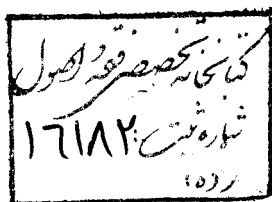


دراسة شرعية
لأهم العقود المالية المستحدثة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة



الدكتور
محمد مصطفى أبو إسحاق

المجلد الأول

مكتبة العلوم والحكم

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف

الطبعة الثانية

١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م

النَّاشِر

مكتبة العلوم والحكم

هاتف ٨٤٥٢٢٧٣ - ٨٢٥١٩٤٢

المدينة المنورة - ص ب : ٢٨٨

المملكة العربية السعودية

المقدمة

وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين الرحمن الرحيم مالك يوم الدين إياك نعبد وإياك نستعين اهدنا الصراط المستقيم .

والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين بشيراً ونذيراً بين يدي الساعة من يهده الله فهو المهتدى ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً .

أما بعد :

فإن العقود وسائل أوجدتها الإنسان لخدمة أغراضه وتنظيم مبادلات المنافع والأعيان والإنسان مجبول بالفطرة على تتبع معاني العدل فيما ينشئ من علاقات اجتماعية أو تجارية تنظم لك بالإضافة إلى ما فطرت عليه النفوس من التغالب والتنازع لتراحم الأغراض ، المفضى إلى عدم التفريط في الحقوق ، والذب عنها بكل وجه . فإذا تواطأ الناس على عقد من العقود وتعارفوا على تلك المعاملة فإن الأصل فيها أن تكون محققة لمصلحة من المصالح ولذا كان الأصل في العقود الإباحة - عند غير أهل الظاهر - غير أن الشارع لا يكل الإنسان إلى نفسه في كل ذلك بل هو ينظم التعاقد خشية ضياع حقوق العباد ، وجعلت من حقوق الله تعالى رغم أن للعبد فيه حقاً كتحريره تعالى لعقود الربا والغرر .

قال القرافى^(١) : « وكل ما ليس له - أى للعبد - إسقاطه فهو الذى

(١) الفروق الجزء الأول صحيفة ١٤١ الفرق ٢٢ .

نعنى بأنه حق الله . وقد يوجد حق الله تعالى وهو ما ليس للعبد إسقاطه ويكون معه حق العبد كتحريمه تعالى لعقود الربا والغرر والجهالات فإن الله تعالى إنما حرمها صوناً لمال العبد عليه وصوناً له عن الضياع بعقود الغرر والجهل ، فلا يحصل المعقود عليه أو يحصل دنيا ونزراً حقيراً ، فيضيع المال ، فحجر الرب تعالى برحمته على عبده في تضييع ماله الذى هو عون له على أمر دنياه ، وآخرته ، ولو رضى العبد بإسقاط حقه فى ذلك لم يؤثر رضاه .

فالله تعالى فى كتابه وعلى لسان نبيه ﷺ نصب إعلماً وحدوداً للحلال يعرف بها الحلال وإعلماً وحدوداً للحرام يعرف بها قال تعالى : ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ ﴾^(٢) . وحدود الله محرماته . وقال : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾^(٣) وقد أنزل الله الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط فالكتاب هو الهادى إلى الحق والميزان هو الذى توزن به أعمال الخلق فيعرف عدلها من عائلها وصحيحها من فاسدها فتد الفروع إلى أصولها ويلحق النظر بنظيره ويعطى حكمه فى الجواز والمنع كما فى رسالة عمر لأبى موسى الأشعرى حيث قال^(٤) : ثم الفهم الفهم فيما أدلى إليك مما لم يكن فى كتاب ولا سنة ثم اعرف الأشياء والأمثال والنظائر وقس الأمور عند ذلك ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق .

ولهذا يعتبر من الجور وعدم العدل إلحاق الحرام بالحلال وكذا عكسه بحجة رواجه بين الناس أو مسايرته للتطور أو حكم الأنظمة بموجبه فكل

(٢) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .

(٣) سورة الأنعام الآية ١١٩ .

(٤) انظر : نص الكتاب وشرحه بمالاً يزيد عليه فى إعلام الموقعين لابن القيم وقد شرحه فى أكثر من نصف الكتاب الواقع فى أربعة أجزاء .

تعامل أو اشتراك أو اشتراط ينافي الشرع فهو باطل .

وقد كثر في هذا الزمان استحداث صور الكسب فمنها ما يجرى على الأصول الشرعية وبعضها ظاهر الفساد لمصادمته لنصوص الشريعة وقواعدها .

واستفاضة هذه العقود الفاسدة بين الناس لا يصيرها صحيحة . قال **عليه السلام** : « يأتى على الناس زمان لا يبالي الرجل من أين أخذ المال أمن حلال أو من حرام »^(٥) وواجب على العلماء وطلاب العلم أن ينفروا زرافات ، ووحداً في سبر هذه المسائل ، وتقسيما بعد استكمال العدة ، واستفراغ الجهد كيما تأتى الأحكام منقحة سليمة جهد المستطاع .

ويلزم النظر في هذه العقود المستحدثة وتطبيقها على ما يشاكلها من نظائر ، ثم الحكم عليها بالميزان العادل على ضوء النصوص الصحيحة ، والقواعد المسلمة ، المؤدية إلى تحقيق مقصد الشارع ، على أن يكون ذلك النظر سليماً من الأهواء والأغراض .

قال الله تعالى : ﴿ ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام لتفتروا على الله الكذب ﴾^(٦) ، وقال تعالى : ﴿ قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراماً وحلالاً قل الله أذن لكم أم على الله تفترون ﴾^(٧) .

وإزاء هذه التحذيرات الشديدة يلزم توخى الإصابة وسلوك مسالكها بدراسة الماهية التي هي محل البحث واستيعاب كل جوانب القضية ومن ثم عرضها على النصوص الشرعية وما يفهم منها وما استنبطه أولوا الحجا من

(٥) رواه الترمذى في الفتن ٧٢ - ٧٩ .

(٦) سورة النحل الآية ١١٦ .

(٧) سورة يونس الآية ٥٩ .

العلماء .

لا يلزم أن يكون لكل قول سلف من العلماء ، وللعلماء في هذا الزمان أن يخالف اجتهادهم اجتهاد من سبقهم لأن التعصب لا مكان له في العلم إذ أن العصمة للأنبياء وهذا لا يقدر في مكانة من تقدم من علماء هذه الأمة فهم جميعاً قد حذروا من ذلك وتوافقت عبارتهم على أن كل قائل يؤخذ من قوله ويرد إلا الرسول ﷺ وذلك معروف من سيرتهم فالشافعي كان له مذهب قديم في العراق وجديد في مصر لأنه سمع في مصر ما لم يسمع في العراق وأبو يوسف ومحمد خالفاً شيخهما في نحو ثلث المذهب لظهور أدلة لم تظهر له أو لاختلاف الأحوال .

○ صلاحية الشريعة لكل زمان ولكل مكان :

الفطرة من أعظم ما وصف الله به هذا الدين حيث قال : ﴿ فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفاً فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا ﴾ ^(٨) وذلك يقتضي أن تكون أحكام الشريعة في متناول كل البشر ولا تختلف باختلاف العوائد والأزمان ولذا فإن الشريعة قائمة أحكامها على التعليل والإكثار من الكليات والعمومات ولذا فإننا نجد خلافاً مشهوراً بين الأئمة في الاحتجاج بأخبار الآحاد إذا خالفت قاعدة كلية أو خالفت القياس أو عمل أهل المدينة . وتتضح كيفية صلاحية الشريعة لكل زمان ولكل مكان بملاحظة ما يلي ^(٩) .

١ - الشريعة قائمة على عمومات وكليات قابلة للانطباق على مختلف أحوال الناس بحيث يمكن للناس اتباعها دون أن يهلكوا أو يصيبهم من جراء

(٨) سورة الروم الآية ٣٠ .

(٩) انظر : مقاصد الشريعة للطاهر بن عاشور صحيفة ٩٢ .

ذلك عنت ولا مشقة داعية إلى النفور والإعراض . ولهذا نرى أن كثيراً من العلماء قد حمل كثيراً من أدلة الشرع على هذا المعنى كالنهي عن جر السلف منفعة ، حمله جماعة من الحنفية على ما ليس فيه ضرورة أو حاجة ولذا رخصوا في بيع الوفاء .

٢ - إمكان حمل الأثم على أحكام الإسلام دون حرج ولا مشقة وإمكان تغيير الإسلام لبعض مألوف الناس من غير أن يجدوا حرجاً ولا عسراً ودون أن يتركوا ما تعارفوه من عوائد مقبولة وذلك ملحوظ في كل الأثم التي دخلت الإسلام من هنود وترك وزنج وبربر وتار وغيرهم ومن المعلوم أنه ليس من مقصود الشارع حمل الأمة - أى البشر كافة - على اتباع أحوال أمة خاصة كالعرب زمان التشريع بل يلزم من الصلوحية لسائر الأجيال أن يعمل بها الناس في كل وقت بلا مشقة وهذا هو الذى يليق بالشرعية التي خوطب بها الناس جميعاً إلى يوم القيامة وجعلت خاتمة الأديان وعامة لسائر أقطار الأرض على ما هو معلوم من دين الإسلام بالضرورة .

ولهذا المعنى كان الأصل في الأشياء الإباحة ولم تتعرض الشريعة لعوائد الأثم وأزياءها ومركوباتها ومطعوماتها - ما لم تشتمل على محرم - ولهذا لم يحتج المسلمون إلى تطلب دليل على إباحة الاستفادة من الآلات الحديثة التي تيسر حياة الناس ولا يسأل عن شيء من ذلك إلا من لا حظ له في الصناعة الفقهية .

○ تقرير الشارع للصالح من العقود :

بعث النبي ﷺ والناس بحكم المدنية والاجتماع لهم تعامل مالى واجتماعى - وغير ذلك - فقد كانوا يتعاقدون ويتبايعون ويتداينون وكانوا في جميع ذلك خاضعين لعادات وأعراف موروثة تختلف باختلاف البلاد والنظم والظروف التاريخية والدينية وأكثر هذه الأعراف والعادات فاسدة

ظلمة لبنائها على أسس غير شرعية ومن ذلك التعامل بالربا والميسر وأنواع من الأنكحة كزواج المقت والشغار^(١٠) وعقود الغرر والغبن .

ولكن العرب وبقية الأمم الأخرى غير خالين من أحوال صالحة هي بقايا النصائح أو اتفاق العقول السليمة فقد كانت العرب على بقية من ملة إبراهيم وكانت اليهود والنصارى كذلك على بقية من دين وكل هؤلاء وغيرهم ربما دلتهم الفطر السليمة على إدراك بعض أصول التعامل ولاختلاف ذلك في الأمم فإن التغيير والتقرير يصادف بعض الأمم دون البعض لأن هذه الأمور ليست متساوية الغشو في الأمم والشرعية عامة للناس جميعاً فلم يكن بد من بيان إقرارها وتفصيل أحكامها من وجوب أو ندب أو إباحة ومن ذلك أن النبي ﷺ قال : « لقد هممت أن أحرم الغيلة لولا أن قوماً من فارس يفعلونها ولا تضر أطفالهم »^(١١) قال تعالى : ﴿ ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ﴾^(١٢) وقال : ﴿ قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن ﴾ وقال : ﴿ يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ﴾^(١٣) .

وقد أقر الإسلام كثيراً من معاملات العرب في جاهليتها ، والتي لم تتعارض مع المنهج ، الذي سار عليه للأخذ بيد الإنسان في عمارة الأرض ،

(١٠) المقت هو أن يتزوج المرأة المتوفى عنها زوجها ابنه الأكبر . والشغار هو أن يزوج كل منهما ولية للآخر ولا مهر لهما وهذا من أنكحة الجاهلية التي أبطلها الإسلام لما فيه من ظلم للمرأة وقد وردت أنكحة الجاهلية في حديث عائشة عند البخاري في كتاب النكاح (٣٦) . وأبى داود في كتاب الطلاق ٣٢ .

(١١) رواه أبو داود في الطب ١٦ والترمذي في الطب ٢٧ والدارمي في النكاح ٣٣ والنسائي في النكاح ٥٤ ومالك في الموطأ في الرضاع ٩٧ ، ومسلم في النكاح ١٤٠ وأحمد في المسند ٣٦١/٦ - ٤٣٤ .

والغيلة هي وطء الزوجة أثناء الرضاع وكانت العرب تعتقد أن ذلك يضر الولد . (١٣) سورة الأعراف الآية ١٥٧ .

ومنع ما تعارض منها معه وأصلح ما يمكن أصلحه ، فمن العقود التي كانت قبل الإسلام الشراكة .

قال السائب بن أبي السائب لرسول الله ﷺ : (كنت شريكى فى الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارينى ولا تجارينى)^(١٤) ومنها الجعالة . ومنها المضاربة فقد سافر رسول الله ﷺ إلى الشام مضارباً بمال خديجة قبل أن يتزوجها وكان معه غلامها ميسرة فأقر النبي ﷺ ذلك فى الإسلام وعمل به المسلمون بلا خلاف . ومنها السلم ولكن طرأ عليه بعض الإصلاح فقد روى عن ابن عباس أنه قال : إن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون بالتمر الستين والثلاث فقال : « من أسلف فى شئ ففى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »^(١٥) ومنها بيع الجراف فعن ابن عمر أنه قال : كانوا يتبايعون الطعام جزافاً بأعلى السوق فنهاهم رسول الله ﷺ أن يبيعه حتى ينقلوه^(١٦) .

ومن المعاملات التي منعها الإسلام بعد أن كانت مألوفة فى الجاهلية : بيع حبل الحبله . وبيع الملاقيح وبيع المضامين وبيع عشب الفحل وبيع المنابذة والملازمة والحصاة^(١٧) وغيرها .

قال الشاطبى^(١٨) : « إن الالتفات إلى المعانى كان معلوماً فى الفترات التي لم يكن فيها رسل واعتمد عليه العقلاء حتى جرت بذلك مصالحهم

(١٤) رواه ابن ماجه فى التجارات ٦٣ .

(١٥) أخرجه الأئمة الستة وهو عند البخارى فى السلم صحيفة ٢٩٨ من الجزء الأول وعند مسلم فى البيوع باب السلم الجزء الأول صحيفة ٢ .

(١٦) رواه الجماعة إلا الترمذى وابن ماجه .

(١٧) سيأتى تعريف هذه البيانات إن شاء الله عند الكلام على الغرر .

(١٨) الموافقات الجزء الثانى صحيفة ٢٢٥ .

وأعملوا كلياتها على الجملة فاضطردت لهم .. إلا أنهم قصرُوا في جملة من التفاصيل فجاءت الشريعة لتتم مكارم الأخلاق فدل على أن المشروعات في هذا الباب جاءت متممة لجريان التفاصيل في العادات على أصولها المعهودات ولهذا أبقت الشريعة للأُمم معتادها وأحوالها الخاصة وعقودها إذا لم يكن مناهضة لأصل من الأصول الشرعية يدل على ذلك قول النبي ﷺ : « أيما أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام »^(١٩) وقال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة : « وهل ترك لنا عقيل منلاً »^(٢٠) يريد أن عقيل بن أبي طالب فوتها في حكم الجاهلية فلم ينقضه رسول الله ﷺ يوم فتح مكة أي : إنه على الرغم من المفسد التي كان عليها أهل الجاهلية ، فإن النبي ﷺ لم يبلغ هذه المعاملات من أساسها هكذا ضربة لازب ، وإنما أصلح الفاسد منها وأقر الصالح إن وجد وهو قليل ، فمن ذلك منع الغرر وإلغاء الربا وأقر القراض والرهن والإجارة والعارية وغيرها مما سكت عنه الشارع .

وسكوت الشارع تقرير لما عليه الناس ولذلك كانت الإباحة أكثر الأحكام لأن أنواع متعلقاتها لا تنحصر . وقد تواتر هذا المعنى تواتراً من أقوال النبي ﷺ وتصرفاته ويشهد له ويعضده قوله ﷺ : « إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها وحد حدوداً فلا تعتدوها وحرم أشياء فلا تنتهكوها وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تسألوا عنها »^(٢١) .

(١٩) رواه مالك في الموطأ في الأقضية ٣٥ .

(٢٠) متفق عليه رواه البخاري في الحج صحيفة ٢١٦ وفي الجهاد صحيفة ٤٣٠ وفي المغازي صحيفة ١٤ من الجزء الثاني ورواه مسلم في باب نزول الحاج بمكة وتوريث دورها في الجزء الأول صحيفة ٤٣٦ .

(٢١) رواه الدارقطني وغيره عن أبي ثعلبة الخشني والحديث فيه مقال واختلف في رفعه ووقفه وصحح الدارقطني رفعه وحسنه النووي وغيره وأدلة الشرع تشهد لمعناه =

ولأجل هذا كره النبي ﷺ المسائل لأن السؤال عن غير المشكل عبث ولكن يستثنى من دلالة السكوت على التقرير الأحوال التي يعلم أن المسكوت عنه ملحق بحكم غير الإباحة وطريقة ذلك هي القياس .

