فإن وجب بعقد متقدم على السلم، بأن كان رب السلم باع المسلم إليه ثوبًا بعشرة دراهم، ولم يقبض العشرة حتى أسلم إليه عشرة دراهم في كر حنطة؛ فإن جعل الدينين قصاصًا أو تراضيا بالمقاصة يصير قصاصًا وإن أبى أحدهما لا يصير قصاصًا، وهذا استحسانٌ. والقياس ألا يصير قصاصًا، كيف ما كان. وهو قول زفر.

وجه قوله: أن قبض رأس المال شرط، والحاصل بالمقاصة ليس بقبض حقيقة، فكان الافتراق حاصلًا لا عن قبض رأس المال، فبطل السلم.

ولنا: أن العقد ينعقد موجبًا للقبض حقيقة لولا المقاصة، فإذا تقاصًا تبين أن العقد انعقد موجبًا قبضًا بطريق المقاصة، وقد وجد^(١)

(هـ) رهن الدين عند المدين، وهبة المرأة مهرها المؤجل لزوجها:

قال القاضي ابن العربي: (إذا تعامل رجلان لأحدهما على الآخر دينًا، فرهنه دينه الذي له عليه، كان قبوله قبضًا. وقال غيرنا من العلماء: لا يكون قبضًا. وكذلك إذا وهبت المرأة كالثها - أي مهرها المؤجل - لزوجها جاز، ويكون قبوله قبضًا. وخالفنا فيه أيضًا غيرنا من العلماء. وما قلنا أصح؛ لأن الذي في الذمة أكد قبضًا من المعين، وهذا لا يخفى^(٢)).

الحالة الثالثة: وهي قيام قبض سابق لعين من الأعيان مقام قبض لاحق مستحق، وذلك كما لو باع شخص شيئًا أو وهبه أو رهنه عند غاصب أو مستعير أو مودع

(١) بدائع الصنائع: ٢٠٦/٥.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي: ٢٦١/١.

أو مستأجر أو غيره، فإن القبض السابق ينوب من قبض المستحق بالعقد مطلقاً، سواءً أكانت يد القابض عليه يد ضمان أم يد أمانة، وسواء أكان القبض المستحق قبض أمانة أم قبض ضمان، ولا يشترط الإذن من صاحبه ولا مضي زمان يتأتى فيه القبض. وعلى ذلك نص المالكية والحنابلة^(١).

- أما نيابته من قبض المستحق بالعقد؛ فلأن استدامة القبض للعين قبض حقيقة، لوجود الحيازة مع التمكن من التصرف. فقد وجد القبض المستحق، ولا دليل على أنه ينبغي وقوعه ابتداء بعد العقد.
- وأما عدم اشتراط كون القبضين متماثلين من حيث الضمان وعدمه أو كون القبض السابق أقوى بما ينشأ عنه من ضمان اليد حتى ينوب عن القبض المستحق بالعقد؛ فلأن المراد بالقبض المستحق: إثبات اليد والتمكن من التصرف في المقبوض، فإذا وجد هذا الأمر وجد القبض. أما ما ينشأ عنه من كون المقبوض مضموناً أو أمانة في يد القابض، فليس لذلك أية علاقة أو تأثير في حقيقة القبض.
- وأما عدم الحاجة للإذن بالقبض، فلأن إقراره له في يده بمنزلة إذنه في قبضه، كما أن إجراءه العقد الموجب للقبض مع كون المال في يده يكشف عن رضاه بالقبض، فاستغني عن الإذن المشروط في الابتداء، إذ يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.
- وأما عدم الحاجة إلى مضي زمان يتأتى فيه القبض، فلأن مضي هذا

(١) ميارة على التحفة: ١/١١١؛ بداية المجتهد: ٢/٢٢٩؛ المحرر للمجد ابن تيمية: ١/٣٧٤؛ وما بعدها: ٥/٥٩٤؛ نظرية العقد لابن تيمية، ص ٢٣٦؛ كشاف القناع: ٣/٢٤٩، ٣٧٣، ٤/٢٥٣؛ شرح تنقيح الفصول للقرافي، ص ٤٥٦.

الزمان ليس من توابع القبض؛ وليس له مدخل في حقيقته في هذه الحال.. نعم، لو كان القبض متأخر عن العقد؛ لاعتبر مضي الزمان الذي يمكن فيه القبض، لضرورة امتناع حصول القبض بدونه، وأما مع كونه سابقاً للعقد فلا.

– وقد وافق الشافعية المالكية والحنابلة على نيابة القبض السابق من قبض القبض المستحق اللاحق، سواء أكانت يد القابض بجهة ضمان أم بجهة أمانة، وسواء أكان القبض المستحق قبض أمانة أم ضمان، غير أنهم اشترطوا لصحة ذلك أمرين:

أحدهما: الإذن من صاحبه إن كان له في الأصل الحق في حبسه؛ كالمرهون والمبيع إذا كان الثمن حالاً غير منقود. أما إذا لم يكن له هذا الحق، كالمبيع بثمن مؤجل أو حال بعد نقد ثمنه، فلا يشترط عند ذلك الإذن.

وسبب اشتراط الإذن من مستحق حبسه في الأصل: عدم جواز إسقاط حقه بغير إذنه، كما لو كانت العين في يده.

والثاني: مضي زمان يتأني فيه القبض إذا كان الشيء غائباً عن مجلس العقد؛ لأنه لو لم يكن في يده لاحتاج إلى مضي هذا الزمان ليحوزه ويتمكن منه، ولأننا جعلنا دوام اليد كابتداء القبض، فلا أقل من مضي زمان يتصور فيه ابتداء القبض. ولكن لا يشترط ذهابه ومصيره إليه فعلاً^(١).

(١) المجموع شرح المذهب: ٢٨١/٩؛ مغني المحتاج: ١٨٢/٢؛ روضة الطالبين: ٤/٦٦-٦٨؛ =

— أما الحنفية، فمع ميلهم إلى نفس الاتجاه الذي نحا إليه بقية الفقهاء في المسألة فقد أقاموا رأيهم فيها على مبنى آخر، وهو أن القبض الموجود وقت العقد إذا كان مثل المستحق بالعقد، فإنه ينوب منابه. يعني أن يكون كلاهما قبض أمانة أو قبض ضمان؛ لأنه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب؛ لأن المتماثلين غيران ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه، ويسد مسده، وقد وجد القبض المحتاج إليه.

أما إذا اختلف القبضان، بأن كان أحدهما قبض أمانة والآخر قبض ضمان، فينظر: إن كان القبض السابق أقوى من المستحق؛ بأن كان السابق قبض ضمان والمستحق قبض أمانة، فينوب عنه؛ إذ به يوجد القبض المستحق وزيادة. وإن كان دونه، فلا ينوب عنه؛ وذلك لانعدام القبض المحتاج إليه، إذ لم يوجد فيه إلا بعض المستحق، فلا ينوب عن كله.

وبيان ذلك: أن الشيء إذا كان في يد المشتري بغصب أو كان مقبوضاً بعقد فاسد، فاشتراه من المالك بعقد صحيح، فينوب القبض الأول عن الثاني، حتى لو هلك الشيء قبل أن يذهب المشتري إلى بيته ويصل إليه أو يتمكن من أخذه، كان الهلاك عليه لتمائل القبضين من حيث كون كل منهما يوجب كون المقبوض مضموناً بنفسه.

= فتح العزيز: ٦٥/١٠ - ٧١؛ المهذب: ٣١٢/١ وما بعدها؛ الأم: ٣/١٢٤؛ قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام: ٨٢/٢؛ التنبيه للشيرازي، ص ٩٤.

وكذا لو كان الشيء في يده وديعة أو عارية، فوهبه منه مالكة، فلا يحتاج إلى قبض آخر. وينوب القبض الأول عن الثاني، لتماثلهما من حيث كونهما أمانةً.

ولو كان الشيء في يده بغصب أو بعقد فاسد، فوهبه المالك منه، فكذلك ينوب ذلك عن قبض الهبة، لوجود المستحق بالعقد، وهو أصل القبض وزيادة ضمان.

أما إذا كان المبيع في يد المشتري بعارية أو وديعة أو رهن، فلا ينوب القبض الأول عن الثاني، ولا يصير المشتري قابضاً بمجرد العقد؛ لأن القبض السابق قبض أمانة، فلا يقوم مقام قبض الضمان في البيع، لعدم وجود القبض المحتاج إليه^(١).

الحالة الرابعة: تنزيل إتلاف العين منزلة قبضها، وذلك كما إذا أتلف المشتري المبيع وهو في يد البائع، حيث نص جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة على أن ذلك الإتلاف يعتبر قبضاً؛ لأن القبض يتحقق بإثبات اليد والتمكن من التصرف، والإتلاف تصرف فيه حقيقةً، فكان قبضاً من باب أولى، إذ التمكن من التصرف دون حقيقة التصرف.. كما أن صدور الإتلاف من المشتري ينطوي على إثبات اليد فعلاً، إذ يتصور وقوعه منه مع تخلف هذا المعنى، فكان الإتلاف بمنزلة القبض ضرورة^(٢).

(١) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٢١٧؛ بدائع الصنائع: ٥/٢٤٨، ٦/١٢٦ وما بعدها، الفتاوى الهندية: ٣/٢٢ وما بعدها؛ الفتاوى الطرسوسية، ص ٢٥٣؛ رد المحتار: ٥/٦٩٤؛ شرح المجلة للأتاسي: ٢/١٩٣.

(٢) بدائع الصنائع: ٥/٢٤٦ وما بعدها؛ رد المحتار: ٤/٥٦١؛ شرح المجلة للأتاسي: ٢/٢٠٦؛ شرح منتهى الإرادات: ٢/١٩١؛ كشف القناع: ٣/٢٣١، مط. الحكومة بمكة؛ =

وبناء على ذلك:

(أ) قال الشافعية: إذا أتلفت الزوجة الصداق، وهو بيد الزوج، صارت بذلك قابضة إياه، وبرئ الزوج^(١).

(ب) وقال الحنفية: كما ناب إتلاف المشتري المبيع، وهو بيد بائعه مناب قبضه منه، فإنه لو تصرف المشتري فيه بتعييب أو تغيير صورة أو استعمال، فإن ذلك يعتبر قبضاً أيضاً، لما في هذه الأفعال من إثبات اليد فعلاً، والتصرف الحقيقي في المبيع، كما هو الشأن في الإتلاف، فتنزل منزلته في اعتبارها قبضاً حكماً.

وقالوا: ومثل ذلك في الحكم ما لو فعل البائع شيئاً من ذلك بأمر المشتري؛ لأن فعله بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه.

وقالوا: لو أعتق المشتري العبد المبيع يصير بذلك قابضاً؛ لأن الإعتاق إتلاف حكماً، فيلحق بالإتلاف حقيقة.

ولو أعار المشتري المبيع أو أودعه أجنبياً صار بذلك قابضاً؛ لأنه بالإعارة والإيداع أثبت يد النيابة لغيره فيه، فصار قابضاً. وكذا لو وهبه أجنبياً، فقبضه الموهوب^(٢).

= مغني المحتاج: ٦٦/٢ وما بعدها؛ روضة الطالبين: ٤٩٩/٣ وما بعدها؛ المجموع شرح المهدب: ٢٨١/٩؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٩٢، وقال الشافعية: إنما يعتبر إتلاف المشتري قبضاً إذا علم أنه يتلف المبيع. أما إذا لم يعلم، فوجهان، بناء على القولين فيما إذا قدم الغاصب الطعام المغصوب إلى المالك فأكله جاهلاً، هل يبرأ الغاصب؟ روضة الطالبين: ٢٥١/٧.

(٢) البدائع: ٢٤٦/٥ وما بعدها؛ رد المحتار: ٥٦١/٤؛ شرح المجلة للأتاسي: ٢٠٦/٢ وما بعدها.

الحالة الخامسة: اعتبار المالكية في قول لهم أن النظر إلى الجزاف^(١) - في بيعه - قبض له^(٢).

الحالة السادسة: تنزيل حوالة الدين منزلة قبضه، حيث جاء في المغني لابن قدامة: (وإن أحال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه، صح، وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة، ويكون ذلك بمنزلة القبض)^(٣)، (ولأن الحوالة بمنزلة القبض، فكأن المحيل أقبض المحتال دينه، فيرجع عليه به، ويأخذه المحتال من المحال عليه، وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر)^(٤).



(١) الجزاف: بكسر الجيم وضمها وفتحها، ثلاث لغات، والكسر أفصح وأشهر: هو بيع ما لم يعلم قدره على التفصيل، أي خرصًا بلا كيل أو وزن أو ذرع أو عد أو نوع تقدير قياسي. من المجازفة، وهي المساهلة. ينظر: المصباح المنير: ١/ ١٢١؛ تحرير ألفاظ التنبيه، ص ١٩٣؛ المطلع للبعلي، ص ٢٤٠؛ غرر المقالة، ص ٢١١؛ النووي على مسلم: ١٠/ ١٦٩؛ نيل الأوطار: ٥/ ١٧٠؛ شرح حدود ابن عرفة للرصاع: ١/ ٣٣٤.

(٢) إيضاح المسالك للونشريسي، ص ٣٠٧؛ شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب للمنجور، ص ٣١٤.

(٣) المغني ٧/ ٥٨ (ط. هجر).

(٤) المغني ٧/ ٥٨ (ط. هجر).

المبحث الرابع مؤونة الإقباض

مؤونة الإقباض في الاصطلاح الفقهي: هي تكاليف التسليم وما يلزمه من نفقات ومصاريف (على وزن فعولة) مشتقة من الأين؛ وهو في اللغة: التعب والشدة^(١). وفي هذا المقام يرد السؤال الآتي: إذا احتاج التسليم في العقود إلى مؤونة، فأَي العاقدين يكون ملزماً بتحملها؟ والجواب: أن الحكم يختلف بحسب نوع العقد وطبيعته والعين أو البدل الذي يتعلق به القبض، والأعراف الجارية والشروط المعتمدة في ذلك.

وتفصيل المسألة في الآتي:

(أ) في عقود المعاوضات المالية:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة إلى أنه في عقد البيع: إذا كان المبيع عيناً يتعلق بها حق توفية بإحدى الوحدات القياسية العرفية، فإن مصاريف تسليمها - كأجرة الكيل والوزن والذرع والعدّ - تكون على البائع؛ لأن تسليم المبيع واجب عليه بالعقد، وهو لا يتم إلا بالتوفية بما ذكرنا، وما لا يتم الواجب

(١) تحرير ألفاظ التنبيه ص ١١١، طلبة الطلبة ص ١٤٩، المصباح المنير ٧١٥/٢.

إلا به فهو واجب.

وكذلك مصارف تسليم الثمن - إن وجدت - كأجرة عدّه ووزنه وكيله وذرعه وإحضاره إن كان غائبًا تكون على المشتري؛ لأن أداء الثمن إلى البائع واجب عليه، فيتحمل عبء كل ما يفتقر التسليم إليه.

وقد قيد المالكية قولهم بما إذا لم يكن هناك شرط أو عرف بخلاف ذلك، فإن كان هناك شرطٌ متفقٌ عليه أو عرف جارٍ غير ذلك، فيلزم اتباعه^(١).

وذكر الحنفية في هذا المقام أن نفقات كتابة السندات والحجج والصكوك التي توثق واقعة البيع تلزم المشتري؛ لأنها تجرى لمصلحته^(٢).

كذلك ذكر الحنفية والحنابلة أنه إذا اشترط في البيع أن يكون تسليم المبيع في مكان معلوم (غير الذي هو موجود فيه وقت العقد) فيلزم تسليمه فيه، وتكون تكاليف ونفقات إيصاله إلى ذلك المكان على البائع^(٣).

ونص الحنفية على أن ما يباع محمولاً على الحيوان، كالحطب والفحم والحنطة والتبن، تكون أجرة نقله وإيصاله إلى بيت المشتري جارية على حسب عرف البلدة وعاداتها^(٤).

(١) البهجة ٢/ ١٤٤، حاشية الدسوقي ٣/ ١٤٤، التاودي على التحفة ٢/ ١٤٤، الشرح الصغير للدردير ٣/ ١٩٧، المغني ٦/ ١٨٨، شرح منتهى الإرادات ٢/ ١٩٢، مغني المحتاج ٢/ ٧٣، روضة الطالبين ٣/ ٥١٩، بدائع الصنائع ٥/ ٢٤٣، درر الحكام ٢/ ٢٣١، شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٢٢١، م ٣٤٢ - ٣٤٥ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد، م ٢٨٨ - ٢٩١ من المجلة العدلية، م ٤٦٦ - ٤٦٧ من مرشد الحيران.

(٢) ينظر: م ٢٩٢ من المجلة العدلية وم ٣٥٣ و ٤٦٨ من مرشد الحيران.

(٣) درر الحكام ٢/ ٢٣٠، كشاف القناع ٣/ ١٨٠، شرح منتهى الإرادات ٢/ ١٦١، ١٦٢.

(٤) شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٢٢٢.

وأن أجره الدّال تكون على البائع إذا باع الدّال العين بنفسه بإذن ربها، وليس له أخذ شيء من المشتري؛ لأنه العاقد حقيقة. أما لو سعى بين المتبايعين حتى باع المالك بنفسه، فيعتبر في ذلك العرف^(١).

• قال الزرقاني: (الأجرة للكيل والوزن والعد الذي تحصل به التوفية للمشتري على البائع؛ لأن التوفية واجبة عليه، ولا تحصل إلا بذلك. وأجرة الثمن إن كان مكياً أو موزوناً أو معدوداً على المشتري؛ لأنه بائعه، إلا لعرف أو شرط)^(٢).

• وجاء في م (٣٥٣) من مرشد الحيران: (مصاريق عقد البيع فيما يتعلق بتسليم المبيع، كأجرة كيل ووزن مبيع إذا بيع بهما على البائع، وكذا أجره دّال إذا باع بنفسه، فلو سعى بين المتبايعين حتى باع المالك بنفسه، يعتبر العرف. وفيما يتعلق بتسليم الثمن، كأجرة نقده ووزنه على المشتري. وكذا أجره كتابة السندات والحجج تكون على المشتري).

• وجاء في م (٤٤٦) منه: (إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين، لزمه تسليمه في المحل المذكور).

• وجاء في م (٢٩١) من مجلة الأحكام العدلية: (ما يباع محمولاً على الحيوان كالخطب والفحم، يكون أجره نقله وإيصاله إلى بيت المشتري جاريةً على حسب عرف البلدة وعادتها).

• وجاء في م (٢٨٧) منها: (إذا بيع مال على أن يسلم في محل كذا، لزم تسليمه في المحل المذكور).

(١) درر الحكام ٢/ ٢٣١، شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٢٢١.

(٢) الزرقاني على مختصر خليل ٥/ ١٥٨.

• وجاء في م (٣٤٢) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد:
(لو شرط العاقد تسليم المبيع في مكان معين معلوم، فمؤونة إيصاله
إلى ذلك المكان على البائع).

أما مؤونة نقل المبيع بعد قبضه إلى حيث يشاء المشتري، فإنها تكون عليه،
سواء كان المبيع مما فيه حق توفية بإحدى الوحدات القياسية العرفية أو لم يكن^(١).

وما عرضناه من أحكام نفقات ومصاريف التسليم في عقد البيع تسري على
باقي عقود المعاوضات المالية، كالسلم والإجارة والاستصناع، حيث تكون نفقات
إقباض المسلم فيه على المسلم إليه، ورأس مال السلم على رب السلم، والعين
المؤجرة على المؤجر، والأجرة على المستأجر، والمعقود عليه في الاستصناع على
المستصنع، والثمن على المستصنع (إذا كانت تحتاج إلى توفية بكيل أو وزن أو ذرع
أو عد) ما لم يكن هناك عرف أو شرط على خلاف ذلك.

(ب) في القرض:

لا خلاف بين الفقهاء في أن نفقات وتكاليف التسليم والوفاء التي تتعلق
بالوفاء بالوحدات القياسية العرفية (الوزن والكيل والذرع والعد.. إلخ) في عقد
القرض تكون على المقرض^(٢).

وقد نبه إلى ذلك الدردير في الشرح الكبير، حيث نص على أن نفقات تسلم
القرض ورد بدله إنما تلزم المقرض دون المقرض، فقال: (فمن اقترض إردباً مثلاً،
فأجرة كيله على المقرض، وإذا رده فأجرة كيله عليه بلا نزاع).

(١) م (٣٤٣) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد.

(٢) الزرقاني على خليل ١٥٨/٥، الشرح الصغير للدردير ٣/١٩٧.

قال الدسوقي (قوله فأجرة كيله على المقرض): (لا على المقرض؛ لأنه فعل معروفًا، وفاعل المعروف لا يغرم)^(١).

أقول: ويلحق بذلك في الحكم مصاريف كتابة السندات والصكوك ونحو ذلك مما يحتاج إليه لإجراء هذا العقد أو تنفيذه أو توثيقه، فإن المقرض هو الذي يتحملها، حيث إنها من مقتضيات أو توابع الاقتراض الذي ينتفع به وحده.

وأساس ذلك أن المقرض إنما قبض المال لمنفعة نفسه دون منفعة المقرض، والرد واجب عليه، والأصل الشرعي (أن مؤونة قبض ورد كل عين تلزم من تعود إليه منفعة قبضها، لقاعدة الغرم بالغنم)^(٢) ومنفعة القرض عائدة على المقرض وحده، فتلزمه النفقات والتكاليف المترتبة على الإقباض والاستيفاء.

أضف إلى ذلك أن القرض في حقيقته عارية لمنافع المال المقرض، ولا خلاف بين الفقهاء في أن مؤونة ونفقات تسلم العارية وردها يقع عبؤها على المستعير دون المعير^(٣)، فكذلك المقرض (الذي هو مستعير لمنافع المال المقرض) هو الملتزم بمصاريف وتكاليف الاقتراض والوفاء، وكل ما يتعلق بذلك من إجراءات وتوثيقات.

ثم إن المقرض متبرع بمنافع ماله، وفاعل معروف، فلا يكلف فوق إرفاقه شيئًا، إذ ما على المحسنين من سبيل. ولو أنه ألزم بنفقات الإقراض أو الاسترداد أو التوثيق، لكان ذلك منافيًا لإحسانه، ولأدى إلى امتناع أصحاب الأموال عن القرض الحسن.

(١) حاشية الدسوقي ١٤٤/٣، وينظر: البهجة وحلى المعاصم ١٤٤/٢.

(٢) درر الحكام ٣٣٣/٢.

(٣) شرح منتهى الإرادات ٣٩٨/٢، درر الحكام ٣٣٣/٢، وينظر: م (٨٣٠) من مجلة الأحكام العدلية وم (٧٩٣) من مرشد الحيران.

(ج) في الوديعة:

لا خلاف بين الفقهاء في أن تكاليف ونفقات الإيداع والاسترداد يقع عبؤها على المودع (صاحب الوديعة) لا على المستودع، حيث (إن مؤونة قبض ورد كل عين تلزم من تعود إليه منفعة قبضها، لقاعدة الغرم بالغنم)^(١)، والمنفعة في الإيداع والرد عائدة على المودع وحده، فتلزمه المصاريف التي تترتب على إيداعه واستيفائه^(٢).

قال ابن قدامة: (وليس على المستودع مؤونة الرد وحملها إلى ربها، إذا كانت مما لحملة مؤونة، قلت المؤونة أو كثرت؛ لأنه قبض العين لمنفعة مالكةا على الخصوص، فلم تلزمه الغرامة عليها، كما لو وكله في حفظها في ملك صاحبها، وإنما عليه التمكين من أخذها)^(٣).

وجاء في م (٧٩٤) من مجلة الأحكام العدلية: (مؤونة الرد والتسليم، أي مصاريفهما وكلفتها عائدة إلى المودع) كما جاء في م (١٣٤٠) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: (مؤونة رد الوديعة وحملها على مالكةا، وليس على الوديع إلا تمكينه من أخذها).



(١) درر الحكام ٢/٣٣٣.

(٢) روضة الطالبين ٦/٣٤٣، المحلى لابن حزم ٨/٢٧٨، كشاف القناع ٤/٢٠٣، البحر الرائق ٧/٢٧٦، درر الحكام ٢/٢٧٢، أسنى المطالب ٣/٨٤، تحفة المحتاج ٧/١٢٤.

(٣) المغني ٩/٢٦٩.

المبحث الخامس

التطبيقات المعاصرة للقبض الحكمي للأموال

ينطوي عمل المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة على جملة من التطبيقات المستحدثة لمبدأ القبض الحكمي للأموال، التي يركز اعتبارها الشرعي، ويستند التعويل عليها والأخذ بها على ثلاث قواعد أساسية؛ العرف، والتعامل، والمصلحة المرسلة، بعد ثبوت سلامتها من مخالفة أي نص تشريعي صريح الدلالة صحيح الثبوت من الكتاب أو السنة.

أما القاعدة الأولى: فهي العرف. ذلك أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن واقعة القبض في العقود جاء ذكرها في نصوص الشريعة مطلقاً عن التحديد، وأنيطت بها أحكام شرعية معروفة، ولا حد لها في اللغة، فوجب الرجوع في تحديدها إلى العرف، كما قال ابن قدامة: (القبض مطلق في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف، كالإحراز والتفرق)^(١) وقال الخطيب الشربيني: (لأن الشارع أطلق القبض، وأناط به أحكاماً، ولم يبينه، ولا حد له في اللغة، فرجع فيه إلى العرف)^(٢).

وحيث كان مبني القبض وأساسه على العرف، فإن كل ما عدّه العرف قبضاً

(١) المغني ٦/١٨٨.

(٢) مغني المحتاج ٢/٧١.

في أي عصر من العصور فهو معتبر قبضًا في النظر الشرعي، طالما أنه لا يعارض نصًا شرعيًا ثابتًا صريحًا، فإن تغير عرف الناس في ذلك، سقط اعتباره قبضًا شرعًا؛ لأن ما كان مناطه العرف من الأحكام، فإنه يتغير بتغيره. وفي ذلك يقول القرافي في الفروق: (الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت... فمهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمره، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده وأجره عليه، وأفته به دون عرف بلدك، والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدًا ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين)^(١).

ويقول في الإحكام: (إن إجراء الأحكام التي مدرتها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة في الدين. بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد، يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديدًا للاجتهاد من المقلدين، حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهاد فيها العلماء، وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد)^(٢).

وقد نبه رحمه الله إلى أن هذا المعنى (قد غفل عنه كثير من الفقهاء، ووجدوا الأئمة الأول قد أفتوا بفتاوى بناء على عوائد لهم، وسطروها في كتبهم بناءً على عوائدهم، ثم المتأخرون وجدوا تلك الفتاوى فأفتوا بها، وقد زالت تلك العوائد، فكانوا مخطئين خارقين للإجماع، فإن الفتيا بالحكم المبني على مدرك بعد زوال مدركه خلاف الإجماع)^(٣).

(١) الفروق ١/١٧٦.

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ص ٢٣١.

(٣) الفروق ٣/١٦٢.

وأما القاعدة الثانية: فهي التعامل (أو تعامل الناس). والمراد به في الاصطلاح الفقهي: أن يتوالى ويتعدد تعامل الناس بمعاملة مالية حتى يبلغ مبلغ الكثرة^(١).

وهذا المصطلح حنفي المورد، استعمله فقهاء المذهب في أبواب المعاملات المالية، واعتبروه أصلاً شرعياً، ورتبوا على وجوده وتحققه ترخيصات وتخفيفات شرعية، وبضوابط وضعوها، وشرائط قرروها، وخلاصة كلامهم فيه:

(أ) أن التعامل المخالف للنص الشرعي لا اعتبار له. وعلى ذلك فلو تعامل أكثر الناس بالربا والقمار، فلا اعتبار لذلك، وهو فاسد لا محالة.

(ب) أن تعامل الناس من غير نكير منكر أصل من الأصول.

(ج) أن ترك القياس بالتعامل جائز في المعاملات المالية استحساناً.

(د) يغتفر الغرر والجهالة في المعاوضات استثناءً للتعامل.

ومستند ترك القياس واغتفار الغرر والجهالة للتعامل الحاجة العامة أو الخاصة، حيث إنها تنزل منزلة الضرورة في إباحة المحظور، كما هو مقرر في القواعد الفقهية. وذلك أن الناس لا يتعاملون بعقد من العقود إلا إذا كانت هناك حاجة تدعوهم إلى التعامل به، فالتعامل دليل على وجود الحاجة إلى ما تعاملوا به، ومظهر لها، عدمه دليل عدمها.. فالتعامل متصل بالحاجة اتصالاً وثيقاً، حيث تنشأ الحاجة أولاً، ثم يتبعها التعامل، ولا يتصور تعامل من غير حاجة^(٢)، وقد جاء في القبس للقاضي

(١) ترتيب الصنف للعلامة علي حيدر م ١٣١، ٢٣٠.

(٢) بدائع الصنائع ٥/١٥٧، ١٩٧، ٢٠٩، المبسوط ١٠/١٤٦، ١٢/٦٣، ١٣٨، ١٣/٧٧، الفتاوى الهندية ٥/٢٧٦، مجمع الضمانات ص ٣١٤، رد المحتار ٤/١٢٣، الطحطاوي على الدر ١/٥٢، ٣/٧٧، فتح القدير والكفاية ٥/٣٨١، الغرر وأثره في العقود للضير ص ٦١٠.

ابن العربي: (القاعدة السابعة: اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كاعتبار الضرورة في تحليل المحرم)^(١).

وأما القاعدة الثالثة: فهي المصلحة المرسلة. يقول الإمام القرافي: ينقل عن مذهبا أن من خواصه اعتبار المصلحة المرسلة، وليس كذلك، فغيرنا يصرح بإنكارها، ولكنهم عند التفريع نجدهم يعللون بمطلق المصلحة، ولا يطالبون أنفسهم عند الفروق والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار، بل يعتمدون على مجرد المناسبة، وهذه هي المصلحة المرسلة^(٢).

وقد أقر مجمع الفقه الإسلامي بجدة (المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي) مبدأ القبض الحكمي للأموال، ونص على بعض التطبيقات المعاصرة له في القرار رقم ٥٣ (٦/٤) في دورته السادسة (شعبان ١٤١٠هـ / آذار ١٩٩٠م) بخصوص موضوع القبض وصوره المستجدة وأحكامها، ونصه: (أولاً: قبض الأموال كما يكون حسياً في حالة الأخذ باليد، أو الكيل أو الوزن في الطعام، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض، يتحقق اعتباراً وحكماً بالتخلية مع التمكين من التصرف، ولو لم يوجد القبض حساً. وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها).

وسنعرض فيما يلي أهم التطبيقات المعاصرة للقبض الحكمي للأموال:

(أ) قبض الشيك قبض لمضمونه:

بناء على ما جرى به العرف المصرفي والتعامل التجاري المعاصر، فإن قبض الشيك المصرفي (*Bank Draft*) أو الشخصي مضمون السداد من البنك المسحوب

(١) القبس ٢/٧٩٠.

(٢) شرح تنقيح الفصول ص ٤٤٨.

عليه، يعتبر في النظر الفقهي قبضاً حكماً لمضمونه، مع أن التحصيل الفعلي لمبلغه سيتم فيما بعد.

وعلى ذلك، فلو تم في عقد الصرف التقابض في البدلين بشيكات مضمونة السداد، أو بشيك كذلك مقابل بدل منقود في المجلس، صحَّ العقد، واعتبر ذلك بمثابة التقابض في البدلين قبل التفرق، الذي هو شرطٌ لصحة الصرف.

وإذا اشترى شخصٌ عملةً من مصرف بنقد آخر، فدفَع إليه البدل، وأخذ منه في المجلس شيكاً بعوضه من العملة الأخرى مسحوباً على البنك المرسل للمصدر، فيعتبر قبضه للشيك قبضاً حكماً لمضمونه من العملة الأخرى، ويكون ذلك بمنزلة التقابض في مجلس العقد.

وقد جاء اعتماد ذلك المبدأ في قرار المجمع الفقهي الإسلامي (برابطة العالم الإسلامي) في دورته الحادية عشرة بمكة المكرمة (رجب ١٤٠٩ هـ / فبراير ١٩٨٩) ونصه: (قرر المجلس (أولاً) يقوم تسلم الشيك مقام القبض عند توفر شروطه في مسألة صرف النقود في المصارف).

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي (بمنظمة المؤتمر الإسلامي) رقم ٥٣ (٦/٤) في دورته السادسة بجدة (شعبان ١٤١٠ هـ / مارس ١٩٩٠ م): (أنَّ من صور القبض الحكمي المعترفة شرعاً وعرفاً: تسلم الشيك، إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحجزه للمصرف).

وفي نظري: إن تقييد الشيك الذي يرد عليه القبض الحكمي بكونه (له) رصيد قابل للسحب.. إلخ) كما جاء في قرار مجمع جدة غير سديد، ولا داعي له، إذ يكفي في الشيك الذي يعتبر قبضه قبضاً لمضمونه حكماً في العرف التجاري والمصرفي المعاصر أن يكون مضمون السداد من المصرف المسحوب عليه،

سواء كان لمصدر الشيك (فردًا كان أو مؤسسة مالية) رصيدًا كافٍ لدى البنك المسحوب عليه أو لم يكن، طالما أنه مؤكد الدفع من قبله بموجب الاتفاق بينه وبين مصدر الشيك بالسحب على المكشوف أو بناء على اتفاقية تبادل القرض بالشرط أو غير ذلك.

(ب) الدفع ببطاقة الائتمان:

نظرًا لجريان العرف التجاري والمصرفي على اعتبار بطاقة الائتمان وسيلة أداء ودفع فوري ما دامت سارية المفعول، وفي حدود خط الائتمان الممنوح لحاملها، أو التغطية المتوفرة في حسابه، فإن دفع حامل البطاقة بها ثمن مشترياته من السلع أو النقود أو المعادن الثمينة كالذهب والفضة، يعتبر إقباضًا حكميًا لذلك الثمن، ويُنزلُ في عقد الصرف منزلة الإقباض الحقيقي الذي يشترط تحققه في البلدين لصحة العقد.

(ج) القيد المصرفي في حساب العميل:

بناء على ما تقرر في العرف المصرفي المعاصر، فإنه يعتبر من صور الإقباض الحكمي المعتبر شرعًا إيداع مبلغ من المال في حساب العميل المصرفي نقدًا أو بحوالة مصرفية أو بشيك مضمون السداد من البنك المسحوب عليه، ويعتبر ذلك قبضًا حكميًا من المستفيد صاحب الحساب، تبرأ به ذمة المودع إذا كان مدينًا له بمثله.

وقد أكد ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم ٥٣ (٦/٤) في دورته السادسة (شعبان ١٤١٠هـ / آذار ١٩٩٠م) ونصّه:

(إن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعًا وعرفًا:

١. القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية:

(أ) إذا أُودع في حساب العميل مبلغٌ من المال مباشرةً أو بحوالة مصرفية.

(ب) إذا عقد العميلُ عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل).

(د) القيد المصرفي والاقتطاع من الحساب في عمليات الصرف:

لقد جرى العرف المصرفي والتجاري المعاصر على أنه:

إذا كان للعميل حسابٌ لدى مصرف بعملة ما، فأمر المصرف بقيد مبلغ منه في حسابه بعملة أخرى بناء على عقد صرف ناجز تم بينه وبين المصرف، واستيفاء بدله (المبلغ الذي اشترى به) من حسابه، فيعتبر القيد المصرفي الناجز بالعملة المشتراة قبضًا حكميًا من قبل العميل الأمر، ويعتبر الاقتطاع الفوري من قبل المصرف للبدل من حساب العميل قبضًا حكميًا له من المصرف، ويعد مجموع ذلك بمثابة التقابض بين البديلين في الصرف، وإن اتحدت يد القابض والمقبض حسًا.

وأنه إذا تصارف العميل مع المصرف الذي له فيه حسابٌ، فأمر المصرف باقتطاع البدل الذي اشترى به من حسابه، وتسلم من المصرف شيكًا بالعملة التي اشترى بها مسحوبة على البنك المراسل للمصرف الذي أصدره، فيعتبر اقتطاع المصرف الفوري لبدل الصرف من حسابه قبضًا حكميًا للبدل من العميل المشتري، ويعتبر تسلم العميل الشيك قبضًا حكميًا لمضمونه، وإذا تم ذلك في المجلس، فإنه يعد بمثابة التقابض في البديلين قبل التفرق.

وما جرى به العرف والتعامل المشار إليه يعتبر قبضاً حكماً في النظر الفقهي أيضاً. وعلى ذلك جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي (برابطة العالم الإسلامي) في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في (رجب ١٤٠٩ هـ / فبراير ١٩٨٩ م) ما يلي: (ثانياً: يعتبر القيد في دفاتر المصرف في حكم القبض لمن يريد استبدال عملة بعملة أخرى، سواء كان الصرف بعملة يعطيها الشخص للمصرف أو بعملة مودعة فيه).

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم ٥٣ (٦/٤) في دورته السادسة ما يلي: (إن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً و عرفاً:

(أ) إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل.

(ب) إذا اقتطع المصرف - بأمر العميل - مبلغاً من حساب له إلى حساب آخر بعملة أخرى، في المصرف نفسه أو غيره، لصالح العميل أو لمستفيد آخر. وعلى المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية).

**(هـ) الحوالة المصرفية في عمليات صرف العملات عبر البنوك
المراسلة:**

بناءً على ما جرى به العرف المصرفي والتجاري، وقرره مجمع الفقه الإسلامي بجدة، فإنه:

إذا اشترى شخص عملة ما من مصرف بنقد آخر، فدفع إليه البدل الواجب في ذمته، وأرسل المصرف - بناءً على طلب العميل - برقية (تلكس) إلى بنكه المراسل يأمره فيها بدفع العوض من العملة الأخرى لحساب العميل المشتري أو لحساب

مستفيد آخر لدى مصرف ثالث، فيعتبر أمر المصرف الفوري بالتلكس لبنكه المراسل بأداء بدل الصرف الناجز إقباضاً حكماً للمشتري، وينزل التعامل بتلك الكيفية منزلة التقابض الناجز بين البديلين في الصرف.

وفي هذه الصورة نص قرار مجمع الفقه الإسلامي ٥٣ (٦/٤) على أنه: (يغتفر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسلم الفعلي للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل. على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدة المغتفرة إلا بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسلم الفعلي).

إذا اشترى شخص من مصرف عملةً بنقد آخر، وكان للمشتري حساب لدى مصرف آخر بنفس العملة التي باعها، فأعطاه أمراً فورياً برقيةً (بالتلكس) بتحويل المبلغ الذي باعه للمصرف الذي اشترى منه العملة الأخرى، أو لمن ينوب عنه، ثم قبض المشتري في المجلس شيكاً بمضمون البديل الذي اشتراه من المصرف البائع، أو قيده المصرف في حسابه لديه، أو أرسل المصرف برقيةً (تلكس) لبنكه المراسل يأمره على الفور بتحويل ذلك المبلغ لحساب المشتري، أو لحساب مستفيد آخر طلب المشتري الدفع إليه في مصرف آخر، فيعتبر ذلك كله إقباضاً حكماً للنقد الأول من المشتري للمصرف، وللعملة الأخرى من المصرف للمشتري، وينزل التعامل بهذه الكيفية منزلة التقابض الناجز في البديلين في عقد الصرف.

(و) تسجيل بيع العقار في السجل العقاري:

لقد جرى العرف والعمل في البلاد التي يوجد فيها سجل ونظام عقاريان - بحيث تكون قيود السجل هي المعتبرة في ثبوت الحقوق العقارية وانتقالها - على اعتبار تسجيل بيع العقار في صحيفته من السجل العقاري تسليمًا قانونياً (حكماً)

يقوم مقام التسليم الفعلي في نتائجه وآثاره، حتى ولو كان العقار مشغولاً بأمتعة البائع أو بحقوق مستأجر ذلك العقار، وذلك لأن قيد السجل يغني عن التسليم الفعلي، ويقطع علاقة البائع به، فيصبح أجنبياً عنه. وإذا ظل بائع العقار شاغلاً له بعد التسجيل، وممتنعاً من تفريره وتسليمه، فإن يده تنزع عنه بقوة القضاء، كما لو شغله غصباً بلا حق بعد التسليم^(١).

وبناءً على ذلك، فإنه يصح في النظر الفقهي اعتبار التسجيل العقاري المنوه به قبضاً حكماً من المشتري، يتم به عقد البيع، ويحق للمشتري بموجبه أن يبيع العقار عقبه إلى طرف ثالث بمرابحة مصرفية أو يؤجره له إجارة تشغيلية أو تمويلية باعتباره قابضاً له حكماً.

(ز) الرهن الرسمي:

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يشترط في عقد الرهن قبض العين المرهونة، لقوله تعالى ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٢) حيث وصف المولى عز وجل الرهان بكونها مقبوضة، ولم يجعل الحكم إلا لرهن موصوف بالقبض، فاقترضى ذلك أن يكون القبض فيه شرطاً. ولأن الغاية من عقد الرهن أن يكون المرهون وثيقة للمرتهن بدينه، ويكون عند الموت والإفلاس أحق به من سائر الغرماء، ولو لم يكن قبضه شرطاً لبطل معنى الوثيقة، وكان بمنزلة بقية أموال الراهن التي لا وثيقة للمرتهن فيها، ولقد عقد الرهن قوته التوثيقية وعدم غايته المقصودة منه. في ذلك يقول ابن تيمية: (كما اشترط في الرهن القبض؛ لأن مقصوده استيفاء الحق من المرهون عند تعذر استيفاء الحق من

(١) المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٢٧٨، وهامش ٢/٦٤٨.

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٨٣).

الراهن، وهذا إنما يتم بأن يكون قابضًا للرهن^(١).

وفي العصر الحديث أصبح هناك في البلدان المتحضرة عمومًا سجلُّ ونظام عقاريان، بحيث تكون قيود السجل العقاري هي المعتبرة في ثبوت الحقوق العقارية وانتقالها ورهنها. وظهر تبعًا لذلك فيها ما يسمى بـ «الرهن الرسمي» أو «الرهن التأميني»^(٢) الذي يتم وتترتب عليه أحكام الرهن الحيازي الشرعية بمجرد تقييد واقعة الرهن في السجل العقاري، دون حاجة إلى قبض فعلي للمرهون من قبل المرتهن، نظرًا لاعتبار تسجيل الرهن في السجل العقاري تسليمًا قانونيًا (حكميًا) يقوم مقام التسليم الفعلي في أحكامه ونتائجه. وفي ذلك يقول الأستاذ الزرقا: (أن نظام السجل العقاري أغنى عن قبض المرهون بمجرد وضع إشارة الرهن عليه في صحيفته من السجل العقاري، لمنع الراهن من التصرف فيه ببيع ونحوه، مع بقاء العقار المرهون في يد مالكة الراهن)^(٣).

ويظهر لي بعد التأمل والنظر في هذه المسألة وملاساتها أنه ليس هناك ما يمنع شرعًا من اعتبار تسجيل واقعة الرهن في السجل العقاري (أي الرهن الرسمي) قبضًا حكميًا للعقار المرهون من قبل المرتهن، يقوم مقام القبض الفعلي المشترط توفره شرعًا في عقد الرهن، ويغني عنه اعتبارًا للعرف القانوني السائد في البلدان التي يوجد فيها سجل ونظام عقاريان. ولأن التقييد في السجل يكسب الدائن (المرتهن) الحق

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٤٠٢.

(٢) الذي عرف: (بأنه عقد يكتسب به الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقًا عينيًا، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار، في أي يد يكون: (الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية/ المجلد الخامس ص ٢٨٥، وينظر: ص ٢٤٠ أيضًا).

(٣) المدخل الفقهي العام ١/٢٧٨.

العيني على العقار المرهون، الذي يكون له بموجبه عند الموت أو الإفلاس حق التقدم على سائر الدائنين في استيفاء حقه من ذلك العقار، كما يحول بين الراهن وبين إمكان التصرف في العقار المرهون بأي تصرف ناقل للملكية يضر الدائن أو يفوت الوثيقة عليه.

وقد سبقني إلى تبني وجهة النظر هذه الشيخ زكي الدين شعبان الذي اعتبر تسجيل الرهن في السجل العقاري - وفقاً لقواعد الرهن الرسمي في القانون المعاصر - في حكم القبض المشروط في الرهن الحيازي من حيث توثيق الدين وضمنان الوفاء، وقال: (وعلى فرض أن القبض أمرٌ لا بد منه في تحقق الرهن شرعاً، فإن هذا القبض يتحقق بإثبات الرهن وتسجيله في دائرة من دوائر التسجيل الرسمية؛ لأن الرهن إذا أثبت في دائرة من هذه الدوائر، قامت الدائرة المسجل فيها الرهن مقام الدائن في حبس العين المرهونة وحمايتها من التصرفات الضارة بمصلحة الدائن. وبهذا يحصل الضمان للدائن في الحصول على حقه من المدين، وحصول الضمان، وتحقق الثقة للدائن في الحصول على حقه هو المقصود من القبض، أو حبس العين عند المرتهن إلى سداد الدين، الذي جعلت العين وثيقة به، فضلاً عما يمتاز به من إعفاء الدائن من مؤونة قبض العين والحفاظ عليها، وإبقائها في حيازة المالك، والانتفاع بها واستغلالها والتصرف فيها تصرفاً مطلقاً، عدا بعض التحفظات التي يستدعيها عقد الرهن من إلزام الراهن بضمان الهلاك أو ضمان التعرض، وتقرير بعض الحقوق للمرتهن، كحقي التتبع والتقدم وما أشبه ذلك)^(١).

كذلك عُني كثير من البلدان المتحضرة بوضع سجل ونظام رسمي للسيارات

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ص ٣٣٩ (نقلاً عن كتاب الشكل في الفقه الإسلامي للدكتور محمد وحيد الدين سوار ص ٩٤).

والمركبات والبواخر والطائرات، بحيث تكون قيود ذلك السجل هي المعتبرة في ثبوت ملكية هذه المنقولات وانتقالها ورهنها، وظهر تبعاً لذلك فيها «الرهن الرسمي» الذي يتم وتترتب عليه أحكام الرهن الحيازي بمجرد تسجيل واقعة الرهن في تلك السجلات، دون حاجة إلى قبض فعلي للعين المرهونة من قبل الدائن المرتهن، حيث إن تسجيل الرهن فيها يعتبر تسليمًا قانونيًا (حكماً) للمرتهن، يقوم مقام التسليم الفعلي في أحكامه ونتائجه.

وبناءً على ما سبق بيانه في الموضوع (في الفقرة السابقة) فإنه يظهر لي أنه لا مانع شرعاً من اعتبار تسجيل الرهن في تلك السجلات الرسمية قبضاً حكماً، يقوم مقام القبض الحقيقي المشترط توفره في عقد الرهن، ويُغني عنه.

(ح) القبض الحكمي في بيع المرابحة للأمر بالشراء:

هناك صور متعددة للقبض الحكمي في المنظومة المعروفة التي يجري بها التعامل في المؤسسات المالية الإسلامية، والموسومة بـ (بيع المرابحة للأمر بالشراء)

(منها): إذا كان محل بيع المرابحة عقاراً، وكان في البلد سجل ونظام عقاريان، فإن تسجيل ملكية العقار للمصرف الإسلامي عقب شرائه، يعتبر قبضاً حكماً للعقار، يترتب عليه شرعاً تسلط المصرف على التصرف فيه بالبيع مرابحة للأمر بالشراء، ولو لم تثبت يده عليه بالتخلية مع التمكين من التصرف.

ومثل ذلك يقال في تسجيل ملكية السيارات والمركبات والطائرات والبواخر التي يشتريها المصرف في البلدان التي فيها سجل ونظام رسميان لهذه الأعيان، بحيث تكون قيود ذلك السجل هي المعتبرة في ثبوت ملكيتها وانتقالها ورهنها.

يقول الإمام الونشريسي: (ما جرى به عمل الناس وتقادم في عرفهم وعاداتهم، ينبغي أن يلتمس له مخرج شرعي ما أمكن على خلاف أو وفاق)^(١).

(ومنها): إذا كان محل البيع فيها منقولاً (أو عقار في بلد ليس فيه سجل ونظام عقاريان) فوكل المصرف العميل بشراء السلعة لحساب البنك، فاشتراها وقبضها بالنيابة عنه، بحسب العرف الجاري في قبض الأشياء، ثم باعها المصرف له مرابحة بالنسيئة، فإن القبض السابق ينوب مناب القبض المستحق بعقد بيع المرابحة، ويصير المبيع في ضمان المشتري من المصرف فور العقد وفقاً لمذهب المالكية والحنابلة في اعتباره قبضاً حكماً من المشتري في بيع المرابحة، حيث إن استدامة القبض للعين قبض حقيقة، لوجود الحيازة مع التمكن من التصرف، ولأن القبض المستحق بيع المرابحة قد وجد، ولا دليل على أنه ينبغي وقوعه ابتداءً بعد العقد.

(ومنها): أن توثيق نقل الملكية في السجلات الرسمية المعتمدة عند شراء المصرف الإسلامي لبعض المعادن الثمينة (كالذهب والبلاطين) أو أسهم الشركات الصناعية التي يجوز التعامل بها شرعاً، يعتبر قبضاً حكماً للمبيع، يترتب عليه تسلط المصرف على التصرف فيه بالبيع، ولو لم يقبضه قبضاً حقيقياً، مع وجوب مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية.

(ط) نفقات ومصاريف القبض الحكمي:

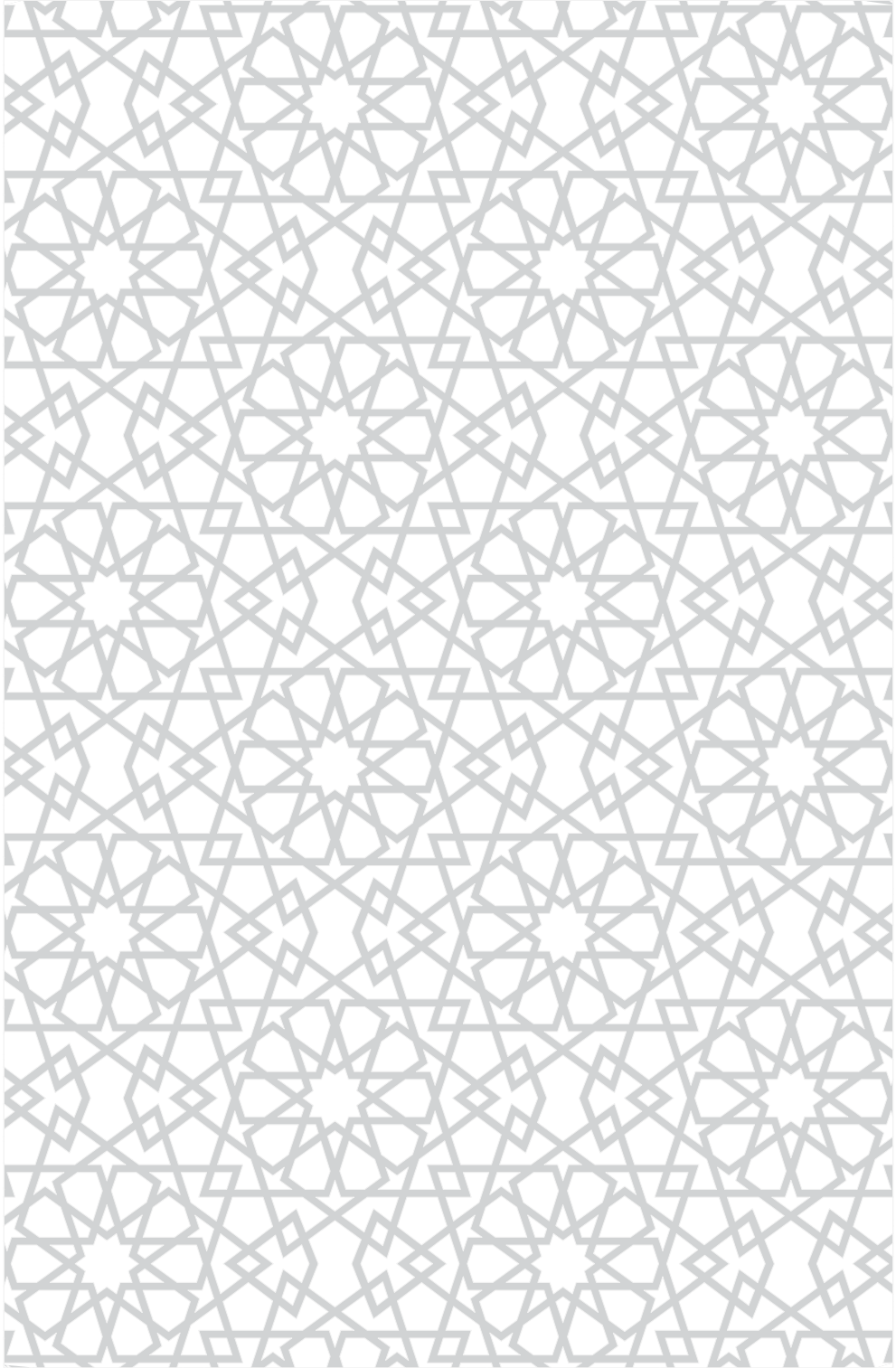
من المعلوم أنه يوجد رسوم ونفقات وتكاليف مالية للإقباض الحكمي المتمثل في التسجيل والتوثيق الرسمي لبيع العقار أو رهنه في البلدان التي يوجد فيها سجل ونظام عقاريان، وليع بعض المنقولات كالسيارات والمركبات والطائرات والبواخر أو رهنها في البلاد التي يوجد فيها سجلات رسمية تعتبر الأساس في ثبوت ملكيتها

(١) المعيار ٦/٤٧١، ٨/٣٧٧.

ونقلها ورهنها، وكذا لبيع الأسهم (التي يجوز تداولها شرعاً) في سوق الأوراق المالية.

وهذه النفقات تلزم المشتري في النظر الشرعي، لجريان العرف بذلك؛ ولأنها تجري لمصلحته، والغرم بالغنم، وتخريجاً على ما نص عليه فقهاء الحنفية من أن أجره كتابة السندات والصكوك والحجج التي توثق واقعة البيع تلزم المشتري دون البائع.. اللهم إلا أن يكون هناك عرفٌ أو تعاملٌ معتبرٌ أو شرطٌ على خلاف ذلك، فيجب مراعاته.

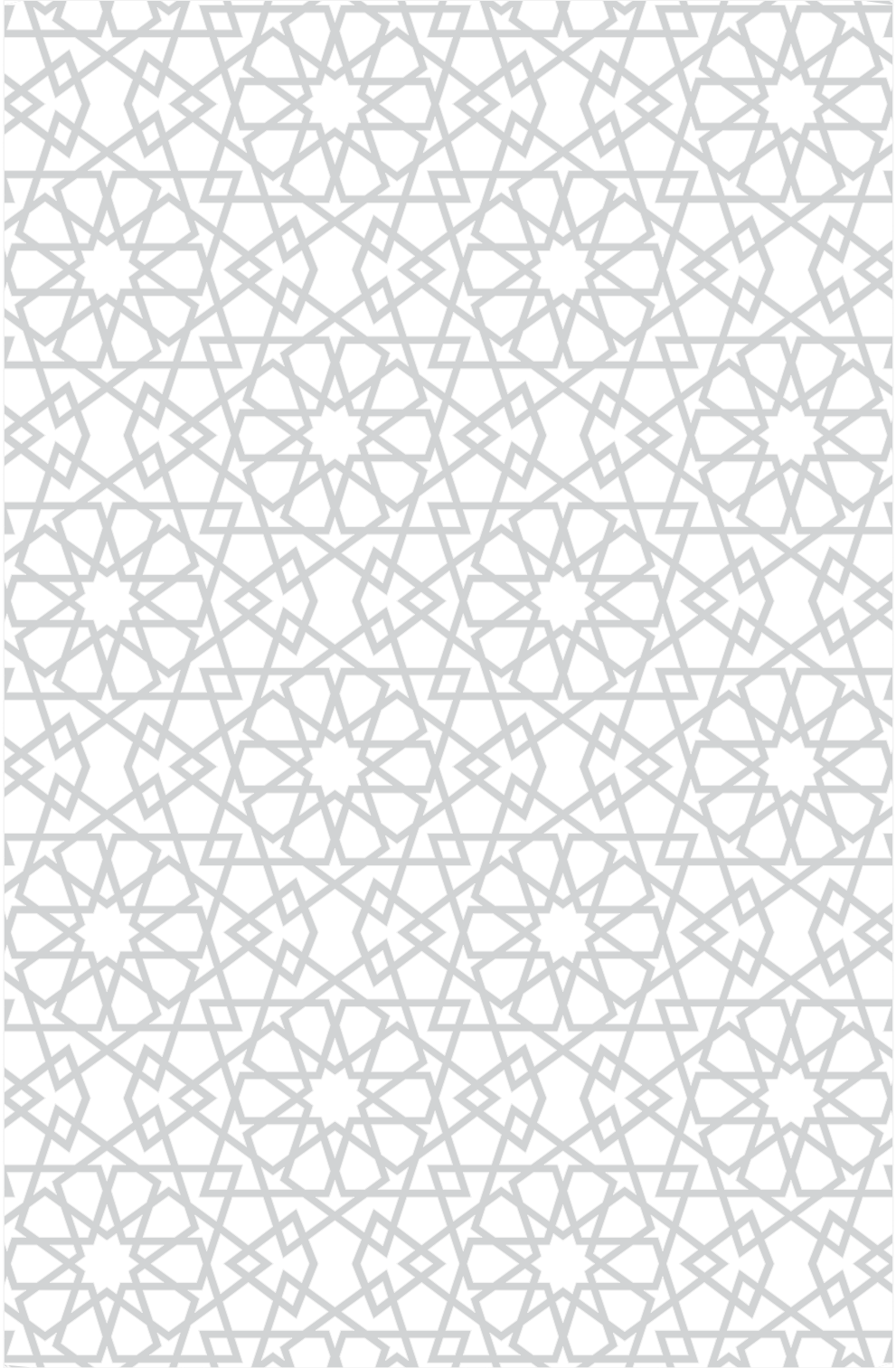


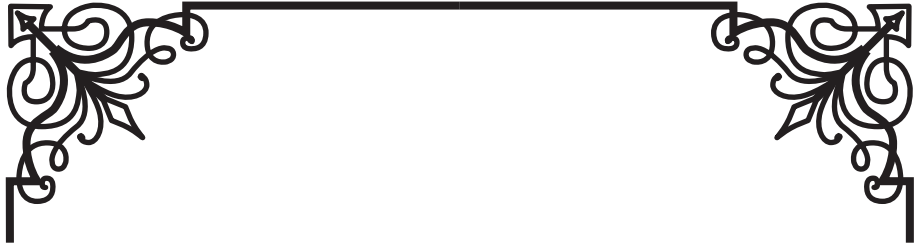


أَحْكَامُ الْقَرْضِ وَتَطْبِيقَاتُهُ

إِعْدَادُ

أ. د. عبد الله بن محمد العمراني





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإطار العام للدراسة الشرعية أحكام القرض وتطبيقاته في المؤسسات المالية الإسلامية

تمهيد، في: تعريف القرض، وفضله، والأصل فيه (تصنيفه بين
العقود)، وأركانه، بإيجاز:

أولاً: أحكام المنافع في القرض:

١ / ١ أحكام المنافع المشروطة في القرض:

١ / ١ / ١ اشتراط الزيادة في بدل القرض.

٢ / ١ / ١ اشتراط الوفاء في غير بلد القرض.

٣ / ١ / ١ اشتراط الأجل في القرض.

٤ / ١ / ١ اشتراط عقد آخر في القرض.

١ / ٤ / ١ / ١ اشتراط عقد معاوضة في القرض.

٢ / ٤ / ١ / ١ اشتراط عقد تبرع في القرض.

١ / ١ / ٤ / ٣ (أسلفني وأسلفك).

١ / ١ / ٥ اشتراط الجعل على الاقتراض بالجاه.

١ / ٢ / ٢ أحكام المنافع غير المشروطة في القرض:

١ / ٢ / ١ المنافع المادية غير المشروطة في القرض:

١ / ١ / ٢ / ١ المنافع المادية (غير المشروطة في القرض) عند
الوفاء.

١ / ٢ / ١ / ٢ المنافع المادية (غير المشروطة في القرض) قبل
الوفاء.

١ / ٢ / ٢ / ٢ المنافع المعنوية غير المشروطة في القرض.

١ / ٢ / ٢ / ١ شكر المقرض للمقرض ودعاؤه له.

١ / ٢ / ٢ / ٢ انتفاع المقرض بضمان ماله عند المقرض.

١ / ٢ / ٢ / ٣ انتفاع المقرض بضمان خطر الطريق.

١ / ٢ / ٢ / ٤ انتفاع المقرض بشفاعة المقرض وجاهه.

١ / ٣ ضوابط المنفعة في القرض.

ثانياً: تطبيقات القرض في المؤسسات المالية الإسلامية:

١ / ٢ الودائع الجارية:

١ / ١ / ٢ تعريفها وتكييفها الفقهي.

١ / ٢ / ٢ المنافع في الودائع الجارية للمصرف.

أحكام القرض وتطبيقاته

١ / ٢ / ١ / ٢ استثمار الودائع الجارية.

٢ / ٢ / ١ / ٢ توليد الائتمان.

٣ / ٢ / ١ / ٢ الأجور على الخدمات (الرسوم).

٢ / ٢ التسهيلات:

١ / ٢ / ٢ بطاقة الصراف الآلي ودفتر الشيكات.

٢ / ٢ / ٢ الأسعار المميزة لبعض الخدمات.

٣ / ٢ / ٢ القروض التي يحصل عليها العميل.

٤ / ٢ / ٢ تنظيم حسابات العميل.

٥ / ٢ / ٢ شهادة المصرف بملاءة العميل.

٣ / ٢ تكلفة القرض الفعلية.

٤ / ٢ الجوائز على القروض.

٥ / ٢ تبادل القروض.

ولكم خالص الشكر والتقدير

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

عبد الله بن محمد العمراني

المحاضر في كلية الشريعة في الرياض

تمهيد في تعريف القرض، وفضله، والأصل فيه، وأركانه، بإيجاز

تعريف القرض في اللغة:

القرض في اللغة: مصدر قَرَضَ الشيءَ يَقْرُضُهُ^(١). والجمع: قروض^(٢).

وأصل القرض في اللغة: القطع.

جاء في معجم مقاييس اللغة^(٣): «القاف والراء والضاد: أصل صحيح، وهو يدل على القطع».

ومعاني القرض في اللغة تدور على القطع، والمجازاة، والترك^(٤).

(١) ينظر: الصحاح للجوهري ٣/١١٠١، ولسان العرب لابن منظور ٧/٢١٦، والمطلع للبعلي ص ٢٤٦.

(٢) ينظر: لسان العرب لابن منظور ٧/٢١٧، ٢١٦، والمصباح المنير للفيومي ص ١٩٠.

(٣) لابن فارس ٥/٧١.

(٤) ينظر: الصحاح للجوهري ٣/١١٠١-١١٠٢، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/٧١-٧٢، ومجمل اللغة له ٤/١٥٤، وأساس البلاغة للزمخشري ص ٥٠٢، وتهذيب الأسماء واللغات للنووي ٣/٨٧، ولسان العرب لابن منظور ٧/٢١٦-٢١٧، والمصباح المنير للفيومي ص ١٩٠، والقاموس المحيط للفيروزآبادي ص ٨٤٠، وتاج العروس للزبيدي ٥/٧٥.

تعريف القرض في الاصطلاح:

عرف الفقهاء القرض بتعريفات متقاربة تدل على أنه: «دفع مال لمن يتنفع به ويرد بدله»^(١).

فضل القرض:

القرض مندوب إليه في حق المقرض^(٢)، وهو من القرب التي حث عليها الإسلام، ويدل على ذلك ما يأتي:

الدليل الأول:

الآيات الداعية إلى أعمال البر والإنفاق في سبيل الخير^(٣)، مثل قوله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَعِّفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْصُطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ﴾^(٤).

الدليل الثاني:

الأحاديث الدالة على فضل القرض، وهي على نوعين:

- (١) ينظر: حاشية ابن عابدين ١٦١/٥، وكفاية الطالب لأبي الحسن ٢/٢١٢، ونهاية المحتاج للرملي ٤/٢١٩، والمبدع لابن مفلح ٤/٢٠٤.
- (٢) ينظر: المبسوط للسرخسي ٣٦/١٤، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/٩٩٨، وحاشية الدسوقي ٣/٢٢٣، والمهذب للشيرازي ١/٣٠٢، ومنهاج الطالبين للنووي ص ٤٧، والهداية لأبي الخطاب ١/١٤٩، والمغني لابن قدامة ٦/٤٢٩، والمحلى لابن حزم ٨/٧٧.
- (٣) ينظر: جامع البيان للطبري ٢/٥٩٢، وأحكام القرآن للجصاص ١/٦١٦، وأحكام القرآن لابن العربي ١/٣٠٦، وتحفة المحتاج لابن حجر ٥/٣٦، ونهاية المحتاج للرملي ٤/٢٢٠.
- (٤) سورة البقرة، الآية: (٢٤٥).

أ- أحاديث خاصة دلت على فضل القرض:

كقوله ﷺ: «من منح منيحة لبن أو ورق، أو هدى زقاقاً، كان له مثل عتق رقبة»^(١).

وجه الدلالة:

أنّ قوله ﷺ: «من منح منيحة... ورق» إنّما يعني به قرض الدراهم^(٢)، ويبيّن أنّ من فعل ذلك كان له مثل عتق رقبة.

وكقوله ﷺ: «ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقها مرة»^(٣).

ب- أحاديث عامة دلت على فضل المعاونة، وقضاء حاجة المسلم، وتفريج كربته، وفاقته:

ومن ذلك قوله ﷺ: «من نفّس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة، ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في

(١) أخرجه الترمذي - واللفظ له - عن البراء بن عازب - رضي الله عنهما - في باب ما جاء في المنحة، من كتاب البر والصلة، الحديث رقم (١٩٥٧)، سنن الترمذي ٤ / ٣٤٠، وأحمد في مسند الكوفيين، الحديث رقم (١٨٠٤٥)، مسند أحمد ٥ / ٣٦١.

(٢) ذكر ذلك الترمذي في السنن ٤ / ٣٤١. وينظر: طلبه الطلبة للنسفي ص ٢٣٥، والنهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٤ / ٣٦٤.

(٣) أخرجه ابن ماجه عن ابن مسعود - رضي الله عنه - في باب القرض، من كتاب الأحكام، الحديث رقم (٢٤٥٥)، سنن ابن ماجه ٢ / ٦٠. وحسنه الألباني فقال في ضعيف سنن ابن ماجه ص ١٨٨: «ضعيف إلا المرفوع منه فحسن». وينظر: إرواء الغليل ٥ / ٢٢٦.

عون العبد ما كان العبد في عون أخيه...»^(١).

الدليل الثالث:

الأدلة من المعقول التي تدل على فضل القرض، ومن ذلك:

- ١ - أن في القرض تفریحًا عن المسلم، وقضاء لحاجته، وعودًا له، فكان مندوبًا إليه^(٢)، وهو من: التعاون على البر والمعروف^(٣).
- ٢ - أن القرض من «أعظم المعروف يقبله الأحرار الممتنعون من تحمل المنن»^(٤). فقد لا يقبل المرء صدقة، ولكنه يقبل قرضًا ينتفع به ثم يرد بدله.
- ٣ - أن في القرض الحسن صوتًا للمسلم وحماية له من الوقوع في القرض الربوي.

والقرض مباح في حق المقترض^(٥)؛ لفعله ﷺ^(٦)، وقد أجمع المسلمون على جواز القرض ومشروعيته^(٧).

- (١) أخرجه مسلم - واللفظ له - عن أبي هريرة - رضي الله عنه - في باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن، وعلى الذكر، من كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، الحديث رقم (٢٦٩٩)، صحيح مسلم ٤/٢٠٧٤.
- (٢) المغني لابن قدامة ٦/٤٣٠ بتصرف.
- (٣) الشرح الصغير للدردير مع بلغة السالك للصاوي ٢/١٠٤.
- (٤) الذخيرة للقرافي ٥/٢٩٥.
- (٥) ينظر: مواهب الجليل للحطاب ٦/٥٢٨، والمغني لابن قدامة ٦/٤٢٩.
- (٦) كما في حديث أبي رافع - رضي الله عنه -: «أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكرًا...»، أخرجه مسلم (١٦٠٠).
- (٧) نقل الإجماع: ابن قدامة في المغني ٦/٤٢٩، وابن مفلح في المبدع ٤/٢٠٤، والبهوتي في كشف القناع ٣/٣١٢.

وينبغي للمسلم ألا يقترض إلا عند الحاجة المشروعة، إذا علم من نفسه القدرة على الوفاء^(١)؛ لما جاء من التشديد في الدين.

الأصل في القرض:

المقصود في هذا المطلب: بيان هل الأصل في القرض أنه من عقود التبرعات أو المعاوضات. وقبل البدء في ذلك يحسن بيان معنى كل من التبرع، والمعاوضة.

تحرير محل الخلاف:

اتفق العلماء على أن القرض قربة ومثوبة^(٢)، وأن فيه إرفاقاً.

واختلفوا في كونه من باب التبرعات أو المعاوضات على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

القرض تبرع في الابتداء ومعاوضة في الانتهاء. وهذا قول الحنفية^(٣).

القول الثاني:

القرض عقد معاوضة غير محضنة. وهذا قول جمهور المالكية^(٤)، والأصح

عند الشافعية^(٥).

(١) ينظر: مغني المحتاج للشرييني ١١٧/٢، والمغني لابن قدامة ٤٣٠/٦.

(٢) الإفصاح لابن هبيرة ٣٥٧/١.

(٣) قال المرغيناني في الهداية ٦٠/٣: «القرض... إعارة وصلة في الابتداء... ومعاوضة في الانتهاء». وينظر: فتح القدير لابن الهمام ٤٨٤/٦، وحاشية ابن عابدين ١٦٧/٥.

(٤) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد ١٢٦/٢ وتهذيب الفروق لابن حسين ٤/٤ والفواكه الدواني للنفراوي ١٣٣/٢، وحاشية الدسوقي ٢٢٣/٣، وبلغت السالك للصاوي ١٠٦/٢.

(٥) قال الرملي في نهاية المحتاج ٢٢٣/٤: «وضع القرض أنه تمليك الشيء ببرد مثله فساوى البيع... وكون القرض فيه شائبة تبرع كما يأتي لا ينافي ذلك؛ لأن المعاوضة فيه هي =

القول الثالث:

القرض من عقود التبرعات. وهذا قول بعض المالكية^(١)، وبعض الشافعية^(٢)، ومذهب الحنابلة^(٣).

أدلة القول الأول:

القرض تبرع في الابتداء؛ لما يأتي:

الدليل الأول:

أنه لا يقابله عوض

- = المقصودة. والقائل بأنه غير معاوضة هو مقابل الأصح». وقال ٤/ ٢٢٤: «لأن القرض فيه شائبة تبرع... ولو كان معاوضة محضة لجاز للولي غير الحاكم قرض مال موليه من غير ضرورة». وقوله: «لأن المعاوضة فيه هي المقصودة» لا يتلاءم مع قوله بعد ذلك ٤/ ٢٣٠: «والمعنى فيه -أي في خبر فضالة بن عبيد رضي الله عنه- أن موضوع القرض الإرفاق فإذا شرط فيه لنفسه حقا خرج عن موضوعه فمنع صحته». وينظر: تحفة المحتاج لابن حجر ٥/ ٣٩-٤١، ومغني المحتاج للشرييني ٢/ ١١٧-١١٩.
- (١) جاء في المنتقى للبايجي ٥/ ٢٩- في معرض كلامه عن القرض -: «ليس من عقود المعاوضة، وإنما هو من عقود البر والمكارمة».
- (٢) قال عميرة في حاشيته على شرح المحلي على منهاج الطالبين ٢/ ٢٥٨: «ليس سبيله سبيل المعاوضات». وينظر: المهذب للشيرازي ١/ ٣٠٣، وشرح المحلي وحاشية القليوبي عليه ٢/ ٢٥٨.
- (٣) قال ابن قيم الجوزية في إعلام الموقعين ١/ ٤٨١: «القرض من جنس التبرع بالمنافع كالعارية... وهذا من باب الإرفاق لا من باب المعاوضات»، وقال البهوتي في كشف القناع ٣/ ٣١٢: «ولا يثبت فيه أي القرض خيار؛ لأنه ليس بيعًا ولا في معناه وهو من المرافق». وينظر: الهداية لأبي الخطاب ١/ ١٤٩، والمغني لابن قدامة ٦/ ٤٣٦، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/ ٩٩، ١٠٢، والروض المربع له مع حاشية ابن قاسم ٥/ ٤٥، وحاشية ابن قاسم في نفس الصفحة حاشية رقم: (٢).

للحال^(١).

الدليل الثاني:

أنه لا يملكه من لا يملك التبرع، كالوصي والصبي^(٢).

الدليل الثالث:

أنه يشبه العارية^(٣).

ومعاوضة في الانتهاء؛ لأنه أعطاه ليأخذ بدله بعد ذلك^(٤)، حيث يجب على المقترض رد البدل.

المناقشة:

نوقش بأن: «وفاء الدين ليس هو البيع الخاص، وإن كان فيه شوب المعاوضة»^(٥). فالقرض عقد تبرع وإرفاق، ووجوب رد البدل لا يخرج عن موضوعه وهو التبرع؛ لأن المقترض يتنفع من القرض مدة بقائه عنده دون مقابل.

أدلة القول الثاني:

أما كون القرض معاوضة؛ فلأنه تمليك الشيء برده مثله، فساوى البيع؛ إذ هو تمليك الشيء بثمنه^(٦).

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٦/٧، والهداية للمرغيناني ٦٠/٣.

(٢) ينظر: المرجعان السابقان.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٦/٧، والهداية للمرغيناني ٦٠/٣.

(٤) ينظر: فتح القدير لابن الهمام ٤٨٤/٦، والعناية للبايرتي مع فتح القدير نفس الجزء والصفحة.

(٥) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٤٨١/١.

(٦) ينظر: حاشية الدسوقي ٢٢٣-٢٢٤، ونهاية المحتاج للرمل ٢٢٣/٤.

المناقشة:

يناقش بما نوقش به دليل الحنفية آنفاً.

وأما كون المعاوضة غير محضة؛ فلما يأتي:

الدليل الأول:

لأن القرض فيه شائبة تبرع، ومن ثمّ لم يجب التقابض فيه وإن كان ربوياً^(١).

الدليل الثاني:

لو كان معاوضة محضة لجاز للولي قرض مال موليه من غير ضرورة، واللازم باطل^(٢)، فلا يملكه من لا يملك التبرع.

أدلة القول الثالث:

القرض من عقود التبرعات؛ لما يأتي:

الدليل الأول:

قول النبي ﷺ: «من منح منيحة لبن أو ورق، أو هدى زقاقاً، كان له مثل عتق رقبة»^(٣).

وجه الاستدلال:

أن القرض من جنس التبرع بالمنافع العارية، ولهذا سماه النبي ﷺ: «منيحة»،

(١) ينظر: نهاية المحتاج للمرملّي ٢٢٤/٤، وتحفة المحتاج لابن حجر ٤١/٥. وذكر القرافي في الفروق ٢/٤: أن قاعدة القرض خولفت فيها ثلاث قواعد شرعية، منها قاعدة الربان كان في الربويات كالتقدين، وسبب مخالفة هذه القواعد مصلحة المعروف للعباد. وينظر: تهذيب الفروق لابن حسين ٤/٤.

(٢) ينظر: نهاية المحتاج للمرملّي ٢٢٤/٤، ومغني المحتاج للشرييني ١١٨/٢.

(٣) سبق تخريجه ص ١٠٨٤.

وهذا من باب الإرفاق والتبرعات لا من باب المعاوضات. ففي باب المعاوضات: يعطي كل من المتعاقدين أصل المال على وجه لا يعود إليه، وباب القرض من جنس باب العارية، والمنيحة، وإفكار الظهر، مما يُعطى فيه أصل المال ليتنفع بما يستخلف منه ثم يعيده إليه^(١).

المناقشة:

نوقش: بأنه يجب رد العارية إن كانت باقية بغير خلاف^(٢)، وهذا معنى المعاوضة^(٣).

الإجابة:

يجاب: بأن رد العارية ليس هو المعاوضة الخاصة. وكون المستعير يرد العارية لا يخرجها عن موضوعها وهو التبرع؛ حيث يستفيد المستعير من العين مدة بقائها عنده دون مقابل، وهذا معنى التبرع.

الدليل الثاني:

يستدل بما استدل به أصحاب القول الأول في حالة كون القرض تبرعاً ابتداءً، وبما استدل به أصحاب القول الثاني في حالة كون المعاوضة في القرض غير محضنة.

الترجيح:

مما سبق يبدو لي -والله أعلم- أنّ الراجح هو: القول الثالث، وهو: أنّ عقد القرض من باب التبرعات.

(١) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ١/ ٤٨١ بتصرف.

(٢) ينظر: الهداية للمرغيناني ٣/ ٢٢٠، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/ ١٢٠٨، والمهذب

للشيرازي ١/ ٣٦٣، والمغني لابن قدامة ٧/ ٣٤١.

(٣) ينظر: ربا القرض للسيد نشأت الدريني ص ٤٤.

فالأصل في القرض أنه عقد تبرع وإرفاق، ووجوب رد البديل لا خلاف فيه^(١)، ولا يخرج عن موضوعه وهو التبرع، وإن سمي هذا الرد معاوضة فهي ناقصة وغير محضنة. وفيما يأتي أسباب ترجيح هذا القول:

- ١- قوة أدلته، وسلامتها من المناقشة القائمة.
- ٢- مناقشة أدلة الآخرين.
- ٣- الأدلة الداعية إلى الإحسان وفعل الخير، والدالة على فضل القرض وعظيم أجره، تؤيد كونه من باب التبرعات.
- ٤- أن عقد القرض يخالف المعاوضات ويتفق مع التبرعات، وبيان ذلك فيما يلي:

القرض يخالف المعاوضات في أمور، منها:

- أ- قاعدة الربا، حيث يجب التقابض في بيع الربوي بالربوي، ولا يجب في القرض وإن كان ربويًا.
- ب- في باب المعاوضات يعطي كل من المتعاقدين أصل المال على وجه لا يعود إليه، وباب القرض مما يُعطى فيه أصل المال ليُنتفع به ثم يُرد بدله.
- ج- المنفعة في المعاوضات تكون للطرفين، وأما في القرض فالأصل أن المنفعة للمقرض فقط، والمقرض متبرع طلبًا للثواب، واشتراط منفعة للمقرض -وما كان في حكم ذلك-

(١) ممن حكى الإجماع على ذلك: ابن قدامة في المغني ٦/٤٣٤، وابن مفلح في المبدع ٤/٢٠٨.

يخرج القرض عن موضوعه^(١).

ويتفق القرض مع التبرعات في أمور، منها:

- ١ - أنه لا يملكه من لا يملك التبرع.
- ٢ - أنه يشبه العارية، حيث يستفيد المقرض من مال المقرض مدة بقاءه عنده دون مقابل.

الخلاصة:

يتبين مما سبق أن الفقهاء متفقون على أن القرض قربة ومثوبة، وعلى أن فيه إرفاقاً.

ويرى الحنفية: أنه تبرع في الابتداء ومعاوضة في الانتهاء، وقد تبين أنها معاوضة ناقصة.

ويرى الحنابلة، وبعض المالكية، وبعض الشافعية: أنه من باب التبرعات.

ويرى جمهور المالكية وبعض الشافعية في الأصح عندهم: أنه عقد معاوضة غير محضة. وقد خولفت فيه ثلاث قواعد شرعية عند المالكية؛ لمصلحة المعروف للعباد، وفيه شائبة تبرع في الأصح عند الشافعية.

وعلى هذا فلا أحد من الفقهاء يرى أن عقد القرض عقد معاوضة محضة، أو أنه معاوضة في الابتداء والانتهاء، ثم إن من قال: إن فيه معاوضة يستثنى القرض

(١) قال البهوتي في الروض المربع ٥/٤٤-٤٥: «ويحرم اشتراط كل شرط جر نفعاً كان يسكنه داره، أو يقضيه خيراً منه؛ لأنه عقد إرفاق وقربه فإذا شرط فيه الزيادة أخرج عن موضوعه»، وقال ابن قاسم في الحاشية رقم (٢): «وهو القرية بإرفاق المقرض ونفعه، إلى الربح على المقرض، فيدخل في باب المعاوضة، فلا يصير قرضاً ولا معاوضة شرعية؛ لأن لها شروطاً معروفة»، وينظر: المغني لابن قدامة ٦/٤٣٦.

ففي بعض المواضع من عقود المعاوضات، وهذا مما يؤيد القول بأن الأصل في القرض أنه من عقود التبرعات، ولا حاجة للاستثناء في تلك المواضع.

أركان القرض:

١- الصيغة.

٢- العاقدان (المقرض والمقترض)

٣- المحل (المال المقرض).

أولاً: أحكام المنافع في القرض:

١ / ١ أحكام المنافع المشروطة في القرض:

١ / ١ / ١ اشتراط الزيادة في بدل القرض:

الواجب في القرض: رد البديل المساوي في الصفة والقدر، ولكن هل يجوز اشتراط زيادة على القرض للمقرض، بحيث يستوفي أجود أو أكثر مما أعطى، أو أن ذلك محرم؟ بيان ذلك فيما يلي:

اتفق العلماء على أنه لا يجوز اشتراط زيادة في بدل القرض للمقرض، وأن هذه الزيادة ربا^(١).

(١) ينظر: الإجماع لابن المنذر ص ١٢٠-١٢١، والمبسوط للسرخسي ٣٥ / ١٤ وبدائع الصنائع للكاساني ٣٩٥ / ٧، والكافي لابن عبد البر ٢ / ٢٧٢٨ والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٨، والأم للشافعي ٤٣ / ٣، ومنهاج الطالبين للنووي ص ٤٧، والهداية لأبي الخطاب ١ / ١٤٩، والكافي لابن قدامة ٢ / ١٢٤ والمحلى لابن حزم ٨ / ٧٧.

وسواء أكانت الزيادة في الصفة أم في القدر^(١)، عينا أم منفعة^(٢). ولم يفرقوا في الحكم بين اشتراط الزيادة في بداية العقد أو عند تأجيل الوفاء^(٣).

مثال الزيادة في الصفة: أن يشترط رد المقرض أجود مما أخذ، كأن يقترض دابة ويشترط عليه رد أجود منها، وكشروط قضاء شيء عفن بشيء سالم، أو كشروط قضاء مكسرة بصحاح.

ومثال الزيادة في القدر: أن يشترط رد المقرض أكثر مما أخذ من جنسه، كأن يقترض عشرة دراهم، ويشترط عليه أن يرد أحد عشر درهما. أو يشترط رده أكثر من غير جنسه عينا أو منفعة، مثل أن يقترض مالا ويشترط عليه رده مع هدية من مال آخر، أو يشترط عليه رده مع عمل المقرض عند المقرض مدة.

وتسمى الزيادة المشروطة في القرض: ربا القرض^(٤)، وهي

- (١) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٥/٧، والذخيرة للقرافي ٢٨٩/٥، والمهذب للشيرازي ٣٠٤/١ والمغني لابن قدامة ٤٣٦/٦.
- (٢) قال ابن عبد البر في الاستذكار ٥٤/٢١: «وكل زيادة من عين أو منفعة يشترطها المسلف على المستسلف فهي ربا، لا خلاف في ذلك»، وينظر الحاوي للماوردي ٣٥٦/٥، والهداية لأبي الخطاب ١٤٩/١، والفروع لابن مفلح ٢٠٤/٤.
- (٣) ينظر: المراجع السابقة.
- (٤) ينظر: الزواجر لابن حجر ٤٣١/١، وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٤٦/٥، وحاشية إعانة الطالبين لأبي بكر الدمياطي ٩٢/٣، والفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٣٦/٦، والربا والمعاملات المصرفية للمتراك ص ١٥٤، وربا القروض وأدلة تحريمه لرفيق المصري ص ٢، وربا القرض للدريني ص ٩.

من ربا الجاهلية^(١)؛ حيث إنَّ ربا الجاهلية ينقسم إلى قسمين رئيسيين:

١- الربا في القروض.

٢- الربا في الديون.

أمَّا الربا في القروض: فهو إقراض مال إلى أجل بشرط الزيادة، حيث كانوا يقرضون المال إلى أجل بزيادة مشروطة عوضاً عن المدة، وكانت تؤدي حسب اتفاق الطرفين، إمَّا بتقسيم شهري^(٢)، وإما دفعة واحدة حين انتهاء المدة^(٣)، فإذا حل الميعاد وتعذر على المقرض الأداء زادوا في الحق والأجل.

وأما الربا في الديون فصورته: أن يكون على الرجل دين من بيع أو سلم..، فإذا حل أداؤه قال الدائن: إما أن تقضي الآن أو تزيدني على مالي وأصبر أجلاً آخر، أو أن يقول المدين: أخرجني دينك

(١) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد ١١١ / ٢، وكفاية الطالب الرباني لأبي الحسن مع حاشية العدوي ٢ / ٢١٤، والزواجر لابن حجر ١ / ٤٣.

(٢) قال الرازي في التفسير الكبير ٧ / ٨٥: «أما ربا النسبته فهو الأمر الذي كان مشهوراً في الجاهلية، وذلك أنهم كانوا يدفعون المال على أن يأخذوا كل شهر قدرًا معيناً ويكون رأس المال باقياً ثم إذا حل طالبوا المديون برأس المال، فإن تعذر عليه الأداء زادوا في الحق والأجل، فهذا هو الربا الذي كانوا في الجاهلية يتعاملون به»، وينظر: الزواجر لابن حجر ١ / ٤٣١.

(٣) قال الجصاص في أحكام القرآن ١ / ٦٣٥: «والربا الذي كانت العرب تعرفه وتفعله إنما كان قرض الدراهم والدينانير إلى أجل بزيادة على مقدار ما استقرض على ما يتراضون به»، وقال في موضع آخر ١ / ٦٣٨، ٦٣٧: «معلوم أن ربا الجاهلية إنما كان قرصاً مؤجلاً بزيادة مشروطة، فكانت الزيادة بدلاً من الأجل»، وقال إلكيا الهراسي في أحكام القرآن ١ / ٢٣٢: «فمن الربا ما كانوا يعتادونه في الجاهلية من إقراض الدينانير والدراهم بزيادة».

وأزيدك على مالك، فيفعلان ذلك^(١).

والأدلة على تحريم اشتراط الزيادة في بدل القرض للمقرض:
من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، ويبان ذلك فيما يلي:

أولاً: الكتاب:

دلت آيات الكتاب على تحريم اشتراط الزيادة في بدل القرض للمقرض، مثل قول الله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَإِن تَبَتُّمُ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً﴾^(٥).

وجه الاستدلال من الآيات:

أن القرآن دلَّ على تحريم الزيادة المشروطة في بدل القرض للمقرض وذلك من وجهين:

١ - دخول الزيادة المشروطة في بدل القرض للمقرض في الربا المحرم بالقرآن.

جاء في فتح القدير^(٦): «الربا يقال لنفس الزائد، ومنه

(١) ينظر: جامع البيان للطبري ٤/٩٠، وزاد المسير لابن الجوزي ١/٤٥٨، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/٢٢٦، و٤/١٣٠.

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٧٥). (٣) سورة البقرة، الآية: (٢٧٨).

(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٧٩). (٥) سورة آل عمران، الآية: (١٣٠).

(٦) لابن الهمام ٣/٧.

ظاهر قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا﴾^(١) أي الزائد في القرض والسلف على المدفوع... ويقال لنفس الزيادة -أعني بالمعنى المصدرى- ومنه ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٢) أي حرّم أن يزداد في القرض والسلف على القدر المدفوع...».

وجاء في الفتاوى الكبرى^(٣): لفظ الربا يتناول كل ما نُهي عنه من ربا النساء، وriba الفضل والقرض الذي يجر منفعة وغير ذلك، فالنص متناول لهذا كله.

٢- دخول الزيادة المشروطة في بدل القرض للمقرض في ربا الجاهلية المحرم بالآيات السابقة،^(٤) وقد تقرر أنّ ربا القرض داخل في ربا الجاهلية.

جاء في أحكام القرآن^(٥): «معلوم أنّ ربا الجاهلية إنما كان قرضاً بزيادة مشروطة، فكانت الزيادة بدلاً من الأجل، فأبطله الله تعالى وحرّمه وقال: ﴿وَإِنْ تَبَتَّ فَلَكَ رُبُوسٌ أَمْوَالِكُمْ﴾^(٦)».

(١) سورة آل عمران، الآية: (١٣٠). (٢) سورة البقرة، الآية: (٢٧٥).

(٣) لابن تيمية ١/ ١٥٥ بتصرف يسير، وينظر: الزواجر لابن حجر ١/ ٤٣١.

(٤) قال ابن عبد البر في الكافي ٢/ ٦٣٣: «أجمع العلماء من السلف والخلف أنّ الربا الذي نزل القرآن بتحريمه هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير دينه بعد حلوله عوضاً عينياً أو عرضاً، وهو معنى قول العرب: إمّا أن تقضي وإمّا أن تربي». وينظر -أيضاً في كون ربا الجاهلية محرم بالآيات السابقة-: جامع البيان للطبري ٣/ ١٠١، ٤/ ٩٠، و زاد المسير لابن الجوزي ١/ ٣٣٢، ٤٥٧-٤٥٨. (٥) للجصاص ١/ ٦٣٧-٦٣٨.

(٦) سورة البقرة، الآية: (٢٧٩).

ثانياً: السنة:

ودلت السنة أيضاً على تحريم اشتراط الزيادة في بدل القرض للمقرض، ومن ذلك:

الدليل الأول:

قول النبي ﷺ في حجة الوداع: «وربا الجاهلية موضوع، وأول رباً أضع ربانا ربا عباس بن عبد المطلب، فإنه موضوع كله»^(١). وفي لفظ: «ألا إن كل ربا من ربا الجاهلية موضوع، لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون»^(٢).

وجه الاستدلال:

أن الحديث دل على تحريم الزيادة المشروطة في بدل القرض للمقرض، وذلك؛ لأنها من ربا الجاهلية الموضوع، ويؤيد ذلك استشهاد النبي ﷺ بآية الربا في الحديث السابق: «لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون». وجاء في بداية المجتهد^(٣): «فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان: صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه، وذلك أنهم كانوا يسلفون

(١) هذا جزء من حديث طويل أخرجه مسلم -واللفظ له- عن جابر بن عبد الله -رضي الله عنهما- في باب حجة النبي ﷺ، من كتاب الحج، الحديث رقم (١٢١٨)، صحيح مسلم ٨٨٦/٢-٨٩٢.

(٢) أخرجه أبو داود عن عمرو بن الأحوص رضي الله عنه في باب في وضع الربا، من كتاب البيوع، الحديث رقم (٣٣٣٤)، سنن أبي داود ٣/٢٤٤-٢٤٥، وابن ماجه في باب الخطبة يوم النحر، من كتاب المناسك، الحديث رقم (٣٠٩١)، سنن ابن ماجه ٢/١٨٨.

(٣) لابن رشد ٢/١١١.

بالزيادة وينظرون، فكانوا يقولون: أنظرني أزدك، وهذا هو الذي
عناه عليه الصلاة والسلام بقوله في حجة الوداع: ألا وإن ربا
الجاهلية موضوع...».

الدليل الثاني:

حديث: «كل قرض جر منفعة فهو ربا»^(١).

(١) روي الحديث مرفوعاً، وموقوفاً، ومقطوعاً، وفيما يأتي بيان ذلك:

أ- المرفوع:

عن علي -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: «كل قرض جر منفعة فهو ربا». أخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده كما في بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث للهيثمي ص ١٤١-١٤٢، والمطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية لابن حجر ١/ ٤١١، ونصب الراية للزيلعي ٤/ ١٣٠، وأبو الجهم في جزئه كما في نصب الراية للزيلعي ٤/ ١٣٠، من طريق سوار بن مصعب عن عمارة، قال سمعت علياً يقول: قال رسول الله ﷺ: «كل قرض جر منفعة فهو ربا».

وإسناده ضعيف جداً؛ سوار بن مصعب هو الهمداني الكوفي أبو عبد الله الأعمى المؤذن، قال ابن معين: ليس بشيء، وقال البخاري: منكر الحديث، وقال النسائي وغيره: متروك، وقال أبو داود: ليس بثقة، وقال الذهبي: وفي جزء أبي الجهم عنه مناكير. ينظر: ميزان الاعتدال للذهبي ٢/ ٢١٦، ولسان الميزان لابن حجر ٣/ ١٢٩، ١٢٨، وأسنى المطالب للحوت ص ٢٤٠.

قال ابن حجر في بلوغ المرام ص ٢١٨، وابن عبد الهادي - كما في نصب الراية للزيلعي ٤/ ١٣٠-، والمناوي في التيسير بشرح الجامع الصغير ٢/ ٢١٦: «إسناده ساقط». وممن حكم بضعفه:

الصنعاني في سبل السلام ٣/ ١٠٥، ١٠٤، والشوكاني في نيل الأوطار ٥/ ٣٣٢، والألباني في إرواء الغليل ٥/ ٢٣٥، وابن باز في مجلة الدعوة ١٥٦٩/ ٣٥. وقال عمر بن بدر الموصلي في المغني ص ٥٦: «لم يصح فيه شيء عن النبي ﷺ». وينظر: التلخيص الحبير لابن حجر ٣/ ٣٤.

قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/ ٣٤: «وأما إمام الحرمين فقال: إنه صح، وتبعه الغزالي». قال الشوكاني في نيل الأوطار ٥/ ٣٣٢: «ووهم إمام الحرمين والغزالي فقالا إنه صح ولا خبرة لهما بهذا الفن».

ب- الموقوف:

أثر فضالة بن عبيد -رضي الله عنه- قال: «كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا».

أخرجه البيهقي في باب: كل قرض جر منفعة فهو ربا من كتاب البيوع، السنن الكبرى ٥/ ٣٥٠، من طريق إبراهيم بن منقذ، حدثني إدريس بن يحيى عن عبد الله بن عياش قال: حدثني يزيد بن أبي حبيب عن أبي مرزوق التجيبي عن فضالة بن عبيد، فذكره. وهذا إسناد متصل رجاله ثقات سوى عبد الله بن عياش وإدريس بن يحيى. أما عبد الله بن عياش فهو صدوق يغلط.

قال أبو حاتم: ليس بالمتين، صدوق يكتب حديثه، وقال أبو داود والنسائي: ضعيف، وقال ابن يونس: منكر الحديث، وذكره ابن حبان في الثقات.

وقال ابن حجر: صدوق يغلط. ينظر: الثقات لابن حبان ٧/ ٥١، وتهذيب التهذيب لابن حجر ٥/ ٣٥١، ٣٥٢، وتقريب التهذيب له ص ٥٣٣.

وأما إدريس بن يحيى -وهو الخولاني المصري- فقال ابن أبي حاتم: صدوق، وكذا قال أبو زرعة، وقال ابن حبان: مستقيم الحديث إذا كان دونه ثقة وفوقه ثقات. ينظر الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٢/ ٢٦٥، والثقات لابن حبان ٨/ ١٣٣، وسير أعلام النبلاء للذهبي ١٠/ ١٦٦، ١٦٥.

وقد أشار إلى ضعف هذا الأثر: ابن حجر في بلوغ المرام ص ٢١٨، فقال عند حديث علي -رضي الله عنه-: «وإسناده ساقط وله شاهد ضعيف عن فضالة بن عبيد عند البيهقي».

وحكاه عطاء عن الصحابة رضي الله عنهم فقال: «كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة». أخرجه ابن أبي شيبة في باب: من كره كل قرض جر منفعة، من كتاب البيوع والأفضية رقم ٧٣٠ المصنف ٦/ ١٨٠. من طريق أبي خالد الأحمر عن حجاج عن عطاء به. وإسناده ضعيف، حجاج -وهو ابن أرطاة- مدلس وقد عنعنه. قال أحمد: كان يدلس، وقال ابن معين: ليس بالقوي وهو صدوق يدلس، وقال النسائي: ليس بالقوي، وقال الدارقطني =

= وغيره: لا يحتج به. وقال ابن حجر: صدوق كثير الخطأ والتدليس. ينظر: ميزان الاعتدال للذهبي ١/٤٥٨-٤٥٩، وتهذيب التهذيب لابن حجر ٢/١٩٧، وتقريب التهذيب له ص ٢٢٢.

وأبو خالد الأحمر الكوفي سليمان بن حيان الأزدي: مختلف فيه، قال ابن معين: صدوق ليس بحجة، وقال ابن عدي: هو كما قال يحيى: صدوق ليس بحجة وإنما أتى من سوء حفظه، وقال ابن المديني: ثقة، وقال أبو حاتم: صدوق، وقال الذهبي: صاحب حديث وحفظ، وقال ابن حجر: صدوق يخطئ.

ينظر: ميزان الاعتدال للذهبي ٢/٢٠٠، وتهذيب التهذيب لابن حجر ٤/١٨١-١٨٢، وتقريب التهذيب له ص ٤٠٦.

ج - المقطوع:

آثار عن النخعي والحسن ومحمد بن سيرين وقتادة -رحمهم الله-، وهي على النحو الآتي:

عن إبراهيم قال: «كل قرض جر منفعة فلا خير فيه».

أخرجه عبد الرزاق في باب: قرض جر منفعة وهل يأخذ أفضل من قرضه؟ من كتاب البيوع رقم (١٤٦٥٩)، المصنف ٨/١٤٥، من طريق الثوري عن مغيرة عن إبراهيم به.

وأخرجه ابن أبي شيبة في باب: من كره قرض جر منفعة من كتاب البيوع والأقضية رقم (٧٣١)، المصنف ٦/١٨٠، من طريق حفص عن أشعث عن الحكم عن إبراهيم قال:

«كل قرض جر منفعة فهو ربا».

وعن الحسن ومحمد أنهما كانا يكرهان كل قرض جر منفعة.

أخرجه ابن أبي شيبة في باب: من كره كل قرض جر منفعة من كتاب البيوع والأقضية، رقم (١٧٣٢)، المصنف ٦/١٨٠، من طريق إدريس عن هشام عن الحسن ومحمد به.

وأخرجه عبد الرزاق في باب: قرض جر منفعة وهل يأخذ أفضل من قرضه؟ من كتاب البيوع، رقم (١٤٦٥٧)، المصنف ٨/١٤٥، من طريق معمر عن أيوب عن ابن سيرين قال:

«كل قرض جر منفعة فهو مكروه»، قال معمر: وقاله قتادة.

قال ابن حزم في المحلى ٨/٨٦: «وصح النهي عن هذا - أي السلف الذي يجز منفعة - عن ابن سيرين وقتادة والنخعي».

وجه الاستدلال:

أنّ الحديث يدلّ بعمومه على تحريم اشتراط الزيادة في بدل القرض للمقرض، حيث إنها منفعة جرها القرض فتكون ربا.

ثالثاً: الإجماع:

حكى غير واحد من العلماء الإجماع والاتفاق وعدم الاختلاف على تحريم اشتراط زيادة في بدل القرض للمقرض، وأن ذلك ربا، وفيما يلي أذكر بعض عباراتهم التي تدل على ذلك:

- ١ - «أجمعوا على أنّ المسلف إذا شرط على المستسلف هدية أو زيادة، فأسلف على ذلك، أنّ أخذ الزيادة ربا»^(١).
- ٢ - «لا يحل أن يشترط رد أكثر مما أخذ ولا أقل، وهو ربا مفسوخ، ولا يحل اشتراط رد أفضل مما أخذ ولا أدنى وهو ربا... ولا خلاف في بطلان هذه الشروط»^(٢).
- ٣ - «وكل زيادة من عين أو منفعة يشترطها المسلف على المستسلف فهي ربا، لا خلاف في ذلك»^(٣).
- ٤ - «وكل قرض شرط فيه أن يزيده، فهو حرام بغير خلاف»^(٤).

(١) الإجماع لابن المنذر ص ١٢٠-١٢١.

(٢) المحلى لابن حزم ٧٧/٨.

(٣) الاستذكار لابن عبد البر ٥٤/٢١.

(٤) المغني لابن قدامة ٤٣٦/٦.

- ٥ - «أجمع المسلمون نقلًا عن نبيهم ﷺ أن اشتراط الزيادة في السلف ربًا ولو كان قبضة من علف...»^(١).
- ٦ - «وقد اتفق العلماء على أن المقرض متى اشترط زيادة على قرضه كان ذلك حرامًا»^(٢).
- ٧ - «إن كانت المنفعة للدافع^(٣) منع اتفاقًا»^(٤).
- ٨ - «فيه جواز وفاء ما هو أفضل من المثل المقرض إذا لم تقع شرطية ذلك في العقد فيحرم حينئذ اتفاقًا»^(٥).
- ٩ - «وقد أجمع المسلمون نقلًا عن النبي ﷺ أن اشتراط الزيادة في السلف ربًا»^(٦).
- ١١ - «كل قرض شرط فيه زيادة فهو حرام إجماعًا»^(٧).
- ١٢ - «أما إذا كانت الزيادة مشروطة في العقد فتحرم اتفاقًا»^(٨).

رابعًا: المعقول:

إن القرض قرينة يبتغى بها وجه الله، شرع للإفراق بالمحتاجين

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/١٥٧-١٥٨.

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/٣٣٤.

(٣) أي: المقرض.

(٤) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٨.

(٥) فتح الباري لابن حجر ٥/٧٠.

(٦) عمدة القاري للعيني ١٠/١٣٢.

(٧) المبدع لابن مفلح ٤/٢٠٩.

(٨) نيل الأوطار للشوكاني ٥/٣٣٢.

والإحسان إليهم، فإذا شرطت فيه الزيادة خرج عن موضوعه وخالف مقصود الشارع.

جاء في المغني^(١): «لأنه عقد إرفاق وقربة، فإذا شرط فيه الزيادة أخرج عن موضوعه»، وجاء في الفروق^(٢): «إنهما خالفا مقصود الشارع، وأوقعا ما لله لغير الله، وهو وجه تحريم ما لا ربا فيه كالعروض...».

ومما سبق يتبن تحريم اشتراط الزيادة في بدل القرض للمقرض، وأن هذا يخرج القرض عن موضوعه. ويتبين أيضاً أن ربا القرض يجري في جميع الأموال، سواء أكانت ربوية في الأصل، كالأصناف الستة أم كانت غير ربوية. جاء في المحلى^(٣): «والربا... في القرض في كل شيء، فلا يحل إقراض شيء ليرد إليك أقل أو أكثر، ولا من نوع آخر أصلاً، لكن مثل ما أقرضت

(١) لابن قدامة ٤٣٦/٦ وجاء في تهذيب الفروق لابن حسين ٣/ ٢٩١-٢٩٢: «لأن الله عز وجل شرع قربة للمعروف والإحسان حتى صار أصلاً قائماً بنفسه غير البيع بحيث إن دفع دينار لأخذ عوضه ديناراً لأجل إن كان على وجه القرض كان من شأنه عادة وعرفاً المسامحة والمكارمة فلا يكون ممنوعاً، وإن كان على وجه البيع كان من شأنه عادة وعرفاً المكايسة والمغابنة فيكون ممنوعاً، فإذا دخل السلف انتفاع المسلف بطلت حقيقته التي هي قصد المعروف والإحسان قربة لله تعالى، وآل الأمر إلى حقيقة قصد المكايسة والمغابنة فيترتب عليه التحريم». وينظر: المهذب للشيرازي ١/ ٣٠٤.

(٢) للقرافي ٣/ ٢٩٤.

(٣) لابن حزم ٨/ ٤٦٧-٤٦٨. وينظر: الإجماع لابن المنذر ص ١٢٠-١٢١، وفتح القدير لابن الهمام ٣/ ٧، ومقدمات ابن رشد ص ٥٠٧، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/ ١٥٧-١٥٨، والمهذب للشيرازي ١/ ٣٠٤، والمغني لابن قدامة ٦/ ٤٣٦، والفوائد المصرفية والربا لحسن الأمين ص ٢١، والجامع في أصول الربا لرفيق المصري ص ١٣٨-١٣٩.

في نوعه ومقداره... وهذا إجماع مقطوع به».

١ / ١ / ٢ اشتراط الوفاء في غير بلد القرض.

القرض يتم عقده في بلد، والأصل أنه يجب رد بدله في نفس البلد الذي تم عقده فيه، وللمقرض المطالبة به فيه، ويلزم المقرض الوفاء به حيث قبضه؛ إذ هو المكان الذي يجب التسليم فيه^(١). ولكن إذا اشترط في عقد القرض أن يتم الوفاء في غير بلد القرض الذي تم عقده فيه فهذا ما سأتناوله بالبحث، وهو ما يعرف عند الفقهاء بمسألة السفتجة^(٢).

حالات المنفعة إذا شرط الوفاء في غير بلد القرض:

أود أن أنبه إلى أن المقصود بالمنفعة هنا: المنفعة الإضافية الزائدة على المنفعة الأصلية التي تكون للمقرض والمقرض من القرض.

(١) ينظر: التنف في الفتاوى للسعدي ١/٤٩٣، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٠٠٠، وروضة الطالبين للنووي ٣/٢٧٨، والمغني لابن قدامة ٦/٤٤٢.

(٢) السفتجة: بإسكان الفاء، ويضم السين وفتح التاء على الأشهر، ويضم السين والتاء، ويفتحهما: كلمة فارسية معربة، أصلها: «سفته» بمعنى: الشيء المحكم أو المجوف. والجمع سفاتج. ينظر: تهذيب الأسماء واللغات للنووي ٣/١٤٩، وتحرير ألفاظ التنبيه له ص ١٩٣، والنظم المستعذب لابن بطال، ١/٣٠٤، والمصباح المنير للفيومي ص ١٠٦، والتعريفات للجرجاني ص ١٥٧، والقاموس المحيط للفيروزآبادي ص ٢٤٧، وأنيس الفقهاء للقونوي ص ٢٢٥.

والمراد بالسفتجة: قرض يسدد في مكان آخر ليستفاد منه أمن خطر الطريق وغيره. ينظر: الهداية للمرغيناني ٣/١٠٠، وتبيين الحقائق للزليعي ٤/١٧٥.

فالمقرض - في القرض العاري عن الشروط - تكون له منفعة بتضمين ماله، فيكون مضموناً لدى المقرض تَلَفَ المال أو لم يتلف. والمقرض ينتفع بمال المقرض مدة بقائه عنده.

جاء في المحلى^(١): «ليس في العالم سلف إلا وهو يجز منفعة، وذلك انتفاع المسلف بتضمين ماله، فيكون مضموناً تلف أو لم يتلف مع شكر المستقرض إياه، وانتفاع المقرض بمال غيره مدة ما». ومما يدل أيضاً على أن المراد بالمنفعة هنا المنفعة الإضافية: ما جاء في مجموع الفتاوى^(٢): «لأن المقرض^(٣) رأى النفع بأمن خطر الطريق في نقل دراهمه إلى ذلك البلد، وقد انتفع المقرض أيضاً بالوفاء في ذلك البلد، وأمن خطر الطريق». فقوله: «أن المقرض...» هذه منفعة إضافية للمقرض. وقوله: «وقد انتفع المقرض أيضاً بالوفاء في ذلك البلد...» هذه منفعة إضافية للمقرض زائدة على الانتفاع بمال المقرض مدة بقائه عنده. إذا تقرر هذا فإنه يمكن تصور الحالات الآتية للمنفعة إذا اشترط الوفاء في غير بلد القرض^(٤):

الحالة الأولى:

تمحض المنفعة للمقرض؛ حيث تكون غاية المقرض من اشتراط الوفاء في غير بلد القرض نفع نفسه فقط، فيدفع المال

(١) لابن حزم ٨/ ٨٧. (٢) لابن تيمية ٢٩/ ٥٣١.

(٣) في المطبوع: المقرض، والصحيح ما أثبتته، إن شاء الله تعالى.

(٤) ينظر: ربا القروض لرفيق المصري ص ٢٧.

للمقترض على وجه القرض لا الأمانة؛ ليستفيد به سقوط خطر الطريق^(١)، الذي قد يتعرض له ماله، من الهلاك، والسرقه، ونحو ذلك.

كما يتتفع المقرض أيضًا بإسقاط كراء الحمل فيما يحتاج حمله إلى مؤونة لنقله من بلد إلى آخر^(٢)، حيث يتحمل المقرض ذلك. وفي هذه الحالة: لا يجوز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض بغير خلاف أعلمه؛ لأن الإجماع قائم على تحريم الزيادة في بدل القرض للمقرض^(٣)، وهذا منه، فالمقترض في الحقيقة سيرد أكثر مما اقترضه بسبب هذا الاشتراط، فيرد بدل القرض وزيادة متمثلة في الأجرة التي سيدفعها لحمل المال من بلد القرض إلى البلد الآخر.

الحالة الثانية:

تمحض المنفعة للمقترض؛ حيث تكون غاية المقرض من

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي ٣٧/١٤، وعقد الجواهر لابن شاس ٥٦٦/٢، والمهذب للشيرازي ٣٠٤/١، والمطلع للبعلي ص ٢٦١، والمبدع لابن مفلح ٢٠٩/٤.

(٢) ينظر: الكافي لابن عبد البر ٧٢٨/٢، والكافي لابن قدامة ١٢٥/٢، والمطلع للبعلي ص ٢٦١.

(٣) جاء في الإجماع لابن المنذر ص ١٢٠-١٢١: «أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستلف هدية أو زيادة، فأسلف على ذلك، أن أخذه الزيادة ربا»، وينظر: ص من هذا البحث، وجاء في المغني لابن قدامة ٤٣٦/٦: «وإن شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر وكان لحمله مؤونة لم يجز؛ لأنه زيادة»، ولأن من أجاز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض، إنما أجاز ذلك إذا كان النفع متمحصًا للمقترض أو مشتركًا بينه وبين المقرض أو في حال الضرورة كما سيأتي، وهذه الحالة ليست منها. فدل على اتفاق العلماء على عدم الجواز.

اشتراط الوفاء في غير بلد القرض نفع المقترض فقط، حتى إن المقرض ربما أعاد مال الوفاء إلى بلد القرض، فيتحمل بذلك الكراء والضمان.

وفي هذه الحالة: يجوز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض^(١)؛ لأن

(١) نص بعض المالكية والشافعية على جواز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض إذا كانت المنفعة متمحضة للمقترض، ويفهم ذلك من كلام بعض الحنابلة، وقد يفهم -أيضاً- من كلام الحنفية وبيان ذلك فيما يلي:

أما المالكية فقد جاء في المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/ ٩٩٩-١٠٠٠: «وأما السفائح فمنعها مالك وأجازها غيره فينظر: فإن كان ذلك لنفع الآخذ فلا بأس، مثل أن يقرض رجل رجلاً دنانير ببغداد والمقترض بلده البصرة فيقول المُعطي: أنا أقرضك هذه الدراهم ههنا ببغداد وتدفعها إلي وكيلي بالبصرة أو أجيء أنا البصرة فأخذها منك حتى لا تحتاج إلى تكلف السفر بها، فهذا جائز؛ لأنه جميل ولا نفع للمعطي»، وجاء في الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٢٩: «ولا بأس أن يشترط المستسلف ما ينتفع به من القضاء في موضع آخر ونحو ذلك، قال مالك: فإن كان المقرض هو المشتري لما ينتفع به لم يجز ذلك ولا خير فيه».

وينظر: المدونة لمالك رواية سحنون عن ابن القاسم ٤/ ١٤٠، وعقد الجواهر لابن شاس ٢٥٦٦، والذخيرة للقرافي ٥/ ٢٩٠، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٨، ومختصر خليل ص ١٩٦، والتاج والإكليل للمواق ٦/ ٥٣٢-٥٣٣، وشرح الخرشي على خليل ٥/ ٢٣١، والشرح الكبير للدردير ٣/ ٢٢٦، ومنح الجليل لعليش ٥/ ٤٠٥.

وأما الشافعية فقد جاء في حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٥/ ٤٧: «قوله: كل قرض جر منفعة أي شرط فيه ما يجر إلى المقرض منفعة، وشمل ذلك شرطاً ينفع المقرض والمقترض فيبطل به العقد فيما يظهر. اهـ. نهاية، أي بخلاف ما ينفع المقترض وحده...». وينظر حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج ٥/ ٤٦.

وأما الحنابلة فقد جاء في الفروع لابن مفلح ٤/ ٢٠٦: «وكذا شرط القضاء في بلد آخر... وعنه: أكرهه إن كان لبيع وعنه: لا بأس على وجه المعروف» وينظر: الإنصاف للمرداوي ٥/ ١٣١. ويكون القرض على وجه المعروف إذا كان النفع للمقترض، جاء في الكافي لابن قدامة في مسألة اشتراط الوفاء بالأقل ٢/ ١٢٥: «ويحتمل ألا يبطل؛ لأن نفع =

هذا إرفاق مع إرفاق، ولأن منفعة القرض الأصلية والإضافية ههنا كلاهما للمقترض وهذا تأييد لمقصود عقد القرض الذي هو الإرفاق بالمقترض، وليس في ذلك ذريعة إلى حرام.

الحالة الثالثة:

أن يكون اشتراط الوفاء في غير بلد القرض لمنفعة المقترض والمقترض معاً.

وهذه الحالة محل خلاف بين العلماء.

حكم اشتراط الوفاء في غير بلد القرض:

اتفق العلماء على جواز الوفاء في غير بلد القرض إذا تم من غير اشتراط ورضي المقرض والمقترض بذلك^(١)، كما أنه لا خلاف أعلمه في عدم جواز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض إذا كانت المنفعة من هذا الاشتراط متمحصنة للمقترض، ويجوز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض إذا كانت المنفعة من هذا الاشتراط

= المقترض لا يمنع منه؛ لأن القرض إنما شرع رفقاً به.

وأما الحنفية فقد يفهم من كلامهم جواز ذلك؛ حيث إنهم يعللون لكرهية اشتراط الوفاء في غير بلد القرض بأن المقرض ينتفع بها بإسقاط خطر الطريق فتشبه قرصاً جر نفعاً، ولم يتعرضوا للمقترض.

ينظر: متن القدوري ١٦٢/٢، والمبسوط للسرخسي ٣٧/١٤، وبدائع الصنائع للكاساني ٣٩٥/٧، والهداية للمرغيناني ١٠٠/٣، وفتح القدير لابن الهمام ٢٣٢/٧، وتبيين الحقائق للزيلعي ١٧٥/٤، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٧٦/٦. وينظر: ص ١٠٩٣ من هذا البحث.

(١) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٥/٧، والكافي لابن عبد البر ٧٢٧/٢، والمهذب للشيرازي ٣٠٤/١، والمغني لابن قدامة ٤٣٨/٦.

متمحضة للمقترض، واختلف العلماء في حكم اشتراط الوفاء في غير بلد القرض إذا كانت المنفعة من هذا الاشتراط للمقترض والمقترض معاً على أقوال^(١)، وذلك على النحو الآتي:

القول الأول:

يكره اشتراط الوفاء في غير بلد القرض، وهذا مذهب الحنفية.^(٢)

القول الثاني:

يحرم اشتراط الوفاء في غير بلد القرض. وهو قول عند المالكية^(٣)، ومذهب

- (١) إن نصوص بعض العلماء جاءت مطلقة، بالتحريم أو الكراهة - كما سيأتي - وهذا لا يؤيد حصر الخلاف في المنفعة المشتركة، ولكن ما أثبتته هو الذي يظهر لي والله أعلم.
 - (٢) جاء في متن القدوري ١٦٢/٢: «ويكره السفاتج...» وينظر: المبسوط للسرخسي ٣٧/١٤، وبدائع الصنائع للكاساني ٣٩٥/٧، والهداية للمرغيناني ١٠٠/٣، وفتح القدير لابن الهمام ٢٣٢/٧، وتبيين الحقائق للزيلعي ١٧٥/٤، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٧٦/٦، وحاشية ابن عابدين ١٦٦/٥، ٣٥٠. ومراد الحنفية بالكراهة هنا الكراهة التحريمية بناءً على قواعدهم من أن المكروه كراهة التحريم حرام ثبتت حرمة بدليل ظني. ويؤيد ذلك: ما نقله ابن الهمام في فتح القدير ٢٣٢/٧ عن الفتاوى الصغرى وغيرها، قال: «وفي (الفتاوى الصغرى)، وغيرها: إن كان السفتج مشروطاً في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد، ولو لم يكن مشروطاً جاز، وصورة الشرط ما في (الواقعات): رجل أقرض رجلاً مالاً على أن يكتب له به إلى بلد كذا فإنه لا يجوز، وإن أقرضه بغير شرط وكتب جاز...». وينظر: البناية للعبيني ٦٣١/٧، وحاشية ابن عابدين ٣٥٠/٥.
 - (٣) وجاء في مرشد الحيران لمحمد قدرى باشا المادة (٩١٤) ص ٢١٥: «السفتجة بلا شرط المنفعة للمقترض جائزة، وإنما تكره تحريمًا إذا كانت المنفعة مشروطة أو متعارفة».
- (٣) ذكر الباجي في المنتقى أنه المشهور من مذهب مالك وكذا ابن شاس في عقد الجواهر، جاء في المنتقى ٩٧/٥: «فإن كان القرض في دراهم مثل الصفائح التي يدفعها رجل لآخر =

الشافعية^(١)، والمذهب عند الحنابلة^(٢)، وبه قال: ابن حزم^(٣).

القول الثالث:

يجوز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض. وهو قول عند

المالكية^(٤)، وقول مقابل للصحيح عند الحنابلة^(٥)، وهو اختيار

= على وجه السلف ليقضيه إياها ببلد آخر فالمشهور من مذهب مالك المنع...، وجاء في عقد الجواهر ٥٦٦/٢: «فإن كانت كالسفاتح التي تدفع في بلد وتقضى في غيره فينتفع المقرض بالسلامة من غرر الطريق ففيها روايتان: المشهور منهما: المنع».

وينظر: المعونة للقاضي عبد الوهاب ٩٩٩/٢، والذخيرة للقرافي ٢٩١/٥.

(١) جاء في المذهب للشيرازي ٣٠٤/١: «ولا يجوز قرض جر منفعة مثل أن يقرضه ألفاً على أن يبيعه داره أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه أو على أن يكتب له بها سفتجة يريح فيها خطر الطريق». وينظر: روضة الطالبين للنووي ٢٧٥/٣، وتحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي وحاشيتا الشرواني وابن قاسم العبادي عليه ٤٦/٥-٤٧، ونهاية المحتاج للرمل ٢٣٠/٤.

(٢) جاء في الإنصاف للمرداوي ١٣١/٥: «وأما إذا شرط أن يقضيه ببلد آخر، فجزم المصنف هنا أنه لا يجوز وهو رواية عن الإمام أحمد - رحمه الله - وهو الصحيح جزم به في الوجيز وقدمه في الرعايتين والحاويين وشرح ابن رزين والهداية والمستوعب». وينظر: الفروع لابن مفلح ٢٠٦/٤، والمبدع لابن مفلح ٢٠٩/٤، وتصحيح الفروع للمرداوي ٢٠٦/٤، والإقناع للحجاوي ١٤٨/٢، وغاية المنتهى للكرمي ٨٤/٢ وكشاف القناع للبهوتي ٣/٣١٧، وشرح منتهى الإرادات له ١٠٢/٢.

(٣) جاء في المحلى ٧٧/٨: «ولا يجوز اشتراط نوع غير النوع الذي أخذ ولا اشتراط أن يقضيه في موضع كذا».

(٤) جاء في عقد الجواهر لابن شاس ٥٦٦/٢: «فإن كانت السفاتح التي تدفع في بلد وتقضى في غيره فينتفع المقرض بالسلامة من غرر الطريق ففيها روايتان: المشهور منهما المنع. وروى القاضي أبو الفرج الجواز». وينظر: البهجة للتسولي ٢٨٨/٢.

(٥) جاء في تصحيح الفروع للمرداوي ٢٠٦/٤ - بعد أن ذكر الصحيح من المذهب -: =

ابن تيمية^(١)، وابن قيم الجوزية^(٢).

القول الرابع:

لا يجوز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض إذا كان لحمل مال
الوفاء مؤونة، ويجوز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض إذا لم
يكن لحمل مال الوفاء مؤونة.

وهو قول عند المالكية^(٣)،

= «والرواية الثانية يجوز هذا الشرط وهو احتمال في المقنع...». وينظر: الهداية لأبي
الخطاب ١/ ١٤٩، والكافي لابن قدامة ٢/ ١٢٥، والإنصاف للمرداوي ٥/ ١٣١.

(١) جاء في مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/ ٥٣٠-٥٣١: «إذا أقرضه دراهم ليستوفيها منه في
بلد آخر، مثل أن يكون المقرض غرضه حمل الدراهم إلى بلد آخر، والمقترض له دراهم
في ذلك البلد، وهو محتاج إلى دراهم في بلد المقرض، فيقترض منه ويكتب له (سفتجة)
أي: ورقة إلى بلد المقترض، فهذا يصح في أحد قولي العلماء، وقيل نهى عنه... والصحيح
الجواز...». ويظهر من كلامه السابق أنه يرى الجواز في مثل هذه الحالة، حيث يكون
للمقترض مال في البلد الآخر، فتقابل المنفعتان، ولا يتحمل المقترض ولا المقرض شيئاً
من خطر الطريق وأجرة النقل. وينظر: ٢٠/ ٥١٥، ٢٩/ ٤٥٦، وفي ٢٩/ ٥٣٤ نص على
ريح خطر الطريق ومؤونة الحمل وبين أن المنفعة مشتركة بين المقرض والمقترض. ونقل
عنه القول بالجواز مطلقاً كما في الاختيارات الفقهية، اختارها البعلي ص ١١٥، والإنصاف
للمرداوي ٥/ ١٣١، وتصحيح الفروع له ٤/ ٢٠٦.

(٢) جاء في إعلام الموقعين ١/ ٤٨٢: «وإن كان المقرض قد ينتفع أيضاً بالقرض كما في مسألة
السفتجة، ولهذا كرهها من كرهها، والصحيح أنها لا تكره؛ لأن المنفعة لا تخص المقرض،
بل ينتفعان بها جميعاً». وينظر: تهذيب السنن له ٥/ ١٥٢-١٥٣.

(٣) جاء في المدونة لمالك رواية سحنون عن ابن القاسم ٤/ ١٤٠-١٤١: «قلت: أرأيت إن
أقرضت رجلاً دنانير أو دراهم على أن يقضيني دنانير أو دراهم في بلد آخر أيجوز هذا أم لا؟
قال: إذا ضربت للقرض أجلاً فلا بأس أن تشترط أن يقضيه في بلد آخر إذا لم يكن للذي
يسلف في ذلك منفعة إذا كان الأجل مقدار المسير إلى البلد الذي اشترط إليه القضاء... =

وقول عند الحنابلة^(١).

= قلت فإن استقرض رجل من رجل قمحاً وضرب لذلك أجلاً على أن يقضيه بأفريقية؟ قال: هذا فاسد في قول مالك، وإن ضرب لذلك أجلاً. قلت: وما الفرق بين الدراهم والطعام في قول مالك؟ قال: لأن الطعام له حمل، والدنانير لا حمل لها، فلذلك جوزه مالك». وجاء في الكافي لابن عبد البر ٢/٧٢٨-٧٢٩: «ولا يجوز أن يقترض الرجل شيئاً له حمل ومؤونة في بلد على أن يعطيه ذلك في بلد آخر، فأما السفاتج بالدنانير والدراهم فقد كره مالك العمل بها ولم يحرمها، وأجاز ذلك طائفة من أصحابه وجماعة من أهل العلم سواهم؛ لأنه ليس لها حمل ولا مؤونة وقد روي عن مالك أيضاً أنه لا بأس بذلك والأشهر عنه كراهيته».

وينظر: التفریح لابن الجلاب ٢/١٣٩، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٨، ومختصر خليل ص ١٩٦، ويظهر من النقلين السابقين أن هذا القول بهذا التفصيل هو قول مالك. وقد استثنى بعض المالكية جواز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض إذا كان لحمل مال الوفاء مؤونة إذا عم الخوف ونحوه. جاء في مختصر خليل ص ١٩٦: «وحرّم هديته... أو عين عظم حملها كسفتجة إلا أن يعم الخوف»، وجاء في شرح الخرشي على خليل ٥/٢٣١-٢٣٢: «إلا أن يعم الخوف أي إلا أن يغلب الخوف في جميع طرق المحل الذي يذهب إليه المقرض منها بالنسبة إليه فيجوز لضرورة صيانة الأموال وبعبارة فيجوز تقديمًا لمصلحة حفظ المال على مضرة سلف جر نفعًا...».

وينظر: التاج والإكليل للمواق ٦/٥٣٢، ومنح الجليل لعليش ٥/٤٠٦.

(١) جاء في الكافي لابن قدامة ٢/١٢٥: «وإن شرط أن يوفيه في بلد آخر ويكتب فيه سفتجة إلى بلد في حمله إليه نفع لم يجز؛ لذلك، فإن لم يكن لحمله مؤونة فعنه: الجواز»، واختار هذا القول ابن قدامة كما في المغني ٦/٤٣٦-٤٣٧: «وإن شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر وكان لحمله مؤونة لم يجز... وإن لم يكن لحمله مؤونة جاز... وقد نص أحمد على أن من شرط أن يكتب له بها سفتجة لم يجز، ومعناه: اشتراط القضاء في بلد آخر، وروي عنه جوازها.... والصحيح جوازه...»، وجاء في مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه رواية الكوسج ص ٢٥٨: «قلت: السفتجة؟ قال: لا بأس بها إذا كان على وجه المعروف. قال إسحاق: كما قال». وينظر: الفروع لابن مفلح ٤/٢٠٦، والمبدع لابن مفلح ٤/٢٠٩، والإنصاف للمرداوي ٥/١٣١، وتصحيح الفروع له ٤/٢٠٦.

أدلة القول الأول والثاني:

الدليل الأول:

حديث: «كل قرض جر منفعة فهو ربا»^(١).

وجه الاستدلال:

أن الحديث يدل بعمومه على تحريم اشتراط الوفاء في غير بلد القرض؛ حيث إن اشتراط الوفاء في غير بلد القرض يجز منفعة للمقرض متمثلة في سقوط خطر الطريق؛ لأن المقرض يدفع ماله على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة^(٢).

المناقشة:

يناقش بما يأتي:

أ- أن الحديث ضعيف جداً لا تقوم به حجة.

ب- أن الحديث ليس على عمومه، فهناك قروض تجر منفعة وليست رباً؛ حيث وردت أحاديث عن النبي ﷺ تدل على استحباب الزيادة عند وفاء القرض، ومنها حديث أبي رافع رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكراً، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكراًه، فرجع إليه أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا خياراً

(١) تقدم تخريجه ص ١٠٩٩.

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي ٣٧/١٤، والهداية للمرغيناني ٣/١٠٠، والبنية للعيني ٧/٦٣١، والبهجة للتسولي ٢/٢٨٨، والمهذب للشيرازي ١/٣٠٤، وتحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٥/٤٧، والمبدع لابن مفلح ٤/٢٠٩، وكشاف القناع للبهوتي ٣/٣١٧.

رباعياً^(١). فقال: «أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنهم قضاء»^(٢).

ج- أن معنى الحديث صحيح إذا كان القرض مشروطاً فيه نفع للمقرض فقط أو ما كان في معنى المشروط، فيكون الاستدلال به على تحريم اشتراط الوفاء في غير بلد القرض خارجاً عن محل الخلاف في المسألة؛ حيث إن محل الخلاف إذا كان اشتراط الوفاء في غير بلد القرض لمنفعة المقرض والمقترض معاً. جاء في تهذيب السنن^(٣): «والمنفعة التي تجر إلى الربا في القرض هي التي تخص المقرض كسكنى دار المقترض، وركوب دوابه، واستعماله، وقبول هديته، فإنه لا مصلحة له في ذلك، بخلاف هذه المسائل فإن المنفعة مشتركة بينهما وهما متعاونان عليها فهي من جنس التعاون والمشاركة؛ حيث ينتفع المقرض بأمن خطر الطريق في نقل ماله إلى ذلك البلد، وينتفع المقترض بالوفاء في ذلك البلد وأمن خطر الطريق، أيضاً حيث يكون له مال في ذلك البلد»^(٤).

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول:

الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم الدالة على جواز اشتراط الوفاء

في غير بلد القرض، ومنها:

(١) يقال للذكر من الإبل إذا طلعت رباعيته: رباع، والأنثى رباعية بالتخفيف، وذلك إذا دخلا في السنة السابعة. النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ١٨٨/٢. وينظر: طلبه الطلبة للنسفي ص ٣٣٠.

(٢) أخرجه مسلم، (١٦٠٠). (٣) لابن قيم الجوزية ١٥٣/٥.

(٤) ينظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٥٣١/٢٩.

ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: «لا بأس أن يعطي المال بالمدينة ويأخذ بأفريقية».

وروي عن ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم: «أنهما كانا لا يريان بأساً أن يؤخذ المال بأرض الحجاز ويعطى بأرض العراق أو يؤخذ بأرض العراق ويعطى بأرض الحجاز».

المناقشة:

يناقش بما يأتي:

أ- أن هذه الآثار ضعيفة لا تقوم بها حجة.

ب- أنه على التسليم بصحة هذه الآثار، فإن الاستدلال بها في غير محل الخلاف، حيث إنها في حالة الوفاء في غير بلد القرض من غير اشتراط^(١).

الإجابة:

يجاب: بأنه وإن كان كذلك في بعض الآثار إلا أنه يفهم من بعض الألفاظ التي رويت عن ابن الزبير رضي الله عنهما أن هذه عادته،^(٢) ولا يخلو الأمر إما أن يكون الوفاء في غير بلد القرض مشروطاً أو متعارفاً عليه فيكون في حكم المشروط.

المناقشة:

يناقش: بأنه على التسليم بما ورد عن ابن الزبير رضي الله عنهما فإنه معارض

(١) ينظر: المصنف لابن أبي شيبة ٢٧٩/٦، والسنن الكبرى للبيهقي ٣٥٢/٥، وبدائع الصنائع للكاساني ٣٩٥/٧.

(٢) ينظر: المصنف لابن أبي شيبة ٢٧٩/٦.

بما روي عن الصحابة رضي الله عنهم مما يدل على المنع من اشتراط الوفاء في غير بلد القرض، ولا يؤخذ برأي بعضهم دون بعض بغير مرجح.

الإجابة:

يجاب: بأنه وإن سلم ذلك إلا أنه معارض بالأدلة الأخرى الدالة على الجواز.

الدليل الثاني:

أن اشتراط الوفاء في غير بلد القرض مصلحة للمقرض والمقترض جميعاً من غير ضرر بواحد منهما، والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها، بل بمشروعيتها، وإنما ينهى عما يضرهم، وهذه المنفعة مشتركة بينهما وهما متعاونان عليها فهي من جنس التعاون والمشاركة^(١).

المناقشة:

يناقش: بأنه يسلم هذا إذا لم يكن لحمل مال الوفاء مؤونة، ولا يسلم إذا كان لحمل مال الوفاء مؤونة؛ حيث يكون فيه زيادة للمقرض دون مقابل.

الإجابة:

يجاب: بأنه يسلم ذلك إذا كان المقترض متضرراً، ولا يسلم في بعض الصور؛ حيث يكون لحمل مال الوفاء مؤونة، ولكن لا يتحملها المقرض ولا المقترض، فيكون للمقترض والمقرض منفعة في الوفاء في غير بلد القرض؛ بحيث يريد المقرض نقل المال إلى البلد الآخر، والمقترض يريد المال في هذا البلد، ولديه أي -المقترض-

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٧/٦، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ٥٣١/٢٩، وتهذيب السنن لابن قيم الجوزية ١٥٣/٥. بتصرف: وينظر: الهداية لأبي الخطاب ١٤٩/١، والكافي لابن قدامة ١٢٥/٢.

مال في البلد الآخر، يستطيع أن يوفي به القرض، ولو لم يستجب المقرض إلى طلب المقرض بوفاء القرض في البلد الآخر لكان على المقرض أن ينقل مال الوفاء من البلد الآخر - حيث يكون ماله - إلى بلد المقرض، فيتحمل أجره النقل وخطر الطريق، ولكان على المقرض بعد ذلك أن ينقل المال ثانية إلى البلد الآخر، فيتحمل أجره النقل وخطر الطريق، وههنا يستفيد كل من المقرض والمقرض من الوفاء في البلد الآخر من توفير أجره النقل وتجنب خطر الطريق، فتقابل المنفعتان^(١).

الدليل الثالث:

أن الأصل في المعاملات الإباحة، واشتراط الوفاء في غير بلد القرض ليس بمنصوص على تحريمه، ولا في معنى المنصوص على تحريمه حتى يقاس عليه، فوجب إبقاؤه على الإباحة^(٢).

المناقشة:

يناقش: بأنه يسلم هذا إذا لم يكن لحمل مال الوفاء مؤونة، ولا يسلم إذا كان لحمل مال الوفاء مؤونة؛ حيث يكون فيه زيادة للمقرض دون مقابل، فتدخل في حكم الزيادة المشروطة في بدل القرض للمقرض المتفق على تحريمها.

الإجابة:

يجاب بما أجيب عن المناقشة الواردة على الدليل الثاني.

أدلة القول الرابع:

لا يجوز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض إذا كان لحمل مال الوفاء مؤونة؛

(١) ينظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩ / ٥٣١، وربا القروض لرفيق المصري ص ٣٥-٣٦.

(٢) المغني لابن قدامة ٦ / ٤٣٦ بتصرف.

لأنه زيادة^(١) للمقرض دون مقابل، فتدخل في حكم الزيادة المشروطة في بدل القرض للمقرض المتفق على تحريمها.

المناقشة:

يناقش بما ذكر آنفاً من أنه يسلم ذلك إذا كان المقترض متضرراً بهذا الاضطرار، ولا يسلم في بعض الصور، حيث يكون لحمل مال الوفاء مؤونة، ولكن لا يتحملها المقرض ولا المقترض.

ويستدل للحالة الثانية وهي جواز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض إذا لم يكن لحمل مال الوفاء مؤونة بأدلة القول الثالث.

الترجيح:

مما سبق يتبين صعوبة تحرير مسألة اشتراط الوفاء في غير بلد القرض؛ لأسباب منها:

- الإطلاق والإجمال في عبارات بعض العلماء في الحكم بالجواز أو المنع... وعدم تحريرها من قبلهم أو ممن نقل عنهم.
- عدم توارد بعض الأدلة على محل واحد، مما يسبب اللبس وعدم الفهم.
- عدم تحرير المراد بالمنفعة في المسألة.

وبعد البحث في المسألة، وتحريرها، وبيان المراد بالمنفعة فيها، وذكر حالاتها، وتحرير محل الخلاف في المسألة، واستقصاء الأدلة، ومناقشتها، والإجابة على ما يمكن الإجابة به عليها، اتضح كثير من القضايا وتجلت ولله الحمد والمنة.

(١) المغني لابن قدامة ٦/٦٣٦ بتصرف.

فقد تبين اتفاق العلماء على جواز الوفاء في غير بلد القرض إذا تم من غير اشتراط ورضي المقرض والمقترض بذلك، كما أن لا خلاف أعلمه في عدم جواز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض إذا كانت المنفعة من هذا الاشتراط متمحضة للمقرض، ويجوز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض إذا كانت المنفعة من هذا الاشتراط متمحضة للمقترض، ومحل الخلاف -فيما يظهر لي-: أن يكون اشتراط الوفاء في غير بلد القرض لمنفعة المقرض والمقترض معاً، حيث تكون المنفعة الإضافية مشتركة بينهما.

وبعد تتبع الأقوال في المسألة وجدت أن هناك ثلاثة اتجاهات فقهية، وهي:
القول بالمنع مطلقاً، والجواز مطلقاً، والتفصيل بين ما لحمله مؤونة، وما ليس لحمله مؤونة.

أما القول بالمنع مطلقاً فإنه بعد عرض أدلته تبين لي أنه خلاف الراجح، وذلك؛ لأن بعض أدلته ضعيفة لا تقوم بها حجة، ووجه الاستدلال منها كذلك لا يستقيم؛ ثم إن منفعة المقرض من سقوط خطر الطريق جاءت تبعاً لمنفعة المقترض، إضافة إلى أن القرض مضمون على المقترض ولو لم يشترط المقرض الوفاء في غير بلد القرض. وإذا كان الطريق آمناً كان احتمال الهلاك في السفر مقارباً لاحتماله في الحضر.

وبعض أدلة القول بالمنع خارجة عن محل الخلاف وهي معارضة بأدلة من قال بالجواز.

وأما القول بالجواز مطلقاً، والقول بالتفصيل بين ما لحمله مؤونة وما ليس لحمله مؤونة، فإنهما يتفقان -فيما يظهر لي- على عدم الجواز في حالة ما إذا كان لحمل مال الوفاء مؤونة يتحملها المقترض بحيث يكون متضرراً بذلك؛ لأنها حيثئذ زيادة مشروطة في القرض دون مقابل فتدخل في الزيادة المشروطة المتفق

على تحريمها، وتكون هذه الحالة خارجة عن محل الخلاف على حسب التحرير السابق.

ويتفقان أيضًا على الجواز في حالة ما إذا لم يكن لحمل مال الوفاء مؤونة. والقول بالتفصيل على إطلاقه يخالف فيما يظهر -القول بالجواز- فيما إذا كان لحمل مال الوفاء مؤونة وكانت المنفعة مشتركة بين المقرض والمقترض في الوفاء في البلد الآخر بحيث يكون للمقترض مال في البلد الآخر يستطيع أن يوفي به المقرض هناك فلا المقرض تحمل شيئًا ولا المقرض كذلك، فتقابل المنفعتان. وبعد عرض الأدلة والمناقشات يتبين القول بالجواز على التفصيل السابق، بحيث يكون على وجه الإرفاق بالمقترض، سواء انتفع المقرض أو لا. وذلك للأسباب الآتية:

- ١- قوة أدلته، ووجهاتها، وسلامتها من المناقشة القائمة.
- ٢- مناقشة أدلة الآخرين.
- ٣- اعتضاد هذا القول بالأصل في المعاملات وهو الإباحة، واشتراط الوفاء في غير بلد القرض ليس بمنصوص على تحريمه، ولا في معنى المنصوص على تحريمه حتى يقاس عليه، فوجب إبقاؤه على الإباحة.
- ٤- أن في الأخذ بهذا القول مراعاة لمقاصد الشريعة في التيسير على الناس في معاملاتهم، ورفع الحرج والضرر والمشقة عنهم، وحفظ المال^(١).

(١) جاء في ربا القروض لرفيق المصري ص ٣٥-٣٦: «(فالسفتجة) عمل اقتصادي فيه توفير للكلف والمخاطر والوقت والجهد... فتقابل بذلك المنفعتان أو المصلحتان: منفعة المقرض في الوفاء في البلد الآخر، ومنفعة المقترض في الوفاء في البلد الآخر. فإذا كان عين المنفعة لأحدهما منفعة للآخر تقابلت المنفعتان، دون أن تؤثر على أصل =

فيتبين مما سبق أن الراجح هو القول بالجواز، والله أعلم.

١ / ١ / ٣ اشتراط الأجل في القرض.

اتفق العلماء على جواز التأخير في وفاء القرض من غير شرط^(١)، واختلفوا في حكم الأجل، المشروط في القرض، وذلك حينما يتفق المقرض والمقترض عند الاقتراض على موعد لوفاء القرض، هل يلزم هذا الأجل، بحيث يلزم المقرض به فلا يطالب المقترض بالبدل قبل مضي الأجل المشروط أم لا؟ على قولين:

القول الأول:

أن القرض حال، ولا يجوز اشتراط الأجل في القرض، ولا يتأجل بالتأجيل. فللمقرض المطالبة به في أي وقت، ويلزم المقترض الوفاء عند طلب المقرض له.

= القرض الذي بقي بلا فائدة ربوية محرمة. وهذا مثل المقترض يهدي إلى المقرض شيئاً فيقابله المقرض بهدية مماثلة أو يرد إليه هديته. وبهذا يكون ما أضافته السفتجة على القرض هو معاوضة حسابية دقيقة لا ربح فيها لأحد الطرفين على الآخر، ولو كان فيها ربح للمقرض لسلمنا أنه ربا؛ لأنه عندئذ يكون جمعا بين بيع وسلف.... إن هذه السفتجة ليست جائزة فحسب، بل هي مستحبة، كي لا أقول واجبة؛ لأنها اقتصادية لما فيها من حفظ المال وعدم تضييعه...».

(١) جاء في القبس لابن العربي ٢ / ٧٩٠: «لكن الناس كلهم اتفقوا على جواز التأخير فيه من غير شرط بأجل»، وجاء في الذخيرة للقرافي ٥ / ٢٩٥: «ويجوز التأخير من غير شرط إجماعاً». إضافة إلى أن بعض الفقهاء الذين يقولون بأن القرض لا يتأجل بالتأجيل نصوا على أنه يسن الوفاء بالتأجيل. جاء في تحفة المحتاج لابن حجر ٥ / ٤٨: «ويسن الوفاء بالتأجيل ونحوه؛ لأنه وعد خير»، وجاء في الفروع لابن مفلح ٤ / ٢٠٢: «القرض حال، وينبغي أن يفى بوعده». وينظر: حاشية عميرة ٢ / ٢٦٠، والمبدع لابن مفلح ٤ / ٢٠٨. وجاء في الفتاوى السعدية للسعدي ص ٣٥٣: «مرادهم بقولهم: الحال لا يتأجل أنه إذا حل عليه دين فرضي بتأجيله بعد حلوله أنه وعد لا يجب عليه الوفاء به، بل يسن له الوفاء به، ولو شرط على نفسه ذلك لم يلزمه».

وهذا مذهب الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والمذهب عند الحنابلة^(٣).

القول الثاني:

أن اشتراط الأجل في القرض يجوز، ويتأجل القرض بالتأجيل. فليس للمقرض المطالبة بالقرض قبل الأجل، بل يلزمه الانتظار حتى يحين الوقت الذي اتفق على تسليم القرض فيه. وهذا مذهب المالكية^(٤)، ووجهه عند الحنابلة^(٥)، اختاره ابن تيمية^(٦)،

- (١) جاء في بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٦/٧: «والأجل لا يلزم في القرض سواء كان مشروطاً في العقد أو متأخراً عنه بخلاف سائر الديون» وينظر: متن القدوري ٣٦/٢، والمبسوط للسرخسي ٣٧/١٤، والهداية للمرغيناني ٦٠/٣، وفتح القدير لابن الهمام ٤٨٤/٦.
- (٢) جاء في الحاوي للماوردي ٣٥٥/٥: «فإن شرط فيه أجلاً وقال: قد أقرضتك مائة درهم إلى شهر لم يجز»، وجاء في روضة الطالبين للنووي ٢٧٦/٣: «ولا يجوز شرط الأجل فيه، ولا يلزم بحال». وينظر: المهذب للشيرازي ٣٠٣/١، والتنبيه له ص ٩٩، والوجيز للغزالي ١٥٨/١.
- (٣) جاء في الهداية لأبي الخطاب ١٤٩/١: «ولا يجوز شرط الأجل»، وجاء في الفروع لابن مفلح ٢٠٢/٤: «ويحرم تأجيله في الأصح»، وجاء في الإنصاف للمرداوي ١٣٠/٥: «قوله: «ويثبت القرض في الذمة حالاً وإن أجله». هذا المذهب نص عليه في رواية يوسف بن موسى وأخيه الحسين، وعليه الأصحاب وقطع به أكثرهم...». وينظر: الكافي لابن قدامة ١٢٢/٢، والمبدع لابن مفلح ٢٠٨/٤، والإقناع للحجاوي ١٤٨/٢، ومعونة أولي النهي للفتوح ٣١١/٤.
- (٤) جاء في التفریح لابن الجلاب ١٤٠/٢: «ومن أقرض رجلاً شيئاً إلى أجل فليس له مطالبته به قبل الأجل». ينظر المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٠٠/٢، والكافي لابن عبد البر ٧٢٧/٢، والذخيرة للقرافي ٢٩٥/٥، والشرح الصغير للدردير وبلغه السالك للصاوي عليه ١٠٦/٢، ومنح الجليل لعليش ٤٠٨/٥.
- (٥) ينظر: الفروع لابن مفلح ٢٠٢/٤، والإنصاف للمرداوي ١٣٠-١٣١.
- (٦) ينظر: الاختيارات الفقهية، اختارها البعلي ص ١١٥، والمبدع لابن مفلح ٢٠٨/٤، =

وابن قيم الجوزية^(١).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن القرض تبرع؛ بدليل أنه لا يقابل الأجل عوض، وكذا لا يملكه من لا يملك التبرع، فلو لزم فيه الأجل لم يبق تبرعاً؛ إذ لا جبر في التبرع^(٢). ولأنه لو لزم كان التبرع ملزماً على المتبرع شيئاً كالكف عن المطالبة، وهو ينافي موضوع التبرعات، قال تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾^(٣) (٤).

المناقشة:

يناقش: بأن تأجيل القرض لا ينافي موضوع التبرعات؛ إذ القرض إحسان، وتأجيله إحسان آخر، وكون المقرض ملزماً بالكف عن المطالبة حتى ينتهي الأجل، لا ينافي كونه متبرعاً؛ إذ هو الذي أزم نفسه برضاه مع علمه بأن النفع للمقترض.

الدليل الثاني:

القياس على العارية؛ وذلك: «أنَّ القرض يسلك به مسلك العارية، والأجل

= والإيناف للمرداوي ١٣٠ / ٥، والإقناع للحجاوي ١٤٨ / ٢.

(١) ينظر: إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٤٥٢ / ٣، وإغاثة اللهفان من مصايد الشيطان له ٤١٠ / ٢.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٦ / ٧ بتصرف وينظر: فتح القدير لابن الهمام ٤٨٤ / ٦، وتحفة المحتاج لابن حجر ٤١ / ٥ ونهاية المحتاج للرملبي ٢٢٤ / ٤، والكافي لابن قدامة ١٢٢ / ٢، والمغني له ٤٣٢ / ٦، والمبدع لابن مفلح ٢٠٨ / ٤.

(٣) سورة التوبة، الآية: (٩١).

(٤) فتح القدير لابن الهمام ٤٨٤ / ٦ بتصرف.

لا يلزم في العواري...»^(١)، فكذا لا يلزم الأجل في القرض.

المناقشة:

يناقش: بأن هذا القياس غير صحيح؛ لأن حكم الأصل وهو لزوم الأجل في العارية محل خلاف فلا يصح القياس عليه.^(٢)

جاء في الكافي^(٣): «ومن أعار شيئاً إلى مدة فليس له عند مالك وأصحابه أخذه من المستعير قبل مضي المدة، ومن أعار شيئاً عارية مطلقة فليس له عند مالك أخذه من المستعير حتى ينتفع به الانتفاع المعهود بمثله في العواري في تلك المدة».

الدليل الثالث:

أن التأجيل وعد من المقرض، فلا يلزم الوفاء به^(٤).

- (١) بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٦/٧، وينظر: المبسوط للسرخسي ٣٨/١٤، والهداية للمرغيناني ٦٠/٣، والكافي لابن قدامة ١٢٢/٢، والمغني له ٤٣٢/٦.
- (٢) جاء في الإيضاح لقوانين الاصطلاح ليوستف بن عبد الرحمن بن الجوزي ص ٦٢-٦٣: «شرطه عند الأكثرين: الاتفاق عليه بين الفريقين؛ لأنه إن كان ثابتاً على مذهب الخصم خاصة لا ينتظم من المستدل بناء الفرع عليه في تقرير مذهب إمامه». قوله (شرطه) أي شرط حكم الأصل في الدليل القياسي. وينظر: أصول السرخسي ٢٧١/٢، والإحكام للآمدي ٧٥/٤، وروضة الناظر لابن قدامة ٩٣٣/٣.
- (٣) لابن عبد البر ٨١٠-٨١١. وينظر: المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٢٠٩-١٢١٠، وشرح الخرخشي على خليل ١٢٦/٦.
- (٤) ينظر: حاشية عميرة على شرح المحلي ٢٦٠/٢، والكافي لابن قدامة ١٢٢/٢، والمغني له ٤٣٢/٦، والمبدع لابن مفلح ٢٠٨/٤، والإقناع للحجاوي ١٤٨/٢ وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٠٢/٢.

المناقشة:

نوقش: بعدم التسليم، بأن الوفاء بالوعد غير واجب؛ إذ هو محل خلاف بين العلماء.

قال السبكي^(١): «وما قاله الأصحاب من عدم صحة التأجيل ظاهر لكن قولهم: الوعد لا يجب الوفاء به مشكل لمخالفته ظاهر الآيات والسنة، ولأن خلفه كذب وهو من خصال المنافقين، وكذا الخلف».

وجاء في الفروق^(٢): «قال الله -عز وجل-: ﴿يَتَّيِبُهَا لِلَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿٤﴾ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿٣﴾﴾، والوعد إذا أخلف قول لم يفعل فيلزم أن يكون كذباً محرماً وأن يحرم إخلاف الوعد مطلقاً، وقال -عليه السلام-: «من علامة المنافق ثلاث: إذا اتّمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف»^(٤) فذكره في سياق الذم دليل على التحريم...». وهذا مما يؤدي لزوم التأجيل.

الدليل الرابع:

أن من حكم القرض أن يملك كل واحد من المقرض والمقترض به مثل ملك صاحبه، فلمّا كان المقترض قد ملك القرض معجلاً وجب أن يكون المقرض قد ملك بدله معجلاً^(٥).

(١) حاشية عميرة على شرح المحلي ٢/ ٢٦٠.

(٢) للقرافي ٤/ ٢٠. (٣) سورة الصف، الآيتان: (٢، ٣).

(٤) أخرجه البخاري عن أبي هريرة -رضي الله عنه- بلفظ: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف، وإذا اتّمن خان» في باب علامة المنافق، من كتاب الإيمان، الحديث رقم (٣٣)، صحيح البخاري ١/ ٣٥، ومسلم في باب بيان خصال المنافق، من كتاب الإيمان، الحديث رقم (٥٩)، صحيح مسلم ١/ ٧٨.

(٥) الحاوي للماوردي ٥/ ٣٥٦، بتصرف يسير.

المناقشة:

يناقش من وجهين:

- أ- عدم التسليم بأنه يجب أن يكون المقرض قد ملك بدل القرض معجلاً، بل لا يلزم المقرض رده إلا إذا انتفع به عادة أمثاله^(١).
- ب- أنه قد يسلم ذلك عند عدم اشتراط الأجل في العقد، أما بعد الاشتراط فلا يسلم؛ حيث إن المقرض قد ألزم نفسه بذلك فيجب عليه أن يلتزمه.

الدليل الخامس:

أن القرض سبب يوجب رد البدل فأوجبه حالاً كالإتلاف^(٢).

المناقشة:

يناقش بأمور:

- أ- أن القياس على الإتلاف غير صحيح؛ إذ القرض تبرع، والإتلاف جنائية.
- ب- أنه ليس كل سبب يوجب رد البدل يوجبه حالاً، كالعارية^(٣).
- ج- أن بعض أنواع الإتلاف لا توجب رد البدل معجلاً، بل يكون مؤجلاً، كما في دية الخطأ^(٤)، فينقلب الدليل حينئذ.

(١) وهذا بناء على قول المالكية بعدم لزوم رد المقرض لبذل القرض إلا إذا انتفع به عادة أمثاله. ينظر: الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ٢٢٦/٣، والشرح الصغير للدردير وبلغه السالك للصاوي عليه ١٠٦/٢.

(٢) المغني لابن قدامة ٤٣١/٦، وشرح منتهى الإرادات ١٠٢/٢، بتصرف.

(٣) بناء على قول المالكية في العارية كما سبق ص ١٨٤-١٨٥.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٥٦/٧، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ١٣٢٦/٣، والتنبيه للشيرازي ص ٢٨٨، والهداية لأبي الخطاب ٩٦/٢.

د- أنه قد يسلم ذلك عند عدم اشتراط الأجل في العقد، أما بعد الاشتراط فلا يسلم؛ حيث إن المقرض قد ألزم نفسه بذلك فيجب عليه أن يلتزمه.

الدليل السادس:

أن المقرض عقد يمتنع فيه التفاضل فامتنع فيه الأجل كالصرف^(١).

المناقشة:

يناقش من وجهين:

أ- أنه لا يسلم بأن المقرض يمتنع فيه التفاضل مطلقاً؛ حيث إن التفاضل من غير اشتراط جائز، واشتراط الوفاء بالأقل جائز عند بعض العلماء كما سبق.

ب- أن القياس على الصرف غير صحيح؛ لأنه قياس مع وجود الفارق، وذلك أن المقرض عقد تبرع وإرفاق وأما الصرف فعقد معاوضة.

جاء في تهذيب الفروق^(٢): «لأن الله عز وجل شرع السلف قربة للمعروف والإحسان حتى صار أصلاً قائماً بنفسه غير البيع، بحيث إن دفع دينار لأخذ عوضه ديناراً لأجل، إن كان على وجه القرض كان من شأنه عادة وعرفاً المسامحة والمكارمة فلا يكون ممنوعاً، وإن كان على وجه البيع كان من شأنه عادة وعرفاً المكايسة والمغابنة فيكون ممنوعاً...». وعلى هذا فلا يجب التقابض في القرض وإن كان

(١) الحاوي للماوردي ٣٥٦/٥ ومغني المحتاج للشرييني ١٢٠/٢، ونهاية المحتاج للرملبي ٢٣١/٤، والمبدع لابن مفلح ٢٠٨/٤، والروض المرعب للبهوتي ٤٠/٥، بتصرف. وينظر: الهداية للمرغيناني ٦٠/٣.

(٢) لابن حسين ٢٩١-٢٩٢.

ربوياً^(١)، بخلاف الصرف فافترقا. ولو كان يمتنع التأجيل في القرض لامتنع التأخير فيه كالصرف، بحيث يجب التقابض، وهو لا يجب في القرض كما سبق بيانه آنفاً، وما الفائدة من القرض الذي يُعطى في مجلس ويسدد في المجلس نفسه؟

الدليل السابع:

أن الأجل يقتضي جزءاً من العوض، والقرض لا يحتمل الزيادة ولا النقصان في عوضه، فلذلك لم يتأجل، بخلاف الأعواض التي تجوز الزيادة فيها، فيجوز تأجيلها^(٢).

المناقشة:

نوقش من قبل أحد الباحثين بقوله^(٣): «وهذا خطأ من جهتين:

فأولاً: القرض نعم لا يحتمل الزيادة، ولكنه يحتمل النقص.

وثانياً: البيع يقتضي الأجل فيه جزءاً من العوض، أو يجوز ذلك، وأن العوض فيه يلزم بالأجل، ولكن أجل القرض ليس سبيلاً إلى زيادة بدل الوفاء، كما كانوا يفعلون في الجاهلية، إذ كانوا يؤجلون القرض بربا، كالبيع».

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى

(١) ينظر: الفروق للقرافي ٢/٤، ونهاية المحتاج للملي ٢٢٤/٤.

(٢) إعلاء السنن للتهانوي ١٣/٥٠٨، والمهذب للشيرازي ١/٣٠٣، والمغني لابن قدامة ٤٣٢/٦ بتصرف.

(٣) الجامع في أصول الربا لرفيق المصري ص ٢٣٠.

فَأَكْتَبُوهُ ﴿١﴾.

وجه الاستدلال:

أن القرض دين، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ (٢)، وفائدة الكتابة حفظ قدر الدين، وقدر أجل تسليمه (٣)، مما يدل على أن القرض يتأجل بالتأجيل؛ «إذ لم يفصل بين القرض وسائر العقود في المداينات» (٤).

المناقشة:

نوقش: بأنه لا دلالة في الآية على أن القرض يتأجل بالتأجيل؛ حيث جاء في أحكام القرآن (٥): «وقد احتج بعضهم في جواز التأجيل في القرض بهذه الآية، إذ لم تفرق بين القرض وسائر عقود المداينات، وقد علمنا أن القرض مما شمله الاسم، وليس ذلك عندنا كما ذكر؛ لأنه لا دلالة فيها على جواز كل دين ولا على جواز التأجيل في جميعها، وإنما فيها الأمر بالإشهاد على دين قد ثبت فيه التأجيل، لاستحالة أن يكون المراد به الإشهاد على ما لم يثبت من الديون ولا من الأجال، فوجب أن يكون مراده: «إذا تدايتمت بدين قد ثبت فيه التأجيل فاكتبوه» فالمستدل به على جواز تأجيل القرض مغفل في استدلاله، ومما يدل على أن القرض لم يدخل

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).

(٢) ينظر: جامع البيان للطبري ١١٦/٣، والإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٤٥/٥، والمحلى له ٨٤/٨، وزاد المسير لابن الجوزي ٣٣٦/١، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٤٣/٣، والسييل الجرار للشوكاني ١٤٤/٣.

(٣) السيل الجرار للشوكاني ١٤٤/٣ بتصرف يسير.

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٤٣/٣.

(٥) للجصاص ٦٥٩/١.

فيه أن قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ﴾ قد اقتضى عقد المداينة، وليس القرض بعقد مداينة، إذ لا يصير دينًا بالعقد دون القبض، فوجب أن يكون القرض خارجًا عنه».

الإجابة:

يجاب بأمور:

أ- أنه لا يسلم بأنه لا دلالة في الآية على أن القرض يتأجل بالتأجيل، بل إنها تدل بعمومها على أن الدين يتأجل بالتأجيل؛ إذ فائدة كتابة الأجل معرفة وقت التسليم والالتزام به، والقرض دين فيشملة الحكم؛ إذ لم يوجد تفريق بين القرض وسائر الديون، وقصر الآية على ما ذكر تحكم؛ إذ هو تخصيص من غير دليل.

ب- أن في هذا الاعتراض إشكالًا، وبيانه: أنه ذكر أولاً: أن القرض مما شمله الاسم في قوله: «وقد احتج بعضهم في جواز التأجيل في القرض بهذه الآية؛ إذ لم تفرق بين القرض وسائر عقود المداينات، وقد علمنا أن القرض مما شمله الاسم «أي اسم الدين، ثم ذكر بعد ذلك أن القرض ليس بعقد مداينة، إضافة إلى أنه إذا تم عقد القرض إلى أجل مسمى وسلم مال القرض في المجلس صار دينًا في ذمة المقرض فيدخل في عموم الآية.

ج- أن هناك أدلة تدل بعمومها وأخرى بخصوصها على أن القرض يتأجل بالتأجيل، تؤيد دلالة الآية على أن القرض يتأجل بالتأجيل.

الدليل الثاني:

الأدلة من الكتاب والسنة، الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والشروط والعهود، والدالة على تحريم الغدر وإخلاف الوعد، تدل بعمومها على أنه إذا اتفق المقرض والمقترض على أجل معين يكون بعده وفاء القرض، فإن الوفاء بهذا الاتفاق واجب. ومن هذه الأدلة ما يأتي:

الدليل الثالث:

قول النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(١).

وجه الاستدلال:

أن الحديث يدل على وجوب الوفاء بما اتفق عليه واشترط عند العقد^(٢)، مما يدل على أن القرض يتأجل إذا اشترط الأجل فيه.

المناقشة:

نوقش بما يلي:

أ- أن حديث: «المسلمون عند شروطهم» مخصوص بحديث: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»^(٣).

(١) سبق تخريجه ٢٧٥ / ١.

(٢) ينظر: إغاثة اللفهان لابن قيم الجوزية ٤١١ / ٢، والسييل الجرار للشوكاني ١٤٤ / ٣.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٧٣ / ٣، ١٥٢، ١٩٢ (٢١٦٨، ٢٥٦٣، ٢٧٢٩)، ومسلم في صحيحه ١١٤٢ / ٢ (١٥٠٤)، ومالك في الموطأ ضمن حديث طويل ٧٨٠ / ٢ (١٧)، والشافعي في مسنده، ص ١٧٤، وأحمد في المسند ٣٢١ / ٤٢ (٢٥٥٠٤)، وإسحاق بن راهويه في مسنده ٢٣٦ / ٢ (٧٤٣)، والشافعي في السنن المأثورة، ص ٤٤٥ (٦٠٩).

حيث «أثبت أحكام الشروط إذا جاء النص بها ودلّ الكتاب عليها»،^(١) واشتراط الأجل في القرض ليس في كتاب الله فيكون باطلاً.

الإجابة:

يجاب: بأن اشتراط الأجل في القرض قد ورد في الكتاب ما يؤيده من الأدلة التي وردت بمشروعية الأجل في الدين، ووجوب الوفاء بالوعد، والنهي عن إخلافه.

ب- أن «التأجيل تبرع منه ووعد، فلا يلزم الوفاء به، كما لو أعاره شيئاً وأجله، وهذا لا يقع عليه اسم الشرط فلم يتناوله الحديث، ولو سمي فالخبر مخصوص بالعارية، فيلحق به ما اختلفنا فيه؛ لأنه مثله»^(٢).

الإجابة:

يجاب: بأن كون التأجيل تبرعاً من المقرض ووعداً لا يفيد عدم لزوم التأجيل بل يفيد لزومه؛ لأن الوفاء بالوعد واجب.

والقول بعدم جواز التأجيل في العارية غير مسلم، بل يجوز عند بعض الفقهاء، فكذلك يجوز التأجيل في القرض.

وقوله: «لا يقع عليه اسم الشرط فلم يتناوله الحديث» لا يسلم؛ إذ إن الاتفاق على التأجيل شرط، فيكون داخلاً في الحديث.

وقوله: «ولو سمي فالخبر مخصوص بالعارية، فيلحق به ما اختلفنا فيه؛ لأنه مثله»: لا يسلم؛ إذ إنه - كما تقدم - إذا اشترط الأجل في العارية

(١) الحاوي للماوردي ٣٥٦/٥.

(٢) إعلاء السنن للتهانوي ٥٠٨/١٣ وكذا المغني لابن قدامة ٤٣٢/٦ مع اختلاف يسير.

فإنه يلزم. وبذلك يتبين فساد قياس القرض عليه في عدم لزوم الأجل
فينقلب الدليل حينئذ، إضافة إلى أن حكم الأصل وهو عدم لزوم الأجل
في العارية محل خلاف كما سبق.

الدليل الرابع:

عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ: «أنه ذكر رجلاً من بني
إسرائيل سأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه ألف دينار فقال: اتني بالشهداء أشهدهم
فقال: كفى بالله شهيداً. قال: فأتني بالكفيل. قال: كفى بالله كفيلاً. قال: صدقت،
فدفعها إليه إلى أجل مسمى...»^(١).

وجه الاستدلال:

أن ذكر هذا في سياق المدح يدل على مشروعيته، وهذا الحديث من شرع من
قبلنا ولم يرد في شرعنا ما يخالفه، بل ورد ما يوافقه، فيكون حجة ودليلاً على جواز
تأجيل القرض ووجوب الوفاء به^(٢).

الدليل الخامس:

قول النبي ﷺ: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه»^(٣).

(١) أخرجه البخاري في باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها، من كتاب الكفالة،
الحديث رقم (٢٢٩١)، صحيح البخاري ٢/٦٧٧-٦٧٨، وفي باب إذا أقرضه إلى أجل
مسمى، أو أجله في البيع، من كتاب الاستقراض، الحديث رقم (٢٤٠٤)، صحيح البخاري
٢/٧١٧.

(٢) ينظر: القبس لابن العربي ٢/٧٩٠، والذخيرة للقرافي ٥/٢٩٦، وفتح الباري لابن حجر
٤/٥٥١.

(٣) أخرجه البخاري عن ابن عباس -رضي الله عنهما- في باب هبة الرجل لامرأته والمرأة
لزوجها، من كتاب الهبة، الحديث رقم (٢٥٨٩)، صحيح البخاري ٢/٧٨٢، ومسلم في =

وجه الاستدلال:

أنه ﷺ ذم العائد في هبته على الإطلاق، والمقرض في حالة اشتراط الأجل يكون واهباً الأجل للمقرض، فلا يجوز له الرجوع عنه مما يدل على أن القرض يتأجل بالتأجيل^(١).

الدليل السادس:

«أن الأجل قد صار حقاً للمقرض فأشبهه الأجل في السلم»^(٢).

الدليل السابع:

أن «المستقرض قبض المال على التأجيل، فلا يجب عليه قضاؤه إلا عند انقضاء الأجل وتمامه»^(٣).

الترجيح:

بعد عرض خلاف العلماء في المسألة والنظر في أدلة كل قول، وما ورد من مناقشات والإجابة على ما أمكن منها: يتبين رجحان القول الثاني وهو جواز اشتراط الأجل في القرض، ويتأجل بالتأجيل، وليس للمقرض المطالبة بالقرض قبل الأجل، بل يلزمه الانتظار حتى يحين الوقت الذي اتفق على تسليم القرض فيه، وذلك لما يأتي:

١ - ظهور أدلته الثقلية والعقلية، وسلامتها من المناقشة القائمة.

= باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل، من كتاب

الهبات، الحديث رقم (١٦٢٢) صحيح مسلم ٣/١٢٤١.

(١) ينظر: المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٠٠١، وفتح الباري لابن حجر ٥/٢٥٦.

(٢) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٠٠١.

(٣) السيل الجرار للشوكاني ٣/١٤٤.

- ٢- مناقشة أدلة القول الأول، وكلها أدلة عقلية.
- ٣- أن الأصل في مشروعية القرض تحصيل المنفعة للمقترض، وفي الأخذ بهذا القول تحصيل لهذه المنفعة التي شرع القرض من أجلها.
- ٤- أن إلزام المقترض بدفع مال القرض قبل الأجل المتفق عليه قد يلحق به ضرراً؛ حيث إنه لم يقترض إلا بسبب ما اشترطه في العقد من التأجيل، ومطالبته بالتسديد فوراً قبل حلول الأجل «ستلجئه إما: إلى أن يستدين أو إلى أن يبيع من ممتلكاته ما لا يريد بيعه، وقد يكون اشترى بمال القرض سلعة فيضطر إلى بيعها بأقل من ثمنها، وربما يكون ذلك سبباً في إفلاسه، والقرض إنما شرع للإرفاق بالمقترض لا للإضرار به»^(١).
- ١ / ١ / ٤ اشتراط عقد آخر في القرض.

١ / ١ / ٤ / ١ اشتراط عقد معاوضة في القرض.

١ / ١ / ٤ / ١ / ١ اشتراط عقد البيع في القرض:

اتفق العلماء -في الجملة- على أنه لا يجوز اشتراط عقد البيع في عقد القرض^(٢)، وذلك مثل أن يقرض الشخص آخر ألفاً على

(١) حكم الأجل في القرض للجبرين ضمن مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ١٨٨/١٤.

(٢) جاء في الفروق للقرافي ٣/٢٢٦: «.. ويأجماع الأمة على جواز البيع والسلف مفترقين وتحريمهما مجتمعين لذريعة الربا»، وجاء في مواهب الجليل للحطاب ٦/٢٧١: «واعلم أنه لا خلاف في المنع من صريح بيع وسلف»، وجاء في المغني لابن قدامة في مسألة اشتراط القرض في عقد البيع ٦/٣٣٤ «ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه أو شرط المشتري ذلك عليه فهو محرم... ولا أعلم فيه خلافاً». وتنظر نصوص العلماء على عدم جواز اشتراط عقد البيع في عقد القرض فيما يلي:

أن يبيعه داره.

ويدل على عدم جواز اشتراط عقد البيع في عقد القرض ما يأتي:

الدليل الأول:

قول النبي ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تَضْمَنَ، ولا يبيع ما ليس عندك»^(١).

وجه الاستدلال:

أن السلف في قوله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع»، بمعنى القرض^(٢).
والحديث يدل على عدم جواز الجمع بين القرض والبيع في عقد واحد، وهو يشمل بعمومه عدم جواز اشتراط عقد البيع

= حاشية ابن عابدين ٥/ ١٦٧، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٨، وكفاية الطالب الرباني لأبي الحسن وحاشية العدوي عليه ٢/ ٢١٢، والمهذب للشيرازي ١/ ٣٠٤، والتنبيه له ص ٩٩، وحاشية عميرة ٢/ ٢٦٠، والكافي لابن قدامة ٢/ ١٢٤، والمغني له ٦/ ٤٣٧، وكشاف القناع للبهوتي ٣/ ٣١٧.

(١) أخرجه أبو داود واللفظ له عن عبد الله بن عمرو بن العاص -رضي الله عنهما- في باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، من كتاب البيوع، الحديث رقم (٣٥٠٤)، سنن أبي داود ٣/ ٢٨٣، والترمذي في باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، من كتاب البيوع، الحديث رقم (١٢٣٤)، سنن الترمذي ٣/ ٥٢٦-٥٢٧، والنسائي في باب: شرطان في بيع، من كتاب البيوع، الحديث رقم (٤٦٤٤)، سنن النسائي ٧/ ٣٤٠، وأحمد في مسند المكثرين من الصحابة، الحديث رقم (٦٦٣٣)، مسند أحمد ٢/ ٣٧٣، من طرق، كلهم عن أيوب حدثني عمرو بن شعيب حدثني أبي عن أبيه حتى ذكر عبد الله بن عمرو به. والحديث حسن، ويرتقي بمجموع طرقه إلى درجة الصحيح لغيره.

(٢) ينظر: معالم السنن للخطابي ٣/ ١٢٠، وطلبة الطلبة للنسفي ص ٢٤٩، وفتح القدير لابن الهمام ٦/ ٤٠٩، والحاوي للماوردي ٥/ ٣٥١، والمهذب للشيرازي ١/ ٣٠٤.

في عقد القرض^(١)، وعدم جواز اشتراط عقد القرض في عقد البيع^(٢).

الدليل الثاني:

أن اشتراط عقد البيع في عقد القرض ذريعة إلى الزيادة في القرض؛ لأنه ربما يحاييه في الثمن من أجل القرض فيكون القرض جازاً لمنفعة مشروطة فيكون رباً. وهذه من الذرائع

(١) جاء في حاشية عميرة ٢/ ٢٦٠: «نهى عن بيع وسلف أي يبيع بشرط قرض أو قرض بشرط بيع»، وجاء في المغني لابن قدامة ٦/ ٤٣٧: «وإن شرط في القرض أن يؤجره داره، أو يبيعه شيئاً... لم يجز؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف»، وجاء في مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه رواية الكوسج: «قلت: نهى عن سلف وبيع؟ قال: أن يكون يقرضه قرصاً ثم يبايعه عليه بيعاً يزداد عليه».

(٢) جاء في الحاوي للماوردي ٥/ ٣٥١: «وليس هذا الخبر محمولاً على ظاهره؛ لأن البيع بانفاده جائز، والقرض بانفاده جائز، واجتماعهما معاً من غير شرط جائز، وإنما المراد بالنهى بيع شرط فيه قرض» وجاء في روضة الطالبين للنووي ٣/ ٦٢: «ومنها: النهى عن بيع وسلف، وهو البيع بشرط القرض». وينظر: حاشية عميرة ٢/ ٢٦٠. ومحل النهى عن سلف وبيع عند الشرط، وأما اجتماع القرض والبيع من غير شرط فجائز. جاء في الفواكه الدواني للنفرأوي ٢/ ١٣٢: «وأما اجتماع البيع والسلف من غير شرط فلا يمتنع على المعتمد، ولو اتفهما عليه، خلافاً لما جرى عليه خليل في بيوع الأجال». وينظر: المبسوط للسرخسي ١٤٣٧، والشرح الكبير للدردير ٣/ ٦٧، والمراجع السابقة. إلا إذا أدى اجتماع البيع والقرض إلى المحاباة في الثمن من أجل القرض فإن ذلك يحرم على الصحيح. جاء في مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٣/ ٢٩٥: «كل قرض جر منفعة فهو رباً، مثل أن يبايعه أو يؤجره، ويحاييه في المبايعه والمؤاجرة لأجل قرضه. قال النبي ﷺ: (لا يحل سلف وبيع)». وينظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٦/ ١٧٧، وإعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣/ ١٨٧.

المتفق على منعها وسدّها^(١).

الدليل الثالث:

أنّ الجمع بين القرض والبيع يفضي إلى جهالة الثمن، «وذلك أنّ البائع إذا شرط لنفسه قرضاً صار بائعاً سلعته بالثمن المذكور وبمنفعة القرض المشروط فلما لم يلزم الشرط سقطت منفعته من الثمن، والمنفعة مجهولة، فإذا سقطت من الثمن أفضت إلى جهالة نافية، وجهالة الثمن مبطلّة للعقد»^(٢).

الدليل الرابع:

أنّ اشتراط عقد البيع في عقد القرض يخرج القرض عن موضوعه وهو الإرفاق، وذلك أنّ القرض ليس من عقود المعاوضة، وإنما هو من عقود البر والمكارمة، فلا يصح أن يكون له عوض، فإنّ قارن القرض عقد معاوضة كان له حصة من العوض، فخرج عن مقتضاه فبطل وبطل ما قارنه من عقود المعاوضة^(٣).

ثم إنّ كون المقرض يشترط عليه أن يبيعه شيئاً هو دون غيره، هذه منفعة سببها القرض لا يقابلها عوض سوى القرض والقرض - كما سبق - عقد تبرع وإرفاق فهذا الاشتراط يخرج عن موضوعه.

(١) ينظر: الفروق للقرافي ٢٦٦/٣، وتهذيب الفروق لابن حسين ٢٧٤/٣.

(٢) الحاوي للماوردي ٣٥١/٥. وينظر: الوجيز للغزالي ١٥٩/١، وتحفة المحتاج لابن حجر ٢٩٥/٥.

(٣) المتقى للباقي ٢٩/٥ بتصرف.

الدليل الخامس:

أن القرض «غير لازم للمقرض، والبيع وما أشبهه من العقود اللازمة - كالإجارة والنكاح - لا يجوز أن يقارنها عقد غير لازم لتنافي حكميهما»^(١).

الدليل السادس:

ومما استدل به أيضاً ما جاء في المغني^(٢): «ولأنه شرط عقداً في عقد، فلم يجز، كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره».

١ / ١ / ٤ / ١ / ٢ اشتراط عقد معاوضة غير البيع في القرض:

إذا اشترط عقد معاوضة كالإجارة ونحوها في عقد القرض فإنها تأخذ نفس حكم البيع في عدم الجواز؛ لأنها في معنى البيع^(٣). ويستدل على ذلك بالأدلة السابقة الدالة على عدم جواز اشتراط عقد البيع في عقد القرض.

مما سبق يتبين أن مجرد اشتراط عقد البيع ونحوه من عقود

(١) المتقى للباقي ٢٩ / ٥.

(٢) لابن قدامة ٤٣٧ / ٦.

(٣) جاء في مواهب الجليل ١٤٦ / ٦: «كل عقد معاوضة لا يجوز أن يقارنه السلف»، وجاء في الحاوي للماوردي ٣٥٢ / ٥: «وعلى هذا المعنى لا يجوز شراء وقرض... وكذا لا تجوز الإجارة بشرط القرض»، وجاء في الكافي لابن قدامة ١٢٤ / ٢: «ولا يجوز أن يشترط في القرض شرطاً يجر به نفعاً، مثل أن يشترط ردّ أجود منه أو أكثر، وأن يبيعه، وأن يشتري منه، أو يؤجره، أو يستأجر منه، أو يهدي له، أو يعمل له عملاً ونحوه؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف». وينظر: القبس لابن العربي ٨٤٣ / ٢، وكفاية الطالب لأبي الحسن وحاشية العدوي عليه ٢ / ٢١٢، والهداية لأبي الخطاب ١ / ١٤٩، والمغني له ٤٣٧ / ٦.

المعاوضات في عقد القرض محرم لورود النص به بسبب كونه ذريعة إلى القرض الربوي، مع أن المنفعة احتمالية ومتوقعة، وذلك أنه ربما يزداد في الثمن وربما لا يزداد ولكنّ الغالب أن يزداد، وهذا مما يكثر القصد إليه عند من يتعاقد بهذه الصفة^(١).

أما لو اتفق المقرض مع المقترض على أن يؤجره داره مثلاً بأقل من أجرتها، أو على أن يستأجر المقترض دار المقرض بأكثر من أجرتها كان أبلغ في التحريم^(٢)، حيث إن هذه زيادة مشروطة في القرض لا يقابلها عوض سوى القرض. وكذا لو أقرضه على أن يسكنه داره، أو أن يعطيه سلعة دون مقابل، فهي زيادة مشروطة في القرض محرمة.

ومما له علاقة بهذه المسألة ما لو اشترط المقرض على المقترض أن يزكي القرض الذي عنده، فإن هذا لا يجوز؛ لأن حقيقة الأمر في هذه الحالة أن المقرض يشترط على المقترض زيادة على قرضه متمثلة في مبلغ الزكاة الواجب عليه، وهذه الزيادة لا يقابلها عوض سوى القرض، فتكون محرمة^(٣).

(١) جاء في شرح الخرشي على خليل ٥ / ٩٤: «المنع في سلف جر نفعا صريح، وفي غيره ضمنى، وبأن الشيء قد يكون مقصوداً لذاته أي وهو سلف بمنفعة، وقد يكون وسيلة، كالبيع والسلف، فبينوا أن كلاً منهما يقتضي المنع اتفاقاً». وينظر: مواهب الجليل للحطاب ٦ / ٢٧٢، ومنح الجليل لعليش ٥ / ٧٧.

(٢) ينظر: المغني لابن قدامة ٦ / ٤٣٧.

(٣) ينظر: زكاة الدين لصالح الهليل ص ٤٩.

١ / ١ / ٤ / ٢ اشتراط عقد تبرع في القرض.

إذا اشترط المقرض على المقرض هدية - مثلاً - فهذا محرم^(١)؛ لأن حقيقة هذا العقد أنه قرض بزيادة مشروطة للمقرض وهي الهدية فيكون رباً محرماً، ويخرج العقد عن كونه عقد إرفاق إلى عقد ربوي^(٢).

ومثل ذلك ما إذا اشترط المقرض على المقرض أن يعيره عيناً، أو أن يوصي له شيئاً، أو أن يجعل له وقفاً، ونحو ذلك.

١ / ١ / ٤ / ٣ اشتراط عقد قرض آخر من المقرض للمقرض في مقابل القرض الأول.

وتسمى هذه المسألة عند فقهاء المالكية بـ «أسلفني وأسلفك»^(٣). وصورتها أن يقول المقرض للمقرض: أقرضك كذا بشرط أن تقرضني بعد ذلك غيره. أو أن يقول المقرض للمقرض: أقرضني كذا وأقرضك بعد ذلك غيره.

فهي عبارة عن قروض متبادلة بين المقرض والمقرض.

(١) ينظر: الكافي لابن قدامة ٢ / ١٢٤.

(٢) ينظر: المغني لابن قدامة ٦ / ٤٣٧.

(٣) جاء في مواهب الجليل للحطاب ٦ / ٢٧٣: «أسلفني وأسلفك بفتح همزة الأول؛ لأنه أمر من باب الأفعال، وضم همزة الثاني؛ لأنه مضارع منه وهو منصوب بأن مضمرة بعد الواو في جواب الأمر». وينظر: شرح الخرشي ٥ / ٩٤، والشرح الكبير للدردير ٣ / ٧٧.

وقد نص المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، على عدم جواز هذا الاشتراط، وعلى المنع منه، ولم أجد للحنفية نصاً في هذه المسألة، ويتخرج على قواعدهم القول بالمنع أيضاً^(٤). ويدل على عدم جواز اشتراط عقد قرض آخر في القرض من المقترض للمقرض في مقابل القرض الأول ما يأتي:

الدليل الأول:

أن هذا الاشتراط يجر منفعة للمقرض^(٥)، وقد أجمع العلماء على أن كل قرض يجر منفعة مشروطة للمقرض فهو حرام^(٦).

- (١) جاء في مواهب الجليل للحطاب ٦/٢٧٣: «ومن الممنوع الذي يبعد القصد إليه جداً أسلفني وأسلفك» وينظر: مختصر خليل ص ١٧٧، ومنح الجليل لعليش ٥/٧٩. وحكى المالكية عدم الخلاف في هذا الحكم. جاء في مواهب الجليل للحطاب ٦/٢٧٣: «ولا خلاف في المنع من أن يسلف الإنسان شخصاً ليسلفه بعد ذلك» وينظر: منح الجليل لعليش ٥/٧٩.
- (٢) جاء في حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٥/٤٧ في معرض كلامه على المسألة السابقة: «أن يقرض المقرض المقترض شيئاً... وليس المعنى أن يقرض المقرض المقترض؛ لأنه حينئذ يجر نفعاً للمقرض فلا يصح فتأمل».
- (٣) جاء في المغني لابن قدامة ٦/٤٣٧: «وإن شرط في القرض... أن يقرضه المقترض مرة أخرى لم يجز»، وينظر: الإقناع للحجاوي ٢/١٤٨.
- (٤) جاء في بدائع الصنائع للكاساني ٧/٣٩٥ في معرض كلامه على شروط القرض: «وأما الذي يرجع إلى نفس القرض فهو ألا يكون فيه جر منفعة، فإن كان لم يجر نحو ما إذا أقرضه... وشرط شرطاً له فيه منفعة». وفي هذا الاشتراط منفعة للمقرض إضافية، متمثلة في القرض الآخر. وينظر: حاشية ابن عابدين ٥/١٦٦.
- (٥) ينظر: حاشية الشرواني ٥/٤٧.
- (٦) جاء في الإنصاف للمرداوي ٥/١٣١: «أما شرط ما يجر نفعاً أو أن يقضيه خيراً منه: =

والمنفعة في هذا الاشتراط أن المقرض يتنفع بالقرض الثاني من المقرض، ولا يقابل هذه المنفعة شيء سوى القرض الذي أعطاه إياه.

الدليل الثاني:

أنه شرط عقد في عقد فلم يجز، كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره^(١).

وأختم هذه المسألة بفتوى لسماحة الشيخ عبد العزيز بن باز -رحمه الله- وهذا نص السؤال والجواب^(٢): «سؤال: ما حكم الإقراض لشخص على أن يرد لك المبلغ خلال مدة معينة ومن ثم يقرضك مثل هذا المبلغ لنفس المدة الأولى، وهل يدخل هذا تحت حديث: «كل قرض جر نفعاً فهو ربا»، علماً بأنني لم أطلب زيادة؟

الجواب: هذا قرض لا يجوز؛ لكونه قرضاً قد شرط فيه نفع، وهو القرض الآخر، وقد أجمع العلماء على أن كل قرض شرطت فيه منفعة فهو ربا، وقد أفتى جماعة من أصحاب النبي ﷺ بما يدل على ذلك، أما الحديث المذكور وهو «كل قرض جر منفعة فهو ربا»، فهو ضعيف. ولكن العمدة على فتوى الصحابة في ذلك، وعلى إجماع أهل العلم على منعه. والله ولي التوفيق».

= فلا خلاف في أنه لا يجوز».

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٧/٦. هذا واشتراط عقد في عقد كالبيع بشرط البيع، ونحو ذلك مختلف فيه. فلا يستقيم هذا القياس؛ حيث إن حكم الأصل مختلف فيه.

(٢) كتاب الدعوة. الفتاوى ١/١٥٢.

٥ / ١ / ١ اشتراط الجعل على الاقتراض بالجاء.

صورة هذه المسألة: أن يقترض شخص مالا لا لنفسه وإنما لغيره، بشرط أخذ جعل^(١)، ثمنا لجأه^(٢)، أو أن يقول من يريد الاقتراض يا فلان: اقترض لي مائة ولك عليّ عشرة^(٣).

ويلاحظ أن المنفعة في هذه المسألة لطرف آخر غير المقرض، والمقترض.

وقبل بيان حكم هذه المسألة أبين حكم اقتراض الشخص لغيره بالجاء. حكم اقتراض الشخص لغيره بالجاء:

نص بعض الفقهاء على هذه المسألة، ومن ذلك ما جاء في المغني^(٤): «قال أحمد: إذا اقترض لغيره ولم يعلمه بحاله لم يعجبني. وقال: ما أحب أن يقترض بجأه لإخوانه. قال القاضي: يعني إذا كان من يقترض له غير معروف بالوفاء؛ لكونه تغريرا بمال المقرض وإضرارا به، أما إذا كان معروفا بالوفاء لم يكره؛ لكونه إعانة له، وتفريجا لكرهته».

- (١) الجُعل بالضم - وحي التثليث -: الأجر الذي يجعل للإنسان عوضا عن شيء يفعله. ينظر: طلبة الطلبة للنسفي ص ١٥٤، ٢١٠، وتهذيب الأسماء واللغات للنووي ٣/ ٥٢، وتحرير ألفاظ التنبيه له ص ٢٠٦، والمصباح المنير للفيومي ص ٤٠، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص ١٢٦٣، والتعريفات للجرجاني ص ١٠٤، وأنيس الفقهاء للقونوي ص ١٦٩.
- (٢) الجاء: المنزل والقدر. ينظر: الصحاح للجوهري ٦/ ٢٢٣١، ومجمل اللغة لابن فارس ١/ ٤٧٧، ولسان العرب لابن منظور ١٣/ ٤٨٧.
- (٣) على سبيل الاقتراض بالجاء والوساطة دون أن يكفل عنه أو أن يضمن فيختلف الحكم حيثئذ، وكذا يختلف الحال فيما لو اقترض لنفسه ثم أقرضه الذي طلب منه بزيادة مشروطة، فيدخل حيثئذ في حكم الزيادة المشروطة في القرض المحرمة.
- (٤) لابن قدامة ٦/ ٤٣٠. وينظر: كشف القناع للبهوتي ٣/ ٣١٩.

ومن ذلك يتبين أن الأصل في اقتراض الشخص لغيره بالجاء أنه جائز، بل مندوب إليه؛ لما فيه من الإعانة لأخيه المسلم، وتفريج كربته، ولعموم قول النبي ﷺ: «اشفعوا تؤجروا، ويقضي الله على لسان نبيه ﷺ ما شاء»^(١).

إلا إذا كان اقتراض الشخص لغيره بالجاء يؤدي إلى الإضرار بالمقترض، مثل ما إذا كان المقترض له معروفًا بعدم الوفاء، أو بالمماطلة، ونحو ذلك، فإن اقتراض الشخص لغيره بالجاء لا ينبغي في هذه الحالة، والله أعلم.

حكم أخذ الجعل على الاقتراض بالجاء:

اختلف العلماء في حكم أخذ الجعل المشروط على الاقتراض بالجاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

الجواز. وهو قول عند الشافعية^(٢)، والمذهب عند الحنابلة^(٣).

(١) أخرجه البخاري - واللفظ له - عن عبد الله بن قيس - رضي الله عنه - في باب: التحريض على الصدقة والشفاعة فيها، من كتاب الزكاة، الحديث رقم (١٤٣٢)، صحيح البخاري ٤٢٦/١ - ٤٢٧، ومسلم في باب استحباب الشفاعة فيما ليس بحرام، من كتاب البر والصلة، الحديث رقم (٢٦٢٧)، صحيح مسلم ٤/٢٦٦ - ٢٠٢٦.

(٢) جاء في الحاوي للماوردي ٥/٢٥٩: «وإذا قال الرجل لغيره: اقترض لي مائة درهم ولك عليّ عشرة فقد كره ذلك إسحاق وأجازه أحمد وهو عندنا يجري مجرى الجعالة ولا بأس به، فلو أن المأمور أقرضه مائة درهم من ماله لم يستحق العشرة الأجرة؛ لأنها بذلت له على قرض من غيره». وينظر: مغني المحتاج للشريبي ٢/١٢٠ - ١٢١.

(٣) جاء في مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه رواية الكوسج (قسم المعاملات للمزيد) ص ٥٢٠: «قلت: قال: وإذا قال: استقرض لي من فلان ألف درهم ولك عشرة دراهم... قال أحمد: هذا أجير، لا بأس به...»، وجاء في الكافي لابن قدامة ٢/١٢٧: «وإن قال: =

القول الثاني:

المنع. وهو قول بعض المالكية^(١)، وبعض الحنابلة^(٢).

القول الثالث:

التفصيل بين أن يكون ذو الجاه يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر حتى يقترض، فأخذ مثل أجر نفقة مثله، فذلك جائز وإلا حرم. وهذا قول بعض المالكية^(٣).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن هذا يجعل في مقابلة ما بذله من جاهه فيجوز أخذه له^(٤).

= اقترض لي مائة ولك عشرة صح؛ لأنها جعالة على ما بذله من جاهه. وإن قال: تكفل عني بمائة ولك عشرة، لم يجز؛ لأنه يلزمه أداء ما كفل به فيصير له على المكفول، فيصير بمنزلة من أقرضه مائة، فيصير قرضاً جر نفعاً». وينظر: الفروع لابن مفلح ٤/٢٠٧، والمبدع لابن مفلح ٤/٢١٢، والإنصاف للمرداوي ٥/١٣٤، والإقناع للحجاوي ٢/١٤٩، وكشاف القناع للبهوتي ٣/٣١٩.

(١) جاء في حاشية الدسوقي ٣/٢٢٤: «... وسئل أبو عبد الله القوري عن ثمن الجاه فأجاب بما نصه: «اختلف علماؤنا في حكم ثمن الجاه فمن قائل بالتحريم بإطلاق ومن قائل بالكرهية بإطلاق، ومن مفصل فيه...». وينظر: بلغة السالك للصاوي ١٠٥:٢، والبهجة للتسولي ٢/٢٨٨، ومنح الجليل لعليش ٥/٤٠٤.

(٢) ينظر: الفروع لابن مفلح ٤/٢٠٧، والإنصاف للمرداوي ٥/١٣٤.

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي ٣/٢٢٤، وبلغة السالك للصاوي ١٠٥:٢، والبهجة للتسولي ٢/٢٨٨، ومنح الجليل لعليش ٥/٤٠٤.

(٤) الكافي لابن قدامة ٢/١٢٧، والفروع لابن مفلح ٤/٢٠٧، والإنصاف للمرداوي ٥/١٣٤ بتصرف. وينظر: الحاوي للماوردي ٥/٢٥٩، ومغني المحتاج للشربيني ٢/١٢٠.

المناقشة:

يناقش من وجهين:

أ- أن هذا استدلال بمحل الخلاف، حيث إن الخلاف قائم في حكم أخذ الجعل ثمنًا لاقتراضه بجاهه.

ب- أن هناك أدلة تدل على منع أخذ الأجر على الجاه^(١).

الدليل الثاني:

أن هذا الجعل أجرة له، فهو أجير يجوز له أخذ أجر على الاقتراض من غيره بجاهه^(٢).

المناقشة:

يناقش: بأن هذا الدليل كسابقه، فيناقش بالوجهين السابقين. ويضاف وجه ثالث وهو: أن هذا الأجر إن كان مقابل ما يبذله من سفر وتعب وأجرة نقل ونحو ذلك، فإن هذا جائز، فيأخذ أجرة مثله، وإن كان الأجر مقابل ما يبذله من جاهه فقط، فإن هذا لا يسلم جوازه.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

أن أخذ الجعل على الاقتراض بالجاه، يدخل في القرض الذي يجزى نفعًا، فيحرم^(٣).

(١) سترد في أدلة القول الثاني، بإذن الله.

(٢) مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه رواية الكوسج ص ٥٢٠ بتصرف.

(٣) السابق نفس الموضع بتصرف.

المناقشة:

يناقش: بأن هذه المنفعة المشروطة ليست للمقرض حتى تحرم، وإنما هي لطرف ثالث هو صاحب الجاه، ولا علاقة له بعقد القرض، ثم إنه لم يقترض لنفسه ليقرضه مرة ثانية بجعل مشروط، وإنما هو وسيط بين المقترض والمقرض، فلا يدخل في القرض الذي يجر نفعًا محرّمًا.

الدليل الثاني:

عن أبي أمامة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من شفع لأخيه بشفاعة، فأهدى له هدية عليها فقبلها، فقد أتى بابًا عظيمًا من أبواب الربا»^(١).