○ شرط الناظر في العقود المستحدثة :

لن يتأتى إصدار حكم شرعى صحيح على العقود المستحدثة إلا إذا أحيط بها من الناحية الاقتصادية والقانونية من حيث طبيعة العقد وخصائصه وشروطه وبذلك يكون الحكم صادراً على أساس من الواقع فالحكم على الشيء فرع عن تصوره . وإذا كانت المقدمات التي يبنى عليها الحكم غير محكمة ولا متقنة فإن النتيجة التي بنيت على تلك المقدمات ستكون كذلك لها نفس الصفة . مثلاً : نظر بعض الباحثين إلى عقد التأمين من جهة طالب الأمن^(٢٢) فطلب الأمن في ذاته مطلب شرعى يسعى الإنسان إليه نه طلب فطرى ولذلك فهو لا يدخل في مبحث الحل والحرمة إنما الذى يدخل تحت هذا المبحث هو الوسائل والنظم الوضعية التي يلجأ إليها الإنسان ليلبى بها هذه المطالب .

فالأمن مقصود لبعض أنواع عقد التأمين إلا أن المقصود يختلف عن الوسيلة التي بها يتحقق ذلك المقصود فالحكم الشرعى يتناول تلك الوسيلة ولهذا فإن المقدمة التي يبنى عليها الحكم يلزم أن تكون صحيحة حتى يأتى الحكم صحيحاً وكذلك أيضاً فإنه لا معنى لقول بعض الباحثين أن هذا العقد أو ذاك غير جائز لأنه من ابتداع المجتمعات الجاهلية كقولهم^(٢٣) أن البنوك

= انظر : جامع العلوم والحكم لابن رجب صحيفة ٢٠٠ .

(٢٢) حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين للدكتور حسين حامد حسان ص ٦ .

(٢٣) هذا ما قاله الدكتور عيسى عبده في كتابه التأمين الأصيل والبديل وذكره أيضاً الشيخ

محمد أبو زهرة في رده على الدكتور مصطفى الزرقا في أسبوع الفقه الثانی المتعقد=

ونظام التأمين من ابتداع اليهود . فالوصف بكون العقد حلالاً أو حراماً ينبغي أن يبنى على أسس شرعية علمية تعتمد على دوران العلة مع المعلول ولم نجد في العلل المانعة من الجواز شيوع العقد بين الكفار أو ابتدائه في أرض الكفر بل لنا شواهد على نقض هذا المنهج كعقد المضاربة والعاقلة وأنواع النكاح .

وقد علم شرعاً أن من سمات الشريعة التقرير والتقويم على النحو الذى مضى شرحه .

فالمقصود نبذ العقود التى تخالف أصلاً من أصول الدين بعد استعصاء التقويم وهو اتجاه تجاه كثير من الباحثين والمؤسسات المالية والاستثمارية وليس من الورع ولا من المشروع المبادرة إلى تحريم العقد دون أدلة صحيحة وفى مقابل ذلك لا يمكن التحليل أيضاً الأساس الذى يعتمد عليه بدعوى أن الأصل فى الأشياء الإباحة ويلزم أن تعرض الصورة مفصلة كما يتبين حكمها الشرعى ولا يهم بعد ذلك الاجتهاد وتمحيص أشباه المسألة ونظائرها أن يحكم عليها بالإباحة أو الحظر .

وغاية ما فى الأمر أنه يلزم تصحيح ما قد يعلق بالعقول من الوهن بأن الصالح من تصرفات الناس يكون فاسداً لتلبس أهل الفساد به فقد سأل حكيم بن حزام رسول الله ﷺ فقال : أرأيت أعمالاً كنت أتحنث بها فى الجاهلية من صدقة وعتق وصلة رحم فقال رسول الله ﷺ : « أسلمت على ما سلف من خير »^(٢٤) ولهذا قال الله تعالى : ﴿ اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾^(٢٥) وقال تعالى : ﴿ ولا تقولوا لما

= فى دمشق سنة ١٣٨١ هـ . وليس أيضاً مهرجان الإمام ابن تيمية .

(٢٤) متفق عليه رواه البخارى فى الأدب ١٦ ومسلم فى الايمان ١٩٤ - ١٩٦ .

(٢٥) سورة المائدة الآية ٥ .

تصف ألسلكم الكذب هذا حلال وهذا حرام ﴿٢٦﴾ .

وقد نص العلماء على أن تحريم الحلال كتحويل الحرام وفي كل ذلك ضرر بالغ من عدة وجوه ففيه مناقضة لما تضافرت عليها الأدلة من ابتناء الشريعة على اليسر والسهولة بل هو يؤثر على مستقبل الدعوة إلى الله حيث أن عدم تحرى مقاصد الشريعة وأدلتها فى إعطاء الأحكام لمستجدات الأمور قد يظهر الشريعة بمظهر النابذ لما توصلت إليه الإنسانية من أساليب معاشية تعين الإنسان على عمارة الأرض . وهيات أن يكون الدين الذى اختاره الله خاتمة للأديان وألزم به الثقلين أن يكون بهذه المثابة بل إن مدار التكاليف على تحقيق المصالح ودرء المفاسد ﴿٢٧﴾ .

ولقد ألهم الله علماء السلف رحمهم الله - صيانة للملة وذوداً عن حياضها - تقعيد القواعد وتأصيل الكليات استنباطاً من الأدلة التفصيلية على ما هو مبسوط فى مكانه من كتب الأصول .. وما نسميه عقوداً مستحدثة داخل تحت لواء تلك القواعد والكليات ولا تحيد عنها بحال إذ لا بد من أن يكون لها حكم شرعى .

ومن هذه القواعد رفع الحرج وهو أصل كلى تعود إليه جملة من الأحكام بالغة مبلغ القطع كما قال الشاطبى فى مواطن متكررة ﴿٢٨﴾ من الموافقات ومن الأدلة على ذلك قوله تعالى : ﴿ ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم لعلكم تشكرون ﴾ ﴿٢٩﴾

(٢٦) سورة النحل الآية ١١٦ .

(٢٧) انظر هذا المعنى فى مواطن متفرقة من كتاب القواعد النورانية لشيخ الإسلام ابن تيمية وأعلام الموقعين لابن القيم .

(٢٨) انظر : مثلاً الفصل الثانى المسألة السابعة من نوع المواطن من كتابه الموافقات .

(٢٩) سورة المائدة الآية السادسة .

وقال تعالى : ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ ^(٣٠) . وقال تعالى : ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾ ^(٣١) . وقال : ﴿ يريد الله أن يخفف عنكم ﴾ . [سورة النساء الآية ٢٨] .

قال ابن العربي ^(٣٢) : « لو ذهبت إلى تعديد نعم الله في رفع الحرج لطال المرام » .

واليسر في الشريعة عائد إلى الفطرة لأن الدين الفطرة ومن الفطرة حب الفطرة حب الإنسان للرفق وقال تعالى : ﴿ ربنا ولا تحمل علينا إصراً كما حملته على الذين من قبلنا .. ﴾ ^(٣٣) وفي الحديث الصحيح أن الله تعالى قال : قد فعلت .

وحينما بعث النبي ﷺ معاذاً وأبا موسى إلى اليمن قال لهما : « يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا » ^(٣٤) وقال : « إنما بعثتم ميسرين » ^(٣٥) .

وهذا يجعل الفقيه يستحضر الغرض ويقدر الأعذار والضروريات ويبحث عن التيسير ورفع الحرج والتخفيف عن العامة لأن أكثر الناس في حاجة إلى الرفق رعاية لغلبة رقة الدين وشيوع مغريات الإثم ولهذا كان على أهل الفقه أن ييسروا في مسائل الفروع تحقيقاً لمقصود الشارع .

(٣٠) سورة الحج الآية ٧٨ .

(٣١) سورة البقرة الآية ١٨٥ .

(٣٢) أحكام القرآن لابن العربي الجزء الثالث صحيفة ٢٩٣ .

(٣٣) سورة البقرة الآية ٢٨٦ .

(٣٤) متفق عليه من حديث أبي موسى رواه البخاري في كتاب الجهاد ١٦٤ والمغازي ٦٠

والأدب ٨٠ ورواه مسلم في الجهاد ٥ .

(٣٥) رواه البخاري في الوضوء ٥٨ والأدب ٨٠ والطهارة ١٣٦ ورواه الترمذي في الطهارة

١١٢ والنسائي في الطهارة ٤٤ والمياه ٣ ورواه أحمد بن حنبل ٢٣٩/٢ - ٢٨٢ .

وقال رسول الله ﷺ : « لن يشاد هذا الدين أحد إلا غلبه » ^(٣٦) .
ولهذا كان علماء السلف رضى الله عنهم إذا نظروا من المعاملات ما عمت
به البلوى ورأوا فيها مخرجاً إلى الجواز أفتوا به نزوعاً إلى التخفيف والتيسير
وتصحيحاً لمعاملات المسلمين قدر الإمكان . وفي الصحيح عن النبي ﷺ
« ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً » ^(٣٧) .

والصحابة رضى الله عنهم علموا ذلك لفقههم في الدين فلم يكونوا
يتخرجون مما لم ينص على تحريره فهذا عبد الله بن عمر مع شدة ورعه سئل
عن جبن تصنعه المجوس فقال ^(٣٨) : ما وجدته في سوق المسلمين اشتريته
ولم أسأل عنه . فما سكت عنه القرآن والسنة هو مما عفا الله عنه وأباحه
والمسلم في حل من فعله قال تعالى : ﴿ قد خسر الذين قتلوا أولادهم سفهاً
بغير علم وحرموا ما رزقهم الله افتراء على الله قد ضلوا وما كانوا
مهيئين ﴾ ^(٣٩) .

وقال النبي ﷺ فيما يرويه عن ربه : « إني خلقت عبادي حنفاء
فاجتالهم الشياطين وحرمت عليهم ما أحللت لهم وأمرتهم أن يشركوا بي
ما لم أنزل به سلطاناً » ^(٤٠) فجعل تحريم الحلال قرين الشرك .

(٣٦) رواه البخارى في الإيمان ٢٩ والنسائى في الإيمان ٢٨ وأحمد بن حنبل (٤/٤٢٢) -
(٢٥٠/٥ - ٢٥١) .

(٣٧) رواه البخارى في المناقب ٢٣ والأدب ٨٠ والحدود ١٠ ورواه مسلم في الفضائل
٧٧ - ٧٨ وأبو داود في الأدب ٤ والترمذى في المناقب والموطأ في حسن الخلق ١
وأحمد بن حنبل في مواطن كثيرة من الجزء السادس .

(٣٨) انظر : جامع العلوم والحكم لابن رجب صحيفة ٢٦٩ .
وانظر : كذلك إغاثة اللفهان الجزء الأول صحيفة ١٥٨ .

(٣٩) سورة الأنعام آية ١٤٠ .

(٤٠) رواه مسلم في كتاب الجنة وصفة نعيمها ٦٣ - ورواه أحمد بن حنبل (٤/١٦٢) .

قال العز بن عبد السلام^(٤١) : « لو عم الحرام أهل الأرض بحيث لا يوجد حلال جاز أن يستعمل من ذلك ما تدعو إليه الحاجات ولا يقف تحليل ذلك على الضروريات لأنه لو وقف عليها لأدى إلى ضعف العباد واستيلاء العدو على بلاد الإسلام ولانقطع الناس عن الحرف والصنائع التي تقوم بالمصالح » .

وقال سيفيان الثوري^(٤٢) : « إنما العلم عندنا الرخصة من ثقة أما التشديد فيحسنه كل واحد » .

وهذا المعنى هو الذى يلزم للناظر فى نوازل العقود إن يصطحبه ولكن ليس معنى ذلك لى أعناق النصوص والحكم بإباحة ما كان مشتملاً على علل المنع كالربا والغرر بدعوى الحاجة والتيسير على الناس فيلبس بهذا الصنيع العقد المحرم ثوباً شرعياً وفى ذلك ضرر بالغ على النظام الاقتصادى الإسلامى . ولا يعوزنا التمثيل على ذلك إذ رأينا من يبيح فوائد البنوك رغم اتضاح كونها رباً والله المستعان وغفر لنا ولهم .

○ الحاجة إلى هذه الدراسة والداعى إليها :

لقد بلغت الحياة المادية شأواً بعيداً فى التطور والنمو منذ الثورة الصناعية^(٤٣) ، وما أعقبها من تغير النظام الاجتماعى فى كثير من الأمم ،

(٤١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام آخر قاعدة المستثنيات من القواعد الشرعية فى المعاضات .

(٤٢) انظر : جامع العلوم والحكم لابن رجب صحيفة ٢٨٥ .

(٤٣) الثورة الصناعية مصطلح اقتصادى يراد به جملة التطورات المادية المتلاحقة التى شهدتها أوروبا منذ أواخر القرن الثامن عشر منذ اختراع جيمس واط للآلة البخارية فحلت الآلة محل العمل اليدوى وتغيرت طرائق الانتاج ونمت المدن وظهرت طبقات اجتماعية وعلائق اقتصادية لم تكن موجودة وزاد التطور الهائل بعد ذلك فى تعميم هذه الآثار على مختلف أنحاء العالم بلا استثناء .

وزيادة التواصل ، والترابط بين القارات ، حتى غدا العالم أمة واحدة ، لا تنفصل أجزاؤها ، ولا يمكن لبعضها أن يعزل نفسه عن غيره ، وعلى المسلمين أن يواجهوا هذا الواقع ، وأن يعرضوا كل ما اعتنوا طريقهم من هذه المستجدات على الميزان الشرعى ، فالأمة فى حاجة إلى من يديم النظر ، والتدبر فيما يطرأ من وقائع ، وأحوال ، لأن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان ، وليس ثمة ما يعرض للمكلف وليس لله فيه حكم .

وأكثر هذه المستجدات إشكالاً ، وأكثرها شيوعاً بين الناس هى العقود المالية ، ومن هذه العقود ما هو مقتبس من أمة أخرى ، مثل التأمين ، ومعاملات البنوك ، وعقود البورصة ومن هذه العقود ما هو عرفى محلى نشأ فى بلاد المسلمين ، مثل الخلو ، والاعتياض عن الحقوق وغيرها ، فهذه المعاملات وسواها مما عمت به البلوى ، واستفاضت بين الناس وتعلقت بجميع شئون الحياة فى كل بلاد العالم ، بل إن على أكثرها مدار العمل فى الصناعة والزراعة والتجارة . وقد كثر حولها الجدل ، وخاصة فيها من كان أهلاً لذلك ومن لم يكن له أهل . وكان لهذه البلبلة أثر على العامة وبعض الخاصة حتى أنا وجدنا من ينكر أن للإسلام نظاماً اقتصادياً يمكن أن يكون قادراً على مساندة الحياة المعاصرة وتلك شنشنة نعرفها ولا نلتفت إلى قائلها . وحسبنا أن نديم الدرس ونعمل ما بأيدينا من أدلة شرعية وقواعد كلية وما علم من مقصود الشارع من التكليف .

وترك المعاملات المستحدثة دون بيان حكم الشرع فيها ، فيه من الضرر بقدر ما فى الافتراء على الشريعة بغية فك عراها عروة عروة . ولا يتفق مع حكمة الشريعة وشمولها الزمانى والمكانى . فالفقهاء مطالبون بالتصدى للعقود المالية المستحدثة - شأن كل المستجدات - التى استخدمها الناس فى تحقيق مصالح مالية واجتماعية ثم يبينون بعد التأمل وأعمال النظر

واستفراغ الوسع ما يغلب على الظن أنه الحكم الشرعى .

ولقد أخطأ بعض أهل العلم حين سارع إلى الرفض والتحريم وفى ذلك تشديد على المسلمين وتنفير من الدين ولقد أخطأ كذلك من توسع فى الإباحة وتكلف فى التخرج وحمل ذلك على المصلحة أو الضرورة ولا يلزم فى النظر فى العقود المستحدثة أن يقتصر على إباحة العقود التى لها نظائر نص عليها الأئمة . بل يلزم أن يتناول العلماء هذه العقود ويتأملوا القواعد التى تحكمها ويعرضوها على الأدلة الشرعية وما استنبطه العلماء من القواعد من هذه الأدلة ويأخذوا منها ما وافق وينبذوا ما خالف ولا يهيم بعد ذلك خلاف من خالف ولا وفاق من وافق من الأمم الأخرى لأن للمسلمين استقلالاً فقهيّاً يعصمهم من الانصياع وراء بهارج ما استحسنته مرضى القلوب .

وهى تحتاج إلى تأمل ودراسة شرعية تميّط اللثام عن حكمها وصحتها لقد نال بعضها حظ من اهتمام فقهاء هذا الزمان بل أن مسائل منها كالحلوى والتأمين قد تطرق إليها المتأخرون مثل ابن عابدين والقاضى عليش ولا يليق بهذا الشرع الكامل الذى أمن الله به على عباده ورضيه منهم ديناً ألا يكون له موقف من مستجدات الحوادث ولا يليق بالعلماء أن يتركوا الخوض فيها ولا أن يتعجلوا بالحكم إلا بعد تقليب الأمر على كل وجه وعند النظر فى هذه النوازل يلزم أن نسلك الطرائق التى حددتها الشريعة لمن يروم استنباط حكم يجمله .

وقد أخطأ بعض العلماء الذين لهم اشتغال بالقانون فى القول بأنه لم يبين الفقهاء نظرية عامة للعقد بل إن كل عقد درس على حده ولم يتكون من مجموع ذلك معانى عامة . ومن هؤلاء الدكتور عبد الرزاق السنهورى رحمه الله حيث قال^(١) : « ولم يحاول فقهاء المسلمين وضع نظرية عامة

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى الجزء الأول صحيفة

للعقد بل تناولوا العقود المسماة وبحثوا كل عقد في أركانه وفي أحكامه فبحثوا البيع والهبة والإجارة بأنواعها والمزارعة والمساواة والشركة والعارية والقرض والوديعة والكفالة والحوالة والرهن والصلح .

ومن الأحكام التي قرروها في هذا الصدد يستظهر الباحث القواعد المشتركة بين هذه العقود جميعاً فيستخلص منها نظرية عامة للعقد .

وقال في نفس الجزء^(٢) : « ففى كتب الفقه لا نجد نظرية عامة للعقد بل نجد على النقيض من ذلك عقوداً مسماة تأتي عقداً بعد عقد من ترتيب غير منطقي » .

ولكن الواقع غير هذا فكتب القواعد والأشباه والنظائر وسواها مليئة بهذه القواعد ومنها ما يكون خاصاً بتنظيم العقود ومنها ما هو قواعد عامة تنطبق على كليات تدخل العقود في جملتها وهذه سمة من سمات التشريع لأنه عام في الزمان وفي المكان ولذا فإن كثيراً من الأحكام تقوم على معان كلية مستفادة من الأدلة التفصيلية وهي التي تناولتها كتب الأصول وتوسعت فيها ولهذا لم يجد العلماء المتقدمون صعوبة في تناول العقود المستحدثة في زمانهم ووجدوا لكل عقد حكماً ولكل نازلة حكماً واستطاعوا أن يواجهوا عادات الأمم التي وصلها الفتح الإسلامي فوزنوها بميزان الله الذي لا يضل فحصل من مجموع ذلك - وغيره - حصيلة فقهية غنية يمكن أن تكون لنا نبراساً ننسج على منواله عند النظر في نوازل هذا الزمان .

قال النووي عند شرحه لحديث نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر^(٣) : « أما النهى عن بيع الغرر فهو أصل عظيم من أصول كتاب البيع ولهذا قدمه مسلم وتدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة كبيع المعلوم

(٢) نفس المصدر صحيفة ٨٠ .

(٣) في الجزء العاشر من شرح النووي على مسلم .

والمجهول وما لا يقدر على تسليمه وما لم يملك البائع عليه ونظائر ذلك فكل هذا بيعه باطل لأنه غرر .

بل إن السنهورى نفسه نقض ما قاله أولاً حيث قال^(٤) : « إن هذه النظرة سطحية .. ومن ثم فما ذكره الفقهاء من العقود المسماة إنما هي العقود التى يغلب أن يقع التعامل بها فى زمنهم فإذا استحدثت الحضارة عقوداً أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فقهاً كانت عقوداً مشروعة » .

قلت : لهذا كله رأيت أن أدلى بدلوى بين الدلاء أسهم بهذه العجالة - وهى جهد المقل - ما بين الحاجة إلى طرق هذه العقود من الناحية الشرعية وأبين خطأ من أخطأ وصواب من أصاب فى رأى على ما أشكوا منه وأقر به من قلة البضاعة وضعف الحيلة والله المستعان .

○ الحاجة إلى الاجتهاد فى هذا الزمان :

انقضى التشريع بوفاة رسول الله ﷺ ولم يبق إلا التطبيق ولكن لم ينقض التشريع إلا بعد أن كمل وتم على أحسن ما يكون التمام والكمال قال تعالى : ﴿ اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً ﴾^(٥) وقيل إنها آخر آية نزلت فلم ينزل بعدها تحريم ولا تحليل فجميع أحكام الشريعة من عند الله تعالى ولكن ليس معنى ذلك أن كل حكم لا بد أن يكون منصوباً عليه صراحة بل منه ما عرف بالنظر والتأمل فيما صرح به كقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾^(٦) وتختلف نتيجة هذا النظر والتأمل لاختلاف فهم الناس وقرائحهم ولاختلاف دلالات النصوص وتوجيه الناس لما يجد ويطراً عليهم من نوازل ولكن اليقين

(٤) نفس المصدر صحيفة ٨ .

(٥) سورة المائدة الآية ٣ .

(٦) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

حاصل بأن في الأدلة الشرعية غنى وكفاية لاستنباط أحكام كل المستجدات في كل زمان وكل مكان إذ أنه ليس ثمة قضية ليس لله فيها حكم قال تعالى : ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين﴾^(٧) فإذا نزلت بالمسلمين نازلة أو عرض حكم مستحدث وأريد معرفة الحكم الشرعى فيها وجب الرجوع إلى كتاب الله فإن وجد فيه حكم قضى به وإلا وجب الرجوع إلى السنة فإن وجد فيها حكمها قضى به وإلا وجب النظر في علل الأحكام وما شرعت لأجله من مقاصد فيقاس الشبيه على الشبيه ويلحق المثل بمثله فيسوى بينهما في الحكم وإلا رجع إلى القصد العام من التشريع .

ومن ذلك سؤال النبي ﷺ لمعاذ بن جبل حين ولاه قضاء اليمن : « بم تقضى ؟ » قال بكتاب الله . قال : « فإن لم تجد ؟ » قال : اقضى بسنة رسول الله . قال : « فإن لم تجد ؟ » قال : اجتهد رأيي فقال عليه الصلاة والسلام : « الحمد لله الذى وفق رسول الله إلى ما يرضى الله »^(٨) وأول إعمال الرأى يكون بالقياس على الأشباه والنظائر وإنما يهرع الفقيه إلى القياس على النظائر والجزئيات لأن دلالة النظر على النظر قوية الإرشاد^(٩) إلى المعنى الذى صرح الشارع باعتباره في نظيره أو أوماً إليه أو أوصل الظن إلى أن

(٧) سورة النمل الآية ٩٨ .

(٨) حديث معاذ هذا رواه أحمد والترمذى وغيرهما وقال الترمذى إنه حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده عندى بمتصل وقد أجاب ابن القيم عن هذا الحديث فقال في أعلام الموقعين : هذا الحديث وإن كان عن غير مسمين فهم أصحاب معاذ فلا يضره ذلك لأنه يدل على شهرة الحديث بل أصحابه من أفاضل المسلمين وخيارهم . على أن أهل العلم نقلوه واحتجوا به فوقفنا بذلك على صحته عندهم .

(٩) انظر : مقاصد الشريعة للطاهر بن عاشور صحيفة ١٠٩ .

الشارع ما راعى فى حكم النظر إلا ذلك المعنى فإن دلالة النظر على المعنى
المرعى للشارع حين حكم له بحكم ما دلالة مضبوطة ظاهرة مصحوبة
بمثالها .

والأصل فى الأحكام الشرعية كلها قبول القياس عليها ما قامت منها
معان ملحوظة للشارع فىجب أن تكون أنواع الأحكام التى لا يجرى فى
مثلها القياس قليلة جداً ومن أجل ذلك اختلف الفقهاء فى جريان القياس
فى الحدود والكفارات والرخص والأسباب والشروط والموانع ومن أجل ذلك
اتفقوا على امتناع القياس فى اثبات أصول العبادات .

قال الشاطبى^(١٠) : « إن الشارع توسع فى بيان العلل والحكم فى
تشريع باب العادات وأن المعتبر فى ذلك مصالح العباد والإذن معها أينما دارت
حسبها فى مسالك العلل فالشارع قصد اتباع المعانى لا الوقوف مع النص
بخلاف باب العبادات فإن المعلوم فيها خلاف ذلك » . ولم يجعل الشارع
علل الأحكام عبثاً وإنما ليقاس عليها ولتكون آلة فى يد المجتهدين يستخرجون
بها أحكام ما يطرأ عليهم من نوازل ومشكلات .

ولا يصعب فى حق الفقيه فى هذا الزمان إلحاق النوازل بأشباهها
ونظائرها وأمهات المسائل التى استنبطها العلماء من الأدلة والقواعد فالأمة
فى حاجة إلى علماء ذوى نظر سديد وفقه فى الشريعة ومعرفة بمقاصدها العامة
ومعرفة بمواضع الحاجة فى الأمة لإمدادها بالمعالجة الشرعية لاستبقاء عظمتها
فيلزم الاعتبار فى أدلة الشريعة وبذل الجهد فى استجلاء مراده فالاجتهاد فرض
كفاية على الأمة بمقدار حاجة أقطارها وأحوالها وتأثم الأمة بالتفريط فى ذلك
مع الاستطاعة والتقصير فى إيجاد الاجتهاد يظهر أثره فى الأحوال التى ظهرت
متغيرة عن الأحوال التى كانت فى العصور الماضية والأحوال التى طرأت ولم

(١٠) الموافقات للشاطبى الجزء الثانى صحيفة ٢٥٥ .

يكن نظيرها معروفاً في تلك العصور كالعقود المستحدثة فيلزم أن يتداعى لها طوائف من الخبراء في المجالات التي لها صلة بها كالاقتصاد والقانون ويفصلوا القول في حقيقة هذه العقود ويعرضوا ذلك على الفقهاء لكي يدرسوا الأمر دراسة دقيقة مستفيضة من جميع نواحيها الحاضرة والمستقبلية مع الأخذ في اعتبارهم تطبيق القواعد الشرعية التي تيسر على العباد وتنظم المعاملات فما وجدوه منها مخالفاً لمقاصد الشريعة نبذوه لكونه مخالفاً لتلك المقاصد وليس لمجرد كونه مستحدثاً لم تفصل أحكامه كتب الفقه .

فالشرع لم يحصر التعاقد في موضوعات معينة يمنع تجاوزها إلى موضوعات أخرى وليس في نصوص الشريعة ولا قواعد ما يوجب تحديد أنواع من العقود أو تحديد موضوعاتها إلا أن الشارع قرر قواعد وشرط شرائط يلزم عدم الحيدة عنها عند التعاقد .

وليس هناك ما يعوق تقبل مستحدثات العقود مع مراعاة عدم مخالفة مقاصد الشريعة بمعنى أنه يلزم الالتزام بقواعد العقود وهي التي تحفظ لها صفة مراعاتها لمقصود الشارع من حفظ الحقوق إذ كانت المصلحة مقصود الشارع فلا يمكن أن يضيق الناس ولا أن يدخل عليهم الحرج من جراء تضيق جانب التعامل وهي التي عدها الأصوليون من الحاجات التي يدخل على المكلفين بفقدائها حرج ومشقة^(١) وهما مرفوعان بنص الكتاب والسنة .

ويمكن بيسير التأمل وإعمال الفكر تعديل بعض العقود المستحدثة التي تبين عدم اتفاقها مع أصول التعاقد لكي تستقيم على الوجه الشرعى أى أنه يمكن أن يستفاد منها - أى من العقود غير الجائزة - بأخذ الفقرات أو الأجزاء التي تتوافق مع الشريعة وينبذ ظهرياً ما سواها جازمين بأن المصلحة ليست فيما حرم الله .

(١) انظر : الموافقات للشاطبي الجزء الثاني صحيفة ٥ .

ومن الأمثلة على ذلك ما نراه من البنوك الإسلامية وشركات التأمين الإسلامية التي استفادت من صيغ العقود غير الجائزة فأخذت منها ما لا يمنع الشرع أخذه ونبذت ما عدا ذلك حسبما أدى الاجتهاد إليه .

○ دعوى غلق باب الاجتهاد :

لا تصح دعوى غلق باب الاجتهاد . قال الشوكاني^(٢) نقلاً عن الماوردي : (التقليد مختلف باختلاف الناس بما فيهم من آلة الاجتهاد المؤدى إليه أو عدمه دون طلب العلم من فرض الكفاية ولو منع الناس جميعاً من التقليد وكلفوا الاجتهاد لتعين فرص العلم على الكافة وفي هذا اختلال نظام وفساد فلو كان يجمعهم التقليد لبطل الاجتهاد وسقط غرض العلم وفي هذا تعطيل الشريعة وذهاب العلم فلذلك وجب الاجتهاد على من تقع به الكفاية ليكون الباقيون تبعاً ومقلدين قال تعالى : ﴿ فلولوا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون ﴾^(٣) فلم يسقط الاجتهاد عن جميعهم ولا أمر به كافتهم) .

وهذا يخالف عموم الشريعة في الزمان وفي المكان ويؤدى قولهم بخلو العصر من مجتهد إلى زوال التكليف وبطلان الشريعة .

نص كثير من العلماء على عدم صحة رأى من ذهب إلى إغلاق باب الاجتهاد^(٤) منهم الأستاذ أبو إسحاق ونسبه الفقهاء واختاره ابن دقيق العيد

(٢) إرشاد الفحول للشوكاني صحيفة ٢٥٣ .

(٣) سورة التوبة الآية ١٢٢ .

(٤) انظر خلاف العلماء في هذه المسألة في المراجع التالية : -

- نهاية السؤل للأسنوى ، الجزء الرابع ، صحيفة ٦١٣ .

- التحرير ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٤١ .

- حواشى المطيعى على سلم الوصول الجزء الرابع ، صحيفة ٦١٤ .

وهو قول عبد الوهاب المالكي وصرح به ابن بطال في شرح البخاري وأيده السيوطي وعزاه إلى ابن عبد السلام وصرح بذلك في المجتهد المنتسب النوى .

قال عليه السلام ^(٥) : « لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرهم من خذلهم حتى يأتي أمر الله وهم كذلك » .

○ دعوى جواز خلو العصر من مجتهد :

أجاز خلو العصر من مجتهد الآمدي وابن الحاجب وابن الهمام وعليه الأكثر وأشاروا إلى أن ذلك محل اتفاق إذ قالوا : الخلق كالمثقفين على إنه لا مجتهد اليوم بل قال في فواتح الرحموت : إن الاجتهاد المطلق قد اختتم بالأئمة الأربعة وختم الاجتهاد في المذهب بالنسفي ^(٦) .

ومنع خلو العصر من مجتهد الحنابلة والقاضي عبد الوهاب من المالكية واختاره ابن دقيق العيد وقالوا : إن ذلك ممتنع ما لم يتداع الزمان بتزلزل القواعد وهو الحد الذي تنقض به القواعد بسبب زوال الدنيا في آخر

= — مقدمة المجموع للنوى ، الجزء الأول ، صحيفة ٧١ .

— الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٧٢ .
وأكثر كتب الأصول .

(٥) رواه مسلم في باب الإمارة ٥٣٣ : ٥٨٣/٣ ، رواه البخاري في كتاب الاعتصام ، باب قول النبي عليه السلام : « لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق » وهم أهل العلم من حديث ثوبان رضى الله عنه . والمتفق عليهما :
أ : حديث معاوية في العلم وفي المناقب وفي الاعتصام وفي التوحيد وعند مسلم في الإمارة .

ب - حديث المغيرة بن شعبة عند البخاري في المناقب وفي الاعتصام وفي التوحيد وعند مسلم في الإمارة .

(٦) انظر : فواتح الرحموت ، الجزء الثاني ، صحيفة ٣٩٩ .

الزمان^(٧) .

○ الدراسات السابقة :

كان من نتيجة الصحوة التي عمت أطراف العالم الإسلامى أن انصب الاهتمام على معرفة الوجه الشرعى لكثير من المعاملات المستحدثة ولقد كانت المحاولات التى قام بها أهل العلم فى هذا الزمان للحكم على العقود المستحدثة ذات مستوى عال إذ عقدت لذلك مؤتمرات وندوات تضم خيرة علماء العصر واهمها^(٨) : -

○ أولاً : المؤتمرات العالمية لأسبوع الفقه :

- ١ - وكان أول أسبوع للفقه عقد فى باريس سنة ١٩٥١ وقد عالج مسائل فى الربا ونزع الملكية .
- ٢ - أسبوع الفقه الإسلامى الثانى المنعقد فى دمشق ١٩٦١ . وعالج موضوع التأمين . وطبعت أعمال هذا المؤتمر سنة ١٩٦١ ويشار إليه أحياناً ببرنامج الإمام ابن تيمية .
- ٣ - أسبوع الفقه الإسلامى الثالث المنعقد بالقاهرة فى مايو سنة ١٩٦٧م وطبعت أعماله سنة ١٩٧٠م .
- ٤ - أسبوع الفقه الإسلامى الرابع المنعقد بتونس فى يناير ١٩٧٥م ولم تطبع أعماله حتى الآن .
- ٥ - أسبوع الفقه الإسلامى الخامس المنعقد فى الرياض فى ذى القعدة ١٣٩٧ / نوفمبر ١٩٧٧م . ولم تطبع أعماله .

(٧) انظر : الرد على من أخلد إلى الأرض وأنكر أن الاجتهاد فى كل عصر فرض للسيوطى ، صحيفة ٩٧ .

(٨) انظر : الإشارة إلى بعض هذه المؤتمرات فى تطور الدراسات الاقتصادية الإسلامية للدكتور محمد شوقى الفنجري ، صحيفة ٤٤ .

٦ - دعت المملكة العربية السعودية إلى مؤتمر عالمي للفقهاء الإسلامى انعقد بالرياض تحت إشراف جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية فى الفترة من ١ - ١٠ من ذى القعدة سنة ١٣٩٦ / ١٠ / ٢٣ إلى ١٩٧٦/١١/٢ وعالج موضوعات المصارف . ولم تنشر أعماله .