(١) أخرجه أبو داود - واللفظ له - في باب الهدية لقضاء الحاجة، من كتاب البيوع، الحديث رقم (٣٥٤١)، سنن أبي داود ٣/ ٢٩١-٢٩٢، وأحمد في باقي مسند الأنصار، الحديث رقم (٢١٧٤٨)، مسند أحمد ٦/ ٣٤٩، كلاهما من طريق عبيد الله بن أبي جعفر عن خالد بن أبي عمران عن القاسم عن أبي أمامة به وهذا إسناد متصل لا بأس به. عبيد الله بن أبي جعفر المصري قال عنه أبو حاتم والنسائي وغيرهما: ثقة، وقال أحمد: ليس بقوي، وروى عبد الله ابن أحمد عن أبيه: ليس به بأس، وقال الذهبي: صدوق موثق، وقال ابن حجر: ثقة. ينظر: ميزان الاعتدال للذهبي ٣/ ٤، وتهذيب التهذيب لابن حجر ٦/ ٧، وتقريب التهذيب له ص ٦٣٦. وخالد بن أبي عمران التُّجيبِي قال عنه ابن سعد: كان ثقة إن شاء الله وكان لا يدلّس، وقال أبو حاتم لا بأس به، وقال العجلي: ثقة، وقال ابن حجر: قاضي إفريقية فقيه صدوق. ينظر: تهذيب التهذيب لابن حجر ٣/ ١١١، وتقريب التهذيب له ص ٢٨٩، والقاسم بن عبد الرحمن الدمشقي قال عنه العجلي: ثقة يكتب حديثه وليس بالقوي، وقال الترمذي ثقة ووثقه ابن معين، وقال أبو حاتم: حديث الثقات عنه مستقيم لا بأس به وإنما ينكر عنه الضعفاء وقال ابن حجر: صدوق يغرّب كثيرًا. ينظر: ميزان الاعتدال للذهبي ٣/ ٣٧٣، وتهذيب التهذيب لابن حجر ٨/ ٣٢٣-٣٢٤، وتقريب التهذيب له ص ٧٩٢.

وجه الدلالة:

أن الحديث يدل على عدم جواز أخذ الهدية على الشفاعة أو الجاه من غير اشتراط، مما يدل على تحريم أخذ الجعل المشروط ثمنًا للجاه من باب أولى. وهذا يدل على تحريم أخذ الجعل المشروط على الاقتراض بالجاه.

المناقشة:

قد يناقش: بأنه إذا سلم المنع من أخذ الجعل إذا كان ثمنًا للجاه فقط، فلا يسلم المنع إذا كان الجعل في مقابل ما يحتاج إليه من نفقة وسفر ونقل ونحو ذلك، وإنما يجوز له أخذ أجره المثل.

الدليل الثالث:

أن الشرع جعل الضمان والقرض والجاه لا يفعل إلا لله بغير عوض، فأخذ العوض عليه سحت^(١).

المناقشة:

يناقش بما نوقش به الدليل الثاني.

أدلة القول الثالث:

لم أجد لأصحاب هذا القول دليلاً، ويمكن أن يستدل لهم بأدلة القول الثاني فيما إذا كان الجعل ثمنًا للجاه فقط، وأما إذا كان الجعل في مقابل ما يحتاج إليه ذو الجاه من نفقة ونحو ذلك، فيقال: بأن هذا الأجر مقابل ما يبذله ذو الجاه من نفقة، وأجرة نقل، وتعيب، ونحو ذلك. وهذه النفقة تكون على الذي طلب منه الاقتراض له.

(١) ينظر: مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٢٧٣، والشرح الكبير للدردير ٣/ ٧٧.

الترجيح:

يظهر لي -والله أعلم- أن القول الثالث هو الراجح، وذلك أنه إن كان الجعل مقابل ما يحتاج إليه من نفقة فهذا جائز. وأما إن كان الجعل ثمناً للجاء والشفاعة فقط فهذا محرم للحديث الوارد في تحريم ذلك.

وبالتأمل يتبين أن التحريم لا علاقة له بعقد القرض، وإنما حرم لمعنى خارج عن عقد القرض، وهو أخذ الجعل على الشفاعة والجاء.

٢ / ١ أحكام المنافع غير المشروطة في القرض.

١ / ٢ / ١ المنافع المادية غير المشروطة في القرض.

١ / ٢ / ١ / ١ المنافع المادية غير المشروطة عند الوفاء:

إذا تطوع المقرض عند الوفاء بزيادة على ما اقترضه في القدر أو في الصفة من غير شرط، فهذه منفعة في القرض زائدة، وهي في جانب المقرض، وقد اختلف العلماء في حكمها على أقوال، وقبل بيان الأقوال أذكر تحرير محل الخلاف فيها.

اتفق العلماء على تحريم الزيادة المشروطة في بدل القرض للمقرض^(١).

(١) هذا ويدخل في حكم الزيادة المشروطة للمقرض: الزيادة للمقرض التي تكون عن مواطأة بين المقرض والمقرض، فتكون محرمة. ينظر: الهداية لأبي الخطاب ١ / ١٤٩، والكافي لابن قدامة ٢ / ١٢٥، والفروع لابن مفلح ٤ / ٢٠٤. والمواطأة: الموافقة. ينظر: الصحاح للجوهري ١ / ٨١، ومجمل اللغة لابن فارس ٤ / ٥٣٥.

وعبارة المالكية: الوأي. ينظر: متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني ص ١٢٠، والمتقى للباجي ٥ / ٩٦. جاء في الفائق في غريب الحديث للزمخشري ٤ / ٣٧: «الوأي: الوعد =

واختلفوا في الزيادة في القدر أو في الصفة عند الوفاء من غير شرط، مع الاختلاف في التقييد بعدم العادة أو لا. وعلى هذا فهناك حالتان للمسألة:

الحالة الأولى:

إذا لم يكن هناك عادة للمقترض بأن يرد زيادة على ما اقترضه.

الحالة الثانية:

إذا كان هناك عادة للمقترض بأن يرد زيادة على ما اقترضه.

حكم الحالة الأولى:

اختلف العلماء في حكم الزيادة عند الوفاء من غير شرط ولا عادة، في القدر أو الصفة، على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

الجواز^(١)، سواء كانت الزيادة في القدر أو في الصفة.

وهذا مذهب الحنفية^(٢)، وقول عند بعض

= الذي يوثقه الرجل على نفسه ويعزم على الوفاء به». وينظر: النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٥/ ١٤٤، ومجمل اللغة لابن فارس ٤/ ٥٠٠، والقاموس المحيط للفيروزآبادي ص ١٧٢٨.

(١) بل نص بعض أصحاب هذا القول على الاستحباب. جاء في المحلى ٨/ ٧٧: «فإن تطوع عند قضاء ما عليه بأن يعطي أكثر مما أخذ، أو أقل مما أخذ، أو أجود مما أخذ، أو أدنى مما أخذ فكل ذلك حسن مستحب... وسواء كان ذلك عادة أو لم يكن ما لم يكن عن شرط». وينظر: المبسوط للسرخسي ١٤/ ٣٥، ومغني المحتاج للشرييني ٢/ ١١٩.

(٢) جاء في المبسوط للسرخسي ١٤/ ٣٥-٣٦: «إن المنفعة إذا كانت مشروطة في الإقراض =

المالكية^(١)، ومذهب الشافعية^(٢)، والمذهب عند الحنابلة^(٣).

القول الثاني:

يجوز أن تكون الزيادة من جهة الوصف، كأن يوفيه المقترض

= فهو قرض جر منفعة، وإن لم تكن مشروطة فلا بأس به حتى لو ردَّ المستقرض أجود مما قبضه فإن كان ذلك عن شرط لم يحل؛ لأنه منفعة القرض، وإن لم يكن ذلك عن شرط فلا بأس به؛ لأنه أحسن في قضاء الدين وهو مندوب إليه، بيانه في حديث عطاء... فإذا جاز الرجحان له من غير شرط فكذاك صفة الجودة... إذا لم يكن فيه عرف ظاهر...». وينظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٥/٧، والدر المختار للحصكفي وحاشية ابن عابدين عليه ١٦٥/٥.

(١) جاء في متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني ص ١٢٠: «ومن ردَّ في القرض أكثر عددًا في مجلس القضاء فقد اختلف في ذلك إذا لم يكن فيه شرط ولا أيّ ولا عادة، فأجازه أشهب»، وجاء في المعونة للقاضي عبد الوهاب ٩٩٩/٢: «فإن تطوع المقترض من غير شرط ولا عادة بزيادة في صفة أو عدد جاز» وينظر: الكافي لابن عبد البر ٧٢٧/٢ والفواكه الدواني للنفاوي ١٣٤-١٣٥/٢. وكفاية الطالب الرباني لأبي الحسن وحاشية العدوي عليه ٢١٥/٢.

(٢) جاء في الأم للشافعي ٤٣/٣: «ومن أسلف سلفًا، فقبض أفضل من ذلك في العدد والوزن معًا فلا بأس بذلك إذا لم يكن ذلك شرطًا بينهما في عقد السلف...»، وجاء في روضة الطالبين للنووي ٢٧٦/٣: «ولو أقرضه بلا شرط، فرد أجود أو أكثر أو ببلد آخر جاز...» وينظر: الحاوي للماوردي ٣٥٧/٥، والمهذب للشيرازي ٣٠٤/١، والتنبيه له ص ٩٩، ومغني المحتاج للشرييني ١١٩/٢، ونهاية المحتاج للرملي ٢٣١/٤.

(٣) جاء في المغني لابن قدامة ٤٣٨/٦: «فإن أقرضه مطلقًا من غير شرط فقضاه خيرًا منه في القدر أو الصفة أو دونه برضاها جاز»، وجاء في الفروع لابن مفلح ٢٠٤/٤: «وإن فعله بلا شرط ولا مواطأة نص عليه أو أعطى أجود أو هدية بعد الوفاء جاز على الأصح»، وجاء في الإنصاف للمرداوي ١٣٢/٥: «وهو الصحيح من المذهب». وينظر: الهداية لأبي الخطاب ١٤٩/١، والكافي لابن قدامة ١٢٥/٢، والمبدع لابن مفلح ٢٠٩/٤.

أجود عينًا أو أرفع صفة، ولا يجوز أن تكون الزيادة من جهة المقدار، كأن يوفيه أكثر في الكيل أو الوزن أو العدد. وهذا قول جمهور المالكية^(١)، وذكر في الذخيرة^(٢) أنه المشهور.

القول الثالث:

التحريم، سواء كانت الزيادة في القدر أو في الصفة.

وهو رواية عن أحمد^(٣).

أدلة القول الأول:

استدل من قال بالجواز بأدلة منها:

الدليل الأول:

عن أبي رافع رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل

- (١) جاء في متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني ص ١٢٠: «ومن رد في القرض أكثر عددًا في مجلس القضاء فقد اختلف في ذلك إذا لم يكن فيه شرط ولا وأي ولا عادة فأجازه أشهب وكرهه ابن القاسم ولم يجزه». وجاء في الذخيرة للقرافي ٥/٢٩٦: «قال: ولا تمتنع الزيادة بعد الأجل في الصفة، وتمتنع في العدد على المشهور»، وجاء في مواهب الجليل للحطاب ٦/١٨٣: «أما الزيادة في العدد فلا تجوز ولو قل على المشهور». وينظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٧٢٧-٧٢٨، والمنتقى للباقي ٥/٩٦-٩٧، ومختصر خليل ص ١٧٣، وشرح الخرشى وحاشية العدوي عليه ٥/٥٤، والفواكه الدواني للنفاوي ٢/١٣٤-١٣٥.
- (٢) للقرافي ٥/٢٩٦ وكذا في مواهب الجليل للحطاب ٦/١٨٣ وفي حاشية العدوي ٢/٢١٥ على كفاية الطالب الرباني لأبي الحسن.
- (٣) جاء في الهداية لأبي الخطاب ١/١٤٩: «فإن أهدى له هدية بعد الوفاء أو زاد زيادة من غير مواطأة فعلى روايتين إحداهما جواز ذلك والأخرى تحريمه». وينظر: المغني لابن قدامة ٦/٤٣٨، وبلغة الساغب للفخر ابن تيمية ص ٢٠٢، والإنصاف للمرداوي ٥/١٣٢.

بكرًا، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارًا رباعيًا، فقال: «أعطه إياه إن خيار الناس أحسنهم قضاء»^(١).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: استقرض رسول الله ﷺ سنًا فأعطى سنًا فوقه وقال: «خياركم محاسنكم قضاء»^(٢).

وجه الدلالة من الحديثين:

أن فعل النبي ﷺ في قضائه القرض بالسن الخيار، وثناءه على حسن القضاء يدل على استحباب تطوع المقرض بزيادة على ما اقترضه عند الوفاء، ويدل على جواز قبول المقرض لذلك سواء كانت الزيادة في المقدار أو في الصفة؛ لأن النص أطلق ولم يقيد، جاء في عمدة القاري^(٣): «فيه ما يدل أن المقرض إذا أعطاه المستقرض أفضل مما اقترض، جنسًا أو كميلاً أو وزنًا، أن ذلك معروف، وأنه يطيب له أخذه منه؛ لأنه ﷺ أثنى فيه على من أحسن القضاء وأطلق ذلك ولم يقيده...».

المناقشة:

نوقش: بأن «الحديث المتقدم ورد في الجمل الخيار وهو أجود

(١) تقدم تخريجه ص ١١١٥.

(٢) أخرجه البخاري في باب وكالة الشاهد والغائب جائزة، من كتاب الوكالة الحديث رقم (٢٣٠٥)، صحيح البخاري ٢/٦٨٥، ومسلم - واللفظ له - في باب من استسلف شيئًا فقضى خيرًا منه، وخيركم أحسنكم قضاء، من كتاب المساقاة، الحديث رقم (١٦٠٠)، صحيح مسلم ٣/١٢٢٥.

(٣) للعيني ١٠/١٣٢.

صفة»^(١)، فيبقى على خصوصه، ولا يتعداه ليدل على جواز
الزيادة في القدر.

الإجابة:

يجاب من وجهين:

- أ- أن قول النبي ﷺ: «إن خيار الناس أحسنهم قضاء»
عام يتناول حسن القضاء في الصفة كما يتناول حسن
القضاء في القدر، وخصوص السبب في هذا الحديث
وهو القضاء بالأجود صفة لا يخصص اللفظ العام في
الحديث؛ إذ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.
- ب- أن الأدلة الأخرى -الآية- تؤيد عدم التخصيص
بالأجود صفة.

الدليل الثاني:

عن جابر بن عبد الله -رضي الله عنهما- قال^(٢): كان لي على
النبي ﷺ دين فقضاني وزادني، ودخلت عليه المسجد فقال لي:
«صل ركعتين».

(١) الذخيرة للقرافي ٢٩٦/٥.

(٢) أخرجه البخاري في باب حسن القضاء من كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر
والتفليس، الحديث رقم (٢٣٩٤)، صحيح البخاري ٧١٣/٢، ومسلم واللفظ له في
باب استحباب تحية المسجد بركعتين، وكراهة الجلوس قبل صلاتهما، وأنها مشروعة في
جميع الأوقات، من كتاب صلاة المسافرين وقصرها، الحديث رقم (٧١٥)، صحيح مسلم
٤٩٥/١.

وجه الدلالة:

أن الحديث يدل على جواز الزيادة على الدين عند الوفاء^(١)، والزيادة في هذا الحديث هي زيادة في القدر^(٢)، كما تدل عليه الروايات الأخرى للحديث، حيث جاء في رواية عن جابر رضي الله عنه قال: «لما أتى عليّ النبي ﷺ وقد أعيأ^(٣) بعيري، قال: فنخسه^(٤)»، فوثب، فكنت بعد ذلك أحبس خطامه لأسمع حديثه فما أقدر عليه، فلحقني النبي ﷺ، فقال: «بعنيه»، فبعته منه بخمس أواق. قال: قلت: على أنّ لي ظهره إلى المدينة. قال: «ولك ظهره إلى المدينة». قال: فلما قدمت المدينة أتيت به فزادني وقية ثم وهبه لي^(٥).

وفي رواية: «فلما قدمنا المدينة، قال: يا بلال اقضه وزده».

- (١) استدل بهذا الحديث من أصحاب هذا القول: الشيرازي في المهذب ١/ ٣٠٤، وينحوه في بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٣٩٥، كما استدل به ابن حزم في المحلى ٨/ ٧٧. وينظر: المبسوط للسرخسي ١٤/ ٣٥-٣٦، وكشاف القناع للبهوتي ٣/ ٣١٧.
- (٢) ينظر: شرح صحيح مسلم للنووي ١١/ ٣٧.
- (٣) أعيأ: كَلَّ وتعَب. ينظر: المصباح المنير للفيومي ص ١٦٨، مادة (عبي)، والقاموس المحيط للفيروزآبادي ص ١٦٩٧، مادة (عبي).
- (٤) أصل النخس: الدفع والحركة. النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٥/ ٣٢. ونخس الدابة غرز جنبها أو مؤخرها يعود أو نحوه حتى تنشط. لسان العرب لابن منظور ٦/ ٢٢٨. وينظر: الصحاح للجوهري ٣/ ٩٨١، ومجمل اللغة لابن فارس ٤/ ٣٨٧، مادة (نخس) في الجميع.
- (٥) أخرجه مسلم في باب بيع البعير واستثناء ركوبه، من كتاب المساقاة، الحديث رقم (٧١٥)، صحيح مسلم ٣/ ١٢٢١.

فأعطاه أربعة دنائير وزاده قيراطاً^(١). قال جابر: لا تفارقني زيادة رسول الله ﷺ، فلم يكن القيراط يفارق جراب جابر بن عبد الله^(٢).

وفي رواية: «فأمر بلالاً أن يزن لي أوقية، فوزن لي بلال فأرجح في الميزان»^(٣).

المناقشة:

قد يناقش: بأن الدين في هذا الحديث سبب ثبوته البيع لا القرض فافترقا.

الإجابة:

يجاب: بأن من عادته ﷺ الزيادة على الدين عند الوفاء، في الصفة أو في القدر، سواء كان الدين وفاء لثمن في بيع، أو وفاء في قرض - كما سبق - ولم يرد ما يفرق ويبين أن القرض يختلف عن البيع في هذه المسألة، وإلا لكان تأخيراً للبيان عن وقت الحاجة.

(١) القيراط يختلف وزنه بحسب البلاد، فبمكة: ربع سدس دينار، وبالعراق: نصف عشره. القاموس المحيط للفيروز آبادي ص ٨٨٠. وينظر: المصباح المنير للفيومي ص ١٩٠، مادة (قرط) فيهما.

(٢) أخرجه البخاري في باب: إذا وكل رجل أن يعطي شيئاً ولم يبين كم يعطي فأعطى على ما يتعارفه الناس، من كتاب الوكالة، الحديث رقم (٢٣٠٩)، صحيح البخاري ٦٨٦/٢.

(٣) أخرجه البخاري في باب شراء الدواب والحمير، وإذا اشترى دابة أو جملاً وهو عليه هل يكون ذلك قبضاً قبل أن ينزل، من كتاب البيوع، الحديث رقم (٢٠٩٧)، صحيح البخاري ٦٢٥/٢، ومسلم في باب استحباب نكاح البكر، من كتاب الرضاع، الحديث رقم (٧١٥)، صحيح مسلم ١٠٨٩/٢.

الدليل الثالث:

عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: أتى رجل رسول الله ﷺ يسأله، فاستسلف له رسول الله ﷺ شطر^(١) وسق فأعطاه إياه. فجاء الرجل يتقاضاه فأعطاه وسقاً، وقال نصف لك قضاء، ونصف لك نائل^(٢) من عندي^(٣).

وجه الدلالة:

أن الحديث نص في جواز الزيادة في بدل القرض للمقرض من غير شرط عند الوفاء في القدر، ويدل على جواز الزيادة في الصفة من باب أولى.

- (١) شطر الشيء: نصفه. ينظر: الصحاح للجوهري ٢/٦٩٧، ومجمل اللغة لابن فارس ٣/١٥٨، مادة (شطر) فيهما.
- (٢) النائل: العطاء. ينظر: الصحاح للجوهري ٥/١٨٣٧، ومجمل اللغة لابن فارس ٤/٣٦٣، والنهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٥/١٢٩، مادة (نول) في الجميع.
- (٣) أخرجه البيهقي في باب الرجل يقضيه خيراً منه بلا شرط طيبة به نفسه، من كتاب البيوع. السنن الكبرى ٥/٣٥١. من طريق أبي طاهر الفقيه ثنا أبو محمد يحيى بن منصور القاضي إملاء ثنا أبو عبد الله البوشنجي محمد بن إبراهيم ثنا أبو صالح الفراء محبوب بن موسى أنا عبد الله بن المبارك عن حمزة الزيات عن حبيب بن أبي ثابت عن أبي صالح عن أبي هريرة به. وهذا إسناد متصل تفرد به محبوب بن موسى من حديث عبد الله بن المبارك، ولم أقف على من تابعه على ذلك. ومحبوب بن موسى فيه كلام يسير، قال عنه أبو داود كما في تهذيب التهذيب لابن حجر ١٠/٥٣: «ثقة لا يلتفت إلى حكاياته إلا من كتاب». فيخشى أن يكون حدث بهذا من حفظه. وينظر: ميزان الاعتدال للذهبي ٣/٢٤٢، وتقريب التهذيب لابن حجر ص ٩٢٣. ولم يخرج أحد من أصحاب الكتب الستة، ربما لهذا السبب. وحمزة الزيات لا بأس به، وثقه ابن معين وغيره، وقال النسائي: ليس به بأس، وقال ابن حجر: صدوق زاهد ربما وهم. ينظر: ميزان الاعتدال للذهبي ١/٦٠٥، وتقريب التهذيب لابن حجر ص ٢٧١. وباقي رجال السند ثقات.

الدليل الرابع:

الأثار المروية عن الصحابة الدالة على الجواز، ومنها: ما جاء عن مجاهد أنه قال: «استسلف عبد الله بن عمر من رجل دراهم، ثم قضاه دراهم خيراً منها، فقال الرجل: يا أبا عبد الرحمن: هذه خير من دراهمي التي أسلفتك. فقال عبد الله بن عمر: قد علمت ولكن نفسي بذلك طيبة»^(١).

وجه الدلالة:

أن فعل الصحابي ابن عمر -رضي الله عنهما- في هذا الأثر يدل على جواز الزيادة عند الوفاء من غير شرط^(٢).

المناقشة:

نوقش: بأن «الظاهر أنها أفضل في الصفة على وجه المعروف»^(٣)، لا على جواز الزيادة مطلقاً.

الإجابة:

يجاب: بأنه إذا سلم أن الزيادة ههنا في الصفة، فهي تدل أيضاً

(١) أخرجه مالك في باب: ما يجوز من السلف، من كتاب البيوع، رقم (١٣٨٥)، موطأ مالك ص ٤٤١، والبيهقي في باب: الرجل يقضيه خيراً منه بلا شرط طيبة به نفسه، من كتاب البيوع، السنن الكبرى ٣٥٢/٥. كلاهما من طريق حميد بن قيس المكي عن مجاهد به. وهذا إسناد متصل رجاله ثقات. ينظر: ميزان الاعتدال للذهبي ١/٦١٥، ٣/٤٣٩، وتهذيب التهذيب لابن حجر ٣/٤٧، ١٠/٤٢، وتقريب التهذيب له ص ٢٧٥، ٩٢١.

(٢) استدلل بهذا الأثر من أصحاب القول الأول: القاضي عبد الوهاب في المعونة ٢/٩٩٩.

(٣) المتتقى للباقي ٥/٩٧.

على جواز الزيادة مطلقاً؛ وذلك لأن ابن عمر -رضي الله عنهما- علل الجواز بأن نفسه بذلك طيبة، ولو كان التقييد بالصفة هو سبب الجواز لبين أنها جائزة؛ لأنها في الصفة لا في القدر، فلما لم يكن ذلك دل على الجواز مطلقاً، إذا كان ذلك من غير شرط، على وجه المعروف.

الدليل الخامس:

أن تطوع المقرض بزيادة عند الوفاء للمقرض في القدر أو الصفة يجوز؛ «لأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض، ولا وسيلة إليه، ولا إلى استيفاء دينه فحلّت، كما لو لم يكن قرض»^(١). أي أنه لا علاقة لهذه الزيادة بالقرض حتى تحرم، فليست عوضاً عنه ولا وسيلة إلى ذلك كالمشروطة، ولا وسيلة إلى التأخير في استيفاء القرض كالمنفعة الواقعة قبل الوفاء في بعض الحالات.

دليل القول الثاني:

لا تمتنع الزيادة عند الوفاء في الصفة، وتمتنع في العدد؛ للثمة في السلف بزيادة^(٢).

المناقشة:

نوقش: بأن هذا تعليل في مقابل النص؛ لأنه خلاف فعل

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٩/٦.

(٢) الذخيرة للقرافي ٢٩٦/٥ بتصرف.

النبي ﷺ وقوله^(١).

الإجابة:

أجيب: بأن الحديث ورد في الجمل الخيار وهو أجود صفة. والفرق: أن الصفة والموصوف كالشيء الواحد بخلاف العدد^(٢).

الرد:

يرد على هذه الإجابة بما يأتي:

أ- أن قول النبي ﷺ: «إن خيار الناس أحسنهم قضاء» يتناول الزيادة في الصفة والقدر، والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

ب- أنه ورد عن النبي ﷺ القضاء بزيادة في الصفة، وفي القدر أيضاً كما سبق.

ج- قولهم: إن الصفة والموصوف كالشيء الواحد بخلاف العدد لا يسلم؛ وذلك أنه إن كانت الزيادة على سبيل المعاوضة، بحيث تكون المقصودة عند العقد، ويتوصل إليها باشتراط أو نحوه، فإنها تحرم سواء كانت في الصفة أو في القدر؛ للتهمة في السلف بزيادة، الذي هو على سبيل المعاوضة. وأما إن كانت الزيادة على سبيل التطوع

(١) ينظر: المحلى لابن حزم ٧٨/٨.

(٢) الذخيرة للقرافي ٢٩٦/٥ بتصرف.

والبر والمعروف - كما هو الحال في هذه المسألة - فإنها جائزة في الصفة أو في القدر، ولا تهمة للسلف بزيادة في هذه الحالة.

دليل القول الثالث:

أن الواجب على المقرض أن يأخذ مثل قرضه ولا يأخذ فضلاً؛ لأنه إذا أخذ فضلاً كان قرصاً جر منفعة، وهو حرام^(١).

المناقشة:

يناقش: بأن الأدلة من السنة القولية والفعلية، وآثار الصحابة، والمعقول، تدل على جواز تطوع المقرض بزيادة عند الوفاء، وعلى هذا فلا تدخل الزيادة عند الوفاء من غير شرط في عموم «كل قرض جر منفعة فهو ربا».

الترجيح:

يتبين مما سبق أن الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، - والذي قال به جماهير أهل العلم - وهو جواز الزيادة عند الوفاء من غير شرط ولا عادة في القدر أو الصفة إذا كانت على سبيل البر والمعروف. بل ويستحب للمقرض ذلك؛ وذلك للأسباب الآتية:

١ - قوة أدلته من السنة القولية والفعلية، وظهور وجه الدلالة منها، وكذا الآثار عن الصحابة، والدليل من المعقول، وسلامتها من المناقشة القائمة.

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٣٨ بتصرف.

٢- مناقشة أدلة الآخرين، حيث إن ما عللوا به في مقابل النص الصحيح.

حكم الحالة الثانية:

وهي إذا كان هناك عادة للمقترض بأن يرد زيادة على ما اقترضه. اختلف العلماء في حكم الزيادة عند الوفاء من غير شرط إذا كان هناك عادة للمقترض بأن يرد زيادة على ما اقترضه، أي أنه معروف بحسن القضاء، على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

الكراهية. وهذا قول الحنفية^(١)، ووجه عند الشافعية^(٢)، ووجه عن الحنابلة^(٣).

القول الثاني:

التحريم. وهذا قول المالكية^(٤)، ووجه عند

- (١) جاء في المبسوط للسرخسي ٣٦/١٤: «قالوا وإنما يحل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر، أما إذا كان يعرف أنه فعل ذلك لأجل القرض فالتحرز عنه أولى». وجاء في المتقى للباجي ٩٧/٥: «وأما العادة فقد منع من ذلك مالك أيضًا وأما أبو حنيفة والشافعي فيكرهانه ولا يرانه حرامًا». وينظر: الاستذكار لابن عبد البر ٤٩/٢١.
- (٢) ينظر: روضة الطالبين للنووي ٢٧٦/٣، ونهاية المحتاج للرملي ٢٣١/٤.
- (٣) ينظر: المغني لابن قدامة ٤٣٩/٦، والكافي له ١٢٥/٢.
- (٤) جاء في المتقى للباجي ٩٧/٥: «وأما العادة فقد منع من ذلك مالك أيضًا»، وجاء في الفواكه الدواني للنفاوي ١٣٥/٢: «كما اتفق على حرمة الزيادة عند الشرط أو الوعد أو العادة»، وجاء في الشرح الكبير للدردير ٢٢٥/٣: «والعادة كالشرط». والمالكية عند عرض المسألة يذكر أن محلها عند عدم الشرط أو الوعد أو العادة. =

الشافعية^(١)، ووجه عند الحنابلة^(٢).

القول الثالث:

الجواز. وهذا المذهب عند الشافعية^(٣)، ووجه عند الحنابلة^(٤)،
وذكر في تصحيح الفروع^(٥) أنه الصحيح.

دليل القول الأول:

أن المقرض إذا أقرض للمعروف بحسن القضاء فإنه إنما فعل
ذلك؛ لأنه يطمع في حسن عاداته^(٦).

المناقشة:

نوقش من وجهين:

- = ينظر: متن الرسالة لابن أبي زيد ص ١٢٠، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/ ٩٩٩، وكفاية الطالب الرباني لأبي الحسن وحاشية العدوي عليه ٢/ ٢١٥.
- (١) ينظر: المهذب للشيرازي ١/ ٣٠٤.
- (٢) ينظر: الفروع لابن مفلح ٤/ ٢٠٤-٢٠٥، وتصحيح الفروع للمرداوي ٤/ ٢٠٥، والإنصاف له ٥/ ١٣٢.
- (٣) جاء في المهذب للشيرازي ١/ ٣٠٤: «والثاني أنه يجوز وهو المذهب»، وجاء في روضة الطالبين للنووي ٣/ ٢٧٦: «ولو أقرضه بلا شرط فرد أجود أو أكثر أو يبيلد آخر جاز، ولا فرق بين الربوي وغيره، ولا بين الرجل المشهور برد الزيادة أو غيره على الصحيح». وينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦.
- (٤) ينظر: المغني لابن قدامة ٦/ ٤٣٩، والكافي له ٢/ ١٢٥، والإنصاف للمرداوي ٥/ ١٣٢، وكشاف القناع للبهوتي ٣/ ٣١٨.
- (٥) للمرداوي ٤/ ٢٠٥ حيث قال: «والقول الثاني هو الصحيح اختاره الشيخ الموفق والشارح وصاحب الحاوي الكبير... وقدمه ابن رزين في شرحه وصححه الناظم وهو الصواب».
- (٦) المغني لابن قدامة ٦/ ٤٣٩ بتصرف.

أ- أن النبي ﷺ كان معروفًا بحسن القضاء، ولم يكن إقراضه مكروهاً^(١).

ب- أن هذا القصد ربما يوجد وربما لا يوجد، فلا تحرم هذه المعاملة من أجله، ثم إنَّ المعروف بحسن القضاء هو خير الناس وأفضلهم لقوله ﷺ: «إنَّ خيار الناس أحسنهم قضاء». وفي كراهية إقراضه تضيق عليه، فلا يقابل إحسانه بالتضييق^(٢).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

أن المتعارف عليه كالمشروط^(٣)، فكما أنه يمنع من الزيادة عند الوفاء إذا كانت مشروطة، فكذلك إذا كان المقترض معروفًا بالوفاء بزيادة.

المناقشة:

نوقش: بأنَّ الزيادة عند الوفاء من غير شرط مندوب إليها في قوله ﷺ: «إنَّ خيار الناس أحسنهم قضاء»، فلا يقال بالمنع منها^(٤). بل ينتظر من كل مسلم حسن القضاء. والعادة إنما تعتبر

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٩/٦، والكافي له ١٢٥-١٢٦ بتصرف.

(٢) نفس المرجعين السابقين بتصرف.

(٣) المهذب للشيرازي ٣٠٤/١ بتصرف، وجاء في المنتقى للباقي ٩٧/٥: «الدليل على صحة ما ذهب إليه مالك: أنَّ العادة معنى يتعلق به القصد فوجب أن يمنع زيادته كالشرط».

(٤) المهذب للشيرازي ٣٠٤/١ بتصرف. وينظر: المغني لابن قدامة ٤٣٩/٦.

كالشرط إذا لم تخالف نصًّا، وفي هذه المسألة نص من قول النبي ﷺ وفعله^(١).

الدليل الثاني:

أن المقرض إذا أقرض لهذا الرجاء الذي اعتاده فقد دخل عمله الفساد والتحريم، لم يكن قاصدًا بما أقرضه المعروف والإرفاق الذي هو من مقتضى القرض^(٢)، فيخرج القرض عن موضوعه.

المناقشة:

يناقش من وجهين:

أ- أن هذا القصد ربما يوجد وربما لا يوجد، فلا تحرم هذه المعاملة من أجله، ثم إن الأصل في مشروعية القرض الإرفاق بالمقترض والإحسان إليه وفعل المعروف، فإن قصد هذا ابتغاء وجه الله أثيب على القرض، وإن ابتغى به المقرض منافع دنيوية لم يثب عليها، ولا دليل على تحريمه ما لم يشترط نفعًا^(٣).

(١) ولذلك فإن السيوطي في الأشباه والنظائر ص ٩٦ ذكر قاعدة: العادة المطردة في ناحية هل تنزل منزلة الشرط، وذكر لها صورًا، وذكر هذه المسألة من ضمن الصور، وصحح أنها لا تدخل حيث قال: «ومنها: لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض، فهل ينزل منزلة الشرط فيحرم إقراضه وجهان، أحدهما: لا»، ولم يجزم ابن نجيم بإدخال هذه المسألة في القاعدة حيث قال في الأشباه والنظائر ص ٩٩: «وهنا مسألتان لم أرهما الآن يمكن تخريجهما على أن المعروف كالمشروط. وفي البزازية: المشروط عرفًا كالمشروط شرعًا. منها لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض هل يحرم إقراضه تنزيلاً لعادته بمنزلة الشرط».

(٢) المتتقى للباجي ٩٧/٥ بتصرف.

(٣) وقد أجاز بعض العلماء بعض القروض التي لا يكون القصد فيها إلى المعروف والإرفاق =

ب- أن المعروف بحسن القضاء ممثّل لقول النبي ﷺ: «إن خيار الناس أحسنهم قضاء» ومقتد بفعله ﷺ فلا يقابل هذا الامتثال والافتداء بحرمانه من الاقتراض إذا احتاج إليه.

هذا وقد ناقش ابن حزم^(١) التفريق بين العادة وغيرها على وجه العموم، فقال: «وأما فرقه بين العادة وغيرها فخطأ؛ لأنه إن جاز مرة جاز ألف مرة ولا فرق، وإن كان خيراً في المرة الواحدة فالإكثار من الخير خير، وإن كان شراً فالشر لا يجوز لا مرة ولا مراراً».

= بالمقترض، وإنما يقصد المقرض فيها نفع نفسه. جاء في الكافي لابن قدامة ١٢٦/٢: «فإن أفلس غريمه، فأقرضه ليوفيه كل شهر شيئاً منه، جاز؛ لأنه إنما انتفع باستيفاء ما يستحق استيفاؤه. ولو كان له طعام عليه فأقرضه ما يشتريه به ويوفيه جاز لذلك، ولو أراد تنفيذ نفقة إلى عياله فأقرضها رجلاً ليوفيهها لهم فلا بأس؛ لأنه مصلحة لهما لا ضرر فيه، ولا يرد الشرع بتحريم ذلك. قال القاضي: ويجوز قرض مال اليتيم للمصلحة، مثل أن يقرضه في بلد ليوفيه في بلد آخر، ليريح خطر الطريق. وفي معنى هذا: قرض الرجل فلاحه حباً يزرعه في أرضه أو ثمناً يشتري به بقرًا وغيرها؛ لأنه مصلحة لهما..» وينظر: المبدع لابن مفلح ٢١١/٤-٢١٢، والإنصاف للمرداوي ١٣٢/٥-١٣٤، وكشاف القناع للبهوتي ٣١٨/٣، وبعض العلماء كره ذلك، وبعضهم حرمه. ينظر: المراجع السابقة.

وجاء في مجموع فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم ٢١٠/٧ سؤال لأحد السماسرة يذكر فيه أنه يقرض بعض من يتولى بيع أموالهم، ويستوفي قرضه من مالهم إذا باعه ويتخذ هذه الطريقة لترغيب الجالبيين وإيثارهم إياه دون غيره، فأجاب -رحمه الله-: لا شك أنّ أصل مشروعية القرض واستحبابه التقرب إلى الله بتفريغ كرب المحتاجين، وهذا الغرض ليس مقصداً من مقاصدك في الإقراض، وإنما غرضك جر منفعة لذاتك، وحيث إنّ هذه المنفعة لا تنقص المقرض شيئاً من ماله فغاية ما في الأمر الكراهة. بتصرف يسير.

(١) المحلى ٧٨/٨.

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول:

أنّ النبي ﷺ كان معروفاً بحسن القضاء، ولم يكن إقراضه مكروهاً أو محرماً^(١).

الدليل الثاني:

أنّ المعروف بحسن القضاء هو خير الناس وأفضلهم لقوله ﷺ: «إنّ خيار الناس أحسنهم قضاء»، وخير الناس هو أولى الناس بقضاء حاجته، وإجابة مسألته، وتفريج كربته، وفي كراهة إقراضه أو تحريم ذلك تضيق عليه، فلا يقابل إحسانه وفعله للخير ومروءته بالتضييق^(٢).

الترجيح:

بعد عرض الأقوال في المسألة وأدلة كل قول ومناقشة ما أمكن منها، يتبين لي والله أعلم أنّ القول الثالث، وهو القول بالجواز هو الراجح؛ وذلك لوجاهة أدلته، وسلامتها من المناقشة، ومناقشة أدلة الآخرين.

٢ / ١ / ٢ / ١ المنافع المادية غير المشروطة قبل الوفاء.

إذا بذل المقترض للمقرض منفعة غير مشروطة أثناء مدة القرض - قبل الوفاء -، مثل: الهدية للمقرض - وهي أكثر ما يمثل به الفقهاء -، ومثل الاستضافة، وركوب الدابة، والمساعدة

(١)، (٢) المغني لابن قدامة ٤٣٩ / ٦، والكافي له ١٢٥ - ١٢٦ بتصرف.

على عمل من الأعمال، ونحو ذلك من المنافع التي قد يبذلها المقترض قبل الوفاء، فقد اختلف الفقهاء في حكمها إذا كانت من غير شرط^(١)، على قولين - في الجملة -:

القول الأول:

التحريم ما لم يدل دليل على أن المنفعة ليست من أجل القرض، أي ليس سببها القرض وإنما سببها أمر آخر، كما لو كان ذلك شيئاً جرت به العادة بينهما قبل القرض، أو حدث سبب موجب للإهداء ونحوه بعد القرض، كجوار وصهارة ونحو ذلك مما لا يكون سببه القرض، إلا أن يكافئه عنه المقرض، أو يحسبه من دينه.

وهذا مذهب المالكية^(٢).....

(١) أما إذا كانت هذه المنافع مشروطة في العقد فقد اتفق العلماء على تحريمها كما سبق بيانه. وممن نقل الإجماع على ذلك ابن المنذر حيث قال في الإجماع ص ١٢٠: «أجمعوا على أن المسلف إذا اشترط على المستسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك: أن أخذ الزيادة على ذلك ربا».

(٢) جاء في عقد الجواهر لابن شماس ٥٦٧/٢: «إذا أهدى إليه مديانه لم يحل له أخذ الهدية؛ إذ قبولها ذريعة إلى التأخير بزيادة... قال بعض المتأخرين: وهذا إذا لم تجر بين المتعاملين هدية، فإن كانت العادة جريان الهدية بينهما من غير معاملة، أو كان بينهما من الاتصال ما يعلم أن الهدية له جازت»، وجاء في الذخيرة للقرافي ٢٩٤/٥: «والأصل المنع حتى تتبين الإباحة، فما أشكل من الهدية ترك، قاله مالك»، وجاء في شرح الخرشي: «هدية المديان حرام إلا أن يتقدم مثل الهدية بينهما قبل المداينة وعلم أنها ليست لأجل الدين فإنها لا تحرم حيثئذ حالة المداينة وإلا أن يحدث موجب الهدية بعد المداينة من صهارة ونحوها فإنها لا تحرم». وينظر: الكافي لابن عبد البر ٧٢٨/٢، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٨، ومختصر خليل ص ١٩٦، ومواهب الجليل للحطاب ٥٢٩/٦، ومنح الجليل لعليش ٤٠٣/٥.

والمذهب عند الحنابلة^(١).

القول الثاني:

الجواز. وهذا مذهب الشافعية^(٢)، ورواية عن أحمد^(٣).

(١) جاء في المغني لابن قدامة ٤٣٧/٦: «أو على أن يهدي له هدية... وإن فعل ذلك من غير شرط قبل الوفاء لم يقبله، ولم يجز قبوله إلا أن يكافئه أو يحسبه من دينه إلا أن يكون شيئاً جرت العادة به بينهما قبل القرض» وجاء في الكافي له ١٢٦/٢: «وإن أهدي له قبل الوفاء من غير عادة أو استأجر منه بأكثر من الأجرة أو أجره شيئاً بأقل أو استعمله عملاً فهو خبيث إلا أن يحسبه من دينه...» وجاء في الفروع لابن مفلح ٢٠٤/٤: «وإن فعله قبله بلا عادة سابقة حرم على الأصح، إلا أن ينوي احتسابه من دينه أو مكافأته، نص عليه». وينظر: المبدع لابن مفلح ٢١٠/٤، والإنصاف للمرداوي ١٣٣/٥، وكشاف القناع للبهوتي ٣/٣١٨، وقد فرق بعض الحنابلة بين الاستضافة للمقرض وغيرها من المنافع، حيث جاء في الفروع لابن مفلح ٢٠٤-٢٠٥/٤: «وكذا غريمه، فلو استضافه حسب له ما أكله، نص عليه، ويتوجه: لا، وظاهر كلامهم أنه في الدعوات كغيره» وكذا في المبدع لابن مفلح ٢١٠/٤، وجاء في الإنصاف للمرداوي ١٣٣/٥ بعد عرضه للنقل السابق: «قلت: ينبغي أن ينظر: فإن كان له عادة بإطعام من أضافه لم يحسب له وإلا حسب». ويظهر من كلامهم أنه إذا كان سبب الاستضافة هو القرض بحيث يطمع المقرض في التأخير مثلاً فلا يجوز، أما إذا كان للضيافة سبب آخر غير القرض مثل أن يكون من عادته إطعام من دخل عليه ضيفاً فإنه يجوز وكذلك في الدعوات الأخرى إذا فعل المقرض عبقة ونحوها فإن المقرض كغيره ممن لا دين له.

(٢) جاء في مغني المحتاج للشرييني ١١٩/٢: «ولو رد هكذا أي زائداً في القدر أو الصفة بلا شرط فحسن بل مستحب... لا يكره للمقرض أخذه، ولا أخذ هدية المقرض بغير شرط. قال الماوردي: والتزهر عنه أولى قبل رد البذل». وينظر: نهاية المحتاج للرمل ٢٣١/٤.

(٣) جاء في المبدع لابن مفلح ٢١٠/٤: «والثانية: الجواز ما لم يشترطه، وظاهر ما نقله حنبل أن المقرض لا يمنع من جواز هدية المقرض». وينظر: الإنصاف للمرداوي ١٣٣/٥.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدى إليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك»^(١).

وجه الدلالة:

أن الحديث يدل على النهي عن قبول هدية المقترض، أو الانتفاع بدابته أثناء مدة القرض، إلا أن يكون ذلك جارياً بينهما قبل القرض، فيجوز^(٢).

المناقشة:

نوقش الحديث: بأن في إسناده مقالاً فلا يحتج به، جاء في نيل الأوطار^(٣): «حديث أنس: في إسناده يحيى بن أبي إسحاق الهنائي، وهو مجهول، وفي إسناده أيضاً عتبة ابن حميد الضبي، وقد ضعفه أحمد، والراوي عنه إسماعيل بن عياش، وهو ضعيف».

الإجابة:

أجيب: بأن يحيى المذكور في الإسناد هو يحيى بن يزيد الهنائي

-
- (١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٤٣٢)، والبيهقي في الكبرى (١٠٩٣٤).
- (٢) ينظر: المغني لابن قدامة ٦/٤٣٨، والمبدع لابن مفلح ٤/٢١٠، وكشاف القناع للبهوتي ٣/٣١٨.
- (٣) للشوكاني ٥/٣٣٢. وينظر: مصباح الزجاجة للبوصيري ٣/٧٠، والمبدع لابن مفلح ٤/٢١٠، وكشاف القناع للبهوتي ٣/٣١٨.

لا يحيى بن أبي إسحاق.

قال البيهقي^(١): «قال المعمرى^(٢): قال هشام^(٣): «في هذا الحديث ابن أبي إسحاق الهنائي»، ولا أراه إلا وهم، وهذا حديث يحيى بن يزيد الهنائي عن أنس».

وقال ابن تيمية^(٤): «لكن ليس هذا يحيى بن أبي إسحاق الحضرمي صاحب القراءة العربية، وإنما هو -والله أعلم- يحيى بن يزيد الهنائي، فلعل كنية أبيه أبو إسحاق. وكلاهما ثقة».

وقال ابن حجر^(٥): «يحيى بن أبي إسحاق الهنائي عن أنس في القرض. وعنه عتبة بن حميد الضبي. والمعروف أن الهنائي يحيى بن يزيد».

وأجاب ابن تيمية عن تضعيفه بعتبة بن حميد وإسماعيل بن عياش

-
- (١) السنن الكبرى ٣٥٠/٥.
 - (٢) المعمرى هو: أبو علي الحسن بن علي بن شبيب الإمام الحافظ المجود محدث العراق ولد في حدود ٢١٠هـ سمع من جماعة وجمع وصنف ومات سنة ٢٩٥هـ وسمي بالمعمرى لأن جده لأمه كان ارتحل إلى معمر باليمن.
ينظر: سير أعلام النبلاء ١٣/٥١٤.
 - (٣) هشام بن عمار بن نصير بن ميسرة أبو الوليد السلمي الإمام الحافظ العلامة المقرئ عالم أهل الشام صسمع من جماعة وسمع منه جماعة ولد سنة ١٥٣هـ ومات سنة ٢٤٥هـ.
ينظر: سير أعلام النبلاء ١١/٤٣٥.
 - (٤) الفتاوى الكبرى ٦/١٥٩.
 - (٥) تهذيب التهذيب ١١/١٧٨.

بقوله^(١): «وعتبه ابن حميد معروف بالرواية عن الهنائي قال فيه أبو حاتم هو صالح الحديث، وأبو حاتم من أشد المزكين شرطاً في التعديل، وقد روي عن الإمام أحمد أنه قال: هو ضعيف ليس بالقوي، لكن هذه العبارة يقصد بها أنه ممن ليس يصح حديثه بل هو ممن يحسن حديثه، وقد كانوا يسمون حديث مثل هذا ضعيفاً ويحتجون به؛ لأنه حسن، إذ لم يكن الحديث إذ ذاك مقسوماً إلا إلى صحيح وضعيف، وفي مثله يقول الإمام أحمد: الحديث الضعيف خير من القياس، يعني الذي لم يقو قوة الصحيح مع أن مخرجه حسن. وإسماعيل بن عياش حافظ ثقة في حديثه عن الشاميين وغيرهم، وإنما يضعف حديثه عن الحجازيين، وليس هذا عن الحجازيين. فثبت أنه حديث حسن، لكن في حديثه عن غيرهم نظراً، وهذا الرجل بصري الأصل.»

ويجاب أيضاً بأن الحديث إن سلم أن إسناده ضعيف، فهو يرتقي إلى درجة الحسن لغيره فيكون مقبولاً؛ وذلك للأسباب التالية:

- ١- لروايته من عدة طرق، يقوي بعضها بعضاً.
- ٢- الشواهد الموقوفة على الصحابة -رضي الله عنهم- الدالة على معناه تؤيده وتقويه.
- ٣- أن سبب ضعف الحديث ليس لفسق الراوي أو كذبه.

الدليل الثاني:

الأثار الواردة عن الصحابة -رضي الله عنهم- الدالة على المنع

(١) الفتاوى الكبرى ٦/ ١٥٩-١٦٠.

من قبول هدية المقترض ونحوها من المنافع، ما لم يدل دليل على أن المنفعة ليست من أجل القرض، إلا أن يكافئه عنها المقرض، أو يحسبها من دينه، ومن ذلك:

١ - عن ابن سيرين قال^(١): «تسلف أبي بن كعب من عمر بن الخطاب مالا - قال: أحسبه عشرة آلاف - ثم إن أبا أهدى له بعد ذلك من تمرته، وكانت تُبكر، وكان من أطيب أهل المدينة تمره، فردّها عليه عمر، فقال أبي: أبعث بمالك، فلا حاجة لي في شيء منعك طيب تمرتي، فقبلها، وقال: إنما الربا على من أراد أن يربي وينسى».

وجه الدلالة:

أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - رد هدية المقترض، فلما

(١) أخرجه مالك في هدية المديان، المدونة ٤/ ١٣٩، وعبد الرزاق واللفظ له في باب الرجل يهدي لمن أسلفه، من كتاب البيوع، رقم (١٤٦٤٧)، (١٤٦٤٨)، المصنف ٨/ ١٤٢، وابن أبي شيبه في الرجل يكون له على الرجل الدين فيهدي له، من كتاب البيوع. المصنف ٦/ ١٧٧، والبيهقي في باب كل قرض جر منفعة فهو ربا، من كتاب البيوع، السنن الكبرى ٥/ ٣٤٩، وابن حزم في المحلى ٨/ ٨٦، من طرق عن ابن سيرين به. وإسناده منقطع؛ ابن سيرين لم يدرك عمر بن الخطاب ولا أبي بن كعب. ينظر: تهذيب التهذيب لابن حجر ٩/ ٢١٥ وقال البيهقي: «هذا منقطع»، لكن جاء في إعلاء السنن للتهانوي ٣/ ٥٠٤: «رواه البيهقي ٥/ ٣٤٩ ولم يعله بشيء غير الانقطاع وقد عرفت أن مراسيل ابن سيرين صحاح عند القوم، صرح به ابن عبد البر في أوائل «التمهيد» كما في الجوهر النقي ١/ ٣٤٣، ورواه ابن حزم في المحلى ٨/ ٨٦ من طريق عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن عبيد وخالد الحذاء كلاهما عن محمد بن سيرين فذكره واحتج به». ينظر: التمهيد لابن عبد البر ١/ ٣٠.

علم أنها ليست لأجل القرض قبلها. قال ابن قيم الجوزية^(١):
«فكان رد عمر لما توهم أن تكون هديته بسبب القرض، فلما
تيقن أنها ليست بسبب القرض قبلها، وهذا فصل النزاع في
مسألة هدية المقترض».

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

الأدلة الدالة على مشروعية الضيافة، والهدية ومنها:

أ- عن أبي شريح الكعبي أن رسول الله ﷺ قال: «من كان يؤمن
بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه جائزته يوم وليلة، والضيافة ثلاثة
أيام فما بعد ذلك فهو صدقة»^(٢).

ب- عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: «كان رسول الله ﷺ يقبل
الهدية ويثيب عليها»^(٣).

ج- عن أبي هريرة -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ قال: «لو دعيت
إلى ذراع أو كراع^(٤) لأجبت ولو أهدي إليّ ذراع أو كراع

(١) تهذيب السنن ٤٠٨/٩.

(٢) أخرجه البخاري -واللفظ له- في باب: إكرام الضيف وخدمته إياه بنفسه، من كتاب الأدب،
الحديث رقم (٦١٣٥)، صحيح البخاري ٤/١٩٣٣، ومسلم في باب الضيافة ونحوها، من
كتاب اللقطة، الحديث رقم (٤٨)، صحيح مسلم ٣/١٣٥٣.

(٣) أخرجه البخاري في باب المكافأة في الهبة، من كتاب الهبة وفضلها، الحديث رقم
(٢٥٨٥)، صحيح البخاري ٢/٧٨٠.

(٤) الكراع من الغنم والبقر بمنزلة الوظيف من الفرس والبعير، وهو مستدق الساق.
ينظر: الصحاح للجوهري ٣/١٢٧٥، والمصباح المنير للفيومي ص ٢٠٢.

لقبلت»^(١).

وجه الدلالة من الأحاديث السابقة:

دلت الأحاديث بعمومها على مشروعية الضيافة والهدية، ولم يرد ما يخص هذا العموم بتحريم الهدية من المقترض للمقرض. جاء في المحلى^(٢): «فهذا عموم، لم يخص -عليه السلام- من ذلك غريباً من غيره».

المناقشة:

يناقش: بأن الأدلة الدالة على المنع من المنافع أثناء مدة القرض إلا إذا لم تكن من أجل القرض مخصصة لعموم هذه الأدلة.

الدليل الثاني:

قوله ﷺ: «إن خيار الناس أحسنهم قضاء»^(٣).

وجه الدلالة:

أن الحديث عام في حسن القضاء سواء كان ذلك قبل الوفاء أو بعده^(٤).

-
- (١) أخرجه البخاري -واللفظ له- في باب القليل من الهبة، من كتاب الهبة وفضلها، الحديث رقم (٢٥٦٨)، صحيح البخاري ٢/ ٧٧٥.
 - (٢) لابن حزم ٨/ ٨٦.
 - (٣) تقدم تخريجه ص ١١١٥.
 - (٤) ينظر: نهاية المحتاج للرملي ٤/ ٢٣١.

المناقشة:

يناقش: بأن الذي يفهم من الحديث أن المراد حسن القضاء عند قضاء الدين لا قبله؛ لوجود الفرق بين المنفعة قبل الوفاء والمنفعة عنده، إذ إنَّ المنفعة الواقعة عند الوفاء من باب التبرع والإحسان ومقابلة المعروف، وأما المنفعة الواقعة قبل الوفاء فهي مظنة لأن يقصد بها تأخير سداد القرض، فتكون هذه المنفعة عوضاً عن الأجل^(١)، فتدخل في باب ربا الجاهلية، ولذلك ورد النهي عنها، بينما ورد الحث على المنفعة الواقعة عند الوفاء. جاء في الفتاوى الكبرى^(٢): «فنهى النبي ﷺ وأصحابه المقرض عن قبول هدية المقترض قبل الوفاء؛ لأنَّ المقصود بالهدية أن يؤخر الاقتضاء وإن كان لم يشرط ذلك ولم يتكلم، فيصير بمنزلة أن يأخذ الألف بهدية ناجزة وألف مؤخره وهذا ربا، ولهذا جاز أن يزيد عند الوفاء ويهدي له بعد ذلك لزوال معنى الربا». وجاء في نيل الأوطار^(٣): «ولا يلزم من جواز الزيادة في القضاء على مقدار الدين جواز الهدية ونحوها قبل القضاء؛ لأنها بمنزلة الرشوة فلا تحل».

الترجيح:

يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح هو: القول الأول وهو المنع من المنافع غير المشروطة قبل الوفاء إلا إذا كانت تلك المنافع

(١) ينظر: الذرائع الربوية للملحم ص ٢٣٩.

(٢) لابن تيمية ٦ / ١٦٠.

(٣) للشوكاني ٥ / ٣٣٢.

ليست من أجل القرض ولا في مقابله، فإن كانت من أجل القرض أو في مقابله، أي من أجل أن يؤخر المقرض استيفاء القرض، أو يقرضه مرة ثانية ونحو ذلك، أو كانت عوضاً عن الانتفاع بالقرض، فإنها تمنع؛ لثلاثاً تتخذ ذريعة إلى تأخير السداد من أجل هذه المنافع فتكون ربا، حيث يعود للمقرض ماله وزيادة هذا النفع الذي حصل عليه بسبب القرض.

أما إن كانت تلك المنافع ليست من أجل القرض، مثل ما إذا كانت العادة جارية بينهما بذلك قبل القرض، أو حدث سبب موجب لهذه المنافع بعد القرض كالجوار ونحوه فإنه يجوز.

وزيادة في توضيح المسألة يمكن تقسيمها إلى الحالات الآتية^(١):

الحالة الأولى:

أن يعلم أن المنافع الواقعة قبل الوفاء إنما هي لأجل القرض، أو أن تدل القرائن على ذلك.

فتمنع عند أصحاب القول الأول، وتجاوز عند أصحاب القول الثاني، لأنهم لا يمنعون إلا المشروط، وعند بعض الحنفية: الأفضل أن يتورع المقرض عن قبول ذلك. والراجع في هذه الحالة: المنع.

(١) تفهم هذه الحالات من العرض السابق للمسألة، ومن الآثار الواردة، ويتضح هذا التقسيم في النقل الذي نقلته عن الفتاوى الهندية ٣/٢٠٣.

الحالة الثانية:

أن يعلم أن المنافع الواقعة قبل الوفاء ليست من أجل القرض، أو أن تدل القرائن على ذلك، كما لو كانت العادة جارية بينهما بذلك قبل القرض. فتجوز عند الجميع.

الحالة الثالثة:

ألا يوجد شيء من ذلك مما يدل على أحد الأمرين، فتمنع عند أصحاب القول الأول حتى يتبين أنها ليست من أجل القرض، ويجوز عند أصحاب القول الثاني، لأنهم لا يمنعون إلا المشروط، وعند بعض الحنفية: يتورع حتى يتبين أنها لا لأجل القرض، وهذه الحالة محل إشكال وتأمل، والذي يظهر هو المنع حتى يتبين أنها لا لأجل القرض كما يفهم من الأدلة السابقة. جاء في نيل الأوطار^(١): «والحاصل أن الهدية والعارية ونحوهما إذا كانت لأجل التنفيس في أجل الدين أو لأجل رشوة صاحب الدين أو لأجل أن يكون لصاحب الدين منفعة في مقابل دينه فذلك محرم؛ لأنه نوع من الربا أو رشوة، وإن كان ذلك لأجل عادة جارية بين المقرض والمستقرض قبل التداين فلا بأس، وإن لم يكن ذلك لغرض أصلاً فالظاهر المنع؛ لإطلاق النهي عن ذلك».

١ / ٢ / ٢ المنافع المعتبرة غير المشروطة في القرض

القرض شرع لما فيه من الإرفاق والإحسان إلى الخلق، ولما فيه من

(١) للشوكاني ٥ / ٣٣٢.

التفريغ والتوسعة عليهم، فهو قربة يتغى بها وجه الله تعالى، ويقصد بها الأجر الأخروي، بحيث لا ينتظر المقرض عوضاً عنه في الدنيا. ولكن ما الحكم إذا وجدت بعض المنافع المصاحبة للقرض في جانب المقرض؟ وقد مر ما يتعلق بالمنافع المادية المشروطة وغير المشروطة، وفي هذا المبحث أتناول بالمبحث المنافع المعنوية - غير المشروطة - للمقرض مثل شكر المقترض للمقرض ودعائه له، ومثل انتفاع المقرض بضمان ماله عند المقترض، وانتفاعه بضمان خطر الطريق في حال السفر ونحوه، ومثل الإقراض للحصول على الشفاعة والجاه ونحو ذلك من المنافع المعنوية.

والحكم على المنافع المعنوية جملة بالتحريم أو الجواز لا يتأني، لذا فإني أفرد كل مسألة بمبحث. والله المستعان.

١ / ٢ / ٢ / ١ شكر المقترض للمقرض ودعاؤه له.

هذه المنفعة التي تحصل للمقرض جائزة، بل يندب إليها في حق المقترض؛ لأنه من باب مقابلة المعروف بالمعروف، ومن باب مقابلة الإحسان بالإحسان^(١). فيشكره المقترض ويدعو له، ويدل على ذلك ما يأتي:

الدليل الأول:

عن عبد الله بن أبي ربيعة - رضي الله عنه - قال: استقرض مني

(١) جاء في المبسوط للسرخسي ٣٧ / ١٤: «المنهي عنه هي المنفعة المشروطة أما إذا لم تكن مشروطة فذلك جائز؛ لأنه مقابلة الإحسان بالإحسان وإنما جزاء الإحسان الإحسان». هذا في المنفعة المادية، والمعنوية من باب أولى.

النبي ﷺ أربعين ألفاً، فجاءه مال فدفعه إليّ وقال: «بارك الله لك في أهلك ومالك إنما جزاء السلف الحمد والأداء»^(١).

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ دعا له بالبركة في أهله وماله، وذكر أن جزاء القرض الحمد والأداء، مما يدل على مشروعية الدعاء من المقرض للمقرض وحمده وشكره.

الدليل الثاني:

عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «من استعاذ بالله فأعيذوه، ومن سأل بالله فأعطوه، ومن دعاكم فأجيبوه، ومن صنع إليكم معروفاً فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه»^(٢).

(١) أخرجه النسائي - واللفظ له - في باب الاستقراض من كتاب البيوع، الحديث رقم (٤٦٩٧)، سنن النسائي ٧/ ٣٦٠، وابن ماجه في باب حسن القضاء من كتاب الأحكام، الحديث رقم (٢٢٤٩)، سنن ابن ماجه ٢/ ٥٩، وأحمد في مسند المدنيين، الحديث رقم (١٥٩٧٥)، مسند أحمد ٤/ ٦٢١. من طرق كلهم عن إسماعيل بن إبراهيم بن عبد الله بن أبي ربيعة عن أبيه عن جده عبد الله به. وإسناده لا بأس به. إسماعيل بن إبراهيم وثقه أبو داود، وذكره ابن حبان في الثقات. ينظر: الثقات لابن حبان ٦/ ٢٩، وتهذيب التهذيب لابن حجر ١/ ٢٧٢. وقال ابن حجر في تقريب التهذيب ص ١٣٥: «مقبول». وإبراهيم ذكره ابن حبان في الثقات ٦/ ٦، وقال ابن حجر في تقريب التهذيب ص ١١١: «مقبول». وينظر: تهذيب التهذيب له ١/ ١٣٩. وباقي رجاله ثقات. وصححه الألباني كما في صحيح سنن النسائي ٣/ ٩٦٨.

(٢) أخرجه أبو داود - واللفظ له - في باب عطية من سأل من كتاب الزكاة، الحديث رقم (١٦٧٢)، سنن أبي داود ٢/ ١٢٨، والنسائي في باب من سأل بالله عز وجل من كتاب =

وجه الدلالة:

يتضح وجه الدلالة من وجهين:

١ - أن النبي ﷺ أرشد من صنع له معروف أن يكافئ ذلك الذي صنع إليه المعروف، والقرض من المعروف، ويشهد لذلك قوله ﷺ: «إن خيار الناس أحسنهم قضاء». وهذا في الأشياء المادية، والمعنوية من باب أولى، مما يدل على مشروعية الدعاء للمقرض وشكره.

٢ - أنه ﷺ أرشد من لم يجد ما يكافئ به من الأشياء المادية أن يدعو له، وهذا شيء معنوي، وقد دل الحديث على مشروعيته.

وقد أشار ابن حزم إلى هذا المعنى وهو جواز مثل هذه المنافع المعنوية فقال^(١): «فليعلموا الآن أنه ليس في العالم سلف إلا وهو يجز منفعة، وذلك انتفاع المسلف بتضمين ماله فيكون مضموناً تلف أو لم يتلف، مع شكر المستقرض إياه، وانتفاع المستقرض بمال غيره مدة».

= الزكاة، الحديث رقم (٢٥٦٦)، سنن النسائي ٨٧/٥، وأحمد في مسند المكثرين من الصحابة، الحديث رقم (٥٧٠٩)، مسند أحمد ٢/٢٣٣. من طرق كلهم عن الأعمش عن مجاهد عن ابن عمر به. وإسناده صحيح؛ رجاله ثقات. وصححه النووي في رياض الصالحين فقال ص ٥٤٨: «حديث صحيح رواه أبو داود والنسائي بأسانيد الصحيحين»، وصححه الألباني في إرواء الغليل ٦/٦٠.

(١) المحلي ٨/٨٧.

وجاء في النهاية في غريب الحديث والأثر^(١): «وهو في المعاملات على وجهين: أحدهما القرض الذي لا منفعة فيه للمقرض غير الأجر والشكر، وعلى المقرض رده كما أخذه...».

١/٢/٢ انتفاع المقرض بضمان ماله عند المقرض:

مر فيما سبق أن تعريف القرض هو: دفع مال لمن ينتفع به ويرد بدله، وفي بعض التعريفات أنه: تملك الشيء برد بدله.

فانتفاع المقرض بمال القرض إنما هو على وجه التملك، فالقرض من العقود الناقلة للملكية، فيكون المقرض مالكا له وضامنا رد البديل للمقرض، وبذلك ينتفع المقرض بضمان ماله عند المقرض وحفظه له.

وهذه المنفعة التي يحصل عليها المقرض - وهي ضمان ماله وحفظه عند المقرض - منفعة أصلية في القرض لا إضافية، وهي من مقتضى عقد القرض وطبيعته لا تنفك عنه، جاءت تبعاً للمنفعة الأساسية من القرض، وهي انتفاع المقرض بمال القرض^(٢).

(١) لابن الأثير ٢/٣٩٠.

(٢) جاء في الجامع في أصول الربا لرفيق المصري ص ٢٨٢: «ويبدو لي أخيراً أن منفعة المقرض من مال القرض أعلى في الغالب من منفعة المقرض من ضمان مال القرض، فمنفعة المقرض مؤكدة، سواء استخدم القرض في الإنتاج أو في الاستهلاك، أما منفعة المقرض فهي ظنية، وقد تكون موهومة؛ لأن القرض يعرضه لمخاطر عدم السداد، ولمتابعة المقرض، وغير ذلك، أي يكبده تكاليف في ماله ووقته وجهده، لا سيما إذا عجز =

وهذه المنفعة التي يحصل عليها المقرض متفق على جوازها، فلا أحد من الفقهاء يمنع من انتفاع المقرض بهذه المنفعة، ولا أحد يقول إن انتفاع المقرض بها يؤدي إلى أن يكون القرض جازاً لمنفعة محرمة؛ لأنه يلزم من القول بذلك القول بالمنع من القرض؛ لأن هذه المنفعة لا تنفك عن القرض، وإلى هذا المعنى أشار ابن حزم حيث قال^(١): «ليس في العالم سلف إلا وهو يجز منفعة، وذلك انتفاع المسلف بتضمين ماله، فيكون مضموناً تلف أو لم يتلف...».

ولكن هل يثاب المقرض مع انتفاعه بضمان ماله وحفظه؟

والجواب على ذلك: أن هذا يختلف باختلاف قصد المقرض من إقراضه، فإن كان قصده نفع المقرض والإرفاق به والتيسير عليه، لا نفع نفسه فقط، فإنه يثاب على قرضه هذا. ويدل على ذلك ما سبق من أدلة تدل على فضل القرض؛ إذ الأصل في مشروعية القرض هو الإرفاق بالمقرض.

وأما إن كان غرض المقرض هو نفع نفسه فقط لا الإرفاق بالمقرض، فإن المقرض لا يثاب على هذا القرض، ولكن القرض في هذه الحالة جائز، لا يخرج هذا القصد عن

= المقرض عن السداد أو أفلس، أو جحد، أو ماطل، وذلك حتى لو كان موثقاً برهن أو ضمان. المهم أن منفعة المقرض إذا قوبلت بمنفعة المقرض، فإنها تفضلها وترجح عليها، وهذا هو سر ثواب القرض عند الله، وسبب اعتباره عند الفقهاء من عقود الإرفاق والتبرع».

(١) المحلى ٧٨/٨.

الجواز^(١)، ويدل على ذلك حديث ابن الزبير -رضي الله عنهما، وفيه: «وإنما كان دينه الذي عليه أن الرجل كان يأتيه بالمال فيستودعه إياه فيقول الزبير: لا ولكنه سلف فإني أخشى عليه الضيعة»^(٢).

وجه الدلالة:

أن الناس كانوا يأتون الزبير بن العوام رضي الله عنه ليودعوا أموالهم عنده بقصد حفظها، ولكن الزبير رضي الله عنه لم يرض بقبول هذه الودائع إلا أن تكون قروضاً يحق له التصرف فيها، حتى تكون مضمونة عنده إبراءً لذمته وتورعاً منه، فصارت قروضاً بالرغم من أن أصحاب الأموال لم يقصدوا إقراضه لمساعدته؛ إذ هو غني لا حاجة له بهذه الأموال^(٣)، وإنما قصدوا حفظ أموالهم لا غير، مما يدل على جواز الإقراض بقصد حفظ المال وضمانه عند المقترض.

- (١) سيأتي في ضوابط المنفعة في القرض عند دارة الضابط الثالث، وهو: «القرض عقد إرفاق وقربة فمتى خرج عن باب المعروف امتنع» أن الإرفاق ليس شرطاً لجواز القرض، وليس خروجه عن المعروف والإرفاق مناطاً للمنع.
- (٢) أخرجه البخاري عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما في باب بركة الغازي في ماله حياً وميتاً مع النبي ﷺ وولاية الأمر من كتاب فرض الخمس الحديث رقم (٣١٢٩)، صحيح البخاري ٩٦٢/٢ - ٩٦٣.
- (٣) جاء في الحديث السابق: «فلما مضى أربع سنين قسم بينهم. قال: فكان للزبير أربع نسوة، ورفع الثلث، فأصاب كل امرأة ألف ومائتا ألف. فجميع ماله خمسون ألف ألف ومائتا ألف». وينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي ٦٧/١، والبداية والنهاية لابن كثير ٢٦١/٧.

جاء في حاشية الشبراملسي^(١): «ولم يذكر المباح ويمكن تصويره بما إذا دفع إلى غني بسؤال من الدافع مع عدم احتياج الغني إليه فيكون مباحًا لا مستحبًا، لأنه لم يشتمل على تنفيس كربة، وقد يكون في ذلك غرض للدافع كحفظ ماله بإحرازه في ذمة المقرض».

١/٢/٣ انتفاع المقرض بضمان خطر الطريق.

تبين في المسألة السابقة جواز انتفاع المقرض بضمان ماله عند المقرض، وتبين أن تلك المنفعة منفعة أصلية، ومن مقتضى القرض، وذلك في القرض الذي يكون مكان وفائه هو مكان عقده لا غير^(٢)، بينما المنفعة التي يحصل عليها المقرض في هذه المسألة، وهي انتفاعه بضمان خطر الطريق، فهي منفعة إضافية زائدة على المنفعة الأصلية في القرض، حيث يكون وفاء القرض في مكان آخر، فينتفع المقرض بضمان خطر الطريق أيضًا.

وقد سبق بحث هذه المسألة عند الكلام على اشتراط الوفاء في غير بلد القرض.

ويتبين مما سبق بحثه أن انتفاع المقرض بضمان خطر الطريق مع الشرط محل خلاف بين الفقهاء والراجح هو الجواز -على ما سبق - وأما مع عدم الشرط -وهو محل البحث هنا - عندما

(١) ٢٢١/٤، وكذا في حاشية الشرواني ٣٦/٥.

(٢) ينظر: الجامع في أصول الربا لرفيق المصري ص ٢٨٢.

يتم الوفاء في غير بلد القرض من غير شرط ويرضى المقرض والمقترض بذلك، فقد تقدم اتفاق العلماء على جواز ذلك.

١ / ٢ / ٢ / ٤ انتفاع المقرض بشفاعة المقترض وجاهه.

من المنافع المعنوية: منفعة الشفاعة والجاه، فإذا أقرض الشخص شخصاً آخر لا لابتغاء الأجر والثواب والإرفاق به، وإنما ليكون له يد على المقترض بحيث ينتفع من جاهه ومنصبه، أو من جاه ومنصب أقاربه، ليشفع له، أو ليسهل له بعض أمور الدنيا فإن هذه المنفعة منفعة في القرض محرمة -والله أعلم- إذا كانت وسيلة لإحقاق باطل أو إبطال حق؛ لأنها بمثابة الرشوة للحصول على غرض ما.

جاء في الفتاوى الكبرى^(١): ومن تأمل الأحاديث وآثار الصحابة علم ضرورة أن السنة وإجماع التابعين دليل على أن التبرعات من الهبات والمحابيات ونحوهما إذا كانت بسبب فرض أو ولاية أو نحوهما كان القرض بسبب المحاباة في بيع أو إجارة أو مساقاة أو مضاربة أو نحو ذلك عوضاً في ذلك الفرض والولاية بمنزلة المشروط فيه، وهذا يجتث قاعدة الحيل الربوية والرشوية، فإذا كان إنما يفعل الشيء لأجل كذا كان المقصود بمنزلة المنطوق الظاهر، فإذا كان حلالاً كان حلالاً وإلا فهو حرام.

من النقل السابق يتبين أن هذا القرض الذي أخذه المقترض

(١) لابن تيمية ٦ / ١٦١ بتصرف. وينظر: نيل الأوطار للشوكاني ٥ / ٣٣٢.

صاحب الجاه صار بمثابة الرشوة مقابل بذل الجاه والشفاعة للمقرض.

ومثل هذا ما لو كان هناك مدير دائرة أو مدرسة، ويقترض من الموظفين منسوبي الدائرة أو المدرسة أو نحوهما، ويعطي من يقرضه شهادة تقدير -مثلاً- وهو لا يستحقها، أو يكتب عنه تقريراً جيداً وهو لا يستحقه، أو يسمح له بالخروج متى أراد، مقابل هذا القرض الذي أقرضه. فمثل هذه المنافع المعنوية محرمة؛ لأنها بمثابة الرشوة، وهي منافع زائدة على أصل القرض لا يقابلها عوض سوى القرض فتكون محرمة، وهي وإن كانت منافع معنوية إلا أن لها قيمة، فتؤول إلى المنافع المادية. والله أعلم^(١).

٣/١ ضوابط المنفعة في القرض.

بعد الدراسة النظرية التأصيلية لهذا البحث (أحكام القرض)، سأذكر أصولاً وضوابط تجمعها، مما ذكره العلماء -رحمهم الله- ومما توصلت إليه. والله المستعان.

الضابط الأول: (كل قرض جر منفعة فهو ربا):

هذا الضابط يذكره الفقهاء كثيراً، ويستدلون به، ويحيلون إليه فروعاً من باب

(١) ما سبق هو عند عدم الشرط، وأما إذا كان انتفاع المقرض بشفاعة المقرض وجاهه مشروطاً

فإن ذلك محرّم على أي حال؛ وذلك لأمرين:

- ١- أن أخذ عوض مشروط على الشفاعة والجاه فقط لا يجوز، ويكون بمثابة الرشوة.
- ٢- أن هذه منفعة في القرض محرمة؛ لأنها منفعة زائدة متمحضة مشروطة للمقرض على المقرض، ولا يقابلها عوض سوى القرض.

القرض ومن غيره، بهذا اللفظ أو بألفاظ مقاربة.

وإيراد الفقهاء له جاء على عدة نواح - كما تبين شيء من ذلك في ثنايا هذا البحث - ففي بعض المواضع يسوقونه على أنه حديث عن النبي ﷺ، ويستدلون به على منع الفروع التي يشملها^(١)، وأحياناً يسوقونه على أنه أثر عن الصحابة - رضي الله عنهم^(٢) -، ويستدلون به على منع الفروع التي يشملها - كذلك -، وفي بعض المواضع يستدلون به على أنه قاعدة متقررة أو ضابط كذلك، ويمنعون به الفروع التي يرونها داخلية فيه^(٣)، أو يجعلونه قاعدة أو ضابطاً ويحيلون إليه الفروع التي يرونها تدخل في هذه القاعدة أو الضابط^(٤).

(١) ينظر - على سبيل المثال -: المبسوط للسرخسي ٣٥ / ١٤، وبدائع الصنائع للكاساني ٣٩٥ / ٧، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ٩٩٩ / ٢، ومقدمات ابن رشد ص ٥٢٩ - ٥٣٠، والحاوي للماوردي ٣٥٦ / ٥، والمهذب للشيرازي ٣٠٤ / ١، والكافي لابن قدامة ١٢٥ / ٢.

(٢) ينظر - على سبيل المثال -: المهذب للشيرازي ٣٠٤ / ١ وحاشية عميرة ٢٦٠ / ٢، وتحفة المحتاج لابن حجر ٤٧ / ٥، والمغني لابن قدامة ٤٣٦ / ٦، والمبدع لابن مفلح ٢١٠ / ٤.

(٣) جاء في شرح الخرشي ٢٣٢ / ٥: «أن يكون الشخص عنده ذات من قمح أو نقد أو غيرهما كره إقامتها عنده لخوف تلفها بسوس أو غير ذلك فلا يجوز له أن يسلفها ليأخذ غيرها؛ لأنه سلف جر منفعة»، وجاء في الكافي لابن قدامة ١٢٧ / ٢: «وإن قال: تكفل عني بمائة ولك عشرة لم يجز؛ لأنه يلزمه أداء ما كفل به، فيصير له على المكفول، فيصير بمنزلة من أقرضه مائة، فيصير قرصاً جر نفعاً». وينظر - على سبيل المثال -: المبسوط للسرخسي ٣٥ / ١٤، والذخيرة للقرافي ٣٠١ / ٥، ٣٠٥، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٣١، والشرح الصغير للدردير ٤١ / ٢، ٤٥، ١٠٥، ١١٦، والشرح الكبير له ٢٢٤ / ٣، ومنح الجليل لعليش ٤٠٦ / ٥، والحاوي للماوردي ٣٥٦ / ٥، ومسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه رواية الكوسج ص ٥٢٠، والمغني لابن قدامة ٤٣٨ / ٦، والفروع لابن مفلح ١٦٤ / ٤، ٢٠٧، والمبدع لابن مفلح ٢١٠ / ٤، وكشاف القناع للبهوتي ٣١٩، ٣١٧.

(٤) جاء في بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٥ / ٧: «وأما الذي يرجع إلى نفس القرض فهو ألا =

وبعض العلماء ينصون على أن القرض الذي يجز نفعاً علة للمنع في القرض، ومن ثم يحققون وجودها في الفروع، فإما أن توجد العلة في تلك الفروع فتمنع، وإما ألا توجد فلا تكون ممنوعة بهذه العلة^(١).

وبالتأمل في هذا الضابط نجد أنه يدل بعمومه على أن كل منفعة يجزها قرض فإنها ربا محرم، وعند التحقيق يتبين أنه ليس على عمومه، وإنما يخرج منه بعض المنافع الجائزة، وذلك على النحو الآتي:

١ - يخرج من عموم هذا الضابط: المنفعة غير المشروطة للمقرض عند الوفاء، حيث تبين أنها جائزة -على الراجح- ومن باب حسن القضاء،

= يكون فيه جر منفعة، فإن كان لم يجز، نحو ما إذا أقرضه دراهم غلة على أن يرد عليه صحاحاً، وجاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٦٥: «كل قرض جر نفعاً حرام؛ فكره للمرتهن سكنى المرهونة بإذن الراهن»، وجاء في عقد الجواهر لابن شاس ٥٦٦/٢: «وأما شرطه فهو ألا يجز القرض منفعة فإن شرط زيادة قدر أو صفة فسد...»، وجاء في مختصر خليل ١٩٦: «وحرّم هديته... أو جر منفعة، كشرط عفن بسالم...»، وجاء في المهذب للشيرازي ٣٠٤/١: «ولا يجوز قرض جر منفعة مثل أن يقرضه ألفاً على أن يبيعه داره...»، وجاء في روضة الطالبين للنووي ٢٧٥/٣: «ويحرم شرط وقرض جر نفعاً، كتعجيل نقد ليرخص عليه في السعر، وكاستخدامه واستئجاره منه»، وينظر: -على سبيل المثال- الدر المختار للحصكفي ١٦٦/٥، وشرح الخرشي ٢٣١/٥، والوجيز للغزالي ١٥٨/١، والهداية لأبي الخطاب ١٤٩/١.

(١) جاء في شرح الخرشي ٥٤/٥: «يجوز القضاء عن ثمن المبيع من العين بأكثر عددًا أو وزنًا، كقضاء عشرة ثمن سلعة عن تسعة بخلافه في القرض؛ لأن علة المنع في القرض وهو -السلف بمنفعة- معدومة في ثمن المبيع». وجاء في الشرح الكبير للدردير ٧٧/٣: «فما اشتمل على إحدى العلتين المتقدمتين منع وما لا فلا» وجاء في حاشية الدسوقي عليه: «وهما بيع وسلف وسلف جر منفعة». وينظر: حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لأبي الحسن ٢/٢١٤، وبلغة السالك للصاوي ٤٠/٢.

سواء كانت الزيادة في القدر أو في الصفة، من جنس القرض أو من غير جنسه.

٢- كما يخرج من عمومه: المنفعة المشروطة للمقترض، كاشتراط الوفاء بالأقل، واشتراط الأجل، حيث تبين أنها جائزة على الراجح، كما أنه يخرج مثل هذه المنافع من غير اشتراط من باب أولى.

٣- ويخرج من عمومه أيضًا: المنفعة المشروطة للطرفين إذا كان في ذلك مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما، كاشتراط الوفاء في غير بلد القرض إذا لم يكن لحمل مال الوفاء مؤونة، أو كان ولكن لا يتحملها لا المقرض ولا المقترض، - كما سبق - حيث تبين أنها جائزة على الراجح مع أن فيها نفعًا مشروطًا للمقرض لكنه غير متمحض له، وجاء ضمناً وتبعاً لا استقلالاً. كما أنه يخرج منه الوفاء في غير بلد القرض من غير اشتراط مع التراضي من باب أولى.

ثم إن هناك منافع جائزة غير داخلية في هذا الضابط فلا نحتاج إلى إخراجها، مثل المنفعة غير المشروطة للمقرض قبل الوفاء إذا علم أن سببها ليس القرض، ففي هذه الحالة لا يكون القرض جازاً لها فلا تكون محرمة، وكذلك منفعة ضمان المال لا يقال بتحريمها لأنها منفعة يوجبها القرض ويتضمنها، حيث إنها منفعة أصلية في القرض، ولا اختيار لأحد فيها. ولا يقال بأن القرض يجزها فتكون رباً.

وعلى هذا يتبين أن هذا الضابط ليس على إطلاقه، وليس على عمومه، بل هو مقيد بقيود، فيمكن أن يقال بأن: «كل قرض جر منفعة زائدة»^(١).....

(١) أي المنفعة الإضافية لا المنفعة الأصلية في القرض، وقد أشار إلى هذا الماوردى في الحاوي ٥/٢٥٦ حيث قال: «وأما الشرط الثاني: فهو ألا يشترط المقرض على المقترض =

متمحضة^(١) مشروطة^(٢) للمقرض^(٣) على المقرض^(٤) أو في حكم المشروطة فإن هذه المنفعة ربياً.

= نفعاً زائداً على ما اقترض.

(١) جاء في عقد الجواهر لابن شاس ٥٦٦/٢: «وإن تمحضت للمقرض منع؛ لأنه سلف جر نفعاً». وينظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٨.

(٢) وقد أشار بعض الفقهاء إلى هذا القيد. جاء في حاشية ابن عابدين ١٦٦/٥: «قوله: كل قرض جر نفعاً حرام؛ أي: إذا كان مشروطاً كما علم مما نقله عن البحر»، وجاء في الكافي لابن عبد البر ٧٢٨/٢: «وكل زيادة في سلف أو منفعة ينتفع بها المسلف فهي ربا ولو كانت قبضة من علف وذلك حرام إن كان شرطاً»، وجاء في التنبيه للشيرازي ص ٩٩: «ولا يجوز... شرط جر منفعة». وجاء في المغني لابن قدامة ٤٣٥/٦: «وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بغير خلاف». وينظر: المبسوط للسرخسي ٣٥/١٤، وبدائع الصنائع للكاساني ٣٩٥/٧، و متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني ص ١٢٠، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ٩٩٩/٢، والحاوي للماوردي ٣٥٦/٥ وتحفة المحتاج لابن حجر وحاشية الشرواني عليه ٤٦-٤٧/٥، والكافي لابن قدامة ١٢٤/٢، وبلغه الساغب للفخر ابن تيمية ص ٢٠٢.

(٣) جاء في القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٨: «فإن كانت المنفعة للدافع منع اتفاقاً»، وجاء في حاشية الدسوقي ٢٢٥/٣: «وحرّم في القرض جر منفعة أي للمقرض ولو كانت تلك المنفعة قليلة»، وجاء في تحفة المحتاج لابن حجر ٤٦/٥: «ولا يجوز قرض نقداً أو غيره إن اقترن بشرط رد صحيح عن مكسر... أو غير ذلك من كل شرط جر منفعة للمقرض...» وجاء في الفتاوى لابن تيمية ٣٣٤/٢٩: «وقد اتفق العلماء على أن المقرض متى اشترط زيادة على قرضه كان ذلك حراماً». وينظر: المبسوط للسرخسي ٣٥/١٤، والكافي لابن عبد البر ٧٢٨/٢، والذخيرة للقرافي ٢٨٩/٥، والحاوي للماوردي ٣٥٦/٥، وحاشية القليوبي ٢٦٠/٢، والكافي لابن قدامة ١٢٤/٢.

(٤) جاء في الإجماع لابن المنذر ص ١٢٠-١٢١: «أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف هدية أو زيادة، فأسلف على ذلك أن أخذ الزيادة ربا»، وجاء في الاستذكار لابن عبد البر ٥٤/٢١: «وكل زيادة من عين أو منفعة يشترطها المسلف على المستسلف فهي ربا، لا خلاف في ذلك».

فيشمل هذا الضابط اشتراط الزيادة للمقرض، في القدر أو الصفة من جنس القرض أو من غير جنسه، كما يشمل اشتراط المنفعة المتمحضة الزائدة للمقرض كأن يشترط أن يعمل له عملاً أو أن يقرضه المقترض بدل هذا القرض، ونحو ذلك من المنافع المتمحضة للمقرض، ولا يقابلها منفعة للمقرض سوى القرض، كما يشمل الضابط المنافع التي تكون في حكم المشروطة للمقرض، مثل المنافع التي تكون عن تواطؤ، أو عادة على سبيل المعاوضة لا الإحسان.

الضابط الثاني: (متى تمحضت المنفعة في القرض للمقرض جاز).

هذا الضابط جاء في عقد الجواهر^(١)، ويفهم منه أن المنفعة في القرض لا تجوز إلا إذا كانت متمحضة للمقرض، أي ليس للمقرض أي منفعة. وقد صرح بهذا بعض المالكية، فجاء في الذخيرة^(٢): «شرطه ألا يجزر منفعة للمقرض»، وفي موضع آخر^(٣): «يشترط تمحض المنفعة للأخذ»، وفي موضع آخر^(٤): «امتنع إلا أن تكون المنفعة للأخذ».

وهذا الضابط يفيد عدم جواز المنفعة للمقرض حتى مع انتفاع المقرض،

(١) لابن شاس ٥٦٦/٢ ونصه: «متى تمحضت المنفعة للمقرض جاز».

(٢) للقرافي ٢٨٩/٥.

(٣) ٢٩٠/٥.

(٤) ٢٩٢/٥. وجاء في مختصر خليل ص ١٩٦: «إلا أن يقوم دليل على أن القصد نفع المقرض فقط في الجميع»، وجاء في شرح الخرشي ٢٣١/٥: «وحرّم جر منفعة، أي في القرض وهو صادق بما إذا حصل للمقرض منفعة ما فإنه لا يجوز ولا بد من تمحض كون المنفعة للمقرض على المشهور». وينظر: التاج والإكليل للمواق ٥٣٣/٦، وحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لأبي الحسن ٢/٢١١، ومنح الجليل لعليش ٤٠٥/٥. وجاء في حاشية العدوي على شرح الخرشي ٢٣١/٥: «قوله على المشهور، ومقابلة ما في شرح الشامل مما يوهّم أنه إذا قل ما حصل للمقرض من المنفعة أنه لا يحرم، وليس كذلك».

-أي المنفعة الإضافية- جاء في حاشية الدسوقي^(١): «فقط أي لا نفع المقرض، أو نفعهما معاً».

وقد صرح بعض الشافعية أيضًا بذلك، حيث جاء في حاشية القليوبي^(٢) -بعد أن ذكر أنه لا يجوز الإقراض بشرط رد زيادة-: «ومثله كل ما جر نفعًا للمقرض ولو مع المقرض»، إلا أن بعض الشافعية أجاز انتفاعهما معًا إذا كان نفع المقرض أقوى، جاء في حاشية الشرواني^(٣): «قوله: كل قرض جر منفعة، أي شرط فيه ما يجر إلى المقرض منفعة، وشمل ذلك شرطًا ينفع المقرض والمقرض معًا فيبطل به العقد فيما يظهر... أي بخلاف ما ينفع المقرض وحده... أو ينفعهما ولكن نفع المقرض أقوى».

ومحل البحث في هذه المسألة عند الاشتراط، وهذا الحكم الذي ذكره المالكية في هذا الضابط مطرد عندهم - في الجملة -، ولكن إذا نظرنا فيما تقدم بحثه وذلك عند دراسة اشتراط الوفاء في غير بلد القرض، فقد تبين أنه يجوز ذلك إذا كانت المنفعة الإضافية مصلحة للطرفين من غير ضرر، وبهذا يتبين أن هذا الضابط وهو (متى تمحضت المنفعة في القرض للمقرض جاز) ليس مسلمًا في كل الصور، حيث إن هناك صورًا لا تتمحض المنفعة فيها للمقرض وإنما يكون للمقرض فيها منفعة ومع ذلك فإنها جائزة، كما سبق بيانه. وعلى هذا فإن المنفعة إذا كانت مشتركة للطرفين من غير ضرر فهي جائزة، حيث تتقابل المنفعتان، وكذا إذا كانت

(١) ٢٢٦/٣. وجاء في عقد الجواهر ٥٦٦/٢: «فإن دارت المنفعة من الطرفين منع أيضًا ما لم

تكن ضرورة». وينظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٨.

(٢) ٢٦٠/٢، وينظر: حاشية ابن قاسم على تحفة المحتاج ٤٦/٥، وحاشية المغربي على نهاية

المحتاج ٢٣١/٤.

(٣) ٤٧/٥.

للطرفين ومنفعة المقترض أقوى، بخلاف ما إذا كانت للطرفين ومنفعة المقرض أقوى فلا يجوز -والله أعلم-؛ لأن القدر الزائد عن المنفعتين المتقابلتين متمحض للمقرض، ولا يقابله عوض سوى القرض فيحرم.

وبالتأمل في الضابط - أيضًا - وهو (متى تمحضت المنفعة للمقترض جاز)، فإنه يفهم منه أن المنفعة إذا كانت لطرف ثالث فإنها لا تجوز، وقد صرح بذلك بعض المالكية، فجاء في حاشية الدسوقي^(١): «أي لا نفع المقرض أو نفعهما معاً... أو نفع أجنبي من ناحية المقرض بحيث يكون نفعه كنفعه فيمنع في الثلاثة». ومحل البحث في هذه المسألة عند الاشتراط - كما سبق -، فإذا كان اشتراط المنفعة لطرف ثالث له علاقة بأحد طرفي عقد القرض^(٢)، فإما أن يكون من ناحية المقرض، أو من ناحية المقرض، فإن كان من ناحية المقرض، بحيث يكون نفعه كنفعه - كما نص على ذلك بعض المالكية - مثل أن يشترط المقرض على المقرض أن يسكن قريبه داره، أو أن

(١) ٢٢٦/٣، وجاء في حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لأبي الحسن ٢/ ٢١١: «قوله يجزى منفعة، أي لغير المقرض بأن جر للمقرض أو لأجنبي من ناحيته فلا يقع جائزاً إلا إذا تمحض النفع للمقترض». وينظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص ٣٨٦، ومواهب الجليل له ٦/ ٥٣٢، والفواكه الدواني للنفاوي ٢/ ١٣ والبهجة للتسولي ٢/ ٢٨٧.

(٢) وقد يكون اشتراط المنفعة لطرف ثالث لا علاقة له بعقد القرض، مثل اشتراط الجعل على الاقتراض بالجاء.

وفي المقابل قد يكون اشتراط المنفعة على طرف ثالث، فينظر: فإن كان اشتراط المقرض نفعاً على غير المقرض يترتب عليه ضرر على المقرض من أي وجه، ففي هذه الحالة يكون هذا الاشتراط كأنه على المقرض فيكون محرماً، وأما إذا كان الاشتراط على غير المقرض لا يؤثر على المقرض بحال فإنه لا يؤدي إلى النفع المحرم في القرض، ولكن اشتراط مثل هذا الشرط لغو، ولا يلزم من شرط عليه إلا إذا التزمه.

يهب المقترض قريب المقرض شيئاً، أو أن يعمل له عملاً، أو أن يشفع له، ونحو ذلك من المنافع، فإن هذه المنافع محرمة؛ لأنها منافع مشروطة يثول نفعها إلى المقرض، وقد تقرر أن المنفعة المشروطة المتمحضة للمقرض على المقترض محرمة.

بينما لو كانت المنفعة لطرف ثالث من ناحية المقترض، كأن يعطي المقرض قريب المقترض هدية أو قرصاً آخر أو صدقة، فإن هذا تبرع آخر منه وإرفاق إضافة إلى الإرفاق الأول فلا يمنع منه.

وإذا انفقا على ذلك جاز ولا يلزم المقرض ذلك، إلا إذا التزمه على التفصيل في مسألة الوعد.

ويمكن أن يكون الضابط على ما توصلت إليه في بحثي على النحو الآتي: (كل منفعة في القرض متمحضة للمقترض، وكل منفعة مشتركة بين المقترض والمقرض ومنفعة المقترض أقوى أو مساوية فإنها جائزة).

الضابط الثالث: (القرض عقد إرفاق وقربة فمتى خرج عن باب المعروف امتنع).

جاء جزء من هذا الضابط في الفروق^(١)، وهو «متى خرج عن باب المعروف امتنع»، ويذكره بعض الفقهاء في مقام الاستدلال على المنع من بعض المسائل، ومن ذلك ما جاء في القوانين الفقهية^(٢): «فإن كانت المنفعة للدافع منع اتفاقاً للنهي عنه، وخروجه عن باب المعروف»، وجاء في المهذب^(٣): «ولأنه عقد إرفاق فإذا شرط فيه

(١) للقرافي ٢/٤. وينظر: الذخيرة له ٢٩٠/٥، وتهذيب الفروق لابن حسين ٤/٤.

(٢) لابن جزى ص ٢٤٨.

(٣) للشيرازي ٣٠٤/١.

منفعة خرج عن موضوعه»، وجاء في المغني^(١): «ولأنه عقد إرفاق وقربة فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه».

وبالتأمل في هذا الضابط يظهر منه أن القرض إذا خرج عن باب المعروف امتنع في كل الصور، وهذا يحتاج إلى تحقيق وتفصيل، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: القرض عقد إرفاق وقربة، وهو من باب المعروف، وسواء قلنا إنه عقد مشروع على خلاف القياس^(٢)، أو إنه مشروع على وفق القياس، وجار على سنته، وليس فيه مخالفة لشيء من القواعد الشرعية^(٣)، فالأصل فيه أنه من باب التبرعات لا من باب المعاوضات، وهو من باب المعروف لا من باب المماكسة والتغابن^(٤)، ومن ذلك ما يأتي:

(١) لابن قدامة ٤٣٦/٦. وينظر: الفواكه الدواني للنفاوي ١٣١/٢، ومغني المحتاج للشريبي ١١٩/٢، ونهاية المحتاج للرملبي ٢٣٠/٤، والكافي لابن قدامة ١٢٤/٢-١٢٥، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٠١/٢.

(٢) جاء في الفروق للقرافي ٢/٤: «اعلم أن قاعدة القرض خولفت فيها ثلاث قواعد شرعية قاعدة الربا إن كان في الربويات كالنقدين والطعام، وقاعدة المزابنة وهي بيع المعلوم بالمجهول من جنسه إن كان في الحيوان ونحوه من غير المثليات وقاعدة بيع ما ليس عندك في المثليات وسبب مخالفة هذه القواعد مصلحة المعروف للعباد»، وجاء في أسنى المطالب للأنصاري ١٤١/٢: «الإقراض جُوز على خلاف القياس للإرفاق»، وجاء في المبدع لابن مفلح ٢٠٤/٤: «وهو نوع من المعاملات مستثنى عن قياس المعاوضات لمصلحة لاحظها الشارع رفقا بالمحاييج».

(٣) جاء في مجموع فتاوى ابن تيمية ٥١٤/٢٠: «ومن قال: القرض خلاف القياس قال: لأنه بيع ربوي بجنسه من غير قبض. وهذا غلط، فإن القرض من جنس التبرع بالمنافع كالعارية». وينظر: إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٤٨١/١.

(٤) جاء في الحاوي للماوردي ٣٥٨/٥: «لأن القرض عقد إرفاق وتوسعة لا يراعى فيه ما يراعى في عقود المعاوضة».

أ- لا يجب التقابض في القرض وإن كان ربوياً، وإنما يشرع التأخير. جاء في بدائع الصنائع^(١): «إقراض الدراهم والدنانير لا يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين، ولو^(٢) كان مبادلة لبطل؛ لأنه صرف والصراف يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين»، وجاء في حاشية عميرة^(٣): «ليس سبيله سبيل المعاوضات بدليل صحة الرجوع فيه عند بقاءه وعدم اشتراط قبض الربوي في المجلس».

ب- يجوز الوفاء في القرض بزيادة للمقرض إذا كان ذلك على وجه المعروف، جاء في القبس^(٤): «قد بينا حل البيع وتحريم الربا وقررنا في قاعدة المعروف أنه يجوز فيها المسامحة في الزيادة في المقدار والصفة ما لا يجوز في البيع؛ لكونها خارجة عن المكايسة داخلية في باب المعروف، وقد فصلت الشريعة بين الغرضين وجعلتهما قاعدتين، وقد أعطى النبي ﷺ في القرض سنناً أفضل من السن وقال: «خياركم أحسنكم قضاء»، وهذا كما قال مالك إذا لم يكن في ذلك شرط ولا وأي ولا عادة، فإنه حيثئذ يخرج من باب المعروف إلى باب المعاوضة الذي يعتبر فيها الربا»، وجاء في الحاوي^(٥): «لأن القرض عقد إرفاق وتوسعة لا يراعى فيه ما يراعى في عقود المعاوضة، ألا ترى لو رد زيادة على ما اقترض من غير شرط جاز، وإن لم يكن ربا محرماً».

(١) للكاساني ٣٩٦/٧.

(٢) في المطبوع: (إن) بدل (لو).

(٣) ٢٥٨/٢. وينظر: الفروق للقرافي ٢/٤، والذخيرة له ٢٩٠/٥، وتحفة المحتاج لابن حجر ٤١/٥، ونهاية المحتاج للرملي ٢٢٤/٤.

(٤) لابن العربي ٨٥٠/٢. وينظر: تقريره لهذا المعنى في ٧٩٨/٢، ٨٢٩، ٨٤٣.

(٥) للماوردي ٣٥٨/٥.

ج- يجوز الوفاء في القرض بالأقل للإرفاق بالمقترض، جاء في المهذب^(١): «لأن القرض جعل رفقا بالمستقرض وشرط الزيادة يخرج به عن موضوعه فلم يجز، وشرط النقصان لا يخرج به عن موضوعه فجاز»، وجاء في المغني^(٢): «لأن القرض جعل للرفق بالمستقرض وشرط النقصان لا يخرج به عن موضوعه بخلاف الزيادة».

د- امتناع تأجيل القرض عند جمهور العلماء؛ لكونه من باب التبرعات. جاء في فتح القدير^(٣): «لأنه لو لزم كان التبرع ملزماً على المتبرع شيئاً كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافي موضوع التبرعات».

وقد تبين عند عرض المسألة أن الراجح جواز التأجيل، وأن تأجيل القرض لا ينافي موضوع التبرعات، إذ القرض إحسان، وتأجيله إحسان آخر.

هـ- يجوز قرض المنافع؛ لأنه من باب الإرفاق. جاء في الذخيرة^(٤): «وأباح: أعني بغلامك يوماً وأعينك بغلامي يوماً؛ لأنه رفق».

و- يجوز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض، إذا كان على وجه المعروف، جاء في مسائل الإمام أحمد^(٥) «قلت^(٦) السفتجة؟ قال: لا بأس بها إذا

(١) للشيرازي ٣٠٤/١. (٢) لابن قدامة ٤٣٩/٦.

(٣) لابن الهمام ٤٨٤/٦. وينظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٦/٧، وتحفة المحتاج لابن حجر ٤١/٥، ونهاية المحتاج للملي ٢٢٤/٤، والكافي لابن قدامة ١٢٢/٢، والمغني له ٤٣٢/٦، والمبدع لابن مفلح ٢٠٨/٤.

(٤) للقرافي ٢٩٢/٥. وتقدم بحث هذا في ص ١٠٨٩.

(٥) ص ٢٥٨.

(٦) القائل هو إسحاق بن منصور.

كان على وجه المعروف». وجاء في الفروع^(١): «وعنه: لا بأس به على وجه المعروف».

ز- يجوز قرض الخبز وقضاؤه خبزاً غيره بالعدد، وإن كان يتفاوت بالوزن؛ لأنه من باب الإرفاق والمعروف، جاء في المهذب^(٢): «إذا أقرضه الخبز وشرط أن يرد عليه الخبز ففيه وجهان: أحدهما: يجوز؛ لأن مبناه على الرفق فلو منعناه من رد الخبز شق وضاق»، وجاء في المغني^(٣): «يجوز قرض الخبز... إن ذلك من مرافق الناس لا يراد به الفضل... إنما هذا من مكارم الأخلاق... ولأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق اعتبار الوزن فيه، وتدخله المسامحة فجاز».

ثانياً: إذا تقرر أن مبنى وموضوع عقد القرض هو الإرفاق والتبرع والمعروف والإحسان، فما الحكم إذا خرج عن هذا الموضوع، بحيث لا يكون القصد من الإقراض هو مجرد الإحسان والإرفاق، وإنما يكون لغرض دنيوي، إما منفعة أصلية في القرض أو إضافية.

مثال المنفعة الأصلية: الإقراض بقصد حفظ المال وتضمينه.

ومثال المنفعة الإضافية: الإقراض مع اشتراط منفعة زائدة، كاشتراط الوفاء بزيادة على القرض.

والرجوع إلى الضابطين الأول والثاني يساعد في تقرير هذا الضابط، فالضابط

(١) لابن مفلح ٢٠٦/٤ وينظر: المبدع لابن مفلح ٢٠٩/٤، والإنصاف للمرداوي ١٣١/٥.

(٢) للشيرازي ٣٠٤/١.

(٣) لابن قدامة ٤٣٥/٦. وينظر: روضة الطالبين للنووي ٢٧٦/٣، والكافي لابن قدامة

١٢٣-١٢٤، وكشاف القناع للبهوتي ٣١٦/٣، وشرح منتهى الإرادات له ١٠١/٢.

الأول: (كل قرض جر منفعة زائدة متمحضة مشروطة للمقرض على المقرض أو في حكم المشروطة فإن هذه المنفعة ربًا).

وكذلك المنافع غير المشروطة للمقرض قبل الوفاء وسببها القرض - كما سيأتي - فإن هذه المنافع محرمة وتخرج بالقرض عن موضوعه فتكون ممنوعة.

والضابط الثاني: (كل منفعة في القرض متمحضة للمقرض، وكل منفعة مشتركة بين المقرض والمقرض ومنفعة المقرض أقوى أو مساوية فإنها جائزة).

فهذا الإقراض جائز مع وجود هذه المنافع، لكن إن كان بقصد المعروف والإحسان فإن المقرض يثاب، وأما إن كان المقرض يقصد غرضًا دنيويًا، إما منفعة أصلية في القرض أو إضافية فإنه لا يثاب على هذا الإقراض، ولا يخرج هذا الغرض عن الجواز حسب ما يفيد هذا الضابط.

وأما الضابط الثالث الذي نحن بصدد دراسته وهو: (القرض عقد إرفاق وقربة فمتى خرج عن باب المعروف امتنع)، فإنه يقتضي المنع إذا خرج القرض عن باب المعروف. وفيما يأتي أذكر بعض الفروع التي ذكرها الفقهاء، ثم أخلص إلى التحقيق في المسألة بإذن الله.

أ- جاء في الذخيرة^(١): «إذا أقرضته لتتفع نفسك بضمانه في ذمته وكراهة بقاءه عندك امتنع».

وقد ذكر بعض الشافعية أن الإقراض بقصد ضمان المال وحفظه جائز وهو الصواب؛ لعدم ما يمنع منه شرعًا، وهي منفعة أصلية في القرض لا تنفك عنه. جاء في حاشية الشبراملسي^(٢): «ولم يذكر المباح ويمكن

(١) للقرافي ٢٩٠/٥.

(٢) ٢٢١/٤ وكذا في حاشية الشرواني ٣٦/٥.

تصويره بما إذا دفع إلى غني بسؤال من الدافع مع عدم احتياج الغني إليه، فيكون مباحاً لا مستحباً؛ لأنه لم يشتمل على تنفيس كربة، وقد يكون في ذلك غرض للدافع كحفظ ماله بإحرازه في ذمة المقترض.

ويدل لذلك حديث ابن الزبير رضي الله عنهما^(١)، حيث كان الناس يأتون إلي الزبير رضي الله عنه ليوذعوا أموالهم عنده، ولا يقصدون بذلك مساعدة الزبير رضي الله عنه، وإنما كانوا يقصدون حفظ أموالهم، ولكن الزبير رضي الله عنه لم يرض بقبول هذه الودائع إلا أن تكون قروضاً يحق له التصرف فيها، على أن تكون مضمونة عنده، فصارت قروضاً بالرغم من أن أصحاب الأموال لم يقصدوا إقراضه لمساعدته، وإنما قصدوا حفظ أموالهم لا غير.

ب- وجاء في شرح الخرشي^(٢): «وكعين كرهت إقامتها، هذا أيضاً ممنوع وهو أن يكون الشخص عنده ذات من قمح أو نقد أو غيرهما كره إقامتها عنده لخوف تلفها بسوس أو غير ذلك، فلا يجوز له أن يسلفها ليأخذ غيرها؛ لأنه سلف جر منفعة؛ لأنه إنما قصد نفع نفسه حيثئذ. ومحل المنع مع الشرط أو العرف، لا إن فقداً، وهذا ما لم يتمحض النفع للمقترض، بدليل ما أشار إليه بقوله: إلا أن يقوم دليل على أن القصد نفع المقترض فقط».

وفهم من قوله: «ومحل المنع مع الشرط أو العرف لا إن فقداً»: أنه إذا لم يكن مشروطاً ولا معروفاً، وكان قصده نفع نفسه أن ذلك جائز،

(١) تقدم تخريجه ص ١١٨٦، وفيه: «إنما كان دينه الذي عليه أن الرجل كان يأتيه بالمال فيستودعه إياه، فيقول الزبير: لا، ولكنه سلف، فإني أخشى عليه الضيعة».

(٢) ٢٣٢/٥. وينظر: الشرح الكبير للدردير ٣/٢٢٦، ومنح الجليل لعليش ٥/٤٠٦.

والمنع مع الشرط أو العرف ليس لخروجه عن باب المعروف، وإنما لكونه سلفاً جر نفعاً.

ج- وجاء في الذخيرة^(١): «قال سند: منع ابن القاسم، أقرضك هذه الحنطة على أن تعطيني مثلها، وإن كان القرض يقتضي إعطاء المثل؛ لإظهار صورة المكايسة. قال أشهب: يفسخ، قال: فإن قصد بالمثل عدم الزيادة غير مكروه، وكذلك إذا لم يقصد شيئاً، فإن قصد المكايسة فهذا مكروه، ولا يفسد العقد؛ لعدم النفع للمقرض».

وقد ذكر بعض الحنابلة فروعاً في باب القرض فيها نفع للمقرض، وليس المقصود من الإقراض مجرد المعروف، وإنما يقصد المقرض أيضاً منفعة نفسه، ومع ذلك ذكروا أنها جائزة، ومن ذلك ما جاء في الكافي^(٢): «فإن أفلس غريمه فأقرضه ليوفيه كل شهر شيئاً منه جاز؛ لأنه إنما انتفع باستيفاء ما يستحق استيفاؤه. ولو كان له طعام عليه، فأقرضه ما يشتريه به ويوفيه جاز؛ لذلك. ولو أراد تنفيذ نفقة إلى عياله فأقرضها رجلاً ليوفيهها لهم فلا بأس؛ لأنه مصلحة لهما لا ضرر فيه، ولا يرد الشرع بتحريم ذلك. قال القاضي: ويجوز قرض مال اليتيم للمصلحة، مثل أن يقرضه في بلد ليوفيه في بلد آخر ليربح خطر الطريق. وفي معنى هذا: قرض الرجل فلاحه حباً يزرعه في أرضه أو ثمناً يشتري به بقرًا وغيرها؛ لأنه مصلحة لهما».

- (١) للقرافي ٢٩١/٥. وينظر فروع أخرى في: المنتقى للباقي ٩٧/٥، وعقد الجواهر لابن شاس ٥٦٧/٢، والتاج والإكليل للمواق ٥٣٠-٥٣١.
- (٢) لابن قدامة ١٢٦-١٢٧، وينظر: المغني له ٤٤٠/٦، والفروع لابن مفلح ٢٠٦-٢٠٧، والمبدع لابن مفلح ٢٠٩/٤، ٢١١، والإنصاف للمرداوي ١٣٤/٥.

مما سبق يتبين أن موضوع القرض هو الإرفاق والمعروف، وهذا الأصل فيه، ولكنه ليس شرطاً لجواز القرض، وليس خروجه عن المعروف والإرفاق مناطاً للمنع، فإذا خرج عن المعروف فلا يلزم أن يكون ممنوعاً؛ إذ لا دليل على المنع حينئذ، بل قد جاء ما يدل على الجواز. وبذلك يتبين أن هذا الضابط وهو (القرض عقد إرفاق وقربة فمتى خرج عن باب المعروف امتنع) لا يسلم في جميع الصور، وإنما يسلم إذا كانت المنفعة محرمة، وأما إذا كانت جائزة فلا يمنع من القرض لهذا التعليل والله أعلم.

الضابط الرابع: (المقاصد معتبرة في التصرفات من العقود وغيرها).

جاء هذا الضابط في الفتاوى الكبرى^(١)، ويندرج هذا الضابط ضمن قاعدة: (الأمر بمقاصدها)، ويستدل لتقرير هذا الضابط بحديث: «إنما الأعمال بالنيات»^(٢). جاء في جامع العلوم والحكم^(٣): «وقد استدل بقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لأمرى ما نوى» على أن العقود التي يقصد بها في الباطن التوصل إلى ما هو محرم غير صحيحة كعقود البيوع التي يقصد بها معنى الربا ونحوها كما هو مذهب مالك وأحمد وغيرهما، فإن هذا العقد إنما نوي به الربا لا البيع وإنما لأمرى ما نوى».

ويفيد هذا الضابط أن مقصود المتعاقدين له تأثير في حل المعاملة أو حرمتها، وفي صحتها أو فسادها. جاء في إعلام الموقعين^(٤): «وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي معتبرة

(١) لابن تيمية ٦/٦٧، وورد في موضع آخر بلفظ ٦/٥٤: «المقاصد والاعتقادات معتبرة في

التصرفات والعادات»، وفي موضع آخر بلفظ ٦/١٦٧: «الاعتبار بالمعاني والمقاصد في

الأقوال والأفعال»، وورد باللفظ مقاربة في: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٠/٣٧٨،

٣٠/٣٥٣، وإعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣/١٢٨، والموافقات للشاطبي ٢/٢٤٦.

(٢) لابن رجب ١/٩١.

(٣) البخاري (١).

(٤) لابن قيم الجوزية ٣/١٢٨-١٢٩ وكذا بأخصر منه في الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٦/٥٤.

في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً، أو صحيحاً أو فاسداً، وطاعة ومعصية، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة. ودلائل هذه القاعدة تفوت الحصر...».

وسأتكلم عما يفيد هذا الضابط في ما يخص موضوع هذا البحث وذلك فيما

يأتي:

أ- للقصد أثره في حكم الهدية من المقترض للمقرض، وذلك أنه إذا علم أن الهدية لأجل القرض، مثل أن يكون القصد منها التأخير في الوفاء فإنها تمنع - على الراجح كما سبق - جاء في الفتاوى الكبرى^(١): «فنهى النبي ﷺ وأصحابه المقرض عن قبول هدية المقترض قبل الوفاء؛ لأن المقصود بالهدية أن يؤخر الاقتضاء وإن كان لم يشرط ذلك ولم يتكلم به، فيصير بمنزلة أن يأخذ الألف بهدية ناجزة وألف مؤخره وهذا ربا. ولهذا جاز أن يزيد عند الوفاء ويهدي له بعد ذلك لزوال معنى الربا، ومن لم ينظر إلى المقاصد في العقود أجاز مثل ذلك وخالف سنة رسول الله ﷺ».

ب- القرض من عقود الإرفاق والمعروف، فإذا قصد المقرض المعروف والإرفاق بالمقترض أثيب على هذا القصد، وإن لم يقصد ذلك وإنما قصد منافع دنيوية لم يثب على ذلك كما سبق بيانه.

ج- لا يجب التقابض في القرض وإن كان ربوياً بل يشرع التأخير، بخلاف بيع مال ربوي بمثله فإنه يجب التقابض. جاء في الفتاوى الكبرى^(٢):

(١) لابن تيمية ٦/١٦٠. وينظر: مجموع الفتاوى له ٣٠/١٠٩.

(٢) لابن تيمية ٦/٦٠-٦١. وينظر: إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣/١٣٣.

«ومن ذلك أن الله سبحانه حرم أن يدفع الرجل إلى غيره مالا ربوياً بمثله على وجه البيع إلا أن يتقابضا وجوز الدفع على وجه القرض، وقد اشتركا في أن هذا يقبض دراهم ثم يعطي مثلها بعد العقد، وإنما فرق بينهما للمقاصد، فإن مقصود القرض إرفاق المقترض ونفعه ليس مقصوده المعاوضة والربح، ولهذا شبه بالعارية... ثم الذي يميز بين هذا التصرف وهذا هو القصد والنية، فلولا مقاصد العباد ونياتهم لما اختلفت هذه الأحكام، ثم الأسماء تتبع المقاصد، ولا يجوز لأحد أن يظن أن الأحكام اختلفت بمجرد اختلاف ألفاظ لم تختلف معانيها ومقاصدها، بل لما اختلفت المقاصد بهذه الأفعال اختلفت أسماؤها وأحكامها، وإنما المقاصد حقائق الأفعال وقوامها وإنما الأعمال بالنيات. والمقرض المحض ليس له غرض أن يرجع إليه إلا مثل ماله جنساً ونوعاً وقدرًا، بخلاف البائع فإنه لا يبيع درهمًا بدرهم يساويه من كل جهة نسيئة، فإن العاقل لا غرض له في مثل هذا، وإنما يبيع أحدهما بالآخر لاختلاف الصفة، مثل أن يكون أحدهما أرفع سكة أو مصوغًا أو أجود فضة إلى غير ذلك من الصفات».

د- ومما يترتب على اعتبار المقاصد في التصرفات: إبطال الحيل التي يراد التوصل بها إلى المحرمات. جاء في الفتاوى الكبرى^(١): «وإذا ثبت بما ذكرنا من الشواهد أن المقاصد معتبرة في التصرفات من العقود وغيرها، فإن هذا يجتث قاعدة الحيل؛ لأن المحتال هو الذي لا يقصد بالتصرف مقصوده^(٢) الذي جعل لأجله، بل يقصد به إما استحلال

(١) لابن تيمية ٦/٧٦.

(٢) في المطبوع: (مقصودها). ولعل الصواب ما أثبتته إن شاء الله.

محرم أو إسقاط واجب أو نحو ذلك».

وقد تضافرت الأدلة على أن كل حيلة تضمنت استحلال محرم فهي محرمة^(١).
وفيما يخص هذا البحث فإن هناك صوراً للتحايل على أخذ المنفعة في القرض
ومن هذه الصور ما يأتي:

الصورة الأولى:

البيع بشرط أن البائع متى ما رد الثمن فإن المشتري يعيد إليه المبيع.
وذلك مثل: أن يقول البائع للمشتري: بعتك هذه الدار بشرط أن تردها إليّ متى
ما رددت إليك الثمن^(٢).

وقد سماه الحنفية: «بيع الوفاء»^(٣)، «وبيع الأمانة»^(٤)،.....

- (١) ينظر: المغني لابن قدامة ١١٧/٦، والفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٧/٦ وما بعدها، وإعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣/٢٢٤ وما بعدها، والموافقات للشاطبي ٢/٢٨٨ وما بعدها.
- (٢) جاء في البحر الرائق لابن نجيم ٨/٦: «بيع الوفاء.. صورته أن يقول البائع للمشتري بعث منك هذا العين بدين لك عليّ، على أني متى قضيت الدين فهو لي أو يقول البائع بعثك هذا بكذا على أني متى دفعت لك الثمن تدفع العين إليّ». وجاء في الدر المختار للحصكفي ٥/٢٧٦: «بيع الوفاء... صورته أن يبيعه العين بألف على أنه إذا رد عليه الثمن رد عليه العين». وينظر: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٩٧.
- (٣) ينظر: تبين الحقائق للزيلعي ٥/١٨٣، والبحر الرائق لابن نجيم ٨/٦، والأشباه والنظائر له ص ٩٢، والدر المختار للحصكفي وحاشية ابن عابدين عليه ٥/٢٧٦. ووجه تسميته بيع الوفاء: ما ذكره ابن عابدين في حاشيته ٥/٢٧٦: «أن فيه عهداً بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن».
- (٤) ينظر: المراجع السابقة. ووجه تسميته بيع الأمانة: ما ذكره ابن عابدين في حاشيته ٥/٢٧٦: «أنه أمانة عند المشتري بناء على أنه رهن أي كالأمانة»، وذكر ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ٩٢ وكذا الحصكفي في الدر المختار ٥/٢٧٦: أن الشافعية يسمونه: «الرهن المعاد».

و«بيع الإطاعة»^(١)، و«بيع المعاملة»^(٢). ويذكر المالكية هذه الصورة ضمن «بيع الشروط والثنيا»^(٣)، وفي «بيع الأجال»^(٤)، والحنابلة يسمونه «بيع الأمانة»^(٥).

وقد انتشر هذا البيع ببخارى وبلخ في أوائل القرن الخامس الهجري وكان الباعث له أن أكثر أصحاب الأموال امتنعوا عن القرض الحسن الخالي عن المنفعة، وفي الوقت نفسه يتخرجون من الربا لحرمة، والناس محتاجون إلى المال ولا يجدون من يقرضهم فالتمسوا مخرجًا يحصل به المحتاج على ما يريد من المال، والدائن يحصل على منفعة بعيدة عن صور الربا، فعملوا بهذا البيع بشرط التراد أي رد المبيع عند رد الثمن^(٦).

وقد أجاز بعض الحنفية هذه الصورة -بيع الوفاء- لحاجة الناس فرازا من الربا. وعليه الفتوى عندهم^(٧).

- (١) ينظر: الدر المختار للحصكفي وحاشية ابن عابدين عليه ٢٧٦/٥، ووجه تسميته بيع الإطاعة ما ذكره ابن عابدين في حاشيته ٢٧٦/٥: «أن الدائن يأمر المدين ببيع داره مثلا بالدين فيطيعه فصار معناه بيع الانقياد».
- (٢) ينظر: حاشية ابن عابدين ٢٧٦/٥ وذكر أن وجه تسميته بيع المعاملة: «أن المعاملة ربح الدين وهذا يشتره الدائن ليتنفع به بمقابلة دينه».
- (٣) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٤٠.
- (٤) ينظر: منح الجليل لعليش ٥/١١١.
- (٥) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٣٣٤.
- (٦) الربا والمعاملات المصرفية للمترك ص ٢٧٣-٢٧٤ بتصرف. وينظر البحر الرائق لابن نجيم ٩/٦، والأشباه والنظائر له ص ٩٢، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢١٠.
- (٧) جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩١-٩٢: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة... ومنها الإفتاء بصحة بيع الوفاء حين كثر الدين على أهل بخارى». وينظر: تبين الحقائق للزليعي ٥/١٨٣، والبحر الرائق له ٦/٨-٩، والدر المختار للحصكفي وحاشية ابن عابدين عليه ٥/٢٧٦-٢٧٧.

وقد نص بعض الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣)، على تحريم هذه الصورة.

وهذا هو الراجح وهو تحريم هذه الصورة؛ وذلك لأنها حيلة على أخذ المقرض - حقيقة المشتري صورة - المنفعة في مقابل القرض؛ حيث إن المشتري - صورة المقرض حقيقة - دفع الثمن ثم عاد إليه بعد مدة مع انتفاعه بالمبيع - بإجارته أو سكنائه ونحو ذلك إذا كان عقاراً مثلاً - مدة بقاء الثمن في يد البائع - صورة المقرض حقيقة - فالمقصود في الحقيقة إنما هو الربا، وتسميته بهذا الاسم لا تخرجه عن حقيقته، وقد تقرر أن اشتراط المنفعة في القرض ربا. جاء في مجموع فتاوى ابن تيمية^(٤): «إذا كان المقصود أن يأخذ أحدهما من الآخر دراهم

(١) جاء في البحر الرائق لابن نجيم ٨/٦: «بيع الوفاء... اختلفوا فيه على ثمانية أقوال... الرابع ما قاله في العدة واختاره ظهير الدين أنه يبيع فاسد»، وجاء في حاشية ابن عابدين ٥/٢٧٦: «قد فشا هذا البيع بين الناس وفيه مفسدة عظيمة... قلت: وبه صدر في جامع الفصولين فقال رامزاً لفتاوى النسفي: البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالاً للربا وسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة لا يملكه ولا يتتفع به إلا بإذن مالكة، وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره ويسقط الدين بهلاكه لو بقي ولا يضمن الزيادة وللبائع استرداده إذا قضى دينه...».

(٢) جاء في بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٤٠: «وأما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت عليّ المبيع فإنه لا يجوز عند مالك». وينظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص ٢٣٣.

(٣) جاء في مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٣٣٤: «وما يظهر منه من بيع الأمانة الذي يتفقون فيه على أنه إذا جاءه بالثمن أعاد إليه المبيع هو باطل باتفاق الأئمة سواء شرطه في العقد أو تواطأ عليه قبل العقد على أصح قولي العلماء والواجب في مثل هذا أن يعاد العقار إلى ربه والمال إلى ربه ويعزر كل من الشخصين إن كانا علما بالتحريم».

(٤) ٢٩/٣٣٣-٣٣٤.

ويتنفع المعطي بعقار الآخر مدة مقام الدراهم في ذمته، فإذا أعاد الدراهم إليه أعاد إليه العقار، فهذا حرام بلا ريب، وهذا دراهم بدراهم مثلها، ومنفعة الدار، وهو الربا البين. وقد اتفق العلماء على أن المقرض متى اشترط زيادة على قرضه كان ذلك حراماً، وكذلك إذا تواطأ على ذلك في أصح قولي العلماء». وجاء في موضع آخر^(١): «أما بيع الأمانة الذي مضمونه اتفاقهما على أن البائع إذا جاءه بالثمن أعاد عليه ملكه ذلك، ينتفع به المشتري بالإجارة والسكن ونحو ذلك: هو بيع باطل، باتفاق العلماء إذا كان الشرط مقترناً بالعقد، وإذا تنازعا في الشرط المقدم على العقد فالصحيح أنه باطل بكل حال، ومقصودهما إنما هو الربا بإعطاء دراهم إلى أجل ومنفعة الدراهم هي الربح».

الصورة الثانية:

البيع بشرط الخيار حيلة ليربح في قرض. وذلك مثل أن يبيعه داراً ونحوها بألف بشرط الخيار، ليستفيع المشتري - صورة المقرض حقيقة - بالدار مدة انتفاع البائع - صورة المقرض حقيقة - بالثمن، ثم يرد الدار بالخيار عند رد الثمن، فهذا محرم؛ لأنه توصل بهذا الخيار ليربح في القرض، فحقيقة الأمر: أنه أقرضه الألف بشرط الانتفاع بالدار مدة القرض. جاء في المغني^(٢): «إذا شرط الخيار حيلة على

(١) ٣٠/٣٦.

(٢) لابن قدامة ٤٧/٦. وفيه أيضاً: «قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يُسأل عن الرجل يشتري من الرجل الشيء، ويقول: لك الخيار إلى كذا وكذا، مثل العقار؟ قال: هو جائز إذا لم يكن حيلة، أراد أن يقرضه فيأخذ منه العقار فيستعمله، ويجعل له فيه الخيار ليربح فيما أقرضه بهذه الحيلة فإن لم يكن أراد هذا فلا بأس. قيل لأبي عبد الله: فإن أراد إرفاقه، أراد أن يقرضه مالا يخاف أن يذهب فاشتري منه شيئاً وجعل له الخيار ولم يرد الحيلة؛ فقال أبو عبد الله: هذا جائز، إلا أنه إذا مات انقطع الخيار، لم يكن لورثته. وقول أحمد بالجواز في هذه المسألة محمول على المبيع الذي لا يتنفع إلا بإتلافه أو على أن المشتري =

الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقرض بالثمن، ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن فلا خير فيه؛ لأنه من الحيل. ولا يحل لأخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار ولا التصرف فيه».

الصورة الثالثة:

ومن صور التحايل على أخذ المنفعة في القرض أن يشترط في القرض عقد بيع أو نحوه، حتى يحاييه في الثمن فيأخذ زيادة على قرضه.

جاء في مجموع فتاوى ابن تيمية^(١): «أو يقرن بالقرض محاباة في بيع أو إجارة أو مساقاة ونحو ذلك، مثل أن يقرضه ألفاً ويبيعه سلعة تساوي عشرة بمائتين، أو يكرهه داراً تساوي ثلاثين بخمسين^(٢) ونحو ذلك. فهذا ونحوه من الحيل لا تزول به المفسدة التي حرم الله من أجلها الربا».

الضابط الخامس: (المنفعة المجمع على تحريمها هي المنفعة الزائدة المتمحضة المشروطة للمقرض على المقرض).

ومفاد هذا الضابط بيان محل الإجماع في موضوع المنفعة المحرمة في القرض؛ حيث إن العلماء أجمعوا على تحريم منفعة معينة لا أنهم أجمعوا على تحريم

= لا ينتفع بالبيع في مدة الخيار؛ لثلا يفضي إلى أن القرض جر منفعة». وجاء في الإنصاف للمرداوي ٤/ ٣٧٤: «لو شرط خيار الشرط حيلة ليربح فيما أقرضه: لم يجز. نص عليه وعليه الأصحاب. قلت: وأكثر الناس يستعملونه في هذه الأزمنة ويتداولونه فيما بينهم فلا حول ولا قوة إلا بالله». وينظر: المبدع لابن مفلح ٤/ ٦٧، والإقناع للحجاوي ٢/ ٨٥، وكشاف القناع للبهوتي ٣/ ٢٠٢، والروض المربع له وحاشية ابن قاسم عليه ٤/ ٤٢١-٤٢٢.

(١) ٢٨/٢٩.

(٢) في المطبوع: (بخمسة). ولعل الصواب ما أثبتته إن شاء الله.

كل منفعة في القرض، وهذا الضابط يفيد أن المنفعة المجمع على تحريمها مقيدة بقيود، وهي أن تكون المنفعة زائدة -أي إضافية لا أصلية - وتمحضة، ومشروطة للمقرض على المقترض.

ويدل على التقييد بهذه القيود ما يأتي:

١- أما تقييد المنفعة المجمع على تحريمها بالزائدة فيدل عليه ما يأتي:

أ- أن العلماء الذين نقلوا الإجماع في هذه المسألة نصوا على الزيادة.

جاء في الإجماع^(١): «أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف هدية أو زيادة فأسلف على ذلك أن أخذ الزيادة ربا»، وجاء في الاستذكار^(٢): «وكل زيادة من عين أو منفعة يشترطها المسلف على المستسلف فهي ربا لا خلاف في ذلك». وجاء في الجامع لأحكام القرآن^(٣): «أجمع المسلمون نقلاً عن نبيهم ﷺ أن اشتراط الزيادة في السلف ربا ولو كان قبضة من علف».

ب- أن العلماء الذين نقلوا الإجماع في هذه المسألة ذكروا أن العلماء أجمعوا على أن الزيادة التي يشترطها المقرض على المقترض ربا، كما في النقول السابقة وغيرها.

ومعنى الربا في اللغة: الفضل والزيادة^(٤).

(١) لابن المنذر ص ١٢٠-١٢١.

(٢) لابن عبد البر ٤٥/٢١.

(٣) للقرطبي ٢٥٨-١٥٧/٣.

(٤) ينظر: الصحاح للجوهري ٦/٢٣٤٩، والمصباح المنير للفيومي ص ٨٣.

وفي الاصطلاح عرف بتعريفات منها: ما جاء في المبسوط^(١): «الفضل الخالي عن العوض في البيع»، وجاء في أنيس الفقهاء^(٢): «هو فضل أحد المتجانسين على الآخر من مال بلا عوض». وجاء في المبدع^(٣): «زيادة في شيء مخصوص». ومعلوم أنه ليس كل زيادة ربا، وإنما الربا هو زيادة خاصة لا يقابلها عوض كما ورد في التعريفات السابقة وقد أشار الشاطبي إلى أنّ العلة في تحريم الربا كونها زيادة على غير عوض، ومن ذلك القرض الذي يجزى نفعاً محرماً حيث قال^(٤): «الله عز وجل حرم الربا، وربا الجاهلية الذي قالوا فيه: ﴿إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا﴾^(٥) وهذا الذي دل عليه أيضاً قوله تعالى: ﴿وَإِن تُبْتَخِرْ فَلَكَ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾^(٦) فقال عليه الصلاة والسلام: «وربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضعه ربا العباس ابن عبد المطلب فإنه موضوع كله». وإذا كان كذلك، وكان المنع فيه إنما هو من أجل كونه زيادة على غير عوض، ألحقت السنة به كل ما فيه زيادة بذلك المعنى... ويدخل فيه بحكم المعنى: السلف يجزى نفعاً... فالزيادة على ذلك من باب إعطاء عوض على غير شيء، وهو ممنوع».

وأشار الكاساني إلى ذلك عند استدلاله على تحريم اشتراط المنفعة في القرض حيث قال^(٧): «ولأنّ الزيادة المشروطة تشبه الربا؛ لأنها فضل

- | | |
|-----|----------------------------|
| (١) | للسرخسي ١٢/١٠٩. |
| (٢) | للقنوي ص ٢١٤. |
| (٣) | لابن مفلح ٤/١٢٧. |
| (٤) | الموافقات ٤/٢٩-٣٠. |
| (٥) | سورة البقرة، الآية: (٢٧٥). |
| (٦) | سورة البقرة، الآية: (٢٧٩). |
| (٧) | بدائع الصنائع ٧/٣٩٥. |

لا يقابله عوض والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب. هذا إذا كانت الزيادة مشروطة في القرض فأما إذا كانت غير مشروطة فيه ولكن المستقرض أعطاه أجودهما فلا بأس بذلك؛ لأن الربا اسم لزيادة مشروطة في العقد ولم توجد».

وأشار ابن قدامة إلى ذلك عند استدلاله على جواز الزيادة عند الوفاء من غير شرط فقال^(١): «ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ولا وسيلة إليه، ولا إلى استيفاء دينه فحلت كما لو لم يكن قرض».

٢- وأما تقييد المنفعة المجمع على تحريمها بالمتمحصنة للمقرض، فيدل عليه ما يأتي:

أ- أن العلماء اختلفوا في المنفعة المشروطة للمقرض غير المتمحصنة مثل ما إذا كانت المنفعة المشروطة مشتركة للطرفين، كاشتراط الوفاء في غير بلد القرض. حيث اختلف العلماء في هذه المسألة مما يدل على أنها ليست من محل الإجماع، وقد تبين أنها جائزة إذا كان في ذلك مصلحة لهما من غير ضرر مع أن فيها منفعة مشروطة للمقرض لكنها غير متمحصنة له.

ومن ذلك أيضاً أن بعض العلماء أجاز القرض الذي فيه منفعة مشروطة للمقرض إذا كانت منفعة المقترض أقوى، أو مساوية.

ومن ذلك أيضاً أن بعض العلماء أجاز بعض القروض التي فيها منفعة للمقرض وعلل الجواز بأنها مصلحة لهما. جاء في

(١) المغني ٤٣٩/٦.

الكافي^(١): «ولو أراد تنفيذ نفقة إلى عياله فأقرضها رجلاً ليوفيها لهم فلا بأس؛ لأنه مصلحة لهما لا ضرر فيه، ولا يرد الشرع بتحريم ذلك. قال القاضي: ويجوز قرض مال اليتيم للمصلحة مثل أن يقرضه في بلد ليوفيه في بلد آخر ليربح خطر الطريق. وفي معنى هذا: قرض الرجل فلاحه حباً يزرعه في أرضه أو ثمناً يشتري به بقرًا وغيرها؛ لأنه مصلحة لهما».

فهذه الأمثلة وغيرها فيها منفعة للمقرض ولكنها غير متمحضة، ووقع فيها الخلاف، مما يدل على أنها ليست من محل الإجماع.

ب- أن المنفعة إذا كانت متمحضة للمقرض فإنها جائزة سواء كانت أصلية أو إضافية. أما المنفعة الأصلية المتمحضة للمقرض -وهي انتفاع المقرض باستهلاك القرض- فهي المقصود من مشروعية القرض، حيث إن القرض شرع تفريجاً لكربة المقرض وسدّاً لحاجته وإرفاقاً به، وأما المنفعة الإضافية المتمحضة للمقرض مثل اشتراط الوفاء بالأقل، واشتراط الأجل، فقد سبق أنها محل خلاف بين العلماء وتبين أن الراجح هو الجواز.

مما يدل على أنّ محل الإجماع هو تحريم المنفعة المتمحضة للمقرض لا للمقرض، ولا يقابلها أي منفعة للمقرض سوى القرض.

٣- وأما تقييد المنفعة المجمع على تحريمها بالمنفعة المشروطة فيدل عليه ما يأتي:

(١) لابن قدامة ٢/١٢٦-١٢٧. وينظر: المغني له ٦/٤٤٠.

أ- أن العلماء الذين نقلوا الإجماع في هذه المسألة ذكروا أن العلماء أجمعوا على تحريم المنفعة إذا كانت مشروطة.

ب- أن المنفعة غير المشروطة للمقرض عند الوفاء جائزة، وهي من باب حسن القضاء؛ للحديث الوارد في ذلك.

والمنفعة غير المشروطة للمقرض قبل الوفاء محل خلاف بين العلماء، مما يدل على أنه لا إجماع على تحريم المنفعة غير المشروطة، وإنما محل الإجماع في المنفعة المشروطة.

٤- وأما تقييد المنفعة المجمع على تحريمها بالتي تكون للمقرض على المقترض، فيدل عليه: أن العلماء الذين نقلوا الإجماع في هذه المسألة ذكروا أن العلماء أجمعوا على تحريم المنفعة إذا كانت للمقرض على المقترض.

جاء في الإجماع^(١): «أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستلف هدية أو زيادة فأسلف على ذلك أن أخذ الزيادة رباً»، وجاء في الاستذكار^(٢): «وكل زيادة من عين أو منفعة يشترطها المسلف على المستلف فهي رباً لا خلاف في ذلك».

ومما سبق يتبين أن العلماء أجمعوا على تحريم المنفعة الزائدة المتمحضة المشروطة للمقرض على المقترض ولا يقابلها أي منفعة للمقترض سوى القرض لا أنهم أجمعوا على تحريم كل منفعة تحصل للمقرض بسبب القرض.

(١) لابن المنذر ص ١٢٠-١٢١.

(٢) لابن عبد البر ٤٥/٢١.

الضابط السادس: (المنفعة المحرمة في القرض هي:

- ١ - المنفعة الزائدة المتمحضة المشروطة للمقرض على المقرض، أو ما كان في حكم المشروطة.
- ٢ - المنفعة غير المشروطة التي يبذلها المقرض للمقرض من أجل القرض).

وقد أشار ابن قدامة إلى هذا الحصر عند استدلاله على جواز الزيادة عند الوفاء من غير شرط، حيث قال^(١): «لأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض، ولا وسيلة إليه، ولا إلى استيفاء دينه فحلت، كما لو لم يكن قرض». أي أن تلك الزيادة ليست عوضاً عن القرض ولا وسيلة إلى ذلك كالمشروطة، ولا وسيلة إلى التأخير في استيفاء القرض كالمنفعة الواقعة قبل الوفاء من غير شرط في بعض الحالات. فليست عوضاً عن القرض، وليست عوضاً عن الأجل. والله أعلم. وقد جرى بحث المسائل التي تدخل في هذا الضابط، وبيان الأدلة على ذلك في ثنايا هذا البحث.

وبعد الدراسة التأصيلية لموضوع أحكام القرض، تأتي دراسة تطبيقات معاصرة لهذا الموضوع في الباب الآتي، والله المستعان.

ثانياً: تطبيقات القرض في المؤسسات المالية الإسلامية:

١ / ٢ الودائع الجارية:

١ / ١ / ٢ تعريف الودائع الجارية وتكييفها الفقهي:

١ / ١ / ٢ / ٢ تعريف الودائع الجارية:

(١) المغني ٤٣٩/٦.

تسمى الودائع الجارية^(١)، أو المتحركة^(٢)، أو الحسابات الجارية^(٣)، كما تسمى الودائع تحت الطلب^(٤). وهي الودائع التي تُكوّن الحساب الجاري^(٥)، بحيث يمتلك المصرف المبالغ المودعة^(٦)، ويمكن لصاحبها سحبها في أي وقت

- (١) ينظر: عمليات البنوك من الواجهة القانونية لعلي عوض ص ٣١، والمصارف والأعمال المصرفية لغريب الجمال ص ٣٧، والنقود والبنوك لصبحي قريصة ص ١٣٠، واقتصاديات النقود والبنوك لعادل أحمد حشيش ص ١٧٠.
- (٢) ينظر: البنك اللاربوي لمحمد باقر الصدر ص ٢٣.
- (٣) ينظر: موسوعة المصطلحات الاقتصادية لحسين عمر ص ٢٦٣، والنقود والبنوك لصبحي قريصة ص ١٣٠. ويرجع وصفها بالودائع الجارية أو المتحركة أو الحسابات الجارية إلى ارتفاع معدل السحب منها والإضافة إليها بالمقارنة بغيرها من الودائع خلال فترة زمنية معينة. النقود والبنوك لصبحي قريصة ص ١٣٠ بتصرف. وينظر: الحسابات والودائع المصرفية للقري، العدد التاسع ١/ ٧١٧. وبنوك تجارية بدون ربا للشباني ص ٧٤.
- (٤) ينظر: عمليات البنوك من الواجهة القانونية لعلي عوض ص ٣١، والنقود والبنوك لصبحي قريصة ص ١٣٠. والقاموس الاقتصادي لمحمد بشير علي ص ٤٦٨، والبنك اللاربوي لمحمد باقر الصدر ص ٢٣، واقتصاديات النقود والبنوك لعادل حشيش ص ١٧٠. ويرجع وصفها بالودائع تحت الطلب؛ لأنه يمكن لصاحبها سحبها بمجرد الطلب. ينظر: النقود والبنوك لصبحي قريصة ص ١٣٠.
- (٥) ينظر: البنك اللاربوي لمحمد باقر الصدر ص ٢٣. فالحساب الجاري هو سجل في دفاتر البنك يخصصه لأحد عملائه، يتمكن خلاله من إيداع الأموال واسترداد تلك الأموال بالسحب عند طلبه أو الحوالة عليه. الحسابات والودائع المصرفية للقري، العدد التاسع ١/ ٧١٩ بتصرف. وبعبارة أخرى فإن الحساب الجاري في البنوك هو: القائمة التي تقيد بها المعاملات المتبادلة بين العميل والبنك. الودائع المصرفية حسابات المصارف لحسين فهمي ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، العدد التاسع ١/ ٨٦٩.
- (٦) ينظر: عمليات البنوك من الواجهة القانونية لعلي عوض ص ٣١، واقتصاديات النقود والبنوك لعادل حشيش ص ١٧٠.

يشاء^(١).

وقد عرفت - أيضاً - بأنها عبارة عن المبالغ التي يودعها أصحابها في البنوك بحيث ترد بمجرد الطلب، ودون توقف على إخطار سابق من أي نوع^(٢)، وذلك عن طريق استعمال الشيكات أو أوامر التحويل المصرفي^(٣)، أو بطاقات الصراف الآلي ونحو ذلك.

ومن الواضح أن عدم وجود قيود على السحب من هذه الودائع يعني تقييداً لحرية البنك في استخدامها بالمقارنة مع غيرها من الودائع^(٤).

ويمكن تقسيم الودائع الجارية بحسب المودع أو الفاتح للحساب الجاري إلى أقسام منها:

أ- ودائع الأفراد: وهي الودائع التي يعهد بها أفراد الناس إلى المصرف^(٥)، وذلك لحفظ أموالهم في المصرف،

(١) ينظر: القاموس الاقتصادي لمحمد بشير عليّة ص ٤٦٨، والأعمال المصرفية والإسلام للهمشري ص ٢٣٨، والمصارف والأعمال المصرفية لغريب الجمال ص ٣٧، واقتصاديات النقود والبنوك لعادل حشيش ص ١٧٠.

(٢) ينظر: البنك اللاربوي لمحمد باقر الصدر ص ٢٣، والودائع المصرفية النقدية لحسن الأمين ص ٢٠٩، وأحكام السوق في الإسلام لأحمد الدريويش ص ٤٩٩.

(٣) ينظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية لعلي عوض ص ٣٢، واقتصاديات النقود والبنوك لعادل حشيش ص ١٧٠، وأحكام السوق لأحمد الدريويش ص ٤٩٩.

(٤) ينظر: النقود والبنوك لصبحي قريصة ص ١٣٠، والربا والمعاملات المصرفية للمترك ص ٣٤٥.

(٥) ينظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية لعلي عوض ص ٣٠، وكيف تعمل البنوك =

ولإمكان سحبها في أي وقت عن طريق الشيكات،
أو بطاقات الصراف الآلي، ولغير ذلك من المنافع التي
سيأتي بيانها بإذن الله.

ب- ودائع الشركات والهيئات: وهي الودائع التي تعهد بها
الشركات أو الهيئات إلى المصرف^(١). حيث إن هذه
الحسابات ليست قاصرة على الأفراد وإنما هناك وحدات
اقتصادية أخرى تحتاج مثل هذه الحسابات، فمثلاً تحتاج
الشركات الصناعية والزراعية وغيرها من الشركات إلى
حسابات جارية تتعامل بها لدفع المستحقات الفورية
عليها، مثل رواتب العمال، وإيجارات الأراضي، وأثمان
المواد الخام^(٢).

ج- ودائع البنوك الأخرى: إن طبيعة الأعمال التجارية
والمالية في أي بلد تحتم أنواعاً من الاتصال والتعاون بين
المؤسسات المالية وخاصة البنوك، لذلك تجد كثير من
البنوك الحاجة ملحة لفتح حسابات لدى البنوك الأخرى؛
وذلك لأمر مهمتها منها: الحصول على بعض الخدمات
التي يقدمها البنك صاحب الفروع المتعددة مثلاً، ومثل
الحصول على الاشتراك في شبكات الاتصالات الدولية
حينما تكون تكاليفها عالية جداً بحيث لا يستطيعها إلا

= التجارية لمحمد العصيمي ص ١٢.

(١) ينظر: المرجعان السابقان.

(٢) ينظر: كيف تعمل البنوك التجارية للعصيمي ص ١٩.

بنك مقتدر مالياً^(١).

وهناك فروق بين الودائع الحالية والآجلة منها:

١- أن الودائع الحالية يمكن لصاحبها سحبها في أي وقت يشاء، بينما الودائع الآجلة لا يمكن لصاحبها سحبها إلا بعد أجل حسب الشروط المتفق عليها.

٢- أن الودائع الآجلة لا يمكن تحويلها إلى شخص آخر عن طريق الشيكات، ولكن بطريقة الخصم والإضافة إلى أرصدها المقيدة في دفاتر البنك^(٢)، بخلاف الودائع الحالية التي يمكن فيها ذلك.

٣- أن البنك التجاري ليس ملزماً بإيداع احتياطي إلزامي على الودائع الآجلة عند البنك المركزي، خلافاً للودائع الحالية على تفصيل يختلف من بلد إلى آخر^(٣).

إضافة إلى أن مقدار الفائدة على الودائع الآجلة يكون أكبر من مقداره على الودائع الحالية إن وجد، حسبما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

والودائع الآجلة بهذه القيود على السحب أكثر فائدة للمصرف، حيث يتمتع المصرف بالنسبة إليها بحرية أوفر في استعمالها^(٤).

(١) ينظر: المرجع السابق ص ٢٥.

(٢) ينظر: النقود والبنوك لصبحي قريصة ص ٣١، وكيف تعمل البنوك التجارية للعصيمي ص ٢٩.

(٣) ينظر: كيف تعمل البنوك التجارية للعصيمي ص ٢٩.

(٤) ينظر: المصارف والأعمال المصرفية لغريب الجمال ص ٣٧.

٢ / ١ / ١ / ٢ حقيقة الودائع الجارية (تكييفها الفقهي):

اختلف الباحثون المعاصرون في حقيقة الودائع الجارية على أقوال أبرزها قولان:

القول الأول:

الودائع الحالة: قرض في الحقيقة، المودع هو المقرض، والمصرف هو المقرض. وبه قال معظم من كتب في الودائع المصرفية^(١).

القول الثاني:

الودائع الحالة: وديعة حقيقية بالمعنى الفقهي. وممن ذهب إلى هذا القول: حسن الأمين^(٢).

أدلة القول الأول:

ذكر أصحاب القول الأول أن العبرة في العقود بالحقائق والمعاني لا بالألفاظ والمباني، والمتأمل للعلاقة بين المصرف والمودع يظهر له أن العلاقة بينهما إنما هي قرض لا وديعة ويدل لذلك ما يأتي:

(١) ينظر على سبيل المثال: البنك اللاروي لمحمد باقر الصدر ص ٦٦، والمصارف والأعمال المصرفية لغريب الجمال ص ٦٤، وتطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود ص ٢٩٢، والربا والمعاملات المصرفية للمتروك ص ٣٤٦، والاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة للسالوس ١ / ١٦٤.

وبه صدر قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي بجدة، رقم ٩٠ / ٣ / ٩٥ ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد التاسع ١ / ٩٣١.

(٢) ينظر: الودائع المصرفية النقدية لحسن الأمين ص ٢٣٣.

الدليل الأول:

أن المصرف يمتلك الودائع الحالية ويكون له الحق في التصرف فيها، ويلتزم برد مبلغ مماثل عند الطلب، وهذا معنى القرض الذي هو دفع مال لمن ينتفع به - أي يستخدمه ويستهلكه في أغراضه - ويرد بدله، وهذا بخلاف الوديعة في الاصطلاح الفقهي التي هي المال الذي يوضع عند إنسان لأجل الحفظ، بحيث لا يستخدمها ويردها بعينها إلى صاحبها^(١).

المناقشة:

نوقش بأنه فيما يتعلق بما ذكر حول وجوب حفظ الوديعة وردها بعينها، فإن المالكية يعتبرون التصرف في الوديعة المثلية مجرد عمل مكروه لا يرقى إلى مرتبة الحرمة إن كان الوديع مليئًا، وخاصة إذا كانت الوديعة من الدنانير أو الدراهم أي من النقود^(٢). بل ذهب أشهب إلى عدم الكراهة في الدراهم والدنانير إذا كان عنده وفاء لها^(٣)، ويوجبون على الوديع رد المثل مع بقاء عقد الإيداع؛ لأن مثل الشيء كعينه، والتصرف الواقع فيه كالتصرف، أو أنه تصرف بما هو مظنة ألا يأباه ربه^(٤). وعليه فإن التصرف في الوديعة المصرفية الجارية لا يخرجها

- (١) ينظر: الربا والمعاملات المصرفية للمترك ص ٢٤٦، والاقتصاد الإسلامي للسالوس ١/ ١٦٣، والحسابات والودائع المصرفية للقري، العدد التاسع ١/ ٧٣٠.
- (٢) ينظر: التاج والإكليل للمواق ٧/ ٢٧٤، وحاشية الدسوقي ٣/ ٤٢١.
- (٣) ينظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٢١.
- (٤) ينظر: الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ٣/ ٤٢١.

عن كونها وديعة حقيقية^(١).

الإجابة:

أجيب: بأن التصرف في الوديعة باستهلاكها بغير إذن صاحبها يجعلها مضمونة في ذمة المودع على كل حال^(٢)، فتتقلب إلى قرض حينئذ، كما أنه قد نص الفقهاء على أن الإذن بالتصرف في الوديعة يجعلها قرصاً أيضاً فتكون مضمونة في ذمته على كل حال، ومن النصوص التي جاءت ما يأتي:

جاء في المبسوط^(٣): «عارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض؛ لأن الإعارة إذن في الانتفاع ولا يتأتى الانتفاع بالنقود إلا باستهلاك عينها، فيصير مأذوناً في ذلك»، وجاء في تحفة الفقهاء^(٤): «وكل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه فهو قرض حقيقة ولكن يسمى عارية مجازاً»، وجاء في بدائع الصنائع^(٥): «وعلى هذا تخرج إعارة الدراهم والدنانير أنها تكون قرصاً لا إعارة»، وجاء في المغني^(٦): «ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها، فإن استعارها لينفقها فهذا قرض»، وجاء في

(١) الودائع المصرفية النقدية للأمين ص ٢٢٧، ٢٣٥ بتصرف.

(٢) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٢٨٢.

(٣) للسرخسي ١١/ ١٤٤-١٤٥.

(٤) للسمرقندي ٣/ ١٧٧-١٧٨. وينظر: أنيس الفقهاء للقونوي ص ٢٥١.

(٥) للكاساني ٦/ ٢١٥.

(٦) لابن قدامة ٧/ ٣٤٦.

الإقناع في باب الوديعة^(١): «فإن أذن المالك في التصرف ففعل صارت عارية مضمونة».

الدليل الثاني:

أن المصرف يلتزم برد مبلغ مماثل عند طلب الوديعة الجارية، ويكون ضامناً لها إذا تلفت سواء فرط أو لم يفرط وهذا مقتضى عقد القرض، بخلاف الوديعة في الاصطلاح الفقهي حيث تكون الوديعة أمانة عند المودع، فإن تلفت بتعد منه أو تفريط ضمن، وإن تلفت من غير تعد منه أو تفريط فإنه لا يضمن. جاء في المذهب^(٢): «والوديعة أمانة في يد المودع، فإن تلفت من غير تفريط لم تضمن... وهو إجماع فقهاء الأمصار»، وبهذا يظهر أن الودائع الجارية قرض لا وديعة^(٣).

المناقشة:

نوقش: بأن لزوم رد الوديعة ولو هلكت بقوة قاهرة إنما هو حسب مجرى العرف المصرفي. فإن هذا العرف يخالف طبيعة عقد الوديعة في الشريعة وفقه القانون الوضعي، باعتبارها أمانة لا تضمن إلا بالتقصير فيها أو التعدي عليها، وهو لذلك عرف باطل، وإن اعترف به التشريع الوضعي، فلا يلتفت إليه من وجهة نظر الفقه الإسلامي^(٤).

(١) للحجاوي ٢/٣٧٧-٣٧٨.

(٢) للشيرازي ١/٣٥٩.

(٣) ينظر: تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود ص ٢٦٥.

(٤) الودائع المصرفية النقدية للأمين ص ٢٢٧ بتصرف.

الإجابة:

يجاب: بأن تكيفه هو الذي أوقعه في هذا الإلزام، مما يدل على خطئه في هذا التكيف؛ وذلك لأنه لا يصار إلى القول ببطلان العرف وهو لم يخالف نصاً شرعياً، بل إن النص دل على الجواز، ويدل لذلك حديث الزبير بن العوام رضي الله عنه حيث كان الناس يأتون إليه ليودعوا أموالهم عنده، وكانوا يقصدون حفظ أموالهم، ولكن الزبير رضي الله عنه لم يرض بقبول هذه الودائع إلا أن تكون قروضاً يحق له التصرف فيها على أن تكون مضمونة عنده، فصارت قروضاً مضمونة، بالرغم من أن أصحاب الأموال قصدوا حفظ أموالهم لا غير.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

«إذا كانت الوديعة النقدية تحت الطلب هي مبلغ يوضع لدى البنك، ويسحب منه في الوقت الذي يختاره المودع، فإن ذلك كل ما يطلب في الوديعة الحقيقية، ولا توجد أي شائبة في ذلك»^(١).

المناقشة:

يناقش: بعدم التسليم بأن كل ما يطلب في الوديعة الحقيقية هو مبلغ يوضع لدى آخر ويسحب في أي وقت، حيث إنه يطلب أيضاً عدم التصرف في الوديعة. ثم إن ما ذكره يصدق على

(١) الودائع المصرفية النقدية للأمين ص ٢٣٣.

القرض أيضاً؛ حيث إن القرض: دفع مال لمن يتنفع به ويرد بدله. والوديعة تحت الطلب ليست وديعة بالمعنى الفقهي بل هي قرض؛ لأن البنك يتنفع بها ويستهلكها ثم يرد بدلها، مما يدل على أنها قرض لا وديعة.

الدليل الثاني:

أن إرادة المودع لم تتجه أبداً في هذا النوع من الإيداع نحو القرض، كما أن البنك لم يتسلم هذه الوديعة على أنها قرض؛ بدليل أنه يتقاضى أجره -عمولة- على حفظ الوديعة تحت الطلب، وبدليل الحذر الشديد في استعمالها والتصرف فيها من جانبه، ثم المبادرة الفورية بردها عند الطلب، مما يدل على أن البنك حينما يتصرف فيها إنما يفعل ذلك من موقف انتهازي لا يستند إلى مركز قانوني كمركز المقترض^(١).

المناقشة:

احتوى هذا الدليل على ثلاث نقاط نوقشت بما يأتي:

أ- قوله: (إن إرادة المودع والبنك لم تتجه نحو القرض) لا يؤثر؛ لأن عامة المودعين لا يعرفون الفرق بين مصطلحات الوديعة والقرض، ولا تهمهم المصطلحات وإنما تهمهم النتائج العملية، فالمودع -في عامة الأحوال- لا يرضى بإيداع نقوده في البنك إلا إذا ضمن البنك ردها إليه. ولو علم المودع أن هذا

(١) الودائع المصرفية النقدية للأمين ص ٢٣٣-٢٣٤ بتصرف.

المال يبقى أمانة بيد أصحاب البنك، بحيث إذا سُرقت منه أو ضاعت بدون تعد منه فإن البنك لا يردّها إليه، فإنه لا يرضى بإيداعه في البنك، ولولا أن البنك قد أعلم صراحة، أو بحكم العرف السائد في البنوك أنه يضمن للمودعين ما أودعوا عنده من أمواله لما تقدم معظم المودعين إليه لإيداع أموالهم عنده. وهذا دليل على أن المودعين يقصدون أن تبقى أموالهم عند البنك بصفة مضمونة، وأن يكون للبنك عليها يد ضمان، دون يد أمانة. ويد الضمان لا تثبت بالوديعة وإنما تثبت بالقرض، فثبت أنهم يقصدون الإقراض دون الإيداع بمعناه الفقهي الدقيق، غير أن مقصودهم الأساس من وراء هذا الإقراض هو حفظ أموالهم بطريق مضمون، وإن هذا القصد لا يخرج العقد من كونه قرضاً؛ لأن عقد القرض يعتمد على أمرين:

الأمر الأول: أن يُعطى المال إلى أحد، ويؤذن له بصرفه لصالحه، بشرط أن يرد مثله إلى المقرض متى طلب منه ذلك.

والأمر الثاني: أن يكون المال المدفوع مضموناً على المستقر.

وهذان العنصران متوافران في الودائع الجارية^(١).

(١) أحكام الودائع المصرفية للعثماني، العدد التاسع ٧٩٥ / ١ بتصرف.

ب- قوله: (إن البنك لم يتسلم هذه الوديعة على أنها قرض بدليل أنه يتقاضى أجره على حفظ الوديعة تحت الطلب)^(١) لا يسلم؛ وذلك لأنه يأخذ هذا الأجر مقابل الخدمات التي يقدمها لصاحب الحساب الجاري، كدفتر الشيكات ونحوه، وما يتبع فتح الحساب من إجراءات. ثم إن البنوك «أحياناً تدفع فوائد على الأموال التي تودع عندها، ومن المعلوم قطعاً أن أحداً لن يدفع مبلغاً من المال لمن يودع عنده»^(٢).

ج- قوله: (وبدليل الحذر الشديد في استعمالها...) نوقش بأن «البناء منذ البدء على أن يقوم البنك بالتصرف المطلق في أموال الحساب الجاري تماماً دونما حرج أو استثناء، وإنما هو أمر طبيعي جداً، ولا يتخذ البنك فيه حالة انتهازية - كما يعبر... أما احتياطه في التصرف في أموال الحساب الجاري فهو تابع لطبيعتها الجارية، ولزوم توفر سيولة نقدية في كل آن، للاستجابة لاحتمالات السحب في كل آن. وإلا تعرضت سمعة البنك للخطر، لا بل أمكنت المطالبة القانونية له، فحتى على مذهب المالكية لا يمكن تكييف وديعة الحساب الجاري على أساس أنها

(١) يقول الثبتي في الحسابات الجارية، العدد التاسع ٨٣٧/١ هامش (١): «دفع صاحب المال لا وجود له في العمل المصرفي غالباً بل تحرص البنوك على جذب أكبر قدر من الودائع وتحاول جاهدة إغراء المودعين بما تدفعه لهم من فوائد أو تقدمه لهم من تسهيلات».

(٢) المرجع السابق ٨٣٧/١.

وديعة وإنما تجب الصيرورة إلى أنها قرض كامل؛ لأن التصرف ليس استثنائياً^(١).

قد يورد أصحاب هذا القول إشكاليين على اعتبار الودائع الجارية قروضاً، وبيان ذلك فيما يأتي:

- أ- إن القرض إنما يكون للفقير المحتاج، فكيف يقرض البنك صاحب الملايين؟ فهل هو فقير حتى تقرضه؟^(٢)
- ب- إن غاية القرض في الإسلام هي الإرفاق، والمتعاملون مع البنوك إنما يريدون منفعة أنفسهم المتمثلة في حفظ أموالهم من الضياع، ولا يريدون الرفق بالبنوك والإحسان إليها^(٣).

ونوقش هذان الإشكالات بما يأتي:

- أ- أما كون القرض إنما يكون للفقير المحتاج فغير مسلم؛ إذ إن القرض يكون للفقير وللغني، ويدل على ذلك أن الزبير بن العوام رضي الله عنه كان غنياً، وكان الناس يأتونه بالأموال بقصد حفظها وديعة فيقول: لا ولكنه سلف، فإني أخشى عليه الضيعة. فسمى هذه الأموال

(١) الودائع المصرفية للتسخيري، العدد التاسع ١/ ٧٧-٧٧٨.

(٢) ينظر: الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة للسالوس ١/ ١٧٠، والحسابات

والودائع المصرفية للقري، العدد التاسع ١/ ٧٢٣.

(٣) ينظر: الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة للسالوس ١/ ١٧٠، والحسابات

والودائع المصرفية للقري، العدد التاسع ١/ ٧٢٣، ومشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية للصاوي ص ٤٣٩.

سلفاً أي قرضاً، ولم يخرج هذه الأموال من تعريف القرض وسريان أحكامه عليها أنها جاءت إلى غني. وكذلك الحال في الودائع الجارية فإنها قروض^(١). ثم إن الغني قد يقترض بقصد الاستثمار وزيادة مجالات التجارة كما يفعله البنك وغيره.

ب- وأما أن غاية القرض في الإسلام هي الإرفاق، فهذا صحيح، وهذا هو الأصل فيه، ولكنه قد يخرج عن هذا الأصل، فليس القرض في جميع حالاته للإرفاق، ولا يمنع ذلك صحته، ويدل لذلك حديث الزبير بن العوام رضي الله عنه حيث كان الناس يأتون إليه ليودعوا أموالهم عنده ولا يقصدون بذلك مساعدة الزبير رضي الله عنه وإنما كانوا يقصدون حفظ أموالهم، ولكن الزبير رضي الله عنه لم يرض بقبول هذه الودائع إلا أن تكون قروضاً يحق له التصرف فيها على أن تكون مضمونة عنده، فصارت قروضاً بالرغم من أن أصحاب الأموال لم يقصدوا إقراضه لمساعدته، وإنما قصدوا حفظ أموالهم لا غير، فظهر بهذا أن قصد حفظ المال لا ينافي كون العقد قرضاً، مما يدل على أن القرض قد يخرج عن موضوعه وهو الإرفاق، ولا يمنع ذلك صحته^(٢).

- (١) ينظر: الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة للسالوس ١/ ١٧٠-١٧١، والحسابات والودائع المصرفية للقري، العدد التاسع ١/ ٧٢٣-٧٣٣.
- (٢) ينظر: الاقتصاد الإسلامي للسالوس ١/ ١٧٣، وأحكام الودائع المصرفية للعثماني، =

الترجيح:

بعد عرض القولين في المسألة، وما استدل به كل فريق يتبين أن الراجح هو القول الأول، وهو أن حقيقة الودائع الجارية قروض لا ودائع؛ وذلك لوضوح أدلته، وسلامتها من المناقشة القائمة، ومناقشة أدلة القول الثاني.

وإنما أطلق على الودائع المصرفية اسم الودائع؛ لأنها تاريخاً بدأت بشكل ودائع وتطورت خلال تجارب المصارف واتساع أعمالها إلى قروض، فظلت محتفظة من الناحية اللفظية باسم الودائع وإن فقدت المضمون الفقهي لهذا المصطلح^(١).

٢ / ١ / ٢ المنافع في الودائع الجارية للمصرف:

هناك منافع ينتفع بها المصرف من ودائع الحساب الجاري أبرزها ما يأتي:

١ / ٢ / ١ استثمار ودائع الحساب الجاري:

يمتلك المصرف الودائع الجارية، وبذلك يتمكن المصرف من استثمار بعض الأموال المودعة في الحساب الجاري، والعائد منها يكون للمصرف وحده دون أن يشرك العملاء أصحاب الحسابات الجارية معه^(٢).

= العدد التاسع ١ / ٧٩٥ - ٧٩٦.

(١) ينظر: البنك اللاربوي لمحمد باقر الصدر ص ٨٤، والربا والمعاملات المصرفية للمترك ص ٣٤٨.

(٢) ينظر: الأعمال المصرفية والإسلام للهمشري ص ٢٥٤ - ٢٥٥.

وبذلك فإن ودائع الحساب الجاري تمثل أحد موارد المصرف، بل إنها أهم موارد المصرف للأموال التي يعتمد عليها في أنشطته وفي عملياته المختلفة^(١)؛ وذلك أن الودائع بنوعها الحالة والآجلة تمثل في مجملها ما يزيد في غالب الأحوال عن ٩٠٪ من مجمل الموارد^(٢)، وتكون الحسابات الجارية الشطر الأغلب منها^(٣)، حيث إن نسبتها تصل أحياناً إلى أكثر من ٦٠٪ من مجموع الودائع^(٤). ثم إن الحسابات الجارية تشكل لدى المصارف عموماً أرخص الطرق للحصول على المال لاستثماره لصالح المصرف، ويعود ذلك إلى أن ودائع الحساب الجاري لا تدفع

- (١) ينظر: الودائع المصرفية النقدية لحسن الأمين ص ٢١١، والفائدة والربا لسعدي أبو جيب ص ٢٣. علمًا بأن الوظيفة الرئيسة للمصارف التجارية هي التوسط بين المقرضين والمقترضين، وبعبارة أخرى: تجميع المدخرات ووضعها في متناول الأفراد والمشروعات الراغبين في الاقتراض. ينظر: مقدمة في النقود والبنوك لمحمد زكي شافعي ص ١٧٩، ومقدمة في اقتصاديات النقود والبنوك لعبد الرحمن زكي إبراهيم ص ١٢٠، واقتصاديات النقود والبنوك لعادل حشيش ص ١٨٦. وينبغي على هذه الوظيفة قدرة المصرف على توليد الائتمان - كما سيأتي -. ينظر: المراجع السابقة.
- (٢) ينظر: الحسابات والودائع المصرفية للقري، العدد التاسع ١ / ٧٢٠، ومفهوم الربا للنبهان ص ١٠٠، والمعاملات المصرفية والربوية لنور الدين عتر ص ٤١.
- (٣) ينظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية لعلي عوض ص ٣١.
- (٤) ينظر: الحسابات الجارية للشبتي، العدد التاسع ١ / ٨٥٢. وتختلف نسبة الحسابات الجارية إلى مجمل الموارد من مصرف إلى آخر، وإن كان اختلافها الأوضح هو من بلد إلى بلد؛ لأنها تتأثر بمستوى الوعي المصرفي، وعادات القوم في المعاملات المالية، ومستوى إيمانهم، ونوعية الأوعية الاستثمارية المنافسة المتوفرة في القطاع المصرفي، وكفاءة الخدمات المصرفية. ينظر: الحسابات والودائع المصرفية للقري، العدد التاسع ١ / ٧٢٠.

عليها المصارف فوائده في أغلب الأحوال^(١). ولكن أصحاب هذه الودائع الجارية يحتاجونها بين الحين والآخر فيقومون بسحبها أو سحب بعضها حسب حاجتهم، ولذلك فإن المصرف يبقي شيئاً من الودائع من أجل ما يسحبه المودعون من الأفراد وغيرهم، ويستثمر الباقي^(٢). غير أن هذا السحب لا يؤثر كثيراً على موارد المصرف من هذه الودائع، إذ إن هذه النقود لا تشكل نسبة ذات أهمية بالنسبة لغيرها من النقود المشتقة، وهذا ما سأذكره في المنفعة الآتية للمصرف من الودائع الجارية.

حكم انتفاع المصرف باستثمار ودائع الحساب الجاري:

تقدم أن حقيقة الودائع المصرفية - بنوعها - قروض، وعلى ذلك فإن ملكية أرصدة ودائع الحساب الجاري تنتقل إلى المصرف بموجب عقد القرض، فيجوز له التصرف فيها. وهذه المنفعة التي يحصل عليها المصرف بوصفه مقترضاً منفعة أصلية في القرض لا تنفك عنه؛ إذ إن المقصود من الاقتراض هو

(١) ينظر: الودائع المصرفية النقدية لحسن الأمين ص ٢١١، وكيف تعمل البنوك التجارية للعصيمي ص ١٥.

(٢) ينظر: كيف تعمل البنوك التجارية للعصيمي ص ١٥. ومن المعلوم أن الأنظمة المصرفية تلزم المصارف باحتياطات نظامية لحساباتها مما يتطلب منها الاحتفاظ بجزء من هذه الحسابات على شكل سيولة كاملة. وتختلف الأنظمة في ذلك، إذ قد تصل نسبة الاحتياطي الإلزامي إلى ٥٠٪ في بعض الدول، وربما لا تزيد عن ٤٪ في دول أخرى. منها ما يحتفظ به المصرف لديه، ومنها ما يودع في حسابات المصرف المركزي. ينظر: الحسابات والودائع المصرفية للقرني، العدد التاسع ١ / ٧٢٤، وكيف تعمل البنوك التجارية للعصيمي ص ١٥.

استهلاكه والانتفاع به. وبالتالي يحل للمصرف العائد المترتب على استثمار هذه الأموال.

ويكون العائد للمصرف وحده دون أن يستحق أصحاب الحسابات الجارية الاشتراك معه في هذا العائد؛ وذلك لأن القرض - كما سبق - من العقود الناقلة للملكية، فيكون المقرض مالكاً له ولما يتولد عنه، وضامناً رد البدل للمقرض.

ومن ناحية أخرى فإن منح المصرف أي عائد لأصحاب الحسابات الجارية عوضاً عن أموالهم يدخل في نطاق المنافع المحرمة في القرض^(١)، كما سيأتي قريباً بإذن الله.

وبهذا يتبين جواز انتفاع المصرف باستثمار ودائع الحساب الجاري، إلا أنه لا بد أن يكون الاستثمار مشروعاً؛ لأن استثمار هذه الأموال في المجالات غير المشروعة، مثل إقراضها بالفائدة يكون محرماً.

٢ / ٢ / ١ / ٢ توليد الائتمان

إن الودائع الجارية - وغيرها من الودائع - تمنح المصرف القدرة على توليد الائتمان^(٢)، بدرجة أكبر من كمية تلك

(١) ينظر: الودائع المصرفية لحسين فهمي، العدد التاسع ١ / ٦٩٢.

(٢) وتسمى عملية خلق النقود. ينظر: مقدمة في النقود والبنوك لمحمد زكي شافعي ص ١٧٩، والنقود والمصارف لعقيل جاسم عبد الله ص ٢٦٣. وخلق الائتمان. ينظر: النقود والبنوك لمحمد خليل برعي ص ١٠١، ومحاضرات في النقود والبنوك لمحمد يحيى عويس ص ١٥٣. وخلق الودائع. ينظر: مقدمة في النقود والبنوك لمحمد زكي شافعي ص ١٩١، ومحاضرات في اقتصاديات النقود والبنوك لمحمد سلطان أبو علي ص ٤٥. والنقود =

الودائع، والائتمان يولد بدوره الوديعة المصرفية أيضاً، وهكذا تزداد بهذا الشكل كمية الودائع المصرفية^(١)، فالنظام المصرفي يستطيع أن يوجد كمية من النقود تفوق أضعاف كمية النقود التي وضعها المودعون لدى المصرف، مما يزيد مجال استثمارها لدى المصرف^(٢). ويرجع ذلك إلى أن نسبة السحب من الودائع

= المشتقة أو الودائع المشتقة. ينظر: مذكرات في النقود والبنوك لإسماعيل محمد هاشم ص ٤٩، والموجز في النقود والبنوك لأحمد عبده محمد ص ١١٠، والنقود والمصارف لعقيل جاسم عبد الله ص ٢٦٤.

(١) ينظر: البنك اللاروي لمحمد باقر الصدر ص ٩٩، والودائع المصرفية النقدية للأمين ص ٢١٢، والاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة للسالوس ١/١٥١.

(٢) ينظر: الحسابات الجارية للثبتي، العدد التاسع ١/٨٥٣. ولمزيد من الإيضاح، فإن البنوك التجارية عندما تقوم بمنح الائتمان، فإنها بذلك تضع كمية من الوسائل النقدية تحت تصرف المقترضين منها، ويتم ذلك بطريقتين:

الأولى: أن يقوم البنك بدفع قيمة القروض للمقترضين في شكل نقود قانونية، من كمية النقود القانونية التي تكون في حوزته، وداخل خزائنه.

والطريقة الثانية: أن يقوم البنك بإعطاء المقترض الحق في أن يسحب عليه مبالغ في حدود قرضه، وذلك بواسطة الشيكات أو البطاقات أو الحوالات. والمقترض يمكنه استخدام هذه المبالغ -بواسطة الشيكات أو البطاقات أو الحوالات- في تسديد قيم السلع، والخدمات، ونحو ذلك، تماماً كما لو استخدم النقود القانونية. وهنا نجد أن مجموعة من المدفوعات قد تمت دون استخدام النقود القانونية، وذلك باستخدام نقود أخرى يولدها البنك، هي نقود الودائع، أي رصيد المقترضين، أو الودائع التي ولدها البنك بقيوده المحاسبية في دفاتره، وظهرت الشيكات والبطاقات والحوالات وسيلة من وسائل الدفع. وفي هذه الحالة نجد أن كمية النقود القانونية الموجودة قد أضيفت إليها كمية أخرى من نوع آخر من النقود، هي ما يعرف بنقود الودائع التي ولدها البنك، مما يؤدي بالتالي إلى زيادة إجمالي كمية النقود المعروضة. مذكرات في النقود والبنوك لإسماعيل محمد هاشم ص ٤٧ بتصرف. وينظر: النقود والبنوك لفرؤاد مرسي ١٨٦-٢٠٨، ومقدمة في النقود =

محدودة، ثم إن المودعين لا يأتون في وقت واحد للسحب، بل إن السحب يقابل في الغالب بإيداع مماثل، بحيث إن المبلغ المرصود لمثل ذلك السحب لا يتغير^(١).

حكم انتفاع المصرف بتوليد الائتمان^(٢):

إن قدرة المصرف على توليد الائتمان بدرجة أكبر من كمية الودائع ناتج عن وظيفته كوسيط بين المدخرين والمستثمرين، وبما يصدره من وسائل الدفع النقدية الحديثة. وتوليد الائتمان من حيث الأصل جائز شرعاً إذا وجد السبب الشرعي للدائنية وهو الإقراض الذي يتوفر فيه قبض المبلغ^(٣). لكن الحكم يختلف حسب نوع الاستثمار الذي يقوم به المصرف، وحسب

= والبنوك لمحمد زكي شافعي ص ١٧٩-١٩٦، والنقود والمصارف لعقيل جاسم عبد الله ص ٢٦٣-٢٧٣.

(١) ينظر: مذكرات في النقود والبنوك لإسماعيل محمد هاشم ص ٤٧-٤٨، والموجز في النقود والبنوك لأحمد عبده محمد ص ١٠٤، وكيف تعمل البنوك التجارية للعصيمي ص ٥٤. ومن المناسب التفرقة بين طبع النقود وخلق النقود أو توليدها، فطبع النقود يتم عن طريق البنك المركزي، وهو الجهة الوحيدة لذلك، أما النقود المولدة بوساطة البنوك التجارية فليست إلا قيوداً دائنة ومدينة في حسابات بنك واحد، أو بين البنوك مجتمعة، فهي قيود حسابية لا يمكن لمسها. النقود والبنوك والأسواق المالية لعبد الرحمن الحميدي، وعبد الرحمن الخلف ص ١٩٢ بتصرف.

(٢) لن أتوسع في بحث هذه المسألة إلا بالقدر الذي يستلزمه الموضوع؛ لأنها تحتاج إلى التعمق في بحث الآلية التي يعمل بها المصرف، ودراسة مدى الآثار الناتجة عن هذه العملية على المدى القريب والبعيد، وعلى الفرد والمجتمع.

(٣) ينظر: البنك اللاربي لمحمد باقر الصدر ص ١٠٢، ١٠٤، والودائع المصرفية لحسن الأمين ص ٢٣٩.

الآثار المترتبة على ذلك، فإذا كان المصرف يقوم باقتراض الأموال -المودعة عنده- ويقوم بإقراض أغلبها بفوائد، إضافة إلى إقراض الأموال الناتجة عن قدرة المصرف على توليد الائتمان، فهذا العمل يترتب عليه مفسد عظيمة متمثلة في وجود التضخم وزيادة الأسعار، نتيجة لميل المصارف إلى الإسراف في توليد الائتمان سعياً وراء تحقيق الربح في ظل تكلفة تكاد تكون معدومة. ولاشك أن هذا الفعل محرم لوجود الإقراض بالربا، إضافة إلى ما يترتب على ذلك من مفسد^(١).

وإذا لم يوجد الإقراض بفائدة ولكن وجد الإسراف في توليد الائتمان فإنه يترتب على ذلك مفسد، فتحتمل المسألة إلى موازنة في تلك الحالة.

٢ / ١ / ٢ / ٣ الأجر على الخدمات.

ومن المنافع التي تعود على المصرف من الودائع الجارية ما تتقاضاه بعض المصارف من أجرة^(٢)، مقابل خدمة فتح الحساب وما يتبع ذلك من خدمات^(٣). والغالب ألا يفرض المصرف

-
- (١) ينظر: الشروط النقدية لاقتصاد الأسواق لموريس آليه ص ٢٠-٢٤، ونحو نظام نقدي عادل لمحمد عمر شابرا ص ٢٥٨، والاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة للسالوس ١ / ١٥٧، والودائع المصرفية لحسين فهمي ١ / ٦٩٣.
- (٢) الأجر: جمع أجر، والأجر في اللغة: هو الجزء على العمل. القاموس المحيط للفيروزآبادي ص ٤٣٦. وينظر: الزاهر للأزهري ص ١٦٧، وأساس البلاغة للزمخشري ص ١٢. وفي الاصطلاح: العوض الذي يعطى للأجير. ينظر: أنيس الفقهاء للقونوي ص ٢٦١.
- (٣) ينظر: الأعمال المصرفية والإسلام للهمشري ص ٢٥٤.

أجورًا على العملاء المستفيدين من الحساب الجاري؛ لأنه مورد مهم ومجاني من الأموال للمصرف، ولذلك هي تسعى إلى التشجيع عليه. ولكن أكثر الرسوم انتشارًا والذي تعمل به أكثر المصارف هو الرسم الذي يؤخذ من العميل إذا انخفض رصيده في الحساب الجاري عن مبلغ معين، ذلك أن الإبقاء على سجل للعميل في دفاتر المصرف يتضمن تكاليف إدارية ورقابية ومحاسبية كثيرة لا تكاد تختلف بين حساب يودع مبلغًا كبيرًا وآخر صغيرًا^(١).

حكم تقاضي المصرف أجرًا (عمولة) على الخدمات التي يقدمها:

إن تقاضي المصرف أجرًا - في الحساب الجاري - على الخدمات التي يقدمها جائز شرعًا؛ لأنه يستحق هذا الأجر مقابل الأعمال التي يقوم بها ويقدمها للمودع.

فإن من الواضح أن هناك منفعة مقصودة بالنسبة للمودع متمثلة في رغبته في فتح حساب جارٍ يمكنه من تسهيل معاملاته بشكل يريحه من أعباء حمل النقود وتداولها. كما أن هناك عملاً يقوم به المصرف؛ حيث إن المصارف وهي في سبيل تقديم الخدمات والتسهيلات لعملائها تستأجر الأبنية التي تلزم لمباشرة أعمالها، وتدفع أجورًا للموظفين، وتقوم بإعداد السجلات والملفات، وتقوم بإصدار دفاتر الشيكات، وبطاقات الصراف الآلي، وهي تتكلف في سبيل ذلك نفقات. ومن المقرر أنه إذا وجدت

(١) ينظر: الحسابات والودائع المصرفية للقري، العدد التاسع / ٧٢٠-٧٢١.

المنفعة المعتبرة من جانب، والعمل المؤدى من الجانب الآخر فإن الأجر يكون له سبب شرعي. خاصة وأن هذا الأجر في جانب المقترض، حيث إن المصرف في مثل هذه الحالات باعتباره مودعاً لديه يكون مقترضاً لا مقرضاً. وإذا كان كذلك فليس هناك مجال للشبهة في اختلاط الأجر بالربا؛ لأن الربا هو الزيادة التي يتقاضاها المقرض من المقترض^(١).

٢ / ٢ التسهيلات:

هناك منافع وتسهيلات تتحقق لصاحب الحساب الجاري أهمها ما يأتي:

١ / ٢ / ٢ دفتر الشيكات و بطاقة الصراف الآلي:

دفتر الشيكات:

إن من أهم المنافع التي تتحقق لصاحب الحساب الجاري: إصدار دفتر شيكات خاص به من قبل المصرف، ويتحقق لحامل دفتر الشيكات منافع متعددة منها:

- أ- أنه يقدم طريقة اقتصادية لدفع الالتزامات تغني عن حمل النقود لا سيما في المبالغ الكبيرة.
- ب- الأمان من ضياع المال؛ لأن ضياع الشيك أو سرقة أو تزييفه لا يعرض صاحب المال لخطر ضياع أمواله، فهي مضمونة على المصرف.

(١) ينظر: تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود ص ٣٦٨-٣٦٩، ومشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية للصاوي ص ٥٥٥-٥٥٦، وتحول المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي للربيعة ١ / ١٨٣.

ج- أنه إثبات لاستلام القابض للنقود يغني عن السندات. والمعتاد أن تحتفظ المصارف بالشيكات بعد دفع مبالغها، ولكن بعض البنوك تقوم بتسليمها إلى صاحب الحساب للاحتفاظ بها^(١).

بطاقة الصراف الآلي:

ومن أهم المنافع أيضًا التي تتحقق لصاحب الحساب الجاري إصدار بطاقة الصراف الآلي من قبل المصرف، ويتحقق لحامل هذه البطاقة منافع متعددة، منها:

أ- تمكنه من السحب النقدي في أي وقت، وفي أي مكان في العالم يوجد فيه جهاز الصراف الآلي التابع للمصرف أو المتعامل معه، وهي كثيرة ومنتشرة- مما يغني صاحب الحساب الجاري عن حمل النقود التي تكون عرضة للضياع والسرقه - خاصة في السفر- وتوفر له الوقت والجهد مما لو كان سيذهب إلى الإتيان بالنقود من بيته، أو من المصرف.

ب- تمكنه من تسديد قيمة مشترياته عبر أجهزة نقاط البيع بواسطة الشبكة الإلكترونية مباشرة من حسابه دون الحاجة لحمل النقود.

ج- تمكنه من الحصول على خدمات خاصة عبر أجهزة شبكة الصراف الآلي مثل: الاستعلام عن الرصيد، والحصول على كشف حساب، وتسديد فواتير المرافق العامة - كفواتير

(١) الحسابات والودائع المصرفية للقرى، العدد التاسع ١/ ٧٢٥ بتصرف. وينظر: أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد ص ٢٤٤-٢٤٥ والأعمال المصرفية والإسلام للهمشري ص ٢٥٥.

الكهرباء والهاتف والمياه - وإيداع الشيكات، وطلب دفتر شيكات، وغير ذلك من الخدمات^(١).

حكم انتفاع صاحب الحساب الجاري بدفتر الشيكات وبطاقات الصراف الآلي دون مقابل:

مر في المسألة السابقة جواز تقاضي المصرف أجرًا على الخدمات التي يقدمها لصاحب الحساب الجاري مثل إصدار دفتر شيكات وبطاقة الصراف الآلي، وعلى ذلك فإنه يجوز انتفاع صاحب الحساب الجاري بذلك مقابل ذلك الأجر. ولكن ما الحكم في انتفاع صاحب الحساب الجاري بدفتر الشيكات وبطاقات الصراف الآلي دون مقابل؟ وحتى تتضح المسألة أكثر ويتبين ما فيها من إشكال أبين الأمور الآتية، ومن ثم أذكر الحكم في المسألة بإذن الله.

١ - إن إصدار دفتر شيكات وبطاقة الصراف الآلي يكلف المصرف مبلغًا من المال.

٢ - ليس للمصرف أن يمتنع عن إعطاء دفتر الشيكات أو بطاقة الصراف الآلي للعميل المودع عندما يطلب ذلك، طالما كان للمودع الحق في التصرف في وديعته^(٢)، مما يدل على أن تقديم هذه الخدمة شرط لازم للمصرف عند إيداع العميل مبلغًا من المال لديه، إلا أنه لا يلزم من اشتراط تقديم هذه الخدمة للعميل عند العقد التبرع بقيمتها بدليل وجود مصارف تتقاضى أجرًا

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، العدد الثامن، ٢/ ٥٨٠-٥٨٣.

(٢) ينظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية لعلي عوض ص ٦٦.

مقابل تقديم هذه الخدمة مما يدل على أن التبرع بقيمة الخدمة ليس شرطاً في هذه المعاملة.

٣- تقديم هذه الخدمة أصبح عرفاً مصرفياً، وذلك لتعارف الناس عليه واستقراره عندهم، والتبرع بهذه الخدمة سياسة تنتهجها بعض المصارف تجاه مودعيها بشكل مستقر وثابت ضمن ضوابط ومعايير معينة، مما يدل على أن التبرع كان معلوماً للطرفين عند التعاقد.

٤- إن طبيعة الخدمة المتبرع بها تقتضي تقديمها قبل وفاء القرض، وذلك لكونها مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالقرض ذاته، بحيث لا يتصور تقديم الخدمة بصورة منفصلة عن القرض، وذلك لأن هذه الخدمة ذات طبيعة خاصة لا يمكن تقديمها قبل بدء القرض أو بعد أداء القرض^(١).

يتضح مما سبق أنه لا يوجد في هذه المعاملة اشتراط التبرع بقيمة هذه الخدمة للعملاء، مما يعني أنه لا يوجد اشتراط زيادة في بدل القرض للمقرض.

ولكن هناك منفعة يحصل عليها المقرض - صاحب الحساب الجاري - وهي الحصول على خدمة إصدار دفتر شيكات وبطاقة الصراف الآلي دون مقابل قبل وفاء القرض من غير شرط، ولم يكن ذلك عن عادة جارية بين الطرفين قبل القرض، وإنما كان ذلك بسبب القرض الذي بينهما.

(١) ينظر: تحول المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي للربيعية ص ١٨٩-١٩٠.

فما الحكم في هذه المسألة؟

اختلف الباحثون في هذه المسألة على قولين - فيما وقفت عليه -:

القول الأول:

جواز انتفاع صاحب الحساب الجاري بدفتر الشيكات وبطاقة الصراف الآلي دون مقابل^(١).

القول الثاني:

كراهية انتفاع صاحب الحساب الجاري بدفتر الشيكات وبطاقة الصراف الآلي دون مقابل^(٢).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن المنفعة الإضافية في هذه المسألة مشتركة للطرفين - المقرض والمقترض - فكلاهما منتفع فتقابل المنفعتان^(٣)، بل إن المنفعة التي تعود على العميل من جراء استخدام دفتر الشيكات وبطاقة الصراف الآلي منفعة تابعة وليست أساسية، حيث إن المصرف وضع هذا النظام لخدمة مصالحه وأغراضه المتعددة، فمنفعة المصرف من هذا النظام منفعة أساسية، وأما تحقق منفعة العميل من هذا النظام فهي نتيجة من

(١) وممن نص على الجواز: محمد علي القري في الحسابات والودائع المصرفية، العدد التاسع / ١ / ٧٣٥.

(٢) اختار هذا القول: سعود بن محمد الربيع في تحول المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي ١ / ١٩٩.

(٣) ينظر: الحسابات والودائع المصرفية للقري، العدد التاسع / ١ / ٧٣٥.

نتائج استخدام المصرف هذا النظام لتحقيق مصالحه وأغراضه^(١)،
وبيان ذلك فيما يأتي:

١- أن المصرف ينتفع من إصدار الشيكات والبطاقات في خفض
التكاليف عليه. ويوضح ذلك ما يأتي:

أ- المصرف فتح أبوابه للناس لبيع المنافع، ولإجراء
معاملات عديدة، ويكلفه من يأتيه لمجرد السحب النقدي
من قرضه الذي أعطاه للمصرف، فوضع المصرف هذا
النظام ليوفر عليه الوقت ويخفف من موظفيه. فقبل
استخدام هذا النظام وخاصة بطاقة الصراف الآلي كان
هناك إرهاق على موظفي المصرف في قيامهم بتلبية
طلبات السحب النقدي ونحوه. ومع تزايد أصحاب
الحسابات الجارية أصبح المصرف في حاجة إلى زيادة
عدد الموظفين، ومساحة الأبنية، وما يتبع ذلك من
أجهزة، وهذا يكلف المصرف مبالغ كثيرة، مما يدل على
أن المصرف منتفع من إصدار الشيكات وبطاقة الصراف
الآلي.

ب- الشيكات التي يصرفها المصرف للعميل مجاناً هي بمثابة
المستندات التي يحررها المصرف للعميل عند سحبه
بعض ماله أو كله من المصرف مباشرة بدون استخدام
الشيك. فاستخدام الشيك في السحب يوفر على

(١) ينظر: تحول المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي للربيعه ١/ ٢٠٠.

المصرف استخدام المستندات، أو يقلل عدد المستخدم منها في السحب عما لو سحب مباشرة من المصرف بدون استخدام الشيك، مما يعني استفادة المصرف من استخدام نظام الشيكات^(١).

٢- أن المصرف بإصداره الشيكات والبطاقات يقصد من ذلك تقليل استخدام العملاء للنقود الورقية وذلك لأسباب مهمة، منها:

أ- استخدام المصرف هذه الأموال في استثمارات لصالحه^(٢). مما يزيد قدرة المصرف على استخدام الاحتياطي النقدي عنده.

ب- أن النقود الورقية صورة مكلفة من صور الثروة، فلا بد من المحافظة عليها من السرقة والتزوير، ومكلفة في نقلها وتخزينها وعدها.

ج- أن النقود الورقية تعاني من نقص قوتها الشرائية مع الوقت بسبب التضخم، ومن ثم لا يريد المصرف أن يحفظ ثروته في صورة تقل قيمتها الحقيقية الشرائية مع الوقت^(٣).

-
- (١) تحول المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي للريعة ١/ ٢٠٠ بتصرف.
- (٢) هذه منفعة أصلية في القرض وهي انتفاع المصرف بمال القرض، بينما منفعة المقرض صاحب الحساب الجاري من الشيكات والبطاقات دون مقابل منفعة إضافية، فلا يصلح هذا القدر من الاستدلال في بيان أن المنفعة مشتركة للطرفين؛ لأن المنفعة المشتركة المعبرة هي التي تكون بين منفعتين إضافيتين واللّه أعلم.
- (٣) كيف تعمل البنوك التجارية للعصيمي ص ٥٤ بتصرف.

د- أن الشيكات والبطاقات صورة من وسائل الدفع الحديثة التي تغني عن النقود الورقية، وتتميز عليها في كثير من المزايا، والناس تريدها، والمصارف الأخرى توفرها، مما يجعل المصرف يقوم بإصدارها.

الدليل الثاني:

أن المنفعة التي يحصل عليها صاحب الحساب الجاري - المقرض - من هذا النظام دون مقابل ليست منفعة منفصلة عن القرض، بل هي وسيلة لوفاء المصرف للقرض التي اقترضها، حيث إنه مطالب بسداد القروض لكل مقرض متى طلب ذلك^(١).

المناقشة:

قد يناقش هذا الدليل بأن هذا النظام قد يكون وسيلة - أيضًا - لتشجيع عملاء المصرف على الاستمرار في الإيداع لديه، ولكسب مودعين جدد^(٢)، فتكون هذه المنفعة عوضًا عن القرض فتكون محرمة أو مكروهة.

الإجابة:

ويجاب: بأن هذه المنفعة مشتركة للطرفين، بل إن منفعة المصرف أقوى، فهي منفعة أساسية ومنفعة صاحب الحساب الجاري تابعة وجاءت ضمناً، وذلك لأن المصرف منتفع من الوفاء في غير مكان القرض وهو مكان المصرف، فوضعه أجهزة الصراف الآلي ونظام الشيكات يخفف

(١) ينظر: تحول المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي للربيعية ١/ ١٩٩-٢٠٠.

(٢) ينظر: تحول المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي للربيعية ١/ ١٩١.

من الموظفين، ويوفر عليه أجهزة أخرى وما يتبع ذلك، وبذلك يتمكن من وفاء القروض التي عليه لأصحابها في أي وقت بصورة ميسرة. ثم إن بعض الناس يقبلون على الإيداع في المصارف بقصد حفظ أموالهم ويتنفعون بهذا النظام ضمناً.

أدلة القول الثاني:

إن المنفعة التي يحصل عليها صاحب الحساب الجاري من دفتر الشيكات وبطاقة الصراف الآلي دون مقابل، مكروهة وليست محرمة؛ وذلك لأسباب خارجة عما يقتضيه النهي الوارد في النصوص^(١)، فالنهي يقتضي التحريم، ولكن يصار إلى الكراهية لأسباب متعلقة بالمنفعة ذاتها، حيث إن طبيعة المنفعة التي يقدمها المصرف لعملائه ذات صلة وطيدة بسداد الدين والوفاء به، فهي منفعة تختلف نوعاً ما عن طبيعة المنفعة التي حرّمها النبي ﷺ وأفتى بها أصحابه، فهناك مجموعة من الأسباب المتعلقة بطبيعة الخدمة دفعت إلى عدم القول بالتحريم كما يقتضي ذلك النهي الوارد في النصوص والآثار وهذه الأسباب هي:

١ - أن التبرع بقيمة الخدمة غير مشروط في العقد، كما أن التبرع بقيمة الخدمة ليس عرفاً مصرفياً ثابتاً، بدليل وجود مصارف تتقاضى أجوراً عن هذه الخدمات فلا يوجد ما يلزم المصرف بالتبرع.