○ ثانياً : مؤتمرات مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة :

وهو منظمة أزهريّة تدعو بصفة منتظمة كبار العلماء بكافة أنحاء العالم للاجتماع بالقاهرة من أجل مناقشة مختلف شئون المسلمين . وكان من بينها دراسات حول العقود المالية المستحدثة وهذه اللقاءات هى :

- ١ - المؤتمر الأول فى مارس ١٩٦٣ م .
- ٢ - المؤتمر الثانى المنعقد فى مايو ١٩٦٥ م وقد عالج موضوعات المعاملات المصرفية واستثمار الأموال فى الإسلام .
- ٣ - المؤتمر الثالث المنعقد فى أكتوبر ١٩٦٦ م .
- ٤ - المؤتمر السادس المنعقد فى مارس ١٩٧١ م .
- ٥ - المؤتمر السابع المنعقد فى سبتمبر ١٩٧٢ م . وناقش الأسس التى تقوم عليها المصارف التجارية وكيفية التوفيق بينها وبين الشريعة الإسلامية وحكم شهادات الاستثمار وودائع صناديق الإدخار .
- ٦ - المؤتمر الثامن المنعقد فى أكتوبر ١٩٧٧ م .

○ ثالثاً : حلقة الدراسات الاجتماعية للدولة العربية :

عقدت بدمشق سنة ١٩٥٢ م بتنظيم من هيئة الأمم المتحدة وجامعة الدول العربية .

○ رابعاً : ندوة المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية (شعبة الاقتصاد والمالية العامة) والتى عقدت فى يناير ١٩٦٧ م ولم تطبع أعماله .

○ خامساً : المؤتمرات العالمية للاقتصاد الإسلامى :

وقد عقدت فى الفترة الأخيرة مؤتمرات عالمية متخصصة فى بحوث الاقتصاد الإسلامى وما يخص العقود المالية وهى : -

١ - المؤتمر العالمى الأول للاقتصاد الإسلامى والمنعقد فى مكة تحت إشراف كلية الاقتصاد بجامعة الملك عبد العزيز فى الفترة من ٢١ إلى ٢٦ من فبراير ١٩٧٦ الموافق ٢١/٢٦ من صفر ١٣٩٦هـ وقد أعقبه بتوصية منه - إنشاء مراكز ومعاهد متخصصة فى الاقتصاد الإسلامى وكذلك منشآت تستثمر الأموال وفق الشريعة الإسلامية كالبنوك وشركات التأمين الإسلامية .

٢ - المؤتمر العالمى الثانى للاقتصاد الإسلامى وقد عقد فى باكستان عام ١٤٠٣هـ الموافق ١٩٨٣م .

○ سادساً : مؤتمرات المصارف الإسلامية لقد أنشئ إتحاد دولى للمصارف الإسلامية ينسق بين مختلف المصارف الإسلامية التى أصبحت مبنوثة بحمد الله فى مختلف أقطار العالم الإسلامى وقد عقدت مؤتمرات لهذه المصارف وهى : -

١ - مؤتمر المصرف الإسلامى الأول وعقد فى دى فى الفترة من إلى عام ١٣٩٩هـ .

٢ - مؤتمر المصرف الإسلامى الثانى وعقد فى الكويت فى الفترة من ٦ إلى ٨ جمادى الآخرة عام ١٤٠٣هـ الموافق ٢١ - ٢٣ مارس ١٩٨٣م .

○ سابعاً : المجامع الفقهية :

وقد أنشئ بمجمعان للفقه أحدهما تابع لرابطة العالم الإسلامى بمكة المكرمة وبدأ أعماله فى محرم سنة ١٣٨٦هـ وقد أصدر عدة توصيات تمس

الجانب الاقتصادي في النظام الإسلامي وله في كل عام دورة وكانت دورته الأولى في العاشر من شعبان عام ١٣٩٨ هـ .

أما المجمع الفقهي الثاني فهو يتبع منظمة المؤتمر الإسلامي ومقره جدة وقد أنشئ بقرار رقم ٣/٨ - ث (ق - أ) الصادر بقرار من مؤتمر القمة الإسلامية الثالثة المنعقدة في ١٩ ربيع الأول عام ١٤٠١ هـ في مكة المكرمة وقد بدأ هذا المجمع أعماله في ٢٦ شعبان ١٤٠٣ هـ وقد عقد حتى الفراغ من هذا البحث في الشهر الرابع من عام ١٤٠٨ هـ مؤتمرين في جدة وعمان وناقش موضوعات اقتصادية عدة كأعمال المصارف والتأمين من وجهة النظر الشرعية .

○ ثامناً : الندوات : لا حصر للندوات وحلقات الدراسات التي تعقد في مختلف أرجاء العالم الإسلامي والتي تخصص لمواضيع محددة كالتأمين أو الاستثمار المصرفي أو غير ذلك وأبرز هذه الندوات ما يلي : -

١ - ندوة الاستثمار والتمويل بالمشاركة التي عقدت في جامعة الملك عبد العزيز بجدة عام ١٤٠١ هـ ونظمها الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية واستمرت بضعة أيام نوقش فيها عدد من أساليب الاستثمار في البنوك وقد كان للباحث شرف المشاركة في هذه الندوة .

٢ - ندوات البركة : وهي ندوات ينظمها بعض المشتغلين في البنوك الإسلامية ويمولها بعض المحسنين وقد عقدت حلقتين الأولى منهما في المدينة المنورة في الفترة من إلى عام ١٤٠٠ هـ . والثانية عقدت في اسطنبول في الفترة من إلى عام ١٤٠٠ هـ .

٣ - ندوة الأوراق المالية الإسلامية وقد عقدت في البنك الإسلامي للتنمية بجدة في شهر عام ١٤٠٧ هـ وقد ضمت مجموعة من الخبراء في أعمال البورصة والأوراق المالية .

٤ - ندوة البنوك الإسلامية ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية
وقد عقدت في بنك فيصل الإسلامي المصري في ٢٨ صفر عام ١٤٠٤ هـ .

○ **تاسعاً : المجلات المتخصصة :** تصدر بعض البنوك الإسلامية مطبوعات متخصصة في نشر البحوث المتصلة بأعمال المصارف الإسلامية وما يتصل بذلك من معاملات شرعية وأهم هذه المجلات : مجلة البنوك الإسلامية ويصدرها الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ومجلة النور ويصدرها بيت التمويل الكويتي ومجلة الاقتصاد الإسلامي ويصدرها بنك دبي الإسلامي ومجلة البحوث الإسلامية وهي مجلة رصينة تصدرها الإدارة العامة للبحوث والإفتاء والدعوة والإرشاد في المملكة العربية السعودية .

○ **عاشراً : الكتب المتخصصة :** تناول كثير من العلماء في هذا الزمان جوانب مختلفة من العقود المستحدثة وأكثر المواضيع التي تناولت هي أعمال البنوك والتأمين وقد أهملت بعض الشيء عقود البورصة والحقوق وسواها ويلاحظ أن هذه الكتابات منها ما هو رصين جاد استقصيت فيه وسائل البحث والدرس ومنها ما هو دون ذلك .

وأبرز من كتب في ذلك الدكتور غريب الجمال ومحمد باقر الصدر والدكتور عيسى عبده وتقى الدين النبهاني والدكتور مصطفى الزرقا وغيرهم كثير . ولقد سبق هؤلاء جميعاً ابن عابدين حين تناول في حاشيته بعض العقود المستحدثة في زمانه .

○ **حادى عشر : إدارات الإفتاء :** خصوصاً في مصر والمملكة العربية السعودية وقد صدرت عن هذه الإدارات فتاوى متعددة في مسائل من العقود المستحدثة وأشهرها فتوى الشيخ محمد عبده حول التأمين في مطلع هذا القرن الميلادى .

○ منهج الدراسة :

أولاً : مهدت بين يدي هذه الدراسة بعرض مقتضب وشامل في أن معاً لأحكام العقود وأثبت نقولاً عن العلماء المتقدمين وركزت على أهمية القول بأن الأصل في العقود الإباحة وأن الأصل تصحيح معاملات الناس وعقودهم لكي تستقيم بعد ذلك دراسة العقود المستحدثة . ولقد التزمت تجنب الخوض في تفاصيل الأحكام في هذه التوطئة أو عرض الأدلة بتفصيل يخرج بها عن كونها ليست مقصود البحث . وركزت في الأحكام التي أجمعها على ما هو من جنس القاعدة العامة في العقود أو يجمع بين مجموعة منها كالغرر والقمار والرضاء الأهلية وما في حكم ذلك .

ثانياً : اخترت أهم العقود التي شاع بين الناس التعامل بها ولم أفضل القول كثيراً في النواحي الاقتصادية التي لا أثر لها في الحكم وتوخيت الاختصار على ما خفى أمره ودق مسلكه ولذا فإني لا أتعرض لما هو واضح التخريج مثل القروض الربوية التي تعقدها البنوك لعدم إشكال أمرها وعدم تردد الناظر فيها في إلحاقها بمسائل الربا المحرم .

ثالثاً : أذكر مذاهب الأئمة الأربعة (مع جمع الأقوال المتشابهة أو المتقاربة) وأتباعهم المجتهدين كشيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم والنووي وأضرابهم مع ذكر أدلتهم وربما عرضت لآراء أهل الظاهر . كل ذلك باختصار غير غل فأذكر الرأي المشترك مختصراً ثم أحيل إلى المراجع التي يوجد فيها هذا الرأي . ثم أذكر رأي المخالف وما استدلل به وأحيل إلى المراجع أو المراجع لمن شاء أن يتوسع أو يتثبت والداعي إلى ذلك هو سعة الموضوع وتشعب طرقه والمداخل إليه فإذا ذهبت استقصي كل ما يمت إلى الموضوع بصلة فلا أخالني مستوفياً ذلك ولا محصلاً هذا القدر الذي اقتصرت عليه فلا ظهراً أبقيت ولا أرضاً قطعت .

والأمثلة على ذلك قرية المنال وذلك أننى وطأت لدراسة العقود المستحدثة بمقدمة عن معنى العقد وأركانه وأحكامه ولا يعزب عن البال أن كل ركن من هذه الأركان وكثيراً من المسائل المتصلة بها قمين بأن يفرد بدراسة كالغرر والأهلية وأنواع الخيار ونحو ذلك وهذا حاصل أيضاً في آحاد المسائل التى عرضت لها مثل بعض أعمال المصارف التى كثر حولها الخلاف كخطابات الضمان والودائع المصرفية وكذلك التأمين .

وغاية ما فى الأمر أننى استقصى ما فى المسألة من أقوال جهد الطاقة وأبين باختصار خلاصة لها ثم أتلو ذلك أحياناً بنقول من بعض أصحاب هذه الآراء لتحصيل اليقين بصحة الغزو والاختصار والاستنتاج ثم أعقب ذلك بالأدلة مختصرة وأوثق جميع ذلك بالمراجع فإذا نقلت مثلاً جواز بيع المعاطاة عند الجمهور أحيل إلى كتب الأئمة ولا أذهب أنقل عن جميعها لأن ذلك مخرج عن قصد الاستقصاء والاختصار .

رابعاً : اعتمدت على المصادر الفقهية والأصولية والحديثية وكتب التفسير والقواعد والأشباه والنظائر وأفدت من الموسوعات الفقهية المعاصرة مثل الموسوعة الكويتية وموسوعة الفقه الإسلامى وأدلته وموسوعة جمال عبد الناصر وقد دلتنى على ما لم أكن أعرف من المظان وماآخذه الأحكام هذا بالإضافة إلى مراجع العقود المستحدثة وهى جملة من الكتب الحديثة وأعمال المؤتمرات والندوات وحلقات الدراسات وقرارات المجامع الفقهية ولجان الفتوى والمجلات المتخصصة .

خامساً : طريقة الإحالة إلى المراجع هو أنى أثبت اسم الكتاب واسم المؤلف ورقم الصفحة غالباً إلا إذا أمكن الرجوع إلى موضوع الإحالة عن طريق الباب أو المبحث . هذا وقد رجعت إلى طبعات متعددة لبعض الأمهات .

ولم أر داعياً لتتبع خطوات بعض الباحثين في إثبات اسم الناشر واسم المطبعة وسنة الطبع عند أول ورود للمصدر لقلة جدوى ذلك عندى فهب أن الناظر في الكتاب لم يبدأ من أوله فلم يتفق له أن يرى أول إثبات الاسم المصدر ولذا فإنى أكتفى بإثبات كل المعلومات المتصلة بالمراجع في الثبت الخاص بها لأنه أيسر للرجوع عند الحاجة .

ثم إننى أحيل في الفقرة الواحدة إلى جملة من المراجع التى يوجد فيها هذه المسألة وغالباً ما يكون ذلك ملخصاً عن هذه المراجع وتتداخل بعض المعانى المشتركة بينها لأن المراجع وإن كان فى بعضها متشابه إلا أنها ليست متطابقة وقد يوجد فى أحدها ما لا يوجد فى سواه فما وجد من زيادة أو نقص عائد إلى هذا المعنى .

سادساً : أقرب بياناً بتراجم الأعيان الذين ورد ذكرهم مراعيّاً فى ذلك عدم ذكر المشاهير كالصحابة والأئمة الأربعة لاستفاضة أخبارهم وذيوخ سيرتهم بين طلبة العلم وقد عرضت لبعض مشاهير المعاصرين إتماماً للفائدة .

سابعاً : عند تخرج الأحاديث ربما أكمل فى الحاشية ما لم يتأت ذكره فى المتن من تمام الحديث إذ من المعلوم أنه يقتصر فى المتن على محل الاستشهاد فأتى ذلك وأذكر بعض طرقه إذا لم يكن فى ذلك تطويل .

ولقد اعتمدت فى الحكم على الأحاديث وفى تخرجها أحياناً على الإثبات من محدثى هذا الزمان كالشيخين الألبانيين الشيخ ناصر الدين الألبانى فى إرواء الغليل والشيخ شعيب الأرناؤوط فى تعليقه على شرح السنة للبغوى وغيرهما بالإضافة إلى المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ومفتاح كنوز السنة ونصب الراية والتلخيص الحبير .

ثامناً : وضعت فهرساً للموضوعات أثبت فيه جميع العناوين الجانبية بحيث يسهل الرجوع إلى كل مسألة مهما تكن دقيقة ييسر وسهولة كما عملت

فهارس للآيات والأحاديث مرتبة ترتيباً هجائياً .

تاسعاً : عملى فى هذه الدراسة المتواضعة هو جمع ما تفرق من كلام للعلماء فى أبواب عدة فى مسائل العقود المستحدثة وتلخيص الأدلة المتشابهة والمتقاربة وجعلها رمزاً وأحيلها إلى مجموعة المراجع التى وجدتها فيها وأرجع وأوازن بين الأقوال بياناً لما أرى أنه راجح عندى - والعلم عند الله تعالى - .

وقد تناولت هذه الدراسة باين تسبقهما مقدمة وفصل تمهيدى وتتلوها خاتمة ، والشأن فى الباب الأول أنه فى حكم التوطئة للثانى . ذلك بأننى بصدد الكلام على العقود المستحدثة (وهذا هو الباب الثانى) فلا بد أن أوطىء لذلك بتعريف شامل ، وموجز فى أن معا للعقد وأحكامه وهذا هو موضوع الباب الأول . والفصل التمهيدى يتناول المعانى العامة المستخلصة من التأمل فى أحكام العقود وسميت هذه المعانى بالأسس . وفى الباب الأول عرفت فى الفصل الأول منه العقد وذكرت تقسيماته وعرضت لما قاله فقهاء هذا الزمان فى هذه التقسيمات لأنه لا مشاحة فى الاصطلاح ثم بينت حكم استحداث العقود والشروط وهو بيت القصيد فى الباب فأطنبت فيه بعض الشئ وأثبت نقولاً جملة عن العلماء الذين عرضوا لهذا المعنى خصوصاً شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله تعالى ثم شرعت فى الفصل الثانى فى بيان أركان العقد وشروطه وأثبت رسماً توضيحياً يبين للناظر هذه الشروط بيسر ثم بينت فى الفصل الثالث ما تحتل به العقود ورددت كل موجب من موجبات اختلال العقود إلى ما يتعلق به كالرضا أو المحل وفى ختام هذا الباب بينت الأساليب والأسباب التى تنفصم بها رابطة العقود .

وفى الباب الثانى بدأت فى بيان أحكام العقود المستحدثة وقسمت ذلك إلى أربعة فصول يختص الأول منها ببيان العقود التى تتعاطاها البنوك الإسلامية مع التوطئة لذلك بتعريف بالبنوك الإسلامية وبدء نشأتها والأعمال التى تقوم

بها وقد اقتصررت على أهم العقود وأكثرها شيوعاً وانتشاراً في هذه البنوك وهي الوديعة والاعتمادات المستندية وخطابات الضمان والقبول والخصم وتحصيل الشيكات والمراجعة والمشاركة المنتهية بالتملك والصرف والحوالة والتقسيط والشراء الاستجاري وسندات المقارضة .