٢ - تبرع المصرف بقيمة الخدمة لا يرتب على العميل أي قيود في سحب بعض أمواله أو كلها من المصرف في أي وقت يشاء.

(١) وهي النصوص الدالة على النهي عن الهدية للمقرض قبل الوفاء.

- ٣- لا يستطيع العميل أن يعتاض عن حقه في الحصول على الخدمة بأي شيء آخر مما يقدمه المصرف من الخدمات الأخرى أو بنقود.
- ٤- أن الخدمة التي يحصل عليها العميل بالمجان من جراء تعامله بهذا النوع من الإيداعات ليست منفعة منفصلة عن القرض، بل هي أسلوب من أساليب استرداد الدائن ماله بصورة ميسرة.
- ٥- ارتباط زمن بذل الخدمة بزمن القرض ارتباط قهري لا يمكن فكه أو تفاديه بتقديم أو تأخير زمن بذل الخدمة عن زمن القرض؛ لأن الخدمة التي يتبرع المصرف بقيمتها تقوم على خدمة القرض ذاته، فلا يتصور وجود الخدمة بغير وجود مخدومها.
- ٦- أن المصرف منتفع بهذا النظام، بل إن منفعه أصلية ومنفعة العميل فرعية.

ومع هذا كله فإن الخدمة تكلف المصرف أموالاً، وذات منفعة متقومة، بدليل أن بعض المصارف يتقاضون عنها أجوراً. فأقل ما يقال في هذه المعاملة أنها من الأمور المشتبهات، وقد قال النبي ﷺ في شأن المشتبهات: «إن الحلال بين وإن الحرام بين وبينهما مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام، كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه. ألا وإن لكل ملك حمى، ألا وإن حمى الله محارمه...»^(١)، فكره لنا الرسول ﷺ التعامل بالشبهات؛ لأنها في نهاية

(١) أخرجه البخاري عن النعمان بن بشير - رضي الله عنهما - في باب فضل من استبرأ لدينه، =

المطاف توقعنا في المحرمات، وأرشدنا إلى تركها والابتعاد عنها، وعلى ذلك جرى بناء الحكم عليها بالكراهية^(١).

المناقشة:

يناقش: بأن المنفعة التي يحصل عليها المقرض - صاحب الحساب الجاري - في هذه المسألة تقابلها منفعة للمقرض - المصرف - بل إن منفعة المقرض أقوى، ومن الضوابط التي توصلت إليها في بحثي: (كل منفعة في القرض متمحضة للمقرض و كل منفعة مشتركة بين المقرض والمقرض ومنفعة المقرض أقوى أو مساوية فإنها جائزة). وقد أفتى بعض العلماء بجواز المنفعة في القرض إذا كانت مشتركة للطرفين كما في مسألة السفتجة، مع أن فيها منفعة للمقرض، ولم يقولوا بكراهية التعامل بها والله أعلم.

الترجيح:

يظهر لي بعد العرض السابق للأمر المتعلقة بهذه المسألة، وبعد عرض وجهات النظر فيها وأدلة كل فريق أن الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، وهو جواز انتفاع صاحب الحساب الجاري بدفتر الشيكات وبطاقة الصراف الآلي دون مقابل^(٢).

= من كتاب الإيمان، الحديث رقم (٥٢)، صحيح البخاري ٤١/١، ومسلم - واللفظ له - في باب أخذ الحلال وترك الشبهات، من كتاب المساقاة، الحديث رقم (١٥٩٩)، صحيح مسلم ٣/١٢١٩.

(١) تحول المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي للربيع ١/١٩٩-٢٠٠ بتصرف. وعلى هذا القول ينبغي للمصرف أن يتقاضى أجوراً نظير تقديم هذه الخدمات للخروج من الشبهة.

(٢) لكن يبقى سؤال وهو: لماذا يتقاضى المصرف أجوراً من العملاء أصحاب الحسابات =

٢ / ٢ / ٢ الأسعار المميزة لبعض الخدمات:

ومن أهم المنافع أيضًا التي يحصل عليها صاحب الحساب الجاري: الأسعار المميزة لبعض الخدمات التي يقدمها المصرف، إذ تقدم المصارف لأصحاب هذه الحسابات خدمات مجانية، وأخرى ذات أسعار متدنية مقارنة بالآخرين ممن ليس لهم حسابات مع المصرف، ويتأثر ذلك - أيضًا - بأهمية العميل للمصرف، من حيث عدد سنوات تعامله مع المصرف، ومتوسط الرصيد في حسابه، ونحو ذلك، وتتعلم هذه المميزات في الغالب بالصراف الأجنبي، ورسوم فتح الاعتمادات، وبطاقات الائتمان، وخطابات الضمان^(١).

حكم انتفاع صاحب الحساب الجاري بالأسعار المميزة لبعض الخدمات:

الذي يظهر لي في هذه المسألة - والله أعلم - أن الأسعار المميزة للعميل صاحب الحساب الجاري إذا كانت للعميل دون غيره، ولم يكن للمصرف منفعة - في بذله هذه الخدمات أو تنازله عن بعض قيمتها - سوى القرض، فإن هذه منفعة في القرض محرمة؛ لأنها منفعة للمقرض - صاحب الحساب الجاري - ولا يقابلها عوض سوى القرض. وهي وإن لم تكن مشروطة إلا أنها قبل الوفاء بسبب القرض.

= القليلة دون غيرهم؟ وقد يكون مبررًا لذلك أن المصرف لا يرغب في الاقتراض من هؤلاء ولكنه فتح أبوابه للناس. فالقضية بالنسبة للمصرف مسألة نظر في العائد والتكلفة، ولذلك فلن يتحمل المصرف إدارة قرض قليل مقابل تكاليفه العالية، ولذا يأخذ أجرًا، ولكن القرض الكبير يمكن المصرف من الحصول على عائد عالٍ منه يدر تكلفته.

(١) ينظر: الحسابات والودائع المصرفية للقري، العدد التاسع ١/ ٧٢٦-٧٢٧.

٣ / ٢ / ٢ القروض التي يحصل عليها العميل:

ينتفع العميل من القروض التي يمنحها له المصرف، ويتخذ الإقراض المصرفي أشكالاً متعددة^(١)، منها: الإقراض المباشر للعميل مقابل فوائد على الإقراض، وعلى التأخير، في الغالب^(٢).

وقد يكون الإقراض للعميل عن طريق منحه سقفاً ائتمانياً^(٣)، ومثل ذلك ما يسمى بانكشاف الحساب، أو الحساب الجاري المدين، وذلك مقابل فوائد على الإقراض، وعلى التأخير^(٤)، وقد لا يكون هناك فوائد، وإنما يمنح البنك ذلك للعميل مقابل المبالغ التي يودعها عنده^(٥).

حكم القروض التي يحصل عليها العميل:

- (١) تقدم أن الاستثمارات في البنوك الربوية محصورة في نوعين: أحدهما تقديم القروض. ينظر ص ٤٠٤. وأن الوظيفة الرئيسة لها: تجميع المدخرات ووضعها في متناول الأفراد والمشروعات الراغبين في الاقتراض.
- (٢) ينظر: تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود ص ٢٧٠، ومشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية لمحمد الصاوي ص ٤٥٠.
- (٣) ينظر: الحسابات والودائع المصرفية للقري، العدد التاسع ١ / ٧٢٨، وكيف تعمل البنوك التجارية للعصيمي ص ٨٢. ومن الصور الحديثة لذلك: بطاقة الائتمان القرضية. ينظر: بطاقة الائتمان لعبد الله بن سليمان بن منيع، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة، السنة التاسعة العدد الحادي عشر، وبطاقة الائتمان لبكر بن عبد الله أبو زيد.
- (٤) ينظر: بطاقة الائتمان لبكر بن عبد الله أبو زيد ص ٣٤، وبحوث في المعاملات لعبد الستار أبو غدة ص ٤١٤.
- (٥) ينظر: الحسابات والودائع المصرفية للقري، العدد التاسع ١ / ٧٢٩.

إن إقراض المصرف غيرَه مقابل فوائد ربياً محرم^(١)، سواء كانت الفوائد مقابل القرض أو مقابل تأجيله^(٢)، وسواء كان القرض مباشراً، أو كان بمنح سقف ائتماني^(٣)؛ لأن هذه الفوائد زيادة متمحضة للمقرض، مشروطة أو في حكم المشروطة، فتكون ربياً.

وأما إذا كان المصرف يقرض بدون فوائد، فينظر: فإن كان المصرف يشترط أن يفتح المقرض حساباً عنده، فإن هذا لا يجوز؛ لأنه إقراض بشرط الإقراض، فيدخل في مسألة أسلفني وأسلفك، وقد تقدم أنها محرمة.

وأما إن كان المصرف لا يشترط ذلك، وكان القرض دون مقابل فإن ذلك جائز.

٤ / ٢ / ٢ تنظيم حسابات العميل وضبطها:

إذا قام المودع في الحساب الجاري بدفع قيمة سلعة، أو بتسديد دين، أو فواتير، أو دفع رواتب موظفين عنده، ونحو ذلك، بواسطة الشيك المسحوب على ذلك الحساب فإنه سيحصل بصفة دورية على كشف مفصل يتضمن جميع هذه المدفوعات وتواريخها ومبالغها والمدفوع

(١) ينظر: المعاملات المصرفية، من إعداد اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، ضمن مجلة البحوث الإسلامية ٧٧ / ٨، وقرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة بشأن حكم التعامل المصرفي بالفوائد. العدد الثاني ٨٣٧ / ٢.

(٢) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة بشأن حكم التعامل المصرفي بالفوائد. العدد الثاني ٨٣٧ / ٢.

(٣) ينظر: بطاقة الائتمان لعبد الله بن سليمان بن منيع، ضمن مجلة المجمع الفقهي في مكة المكرمة ١١ / ١١٧، وبطاقة الائتمان لبكر بن عبد الله أبو زيد ص ٥٦.

إليهم. وكذلك الحال في الأموال التي يتلقاها من الآخرين، مثل أثمان السلع التي يبيعها، أو موارده من الإيجارات، ونحو ذلك. ومن ثم يحصل على خدمة تغنيه عن الاستعانة بموظف لضبط حساباته ومتابعتها. وإذا قام بفتح حسابات متعددة خصص كل واحد منها لغرض محدد، مثل أن يكون أحدها لإيرادات المبيعات، وآخر للمشتريات، وثالث للرواتب، استفاد كثيراً من هذه الخدمة^(١).

حكم انتفاع صاحب الحساب الجاري بتنظيم حساباته وضبطها:

إن هذه المنفعة التي يحصل عليها صاحب الحساب الجاري جاءت تبعاً لمنفعة المصرف من تنظيم حساباته، لضبطها وعدم تفويت حقوقه وحقوق الناس، ولذلك فإنه يجوز له الانتفاع بهذه الخدمة دون مقابل.

٥ / ٢ / ٢ شهادة المصرف بملاءة العميل:

يحتاج بعض الناس، لا سيما التجار منهم ورجال الأعمال إلى شهادة تثبت ملاءتهم، يقدمونها إلى الجهات الحكومية أو الخاصة، يتمكنون بها من الدخول في المناقصات، والمزايدات، أو عقود المقاوله، والتوريد، إلى غير ذلك من الحاجات. والمصارف هي الجهات المعتمدة - في غالب الأحوال - كمصدر لمثل هذه المعلومات. وتعتمد المصارف في إصدارها هذه الشهادة وأمثالها على سجل العميل في حسابه الجاري - وحساباته الأخرى - ولذلك يحرص أمثال هؤلاء العملاء على التأكد من أن جميع أموالهم تودع في مصرفهم الذي يتعاملون معه، حتى يتكون لدى القائمين عليه فكرة واضحة عن

(١) ينظر: الحسابات والودائع المصرفية للقري، العدد التاسع ١/٧٢٦.

ملاءتهم، يستفاد منها في إصدار تلك الشهادة^(١).

حكم انتفاع صاحب الحساب الجاري بشهادة المصرف بملاءته:

إن شهادة المصرف بملاءة صاحب الحساب الجاري وجدت بسبب طلب هذه الشهادة منه، بصفته الجهة المعتمدة -في غالب الأحوال- كمصدر لهذه المعلومات، وهو الذي يستطيع تحديد ذلك. وانتفاع صاحب الحساب الجاري بهذه الشهادة حسب الحقيقة انتفاع جائز وليس من المنفعة المحرمة في القرض.

٣ / ٢ تكلفة القرض الفعلية:

إنه يجب على المقرض وفاء القرض في المكان الذي اقترض منه، ولكن إذا كان المقرض سيتحمل تكلفة إيصال القرض له (كما في السحب النقدي ببطاقة الائتمان) فهل يجوز له أن يأخذ عوضاً عنها بقدر ما يعادل التكلفة الفعلية، أو على أنها خدمة (إجارة) يستحق عليها أجرًا يترضى عليه الطرفان.

والذي يظهر أنه يجوز للمقرض أن يأخذ ما يعادل التكلفة الفعلية فقط، ولا يجوز له أخذ زيادة عليها؛ لأنها تكون عوضاً عن القرض حينئذ.

ولكن تنشأ إشكالات عند التطبيق (ما الذي يدخل في التكلفة الفعلية؟ وهل يحمل على العميل أو مجموع العملاء؟ وهل تحسب التكلفة التأسيسية أو الدورية فقط؟).

(١) الحسابات والودائع المصرفية للقري ١ / ٧٢٧ بتصرف. وينظر: الأعمال المصرفية والإسلام للهمشري ص ٢٥٦.

وأما إذا قيل إن إيصال القرض خدمة مستقلة تستحق أجرًا يترضى عليه الطرفان دون اعتبار للتكلفة الفعلية، فإن هذا جمع بين القرض والإجارة وهذا لا يجوز لأن الغالب أن يكون هناك محابة في الأجرة لأجل القرض، وفي الحديث: «لا يحل سلف وبيع»، والإجارة عقد معاوضة كالبيع.

٤ / ٢ الجوائز على القروض:

الجوائز والهدايا إذا كان سببها هو القرض، بحيث إن من يقرض البنك مثلاً يعطى من هذه الجوائز والهدايا، فقد تقدم أن الهدية للمقرض قبل الوفاء إذا كانت بسبب القرض فإنها محرمة.

٥ / ٢ تبادل القروض:

القروض المتبادلة أو المتقابلة قد تقع بين المصارف فيما بينها، أو بين أفراد المودعين والمصارف، أو بين الأفراد فيما بينهم^(١).

وتقدم أن الأعمال التجارية والمالية في أي بلد تحتم أنواعاً من الاتصال والتعاون بين المؤسسات المالية وخاصة البنوك، لذلك تجد كثيرًا من البنوك الحاجة ملحة لفتح حسابات لدى البنوك الأخرى؛ وذلك لأمر تقدم ذكرها.

ومن صيغ القروض المتبادلة بين المصارف فيما بينها: أن يفتح المصرف حسابًا في أحد المصارف ويودع فيه مبلغًا من المال، ثم يحيل عليه بأنواع الحوالات لمدة حتى ينضب ما فيه، عندئذٍ يقوم المصرف -المفتوح عنده الحساب- بكشف الحساب أي بجعله مدينًا بمبلغ مساوٍ لما كان مودعًا فيه ولنفس المدة^(٢). فيكون هناك

(١) ينظر: المصارف الإسلامية لرفيق المصري ص ٤١.

(٢) ينظر: الحسابات والودائع المصرفية للقري، العدد التاسع ١ / ٧٤١-٧٤٢.

مساواة بين القرضين على أساس ما يسمى بالأعداد أو النمر^(١).

حكم تبادل القروض:

الذي يظهر لي في هذه المسألة أن القروض المتبادلة إذا كانت بشرط، فإنها محرمة؛ لأنها منفعة زائدة مشروطة في القرض، ولا يقابلها عوض سوى القرض، وهي داخلة في مسألة أسلفني وأسلفك المحرمة^(٢).

وأما إذا كانت غير مشروطة فإن ذلك جائز، والله أعلم.

وهناك من أجاز القروض المتبادلة من المعاصرين مطلقاً^(٣).

وعللوا ذلك بما يأتي:

١ - أن المنفعة متماثلة ولا تخص المقرض وحده، وليست من ذات القرض، وإنما من الإقدام على التعامل مع من يعاملك، وهذا شأن التجارة.

يمكن أن يناقش: بأنه عند التأمل فإنه يظهر أن هناك منفعة إضافية للمقرض لا يقابلها عوض سوى القرض، فتدخل في المنفعة المحرمة في القرض.

(١) ينظر: المصارف الإسلامية لرفيق المصري ص ٤١.

(٢) ينظر: المصارف الإسلامية لرفيق المصري ص ٤١. وفي الفتاوى الشرعية، من إعداد بيت التمويل الكويتي ١٤٦/٤: «جائز إذا كان هذا التبادل منصوصاً فيه على أنه بدون فوائد أو شروط». وينظر: فتاوى ندوات البركة ١٤١٣هـ ص ١٤٢، و١٤١٦هـ ص ١٩٢.

(٣) ينظر: البنك اللاربوي لمحمد باقر الصدر ص ٧١، والفتاوى الشرعية، من إعداد بيت التمويل الكويتي ١/١٧٧، والقروض المتبادلة بالشرط وتطبيقاتها المصرفية المعاصرة لنزيه حماد ضمن كتابه: قضايا فقهية معاصرة ص ٢٢٩.

ولا يسلم بأنها ليست من ذات القرض.

٢- القياس على (السفتجة) من حيث كونها لا تخص المقرض وحده، بل تعم الطرفين.

يمكن أن يناقش: بأن القياس مع الفارق؛ وذلك أنه في السفتجة قرض واحد، بينما في القروض المتبادلة قرض ووفاء مشروط بقرض ووفاء.

٣- أن الربا إنما حرم شرعاً؛ لأنه ظلم من المقرض للمقترض. أما الاتفاق على الإقراض المتبادل بين المقرض والمستقرض بمبالغ متساوية ولمدد متماثلة، فليس فيه شيء من الظلم لأحد الطرفين.

يمكن أن يناقش: أن الظلم أحد أسباب تحريم الربا، ثم إن الربا أنواع ودرجات، والأصل في مشروعيته الإرفاق بالمقترض لا طلب النفع المشترك.

٤- أن التعامل بنظام الودائع المتبادلة بحسب تطبيقاته المصرفية المعاصرة هو غير مسألة: (أسلفني وأسلفك).

يمكن أن يناقش: بأن المتأمل في هذا النظام يجد أنه مطابق لمسألة: (أسلفني وأسلفك).

٥- أن الحاجة لهذا النظام أصبحت ماسة، ولا يوجد غيره مما يؤدي نفس الغرض.

يمكن أن يناقش: أن الأصل في هذه المعاملة هو التحريم، وقد يقال بجوازها للحاجة في بعض الحالات بشروط وضوابط يجب أن تكون متحققة.

ولا يسلم بأنه لا يوجد غيرها، فيمكن أن تكون الودائع الاستثمارية المتبادلة بديلاً عن القروض المتبادلة.

وهناك من أجازها كبديل عن النظام القائم على الفائدة مؤقتاً لا دائماً^(١).



(١) ينظر: حكم المحكمة الشرعية الاتحادية الباكستانية بشأن الربا ص ٤٩٥، وإلغاء الفائدة من الاقتصاد. تقرير مجلس الفكر الإسلامي في الباكستان ص ٣١.

ثبت المصادر والمراجع

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- الإجماع للإمام أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المتوفى سنة (٣١٨) هـ. حققه أبو حماد الصغير أحمد بن محمد حنيف. دار طيبة للنشر والتوزيع الرياض السعودية. الطبعة الأولى ١٤٠٢ هـ.
- ٣- أحكام الأجل في الفقه الإسلامي بحث مقارنة للدكتور محمد بن راشد بن علي العثمان. الطبعة الثانية ١٤١٧ هـ.
- ٤- أحكام القرآن للإمام أبي بكر أحمد الرازي الجصاص، المتوفى سنة (٣٧٠) هـ. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان. ١٤١٤ هـ.
- ٥- أحكام القرآن للإمام أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، المتوفى سنة (٥٤٣) هـ. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان. الطبعة الأولى.
- ٦- أحكام القرآن للشيخ إلكيا الهراسي. المتوفى سنة (٥٠٤) هـ. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ.
- ٧- أحكام الودائع المصرفية للقاضي محمد تقي العثماني. ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة. الدورة التاسعة ١٤١٧ هـ.
- ٨- الإحكام في أصول الأحكام للإمام علي بن محمد الأمدي، المتوفى سنة (٦٣١) هـ. تعليق فضيلة الشيخ عبد الرزاق عفيفي. المكتب الإسلامي بيروت لبنان. دمشق سوريا. الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ.
- ٩- الإحكام في أصول الأحكام للحافظ أبي محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري، المتوفى سنة (٤٥٦) هـ. دار الحديث مصر. الطبعة الأولى ١٤٠٤ هـ.

- ١٠- إحياء علوم الدين للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المتوفى سنة (٥٠٥) هـ. دار المعرفة بيروت لبنان.
- ١١- إدرار الشروق على أنواء الفروق لأبي القاسم قاسم بن عبد الله الأنصاري المعروف بابن الشاط، المتوفى سنة (٧٢٣) هـ. مع الفروق للقرافي. عالم الكتب بيروت لبنان.
- ١٢- إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المتوفى سنة (١٢٥٠) هـ. تحقيق محمد سعيد البدري. المكتبة التجارية مكة المكرمة. الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ.
- ١٣- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للشيخ محمد ناصر الدين الألباني. المكتب الإسلامي. بيروت. دمشق. الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ.
- ١٤- أساس البلاغة لأبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري، المتوفى سنة (٥٣٨) هـ. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت لبنان. ١٤١٥ هـ.
- ١٥- أسس علم الاقتصاد للدكتور حميد القيسي. جامعة بغداد. كلية الإدارة والاقتصاد. طبع بمطبعة الجامعة.
- ١٦- أسنى المطالب شرح روض الطالب للقاضي أبي يحيى زكريا الأنصاري الشافعي، المتوفى سنة (٩٢٦) هـ. دار الكتاب الإسلامي القاهرة مصر.
- ١٧- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، المتوفى سنة (٩٧٠) هـ. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ.
- ١٨- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المتوفى سنة (٩١١) هـ. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر. الطبعة الأخيرة ١٣٧٨ هـ.
- ١٩- الإشراف على مذاهب أهل العلم للإمام محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المتوفى سنة (٣١٨) هـ. تحقيق محمد نجيب سراج الدين. دار الثقافة. الدوحة قطر. الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ.
- ٢٠- الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي، المتوفى سنة (٤٢٢) هـ. مطبعة الإرادة.

- ٢١- إعلاء السنن للمحدث ظفر أحمد العثماني التهانوي، المتوفى سنة (١٣٩٤) هـ. إدارة القرآن والعلوم الإسلامية. كراتشي. باكستان.
- ٢٢- إعلام الموقعين عن رب العالمين للإمام ابن قيم الجوزية، المتوفى سنة (٧٥١) هـ. تحقيق عبد الرحمن الوكيل. مكتبة ابن تيمية القاهرة.
- ٢٣- الأعمال المصرفية والإسلام للأستاذ مصطفى عبد الله الممشري. المكتب الإسلامي بيروت، ومكتبة الحرمين الرياض. الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ.
- ٢٤- الإنصاح عن معاني الصحاح للوزير أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي، المتوفى سنة (٥٦٠) هـ. المؤسسة السعيدية الرياض السعودية. ١٣٩٨ هـ.
- ٢٥- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل للشيخ أبي النجاشي شرف الدين موسى الحجواي المقدسي، المتوفى سنة (٩٦٨) هـ. تصحيح وتعليق عبد اللطيف محمد موسى السبكي. دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان.
- ٢٦- إلغاء الفائدة من الاقتصاد. تقرير مجلس الفكر الإسلامي في باكستان. جامعة الملك عبد العزيز المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ.
- ٢٧- الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، المتوفى سنة (٢٠٤) هـ. خراج أحاديثه وعلق عليه محمود مطرجي. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ.
- ٢٨- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للشيخ علاء الدين علي بن سليمان المرادوي، المتوفى سنة (٨٨٥) هـ. صححه وحققه الشيخ محمد حامد الفقي. دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي. بيروت لبنان. الطبعة الأولى.
- ٢٩- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للشيخ قاسم القونوي، المتوفى سنة (٩٧٨) هـ. تحقيق الدكتور أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي. دار الوفاء للنشر والتوزيع. جدة. السعودية الطبعة الثانية ١٤٠٧ هـ.
- ٣٠- الإيضاح لقوانين الاصطلاح لأبي محمد يوسف بن عبد الرحمن بن الجوزي الحنبلي، المتوفى سنة (٦٥٦) هـ. حققه وعلق عليه وقدم له فضيلة الأستاذ الدكتور فهد بن محمد السدحان. مكتبة العبيكان الرياض السعودية. الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ.

- ٣١- الاثتبان فف الاقاصا الإسلامف للشفف عباء الوهاب الزففف. ضمن باءوا فف الاقاصا الإسلامف. أشرف على طباعها وناها إاءارة الأفاا والنشر فف اامعة الإمام مام بن سعوا الإسلامفة. ١٤٠٩هـ.
- ٣٢- الااءفار لأعلفل الماار لعبا الله بن ماموا بن مواوا الموصلف الاءنفف، الماوف سنة (٦٨٣) هـ. اأافق زها الرعفا. اار الأرقم. بفرا لبنان.
- ٣٣- الااءفار الفففة من فااى شفب الإسلام ابن أفمفة اأاارها الشفب علاء الاءفن على بن مام بن عباس البعلف، الماوف سنة (٨٠٣) هـ. اار الكاب العلمفة. بفرا لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.
- ٣٤- الاسااار الامع لماااب ففها الأمصا وعلما الأفاار ففما اضمنا الموطأ من معانف الرأف والأاار وشرأ ذلك كله بالإفماز والاءاار للمافظ أبف عمر فوسف بن عباء البر الأنااسف، الماوف سنة (٤٦٣) هـ. واثق أصوله وأأرف نصوصه ورقمها وواضع فهاارسه الاءااا عباء المعطفف أمفن قلعلفف. مؤسسه الرسالة بفرا لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.
- ٣٥- الاقاصا الإسلامف مصادره وأسسه. المال ونامفه. اارسة مفاارنة للاءاااا ااسن على الشااافل. اار الأااا العربف للطباعة ١٣٩٩هـ.
- ٣٦- الاقاصا الإسلامف والقضافا الفففة المعاصرة للأسااا الاءاااا على أامأ السالوس. اار الأفاا الاءوآه قطر ومؤسسه الرفا للطباعة والنشر والااااع بفرا لبنان. ١٤١٦هـ.
- ٣٧- الاقاصا المعاصر والاعامل بااا الفاءة (ربا) نظرة إسلامفة للاءاااا فافز بن إبراهفم الاءفب. مركز الملك ففصل للبااا والاءارسات الإسلامفة فف الرفاض مطبوع بالآلة الكاااة ١٤٠٧هـ.
- ٣٨- اقاصااا لماام باقر الصااا. اار الفكر بفرا لبنان. ١٩٧٠م.
- ٣٩- اقاصااااا النقاا للاءاااا مام زكف المسفر. اار النهضة العربفة القاهرة مصر. ١٩٨٢م.
- ٤٠- اقاصااااا النقاا والبناا للاءاااا اااأ الاءااااا. الاءار الامعفة للطباعة والنشر بفرا لبنان. ١٩٩٣م.
- ٤١- البأا الرافق شرأ كنا الاءااا للشفب زفن الاءفن ابن نأمف الاءنفف، الماوف سنة (٩٧٠) هـ. اار المعرفة. بفرا لبنان. الطبعة الأنافة.

- ٤٢- البحر المحيط في أصول الفقه لبدر الدين محمد بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي، المتوفى سنة (٧٩٤) هـ. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت. الطبعة الثانية ١٤١٣ هـ.
- ٤٣- بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية لعبد الستار أبو غدة. بيت التمويل الكويتي ١٤١٣ هـ.
- ٤٤- بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة لفضيلة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق. عالم الفكر بمصر. الطبعة الثانية.
- ٤٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. للشيخ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المتوفى سنة (٥٨٧) هـ. المكتبة العلمية. بيروت لبنان.
- ٤٦- بداية المجتهد ونهاية المقتصد. للشيخ محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المتوفى سنة (٥٩٥) هـ. المكتبة التجارية الكبرى بمصر.
- ٤٧- بطاقة الائتمان حقيقتها البنكية التجارية وأحكامها الشرعية لمعالي الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد. مؤسسة الرسالة بيروت لبنان. الطبعة الثانية ١٤١٧ هـ.
- ٤٨- بطاقة الائتمان لفضيلة الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة. السنة التاسعة العدد الحادي عشر.
- ٤٩- بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، المتوفى سنة (٨٠٧) هـ. حققه وعلق عليه مسعد عبد الحميد محمد السعدني. دار الطلائع القاهرة مصر.
- ٥٠- بلغة الساعب وبغية الراغب للشيخ فخر الدين أبي عبد الله محمد ابن تيمية، المتوفى سنة (٦٢٢) هـ. تحقيق معالي الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد. دار العاصمة للنشر والتوزيع الرياض السعودية. الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ.
- ٥١- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير للدردير للشيخ أحمد ابن محمد الصاوي المالكي، المتوفى سنة (١٢٤١) هـ. دار المعرفة. بيروت لبنان. ١٤٠٩ هـ.
- ٥٢- بلوغ المرام من أدلة الأحكام للحافظ ابن حجر العسقلاني، المتوفى سنة (٨٥٢) هـ. عني بتصحيحه والتعليق عليه محمد حامد الفقي. دار البخاري للنشر والتوزيع القصيم السعودية. الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ.

- ٥٣- البناية في شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد العيني، المتوفى سنة (٨٥٥) هـ. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت لبنان. الطبعة الثانية ١٤١١ هـ.
- ٥٤- البنك اللاربوي في الإسلام لمحمد باقر الصدر. دار التعارف للمطبوعات بيروت لبنان. الطبعة الثامنة ١٤٠٣ هـ.
- ٥٥- البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق لفضيلة الدكتور عبد الله بن محمد الطيار. دار الوطن للطبعة الثانية ١٤١٤ هـ.
- ٥٦- البنوك الإسلامية للدكتور شوقي إسماعيل شحاته. دار الشروق. جدة السعودية. الطبعة الأولى ١٣٩٧ هـ.
- ٥٧- بنوك تجارية بدون ربا. دراسة نظرية وعملية للدكتور محمد بن عبد الله إبراهيم الشباني. دار عالم الكتب للنشر والتوزيع الرياض. الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ.
- ٥٨- البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المتوفى سنة (١٢٥٨) هـ. شركة ومكتبة ومطبعة الباي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الثانية ١٣٧٠ هـ.
- ٥٩- بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب لأبي الثناء محمود بن عبد الرحمن بن أحمد الأصفهاني، المتوفى سنة (٧٤٩) هـ. تحقيق الدكتور محمد مظهر بقا. مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى مكة المكرمة السعودية. الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ.
- ٦٠- تاج العروس للسيد محمد مرتضى الزبيدي، المتوفى سنة (١٢٠٥) هـ. دار صادر بيروت لبنان. ودار ليبيا للنشر والتوزيع بنغازي ١٣٨٦ هـ.
- ٦١- التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواق، المتوفى سنة (٨٧٩) هـ. مع مواهب الجليل للحطاب. ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ.
- ٦٢- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيعلي الحنفي، المتوفى سنة (٧٤٣) هـ. دار المعرفة. بيروت لبنان. الطبعة الثانية.
- ٦٣- تحرير ألفاظ التنبيه أو لغة الفقه للإمام محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المتوفى سنة (٦٧٦) هـ. حققه وعلق عليه عبد الغني الدقر. دار القلم دمشق سوريا الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ.

- ٦٤- تحریم الربا تنظیم اقتصادی للشیخ محمد أبو زهرة. الدار السعودية جدة الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ.
- ٦٥- تحریم الربا فی القرآن الکریم للدکتور السید نشأت إبراهیم الدرینی. دار الهدی للطباعة ١٤١٥هـ السعودية.
- ٦٦- تحفة الفقهاء لعلاء الدین السمرقندی، المتوفى سنة (٥٣٩) هـ. دار الکتب العلمیة. بیروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ.
- ٦٧- تحفة المحتاج شرح المنهاج لابن حجر الهیثمی، المتوفى سنة (٩٧٣) هـ. دار إحياء التراث العربی.
- ٦٨- تحوّل المصرف الربوی إلى مصرف إسلامی ومقتضیاتہ لسعود محمد الریعة. منشورات مرکز المخطوطات والتراث والوثائق الصفاة الكويت. الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.
- ٦٩- تدرب الراوی فی شرح تقریب النوای للحافظ جلال الدین عبد الرحمن بن أبي بكر السیوطی، المتوفى سنة (٩١١) هـ. حققه عبد الوهاب عبد اللطیف. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزیع بیروت لبنان. ١٤٠٩هـ.
- ٧٠- تصحیح الفروع للشیخ علاء الدین أبي الحسن علي بن سليمان المرادوی الحنبلي، المتوفى سنة (٨٨٥) هـ. مع کتاب الفروع لابن مفلح. راجعه عبد الستار فراج. دار مصر للطباعة. الطبعة الثانية ١٣٨١هـ.
- ٧١- تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية للدكتور سامي حسن حمود. مطبعة الشروق ومكتبها عمان. الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ.
- ٧٢- التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، المتوفى سنة (٨١٦) هـ. حققه وقدم له ووضع فهارسه إبراهیم الأبياري. دار الكتاب العربی. بیروت لبنان. الطبعة الثانية ١٤١٣هـ.
- ٧٣- التفریع لأبي القاسم عبید الله بن الحسين بن الحسن الجلاب البصري، المتوفى سنة (٣٧٨) هـ. دراسة وتحقيق الدكتور حسين بن سالم الدهماني. دار الغرب الإسلامي بیروت لبنان الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.
- ٧٤- تفسير البحر المحيط لمحمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي، المتوفى سنة (٧٤٥) هـ. دار الفكر بیروت لبنان. الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.

- ٧٥- تفسير البغوي معالم التنزيل للإمام أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي، المتوفى سنة (٥١٦) هـ. حققه وخرج أحاديثه محمد بن عبد الله النمر وعثمان جمعة ضميرية وسليمان مسلم الحرش. دار طيبة للنشر والتوزيع الرياض السعودية. الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ.
- ٧٦- تفسير القرآن العظيم للإمام أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، المتوفى سنة (٧٧٤) هـ. دار الحديث القاهرة مصر. الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ.
- ٧٧- التفسير الكبير للرازي، المتوفى سنة (٦٠٦) هـ. دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان. الطبعة الثالثة.
- ٧٨- تقريب التهذيب للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة (٨٥٢) هـ. تحقيق أبو الأشبال صغير أحمد شاعف الباكستاني. دار العاصمة للنشر والتوزيع الرياض المملكة العربية السعودية النشرة الأولى ١٤١٦ هـ.
- ٧٩- تكملة فتح القدير المسمى نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار للشيخ شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي. علق عليه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ.
- ٨٠- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير للحافظ أحمد بن علي العسقلاني، المتوفى سنة (٨٥٢) هـ. تصحيح وتنسيق وتعليق عبد الله هاشم البياني المدني. المدينة المنورة. ١٣٨٤ هـ.
- ٨١- التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، المتوفى سنة (٧٩٢) هـ. شرح به تنقيح الأصول للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود البخاري الحنفي. مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح بميدان الأزهر.
- ٨٢- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد للإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، المتوفى سنة (٤٦٣) هـ. المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز مكة المكرمة.
- ٨٣- التنبيه في الفقه الشافعي. للشيخ أبي إسحاق الشيرازي، المتوفى سنة (٤٦٧) هـ. إعداد عماد الدين أحمد حيدر. عالم الكتب. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ.
- ٨٤- تنوير الأبصار للشيخ محمد بن عبد الله بن إبراهيم التمرتاشي، المتوفى سنة (١٠٠٤) هـ. ومعه حاشية الدر المختار للحصكفي وحاشية ابن عابدين. المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز مكة المكرمة السعودية.

- ٨٥- تهذيب الأسماء واللغات للإمام محيي الدين بن شرف النووي، المتوفى سنة (٦٧٦) هـ. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان.
- ٨٦- تهذيب التهذيب للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة (٨٥٢) هـ. مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية. حيدرآباد الهند الطبعة الأولى ١٣٢٦ هـ.
- ٨٧- تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد بن علي بن حسين المكي المالكي، المتوفى سنة (١٣٦٧) هـ. مع الفروق للقراقي. عالم الكتب بيروت لبنان.
- ٨٨- تهذيب سنن أبي داود للإمام ابن قيم الجوزية، المتوفى سنة (٧٥١) هـ. تحقيق محمد حامد الفقي. دار المعرفة بيروت لبنان.
- ٨٩- تيسير التحرير على كتاب التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي، المتوفى سنة (٩٨٧). دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. ١٤٠٣ هـ.
- ٩٠- التيسير بشرح الجامع الصغير لعبد الرؤوف المناوي، المتوفى سنة (١٠٣١) هـ. مكتبة الإمام الشافعي. الرياض السعودية.
- ٩١- جامع البيان عن تأويل آي القرآن للإمام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، المتوفى سنة (٣١٠) هـ. دار الفكر بيروت لبنان. ١٤٠٨ هـ.
- ٩٢- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين البغدادي الشهير بابن رجب، المتوفى سنة (٧٩٥) هـ. تحقيق شعيب الأرنؤوط وإبراهيم باحسين. مؤسسة الرسالة بيروت لبنان. الطبعة الثالثة ١٤١٢ هـ.
- ٩٣- الجامع في أصول الربا للدكتور رفيع المصري. دار القلم دمشق ودار الشامية بيروت. الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ.
- ٩٤- الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، المتوفى سنة (٦٧١) هـ. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. ١٤٠٨ هـ. الطبعة الأولى.
- ٩٥- جواهر الإكليل شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك للشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهرى، المتوفى سنة (١٢٨٥) هـ. إشراف مكتب البحوث والدراسات. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان. ١٤١٥ هـ.

- ٩٦- الجواهر المضية في طبقات الحنفية لأبي محمد عبد القادر بن محمد بن أبي الوفاء الحنفي، المتوفى سنة (٧٧٥) هـ. تحقيق الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو. مؤسسة الرسالة، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان الطبعة الثانية ١٤١٣ هـ.
- ٩٧- الجواهر النقي للعلامة علاء الدين بن علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني، المتوفى سنة (٧٤٥) هـ مع السنن الكبرى للبيهقي. دار المعرفة. بيروت لبنان.
- ٩٨- حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري، المتوفى سنة (١٠٨٧) هـ على نهاية المحتاج للرملي. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر. الطبعة الأخيرة ١٣٨٦ هـ.
- ٩٩- حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشدي، المتوفى سنة (١٠٩٦) هـ على نهاية المحتاج للرملي. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر. الطبعة الأخيرة ١٣٨٦ هـ.
- ١٠٠- حاشية إعانة الطالبين للشيخ أبي بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي البكري، المتوفى سنة (١٣٠٠) هـ. على حل ألفاظ فتح المعين للمليباري. ضبطه وصححه محمد سالم هاشم. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ.
- ١٠١- حاشية الجمل على شرح المنهج للشيخ سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المصري الشافعي المعروف بالجمل، المتوفى سنة (١٢٠٤) هـ.
- ١٠٢- حاشية الدسوقي، المتوفى سنة (١٢٣٠) هـ على الشرح الكبير للدردير. وبهامشه الشرح المذكور مع تقارير لمحمد عlish. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت لبنان.
- ١٠٣- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع للشيخ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، المتوفى سنة (١٣٩٢) هـ. الطبعة الرابعة ١٤١٠ هـ.
- ١٠٤- حاشية الشيخ أحمد بن قاسم العبادي، المتوفى سنة (٩٩٤) هـ. على تحفة المحتاج لابن حجر. دار إحياء التراث العربي.
- ١٠٥- حاشية الشيخ عبد الحميد الشرواني (كان حياً في ١٢٨٩ هـ). على تحفة المحتاج لابن حجر. دار إحياء التراث العربي.

- ١٠٦- حاشية الشيخ علي العدوي، المتوفى سنة (٩٣٩) هـ على شرح أبي الحسن المسمى كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني في مذهب الإمام مالك. صححه وضبطه يوسف البقاعي. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان. ١٤١٢ هـ.
- ١٠٧- حاشية الشيخ علي العدوي، المتوفى سنة (٩٣٩) هـ على شرح الخرشبي على مختصر خليل. دار صادر بيروت لبنان.
- ١٠٨- حاشية رد المحتار لمحمد أمين الشهرير بابن عابدين، المتوفى سنة (١٢٥٢) هـ. المكتبة التجارية. مكة المكرمة.
- ١٠٩- الحسابات الجارية وأثرها في تنشيط الحركة الاقتصادية للدكتور مسعود بن مسعد الشيبتي. ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة الدورة التاسعة. ١٤١٧ هـ.
- ١١٠- الحسابات والودائع المصرفية للدكتور محمد علي القرني. ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة الدورة التاسعة. ١٤١٧ هـ.
- ١١١- حقائق وشبهات حول ودائع البنوك وشهادات الاستثمار وصناديق التوفير لعلي السالوس وفتحي لاشين ومحمد الخطيب. دار المنار الحديثة مصر الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ.
- ١١٢- حكم الأجل في القرض لفضيلة الدكتور عبد الله بن عبد العزيز الجبرين. ضمن مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية العدد الرابع عشر ١٤١٦ هـ.
- ١١٣- حكم التعامل المصرفي المعاصر بالفوائد للدكتور حسن عبد الله الأمين. المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب. البنك الإسلامي للتنمية. جدة السعودية. الطبعة الثانية ١٤١٤ هـ.
- ١١٤- حكم المحكمة الشرعية الاتحادية الباكستانية بشأن الفائدة (الربا). المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب البنك الإسلامي للتنمية جدة السعودية. الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ.
- ١١٥- حكمة التشريع في تحريم الربا ليوסף العالم. دار الصحوة للنشر الطبعة الثانية ١٤٠٧ هـ.
- ١١٦- حلول لمشكلة الربا لمحمد أبو شهبه. مكتبة السنة القاهرة الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ.
- ١١٧- الدر المختار للحصكفي، المتوفى سنة (١٠٨٨) هـ شرح تنوير الأبصار للتمرثاشي ومعها حاشية رد المختار لابن عابدين. المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز مكة المكرمة السعودية.
- ١١٨- دراسات في أصول المدائيات في الفقه الإسلامي للدكتور نزيه حماد. دار الفاروق للطائف الطبعة الأولى ١٤١١ هـ.

- ١١٩- الدرر السننية في الأجوبة النجدية. جمع الشيخ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي القحطاني النجدي الحنبلي، المتوفى سنة (١٣٩٢) هـ. الطبعة السادسة ١٤١٧ هـ.
- ١٢٠- دليل المصطلحات الفقهية الاقتصادية. بيت التمويل الكويتي. الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ.
- ١٢١- الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، المتوفى سنة (٦٨٤) هـ. تحقيق الأستاذ محمد بوخبزة. دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٩٩٤ م.
- ١٢٢- الذرائع الربوية لفضيلة الدكتور سليمان الملحم. رسالة ماجستير في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية. كلية الشريعة بالرياض. قسم الفقه. ١٤٠٩ هـ.
- ١٢٣- ربا القرض ومنه فوائد البنوك وأدلة تحريمه للدكتور السيد نشأت إبراهيم الدريني. دار الهدى للطباعة ١٤١٥ هـ. السعودية.
- ١٢٤- ربا القروض وأدلة تحريمه للدكتور رفيع المصري. مركز النشر العلمي جامعة الملك عبد العزيز جدة الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ.
- ١٢٥- الربا في الشريعة الإسلامية والقانون وملحق به الفتاوى الإسلامية الصادرة من دار الإفتاء للمستشار محمود منصور. دار حراء القاهرة مصر.
- ١٢٦- الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة للدكتور عبد الله بن محمد بن حسن السعيدني. رسالة دكتوراه في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة كلية الشريعة قسم الفقه.
- ١٢٧- الربا في ضوء الكتاب والسنة للشيخ عبد الله عبد الغني خياط. دار الرفاعي للنشر والطباعة والتوزيع الرياض السعودية. الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ.
- ١٢٨- الربا لأبي الأعلى المودودي. مؤسسة الرسالة. بيروت لبنان. ١٤٠٤ هـ.
- ١٢٩- الربا لعيسى عبده. دار الاعتصام القاهرة.
- ١٣٠- الربا للدكتور عمر بن سليمان الأشقر. دار النفائس الكويت ومكتبة الفلاح الكويت الطبعة الثالثة ١٤١٠ هـ.
- ١٣١- الربا وأضراره على المجتمع الإنساني لسالم سقاف الجفري. رسالة ماجستير في الجامعة الإسلامية في المدينة المنورة. ١٣٩٩ هـ.
- ١٣٢- الربا والحسم الزمني في الاقتصاد الإسلامي للدكتور رفيع المصري. دار حافظ للنشر والتوزيع جدة الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ.

- ١٣٣- الربا والقرض في الفقه الإسلامي للدكتور أبو سريع محمد عبد الهادي. دار الاعتصام.
- ١٣٤- الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية لمعالي الشيخ الدكتور عمر بن عبد العزيز المترك اعتنى بإخراجه معالي الشيخ الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد. دار العاصمة للنشر والتوزيع الرياض السعودية. الطبعة الثانية ١٤١٧هـ.
- ١٣٥- الربا وعلاقته بالممارسات المصرفية والبنوك الإسلامية لجمال البنا. دار الفكر الإسلامي.
- ١٣٦- الربا وفائدة رأس المال بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية. للمستشار فتحي لاشين. ضمن كتاب معجزة الإسلام في موقفه من الربا. ترتيب وتنسيق الأستاذ الدكتور حسن صالح العناني. المعهد الدولي للبنوك والاقتصاد الإسلامي ١٤٠٣هـ.
- ١٣٧- الروض المربع شرح زاد المستقنع للشيخ منصور بن إدريس البهوتي، المتوفى سنة (١٠٥١) هـ مع حاشية ابن قاسم. الطبعة الرابعة ١٤١٠هـ.
- ١٣٨- روضة الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المتوفى سنة (٦٧٦) هـ. ومعه متقى ينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع للسيوطي. تحقيق عادل عبد الموجود وعلي عوض. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.
- ١٣٩- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للشيخ موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المتوفى سنة (٦٢٠) هـ. تحقيق الدكتور عبد الكريم ابن علي النملة. مكتبة الرشد الرياض السعودية. الطبعة الأولى ١٤١٣هـ.
- ١٤٠- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للشيخ محمد بن إسماعيل الصنعاني، المتوفى سنة (١١٨٢) هـ. صححه وعلق عليه وخرج أحاديثه فواز زمري وإبراهيم الجمل. دار الريان للتراث القاهرة مصر ودار الكتاب العربي بيروت لبنان. الطبعة الرابعة ١٤٠٧هـ.
- ١٤١- سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة للشيخ محمد ناصر الدين الألباني. مكتبة المعارف الرياض السعودية. الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ.
- ١٤٢- سنن أبي داود للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، المتوفى سنة (٢٧٥) هـ. تحقيق الشيخ محمد محيي الدين عبد الحميد. المكتبة العصرية صيدا، بيروت. ١٤١٦هـ.

- ١٤٣- سنن ابن ماجه للإمام أبي عبد الله محمد بن زيد القزويني، المتوفى سنة (٢٧٣) هـ. حققه ووضع فهارسه الشيخ محمد مصطفى الأعظمي. شركة الطباعة العربية السعودية المحدودة. الرياض الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ.
- ١٤٤- سنن الترمذي لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، المتوفى سنة (٢٧٩) هـ. تحقيق وشرح الشيخ أحمد محمد شاكر والشيخ محمد فؤاد عبد الباقي والشيخ إبراهيم عطوة عوض. دار الحديث القاهرة مصر.
- ١٤٥- سنن الدارمي للإمام أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام الدارمي، المتوفى سنة (٢٥٥) هـ. حققه وشرح ألفاظه وجمله وعلق عليه ووضع فهارسه الدكتور مصطفى ديب البغا. دار القلم دمشق سوريا. الطبعة الثانية ١٤١٧ هـ.
- ١٤٦- سنن الدارقطني للإمام الحافظ علي بن عمر الدارقطني، المتوفى سنة (٣٨٥) هـ. علق عليه وخرج أحاديثه مجدي بن منصور بن سيد الشورى دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ.
- ١٤٧- السنن الكبرى للحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، المتوفى سنة (٤٥٨) هـ. دار المعرفة بيروت لبنان.
- ١٤٨- سنن النسائي للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي، المتوفى سنة (٣٠٣) هـ. حققه ورقمه ووضع فهارسه مكتب تحقيق التراث الإسلامي. دار المعرفة بيروت لبنان. الطبعة الثانية ١٤١٢ هـ.
- ١٤٩- شرح الخرخشي، المتوفى سنة (١١٠١) هـ. على مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي. دار صادر بيروت.
- ١٥٠- شرح السنة للإمام أبي محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي، المتوفى سنة (٥١٦) هـ. حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه شعيب الأرناؤوط، ومحمد زهير الشاويش. المكتب الإسلامي. بيروت لبنان. الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ.
- ١٥١- الشرح الصغير للشيخ أحمد الدردير، المتوفى سنة (١٢٠١) هـ. ومعه بلغة السالك للصاوي. دار المعرفة بيروت لبنان. ١٤٠٩ هـ.

- ١٥٢- شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا تصحيح وتعليق الشيخ مصطفى أحمد الزرقا. دار القلم دمشق سوريا. الطبعة الثانية ١٤٠٩ هـ.
- ١٥٣- الشرح الكبير للشيخ أبي البركات أحمد الدردير، المتوفى سنة (١٢٠١) هـ. ومعه حاشية الدسوقي. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان.
- ١٥٤- شرح حدود الإمام أبي عبد الله ابن عرفة، المتوفى سنة (٨٠٣) هـ، للشيخ أبي عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاع التونسي، المتوفى سنة (٨٩٤) هـ. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية ١٤١٢ هـ.
- ١٥٥- شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المتوفى سنة (١٠٥١) هـ. عالم الكتب. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ.
- ١٥٦- الصحاح. تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري، المتوفى سنة (٣٩٣) هـ. تحقيق أحمد عبد الغفور عطار. دار العلم للملايين بيروت لبنان. الطبعة الثالثة ١٤٠٤ هـ.
- ١٥٧- صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المتوفى سنة (٢٥٦) هـ. المكتبة العصرية. صيدا بيروت ١٤١٥ هـ.
- ١٥٨- صحيح سنن النسائي للشيخ محمد ناصر الدين الألباني. مكتب التربية العربي لدول الخليج الرياض السعودية. الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ.
- ١٥٩- صحيح مسلم للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المتوفى سنة (٢٦١) هـ. حقق نصوصه ورقمه الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي. دار الحديث القاهرة مصر.
- ١٦٠- ضعيف سنن ابن ماجه للشيخ محمد ناصر الدين الألباني. المكتبة الإسلامية بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ.
- ١٦١- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للمؤرخ محمد بن عبد الرحمن السخاوي، المتوفى سنة (٩٠٢) هـ. دار مكتبة الحياة بيروت لبنان.
- ١٦٢- عقد القرض في الشريعة الإسلامية للدكتور نزيه حماد. دار القلم دمشق - الدار الشامية بيروت الطبعة الأولى ١٤١١ هـ.
- ١٦٣- عقد القرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور علاء الدين خروفه. مؤسسة نوفل. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٩٨٢ م.

- ١٦٤- عمليات البنوك من الوجة القانونية في القانون الكويتي دراسة مقارنة للدكتور يعقوب يوسف صرخوه. مؤسسة دار الكتب الكويت. الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ.
- ١٦٥- عمليات البنوك من الوجة القانونية للدكتور علي جمال الدين عوض. دار النهضة العربية القاهرة. ١٩٨١ م.
- ١٦٦- العناية في شرح الهداية للشيخ محمد بن محمود البابري، المتوفى سنة (٧٨٦) هـ. مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام. علق عليه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ.
- ١٦٧- غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى للشيخ مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، المتوفى سنة (١٠٣٣) هـ. المؤسسة السعيدية بالرياض. الطبعة الثانية ١٤٠١ هـ.
- ١٦٨- الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية. بيت التمويل الكويتي.
- ١٦٩- الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام أحمد ابن تيمية، المتوفى سنة (٧٢٨) هـ. تحقيق محمد عطا ومصطفى عطا. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ.
- ١٧٠- فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء جمع وترتيب الشيخ أحمد بن عبد الرزاق الدويش. مكتبة المعارف الرياض السعودية. الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ.
- ١٧١- الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، المسماه بالفتاوى العالمية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند. دار إحياء التراث العربي. بيروت لبنان. الطبعة الرابعة ١٤٠٦ هـ.
- ١٧٢- فتاوى شرعية وبحوث إسلامية للشيخ حسنين محمد مخلوف. مطبعة المدني مصر. الطبعة الثالثة ١٣٩١ هـ.
- ١٧٣- فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، المتوفى سنة (١٣٨٩) هـ. جمع وترتيب وتحقيق الشيخ محمد بن عبد الرحمن بن قاسم. مطبعة الحكومة بمكة المكرمة السعودية. الطبعة الأولى ١٣٩٩ هـ.
- ١٧٤- فتح الباري شرح صحيح الإمام البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة (٨٥٢) هـ. تحقيق محب الدين الخطيب وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ومراجعة قصي محب الدين الخطيب.

- ١٧٥- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك للشيخ أبي عبد الله محمد أحمد عيش، المتوفى سنة (١٢٩٩) هـ. دار المعرفة. بيروت لبنان.
- ١٧٦- فتح القدير للشيخ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي، المتوفى سنة (٨٦١) هـ. تعليق وتخرّيج الشيخ عبد الرزاق المهدي. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ.
- ١٧٧- فتح المعين شرح قرة العين للشيخ زين الدين بن عبد العزيز المليباري ومعه ترشيح المستفيدين للسقاف. مؤسسة دار العلوم بيروت لبنان.
- ١٧٨- الفروع للشيخ شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح، المتوفى سنة (٧٦٣) هـ. ومعه تصحيح الفروع للمرداوي. راجعه عبد الستار فراج. دار مصر للطباعة. الطبعة الثانية ١٣٨١ هـ.
- ١٧٩- الفروق للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي الشهير بالفراقي، المتوفى سنة (٦٨٤) هـ. عالم الكتب. بيروت لبنان.
- ١٨٠- فقه وفتاوى البيوع. اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء وأصحاب الفضيلة العلماء ترتيب أشرف بن عبد المقصود. أعضاء السلف الرياض الطبعة الثانية ١٤١٧ هـ.
- ١٨١- فوائد البنوك هي الربا الحرام للشيخ يوسف القرضاوي. مؤسسة الرسالة. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ.
- ١٨٢- الفوائد المصرفية والربا للدكتور حسن عبد الله الأمين. من مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية.
- ١٨٣- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للشيخ أحمد بن غنيم النفراوي المالكي الأزهرى، المتوفى سنة (١١٢٥) هـ. مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر. الطبعة الثالثة ١٣٧٤ هـ.
- ١٨٤- القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، المتوفى سنة (٨١٦) هـ. تحقيق مكتب تحقيق التراث، مؤسسة الرسالة. بيروت لبنان الطبعة الثانية ١٤٠٧ هـ.
- ١٨٥- قانون الشركات في الأردن للأستاذ حسن حبيب حوّا. المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم معهد البحوث والدراسات العربية. ١٩٧٢ م.

- ١٨٦- القبس في شرح موطأ مالك بن أنس للإمام أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، المتوفى سنة (٥٤٣) هـ. دراسة وتحقيق الدكتور محمد عبد الله ولد كريم. دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٩٩٢ م.
- ١٨٧- قليوبي وعميرة على شرح المحلى على منهاج الطالبين للنووي. حاشيتا الشيخين شهاب الدين القليوبي، المتوفى سنة (١٠٦٩) هـ وعميرة، المتوفى سنة (٩٥٧) هـ. مطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر.
- ١٨٨- قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، المتوفى سنة (٦٦٠). راجعه وعلق عليه: طه سعد. دار الجليل. بيروت لبنان. الطبعة الثانية ١٤٠٠ هـ.
- ١٨٩- القواعد الفقهية. المبادئ المقومات المصادر الدليلية التطور. دراسة نظرية تحليلية تأصيلية تاريخية لفضيلة الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباسين. مكتبة الرشد الرياض السعودية. وشركة الرياض للنشر والتوزيع. الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ.
- ١٩٠- القواعد النورانية الفقهية لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، المتوفى سنة (٧٢٨) هـ. تحقيق محمد حامد فقي. مكتبة المعارف الرياض السعودية. الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ.
- ١٩١- القوانين الفقهية للشيخ أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي، المتوفى سنة (٧٤١) هـ. دار الفكر.
- ١٩٢- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي. للشيخ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، المتوفى سنة (٤٦٣) هـ. مكتبة الرياض الحديثة. الرياض السعودية. الطبعة الثالثة ١٤٠٦ هـ.
- ١٩٣- الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل للشيخ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي الحنبلي، المتوفى سنة (٦٢٠) هـ. تحقيق زهير الشاويش. المكتب الإسلامي. بيروت لبنان. الطبعة الخامسة ١٤٠٨ هـ.
- ١٩٤- الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار للحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، المتوفى سنة (٢٣٥) هـ. تحقيق مختار أحمد الندوي. الدار السلفية بومباي. الهند. الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ.

- ١٩٥- كشاف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المتوفى سنة (١٠٥١) هـ. راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت لبنان. ١٤٠٢ هـ.
- ١٩٦- كشف الحقائق شرح كنز الدقائق للشيخ عبد الحكيم الأفغاني، المتوفى سنة (١٣٢٦) هـ. وبهامشه شرح الوقاية لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود. من منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي باكستان ١٤٠٧ هـ.
- ١٩٧- كفاية الطالب الرباني للشيخ أبي الحسن علي بن محمد المالكي، المتوفى سنة (٩٣٩) هـ. شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني في مذهب الإمام مالك ومعه حاشية العدوي. صححه وضبطه يوسف البقاعي. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان. ١٤١٢ هـ.
- ١٩٨- كيف تعمل البنوك التجارية. شرح ميسر لعمل البنك التجاري لغير المتخصصين لفضيلة الشيخ الدكتور محمد بن سعود بن محمد العصيمي. مطبوع بالكمبيوتر.
- ١٩٩- اللباب شرح الكتاب. للشيخ عبد الغني الغنيمي، المتوفى سنة (١٢٩٨) هـ. حققه الشيخ محيي الدين عبد الحميد. دار إحياء التراث العربي. بيروت لبنان. ١٤١٢ هـ.
- ٢٠٠- المبدع في شرح المقنع للشيخ أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، المتوفى سنة (٨٨٤) هـ. المكتب الإسلامي.
- ٢٠١- المبسوط للشيخ شمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي، المتوفى سنة (٤٩٠) هـ. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ.
- ٢٠٢- متن الرسالة للشيخ أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، المتوفى سنة (٣٨٦) هـ. المكتبة الثقافية. بيروت لبنان.
- ٢٠٣- مجمل اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس، المتوفى سنة (٣٩٥) هـ. حققه هادي حسن حمودي. معهد المخطوطات العربية الكويت. الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ.
- ٢٠٤- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، المتوفى سنة (٧٢٨) هـ. جمع وترتيب الشيخ عبد الرحمن بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، المتوفى سنة (١٣٩٢) هـ. دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. الرياض السعودية ١٤١٢ هـ.

- ٢٠٥- المحلى للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المتوفى سنة (٤٥٦) هـ. تحقيق الشيخ أحمد بن محمد شاكر. دار التراث القاهرة مصر.
- ٢٠٦- مختصر العلامة خليل. للشيخ خليل بن إسحاق المالكي، المتوفى سنة (٧٦٧) هـ. صححه وعلق عليه الشيخ أحمد نصر. المكتبة المالكية. الطبعة الأخيرة ١٤٠١ هـ.
- ٢٠٧- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس، المتوفى سنة (١٧٩) هـ. رواية الإمام سحنون التنوخي، المتوفى سنة (٢٤٠) هـ. عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقي، المتوفى سنة (١٩١) هـ. دار صادر بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٣٢٣ هـ.
- ٢٠٨- مسائل الإمام أحمد، المتوفى سنة (٢٤١) هـ. وإسحاق بن راهويه، المتوفى سنة (٢٣٨) هـ. رواية إسحاق بن منصور الكوسج، المتوفى سنة (٢٥١) هـ. قسم المعاملات. تحقيق ودراسة الدكتور صالح بن محمد الفهد الزيد. مطبعة المدني المؤسسة السعودية بمصر. الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ.
- ٢٠٩- مسند الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، المتوفى سنة (٢٤١) هـ. دار إحياء التراث العربي. بيروت لبنان الطبعة الثالثة ١٤١٤ هـ.
- ٢١٠- مشارق الأنوار على صحاح الآثار للحافظ القاضي أبي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي المالكي، المتوفى سنة (٥٤٤) هـ. المكتبة العتيقة تونس ودار التراث القاهرة.
- ٢١١- مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام للدكتور محمد صلاح الصاوي. دار المجتمع ودار الوفاء المنصورة الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ.
- ٢١٢- المصارف الإسلامية للدكتور رفيق يونس المصري. مركز النشر العلمي جامعة الملك عبد العزيز الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ.
- ٢١٣- المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور غريب الجتال. مؤسسة الرسالة ودار الشروق القاهرة.
- ٢١٤- المصارف. معاملاتها ودائعها وفوائدها للدكتور مصطفى الزرقا. ضمن مجلة المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة. ١٤٠٨ هـ.
- ٢١٥- مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه للمحدث شهاب الدين البوصيري، المتوفى سنة (٨٤٠) هـ. دار العربية للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ.

- ٢١٦- المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المتوفى سنة (٧٧٠) هـ. مكتبة لبنان. بيروت لبنان ١٩٨٧ م.
- ٢١٧- مصرف التنمية الإسلامي محاولة جديدة في بيان حقيقة الربا والفائدة والبنك. للدكتور رفيق المصري. مؤسسة الرسالة.
- ٢١٨- المصنف للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المتوفى سنة (٢١١) هـ. تحقيق الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي. من منشورات المجلس العلمي ويطلب من المكتب الإسلامي. بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٣٩٢ هـ.
- ٢١٩- معالم السنن شرح سنن أبي داود للإمام أبي سليمان أحمد بن محمد الخطابي البستي، المتوفى سنة (٣٣٨) هـ. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١١ هـ.
- ٢٢٠- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عثمان شبير. دار النفائس الأردن الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ.
- ٢٢١- المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور علي أحمد السالوس. مكتبة الفلاح الكويت الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ.
- ٢٢٢- المعاملات المصرفية والربوية وعلاجها في الإسلام للدكتور نور الدين عتر. مؤسسة الرسالة. بيروت لبنان. الطبعة الرابعة ١٤٠٠ هـ.
- ٢٢٣- المعاملات المصرفية وموقف الشريعة منها للدكتور سعود بن سعد بن دريب. مطابع نجد التجارية الرياض السعودية. الطبعة الأولى ١٣٨٧ هـ.
- ٢٢٤- معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء للدكتور نزيه حماد. السدار العالمية للكتاب الإسلامي الرياض السعودية. الطبعة الثالثة ١٤١٥ هـ.
- ٢٢٥- معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني، المتوفى سنة (٣٩٥) هـ. بتحقيق وضبط الشيخ عبد السلام هارون. دار الجليل بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١١ هـ.
- ٢٢٦- المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس للقاضي عبد الوهاب البغدادي، المتوفى سنة (٤٢٢) هـ. تحقيق ودراسة حميش عبد الحق. مكتبة نزار مصطفى الباز. مكة المكرمة.
- ٢٢٧- مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الخطيب الشربيني، المتوفى سنة (٩٧٧) هـ. دار الفكر.

- ٢٢٨- المغني للشيخ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، المتوفى سنة (٦٢٠) هـ. تحقيق معالي الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي وفضيلة الدكتور عبد الفتاح الحلو. هجر للطباعة والنشر. القاهرة مصر. الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ.
- ٢٢٩- مفهوم الربا في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة لمحمد فاروق النبهان. مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى ١٣٩٨ هـ.
- ٢٣٠- المنتقى شرح الموطأ للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، المتوفى سنة (٤٩٤) هـ. مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر. الطبعة الأولى ١٣٣٢ هـ.
- ٢٣١- منح الجليل شرح على مختصر خليل. للشيخ محمد عليش، المتوفى سنة (١٢٩٩) هـ. دار الفكر. بيروت لبنان. ١٤٠٩ هـ.
- ٢٣٢- منهاج الطالبين وعمدة المفتين للإمام يحيى بن شرف النووي، المتوفى سنة (٦٧٦) هـ. مطبعة دار إحياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- ٢٣٣- المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد للإمام عبد الرحمن بن محمد العليمي الحنبلي، المتوفى سنة (٩٢٨) هـ. تحقيق رياض مراد، أشرف على التحقيق عبد القادر الأرنؤوط. دار صادر بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٩٩٧ م.
- ٢٣٤- المهذب للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، المتوفى سنة (٤٧٦) هـ. وبهامشه النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لابن بطلال. مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر.
- ٢٣٥- الموافقات للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي المشهور بالشاطبي، المتوفى سنة (٧٩٠) هـ. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١١ هـ.
- ٢٣٦- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، المتوفى سنة (٩٥٤) هـ. ومعه التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق. ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ.
- ٢٣٧- الموسوعة الفقهية. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت. الطبعة الرابعة ١٤١٤ هـ.
- ٢٣٨- موسوعة المصطلحات الاقتصادية للدكتور حسين عمر. دار الشروق جدة السعودية. الطبعة الثالثة ١٣٩٩ هـ.

- ٢٣٩- موسوعة المصطلحات الاقتصادية والإحصائية للدكتور عبد العزيز فهمي هيكل. دار النهضة العربية بيروت لبنان. ١٤٠٦ هـ.
- ٢٤٠- الموطأ للإمام مالك بن أنس، المتوفى سنة (١٧٩) هـ. إشراف مكتب البحوث والدراسات. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ.
- ٢٤١- موقف الشريعة الإسلامية من المصارف الإسلامية المعاصرة للدكتور عبد الله عبد الرحيم العبادي. مطابع الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية القاهرة. الطبعة الأولى ١٤٠٢ هـ.
- ٢٤٢- موقف الشريعة الإسلامية من المعاملات المصرفية والبدائل منها للدكتور رمضان حافظ عبد الرحمن الشهير بالسيوطي. مكتبة الطرفين الطائف. الطبعة الثالثة ١٤١٢ هـ.
- ٢٤٣- ميزان الاعتدال في نقد الرجال للإمام محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، المتوفى سنة (٧٤٨) هـ. تحقيق علي محمد البجاوي. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ٢٤٤- التتف في الفتاوى للشيخ أبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدري، المتوفى سنة (٤٦١) هـ. تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي. مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ودار الفرقان عمان الأردن. الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ.
- ٢٤٥- نحو نظام نقدي عادل للدكتور محمد عمر شابرا. ترجمة سيد محمد سكر. مراجعة الدكتور رفيق المصري. المعهد العالمي للفكر الإسلامي. الطبعة الثانية ١٤١٠ هـ.
- ٢٤٦- نصب الراية تخريج أحاديث الهداية لجمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي الحنفي، المتوفى سنة (٧٦٢) هـ. تحقيق أحمد شمس الدين. دار الكتب العلمية بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ.
- ٢٤٧- النظام المصرفي اللاربوي لمحمد نجاته الله صديقي. المجلس العلمي بجامعة الملك عبد العزيز الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ.
- ٢٤٨- النظام المصرفي الإسلامي للدكتور محمد أحمد سراج. دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٤١٠ هـ.
- ٢٤٩- نظرية الربا المحرم في الشريعة الإسلامية للدكتور إبراهيم زكي الدين بدوي. المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية.
- ٢٥٠- النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد بن أحمد بن بطال الركبسي مع المهذب للشيرازي. مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر.

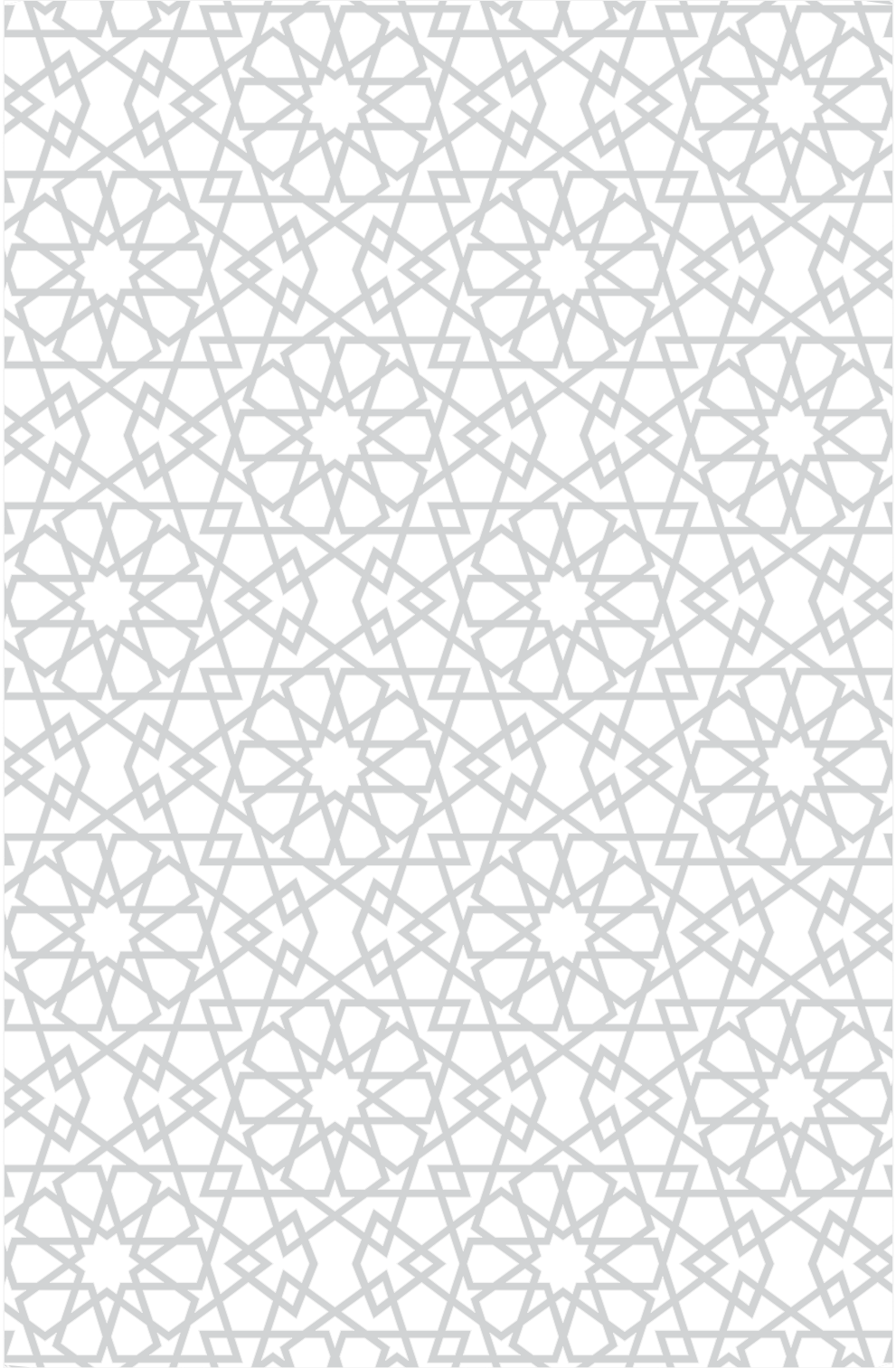
- ٢٥١- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للشيخ محمد بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، المتوفى سنة (١٠٠٤) هـ. ومعه حاشية الشبراملسي وحاشية المغربي. مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر. الطبعة الأخيرة. ١٣٨٦ هـ.
- ٢٥٢- النهاية في غريب الحديث والأثر للإمام ابن الأثير الجزري، المتوفى سنة (٦٠٦) هـ. تحقيق طاهر الزاوي ومحمود الطناحي. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان الطبعة الثانية ١٣٩٩ هـ.
- ٢٥٣- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار للإمام محمد بن علي الشوكاني، المتوفى سنة (١٢٥٠) هـ. دار الحديث القاهرة مصر.
- ٢٥٤- الهداية شرح بداية المبتدي للشيخ أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، المتوفى سنة (٥٩٣) هـ. المكتبة الإسلامية.
- ٢٥٥- الهداية للإمام أبي الخطاب محفوظ بن أحمد الكلوذاني، المتوفى سنة (٥١٠) هـ. تحقيق الشيخ إسماعيل الأنصاري والشيخ صالح العمري. مطابع القصيم. الطبعة الأولى ١٣٩١ هـ.
- ٢٥٦- الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي للإمام أبي حامد الغزالي، المتوفى سنة (٥٠٥) هـ. دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان. ١٣٩٩ هـ.
- ٢٥٧- الودائع المصرفية النقدية واستثماراتها في الإسلام للدكتور حسن عبد الله الأمين. دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة جدة السعودية. الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ.
- ٢٥٨- الودائع المصرفية. تكييفها الفقهي وأحكامها للشيخ محمد علي التسخيري. ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة الدورة التاسعة. ١٤١٧ هـ.
- ٢٥٩- الودائع المصرفية. حسابات المصارف للأستاذ الدكتور حمد عبيد الكبيسي. ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة الدورة التاسعة. ١٤١٧ هـ.
- ٢٦٠- الودائع المصرفية. حسابات المصارف للدكتور حسين كامل فهمي. ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة الدورة التاسعة. ١٤١٧ هـ.
- ٢٦١- الودائع المصرفية. حسابات المصارف للدكتور سامي حسن حمود. ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة الدورة التاسعة. ١٤١٧ هـ.

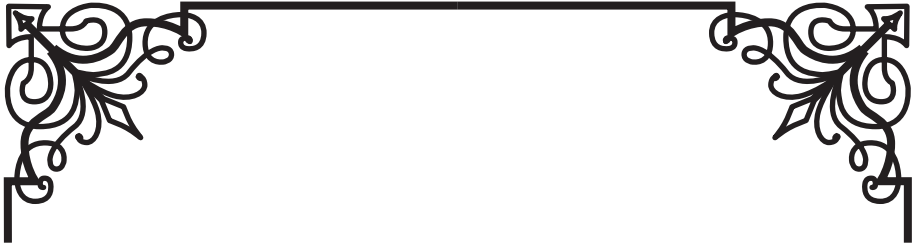


بُيُوعُ السِّلَعِ فِي الْأَسْوَاقِ الْمُنْظَمَةِ

إِعْدَادُ

الدكتور عبد الستار أبو غدة





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه.

تمهيد:

لقد اشتملت أسواق الأوراق المالية والبضائع (البورصات) على جوانب إيجابية مفيدة في نظر الاقتصاديين والمتعاملين معها من حيث إقامة سوق دائمة، وتسهيل عملية تمويل المؤسسات وتسهيل بيع الأسهم ومعرفة ميزان أسعارها، كما اشتملت على جوانب سلبية ضارة من حيث إن كثيراً من التعاملات الجارية فيها ليست بيعاً وشراء حقيقيين، لبيعها ما هو غير مملوك للبيع ولعدم التقابض، ولتكرار البيع على نفس السلعة، واحتكار الممولين للأسهم والسندات والبضائع، ولا يخفى تأثير هذه السوق في الأسواق العادية بصفة عامة وإحداث تقلبات واضطرابات فيها.

وبعبارة أخرى إن غاية السوق المالية فيها مصلحة لكنها مقترنة بتطبيقات محظورة ولذا لا يمكن إعطاء حكم شرعي عام بشأنها، بل يجب بيان حكم المعاملات التي تجري فيها كل واحدة منها على حدة، ففي حين تتقرر مشروعية العقود العاجلة على سلع حاضرة مملوكة للبيع متحقق فيها القبض حيث يشترط، وكذلك مشروعية التعاقد على أسهم لا يحرم التعامل بها، ومنع سندات القروض بفائدة، فإنه لا بد من دراسة العقود الآجلة بأنواعها على ما ليس في ملك البائع؛ لأنها ليست من بيع السلم الجائز والثمن لا يدفع في مجلس العقد خلافاً للواجب في السلم. وكذلك تباع

السلعة المتعاقد عليها وهي في ذمة البائع الأول وقبل أن يحوزها المشتري الأول، عدة بيوعات. وليس الغرض من ذلك إلا قبض أو دفع فروق الأسعار بين البائعين والمشتريين غير الفعليين، مخاطرة منهم على الكسب والربح، كالمقامرة سواء بسواء. وقد أوصى المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة بتقييد تعاملات أسواق البورصة وإيجاب مراعاة الطرق المشروعة في صفقاتها ومنع العقود غير الجائزة.

ثم جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة (رقم ٦١ / ١٠ / ٦) بالتنويه بما للأسواق المالية من دور في تداول الأموال وتنشيط استثمارها ونص على أن الاهتمام بالأسواق المالية هو من تمام إقامة الواجب في حفظ المال وتنميته، وأنها في حالتها الراهنة ليست النموذج المحقق للهدف من الوجهة الإسلامية، وتتطلب بذل جهود لمراجعة ما تقوم عليه من أنظمة، وما تعتمد من آليات وأدوات وتعديل ما ينبغي تعديله في ضوء مقررات الشريعة الإسلامية.

ولذا ظلت الحاجة قائمة إلى دراسة شرعية للبيوع الدولية، بما في ذلك السلع الدولية والمستقبليات والخيارات والمشتقات، للبت في أمر بقائها في دائرة العقود التي يجب الوفاء بها كما هي، أو اشتراط تنقيتها من المحاذير والموانع الشرعية التي تلابسها، أو أنها في ماهيتها خارجة عن الاعتبار الشرعي ولا يمكن تعديلها بل يصار إلى بدائل مشروعة عنها.

ولا يخفى أنه لا أثر في الحكم عليها لكونها مستحدثة لم يعرض لها الفقهاء المجتهدون ومن سار على نهجهم، فإن العبرة بما تستحقه من حكم شرعي ينسجم مع التصور الصحيح لماهيتها والتكييف الشرعي لها بالفهم الفقهي. وذلك أنها بدأ العمل بها في أوساط غير إسلامية لا تهتم بمعيار الحلال والحرام ثم سرى التعامل بها إلى ديار المسلمين من خلال استخدام ما يطرح في تلك الأسواق للتداول من أوراق مالية وسلع وعملات وغيرها.

أولاً البيوع الدولية

البيوع الدولية، ومجالها:

البيوع الدولية هي عقود بيع البضائع المبرمة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة^(١).

أما مجال اعتبار البيع دولياً ومؤهلاً لتطبيق الاتفاقية الدولية بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فهو في حالتين:

- ١ - عندما يكون التعاقد بين دول مختلفة.
- ٢ - عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة^(٢).

أركان عقد البيع الدولي:

أوردت اتفاقية فيينا، لكي يعتبر البيع الدولي صحيحاً، ركنًا واحدًا هو الرضا

(١) مستمد من الفقرة الأولى من المادة ١ / من اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع الصادرة ١٩٨٠.

(٢) المرجع السابق، وينظر كتاب عقود البيع الدولي للبضائع، د. عادل محمد خير ٢٩-٣٠ نشر دار النهضة العربية ١٩٩٤.

من خلال الإيجاب والقبول، وأوضح الشراح أن وجوب خلوهما من شوائب الإرادة مسكوت عنه في الاتفاقية اكتفاء بما في القوانين الوطنية للدول.

ونورد هاهنا نموذجًا لما تضمنته الاتفاقية من التفاصيل وهو بشأن الإيجاب والقبول مما له علاقة بما في الشريعة الإسلامية:

الرجوع عن الإيجاب:

يحق للموجب في القانون الدولي الرجوع عن إيجابه في أي وقت ما دام لم يقترن بالقبول باستثناء حالتين هما:

- إذا حدد ميعاد لإمكان القبول.
- إذا دلَّت القرائن (ظروف الحال) وطبيعة المعاملة وقصد الموجب أن إيجابه غير قابل للرجوع^(١).

والحالة الأولى ورد بشأنها قرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي، فيظل الإيجاب حينئذ صالحًا لارتباط القبول به.

أما الحالة الثانية فهي قابلة للاعتبار؛ لأن العبرة بالمقاصد والمعاني وذلك حيث تدل القرائن على انتفاء حق الرجوع عن الإيجاب.

المساواة بين العمل المدني والتجاري:

لم يأخذ القانون الدولي بالفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري فلا يختلف التطبيق بحسب الأطراف أو الموضوع مما هو متبع في معظم القوانين الدولية من التمييز بينها بالنسبة للاختصاص القضائي ووسائل الإثبات والاهتمام

(١) عقود البيع الدولي ص ٤٥.

الأكبر بتوفير الضمانات للدائن بدلاً من المدين كما في القانون المدني^(١).

والواقع أن هذه التفرقة لا سند لها في الشريعة الإسلامية، وإن حاول بعض الباحثين أن يستخلص لها دليلاً مما جاء في شأن توثيق المدائنت بالكتابة في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾^(٢)؛ لأن هذا الاستثناء ليس للتجارة بالمعنى الاصطلاحي في القوانين بل هو للبيوع الحائلة سواء كان أطرافها تجاراً أم لا وبصرف النظر عن طبيعة موضوعها.

استثناء بعض البيوع من صفة (الدولية):

استثنت اتفاقية فيينا من إطلاق صفة الدولية على عدد من البيوع هي:

- عقود الشراء لبضائع للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي.
- بيوع المزاد، لخضوعها لتشريعات وطنية؛ ولأنها حتى لو كانت مزادات دولية لا يقصد بها الاتجار.
- البيوع الجبرية.
- بيوع الأوراق المالية أو التجارية، والنقود؛ لأنها من أعمال البنوك.
- بيوع السفن والمراكب والطائرات؛ لأنها تعامل معاملة العقارات في معظم التقنيات.
- بيع الكهرباء دون بقية أنواع الطاقة.
- بيوع الخدمات التي يلتزم فيها القائم بالتوريد بتقديم اليد العاملة^(٣).

(١) عقود البيع الدولي ٢٦-٢٧.

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).

(٣) اتفاقية فيينا (المادة ٢ و٣ فقرة ٢ / ٢).

الأحكام القانونية المطبقة في البيوع الدولية:

بالرغم من أنه ليس من غرض هذه الدراسة استعراض الأحكام القانونية المطبقة في البيوع الدولية لكن لا بد من الإشارة إلى تلك الأحكام باعتبار أن التطبيق القانوني الدولي هو الأساس لهذه البيوع التي لا تخضع فقط للقوانين الوطنية بل أن المؤسسات - بمقتضى موافقة الدول على الدخول في الاتفاقيات الدولية - تراعي وجوباً تلك الأحكام.

ونكتفي هنا ببعض النماذج عن تلك الأحكام القانونية الواردة في اتفاقية فيينا، والحكم في تلك العقود، ومن ثم إمكانية دخول المؤسسات فيها، يناط بالهيئات الشرعية للمؤسسات، ذلك لأنه تبيين بالتبع لتلك الأحكام القانونية للبيوع الدولية أنها تتخرج على بعض المذاهب والاتجاهات الفقهية دون بعض، وهكذا انقسمت تلك الأحكام إلى نوعين: نوع لا يثير مشكلة شرعية بسبب وقوعه ضمن دائرة الاختلاف، ونوع آخر يبدو فيه التعارض مع أحكام و مبادئ شرعية وهو الذي من المفيد بيانه.

قضايا البيوع الدولية المتعارضة مع الشريعة:

بالإضافة إلى ما سبق بيانه من نماذج للقضايا التي تضمنتها اتفاقية فيينا وهي موضع اختلاف بين الاتجاهات الفقهية أورد هنا القضايا المتعارضة مع أحكام الشريعة الإسلامية لكي يتم التحرز منها في تطبيقات المؤسسات، وهذا التحرز إما بالامتناع من الالتزام بالعقد أو اتخاذ الإجراء الممكن لإلغاء عنصر الفساد، أو لتصحيح الآثار الناتجة عن وجوده بالتخلص من المكاسب التي تحصل به، أو العمل على عدم أداء المطلوبات التي لا يجوز أداؤها.

ترتب الفوائد:

أقرت اتفاقية فيينا للبيوع الدولية، من خلال المادة (٧٨) مبدأً عاماً يقضى

بترتب الفائدة إذا تأخر أحد طرفي العقد في دفع ما هو مستحق عليه، كالثمن أو أي مبلغ آخر، وذلك مع عدم الإخلال بطلب التعويضات المقررة بالمادة (٧٤) من الاتفاقية كما سبق وقد أغفلت الاتفاقية تحديد سعر الفائدة، ويرى الشراح أن ذلك متروك للقانون الواجب التطبيق^(١).

انتقال تبعة الهلاك:

بالرغم من إشارة بعض الباحثين إلى أن حتمية التأمين في التجارة الدولية جعلت موضوع انتقال تبعة الهلاك قليل الأهمية، فإنه لا بد من معالجة هذا الموضوع على افتراض عدم وجود التأمين أو اختلال شروطه وعدم الإفادة منه لأي سبب كان. ونظرًا لاختلاف القوانين الوطنية في هذا الشأن، ما بين قوانين تربط تبعة الهلاك بانتقال الملكية، وقوانين تربطها بالتسليم، فإن اتفاقية فيينا ربطت انتقال التبعة بالتسليم، ومع ذلك قررت مسؤولية البائع عن كل عيب في مطابقة البضائع يظهر في أثناء انتقال التبعة إلى المشتري وإن لم يظهر إلا بعد انتقالها كما قررت مسؤولية المشتري عن الثمن بعد انتقال التبعة ما لم يكن هلاك البضاعة أو تلفها ناتجًا عن فعل البائع أو تقصيره^(٢).

واللافت للنظر أن الاتفاقية أولت الاهتمام للبضائع التي تباع ولا تعين، وهي المثليات، فإذا لم تحدد المبيع فلا تعتبر موضوعة تحت تصرف المشتري، وتكون تبعة هلاكها على البائع^(٣) وهذه المسألة مهمة في عمليات السلع الدولية، ولا سيما

(١) عقود البيع الدولي، د. عادل محمد خير ٧٣.

(٢) عقود البيع الدولي ٧٤-٧٦ وقد أشار إلى أن مجموعة (الانكوتيرمز: مصطلحات التجارة الدولية تضمنت ١٤ عقدًا حول التزامات البائع والمشتري ومن بينها تحديد من يتحمل تبعة هلاك البضاعة المبيعة.

(٣) المرجع السابق ٧٧.

في تطبيقات المراهبة المعقودة بهدف التورق.

كما تعرضت الاتفاقية^(١) لتسليم البضاعة في المصنع EXWORKS حيث تنتهي مسؤولية البائع بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري في الموعد المتفق عليه في العقد.

التعويض عن الكسب الفائت:

ينبثق موضوع التعويض عن مبدأ المسؤولية العقدية، فإذا حصل الإخلال بها لزم التعويض بعد تحقق شروطه وهي وجود عقد، ووقوع مخالفة جوهرية ترتب عليها الحرمان من المنفعة المستهدفة وهو شامل لما لحق بالطرف الآخر من ضرر أو خسارة وما فات عليه من ربح أو فرصة للربح. ولم تشترط اتفاقية فيينا أن يكون الطرف المخالف لالتزامات العقد أو المتأخر قد توقع الضرر ومقداره فعلاً وقت العقد بل يكفي أن يكون الضرر بحيث كان الشخص المعتاد مستطیعاً أن يتوقعه. ونصت الاتفاقية على عدم تجاوز التعويض قيمة الخسارة والربح الضائع اللذين توقعهما الطرف المخالف أو كان ينبغي توقعه لهما. ما لم يكن الضرر ناشئاً عن غش أو خطأ جسيم فيسأل المخالف عن كل ضرر مباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع^(٢).

وهنا ملاحظتان شرعيتان:

(١) التعويض يقتصر شرعاً على ما لحق من ضرر أو خسارة ولا يشمل ما فات من كسب؛ لأنه أمر احتمالي، وأكل للمال بدون سبب من عمل أو ضمان أو قيمة مضافة.

(١) المادة ٦٧.

(٢) المادة ٢٥ من اتفاقية فيينا لعقود البيع الدولي والمادة ٧٤.

(٢) لا فرق بين توقع الضرر أو إمكان التوقع وبين عدم التوقع أصلاً، بل العبرة لوقوع الضرر؛ لأنه - كما في القاعدة - «الضرر يزال»^(١).



(١) قواعد مجلة الأحكام العدلية، المقالة الثانية - المادة: ٢٠ (شرح القواعد، للشيخ أحمد الزرقا بتحقيقنا - نشر دار القلم).

ثانياً السلع

يختلف الحكم في عمليات السلع:

- فإما أن تكون عمليات السلع دولية في الأسواق المالية وتسمى (سوق العقود السلعية، تميزها عن سوق الصرف وسوق الأسهم والسندات).
- وإما أن تكون خارجها. وهي ليست من موضوعنا وقد صدر بشأنها المعيار الشرعي للمرابحة وعقودها ليست نمطية، بل هي اتفاقات متنوعة.

عمليات السلع في السوق المالية:

إذا كانت عمليات السلع ضمن عمليات السوق المالية فإنها يتم فيها تبادل السلع عن طريق عقود نمطية خاصة تشتمل على الشروط والمواصفات، ولا يختلف بعضها عن بعض إلا من حيث بيان الأسعار ومواعيد التسليم وهي قد تكون ناجزة، أو مؤجلة وحيث ينص على زمن التسليم ومكانه مع إيداع نسبة من الثمن لضمان تنفيذ العقد، وتحدد قواعد السوق فروق الجودة بكونها فروقاً ثابتة محددة سلفاً، أو فروقاً متغيرة على أساس متوسط الأسعار اليومية^(١).

(١) المصارف الإسلامية والأسواق المالية د. معبد الجارحي ٢٣، الأسواق المالية، د. علي القره داغي.

وهذه العقود تنتهي بإحدى الطرق الثلاث الآتية:

- ١ - التبادل الفعلي بين السلعة والتمن، ونسبته لا تزيد عن ٣٪.
- ٢ - المقاصة، من خلال بيوت المقاصة التي تقوم بإنهاء عقود مقابل عقود أخرى وقد تحل تلك البيوت محل المشتري والبائع في التزاماتهم لتصفية العقود..
- ٣ - المصالحة عن طريق إدارة السوق في حالات خاصة من خلال التحكيم لتحديد السعر العادل^(١).

وسوق السلع سوق منظمة بإشراف هيئات حكومية متخصصة ولا يسمح للعمل فيها إلا للوسطاء المتخصصين المسجلين لدى إدارة السوق، وقد تخصص بعض الأسواق بسلعة واحدة، أو بعدد محدود من السلع. ولا بد لمن يبيع ويشترى في السوق من أن يكون له حساب جار نقدي لدى الوسيط يقتطع منه مبلغ يسمى (الهامش) عند إجراء كل عقد وتكون كل الهوامش أمانات لتصفية العقد وتعاد بعد التصفية، كما تضاف إلى الحساب الأرباح أو تحسم منه الخسائر يومياً حسب الأسعار ويقوم الوسطاء بالتنسيق بين طلبات البيع وطلبات الشراء. وتصدر إدارة السوق وثيقة بيع للبائع، ووثيقة شراء للمشتري ولا يذكر في كل منهما اسم الطرف الآخر بل يبقى عقد الشراء مستقلاً عن عقد البيع حتى تتم التصفية من خلال كون العقود نمطية^(٢) هذا وقد صدر بشأن عقود السلع الدولية قرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي نصه^(٣):

- (١) المرجع السابق ٧ / ١ / ١٧٢.
- (٢) الأسهم والاختيارات والمستقبليات، د. محمد القري (مجلة المجمع ٧ / ١٢١٤).
- (٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٦٥ (٧ / ١) البند (ثالثاً / ١).

التعامل بالسلع في الأسواق المنظمة:

(١) السلع:

يتم التعامل بالسلع في الأسواق المنظمة بإحدى أربع طرق هي التالية:

الطريقة الأولى:

أن يتضمن العقد حق تسلم المبيع وتسلم الثمن في الحال مع وجود السلع أو إيصالات ممثلة لها في ملك البائع وقبضه.

وهذا العقد جائز شرعاً بشروط البيع المعروفة.

الطريقة الثانية:

أن يتضمن العقد حق تسلم المبيع وتسلم الثمن في الحال مع إمكانهما بضمائم هيئة السوق.

وهذا العقد جائز شرعاً بشروط البيع المعروفة.

الطريقة الثالثة:

أن يكون العقد على تسليم سلعة موصوفة في الذمة في موعد آجل ودفع الثمن عند التسليم أو يتضمن شرطاً يقتضي أن ينتهي فعلاً بالتسليم والتسلم.

وهذا العقد غير جائز لتأجيل البدلين. ويمكن أن يعدل ليستوفي شروط السلم المعروفة. فإذا استوفى شروط السلم جاز. وكذلك لا يجوز بيع السلعة المشتراة سلماً قبل قبضها.

الطريقة الرابعة:

أن يكون العقد على تسليم سلعة موصوفة في الذمة في موعد آجل ودفع الثمن

عند التسليم دون أن يتضمن العقد شرط أن ينتهي بالتسليم والتسلم الفعليين بل يمكن تصفيته بعقد معاكس.

وهذا هو النوع الأكثر شيوعاً في أسواق السلع، وهذا العقد غير جائز أصلاً.

ثم أورد قرار المجمع بديلاً لما هو ممنوع من تطبيقات عقود السلع وهو:

(البديل الشرعي للمعاملات المحرمة في السلع والعملات:

ينبغي تنظيم سوق إسلامية للسلع والعملات على أساس المعاملات الشرعية

وبخاصة بيع السلم والصرف والوعد بالبيع في وقت آجل والاستصناع وغيرها.

ويرى المجمع ضرورة القيام بدراسة وافية لشروط هذه البدائل وطرائق

تطبيقها في سوق إسلامية منظمة^(١).



(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٦٥ (٧/١) البند (ثالثاً / ٤).

ثالثاً المستقبليات

التعريف بعقود المستقبلية:

عقود المستقبلية هي عقود تعطي لحاملها الحق في شراء أو بيع كمية من أصول معينة غير حاضرة قد تكون سلعة أو ورقة مالية، بسعر محدد مسبقاً ويتفق على التسليم والتسلم في تاريخ لاحق في المستقبل، ويتم التعامل فيها من خلال نظام السماسرة الذين يقومون بتنفيذ أوامر العملاء^(١)، والمقصود بالأوراق المالية بعض أنواع السندات التي تصدرها الحكومة بل أدخلت بعض الأسواق عقوداً على أصول لا يوجد فيها محل للتسلم أو التسليم، مثل العقود على مؤشرات السوق فضلاً عن ابتكار عقود تجمع بين الاختيار والعقود المستقبلية^(٢).

ولا يخفى الفرق بين عقود المستقبلية، والعقود الحاضرة فهذه الأخيرة يتم فيها تسليم السلعة وتسلم الثمن فور التعاقد. ومن المنظور الفقهي تختلف

(١) الأسواق الحاضرة والمستقبلية، منير هندي ٣٢٣ نشر المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية ١٩٩٤م.

(٢) المرجع السابق ٣٢٤ والاستثمار في الأوراق المالية، سعد محمد توفيق ٤٧٥ نشر جامعة عين شمس ١٩٨٨م. وقد عرفت دائرة المعارف البريطانية بأنها عقود تجارية تقتضي الشراء أو البيع للكميات المعينة من السلع لتواريخ مستقبلية معينة (عقود المستقبلية في السلع في ضوء الشريعة، للشيخ محمد تقي العثماني، مجلة المجمع ٧ / ١ / ٣٤٣).

المستقبلات عن كل من عقد السلم والبيع الآجل - مع أنهما لهما صلة بالمستقبل - فالسلم يتأخر فيه تسليم السلعة فقط إلى زمن لاحق ويعجل فيه الثمن، وبيع الآجل يتأخر فيه تسليم الثمن فقط إلى المستقبل ويعجل فيه تسليم السلعة (المبيع).

أما من المنظور المصرفي التقليدي فإن أهم الاختلافات بين العقود الآجلة والعقود المستقبلية في الأوراق المالية هي التسوية اليومية لموقف كل عميل، سواء كان بائعًا أو مشتريًا، وهذه التسوية تتم على أساس ما قد طرأ من تغيرات في الأسعار اليومية، ومن الممكن في الأسواق المالية - تسوية العقود المستقبلية دون أن يتم تسليم أو تسلم الشيء موضوع التعامل، فقد يرغب العميل في بيع العقد الذي اشتراه وهو ما يطلق عليه تسييل العقود أو تحويلها إلى نقود.

وقد جاء النص على تحريم هذه الصورة من التعامل في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي على النحو الآتي:

(الطريقة الرابعة أن يكون العقد على تسليم سلعة موصوفة في الذمة في موعد آجل ودفع الثمن عند التسليم دون أن يتضمن العقد شرط أن ينتهي بالتسليم والتسلم الفعلين، بل يمكن تصفيته بعقد معاكس، وهذا هو النوع الأكثر شيوعًا في أسواق السلع، وهذا العقد غير جائز أصلاً^(١)).

أما الفرق بين المستقبلات والاختيارات فهو أن الاختيارات لا تلزم مشتريها بالتنفيذ وقت الممارسة وتلزم البائع فقط. أما المستقبلات فهي ملزمة للطرفين (البائع، والمشتري) فإما التسليم والتسلم وإما تسوية العقد^(٢).

ويعزى وجود المستقبلات إلى أنها لتفادي الشراء الفوري لسلع لا يحتاج إليها إلا في المستقبل، لما في شرائها قبل الحاجة من عبء التخزين واحتمال تغير

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٦٥ (٧/١).

(٢) الاستثمار، سعيد توفيق عبيد ٤٧٥-٤٧٦.

سعر السلعة في تاريخ الشراء، ولذا يتم التعامل في سوق العقود المستقبلية بحيث لا توجد تكاليف للتخزين وتنخفض أو تزول مخاطر التغير في الأسعار^(١) ويعتبر بعض الباحثين أن طرح عقود مستقبلية عندما يحدث ارتفاع مؤقت في أسعار العقود يؤدي إلى انخفاض الأسعار بسبب زيادة العرض.

المتعاملون في سوق المستقبلية:

هؤلاء المتعاملون نوعان: مضاربون لتحقيق الربح، ومتحوظون لتجنب هبوط الأسعار مستقبلاً^(٢)، ويذكر الباحثون أن وجود المضاربين ضروري لوجود سوق للمستقبلية إذ بدونهم لا يتمكن المتحوظون من التعامل في هذه السوق ويتخذ البائعون أو المشترون قرارهم باتباع إحدى سياستين هما:

- ١ - سياسة التحليل الأساسي، بالنظر إلى العرض والطب والعوامل المؤثرة في الإنتاج والإقبال على الاستهلاك... إلخ.
- ٢ - سياسة التحليل الفني، بالنظر إلى تغيرات أسعار التعامل من الماضي ولذا تضم إلى هذه السياسة غالباً سياسة التحليل الأساسي^(٣).

الجوانب الإجرائية للمستقبلية:

هناك جوانب في المستقبلية لا تبدو الحاجة إلى تفصيلها لعدم تأثيرها في

(١) الاستثمار، سعيد توفيق ٤٨٢.

(٢) ينظر تفصيل هذين النوعين في عقود المستقبلية، للعثماني (مرجع سابق) وقد جاء في دائرة المعارف البريطانية (مرجع سابق) أن عمليات المستقبلية في أكثر الأحوال خالية من المنتجات، وأن ذكر السلع فيها هو لبيان الأساس لكنه غير معمول به (عقود المستقبلية للعثماني / مجلة المجمع ٧ / ١ / ٣٤٤).

(٣) المرجع السابق.

الحكم الشرعي، منها ما هو ذو طابع تاريخي عن نشأتها وتطورها، وأشهر أسواقها، ومنها ما له طابع إجرائي كالنظم المتعلقة بها وإجراءات تنفيذ الأوامر، وتشريعاتها، وإعلان الأسعار، ووحدة التعامل، وشروط التسليم... إلخ.

الأعضاء (أو الأطراف) الذين تقوم عليهم تلك الأسواق:

الجدير بالإشارة إليه هنا أن البائع للعقد المستقبلي يطلق عليه (بائع الأجل القصير)؛ لأنه يلتزم بتسليم الشيء المتفق عليه في التاريخ المحدد، واعتبر الأجل هنا قصيراً؛ لأن التزام البائع ينتهي بنهاية العقد وتسليم السلعة، وهي غالباً ما تكون لأجل قصير. أما المشتري للعقد فإن التزامه متردد بين التسليم والتسوية، ولذا اعتبر الأجل بالنسبة له طويلاً؛ لأنه غير ملزم بتسليم الشيء موضوع التعامل^(١).

وللتعامل بالمستقبليات أطراف رئيسة هي:

- ١- المشترين والبائعين، وهم غالباً لا يملكون محل العمليات.
- ٢- والمستثمرون بغرض التغطية والمضاربات (المخاطرة أو المجازفة).
- ٣- بيت التسوية وهو يقدم الضمان لتنفيذ العقود المبرمة ويقوم البيت بدور البائع بالنسبة للمشتري، ودور المشتري بالنسبة للبائع، وهذا مختلف عن الأسواق الحاضرة للأسهم حيث توجد مؤسسة التسوية لكنها لا تقف بين الطرفين.
- ٤- بيوت السمسرة، ولا يمكن التعامل إلا عن طريقها، وإلى جانبها يوجد سمسار الخصم ويحصل على ٢٥٪ من عمولة بيت السمسرة.
- ٥- غرفة التعامل وهي التي يلتقي فيها السماسرة^(٢).

(١) الاستثمار في الأوراق المالية، سعيد توفيق ص ٤٧٧.

(٢) الأسواق الحاضرة والمستقبلية، منير إبراهيم هندي ص ٣٣٩، ٣٤٨، ٣٥٣.

الجوانب المالية في المستقبليات:

هناك جوانب مالية لها أثرها في التكييف، منها: الهامش المبدئي وهذا الهامش المبدئي يودع لدى بيت السمسرة، وهو عبارة عن مبلغ نقدي أو أوراق مالية وأهدافه ضمان التزام المستثمر بتنفيذ العقد وهو نسبة ٥-١٥٪ من قيمة العقد، وهو مطلوب إيداعه من البائع ومن المشتري أيضًا.

التسوية السعرية اليومية:

وهو ما يضيفه بيت السمسرة إلى حساب العميل في حالة ارتفاع سعر التعامل.

هامش الصيانة:

وهو الحد الأدنى من مبلغ نقدي عن نسبة معينة من قيمة العقد نتيجة لتغير الأسعار فإذا زاد التقلب للأسعار يتطلب ذلك زيادة نسبة هذا الهامش.

الشروط المادية للسلع محل المستقبليات، وتصنيفها:

هناك أربعة شروط للسلع التي تناسب الأسواق المنظمة للعقود المستقبلية وهي تتعلق بما أطلق عليه (سيولة السوق):

- ١- أن تكون السلعة قابلة للتنميط من حيث الكمية والموصفات.
- ٢- أن يوجد طلب نشط على السلعة.
- ٣- أن تكون السلعة من النوع القابل للتخزين.
- ٤- أن تكون السلعة ذات قيمة مقارنة بحجمها^(١).

(١) الأسواق الحاضرة والمستقبلية منير هندي ص ٣٢٧.

مجال تطبيق المستقبليات:

مجال المستقبليات واسع ويشمل التطبيق أربع مجموعات هي:

- ١- المحاصيل الزراعية والإنتاج الحيواني.
- ٢- المعادن والنفط.
- ٣- الأوراق المالية الحكومية، مؤشرات الأسهم.
- ٤- العملات الأجنبية وأسعار الفائدة.^(١)

ولا يخفى أن المستقبليات بشأن أسعار الفائدة محل التحريم لحرمة محل التعاقد.

أما مستقبليات المؤشرات:

فإنها لا تتضمن القبض والتسليم لا شيء سوى دفع المؤشر إلى الآخر، وذلك لأن المؤشر أمر مجرد مثل درجة الحرارة، وإنما المقصود به هو التسوية النقدية بين الحالين عند أول العقد، وعند نهايته.

وحكم هذا النوع واضح، وهو عدم الصحة والجواز، إذ لا يوجد المال المعقود عليه.

وأما مستقبليات العملات الأجنبية فإنها تتم من خلال التعاقد على تسليم قدر معين من عملة أجنبية ما في تاريخ لاحق محدد ثم يصبح بعد ذلك قابلاً للتداول، ومحققاً لعائد أو خسارة على حامله، وحكم هذا النوع أيضاً عدم الجواز، وذلك لأن التعامل في النقود (الصرف) يشترط فيه التماثل والتقابض في المجلس عند اتحاد

(١) الاستثمار في الأوراق المالية، سعيد توفيق ص ٤٧٧.

الجنس، والتقابض في المجلس عند اختلافه، وفي هذا النوع اشترط فيه التأخير فلا يجوز.

الخيارات على المستقبلات:

في هذه العمليات الأمان، فيكون الحكم بعدم الصحة والجواز أوضح، وذلك أن هذه الاختيارات تتجه نحو الخيار على عقد البيع الآجل، وليس على السلعة، فهذا النوع يجري فيه تركيب العقود على العقود، حتى لا يظهر منه إلا جانب القمار، ولذلك فالحكم بعدم جوازه واضح.

الحكم الشرعي للمستقبلات:

تبين مما سبق أن المستقبلات فيها تأجيل البدلين أو تأجيل أحدهما وبعض الآخر إذا روعي نسبة من الثمن.

وقد حاول بعض الباحثين تخريج المستقبلات على السلم والتحقيق أنه لا يصح لأمر خمسة^(١):

١- يجب في السلم تعجيل الثمن كله (رأس مال السلم) وهو في المستقبلات مؤجل كله أو بعضه، بل تأجيله شرط في العقد فلا يرد فيه التأجيل المغتفر في بعض الآراء الفقهية أصلاً.

٢- بما أن الثمن دين فهو من بيع الكالئ بالكالئ، وقد نهى النبي ﷺ عنه ولا أثر لضمان إدارة السوق للثمن؛ لأن المطلوب أدائه فعلاً لا مجرد ضمانه.

٣- من شروط السلم وصف المبيع بصفات دقيقة. في حين أن المستقبلات

(١) عقود المستقبلات، للعثماني (مجلة المجمع ٧/ ١/ ٣٤٩-٣٥٢).

يترك الخيار فيها للبائع بين درجات متفاوتة من المبيع، ولا سيما أن الوفاء بتلك العقود لا يكون بالتسليم الفعلي بل التسوية على أساس دفع الفرق بين سعر البيع وسعر الشراء.

٤- تسليم السلعة للمشتري لا يقع عموماً بل للمشتري الخيار بين طلب التسليم أو التصفية.

٥- لو فرض صحة السلم هنا، فإنه لا يجوز بيع المسلم فيه إلى الغير قبل قبضه وهذه الطريقة هي الأساس الذي تجري عليه المستقبلات.

وكما لا يصح تخريجها على السلم لا يصح اعتبارها بيوعاً مضافة للمستقبل؛ لأن البيع لا يقبل التعليق ولا الإضافة إلى تاريخ مستقبل، فلا يصح البيع الأول، ومن باب أولى البيوع المتتابعة بعده.

وكذلك لا صحة لاحتمال أن هذه العمليات وعود وليست عقوداً:

١- لأن الواقع يتعارض مع هذا التكييف، لأن المتعاملين يدخلون فيها لإبرام عقد البيع نفسه لا لمجرد الوعد.

٢- ولأن الوعد المحض ليس ملزماً قضاء عند الجمهور، وحتى عند من اعتبر الوعد ملزماً فإنه في ظروف خاصة معروفة.

٣- ولأن الحق الذي حصل للموعد ليس مما يجوز بيعه^(١).

وفي اختيار الطلب أو الشراء *Call Option* يوجد طرفان: مشتري الاختيار *Buyer Option* وهو الطرف الذي يملك الحق في شراء عدد من أسهم منشأة ما من طرف آخر في خلال فترة تنتهي في تاريخ معين، وبسعر محدد عند التعاقد، أما الطرف

(١) عقود المستقبلات، للعثماني (مرجع سابق).

الآخر فهو محرر الاختيار *Option Writer* الذي يبيع له هذا الحق، ولا يقرر اختيار الشراء أي شيء ملموس لحامله، طالما لم يتم تنفيذه، فليس لحامله أي حق مباشر في أرباح المنشأة، بل ليس له أي علاقة بالمنشأة إطلاقاً، ويستحيل وجود اختيار الشراء على سهم منشأة معينة، إلا إذا كانت توقعات المشتري وتوقعات المحرر بشأن السعر المستقبل للسهم مختلفة.

فالمستثمر الذي يتوقع تحسناً في قيمة سهم معين يمكنه أن يجني ثمار توقعاته إذا ما تحققت، وذلك في مقابل دفعه لجزء صغير من قيمة السهم كمكافأة للمحرر، أما إذا لم تتحقق التوقعات وظل سعر السهم على ما هو عليه أو انخفض عما كان عليه، فلن يقوم المشتري بتنفيذ الاختيار، وبذا تنحصر خسائره في قيمة المكافأة (قيمة شراء الاختيار) التي دفعها لمحرر الاختيار وذلك مهما انخفضت القيمة السوقية للسهم. وهنا تختل القاعدة الشرعية «الغنم بالغرم».



رابعًا الخيارات

نبذة مجملة في ماهية الاختيارات^(١):

الاختيار: عقد يمثل حقًا يتمتع به المشتري، والتزامًا يقدمه البائع، يدفع الأول ثمنا مقابل تمتعه بذلك الحق، ويقبض الآخر هذا الثمن مقابل تعهده والتزامه، وينتج عنه أداة قابلة للبيع وللتداول^(٢).

عقود الخيار *Options* هي: عقود يحق بموجبها تنفيذ أو عدم تنفيذ عملية ما بيعًا أو شراءً لقدر معين من أصل مالي في تاريخ لاحق وبسعر يحدد وقت التعاقد، وذلك نظير دفع علاوة للبائع عند تحرير العقد. ولا تكون هذه العلاوة قابلة للرد سواء تم تنفيذ العقد أم لم يتم تنفيذه. وتتناسب قيمة العلاوة طرديًا مع المدة ومعدلات العائد على الأصول والعملات التي تشملها العقود، بالإضافة إلى مدى ارتفاع السعر المتفق عليه لتنفيذ العقد (وهو ما يعرف بسعر الممارسة *Price Exercise Price* *Striking*) بالمقارنة بالقيمة السوقية للأصل محل التعاقد وتوقعاتها.

(١) لقد أورد د. محمد الحبيب الجراية في بحثه (الأدوات المالية التقليدية تفاصيل فنية وأمثلة ورسومات بيانية لتطبيقات الاختبارات (مجلة المجمع ٦ / ٢ / ١٥٣٨ لغاية ١٥٧٣) واكتفى بالتنويه في خاتمة بحثه بأن هذه الممارسات محرمة وضرورية لإيجاد فرص للاستثمار بطريقة أسلم.

(٢) أسواق الأوراق المالية وأسواق الاختيارات، منير هنري ٣٣٠.

من ناحية أخرى، يلتزم بائع حق الخيار بإيداع هامش (*Margin*) لدى بيت السمسرة الذي يتم التعامل معه في حالة عدم الحيازة الفعلية للأصل محل التعاقد أو في حالة عدم وجود رصيد له لدى بيت السمسرة بما يعادل قيمة تنفيذ الصفقة^(١).

ومجال الاختيار يشمل كلا من المستقبلات بالأسهم، والسلع، والعملات، والمؤشرات. وأنها تقترن دائماً بكفالة جهة ثالثة تضمن وفاء الطرفين بالتزاماتهما، فهي كفالة مزدوجة الأثر مع وحدة الكفيل، إذ تكفل البائع لصالح المشتري فيما يترتب في ذمته من التزامات، وتكفل المشتري لصالح البائع فيما يترتب في ذمته من التزامات أيضاً، وهذه الجهة هي غرفة المقاصة أو السمسار.

ورغم اختلاف المجال فإن شكل إصدار الاختيارات نمطي، فهي متشابهة من حيث عدد الأسهم ونوعها ومدة الاختيار وسعر الممارسة (سعر الأسهم) وسعر الاختيار هو غير سعر الممارسة؛ لأن ثمن الاختيار ليس موحداً، بل يتغير تبعاً لقوى العرض والطلب.

أنواع الاختيارات^(٢):

إن الحكم على الاختيارات لا بد أن يسبقه التعرف إلى ما تشتمل عليه من آثار والتزامات وتحديد التكييف الشرعي لهايتها، ومن ثم النظر فيما يقارنها من ملابسات.

والاختيارات نوعان: اختيار طلب، واختيار دفع:

- (١) الصيرفة الشاملة، اتحاد المصارف العربية.
- (٢) بحث الاختيارات، د. عبد الستار أبوغدة (مجلة المجمع ١/٧ / ٣٢٩) وبحث الاختبارات للإسلامي (مجلة وبحث المجمع ١/٧ / ٢٢٥) والأسواق المالية د. علي القره داغي (مجلة المجمع ١/٧ / ١٧٤).

١ - اختيار الطلب: ويسمى أيضًا اختيار الشراء، أو اختيار الاستدعاء، يعطي مشتريه حق شراء أسهم (مثلًا) بسعر محدد خلال فترة محددة ويلتزم بائعه ببيع تلك الأسهم عند طلب المشتري خلال الفترة المتفق عليها، وبالسعر المتفق عليه أيضًا.

٢ - اختيار الدفع: ويسمى أيضًا: اختيار البيع، يعطي مشتريه حق بيع أسهم بسعر محدد خلال فترة محددة، ويلتزم بائعه بشراء تلك الأسهم بالسعر المتفق عليه خلال تلك الفترة.

وكما هو الحال في اختيار الشراء، هناك طرفان أساسيان في اختيار الدفع أو البيع *Put Option* الطرف الأول هو مشتري الاختيار، الذي يعطيه الاختيار الحق في بيع عدد من الأسهم إلى طرف ثان، خلال فترة معينة بسعر يتفق عليه مقدمًا، أما الطرف الثاني فهو محرر الاختيار الذي يلتزم بتنفيذ الاتفاق أي بشراء الأسهم عندما يطلب مشتري الاختيار ذلك خلال فترة سريان الاختيار في مقابل المكافأة التي يحصل عليها.

وقد يكون من الملائم الإشارة إلى حقيقتين:

١ - أن المستثمر الذي يمتلك الأسهم ثم يقرر شراء اختيار بيع أو تحرير شراء هو مستثمر محافظ، ذلك أنه يستهدف من الاختيار في الأساس الحد من الخسائر التي يمكن أن يتعرض لها، لو أن تغيرات غير مواتية قد طرأت على القيمة السوقية للسهم.

٢ - والحقيقة الثانية أن العلاقة بين القيمة السوقية للسهم والقيمة الذاتية للاختيار هي علاقة طردية في حالة اختيار الشراء، وعكسية في حالة

اختيار البيع^(١).

الرفع في سوق الاختيار:

يقوم التعامل في سوق الاختيار على الاستفادة من فكرة الرفع المتعارف عليها في مؤلفات الإدارة المالية.

ولتوضيح الفكرة نفترض أن مستثمرًا ما يفاضل بين امتلاك السهم بشرائه مباشرة من السوق الحاضر، وبين شرائه بمقتضى اختيار شراء، فلو أن القيمة السوقية للسهم قد انخفضت في تاريخ التنفيذ إلى ما دون سعر التنفيذ، فلن ينفذ الاختيار ويكون مشتري الاختيار قد خسر المبلغ المستثمر بالكامل، أي بلغت نسبة خسائره ١٠٠٪ من المبلغ المستثمر المتمثل في قيمة المكافأة المدفوعة للمحرر، ولكنه لم يتحمل خسارة الانخفاض في قيمة الأسهم، مثل هذا المعدل المرتفع من الخسائر ما كان له أن يحدث لو أن المستثمر اشترى السهم مباشرة من السوق الحاضر.

ومن ناحية أخرى، لو أن السهم ارتفعت قيمته السوقية في تاريخ التنفيذ إلى مستوى أعلى من سعر التنفيذ، فسوف يكون الاستثمار في الاختيار أكثر ربحية من الاستثمار المباشر في السهم خاصة إنه إذا حقق حامل السهم ربحًا قدره دولار سوف يحقق حامل الاختيار القدر ذاته من الربح، إلا أن حجم الاستثمار في السهم (سعر شرائه) يفوق كثيرًا حجم الاستثمار في الاختيار (قيمة المكافأة) مما يعني تحقيق حامل الاختيار لمعدل عائد مرتفع على الاستثمار^(٢).

- (١) الأسواق الحاضرة والمستقبلية: أسواق الأوراق المالية وأسواق الاختيار وأسواق العقود المستقبلية د. منير إبراهيم هندي - المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية - ١٩٩٤.
- (٢) أساسيات الاستثمار في بورصة الأوراق المالية.

محل العقد في الاختيارات^(١):

لتحقيق المباينة بين محل الاختيار ومحل الصفقة الآجلة التي تأتي بعد الاختيار خلال الفترة المحددة فإن التأمل يدل على أن هناك تصرفين: أولهما قد اكتمل وجوده بالإيجاب والقبول، والمحل فيه هو حق الشراء أو حق البيع تبعاً لنوعي الاختيار أما التصرف الثاني بالشراء، أو بالبيع، فالمحل فيه هو الأسهم (مثلاً) وهو لم يقع، أي: لم يحصل الشراء أو البيع وإنما قد يصار إلى إهمال حق الاختيار والتخلي عن استعماله إذا كان استعماله يزيد خسارة صاحبه وقد يصار إلى التنفيذ إذا كان استعمال الخيار مربحاً لصاحبه.

إن محل العقد لا بد أن يكون مالا أو حقا مالياً أي متعلقاً بعين هي مال. وهاهنا المحل عبارة عن إرادة ومشية، وهي ليست مالا ولا حقا متعلقاً بمال^(٢)، وقد تكلم ابن عابدين عن الاعتياض عن الحقوق المجردة، وأنها لا تحتل التملك ولا الصلح ولا تضمن بالإتلاف وأن الاعتياض عنها أكل للمال بالباطل^(٣).

وقد عالج الفقهاء مسألة بيع الحقوق كما تعرضوا لحق الخيار وقابليته للاعتياض عنه بمال، أو قابليته للانتقال إلى الغير (بالإرث) وذلك بمناسبة خيار الشرط هل يورث أو لا يورث؟ والخلاف فيه على ثلاثة اتجاهات^(٤):

- يورث؛ لأنه حق متعلق بالمال وهو المبيع.

- يورث بالطلب من المورث قبل موته.

(١) الاختيارات، د. عبد الستار أبو غدة (مجلة المجمع ١/٧ / ٣٣٤).

(٢) الاختيارات للبروفيسور / الصديق الضيرير (مجلة المجمع ١/٧ / ٢٦٣ و ٢٦٥).

(٣) حاشية ابن عابدين ١٨/٤.

(٤) الخيار وأثره في العقود، د. عبد الستار أبو غدة ٣٢٠.

- لا يورث؛ لأنه صفة فهو ليس إلا مشيئة وإرادة. وهو وصف قائم بشخص من ثبت له، والوصف الشخصي لا يقبل النقل بحال. ومن الأدلة للحنفية (أصحاب هذا الاتجاه: منع الانتقال بالإرث): أن معنى الخيار تخيره بين فسخ وإمضاء، وهو صفة ذاتية، كالاختيار، فلم يورث كعلم الشخص وقدرته، ولهذا لا تصح المصالحة على الخيار بمال^(١).

علاقة الاختيار ببيع العربون:

قد يقال: إن الاختيار يشبه أو يقاس على بيع العربون الذي قيل بجوازه، فالمشتري في بيع العربون يحصل على إيجاب ملزم للبائع ويكون له خيار القبول طيلة الفترة المحددة لقاء العربون الذي يدفعه، وهذا التشبيه هو في (اختيار الطلب) الذي يثبت به حق الشراء للأسهم أو عدمه.

وهذا غير صحيح؛ لأن المحل في بيع العربون هو الشيء المبيع وليس حق الاختيار والعربون جزء من الثمن، أما ثمن الاختيار فليس جزءاً من ثمن الأسهم التي يتوقع شراؤها^(٢).

ورأى بعضهم أنه إذا كان الخيار للبائع، وهو يتصور هنا في (اختيار الدفع) حيث يثبت به حق البيع للأسهم أو عدمه فإن ثمن الاختيار المدفوع لقاء التزام الطرف الآخر بشراء الأسهم (مثلاً) هو بمثابة هبة مشترطة في عقد البيع؛ لأن المشتري لا حق

(١) فتح القدير، والعناية بهامشه ١٢٥/٥ والبحر الزخار، للمهدي ٣/٣٤٩

(٢) نيل الأوطار ٥/١٧٣ والشرح الكبير على المقنع ٤/٥٨ الخرشبي على خليل ٥/٧٨، الجمل على المنهج ٣/٧٢ وتنظر الفروق الجوهرية الكثيرة بين العربون والاختيار في بحث الاختيارات (السلامي مجلة المجمع ٧/١/٢٣٣) وبحث د. الزحيلي مجلة المجمع (٧/١/٢٥٦) وبحث د. الضيرير (مجلة المجمع ٧/١/٢٦٤) وبحث الاختيارات للبروفيسور / الصديق الضيرير (مجلة المجمع ٧/١/٢٦٤).

له في مبلغ المال إلا إذا كان على وجه الهبة. واشترط عقد في عقد آخر لا يصح للنهي عن صفقتين في صفقة. وهذا التخريج - رغم النتيجة السلبية الصحيحة - غير مسلم؛ لأنه ليس هنا في (الاختيار) بيع لكي يقال أنه اشترطت فيه هبة، بل هناك إرادتان لوجود الاختيار، وإيجاب فقط للالتزام بالشراء أو البيع^(١).

صورة العقد:

إن المقصود بعقود الاختيار الاعتياض عن الالتزام ببيع شيء محدد موصوف أو شرائه بسعر محدد خلال فترة زمنية معينة أو في وقت معين إما مباشرة أو من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطرفين ويتج عن عقد الاختيار مكاسب أو خسائر تتمثل في ثمن الاختيار، حسب التفصيل الآتي:

المكاسب أو الخسائر المتحققة من عقد الخيار:

في حالة تنفيذ العقد تكون مكاسب حامل العقد تساوي عدد الأسهم (سعر السهم في السوق - سعر التنفيذ) ثمن شراء العقد، وتكون خسارة محرر العقد مساوية لنفس المبلغ، أما في حالة عدم التنفيذ تكون خسارة حامل العقد مساوية لثمن شراء العقد في حين أنه يكون ثمن شراء العقد هو مكسب محرر العقد.

أي أن في عقود الخيارات يكون هناك دائماً طرف رابح وآخر خاسر، والأرباح تساوي الخسائر سواء في حالة عدم التنفيذ، ويطلق على العقد الذي يؤدي تنفيذه إلى تحقيق أرباح مصطلح (في النقد *In the Money*) وعلى العقد الذي يؤدي تنفيذه إلى تحقيق خسائر مصطلح (خارج النقد *Out the Money*) وبناء عليه فإن عقد حق خيار الشراء يصبح في النقد *In the Money* إذا أصبح سعر السوق أكبر من سعر التنفيذ،

(١) الموسوعة الفقهية - (الكويت ٢٥٩/٩ - ٢٦٤)، نظرية الشروط للشيوخ زكي الدين شعبان: (١٥٧) الاختيارات د. عبد الستار أبو غدة (مجلة المجمع ٧/١ / ٣٣٤).

ويصبح خارج النقد *Out the Money* إذا أصبح سعر السوق أقل من سعر التنفيذ وبهذا يتبين أنه ليست السلع محل العقد، بالإضافة إلى الغرر الواضح في هذا العقد. وعلى العكس من ذلك تمامًا حالة حق خيار البيع فإنه يصبح في النقد إذا أصبح سعر السوق أقل من سعر التنفيذ وخارج النقد إذا أصبح سعر السوق أكبر من سعر التنفيذ.

المكافأة (ثمن الاختيار):

تتحده قيمة المكافأة التي يطلبها المحرر من مشتري الاختيار في ضوء عدد من المتغيرات هي: القيمة السوقية للسهم، وسعر التنفيذ، وتاريخ التنفيذ، ودرجة تقلب سعر السهم محل الاختيار، ومستوى أسعار الفائدة في السوق، والتوزيعات النقدية التي تجريها المنشأة المصدرة للسهم، وفي الولايات المتحدة الأمريكية تنشر يوميًا قيمة المكافأة أي سعر التعامل على الاختيار في بعض صحف المال والأعمال^(١).

وعليه فالمكافأة المعطاة ليست جزءًا من الثمن ولا علاقة لها بالسلعة محل البيع أو قدرة المشتري وإنما تعتمد على أسعار لا علاقة للسلعة بها.

أنواع الاختيارات:

من أنواع الخيارات: خيارات أسعار الفائدة، سواء كانت للمقرض أم للمقترض وأهم تلك الخيارات:

(أ) خيارات الغطاء (أو السقف) حيث يتفق مشتري هذا الخيار مع بائعه على تطبيق سعر فائدة محدد في مواعيد تجديد فترة القرض طيلة مدة

(١) أساسيات الاستثمار في بورصة الأوراق المالية - الدكتور / محمد صالح الحناوي / الدار الجامعية - الإسكندرية ١٩٩٧.

القرض بغض النظر عما تكون عليه أسعار الفائدة السائدة.

وتتم تسوية هذه الخيارات بصورة نقدية، ويتم احتساب الربح والخسارة استنادًا إلى الفرق بين سعر الفائدة السائد يوم التسوية وسعر التنفيذ المتفق عليه.

(ب) خيارات القاع (أو القاعدة) حيث يتفق مشتري هذا الخيار مع بائعه على تطبيق السعر الأدنى للفائدة في مواعيد تجديد فترة العرض.

(ج) خيارات الغطاء والقاع معًا (أو السقف والقاعدة) وهو مزيج من الخيارين السابقين^(١).

التكليف الشرعي للاختيارات:

إن مما يساعد على التصور بمنظور فقهي لماهية هذه الاختيارات النظر في أطرافها وأركانها والعنصر الأساسي في ذلك (محل العقد) أي المعقود عليه، من ثمن ومثمن؛ لأن ذلك ضروري لمعرفة ما إذا كان مما يصلح محلًا للتعاقد من حيث كونه مالا متقومًا أو لا يصلح.

ويتضح من البيانات الشارحة لماهية الاختيار (فتيًا) وكيفية مزاولتها أن محل العقد فيها هو الحق في الشراء أو في البيع، وليس الأسهم نفسها. هذا من حيث المبيع أو المثمن. وأما من حيث الثمن فهو المبلغ المقدم عوضًا مقابل هذا الحق، ولا علاقة له بثمان الأسهم فقد أكد الفنيون «أن ثمن الاختيار ليس جزءًا من ثمن الأسهم أو السلع التي يقع عليها الاختيار، فهو لا يمثل دفعة مقدمة على حساب ثمن الأسهم أو السلع.

(١) الأسواق المالية، منير هندي ٣٣٥.

وفي الندوة السادسة لمجموعة البركة بعد أن تداول المشاركون الرأي حول بيع الخيار وشراء حق الاختيار رأوا (أنه غير جائز؛ لأنه من أنواع المجازفات التي لا يراد فيها حقيقة البيع. كما أن تداول حق الخيار في البيع والشراء غير جائز؛ لأن هذا الحق ليست مما يصح فيه البيع)^(١).

مما سبق من بيانات حول ماهية الاختيارات وملايساتها وتكييفها الشرعي يمكن الوصول إلى التالي^(٢):

(أ) إن الاتفاق الذي يؤدي إلى الحصول على (اختيار) لقاء (ثمن الاختيار) لا يعتبر عقداً؛ لأنه يفتقد محل العقد المعبر شرعاً، وهو أيضاً يقصد منه التعاقد اللاحق في المستقبل، فهو إذن من قبيل (المواعدة) لا العقد. والمواعدة لا يشترط لها محل معتبر شرعاً؛ لأنها تتناول أحياناً أموراً خارجة عن الحقوق والالتزامات كمن يتواعد مع غيره على زيارته، أو الخروج معه في سفر.. إلخ.

(ب) الثمن المبذول لإحكام هذه المواعدة التي يراد بها الحصول على إيجاب ملزم باعتباره شرط العقد يعتبر أكلاً للمال بالباطل؛ لأنه لم يدفع لتحقيق أو توثيق الشراء بل هو الثمن؛ لأن الإيجاب عبارة عن إرادة ومشية ومع ذلك ليس من الحقوق المالية التي يعتاض عنها فكيف بالإرادة التي هي من قبيل المواعدة في الاتفاق على تملك اختيار.

(١) فتاوى ندوات البركة (فتوى / ٢٦).

(٢) الاختيارات، د. عبد الستار أبو غدة (مجلة المجمع ١ / ٧ / ٣٣٧).

الصورة الغالبة في الاختيارات (بيع ما لا يملكه الباعه)^(١):

إن إصدار الاختيارات: إما أن يكون من جهة تملك الأسهم التي يقع عليها الاختيار في وقت إصدار الخيار، ويسمى هذا: (مصدرًا مغطى)، أو يكون من جهة لا تملك الأسهم في وقت إصدار الخيار ويسمى: (مصدرًا غير مغطى) وقد ذكر الفنيون أن هذا هو الغالب، وأن مصدر الاختيار هو الجهة التي تلتزم بالتعهد بالبيع في (اختيار الطلب) أو تلتزم بالشراء في (اختيار الدفع) ويسمى هذا المصدر: (كاتب الاختيار) وكثيرًا ما يشتري المستثمر اختيارات متعارضة يلغى بعضها عند نهاية مدتها، أو يقلل بعضها من المخاطرة المتضمنة في البعض الآخر.

وبالرغم من أن سبب المنع في الاختيارات كامن في البداية وهي عملية الاتفاق على بيع أو شراء الخيار، والتي رأينا أنها تستتبع إيجابًا ملزمًا لأحد الطرفين لصالح الآخر وقد تم الحصول على هذا الإيجاب بالعرض المقدم من صاحب الاختيار (ثمن الاختيار) بالرغم من هذا، فإن هناك أسبابًا إضافية للمنح جاءت الإشارة إليها في قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة، ونوهت بها في (التمهيد) وعلى رأسها أن المتعاقدين في الاختيارات غالبًا ما يتفقان على التعامل فيما ليس مملوكًا للبائع إذا عزم على البيع.

وبيع ما لا يملكه الإنسان ممنوع شرعًا، وقد جاءت عدة أحاديث في النهي عن بيع الإنسان ما لا يملك، من ذلك حديث حكيم بن حزام^(٢) أنه قال: قلت يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني الشيء ليس عندي فأبتاع له من السوق، قال: «لا تبع ما ليس عندك». وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل

(١) الاختيارات، د. عبد الستار أبو غدة (مجلة المجمع ٧ / ١ / ٣٣٥) ويحث الاختبارات للبروفيسور الصديق الضيرير (مجلة المجمع ٧ / ١٢٦٧).
(٢) عند أبي داود (٣٥٠٣)، والنسائي (٤٦١٣).

سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»^(١).

وهذه البيوع لما لا يملكه الباعه ليست مستوفية لشروط بيع السلم، التي منها تعجيل دفع الثمن كله في مجلس العقد. فإنه في الاختيارات لا يدفع منه شيء البتة؛ لأن ما يدفع لقاء الحصول على الاختيار هو ثمن الاختيار وليس جزءاً من ثمن ما سيباع أو يشتري فيما بعد.

كذلك - كما أشارت الفقرة (ب) من البند السادس لقرار المجمع الفقهي - تباع السلعة المتعاقد عليها وهي في ذمة البائع الأول وقبل أن يحوزها المشتري الأول عدة بيوعات. وليس الغرض من ذلك إلا قبض أو دفع فروق الأسعار بين البائعين والمشتريين غير الفعليين، مخاطرة منهم على الكسب والربح، كالمقامرة سواء بسواء.

ومن المقرر شرعاً أن ما يبيع موصوفاً في الذمة بشروط السلم لا يجوز بيعه إلا بعد قبضه حتى لو كان من غير الطعام. وههنا تخلف شرط السلم وهو تعجيل الثمن، كما تتابعت البيوعات قبل القبض والبديل الشرعي في حال مراعاة شروط السلم في شراء سلعة ثم الرغبة في بيعها أن يبيع أيضاً بالصنعة مع مراعاة شروط السلم في شراء سلعة ثم الرغبة في بيعها أن يبيع أيضاً بالصنعة مع مراعاة شروط السلم دون ربط بين الصفقة التي سيتم تملكها، والصفقة التي يتعاقد على تملكها للغير. وهذا ما يسمى (السلم الموازي).

حكمه الشرعي:

إن الاختيارات بصورتها الحالية لا ينطبق عليها ما هو مطلوب شرعاً من وجود المعقود عليه وجوداً حقيقياً أو موصوفاً في الذمة، ثم إن محل العقد في الاختيارات

(١) رواه أبو داود (٣٥٠٤)، والنسائي (٤٦١١)، والترمذي (١٢٣٤) وصححه، والحاكم (٢١٨٥).

هو حق محض منفصل عن الأسهم أو الأوراق المالية التي يعطى على أساسها حق الاختيار ولذلك أجازت السوق المالية بيع الخيار وحده، بل هذا التداول هو الأكثر في الاختيارات ومثل هذا لا يجوز أن يكون معقوداً عليه في الفقه الإسلامي، كما أن هذه الاختيارات تقوم من حيث الغالب على المخاطرة والحظ والمقامرة، والربح على حساب الآخر، بحيث يكون ربح أحدهما على حساب الآخر، فمثل هذا يدخل في الميسر المحرم، وفي أكل أموال الناس بالباطل.

إن عقود الاختيارات - كما تجري اليوم في الأسواق المالية العالمية - هي عقود مستحدثة لا تنضوي تحت أي عقد من العقود الشرعية المسماة، ولا تنطبق عليها القواعد العامة للعقود المشروعة.

وبما أن المعقود عليه فيها ليس مآلاً ولا منفعة ولا حقاً مالياً يجوز الاعتراض عنه ولذا فإنها عقود غير جائزة شرعاً. والسلع التي يعقد الاختيار من أجل الحصول عليها ليست مملوكة للبايع مما يؤكد عدم المشروعية. وبما أن هذه العقود لا تجوز ابتداءً فلا يجوز تداولها.

البدائل المشروعة^(١):

إن الغرض من الاختيارات:

- إما أن يكون المجازفة والحصول على فروق الأسعار بما يشبه المقامرة، فهذا الغرض لا سبيل إلى إيجاد بديل شرعي له؛ لأنه مما يجب اجتنابه، لقوله تعالى ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾^(٢) - وما فيه مقامرة هو الميسر.

(١) الاختيارات مرجع سابق (مجلة المجمع) ٧/١/٣٣٨.

(٢) سورة المائدة، الآية: (٩٠).

- وإما أن يكون الغرض التملك الفعلي للاسترباح مع تحمل الضمان، فهذا يتحقق بالبيع المعروفة من البيع الحال، وبيع الآجل، وبيع السلم. ويمكن لتوفير ما يحصل بالاختيار من فرص التروي والاحتياط للصفقات الأخرى الفعلية:
- أن يستفاد من شرط العربون بضوابطه وهو أن يكون في عقد محله سلعة مع حق الفسخ خلال مدة معلومة.
- أو أن يتم التعاقد مقترناً بأنواع الخيار المشترط في البيع الفعلي، سواء كان خيار الشرط لمجرد التروي والنظر هل تصلح له الصفقة أو لا تصلح، أو خيار النقد، لتثبيت من ملاءة المشتري وقدرته على أداء الثمن وغير ذلك من صور الخيار المعروفة.
- كما يمكن إيجاد البديل في الحصول على الإيجاب مباشرة دون توسط الاختيار ودفع مقابل لذلك، بأن يصدر أحد الطرفين إيجاباً مؤقتاً بوقت وبسعر محدد وبذلك يكون ملتزماً بمقتضى ذلك الإيجاب عند بعض فقهاء المالكية^(١) ويكون للآخر حق - أو خيار - القبول خلال المدة وقد تأكد هذا الحكم بقرار المجمع^(٢).
- كما يمكن أن يوجه ذلك الإيجاب للعموم مع ربطه بوقت وتقييده بشروط تخصص -إلى حد ما- من يستفيد منه، بمراعاة شروط أخرى تتوافر في القابل للإيجاب. وبمثل هذه البيوع وما يقترن بها من شروط وصفات يتحقق البديل المشروع للاختيارات.

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام (الخطاب: ٤/ ٢٤٠).

(٢) قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم ٥٢، (٦/٣).

وقد صدر بشأن الاختيارات قرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي ونصه:

الاختيارات:

(أ) صورة عقود الاختيارات:

إن المقصود بعقود الاختيارات الاعتياض عن الالتزام ببيع شئ محدد موصوف أو شرائه بسعر محدد خلال فترة زمنية معينة أو في وقت معين إما مباشرة أو من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطرفين.

(ب) حكمها الشرعي:

إن عقود الاختيارات - كما تجري اليوم في الأسواق المالية العالمية - هي عقود مستحدثة لا تنضوي تحت أي عقد من العقود الشرعية المسماة. وبما أن المعقود عليه ليس مالاً ولا منفعة ولا حقاً مالياً يجوز الاعتياض عنه فإنه عقد غير جائز شرعاً.

وبما أن هذه العقود لا تجوز ابتداءً فلا يجوز تداولها^(١).



(١) قرارات مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم ٦٣ (٧/١) الفقرة / ثانياً.

خامسًا

المؤشرات واختيار المؤشرات

المؤشر هو مجموع أسعار حزمة مختارة من الشركات حسب أسس معينة مقسومًا على رقم ثابت، وهو لقياس مستوى تغير الأسعار.

والمؤشرات تعطي فكرة سريعة عن الاتجاهات العامة في السوق، وهي توجه المتعاملين نحو اتخاذ القرار الأمثل فيما يتعلق بالاستثمار.

ولم تعد تلك هي الوظيفة الوحيدة للمؤشر بل أصبح هو نفسه أداة تتم المتاجرة فيها وعلى تغيراتها^(١)

وهناك مؤشرات متعددة في دول العالم، وفي أمريكا عدة مؤشرات، منها: داو جونز، وفي بريطانيا مؤشر الفاينانشال تايمز، وفي اليابان مؤشر نيكبي... إلخ.

وتلك المؤشرات ماركات تجارية تقوم بها شركات^(٢).

ولا يخفى أن الاستفادة من المؤشرات في عمليات مباشرة على صفقات سلعية لا مانع منه. أما أن تكون هي مجالًا للتعاقد، أو أن تقع التزامات مالية على الأطراف التي تشتربها في حال تغير المؤشر وفقًا لما توقعه أحدها فإن ذلك من قبيل المقامرة وأكل المال بالباطل وقد صدر بشأن التعامل بالمؤشر قرار من مجمع الفقه

(١)، (٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/ ٢/ ١٥٨٣ بحث الأسواق المالية، د. محمد علي القرني.

الإسلامي الدولي نصه:

(المؤشر هو رقم حسابي يحسب بطريقة إحصائية خاصة يقصد منه معرفة حجم التغير في سوق معينة، وتجرى عليه مبيعات في بعض الأسواق العالمية. ولا يجوز بيع وشراء المؤشر؛ لأنه مقامرة بحتة وهي بيع شيء خيالي لا يمكن وجوده)^(١).

اختيار المؤشرات:

إلى جانب عقود الاختيار على الأسهم الفردية أي الأسهم التي تصدرها منشأة بعينها هناك عقود الاختيار التي تبرم على مؤشرات السوق *Option On Market Index* ويقصد بمؤشرات السوق تشكيلة من أسهم عدد من المنشآت يعتقد في أنها انعكاس للاتجاهات المستقبلية للأسعار في تلك السوق، أو كما يعبر عنها بأنها أي مؤشرات السوق الأداة الفعالة للمراهنة على الاتجاهات المستقبلية للأسعار في السوق الحاضر.

ولا يختلف التعامل في اختيار مؤشرات السوق عن التعامل في اختيار الأسهم الفردية. فبنود العقد واحدة، وإجراءات تنفيذه واحدة كذلك، غير أنه نظرًا لأن المؤشر ينطوي على تشكيلة من الأسهم تختلف عن التشكيلة التي يتكون منها مؤشر آخر، فإنه لا بد أن يحدد الطرفان المؤشر محل التعامل، وما إذا كان التعامل على عقد واحد أو على مضاعف عقد المؤشر *Index Contract Multiple* ويقصد بمضاعف العقد عدد المرات التي يضرب فيها المؤشر لنحصل على العدد الكلي للمؤشر في عقد الاختيار.

(١) قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم ٦٣ (٧/١) ص ٢١١.

أما الفرق الجوهرى بين اختيار الأسهم الفردية واختيار المؤشرات فهو: أنه لا يوجد محل أساساً لتسليم الأسهم محل البيع أو الشراء، إذا ما طلب المشتري تنفيذ عقد الاختيار، فتسوية عقود تلك المؤشرات هي تسوية نقدية *Cash Settlement* وذلك وفقاً لسعر المؤشر في السوق الحاضر، أي بمعنى أن يحصل المشتري على الفرق بين القيمة السوقية للمؤشر وسعر التنفيذ إذا كان اختيار شراء، أو يحصل على الفرق بين سعر التنفيذ وبين القيمة السوقية للمؤشر إذا كان اختيار بيع، فهو لا يخرج عن كونه بيع مجهول وما ليس عند البائع.



سادساً

عمليات المقايضة^(١)

عمليات المقايضة (Swaps):

هي اتفاقات بين طرفين على تبادل قدر معين من الأصول المالية أو العينية تتحدد وفقاً له قيمة الصفقة آنياً على أن يتم تبادل الأصل محل التعاقد في تاريخ لاحق. ورغم ممارسة صانعي السوق لأنواع مختلفة من عمليات المقايضة. إلا أن العمليات الخاصة بمعدلات الفائدة والعملات تمثل أهم أنواع تلك العمليات. ويقصد بصانعي السوق تلك الفئة من المتعاملين في السوق التي تكون على استعداد دائم لشراء أو بيع الأوراق المالية.

وفي معظم الأحيان يبيع صانعو السوق الأوراق المالية على أساس أسعار الشراء مضافاً إليها التكاليف اللازمة للتعويض عن المخاطر التي يتعرضون لها نتيجة لاحتفاظهم بمخزون كافٍ من الأوراق المالية.

عمليات المقايضة معدلات الفائدة Interest Swaps:

وهي تلك العمليات التي يتم بموجبها الاتفاق بين طرفين على مقايضة

(١) الصيرفة الشاملة، مفهومها ووظائفها، اتحاد المصارف العربية ص ٨٠، وأساسيات الاستثمار في بورصة الأوراق المالية، محمد صالح الحناوي، الدار الجامعية، الإسكندرية.

معدلات فائدة متغيرة بمعدلات فائدة ثابتة على مبلغ محدد بعملة معينة، دون أن يقترن ذلك بالضرورة بتبادل هذا المبلغ. ومن أمثلة تلك العمليات الاتفاق على أن يدفع المقرض للمقرض الفوائد المستحقة على القرض على أساس معدل فائدة ثابت وذلك بدلاً من دفع معدل فائدة متغير وفقاً لقوى السوق. ويتم هذا الاتفاق في حالة توقع المقرض لارتفاع معدلات الفائدة السائدة في السوق بدرجة كبيرة خلال أجل استحقاق القرض في حين يتوقع المقرض أن تكون متحصلاته من الفوائد على أساس معدل الفائدة الثابت المتفق عليه مساوية أو أكبر من نظيرتها وسطياً على أساس معدل الفائدة المتغير. إلا أن في بعض الأحيان قد تأخذ عمليات المقايضة الاتجاه العكسي، حيث تتم مقايضة الفائدة بتلك المتغيرة، خاصة في حالة عدم توقع المقرض لحدوث تقلبات ملموسة في معدلات الفائدة السائدة في السوق.

عمليات مقايضة العملات *Currency Swaps*:

هي اتفاقات بين طرفين تتضمن عمليتين، عملية شراء / بيع عملة معينة مقابل عملة أخرى على أساس التسليم الآني بسعر الصرف الآني بين العمليتين، وعملية بيع / شراء في تاريخ لاحق على أساس سعر صرف محدد مسبقاً بين العمليتين. وتعتمد عمليات مقايضة العملات على التوقعات المستقبلية لفروق معدلات الفائدة وأسعار الصرف بين العمليتين محل التعاقد.

وهناك نوع شائع من عمليات المقايضة الخاصة بالعملات يطلق عليه: *Cross-Currency Interest Rate Swaps* ويتم بموجبها الاتفاق بين المقرض والمقرض على سداد الفوائد المستحقة على مبلغ القرض عن العملة المستخدمة في منح القرض وذلك وفقاً لسعر الصرف السائد بين العمليتين في آجال الاستحقاق. وتستهدف تلك العمليات الحد من المخاطرة المترتبة على تقلبات معدلات الفائدة والراجح هو سعر صرف يوم الشراء وليس الاستحقاق.

عمليات مقايضة السلع *Commodity Swaps*:

من أهم أنواع هذه العمليات تلك التي يقوم بموجبها أحد الطرفين بالشراء الآني من الطرف الآخر لكمية معينة من السلعة محل التعاقد بالسعر السائد. ويتم تسديد الثمن فوراً وبيعها له في نفس الوقت بيعاً آجلاً بسعر متفق عليه مسبقاً بحيث يتم السداد على فترات متفق عليها أيضاً. ويمكن أن يتحدد سعر البيع الآجل على أساس سعر الشراء مضافاً إليه معدل التغير في سعر السلعة في كل فترة من فترات السداد. وفي تلك الحالة يطلق على هذه العملية (*Fixed For Floating Commodity Price*) أما إذا تحدد سعر البيع الآجل على أساس سعر الشراء مضافاً إليه معدل العائد لعملة ما لنفس أجل العملية على مبلغ يعادل سعر الشراء (إذ يكون هذا المعدل عادة هو سعر مبلغ الايبور على الدولار الأمريكي)، فيطلق على تلك العملية (*Commodity Price For Interest Swaps*).

ويلاحظ أن هذه العمليات، وإن كان يترتب عليها التزام كل من الطرفين بدفع المبالغ المستحقة عليه، إلا أنها لا تتضمن تبادلاً فعلياً للسلع محل التعاقد. وقد يكون هناك عقد خيار يعطى الحق في تنفيذ عملية المقايضة أو عدمه وفقاً لشروط معينة. وفي هذه الحالة يطلق عليها (*Swaption*).

اتفاقيات إعادة الشراء (*Repurchase Agreements*) (عمليات مقايضة الأذون والسندات):

يقصد بها الاتفاق على بيع كمية معينة من الأذون أو السندات (الحكومية وغير الحكومية) مع تعهد البائع بإعادة شراء هذه الأوراق بعد فترة محددة بسعر أعلى من سعر البيع يتفق عليه وهذه العمليات محرمة؛ لأنها لا تخرج عن كونها بيع عينة، فضلاً عن حرمة السندات ذات الفوائد الربوية.

وعلى العكس من ذلك قد يتم الاتفاق على شراء المقرض لكمية معينة من السندات على أن يلتزم بإعادة بيعها للمقترض بعد فترة معينة بسعر أعلى من سعر الشراء وتمارس البنوك المركزية هذه العمليات مع البنوك بهدف امتصاص فائض السيولة لديها أو ضخها للسوق حسب الأحوال وهذه العمليات أيضًا لا تخرج عن كونها بيع عينة، فضلاً عن حرمة السندات ذات الفوائد الربوية.

عقود الحد الأقصى لمعدلات الفائدة لحماية المقرض Cap:

تمثل اتفاقاً بين المقترض والمقرض لمبلغ معين بمعدل فائدة متغير، يقوم بموجبه المقترض بشراء عقد خيار شراء *Interest Rate Call Option* من المقرض يلتزم بموجبه المقرض بالتنازل للمقترض عن الزيادة التي قد تطرأ على الفائدة المشترطة على القرض عن المعدل المتفق عليه مقابل علاوة محددة *Premium* يدفعها المقترض للمقرض عند إبرام العقد.

وقد يشتري المقترض من المقرض عدة عقود خيار شراء من هذا النوع والتي يطلق عليها في هذه الحالة *Caption*.

عقود الحد الأدنى لمعدلات الفائدة لحماية المقرض Floor:

تمثل اتفاقات بين المقترض والمقرض لمبلغ معين بدل فائدة متغيرة يتم بموجبه قيام المقرض بشراء عقد خيار بيع *At Option Rate* من المقترض، يلتزم بموجبه المقترض بأن يدفع قيمة الانخفاض الذي قد يطرأ على الفوائد المشترطة على القرض عن المعدل المتفق عليه مقابل علاوة محددة يدفعها المقرض للمقترض عند إبرام العقد.

وقد يشتري المقرض من المقترض عدة عقود خيار بيع الـ *Floor*، والذي يطلق عليه في هذه الحالة *Floortion*.

عقود الحد الأقصى والحد الأدنى:

الحماية المتبادلة بين المقرض والمقترض *Collar*:

وهي اتفاقيات تجمع بين *Cap* و *Floor* يلتزم بموجبها المقرض بالتنازل للمقترض عن الزيادة التي قد تطرأ على معدل الفائدة المشترطة على القرض عن المعدل المتفق عليه، وفي نفس الوقت يلتزم المقترض بأن يدفع للمقرض قيمة الانخفاض الذي قد يطرأ على معدل الفائدة المشترطة على القرض عن الفائدة المتفق عليها.



سابعًا المشتقات

تعريف المشتقات:

المشتقات (عقود ثانوية تقوم على أساس عقود أساسية تتعلق بسعر عملة أو سلعة أو ورقة مالية أو سعر فائدة عملة ما في وقت ما في المستقبل).

ومع أن سبب تسميتها (المشتقات) هو اعتمادها على المنتجات الاستثمارية الأساسية واشتقاقها منها فإن أسعارها تتحرك صعودًا وهبوطًا من دون أن يطرأ أي تغيير على أسعار المنتجات الأساسية.

ويمكن تعريف المشتقات أيضًا بأنها عقود مالية تشتق قيمتها من الأسعار الحالية للأصول المالية أو العينية محل التعاقد (مثل السندات أو الأسهم والنقد الأجنبي والذهب وغيره من السلع) وهي تستخدم بهدف التحوط ضد مخاطر التغيير المتوقع في أسعار تلك الأصول أي للتحوط ضد مخاطر التغيير في معدلات العائد، وأسعار الأسهم، وأسعار الصرف، وكذلك أسعار السلع بما في ذلك الذهب. ويزداد التعامل في المشتقات في الآونة الأخيرة في إطار إدارة محافظ الأوراق المالية.

أولاً: المفاهيم الأساسية لأهم أدوات المشتقات:

هناك عدة أنواع من أدوات المشتقات لعل من أهمها وأكثرها انتشارًا عقود

الخيار *Options*، والعقود الآجلة *Forward Contracts*، والعقود المستقبلية *Futures* عمليات المقايضة *Swap* كما ظهرت في السنوات الأخيرة عمليات مقايضة أخرى مرتبطة بالمشتقات المتعلقة بمعدلات العائد وهي الـ *Caps* والـ *Floor* والـ *Callable*. وقد سبق الكلام عن أهم المشتقات، وهي الاختيارات والمستقبلات والمؤشرات وكذلك عمليات المقايضة.

وينظر العمل المصرفي التقليدي إلى المشتقات *DERIVATIVES* على أنها أدوات في العمل المصرفي وعالم المال وأنها من أهم سمات التطورات الحديثة في أسواق المال الدولية^(١) وقد بدأ التعامل في هذه الأدوات منذ أوائل السبعينات مع التقلبات الحادة التي شهدتها الأسواق المالية فيما يتعلق بمعدلات العائد (أسعار الفائدة) وأسعار الصرف وأسعار الأسهم، حيث تستخدم هذه الأدوات للتحوط ضد مخاطر التقلبات في تلك الأسعار.

وقد تصاعد حجم التعامل في أدوات المشتقات خلال الثمانينات وبشكل واضح خلال التسعينات نظرًا لزيادة هذه المخاطر مع تزايد اللجوء إلى التمويل من خلال الأسواق المالية الدولية والذي أدى بدوره إلى ترابطها، خاصة في ظل التطور الهائل في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وما يتبعه من شفافية للمعلومات، فضلًا عن برامج التحرر المالي والحد من القيود المفروضة على حركات رؤوس الأموال بين هذه الأسواق كما أنه مما ساعد على زيادة تلك المخاطر دور الترابط بين هذه الأسواق في انتقال الاختلال من سوق دولة معينة إلى أسواق الدول الأخرى بسرعة أكبر.

(١) الصيرفة الشاملة: مفهومها ووظائفها مع الإشارة إلى بعض التجارب العالمية ص ٧٠ اتحاد المصارف العربية ١٩٩٥ م.

وكذلك يرجع نمو التعامل في المشتقات إلى تزايد إقبال البنوك على التعامل فيها، رغبة منها في تنويع خدماتها المالية لكي لا يقتصر نشاطها ونتائج أعمالها على هامش الوساطة المصرفية التقليدي، وهو ما انعكس على حجم ونوعية حساباتها النظامية.

الحكم الشرعي للمشتقات:

ينبغي الحكم الشرعي للمشتقات على حكم العقود التي يعمل بها في إطار المشتقات، مثل الاختيارات، والمستقبليات، والمؤشرات.. إلخ.

وبالتأمل في تطبيقات المشتقات يظهر أن معظم المشتقات تعمل في إطار أسعار الفائدة، وفي المستقبليات يتم التعاقد من غير ملك البائع للسلعة، ولا يسلم المشتري الثمن ويكتفي بالتصفية بقبض أو دفع فروق الأسعار، وقد تكون السلع المتعامل بها أسهمًا أو سندات أو عملات وهذه الأخيرة لا تقبل التأجيل أصلًا^(١).

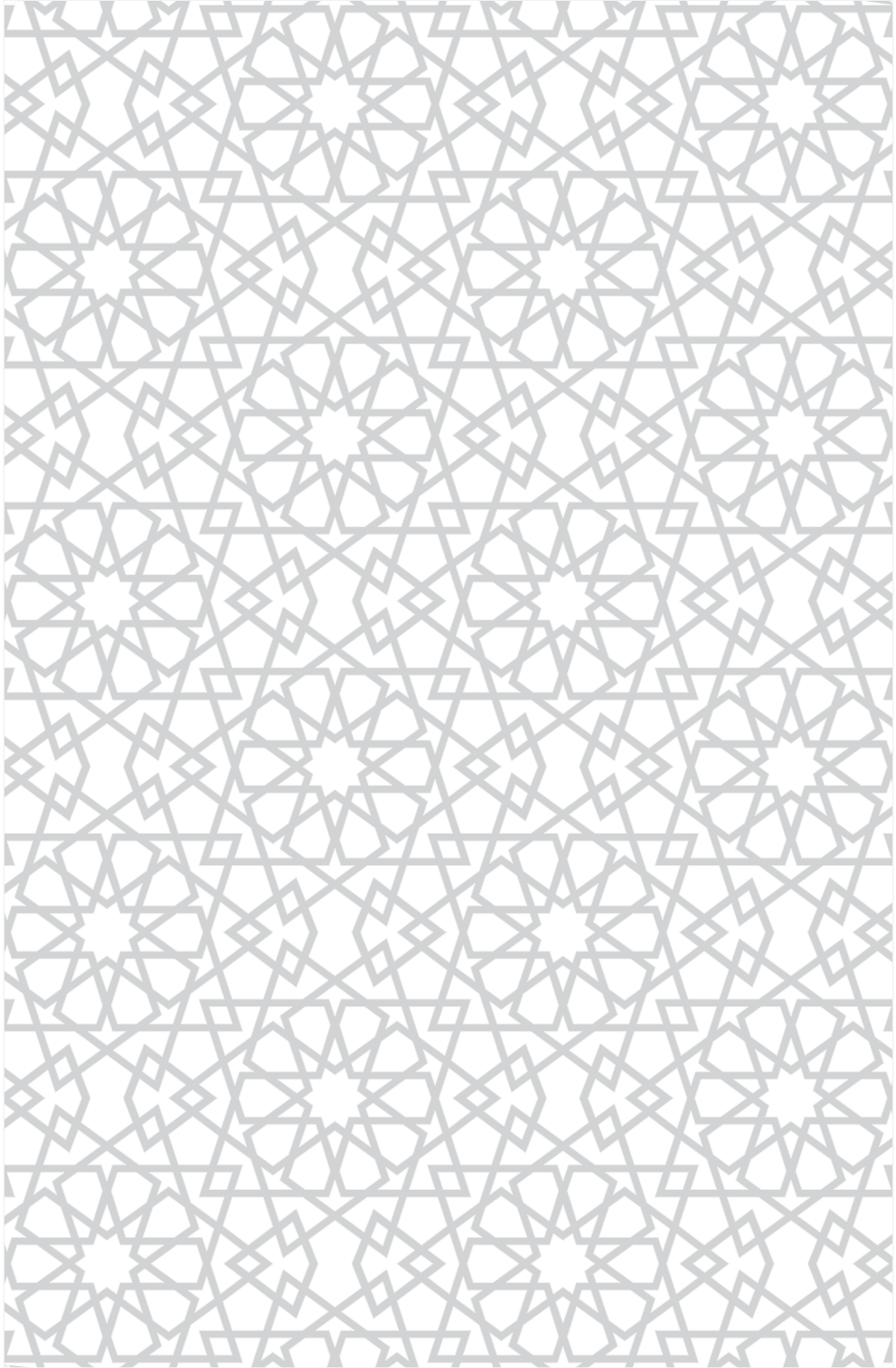


(١) العمل المصرفي الإسلامي والمشتقات المصرفية الحديثة، الشيخ صالح كامل ص ٥٠ من أبحاث مؤتمر الصناعة المصرفية العربية.

المراجع

- ١- الأسواق الحاضرة والمستقبلية أسواق الأوراق المالية وأسواق الاختيارات وأسواق العقود المستقبلية، د. منير إبراهيم هندي، المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية ١٩٩٤ م.
- ٢- الاستثمار في الأوراق المالية، سعيد توفيق عبيد ١٩٩٨.
- ٣- الاختيارات في الأسواق المالية في صور مقررات الشريعة الإسلامية، د. عبد الستار أبو غدة بحث مقدم في الندوة الثانية للأسواق المالية بالبحرين تنظيم المجمع وبنك البحرين الإسلامي عقد البيع الموثق.
- ٤- عقد البيع الموثق بالاعتماد المستندي، مقدم من أمانة الهيئة الشرعية لشركة الراجحي ١٤٢٣ هـ.
- ٥- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي أبحاث الدورة السابعة ١٩٩٢ م.
- ٦- عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا ١٩٩٤ م المشتقات المالية: واقعها وأنواعها ومخاطرها، د. عدنان الهندي دار النهضة العربية.
- ٧- العمل المصرفي الإسلامي والمشتقات المصرفية الحديثة، الشيخ صالح عبد الله كامل.
- ٨- الهندسة المالية وأهميتها بالنسبة للصناعة المصرفية العربية، د. عدنان الهندي، اتحاد المصارف العربية ١٩٩٦.
- ٩- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، نشر وزارة الأوقاف، قطر.
- ١٠- الصيرفة الشاملة: مفهومها ووظائفها، مع الإشارة إلى بعض التجارب العالمية، اتحاد المصارف العربية ١٩٩٥.

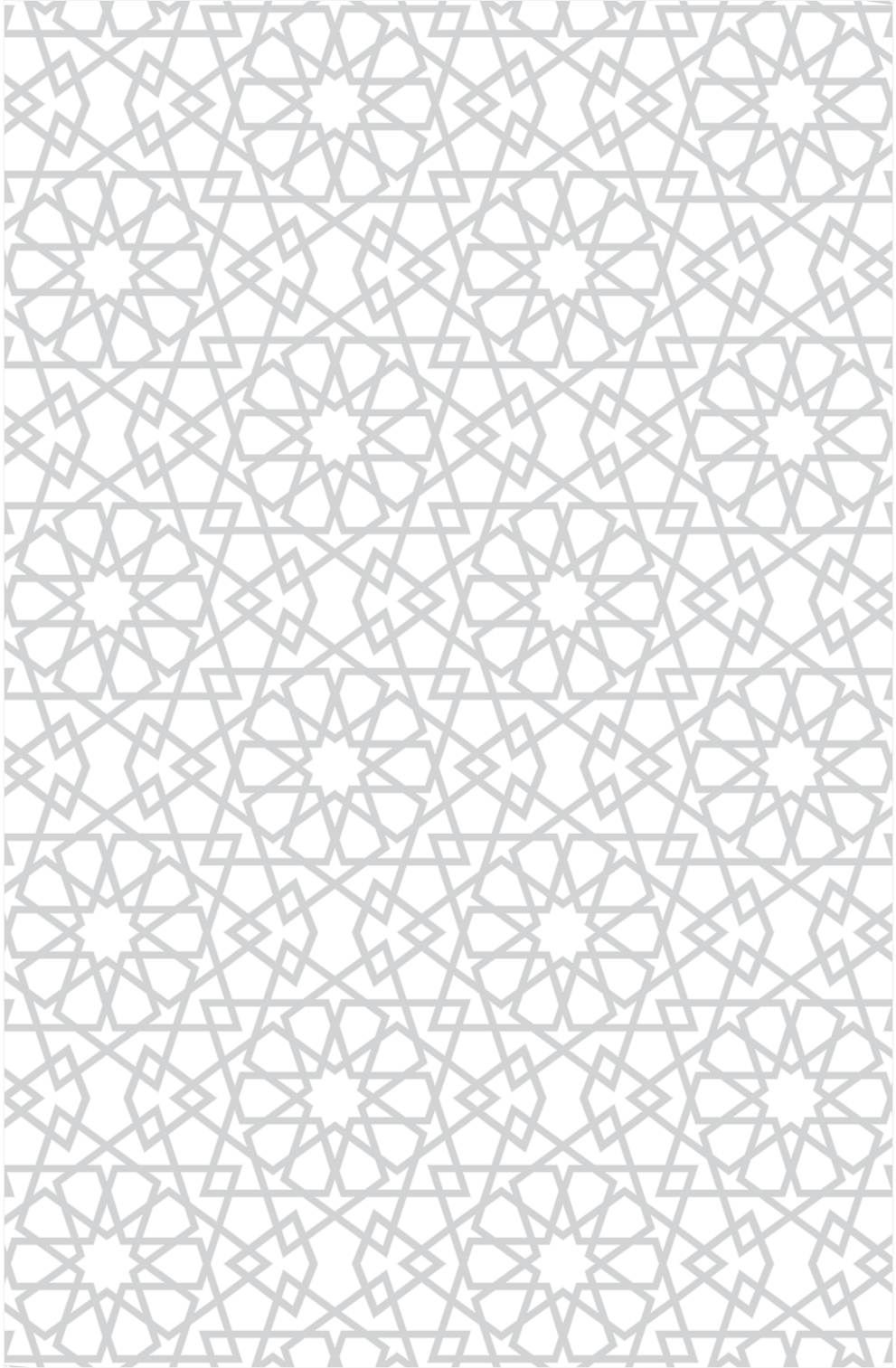




الأوراق الماليّة
(الأسهم والسندات)

إعدادُ

الدكتور مبارك بن سليمان آل سليمان





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، أما بعد:

فهذه جملة من الأحكام الشرعية المتعلقة بالأسهم والسندات، تناولت فيها حكم إصدارها وتداولها، وخصصت الأسهم بمزيد تفصيل، فبينت حكم بيعها، والمتاجرة بها وحكم إقراضها، ورهنها، والسلم فيها، وحكم إبرام العقود المستقبلية وعقود الاختيار وعقود المبادلات عليها.

وقد جاء ذلك بعد تناول هاتين الأداتين من أدوات السوق المالية (الأسهم والسندات) والعقود المبرمة عليها، بما يوضح حقيقتها، ويكشف عن كيفية التعامل بها، مع الاقتصار على ما تمس الحاجة إليه، مما يفيد في تصورهما على الوجه الذي يكفي لتقرير الأحكام الشرعية لها، والله المستعان.

وصلّى الله وسلّم على نبينا محمد وآله وصحبه.

كتبه

مبارك بن سليمان آل سليمان

الفصل الأول

الأسهم وأحكامها الفقهية

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالأسهم وأنواعها.

المبحث الثاني: أحكام إصدار وتداول الأسهم.

المبحث الأول

التعريف بالأسهم وأنواعها

وفيه تمهيد ومطلبان:

التمهيد: في بيان حقيقة شركة المساهمة.

المطلب الأول: تعريف الأسهم.

المطلب الثاني: أنواع الأسهم.

تمهيد

حقيقة شركة المساهمة

الغرض من التعريف بالأسهم هو تصور حقيقتها؛ تمهيداً لبيان حكمها، وذلك متوقف على معرفة حقيقة وحكم الشركة التي تصدر هذه الأسهم، ومن هنا جاءت الحاجة إلى هذا التمهيد؛ لبيان حقيقة شركة المساهمة، وذلك بذكر تعريفها، وبيان خصائصها، وطريقة تأسيسها، وبعض الجوانب المتعلقة بإدارتها، وذلك فيما يلي:

أولاً: تعريف شركة المساهمة:

عرفت شركة المساهمة، من بعض من تعرض لها من الناحية النظامية بأنها: (الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة، وقابلة للتداول دون قيود، ولا يسأل المساهم عن ديونها إلا بقدر قيمة الأسهم التي يمتلكها، وفي حدودها فقط)^(١).

وعرفت بأنها: (الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة، وقابلة للتداول، ولا يسأل الشركاء فيها إلا بقدر قيمة أسهمهم، ولا تُعَنُونُ باسم أحد الشركاء)^(٢).

(١) الوجيز في النظام التجاري السعودي، د. سعيد يحيى، ص ١٧٥.

(٢) القانون التجاري السعودي، د. محمد حسن الجبر، ص ٢٨٩.

وبالنظر في هذين التعريفين، يلحظ أنهما عرفا شركة المساهمة بذكر بعض أحكامها، لا ببيان حقيقتها؛ ذلك أن الشركة لا بد فيها من مال وعمل، وهذان التعريفان وإن أشارا إلى المال، لكنهما لم يذكرهما من يعمل في هذا المال، هل هم الشركاء، أم بعضهم، أم غيرهم، وهل هذا العمل مقابل جزء من الربح، أم مقابل أجر محدد.

كما عرفت من بعض من تعرض لها من الناحية الشرعية بأنها: (عقد على استثمار مال مقسوم على أسهم متساوية القيمة، قابلة للتداول، على ألا يسأل كل شريك فيها إلا بمقدار أسهمه، وعلى أن يتولى إدارتها وكلاء منتخبون من قبل مالكي الأسهم)^(١).

وعرفت بأنها: (عقد على مال بقصد الربح، مقسوم إلى أسهم متساوية القيمة، قابلة للتداول، على ألا يسأل كل شريك إلا بمقدار أسهمه، وعلى ألا يقل عدد الشركاء عن خمسة، وعلى أن يتولى إدارتها وكلاء مختارون عن ملاك الأسهم)^(٢).

وأرى أن يقتصر في التعريف على ما يبين الحقيقة، دون التعرض للأحكام، ولذا فإنني أقترح تعريفها بأنها:

(أن يشترك عدد من الأشخاص برأس مال مقسوم إلى أسهم متساوية، قابلة للتداول، في مشروع تجاري، أو صناعي، أو زراعي، أو غيره، على أن يختاروا من بينهم أو من غيرهم من يتولى إدارة هذا المشروع، بجزء معلوم من الربح، أو مقابل أجر).

ثانياً: خصائص شركة المساهمة:

تختص شركة المساهمة - من الناحية النظامية - بعدد من الخصائص،

(١) المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، د. محمد رواس قلعه جي، ص ٥٦.

(٢) شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٢٥٩.

لا توجد في غيرها من أنواع الشركات، يمكن ذكر أبرزها فيما يلي:

١- يقسم رأس مال الشركة إلى أسهم متساوية القيمة، بحيث يشارك كل واحد من الشركاء بسهم أو أكثر، وهذه الأسهم قابلة للتداول بالطرق التجارية، أي بطريق المناولة، أو بطريق القيد في سجلات الشركة، حسب نوع السهم^(١).

٢- تتمتع شركة المساهمة بشخصية معنوية، وذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء، ويترتب على ذلك - من الناحية النظامية - أمور منها:

أ- يخرج رأس المال الذي دفعه المساهمون وما تولد عنه من أموال عن ملكية الشركاء، ويصبح ملكاً للشركة ذاتها، ولا يبقى لهم إلا بعض الحقوق تجاه الشركة، مثل حق الحصول على الأرباح عند تحققها، واقتسام أموال الشركة عند تصفيتها.

والشريك وإن كان يملك السهم إلا أن ملكيته له إنما هي باعتباره ورقة مالية تخوله حقوقاً على الشركة، وليس باعتباره حصة شائعة في مالها، حيث انتقلت هذه الحصة إلى ملكية الشركة؛ ولذا اعتبر السهم ذا طبيعة منقولة، ولو كان مال الشركة عقاراً^(٢).

(١) الوجيز في النظام التجاري السعودي، د. سعيد يحيى، ص ١٧٧، القانون التجاري، د. عزيز العكيلي، ص ٢٦٢.

(٢) الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، د. أبو زيد رضوان، ص ١٢٣، ١٢٤، القانون التجاري، د. عزيز العكيلي، ص ١٩٣، الشركات التجارية، د. محمود محمد بابلي، ص ٣٦، مبادئ القانون لرجال الأعمال في المملكة العربية السعودية، د. محمد إبراهيم أبو العينين، ص ٢٦٢، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ٥/ ٢٩٢.

وفي هذا المعنى يقول الدكتور عاشور عبد الحميد: (كلمة السهم تطلق ويقصد بها معنيان الأول: هو حق المساهم أو نصيبه في شركات الأموال، والثاني الصك الذي يمثل هذا الحق. ومن هنا تجب التفرقة بين حق المساهم على صكوكه، وبين الحقوق التي يخولها له هذا السهم في علاقته مع الشركة، فالسهم كقاعدة يتجسد في وثيقة مادية تحتوي على بيانات معينة، قد يظهر فيها اسم صاحبه فيكون صكاً اسمياً، وقد لا يظهر فيكون صكاً لحامله. وهذا التجسيد المادي هو ما يسمح لنا بالقول بأن المساهم يعتبر مالكا لصكوكه، وفي نفس الوقت فإن المساهمين لا يملكون أموال الشركة ملكية مشتركة بنسبة ما قدم كل منهم، فتلك الأموال أصبحت ملكاً للشخص المعنوي، وانحصرت حقوق المساهم إزاء الشركة في حق احتمالي في الأرباح التي قد تتحقق، وحق أفضلية الاكتتاب في أسهم زيادة رأس المال، وحق استرداد ما يعادل قيمة الحصة التي قدمها، واقتسام فائض التصفية - إذا كان هناك فائض - عند حل الشركة وتصفيتها. هذه الحقوق المالية يصاحبها حقوق أخرى غير مالية، تتمثل في المشاركة في نشاط الشركة، مثل: حق الاطلاع على الوثائق والسجلات، وحق التصويت، وفي مقابل تلك الحقوق يلتزم المساهم - أيضاً - بالتزامات، مثل الوفاء بقيمة ما اكتتب فيه من أسهم^(١).

ب- لا يحق لأحد له على أحد الشركاء دين أن يطالب باستيفاء دينه

(١) بعض جوانب النظام القانوني لأسواق رأس المال، ص ٢٨، ٢٩.

من حصة الشريك في الشركة؛ إذ إنها قد انتقلت إلى ملكية الشركة، وإنما يقتصر حقه على حصة مدينه في الربح، وفي نصيبه من أموال الشركة عند تصفيتها، كما له أن يطالب ببيع أسهمه لاستيفاء حقه من حصيلة بيعها^(١).

وإذا وجب لأحد دين على الشركة، ولم تكف أموالها لسداده، فليس له أن يطالب الشركاء بوفاء هذا الدين من أموالهم الخاصة؛ وذلك أن مسؤولية الشريك عن ديون الشركة لا تتجاوز القيمة الاسمية لما يملكه من أسهم^(٢).

٣- تُعدُّ شركة المساهمة من شركات الأموال؛ حيث لا أهمية فيها لشخصية الشريك، وإنما الأهمية لما يقدمه من مال؛ ولذا فإن لكل واحد من الشركاء أن يبيع أسهمه لمن يشاء، دون حاجة إلى إذن بقية الشركاء، وليس له الانسحاب من الشركة إلا بذلك، كما أن الشركة لا تنسخ بموته، ولا بإفلاسه، ولا بالحجر عليه، خلافاً لما عليه الحال في شركات الأشخاص، التي تنسخ بذلك كله^(٣).

(١) مبادئ القانون لرجال الأعمال في المملكة العربية السعودية، د. محمد إبراهيم أبو العينين، ص ٢٦٢، ٢٦٣، الشركات التجارية، د. محمود محمد بابلي، ص ٣٦، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، د. أبو زيد رضوان، ص ١٢٤، القانون التجاري، د. عزيز العكيلى، ص ١٩٢.

(٢) الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، د. أبو زيد رضوان، ص ١٢٣، ١٢٤، الوجيز في النظام التجاري السعودي، د. سعيد يحيى، ص ١٧٧، القانون التجاري، د. عزيز العكيلى، ص ٢٦٢، ٢٦٣.

(٣) الوجيز في النظام التجاري السعودي، د. سعيد يحيى، ص ٢١٢، القانون التجاري السعودي، د. محمد حسن الجبر، ص ٢٨٥.

ثالثاً: تأسيس شركة المساهمة:

تمر شركة المساهمة - قبل أن تتمكن من بدء عملها ومباشرة نشاطها - بثلاث مراحل^(١):

المرحلة الأولى: اتفاق عدد من الأشخاص يطلق عليهم (المؤسسون) على مشروع تكوين الشركة، وتحرير عقدها الابتدائي ونظامها الأساسي، والتوقيع على ذلك من قبل هؤلاء المؤسسين.

المرحلة الثانية: دعوة الجمهور للمشاركة في هذه الشركة، عن طريق طرح الأسهم للاكتتاب، وذلك بعد أخذ موافقة الجهات الرسمية على تأسيس الشركة.

المرحلة الثالثة: انعقاد الجمعية التأسيسية للشركة، التي تضم جميع المساهمين ومنهم المؤسسون؛ وذلك لأغراض منها: وضع النصوص النهائية لنظام الشركة، وكذلك تعيين أعضاء مجلس الإدارة الأول للشركة، إذا لم يكن قد تم تعيينهم في عقد الشركة أو نظامها الأساسي^(٢)، وكذلك النظر في التقرير المتعلق بتقدير قيمة الحصص العينية المقدمة من المؤسسين أو غيرهم؛ لإقراره أو تعديله^(٣).

رابعاً: الإدارة في شركة المساهمة (مجلس إدارة الشركة):

نظراً لكثرة عدد الشركاء في شركة المساهمة الذي يصل أحياناً إلى المئات، بل الآلاف، فإنه لا يمكن - عادة - تولي هؤلاء الشركاء جميعاً أعمال الشركة؛ ولذا فإنه يتم تكوين مجلس للإدارة، يتولى أمر إدارة أعمال الشركة، يضم عددًا من الأشخاص،

(١) القانون التجاري، د. عزيز العكيلي، ص ٢٦٤، ٢٦٥، الشركات التجارية في القانون الكويتي

المقارن، د. أبو زيد رضوان، ص ٣٥٩ - ٣٨٩.

(٢) نظام الشركات السعودي، المادة ٦٢.

(٣) نظام الشركات السعودي، المادة ٦٠.

يتم انتخابهم^(١) من بين المساهمين في الغالب من قبل الجمعية التأسيسية للشركة، لمدة محددة. ويمكن أن يتم تعيينهم في عقد تأسيس الشركة، أو نظامها الأساسي، وفي هذه الحالة لا بد من موافقة الجمعية التأسيسية على هذا التعيين. ثم بعد ذلك يتم انتخاب أعضاء المجالس اللاحقة من قبل الجمعية العامة العادية، لمدة محددة أيضًا، مع إمكان إعادة تعيينهم مرة أخرى كلما انتهت مدتهم^(٢).

وتشترط غالب الأنظمة أن يكون عضو مجلس الإدارة مالكًا لعدد من الأسهم، يختلف مقدارها من نظام إلى آخر، في حين لا تشترط ذلك بعض الأنظمة، حيث يمكن أن يكون عضو المجلس شخصًا أجنبيًا عن الشركاء^(٣).

خامسًا: الجمعية العامة للمساهمين:

يمارس مجلس الإدارة أعماله في ظل إشراف ومراقبة من الجمعية العامة للمساهمين، التي تعقد بصفة دورية، أو كلما دعت الحاجة إلى ذلك، كما يرجع إليها في بعض القضايا التي ليس من صلاحياته إصدار قرار بشأنها إلا بعد موافقتها عليها.

ويوجد نوعان من الجمعيات العامة للمساهمين، هما:

١- الجمعية العامة العادية:

وهي تضم جميع المساهمين في الشركة، مهما كان عدد الأسهم التي يملكها

(١) قال في اللسان: (الانتخاب: الاختيار والانتقاء، ومنه النخبة، وهم: الجماعة تختار من

الرجال، فتتزع منهم). لسان العرب، لابن منظور، مادة (نخب) ١/ ٧٥٢.

(٢) الشركات التجارية، د. محمود محمد بابللي، ص ١٥١، ١٥٢.

(٣) مجلس إدارة الشركة المساهمة، د. طعمة الشمري، ص ٦٢.

كل منهم^(١)، وتنعقد هذه الجمعية مرة في السنة على الأقل^(٢).

وتختص الجمعية العامة العادية للمساهمين بالنظر في جميع الأمور المتعلقة بالشركة، إلا ما يدخل في اختصاص الجمعية العامة غير العادية^(٣).

ومن هذه الأمور: الرقابة والإشراف على إدارة الشركة، وذلك بالاطلاع على تقرير مجلس الإدارة عن نشاط الشركة، ومركزها المالي، وإيراداتها، ومصروفاتها، وكذلك الاطلاع على تقرير مراقبي الحسابات، ومنها: انتخاب أعضاء مجلس الإدارة ومراقبي الحسابات؛ وإصدار القرارات المتعلقة بتوزيع الأرباح؛ وبحث أي اقتراح بزيادة رأس المال، أو بالاقتراض، أو بإعطاء الكفالات. لكن ليس من حقها التدخل مباشرة في اختصاصات مجلس الإدارة، بل يقتصر دورها على إصدار التوصيات والتوجيهات^(٤).

٢- الجمعية العامة غير العادية:

وتختص بالنظر في الأمور التالية^(٥):

١ - تعديل نظام الشركة^(٦).

- (١) تنص المادة رقم (٨٣) من نظام الشركات السعودي على أنه: (يكون لكل مساهم حائز لعشرين سهمًا حق الحضور، ولو نص نظام الشركة على غير ذلك) وهذا يعني أنه يمكن أن ينص نظام الشركة على حرمان المساهم الذي يملك أقل من عشرين سهمًا من الحضور، ويكون ذلك جائزًا نظامًا.
- (٢) نظام الشركات السعودي، المادة رقم (٨٤)، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، د. أبو زيد رضوان، ص ٤٦٢.
- (٣) نظام الشركات السعودي، المادة رقم (٨٤).
- (٤) الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، د. أبو زيد رضوان، ص ٤٦٧.
- (٥) الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، د. أبو زيد رضوان، ص ٤٧١، ٤٧٢.
- (٦) نظام الشركات السعودي، المادة رقم (٨٥).

- ٢- بيع المشروع الذي قامت به الشركة، أو التصرف فيه بأي وجه آخر.
- ٣- حل الشركة، أو إدماجها في شركة أو هيئة أخرى.
- ٤- زيادة أو تخفيض رأس المال.



المطلب الأول تعريف الأسهم

يطلق السهم ويراد به - في الأنظمة الوضعية - معنيان^(١):

المعنى الأول: حق الشريك في الشركة:

وقد عرف السهم - وفقاً لهذا المعنى - بأنه: (حصة الشريك في الشركة، ممثلة بصك قابل للتداول)^(٢).

المعنى الثاني: الصك المثبت لهذا الحق:

وقد عرف السهم - وفقاً لهذا المعنى - بأنه: (صك يمثل حصة في رأس مال شركة مساهمة، أو إحدى شركات الأموال)^(٣).

وعرف - أيضاً - بأنه: (صك أو مستند، يعطى إلى مالك جزء من رأس مال شركة ما؛ يثبت حقوقه كشريك)^(٤).

(١) القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، ص ٢٩٠، القانون التجاري، د. عزيز العكيلي

ص ٢٨٠، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، د. أبو زيد رضوان، ص ٣٨٣.

(٢) القانون التجاري، د. عزيز العكيلي ص ٢٨٠.

(٣) إدارة البنوك وصناديق الاستثمار وبورصات الأوراق المالية، د. محمد سويلم، ص ٢٦٨،

وينظر: القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه ص ٢٩٠.

(٤) قاموس التعابير الاقتصادية والمالية، إيف برنار، وجان كلود كولي، ترجمة لجنة تحت =

فالسهم - في حقيقته - جزء من رأس مال شركة المساهمة، حيث يقسم رأس مال الشركة - عند تأسيسها - إلى أجزاء متساوية، يمثل كل جزء منها سهمًا، ويُمثل هذا السهم بصك يثبت ملكية المساهم له، ويسمى هذا الصك - أيضًا - سهمًا. ولهذا السهم قيمة اسمية، وقيمة إصدار، وقيمة دفترية، وقيمة حقيقية، وقيمة سوقية، وقيمة تصفية.

وإليك بيان المراد بهذه القيم بشيء من الإيجاز:

١ - القيمة الاسمية: وهي القيمة التي تحدد للسهم عند تأسيس الشركة، وتدون في شهادة السهم الصادرة لمالكه، ومن مجموع القيم الاسمية لجميع الأسهم يتكون رأس مال الشركة^(١).

٢ - قيمة الإصدار: وهي القيمة التي يصدر بها السهم، سواء عند تأسيس الشركة، أو عند زيادة رأس المال، وتكون مساوية للقيمة الاسمية في الغالب، وقد تكون أكثر منها، ولا تجيز معظم الأنظمة أن تكون أقل^(٢).

= إشراف كمال الخولي، ص ٣١٢.

(١) الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٧، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١١، القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه ص ٢٩١.

(٢) أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١١، القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه ص ٢٩١، ٢٩٢، المحاسبة في شركات الأموال من الناحيتين العلمية والعملية، د. محمود أحمد إبراهيم، ص ٤٩، وينظر: محاسبة الشركات أشخاص وأموال، د. أحمد بسيوني شحاتة، ص ٢٨٣ و ٢٩٠.

٣- القيمة الدفترية: وهي قيمة السهم كما تظهر في دفاتر الشركة، ويتم استخراجها بقسمة أصول الشركة - بعد خصم التزاماتها - على عدد الأسهم المصدرة، أو بقسمة حقوق الملكية (حقوق المساهمين) التي تشمل رأس المال المدفوع، والاحتياطيات، والأرباح المحتجزة، على عدد الأسهم المصدرة^(١).

على أن القيمة الدفترية لا تمثل القيمة الفعلية لموجودات الشركة^(٢).

٤- القيمة الحقيقية: وهي نصيب السهم في ممتلكات الشركة، بعد إعادة تقويمها وفقاً للأسعار الجارية، وذلك بعد خصم ديونها^(٣).

٥- القيمة السوقية: وهي القيمة التي يباع بها السهم في السوق، وهي تتغير بحسب حالة العرض والطلب، التي تتأثر بعوامل متعددة، ترتبط بوضع الشركة الخاص، أو بالوضع الاقتصادي العام، ولذا فقد تكون القيمة السوقية مساوية للقيمة الاسمية، أو القيمة الدفترية؛ وقد تكون أقل

(١) أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١٢، ٢١٣، الأسواق المالية مفاهيم وتطبيقات، د. حسني علي خريوش، د. عبد المعطي رضا أرشيد، د. محفوظ أحمد جودة ص ٥١، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٧٠٧، ٧٠٨، المحاسبة في شركات الأموال من الناحيتين العلمية والعملية، د. محمود أحمد إبراهيم، ص ٤٩، ٥٠.

(٢) أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١٢، الاستثمار بالأسهم في المملكة العربية السعودية، غازي محفوظ فلمبان، ص ٣٣.

(٣) القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه ص ٢٩٢، دليل المستثمر إلى بورصة الأوراق المالية، د. طارق عبد العال حماد، ص ٢٥٧، المحاسبة في شركات الأموال، د. محمود أحمد إبراهيم، ص ٥٠.

منهما، أو أكثر^(١).

٦- قيمة التصفية: وهي نصيب السهم من قيمة موجودات الشركة عند تصفيتها، بعد سداد حقوق الدائنين، وحقوق حملة الأسهم الممتازة^(٢).



(١) الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٧، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٧٠٨، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١١، ٢١٢، محاسبة الشركات أشخاص وأموال، د. أحمد بسيوني شحاتة، ص ٢٩٤.

(٢) الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٨ و ٧٠٧، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١٣، الأسواق المالية مفاهيم وتطبيقات، د. حسني علي خريوش، د. عبد المعطي رضا أرشيد، د. محفوظ أحمد جودة ص ٥٣، محاسبة الشركات أشخاص وأموال، د. أحمد بسيوني شحاتة، ص ٢٩٥.

المطلب الثاني أنواع الأسهم

تتنوع الأسهم - باعتباريات مختلفة - إلى عدة أنواع، بيانها فيما يلي:

أولاً: أنواع الأسهم بالنظر إلى طبيعة الحصة التي يقدمها الشريك:

تتنوع الأسهم - بالنظر إلى طبيعة الحصة التي يقدمها الشريك - إلى نوعين،

هما^(١):

١- الأسهم النقدية:

وهي الأسهم التي تعطى للشريك إذا قدم حصته في رأس مال الشركة نقوداً.

وهذه الأسهم قد تكون محررة، أي: دفعت قيمتها كلها، وقد تكون غير

محررة، أي: دفعت بعض قيمتها، كالنصف مثلاً، حيث لا يشترط أن يدفع المساهم

قيمة السهم كاملة عند الاكتاب، بل يمكن أن يدفع جزءاً منها، ويكون مطالباً بالباقي،

بحيث لو صفيت الشركة وعليها ديون مثلاً، طوّل المساهم بدفع المتبقي من قيمة

السهم.

(١) بورصات الأوراق المالية، اتحاد المصارف العربية، ص ٢٢، ٢٣، القانون التجاري،

د. مصطفى كمال طه ص ٢٩٣، ٢٩٤، موسوعة الشركات التجارية، د. عبد الحميد

الشواري، ص ٥٩٤، الوجيز في النظام التجاري السعودي، د. سعيد يحيى، ص ١٨٩.

٢- الأسهم العينية:

وهي الأسهم التي تعطى للشريك إذا قدم حصته في رأس مال الشركة عيناً من الأعيان، كأرض، أو مبنى، أو بضاعة، أو مصنع.
وهذه الأسهم لا بد أن تكون محررة بالكامل عند الاكتتاب.

وبالإضافة إلى هذين النوعين يوجد نوع ثالث يسمى أسهم المنحة، وهي التي تعطى للشريك عند زيادة رأس مال الشركة، بدمج احتياطات الشركة، أو الأرباح المحتجزة، أو جزء منها في رأس المال، فيعطى كل شريك مقابل هذه الزيادة عددًا من الأسهم مجانًا، بنسبة ما يملكه من الأسهم الأصلية^(١).

ثانيًا: أنواع الأسهم بالنظر إلى شكلها:

تنوع الأسهم - بالنظر إلى شكلها - إلى ثلاثة أنواع، هي^(٢):

١- الأسهم الاسمية:

وهي الأسهم التي تحمل اسم مالكةا، وذلك بأن يدون اسمه على شهادة السهم. ويقيد اسم المساهم في سجلات خاصة، تحتفظ بها الشركة التي أصدرت تلك

(١) الاستثمار بالأسهم في المملكة العربية السعودية، غازي محفوظ فلمبان، ص ٢٩، المحاسبة في شركات الأموال، د. محمود أحمد إبراهيم، ص ٤٨، محاسبة الشركات أشخاص وأموال، د. أحمد بسيوني شحاتة، ص ٢٨٩.

(٢) أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١١، البورصة وأفضل الطرق في نجاح الاستثمارات المالية، د. مراد كاظم، ص ٢٢-٢٥، الاستثمار بالأسهم في المملكة العربية السعودية، غازي محفوظ فلمبان، ص ٢٤، دليل المستثمر إلى بورصة الأوراق المالية، د. طارق عبد العال حماد، ص ٢٠.

الأسهم. ويتم تداولها، ونقل ملكيتها إلى مشتريها بتقييد اسمه في تلك السجلات.

٢- الأسهم لحاملها:

وهي الأسهم التي لا يذكر فيها اسم مالكةا، وإنما يذكر فيها ما يشير إلى أنها لحاملها، حيث يعتبر حاملها مالكا لها.

ويتم تداولها، ونقل ملكيتها إلى المشتري بمجرد المناولة، أي: بتسليمها من يد البائع إلى يد المشتري.

٣- الأسهم الإذنية أو لأمر:

وهي الأسهم التي يذكر فيها اسم مالكةا، مع النص على كونها لإذنه أو لأمره. ويتم تداولها بطريق التظهير، وذلك بأن يُدوّن البائع على ظهر شهادة السهم ما يدل على انتقال ملكيتها إلى المشتري.

ثالثاً: أنواع الأسهم بالنظر إلى استهلاكها من عدمه:

تنوع الأسهم - بالنظر إلى استهلاكها (أي: رد قيمتها إلى المساهم) من عدمه - إلى نوعين، هما^(١):

١- أسهم رأس المال:

وهي الأسهم التي لم تستهلك قيمتها، أي: لم ترد قيمتها إلى أصحابها في أثناء قيام الشركة.

(١) بورصات الأوراق المالية، اتحاد المصارف العربية، ص ٢٤، القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه ص ٢٩٤-٢٩٧، موسوعة الشركات التجارية، د. عبد الحميد الشواربي، ص ٥٩٤، ٥٩٥، الوجيز في النظام التجاري السعودي، د. سعيد يحيى، ص ١٨٩، ١٩٠.

٢- أسهم التمتع:

وهي الأسهم التي تعطى للشريك عوضاً عن أسهمه التي ردت إليه قيمتها في أثناء قيام الشركة، حيث تدعو بعض الحالات إلى ذلك؛ كما إذا كانت الشركة حاصلة على امتياز من الحكومة باستغلال مرفق من المرافق العامة مثلاً لمدة معينة، تصبح موجودات الشركة - بعدها - ملكاً للدولة، أو كانت ممتلكات الشركة مما يتلف بمرور الزمن، كشركات المناجم.

ففي مثل هذه الحالات ترد الشركة إلى المساهم قيمة أسهمه جملة واحدة، أو بالتدريج، وتمنحه بدلاً عن ذلك سهم تمتع، يخوله الحقوق التي لأسهم رأس المال، إلا في الأرباح، واقتسام موجودات الشركة عند حلها، حيث يعطى مالك أسهم التمتع نصيباً من الأرباح أقل مما يعطاه مالك أسهم رأس المال، كما لا يكون لمالك سهم التمتع نصيب في موجودات الشركة عند حلها، إلا بعد أن يستوفي أصحاب أسهم رأس المال قيمة أسهمهم.

رابعاً: أنواع الأسهم بالنظر إلى حقوق حملتها:

تنوع الأسهم - بالنظر إلى حقوق حملتها - إلى نوعين، هما^(١):

١- الأسهم العادية:

وهي الأسهم التي يتكون منها رأس مال الشركة، وتخول حاملها حقوقاً، منها:

أ- حق حضور الجمعية العامة للشركة، والتصويت على قراراتها^(٢).

- (١) دليل المستثمر إلى بورصة الأوراق المالية، د. طارق عبد العال حماد، ص ٢١.
(٢) دليل المستثمر إلى بورصة الأوراق المالية، د. طارق عبد العال حماد، ص ٢٢، الأوراق المالية وسوق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٩، الأسواق المالية العالمية وأدواتها =

ب- حق ترشيح نفسه للعضوية في مجلس الإدارة، إذا كان يملك الحد الأدنى المطلوب من الأسهم^(١).

ج- حق الحصول على نصيب من الأرباح السنوية للشركة، في حال تحققها وتوزيعها^(٢).

د- حق الحصول على حصة من صافي أصول الشركة عند تصفيتها^(٣).

= المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١٦٤، التمويل مقدمة في المنشآت والأسواق المالية، د. عبد المنعم أحمد التهامي، ص ٤٨، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٧، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ١٦، البورصة وأفضل الطرق في نجاح الاستثمارات المالية، د. مراد كاظم، ص ١٩، مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٥٧.

(١) دليل المستثمر إلى بورصة الأوراق المالية، د. طارق عبد العال حماد، ص ٢٢، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢٠٨، مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٥٧.

(٢) دليل المستثمر إلى بورصة الأوراق المالية، د. طارق عبد العال حماد، ص ٢٢، الأوراق المالية وسوق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٨، الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١٦٤، التمويل مقدمة في المنشآت والأسواق المالية، د. عبد المنعم أحمد التهامي، ص ٤٨، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢٠٨، البورصة وأفضل الطرق في نجاح الاستثمارات المالية، د. مراد كاظم، ص ١٩، مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٥٧.

(٣) دليل المستثمر إلى بورصة الأوراق المالية، د. طارق عبد العال حماد، ص ٢٢، التمويل مقدمة في المنشآت والأسواق المالية، د. عبد المنعم التهامي، ص ٤٨، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٧، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم الشمري، ود. طاهر البياتي، وأحمد صيام، ص ٢٠٩، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ١٦، البورصة وأفضل الطرق في نجاح =

- هـ- حق الأولوية في الاكتتاب في الأسهم الجديدة التي تصدرها الشركة لزيادة رأس المال^(١).
- و- حق نقل ملكية السهم إلى شخص آخر، بطريق البيع في السوق المالية، أو غيرها من الطرق^(٢).
- ز- حق انتخاب أعضاء مجلس إدارة الشركة^(٣).
- ح- حق الاطلاع على دفاتر وأوراق الشركة^(٤).

- = الاستثمارات المالية، د. مراد كاظم، ص ١٩، مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٥٧.
- (١) دليل المستثمر إلى بورصة الأوراق المالية، د. طارق عبد العال حماد، ص ٢٢، التمويل مقدمة في المنشآت والأسواق المالية، د. عبد المنعم أحمد التهامي، ص ٤٨، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢٠٩، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ٢٢، البورصة وأفضل الطرق في نجاح الاستثمارات المالية، د. مراد كاظم، ص ١٩، مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٥٧.
- (٢) الأوراق المالية وسوق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٨، التمويل مقدمة في المنشآت والأسواق المالية، د. عبد المنعم أحمد التهامي، ص ٤٨، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٧، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ١٦، مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٥٧.
- (٣) التمويل مقدمة في المنشآت والأسواق المالية، د. عبد المنعم أحمد التهامي، ص ٤٨، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٧، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢٠٨، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ١٥، مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٥٧.
- (٤) التمويل مقدمة في المنشآت والأسواق المالية، د. عبد المنعم أحمد التهامي، ص ٤٨، =

٢- الأسهم الممتازة، أو المفضلة:

وهي الأسهم التي يكون لحاملها الأولوية في الحصول على الأرباح، وفي الحصول على نصيبهم من ممتلكات الشركة عند التصفية قبل حملة الأسهم العادية.

وهي تشبه الأسهم العادية في أن كلاً منهما يمثل حصة شائعة في رأس مال الشركة؛ ولذا عدت من الصكوك الممثلة لحق الملكية^(١).

كما أن كلاً منهما ليس له تاريخ استحقاق محدد، إلا تاريخ انقضاء الشركة، فليس لحملة الأسهم الممتازة، ولا لحملة الأسهم العادية المطالبة باسترداد ما شاركوا به من رأس مال الشركة قبل انقضائها^(٢).

كما أنه في الأحوال التي لم تحقق الشركة فيها أرباحاً، أو لم تقرر توزيعها، لا يملك حملة الأسهم الممتازة - شأنهم في ذلك شأن حملة الأسهم العادية - مطالبتها بذلك، ولهذا لا يؤدي عدم توزيع أرباح هذه الأسهم بالشركة إلى الإفلاس، خلافاً للسندات^(٣).

= الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٧، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢٠٩، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ١٦.

(١) التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ٤٧، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٢٦.

(٢) الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٥.

(٣) الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٥، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ٤٦.

ورغم هذا التشابه بين الأسهم الممتازة والأسهم العادية، إلا أن بينهما فروقاً يمكن إبرازها من خلال بيان خصائص الأسهم الممتازة، وذلك فيما يلي:

خصائص الأسهم الممتازة:

١ - لحملة الأسهم الممتازة حق ثابت في الأرباح التي تقرر الشركة توزيعها، والغالب أن تحدد هذه الأرباح بنسبة مئوية ثابتة من القيمة الاسمية لتلك الأسهم، ولهم الأولوية في الحصول على تلك الأرباح قبل حملة الأسهم العادية، وإذا استغرقت الأرباح الموزعة على حملة الأسهم الممتازة أرباح الشركة، لم يحصل حملة الأسهم العادية حينئذٍ على شيء منها^(١).

٢ - لحملة الأسهم الممتازة الأولوية في الحصول على نصيبهم من صافي أصول الشركة عند تصفيتها، بما يعادل قيمة أسهمهم، قبل حملة الأسهم العادية^(٢).

والأسهم الممتازة - في هذه الخاصية والتي قبلها - شبيهة بالسندات

(١) دليل المستثمر إلى بورصة الأوراق المالية، د. طارق عبد العال حماد، ص ٢٢، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٥، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢٠٩، ٢١٠، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ٤٨.

(٢) دليل المستثمر إلى بورصة الأوراق المالية، د. طارق عبد العال حماد، ص ٢٢، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٢٧، التمويل مقدمة في المنشآت والأسواق المالية، د. عبد المنعم أحمد التهامي، ص ٤٨، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٥، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١٠.

التي سيأتي الحديث عنها في المبحث الثاني من هذا الفصل، إن شاء الله تعالى، إلا أن حملة السندات مقدمون في ذلك على حملة الأسهم الممتازة^(١).

٣- يمثل السهم الممتاز جزءاً من ملكية الشركة، بما يعادل قيمته الاسمية فقط^(٢)، فليس له نصيب في الاحتياطات، أو الأرباح المحتجزة^(٣).

٤- ليس للأسهم الممتازة تاريخ استحقاق محدد، كما تقدم، إلا أن للشركة الحق في استدعائها، أي: ردها إلى أصحابها، بقيمة تتجاوز قيمتها الاسمية، خلال فترة محددة من تاريخ إصدارها، إذا نص على ذلك في عقد الإصدار^(٤).

٥- ليس لحملة الأسهم الممتازة حق الترشيح، أو المشاركة في إدارة

(١) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١٦٤، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٥، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ٤٦.

(٢) الأسواق المالية مفاهيم وتطبيقات، د. حسني علي خريوش، د. عبد المعطي رضا أرشيد، د. محفوظ أحمد جودة ص ٥١، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٧، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ٤٧.

(٣) الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٢٦، مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٥٩.

(٤) الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٢٦، ٢٧، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٦، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١٤، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ٥١، دليل المستثمر إلى بورصة الأوراق المالية، د. طارق عبد العال حماد، ص ٢٣.

الشركة^(١)، وليس لهم حق التصويت على قرارات الجمعية العامة للشركة^(٢)، إلا أنهم قد يعطون هذا الحق في حالات استثنائية معينة، ينص عليها في عقد الإصدار^(٣).

على أن بعض الأنظمة - كالنظام المصري والسويسري - تجيز إصدار نوع من الأسهم يعطي لصاحبه أصواتاً أكثر في مداولات الجمعية العامة، وتسمى الأسهم ذات الصوت المتعدد^(٤).

أنواع الأسهم الممتازة:

تنوع الأسهم الممتازة، وفقاً لنوع التفضيل الذي يخص به السهم، إلى عدة أنواع، منها:

- (١) أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١٠.
- (٢) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١٦٤، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٥، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١٠.
- (٣) محاسبة الشركات أشخاص وأموال، د. أحمد بسيوني شحاتة، ص ٢٧٨. ومن ذلك: التصويت على بعض القرارات التي تتعلق بفرض قيود على توزيع الأرباح. ينظر: الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٢٨، والتصويت لانتخاب أقلية تمثلهم في مجلس الإدارة، عندما تتخلف الشركة عن دفع الأرباح المستحقة لهم، لفترة محددة كستين أو ثلاث سنوات. ينظر: التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ٥٠، التمويل مقدمة في المنشآت والأسواق المالية، د. عبد المنعم التهامي، ص ٥٠.
- (٤) الشركات التجارية، د. علي حسن يونس، ص ٣١٣، ٣١٤، القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه ص ٢٩٨، ٢٩٩.

١ - الأسهم الممتازة المجمعة أو المترجمة الأرباح:

وهي الأسهم التي يحق لحملتها الحصول على الأرباح المقررة لها عن السنوات التي لم يتم فيها توزيع تلك الأرباح؛ وذلك أنه إذا لم تحقق الشركة أرباحاً في إحدى السنوات، أو قرر مجلس الإدارة عدم توزيعها، فإنه لا يجري توزيع أرباح، لا على حملة الأسهم العادية، ولا على حملة الأسهم الممتازة، وإذا لم تكن الأسهم الممتازة مجمعة الأرباح، فإنه يسقط حق حملتها في الأرباح عن تلك السنوات التي لم يجر فيها التوزيع، أما إذا كانت مجمعة الأرباح، فإنه عندما تحقق الشركة أرباحاً، وتقرر توزيعها، فإن الشركة تدفع لحملة الأسهم الممتازة الأرباح المقررة عن هذه السنة، وعن السنوات التي لم يجر فيها التوزيع، وذلك قبل توزيع أي شيء من الأرباح على حملة الأسهم العادية^(١).

٢ - الأسهم الممتازة المشاركة في الأرباح:

وهي الأسهم التي يحق لحملتها مشاركة حملة الأسهم العادية فيما زاد من الأرباح عن حد معين، وذلك بعد إعطائهم القدر المقرر لهم من الأرباح^(٢).

(١) دليل المستثمر إلى بورصة الأوراق المالية، د. طارق عبد العال حماد، ص ٢٢، ٢٣، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٥، ٥٤٦، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١٣، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ٤٨، مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٦٠، ٦١.

(٢) دليل المستثمر إلى بورصة الأوراق المالية، د. طارق عبد العال حماد، ص ٢٣، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٦، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا =

مثال ذلك: أن يعطى حملة الأسهم الممتازة عشرة ريالات عن كل سهم، ثم يعطى حملة الأسهم العادية أرباحهم، فإذا زادت عن حد معين كعشرة ريالات، أو خمسة عشر ريالاً مثلاً، شاركهم حملة الأسهم الممتازة فيما زاد على ذلك.

٣- الأسهم الممتازة القابلة للتحويل إلى أسهم عادية:

وهي الأسهم التي يحق لحاملتها تحويلها إلى أسهم عادية، خلال فترة محددة من تاريخ الإصدار، وعادة ما تحدد شروط ذلك، وكذلك عدد الأسهم العادية التي يمكن تحويل السهم الممتاز إليها في نشرة الإصدار^(١).



= صيام، ص ٢١٤، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ٥٠، مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٦٠.
(١) دليل المستثمر إلى بورصة الأوراق المالية، د. طارق عبد العال حماد، ص ٢٣، التمويل مقدمة في المنشآت والأسواق المالية، د. عبد المنعم أحمد التهامي، ص ٥٠، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١٤، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ٤٩، ٥٠، مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٦١.

المبحث الثاني أحكام إصدار وتداول الأسهم

وفيه تمهيد ومطلبان:

التمهيد: في بيان حكم شركة المساهمة؛ وذلك أن حكم إصدار الأسهم ينبغي على حكم الشركة التي تصدرها.

المطلب الأول: حكم إصدار الأسهم.

المطلب الثاني: حكم تداول الأسهم.

تمهيد

حكم شركة المساهمة^(١)

اختلف الفقهاء والباحثون المعاصرون في حكم شركة المساهمة على قولين:

القول الأول: الجواز.

وإليه ذهب جمهور الفقهاء والباحثين المعاصرين، ومنهم: الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ^(٢)، وأعضاء اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية: (الشيخ عبد العزيز بن باز، والشيخ عبد الله بن قعود، والشيخ عبد الله بن غديان، والشيخ عبد الرزاق عفيفي)^(٣)،.....

(١) الكلام - هنا - عن حكم شركة المساهمة من حيث الأصل، أي بافتراض أن نشاط الشركة مباح، فتخرج الشركات التي يكون نشاطها محرماً، كالإقراض بالربا، أو تصنيع الخمور، ونحو ذلك، أو الشركات التي أصل نشاطها مباح، لكنها تقتض ما تحتاج إليه بالربا، وتودع ما فاض عن حاجتها بالربا، أما النوع الأول، فمحرّم بلا خلاف بين الفقهاء والباحثين المعاصرين، وأما النوع الثاني، ففيه خلاف قوي، يطول المقام بذكره، رأيت عدم التعرض له؛ لأن الغرض الوصول إلى حكم إصدار الأسهم، وهو ما يتطلب بيان حكم شركة المساهمة من حيث الأصل، دون الخوض في التفريعات.

(٢) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، جمع وترتيب وتحقيق، محمد بن عبد الرحمن بن قاسم ٤٢/٧.

(٣) فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، طبع ونشر رئاسة البحوث العلمية =

والشيخ محمود شلتوت^(١)، والشيخ محمد أبو زهرة^(٢)، والشيخ علي الخفيف^(٣)،
والشيخ محمد بن صالح العثيمين^(٤)، والدكتور محمد يوسف موسى^(٥) رحمهم الله،
والشيخ عبد الله بن سليمان المنيع^(٦)، والدكتور عبد العزيز الخياط^(٧)، والدكتور
صالح بن زابن المرزوقي^(٨)، وغيرهم.

وبذلك صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي
رقم ٦٣، فقد جاء في القرار: (بما أن الأصل في المعاملات الحل فإن تأسيس شركة
مساهمة ذات أغراض وأنشطة مشروعة أمر جائز)^(٩).

القول الثاني: عدم الجواز.

وإليه ذهب الشيخ تقي الدين النبهاني^(١٠) رحمه الله، والدكتور علي عبد العال

= والإفتاء ١٣/٥٠٨.

- (١) الفتاوى، للشيخ محمود شلتوت، ص ٣٥٥.
- (٢) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د. محمد عثمان شبير، ص ١٦٧، نقلاً عن التكافل الاجتماعي في الإسلام، لمحمد أبو زهرة، ضمن أعمال مجمع البحوث الإسلامية ١٨٤/٢.
- (٣) الشركات في الفقه الإسلامي، ص ٩٧.
- (٤) الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية من فتاوى علماء البلد الحرام، خالد الجريسي، ص ٦٦٤ و ص ٦٧٧.
- (٥) الإسلام ومشكلاتنا الحاضرة، ص ٥٨.
- (٦) بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٢٢٠.
- (٧) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. عبد العزيز عزت الخياط، ص ٢٠٦.
- (٨) شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي، ص ٢٩٩-٣٠٦.
- (٩) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ص ١٣٥.
- (١٠) النظام الاقتصادي في الإسلام، ص ١٣٣.

عبد الرحمن، حيث قال بعدم حل الأسهم^(١)، وهو يقتضي حرمة الشركات التي تصدر هذه الأسهم، والشيخ هارون خليف جيلي، حيث صنف شركة المساهمة من الشركات غير الإسلامية، وذكر أنها لا تتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية^(٢).

الأدلة:

أولاً: أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول، القائلون بجواز شركة المساهمة بالأدلة التالية:

١ - عموم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والشروط، كقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣)، وقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً»^(٤).

فإن فيهما دليلاً على أن الأصل في العقود والشروط الإباحة، إلا ما دل الدليل على تحريمه، وشركة المساهمة عقد من العقود، فتدخل في هذا الأصل.

٢ - عموم الأدلة الدالة على إباحة الشركة، ومنها: قوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾^(٥) وقوله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخَاطِئَةِ﴾^(٦)، ومنها: ما رواه البخاري - رحمه الله - من حديث أبي المنهال

(١) القراض في الفقه الإسلامي، د. علي عبد العال عبد الرحمن، ص ٦٣.

(٢) زكاة الأسهم في الشركات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع ١ / ٧٨٩ و ١ / ٧٩١.

(٣) سورة المائدة، الآية: (١).

(٤) تقدم تخريجه ١ / ٢٧٥.

(٥) سورة النساء، الآية: (١٢).

(٦) سورة ص، الآية: (٢٤).

رحمه الله، قال: اشترت أنا وشريك لي شيئاً، يدًا بيد ونسيئة، فجاءنا البراء بن عازب فسألناه، فقال: فعلت أنا وشريكي زيد بن أرقم، وسألنا النبي ﷺ عن ذلك، فقال: «ما كان يدًا بيد فخذوه، وما كان نسيئة فذروه»^(١)، وما رواه أبو داود، وابن ماجه، وغيرهما من حديث السائب ابن أبي السائب - رضي الله عنه - قال: أتيت النبي ﷺ فجعلوا يشنون علي ويذكروني، فقال رسول الله ﷺ: «أنا أعلمكم» يعني: به، قلت: صدقت بأبي أنت وأمي، كنت شريكي، فنعم الشريك كنت، لا تداري ولا تماري^(٢).

وشركة المساهمة نوع من الشركات - كما سبق - فتدخل في عموم هذه الأدلة.

٣- عموم الأدلة الدالة على إباحة العنان والمضاربة والمساقاة والمزارعة، فإن العنان أصل في جواز الاشتراك بين اثنين فأكثر بماليهما وبدنيهما، كما أن كلاً من المضاربة والمساقاة والمزارعة أصل في جواز الاشتراك بالمال من جانب والعمل من جانب آخر، سواء كان محل العقد من التقدين، كما في المضاربة، أم كان من الأعيان الثابتة التي تنمى بالعمل عليها، كما في المساقاة والمزارعة، ومن هذه الأدلة:

(١) صحيح البخاري، كتاب الشركة، باب الاشتراك في الذهب والفضة، ص ٤٧٢، رقم (٢٤٩٧).

(٢) سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب في كراهية المراء، ص ٧٣٢، رقم (٤٨٣٦)، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب الشركة والمضاربة ٣/ ٨٧ رقم (٢٢٨٧)، مسند الإمام أحمد، ص ١٠٨٦، رقم (١٥٥٨٧، ١٥٥٨٨، ١٥٥٩٠)، المستدرک، كتاب البيوع ٢/ ٦٩ رقم (٢٣٥٧). قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

أ- ما رواه البخاري ومسلم - رحمهما الله - عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال: عامل النبي ﷺ خير بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع^(١).

ب- ما أورده البخاري - رحمه الله - في صحيحه، قال: (وقال قيس بن مسلم عن أبي جعفر، قال: ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرعون على الثلث والرابع. وزارع علي، وسعد بن مالك، وعبد الله بن مسعود، وعمر بن عبد العزيز، والقاسم، وعروة، وآل أبي بكر، وآل عمر، وآل علي، وابن سيرين. وقال عبد الرحمن بن الأسود: كنت أشرك عبد الرحمن بن يزيد في الزرع. وعامل عمر الناس، على إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا)^(٢).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - معلقاً: (إذا كان جميع المهاجرين كانوا يزارعون، والخلفاء الراشدون، وأكابر الصحابة والتابعين، من غير أن ينكر ذلك منكر، لم يكن إجماع أعظم من هذا، بل إن كان في الدنيا إجماع، فهو هذا، لا سيما وأهل بيعة الرضوان جميعهم زارعوا على عهد رسول الله ﷺ وبعده، إلى أن أجلي عمر اليهود إلى تيماء)^(٣).

(١) صحيح البخاري، كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشرط ونحوه، وباب إذا لم يشترط السنين في المزارعة، ص ٤٣٧، ٤٣٨، رقم (٢٣٢٨ و ٢٣٢٩)، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، ص ٦٣٤، رقم (١٥٥١).

(٢) صحيح البخاري، باب المزارعة بالشرط ونحوه، ص ٤٣٧.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم =

ج- ما أخرجه الإمام مالك - رحمه الله - عن زيد بن أسلم، عن أبيه - رحمهما الله - أنه قال: خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرّا على أبي موسى الأشعري، وهو أمير البصرة، فرحب بهما وسهّل، ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى ههنا مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكماه، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون الربح لكما، فقالا: وددنا ذلك، ففعل، وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال، فلما قدما باعاً فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما، قالوا: لا، فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما، أديا المال وربحه، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص هذا المال أو هلك لضمناه، فقال عمر أدياه، فسكت عبد الله، وراجعته عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين، لو جعلته قراضاً، فقال عمر: قد جعلته قراضاً، فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال^(١).

= ٩٧/٢٩.

(١) الموطأ، للإمام مالك، كتاب القراض، باب ما جاء في القراض ص ٣٨٣، رقم (١٣٩٦)، مسند الشافعي، كتاب الرهون والإجازات، ص ٤٢٧، سنن الدارقطني، كتاب البيوع ٦٣/٣، رقم (٢٤١)، السنن الكبرى للبيهقي، كتاب القراض ٦/١٨٣، رقم (١١٦٠٥).

د- ما رواه الإمام مالك - رحمه الله - عن العلاء بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن جده - رحمهم الله - أن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - أعطاه مالا قراضاً يعمل فيه، على أن الربح بينهما^(١).

ه- إجماع العلماء على مشروعية العنان، قال ابن قدامة رحمه الله: (وهي جائزة بالإجماع، ذكره ابن المنذر، وإنما اختلف في بعض شروطها)^(٢).

و- إجماع العلماء على جواز المضاربة، قال ابن عبد البر رحمه الله: (والقراض مأخوذ من الإجماع الذي لا خلاف فيه عند أحد من أهل العلم، وكان في الجاهلية، فأقره الرسول ﷺ في الإسلام)^(٣)، وقال: (أصل هذا الباب إجماع العلماء على أن المضاربة سنة معمول بها، مسنونة قائمة)^(٤).

ثانياً: أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل النبھاني لما ذهب إليه من تحريم شركة المساهمة بجملة من الأدلة، يمكن تلخيصها في الآتي:

١- الشركة في الإسلام عقد بين اثنين أو أكثر، يتفقان فيه على القيام بعمل

(١) الموطأ، للإمام مالك، كتاب القراض، باب ما جاء في القراض ص ٣٨٣، رقم (١٣٩٧)،

السنن الكبرى، للبيهقي، كتاب القراض ٦/١٨٣، رقم (١١٦٠٦).

(٢) المغني ٧/١٢٣، وينظر: الإجماع، لابن المنذر ص ٥٦.

(٣) الاستذكار ٧/٣.

(٤) الاستذكار ٧/٤.

مالي؛ بقصد الربح، فلا بد في عقد الشركة من المال والعمل، وهذا المعنى لا يوجد في شركة المساهمة، وليس في عقد الشركة الذي يبرمه المؤسسون، ويكتتب فيه بقية المساهمين إلا مجرد الاشتراك بالمال، لا القيام بالعمل المالي، غاية ما في الأمر أنهم اتفقوا على أن يفوضوا شخصاً أو أكثر، من الشركاء أو من غيرهم، ليقوم بإدارة الشركة بعد تأسيسها، وهذا الاتفاق بين الشركاء ليس عقداً مع ذلك الشخص، ولا يتأتى أن يعقد الشركاء بينهم عقداً على قيام غيرهم بعمل ما؛ لأنه لا يكون عقداً، ولا يلزم به أحد، فالعقد إنما يلتزم به العاقد، ويجري على تصرفاته هو، لا على غيره^(١).

وقد أجب عن ذلك بأن القول بعدم اشتمال شركة المساهمة على العمل غير صحيح، فإن غرض الشركة يحدد العمل، كشركة تقطير السكر، أو شركة تجارة الكراسي، فتقطير السكر عمل، والتجارة ببيع الكراسي عمل، ثم إن الشركاء هم الذين يديرون الشركة حقيقة ويشرفون عليها، ولكل شريك مؤسس أو مساهم حق الاعتراض على أعمالها، ومجلس الإدارة يتكون من شركاء ينتخبهم الشركاء، ويقومون بالعمل المالي، فهم على الحقيقة مباشرون للعمل المالي كلهم أو بعضهم^(٢)، فقد ثبت أن عقد الشركة واقع على المال والعمل.

وهذا الوجه من الجواب لا يخلو من نوع تكلف، كما أنه لم يقع على مراد المستدل؛ إذ ليس مقصود المستدل أن الشركة لا عمل فيها البتة، فإن هذا من المعلوم الذي لا يمكن نفيه، ولا يحتاج إلى إثبات، وإنما

(١) النظام الاقتصادي في الإسلام، ص ١٣٣، ١٣٤.

(٢) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. عبد العزيز عزت الخياط، ص ١٨١.

مقصوده أن المؤسسين يوقعون عقد التأسيس، وباقي المساهمين يكتبون في الأسهم، وليس في ذلك كله تحديد من يقوم بالعمل، فصح أن عقد الشركة واقع على تقديم المال، دون العمل.

والقول بأن مديري الشركة وكلاء عن المساهمين لا يغني في الجواب شيئاً؛ فإن المستدل يريد أنهم غير مسمين في عقد الشركة، فالنص في عقد الشركة على تكوين مجلس للإدارة يتولى العمل، من غير تسمية أعضائه ليس توكيلاً، وإنما هو اتفاق على التوكيل، لا توكيل.

والقول بأن جميع الشركاء يتولون العمل، لكونهم يشرفون على مجلس الإدارة، ويطلعون على أعماله، من خلال الجمعية العامة، فيه نظر؛ فإن مما يعلمه المساهمون - ضرورة - أن ليس لهم حق التصرف في إدارة الشركة، والإشراف على العمل ليس عملاً، وحضور الجمعية العمومية لا يعدو أن يكون تعرفاً على أعمال الشركة، ومشاركة في اتخاذ بعض القرارات المتعلقة بأمور تهم الشركة أو الشركاء، وهذا لا يسمى عملاً، كما أن المضارب في المضاربة، قد يستأذن رب المال في بعض تصرفاته، ويستشير فيها، ولا يعد ذلك عملاً.

والذي أراه في الجواب أن يقال: قولكم: إن عقد الشركة ليس فيه ذكر من يقوم بالعمل، غير مسلم في جميع الشركات، وجميع الأنظمة، فإن في بعض الأنظمة - كنظام الشركات السعودي - ما يفيد أن أعضاء مجلس الإدارة قد يتم تعيينهم، والنص عليهم في عقد الشركة، وإن كان يلزم موافقة الجمعية التأسيسية على هذا التعيين، وهذا لا يضر؛ لأن هذا لا يعدو أن يكون تعليقاً لتعيينهم على موافقة الجمعية التأسيسية، والصحيح من أقوال أهل العلم، أنه يصح تعليق المضاربة، كما هو

المذهب عند الحنابلة^(١).

على أنه لا يلزم ذكر من يقوم بالعمل في عقد الشركة؛ إذ الاشتراك يحصل بخلط الأموال، وإن لم يحصل عمل، لكن لا تثبت للشركة الأحكام المقررة إلا إذا اختير من يقوم بالعمل، وأذن له بالتصرف^(٢)، وشركة المساهمة تمر في تكوينها بمرحلتين: الأولى: يتم فيها جمع المال، وتحديد الراغبين في المشاركة بأموالهم، والثانية: يتم فيها تحديد من يقوم بالعمل، وذلك خلال انعقاد الجمعية التأسيسية للشركة، وحينها تتقرر أحكام الشركة أو المضاربة، أو غيرها من أنواع المشاركات، حسب الأحوال التي سبق ذكرها.

٢- أن العقد حتى يكون صحيحًا، لا بد فيه من إيجاب وقبول، إيجاب من طرف وقبول من طرف آخر، وعقد شركة المساهمة لا يوجد فيه إيجاب وقبول، وإنما فيه قبول فقط من طرف واحد، وهو الطرف الذي يلتزم بتقديم المال، فالمساهمون الذين يقدمون المال هم في الحقيقة طرف واحد مهما تعددوا، واتفاقهم على شروط الشركة، لا يعد إيجابًا وقبولًا، بل إن توقيعهم على عقد الشركة، واكتتابهم في أسهمها لا يعد

(١) الشرح الكبير، لابن أبي عمر ١٤ / ٧٠، كشاف القناع، للبهوتي ٣ / ٥٩٩.

(٢) وهذا كما قال الشرواني على قول صاحب التحفة: (ويشترط فيها [أي: الشركة] لفظ صريح من كل منهما، أو من أحدهما للآخر، يدل على الإذن للمتصرف من كل منهما، أو أحدهما في التصرف... فلو اقتصرنا على قولهما: اشتركتنا، لم يكف عن الإذن في التصرف) قال: (فإذا اقتصرنا على اشتركتنا، ولم ينوينا معه الإذن في التصرف، لم تحصل الشركة التي يثبت لها الأحكام الآتية، فإذا وجد بعد ذلك الإذن في التصرف، حصلت الشركة المذكورة من حين ذلك الإذن). ينظر: تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لأحمد بن حجر الهيتمي، مع حاشيته للشرواني ٧ / ٧-٩.

إيجابًا وقبولًا، بل هو قبول فقط؛ لأنه لا يوجد طرف معين موجب، حتى يكون توقيع من بعده قبولًا له، فتوقيع كل واحد قبول فقط، والقبول مع القبول لا يعد عقدًا من الناحية الشرعية.

والجواب عن ذلك: أنه لا يسلم أنه لا يوجد إيجاب مع القبول، بل الإيجاب أيضًا حاصل في عقد شركة المساهمة، إذ العرض من المؤسسين عن طريق إصدار نشرة الاكتتاب يعد إيجابًا، كما أن إقدام المساهمين على الاكتتاب في الأسهم يعد قبولًا^(١)؛ فإن الإيجاب والقبول يحصلان بكل ما دل عليهما من قول أو فعل، ولا يلزم لصحة العقد أن يقول الشريك شاركك، ويقول الآخر قبلت، بل إذا وُقِّع العقد، وقدم المال، فقد حصل المقصود، دون أن يتوقف ذلك على لفظ بعينه.

وفي قول المخالف: (فشركة المساهمة ليست اتفاقًا بين اثنين، وإنما هي موافقة من شخص واحد على شروط) ما يدل على بطلان قوله؛ فإن الموافقة مفاعلة، وهي لا تتأتى إلا من اثنين فصاعدًا، وهي هنا بين المكتتبين، وبين واضعي الشروط من المؤسسين.

٣- أن الشركة في الإسلام يشترط فيها وجود البدن، أي الشخص المتصرف، ولا يوجد ذلك في شركة المساهمة، فإنه لا أهمية فيها لشخصية الشريك، بل المعول عليه هو العنصر المالي، فالأموال هي التي اشتركت مع بعضها، أما البدن فلا وجود له، وإذا كان كذلك فإن

(١) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د. محمد عثمان شبير، ص ١٦٨. وينظر: شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي، ص ٣٢٣.

الشركة لم تنعقد أصلاً، فتكون باطلة شرعاً، والدليل على أن العبرة في شركة المساهمة بمال المساهم لا ببدنه، أن المساهم له أصوات بقدر ما يملك من أسهم، فالذي يملك سهماً له صوت، والذي يملك ألف سهم له ألف صوت، ولو كانت العبرة ببدن المساهم، لكان لكل واحد صوت.

والجواب عن ذلك أن يقال: إن كان مراد المستدل بنفي البدن نفي عنصر العمل من عقد الشركة، كما سبق أن قرره، وأكدته هنا بقوله - مستدلاً على أن شركة المساهمة لا توجد فيها الشروط التي لا بد منها لانعقاد الشركة في الإسلام - : (وليس فيها بدن يباشر هو التصرفات بوصفه الشخصي في الشركة)^(١)، فقد سبق الجواب عنه عند مناقشة الدليل الأول، وإن كان مراده أن أصحاب الأموال لم يحصل منهم اشتراك، بل الأموال هي التي اشتركت، كما صرح بذلك بقوله: (فالأموال هي التي اشتركت، لا أصحابها)^(٢)، فهذا تكلف ظاهر لإبطال الشركة؛ فإن الأموال لا تعقل حتى يتصور منها الاشتراك، على أنه لا يلزم أن يباشر كل شريك العمل بنفسه، حتى تصح الشركة، فإن رب المال في المضاربة، لا يباشر العمل، ولا يقال إن ماله هو الذي اشترك دونه، وكذلك شريك العنان الذي تقتصر مشاركته على تقديم المال، أما قول القانونيين: إن الاعتبار في الشركة للعنصر المالي لا للعنصر الشخصي، فمرادهم بذلك أن الشركاء لا يعرف بعضهم بعضاً، ولا تتوقف مشاركتهم في الشركة على ذلك؛ ولذا أمكن لكل منهم أن يبيع أسهمه دون أن يتوقف

(١) النظام الاقتصادي في الإسلام، ص ١٣٨.

(٢) السابق، ص ١٣٧.

ذلك على إذن بقية الشركاء، وأن الشركة لا تبطل بموت الشريك، أو إفلاسه ونحو ذلك.

٤- الشركة في الإسلام إنما يصدر التصرف فيها عن الشركاء، أما في شركة المساهمة فالتصرفات تصدر عن الشركة ذاتها؛ وذلك أنها تعد شخصاً معنوياً، يكون له وحده حق التصرف من بيع، أو شراء، وصناعة، وشكوى، وغير ذلك، ولا يملك الشركاء أي تصرف فيها، وعلى ذلك تكون التصرفات التي تحصل من الشركة بوصفها شخصية معنوية باطلة شرعاً؛ لأن التصرفات يجب أن تصدر عن شخص معين، أي عن إنسان مشخص له أهلية التصرف.

قال: ولا يقال إن الذين يباشرون التصرف هم العمال، بوصفهم أجراء للمساهمين، وكذلك مدير الشركة وأعضاء مجلس الإدارة، بوصفهم وكلاء عنهم؛ لأن الشريك متعين ذاتاً في الشركة، وعقد الشركة وقع عليه بذاته، فلا يجوز له أن يوكل أو يستأجر أحداً ليقوم عنه بأعمال الشركة، بل يتعين عليه أن يقوم بنفسه بأعمال الشركة، وفضلاً عن ذلك فإن مدير الشركة ومجلس الإدارة ليس لهم التصرف في أموال الشركة؛ لأن المساهمين شركاء أموال فقط، وليسوا شركاء بدن، وشريك المال لا يملك التصرف في الشركة مطلقاً، فلا يصح أن يوكل عنه من يتصرف في الشركة نيابة عنه^(١).

والجواب عن ذلك من وجهين:

الأول: أن القول بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة لشركة

(١) النظام الاقتصادي في الإسلام، ص ١٣٩-١٤١.

المساهمة لا يلزم منه بطلانها؛ أما على قول من قال بالشخصية المعنوية من الباحثين المعاصرين فواضح، وأما على قول من قال بعدم إثبات الشخصية المعنوية للشركة فكذلك؛ لأنه لا تلازم بين إباحة شركة المساهمة ووصفها بالشخصية المعنوية، حتى يلزم من إبطال الشخصية المعنوية إبطال شركة المساهمة، عند من لا يقول بإثبات الشخصية المعنوية.

وعليه فيمكن إباحة شركة المساهمة مع عدم إثبات الشخصية المعنوية لها.

الثاني: القول بأنه لا يصح للشركاء أن يستأجروا أو يوكلوا من يقوم بالعمل نيابة عنهم؛ لأن العمل متعين عليهم، يبدو أن هذا من النبهاني ذهب إلى أن شركة المساهمة من قبيل شركة العنان - وإن قال بطلانها لعدم توافر شروطها عنده - لأنها هي الشركة التي يكون العمل فيها من جميع الشركاء في الأصل، فإن كان الأمر كذلك فإنه يجاب عنه بأن شركة المساهمة ليست دائماً من قبيل شركة العنان، كما سبق أن بينت، فهي قد تكون من قبيل المضاربة، والعمل فيها ليس على أرباب الأموال، ثم إن كانت عناناً فلا يسلم أن العمل فيها متعين على جميع الشركاء، بل يصح أن ينفرد بعضهم بالعمل، كما هو مذهب جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة^(١).

(١) خلافاً للمالكية في قولهم: إنه يشترط أن يكون العمل على قدر رؤوس الأموال، وأن الشركة تفسد باشتراط التفاوت في العمل. ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني ٨٣/٥، شرح فتح القدير، لابن الهمام ٣٧٩/٥، ٣٨٠، التفريع، لابن الجلاب ٢/٢٠٥، المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي عبد الوهاب ١٣٩/٢، الشرح الكبير، للردديري ١٣/٥، كفاية =

أما قوله إن المدير وأعضاء مجلس الإدارة ليس لهم التصرف في مال الشركة؛ لأن المساهمين شركاء مال، وشريك المال ليس له أن يوكل؛ لأنه ليس له أن يتصرف، فهذا قياس منه على المضاربة^(١)، مع أنه قال إن العمل متعين على جميع الشركاء، والجواب عن ذلك أن حال المساهمين قبل اختيار مجلس الإدارة ليست كحال رب المال في المضاربة، حتى يقال إنه شريك لا يملك التصرف، فلا يملك التوكيل، بل هم ملاك، لهم أن يأذنوا لبعضهم في التصرف، لتكون الشركة عناناً، ولهم أن يعقدوا عقد مضاربة مع غيرهم، ولهم أن يستأجروا ويوكلوا من يقوم بالعمل نيابة عنهم، كما يجوز ذلك للشخص الواحد.

٥ - الشركة من العقود الجائزة شرعاً، تبطل بموت أحد الشركاء، أو جنونه، أو الحجر عليه، وبالفسخ من أحد الشركاء...، وشركة المساهمة شركة دائمة، لا تنفسخ بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه، وهذا يجعلها شركة فاسدة؛ لاشتمالها على شرط فاسد يرتبط بكيان الشركة وماهية العقد^(٢).

= الأختيار في حل غاية الاختصار، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني ص ٢٧٠ شرح الزركشي على مختصر الخرقى، تحقيق الشيخ عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، ١٣١١، ١٣٢٢، المغني، لابن قدامة ٧/١٣٤، ١٣٥.

(١) فإنها التي ذكر فيها الفقهاء - من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة - أن رب المال لا يملك التصرف في مال المضاربة بالبيع والشراء ونحوهما، وأنها تفسد باشتراط عمل رب المال مع المضارب، وعن الإمام أحمد - رحمه الله - رواية بصحة ذلك. ينظر: المسبوط، للسرخسي ٢٢/٨٣، جواهر الإكليل، للآبي ٢/٢٥٨، مغني المحتاج، للشريبي الخطيب ٢/٣١١، المبدع، لابن مفلح ٤/٣٧٢.

(٢) النظام الاقتصادي في الإسلام، ص ١٤٠.

والجواب عن ذلك: أن شركة المساهمة تحدد عادة بمدة معينة، متفق عليها بين الشركاء، فاللزوم في الشركة إن كان منشؤه هذا الشرط، فهو شرط صحيح، ولو سلم بأنه شرط فاسد، فإنه لا يفسد الشركة؛ لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، كما هو مذهب الحنفية والحنابلة^(١)، بل يبطل الشرط، ويصح العقد؛ لأنه عقد يصح على مجهول، فلم تبطله الشروط الفاسدة، كالنكاح^(٢)، وإن كان منشؤه حكم القانون، فالأحكام الشرعية لا تعارض بالأحكام القانونية؛ إذ يمكن إباحة شركة المساهمة دون الأخذ بهذا الحكم.

على أنه يمكن أن ينزل الحكم القانوني - في هذه المسألة - منزلة العرف، ما دام لا يخالف حكماً شرعياً مقررًا، فدخل الشريك في الشركة مع علمه بهذا الحكم، يدل على رضاه به، إذ المعروف كالمشروط.

أما ديمومة الشركة، بمعنى استمرارها، فليس هناك ما يمنع منه شرعاً إذا حصل الاتفاق من باقي الشركاء فيما بينهم على استمرارها، بعد موت أحدهم أو جنونه أو الحجر عليه، أو حل الورثة محل مورثهم في الشركة^(٣).

ذلك أن القول بفسخ الشركة، بأحد أسباب الفسخ، إنما هو فيما إذا كانت الشركة بين اثنين، أما إذا كانت بين ثلاثة فأكثر، فإن الشركة لا تنفسخ مطلقاً، بل إنما تنفسخ في حق من قام به أحد هذه الأسباب، قال في الفتاوى الهندية: (ولو كان الشركاء ثلاثة، مات واحد منهم، حتى انفسخت الشركة في حقه، لا تنفسخ في حق

(١) الهداية، للمرغيناني ٢٢٦/٣، الدر المختار، للحصكفي، مع حاشيته، لابن عابدين

٣/٣٤٤، المغني، لابن قدامة ١٧٩/٧، ١٨٠، كشاف القناع، للبهوتي، ص ٣/٥٩١.

(٢) المغني، لابن قدامة ٧/١٨٠.

(٣) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. عبد العزيز عزت الخياط، ص ١٨٥.

الباقيين^(١).

أما الدكتور علي عبد العال، فقد بنى رأيه على أمرين:

الأول: أن في الأسهم غررًا وخطرًا؛ حيث إن من فقد سهمه (بمعنى: خسر)، تضمن الشركة له سهمه، وهو ما يسمى بسهم التمتع، ويكون لصاحب السهم الحق في الربح، قال: فعلى أي أساس كان هذا الضمان؟ وبم استحق هذا الربح^(٢)؟

والجواب: أن سهم التمتع الذي يعطى للمساهم ليس ناتجًا عن خسارة الشركة، بل إنما يعطى هذا السهم بعد رد مثل قيمة أسهمه إليه في أثناء قيام الشركة، وما يرد إليه إنما هو في الحقيقة نصيبه من الأرباح، أو جزء من رأس ماله، وما لم تتم تصفية الشركة فإن للمساهم حقًا في أموالها، به يستحق ما يحصل من أرباح^(٣).

الثاني: أن صاحب الأسهم له الربح فقط، دون أن يكون عليه خسارة، وهذا يخرج الأسهم عن حكم المضاربة، ويجعلها نوعًا من الربا، بدليل أن نسبة الربح من يوم أن ظهرت الأسهم لم تتغير عن مقدارها المحدد^(٤).

ويجاب عن ذلك بعدم التسليم، فإن الأصل أن الأسهم تخضع للربح والخسارة، فإن حصل ربح أخذه المساهم، وإن لم يحصل ربح لم يحصل علي شيء، غير أن الخسارة لا تظهر إلا عند تصفية الشركة، بخلاف الأرباح فإنها توزع عند تحققها.

(١) الفتاوى الهندية ٢/ ٣٣٥، ٣٣٦، وينظر: الدر المختار، للحصكفي، مع حاشيته لابن عابدين ٣/ ٣٥١.

(٢) القراض في الفقه الإسلامي، د. علي عبد العال عبد الرحمن، ص ٦٣.

(٣) ينظر تفصيلًا أكثر: ص ١٣٥٨ من هذا البحث.

(٤) القراض في الفقه الإسلامي، د. علي عبد العال عبد الرحمن، ص ٦٤.

وهذا هو الأصل، بصرف النظر عن التطبيقات الواقعية، التي قد تخالف ذلك، ولعل الدكتور علي عبد العال لو اتضحت له هذه المسألة لقال بحل الأسهم؛ فإنه قال: (وحتى يصحح هذا النوع من المعاملة يجب أن ينص فيه على أن الأسهم قابلة للربح، كما أنها قابلة للخسارة، كأى نوع من أنواع التجارة في أي شيء)^(١).

أما الشيخ هارون خليف جيلي فقد بين سبب عده شركة المساهمة من الشركات غير الإسلامية؛ بأنها (لا تتفق مع قواعد الشريعة في الشركات، فقد افتقدت العنصر الأول في الشبه لدى الشريعة الإسلامية، وهو العنصر البشري، كما لا يخفى، وافتقدت أيضًا شروطاً كثيرة من شروط الاشتراك، مثل بقاء أهلية الشركاء، فإن تلك الشركات لا تتوقف لموت أحد من شركائها، فلهذا أو غيره نعلم أنها غير إسلامية)^(٢).

وقال أيضًا: (وأن الشركات المعاصرة لا تتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية؛ لأنها تتوفر لها شروط منها: الجهد البشري، وحمل رؤوس الأموال وعرضها على الربح والخسارة، وعدم التعامل بالربا والمقامرة) يعني والشركات المعاصرة ليست كذلك.

وكلامه يرجع في بعضه إلى كلام النبهاني في نفي عنصر العمل في الشركة، وفي لزومها، وفي بعضه إلى كلام الدكتور علي عبد العال في عدم خضوع الأسهم للربح والخسارة، وقد سبق الجواب عن كل ذلك قريبًا.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ وذلك أن شركة المساهمة - في حقيقتها - نوع من أنواع الشركات، تشملها الأدلة الدالة على جواز الشركة، ومنها

(١) القراض في الفقه الإسلامي، د. علي عبد العال عبد الرحمن، ص ٦٤.

(٢) زكاة الأسهم في الشركات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع ١ / ٧٨٩.

الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الأول، ثم إن الأصل في العقود الإباحة، كما سبق ذكر الأدلة عليه، وما ذكره المخالف من الأدلة لا تنهض لمعارضة هذا الأصل، كما تبين من خلال مناقشة تلك الأدلة.

على أنه سبق عند التعريف بشركة المساهمة ذكر بعض الخصائص التي تختص بها من الناحية النظامية، ومنها: ملكية الشركة لأموال الشركاء، وتحديد المسؤولية فيها، ولزوم الشركة، وعدم انفساخها بأسباب الفسخ المعروفة، ولما كانت هذه الخصائص محل بحث ونظر من الناحية الفقهية، فإن الحاجة داعية لبيان الحكم الشرعي فيها؛ حتى لا يفهم من القول بجواز شركة المساهمة التسليم بخصائصها تلك، إلا أن ذلك لما كان يخرج عن غرض البحث رأيت العدول عن التعرض لها، مكتفياً بهذا التنبيه، والله أعلم.



المطلب الأول حكم إصدار الأسهم

السهم يراد به - كما سبق - معنيان:

الأول: ذلك الجزء من رأس المال الذي يدفعه المساهم عند رغبته في الاشتراك في الشركة، ثم يراد به بعد ذلك: نصيبه في أموال الشركة وممتلكاتها.

الثاني: الصك الذي يمثل هذا النصيب، ويدل على ملكية المساهم لجزء من رأس مال الشركة وسائر أموالها.

والسهم بالمعنى الأول قد يكون سهمًا عاديًا، وقد يكون سهمًا ممتازًا، وقد يكون سهمًا تمتع، وبالمعنى الثاني، قد يكون اسميًا، أو لأمر، أو لحامله، ولكل من هذه الأنواع حكم، بيانه فيما يلي:

أولاً: حكم إصدار الأسهم العادية:

إصدار الأسهم العادية جائز شرعًا، إذا كان الغرض الذي أنشئت الشركة من أجله مشروعًا، بآلا يكون الغرض من إنشائها التعامل في أمور محرمة، مثل تصنيع الخمور، أو التجارة في المخدرات، أو التعامل بالربا كالبنوك الربوية، فإن كان غرضها غير مشروع حرم إنشاء الشركة، وحرم تبعًا لذلك إصدار الأسهم التي منها تتكون هذه الشركة.

ويمكن نسبة هذا القول - أعني جواز إصدار الأسهم العادية - إلى كل من أباح شركة المساهمة؛ إذ الأسهم جزء من شركة المساهمة، فالقول بحلها يقتضي القول بحل إصدار الأسهم، وممن صرح بذلك: الدكتور عبد العزيز الخياط، والدكتور غريب الجمال، والدكتور محمد بن عبد الغفار الشريف، والدكتور صالح بن زابن المرزوقي، والدكتور محمد الشحات الجندي، والدكتور عبد الرزاق الهيتي، والدكتور أحمد محيي الدين أحمد^(١).

وذهب الشيخ تقي الدين النبهاني، والدكتور علي عبد العال عبد الرحمن إلى عدم جواز الأسهم مطلقاً، وهو يقتضي عدم جواز إصدارها، وسيأتي عرض ومناقشة حجج النبهاني عند الكلام عن حكم بيع الأسهم؛ إذ هو به ألصق، أما الدكتور علي عبد العال فقد سبق عرض كلامه والجواب عنه، فلا حاجة إلى إعادته.

ويمكن الاستدلال للقول بحل إصدار الأسهم بما يلي:

- ١ - الأدلة الدالة على جواز شركة المساهمة، المتقدم ذكرها.
- ٢ - أن للأسهم حقها من الربح، وعليها نصيبها من الخسارة، فلا شيء من

(١) ينظر أقوالهم في المراجع التالية مرتبة حسب ترتيب أسمائهم أعلاه: الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، عبد العزيز الخياط ٢/٢١٢ وص ٢٢٠، النشاط الاقتصادي في ضوء الشريعة الإسلامية، د. غريب الجمال، ص ٢٣٢، كما نقله المرزوقي في كتابه: شركة المساهمة في النظام السعودي، ص ٣٤٢، بحوث فقهية معاصرة، د. محمد عبد الغفار الشريف، ص ٧٨ وص ٨٢، شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٤٥، ٣٤٦، معاملات البورصة في الشريعة الإسلامية، د. محمد الشحات الجندي، ص ٢٠١، ٢٠٢، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، ص ٣٤٣، عمل شركات الاستثمار الإسلامية في السوق العالمية، أحمد محيي الدين أحمد حسن، ص ١٥٧.

الربا وشبهته في هذا النوع من الأسهم^(١).

٣- أنه لا يوجد محذور شرعي في قسمة رأس المال إلى أسهم، إذا علمت قيمة كل سهم؛ إذ هي طريق لمعرفة نصيب كل شريك في رأس مال الشركة، وفي أرباحها، كما يعلم ذلك عن طريق قسمته إلى أجزاء، كالثلث والرابع.

٤- أنه يجوز أن تكون حصص الشركاء في رأس مال الشركة في الفقه الإسلامي متساوية وغير متساوية، وهي في الأسهم كذلك، إذ هي في حقيقتها حصص المشتركين في رأس المال^(٢).

ثانياً: حكم إصدار الأسهم الممتازة:

الأسهم الممتازة أو المفضلة - كما سبق - هي الأسهم التي تعطي حاملها الأولوية في الحصول على قيمة أسهمهم من أصول الشركة عند تصفيتها قبل حملة الأسهم العادية، أو الأولوية في الحصول على الأرباح قبلهم، وذلك بأن يأخذ حملة هذا النوع من الأسهم نسبة مئوية ثابتة من القيمة الاسمية لتلك الأسهم، ثم يوزع الباقي من الأرباح - إن بقي شيء - بينهم وبين حملة الأسهم العادية، وقد تكون الأولوية في الأمرين معاً.

وهذا النوع من الأسهم ليس لحملتها - في الأصل - حق التصويت في اجتماعات الجمعية العامة للمساهمين، ولكن قد تصدر بعض الشركات نوعاً آخر من الأسهم، وهي الأسهم ذات الصوت المتعدد التي تعطي حاملها أكثر من صوت في الجمعية العامة.

(١) الإسلام ومشكلاتنا الحاضرة، د. محمد يوسف موسى، ص ٥٨.

(٢) شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٤١.

ولذا كان لا بد من بيان حكم هذين النوعين من أسهم الامتياز، وذلك فيما يلي:

أ- حكم الأسهم الممتازة ذات الأولوية في الأرباح، وذات الأولوية في أموال الشركة عند تصفيتها:

ذهب كل من اطلعت على قوله من الباحثين إلى تحريم إصدار هذا النوع من الأسهم^(١)، وبه صدر قرار مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره السابعة، حيث جاء فيه: (لا يجوز إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية، تؤدي إلى ضمان رأس المال، أو ضمان قدر من الربح، أو تقديمها عند التصفية، أو عند توزيع الأرباح، ويجوز إعطاء بعض الأسهم خصائص تتعلق بالأموال الإجرائية، أو الإدارية)^(٢).

وقد استدل على عدم جواز هذا النوع من الأسهم بما يلي:

١- أن أصحاب الأسهم الممتازة ليس لهم مال أو عمل زائد، يستحقون به هذه الزيادة في الربح، وهو إنما يستحق بالمال

(١) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، عبد العزيز الخياط ٢/ ٢٢٢، ٢٢٣، شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٦١، ٣٦٢، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، د. محمد رواس قلعه جي، ص ٦٢، فقه اقتصاد السوق، يوسف كمال محمد، ص ١٦٩، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، د. محمد صلاح محمد الصاوي، ص ٧٠٠، ٧٠١، زكاة الأسهم في الشركات، حسن عبد الله الأمين، ص ١٤، الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، د. عبد الله بن محمد السعيد، ص ٧٠٤، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/ ١١٣، ١١٤، بحوث فقهية معاصرة، د. محمد عبد الغفار الشريف، ص ٨٢.

(٢) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، للدورات ١-١٠، القرارات ١-٩٧، ص ١٣٦.

أو بالعمل، كما هو مقرر في القواعد الشرعية التي تحكم الشركات^(١).

٢- أن النسبة الثابتة التي يأخذها أصحاب الأسهم الممتازة من الأرباح في حقيقتها ربا؛ لأنها زيادة بلا مقابل، والربا حرام، ولأنه يحتمل ألا تريح الشركة غير هذه النسبة، فيكون في ذلك ضرر على المساهمين الآخرين، وظلم لهم، وبخس لحقوقهم، وذلك غير جائز شرعاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِلَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْ عَذَابِ يَوْمِ إِلْيَاسَ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَعَنْتَ أَلْجُوهَ لِلْحَيِّ الْقَيُّومِ وَقَدْ خَابَ مَنْ حَمَلَ ظُلْمًا﴾^(٤)، قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^{(٥)(٦)}.

٣- أن الشركة تقوم على المخاطرة، فإما ربح وإما خسارة،

- (١) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، عبد العزيز الخياط ٢/٢٢٢.
- (٢) سورة الأعراف، الآية: (٨٥).
- (٣) سورة الزخرف، الآية: (٦٥).
- (٤) سورة طه، الآية: (١١١).
- (٥) سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ٣/١١٧، رقم (٢٣٤٠) و (٢٣٤١)، سنن الدارقطني، كتاب البيوع ٣/٧٧، رقم (٢٨٨)، سنن البيهقي، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار ٦/١١٤ رقم (١١٣٨٤) مسند الإمام أحمد، ص ٢٦٠، رقم (٢٨٦٧) المستدرک، كتاب البيوع ٢/٦٦، رقم (٢٣٤٥)، قال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط مسلم، ووافقه الذهبي.
- (٦) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، عبد العزيز الخياط ٢/٢٢٣، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/١١٣.

والخسارة تكون من رأس المال، فإذا ضمن لأصحاب هذه الأسهم حق استرجاع قيمتها، كان ذلك منافياً لمعنى الشركة، كما أنهم - في حال خسارة الشركة - سيحصلون على قيمة أسهم من أسهم الآخرين، وذلك مناف للعدل، وظلم للشركاء الآخرين، وهو غير جائز شرعاً^(١).

ب- حكم الأسهم الممتازة، ذات الصوت المتعدد:

اختلف في حكم إصدار هذا النوع من الأسهم على قولين:

القول الأول: الجواز.

وإليه ذهب الدكتور علي محيي الدين القره داغي، ولكنه اشترط لذلك أن يكون هذا الامتياز منصوصاً عليه في قانون الاكتتاب، وبعيداً عن الاستغلال^(٢).

ولعل هذا النوع من الأسهم هو المراد بما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي السابق، حين نص على جواز إعطاء بعض الأسهم خصائص تتعلق بالأمور الإجرائية، أو الإدارية.

وحجة أصحاب هذا القول أن هذا الامتياز لا يعود إلى الجوانب المالية، وإنما يعود إلى الجوانب الإدارية والإشراف على العمل، الذي يتحكم فيه الاتفاق، وليس فيه أي مخالفة لنصوص الشرع، ولا لمقتضى عقد

(١) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، عبد العزيز الخياط ٢/ ٢٢٣، مشكلة

الاستثمار في البنوك الإسلامية، د. محمد صلاح محمد الصاوي، ص ٧٠٠، ٧٠١.

(٢) الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي القره داغي، مجلة مجمع الفقه

الإسلامي، العدد السابع ١/ ١١٤.

الشركة^(١).

القول الثاني: عدم الجواز، وإليه ذهب جملة من الباحثين، منهم الدكتور عبد العزيز الخياط^(٢)، والدكتور صالح بن زابن المرزوقي^(٣)، والدكتور محمد رواس قلعه جي^(٤)، والدكتور محمد عبد الغفار الشريف^(٥)، والدكتور عطية فياض^(٦)، والدكتور محمد صبري هارون^(٧) والدكتور أحمد محيي الدين أحمد^(٨).

وحجة أصحاب هذا القول أن الواجب تساوي الشركاء في الحقوق، ومن هذه الحقوق التساوي في الأصوات بحسب الأسهم^(٩)، كما أن منح صاحب هذا السهم أكثر من صوت مع أنه يتساوى مع غيره في قيمة السهم يؤدي إلى وقوع الضرر؛ حيث تتحكم أقلية في قرارات الشركة^(١٠).

وأجاب أصحاب هذا القول عن حجة الفريق الأول بأن إعطائه أكثر من

- (١) الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع / ١ / ١١٤.
- (٢) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ٢ / ٢٢٣، ٢٢٤.
- (٣) شركة المساهمة في النظام السعودي، ص ٣٦٠، ٣٦١.
- (٤) المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، ص ٦٢.
- (٥) بحوث فقهية معاصرة، ص ٨٣.
- (٦) سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، ص ١٨٨.
- (٧) أحكام الأسواق المالية الأسهم والسندات، ص ٢٣٠.
- (٨) أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٨٢.
- (٩) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. عبد العزيز الخياط ٢ / ٢٢٣، ٢٢٤.
- (١٠) سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. عطية فياض، ص ١٨٨.

صوت ضرر، والضرر يزال أيًا كان، سواء أكان في الحقوق المالية أم في غيرها^(١).

الترجيح:

الذي يترجح - والله أعلم - القول بالجواز إذا كان هذا الامتياز في التصويت لغرض صحيح، مثل أن يكون صاحبه معروفًا بسداد الرأي، أو الخبرة في المجال المرتبط بنشاط الشركة، ونحو ذلك، بشرط أن يكون ذلك منصوصًا عليه في نظام الشركة.

أما ما ذكره أصحاب القول الثاني من وجوب التساوي في الحقوق، ومنها التساوي في الأصوات، فالجواب عنه، أن مقتضى قولهم هذا أن يقولوا بوجوب المساواة بينهم في الأصوات بحسب الرؤوس، لا بحسب عدد الأسهم؛ إذ هو مقتضى وجوب التساوي في الحقوق، وهم لا يقولون به؛ ذلك أن إعطاء بعض المساهمين ألف صوت مثلاً، وبعضهم مائة صوت، بالنظر إلى عدد الأسهم التي يملكونها، ليس فيه مساواة في الحقوق على الحقيقة، بل هو مفاضلة بينهم في الحقوق بناء على التفاضل بينهم في عدد الأسهم التي يملكونها، كما فوضل بينهم في الأرباح؛ لتفاضلهم في ذلك، وهذا على التسليم بأن التصويت من الحقوق، ولكن الحقيقة أن التصويت ليس من الحقوق التي تجب التسوية فيها، بل هو - في الأصل - من الأمور الإجرائية التي تتعلق بكيفية إدارة الشركة، والترجيح بين الآراء المختلفة.

أما قولهم إن ذلك يؤدي إلى وقوع الضرر، حيث تتحكم أقلية في قرارات الشركة، فالجواب عنه أن هذا المعنى موجود في إعطاء المساهم أصواتاً بعدد الأسهم التي يملكها، فإنه أيضًا يؤدي إلى تحكم أقلية في قرارات الشركة، وهم الذين يملكون الأسهم الكثيرة، فليقولوا في هذا بعدم الجواز أيضًا، وإلا لزمهم التناقض.

(١) سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. عطية فياض، ص ١٨٨.

ثالثاً: حكم إصدار أسهم التمتع:

أسهم التمتع - كما سبق - هي الأسهم التي تعطى للمساهم بعد رد القيمة الاسمية لأسهمه إليه في أثناء قيام الشركة، ويسمى ذلك - أي رد قيمة الأسهم الاسمية - بالاستهلاك^(١).

ولذا فإنه لمعرفة حكم إصدار أسهم التمتع، لا بد من التعرف - أولاً - على المراد بالاستهلاك، وطريقته، والباعث عليه، وما يترتب عليه، ثم بيان حكمه، وذلك فيما يلي:

معنى الاستهلاك:

يراد بالاستهلاك: رد قيمة السهم الاسمية إلى المساهم في أثناء قيام الشركة، دون انتظار أجل انتهائها^(٢).

وهذا يعني أن الاستهلاك لا يتم بأكثر من القيمة الاسمية، جاء في كتاب القانون التجاري: (ويحصل المساهم الذي استهلك أسهمه على قيمتها الاسمية فحسب، دون زيادة)^(٣).

طريقة الاستهلاك:

يحصل استهلاك الأسهم بعدة طرق منها^(٤):

- (١) الوجيز في النظام التجاري السعودي، د. سعيد يحيى، ص ١٩٠، القانون التجاري، د. سميحة القليوبي، د. أبو زيد رضوان، فوزي عبد الظاهر، ص ١٩٣.
- (٢) القانون التجاري، د. سميحة القليوبي، د. أبو زيد رضوان، فوزي عبد الظاهر، ص ١٩٣.
- (٣) القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، ص ٢٩٦.
- (٤) القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، ص ٢٩٥.

- ١ - الاستهلاك الجزئي، وذلك باستهلاك عدد من الأسهم كل عام، وتعين الأسهم التي تستهلك وفق هذه الطريقة بالقرعة.
 - ٢ - الاستهلاك الكلي، وذلك باستهلاك جميع الأسهم استهلاكاً تدريجياً، وذلك بأن يرد إلى المساهمين - كل سنة - جزء من القيمة الاسمية لأسهمهم، حتى تستهلك جميعها عند انتهاء الشركة.
- على أن الأسهم - في كلتا الطريقتين - لا تستهلك إلا من الأرباح أو من الاحتياطي الذي يمكن التصرف فيه؛ إذ يلزم - نظاماً - أن يظل رأس المال ثابتاً سليماً؛ ضماناً لحقوق الدائنين، ولذا فإن عملية الاستهلاك تتوقف في السنة التي لا تحصل فيها أرباح، ولا يوجد احتياطي للشركة^(١).
- كما أن الاستهلاك لا يتم إلا إذا كان منصوصاً عليه في نظام الشركة، لكن لما كان للجمعية العامة غير العادية تعديل نظام الشركة، فلها حين ذلك أن تنص على استهلاك الأسهم، إذا لم يكن منصوصاً عليه في نظام الشركة^(٢).
- وموضع البحث هنا هو الطريقة الأولى؛ حيث إنها الطريقة التي تستتبع إصدار أسهم التمتع؛ إذ يبدو من نص المادة رقم (١٠٤) من نظام الشركات السعودي، أن إصدار أسهم التمتع لا يتم إلا وفق هذه الطريقة، فقد جاء فيها: (ويجوز أن ينص في نظام الشركة على إعطاء أسهم تمتع لأصحاب الأسهم التي تستهلك بالقرعة).

ما يترتب على الاستهلاك:

يترتب على الاستهلاك واحد من أمرين:

- (١) الشركات التجارية، محمود بابلي، ص ١٨٧، القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، ص ٢٩٦.
- (٢) القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، ص ٢٩٦.

الأول: إعطاء المساهم الذي يستهلك سهمه سهم تمتع، يخوله حقاً في الأرباح السنوية التي تحققها الشركة، وحقاً في موجودات الشركة عند تصفيتها، كما يكون له الحق في حضور الجمعية العامة للمساهمين، والتصويت على قراراتها، وهذا يعني أن المساهم الذي أعطي سهم تمتع بسبب استهلاك أسهمه يبقى شريكاً، له حقوق الشركاء^(١).

غير أن الربح الذي يأخذه صاحب سهم التمتع يكون أقل مما يأخذه صاحب السهم الذي لم يستهلك، ولذا ينص في نظام الشركة - في العادة - على إعطاء أصحاب الأسهم التي لم تستهلك نسبة معينة من الأرباح (٥٪ من قيمتها مثلاً)، ثم يوزع فائض الربح بالتساوي بين أسهم رأس المال (وهي الأسهم التي لم تستهلك) وأسهم التمتع، كما أنه عند حل الشركة لا يأخذ أصحاب أسهم التمتع شيئاً إلا بعد أن يستوفي أصحاب أسهم رأس المال قيمة أسهمهم^(٢).

الثاني: خروج المساهم الذي تستهلك أسهمه من الشركة، وانقطاع علاقته بها؛ إذ إن إعطاءه سهم تمتع أمر ليس بلازم، كما هو مفهوم من تعبير المادة المذكورة بـ (يجوز).

جاء في كتاب القانون التجاري: (والأصل أنه إذا استهلك السهم انقطعت كل علاقة بين المساهم والشركة)^(٣)، وجاء في كتاب الشركات التجارية: (ليس هناك ما يمنع من أن ينص نظام الشركة على أن استهلاك السهم يترتب عليه خروج المساهم

(١) الشركات التجارية، د. علي حسن يونس، ص ٣١٦، ٣١٧، الشركات التجارية، محمود

بابلي، ص ١٨٩، القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، ص ٢٩٦، ٢٩٧.

(٢) الشركات التجارية، محمود بابلي، ص ١٨٧، ١٨٨، القانون التجاري، د. مصطفى كمال

طه، ص ٢٩٧.

(٣) القانون التجاري، محمد فريد العريني، ص ٨٩.

من الشركة، فلا يعطى سهم تمتع، ولا يجوز له أن يحضر الجمعية العامة، كما لا يكون له الحصول على شيء عند التصفية)^(١).

الباعث على الاستهلاك:

جاء في موسوعة الشركات التجارية، في بيان الباعث على الاستهلاك: (الأصل أن الأسهم لا تستهلك ما دامت الشركة قائمة؛ لأن من حق الشريك البقاء في الشركة، ومع ذلك فإن استهلاك الأسهم يبدو ضرورياً في بعض الحالات، إذا كانت الشركة تخشى هلاك موجوداتها عند انتهاء الشركة، كما إذا كان موضوع استثمارها سفناً بحرية، أو سيارات للنقل، أو مناجم، أو محاجر، أو كانت تشغل مرفقاً عاماً بطريق الامتياز من الدولة، حيث تتول ممتلكات الشركة إلى الدولة بعد المدة المتفق عليها)^(٢).

وجاء في كتاب القانون التجاري، تعليلاً للاستهلاك في الحالات المذكورة: (ومن ثم تقوم هذه الشركات باستهلاك الأسهم أثناء حياتها؛ حتى لا يستحيل على المساهمين الحصول على قيمة أسهمهم عند حلها، مع منح المساهم الذي استهلك سهمه سهم تمتع، بدلاً من سهم رأس المال المستهلك)^(٣).

حكم استهلاك الأسهم بطريق القرعة:

اختلف في حكم استهلاك الأسهم بطريق القرعة على قولين:

القول الأول: جواز الاستهلاك.

(١) الشركات التجارية، د. علي حسن يونس، ص ٣١٧ حاشية رقم ٧.

(٢) موسوعة الشركات التجارية، د. عبد الحميد الشواربي، ص ٥٩٥.

(٣) القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، ص ٢٩٥.

وإليه ذهب الدكتور عبد الله السعيدى^(١).

القول الثانى: عدم جواز الاستهلاك.

وإليه ذهب الدكتور صالح المرزوقى^(٢).

الأدلة:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل الدكتور السعيدى لقوله بما يلى:

- ١ - (أنه تم بالتراضى؛ إذ من شرطه أن يكون منصوفاً عليه فى نظام الشركة، ومعلوم أن الشركاء قد تراضوا على نظامها)^(٣).
- ٢ - أنه تم بطريقة عادلة؛ حيث إنه يتم بطريق القرعة، والقرعة طريق شرعى معتبر فى القسمة^(٤).
- ٣ - (أن فيه مصلحة للشركاء؛ إذ يستغلون فتوة الشركة وقيامها، فى استرجاع ما بذلوه فيها)^(٥).
- ٤ - (أن المعاوضة فيه عادلة؛ فصاحب الأسهم المستهلكة يسترد رأس ماله الذى دفعه، وبمقابلة ذلك يثول إلى الشركاء فى الشركة نصيبه فى

(١) الربا فى المعاملات المصرفية المعاصرة ١/٧١٣، ٧١٤.

(٢) شركة المساهمة فى النظام السعودى، ص ٣٦٧، ٣٧١.

(٣) الربا فى المعاملات المصرفية المعاصرة، د. عبد الله بن محمد السعيدى ١/٧١٢.

(٤) المرجع نفسه ١/٧١٢.

(٥) المرجع نفسه ١/٧١٣.

الأرباح، وفي موجودات الشركة)^(١).

وهذا الدليل يتضمن أمرين:

الأول: أن المساهم باستهلاك أسهمه قد استرد رأس ماله، وأنه بذلك يخرج من الشركة، كما يفهم من قوله إن نصيبه في الأرباح وفي موجودات الشركة يتول إلى المساهمين الآخرين، وكما يظهر من كلامه في موضع آخر، خرج فيه الاستهلاك على الإقالة، ورأى بناء عليه أن إعطاء المساهم الذي استهلك أسهمه سهم تمتع يخوله الحصول على نصيب في الأرباح وموجودات الشركة عند التصفية، منافٍ لذلك^(٢).

الثاني: أن الاستهلاك عقد معاوضة بين المساهم الذي استهلك أسهمه، وبين بقية المساهمين، يأخذ فيه المساهم رأس ماله، مقابل أن يأخذ سائر المساهمين نصيبه في الربح، وفي موجودات الشركة، وأن هذه المعاوضة تعد معاوضة عادلة.

أما الأمر الأول، فهو مناقش من وجهين:

الوجه الأول: لا يسلم بأن المساهم قد استرد رأس ماله بالاستهلاك؛ وذلك أن له حقاً في الشركة يزيد على رأس ماله، يتمثل بالإضافة إلى رأس ماله، في نصيبه من الأرباح والاحتياطيات، وإعطاؤه منه ما يعادل رأس ماله فقط (القيمة الاسمية لأسهمه) إعطاء له بعض حقه، وحمل ما دفع له على أنه رأس ماله، ليس بأولى من حمله على أنه ربح ماله، فالأولى أن يقال إنه أخذ جزءاً من حقه، بما يشتمل عليه من ربح ورأس مال، وليس من رأس المال فقط.

وعلى فرض التسليم بأن ما أخذه هو رأس ماله، لكن يبقى حقه في أرباح الشركة واحتياطياتها، فلا يصح أن يحكم بخروجه من الشركة قبل أن يستوفيه.

(١) المرجع نفسه ٧١٣/١.

(٢) المرجع نفسه ٧٠٩/١ وما بعدها.

فإن قيل: إنه قد رضي بإسقاطه، مقابل حصوله على قيمة أسهمه، وإذا كان ذلك برضاه كان ذلك جائزاً، يترتب عليه خروجه من الشركة.

فالجواب عن ذلك بعدم التسليم؛ وذلك أن المساهم إنما رضي باستهلاك أسهمه، مقابل أن يعطى سهم تمتع، يخوله الحصول على نصيبه من الأرباح، ومن موجودات الشركة عند التصفية، بعد أخذ أصحاب أسهم رأس المال قيمة أسهمهم، وهذا يعني أن المساهم لم يرض بإسقاط حقه في هذا النوع من الاستهلاك.

الوجه الثاني: أن القول بخروج المساهم من الشركة بالاستهلاك يؤدي إلى نتيجة باطلة إذا تم استهلاك جميع الأسهم بالقرعة قبل انقضاء الشركة، إذ يؤدي ذلك إلى خروج جميع الشركاء من الشركة، فتبقى أموال الشركة بلا مالك، وذلك باطل، فما أدى إليه يكون باطلاً. جاء في كتاب القانون التجاري (ولما كان استهلاك الأسهم غير جائز إلا من الأرباح، دون أن ينقص رأس المال بهذا الاستهلاك، ومن الغبن أن يحرم الشريك من مساهمته في شركته الناجحة، فضلاً عن أنه لو استهلكت معظم أسهم الشركة لتركز رأس مال الشركة في يد بقية ضئيلة دون حق، ولو فرض واستهلكت جميع الأسهم فإنه تثور عقبة قانونية، هي معرفة من هو صاحب الحق في أرباح الشركة، وفي أموالها عند التصفية، لذلك يمنح المساهم الذي استهلكت أسهمه سهم تمتع، بدلاً من سهم رأس المال المستهلك، وبذلك لا تنقطع صلته بالشركة، ويظل شريكاً بها كما كان قبل تغيير سهمه)^(١).

أما الأمر الثاني: فإنه لا يسلم بما ذكره من أن الاستهلاك عقد معاوضة؛ لأن المعاوضة غير مرادة للمتعاقدين؛ لما ذكرته من أن المساهم لم يرض أصلاً بإسقاط حقه في الأرباح وموجودات الشركة، وإنما قبل بأن يأخذ رأس ماله مقابل أن يعطى

(١) القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، ص ٢٩٦.

سهم تمتع يخوله الحصول على نصيبه من الأرباح، ومن موجودات الشركة عند التصفية.

وبذلك يعلم ما في قوله - من أن ذلك يعد معاوضة عادلة - من النظر؛ بل في القول بخروجه من الشركة بالاستهلاك الذي لا يسترد فيه إلا جزءاً من حقه، يتمثل فيما يعادل القيمة الاسمية لأسهمه؛ وهي أقل من حقه قطعاً؛ لأن الاستهلاك لا يكون إلا من الأرباح، لا من رأس المال، أقول: إن في ذلك ظلمًا له، وهضمًا لحقه، وفي هذا أكل للمال بالباطل، وهو محرم في شرع الله، وهذا كما قال العلماء في مسألة الصلح على الإقرار، إذا منع المقرّ المقرّ له من حقه حتى يضع عنه بعضه، فالصلح باطل؛ لأنه صالح عن بعض ماله ببعضه^(١)، ولأن في ذلك أكلاً لمال الغير بالباطل^(٢)، قال في كتاب الإرشاد: (الصلح على الإقرار هضم للحق، وإلزام الذمة ما ليس عليها، فإن تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه على طريق الترك بطيبة من نفسه، أو التزم المنكر بعض ما ادعي عليه بطيبة من نفسه جاز في الوجهين، غير أن ذلك ليس بصلح ولا هو من باب الصلح بسبيل، فإن ألزم المقرّ له ترك بعض حقه، فتركه عن غير طيبة من نفسه، أو ألزم المنكر بعض الدعوى بغير طيبة من نفسه، لم يطب ذلك للآخذ في الوجهين جميعاً)^(٣).

ثانيًا: أدلة القول الثاني:

استدل الدكتور صالح المرزوقي لقوله بعدم جواز استهلاك الأسهم بأن الاستهلاك في الواقع استهلاك صوري لا حقيقي؛ وذلك لأن الذي يأخذه المساهمون في مقابل أسهمهم هو حقهم في الربح، وليس شيئًا آخر، فهم يأخذون حقوقهم،

(١) الشرح الكبير، لابن أبي عمر ١٢٧/١٣.

(٢) الروض المربع، للبهوتي ٥٦٩/١.

(٣) الإرشاد إلى سبيل الرشاد، لابن أبي موسى الحنبلي، ص ٢٦٥.

وما يسمى بالاستهلاك لا وجود له في الحقيقة؛ لأن السهم يظل باقياً على ملك صاحبه، فالحكم على الأسهم بالاستهلاك هو حكم قانوني لا شرعي، وكل ما يأخذه الشركاء من الربح فهو حقهم^(١).

وكأن المرزوقي يريد أن يقول: لما كان الاستهلاك لا حقيقة له؛ لكون المساهم لم يسترد رأس ماله، وإنما أخذ نصيبه من الربح، وكان يترتب على هذا الاستهلاك الصوري إعطاء المساهم أقل من حقه في الربح، أو في ناتج التصفية، وهو غير جائز، كان الاستهلاك الذي يترتب هذا الأثر غير جائز.

وهذا التقدير في كلام الدكتور المرزوقي لا بد منه^(٢)، وإلا يمكن أن يقال ما دام أن ما يأخذه المساهم في الحقيقة هو نصيبه من الربح، فلم لا يكون ذلك جائزاً؟

وقد نوقش ذلك بعدم التسليم، و(أن الاستهلاك له حقيقة، وله أثر يظهر في إعفاء من استهلكت أسهمهم من المسؤولية سلباً، فلا ينالهم خسارة ولا ضمان، وهذا أثر ظاهر للاستهلاك، فلم يعد صورياً)^(٣).

وعندي في هذا الوجه من المناقشة نظر؛ لأن المستدل يريد أن الاستهلاك

(١) شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٦٧ بتصرف.

(٢) هذا التقدير يفهم من كلام المرزوقي في موضع آخر، حيث قال: (وبناء على ما سبق فأسهم التمتع لا تجوز شرعاً، واستهلاك الأسهم لا معنى له - كما سبق بيانه - ولا يجوز شرعاً إلا في صورة واحدة، وهي أن تستهلك جميع الأسهم تدريجياً بنسبة معينة، مثل ٥٪ أو ١٠٪ من قيمة السهم، حتى يتم استهلاك جميع الأسهم في وقت واحد، وبهذا تتم المساواة والعدالة بين جميع الشركاء، ويتم صرف الأرباح بنسبة واحدة، على أن يأخذ كل نصيبه من موجودات الشركة عند التصفية، وعلى ألا تستبدل بأسهم تمتع). شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٧١.

(٣) الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، د. عبد الله بن محمد السعيد، ١/٧٠٩، ٧١٠.

الذي يحصل برد القيمة الاسمية، ليس هو استهلاك في الحقيقة؛ لأنه لم يحصل - في الواقع - رد لرأس المال الذي ساهم به المساهم، بل الذي حصل هو أنه أعطي نصيبه من الربح، وسهمه ما زال باقياً، فلم يحصل استهلاك، والمناقش لم يبين وجه كون الاستهلاك حقيقياً، إلا بما ذكره من انتفاء الضمان والخسارة عن استهلاك أسهمه، وللمستدل ألا يسلم بذلك؛ لأن انتفاء الضمان والخسارة مبني على كون الاستهلاك حقيقياً، وهو ما لا يراه المستدل، فكان لا بد من ذكر وجه آخر غير هذا الوجه؛ لبيان كون الاستهلاك حقيقياً؛ وإلا ظل الحجاج قائماً، والخلاف مستمراً، فالمستدل يقول إن الاستهلاك غير حقيقي، فلا ينتفي الضمان والخسارة، والمناقش يقول إن الاستهلاك حقيقي، فالضمان والخسارة منتفیان.

على أن القول بأن المساهم الذي تستهلك أسهمه يعفى من المسؤولية، فلا يناله خسارة ولا ضمان، غير مطابق للواقع؛ لأن المساهم الذي استهلك أسهمه، وأعطى بدلاً عنها أسهم تمتع، يظل مالكا لجزء من أموال الشركة؛ لأنه لم يأخذ كل ماله؛ لما ذكر من قبل أن الاستهلاك إنما يكون من أرباح الشركة، لا من رأس مالها، وهذا يعني أنه بقي له نصيب في أموال الشركة، يتحمل في حدوده الضمان والمسؤولية، وتناله الخسارة بقدره، وفي هذا المعنى يقول الدكتور محمود بابلي عن هذه الفئة من المساهمين: (ولا زالوا مساهمين، مسؤولين ضمن حدود ملكية أسهمهم في تحمل التبعات المالية، التي تقع على عاتق الشركة)^(١).

لكن القول بأن الاستهلاك صوري لا حقيقي غير مسلم من وجه آخر، فإنه إنما يصح لو كان ما يعطاه المساهم على أنه القيمة الاسمية لأسهمه هو نصيبه من الربح، لكن الأمر ليس كذلك، فإنه وإن كان يعطى قيمة أسهمه من أرباح الشركة، لكن هذه الأرباح مملوكة له ولغيره من المساهمين، فما أعطي جزء منه نصيبه من الربح والجزء

(١) الشركات التجارية، ص ١٨٩.

الأخر من نصيب بقية المساهمين، يمثل بالنسبة للمساهم الذي استهلكت أسهمه جزءاً من القيمة الاسمية لأسهمه، أي: من رأس ماله، فثبت أن الاستهلاك حقيقي لا صوري، لكنه استهلاك غير كامل، لأنه لم يرد على كل ما يستحقه المساهم من أموال في الشركة. نعم يتصور كون الاستهلاك صورياً، لو كان ما أعطي على أنه قيمة أسهمه يساوي نصيبه في الأرباح واحتياطات الشركة فعلاً، وهذا يتصور فيما إذا بلغت الأرباح في السنة التي حصل فيها الاستهلاك ١٠٠٪، أو نسبة أقل، لكن يحصل بضم نصيبه في الاحتياطات إليها، أن يبلغ ما دفع له مقدار ما يستحقه في أموال الشركة زيادة على رأس ماله.

لكن يبدو أن حدوث مثل ذلك نادر، إن لم يكن غير وارد، إذ يعد أن تصل الأرباح في سنة من السنوات إلى هذا القدر، ولا يجري توزيعها على المساهمين جميعهم. على أنه حتى في هذه الحالة يمكن القول بجواز الاستهلاك، وذلك أن ما أخذه وإن كان نصيبه في الأرباح، إلا أن بقية المساهمين، لم يأخذوا مثل ما أخذ، ومعلوم أن توزيع الأرباح في أثناء قيام الشركة غير لازم إلا برضا جميع الشركاء؛ إذ الربح وقاية رأس المال، فإذا أعطي ذلك دونهم، مقابل أن يسقط من حقه في الشركة بقدر ما أخذ، كان ذلك جائزاً.

الترجيح:

الذي يترجح لي - والله تعالى أعلم - هو القول بجواز الاستهلاك، الذي هو رد مثل القيمة الاسمية للأسهم التي يملكها المساهم؛ وذلك أن المساهم قد دخل في الشركة على هذا، حيث إنه منصوص عليه في نظامها، والمسلمون على شروطهم، لكنني لا أوافق الدكتور السعيد في ما ذهب إليه من خروج المساهم من الشركة بذلك، كما سبقت مناقشة ذلك قريباً.

حكم إصدار أسهم التمتع:

اختلف في حكم إصدار أسهم التمتع على قولين:

القول الأول: التفصيل، وإليه ذهب الدكتور عبد العزيز الخياط، حيث ذكر أن من أسهم التمتع ما هو جائز شرعاً، ومنها ما هو غير جائز. وقد بنى ذلك على نوع القيمة التي يأخذها المساهم، وخلاصة ما ذكره أن هذه القيمة لا تخلو من حالتين^(١):

الحالة الأولى: أن تكون القيمة التي أعطيت للشريك هي القيمة الحقيقية للسهم - سواء أكانت أقل من القيمة الاسمية أم أكثر - وفي هذه الحالة يكون سهم التمتع غير جائز شرعاً؛ وذلك أن صلته بالشركة قد انتهت، والمساهم قد استوفى من الأموال ما يوازي حصته، التي تتمثل في رأس المال المدفوع، وحقه في موجودات الشركة ورأس مالها الاحتياطي، أو أي حق آخر، فلا يستحق بعد ذلك شيئاً من ربح الشركة؛ إذ الربح كما هو مقرر شرعاً يستحق بالمال أو بالعمل أو بالضمان، وهو قد خرج من الشركة، فلم يعد يوجد في حقه شيء من ذلك، فلا يستحق شيئاً من الربح.

الحالة الثانية: أن تكون القيمة التي أعطيت للمساهم هي القيمة الاسمية، وفي هذه الحالة لا يخلو الأمر من حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون القيمة الاسمية للأسهم أقل من قيمتها الحقيقية، وفي هذه الحالة يجوز أن يعطى سهم تمتع؛ لأن علاقة الشريك المساهم بالشركة تظل قائمة؛ إذ إنه أخذ قيمة السهم الاسمية، وهو رأس ماله المدفوع في بدء الشركة، فيبقى

(١) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ٢/ ٢٢٥، ٢٢٦، الشركات في ضوء الإسلام، ص ٦٥.

له حق في موجودات الشركة، وفي رأس مالها الاحتياطي، وفي أي حق آخر، غير رأس ماله الذي استرده، فيستحق حينئذ أن يأخذ جزءاً من أرباح الشركة، ولو كانت أقل من أرباح أولئك الذين لم يأخذوا قيمة أسهمهم من الشركة؛ لأن الربح هنا استحق بالمال الذي بقي له في الشركة، فكان من الجائز شرعاً أن يكون له هذا السهم، وأن يستحق به الربح.

الحالة الثانية: أن تكون القيمة الاسمية أعلى من القيمة الحقيقية للسهم وفي هذه الحالة لا يجوز أن يعطى سهم تمتع؛ لأنه لا يبقى له حق في الشركة؛ لأنه استوفى رأس ماله المدفوع كاملاً غير منقوص، ولم يشارك بقية المساهمين النقص في أموال الشركة، أو الخسارة فيها، فيكون قد انقطع عن الاشتراك فيها، فإذا ربحت الشركة بعد ذلك فلا حق له في أرباحها؛ لعدم وجود السبب الذي يستحق به الربح شرعاً، فلا يجوز حينئذ سهم التمتع في هذه الحالة.

القول الثاني: عدم جواز إصدار أسهم التمتع، وإليه ذهب جمهور الباحثين المعاصرين، ومنهم: الدكتور صالح المرزوقي^(١)، والدكتور محمد عثمان شيبير^(٢)، والدكتور محمد رواس قلعه جي^(٣)، والدكتور علي محيي الدين القره داغي^(٤)، والدكتور عبد الله السعيد^(٥)، والدكتور أحمد محيي الدين أحمد^(٦).

- (١) شركة المساهمة في النظام السعودي، ص ٣٦٩، ٣٧١.
- (٢) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ١٦٦.
- (٣) المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، ص ٦١.
- (٤) الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١٢٣/١.
- (٥) الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة ١/٧١٢، ٧١٨.
- (٦) أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٨٢.

أدلة هذا القول:

ينقسم أصحاب هذا القول إلى فريقين، لكل منهما أدلة مخالفة - في اتجاهها - لأدلة الفريق الآخر، وهذان الفريقان هما:

الفريق الأول: يرى أن إعطاء سهم تمتع يؤدي إلى إعطاء المساهم ما لا يستحقه، بناء على أنه استرد رأس ماله وخرج من الشركة، ويمثل هذا الفريق الدكتور محمد عثمان شبير، والدكتور محمد رواس قلعه جي، والدكتور علي محيي الدين القره داغي، والدكتور عبد الله السعيد، والدكتور أحمد محيي الدين أحمد، ولذا جاءت أدلتهم في هذا الاتجاه، ومنها:

١- أن صاحب سهم التمتع قد استرد قيمة سهمه، وخرج من الشركة، فلم يعد شريكاً، فلا يستحق المشاركة في الأرباح؛ لأن الربح في الشركات يستحق بأحد أسباب ثلاثة، وهي المال والعمل والضمان، ولا يوجد أي سبب منها في صاحب سهم التمتع^(١).

ويناقش هذا بأن قولكم إن المساهم يخرج من الشركة باسترداده قيمة أسهمه مبني على أنه بذلك قد استرد رأس ماله، وقد بينت أن هذا غير مسلم، وأنه على فرض التسليم به، فقد بقي للمساهم في الشركة جزء من ماله، يتمثل في نصيبه من الأرباح واحتياطيات الشركة، فبقي له مال يستحق به المشاركة في الأرباح، فلم يصح قولكم إنه لا يوجد في صاحب سهم التمتع سبب من الأسباب التي يستحق بها الربح.

٢- أن وجود نوعين من الأسهم: أسهم عادية، يبقى أصحابها ملتزمين

(١) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د. محمد عثمان شبير، ص ١٦٦، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، د. محمد رواس قلعه جي، ص ٦١.

بالتزامات الشركة، وأسهم تمتع يستهلكها أصحابها، ويتخلصون من خسارتها، مخالف لمقتضى عقد الشركة من المساواة بين الجميع، واحتمال المخاطرة للجميع، فلا يجوز أن ينجو مساهمون من تحمل الخسارة حين يأخذون قيمة أسهمهم، ويتحمل الباقون الخسارة كلها، فهذا ظلم وإجحاف وضرر لا يجوز شرعاً^(١).

ويناقش هذا بأن هذا الدليل مبني على أن الاستهلاك الذي فيه رد القيمة الاسمية لأسهم الشريك إليه، مع بقاءه في الشركة ومشاركته لأصحاب الأسهم العادية في الأرباح، ظلم وإجحاف بأصحاب الأسهم العادية، ومفاد هذا الدليل عدم جواز الاستهلاك بهذه الطريقة، أي طريقة القرعة، وقد سبق الاستدلال على جواز الاستهلاك، فأغنى عن إعادته هنا، غير أن دعوى الظلم هنا لا حقيقة لها؛ ذلك أن الأرباح التي يأخذها من استهلك أسهمه أقل مما يأخذ أصحاب الأسهم التي لم تستهلك، وهذه الأرباح هي في مقابل ما بقي له من مال في الشركة، بل الظلم في إخراجها من الشركة، وإسقاط حقه في هذا المال، ثم في حرمانه من الربح الذي يقابل هذا المال.

وأما القول بأنه باستهلاك أسهمه قد نجا من الخسارة، فإن أريد أنه نجا من الخسارة مطلقاً فغير صحيح؛ لأنه قد بقي له مال في الشركة، فلو حصلت خسارة لخسر هو أيضاً هذا المال، وإن أريد أنه نجا من أن يخسر ماله الذي دخل به في الشركة، في حين أن بقية المساهمين عرضة لهذه الخسارة، فالجواب عنه من وجوه:

(١) الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/١٢٣.

الأول: أن هذا الاستهلاك قد تم برضا المساهمين من خلال قبولهم لنظام الشركة.

الثاني: أن الاستهلاك ليس خاصاً بفئة من المساهمين، بل هو حق لجميع المساهمين، لكن لما كان قد يتعذر استهلاك أسهم الجميع مرة واحدة، كان لا بد من تعيين من تستهلك أسهمه بطريق القرعة، والقرعة طريق شرعية في القسمة.

الثالث: أن المساهم الذي تستهلك أسهمه يقل نصيبه في الأرباح بقدر ما رد إليه من ماله، فحصلت المساواة في الربح والخسارة، إذ هما على قدر مال كل منهم، فلم يصح ما ذكرتموه من أن هذا مخالف لمقتضى عقد الشركة، من المساواة بين الجميع، واحتمال المخاطرة للجميع.

٣- أن إصدار سهم التمتع يخالف القواعد العامة في الشريعة، فإن دفع المفسدة أولى من جلب المصلحة، ورد رؤوس الأموال إلى أصحابها دفع لمفسدة الخسارة، أما إعطاء أسهم تمتع لمن استردوا رؤوس أموالهم، فهو مصلحة محققة تراحم حقوق أصحاب رؤوس الأموال في استردادها، فكان الأولى تقديم حق من لم يسترادوا؛ إذ هو من قبيل دفع المفسدة^(١).

ويناقش هذا بأنه يمكن معارضة كلامه بمثله، بأن يقال إن في إعطاء أصحاب الأسهم المستهلكة نسبة من الأرباح، دفع مفسدة، وهي مفسدة منعهم من حقهم، وفي رد رؤوس الأموال إلى أصحاب الأسهم غير المستهلكة مصلحة، وهي تجنب الخسارة، ودفع المفسدة أولى

(١) الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، عبد الله بن محمد السعيد، ١/٧١٨.

من جلب المصلحة، بل كلامنا أولى؛ لأن المفسدة بعدم إعطائهم حقهم محققة، أما مفسدة الخسارة فهي غير محققة، إذ يمكن أن تحدث خسارة ويمكن ألا تحدث، ثم على كلامه فإن مصلحة إعطائهم سهم تمتع مصلحة متحققة كما قال هو، ومفسدة الخسارة متوهمة، والمتحقق لا يترك بالمتوهم.

٤- أن إصدار أسهم التمتع يناقض ما من أجله كان الاستهلاك، وهو تجنب المساهم الخسارة المحتملة، من خلال رد رأس ماله إليه حال قيام وقوة الشركة^(١).

ويناقش هذا بالمنع، فإن الخسارة المحتملة، قد تم تجنبها برد قيمة أسهمه إليه، وإعطاؤه سهم تمتع بعد ذلك لا يوقعه في الخسارة، حتى يقال إنه يناقض ما من أجله كان الاستهلاك، بل بإعطائه سهم تمتع يحصل المقصود وزيادة.

الفريق الثاني من القائلين بمنع أسهم التمتع: يرى أن إعطاء المساهم الذي استهلكت أسهمه سهم تمتع يؤدي إلى حرمانه من كامل حقه، وذلك بإعطائه نصيباً أقل في الأرباح وفي ناتج التصفية، وهذا لا يجوز؛ لأن ما أخذه المساهم إنما هو نصيبه من الربح، وليس رأس ماله على الحقيقة، ويمثل هذا الفريق الدكتور صالح المرزوقي، ولذلك جاءت أدلته في هذا الاتجاه، ومنها:

١- أن أسهم التمتع لا حقيقة لها في الواقع، بل هي أسهم وهمية بديلة للأسهم التي كانت وحكم عليها بالاستهلاك^(٢).

(١) المرجع نفسه ٧١٩/١.

(٢) شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٦٩.

ويناقش هذا بأن هذا الكلام لا معنى له؛ إذ ما معنى أن أسهم التمتع وهمية؟ إلا إن كان يريد أن الأسهم الأصلية لم تستهلك في الحقيقة، فهي باقية، وتسميتها بأسهم تمتع تسمية غير صحيحة، وحينئذ يعود كلامه إلى القول بصورية الاستهلاك، وهو ما سبق مناقشته، وبيان أن الاستهلاك حقيقي لا صوري.

٢- ما في أسهم التمتع من الإجحاف والظلم باللذين أنشئت لهم تلك الأسهم؛ حيث ينقص من ربح أسهمهم الحقيقية التي قلنا إنها لم تستهلك على الحقيقة، وإنما استهلاكها قانوني فقط، إذ يجب أن يحصل أصحاب أسهم التمتع على ربح يتساوى مع أسهمهم الحقيقية^(١).

كما أن إعطاء أصحاب الأسهم التي لم تستهلك نسبة ثابتة من القيمة الاسمية، واقتسام الباقي من الربح بينهم وبين أصحاب أسهم التمتع يؤدي إلى الظلم؛ لأن هذه النسبة قد تستوعب الربح^(٢).

وقد نوقش هذا من قبل الفريق الأول بأنه جعل الظلم والإجحاف واقعاً على أصحاب التمتع، والحق أنه ليس كذلك، بل هو واقع منهم لا عليهم؛ وذلك أنه إذا حصل استهلاك للأسهم بطريقة القرعة، فإن الشريك يُعطى كامل رأس ماله الذي قدمه، وفي هذه الحال لا يعد نقص ربحه الأيل إليه من أسهم التمتع عن ربح أسهم أصحاب رأس المال إجحافاً في حق صاحب سهم التمتع؛ ذلك أنه قد استوفى رأس ماله كاملاً، في حين أن أصحاب أسهم رأس المال لم يستوفوه، بل إن

(١) المرجع نفسه.

(٢) المرجع نفسه، ص ٣٧٠.

الإجحاف كائن في حق أصحاب أسهم رأس المال؛ إذ صاحب سهم التمتع قد استوفى رأس ماله، ثم هو يزاوهمهم في الربح أيضًا^(١).

والحقيقة أن كلا القولين لا يصح، فإنه بإعطاء المساهم الذي يستهلك سهمه سهم تمتع يخوله حقًا في الربح يعادل ما بقي له من مال ليس فيه ظلم، لا بأصحاب أسهم التمتع، ولا بأصحاب الأسهم التي لم تستهلك، بل الظلم يقع على قول الفريقين جميعًا، فعلى قول الفريق الأول يقع الظلم على أصحاب الأسهم المستهلكة؛ لما فيه من حرمانهم من حقهم في موجودات الشركة وأرباحها، مع أنه بقي لهم مال لم يستوفوه، وعلى قول الفريق الثاني يقع الظلم على أصحاب الأسهم التي لم تستهلك، لما فيه من مساواتهم بأصحاب الأسهم المستهلكة في الأرباح وفي موجودات الشركة، مع أنهم قد أخذوا جزءًا من رأس مالهم في الشركة.

أما إعطاء أصحاب الأسهم التي لم تستهلك نسبة ثابتة من الربح، وما في ذلك من الظلم، فهذا صحيح، إذ لا يجوز تخصيص أحد المساهمين بنسبة ثابتة من الأرباح لما ذكر من أن هذه النسبة قد تستوعب الربح، لكن هذا ليس خاصًا بأسهم التمتع، ولا لازمًا لها، فيمكن إباحة أسهم التمتع مع منع هذا التخصيص.

الترجيح:

يترجح لي - والله أعلم - صحة ما ذهب إليه صاحب القول الأول، من جواز إصدار أسهم التمتع في الحالة التي يأخذ المساهم فيها القيمة الاسمية لأسهمه،

(١) الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، عبد الله بن محمد السعيد، ١/٧١٧.

إذا كانت أقل من القيمة الحقيقية لها، والواقع أن هذه الحالة هي التي ينطبق عليها الاستهلاك محل البحث؛ ذلك أن الاستهلاك إنما يكون من الأرباح لا من رأس المال، فلا بد أن تكون القيمة الاسمية أقل من القيمة الحقيقية.

وعليه فالحالتان الأخريان اللتان ذكرهما - مع صحة ما ذهب إليه فيهما - غير واردتين هنا.

وسبب الترجيح أمران:

الأمر الأول: سلامة القول بجواز أسهم التمتع من المعارضة، ومجيئه على مقتضى القواعد الشرعية في إعطاء كل ذي حق حقه.

الأمر الثاني: ما سبق أن ذكرته في أثناء مناقشة الأقوال، وألخصه هنا، وهو أن المساهم الذي استهلك أسهمه لا يحصل على كل حقوقه في الشركة، وإنما يأخذ جزءاً منها وهو ما يعادل القيمة الاسمية لأسهمه؛ ذلك أنه قد علم أن الاستهلاك لا يكون إلا من الأرباح، وهذا يعني أن رأس المال، وهو ما يعادل القيمة الاسمية لجميع الأسهم - موجود، بالإضافة إلى الأرباح، وإذا كان الأمر كذلك، فإن هناك جزءاً مما يستحقه الشريك لم يستوفه، فلو كان رأس مال الشركة جميعه ١٠٠,٠٠٠ ريال، والأرباح ١٠,٠٠٠ ريال، كان مجموع مال الشركة ١١٠,٠٠٠ ريال، فإذا كانت قيمة السهم الاسمية ١٠٠٠ ريال، وكانت حصة الشريك من الربح ١٠٠ ريال، ورد إليه قيمة سهمه الاسمية فقط، بقيت حصته من الربح لم يستوفها، وإن شئت فقل إنه أخذ حصته من الربح، وجزءاً من رأس ماله، فالحاصل أنه بقي له جزء من حقه في الشركة لم يستوفه.

وإذا كان كذلك كان للمساهم الذي استهلك سهمه بهذه الطريقة حق في الشركة يخوله الحصول على الأرباح وناتج التصفية، فإذا أعطي سهمًا يدل على

أنه قد استهلك سهمه الأصلي، ويخوله حقوقاً في الشركة، كان ذلك جائزاً، سواء أسمى سهم تمتع أم غير ذلك، غير أنه يشترط في هذه الحالة أن يكون نصيبه من الربح أقل من ربح صاحب السهم الذي لم يستهلك، يساوي نسبة قيمة سهمه الجديدة إلى مجموع مال الشركة، الذي يجب أن يقوم تقويماً جديداً يتطابق مع الواقع بعد استهلاك الأسهم.

وليس كما مشى عليه في النظام من إعطاء أصحاب الأسهم التي لم تستهلك نسبة ثابتة من الربح منسوبة إلى القيمة الاسمية للسهم، لما قد يؤدي إليه ذلك من حرمان صاحب سهم التمتع من الربح مطلقاً، إذا لم تحصل أرباح إلا بقدر هذه النسبة. وهذا القول - أعني جواز أسهم التمتع مع إعطاء صاحبه ربحاً أقل من ربح أصحاب أسهم رأس المال، يعادل ما بقي له من مال في الشركة - قول وسط بين قولي مانعي أسهم التمتع؛ إذ في ذلك تحقيق للعدل بين الجانبين، فلا يقع الظلم على أصحاب الأسهم المستهلكة بحرمانهم من ربح أموالهم التي لم يستوفوها، كما هو رأي الفريق الأول، ولا على أصحاب الأسهم التي لم تستهلك بإعطاء المساهمين الذين استهلكوا أسهمهم مثل نصيبهم في الربح، كما هو رأي الفريق الثاني.

رابعاً: حكم إصدار الأسهم الاسمية:

الأسهم الاسمية هي: الأسهم التي يكتب عليها اسم مالِكها، ويقيد ذلك في سجلات خاصة لدى الشركة، بحيث لا تنتقل ملكيتها إلى شخص آخر إلا بقيد ذلك في سجلات الشركة، مع التأشير على الصك بما يفيد انتقال الملكية، أو إبداله بصك آخر. وإصدار هذا النوع من الأسهم جائز، وهو قول من اطلعت على قوله من المعاصرين^(١).

(١) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، عبد العزيز الخياط ٢/ ٢٢٠، =

وقد استدل على جوازها: بأنها صكوك تحمل اسم صاحبها، وتثبت ملكيته لها، وهذا هو الأصل في الشركة شرعاً؛ لأن الشريك هو الذي ساهم في الشركة بتقديم حصة فيها، فهو الذي يملك الأسهم، وهو الذي له الحق في أن تحمل الصكوك المثبتة لحقه اسمه^(١)، وقال بعضهم في الاستدلال: إن هذا هو المطلوب؛ حفاظاً على الحقوق، وضماناً لعدم خلط حق شخص بحق آخر^(٢).

وعندي في هذا الاستدلال نظر؛ فإن القول بأن حمل الصكوك لأسماء أصحابها هو الأصل في الشركة شرعاً، يوحي بأن كتابة أسماء الشركاء على الصكوك واجب شرعاً، وهذا لا دليل عليه، والقول بأن ذلك هو الأصل، إن كان المراد أنه حيث كتبت حصص الشركاء في صكوك فالأصل أن تكتب فيها الأسماء من حيث العادة فنعم، لكن إيجاب ذلك، أو القول بأنه هو المطلوب شرعاً، يحتاج إلى دليل، وليس فيما ذكر ما يدل على الوجوب؛ فإن حفظ الحقوق عن طريق توثيقها بالكتابة، إنما جاء الأمر به في الديون، كما في قوله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ الآية^(٣)، ومع ذلك فقد ذهب جمهور أهل العلم إلى أن ذلك

= شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٥٤، بحوث فقهية معاصرة، د. محمد عبد الغفار الشريف، ص ٨٠، ٨١، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/ ١١٨، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشرعة، د. محمد رواس قلعه جي، ص ٥٨، أحكام الأسواق المالية، الأسهم والسندات، د. محمد صبري هارون، ص ٢٢٤، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. عطية فياض، ص ١٨٣.

- (١) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، عبد العزيز الخياط ٢/ ٢٢٠.
- (٢) الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/ ١١٨، ١١٩.
- (٣) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).

ليس بواجب^(١)؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا﴾^(٢)، أما في غير الديون، فقد جاء النص واضحاً في عدم الأمر بالكتابة، قال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾^(٣).

ولكن قد يستفاد من ذلك رغبة الشارع في حفظ الحقوق وتوثيقها عموماً، فيكون حفظها بالكتابة ونحوها مطلوباً شرعاً، لكنه ليس بواجب.

ولذا أرى أن يستدل على جواز إصدار هذا النوع من الأسهم بأن يقال: إن الشارع قد رغب في توثيق الحقوق وحفظها بالكتابة وغيرها، ولكنه لم يحدد لذلك شكلاً معيناً، فإذا تم ذلك - في باب الشركات - بإصدار أسهم مكتوب عليها أسماء الشركاء، كان ذلك جائزاً، كما أنه إذا تم ذلك بكتابة أسماء الشركاء في سجلات خاصة، أو في إشعارات، أو بأي طريقة أخرى، أو لم تكتب الأسماء أصلاً - لا في صكوك ولا في غيرها - فإن ذلك جائز.

أما القول بوجوب كتابة الأسماء على الصكوك، والتفريع على ذلك بفساد الشركة التي لا يكتب فيها أسماء الشركاء على صكوكها، كما سيأتي عند الكلام عن الأسهم لحاملها، فغير مسلم.

خامساً: حكم إصدار الأسهم الإذنية أو لأمر:

الأسهم الإذنية أو لأمر هي: الأسهم التي يذكر فيها اسم مالكها، مع النص على كونها لإذنه أو لأمره، وعند بيعها يقوم بائعها بتظهيرها، أي: تحويلها إلى المشتري عن طريق كتابة اسمه على ظهر الصك، مع التوقيع، من غير حاجة إلى إثبات ذلك في

(١) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي ٣/ ٣٨٣، أحكام القرآن، لأبي بكر الجصاص ١/ ٤٨٢.

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٨٣).

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).

سجلات الشركة، حيث يتم تداولها بطريق التظهير.

وإصدار هذا النوع من الأسهم جائز، من غير خلاف أعلمه أيضًا بين المعاصرين^(١).

وقد استدل على جواز هذا النوع: بأن الشريك يكون معروفًا في مبتدأ الشركة، وهو لا يحول السهم إلا إلى شخص معروف لديه، فيكون صاحب السهم معروفًا على كل حال، فإذا نقل ملكية السهم إلى الشريك الثاني أصبح الشريك الثاني مالكًا حقيقة للسهم بدلًا عن الأول، ويكون الأول متخليًا عن حقه في الشركة، بنقله ملكية السهم إلى الثاني، وهو نوع من انتقال الحصص إلى شريك آخر، وهو جائز شرعًا، سواء أكان بعوض كالبيع، أم بغير عوض كالهبة؛ لأن الجهالة منتفية بمعرفة الشريك، ولا يفضي إلى منازعة أو ضرر، ولأن باقي الشركاء قد ارتضوا شركة الثاني بموافقتهم على نظام الشركة، الذي يبيح ذلك، والمؤمنون على شروطهم^(٢).

وهذه الطريقة في الاستدلال - وإن كان ما ذكر فيها صحيحًا - عندي فيها نظر؛ لأنها مبنية على أن عدم كتابة اسم الشريك مفضٍ إلى الجهالة، وأنه لا يجوز، وفيه ما سيأتي عند الكلام على الأسهم لحامله.

ولذا أرى أن يقال في الاستدلال على جواز هذا النوع، مثل ما قيل في الاستدلال للأسهم الاسمية، من جواز توثيق الحقوق بأي طريقة كانت، وأضيف هنا أن اتخاذ هذا الشكل فيه مصلحة؛ من حيث تسهيل انتقال ملكية الأسهم إلى المشتري الجديد، دون حاجة إلى اتباع إجراءات نقل الملكية التي يتطلبها النوع الأول، وذلك جائز لعدم مخالفته أصلًا شرعيًا.

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، عبد العزيز الخياط ٢/ ٢٢١، ٢٢٢.

سادساً: حكم إصدار الأسهم لحاملها:

الأسهم لحاملها هي: الأسهم التي لا يذكر فيها اسم مالكها، وإنما يذكر فيها ما يفيد أنها لحاملها، وحينئذٍ يعتبر حاملها مالكا لها، ويتم تداولها ونقل ملكيتها بمجرد المناولة، أي: بتسليمها من يد البائع إلى يد المشتري.

وقد اختلف في حكم إصدار هذا النوع من الأسهم على قولين:

القول الأول: الجواز.

وبه صدر قرار مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، رقم ٦٣ في دورة مؤتمره السابعة، المنعقدة في جدة من ٧ إلى ١٢ / ١١ / ١٤١٢ هـ ونصه: (بما أن المبيع في (السهم لحامله) هو حصة شائعة في موجودات الشركة، وأن شهادة السهم هي وثيقة لإثبات هذا الاستحقاق في الحصة، فلا مانع شرعاً من إصدار أسهم في الشركة بهذه الطريقة وتداولها)^(١).

القول الثاني: عدم الجواز.

وإليه ذهب عدد من الباحثين المعاصرين، منهم: الدكتور عبد العزيز الخياط والدكتور صالح المرزوقي، والدكتور محمد رواس قلعه جي، والدكتور علي محيي الدين القره داغي، والدكتور محمد الشريف، والدكتور عامر سعيد الزبياري، ويوسف كمال محمد، والدكتور محمد صبري هارون، وأحمد محمد الإسلامبولي^(٢).

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ص ١٣٦، وينظر: عمل شركات الاستثمار

الإسلامية في السوق العالمية، د. أحمد محيي الدين أحمد حسن، ص ١٦١.

(٢) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. عبد العزيز الخياط ٢ / ٢٢١،

شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح المرزوقي، ص ٣٥٥، المعاملات المالية

المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، د. محمد رواس قلعه جي، ص ٥٨، الأسواق المالية =

بل ذهب الدكتور عبد العزيز الخياط إلى فساد الشركة التي تصدر أسهمًا لحامله، وفي ذلك يقول: (وعلى هذا فيجب اعتبار الأسهم لحامله في أية شركة باطلة، ويجب رد قيمتها إلى من ساهم فيها أولاً، أو استبدالها بأسهم اسمية، فإذا لم تفعل الشركة ذلك كانت شركة فاسدة)^(١).

وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية^(٢):

١ - ما في هذا النوع من الأسهم من جهالة الشريك:

ويمكن أن يناقش هذا الدليل: بعدم التسليم، فإن الشريك في ابتداء الشركة يكون معروفاً؛ إذ الاكتتاب في الأسهم إنما يكون بالتوقيع على نشرة الاكتتاب المشتملة على بعض البيانات، ومنها اسم الشريك، والسهم إنما يصدر في وقت لاحق، بعد إنهاء إجراءات الاكتتاب، وما يرتبط بذلك من تخصيص الأسهم ونحوه، وهذا المعنى يرفع جهالة الشريك عند المستدل، كما ذكره في الاستدلال لجواز الأسهم لأمر.

= في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/ ١١٩، بحوث فقهية معاصرة، د. محمد الشريف، ص ٨١، أجوبة عن أسئلتك في المعاملات المالية، د. عامر سعيد الزبياري، ص ٢٦٢، ٢٦٣، فقه اقتصاد السوق، يوسف كمال محمد، ص ١٦٩، أحكام الأسواق المالية، د. محمد صبري هارون، ص ٢٢٥، الجوانب الشرعية والاقتصادية للأوراق المالية، أحمد محمد الإسلامبولي، ص ٢٦٩، وينظر توصيات ندوة الأسواق المالية من الواجهة الإسلامية المنعقدة في الرباط، وهي موجودة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس ٢/ ١٦٥٩، ١٦٧٧.

(١) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. عبد العزيز الخياط ٢/ ٢٢١.

(٢) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. عبد العزيز الخياط ٢/ ٢٢١، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/ ١١٩.

ثم إذا سلم السهم للشريك بعد ذلك، وباعه لغيره، فإنه يكون أيضًا معروفًا لديه، وهذا يرفع جهالة الشريك أيضًا، كما ذكره المستدل في الأسهم لأمر.

كما أن حمل الصك وسيلة لمعرفة الشريك، فيعرف أنه شريك بكونه حاملًا له، فصار الشريك معروفًا على كل حال.

فإن أريد أنه قد يجهل الشريك الحقيقي؛ لكونه قد يستولي عليه غيره بالغصب أو السرقة، قيل: العبرة بالظاهر، والظاهر أن الحامل له هو مالكة؛ لكون يده عليه، واحتمال كونه غاصبًا أو سارقًا لا يلتفت إليه؛ لكونه خلاف الظاهر، إلا إذا قامت البينة على خلاف ذلك، فحيثئذٍ يعمل بها، وعند ذلك يعرف الشريك الحقيقي.

وإن أريد بجهالة الشريك كونه غير معلوم لدى الشركة؛ لعدم تدوين اسمه في سجلاتها، قيل هذا المعنى موجود أيضًا في الأسهم لأمر؛ لكون بائعها يحولها باسم المشتري الجديد، دون أن يشعر الشركة بذلك، فهو أيضًا غير معلوم لديها، وقد قلتم بجوازها.

٢- أن إصدار الأسهم لحامله يؤدي إلى النزاع والخصومة.

ويمكن أن يناقش هذا الدليل: بأن المستدل لم يبين وجه كونه مفضيًا للنزاع والخصومة، فإن أراد أنه يؤدي إلى النزاع والخصومة بين الشركاء، فإنه غير مسلم؛ فإن الشركاء يستدلون على كون الشخص شريكًا بكونه حاملًا للصك، ولا يطالبونه بأكثر من ذلك، فلا يكون هناك خصومة بينهم.

وإن أراد أنه يؤدي إلى النزاع بين الشريك وبين غيره ممن قد يدعي

ملكية السهم، فهذا صحيح، ولكن ذلك لا يوجب التحريم؛ لأن مثل ذلك قد يقع في سائر العقود، فإن من اشترى سلعة، ولم يأخذ عليها (فاتورة) مثلاً، فإن هذه السلعة قد تسرق منه، وقد تضيع فيلتقطها غيره، وقد يجدها صاحبها أو مثلها مع أحد فيقع بينهما النزاع في ملكية هذه السلعة، وذلك لا يوجب الكتابة أصلاً، فضلاً عن كتابة اسم المشتري على السلعة، أو فاتورتها.

٣- أن إصدار الأسهم لحاملها يؤدي إلى إضاعة الحقوق، وذلك أنه إذا سرقت صكوك هذه الأسهم، أو استولى عليها مغتصب، أو ضاعت والتقطها آخر، فإن حاملها هو الذي يصبح مالكا لها، مشتركاً في الشركة بحكم النظام، وفي هذا تضييع لحقوق العباد، وضرر واقع بهم، وما أفضى إلى الضرر يمنع منه شرعاً؛ لأن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة.

ويمكن أن يناقش هذا الدليل: بأنه إنما يعتبر مالكا من جهة الظاهر؛ لكون اليد دليل الملك، والأمر كذلك في جميع الأملاك التي ليس عليها ما يثبت ملكية مالكة، فإنها إذا سرقت أو غصبت فإن غاصبها أو سارقها - إذا لم يعلم كونه غاصباً أو سارقاً - يكون مالكا لها في الظاهر، فإذا أقام مالكة البينة على أنها ملكه حكم له بها، ومع ذلك فإنه لم يقل أحد بوجوب كتابة اسم المالك على أملاكه، حفاظاً على الحقوق، فكذلك في الأسهم، لا يجب كتابة اسم مالكة عليها.

على أنه قد تتخذ بعض الإجراءات والاحتياطات التي تقلل من احتمال سرقة هذه الأسهم، أو اغتصابها، كاشتراط اصطحاب فاتورة الشراء

عندما يريد حامل السهم بيعه^(١).

٤ - أن جهالة الشريك تؤدي إلى جهالة أهليته، فيحتمل أن يكون حامله فاقد الأهلية، فيكون شريكًا، وفاقد الأهلية لا يصح اشتراكه بنفسه. ويمكن أن يناقش هذا الدليل: بأنه لا يصح ما ذكر من جهالة الشريك، كما قد سبق بيانه؛ فإن الشريك معلوم في ابتداء الشركة، ومعلوم عندما يشتري السهم، ومعلوم عندما يتقدم بالسهم حاملًا له، فكيف تجهل أهليته؟

فإن قالوا: إنه غير معلوم عندما يسرق السهم مثلاً، قيل: العلم والجهل به في هذه الحال سواء؛ فإنه لا يكون شريكًا ولو كان كامل الأهلية. فإن قالوا: لكن النظام يعتبره شريكًا، قيل: إنما يعتبره شريكًا إذا علم به، ولم يعلم كونه سارقًا، وإذا علم به انتفى الجهل المزعوم، وحيثئذ إذا تبين أنه فاقد الأهلية، فإنه لن يقبل منه؛ لأنه يشترط - حتى في النظام - أن يكون الشريك أهلاً للتصرف^(٢).

٥ - ويمكن أن يستدل المانعون بأن مالكي الأسهم لحاملها لا يكون لهم حق التصويت على قرارات الجمعيات العامة للشركة، كما في بعض الأنظمة^(٣)، وهذا لا يجوز؛ لأن الأصل المساواة بين أصحاب الأسهم في الحقوق، ومنها حق التصويت.

ولكن الصحيح أن مثل ذلك لا يقدر في إباحة السهم لحامله، لما

(١) بورصة الأوراق المالية، علي شلبي، ص ٣٦.

(٢) القانون التجاري السعودي، د. محمد بن حسن الجبير، ص ١٧٧، ١٧٨.

(٣) ينظر: المادة رقم (١) من قانون سوق رأس المال في مصر، رقم ٩٥، لسنة ١٩٩٢.

ذكرته - عند الكلام على الأسهم ذات الصوت المتعدد - من أن مسألة التصويت ليست في الحقيقة من الحقوق، بل هي من الأمور التي تتعلق بكيفية إدارة الشركة، والترجيح بين الآراء المختلفة، وإذ رضي صاحب السهم بعدم المشاركة في شيء من إدارة أعمال الشركة، كان له ذلك؛ لما هو مقرر في قواعد الشركات في الفقه الإسلامي من أنه لا يشترط أن يباشر جميع الشركاء التصرف في أمور الشركة. إذا تبين ذلك، فإن القول بفساد الشركة التي تصدر أسهمًا لحامله لا يصح؛ لأنه مبني على الأدلة السابقة، وقد ذكرت ما يرد عليها من المناقشة، مما يجعلها لا ترقى إلى التحريم، فضلًا عن فساد الشركة.

الترجيح:

الذي يترجح لي - والله أعلم - القول بالجواز؛ وذلك أن الصك لا يعدو أن يكون وثيقة لإثبات الحق، ولما كانت الكتابة في أصلها غير واجبة شرعًا، لم يلزم - إذا وجدت - أن تلزم صفة بعينها.

ومع ذلك فإن الأولى عدم إصدار هذا النوع من الأسهم؛ لما قد يؤدي إليه من المحاذير المذكورة؛ من استيلاء غير مالكيها عليها، مع عدم قدرة المالك على إثبات حقه، وبخاصة أنه قد لا يعلم غاصبه أو سارقه بعينه حتى يقيم عليه الدعوى، لكن التحريم حكم شرعي، لا يصار إليه إلا بدليل واضح. والله أعلم.



المطلب الثاني حكم تداول^(١) الأسهم

وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: حكم بيع الأسهم.

الفرع الثاني: حكم المتاجرة بالأسهم.

الفرع الثالث: حكم إقراض الأسهم.

الفرع الرابع: حكم رهن الأسهم.

الفرع الخامس: حكم السلم في الأسهم.

الفرع الأول: حكم بيع الأسهم:

قبل الكلام عن حكم بيع الأسهم يحسن التعرض لبيان حقيقة السهم، ومحل العقد عند بيع الأسهم؛ لما بين ذلك وبين الكلام على حكم بيع الأسهم من ارتباط وثيق، فأقول:

اختلف في حقيقة السهم، ومحل العقد عند بيع الأسهم على قولين:

(١) يراد بالتداول - هنا - ما هو أعم من البيع والشراء، حيث يرد به مطلق التصرف في الأوراق المالية بما ينقلها من يد إلى يد، سواء كان بالبيع أو غيره.

القول الأول: أن السهم جزء من رأس مال شركة المساهمة عند إنشائها، ثم هو بعد ذلك حصة شائعة في ممتلكات الشركة من أثمان، وأعيان، ومنافع، وديون^(١).
وعليه فإن محل العقد عند بيع السهم هو هذه الحصة الشائعة في موجودات الشركة، ولذلك وجب مراعاة ذلك عند بيع الأسهم.

وإلى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء والباحثين المعاصرين.

جاء في قرارات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: (محل العقد في بيع السهم: إن المحل المتعاقد عليه في بيع السهم، هو الحصة الشائعة من أصول الشركة، وشهادة السهم عبارة عن وثيقة للحق في تلك الحصة)^(٢).
ويمكن أن يستدل لهذا القول بما يلي:

أن شركة المساهمة لا تخرج عن قواعد الشركات، كالعنان والمضاربة، وما يقدمه كل مساهم عند إنشاء الشركة هو في الحقيقة جزء من رأس مالها، وتسميته سهمًا لا يغير من حقيقته شيئًا؛ لأن العبرة بالحقائق لا بالأسماء، فإذا تحول رأس المال إلى أعيان ونحوها، كان السهم في حقيقته حصة شائعة في تلك الأعيان.

وإذا ثبت أن السهم - في حقيقته - جزء من رأس المال، وحصة شائعة في موجوداتها، كان محل العقد عند بيع السهم، هو هذه الحصة الشائعة.

(١) بيع الأسهم، د. وهبة الزحيلي، ص ١٠، ١١، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، عبد الله بن سليمان المنيع، ص ٢٢٠، ٢٢١، زكاة الأسهم في الشركات، د. الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع ١/ ٧٥٩.

(٢) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ص ١٣٦، وينظر: الأسواق المالية وأحكامها الفقهية في عصرنا الحاضر، د. محمد عبد اللطيف الفرفور، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس ٢/ ١٢٧٦.

القول الثاني: أن السهم حصة في شركة المساهمة، باعتبار الشركة شخصاً معنوياً قائماً بذاته، وليس جزءاً من رأس مالها أو حصة شائعة في موجوداتها، والقيمة الاسمية للسهم هي في الحقيقة ثمن الشركة، لا جزء من رأس مالها، وعليه فالمساهمون شركاء في هذا الشخص المعنوي شركة ملك، لا شركة عقد.

وعليه أيضاً فإن محل العقد عند بيع السهم، هو الحصة الشائعة في الشركة ذاتها، باعتبارها شخصية اعتبارية، لا في موجوداتها.

وإلى هذا القول ذهب الدكتور محمد بن علي القري، وفي هذا يقول موضحاً ومستدلاً: (لقد قام التصور المعاصر على أن الشركة تقوم باجتماع الشركاء لإنشائها، ودفعهم لحصصهم من رأس المال بالاككتاب، وهذا غير صحيح؛ إذ الشركة تكتسب الشخصية القانونية قبل ذلك، عند صدور الموافقة من الجهات الرسمية على إنشائها، بعد أن تمر بمرحلة الإشهار، وهي سابقة لمرحلة الاككتاب في كل القوانين المعاصرة، ولذلك فإن الناس عند الاكتاب لا ينشئون شركة، بل هم يشترون أسهماً في شخصية اعتبارية قد أوجدها القانون، ثم هم بشراء هذه الأسهم يصبحون شركاء في ملكية شركة قائمة من الناحية القانونية، فالشخصية الاعتبارية التي أوجدها القانون شبيهة بالرقيق، والناس عندما يكتبون فيها، هم كمن يشتري شقفاً في ذلك الرقيق، فيضحى شريكاً في امتلاكه، وكل من اشترى سهماً، فقد اشترى حصة في هذه الشخصية الاعتبارية، أي في الشركة، وسواء اكتتب فاشترى سهماً عند أول تأسيس الشركة، أو اشترى سهماً في شركة قائمة، فإنه يدفع الثمن يمتلك حصة مشاعة في الشركة، وليس في موجودات أو ممتلكات تلك الشخصية الاعتبارية، ولذلك ليس صحيحاً أن يقال إن السهم حصة مشاعة في موجودات الشركة؛ ذلك لأن الشركة باعتبارها شخصية مستقلة عن جميع حملة الأسهم، هي التي تمتلك تلك الأصول والموجودات من النقود والديون، وهذا شبيه بملكية شقص في العبد كما أسلفنا... وعليه فإن محل العقد في بيع السهم ليس

موجودات الشركة، ولا حصة شائعة في تلك الموجودات، ولكنه نصيب حامل السهم من الشركة ذاتها، أي من الشخصية الاعتبارية، ومن هذا جاء ما نلاحظه من اختلاف يقل ويكثر بين قيمة موجودات الشركة وبين قيمة أسهمها في السوق؛ ذلك لأن السهم ليس ثمنًا للموجودات، بل هو ثمن للشركة^(١).

ويقول: (وينبغي على القول بأن السهم حصة الشريك في رأس المال، أن الشركة لا تقوم إلا بعد دفع الشركاء لرأس المال؛ لأنه بناء على ذلك يتحدد رأس مال الشركة، والواقع أن الشركة تولد في ظل القانون كشخصية اعتبارية، ثم تبيع نفسها حصصًا لمن يشتري، فيصبح عند شرائه مالكًا وليس شريكًا)^(٢).

ويمكن أن ينسب هذا القول إلى الدكتور عيسى عبده، فإنه صرح بإخراج شركة المساهمة من دائرة الشركات، حيث يقول: (وأهم ما نلاحظه على القوانين الوضعية، أنها تضع شركة المساهمة في الموضع المعين من جملة الشركات بأنواعها المعروفة في الفقه، وفي القانون الوضعي.. ذلك.. على حين أن «المساهمة» في حقيقتها (ولا نقول شركة المساهمة) هي منظمة مالية يلتحق بها من يشاء بإرادته المنفردة، حين يكتب في الأسهم، أو حين يشتريها من سوق الأوراق المالية، فيكون مساهمًا، ومن حقه أيضًا أن يبيع الأسهم بإرادته المنفردة، فيخرج من جماعة المساهمين بغير إذنتهم، بل بغير علمهم.. وما هكذا الشركات.. ولا هكذا العقود قطعًا.. والأمر واضح، ومع هذا هو خطأ مشهور ويبدو أنه لا فكاك منه)^(٣).

(١) الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الخامس، العدد الثاني، محرم ١٤١٩هـ، ص ٤٩، ٥٠.

(٢) الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الخامس، العدد الثاني، محرم ١٤١٩هـ، ص ٤٨.

(٣) العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، ص ١٨، ١٩.

وهذا القول يتفق مع الاتجاه الذي مال إليه بعض شراح القوانين، وهو الاتجاه الذي يضيف على شركة المساهمة وصف النظام القانوني، ويخرجها من دائرة العقود، أي: أن شركة المساهمة تكونت بحكم القانون، وليس بعقد أبرمه المساهمون!!

الترجيح:

لعل من المناسب - قبل بيان الراجح في هذه المسألة - التنبيه على أمر، وهو أن السهم - وفق التصور المنبثق من القوانين الوضعية - لا يراد به الحصة الشائعة في موجودات شركة المساهمة، حيث ينظر إلى السهم على أنه شيء قائم بذاته، يستمد قيمته من قوة الشركة ومركزها المالي، ولذلك فإن المساهم - عندهم - وإن كان يملك هذا السهم، لكنه لا يملك حصة في موجودات الشركة؛ إذ هي ملك للشركة ذاتها باعتبارها شخصاً معنوياً قائماً بذاته، ولذا صرحوا بأن السهم يعد من الأموال المنقولة، ولو كانت موجودات الشركة من العقارات؛ لأن السهم ليس حصة في هذه العقارات في نظرهم، وإنما هو شيء قائم بذاته يخول حامله حقوقاً على هذه الشركة، كحق الحصول على الأرباح عند توزيعها، وحق الحصول على حصة في أموال الشركة عند تصفيتها، وغير ذلك من الحقوق.

والواقع أن هذا التصور ليس جزءاً من حقيقة شركة المساهمة، وإنما هو تصور منبثق من مجموعة الأحكام التي وضعتها القوانين الوضعية لهذا النوع من الشركات، بل وللشركة بشكل عام، وفي مقدمة هذه الأحكام أن أموال الشركة ليست ملكاً للشركاء، وإنما هي ملك للشركة ذاتها، وهو حكم ليس خاصاً - عندهم - بشركة المساهمة، بل هو حكم عام لكل أنواع الشركات، عدا شركة المحاصة^(١)، ولذا فإن

(١) شركة المحاصة هي: (شركة تجارية مستترة، ليس لها شخصية معنوية، تنعقد بين شخصين =

للفقهاء مندوحة في عدم الاتفاق مع هذا التصور، ووضع تصور يتطابق مع حقيقة شركة المساهمة، يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها المنظمة للشركات.

إذا علم ذلك، فالذي يترجح لي - والله أعلم - هو القول الأول، وهو أن السهم يمثل جزءاً من رأس مال شركة المساهمة عند إنشائها، كما يمثل حصة شائعة في موجوداتها عند تحول رأس المال إلى أعيان ونحوها، وأن محل العقد عند بيع الأسهم، هو هذه الحصة الشائعة، لكن السهم إذا أطلق - وبخاصة عند الحديث عن تداول الأسهم - يشمل معنى أعم من ذلك، باعتباره حصة في شركة غرضها تحقيق الربح، وهو معنى يكسب السهم قيمة أكبر من قيمته باعتباره مجرد حصة شائعة في موجودات الشركة، وهو الأمر الذي يفسر ما يوجد من اختلاف بين قيمة موجودات الشركة، عند بيعها مجردة، وبين قيمة أسهمها في السوق؛ لأن الذي يشتري السهم يصبح شريكاً، له حقوق الشركاء، يستفيد من أرباحها، وزيادة موجوداتها، بخلاف من يشتري شيئاً من موجودات الشركة.

وسبب الترجيح ما يلي:

١ - إن الناظر في شركة المساهمة، من حيث طريقة إنشائها، والخطوات التي تتخذ لتكوينها، لا يسعه إلا أن يقطع بكونها نوعاً من أنواع الشركات، سواء قلنا إنها شركة عنان أو مضاربة، أو قلنا إنها نوع جديد من أنواع الشركة، فهي لا تخرج عن جنس المشاركات، والواقع شاهد بذلك، وفي بعض نصوص الأنظمة ما يوضح هذه الحقيقة، فقد جاء في نظام الشركات السعودي: (ولا يتم تأسيس الشركة إلا إذا اكتتب

= أو أكثر، يعرف بعضهم بعضاً، ويثق به؛ بقصد القيام بعمل واحد أو عدة أعمال، يقوم به أحد الشركاء باسمه؛ لاقتسام الأرباح والخسائر الناشئة عن هذه الأعمال، بينه وبين باقي الشركاء). القانون التجاري، د. عزيز العكيلى، ص ٢٥٣، ٢٥٤.

بكل رأس المال^(١)، وهذا يعني أنه إذا لم يتم الاكتتاب بكل رأس المال فإن الشركة تكون ملغاة، وجاء في قانون الشركات الأردني، أنه إذا انتهت مدة الاكتتاب، ولم يبلغ مجموع ما اكتتب به في أسهم الشركة ما قيمته ثلثا رأس المال فإنه يجب على المؤسسين اتخاذ أحد لإجراءين، إما القيام بإتمام الاكتتاب في أسهم الشركة إلى ما لا يقل عن ثلثي رأس مالها، أو الرجوع عن تأسيس الشركة، وإعادة الأموال المكتتب بها إلى أصحابها^(٢)، ولو كانت الشركة شخصية قائمة بنفسها ما تأثرت بمثل ذلك، وبذلك يتبين أن وصف الشركة بالشخصية الاعتبارية في هذه المرحلة ليس خلقاً لهذا الشخص المزعوم؛ لأنه لم يكتمل بعد.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه يسبق اكتساب الشركة الشخصية الاعتبارية، قيام المؤسسين بإبرام عقد الشركة بينهم، والحصول على الترخيص بإنشائها من السلطات المختصة، فإذا اكتسبت الشركة الشخصية الاعتبارية حيثئذٍ، كان ذلك اعترافاً بهذه الشركة، فكان المؤسسون هم الذين أوجدوا الشركة فعلاً، وليس القانون.

يوضح ذلك أن القوانين - نفسها - اختلفت في المرحلة التي تمنح فيها الشركة هذا الوصف، ففي بعض القوانين - كالقانون الأردني - تكتسب الشركة هذا الوصف بمجرد تسجيلها من قبل السلطات المختصة في السجل المعد لهذا الغرض، وهو أمر يسبق مرحلة طرح أسهم الشركة

(١) المادة رقم (٥٦).

(٢) القانون التجاري، د. عزيز العكيلي، ص ٢٧١، ٢٧٢.

للاكتتاب العام^(١)، وفي بعض القوانين - كقانون الشركات المصري - لا تكتسب الشركة هذا الوصف إلا بعد القيد في السجل التجاري، الذي لا يتم إلا بعد انتهاء مرحلة الاكتتاب^(٢).

ولذلك يتصور قيام شركة مساهمة بكل ما هو مقرر لها من أحكام، وخاصة ما يتعلق بتداول الأسهم، دون أن توصف بالشخصية الاعتبارية، ودون أن تكون مسؤولية الشركاء فيها محدودة، ودون أن يحكم بنزع ملكية الشركاء لأموالهم.

٢- اعتبار الشركة شيئاً قائماً بذاته يبنى على القول بأن موجودات الشركة هي ملك للشركة ذاتها، وليست ملكاً للمساهمين، وهو قول أرى أن قواعد الشريعة لا تساعد عليه؛ إذ من المعلوم أن هذه الأموال هي ملك للمساهمين قبل أن يكتتبوا في أسهم الشركة، فما الذي أخرجها عن ملكهم؟ وعقد الشركة ليس هو من عقود التمليك، بل هو عقد يترتب عليه اشتراك الشركاء في تلك الأموال اشتراكاً مشاعاً، من غير أن يخرج مال كل واحد منهم عن ملكه، وكون المساهمين لا يتصرفون في تلك الأموال طيلة مدة الشركة لا يعني أنها قد خرجت عن ملكهم، بل مرد ذلك إلى العرف الذي هو كالشرط، والمسلمون على شروطهم، وله نظير في الشرع، وهو المال المرتهن، لا يخرج عن ملك الراهن، لكن ليس له أن يتصرف فيه بالبيع مدة الرهن، على القول الصحيح من أقوال أهل العلم^(٣)، قال في كشف القناع: (امتناع التصرف لأجل حق الغير،

(١) القانون التجاري، د. عزيز العكيلي، ص ٢٦٩.

(٢) الشركات التجارية، د. علي حسن يونس، ص ٢٢٠، ٢٣٠.

(٣) وهو مذهب جمهور أهل العلم، خلافاً للظاهرية. ينظر: تحفة الفقهاء لعلاء الدين =

لا يمنع ثبوت الملك، كالمرهون^(١).

٣- اعتبار السهم جزءاً من رأس مال الشركة، هو المتفق مع تعريف شركة المساهمة، فقد انفقت عبارات معرفي شركة المساهمة بأنها الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة. إذا تبين ما تقدم، وأن محل العقد عند بيع السهم هو الحصة الشائعة في موجودات الشركة، فإني أنتقل إلى بيان حكم بيع الأسهم، وذلك فيما يأتي:

حكم بيع الأسهم:

اختلف في حكم بيع الأسهم على قولين:

القول الأول: الجواز، وإليه ذهب عامة الفقهاء والباحثين المعاصرين^(٢).

القول الثاني: عدم الجواز، وإليه ذهب الشيخ تقي الدين النبهاني^(٣).

= السمرقندي ٤٢/٢، الذخيرة، للقرافي ١١٥/٨، المهذب، للشيرازي ٩٩/٢، بلغة الساغب، لمحمد بن أبي القاسم ابن تيمية، ص ٢٠٨، المحلى، لابن حزم ٦/٣٧١، ٣٧٢. (١) ٢٣٨/٣.

(٢) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، جمع وترتيب وتحقيق، محمد بن عبد الرحمن بن قاسم ٤٢/٧، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ١٣/٣٢٠، ٣٢١، الربا والمعاملات المصرفية، د. عمر بن عبد العزيز المترك، ص ٣٧١، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، عبد الله بن سليمان المنيع، ص ٢٢٢، بحوث فقهية معاصرة، د. محمد عبد الغفار الشريف، ص ٧٨، أجوبة عن أسئلتك في المعاملات المالية، د. عامر سعيد الزبياري، ص ٢٦٢، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. عطية فياض، ص ١٩٩، الاختيارات، د. الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/٢٦٩، زكاة الأسهم في الشركات، الشيخ رجب بيوضي التميمي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع ١/٧٩٧.

(٣) النظام الاقتصادي في الإسلام، ص ١٤٢.

الأدلة:

أولاً: أدلة المجيزين:

استدل القائلون بالجواز بجملة من الأدلة، وهي:

- ١- عموم قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(١)، فقد دلت هذه الآية على إباحة كل بيع إلا ما خص بدليل، وبيع الأسهم داخل في هذا العموم؛ لعدم الدليل المعتبر على المنع منه.
- ٢- أن الأصل في العقود الإباحة إلا ما دل الشرع على تحريمه، وبيع الأسهم داخل في هذا الأصل؛ لعدم الدليل المحرم^(٢).
- ٣- السهم - بما يمثله من أموال عينية وغيرها - ملك للمساهم، ومن حق المالك التصرف في ملكه بما يشاء؛ من بيع وغيره، ما لم يترتب على بيعه إضرار بباقي الشركاء، لا سيما أن هذا الحق مشروط في نظام الشركات، ولا يصادم نصاً من كتاب أو سنة^(٣).
- ٣- ليس في قواعد الشريعة التي تحكم الشركات ما يمنع من بيع الأسهم؛ لأن القاعدة الشرعية تقرر أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وهذا ما تعارف عليه الناس في شركات المساهمة، وقد ينص عليه في عقد الشركة أو نظامها، فيكون الشركاء قد ارتضوه، وارتضوا ما يترتب عليه من إدخال شركاء جدد، وإن لم يعرف بعضهم بعضاً، والرضا أساس في

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٧٥).

(٢) شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٤٩.

(٣) شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٤٧.

الشريعة، قال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ (١)(٢).

٤ - القياس على الأوراق النقدية، فكما يجوز تداول هذه الأوراق بعوض أو بغير عوض، كذلك يجوز تداول الأسهم بعوض أو بغير عوض (٣).

وفي هذا القياس نظر؛ لأنه قياس مع الفارق، فإن الأوراق النقدية أصل قائم بنفسه، ومقصود بذاته، بخلاف الأسهم فإنها ليست كذلك؛ إذ العبرة ليست بصك السهم، بل بما يمثله هذا الصك.

٥ - القياس على بيع الصكك بالعروض، فقد أجازها الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه، والمراد بالصكك: الديون الثابتة على الناس، وتسمى صكاً؛ لأنها تكتب في صكك، والمقصود بيع ما فيها (٤).

وهو قياس أولوي؛ لأنه إذا كان بعض الفقهاء قد أجاز بيع الديون الثابتة في الصكك، فبيع الأسهم أولى بالجواز؛ لأنها ليست ديناً، بل هي عين، غاية أمرها أن مالها بيده صكها التي هي مستند تملكها، توضح مقدارها والمعلومات المتعلقة بها (٥).

٦ - كما أيد المجيزون قولهم بجملته من النقول عن بعض العلماء:

منها: ما ذكره ابن قدامة - رحمه الله - من جواز بيع الشريك حصته في الشركة لشريكه، حيث يقول: (وإن اشترى أحد الشريكين حصة

(١) سورة النساء، الآية: (٢٩).

(٢) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، عبد العزيز الخياط ٢/٢١٦، ٢١٧.

(٣) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، عبد العزيز الخياط ٢/٢١٦.

(٤) قواعد ابن رجب، ص ٨٤.

(٥) شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٤٩.

شريكة منه جاز؛ لأنه يشتري ملك غيره^(١)، فيتخرج على ذلك جواز بيع الشريك حصته في الشركة لأجنبي^(٢).

ومنها: ما جاء في المجموع للنووي رحمه الله: (إذا قاسم شريكه فيبيع [لعلها: فباع] ما صار له قبل قبضه، يبنى على أن القسمة بيع أو إفراز، قال المتولي: فإن قلنا: القسمة إفراز، جاز بيعه قبل قبضه من يد شريكه^(٣)، فبناء على أن القسمة إفراز، يجوز له بيع أسهمه ولو قبل القبض^(٤)).

ومنها: ما قاله النووي - رحمه الله - في المجموع أيضًا، بعد أن ذكر أن (المال المستحق للإنسان عند غيره قسمان: دين وعين)، قال: (وأما العين فضربان: أمانة ومضمون، الضرب الأول: الأمانة، فيجوز للمالك بيع جميع الأمانات قبل قبضها؛ لأن الملك فيها تام، وهي كالوديعة في يد المودع، ومال الشركة والقراض في يد الشريك والعامل)^(٥).

أدلة المانعين:

بنى النبهاني - رحمه الله - قوله بتحريم بيع الأسهم على مقدمتين ونتيجة، هي دليله على التحريم:

المقدمة الأولى: أن الأسهم تعد ورقة مالية لها قيمة معينة، وفي ذلك يقول:

(١) المغني ١٦٧/٧.

(٢) شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٤٨.

(٣) المجموع ٣٢٤/٩.

(٤) شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٤٨.

(٥) المجموع ٣٢٠/٩.

(أسهم الشركة هي أوراق مالية، تمثل ثمن الشركة في وقت تقديرها، ولا تمثل رأس مال الشركة عند إنشائها، فالسهم جزء لا يتجزأ من كيان الشركة، وليس هو جزءاً من رأس مالها، فهو بمثابة سند لقيمة موجودات الشركة، وقيمة الأسهم ليست واحدة، وإنما تتغير بحسب أرباح الشركة أو خسارتها، وهي ليست واحدة في كل السنين، بل تتفاوت قيمتها وتتغير، وعلى ذلك فالأسهم لا تمثل رأس المال المدفوع عند تأسيس الشركة، وإنما تمثل رأس مال الشركة حين البيع، أي في وقت معين، فهي كورقة النقد يهبط سعرها إذا كانت سوق الأسهم منخفضة، ويرتفع حين تكون مرتفعة، فالسهم بعد بدء الشركة في العمل انسلخ عن كونه رأس مال، وصار ورقة مالية لها قيمة معينة^(١)).

وهذه المقدمة لا إشكال فيها في الجملة؛ وما توصل إليه من كون السهم ورقة مالية لها قيمة معينة صحيح، لكنه ليس ورقة مالية قائمة بذاتها، بل باعتبار ما يمثله، ولذا لا أرى حاجة إلى مناقشة هذه المقدمة - كما فعل عدد من الباحثين^(٢) - لأن المستدل لم يجعل تغير قيمة السهم، وكونه أصبح ورقة مالية سبباً في التحريم، كما هو واضح من كلامه في المقدمة الثانية.

المقدمة الثانية: أن الحكم على الأوراق المالية ينبنى على معرفة ما تمثله هذه الأوراق، وفي ذلك يقول: (والحكم الشرعي في الأوراق المالية هو أنه ينظر فيها، فإن كانت سندات تتضمن مبالغ من المال الحلال، كالنقد الورقي الذي له مقابل من الذهب أو الفضة يساويه، أو ما شاكل ذلك، فإن شرائها وبيعها يكون حلالاً؛

(١) النظام الاقتصادي في الإسلام، ص ١٤١، ١٤٢.

(٢) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. عبد العزيز الخياط ١/ ١٨٨، ١٨٩، شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٤٣، ٣٤٤، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. عطية فياض، ص ١٧٠، ١٧١.

لأن المال الذي تتضمنه حلال، وإن كانت سندات تتضمن مبالغ من المال الحرام، كسندات الدين التي يستثمر فيها المال بالربا كأسهم البنوك، أو ما شاكل ذلك، فإن شراءها وبيعها يكون حراماً؛ لأن المال الذي تتضمنه حرام^(١).

أما النتيجة التي توصل إليها، مستدلاً على تحريم التعامل بالأسهم، فقد بينها بقوله: (وأسهم شركات المساهمة هي سندات تتضمن مبالغ [من المال] المخلوطة من رأس مال حلال ومن ربح حرام، في عقد باطل ومعاملة باطلة، دون أي تمييز بين المال الأصلي والربح، وهي في نفس الوقت سند بقيمة حصة من موجودات الشركة الباطلة، وقد اكتسبت هذه الموجودات بمعاملة باطلة نهى الشرع عنها، فكانت مآلاً حراماً، فتكون أسهم شركة المساهمة متضمنة مبالغ من المال الحرام، وبذلك صارت هذه الأوراق المالية - التي هي الأسهم - مآلاً حراماً، لا يجوز بيعها، ولا شراؤها، ولا التعامل بها)^(٢).

وهذا الوجه من الاستدلال مبني على قوله ببطلان شركة المساهمة، وقد سبق بيان بطلان هذا القول، فيكون ما بني عليه باطلاً.

الترجيح:

الراجح - والله تعالى أعلم - جواز بيع الأسهم؛ لأنها ملك للشريك، له أن يتصرف فيها بما يشاء؛ من بيع، أو هبة، أو غير ذلك، لا سيما وقد أذن كل واحد من الشركاء بمثل هذا التصرف، من خلال قبولهم لنظام الشركة، ودخولهم فيها على ذلك.

إشكالات على تداول الأسهم:

هناك بعض الإشكالات التي أوردت على القول بإباحة بيع الأسهم، وحاصلها

(١)، (٢) النظام الاقتصادي في الإسلام، ص ١٤٢.

أنه إذا كان محل العقد في بيع الأسهم هو الحصة الشائعة في أموالها، فإنه يرد على ذلك ثلاثة إشكالات:

الإشكال الأول: أن هذه الأموال غير معلومة للمتعاقدين على جهة التفصيل، وفي هذا إخلال بأحد شروط البيع، وهو أن يكون المبيع معلوماً برؤية أو صفة، وهو ما لا يتحقق في بيع الأسهم غالباً.

الإشكال الثاني: أن هذه الأموال قد يكون بعضها نقوداً، فإذا بيعت الأسهم بنقود كان في ذلك بيع نقود بنقود، وحينئذٍ يجب تطبيق قواعد الصرف، ومنها اشتراط التماثل والتقابض عند اتحاد الجنس، واشتراط التقابض فقط عند اختلافه، وهو الأمر الذي لا يتحقق - غالباً - في بيع الأسهم.

الإشكال الثالث: أن أموال الشركة قد يكون بعضها ديوناً على الغير، ومعلوم أنه لا يجوز بيع الدين إلا في أحوال، وبشروط قد لا تتحقق في بيع الأسهم.

وقد أجاب عدد من الفقهاء والباحثين عن هذه الإشكالات، ومن أحسن ما جاء في ذلك ما ذكره سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ - رحمه الله - حيث يقول: (الحمد لله وكفى، وسلام على عباده الذين اصطفى وبعد:

فقد ورد إلينا استفتاء عن هذه الشركات المساهمة، كشركة الكهرباء والإسمنت والغاز ونحوها مما يشترك فيه المساهمون، ثم يرغب بعضهم بيع شيء من سهامهم بمثل قيمتها، أو أقل، أو أكثر، حسب نجاح تلك الشركات وضده، وذكر المستفتي أن الشركة عبارة عن رؤوس أموال بعضها نقد، وبعضها ديون لها وعليها، وبعضها قيم ممتلكات وأدوات مما لا يمكن ضبطه بالرؤية ولا بالوصف، واستشكل السائل القول بجواز بيع تلك السهام؛ لأن المنصوص اشتراط معرفة المتبايعين للمبيع، كما أنه لا يجوز بيع الدين في الذمم، وذكر أن هذا مما عمت به البلوى، وهذا حاصل

السؤال منه ومن غيره عن حكم هذه المسألة، والجواب: الحمد لله: لا يخفى أن الشريعة الإسلامية كفيلة ببيان كل ما يحتاج الناس إليه في معاشهم ومعادهم، قال تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيِينًا لِكُلِّ شَيْءٍ﴾^(١)، والكلام على هذا مبني على معرفة حكم عقد هذه الشركة ومساهمة الناس فيها، ولا ريب في جواز ذلك، ولا نعلم أصلاً من أصول الشرع يمنعه وينافيه، ولا أحداً من العلماء نازع فيه.

إذا عرف هذا فإنه إذا كان للإنسان أسهم في أية شركة، وأراد بيع أسهمه منها، فلا مانع من بيعها بشرط معرفة الثمن، وأن يكون أصل ما فيه الاشتراك معلوماً، وأن تكون أسهمه منها معلومة أيضاً.

فإن قيل: إن فيها جهالة؛ لعدم معرفة أعيان ممتلكات الشركة وصفاتها فيقال: إن العلم في كل شيء بحسبه، فلا بد أن يطلع المشتري على ما يمكن الاطلاع عليه بلا حرج ولا مشقة، ولا بد أن يكون هناك معرفة عن حال الشركة ونجاحها وأرباحها، وهذا مما لا يتعذر علمه في الغالب؛ لأن الشركة تصدر في كل سنة نشرات توضح فيها بيان أرباحها وخسارها، كما تبين ممتلكاتها من عقارات ومكائن وأرصدة كما هو معلوم من الواقع، فالمعرفة الكلية ممكنة ولا بد، وتتبع الجزئيات في مثل هذا فيه حرج ومشقة، ومن القواعد المقررة أن المشقة تجلب التيسير، وقد صرح الفقهاء - رحمهم الله - باغتفار الجهالة في مسائل معروفة، في أبواب متفرقة، مثل جهالة أساس الحيطان وغير ذلك.

فإن قيل: إن في هذه الشركات نقوداً، وبيع النقد بنقد لا يصح إلا بشرطه.

فيقال: إن النقود هنا تابعة غير مقصودة، وإذا كانت بهذه المثابة فليس لها حكم مستقل، فانتفى محذور الربا، كما سيأتي في حديث ابن عمر.

(١) سورة النحل، الآية: (٨٩).

فإن قيل: إن للشركة ديوناً في ذمم الغير، أو أن على تلك السهام المبيعة قسطاً من الديون التي قد تكون على أصل الشركة، ويبيع الدين في الذمم لا يجوز، إلا لمن هو عليه بشرطه.

فيقال: وهذا أيضاً من الأشياء التابعة التي لا تستقل بحكم، بل هي تابعة لغيرها، والقاعدة أنه يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً، ويدل على ذلك حديث ابن عمر مرفوعاً: «من باع عبداً وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع» رواه مسلم وغيره^(١)، فعموم الحديث يتناول مال العبد الموجود، والذي له في ذمم الناس، ويدل عليه أيضاً حديث ابن عمر الآخر: «من باع نخلاً بعد أن تؤبر، فثمرتها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع» متفق عليه^(٢)، ووجه الدلالة: أن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لا يجوز، لكن لما كانت تابعة لأصلها اغتفر فيها ما لم يغتفر لو كانت مستقلة بالعقد.

ومما يوضح ما ذكر أن هذه الشركات ليس المقصود منها موجوداتها الحالية، وليست زيادتها أو نقصها بحسب ممتلكاتها وأقيامها الحاضرة، وإنما المقصود منها أمر وراء ذلك، وهو نجاحها، ومستقبلها، وقوة الأمل في إنتاجها، والحصول على أرباحها المستمرة غالباً.

وبما ذكر يتضح وجه القول بجواز بيعها على هذه الصفة، واللّه سبحانه وتعالى أعلم^(٣).

(١) صحيح البخاري، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل، ص ٤٤٦، رقم (٢٣٧٩)، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر، ص ٦٢٦، رقم (١٥٤٣).

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً قد أبرت، ص ٤١١، رقم (٢٢٠٤)، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر، ص ٦٢٦، رقم (١٥٤٣).

(٣) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، جمع وترتيب =

وقال الدكتور عمر المترك في الجواب عن الإشكال الأول، وهو جهالة المبيع: (إنه وإن كان يحصل في الشركات نوع من الجهالة، إلا أن مثل هذه الجهالة تغتفر، حيث إنها لا تفضي إلى النزاع، والجهالة التي تؤثر في صحة العقد: الجهالة التي تؤدي إلى عدم إمكان تنفيذ العقد، أو إلى نزاع فيه، كبيع شاة من قطع تتفاوت أحاده، دون تعيين، فإن البائع يرغب عادة في إعطاء المشتري أدناه، والمشتري يرغب في أن يأخذ منه أحسنه وأغلاه، فيتنازعان، ويؤدي ذلك إلى عدم التنفيذ، أما الجهالة في مثل هذه المسألة فلا تؤدي إلى نزاع؛ لأن البيع والشراء يجري في جزء معين، وهو معلوم للبائع والمشتري.

ولأن الناس محتاجون إلى هذه البيوع، والقول بعدم جوازها يؤدي إلى ضرر كبير، والشارع لا يحرم ما يحتاج إليه الناس لأجل نوع يسير من الغرر، ولذا أباح بيع الثمار بعد بدء صلاحها مبقاة إلى الجذاذ، وإن كان بعض المبيع لم يخلق بعد، وأجاز بعض العلماء بيع المَغْيَّيات في الأرض كالجزر وما أشبهه، وبيع ما يكون قشره صوتاً له، كالعنب والرمان والموز في قشره قولاً واحداً، فإذا رُئي من المبيع ما يدل على ما لم ير، جاز البيع باتفاق، وكذلك الشركات يستدل على نجاحها وفشلها بما ظهر منها واشتهرت به، وبيع الغرر نُهي عنه؛ لأنه يفضي إلى أكل المال بالباطل، فإذا عارض ذلك ضرر أعظم من ذلك أبيع؛ دفعاً لأعظم الفسادين باحتمال أدناهما،

= وتحقيق، محمد بن عبد الرحمن بن قاسم ٧/ ٤٢، ٤٣، وينظر: الربا والمعاملات المصرفية، د. عمر بن عبد العزيز المترك، ص ٣٧١-٣٧٤، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، د. عبد الله بن محمد الطيار، ص ١٥٩، ١٦٠، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، د. محمد رواس قلعه جي، ص ٦٢، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/ ٩١-٩٤، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. عطية فياض، ص ١٩٦-١٩٩.

وهذه قاعدة مستقرة في الشريعة الإسلامية^(١).

الفرع الثاني: حكم المتاجرة بالأسهم.

الكلام عن حكم المتاجرة في الأوراق المالية فرع عن الكلام في حكم بيعها، وقد سبق بيان ما يجوز بيعه وما لا يجوز من الأوراق المالية، عند الكلام على كل نوع من هذه الأوراق، وقد تبين من ذلك أن هذه الأوراق - من حيث حكم بيعها - على نوعين:

النوع الأول: الأوراق التي لا يجوز بيعها إلا بشروط ليست متحققة في الأسواق المالية المعاصرة، وهي السندات، وأذونات الخزنة، وشهادات الإيداع، والأوراق التجارية.

وإذا كان لا يجوز بيع هذه الأوراق، فإنه لا يجوز المتاجرة بها.

النوع الثاني: الأوراق التي يجوز بيعها، وهي أسهم الشركات التي تمارس نشاطاً مباحاً.

وهذه يجوز المتاجرة بها كما يجوز بيعها، وإلى ذلك ذهب أكثر الفقهاء والباحثين المعاصرين القائلين بجواز بيعها، يعلم ذلك مما صرح به بعضهم من جواز الاتجار بها، كالدكتور وهبة الزحيلي^(٢)، والدكتور عبد الستار أبو غدة^(٣)، ومما ذكره بعضهم من اعتبار الأسهم عروض تجارة، عندما يكون الغرض من شرائها بيعها عند

(١) الربا والمعاملات المصرفية، ص ٣٧٢، ٣٧٣.

(٢) بيع الأسهم، ص ٣٣.

(٣) الاستثمار في الأسهم والوحدات الاستثمارية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع

١١٢/٢.

ارتفاع سعرها، وإيجابهم فيها الزكاة بناء على ذلك، كالشيخ حسن مأمون^(١)، والشيخ عبد الله البسام^(٢)، والشيخ جاد الحق^(٣)، والشيخ عبد الله بن منيع^(٤)، ومما ذكره بعضهم من جواز تداولها^(٥)، حيث إنه يشمل بعمومه بيعها والاتجار بها. ومال الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير إلى منع المتاجرة بها، من غير جزم بالتحريم^(٦).

ولذا فسوف أذكر أولاً ما يدل على جواز المتاجرة بالأسهم، ثم أذكر ما وجه به الدكتور الضرير ميله إلى المنع، وذلك فيما يلي:

الأدلة الدالة على جواز المتاجرة بالأسهم:

١ - عموم الأدلة الدالة على جواز التجارة، مثل قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٧)، وقوله ﷺ: «إن التجار يبعثون يوم

- (١) الفتاوى الإسلامية عن دار الإفتاء المصرية ١٧٧٨ / ٥.
- (٢) زكاة الأسهم في الشركات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع ١ / ٧١٥.
- (٣) أسواق الأوراق المالية، سمير رضوان، ص ٣١٨، نقلاً عن الفتاوى الإسلامية في القضايا الاقتصادية، ص ٧٨.
- (٤) بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص ٧٨.
- (٥) بحوث في الاقتصاد الإسلامي، عبد الله بن سليمان المنيع، ص ٢٢٢، بحوث فقهية معاصرة، د. محمد عبد الغفار الشريف، ص ٧٨، أجوبة عن أسئلتك في المعاملات المالية، د. عامر سعيد الزبياري، ص ٢٦٢، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. عطية فياض، ص ١٩٩.
- (٦) الاختيارات، د. الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع ١ / ٢٧٠.
- (٧) سورة النساء، الآية: (٢٩).

القيامه فجازًا، إلا من اتقى وبر وصدق»^(١)، فيدخل في ذلك التجارة
بالأسهم.

٢- أن الحصول على فروق الأسعار من شراء أصول دارة للربح، ثم بيعها
قبل الحصول على ريعها أو بعده، هدف صحيح مشروع؛ لأنه تجارة
يستهدف منها الربح الذي يحصل من بيع أصول الشركة بأكثر مما
اشتريت به، وكما يصح هذا التصرف في جميع الأصول، يصح في
حصة منها يمثلها السهم أو الأسهم المشتراة بقصد البيع^(٢).

٣- أن تعامل الناس بأسهم الشركات بيعًا وشراءً؛ بقصد تحقيق الربح من
فروق الأسعار أمر جرى به العرف، فكان ذلك جائزًا؛ إذ العرف أصل
شرعي معتبر.

٤- الأسهم تمثل حصة شائعة في أموال الشركة كما تقدم، وهي ملك
للمساهم، يجوز له بيعه والتصرف فيه، كما سبق الاستدلال له، وإذا
جاز له بيعها، جاز له المتاجرة بها؛ لعدم وجود ما يمنع من ذلك.

أما الدكتور الضير، فقد وجه ميله إلى منع المتاجرة بالأسهم بما يلي:

١- أن (اتخاذ الأسهم سلعة تشتري وتباع بقصد الربح، لا يخلو من شبهة

(١) صحيح ابن حبان، كتاب البيوع ٢٧٦/١١، رقم (٤٩١٠)، المستدرک، کتاب البيوع ٨/٢،
رقم (٢١٤٤)، سنن الترمذي، کتاب البيوع، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم،
ص ٢٩٥، رقم (١٢١٠)، سنن ابن ماجه، کتاب التجارات، باب التوقي في التجارة ٨/٣،
رقم (٢١٤٦). صححه ابن حبان، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه،
ووافقه الذهبي، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(٢) الاستثمار في الأسهم والوحدات الاستثمارية، د. عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه
الإسلامي، العدد التاسع ١١٢/٢، ١١٣.

بيع النقد بأكثر منه، ما دام مشتري السهم لا غرض له في المشاركة في موجودات الشركة، وإنما غرضه بيع السهم بأكثر مما اشتراه به^(١).

وقد نوقش هذا الاستدلال: بأن فيه إغفالاً لطبيعة السهم؛ من حيث إنه يمثل حصة في موجودات يفترض أنها - عند البيع والتداول بأكثر من قيمة الشراء - مشتملة على أعيان، ومنافع أكثر من النقود، فليس في ذلك بيع نقد بنقد أكثر منه^(٢).

٢- أن اتخاذ الأسهم سلعة تباع وتشتري؛ ابتغاء الربح فقط، من غير قصد إلى اقتناء الأسهم، والمشاركة في الشركة (تجارة يصعب الالتزام فيها بأحكام الشريعة الإسلامية، ولا مصلحة فيها للمجتمع، بل قد تعود عليه بأضرار بالغة)^(٣).

وقد نوقش هذا الاستدلال: بأن شراء الأسهم لغرض الحصول على فروق الأسعار، لا يخلو من فائدة في تحريك الأنشطة المختلفة، حيث يتمكن بائع الأسهم من الحصول على السيولة اللازمة التي يتمكن بها من خوض أنواع أخرى من التصرفات الاستثمارية، كما أن في ذلك تشجيعاً للأفراد على توجيه مدخراتهم إلى أوجه الاستثمار المختلفة

(١) زكاة الأسهم في الشركات، د. الصديق محمد الأمين الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع ١/ ٧٦٧.

(٢) الاستثمار في الأسهم والوحدات الاستثمارية، د. عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع ٢/ ١١٣.

(٣) الاختيارات، د. الصديق الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع ١/ ٢٦٩، ٢٧٠، وينظر: الاستثمار في الأسهم والوحدات والصناديق الاستثمارية، د. منذر قحف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع ٢/ ٣٧-٤١.

التي يكون فيها منفعة ظاهرة للمجتمع، عن طريق المشاركة في شركات المساهمة؛ إذ لولا علم المساهمين بإمكانية بيع أسهمهم في أي وقت، لترددوا كثيرًا في الإقدام على المشاركة في تلك الشركات، وهو الأمر الذي لا يمكن أن يتحقق مع القول بعدم جواز الاتجار في الأسهم؛ لأن عمليات المتاجرة هي التي تضمن وجود مشتريين دائمين لتلك الأسهم.

وأما ما يخشى من ضرر، أو ما وقع فعلاً من أضرار التداولات السريعة للأسهم في بعض الظروف أو البلاد، فمرد ذلك إلى إهمال الضوابط الشرعية لبيع الأسهم، مثل بيع الأسهم في فترة الاكتتاب بأكثر من قيمتها الاسمية، أو بيعها على المكشوف، أو مع تأجيل التسلم والتسليم، ونحو ذلك^(١).

الفرع الثالث: حكم إقراض الأسهم:

يوجد في هذا الصدد أربعة آراء سابقة، أعرض لها أولاً، ثم أبين رأيي في ذلك، وذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: رأي الدكتور الصديق محمد الأمين الضيرير:

مهد الدكتور الضيرير لبيان رأيه في حكم إقراض الأسهم بتقرير (أن السهم هو حصة شائعة في موجودات الشركة، وهذه الموجودات قد تكون نقودًا، وقد تكون أعيانًا؛ منقولات أو عقارات، وقد تكون ديونًا، وقد تشمل الموجودات كل هذه

(١) الاستثمار في الأسهم والوحدات الاستثمارية، د. عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع ٢/١١٣، ١١٤.

الأنواع، وقد تقتصر على بعضها^(١)، ثم بين أن الحكم في ذلك (يختلف باختلاف الموجودات؛ لأن السهم يمثل هذا الموجود، فالتصرف في السهم، هو تصرف فيما يمثله السهم، وليس تصرفاً في الصك المثبت لحق الشريك)^(٢).

ثم بين حكم اقتراض الأسهم بالنظر إلى موجودات الشركة، وذلك على النحو التالي:

أولاً: إذا كانت موجودات الشركة نقوداً فقط:

وقد ذكر حكم اقتراض الأسهم في هذه الحالة، فقال: (اقتراض السهم إذا كانت موجودات الشركة كلها نقوداً جائز من وجهة النظر الشرعية، ويصبح المقترض مالكا للمبلغ المبين في الصك عندما يقبض الصك، له غنمه وعليه غرمه مدة القرض، فإذا انتهى أجل القرض، وجب عليه رد المبلغ، ويتم هذا برده للصك، وهذا لا إشكال فيه، إذا كان الصك في يد المقترض لم يخرج عن ملكه، وكانت موجودات الشركة باقية كما هي).

ولكن الإشكال يأتي إذا أراد المقترض أن يتصرف في الصك تصرفاً ناقلاً للملكية، فهل يجوز ذلك؟

نعم يجوز له ذلك من وجهة النظر الشرعية، وليس للمقرض في هذه الحالة سوى المبلغ المبين في الصك (القيمة الاسمية للسهم)، وكذلك الحكم إذا تحولت موجودات الشركة من النقود إلى الأعيان)^(٣).

(١) بحث بعنوان: اقتراض الأسهم أو رهنها أو بيعها مرابحة أو تأجيرها، د. الصديق محمد

الأمين الضرير، أعمال الندوة الفقهية الثالثة، تنظيم بيت التمويل الكويتي، ص ١٣.

(٢) المرجع نفسه، ص ١٤.

(٣) المرجع نفسه، ص ١٥، ١٦.

وهذا الذي ذهب إليه الدكتور الضرير يتفق مع التصور الذي ذهب إليه أكثر الباحثين المعاصرين، وصدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي من أن محل العقد في بيع الأسهم هو الحصاة الشائعة في موجودات الشركة؛ لأنه إذا نظر إلى نوع تلك الموجودات في حالة البيع، فيجب النظر إليها أيضًا في سائر التصرفات التي ترد على الأسهم، وإلا لزم التناقض.

ثانيًا: إذا كانت موجودات الشركة أعيانًا فقط:

وقد ذكر حكم اقتراض الأسهم في هذه الحالة، فقال: (يجوز اقتراض السهم إذا كانت الأعيان التي يمثلها كلها مثليات، ويكون قبض الصك قبضًا للعين، يترتب عليه تملك المقترض للأعيان المقترضة، فإذا حل أجل القرض، وجب على المقترض رد مثل ما اقترضه، فإذا كان السهم لا يزال في ملك المقترض، وكانت الأعيان الموجودة مثل الأعيان يوم القرض، فإن رد السهم إلى المقرض يكون مبررًا لذمة المقترض؛ لأنه يكون قد رد إلى المقرض مثل ما اقترض منه.

أما إذا تغيرت موجودات الشركة، فأصبحت عقارات أو مثليات من نوع آخر، فإن على المقترض أن يرد إلى المقرض مثل ما اقترض منه، ويبقى السهم ملكًا للمقرض، ولا يبرئ ذمته رد السهم.

وإذا كانت الأعيان من القيميات، أو كان بعضها قيمياً وبعضها مثلياً، فإن اقتراض السهم لا يجوز في هذه الحالة؛ بناء على أن قرض القيمي غير جائز^(١).

وهذا - أيضًا - يتفق مع التصور السابق، من أن محل التصرفات التي ترد على الأسهم، هو الحصاة الشائعة في موجودات الشركة، غير أن الدكتور الضرير يرى أنه يمكن إغفال النظر عن حقيقة السهم من حيث كونه حصاة شائعة في موجودات

(١) المرجع نفسه، ص ١٨.

الشركة، واعتبار أن القرض وارد على القيمة السوقية للأسهم وقت القرض، وفي ذلك يقول: (ويجوز أن يكون الاقتراض لقيمة السهم السوقية، وفي هذه الحالة تكون قيمة السهم هي الواجب في ذمة المقترض، فإذا حل أجل رد القرض، وكانت قيمة السهم السوقية كما هي لم تتغير، فإن رد السهم يكون مبرئاً لذمة المقترض، أما إذا تغيرت قيمة السهم فالواجب رد القيمة السوقية الأولى).

غير أنه إذا كان التغير بالنقصان، وقبل المقرض السهم، فإنه يجوز ويعتبر متنازلاً عن بعض حقه، أما إذا كان التغير بالزيادة فإن رد السهم لا يجوز، إذا كان مشروطاً في العقد، أو معروفاً، ويجوز إذا لم يوجد شرط ولا عرف يقضي بالرد مع الزيادة؛ لأن الزيادة في هذه الحالة تكون من حسن القضاء^(١).

وهذا الذي ذهب إليه الدكتور الضرير محل نظر؛ لأن ذلك - فيما يظهر - ليس مبنياً عنده على أن الأسهم من قبيل الأعيان القيمية، بحيث يكون الواجب في ذمة المقترض قيمة العين المقرضة وقت القرض، كما هو مذهب الحنابلة، بدليل أنه ذكر - قبل سطر من كلامه هذا - عدم جواز قرض القيميات.

وإذا كان الأمر كذلك، فإنه يؤخذ على قوله هذا أمور منها:

١ - أنه خالف أصله الذي قرره من أن السهم - في حقيقته الشرعية - يمثل حصة شائعة في موجودات الشركة، وأن التصرف في السهم هو تصرف في تلك الحصة.

٢ - أن المقترض لم يقترض نقوداً، ولم يقبض نقوداً، ولا أسهماً تمثل نقوداً، وإنما قبض أسهماً تمثل أعياناً، فكيف يجوز أن يعتبر مقترضاً نقوداً بقيمة الأسهم السوقية.

(١) المرجع نفسه، ص ١٨.

وإلزام المقترض حيثئذ بأن يرد إلى المقرض نقوداً بقيمة الأسهم السوقية وقت القرض، إلزام له بأن يرد شيئاً آخر ليس مثلاً لما اقترض فعلاً، وذلك مخالف لحكم القرض؛ إذ الواجب في القرض رد المثل إذا كان المال المقترض مثلياً، والمقترض هنا لم يقترض نقوداً، ولا أسهماً تمثل نقوداً، حتى يقال إن الواجب عليه أن يرد نقوداً.

٣- إذا كانت قيمة الأسهم السوقية هي الواجبة في ذمة المقترض، فكيف يقال: إن ذمة المقترض تبرأ برد الأسهم إذا كانت قيمتها السوقية لم تتغير؟ وذلك أن الواجب في ذمة المقترض - على قوله - نقود، والأسهم إذا لم تكن ممثلة لنقود ليست مثلاً للنقود، فكيف تبرأ ذمته بردها.

ثم لازم قوله هذا: أن ذمة المقترض تبرأ برد أي شيء تكون قيمته مماثلة لقيمة الأسهم السوقية وقت القرض، ولو لم يكن هذا الشيء أسهماً، واللازم باطل، فيكون الملزوم - وهو أن ذمة المقترض تبرأ برد الأسهم إذا لم تتغير قيمتها السوقية - باطلاً.

ثالثاً: إذا كانت موجودات الشركة ديوناً فقط:

وقد ذكر حكم اقتراض الأسهم في هذه الحالة، فقال: (اقتراض السهم إذا كانت موجودات الشركة كلها ديوناً، متصور إذا كان محل القرض هو قيمة السهم السوقية، وفي هذه الحالة يطبق على اقتراضه ما قلناه في اقتراض السهم، عندما تكون الموجودات أعياناً).

ويرد على قوله بأن محل القرض هو القيمة السوقية في هذه الحالة، ما أورد على قوله هذا عندما تكون موجودات الشركة أعياناً، فليراجع.

رابعًا: إذا كانت موجودات الشركة نقودًا وأعيانًا وديونًا:

وقد ذكر حكم التصرف في الأسهم في هذه الحالة بأنواع التصرفات ومنها إقراض الأسهم، فقال: (إذا كانت موجودات الشركة مشتملة على النقد والأعيان والديون، فإن الحكم يكون بحسب الغالب منها، ويكون ما عداه تابعًا له يأخذ حكمه. ويكون الصنف غالبًا إذا زاد على ثلثي موجودات الشركة.

وإذا لم يكن في الموجودات صنف غالب، فالحكم هو الرجوع بالسهم إلى أصله، وهو قيمته الاسمية النقدية، ويكون محل التصرفات الأربعة هو هذه القيمة، وتطبق في هذه الحالة الأحكام التي ذكرتها في أولاً، أي: عندما تكون موجودات الشركة كلها نقودًا في بداية تكوينها^(١).

وهذا الذي ذهب إليه الدكتور الضيرير هنا محل نظر من الوجوه التالية:

الوجه الأول: النظر إلى الغالب إنما يكون ممكنًا في حالة بيع الأسهم، أما في حالة إقراضها، فإن ذلك متعذر؛ وذلك أن الواجب في القرض رد المثل، فإذا كانت موجودات الشركة نقودًا وأعيانًا، وكان الغالب على هذه الموجودات النقود مثلاً، فهل معنى ذلك أن المقرض يعتبر مقرضًا للنقود فقط؟ أم تقوم الأعيان بنقود، ويعتبر مقرضًا قيمة الأعيان أيضًا، بحيث يكون الواجب على المقرض أن يرد نقودًا فقط؟

وإذا كان الغالب الأعيان، فهل يعتبر المقرض مقرضًا للأعيان فقط؟ أم يعتبر مقرضًا لأعيان بقيمة النقود أيضًا، بحيث يكون الواجب على المقرض أن يرد أعيانًا فقط؟.

(١) المرجع نفسه، ص ٢١.

إن القول بأي من ذلك مخالف لحقيقة الأمر من جهة، ومخالف لحكم القرض من جهة أخرى، من حيث إن الواجب في قرض المثليات رد المثل، لا رد القيمة.

الوجه الثاني: قوله: إن الاقتراض يكون لقيمة السهم الاسمية النقدية إذا كانت موجودات الشركة نقودًا وأعيانًا وديونًا ولم يكن صنف غالب، يرد عليه ما يلي:

١- أن الواجب في القرض رد المثل، وهو يوجب أن يعطى لكل حكم نفسه، بصرف النظر عن كونه غالبًا أو غير غالب.

٢- أن في ذلك ظلمًا للمقرض؛ لأنه بناء على هذا القول، إذا كانت قيمة السهم الاسمية ١٠٠ ريال، فإن على المقرض أن يرد إلى المقرض ١٠٠ ريال فقط، ولو كانت موجودات الشركة أضعاف هذا المبلغ.

الرأي الثاني: رأي الشيخ محمد المختار السلامي:

بين الشيخ محمد المختار السلامي رأيه في إقراض الأسهم فقال: (الذي يظهر لي - والله أعلم - اعتمادًا على ما قدمته من تغليب الجانب المالي في الشركات الخفية الاسم، أن السهم ينظر فيه إلى قيمته المالية، هذه القيمة التي تظهر في تداوله بالبورصات، ونظرًا إلى أن مشتري السهم لا يهتمه النشاط الاقتصادي للشركة، وإنما الذي يهتمه هو وضعها المالي في مؤتمر البورصة، فتوقع لارتفاع ثمن السهم أو انخفاضه، هو الذي يوجه اختياره في الشراء أو البيع.

والمساهمون لا تأثير لهم في قيمة السهم، لا فرق بين أن يكون حامله مليونًا ثقة، أو مستور الحال، أو محتالًا.

ولما كانت الناحية المالية هي الغالبة، وهي التي تتوجه إليها الأغراض، الناحية المالية من قيمة السهم في السوق، لا الناحية المالية في موجودات الشركة، وما لها وما عليها.

لذلك يصبح السهم قيمة مالية، ولذا فإنه يجوز إقراضه بدون فائدة، كما يقرض الشخص غيره أوراقاً نقدية، يستفيد بها، ثم يرجع أوراقاً نقدية، والنقد يجوز إقراضه، سواء قلنا إنه يتعين بالتعيين، أو لا يتعين بالتعيين^(١).

مناقشة هذا الرأي:

يمكن مناقشة ما ذهب إليه الشيخ السلامي من وجهين:

الوجه الأول: ما ذكره الشيخ من أن المتعاملين بالأسهم إنما ينظرون إلى السهم من حيث قيمته المالية في السوق، وليس بالنظر إلى ما يمثله من موجودات الشركة صحيح، لكن ذلك لا ينفي أن تلك الموجودات هي محل التصرف، ولذلك تنتقل تلك الموجودات إلى ملكية المشتري في حالة البيع، وإلى ملكية المقترض في حالة القرض.

أما عدم نظر المتعاملين إلى ما يمثله السهم من موجودات الشركة، فذلك يرجع إلى غاية المشتري من شراء الأسهم، فإن كان يريد البقاء في الشركة؛ لغرض الحصول على الأرباح التي توزعها الشركة لم يبال بحقيقة تلك الموجودات؛ لأن الباعث له على الشراء ليس نوع الموجودات بالدرجة الأولى، وإنما هو الرغبة في تحصيل الأرباح التي يعلم أن بإمكانه الحصول عليها، أيًا كان نوع تلك الموجودات.

وإن كان يريد البيع مرة أخرى؛ لغرض الحصول على الأرباح من فروق الأسعار، لم يبال أيضًا بحقيقة تلك الموجودات؛ لعلمه أن بإمكانه أن يبيع هذه الأسهم، من غير أن يدقق المشترون عادة في حقيقة تلك الموجودات، فلا جرم لم ينظر إليها هو أيضًا عندما أراد أن يشتري.

(١) بحث بعنوان: اقتراض الأسهم أو رهنها أو بيعها مرابحة أو تأجيرها، الشيخ محمد المختار السلامي، أعمال الندوة الفقهية الثالثة، تنظيم بيت التمويل الكويتي، ص ٣١، ٣٢.

لكن هذا كله لا ينافي أن محل التصرف في الأسهم - من بيع أو غيره - هو الحصة الشائعة في موجودات الشركة؛ لأن تملك تلك الموجودات هو وسيلته الوحيدة للدخول في الشركة شريكًا، ولتصرفه في الأسهم بالبيع ونحوه مرة أخرى.

لذلك يصح أن نقول إن الحصة الشائعة في موجودات الشركة مقصودة من جهة، وغير مقصودة من جهة أخرى، فهي مقصودة بمعنى أنها مقصودة بالعقد، أي أن العقد يرد على هذه الحصة، فتكون هي محل التصرف، وهي غير مقصودة، بمعنى أنها غير مقصودة للمتعاقدين، على معنى أن ما تمثله الحصة الشائعة من الموجودات لم يكن الباعث لهم على الشراء ونحوه، وإنما الباعث لهم الرغبة في تحصيل الأرباح الموزعة، أو الأرباح الرأسمالية التي يحصلون عليها من بيع الأسهم التي سبق لهم شراؤها؛ لعلمهم أن بإمكانهم الحصول عليها أيًا كان نوع تلك الموجودات.

الوجه الثاني: قوله: إن السهم (قيمة مالية)، إن كان يريد به أن للسهم كيانًا مستقلًا، كما هو الحال بالنسبة للأوراق النقدية، فهذا محل نظر؛ ذلك أن السهم في أصله يمثل حصة شائعة في موجودات الشركة، فهو ليس كالتقود الورقية؛ ذلك أن الأوراق النقدية أوراق مستقلة، مقصودة بذاتها، لما لها من وظائف ليست للأسهم، فهي تمثل نفسها، ولا تمثل شيئًا آخر، أما الأسهم، فهي أوراق لا تقصد بذاتها، بل باعتبارها حصة في شركة قائمة.

ولهذا لما كانت الأوراق النقدية - في أول ظهور لها - تمثل غيرها من ذهب أو فضة، كان التصرف فيها معتبرًا بأصلها، لا بنفسها، فكذلك التصرف في الأسهم لما كانت تمثل غيرها، كان التصرف فيها معتبرًا بأصلها لا بنفسها.

الرأي الثالث: رأي الدكتور أحمد بن محمد الخليل:

بين الدكتور أحمد رأيه في حكم إقراض الأسهم، فقال: (السهم مهما كان -

أي سواء كانت موجودات الشركة مثلية، أو قيمية - فهو بحد ذاته مثلي؛ لأن الإنسان يستطيع إذا اقترض ٥٠ سهمًا مثلاً، من أي شركة كانت، أن يرد ٥٠ سهمًا من أسهم هذه الشركة، ويكون قدره مثل ما أخذ تمامًا، وعلى هذا التقرير يجوز إقراض الأسهم عند الفقهاء جميعًا، بهذا الاعتبار.

والخلاصة أنه يجوز إقراض الأسهم؛ لأنه يجوز بيعها، والواجب في ذمة المقترض مثل ما اقترض من الأسهم، فإذا ردها فقد برئت ذمته^(١).

مناقشة هذا الرأي:

يمكن مناقشة ما ذهب إليه الدكتور أحمد من وجهين:

الوجه الأول: واضح مما ذكره الدكتور أحمد أنه ينظر إلى السهم من حيث هو سهم، بصرف النظر عما يمثله من موجودات الشركة؛ ولهذا قال: (السهم مهما كان - أي سواء كانت موجودات الشركة مثلية، أو قيمية - فهو بحد ذاته مثلي)، وفي هذا نظر يظهر مما سبق ذكره عند مناقشة رأي الشيخ السلامي.

ومن ناحية أخرى فإن الدكتور أحمد قد انتهى في تكيف الأسهم إلى أنه يمثل شيئين في وقت واحد: نصيب المساهم من موجودات الشركة ومطلوباتها، وقيمة السهم السوقية^(٢)، وعندما تكلم عن المضاربة بالأسهم، انتهى إلى عدم صحة المضاربة بها، وقال: (لأنني رجحت في تكيف السهم أنه يمثل شيئين في وقت واحد: الأول: أنه من عروض التجارة، والثاني: نصيب المساهم من موجودات الشركة، فلا بد أن تصح المضاربة بالأسهم بالاعتبارين جميعًا، وإلا كانت غير صحيحة، ولما تبين أن المضاربة بالأسهم لا تصح بالاعتبار الثاني، نتج من هذا عدم صحة

(١) الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص ٢٣٠.

(٢) الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص ١٨٩.

المضاربة بالأسهم مطلقاً^(١).

وعلى ذلك فإنه يلزم الدكتور أحمد ألا يصحح قرض الأسهم، إلا إذا صح ذلك بالاعتبارين معاً، وهذا يوجب عليه النظر في موجودات الشركة، كما نظر إلى ذلك في حكم المضاربة بالأسهم.

الوجه الثاني: قوله إن أسهم الشركة الواحدة مثلية، وأن المقترض إذا رد أسهم الشركة نفسها، فإنه يكون قد رد مثل ما أخذ تماماً، فيه نظر أيضاً، وهو مبني على عدم نظره إلى ما يمثله السهم من موجودات الشركة؛ إذ من المعلوم أن موجودات الشركة لا تلزم حالة واحدة في العادة، وإنما تتغير من وقت لآخر، فبالنظر إلى ما يمثله السهم من تلك الموجودات يكون السهم عند حلول أجل القرض - من حيث ما يمثله - غيره عند عقد القرض، وعليه فإنه إذا رد أسهم الشركة، يكون رد غير ما أقرضه، فلا تبرأ ذمته بذلك، والله أعلم.

الرأي الرابع: عدم جواز قرض الأسهم.

هذا الرأي ذكره الشيخ الإسلامي، ونسبه إلى كثير من الفقهاء المعاصرين، وقال مستدلاً لهم: (لأن مبدأ الشركة على خلط الأموال، فعزل جزء منها - الذي هو الأسهم المقترضة - يهدم الشركة ويناقضها)^(٢).

وهذا التعليل لا يصح حجة لمنع إقراض الأسهم؛ وذلك أنه لا يصح ما ذكر من أن إقراض الأسهم يقتضي عزلها، وأن ذلك يهدم الشركة ويناقضها؛ لأن المقترض -

(١) الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص ٢٥٧.

(٢) بحث بعنوان: اقتراض الأسهم أو رهنها أو بيعها مرابحة أو تأجيرها، الشيخ محمد المختار الإسلامي، أعمال الندوة الفقهية الثالثة، تنظيم بيت التمويل الكويتي، ص ٣١، وينظر: فتاوى ندوات البركة، ص ١٤٣.

بمقتضى نظام الشركات الذي لا يسمح للمساهم بسحب أمواله من الشركة - يصبح شريكاً في الشركة بدلاً من المقرض، كما لو اشتراها أو اتهبها منه، أي أن المقرض يخرج من الشركة إن لم يكن له غير هذه الأسهم، ويحل المقرض محله، فلم يكن في ذلك عزل جزء من أسهم الشركة.

ثم لو سلم أن إقراض الأسهم يهدم الشركة ويناقضها، فكان ماذا؟ فهدم الشركة وانحلالها ليس محذوراً شرعياً حتى يمنع قرض الأسهم، الذي يكون سبباً في انحلال الشركة عند أصحاب هذا القول.

رأيي في حقيقة إقراض الأسهم وحكمه:

بناء على القول الراجح، من أن السهم في حقيقته هو الحصة الشائعة في موجودات الشركة، وليس شيئاً قائماً بذاته، فإن التصرف في السهم - أيًا كان هذا التصرف - يكون تصرفاً في هذه الحصة الشائعة، وعليه فإن قرض الأسهم هو قرض لهذه الحصة الشائعة، كما أن بيع السهم يبيع لهذه الحصة الشائعة، وبناء على ذلك فإن حكم قرض الأسهم، وما يلزم المقرض رده، يختلف باختلاف نوع موجودات الشركة من حيث كونها نقوداً، أو أعياناً، أو ديوناً، أو أخلاطاً من ذلك كله، أو بعضه، وبيان الحكم في ذلك على النحو التالي:

أولاً: إذا كانت موجودات الشركة كلها نقوداً:

وفي هذه الحالة يكون قرض الأسهم - في حقيقته - قرضاً لهذه النقود، حتى لا يلزم المقرض أن يرد إلى المقرض إلا نقوداً.

ثانياً: إذا كانت موجودات الشركة كلها أعياناً:

وفي هذه الحالة يصح قرض الأسهم، باعتبار السهم يمثل حصة شائعة في هذه الأعيان، والأعيان يجوز قرضها، أيًا كان نوعها، أي سواء كانت من المثليات، أو من

المتقومات، على القول الراجح من أقوال أهل العلم^(١).

لكن يشترط لصحة قرض الأسهم في هذه الحالة: معرفة الأعيان المقترضة على جهة التفصيل؛ حتى يمكن رد المثل، فإن جهلت موجودات الشركة على جهة التفصيل وقت القرض - وهو الغالب - لم يصح القرض.

لا يقال إن الجهالة هنا مغتفرة، كما اغتفرت في بيع الأسهم؛ وذلك أن الواجب في القرض رد المثل، فإذا جهلت العين المقترضة، لم يمكن الرد، ومثل ذلك لا يوجد في البيع.

والواجب على المقترض أن يرد إلى المقرض مثل هذه الأعيان، على

(١) اختلف أهل العلم فيما يجوز قرضه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: جواز قرض كل عين يجوز بيعها إلا الرقيق، سواء كانت من المثليات أو من المتقومات، وسواء كانت مما يصح فيها السلم أم لا، وهو مذهب الحنابلة. وقريب منه مذهب الظاهرية، إلا أنهم قالوا بجواز قرض كل ما يجوز تملكه وتمليكه، سواء جاز بيعه أو لم يجز، بما في ذلك الرقيق.

القول الثاني: جواز قرض ما يصح السلم فيه، دون ما لا يصح السلم فيه، وهو مذهب المالكية، والأصح عند الشافعية.

القول الثالث: جواز قرض المثليات من المكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة، دون المتقومات، وهو مذهب الحنفية.

والراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ لعموم أدلة مشروعية القرض، من غير أن يخص ذلك بنوع دون آخر.

ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني ٥١٧/٦، الدر المختار، للحصكفي، مع حاشية ابن عابدين ١٧١/٤، القوانين الفقهية، لابن جزي، ص ٢٨٤، جواهر الإكليل، للأبي ١١٣/٢، روضة الطالبين، للنووي ٢٧٤/٣، مغني المحتاج، للخطيب الشربيني ١١٨/٢، ١١٩، الإنصاف، للمرداوي ٣٢٥-٣٢٧، كشاف القناع، للبهوتي ٣٦٦/٣، المحلى، لابن حزم ٣٤٧/٦.

القول الراجح من أن الواجب في القرض رد المثل، ولو كانت الأعيان من الأشياء المتقومة^(١).

وقد يعترض على ذلك بأن المقترض اقترض حصة شائعة في الشركة، فالواجب أن يرد كذلك حصة شائعة؛ لأن القرض يوجب رد المثل، فإذا قيل إنه يرد

(١) اتفق أهل العلم على وجوب رد المثل في المثليات، من المكيلات والموزونات، واختلفوا في الواجب في الأشياء المتقومة، كالحيوانات، والثياب، ونحوها على قولين: القول الأول: أن الواجب رد المثل، وهو مذهب المالكية، والشافعية، ووجه عند الحنابلة، ومال إليه ابن قدامة، رحمه الله.

القول الثاني: أن الواجب رد القيمة، وهو مذهب الحنابلة. أما الحنفية فلا يجوز عندهم قرض غير المثلي أصلاً، كما تقدم. والراجح - والله أعلم - القول الأول؛ وذلك لحديث أبي رافع - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكرًا، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبو رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع، فقال: لم أجد فيها إلا خيارًا رابعيًا، فقال: «أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنهم قضاء».

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: (فيه دليل على أنه يثبت مثل الحيوان تقريبًا في الذمة، كما هو المشهور من مذاهبهم، خلافًا للكوفيين، ووجه في مذهب أحمد أنه يثبت بالقيمة، وهذا دليل على أن المعتبر في معرفة المعقود عليه هو التقريب، وإلا فيعز وجود حيوان مثل ذلك الحيوان). مجموع الفتاوى ٥٢ / ٢٩.

وقال ابن القيم في موجب قرض الحيوان: (الذي دلت عليه سنة رسول الله ﷺ الصحيحة الصريحة أنه يجب رد المثل، وهذا هو المنصوص عن أحمد). إعلام الموقعين ١ / ٣٢٢. وعلى ذلك فيكفي المماثلة ولو بصورة تقريبية؛ وذلك لبناء القرض على المسامحة.

ينظر: الإجماع، لابن المنذر، ص ٥٥، القوانين الفقهية لابن جزي، ص ٢٨٥، مغني المحتاج، للخطيب الشربيني ١٩ / ٢، شرح منهج الطلاب، لتركيب الأنصاري، مع حاشية البجيرمي ٢ / ٤٦٤، المغني، لابن قدامة ٦ / ٤٣٤، ٤٣٥، الإنصاف، للمرداوي ١٢ / ٣٣٩، كشف القناع، للبهوتي ٣ / ٣٦٨.

أحياناً مثل الأعيان المقترضة، وليس أسهمًا، فقد أوجب عليه أن يرد شيئاً غير مماثل لما اقترضه.

والجواب عن ذلك من وجهين:

الأول: أن موجودات الشركة لا تلزم - في العادة - حالة واحدة، وإنما تتغير من وقت إلى آخر، فإذا ألزم المقترض أن يرد حصة شائعة في الشركة، فقد يترتب على ذلك إلزامه بأن يرد شيئاً غير مماثل لما اقترضه.

الثاني: أن الشئوع غير معتبر في المثلية عادة؛ فإن من اقترض صاعاً من مائة صاع من طعام مثلاً، فإنما يلزمه أن يرد صاعاً، سواء أكان مفرداً، أم شائعاً في مائة صاع، فكذلك يقال في قرض الأسهم التي تمثل أعياناً.

وقد يعترض على ذلك أيضاً بأن المقترض اقترض أسهمًا لها قيمتها السوقية، التي تفوق قيمة ما تمثله من تلك الموجودات، باعتبار أمور أخرى لها أثر في قيمة الأسهم، مثل سمعة الشركة، ومتانة مركزها المالي، وكثرة الطلب عليها، وغير ذلك، وفي القول بوجوب رد مثل الأعيان التي تمثلها الأسهم فقط، وليس الأسهم نفسها، إهدار لذلك من جهة، وإلزام برد غير المثل من جهة أخرى؛ لأن الأعيان المجردة ليست مثلاً للأعيان التي هي حصة في شركة قائمة، لها قيمتها المعنوية، بالإضافة إلى قيمتها المادية.