وفي الفصل الثاني بينت أقسام التأمين وكلام العلماء في حكمه سواء كانوا من المجيزين أو المانعين مع بيان أدلة الفريقين وأراء المجامع الفقهية ودور الإفتاء وفي الفصل الثالث شرعت في الكلام على البورصة وأهميتها في هذا الزمان وأهم العقود التي تتم فيها وأعمال المضاربة - في اصطلاح أهل البورصة - وبينت الحكم الشرعى في كل ذلك مفرقاً بين تخريج عقود البورصة وتخرج إصدار الأوراق المالية وتداولها وفي الفصل الرابع بينت أقسام الحقوق ثم شرعت في تفصيل القول في الحقوق المالية وحكم انتقالها بوسائل الانتقال المقررة شرعاً كالبيع والإرث ثم بدأت الكلام على الخلو وأنواعه وكلام العلماء حوله وفي المبحث الأخير بينت حقوق المؤلف وحكم انتقال هذه الحقوق إلى غيره والعلاقة بين المؤلف وبين الطابع . ثم ختمت الدراسة بأهم ما استخلصته من استدامة النظر في أحكام العقود على العموم والعقود المستحدثة على الخصوص بالإضافة إلى ما يتصل بذلك من مباحث ومسائل . وأثبت بعد ذلك قائمة أبين فيها ترجمة لبعض المشاهير الذين وردت أسماءهم في تضاعيف البحث ثم قائمة المراجع والفهارس مبتدئاً بفهرس الآيات الكريمة ثم الأحاديث الشريفة وأشير إلى بعض الرواة وإن كان في الحديث مقال أشير إليه . ثم فهرس الموضوعات .

وأقول كقولى أولاً أنه غير خاف أن الحديث في هذه المسائل ذو شجون وبعضها حقيق بأن يتوسع فيه بل ويفرد ببحث ولكن رأيت أن أجمع ما تفرق من هذه العقود وأثبت كل ما يتصل بها باختصار أحاول جهد الطاقة ألا يكون مخلاً .

ثم إن كثيراً من هذه البحوث قليل طرُقُه من قبل الباحثين كالتقسيط
والشراء الاستجاري ومستندات المقارضة وبعض مسائل البورصة وغير ذلك
فأبدأ باسم الله وعلى بركته وعليه التكلان وإليه المآب وأسأله التوفيق ...

* * *

الفصل التمهيدى
أسس العقود

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

□ الباب الأول □

العقد وأركانه

الفصل التمهيدي

أسس العقود

○ توطئة :

الإنسان مدني بطبعه^(١) فلا بد له من الاجتماع المفضي إلى التعامل وتبادل المنافع والأعيان والتعاقد مظهر من مظاهر الحاجة إلى التعامل ونتيجة لها ، إلا أن للمبادلات أصولاً لا بد منها لتنظيم الأحوال الاقتصادية والاجتماعية ، هذه الأصول تقوم على تنظيمها العقود ولقد بينت الشريعة - من خلال النص أو الاجتهاد - المبادئ التي يلزم عدم الحيدة عنها عند إبرام كل عقد من العقود .

وهذا مكن من استنباط قاعدة عامة للعقود دل عليها استدامة النظر في فروع المسائل واستقراء قصد الشارع ودلالات النصوص في كل قضية ومسألة ذات صلة بالعقود .

وقصد الشارع من عقود المعاملات نقل الحقوق والأعيان المالية

(١) عبد الرحمن بن خلدون المقدمة في الباب الأول من الكتاب الأول صحيفة ٥٤ .

بمعاوضة أو تبرع وجعل لزوم هذا الانتقال حصول الصيغ المؤدية إلى ذلك من أقوال أو أفعال تدل على التراضى وشرطت لذلك شروط لمصلحة العاقدين^(٢) .

وتسهيلاً للرواج شرعت عقود مشتملة على الغرر والجهالة كالسلم والاستصناع والمضاربة ودخول^(٣) الحمام وبيع الوفاء والاكتفاء بمظاهر الصبرة وخيار الشرط للمشتري دفعاً للندم وجواز الإجارة على خلاف القياس وجواز الكفيل تأكيداً لقصد نقل الحقوق كان الأصل في العقود المالية للزوم قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾^(٤) .

ومن مقصد الشارع انتقال المنافع والأعبان وتبادلها بأيدي عديدة في الأمة فيتيسر دوران المال على آحاد الناس ويخرج عن أن يكون قاراً في يد واحدة أو أيدي قليلة ومن وسائل ذلك إباحة العقود المالية ووضع المبادئ المنظمة لها والتي تصون حقوق الناس وتبعدهم عن التظالم والتهارج من جراء ضياع الحقوق .

وتحقيقاً للقصد من ذلك جعلت تلك المبادئ سهلاً ميسرة واغتفر يسير المفسدة بإزاء جزيل ما يرجى من المصلحة شرط ألا تكون المصلحة الخاصة مصادمة للمصلحة العامة^(٥) ولذا كان بعض العقود منهيّاً عنه بسبب عودة على المصلحة العامة بالضرر كتلقي الركبان وبيع الحاضر للبادي ومنع

(٢) الطاهر بن عاشور : مقاصد الشريعة ١٧٦ .

(٣) ابن نجيم الأشباه صحيفة ٩١/٧٩ .

(٤) سورة المائدة آية (١) .

(٥) الشاطبي الموافقات الجزء الثاني ص ٧ ، ص ٢٥٩ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ٨٧ .

ومجلة الأحكام العدلية المادة ٢٦ .

إحياء علوم الدين للغزالي ، الجزء الثاني ، صحيفة ٥٩ .

الاحتكار فالتشريع كله متسق لا يتناقض مع الأصل العام ولذا وجب التناسق بين الأحكام الجزئية فالتصرف المشروع في ذاته لا يبقى على أصل المشروعية إذا تناقض مع المصلحة العامة .

فالأصل الذى يدور عليه مشروعية العقد ألا يناقض مصلحة أخرى مقدمة على مصلحة العاقدين وذلك يعنى عدم منافاتها لأصل من أصول الشريعة أو قواعدها العامة .

فالعقود التى لا تحقق مقصد الشارع - ومن ثم نهى عنها - قد يكون فيها شيء من مصلحة تحصيل المعاش ولكن رغم ذلك لا تصح نظراً للمآل الممنوع حيث أن جلب تلك المصلحة ككسب قوت العيال مثلاً تؤدي إلى مفسدة مماثلة أو راجحة تقتضى بطلان ذلك توقياً من مناقضة الشرع .

○ أسس العقود :

تطورت العلاقات الاقتصادية بين أفراد المجتمعات وبين المجتمعات البشرية في مختلف الدول ، وتعقدت تلك العلاقات ، وتولدت أنواع جديدة من العقود لم تكن معروفة على عهد الأئمة المتقدمين .

ومن هذه العقود المستحدثة ما هو وليد التعامل المحلى مثل : -
الخلو وبيع الوفاء والتحكير وعقد الإجاريتين ومنها ما هو ناشئ عن الاحتكاك بالأسهم الأخرى مثل : عقود التأمين وعقود البنوك ومعاملات البورصة ولا بد من عرض هذه التطورات التى أنتجت تلك العقود المستحدثة أو ما ستحدثه من عقود مستقبلاً على الميزان الشرعى ليمكن معرفة ما يمكن أن يؤخذ منها وما ينبذه .

ومن المعلوم أن الأحكام الشرعية معللة^(١) بالمصالح ، فلم يشرع

(١) دل على ذلك استقراء الشريعة . قال تعالى : ﴿... رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون =

نحكم - أو يمنع - عبثاً بغير مصلحة عائدة على المكلفين في دنياهم وأخراهم .

وينسحب هذا القول على المعاملات فهي إنما شرعت لتحقيق قصد الشارع - كما سيأتى تفصيله - غير أن هناك أسساً ومبادئ يلزم أخذها في الحسبان عند النظر في نوازل العقود ، تحصيلاً للملكة المؤدية إلى التمييز بين ما هو مشروع منها وما هو ممنوع .

والمقصود بهذه الأسس^(١) : المبادئ المستفادة من دراسة العقود عقداً عقداً وتجميع ما يمكن أن يكون سمات مشتركة تجمع بينها من حيث كونها عقوداً وهذه الأسس هي : -

○ الأساس الأول : لزوم الرضا :

قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل

= للناس على الله حجة بعد الرسل ﴾ قال تعالى : ﴿ وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ﴾ وقال تعالى : ﴿ ليلوكم أيكم أحسن عملاً ﴾ .

وأما التعليل لتفصيل الأحكام فكثيرة قال تعالى : ﴿ كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون ﴾ وقال : ﴿ إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر ﴾ .

ومن هذه الأمور ثبت القياس والاجتهاد فالإجماع والمعقول يدلان على أن الأحكام الشرعية - ومنها المعاملات - إنما شرعت لمصالح العباد . وتفصيل ذلك في كتب الأصول جميعاً تقريباً ومنها الموافقات الجزء الثانى ص ٣ ، ص ٤١ والإحكام فى أصول الأحكام للآمدى الجزء الثالث فى باب القياس .

(١) سيكون تناول هذه الأسس بشىء من الإجمال من الإغضاء عما قد يعتور التعميم من خلاف بين العلماء لأن الخلاف إنما يكون فى آحاد المسائل ومدى تحقق صورة المبدأ أو عدم تحققه ، أما المبدأ من حيث هو فلا خلاف فيه لأنه من جنس مقاصد الشريعة ومن حيث اعتبار العقود وسيلة لتحقيق هذه المقاصد .

إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴿١﴾ .

وفي الحديث « إنما البيع عن تراض »^(٢)

فدلت هذه الأدلة وغيرها على لزوم الرضا بين المتعاقدين غير أن الشريعة ألغت لزوم الرضا في بعض الحالات ، فقد تصير الشريعة إلى إيجاب المعاوضة في حالة الضرورة ، والحاجة الشديدة ، حيث أن الشريعة راعت ذلك أيما مراعاة ، حتى أن ذلك يكون سبباً في إلغاء أساس العقود الذي هو الرضا^(٣) .

(١) سورة النساء آية ٢٩ .

(٢) حديث صحيح رواه ابن حبان صحيفة ٣٠٧ ، ٢٢٤/٧ الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان (البيوع) .

وأخرجه ابن ماجه ٢١٨٥ وأبو محمد بن أبي شريح الأنصاري في الأحاديث المائة ق ٢/١١٩ والمخلص في الفوائد المنتقاة ٢/١٨/١ ورواه البيهقي بلفظ : « لا ألقين الله عز وجل من قبل أن أعطي من مال أحد شيئاً بغير طيب نفس إنما البيع عن تراض » .

قال البصري في الزوائد ١/١٣٥ : إسناده صحيح ورجاله ثقات كلهم . وللحديث شواهد منها ما رواه أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « هكذا البيع عن تراضى » - رواه ابن عدى في الكامل ق ١/٣٥٢ والحاكم في الفوائد ١/٦٨/١ . وسنده ضعيف .

وله شاهد آخر هو ما رواه أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يفترق اثنان إلا عن تراض » .

أخرجه أبو داود ٣٤٥٨ والترمذى ٢٣٦/١ وأحمد ٥٣٦/٢ وقال الترمذى : هذا حديث غريب .

قال الألبانى : لم تظهر لى وجه غرابته فقد رواه اثنان عن أبى زرة .

(٣) انظر تفصيل ذلك فى : المراجع التالية : -

— الطرق الحكمية لابن القيم صحيفة ١٨٤ - ٢٤٥ - ٢٤٧ - ٢٦٠ - ٣٠٥ - ٢٨٨ - ٢٨٩ .

— الشاطبى فى الاعتصام صحيفة ١٢١ من الجزء الثانى والمواقفات الجزء الثانى صحيفة ٢٢٧ - ٣٥٠ .

فمثلاً ، إذا اضطر إلى استعمال شيء مما في يد غيره من الأموال وجب على صاحبه بذله بلا منازع ، حتى أن بعض الحنابلة لم يوجب للمالك عوضاً على هذا البذل ، فالشريعة راعت توق الناس وحاجتهم إلى ما في أيدي بعضهم وألزمت في بعض الأحوال انتقال تلك الأعيان أو المنافع بدون رضا على خلاف الأصل فدل على أن البيع بالتراضي يكون من باب أولى .
ويتصل بهذا المعنى ، إلزام العمال والصناع وأرباب المهن بالعمل بأجرة المثل إذا امتنعوا عن العمل إلا بأجور فاحشة والناس في حاجة إلى منافعهم ، وخبراتهم .

وإذا كان ذلك جائزاً في الأحوال الخاصة فهو في الحاجة العامة أولى ، كنزع ملكية العقارات لصالح الحاجات العامة ، وكذلك التسعير عند من يقول به .

وقد شرعت بعض الأحكام حماية للمتعاقدين من الأضرار الناجمة عن اختلال الرضا كالخيارات التي تعطى للعاقد حق نقض العقود التي أبرمت تأييداً لهذا الأساس وعدم إمضاء تصرف المكره .

قال القرطبي^(١) : « أما بيع المكره ، والمضغوط فله حالتان » :

○ الأولى : أن يبيع ما فيه حق واجب عليه ، فذلك ماض سائغ لا رجوع فيه عند الفقهاء ، لأنه يلزمه أداء الحق إلى ربه من غير المبيع فلما لم يفعل ذلك كان بيعه اختياراً منه فلزمه .

= — تفسير القرطبي الجزء الثاني صحيفة ٣٢ .

— ابن عابدين رد المختار على الدر المختار الجزء الثالث صحيفة ٣٨٣ .

— مصطفى الزرقا الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد الجزء الأول صحيفة ٢٢٧ .

— ابن نجيم الأشباه والنظائر صحيفة ١٢١ .

(١) تفسير القرطبي الجزء العاشر صحيفة ١٨٤ .

وأما بيع المكره ظلماً أو قهراً فذلك بيع لا يجوز .

قال ابن القيم^(١) : « ولولى الأمر أن يكره المحتكرين على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه ، مثل من عنده طعام لا يحتاج إليه والناس يحتاجون إليه للجهد أو غير ذلك ، فإن اضطر إلى طعام غيره أخذه منه بغير اختياره بقيمة المثل » .

وقال الشافعى^(٢) : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع تراضى فيها المتبايعان فحرمت مثل الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ومثل الذهب بالورق أحدهما نقداً والآخر نسيئة وما كان فى معنى ذلك » .

○ الأساس الثانى :

منع الغش والضرر والتدليس ، لإخلاله بالرضا ، ولما فيه أكل للأموال بالباطل .

فاحترام مال الغير - ومال النفس - حق على كل مكلف ، فما كان من العقود مشتملاً على ما يناهى مقصد الشارع بالاعتداء على اختصاص المالك بملكه فإنه لا ينقل الملك ولا يوقع الاشتراك فى الاختصاص إذ لا يكون ذلك إلا بوجه صحيح ليس فيه تردد ولا خطر^(٣) إلا إذا كان لمصلحة عامة اقتضت ذلك كما سبق .

ولذا قال النبى ﷺ : « رأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه »^(٤) ، ولذا كان من العقود ما هو صحيح منعقد ومنها وما هو

(١) الطرق الحكمية صحيفة ٢٧٩ .

(٢) الإمام الشافعى الرسالة صحيفة ١٧٣ الفقرة ٤٨١ .

(٣) انظر مقاصد الشريعة للشيخ الطاهر بن عاشور صحيفة ١٨١ وما بعدها .

(٤) الحديث بتمامه ما رواه أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى ترهر =

باطل لعدم موافقته لقصد الشارع كاشتتاله على أكل أموال الناس بالباطل .
ولذا لا بد من التحرز قدر الإمكان قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون ﴾ ^(١) .

وقال ﷺ : « من غش فليس منا » ^(٢) ولقد كان السلف يتحرون سلوك سبل ذلك ويتحرزون عما يؤول بهم إلى شبهة الخيانة وكانوا يبالغون في النصيحة فوق ما يلزمهم وكانوا يرون المحاباة لأنفسهم كالغش لغيرهم .
○ الأساس الثالث :

العرف أساس لتحديد العقود والالتزامات في كل ما سكت عنه نص العقد ما لم يصادم نصاً شرعياً خاصاً في موضوعه كالتعارف على الالتزام بديون الربا والقمار ^(٣) .

= فقيل : وما تزره ؟ قيل : حتى تحمر وقال رسول الله ﷺ : « أرأيت إن صنع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه » متفق عليه .

أخرجه البخارى ٣٣٢/٤ في البيوع : باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع وباب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها وباب بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها وفي الزكاة باب من باع ثماره أو نخله أو أرضه ومسلم ١٥٥٥ في المساقاة باب وضع الحوائج .

(١) سورة الأنفال الآية ٢٧ .

(٢) حديث صحيح أخرجه مسلم في صحيحه ٦٩/١ وأبو داود ٣٤٤٢ والترمذى ٢٤٧/١ وابن ماجه ٢٢٢٤ والحاكم ٨/٢ - ٩ والبيهقى ٣٢٠/٥ وأحمد ٢٤٢/٢ وقال الترمذى حديث حسن صحيح وقال الحاكم صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه فوهم في استدراكه على مسلم . وتام الحديث واللفظ لمسلم قال : إن رسول الله ﷺ مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال : « ما هذا يا صاحب الطعام ؟ » قال : أصابته السماء يا رسول الله قال : « أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس من غش فليس مني » وفي رواية : منا . وهناك روايات أخرى .