والجواب: أن اعتبار هذا المعنى يوجب القول بعدم جواز إقراض الأسهم مطلقاً؛ لأن مراعاة هذا المعنى وعدم مراعاة نوع موجودات الشركة، يوجب الإلزام برد غير المثل؛ لما ذكرته من تغير حالة تلك الموجودات من وقت لآخر، وما في ذلك من الإلزام برد القرض بأكثر منه إذا كان تغير تلك الأعيان بالزيادة.

فلما كان الأمر متردداً بين القول بحرمة إقراض الأسهم، بناء على اعتبار القيمة المعنوية فقط، وبين القول بجوازه بناء على اعتبار نوع الموجودات، كان القول

بالجواز اعتبارًا بالمعنى الثاني أولى؛ لأنه لا يترتب على هذا القول المحذور الشرعي الذي يترتب على القول بجواز إقراض الأسهم اعتبارًا بالقيمة المعنوية فقط.

ثم إن الواجب في القرض: رد مثل العين المقترضة، بصرف النظر عن قيمتها السوقية؛ إذ القرض عقد إرفاق وإحسان، وليس عقد معاوضة.

ثالثًا: إذا كانت موجودات الشركة ديونًا:

وفي هذه الحالة يكون قرض الأسهم جائزًا شرعًا؛ لأن قبض السهم قبض لما يمثله؛ إذ قبض السهم يمكن التصرف فيما يمثله بالبيع والهبة وغيرهما، وذلك مقصود القبض، إلا أنه يشترط في هذه الحالة معرفة قدر الدين حتى يمكن رد مثله عند حلول أجل القرض.

رابعًا: إذا كانت موجودات الشركة نقودًا وأعيانًا:

وفي هذه الحالة، إن أمكن معرفة مقدار النقود، ومعرفة الأعيان على جهة التفصيل، فإن القرض يكون صحيحًا، ويكون كمن اقترض نقودًا وأعيانًا، فيأخذ اقتراض النقود حكمه، واقتراض الأعيان حكمه.

وإن تعذر معرفة مقدار النقود، أو معرفة الأعيان، كان القرض غير جائز؛ لأن الواجب في قرض النقود المثل، فإذا تعذر معرفة مقدارها تعذر رد المثل، فلم يجز، وكذلك إذا لم يمكن معرفة الأعيان المقترضة، والله أعلم.

خامسًا: إذا كانت موجودات الشركة نقودًا وأعيانًا وديونًا، أو نقودًا وديونًا، أو أعيانًا وديونًا:

وفي هذه الحالة يكون قرض الأسهم جائزًا شرعًا، بشرط معرفة مقدار النقود والديون والأعيان على جهة التفصيل؛ حتى يمكن رد المثل، وإلا لم يجز القرض، والله أعلم.

إذا تبين ذلك، فإن ما ذكرته من التفصيل السابق إنما هو على جهة الافتراض، وإلا فإن الغالب على موجودات الشركات أن تكون خليطاً من النقود والديون والأعيان، ويتعذر في العادة معرفتها على جهة التفصيل في كل وقت، بحيث إذا أراد أحد المساهمين أن يقرض أسهمه، استطاع معرفة ما تمثله تلك الأسهم تفصيلاً، ولما كان الأمر كذلك، وكان قرض النقود لا يصح إلا أن تكون معلومة المقدار، وقرض الأعيان لا يصح إلا بشرط العلم بها، وكان قرض الديون التي يتعذر قبضها لا يصح، فإن قرض الأسهم والحالة هذه يكون غير جائز، والله أعلم.

الفرع الرابع: حكم رهن الأسهم:

لم أر أحداً تناول حكم رهن الأسهم إلا اثنين^(١)، هما: الدكتور محمد الأمين الصديق الضرير، والدكتور أحمد بن محمد الخليل، وقد اتفقا على جواز رهن الأسهم، إلا أنهما اختلفا في تكييف ذلك من الناحية الفقهية، ولذا فإنني سأذكر رأيهما في ذلك أولاً، مع ذكر ما قد يرد على تكييفهما من المناقشة، ثم أبين رأيي في ذلك.

أولاً: رأي الدكتور محمد الأمين الصديق الضرير:

مهد الدكتور الضرير لبيان رأيه في حكم التصرفات التي ترد على الأسهم، ومنها الرهن، بتقرير (أن السهم هو حصة شائعة في موجودات الشركة، وهذه الموجودات قد تكون نقوداً، وقد تكون أعياناً منقولات أو عقارات، وقد تكون

(١) اطلعت فيما بعد على قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم ٦٣، وفيه جواز رهن الأسهم، ونصه: (يجوز بيع السهم أو رهنه، مع مراعاة ما يقضي به نظام الشركة، وكذلك يعتبر النص في النظام على إمكان الرهن من الشركاء برهن الحصة الشائعة) قرارات وتوصيات المجمع، ص ١٣٧.

ديوناً، وقد تشمل الموجودات كل هذه الأنواع، وقد تقتصر على بعضها^(١)، ثم بين أن الحكم في ذلك (يختلف باختلاف الموجودات؛ لأن السهم يمثل هذا الموجود، فالتصرف في السهم، هو تصرف فيما يمثله السهم، وليس تصرفاً في الصك المثبت لحق الشريك)^(٢).

ثم بين حكم رهن الأسهم بالنظر إلى موجودات الشركة، وذلك على النحو التالي:

أولاً: إذا كانت موجودات الشركة نقوداً فقط.

وقد ذكر حكم الرهن في هذه الحالة، فقال: (يجوز أن يرهن مالك السهم سهمه في دين عليه، ولو كانت موجودات الشركة كلها نقوداً؛ لأن السهم يمثل مالا يمكن أن يباع ويستوفى منه الدين، وقبض الصك يعتبر قبضاً لمحتواه)^(٣).

ثانياً: إذا كانت موجودات الشركة أعياناً فقط.

وقد ذكر حكم الرهن في هذه الحالة، فقال: (يجوز لمالك السهم أن يرهنه في دين عليه؛ لأن السهم يمثل عيناً يمكن بيعها واستيفاء الدين منها، ويكفي قبض السهم؛ لتحقيق شرط القبض في الرهن، وما دام المساهم له حق بيع السهم، فإنه يكون له الحق في رهنه)^(٤).

ثالثاً: إذا كانت موجودات الشركة ديوناً فقط.

وقد ذكر حكم الرهن في هذه الحالة، فقال: (عملاً بقاعدة كل ما جاز بيعه جاز

(١) بحث بعنوان: اقتراض الأسهم أو رهنها أو بيعها مرابحة أو تأجيرها، د. الصديق محمد

الأمين الضرير، أعمال الندوة الفقهية الثالثة، تنظيم بيت التمويل الكويتي، ص ١٣.

(٢) المرجع نفسه، ص ١٤. (٣) المرجع نفسه، ص ١٥.

(٤) المرجع نفسه، ص ١٧.

رهنه، وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه، فإن رهن السهم - عندما تكون موجودات الشركة ديوناً - يجوز في الحالة التي يجوز فيها بيعه فقط^(١).

ويلاحظ هنا أن الدكتور الضيرير بين حكم رهن الأسهم بالنظر إلى حالها عند البيع، وليس عند الرهن، وذلك أنه ذكر أنه لا يجوز رهنها إلا في الحال التي يجوز فيها بيع الدين، وفي هذا النظر نظر؛ وذلك أنه لا يلزم من رهن الدين أن يبقى ديناً عند حلول الأجل؛ إذ يمكن استيفاءه ووفاء الدين منه إن كان من جنسه، أو بيعه واستيفاء الدين من ثمنه إن كان من غير جنسه، سواء أكان نقوداً أم أعياناً، كما يمكن بيعه وهو دين، فالأولى أن يبين حكم رهن الدين ابتداءً^(٢)، ثم يبين الحكم عند بيع الأسهم لاستيفاء الدين من حيث كونها لا زالت ديناً، أم تحول الدين إلى نقود أو أعيان.

رابعاً: إذا كانت موجودات الشركة نقوداً وأعياناً وديوناً.

وقد ذكر حكم التصرف في الأسهم في هذه الحالة بأنواع التصرفات ومنها

(١) المرجع نفسه، ص ٢٠.

(٢) اختلف أهل العلم في حكم رهن الدين، فذهب الجمهور إلى عدم جواز رهن الدين؛ لقوله تعالى: ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، والقبض إنما يتأتى في الأعيان دون الديون، وذهب المالكية، وهو وجه عند الشافعية، وقول عند الحنابلة، إلى جواز رهن الدين، وهو الراجح إن شاء الله تعالى؛ لأن قبض الرهن ليس بشرط على القول الراجح أيضاً؛ أما قوله تعالى: ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، فليس ذكر القبض قيداً، وإنما ذكر الله أعلى درجات التوثيق بالرهن، وهو الرهن المقبوض، وذلك لا يمنع من رهن ما هو أدنى درجة في التوثيق، إذا رضي المرتهن بذلك؛ لأن الحق له، وليس في ذلك محذور شرعي، والله أعلم. ينظر: أحكام القرآن، للجصاص، ١/ ٥٢٤، ٥٢٥، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ٢/ ٩٧، المدونة، للإمام مالك، ٤/ ١٦٨، المهذب، للشيرازي، ٢/ ٩٢، أسنى المطالب، لتركيا الأنصاري، ٢/ ١٤٤، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، ٤/ ٢٥، كشاف القناع، للبهوتي، ٣/ ٣٧٤، المناظرات الفقهية، للسعدي، ص ٩٢.

الرهن، فقال: (إذا كانت موجودات الشركة مشتملة على النقد والأعيان والديون، فإن الحكم يكون بحسب الغالب منها، ويكون ما عداه تابعاً له يأخذ حكمه.

ويكون الصنف غالباً إذا زاد على ثلثي موجودات الشركة.

وإذا لم يكن في الموجودات صنف غالب، فالحكم هو الرجوع بالسهم إلى أصله، وهو قيمته الاسمية النقدية، ويكون محل التصرفات الأربعة^(١) هو هذه القيمة، وتطبق في هذه الحالة الأحكام التي ذكرتها في أولاً، أي: عندما تكون موجودات الشركة كلها نقوداً في بداية تكوينها^(٢).

وعندي فيما ذكره الدكتور الضرير هنا نظر، من وجهين:

الأول: أنه قد أعطى التصرفات التي ترد على الأسهم في هذه الحالة من بيع أو رهن أو قرض حكماً واحداً، وهذا غير مستقيم؛ لأن النظر إلى الغالب إنما يكون في حالة البيع فقط، أما في حالة الرهن، فلا ينظر إلى ذلك؛ لأنه يجوز رهن النقود منفردة، وكذا الأعيان، والديون، فكذا يجوز رهنها مجتمعة، ولو كانت النقود أو الديون هي الغالبة؛ لأنه لا يوجد في ذلك محذور شرعي، كما يوجد في البيع، نعم ينظر إلى الغالب عند بيع الرهن، لا عند ابتداء الرهن؛ لأن موجودات الشركة تتغير من وقت لآخر، وكذا يقال في مسألة القرض، كما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى.

الثاني: قوله إنه إذا لم يكن في الموجودات صنف غالب، فإنه يرجع بالسهم إلى قيمته الاسمية النقدية، فتكون هي محل التصرفات، بحيث تعامل الأسهم كما لو كانت موجودات الشركة كلها نقوداً في بداية تكوينها، قول غريب جداً، فإن مقتضى

(١) وهي البيع، والإجارة، والرهن، والقرض.

(٢) بحث بعنوان: اقتراض الأسهم أو رهنها أو بيعها مرابحة أو تأجيرها، د. الصديق محمد الأمين الضرير، أعمال الندوة الفقهية الثالثة، تنظيم بيت التمويل الكويتي، ص ٢١.

ذلك أنه إذا كانت قيمة السهم الحقيقية بالنظر إلى موجودات الشركات، أكثر من قيمته الاسمية، فليس له أن يبيعه إلا بمثل قيمته الاسمية، فلو كانت القيمة الاسمية للسهم ١٠٠ ريال، وكان نصيب السهم في موجودات الشركة من النقود ١٥٠ ريالاً، ومن الأعيان ما قيمته ٥٠ ريالاً، فليس له أن يبيعه إلا بـ ١٠٠ ريال، وهذا قول بين فساده، إلا إن كان لا يريد حقيقة ما ذكره من اعتبار القيمة الاسمية، وأنه إنما يريد تغليب جانب النظر إلى النقود احتياطاً، على أن ذلك محل بحث وتأمل.

وقد ختم الدكتور الضيرير بحثه بالتنبيه على جملة من الأمور، منها قوله: (مشيت في بحثي هذا على أن محل التصرف هو ما يمثله السهم من موجودات الشركة؛ لأن هذا هو الذي يتفق مع النظرة الفقهية للأسهم في الشركة.

ولكن لا أرى مانعاً شرعياً من أن يكون محل التصرف القيمة السوقية للسهم، وهذا أقرب إلى النظرة القانونية للأسهم.

وقد أشرت إلى هذا في حالة القرض عندما تكون موجودات الشركة أعياناً أو ديوناً، ويمكن أن يعم هذا ليشمل التصرفات الأخرى، وتطبق في هذه الحالة أحكام التصرف في النقود)^(١).

وبتطبيق كلام الدكتور الضيرير هذا على رهن الأسهم، تكون القيمة السوقية للأسهم هي محل الرهن، ويكون المرتهن كأنه ارتهن نقوداً بقيمة الأسهم السوقية؛ لقوله: (وتطبق في هذه الحالة أحكام التصرف في النقود).

والحقيقة أنني عجزت عن تصور ذلك من الناحية الشرعية؛ لأن رهن النقود إنما يكون بقبضها أو بوضعها تحت يدي عدل؛ لأنه بذلك يحصل المقصود، وإذا ارتهن القيمة السوقية، فإنه لم يقبض نقوداً، وإنما قبض أسهماً، لا تمثل نقوداً، (في

(١) المرجع نفسه، ص ٢٣.

الحالة التي تكون فيها موجودات الشركة أعياناً مثلاً)، فكيف يقال إن المرهون هو القيمة السوقية؟

ثم إن الدكتور الضرير ذكر - في القرض - أنه إذا نقصت قيمة الأسهم السوقية أو زادت، فإن على المقترض أن يرد قيمتها السوقية الأولى، فإذا طبق ذلك على الرهن، فهذا يعني أن الراهن إذا وفى الدين - وكانت قيمة الأسهم السوقية قد زادت أو نقصت - فإن على المرتهن أن يرد إليه القيمة السوقية الأولى، وليس الأسهم المرهونة، وهذا مخالف لحكم الرهن؛ إذ حكم الرهن رد المرهون عند وفاء الدين، وليس تملكه ورد قيمته وقت الرهن.

ثم إذا امتنع المدين عن أداء الدين، وأريد استيفاء الدين من الرهن، فما الذي يباع إذا كانت القيمة السوقية هي المرهونة، وليست الأسهم؟

وإذا كان الدكتور الضرير يريد أن الأسهم هي المرهونة، ولكن باعتبار قيمتها السوقية، فما فائدة القول بأن القيمة السوقية هي محل الرهن؟

ثانياً: رأي الدكتور أحمد بن محمد الخليل.

بين الدكتور أحمد الخليل رأيه في ذلك بقوله: (سبق أنه يجوز رهن كل ما يجوز بيعه، وبناء على ذلك، فالذي يظهر لي جواز رهن الأسهم؛ لأنها مما يجوز بيعها...).

قال: وتتحقق حكمة الرهن من رهن الأسهم؛ إذ مقصود الرهن الاستيثاق بالمدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن، إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن.

والسهم يمكن أن يباع ويستوفى منه الدين، ورهن السهم رهن لما يمثله السهم من موجودات الشركة، من الأعيان التي يجوز بيعها، هذا من حيث الأصل، لكن الواقع أن رهن السهم هو في الحقيقة رهن لقيمته السوقية، أي رهن له باعتبار قيمته

السوقية، لا باعتبار ما يمثله من موجودات الشركة؛ لأنه لن يستطيع بيعها حسب نظام شركات المساهمة^(١).

مناقشة هذا الرأي:

لا إشكال فيما ذكره الدكتور أحمد من جواز رهن الأسهم، لكن محل الإشكال هو ما ذكره في حقيقة الرهن، فقد ذكر أن المرهون من حيث الأصل، هو ما يمثله السهم من موجودات الشركة، ومن حيث الواقع هو قيمة السهم السوقية، وهذا يقرب هذا الرأي من رأي الدكتور الضرير الذي ذكر فيه أنه لا يجد مانعاً شرعياً من أن يكون محل التصرفات - بما فيها الرهن - هو القيمة السوقية للأسهم، وهو الرأي الذي سبقت مناقشته قريباً، لكن يبدو أن الدكتور الخليل لا يريد حقيقة ما ذكره من أن المرهون هو القيمة السوقية نفسها بالمعنى الذي ذكره الدكتور الضرير، وإنما يريد - فيما يظهر - أن المرهون - في الحقيقة - هو السهم من حيث هو سهم، له قيمة مستقلة تتأثر بالعرض والطلب، لا بحسب ما يمثله من موجودات الشركة، بدليل أنه فسر ما ذكره من أن رهن السهم رهن لقيمته السوقية بقوله: (أي: رهن له باعتبار قيمته السوقية، لا باعتبار ما يمثله من موجودات الشركة) وإن كانت العبارة لا تدل على مراده بدقة.

والذي يدل على أن هذا مراده ما ذكره تعليقاً على رأي الدكتور الضرير في قوله - في مسألة اقتراض الأسهم - إن الاقتراض هو لقيمة السهم السوقية، حيث قال: (والذي يبدو لي أن اعتبار الاقتراض إنما هو لقيمة السهم السوقية ليس بصحيح؛ لأن القيمة تجب في ذمة المقترض إذا كان القرض لقيمي، والأسهم ليست قيمة، بل مثلية؛ لأن المقترض إذا اقترض عددًا من أسهم شركة الراجحي مثلاً، ثم رد نفس

(١) الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص ٢٣٣.

العدد من [أسهم] شركة الراجحي فقد رد مثل ما أخذ تمامًا، أما اختلاف سعر السهم، فلا أثر له؛ لأن جميع الأعيان المثلية قد تختلف أسعارها، ومع ذلك فالواجب في المثلي رد مثله دائمًا، ولو اختلف سعره^(١).

وهذا يدل على أنه لا يريد أن المرهون هو القيمة السوقية نفسها، بل المرهون هو الأسهم ذاتها، بصرف النظر عن اختلاف أسعارها من وقت إلى آخر. فإن كان ما فهمته من كلامه صحيحًا، فإني أنطلق من ذلك إلى مناقشة قوله، وذلك من الأوجه التالية:

الوجه الأول: ذكر الدكتور الخليل أن المرهون من حيث الأصل، هو ما يمثله السهم من موجودات الشركة، ومن حيث الواقع هو السهم نفسه باعتبار قيمته السوقية، لا باعتبار ما يمثله من موجودات الشركة، وهذا التفريق لا معنى له فإن الموجودات إذا كانت مرهونة من حيث الأصل، فهي مرهونة واقعيًا، ولذلك لا يستطيع الراهن أن يتصرف في هذه الموجودات، ولو عن طريق التصرف في السهم.

الوجه الثاني: علل الدكتور الخليل لقوله بأن المعبر عند رهن السهم هو قيمته السوقية، وليس ما يمثله السهم من الموجودات، بقوله: (لأنه لن يستطيع بيعها حسب نظام شركات المساهمة). وهذا غير صحيح؛ لأن المساهم يستطيع بيع هذه الموجودات عن طريق بيع السهم، وليس السهم شيئًا آخر غير هذه الموجودات، أليس السهم - في حقيقته الشرعية - هو الحصة الشائعة في موجودات الشركة؟ وكون المساهم لا يستطيع - حسب نظام الشركات - فرز وحيازة حصته من موجودات الشركة، لا يعني أنه لا يستطيع بيعها.

الوجه الثالث: مقتضى ما ذهب إليه الدكتور الخليل أنه لا ينظر - عند الرهن -

(١) الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص ٢٣١.

إلى موجودات الشركة من حيث كونها نقودًا أو أعيانًا، أو ديونًا، باعتبار أن المتعاملين إنما ينظرون إلى قيمة السهم، لا إلى ما يمثله من الموجودات، ويظهر أن الدكتور الخليل لا يلتزم هذا الأصل في جميع التصرفات التي ترد على الأسهم، ولهذا ذهب - في موضع آخر - إلى أنه إذا كانت موجودات الشركة نقودًا، فإنه لا يجوز بيعها بنقود إلا بتطبيق أحكام الصرف^(١)، وهذا يعني أنه ينظر إلى الموجودات عند البيع، بل يبدو أنه ينظر إليها عند الرهن أيضًا، ولهذا لم يذكر حكم رهن الأسهم إلا في الحالة التي تكون فيها موجودات الشركة أعيانًا، ولهذا جاء في رأيه المنقول عنه قوله: (ورهن السهم رهن لما يمثله السهم من موجودات الشركة، من الأعيان التي يجوز بيعها)، فما معنى القول بأن المرهون هو السهم باعتبار قيمته السوقية، لا باعتبار ما يمثله من موجودات الشركة، إذا كانت هذه الموجودات مأخوذة في الاعتبار عند رهن السهم، وعند بيعه؟.

وهذا يعني أنه لا ثمرة لقوله هذا تختلف عن ثمرة القول بأن محل الرهن هو موجودات الشركة نفسها، والله أعلم.

رأيي في حقيقة رهن الأسهم وحكمه:

بناء على ما ذكرته سابقًا من أن السهم - في حقيقته الشرعية - هو الحصة الشائعة في موجودات الشركة، فإن رهن السهم - في حقيقته أيضًا - رهن لتلك الحصة الشائعة.

ويترتب على ذلك أمور، منها:

١ - جواز رهن الأسهم بناء على ما سبق بيانه من جواز بيعها، تطبيقًا للقاعدة المقررة من أنه يجوز رهن كل ما يجوز بيعه؛ وذلك (لأن

(١) الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص ١٩٦.

مقصود الرهن: الاستيثاق بالدين؛ للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن، إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن^(١)، وهو الأمر الذي يتحقق برهن الأسهم، فكان جائزاً.

٢- أنه لا فرق في جواز رهن الأسهم بين أن تكون موجودات الشركة نقوداً أو أعياناً أو ديوناً؛ أو مشتملة على النقود والأعيان والديون، كان فيها صنف غالب، أم لم يكن؛ لما تقدم من جواز رهن هذه الأشياء منفردة، أو مجتمعة.

٣- أن الواجب على المرتهن أن يرد إلى الراهن - في حالة الوفاء بالدين - الأسهم التي ارتهنها، بصرف النظر عن قيمتها السوقية وقت الرهن أو وقت الرد؛ لأن هذا هو شأن الرهن في سائر الأشياء، وسواء تغيرت موجودات الشركة عما كانت عليه وقت الرهن أم لا؛ لأن هذه الموجودات ملك الراهن، لم تخرج عن ملكه بالرهن، فإذا وفي ما عليه من الدين، أعيدت إليه بما طرأ عليها من نماء أو تغير.

٤- إذا لم يف الراهن بالدين، وأريد بيع الأسهم المرهونة لاستيفاء الدين من ثمنها، فإنه يطبق في ذلك أحكام بيع السهم بالنظر إلى موجودات الشركة، من حيث كونها نقوداً، أو أعياناً، أو ديوناً، أو مشتملة على صنفين منها أو أكثر.

الفرع الخامس: حكم السلم في الأسهم:

يعتبر في المسلم فيه أن يكون موصوفاً في الذمة، أي أن يكون ديناً لا عيناً معينة؛ وذلك أن (الأعيان لا تثبت في الذمم؛ لأن من حق ما يثبت في الذمة أن يكون

(١) المغني، لابن قدامة ٤٥٥/٦.

مطلقاً غير معين^(١)، يقول المقرري في قواعده: (المعين لا يستقر في الذمة، وما تقرر في الذمة لا يكون معيناً... والمعين لا يتأخر قبضه لما لا يضطر إليه... ولذلك لا يسلم فيه، ولا في كل ما يتعين بحصر الأوصاف المعتبرة، كالعقار)^(٢).

ولا يوجد خلاف بين أهل العلم في اعتبار هذا الشرط، قال ابن عبد البر رحمه الله: (ولم يختلفوا أنه لا يجوز السلم في شيء بعينه إلى أجل)^(٣)، وقال ابن رشد رحمه الله: (واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الذمة، وهي الدور والعقار)^(٤). كما أن المسلم فيه لا يجوز أن يكون إلا مؤجلاً في قول جمهور أهل العلم، والتأجيل في الأعيان لا يجوز بالإجماع^(٥).

- (١) المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي عبد الوهاب ٢/ ٢٤.
- (٢) القواعد، للمقري ٢/ ٣٩٩.
- (٣) الاستذكار، لابن عبد البر ٦/ ٣٨٦.
- (٤) بداية المجتهد ٣/ ٣٨٥، وينظر: تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي ٧/ ٢، جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص ٣٧١، مغني المحتاج، للشربيني الخطيب ٢/ ١٠٤، المقنع والشرك الكبير والإنصاف ١٢/ ٢٨٨.
- (٥) وهذا إذا لم يكن للتأجيل غرض صحيح، أما إذا كان لذلك غرض صحيح، كما إذا كان للبائع في ذلك منفعة، مثل أن يبيع الدار ويستثنى سكنها مدة معلومة، أو دابة ويشترط حملانها إلى موضع معين، فقد اختلف فيه أهل العلم على قولين: القول الأول: الجواز، وهو مذهب المالكية والحنابلة، لكن اشترط المالكية أن تكون المدة غير بعيدة. القول الثاني: عدم الجواز، وهو مذهب الحنفية والشافعية. ينظر: الهداية، للمرغيناني ٣/ ٥٤، الاختيار، للموصلي ٢/ ٢٤، المقدمات، لابن رشد ٢/ ٦٧، القوانين الفقهية، لابن جزي، ص ٢٥٨، أسهل المدارك، للكشناوي ٢/ ٨٧، أسنى المطالب شرح روض الطالب، لذكريا الأنصاري ٢/ ٣٢، البيان في مذهب الإمام الشافعي، للعمراني ٥/ ١٣٦، معونة أولي النهى شرح المنتهى، لابن النجار الفتوح ٥/ ٦٠، الممتع في شرح المقنع، لابن المنجي ٣/ ٦٠، الشرح الكبير، لابن أبي عمر ١١/ ٢١٤.

قال ابن رشد رحمه الله: (وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل، وأن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر عقد الصفقة)^(١).

وحاصل ما علل به هذا الشرط أمران:

الأمر الأول: أن السلم في العين غرر لا يحتاج إليه؛ لأنه إن أريد ضمانها في الذمة إلى الأجل المضروب، حتى إذا تلفت لزم المسلم إليه بدلها أو قيمتها، فذلك غير جائز؛ لأن المعين يفسخ العقد بتلفه، ولا يلزم رد مثله، وإن أريد به تبقيتها إلى وقت الأجل، فذلك غير مقدور عليه؛ لإمكان أن تتلف قبل أو ان تسليمها^(٢).

الأمر الثاني: أن المعين يمكن بيعه في الحال، فلا حاجة إلى السلم فيه^(٣).

ويمكن أن يضاف إلى هاتين العلتين أن الشيء المعين - إذا لم يكن مملوكًا للبائع - عرضة لارتفاع سعره أضعاف ما باعه به المسلم إليه، فيكون في ذلك غرر بالنسبة له؛ لأنه لما تعلق العقد بعين معينة لم يكن بإمكانه أن يسلم غيرها مما هو أقل منها سعرًا، بخلاف ما لو كان في الذمة؛ لأن السعر إذا ارتفع في موضع فقد لا يرتفع في غيره من المواضع، فضلًا عن أنه قد يمتنع من التسليم في هذه الحالة، فيثول الأمر إلى النزاع والشقاق، فكان من الحكمة منع السلم في الشيء المعين.

وعلى كل فالمعول عليه الإجماع المستند إلى حديث رسول ﷺ، وهو ما أخرجه ابن ماجه وأبو يعلى وغيرهما عن عبد الله بن سلام - رضي الله عنه - أنه أسلف إلى رسول الله ﷺ رجل من اليهود دنانير في تمر مسمى، فقال اليهودي: من

(١) بداية المجتهد ٣/٣٠٢.

(٢) المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي عبد الوهاب المالكي ٢/٢٣، ٢٤.

(٣) معونة أولي النهى شرح المنتهى، لابن النجار الفتوحى ٥/٢١٦، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، عبد القادر بن عمر التتليبي ١/٣٦٤.

تمر حائط بني فلان، فقال النبي ﷺ: «أما من حائط بني فلان فلا، ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى»^(١).

فإنه إذا لم يجز السلم في شيء غير معين من موضع معين فلأن لا يجوز في شيء معين من باب أولى.

إذا علم ما تقدم علم أنه لا يجوز السلم إلا فيما يمكن أن يثبت في الذمة، وبالنظر إلى أسهم الشركات - لمعرفة حكم السلم فيها - يتبين أنها لا تكون إلا معينة، فلا يمكن أن تثبت في الذمة؛ وذلك لأمرين:

الأمر الأول: ما سبق تقريره من أن السهم حصة شائعة في موجودات الشركة، وأن التصرف في السهم هو تصرف في هذه الحصة، والغالب في هذه الموجودات أن تكون أعياناً قائمة مشخصة، فالتصرف فيها هو تصرف في أعيان قائمة مشخصة، وهذا معنى كونها معينة، غاية ما في الأمر أنها غائبة عن مجلس العقد، وهذا لا ينافي التعيين.

الأمر الثاني: أن من شروط السلم ذكر صفات المسلم فيه التي تحصره، ويختلف بها الثمن اختلافاً ظاهراً، وذلك أن المسلم فيه مبيع، والعلم به شرط لصحة البيع، وطريق العلم الرؤية أو الوصف، والرؤية متعذرة هنا، فتعين الوصف^(٢).

وإذا أريد ذكر صفات الأسهم فلا بد من ذكر اسم الشركة التي يراد السلم في أسهمها؛ وذلك لاختلاف الشركات فيما بينها اختلافاً يظهر أثره في ثمنها، وإذا ذكر

(١) سنن ابن ماجه ٣/٨٣، رقم (٢٢٨١)، مسند أبي يعلى ١٣/٤٨٣.

(٢) تبين الحقائق، للزيلعي ٤/٥٠٨، جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص ٣٧٢، مغني المحتاج، للشربيني الخطيب ٢/١٠٨، المقنع، لابن قدامة، والشرح الكبير، لابن أبي عمر ١٢/٢٣٣.

اسم الشركة تعينت، وإذا تعينت الشركة تعينت الأسهم تبعًا لذلك.

يوضح ذلك أن من يبيع سهمًا أو أكثر من أسهم شركة معينة، فإنه يبيع جزءًا من تلك الشركة، وجزء المعين معين.

ولا ينافي ذلك أن السهم جزء شائع في الشركة، وليس جزءًا معينًا منها، وذلك أن لفظ (المُعَيَّن) يطلق عدة إطلاقات، فيطلق ويراد به ما يقابل المشاع، ويطلق ويراد به ما يقابل ما في الذمة، فالسهم وإن كان غير معين بالنظر إلى الإطلاق الأول، إلا أنه معين بالنظر إلى الإطلاق الثاني، وهو المراد هنا، فمن حيث إن السهم شائع في الشركة أو في ممتلكاتها فإنه ليس بمعين؛ إذ إن مالك السهم يملك جزءًا شائعًا في ممتلكات الشركة، لا جزءًا معينًا منها.

ومن حيث إن الواجب على البائع أن يسلم أسهم هذه الشركة بعينها، دون غيرها من الشركات فإن السهم يكون معينًا؛ إذ لو كان ثابتًا في الذمة، لكان يجزئه أن يسلم سهمًا من أي شركة كانت.

وهذا كمن اشترى سهمًا في أرض، أو في عدد من المباني، لا يقال إنه اشترى سهمًا في الذمة، بل هو اشترى سهمًا في أرض معينة، وفي مبان معينة، مشاهدة أو موصوفة، لكنه - أي السهم - شائع في تلك الأرض وهذه المباني، فكان معينًا بالاعتبار الأول، غير معين بالاعتبار الثاني.

ولا ينبغي أن يوقع في اللبس أن البائع إذا باع عددًا من الأسهم التي يملكها في شركة معينة، لا يطالب بتسليم سهم بعينه من أسهم تلك الشركة، أو بتسليم صك بعينه من صكوك تلك الأسهم؛ إذ ذلك راجع إلى أن الأسهم شائعة في الشركة، لا مفرزة، وأن هذه الصكوك ليست إلا وثائق تثبت ملكية المساهم لجزء من الشركة، وليست هي المبيعة قطعًا، فلم تكن هي المنظور إليها في تحديد كون بيع السهم من قبيل بيع

المعين، أو من قبيل بيع ما في الذمة.

وعليه، فلا يصح ما ذهب إليه الدكتور محمد الشريف بقوله: (وهذه الأوراق عبارة عن ديون؛ لأنها لا تتعين بالتعيين، ولكن تحدد بالجنس والنوع، كأسهم من الشركة الفلانية)^(١).

وقوله إنها تحدد بالجنس والنوع فقط، يبدو أنه قصور في العبارة، وإلا فإنه قد مثل لذلك بقوله: (كأسهم من الشركة الفلانية) وإذا سميت الشركة، كان ذلك تحديداً بالذات، لا بالجنس والنوع فقط، وهذا هو معنى التعيين، الذي نفاه بقوله: إنها لا تتعين بالتعيين.

إذا ثبت ذلك علم حكم السلم في الأسهم، وهو عدم الجواز؛ وذلك لما يأتي:

١- أن محل السلم هو الدين لا العين، وأسهم الشركات لا يتأتى فيها إلا التعيين، وذلك بذكر اسم الشركة التي يراد السلم فيها، وذلك يجعل السهم عيناً معينة، لا ديناً في الذمة، فلم تكن محلاً لعقد السلم أصلاً.

٢- إذا لم تكن الأسهم مملوكة للبائع، فإن السلم فيها يتضمن محذوراً آخر، وهو بيع الأعيان غير المملوكة، وذلك لا يجوز، قال ابن قدامة رحمه الله: (ولا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها ليمضي ويشترها ويسلمها رواية واحدة، وهو قول الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفاً)^(٢).

يوضح ذلك أن جميع أسهم الشركة مملوكة لعدد من المساهمين، والسهم حصة شائعة في موجودات الشركة، ومعنى ذلك أن كل جزء من أجزاء الشركة مملوك، وعليه فإن من يبيع سهماً في شركة بعينها،

(١) بحوث فقهية معاصرة، د. محمد عبد الغفار الشريف، ص ٩٦.

(٢) المغني ٢٩٦/٦.

وهو لا يملك شيئاً من أسهم تلك الشركة، فإنه يبيع ملك غيره، وإن كان هذا الغير غير معين.

والسلم وإن لم يكن من شروطه أن يكون المسلم فيه مملوكاً للبائع، إلا أن ذلك مشروط بكون المبيع مضموناً في الذمة، لا عيناً قائمة.

٣- أن أسهم الشركات عرضة للارتفاع والانخفاض المفاجئ؛ نظراً لشدة حساسية السوق المالية وتأثرها بالشائعات، وأوضاع الشركات بشكل عام، والأحوال الاقتصادية الداخلية والخارجية، وغير ذلك من المؤثرات، مما يعرض أحد طرفي العقد (البائع أو المشتري) للخسارة الكبيرة، بحسب اتجاه الأسعار، وهذا نوع من الغرر يجب التحرز منه.

٤- أنه لا يؤمن انقطاع أسهم الشركة المعينة من السوق، وبالتالي عدم قدرة البائع على التسليم عند حلول الأجل؛ وذلك نظراً لاختلاف حجم ما يتداول من الأسهم من وقت لآخر، بحسب ظروف العرض والطلب، فأشبه ذلك السلم في ثمر بستان معين، وقد قال ابن المنذر: (إبطال السلم إذا أسلم في ثمر بستان بعينه كالإجماع من أهل العلم)، وقال أبو إسحاق الجوزجاني: (أجمع الناس على الكراهة لهذا البيع).

هذا ولم أطلع على من بحث حكم السلم في الأسهم سوى اثنين، أحدهما الدكتور أحمد الخليل، وقد انتهى فيه إلى عدم جواز السلم في الأسهم^(١).

(١) الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد بن محمد الخليل، ص ٢٤٦. (رسالة دكتوراه غير منشورة).

أما الثاني، فهو الدكتور محمد علي يوسف أحمد، وقد انتهى في بحثه إلى تقسيم الأسهم إلى قسمين:

القسم الأول: أسهم الشركات التي لها سوق تتداول فيها، وهو ما أطلق عليه: (أسهم الشركات المستوفية للعضوية).

القسم الثاني: أسهم الشركات التي ليس لها سوق للتداول، وهو ما أطلق عليه: (أسهم الشركات غير المستوفية للعضوية).

أما أسهم الشركات المستوفية للعضوية، فقد وصل من خلال بحثه إلى جواز السلم فيها وفق تصورين:

التصور الأول: السلم في أسهم مطلقة في الذمة، وذلك بذكر جنس الشركة، كأسهم في بنك (غير معين)، ونوعها، كبنك سوداني، موصوف بالجودة، أو الرداءة. التصور الثاني: السلم في أسهم شركة معينة.

أما أسهم الشركات غير المستوفية للعضوية، فقد رأى عدم جواز السلم فيها مطلقاً.

وقد بنى قوله بالجواز في التصور الأول من القسم الأول على الأمور الآتية:

١ - أن المنظور إليه في هذا القسم (هو ما يحققه [السهم] من المنافع «أصل السهم وربحه» التي تتحدد بناء على آليات السوق وتتأثر مباشرة بأوضاع الشركة، مركزها المالي، ونشاطها التجاري، وسمعتها في الإطار الذي تعمل فيه من حيث النجاح أو الفشل)، وأنه لا ينظر إلى ما يمثله السهم من نقود أو أعيان أو ديون، قال: (والذي أرجحه أن الأصل في السهم أن يكون موصوفاً).

٢- أن السهم يجوز بيعه، ويمكن ضبطه بالوصف، وذلك بذكر جنسه: سهم في بنك، ونوعه: سوداني أو مصري، وصفته: جيد أو وسط أو رديء، قال: (وتعرف الجودة والرداءة بمعرفة مركز الشركة المالي ونشاطها التجاري، ومستوى أسعار أسهمها التي عرضت وتعرض بسوق الأوراق المالية).

٣- أن السهم مما يثبت في الذمة، تطبيقاً للقاعدة التي ذكرها المالكية، وهي (كل ما جاز أن يتعلق بالذمة مهرًا، فإنه يجوز أن يتعلق بها سلمًا وقرضًا كالثياب، وكل ما صح أن يثبت في الذمة، فإنه يصح أن يضبط بالصفة كالثياب)، قال: (وأرى أن السهم مما يثبت في الذمة؛ لأنه يجوز أن يتعلق بالذمة مهرًا إذ إنه يمثل مألًا له قيمة، بدليل جواز اقتراضه).

أما التصور الثاني، فقد قال فيه بالجواز قياسًا على جواز السلم في موضع معين، قال: (وضابط جواز السلم في إنتاج موضع معين مرتبط بالقدرة على تسليم المسلم فيه عند حلول أجله، فإذا غلب على الظن توافر المسلم فيه من إنتاج ذلك الموضع بحيث يكون مقدور التسليم جاز السلم، سواء كانت مساحة ذلك الموضع المعين واسعة أم ضيقة، وإلا فلا، يقول الشرقاوي: المعبر كثرة الثمر وقلته بالنسبة للقدر المسلم فيه، لا صغر القرية وكبرها، ولا وحدة البستان وتعددته).

قال: (وهكذا السهم، فإذا أضيف إلى شركة معينة معلومة المركز المالي، معلومة النشاط التجاري، اعتادت طرح أسهمها في سوق الأوراق المالية الذي يتصف بالثبات المسنود بالقانون الذي تحميه الدولة فيجوز السلم فيه، مع اعتبار عدد الأسهم المشتراة سلمًا، وحجم السوق ضيقًا واتساعًا، واستصحاب أن الأجل يجوز أن يكون موسعًا، ومعلقًا بوقت من الزمان معلوم، كالحصاد والجذاذ على مذهب المالكية).

المناقشة:

ما بنى عليه الباحث قوله بجواز السلم في أسهم مطلقة في الذمة، أو في أسهم شركة معينة مناقش من الوجوه الآتية:

أولاً: قوله: إن الأصل في أسهم الشركات المستوفية للعضوية أنها موصوفة، إن كان يريد به أنها غير معينة، وإنما هي دين في الذمة، فقد سبق بيان ما يدل على خلاف هذا التصور، وتقرير أن بيع السهم هو من قبيل بيع الأعيان، لا من قبيل بيع ما الذمة، وقد قرر الباحث نفسه ذلك بالنسبة للشركات غير المستوفية للعضوية، ورأى أنه لا يجوز السلم في أسهمها، وقال معللاً: (السهم لا يثبت في الذمة؛ لأنه مملوك للبائع وفي شركة معينة، فإذا ضبط جنساً ونوعاً وصفة وقدراً فقد تعين، ولا يجوز السلم في المعين باتفاق الفقهاء).

وكون السهم له سوق يتداول فيها لا يغير من حقيقته فيجعله موصوفاً في الذمة بعد أن كان معيناً؛ لأنه في كلا الحالين سهم من شركة معينة، فيكون - تبعاً لذلك - معيناً لا موصوفاً.

ثانياً: قوله: إن السهم يمكن أن يضبط بالوصف صحيح؛ لكن ليس بما ذكر فقط، فإن ذكر الجنس (بنك)، والنوع (سوداني) غير كاف؛ وذلك لأن البنوك السودانية مثلاً تتفاوت فيما بينها تفاوتاً كبيراً، يظهر أثره في أثمانها، ولا يكفي ذكر صفة الجودة أو الرداءة (على فرض صحة ما ذكره من إمكان معرفة الجودة أو الرداءة بما ذكر)؛ وذلك أن صفة الجودة والرداءة إنما تعتبر بعد أن تكون أفراد النوع المسلم فيه متساوية من كل وجه، إلا في الجودة والرداءة، أو كان التفاوت بينها يسيراً مغتفراً، أما إذا كانت أفراد النوع متفاوتة تفاوتاً كبيراً، لم يصح أن ينظر فيها من حيث الجودة والرداءة؛ ولهذا لا يصح السلم في الأشياء المتفاوتة وإن كانت تدخل تحت جنس

واحد أو نوع واحد، والشركات من هذا الباب فإنه وإن أمكن تمييزها بالنوع، كأن يقال شركة صناعية أو زراعية، إلا أن التفاوت بين الشركات ولو كانت من نوع واحد ظاهر لا يحتاج إلى تقرير.

ثالثاً: قوله: إن السهم يثبت في الذمة؛ لأنه يتعلق بالذمة مهراً استدلال غير صحيح؛ لأنه استدلال على الشيء بنفسه، فكأنه قال: إنه يثبت في الذمة بدليل أنه يثبت في الذمة.

والواقع أننا نحتاج أن نثبت أولاً أن السهم يثبت في الذمة مهراً، فإذا أثبتنا ذلك انتقلنا بعد ذلك إلى تقرير أنه يثبت في الذمة سلماً، وبناء على ما قررته سابقاً أن السهم لا يكون إلا معيئاً، فإنه لا يثبت في الذمة مهراً، فلا يثبت فيها سلماً، نعم يصح أن يكون مهراً، لكن إذا عينت الشركة - وهو أمر لا بد منه - كان السهم عيناً معيئاً لا ديناً في الذمة، ولا يشترط في المهر أن يكون ديناً، بل يجوز أن يكون عيناً.

رابعاً: قوله بجواز السلم في أسهم شركة معيئة، قياساً على جواز السلم في موضع معين، لا يصح؛ لأنه قياس مع الفارق، فضلاً عن أن المقيس عليه من حيث جواز السلم فيه من عدمه محل تفصيل، وما ذكره من ضابط جواز السلم في إنتاج موضع معين محل نظر، وبيان ذلك فيما يأتي:

١ - قياس السلم في أسهم شركة معيئة على السلم في موضع معين قياس مع الفارق؛ وذلك أن السهم ليس من إنتاج الشركة، وإنما هو جزء منها، ولما كانت الشركة معيئة، كان السهم معيئاً؛ لأن جزء المعين معين.

وبذلك يظهر الفرق، فالسلم في إنتاج موضع معين هو سلم فيما ينتجه ذلك الموضع من ثمار أو غيرها، وليس سلماً في ذلك الموضع بعينه، وإلا لما جاز، أما السلم في الأسهم فهو سلم في جزء من الشركة،

وليس فيما تنتجه، ولذلك لا يجوز السلم فيما تنتجه شركة معينة من ثمار، أو آلات، ونحو ذلك.

٢- السلم في شيء مضاف إلى موضع معين إنما يجوز إذا كان ذلك الموضع كبيراً كثير الزرع والثمر، يؤمن انقطاعه من أيدي الناس غالباً، كوادى القرى، وخيبر، أما إذا كان الموضع صغيراً، كقرية صغيرة، أو كان السلم في ثمر بستان معين، فإن ذلك لا يجوز، قال ابن المنذر: (إبطال السلم إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالإجماع من أهل العلم) وقال أبو إسحاق الجوزجاني: (أجمع الناس على الكراهة لهذا البيع).

والحاق السلم في أسهم شركة معينة - على فرض صحة القياس - بالسلم في ثمر قرية صغيرة، أو ثمر بستان معين أولى من إلحاقه بالسلم في ثمر قرية كبيرة؛ وذلك أن أسهم الشركة المعينة مهما بلغت كثرة، إلا أنها محدودة^(١)، فلو فتح باب السلم فيها لأمكن أن تتوارد عليها عقود سلم كثيرة تتجاوز مجموع أسهم الشركة، مما يتعذر معه التسليم، كما هو الواقع في العقود الآجلة المتعامل بها في الأسواق العالمية، فضلاً عن أن ما يعرض من الأسهم للتداول يتفاوت مقداره بين وقت وآخر، فلا يؤمن قلته أو انقطاعه تبعاً لظروف العرض والطلب.

٣- ما ذكره الباحث من ضابط جواز السلم في موضع معين محل نظر، وهو خلاف ما ذكره أهل العلم، إذ الضابط الذي وضعه هو النظر إلى كبر الموضع وصغره؛ لأن كبره مظنة القدرة على التسليم بوجود المسلم فيه عند حلول أجله، أما إذا كان صغيراً فإنه مظنة انقطاع المسلم فيه

(١) الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد بن محمد الخليل، ص ٢٤٥.

عند حلول الأجل، فقول الباحث بعدم اعتبار سعة الموضوع أو ضيقه، ولا صغر القرية أو كبرها غير سديد.

الفرع السادس: حكم العقود المستقبلية *Futures* على الأسهم.

وفيه مقصدان:

المقصد الأول: تعريف العقود المستقبلية، وأغراض المتعاملين بها.

المقصد الثاني: حكم العقود المستقبلية على الأسهم.

المقصد الأول: تعريف العقود المستقبلية، وأغراض المتعاملين بها:

أولاً: تعريف العقود المستقبلية:

عرفت العقود المستقبلية بأنها: (عقود تعطي لحاملها الحق في شراء أو بيع كمية من أصل معين، (قد يكون سلعة أو ورقة مالية) بسعر محدد مسبقاً، على أن يتم التسليم والتسلم في تاريخ لاحق في المستقبل)^(١).

وعرفت بأنها: (عقود متشابهة لشراء أو بيع سلع أو أصول مالية، يتم استلامها أو تسليمها في وقت محدد في المستقبل، ويحدد سعرها وقت إنشاء العقد، في سوق مالي منظم لهذه الغاية)^(٢).

وعرفت بأنها: (التزام قانوني متبادل بين طرفين، يفرض على أحدهما أن يسلم الآخر (أو يستلم منه)، وبواسطة طرف ثالث (الوسيط)، كمية محددة من أصل أو سلعة معينة، في مكان محدد، وزمان محدد، وبموجب سعر محدد)^(٣).

(١) إدارة الأسواق والمنشآت المالية، د. منير إبراهيم هندي، ص ٦٣١.

(٢) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ٢٩٠.

(٣) إدارة الاستثمارات، د. محمد مطر، ص ٢٧٢.

وعرفت بأنها: (اتفاق على شراء أو بيع كميات من أدوات مالية، مؤشربورصة، عملات...) لتاريخ محدد في المستقبل، وبسعر متفق عليه اليوم بين المتعاملين في سوق المال^(١).

من التعريفات السابقة يتبين أن العقود المستقبلية هي عقود يتم الاتفاق فيها على الشيء المبيع، وسعره، وكميته عند إبرام العقد، على أن يتم تسليم المبيع ودفع الثمن في المستقبل، ولذا وصف العقد بأنه (مستقبل)^(٢).

والتعبير بالعقد المستقبلي يوحي بأن البيع والشراء لا يتم إلا في المستقبل، وهذا لا يطابق الواقع، فالذي يجري أن العقد يبرم وقت الاتفاق، ويكون لازماً لطرفيه؛ يجب عليهما تنفيذ مقتضاه، وذلك بتسليم المبيع، وتسليم ثمنه في التاريخ المتفق عليه، فوصف العقد بالمستقبل، منظور فيه إلى وقت تنفيذه، لا إلى وقت إبرامه.

ولذا فإن التعبير بأن العقود المستقبلية تعطي حاملها الحق في البيع أو الشراء غير دقيق؛ لما يوحي به هذا التعبير من أن العقد المستقبلي عقد مستقل عن عقد البيع والشراء، كما هو الحال في عقود الاختيار، وليس الأمر كذلك، بل العقد المستقبلي في حقيقته عقد بيع أو شراء مستقبلي، يتم إبرامه وقت الاتفاق، وليس لأحد المتعاقدين خيار في عدم تنفيذه.

ولذا فيمكن تعريف العقد المستقبلي بتعريف مستفاد من تعريف الفقهاء لعقد السلم، بأنه: عقد على شيء معين، أو موصوف في الذمة مؤجل، بثمن مؤجل.

ثانياً: أغراض المتعاملين بالعقود المستقبلية.

يتعامل في العقود المستقبلية طائفتان من المتعاملين: المحتاطون الذين

(١) الأسواق والمؤسسات المالية، د. منير هندي، ود. رسمية قرياقص، ص ٦٥.

(٢) مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٩٧.

يتعاملون بتلك العقود لغرض الحماية من تغير الأسعار في المستقبل في غير صالحهم، والمضاربون الذين يتعاملون بها؛ لغرض تحقيق الأرباح من خلال التغير المتوقع في الأسعار، ويمكن توضيح ذلك فيما يأتي:

(أ) الاحتياط (التغطية):

يقصد بالاحتياط أو التغطية هنا: إبرام عقود بيع أو شراء مستقبلية بأسعار محددة؛ للوقاية من الآثار غير المرغوبة لأي تغير قد يحدث في الأسعار في المستقبل^(١).

وقد كان الغرض الأساس من نشأة أسواق العقود المستقبلية حماية التجار والصناع والمزارعين من مخاطر تغير الأسعار في غير صالحهم في المستقبل؛ نتيجة ظروف الإنتاج، أو بسبب الاضطرابات السياسية أو الاقتصادية^(٢)، حيث تعد العقود المستقبلية أداة لتجنب تلك المخاطر، فالذي يرغب في الحصول على سلعة ما في تاريخ لاحق، يستطيع أن يدخل سوق العقود مشترياً، بدلاً من شراء السلعة الآن وتحمل تكاليف تخزينها إلى حين الحاجة إليها، أو تأجيل الشراء إلى حين الحاجة، والتعرض لخطر ارتفاع سعرها في المستقبل^(٣).

أما الشخص الذي يتوقع أن يملك هذه السلعة في المستقبل، ويريد أن يبيعها حينذاك، كالمزارع والمنتج، فإنه لكي يحمي نفسه من خطر انخفاض السعر في المستقبل، ولكي يضمن وجود مشترٍ لسلعته فإنه يستطيع أن يحقق هذه المصالح

(١) إدارة الأسواق والمنشآت المالية، د. منير إبراهيم هندي، ص ٦٨٧، ٦٨٨، العملات الأجنبية، مروان عوض، ص ٣٢٤، الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حيش، ص ٢٩٧.

(٢) النقود الدولية وعمليات الصرف الأجنبي، د. مدحت صادق، ص ١٧٧.

(٣) إدارة الأسواق والمنشآت المالية، د. منير إبراهيم هندي، ص ٦٣٢، ٦٣٣، النقود الدولية وعمليات الصرف الأجنبي، د. مدحت صادق، ص ١٧٧، ١٧٨.

بدخول سوق العقود المستقبلية بائعاً^(١).

ويوجد نوعان رئيسان من أنواع التغطية، يانهما فيما يأتي:

النوع الأول: التغطية بالشراء^(٢):

وإليها يلجأ الشخص الذي يحتاج إلى شراء سلعة، أو ورقة مالية، أو عملة، أو نحو ذلك في تاريخ لاحق، ويخشى ارتفاع سعرها في ذلك التاريخ، فيبرم عقد شراء مستقبل لهذه السلعة، أو الورقة، أو العملة، بحيث إذا حل الأجل، وارتفعت الأسعار فعلاً، فإنه إما أن يتسلم السلعة بالسعر المتفق عليه، وإما أن يقوم بإغلاق مركزه بصفقة عكسية، أو تسوية نقدية بالأسعار الجارية المرتفعة، ثم شراء السلعة من السوق بالأسعار الجارية المرتفعة أيضاً، بحيث يغطي ربحه في العقد المستقبل تكاليف الشراء من السوق بالسعر المرتفع.

مثال ذلك:

في ١ / ١ / ١٩٩٧ م تعاقدت شركة أمريكية متخصصة في بيع السيارات^(٣) مع شركة مرسيدس الألمانية على استيراد صفقة من السيارات قدرت قيمتها بـ ٥٠ مليون مارك ألماني، على أن تسدد قيمة الصفقة في ٣٠ / ٦ / ١٩٩٧ م.

وبقصد الحماية من مخاطر ارتفاع سعر المارك مقابل الدولار - حال

- (١) إدارة الأسواق والمنشآت المالية، د. منير إبراهيم هندي، ص ٦٣٢، ٦٣٣.
- (٢) إدارة الأسواق والمنشآت المالية، د. منير إبراهيم هندي، ص ٦٩١، الاستثمار في الأوراق المالية، د. سعيد توفيق عبيد، ص ٤٨٥، العملات الأجنبية، مروان عوض، ص ٣٢٦.
- (٣) لا يوجد - من حيث الواقع - عقود مستقبلية على الأسهم؛ ولذا جاءت الأمثلة المضروبة على السلع أو العملات، إلا أن إبرام العقود المستقبلية على الأسهم متصور من الناحية النظرية، وممكن من الناحية العملية؛ ولذا جاء عقد هذا المبحث للكلام عن حكمها من الناحية الشرعية.

استحقاق تسديد ثمن الصفقة - أبرمت الشركة الأمريكية - في نفس التاريخ، في سوق العقود المستقبلية، وبواسطة أحد بيوت الوساطة - عقدًا لشراء ٥٠ مليون مارك بـ ٠,٦٦٤ دولار لكل مارك، أي بقيمة إجمالية قدرها: ٣٣,٢٠٠,٠٠٠ دولار (٥٠ مليون × ٠,٦٦٤).

فإذا ارتفع سعر المارك إلى ٠,٧١٠ دولار لكل مارك فإنها تقوم بشراء المارك بالسعر المتفق عليه، أي بـ ٠,٦٦٤ دولار لكل مارك، محققة وفرًا إجماليًا قدره ٢,٣٠٠,٠٠٠ مارك (٠,٧١٠ - ٠,٦٦٤ × ٥٠ مليون) كانت ستتحمله لو أنها لم تدخل في سوق العقود المستقبلية.

أما لو انخفض سعر صرف المارك مقابل الدولار إلى ٠,٥٨٠ دولار لكل مارك، فإن الشركة تكون قد فوتت على نفسها فرصة شراء الماركات من السوق بالسعر المنخفض؛ إذ لو لم تشتت الماركات في سوق العقود المستقبلية لحصلت عليها من السوق الفوري بمبلغ إجمالي قدره ٢٩ مليون دولار (٥٠ مليون × ٠,٥٨٠) بدلًا من ٣٣,٢٠٠,٠٠٠ دولار^(١).

مثال آخر:

قام أحد المستوردين الأمريكيين في شهر أبريل بالتعاقد مع أحد المصدرين الكنديين على شراء سلع من كندا بمبلغ قدره ١٠٠ ألف دولار أمريكي، على أن يتم الدفع في ديسمبر بالدولار الكندي.

ولأنه يخشى ارتفاع سعر الدولار الكندي في وقت الدفع، فقد أبرم عقدًا مستقبلًا لشراء الدولار الكندي تسليم شهر ديسمبر، بسعر ٧٨ سنتًا لكل دولار كندي.

(١) إدارة الاستثمارات، د. محمد مطر، ص ٢٧٨-٢٨١.

فإذا حل موعد التسليم، وارتفع سعر الدولار الكندي في السوق الفوري إلى ٨٠ سنتًا لكل دولار أمريكي، فإنه من المتوقع أن يكون سعر الدولار الكندي - في سوق العقود المستقبلة - مساويًا لسعر الدولار الكندي في السوق الفوري، أي: ٨٠ سنتًا.

ولما كان التعامل في سوق العقود لا يتضمن غالبًا تسليمًا فعليًا، فسوف يقوم المستورد بإقفال مركزه، وذلك بإجراء عملية عكسية، وذلك ببيع الدولار الكندي في سوق العقود المستقبلة ب- ٨٠ سنتًا، محققًا ربحًا قدره ستان لكل دولار كندي.

ثم يقوم بشراء الدولار الكندي من السوق الفوري ب- ٨٠ سنتًا للدولار الكندي، إلا إنه لما كان قد ربح في العقد المستقبلي سنتين عن كل دولار كندي، فكأنه اشترى الدولار الكندي من السوق الفوري ب- ٧٨ سنتًا، وهو السعر المنصوص على الشراء به في العقد المستقبلي.

أما لو انخفض سعر الدولار الكندي في موعد التسليم إلى ٧٥ سنتًا مثلًا، فإنه أيضًا سيغلق مركزه في سوق العقود المستقبلة، وذلك ببيع الدولار الكندي بالسعر الجاري، أي ب- ٧٥ سنتًا، متحملاً خسارة قدرها ثلاثة سنتات لكل دولار كندي، ثم يقوم بشراء الدولار الكندي من السوق الفوري ب- ٧٥ سنتًا للدولار الكندي، إلا أنه لما كان قد خسر في العقد المستقبلي ثلاثة سنتات عن كل دولار كندي كأنه اشترى الدولار الكندي من السوق الفوري ب- ٧٨ سنتًا، (٣+٧٥) وهو السعر المنصوص على الشراء به في العقد المستقبلي.

وبذلك يتبين أنه مهما ارتفع السعر أو انخفض، فإن تكلفة الشراء لن تزيد أو تنقص عن المبلغ المنصوص عليه في العقد المستقبلي^(١).

(١) إدارة الأسواق والمنشآت المالية، د. منير إبراهيم هندي، ص ٦٩٢، ٦٩٣.

النوع الثاني: التغطية بالبيع^(١):

وإليها يلجأ الشخص الذي يملك سلعة مثلاً، أو يتوقع أن يمتلكها، ويريد بيعها في تاريخ لاحق، ولكنه يخشى انخفاض سعرها في ذلك التاريخ، فيبرم عقد بيع مستقبل لهذه السلعة، بحيث إذا حل الأجل، وانخفضت الأسعار فعلاً، فإنه إما أن يقوم بتسليم السلعة بالسعر المتفق عليه، وإما أن يقوم بإغلاق مركزه بصفقة عكسية، أو تسوية نقدية بالأسعار الجارية المنخفضة، ثم يبيع السلعة في السوق بالأسعار الجارية المنخفضة أيضاً، بحيث يغطي ربحه في العقد المستقبل خسارته في البيع بالسعر المنخفض.

مثال ذلك:

لو أن أحد المزارعين يتوقع حصاد ما يعادل ٥٠٠٠ بوشل من القمح في شهر محرم القادم، ويريد بيعه عند ذلك، ولكنه يخشى انخفاض السعر في ذلك التاريخ، فإنه يستطيع أن يبرم عقداً مستقبلاً لبيع القمح، تسليم شهر محرم، بسعر ٥٠, ٥ ريال للبوشل.

فلو انخفض سعر البوشل في شهر محرم في السوق الفوري إلى ٢٥, ٥٠ ريال، فإنه يتوقع أن يكون السعر في السوق المستقبلية مساوياً للسعر في السوق الفوري، أي ٢٥, ٥٠ ريال.

وفي هذه الحال فإن هذا المزارع سيقوم بإقفال مركزه في سوق العقود المستقبلية، وذلك بإبرام عقد شراء مستقبل على القمح بسعر ٢٥, ٥٠ ريال للبوشل، محققاً ربحاً قدره ٢٥, ٠ ريال في البوشل، ثم يقوم ببيع محصوله في السوق الفورية

(١) إدارة الأسواق والمنشآت المالية، د. منير إبراهيم هندي، ص ٦٩٣، الاستثمار في الأوراق المالية، د. سعيد توفيق عبيد، ص ٤٨٥، العملات الأجنبية، مروان عوض، ص ٣٢٦.

بسر ٢٥, ٥٠ ريالاً للبوشل أيضًا.

ولأنه قد ربح في العقد المستقبل، ٢٥, ٠ ريال في البوشل، فكأنه باعه بـ ٥, ٥٠ ريال، وهو السعر المنصوص عليه في العقد المستقبل^(١).

أما لو ارتفع سعر البوشل في شهر محرم في السوق الفوري إلى ٥١ ريالاً مثلاً، فإنه يتوقع أن يكون السعر في السوق المستقبلية مساوياً للسعر في السوق الفوري، أي ٥١ ريالاً.

وفي هذه الحال فإن هذا المزارع سيقوم بإقفال مركزه في سوق العقود المستقبلية، وذلك بشراء القمح بسعر ٥١ ريالاً للبوشل، متحملاً خسارة قدرها ٥, ٠ ريال في البوشل ثم يقوم ببيع محصوله في السوق الفوري بسعر ٥١ ريالاً للبوشل أيضًا.

ولأنه قد خسر في العقد المستقبل، ٥, ٠ ريال في البوشل، فكأنه باعه بـ ٥, ٥٠ ريال، وهو السعر المنصوص عليه في العقد المستقبل.

(ب) المضاربة في العقود المستقبلية:

تعني المضاربة - هنا - دخول المضارب في سوق العقود المستقبلية مشترياً، عند توقعه اتجاه الأسعار للارتفاع، أو بائعاً عند توقعه اتجاهها للانخفاض، لا بغرض تملك السلع التي أبرم عليها عقد الشراء، أو تسليم السلع التي أبرم عليها عقد البيع، بل بهدف تحقيق الربح من فروق الأسعار عند تحقق توقعاته، بحيث يقوم عند ذلك بإقفال مركزه بإبرام عقد معاكس للعقد السابق الذي أبرمه، مستفيداً أو متكبداً ما ينتج عن ذلك من ربح أو خسارة.

(١) إدارة الأسواق والمنشآت المالية، د. منير إبراهيم هندي، ص ٦٩٣، ٦٩٤.

وتحصل المضاربة في تلك العقود باستخدام مبلغ قليل، يتمثل في الهامش المبدئي الذي لا يشكل سوى نسبة ضئيلة جداً من القيمة الإجمالية للعقد^(١).

ويتفاوت المضاربون فيما بينهم في المدة التي يصفون فيها مراكزهم، فمنهم من لا يحتفظ بمركزه إلا لبضع ساعات، حيث يشتري ثم يبيع أو العكس بعد فترة قصيرة؛ بهدف الاستفادة من تذبذب الأسعار في السوق، ومنهم المضارب اليومي الذي يحتفظ بمركزه لفترة أطول، لكن لا تتجاوز اليوم، ومنهم من يعرف بتاجر المركز، وهو المضارب الذي يحتفظ بمركزه لفترة أطول قد تستمر عدة أيام، أو أسابيع، أو أكثر من ذلك^(٢).

أنواع المضاربة:

يوجد نوعان رئيسان من المضاربة، هما المضاربة بالشراء، أو ما يعرف باستراتيجية المركز الطويل، والمضاربة بالبيع، أو ما يعرف باستراتيجية المركز القصير.

١ - المضاربة بالشراء:

يدخل المضاربون إلى سوق العقود المستقبلية مشتريين، عندما يتوقعون ارتفاع الأسعار في المستقبل.

مثال ذلك: توقع مضارب ارتفاع سعر فول الصويا خلال الفترة من شهر يناير حتى شهر يوليو، ومن ثم فقد أبرم عقداً لشراء ٥٠٠٠ بوشل

(١) إدارة الاستثمارات، د. محمد مطر، ص ٢٧٤.

(٢) إدارة الأسواق والمنشآت المالية، د. منير إبراهيم هندي، ص ٦٣٩، الأسواق المالية مفاهيم وتطبيقات، د. حسني علي خريوش، ص ١٧١، ١٧٢، العملات الأجنبية، مروان عوض، ص ٣٢٧، ٣٢٨.

من فول الصويا، تسليم يوليو، بمبلغ إجمالي قدره ٣٢٥٠٠ دولار، أي بسعر ٦,٥ دولارات للبوشل الواحد.

فلو تحققت توقعات المضارب وارتفع سعر البوشل في شهر مارس، أي قبل تاريخ التسليم إلى ٦,٧٥ دولارات، فإن المضارب سيقفل مركزه، وذلك بإبرام عقد مستقبل لبيع فول الصويا بنفس الكمية، وتاريخ التسليم بسعر ٦,٧٥ دولارات، وبذلك يحقق ربحاً قدره ١٢٥٠ دولارًا $[٥٠٠٠ \times (٦,٧٥ - ٦,٥)]$.

أما إذا لم تتحقق توقعات المضارب وانخفض السعر إلى ٦,٣٠ دولارات حينئذ، فإن المضارب سيقفل مركزه أيضاً، ولكن بخسارة قدرها ١٠٠٠ دولار $[٥٠٠٠ \times (٦,٣ - ٦,٥)]$ ^(١).

٢- المضاربة بالبيع:

المضارب الذي يتوقع اتجاه الأسعار إلى الهبوط يمكنه أن يبرم عقد بيع مستقبل على سلعة مثلاً، حتى إذا تحققت توقعاته بانخفاض الأسعار، قام بإقفال مركزه بإبرام عقد شراء مستقبل مماثل من حيث الكمية، وتاريخ التنفيذ، بسعر السوق المنخفض، محققاً ربحاً من الفرق بين السعرين، أما إذا ارتفعت الأسعار عكس ما توقع، فإنه يقفل مركزه أيضاً بإبرام عقد شراء مستقبل، مماثل من حيث الكمية، وتاريخ التنفيذ، بسعر السوق المرتفع، متكبداً خسارة تتمثل في الفرق بين السعرين^(٢).

(١) إدارة الأسواق والمنشآت المالية، د. منير إبراهيم هندي، ص ٦٩٩، ٧٠٠.

(٢) المرجع نفسه، ص ٧٠١.

المقصد الثاني: حكم العقود المستقبلية على الأسهم:

لا يجوز إبرام العقود المستقبلية على الأسهم؛ للأدلة الآتية:

- ١- بيع الأسهم هو من قبيل بيع المعين، كما سبق تقريره^(١)، والمعين لا يجوز تأجيله بإجماع أهل العلم، كما سبق بيان ذلك فيما تقدم^(٢)، وفي العقود المستقبلية يتم تأجيل تسليم الأسهم، وهذا محرم لا يجوز.
- ٢- في العقود المستقبلية يتم تأجيل تسليم الثمن والمثمن، وهذا لا يجوز؛ لأنه من بيع الدين بالدين المجمع على تحريمه، قال ابن رشد رحمه الله: (فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز بإجماع، لا في العين ولا في الذمة؛ لأنه الدين بالدين المنهي عنه)^(٣).
- ٣- لا يملك البائع - في الغالب - الأسهم التي أبرم عليها عقدًا مستقبلاً، فيكون بائعاً لما هو مملوك لغيره؛ لأن جميع الأسهم مملوكة لجميع المساهمين، وهو ليس واحداً منهم، فيكون ذلك من بيع الأعيان غير المملوكة للبائع، وهو مما لا خلاف بين أهل العلم في عدم جوازه، وهو أيضاً داخل دخولاً أولياً في النصوص الشرعية الثابتة عن المصطفى ﷺ الدالة على تحريم بيع الإنسان ما لا يملك.
- ٤- تنتهي غالب العقود المستقبلية بالتسوية النقدية بين المتعاقدين^(٤)، وهذا

(١) تراجع ص ١٤٧٤ وما بعدها. (٢) تراجع ص ١٤٧٣.

(٣) بداية المجتهد ٣/ ٢٣٦.

(٤) يراد بالتسوية النقدية أن يدفع أحد المتعاقدين للطرف الآخر الفرق بين سعر السلعة المنصوص عليه في العقد، وبين سعرها في السوق وقت التنفيذ، بحسب ما تكون عليه الأسعار وقت التنفيذ، فإن كان سعر السوق أعلى من سعر التنفيذ دفع البائع الفرق، أما إذا حصل العكس فإن المشتري هو الذي يدفع الفرق.

قمار ظاهر إذا كان ذلك مشروطاً في العقد؛ وذلك أن كل واحد من المتعاقدين لا ينفك عن أن يكون غانماً إذا تغيرت الأسعار في صالحه، أو غارماً إن حدث العكس، وكل عقد دخل فيه الطرفان وكل واحد منهما متردد بين الغنم والغرم، فهو عقد قمار، يحرم الدخول فيه بإجماع المسلمين.

وإن كان غير مشروط في العقد فهو نوع من القمار والميسر؛ لأن البائع إذا لم يكن في نيته تسليم الأسهم التي باعها، أو كان المشتري غير ناوٍ تسلّم الأسهم التي اشتراها، وإنما يريد كل منهما أن يقبض فرق السعر إن تغيرت الأسعار في صالحه، أو يدفعه إن تغيرت في غير صالحه، فقد دخل كل منهما في عقد بين غرره، ومتأكد خطره؛ إذ دخولهما أو دخول أحدهما في العقد بهذه النية دخول في عقد معلومة نتيجته، وهي أن الخسارة لا بد أن تلحق أحدهما، والربح لا بد أن يصيب أحدهما، فكان كل واحد منهما إما غانماً أو غارماً، وهذا هو معنى القمار.

والقمار محرم في كتاب الله، وسنة رسوله ﷺ، وعليه إجماع علماء الأمة:

أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ يَجْسُ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقَعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ

(١) سورة البقرة، الآية: (٢١٩).

اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ ﴿١١﴾ ﴿١﴾.

أخرج البخاري في الأدب المفرد، والبيهقي في سننه عن نافع عن ابن عمر قال: الميسر: القمار^(٢).

وقال: طاوس ومجاهد وعطاء: كل شيء فيه قمار فهو من الميسر، حتى لعب الصبيان بالجوز والكعاب^{(٣)(٤)}.

وأما من السنة، فقوله ﷺ: «إن الله حرم عليكم الخمر والميسر والكوبة»^(٥)، وقال: «كل مسكر حرام»^(٦). والميسر: القمار، كما تقدم، وقوله ﷺ: «من قال لصاحبه: تعال أقامرك. فليصدق»^(٧).

قال في نيل الأوطار: (قوله: «فليصدق» فيه دليل على المنع من

- (١) سورة المائدة، الآيتان: (٩٠، ٩١).
- (٢) الأدب المفرد، باب القمار، ص ٤١٧، رقم (١٢٦٥)، سنن البيهقي، كتاب الشهادات، باب ما يدل على رد شهادة من قامر بالحمام أو بالشطرنج أو بغيرهما ١٠ / ٣٦٠، رقم (٢٠٩٤٤).
- (٣) الكعاب: فصوص النرد، واحدها: كعب، وكعبة. ينظر: النهاية، لابن الأثير ٤ / ١٥٥.
- (٤) مصنف ابن أبي شيبة، كتاب الأدب، في لعب الصبيان بالجوز ٥ / ٢٩٠، رقم (٢٦١٦٣).
- (٥) الكوبة: النرد، وقيل: الطبل، وقيل: البربط [وهو العود]. ينظر: الغريبين في القرآن والحديث، للهروي ٥ / ١٦٥٤، النهاية، لابن الأثير ٤ / ١٨٠.
- (٦) صحيح ابن حبان، كتاب الأشربة، باب آداب الشرب ١٢ / ١٨٧، رقم (٥٣٦٥)، سنن أبي داود، كتاب الأشربة، باب في الأوعية، ص ٥٦٨، رقم (٣٦٩٦)، البيهقي، كتاب الشهادات، باب ما يدل على رد شهادة من قامر بالحمام أو بالشطرنج أو بغيرهما ١٠ / ٣٦٠، رقم (٢٠٩٤٣)، مسند الإمام أحمد، ص ٢٨٧، رقم (٣٢٧٤). صححه ابن حبان.
- (٧) صحيح البخاري، كتاب الاستئذان، باب كل لهو باطل إذا شغله عن طاعة الله ومن قال لصاحبه: تعال أقامرك، ص ١٢١٢، رقم (٦٣٠١)، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب من حلف بالللات والعزى فليقل: لا إله إلا الله، ص ٦٧٦، رقم (١٦٤٧).

المقامرة؛ لأن الصدقة المأمور بها كفارة عن الذنب^(١).

وأما الإجماع، فقد حكاه غير واحد من أهل العلم: قال أبو بكر الجصاص رحمه الله: (ولا خلاف بين أهل العلم في تحريم القمار)^(٢). وقال ابن عبد البر رحمه الله: (ولم يختلف العلماء أن القمار من الميسر المحرم)^(٣).

ثم إن (المقصود من العقود القبض) كما يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله^(٤)، وفي العقود المستقبلية، ليس القبض مقصوداً للمتعاقدين أصلاً، فكان فيها التزاماً وشغلاً لذمة كل واحد منهما بالدين بلا فائدة، إلا المخاطرة وانتظار الخسارة التي ستقع بأحد الطرفين لا محالة.

وقد نص على تحريم العقود المستقبلية على الأسهم البيان الختامي لندوة الأسواق المالية المنعقدة في المغرب^(٥)، وكذلك الدكتور وهبة الزحيلي^(٦)، والدكتور علي محيي الدين القره داغي^(٧).

الفرع السابع: حكم عقود الاختيار *Option* على الأسهم:

وفيه مقصدان:

- (١) نيل الأوطار، للشوكاني ٨/ ٩٥، ٩٤.
- (٢) أحكام القرآن، ١/ ٣٢٩.
- (٣) التمهيد ٥/ ٢٠٦.
- (٤) نظرية العقد، ص ٢٣٥.
- (٥) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس ٢/ ١٦٦٤.
- (٦) بيع الأسهم، د. وهبة الزحيلي، ص ٣٥.
- (٧) الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/ ١٨٩، ١٩٠.

المقصد الأول: تعريف عقود الاختيار وأنواعها.

المقصد الثاني: حكم عقود الاختيار.

المقصد الأول: تعريف عقود الاختيار وأنواعها:

أولاً: تعريف عقود الاختيار:

عرف عقد الاختيار بأنه: (عقد يعطي لحامله الحق في شراء أو بيع ورقة مالية في تاريخ لاحق، وبسعر يحدد وقت التعاقد، على أن يكون لمشتري الاختيار الحق في التنفيذ من عدمه، وذلك في مقابل مكافأة يدفعها للبائع، والذي يطلق عليه محرر الاختيار)^(١).

وعرف بأنه: (اتفاق بين طرفين، يمنح بموجبه أحدهما للآخر الحق، وليس الالتزام، في شراء أو بيع أصل معين، أو أداة مالية معينة، بسعر محدد، وخلال فترة معينة)^(٢).

وعرف بأنه: (عقد بعوض على حق مجرد، يخول صاحبه بيع شيء محدد، أو شراءه بسعر معين، طيلة مدة معينة، أو في تاريخ محدد، إما مباشرة، أو من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطرفين)^(٣).

وعرف بأنه: (عقد أو اتفاق بين طرفين، يتعهد أو يلتزم فيه أحدهما ببيع سلعة معينة أو شرائها في المستقبل، في مقابل مبلغ معين يدفع عند التعاقد)^(٤).

(١) إدارة الأسواق والمنشآت المالية، د. منير إبراهيم هندي، ص ٥٨٩.

(٢) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١٧٥.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع / ١ / ٥٥٣.

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التوصيات والتائج، العدد السادس / ٢ / ١٦٦٣.

وعرف بأنه: (عقد يمثل حقاً يتمتع به المشتري، والتزاماً يقدمه البائع، فيدفع الأول ثمناً مقابل تمتعه بذلك الحق، ويقبض الآخر هذا الثمن مقابل تعهده والتزامه، ويتتج عنه أداة قابلة للبيع وللتداول)^(١).

من خلال التعريفات السابقة يمكن توضيح مفهوم عقود الاختيارات بإبراز الأمور الآتية:

أولاً: الاختيار عقد على حق مجرد، وليس على أسهم معينة مثلاً، يخول مشتريه حق بيع أو شراء أسهم معلومة، منصوص عليها في العقد، فالمعقود عليه هو الاختيار نفسه، لا الأسهم المنصوص عليها.

ثانياً: عقد الاختيار ملزم لأحد العاقدين، وهو بائع الاختيار، وغير ملزم للعاقد الآخر، وهو مشتري الاختيار^(٢).

ثالثاً: الاختيار عقد بين طرفين:

الطرف الأول: مشتري الاختيار، وهو الطرف الذي يملك - بمقتضى العقد - الحق في بيع أو شراء الأسهم المنصوص عليها في العقد، خلال مدة الاختيار^(٣).

(١) الأسهم الاختيارات المستقبلية أنواعها والمعاملات التي تجري فيها، د. محمد علي القرني بن عيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١ / ٢١١، الاختيارات في الأسواق المالية في ضوء مقررات الشريعة الإسلامية، د. عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١ / ٣٣١.

(٢) الاستثمار في الأوراق المالية، د. سعيد توفيق عبيد، ص ٤٥٣، مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٩١.

(٣) إدارة الاستثمارات، د. محمد مطر، ص ٢٦٤، الأسواق والمؤسسات المالية، د. منير صالح هندي، ود. رسمية قرياقص، ص ٥٨، ٥٧، مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٩١، ٩٢، الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١٧٥.

الطرف الثاني: بائع الاختيار، ويسمى (محرر الاختيار)، وهو الطرف الذي يلتزم ببيع أو شراء الأسهم المنصوص عليها في العقد، عندما يقرر ذلك مشتري الاختيار^(١).

رابعاً: يتضمن عقد الاختيار عددًا من العناصر، لا بد من النص عليها في العقد، وهي:

- ١ - الأصل محل الاختيار^(٢)، حيث لا بد من بيان نوعه وكميته، سواء أكان أسهمًا، أم سلعةً، أم عملات، أم مؤشرات، أم غير ذلك.
- ٢ - سعر التنفيذ، ويسمى سعر الممارسة، وهو السعر الذي يحق لمشتري الاختيار أن يبيع أو يشتري الأسهم به إذا رغب في ذلك، أو تتم - على أساسه - التسوية بين طرفي العقد في تاريخ التنفيذ^(٣).
- ٣ - تاريخ التنفيذ، وهو التاريخ الذي ينتهي بانتهائه حق المشتري في الاختيار، على أنه قد لا يحق للمشتري تنفيذ العقد إلا في هذا التاريخ، وهو ما اصطلح على تسميته بالاختيار الأوربي، وقد يحق له تنفيذه في أي وقت خلال الفترة الممتدة من تاريخ التعاقد إلى التاريخ المحدد للتنفيذ، وهو ما اصطلح على تسميته بالاختيار الأمريكي^(٤).

-
- (١) الاستثمار في الأوراق المالية، د. سعيد توفيق عبيد، ص ٤٥٣، البورصات، د. عبد الغفار حنفي، ص ٣٥٨، مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٩١، ٩٢، الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١٧٥.
 - (٢) إدارة الاستثمارات، د. محمد مطر، ص ٢٦٥.
 - (٣) إدارة الاستثمارات، د. محمد مطر، ص ٢٦٥، البورصات، عبد الغفار حنفي، ص ٣٥٨، الاستثمار في الأوراق المالية، د. سعيد توفيق عبيد، ص ٤٥٤.
 - (٤) مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٩٢، الأسواق المالية العالمية =

إلا أنه في الواقع العملي، لا يقدم مشتري الاختيار على ممارسة حقه في التنفيذ قبل التاريخ المحدد له؛ ذلك أن هناك بديلاً آخر لتحقيق ربح أكثر إذا لم يرغب الانتظار إلى تاريخ التنفيذ، وهو بيع الاختيار نفسه، حيث إن للاختيار قبل التاريخ المحدد للتنفيذ قيمة ذاتية، تتمثل في الفرق بين القيمة السوقية للسهم محل الاختيار وبين سعر التنفيذ، وقيمة زمنية، تتحدد بالنظر إلى المدة الباقية من مدة الاختيار، إذ ما دام هناك مدة باقية في الاختيار فهناك فرصة لزيادة القيمة السوقية للسهم محل الاختيار، في حين أنه لو نفذ العقد لم يزد ربحه عن الفرق بين سعر التنفيذ وبين القيمة السوقية للسهم، ولذا فإن الاختيار يظل يتداول حتى تاريخ التنفيذ، الذي عنده تساوي القيمة السوقية للاختيار قيمته الذاتية، وهنا يمكن تنفيذ العقد ببيع أو شراء الأسهم محل الاختيار^(١).

٤ - ثمن الاختيار، ويسمى (العلاوة، أو المكافأة)، وهو المبلغ الذي يدفعه مشتري الاختيار لمحرره مقابل تمتعه بحق الاختيار، والتزام المحرر بالتنفيذ^(٢)، وهذا الثمن لا يسترد بحال، سواء مارس المشتري حقه في الاختيار، وذلك ببيع أو شراء الأسهم المنصوص عليها، أو لم يمارسه^(٣).

= وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١٨٠، الأسواق المالية مفاهيم وتطبيقات، د. حسني علي خريوش، ص ١٥٦، الأسواق المالية والنقدية، جمال جويدان العجل، ص ١٨٣.

- (١) إدارة الأسواق والمنشآت المالية، د. منير إبراهيم هندي، ص ٥٥٦، ص ٥٧٩.
- (٢) إدارة الاستثمارات، د. محمد مطر، ص ٢٦٥، الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١٧٩.
- (٣) الأسواق والمؤسسات المالية، د. منير صالح هندي، ود. رسمية قرياقص، ص ٥٨، أساسيات الاستثمار في بورصة الأوراق المالية، د. محمد صالح الحناوي، ص ٣٢٠.

خامساً: الاختيار حق قابل للتداول، ولذا عد أداة مالية مشتقة، تستمد قيمتها من قيمة الأصل محل الاختيار^(١).

سادساً: يدفع كل من طرفي عقد الاختيار عمولة للسمسار الذي يتعامل معه كل منهما، وتحدد هذه العمولة بنسبة معينة من ثمن الاختيار، وليس من ثمن الأسهم محل الاختيار، وعند تنفيذ العقد يدفع كل من المشتري والمحرر عمولة أخرى لسمساريهما، تحدد بنسبة معينة من سعر التنفيذ، لا من القيمة السوقية للأسهم محل الاختيار^(٢).

ثانياً: أنواع عقود الاختيار:

تنوع عقود الاختيار إلى عدة أنواع بحسب الاعتبارات الآتية:

(أ): أنواع عقود الاختيار بالنظر إلى ملكية الأصل محل الاختيار أو عدمها:

وتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: الاختيار المغطى:

ويقصد به أن يكون المحرر في اختيار الشراء مالكا للأوراق المالية، أو السلع، أو العملات التي التزم ببيعها بمقتضى بيعه لحق الشراء، بحيث يقوم بتسليمها عندما يقرر مشتري الاختيار ممارسة حقه في الشراء^(٣).

(١) إدارة الأسواق والمنشآت المالية، د. منير إبراهيم هندي، ص ٥٥٣.

(٢) المرجع نفسه، ص ٦١٥.

(٣) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١٩٣، إدارة الأسواق والمنشآت المالية، د. منير إبراهيم هندي، ص ٦١١، البورصات، د. عبد الغفار حنفي، ص ٣٩٠، أساسيات الاستثمار في بورصة الأوراق المالية، د. محمد صالح الحناوي، ص ٣٢١.

النوع الثاني: الاختيار غير المغطى (المكشوف):

ويقصد به أن المحرر حين حرر اختيار الشراء لم يكن يملك الأوراق المالية، أو السلع، أو العملات التي التزم ببيعها، وإنما يحزر عليها الاختيار بنية أن يقوم بشرائها من السوق، وتسليمها للمشتري، عندما يقرر مشتري الاختيار ممارسة حقه في الشراء^(١).

(أ) أنواع عقود الاختيار بالنظر إلى نوع الاختيار محل العقد:

وتتنوع إلى نوعين رئيسيين:

١ - عقود اختيار الشراء.

٢ - عقود اختيار البيع.

وإليك تفصيل الكلام عن هذين النوعين فيما يأتي:

١ - عقد اختيار الشراء *call option*:

عقد اختيار الشراء هو: عقد بين طرفين، يخول أحدهما حق شراء أوراق مالية معينة، أو سلع موصوفة في الذمة، أو عملات، أو غيرها من الطرف الآخر، بسعر معلوم، في تاريخ معلوم، أو خلال مدة معلومة، مقابل عوض معلوم^(٢).

(١) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١٩٤، إدارة الأسواق والمنشآت المالية، د. منير إبراهيم هندي، ص ٦١٢، أساسيات الاستثمار في بورصة الأوراق المالية، د. محمد صالح الحناوي، ص ٣٢١.

(٢) الاستثمار بالأسهم والسندات وتحليل الأوراق المالية، محمد صالح جابر، ص ٢٥٥، إدارة الاستثمارات، د. محمد مطر، ص ٢٦٥، مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ٩٣، الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، =

فاختيار الشراء يتم بين طرفين:

الأول: مشتري الاختيار:

وهو الطرف الذي يحق له - بمقتضى العقد - شراء الأوراق المالية، أو السلع، أو العملات، أو غيرها المبيّنة في العقد، بالسعر المتفق عليه، في التاريخ المتفق عليه، أو خلال الفترة الزمنية المقدرة.

الطرف الثاني: بائع الاختيار (محرر الاختيار):

وهو الطرف الذي يلتزم ببيع الأوراق المالية، أو السلع، أو العملات، أو غيرها لمشتري الاختيار، وفقاً للشروط المتفق عليها، إذا رغب المشتري في ذلك، وذلك في مقابل عوض معلوم يقبضه من مشتري الاختيار عند العقد، ولا يرده إليه بحال، سواء أمارس المشتري حقه في الشراء، أم لا.

ويهدف المتعاقدون بهذه العقود إلى أحد أمرين:

الأمر الأول: المضاربة:

حيث لا يكون غرض مشتري الاختيار تملك الأسهم التي اشترى حق شرائها، وإنما غرضه الاستفادة من تقلبات الأسعار، وتحقيق الربح من وراء ذلك، وذلك باستعمال حقه في الاختيار عندما تتحقق توقعاته بارتفاع أسعارها إلى أكثر من سعر التنفيذ، فيشتري الأسهم بالسعر المنخفض المتفق عليه، ويبيعها بالسعر الأعلى؛ ليربح الفرق بين

= ص ١٨١، الاستثمار في خيارات الأسهم وخيارات مؤشرات الأسهم، د. عبد الكريم قاسم حمامي، ص ١٠.

السعرين^(١).

ويمكن توضيح ما ذكر بالمثل:

أعلن عن اختيار شراء أسهم شركة معينة بالشروط الآتية:

عدد الأسهم: ١٠ أسهم.

سعر التنفيذ: ١٠٠ ريال للسهم الواحد.

مدة الاختيار: ثلاثة أشهر.

ثمن الاختيار: خمسة ريالات عن السهم الواحد.

فإذا توقع أحد المستثمرين ارتفاع أسعار تلك الأسهم خلال فترة الاختيار، وتوقع آخر انخفاضها خلال تلك الفترة، فإن الأول منهما سيدخل السوق مشترياً هذا الاختيار الذي يخوله حق شراء هذه الأسهم خلال تلك الفترة، بينما سيدخل الآخر بائعاً له، وحيث إن المشتري هو المالك للاختيار، فإنه يمكن بيان الحالات التي يقرر فيها شراء الأسهم أو عدمه، مع بيان ما ينتج عن ذلك من ربح أو خسارة لأحد الطرفين من خلال الافتراضات الآتية:

الافتراض الأول: أن ترتفع أسعار تلك الأسهم إلى أعلى من سعر التنفيذ بمقدار يزيد عن مقدار ثمن الاختيار، أي إلى أكثر من ١٠٥ ريالات، كأن تبلغ ١٠٨ ريالات.

وفي هذه الحالة فإن مشتري الاختيار سيقوم بشراء الأسهم من الطرف الآخر بالسعر المتفق عليه، لبيعه في السوق بالسعر الجاري، وبذلك

(١) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١٨٢.

يحقق ربحًا قدره ٣٠ ريالاً [١٠٨ - (١٠٠ + ٥) × ١٠].

أما بائع الاختيار فإنه لكونه لا يملك الأسهم التي حرر عليها اختيار الشراء سيقوم بشرائها بسعر السوق ليسلمها إلى المشتري بالسعر المتفق عليه، وبذلك يبوء بخسارة قدرها ٣٠ ريالاً أيضًا [١٠٨ - (١٠٠ + ٥) × ١٠].

الافتراض الثاني: أن تنخفض أسعار تلك الأسهم إلى أقل من سعر التنفيذ، كأن تنخفض إلى ٩٠ ريالاً مثلاً.

وفي هذه الحالة فإن مشتري الاختيار لن يقوم بشراء الأسهم من بائع الاختيار؛ حيث سيفضل - إذا كان له رغبة في تملك الأسهم - شراءها من السوق بالسعر المنخفض، وبذلك تنحصر خسارته في العوض المدفوع، الذي يعد - في الوقت نفسه - ربحًا لمحرر الاختيار (البائع).

الافتراض الثالث: أن ترتفع أسعار تلك الأسهم إلى أعلى من سعر التنفيذ بمقدار لا يزيد عن مقدار ثمن الاختيار، كأن تصل إلى ١٠٣ ريالاً.

وفي هذه الحالة فإن مشتري الاختيار سيقوم بالشراء؛ لأنه وإن لم يحقق ربحًا من وراء ذلك، إلا إنه سيخفف من خسارته؛ إذ بدلًا من أن يخسر ثمن الاختيار كله، فإن خسارته، إذا قام بالشراء، ستكون ٢٠ ريالاً فقط [(١٠٠ + ٥) - (١٠٣ × ١٠)].

الأمر الثاني: الاحتياط:

أي الاحتياط لتقلبات أسعار الأوراق المالية، أو السلع، أو العملات، وتجنب مخاطر الشراء بأسعار السوق التي قد ترتفع كثيرًا في المستقبل،

مع احتفاظ المشتري بحقه في الاستفادة من الانخفاض في الأسعار في حال حدوثه، وذلك بعدم ممارسة حقه في الشراء عندئذٍ، وشراء ما يحتاجه من السوق بالسعر الأقل^(١).

ويمكن توضيح ذلك بالمثال:

شخص يرغب في شراء ٥٠٠ سهم من أسهم شركة معينة، تبلغ قيمتها السوقية في الوقت الحاضر ٥٠ ريالاً للسهم الواحد، ولكنه لا يملك المال الكافي لشراء تلك الأسهم في هذا الوقت، وإنما ينتظر دخلاً مالياً بعد ستة أشهر مثلاً، إما أجرة لبيت يملكه، أو ثمناً لسلعة باعها، أو غير ذلك، ولكنه يخشى ارتفاع أسعار تلك الأسهم في ذلك الوقت، ولذا فإنه اشترى اختيار شراء يعطيه الحق في شراء هذه الأسهم بعد ستة أشهر بالسعر الجاري أو قريب منه، وليكن ٥٥ ريالاً، وقد دفع ثمناً لذلك الحق ٣ ريالات عن السهم الواحد.

فإذا حل الأجل، وحدث ما خشيه بأن ارتفع سعر السهم إلى أعلى من سعر التنفيذ فإنه سينفذ الاختيار، ويشترى هذه الأسهم بسعر التنفيذ المتفق عليه بدلاً من شرائه من السوق بالسعر المرتفع، أما لو انخفضت الأسعار، أو بقيت كما هي، فإنه لن ينفذ الاختيار، وسيفضل شراء الأسهم من السوق بالسعر المنخفض، متحملاً الخسارة المتمثلة في ثمن الاختيار الذي دفعه للمحرر.

٢- عقد اختيار البيع *put option*:

عقد اختيار البيع هو: عقد بين طرفين، يخول أحدهما حق بيع أوراق

(١) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١٨٢.

مالية معينة، أو سلع موصوفة في الذمة، أو عملات، أو غيرها للطرف الآخر، بسعر معلوم، في تاريخ معلوم، أو خلال مدة معلومة، مقابل عوض معلوم^(١).

فاختيار البيع يتم بين طرفين:

الأول: مشتري الاختيار:

وهو الطرف الذي يحق له - بمقتضى العقد - بيع الأوراق المالية، أو السلع، أو العملات، أو غيرها المبينة في العقد، بالسعر المتفق عليه، في التاريخ المتفق عليه، أو خلال الفترة الزمنية المقدرة.

الطرف الثاني: بائع الاختيار (محرر الاختيار):

وهو الطرف الذي يلتزم بشراء الأوراق المالية، أو السلع، أو العملات، أو غيرها من مشتري الاختيار، وفقاً للشروط المتفق عليها، إذا رغب المشتري في ذلك، وذلك في مقابل عوض معلوم يقبضه من مشتري الاختيار عند العقد، ولا يرده إليه بحال، سواء أمارس المشتري حقه في البيع، أم لا.

وكشأن المتعاملين بعقود اختيار الشراء فإن المتعاملين بعقود اختيار البيع يهدفون بإبرام هذه العقود إلى أحد أمرين:

الأمر الأول: المضاربة:

حيث لا يملك مشتري الاختيار الأسهم التي اشترى حق بيعها، وإنما

(١) الاستثمار بالأسهم والسندات وتحليل الأوراق المالية، محمد صالح جابر، ص ٢٥٥، إدارة الاستثمارات، د. محمد مطر، ص ٢٦٦، الاستثمار في خيارات الأسهم وخيارات مؤشرات الأسهم، د. عبد الكريم قاسم حمادي، ص ١٠.

غرضه الاستفادة من ارتفاع سعر الاختيار، أو تحقيق ربح يتمثل في الفرق بين سعر التنفيذ وسعر السهم في السوق، إذا تحققت توقعاته بانخفاض سعر السهم في السوق عن سعر التنفيذ^(١).

وتوضيح ما ذكر بالمثل:

أعلن عن اختيار بيع أسهم شركة معينة بالشروط الآتية:

عدد الأسهم: ١٠٠ سهم.

سعر التنفيذ: ٥٠ ريالاً للسهم الواحد.

مدة الاختيار: ثلاثة أشهر.

ثمن الاختيار: ثلاثة ريالات عن السهم الواحد.

فإذا توقع أحد المضاربيين انخفاض أسعار تلك الأسهم خلال فترة الاختيار، وتوقع آخر ارتفاعها خلال تلك الفترة، فإن الأول منهما سيدخل السوق مشترياً هذا الاختيار الذي يخوله حق بيع هذه الأسهم خلال تلك الفترة، بينما سيدخل الآخر بائعاً له، بما يعني استعداده لشراء الأسهم إذا قرر مشتري الاختيار البيع، وحيث إن المشتري هو المالك للاختيار فإنه يمكن بيان الحالات التي يقرر فيها البيع أو عدمه، مع بيان ما ينتج عن ذلك من ربح أو خسارة لأحد الطرفين من خلال الافتراضات الآتية:

الافتراض الأول: أن تنخفض أسعار تلك الأسهم إلى أقل من سعر التنفيذ بمقدار يزيد عن مقدار ثمن الاختيار، أي إلى أقل من ٤٧ ريالاً، كأن تصل إلى ٤٥ ريالاً.

(١) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١٨٧.

وفي هذه الحالة فإن مشتري الاختيار سيمارس حقه في البيع، حيث سيشتري تلك الأسهم من السوق بالسعر الجاري، أي ب-٤٥ ريالاً، ويبيعها للطرف الآخر بالسعر المتفق عليه، أي ب-٥٠ ريالاً، محققاً ربحاً قدره ٥ ريالات، وحيث إنه قد دفع ٣ ريالات عن السهم الواحد ثمناً للاختيار، فإن صافي ربحه سيكون ٢٠٠ ريال $[٥٠ - (٣ + ٤٥) \times]$ [١٠٠].

أما بائع الاختيار فإنه بشراء تلك الأسهم بسعر التنفيذ قد فوت على نفسه فرصة شرائها من السوق بالسعر المنخفض، لو لم يلتزم بالشراء بمقتضى هذا الاختيار، على أنه إذا لم يكن له غرض في الأسهم، وقام ببيعها بعد ذلك بسعر السوق، أي ب-٤٥ ريالاً، أو تم تسوية الصفقة نقدياً، كما هو الغالب، فإنه سيرجع بخسارة قدرها ٥٠٠ ريال، وحيث إنه قد قبض ٣ ريالات عن السهم الواحد ثمناً للاختيار، فإن صافي خسارته ستبلغ ٢٠٠ ريال $[٥٠ - (٣ + ٤٥) \times]$ [١٠٠].

الافتراض الثاني: أن ترتفع أسعار تلك الأسهم إلى أعلى من سعر التنفيذ، كأن تصل إلى ٥٣ ريالاً.

وفي هذه الحالة فإن مشتري الاختيار لن يمارس حقه في البيع، وبذلك تنحصر خسارته في العوض الذي دفعه ثمناً للاختيار، ليمثل - في الوقت نفسه - ربحاً لمحرر الاختيار.

الافتراض الثالث: أن تنخفض أسعار تلك الأسهم إلى أقل من سعر التنفيذ بمقدار لا يزيد عن مقدار ثمن الاختيار، كأن تصل إلى ٤٨ ريالاً.

وفي هذه الحالة فإن مشتري الاختيار سيمارس حقه في البيع؛ لأنه وإن لم يحقق ربحاً من وراء ذلك إلا إنه سيخفف من خسارته المتمثلة في ثمن الاختيار؛ لأنه سيشتري الأسهم من السوق بالسعر المنخفض، أي: بـ ٤٨ ريالاً، وبيعها لمحرر الاختيار بـ ٥٠ ريالاً، محققاً ربحاً قدره ٢٠٠ ريال (٥٠ - ٤٨ × ١٠٠)، وحيث إنه قد دفع ٣ ريالات عن السهم الواحد ثمناً للاختيار فإن صافي خسارته ستكون ١٠٠ ريال (٣ × ١٠٠ - ٢٠٠).

أما محرر الاختيار فإن الأسهم التي اشتراها بـ ٥٠ ريالاً سيبيعها في السوق بالسعر الجاري، أي: بـ ٤٨ ريالاً، متحملاً خسارة قدرها ٢٠٠ ريال، (٤٨ - ٥٠ × ١٠٠) وحيث إنه قد قبض ٣ ريالات عن السهم الواحد ثمناً للاختيار فإن صافي ربحه سيكون ١٠٠ ريال (٣ × ١٠٠ - ٢٠٠).

الأمر الثاني: الاحتياط:

أي: الاحتياط لتقلبات أسعار الأسهم، وتجنب مخاطر بيع الأوراق المالية، أو السلع أو العملات التي يملكها بالسعر المنخفض الذي قد يحدث في المستقبل، حيث يبيعها مشتري الاختيار عند ذلك بسعر التنفيذ، مع احتفاظه بحقه في بيعها بسعر السوق المرتفع في حال ارتفاع الأسعار، حيث إنه غير ملزم بتنفيذ العقد^(١).

ويمكن توضيح ذلك بالمثال:

(١) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١٨٧، الاستثمارات، د. محمد مطر، ص ٢٦٧.

شخص يملك ١٠٠ سهم من أسهم شركة معينة مثلاً، قيمتها السوقية الحالية ٩٠ ريالاً للسهم الواحد، وهو ينوي أن يغيب عن السوق في سفر لمدة شهرين مثلاً، ولا يرغب في بيعها الآن ما دام هناك احتمال بارتفاع أسعارها، ولكنه - في الوقت نفسه - يخشى انخفاض الأسعار خلال تلك الفترة بشكل كبير، واحتياطاً لذلك فإنه اشترى اختيار بيع يخوله بيع تلك الأسهم بسعر تنفيذ قدره ٨٠ ريالاً للسهم الواحد، لمدة ثلاثة أشهر، مقابل ٥ ريالات عن السهم الواحد، يدفعها ثمناً للاختيار. فلو حدث ما خشيه، وانخفضت الأسعار إلى أقل من سعر التنفيذ فإنه سينفذ الاختيار، ويبيع الأسهم لمحرر الاختيار بسعر التنفيذ المتفق عليه، أما لو ارتفعت الأسعار فإنه لن يستعمل حقه في الاختيار، وسيفضل الاحتفاظ بالأسهم، أو بيعها في السوق بالسعر المرتفع، متحماً خسارة قدرها ٥٠٠ ريال (١٠٠ × ٥)، وهي ثمن الاختيار الذي دفعه للمحرر^(١).

الغرض من تحرير عقد الاختيار (بيع الاختيار):

من خلال الاستعراض السابق لأغراض المتعاملين بعقود الاختيار - سواء أكان اختيار شراء، أم اختيار بيع - تبين أن مشتري الاختيار يقدم على شرائه إما بهدف المضاربة على فروق الأسعار، وإما بهدف الاحتياط لمخاطر تغير أسعار الأوراق المالية، في المستقبل، أما محرر عقود الاختيار - سواء أكان اختيار شراء، أم اختيار بيع - فإنه يقدم على

(١) الاستثمار بالأسهم والسندات وتحليل الأوراق المالية، محمد صالح جابر، ص ٢٥٥، ٢٥٦، وينظر: إدارة الاستثمارات، د. محمد مطر، ص ٢٧٠-٢٧٢.

تحرير تلك العقود؛ بهدف تحقيق ربح يتمثل في المبلغ الذي يقبضه من مشتري الاختيار ثمنًا له، إذا لم يمارس المشتري حقه في الاختيار، كما هو واضح من خلال الأمثلة السابقة.

وذلك أن محرر الاختيار إنما يختار بين نوعي الاختيار بناء على توقعه عن اتجاه الأسعار، الذي هو على عكس توقع المشتري، فعندما يتوقع انخفاض الأسعار يحرر اختيار شراء، وعندما يتوقع ارتفاعها يحرر اختيار بيع؛ وإذا تحقق توقعه في كلا الحالتين فإن مشتري الاختيار لن ينفذ العقد، وسيستأثر هو (أي المحرر) بقيمة الاختيار، إلا إنه سيمنى بخسائر قد تكون كبيرة إذا لم يصدق توقعه، وذلك بارتفاع الأسعار في حالة اختيار الشراء، أو انخفاضها في حالة اختيار البيع؛ إذ عند ذلك يتوقع أن يمارس مشتري الاختيار حقه في الاختيار ويقوم بتنفيذ العقد، وعند ذلك يتحمل المحرر خسارة محققة تزيد كلما ارتفع السعر في حالة تحرير اختيار الشراء، خاصة إذا كان لا يملك الأصل الذي حرر عليه الاختيار، حيث سيضطر إلى شرائه من السوق بالسعر المرتفع ليسلمه إلى المشتري، كما تزيد خسارته في حالة اختيار البيع كلما انخفض السعر، خاصة إذا اضطر إلى بيع الأصل الذي اشتراه بسعر السوق المنخفض، ولذا فإن أرباح محرر الاختيار محددة لا يمكن أن تزيد على ثمن الاختيار، في حين أن خسائره سترتفع كلما ارتفع السعر في حالة اختيار الشراء، وكلما انخفض السعر في حالة اختيار البيع، على أن هذه الخسارة إذا لم يكن لها حد في حالة اختيار الشراء؛ لأن ارتفاع السعر لا حدًا له، فإنها في حالة اختيار البيع، ليست كذلك؛ لأن أقصى انخفاض للسعر - من الناحية النظرية - سيكون إلى صفر.

ومحرر الاختيار على كل حال لا يخرج عن كون مضارباً يسعى لتحقيق الأرباح من خلال استثمار مقدار قليل من المال، يتمثل في المبلغ الذي يودعه لدى بيت السمسرة الذي يتعامل معه؛ وذلك لتأمين الوفاء بالتزاماته تجاه مشتري الاختيار^(١).

المقصد الثاني: حكم عقود الاختيار:

قبل بيان الحكم الشرعي لعقود الاختيار يحسن التمهيد بمقدمتين:

المقدمة الأولى: في بيان المعقود عليه في عقود الاختيار.

المقدمة الثانية: الفرق بين عقد الاختيار وبين بعض العقود التي يوجد بينها

وبينه وجه شبه.

المقدمة الأولى: المعقود عليه في عقود الاختيار:

من خلال ما سبق في تعريف عقد الاختيار يتبين أن ههنا عقدين: الأول منهما يتم إبرامه في الحال، وهو العقد الذي ينشأ عنه حق الاختيار، والثاني لا يتم إبرامه إلا عندما يقرر ذلك مشتري الاختيار، وهو العقد على الشيء محل الاختيار من أسهم أو غيرها.

فالمعقود عليه في عقد الاختيار هو حق البيع أو حق الشراء، أو بعبارة أخرى هو حق الاختيار بين البيع أو عدمه في حالة اختيار البيع، أو حق الاختيار بين الشراء أو عدمه في حالة اختيار الشراء.

وفي ذلك يقول الدكتور علي محيي الدين القره داغي: (محل العقد في الاختيارات، هو حق محض منفصل عن الأسهم أو الأوراق المالية، التي يعطى على

(١) إدارة الاستثمارات، د. محمد مطر، ص ٢٦٧.

أساسها حق الاختيار^(١).

ويقول الدكتور عبد الستار أبو غدة: (يتضح من البيانات الشارحة لماهية الاختيار فنياً، وكيفية مزاولتها، أن محل العقد فيها هو الحق في الشراء، أو في البيع)^(٢). وعد ذلك حقاً إنما هو بالنظر إلى واقع التعامل الذي يثبت هذا الحق، أما من الناحية الشرعية فإن إثبات كون ذلك حقاً فرع عن صحة العقد الذي ينشأ عنه هذا الحق، وهو محل البحث والنظر هنا.

والقول بأن المعقود عليه هو الحق لا يتنافى مع ما هو معروف لغة من أن الحق هو الثابت الواجب؛ إذ لا يلزم من كون العقد وارداً على شيء غير ثابت من قبل، ألا يسمى حقاً؛ ذلك أن تسميته حقاً، إنما هو باعتبار ما يترتب على العقد لو كان صحيحاً، وهذا كما يشترط في المعقود عليه في السلم أن يكون ديناً، ولذلك جعل من قبيل بيع الدين بالدين^(٣)، مع أنه إنما يكون ديناً بالعقد، فكذلك يصح أن يسمى المعقود عليه - هنا - حقاً، وإن كان إنما يكون كذلك بالعقد.

لكن ذهب بعض الباحثين إلى أن المعقود عليه ليس هو حق الاختيار، وإنما هو التزام أحد طرفي العقد (وهو المحرر) بالبيع أو الشراء، وأن العوض الذي يدفعه مشتري الاختيار إنما هو ثمن هذا الالتزام.

يقول الدكتور الصديق الضيرير: (ويبدو لي أن العوض في عقد الاختيار ليس مقابل حق الاختيار، وإنما هو مقابل التزام أحد الطرفين للآخر، ويقابل هذا الالتزام

(١) الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١٨٠ / ١.

(٢) الاختيارات في الأسواق المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١ / ٣٣٢.

(٣) تحفة الفقهاء، لأبي العلاء السمرقندي ٧ / ٢.

ثبوت حق للطرف الآخر، فحقيقة اختيار الشراء هو أن البائع يلتزم للمشتري ببيع شيء موصوف، في وقت محدد، بثمن محدد، يدفعه له عند الاتفاق مقابل هذا الالتزام، ويترتب على التزام البائع ثبوت حق للمشتري في الشراء^(١).

ويقول الشيخ محمد المختار السلامي: (إن الذي دفع ثمن الخيار هو قد أخذ في مقابلة التزامًا من المدفوع إليه بإنجاز صفقة في أجل محدد، فهو في الحقيقة شراء التزام في الذمة)^(٢).

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم ٦٥ / ١ / ٧: (إن المقصود بعقود الاختيارات الاعتياض عن الالتزام ببيع شيء محدد موصوف، أو شرائه بسعر محدد، خلال فترة زمنية معينة، أو في وقت معين...).

والأرجح من حيث النظر هو الرأي الأول؛ وذلك أنه إذا تم العقد ثبت للمشتري هذا الحق في البيع (في حالة اختيار البيع) أو الشراء (في حالة اختيار الشراء) إذا شاء خلال فترة الاختيار.

أما القول بأن المعقود عليه هو الالتزام ففيه نظر من وجهين:

الأول: أن مشتري الاختيار إنما يملك - بالعقد - حق البيع أو الشراء، ولا يملك الالتزام نفسه؛ إذ الالتزام معنى قائم في نفس البائع، لا يتصور وقوع الملك عليه من غيره.

الثاني: أن طبيعة هذا العقد أنه ملزم لأحد طرفيه، وهو محرر الاختيار، فالتزامه

(١) الاختيارات، د. الصديق محمد الأمين الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٢٦٥ / ١، وينظر: ص ٥٧٥.

(٢) الاختيارات، محمد المختار السلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٢٣٥ / ١ وينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١٧١٢ / ٢.

بالبیع أو الشراء إنما هو فرع عن هذا اللزوم الذي هو حکم من أحكام العقد، لأنه المعقود علیه.

ولذلك ذكر الدكتور الضریر في موضع آخر من بحثه أن المعقود علیه هو الحق، حيث يقول: (وواضح من التعریف أن المحل في عقد الاختیار هو الحق في شراء شيء معين أو بیعه بسعر معين، في زمن مستقبل محدد، أو في أثناء مدة محددة، وهذا الحق ليس مالاً متقوماً، ولا حقاً مالياً، وإنما هو حق في الشراء أو البیع بسعر محدد، يعطيه أحد الطرفين للآخر نظیر مال)^(١).

المقدمة الثانية: الفرق بين عقد الاختیار وبين بعض العقود التي يوجد بينها وبينه وجه شبه:

يحسن - قبل الخوض في بیان الحكم الشرعي لعقد الاختیار - التفريق بينه وبين غيره مما يشبهه ولو من بعض الوجوه، كبیع العربون، والمواعدة، وبیع الخيار^(٢)؛ توضيحاً لصورته، وتمييزاً له عن غيره، ولا سيما أن بعض الباحثين قد ألحق عقود الاختیار ببعضها، وذلك فيما يأتي:

أولاً: الفرق بين عقد الاختیار وبين بیع العربون:

يوجد شبهة - كما ذكر بعض الباحثين - بين عقد الاختیار وبين بیع العربون من

(١) الاختیارات، د. الصديق محمد الأمين الضریر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٢٦٣/١.

(٢) ذكر بعض الباحثين فروقاً بين عقد الاختیار وبين عقد السلم، والبیع علی الصفة، والهبة، جواباً علی سؤال وجه إليهم من مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ولوضوح الفرق بين عقد الاختیار وبين هذه العقود لم أر حاجة إلى ذكره هنا، ولذا يمكن - لمعرفة الفرق - مراجعة البحوث المقدمة إلى مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة، المنشورة في مجلة المجمع في الجزء الأول من العدد السابع.

وجهين، هما:

الوجه الأول: أن الثمن الذي يدفعه المشتري في اختيار الشراء يشبه العربون الذي يدفعه المشتري للبائع؛ وذلك أنه - في بيع العربون - إن أتم المشتري البيع احتسب به من الثمن، وإن لم يتم ذهب عليه العربون، فكذلك المشتري في اختيار الشراء، إن مارس حقه في الشراء صار كأن ثمن الخيار الذي دفعه جزءاً من الثمن، وإن لم يشتري ذهب عليه^(١).

الوجه الثاني: أن عقد الاختيار يعطي المشتري الحق في شراء عدد من الأسهم، أو غيرها خلال فترة محددة، وفي بيع العربون يكون للمشتري حق إمضاء البيع خلال فترة محددة^(٢).

ورغم ضعف الشبه بين عقد الاختيار وبين بيع العربون فيما ذكر كما هو ظاهر، إلا أن هناك فروقاً جوهرية تمنع إلحاق عقد الاختيار ببيع العربون، وذلك من وجوه، منها:

١ - أن العربون جزء من ثمن السلعة المشتراة، وإنما يذهب على صاحبه إذا لم يمض البيع، أما الثمن في عقد الاختيار فهو ثمن للاختيار ذاته، وليس جزءاً من ثمن السلعة محل الاختيار، يستوي في ذلك حال

(١) الاختيارات، د. الصديق محمد الأمين الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع / ١ / ٢٦٤، الاختيارات في الأسواق المالية في ضوء مقررات الشريعة الإسلامية، د. عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع / ١ / ٣٣٤، وينظر: تعليق الدكتور سامي حمود في المناقشات الدائرة حول الاختيارات في المجلة المذكورة، العدد السابع / ١ / ٥٩٤، وتعليق الشيخ محمد المختار السلامي في المجلة المذكورة العدد السادس / ٢ / ١٧١٢.

(٢) الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع / ١ / ١٨٣.

الشراء أو عدمه^(١).

٢- أن هذا التشابه الظاهري إنما ينطبق على أحد نوعي الاختيار، وهو اختيار الشراء، دون اختيار البيع^(٢)، مما يدل على أن عقد الاختيار ليس له صلة ببيع العربون أصلاً.

٣- أن الخيار - في عقود الاختيار - قد يكون للمشتري وقد يكون للبائع، في حين لا يوجد بيع عربون يكون فيه الخيار للبائع^(٣).

٤- أن الاختيار في عقد الاختيار يمكن بيعه وتداوله، وليس كذلك الخيار في بيع العربون^(٤).

٥- أن الدافع للتعامل بالاختيارات ليس الغرض منه تحصيل مقصود العقد، وهو قبض الثمن والمثمن، وإنما الغرض منه الاستفادة من فروق الأسعار، ولذلك يجري تسوية العقد - غالباً - تسوية نقدية^(٥).

(١) الأسواق المالية، د. محمد بن علي القري، ص ٨٤، ٨٥، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١٨٣/١

(٢) الأسواق المالية، د. محمد بن علي القري، ص ٨٥، الاختيارات، محمد المختار السلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/٢٣٣.

(٣) الاختيارات، د. الصديق محمد الأمين الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/٢٦٤.

(٤) الاختيارات، محمد المختار السلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/٢٣٣.

(٥) الاختيارات، محمد المختار السلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/٢٣٣، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المناقشة، تعليق الدكتور علي السالوس العدد السادس ١٧١٠/٢.

٦ - يرد عقد البيع - في بيع العربون - على السلعة، أما في عقد الاختيار فإن البيع يرد على الاختيار نفسه، وليس على السلعة محل الاختيار^(١).

ثانياً: الفرق بين عقد الاختيار وبين الوعد أو المواعدة:

ذهب الدكتور وهبة الزحيلي إلى أن عقد الاختيار ليس نوعاً من أنواع البيوع المعروفة، وأنه في حقيقته مجرد مواعدة على البيع والشراء، وفي ذلك يقول عن الاختيار: (ولا يعد بيعاً بحسب قواعد البيع الشرعية، وإنما هو تصرف من نوع خاص، يمكن وصفه بأنه مجرد مواعدة لتبادل حقوق مجردة، منقطعة الصلة بالأعيان أو الأشياء المادية، وتقتصر على تبادل الرغبات أو الإرادة والمشئمة؛ لأن محل عقد البيع أو المبيع هو الشيء المعين الذي يقع عليه البيع، وتعيينه إما بالرؤية أو بالوصف... إلى أن يقول: ويكون عقد الاختيار من قبيل الوعد بالبيع؛ لوجود التزام أحد العاقدين أمام الغير بتنفيذ الصفقة حينما يتم الشراء منه، أو البيع له)^(٢).

ويقول: (نظراً لأن عقد الاختيار ليس عقداً بالمعنى الصحيح، وإنما هو وعد بإبرام عقد، فإن العوض المعطى مقابل حق الاختيار مجرد تبرع مبتدأ، مقابل عمل من أعمال البر والمعروف)^(٣).

(١) الاختيارات، د. الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٢٦٤/١.

(٢) عقود الاختيارات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٢٥٢-٢٥٦.

(٣) عقود الاختيارات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٢٥٦/١. قد يفهم من عبارة الدكتور الزحيلي تلك أنه يجيز عقد الاختيار، لكن الأمر ليس كذلك، فقد صرح في موضع آخر بأن عقد الاختيار عقد باطل، حيث يقول: (هذه العقود ليست لها صبغة شرعية، ولا يقرها فقها لا من قريب ولا من بعيد). ويقول عنها: (هي عقود باطلة). ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المناقشة، العدد السابع ٥٦٩/١، ٥٧١.

والقول بأن عقد الاختيار من قبيل المواعدة مناقش من وجوه:

الأول: قوله: (إنه مجرد مواعدة لتبادل حقوق مجردة منقطة الصلة بالأعيان) لا ينطبق على الواقع؛ لأن الذي يجري هو العقد على الحق في الحال، وليس التواعد على بيعه، أما الذي تجري المواعدة على بيعه - إن صح تسمية ذلك مواعدة - فهو الأعيان أو السلع ونحوها.

الثاني: قوله: (إن عقد الاختيار من قبيل الوعد بالبيع) لا يتأتى مع أخذ ثمن على هذا الوعد؛ لأن ذلك من شأن العقود، فالوعد إذا كان له ثمن يصبح نوعاً من عقود المعاوضات له صفة البيع، فدل على أنه عقد لا مجرد وعد^(١).

أما قوله: (إن العوض المعطى مقابل حق الاختيار مجرد تبرع مبتدأ، مقابل عمل من أعمال البر والمعروف)، فهو قول غير مقبول، فإنه إن قبل أن البيع، أو الوعد بالبيع، أو إعطاء المشتري حق الاختيار عمل من أعمال البر، فكيف يكون العوض تبرعاً، وهو إنما دفعه مقابل هذا الوعد، أو هذا الحق.

ثالثاً: الفرق بين عقد الاختيار وبين البيع الذي اشترط فيه الخيار:

يوجد شبه بين عقد الاختيار، وبين البيع الذي اشترط فيه خيار الشرط من جهة أن في عقد الاختيار يكون للمشتري الحق في البيع أو الشراء خلال فترة محددة، وفي البيع الذي اشترط فيه الخيار يكون لمشتري الخيار الحق في إمضاء البيع أو فسخه خلال فترة محددة^(٢).

لكن عقد الاختيار يختلف عن البيع الذي اشترط فيه الخيار في أن عقد

(١) الأسواق المالية، د. محمد بن علي القري، ص ٨٦-٨٨.

(٢) الاختيارات، د. الصديق محمد الأمين الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٢٦٣/١.

الاختيار يتضمن عقدين: أحدهما على الخيار، والآخر على السلعة، يكون فيه للخيار ثمن، وللسلعة ثمن آخر، وقد يكتفي المتعاقدان بالعقد الأول، دون أن يتبعا ذلك بإبرام العقد على السلعة، أما البيع الذي اشترط فيه خيار الشرط فهو عقد واحد، يكون الخيار شرطاً فيه، دون أن يستقل بعقد، ودون أن يكون له ثمن، حيث لا يوجد انفصال بين العقد على السلعة وبين الخيار المشترط فيه، فخيار الشرط يكون ضمن عقد قائم، أما عقد الاختيار فهو عقد مستقل، قائم بذاته^(١).

بل إن هذا الانفصال هو الذي جعل عقود الاختيارات أدوات مالية مشتقة، يستطيع المستثمرون أن يستثمروا أموالهم فيها، دون حاجة إلى الاستثمار في الأسهم أو السلع نفسها؛ إذ يستطيع المستثمر أن يستخدم مبلغاً يسيراً لشراء حق الاختيار، دون أن يتطلب ذلك أن يكون مالكاً لثمن الأسهم أو السلعة محل الاختيار، حيث يكتفي عند تحقق توقعه بقبض الفرق بين السعر المسمى وسعر السوق، محققاً ربحاً وبيعاً، مقابل استخدام مبلغ يسير هو ثمن الاختيار.

وإبداء الفرق بين عقد الاختيار وبين البيع الذي اشترط فيه خيار الشرط إنما هو لتوضيح الصورة، وإلا فإنه لو لم يكن بينهما فرق، فإنه لن يستفاد من ذلك في جواز عقود الاختيار؛ ذلك أن اشتراط الخيار في البيع لا يجوز أخذ العوض عليه أصلاً، فضلاً عن أن البيع الذي اشترط فيه خيار الشرط كغيره من البيوع، لا يصح إلا بتوافر شروطه؛ من ملكية البائع للمبيع، وخلوه من بيع الدين بالدين، ونحو ذلك.

على أن ههنا حقيقة لا بد من توضيحها في عقد الاختيار نفسه، وهي أنه وإن

(١) الأسواق المالية، د. محمد بن علي القري، ص ٨١، ٨٢، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/ ١٨١، الاختيارات، د. الصديق محمد الأمين الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/ ٢٦٣.

كان يوجد هذا الانفصال بين العقد على حق الاختيار، وبين العقد على السلعة محل الاختيار، إلا أن بينهما ارتباطاً تاماً، لا ينبغي إهماله عند النظر في الحكم الشرعي لعقد الاختيار - كما سيأتي بيانه - ووجه الارتباط بينهما من جانبين:

الجانب الأول: أن عقد الاختيار ليس مقصوداً لذاته بالنسبة لمشتري الاختيار، وإنما يقدم على إبرامه توصلًا إلى إبرام العقد الثاني عندما تكون مصلحته في إبرامه، وذلك أن حق الاختيار الذي يشتريه ليس له قيمة في ذاته، إلا لكونه يجعل له حقاً في إبرام العقد الثاني.

الجانب الثاني: أن العقد الثاني لازم بالنسبة لمحرر الاختيار؛ إذ يلزمه أن يبيع في حالة اختيار الشراء، أو أن يشتري في حالة اختيار البيع، إذا قرر ذلك مشتري الاختيار.

حكم عقود الاختيار:

بناء على ما تقدم من أن المعقود عليه في عقود الاختيار هو الحق في الشراء أو البيع، وليس الأسهم أو السلعة أو العملة محل الاختيار، وأن عقد الاختيار عقد بيع مستقل، يختلف عن بيع العربون، وعن بيع الخيار المعروف، وأنه عقد، وليس مجرد وعد، فإن الحكم الشرعي لتلك العقود ينبني على حكم بيع الحقوق، وهذا يتطلب بيان المراد بالحق في كلام الفقهاء، وأقسام الحقوق من حيث جواز بيعها أو إسقاطها بعوض، من عدمه، وذلك فيما يأتي:

أولاً: تعريف الحق:

أ- تعريف الحق في اللغة:

الحق مصدر حق الشيء يَحِقُّ، إذا وجب وثبت، واستحققه، أي:

استوجيه^(١).

والحق: ضد الباطل، والأمر المقضي، ويطلق على المال، والمِلِك،
والموجود الثابت^(٢).

ب- تعريف الحق في الاصطلاح:

يطلق الحق في كلام الفقهاء ويراد به معنى عام، وهو الملك، فكل ما
يملكه الإنسان من عين، أو منفعة، أو غير ذلك، يطلق عليه حق، ويطلق
ويراد به معنى خاص، وهو ما عدا الأعيان والمنافع من الأملاك،
وبعبارة أخرى: ما يملكه الإنسان مما ليس عيناً، ولا منفعة عين،
فيشمل الحقوق المالية؛ كحق الشفعة، وحق الانتفاع بملك الغير^(٣)،
وحق الطريق^(٤)، والحقوق غير المالية؛ كحق القصاص، وحق الطلاق،
وحق الحضانة.

ثانياً: أقسام الحقوق من حيث جواز بيعها أو إسقاطها بعوض من عدمه:

تنقسم الحقوق من حيث جواز بيعها أو إسقاطها بعوض من عدمه إلى ثلاثة

أقسام:

القسم الأول: حقوق يجوز بيعها على القول الراجح من أقوال أهل العلم، مثل

- (١) مختار الصحاح، للرازي، مادة (حق)، ص ١٤٧، المصباح المنير، للفيومي، مادة (حق) ١/١٤٣، ١٤٤، لسان العرب، مادة (حق) ١٠/٤٩ وما بعدها.
- (٢) القاموس المحيط، للفيروز آبادي، مادة (حق)، ص ١١٢٩.
- (٣) كحق الجار في وضع خشبه على جدار جاره، وحق إجراء الماء في أرض غيره إذا اضطر إلى ذلك.
- (٤) تعتبر هذه الحقوق مالية باعتبار تعلقها بما هو مال، وإلا فإنها في أنفسها ليست أموالاً.

حق المرور^(١)، حيث ذهب جمهور أهل العلم من الحنفية (على إحدى الروايتين^(٢)) والمالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز بيعه؛ وذلك لتعلقه بما هو مال، وهو العين التي يرد عليها الحق^(٣).

القسم الثاني: حقوق لا يجوز بيعها، ولكن يجوز إسقاطها بعوض، مثل حق القصاص وحق النكاح؛ وذلك أنها حقوق أثبتها الشارع لأصحابها؛ لمعنى لا يوجد في غيرها، فلم يجز بيعها، لكن لأنها ثابتة لأصحابها أصالة، لا على وجه دفع الضرر عنهم، جاز لهم إسقاطها والتنازل عنها بعوض، ولأن القصاص يؤول إلى المال، وذلك بالعمو عنه إلى الدية، فجاز أخذ العوض عنه بالغاً ما بلغ، وحق النكاح ثبت للزوج بعوض، فجاز إسقاطه بعوض، وذلك بالخلع^(٤).

القسم الثالث: حقوق لا يجوز بيعها بالاتفاق، وفي جواز إسقاطها بعوض خلاف، مثل حق الشفعة، وحق الزوجة في القسم.

وذلك أن هذه حقوق أثبتها الشارع لأصحابها لمعنى لا يوجد في غيرها فلم

(١) المراد- هنا- المرور في الدار أو الأرض المملوكة، وليس في الدرب غير النافذ الذي هو من مرافق الأملاك.

(٢) قال في الدر المختار وحاشيته: وبه أخذ عامة المشايخ، قال السائحاني: وهو الصحيح، وعليه الفتوى، والرواية الأخرى عدم الجواز. ينظر: الدر المختار، للحصكفي، وحاشيته لابن عابدين ٤/ ١١٨.

(٣) فتح القدير، لابن الهمام ٦/ ٦٦، التاج والإكليل، للمواق ٦/ ٨٤، حاشية الباجوري على ابن قاسم الغزي ١/ ٣٦٥، الروض المربع، للبهوتي، مع حاشية ابن قاسم ٤/ ٣٢٦.

(٤) تبيين الحقائق، للزيلعي ٦/ ٣٨٦، حاشية ابن عابدين ٤/ ١٥، المدونة، للإمام مالك ٣/ ٣٨٣، جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص ٢٨٧، وص ٤٩٨، روضة الطالبين، للنووي ٥/ ٦٨١، ٧/ ١٠٥-١٠٧، مغني المحتاج، للخطيب الشيريني ٣/ ٢٦٢، ٤/ ٤٩، كشاف القناع، للبهوتي ٣/ ٤٦٦، ٤٦٧.

يجز بيعها، كما أن ثبوتها لهم إنما هو لدفع الضرر عنهم، فإقدام صاحب الحق على طلب العوض مقابل إسقاطها دليل على انتفاء الضرر عنه، فلهذا لم يجز أخذ العوض على إسقاطها عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة^(١)، أما المالكية فقالوا بجواز إسقاطها بعوض^(٢)؛ لعموم قوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً»^(٣)، ولعدم المحذور الشرعي في ذلك^(٤).

وبذلك يتبين أن الحق في نفسه ليس مآلاً، وأنه لا يجوز أن يباع من الحقوق إلا ما كان متعلقاً بمال، إلا أن قاعدة الإسقاط أوسع من قاعدة البيع، فيجوز أخذ العوض في مقابل إسقاط الحق، وإن كان لا يجوز بيعه.

وبذلك يتقرر ما ذكره أهل العلم من أن المبيع لا بد أن يكون مآلاً، أو حقاً متعلقاً بمال^(٥).

وإذا نظرنا إلى حق الاختيار - الذي هو محل عقود الاختيار المتعامل بها في الأسواق المالية - وجدنا أنه لا يدخل في أي من الأقسام المذكورة؛ وذلك أنه حق

(١) حاشية ابن عابدين ٤/١٤، التهذيب، للبغوي ٤/٣٥٣، ٥/٥٣٤، كشف القناع، للبهوتي ٣/٤٦٧، ٥/٢٣٣.

(٢) التاج والإكليل، للمواق ٥/٢٥٧، ٧/٣٧٨.

(٣) صحيح ابن حبان، كتاب الصلح ١١/٤٨٨، رقم (٥٠٩١)، المستدرک، كتاب الأحكام ٤/١١٣ - رقم (٧٠٥٨) ورقم (٧٠٥٩)، سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب في الصلح، ص ٥٥٣، رقم (٣٥٩٤)، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، ص ٣٢٦، رقم (١٣٥٢)، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الصلح ٣/١٢٤، رقم (٢٣٥٣)، مسند الإمام أحمد، ص ٦٤٤، رقم (٨٧٧٠). صححه ابن حبان، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٤) القواعد والأصول الجامعة، لابن سعدي، ص ٦٣.

(٥) فتح القدير، لابن الهمام ٦/٦٤.

غير ثابت للبائع أصلاً، وإنما يتم إنشاؤه بالعقد، كما أنه بعد إنشائه لا يتعلق بمال، وإنما يتعلق بشيء مجرد، وهو البيع أو الشراء، وإذا كانت الحقوق الثابتة لا يجوز بيعها إذا لم تتعلق بمال، كحق الشفعة، وحق الحضانة، وحق القصاص، فالحقوق غير الثابتة - كحق الاختيار - من باب أولى.

وقد اتفقت كلمة عدد من الباحثين على تقرير هذا المعنى، يقول الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير: (الذي يظهر لي أن اعتبار حق الاختيار من قبيل الحقوق المجردة التي يتحدث عنها الفقهاء غير سليم؛ لأن الحق المجرد الذي يتحدث عنه الفقهاء هو حق ثبت لصاحبه بوجه شرعي صحيح... ويريد صاحبه أن يعتاض عنه، وحق الاختيار ليس من هذا القبيل؛ لأنه ليس حقاً ثابتاً لأحد، وإنما يريد أحد العاقدين أن ينشئه للآخر)^(١).

ويقول الشيخ محمد تقي العثماني: (لم يكن هناك حق بيع أو حق شراء قبل إنشاء هذا العقد (عقد الاختيارات)... فقياس عقد الخيار على بيع الحقوق المجردة التي أجزى بيعها قياس مع الفارق، ولا يستقيم أن نقيس عقد الاختيارات على تلك الحقوق التي أجزى بيعها)^(٢).

ويقول الدكتور علي محيي الدين القره داغي: (والملاحظ أن الحقوق التي يجوز الاعتياض عنها هي الحقوق التي نتجت عن فعل سابق، مثل: حق القصاص، الذي يجوز الاعتياض عنه بالدية، أو التي نتجت عن عقد سابق، كعقد النكاح الذي يستمر، فيجوز أخذ العوض عنه عن طريق الخلع، أما الحقوق المجردة كحق الشفعة، وحق الحضانة، والولاية، والوكالة وحق المدعي في تحليف خصمه اليمين، وحق

(١) الاختيارات، د. الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٢٦٥/١، وينظر: ٥٧٥/١.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المناقشة، العدد السابع ٥٨٧/١.

المرأة في قسم زوجها لها كما يقسم لضررتها، فلا يجوز الاعتياض عنها؛ لأنها حقوق أثبتها الشرع لأصحابها لدفع الضرر عنهم - وفي بعضها تفصيل وخلاف - ومن هنا فحق الاختيار لا يدخل في هذا النوع الذي يجوز التعويض عنه؛ لأنه مختلف عنه تمام الاختلاف^(١).

ويقول الدكتور وهبة الزحيلي: (المعقود عليه في عقد البيع لا بد أن يكون شيئاً مادياً محسوساً معلوماً، وهذا غير متحقق في عقود الاختيارات، فلا تعد بيعاً صحيحاً، وما أجازته الفقهاء كالحنفية والشافعية من التنازل بعوض عن الاختصاصات، كالوظائف الشرعية، من إمامة وخطابة وأذان، فمحل عمله معين، لا ينطبق عليه حال عقود الاختيارات، وكذلك التنازل عن حق الابتكار، أو حق الملكية الأدبية والفنية والذهنية، كحق التأليف، وحق الرسام، والفنان، والمخترع، وحق العلامات التجارية الفارقة، محلها متعلق بشيء مادي عيني، متمثل بكتاب أو مرسوم أو مادة مخترعة، أو شعار فني ذي مواصفات معينة، وهذا لا ينطبق عليه أيضاً عقد الاختيار... ومحل حقوق الارتفاق^(٢) متمثل بأشياء مادية، يمارس صاحب الحق فيه الارتفاق أو الانتفاع على شيء مادي معين، وهذا يختلف عن طبيعة عقد الاختيار^(٣)).

ويقول الدكتور محمد القري: (من الجلي أن هذا الحق المذكور الذي يتضمنه عقد الخيار الموصوف مختلف تمام الاختلاف عن الحقوق القابلة للعوض^(٤)).

(١) الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/ ١٨٥.

(٢) مثل: حق المرور، وحق المسيل، وحق الشرب.

(٣) عقود الاختيارات، د. وهبة مصطفى الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/ ٢٥٤.

(٤) الأسواق المالية، د. محمد بن علي القري، ص ٩٢، ٩٣.

اعتراض والجواب عنه:

قد يقول قائل ما الذي يمنع من أخذ العوض مقابل إعطاء حق البيع أو حق الشراء؟ وكون هذا الحق ليس من جنس الحقوق التي ذكر الفقهاء أنه يجوز أخذ العوض عليها لا يدل على أن هذا الحق لا يجوز أخذ العوض عليه؛ فإن القول بجواز أخذ العوض عليه ليس مبنياً على تلك الحقوق المذكورة بعينها، وإنما ذلك مبني على أن الحقوق من حيث الأصل تقبل المعاوضة عليها؛ إذ الأصل في المعاملات الحل، والحق من حيث هو حق لا يوجد ما يمنع من المعاوضة عليه، ولذلك ذكر الفقهاء حقوقاً يجوز أخذ العوض عنها، وحقوقاً لا يجوز أخذ العوض عنها، وإنما منعوا أخذ العوض في بعضها لمعنى معين، لا لأن الحق من حيث هو حق لا يجوز أخذ العوض عليه، وعليه فيجوز بيع حق الاختيار، بناء على أن الأصل في المعاملات الحل، مع عدم وجود معنى في هذا الحق يمنع بيعه ونقله من شخص لآخر.

والجواب عن ذلك أن قاعدة الشريعة المقررة: عدم جواز أكل مال الغير بالباطل، لقول الله عز وجل: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(١).

وأخذ المال مقابل إعطاء حق الاختيار من أكل المال بالباطل؛ لأنه ليس بمال ولا متعلقاً بمال، كما أن هذا الحق لا نفع فيه لمشتريه إلا باستعماله، وهو أمر يتوقف على تغير الأسعار في صالحه، فإذا لم تتغير الأسعار في صالحه، لم يستعمله، وذهب عليه ما بذله من مال بلا مقابل، فكان في ذلك أكلاً للمال بالباطل من هذا الوجه أيضاً، ولهذا نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، معللاً ذلك بقوله: «أرأيت إذا

(١) سورة النساء، الآية: (٢٩).

منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه»^(١).

فيقال هنا أرأيت إن لم تتغير الأسعار في صالح المشتري - وهو أمر متوقع، بل إن بائع الحق إنما باعه رجاء ذلك الأمر - فبم يأخذ مال أخيه بغير حق؟
فتبين من ذلك وجود معنى يمنع بيع حق الاختيار، وهو ما يتضمنه من أكل المال بالباطل.

وقد يقول قائل بجواز أخذ الثمن مقابل الاختيار؛ قياسًا على بيع العربون، فإن المشتري إذا دفع العربون كان بالخيار بين إمضاء البيع أو فسخه، فدل على جواز أخذ العوض مقابل الخيار.

والجواب عن ذلك - على القول بجواز بيع العربون - أن العربون ليس ثمنًا للخيار؛ لأنه لو كان كذلك، لاستحققه البائع سواء أمضى المشتري البيع أو فسخه، وهو إنما يستحقه إذا فسخ المشتري البيع، أما إن أمضاه احتسب به من الثمن، فدل على أنه ليس مقابل الخيار، وإذا كان الأمر كذلك بطل القياس.

ومع أن ما تقدم كاف وحده في الحكم بتحريم التعامل بعقود الاختيار على الوجه المتعامل به في الأسواق المالية المعاصرة، فإن هناك أمورًا أخرى تقتضي التحريم، بيانها فيما يأتي:

١ - أن التعامل في عقود الاختيار قائم على الغرر، وذلك أن الغرر هو: (ما تردد بين جائزين على سواء، أو بترجيح الأخوف منهما)^(٢)، أو هو:

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع، ص ٤١٠، رقم (٢١٩٨)، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، ص ٦٣٦، رقم (١٥٥٥).

(٢) الحاوي الكبير، للماوردي ٣٥٩/٧.

(المجهول العاقبة)^(١)، أو هو: (القابل للحصول وعدمه قبولاً متقارباً، وإن كان معلوماً)^(٢).

وهذا المعنى موجود في عقود الاختيار بالنسبة لمشتري حق الاختيار ومحزره على السواء؛ وذلك أن حق الاختيار وإن ملكه المشتري بالعقد، إلا أن فائدته إنما تكون بممارسته، وقد تبين مما تقدم أن مشتري الاختيار - سواء أكان اختيار شراء أم اختيار بيع - إنما يقدم على ممارسته إذا تغيرت الأسعار في صالحه، بأن ترتفع الأسعار بالنسبة لمشتري حق الشراء، أو تنخفض بالنسبة لمشتري حق البيع، وتغير الأسعار في صالحه أمر مجهول له، قد يحصل فيمارس حقه في الشراء أو البيع، وقد لا يحصل فتذهب عليه فائدة المعقود عليه (حق الاختيار)؛ لأنه لن يستعمله حينئذٍ، والمعقود عليه إذا خلا من الفائدة كان كالمعدوم، فكان المعقود عليه متردداً في حصوله بين الوجود والعدم، وهذا هو معنى الغرر.

وهكذا الأمر بالنسبة لمحزر الاختيار؛ وذلك أنه إنما يقدم على إبرام عقد الاختيار - سواء أكان اختيار بيع أم اختيار شراء - أملاً في أن تكون الأسعار خلال فترة الاختيار في غير صالح المشتري، بحيث لا يمارس المشتري حقه في الشراء، أو في البيع، ليربح - أي المحزر - حينئذٍ ثمن الاختيار؛ إذ لو تغيرت الأسعار في صالح المشتري، فإنه سيمارس حقه في الشراء أو في البيع، وسيضطر المحزر - في حالة اختيار الشراء، إذا لم يكن مالكا للأسهم مثلاً - إلى شرائها من السوق بالسعر المرتفع

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٢٢.

(٢) الذخيرة، للقرافي ٤/٣٥٥.

ليسلمها إلى المشتري، كما سيضطر - في حالة اختيار البيع، إذا لم يكن له غرض في الأسهم - إلى بيعها في السوق بالسعر المنخفض، متكبداً في كلا الحالتين خسارة تذهب بثمن الاختيار الذي قبضه من المشتري، وهذا الأمر - أعني إقدام المشتري على ممارسة حقه في الشراء أو البيع - أمر مجهول للمحرر، مبني على أمر مجهول، وهو تغيير الأسعار، قد يقدم المشتري على ممارسة الاختيار فلا يحصل للمحرر مقصوده من العقد، وقد لا يقدم فيحصل له مقصوده، وكل ذلك غرر بالنسبة له.

وبما ذكرته من وجه الغرر في عقود الاختيار يتبين أنه لا أثر لمقدار التغير في الأسعار في الحكم على الغرر بأنه يسير فيغتفر أو كثير فلا يغتفر، خلافاً لما قرره بعض الباحثين بقوله - بعد أن بين وجود الغرر في عقد الاختيار -: (ولكننا لا نستطيع الجزم بكونه يسيراً أو كثيراً، فتلك مسألة يحكمها مقدار التغير في الأسعار، وهل هو كبير أو صغير، وليس هناك حتى الآن مقياس علمي دقيق ينبئ بذلك على وجه الدقة، أو قريباً منها، وعلى كل حال، إذا ثبت يسره فهو مغتفر، وإذا ثبت فحشه أي: كونه فاحشاً كثيراً، فهو منهي عنه)^(١).

وذلك أن مقدار التغير في الأسعار - إن صح أن له أثراً في حجم الغرر بالنسبة لمحرر الاختيار؛ لأن خسارته تتحدد بمقدار التغير في الأسعار، حيث ترتفع كلما ارتفع السعر في حالة اختيار الشراء، وكلما انخفض في حالة اختيار البيع - فإن ذلك لا يصح بالنسبة لمشتري الاختيار،

(١) المشتقات المالية في الممارسة العملية وفي الرؤية الشرعية، د. عبد الحميد محمود البعلي، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد (٢٣٢) رجب ١٤٢١هـ/ أكتوبر ٢٠٠٠م، ص ٤٣، ٤٤.

ذلك أن خسارته محددة لا تتجاوز ثمن الاختيار، وليس لتغير الأسعار أثرٌ في تحديد مقدارها، ولكن ذلك لا ينفي وجود الغرر بالنسبة له؛ ذلك أن عدم التغير في الأسعار أصلاً، أو تغيرها في غير صالحه، سواء أكان هذا التغير كبيراً أم صغيراً، سيحمله على عدم ممارسة حقه في الاختيار، فيكون باذلاً لعوض، وهو على خطر هل يحصل له مقابله أو لا، وهذا هو الغرر.

ثم إنه لو وجد مقياس علمي دقيق ينبىء بمقدار التغير في الأسعار على وجه الدقة، لم تقم لعقود الاختيار قائمة؛ ذلك أن مبنى هذه العقود على التوقعات والاحتمالات، بل على اختلافها وتباينها بالنسبة لطرفي العقد، بأن يتوقع أحدهما عكس ما يتوقعه الآخر، أما لو كانا يعلمان على وجه الدقة ما ستكون عليه الأسعار في المستقبل فلا يمكن أن يقدموا على إبرام العقد؛ لأنه إذا كان المشتري يعلم - بناء على المقياس العلمي الدقيق - أن أسعار أسهم شركة معينة سترتفع في الشهر المقبل مثلاً، ورجب أن يشتري اختيار شراء يخوله شراء تلك الأسهم خلال ذلك الشهر بالسعر الحالي المنخفض، وكان البائع يعلم بذلك الارتفاع - بناء على هذا المقياس أيضاً - فلا يمكن أن يحرر هذا الاختيار؛ لأنه إن كان مالكا للأسهم، فيفضل الانتظار حتى ذلك الشهر لبيع بالسعر المرتفع، وإن كان غير مالك لها، فلا يمكن أن يبيع أيضاً بالسعر المنخفض، وهو يعلم أنه سيضطر إلى شرائها من السوق بالسعر المرتفع ليسلمها إلى مشتري الاختيار، الذي سيمارس حقه في الشراء قطعاً عندما ترتفع الأسعار كما كان يتوقع أو يعلم.

وإذا كان الأمر كذلك، فلا يصح أن يعلق الحكم الشرعي في عقود

الاختيار على مقدار التغير في الأسعار، فضلاً عن وجود مقياس يحدد مقدار هذا التغير.

٢- أن التعامل في عقود الاختيار قائم على القمار والميسر، بالنسبة لمشتري حق الاختيار وبائعه على السواء، وذلك في الحالات التي تنتهي بالتسوية النقدية بين الطرفين، سواء أكان غرض المشتري هو المضاربة على فروق الأسعار، أم كان غرضه الاحتياط لما قد يحدث في المستقبل من تغير الأسعار في غير صالحه.

وذلك أن القمار هو: ما يكون فاعله متردداً بين أن يغنم وبين أن يغرماً^(١)، وهو - كما يقول الزيلعي - رحمه الله - مبيناً اشتقاقه، وسبب تسميته -: مأخوذ (من القمر الذي يزداد تارة وينقص أخرى، وسمي القمار قماراً؛ لأن كل واحد من المقامرين ممن يجوز أن يذهب ماله إلى صاحبه، ويجوز أن يستفيد مال صاحبه، فيجوز الازدياد والانتقاص في كل واحد منهما، فصار ذلك قماراً، وهو حرام بالنص، ولا كذلك إذا شرط من جانب واحد، بأن يقول: إن سبقتني فلك علي كذا، وإن سبقتك فلا شيء لي عليك؛ لأن النقصان والزيادة لا يمكن فيهما، وإنما في أحدهما يمكن الزيادة وفي الآخر النقصان فقط، فلا يكون مقامرة؛ لأن المقامرة مفاعلة منه، فتقتضي أن تكون من الجانبين)^(٢).

وهذا المعنى للقمار موجود في عقود الاختيار في الحالة التي تنتهي فيها الصفقة بالتسوية النقدية، التي يكتفي فيها المتعاقدان بقبض

(١) حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ٣٧٦/٤ وينظر: ٣١٣/٤.

(٢) تبين الحقائق ٤٦٦/٧، وينظر: البحر الرائق، لابن نجيم ٥٥٤/٨.

أو دفع فرق السعريين (سعر التنفيذ وسعر السوق)، سواء أكان غرض المتعاقدين المضاربة على فروق الأسعار، أم كان غرضهما الاحتياط ضد تقلبات الأسعار؛ وذلك لتردد كل واحد منهما بين الغنم والغرم؛ وذلك أن الأمر - بالنسبة للأسعار - لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن تتحقق توقعات محرر الاختيار، وذلك بانخفاض الأسعار في حالة اختيار الشراء، أو بارتفاعها في حالة اختيار البيع، وفي هذه الحالة فإن مشتري الاختيار لن يمارس حقه في الشراء، أو في البيع، وحينئذ فإن مشتري الاختيار سيخسر ثمن الاختيار، الذي هو في الوقت نفسه ربح لمحرر الاختيار.

الحالة الثانية: أن تتحقق توقعات مشتري الاختيار، وذلك بارتفاع الأسعار في حالة اختيار الشراء، أو بانخفاضها في حالة اختيار البيع، وفي هذه الحالة فإن مشتري اختيار الشراء سيمارس حقه في الشراء، كما سيمارس مشتري اختيار البيع حقه في البيع، وحينئذ فإن مشتري الاختيار سيقبض من المحرر - في كلا نوعي الاختيار - الفرق بين سعر التنفيذ وسعر السوق، الذي سيكون أكثر من المبلغ الذي دفعه ثمنًا للاختيار، وهذا يمثل ربحًا لمشتري الاختيار، وخسارة لمحرره.

فكان كل واحد من المتعاقدين مترددًا بين الغنم والغرم، وهذا هو حقيقة القمار، فضلًا عما في ذلك من الربا، وذلك أن غرض العقد ونتيجته هو بيع دراهم بدراهم أكثر منها، فإن مشتري الاختيار يدفع ثمن الاختيار؛ ليقبض فرق السعر الذي هو أكثر من ثمن الاختيار، وذلك عندما يتحقق توقعه.

أما في الحالة التي تنتهي بتسليم السلعة وتسلم ثمنها - وإن كانت حالة نادرة - فإن عقد الاختيار - وإن كان لا يسلم من الغرر - إلا أنه لا يتحقق فيه صورة القمار بالمعنى المذكور، حتى ولو كان قصد المتعاقدين المضاربة على فروق الأسعار^(١)؛ وذلك أن القمار لا يتحقق إلا إذا كان كل واحد من المتعاقدين يحتمل أن يغنم ويحتمل أن يغرر، أما إذا كان احتمال الغنم في جانب، واحتمال الغرم في الجانب الآخر، دون العكس، فليس هو القمار - كما أوضح ذلك النقل السابق عن الزيلعي رحمه الله - وفي عقود الاختيار التي تنتهي بالتسليم والتسلم، فإن الغنم يكون محتملاً في حق محرر الاختيار، والغرم في حق مشتريه، وذلك عندما تتحقق توقعات محرر الاختيار، فتتخفص الأسعار في حالة اختيار الشراء، أو ترتفع في حالة اختيار البيع، حيث لن يمارس مشتري الاختيار حقه في الشراء أو في البيع، ليربح المحرر ثمن الاختيار ويخسره المشتري.

أما إذا تحققت توقعات مشتري الاختيار، ومارس حقه في الشراء أو في البيع، فإنه وإن حقق غنماً يمثل غرماً لمحرر الاختيار، إلا أن الغنم والغرم هنا ليس راجعاً إلى عقد الاختيار ذاته، وإنما هو راجع إلى

(١) وهذا بالنظر إلى المضاربة بمعناها الظاهر، لا بالنظر إلى واقع المتعاملين بها؛ إذ إن معنى المضاربة على فروق الأسعار: السعي لتحقيق الربح من خلال الحصول على الفرق بين سعر الشراء وسعر البيع، وهذا في حد ذاته لا محذور فيه، بل هو شأن التجارة، لكن المحذور فيما يصاحب ذلك - غالباً - من عدم ملكية مشتري الاختيار للأسهم أو السلعة أو العملة التي اشترى حق بيعها، أو عدم ملكية المحرر للأسهم أو السلعة أو العملة التي حرر عليها اختيار شراء، أو بيع المشتري لها قبل قبضها، أو الاكتفاء بالمحاسبة على فروق الأسعار.

أمر خارج عنه، يتمثل في شراء البائع الأسهم من السوق بأقل من سعر التنفيذ الذي باعها به، وبيع المشتري لها في السوق بأقل من سعر التنفيذ الذي اشتراها به، وذلك في حالة اختيار البيع، أو في شراء البائع الأسهم من السوق بأكثر من سعر التنفيذ الذي باعها به، وبيع المشتري لها بأكثر من سعر التنفيذ الذي اشتراها به، وذلك في حالة اختيار الشراء، هذا فضلاً عن أن الأسهم قد تكون في ملك محرر اختيار الشراء، وهو ما يعرف بالاختيار المغطى، حيث لن يضطر إلى شرائها من السوق أصلاً.

وما ذكرته من اشتغال عقود الاختيار على القمار، هو ما قرره عدد من الباحثين المعاصرين، في معرض استدلالهم على تحريمها، يقول الشيخ محمد المختار السلامي: (وأقرب تصوير للتعامل في الخيارات هو أنه توسع في صور القمار، واستنباط طرق جديدة تمكن من الحصول على المكسب، أو تحمل الخسارة تبعاً للحظ المساعد أو الكاسد، وتبدو المقامرة أوضح في بعض صور التعامل في الخيارات، فهي مقامرة مكشوفة في خيارات المؤشرات)^(١).

ويقول الدكتور علي محيي الدين القره داغي: (هذه الاختيارات تقوم من حيث الغالب على المخاطرة والحظ والمقامرة، والربح على حساب الآخر، بحيث يكون ربح أحدهما على حساب خسارة الآخر، فمثل هذا يدخل في الميسر المحرم، وفي أكل أموال الناس بالباطل)^(٢).

(١) الاختيارات، محمد المختار السلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٢٣٥ / ١.

(٢) الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١ / ١٨٠.

ويقول الدكتور الصديق محمد الأمين الضيرير: (إن خيار شراء العملات وبيعها، وخيار شراء الأسهم وبيعها شبيه بالقمار، ولا فرق بينه وبين المضاربة على فروق الأسعار، يوضح ذلك المثالان الآتيان:

المثال الأول: اشترى شخص عشرة آلاف من الدولارات من آخر بسعر الدولار تسعين جنيهاً سودانياً، واشترى الخيار لمدة ستة أشهر بعشرة آلاف من الجنيهاً السودانية، وقبل أن تنتهي الستة أشهر ارتفع سعر الدولار إلى مائة جنيهاً، فمارس المشتري حقه في الخيار، فإنه يكون حقق ربحاً، وهو ما يرمي إليه، ولكن ربحه هذا هو خسارة على البائع، على أن الدولار قد يبقى سعره كما هو إلى انتهاء مدة الخيار فيخسر المشتري عشرة آلاف ويربحها البائع، ففي هذه المعاملة يكون كل واحد من المتعاقدين إما غانماً أو غارماً، وهذا هو ضابط القمار المحرم، أما البيع الذي أحله الله فإن كل واحد من المتعاقدين يكون غانماً بحصوله على العوض المعادل لما حصل عليه الآخر، وهكذا الحال في بيع العملات يدًا بيد.

المثال الثاني: إذا باع شخص خيار شراء أسهم لمدة ستة أشهر بسعر أربعين دولاراً للسهم، مقابل أربعة دولارات (ثمن الخيار)، فإنه يفعل ذلك لأنه قدر أن ثمن السهم لن يزيد في هذه المدة على الأربعين دولاراً بأكثر من ثمن الخيار، والمشتري يقدر أن ثمن السهم سيزيد في هذه المدة على الأربعين دولاراً والثمن الذي دفعه للخيار، وإلا ما أقدم على الشراء، فهو يضارب على ارتفاع السعر، والبائع يضارب على انخفاضه، ومن تحققت نبوءته كان هو الرابح، فما الفرق بين هذا

والمضاربة على فروق الأسعار؟ بل أليس هذا أخوا القمار؟^(١).

اعتراض والجواب عنه:

ذهب بعض الاقتصاديين إلى عدم دخول عقود الاختيار في القمار أصلاً؛ بناء على أن المتعاملين في هذه العقود ليسوا أناساً عاديين، وإنما هم خبراء بأحوال السوق، فهم (عندما يدخلون السوق، يكونون قد حسبوا الميزانية للشركة حساباً دقيقاً، ويعرفون الصفقات المقبلة، وماذا سيحدث من بيوع، أو تواجها من مشاكل، ويدخلون السوق وهم يعلمون تماماً ما هي الحسابات التوقعية، ليس هجساً، ولا رجماً بالغيب، وإنما عن دراسة علمية مدروسة، فبالنسبة لهم - الذين يتعاملون في السوق - ليس هناك قمار أو غرر، ولكنهم خبراء السوق وأهله الذين يتصرفون به)^(٢).

والحقيقة أن هذه الدراسات العلمية، على الرغم من وجودها، إلا أنها لا تنفي صفة القمار أو الغرر عن هذه العقود مطلقاً؛ برهان ذلك أن هذه العقود لا يمكن أن تقوم إلا إذا كانت توقعات أحد طرفي العقد مخالفة لتوقعات الطرف الآخر، فإذا كانت توقعات كل واحد من الطرفين مبنية على تلك الدراسات العلمية، فإذا صدقت توقعات أحدهما دون الآخر، كان ذلك دليلاً على أن إحدى الدراستين خاطئة ولا بد، فصح أن هذه الدراسات لا تخرج عن كونها احتمالات قد تصدق،

(١) الاختيارات، د. الصديق محمد الأمين الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٢٧٠ / ١.

(٢) من تعليق للدكتور سامي حسن حمود، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٥٩٤،٥٩٣ / ١.

وقد لا تصدق، وأنها لم ولن تفلح في نفي صفة الغرر والقمار عن هذه العقود؛ إذ لو كانت هذه الدراسات تؤدي إلى نتائج صحيحة دائماً لما تعارضت وتناقضت، وكانت نتيجتها تكون واحدة، مما يستدعي أن تكون توجهات المتعاملين في هذه العقود واحدة، إما إلى البيع وإما إلى الشراء، حسبما تسفر عن هذه الدراسات، مما يعني عدم وجود الطرف المقابل، الذي يكون وجوده ضرورياً لإبرام العقد، كما سبق توضيح ذلك، والله أعلم.

٣- أن عقد الاختيار يدخل في بيع الإنسان ما لا يملك، إذا كان محرر الاختيار اختيار الشراء) لا يملك الأسهم أو السلعة التي التزم ببيعها، صحيح أن المعقود عليه ليس هو الأسهم أو السلعة التي التزم المحرر ببيعها، لكن هذا الالتزام الذي لا يجد المحرر بدءاً من الوفاء به إذا قرر مشتري الاختيار الشراء، يجعل كأنه قد باعها فعلاً وهو لا يملكها، وهذا معنى ما ذكرته سابقاً من وجود الارتباط التام بين العقد على حق الاختيار، وبين العقد على الشيء محل الاختيار من أسهم أو غيرها.

يوضح ذلك: أن الشارع إنما نهى بيع الإنسان ما لا يملك؛ لما في ذلك من الغرر، فإن من يبيع السلعة وهو لا يملكها إنما يبيعها بقصد أن يربح فيها، فهو يبيعها بسعر على أمل أن يشتريها بسعر أقل، ليربح الفرق بين السعرين، وهو في ذلك على خطر وغرر؛ إذ قد يحصل السلعة، وقد لا يحصلها، وإن حصلها فقد يحصلها بسعر أقل مما باعها به، وقد لا يحصلها إلا بسعر أعلى، وهذا هو الغرر.

قال ابن أبي زيد القيرواني: (ولا يجوز بيع ما ليس عندك على أن يكون عليك حالاً) قال الشارح: (يحتمل أن يكون معناه: أن السلع المعينة

يمنتع بيعها قبل شرائها، مثل أن يقول: له اشتر مني سلعة فلان؛ لأنه غرر؛ إذ لا يدري هل يبيعها فلان أم لا؟ وهل يكون بمثل الثمن أو أقل؟ فيكون ما بقي له من أكل أموال الناس بالباطل، أو يكون بأكثر من الثمن فيخسر الزائد، ويحتمل - وهو الظاهر - أنه أراد السلم الحال، وهو أن يبيع شيئاً في ذمته ليس عنده، على أن يمضي للسوق فيشتره ويدفعه للمشتري؛ لأنه غرر؛ لأنه إما أن يجده أو لا، وإذا وجده فإما بأكثر مما باعه، فيؤدي من عنده ما يكمل به الثمن، وذلك من السفه المنهي عنه، وإما أن يجده بأقل، فيأكل ما بقي باطلاً، وهو لا يجوز^(١).

وهذا المعنى موجود في عقود الاختيار، فإن محرر اختيار الشراء إنما يقدم على إبرام العقد والالتزام ببيع السلعة عندما يطلبها المشتري على أمل أن تنخفض الأسعار، بحيث لا يمارس المشتري حقه في الشراء، ويربح هو ثمن الاختيار الذي قبضه من المشتري، ولكن أمله ذلك قد لا يتحقق، فترتفع الأسعار، فيقرر مشتري الاختيار الشراء، ويطلب بتسليم السلعة، مما يضطر المحرر إلى شرائها من السوق بالسعر المرتفع، ليتكبد خسارة محققة، أو وقع فيها التزامه ببيع سلعة لا يملكها.

٤ - وأخيراً فإن بعض الباحثين شبه عقد الاختيار بعقد التأمين، فإذا صح هذا التشبيه - وهو صحيح من بعض الوجوه - فإن ذلك يكون مقتضياً من مقتضيات التحريم أيضاً، ذلك أن عقد التأمين - أعني التجاري - مما ذهب جمهور العلماء المعاصرين إلى تحريمه؛ لأدلة كثيرة، ليس هذا محل ذكرها.

(١) كفاية الطالب الرباني، لأبي الحسن علي بن محمد المصري ٦٣/٢.

يقول الشيخ محمد تقي العثماني - مبيّنًا وجه الشبه بين عقد الاختيار وعقد التأمين -: (الذي أراه أن عقد الاختيار هذا مشابه لعقد التأمين، فكما أن في عقد التأمين يدفع الإنسان مالاً؛ ليتجنب بعض الخسائر أو بعض الأخطار، فكذلك يدفع مشتري الخيار مالاً؛ لتجنب الخسائر المحتملة بتقلبات الأسعار، فإنه - مثلاً - يحصل على اختيار شراء الدولارات، على توقع أنه إذا حدث هناك تقلب في الأسعار فإنه لا يخسر بذلك، إذن هو التأمين ضد الخسائر المتوقعة بتقلبات الأسعار)^(١).

ويقول الدكتور محمد القري: (إن الدافع الحقيقي لشراء الخيار في أسواق البورصة هو الرغبة في دفع المخاطرة، وضمنان سعر محدد للبيع أو الشراء في المستقبل، ومن ثم تفادي الخسارة، ومقابل ذلك يدفع المستثمر مبلغاً محدداً يمثل ثمن الخيار المذكور، فكأن الخيار إذن نوع من التأمين، وهو عندئذٍ عقد معاوضة تضمن غرراً فاحشاً، والبيع بهذه الصفة نوع من الميسر أو القمار الذي لا يجوز، فالبائع إنما يبيعه مخاطرة، وفيه أكل للمال بالباطل، وهو مفض إلى الظلم والتباغض، يقول المولى عز وجل: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ الآية^(٢)^(٣).

هذا أبرز ما يمكن أن يستدل به لتحريم التعامل بعقود الاختيارات، ولهذا ذهب جميع من تعرض لبيان حكم هذه العقود - ممن اطلعت على قوله من الباحثين الشرعيين - إلى تحريمها، منهم: الدكتور الصديق محمد الأمين الضير^(٤)، والشيخ

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المناقشة، تعليق الدكتور محمد تقي العثماني العدد السابع ٥٧٢ / ١.

(٢) سورة البقرة، الآية: (١٨٨).

(٣) الأسواق المالية، د. محمد بن علي القري، ص ٨٥، ٨٦.

(٤) الاختيارات، د. الصديق محمد الأمين الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٢٦٣، ٢٦٩ / ١.

محمد المختار السلامي^(١)، والدكتور علي محيي الدين القره داغي^(٢)، والدكتور وهبة الزحيلي^(٣)، والدكتور عبد الستار أبو غدة^(٤)، والدكتور محمد القري^(٥).

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم ٦٣: (إن عقود الاختيارات - كما تجري اليوم في الأسواق المالية العالمية - هي عقود مستحدثة، لا تنضوي تحت أي عقد من العقود الشرعية المسماة، وبما أن المعقود عليه ليس مالا، ولا منفعة، ولا حقا مالياً يجوز الاعتياض عنه، فإنه عقد غير جائز شرعاً، وبما أن هذه العقود لا تجوز ابتداءً، فلا يجوز تداولها)^(٦).

وجاء في فتوى الندوة السادسة لمجموعة البركة: (تداول المشاركون الرأي حول بيع الخيار، وشراء حق الاختيار، ورأوا أنه غير جائز؛ لأنه من أنواع المجازفات التي لا يراد فيها حقيقة البيع، كما أن تداول حق الخيار في البيع والشراء غير جائز؛ لأن هذا الحق ليس مما يصح في البيع)^(٧).

وجاء في فتاوى وتوصيات الندوة السابعة عشرة للمجموعة المذكورة: (حيث إن محل الاختيارات هو حق اختيار الشراء أو البيع لسلمة ما بشروط محددة، لقاء عوض عن ذلك الحق، وتقوم إرادة المتعاقدين على توقعات مضادة لتقلبات

- (١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المناقشة، العدد السادس ١٧١٢ / ٢.
- (٢) الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١ / ١٨٠ - ١٨٤.
- (٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المناقشة، العدد السابع ١ / ٥٦٩، ٥٧١.
- (٤) الاختيارات في الأسواق المالية في ضوء مقررات الشريعة الإسلامية، د. عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١ / ٣٣٨.
- (٥) الأسواق المالية، ص ٨٢، ٩٤.
- (٦) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ص ١٣٨.
- (٧) فتاوى ندوات البركة ١٤٠٣-١٤١٧هـ، ص ١١٠.

الأسعار، فإن الندوة انطلاقاً من أن إرادة المتعاقد ومشيتته ليست محللاً للعقد ولا للعوض عنها، تؤكد على قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٣ (٧/١) الذي جاء فيه: إن عقود الاختيارات - كما تجري اليوم في الأسواق المالية العالمية - هي عقود مستحدثة، لا تنضوي تحت أي عقد من العقود الشرعية المسماة، وبما أن المعقود عليه ليس مالاً، ولا منفعة، ولا حقاً مالياً يجوز الاعتياض عنه، فإنه عقد غير جائز شرعاً؛ لأن فيه تأجيل البدلين، وهو ما يسمى بابتداء الدين بالدين المجمع على منعه، ولأن فيه بيع الإنسان ما لا يملك على غير وجه السلم، وهو ممنوع أيضاً باتفاق الفقهاء، وبما أن هذه العقود لا تجوز ابتداءً، فلا يجوز تداولها^(١).

لطيفة:

مما يمكن اعتباره سبقاً في بيان حكم أخذ العوض في مقابل إعطاء حق الاختيار في الشراء ما جاء في الشرح الكبير وحاشيته في تعريف بيع العربون، فقد جاء في الشرح الكبير: (وهو [أي بيع العربون] (أن) يشتري أو يكتري السلعة و(يعطيه) أي يعطي المشتري البائع (شيئاً) من الثمن (على أنه) أي المشتري (إن كره البيع لم يُعَدَّ إليه) ما أعطاه، وإن أحبه حاسبه به من الثمن، أو تركه مجاناً؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل). قال الدسوقي: (قوله: (أو تركه مجاناً) كقول البائع للمشتري: لا أبيعك السلعة إلا إذا أعطيتني ديناراً، أخذه مطلقاً، سواء أخذت السلعة أو كرهت أخذها)^(٢).

فالبائع هنا جعل للمشتري الحق في أخذ السلعة أو عدمه، مقابل عوض مالي يدفعه المشتري ولا يرد إليه بحال، والتزم هو بالبيع؛ لأنه أخذ عوضاً من المشتري

(١) حولية البركة، العدد الثاني، رمضان ١٤٢١هـ ص ٢٧٣، ٢٧٤.

(٢) الشرح الكبير، للدردير، وحاشيته للدسوقي ١٠٢/٤.

في مقابل إعطائه الحق في أخذ السلعة، وهذا حقيقة عقود الاختيار المتعامل بها في الأسواق المالية المعاصرة.

اعتراض والجواب عنه:

قد يقول قائل: إن الحاجة إلى هذه العقود قائمة، والمصلحة في التعامل بها راجحة إذا كان غرض المتعاملين بها هو الاحتياط لما قد يحدث في المستقبل من تغير في الأسعار؛ فإن في هذه العقود منفعة بينة لهم في السلامة من الضرر الذي قد يلحق بهم إذا لم يقوموا بإبرام عقد الشراء أو البيع إلا في الوقت الذي يحتاجون فيه إلى الشراء أو البيع فعلاً، وهو الضرر الذي ينتج عن تغير الأسعار بالارتفاع أو الانخفاض، وإذا ثبت أن في التعامل بهذه العقود دفعاً للضرر المتوقع كان ذلك دليل الحاجة إلى تلك العقود، والحاجة تنزل منزلة الضرورة خاصة كانت أو عامة، فيباح بها الحرام، فتكون عقود الاختيارات جائزة للحاجة إليها.

والجواب عن ذلك أن يقال: إن احتياط أحد طرفي العقد - وهو مشتري الاختيار - سيكون على حساب الطرف الآخر، وهو المحرر؛ إذ من المعلوم أن محرر الاختيار لا يقدم على إبرام العقد بقصد الاحتياط، ولا رغبة في تأمين الطرف الآخر من خطر تغير الأسعار، بل على العكس من ذلك، يبرم العقد وكله أمل في أن يكون اتجاه الأسعار في غير صالح الطرف الآخر، حتى لا يقدم على ممارسة الاختيار، وتنفيذ العقد؛ لأن ربحه واستفادته من العقد إنما تكون في هذه الحالة، كما هو معلوم مما سبق.

وقواعد الشريعة التي تقوم على العدل لا يمكن أن تبيح عقداً من أجل أنه يحقق الحماية لأحد طرفي العقد، في الوقت الذي يعرض الطرف الآخر للخطر؛ لأن ذلك ظلم جاءت الشريعة بمنعه وتحريمه، لما في ذلك من التفرير وأكل المال بالباطل.

ثم إن تغير الأسعار بالارتفاع بالنسبة لمن يريد الشراء، أو بالانخفاض بالنسبة لمن يريد البيع أمر محتمل، قد يقع وقد لا يقع، فهو أمر متوهم، وما يبذل من مال احتياطاً لذلك خسارة متحققة، ومراعاة الأمر المتحقق أولى من مراعاة الأمر المتوهم المحتمل، ولذلك فإنه إذا لم يحدث ما توقعه مشتري الاختيار من ارتفاع الأسعار، أو انخفاضها، ولم يتم بإبرام العقد لذلك، ندم على ما بذله من مال لم يقبض له عوضاً، وذلك سبب للعداوة والبغضاء بين المتعاملين.

وهذا يعني أن الضرر في عدم التعامل بعقود الاختيار ليس محققاً، وإنما هو أمر احتمالي؛ وذلك أن الأسعار كما يحتمل أن ترتفع، يحتمل أن تنخفض، والعكس صحيح، فصارت المصلحة في إبرام هذه العقود مصلحة متوهمة، لا مصلحة راجحة، ومثل هذه المصلحة لا يستباح بها الحرام.

أما انتفاع مشتري الاختيار بهذا العقد عندما يحدث ما توقعه من ارتفاع الأسعار، أو انخفاضها، فهذا مما لا ينكر، ولكنه سيكون على حساب الطرف الآخر، كما تقدم، ثم إن مجرد وجود منفعة في عقد من العقود لا يستلزم إباحته؛ لأنه لا يخلو عقد من نفع، وإقدام المتعاقدين على إبرامه دليل عليه، ولكن ذلك لا يدل على الإباحة كما قلت، ولهذا حرم الله الميسر، مع ما فيه من النفع، بل المنافع، كما قال تعالى:

﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾^(١)، فمع ما فيه من منافع إلا أن الله وصفه بأنه رجس وقضى بتحريمه، فقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِمَّنْ عَمِلَ الشَّيْطَانُ فَأَجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(٢) إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ ﴿٩١﴾^(٣).

(١) سورة البقرة، الآية: (٢١٩).

(٢) سورة المائدة، الآيتان: (٩٠، ٩١).

ولاشك أن عقود الاختيار سبب للعداوة والبغضاء، فضلاً عما فيها من أكل المال بالباطل، وهو المعنى الذي حرم الله من أجله الميسر، فتكون حراماً رغم ما فيها من المنفعة، كما حرم الله الميسر رغم ما فيه من المنافع، والله أعلم.

الفرع الثامن: حكم عقود المبادلات *Swaps* على الأسهم:

وفيه مقصدان:

المقصد الأول: تعريف عقود المبادلات:

المقصد الثاني: حكم عقود المبادلات على الأسهم:

المقصد الأول: تعريف عقود المبادلات:

المبادلات ترجمة للكلمة الإنجليزية *Swaps* (سواب)، وهي تطلق على أحد العقود المصنفة ضمن عقود المشتقات المالية التي سبق التعريف بها، ويتم التعامل بها في الأسواق غير المنظمة، ولذا فهي لا تخضع لشروط نمطية محددة، كما هو الحال في العقود المتداولة في الأسواق المنظمة، بل يمكن لكل من طرفي العقد إملاء الشروط التي تلائمه.

وإليك تعريفاً بالمبادلات من حيث اللغة، ومن حيث اصطلاح المتعاملين في الأسواق المالية، وذلك فيما يأتي:

أ- تعريف المبادلات في اللغة:

المبادلات جمع مبادلة، (والمبادلة: التبادل)^(١)، وهي (مفاعلة من بَدَلت)^(٢).....

(١) لسان العرب، لابن منظور، مادة (بدل) ٤٨/١١.

(٢) المرجع نفسه.

يقال: بادل الرجل مبادلة وبدالاً: أعطاه مثل ما أخذ منه^(١).

وبَدَل الشيء، وبَدَله، وبَدَيْله: الخلف منه، والجمع أبدال^(٢). قال ابن فارس: (الباء والبدال واللام أصل واحد، وهو قيام الشيء مقام الشيء الذاهب)^(٣).

وعقود المبادلات فيها هذا المعنى، فإن فيها أخذ شيء وإعطاء شيء مثله، كما سيتبين من خلال التعريف بالمبادلات في الاصطلاح.

ب- تعريف عقد المبادلة في الاصطلاح:

عرف عقد المبادلة بعدة تعريفات، أورد منها التعريفات الآتية:

فقد عرف بأنه: (اتفاق تعاقدية، يتم بواسطة وسيط بين طرفين أو أكثر لتبادل الالتزامات أو الحقوق، ويتعهدان بموجبه إما على مقايضة الدفعات التي تترتب على التزامات كان قد قطعها كل منهما للطرف الآخر، وذلك دون إخلال بالتزام أي منهما الأصلي تجاه الطرف الثالث غير المشمول بالعقد، وإما بمقايضة المقبوضات التي تترتب لكل منهما على أصول يمتلكها، وذلك دون إخلال بحق كل منهما لتلك الأصول)^(٤).

(١) القاموس المحيط، للفيروزآبادي، مادة (بدل)، ص ١٢٤٧، لسان العرب، لابن منظور، مادة (بدل) ٤٩/١١.

(٢) القاموس المحيط، للفيروزآبادي، مادة (بدل)، ص ١٢٤٧، لسان العرب، لابن منظور، مادة (بدل) ٤٨/١١.

(٣) معجم مقاييس اللغة، باب الباء والبدال وما بعدهما في الثلاثي ٢١٠/١.

(٤) إدارة الاستثمارات، د. محمد مطر، ص ٢٨٢.

وعرف بأنه: (اتفاق تعاقدى بين طرفين أو أكثر، يتم بموجبه تبادل الدفعات، أو المقبوضات المترتبة على كل منهما، أو إليه، من جراء التزامات أو أصول يتم تحديدها لهذه الغاية، وذلك خلال حياة المبادلة، وبنفس عملة الالتزام أو الأصل، ودون إجراء أي تبادل في طبيعة الالتزام أو الأصل)^(١).

وعرف بأنه: (التزام تعاقدى يتضمن مبادلة نوع معين من التدفق النقدي، أو أصل معين، مقابل تدفق أو أصل آخر، بموجب شروط يتفق عليها عند التعاقد)^(٢).
هذه أبرز تعريفات عقود المبادلة، ورغم أنها جاءت في سياق التعريف بها بشكل عام، إلا أنه يؤخذ على التعريف الأول والثاني أنهما قاصران، أي غير جامعين؛ لعدم تناولهما جميع أنواع المبادلات، حيث اقتصرنا على مبادلة المدفوعات والمقبوضات.

أما التعريف الثالث، فرغم أنه أضاف إلى ذلك تبادل الأصول نفسها، بحيث يدخل في ذلك مبادلة العملات، ومبادلة السلع، إلا أنه غير واضح في الكشف عن حقيقة عقد المبادلة.

كما يؤخذ على التعريف الأول الإلباس والتناقض، حيث يفهم من قوله: (اتفاق تعاقدى... لتبادل الالتزامات أو الحقوق) أن المبادلة تجري في الالتزامات والأصول نفسها، في حين أنه أردف ذلك بما يفيد أن المبادلة إنما تجري في الدفعات والمقبوضات المترتبة على تلك الالتزامات والأصول، وأكد ذلك بالتنبيه على أن التبادل لا يخل بالتزام كل منهما أو أحدهما في الأصول المملوكة لهما، بمعنى أن التبادل لا يجري في تلك الالتزامات أو الأصول.

(١) المبادلات (المقايضات)، رياض أسعد، ص ٩٥.

(٢) مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي، د. زياد رمضان، ص ١٠٧.

وعلى كل فقد أفاد مجموع هذه التعريفات أن المبادلة تجري في الدفعات المترتبة على الالتزامات الصادرة من كل منهما، وفي المقبوضات المترتبة على ما لكل منهما من حقوق أو أصول، وفي الحقوق أو الأصول نفسها، ولتوضيح ذلك يحسن التعريف بهذه المصطلحات.

فأما الالتزامات فيراد بها: الديون التي على كل من طرفي العقد، كالديون التي تنشأ عن إصدار السندات^(١).

وأما الحقوق، ومثلها الأصول، فيراد بها: الأشياء التي يملكها كل من الطرفين، سواء كانت أوراقاً نقدية (العملات)، أو أوراقاً مالية، كالأسهم والسندات، أو أشياء عينية، كالعقارات ونحوها^(٢).

وأما الدفعات، فيراد بها: الفوائد التي يدفعها كل من الطرفين في مقابل ما عليهما من التزامات.

وأما المقبوضات، ومثلها التدفق النقدي، فيراد بها: عوائد الأصول المملوكة لكل من الطرفين، كفوائد السندات، وأرباح الأسهم، وغلات العقارات، ونحوها. وأما التدفق النقدي المذكور في التعريف الثالث فهو يشمل المدفوعات، والمقبوضات.

ونظراً لتنوع عقود المبادلة، وتباين صورها، فإنه يصعب وضع تعريف جامع مانع للمبادلة، بحيث يتناول جميع أنواعها، حيث ظهرت صعوبة ذلك من خلال التعريفات السابقة، وما ورد عليها من نقد.

(١) قاموس التعبيرات الاقتصادية والمالية، برنار وكولي، ص ٨٥.

(٢) المرجع نفسه، ص ٥٩.

ولذا فإن مفهوم عقد المبادلة إنما يتضح من خلال الحديث عن كل نوع على حدة، وحيث إن محل الكلام هنا عن مبادلة الأسهم فسيتم التعريف بها فيما يأتي:

تعريف عقود مبادلة الأسهم:

لا تجري المبادلة بين الأسهم نفسها، وإنما تجري المبادلة بين عوائدها، وقد عرف عقد مبادلة عوائد الأسهم بأنه: (الاتفاق بين طرفين على المقايضة في تاريخ لاحق لمعدل العائد على سهم معين، أو مجموعة من الأسهم بمعدل العائد على سهم، أو أصل مالي آخر)^(١).

وهذا يعني أن المبادلة لا تتم على نفس الأسهم، كما ذكر، وإنما تتم بين معدل العائد لسهم ما، كأسهم شركة الراجحي، وبين معدل العائد لسهم آخر، أو لمجموعة من الأسهم، كالأسهم المتداولة في سوق ما، أو بين معدل العائد لسهم ما، وبين سعر الفائدة السائدة في تاريخ محدد^(٢).

مثال ذلك: أن يتفق شخصان على أن يدفع أحدهما للآخر - بعد ثلاثة أشهر - معدل العائد على الأسهم المتداولة في سوق الكويت للأوراق المالية، الذي يظهره مؤشر السوق، على مبلغ متفق عليه، مقابل أن يدفع له الطرف الآخر معدل العائد على الأسهم المتداولة في سوق الأسهم السعودي.

فإذا كان معدل العائد على الأسهم المتداولة في سوق الكويت، في التاريخ المتفق عليه، ٥٪، وكان معدل العائد على الأسهم المتداولة في سوق الأسهم

(١) أدوات التعامل الحديثة في الأسواق المالية المشتقات، البنك المركزي المصري، المجلة الاقتصادية، المجلد ٣٥، العدد ٤، ١٩٩٤/١٩٩٥، ص ١٠٣.

(٢) المرجع نفسه.

السعودي ٥,٦٪، وكان المبلغ المتفق عليه الذي يخرج منه المعدل ٥,٠٠٠,٠٠٠ ريال، فإنه تتم تسوية الصفقة بين الطرفين على النحو الآتي:

١- يدفع الطرف الأول للثاني: ٥,٠٥٠,٠٠٠ × ٥,٠٠٠,٠٠٠ = ٢٥٠,٠٠٠ ريال.

٢- يدفع الطرف الثاني للأول: ٥,٠٦٥,٠٠٠ × ٥,٠٠٠,٠٠٠ = ٣٢٥,٠٠٠ ريال.

وهذا يعني أن على الطرف الثاني أن يدفع للأول الفرق، وقدره: ٧٥,٠٠٠ ريال (٣٢٥,٠٠٠ - ٢٥٠,٠٠٠).

المقصد الثاني: حكم عقود المبادلات على الأسهم:

عقد مبادلة عوائد الأسهم هو في حقيقته عقد لمبادلة نقود بنقود مع التأجيل، وجهالة مقدار النقود عند التعاقد، حيث لا يعلم قدرها إلا في الوقت المحدد لإجراء المبادلة؛ بناء على ما يكون عليه معدل العائد على الأسهم في ذلك الوقت.

وهذا العقد وفقاً لهذا التكييف يتضمن المحاذير الشرعية الآتية:

١- الربا بنوعيه: ربا الفضل، وriba النسبية إذا كانت النقود من عملة واحدة، أو ربا النسبية فقط إذا كانت من عملتين.

٢- بيع الدين بالدين؛ لأنه عقد مؤجل فيه العوضان.

٣- الغرر؛ لجهالة مقدار النقود عند التعاقد.

٤- القمار؛ وذلك أن المقصود من هذه العقود المحاسبة على الفرق بين معدلي العائد على الأسهم، وليس التقابض الذي هو مقصود العقود، فكان أحد العاقدين غانماً، والآخر غارماً ولا بد، وهذا حقيقة القمار.

وكل واحد من هذه المحاذير كاف وحده في تحريم هذا النوع من العقود،
فكيف بها مجتمعة؟



الفصل الثاني

السندات وأحكامها الفقهية

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالسندات وأنواعها.

المبحث الثاني: حكم إصدار وتداول السندات.

المبحث الأول

التعريف بالسندات وأنواعها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف السندات.

المطلب الثاني: أنواع السندات.

المطلب الثالث: الفرق بين الأسهم والسندات.

المطلب الأول

تعريف السندات

عرف السند بأنه: (ورقة مالية تصدرها المنشآت التجارية، والحكومة، كوسيلة لاقتراض أموال طويلة الأجل)^(١).

وعرف بأنه: (وعد مكتوب لدفع مبلغ من النقود إلى حامله بتاريخ معين، مع دفع نسبة من الفائدة على قيمته الاسمية)^(٢).

وعرف بأنه: (عبارة عن قرض طويل الأجل، تتعهد الشركة المقترضة بموجبه أن تسدد قيمته في تواريخ محددة)^(٣).

بالنظر في التعريفات السابقة وما كتب حول السندات يمكن توضيح مفهومها والجوانب المختلفة لها من خلال الأمور التالية:

١ - السند أداة مالية، تصدرها الحكومات والشركات عندما تريد اقتراض مقدار كبير من المال، يتعذر في العادة أن تحصل عليه من فرد واحد، أو مؤسسة واحدة، فتجزئ القرض إلى أجزاء صغيرة متساوية، وتصدر

(١) معجم الاقتصاد، كريستوفر باس، برايان لوز، لزلي دايفيز، ترجمة عمر الأيوبي، ص ٤٧.

(٢) معجم المصطلحات التجارية والمصرفية، حسن النجفي وعمر الأيوبي، ص ٧٥.

(٣) الموسوعة الاقتصادية، د. راشد البراوي، ص ٣١٤.

في مقابل كل جزء صكًا، يحمل قيمة اسمية مساوية لذلك الجزء، بحيث يمثل مجموع قيم هذه الصكوك مجموع المال الذي تريد اقتراضه^(١)، ثم تعرض هذه الصكوك على الراغبين في الإقراض من الأفراد والمؤسسات؛ ليشاركوا جميعًا في تقديم القرض، كل بحسب قدرته ورغبته، بحيث تمثل هذه الصكوك بالنسبة لكل منهم سندًا، يثبت كونه دائنًا للشركة بالقدر الذي أقرضه، ولهذا اصطلاح على تسمية هذه الصكوك بالسندات.

فالسند إذاً بالنسبة للحكومات والشركات أداة للاقتراض، وبالنسبة للمقرض ورقة أو صك، يثبت كونه دائنًا للمقترض بالقيمة المدونة عليه.

٢- يتم إصدار السندات لأجال متفاوتة، فقد تكون من النوع قصير الأجل (أقل من خمس سنوات) أو من النوع متوسط الأجل (من خمس سنوات إلى عشر) أو من النوع طويل الأجل (يزيد على عشر سنوات)^(٢)، بل توجد سندات لا تحمل تاريخ استحقاق محدد^(٣).

٣- بالإضافة إلى التزام مصدر السند بتسديد قيمته في التاريخ المحدد، فإنه يلتزم أيضًا بأن يدفع لحامله على فترات زمنية محددة (سنوية، أو نصف

(١) وهذا في الأصل، وإلا فقد تبيع الشركة السند بأقل من قيمته الاسمية، أو بأكثر منها، فيكون مجموع المال المقترض أقل أو أكثر من مجموع القيم الاسمية للسندات المصدرة. ينظر: أساسيات متطورة وأحكام عامة في شركات الأشخاص شركات الأموال شركات التأمين، د. محمد كامل درويش، ص ٤١٠، ٤١١، بورصات الأوراق المالية، اتحاد المصارف العربية، ص ٣٩.

(٢) الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٣٢.

(٣) أسواق النقد والمال، د. محمد البناء، ص ١٣١.

سنوية في الغالب) فائدة على القرض، يتم تحديدها عادة بنسبة مئوية من القيمة الاسمية للسند، ولا يتوقف دفع هذه الفائدة على حصول الربح في المشروع الذي أصدرت السندات لتمويله مثلاً، بل يلزم دفعها على أي حال^(١).

(ويرفق بالسند عادة كوبونات بأرقام متسلسلة، يمثل كل منها قسط الفائدة الذي يقدم في تاريخ استحقاق الفائدة؛ لتحصيل قيمتها، وفي هذا الصدد قد تتولى الشركة بنفسها عملية دفع الكوبونات، أو قد تعهد بذلك إلى أحد البنوك مقابل عمولة)^(٢).

٤ - تتميز السندات بقابليتها للتداول بالطرق التجارية، حيث يمكن لحامل السند أن يتنازل عنه، أو يبيعه، وفقاً للأسعار السائدة في السوق^(٣).



(١) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١١٧، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١٥.

(٢) أساسيات متطورة وأحكام عامة في شركات الأشخاص، شركات الأموال، شركات التأمين، د. محمد كامل درويش، ص ٤٢٩.

(٣) القانون التجاري، د. عزيز العكيلي ص ٢٩٨.

المطلب الثاني أنواع السندات

تتنوع السندات إلى أنواع عديدة، يمكن ذكر أشهرها وفقاً للتقسيمات التالية:

أولاً: تقسيم السندات من حيث تاريخ الوفاء بقيمتها:

ينص في نشرة إصدار السندات عادة على أجل استحقاق السندات، ومع ذلك فقد ينص في النشرة على حق المصدر في الوفاء بها قبل تاريخ الاستحقاق، ولذا يمكن تقسيم السندات من حيث تاريخ الوفاء بقيمتها إلى الأقسام التالية:

١- السندات ذات التاريخ المحدد للوفاء:

وهي السندات التي ينص - عند إصدارها - على لزوم الوفاء بها في تاريخ محدد، بحيث لا يحق للمصدر الوفاء بها قبل هذا التاريخ، وإنما يلزمه أن يقوم بدفع القيمة الاسمية للسندات جميعها عند تاريخ الاستحقاق المنصوص عليه في العقد^(١).

٢- السندات التسلسلية:

وهي السندات التي يتفق على لزوم الوفاء بها وفق جدول زمني يتضمن تواريخ

(١) الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٣٩، بورصات الأوراق المالية، اتحاد المصارف العربية، ص ١٣، ٣٩، القانون التجاري، د. عزيز العكيلي ص ٢٩٧.

استحقاق متسلسلة حتى تاريخ الاستحقاق النهائي، مثل إصدار سندات بأربعين مليون ريال لمدة عشر سنوات، على أن يتم تسديد أربعة ملايين ريال في نهاية كل سنة^(١).

ويتم تسديد هذه السندات بأسلوبين:

الأول: تسديد عدد من السندات سنوياً، يتم اختيارها عن طريق السحب بالقرعة^(٢).

الثاني: تسديد جزء من قيمة كل سند سنوياً، بحيث يتم الوفاء بكل القيمة عند حلول أجل القرض^(٣).

٣- السندات القابلة للاستدعاء:

وهي السندات التي ينص في عقد الإصدار على حق المصدر في رد قيمتها إلى حاملها قبل تاريخ الاستحقاق، إذا رأى مصلحة له في ذلك.

والغالب أن يتم استدعاء السند بقيمته الاسمية، مع زيادة تسمى علاوة الاستدعاء^(٤)، بحيث تتناقص هذه الزيادة مع الزمن، كأن تصدر الشركة سندات

(١) الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٠، وينظر: الأسواق المالية، د. محمد بن علي القري، ص ٥١، ٥٠.

(٢) القانون التجاري، د. عزيز العكيلي ص ٢٩٧، بورصات الأوراق المالية، اتحاد المصارف العربية، ص ١٣، ٣٩.

(٣) القانون التجاري، د. عزيز العكيلي ص ٢٩٧، الأسواق المالية، د. محمد بن علي القري، ص ٥١، ٥٠.

(٤) الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٣٢، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٣٩، ٥٤٠، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ١١٥، ١١٦، الاستثمار في الأوراق المالية، د. سعيد توفيق عبيد، ص ٥٢.

تستحق بعد عشرين سنة، بقيمة اسمية تبلغ مائة ريال للسند، وينص في العقد على حق الشركة في استدعاء السند بمائة وعشرة ريالات في السنوات الأربع الأولى، وبمائة وثمانية ريالات في السنوات الأربع الثانية، وبمائة وستة ريالات في السنوات الأربع الثالثة، وبمائة وأربعة ريالات في السنوات الأربع الرابعة، وبمائة وريالين في السنوات الأربع الأخيرة، وتدفع القيمة الاسمية عند الاستحقاق، أي: بدون علاوة^(١).

وإذا لم يكن السند قابلاً للاستدعاء فإن الشركة قد تقوم بتسديد السندات عن طريق شرائها مباشرة من السوق بالسعر السائد، وذلك عندما تكون قيمة السند السوقية أقل من قيمته الاسمية^(٢).

٤- السندات القابلة للتحويل:

وهي السندات التي يمكن تحويلها إلى أسهم عادية أو ممتازة بعد مضي مدة محددة، إذا رغب حاملها في ذلك، بحيث يتحول - بمجرد التحويل - من دائن للشركة إلى شريك مساهم، وذلك وفقاً لشروط وقواعد محددة في العقد، أما إذا لم يرغب في ذلك فيكون من حقه استرداد قيمتها في تاريخ الاستحقاق^(٣).

- (١) الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٤٠، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ١١٥، ١١٦.
- (٢) الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٣٣، بورصات الأوراق المالية، اتحاد المصارف العربية، ص ١٣ و ص ٤٠، القانون التجاري، د. عزيز العكيلي ص ٢٩٧.
- (٣) الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٣٥، الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١١٨، بورصات الأوراق المالية، اتحاد المصارف العربية، ص ١٦، ١٥، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١٨، الاستثمار في الأوراق المالية، د. سعيد توفيق عبيد، ص ٥٢، القانون التجاري، د. عزيز العكيلي ص ٢٩٢، ٢٩٣.

ب - تقسيم السندات من حيث الدخل:

أي: من حيث نوع العوائد المالية التي يجنيها حملة السندات، وتنقسم إلى عدة أقسام، منها:

١- السندات ذات معدل الفائدة الثابت:

وهي السندات التي تحدد فائدتها بنسبة مئوية ثابتة من قيمتها الاسمية، بحيث تدفع هذه الفائدة المحددة بشكل دوري، إلى أن يحل أجل الاستحقاق ويتم الوفاء بالقيمة الاسمية للسند^(١).

٢- السندات ذات معدل الفائدة العائم (المتغير):

وهي السندات التي لا تحدد فائدتها بنسبة ثابتة، وإنما تتغير هذه النسبة تبعاً لتغير أسعار الفائدة الجارية في السوق، بحيث إذا حل وقت دفع الفائدة، أعطي حامل السند نسبة الفائدة السائدة في ذلك الوقت، وغالباً ما يربط معدل الفائدة على السند، بمعدل الفائدة في تعامل محدد، كسعر الفائدة على القروض التي تجري بين المصارف في لندن، المسمى (ليبور)^(٢).

وقد يتم ربط معدل الفائدة على السند (بمؤشر تكاليف المعيشة، وهو

(١) الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٣٧، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١٩.

(٢) الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٣٣، ٣٤، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٣٧، ٥٣٨، الأسواق المالية، د. محمد ابن علي القرني، ص ٥٦، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢١٩، الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١١٨.

المؤشر الذي تصدره سلطة حكومية متخصصة؛ لمعرفة التغير في القوة الشرائية للنقود، عن طريق قياس الارتفاع والانخفاض في أسعار سلعة من السلع الأساسية^(١).

٣- السندات التي لا تحمل معدلاً للفائدة (السندات ذات الكوبون الصفري):

وهي السندات التي تباع بخخص من قيمتها الاسمية، فلا تحمل معدلاً للفائدة غيرها من السندات، وإنما يمثل الفرق بين قيمتها الاسمية التي يقبضها المشتري عند تاريخ الاستحقاق، وبين السعر الذي اشتراها به - الفائدة الحقيقية على القرض، وذلك أنها تباع عند الإصدار بسعر يقل عن القيمة الاسمية المدونة عليها، ولا يلتزم مصدرها إلا بدفع تلك القيمة عندما يحل أجل استحقاقها^(٢).

٤- سندات الدخل:

وهي السندات التي يرتبط دفع فوائدها السنوية بتحقيق الشركة أرباحاً في تلك السنة، بحيث لا يحق لحاملتها المطالبة بالفوائد في السنوات التي لم تحقق فيها الشركة أرباحاً كافية، إلا أنه قد ينص في عقد الإصدار على دفع فوائد السنوات التي لم تتحقق فيها أرباح من أرباح السنوات اللاحقة^(٣).

(١) الأسواق المالية، د. محمد بن علي القري، ص ٥٧.

(٢) الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٣٣، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٣٧، أسواق النقد والمال، د. محمد البنا، ص ١٣٠، الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش، ص ١١٨.

(٣) الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٣٤، التمويل مقدمة في المنشآت والأسواق المالية، د. عبد المنعم أحمد التهامي، ص ٥٢، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ١٢٢، ١٢٣، الاستثمار في الأوراق المالية، د. سعيد توفيق عبيد، ص ٥١، ٥٢.

٥- السندات المشاركة:

وهي السندات التي تعطي حاملها الحق في جزء من أرباح الشركة عندما تصل إلى معدل معين، إضافة إلى الفوائد الدورية^(١).

ج - تقسيم السندات من حيث الضمان وعدمه:

وتقسم إلى قسمين رئيسيين، هما:

١- السندات المضمونة برهن أصول معينة:

وهي السندات المضمونة بأصل معين من الأصول التي تمتلكها الشركة، كعقار بعينه، أو بجميع ممتلكات الشركة من عقارات ومصانع وآلات وغيرها، بحيث إذا عجزت الشركة عن الوفاء بالتزاماتها، كالتأخر في دفع الفائدة، أو عدم سداد أصل الدين في تاريخ الاستحقاق، تباع هذه الأصول، ويوفى أصحاب السندات المضمونة حقوقهم من قيمتها، كما أنه في حال تصفية الشركة، تكون لحملة السندات المضمونة الأولوية في استيفاء حقوقهم من قيمة هذه الأصول قبل غيرهم من حملة السندات الأخرى، أو غيرهم من الدائنين^(٢).

٢- السندات غير المضمونة برهن أصول معينة (السندات العادية):

وهي السندات التي لا تكون مضمونة بشيء معين، وإنما الضامن الوحيد

(١) الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٣٤، الأسواق المالية، د. محمد بن علي القرني، ص ٥١، ٥٢.

(٢) التمويل مقدمة في المنشآت والأسواق المالية، د. عبد المنعم أحمد التهامي، ص ٥١، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٣٩، بورصات الأوراق المالية، اتحاد المصارف العربية، ص ٤٠، اتجاه معاصر في إدارة المنشآت والأسواق المالية، د. نادية أبو فخره مكاوي، ص ٧٣.

لحملتها سمعة الشركة من حيث مركزها المالي وقوتها الإيرادية، وفي حال تصفية الشركة أو إفلاسها يعامل حملة هذا النوع من السندات معاملة غيرهم من دائني الشركة، بحيث تستوفى حقوقهم من موجودات الشركة إذا لم تكن ضامنة لسندات أخرى^(١).

د - تقسيم السندات من حيث شكلها:

وتنقسم إلى ثلاثة أقسام، هي^(٢): السند الاسمي، والسند لحامله، والسند لأمر. وتفصيل الكلام عنها - من حيث المراد بها، وطريقة تداولها - ينطبق عليه ما سبق ذكره عند الكلام عن أنواع الأسهم، فليراجع.



-
- (١) التمويل مقدمة في المنشآت والأسواق المالية، د. عبد المنعم أحمد التهامي، ص ٥١، الإدارة التمويلية في الشركات، د. محمد أيمن عزت الميداني، ص ٥٣٨، ٥٣٩، التمويل وإصلاح خلل الهياكل المالية، د. سمير محمد عبد العزيز، ص ١٢٠، ١٢١، اتجاه معاصر في إدارة المنشآت والأسواق المالية، د. نادية أبو فخره مكايي، ص ٧٤.
- (٢) بورصات الأوراق المالية، اتحاد المصارف العربية، ص ٢٧-٣٠، القانون التجاري، د. عزيز العكيلي ص ٢٩٨.

المطلب الثالث

الفرق بين الأسهم والسندات

إذا كان السهم والسند يتفقان في أن كلاً منهما يعد من الأوراق المالية المتداولة في سوق المال، إلا أن بينهما فروقاً يمكن ذكر أهمها فيما يلي^(١):

١- السند جزء من قرض، وهو دين على الشركة، بينما السهم جزء من رأس مال الشركة.

٢- ليس لحامل السند حق في إدارة الشركة، وليس له حضور جمعيتها العامة إلا في حالات معينة؛ وذلك أنه دائن أجنبي عن الشركة، بينما هذه الحقوق مخولة لحامل السهم؛ باعتباره شريكاً ومالكاً لجزء من الشركة.

٣- لا يحصل حامل السهم على نصيب من الأرباح إلا إذا حققت الشركة أرباحاً، وقررت الجمعية العامة توزيعها، بينما يحصل حامل السند

(١) الاستثمار بالأسهم والسندات وتحليل الأوراق المالية، محمد صالح جابر، ص ٤١، أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د. ناظم محمد نوري الشمري، ود. طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ص ٢٢٠، ٢٢١، أساسيات متطورة وأحكام عامة في شركات الأشخاص، شركات الأموال، شركات التأمين، د. محمد كامل درويش، ص ٤٠٩، ٤١٠، اتجاه معاصر في إدارة المنشآت والأسواق المالية، د. نادية أبو فخره مكاوي، ص ٧٢، ٧٣.

- على الفائدة المقررة ولو لم تحقق الشركة أرباحًا.
- ٤- يحصل حامل السند على قيمته عند انتهاء الأجل المتفق عليه، أما حامل السهم فلا يسترده قيمته ما دامت الشركة قائمة، إلا في حالة استهلاك الأسهم، إذا نص على ذلك في نظام الشركة، كما سبق بيان ذلك.
- ٥- عند إفلاس الشركة أو تصفيتها يقدم حامل السند في الحصول على قيمته وفوائده قبل حامل السهم.



المبحث الثاني

حكم إصدار وتداول السندات

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم إصدار السندات.

المطلب الثاني: حكم تداول السندات.

المطلب الأول

حكم إصدار السندات

تمثل السندات في حقيقتها العرفية قرصًا، وهي كذلك في القوانين الوضعية التي شرعت لها^(١)، كما ينطبق عليها معنى القرض في حقيقته الشرعية؛ إذ معنى القرض في الشرع: دفع مال لمن يتنفع به، ويرد بدله^(٢)، ومن حكم القرض أن المقرض يملك المال المقرض بقبضه، أو بالتصرف فيه^(٣)، وله أن يتصرف فيه بما يشاء، بحكم ملكه له، وهذا كله مما جرى به العرف في الأموال المقرضة عن طريق إصدار السندات، ولذا فإني سأبين حكم إصدار تلك السندات بعد بيان حكم القرض والقرض الذي يجزى نفعًا، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: حكم القرض.

الفرع الثاني: حكم القرض الذي يجزى نفعًا.

(١) قال في الوسيط: (وقد يتخذ القرض صورًا مختلفة أخرى غير الصورة المألوفة، من ذلك أن تصدر شركة أو شخص معنوي عام سندات، فهذه السندات قروض تعقدها الشركة أو الشخص المعنوي مع المقرضين، ومن اكتتب في هذه السندات فهو مقرض للشركة أو الشخص المعنوي بقيمة ما اكتتب فيه). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ٤٣٥ / ٥، وينظر: القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، ص ٣١٣.

(٢) الروض المربع، للبهوتي، مع حاشية ابن قاسم ٣٦ / ٥.

(٣) نهاية المحتاج، للرملي ٢٣٢ / ٤، الروض المربع، للبهوتي، مع حاشية ابن قاسم ٣٩ / ٥.

الفرع الثالث: حكم إصدار السندات.

الفرع الأول: حكم القرض:

القرض عقد جائز، قد دل على جوازه الكتاب والسنة والإجماع.

أما الدليل من الكتاب، فقوله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^(١).

ووجه الدلالة: أن في هذه الآية دليلاً على إباحة الدين، حيث أمرت بكتابتها، والأمر بالكتابة فرع الإباحة، والقرض دين، فيدخل في عموم هذه الآية، فيكون مباحاً.

وأما الدليل من السنة، فما أخرجه مسلم - رحمه الله - عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: استقرض رسول الله ﷺ سنّاً، فأعطى سنّاً فوقه، وقال: «خياركم محاسنكم قضاء»^(٢)، كما أخرج مسلم - رحمه الله - عن أبي رافع - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكرّاً، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع، فقال: لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً، فقال: «أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنهم قضاء»^(٣).

وقد أجمع أهل العلم على جواز القرض في الجملة^(٤)، قال ابن المنذر رحمه الله: (أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض الدنانير

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).

(٢) صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه، ص ٦٥٤، رقم (١٦٠١).

(٣) البخاري برقم (٢٣٩٢)، ومسلم، كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه، ص ٦٥٤، رقم (١٦٠٠).

(٤) الممتع في شرح المقنع، لابن المنجا ٣/٢٠٦.

والدراهم والحنطة والشعير والتمر والزبيب، وكل ما له مثل من الأطعمة، المكيل منها والموزون، جائز^(١).

الفرع الثاني: حكم القرض الذي يجزى نفعاً:

من القواعد المقررة في الشريعة أنه يحرم كل قرض جر نفعاً للمقرض، إذا كان ذلك مشروطاً في العقد، سواء تمثل هذا النفع في رد المقرض أكثر مما اقترضه، أم أجود منه، أم غير ذلك.

والأدلة على ذلك ما يلي:

١ - الآيات الواردة في تحريم الربا، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿وَاحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٣)، فإن لفظ الربا عام^(٤) يتناول كل مبادلة مالية، مع زيادة في أحد البديلين بلا عوض.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - جواباً عما سألته (عمن) يقول: إن النصوص لا تفي بعشر معشار الشريعة، هل قوله صواب؟ فأجاب: (الحمد لله رب العالمين، هذا القول قاله طائفة من أهل الكلام والرأي، كأبي المعالي وغيره، وهو خطأ، بل الصواب الذي عليه جمهور أئمة المسلمين أن النصوص وافية بجمهور أحكام أفعال العباد، ومنهم من يقول إنها وافية بجميع ذلك، وإنما أنكروا ذلك من أنكروه؛ لأنه

(١) الإقناع، ص ٣٠٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٧٨).

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٧٥).

(٤) الذخيرة، للقرافي ٢٩١/٥.

لم يفهم معاني النصوص العامة، التي هي أقوال الله ورسوله، وشمولها لأحكام أفعال العباد، وذلك أن الله بعث محمداً ﷺ بجوامع الكلم، فيتكلم بالكلمة الجامعة العامة، التي هي قضية كلية، وقاعدة عامة، تتناول أنواعاً كثيرة، وتلك الأنواع تتناول أعياناً لا تحصى، فبهذا الوجه تكون النصوص محيطة بأحكام أفعال العباد... ومن هذا الباب لفظ الربا، فإنه يتناول كل ما نهى عنه، من ربا النساء، وriba الفضل، والقرض الذي يجز منفعة، وغير ذلك، فالنص متناول لهذا كله، لكن يحتاج في معرفة دخول الأنواع والأعيان في النص إلى ما يستدل به على ذلك، وهذا الذي يسمى بتحقيق المناط^(١).

بل ذكر بعض أهل العلم أن الربا الذي كان عليه أهل الجاهلية، ونزل القرآن بتحريمه، هو القرض بزيادة، قال أبو بكر الجصاص رحمه الله: (والربا الذي كانت العرب تعرفه وتفعله، إنما كان قرض الدراهم والدنانير إلى أجل، بزيادة على مقدار ما استقرض، على ما يتراضون به)^(٢).

وقال: (ولم يكن تعاملهم بالربا إلا على الوجه الذي ذكرنا، من قرض دراهم أو دنانير إلى أجل، مع شرط الزيادة)^(٣).

وقال: (معلوم أن ربا الجاهلية إنما كان قرصاً مؤجلاً، بزيادة مشروطة)^(٤).

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٩ / ٢٨٠ - ٢٨٤.

(٢)، (٣) أحكام القرآن، لأبي بكر الجصاص ١ / ٤٦٥.

(٤) أحكام القرآن، لأبي بكر الجصاص ١ / ٤٦٧.

وقال الرازي رحمه الله: (أما ربا النسئئة، فهو الأمر الذي كان مشهوراً متعارفاً في الجاهلية، وذلك أنهم كانوا يدفعون المال على أن يأخذوا كل شهر قدرًا معينًا، ويكون رأس المال باقياً، ثم إذا حل الدين طالبوا المديون برأس المال، فإن تعذر عليه الأداء، زادوا في الحق والأجل، فهذا هو الربا الذي كانوا في الجاهلية يتعاملون به)^(١).

على أن بعض العلماء ذكر أن ربا الجاهلية هو: أن يكون للرجل على الرجل الدين من ثمن مبيع أو قرض أو غيره، فإذا حال الأجل طالبه به، فإن قضاؤه وإلا زاد له في الأجل، وزاده الآخر في الدين، وأورد الطبري - رحمه الله - بسنده عن مجاهد - رحمه الله - أنه قال: (كانوا في الجاهلية يكون للرجل على الرجل الدين فيقول: لك كذا وكذا، وتؤخر عني، فيؤخر عنه)^(٢).

وعن قتادة رحمه الله: (إن ربا الجاهلية يبيع الرجل البيع إلى أجل مسمى، فإذا حل الأجل ولم يكن عند صاحبه قضاء زاده وأخر عنه)^(٣). ولا تعارض بين التفسيرين، بل يكون هذا موجوداً، وهذا موجوداً أيضاً، على أنه لو كان ربا الجاهلية هو ما جاء في تفسير مجاهد وقتادة - رحمهما الله - فقط، فإنه يلحق به القرض بزيادة؛ لأنه مثله في المعنى؛ إذ في كل منهما زيادة في أحد العوضين مقابل الأجل.

٢ - الأحاديث الواردة في تحريم ربا النسئئة في الأصناف الستة، كقوله ﷺ

(١) التفسير الكبير، للرازي ٧/٩٢، وينظر: الزواجر عن اقتراف الكبائر، لابن حجر الهيتمي ٤٨٣/١.

(٢) تفسير الطبري ٦/٨.

(٣) تفسير الطبري ٣/١٠١.

في حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يدًا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد»^(١)، ومن حديث أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يدًا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء»^(٢)، وغير هذه الأصناف ملحق بها، مما فيه علة الربا، ومن ذلك الأوراق النقدية المتعامل بها في هذا العصر؛ فإنها ملحقة بالنقدين من الذهب والفضة؛ لاشتراكها معهما في علة الربا، وهي مطلق الثمنية، على القول المختار^(٣).

وجوه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الجنس من هذه الأصناف بجنسه إلا بشرطين: أحدهما: التماثل، والثاني: التقابض في مجلس

(١) صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا، ص ٦٤٧، رقم (١٥٨٧).

(٢) البخاري، باب بيع الذهب بالورق يدًا بيد، برقم (٢١٨٢)، ومسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا، ص ٦٤٧، رقم (١٥٨٤).

(٣) جاء في قرار هيئة كبار العلماء: (وحيث إن الورق النقدي يلقي قبولاً عامًا في التداول، ويحمل خصائص الأثمان؛ من كونه مقياسًا للقيم، ومستودعًا للثروة، وبه الإبراء العام... وحيث إن القول باعتبار مطلق الثمنية علة في جريان الربا في النقدين هو الأظهر دليلًا، والأقرب إلى مقاصد الشريعة... وحيث إن الثمنية متحققة بوضوح في الأوراق النقدية، لذلك كله فإن هيئة كبار العلماء تقرر بأكثريتها أن الورق النقدي يعتبر نقدًا قائمًا بذاته، كقيام النقدية في الذهب والفضة وغيرهما من الأثمان، وأنه أجناس تتعدد بتعدد جهات الإصدار...). أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ٧٥ / ١.

العقد، وعليه فيحرم بيع الجنس بجنسه من هذه الأصناف مع التفاضل أو التأجيل، وإذا لم يجز ذلك بيعًا، لم يجز ذلك قرضًا من باب أولى؛ لأنه إذا لم يجز ذلك في البيع مع أنه عقد معاوضة، لم يجز في القرض الذي هو عقد إرفاق وإحسان، بل لا يبعد أن يكون النهي عن البيع مع التفاضل والنساء، إنما هو من أجل ألا يكون ذلك ذريعة إلى القرض بزيادة؛ ذلك أنه لو جاز بيعًا، لكان لمن أراد أن يقرض عشرة دراهم مثلاً، ليأخذ خمسة عشر درهماً، وهو يعلم تحريم ذلك، أن يقول هذا ربا، ولكن أبيعك عشرة دراهم بخمسة عشر إلى أجل^(١).

بل ذكر ابن حجر الهيتمي - رحمه الله - أن ربا القرض يدخل في ربا الفضل، حيث يقول عن الربا: (وهو ثلاثة أنواع: ربا الفضل... وربا اليد... وربا النساء... وزاد المتولي نوعاً رابعاً، وهو ربا القرض، لكنه في الحقيقة يرجع إلى ربا الفضل؛ لأنه الذي فيه شرط يجز نفعاً للمقرض، فكأنه أقرضه هذا الشيء بمثله، مع زيادة ذلك النفع الذي عاد إليه)^(٢).

على أن قوله برجوعه إلى ربا الفضل فيه نظر، ولعله إنما قال ذلك بناء على مذهب الشافعية في أن القرض لا يتأجل بالتأجيل، ولكني أقول كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله -: (القرض لا يكون قط مع تعجيل الوفاء، بل لا بد فيه من تأخير الوفاء، وإلا فلا يقول: أقرضني هذه الدراهم، وأعطيك مثلها الساعة، فإن هذا لا يفعله عاقل؛ إذ لا فائدة فيه)^(٣).

(١) تفسير آيات أشكلت، لابن تيمية ٢/٦٦٩، ٦٧٠.

(٢) الزواجر عن اقتراف الكبائر ١/٤٨٢، ٤٨٣.

(٣) تفسير آيات أشكلت، ابن تيمية ٢/٦٧١.

وإذا كان الأمر كذلك كان ربا القرض إلى ربا النسيئة أقرب، بل هو ربا النسيئة بعينه.

٣- الإجماع، فقد أجمع أهل العلم على عدم جواز القرض الذي يجبر نفعًا، وأن ذلك من الربا الذي حرمه الله ورسوله.

قال القرطبي رحمه الله: (وأجمع المسلمون نقلًا عن نبيهم ﷺ أن اشتراط الزيادة في السلف ربا، ولو كانت قبضة من علف - كما قال ابن مسعود - أو حبة واحدة)^(١).

وقال ابن المنذر رحمه الله: (وأجمعوا على أن المسلف إذا شرط عشر السلف^(٢)، هدية، أو زيادة، فأسلفه على ذلك، أن أخذه الزيادة ربا)^(٣).

وقال ابن حزم رحمه الله: (فلا يحل إقراض شيء ليرد إليك أقل، ولا أكثر، ولا من نوع آخر أصلاً، لكن مثل ما أقرضت، في نوعه ومقداره... وهذا إجماع مقطوع به)^(٤).

وفي المنتقى: (لا خلاف أن اشتراط الزيادة في السلف غير جائز)^(٥).

وقال ابن قدامة رحمه الله: (وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام، بغير خلاف)^(٦).

(١) الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٢٤١.

(٢) هكذا في الأصل (عشر السلف)، ولعل صواب العبارة: (على المستسلف).

(٣) الإجماع، ص ٥٥.

(٤) المحلى ٧/ ٤٠٢.

(٥) المنتقى ٦/ ٢٨.

(٦) المغني ٦/ ٤٣٦.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: (وقد اتفق العلماء على أن المقرض متى اشترط زيادة على قرضه، كان ذلك حراماً)^(١).

وقال: (وكل قرض جر زيادة بالشرط لم يجز باتفاقهم، وهو الربا الذي يجمع فيه الفضل والنساء، كبيع دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل، فهذا الذي لا ريب في تحريمه، وإن احتال عليه بأي حيلة كانت، متى كان المقصود أخذ الدراهم بأكثر منها إلى أجل فهو ربا)^(٢).

٤ - القرض من عقود الإرفاق والإحسان، والشأن في هذه العقود عدم جواز أخذ العوض عليها؛ لأن ذلك ينافي الإحسان، قال ابن قدامة - رحمه الله - في معرض التعليل لتحريم القرض الذي يجز نفعاً: (ولأنه عقد إرفاق وقربة، فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه)^(٣).

فإن قال قائل: إن الإحسان ليس بواجب، وإذا لم يكن واجباً كان الإحسان في القرض ليس بواجب أيضاً، فيجوز إذاً أخذ العوض على القرض؟

فالجواب أن القرض لا يجوز إلا إحساناً، فلا يجوز معاوضة؛ لأن المعاوضة فيه تقلبه من كونه قرضاً إلى كونه بيعاً، فيكون في ذلك بيع دراهم بدراهم متفاضلة إلى أجل، وقد جاءت النصوص بالنهي عن ذلك، كما سبق إيراد بعضها.

جاء في الذخيرة: (سؤال: قال سند: العارية معروفة كالقرض، وإذا

(١) مجموع الفتاوى ٢٩ / ٣٣٤.

(٢) تفسير آيات أشكلت ٢ / ٦٧٠.

(٣) المغني ٦ / ٤٣٦، وينظر: نهاية المحتاج، للملي ٤ / ٢٣٠.

وقعت إلى أجل بعوض جاز، وإن خرجت عن المعروف، فلم لا يكون القرض كذلك؟

جوابه: إذا وقعت بعوض كانت إجارة، والإجارة لا يتصور فيها الربا، والقرض بالعوض بيع، والبيع يتصور فيه الربا^(١).

وقال ابن العربي رحمه الله: (وقد أعطى النبي ﷺ في القرض سنأ أفضل من السن، وقال: «خياركم أحسنكم قضاء»، وهذا كما قال مالك: إذا لم يكن في ذلك شرط، ولا وأي^(٢)، ولا عادة، فإنه حينئذ يخرج من باب المعروف إلى باب المعاوضة الذي يعتبر فيها الربا)^(٣).

وقال الشبرايملي رحمه الله: (إنما جعل ربا القرض من ربا الفضل مع أنه ليس من هذا الباب؛ لأنه لما شرط نفعاً للمقرض، كان بمنزلة أنه باع ما أقرضه بما يزيد عليه من جنسه، فهو منه حكماً)^(٤).

الفرع الثالث: حكم إصدار السندات:

بناء على ما سبق، فإنه يحرم إصدار جميع أنواع السندات التي تتضمن اشتراط رد المبلغ المقترض وزيادة على أي وجه كان، سواء أذفت هذه الزيادة عند سداد أصل القرض، أم دفعت على أقساط شهرية، أو سنوية، أو غير ذلك، وسواء أكانت هذه الزيادة تمثل نسبة من قيمة السند، كما في أغلب أنواع السندات، أم خصماً منها، كما في السندات ذات الكوبون الصفري.

(١) الذخيرة، للقرافي ٢٩١/٥.

(٢) الوأي: الوعد. لسان العرب، لابن منظور، مادة (وأي) ٣٧٦/١٥.

(٣) القبس في شرح موطأ ابن أنس ٣/٣١٧، ٣١٨.

(٤) حاشية الشبرايملي على نهاية المحتاج للرملي ٤٢٤/٣.

والأدلة على ذلك هي الأدلة السابقة الدالة على تحريم ربا القرض.

وهذا - أعني تحريم إصدار السندات - هو ما ذهب إليه جمهور العلماء والباحثين المعاصرين^(١)، وبذلك صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، فقد جاء في قرار المجمع المذكور رقم ٦٠ (١١/٦): (بعد الاطلاع على أن السند شهادة، يلتزم المصدر بموجبها أن يدفع لحاملها القيمة الاسمية عند الاستحقاق، مع دفع فائدة متفق عليها، منسوبة إلى القيمة الاسمية للسند، أو ترتيب نفع مشروط، سواء أكان جوائز توزع بالقرعة، أم مبلغاً مقطوعاً، أم حسماً، قرر ما يلي:

أولاً: إن السندات التي تمثل التزاماً بدفع مبلغها مع فائدة منسوبة إليه، أو نفع مشروط، محرمة شرعاً، من حيث الإصدار، أو الشراء، أو التداول؛ لأنها قروض ربوية، سواء أكانت الجهة المصدرة لها خاصة، أو عامة ترتبط بالدولة، ولا أثر

(١) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. عبد العزيز الخياط ٢/٢٢٧-٢٢٩، الربا والمعاملات المصرفية، د. عمر بن عبد العزيز المتراك، ص ٣٧٤، فتاوى مصطفى الزرقا، ص ٥٩٠، شركة المساهمة في النظام السعودي، د. صالح بن زابن المرزوقي، ص ٣٩٦، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، د. عبد الله بن محمد الطيار، ص ١٦١، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع ١/١٣٣، ١٣٤، بحوث فقهية معاصرة، د. محمد عبد الغفار الشريف، ص ٧٦، السوق المالية، د. وهبة مصطفى الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس ٢/١٣٢٢، ١٣٢٣، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، د. علي أحمد السالوس ٢/٥٨٣، معاملات البورصة في الشريعة الإسلامية، د. محمد الشحات الجندي، ص ٢١٠، ٢١١، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د. محمد عثمان شبيب، ص ١٨٢، الاستثمارات المالية الإسلامية، د. علي البدري الشرقاوي، ص ١٢٥، الربا والقرض في الفقه الإسلامي، د. أبو سريع محمد عبد الهادي، ص ١٠١، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، د. عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي ص ٣٥٧.

لتسميتها شهادات أو صكوكًا استثمارية، أو ادخارية، أو تسمية الفائدة الربوية الملتزم بها ربحًا، أو ربحًا، أو عمولة، أو عائداً.

ثانيًا: تحرم أيضًا السندات ذات الكوبون الصفري، باعتبارها قروضًا يجري بيعها بأقل من قيمتها الاسمية، ويستفيد أصحابها من الفروق، باعتبارها حسماً لهذه السندات.

ثالثًا: كما تحرم أيضًا السندات ذات الجوائز، باعتبارها قروضًا اشترط فيها نفع أو زيادة بالنسبة لمجموع المقرضين، أو لبعضهم لا على التعيين، فضلًا عن شبهة القمار^(١).

وإذا كان هذا الرأي هو السائد اليوم لدى العلماء والباحثين، إلا أن هناك من يرى إباحة السندات مطلقًا، وهناك من يرى إباحة بعض أنواع السندات، وهي السندات الحكومية، كما أن هناك من يرى إباحة السندات في حال الضرورة فقط، وبيان هذه الآراء ومناقشتها فيما يلي:

أولاً: رأي من يبيح السندات مطلقاً ومناقشته:

وهذا يفهم من كلام الدكتور عبد المنعم النمر^(٢)، فإنه نقل فتوى للشيخ محمود شلتوت - رحمه الله - بإباحة أرباح صناديق التوفير، وفتوى له بتحريم إصدار السندات إلا في حال الضرورة، وقد علق على ذلك من ناحيتين، فقال: (الناحية الأولى: ما يظهر من التضارب أو شبهه في إفتائه بحل أرباح صندوق التوفير المحددة

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، الدورات من ١ إلى ١٠، القرارات من ١ إلى ٩٧، ص ١٢٦، ١٢٧.

(٢) الاجتهاد، ص ٢٥٩، ٢٦٠، وينظر: المبادئ الاقتصادية في الإسلام، د. علي عبد الرسول، ص ٨١، ٨٢.

مقدمًا.. بينما هو في السندات يعتبرها قرصًا بفائدة معينة، وهي لذلك لا تجوز إلا عند الضرورة.. والمعاملتان في موضوعهما ووظيفتهما واحدة، مال محدد أقبل الشخص على دفعه للصندوق، وفي السندات التي طرحتها الحكومة، والحكومة تستخدم حصيلة السندات في المشاريع العامة كصندوق التوفير، وهي التي حددت الربح، فلا فرق بين التوفير والسندات وشهادات الاستثمار، ولذلك أرى أن المعاملتين واحدة، لا تفرقة بينهما في الحكم^(١).

أما الناحية الثانية، فقد نسب إلى الشيخ محمود شلتوت - رحمه الله - فتوى بإباحة الفوائد على الودائع البنكية، ونقل عنه في الاحتجاج لحل هذه الفوائد (أنها ليست الربا الذي نزل القرآن بحرمته؛ لأن البنك لم يكن محتاجًا للمال المودع، ولم يطلبه منه لسد حاجة عنده، ولكن المودع هو المحتاج لإيداع ماله في البنك؛ خوفًا عليه من الضياع، وهنا انقلبت الصورة بين الحالتين:

ففي الربا أخذ المال محتاج، وطلب من صاحب المال أن يعطيه مالا لسد حاجته، وصاحب المال اشترط زيادة على المبلغ الذي يقرضه إياه، حتى يمكن أن يمد به، وإلا منع.

وقد قبل المحتاج مضطرًا هذا الشرط، فكانت القسوة التي أوجبت الحرمة في الحقيقة، مع الاستغلال السيئ، وفي حالة البنك لم يطلب ولم يلح على صاحب المال ليودع عنده أو يقرضه، وصاحب المال هو الذي طلب والتمس، وذهب إلى البنك في صورة محتاج؛ لإعطاء أو إيداع أمواله في البنك. صاحب المال لم يشترط على البنك، ولم يتحكم فيه بفرض زيادة عليه هي كذا، وإلا لن يودع أمواله، بل المودع

(١) الاجتهاد، ص ٢٥٩. وقد صرح الدكتور النمر بإباحة شهادات الاستثمار في موضع آخر من كتابه هذا.

لديه (البنك) هو الذي حدد نسبة الربح، على ضوء مصلحته التي يعرفها على وجه يشبه اليقين، وليس في هذا التحديد ظلم عليه؛ لأنه لا يظلم نفسه، بل عمل حسابه على الربح من هذه العملية، ولا ظلم على صاحب المال، وإذن فالحالة انعكست، فليس هنا مضطراً طلب المال وألح.. وليس هنا دائن فرض ما يريد من الربح على البنك، والبنك يقبل مضطراً تحت ضغط الظروف.

وعلى هذا فلا ربا بين البنك وبين المودعين فيه.. وكتبت الفتوى بناء على رأي الشيخ، وما سمعناه منه، وهي نفس وجهة نظره في إباحة ربح صندوق التوفير، كما قدمنا.

ولهذا وجدت في نفسي شيئاً في فتواه في السندات؛ لأنها استندت على أساس لم يعتمده ولم يستند عليه في صندوق التوفير، فكلاهما ليس فيه ظلم، ولا استغلال، لا سيما إذا كانت السندات من جهة الحكومة، أو ضامنة لها^(١).

وقريب من هذه الحجة التي نقلها الدكتور النمر عن الشيخ محمود شلتوت - رحمه الله - في إباحة ودائع البنوك، ما احتج به بعضهم في إباحة السندات، وهو الدكتور علي عبد الرسول حيث يقول: (واضح مما تقدم أن حكمة تحريم الربا هي حماية الضعيف من القوي، غير أنه يوجد اليوم من القروض ما يكون فيه المقترض هو القوي، والمقرض هو الضعيف، من ذلك القرض الحكومي الممثل في سندات، وكذلك السندات التي تصدرها البلديات، وبقية الهيئات والمؤسسات الحكومية، وكذلك السندات التي تصدرها الشركات الكبرى القوية؛ للحصول على ما يلزمها من قروض.

ففي هذه القروض يكون المدين المقترض هي الحكومة نفسها، أو الهيئة،

(١) الاجتهاد، ص ٢٥٩، ٢٦٠.

أو المؤسسة الحكومية، أو الشركة الكبرى، وأما الدائن المقرض فجمهور المدخرين، من حملة السندات الحكومية ذات الفائدة، وغيرها من السندات. لقد تغير في هذه القروض وضع الدائن من المدين، بل إن هذا الوضع قد انقلب، فأصبح المدين هو الأقوى، وأصبح الدائن هو الضعيف، وأصبح هذا الأخير هو الجدير بالحماية، وليس من المعقول بعد ذلك أن نعتبر المدخر حامل السند ذي الفائدة مرابياً^(١).

وخلاصة الحجة لهذا القول، أن الربا المحرم هو ما كان فيه طالب المال ضعيفاً محتاجاً، ومعطي المال قوياً غنياً، فإذا تغير الحال، فأصبح الطالب قوياً غنياً، والمعطي ضعيفاً فقيراً، كما هو الحال في السندات التي تصدرها الحكومة، أو الشركات الكبرى، لم يكن ذلك من الربا المحرم، لتخلف العلة التي بني عليها التحريم.

كما أن الربا المحرم هو الذي يفرض فيه المقرض نسبة الزيادة، بحيث يقبل المقرض دفع هذه الزيادة تحت ضغط الحاجة، أما إذا كان المقرض هو الذي يحدد نسبة الربح، فإن ذلك لا يكون رباً، حيث لا ظلم عليه في ذلك؛ لأنه لا يظلم نفسه.

وللجواب عن ذلك أقول:

أولاً: من المعلوم أن السندات التي تصدرها الحكومة أو الشركات لا يقتصر شراؤها على جمهور الناس من أصحاب الدخل الضعيف، بل يشترك فيها الشركات الكبرى، والمؤسسات المالية المتخصصة، وشركات التأمين، ونحوها، فلم يكن المقرض على كل حال، من الفئة الضعيفة.

ثانياً: القول بأن حكمة تحريم الربا هي حماية الضعيف من القوي، يناقش من

وجوه، منها:

(١) المبادئ الاقتصادية في الإسلام، ص ٨١، ٨٢.

١- على التسليم بأن الحكمة في تحريم الرباهي ما ذكر، فإن الحكم الشرعي إنما يبنى على العلة لا على الحكم، ولا يصح التعليل بالحكمة إلا إذا كانت ظاهرة منضبطة بنفسها، كما قرر ذلك علماء الأصول^(١)، وليست كذلك الحكمة المذكورة؛ لعدم وجود القدر المنضبط الذي يمكن أن يميز به بين الضعيف والقوي، وإذا لم تكن الحكمة المذكورة علة لتحريم الربا، فتخلف ذلك في صورة من الصور لا يقتضي الإباحة؛ لأنها ليست العلة التي بني عليها حكم الأصل.

٢- على فرض صحة التعليل بالحكمة، فإنه يشترط لصحة العلة، ألا تعود على أصلها بالإبطال، والتعليل بالحكمة المذكورة يؤدي إلى ذلك؛ فإن الشارع قد حرم الربا مطلقاً، سواء كان المقترض غنياً أو فقيراً، ولا يوجد في الأدلة الشرعية ما يدل على الفرق، ولا يوجد عند مبنيي السندات دليل أصلاً على أن الاقتراض في وقت نزول آيات تحريم الربا كان مقصوراً على الفقراء دون الأغنياء، بل الظاهر من حال العرب في الجاهلية أن الاقتراض كان فيهم فاشياً، في الأغنياء منهم والفقراء، ومعلوم اشتغالهم بالتجارة، ورحلاتهم من أجلها أيضاً معلومة، وقد سجل القرآن الكريم لهم رحلتين في الشتاء والصيف لغرض التجارة، فالظاهر أنهم يحتاجون في تجارتهم إلى اقتراض المال للتجار به، والتزود به في رحلاتهم، ولقد فهم المسلمون هذا التحريم المطلق، فامتنعوا عن التعامل بالربا، أخذاً وإعطاء، فقراء وأغنياء، كما فهم ذلك العلماء، فلم ينقل عن عالم من علماء المسلمين أنه أباح للغني القوي

(١) الإحكام، للآمدي ٣/ ٢٢٤، أصول الفقه، لابن مفلح ٣/ ١٢١٠، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، لتاج الدين السبكي ٤/ ١٧٨.

أن يقترض بالربا من الفقير الضعيف، وإذا كان الأمر كذلك فإن التعليل بالحكمة المذكورة، يقتضي أن يكون الربا في الحال التي يكون فيها المقترض غنياً غير محرم، مع أن الآيات جاءت مطلقة من غير تفريق، فكان التعليل بالعلة المذكورة غير صحيح؛ لأنه يعود على أصله بالإبطال.

٣- قد نقل إجماع الأمة على تحريم القرض الذي يجز نفعاً، من غير تفريق بين أن يكون المقترض قوياً أو ضعيفاً، غنياً أو فقيراً، فالقول بالتفريق مخالفة للإجماع لا محالة، وذلك لا يجوز.

٤- الحكمة من تحريم الربا، هي الظلم المتمثل في أكل المال بالباطل، أي بدون مقابل، وإذا صح التعبير بأن من حكمة التحريم حماية الضعيف من القوي، بالنظر إلى أن الذي يلجأ إلى الاقتراض - في العادة - هو الفقير أو المحتاج إلى المال، فلا يصح أن تغفل الحكمة الأصلية وهي منع الظلم مطلقاً، أيًا كان مصدره، فإذا كان أخذ الربا ظلماً، لما فيه من أكل المال بلا عوض، فإنه لا يجوز أن يصدر لا من غني ولا من فقير. ثم إنه إذا حرم على الفقير الاقتراض بالربا مع حاجته وضعفه، فإنه يكون أشد حرمة على الغني مع غناه وقوته.

ثالثاً: لا يوجد فرق - ينبنى عليه حكم شرعي - بين أن يحدد المقرض الزيادة الربوية أو يحددها المقترض، ولا يوجد فرق كذلك بين أن يذهب المقترض إلى المقرض ويطلب منه الإقراض، أو يذهب المقرض إلى المقترض ويعرض عليه الاقتراض منه، والفرق إنما هو في الصورة، لكن الحقيقة والنتيجة واحدة، وهي أكل الربا، وكيف يظن أن الشارع يفرق بين الحالتين، فيحرم الربا عندما يكون المقرض

هو الذي يفرض الزيادة الربوية، ويبيحه عندما يفرضها المقترض نفسه؟ إذ لا يوجد معنى معقول يقتضي التفريق بينهما، لا سيما إذا علم أن المقترض إنما قدر الزيادة؛ لأنه يعلم أن أحدًا لن يفرضه إلا بفائدة ربوية، وإلا لما دفع الزيادة أصلًا، فهو إنما قدرها ودفعها اضطرارًا، لا اختيارًا.

ثانيًا: رأي من يبيح إصدار السندات عند الضرورة، ومناقشته:

ويمثل هذا الرأي الشيخ محمود شلتوت، والدكتور محمد يوسف موسى -رحمهما الله- والدكتور محمد رواس قلعه جي.

يقول الشيخ محمود شلتوت رحمه الله: (وأما السندات، وهي القرض بفائدة معينة، لا تتبع الربح والخسارة، فإن الإسلام لا يبيحها، إلا حيث دعت إليها الضرورة الواضحة، التي تفوق أضرار السندات التي يعرفها الناس، ويقررها الاقتصاديون)^(١).

ولمعرفة مفهوم الضرورة عند الشيخ محمود شلتوت، أنقل كلامه الذي ذكره قبل أسطر من كلامه هذا، حيث يقول - في معرض حديثه عن إباحة الاقتراض بالربح عند الضرورة والحاجة، على ما أفتى به بعض الحنفية^(٢) -: (وإذا كان للأفراد ضرورة أو حاجة تبيح لهم هذه المعاملة، وكان تقديرها مما يرجع إليهم وحدهم، وهم مؤمنون بصيرون بدينهم، فإن للأمة أيضًا ضرورة أو حاجة، كثيرًا ما تدعو إلى الاقتراض بالربح، فالمزارعون كما نعلم تشتد حاجتهم في زراعاتهم وإنتاجهم إلى ما يهيئون به الأرض والزراعة، والحكومة كما نعلم تشتد حاجتها إلى مصالح الأمة العامة، وإلى ما تعد به العدة لمكافحة الأعداء المغيرين، والتجار تشتد حاجتهم إلى

(١) الفتاوى، للشيخ محمود شلتوت، ص ٣٥٥.

(٢) جاء في البحر الرائق، لابن نجيم ٦/ ١٣٧: (وفي القنية من الكراهية، يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح).

ما يستوردون به البضائع التي تحتاجها الأمة، وتعمرها الأسواق، ونرى مثل ذلك في المصانع والمنشآت التي لا غنى لمجموع الأمة عنها، والتي يتسع بها ميدان العمل، فتخف عن كاهل الأمة وطأة العمال العاطلين، ولا ريب أن الإسلام الذي يبني أحكامه على قاعدة اليسر ورفع الضرر، والعمل على العزة والتقدم وعلاج التعطل، يعطي للأمة في شخص هيئتها وأفرادها هذا الحق، ويبيح لها - ما دامت مواردنا في قلة - أن تقترض بالربح؛ تحقيقاً لتلك المصالح التي بها قيام الأمة وحفظ كيانها^(١).

ويقول الدكتور محمد يوسف موسى: (إنني أرى وجوب التفرقة بين ضروب الأعمال المختلفة، التي يحتاج القائمون بها إلى الاقتراض بفوائد ثابتة، في شكل سندات يصدرونها لأصحاب الأموال.

إنني أرى - والعلم لله وحده - أنه لا يجوز شرعاً أن يتوسع تاجر، أو صانع، أو صاحب مؤسسة، أو شركة في أعماله، معتمداً على الاقتراض بفائدة، ولكن هناك مشاريع عمرانية لا بد منها للبلد، تقوم بها الدولة أو بعض الأفراد، وهناك شركات صناعية تقوم بأعمال حيوية للأمة لا تستغني عنها بحال، ويتوقف على هذه الأعمال كثير من المرافق العامة القومية، فهذه المشروعات والشركات والمؤسسات العامة وأمثالها يجب أن يسندها القادرون بالمساهمة فيها على الوجه الذي لا خلاف في جوازه شرعاً!، أي بأن يكونوا أصحاب أسهم لا سندات، فإن لم يكن هذا ممكناً، وكان من الضروري أن تظل قائمة بأعمالها التي لا غنى للأمة عنها، كان لها شرعاً إصدار سندات بفائدة مضمونة، تدفع من الأرباح التي لا شك في الحصول عليها من المشروع، ما دام لا وسيلة غير هذه تضمن لها البقاء، وما دام وجودها وبقاؤها ضرورياً للأمة، إن هذا لا يكون من الربا المحرم شرعاً، الربا الذي يكون تجارة لمن يقوم به ولفائدته وحده، على أنه إن كان ربياً، أو فيه شبهة الربا الذي لا شك في أنه حرام

(١) الفتاوى، للشيخ محمود شلتوت، ص ٣٥٤، ٣٥٥.

شرعاً، فهو يجوز للضرورة كما قلنا، فالضرورات تبيح المحظورات، وما ضاق أمر إلا واتسع حكمه؛ رحمة من الله بالناس، والمشقة تجلب التيسير، وكل هذه قواعد كلية عامة، يعرفها الفقه والفقهاء، بل إن الفقه قام عليها في كثير من أحكامه^(١).

ويقول الدكتور محمد رواس: (أرى أنه لا يجوز إصدار السندات إلا في حالة الضرورة، كما إذا وقعت الدولة تحت أزمة اقتصادية خانقة، لا منقذ لها منها إلا بالقرض الربوي ... أو كما إذا صارت الشركة في وضع مالي متردٍ يقودها حتماً إلى الموت - أعني الإفلاس وحل الشركة - ولا نجاة لها من هذا الوضع إلا بإصدار سندات)^(٢).

وقبل مناقشة هذا الرأي، أقر بادئ الأمر، أنه لا مناقشة في أن الضرورة تبيح الاقتراض بالربا، كما تبيح غيره من المحرمات، جاء في قرار مجمع البحوث الإسلامية في مصر: (الإقراض بالربا محرم، لا تبيحه حاجة ولا ضرورة، والاقتراض بالربا حرام كذلك، ولا يرتفع إثمه إلا إذا دعت إليه الضرورة، وكل امرئ متروك لدينه في تقرير ضرورته)^(٣).

ولكن المناقشة هنا في وجود الضرورة إلى إصدار السندات بالنسبة للحكومات أو الشركات، وهو الأمر الذي أعتقد عدمه؛ لأمر تظهر من خلال مناقشة هذا الرأي، وذلك من الأوجه التالية:

الوجه الأول: الاستناد إلى قاعدة الضرورات تبيح المحظورات في إباحة إصدار السندات الربوية في الحالات المذكورة لا يصح؛ وذلك أن حد الضرورة التي

(١) الإسلام ومشكلاتنا الحاضرة، ص ٦٣، ٦٤.

(٢) المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، ص ٦٧، ٦٨.

(٣) الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، د. علي أحمد السالوس ١/ ١٦٧.

الَّتِي أَعَدَّتْ لِلْكَافِرِينَ ﴿١٣٦﴾ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴿١٣٧﴾ ﴿١﴾، حيث كتب كلامًا مطولاً حول الجانب الأخلاقي والجانب الاقتصادي في تحريم الربا، ومما جاء فيه قوله: (بعض الباحثين المولعين بتصحيح التصرفات الحديثة وتخريجها على أساس فقهي إسلامي؛ ليعرفوا بالتجديد وعمق التفكير، يحاولون أن يجدوا تخريجاً للمعاملات الربوية التي يقع التعامل بها في المصارف، أو صناديق التوفير، أو السندات الحكومية، أو نحوها، ويلتمسون السبيل إلى ذلك...) إلى أن يقول: (ومنهم من يميل إلى اعتباره ضرورة من الضرورات بالنسبة للأمة، ويقول: ما دام صلاح الأمة في الناحية الاقتصادية متوقفاً على أن تتعامل بالربا، وإلا اضطربت أحوالها بين الأمم، فقد دخلت بذلك في قاعدة الضرورات تبيح المحظورات.

وهذا أيضاً مغالطة؛ فقد بينا أن صلاح الأمة لا يتوقف على هذا التعامل، وأن الأمر فيه إنما هو وهم من الأوهام، وضعف أمام النظم التي يسير عليها الغالبون الأقوياء.

وخلاصة القول: إن كل محاولة يراد بها إباحة ما حرم الله، أو تبرير ارتكابه بأي نوع من أنواع التبرير، بدافع المجارة للأوضاع الحديثة أو الغربية، والانخلاع عن الشخصية الإسلامية، إنما هي جرأة على الله، وقول عليه بغير علم، وضعف في الدين، وتزلزل في اليقين^(٢).

الوجه الثاني: على فرض التسليم بأن الحالات المذكورة من الضرورات التي تبيح الحرام، فإن من شرط الضرورة التي تبيح الحرام أن يتعين فعل المحرم طريقتاً لدفعها، يقول القرافي رحمه الله: (والمعهود في الشريعة دفع الضرر بترك الواجب

(١) سورة آل عمران، الآيات: (١٣٠-١٣٢).

(٢) تفسير القرآن الكريم، للشيخ محمود شلتوت، ص ١٥٠-١٥٢.

إذا تعين طريقاً لدفع الضرر... وكذلك يستعمل المحرم لدفع الضرر، كأكل الميتة لدفع ضرر التلف، وتساع الغصة بشرب الخمر كذلك، وذلك كله لتعين الواجب أو المحرم طريقاً لدفع الضرر، أما إذا أمكن تحصيل الواجب، أو ترك المحرم، مع دفع الضرر بطريق آخر من المندوبات أو المكروهات، لا يتعين ترك الواجب، ولا فعل المحرم^(١).

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - في بيان عدم جواز التداوي بالخمر: (والذين جوزوا التداوي بالمحرم قاسوا ذلك على إباحة المحرمات، كالميتة والدم للمضطر، وهذا ضعيف لوجوه:

أحدها: أن المضطر يحصل مقصوده يقيناً بتناول المحرمات، فإنه إذا أكلها سدت رمقه، وأزالت ضرورته، وأما الخبائث، بل وغيرها، فلا يتيقن حصول الشفاء بها، فما أكثر من يتداوى ولا يشفى، ولهذا أباحوا دفع الغصة بالخمر؛ لحصول المقصود بها، وتعينها له، بخلاف شربها للعطش، فقد تنازعوا فيه، فإنهم قالوا: إنها لا تروي.

الثاني: أن المضطر لا طريق له إلى إزالة ضرورته إلا الأكل من هذه الأعيان، وأما التداوي فلا يتعين تناول هذا الخبيث طريقاً لشفائه^(٢).

إذا تبين ذلك فإن إصدار السندات ليس شيئاً متعيناً بالنسبة للدول، أو الشركات، أما الدول فإنها تستطيع أن تلجأ إلى طرق أخرى، مثل تقليل النفقات، أو تأجيلها، أو الشراء بالتقسيط، أو الاقتراض من المواطنين بلا فوائد ربوية، وهو أمر وارد غير مستبعد، لا سيما إذا علم المواطنون جدية الدولة، وأنها لن تصرف تلك الأموال إلا فيما هو خير وصالح للبلاد والعباد.

(١) الفروق ٢/١٢٣.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٤/٢٦٨.

أما الشركات فإنها يمكن أن تحد من نشاطها، أو تزيد رأس مالها، أو تلجأ إلى طرق التمويل الأخرى المشروعة، مثل الشراء بالأجل، أو عقد السلم، أو غير ذلك. كما أنه يشترط لجواز تناول المحرم في حال الضرورة، أن يعلم يقيناً أن فعل هذا المحرم يرفع الضرورة، ويحصل به المقصود، كما ذكر ذلك شيخ الإسلام في كلامه السابق، ومعلوم أن الشركة التي تقترض بالربا عن طريق إصدار السندات، عند تعرضها للإفلاس مثلاً، لا يعلم على وجه اليقين أن ذلك يقيها من الإفلاس، بل عساه أن يزيدا إفلاساً.

فثبت بذلك أن لا ضرورة أصلاً إلى السندات الربوية، فلا يصح التمسك بالضرورة في إباحة إصدارها، والله المستعان.

الوجه الثالث: ما احتج به الدكتور محمد يوسف موسى - رحمه الله - لقوله بأن إصدار سندات بفائدة مضمونة لا يكون من الربا المحرم شرعاً، في الحالات التي ذكرها، من أن الربا المحرم هو الربا الذي يكون تجارة لمن يقوم به، ولفائده وحده، حجة ضعيفة؛ لأنه إن كان يريد به المقرض، فهذا المعنى لا ينفك عنه؛ لأن الذي يقرض ويأخذ فائدة على ما يقرضه إنما يفعل ذلك بقصد تجميع ماله بهذا الفعل، وتحقيق الكسب من وراء ذلك، وهذا معنى التجارة، وإن كان يريد به المقرض، فليس في الأدلة الشرعية ما يدل على أن من شرط تحريم الربا أن يكون قصد المقرض التجارة بالمال المقرض، بحيث إذا كان قصده - مثلاً - أن يبنى به مسكناً، أو يشتري به مركباً، جاز له الاقتراض بالربا، كما أنه ليس من شرط تحريم الربا، ألا يتنفع به إلا المقرض وحده، بحيث إذا كان غيره ينتفع به، من والد أو ولد مثلاً، جاز له ذلك؛ فإن النصوص الواردة في تحريم الربا، جاءت مطلقة، غير مقيدة بشيء من ذلك.

وعليه فكون هذه الشركات ذات نفع عام، لا يسوغ لها الاقتراض بالربا، حيث لا دليل يخرجها من عموم الأدلة الدالة على تحريم الربا.

ثالثاً: رأي من يبيح إصدار السندات الحكومية:

ويمثل هذا الرأي الدكتور محمد سيد طنطاوي، حيث أفتى بجواز إصدار سندات التنمية الدولارية، التي تصدرها الدولة بالدولار الأمريكي لغرض استعمال هذه الأموال في تمويل المشاريع الإنتاجية والتصديرية.

وقد بنى رأيه هذا على توضيح من القائمين على إصدار هذه السندات حول الغرض من إصدارها، وكيفية ذلك، واستنتج منه أموراً هي دليله على إباحة هذه السندات، ألخصها فيما يلي:

- ١- مشترى السندات لم يدفعوا أموالهم للبنك بقصد الإقراض أو الإيداع، وإنما بقصد توكيله عنهم في استثمارها لهم.
- ٢- الغرض من هذه السندات: تمويل المشروعات الإنتاجية التي لا غنى عنها للمجتمع.
- ٣- لهذه السندات فوائد تتمثل في توفير فرص العمل، والقضاء على البطالة، ورفع مستوى المعيشة لأفراد المجتمع.
- ٤- ما يقدمه البنك لأصحاب السندات من أرباح، هو جزء من أرباحه التي تتحقق عن طريق المشروعات الإنتاجية التي يقيمها أو يشارك فيها.
- ٥- تحديد الفوائد يتم بالتراضي بين البنك وبين أصحاب السندات.
- ٦- حاجة الدولة إلى العملات الأجنبية حاجة تصل إلى حد الضرورة.

قال: (وتأسيسًا على كل ذلك، يكون التعامل في سندات التنمية الدولارية جائزًا شرعًا، والأرباح التي تأتي عن طريقها جائزة شرعًا، وليس فيها شبهة الربا الذي حرّمته شريعة الإسلام تحريمًا قاطعًا)^(١).

وقوله هذا مناقش من الوجوه التالية:

الوجه الأول: ما ذكره من أن مشتري السندات لم يدفعوا أموالهم للبنك قرضًا، وإنما بقصد توكيله في استثمارها، دعوى مخالفة للواقع، وتسمية للأشياء بغير اسمها، لا تغير من حقيقة الأمر شيئًا، فإن السندات في حقيقتها وواقعها، الذي يعرفه مصدرها ومشتروها على السواء، تمثل قروضًا، يكون فيها المصدر مدينًا، والمشتري دائنًا، وتنشأ الالتزامات بينهما بناء على ذلك.

ثم لو كان البنك وكيلًا عن أصحاب الأموال في استثمارها، لوجب أن يتحمل أصحاب الأموال نتيجة هذا الاستثمار من ربح أو خسارة، ذلك أن تصرفات الوكيل تقع للموكل، كما هو مقرر شرعًا، والوكيل أمين لا يضمن، وإنما يأخذ أجره، إن كانت الوكالة بأجر، أما أن تقع تصرفات البنك عن نفسه، ويتحمل هو نتيجة عمله فرط أو لم يفرط، وصاحب المال يسترد ماله، بل ويأخذ على ذلك ربحًا ثابتًا، كما هو الحال في هذه السندات، فليس هذا من الوكالة في شيء.

ثم إنه لو دفع شخص لآخر ألف ريال مثلاً، وقال قد وكلتك في استثماره، على أن ترده علي بعد سنة ألفًا ومائتي ريال مثلاً، بصرف النظر عن نتيجة هذا الاستثمار، كان ذلك قرضًا جر لصاحبه نفعًا، فيكون حرامًا؛ لأن العبرة بالحقائق، لا بالصور الظاهرة، وإلا فلن يعجز أحد يريد أن يقرض قرضًا ربويًا، أن يظهر ذلك في صورة الوكالة، والله عز وجل لا تنطلي عليه الحيل.

(١) معاملات البنوك وأحكامها الشرعية، د. محمد سيد طنطاوي، ص ٢٢٢-٢٢٤.

ولذلك قال ابن قدامة - رحمه الله - في المضاربة، وهي مبنية على الوكالة: (وإن قال خذ هذا المال فاتجر به، وربحه لك، كان قرصًا، لا قرصًا)^(١).

وقال الدردير رحمه الله: «وضمنه» العامل، أي يضمن مال القراض لربه، لو تلف أو ضاع بلا تفريط (في) اشتراط (الربح له) أي للعامل؛ بأن قال له ربه: اعمل فيه والربح لك؛ لأنه حيث صار قرصًا، وانتقل من الأمانة إلى الذمة)^(٢).

وهذا يعني إنه إذا شرط صاحب المال على العامل - في مثل هذه الصورة - مقدارًا معينًا، أو نسبة من رأس المال، كان ذلك قرصًا جر نفعًا.

فإذا كان لو صرح المتعاقدان بالوكالة، واشترطوا مثل ذلك، كان ذلك قرصًا محرّمًا، فكيف إذا كان العقد في حقيقته وظاهره عقد قرض بزيادة، أيصح أن يقال بجوازه وتخريجه على الوكالة؟

الوجه الثاني: إذا ثبت أن السندات في حقيقتها قرض بزيادة، فإن ما ذكر من أغراض ومصالح لا يبيح هذا القرض الربوي؛ لأن الله حين حرم الربا يعلم سبحانه أن فيه منافع، منها سد حاجة الفقير المحتاج، الذي قد لا يجد من يقرضه المال إلا بالربا، ولكن حكمة أحكم الحاكمين اقتضت الموازنة بين المصالح والمفاسد، وقضت بتحريم الشيء إذا كانت مفسدته راجحة على مصلحته، كما هو الحال في الربا، وكما نص الله عز وجل على تحريم الخمر والميسر، مع ما فيهما من منافع للناس؛ لأن إثمهما أكبر من نفعهما.

على أن هذه المصالح والأهداف المذكورة يمكن تحقيقها بغير القرض الربوي، فلماذا لا يتم التوجيه إلى الأبواب المباحة التي تتحقق بها تلك

(١) المغني ٧/١٤٢.

(٢) الشرح الصغير، للدردير مع شرحه بلغة السالك، للصاوي ٣/٤٤٠، ٤٤١.

المصالح، بدلاً من التخريجات البعيدة، والتكلفات الظاهرة، لإباحة ما حرم الله عز وجل؟.

الوجه الثالث: قوله إن ما يقدمه البنك لأصحاب السندات من أرباح هو جزء من أرباحه التي تتحقق عن طريق المشروعات الإنتاجية التي يقيمها أو يشارك فيها، يجاب عنه بأن أصحاب السندات لا علاقة لهم بالمشروعات التي يستثمر فيها البنك تلك الأموال؛ لأن العقد الذي بينهم وبين البنك هو عقد قرض، يملك فيه البنك تلك الأموال ويتصرف فيها كيف يشاء، وسواء دفع لهم البنك الفوائد المقررة من أرباحه في هذه المشروعات أو من غيرها فإن ذلك لا يغير من حقيقة العقد، كما لا يغير من الحكم الشرعي لهذه السندات، على أن هذه أيضاً دعوى لا دليل عليها، ولا يوجد في عقد القرض الذي أصدرت به السندات ما يلزم البنك بدفع الفوائد من هذه الأرباح، أو ما يقضي بأن أصحاب الأموال لا يتقاضون الفوائد إلا من هذه الأرباح، بحيث إذا لم يحقق البنك ربحاً من مشروعاته لا يستحقون شيئاً من الفوائد، بل يأخذون الفوائد المتفق عليها، ربح البنك في هذه المشروعات أو خسر، فلا يصح التعلق بهذه الشبهة في إخراج السندات عن طبيعتها وحقيقتها، وهي الإقراض بالربا.

الوجه الرابع: استناده إلى حاجة الدولة إلى العملات الأجنبية، وقوله إن هذه الحاجة تصل إلى حد الضرورة، قد سبق الجواب عنه عند مناقشة القائلين بجواز إصدار السندات في حال الضرورة، وأضيف هنا، أنه جاء في التوضيح الذي استند إليه الدكتور محمد سيد طنطاوي في إباحة هذا النوع من السندات أنه يتم إصدار هذه السندات شهرياً^(١)، ولو كانت هناك ضرورة حقيقية لكان يتم إصدار هذه السندات عندما توجد الضرورة فعلاً، أما أن يرتب لإصدارها بشكل دوري فذلك دليل على بطلان دعوى الضرورة.

(١) معاملات البنوك وأحكامها الشرعية، د. محمد سيد طنطاوي، ص ٢٢٣.

حكم سندات الدخل:

ههنا نوع من السندات رأى فيه بعض الباحثين - غير المختصين - أنه يمكن قبوله من الناحية الشرعية^(١)؛ لربط دفع الفائدة عليه بتحقيق الشركة المقترضة أرباحًا، وهو السند ذو الدخل، وكأنه يرى أن ذلك يقرب السند من السهم الذي يكون حامله شريكًا، لا مقرضًا، وهذا رأى لا يصح؛ لما يلي:

١ - أن ذلك لا يغير من حقيقة السند، فهو لا يزال قرضًا، وصاحبه يعد نفسه مقرضًا، غاية ما في الأمر أن الشركة المقترضة اشترطت عليه ألا تدفع له الفوائد الربوية إلا إذا حققت أرباحًا، لكنه لا يشترك مع الشركاء في هذه الأرباح.

٢ - أنه يشترط في الشركة من الناحية الشرعية أن يكون الربح نسبة شائعة من الربح، وصاحب هذا النوع من السندات يفرض له مبلغ محدد، أو نسبة من قيمة السند، وهذا يخالف حقيقة الشركة.

٣ - في الشركة يكون رأس المال عرضة للخسارة، وحامل هذا النوع من السندات لا يشارك الشركاء خسارتهم، بل رأس ماله مضمون، فلم يخرج سند الدخل عن كونه قرضًا.



(١) الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص ٣٤.

المطلب الثاني حكم تداول السندات

بناء على ما تقرر من حرمة إصدار السندات؛ بسبب اشتغالها على الربا، فإن تداولها يكون غير جائز شرعاً؛ وذلك أن لفظ التداول يفيد معنى الاستمرار وتناقل السند من يد إلى يد محملاً بفوائده الربوية، وهذا يعني أن مشتري السند يظل دائماً للشركة المصدرة، ويتقاضى على دينه فوائده ربوية، وذلك محرم في شرع الله، فكان التداول المؤدي إلى ذلك محرماً.

وإلى ذلك - أعني حرمة تداول السندات - ذهب عامة العلماء والباحثين المعاصرين، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الذي سبق نقل نصه^(١).

لكن إذا أريد التخلص من السندات الربوية فإن أمام حامل السند طريقين:
الطريق الأول: أن يسترد ما دفعه إلى الشركة المصدرة، بأن يقبض منها القيمة الاسمية للسند أو السندات فحسب (أي بدون فوائده ربوية).

الطريق الثاني: أن يبيع أصل الدين الذي يمثله السند، أي بدون الفوائد الربوية؛ وذلك أن حامل السند دائن للشركة بمبلغ القرض (قيمة السند أو السندات) وهو باق

(١) ينظر: المراجع السابقة المذكورة عند الكلام عن حكم إصدار السندات.

على ملكه، وقد قال الله عز وجل: ﴿ وَإِنْ تَبَسَّرْ فَلَكَ رُؤُسٌ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾ (٢٧٨) (١).

وإذا أراد حامل السند أن يتخلص منه وفقاً لهذه الطريق فإما أن يبيع أصل الدين على الشركة المصدرة، وإما على غيرها، ولكل من ذلك أحكام تخصه، أيها في المقصدين الآتين:

المقصد الأول: حكم بيع أصل دين السند على الشركة المقترضة.

المقصد الثاني: حكم بيع أصل دين السند على غير الشركة المقترضة.

المقصد الأول: حكم بيع أصل دين السند على الشركة المقترضة:

الكلام في حكم ذلك من الناحية الشرعية ينبنى على حكم بيع الدين ممن هو عليه، وفي ذلك خلاف بين أهل العلم، أسوقه فيما يأتي، ثم أبين ما يترتب على ذلك من أحكام في المسألة محل البحث، وذلك على النحو الآتي:

حكم بيع الدين ممن هو عليه:

اختلف أهل العلم في ذلك على قولين:

القول الأول: جواز بيع الدين ممن هو عليه.

وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة (٢).

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٧٩).

(٢) بدائع الصنائع، ٣/ ٥٠٩، ٤/ ٣٩٨، الدر المختار، للحصكفي، مع حاشيته لابن عابدين ٤/ ١٦٦ و ١٧٤، منحة الخالق على البحر الرائق، لابن عابدين ٥/ ٢٨١، المدونة ٩/ ١٢٨، ١٢٩، التاج والإكليل، للمواق، مع مواهب الجليل ٦/ ٢٣٢، جواهر الإكليل، للآبي ٢/ ٣٥، تحفة المحتاج، للهيتمي ٦/ ٢٦، مغني المحتاج، للشرييني =

إلا إذا كان الدين بدل صرف، أو رأس مال سلم، فإنه لا يجوز بيعه قبل قبضه، عند الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة^(١)؛ وذلك أن قبضه في المجلس شرط؛ وبالبيع يفوت القبض المشروط^(٢).

قال في نواذر الفقهاء: (وأجمعوا أن رجلاً لو باع من رجل دراهم بدنانير، وقبض الدينار، ثم باعه بالدرهم عرضاً لم يجز، إلا مالكا - رضي الله عنه - فإنه أجازة)^(٣).

كما اشترط أصحاب هذا القول لجواز بيع الدين ممن هو عليه جملة من الشروط، على خلاف بينهم في بعضها، وبيان ذلك فيما يأتي:

١ - أن يكون الثمن حالاً غير مؤجل، وذلك أن ما في الذمة دين، فإذا بيع بثمن مؤجل، كان ذلك بيع دين بدين، وهو محرم بالإجماع.

قال في منحة الخالق: (رجل له على آخر حنطة غير السلم، فباعها منه بثمن معلوم إلى شهر لا يجوز؛ لأن هذا بيع الكالئ بالكالئ، وقد نهينا

= ٧٠ / ٢، المبدع، لابن مفلح ٤ / ١٤٧ و ١٩٠، الإنصاف، للمرداوي، والمقنع لابن قدامة ١٢ / ١٠٥، ٢٩٦، ٢٩٧، معونة أولي النهى، لابن النجار الفتوحى ٥ / ١٦٢، كشاف القناع، للبهوتي ٣ / ٣٠٧ و ٣٥٨، الروض الندي شرح كافي المبتدي، لأحمد بن عبد الله البعلي، ص ٢٢٤.

(١) بدائع الصنائع، للكاساني ٤ / ٣٩٧، المبسوط، للسرخسي ١٤ / ٢١، تكملة المجموع، للسبكي ١٠ / ١٠٤، تحفة المحتاج وحاشيته للشرواني والعبادي ٦ / ٢٥، ٢٦، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، لسليمان بن محمد بن عمر ٢ / ٣٥٨، المحرر، لمجد الدين أبي البركات ١ / ٣٢٣، القواعد، لابن رجب، ص ٨٢.

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني ٤ / ٣٩٧، حاشية ابن عابدين ٤ / ٢٠٩، تكملة المجموع، للسبكي ١٠ / ١٠٤، أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري ٢ / ٨٥.

(٣) نواذر الفقهاء، محمد بن الحسن الجوهري، ص ٢٢٤، وينظر: المدونة ٨ / ٤١١.

عنه^(١).

وجاء في المدونة: (قلت: أرأيت إن أقرضته حنطة إلى أجل، فلما حل الأجل بعته تلك الحنطة بدين إلى أجل، قال: قال مالك: لا يحل هذا؛ لأنه يفسخ ديناً في دين)^(٢).

وقال في الرسالة: (ولا يجوز فسخ دين في دين، وهو أن يكون لك شيء في ذمته، فتفسخه في شيء آخر لا تتعجله). قال شارحها: (يشمل كلام المصنف ما إذا كان الدين عيناً^(٣) ففسخه في عرض أو حيوان إلى أجل، فإنه حرام، ولو كانت قيمة العرض أقل من الدين...)^(٤).

وقال في شرح الوجيز: (ولا يجوز استبدال المؤجل عن الحال)^(٥).

وقال في معونة أولي النهى: (ولا [يصح] بيع الدين بشيء مؤجل لمن هو عليه)^(٦).

وذكر السبكي - رحمه الله - أن ذلك محل إجماع أهل العلم، فقد ذكر أن تفسير بيع الدين بالدين المجمع على منعه هو: (أن يكون للرجل على الرجل دين، فيجعله عليه في دين آخر مخالف له في الصفة أو في القدر. قال: فهذا هو الذي وقع الإجماع على امتناعه، وهو في الحقيقة

(١) منحة الخالق على البحر الرائق، لابن عابدين ٥ / ٢٨١، حاشية ابن عابدين ٤ / ٢٥.

(٢) المدونة ٩ / ١٢٨.

(٣) المراد بالعين هنا: الذهب والفضة.

(٤) الفواكه الدواني، أحمد بن غنيم النفراوي ٢ / ١٦٣، ١٦٤، وينظر: جواهر الإكليل، للآبي ٢ / ٣٥.

(٥) العزيز شرح الوجيز، للرافعي ٤ / ٣٠٤.

(٦) معونة أولي النهى شرح المنتهى، لابن النجار ٥ / ١٦٢.

بيع دين بما يصير ديناً^(١).

٢- قبض العوض في المجلس قبل التفرق، مطلقاً عند الحنفية والمالكية، وفي وجه عند الحنابلة^(٢)، قالوا: لثلا يكون افتراقاً عن دين بدين، وعلى تفصيل في ذلك عند الشافعية والحنابلة في الصحيح من المذهب، حيث قالوا باشتراط القبض إذا بيع الدين بما يوافقه في علة الربا - أو كما يعبر الحنابلة بما لا يباع به نسيئة - كما إذا كان الدين ذهباً، وباعه بفضة أو عكسه، وإن بيع بما لا يوافقه في علة الربا، أي: بما يجوز أن يباع به نسيئة، لم يشترط قبضه في المجلس، كما إذا كان الدين ذهباً وباعه بثوب معين، إلا أن الحنابلة قالوا إن كان موصوفاً في الذمة اشترط قبضه في المجلس؛ لثلا يصير بيع دين بدين وهو منهي عنه وقال الشافعية: لا يشترط قبضه في الأصح، لكن لا بد من تعيينه في المجلس^(٣).

على أنه يجب التنبه إلى أن القول بعدم اشتراط القبض إذا كان الثمن معيناً، لا يعني جواز تأجيله؛ لأن المعين لا يجوز تأجيله أصلاً، وإنما المراد أنه يتسامح في تأخر القبض عن مجلس العقد.

(١) تكملة المجموع ١٠٦/١٠.

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني ٣/٥٠٩، حاشية ابن عابدين ٤/١٦٦ و١٧٤، المدونة ٩/١٢٨، ١٢٩، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، للآبي ٢/٣٥، الإنصاف، للمرداوي ١٢/٢٩٨.

(٣) التهذيب، للبخاري ٣/٤١٦، ٤١٧، تحفة المحتاج، للهيتمي ٦/٢٧، مغني المحتاج، للشرييني ٢/٧٠، ٧١، المحرر، لأبي البركات ١/٣٣٨، ٣٣٩، الإنصاف، للمرداوي، ١٢/٢٩٨، كشاف القناع، للبهوتي ٣/٣٥٩.

٣- أن يكون ذلك بقدر القيمة وقت البيع أو بأقل، لا بأكثر، قاله شيخ الإسلام ابن تيمية^(١) وابن القيم^(٢) - رحمهما الله تعالى - وذكر شيخ الإسلام أن ذلك نص الإمام أحمد - رحمه الله - في بدل القرض وغيره من الديون^(٣).

واستدل لذلك شيخ الإسلام بما في السنن عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنهم سألوا النبي ﷺ فقالوا: إنا نبيع الإبل بالبيع بالذهب ونقبض الورق، ونبيع بالورق ونقبض الذهب، فقال: «لا بأس إذا كان بسعر يومه، إذا افترقما وليس بينكما شيء»^(٤)، قال: (والنبي ﷺ إنما جوز الاعتياض عنه إذا كان بسعر يومه؛ لئلا يربح فيما لم يضمن)، وبما ورد عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: (إذا أسلمت في شيء، فجاء الأجل فلم تجد الذي أسلمت فيه، فخذ عوضاً بأنقص منه، ولا تربح مرتين)^{(٥)(٦)}.

- (١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٥١٠، ٥١٨، ٥١٩، الاختيارات، ص ١١٤.
- (٢) شرح ابن القيم على سنن أبي داود ٩/٢٥٧، ٢٥٩.
- (٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٥١٠، الفروع، لابن مفلح ٤/١٨٦.
- (٤) سنن أبي داود، كتاب البيوع والإجازات، باب في اقتضاء الذهب من الورق، ص ٥٢١، رقم (٣٣٥٤)، سنن الدارقطني، كتاب البيوع ٣/٢٣، رقم (٨١)، مسند الدارمي، كتاب البيوع، باب الرخصة في اقتضاء الورق من الذهب، ٣/١٦٨١ رقم (٢٦٢٣)، صحيح ابن حبان، كتاب البيوع ١١/٢٨٧، رقم (٤٩٢٠)، المستدرک، كتاب البيوع ٢/٥٠ رقم (٢٢٨٥)، صححه ابن حبان، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.
- (٥) أخرجه سعيد بن منصور، ورواه ابن حزم من طريقه في المحلى ٧/٤٨٥، وقد صححه ابن حزم.
- (٦) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٥١٠، وينظر ٢٩/٥١٩.

كما استدل لذلك ابن قدامة - رحمه الله - في مسألة اقتضاء أحد النقدين من الآخر بسعر يومه، فقال بعد أن استدل بحديث ابن عمر السابق: (ولأن هذا جرى مجرى القضاء، فقيد بالمثل كما لو قضاه من الجنس، والتماثل ههنا من حيث القيمة؛ لتعذر التماثل من حيث الصورة)^(١).

القول الثاني: عدم جواز بيع الدين ممن هو عليه.

وهو القول القديم للشافعي - رحمه الله - في الثمن^(٢)، ورواية عن الإمام أحمد رحمه الله^(٣).

الأدلة:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول لقولهم بجواز بيع الدين ممن هو عليه بما يأتي:

١ - حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: كنت أبيع الإبل بالبيع، فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله، رويدك أسألك، إني أبيع الإبل بالبيع،

(١) المغني ٦/١٠٨.

(٢) قال في العزيز شرح الوجيز: (والأجرة كالثمن، والصداق وبدل الخلع كذلك، إن قلنا إنهما مضمونان ضمان عقد، وإلا فهما كبديل الإتلاف)، وهذا بخلاف دين القرض وبدل الإتلاف، فإنه يجوز بيعه لمن هو في ذمته بلا خلاف عندهم. ينظر: العزيز شرح الوجيز، للرافعي ٤/٣٠٣، البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين العمراني ٥/٧١، ٧٢، روضة الطالبين، للنووي ٣/١٧٣، ١٧٤.

(٣) المحرر، لأبي البركات ١/٣٣٩، الإنصاف، للمرداوي، ١٢/٢٩٧.

فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فقال رسول الله ﷺ: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها، ما لم تفترقا وبينكما شيء»^(١).

فهذا نص في جواز بيع ما في الذمة من ثمن المبيع لمن هو عليه، وغيره مما في الذمة يقاس عليه^(٢).

٢- أن ما في ذمة المدين مقبوض له ومسلم إليه، فلا يدخل في ذلك غرر عدم القدرة على التسليم، نظيره المغصوب، يصح بيعه من الغاصب، وإن كان لا يصح من غيره^(٣).

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني لعدم جواز بيع الدين ممن هو عليه بما يأتي:

١- مطلق النهي عن بيع ما لم يقبض^(٤).

وأجيب عن ذلك بأن الأحاديث الواردة في النهي عن بيع ما لم يقبض، إنما هي في الأعيان، لا في الديون^(٥)، بدليل حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - الدال على جواز بيع الدين ممن هو عليه.

يوضح ذلك أن بيع الدين ممن هو عليه هو في معنى الاستيفاء، وفائدته سقوط ما في ذمته عنه، لا حدوث ملك له؛ ذلك أن في البيع المعروف

(١) تقدم تخريج ١/٩٥، ٨٨٣.

(٢) الشرح الكبير، لابن أبي عمر ١٢/٢٩٧.

(٣) بدائع الصنائع، للكاساني ٤/٣٤٣، ٣٩٩.

(٤) العزيز شرح الوجيز، للرافعي ٤/٣٠٢.

(٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٥١٩.

يملك المشتري ما اشتراه، وهنا لم يملك شيئاً، بل سقط الدين من ذمته، ولهذا لو وفاه ما في ذمته من الدراهم لم يقل إنه باعه دراهم بدراهم، بل يقال وفاه حقه، بخلاف ما لو باعه دراهم معينة بدراهم معينة فإنه يبيع^(١). ويمكن أن يجاب عن دليل المانعين من وجه آخر، بأن يقال: إنه قد ثبت الحديث في جواز بيع الدين ممن هو عليه، فيصح أن يكون مخصصاً لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض، ومقيداً لمطلقه، والله أعلم.

٢- أنه - أي الثمن - عوض في عقد معاوضة، فأشبهه المسلم فيه^(٢).

ويجاب عن ذلك بأنه إنما يصح القياس على المسلم فيه، لو كان في منع بيع المسلم فيه قبل قبضه نص أو إجماع، ولا يوجد شيء من ذلك، فإنه قد وقع الخلاف في ذلك بين أهل العلم، وممن أجازاه مالك - رحمه الله - في غير الطعام^(٣)، وأحمد - رحمه الله - في رواية عنه^(٤)، على تفصيل في ذلك، ليس هذا موضعه، والراجح جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه من البائع نفسه؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما، فإنه أصل في جواز بيع الدين ممن هو عليه، سواء كان ثمناً أو مثنماً، والمعنى في ذلك ما سبقت الإشارة إليه من أن بيع الدين ممن هو عليه في معنى الاستيفاء، والله أعلم.

على أنه قد جاء النص صريحاً في جواز بيع الثمن ممن هو عليه، كما في حديث ابن عمر رضي الله عنهما، فلم يبق مجال للاجتهاد في ذلك.

(١) المرجع نفسه ٥١٢/٢٩.

(٢) العزيز شرح الوجيز، للرافعي ٣٠٢/٤.

(٣) المدونة ٨٧/٩، ٨٨، القوانين الفقهية، لابن جزي، ص ٢٦٦، ٢٦٧.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٥٠٣/٢٩، ٥٠٤.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ لقوة أدلته، وسلامتها من المعارضة، وورود المناقشة على أدلة أصحاب القول الثاني.

إذا تبين ذلك، فإن لبيع أصل دين السند على الشركة نفسها حالتين:

الحالة الأولى: أن يباع أصل الدين بغير النقود، كأن يباع بطعام أو عقار، أو سيارات، ونحو ذلك، وفي هذه الحالة يجوز البيع بشرط أن يكون العوض حالاً غير مؤجل، وإلا دخل ذلك في بيع الدين بالدين المنهي عنه، وإذا كان العوض موصوفاً في الذمة، كسيارات موصوفة في الذمة مثلاً؛ اشترط - بالإضافة إلى ذلك - قبض العوض في المجلس للعلة نفسها، أما إذا كان العوض معيناً، كعقار بعينه، فلا يشترط قبضه في المجلس، على الصحيح، لكن يشترط حلوله كما سبق.

الحالة الثانية: أن يباع بنقود، وفي هذه الحالة لا يخلو الأمر من صورتين:

الصورة الأولى: أن يباع أصل الدين بنقود من جنسه، بأن يكون الدين دولارات، ويبيع على الشركة نفسها بالدولار.

وفي هذه الحالة يجوز البيع بشرط التماثل والقبض في مجلس العقد.

الصورة الثانية: أن يباع أصل الدين بنقود من غير جنسه، بأن يكون الدين دولارات، ويبيع على الشركة نفسها بريالات، وفي هذه الحالة يجوز البيع بشرطين:

الأول: القبض في مجلس العقد، دون التماثل.

الثاني: أن يكون البيع بسعر الصرف السائد وقت البيع^(١)؛ لحديث ابن عمر - رضي الله عنهما - المتقدم، وفيه: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها، ما لم تفترقا

(١) المغني، لابن قدامة ٦/١٠٧، ١٠٨.

وبينكما شيء».

وعلى ذلك، فلا يجوز بيع أصل الدين على الشركة المدينة بالسعر الذي تباع به السندات في السوق؛ وذلك أن سعر السندات في السوق لا ينظر فيه إلى سعر الصرف، بل ينظر فيه إلى سعر الفائدة السائد، باعتبار أن مشتري السند في العادة إنما يشتريه ليتقاضى عليه الفائدة المقررة في المدة المتبقية من مدة القرض، فهو يشتريه لا باعتباره نقوداً، بل باعتباره ديناً ذا مردود ربوي، وهذا معنى غير معتبر في نظر الشريعة، فلا يجوز أن يؤخذ في الاعتبار؛ ذلك أن الدائن للشركة إنما يملك مقدار ما أقرضه للشركة فقط، وليس له أن يسترد إلا نقوده، أو بدلها، فكانت قيمتها هي المنظور إليها.

على أن ابن قدامة - رحمه الله - ذكر في المغني عن أصحاب الرأي، أن للمدين أن يقضي الدراهم التي عليه ذهباً على التراضي، قالوا: لأنه بيع في الحال، فجاز ما تراضيا عليه، إذا اختلف الجنس، كما لو كان العوض عرضاً^(١).

فلمن ترجع عنده هذا الرأي أن يجيز بيع أصل الدين على الشركة بحسب الاتفاق، ولكن إذا صح الحديث - وهو صحيح - فلا بد من المصير إلى حكمه؛ اتباعاً لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَزَّعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ
الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾^(٢).

(١) المغني، لابن قدامة ٦/١٠٧، ١٠٨، ولم أجد هذا الرأي فيما اطلعت عليه من كتب الحنفية، بل رأيت في المبسوط للسرخسي ما قد يدل على أن مذهب الحنفية هو اشتراط القضاء بالسعر، فقد جاء فيه: (وعن إبراهيم أنه لم يكن يرى بأساً باقتضاء الورق من الذهب والذهب من الورق، بيعاً كان، أو قرضاً، أو كان [لعل هنا سقط، أو أن العبارة: (إذا كان) بدلاً (أو كان)] بسعر يومه، وبه نأخذ) المبسوط ١٤ / ١١.

(٢) سورة النساء، الآية: (٥٩).

المقصد الثاني: حكم بيع أصل دين السند على غير الشركة المقترضة:

الحكم في هذه المسألة ينبنى على معرفة حكم بيع الدين لغير من هو عليه، وهو ما اختلف فيه أهل العلم على قولين^(١):

القول الأول: الجواز.

وهو مذهب المالكية^(٢)، وقول للشافعي رحمه الله، صححه في (المهذب^(٣)) و(التنبيه^(٤))، و(الروضة^(٥))، وهو المعتمد عند الشافعية^(٦)، وهو رواية عن الإمام أحمد^(٧) رحمه الله، اختارها شيخ الإسلام وابن القيم رحمهما الله^(٨).

لكن اشترط المالكية للجواز الشروط الآتية^(٩):

- ١ - أن يكون الثمن نقدًا لا دينًا.
- ٢ - أن يكون المدين حاضرًا في البلد، مقرًا بالدين، وممن تأخذه الأحكام.

- (١) الكلام هنا عن الديون المستقرة، كالقرض، وثمان المبيع، ونحوهما، لا عن الديون غير المستقرة، كدين السلم ونحوه.
- (٢) الشرح الكبير، للدردير، وحاشيته للدسوقي ٤/١٠٠، ١٠١.
- (٣) المهذب، لأبي إسحاق الشيرازي ٢/١٣.
- (٤) التنبيه، لأبي إسحاق الشيرازي، ص ٨٧.
- (٥) روضة الطالبين، للنووي ٣/١٧٤.
- (٦) مغني المحتاج، للشربيني ٢/٧١، تحفة المحتاج، للهيتمي ٦/٣٠.
- (٧) قواعد ابن رجب، ص ٨٤، الإنصاف، للمرداوي ١٢/٢٩٩، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٤٠١ و ٥٠٦، ٣٠/٢٦٥.
- (٨) الاختيارات، للبعلي، ص ١١٤، إعلام الموقعين ٤/٣.
- (٩) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٠١، الخرشي على مختصر خليل ٥/٧٧، ٧٨، وينظر: التاج والإكليل، للمواق ٦/٥٢٤.

- ٣- أن يباع بغير جنسه، فإن بيع بجنسه اشترط أن يكون مساوياً^(١).
 - ٤- ألا يكون ذهباً بفضة ولا عكسه^(٢).
 - ٥- أن يكون الدين مما يجوز أن يباع قبل قبضه؛ احترازاً من طعام المعاوضة.
 - ٦- ألا يكون بين المشتري وبين المدين عداوة.
- واشترط الشافعية للجواز الشروط الآتية^(٣):
- ١- أن يكون الدين حالاً مستقراً.
 - ٢- أن يكون المديون ملياً مقراً، أو عليه بينة به، ولم يكن في إقامتها كلفة.

(١) قال العدوي في حاشيته على شرح الخرشي لمختصر خليل ٧٨،٧٧ / ٥ في توجيه هذا الشرط: (أي: لأنه إذا بيع بجنسه وكان المبيع غير حال، فقد يتغير سوقه بزيادة عند حلوله، ففيه سلف بزيادة، فمنع بجنسه، ولو حالاً ولم يتغير سوقه؛ سداً للذريعة، وهذا التوجيه ذكره عب ولم يذكره عج ولا شب، وذكر بعض شيوخنا غير ذلك، فقال: يحترز بذلك عما لو كان حيواناً، لا يجوز بيعه بلحم من جنسه، كما تقدم من أنه منهي عنه، ويحترز بذلك أيضاً عما لو كان عليه عروض، ثم باعها بأكثر منها أو أقل نقداً، فلا يجوز، كعشرة أثواب، باعها بأحد عشر نقداً، أو ثمانية نقداً، فلا يجوز أيضاً؛ لما فيه من (حط الضمان وأزيدك) في الأكثر، ومن (ضع وتعجل) في الأقل.. ولعل هذا محمول على ما إذا باعها لمن هي عليه، وأما غيره فالجواز، انتهى، ويحتمل أن يقال: ليس الوجه هكذا، بل الوجه أنه إذا بيع بجنسه، يفصل فيه، فإن كان مساوياً له صفة وقدراً، أجز، وإن كان يأخذه بقليل، ويعود عليه كثير، فهو سلف جر نفعاً، وإن كان بالعكس فلتهمة ضمان بجعل).

(٢) قال العدوي في حاشيته على شرح الخرشي لمختصر خليل ٧٨ / ٥ في توجيه هذا الشرط: (أي: وإلا أدى للصرف المؤخر).

(٣) مغني المحتاج، للشريبي ٧١ / ٢، تحفة المحتاج، للهيتمي ٣١ / ٦، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، لتركيا الأنصاري، وحاشيته للبيجيري ٣٦٠ / ٢.

٣- قبض العوضين في المجلس، وذلك بأن يقبض مشتري الدين الدين ممن هو عليه، وأن يقبض بائع الدين العوض في المجلس، فإن تفرقا قبل قبض أحدهما بطل العقد^(١).

القول الثاني: عدم الجواز.

وإليه ذهب الحنفية، والحنابلة، والظاهرية، وهو القول الآخر للشافعي رحمه الله، صححه الرافعي رحمه الله، وذكر النووي - رحمه الله - في المنهاج أنه الأظهر^(٢).

الأدلة:

أولاً: أدلة القول الأول:

١- عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٣)، فيدخل فيه

(١) التهذيب، للبغوي ٣/٤١٧، العزيز شرح الوجيز، للرافعي ٤/٣٠٤، روضة الطالبين، للنووي ٣/١٧٤. وهذا الشرط يقرب الشافعية إلى القول بعدم الجواز؛ لأنه إذا اشترط أن يقبض المشتري الدين ممن هو عليه في مجلس العقد، لم يكن في ذلك بيع دين؛ لأنه أصبح عيناً بقبضه في مجلس العقد. على أن بعض الشافعية ذهب إلى أنه لا يشترط قبض العوضين في المجلس إلا إذا كانا متفقين في علة الربا، وإلا اشترط تعيينهما فقط، لكن المعتمد عند الشافعية اشتراط القبض. ينظر: فتح الوهاب، لذكريا الأنصاري مع حاشيته للبيجيري ٢/٣٦٠، أسنى المطالب شرح روض الطالب، لذكريا الأنصاري ٢/٨٥، فتح الجواد بشرح الإرشاد، لابن حجر الهيتمي ١/٤١٩.

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني ٤/٣٤٣، المسوط، للسرخسي ١٤/٢٢، المقنع والشرح الكبير والإلصاف ١٢/٢٩٦-٢٩٩، الكافي ٢/٤٤، كشاف القناع، للبهوتي ٣/٣٠٧، المحلى، لابن حزم ٧/٤٨٧، العزيز شرح الوجيز، للرافعي ٤/٣٠٤، مغني المحتاج، للشرييني ٢/٧١.

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٧٥).

- بيع الدين لغير من هو عليه؛ لعدم الدليل المخصص.
- ٢- ما روي عن عمر بن عبد العزيز - رحمه الله - أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة في الدين، وهو الرجل يبيع ديناً له على رجل، فيكون صاحب الدين أحق به^(١).
- ٣- ما روي أن عمر بن عبد العزيز - رحمه الله - قضى في مكاتب اشترى ما عليه بعرض، فجعل المكاتب أولى بنفسه، ثم قال: إن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع ديناً على رجل، فصاحب الدين أولى، إذا أدى مثل الذي أدى صاحبه»^(٢).
- وقد أجاب ابن حزم - رحمه الله - عن الاستدلال بهذين الحديثين، فقال: (حديثاً عمر بن عبد العزيز مرسلاً، أحدهما عن الأسلمي، وهو إبراهيم بن أبي يحيى، وهو متروك متهم، والآخر أيضاً عن لم يسم)^(٣).
- ٤- ما رواه عبد الرزاق، قال: أخبرنا ابن جريج، قال: أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - يسأل عن الرجل يكون له الدين، أيتاع به عبداً، قال: (لا بأس به)^(٤)، وهذا قول صحابي،
-
- (١) مصنف عبد الرزاق، كتاب البيوع، باب: هل في الحيوان أو البئر أو النخل أو الدين شفعة؟ ٨/٨٨، برقم (١٤٤٣٣).
- (٢) مصنف عبد الرزاق، كتاب البيوع، باب: هل في الحيوان أو البئر أو النخل أو الدين شفعة؟ ٨/٨٨، برقم (١٤٤٣٢).
- (٣) المحلى، لابن حزم ٧/٤٨٨.
- (٤) مصنف عبد الرزاق، كتاب البيوع، باب: هل يباع بالصك له على الرجل بيعاً؟ ٨/١٠٨، برقم (١٤٥٠٥).

ولا يعرف له مخالف^(١).

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأنه ليس في الخبر أنه ابتاع به عبدًا من غير المدين، فيحتمل أنه اشتراه به من المدين نفسه، ويؤيد هذا ما في مصنف ابن أبي شيبة - رحمه الله - من طريق محمد بن مُيسر عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال: (إذا كان للرجل على الرجل الدين فلا بأس أن يشتري منه عبدًا رخيصةً)^(٢).

وإذا كان الأمر كذلك فهذا خارج عن محل النزاع.

٥- أن الأصل في المعاملات الإباحة، إلا ما دل الدليل على تحريمه، ولا دليل على منع بيع الدين لغير من هو عليه فيكون باقياً على حكم الأصل.

٦- أن ما جاز بيعه ممن هو عليه جاز بيعه من غيره، كالوديعة، يجوز بيعها من المودع ومن غيره، وكالعارية يجوز بيعها من المستعير ومن غيره^(٣).

٧- أن بيع الدين من غير من هو عليه، كالحوالة عليه^(٤)، قال الإمام أحمد - رحمه الله - في الاحتجاج لجواز بيع الصكّاء قبل قبضها - وهي الديون الثابتة على الناس - : (الصكّ إنما يحتال على رجل، وهو يقر

(١) المحلى، لابن حزم ٧/٤٨٨.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأفضية، في الرجل يقرض الرجل القرض ٤/٣٦٢، برقم (٢١٠١٣).

(٣) المذهب، للشيرازي ٢/١٣، البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين العمراني ٥/٧١، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٤٠٣.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٤٠٣.

بدين عليه^(١).

ثانيًا: أدلة القول الثاني:

١- أن في بيع الدين لغير من هو عليه غرر عدم القدرة على التسليم؛ لأن المدين ربما منعه، أو جحدته، وذلك غرر لا حاجة له فلم يجز، أشبه بيع الآبق، وبيع المغصوب من غير غاصبه^(٢).

ونوقش هذا الدليل بأن الظاهر قدرته على التسليم، من غير منع ولا جحد^(٣).

أما القياس على الآبق والمغصوب فلا يصح؛ لأن عدم القدرة على التسليم في الآبق والمغصوب ظاهرة، بخلافها في الدين، فإن الظاهر قدرته على التسليم، ولهذا يجوز بيع المغصوب من غير غاصبه، إذا كان المشتري قادرًا على أخذه منه؛ لانتفاء العلة.

ثم إن هذا القياس مقابل بقياس آخر، وهو قياسه على المال المودع والمعار، فإنه يجوز بيعهما من غير المودع والمستعير، وهذا القياس أولى؛ لأن الغالب في مثل ذلك القدرة على التسليم، واحتمال العكس نادر في العادة.

(١) قواعد ابن رجب، ص ٨٤.

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني ٤/٣٤٣، و٣٩٩، المهذب، للشيرازي ٢/١٣، الممتع في شرح المقنع، لابن المنجا ٣/٢٠١، الكافي ٢/٤٤، معونة أولي النهى، لابن النجار الفتوحى ١٦١/٥.

(٣) المهذب، للشيرازي ٢/١٣، البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين العمراني ٧١/٥.

٢- أنه بيع مجهول، وما لا يدري عينه، وهذا أكل للمال بالباطل^(١).

ويمكن أن يناقش ذلك بأنه لا جهالة هنا؛ لأن جهالة المبيع تنتفي بالوصف كما تنتفي بالرؤية، والدين هنا لا بد أن يكون موصوفاً، وليس من شرط صحة البيع أن يكون المبيع معيناً، فإنه يصح بيع غير المعين كالمسلم فيه، وكما لا يشترط أن يكون الثمن معيناً، وعليه فليس في ذلك أكل للمال بالباطل.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول بجواز بيع الدين لغير من هو عليه، إذا كان احتمال القدرة على التسليم أقوى من احتمال عدم القدرة؛ وذلك لأمرين:

١- أن لذلك نظيراً في الشرع، وهو الحوالة، فكما يجوز للدائن أن يحيل طرفاً ثالثاً على دينه الذي له في ذمة المدين، يجوز له أن يبيع هذا الدين لطرف ثالث أيضاً.

٢- أن غرر عدم القدرة على التسليم، الذي احتج به المانعون، لا يمنع من بيع الدين؛ وذلك أنه ليس كل غرر يشتمل عليه العقد يكون مانعاً، بل ذلك مبني على كون الغرر فاحشاً أو يسيراً، قوياً أو ضعيفاً، فإذا كان الغرر فاحشاً أو قوياً منع، كما في الأبق والمغصوب، وإذا كان يسيراً أو ضعيفاً لم يمنع، كما في الوديعة والعارية، والأقرب في الدين إلحاقه بالوديعة والعارية، لا بالأبق والمغصوب؛ لكون الغرر فيه ضعيفاً.

(١) المحلى، لابن حزم ٤٨٧/٧.

ولهذا إذا قوي الغرر، وكان احتمال عدم القدرة على التسليم أقوى، لم يجز بيع الدين، كما إذا كان المدين غير مقر، ونحو ذلك.

إذا تبين ذلك، فإن لبيع أصل دين السند على غير الشركة المصدرة حاليتين، أوضحهما فيما يلي:

الحالة الأولى:

أن يباع بغير النقود، كأن يباع بطعام أو عقار، أو سيارات، ونحو ذلك، وفي هذه الحالة يجوز البيع، بشرط أن يكون العوض حالاً غير مؤجل، وإلا دخل ذلك في بيع الدين بالدين المنهي عنه، كما يشترط قبض العوض في المجلس إذا كان العوض موصوفاً في الذمة، كأن يباع أصل الدين بسيارات موصوفة في الذمة مثلاً؛ للعلة نفسها، أما إذا كان العوض معيناً، كعقار بعينه، فلا يشترط قبضه في المجلس.

الحالة الثانية:

أن يباع بنقود، وفي هذه الحالة يجوز البيع بشرط الاتفاق في القدر، والتقابض في مجلس العقد، بأن يقبض بائع الدين النقود من المشتري، ويقبض المشتري النقود من الشركة المدينة (الشركة المصدرة) في مجلس العقد، وهذا إذا كان العوضان من جنس واحد، كما إذا كان الدين دولارات، وبيع بدولارات، أما مع اختلاف الجنس، كما إذا كان الدين بالدولار، وبيع بريالات، فيشترط لذلك: التقابض في مجلس العقد، دون التماثل.

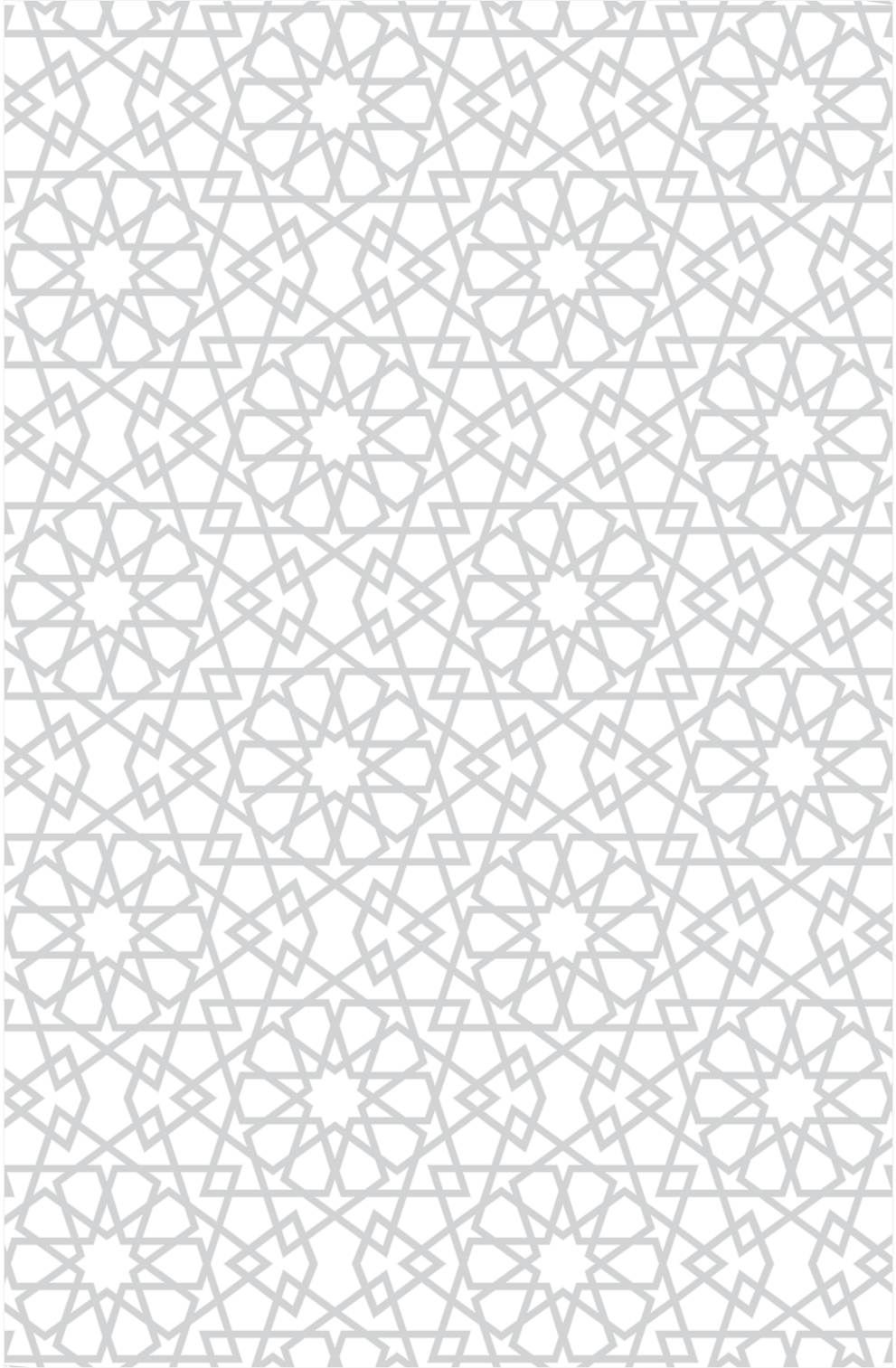
والدليل على ذلك: حديث عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواءً بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه

الأصناف فيبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدًا بيد»^(١).

والعملات الورقية ملحقه بالذهب والفضة؛ لاشتراكها معهما في علة الربا، وهي الثمنية، فتأخذ أحكامهما.



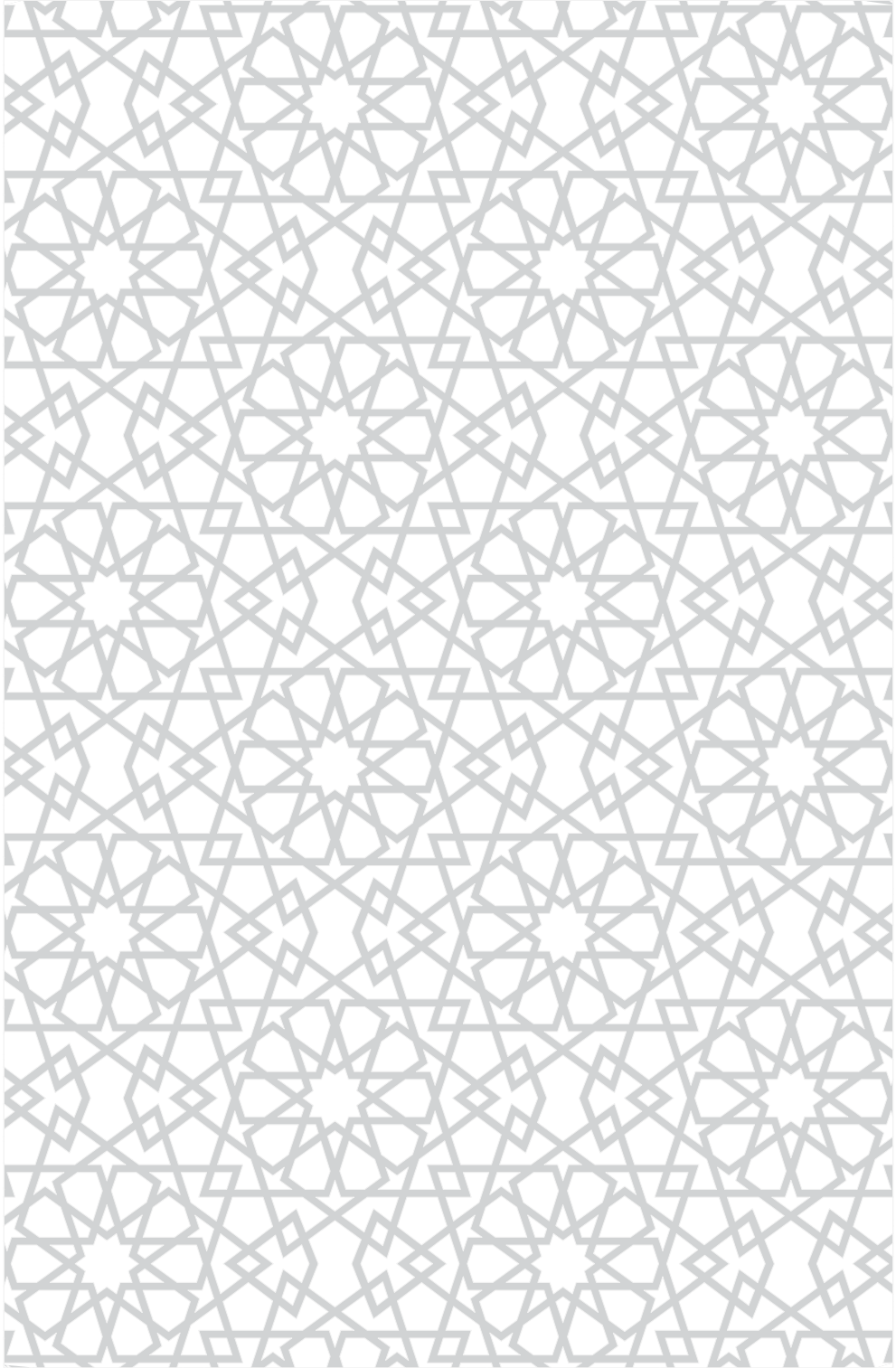
(١) تقدم تخريجه ص ١٥٧٤.



عُقُودُ الْاِمْتِيَاِزِ

اِعْدَادُ

د. عبد الستار أبو غدة





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه.

وبعد، فهذه دراسة موجزة عن عقود الامتياز، كتبها في وقت ضيق - تنفيذًا للتكليف البديل بها - بحيث لم تتح لي الفرصة للاستقصاء، ومع هذا فإن ما انتهيت إليه - حسب ظني - يكفي لوضع مشروع معيار شرعي عن هذا الموضوع.

ولقد شملت الدراسة المجالين المشهورين لعقود الامتياز، وهما: مجال استغلال المعادن، ومجال إنشاء المشروعات بعد التعريف الموجز باستخدامين آخرين لمبدأ (الامتياز) من حيث هو، دون تفصيلهما، بسبب اختلاف طبيعتهما، وعدم إطلاق مصطلح (عقود الامتياز) عليهما.

وختمت الدراسة ببيانات عن كيفية تطبيق المؤسسات المالية الإسلامية لعقود الامتياز بصيغ استثمارية أو تمويلية متنوعة، مع التركيز على:

- أن الأساس الشرعي للتطبيق الغالب حاليًا لعقود امتياز استغلال المعادن هو الجعالة بجعل يتمثل بحصة من الإنتاج. وخصيصة الامتياز في هذه العقود هي حصر هذا الاستغلال في مؤسسات معينة دون غيرها.

- وأن الأساس الشرعي للتطبيق الغالب حاليًا لعقود امتياز إنشاء المشروعات هو الاستصناع بثمن يتمثل بالانتفاع بالمصنوع نفسه لمدة معلومة عن

طريق إتاحة منافعها للجمهور وتحصيل الأجر أو الرسوم من المستخدمين لمشروعات المرافق العامة، وخصيصة الامتياز في هذه العقود هي حصر استغلال المشروعات في مؤسسات معينة دون غيرها.

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل.



(١)

المراد بعقود الامتياز

١ / ١ تطلق عقود أو حقوق الامتياز على أنواع مختلفة من التصرفات أهمها:

- عقود امتياز الاستغلال للمعادن ونحوها من المرافق العامة.
 - حقوق الامتياز في مجال الضمانات، وهي التي تثبت شرعاً أو قانوناً لبعض الدائنين لتكون لهم الأولوية على الدائنين العاديين، وهي حقوق تبعية للتوثيق والضمان.
 - حقوق الامتياز التجاري *FRANCHISE* وهي تتيح الاستغلال للعلامات التجارية الخاصة التي تمتلكها بعض المؤسسات الإنتاجية.
- وحقوق الامتياز التجاري، بالرغم من اشتغالها على عدة عقود، هي ذات طبيعة خاصة مختلفة عن عقود الامتياز التي سوف يقتصر عليها هذا البحث بعد تقديم نبذة عن النوعين الآخرين.

٢ / ١ حقوق الامتياز:

حق الامتياز حق عيني تابع يخول الدائن أسبقية اقتضاء حقه، مراعاة لصفته، ويتقرر بنص القانون^(١).

(١) القانون المدني الأردني المادة ١٤٢٤.

وتختلف حقوق الامتياز عن عقود الامتياز بأنها حقوق عينية تبعية، أي لا توجد مستقلة بل تتبع حقاً شخصياً لضمان الوفاء به^(١)، فحق الامتياز يعطي أولوية للمستفيد منه مثل حق الامتياز المقرر لصاحب الفندق في تحصيل مستحقاته من أمتعة النزيل.

وحق الامتياز تقرره القوانين وليس حقاً انفاقياً، بخلاف الرهن بأنواعه، فإنه لا بد فيه من الاتفاق بين الدائن والمدين.

وتنقسم حقوق الامتياز إلى:

- حقوق امتياز عامة، أي على جميع ما يملكه المدين.
- وحقوق امتياز خاصة وهي ما كان على عقار معين^(٢).

٣/١ - حقوق الامتياز التجاري^(٣):

حق الامتياز التجاري هو الترخيص باستخدام العلامة التجارية وإنتاج السلع والخدمات ووسائل التوزيع من صاحب العلامة الأصلي.

وحقوق الامتياز التجاري اتفاقات مركبة من بيع أو تأجير من المؤسسات التجارية المشهورة للحق المعنوي (الاسم التجاري) وبراءات الابتكار التي لديها، مع توريد الأجهزة والمواد المتعلقة بإنتاج ما تختص به تلك المؤسسات من منتجات بالإضافة إلى مواصفات واشتراطات في الإعلان والتسويق وأماكن البيع... إلخ.

(١) حق الملكية، الدكتور عبد المنعم الصدة ص ٤.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ٨٠٧/٢، ٨١١.

(٣) حقوق الامتياز التجاري، غرفة التجارة - جدة ١٣.

وهي قد تتم على أساس المشاركة في الربح أو في أثمان المبيعات، أو بمبلغ معين يتم الاتفاق عليه.



أولاً امتياز استغلال المعادن (٢) امتياز استغلال المعادن

من المناسب قبل التعريف بامتياز استغلال المعادن وبيان أحكام عقوده بيان المراحل التي يمر بها في التطبيق العملي والتكييف الشرعي لها.

١ / ٢ - المراحل التي يمر بها امتياز الاستغلال:

يمر امتياز الاستغلال بثلاث مراحل، حسب التقسيم القانوني، ويتم توثيق كل مرحلة إجرائياً بمنح صك لإثبات الحق في كل مرحلة. وهذه المراحل الثلاث هي: مرحلة الاستطلاع، ومرحلة الاستكشاف، ومرحلة الاستغلال وما يتعلق به من أعمال كالتصنيع والنقل.

١ / ١ / ٢ - مرحلة الاستطلاع:

تنشأ هذه المرحلة بمنح الدولة ترخيصاً أو تصريحاً يخول حامله حقاً غير منفرد بفحص المنطقة المشمولة به والقيام بالأعمال التي يتطلبها الفحص، مثل أخذ العينات واستعمال الوسائل الجيوفيزيائية وغيرها من الوسائل العلمية، كأخذ صور جوية والاطلاع على

الخرائط غير السرية.

ولا يمنح الترخيص بالاستطلاع حقًا بالمعنى الكامل وإنما يرتب لحامله رخصة تنجم عن الإذن الإداري؛ ولذا فإن من السائغ منح رخص لآخرين في نفس المنطقة المحددة في ترخيص سابق ومع هذا يعتبر حامل تصريح الاستطلاع ذا صفة قانونية من حيث العلاقة بالجهة المانحة للترخيص.

وفي هذه المرحلة ليس للمستطلع أي حق في بناء منشآت ثابتة ولا في إنتاج المعادن من أجل استعمالها أو بيعها.

ولا يمنح حق الاستطلاع أي أولوية أو أفضلية في استصدار رخصة استكشاف أو امتياز استغلال. وتحدد في تصريح الاستطلاع المدة التي ينتهي بها، وتشترط بعض الأنظمة لتجديده أو تمديده ما يثبت المثابرة على الاستطلاع^(١).

ولا يخفى أن تنظيم منح رخص الاستطلاع هو من صلاحيات ولي الأمر المنوطة بتحقيق المصلحة العامة المعتبرة شرعاً بضوابطها؛ وذلك لتطبيق ما يترتب بعدئذٍ من أحكام شرعية أو نظامية مما لا يمكن ضبطه إلا عن طريق اشتراط الحصول على الترخيص.

وتأخذ الدولة عن منح الترخيص بالاستطلاع رسوماً معينة. وحكم هذه الرسوم شرعاً لا يخرج عن حكم الرسوم أو الضرائب الأخرى التي توظفها الدولة على بعض المهن أو الأعمال بما ليس هنا مجال بحثه.

(١) نظام التعدين السعودي المادة: (٥).

كما أن الدولة تستثني من الأراضي المرخص فيها الأماكن التاريخية أو المناطق المأهولة كالمدين. وبالنسبة للمملكة العربية السعودية تُستثنى الأماكن المقدسة^(١).

٢ / ١ / ٢ - مرحلة الاستكشاف:

تنشأ هذه المرحلة بمنح الدولة ترخيصاً باستعمال الوسائل العلمية المختلفة للاستكشاف عن المعادن المظنون وجودها نتيجة لعملية الاستطلاع، ولا يلزم لمنح رخصة الاستكشاف أن تكون مسبقة بتصريح استطلاع^(٢).

والحق الذي ينشأ بمنح هذا الترخيص هو حق منفرد ضمن المناطق المحددة فيه لاستكشاف المعادن والتنقيب عنها، بما في ذلك إجراء الحفريات وعمل الأنفاق وحفر الآبار التجريبية لأخذ العينات وإجراء التجارب على المواد في معامل التصنيع والقيام بجميع العمليات التي تسبق عملية الإنتاج التجاري. ويتم تحديد برنامج للاستكشاف بما في ذلك مقادير النفقات والأشغال المطلوبة.

وتُثبت بعض الأنظمة لحامل الترخيص بالاستكشاف بعض المزايا، تبعاً للنتائج التي يحققها:

أ. في الفترة التي لم يكتشف حامل الترخيص فيها المعادن تثبت له الأفضلية فقط بين المتقدمين بطلبات الحصول على امتياز الاستغلال؛ لأن حامل الرخصة قبل اكتشافه المعادن لا يكون

(١) نظام التعدين، المادة: (٣).

(٢) نظام التعدين السعودي المادة: (١٢).

قد قدم بعد ما يؤهله للانفراد بحق الاستغلال دون غيره ممن قد يتقدمون لذلك بشروط أفضل وكفاءات أوفر. ولا يلحق حامل الرخصة ضرر من قصر حقه على الأفضلية؛ لأنه يتم تعويضه عما بذله من أعمال إذا كانت لها فائدة لمن قد يحمل الامتياز فيما بعد.

والمستند في القانون لهذا التعويض هو قاعدة منع الإثراء بلا سبب، أما في الشريعة فيستأنس لهذا باحترام حق المستأجر الذي ينشئ بعض التجهيزات أو الأبنية إذا أنشأها بإذن المؤجر، حيث يتم تملكها منه بقيمتها الحالية وهي قائمة.

ب. إذا اكتشف حامل ترخيص الاستكشاف المعادن فإنه يتمتع بحق منفرد في الحصول على امتياز الاستغلال.

ومستنده بحسب التنظير القانوني أنه أثبت باكتشافه كفاءته لذلك فاستحق أن يختص بحق الاستغلال أما شرعاً فيستأنس لهذا بالحق الذي يثبت لمن قام بإحياء الموات خلال المدة المحددة شرعاً؛ إذ لا يزاحمه الآخرون في حقه، بخلاف ما لو أخفق في ذلك^(١).

ويترتب للدولة على حامل الترخيص بالاستكشاف مقابل مالي عن نوعين:

أحدهما: عن الإيجار السطحي عن المنطقة المسموح فيها بالاستكشاف خلال المدة المحددة. وهذه الأجرة حق عن

(١) نظام التعدين السعودي، ومذكرته التفسيرية، المواد: ١٠ - ١٥.

الانتفاع بالعين المؤجرة مع الإذن بإجراء ما يتطلبه هذا الانتفاع المخصوص من حفر أو تنقيب باعتباره ملائمًا لنوع الانتفاع المأذون به.

والآخر: رسوم تتفاوت تبعًا لمقدار المساحة المأذون بالاستكشاف فيها وتدفع مقدمًا لمرة واحدة كشرط لمنح الترخيص. وينطبق على هذه الرسوم ما سبق بشأن رسوم الترخيص بالاستطلاع.

وبعض الأنظمة تستخدم مقدار الرسوم أساسًا للاختيار بين العروض المتعددة للاستكشاف بطريق المزايدة في مقدار المبالغ المقدمة من أصحاب العروض.

٢ / ١ / ٣- التحجير، وعلاقته بالاستكشاف لامتياز الاستغلال:

التحجير لغةً:

وضع أحجار على أطراف الأرض الأربعة أو على جميع حدودها، والتحجير هو شروع في استصلاح الأرض الموات بالقيام بعمل من الأعمال التي تمهد لإصلاحها كتسويرها، والمتحجر أحق بما حجره من غيره ولكن الأصح أنه ليس له أن يبيع هذا من غيره ولا يمكن من التحجير على أكثر مما يقدر على إحيائه^(١).

والتحجير لا يفيد التملك، بل يفيد الاختصاص فقط، فلا يمتلك المتحجر الأرض الموات، وإنما يثبت للمتحجر الحق في إحرازها ثلاث سنوات لإحيائها، فإذا أحيها في أثنائها ملكها، وإن مضت دون

(١) جواهر العقود والشروط للمنهاجي ١ / ٣٠٤.

إحيائها أخذت منه وأعطيت لغيره^(١).

وقد استدلووا لذلك بقوله ﷺ: «ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين». وقد طبقه عمر رضي الله عنه^(٢).

ولا يخفى الشبه بين التحجير والحصول على رخصة الاستكشاف؛ لأن تلك الرخصة تعطيه حقاً منفرداً في المنطقة التي حددت له، والاستكشاف تمهيد لامتياز الاستغلال كما أن التحجير تمهيد لإحياء الموات ويعطي صاحبه أولوية بما تحجره^(٣)، لحديث: «من سبق إلى مباح فهو أحق به»^(٤). مع الفرق بين مقتضى كل منهما.

٢ / ١ / ٤ - مرحلة امتياز الاستغلال:

ليس من ضرورة الوصول إلى هذه المرحلة الأخيرة أن تسبقها كل من مرحلتَي الاستطلاع والاستشكاف، ولكنها هي الوضع المنطقي حتى لا تضيق جهود العاملين في هذا الحق ولا تتضرر المناطق التي يصار إلى منح امتياز الاستغلال فيها قبل التأكد من جدواه.

وامتياز الاستغلال هو المقصود أصالة من هذا البحث وفيما يأتي بيان ماهيته وأحكامه الشرعية والقانونية.



- (١) المغني ٥/ ٥٦٩، أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف ص ١٢٧.
- (٢) أخرجه أبو يوسف في الخراج، ص ٦٥.
- (٣) الخراج لأبي يوسف ص ١٠١.
- (٤) أخرجه أبو داود (٣٠٧١) بلفظ: «من سبق إلى ماء لم يسبقه إليه مسلم فهو له».

(٣)

عقود امتياز الاستغلال

١ / ٣ - تعريف امتياز الاستغلال:

امتياز الاستغلال هو الحق المنفرد في إنتاج أو استغلال المعادن في المنطقة المرخص بها وخلال المدة المحددة بمقابل معين يتم أداءه مرة واحدة أو باستمرار على دفعات أجرة عن أماكن الامتياز مع حصة من نتائج الاستغلال.

ويستتبع ذلك ما يتطلبه تحقيق الغرض من الامتياز، كالنقل والبيع والتصدير واتخاذ الوسائل اللازمة من محلات ومعامل تنقية أو تكرير أو تصنيع، وكذلك إيجاد سكك حديد وخطوط أنابيب داخل منطقة الترخيص أو خارجها بحسب حدوده وضمن أحكام الأنظمة ذات الصلة. وهناك إجراءات تنظيمية تختلف بين دولة وأخرى من حيث تحديد الشروط في المتقدم للحصول على ترخيص امتياز الاستغلال، ومدة الامتياز.

وهناك مقابل يستحق للدولة على الحاصل على امتياز الاستغلال يتمثل في الإيجار السطحي، وفي الربح الذي تُحدد حصة الدولة منه.

وقد سبق ما يتعلق بالإيجار شرعاً من حيث الطبيعة الخاصة للانتفاع هنا وشمول الإذن للتغييرات والتصرفات في عين المأجور في حدود الإذن.

ومن التطبيقات العملية أن تكون الأجرة ذات فئات تصاعدية بحسب الفترات وهو لا يخل بمعلومية الأجرة المشترطة شرعاً.

أما ما يتعلق بالريع المستحق للدولة فيبانه فيما يأتي، تبعاً لمحل الامتياز:

٢/٣ - محل عقود الامتياز:

إن محل عقود الامتياز إما استخراج المعادن من ملك عام، أي ما هو عائد إلى بيت مال المسلمين؛ كالصحاري والأراضي الحرة وهي المباحات، وإما أن يكون استخراج المعادن من ملك خاص أي ما له مالك معين:

٢/٣ / ١ - فإذا كانت المعادن تستخرج من أراض حرة تم إقطاعها لإحيائها بأن أقطعها ولي أمر المسلمين لأحد (أي أذن بإحيائها) فإن ذلك التصرف صحيح؛ لأن التصرف في تلك الأراضي وما فيها هو لولي الأمر بحسب ما يراه محققاً للمصلحة العامة، وجمهور الفقهاء على أن ما استخراج من المعادن الباطنة بالمعالجة، وكان من أرض موات - من خلال إحيائها - فإنه لمستخرجه بعد أخذ الخمس منه لبيت المال.

٢/٣ / ٢ - وأما إذا كان محل عقود الامتياز استخراج معادن من أرض مملوكة ملكاً خاصاً وهي الأراضي التي يؤخذ منها العشر

أو الخراج ونحوها من الأملاك الخاصة، فقد اختلفت الاتجاهات الفقهية بشأنها:

فجمهور الفقهاء - ومنهم المالكية في قول - على أن من يملك تلك الأرض يملك ما فيها من معادن باطنة أو ظاهرة؛ لأن المعادن جزء من أجزاء الأرض فتدخل في ملك صاحب الأرض ضمناً، وعليه الخمس فقط لبيت المال، مع تفصيلات بشأنه ليس هنا محلها^(١).

وذهب المالكية - في قول مشهور - إلى أن المعادن أمرها للإمام يتصرف فيها بما يرى أنه المصلحة وليست بتبع للأرض التي هي فيها، مملوكة كانت أو غير مملوكة، أي لا يملكها من هي في أرضه، بل التصرف فيها لولي الأمر بحسب ما يراه محققاً للمصلحة العامة^(٢)، وهذا القول رجحه بعض الفقهاء المعاصرين^(٣).

مستند حق ولي الأمر في تنظيم عقود الامتياز:

ذكر الفقهاء أنه ليس للإمام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه من المعادن الظاهرة (البارزة)؛ كالملح والقار، فلو منعهم المقطع

(١) الثروة المعدنية وحقوق الدولة والفرد فيها، د. محمود المظفر ط. منشأة المعارف بالإسكندرية.

(٢) ابن عابدين ٣١٩/٢، البدائع ١٩٤/٦، الدسوقي ٤٨٧/١، نهاية المحتاج ٣٥١/٥، المغني ٤٢٢/٥، وشرح منتهى الإرادات ٤٥٩/٢، ومغني المحتاج ٣٧٢/٢، ونهاية المحتاج ٣٥١/٥، والموسوعة الفقهية ٣٧٢/٣٨.

(٣) حلقة الدراسات الاجتماعية، الدورة الثالثة ص ٢٥٠.

كان بمنعه متعدياً وكان لما أخذه مالكا؛ لأنه متعد بالمنع لا بالأخذ. وكُف عن المنع وصرف عن مداومة العمل لئلا يشتبه إقطاعه بالصحة أو يصير منه^(١).

وهذا الحكم مقرر في ضوء ما انتهى إليه جمهور الفقهاء من التفرقة بين المعادن المستخرجة من الأراضي العامة (المباحات) وما يستخرج من الأملاك الخاصة وما كان على سطح الأرض وما كان في باطنها؛ أما على القول المشهور للمالكية بأن المعادن مملوكة لبيت المال دون تمييز بين نوع الأرض المستخرجة منها، فإن حق ولي الأمر ليس الصرف عن مداومة العمل، بل يصل إلى درجة المنع إلا بإذن.

هذا، ولا تثور الحاجة إلى عقود الامتياز إلا إذا أرادت الدولة استغلال المعادن عن طريق الغير، أما إذا استغلتها بأجهزتها الحكومية فلا محل لهذه العقود.

٣/٢/٣- أثر الترجيح لمذهب المالكية:

إن الترجيح للقول المشهور في مذهب المالكية في أن المعادن ملك لبيت المال سواء كانت في أرض مباحة أو أرض مملوكة، ولو كانت في أرض مملوكة لمالك معين هو الذي يلائم النظر في التطبيقات المعاصرة القائمة على الاتفاق بين ولي الأمر الراعي للمصلحة العامة وطالب الحصول على امتياز الاستغلال للمعادن نظير حصة منه. ولا محل لتلك التطبيقات على قول

(١) مغني المحتاج ٣٧٢/٢، وجواهر العقود والشروط للمنهاجي ٣٠٥/١.

الجمهور في أن المعادن تملك بالحيازة إذا كانت في أرض مباحة، وأنها إذا كانت في أرض مملوكة لأحد فمعادنها له وعليه إخراج الخمس أو العشر فقط زكاة عنها.

وقد علل المالكية القول بأن المعادن مطلقاً لبنت المال بأن في ذلك سداً لباب الهرج؛ إذ المعادن قد يجدها شرار الناس، فإن تركت لهم تحاسدوا وتقاتلوا عليها، وسفك بعضهم دماء بعض، فحسماً للنزاع جعل التصرف للإمام أو نائبه يقطعه لمن يشاء أو يجعله في مصالح المسلمين^(١).

٣/٢/٤ - جريان القوانين على ملكية المعادن للدولة مطلقاً:

جاء النص في قانون التعدين السعودي على أنه (تعتبر ملكاً للدولة وحدها جميع الرواسب الطبيعية للمعادن أيًا كان شكلها أو تركيبها، سواء كانت في التربة أو تحتها.. وملكية الدولة للمعادن وخامات المحاجر لا يمكن نقلها أو إبطالها أو سقوطها بالتقادم).

ولم تتضمن المذكرة الإيضاحية أي تكييف شرعي، بل اكتفت بسرد بيانات تتعلق بأهمية المعادن لتطور الدولة... وأنها توجد بكميات محدودة قابلة للاستنفاد، وأن مراحل المشروعات المعدنية تثير اعتبارات نظامية واقتصادية واجتماعية تختلف من دولة لأخرى (وتدعو أهميتها إلى ابتداع الحكم الذي يتفق والظروف المحلية، وهذا تؤكد نظرة

(١) جواهر الإكليل ١/١٣٦، فقه الزكاة للقرضاوي ١/٤٤٠، ومن مراجعه: حلقة الدراسات الاجتماعية، الدورة الثالثة ص ٢٥٠.

مقارنة للنظم التعدينية في عديد من الدول... ومن هنا كان على كل نظام تعديني أن يقيم توازناً سليماً بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة...).

ثم أضافت المذكرة في الأسس العامة للنظام المشار إليه: (أن الملكية لو تركت دون نص لتنازعها أكثر من واحد، ولكل حجة؛ فمالك سطح الأرض قد يدعي أنه يملك ما في تربتها أو في باطنها من معادن بحكم ملكيته للسطح، كما أن مكتشف المعدن قد يدعي الملكية أيضاً على أساس أن المعادن مال لا مالك له، ومن ثم فإن ملكيته تعود إلى أول واضع يد عليه...).

ثم أضافت: (والنظام في ذلك لم يأت بحكم جديد، وإنما جرى ما سارت عليه معظم النظم الحديثة وما تقضي به المصلحة العامة التي هي مناط الأحكام في تقرير شؤون المسلمين؛ لأن الأخذ بغير هذا الحكم يؤدي إلى أضرار اقتصادية بالغة).

ثم ناقشت المذكرة بإسهاب مبدأ ربط ملكية المعادن بملكية السطح وهي مناقشة مستندة إلى الفكر التقليدي لواضعي النظام، ولا داعي للرد عليها^(١).

(١) المذكرة التفسيرية لنظام التعدين ص ٢٣، وقد انتهت المذكرة إلى القول بأن نظام التعدين نظام منشئ للحقوق بطبيعته أكثر منه مقرراً لها ص ٢٤.

٣ / ٢ / ٥ - إحياء الموات وعلاقته بامتياز الاستغلال:

إحياء الموات هو عمارة الأرض الخربة التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد ويكون إحياءها بالتسبب للحياة النامية فيها؛ من بناء أو غرس أو زراعة^(١).

والأرض الموات هي التي لا ينتفع بها ولم تكن ملكاً لأحد، ولم يتعلق بها حق ارتفاع لأحد. وإنما يكون فيها حق الارتفاع لأحد إذا كانت قريبة من العمران، وذلك القرب يتحقق إذا كان يسمع من بها صوت من ينادي في أقرب العمران إليها، عند أبي يوسف، واشترط محمد بن الحسن للقرب أن يرتفق بها فعلاً بالاحتطاب أو إناخة الإبل أو نحوها، وعرفها المالكية بأنها ما لا مالك لها ولا ينتفع بها، وعرفها الشافعية بأنها ما لم يكن عامراً ولا حريماً (مرافق) لعامر، قرب من العامر أو بُعد.

ولا يملك الموات بالإحياء إلا بإذن ولي الأمر عند أبي حنيفة، خلافاً لصاحبيه؛ حيث لم يشترط الإذن، وكذلك الشافعية والحنابلة، وذهب المالكية إلى أن الأرض إذا كانت قريبة من العمران فلا بد في إحيائها من إذن الإمام^(٢).

(١) معجم المصطلحات الاقتصادية. د. نزيه حماد ص ٤١.

(٢) أحكام المعاملات للخفيف ص ١٢٧، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٢٢، ومغني المحتاج ٢ / ٣٦٢، وشرح منتهى الإرادات ٢ / ٤٦٠.

والفرق بين إحياء الموات وامتياز الاستغلال أن إحياء الموات يتعلق بالأرض انتفاعاً بها، أما الامتياز فهو بما فيها من معادن أو بمرافق لإدارتها.

٣ / ٢ / ٦ - الإقطاع وعلاقته بامتياز الاستغلال:

الإقطاع في اللغة: التمليك والإرفاق، وهو في الاصطلاح: إعطاء ولي الأمر للمستحق من بيت المال... الأرض العائدة لبيت المال أو منافعها فقط.

وينقسم الإقطاع إلى: إقطاع تمليك، وإقطاع استغلال، وإقطاع إرفاق^(١)، (ومن أقطعه الإمام مواتاً صار أحق بإحيائه، ولا يقطع إلا من يقدر على الإحياء، ويعطى بقدر ما يقدر على إحيائه)^(٢).

والعلاقة ظاهرة بين امتياز الاستغلال وكل من إقطاع الاستغلال وإقطاع الإرفاق؛ فإن امتياز الاستغلال لا يخلو من استخدام المرافق وكذلك استغلال الأرض لكنه استغلال من نوع خاص، وهو الانتفاع بذات الأرض باستخراج معادنها، وهو لا يتحقق في إقطاع الاستغلال؛ حيث يقتصر على الانتفاع بغلة الأرض من الزراعة ونحوها مما لا ينتقص من عين الأرض.

٣ / ٢ / ٧ - حقوق الارتفاق المتعلقة بالامتياز:

الارتفاق هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر، وهذا تعريف

(١) معجم المصطلحات، د.نزيه ص ٧٦.

(٢) جواهر العقود والشروط، للمنهاجي، ١ / ٣٠٤.

الحنفية، وعرفه المالكية - ونحوه تعريف الشافعية والحنابلة - بأنه تحصيل منافع تتعلق بالعقار، فالارتفاق عندهم أعم منه عند الحنفية؛ لأنه يشمل انتفاع الشخص بالعقار فضلاً عن انتفاع العقار بالعقار. وهذا التعريف الأخير هو الأنسب بموضوعنا؛ لأن في حقوق الارتفاق المتعلقة بالامتياز حاجة لانتفاع المستفيد من الامتياز بالإضافة إلى حاجة الأرض التي يحق له فيها استغلال الامتياز.

وينشأ الارتفاق عن إذن الشارع، وهو بالنسبة للأموال العامة أو المباحات كإحياء الموات وغيره، أو إذن المالك بالنسبة للأموال الخاصة، أو باقتضاء التصرف بثبوت الارتفاق كما في الإجارة والوقف ولو لم يشترط الانتفاع بحقوق الارتفاق، وقد يثبت باستصحاب الحال دون معرفة سبب نشوئه، وذلك بمضي المدة عليه^(١).

وقد فصل الفقهاء أحكام الارتفاق بالمنافع العامة، من حيث الحاجة إلى إذن السلطان أو عدمها مما لا مجال له هنا؛ لأن ذلك مفترض في حال إطلاق التصرف في المباحات ولا يتصور مع حصر ملكية المعادن ببيت المال، كما ذكروا من حقوق الارتفاق: الشُّرب (النصيب من الماء)، والمسيل، والطريق، وحق المرور، وحق التعلي، والجوار^(٢).

(١) البحر الرائق، لابن نجيم ٦/١٤٨، والبهجة شرح التحفة للتسولي ٢/٢٥١، والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٠٨، والأحكام السلطانية للماوردي ص ١٨٧.

(٢) الموسوعة الفقهية ٣/١٢ - ١٦.

وقد جاء في نظام التعدين السعودي، في المادة: (٣٩) ما يأتي:
(لكل حامل صك الحق في أن يستعمل دون مقابل - من أجل
إنشاء الطرق وخطوط الأنابيب وخطوط البرق والتليفون
والسكك الحديدية وغير ذلك من الارتفاقات اللازمة لعملياته -
أية أرض تملكها الدولة خارج المنطقة المشمولة بالصك وتثبت
تلك الارتفاقات بمقتضى تصريح من الوزارة بعد الاتفاق مع
الجهات الحكومية المختصة بشرط ألا تكون متعارضة مع
حقوق أخرى للغير على الأرض موضع البحث.

كذلك لكل حامل صك الحق في أن يستعمل من أجل أغراض
الصك الذي يحمله المياه الموجودة تحت سطح المنطقة
المشمولة بالصك أو الجارية فوقها إذا لم يكن لأحد عليها
حق ملكية أو انتفاع. وإذا كان استعمال المياه المتوفرة من
مصدر خارج المنطقة المشمولة بالصك ضرورياً لأغراض
الصك الذي يحمله يكون على حامل الصك أن يحصل على
حق استعمالها بالطريقة المحددة نظاماً لاكتساب حقوق
المياه.

ولا يجوز لحامل الصك بأي حال من الأحوال أن يحرم أية
مدينة أو أي حامل صك آخر من أي جزء من المياه التي قاما
بعمل الترتيبات أو بناء المنشآت من أجل استخدامها،
إلا بموافقة المدينة أو حامل الصك الآخر.

ويجوز للوزارة أن تمنح حامل الصك حق الطريق فوق أراضي
مشمولة بصك آخر أو مملوكة ملكية خاصة؛ وذلك حين يكون

حق الطريق ضروريًا لمد خطوط الأنابيب والسكك الحديدية وأجهزة المواصلات، غير أن هذا الحق لا يمنح إلا بعد سماح الأطراف المعنية وبعد دفع تعويضٍ عادل، ولا يمنح حق الطريق إذا كان يتدخل تدخلاً جوهرياً في عمليات صك آخر سبق منحه، أو إذا كانت هناك وسائل أخرى للمرور تحقق نفس الأغراض بشكل معقول).

٣/ ٢/ ٨- الامتيازات المتعلقة بامتياز الاستغلال^(١):

جاء في نظام التعدين السعودي (المادة ٣٠): (يجوز منح امتياز مستقل عن امتياز الاستغلال، وغير مرتبط به لبناء وتشغيل معامل التكرير ووحدات معالجة المعادن، وخطوط الأنابيب والسكك الحديدية وغيرها من المرافق اللازمة لنقل تلك المعادن ومنتجاتها والمواد المستخدمة لمعالجتها.

شرط المثابرة على الاستغلال:

تنص بعض أنظمة عقود الامتياز على أنه تشترط المثابرة بمعنى أن يستمر في الإنتاج بأقصى نسبة يبررها حجم الرواسب المعدنية وظروف السوق، مع المحافظة في نفس الوقت على مقتضيات السلامة ومنع التبذير^(٢).

وشبيه هذا بما تقرر شرعاً بشأن الإهمال في الإحياء للأرض الموات المراد إحيائها؛ حيث وضعت مدة قصوى للاختصاص

(١) أطلق عليها نظام التعدين السعودي عبارة (امتيازات معامل التصنيع وامتيازات النقل) الفقرة (د) من المادة: (٦).

(٢) المادة ٢٢ والمادة ٣٦ من نظام التعدين السعودي.

الحاصل بالتحجير هي ثلاث سنوات، فإن لم يقيم بإحيائها أخذها الإمام ودفعتها إلى غيره، والتقدير بذلك مروى عن عمر فإنه قال: (ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق). والجمهور على أن التحجير بلا عمل لا يعتبر إحياء.

واغتفر الشافعية إهمال الإحياء مدة غير طويلة عرفاً، أما إذا طالت مدة الإهمال فإن الإمام ينذره؛ فإن استمهله بعذر أمهله الإمام، والإهمال لعذر يكون الشهر والشهرين.. فإن انقضت المدة ولم يعمر فلغيره أن يعمره ويملكه؛ لأن المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها^(١).

حق الدولة في شراء حصته من الإنتاج:

تنص بعض الأنظمة على أنه (يجوز للدولة أن تشتري لنفسها من أي حامل امتياز كمية أقصاها ١٠٪ من كمية الإنتاج السنوي بنفس الطريقة والشروط التي تتوافر بها المعادن للمشتريين الآخرين المماثلين في ذلك الوقت)^(٢).

٩ / ٢ / ٣ - تسعير الدولة لأثمان منتجات الاستغلال:

من المقرر شرعاً أن التسعير جائز إذا حصلت المغالاة في تحديد الأثمان ولا سيما إذا كان المالك للسلع أو الخدمات واحداً أو جهة واحدة تختص بها بما يشبه الاحتكار حسب بعض

(١) الموسوعة الفقهية ٢ / ٢٤٣، ٢٤٤، ومن مراجعها: الفتاوى الهندية ٥ / ٣٨٦، والدسوقي

٤ / ٧٠، والبجيرمي على الإقناع ٣ / ١٩٩، والمغني لابن قدامة ٥ / ٥٦٩.

(٢) نظام التعدين السعودي، المادة: ٢٥.

الاجتهادات الفقهية التي لا تحصره في الأقوات، بل تجعل الاحتكار حاصلًا في حبس أو إغلاء سعر أي مادة ضرورية للناس، مثل المعادن^(١).

٣ / ٢ / ١٠ - إنهاء أو انتهاء امتياز الاستغلال:

بما أن عقد الامتياز عقد اتفاقي بين الدولة والمستفيد من الامتياز فإن انتهاءه أو إنهائه يتم في الحالات المحددة باتفاق الطرفين، وقد أوردت القوانين أسباب الإنهاء وهي تدور حول تخلف المستفيد من الامتياز عن دفع المبالغ المستحقة للدولة أو عن تنفيذ التزاماته بالإضافة إلى أسباب نظامية أو معنوية. أما أسباب الانتهاء فهي انتهاء المدة، أو تخلي المستفيد من الامتياز عنه^(٢).

٣ / ٢ / ١١ - خصائص بعض عقود الامتياز التقليدية وقابلية إبطالها:

عرض الدكتور محمود المظفر لأهم ما انطوت عليه عقود الامتياز المطبقة حاليًا من خصائص، وفيما يلي تعدادها:

١ - شمولية العقد لكل مراحل الإنتاج بدءًا بالتنقيب وانتهاءً بالتسويق.

٢ - سعة منطقة الاستثمار؛ حيث تنص بعض الاتفاقيات على حق الشركة باستغلال أي جزء في الدولة.

(١) أشارت المذكرة التفسيرية لنظام التعدين السعودي إلى أنه (حرص في ذات الوقت على ألا يؤدي الاستغلال إلى إقامة احتكار فعلي أو قانوني) ص ٢٦.
(٢) المادة ٤٦ والمادة ٢٤ من قانون التعدين السعودي.

٣- طول مدة الامتياز؛ حيث تراوحت مدة الامتياز في بعض العقود التي كانت سائدة بين ٦٠ - ٧٥ عامًا، بل ناهز بعضها المائة عام تقريبًا.

٤- تحديد حصة الدولة من الربح إذا كان هو البديل الوحيد الذي اتخذته هذه الاتفاقات ويعطى كإتاوة أو بدل سنوي مقطوع عن كل ما يمكن استخراجه من النفط دون تحديد، أو كبديل عن كل طن مستخرج من النفط الخام، وكان هذا البديل في الغالب بدلًا زهيدًا لا يمثل شيئًا بالنسبة إلى قيمة النفط في السوق العالمية.

هذه رؤوس النقاط التي أوردها د. محمود المظفر.

ثم قرر أن حكم هذا النوع من العقود هو أنها قابلة للإبطال لوجود الإكراه، ووجود الغبن الفاحش بالإضافة إلى وجود التفرير في هذه العقود ووجود نوع من الجهالة في محل العقد؛ إذ لا يعرف مقدمًا حجم الإنتاج الذي جرى بشأنه التعاقد^(١).

ثم أشار إلى أنه أضاف البعض من الباحثين المحدثين إلى ذلك دليلًا آخر من خلال وجهة النظر الفقهية، يستدل به على بطلان هذا النحو من العقود وهو أن التعاقد فيها على شيء غير محقق

(١) بحوث ندوة النفط العلمية العالمية المعقودة ببغداد سنة ١٩٧٣، والبتروك وأثره في السياسة والمجتمع للدكتور صلاح العقاد ص ١٢ - ١٣ (نقلًا عن: الثروة المعدنية، د. محمود المظفر).

الوجود فهو من بيع المعدوم، ثم انتهى إلى أن مجموع هذه الأدلة والاعتبارات يجعل من حق الدولة المالكة للثروة النفطية ونحوها من موارد الثروة الطبيعية المتعاقد عليها: إلغاء هذه العقود أو تعديلها بالشكل الذي ينسجم مع مصالحها، ولا يتعارض مع المصالح الواقعية للشركات المتعاقدة.

ذلك لأن الإيفاء بالعقود مشروط أصلاً بلزوم توافر عنصري الرضاء والتكافؤ بين أطراف التعاقد، ثم معلومية محله، وهذه الشروط التي تفتقر إليها - فيما رأينا - معظم عقود الامتياز التي قامت تحت وطأة الضغط والغرر والجهالة.

هذا رأي الباحث^(١)، والأسس الشرعية التي انطلق منها محل نقاش ليس هذا موضعه، وهي أسس تتعلق بالسياسة الشرعية والتنظيمات الإدارية المنوطة بالمصلحة حسبما يراه ولي الأمر. وفيما مضى من تكييف شرعي بديل عن التطبيقات التقليدية لعقود الامتياز بنوعها.



(١) الثروة المعدنية ص ٣٠١.

ثانياً

(٤)

عقود الامتياز الإنشائية

١ / ٤ - ماهية عقود الامتياز الإنشائية:

عقود الامتياز الإنشائية هي عقود لإقامة مشروعات عامة (مرافق) تبرمها الدولة مع إحدى المؤسسات دون غيرها، وغالبًا ما تعهد إليها بإدارتها واستغلالها لمدة يتفق على تحديدها قبل تسليمها للدولة، بحيث تحصل المؤسسة رسومًا ممن يتفعون بتلك المشروعات - وهذه خصيصة الامتياز - ويكون استغلالها طيلة المدة المحددة هو الثمن. وقد يكون الثمن مبالغ محددة تدفع للمؤسسة.

١ / ٤ - خصيصة الامتياز في عقود الامتياز الإنشائية:

وفي كلتا الحالتين السابقتين لا يكون العقد المبرم بين الدولة والجهة المنشئة المستحق للمؤسسة عن عقد الاستصناع أو عقد الإجارة (عقد امتياز) إلا إذا كان المقابل هو استغلال المنشآت وتحصيل الرسوم ممن يستخدمونها لمدة يتم الاتفاق عليها. وهذه هي خصيصة الامتياز، فبالرغم من أن المنشأة مرفق عام لا غنى للناس عنه فإنه لا يمكن الانتفاع بها إلا من خلال التعامل مع

المؤسسة حاملة الامتياز.

٤ / ١ / ٢ - طبيعة عقد الامتياز الإنشائي:

يعتبر هذا العقد من قبيل عقود الإذعان، وعقود الإذعان - بدورها - هي من عقود التعاطي^(١)؛ لأن المقابل فيها عن الاستخدام معلوم من خلال التسعير الطوعي أو الإلزامي، ولا حاجة هنا إلى إيجاب أو قبول.

٤ / ١ / ٣ - التكييف القانوني لعقود الامتياز الإنشائية:

عقود الامتياز الإنشائية التي يتم تحديد المقابل عنها بالانتفاع بالمشروع مدة معلومة هي إحدى الصيغ التي يطلق عليها (P.O.T) ويقصد بها: البناء والتشغيل ونقل الملكية، وهي صيغة تشمل على عدة تصرفات أو عقود؛ مثل عقد المقاول، وعقد الإدارة وغيرهما من العقود التي يتم إبرامها جملة. ويلحظ على هذه الصيغة أنها تتطلب نقل ملكية المشروع بعد إقامته وإدارته واستغلاله، وهنا ملاحظة شرعية على هذا التكييف؛ حيث إن الملكية تثبت من بداية التعاقد على الإنشاء فتملك الدولة المشروع في ذمة الجهة المنشئة، ثم يتم التسليم للمشروع تنفيذاً للعقد المبرم، فالعملية هي: البناء، والتشغيل، والتسليم.

٤ / ٢ - التكييف الشرعي لعقود الامتياز الإنشائية:

عقود الإنشاء (عقود المقاولات) هي بحسب التكييف الشرعي إما أن تكون من قبيل عقد الاستصناع^(٢)، وذلك في الحالة التي يتم الالتزام فيها من المنشئ

(١) المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى الزرقا ١/٣١٧.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة (العدد السابع، الجزء الثاني، أبحاث =

بالعمل والمواد اللازمة للإنشاء، حيث يكون العقد عقد بيع. وهي الحالة الغالبة، وإما أن تكون من قبيل عقد الإجارة، وذلك في الحالة التي يتم فيها الالتزام بالعمل فقط.

٤ / ٢ / ١ - التكييف الشرعي لجعل الامتياز هو المقابل عن عملية الإنشاء:

إن التكييف الشرعي لعقود الامتياز الإنشائي التي يكون المقابل فيها هو منفعة المشروع نفسه مع تحديد رسوم تحصيلها المؤسسة المنشئة للمشروع من المستخدمين له، هو أن الثمن بوجه عام كما يصح أن يكون مبلغاً نقدياً أو أشياء عينية يمكن أن يكون منفعة. وفي حال تحديد المقابل بكونه منفعة يمكن أن يكون منفعة أي شيء يملكه الملتزم بتقديم المقابل وهو هنا الدولة المتعاقدة على إنشاء المشروع (المصنوع) فيحق لها - بالاتفاق مع الصانع - أن تجعل المقابل (ثمن الاستصناع) منفعة المشروع نفسه؛ لأنه صار مملوكاً لها من خلال عقد الاستصناع. وإذا كان يحق لها تمليك منفعة المصنوع لمن تشاء فإنه يمكن الاتفاق على أن منفعة المصنوع خلال مدة معينة هو الثمن للاستصناع.

هذا، وإن صلاحية المنفعة لأن تكون ثمناً تشمل عند جمهور الفقهاء -خلافاً للحنفية- عقد السلم مع أنه يشترط فيه قبض رأس المال، مع مراعاة أن تعجيل ثمن السلم هنا يعتبر حاصلًا بتسليم العين المنتفع بها على اعتبار أن قبض الأوائل قبض للأواخر، كما في القاعدة الفقهية.

= الاستصناع ومناقشاتها ابتداء من الصفحة ٢٢٥ (بحث الشيخ مصطفى الزرقا وبقية الأبحاث) والاستصناع للدكتور كاسب البدران ٦٣ وما بعدها، والموسوعة الفقهية ٣/٣٢٥).

٤ / ٢ / ٢ - التكييف الشرعي لتحصيل حامل الامتياز لرسوم استخدام

المنشآت:

باستحقاق المؤسسة التي أقامت المنشأة لمنفعة تلك المنشأة فإنها يحق لها تملك المنفعة (الاستخدام) للآخرين بمقابل تمثله الرسوم المحددة لذلك، على أساس أن المستأجر يحق له أن يؤجر، وقد اشتمل عقد الامتياز على الموافقة من المالك، وبذلك يكون التأجير من المستأجر إلى مستأجر آخر متفقاً على جوازه^(١).

٤ / ٢ / ٣ - الاجتهادات الجماعية في تحديد ثمن الاستصناع بمنفعة المصنوع

نفسه:

لقد اشتملت المتطلبات الشرعية للاستصناع (المعيار الشرعي للاستصناع) على تأكيد مشروعية أن يكون ثمن الاستصناع منفعة المصنوع نفسه مدة يتم الاتفاق عليها بين الصانع والمصنوع^(٢)، كما اشتملت قرارات ندوة البركة الثالثة عشرة على تقرير ذلك، ونص القرار: (إن كان محل عقد الامتياز إقامة مشروع فيه مبانٍ ومعدات تكلف أموالاً تزيد كثيراً عن قيمة الأرض، وذلك كبناء جسر، أو إنشاء محطة كهرباء أو مياه، أو تعبيد الطرق، فإن العلاقة بين الدولة (مانحة الامتياز) وصاحب الامتياز يمكن أن تكون علاقة استصناع، والضمن فيه هو الانتفاع بالمشروع مدة معلومة، ولا بد أن تكون رسوم الانتفاع

(١) ينظر في المغني ٤٧٨/٥ تفصيل الخلاف في وجوب إذن المؤجر للمستأجر بالتأجير لغيره.

(٢) المتطلبات الشرعية للاستصناع (المجلس الشرعي) هيئة المحاسبة.

عادلة غير مجحفة بمستخدمي المشروع^(١).

ورأى بعض الفقهاء المشاركين في الندوة أن الأولى تحديد ثمن الاستصناع بمبلغ معين يغطي تكاليف المشروع وربح صاحب الامتياز مع تمكينه من استغلاله المدة التي يحصل بها على ذلك المبلغ.

ورأى البعض إمكان تخريج هذا العقد على أساس الإقطاع لصاحب الامتياز إقطاع انتفاع لمدة معينة ثم تتول المنشأة بعدها إلى الدولة.



(١) قرارات ندوة البركة رقم ١٣/٢، ص ٢٢٠.

ثالثاً

تطبيق المؤسسات عقود الامتياز

(٥)

دور المؤسسات في عقود الامتياز

يمكن للمؤسسات أن تدخل في عقود الامتياز بنوعها (استغلال المعادن، وإنشاء المشروعات) بصفتها طرفاً بين الدولة وبين الجهة الممارسة للامتياز، كما يمكن أن تقوم بدور الشريك لتلك الجهة، ويمكنها أيضاً أن تباشر هذه العقود وتوفر الخبرات والعمالة بالاستثمار.

وفي حالة كونها طرفاً بين الدولة والجهة الممارسة، يمكنها أن تدخل من طرف مانح الامتياز أو المستفيد منه.

١ / ١ / ٥ - الدخول من طرف مانح الامتياز:

تقوم المؤسسة بالحصول على الامتياز، ومن ثم منح ما حصلت عليه إلى العملاء بالشروط نفسها ولكن بمقابل مؤجل أكثر مما دفعته، وهذا مع مراعاة شروط الامتياز، وأهمها الحق في منح امتياز لغيره.

ويستوي الحكم هنا فيما لو حصلت المؤسسة على الامتياز من صاحبه الأصلي، أو حصلت عليه ممن حصل عليه من صاحبه

الأصلي.. وهكذا.

٥ / ١ / ٢ - دخول المؤسسات من طرف المستفيد من الامتياز:

وهي الحالة التي تستند إلى حاجة المستفيد من الامتياز إلى الأموال التي يتطلبها الحصول على الامتياز من صاحبه مباشرة، يمكن استخدام بعض التطبيقات في هذا المجال:

٥ / ٢ - تطبيق عقود الامتياز على أساس عقد الجعالة:

من أحكام الجعالة أنه يجوز أن يكون الجعل فيها جزءاً من الشيء المتعاقد على تحصيله بدلاً من تحديد الجعل بمبلغ من المال.. وضرىوا لذلك مثلاً بما لوقال: من رد عبدي فله ربه فإنه يستحق المشروط إن علمه. وإلا فأجرة المثل^(١).

وهذا المبدأ يصلح أساساً للاتفاق بين الدولة وبين من تعطيه ترخيصاً بامتياز الاستغلال وتشترط عليه استخراج المعادن على أن يكون لها نسبة معلومة من الناتج يتم الاتفاق عليها بين الدولة المانحة للترخيص والمستفيد منه.

ولا يخفى الاختلاف بين هذا المبدأ وبين مبدأ استحقاق المستغل للمعادن لكل ما يستخرجه باستثناء العشر المستحق لبيت المال. فالصورة معكوسة هنا فالمستخرج هو للدولة إلا ما يحدد - بالاتفاق - للعامل على الامتياز.

هذا وقد صدر عن ندوة البركة الثالثة عشرة قرار بشأن امتياز استغلال المعادن نصه: (إذا كان محل عقد الامتياز التنقيب عن المعادن فإن التكليف الشرعي

(١) مغني المحتاج ٤٣١ / ٢ وقد منع الحنابلة هذه الصورة (شرح منتهى الإرادات ٤٦٨ / ٢) وقد اشتملت بعض الأنظمة على إمكانية الحصول على الربع نقدًا أو عيناً (نظام التعدين السعودي المادة ٢).

المناسب هو أن يكون العقد من قبيل إجارة الأرض بجزء مما يخرج منها؛ وذلك قياساً على المزارعة ببعض الزرع^(١).

والواقع أن إجارة الأرض بجزء مما يخرج منها تتصور في مجال الزراعة ووجود محصول محقق الوجود وهي - كما صرح بعض الفقهاء في باب إحياء الموات - تعمير للأرض، وليس فيها مساس بذاتها.

والذي يجري هنا هو اتفاق على التنقيب عن المعادن، والعمل فيه مجهول من حيث وجود المعادن وعدم وجودها، أو - على الأقل - من حيث المقدار الصالح للإنتاج، واستخدام المعادن فيه تدمير للأرض، وتغتفر الجهالة في الجعالة دون الإجارة، ويكفي لصحة العقد في الجعالة تحديد كل من النتيجة وهي إنتاج المعادن، والمقابل، وهذه الصورة جعالة وهي تختلف عن الإجارة بجهالة العمل، والاكتفاء بتحديد النتيجة، وقد سبقت الإشارة إلى صحة الجعالة بجزء من المتعاقد على تحصيله^(٢).

٣/٥ - تطبيق عقود الامتياز عن طريق المضاربة:

الأصل في المضاربة أنها مشاركة بين مال يقدم من طرف، وعمل استثماري من الطرف الآخر مع اقتسام الأرباح حسب الاتفاق، كما أن الأصل في رأس مال المضاربة أن يكون نقوداً، ورأى بعض الفقهاء جواز أن يكون عروضاً يتم تقويمها بالنقود.

وذهب الحنابلة إلى أنه يجوز أن يكون رأس مال المضاربة شيئاً يتم استغلاله بالعمل عليه؛ كالدابة يعطيها صاحبها إلى من يعمل عليها مع اقتسام الغلة..

(١) قرار ندوة البركة الثالثة عشرة، رقم ١٣/٢ الفقرة (ب).

(٢) يرجع إلى المعيار الشرعي عن الجعالة والدراسة الشرعية عنها.

(لأنها عين تنمى بالعمل عليها فصح العمل ببعضه (أي النماء) كالمضاربة في الأثمان)^(١). ولا بد من العمل لما نصوا عليه من أنه لو حصل النماء بغير عمل، كالدر والنسل والصوف، في إعطاء الدابة لمن يقوم بها مع الاشتراك في النماء فإنه لا يصح^(٢).

وذهب المالكية إلى جواز التعاقد على استخراج المعادن بجزء من الناتج وعللوا ذلك (بأن المعادن لما لم يجز بيعها (لأنه من قبيل بيع المعدوم) جازت المعاملة عليها بجزء منها كالمساقاة والقراض)^(٣).

وقد أشار بعض الباحثين^(٤) إلى هذه الصورة من المضاربة بعد أن أدرجها مع عقود الإجارة لاستغلال المعادن ثم اعترض عليها بأن فيها توزيع الأصل الممثل لرأس المال، مع أن المضاربة يوزع فيها الربح. وقد جعلها الحنابلة في معنى المضاربة والشركات الزراعية وليست مضاربة محضة.

٤ / ٥ - تطبيق عقود الامتياز عن طريق المشاركة^(٥):

يمكن للمؤسسات استخدام الصورتين المشار إليهما سابقاً بشأن الدخول من طرف مانح الامتياز أو من طرف المستفيد منه، ولكن على سبيل الاشتراك

(١) المغني ٥ / ٥٢٤، وشرح منتهى الإيرادات ٢ / ٣٣٩.

(٢) شرح منتهى الإيرادات ٢ / ٣٣٩.

(٣) الدسوقي ١ / ٤٩٨.

(٤) د. المظفر، الثروة المعدنية ص ٣٩٨.

(٥) أشار د. محمود المظفر إلى أن صورة المشاركة في رأس المال بين الدولة والجهات المستغلة للمعادن هي من الصور التي ظهر تطبيقها في الخمسينات، وانتشرت في البلاد العربية في السبعينات حيث أخذت بها السعودية، والكويت، وقطر سنة ١٩٧٣ م، مع العزو إلى عدة أبحاث للدكتور عبد الرحمن العتيقي، والسيد علام، وأحمد عشوش، وأحمد الخريجي، وهي بحوث مؤتمر البترول العربي السادس.

على النحو الآتي:

٥ / ٤ / ١ - المشاركة الشاملة في امتياز الاستغلال للمعادن:

وذلك بأن تقدم المؤسسة الجزء الذي يحتاج إليه العميل، وقد يكون هو الجزء الأكبر، ويقدم العميل مساهمة منه مهما قلّت، وتطبق على هذه المشاركة أحكام الشركة، وبما أن الامتياز له أمد محدود بالنسبة للمستفيد منه فقد تستمر هذه المشاركة إلى نهاية عمر الامتياز، أو يتفق الطرفان على إنهاؤها في الوقت الذي يحددهان وتتم تصفية حقوق المستفيد من الامتياز بشراء الدولة حصته، كما يحصل في تصفية أي مشاركة.

٥ / ٤ / ٢ - المشاركة المتناقصة:

لا تختلف أحكامها عن المشاركة الثابتة إلا في حصول الشريك الآخر العميل على وعد من المؤسسة بأن تملكه حصتها تدريجياً.

وقد صدر بشأن التكييف الشرعي لامتياز الاستغلال للمعادن قرار من ندوة البركة الثالثة عشرة جاء فيه: (يمكن تكييف بعض عقود الامتياز على أساس المشاركة المتناقصة بين الدولة وصاحب الامتياز؛ بحيث يتم التنفيذ بمساهمة من الطرفين، ثم تشتري الدولة حصة صاحب الامتياز تدريجياً باتفاق آني عند شراء كل حصة)^(١).

٥ / ٥ - عن طريق الحصول على الامتياز واستئجار العمالة والأجهزة:

وهذه الطريقة واضحة فلا تحتاج إلى مزيد بيان ويطبق هنا في العلاقة بين

(١) ندوة البركة الثالثة عشرة رقم ١٣ / ٢ الفقرة (ج).

صاحب الامتياز ومن يستأجرهم للعمل مبدأ الجعالة؛ وذلك لجهالة مقدار العمل، على أنه يمكن تطبيق الإجارة، وذلك باستئجارهم للعمل لمدة محددة بأجر معين عنها، أو للعمل في الحضر إلى مدى محدد ولو لم تتحقق النتيجة التي هي الوصول للمعدن في امتياز استغلال المعادن.

وقد أورد أحد الباحثين لتطبيق الإجارة في امتياز استغلال المعادن صورتين هما: الأجرة للعامل والإنتاج للمالك، والأجرة للمالك والإنتاج للعامل^(١).

٥ / ٥ / ١ - الصورة الأولى: الأجرة للعامل والإنتاج للمالك:

وذلك بتكليف الدولة من يعمل في استخراج المعادن على أن يكون الناتج كله لها نظير أجرة معلومة للعامل. وهذه الصورة متفق عليها مع مراعاة متطلبات صحة الإجارة^(٢).

(١) كتاب الثروة المعدنية للدكتور محمود المظفر ص ٢٩١ - ٢٩٨ وقد أورد صورة ثلاثة بعنوان: (مبدأ المشاركة في الإنتاج وذلك بجعل أجرة العامل جزءاً مما يخرجها)، ونقل أن جمهور الفقهاء لم يروا جوازها باستثناء الإمامية وبعض المالكية والحنابلة قياساً على المزارعة والمضاربة مع اعتراضه على ذلك القياس (وقد سبقت الإشارة للمضاربة). ومن مراجعه: التذكرة للعلامة الحلي ٢ / ٤٠٥، والمبسوط للسرخسي ٣ / ٢٨٠، والمقدمات لابن رشد ١ / ٢٢٥ والخرشبي ٢ / ٢٠٩، وروضة الطالبين للنووي ٥ / ٣٠٤، والمغني لابن قدامة ٥ / ٥٢٤.

(٢) ينظر: الثروة المعدنية ص ٢٩١، ومن مراجعه: البحر لابن نجيم ٢ / ٢٣٤، الدسوقي ١ / ٤٨٩، والمهذب للشيرازي ١ / ٤٠٣، والمغني ٥ / ٤٠٢، وشرائع الإسلام للمحقق الحلي ٢ / ١٨٠، وقد اعتبر د. محمود المظفر هذا التطبيق للإجارة من قبيل المقاوله، وهذا على أساس عدم التفرقة بين المقاوله، مع صورة تقديم المواد (التي هي استصناع في الفقه) وصورة عدم تقديمها (التي هي إجارة).

٥ / ٥ / ٢ - الصورة الثانية: الأجرة للمالك والإنتاج للعامل:

وقد أجازها المالكية، قياساً على تأجير الأرض للزراعة فيها، ومنعها الحنابلة لأنها بيع مجهول^(١).

وقد انتقدها أحد الباحثين وذكر أنها تلتقي مع عقود الامتياز التقليدية التي أبرمتها بعض الشركات المنشأة من الدول الصناعية الهادفة للسيطرة على مناطق وجود هذه الثروات^(٢).

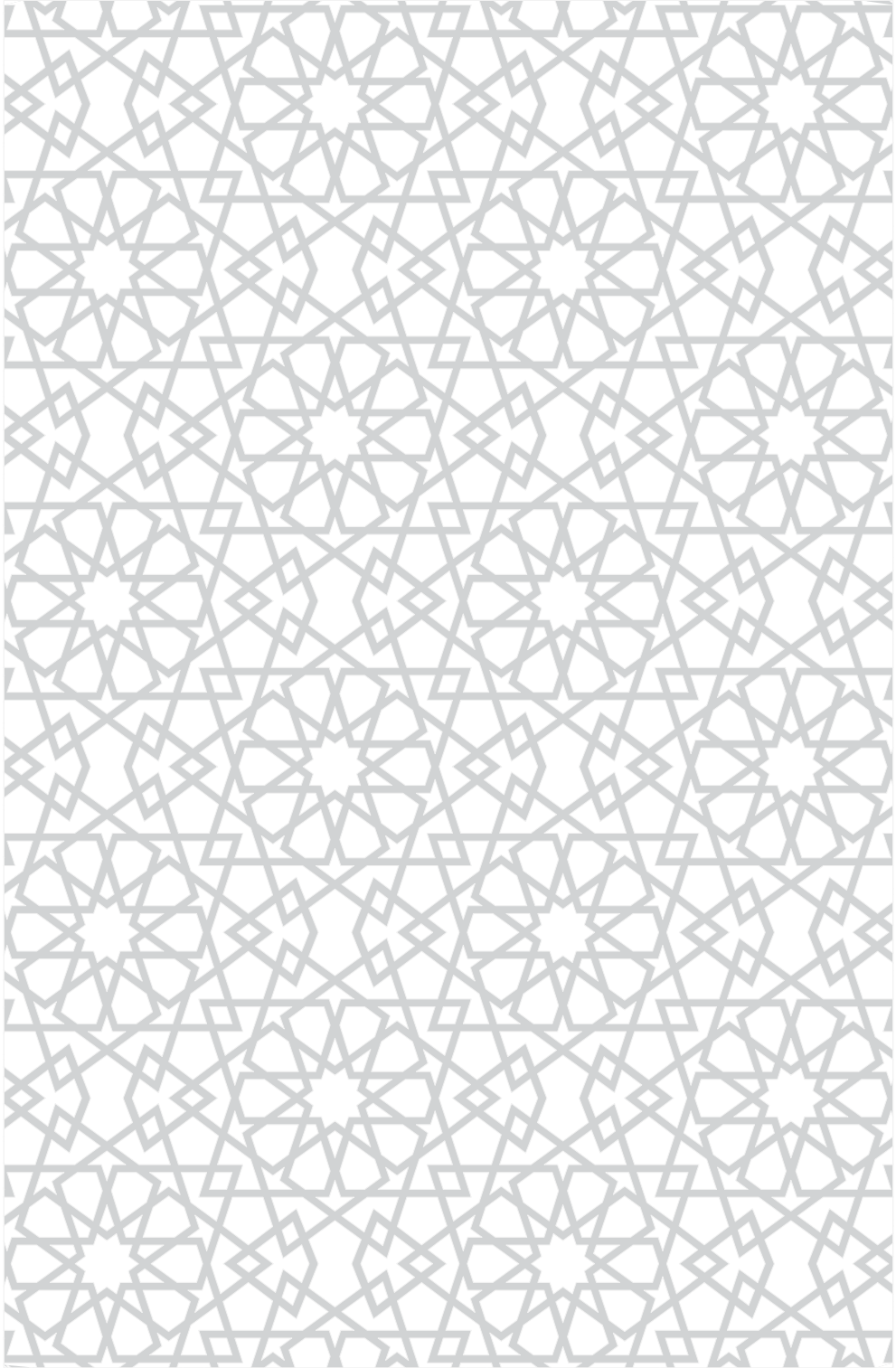


-
- (١) الشرح الصغير للدردير ١/ ٦٥٢، والخرشي ٢/ ٢٠٩، والدسوقي ١/ ٤٨٨، والمغني لابن قدامة ٥/ ٥٢٤ (نقلًا عن الثروة المعدنية ص ٢٩٦ - ٢٩٧).
- (٢) الثروة المعدنية، د. محمود المظفر ص ٢٩٨، ٢٩٩.

الوَكَالَةُ وَتَصَرُّفُ الْفُضُولِيِّ

إِعْدَادُ

د. عبد الستار أبو غدة





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين وبعد، فهذا بحث عن الوكالة والفضالة بما يعالج تطبيقات المصارف الإسلامية، ولا بد من الإشارة إلى ما يجب مراعاته عند الكتابة في موضوع له باب فقهي مؤصل من الموازنة بين التوسع بحشر مسائل الباب كلها، أو الاقتصار على بعضها، والضابط المستخدم هنا هو أن تكون المسائل جارية في التطبيق العملي فضلاً عن المسائل الأساسية التي يتضح بها الموضوع وتتكامل بها صورته.

والأمر نفسه يرد في شأن المراجع الفقهية، فإنها - في غالب الأحيان - متفقة في عرض المسائل وتشعيب الخلاف فيها ضمن المذهب الواحد، أو بين المذاهب في كتب الفقه المقارنة أو الكتب المذهبية التي تعنى بالخلاف، وهذا يجعل الاستيعاب للمراجع متعذراً وخالياً عن الإضافة المفيدة.

هذا عن الوكالة، أما الفضالة فالأمر مختلف، فالكلام فيها قليل، وهو منشور في أثناء مسائل الوكالة أو في كتاب البيع عند الكلام عن بيع الفضولي.

وقد تم التركيز على ما له تطبيق قائم أو محتمل في المؤسسات المالية الإسلامية لاستخلاص معيار شرعي، والله الموفق وهو الهادي إلى سواء السبيل.



تمهيد

الوكالة إحدى صور النيابة عن الغير في التصرفات العقدية، وقد ثبتت مشروعية النيابة في التصرفات بالعديد من النصوص، وتأسل هذا المبدأ بالمقررات الفقهية على نحو مكتمل، بخلاف ما مرّت به نظرية النيابة في القوانين الوضعية من تدرج في تكييفها وأثارها، كما أو ضح ذلك كبار علماء القانون الدكتور عبد الرزاق السنهوري حيث قال: (تميز الفقه الإسلامي في النيابة في التعاقد بأنه ارتقى في هذا النظام ارتقاء يجعله يضاهي الفقه الغربي في تقدمه، ويبرز الفقه الروماني الذي رأينا قصوره في هذا الميدان)^(١).

وللنيابة أنواع باعتبار مصدرها (شرعية، قضائية، اتفافية) وباعتبار مداها (عامة، خاصة) وباعتبار موقعها (حال الحياة، بعد الوفاة) والوكالة تندرج في النيابة الاتفافية، وهي تكون تارة عامة وتارة خاصة، وهي منوطة بحال حياة المنوب عنه فقط.

وللوكالة مجالات عديدة، فهي تجري في بعض العبارات بشروط وضوابط، كالنيابة في الحج، وفي أحكام الأسرة (الأحوال الشخصية) كالتوكيل بالنكاح، والطلاق وفي العقوبات، كالتوكيل بالقصاص، وفي المرافعات (الوكالة بالخصومة) وفي المعاملات وهو ما سوف نقتصر عليه تبعاً لحاجة المؤسسات المالية الإسلامية.

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرزاق السنهوري ١٨٣/٥.

وسوف تشمل الدراسة على الوكالة والفضالة للصلة الوثيقة بينهما بجامع
التصرف عن الغير: الوكيل بالتفويض من الغير، والفضولي المتصرف عن الغير دون
تفويض.



القسم الأول الوكالة

تعريف الوكالة لغة وشرعاً:

الوكالة والتوكيل لغة: الحفظ وتفويض الأمر ومنه قوله تعالى: ﴿وَنَعَدَ
أَلْوَكِيلًا﴾^(١) أي الحافظ ووكيل الرجل هو الذي يقوم بأمره
وشرعاً^(٢): إقامة الغير مقام نفسه في التصرف، أو استنابة الإنسان غيره في
تصرف جائز معلوم يقبل النيابة.

وللإمامية تعريف مختصر بأنها: (استنابة في التصرف)^(٣).

وهناك تعاريف متعددة بحسب المذاهب، وهي لا تخرج عن التعريفين
السابقين^(٤) والبعض يقيد التعريف بأن القيام بالتصرف في الحياة احتراماً من الوصاية^(٥).

(١) سورة آل عمران، الآية: (١٧٣).

(٢) المصباح المنير مادة (وكل)، ولسان العرب ١١ / ٧٣٥، والقاموس المحيط مادة (وكل).

(٣) شرح اللمعة ٤ / ٣٦٧

(٤) البدائع ٦ / ١٩، بلغة السالك ٢ / ١٨١، تحفة المحتاج ٥ / ١٦، مطالب أولي النهى ٣ / ٤٢٨.

(٥) اللباب شرح القدوري للميداني ٢ / ١٣٨، والمبسوط للسرخسي ١٩ / ٢، والبدائع ٦ / ١٩،

والحطاب ٥ / ١٨١، ومغني المحتاج ٢ / ٢١٧، والإقناع للحجاوي ٢ / ٢٣٦، ومرشد

الحيوان المادة ٨٩٢، ومجلة الأحكام العدلية المادة (١٤٤٩).

وعرفتھا مجلة الأحكام العدلية بأنها: (تفويض أحد في شغل لآخر وإقامته مقامه في ذلك الشغل).

وتختلف الوكالة عن الرسالة (قل لفلان كذا) فهي مجرد التبليغ وهي أمر ينقل عبارة المرسل إلى المرسل إليه^(١) مشروعية الوكالة وحكمه تشريعها الوكالة مشروعاً بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب فمنه قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ﴾^(٢)، وقوله تعالى على لسان سيدنا يوسف عليه السلام ﴿أَجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ﴾^(٣).

وأما السنة فمنها حديث عروة البارقي رضي الله عنه أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري به أضحية أو شاة^(٤).

وأما الإجماع فقد حكاه صاحب البحر الزخار وغيره^(٥).

وأما المعقول - وهو أيضا بيان لحكمة تشريع الوكالة^(٦) - فهو أن الإنسان ربما يعجز عن مباشرة الأعمال بنفسه، على اعتبار بعض الأحوال، فيحتاج أن يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعا لحاجته، وهي أيضا نوع من التعاون الذي دعا إليه القرآن وحث عليه السنة، وذلك بقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾^(٧)، وقوله ﷺ:

(١) شرح المجلة، سليم رستم باز ٧٧٠.

(٢) سورة الكهف، الآية: (١٩).

(٣) سورة يوسف، الآية: (٥٥).

(٤) أخرجه البخاري (٣٦٤٢)، وأبو داود (٣٣٨٤)، والترمذي (١٢٥٨). التلخيص الحبير ٣٠٤/٣.

(٥) نيل الأوطار ٣٥٢/٥، فتح القدير ٥٥٤/٦ والمغني ٢٠٣/٥.

(٦) البحر الرائق ١٥٣/٧، ابن عابدين ٣٩٩/٤.

(٧) سورة المائدة، الآية: (٢).

«والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»^(١).

صفة المشروعية:

والأصل في نوع المشروعية الوكالة هو الجواز عند جمهور الفقهاء، وذهب الشافعية إلى الندب وتسري على الوكالة الأحكام التكليفية الخمسة بحسب ظروفها وملايساتها^(٢).

وحكمة تشريع الوكالة تعرف مما سبق وفي ذلك يقول أبو بكر بن العربي عن التوكيل: «أذن الله فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة به، إذ يعجز كل أحد عن تناول أموره إلا بمعونة من غيره، أو يترّفه فيستنيب من يريحه»^(٣).

أركان الوكالة:

أركان الوكالة - على ما ذهب إليه الجمهور في جميع العقود - أربعة، هي الصيغة، والمحل (الموكل فيه)، والطرفان العاقدان (الموكل والوكيل). وذهب

(١) أخرجه مسلم (٢٦٩٩)، وأبو داود (٤٩٤٦)، والترمذي (١٤٢٥، ١٩٣٠، ٢٩٤٥)، والنسائي في الكبرى (٧٢٤٤، ٧٢٤٥، ٧٢٤٦، ٧٢٤٧، ٧٢٤٨)، وابن ماجه (٢٢٥)، وأحمد (٧٤٢٧، ٧٧٠١، ٧٩٤٢، ١٠٤٩٦، ١٠٦٧٦)، والطيالسي (٢٥٦١)، وابن حبان (٥٣٤)، والبزار (٩١٢٨، ٩١٢٩)، والطبراني في المعجم الكبير ١١٨/٥ (٤٨٠٢)، وفي المعجم الأوسط (١٧٨، ١٣٣٢، ١٩٥١، ٩٢٤١)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٨٩٣٣)، وابن أبي شيبه في مصنفه (٢٦٩٧٧، ٢٦٩٧٨)، والحاكم (٨٣٥٨)، والبيهقي في المدخل (٣٤٦)، وفي شعب الإيمان (١٥٧٢، ١٠٧٣٧)، وفي الآداب (١٠٥، ١٠٣٨)، وفي الزهد (٧٦٤)، وفي الأربعين الصغرى (٩٤)، ووكيع في الزهد (١٤٠٤، ١٤٠٥)، وسعيد بن منصور في التفسير (١٧٠٩).

(٢) الوكالة في الشريعة والقانون، د. محمد رضا العاني ٦٩.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٣/١٢١٦.

الحنفية إلى أن الركن هو الصيغة فقط مع قولهم بأن المحل والطرفين من مقومات العقد لكنها خارج ماهيته.

والكلام عن الطرفين مما تشترك فيه جميع العقود، وسيأتي ما تختص به الوكالة بشأن الموكل والوكيل والموكل فيه.

أحكام الصيغة:

قال العدوي: (الصيغة ما دل عرفاً على جعل التصرف لغيره، مع قبول المفوض له، قيل: على الفور، وقيل: يرجع فيه للعادة)^(١).

والمراد بالصيغة الإيجاب والقبول، والإيجاب - على ما ذهب إليه الحنفية، وهو المختار عملياً - ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين، مثل قول الموكل للوكيل وكتك بكذا، أو قول الشخص لآخر، وكلني بكذا. أما القبول فهو الموافقة على الإيجاب ولا يشترط القبول لفظاً في الصحيح عند الشافعية^(٢).

وللإيجاب والقبول شروط معروفة لا تختص بها الوكالة. وتصح الصيغة بأي لفظ يدل عليها سواء بلفظ الوكالة أو الإنابة أو التفويض أو التخويل أو الأمر من شخص لغيره بالقيام بعمل ما عنه، مثل: اشتر لي كذا، أو اقض عن كذا.

قال النووي: شرط الصيغة: لفظ يقتضي رضاه، كما تصح بالكتابة ولو برسالة - إذا كانت من الكتابة المفهومة المستبينة، وكذلك بالإشارة المفهومة للطرفين وصرح الحنفية بأنه يكفي في القول بالسكوت وعدم الرد^(٣).

(١) حاشية العدوي على كفاية الطالب شرح الرسالة ٤/١٣٧.

(٢) المنهاج للنووي ٢/١٦٤، وفيه وقيل: يشترط، وقيل: يشترط في صيغ العقود ك: وكتك دون صيغ الأمر، ك: بع.

(٣) حاشية الحموي على الأشباه والنظائر، لابن نجيم ٢/٢٥٦، وقيد ابن الهمام بالقيام =

بل حتى كلمة الوصاية إذا جعلت للإنسان حال الحياة فهي وكالة، والوكالة بعد الموت وصاية؛ لأن المنظور إليه المعاني كما قال ابن الهمام^(١)، وكذلك لفظ الحوالة كما ذكر السيوطي^(٢).

هذا، وإن الوكالة ترد بالرد باتفاق الفقهاء.



-
- = بالعمل الموكل به، فتح القدير ٦/٦٥٧.
- (١) حاشية العدوي على كفاية الطالب شرح الرسالة ٤/١٣٧.
- (٢) فتح القدير لابن الهمام ٦/٥٥٣، والأشباه والنظائر للسيوطي ٢٩١.

أحوال الصيغة

أ- التنجيز:

الغالب في عقد الوكالة التنجيز الذي تترتب فيه الآثار في الحال ويقبل أيضًا كلا من التعليق والإضافة إلى المستقبل.

ب- التعليق:

ذهب إلى صحة تعليق الوكالة جمهور الفقهاء وذهب إلى منعه الشافعية في الأصح، والإمامية مع الحكم بوقوعها حيثئذ منجزة، ومنع التعليق أيضًا بعض الحنابلة، والتعليق هو أن تعقد الوكالة مع استخدام ما يدل على توقف آثارها على حدوث أمر ما في المستقبل، مثل وكتك ببيع سيارتي إن تملكتم غيرها. ويشترط ألا يكون الشرط المعلق عليه موجودًا عند العقد وألا يكون مستحيل الوقوع، وإلا فإن الوكالة تكون منجزة في التعليق على أمر موجود، وباطلة في التعليق على أمر مستحيل.

وللشافعية تفصيل في شأن التعليق بعد قولهم بعدم صحته حيث قالوا بأنه إن نجّز الوكالة وشرط للتصرف شرطًا جاز، لأن الوكالة نافذة، وإنما علق التصرف، فليس له أن يتصرف بتحقيق شرطه^(١).

(١) المنهاج للنووي ١٦٥/٢، مغني المحتاج ٢/٢٢٣.

وهذا التفصيل يصلح سنداً للتوكيل الذي يشترط فيه الرجوع إلى الموكل عند استخدامه.

ومما يتصل بالتعليق ما سمي (الوكالة الدورية) وهي أن يقول لمن يوكله: كلما عزلتكَ فأنت وكيلي، فهي وكالة معلقة على شرط العزل، فتجدد كلما عزل الموكل الوكيل، وهي وكالة صحيحة عند بعض القائلين بالتعليق (بعض الحنفية) أما من رأى عدم جواز التعليق (الشافعية والإمامية)^(١) فقد صححوا التوكيل وألغوا الشرط فلا تتجدد بعد العزل^(٢) وقد طرح الفقهاء للخروج من هذه الوكالة الدورية عدة طرق، لتفادي انعقادها كلما تم عزل الوكيل^(٣).

ج- الإضافة للمستقبل:

مثالها أن يقول شخص لآخر أنت وكيلي اعتباراً من أول العام القادم حيث إن الوكالة تعقد ولا يسرى أثرها إلا من بداية ذلك العام. ويرد هنا التفصيل السابق عن الشافعية حيث يرون أنه تصح الوكالة منجزة، ويمكن أن يشترط وقوع التصرف في زمن لاحق.

د- اقتران الوكالة بالشروط:

في موضوع الشروط تفصيلات فقهية كثيرة، والملائم للتطبيق هو التوسعة - طبقاً لمذهب الحنابلة - بجواز كل شرط لا ينافي مقتضى العقد وليس فيه اشتراط عقد في عقد.

(١) نهاية المحتاج للرملي ٢٩/٥، وشرائع الإسلام ١/٢٣٩.

(٢) البدائع ٦/٢٠، والفروق للقرافي ١/٢٢٩، وشرح المنهاج للمحلي ٢/٣٤٠، والإنصاف للمرداوي ٥/٣٥٥، والبحر الزخار ٥/٥٥.

(٣) المراجع السابق.

شروط الموكل

- ١- يشترط في الموكل أن يكون ممن يملك مباشرة التصرف الذي وكل فيه، لأن الوكيل إنما يملكه التصرف من جهة الموكل، فلا بد من كون الموكل مالكاً لما يملكه لغيره^(١). وفي هذا يقول النووي: شرط الموكل صحة مباشرة ما وكل فيه، بملك أو ولاية^(٢).
- ٢- ألا تكون طبيعة ملك التصرف تأبى من نقله إلى الغير بدون إذن، فلا يصح للوكيل التوكيل إلا بإذن، أو ما هو في معناه كالتعميم في الوكالة^(٣) والممنوع من التصرف إما لعدم الأهلية أو نقصها أو للحجر. وفي تصرفات الصبي المميز تفصيل محله كتب الفقه^(٤).



-
- (١) حاشية ابن عابدين ٤/٤١١، واللباب للميداني ٢/١٣٩.
 - (٢) المنهاج للنووي ٢/١٦٢ بتعليق د. أحمد الحداد.
 - (٣) البحر الرائق ٧/٦٥٥، وفتح القدير ٦/٥٦٣، بلغة السالك ٢/١٨٥، مغني المحتاج ٢/٢١٧ المغني ٥/٢١٦.
 - (٤) البحر الرائق ٧/٥٥، بلغة السالك ٢/١٨٥، والمغني ٥/٢١٦، والإنصاف ٥/٣٧١.

شروط الوكيل

يشترط في الوكيل:

١- أن يكون ممن يعقل معنى العقد وذلك بأن يعرف أن الشراء جالب للمبيع سالب للثمن فيشمل - إلى جانب العاقل البالغ - الصغير المميز الذي يعقل معنى البيع والشراء.

لكن صرح الحنفية بأن الحقوق لا تلزم المميز لقصور أهليته ولا تلزمه حتى بعد البلوغ لأن حق الصغير لا يبطل بالبلوغ وإنما تتعلق بمؤكله، لأنه لما تعذر رجوعها إلى العاقد رجعت إلى أقرب الناس إلى هذا التصرف وهو الموكل^(١) قال النووي: شرط الوكيل: صحة مباشرته التصرف لنفسه^(٢).

٢- أن يعلم بالتوكيل، وذلك لتمييز الوكالة عن الفضالة التي تحتاج إلى الإجازة وهذا عند الجمهور وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لو وقع فعل الوكيل قبل علمه بالوكالة وقع صحيحاً نافذاً^(٣).

٣- أن يكون الوكيل معلوماً، وهذا في التوكيل بالقبض من المدين، لعلاقة^(٤).

(١) اللباب للميداني ٢/ ١٤٠.

(٢) المنهاج ٢/ ١٦٣.

(٣) البدائع ٦/ ١٢٠، والخرشي ٤٢٨٦، ومغني المحتاج ٢/ ٢٢٣، والمغني ٥/ ٢١٦، وتذكرة الفقهاء ٢/ ١٤٣.

(٤) حاشية ابن عابدين ٤/ ٤٠٥، ونهاية المحتاج ٥/ ٢٢٧، ومطالب أولي النهى ٣/ ٤٢٩.

شروط الموكل فيه: (المحل)

١- يشترط أن يكون الموكل فيه معلومًا سواء التصرف أو ما يتعلق به فإذا وكله بشراء شيء يجب تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه، ليصير الفعل الموكل به معلومًا فيمكنه الائتثار (التنفيذ) وتغتفر الجهالة اليسيرة التي لا تؤدي إلى النزاع كالوصف، لأن مبنى التوكيل على التوسعة. وهذا ما لم تكن الوكالة عامة، كقوله الموكل: ابتع لي ما شئت^(١) وسيأتي حكمها.

٢- أن يملكه الموكل.

٣- أن يكون قابلاً للنيابة.

قال النووي: (شرط الموكل فيه: أن يملكه الموكل، وأن يكون قابلاً للنيابة فلا يصح في عبادة إلا في الحج وتفرقة زكاة وذبح أضحية، وأن يكون معلومًا من بعض الوجوه، ولا يشترط علمه من كل وجه)^(٢).

وقال العدوي المالكي: (الموكل فيه: ما يقبل النيابة من عقد، وفسخ، وقبض حق، وغير ذلك)^(٣).

(١) اللباب للميداني ١٤١/٢، والبحر الرائق ١٩٩/٧، وحاشية ابن عابدين ٤٠٣/٤، والخرشي ٢٨٩/٤، وتحفة المحتاج ٢٠٤/١، والإنصاف ٣٩٣/٥.

(٢) المنهاج للنووي ١٦٣/٢، ونهاية المحتاج ٢٣/٥.

(٣) حاشية العدوي على كفاية الطالب شرح الرسالة ١٣٧/٤.

وقد احترز الحنفية بقيد «قبول النيابة» السلم بالنسبة للبائع فلا يصح توكيله غيره بالقبول، لأنه يكون في ذمة الوكيل مع أن الثمن لغيره أما التوكيل من جانب المسلم أو (المشتري بالسلم) فيصح، ولم يفرق غيرهم بين الإيجاب بالسلم أو قبوله وقد وضع الفقهاء ضابطاً لذلك وهو: أن كل ما يتعلق غرض الشارع بإيقاعه من فاعل بعينه لا يقبل النيابة. وللمالكية تقسيم ثلاثي ينظر في مراجعهم^(١).

٤- ألا يكون فيه مانع شرعي من (مباشرة الوكالة فلا يصح التوكيل أو التوكيل في شراء أو بيع خمر أو خنزير أو الاقتراض أو الإقراض بالربا)^(٢).

وقد ذكر الفقهاء، وبخاصة الحنفية، ضابطاً لما يصح فيه التوكيل، وهو (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره).

وقال النووي: «يصح في طرفي بيع وهبة وسلم ورهن ونكاح وطلاق وسائر العقود والفسوخ وقبض الديون وإقباضها والدعوى والجواب وتملك المباحات»^(٣).



(١) البحر الرائق ١٧١/٧، وبلغة السالك ١٨١/٢، ونهاية المحتاج ٢٣/٥، والمغني ٢٠٧/٥.

(٢) ابن عابدين ٤١٥/٢، وتحفة المحتاج ٢٠١/٢، بلغة السالك ١٨٥/٢، مطالب أولي النهي ٤٣٣/٣.

(٣) المنهاج للنووي ١٦٢/٢.

توقيت الوكالة (الوكالة المؤقتة، وغير المؤقتة)

الأصل في الوكالة عدم التوقيت أي عدم تحديد زمن لانتهائها، وهي الوكالة غير المؤقتة إلا إذا وجدت قرينة تدل عليه في المحل الموكل فيها مثل بيع سلعة محددة وأما الوكالة المؤقتة فهي التي يوضع زمن لاستمرارها كشهر أو سنة فإذا انتهت المدة المحددة تنتهي الوكالة ولا يحق للوكيل التصرف بعدها.

وقد ذهب الحنفية إلى أن الوكالة لا تقبل التوقيت^(١) أي أنه يغني عنه حق الموكل في عزل الوكيل، وحق الوكيل في عزل نفسه.

صفة الوكالة (عدم اللزوم):

الأصل في الوكالة عدم اللزوم فلكل من طرفيها الحق في إنهائها، فللموكل عزل الوكيل متى شاء، وللوكيل عزل نفسه متى شاء وقد يطرأ على الوكالة ما يجعلها لازمة، ومن صور ذلك:

- تعلق حق الغير مثل وضع الرهن عند طرف ثالث ويسمى (العدل) فليس للراهن عزله لتعلق حق الغير وهو المرتهن، ولا يملك المرتهن عزله لأنه

(١) تكملة ابن عابدين ٣٩٣/٧، والدسوقي ٣٩٧/٣، والروضة للنووي ٣٠٢/٤، وبداية المجتهد ٣٠٢/٢، وتذكرة الفقهاء ١١٤/٢.

وكيل أيضًا عن الراهن ولذا أمانة لا ينعزل إلا بالاتفاق بين الطرفين.

- الوكالة بأجر يرى الجمهور أن الوكالة تظل غير لازمة ولو كانت بأجر
وذهب المالكية في أحد قولين إلى أنها تكون لازمة إن كانت بأجر لأنها
تأخذ صفة الإجارة، وعقد الإجارة لازم^(١).

ومن تطبيقات عدم لزوم الوكالة أنها لا يدخلها خيار الشرط لأن عدم اللزوم
يغني عنه. ولو شرط لزوم الوكالة، أو استمرارها مدى الحياة مثلًا فهو شرط لاغٍ، لأنه
خلاف مقتضى العقد كما ذكر ابن نجيم^(٢).

وقد سبقت الإشارة إلى ما يسمى (الوكالة الدورية) بأن يقول: كلما عزلتك
فأنت وكيل، وقد صححها بعض الفقهاء وأبطلها بعضهم - ومنهم ابن تيمية - وفي
ذلك تفصيل ينظر في المراجع^(٣).

الوكالة بأجر أو دون أجر:

تصح الوكالة بدون أجر، كما تصح بأجر وتأخذ حينئذ حكم الإجارة والأصل
أن يكون معلومًا فإن لم يحدد يرجع إلى أجره المثل، وفيما يلي بيان ذلك:

أ- إذا كانت الوكالة بدون أجر فالوكيل متبرع بعمله، وليس له المطالبة
بمقابل عن عمله

ب- إذا نص على أن الوكالة بأجر فإن الوكيل يستحقها عند إتمام ما وكل

(١) بدائع الصنائع ٣٧/٦، والبحر الرائق ٧/٢٠٤، والدسوقي ٣/٣٩٦، ومغني المحتاج

٢/٣٣٠، وكشاف القناع ٣/٤٦٨، وبداية المجتهد ٢/٣٠٢، وتذكرة الفقهاء ٢/١١٤.

(٢) البحر الرائق ٧/٢٠٥.

(٣) البدائع ٦/٣٨ والزيلعي ٤/٢٨٦، ومغني المحتاج ٢/٢٢٣، وقواعد ابن رجب ١٥.

بعمله وتسليم ما يجب تسليمه^(١).