(٣) الفقه الإسلامى في ثوبه الجديد للدكتور مصطفى الزرقا الجزء الأول ، صحيفة ٥٧ .

ونص أحمد على^(١) أنه يجوز أن يأخذ من الفامي (أى البقال)
بالعوض المعروف أى بكثرة العرف وهو الذى يسمى بالمسترسل وهو الذى
لا يماكس . وإن لم يعرف قد الثمن فيبيعه جائز وليس ذلك من الغرر المنهى
عنه .

وقد اشترى النبى ﷺ من عمر بعيره ووهبه لعبد الله بن عمر ولم
يقدر ثمنه^(٢) وهذا النوع من العقود الذى يتحدد فيه العوض بالعرف جائز
لأنه رضى بما رضى به الناس - أى العرف - وهذا أبلغ من رضاه بما يتفقان
عليه من غير أن يعلم ما عند الناس إذ أن هذا يدخل فيه الغبن والغش بخلاف
التبايع بالسعر فإنه لا غبن فيه ولا غش .

ولقد كان العرف سنداً لتصحيح كثير من مستجدات العقود كبيع
الوفاء حيث كثر الدين على أهل بخارى ومصر وكذلك (خلو) الحوانيت
فى بعض أسواق القاهرة - زمن ابن نجيم - حيث قال ابن نجيم^(٣) :
(والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) .

قالوا فى الإجازات : لو دفع ثوباً إلى خياط ولم يبين أجره فاختلفا
فى الأجر وعدمه وقد جرت العادة بالعمل بالأجرة قال أبو حنيفة : لا أجرة
له . وقال محمد : إن كان الصائغ معروفاً بهذه الصناعة بالأجر وقيام حاله

(١) نظرية العقد لابن تيمية صحيفة ١٦٥ .

(٢) صحيح رواه البخارى ١٩/٢ - ٢٠ - ١٤٠ والبيهقى ١٧٠/٦ - ١٧١ عن ابن
عمر . الحديث بتمامه :

عن ابن عمر انه كان مع النبى ﷺ فى سفر وكان على بكر صعب لعمر وكان يتقدم
النبى ﷺ فيقول أبوه : يا عبد الله لا يتقدم النبى ﷺ أحد فقال له النبى ﷺ :
(« بعنيه » . قال عمر : هو لك . فاشتراه ثم قال : « هو لك يا عبد الله بن عمر
فاصنع به ما شئت » .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم صحيفة ٩٩ - ١٠٤ .

بها كان القول قوله . قال الزيلعي : والفتوى على قول محمد . فالمشروط عرفاً كالمشروط شرعاً والعرف المعتبر الذى تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر ولذا قالوا : لا عدة بالعرف الطارىء .

قال ابن القيم : (الشرط العرفى كالشرط الشرعى كوجوب نقد البلد عند الإطلاق ووجوب الحلول حتى كأنه مشروط لفظاً فانصرف العقد بإطلاقه إليه وإن لم يقتضيه لفظه . ومنها السلامة من العيوب حتى يسوغ له الرد بوجود العيب تنزيلاً لاشتراط السلامة عرفاً منزله اشتراطها لفظاً . ومنها وجوب وفاء المسلم فيه فى مكان العقد وإن لم يشترطه لفظاً بناء على الشرط العرفى . ومنها لو دفع ثوبه إلى من يعرف أنه يغسل أو يخييط بالأجرة أو عجينة لمن يخبزه أو لحماً لمن يطبخه أو حباً لمن يطحنه أو متاعاً لمن يحمله ونحو ذلك ممن نصب نفسه للأجرة على ذلك وجب له أجرة مثله وإن لم يشترط معه ذلك لفظاً عند جمهور أهل العلم . والإذن العرفى يجرى مجرى الإذن اللفظى^(١) .

والعرف نوعان^(٢) : عام وخاص وكل منهما لا يخلو إما أن يوافق الدليل الشرعى المنصوص عليه أو لا يوافقه فإن وافقه فيها اعتد به . وإن خالف العرف الدليل الشرعى ينظر إن خالفه من كل وجه بأن لزم منه ترك النص فلا شك فى رد هذا العرف كتعارف الناس كثيراً من المحرمات كالربا وشرب الخمر وغير ذلك مما وردت النصوص بتحريمه قطعاً .

وإن لم يخالفه من كل وجه بأن ورد الدليل عاماً والعرف خالفه فى بعض أفرادها أو كان الدليل قياساً فإن العرف العام يصلح مخصصاً للنص وترك

(١) إعلام الموقعين لابن القيم . الجزء الثالث صحيفة ٣ .

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسى صحيفة ٧٩ .

به القياس ولذا أجازوا كثيراً من المعاملات كالاستصناع ودخول الحمام والشرب من السقاء رغم جهالة مقدار الماء المستهلك وغير ذلك من المسائل التي مثل بها الفقهاء . أما إذا كان العرف خاصاً لأهل بلد معين فلا يخص به النص ولا يترك به القياس لأنه إذا كان تعامل أهل بلد معين يخص به النص فإن ترك تعامل بلد آخر يمنع التخصيص^(١) .

○ الأساس الرابع :

لزوم موافقه قصد المكلف من العمل - ومنه العقود - لقصد الشارع من التشريع فالعمل مطلقاً عبادة ، فلا بد من أن ينوى امتثال أمر الله إذا أراد أن يكون لعمله حظ من الأجر .

ومن هنا يلزم أن يكون الباعث على العمل مشروعاً في نفسه ، وفي الأسلوب الذي بمقتضاه يتم تنفيذه ، فلا بد أن يكون ذلك محققاً لمقاصد الشريعة ، وقواعدها ، لأن الأحكام شرعت لمصالح العباد ، ولذا كانت الأعمال معتبرة بذلك لأنه مقصود الشارع ، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال ، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة فالعمل غير صحيح وغير مشروع .

فناحية التعبد ملحوظة في كل حكم ، ومنها المعاملات ، والعقود سواء كانت معقولة المعنى أو غير معقولة المعنى^(٢) ، ولهذا كانت العقود قائمة على

(١) كان أبو سعيد بن لب مفتى غرناطة في القرن الثامن الهجري يفتي بصحة المعاملات التي جرى فيها عرف الناس على وجه غير صحيح في مذهب الإمام مالك إذا كان لها وجه ولو ضعيفاً في أقوال العلماء انظر : مقاصد الشريعة للظاهر بن عاشور صحيفة ١٨٣ .

(٢) انظر تفصيل ذلك في : الموافقات للشاطبي الجزء الثاني صحيفة ٢٣٠ - ٣١٧ - ٣٨٥ .

أساس افتراض الصدق ، والأمانة بين المتعاقدين في إنشاء العقد بين المتعاقدين قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(١) .

ولب الباب في هذا عدم الاحتيال للربا أو شبهته أو غيره من المحرمات^(٢) فإن كان العقد ذريعة لمحرم أو إسقاط واجب أو إلحاق ضرر بالغير خاصاً كان الضرر أو عاماً فقد صفة المشروعية .

قال الشاطبي : الشريعة موضوعة لمصالح العباد على العموم ، ولا بد أن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الشارع في التشريع .

ولما كانت الشريعة موضوعة^(٣) لتحقيق الضروريات ، وما رجع إليها من الحاجيات ، والتحسينيات ، فلا بد أن يكون مطلوباً من العباد قصد تحقيق ما وضعت الشريعة له وإلا كان ذلك مناقضاً لمقصود الشارع ومن ثم يكون

= — القرافي ، الفروق ، الجزء الأول ، صحيفة ١٤١ .

— على الخفيف ، الحق والذمة ، صحيفة ١٢٢ .

— ابن القيم ، إعلام الموقعين . الجزء الثالث صحيفة ٥٤ - ٨٧ .

(١) الآية الأولى من سورة المائدة .

(٢) ولذا قال العلماء : يمنع ما أدى إلى ممنوع ، ولو لم يكن القصد من ذلك محرماً كبيع العينة - عند القائلين بمنعه - وبيع دين بدين ، وأى عقد أدى إلى ذلك ، كما لو باع سلعة بعشرة إلى أجل واشترها بمثلها إلى أجل وشرطاً عدم المقاصة ، فالسلعة رجعت إلى ربها ، وكل منهما ابتداءً في ذمة صاحبه ديناً . فهذا ممنوع سداً للذريعة ، وذكر بعض العلماء اثنتي عشرة صورة من البيوع المؤجلة ولم يجوزوا منها غير ثلاثة . ومن ذلك أيضاً منع القرض الذي يجر نفعاً للمقرض لأن القرض من باب التعاون على البر فيحرم تقديم هدية للمقرض خشية أن يكون سلفاً بزيادة كرب القراض والعامل يحرم على كل منهما أن يهدى للآخر إلا بسبب موجب ذلك الإهداء كما يحرم تباعيهما مسامحة ولكن يجوز رد أفضل مما اقترضه إذا كان بلا شرط .

انظر الشرح الصغير للدردير ، الجزء الرابع صحيفة ١٥٣ - ٣٨٦ .

(٣) الموافقات للشاطبي الجزء الثاني ، صحيفة ٢٣٠ .

مؤدياً إلى المفسدة والإنسان خليفة الله في إقامة هذه المصالح ، بحسب طاقته ، ومقدار وسعه ، وأقل ذلك خلافته على نفسه ، ثم على أهله ، ثم على من تعلقت له به مصلحة ، وإلى ذلك يرجع قوله تعالى : ﴿ إني جاعل في الأرض خليفة ﴾ (*) إلى آخر كلامه .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية^(١) :

فهذه الحيل أى فى العقود لا تزول به المفسدة التى حرم الله من أجلها الربا ، وفى الحديث عن عبد الله بن عمر : لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان فى بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا تبع ما ليس عندك^(٢) .

واليهود هم الذين احتالوا على الربا ويسمونهم « الشكندر » فلعنهم الله على ذلك .

قال ﷺ : « لا تتركبوا ما ارتكب اليهود فتستحلون محارم الله بأدنى الحيل »^(٣) .

وفى الصحيحين أنه قال : « لعن الله اليهود ، حرمت عليهم الشحوم ، فجملوها فباعوها ، وأكلوا ثمنها »^(٤) .

(*) سورة البقرة آية ٣٠ .

(١) القواعد النورانية صحيفة ١٤١ .

(٢) صحيح أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف ٢/١٩٢/٨ وأخرجه أحمد ٣٩٣/١ وأخرجه ابن حبان ١١١١ - ١١١٢ وهو موقوف على ابن مسعود .

(٣) لم أعثر له على تخرىج والحديث الذى بعده فى معناه .

(٤) هذا جزء من حديث صحيح أخرجه البخارى ٤٣/٢ ومسلم ٤١/٥ وأبو داود ٣٤٨٦ والنسائى ٢٣١/٢ والترمذى ٢٤٤/١ وابن ماجه ٢٢١٩ وابن الجارود ٥٧٨ والبيهقى ١٢/٦ وأحمد ٣٢٤/٣ - ٤٢٦ من طريق عطاء بن أبى رباح أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح وهو بمكة فذكره بلفظ : « إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » . فقيل : يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه =

وقال : « من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يؤمن^(١) أن يسبق فليس قماراً ، ومن أدخل فرساً بين فرسين وهو قد آمن أن يسبق فهو قمار » .

وقال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله »^(٢) .

وأهل المدينة وعلماء الحديث متشددون في مسائل الربا مراعين لمقصود الشارع .

○ الأساس الخامس :

تقوم العقود على الاستقرار ، وعدم التذبذب ، فالعقد يفيد التزاماً باحترام النتائج ، والالتزام بالآثار المترتبة عليها ، ويستوى في ذلك العقود الواجبة أو الجائزة ، فالوكالة - وهى من العقود الجائزة - تنفذ التصرفات الناشئة عنها في حالة فسخها وتكون ملزمة قبل علم الوكيل بفسخ الوكالة نزوعاً إلى استقرار العقود وجريانها على نحو منضبط وحفظاً للنظام العام ، فلا بد من أن تكون تصرفات الناس المنشئة للتعاقد غير معرضة للانتعاض ، لكى يقع الاطمئنان على نتائج المعاملات ، ولذا كان الإيجاب والقبول المعبران

= يطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ فقال : « لا . هو حرام » ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك : « قاتل الله اليهود إن الله لمّا حرم شحومها أجهلوه ثم باعوه فأكلوها ثمنه » . وقال الترمذى : حديث حسن صحيح .

(١) أخرجه أبو داود ٢٥٧٩ وابن ماجه ٢٨٧٦ والحاكم ١١٤/٢ والبيهقى ٢٠/١٠ وأحمد ٥٠٥/٢ والبغوى فى شرح السنة ١/١٤٥/٣ وهو حديث ضعيف قاله الألبانى .

(٢) متفق عليه رواه البخارى ٢٦٣/٤ فى البيوع باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا وباب ما يحق الكذب والكتمان فى البيع وباب كم يجوز الخيار فى البيع وباب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا وباب إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع ورواه مسلم ١٥٣٢ فى البيوع فى باب الصدق فى البيع والبيان .

عن الرضا أساساً في بناء العقد ، أى أن العقد ناشئ عن ارتباط الإيجاب بالقبول ، وانعقاد العقد ترتب آثاره عليه ، حتى أن الشارع سعيّاً للاستقرار في العقود - أمضى بعضها وإن ثبت أن المتعاقدين لم يقصدوا إلى وقوعها حقيقة من التلفظ بالإيجاب والقبول قال رسول الله ﷺ : « ثلاث جدهن^(١) جد وهزهن جد النكاح والطلاق والعقاق » .

وإذا نكل أحد العاقدين عن تنفيذ التزامه الذى أوجبه عليه العقد ، فإنه يجبر على الوفاء بالتزامه بقوة القضاء ، لأنه وسيلة الشارع لإيصال الحقوق ، فلا بد من تنفيذ الالتزام^(٢) بوصول الحق إلى صاحبه أو سقوط عهدة التنفيذ ، لزوال مرجحها كالفسخ والإقالة .

والإلزام في العقد إنما يكون على العاقد دون غيره كالإقرار فهو لا يسرى إلا على المقر نفسه أو حقوقه .

ولكن هدف استقرار العقود لا يمنع أن يكون هناك مقصد شرعى آخر يقضى بتعطيل بعض العقود عن أن تكون نافذة ، هذا المقصد الشرعى هو حفظ الحقوق ، سواء كانت حقوق المتصرف أو حقوق الغير ، ولذا أوقفت عقود الصغير والمكره والفضولى وما اشبه ذلك مما يتعلق به حقوق الغير .

○ الأساس السادس : بناء العقود على العدل والعفو :

لتحقيق الوظيفة الاجتماعية لها : وذلك بإجراء العقود التى يكون من

(١) رواه الترمذى ٣٦٢/٤ مع تحفة الأحوذى وأبو داود فى سننه ٥٠٦/١ من طبعة الحلبي وروى نحوه الحاكم فى المستدرک ١٩٨/٢ .

(٢) قد يكون التنفيذ حقيقياً كوفاء الدين أو التقابض وقد يكون التنفيذ حكيمياً أى اعتبارياً وذلك بمحصل ما يقوم مقام التنفيذ شرعاً كالمقاصة . انظر : مصطفى الزرقا . الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد الجزء الأول صحيفة ٥٧٥ .

وظيفتها تثمير المال في الوجوه المشروعة التي تحقق التكافل الاجتماعي الذي هو أصل من أصول الشريعة المستقرة .

وكما سبق فإنه لا يحل شيء من العقود المخلة بمصلحة عامة .
ويستفاد المعنى الاجتماعي للمعاملات الشرعية في جملة من الأحاديث
مثل : -

قال رسول الله ﷺ : « رحم الله امرأً سمحاً إذا باع »^(١) .
واشترى ﷺ بغيراً من جابر رضي الله عنه واشترط حملانه للمدينة
ووافقه ﷺ على ذلك^(٢) .

ومن ذلك : عدم جواز العقود المؤثرة في هذا المعنى الاجتماعي ،
كالربا ، والغش ، والغرر ، والجهالة ، وعدم إيجاب المعاملة ، والمعادلة في
الاقضاء ، بل جعل ذلك أمراً مباحاً وبالتالي لا ثواب^(٣) فيه ولا عقاب
وكذلك الشارع حض على الزيادة في حق الغير ، وأمر الدائن بإنظار المعسر ،
وندبه . إلى التصديق بالدين ، وإبرائه منه ، فالمعاملة ينبغي أن تكون مبنية

(١) حديث صحيح رواه البخارى ٣٦٠/٤ في البيوع : باب السهولة والسماحة في الشراء
والبيع ومن طلب حقاً فليطلبه في عفاف والرواية الثانية أخرجه الترمذى ١٣٢٠ وهى
أن رسول الله ﷺ قال : « غفر الله لرجل كان قبلكم كان سهلاً إذا باع سهلاً
إذا اشترى سهلاً إذا قضى سهلاً إذا اقتضى » .