ج- إذا لم ينص على أن الوكالة بأجر أو مجاناً وكان الوكيل ممن يعمل بأجر فالحنفية يرون أنه يستحق الأجرة، وذلك بالرجوع إلى العرف وهي أجرة المثل خلافاً للشافعية الذين يشترطون لاستحقاق الأجرة النص على ذلك^(٢).

ويجب أن تكون الأجرة معلومة، ولا يجوز للوكيل اقتطاع ما يراه من الأجرة ورد بقية الثمن إلى الموكل في التوكيل بالبيع - كما يقع في بعض عقود الوكالة بالاستثمار - بل يجب الإفصاح عنها ثم لا مانع بعدئذ من اقتطاعها على سبيل المقاصة.

ومن صور الأجرة المقبولة عند الحنابلة أن يكون للوكيل ما زاد عن ثمن البيع المحدد له قياساً على المضاربة كما جوزوا تحديد الأجرة بعدد ما يبيع الوكيل أو يشتري بأن يكون له على كل وحدة أجر معلوم^(٣).

لا يجوز عند جمهور الفقهاء أن تكون الأجرة جزءاً من محل الوكالة كنسبة من ثمن البيع.

د- إذا تلف محل الوكالة بعد تنفيذها فلا تسقط الأجرة وإذا كان التلف بتعد أو تقصير فيتحمل الوكيل الضرر دون سقوط الأجرة^(٤).

(١) الفتاوى الحامدية ١/ ٣٢٤، وتحفة المحتاج ٥/ ٤٥.

(٢) الروضة للنووي ٤/ ٣٠١، والخرشي ٧/ ٥، والمغني ٥/ ٣٦٣، وتذكرة الفقهاء ٢/ ١١٤.

(٣) الإنصاف ٥/ ٤٠٣، ومطالب أولي النهى ٣/ ٤٨٧.

(٤) الروضة ٤/ ٣٣٧.

هـ- إذا عزل الموكل الوكيل بأجرة فإنه يستحق نسبة من الأجرة بقدر ما عمل، ويتصور العزل بإساءة التصرف مع أن في الوكالة بأجر الوكالة لازمة^(١).



(١) بلغة السالك ٢/٢٨١.

أنواع الوكالة

تنوع الوكالة إلى أنواع متعددة - باعتبارات مختلفة - كما يأتي:

أ- وكالة عامة، ووكالة خاصة:

الوكالة العامة هي التي فوض فيها للوكيل القيام بجميع التصرفات وقد ذهب الشافعية والحنابلة وبعض الإمامية إلى بطلانها، بأن تقول: أنت وكيل في كل شيء وهناك اتجاهان فقهيان آخران شمول كل أمر أو حق، والآخر استثناء ما فيه ضرر للموكل وهو ما عليه الجمهور (الحنفية والمالكية وبعض الإمامية) واستدلوا بأن العام كثيراً ما يخصص بالعرف والمعقول، فتخصص الوكالة العامة بالنصوص الناهية عن الضرر^(١).

وعليه لا يملك الوكيل وكالة عامة التبرعات إلا بالتصريح بذلك.

ب- وكالة مطلقة ووكالة مقيدة:

الوكالة المطلقة ما كانت خالية من أي قيد كسواء سيارة دون بيان مواصفاتها، والوكالة المقيدة ما حددت فيها صفات المحل الموكل فيه.

وقد ذهب جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية وصاحباً أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد) إلى أن الوكالة المطلقة تقيد بالعرف وبما فيه

(١) فتاوى قاضيخان ٢/٣، وحاشية ابن عابدين ٤/٤٠٩.

المصلحة وما يناسب الموكل، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوكالة المطلقة تسري على إطلاقها^(١).

وفيما يلي بعض التفصيل في مقتضى الوكالة المطلقة لأهمية هذه المسألة:

مقتضى الوكالة المطلقة:

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم أبو يوسف ومحمد إلى أنه لا يجوز في الوكالة المطلقة أن يبيع بنقصان فاحش، بحيث لا يتغابن الناس في مثله، ولا بالعروض (مقايضة) إلخ لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقد... وعن أبي يوسف إن كان التوكيل بالبيع للحاجة إلى النفقة وقضاء الدين فليس للوكيل أن يبيع بالنسيئة، وعليه الفتوى.

وذهب أبو حنيفة إلى أن الوكيل بالبيع وكالة مطلقة يجوز له أن يبيع بالقليل والكثير، والعرض والنقد، والحال والأجل... وذلك للإطلاق في التوكيل.

واتفق أبو حنيفة وصاحبه على أن الوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يسيرة يتغابن الناس في مثلها. وهذا إذا لم يكن للشيء المشتري قيمة معروفة، كالدار. أما ما له قيمة معروفة وسعر مخصوص، كالخبز واللحم ونحوهما فإنه إذا زاد الوكيل بالشراء عن ثمن المثل لا ينفذ على الموكل وإن كانت الزيادة شيئاً قليلاً ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله اتفاقاً^(٢).

وقد فسروا ما لا يتغابن الناس فيه بأنه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو

(١) حاشية ابن عابدين ٤/٤٥٠، والمقنع ٢/١٥٢، والبجيرمي ٣/٥٥، وبلغه السالك ٢/١٨٣، وبداية المجتهد ٢/٣٣٠، وجامع الفصولين ١/٤٠.

(٢) الباب ٢/١٤٧-١٤٨.

غبن فاحش، أما ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو غبن يسير^(١).

وذهب الشافعية إلى أن الوكيل بالبيع مطلقاً ليس له البيع بغبن نقد البلد، ولا بنسيئة، ولا بغبن فاحش فلو خالف وسلم المبيع ضمن فإن وكله بالبيع مؤجلاً وقدر الأجل فذاك، وإن أطلق صح وحمل على المتعارف.

وفي ذلك يقول النووي: (تقبل الوكالة تقييد التصرف مع الشخص المعين أو في زمن معين أو مكان معين، وفي المكان وجه: إذا لم يتعلق به غرض^(٢)).

إن أمره بالشراء بمعين فاشترى في الذمة لم يقع للموكل، وكذا عكسه في الصحيح إن قيد التصرف بمبلغ للبيع فله أن يزيد لا أن ينقص ومتى خالف الموكل في بيع ماله والشراء فتصرفه باطل).

تقييد الوكالة بالعرف:

تتقيد الوكالة بالعرف، سواء في انعقادها كما لو أرسل شخص سلعة لدلال، فهذا توكيل ببيعها بمقتضى العرف. أو في استثناء أمور من الوكالة العامة، كاستثناء الترويج والطلاق وبيع دار السكني، فلا يدخل فيها إلا بنص خاص كما أن الوكالة المطلقة يتقيد في تنفيذها بالعرف، فلو قال شخص لآخر اشتر لي سيارة فإنها تتقيد بما يليق بالموكل والعبرة بالعرف العملي والعادة الفعلية في تنفيذ الوكالة وليس باللغة. والعرف يختلف باختلاف الأماكن والأشخاص^(٣).



(١) المنهاج للنووي ٢/١٦٥-١٦٦، والوجيز للغزالي ١/١٩٠.

(٢) البدائع ٦/٢٧، والشرح الصغير للدردير ٢/١٨٤، الروضة البهية ٤/٣٧١، المغني ١١٢/٥.

(٣) المراجع السابقة.

التزامات وصلاحيات الوكيل والموكل

التزامات الوكيل:

أ- تنفيذ العمل الموكل به:

مقتضى التفويض الصادر من الموكل إلى الوكيل أن يعمل الوكيل في حدود الوكالة، دون تجاوز، لأن الغرض من الوكالة مساعدة الموكل ونفعه والتجاوز قد يلحق بالموكل ضررًا وهو مناف لمقتضى الوكالة.

وقد سبق عند بيان الوكالة المطلقة والوكالة المقيدة الخلاف بين جمهور الفقهاء وبين أبي حنيفة في مقتضى الوكالة المطلقة.

فإذا خالف إلى غير ما هو أحسن فإنه يعتبر متعديًا، وإذا أهمل ما يجب عليه من حرص فإنه يعتبر مقتصرًا. والتعدي والتقصير يترتب عليهما مسؤولية الوكيل عن الضرر الذي يلحق الموكل بسبب ذلك.

وقد سبق ما يتعلق بمخالفة القيود بأنواعها من التعامل مع شخص أو جهة معينة، أو في مكان وزمان معين، أو البيع أو الشراء بثمن معين.

ب- تقديم بيان لتصرفات الوكيل عند الطلب:

سئل ابن حجر الهيتمي: هل يلزم الوكيل البيان إذا طلب الموكل ذلك فأجاب: إنه ملزم بتقديم حساب للموكل عند الطلب وذكر أنه إذا أقر

بأنه صرف كذا ثم ادعى زيادة لم يقبل منه، لأن النكول عن الإقرار يورث شبهة^(١).

ج- دفع الضرر عن محل الوكالة:

كما هو واجب الأمانة، مثل تذكية الشاة المعرضة للموت، وإنقاذ السفينة بإلقاء بعض الأمتعة^(٢).

صلاحيات الوكيل:

أ- توكيل الوكيل غيره:

الأصل أن يقوم الوكيل بنفسه بعمل ما وكل به، لأن هذا هو المقصود من الموكل الذي اختار الوكيل. ولكن قد يحتاج الوكيل إلى الاستعانة بغيره إما لتعذر قيامه بجميع ما وكل فيه أو لكون بعض ما وكل به يحتاج لخبرة غيره وهناك حالات مختلفة تبعاً للإذن أو المتبع أو التفويض المطلق أو كون الوكالة عامة أو خاصة فيما يلي بعض التفصيلات:

أ- إذا أذن الموكل للوكيل بتوكيل غيره فلا ريب في جواز توكيل غيره ويكون الموكل ملتزماً بما تصرف به وكيل الوكيل.

ب- إذا منع الموكل الوكيل من أن يوكل غيره فليس له ذلك.

ج- إذا فوض الموكل الأمر إلى الوكيل بقوله: اصنع ما شئت، فجمهور الفقهاء يرون ذلك مسوغاً لتوكيل الوكيل غيره، بخلاف الشافعية في وجه آخر وبعض الإمامية.

(١) الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي ٣/ ٨٧.

(٢) شرح البخاري للعينبي ٥/ ٦٨٥.

د- إذا كانت الوكالة عامة، ولم ينص فيها على استثناء توكيل الغير، فإن للوكيل بمقتضى عموم الوكالة أن يوكل غيره. وقد استثنوا من صلاحيات الوكيل العام الهبة والوقف.

ه- إذا وكل الوكيل غيره دون إذن من الموكل فإنه غير جائز باستثناء حالتين هما:

- إذا كان العمل الموكول للوكيل لا يليق به فعله، فتعتبر هذه القرينة إذناً بتوكيل غيره وقد اعتبروا ذلك من قبيل (الإذن الحكمي) وأنه يقوم مقام الإذن الصريح.

- أو إذا كان يتعذر على الوكيل فعل العمل لحاجته إلى خبرة خاصة.

- واكتفى المالكية بأن يكون ما سبق مشهوراً ولو لم يعلم الموكل بذلك، لأنه يكون من قبيل العرف وكذلك إذا كان للتصرف جوانب متعددة يعجز الوكيل عن القيام بها كلها. هذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، على خلاف في مقتضى ذلك هل ينبى الوكيل غيره في الزائد أو في الجميع، وحدد المالكية مهمة وكيل الوكيل في المساعدة للوكيل ولا يستقل بالتصرف. ومنع الحنفية توكيل الوكيل غيره إلا في مسائل محدودة منها قبضه الدين بتوكيل أحد من عائلة الوكيل أو ما إذا حدد الموكل ثمن الشراء أو ثمن البيع.

وفي غير هذه الاستثناءات من التوكيل للغير دون إذن ذهاب بعض الفقهاء إلى بطلان التصرف وبعضهم يجعله موقوفاً على إجازة الموكل^(١).

وفيما يأتي بعض النصوص الفقهية في مسألة توكيل الوكيل غيره فيما وكل به مع بيان ما يترتب على ذلك من مسؤولية الوكيل تجاه الموكل:

قال الميداني: (الأصل أنه ليس للوكيل أن يوكل غيره فيما وكل به، لأن الموكل فوض إليه التصرف دون التوكيل به، لأنه إنما رضي برأيه، والناس يتفاوتون في الآراء، فلا يكون راضياً بغيره إلا أن يأذن له الموكل بالتوكيل، أو يفوض له بأن يقول: اعمل برأيك، أو اصنع ما شئت، لإطلاق التفويض إلى رأيه.

وفي هذه الحالة يكون الثاني وكيلاً عن الموكل، فلا يملك الوكيل الأول عزله، ولا ينعزل بموت الوكيل الأول، لكن ينعزلان بموت الموكل.

وإذا وكل الوكيل غيره بالتصرف - دون إذن الموكل - فتصرف الوكيل الثاني فإنه لا يصح إلا إذا تم ذلك بحضور الموكل، أو عرض عليه فأجازه لانعقاد التصرف برأي الموكل^(٢).

قال النووي في المنهاج^(٣): (ليس للوكيل أن يوكل بلا إذن إن تأتى منه ما وكل فيه وإن لم يتأت لكونه لا يحسنه، أو لا يليق به، فله التوكيل ولو أكثر وعجز عن الإتيان بكفه فالمذهب أن يوكل فيما زاد على الممكن.

(١) البحر الرائق ٧/١٩٢، والبدائع ٦/٢٥، وابن عابدين ٤/٤١١، وفتح القدير ٧/٩٣،

والحطاب ٥/٢٠١، وبلغة السالك ٢/١٨٥، ومغني المحتاج ٢/٢٢٦، والمغني ٥/٢١٥.

(٢) الباب ٢/١٤٤-١٤٥.

(٣) المنهاج ٢/١٦٧، ونحوه للحنابلة (المغني ٥/٢١٨).

لو أذن في التوكيل وقال: وكل عن نفسك ففعل، فالثاني وكيل الوكيل والأصح أنه ينعزل بعزله وانعزاله.

وإن قال: وكل عنى فالثاني وكيل الموكل، وكذا لو أطلق في الأصح وفي الصورتين لا يعزل أحدهما الآخر، ولا ينعزل بانعزاله (وحيث جوز للوكيل التوكيل يشترط أن يوكل أميناً إلا أن يعين الموكل غيره. ولو وكل أميناً ففسق لم يملك الوكيل عزله في الأصح).

تعاقد الوكيل مع قرابته:

اختلف في تعاقد الوكيل مع من لا تقبل شهادته له، مثل أبيه وأمه وجدته وجدته، وولده وولد ولده، وزوجته. فذهب أبو حنيفة إلى عدم صحة ذلك، للتهمة، ولأن المنافع متصلة بينهم فصار بيعاً من نفسه من وجه.

وذهب الصحابان (أبو يوسف ومحمد) إلى أنه يجوز بيعه منهم بمثل القيمة، لأن التوكيل مطلق، والأملك متباينة^(١).

وللمالكية والحنابلة والشافعية قولان، مع اعتماد الشافعية تأثير الإذن. وترجيح المالكية والحنابلة الجواز، لأن العبرة بعدم الغبن الفاحش^(٢).

إجراء الوكيل التصرف الموكل به لنفسه:

هذه المسألة مفروضة في حال التفويض للوكيل بشراء شيء معين وقد ذهب الحنفية إلى منع الوكيل من ذلك لأنه بذلك يعزل نفسه عن الوكالة ولا يصح ذلك العزل إلا بمحضر من الموكل أو علمه فيقع الشراء للموكل حتى لو صرح بأنه يشتري

(١) اللباب ٢/١٤٦-١٤٧، وحاشية ابن عابدين ٤/٤٠٧، والبحر الرائق ٧/١٨.

(٢) بلغة السالك ٢/١٨٥، والروضة للنووي ٤/٣٠٤، والإنصاف ٥/٣٧٧.

ذلك الشيء المعين لنفسه لا للموكل ونحوه فذهب الشافعية والحنابلة إلا في حال مخالفة الوكيل لما قيده به الموكل، ولم يفرقوا بين تعيين الشيء وعدم تعيينه.

ولا يرى المالكية بأساً في شراء الوكيل لنفسه ما عينه له الموكل^(١) لأنه بذلك يعزل نفسه فيقع الشراء للوكيل. وهذا أحد أقوالهم في المسألة ونحوه رأي ابن القيم لكنه يشترط لذلك عدم التغرير بالموكل وعدم رغبة البائع (ركونه) إلى بيع الشيء للموكل^(٢).

تعامل الوكيل بمحل الوكالة مع نفسه:

ليس للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لأن ذلك يؤدي إلى تعارض الأحكام فيكون طالباً ومطلوباً، والوكيل مطلوب منه أن يستقضي لمصلحة الموكل، فإذا باع من نفسه لم يستقص فيما وكل فيه من بيع أو شراء حتى لو أذن له الموكل إذناً صريحاً عند الحنفية. فإذا أراد الوكيل بالبيع أن يبيع لنفسه فإنه يبيع من غيره ثم يشتري من ذلك الغير وهكذا الوكيل بالشراء. وكذلك الحكم عند الشافعية في الأرحح قال النووي.

لا يبيع الوكيل لنفسه وولده الصغير، لئلا يلزم منه اتحاد القابض والمقبض لما في ذلك من عدم انتظام الإيجاب والقبول من شخص واحد، لأن ذلك ينفي غرض الاسترخاض للنفس والاستقصاء للوكيل فلا يجوز وإن أذن له وقدر له الثمن ونهاه عن الزيادة^(٣).

(١) البحر الرائق ٧/١٨٢، وفتح القدير ٦/٤٥، ونهاية المحتاج ٥/٣٤، والمغني ٥/١٠٧، والدسوقي ٣/٣٩٧.

(٢) إعلام الموقعين ٣/٣٥٩.

(٣) البحر الرائق ٧/١٨٢، والبدائع ٦/٣١، والزليعي ٤/٢٧٠.

ويختلف هذا عن بيع الولي - إن كان أباً - مال نفسه إلى القاصر أو العكس لأنه يعقد لنفسه أصالة أما الوكيل فهو يعقد بموجب التوكيل^(١).

وذهب ابن الرفعة من الشافعية - في رأي قد ضعفه - إلى أنه لا مانع من تولي الشخص طرفي العقد حين لا تكون تهمة كما لو كان ثمن البيع مقدرًا مع النهي عن الزيادة.

وعند المالكية والحنابلة رأيان إذا إذن له وسمى الثمن والمعتمد عند المالكية المنع مع التسمية.

نيابة الوكيل عن طرفين^(٢):

إذا كان الوكيل نائبًا عن جانبيين فقد منع الحنفية والشافعية ذلك لتعارض حقوق الموكلين، وهو جائز في المذهب المالكي بإذن الموكلين وكذلك عند الحنابلة دون حاجة للإذن^(٣).

تعلق حقوق العقد بالوكيل أو بالموكل:

قبل الكلام عن تعلق حقوق العقد لا بد من الإشارة إلى أن هناك اتفاقًا على أن حكم العقد يتعلق بالموكل فيثبت الملك له في الشراء أما بالنسبة لحقوق العقد فإن من المقرر أن الوكيل لا يجب عليه الإفصاح عن كونه وكيلًا وهكذا فقد يضيف الوكيل العقد إلى الموكل وقد يتعاقد دون بيان أنه وكيل ولهذا أثره في حقوق العقد بمن تتعلق؟!!

(١) المنهاج للنووي ١٦٦/٢.

(٢) نهاية المحتاج ٣٤/٥، ومغني المحتاج ٢٢٥/٢.

(٣) المبسوط ٣٢/١٩، والخرشي ٧٧/٦، والمهذب ٣٥٢/١، والمغني ١٠٧/٥.

وهناك تقسيم أورده الفقهاء للعقود من حيث صحة إضافتها إلى الوكيل أو الموكل وهو:

- عقود تصح إضافة الوكيل لها إلى نفسه كما يصح للوكيل إضافتها للموكل، وهي عقود المعاوضات، مثل البيع والإجارة ونحوهما. وفي هذه الحالة تتعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل، لأن الوكيل في هذا النوع هو العاقد حقيقة؛ لأن العقد يقوم بكلامه، وكذلك حكمًا لأنه يستغني عن إضافة العقد إلى موكله فيكون أصيلًا في الحقوق، فيسلم المبيع ويقبض الثمن إذا باع ويطلب بالثمن ويقبض المبيع إذا اشترى؛ لأن ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عن الوكيل.

وعليه لا يحق للموكل إجبار المشتري على دفع الثمن إليه فإن دفعه إليه جاز وليس للوكيل حينئذ طلب الثمن ثانيًا وهذا الحكم محل اتفاق^(١).

- عقود يجب على الوكيل إضافتها إلى موكله، حتى لو أضافها إلى نفسه لا يصح مثل النكاح والخلع والصلح عن دم العمد، فتعلق الحقوق بالموكل ويلحق بها الشركة والمضاربة.

وهي نوعان:

١- الإسقاطات.

٢- التبرعات.

(١) اللباب ٢/ ١٤٢، وفتح القدير ٦/ ١٩-٢٢، والعدوي على الرسالة ٢/ ٣٥٢.

كالهبة والإيداع والاقتراض^(١). ومن تطبيقات تعلق الحقوق بالوكيل أنه إذا اطلع على عيب في المبيع فله أن يردّه بالعيب ما دام المبيع في يده لتعلق الحقوق به، فإن سلمه إلى الموكل لم يردّه إلا بإذنه لإنهاء حكم الوكالة بالتسليم^(٢).

وحقوق العقد هي الالتزامات التي تثبت لكل طرف تجاه الآخر المتعاقد معه، مثل مطالبة البائع بتسليم المبيع، ومطالبة المشتري بتسليم الثمن، وحسب المبيع إلى حين تسلم الثمن الحال وهي تتبع حكم العقد وهو الأثر المترتب على إبرامه أي هو الغرض من إبرامه، وهذه الآثار تثبت بالشرع، مثل انتقال الملك من البائع إلى المشتري وانتقال ملكية الثمن من المشتري إلى البائع.

وتشتد الحاجة إلى بحث هذه المسألة في الوكالة - بخلاف غيرها من حيث إن الوكالة يحصل فيها إبرام العقد من غير المالك.

وتعلق حقوق العقد منوط بكيفية إضافة الوكيل للعقد، فإذا أضافه إلى نفسه فإن حقوق العقد تتعلق به، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية - مع تقريرهم أنه يحق للغير مطالبة الموكل أيضًا لأنه المالك، والوكيل ضامن^(٣) وكذلك المالكية مع استثنائهم أربع حالات هي:

أ- اشتراط الوكيل البراءة من المطالبة.

ب- علم الغير بأنه يتعامل مع وكيل.

(١) البحر الرائق ٧/١٦١، وابن عابدين ٤/٤٠١، والحطاب ٥/١٩٤، والدسوقي ٣/٣٨٢، وبلغة السالك ٢/١٨٣، ومغني المحتاج ٢/٢٣٠، ومطالب أولي النهى ٣/٤٦٢، والمغني ٥/٩٢.

(٢) المبسوط ١٩/٣٤، وفتح القدير ٦/١٧، وبداية المجتهد ٢/٣٣٠، وروضة الطالبين ٤/٣٢٩، والمغني ٥/١١٨، وشرائع الإسلام ١/٢٤٢.

(٣) فتح القدير ٦/٢٥، ومغني المحتاج ٢/٢١٩، والروضة ٤/٣٠٧.

ج- الوكيل القائم بعمل السمسار.

د- مضى العرف بعدم قبض الوكيل الثمن^(١).

واستدلوا لذلك بأن الوكيل أصل في العقد وإنما جعل نائباً للضرورة؛ لأن الغير اعتمد رجوع الحق إليه درءاً للضرر عنه^(٢).

وذهب الحنابلة والإمامية إلى أن حقوق العقد تتعلق بالموكل دون الوكيل واستدلوا لذلك من المعقول بأن الوكيل بمنزلة الغير المحض، وتنتهي علاقته بإبرام العقد^(٣).



(١) الدسوقي ٣/ ٢٨١، بلغة السالك ٢/ ١٨٤.

(٢) ابن عابدين ٧/ ٢٨٨.

(٣) المغني ٥/ ٢٦٣، وتذكرة الفقهاء ٢/ ١٣١.

مخالفة الوكيل فيما وكل به

المخالفة في التملك (الشراء والاستئجار):

المخالفة إما أن تكون إلى ما هو خير فهذه محل اتفاق على جوازها في أي صورة وقعت من الصور وهي من قبيل إتقان العمل والإحسان ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾^(١).

وإما أن تكون غير ذلك - ويسمئها بعض الفقهاء: مخالفة إلى شر - ويختلف حكم المخالفة بحسب موقعها:

هل هي في الشراء الموكل بشرائه أو الثمن

أ- المخالفة في الشراء الموكل بشرائه:

ينظر في المخالفة هل هي في جنس المبيع من حيث الأصل أو الغرض أو الصفة، أو العقد.

وقد ذهب الحنفية إلى أن العقد صحيح في حال المخالفة ولكنه يقع للموكل لأنه مشتر لنفسه وذهب المالكية إلى أنه صحيح موقوف على إجازة الموكل، وذهب الشافعية ومثلهم الحنابلة إلى أنه إذا كان الشراء بمال الموكل - فإنه باطل، أما إن اشترى في الذمة فيرى الحنابلة صحته

(١) سورة التوبة، الآية: (٩١).

للوكيل لا للموكل^(١).

ب- المخالفة في الثمن المشتري به:

إذا خالف الوكيل في الثمن، من حيث صفته (دراهم أو دنانير سابقاً، وعملات مختلفة حالياً) فالمالكية والإمامية يرون أن العقد موقوف، في حين يجعل الحنفية الشراء للوكيل ويرى الشافعية بطلان العقد..

أما إن كانت المخالفة في الحلول والتأجيل فإن اشترى بثمن مؤجل بدلاً من الحال فالشافعية والحنابلة والإمامية يرون أن العقد صحيح موقوف. ويرى الحنفية والمالكية أن الشراء للوكيل لا للموكل^(٢).

المخالفة في التمليك (البيع، التأجير):

المخالفة إلى خير؛ محل اتفاق، أما المخالفة إلى غير ذلك؛ كما لو وكله بالبيع حالاً فباع بالأجل؛ فيرى الحنفية والمالكية والإمامية أن العقد موقوف، ويرى الشافعية بطلانه.

أما الحنابلة ففي إحدى روايتين يصح تصرف الوكيل وينفذ على الموكل ويضمن الوكيل النقص إن باع بأقل مما حدد له. وحددوا الضمان بأنه الفرق بين الثمن الذي باع به وثمان المثل وليس ما حدده له بإطلاقه^(٣).

أما إن كانت المخالفة ببيع بعض المبيع دون جميعه، وكان مما لا يضره

(١) البدائع ٦/٢٩، والخرشي ٦/٧٣، ونهاية المحتاج ٥/٤٧، والمغني ٥/١٠٧.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المغني ٥/١٣٥-١٣٦.

التبعض، فلا مانع من ذلك أما إن كان يضره التبعض فعند الشافعية والحنابلة:
البيع باطل، وعند أبي حنيفة: نافذ على الموكل، وعند الصاحبين والمالكية:
موقوف^(١).



(١) البدائع ٢٩/٦، والخرشي ٧٤/٦، ومغني المحتاج ٢/٢٢٩، والإنصاف ٥/٣٧٩.

تعدد الوكلاء

يجوز أن ترد الوكالة على محل واحد لأكثر من وكيل دفعة واحدة، أو أن يوكل واحداً بعد الآخر؛ لأن ذلك قد تتطلبه حاجة الموكل بسبب طبيعة العمل أو التعدد.

والحكم في صلاحيات الوكلاء كالاتي:

١ - ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه إذا كان التوكيل في عقد واحد فيجب أن يتم التصرف بإجماعهم، واستثنى المالكية ما لو أذن الموكل بالانفراد. وأما إذا كان بعقود متعددة فلكل منهم أن يتصرف مستقلاً لأنه رضي برأي كل واحد منهما على انفراد حين توكيله لعدم اشتراطه اجتماع الوكيلين في التصرف واستثنى المالكية ما لو شرط الموكل اجتماعهم، واستثنى الحنفية في حالة العقد الواحد ما لو كان التصرف لا يحتاج للرأي من جميعهم مثل رد الوديعة وقضاء الدين^(١).

أما الشافعية والحنابلة والإمامية فقد ربطوا ذلك بما يراه الموكل من جعله للوكلاء حق الانفراد أو وجوب الاجتماع^(٢).

(١) ابن عابدين ٤/٤٠٩، والبدائع ٦/٣٢، والبحر لابن نجيم ٧/١٩٠، والدسوقي ٣/٣٩٢.

(٢) المهذب ١/٣٥١، والمغني ٥/٨٠، وتذكرة الفقهاء ٢/١١٦.

الوكيل أمين، وحكم ضمانه:

يد الوكيل يد أمانة على ما بيده للموكل من شيء أو ثمن إلخ لأن يده يد نيابة عن الموكل في كل ما تقتضيه بالوكالة ولأن الموكل أقام الوكيل مقام نفسه، ولأن الوكالة عقد إرفاق، وتعلق الضمان بها يخرجها عن مقتضاها وهذا الحكم باتفاق ما لم يتعد أو يقصر أو يخالف قيود الوكالة^(١).

ويترتب على ذلك قبول قول الوكيل في درء الضمان، وبطلان شرط الضمان ووجوب تسليم الوكيل ما بيده عند الطلب، ومنع الوكيل من استغلال محل الوكالة لصالحه فإذا خالف واستغله لنفسه يطبق عليه أحكام الغاصب، فعند الجمهور يضمن الأصل وأجرة المنفعة التي استغلها بخلاف الحنفية الذين لهم رأي خاص في المنافع حيث يضمن الأصل فقط مع ما لحقه من ضرر إذا وجد^(٢).

قال الميداني: (لا يصح ضمان الوكيل بالبيع الثمن عن المشتري، لأن حكم الوكيل أن يكون الثمن أمانة فلا يجوز نفي موجهه بجعله ضامناً).

وقال النووي: (يد الوكيل يد أمانة، وإن كان بجعل فإن تعدى ضمن ولا ينعزل في الأصل وقول الوكيل في تلف المال مقبول بيمينه، وكذا في الرد وقيل: إن كان بجعل فلا لأنه أخذ العين لمصلحة نفسه فكان كالمرتهن).

(١) ابن عابدين ٤/٤٤٨، والبدايع ٦/٣٤، والفتاوى الهندية ٣/٥٦٧، والخرشي ٦/٨١، والخطاب ٥/٩٠، والإقناع شرح أبي شجاع ٢/٤٥، والمغني ٥/٨٦، والقواعد لابن رجب ٦١، والروضة البهية ٤/٣٨٣.

(٢) شرح الهداية للمرخيناني ٤/٢٠، والخرشي ٦/١٣٧، ومغني المحتاج ٢/٢٨٦، والمغني ٥/٢٣٣، ٢٤٨، والمنهاج ١٧٠-١٧٤.

هذا، وإن القول قول الوكيل - بيمينه - في نفي الضمان عن نفسه لأن في غير ذلك ضياع حقوق الغير، فلو دفع الموكل مالا إلى الوكيل لقضاء دين، فادعى أنه دفعه وأنكر الدائن صدق الوكيل بيمينه. وأما الدين فإنه لا يسقط بل يحلّف الموكل كلاً من الوكيل والدائن فمن نكل عن اليمين ضمن المال.



التزامات وصلاحيات الموكل

أ- دفع الأجرة في الوكالة بأجرة:

وذلك عند إتمام العمل الموكل به وهذا هو وقت استحقاق الأجرة لأنها عوض عن العمل فلا تستحق إلا بتسليم ما وكل فيه إلى الموكل إن كان مما يمكن تسليمه، فإن كان وكيلاً بالتعاقد فيستحق الأجرة إذا أبرم العقد، فإن شرط في البيع تسليم الثمن إلى الموكل لم يستحق الوكيل الأجرة إلا بذلك^(١).

ب- دفع ثمن السلعة المشتراة بالوكالة إلى الوكيل:

فيما إذا دفعه الوكيل من ماله حيث إن له أن يرجع به على الموكل ويجوز للوكيل حبس محل الوكالة حتى يدفع إليه الموكل ما دفعه للبائع خلافاً للشافعية.

ج- دفع المصروفات التي تكلفها:

(الوكيل لتنفيذ الوكالة)^(٢).

صلاحيات الموكل:

أ- تحديد نوع الوكالة:

الموكل هو مصدر التفويض للوكيل، ولذا كان للموكل مطلق الحق في

(١) المغني ٧٨/٥.

(٢) الهداية ٣٧/٦.

بداية التوكيل بما يختاره الموكل من أنواع الوكالة، من إطلاق أو تقييد، وتوقيت أو عدمه، وتعميم أو تخصيص... إلخ.

ب- تعديل قيود الوكالة:

للموكل أن يعدل في نوع الوكالة أو قيودها، دون أن يؤثر ذلك على حقوق الوكيل وما سبق له التصرف به قبل التعديل. فقد يحول الموكل الوكالة من خاصة إلى عامة، أو العكس وهكذا^(١).

ج- عزل الوكيل:

من صلاحيات الموكل عزل الوكيل متى شاء إذا لم تكن الوكالة لازمة.



(١) المبسوط السرخسي ٦١/١٩.

انتهاء الوكالة:

تنتهي الوكالة بأحد الأمور التالية:

- ١- موت الموكل، أو فقدانه الأهلية، لأن بقاء الوكالة يعتمد قيام التفويض عن الموكل، وقد بطل.
- ٢- موت الوكيل أو فقدانه الأهلية واستثنوا الوكالة ببيع المرهون عند حلول الأجل^(١).
- ٣- عزل الوكيل نفسه في الوكالة دون أجره ولا ينفذ العزل إلا من وقت علم الوكيل واشتراط العلم فيه خلاف عن المالكية والحنابلة ولم يشترط الشافعية العلم بالعزل لأنه إذا نفذ بدون علمه لحق الضرر باتهامه بالكذب في التوكل، وتحمل الضمان لو دفع الثمن أو سلم المبيع فيما لو نفذ العزل دون علمه.
- ويترتب على العزل الامتناع عن التصرف وتحمل الضمان عند عدمه كما يشترط لنفاذ العزل عدم تعلق حق الغير بالوكالة كتوكيل العدل ببيع الرهن لتعلق حق المرتهن.
- ٤- عزل الموكل الوكيل، لأن الوكالة عقد غير لازم، ولأن الوكالة حق للموكل لا عليه.
- ٥- حصول الموكل فيه بتصرف الموكل فيما وكل به، قبل أن يوكل غيره بالشراء أو البيع لشيء ثم يشتريه الموكل أو يبيعه بنفسه، أو عن طريق

(١) البدائع ٦/٣٧-٣٩، والبحر الرائق ٧/١٧٢ و ١٩٤، وابن عابدين ٤/٥٨١، والخرشي ٦/٨٦، والمنهاج للنووي ٢/١٧١، ونهاية المحتاج ٥/٥٣، والمغني ٥/١١٣، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنيهوري ٥/٢٢٤.

وكيل آخر، فتبطل الوكالة لأنه لما تصرف فيه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت وكالته.

٦- فوات محل التوكيل، لهلاك السلعة الموكل ببيعها.

٧- انتهاء المدة في الوكالة المؤقتة بمدة.



القسم الثاني الفضالة

تعريف الفضالة، والفضولي:

الفضالة لغة هي التصرف في شؤون الغير دون توكيل منه أو نيابة عنه والفضولي من يشتغل بما لا يعنيه^(١). أما في الفقه فهو من يتصرف في حق الغير دون مسوغ شرعي، أي دون أن يكون مالكا، أو وكيلًا، ولم يكن نائبًا شرعيًا كالقاضي أو الولي والوصي^(٢).

وليس من مستلزمات الفضالة أن يكون العمل الذي يقوم به الفضولي ضروريًا وعاجلاً - كما هو المشترط في القوانين الوضعية^(٣) - كما أنه لا فرق بين التصريح من الفضولي بأن محل العقد هو مال الغير أو الظهور بأنه مال نفسه ما دامت نيته أنه يتصرف لصالح غيره.

(١) المصباح المنير، مادة (فضل).

(٢) العناية على الهداية ٥١/٧، ومغني المحتاج ١٥/٢، والبهجة شرح التحفة ٦٨/٢، والقوانين الفقهية ٢٥٨، ومغني المحتاج ١٥/٢، وفتح القدير ٣٠٩/٥، وكشاف القناع ١٥٧/٣٤، وحاشية ابن عابدين ٢١٠/٤.

(٣) الفضولي في الفقه غيره في القوانين الغربية وما استمد منها، فهو فيها من قام بحاجة ضرورية عاجلة لرب العمل تفضلاً منه فيرجع عليه بما انفق (مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنيوري ١٨٣/٤ أما في الفقه فكما ذكر أعلاه).

وكذلك لا فرق بين أن يعلم الطرف الآخر الذي يتعاقد معه الفضولي أن التصرف على أساس الفضالة أو لا يعلم. ففي جميع هذه الأحوال ينعقد البيع صحيحًا موقوفًا على إجازة الغير المتصرف في حقه^(١).

مشروعية الفضالة:

ذهب إلى صحة عقد الفضولي (بيعًا وشراء) الحنفية والمالكية وهو حكم بيع الفضولي على القديم للشافعية، ورواية غير المذهب للحنابلة. وذهب الشافعية في القول الجديد، والمذهب عند الحنابلة إلى أن بيع الفضولي باطل.

وأما الشراء بالفضالة فقد فرق الحنابلة بين أن يسمى المالك في العقد أو أن لا يسميه: فإن سماه فعلى الصحيح من المذهب لا يصح العقد. أما إن لم يسمه فعلى الصحيح أنه يصح وللشافعية تفصيلات مطولة في الشراء بالفضالة وهي تثول عند الترجيح إلى إبطال شراء الفضولي أيضًا.

وعند المالكية ما هو بمثابة الفضالة، ويسمونها (وكالة الحسبة) وهي غير واجبة وهي التصرف في مال الغائب بلا توكيل حفظًا له من الضياع قال الدردير: ويمكن مدع الغائب عن القاضي بلا توكيل إن خيف ضياع مال الغائب^(٢). وعليه فإن أحكام الفضالة سيقصر فيها على ما ورد عند الحنفية والمالكية غالبًا إلا إذا كان

(١) حاشية ابن عابدين ٢١٠/٤، وقد حقق هذه التسوية بين التصريح بأن مال الغير أو عدمه وبين أن ما في البدائع ١٤٩/٥١ مما يوهم خلاف ذلك - كما توهم ابن نجيم في البحر ١٥٠/٦ - إنما المراد به ما لو باع مال الغير من نفسه فهو الذي لا يصح، أما لو باع مال الغير إلى غيره وليس لنفسه، فهو صحيح موقوف على إجازة المالك.

(٢) البدائع ١٤٨/٥، وفتح القدير ٣٠٩/٥، والبحر الرائق ١٦٠/٦، والدسوقي ١١/٣، والخرشي ١٨/٥، والمجموع للنووي ٢٤٧/٩، ومغني المحتاج ١٥/٢، والفروع لابن مفلح ٣٦/٤، وكشاف القناع ١٥٧/٣.

للسافعية والحنابلة تفصيل في مسائل الإجازة أو الفسخ ونحوهما.

أركان أطراف الفضالة:

- أركان الفضالة كغيرها من العقد: الصيغة، والمحل والعاقدان، وفيها طرف ثالث وهو المتصرف في شأنه، وعليه فإن في الفضالة ثلاثة أطراف هي:
- ١- الفضولي، وقد سبق التعريف به، وهو أحد العاقدين البائع، أو المشتري إلخ.
 - ٢- المتعاقد مع الفضولي (البائع، أو المشتري إلخ).
 - ٣- الغير: وهو من يتصرف الفضولي في شأنه، وهو الذي يملك الحق في إجازة التصرف بالفضالة أو فسخه، لأنه هو المالك للمحل المتصرف فيه ولم تصدر منه وكالة للمتصرف، وليس هناك مسوغ شرعي للتصرف عنه بالنيابة كالولاية أو الوصاية أو القضاء.

صفة عقد الفضالة:

عقد الفضالة موقوف على الإجازة، وهو منعقد صحيح لكنه غير نافذ. وهو قابل للفسخ من المالك، كما أن حق الفسخ أيضًا ثابت للمشتري وللفضولي فيمكن للمشتري الفسخ تحررًا عن لزوم العقد إن أجازته المالك، ويمكن للفضولي الفسخ لأن الحقوق ترجع إليه فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه وهذا عند الحنفية. أما المالكية فالعقد بالفضالة لازم من جهة الفضولي والمشتري، وحق الفسخ مقتصر على المالك فقط^(١).

(١) البدائع ١٥١/٥، وفتح القدير ٣١٢/٥، والبحر الرائق ١٤٨/٦، والحطاب ٢٧٢/٤، والخرشي ١٨/٥.

ما تجري فيه الفضالة:

تجري الفضالة في جميع العقود التي فيها تملك وتمليك، سواء كانت من المعاوضات كالبيع والإجارة أم من التبرعات كالهبة والعارية والقرض.

الشراء والبيع بالفضالة (مثالاً للمعاوضات):

تختلف الاتجاهات الفقهية في التصرف عن الفضولي ما بين أن يكون التصرف شراءً أو بيعاً وقد سوّوا بين البيع والإجارة لأنها بيع منفعة.

وحكم الشراء بالفضالة يتفق مع حكم الاستتجار، وقد فرق الحنفية بين الاستتجار والإيجار - كما سبق - في حين سوى غيرهم بينهما في الحكم.

وقوع الشراء والبيع بالفضالة في التطبيقات المصرفية:

إذا كان وقوع البيع بالفضالة نادراً في تطبيقات المصارف فإن الشراء بالفضالة يقع في التطبيقات المصرفية أحياناً، وذلك عندما يتسرع عميل جديد لا يعرف شروط المرابحة للأمر بالشراء، أو أحد العملاء ذوي التعامل السابق مع المؤسسة المالية الإسلامية اعتماداً منه على أن تعامله كله معها فيشتري السلعة التي يريد أن يتم تمويله بها عن طريق المصرف، وذلك قبل الحصول على توكيل من المصرف وقد يكون قد أفضى برغبته إلى الموظف المختص وعلم بقبول التعامل معه مبدئياً ثم يأتي إلى المصرف ويخبره بما فعل.

وقد جرى العمل على التأكد من قصد العميل، وبعدم شرائه السلعة لنفسه (وليس الدافع له للتصرف عجزه عن أداء ثمنها) فيصار حينئذ إلى تطبيق مبدأ الفضالة مع بقاء ذلك الإجراء في أضيق نطاق، وتحذير العميل من التكرار.

وهذا الإجراء له ما يسوغه وهو قاعدة تصحيح تصرف المسلم كلما أمكن

ذلك^(١).

(١) فتح القدير ٦ / ٤٣٧.

البيع بالفضالة:

نبدأ بالكلام عن البيع بالفضالة لأن الخلاف فيه موجز فقد ذهب الحنفية والمالكية، وهو رواية عند الحنابلة، إلى أن الشراء بالفضالة صحيح وينعقد به العقد موقوفاً على إجازة المتصرف عنه.

فإن أجاز، وإلا يقع الشراء عنه. وذهب الحنابلة والشافعية في المعتمد إلى أن البيع بالفضالة باطل ولا ينقلب صحيحاً ولو أجازه المالك^(١).

الشراء (أو الاستتجار) بالفضالة:

الشراء بالفضالة، ومثله الاستتجار عند الحنفية الذين فرقوا - دون غيرهم - بين حكمه وحكم الإيجار - فيه اختلاف فقهي أوسع مما سبق بشأن البيع بالفضالة.

فذهب الشافعية والحنابلة في الصحيح إلى أن الشراء بالفضالة باطل، وفرق الحنفية بين إضافة الفضولي العقد إلى نفسه حيث ينعقد الشراء صحيحاً للفضولي وليس للغير ولا يحتاج إلى إجازة الغير وبين ما إذا إضافه إلى الغير حيث ينعقد للغير موقوفاً على إجازته وعللوا هذه التفرقة بأن الأصل في العاقد إضافة العقد إلى نفسه فينفذ على الفضولي ولا تتوقف صحته على الإجازة.

أما في حالة إضافته للغير فلا بد من الإجازة ويكون العقد في صالح الغير^(٢).

الهبة (مثالاً للتبرعات) بالفضالة:

ذهب الحنفية، وهي رواية عند المالكية، إلى أن الهبة بالفضالة صحيحة موقوفة

(١) الموسوعة الفقهية / ١٧٢، ومن مراجعها: البحر الرائق لابن نجيم ٦ / ١٦٠، والدسوقي

٣ / ١٢، ونهاية المحتاج ٣ / ٣٩٠، وكشاف القناع ٣ / ١٥٧.

(٢) المرجع السابق، مع زيادة المراجع التالية: الفتاوى الهندية ٣ / ١٥٢، وجامع الفصولين

١ / ٣١٧، والروضة للنووي ٣ / ٣٥٣.

على إجازة المالك.

وذهب الحنابلة والشافعية وهو المشهور عند المالكية إلى أنها باطلة وسبب تفریق المالكية (القائلين بالجواز في البيع بالفضالة) بين البيع والهبة مع أن كليهما تمليك هو أن البيع تمليك في نظير عوض أما الهبة فهي تمليك مجاناً، ويستحيل على المرء تمليك ما لا يملك^(١).

وتقع الهبة بالفضالة كثيراً في التطبيقات المصرفية حيث يتبرع مجلس الإدارة في المؤسسة أو المديرون بمبالغ محددة ثقة منهم بالموافقة اللاحقة من المساهمين الذين يتم إعلامهم من خلال بيانات الميزانية وإيضاحاتها.

الإجازة:

تعريف الإجازة:

الإجازة: تصرف قولي أو فعلي يدل على الرضا بنفاذ العقد الموقوف.
والقول الدال عليها إما أن يكون صريحاً مثل: أجزت العقد أو رضيت به وإما أن يكون بالدلالة مثل قوله: أحسنت وأصبحت ونحو ذلك.
والتصرف الفعلي الدال على الإجازة مثل قبضه الثمن وكذلك التصديق به لأن ذلك يعتمد على المالك ولا يحصل له إلا بالإجازة^(٢).

شروط الإجازة:

يشترط لصحة إجازة التصرف بالفضالة ما يأتي:

- (١) الموسوعة الفقهية ١٧٦، ومن مراجعها البدائع ٨ / ٣٦٧٩، والدسوقي ٤ / ٨٧، ومغني المحتاج ٢ / ١٥، وكشاف القناع ٤ / ٣٥٢.
- (٢) جامع الفصولين ١ / ٣١٥، وفتاوى قاضيخان ٢ / ١٧٤.

- ١- أن يكون العقد موقوفاً، فلا تلحق الإجازة المفسوخ^(١)، ولا يحتاج إليها العقد النافذ.
- ٢- توافر أطراف العقد وهم البائع والمشتري والمالك والمبيع^(٢) ولا يشترط قيام الثمن إن كان نقدًا بخلاف ما لو كان عرضاً وهذا مذهب الحنفية ولا يشترط المالكية وجود المبيع ولا وجود المالك، بل تتول الإجازة لو ارثته^(٣).
- ٣- أن يكون للتصرف مجيز وقت إبرام التصرف لأنه بذلك يمكن تصور الإجازة فإن لم يكن له مجيز في الحال كان باطلاً. وهو متفق عليه^(٤).
- ٤- ألا يكون المالك حاضراً في أثناء العقد. وهذا عند الحنفية والمالكية وهم يرون نفاذ العقد - أو الشافعية فيرون ذلك مبطلاً للعقد، والحنابلة لا أثر عندهم لحضور المالك، فيظل العقد موقوفاً إلى أن تحصل الإجازة والرد^(٥).

وهناك شرطان انفرد بهما الحنفية دون غيرهم من المذاهب وهما:

- ١- ألا يجد التصرف نفاذاً على العاقد نفسه. (الفضولي) فإذا وجد نفاذاً عليه لا يكون موقوفاً على الإجازة.

(١) جامع الفصولين ١/٣٢٤.

(٢) البدائع ٥/١٥١، وحاشية ابن عابدين ٤٨/١٩٣، وفتح القدير ٥/٣١٢.

(٣) الخطاب ١/٣٥.

(٤) البدائع ٥/١٥١، والخطاب ٤/٢٦٩، وشرح الوجيز للرافعي ٨/١٢٣، والفروع لابن مفلح ٤/٣٦.

(٥) الكافي لابن قدامة ٢/٢١.

٢- ألا يشترط الفضولي الخيار للمالك على ذلك بإذن الخيار له بدون الشرط فيكون شرطاً مبطلاً.

حكم الفضالة قبل الإجازة:

عقد الفضالة قبل إجازته من صاحب الحق المفتأت عليه عقد صحيح ولكنه موقوف فلا أثر له إلا بعد إجازة التصرف بالفضالة لأن له وجود عقدي، لكن أثره متوقف. ويترتب على ذلك عدم انتقال الملك، فلا يملك المشتري المبيع، ولا يلزم المشتري بالثمن.

وهذا مذهب الحنفية والمالكية وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة لأن الأصل إيصال الحكم بالسبب، والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقيفه^(١) وخالف في ذلك الشافعية ومحمد بن الحسن فهو غير منعقد، لانعدام الولاية^(٢).

قال في فتح القدير: «بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد، وهو الملك، لانعدام الولاية. وعندهما يوجب موقوفاً، لأن الأصل اتصال الحكم بالسبب، والتأخير لدفع الضرر عن المالك، والضرر في نفاذ الملك، لا في توقيفه».

ويترتب على كون تصرف الفضولي موقوفاً لأنه إذا هلك المبيع عند المشتري قبل الإجازة فللمالك الخيار في تضمينه أو تضمين الفضولي فإن ضمّن

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٦/١٥٠، وابن عابدين ٤/٢١٠، وفتح القدير لابن الهمام ٥/٣١٦، وشرح البهجة لزكريا الأنصاري ٢/٤٠٦، والمغني لابن قدامة ٤/٢٠٥، والإنصاف للمرداوي ٤/٢٨٣، والقوانين الفقهية لابن جزي ٢٤٦، وبداية المجتهد ١٤٣/٢.

(٢) المهذب للشيرازي ١/٢٦٢، والوجيز للغزالي ١/١٣٤، وفتح القدير ٥/٣١٦.

أحدهما برئ الآخر، فإن اختار تضمين المشتري بطل البيع لأنه يرجع عليه بالقيمة لا بالثمن، وكأنه انتزع العين منه ولم يجز البيع فبطل ويرجع المشتري على الفضولي بالثمن. وإن اختار تضمين الفضولي، فإن كان قبضه للعين مضموناً فيكون تصرفه صادرًا عن الملك السابق للبيع فينفذ ويرجع الفضولي على المشتري بالثمن وإن كان قبضه لها قبض أمانة فيكون تصرفه وهو غير مالك، والضمان لاحق للبيع فلا ينعقد بيعه ويرجع الفضولي على المشتري بالقيمة^(١).

حكم الفضالة بعد الإجازة:

بحصول الإجازة من المالك يصح العقد بالفضالة نافذًا بعد أن كان موقوفًا وذلك لأن «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة» وبهذا يصير الفضولي كالوكيل، ونطبق عليه جميع أحكام الوكالة وينفذ البيع مستندًا (بأثر رجعي) إلى وقت صدور العقد لا إلى وقت صدور الإجازة.

حكم الفضالة بعد الفسخ:

إذا فسخ المالك العقد فإنه يبطل، ولا يستطيع المالك إجازته بعد ذلك، بل يمكنه عقده ابتداءً، فلو كان المبيع هالكًا عند الفسخ فعلى المشتري رد قيمته. وإذا كان المشتري قد سلم الثمن (المعين) إلى الفضولي وهلك فإنه يهلك أمانة وإذا سكت المالك ظل العقد موقوفًا إلى أن يجيز أو يفسخ وعند المالكية إن سكت عامًا اعتبر سكوته إجازة^(٢).



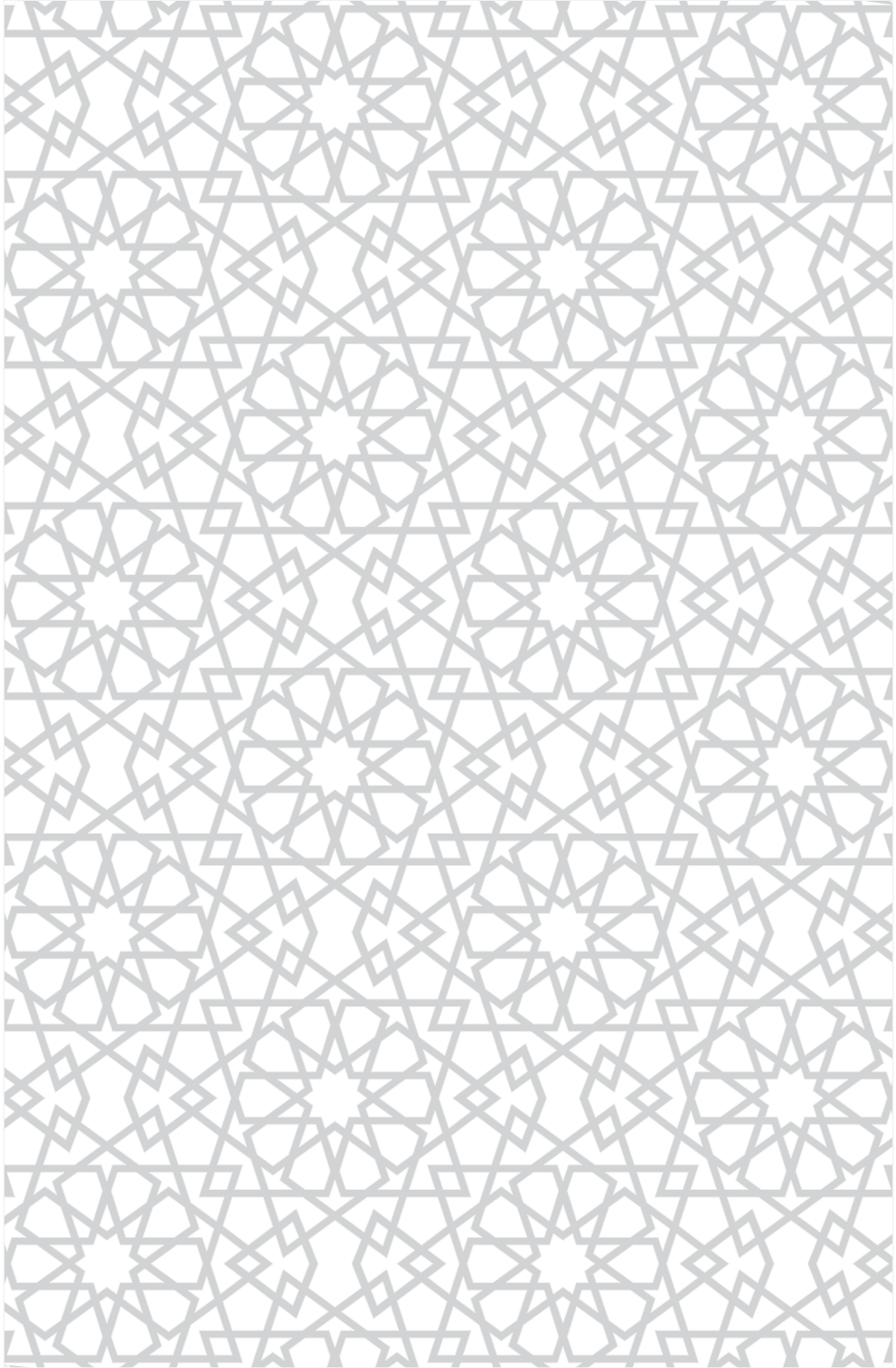
(١) فتح القدير ٣١٦/٥، والبحر الرائق ١٤٩/٦.

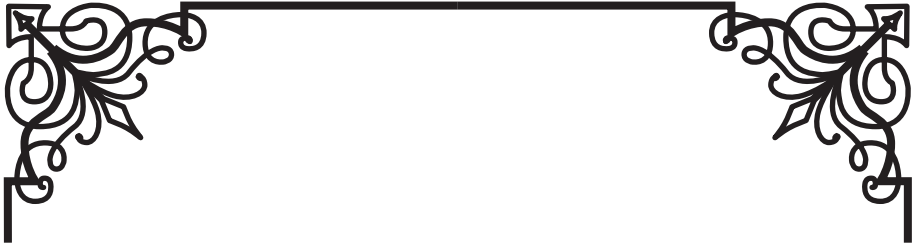
(٢) البحر الرائق ١٤٧/٦-١٥٢، والدسوقي ١٢/٣، والحطاب ٢٦٩/٤، والخرخشي ١٧/٥.

التَّمويلُ المِصرِفِيُّ المُجمَعُ

إِعْدَادُ

الدكتور أحمد محيي الدين أحمد





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تمهيد

ظهر أسلوب التمويل المصرفي المجمع فيما عُرف بسوق الإقراض المصرفي الدولي^(١) وهي (سوق القروض متوسطة الأجل بالعملة الدولية *Euro-currency*، على أساس سعر فائدة متحرك يحدد غالبًا كل ستة أشهر، وتمارسه عادة المصارف الدولية)^(٢).

ومن هذا التعريف يتبين لنا أهم خصائص هذه السوق وهي:

- ١- إن المقرض هنا مجموعات مصرفية.
- ٢- عمليات الإقراض ذات أجل متوسط.
- ٣- العملات التي تُستخدَم في الإقراض عملة دولية كالدولار أو الجنيه الإسترليني أو المارك الألماني.
- ٤- يصل متوسط القرض إلى ٢٠-٥٠ مليون دولار، وقد تصل بعض القروض إلى أرقام تزيد عن الـ ١٠٠ مليون دولار^(٣) ونظرًا لهذه

(١) *Euro - credit market*

(٢) حكمت شريف - استثمار الأرصدة العربية، ص ٢٦.

(٣) محمد نبيل إبراهيم - الاتجاهات الحديثة في أساليب التمويل الدولية، ص ١٢ =

الأحجام الكبيرة مع زيادة أعمارها كان لا بد أن تشترك مجموعة من البنوك في تغطية القرض وتسمى هذه المجموعة (كونسورتيوم)^(١) وهي مجموعة من البنوك التجارية خرجت في نشاطها الائتماني عن المفهوم التقليدي للبنك التجاري الذي يمنح قروضاً قصيرة الأجل وجمعت بين أنشطة البنوك التجارية وبين أنشطة بنوك الاستثمار.

أسلوب الإقراض في سوق الإقراض المصرفي الدولي:

كما ذكرنا فإن متوسط حجم القرض في هذه السوق يُعدُّ كبيراً، الأمر الذي حتمَّ ضرورة توزيعه بين مصارف الكونسورتيوم، ويتم هذا التوزيع - بأسلوبين أساسيين هما:

الأسلوب الأول: وهو أسلوب المشاركة حيث يتولى أحد المصارف التعهد بالقرض برمته إزاء المقترض، ثم يقوم بعد ذلك بعرض الاشتراك في تمويل القرض على عدد من المصارف بموجب شهادات اشتراك قد تكون قابلة للتداول بين المصارف^(٢)

الأسلوب الثاني: وهو الأسلوب الأكثر شيوعاً، وهو التجمع المصرفي المباشر^(٣) وهو تجمع مباشر لمجموعة البنوك مانحة القرض حيث يتولى المصرف

= وينظر: آمال التبجاني على - الأشكال والتجديد في الأسواق المالية الدولية - مأخوذ من دليل المستثمر في سوق السندات ص ٧٩.

(١) *Multi_national consortium banks.*

ينظر: أحمد فهمي الإمام - أسواق الأوراق المالية في البلاد العربية، ص ٥٠، ٥١.

(٢) لمزيد من التفصيل عن إجراءات الاشتراك هذه راجع: حكمت شريف - استثمار الأرصدة العربية - المرجع السابق ص ٢٨، ٢٩.

(٣) *Straight syndication.*

المنظم إدارة العملية ويختار المجموعة المصرفية المشتركة معه في تغطية القرض ويحتفظ لنفسه بحصة تعادل عادة ١٠ - ٢٠٪.

شروط عقد القرض في الإقراض المصرفي الدولي:

يعتبر سعر الفائدة لمعظم قروض سوق الإقراض المصرفي مُعَوَّمًا ويُحدد على أساس سعر الفائدة بين البنوك في لندن لمدة ستة أشهر وَيُطَلَقُ عليه اصطلاح ليبور *Libor* إلا أنه تجدر الإشارة إلى اتجاه تدريجي حديث نحو تثبيت سعر الفائدة، وقد ظهر هامش جديد يُضاف إلى سعر الفائدة ويتوقف مقداره على قدرة المقترض ويتراوح عادة بين ٥, ٢ - ٣, ٨ ٪، من قيمة القرض ويهدف إلى الإسهام في تغطية مخاطر القرض كما يهدف إلى تغطية فروق أسعار الفائدة إذا احتاجت البنوك الممولة لأموال إضافية لتمويل تجديد هذه القروض^(١)، كذلك تتضمن اتفاقية القرض إعطاء الحرية في اختيار عملة الإقراض أو حق تغيير عملة القرض بشرط أن تكون العملة الجديدة متوافرة في السوق المالية، إذ إن الاختيار الحكيم لنوع العملة سيقبل جوهرياً من تكلفة القرض بالنسبة للمقترض، حيث يمكنه تخفيض دفع فوائد عن عملة ما قد يكون سعرها مرتفعاً لأي سبب كان^(٢).

وتحتوي عقود بعض القروض على حق المقترض في السداد قبل حلول الأجل بعد دفع غرامة محددة متفق عليها ويُمكن وجود هذا الشرط المقترض من اللجوء إلى الأسواق والاقتراض من جديد لتسديد القرض إذا ما كانت الأسعار السائدة تقرر جدوى مثل هذا التصرف^(٣).

(١) محمد نبيل إبراهيم - الاتجاهات الحديثة في أساليب التمويل الدولية ص ١٢.

(٢) أحمد فهمي الإمام - أسواق الأوراق المالية في البلاد العربية، ص ٥٢.

(٣) حكمت شريف - استثمار الأرصدة العربية ص ٣٠.

٣- مدة القرض:

تختلف مدة القرض حسب حاجة المقترض وظروف السوق وهي غالبًا ما بين ٣ - ٥ سنوات إلا أن بعض التطورات في هذه السوق أدت إلى تطويل آجال القرض حيث وصل بعضها إلى ١٥ عامًا.

هذه العملية شديدة الشبه كذلك بما يعرف بسوق السندات الدولية وتعرف بأنها (سندات مقومة بعملة تختلف عن عملة البلد أو البلدان التي يباع فيها القسم الأكبر من هذه السندات عند إصدارها)^(١).

وقد يكون من المفيد أن نتعرض سريعًا لبعض ملامح هذه السوق لأن إجراءاتها ولامحها الأساسية يمكن الاستفادة منها في تطوير عمليات التمويل المصرفي المجمع في البنوك الإسلامية.

لا يلجأ المقترضون إلى سوق السندات الدولية إلا بعد الموازنة والترجيح بين جميع الفرص المتاحة^(٢) فإذا فرضنا أن نتيجة الموازنة والترجيح أيدت اتخاذ القرار بالاقتراض من أسواق السندات الدولية، تكون الخطوة التالية الاتصال بالجهات المتخصصة^(٣) في هذا النوع من التعامل المالي، فإذا اقتنع الطرفان بجدوى دراسة الأمر فإن البيت المالي يقوم بدراسة عملية للجوانب التالية:

- (١) جان س، هو جدرن، الاقتصاد الدولي الحديث، ص ١٧٣.
- (٢) يمكن للحكومات مثلًا اللجوء إلى زيادة الضرائب، طرح قرض داخلي، زيادة إصدار النقود - اللجوء إلى المصارف الأجنبية - وهناك الموازنة الخارجية.. إلخ. كما يمكن للشركات أن تقترض من المصارف المحلية والأجنبية، زيادة رأس مالها بطرح أسهم جديدة، حجز الأرباح المحققة - إلخ.
- (٣) اختيار هذه الجهات يعتمد على عدة اعتبارات منها مثلًا: التعامل السابق، الاتصالات الشخصية، مبادرة من بيت مالي معين - إلخ.

- (أ) الأوضاع السياسية والاقتصادية للدولة طالبة القروض.
- (ب) الأوضاع السائدة في السوق المالية الدولية ومدى تقبل طرح إصدار^(١) جديد.
- (هـ) توقيت العملية والشروط المحتملة لها.
- (ح) العملة الأنسب للإقراض بها.
- (هـ) أهلية المقترض لمباشرة الاقتراض وأحواله المالية وقدرته على الوفاء بما سوف يرتبط به من التزامات.
- (و) الغرض الذي سوف تخصص له حصيلة القرض.
- (ز) الضمانات التي يمكن الحصول عليها.
- (ح) هل من الملائم طرح الإصدار على الجمهور في صورة إصدار أو قصره على عدد من المؤسسات في صورة توظيف خاص^(٢).
- إذا كانت الدراسة السابقة أيدت متابعة الأمر فإن على البيت المالي المعني أن يركز على بعض المسائل المهمة والتي ينبغي البت بشأنها وهي:
- أ- أوصاف القرض من حيث الحجم وعملة الإصدار.
- ب- توقيت الإصدار.
- ج- سعر الإصدار.
- هـ- تحديد البيوت المالية الأخرى التي سوف تشارك في العملية.

(١) نعي بالإصدار هنا مجمل القرض الذي سوف يجمع من الممولين.

(٢) زكريا نصر - مدخل إلى سوق السندات الدولية، ص ٣٨.

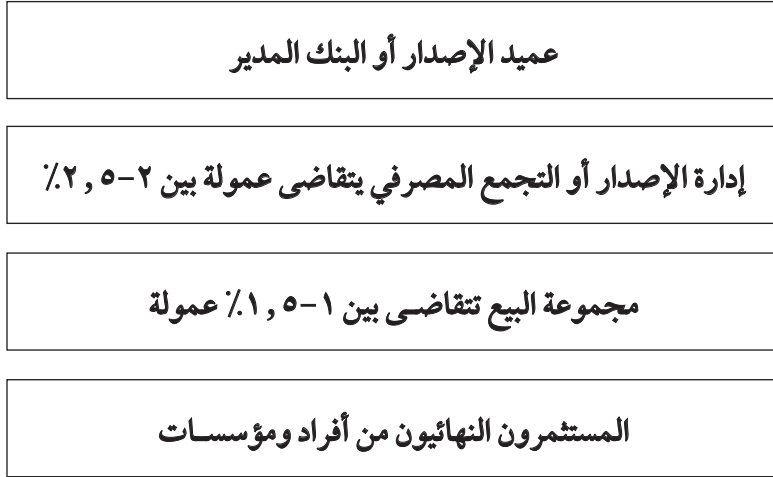
فإذا وصل الأمر إلى تحديد أولي لأهم المسائل المطروحة واتفق البيت المالي مع المقترض على تولي عملية الإصدار فإن هذا البيت يُسمّى (عميد الإصدار)، ويسميه البعض البنك المدير ويطلق على البيوت المالية التي يرى عميد الإصدار دعوتها للمشاركة في إنجاز الإصدار اسم (إدارة الإصدار) ويسمونها البعض (التجمع المصرفي).

يتم بعد ذلك اتفاق بين عميد الإصدار وزملائه في إدارة الإصدار على المضي في تنفيذ العملية ويتبلور ذلك في خطاب يرسله عميد الإصدار باسمه واسم زملائه إلى المقترض يخطره فيه بقبول تولي الإصدار على أساس شروط معينة.

يجري بعد ذلك تشكيل ما يسمى (بمجموعة البيع) التي تتألف من عدد أكبر من المصارف والوسطاء على مستوى دولي حيث يُوزَّع الإصدار بينهم مقابل عمولة معينة تدفعها إدارة الإصدار وتتراوح بين ١ - ٥ ، ١ ٪ مما تتقاضاه إدارة الإصدار من المقترض، وفي النهاية فإن مجموعة البيع هذه هي التي تتولى تسويق الإصدار إلى المستثمرين النهائيين من الأفراد والمؤسسات.



شكل بياني يوضح التسلسل الهرمي في سوق الإصدار



وتعتبر عملية الإصدار قد تمت نهائياً في تاريخ يعرف بتاريخ الإقفال وهو التاريخ المحدد لدفع مبلغ القرض - مخصصاً منه العمولات المستحقة - إلى المقترض الذي عليه أن يسلم السندات ويُعتبر هذا التاريخ هو الأساس الذي يبدأ منه احتساب الفوائد وأقساط السداد^(١).

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أنه يحق لمدير الإصدار إغلاق الإصدار قبل الموعد المحدد في حال انتهاء عمليات الاكتتاب والبيع مبكراً كما يحق له رفع مبلغ الإصدار الإجمالي أو خفضه حسب ظروف السوق، بل يحق له سحب الإصدار كله دفعة واحدة دون سابق إنذار كما حدث مؤخراً لعدة إصدارات مهمة بالدولار الأمريكي^(٢).

(١) ينبغي التنبيه إلى أن مدير الإصدار يحتفظ بجزء من السندات حتى تتاح له الفرصة للتدخل لتنظيم سوق السندات وتجنب اضطرابها. زكريا نصر - مدخل إلى أسواق السندات الدولية، ص ٤٠.

(٢) مجيب أسطواني - الخدمات المصرفية الدولية الحديثة - المرجع السابق ص ٩٠.

وسوف نحاول وبعبارة دراسة إمكانية تطبيق هذه التقنية المصرفية التقليدية وفق شروط وصيغ شرعية.



مدى حاجة المصارف الإسلامية إلى استخدام صيغة التمويل المصرفي المجمع

إن الحاجة إلى استخدام هذا الأسلوب في البنوك الإسلامية تنبع من عدة قضايا منها:

- ١- ضخامة حجم التمويل المطلوب لبعض العمليات بما يفوق قدرة مؤسسة مالية واحدة على توفير الأموال اللازمة لها. أو قد يعرض البنك لمخالفة قواعد الحذر المعتمد من قبل السلطات النقدية.
- ٢- منح التمويل لمؤسسات تمارس نشاطها خارج مقر المؤسسة المالية التي تقود عملية التمويل بما يتطلبه ذلك من شركاء محليين ذوي خبرة بوضع المؤسسة طالبة التمويل.
- ٣- توزيع مخاطر العملية.
- ٤- قد يكون طالب التمويل غير معروف في الأوساط المالية مما يشكل عقبة في تقدير أهليته في الحصول على التمويل اللازم، ويسهل وجود مجموعة من المصارف تعتمد على مجموعة واسعة من المعايير لتقدير أهلية الحصول على التمويل، أمر منح التمويل.
- ٥- تطور دور المؤسسات المالية الإسلامية في تمويل الحكومات والمؤسسات الكبرى.

- ٦- عدم استفادة المؤسسات المالية الإسلامية من التعامل مع الممولين الدوليين في سوق الإقراض المصرفي أو في سوق السندات الدولية لأن التعامل معها مبني على أسعار الفائدة الثابتة أو المعومة.
- ٧- حتى تتمكن المصارف الإسلامية من تمويل البنية الأساسية عن طريق عقود البناء - التشغيل - التحويل الـ BOT التي باتت سمة تمويلية حديثة.
- ٨- زيادة درجة التعاون والتكامل بين المصارف الإسلامية وإقامة علاقات ثانوية على هامش التمويل.
- ٩- يمكن التمويل المشترك أو المجمع بعض البنوك والمؤسسات المالية التي تجد صعوبات في بناء علاقات مصرفية طويلة ودائمة خارج أسواقها التقليدية من فتح مجالات استثمارية جديدة وبالتالي تحسين مردودها. في وقت احتدمت فيه المنافسة الداخلية والخارجية.
- ١٠- استفادة البنوك من بعضها البعض في مجال تحليل وتقييم المشاريع وخاصة البنوك التي تعوزها الخبرة الفنية إذ بإمكانها التعرف - على خبرة البنوك المتمرسنة في الميدان حيث توجد تقنيات حديثة لاختصار مدة تقويم المشاريع ومتابعتها ليست في متناول كل البنوك والمؤسسات المالية وبالتالي يكون التمويل المشترك أو المجمع مناسبة للاطلاع بشكل دائم ومتواصل على المستجدات في مجال المعاملات المالية والمصرفية وتقنيات الخدمات الجديدة المتعامل بها دولياً^(١).



(١) ينظر: عبد الستار الخويلدي، التمويل المصرفي المجمع، دراسة قانونية ص ٣.

تاريخ استخدام المصارف الإسلامية لصيغة التمويل المصرفي المجمع

ذكرت بعض المصادر أنه قد تم تقديم التمويل المصرفي المجمع بطريقة إسلامية لأول مرة في بنك فيصل الإسلامي بالبحرين بتمويل حجمه ٥٠ مليون دولار عبارة عن تسهيلات تجارية قصيرة الأجل لمؤسسة مصافي البترول التركية (بتراك) في أغسطس ١٩٨٧م، ثم أتبع ذلك تمويل آخر لمؤسسة تصدير القطن الباكستانية المحدودة في كراتشي في سبتمبر في عام ١٩٨٧م، ومنذ ذلك الحين أنهى بنك فيصل الإسلامي المصري حوالي ٢٢ معاملة تمويل مجمع إسلامية شارك فيها حوالي ٥٦ مؤسسة مالية إسلامية وتقليدية.

ولقد قامت مؤسسات أخرى بترتيب تمويلات مجمعة - خاصة البنك الإسلامي للتنمية ومجموعة البركة المصرفية - وإن لم تكتسب التجربة حتى الآن النمط الدولي السائد من حيث وجود مبادئ وقوانين دولية وأعراف تخضع لها هذه التمويلات مما جعلها رهين الممارسات الميدانية والأعراف البنكية^(١).



(١) امتياز أحمد *Islamic syndicated finance, institute of banking and insurance London*

الصيغ التمويلية الإسلامية التي يتم على أساسها عمليات التمويل المصرفي المجمع

سوف نستعرض مختلف الصيغ التي تمكن المؤسسات المالية الإسلامية من الاستفادة من تلك التقنية المصرفية، وسوف لن نتعرض لأي شرح أو توضيح لتلك الصيغ من حيث تعريفها وأحكامها الفقهية وأدلة مشروعيتها ونحو ذلك، فهي معروفة ومهضومة ولكن سوف نركز على كيفية الاستفادة من كل صيغة من هذه الصيغ فيما نحن بصدد، وكذلك سوف نثير بعض القضايا المتعلقة باستخدام هذه الصيغ في التمويل والإشكاليات الفنية والشرعية التي قد تلازم ذلك الاستخدام.

يستسهل البعض إيراد صيغة المضاربة أو المشاركة أو الإجارة أو الاستصناع أو الوكالة أو السمسرة كصيغ يمكن استخدامها في عمليات التمويل المصرفي المجمع، ولكن من المهم أن نفصل في كيفية استخدام هذه الصيغ من ناحيتين:

١- العلاقة الأولى التي تربط طالب التمويل بالمصرف القائد أو المصرف المدير.

٢- العلاقة الثانية التي تربط المدير بشركائه أو وكلائه من المصارف الأخرى وهي علاقة قد تكون مرتبطة بالعلاقة الأولى أو منفصلة عنها كلياً.

وقد تصلح بعض هذه الصيغ من ناحية فنية مع إحدى العلاقتين ولا تصلح للعلاقة الأخرى، فعلى سبيل المثال يمكن أن تكون العلاقة التي تربط طالب التمويل بالمصرف المدير أو القائد علاقة استصناع بينما ستكون علاقة المصرف القائد بباقي المصارف المشتركة في تدبير التمويل علاقة مشاركة أو مضاربة أو وكالة أو استصناعاً موازياً بعد إبرام استصناع مع طالب التمويل.

وعليه فسوف نستعرض إمكانية استخدام كل صيغة من هذه الصيغ في جانبي العلاقة.

ولقد استبعدت من الصيغ ما أورده البعض كالجعالة لأن أنشطة المصارف المعاصرة وعلاقتها المالية ليس من بينها من يقوم بنشاط دون عائد مباشر مخطط له، أو أن يقوم بتنفيذ أنشطة تكلفه أموالاً دون تعاقد مسبق على مقابل معين بعد احتساب التكلفة، كذلك اعتبرت أن السمسرة والوكالة بمفهوم واحد في المعاملات المصرفية الحديثة، ولكن أبقيت على إمكانية استخدام عقد الإبضاع الذي يطبق حيث لا يأخذ المدير الشريك زيادة عن حصة نصيبه من التمويل.



أولاً استخدام صيغة المشاركة في التمويل المصرفي المجمع

إذا ركزنا على أن النشاط المصرفي المجمع إنما هو نشاط تمويلي بالأساس فإن إمكانية استخدام صيغة المشاركة (في الجزء الأول من العلاقة وهي التي تربط مدير أو قائد التمويل (أصيلاً أو وكيلاً) بطالب التمويل محدودة جداً، ولا يأتي طالب التمويل عادة للمصرف لكي يشاركه بقدر ما يأتي ليموله إلا في حالات معينة يملك فيها طالب التمويل أرضاً يطلب بناءها مثلاً وتنشأ شركة في هذه الحالة يكون حصة العميل فيها قيمة أرضه، ونصيب باقي الشركاء حصتهم في التمويل وهي حالات محدودة.

وهناك حالات أخرى لتمويل رأس المال العامل وذلك بدخول الشركة طالبة التمويل بأصولها الثابتة والمتداولة كحصة لها في المشاركة، وتكون حصة البنك الممول هي المبلغ الذي يتحدد بسقف ويكون السحب في حدوده ويوضع تحت تصرف الشركة طالبة التمويل. ويكون طالب التمويل مضارباً وشريكاً بقيمة أصوله ويقسم الربح أو الخسارة على الطرفين بنسبة نصيب كل في المشاركة، ثم يأخذ المضارب (الشركة) النسبة المتفق عليها من ربح البنك على أن تحدد قيمة الأصول عند بدء الدخول في عقد

المضاربة ويكون البنك شريكاً بنسبة حصته في جميع أصول الشركة الثابتة والمتداولة وتجري الأحكام تبعاً لذلك^(١).

إذن فإن علاقة الشراكة تنشأ عادة بين قائد التمويل أو الإصدار وباقي المصارف المدعوة للمشاركة في العملية، فإذا كانت العلاقة الأولى علاقة مضاربة - وهذا نادر أيضاً - فإن البنك مدير الإصدار يعرض على المصارف الأخرى تدبير التمويل اللازم ويكون كل واحد من تلك المصارف رب مال يأخذ نصيبه من الأرباح حسب الاتفاق وحصته من الخسارة بنسبة رأسماله في مال المضاربة.

وإذاً فبالرغم من أن العلاقة الأساسية بين مجموعة المصارف الممولة (أرباب المال) وطالب التمويل (المضارب) علاقة مضاربة يتقاسمون فيها الربح مع العامل بحسب الاتفاق، ويتحملون الخسارة إن حدثت، إلا إن العلاقة بين الممولين أنفسهم علاقة شراكة تحكمها قواعد الشركات في الفقه الإسلامي.

ولأن تمويل المصارف الإسلامية لعملائها يتم عادة بإحدى الصيغ التالية وهي المرابحة أو الإجارة أو الاستصناع أو السلم أو البيع الآجل فغالباً ما تنشأ العلاقة الأساسية بين العميل طالب التمويل وبين مجموعة المصارف الممولة وفق إحدى تلك الصيغ، ثم يقوم المصرف المدير وبعد التفاوض مع العميل حول مواصفات وشروط التمويل وحجمه وموعد السداد والضمانات المتاحة بعرض الأمر على مجموعة المصارف في شكل دراسة جدوى تتضمن كل ما يتعلق بالعملية، حيث يقوم كل مصرف بتحديد حصته في المشاركة، ويتفق الشركاء على صيغة لمتابعة الاستثمار، هل تقوم بها لجنة مشتركة، أم يتم تفويض البنك القائد أو المدير بمتابعة الاستثمار والتحصيل، فإذا اشتركت كل المصارف الممولة في متابعة الاستثمار فالأمر في غاية السهولة والبساطة فهي مشاركة عادية وفق أحكام شركة العنان.

(١) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي ١٤٠٣-١٤٢٢هـ ص ١٢٤.

أما إذا فوضت المصارف الممولة المصرف المدير بمتابعة وإدارة الاستثمار فلقد يقوم البنك بذلك متبرعاً على أساس الإيضاح لأنه غالباً ما يكون صاحب الحصة الأكبر في تمويل المشروع، أو يقوم به مقابل أتعاب تدفع له من قبل باقي المصارف فيكون هنا أجيئاً بهذه الصفة إلى جانب كونه شريكاً.

إلى هنا والأمر في غاية البساطة لكن هناك بعض المسائل المطروحة عادة للنقاش في مثل هذه الحالات وهي:

- تكلفة دراسة الجدوى والأعمال التحضيرية.
- اختلاف عملات التمويل.
- رغبة أحد الأطراف الممولة في التخارج.
- هل يضمن البنك المدير لشركائه:
- مخاطر عدم السداد.
- مخاطر انخفاض عملة التمويل.
- مشاركة المصارف غير الإسلامية.
- عدم الوفاء بالتعهد بالمشاركة من أحد المصارف.
- عدم تقديم أحد المصارف مساهمة في حال طلبها على مراحل وحلول المدير أو غيره محله وأثر ذلك في استحقاق الربح أو تحمل الخسارة بالنسبة للمتخلف.

(١) تكلفة دراسة الجدوى والأعمال التحضيرية:

الذي يحصل عادة في سوق التمويل المصرفي المجمع أن يقوم المصرف المدير بدراسة العملية وجدواها وقيادة المفاوضات وإعداد الصيغ والعقود

والاتصال بمختلف الأطراف ذات العلاقة ويتحمل في سبيل ذلك مصروفات تكفل إتمام العمليات التحضيرية، هذه التكلفة يمكن أن تحسب ضمن حصة المصرف مدير العملية في المشاركة، ولقد جاء ضمن فتاوى الحلقة الفقهية الاقتصادية الثالثة لمجموعة البركة ١٩٩٤م (الأعمال التحضيرية التي يقوم بها المصرف الموجد للعملية يجوز له الحصول على مقابل عنها بنفس التكلفة أو أقل أو أكثر) وأنا أعتقد أن رأي الشيخ الضرير بأن تحسب تلك الأعمال بنفس التكلفة أميل إلى العدالة، وجاء كذلك في توصيات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي (الأعمال التحضيرية التي يقوم بها المصرف المبادر لطرح مشروع التمويل يحق له تقاضي مقابل عنها بما يقع عليه التراضي سواء عهد إليه بالإدارة أم لا).

٢) رغبة أحد الشركاء في التخارج:

في الأصل عقد الشركة عقد جائز باتفاق العلماء وعلى رأي الجمهور لكل واحد من الشريكين أن يستقل في فسخ الشركة رضى الآخر أم أبى حضر أم غاب كان المال نقدًا أم عروضا، بشرط عدم الإضرار، كذلك فإن للبنود أو الشروط التي تحكم تجمع المصارف - اعتبارها ما لم يكن هناك شرطٌ ينافي مقتضى العقد أو يعود بجهالة الربح، كذلك فإن للشريك الحق في بيع حصته للآخر، جاء في حاشية ابن عابدين إذا باع أحد الشريكين حصته من أجنبي، هل يجوز البيع منه أم لا، أجاب يجوز وكذا من الشريك^(١) ويشترط الزيلى وابن نجيم ألا يبيع من أجنبي إلا بإذن الشريك في صورة الخلط والاختلاط.

جاء في فتاوى البركة (يجوز تخارج أحد العملاء أو المصارف في التمويل المصرفي المجمع قبل تصفية العمليات بالقيمة التي يتفق عليها إذا كانت النقود

(١) ابن عابدين، الحاشية ٣٠١/٤.

والديون قليلة بحيث تعتبر تابعة للأصول، وأما إذا كانت النقود والديون كثيرة بحيث لا تعتبر تابعة للأصول فلا يجوز التخارج إلا بمراعاة أحكام الصرف وأحكام بيع الديون) وجاء في توصيات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي (يجوز لأي مشارك الانسحاب من عملية التمويل المجمع متى شاء، بشرط عدم الإضرار بالباقيين، كما يجوز التخارج بين أي مشارك وبين الباقيين قبل تصفية العمليات بما يقع التراضي عليه، مع مراعاة الضوابط الشرعية للتداول والتخارج) ويرى الدكتور محمد عبد الغفار الشريف أنه إذا كان نصيب المصرف المشارك في صورة أسهم جاز له بيعها^(١).

٣) اختلاف عملات التمويل:

تثير مسألة اختلاف عملات التمويل عددًا من القضايا، منها معرفة حصة كل طرف في المشاركة إذ لا بد من معلوميتها وعليه فإنه لا بد من اتحاد عملة التمويل أو إجراء مصارفة حالة إذا كانت بعملة مختلفة لتحديد حصة كل طرف في عملية التمويل، لأن التعاقد مع العميل الممول والأرباح المقدرة وسداد الأقساط كله مبني على عملة التمويل.

ويتصل بذلك اشتراط أحد الأطراف أن يتخارج أو يُعطى رأسماله وأرباحه بعد تصفية العمليات بعملة معينة، فهذا الاشتراط خاصة في حال العملات التي تتقلب قيمتها بكثرة شرط قد يؤدي إلى انقطاع الربح في الشركة أو قد يؤدي إلى إنقاص أرباح الأطراف الأخرى فلا يصح، وعليه فإن العملية يجب أن تبدأ بعملة موحدة وأن تتم تصفيتها بنفس العملة، ولكن وفي بعض الحالات وفي حال إصرار

(١) د. عبد الغفار الشريف، التمويل المصرفي المجمع، بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، ص ٤٢.

طرف ما على استرداد حقوقه بعملة مغايرة فيمكن أن يلبي طلبه على أساس سعر الصرف يوم التحاسب.

ولقد جاء ضمن المعايير الشرعية للمتاجرة في العملات ما نصه: (لا يجوز أن يقدم أحد طرفي المشاركة أو المضاربة التزامًا للطرف الآخر بحميته من مخاطر المتاجرة في العملات، ولكن يجوز أن يتبرع طرف ثالث بذلك من غير أن ينص في عقدهما على ذلك الضمان)^(١)، وهو نفسه ما جاء في توصيات الحلقة الفقهية الثالثة لمجموعة البركة: (إذا كان المصرف يدير عملية التمويل المصرفي المجمع على أساس المضاربة أو المشاركة فلا يجوز له أن يضمن لصالحهم تقلبات أسعار صرف العملة لاسترداد مساهماتهم؛ لأن ذلك قد يؤدي إلى ضمان الشريك أو المضارب لرأس مال بقية الشركاء أو أرباب المال وهو ممنوع شرعًا).

٤) ضمان المصرف المدير:

في التطبيق التقليدي لعملية التمويل المصرفي المجمع تشترط أحيانًا المصارف المشاركة على المصرف المدير عددًا من الضمانات تجاه بعض المخاطر مثل مخاطر عدم السداد، ومخاطر انخفاض عملة التمويل، فهل يمكن تطبيق تلك الضمانات على المصرف المدير في التطبيقات الإسلامية؟

يقول الدكتور الشريف: «وفي حالة رضا المصارف الأخرى بالمشاركة في عملية التمويل المجمع يكون المصرف المبادر أحد الشركاء، ويد الشريك يد أمانة لا تتحمل أي ضمان ولا يجوز أن ينص على تضمين الأمين ولكن المصرف المبادر يتحمل مسؤولية التدليس والخداع في الدراسات المعدة، وكذا يتحمل مسؤولية

(١) المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية طبعة ٢٠٠٢م، ص ٨.

تقصيره في إعداد هذه الدراسات ويكون نتيجة لذلك الخيار للمصارف الأخرى في الانسحاب من هذه الشركة وطلب التعويض عن الخسائر الفعلية المترتبة على دخولهم في مثل هذه الصفقة بشرط ألا يكون هناك إهمال من هذه المصارف في دراسة العطاءات المقدمة من المصرف المبادر، وبشرط ألا يترتب أيضًا على انسحاب أحد هذه المصارف ضرر أعظم يلحق ببقية المصارف الأخرى أو حتى المصرف المبادر لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار». وللقاعدة الفقهية: (الضرر لا يزال بالضرر)^(١).

جاء في فتاوى الحلقة الفقهية الثالثة لمجموعة البركة: (إذا كان المصرف يدير عملية التمويل المصرفي المجمع على أساس المضاربة أو المشاركة فلا يجوز له أن يكفل المدينين لصالح شركائه ولا أن يضمن لصالحهم تقلبات أسعار صرف العملة لاسترداد مساهماتهم لأن ذلك قد يؤدي إلى ضمان الشريك أو المضارب لرأس مال بقية الشركاء أو أرباب المال وهو ممنوع شرعًا) كما جاء في توصيات بيت التمويل الكويتي (مدير التمويل المصرفي المجمع أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير).

٥) المشاركة مع المصارف التقليدية:

في الأصل تجوز مشاركة المسلم لغير المسلم ولا يحكم على هذه المشاركة بالفساد والبطلان إلا إذا تناولت المشاركات معاملات غير جائزة، ولا يخلو غير المسلم بالمال، ويروى بعض المالكية جواز ذلك مع الكراهة^(٢) ويكره الشافعية مشاركة من يتعامل بالربا أو من لا يحذره^(٣) بينما يرى الحنابلة جواز ذلك مع الكراهة

(١) د. محمد عبد الغفار الشريف، التمويل المصرفي المجمع المرجع السابق ص ٤٠.

(٢) المدونة ٧٠/٥.

(٣) النووي، المجموع ١٣/٥٠٤.

إن كان المسلم لا يلي التصرف^(١) إلا أن ولاية التصرف يحل محلها الاتفاق الموقع بين الشركاء والذي يتضمن عدم القيام بأعمال منافية للشريعة وهذا الاتفاق هو الذي يسير التصرف، وعليه فلا مانع من مشاركة مصارف غير إسلامية حتى إذا كانت مديرة أو قائدة للإصدار، جاء في فتاوى البركة (لا مانع من اشتراك بنوك ربوية مع بنوك إسلامية في التمويل المصرفي المجمع الملتزم في عملياته بالأحكام الشرعية شريطة عدم انفراد البنوك الربوية بإدارة العمليات، أو غلبتها في اتخاذ القرارات ذات الطابع الشرعي).

٦) عدم إكمال أحد المصارف مساهمته في حال طلبها على مراحل:

في حالة عدم إكمال أحد المصارف مساهمته في حال طلبها على مراحل فإن حصته في الاشتراك في العملية تتحدد بما قدمه فعلاً، ويعهد إلى بقية الشركاء أو البنك القائد بالإسهام بالباقي، مع الحق في إخراجه من العملية وإحلال غيره فيها إذا نص على هذا الحق في الشروط الحاكمة لعقد التمويل المجمع.

٧) عدم الوفاء بالتعهد بالمشاركة من أحد المصارف:

لا مانع من النص على أنه إذا أخل أحد الأطراف المشاركة بعد تعهده بها وترتب على ذلك ضرر فعلى بقية الأطراف فإنه يلزم تحملها، لأن المسلمين عند شروطهم والضرر يزال.



(١) البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣١٩.

ثانياً

التمويل المصرفي المجمع على أساس المضاربة

أذكرُ بأننا نتحدث هنا عن العلاقة التي تربط المصارف الممولة بمدير الإصدار الذي أجرى مفاوضاته مع طالب التمويل لتمويله بأي من الصيغ المتعامل بها وتم اتفاق عام على الشروط والمواصفات، هنا يكون المصرف المدير إزاء المصارف المشاركة في التمويل (العامل أو المضارب) وتكون تلك المصارف هي (رب المال)، وتكون يد المصرف المدير يد أمانة لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، ويوزع ربح العملية حسب الاتفاق بين المصارف المشاركة والمصرف المدير وتقع الخسارة على المصارف المشاركة.

تلك هي العملية في صورتها البسيطة وهي صحيحة شرعاً ولا يوجد ما يمنعها، إلا أن هذه الصورة نادرة في التطبيق العملي. لكن الصورة التي يبدو أنها أقرب للتعامل هي أن يكون المصرف المدير شريكاً ومضارباً في وقت واحد، شريكاً بماله يجري عليه ما يجري على بقية الشركاء، ومضارباً متولياً لإدارة العملية مقابل جزء من الربح المتحقق، جاء في فتاوى البركة (يمكن أن يقوم تجمع المصارف على المضاربة بقيام أحد المصارف بدور المضارب وينفرد باتخاذ القرارات الإدارية سواء اشترك في التمويل أم لم يشترك) وجاء في فتاوى بيت التمويل الكويتي (الصيغ الشرعية المتاحة لإدارة عملية التمويل المصرفي المجمع يمكن أن تكون المضاربة بين المصرف المدير وبقية المصارف ولو اشترك في التمويل) ولقد ذهب الشافعية

والحنابلة إلى جواز ذلك، وذهب المالكية إلى منعه لما فيه من ضم عقد القراض إلى الشركة^(١) جاء في المغني في الحديث عن صور المضاربة (أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة، وهو صحيح^(٢)) كما جاء في المدونة ما نصه: (قلت: رأيت إن اشترت بمال قراض وبمال من عندي من غير أن يكون اشترط على رب المال أن أخلطه بمالي، أيجوز هذا، قال: لا بأس بذلك، كذلك قال لي مالك^(٣)) كما جاء في المجموع (فإن خلطهما - مال المضارب ومال المضاربة - فعلى ضريين، أحدهما: أن يكون بإذن رب المال فيجوز ويصير شريكًا ومضاربًا)^(٤). ويقول السرخسي: (وإذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة على أن يخلطها المضارب بألف من قبله ثم يعمل بهما جميعًا فهو جائز)^(٥).

وقد جاء هذا المعنى في فتوى المجمع التي تنص على: (أن من يتلقى حصة الاكتتاب في الصكوك لاستثمارها وإقامة المشروع بها هو المضارب أي عامل المضاربة ولا يملك من المشروع إلا بمقدار ما قد يسهم به بشراء بعض الصكوك فهو رب مال بما أسهم به بالإضافة إلى أن المضارب شريك في الربح بعد تحققه بنسبة الحصة المحددة له في نشرة الإصدار وتكون ملكيته في المشروع على هذا الأساس)^(٦).

أما في حال كون العلاقة الأولى التي نشأت بين البنك المدير وطالب التمويل علاقة مضاربة، كما أن العلاقة بين البنك المدير والمصارف المشاركة

(١) ينظر: محمد عبد الغفار الشريف المرجع السابق ص ٢١.

(٢) المغني ١٣٤/٥.

(٣) المدونة الكبرى ٥٤/٤.

(٤) المجموع ٣٨٢/١٤.

(٥) المبسوط ٣٢/١٢.

(٦) الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (٥).

علاقة مضاربة هي الأخرى، فينشأ هنا إشكال فقهي وهو اختلاف العلماء، هل المضارب يضارب؟

بالنسبة إلى الحنفية فقد جاء في البدائع أنه إذا قال رب المال للمضارب: (اعمل برأيك). فله أن يدفع مال المضارب مضاربة إلى غيره، لأنه فوض الرأي إليه، وقد رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك^(١) وتكلم الكاساني في قسمة الربح حيث فرق بين إطلاق رب المال القسمة أو إضافتها إلى المضارب، (فإن أطلق الربح ولم يضيفه إلى المضارب، ثم دفع المضارب الأول المال إلى غيره بالثلث، فربح الثاني، فثلث جميع الربح للثاني.. ونصفه لرب المال. وسدس الربح للمضارب الأول. ويطيب له - أي للمضارب الأول - ذلك، لأن عمل المضارب الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه)^(٢).

وأما القول بتقييد جواز دفع المال المضارب به إلى آخر - ولو مع إذن المالك - فهو وارد على مسألة الربح، فقد جاء في المغني ما يلي:

(وإن أذن رب المال في دفع المال مضاربة جاز ذلك. نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً. ويكون العامل الأول وكيلاً لرب المال في ذلك. فإذا دفعه إلى آخر ولم يشرط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً. وإن شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصح، لأنه ليس من جهته مال ولا عمل. والربح إنما يستحق بواحد منهما)^(٣).

وجاء في شرائع الإسلام أنه (إذا قارض العامل غيره، فإن كان بإذنه (أي إذن المالك) وشرط الربح بين العامل الثاني والمال، صح ولو شرط لنفسه لم يصح لأنه لا عمل له)^(٤).

(١) الكاساني، مرجع سابق، ٣٦٢٨/٨.

(٢) المرجع السابق، نفس الجزء والصفحة.

(٣) ابن قدامة، ٤٥/٥.

(٤) المحقق الحلبي، القسم الأول ص ٢١٩.

ولدى الشافعية في المسألة قولان، أصحابهما عدم الجواز. فقد جاء في نهاية المحتاج أن العامل لو قارض شخصاً آخر بإذن المالك فإن ذلك لا يجوز في الأصح، لأن القراض على خلاف القياس، وموضوعه أن يكون أحد العاقدين مالكا لا عمل له والآخر عاملاً - ولو متعددًا - لا ملك له، فلا يعدل إلى أن يعقده عاملاً^(١).

ويرتكز القول بعدم استحقاق المضارب الأول شيئاً من الربح بالنسبة لمن لم ير ذلك - إلى أنه لا يوجد من جانب هذا المضارب مال أو عمل. أما الحنفية فقد تباين تعليلهم للمسألة حيث اعتبر الكاساني أن عمل المضارب الثاني وقع للأول (فكأنه عمل بنفسه)^(٢)، بينما قال صاحب تبيين الحقائق: إن عمل المضارب الثاني وقع عنهما، والصحيح هو أن سبب استحقاق الربح له أصل عند الحنفية حيث إنهم يرون أن الربح يستحق بالمال، أو بالعمل، أو بالضمان. والضمان هو ما نرجح اعتباره سبباً لاستحقاق الربح في مثل هذا التصرف^(٣).

ينطبق على المضاربة ما ينطبق على المشاركة في الموضوعات التي ناقشناها من قبل من حيث التخارج والضمانات، ومشاركة البنوك الربوية ما عدا تكلفة دراسة الجدوى التي تعتبر من ضمن عمل وخبرة المضارب فلا يحمل بها الشركاء.



(١) الرملي ١٦٧/٤.

(٢) الكاساني ٣٦٣٨/٨.

(٣) ينظر: سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية، ص ٣٧٩-٣٨١.

ثالثًا

التمويل المصرفي المجمع على أساس الوكالة

بالإضافة إلى المشاركة والمضاربة فإن العلاقة التي تجمع بين المصرف المدير والمصارف المشاركة في التمويل قد تكون علاقة وكالة والوكالة عرفها الأحناف بأنها: (تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل^(١) وعرفها الشافعية بأنها تفويض شخص لغيره ما يفعله عنه حال حياته مما يقبل النيابة شرعاً^(٢) وهو نفس مدلول تعريف الحنابلة والمالكية، والوكالة بالبيع والشراء جائزة بالكتاب والسنة بدليل آية الكهف وحديث حكيم بن حزام وعروة بن الجعد^(٣)).

ولكن هل تصح الوكالة بأجر؟ لقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز الوكالة بأجر ومن أقوالهم:

يرى المالكية أن الوكالة تجوز بأجرة وبغير أجرة، جاء في المدونة (قلت: هل يجوز أجر السمسار في قول مالك؟ قال: نعم، سألت مالكا عن البزاز^(٤) يدفع إليه الرجل المال ليشتري له به بزاً ويجعل له في كل مائة يشتري له بها بزاً ثلاثة دنانير،

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ١٩/٦.

(٢) الرملي، نهاية المحتاج ١٥/٥.

(٣) لتفصيل أكثر ينظر: د. أحمد محيي الدين، أسواق الأوراق المالية ص ٣٥٧ وما بعدها.

(٤) البزاز بائع البز وهو نوع من الأقمشة. ينظر الزبيدي، تاج العروس، دار مكتبة الحياة، بيروت

قال: لا بأس من ذلك^(١).

يرى الحنابلة كذلك جواز التوكيل بالأجر، جاء في المغني (يجوز أن يستأجر سمسارًا يشتري له ثيابًا، وهي منفعة مباحة تجوز النيابة فيها فجاز الاستئجار عليها)^(٢).

كما جاء في فتح الباري في باب أجر السمسرة ما يلي: (قال ابن سيرين وإبراهيم: لا بأس بأجر السمسار إذا اشترى يدًا بيد، وسئل عطاء عن السمسرة فقال لا بأس بها)^(٣).

وهناك عدة أحكام فقهية تضبط أعمال الوكيل لا يتسع المجال لذكرها ولكن نشير إلى أهمها:

- ١ - على الوكيل أن يلتزم تعليمات الموكل وإن خالف إلى شر يتحمل التبعة والضمان.
- ٢ - إذا تعاقدتفاوت فاحش عن ثمن المثل بما يضر الموكل على الوكيل أن يضمن الفرق أو أن يتولى الصفقة على حسابه.
- ٣ - يمكن للوكيل أن يتعامل مع نفسه وأقاربه إذا عين الموكل الثمن فاشترى به الموكل زال مقصود الاستقصاء لمصلحة الموكل فإنه لا يراد أكثر مما حصل وذلك حسب قول الحنابلة.
- ٤ - (يجوز للمصرف المدير للعمليات على أساس الوكالة بأجر أن يكفل

(١) الإمام مالك، المدونة الكبرى، ص ٤٥٦.

(٢) ابن قدامة، المغني ٣٣٩/٥، تحقيق طه محمد الزيني، مكتبة القاهرة ١٩٦٩ م.

(٣) ابن حجر - فتح الباري، ٤/، تحقيق وتصحيح عبد العزيز بن باز إدارة البحوث العلمية والإفتاء ص ٤٥١.

المدينين دون اشتراط تلك الكفالة في عقد التوكيل^(١).

٥- يجوز لغير المسلم أن يكون وكيلًا أو موكلًا إذ لا يشترط الأحناف إسلام الموكل أو الوكيل^(٢) وكذلك الشافعية لا يشترطون إسلام الموكل أو الوكيل لصحة الوكالة^(٣)، وجاء في المغني (كل من يصح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه مسلمًا أو كافرًا^(٤))، بينما جاء في المدونة (لا تدفع إلى النصراني شيئًا^(٥) يبيعه لك ولا يشتري لك شيئًا ولا تستأجره على أن يتقاضى لك شيئًا) ويرى بعض المالكية أن (الذمي يجوز توكيله ولا يجوز أن يتوكل على مسلم^(٦)).

وعليه فإنه يجوز أن يكون من مجموع البنوك المشاركة أو أن يكون البنك المدير بنكًا ربويًا أو أجنبيًا طالما أن موضوع التعامل وفق الصيغة الشرعية.



- (١) فتوى الحلقة الفقهية لمجموعة البركة.
- (٢) الزيلعي تبين الحقائق، دار المعرفة، ط ١٣١٤ هـ ص ٢٥٤.
- (٣) الرملي، نهاية المحتاج ١١٩/٥.
- (٤) ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ص ٢٠٢.
- (٥) المدونة، ص ٥٠.
- (٦) مواهب الجليل ١١٨/٥.

مُلْحَقُ (١)

مشروع التمويل المصرفي المجمع

١. نطاق المعيار:

- أ- ينطبق هذا المعيار على عمليات التمويل المصرفي المجمع سواء تلك التي تتم بين بنوك إسلامية أو بين بنوك إسلامية وبنوك تقليدية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.
- ب- يتناول هذا المعيار العلاقات بين مجموع البنوك المشاركة، والعلاقات بين البنوك المشاركة والعملاء.
- ج- يتناول المعيار مختلف صيغ الاستثمار الإسلامية التي يتم على أساسها التعاقد بين الأطراف المتعاقدة من مضاربة ومشاركة ووكالة واستصناع ومرابحة وتأجير بمختلف أشكاله وسلم... إلخ.

٢. تعريف التمويل المصرفي المجمع:

المقصود بالتمويل المصرفي المجمع اشتراك مجموعة من المؤسسات المالية في تمويل مشترك بموجب أي من الصيغ الاستثمارية المشروعة.

٣. موضوع أنشطة التمويل المصرفي المجمع وصيغ التمويل:

- أ- يجب أن يستهدف التمويل المصرفي المجمع تمويل أنشطة استثمارية

مشروعة لا تدخل فيها أنشطة وخدمات محرمة كالخمر والقفار
ولحوم الخنزير والأنشطة الإعلامية والإعلانية الفاسدة، ونحوها.

ب- يجب أن تكون أساليب التمويل مبنية على صيغ مشروعة كعقود
البيع الآجل مساومة ومراوحة والسلم والسلم الموازي والاستصناع
والاستصناع الموازي والإجارة والإجارة المنتهية بالتملك ونحوها
ولا يجوز أن يقوم كلياً أو جزئياً على التمويل الربوي والإقراض
بالفائدة.

٤. الأطراف المشاركة في عقد التمويل المصرفي المجمع:

أ- لا مانع من اشتراك بنوك ربوية مع البنوك الإسلامية في التمويل
المصرفي المجمع ما دامت المشاركة والتمويل تتم وفق الصيغ
الإسلامية المشروعة.

ب- لا مانع من قيادة أحد البنوك التقليدية للتمويل المصرفي المجمع
ومبادرته بوضع آليات وشروط إدارة العملية منفرداً أو بمشاركة بنوك
إسلامية طالما كانت العقود شرعية وموضوع الأنشطة ونوع التمويل
يتم وفقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.

ج- القرارات والتصرفات ذات الصلة بالجوانب الشرعية يجب أن تتخذ من
قبل جهات شرعية مخولة وبمتابعة ومراقبة الهيئات الشرعية للمصارف
الإسلامية المشاركة في التمويل.

٥. الصيغ الشرعية الحاكمة لتجمع المصارف الممولة:

يمكن أن يقوم تجمع المصارف المشاركة في التمويل على أساس إحدى

الصيغ التالية:

- أ- المضاربة، بحيث يقوم المصرف القائد أو المدير بدور المضارب وينفرد بإدارة العمليات وفقاً لشروط عقد المضاربة.
- ب- المضاربة والمشاركة وذلك وفقاً لما ذكر في الفقرة (أ) سابقاً مع اشتراك المضارب في تمويل العملية فيصير مضارباً، وشريكاً في آن واحد.
- ج- المشاركة، بحيث تقوم الأطراف مجتمعة بتقديم التمويل ويتحمل الأطراف الخسارة بقدر مساهمة كل طرف والأرباح حسب الاتفاق، وفي هذه الحالة يمكن أن تختار الأطراف لجنة مشتركة للإدارة، أو تفويض أحد الشركاء بإدارة الشركة بمقابل أو يكون متبرعاً لا يأخذ مقابلاً عن عمله.
- د- الوكالة بأجر بحيث يكون العمل موصوفاً بدقة والزمن مقدراً إذا كانت هناك حاجة والأجرة معلومة أو بنسبة معلومة من رأس المال ويستحق الوكيل الأجرة سواء تحققت أرباح أم لا ويمكن أن يستحق الوكيل ربحاً تحفيزياً زيادة على الأجر المعلوم إذا بلغت الأرباح حداً معيناً.
- هـ- الإبضاع وهو قيام طرف خارجي بإدارة العملية دون مقابل عن عمله والربح كله للأطراف الممولة.

٦. الصيغ التي يتم على أساسها منح التمويل للعملاء:

يمكن أن يتم تقديم التمويل من قبل الأطراف المشاركة في العملية إلى العملاء بمختلف الصيغ المعروفة المشروعة أو تلك الصيغ الشرعية التي سوف يتم تطويرها وابتكارها ومن هذه الصيغ:

- أ- البيع مساومة ومرابحة والبيع بالأجل والتقسيط.

- ب- الإجارة أو الإجارة المتهية بالتمليك.
- ج- السلم والسلم الموازي.
- د- الاستصناع والاستصناع الموازي.
- هـ- المضاربة (المضارب يضارب إذا كان التجمع على أساس المضاربة).
- و- المشاركة في المشروع (الغنم بالغرم) عند الإذن بذلك.
- ز- المزارعة والمضاربة والمساقاة.

٧. الأعمال التحضيرية:

الأعمال التحضيرية التي يقوم بها المصرف القائد مثل دراسة الجدوى للعملية وتجميع المشاركين وإعداد العقود يجوز له الحصول على مقابل عنها بنفس التكلفة أو أقل أو أكثر، وذلك سواء عهد إليه بالإدارة أم لم يعهد إليه بالإدارة.

٨. ضمان وكفالة المصرف المدير:

- أ- لا يضمن مدير عملية التمويل المصرفي المجمع، سواء كان مصرفاً مضارباً أو مشاركاً أو وكيل أو لجنة تسيير إلا بالتعدي أو التقصير.
- ب- لا يجوز للمصرف المدير على أساس المضاربة أو المشاركة أن يكفل المدينين لصالح شركائه ولا أن يضمن لصالحهم تقلبات أسعار صرف العملة لاسترداد مساهماتهم
- ج- يجوز للمصرف المدير للعمليات على أساس الوكالة بأجر أن يكفل المدينين دون اشتراط تلك الكفالة في عقد التوكيل وبمستند منفصل بحيث لا تتأثر الكفالة بإلغاء الوكالة أو العكس.

٩. أسعار الصرف:

- أ- لا بد من اتحاد عملة التمويل كما يمكن للأطراف المشاركة أن تقدم مشاركتها بعملات مغايرة لعملات التمويل وإجراء تقويم لها بتحويلها إلى عملة العملية على أساس سعر الصرف السائد يوم تسليم المساهمة.
- ب- يجوز لأي من المصارف المشاركة اشتراط تسلم أرباحها وحقوقها كافة بعملة مغايرة لعملة التمويل على أساس سعر الصرف السائد يوم التحاسب.
- ج- لا يجوز أن يقدم أحد أطراف المشاركة أو المضاربة التزامًا لطرف آخر بحمايته من مخاطر تقلب أسعار العملات.

١٠. ضوابط التخارج:

- أ- ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن عملية التمويل المصرفي المجمع تكون عملية مغلقة لا يسمح فيها بالتخارج حتى موعد التصفية.
- ب- يجوز تخارج أحد المصارف من عملية التمويل المصرفي المجمع قبل تصفية العملية حسب شروط التعاقد لطرف أجنبي أو لأحد الشركاء وبالقيمة التي يتم الاتفاق عليها ولا يجوز الاتفاق مسبقًا على الخروج بالقيمة الاسمية أو بضمان حد معين من الأرباح.
- ج- إذا كان النقود والديون كثيرة بحيث لا تعتبر تابعة للأصول فلا يجوز التخارج إلا بمراعاة أحكام الصرف وأحكام الديون الموضحة في المعايير الشرعية الخاصة بها الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

مُلْحَقُ (٢)

فتاوى صادرة في التمويل المصرفي المجمع

لقد سبق أن بحث موضوع التمويل المصرفي المجمع من قبل مجموعة دلة البركة في عام ١٩٩٤م في الحلقة الفقهية الثالثة، وبحث كذلك في الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي عام ١٩٩٥ واستحسن أن أورد فتاوى وتوصيات الندوتين المشار إليهما وذلك على النحو التالي:

أولاً: فتاوى وتوصيات الحلقة الفقهية الاقتصادية الثالثة:

أ/ التمويل المصرفي المجمع يجب أن تكون موضوعات أنشطته استثمارات مشروعة كعقود البيع الآجل مساومة أو مرابحة أو التأجير أو السلم، أو الاستصناع، أو غيرها من العقود والصيغ المشروعة. وهو بهذا يختلف عن التمويل المصرفي المجمع القائم على الاقتراض بفائدة الذي تزاوله البنوك الربوية.

ب/ لا مانع من اشتراك بنوك ربوية مع البنوك الإسلامية في التمويل المصرفي المجمع الملتزم في عملياته بالأحكام الشرعية شريطة عدم انفراد البنوك الربوية بإدارة العمليات، أو غلبتها في اتخاذ القرارات ذات الطابع الشرعي.

ج/ يمكن أن يقوم تجمع المصارف على إحدى الصيغ التالية:

- ١- المضاربة، بقيام أحد المصارف بدور المضارب وينفرد باتخاذ القرارات الإدارية ن سوا اشتراك في التمويل أم لم يشترك.
- ٢- المشاركة، باشتراك المصارف في إدارة العمليات، واختيار لجنة للتنفيذ تمثل فيها جميع المصارف المشاركة.
- ٣- الوكالة بأجر، مع مراعاة الأحكام الشرعية للإجارة بأن يكون الأجر مقطوعاً أو نسبة من رأس المال مع تقدير العمل بالوصف المحدد أو الفترة الزمنية لتكون الأجرة معلومة. (وهذه الفتوى تأكيد للفتوى الرابعة للحلقة الفقهية الاقتصادية الثانية).

د/ الأعمال التحضيرية التي يقوم بها المصرف الموحد للعملية يجوز له الحصول على مقابل عنها بنفس التكلفة أو أقل أو أكثر ومن الأعمال التحضيرية دراسة الجدوى وإعداد الصيغ والعقود والاتصال بالجهات الطالبة للتمويل وبالمصارف (وهذه الفتوى مكمل للفتوى الأولى للحلقة الفقهية الاقتصادية الأولى المتعلقة بإنشاء الصناديق الاستثمارية).

ضوابط التخارج:

يجوز تخارج أحد العملاء أو أحد المصارف في التمويل المصرفي المجمع قبل تصفية العمليات بالقيمة التي يتفق عليها، إذا كانت النقود والديون قليلة بحيث تعتبر تابعة للأصول، وأما إذا كانت النقود والديون كثيرة بحيث لا تعتبر تابعة للأصول فلا يجوز التخارج إلا بمراعاة أحكام الصرف وأحكام بيع الديون.

(وهذه الفتوى مكمل للفتوى الخامسة للحلقة الفقهية الاقتصادية الأولى بشأن الخروج من الصناديق الاستثمارية).

كفالة المصرف مديني العمليات أو مخاطر العملات لصالح شركائه:

يجوز للمصرف المدير للعمليات على أساس الوكالة بأجر أن يكفل المدينين دون اشتراط تلك الكفالة في عقد التوكيل. وأما إذا كان المصرف يديرها على أساس المضاربة أو المشاركة فلا يجوز له أن يكفل المدينين لصالح شركائه، ولا أن يضمن لصالحهم تقلبات أسعار صرف العملة لاسترداد مساهماتهم لأن ذلك قد يؤدي إلى ضمان الشريك أو المضارب لرأس مال بقية الشركاء أو أرباب المال، وهو ممنوع شرعاً.

ثانياً: توصيات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي بشأن التمويل المصرفي المجمع (١٩٩٥):

أ/ المقصود بالتمويل المصرفي المجمع دخول مجموعة من الشركات (المؤسسات المالية) في عملية استثمارية مشتركة، بقيادة إحداها عن طريق واحدة من الصيغ المشروعة، وتكون للمجموعة خلال مدة العملية شخصية مستقلة عن شخصيات الشركات المشاركة.

ب/ يجب أن تكون الأنشطة التي تجريها المجموعة من الطرف المتعامل معها مشروعة، كعقود بيع الأجل مساومة أو مرابحة، أو التأجير أو السلم أو الاستصناع، وهذا أبرز وجوه الاختلاف عن التمويل المصرفي المجمع القائم على الإقراض بفائدة. وليس هناك ما يمنع من اشتراك بنوك ربوية في المجموعة، شريطة التزامها بالأحكام الشرعية المطبقة في عملية التمويل، وعدم انفرادها بإدارة العملية أو غلبتها في اتخاذ القرارات ذات الصلة بالجوانب الشرعية.

- ج/ الصيغ الشرعية المتاحة لإدارة عملية التمويل المصرفي المجمع يمكن أن تكون المشاركة مع قيام أحد المصارف بالإدارة، أو المضاربة بين المصرف المدير وبقية المصارف ولو اشترك في التمويل، أو الوكالة بأجر أو بدونه، أو الإبضاع بالعمل دون مقابل عن عمله والربح كله للأطراف الممولة، أو السمسرة بالتوسط بأجر في العملية.
- د/ الأعمال التحضيرية التي يقوم بها المصرف المبادر لطرح مشروع التمويل يحق له تقاضي مقابل عنها بما يقع عليه التراضي، سواء عهد إليه بالإدارة أم لا.
- هـ/ مدير التمويل المصرفي المجمع أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، ويجوز للمصارف المشاركة أن تشترط تسليم أرباحها وحقوقها إليها بعملة معينة مغايرة لعملة التمويل، ويكون الصرف عندئذ بسعر يوم التسليم.
- و/ يجوز لأي مشارك الانسحاب من عملية التمويل المجمع متى شاء، بشرط عدم الإضرار بالباقيين، كما يجوز التخارج بين أي مشارك وبين الباقيين قبل تصفية العمليات بما يقع التراضي عليه، مع مراعاة الضوابط الشرعية للتداول والتخارج.

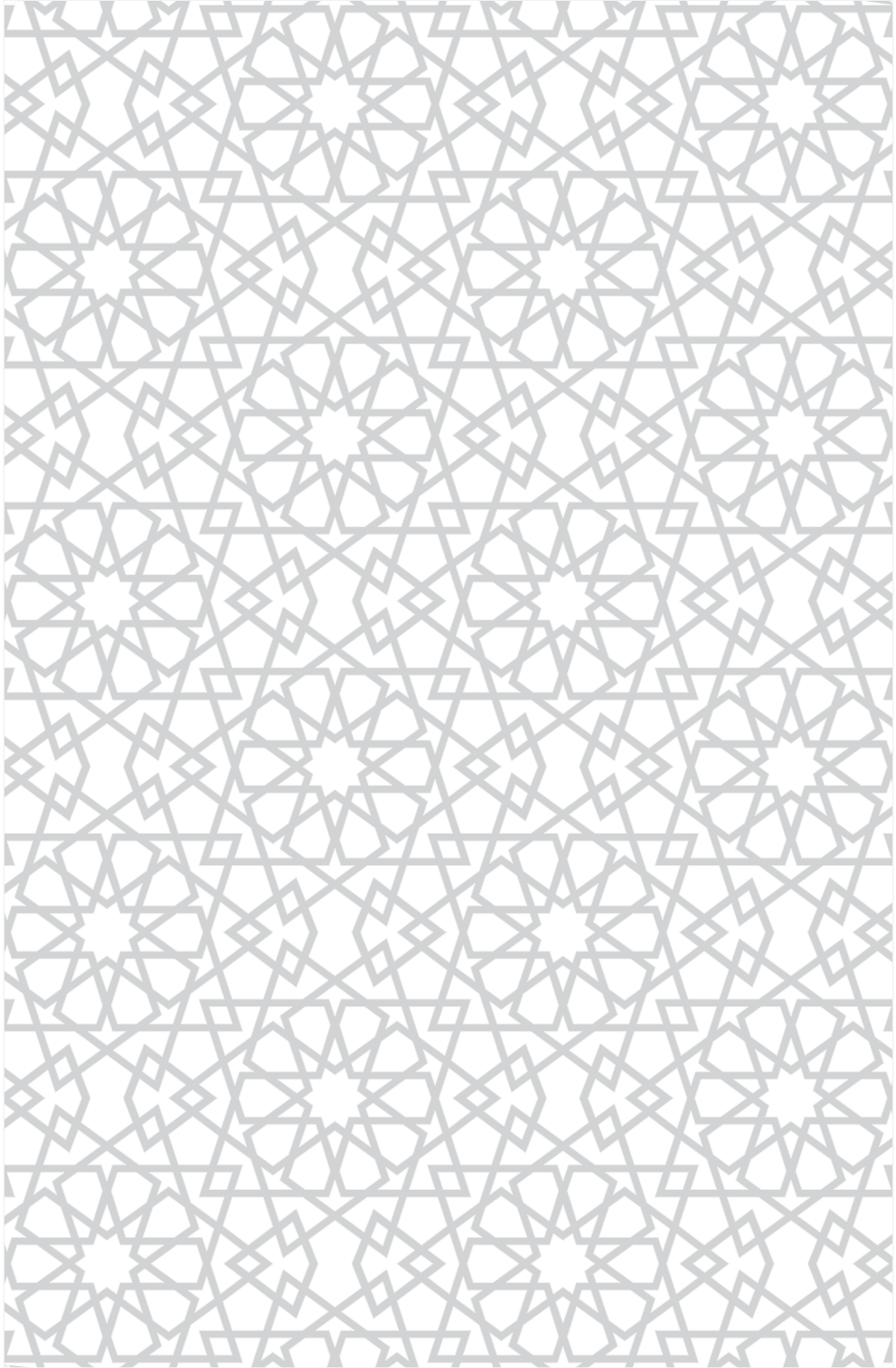


المراجع

- ١- ابن قدامة - المغني.
- ٢- الإمام مالك - المدونة الكبرى.
- ٣- البهوتي - شرح منتهى الإرادات.
- ٤- الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- ٥- الرملي - نهاية المحتاج.
- ٦- الزبيدي - تاج العروس.
- ٧- السرخسي - المبسوط.
- ٨- المعايير الشرعية - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية طبعة ٢٠٠٢م.
- ٩- النووي المجموع - شرح المذهب.
- ١٠- امتياز أحمد *Islamic syndicated finance, institute of banking and insurance London.*
- ١١- آمال التيجاني علي - الأشكال والتجديد في الأسواق المالية الدولية - دليل الاستثمار في السندات.
- ١٢- أحمد فهمي إمام - أسواق الأوراق المالية في البلاد العربية.
- ١٣- أحمد محيي الدين - أسواق الأوراق المالية.
- ١٤- جان س، هوجدرن، الاقتصاد الدولي الحديث.
- ١٥- حاشية ابن عابدين.
- ١٦- حكمت شريف - استثمار الأرصدة العربية.
- ١٧- زكريا نصر - مدخل إلى سوق السندات الدولية.

- ١٨ - سامي حمود - تطوير الأعمال المصرفية.
- ١٩ - عبد الستار الخويلدي - التمويل المصرفي المجمع (دراسة قانونية).
- ٢٠ - عبد الغفار الشريف - التمويل المصرفي المجمع (بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي).
- ٢١ - فتح الباري بشرح صحيح البخاري.
- ٢٢ - قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي ١٤٠٣-١٤٢٢هـ.
- ٢٣ - مجيب أسطواني - الخدمات المصرفية الدولية الحديثة.
- ٢٤ - محمد نبيل إبراهيم - الاتجاهات الحديثة في أساليب التمويل الدولية.
- ٢٥ - مواهب الجليل بشرح مختصر خليل.

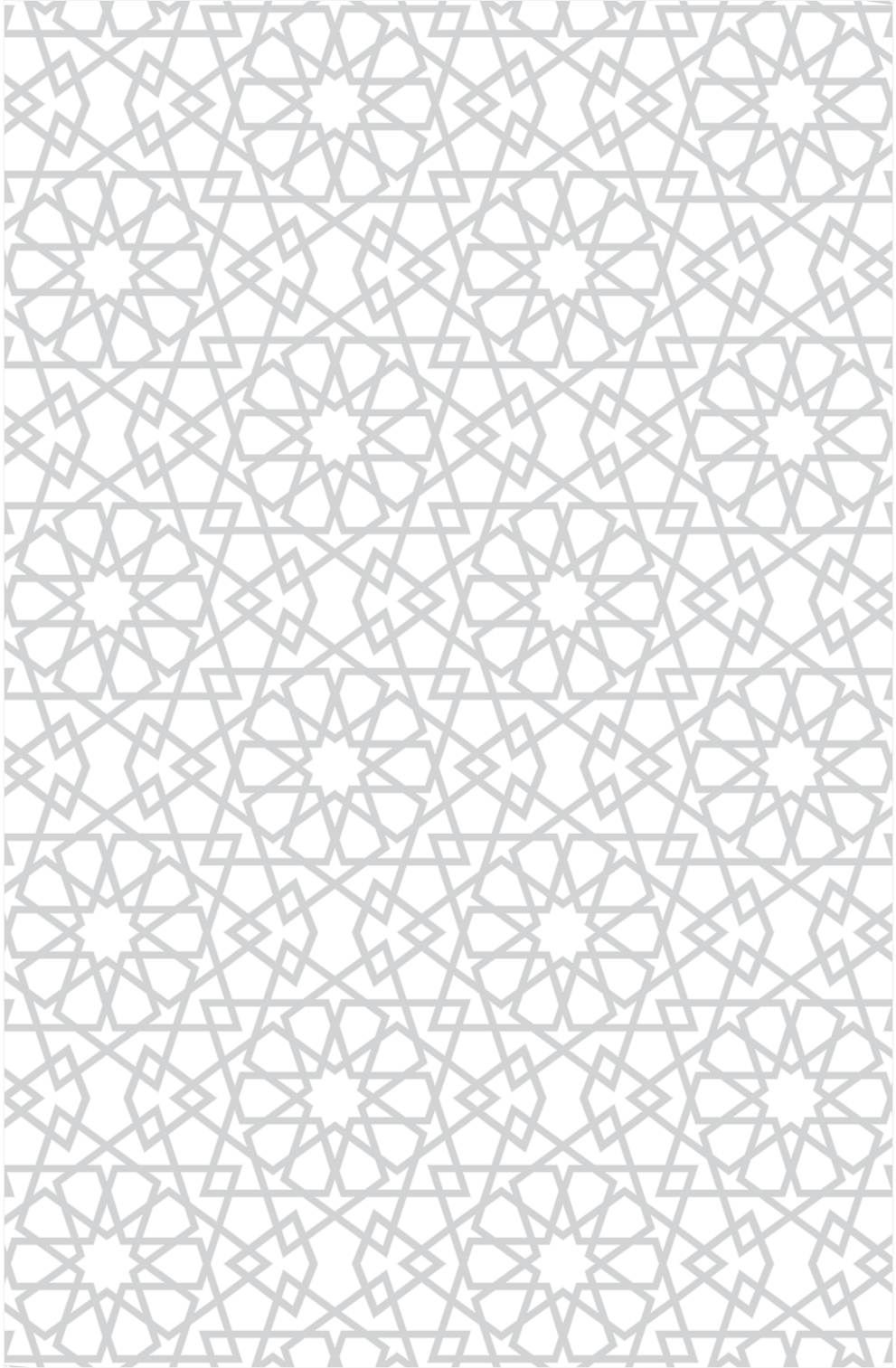




الجمع بين العتود

إعداد

أ.د. نزيه حماد





دينار الحجة

تتألف هذه الدراسة من خمسة مباحث:

المبحث الأول: حقيقة الجمع وحكمه الأصلي.

(أ) مفهوم الجمع بين العقود في صفقة واحدة:

١. المراد بذلك: أن يتفق الطرفان على إبرام معاملة (صفقة) تشمل على عقدين فأكثر، كالبيع والإجارة والهبة والوكالة والقرض والمزارعة والزواج والشركة والصراف والمضاربة... إلخ، بحيث تعتبر موجبات تلك العقود المجتمعة، وجميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها جملة واحدة، لا تقبل التفريق والتجزئة والانفصال، بمثابة آثار العقد الواحد.

٢. والعقود المجتمعة في صفقة (معاملة) واحدة:

- قد تكون منجزة: مثل أن يقول له: بعتك هذه السيارة، وأجرتك هذه الدار سنة بألف دينار.
- وقد يكون بعضها مشترطاً في بعض: مثل أن يقول له: بعتك داري هذه بعشرة آلاف دينار، على أن أستأجرها منك لمدة سنة بألف، أو على أن تبيعني سيارتك بألفين.

• وقد تكون على شكل منظومة عقدية متتابعة الأجزاء، متعاقبة المراحل، وفقاً لنظام يحكمها كعامل واحد، لا تقبل التفكيك والتجزئة، تهدف إلى تحقيق غرض تمويلي محدد، اتجهت إرادة العاقدين وقصدهما إلى تحقيقه، كما هو الحال في المعاملات المستحدثة كالإجارة المنتهية بالتملك، والمرابحة للأمر بالشراء، والمشاركة المتناقصة... إلخ.

(ب) الحكم الأصلي للجمع بين العقود:

٣. الأصل الشرعي: جواز اجتماع أكثر من عقد في معاملة (اتفاقية) واحدة، إذا كان كل واحد منها جائزاً بمفرده، ما لم يكن هناك دليل شرعي حاصر، فعندئذ يمتنع بخصوصه استثناءً، إذ الأصل بمقتضى دلائل نصوص الشريعة وكلياتها العامة حرية التعاقد، ووجوب الوفاء بكل ما يترضى عليه المتعاقدان ويلتزمان به، ما لم يكن هناك نص أو قياس صحيح يمنع من ذلك، فعندئذ يمتنع بخصوصه على خلاف القاعدة المطردة، ويعتبر الاتفاق عليه فاسداً^(١).

وأساس ذلك كما قال ابن تيمية: (وأما المعاملات في الدنيا، فالأصل فيها أنه لا يحرم منها إلا ما حرمه الله ورسوله، فلا حرام إلا ما حرم الله، ولا دين إلا ما شرعه)^(٢).

وقال ابن القيم: (الأصل في العقود والشروط الصحة، إلا ما أبطله

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ١٣٢، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤ / ٨٠، القواعد النورانية الفقهية ص ١٨٨.

(٢) جامع الرسائل لابن تيمية ٢ / ٣١٧.

الشارع أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح^(١) وقال أيضًا: (فكل ما لم يبين الله ورسوله ﷺ تحريمه من العقود والشروط فلا يجوز تحريمها، فإن الله سبحانه قد فصل لنا ما حرم علينا، فما كان من هذه الأشياء حرامًا فلا بدّ أن يكون تحريمه مفضلاً، وكما أنه لا يجوز إباحة ما حرمه الله، فكذلك لا يجوز تحريم ما عفا عنه، ولم يحرمه)^(٢).

وقال الشاطبي: (القاعدة المستمرة التفرقة بين العبادات والمعاملات؛ لأن الأصل في العبادات التعبد، دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها ألا يقدم عليها إلا بإذن، إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات. وما كان من المعاملات يكتفى فيه بعدم المنافاة، لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه)^(٣).

٤. وقد أشار جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة - في معرض استدلالهم على مشروعية بعض العقود والمعاملات المالية - إلى أن الأصل عندهم قياس المجموع على آحاده، فحيث انطوت المعاملة (الصفقة) على عدة عقود، كل واحد منها جائز بمفرده، فإنه يحكم على المجموع بالجواز. ومن ذلك:

(أ) قول البهوتي في كشاف القناع: (فإن قال لرجل: اشتر لي كذا في ذمتك، وأقبض الثمن عني من مالك، صح. أو قال: أسلف

(١) إعلام الموقعين ١/ ٣٤٤.

(٢) إعلام الموقعين ١/ ٣٨٣.

(٣) الموافقات ١/ ٢٨٤.

لي ألفاً في كُرِّ طعام، وأقبض الثمن عني من مالك. أو قال:
أقبض الثمن من الدين الذي عليك، صح؛ لأنه وكله في الشراء
والإسلاف، وفي الاقتراض منه، أو القبض من دينه والدفع عنه،
وكل منها صحيح مع الانفراد، فكذا مع الاجتماع^(١).

(ب) وقول العمراني - في الاحتجاج على القول الأصح في
المذهب^(٢) بجواز الجمع بين البيع والإجارة، بأن يقول: أجرتك
داري هذه شهراً، وبعثك عبدي هذا بألف، فقال: قبلت - (لأن
كل واحد منهما لو أفردته بالعقد، صح. فإذا جمع بينهما، فليس
فيه أكثر من اختلاف في الأحكام، فلم يمنع صحة العقد، كما
لو باع سيفاً وشقصاً من أرض بألف)^(٣).

(ج) قول الزيلعي الحنفي في معرض احتجاجه على مشروعية
الحوالة المطلقة والمقيدة: (ولأن كلاً منهما يتضمن أموراً
جائزة عند الانفراد - وهي تبرع المحتال عليه بالالتزام في ذمته
والإيفاء، وتوكيل المحتال بقبض الدين أو العين من المحال
عليه، وأمر المحال عليه بتسليم ما عنده من العين أو الدين إلى
المحتال - فكذا عند الاجتماع)^(٤). أي فحيث كانت هذه العقود
كلها جائزة عند الانفراد، فإنها تكون كذلك عند الاجتماع، إذ
لا فرق.

(١) كشف القناع ٣/٤٧٨.

(٢) المجموع شرح المذهب ٩/٣٨٨، شرح السنة للبغوي ٨/٦٧.

(٣) البيان شرح المذهب ٥/١٤٨.

(٤) تبين الحقائق ٤/١٧٤.

(د) قول الكاساني في معرض استدلاله على جواز شركة المفاوضة: (ولأنها مشتملة على أمرين جائزين، وهما الوكالة والكفالة؛ لأن كل واحدة منهما جائزة حال الانفراد، فكذا حالة الاجتماع)^(١).

(هـ) ما جاء في المقنع وشرحه (المبدع): (وأن جمعا بين شركة العنان والأبدان والوجود والمضاربة صح؛ لأن كل واحد منها يصح منفردا، فصح مع غيره)^(٢).

(و) وقول ابن قيم الجوزية: (لا محذور في الجمع بين عقدين، كل منهما جائز بمفرده، كما لو باعه سلعة وأجره داره شهرا بمائة درهم)^(٣).

(ز) وما جاء في أسنى المطالب: (فصل: وإذا جمع في صفقة بين عقدين مختلفي الحكم، كبيع وإجارة، أو بيع وسلم، أو بيع ونكاح، صح كل منهما لصحته منفردا، فلا يضر الجمع، ولا أثر لاختلاف الحكم في ذلك... وتقيدهم العقدين باختلاف حكمهما لبيان محل الخلاف، فلو جمع بين متفقين، كشركة وقراض، كأن خلط ألفين له بألف لغيره، وقال: شاركك في أحدهما، وقارضتك على الآخر، فقبل، صح جزما، لرجوعهما إلى الإذن في التصرف)^(٤).

(١) بدائع الصنائع ٥٨/٦.

(٢) المبدع لبرهان الدين ابن مفلح الحنبلي ٤٣/٥، وينظر: المغني ١٣٧/٧.

(٣) إعلام الموقعين ٣/٣٥٤.

(٤) أسنى المطالب لذكريا الأنصاري الشافعي ٤٥/٢، وينظر: البيان للعمراي ١٤٨/٥، مغني المحتاج ٤١/٢، ٤٢، روضة الطالبين ٣/٤٢٩، قليوبي وعميرة ١٨٨/٢.

٥. ومن جهة أخرى، فإنه لا حرج شرعاً - في نظري - عند جمع العقود في صفقة واحدة من اشتراط عقد في عقد، بناءً على ما ذهب إليه المالكية وابن تيمية من الحنابلة من جوازه ومشروعيته^(١)، طالما أن فيه منفعة للناس، ولم يتضمن ما نهى الله ورسوله عنه؛ إذ الأصل صحة الشروط التي لا تخالف الشرع في جميع العقود، وكل ما ينفع الناس، ولم يحرمه الله ورسوله، فهو الحلال الذي ليس لأحد تحريمه^(٢).

قال القاضي ابن العربي: (إذا قال له: أبيعك عبدي هذا بألف على أن تبيعني دارك بألف، فهذا جائز لا دخل فيه... ولو باعه عبده على أن يبيعه المشتري عبداً آخر بثمنه، قال أبو حنيفة: لا يجوز. ولا شيء أجوز منه، فإنه حصل من إحدى الجهتين عبد، ومن الجهة الأخرى عبد آخر معلوم، وهذا مما لا دخل فيه)^(٣).

وجاء في المدونة: (قلت: أرأيت أن اشتريت عبداً من رجل بعشرة دنانير على أن أبيع عبدي بعشرة دنانير؟ قال، قال مالك: ذلك جائز^(٤)) (قلت: فلو بعته عبدي بعشرة دنانير على أن يبيعه عبده بعشرين ديناراً؟ قال، قال مالك: لا بأس بذلك. إنما هو عبد بعبد وزيادة عشرة دراهم)^(٥).

(١) خلافاً للحنفية والشافعية والحنابلة في المذهب. (المغني ٦/ ٣٣٢، كشف القناع ١٨١/٣).

(٢) ينظر: نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٢٧، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص ١٢٣.

(٣) عارضة الأحوذى ٢٤١/٥.

(٤)، (٥) المدونة ٩/ ١٢٦.

وقال ابن تيمية: (وقول القائل: بعتك ثوبي بمائة على أن تبيعني ثوبك بمائة، إن أراد به أن يبيع كل واحد منهما ثوبه، انعقد بهذا الكلام. فهذا نظير نكاح الشغار! ولكن ما الدليل على فساد هذا؟! وهو كما لو قال: أجرتك داري بمائة على أن تصير دارك مؤجرة لي بمائة. فعوض كل من الإجاريتين مائة واستتجار الأخرى، كما أنه في البيع عوض كل منهما مائة وبيع الآخر، وتحريم هذا يحتاج فيه إلى نص أو إجماع ليصح القياس عليه)^(١).

وقال أيضًا: (وكذلك يجوز في أظهر الوجهين أن يجمع بين بيع ونكاح، وهذا شرط لأحد العقدين في الآخر، بحيث لا يجوز للقابل أن يقبل في أحدهما دون الآخر لأن العاقد لم يرض إلا باجتماعهما، كما لو باع سلعتين بثمن واحد، لم يكن له أن يقبل في إحداهما دون الأخرى)^(٢).

٦. ومع أن الأصل الفقهي في المسألة هو حرية الجمع بين العقود المشروعة في صفقة واحدة، وقياس المجموع على أحاده، بحيث إذا اشتملت المعاملة على عدة عقود، كل واحد منها جائز بمفرده، فإنه يحكم على المجموع بالجواز، فإن لهذا الأصل استثناء دلت عليه مدارك الأحكام الشرعية وقواعد الاستنباط من الأدلة التفصيلية. وأساس هذا الاستثناء - كما قال الشاطبي - أن الاستقراء من الشرع؛ حيث (عرّف أن للاجتماع تأثيرًا في أحكام لا تكون في حال الانفراد... فقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع وسلف، وكل واحد

(١) نظرية العقد ص ١٨٩.

(٢) نظرية العقد لابن تيمية ص ١٩١.

منهما لو انفرد لجاز، ونهى الله تعالى عن الجمع بين الأختين في النكاح، مع جواز العقد على كل واحدة بانفرادها، وفي الحديث أن النبي ﷺ نهى عن الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها، وقال: «إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم». فدل ذلك على أن للجمع حكماً ليس للانفراد، فكان الاجتماع مؤثراً، وهو دليل، وكان تأثيره في قطع الأرحام هو رفع حل الاجتماع... وذلك يقتضي أن يكون للاجتماع في بعض الأحوال تأثير ليس للانفراد، وأن يكون للانفراد حكم ليس للاجتماع، للاجتماع حكم ليس للانفراد^(١).

٧. وحيث كان الأمر كذلك، فقد نظر الفقهاء في النصوص الشرعية الاستثنائية الواردة في النهي عن الجمع بين بعض العقود، ومدارك الأحكام وقواعد الاستنباط المتعلقة بالموضوع، واستخلصوا منها ضوابط كلية لحظر اجتماع أكثر من عقد في صفقة واحدة، سنعرضها بشيء من التفصيل والبيان في المبحث الآتي.

المبحث الثاني: الضوابط الشرعية للجمع بين العقود.

٨. لقد ذكرنا فيما سبق أن الفقهاء استنبطوا ضوابط لحظر اجتماع أكثر من عقد في صفقة (معاملة) واحدة.

وهذه الضوابط منها ما هو متفق عليه بينهم، ومنها ما هو مختلف فيه. كما أن تطبيقاتها وما يتفرع عليها منها ما هو محل اتفاقهم، ومنها ما هو محل اختلافهم، وذلك نظراً لتباين الأنظار والاجتهادات والأقضية ومدارك الأحكام المتعلقة بالموضوع.

(١) الموافقات ٣/١٩٢.

وقد وجدت بعد التتبع والاستقراء لأقوال الفقهاء وأدلتهم في المسألة أن الضوابط الشرعية للجمع بين العقود أربعة، وهي:

الضابط الأول: ألا يكون الجمع محل نهى في نص شرعي.

٩. وبيان ذلك: أنه وردت على سبيل الحصر ثلاثة نصوص حديثة تنهى عن الجمع بين بعض أنواع من العقود في اتفاقية واحدة، وهي: نهيه ﷺ عن بيع وسلف، وعن بيعتين في بيعة، وعن صفقتين في صفقة.

١٠. أما الأول: فهو ما روى أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وأحمد والشافعي ومالك عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وسلف^(١).

قال الشافعي: (وذلك أن من سنته ﷺ أن تكون الأثمان معلومة، والمبيع معلومًا، فلما كنت إذا اشتريت منك دارًا بمائة على أن أسلفك مائة، كنت لم أشرها بمائة مفردة ولا بمائتين، والمائة السلف عارية، له بها منفعة مجهولة، وصار الثمن غير معلوم)^(٢). وقد شرح ذلك الماوردي بقوله: (وذلك أن البائع إذا شرط لنفسه قرضًا، صار بائعًا سلعتة بالثمن المذكور وبمنفعة القرض المشروط، فلما لم يلزم الشرط، سقطت منفعتة من الثمن، والمنفعة مجهولة، فإذا سقطت من الثمن أفضت إلى جهالة فيه، وجهالة الثمن مبطلَةٌ للعقد)^(٣).

(١) قال الترمذي: حديث حسن صحيح. الموطأ ٢/٦٥٧، مختصر سنن أبي داود للمنذري ٥/١٤٤، مسند أحمد ٢/١٧٨، عارضة الأحوزي ٥/٢٤١، مرقاة المفاتيح ٢/٣٢٣، نيل الأوطار ٥/١٧٩، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٣٩.

(٢) مختصر المزني (بهامش الأم) ٢/٢٠٥.

(٣) الحاوي للماوردي ٦/٤٣١. وينظر: شرح السنة للبغوي ٨/١٤٥، فتح العزيز ٩/٣٨٣.

وقال ابن القيم: (إن النبي ﷺ نهى أن يجمع الرجل بين سلف وبيع، ومعلوم أنه لو أفرد أحدهما عن الآخر صحَّ، وإنما ذلك؛ لأن اقتران أحدهما بالآخر ذريعة إلى أن يقرضه ألفاً، ويبيعه سلعةً تساوي ثمانمائة بألف أخرى، فيكون قد أعطاه ألفاً وسلعةً بثمانمائة ليأخذ منه ألفين، وهذا هو معنى الربا)^(١).

١١. ولا خلاف بين الفقهاء في حظر اجتماع القرض مع البيع في صفقة واحدة^(٢)، وأن ذلك الحكم منسحب على الجمع بين القرض والسلم، وبين القرض والصرف، وبين القرض والإجارة؛ لأنها كلها بيوع مع القرض.

أما الجمع بين القرض وبين ما سوى ذلك من العقود، فهو محل نظر الفقهاء، وقد اختلفت اجتهاداتهم فيه، وتباينت آراؤهم في كثير من صورته ومسائله.

وعلى سبيل المثال: أجاز الحنفية الجمع بين القرض والشركة، فقال السرخسي: (ولو دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفها قرصاً عليه، ويعمل في النصف الآخر بشركته، فإنه يجوز ذلك)^(٣).

١٢. وأما الثاني: فهو ما روى الترمذي والنسائي وأبو داود عن أبي هريرة مرفوعاً ومالك في الموطأ بلاغاً عن النبي ﷺ أنه (نهى عن بيعتين

(١) إعلام الموقعين ٣/١٥٣.

(٢) بداية المجتهد ٢/١٦٢، المغني ٦/٣٣٤، المسبوط ١٤/٤٠، القبس شرح الموطأ ٢/٨٤٣، فتح العزيز ٦/٨٠، الروضة الندية ٢/١٠٤ قال الماوردي: ومحل النهي البيع الذي شرط فيه قرض، وأما اجتماعهما معاً من غير شرط فجائز. (الحاوي ٦/٤٣١).

(٣) المسبوط ١٢/٦٤، ٣٠/٢٣٨.

في بيعة^(١) وفي رواية أخرى لأبي داود عن أبي هريرة قال، قال رسول الله ﷺ: «من باع بيعتين في بيعة، فله أو كسهما أو الربا»^(٢).

١٣. وقد فسر الحنفية والحنابلة في المذهب والشافعي في قول له هذا الحديث بأن يقول الرجل لآخر: بعتك بستاني هذا بكذا على أن تبيعني دارك بكذا. أي فإذا وجب لك عندي، وجب لي عندك^(٣). وعلة امتناع هذه الصورة كما قال الترمذي: التفارق عن بيع بثمن مجهول، إذ لا يدري كل واحد منهما على ما وقعت عليه صفقته^(٤). أي إن الثمن في كل من البيعتين مجهول، لأنه لو أفرد كل مبيع في عقد بيع مستقل، لم يتفقا في ثمنه على ما اتفقا عليه في البيعتين في معاودة واحدة^(٥).

وبناء على ذلك ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز اشتراط عقد في عقد مطلقاً، مثل: بعتك داري هذه بكذا على أن أبيعك داري الأخرى بكذا، أو على أن تبيعني فرسك بكذا، أو على أن أجرك أو على أن تؤجرني كذا بكذا، أو على أن تزوجني ابنتك أو على أن

(١) أي: في صفقة واحدة ومعاملة واحدة. (مرقاة المفاتيح ٢/ ٣٢٣) قال القاضي ابن العربي: وهو ثابت عن النبي ﷺ صحيح. (القبس ٢/ ٨٤٢) وينظر: مختصر سنن أبي داود للمنذري ٥/ ٩٨، الموطأ ٢/ ٦٦٣، عارضة الأحوذى ٥/ ٢٣٩، سنن النسائي ٧/ ٢٩٥، نيل الأوطار ٥/ ١٥٢.

(٢) مختصر سنن أبي داود للمنذري ٥/ ٩٧.

(٣) المغني ٦/ ٣٣٢، الأم ٣/ ٦٧، معالم السنن ٥/ ٩٨، المبسوط ١٣/ ١٦، عارضة الأحوذى ٥/ ٢٣٩، نيل الأوطار ٥/ ١٥٢، شرح السنة ٨/ ١٤٣، الروضة الندية ٢/ ١٠٥.

(٤) سنن الترمذي مع عارضة الأحوذى ٥/ ٢٣٩.

(٥) بداية المجتهد ٢/ ١٥٣.

أزوجك ابنتي، ونحو ذلك، لأنه من بيعتين في بيعة^(١).

وخالفهم في ذلك المالكية - وكذا ابن تيمية من الحنابلة - فلم يسلموا بصحة هذا التفسير للبيعتين في بيعة، ولا بحظر الصور والتطبيقات التي ذكرها أربابه، وذهبوا إلى جواز وصحة ومشروعية اشتراط عقد في عقد والجمع بين عقدين بعوضين متميزين في صفقة واحدة^(٢) وقولهم هذا فيه وجهة وظهور، لقوة ما استدلوا به^(٣)، ولما في القول بجواز ذلك من رفع الحرج عن العباد والتخفيف والتيسير عليهم في معاملاتهم المالية، ولأن تفسير المانع للبيعتين في بيعة بذلك فيه بعد، لعدم دخول الربا فيها، والرواية الأخرى للحديث نصت صراحة على دخوله، ولفظها: «من باع بيعتين في بيعة، فله أو كسهما أو الربا»^(٤).

١٤. وهناك رأي آخر في تفسير البيعتين في بيعة، وهو أن يقول له: بعتك هذا بعشرة دنائير على أن تعطيني بها صرفها كذا دراهم^(٥) حكاه القاضي ابن العربي، ونسبه إلى الشافعي وأبي حنيفة وأحمد وإسحاق وأبي ثور، ثم

(١) المغني ٦/٣٣٢، ٣٣٣، شرح منتهى الإرادات ٢/١٦٣، كشاف القناع ٣/١٨١، المبدع ٤/٥٦، مطالب أولي النهى ٣/٧٣، المبسوط ١٣/١٦، فتح القدير ٦/٨٠.

أما إذا باعه شئيين بثمان واحد كدار وثوب، أو سيارة وأرض، فهذا جائز في قول جماهير أهل العلم من الشافعية والمالكية والحنابلة، إذ ليس ذلك من البيعتين في بيعة عند أحد، وإنما هي صفقة واحدة جمعت شئيين بثمان معلوم. (معالم السنن ٥/٩٨، شرح السنة ٨/١٤٣، المغني ٦/٣٣٥، الفروق ٣/١٤٢، الموافقات ٣/٢٠١).

(٢) المغني ٦/٣٣٣، نظرية العقد لابن تيمية ص ١٩١.

(٣) ينظر: ف ٥ من البحث.

(٤) تهذيب مختصر سنن أبي داود لابن القيم ٥/١٠٦.

(٥) عارضة الأحوذوي ٥/٢٤٠، المغني ٦/٣٣٢.

عقب على ذلك بأن البيع بهذه الصورة جائز عند الإمام مالك^(١)، فقال: (فجوزه مالك تعويلاً على ما يثول إليه الكلام، والشافعي والفقهاء أصحابه نظروا إلى أنه باعه وصرفه، ولم يكن ذلك، إنما ذكر ديناراً، ثم ذكر الدراهم، فانتفى الذهب، ورجع الأمر إلى الفضة، كما لو قال: أبيعك عبدي بعبدك على أن تعطيني في عبدك داراً فهذا كمن اشترى داره بعبده، وذلك جائز)^(٢).

وجاء في المدونة: (قلت: رأيت إن باع سلعة بعشرة دنانير إلى أجل على أن يأخذ بها مائة درهم. أيكون هذا البيع فاسداً أم لا؟ قال: لا يكون فاسداً ولا بأس بهذا عند مالك. قلت: لم؟ قال: لأن اللفظ ههنا لا ينظر إليه؛ لأن فعلهما يثوب إلى صلاح وأمر جائز. قلت: وكيف يثوب إلى صلاح، وهو إنما شرط الثمن عشرة دنانير يأخذ بها مائة درهم؟ قال: لأنه لا يأخذ دنانير أبداً، إنما يأخذ دراهم، فقوله عشرة دنانير لغو)^(٣).

ولا يخفى ما في رأي الإمام مالك من فقه حسن ونظر وجيه، لتعويله على المقاصد والمعاني دون الألفاظ والمباني، واعتباره لمآلات الأفعال ومقاصدها دون الظواهر والرسوم، ولما فيه من التخفيف عن العباد والتيسير عليهم في معاملاتهم.

١٥. وبناء على ما تقدم، فإن أرجح الوجوه في نظري في تفسير البيعتين فيبيعة هو أن يقول رجل لآخر: أبيعك هذه السلعة بمائة إلى سنة على

(١) بل إن أشهب من المالكية يرى جواز جمع البيع في الصرف في عقدة واحدة مطلقاً. (البهجة ٩/٢، ميارة على التحفة ١/٢٨٣).

(٢) عارضة الأحوذى ٥/٢٤١.

(٣) المدونة ٩/١٢٧.

أن أشتريها منك بثمانين حالة. وذلك نفس بيع العينة، وهو ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم في معناها^(١). قال ابن القيم: (وهذا هو معنى الحديث، الذي لا معني له غيره، وهو مطابق لقوله ﷺ: «فله أو كسهما أو الربا»). فإنه إما أن يأخذ الثمن الزائد فيربي، أو الثمن الأول فيكون هو أو كسهما، فإنه قد جمع صفقتي النقد و النسئة في صفقة واحدة وبيع واحد، وهو قد قصد بيع دراهم عاجلة بدراهم مؤجلة أكثر منها، ولا يستحق إلا رأس ماله، وهو أو كس الصفقتين. فإن أبا إلا الأكثر، فقد أخذ الربا. ومما يشهد لهذا التفسير ما روى أحمد عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة، وعن سلف وبيع. فجمعه بين هذين العقدين في النهي؛ لأن كلاً منهما يتول إلى الربا، لأنهما في الظاهر بيع، وفي الحقيقة ربا^(٢).

١٦. وأما الثالث: فهو ما روى أحمد والبخاري والطبراني عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال: نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة^(٣).

وقد فسّر راوي الحديث سماك الصفقتين في صفقة بأن يبيع الرجل الشيء، فيقول: هذا بنساء بكذا وكذا، وهو بتقد بكذا وكذا^(٤) أي

- (١) مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية ص ٣٢٧، إعلام الموقعين ٣/ ١٦١، ١٦٢، تهذيب مختصر سنن أبي داود لابن القيم ١٠٠/٥.
- (٢) تهذيب مختصر سنن أبي داود لابن القيم ١٠٦/٥.
- (٣) مسند أحمد ١/ ١٩٨، نيل الأوطار ٥/ ١٥٢، فتح القدير ٦/ ٨١. قال الهيثمي: رجال أحمد ثقات. (مجمع الزوائد ٤/ ٨٤).
- (٤) تهذيب مختصر سنن أبي داود ١٠٦/٥، نيل الأوطار ٥/ ١٥٢.

ويفترقان على ذلك من غير أن يعين المشتري بأي الثمنين اشترى. وقد وافق سماكاً على هذا التفسير أحمد والشافعي وأبو عبيد القاسم بن سلام^(١).

وذهب الكمال بن الهمام إلى أن الصفقتين في صفقة أعم مطلقاً من البيعتين في بيعة، لخصوصهما في نوع من الصفقات، وهو البيع^(٢). وقال الشوكاني: إن معنى الصفقتين في صفقة بيعتان في بيعة^(٣).

واختار الإمام ابن القيم أن تفسير الصفقتين في صفقة مطابق للبيعتين في بيعة، وهو أن يبيعه السلعة بمائة إلى سنة على أن يشتريها منه بثمانين معجلة، ثم قال: (فإنه قد جمع صفقتي النقد والنسيئة في صفقة واحدة، وبيع واحد، وهو قد قصد بيع دراهم عاجلة بدراهم مؤجلة أكثر منها، ولا يستحق إلا رأس ماله، وهو أو كس الصفقتين، فإن أبي إلا الأكثر، كان قد أخذ الربا)^(٤) وهو اختيار حسن وجيه، تؤيده رواية ابن حبان وابن أبي شيبة والطبراني وغيرهم للحديث موقوفاً بلفظ (الصفقتان في صفقة ربا)^(٥) وهو التفسير الراجح في نظري، والله أعلم.

١٧. ومما يجدر بيانه في هذا المقام أن الصفقة لغة اسم المرة من الصفق،

(١) فتح القدير ٦/٨١، السيل الجرار للشوكاني ٣/٦١.

(٢) فتح القدير ٦/٨٠، ٨١.

(٣) نيل الأوطار ٥/١٥٣، السيل الجرار ٣/٦١.

(٤) تهذيب مختصر سنن أبي داود لابن القيم ٥/١٠٦.

(٥) موارد الظمان للهيثمي ص ٢٧٢، المصنف لابن أبي شيبة ٥/١٢، المعجم الأوسط للطبراني ٢/١٦٩، صحيح ابن حبان ٣/٣٣١، منتخب كنز العمال ٢/٢٢٩، فتح القدير ٦/٨٠، المغني ٦/٣٣٣، شرح منتهى الإرادات ٢/١٦٣.

وهو الضرب باليد على يد أخرى، أو على يد شخص آخر عند البيع. وقد كانت عادة العرب إذا وجب البيع ضرب أحد المتبايعين يده على يد صاحبه^(١). ثم استعملت الصفقة بمعنى عقد البيع نفسه^(٢) أي إذا كان لازماً لا خيار فيه. ومنه قول عمر بن الخطاب: (البيع صفقة أو خيار) قال النسفي: أي بيع تام لازم، أو بيع فيه خيار^(٣). وقال السرخسي: الصفقة هي اللازمة النافذة^(٤).

الضابط الثاني: ألا يكون حيلة ربوية.

وذلك مثل الاتفاق على العينة أو عكسها أو على الحيلة إلى ربا الفضل^(٥)
وبيان ذلك:

(أ) العينة:

١٨. المراد بالعينة المنهي عنها شرعاً: أن يبيعه السلعة بمائة مؤجلة على أن يشتريها منه بثمانين معجلة. فهي في الظاهر بيعتان، وفي الحقيقة حيلة إلى القرض الربوي، إذ السلعة لغو لا معنى لها في هذه المعاملة، لأن الأغراض والمصالح التي شرع البيع من أجلها، لم يوجد منها في هذه المعاملة شيء.

وقد أوضح ذلك ابن تيمية بقوله: (مسألة العينة: وهي أن يبيعه سلعة إلى

(١) المصباح المنير ١/ ٤٠٥، المغرب ١/ ٤٧٦.

(٢) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح ٢/ ٣٢٣.

(٣) طلبية الطلبة ص ٦٥، ١٢٨.

(٤) المبسوط ١٦/ ٢.

(٥) وذلك بمواطأة أو شرط.

أجل، ثم يشتريها منه بثمن حال أقل منه. فهذا مع التواطؤ يبطل البيعتين، لأنهما حيلة^(١) وقال ابن القيم: (فالتجارة في كلام الله ورسوله ولغة العرب وعرف الناس إنما تنصرف إلى البياعات المقصودة، التي يقصد فيها الثمن والمثمن. وأما ما تواطأ فيه على الربا المحض، ثم أظهر بيعاً غير مقصود لهما البتة، يتوسلان به إلى أن يعطيه مائة حالة بمائة وعشرين مؤجلة، فهذا ليس من التجارة المأذون بها، بل من الربا المنهي عنه)^(٢) وقال أيضاً: (فإن الشارع لم يشرع القرض إلا لمن قصد أن يسترجع مثل قرضه، ولم يشرعه لمن قصد أن يأخذ أكثر منه لا بحيلة ولا بغيرها. وكذلك إنما شرع البيع لمن له غرض في تملك الثمن وتمليك السلعة، ولم يشرعه قط لمن قصد به ربا الفضل أو التَّسَاء، ولا غرض له في الثمن ولا في السلعة، وإنما غرضهما الربا)^(٣).

١٩. وعكس العينة مثلها في الحكم بالحظر، وذلك لتساويهما في المعنى الذي من أجله شرع الحكم، وصورتها: أن يبيع أحدهما سلعة لآخر بثمن معجل على أن يشتريها منه - أو من وكيله - بأكثر منه نسيئة^(٤).

(ب) الحيلة إلى ربا الفضل:

٢٠. وصورتها أن يبيع شخص لآخر مالا ربوياً بثمن على أن يشتري منه بنفس الثمن قدرًا أقل أو أكثر من جنس المبيع. كما إذا باعه مدي تمر

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ٣٠.

(٢) إغاثة اللهفان ٢ / ١٠٥.

(٣) إعلام الموقعين ٣ / ٢٥٠.

(٤) شرح منتهى الإرادات ٢ / ١٥٨، كشف القناع ٣ / ١٧٤، المغني ٦ / ٢٦٣، الإنصاف للمرداوي ١١ / ١٩٤، الشرح الكبير على المقنع ١١ / ١٩٥.

رديء بدرهم، على أن يشتري منه بالدرهم مد تمر جيد. فتلك حيلة محرمة باطلة^(١).

وأساس ذلك ما روى البخاري ومسلم والترمذي والنسائي ومالك أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر، فجاءه بتمر جنيب^(٢)، فقال له: أكل تمر خيبر هكذا؟ قال: لا والله، إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة. فقال ﷺ: «لا تفعل، بع التمر بالدراهم، ثم اشتر بالدراهم جنيباً»^(٣). قال ابن القيم: (وهذا يقتضي بيعاً ينشئه ويتدته بعد انقضاء البيع الأول، ومتى واطأه في أول الأمر على أن أبيعك وأبتاع منك، فقد اتفقا على العقدين معاً، فلا يكون الثاني عقداً مستقلاً مبتدأ، بل هو من تنمة العقد الأول عندهما وفي اتفاقهما، وظاهر الحديث أنه ﷺ أمر بعقدين لا يرتبط أحدهما بالآخر، ولا ينبني عليه)^(٤).

ثم قال: (وجماع الأمر أنه إذا باعه ربوياً بثمن، وهو يريد أن يشتري منه بثمنه من جنسه (أي أقل أو أكثر)، فإما أن يواطئه على الشراء منه لفظاً، أو يكون العرف بينهما قد جرى بذلك. أو لا يكون. فإن كان الأول فهو باطل كما تقدم تقريره، فإن هذا لم يقصد ملك الثمن، ولا قصد هذا تملكه، وإنما قصداً تملك المثلن بالمثلن، وجعلاً تسمية الثمن

(١) المغني ٦/١١٤-١١٦، الشرح الكبير على المقنع ١٢/١١١، ١١٢، معونة أولي النهي ٤/٢٢٧، الإنصاف ١٢/١٢٥، الفروع ٦/٣١٣.

(٢) الجنيب من التمر نوع جيد متجانس، لا تخالطة أنواع أخرى رديئة. ينظر: المصباح المنير، مادة (جنب).

(٣) صحيح البخاري ٣/٩٧، صحيح مسلم ٣/١٢٠٨، عارضة الأحوذى ٥/٢٤٩، الموطأ ٢/٦٣٢، سنن النسائي ٧/٢٤٤.

(٤) إعلام الموقعين ٣/٢٣٨، وينظر إغاثة اللهفان ٢/١٠٣.

تلبيسًا وخداعًا ووسيلةً إلى الربا^(١).

الضابط الثالث: ألا يكون ذريعة إلى الربا.

٢١. الذريعة في اللغة: هي الوسيلة إلى الشيء مطلقًا. وسدها يعني الحيلولة دون إتيانها^(٢).

والمراد بسد الذرائع في الاصطلاح الشرعي: منع المباحات التي يتذرع بها إلى مفاسد ومحظورات. وضابط ذلك كما قال القاضي عبد الوهاب البغدادي: (أن يمنع الشيء الجائز إذا قويت التهمة في التطرق والتذرع به إلى الأمر المحظور)^(٣).

٢٢. والفرق بين الحيل وسد الذرائع، كما قال ابن تيمية: (أن الحيلة تكون مع قصد صاحبها ما هو محرم في الشرع، فهذا يجب أن يمنع من قصده الفاسد. وأما سد الذرائع، فيكون مع صحة القصد خوفًا من أن يفضي ذلك إلى الحيلة)^(٤).

٢٣. وعلى ذلك، فكل اتفاق^(٥) على الجمع بين عقود مشروعة في الأصل، تقوى التهمة ويكثر القصد في التطرق والتوسل بها إلى الأمر المحظور، فإنه يعتبر ممنوعًا شرعًا. ومن أمثلة ذلك:

- (١) إعلام الموقعين ٣/٢٤٢، وينظر: بيان الدليل لابن تيمية ص ٢٨٤.
- (٢) المصباح المنير ١/٢٤٧.
- (٣) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/٩٩٦، وينظر: عقد الجواهر الثمينة ٢/٤٤١، بيان الدليل على بطلان التحليل ص ٣٥٢، الموافقات ٤/١٩٩، إرشاد الفحول ص ٢٤٦.
- (٤) تفسير آيات أشكلت لابن تيمية ٢/٦٨٢.
- (٥) سواء وقع بمواطأة أو شرط.

(أ) الجمع بين القرض والبيع:

٢٤. روى أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وأحمد والشافعي ومالك عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وسلف^(١).

قال ابن القيم: (وحرّم الجمع بين السلف والبيع، لما فيه من الذريعة إلى الربا في السلف بأخذ أكثر مما أعطى، والتوسل إلى ذلك بالبيع أو الإجارة، كما هو الواقع)^(٢) وقال أيضاً: (إن النبي ﷺ نهى أن يجمع الرجل بين سلف وبيع، ومعلوم أنه لو أفرد أحدهما عن الآخر صح، وإنما ذلك؛ لأن اقتران أحدهما بالآخر ذريعة إلى أن يقرضه ألفاً، ويبيعه سلعة تساوي ثمانمائة بألف أخرى، فيكون قد أعطاه ألفاً وسلعةً بثمانمائة، ليأخذ منه ألفين. وهذا هو معنى الربا)^(٣).

ولا خلاف بين أهل العلم في أن الحكم بحرمة ذلك وفساده منسحب على الجمع بين القرض والسلم، وبين القرض والصرّف، وبين القرض والإجارة، لأنها كلها يبيوعٌ مجتمعةٌ مع القرض^(٤).

٢٥. والمستفاد من كلام جمهور الفقهاء في المسألة أن محل النهي هو اجتماع المعاوضة مع القرض بشرط أو مواطأة، أما إذا صادف

- (١) الموطأ ٢/٦٥٧، مختصر سنن أبي داود للمنذري ٥/١٤٤، عارضة الأحوذى ٥/٢٤١، مسند أحمد ٢/١٧٨، مرقاة المفاتيح ٢/٣٢٣، نيل الأوطار ٥/١٧٩.
- (٢) إغاثة اللهفان ١/٣٦٣، وينظر: الموافقات ٣/١٩٦، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٦٢، القواعد النورانية الفقهية ص ١٤٢، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٣٩.
- (٣) إعلام الموقعين ٣/١٥٣.
- (٤) بداية المجتهد ٢/١٦٢، المغني ٦/٣٣٤، القبس ٢/٨٤٣، المبسوط ١٤/٤٠، فتح العزيز ٦/٨٠، الروضة الندية ٢/١٠٤.

وقوعهما من غير ذلك، فهو جائزٌ، وذلك لضعف التهمة في إفضاء ذلك إلى القرض الربوي^(١).

٢٦. ولو كان المقرض شخصاً ثالثاً غير البائع والمشتري، فهل يجوز اشتراط القرض في البيع؟

جاء في فتح القدير نقلاً عن فتاوى الوَلَوِ الْجِي: (لو قال: بعتك هذه الدار بألف على أن يقرضني فلان الأجنبي عشرة دراهم، فقبل المشتري ذلك البيع، لا يفسد البيع؛ لأنه لا يلزم الأجنبي، لأنه لو لزمه: فإما بطريق الضمان عن المشتري، أو بطريق الزيادة في الثمن، لا وجه إلى الأول؛ لأنه ليس في ذمة المشتري، فكيف يتحملها الكفيل، ولا إلى الثاني؛ لأنه لم يقل: على أي ضامن. وإذا لم يلزم الأجنبي، لا يفسد البيع، ولا خيار للبائع)^(٢).

(ب) الجمع بين القرض والهبة للمقرض:

٢٧. أجمع الفقهاء على أن من أقرض غيره مالا على أن يسكنه المقرض داره، أو يهدي له هدية، أو يقضيه خيراً مما أخذ منه بزيادة في القدر أو الصفة، فذلك فاسد محذور شرعاً، لإفضائه إلى الربا.

لكن لو وقع الإهداء أو الإسكان أو الزيادة من غير شرط ولا مواطأة، فهو جائزٌ، لضعف التهمة في إفضاء ذلك إلى القرض الربوي^(٣).

(١) ينظر: الحاوي للماوردي ٦/٤٣١، طلبة الطلبة ص ٢٤٩، الشرح الكبير على المقنع

١٢/١٣٢، روضة الطالبين ٣/٣٩٨.

(٢) فتح القدير ٦/٨١.

(٣) الشرح الكبير على المقنع ١٢/٣٤٢، المغني ٦/٤٣٦، الذخيرة ٥/٢٨٩، مجموع فتاوى =

الضابط الرابع: ألا يكون بين عقود متناقضة أو متضادة في الأحكام.

٢٨. لقد نص المالكية على أنه لا يجوز الجمع بين عقدين متضادين وضعًا، ومتناقضين حكمًا. وبناءً على ذلك جمع فقهاؤهم أسماء العقود التي لا يجوز اجتماعها مع البيع في قولك (جص مشنق)، فالجيم للجعالة، والصاد للصرف، والميم للمساقاة، والشين للشركة، والنون للنكاح، والقاف للقرض والقراض^(١). وذكروا أنه كما لا يجتمع البيع مع واحد من هذه العقود السبعة، فكذلك لا يجتمع اثنان منها في عقد واحد، لا فتراق أحكامها^(٢).

٢٩. وأساس ذلك كما قال القرافي: (أن العقود أسبابٌ، لا شتمالها على تحصيل حكمتها في مسياتها بطريق المناسبة، والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين، فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد)^(٣).

وقال القاضي ابن العربي: (يتركب على حديث النهي عن بيع وسلف أصل بديع من أصول المالكية، وهو أن كل عقدين يتضادان وضعًا، ويتناقضان حكمًا، فإنه لا يجوز اجتماعهما. أصله البيع والسلف، فركبه عليه في جميع مسائل الفقه، ومنه البيع والنكاح. وذلك أن البيع

= ابن تيمية ٣٣٤/٢٩، الكافي ٩٣/٢، المبدع ٢٠٩/٤، ونصت م (٧٥٣) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: «يجوز أن يقضي المقرض خيرًا مما أخذ أو دونه برضاهما، ولو بزيادة أو نقص في القدر أو الصفة من غير شرط ولا مواطاة».

(١) الفروق للقرافي ٣/١٤٢.

(٢) ميارة على التحفة ١/٢٨٣، البهجة للتسولي ٩/٢، ١٠.

(٣) الفروق ٣/١٤٢.

مبني على المغابنة والمكايسة، خارجٌ عن باب العرف^(١) والعبادات، والسلف مكارمةً وقربة. ومن هذا الباب: الجمع بين العقد الواجب والجائز^(٢)، ومثله بيعٌ وجعالة. ويزيده على ذلك أن أحد العوضين في الجعالة مجهول، ولا يجوز أن يكون معلوماً، فإنه إن كان معلوماً خرج عن باب الجعل، والتحق بباب الإجارة. وأمثال ذلك لا تحصى^(٣).

أما العقود التي لا تضاد بينها ولا تعارض، فيجوز اجتماعها في صفقة واحدة لعدم التنافي، كاجتماع البيع مع الإجارة أو الهبة أو نحو ذلك. جاء في تهذيب الفروق والقواعد السنية: (وأما نحو الإجارة والهبة مما يماثل البيع في الأحكام والشروط ولا يصادفه، فإنه يجوز اجتماعه مع البيع، كما يجوز اجتماع أحدهما مع الآخر في عقد واحد لعدم التنافي)^(٤).

٣٠. وبناء على ما تقدم نص المالكية على عدم جواز اجتماع الصرف والبيع، والنكاح والبيع، والقراض والبيع، والمساقاة والبيع، والشركة والبيع، والجعالة والبيع، والجزاف والمكيل، لتضادها. قالوا: ومن هذا الباب الجمع بين العقد اللازم والجاز الذي فيه خيار^(٥).

وعلموا ذلك بأن الصرف مبني على غاية التضييق، حتى شرط فيه التماثل الحقيقي في الجنس الواحد، والتقابض الذي لا تردد فيه

(١) أي: المعروف والمكارمة والمسامحة والإرفاق.

(٢) أي: غير اللازم.

(٣) القبس ٢/٨٤٣.

(٤) تهذيب الفروق ٣/١٧٨.

(٥) ينظر الفروق ٣/١٤٢، عدة البروق للونشريسي ص ٥٥٠، المقدمات الممهدة ٢/١٨٢.

ولا تأخير ولا بقاء علقه، وليس البيع كذلك، فحصل التضاد. وكذلك النكاح مبني على المكارمة والمسامحة وعدم المشاحة، ولذلك سمي الله الصداق نحلة، وهي العطية لا في مقابلة عوض، وأجيز فيه نكاح التفويض، بخلاف البيع، فوقع التضاد. والقراض والمساقاة مبنيان على التوسعة، إذ هما مستثنيان من أصل ممنوع، وهو الإجارة المجهولة، فصارا كالرخصة، بخلاف البيع، فإنه مبني على رفع الجهالة في الثمن والمبيع والأجل وغير ذلك، فأحكامه تنافي أحكامهما.. والشركة مبنياها على المعروف والتعاون على إقامة المعاش للجانبين بالنسبة إلى كل واحد من الشريكين، والبيع يصاد ذلك. والجعل مبنية على الجهالة في العمل، وعلى أن العامل بالخيار، والبيع يأبى هذين.. وكذلك اعتبار الكيل في المكيل قصد إلى غاية الممكن من العلم بالمكيل، والجزاف مبني على المسامحة في العلم بالمبيع، للاجتراف فيه بالتخمين الذي لا يوصل إلى علم، فهما متضادان.. واختلفوا في اجتماع عقد على بت في سلعة وخيار في أخرى، والمنع بناءً على تضاد البت والخيار^(١).

٣١. أما جمهور الفقهاء، فلم يوافقوا المالكية على منع الجمع بين العقود المختلفة الأحكام والمتباينة الشروط في معاملة واحدة، وذلك لعدم إفضاء ذلك بإطلاق إلى تناقض في الأحكام وتضاد في الموجبات والآثار. بل إن بعض أئمة المالكية كسحنون وأشهب أجازوا الجمع بين بعض العقود المتنافية في اتفاقية واحدة^(٢).

(١) الفروق ٣/١٤٢، الموافقات ٣/١٩٣، ١٩٥، ١٩٦، ١٩٨، ٢٠٣.

(٢) فذهب أشهب إلى جواز اجتماع البيع مع الصرف في عقدة واحدة مطلقاً. (البهجة ٢/٩، ميارة على التحفة ١/٢٨٣). وروي عن سحنون أنه أجاز الجمع بين المغارسة والبيع، =

وبيان ذلك: أن الحنفية نصوا على جواز اجتماع القرض والشركة، فقال السرخسي: (ولو دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفها قرصاً عليه، ويعمل في النصف الآخر بشركته، فإنه يجوز ذلك)^(١).

كما نص الشافعية على أنه إذا جمع في التعاقد بين بيع وإجارة، أو بيع وسلم، أو إجارة وسلم أو صرف، أو جمع في العقد بين مبيعين مختلفي الحكم، كثويين شرط الخيار في أحدهما دون الآخر، فأصح القولين في المذهب صحة العقد فيهما، ويقسط العوض عليهما بالقيمة؛ لأن كل واحد منهما لو أفردته بالعقد صح، فإذا جمع بينهما، فليس فيه أكثر من اختلاف الأحكام، وهذا لا يمنع صحة المعاقدة، كما لو جمع في البيع بين ما فيه شفعة وبين ما لا شفعة فيه.

قالوا: وصورة البيع والإجارة: بعتك عبي وأجرتك داري سنةً بألف. وصورة البيع والسلم: بعتك ثوبي ومائة صاع حنطة سلماً بدينار. وصورة الإجارة والسلم: أجرتك داري سنةً وبعتك مائة صاع حنطة سلماً بمائة درهم.

ومثل ذلك ما لو جمع بيعاً ونكاحاً، فقال: زوجتك جاريتي هذه وبعتك عبي هذا بمائة، وهو ممن تحل له الأمة. أو قال: زوجتك ابنتي وبعتك عبداً، وهي في حجره، أو رشيدة وكلته في بيعه، صح النكاح بلا خلاف في المذهب، وصح البيع والصداق في أصح القولين، ويوزع المسمى على قيمة المبيع ومهر المثل^(٢).

= (المقدمات الممهدة ٢/ ١٨٢).

(١) المبسوط ١٢/ ٦٤، ٣٠/ ٢٣٨.

(٢) المجموع شرح المذهب ٩/ ٣٨٨، البيان للعراني ٥/ ١٤٨، شرح السنة للبغوي ٨/ ٦٧.

وذهب الحنابلة إلى جواز اجتماع عقدين مختلفي الوضع والحكم بعوض واحد. فجاء في المغني لابن قدامة: (فصل: وإذا جمع بين عقدين مختلفي الحكم بعوض واحد، كالصرف وبيع ما يجوز التفرق فيه قبل القبض، والبيع والنكاح أو الإجارة، نحو أن يقول: بعتك هذا الدينار وهذا الثوب بعشرين درهماً، أو بعتك هذه الدار وأجرتك الأخرى بألف، أو باعه سيفاً محلي بالذهب بفضة، أو زوّجك ابنتي وبعتك عبداً بألف صح العقد فيهما؛ لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة، فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعين، كالعقدين. وهذا أحد قولي الشافعي.

وقال أبو الخطاب: في ذلك وجه آخر أنه لا يصح، وهو القول الثاني للشافعي؛ لأن حكمهما مختلف، فإن المبيع يضمن بمجرد البيع، والإجارة بخلافه. والأول أصح. وما ذكره يبطل بما إذا باع شقصاً وسيفاً، فإنه يصح مع اختلاف حكمهما بوجوب الشفعة في أحدهما دون الآخر^(١).

وجاء فيه أيضاً: (ولو اشترى شيئين، وشرط الخيار في أحدهما بعينه دون الآخر، صح؛ لأن أكثر ما فيه أنه جمع بين مبيع فيه الخيار ومبيع لا خيار فيه، وذلك جائز بالقياس على شراء ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه، فإنه يصح، ويحصل كل واحد منهما مبيعاً بقسطه من الثمن. فإن فسخ البيع فيما فيه الخيار، رجع بقسطه من الثمن، كما لو وجد أحدهما مبيعاً فرده)^(٢).

(١) المغني ٦/٣٣٥.

(٢) المغني ٦/٣٩، وينظر: الواضح في شرح الخرقى للبصري ٢/٣٢١.

وجاء في مطالب أولي النهى: (وإن جمع في عقد بين بيع وإجارة، بأن باعه عبده وأجره داره بعوض واحد صحا، أو جمع بين بيع وصرف، بأن باعه عبده وصارفه دينارًا بمائة درهم مثلاً، صحا.. أو جمع بين بيع وخلع، بأن قالت: ابتعت منك عبدك واختلعت نفسي بعشرين دينارًا، صحا، أو جمع بين بيع ونكاح بعوض واحد، صحا؛ لأن اختلاف العقدين لا يمنع الصحة، كما لو جمع بين ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه)^(١).

وقال ابن القيم: (لا محذور في الجمع بين عقدين، كل منهما جائز بمفرده، كما لو باعه سلعة وأجره داره شهرًا بمائة درهم)^(٢). قال ابن قدامة: (فإن قيل: فالبيع يخالف حكمه حكم الإجارة؛ لأن الضمان ينتقل في البيع بتسليم العين، بخلاف الإجارة، فكيف يصح الجمع بينهما؟ قلنا: كما يصح بيع الشقص والسيف وحكهما مختلف، فإن الشفعة تثبت في الشقص دون السيف، ويجوز الجمع بينهما)^(٣).

وكذلك نص ابن تيمية على جواز اجتماع عقدين مختلفي الوضع والحكم بعوضين متميزين أيضًا، فقال: (وكذلك يجوز في أظهر الوجهين أن يجمع بين بيع ونكاح، وهذا شرط لأحد العقدين في الآخر بحيث لا يجوز للقابل أن يقبل في أحدهما دون الآخر؛ لأن العاقد لم يرض إلا باجتماعهما، كما لو باع سلعتين بثمن واحد، لم يكن له

(١) مطالب أولي النهى ٤٨ / ٣.

(٢) إعلام الموقعين ٣٥٤ / ٣.

(٣) المغني ١٦٤ / ٦.

أن يقبل في أحدهما دون الآخر^(١) وقال أيضًا: (وإذا جمع البائع بين عقدين مختلفي الحكم بعوضين متميزين، لم يكن للمشتري أن يقبل أحدهما بعوضه)^(٢).

٣٢. ويظهر لي - بعد النظر والتأمل - في مذاهب الفقهاء وتفصيلاتهم وتفرعاتهم على هذا السبب المانع من اجتماع أكثر من عقد في صفقة واحدة أن الأصل الذي استنبطه فقهاء المالكية، وهو (الألا يكون العقدان متضادين وضعًا ومتناقضين حكمًا) صحيح المبني، عميق المعنى، سديد المآخذ، حقيق بالمرعاة، جدير بالتعويل عليه، وذلك لأن العقود أسباب تفضي إلى تحصيل حكمتها وغايتها ومقصودها في مسيبتها بطريق المناسبة، والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين والمتناقضين، إذ الضدان: صفتان وجوديتان تتعاقبان في موضوع واحد، يستحيل اجتماعهما، كالسواد والبياض. والفرق بينهما وبين النقيضين: أن النقيضين لا يجتمعان ولا يرتفعان، كالعدم والوجود، والحركة والسكون، أما الضدين فإنهما لا يجتمعان، ولكن يرتفعان، كالسواد والبياض. ولهذا لا يصح الجمع بين عقدين بينهما تناقض أو تضاد في عقدة واحدة.

٣٣. ولكننا لو نظرنا فيما فرع المالكية على هذا الأصل من صور لوجدنا جل الأمثلة والتطبيقات التي ذكرها لم يتحقق فيها اجتماع الضدين أو النقيضين وضعًا أو حكمًا، بل وجد فيها اجتماع المختلفين أو المتباينين في الأحكام أو الشروط أو الآثار، ومن المعلوم أن

(١) نظرية العقد لابن تيمية ص ١٩١.

(٢) الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية للبعلي ص ١٢٢.

الاختلاف والتنافي غير التناقض والتضاد، فالنقيضان والضدان لا يمكن اجتماعهما، أما المختلفان والمتباينان فقد يجتمعان وتترتب عليهما أحكامهما دون وقوع أي إشكال أو تصادم أو اضطراب.

وأضرب لذلك بعض الأمثلة: لقد منع المالكية من الجمع بين البيع والنكاح؛ لأن الأول مبني على المغابنة والمكايسة، بينما الثاني مبني على المسامحة والمكارمة. وهذا تخالف وتباين في مبناهما، ولكن دون تضاد أو تناقض بينهما. فلو أن رجلاً تزوج ابنة آخر، وباعه سيارته بألفي دينار، أو تزوج ابنته على مهر قدره ألف دينار، وباعه سيارته بألف درهم، فأين التناقض أو التضاد الذي يستحيل معه الجمع بينهما، كما يستحيل اجتماع النقيضين أو الضدين!

كذلك منع المالكية اجتماع البيع والشركة، والبيع والقراض، والبيع والمساقاة، لوجود التنافي في بعض أحكامهما. وهذا صحيح. لكن وجود التنافي لا يستلزم وجود التناقض والتضاد. وأين التضاد أو التناقض لو بعت فلاناً أرضي هذه بكذا، وتشاركنا شركة عنان أو مضاربة أو مزارعة أو مساقاة؟!

وأيضاً منع المالكية اجتماع عقدين أحدهما على البت والآخر على الخيار، أو أحدهما لازم والآخر جائز.. وإنه لا يظهر لي تناقض ولا تضاد في اجتماعهما.

أين التناقض أو التضاد لو بعتك هذه الدار بيعاً لازماً بكذا، وهذه السلعة بيعاً فيه خيار شرط بكذا، أو بعتك هذا الشيء بيعاً باتاً بكذا ووكلتك أن تشتري لي بستاناً أو أن تزوجني من فلانة، فالبيع لازم والوكالة جائزة!

ومن جهة أخرى أجاز المالكية الجمع بين البيع والإجارة في عقدة واحدة، لعدم التنافي والتخالف بينهما. ولو أننا تأملنا في أحكام كل واحد منهما لوجدنا بينهما من التباين والتنافي مثل ما هو موجود في كثير من العقود التي حظروا الجمع بينهما.. فالبيع يخالف الإجارة في الحكم، من حيث أن الضمان ينتقل في البيع بتسليم العين، خلافاً للإجارة. وأيضاً: فالبيع يرد على عين قائمة موجودة، والإجارة بيعٌ لمعدوم، إذ المعقود عليه فيها (وهو المنافع) غير موجود وقت التعاقد، وهو يحدث شيئاً فشيئاً، وأنا فأنا، وما يحدث منع غير ما ينقضي ويذهب.

كذلك أجاز المالكية اجتماع البيع والهبة، لتمامتهما في الأحكام والشروط كما قالوا. لكننا لو نظرنا في أحكام كل من البيع والهبة لوجدنا بينهما من التنافي والتخالف مثل ما هو موجود بين البيع والنكاح اللذين حظروا الجمع بينهما وزيادة.. ألا ترى أن الأول مبني على المكايسة والمغابنة، بينما الثاني مبني على المعروف والإحسان والإرفاق.. ومع ذلك، فالجمع بين البيع والهبة سائغ عندهم، أما اجتماع البيع مع النكاح فمفاسد محظور!!

لقد ظهر لي أن التطبيقات التي ذكرها المالكية للأصل النفيس الذي وضعوه وقرروه، وهو ألا يكون العقدان متضادين وضعاً ومتناقضين حكماً، لا يسلم إدراج جملتها تحته، ولا تفرعها عليه، ولا تصلح ما صدقات لاجتماع الضدين أو النقيضين، إذ ليس فيها أكثر من اختلاف حكم العقدين وأثرهما، وهذا لا يمنع صحة المعاقدة، كما إذا باع شقصاً وسيفاً، فإنه يصح مع اختلاف حكمهما بوجود الشفعة في الشقص دون السيف.

٣٤. ثم إننا لو نظرنا فيما أجمع الفقهاء على صحته ومشروعيته من اجتماع عقود التوثيق مع عقود المداينات، مثل اجتماع البيع - أو الصلح - مع الكفالة والحوالة، أو اجتماع السلم مع الكفالة، لوجدنا فيه جمعاً بين عقدين مختلفين وضعاً، متباينين حكماً وشروطاً.. ومع ذلك فإنهم لم يروا بأساً في اجتماعهما، حيث لا تناقض ولا تضاد.

٣٥. إذن، فمحور المنع ومناطق الحظر في اجتماع أكثر من عقد في صفقة واحدة في هذا الضابط، إنما هو وجود التناقض أو التضاد بينهما - كما قرر المالكية في قواعدهم الكلية لا في فروعهم وتطبيقاتهم الجزئية - وذلك لاستحالة اجتماع الضدين والنقيضين.

ثم إن ما قاله الشافعية والحنابلة على الصحيح المعتمد في مذاهبهم وما استظهره شيخ الإسلام ابن تيمية من صحة الجمع بين عقدين متباينين شروطاً وحكماً في معاقدة واحدة - حيث لا تناقض ولا تضاد بينهما - منسجم مع قواعد الشريعة وأصولها، وهو سديد المبنى، صحيح المأخذ، سليم من الإيراد عليه في نظري، كما أن فيه تيسيراً على العباد، ورفقاً بهم، وتخفيفاً ورفعاً للحرَج عنهم في إبرام ما يحتاجون إليه من الجمع بين العقود المختلفة في صفقة واحدة، وذلك معتبرٌ مقصودٌ شرعاً. وقال أبو يوسف رحمه الله: (ما كان أرفق بالناس فالأخذُ به أولى، لأن الحرَج مرفوع) (١).

٣٦. إذا تقرر هذا، فالمحذور إذاً إنما هو الجمع بين عقدين مختلفين شروطاً وحكماً، إذا ترتب على ذلك تناقض أو تضاد أو تناقض في الموجبات

(١) المبسوط للسرخسي ٢٥/١١.

والآثار، وهذا إنما يكون في حالة توارد العقدين على محل واحد في صورة تتول إلى ذلك، كما في الجمع بين هبة عين وبيعها للموهوب، أو هبتها وإجارتها، أو هبتها والسلم فيها، أو الجمع بين المضاربة وإقراض المضارب رأس مالها، أو الجمع بين الإجارة والبيع في ما يسمى بالبيع الإيجاري (*Hire - Purchase*) في التقنيات المعاصرة، حيث يتفق الطرفان على إجارة سلعة معينة بأجرة معلومة إلى أجل محدد (مقسطة على تلك المدة) بحيث تنقلب تلقائياً بعد سداد كامل أقساطها بيعاً، وتنتقل ملكية السلعة إلى المستأجر مع سداد القسط الأخير، وتعتبر بذلك الأجرة التي دفعت ثمناً للمبيع، ويكون ضمان السلعة خلال مدة الإجارة على المستأجر^(١) وكما في الجمع بين صرف وجعالة ببدل واحد، أو بين سلم وجعالة ببدل واحد^(٢). وكما إذا قال شخص لآخر: بعتك داري وأجرتكها شهراً بكذا^(٣). قال ابن قدامة: لأنه إذا باعه، فقد ملك المشتري المنافع، فإذا أجره إياها، فقد شرط أن يكون له بدل في مقابلة ما ملكه المشتري، فلم يصح^(٤). وذلك لتنافر الحكمين وتناقضهما. وخرج ابن عقيل وجهاً لصحة الجمع بين بيع السلعة وإجارتها من المشتري مدة معينة في عقد واحد، بناء على أنه

- (١) بيع التقسيط للدكتور رفیق المصري ص ٢٨، الإجارة المنتهية بالتملك في ضوء الفقه الإسلامي للحافي ص ٤٧.
- (٢) قال الشهاب الرملي: حيث يؤدي ذلك إلى تناقض الأحكام، لأن الثمن لا يلزم تسليمه عن عقد الجعالة إلا بفرغ العمل، وعن جهة الصرف والسلم يجب تسليمه في المجلس، وتنافي اللوازم يقتضي تنافي الملزومات. (حاشية الرملي على أسنى المطالب ٢/٤٥).
- (٣) البيان شرح المذهب للعمرائي ١٤٨/٥.
- (٤) المغني ١٧٠/٦.

استثنى المنفعة، وأجره إياها، فصح^(١).

أما إذا تعدد المحل، وانتفى التنافر والتضاد في الأحكام، فلا حرج عندئذ شرعاً في الجمع بينهما، حتى لو كان هناك تباين في الشروط والأحكام، أو اختلاف في الموجبات والآثار، إذ لا دليل عندئذ على الحظر، والأصل في العقود والمعاملات في الدنيا الإباحة، ما لم يقم دليل شرعي مانع.

المبحث الثالث: الرخص والتخفيفات الشرعية في الجمع بين العقود.

(أ) التبعية (والضمنية) موجب للاغتفار والترخيص:

٣٧. لقد نص جماهير الفقهاء على أن التبعية (والضمنية) في المعاقبات موجبٌ للاغتفار والترخيص فيها، إذ الأصل الشرعي أن يغتفر في التابع والضمني عند الاجتماع ما لا يغتفر عند الاستقلال والانفراد.

وبيان ذلك: أن الشريعة فرقّت في أحكام الصفقة أو المعاملة التي يجتمع فيها عقدان فأكثر بين ما كان مقصوداً أصالة في التعاقد وبين ما كان مقصوداً تبعاً أو ثابتاً ضمناً، وقضت باغتفار صنوف من الخلل والمخالفات في التوابع والضمينات دون ما كان مقصوداً أصالةً أو ثابتاً مستقلاً. وعلى ذلك قال ابن تيمية: (إن الصفقة إذا كان في تفريقها ضرراً، جاز الجمع بين عقدين في المعاوضات، وإن لم يجز إفراد كل منهما، لأن حكم الجمع يخالف حكم التفريق)^(٢).

(١) الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب ص ٢٤٧.

(٢) القواعد النورانية الفقهية ص ١٤٨، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ٧١، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤ / ٤٤.

وجاء في قواعد الفقهاء تقرير هذا الأصل الكلي واعتماده، ومن ذلك قاعدة (يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها)^(١) و(يغتفر في الضمني ما لا يغتفر في المستقل)^(٢)، و(يغتفر فيما دخل تبعًا ما لا يغتفر في الأصول و المتبوعات)^(٣)، و(يغتفر في الثبوت الضمني ما لا يغتفر في الأصل)^(٤)، و(يشترط للثابت مقصودًا ما لا يشترط للثابت ضمناً وتبعًا)^(٥)، و(قد يمنع الشيء مقصودًا، وإذا حصل في ضمن عقد لم يمنع)^(٦)، و(يغتفر في العقود الضمنية ما لا يغتفر في الاستقلال)^(٧)، و(يغتفر في التبعية ما لا يغتفر في الاستقلال)^(٨) و(يثبت ضمناً ما يمتنع قصدًا)^(٩)... إلخ.

(ب) مفهوم التبعية وضابطها:

٣٨. التبعية في اللغة تعني: اللحاق والتلو. يقال: تبع زيد عمراً؛ أي مشى خلفه، أو لحقه، أو مر به فمضى معه. وتبع الإمام؛ إذا تلاه^(١٠). قال ابن فارس في معجم مقاييس اللغة: (التاء والباء والعين) (تبع) أصلٌ

- (١) م (٥٤) من مجلة الأحكام العدلية، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٠.
- (٢) فتاوى الرملي ٢/ ١١٥.
- (٣) زاد المعاد ٥/ ٨٢٥.
- (٤) بدائع الفوائد لابن القيم ٤/ ٢٧.
- (٥) بدائع الصنائع ٦/ ٥٨.
- (٦) المشور في القواعد للزركشي ٣/ ٣٧٦.
- (٧) المشور ٣/ ٣٧٨.
- (٨) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/ ١٤٧.
- (٩) رد المحتار ٤/ ١٧٠.
- (١٠) المصباح المنير ١/ ٨٩، المغرب ١/ ١٠١، المفردات للراغب ص ١٦٢.

واحد، لا يشذ عنه من الباب شيء، وهو التلو والقفو. يقال: تبعت فلانًا إذا تلوته. واتبعته وأتبعته: إذا لحقته^(١).

٣٩. والتبعية في الاصطلاح الفقهي لا تخرج عن معناها اللغوي، والمراد بالتابع وبالمقصود تبعًا في العقود والمعاملات والصفقات: ما كان القصد إليه لاحقًا أو تاليًا للمقصود أصالةً فيها (وهو المتبوع) وليس المراد بالقصد ههنا قصد العاقد بذاته، فإن ذلك من الأمور الباطنة الخفية، ولا يمكن ولا يصح بناء الأحكام على ما في النفس مما لا يمكن الاطلاع عليه.

ولهذا لزم وضع ضابط موضوعي ظاهر مناسب يحدد ما هو المقصود أصالةً في المعاقدة (أو الصفقة)، ويميز ما هو التابع (أو المقصود تبعًا) فيها ولو على سبيل التقريب - لعدم وجود نص شرعي يحدد ويميز ذلك - بحيث تناط الأحكام المترتبة على ذلك به. وفي ذلك يقول القرافي: (إن ما لم يرد فيه الشرع بتحديد، يتعين تقريبه بقواعد الشرع؛ لأن التقريب خيرٌ من التعطيل فيما اعتبره الشرع)^(٢) ويقول الإمام العز في قواعد الكبرى: (ما لا يحد ضابطه لا يجوز تعطيله، ويجب تقريبه، تحصيلًا لمصلحته ودرءًا لمفسدته)^(٣).

٤٠. وبناء على ما تقدم أقول: المراد بالمقصود أصالة: الغرض الأساس الذي يهدف إليه جملة المتعاقدين أو أغليبتهم من المعاملة. وهو ما

(١) معجم مقاييس اللغة ١/ ٣٦٢.

(٢) الفروق ١/ ١٢٠.

(٣) القواعد الكبرى ٢/ ٢٠.

عبر عنه شيخ الإسلام ابن تيمية بـ (المقصود الأكبر)^(١) و(المقصود الأعظم)^(٢) و(معظم المقصود)^(٣)، وعبرت عنه مجلة الأحكام العدلية - في باب ما يدخل في المبيع تبعاً م (٢٣١) - بـ (غرض الاشتراء).. والمراد بالتابع أو بالمقصود تبعاً: ما كان تالياً للمقصود أصالة أو لاحقاً به في الاستهداف وتوجه الإرادة. وإنما يعرف ذلك ويحدد ويميز بدلالة العرف والتعامل وخبرة أهل الشأن والاختصاص.

(ج) ما يغتفر بموجب التبعية (والضمنية) في العقود المجتمعة:

الذي يستخلص من كلام الفقهاء أنه يغتفر بموجب التبعية (والضمنية) في العقود المجتمعة في صفقة (معاملة) واحدة الخلل في الأمور الخمسة الآتية:

٤١. الأمر الأول: اغتفار الغرر المؤثر في البيع (ونحوه من عقود المعاوضات المالية) إذا كان وجوده في العقد - أو كان العقد المتضمن له - تابعاً.

والدليل على ذلك ما روى البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ومالك وأحمد عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر، فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع»^(٤) حيث دل الحديث على أن موجب اغتفار الغرر في

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٦/٢٩، القواعد النورانية الفقهية ص ١٣٨، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣٥/٤.

(٢) القواعد النورانية الفقهية ص ١٢٤، ١٣٧، ١٥٤، مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٥/٢٩، ٥٥، ٨٠، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٢٣، ٣٥، ٤٩.

(٣) الفتاوى الكبرى ٤/٢٣، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٣٤، القواعد النورانية الفقهية ص ١٢٣.

(٤) ينظر: البخاري مع الفتح ٤٩/٥، صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/١٩١، سنن أبي داود =

الثمرة المشتراة قبل بدو صلاحها - التي اشترطها لنفسه المبتاع - إنما هو التبعية، أي تقصد في العقد تبعًا لا أصالة، وأنه لا حرج عندئذ في أن يكون للثمرة المؤبرة قسط من الثمن ما دامت ثابتة في البيع ضمناً وتبعًا، لا استقلالاً.

وقد نبه إلى هذا المعنى ابن قدامة - بعد أن حكى الإجماع على جواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، من غير شرط القطع، مع الأصل لحديث ابن عمر - فقال: (ولأنه إذا باعها مع الأصل، حصلت تبعًا في البيع، فلم يضر احتمال الغرر فيها، كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة، والنوى في التمر مع التمر، وأساسات الحيطان في بيع الدار... ولأن الغرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة، وفيما إذا باعها معاً تدخل الثمرة تبعًا، ويجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع)^(١).

٤٢. الأمر الثاني: اغتفار الجهالة الفاحشة في عقود المعارضات المالية، إذا وقعت في المعقود عليه تبعًا أو في عقد تابع (غير مقصود أصالة) قياسًا على اغتفار الغرر في التوابع، لأنها في معناه^(٢).

وعلى ذلك نص الفقهاء على صحة بيع اللبن في الضرع مع الشاة

= ٢/٢٤٠، عارضة الأحوزي ٥/٢٥٢، سنن النسائي ٧/٢٦٠، سنن ابن ماجه ٢/٧٤٥، الموطأ ٢/٦١٧، مسند أحمد ٢/٩٠٦، ٥٤، ٦٣، ٧٨، ١٠٢، ١٥٠، ٣٢٦/٥، اللؤلؤ والمرجان ٢/٣٧٦.

(١) المغني ٦/١٠٥.

(٢) ينظر: الزرقاني على الموطأ ٣/٢٥٣، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٥٦.

أو الناقة أو البقرة، وإن كان لا يجوز بيعه مفرداً^(١). قال النووي: (أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان ضرعه لبن، وإن كان اللبن مجهولاً، لأنه تابع للحيوان)^(٢) واحتج ابن قدامة على جواز بيعه تبعاً للحيوان بقوله: (ولنا: أنه أمر مقصودٌ يتحقق في الحيوان، ويأخذ قسطاً من الثمن... وإنما لم يجر بيعه مفرداً للجهاالة، والجهاالة تسقط فيما كان تبعاً)^(٣).

وبناء على هذا الأساس نص جمع من الفقهاء على صحة بيع أساسات الحيطان، والنوى في التمر معه، وإن لم يجر بيعهما مفردين^(٤) وعلى جواز بيع الشاة مع حملها، وإن يجر بيع الحمل مفرداً^(٥).

٤٣. الأمر الثالث: اغتفار ربا البيوع، وعدم توافر شروط صحة الصرف في بيع النقود ببعضها، إذا وقع ذلك في التوابع، لا في المعقود عليه أصالة. جاء في المغني لابن قدامة: (فصل: وإن باع ما فيه الربا بغير جنسه، ومعه من جنس ما يبيع به، إلا أنه غير مقصود - كدار مموه سقفاً بالذهب - جاز. لا أعلم فيه خلافاً. وكذلك لو باع داراً بدارٍ مموه سقف كل واحدة منهما بذهب أو فضة جاز، لأن ما فيه الربا غير مقصود بالبيع، فوجوده كعدمه. وكذلك لو اشترى عبداً له مال، فاشترط ماله، وهو من جنس الثمن، جاز إذا كان المال غير مقصود. ولو اشترى عبداً بعبد، واشترط كل واحد منهما مال العبد الذي اشتراه، جاز إذا لم يكن ماله مقصوداً،

(١) المجموع ٣٢٣/٩، المغني ٢٣٩/٦، ٢٩٩، النووي على صحيح مسلم ١٥٦/١٠.

(٢) المجموع ٢٣٦/٩.

(٣)، (٤) المغني ٢٣٩/٦.

(٥) المجموع ٣٢٣/٩.

لأنه غير مقصود بالبيع، فأشبهه التمويه في السقف^(١).

ومستند ذلك ما روى البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والدارمي ومالك وأحمد عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع عبداً، وله مالٌ، فمأله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع»^(٢).

وقد أوضح هذا الأصل وأبرزه القاضي أبو بكر ابن العربي بقوله: (باب: ما جاء في مال المملوك ينبي على القاعدة العاشرة، وهي المقاصد والمصالح، لأن الرجل إذا اشترى عبداً له ذهبٌ بذهبٍ، فالقاعدة الثالثة تمنع منه من جهة الربا، والقاعدة العاشرة في المصالح والمقاصد تقتضي جوازه؛ لأنه إنما المقصود منه ذاته لا ماله، والمال وقع تبعاً)^(٣).

وجاء في (الموطأ) وشرحه للزرقاني: (قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا) بالمدينة (أن المبتاع) أي المشتري (إن اشترط مال العبد فهو له، نقدًا كان أو ديناً أو عرضاً) عملاً بإطلاق الحديث، لأن ماله تبعٌ، فهو غير منظور إليه، وكأنه لم يجعل له حصة من الثمن. وقال الحنفي والشافعي: لا يصح هذا البيع، لما فيه من الربا. ويرد عليهما الحديث. وسواء كان (يعلم أو لا يعلم) عملاً بظاهر الحديث، خلافاً لمن قال: لا بد أن يكون معلوماً (وإن كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به)

(١) المغني ٩٦/٦.

(٢) ينظر: البخاري مع الفتح ٤٩/٥، صحيح مسلم ١١٧٣/٣، سنن أبي داود ٢٤٠/٢، عارضة الأحوذى ٢٥٣/٥، سنن النسائي ٢٦١/٧، سنن ابن ماجه ٧٤٦/٢، سنن الدارمي ٢٥٣/٢، الموطأ ٦١١/٢، مسند أحمد ٩/٢، ٧٨، ٨٢، ١٥٠، ٣٠١/٣، ٣١٠، ٣٢٦/٥.

(٣) القيس ٨٠٥/٢.

وسواء (كان ثمنه نقدًا أو دينًا أو عرضًا)^(١).

وقد صرح أبو العباس القرطبي في شرحه للحديث بأن هذا الأصل يعم سائر عقود المعاوضات، فقال في (المفهم): (... ويلتحق بالبيع في هذا الحكم كل عقد معاوضة كالنكاح والإجارة)^(٢).

ولا يخفى أن مشتري العبد مع ماله، قد أخذ بعين الاعتبار قطعًا مقدار ماله، سواء كان كثيرًا أم قليلًا، وجعل له - ضمناً - قسطًا من الثمن، وإن لم ينص عليه استقلالًا، إذ لو لا ذلك لما اشترط ماله معه بالعقد. وبذلك تتضح إفادة الحديث جواز شراء ماله تبعًا لعينه - على أساس مقابلته بجزء من الثمن ضمناً - من غير مراعاة أحكام الصرف، طالما أن ماله مقصودٌ تبعًا لا أصالةً في المعاملة (الصفقة).. كما أن إطلاق لفظ الحديث يدل على أنه لا فرق في جواز استثناء بيع مال العبد من أحكام الصرف بين كونه قليلًا أو كثيرًا، وبين كونه معلومًا أو مجهولًا.

٤٤. الأمر الرابع: اغتفار بيع الكالئ بالكالئ (أي المبيع المؤخر بالثمن المؤجل) إذا وقع ذلك في التوابع، لا في المعقود عليه أصالة. وذلك لقوله ﷺ: «من ابتاع عبدًا وله مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع»، حيث نص الإمام مالك في (الموطأ) على جواز بيع العبد واشترط ماله، وإن كان دينًا مؤجلًا في ذمة الغير، وكان الثمن دينًا مؤخرًا في ذمة المشتري، عملاً بظاهر الحديث وإطلاقه، وأخذًا بعمل أهل المدينة.

(١) الزرقاني على الموطأ ٣/٢٥٣.

(٢) المفهم للقرطبي ٤/٣٩٩.

٤٥ . الأمر الخامس: اغتفار فوات شيء من الأركان أو شروط الصحة في العقود التابعة والضمنية. ومن أمثلة ذلك:

(أ) اغتفار ترك الإيجاب والقبول (الصيغة) في البيع الضمني. حيث جاء في (الأشباه والنظائر) للسيوطي: «قاعدة: (يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها) وقريبٌ منها (يغتفر في الشيء ضمناً ما لا يغتفر فيه قصداً) ومن فروعها: البيع الضمني؛ يغتفر فيه ترك الإيجاب والقبول، ولا يغتفر ذلك في البيع المستقل»^(١).

(ب) اغتفار فوات التنجيز في البيع الضمني. حيث جاء في (الأشباه والنظائر) للسيوطي: (ضابط: لا يقبل البيع التعليق إلا في صور؛ الثالثة) البيع الضمني؛ كأعتق عبدك عني على مائة إذا جاء رأس الشهر^(٢).

(ج) الوكالة بشراء مجهول الجنس والقدر والقيمة لا تصح مفردة، وتصح تبعاً وضمناً في شركات العنان والمضاربة والمفاوضة والوجوه.

(د) الكفالة مع جهالة المكفول له لا تصح قصداً، وتصح تبعاً وضمناً في شركة المفاوضة.

إذ لا يخفى أن شركة العقد - كما قال الغزالي في الوسيط - (معاملةٌ صحيحة، وليست عقداً برأسه)^(٣) أي إنها ليست عقداً واحداً فقط،

(١) الأشباه والنظائر ص ١٢٠.

(٢) الأشباه والنظائر ص ٣٧٧.

(٣) الوسيط ٣/ ٢٥٩.

كالبيع أو الصرف أو السلم أو الإجارة أو الهبة أو الكفالة أو الحوالة أو الوكالة.. إلخ. بل هي معاملة أو معاقدة تجتمع فيها أو تنشأ عنها جملة عقود من بيع وشراء متكرر، واستئجار وتأجير، وصرف وسلم، ووكالة وإذن في التصرف في المال المشترك، وكفالة في بعض صورها.. إلخ

وقد ذكر الحنفية أن الوكالة والكفالة فيها تثبتان تبعًا وضمنًا، لا قصدًا واستقلالًا، وعلى ذلك نصوا على اغتفار فوات بعض شروط صحة الوكالة والكفالة فيها باعتبار التبعية والضمنية، وبمثل ذلك قال الحنابلة في شأن الوكالة في شركات العقد المختلفة. وبيان ذلك في النصوص الفقهية الآتية:

- قال الزيلعي في معرض رده على من تمسك بالقياس، فمنع جواز شركة المفاوضة نظرًا لتضمنها وكالةً بمجهول الجنس وكفالة مع جهالة المكفول له، وكلا العقدين فاسد للجهالة، إذا وقع مفردًا: (ولا يقال: الوكالة بالمجهول لا تجوز، فوجب أن لا تجوز هذه الشركة لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس، كما إذا وكله بشراء ثوب ونحوه، لأننا نقول: التوكيل بالمجهول لا يصح قصدًا، ويصح ضمناً، حتى صحت المضاربة مع الجهالة، لأنها توكيلٌ بشراء شيء مجهول في ضمن عقد المضاربة، فكذا هذا. وأقرب منه شركة العنان، فإنها جائزة بالإجماع، وإن تضمنت ما ذكرنا من الجهالة في الوكالة، إذ لا بد من ضمن عقد الشركة الوكالة...

ولا يقال: إن الكفالة لا تجوز إلا بقبول المكفول له في المجلس، فكيف جازت هنا مع جهالته؟! لأننا نقول ذلك في التكفيل مقصوداً، وأما إذا دخل في ضمن شيء آخر، فلا يشترط على ما ذكرناه في اشتراط الوكالة مع الجهالة، أو نقول: جوزناه لتعامل الناس، وبمثله يترك القياس، كما في الاستصناع^(١).

• وقال الكمال ابن الهمام في هذا الشأن: (والمانع، وهو الوكالة بمجهول والكفالة لمجهول، يمنع إذا ثبت قصداً، ولا يلزم من منع الشيء إذا ثبت قصداً منعه إذا ثبت ضمناً)^(٢).

• وقال الكاساني في معرض احتجاجه على جواز اشتغال شركتي العنان والمضاربة على الوكالة العامة، مع أن الوكالة العامة لا تصح من غير بيان في حال الانفراد: (الوكالة لا تثبت في هذا العقد مقصوداً، بل ضمناً للشركة، وقد يثبت الشيء ضمناً، وإن كان لا يثبت قصداً، ويشترط للثابت مقصوداً ما لا يشترط للثابت ضمناً وتبعاً)^(٣).

• وقال البهوتي في معرض استدلاله على جواز اشتغال شركة الوجوه على الوكالة بشراء مجهول الجنس والقدر والقيمة، مع أن الوكالة لا تصح مع هذه الجهالة إذا كانت مفردة: (ولأن عقدها مبناه على الوكالة، فيتقيد بما أذن فيه، وسواء عينا جنسه - أي ما يشتريانه - أو قدره أو قيمته أولاً، لأن ذلك إنما يعتبر في

(١) تبين الحقائق ٣/ ٣١٤.

(٢) فتح القدير ٥/ ٣٨١.

(٣) البدائع ٦/ ٥٨، وينظر: رد المحتار ٣/ ٣٣٧، الطحطاوي على الدر ٢/ ٥١٤.

الوكالة المفردة، أما الوكالة الداخلة في ضمن الشركة، فلا يعتبر فيها ذلك، بدليل المضاربة وشركة العنان، فإن في ضمنهما توكيلاً، ولا يعتبر فيهما شيء من هذا. فلو قال كل منهما للآخر: ما اشتريت من شيء فيننا، صح لما تقدم^(١).

• وجاء في م (١٨٢٤) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: (الوكالة التي تتضمنها الشركة، ليست كالوكالة المفردة، فلا يشترط لصحة شركة الوجوه ذكر جنس ما يشتريانه ولا قدره ولا قيمته، فلو قال كل منهما للآخر: كل ما اشتريت من شيء فهو بيننا، صح).

المبحث الرابع: المواطأة على الجمع بين العقود.

ويتألف من تمهيد ومطلبين:

التمهيد: حقيقة المواطأة.

(أ) المواطأة لغة:

٤٦. جاء في (معجم مقاييس اللغة) لابن فارس: (الواو والطاء والهمزة وطاء): كلمة تدل على تمهيد شيء وتسهيله^(٢) وقال أهل اللغة: التوطئة: هي التمهيد والتذليل. يقال: وطأت الشيء فاططاً؛ أي هيأته فتهيأ. والتواطؤ يعني التوافق، والمواطأة: الموافقة^(٣).

(١) كشاف القناع ٥١٧/٣، وينظر: شرح المنتهى للبهوتي ٣٣٩/٢، مطالب أولي النهى

٥٤٤/٣، المغني ١٢٢/٧.

(٢) معجم مقاييس اللغة ١٢٠/٦.

(٣) النهاية لابن الأثير ٥/٢٠١، ٢٠٢، مشارق الأنوار للقاضي عياض ٢/٢٨٥.

وفي القاموس المحيط: واطأه على الأمر، وتواطأه، وتوطأه، مواطأة: أي وافقه موافقة^(١). قال ابن الأثير: كأن كلاً منهما وطع ما وطئه الآخر^(٢). وقال ابن فارس: (المواطأة: الموافقة على أمر يوطئه كل واحد لصاحبه)^(٣).

(ب) المواطأة في الاصطلاح الفقهي:

٤٧. يطلق لفظ (التواطؤ) و(المواطأة) في الاصطلاح الفقهي على عدة أمور، أهمها:

- توافق إرادة طرفين - صراحة أو دلالة - على إضمار قصدهما التعامل بحيلة أو ذريعة ربوية في صورة عقود مشروعة، استحلالاً لما حرمه الله.
- التقية بإظهار الطرفين عقداً غير مقصوداً باطنياً لهما، وهو ما يطلق عليه (التلجئة)
- الاتفاق المستتر المتقدم بين طرفين على إتيان تصرف أو معاملة مشروعة، يتوسل بها إلى مخرج شرعي (حيلة محمودة).
- اتفاق إرادة الطرفين في المداولة التمهيديّة التي تسبق إبرام الاتفاقية (الصفقة) المركبة من مجموعة عقود وعود متتابعة مترابطة - وفقاً لشروط تحكمها كمنظومة واحدة، تهدف إلى

(١) القاموس المحيط ص ٧١، وينظر: المصباح المنير ٢/٨٣٠، أساس البلاغة ص ٥٠٣.
(٢) النهاية ٥/٢٠٢. وقال الراغب: «المواطأة: الموافقة. وأصله أن يطأ الرجل برجله موطئ صاحبه. (المفردات ص ٨٧٥).
(٣) معجم مقاييس اللغة ٦/١٢١.

أداء وظيفة محددة مقصودة - على تنفيذها عقب إبرامها على النحو الذي تقدم الاتفاق عليه. (وذلك في المعاملات المالية المستحدثة).

(ج) وقوعها صراحةً وحكمًا:

٤٨. لقد ذكر الفقهاء أن التواطؤ أو المواطأة كما تكون بالتصريح بها لفظًا، فقد تقع بدلالة العرف والعادة، كما تتحقق بكل ما ينبىء عنها ويدل عليها من قرائن الأحوال. وفي ذلك يقول ابن تيمية وابن القيم: وجماع هذا أنه إذا باعه ربويًا بئمن، وهو يريد أن يشتري منه بئمنه من جنسه، فإما أن يواطئه على الشراء منه لفظًا، أو يكون العرف بينهما قد جرى بذلك، أو لا يكون. فإن كان الأول، فهو باطلٌ - كما تقدم تقريره - فإن هذا لم يقصد ملك الثمن، ولا قصد هذا تمليك، وإنما قصد تمليك المئمن بالمئمن، وجعلًا تسمية الثمن تلييسًا وخداعًا ووسيلةً إلى الربا، فهو في هذا العقد بمنزلة التيس الملعون في عقد التحليل. وإن لم تجر بينهما مواطأة، ولكن قد علم المشتري أن البائع يريد أن يشتري منه ربويًا بربوي فكذا، لأن علمه بذلك ضربٌ من المواطأة العرفية^(١).

المطلب الأول: خصائص المواطأة على الجمع بين العقود.

٤٩. للمواطأة على الجمع بين العقود بحسب طبيعتها وتكييفها الفقهي ثلاث خصائص:

الأولى: أنها - في حقيقتها - اتفاقٌ بين طرفين على إجراء عقود وإنفاذ وعود فيما يستقبل من الزمان.

(١) إعلام الموقعين ٣/٢٤٢، بيان الدليل على بطلان التحليل ص ٢٨٤.

والثانية: أن هذا الاتفاق يعتبر بمثابة الشرط المتقدم على تلك العقود، وتسري عليه أحكامه، من حيث الحل والحرمة، والصحة والفساد، واللزوم والنفاذ. قال ابن تيمية: (فإذا تواطأ على أمر، ثم عقدا العقد مطلقاً، حمل على ما تواطأ عليه)^(١).

(١) نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٠٤.

والنصوص الفقهية التي نبهت إلى هذه الخصيصة كثيرة، وبخاصة في حالة المواطأة على الحيل والذرائع الربوية. ومن ذلك:

١. ما جاء في (معونة أولي النهى) (٤/٢٢٧): «فصل: ولكل من المتصارفين الشراء من الآخر من جنس ما صرف المشتري منه بلا مواطأة بينهما على ذلك... لأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة، فجاز، كما لو باعه من غيره».
٢. وما جاء في (المغني) (٦/١١٤-١١٦): «فصل: وإذا باع مدي تمر رديء بدرهم، ثم اشترى بالدرهم منه تمرًا جنبيًا، أو اشترى من رجل دينارًا صحيحًا بدرهم، وتقاضاها، ثم اشترى منه بالدرهم قراضة من غير مواطأة ولا حيلة، فلا بأس به... ولأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة، فجاز، كما لو باعه من غيره.. فأما إذا تواطأ على ذلك لم يجز، وكان حيلةً محرمةً. وبه قال مالك».
٣. وقول ابن القيم في (إعلام الموقعين) (٣/٢٨٣): «يوضحه أيضًا أن النبي ﷺ قال «بيع الجميع بالدرهم، ثم ابتع بالدرهم جنبيًا». وهذا يقتضي بيعًا ينشئه ويتبدئه بعد انقضاء البيع الأول. ومتى واطأه في أول الأمر على أن أبيعك وأبتاع منك، فقد اتفقا على العقدين معًا، فلا يكون الثاني عقدًا مستقلًا مبتدأ، بل هو من تنمة العقد الأول عندهما وفي اتفاقهما. -وظاهر الحديث - أنه ﷺ أمر بعقدين لا يرتبط أحدهما بالآخر، ولا ينبي عليه».
٤. وما جاء في م (٧٥٣) من مجلة الأحكام الشرعية الحنبليّة: «يجوز أن يقضي المقرض خيرًا مما أخذ أو دونه برضاها، ولو بزيادة أو نقص في القدر أو الصفة من غير شرط ولا مواطأة».
٥. وقول ابن قدامة في (الكافي) (٢/٩٣): «وإن وفّى خيرًا منه في القدر أو الصفة من غير شرط ولا مواطأة جاز».

والثالثة: أن القوة الملزمة للمواطأة شرعاً هي نفس القوة الملزمة للشرط - أو الشروط - المتقدمة على العقود، التي اختلف الفقهاء في شأنها على قولين:

أحدهما: للحنفية والظاهرية والشافعية في المشهور من المذهب وأحمد في رواية عنه: وهو أن الشرط المتقدم على العقد لا يعتبر كالمقارن له، ولا تأثير له في العقد أصلاً. ومن ثم فلا يجب الوفاء به قضاءً، ويجوز لكل من الطرفين العدول عنه، حيث إن كل ما يسبق العقد من شروط واتفاقات لغوً لا يعتد به، ولا يلزم العاقدين مراعاته، لعدم توجه إرادة العاقدين أصلاً إلى الالتزام به، وانتقاء قصدهما الوفاء به طالما أنه لم يصرح به في العقد^(١).

وعلى ذلك قال العمراني في (البيان): (وأما إذا كان الشرط قبل العقد، فإنه لا يلحق بالعقد إن كان صحيحاً، ولا يبطل به العقد إن كان الشرط فاسداً)^(٢) وقال النووي في (المجموع): (وأما الشرط السابق فلا يلحق

٦ = . وقول ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٣٤ / ٢٩): «... أما إذا قضى المقترض خيراً مما أخذ في القدر أو الصفة، أو أهدى مقرضه هدية بعد الوفاء بلا شرط أو مواطأة، فهو جائز».

٧ . وما جاء في المقنع وشرحه «المبدع» (٢٠٩ / ٤): (ولا يجوز شرط ما يجر نفعاً - أي للمقرض - نحو أن يسكنه داره أو يقضيه خيراً منه. وإن فعله بغير شرط) ولا مواطأة. نص عليه (أو قضى خيراً منه، أو أهدى له هدية بعد الوفاء، جاز) على الأصح.

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤ / ١٠٨، المحلى لابن حزم ٨ / ٤١٢، العقود والشروط والخيارات لأحمد إبراهيم ص ٧١١.

(٢) البيان شرح المهذب ٥ / ١٣٧.

بالعقد، ولا يؤثر فيه، فلا يلزم الوفاء به، ولا يفسد العقد به إن كان شرطاً فاسداً، لأن ما قبل العقد لغو. هكذا نص عليه، وقطع به الأصحاب^(١).

والثاني: للحنابلة على الصحيح من المذهب والمالكية: وهو أن الشرط المتقدم كالشرط المقارن، في الصحة ووجوب الوفاء، أو في الفساد والإلغاء. فإذا اتفقا على شيء، ثم عقدا العقد بعد ذلك، فهو مصروف إلى المتعارف مما اتفقا عليه، إذ لا فرق بين الشروط المنصوص عليها في صلب العقد، والشروط المتفق عليها قبله، ولو لم يصرح بها حال التعاقد، ما دام العقد قد اعتمد عليها؛ إذ الشرط الملحوظ كالشرط الملفوظ، والشرط العرفي كاللفظي، والقصود في العقود معتبرة^(٢).

جاء في (نظرية العقد) لابن تيمية: (إن أصل المذهب أن الشروط المتقدمة على العقد كالمقارنة له، فإذا تواطأ على أمر، ثم عقدا العقد مطلقاً، حمل على ما تواطأ عليه)^(٣) وقال رحمه الله في (الفتاوى الكبرى): (المشهور في نصوص أحمد وأصوله، وما عليه قدماء أصحابه، كقول أهل المدينة: أن الشرط المتقدم كالشرط المقارن، فإذا اتفقا على شيء، وعقدا العقد بعد ذلك، فهو مصروفٌ إلى المعروف بينهما مما اتفقا عليه، كما تنصرف الدراهم والدنانير في العقود إلى

(١) المجموع شرح المهذب ٣٧٤ / ٩.

(٢) إعلام الموقعين ٣ / ١٠٥، ١٤٥، ٢١٢، ٢٤١، كشف القناع ٥ / ٩٨، بيان الدليل على بطلان التحليل ص ٥٣٣، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ٣٣٦، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤ / ١٠٨، العقود والشروط والخيارات لأحمد إبراهيم ص ٧١١، المدخل الفقهي العام للزرقي ١ / ٤٨٧.

(٣) نظرية العقد ص ٢٠٤.

المعروف بينهما، وكما أن جميع العقود إنما تنصرف إلى ما يتعارفه
العاقدان^(١).

واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول:

• فأما الكتاب: فقد وردت آياتٌ عديدةٌ في كتاب الله عز وجل
تأمر بالوفاء بالعهود والعقود، وتمدح المحافظين عليها،
وتذم الناقضين لا تفاقاتهم، الناكثين لشروطهم، كقوله تعالى:
﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، وقوله سبحانه: ﴿وَأَوْفُوا
بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٣)، وقوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ
هَمُّ لَأَمْنَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ
نَكَثَ فِائْتًا يَنْكُثْ عَلَى نَفْسِهِ﴾^(٥). قال ابن تيمية: (ولم
يفرق سبحانه بين عقد وعقد، وعهد وعهد، ومن شرط غيره
في بيع أو نكاح على صفات اتفقا عليها، ثم تعاقدًا بناء عليها،
فهي من عقودهم وعهودهم، والعرب وأهل اللسان لا يعقلون
ولا يفهمون إلا ذلك، والقرآن نزل بلغتهم... ومن نكث الشرط
المتقدم فهو ناكث، كمن نكث المقارن، لا تفرق العرب بينهما
في ذلك)^(٦).

(١) الفتاوى الكبرى ٤/ ١٠٨.

(٢) سورة المائدة، الآية: (١).

(٣) سورة الإسراء، الآية: (٣٤).

(٤) سورة المؤمنون، الآية: (٨).

(٥) سورة الفتح، الآية: (١٠).

(٦) بيان الدليل ص ٥٢٧.

• وأما السنة: فما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»^(١). ووجه الدلالة فيه: أنه يفيد أمر المسلمين بالوقوف عند ما توجه عليهم شروطهم والتزاماتهم ما دامت لا تبيح شيئاً ثبت عن الشارع تحريمه، ولا تحرم عليهم أمراً أحله الله لهم. والمفهوم من لغة العرب أن ما تقدم العقد من اتفاقات تتعلق به يطلق عليه اسم الشرط، كما يطلق على ما يقارنه. ولهذا نرى الناس وقت الخصومة والنزاع، يقول أحدهما لصاحبه: ألم يكن الشرط بيننا كذا وكذا؟ ألم أشاركك على كذا وكذا؟ وإذا كان الأمر كذلك، فيكونان في الحكم سواء^(٢).

وأيضاً ما روى البخاري ومسلم والبيهقي وأحمد عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «ينصب لكل غادر لواء يوم القيامة بقدر غدوته. فيقال: هذه غدرة فلان بن فلان»^(٣). قال ابن تيمية: (ومن شرط غيره على شيء على أن يتعاقد عليه، وتعاقداً، ثم لم يف له بشرطه، فقد غدر به. هذا هو الذي يعقله الناس ويفهمونه، ولا يعرف التفريق بينهما في معاني الكلام عن أحد من أهل اللغة، ولا في الحكم عن قوله حجة ملزمة)^(٤).

• وأما المعقول: فهو أن مبنى العقود ومناطق صحتها شرعاً رضا

(١) تقدم تخريجه ١/ ٢٧٥.

(٢) بيان الدليل ص ٥٢٧، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٥٠.

(٣) اللؤلؤ والمرجان ٢/ ٤٣٧، السنن الكبرى للبيهقي ٨/ ١٥٩، مسند أحمد ٢/ ١٦، ٢٩، ٤٨.

(٤) بيان الدليل ص ٥٢٧.

المتعاقدين، كما دل قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(١)، والكلام الصادر من العاقدين - أو ما يقوم مقامه - إنما اكتفي به لأنه دليل على ذلك الرضا. فإذا اتفق مریدا العقد على أمور بينهما، ثم تعاقد بعد ذلك بدون إعادة ذكرها عند التعاقد، فمن المعلوم في العادة أن كلاً منهما إنما رضي بالعقد الذي تتحقق فيه تلك الشروط التي اتفقا عليها قبل العقد. ومن ادعى أن أحدهما قد رضي بعقدٍ مطلق، كان بطلانُ قوله معلوماً بالضرورة.

وإذا كان العاقدان إنما رضيا بالعقد الذي تشارطا عليه قبل عقده، وكان ملاك العقود هو الرضا، وجب أن يكون العقد ما رضيا به، وهو ما يشتمل على الشرط السابق، لا الخالي منه^(٢).

قال ابن تيمية: (وأيضاً، فإن العقود في الحقيقة إنما هي بالقلوب، وإنما العبارات مبيّنات لما في القلوب، لا سيما إن قيل هي إخبارات، وبيانها لما في قلب لا يختلف بجمع الكلام في وقت أو تفريقه في وقتين، لا سيما الكلام الكثير الذي قد يتعذر ذكره في التعاقد، وهذا هو الواقع في خطاب جميع الخلق، بل في أفصح الخطاب وأبلغه، فإن من مهد قاعدة بيّن بها مراده، فإنه يطلق الكلام ويرسله، وإنما يريد به ذلك المقيد الذي تقدم، والمستمع يفهم ذلك منه، ويحمل كلامه عليه، كالعالم يقول مثلاً: يجوز للرجل أن يوصي بثلث ماله، فلا يدخل في كلامه

(١) سورة النساء، الآية: (٢٩).

(٢) نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٥٠، بيان الدليل ص ٥٣٠.

المجنون ونحوه، للعلم بأنه قد قرر في موضع آخر أن كلام المجنون لا حكم له في الشرع.

فكذلك الرجل يقول: (بعت) و(أنكحت)، فإن هذا اللفظ وإن كان مطلقاً في اللفظ، فهو مقيد بما تشارطا عليه قبل ذلك. ومعنى كلامه: (بعتك) البيع الذي تشارطنا عليه، و(أنكحتك) النكاح الذي تراضينا به. فمن جعل كلامه مطلقاً بعد أن تقدم منه المشاركة والمواطأة، فقد خرج عن مقتضى قواعد خطاب الخلق وكلامهم في جميع إيجابهم ومقاصدهم، وهذا واضح لا معنى للإطنا بفيه^(١).

الرأي الراجح:

٥٠. وبالنظر في أدلة الفريقين يظهر لي رجحان قول المالكية والحنابلة بأن الشرط المتقدم كالشرط المقارن في الصحة ووجوب الوفاء أو الفساد والإلغاء. فإذا كان الشرط صحيحاً مشروعاً كان ملزماً قضاءً، وذلك لقوة الأدلة والحجج التي استندوا إليها واعتمدوا عليها، ولأن قول الحنفية والشافعية والظاهرية بالتفرقة بين الشرط المتقدم والمقارن، وأن الشرط المتقدم لغو لا يعتد به، ولا يلزم الوفاء به، لعدم توجه إرادة العاقدين وقصدهما إلى الالتزام والوفاء به غير مسلم. ويرد عليه ما يأتي:

أولاً: إن استفادة التصرف من العبارة الدالة على إنشائه - أو ما يقوم مقامها في ذلك - لا يستلزم اعتبارها والنظر إليها وحدها، والحكم

(١) بيان الدليل ص ٥٣١.

عليه بالإطلاق أو التقييد تبعًا لذلك من غير التفاتٍ إلى ما تقدمها من شروط ومواطات.

كيف، وقد أثبتنا بالأدلة النقلية والعقلية المستندة إلى الشرع أن ما تقدم على التصرف يقيده، ويوجب اعتبار التصرف اللاحق على حسب الاتفاق السابق^(١).

ثانيًا: أن عادة الناس قد جرت على أن العاقدين إذا اشترطا قبل العقد شيئًا فيه، أو تواطأ على ذلك، ثم عقدا العقد مطلقًا، وجوب التقييد بذلك الشرط اعتمادًا على تقدم ذكره والتزامه، وأنه ليس لغواً - كما ادعى المخالف - بل الغالب بينهم أن من يشرط على غيره شروطًا، ثم ينشأن العقد بعد ذلك أن يلاحظا الشروط المتقدمة ويجعلانه مبنياً عليها^(٢).

٥١. ثم إن مما يؤكد رجحان القول بالتسوية بين الشروط المتقدمة والمقارنة أن العمل به يوصد باب التحايل على من يريد التوصل إلى الشروط المحرمة في نظر الشارع، لأنه لا يفرق في تأثر العقد بالفساد منها بين الشرط المتقدم عليه وبين المقارن له، بخلاف الرأي المقابل، فإنه يؤدي إلى فتح باب التحايل إلى الشروط المحرمة؛ إذا لا يعجز من يقصد إتيان عقد حرمه الله ورسوله لما فيه من الشرط الفاسد المحظور أن يتواطأ مع من يتعاقد معه على ذلك الشرط، ثم يسكتا عن ذكره في صلب العقد، ليتم غرضهما ويحصل مقصودهما.

(١) نظرية الشروط المقترنة بالعقد للدكتور زكي الدين شعبان ص ٥٣.

(٢) نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٥٣، إعلام الموقعين ٣/ ١٤٥.

ومن تأمل الشريعة حق التأمل علم أنه لا فرق بين الشرط المتقدم والمقارن؛ إذ مفسدة الشرط لم تزل بتقدمه على العقد، بل مفسدته مقارناً كمفسدته متقدماً.. وكيف تفرق الشريعة بين متماثلين من كل وجه لافتراقهما في تقدم لفظ وتأخره، مع استواء العقدين في الحقيقة والمعنى، وهل هذا إلا أقرب الوسائل والذرائع إلى حصول ما قصد الشارع إعدامه وإبطاله، فنهى عنه وحرمه^(١).

والخلاصة: أن التواطؤ بمنزلة الشرط المتقدم على العقد في القوة الملزمة والأحكام، والشرط المتقدم كالمقارن في الصحة ووجوب الوفاء، وفي الفساد والإلغاء، على الراجح من أقاويل الفقهاء، طالما أن العقد قد اعتمد وابتنى عليه، وانفقت إرادة العاقدين على مراعاته.

المطلب الثاني: أنواع المواطأة على الجمع بين العقود والأحكام المتعلقة بها.

للتواطؤ على إجراء العقود والصفقات ضروبٌ وصنوفٌ وصورٌ مختلفةٌ، بحسب الأمر المتواطأ عليه، وهي ترجع في الجملة إلى أربعة أنواع:

النوع الأول: المواطأة على الحيل الربوية.

٥٢. الحيلة - كما ذكر ابن تيمية - مشتقة من التحول، وهي نوعٌ مخصوصٌ من التصرف والعمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال. ثم قال: (هذا مقتضاها في اللغة، ثم غلبت بعرف الاستعمال على ما يكون من الطرق الخفية إلى حصول الغرض، بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفتنة، فإن كان المقصود أمراً حسناً، كانت حيلةً حسنةً، وإن

(١) ينظر: إعلام الموقعين ٣/ ١٤٥، ١٤٦، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٥٥، ٥٦.

كان قبيحًا كانت قبيحة^(١).

وعلى ذلك قسم الفقهاء الحيلة إلى قسمين: محظور، ومباح. فأما المباح: فهو ما كان مخرَجًا من الضيق والحرَج، متخذًا للتخلص من المأثم، يتوصل به إلى فعل الحلال أو ترك الحرام أو تخليص الحق أو دفع الباطل.

وأما المحظور، فهو - كما قال ابن قدامة - أن يظهر المرء عقدًا مباحًا، يريد به محرّمًا، مخادعة وتوسلاً إلى فعل ما حرم الله واستباحة محظوراته أو إسقاط واجب أو دفع حق ونحو ذلك^(٢).

٥٣. وقد ذهب جماهير أهل العلم إلى أن الحيل الربوية محظورةٌ فاسدة شرعًا، ونبه كثير منهم إلى أن مناط تحقق الحيلة، وشرط حظرها وفسادها وقوع التواطؤ عليها، إذ هو في الغالب سبيلها ومفتاح الوصول إليها، كما قال ابن تيمية وابن القيم: (إن الاحتيال في الربا غالبًا إنما يتم بالمواطأة اللفظية أو العرفية)^(٣).

وعلى ذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى حظر المواطأة على الحيل الربوية، وفساد العقود التي يتدّرع بها إليها. ويتضح ذلك في الأمثلة الآتية:

(أ) العينة:

٥٤. قال ابن تيمية: (مسألة العينة: هي أن يبيعه سلعة إلى أجل، ثم يشتريها

(١) بيان الدليل على بطلان التحليل لابن تيمية ص ٢٣٠.

(٢) المغني ٦/١١٦، إغاثة اللهفان ١/٣٣٩، إعلام الموقعين ٣/٢٥٢، الموافقات ٢/٣٨٧، ٢٠١/٤.

(٣) إعلام الموقعين ٣/٢٤١، بيان الدليل على بطلان التحليل لابن تيمية ص ٢٨٤.

منه بضمن حال أقل منه. فهذا مع التواطؤ يبطل البيعتين، لأنهما حيلة^(١) وجاء في الإنصاف للمرداوي: (عكس العينة مثلها في الحكم، وهي أن يبيع السلعة بضمن حال، ثم يشتريها بأكثر منه نسيئة على الصحيح من المذهب)^(٢).

وقد علل ابن القيم فساد هذه الحيلة بقوله: (قد علم الله وعباده من المتبايعين ذلك قصدهما أنهما لم يعقدا على السلعة عقداً يقصدان به تملكها، ولا غرض لهما فيها بحال. وإنما الغرض والمقصود بالقصد الأول مائة بمائة وعشرين، وإدخال تلك السلعة تلييس وعبث، وهي بمنزلة الحرف الذي لا معنى له في نفسه، بل جيء به لمعنى في غيره، حتى لو كانت تلك السلعة تساوي أضعاف ذلك الثمن، أو تساوي أقل جزء من أجزائه، لم يبالوا بجعلها مورداً للعقد، لأنهم لا غرض لهم فيها... ولهذا يتواطأ كثير منهم على ذلك قبل العقد، ثم يحضران تلك السلعة محللاً لما حرم الله ورسوله)^(٣).

(ب) بيع الرجاء:

٥٥. وهو في الاصطلاح الفقهي عبارة عن بيع يرجو البائع فيه عود المبيع إليه. ومن أبرز صورته ما إذا أراد شخص أن يقترض من آخر مبلغاً من المال إلى أجل بزيادة على رأس المال، فيتواطأ على أن يبيع مريد القرض عقاراً مغلاً للمقرض (المشتري صورة) ويجعل له غلته مدة

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/٢٩، وينظر إعلام الموقعين ٣/٢٥٠.

(٢) الإنصاف ١١/١٩٤، وينظر: كشف القناع ٣/١٧٤، ١٧٥، الشرح الكبير على المقنع ١١/١٩٥، المغني ٦/٢٦٣.

(٣) تهذيب مختصر سنن أبي داود لابن القيم ١٠١/٥.

بقائه في يده، ويلتزم المشتري برد المبيع إلى البائع متى ما رد إليه الثمن الذي دفعه له. وبذلك يحصل المقرض (المشتري صورة) على مبلغ القرض مع الزيادة التي تراضيا عليها بهذه الحيلة الربوية^(١).

قال الشوكاني: (بيع الرجاء يقع على صور، منها ما يقطع ببطلانه، وهو ما كان المقصود منه التوصل إلى الزيادة على المقدار الذي وقع فيه القرض، وذلك نحو أن يريد الرجل أن يستقرض مائة درهم إلى أجل، ولكن المقرض لا يرضى إلا بزيادة، فيريدان الخلوص من إثم الزيادة في القرض، فيبيع منه أرضاً بتلك الدراهم، ويجعل له الغلة ينتفع بها عوضاً عن المائة التي أقرضها، وليس المراد البيع والشراء الذي أذن الله فيه، بل ليس المراد إلا ذلك القرض)^(٢). ثم قال: (فإذا كان المقصود بالبيع هو ما قدمنا، فلا صحة له، لأنه لم يقع التراضي بين المتبايعين الذي شرطه الله عز وجل بعدم الانسلاخ (أي انسلاخ البائع عن المبيع) وإنما أراد حيلةً يحلان بها ما حرم الله، فيضرب بها في وجوههما، ويحكم ببطلان البيع، وبرد الغلات المقبوضة، ورد الثمن بصفته بلا زيادة ولا نقصان)^(٣).

وقال ابن القيم: (المفسدة العظيمة التي اشتمل عليها الربا لا تزول بتغير اسمه من الربا إلى المعاملة، ولا بتغير صورته من صورة إلى أخرى،

(١) فتاوى صديق حسن خان ص ٧٨٣، ٧٨٤، عقود الزبرجد في جيد مسائل علامة ضمد للشوكاني ص ٢٢٥، ٢٢٦ (مطبوع ضمن مجموع رسائل الشوكاني المعنون ب: أمناء الشريعة).

(٢) عقود الزبرجد ص ٢٢٥.

(٣) عقود الزبرجد ص ٢٢٧.

والحقيقة معلومة متفقٌ عليها بينهما قبل العقد، يعلمها من قلوبهما عالم السرائر فقد اتفقا على حقيقة الربا الصريح قبل العقد، ثم غيرا اسمه إلى المعاملة، وصورته إلى التبايع الذي لا قصد لهما فيه البتة، وإنما هو حيلةٌ ومكرٌ ومخادعةٌ لله تعالى ورسوله ﷺ^(١).

وجاء في (مجموع فتاوى ابن تيمية): (إذا كان المقصود أن يأخذ أحدهما من الآخر دراهم، ويتنفع المعطي بعقار الآخر مدة مقام الدراهم في ذمته، فإذا أعاد الدراهم إليه أعاد إليه العقار، فهذا حرامٌ بلا ريب، وهذه دراهمٌ بدراهمٍ مثلها ومنفعة الدار، وهو الربا البين... وأما صورة: وهو أن يتواطأ على أن يبتاع منه العقار بثمن، ثم يؤجره إياه إلى مدة، وإذا جاءه بالثمن أعاد إليه العقار، فهنا المقصود أن المعطي شيئاً أدى الأجرة مدة بقاء المال في ذمته، ولا فرق بين أخذ المنفعة وبين أخذ عوض المنفعة، الجميع حرام)^(٢).

(ج) التواطؤ على الحيلة إلى الربا الفضل:

٥٦. ومن أمثله ما جاء في (المغني) لابن قدامة: (فصل: وإذا باع مدي تمرٍ رديء بدرهم، ثم اشترى بالدرهم منه تمرًا جنيباً^(٣)، أو اشترى من رجل دينارًا صحيحًا بدراهم، وتقابضاها، ثم اشترى منه بالدراهم قراضة^(٤))

(١) إغاثة اللهفان ١ / ٣٥٠.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ٣٣٣، ٣٣٤، ٣٣٥.

(٣) تقدم تعريفه ص ١٧٧٢.

(٤) أي قراضة ذهب. والقراضة - بضم القاف - كما قال الشمس البعلي: «هي قطع الذهب والفضة». (المطلع ص ٢٤١، الشرح الكبير على المقنع ١٢ / ٨٢، معونة أولي النهى ٤ / ٢٠٦).

من غير مواطأة ولا حيلة، فلا بأس به... ولأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة، فجاز كما لو باعه من غيره... فأما إذا تواطأ على ذلك، لم يجز، وكان حيلةً محرمةً. وبه قال مالك^(١).

٥٧. ومن أمثله أيضًا: قول الحنابلة في المذهب، فيمن صارف غيره دراهم بدنانير، فاشترى منه دينارًا بعشرة دراهم مثلاً، وتقابضا، ثم اشترى منه تسعة دراهم بالدينار، أن ذلك جائز إذا وقع من دون مواطأة بينهما. وأما مع التواطؤ فلا يجوز، لأنه يكون بذلك حيلة إلى ربا الفضل.

جاء في (معونة أولي النهى): (فصل: ولكل من المتصارفين الشراء من الآخر من جنس ما صرف المشتري منه بلا مواطأة بينهما على ذلك... لأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة، فجاز كما لو باعه من غيره)^(٢).

وجاء في (الإنصاف) للمرداوي: (الثالثة: متى صارفه وتقابضا، جاز له الشراء منه من جنس ما أخذ منه بلا مواطأة على الصحيح من المذهب. قدمه في المغني والشرح وشرح ابن رزين والفروع وغيرهم)^(٣).

وقال ابن مفلح: (ومتى صارفه، فله الشراء منه من جنس ما أخذ منه بلا مواطأة)^(٤).

النوع الثاني: المواطأة على الذرائع الربوية.

٥٨. لقد ذكر الفقهاء أن المواطأة على الذرائع الربوية تعتبر موجباً لمنع

(١) المغني ٦/١١٤-١١٦، وينظر: الشرح الكبير على المقنع ١٢/١١١، ١١٢.

(٢) معونة أولي النهى شرح المنتهى ٤/٢٢٧.

(٣) الإنصاف ١٢/١٢٥.

(٤) الفروع ٦/٣١٣.

تلك الذرائع المباحة في الأصل ومناطاً لحظرها، كما في التواطؤ على الجمع بين المعاوضة والقرض^(١)، وكما في التواطؤ على دفع المقرض للمقرض هدية أو زيادة على مقدار القرض^(٢).

٥٩. ومن الجدير بالبيان في هذا المقام أن الذرائع في الاصطلاح الشرعي:

هي الأشياء التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى فعل محظور^(٣) قال الشاطبي: وحقيقتها التوصل بما هو مصلحة إلى مفسدة^(٤). وقال

(١) ينظر: ف ٢١- ٢٦ من البحث.

(٢) ينظر: ف ٢٧ من البحث. وقد أجمع الفقهاء على أن كل هدية أو زيادة مشروطة للمقرض في عقد القرض ربا محرم، سواء كانت في القدر أو الصفة، وسواء كانت عيناً أو منفعة. (الشرح الكبير على المقنع ١٢/ ٣٤٢، المغني ٦/ ٥٣٦، الذخيرة ٥/ ٢٨٩) وكذا إذا تواطأ على ذلك قبل العقد في أصح قولي العلماء.

قال ابن تيمية: «وقد اتفق العلماء على أن المقرض متى اشترط زيادة على قرضه، كان ذلك حراماً، وكذا إذا تواطأ على ذلك في أصح قولي العلماء». (مجموع الفتاوى ٢٩/ ٣٣٤) أما إذا قضى المقرض خيراً مما أخذ في القدر أو الصفة، أو أهدى مقرضه هدية بعد الوفاء بلا شرط أو مواطأة، فهو جائز.

قال ابن قدامة: «وإن وفي خيراً منه في القدر أو الصفة من غير شرط ولا مواطأة، جاز». (الكافي ٢/ ٩٣)

وجاء في المقنع وشرحه المبدع: (ولا يجوز شرط ما يجز نفعاً - أي للمقرض - نحو أن يسكنه داره أو يقضيه خيراً منه. وإن فعله بغير شرط) ولا مواطأة. نص عليه (أو قضى خيراً منه، أو أهدى له هدية بعد الوفاء، جاز) على الأصح. (المبدع ٤/ ٢٠٩) وعلى ذلك نصت م (٧٥٣) من مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية: «يجوز أن يقضى المقرض خيراً مما أخذ أو دونه برضاهما، ولو بزيادة أو نقص في القدر أو الصفة من غير شرط ولا مواطأة».

(٣) شرح تنقيح الفصول ص ٤٤٨، الفروق للقرافي ٢/ ٣٢، القبس ٢/ ٨٧٦.

(٤) الموافقات ٤/ ١٩٩.

ابن تيمية: هي في عرف الفقهاء عبارة عما أفضت إلى فعل محرم، ولو تجردت عن ذلك الإفضاء لم يكن مفسدة^(١).
وأن للعمل بقاعدة سد الذرائع شرطين:

أحدهما: أن يكون التوسل بما هو مشروع إلى ما هو محظور - في تلك المعاملة - كثيرًا بمقتضى العادة، وأن تقوى التهمة وتظهر على قصد ذلك المحظور وإرادته. حيث جاء في (الموافقات) للشاطبي: (قاعدة الذرائع التي حكّمها مالك في أكثر أبواب الفقه... بشرط أن يظهر لذلك قصد، ويكثر في الناس بمقتضى العادة)^(٢) وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي: (الذرائع معناها أن يمنع الشيء الجائز إذا قويت التهمة في التطرق به والتذرع إلى الأمر المحظور)^(٣) وقال ابن شاس: (إذا ثبت هذا، فلا يختلف المذهب في مراعاة ذلك، وفسخ العقد، إذا كان مما يكثر القصد إليه، وتظهر التهمة عليه، كبيع وسلف، أو سلف جر نفعًا)^(٤).

والثاني: ألا يكون هناك حاجة أو مصلحة راجحة إلى تلك المعاملة. حيث جاء في القواعد الفقهية أن (ما حرم سدًا للذريعة أخف مما حرم تحريم المقاصد)^(٥)، وأنه (يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في

(١) بيان الدليل على بطلان التحليل ص ٣٥١.

(٢) الموافقات ٤/١٩٨.

(٣) المعونة ٢/٩٩٦.

(٤) عقد الجواهر الثمينة ٢/٤٤١.

(٥) إعلام الموقعين ٢/١٤٠.

المقاصد^(١) وأن (ما حرم لسد الذرائع، فإنه يباح عند الحاجة والمصلحة الراجحة)^(٢).

وفي ذلك يقول ابن تيمية: (والشارع قد سد الذرائع في مواضع (...))، لكن يشترط ألا تفوت مصلحة راجحة، فيكون النهي عما فيه مفسدة، وليس فيه مصلحة راجحة. فأما إذا كان فيه مصلحة راجحة، كان ذلك مباحاً، فإن هذه المصلحة راجحة على ما قد يخاف من المفسدة. ولهذا يجوز النظر إلى الأجنبية للخطبة، لرجحان المصلحة، وإن كان النظر لغير حاجة لم يجز)^(٣). ويقول أيضاً: (أصل الإمام أحمد وغيره أن ما كان من باب سد الذريعة إنما ينهى عنه إذا لم يحتج إليه، وأما مع الحاجة للمصلحة التي لا تحصل إلا به فلا ينهى عنه. ولهذا يفرق في العقود بين الحيل وسد الذرائع، فالمحتال يقصد المحرم، فهذا ينهى عنه، وأما الذريعة فصاحبها لا يقصد المحرم؛ لكن إذا لم يحتج إليها فهي منهي عنها، وأما مع الحاجة فلا)^(٤) وقال ابن القيم: (ما حرم سداً للذريعة أبيع للمصلحة الراجحة... وأبيع ما تدعو إليه الحاجة منه)^(٥).

النوع الثالث: المواطأة على المخارج الشرعية.

٦٠. لقد ذكر المحققون من أهل العلم أن الحيل في النظر الشرعي نوعان:

أحدهما: (حيل مذمومة فاسدة) وهي ما يتوسل به من العقود

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٨.

(٢) زاد المعاد ٤/٧٨.

(٣) تفسير آيات أشكلت لابن تيمية ٢/٦٨٢.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٣/٢١٤، ٢١٥، وينظر: مجموع الفتاوى ٣٢/٢٢٨-٢٢٩.

(٥) إعلام الموقعين ٢/١٤٢.

والتصرفات المشروعة إلى مقصود محظور خبيث، يتضمن تحليل المحرمات، أو إسقاط الواجبات، أو قلب الحق باطلاً أو الباطل حقاً، أو غير ذلك مما يناقض قصد الشارع الحكيم. وفي ذلك يقول ابن القيم: (الحيل نوعان: نوعٌ....، ونوعٌ يتضمن إسقاط الواجبات، وتحليل المحرمات، وقلب المظلوم ظالماً، والظالم مظلوماً، والحق باطلاً، والباطل حقاً. فهذا النوع الذي اتفق السلفُ على ذمه^(١)). ويقول أيضاً: (وسائر الحيل التي تعود على مقصود الشارع وشرعه بالنقض والإبطال، غاياتها محرمة، ووسائلها باطلةٌ لا حقيقة لها)^(٢).

والثاني: (مخارج شرعية محمودة) وهي ما يتوسل به من التصرفات الجائزة إلى مقصود حسن مشروع، ويتوصل به إلى فعل ما أمر الله به وترك ما نهى عنه، ويتخلص به من الوقوع في المأثم، ويخرج به إلى إتيان ما فيه مصلحةٌ معتبرةٌ وغرضٌ مباح.

جاء في إغاثة اللهفان لابن القيم: (الحيلُ نوعان: نوع يتوصل به إلى فعل ما أمر الله تعالى به، وترك ما نهى عنه، والتخلص من الحرام، وتخليص الحق من الظالم المانع له، وتخليص المظلوم من يد الظالم الباغي. فهذا النوعُ محمودٌ يُثابُ فاعله ومعلمه)^(٣).

وسئل الشعبي: ما تقول في الحيل؟ فقال: لا بأس بالحيل فيما يحل ويجوز، وإنما الحيل شيء يتخلص به الرجل من الحرام، ويخرج به إلى الحلال. فما كان من هذا ونحوه فلا بأس به. وإنما نكره من ذلك

(١) إغاثة اللهفان ١/٣٣٩.

(٢) إغاثة اللهفان ٢/٨٦.

(٣) إغاثة اللهفان ١/٣٣٩.

أن يحتال الرجل في حق لرجل حتى يطله، أو يحتال في باطل حتى يموهه، أو يحتال في شيء حتى يدخل فيه شبهة. وأما ما كان على السبيل الذي قلنا، فلا بأس به^(١).

٦١. ومعيار التفرقة بين النوعين مبني على النظر إلى مآلات الأفعال والتعويل على مقاصد التصرفات وأغراض المكلفين منها، فما كان منها مشروع المآل، موافقاً لمقاصد الله في أحكامه كان حلالاً طيباً، وما كان منها محظور المآل أو مناقضاً لمقاصد الشريعة كان محظوراً خبيثاً. وفي ذلك يقول ابن القيم: (فالحيلة معتبرة بالأمر المحتال بها عليه، إطلاقاً ومنعاً، ومصلحةً ومفسدةً، وطاعةً ومعصيةً. فإن كان المقصود أمراً حسناً، كانت الحيلة إليه حسنةً، وإن كان قبيحاً، كانت الحيلة إليه قبيحةً، وإن كان طاعةً وقربةً، كانت الحيلة عليه كذلك، وإن كان معصيةً وفسوقاً، كانت الحيلة عليه كذلك)^(٢).

٦٢. وبناءً على ما تقدم، فيعتبر تواطؤ طرفين فأكثر على المخارج الشرعية (أي الحيل المحمودة) التي لا تخالف وسائلها نصاً شرعياً، ولا تناقض أغراضها مقاصد الشارع الحكيم، ولا تتول إلى مفسدة خالصة أو راجحة، أمراً سائغاً في النظر الفقهي، حيث إنه اتفاق على إبرام عقود وتصرفات جائزة أصلاً، يتوسل بها إلى تحقيق أهداف ومقاصد مشروعة، ومصالح خالصة أو راجحة، فكان مشروعاً، كما قال العلامة ابن القيم: (فتحصيل المقاصد المشروعة بالطرق التي جعلت موصلةً إليها شيء، وتحصيل المقاصد الفاسدة بالطرق التي

(١) إغاثة اللهفان ١/ ٣٨٣.

(٢) إغاثة اللهفان ١/ ٣٨٥.

جعلت لغيرها شيءٍ آخر. فالفرق بين النوعين ثابتٌ من جهة الوسيلة والمقصود اللذين هما المحتال به، والمحتال عليه. فالطرق الموصلة إلى الحلال المشروع هي الطرق التي لا خداع في وسائلها ولا تحريم في مقاصدها. وبالله التوفيق^(١).

٦٣. ولعل من أبرز تطبيقات هذا النوع في معاملات المصارف الإسلامية المعاصرة: المواطأة على التورق. حيث يتفق العميل مع المصرف على أمرين: أن يشتري سلعةً محددةً من المصرف (أو غيره) بثمن مؤجل معلوم، وأن يوكل المصرف ببيع تلك السلعة بعد شرائها منه (أوله) لحسابه إلى طرف ثالث (لا علاقة للمصرف به) بثمن معجل يعدل القيمة السوقية (ثمن المثل) من أجل حصول العميل في النتيجة على النقد الذي هو في حاجة إليه، مع تجنب الخسارة الفادحة في بيع تلك السلعة فيما لو تولاه بنفسه، باعتبار أن المصرف أقدر على تحقيق الغرض من العملية بأقل خسارة ممكنة تلحق العميل، سواء وقعت في السوق المحلية أو العالمية.

٦٤. أما عن مدى مشروعية المواطأة على التورق، فالمسألة ذات شقين: (أحدهما) أصل حكم التورق. (والثاني) حكم التواطؤ عليه.

(أ) فأما الأصل في حكم التورق - الذي يعني في الاصطلاح الفقهي: شراء شخص سلعة نسيئة، ثم بيعها نقدًا لغير بائعها بأقل مما اشتراها به، ليحصل بذلك على النقد - فهو الجواز

(١) إغاثة اللهفان ٨٦/٢.

والمشروعية في نظر جمهور الفقهاء^(١).

وقد سماه الحنابلة دون غيرهم من الفقهاء تورقاً، وسماه الإمام الشافعي (زرنقة)، ووصفه الأزهري بـ (العينة الجائزة) حيث قال في كتاب (الزاهر) وأما الزرنقة: فهو أن يشتري الرجل سلعةً بثمن إلى أجل، ثم يبيعها من غير بائعها بالنقد. وهذا جائز عند جميع الفقهاء.

وروي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تأخذ من معاوية عطاءها عشرة آلاف درهم، وتأخذ الزرنقة مع ذلك، وهي العينة الجائزة^(٢).

وقد أجاز المجمع الفقهي الإسلامي (برابطة العالم الإسلامي) في دورته الخامسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في ١١/٧/١٤١٩ هـ الموافق ٣١/١٠/١٩٩٨ م بيع التورق، حيث جاء في قراره رقم (٥) الآتي:

أولاً: أن بيع التورق هو شراء سلعة في حوزة البائع وملكه، بثمن مؤجل، ثم يبيعها المشتري بنقد لغير البائع، للحصول على النقد (الورق)

ثانياً: إن بيع التورق هذا جائز شرعاً، وبه قال جمهور العلماء،

(١) كشف القناع ٣/١٧٥، الفروع ٦/٣١٦، المغني ٦/٢٦٣، القوانين الفقهية ص ٢٧٧، شرح منتهى الإرادات ٢/١٥٨، وعلى ذلك نصت م (٢٣٤) من مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية: «يصح التورق، وهو أن يشتري الشيء نسيئةً بأكثر من قيمته، ليبيعه ويتوسع بثمنه».

(٢) الزاهر ص ٢١٦.

لأن الأصل في البيوع الإباحة، لقول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(١). ولم يظهر في هذا البيع ربا، لا قصداً ولا صورة، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك لقضاء دين أو زواج أو غيرهما.

ثالثاً: جواز هذا البيع مشروطٌ بالأببيع المشتري السلعة بثمن أقل مما اشتراها به على بائعها الأول، لا مباشرة ولا بالواسطة، فإن فعل فقد وقعاً في بيع العينة المحرم شرعاً، لا شتماله على حيلة الربا فصار عقداً محرماً.

(ب) وأما حكم التواطؤ عليه من أطرافه، فهو الجواز والمشروعية بشرط أن تباع السلعة المشتراة لشخص ثالث، لا علاقة للبائع الأول به، وألا تتول المعاملة إلى رجوع السلعة إليه بثمن معجل أقل مما باع به نسيئة بأي حيلة أو ذريعة.

ومستند الجواز: أن ذلك التواطؤ هو اتفاق مسبق على شراء سلعة من شخص بالنسيئة، يتلوه وكالةً لذلك الشخص - أو غيره - ببيعها من طرف ثالث، لا علاقة لبائعها الأول به، ثم عقد بيع للسلعة وفقاً لذلك الشرط... وكل واحد من هذه العقود جائزٌ على الانفراد، كما أنه جائز مع الاجتماع (ولذلك لعدم مناقضته لنص شرعي، وانتفاء كونه ذريعة إلى محذور أو حيلة إليه) بالإضافة إلى إفضائه إلى مصلحة راجحة للمتورق المحتاج إلى السيولة المالية، فكان التواطؤ على ذلك صحيحاً مشروعاً.

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٧٥).

أما إذا كان الشخص الثالث وكيلاً عن البائع الأول في الشراء أو مشترياً لحسابه بمواطأة لفظية أو عرفية أو نحو ذلك، فلا تجوز عندئذ هذه المعاملة^(١)، لأنها تكون (بيع عينه) في الحقيقة، وإن كانت تورقاً بصورة، إذ من المقرر فقهاً أن العبرة في العقود لحقائقها لا لصورها. يقول ابن القيم: (إن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها)^(٢) و(إن الاعتبار بالحقائق، وأنها هي التي عليها المعول، وهي محل التحليل والتحريم، والله تعالى لا ينظر إلى صورها وعباراتها التي يكسوها إياها العبد، وإنما ينظر إلى حقائقها وذواتها)^(٣).

ومن المعلوم أن العينة ليست إلا حيلةً ربويةً محظورة، كما سبق أن بينا في ف(١٨) من البحث؛ لأن البيع فيها إنما عقد ليفسخ وتعود السلعة لبائعها الأول، والعقد كما يقول ابن القيم (إذا قصد به فسخه، لم يكن مقصوداً، وإذا لم يكن مقصوداً، كان وجوده كعدمه، وكان توسطه عبثاً^(٤))، بخلاف التورق، فإن البيع فيه إنما عقد ليمضى وتنقطع علاقة البائع الأول بالسلعة تماماً، كما هو موجب عقد البيع شرعاً، فافترقا.

النوع الرابع: الموطأة على الجمع بين عقود متناقضة أو متضادة.

٦٥. سبق أن بينا أن الجمع بين عقدين - فأكثر - بينهما تناقض أو تضاداً

(١) المغني ٦/٢٦٣، الفروع ٦/٣١٥، عقد الجواهر الثمينة ٢/٤٥٠.

(٢) إعلام الموقعين ٣/١٠٧.

(٣) إعلام الموقعين ٣/٢٤٥.

(٤) إعلام الموقعين ٣/٢٤٠.

أو تنافر في الموجبات والأحكام غير جائز شرعاً، وأن ذلك غالباً ما يقع عند تواردهما على محل واحد أو بدل واحد^(١).

كما بينا أن المواطأة - في حقيقتها - اتفاق بين طرفين على إجراء عقود وإنفاذ وعود (ملزمة) فيما يستقبل من الزمان^(٢).

وبناءً على ذلك فإن المواطأة على الجمع بين عقود متنافرة أو متضادة أو متناقضة في المقتضيات والآثار تكون فاسدة مردودة في النظر الفقهي، لأنها وسيلة إليها^(٣). قال الشاطبي: (وقد تقرر أن الوسائل من حيث هي وسائل غير مقصودة لأنفسها، وإنما هي تبع للمقاصد، بحيث لو سقطت المقاصد سقطت الوسائل)^(٤). وقال المقري: (سقوط اعتبار المقصود يوجب سقوط اعتبار الوسيلة)^(٥).

ومثال ذلك: المواطأة على الجمع بين المضاربة وإقراض المضارب رأس المال، أو على صرف دراهم بدنانير وإقراض تلك الدنانير لبائعها قبل قبضها، أو على الجمع بين صرف وجعالة ببدل واحد، أو بين سلم وجعالة ببدل واحد، أو على الجمع بين بيع عين وتأجيرها للمشتري إلى مدة معلومة، أو على الجمع بين الإجارة والبيع فيما يسمى في التقنيات المعاصرة بـ(البيع الإيجاري)^(٦).

(١) ينظر: ف ٢٨، ٣٦ من البحث.

(٢) ينظر: ف ٤٩، ٥٠ من البحث.

(٣) الفروق للقرافي ٣٣/٢، القواعد الكبرى للعز بن عبد السلام ١/١٦١، ١٦٨.

(٤) الموافقات ٢/٢١٢.

(٥) القواعد للمقري ١/٣٢٩.

(٦) ينظر: ف ٣٥، ٣٦ من البحث.

المبحث الخامس: التطبيقات المعاصرة للجمع بين العقود؛ طبيعتها، أحكامها، خصائصها.

٦٦. إن من خصائص وسمات التعامل المالي في هذا العصر استحداث معاهدات مركبة، ينضوي تحت كل اتفاقية (صفقة) منها مجموعة عقود وعود مترابطة متوالية، لا تقبل التفكيك والتغيير الهيكلي، يجري التواطؤ المسبق بين طرفيها على إنشائها وإبرامها على نسق محدد، متتابع الأجزاء، متلاحق المراحل، يهدف إلى تحقيق المصلحة أو الغرض الذي اتجهت إرادة العاقدین وقصدهما إلى تحصيله.

وقد جرى العرف التجاري والمصرفي على اعتبار الموطأة المتقدمة على إنشائها واجبة المراعاة، وملزمة للطرفين، وذلك لقيام الاتفاقية وابتنائها على نظام مرتبطة أجزاءه ببعضها، صمم ووضع لأداء وظيفة محددة باجتماع ذلك المزيج من العقود والعود في صفقة واحدة، وفقاً لشروط تحكمه كمعاملة واحدة لا تقبل الفصل والتجزئة.

ويتضح هذا المعنى في الأمثلة الآتية:

(أ) المرابحة للأمر بالشراء:

٦٧. تجري هذه العملية في المصارف الإسلامية عادةً على أساس

أ- طلب العميل من المصرف أن يقوم بشراء سلعة معينة، ثم بيعها له بالنسيئة إلى أجل محدد بعد تملكها على أساس المرابحة التي تشمل التكلفة الكلية للسلعة، مضافاً إليها الربح المتفق عليه مسبقاً. ثم تعهد المصرف بشراء تلك السلعة، ثم بيعها للعميل بعد تملكها بالثمن المعلوم. ثم تعهد العميل بشراء السلعة من

المصرف بعد تملكها مرابحةً إلى الأجل المحدد بالثمن المتفق عليه.

ب- قيام المصرف عقب ذلك بشراء تلك السلعة المطلوبة، ثم بيعها بعد تملكها من العميل مرابحةً وفق ما سبق الاتفاق عليه.

٦٨. فهذه العملية في حقيقتها منظومة متكاملة، ومعاملة واحدة، مترابطة الأجزاء، متوالية المراحل، يجري التواطؤ (الاتفاق المتقدم) عليها وفق ذلك النسق والترتيب قبل إنشاء عقودها وإنفاذ وعودها لغرض تمويلي محدد، بحيث إذا اختلف شيء من نظامها أو تعطل أحد أجزائها، فات الغرض المقصود منها، ولحق العاقدين أو أحدهما نتيجة ذلك ضررٌ جسيم^(١).

(ب) الإجارة المنتهية بالتملك:

٦٩. تجري هذه العملية في المصارف الإسلامية غالبًا على أساس تواطؤ المصرف مع العميل على:

أ- قيام المصرف بتأجير العين (الاستعمالية) التي يملكها للعميل بأجر محدد إلى أجل معلوم، وتطبق على العقد جميع الأحكام الشرعية المتعلقة بإجارة الأعيان.

ب- وعد المصرف للعميل بهبة تلك العين له عقب انتهاء عقد الإجارة، ووفاء جميع أقساطها للمصرف. بحيث إذا تحقق

(١) ينظر القرار رقم ٤٠، ٤١ (٥/٢) (٥/٣) لمجمع الفقه الإسلامي بجدة (التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي) في دورته الخامسة المنعقدة بالكويت من ١-٦/٥/١٤٠٩ هـ الموافق ١٠-١٥/١٢/١٩٨٨ م بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء.

ذلك، فإن المصرف ينفذ وعده بإبرام عقد هبة مستقل للعميل.
أو: يهبُ المصرفُ - بعقد مستقل يعقب عقد الإجارة - العين للمستأجر هبة مضافة إلى وقت انتهاء عقد الإجارة، ومعلقةً على شرط سداد كامل أقساطها.

٧٠. وحيث إن الغرض والقصد من عملية (الإجارة المنتهية بالتملك) تمويل العميل (المستأجر أولاً، ثم الموهوب ثانياً) عن طريق مخرج شرعي، يتضمن اجتماع عقدي الإجارة والهبة على النحو المتقدم بيانه في صفةٍ واحدة، ومنظومةٍ مترابطة، لا تقبل التفكيك، وقطع شيء من أجزائها، والاجتزاء بالباقي، فقد جرى العرف التجاري والمصرفي على اعتبار التواطؤ المتقدم على العملية بين الطرفين بمنزلة الشرط المنصوص عليه في صلب اتفاقيتها في الصحة والالزام، إذ لا يخفى اتجاه إرادة العاقدين وقصدهما إليه منذ البداية، وكذا ضياع الهدف والمصلحة المبتغاة من هذه المنظومة لو انخرمت إحدى جزئياتها، أو انحرفت عن النسق والترتيب المرسوم^(١).

٧١. فالإجارة المنتهية بالتملك معاملةً مستحدثة، الغرض منها تقديم بديل مشروع للتمويل القائم على أساس القرض الربوي، وهي بحسب نظامها حيلةً لتمليك العين المحددة بثمن مؤجل، يسد على نجوم معلومة خلال مدة معلومة، مع حماية البائع قصداً (المؤجر حيلةً) من خطر ضياع الأقساط المؤجلة، وعجزه عن تحصيلها في حالة إفلاس

(١) ينظر القرار رقم ١١٠ (١٢/٤) لمجمع الفقه الإسلامي بجدة (التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي) في دورته الثانية عشرة المنعقدة في الرياض من ٢٨/٦-١/٧/١٤٢١ هـ الموافق ٢٣-٢٨/٩/٢٠٠٠م بشأن موضوع الإجارة المنتهية بالتملك.

الطرف الثاني أو مطله أو عدم قدرته على الوفاء - لأي سبب من الأسباب - بإبقاء العين المعقود عليها تحت ملكه حتى يستوفي كامل الثمن المؤجل، فإذا ما تحقق له ذلك في نهاية مدة الإجارة، فإن ملكية العين تنتقل إلى المستأجر بعقد هبة مستقل يعقب عقد الإجارة في هذه المنظومة التمويلية.

٧٢. ولا حرج شرعاً في كون هذه المعاملة حيلةً لتمليك العين ببدل مؤجل (على أقساط) مع ضمان استيفاء كامل تلك الأقساط عن طريق الجمع بين عقد الإجارة والهبة التالية له في هذه الصفة المترابطة الأجزاء، المتعاقبة المراحل، وفقاً لنظام يحكمها كمعاملة واحدة متكاملة، تهدف إلى أداء وظيفة محددة، وبلوغ غرض معين اتجهت إرادة العاقدين وقصدهما إلى تحقيقه... نظراً لكونها لا تحل حراماً، ولا تبطل حقاً، ولا تسقط واجباً، ولا تتضمن جوراً أو أكلاً لمال الغير بالباطل، بل إن فيها مصلحةً معتبرةً شرعاً، تتجسد في صيانة حق وبدل كل من العاقدين في عقد معاوضة مالية عن التوى والضياع والعجز عن الاستيفاء، تحقيقاً للعدل بين الطرفين في الحقوق والالتزامات المتقابلة التي تترتب على معاقدهم.. وعلى ذلك اعتبرت من قبيل الحيل المحمودة والمخارج المشروعة التي رخص فيها الشارع الحكيم^(١).

(ج) المشاركة المتناقصة:

٧٣. تقوم هذه المعاملة على أساس اتفاق طرفين على إحداث (إنشاء) شركة

(١) ينظر: كلامنا عن الحيل وتقسيمها إلى مذمومة ومحمودة، وحكم كل قسم منها في ف ٦٠-٦٢ من البحث.

ملك بينهما في مشروع أو عقار أو غير ذلك يشترطه، ثم إنهاها بانتقال حصة أحد الشريكين (المصرف الممول) إلى الآخر (العميل) تدريجياً بعقود بيع مستقلة متعاقبة.

وهي في حقيقتها صيغة تمويل تعتمد على اشتراك المصرف مع أحد عملائه في شراء أصل من الأصول المنتجة، ثم بيع حصته للعميل تدريجياً، الغرض منها أن تكون مخرجاً شرعياً أو بديلاً عن القرض الربوي، حيث يقدم المصرف بواسطتها الائتمان لعملائه على غير أساس الفائدة الربوية.

٧٤. وتتألف اتفاقية (المشاركة المتناقصة) بحسب المواطأة الممهدة لإبرامها من مجموعة عقود ومواعيد مترابطة، تجرى على مراحل متعاقبة، تهدف إلى أداء وظيفة تمويلية محددة، تواضع طرفها على تركيبها على النحو الآتي:

أ- الاشتراك في شراء مشروع أو عقار ذي ريع أو نحو ذلك من الأصول المنتجة.

ب- يتواعد الطرفان:

أولاً: على الاشتراك في تأجير ما اشترى لطرف ثالث، بحيث يستحق كل واحد منهما ما يقابل حصته في الملك من بدل الإجارة، أو على تأجير الطرف (الممول) حصته للعميل (الشريك).

ثانياً: على أن يقوم الشريك (العميل) بشراء حصة شريكه (الممول) تدريجياً بعقود بيع متتالية وفق جدول زمني يتفقان

عليه، وكلما زادت حصة العميل في المشروع أو العقار نقصت حصة الممول بقدر تلك الزيادة، ونقص تبعاً لها نسبة نصيبه في بدل الإجارة... إلى أن يتم خروج الممول، وحلول العميل محله بالكامل في حصته من ذلك الملك المشترك.

ج- يؤجر الطرفان الملك المشترك إلى طرف ثالث بعقد إجارة مستقل، ويقتسمان الأجرة بحسب حصة كل منهما في الملك، أو يؤجر الطرف (الممول) حصته للعميل ببدلٍ معلوم في عقد إجارة منفرد.

د- تبرم بين الشريك الممول والشريك العميل عقود بيع متتالية لحصص الممول، وفقاً للأجال المتواعد عليها مسبقاً، حتى يتم انتقال ملكية نصيب الممول بكامله إلى العميل بموجب تلك العقود المتعددة المتلاحقة، المنفصلة عن بعضها في الإنشاء والتنفيذ والأجال.

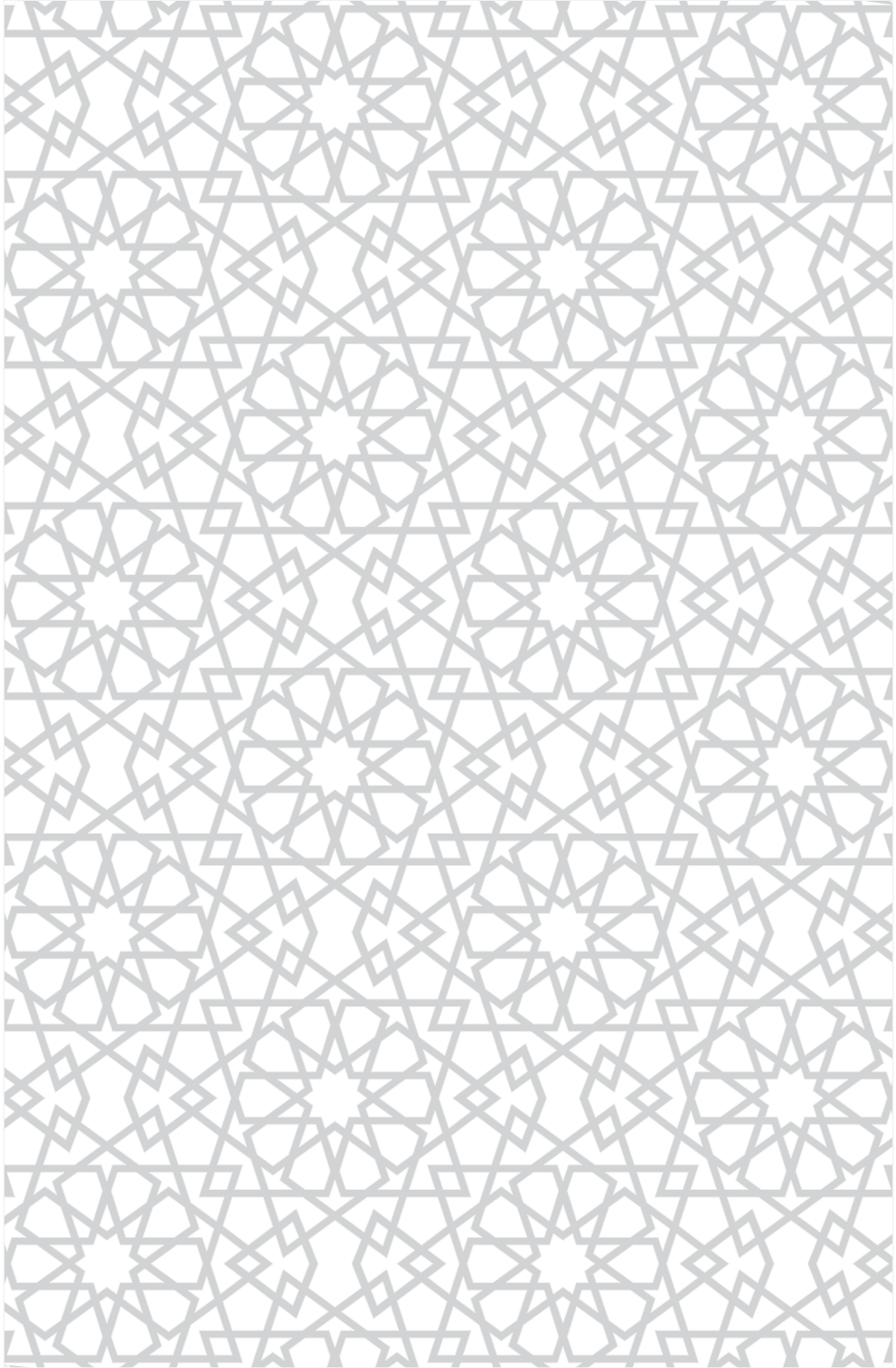
هـ- في حالة وقوع تلف أو خسارة في محل الشركة المتناقصة قبل انتهائها، فإن الضمان يكون على الطرفين بحسب حصة كل منهما في الملك المشترك.

٧٥. وقد جرى العرف التجاري والمصرفي المعاصر على اعتبار المواطأة المتقدمة على إنشاء هذه المعاملة واجبة المراعاة، وذلك لعدم قابلية تلك المنظومة المترابطة للتفكيك والتجزئة والتبديل، باعتبارها موضوعاً ومصممةً لأداء وظيفة تمويلية مستحدثة محددة مقصودة من طرفيها.

كما تعتبر الوعد التي تشتمل عليها اتفاقيتها ملزمةً للطرفين، إذ لو لم تكن كذلك، لكان القصد والهدف من إبرامها احتمالياً غير مؤكد التحقق، ولما جازف الطرفان بالإقدام على الدخول فيها؛ لأنها في حقيقتها وبالنظر إلى الغرض منها عبارة عن معاهدة واحدة مركبة من أجزاء مترابطة، وفقاً لشروط تحكمها كمعاملة واحدة^(١).



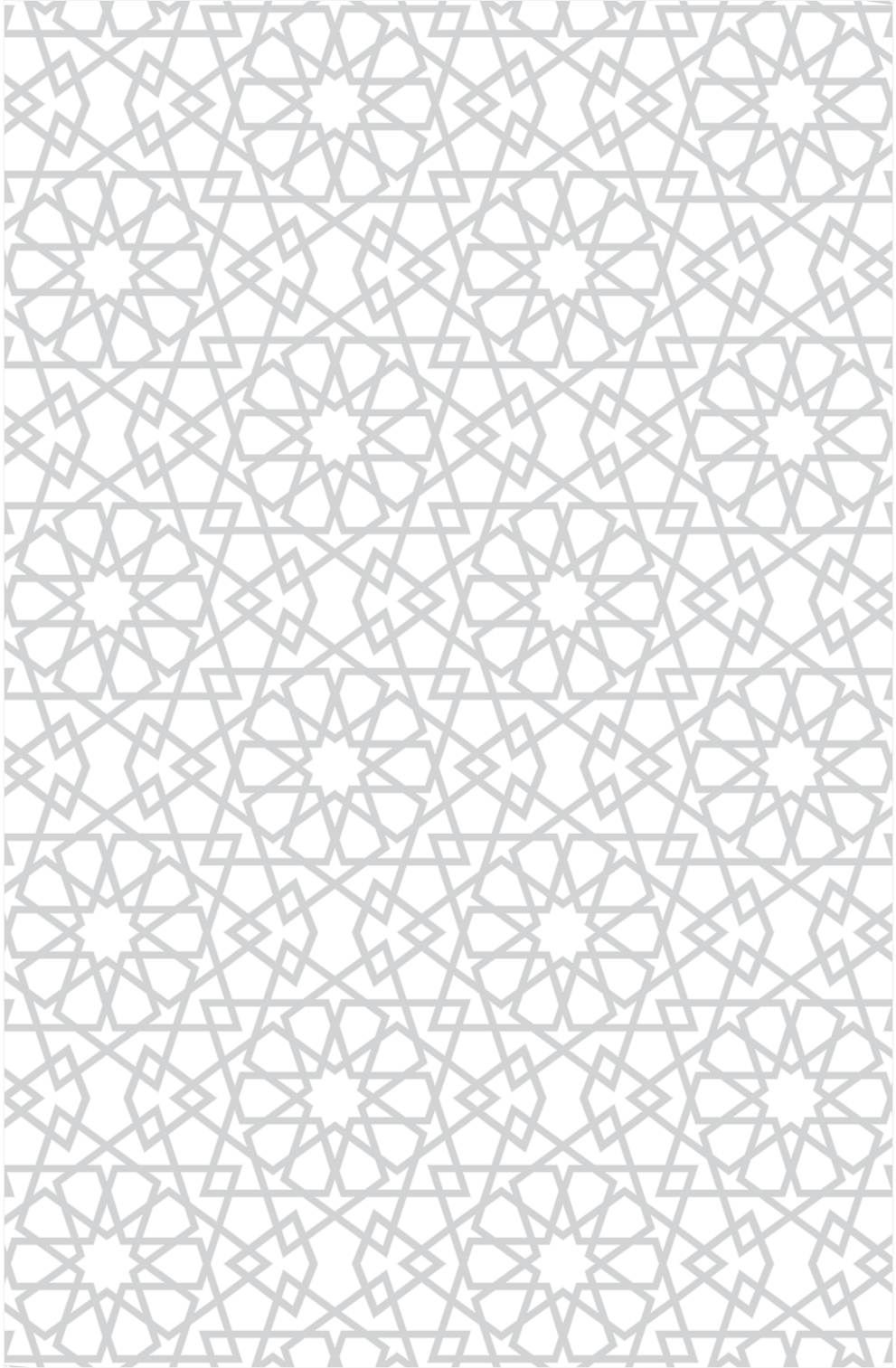
(١) المشاركة المتناقضة وأحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة للدكتور نزيه حماد (مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة / العدد ١٣) ٥١٣/٢ وما بعدها.



التَّائِمِينَ الْإِسْلَامِيَّةُ

إِعْدَادُ

أ. د محمد سعدو الجرف





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه
أجمعين، وبعد:

فلعلماء الشريعة الإسلامية المحدثين اتجاهاً في حكم عقد التأمين التعاوني
أو التكافلي فيما يتعلق بالعلاقة القائمة بين حامل وثيقة بعينه وبين باقي حملة الوثائق:
أولهما: عقد التأمين التعاوني أو التكافلي من عقود المعاوضات ومن ثم
يجري بشأنه الخلاف القائم في عقود التأمين التجاري.

ثانيهما: عقد التأمين التعاوني أو التكافلي من عقود التبرعات ومن ثم فإن
حكمه هو الجواز.

وقد انقسم أصحاب هذا الاتجاه إلى فريقين:

الأول: ويرى أنه من عقود التبرعات بشرط النص على أن القسط مدفوع على
سبيل التبرع فإن لم يوجد هذا النص كان العقد معاوضة وكان حكمه التحريم.

ويرى الفريق الثاني أنه من عقود التبرعات وإن لم يوجد نص على أن القسط
مدفوع على سبيل التبرع.

وتهدف هذه الدراسة إلى بيان الراجح من تلك الأقوال ومن ثم تقويم نموذج التأمين التعاوني أو التكافلي القائم على مبدأ هبة الثواب أو الهبة المشروطة بالحصول على العوض ومن ثم إقراره كما هو أو تعديله.

وقد استخدم الباحث الأسلوبين الاستقرائي والاستنباطي لتحقيق الهدف مستنداً إلى فتاوى وبحوث العلماء المعاصرين وكتب القانون المدني ووثائق هيئات التأمين الإسلامية المعاصرة.

وقد استلزم تحقيق هدف الدراسة تقسيمها إلى قسمين: يتحدث أولهما عن التأمين في القانون المدني للاستئناس به، ويتحدث الثاني عن التأمين في الفكر الإسلامي، وذلك على النحو التالي:

القسم الأول: التأمين في القانون المدني، وتشتمل خطة الدراسة فيه على ما يلي:

١. مفهوم التأمين.
٢. أقسام عقد التأمين.
٣. أركان عقد التأمين.
٤. صفات عقد التأمين.
٥. المبادئ القانونية لعقد التأمين.

القسم الثاني: التأمين في الفكر الإسلامي، وتشتمل خطة الدراسة فيه على ما يلي:

١. نظام أو نظرية التأمين.
٢. مشروعية نظام أو نظرية التأمين.

٣. مفهوم عقد التأمين التكافلي.
٤. صفات عقد التأمين التعاوني أو التكافلي.
٥. المبادئ القانونية لعقد التأمين التعاوني أو التكافلي.
٦. الفائض التأميني وتوزيعه.
٧. انتهاء عقد التأمين التعاوني أو التكافلي.
٨. الحكم الشرعي لعقد التأمين التعاوني أو التكافلي.
٩. الخاتمة.



القسم الأول التأمين في القانون المدني

مقدمة:

الطلب على التأمين طلب مشتق من حيث وجوده من وجود الخطر، فعلى سبيل المثال: امتلاك سيارة يدفع صاحبها للحصول على وثيقة تأمين لحوادث السيارات، بينما لا يفكر من لا يمتلك سيارة في الحصول على تلك الوثيقة على الإطلاق. ومشتق من حيث عدد الوحدات التأمينية المطلوبة من موقف الشخص من الخطر حيث يتعدد المؤمن له إلى:

- **محب الخطر:** ويطلب أكبر غطاء تأميني ممكن مقارنة بغيره من الفئات في حدود سعر الوثيقة ودخله المتاح، حيث إن معامل احتمال وقوع الخطر بالنسبة له أكبر من غيره. (أكبر من متوسط احتمال وقوع الخطر الذي تم حساب القسط بناء عليه).
- **حيادي الخطر:** ويطلب قدرًا من التأمين أقل من الفئة السابقة في حدود سعر الوثيقة ودخله المتاح، حيث إن معامل احتمال وقوع الخطر بالنسبة له أقل من السابق، ولكنه أكبر من الفئة التالية. (يساوي متوسط احتمال وقوع الخطر الذي تم حساب القسط بناء عليه).
- **كاره أو متجنب الخطر:** هو الأقل طلبًا للتأمين من بين جميع الفئات في

حدود سعر الوثيقة ودخله المتاح، حيث إن معامل احتمال وقوع الخطر بالنسبة له هو الأقل. (أقل من متوسط احتمال وقوع الخطر الذي تم حساب القسط بناء عليه).

وينص شراح القانون على وجود جانبيين للتأمين أحدهما فني والآخر قانوني، حيث يتمثل الجانب الفني أو الإطار النظري للتأمين في قيامه على مبدأ استبدال خسارة احتمالية كبيرة نسبياً بخسارة مؤكدة بسيطة نسبياً (قسط التأمين)، بينما يتمثل الجانب القانوني أو التنظيمي للتأمين في الإطار الذي يتم من خلاله تحقيق الإطار النظري أو الفني عملياً وهذا الإطار القانوني هو عقد التأمين. وقد نص القانونيون على وجود أسلوبين يتم من خلالهما تحقيق الجانب الفني عملياً هما:

التأمين التجاري: وتقوم به شخصية معنوية بهدف تحقيق الربح المتمثل في الفرق بين الأقساط المحصلة والتعويضات المدفوعة والمستحقة.

التأمين التبادلي أو التعاوني: وتقوم به مجموعة من الأشخاص وفق نفس القواعد والأسس التي يقوم عليها التأمين التجاري وإن اختلفت صورة العقد وذلك بهدف تقليل التكلفة، حيث يكون الفرق بين الأقساط المحصلة وبين التعويضات المدفوعة والمستحقة فائضاً يعاد توزيعه على حملة الوثائق بدلاً من ذهابه إلى الجهة المنظمة في التأمين التجاري.

ويرى شراح القانون أن الإطار القانوني أو التنظيمي القائم على المعاوضة يحقق الجانب الفني عملياً. ذلك أن الهدف من التأمين في الأصل بالنسبة للمؤمن له هو المحافظة على المركز الاقتصادي الذي كان يتمتع به قبل وقوع الخطر، فالتأمين بالنسبة له يعني إعادته إلى نفس الوضع الاقتصادي الذي كان عليه قبل وقوع الخطر. ويمكن ترجمة ذلك وفق المعادلة التالية:

(الثروة - القسط بفرض وقوع الخطر = المتبقي من الثروة بعد وقوع الخطر + مبلغ التأمين - القسط)، ولعل قيام التأمين على المعاوضة الملزمة للجانبين يكفل له ذلك.

ويهدف المؤمن من إقرار ذلك الالتزام المتبادل إلى استمرار التدفقات النقدية بشكل منتظم مما يمكنه من الاستمرار كمشروع اقتصادي ذي أهداف معينة، ويهدف من إقرار القواعد المنظمة لحصول المؤمن له على مبلغ التأمين (المبادئ القانونية لعقد التأمين) إلى حماية نفسه من المخاطر السلوكية التي قد تصدر من بعض المتعاملين معه وهي غير قابلة للقياس أو التوقع مسبقاً، وإلى حماية نفسه مما يسمى الاختيار المعاكس والذي ينتج عن افتراض المؤمن تماثل حملة الوثائق في معامل احتمال وقوع الخطر، وهو أيضاً غير قابل للقياس أو التوقع المسبق فلا يعلم معامل الاحتمال الفعلي إلا بعد التعاقد، كما يهدف إلى انتظام تدفق مدفوعاته وفقاً لما هو متوقع. ومن ثم تقتضي الحرفية التأمينية أن يكون عقد التأمين عقد معاوضة ملزمة للجانبين وذلك ضماناً لتحقيق الهدف من التأمين لكلا الطرفين. ويتم فيما يلي بيان ذلك بشيء من التفصيل.

١-١. مفهوم التأمين:

التأمين مجموعة إجراءات يتم بموجبها تحويل القسم الأكبر من عبء خطر معين من فرد إلى فرد آخر (كما في التأمين التجاري) أو مجموعة أفراد (كما في التأمين التبادلي والتعاوني) أكثر مقدرة منه واستعداداً للتحمل، ويترجم ذلك عملياً بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر المؤمن منه، وذلك إما بهدف التعويض كما في التأمين على الأشياء، أو بهدف الادخار وتكوين رؤوس الأموال كما في التأمين على الأشخاص ويتم هذا التحويل عملياً عن طريق التعاقد.

ويمكن النظر إلى التأمين من الناحية العملية أو التطبيقية على أنه: «عقد يلتزم

المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر الموضح بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن الذي يدخل في عهده مجموعة من هذه المخاطر يجري مقاصة فيما بينها وفقاً لقوانين الإحصاء»، وينطبق هذا التعريف على جميع عقود التأمين سواء كانت تجارية أم تبادلية أم تعاونية، كما أنه يبين الأصل الذي يقوم عليه التأمين وهو المعاوضة والاحتمال. وهذا يقتضي توضيح من هو المؤمن ومن هو المؤمن له، وذلك على النحو التالي:

المؤمن: هو من يتحمل تبعه الخطر، و يترجم ذلك عملياً بتعهده بدفع مبلغ التأمين للمستفيد عند تحقق الخطر الموضح بالعقد، ويحصل في المقابل على قسط التأمين الذي يمتلكه ملكية تامة بمقتضى العقد.

المؤمن له: هو الشخص المعرض لوقوع الخطر الموضح بالعقد والملتزم بدفع الأقساط.

المستفيد: هو الذي يحصل على مبلغ التأمين عند وقوع الخطر الموضح بالعقد.

٢-١. أقسام عقد التأمين:

يتم تطبيق الفكرة الأساس للتأمين عملياً من خلال إطار أو تنظيم قانوني هو الشكل القانوني الذي يتخذه المؤمن. فقد يكون المؤمن منشأة تجارية فيسمى التأمين الذي يطبق من خلال هذه الهيئة تأميناً تجارياً. وقد يكون هيئة تبادلية فيسمى التأمين الذي يطبق من خلال هذه الهيئة تأميناً تبادلياً. أو يكون جمعية تعاونية فيسمى التأمين الذي يطبق من خلال هذه الجمعيات تأميناً تعاونياً.

١-٢-١. التأمين التجاري:

هو الذي يطبق من قبل المنشآت التجارية وهي مؤسسات مالية تهدف من وراء قيامها بالتأمين إلى تحقيق الربح المتمثل في الفرق بين الأقساط المحصلة التي تملكها وعوائد استثمارها ملكية تامة وبين التعويضات المدفوعة والمستحقة، إذ توجد المنشأة حساباً واحداً يحوي في جانبه الدائن رأسمال الهيئة والأقساط المحصلة والمستحقة وعوائد استثمارها، ويحوي في جانبه المدين مصروفات الهيئة الإدارية والتعويضات المدفوعة والمستحقة.

ينشئ عقد التأمين التجاري علاقة واحدة فقط هي تلك الموجودة بين المنشأة وبين كل حامل وثيقة على حدة، فليس هناك أي علاقة ينشئها العقد بين مجموع حملة الوثائق من جهة وبين الهيئة من جهة أخرى، أو بين مجموع حملة الوثائق بعضهم ببعض، فكل عقد تنحصر آثاره بين طرفيه فقط. وتكون الهيئة مؤمناً بمقتضى العقد لأنها تتقاضى أقساط التأمين وتتعهد في المقابل بدفع مبالغ التأمين عند وقوع الخطر، ويكون حامل الوثيقة مؤمناً له؛ لأنه يتعهد بدفع الأقساط ويتقاضى مبلغ التأمين عند وقوع الخطر.

١-٢-٢. التأمين التبادلي:

هو الذي يطبق من قبل الهيئات التبادلية (ولعل من أهمها: الهيئات ذات الحصص البحتة أو المقدمة وهيئات تبادل عقود التأمين)، وهي هيئات مدنية تهدف إلى تقديم خدمة لأعضائها تتمثل في تخفيض تكلفة التأمين عنه في المنشآت التجارية، حيث إن الفرق بين الأقساط المحصلة وبين التعويضات المدفوعة والمستحقة يعاد توزيعه على حملة الوثائق بصفتهم مؤمنين، ومن ثم تنخفض تكلفة التأمين بالنسبة لهم. ولعقود التأمين التبادلية طرفان هما:

أ. هيئة التأمين: وهي في الغالب هيئة إدارة واستثمار تقوم بصياغة وثائق التأمين التي يتم التعاقد على أساسها، وتقوم بجمع الأقساط المستحقة وقد تقوم باستثمارها، كما تقوم بدفع التعويضات للمستحقين، أي أنها تقوم بإدارة وتنظيم عمليات التأمين وذلك مقابل حصولها على نسبة معينة من الأقساط المحصلة، وبذلك تكون وكيلاً بأجر عن حملة الوثائق في إدارة وتنظيم عمليات التأمين.

ب. حملة الوثائق: وهو مؤمنون ومؤمن لهم في نفس الوقت أي أنهم يتبادلون التأمين فيما بينهم فيعد حامل الوثيقة مؤمناً له إذا دفع القسط وحصل على مبلغ التأمين عند وقوع الخطر، ويعد مؤمناً إذا أسهم مع غيره من حملة الوثائق في تعويض من نزل به الخطر من باقي حملة الوثائق.

ينشئ عقد التأمين التبادلي علاقتين هما: علاقة حامل الوثيقة بهيئة التأمين وهي علاقة وكالة بأجر في إدارة وتنظيم عمليات التأمين، وعلاقة حملة الوثائق بعضهم ببعض وهي علاقة تأمين تبادلي تقوم على مبدأ المعاوضة. ويفيد وجود هاتين العلاقتين عدم ملكية الهيئة للأقساط وما يتولد عنها من ربح أو خسارة، ويفيد انتحال الهيئة صفة المؤمن بالإنابة عن حملة الوثائق مع إبقاء صفة المؤمن له فقط لكل منهم.

وتنشئ الهيئة حسابين منفصلين يخص أولهما الهيئة ويحوي في جانبه الدائن رأسمال الهيئة وعوائد استثماره ونصيب الهيئة مقابل الإدارة والتنظيم، كما يحوي في جانبه المدين المصروفات الإدارية الخاصة بأعمال الهيئة، وناتج هذا الحساب من ربح أو خسارة يعود على مالكي الهيئة وحدهم دون سواهم. ويخص الآخر حملة الوثائق ويحوي في جانبه الدائن الأقساط المدفوعة والمستحقة وعوائد استثمارها،

كما يحوي في جانبه المدين المصروفات الإدارية الخاصة بإدارة وتنظيم عمليات التأمين، ونصيب الهيئة من الأقساط مقابل الإدارة والتنظيم، والتعويضات المدفوعة والمستحقة. ويعود ناتج هذا الحساب من ربح أو خسارة على حملة الوثائق دون سواهم، حيث يتم توزيع الفائض عند وجوده على حملة الوثائق بحسب تعاملهم مع الهيئة. وتغطي الخسارة عند وجودها من الاحتياطات إن كان هناك احتياطات، أما في حالة عدم كفاية الاحتياطات أو عدم وجودها وذلك عند بدء النشاط فإن العجز يغطي عن طريق القرض الذي يسدد فيما بعد عند وجود فائض.

٣-٢-١. التأمين التعاوني:

هو الذي تطبقه الجمعيات التعاونية وهي جمعيات مدنية تهدف إلى تقديم خدمة لأعضائها تتمثل في تقديم خدمة التأمين لأعضائها بأقل تكلفة ممكنة. ويكون الفرق بين الأقساط المحصلة وعوائد استثمارها وبين التعويضات المدفوعة والمستحقة ملكاً للأعضاء لأنهم مؤمنين، وبهذا تنخفض تكلفة التأمين بالنسبة لهم. تقوم هذه الجمعيات على مبادئ التعاون المتمثلة في: عضوية الجمعية المفتوحة والاختيارية للجميع، وحق جميع الأعضاء في الإدارة، وقصر منافع الجمعية على الأعضاء، وحرية الانسحاب المكفولة للعضو في أي وقت يشاء حيث يحاسب العضو عند انسحابه وفقاً لنتائج أعمال الجمعية.

تبدأ الجمعية عملها بقيام عدد من الأفراد بصياغة عقد تأسيسها ثم يتم بعد ذلك انضمام الأعضاء إليها وفقاً لتلك المبادئ. وليس للجمعيات رأس مال على النحو الذي يرى في شركات المساهمة وغيرها من الشركات بل تبدأ الجمعية عملها باشتراكات الأعضاء التي هي المصدر الأول للتمويل. والاشتراقات وعوائد استثمارها مملوكة للأعضاء وبالتالي يتم توزيع الفائض على الأعضاء وفقاً

لاشتركاتهم في حالة وجوده، أما في حالة عدم كفاية الاشتراكات فإنه يلجأ إلى الاحتياطات، ويغطي العجز في حالة عدم كفاية الاحتياطات أو عدم وجودها وذلك عند بدء العمل إما عن طريق زيادة الاشتراكات أو عن طريق القرض على أن يسدد فيما بعد من الفوائد المستقبلية. وتمارس الإدارة عملها مجاناً، أي أن التأمين التعاوني يقوم على مبدأ الوكالة بدون أجر في جانب العلاقة الموجودة بين الأعضاء وبين الإدارة، بينما يقوم على مبدأ المعاوضة في جانب العلاقة الموجودة بين حملة الوثائق بعضهم ببعض، إذ يعد كل عضو في الجمعية مؤمناً ومؤمناً له في وقت واحد كما هو حاصل في التأمين التبادلي. وإسهامه في الجمعية ليس على سبيل التبرع المحض بل هو مشروط بإفادته كعضو عند وقوع الخطر المنصوص عليه. وللجمعية حساب واحد يحوي في جانبه الدائن اشتراكات الأعضاء المدفوعة والمستحقة وعوائد استثمارها، ويحوي في جانبه المدين المصروفات الإدارية للجمعية والتعويضات المدفوعة والمستحقة.

مقارنة بين أنواع التأمين

جدول رقم (١)

وجه المقارنة	التأمين التجاري	التأمين التبادلي	التأمين التعاوني
الشكل القانوني للهيئة المؤمن له	منشأة تجارية	هيئة مدنية	هيئة مدنية
المؤمن له	هيئة التأمين	حامل الوثيقة	حامل الوثيقة
ملكية القسط	شركة التأمين	حامل الوثيقة	حامل الوثيقة
العلاقة بين حامل الوثيقة وهيئة التأمين	معاوضة	وكالة بأجر	وكالة بدون أجر
ملكية المتولد عن عمليات التأمين من ربح أو خسارة	شركة التأمين	حملة الوثائق	حملة الوثائق

عدد الحسابات الموجودة	واحد	اثنان	اثنان
العلاقة بين حملة الوثائق بعضهم ببعض	غير موجودة	كل منهم مؤمن ومؤمن له في وقت واحد(معاوضة)	كل منهم مؤمن ومؤمن له في وقت واحد(معاوضة)

٣-١. أركان عقد التأمين:

هي أركان عقد التأمين الخاصة أو عناصر عقد التأمين كما تسمى أحياناً، وهي أركان مشتركة بين جميع عقود التأمين سواء كانت تجارية أم تبادلية أم تعاونية، وأركان عقد التأمين أربعة هي:

١-٣-١. قسط التأمين:

هو محل التزام المؤمن له ومصدر هذا الالتزام هو عقد التأمين، وهو سبب في وجود مبلغ التأمين كما أنه أثر مترتب عليه في نفس الوقت، وهو التزام مؤكد من حيث الثبوت حيث إنه ثبت بمقتضى العقد ومؤكد من حيث التنفيذ. وهو ثمن لقبول المؤمن تحمّل تبعه الخطر، ومن ثم فإنه يدخل في ملك المؤمن بمجرد توقيع العقد، وهو يدفع بعد توقيع العقد مباشرة وقبل وقوع الخطر لأنه المصدر الأول للتعويضات، ويتخذ الصفة النقدية دائماً. وهو ثابت القيمة طوال مدة العقد ويمثل الحد الأقصى لالتزام المؤمن له تجاه المؤمن.

٢-٣-١. مبلغ التأمين:

هو محل التزام المؤمن ومصدر هذا الالتزام هو عقد التأمين، وهو سبب في وجود قسط التأمين كما أنه أثر مترتب عليه في نفس الوقت، وهو التزام مؤكد من حيث الثبوت حيث إنه ثبت بمقتضى العقد، احتمالي من حيث التنفيذ لأنه لا يدفع إلا بعد وقوع الخطر، والخطر حادث احتمالي مستقبلي الوقوع. وهو يمثل الحد الأقصى

لالتزام المؤمن تجاه المؤمن له.

٣-٣-١. الخطر المؤمن منه:

الخطر هو الباعث الرئيس على التأمين بالنسبة للمؤمن له والسبب المنشئ لالتزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين، فالغرض من عقد التأمين دائماً هو تأمين شخص من خطر يتهده، أي من حادثة احتمالية - قد تكون سيئة وقد تكون سعيدة - مستقبلية الوقوع بمعنى ألا يكون الخطر متوقفاً على محض إرادة أحد الطرفين، أي أنه قد يقع وقد لا يقع وأنه قد يكون محقق الوقوع ولكنه مضاف إلى أجل غير محقق مثل التأمين على الحياة لحالة الوفاة. ولا يشمل الخطر الحوادث مستحيلة الوقوع، أو تلك التي حدثت في الزمن الماضي.

٤-٣-١. المصلحة التأمينية:

اختلف القانونيون في هذا الركن فمنهم من يجعله ركناً ومنهم من يجعله مبدأً قانونياً، ومن يجعله ركناً يجعله خاصاً بالتأمين على الأشياء دون الأشخاص. ويعني هذا الركن أن يكون موضوع التأمين مصلحة مشروعة بحكم القانون يخشى فواتها بسبب وقوع الخطر.

٤-١. صفات عقد التأمين:

هي الصفات أو الطبيعة القانونية للعلاقة القائمة بين المؤمن له والمؤمن حيث يتصف عقد التأمين بعدة صفات مهمة. وعقود التأمين جميعاً تتصف بهذه الصفات سواء كانت تجارية أم تبادلية أم تعاونية وذلك باتفاق شراح القانون، وأهم هذه الصفات ما يلي:

١-٤-١. عقد معاوضة مالية:

عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه كلا المتعاقدين مقابلًا لما أعطى. فالمؤمن يأخذ مقابلًا هو قسط التأمين لما يعطيه من مبلغ التأمين، كما أن المؤمن له يأخذ مقابلًا لما يعطيه من قسط التأمين هو مبلغ التأمين عند وقوع الخطر المؤمن منه. والعوضان المتقابلان في عقد التأمين هما قسط التأمين ومبلغ التأمين. أما طرفا المعاوضة في عقد التأمين التجاري فهما: حامل الوثيقة من جهة وهيئة التأمين التجارية من جهة أخرى. وهما أي حامل وثيقة من جهة وباقي حملة الوثائق ممثلين بهيئة التأمين في التأمين التبادلي من جهة أخرى. وهما أيضًا أحد أعضاء الجمعية من جهة وباقي أعضاء الجمعية ممثلين بإدارة الجمعية التعاونية من جهة أخرى.

١-٤-٢. عقد احتمالي أو من عقود الغرر:

عقد الغرر هو العقد الذي تتوقف التزامات أحد طرفيه في وجودها أو في قدرها على حادثة غير محققة أو غير معين وقت وقوعها بحيث لا يستطيع العاقد أن يحدد وقت إبرامه قدر الكسب أو الخسارة التي تعود عليه منه. وهذا متحقق في جميع عقود التأمين حيث إن مبلغ التأمين المستحق يتوقف في وجوده أو في قدره على حادثة غير محققة أو غير معين وقت وقوعها وهي الخطر المؤمن منه. وعقد التأمين في جانب العلاقة ما بين مؤمن له بالذات والمؤمن احتمالي من الناحية القانونية لأن المؤمن وقت إبرام العقد لا يعرف مقدار ما يأخذ ولا مقدار ما يعطي إذ إن ذلك متوقف على وقوع الكارثة من عدمها. وكذلك الحال بالنسبة للمؤمن له فمقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطي متوقف هو أيضًا على وقوع الكارثة من عدمها.

١-٤-٣. عقد ملزم للجانبين:

العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في حق طرفيه

بحيث يكون كل طرف دائئاً ومدينأ في نفس الوقت. أي أن كل التزام سبب في نشوء الالتزام المقابل وأثر مترتب عليه في نفس الوقت. والالتزامان المتقابلان في عقد التأمين هما التزام المؤمن له بدفع القسط وهو التزام محقق ينفذ عادة على آجال محددة، والتزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين وهو التزام غير محقق إذ هو التزام احتمالي لأنه متوقف على وقوع الخطر.

٤-٤-١. عقد زمني:

الزمن عنصر جوهري في عقد التأمين، حيث يلتزم المؤمن لمدة معينة فيتحمل تبعه الخطر المؤمن منه ابتداءً من تاريخ معين إلى نهاية تاريخ معين، كما يلتزم المؤمن له للمدة التي يلتزم لها المؤمن ويوفي التزامه أقساطاً متتابعة على مدى هذه المدة. ومن ثم فإنه إذا فسخ العقد أو انفسخ لم ينحل إلا من وقت الفسخ أو الانفساخ وما نفذ منه قبل ذلك يبقى قائماً فلا يسترد المؤمن له من المؤمن الأقساط المقابلة للمدة التي انقضت قبل حل العقد.

٥-١. المبادئ القانونية لعقد التأمين:

هي القواعد التي تنظم حصول المستفيد على مبلغ التأمين عند وقوع الخطر في عقود التأمين على اختلافها سواء كانت تجارية أم تبادلية أم تعاونية، فيجب مراعاتها ليكون المستفيد مستحقاً لمبلغ التأمين عند وقوع الخطر، ويترتب في المقابل على عدم مراعاتها عدم استحقاق المستفيد لمبلغ التأمين عند وقوع الخطر. وهي تهدف إلى حماية المؤمن مما يسمى الاختيار المعاكس ومن المخاطر المعنوية أو السلوكية الناتجة عن تصرفات بعض المؤمن لهم، وعن افتراض تماثل المؤمن لهم في معامل احتمال وقوع الخطر وهي أخطار لا يمكن قياسها مسبقاً ولا تعلم إلا بعد التعاقد وبعد وقوع الخطر، وهذه المبادئ هي:

١-٥-١. منتهى حسن النية:

والمراد أن يدلي المؤمن له بجميع البيانات المطلوبة منه بصورة صحيحة وبخاصة تلك التي تؤثر في معامل احتمال وقوع الخطر. كما أن عليه إبلاغ المؤمن بأي تغير في تلك البيانات وبخاصة إذا كان من شأن ذلك التغير التأثير في معامل احتمال وقوع الخطر. كما أن عليه أيضًا إبلاغ المؤمن بأي وثيقة تأمين أخرى على نفس موضوع التأمين لدى مؤمنين آخرين. ويترتب على الإخلال بهذا المبدأ انحلال عقد التأمين قبل انتهاء مدته الزمنية، حيث يحتفظ المؤمن بالأقساط المدفوعة قبل تاريخ انحلال العقد وتبرأ ذمة المؤمن له من الأقساط المتبقية، وذلك إذا تم اكتشاف الإخلال بهذا المبدأ قبل وقوع الخطر، أما إذا تم ذلك بعد وقوع الخطر فإنه يسقط حق الاستفادة في الحصول على مبلغ التأمين.

٢-٥-١. السبب القريب:

والمراد أن يكون الخطر الموضح بالعقد هو السبب المباشر في لحوق الضرر بموضوع التأمين، فلو تلف موضوع التأمين بفعل خطر آخر خلاف الموضح بالعقد فإنه يسقط حق الاستفادة في الحصول على مبلغ التأمين.

٣-٥-١. التعويض:

تنطبق هذه القاعدة في عقود التأمين على الأشياء دون الأشخاص، وتعني أنه لا يجوز أن يثري المؤمن له من وراء عقود التأمين على الأشياء، حيث إن الهدف من عقود التأمين على الأشياء هو إعادة المؤمن له إلى نفس الحالة الاقتصادية التي كان عليها قبل وقوع الخطر، أما الهدف من عقود التأمين على الأشخاص فهو الادخار وتكوين رؤوس الأموال. ومن ثم يكون مضمون هذه القاعدة أن يحصل المستفيد على تعويض عند وقوع الخطر هو ناتج المعادلة التالية:

التعويض = الخسارة الفعلية \times مبلغ التأمين / القيمة السوقية لموضوع التأمين عند وقوع الخطر. حيث يحصل المستفيد على أقل المبلغين، مبلغ التأمين الموضح بالعقد أو ناتج المعادلة وذلك في التأمين على الأشياء. أما في التأمين على الأشخاص فيحصل المستفيد على مبلغ التأمين الموضح بالعقد بالكامل.

١-٥-٤. المشاركة:

تنطبق هذه القاعدة في عقود التأمين على الأشياء دون الأشخاص، وتعني هذه القاعدة أنه في حالة وجود عدة وثائق تأمين على نفس الموضوع لدى مؤمنين متعددين فإن المستفيد يأخذ من كل مؤمن نسبة قيمة وثيقة تأمينه إلى قيمة مجموع الوثائق، كما أن كل مؤمن يحصل على نفس النسبة من القسط. أما في التأمين على الأشخاص فإن المستفيد يأخذ كافة مبالغ التأمين.

١-٥-٥. الحلول:

تعني هذه القاعدة أنه في حالة تسبب طرف ثالث في إلحاق الضرر بموضوع التأمين فإن المؤمن له يحصل على تعويض تتحدد قيمته بموجب المعادلة السابقة، ويحل المؤمن محل المؤمن له في مطالبة الطرف الثالث بالتعويض. وفي حال حصول المستفيد على التعويض المقرر من الطرف الثالث فإنه يسقط حق المستفيد في الحصول على تعويض من المؤمن فلا يحق له الجمع بين المبلغين وذلك في التأمين على الأشياء، أما في التأمين على الأشخاص فإنه يحق للمستفيد الجمع بين المبلغين، لما تقدم من أن الهدف من عقود التأمين على الأشياء هو إعادة المؤمن له إلى نفس الحالة الاقتصادية التي كان عليها قبل وقوع الخطر، أما الهدف من عقود التأمين على الأشخاص فهو الادخار وتكوين رؤوس الأموال.

٦-١. انتهاء عقد التأمين وإنهاؤه:

ينتهي عقد التأمين بانتهاء مدته لأنه من العقود الزمنية، إلا أن هناك أسباباً أخرى لإنهاء العقد قبل انتهاء مدته تتمثل فيما يلي:

١-٦-١. طلب الفسخ من قبل أحد طرفي العقد في أي وقت:

حيث يترتب على الفسخ انقضاء العقد ولكن دون أثر رجعي. فينقضي التزام المؤمن بالتعويض والتزام المؤمن له بدفع الأقساط من وقت الفسخ، ويجب على المؤمن أن يرد للمؤمن له ما تقاضاه مقدماً من أقساط عن مدة تكون تالية لوقت الفسخ إذ لا يتحمل المؤمن أية مسؤولية عن هذه المدة.

٢-٦-١. هلاك موضوع التأمين:

هلاكاً كلياً أو جزئياً مرة بعد أخرى بفعل الخطر المؤمن منه فيستحق المستفيد مبلغ التأمين، أو بفعل خطر آخر غير الموضح بالعقد فلا يستحق المستفيد مبلغ التأمين، ويحتفظ المؤمن بالأقساط المدفوعة قبل انتهاء العقد وتبرأ ذمة المؤمن له من الأقساط المتبقية.

٣-٦-١. إفلاس المؤمن أو تصفية أمواله قضائياً:

حيث ينتهي العقد من تاريخ إعلان الإفلاس أو التصفية، ويحتفظ المؤمن بالأقساط المدفوعة قبل انتهاء العقد وتبرأ ذمة المؤمن له من الأقساط المتبقية.

٤-٦-١. إفلاس المؤمن له أو تصفية أمواله قضائياً:

حيث ينتهي العقد من تاريخ إعلان الإفلاس أو التصفية، ويحتفظ المؤمن بالأقساط المدفوعة قبل انتهاء العقد وتبرأ ذمة المؤمن له من الأقساط المتبقية.

٥-٦-١. انتقال ملكية موضوع التأمين:

حيث ينتهي العقد من تاريخ انتقال الملكية بالنسبة للمالك الأول، مع انتقاله بنفس شروطه إلى المالك الثاني، وعند عدم رغبة المالك الثاني في ذلك يحتفظ المؤمن بالأقساط المدفوعة قبل انتهاء العقد وتبرأ ذمة المؤمن له من الأقساط المتبقية.

٦-٦-١. إخلال المؤمن له بالتزامه بدفع الأقساط:

فيحتفظ المؤمن بالأقساط المدفوعة قبل انتهاء العقد وتبرأ ذمة المؤمن له من الأقساط المتبقية.

٧-٦-١. الإخلال بمبدأ حسن النية:

فيحتفظ المؤمن بالأقساط المدفوعة قبل انتهاء العقد وتبرأ ذمة المؤمن له من الأقساط المتبقية.



القسم الثاني التأمين في الفكر الإسلامي المعاصر

١-٢. نظرية أو نظام التأمين:

عرف عدد من العلماء المعاصرين نظرية التأمين بتعريفات متعددة تتماثل في مضمونها وتختلف في صياغتها، ولعل من أشهرها:

- تعاون منظم تنظيمًا دقيقًا وثيقًا بين عدد كبير من الناس معرضين لخطر واحد حتى إذا تحقق الخطر بالنسبة إلى بعضهم تعاون الجميع في مواجهته بتضحية قليلة يبذلها كل منهم يتقون بها أضرارًا كبيرة تحقيق بمن نزل به الخطر منهم لولا هذا التعاون، فالتأمين إذن تعاون محمود، تعاون على البر والتقوى يبر به المتعاونون بعضهم بعضًا، ويتقون به جميعًا شر المخاطر التي تهددهم^(١).
- تعاون مجموعة من الأشخاص يسمون «هيئة المشتركين» يتعرضون لخطر أو أخطار معينة على سبيل التبرع، على تلافى الأخطار التي قد يتعرض لها أحدهم بتعويضه عن الضرر الناتج من وقوع هذه الأخطار وذلك بالتزام كل منهم بدفع مبلغ معين يسمى القسط أو الاشتراك تحدده وثيقة التأمين أو عقد الاشتراك، وتتولى شركات التأمين الإسلامية إدارة عمليات التأمين واستثمار أمواله نيابة عن المشتركين في مقابل حصة معلومة من عائد استثمار هذه

(١) حسان (١/٤١٨)، الزحيلي (٤).

- الأموال باعتبارها مضاربًا، أو مبلغًا معلومًا باعتبارها وكيلاً أو هما معاً^(١).
- نظام تعاقدى استحدثه رجال الأموال لتوزيع الضرر الناتج عن الأخطار التي تصيب الأموال بالتلف أو الضياع، أو تصيب الأجسام أو الأنفس بالنقص والأمراض، وذلك بحمله على أفراد عديدين يتحمل كل منهم قسطًا منه بطريق المساهمة في دفع التعويض عنه بعد تقديره بما يذهب بأثار ذلك الضرر أو يخفّضها، من مال يوضع على أكبر عدد ممكن نتيجة لتعاقد يقوم على تنظيمه ومباشرته والإشراف عليه هيئات لها الخبرة الفنية والدراية والتجربة القائمة على أسس وقواعد تجريبية^(٢).
 - قواعد قانونية موضوعية يقصد بها في التشريع فسح المجال للتعاون على تفتيت آثار المخاطر المختلفة وإزالتها عن عاتق المصاب، وذلك بطريق التعاقد بين جهتين: مؤمن يلتزم بتعويض المصاب عن الأضرار التي تلحقها به الحوادث المؤمن منها، ومستأمن يلتزم بقسط من المال يدفعه للجهة المؤمنة لقاء التزامها بالتعويض عليه إذا وقع الحادث الخطر الاحتمالي^(٣).
 - يفاد من التعريفات السابقة في مجموعها كما يرى أصحابها ما يلي:
 - نظرية أو نظام التأمين أمر يتفق مع مقاصد الشريعة العامة وتدعو إليه أدلتها الجزئية لأنه انضمام إلى اتفاق تعاوني نظم تنظيمًا دقيقًا بين عدد كبير من الناس وأن غاية هذا التعاون هي رفع الأخطار التي قد تنزل بأحد المتعاونين أو تخفيف ضررها، وأن وسيلة المتعاونين في ذلك هي بذل تضحية قليلة أو بذل ميسور من كل واحد منهم^(٤).

(١) حسان (٢/٢).

(٢) الزرقا (٢/٣٨٥).

(٣) الزرقا (١/٣٩٤).

(٤) حسان (١/٥١٧).

- قيام النظام على مبدأ التعاون الإسلامي الذي أساسه التبرع، وأن هذا التبرع يلزم بالقول على رأي الإمام مالك رحمه الله، ومن ثم يصبح العضو ملتزمًا بدفع القسط بمجرد توقيعه على عقد التأمين وإن كان أساس دفع القسط هو التبرع، وبخاصة وأن بقية أعضاء هيئة المشتركين وكذلك شركة التأمين الإسلامية يعتمدون على هذا التبرع، فيدخلون في عقود وتصرفات تحملهم التزامات^(١).
- محل التعاون هو تلافي الأخطار التي تحددها عقود التأمين والتي يتعرض لها المشترك، وذلك بتعويضه عن الأضرار الناتجة عن وقوع هذه الأخطار، وفقًا للأسس التي يحددها النظام الأساس لشركة التأمين وتنص عليها وثائقه^(٢).
- يتضمن التوقيع على وثيقة التأمين دخول حامل الوثيقة في هيئة المشتركين فيصبح عضوًا فيها، ويتضمن في نفس الوقت قبوله للتبرع من مجموع أموال التأمين أي الأقساط وعوائد استثمارها بما يكفي لدفع التعويضات عن الأضرار التي تصيب أحد المشتركين من جراء وقوع الأخطار المؤمن منها وفقًا لأحكام وثيقة التأمين والنظام الأساس للشركة، فهو لا يتبرع بالأقساط وعوائدها جملة، بل يتبرع منها بما يكفي لدفع التعويضات على النحو السابق^(٣).
- أموال التأمين مملوكة لهيئة المشتركين وليست لشركة التأمين، وهم يتبرعون من هذه الأموال بما يكفي لدفع التعويضات عن الأضرار التي تصيب أحدهم من جراء وقوع الخطر المؤمن منه^(٤).

(١)، (٢)، (٣) حسان (٣/٢).

(٤) حسان (٤/٢).

٢-٢. مشروعية نظام التأمين:

استدل عدد من العلماء المعاصرين على مشروعية نظام أو نظرية التأمين بالأدلة التالية:

- عموم قوله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(١).
- عن سلمة رضي الله عنه قال خفت أزواد القوم وأملقوا فأتوا النبي ﷺ في نحر إبلهم فأذن لهم فلقبهم عمر فأخبروه، فقال: ما بقاؤكم بعد إيلكم. فدخل على النبي ﷺ فقال: يا رسول الله ما بقاؤهم بعد إيلهم؟ فقال رسول الله ﷺ: «ناد في الناس فيأتون بفضل أزوادهم». فبسط لذلك نطع وجعلوه على النطع فقام رسول الله ﷺ فدعا وبرك عليه ثم دعاهم بأوعيتهم فاحتسب الناس حتى فرغوا ثم قال رسول الله ﷺ: «أشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله»^(٢).
- عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال، قال النبي ﷺ: «إن الأشعريين إذا أرملوا في الغزو أو قل طعام عيالهم بالمدينة جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد بالسوية فهم مني وأنا منهم»^(٣).
- مشروعية الشركة في الطعام أو النهدة أو المناهدة: النهدة بكسر النون وبفتحها إخراج القوم نفقاتهم على قدر عدد الرفقة يقال تناهدوا وناهد بعضهم بعضاً قاله الأزهري وقال الجوهري نحوه لكن قال على قدر نفقة صاحبه ونحوه لابن فارس وقال ابن سيده: النهدة العون وطرح نهده مع القوم أعانهم وخارجهم وذلك يكون في الطعام والشراب، وقيل فذكر قول الأزهري. وقال

(١) سورة المائدة، الآية: (٢).

(٢) أبو غدة، ص ٨.

(٣) البخاري، (٢٣٥٢)، ومسلم (١٧٢٩). (٤) البخاري، (٢٣٥٤).

عياض مثل قول الأزهري إلا أنه قيده بالسفر والخلط ولم يقيده بالعدد. وقال ابن التين قال جماعة: هو النفقة بالسوية في السفر وغيره والذي يظهر أن أصله في السفر وقد تتفق رفقة فيضعونه في الحضر كما سيأتي في آخر الباب من فعل الأشعريين وأنه لا يتقيد بالتسوية إلا في القسمة وأما في الأكل فلا تسوية لاختلاف حال الآكلين وأحاديث الباب تشهد لكل ذلك. وقال ابن الأثير: هو ما تخرجه الرفقة عند المناهدة إلى الغزو وهو أن يقتسموا نفقتهم بينهم بالسوية حتى لا يكون لأحدهم على الآخر فضل فزاده قيدًا آخر وهو سفر الغزو والمعروف أنه خلط الزاد في السفر مطلقًا حيث يأكل هذا بعضًا وهذا بعضًا. وقال القابسي: هو طعام الصلح بين القبائل وهذا غير معروف فإن ثبت فعله أصله. وذكر محمد بن عبد الملك التاريخي أن أول من أحدث النهد حضين بمهملة ثم معجمة مصغر الرقاشي قلت وهو بعيد لثبوته في زمن النبي ﷺ. وحضين لا صحبة له فإن ثبت احتملت أوليته فيه في زمن مخصوص أو في فئة مخصوصة. قوله والعروض بضم أوله جمع عرض بسكون الراء مقابل النقد، وأما بفتحها فجميع أصناف المال، وما عدا النقد يدخل فيه الطعام فهو من الخاص بعد العام ويدخل فيه الربويات ولكنه اغتفر في النهد لثبوت الدليل على جوازه. واختلف العلماء في صحة الشركة كما سيأتي قوله وكيف قسمة ما يكال ويوزن أي هل يجوز قسمته مجازفة أو لا بد من الكيل في المكيل والوزن في الموزون وأشار إلى ذلك بقوله مجازفة أو قبضة قبضة أي متساوية. قوله لما لم ير المسلمون بالنهد بأسًا هو بكسر اللام وتخفيف الميم وكأنه أشار إلى أحاديث الباب وقد ورد الترغيب في ذلك وروى أبو عبيد في الغريب عن الحسن قال: «أخرجوا نهدكم فإنه أعظم للبركة وأحسن لأخلاقكم»^(١).

(١) البخاري (١٢٩/٥).

وفي كشف القناع^(١): ولا بأس بالنهدة بكسر النون وهو المناهدة في السفر فعلة الصالحون. كان الحسن إذا سافر ألقى معهم ويزيد أيضًا بعد ما يلقي. وفيه أيضًا رفق. ومعناه أي النهدة أن يخرج كل واحد من الرفقة شيئًا من النفقة يدفعونه إلى رجل منهم ينفق عليهم ويأكلون منه جميعًا ولو أكل بعضهم أكثر من بعض لجريان العادة بالمسامحة في مثل ذلك.

ولا بأس بالنهدة بكسر النون، ويقال المناهدة بأن يخرج كل من رفقته شيئًا من النفقة ويدفعونه إلى من ينفق عليهم منه ويأكلون جميعًا وإن تصدق منه بعضهم. قال أحمد: أرجو ألا يكون به بأس ما لم يزل الناس يفعلون ذلك. قال في المنتهى: فلو أكل بعضهم أكثر أو تصدق فلا بأس قاله في الآداب، وعلى هذا يتوجه صدقة أحد الشريكين بما يسامح به عادة وعرفاً، وكذا المضارب والضيف ونحو ذلك لأنه مأذون فيه عرفاً. قال في موضع آخر: لكن الأدب والأولى الكف عن ذلك لما فيه من إساءة الأدب على صاحبه والإقدام على طعامه ببعض التصرف من غير إذن صريح.

وفي روضة الطالبين^(٢): وأما مسألة المناهدة وهي: خلط المسافرين نفقتهم واشترآكهم في الأكل من المختلط ففيها نظر لأنها في معنى المعاوضة وإلا فيخرج على مسألة الضيف والله أعلم.

٢-٣. مفهوم عقد التأمين التكافلي:

عقد التأمين هو الوسيلة العملية لتنفيذ نظرية أو نظام التأمين وتحقيق أغراضه، وقد عرفه عدد من العلماء المعاصرين بعدة تعريفات منها:

(١) ٧٣/٣.

(٢) ٢١٠/٨.

- عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر الموضح بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن^(١).
- اتفاق بين شركة التأمين الإسلامية باعتبارها ممثلة لجماعة المشتركين وبين شخص طبيعي أو قانوني على قبوله عضواً في هيئة المشتركين، والتزامه بدفع مبلغ معلوم يسمى القسط على سبيل التبرع منه ومن عوائد استثماره لأعضاء هذه الهيئة، على أن تدفع له الشركة نيابة عن هذه الهيئة من أموال التأمين التي تجمع منه ومن غيره من المشتركين التعويض عن الضرر الفعلي الذي أصابه من جراء وقوع خطر معين، وذلك في التأمين على الأشياء والتأمين من المسؤولية المدنية، أو مبلغ التأمين في التأمين على الأشخاص على النحو الذي تحدده وثيقة التأمين ويبين أسسه نظام التأمين للشركة^(٢).
- انضمام إلى اتفاق تعاوني منظم تنظيمًا دقيقاً بين عدد كبير من الناس معرضين جميعاً للخطر حتى إذا حاق الخطر ببعضهم تعاون الجميع على رفعه، أو تخفيف ضرره ببذل ميسور من كل منهم يتلافون به ضرراً عظيماً نزل ببعضهم، ولذا لزم لصحة هذا العقد وسلامته أن يكون المؤمن شركة مساهمة أو جمعية تعاونية أو هيئة حكومية لها رأس مال كفيلاً لتحقيق هذا الأمر، ودفع الضرر أو تخفيفه عند نزوله، وأن يتولى طرف العقد من يمثلها، وعندئذ لا تكون الهيئة التي تقوم بالتأمين وتتعاقد عليه إلا الوسيط الذي ينظم هذا

(١) حسان (١/٤٢١)، الزحيلي (٤)، القره داغي (٥).

(٢) حسان (٤/٢).

التعاون بين المستأمنين على أسس فنية سليمة^(١).

- تلك العقود الفعلية التي تعقد بين المستأمنين والجهات المؤمنة لهم تطبيقاً لنظام التأمين واستفادة منه^(٢).

٢-٣-١. مقومات نموذج التأمين في الفكر الإسلامي:

يقوم نموذج التأمين التعاوني أو التكافلي في الفكر الإسلامي الحديث على الأسس التالية:

- طرفا العقد هما:
 - أ. المشترك ويسمى المؤمن له.
 - ب. شركة التأمين باعتبارها ممثلة لجماعة المشتركين والذين هم المؤمنون الحقيقيون.
- قيام العقد على التبرع المتبادل الملزم بين حملة الوثائق أي هبة الثواب أو الهبة المشروطة بعوض، واندماج صفتي المؤمن والمستأمن^(٣). وقد أقامت هيئات التأمين الإسلامية عقودها على هذا المبدأ.
- التزام كل عضو ينضم إلى ذلك الاتفاق بدفع مبلغ معين وثابت من المال يدفع من كل منهم مسبقاً، يتبرع منه لمن يلحقه ضرر من أعضاء ذلك الاتفاق.
- تتكون شركات التأمين الإسلامية من فئتين هما:
 - أ. جماعة المشتركين باعتبارهم متبرعين من أموال التأمين المملوكة لهذه الهيئة.

(١) الخفيف (٣).

(٢) الزرقا (١/٣٩٥).

(٣) أبو غدة (١٥)، القره داغي (٤٠)، الزحيلي (٢٩).

- ب. جماعة المديرين وهم مساهمو شركة التأمين (المؤسسون).
- حق العضو لدى الشركة والممثل في حصوله على مبلغ التأمين المتبرع به نتيجة تحقق الأخطار المؤمن منها هو شرط في تبرعه والشروط في التبرعات جائزة، فقد أوقف عثمان بن عفان رضي الله عنه بئراً وشرط أن يشرب هو منه ويسقي دوابه وأقره ﷺ على ذلك، وقد اتفق الفقهاء على أن من تبرع بمال لقوم موصوفين بصفة معينة كالفقر أو المرض فإنه يستحق في هذا التبرع إذا وجدت فيه الصفة بأن صار فقيراً أو مريضاً. والمشترك الذي يوقع عقداً مع شركة التأمين ويقبل نظامها الأساس يلتزم بالتبرع من القسط ومن عوائد استثماره بما يكفي لدفع مبالغ التأمين المطلوبة لمن يصيبه ضرر من المشتركين بشرط أنه إذا وقع عليه ضرر نتيجة وقوع خطر من الأخطار المؤمن منها فإنه يستحق التعويض بحكم عضويته في جماعة المشتركين فهو إذن يتبرع لنفسه ضمناً ولغيره بالصفة أي أنه قد يسترد جزءاً مما دفعه إذا وقع الخطر^(١).
 - المقصد الأساس من العقد هو التأمين، أما استثمار الأقساط المحصلة فهو مقصد تابع يمكن من تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله الهيئة.
 - تدير شركات التأمين الإسلامية عمليات وأموال التأمين نيابة عن هيئة المشتركين، ويمكن لهذه الشركات أن تأخذ عوضاً من المشتركين مقابل إدارة عمليات التأمين واستثمار الأموال يتمثل في شكل مبلغ محدد مقطوع أو نسبة من الأقساط التي تجمعها أو التعويضات التي تدفعها باعتبارها وكيلاً، وفي نسبة معلومة من عائد استثمار أموال التأمين باعتبارها مضارباً إذا قامت باستثمار الأموال، ولا مانع شرعاً من تبرع الشركة بعملها وعدم الحصول على

(١) حسان (٢/٨).

مقابل أعمال الوكالة أو حصة المضاربة^(١).

٤-٢. صفات عقد التأمين الإسلامي:

ينشئ عقد التأمين الإسلامي علاقتين هما علاقة حملة الوثائق بهيئة التأمين فيما يتعلق بإدارة وتنظيم عمليات التأمين من جمع الاشتراكات ودفع التعويضات واستثمار الاشتراكات، وعلاقة كل حامل وثيقة بباقي حملة الوثائق. وقد سبق الحديث عن تكييف العلاقة الأولى، ويتم الآن الحديث عن صفات العلاقة الثانية والمتمثلة فيما يلي:

١-٤-٢. عقد تبرع:

اختلف العلماء المعاصرون في دخول عقد التأمين التعاوني أو التكافلي في باب التبرعات على النحو التالي:

الرأي الأول: عقد التأمين التعاوني أو التكافلي من عقود التبرعات بشرط النص صراحة في العقد على أن القسط المدفوع من العضو يدفع على سبيل التبرع ليعان منه من يستحق العون من أعضاء الهيئة التأمينية، فإن لم يوجد هذا النص كان العقد معاوضة. وهو رأي كل من هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الإسلامي السوداني (استفسار ٣) حيث تقول: (التأمين التعاوني جائز شرعاً لأنه من قبيل التعاون على البر، على أن يكون المعنى التعاوني ظاهراً فيه ظهوراً واضحاً وذلك بالنص صراحة في عقد التأمين على أن المبلغ الذي يدفعه المشتركون يكون تبرعاً منه للشركة، ليعان منه من يحتاج إلى المعونة من المشتركين حسب النظام

(١) حسان (٤/٢).

المتفق عليه، بشرط ألا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية). ورأي د. حسين حامد حسان^(١) الذي يقول في ذلك: «وإذا قيل بأن نظام الجمعيات قد لا يتضمن النص على أن ما يدفع من أقساط إنما يدفع بطريق التبرع وبالتالي فإن نية التبرع لا تكون قائمة في مثل هذه الجمعيات قلنا إننا لا نحكم بجواز هذا النوع من التأمين إلا إذا كان قصد التبرع واضحاً في النظام وإلا قلنا بعدم الجواز». وقد أخذ بعض هيئات التأمين الإسلامية المعاصرة بهذا الرأي فتضمنت وثائقها هذا النص.

الرأي الثاني: عقد التأمين التعاوني أو التبادلي من عقود التبرعات سواء وجد نص في العقد على أن القسط المدفوع من العضو يدفع على سبيل التبرع ليعان منه من يستحق العون من أعضاء الهيئة التأمينية، أم لم يوجد هذا النص، وهو رأي هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية (فتوى ٥١، في ٤/٤/١٣٩٧هـ) والتي تنص على أن: (التأمين التعاوني من عقود التبرع التي يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، وذلك عن طريق إسهام أشخاص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر، فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً من أموال غيرهم، وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر). وقد أخذ بعض هيئات التأمين الإسلامية المعاصرة بهذا الرأي فلم تنص وثائقها على أن القسط مدفوع على سبيل التبرع.

الرأي الثالث: عقد التأمين التعاوني عقد معاوضة مالية سواء وجد نص في العقد على أن القسط مدفوع على سبيل التبرع أم لم يوجد، ويمثل هذا الاتجاه

(١) ٥١٦/١.

د. أحمد الحجري الكردي (١٢، ١٤) الذي يرى أن التأمين التعاوني من عقود المعاوضات ذلك أن المؤمن له يدفع الأقساط بشرط أن يعرض عن الضرر الذي قد يتعرض له بعد ذلك وهو مضمون المعاوضة وينافي التبرع، فإن قيل إنه تبرع بشرط العوض وهو من هبة الثواب فيقال: هبة الثواب عند عامة الفقهاء من المعاوضات ولها أحكامها.

وكذا الشيخ محمد المختار السلامي (١٤) الذي يقول: «إنه بما قدمناه يتبين أن تخريج عقد التأمين على أساس التبرع وما تبع ذلك لا يصح ولا يحل الإشكال المعترض به وهو الغرر إذ الغرر باق في عقد هو هبة لفظاً بيع حقيقة، وهو بذلك من عقود المعاوضات لا من عقود التبرعات».

والشيخ مصطفى الزرقا أيضاً^(١) حيث يقول: «عنصر المعاوضة موجود قطعاً في التأمين التبادلي وإن لم يكن ظاهراً فيه ظهوره في التأمين التجاري فالمساهم في صندوق التأمين التبادلي يقدم مبلغ مساهمته في الصندوق لترميم أي ضرر يلحق أحد المساهمين وهو منهم إنما يقدمه على أساس أن يعرض الصندوق ضرره هو أيضاً، ولولا أنه مشمول بهذا التعويض لما ساهم أصلاً، كما أنه إنما يساهم في الصندوق على أساس أنه لا يعرض منه أي متضرر من غير المساهمين فيه».

والشيخ عبد الله المنيع الذي يقول: «القول بأن القسط في التأمين التعاوني تم تقديمه من قبل المؤمن له على سبيل التبرع قول غير صحيح، فمن خصائص التبرع أن المتبرع له حق العدول عن التبرع بكامل ما يتبرع به

(١) ٤٠٣/٢.

أو بجزئه فما على المحسنين من سبيل، كما أن له حق الامتناع عن الاستمرار بما وعد به من تبرع بالأقساط أو المشاركة في سد عجز الصندوق، فهل يقبل من المشترك في التأمين التعاوني هذا الحكم على اعتبار أن مشاركته كانت على سبيل التبرع أم أن امتناعه عن الاستمرار في دفع الأقساط أو الامتناع عن المشاركة في تغطية عجز الصندوق يسقط حقه في التعويض وفي المطالبة بما مضى منه دفعه، ويعطي القائمين على إدارة التأمين التعاوني فسخ العقد معه. إن الإجابة على هذا السؤال يبطل القول بدعوى التبرع ويلزم بالقول بأن التعاقد بين المؤمن والمؤمن له تعاقد معاوضة توجب الإلزام والالتزام كالحال بالنسبة للتأمين التجاري، وإن القول بالتبرع دون أن تثبت له أحكامه ضرب من الوهم والخيال.

ثم إن كل مشترك في شركة التأمين التعاوني يحمل صفتين:

صفة المؤمن باعتباره باشتراكه فيها عضوًا له حق في الفاض بقدر نسبة اشتراكه وعليه الالتزام بالمشاركة في سداد عجز صندوق الشركة عن الالتزام بالتعويضات بنسبة مشاركته. وله صفة المؤمن له باعتباره باشتراكه أحد عملاء الشركة ملتزمًا بدفع القسط التأميني وتلتزم الشركة بتعويضه عما يلحقه من ضرر مغطى بموجب تعاقدته مع الشركة.

وبهذا ينتفي وجه التفريق بين التأمين التجاري والتأمين التعاوني فكلاهما شركة تأمين تتفق إحدهما مع الأخرى في جميع خصائص التأمين من حيث عناصره ومن حيث الإلزام والالتزام والصفة القانونية لكلا القسمين. فشركة التأمين التجارية قائمة على الإلزام والالتزام والحقوق والواجبات وكذلك الأمر بالنسبة لشركة التأمين التعاونية فهي شركة قائمة على الإلزام والالتزام والحقوق والواجبات، فكما أن شركة

التأمين التجاري ملزمة بدفع التعويضات المستحقة عليها للمشاركين عند الاقتضاء والوجوب سواء أكانت الشركة رابحة أم خاسرة، فكذلك الأمر بالنسبة لشركات التأمين التعاوني فهي ملزمة كذلك بدفع التعويضات المستحقة عليها للمشاركين عند الاقتضاء والوجوب سواء أكانت الشركة رابحة أم خاسرة، وقد صدرت قرارات المجالس والمجامع الفقهية والندوات العلمية بإلزام المشاركين في شركات التأمين التعاوني بسد عجز صناديقها وهذا مما تزول به الحواجز بين شركات التأمين التجاري وشركات التأمين التعاوني».

الترجيح:

يرى الباحث رجحان القول بأن التأمين التعاوني هو عقد معاوضة مالية سواء وجد نص على أن القسط مدفوع على سبيل التبرع أم لم يوجد، وذلك للأدلة التالية:

- عقد التأمين التعاوني أو التكافلي الذي صرح القائلون بدخوله في باب التبرعات هو كما صرحوا من قبيل هبة الثواب أو الهبة المشروطة بعوض، وهبة الثواب أو الهبة المشروطة بالحصول على عوض هي كما صرح الفقهاء تدخل في باب المعاوضات. فقد نص بعضهم على أنه (لو وهب بشرط ثواب معلوم عليه كوهبتك هذا على أن تثيبي كذا فقبل فالأظهر صحة العقد نظرًا للمعنى إذ هو معاوضة بمال معلوم فصح كما لو قال: بعتك، والثاني بطلانه نظرًا إلى اللفظ لتناقضه فإن لفظ الهبة يقتضي التبرع ومن ثم يكون بيعًا على الصحيح^(١)). وفي عبارة لبعضهم: (وأما القسم الثالث - أي من أقسام الهبة - فالمقيدة بالثواب وهو إما معلوم وإما مجهول فالحالة الأولى المعلوم فيصح العقد على الأظهر ويظل على قول فإن صححنا فهو بيع على الصحيح، وقيل

(١) الرمي (٧/٤٢٣، ٤٢٤). الشريبي (٢/٤٠٤، ٤٠٥).

هبة^(١). وذكر صاحب منتهى الإرادات أن (الهبة تمليك جائز التصرف مالا معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه موجوداً مقدوراً على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض بما يعد هبة عرفاً، وإن شرط فيها عوض معلوم صارت بيعاً، وإن شرط ثواب مجهول لم يصح. ٢/ ٢٢). وفي عبارة البهوتي: (وإن شرط الواهب فيها أي الهبة عوضاً معلوماً صارت الهبة بيعاً لأنه تمليك بعوض معلوم)^(٢). وفي تكملة حاشية ابن عابدين أن (الهبة بشرط العوض هي هبة ابتداء بيع انتهاء)^(٣). وذكر الكاساني أن (الهبة بشرط العوض تقع تبرعاً ابتداء ثم تصير بيعاً في الانتهاء. ٦/ ١١٩). وقال في موضع آخر: (وأما العوض المشروط في العقد فإن قال: وهبتك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد قال أصحابنا الثلاثة: إن عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع وربما عبروا أنه هبة ابتداء بيع انتهاء)^(٤).

- التأمين التعاوني الذي تبناه عدد من العلماء المعاصرين وأعطوه صفة المشروعية مصدره وأساسه الفكر الغربي. فهو التأمين الذي يطبق عن طريق الجمعيات التعاونية والذي ينسب إلى ما يسمى مبادئ التعاون ويقوم عليها وقد سبق ذكرها، ولم يجد الباحث رأياً لأحد القانونيين يقول بدخول التأمين التعاوني في باب التبرعات، أو أن التعاون الذي يقوم عليه هذا النوع من التأمين يرادف التبرع.
- ينطلق عدد من العلماء المعاصرين (حسان، الخفيف، الزرقا، الزحيلي،

(١) روضة الطالبين (٥/ ٣٨٧).

(٢) كشف القناع (٤/ ٣٠٠).

(٣) ٥٠٦، ٤٢٠/ ٨.

(٤) ١٣٢/ ٦.

القره داغي) في حديثهم عن التأمين الإسلامي مما هو واقع فعلاً في الفكر الغربي. وهم يتحدثون كما يقولون عما هو كائن فعلاً، ومن ثم يوافق نظام التأمين في الفكر الإسلامي من وجهة نظرهم نظام أو نظرية التأمين في الفكر الغربي من حيث قيامه على مبدأ التعاون الذي يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه مرادف للتبرع ومن ثم يوافق في جوازه شرعاً. وقد تبين في الفكر الوضعي أن التعاون غير مرادف للتبرع وأن له مفهوماً خاصاً، وعلى الإلزام والالتزام المتبادل بين الأفراد، كما أفاد موافقتهم له في تعريف عقد التأمين.

• يتماثل التعريف الذي أورده (حسان، الزحيلي، القره داغي) لعقد التأمين الإسلامي مع تعريف عقد التأمين في القانون المدني من جانب العلاقة ما بين مؤمن له بالذات والمؤمن وهو نص صريح في قيام عقد التأمين إسلامياً من هذا الجانب على المعاوضة.

• يرى شراح القانون أن التعريف الذي يجمع بين الجانبين معاً يبرز مقومات التأمين في وضوح هو تعريف لأحد القانونيين الفرنسيين والذي يعرف التأمين بأنه «عقد بموجبه يحصل أحد المتعاقدين وهو المؤمن له في نظير مقابل يدفعه على تعهد بمبلغ يدفعه له أو للغير إذا تحقق خطر معين، المتعاقد الآخر وهو المؤمن الذي يدخل في عهده مجموعة من هذه الأخطار يجري مقاصة فيما بينها طبقاً لقوانين الإحصاء»^(١). وهذا التعريف كما يقول شراح القانون هو أفضل تعريف للتأمين وينطبق على جميع عقود التأمين سواء كانت تجارية أم تبادلية، وهو يجعل التأمين عقدًا كما أنه نص صريح في قيام التأمين على المعاوضة، من جانب طرفيه، بما ينفي أن يكون التزام أحد طرفيه معاوضة والتزام الطرف الثاني تبرعاً، حيث إن التزام كلا الجانبين قائم على أساس المعاوضة.

(١) السنهاوري (٧/٢/١٣٨٤).

- لم يذكر شراح القانون الذين هم مصدر تلك التعريفات التي ساقها علماء الشريعة المحدثون لما أسموه نظرية وعقد التأمين أن هذا التعريف أو ذاك خاص بالنظرية وأن الآخر خاص بالعقد، ولم يذكروا قيام التأمين نظرية أو نظاماً على التبرع بل ذكروا أن التأمين يقوم على مبدأ «استبدال خسارة كبيرة احتمالية بخسارة بسيطة مؤكدة»، كما لم يذكروا أن لفظ التعاون الوارد ذكره في التعريف الأول يرادف التبرع، ولم يرد في تعريف العقد الذي هو الترجمة العملية للنظام أو النظرية ما يفيد ذلك، بل ورد فيه ما يفيد قيام العقد على المعاوضة.
- لم يذكر القانونيون الذين تبعمهم علماء الشريعة المحدثون في تأصيلهم لعقد التأمين عند حديثهم عن صفات عقد التأمين أنه من عقود التبرعات، أو أن بعض عقود التأمين يدخل تحت باب التبرعات في حين يدخل الآخر تحت باب المعاوضات، بل ذكروا أن عقود التأمين جميعاً هي من عقود المعاوضات المالية الملزمة للجانبين، فكيف يقوم المبدأ أو النظرية على مبدأ ويقوم التطبيق لهذا المبدأ أو النظرية على مبدأ آخر، أو كيف يقوم تطبيق معين للنظرية على مبدأ موافق لما قامت عليه ويقوم تطبيق آخر على مبدأ آخر على النقيض منه تماماً، وهنا قد يقال إن بعض هذه التطبيقات وهو التأمين التجاري تطبيق خطأً للنظرية وإن التأمين التبادلي هو تطبيق صحيح للنظرية، وهذا قد يصدق لو لم يجعل شراح القانون صفة المعاوضة تنطبق على عقود التأمين بعامّة.
- وجود عبارات للقائلين بدخول التأمين التعاوني أو التكافلي تحت باب التبرعات تنقض ذلك وتفيد دخول التأمين التعاوني الذي تبناه صراحة في باب المعاوضات والتي منها:

- تعريف عقد التأمين الذي ذكره علي القره داغي (ص ٥) تحت عنوان «التعريف بالتأمين بأنواعه الثلاثة» ويريد بها التأمين التجاري والتأمين التعاوني والتأمين الإسلامي كما ذكر في (ص ٤) وذكر أنه سيبدأ الحديث بالتعريف بها وهو تعريف المادة ٧٤٧ من القانون المدني المصري، والذي لم يذكر فضيلته أنه تعريف ينطبق على نوع من التأمين دون آخر فأفاد ذلك العموم. ثم ذكر: «أن التعريف يبرز عناصر التأمين وأركانه ويوضح العلاقة بين المؤمن والمؤمن له وأنها علاقة معاوضة، وأن مبالغ التأمين في مقابل أقساط التأمين».
- ما ذكره علي القره داغي في نفس البحث تحت عنوان «مبادئ التأمين الإسلامي وعناصره الأساسية» تحت بند سابقاً (ص ١٩) أن من خصائص التأمين التعاوني «وجود تبادل في المنافع والتضحيات فيما بين أعضاء هيئة التأمين»، وهذا يعني المعاوضة.
- ما ذكره علي القره داغي أيضاً (ص ٤٠) من «أن عقد الهبة بثواب يصلح لأن يكون أساساً جيداً لعملية تنظيم عقود التأمين بصورة عامة». وأعاد (ص ٤٣) ذكر «أن الهبة بثواب تصلح أصلاً لقضية التأمين على الحياة». وهبة الثواب هي من عقود المعاوضات كما نصت عليه عبارات الفقهاء التي أوردها الباحث.
- ما ذكره عبد الستار أبو غدة (ص ١٥) تحت بند (أ) من «أن التأمين الإسلامي يقوم على التبرع المتبادل بين حملة الوثائق». أي أنه هبة بعوض وهي معاوضة.
- ما ذكره محمد الزحيلي عند حديثه عن التزامات المؤمن أو الشركة في

التأمين التعاوني (ص ١٣) من «أن التعويض أو مبلغ التأمين هو أهم التزام يقع على المؤمن أو شركة التأمين وأنه الحق الأساس الذي يستحقه المستأمن ويطمع في الحصول عليه ويهدف إلى تحصيله تعويضاً له عن الضرر الذي لحقه». ثم يقول (ص ١٤): «وتتعهد شركة التأمين التعاوني بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الضرر في مقابل الأقساط التي تبرع بها المستأمن سابقاً». أي أنه هبة في مقابل العوض وهي معاوضة.

• ما ذكره الزحيلي (ص ٢٩) تحت عنوان التزامات المستأمن من «أن القسط هو العوض المالي الذي يبذله المستأمن لشركة التأمين بمقتضى عقد التأمين أو هو المبلغ الذي يتبرع به المشترك لشركة التأمين في مقابل تعهدها بدفع مبلغ التأمين». وهذا نص صريح في قيام العقد على المعاوضة.

وأما ما ذكره في الصفحة التالية من أن القسط الذي يعرفه المستأمن في التأمين التعاوني هو قسط تبرعي لا يحق له استرجاعه ويذهب لدفع قيمة التعويضات لغيره من المستأمنين يعارضه ما استقر عليه عرف شركات التأمين الإسلامية القائمة من جواز العقد وأحقية المستأمن في استرجاع جزء من القسط يتناسب مع المدة المتبقية من العقد.

• ما ذكره الزحيلي أيضاً (ص ٣٦) في النتائج (نتيجة ٤) أن من خصائص عقد التأمين أنه عقد غرر وفيه التزامات متقابلة ولم يخصه بعقد دون آخر فأفاد العموم. وعقد الغرر في القانون المدني والفقهاء الإسلامي عقد معاوضة يؤيده قوله فيه التزامات متقابلة.

- تعريف حسين حامد لعقد التأمين الإسلامي بأنه (اتفاق بين شركة التأمين الإسلامية باعتبارها ممثلة لجماعة المشتركين وبين شخص طبيعي أو قانوني على قبوله عضوًا في هيئة المشتركين، والتزامه بدفع مبلغ معلوم يسمى القسط على سبيل التبرع منه ومن عوائد استثماره لأعضاء هذه الهيئة، على أن تدفع له الشركة نيابة عن هذه الهيئة من أموال التأمين التي تجمع منه ومن غيره من المشتركين التعويض عن الضرر الفعلي الذي أصابه من جراء وقوع خطر معين) هو نص صريح في المعاوضة لأن الالتزام بالتبرع بالقسط هو مشروط بالحصول على مقابل أي أنه من باب هبة الثواب وهي نوع من المعاوضات.
- ما ذكره حسين حامد بقوله: «من يتبرع لجماعة موصوفين بصفة معينة ولأغراض معينة فإذا وجدت فيه هذه الصفة فإنه يستحق التعويض بصفته عضوًا في جماعة كان التبرع لها وفقًا لنظام التأمين ووجدت فيه شروط الاستحقاق كما توجد في غيره، فهو إذن يتبرع لنفسه ضمناً ولغيره بالصفة أي أنه قد يسترد جزءاً مما دفعه إذا وقع الخطر». فشروط الاستحقاق هي العضوية ولحوق الضرر بالعضو. ولا شك أن العضوية تعني دفع الاشتراك بالصفة المقررة في النظام، أي هبة أو تبرع بعوض.
- أما طرفا المعاوضة فهم أي حامل وثيقة من جهة وباقي حملة الوثائق ممثلين بهيئة التأمين من جهة أخرى.

مناقشة أدلة القائلين بدخول التأمين التعاوني في باب التبرعات:

- استدلل البعض^(١) بأن الشروط في التبرعات جائزة، فقد أوقف عثمان بن عفان

(١) حسان (٢/٥).

رضي الله عنه بئراً و شرط أن يشرب هو منه ويسقي دوابه وأقره ﷺ على ذلك، واستدل باتفاق الفقهاء على أن من تبرع بمال لقوم موصوفين بصفة معينة كالفقر أو المرض فإنه يستحق في هذا التبرع إذا وجدت فيه الصفة بأن صار فقيراً أو مريضاً.

ويجاب عن ذلك: بأن تبرع عثمان رضي الله عنه لم يكن مشروطاً بحصوله على عوض في المقابل بل كان تبرعاً محضاً فيكون في غير محل الاستدلال، كما أن الدليل الثاني الذي ذكره إنما يبرر استحقاق المتبرع لتبرعات الآخرين الاحتمالية إذا صار أهلاً للاستحقاق، ثم إن هذا الدليل ربما يصح في الوقف الذي ينتفع بريعه مع بقاء أصله، أما في التبرعات التي يمكن أن تفتى بكثرة مبالغ التعويض المدفوعة قبل أن يصير المتبرع مستحقاً إنه لا يمكن تصوره إلا إذا كان العقد معاوضة والتزمت الشركة بتدبير التعويض له. وعلى هذا فليس فيه استدلال على دخول هبة الثواب في باب التبرعات وصحة ذلك لأن المتبرع هنا لم يشترط على الآخرين التبرع في المقابل، كما أن المريض لا يلزمه دفع عوض ليصبح مريضاً وكذلك الفقير، أما عضو الهيئة التعاونية فاشترائه شرط أساس في العضوية ومن ثم الاستحقاق للتعويض، فيكون القياس مع الفارق وفي غير محل الاستدلال.

- نقل علي القره داغي^(١) عبارات عن فقهاء المذاهب الأربعة على جواز هبة الثواب أو هبة العوض. ونحن هنا نعترض على ما أورده من وجهين:
أولهما: أنه رخص لنفسه التصرف في النقل فاقتطف من كل مذهب بعامة ومن مذهب الشافعية بخاصة ما يخدم غرضه بحيث إذا ركبنا ما نقله بعضه على بعض لتتج لدينا قول جديد لم يقل به أحد من فقهاء هذا المذهب.

(١) ص ٤٠-٤٥.

الثاني: أن ما انتهى إليه من جواز هبة الثواب لا يصلح أن يكون أصلاً يقاس عليه التأمين التعاوني أو التكافلي للفوارق الواضحة بينهما في الأصل والعلة.

• عموم قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾^(١) لا يفيد جواز التأمين التعاوني حيث إن المراد بالتعاون في التأمين ليس التبرع، كما ثبت أيضاً قيام التأمين التعاوني على مبدأ هبة الثواب وهي معاوضة محضة فتكون الآية في غير محل الاستدلال.

• الاستدلال بالمناهدة وبحديث الأشعريين في غير محل الاستدلال أيضاً لعدم وجود التزامات متقابلة ومتبادلة كما هو حاصل في التأمين التعاوني. وانظر لمزيد من الرد^(٢). ولعل مما يرجح دخول التأمين التعاوني في باب المعاوضات ويبعده عن عقود التبرعات كونه من العقود الملزمة للجانبين التي يكون فيها التزام كل طرف عوضاً أو في مقابل التزام الطرف الثاني، حيث نص عدد من علماء الشريعة المعاصرين^(٣) على أن عقد التأمين التعاوني أو التكافلي من العقود الملزمة للجانبين وهي من عقود المعاوضات.

٢-٤-٢. عقد ملزم للجانبين:

٢-٤-٣. عقد زمني^(٤).

٢-٥. المبادئ القانونية لعقد التأمين التعاوني.

تلتزم شركات التأمين الإسلامية في بنود وشروط وثائق التأمين الصادرة عنها

(١) سورة المائدة، الآية: (٢).

(٢) السلامي (١٤، ١٥).

(٣) حسان (٤، ٣٦)، الزحيلي (٨، ١٣، ٢٩).

(٤) الزحيلي، ص ١٠.

بنفس القواعد القانونية المنظمة لأحكام التأمين التجاري والواردة بالقانون المدني فضلاً عن أنها تتبع نفس أسلوب المحاسبة عند فسخ العقد بسبب عدم الالتزام بتلك القواعد أي حسب التعريف التي تضعها الشركة أو ما يسمى تعرفه المدد القصيرة وذلك استناداً إلى فتوى هيئة الرقابة الشرعية بشركة التأمين الإسلامية الأردنية.

ويرى الباحث أن هذا يتناسب مع عقود المعاوضات ولا يتناسب مع عقود التبرعات التي يدخل عقد التأمين التعاوني فيها، فالأولى في هذه الحالة هو أن تتم المحاسبة أو الإرجاع من عدمه وكذلك قيمة الجزء المعاد حسب النتائج الفعلية إن أمكن ذلك أو حسب النتائج الأولية للهيئة في تاريخ الفسخ، حيث إن القسط يتبرع منه بقدر الحاجة وهذا يعني إمكان استغراق كامل القسط، فإذا ثبت مثلاً في تاريخ الفسخ أن التعويضات المدفوعة والمستحقة قد استغرقت كامل الأقساط المدفوعة فإنه لا يحق للمؤمن له استرداد شيء من القسط بسبب استغراقه كله لأنه في هذه الحالة يكون متبرعاً بكامل القسط، ثم من أين تأتي له الشركة بذلك الجزء المسترد.

٢-٦. الفائض التأميني:

الفائض التأميني هو: مجموع الاشتراكات أو التبرعات المحصلة من الأعضاء والمستحقة عليهم مطروح منها التبرعات المدفوعة من الهيئة للأعضاء المتضررين والمستحقة عليها والمصروفات الإدارية المختلفة. وهو من حق الأعضاء وحدهم دون الهيئة حيث جاء ذلك في فتوى هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الإسلامي السوداني، ويرر ذلك بما يلي كما يرى الباحث:

- الفائض مال متبق من اشتراك متبرع بجزء منه فكان من حق العضو استرداد ذلك الجزء المتبقي حيث إنه مالك للأصل، وذلك إذا قلنا: إن الاشتراك

مدفوع على سبيل التبرع ليعان منه من يحتاج إلى العون من أعضاء الهيئة التأمينية، أما إذا قلنا: إن القسط أو الاشتراك مدفوع كله على سبيل التبرع فيرى الباحث أن العضو لا يستحق شيئاً من الفائض؛ لأن أصل المال الذي تولد عنه الفائض ليس مملوكاً للعضو، وفي المقابل فإن العضو لا يتحمل شيئاً من الخسارة في حال وجودها وذلك في الحالتين أي في حالة التبرع الجزئي وفي حالة التبرع الكامل.

- عضو الهيئة أو المشترك مؤمن ومؤمن له في وقت واحد، وحيث إن المؤمن يملك القسط بمجرد توقيع العقد في مقابل تعهده بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر، فإنه يتحمل مخاطر العملية التأمينية التي من مقتضاها أن يملك ما يتولد عنها من ربح يتمثل في الفرق بين الأقساط والتعويضات، ويتحمل الخسارة بسبب زيادة المدفوعات عن الأقساط المحصلة، وبالتالي فإن الفائض يكون من حق الأعضاء مقابل تحملهم للخسارة في حال وجودها، أي أنهم يتحملون مخاطر العملية التأمينية وهذا ما نصت عليه فتوى هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الإسلامي السوداني، وهم في هذا مثلهم مثل المؤمن في التأمين التجاري الذي يملك الربح في حال وجوده ويتحمل الخسارة في حال تحققها. ويرى الباحث أن هذا ربما ينطبق إذا تم تكييف القسط أو الاشتراك بأنه مدفوع على سبيل المعاوضة.

٢-٦-١. توزيع الفائض:

يتم أولاً تحديد مقدار الفائض القابل للتوزيع حيث يتم قسمة الفائض المحقق على مجموع الاشتراكات فنحصل على الفائض القابل للتوزيع في صورة نسبة مئوية من الاشتراكات المحصلة، ومن ثم يحصل العضو على جزء من الفائض في شكل نسبة مئوية من اشتراكه تعادل تلك النسبة. ويسوي بعض هيئات التأمين الإسلامية

المعاصرة في التوزيع بين من استحق تبرعاً بسبب تضرره خلال مدة سريان العقد وهي سنة غالباً وبين من لم يحصل على تبرع، وتبرر التسوية في التوزيع باختلاف جهة الاستحقاق، لأن الفائض إنما استحقه العضو بوصفه مالاً مملوكاً له تبرع ببعضه فكان له استرداد الباقي، أما استحقاق العضو للتعويض فهو إنما استحقه تبرعاً من باقي الأعضاء بموجب العقد حيث توافرت فيه صفة الاستحقاق، ومن ثم كان له الجمع بينهما، وهو الذي يرجحه الباحث حيث إن مقتضى قاعدة التعويض كما يرى الباحث هو ألا يؤدي التعويض الذي يستحقه العضو إلى جعله في وضع أفضل مما كان عليه قبل وقوع الخطر، وهذا لا يناقض الجمع بين المبلغين نظراً لاختلاف مصدرهما واختلاف تبرير استحقاقهما.

ويقصر البعض الآخر توزيع الفائض على من لم يتلق تبرعاً خلال مدة سريان العقد. ويبرر هذا التفريق بأن الهدف من العقد هو إرجاع العضو إلى نفس الحالة الاقتصادية التي كان عليها قبل وقوع الخطر وفي الجمع بين التعويض أو التبرع والفائض ما يجعل العضو في وضع أفضل مما كان عليه قبل وقوع الخطر مما يناقض قاعدة التعويض التي يقوم عليها العقد وينافي الهدف من العقد. وهو الذي رجحته هيئة المعايير المحاسبية بالبحرين (معيار ١٣، ملحق ب، ص ٤٥١)، وصدرت به إحدى الفتاوى من شركة دلة البركة، ورجحه الباحث في بحث له سابق رقم (٢١).

وهناك اتجاه ثالث يعطي حصة من الفائض لمن حصل على تعويض أقل مما دفع من أقساط، حيث يعطي حصة من الفائض تعادل الفرق بين ما دفعه من أقساط وما حصل عليه من تعويض.

٢-٦-٢. العجز التأميني:

يغطي العجز عادة من الاحتمالات إن وجدت، أما في حال عدم كفاية

الاحتياطات أو عدم وجودها وذلك عند بدء العمل فإن العجز يغطي عن طريق القرض من حساب المؤسسين على أن يسدد القرض فيما بعد عند وجود احتياطات، وهو الذي استقر عليه عرف هيئات التأمين الإسلامية المعاصرة.

ويرى البعض مثل هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الإسلامي السوداني أن العجز يرجع به على الأعضاء كل بحسب اشتراكه عملاً بقاعدة الغنم بالغرم أي مقابل حصوله على الفائض، ولم يجد الباحث من يعمل بهذا الرأي من هيئات التأمين الإسلامية المعاصرة حيث إنه من الصعب عملياً تحقيق ذلك.

وهناك من يرى أن تتم مواجهة العجز بزيادة اشتراكات حملة الوثائق للفترة اللاحقة كل بنسبة اشتراكه، ويرى الباحث تعذر ذلك عملياً لأن المشترك لهذه الفترة قد لا يكون مشتركاً في الفترة اللاحقة.

وهناك من ينادي - الشيخ عبد الرحمن الأطرم - بأن يتم التصرف في حدود المتاح من الاشتراكات وعدم اللجوء إلى أي من الوسائل السابقة لمواجهة العجز.

٢-٧. انتهاء عقد التأمين التعاوني وإنهاؤه:

عقد التأمين من العقود الزمنية ينتهي بانتهاء مدته الزمنية، كما أنه يمكن إنهاء العقد قبل انتهاء مدته الزمنية لنفس الأسباب التي تنهي عقد التأمين في القانون المدني، حيث استقر عرف هيئات التأمين الإسلامية على ذلك، ولم يطلع الباحث على رأي يجيز أو يمنع ذلك. كما أنها تتبع نفس أسلوب المحاسبة المتبع في الشركات التجارية في مثل هذه الحالات.

وربما كان الأخذ بأسلوب المحاسبة من باب (أن المؤمنين عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً) ولم تجد الهيئات الإسلامية في هذه الشروط ما يبيح المحرم أو يحرم الحلال، وربما كان الأخذ بها مما يساعد الهيئة على القيام

بعملها ويضمن جدية العضو عند الانضمام للهيئة. ويرى الباحث أن طريقة المحاسبة هنا ربما كانت لا تتناسب مع عقد التأمين الإسلامي القائم على التبرع افتراضاً، ومن ثم يقترح الباحث أن تضمن الوثائق شرطاً ينص على تنازل العضو عن تلك الأقساط المدفوعة تبرعاً إذا تم إنهاء العقد من قبله أو من قبل الهيئة قبل انتهاء المدة الزمنية للعقد.

٢-٨. حكم عقد التأمين التعاوني أو التكافلي عند علماء الشريعة المحدثين:

اختلف العلماء المعاصرون في حكم التأمين التعاوني في الشريعة الإسلامية بناءً على اختلافهم في دخوله تحت باب المعاوضات أو التبرعات ولهم في ذلك أربعة اتجاهات هي:

الاتجاه الأول: عقد التأمين التعاوني جائز شرعاً لدخوله تحت باب التبرعات فيغتفر فيه الغرر مهما كان فاحشاً بشرط النص على أن القسط مدفوع على سبيل التبرع ليعان منه من يحتاج إلى الإعانة من أعضاء الهيئة، فإن لم يوجد هذا النص كان العقد عقد معاوضة اشتمل على الغرر الفاحش فكان باطلاً.

الاتجاه الثاني: عقد التأمين التعاوني جائز شرعاً لدخوله تحت باب التبرعات فيغتفر فيه الغرر مهما كان فاحشاً بدون شرط النص على أن القسط مدفوع على سبيل التبرع ليعان منه من يحتاج إلى الإعانة من أعضاء الهيئة. استناداً إلى جواز هبة الثواب أو الهبة المشروطة بالحصول على العوض، حيث نقل الشيخ القره داغي نصوصاً عن المذاهب الأربعة استدلل بها على الجواز، كما أقر بذلك غيره من العلماء المعاصرين

الذين يقيمون عقد التأمين التكافلي على أساس هبة الثواب مثل الشيخ أبو غدة.

الاتجاه الثالث: عقد التأمين التعاوني جائز شرعاً من حيث الأصل وإن كان داخلاً في باب المعاوضات. وهو رأي كل من الشيخ مصطفى الزرقا الذي يسوي بينه وبين التأمين التجاري في الحكم بالجواز حيث يقول في ذلك: «عنصر المعاوضة موجود قطعاً في التأمين التبادلي وإن لم يكن ظاهراً فيه ظهوره في التأمين التجاري فالمساهم في صندوق التأمين التبادلي يقدم مبلغ مساهمته في الصندوق لترميم أي ضرر يلحق أحد المساهمين وهو منهم إنما يقدمه على أساس أن يعوض الصندوق ضرره هو أيضاً، ولولا أنه مشمول بهذا التعويض لما ساهم أصلاً، كما أنه إنما يساهم في الصندوق على أساس أنه لا يعوض منه أي متضرر من غير المساهمين فيه. يتضح من ذلك إذن أن تصور كون التأمين التبادلي التعاوني تبرعاً محضاً لا يؤثر فيه الغرر وأنه لذلك حلال شرعاً وهم في وهم». ويقول أيضاً: «التأمين التبادلي وهو تأمين تعاوني غير استراتيجي يجري بعقد فيه قسط والتزام يكافح استغلال شركات التأمين الاستراتيجي وهو البديل الوحيد الذي يمكن أن يحل محلها فهو أحسن طرق التأمين وأبعدها عن الشوائب والشبهات؛ إذ يقوم على أساس تعاوني فني يستخدم وسائل الإحصاء الدقيق وقانون الأعداد الكبيرة اللذين تستخدمهما شركات التأمين الاستراتيجي، وهو قابل لأن يلبي حاجات المجتمع في أوسع نطاق، ولكن تفضيل هذا الأسلوب في تطبيق نظام التأمين ضد المخاطر لا يستلزم القول بتحريم الأسلوب الآخر الاستراتيجي بل هذا مقبول أيضاً في نظرنا

شرعاً». (٤١٢/١). وتبعه في ذلك د. شوكت عليان حيث يقول: «وأنا شخصياً أوافق على ما ذهب إليه الشيخ الزرقا من عدم الفرق بين التأمين التجاري والتأمين التبادلي، وأن كلاً منهما يأخذ حكم الآخر». وأد. نزيه كمال حماد. والشيخ عبد الله المنيع حيث يقول فضيلته^(١): «القول بجواز التأمين التعاوني يحتاج لمناقشته إلى وقفات:

الوقفة الأولى:

القول بأن التعاون المحمود والمشروع في التأمين التعاوني مقصود عند الدخول من قبل المشتركين قول غير صحيح، فليس لواحد من المشتركين فيه قصد تعاون بينه وبين إخوانه المشتركين بل إنه في الغالب لا يعرفهم أو أنه يجهل أكثرهم.

الوقفة الثانية:

القول بأن القسط في التأمين التعاوني تم تقديمه من قبل المؤمن له على سبيل التبرع قول غير صحيح، فمن خصائص التبرع أن المتبرع له حق العدول عن التبرع بكامل ما يتبرع به أو بجزئه فما على المحسنين من سبيل، كما أن له حق الامتناع عن الاستمرار بما وعد به من تبرع بالأقساط أو المشاركة في سد عجز الصندوق، فهل يقبل من المشترك في التأمين التعاوني هذا الحكم على اعتبار أن مشاركته كانت على سبيل التبرع أم أن امتناعه عن الاستمرار في دفع الأقساط أو الامتناع عن المشاركة في تغطية عجز الصندوق يسقط حقه في التعويض وفي المطالبة بما مضى منه دفعه، ويعطي القائمين على إدارة التأمين التعاوني

(١) مجلة الرياض ع (١٤٥٩٨)، ٨ جمادى الآخرة ١٤٢٩هـ / ١٢ يونيو ٢٠٠٨م.

فسخ العقد معه. إن الإجابة على هذا السؤال يبطل القول بدعوى التبرع ويلزم بالقول بأن التعاقد بين المؤمن والمؤمن له تعاقد معاوضة توجب الإلزام والالتزام كالحال بالنسبة للتأمين التجاري، وإن القول بالتبرع دون أن تثبت له أحكامه ضرب من الوهم والخيال.

الوقف الثالث:

القول بأن توزيع الفائض في الصندوق بعد دفع المستحقات التي عليه يخرج التأمين التعاوني من أن يكون طريقاً من طرق المتاجرة وطلب الربح قول غير صحيح، فطلب الربح والأخذ بأحوال وأنواع التجارة ليس أمراً مكروهاً أو محرماً في ذاته حتى يعد ذلك مسوغاً لتحريم التأمين التجاري لكونه يستهدف ذلك والقول بإباحة التأمين التعاوني لانتفاء الربح فيه، فالضرب في الأسواق والسعي في طلب الربح والرزق أمر مشروع.

ثم إن كل مشترك في شركة التأمين التعاوني يحمل صفتين:

صفة المؤمن باعتباره (باشترাকে فيها) عضواً له حق في الفائض بقدر نسبة اشتراكه وعليه الالتزام بالمشاركة في سداد عجز صندوق الشركة عن الالتزام بـ(الوفاء) بالتعويضات بنسبة مشاركته.

وله صفة المؤمن له باعتباره (باشترাকে) أحد عملاء الشركة ملتزماً بدفع القسط التأميني وتلتزم الشركة بتعويضه عما يلحقه من ضرر مغطى بموجب تعاقدته مع الشركة.

وبهذا يتنفي وجه التفريق بين التأمين التجاري والتأمين التعاوني فكلاهما شركة تأمين تتفق إحداهما مع الأخرى في جميع خصائص

التأمين من حيث عناصره ومن حيث الإلزام والالتزام والصفة القانونية لكلا القسمين. فشركة التأمين التجارية قائمة على الإلزام والالتزام والحقوق والواجبات وكذلك الأمر بالنسبة لشركة التأمين التعاونية فهي شركة قائمة على الإلزام والالتزام والحقوق والواجبات، فكما أن شركة التأمين التجاري ملزمة بدفع التعويضات المستحقة عليها للمشتركون عند الاقتضاء والوجوب سواء أكانت الشركة رابحة أم خاسرة، فكذلك الأمر بالنسبة لشركات التأمين التعاوني فهي ملزمة كذلك بدفع التعويضات المستحقة عليها للمشتركون عند الاقتضاء والوجوب سواء أكانت الشركة رابحة أم خاسرة، وقد صدرت قرارات المجالس والمجامع الفقهية والندوات العلمية بإلزام المشتركون في شركات التأمين التعاوني بسد عجز صناديقها وهذا مما تزول به الحواجز بين شركات التأمين التجاري وشركات التأمين التعاوني».

الاتجاه الرابع: عقد التأمين التعاوني عقد هبة بعوض وهو معاوضة يشتمل على الغرر الفاحش فيكون باطلاً. وهو رأي كل من د. أحمد الحججي الكردي (ص ١٢، ١٤) الذي يرى حرمة التأمين التبادلي أو التعاوني أو التكافلي لأنه يتساوى مع التأمين التجاري في علة الحكم ولأن الفارق بينهما إن وجد فهو فارق غير مؤثر في الحكم، فهو من عقود المعاوضات ذلك أن المؤمن له يدفع الأقساط بشرط أن يعوض عن الضرر الذي قد يتعرض له بعد ذلك وهو مضمون المعاوضة وينافي التبرع، فإن قيل إنه تبرع بشرط العوض وهو من هبة الثواب فيقال: هبة الثواب عند عامة الفقهاء من المعاوضات ولها أحكامها. والشيخ محمد

المختار الإسلامي الذي يقول^(١): «إنه بما قدمناه يتبين أن تخريج عقد التأمين على أساس التبرع وما تبع ذلك لا يصح ولا يحل الإشكال المعترض به وهو الغرر؛ إذ الغرر باق في عقد هبة لفظاً بيع حقيقة، وهو بذلك من عقود المعاوضات لا من عقود التبرعات، ولما كان الذين مضوا سائرين في تفصيل عقود التأمين على ذلك الأساس إنما قام بناؤهم التشريعي على جواز الغرر الكثير في عقود التبرع، فإنه بعد ما قرناه من كونه عقد معاوضة ينهار البناء كله ويتحد الدخول في عقد تأمين مع شركات تجارية أو مع الشركات التي أجهدوا أنفسهم في ضبط أحكامها وإقناع الناس بها كبديل عن الشركات التجارية». والشيخ محمد العثيمين رحمه الله الذي سئل: «ماذا تقولون فيما تقوم به الشركة الوطنية للتأمين التعاوني في التأمين على الرخصة الخاصة بحيث تتكفل بمسؤولياتك تجاه الغير نتيجة حادث سيارة لغاية ثلاثة ملايين ريال على أن تدفع لها اشتراك مقداره ٣٦٥ ريالاً في السنة»، فأجاب بقوله: «هذا العقد التأميني حرام لأنه من الميسر». (مركز الدعوة والإرشاد بعنيزة في ١٤/٢/١٤٢٠هـ) والشيخ عبد الله بن جبرين.

الترجيح:

يرى الباحث رجحان القول بعدم جواز عقد التأمين التعاوني استناداً إلى الأدلة

التالية:

- عقد التأمين التعاوني عقد هبة بثواب مجهول حيث إن العوض في عقد التأمين مجهول من حيث إمكان الحصول عليه ومن حيث مقداره ومن حيث أجل

(١) ص ١٤.

الحصول عليه. جاء في مغني المحتاج^(١)، وفي نهاية المحتاج^(٢) (ولو وهب بشرط ثواب معلوم عليه ك: وهبتك هذا على أن تثبيني كذا فقبل فالأظهر صحة العقد نظرًا للمعنى إذ هو معاوضة بمال معلوم فصح كما لو قال بعتك، والثاني بطلانه نظرًا إلى اللفظ لتناقضه فإن لفظ الهبة يقتضي التبرع ومن ثم يكون بيعًا على الصحيح فيجري فيه عقب العقد أحكامه كالخيارين كما مرَّ بما فيه والشفعة وعدم توقف الملك على القبض، والثاني يكون هبة نظرًا للفظ فلا تلزم قبل القبض. أو بشرط ثواب مجهول فالمذهب بطلانه لتعذر صحته بيعًا لجهالة العوض وهبة لذكر الثواب بناءً على الأصح أنها لا تقتضيه وقيل تصح هبة بناءً على أنها تقتضيه).

وفي منتهى الإرادات^(٣) (الهبة تملك جائز التصرف مالا معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه موجوداً مقدوراً على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض بما يعد هبة عرفاً، وإن شرط فيها عوض معلوم صارت بيعاً، وإن شرط ثواب مجهول لم يصح). وفي كشاف القناع^(٤): وإن شرط الواهب فيها أي الهبة عوضاً معلوماً صارت الهبة بيعاً لأنه تملك بعوض معلوم، وإن شرط في الهبة ثواباً مجهولاً لم تصح الهبة لأنه عوض مجهول في معاوضة فلم تصح كالبيع وحكمها أي الهبة بثواب مجهول حكم البيع الفاسد.

• أن الهبة أو التبرع وهو القسط في عقد التأمين وثوابه وهو مبلغ التأمين المستحق عند وقوع الخطر هما من جنس واحد وهو النقود، كما أن القسط أو الهبة

(١) مغني المحتاج ٢/٤٠٤، ٤٠٥.

(٢) نهاية المحتاج ٧/٤٢٣، ٤٢٤.

(٣) منتهى الإرادات ٢/٢٢.

(٤) كشاف القناع ٤/٣٠٠.

فورية والعوض وهو مبلغ التأمين مؤجل إلى أجل مجهول. وفي الشرح الكبير للدردير^(١) (يثاب عن العرض طعام ودنانير ودرهم أو عرض من غير جنسه لا من جنسه لئلا يؤدي إلى سلم الشيء في نفسه، ولا يثاب عن الذهب فضة ولا ذهباً ولا عن الفضة كذلك لتأديته لصرف أو بدل مؤخر، ولا عن اللحم حيواناً من جنسه وعكسه. ويثاب عن الطعام عرضاً أو نقدًا لا طعاماً لئلا يؤدي إلى بيع الطعام بطعام لأجل مع الفضل. ولو شكاه فبهة الثواب كالبيع في غالب الأحوال وتخالفه في الأقل لأنها تجوز مع جهل عوضها وجهل أجله ولا تفيتها حوالة الأسواق ولا يلزم عاقدها الإيجاب والقبول).

وفي الدسوقي^(٢) قوله: (ولا يثاب عن الذهب فضة) محل هذا بعد التفرق وجاز قبله كما في المواق ويفيده تعليل الشارح. وقوله (فبهة الثواب..) أي بالنظر لعوضها وقوله كالبيع أي فيما يحل ويحرم.

• عقد التأمين هبة معلقة على شرط وقد جاء في بدائع الصنائع^(٣) وأما الشرائط فأنواع..... فهي ألا يكون معلقاً بما له خطر الوجود والعدم من دخول زيد ونحو ذلك ولا مضافاً إلى وقت بأن يقول وهبتك ولا مضافاً إلى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غداً أو رأس شهر كذا لأن الهبة تمليك العين للحال وأنه لا يحتمل التعليق بالخطر والإضافة إلى الوقت كالبيع.

وما نقله القره داغي عن روضة الطالبين بتصرف كما يقول استدلالاً على جواز الهبة بعوض مجهول حيث يقول فضيلته: (جاء في روضة الطالبين: (أن الهبة إما مقيدة بنفس الثواب أو العوض فتكون صحيحة على المذهب خلافاً لرأي

(١) ١١٦/٤.

(٢) ١١٦/٤.

(٣) ١١٨/٦.

ضعيف يقول إنها باطلة) وعلى افتراض وجود هذا الرأي فما هو الهدف من إيرادها ولا سيما وأنه رأي ضعيف كما يحكي والمذهب على خلافه. ثم يكمل فضيلته (وإما أن تكون مقيدة بإثبات العوض وهو إما معلوم فيصح على الأظهر وحينئذ هل يعتبر بيعاً أم هبة فالراجح عندهم أنه بيع وحينئذ تكون له جميع أحكام البيع من إثبات الشفعة والخيار وال لزوم بالعقد. وقيل هبة فتثبت لها أحكام الهبة وعلى القولين لا يلحق بالمعاوضات في اشتراط العلم بالعوض) ثم يكمل (وإذا كان الثواب مجهولاً فإن قلنا الهبة تقتضي ثواباً صح العقد وهو تصريح بمقتضى العقد هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور). وهذه العبارة المنقولة مبتورة وناقصة حيث نقل من العبارة ما يوهم جواز الهبة بعوض مجهول مطلقاً وهو خلاف الواقع. والعبارة بتمامها في روضة الطالبين^(١) هي كما يلي: (وأما القسم الثالث فالمقيدة بالثواب وهو إما معلوم وإما مجهول فالحالة الأولى المعلوم فيصح العقد على الأظهر ويبطل على قول فإن صححنا فهو بيع على الصحيح وقيل هبة. فإن قلنا هبة لم يثبت الخيار والشفعة ولم يلزم قبل القبض. وإن قلنا بيع ثبتت هذه الأحكام وهل تثبت عقب العقد أم عقب القبض قولان أظهروهما الأول. ولو وهبه حلياً بشرط الثواب أو مطلقاً وقلنا الهبة تقتضي الثواب فنص في (حرملة) أنه إن أثابه قبل التفرق بجنسه اعتبرت المماثلة وإن أثابه بعد التفرق بعرض صح وبالنقد لا يصح لأنه صرف وهذا تفريع على أنه بيع. وفي التتمة أنه لا بأس بشيء من ذلك لأننا لم نلحقه بالمعاوضات في اشتراط العلم بالعوض وكذا سائر الشروط وهذا تفريع على أنه هبة. وحكى الإمام الأول عن الأصحاب وأبدي الثاني احتمالاً). وهذه العبارة لا تفيد ما أراد الاستدلال على صحته بل هي

تفيد عدم جواز أن يكون الثواب من جنس الهبة إذا كانت الهبة نقدًا كما هو حاصل في عقد التأمين وفي هذا ما يفيد عدم جواز عقد التأمين التعاوني. وقد ذكر الشيرازي في المهذب^(١) أنه (إن شرط فيه ثوابًا مجهولًا بطل قولاً واحداً لأنه شرط العوض ولأنه شرط عوضًا مجهولًا. وإن قلنا إنه يجب العوض ففي قدره ثلاثة أقوال: أحدها أنه يلزمه أن يعطيه إلى أن يرضى.... والثاني يلزمه قدر قيمته لأنه عقد يوجب العوض فإذا لم يكن مسمى وجب عوض المثل كالنكاح، والثالث يلزمه بما جرت به العادة في ثواب مثله لأن العوض وجب بالعرف فوجب مقداره بالعرف. فإن قلنا إنه يجب العوض فلم يعطه ثبت له الرجوع). وهذا غير متحقق في عقد التأمين التعاوني الإسلامي.



(١) ٤٥٥ / ١.

الخاتمة

تشتمل الخاتمة على أهم النتائج التي تم التوصل إليها من الدراسة والمتمثلة

فيما يلي:

١. نظام التأمين الإسلامي يشبه نظام التأمين في الفكر الوضعي.
٢. قيام عقد التأمين التعاوني أو التكافلي على مبدأ هبة الثواب أو الهبة المشروطة بالحصول على العوض، وهو عوض مجهول، كما أن العوضين كلاهما من جنس واحد.
٣. عقد التأمين التعاوني أو التكافلي عقد معاوضة مالية يشتمل على الغرر الفاحش فيكون باطلاً.



التعريف بالجهة الراعية لطباعة هذا الإصدار

بنك البلاد:

تأسس بنك البلاد بموجب المرسوم الملكي ٤٨ / م بتاريخ ٢١ / ٩ / ١٤٢٥ هـ - ٤ / ١١ / ٢٠٠٤ م، على أن يلتزم البنك بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في جميع تعاملاته المصرفية. الرؤية: بأن يكون الخيار الأفضل في تقديم الحلول المصرفية الإسلامية الحقيقية. الرسالة: السعي من خلال المبادرة والابتكار لتوفير خدمات المصرفية على أسس شرعية حقيقية. القيم: المبادرة والابتكار، والاهتمام والمشاركة، والثقة والمسؤولية.

الهيئة الشرعية:

بدأت الهيئة الشرعية عملها منذ بداية تأسيس البنك عام ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م، وهي هيئة مستقلة عن إدارة البنك التنفيذية، ومرتبطة بالجمعية العمومية وجميع قراراتها ملزمة للبنك. ويرتبط بها فنياً قطاع الشرعية، والذي يعتبر الذراع التنفيذي للهيئة الشرعية داخل البنك.

المسؤولية الاجتماعية:

انطلاقاً من رؤية البنك فقد سعينا إلى تقديم المبادرات بأساليب تخدم جميع شرائح المجتمع، ومن أبرز تلك المبادرات:

• نشر الوعي بالمصرفية الإسلامية، وذلك من خلال:

- رعاية المؤتمرات المختصة بالمصرفية الإسلامية.
- طباعة ونشر البحوث والمؤلفات المختصة بفقه المعاملات المالية والاقتصاد الإسلامي.
- دعم الكراسي العلمية المهمة بالمصرفية الإسلامية وفقه المعاملات بشكل عام.
- دعم الدراسات العليا المختصة بالمصرفية الإسلامية.
- نشر النتائج العلمي للهيئة الشرعية للمهتمين.

• المبادرات العامة والتي وجهت لشرائح معينة في المجتمع، ومن ذلك:

- رعاية معسكرات الخدمة في جمعية الكشافة العربية السعودية بالحج لخدمة حجاج بيت الله الحرام.
- حملة (البلاد مبادرة) لتفطير الصائمين، في معظم مدن المملكة.
- افتتاح أول فرع مخصص لخدمة (ذوي الاحتياجات الخاصة) مجهز بالكامل لخدمة ذوي الإعاقة الحركية، والسمعية، والبصرية.
- قاموس المعاملات البنكية بلغة الإشارة.
- رعاية الأسر المنتجة.

ولمزيد من التفاصيل يمكنكم زيارة موقع البنك الإلكتروني bankalbilad.com