قال الترمذى هذا حديث صحيح حسن غريب من هذا الوجه .
(٢) متفق عليه أخرجه البخارى ١٧٣/٢ ومسلم ٥٣/٥ وأحمد ٢٩٩/٣ وأبو داود ٣٥٠٥
والترمذى ٢٣٦/١ وقال : حسن صحيح وتمام الحديث : أنه كان يسير على جمل
له أعياه فمر النبي ﷺ فضربه فدعا له فسار سيراً ليس يسير مثله ثم قال : « بعنيه
بأوقية » . فبعته فاستثنيت حملانه إلى أهلى فلما قدمنا أتيت به بالجمل ونقدنى ثمنه ثم
انصرفت فأرسل على أثرى قال : ما كنت لآخذ جملك فخذ جملك ذلك فهو مالك .

(٣) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدكتور / فتحى الدربنى صحيفة ٩٨ .

على العفو ، والإيثار ، والفضل ، قال تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ ﴾^(١) وقال تعالى : ﴿ إِنْ أَلَّفَ اللَّهُ بِأَمْرِ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴾^(٢) .

○ الأساس السابع :

يلزم أن يكون العقد محققاً فائدة تعود على المتعاقدين - أو أحدهما - وإلا كان العقد عبثاً ، ولا يصح ، فلا يصح التعاقد على الحيوانات التي لا فائدة فيها ، أو التعاقد على عمل المستحيل ، كعلاج مريض توفى ، أو بيع الدين ، لأنه شغل للذمتين - إذا لم يتفقا على المقاصة بين الدينين ... أو بيع ما ليس بمال متقوم ، كالهيئة ، والخمر ، لأنه لا يجوز الانتفاع بهما شرعاً ، فكان في العقد عليها عبث ، ومثل ذلك بيع المباح الذي لم يحرز ، إذ أن حق الانتفاع ثابت للطرفين قبل العقد ، فلا يكون في التعاقد فائدة إضافية فبطل العقد .

○ الأساس الثامن :

أن العقود - باعتبارها جزءاً من الفقه - ذات مرونة ، وسعة ، وقابلية للتفريع^(٣) والاستيعاب ، فالنصوص الأصلية لهذه العقود يمكن حصرها ، وقد كانت كافية لأن يتفرع عنها ، وتستمد منها أحكام جمة لا حصر لها ، وكل حكم مقرون بدليله ، بطريق الشمول ، أو قياس الحوادث الجديدة على الحوادث التي تناولتها النصوص .

فكل العقود المستحدثة يمكن تخرج أحكامها من النصوص والقواعد الشرعية سلباً كان الحكم أو إيجاباً .

(١) سورة البقرة آية ٢٨٠ .

(٢) سورة النحل آية ٩٠ .

(٣) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للدكتور مصطفى أحمد الزرقا . صحيفة ٥٧ .

الباب الأول
التعريف بالعقود

الفصل الأول

المبحث الأول
تعريف العقد وتقسيماته

□ الفصل الأول □

○ المبحث الأول ○

تعريف العقد وتقسيماته

* الفرع الأول *

تعريف العقد

○ تعريف العقد في اللغة : معناه الربط ، يقال عقد الحبل ، والعهد ، يعقده إذا شد الحبل ، أو التزم بتنفيذ ما تعاقدوا عليه ، أو احترام ما التزما به . ويطلق العقد على الضمان ، والعهد ، ومنه العقدة ، أى ما يمسكه ، ويوثقه ، ومنه عقدة البيع ، يقال عاقده على كذا ، أو عقده عليه بمعنى عاهده . ومعقد الشيء مثل مجلس موضع عقده . وعقده النكاح ، وغيره أحكامه ، وإبراميه أى ما عقد عليه . وعقد الرب ، وغيره ، أى غلظ وتماسك . والعقدة أيضاً المكان الذى كثر نخله ومنه قولهم : آلف من عزاب عقدة ، والعقد بالكسر القلادة ، والعقد بكسر القاف ما تعقد من الرمل أى تراكم ، والمعقدة : المعاهدة . وإطلاق العقد على معنى الربط يفيد معنى حسى ، كعقد الحبل ، ومعنى معنوياً كعقد البيع ونحوه ، مما يفيد الربط بين كلامين^(١) .

(١) انظر : القاموس المحيط للفيروز أبادى ، الجزء الأول ، صحيفة ٣٢٧ . =

قال ابن منظور^(٢) : العقد : العهد ، والجمع عقود ، وهي أوكد العهود ، ويقال : عهدت إلى فلان في كذا وكذا وتأويله : ألزمته ذلك . قلت : عاهدته أو عقدت عليه فتأويله إنك ألزمته ذلك باستيثاق . والمعاهدة : المعاهدة ، وعاقده : عاهده ، وتعاقد القوم : تعاهدوا .

○ وفي الاصطلاح :

العقد : ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو ، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه ، العقد إذا كان في أصل اللغة الشد ، ثم نقل إلى الأيمان ، والعقود عقود المبيعات ، ونحوها فإنما أيد به إلزام الوفاء بما ذكره ، وإيجابه عليه ، وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظراً ، مراعى في المستقبل من الروقات فيسمى البيع ، والنكاح ، والإجارة ، وسائر عقود المعاوضات عقوداً ، لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به .

والشركة ، والمضاربة ، ونحوها تسمى عقوداً لما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه كل واحد من الربح ، والعمل لصاحبه ، وألزمه نفسه ، وكذلك العهد والأيمان لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها ، وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد^(٣) . والعقد نوع من أنواع التصرفات ، والتصرف هو ما يصدر عن شخص بإرادته .

= المصباح المنير للفيومي ، الجزء الثاني ، صحيفة ٧١ .

الجوهري الصحاح ، الجزء الثاني ، صحيفة ٥١٠ .

(٢) لسان العرب / لابن منظور ، الجزء الثالث ، صحيفة ٢٩٧ .

(٣) أحكام القرآن / الجصاص ، الجزء الثاني ، صحيفة ٢٩٤ - ٣٧٠ .

○ والتصرف نوعان :^(٤)

١ - تصرف فعلى : وهو ما كان قوامه عملاً غير لسانى ، كإحراز

المباحات .

٢ - تصرف قولى : وهو نوعان :

أ - عقدى : وهو الذى يتكون من قولين من جانبين يرتبطان باتفاق

كالبيع والإجارة والشركة .

ب - غير عقدى : وهو نوعان :

١ - نوع يتضمن عزيمة على إنشاء حق ، أو إسقاطه ، كالوقف ، والتنازل

عن الحقوق كالشفعة ، ويسميه بعض الفقهاء^(٥) عقداً .

٢ - نوع لا يتضمن إرادة منصفة على إنشاء الحقوق ، أو إسقاطها ، لكنها

أقوال من أنواع أخرى كالإقرار ، والإنكار ، والحلف ، هى ليس فيها

معنى العقد .

والتصرف العقدى له معنى عام ، ومعنى خاص^(٦) .

● فالمعنى العام : كل ما عزم المرء على فعله ، سواء احتاج إلى

عاقدين ، أو إمكان إبرامه بإرادة منفردة^(٧) ويشمل ذلك جميع الالتزامات

الشرعية أو التصرف الذى ينشأ عنه حكم شرعى . مثل اليمين والطلاق

والنذور والبيع وغير ذلك من الفرائض والواجبات .

(٤) مصطفى الزرقا / الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ، صحيفة ٣٠٩ .

(٥) د . وهبة الزحيلي / موسوعة الفقه الإسلامى وأدلته الجزء الرابع صحيفة ٨٣ .

(٦) مدخل لدراسة الشريعة للدكتور / أبو العينين صحيفة ٤٨٤ .

وموسوعة الفقه الإسلامى وأدلته ، الجزء الرابع ، صحيفة ٨٠ .

(٧) عقود التبرعات والإسقاطات كالوقف والهبة والإبراء .

قال الشافعى^(٨) : - فظاهره - أى الوفاء بالعقود عام على كل عقد ويشبه أن يكون الله تعالى أراد أن يوفوا بكل عقد .

وقال أحمد^(٩) : « العقود هى العهود كلها » وهذا ما ذكره المفسرون فى تفسير قوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾^(١٠) إنها تشمل عقود الأيمان والنكاح والعهد والبيع كما تشمل الفرائض والواجبات والمحرمات^(١١) .

قال ابن العربى : إذا ثبت هذا فربط العقد تارة يكون مع الله تعالى وتارة يكون مع الآدمى وتارة يكون بالقول وتارة يكون بالفعل .

وهذا المعنى العام للعقد لا يخرج عن المعنى اللغوى وهو مطلق الربط والشد والأحكام والتوثيق والعهد ولا تتم تسمية التصرفات السابقة عقوداً إلا على هذا المعنى اللغوى العام .

● وأما المعنى الخاص : وهو المقصود هنا : وقد وردت عدة تعريفات تعود فى مجملها إلى معنى واحد ، ظهور أثر ما نتيجة لارتباط الإيجاب بالقبول عن طريق الكلام ، وما يقوم مقامه ، والأثر الناشئ لا بد أن يكون شرعياً ، وعند إمعان النظر فى تعريف العقود يمكن ملاحظة أن للعلماء فى معنى العقد نظرين^(١٢) : -

(٨) انظر أحكام القرآن للشافعى ، الجزء الثانى صحيفة ٦٥ .

(٩) نظرية العقد لابن تيمية صحيفة ٩٥ .

(١٠) الآية الأولى من سورة المائدة .

(١١) انظر تفسير الآية وما قاله الفقهاء فيها فى المراجع التالية :

— تفسير الطبرى ، الجزء التاسع ، صحيفة ٤٤٩ .

— أحكام القرآن للكميا الهراسى ، الجزء الثالث صحيفة ٩ .

— أحكام القرآن لابن العربى ، الجزء الثانى صحيفة ٥٢٤ .

(١٢) محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، صحيفة ١٠١ .

● **النظر الأول :** اختصاص العقد بما يتكون عن ارتباط كلامين من جانبيين كالبيع والإجارة ، قال الجرجاني : العقد هو أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً^(١٣) .

● **النظر الثاني :** وهو أكثر اتساعاً من الأول حيث اطلعه البعض على كل ما عزم عليه ، ولو كان من طرف واحد كالطلاق والهبة والوصية^(١٤) والوقف والإبراء والكفالة .

والنظر الأول هو الأساس في معنى العقود ، لأن في التعاقد معنى ينشئ آثاراً ، ويرتب حقوقاً متقابلة ، كاستلام الأعواض ، والتمكين من المنافع وهو المعبر عنه بالقبض .

وقد استثنى بعض العلماء من هذا الأساس إبرامي العقد بعاقده واحد ، في بعض صور العقود كبيع الأب والوصي أو شرائه لنفسه من مال الصبي حيث أن الأب في هذه الحالة يمثل طرفي التعاقد .

وكذلك بيع القاضى ، والرسول يجوز لهما تولى العقد عن الجانبين . وكذلك يجوز للوكيل عن الطرفين إنشاء أى عقد من العقود ، حتى ولو كان الوكيل نفسه أحد طرفي التعاقد ، كأن يبيع موكله مال نفسه بشرط

(١٣) الجرجاني ، التعريفات ، صحيفة ١٣٣ .

(١٤) ابن تيمية ، نظرية العقد ، صحيفة ١٨ .

ملاحظة : جاء في آخر كتاب : نظرية العقد المشار إليه ما يلي : -

آخر ما وجد مكتوباً بخط المحلى لهذه القاعدة الشرعية وهى « قاعدة العقود » وقال أيضاً : كاتب هذه القاعدة وهى « قاعدة العقود » .. إلخ . كما أن المؤلف يكثر من استخدام كلمة « قاعدة العقود » ويدل ذلك على هذا الكتاب سماه مؤلفه ونساخه من بعده قاعدة العقود فكان مناسباً أن ينشر تحت هذا الاسم إبقاء على اصطلاح المؤلف وتسهيلاً للبحث عن إحالة المتقدمين عليه .

الإيجاب نفسه^(١٥) .

أى أن الأحكام السابقة استثناء وارد على الأساس الذى عبر عنه بأن العقود إنما تجرى من قبل طرفين حيث أن الأب أو الوصى أو القاضى أو الرسول أو الوكيل إنما يمثلون جميعاً طرفى التعاقد ويعبرون عن رغبتهم .

* * *

(١٥) انظر ذلك فيما يلى : -

- ابن الهمام ، فتح القدير ، الجزء الثانى ، صحيفة ٤٢٨ .
- الكاسانى ، البدائع ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢٣٢ .
- ابن قدامة ، المغنى ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٠٤ .
- الزيلعى ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الجزء السادس ، صحيفة ٢١١ .
- ابن جزى ، القوانين الفقهية ، صحيفة ٣٢٨ .
- مطالب أولى النهى شرح غاية المنتهى ، الجزء السادس ، صحيفة ٤٦٤ .
- ابن عابدين ، حاشية رد المختار على الدر المختار ، الجزء الرابع ، صحيفة ٥٠٤ .

* الفرع الثانى *

تقسيمات العقد

○ توطئة :

تجمع بين كثير من العقود روابط ، وأحكام مشتركة ، ويختلف بعضها عن بعض ، أو مجموعة منها عن مجموعة أخرى فى الأحكام والآثار والشروط وغير ذلك .

مثال ذلك^(١) : الإجارة ، والشركة ، والإيداع يجمع بينها كونها من عقود الأمانات ، أى أن محل العقد يكون أمانة غير مضمونة بدون تعد ، أو تقصير فى حفظها .

والبيع ، والقرض يعتبران من عقود الضمانات ، أى أن محل العقد يكون مضموناً .

وفى نفس الوقت الذى تختلف فيه المجموعتان السابقتان عن بعضهما فى الضمان ، نلاحظ أنهما قد تشتركان فى أحكام أخرى ، فمثلاً ، الإيداع والقرض يشتركان فى كونهما من العقود التى لا تنعقد إلا بعد القبض . وهذا التباين ، والتطابق فى بعض العقود ناتج عن اختلافهما ، أو تشابهها فى الأهداف التى ترمى إليها أو الآثار التى تؤدى إليها .

والمقصود هو تلمس المعانى المشتركة بين بعض العقود ، وقد يكون الاشتراك بعض الأحكام ، دون بعض - كما سبق - ومن ثم قد يرد العقد

(١) مصطفى الزرقا ، الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ، صحيفة فقرة ١٣٤ .

الواحد في جملة من التقسيمات ، والأمثلة ، حسب الاعتبار الذي أخذ به .
وقد أشار الفقهاء إلى بعض هذه المعاني بقولهم : « حكم العقد » أى
ما يكون له من وصف - أى من أى قسم - يرجع إلى ماله من وجود
معين تترتب آثاره^(٢) عليه ، أو لا تترتب أو قوة ملزمة أو غير ملزمة ،
فيقولون : حكم العقد باطل ، أى لا تترتب آثاره عليه ، أو صحيح أى
تترتب آثاره عليه ، وحكم عقد الإجارة أنه لازم ، وحكم عقد الفضولي
أنه موقوف على إجازة من له الشأن فيه ، فإن إجازة نفذ وإن لم يجزه بطل .
ومثل هذا كثير من كتب القواعد والاشباه والنظائر قال ابن
رجب^(٣) : (أما الإنشاءات فمنها العقود ، وهى أنواع : أحدها : عقود
التعليكات المحضة كالبيع .. وعقود التوثيقات كالرهن ، والكفالة ، والتبرعات
اللازمة بالعقد أو بالقبض بعده كالهبة والصدقة) .

والثانى : عقود معاوضات غير متمحضة كالصداق .

وقال أيضاً : (العقود نوعان : عقود معاوضات وتنقسم إلى بيع ،
وغيره . والنوع الثانى : عقود يثبت بها الملك من غير عوض كالوصية ،
والهبة ، وقد أشار بعض العلماء إلى مثل هذه المعاني^(٤) .

(٢) هذه الآثار تختلف حسب نوع العقد كالمعاوضة أو الإسقاط أو الإشراف وهكذا كما
هو مبين في الأقسام المذكورة . ومعنى ذلك أن التقسيم ليس عملاً جديداً من عمل
الفقهاء المحدثين بل أن المتقدمين قد تناولوه على نحو ما .

(٣) ابن رجب ، القواعد ، القاعدة ٥٢ والقاعدة ١٠٥ ، صحيفة ٢٥٠ ، ٧٨ .

(٤) أشار ابن عابدين إلى طرف من هذا التقسيم حين قال : إن ما لا نهي فيه ثلاثة أقسام
نافذ لازم ونافذ ليس بلازم وموقوف .. ثم شرع في تعريفها وأمثلة هذه الإشارات
إلى هذا التقسيم كثيرة في كتب الفقه .

انظر : حاشية رد المختار على الدر المختار ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٠٤ .

ويمكن تلمس السمات المشتركة بين مختلف العقود كما يلي^(٥) : -

● **التقسيم الأول :** من حيث النص عليها ، أو عدمه ، ويقصد بذلك التفريق بين ورود اسمها أو صفتها وأحكامها في أصول الشريعة كالبيع ، والإجارة ، أو لم ينص عليها ، وإنما استحدثها الناس عند الحاجة إليها ، وهي لا تكاد تقف عند حد ، فلا زال الناس يستحدثون صيغاً جديدة كلما دعت الحاجة إلى ذلك ومنها الاستصناع ، وبيع الوفاء ، والاستجرار ، والتحكير وغيرها ، كالعقود المستحدثة هذا الزمان ، كالتأمين ، وأنواع الشركات ومعاملات البنوك والأسواق المالية التي لم ينص على مثلها ومعاملات البنوك ، والأسواق المالية وقد سمي هذا التقسيم بعض العلماء : العقود مسماه وهي ما نص عليها ، والعقود غير مسماه وهي ما لم ينص عليها ، وسيأتى إيضاح لهذا التقسيم عند الكلام على الأصل في العقود .

(٥) لم تناول الكتب المتقدمة التقسيم على التبويب المشار إليه ولكن ذكروا أكثر هذه الأقسام وهي مثبتة في مواضع مختلفة من كتب الفقه والقواعد وإنما استفيد التقسيم على هذا الوجه من الكتب الحديثة مع الاستفادة من المراجع الأصلية في بعض الأقسام كالصحة والفساد والوقف والنفاز والإنجاز والمعاوضة والتبرع والتعليكات وغيرها . والمراجع الحديثة التي استقى منها هذا التقسيم هي : -

- وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامى وأدلته ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٤١ .
- أبو العينين بدران ، مدخل لدراسة الشريعة ونظرية العقد صحيفة .
- أحمد إبراهيم ، المعاملات الشرعية المالية ، صحيفة ٨١ .
- مصطفى الزرقا ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، صحيفة ٦٣٢ .
- محمد مصطفى شلبى ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامى ، صحيفة ٣٨١ .
- عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة ، صحيفة ٣٦٦ .
- قدرى باشا ، مرشد الحيران ، المادة ٢٦٢ .
- محمد سلام مذكور ، المدخل للفقه الإسلامى ، صحيفة ٦٠٨ .
- محمد يوسف موسى ، الفقه الإسلامى ، صحيفة ٦١١ .
- محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، صحيفة ٤٨٦ .

● **التقسيم الثانى :** بالنظر إلى غاية العقد ، وأهدافه ، ويتضمن
الغايات التالية : -

- ١ - عقود التملكيات : ويقصد بها ما كان الهدف منه التملك ، كالهبة ،
البيع ، والإجارة ، فإذا كان التملك بعوض فهى عقود المعاوضات مثل
البيع . وإن كانت بدون عوض فهى تبرع مثل الهبة .
- ٢ - الإسقاطات : ويقصد بها إسقاط حق من الحقوق ، ويسمى إسقاط
المعاوضة سواء كان ببدل ، أو بغير بدل كالتنازل عن الشفعة .
- ٣ - الإطلاقات : وهى إطلاق شخص يد غيره فى العمل ، كالوكالة ،
والإذن للمحجور عليه بالتصرف .
- ٤ - التقييدات : وهى منع الشخص من التصرفات ، كعزل الوكيل ، أو
الحجر بسبب الجنون ، والسفه ، والصغر .
- ٥ - التوثيقات : وهى عقود الضمان ، أى ضمان الديون لأصحابها ،
وتأمين الدائن على دينه وهى الكفالة ، والحوالة ، والرهن .
- ٦ - الإشتراك : وهى التى يقصد منها المشاركة فى العمل والربح
كالشركات .
- ٧ - الحفظ : وهى العقود التى يقصد حفظ المال لصاحبه مثل الوديعة .

● **التقسيم الثالث :** من حيث اشتراط القبض أو عدم اشتراطه .
وتنقسم إلى :

- أ - العقود التى يشترط فيها القبض بعد تمام العقد ويشمل : الهبة
والإعارة والإيداع والرهن والقرض .
- ب - العقود التى تتم بمجرد الصيغة ويترتب عليه أثره دون الحاجة
إلى القبض وهى بقية العقود .

● **التقسيم الرابع :** وهو تقسيم العقد إلى صحيح ، وباطل .

والجمهور على أن الفاسد يرادف الباطل ، أما الأحناف فقد جعلوا
الفاسد قسماً ثالثاً .

وسبب الخلاف بين الجمهور^(١) والأحناف : أصولى ، وهو هل
النهى يقتضى فساد النهى عنه ، أى عدم الاعتبار ، والوقوع فى الإثم معاً ،
أو إنه يقتصر على إيجاب الإثم وحده ، مع اعتباره أحياناً ؟ ثم هل يستوى
النهى عن ركن من أركان العقد مع النهى عن وصف عارض للعقد لازم
له أو غير لازم ؟ .

قال الجمهور : أن النهى عن عقد ما يعنى عدم اعتباره أصلاً ، وإثم
من يقدم عليه ، سواء كان النهى عن الأركان ، أو عن وصف عارض لحديث
« من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد »^(٢) فلا يترتب عليه أى أثر لأن
نهى الشرع يجعله غير مشروع أو غير موجود وإذا كان النهى لوصف فيسرى
إلى الموصوف والباطل حرام والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الحكم ولأن الملك
نعمة والحرام لا يصلح أن يكون سبباً لنعمة .

(١) انظر فى سبب الخلاف بين الجمهور والأحناف جميع كتب الأصول ومنها على سبيل
المثال :

- الآمدى ، الإحكام فى أصول الأحكام ، الجزء الأول ، صحيفة ١٧٤ .
 - الدوير ، الشرح الصغير ، الجزء الرابع ، صحيفة ١١١ .
 - المحلى ، جمع الجوامع ، الجزء الأول ، صحيفة ٣٩٣ .
 - الغزالى ، المستصفى ، الجزء الأول ، صحيفة ٦١ .
 - السبكي ، الإبهاج فى شرح المنهاج الجزء الأول ، صحيفة ٦٩ .
 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٦٦ .
 - أصول مذهب أحمد ، صحيفة ٦٩ .
 - ابن اللحام القواعد ، صحيفة ١١٠ ، القاعدة ٢١ .
- (٢) متفق عليه رواه البخارى ٧٥/٢ مع السندى ومسلم ٩٥/٢ فى مختصر صحيح مسلم .

قال الآمدى فى الأحكام : اختلفوا فى النهى عن التصرفات والعقود المفيدة لأحكامها كالبيع والنكاح ونحوهما هل يقتضى فسادها أولاً ؟ فذهب جماهير العلماء .. إلى فسادها .

وقال المحلى فى جمع الجوامع : ومطلق نهى التحريم وكذا التنزيه فى الأظهر للفساد أى عدم الاعتداد بالمنهى عنه بالمنهى عنه إذا وقع .

قال ابن اللحام : البطلان والفساد مترادفان عندنا وعند الشافعية وقال أبو حنيفة أنهما متباينان .

وقال الأحناف^(٣) : قد يكون النهى عن عقد معناه إثم من يرتكبه فقط ، لا إبطاله ، ويفرق بين النهى الوارد على أصل العقد حيث يقتضى البطلان ، وعدم ترتب أى أثر عليه ، دون النهى العائد لوصف ملازم له ، فيقتضى بطلان هذا الوصف فقط ، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد كبيعتين فى بيعه ، وإذا كان النهى لا لأصل العقد ، ولا لأمر ملازم له ، وأما النهى لأمر مجاور له ، كان مقتضاه الكراهة للأقدام عليه فى هذه الحال ، كالبيع بعد النداء لصلاة الجمعة ، وبقية الأمثلة .

قال ابن عابدين : الفاسد مبين للباطل لأن ما كان مشروعاً بأصله فقط يباين ما ليس بمشروع أصلاً ، وأيضاً حكم الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض ، والباطل لا يفيد أصلاً ، وتباين الحكمين دليل تباينهما .

وثمره هذا الخلاف أن يوصف العقد بحسب طلب الشارع له ، وعلى

(٣) انظر فى قول الأحناف : ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٠٤ .

— مرآة الأصول ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢٨٩ .

— النبراوى ، كشف الأسرار ، صحيفة ٢٥٨ .

— الكاسانى ، بدائع الصنائع ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٩٩ .

أساس فيه العاقد ، وهى ما يسمى (بحكم العقد) ويترتب على ذلك ما يكون للعقد من وصف يرجع إلى ماله من وجود معين يترتب عليه آثاره ، أو لا يترتب .

○ العقد الصحيح :

هو الذى استكمل أركانه (الصيغة والعاقدان والمحل) وشرائطه الشرعية ، فيكون صالحاً لترتب حكمه ، وآثاره عليه لأنه لا خلل فى ركنه ، ولم يقترب به ما يفسده وهو عند الحنفية : ما كان مشروعاً بأصله ، ووصفه ، وأصل العقد ، أركانه ، ووصف العقد ما كان خارجاً عن الركن ، والمحل ، كالشرط المخالف لمقتضى العقد ، وحكم العقد الصحيح ثبوت أثره فى الحال .

○ العقد غير الصحيح :

هو ما اختل فيه ركن من أركانه ، أو شرط من شروطه ، وحكمه إنه لا يترتب عليه آثاره ، كبيع الخمر والميتة والباطل والفاسد بمعنى واحد عند الجمهور .

قال السبكي فى الابهاج : الباطل هو الذى لا يترتب أثره عليه ، والبطلان والفساد لفظان مترادفان ، قال فى الشرح الصغير : والعقد المنهى عنه فاسد ، أى لا يترتب عليه أثره ، إلا ما دل الدليل على صحته ، من هذه العقود .

وقال الحنفية : إن لكل واحد منهما معنى فى العقود المالية كالبيع والإجارة .

أما العقود غير المالية كالزواج أو التى ليس فيها إلتزامات متقابلة كالإعارة فهذه لا فرق فيها بين الفاسد والباطل .

ومعنى العقد الباطل^(٤) : عند الحنفية : ما اختل ركنه كأن تكون الصيغة معيبة مثل الا يتطابق الإيجاب مع القبول ، وكان المحل غير قابل للتعاقد ، كبيع المعدوم أو ما لم يشرع بأصله ، ولا وصفه ، كأن يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية ، أو يكون محل العقد غير قابل لحكم العقد شرعاً ، كبيع ما ليس بمال ، أو ما ليس مالاً متقوماً ، كالخمر وحكم الباطل أنه لا ينعقد أصلاً ولا يترتب عليه أى أثر شرعى ، قال الكاسانى : البيع الباطل هو كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد ، من الأهلية ، والمحلية ، وغيرها ، ولا حكم لهذا البيع أصلاً ، لأن التصرف الشرعى لا وجود له من غير الأهلية والمحلية ، وذلك نحو بيع الميتة والدم .

○ وأما العقد الفاسد :

فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه ، أى كانت أركانه سليمة ولكن صاحب ذلك وصف منهى عنه شرعاً ، كالجهالة الفاحشة .
وحكم الفاسد ثبوت الملك فيه بالقبض ، بإذن المالك صراحة أو دلالة ، كأن يقبضه فى مجلس العقد ، أمام البائع دون أن يعترض عليه ، والمراد من مشروعية أصله كونه مالاً متقوماً .
والعقد الفاسد واجب الفسخ شرعاً ، إما من أحد العاقدين ، أو من القاضى لأنه منهى عنه شرعاً .

○ وإمكان الفسخ مشروط بشرطين :

أ (بقاء المعقود عليه على ما كان قبل الفسخ ، فلو تغير شكله امتنع الفسخ .

(٤) بدائع الصنائع للكاسانى ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٩٩ .

ب) عدم تعلق حق الغير به ، فلو تصرف به المشتري لآخر بالبيع ، أو بالهبة ، وثم القبض من الموهوب له امتنع الفسخ .

قال الكاساني : البيع الفاسد هو كل بيع فاته شرط من شروط المصلحة وحكم البيع الفاسد ثبوت الملك^(٥) .

○ العقد المكروه تحريماً :

العقد الباطل منهي عنه لأمر أساسي فيه ، والفاسد منهي عنه لوصف ملازم له ، فإن كان النهي لوصف غير لازم ، أى مجاور ، للمنهى وهو ما ثبت بدليل ظني عنه فهو مكروه كراهة تحريم عند الحنفية ، وحرام موجب للإثم عند الجمهور ، ومن أهم هذه العقود المكروهة أو المحرمة لما فيها من الضرر مع أنها صحيحة ما يأتي : -

بيع النجس - تلقى الركبان - بيع الحاضر لبادى - البيع وقت النداء لصلاة الجمعة^(٦) .

(٥) بدائع الصنائع للكسائي ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٩٩ .

(٦) النجس : هو زيادة الثمن في السلعة المعروضة للبيع دون أن يكون لمن يزيد رغبة في الشراء ولكن ليخدع غيره وله الخيار عند الجمهور وخالف الشافعية في ذلك انظر : مغنى المحتاج الجزء الثاني ، صحيفة ٣٦ .

تلقى الركبان : أن يتلقى التجار الذين يحضرون بالسلع فيشتريها منهم قبل قدومهم للبلد ومعرفتهم للسعر وثبت لهم حق الفسخ إذا غبنوا انظر : المغنى لابن قدامة الجزء الرابع ، صحيفة ٢١٢ وما بعدها .

بيع حاضر لباد : أى البيع لكل وارد على البلد من غير أهله وهذا المقصود من الحديث وذلك رفقاً لأهل البلد وأهل السوق لئلا ينفرد المتلقى بالسلعة دونهم فيحصل الضرر المنهى عنه .

انظر : نيل الأوطار للشوكاني ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٦٤ .

البيع وقت النداء الثاني وعند الحنفية النداء الأول . وهو بيع لا يصح عند الحنابلة وصحيح حرام عند الشافعية ويفسخ عند المالكية ومكروه تحريماً عند الحنفية .

○ تجزؤ البطلان :

قد يكون العقد ، أو التصرف الواحد ، بعضه باطل ، وبعضه معتبر ، وذلك لأن الاعتبار الشرعى قد تتوافر شرائطه فى جزء دون آخر من المحل ، فلا مانع من تجزؤ الاعتبار ، مثل أن يبيع ماله ومال غيره فى بيعهما بصفقة واحدة ، فإنه تصح البيع بحصته من الثمن ويطل البيع فى المال الآخر . قال السيوطى^(٧) : (إذا جمع فى البيع بين ما يجوز ، وما لا يجوز كالحر والعبد ، أو الميتة والمذكاة ، فللشافعى أقوال أظهرها - وهو قول مالك - أنه يصح فيما يجوز ويطل فيما لا يجوز ، والثانى : البطلان فىهما ، وإن قلنا بالأظهر يخير المشتري إن جهل فإن أجاز فبحصته من الثمن على الراجح .

وقال أبو حنيفة إن كان الفساد فى أحدهما ثبت بنص ، أو إجماع ، كالحر والعبد فسد الكل . وإن كان بغير ذلك صح فيما يجوز بقسط من الثمن .

○ سبب التفريق بين الفاسد والباطل :

لاحظ الأحناف أن صور المخالفات ليست فى درجة واحدة بل منها مخالفات أساسية، ومنها فرعية فلا ينبغى أن تكون النتيجة واحدة فى الحالين ، لأن قوة الجزاء يجب أن تكون مناسبة لدرجة المخالفة والعقد المخالف لنظامه فى ناحية فرعية فقط هو موافق للنظام المشروع فى جميع الأساسيات وتوافرت فيه أركانه وسائر مقوماته وشرائطه فيجب أن يكون فى مرتبة مناسبة بين الصحة والبطلان .

(٧) جواهر العقود للسيوطى ، صحيفة ٦٣ من الجزء ، صحيفة ٢٩٠ ويلاحظ أن هذا غير السيوطى الحافظ المعروف رحمهما الله جميعاً .

وسبب هذا الخلاف : هو مقتضى^(٨) النهى عن التصرفات ذات الوجه الاعتبارى كالعقود .

ولم يضع الأحناف حداً فاصلاً يميز بين التصرفات التى بفترق فيها الفساد عن البطلان فيما أعلم باستقراء الأحكام التى ميزوا فيها بينها يتبين أن التمييز بين الفساد والبطلان لا يجرى إلا فى العقود المالية التى تنشئ التزامات متقابلة ، أو تنقل الملكية ، ولتأخذ مثلاً على ذلك وهو البيع وهو أساس عقود المعاوضات : فإذا كان الفساد يتعلق بالمبيع ، فالبيع باطل لبيع الخمر والميتة لأن ذلك لا يثبت الملك - أى الأثر - بالبيع والعقد لا ينعقد بلا محل .

وإن كان الفساد يرجع للثمن كأن يكون خمرأ فإن البيع يكون فاسداً ، أى ينعقد بقيمة المبيع ، وإن كان الثمن ميتة ، أو دماً ، اختلف الأحناف فقال عامتهم : يبطل ، وقال بعضهم^(٩) : يفسد .

(٨) حاصل الخلاف فى اقتضاء النهى الفساد : فيه ثلاثة أقوال : -

١ - لا يدل عليه مطلقاً وهو قول أكثر الفقهاء والمتكلمين .

٢ - يدل مطلقاً .

٣ - يدل عليه فى العبادات دون المعاملات . وقال بعضهم إنه لا يدل على فساد المعاملات إلا إذا رجع إلى أمر مقارن للعقد غير لازم له بل ينفك عنه كالتبى عن البيع يوم الجمعة وقت النداء فإن التبى إنما هو لحوف تفويت الصلاة لا لخصوص البيع الآمدى ١٧٤/٣ ، المستصفى ١٥٢/١ .

وقال بعض الذين يرون أنه لا يدل على الفساد أنه يدل على الصحة لأن التعبير به يقتضى انصرافه إلى الصحيح إذ يستحيل التبى عن المستحيل للبطلان والفساد .

انظر : التمهيد فى تخرىج الفروع على الأصول للأستوى صحيفة ٢٩٢ .

تخرىج الفروع على الأصول للزنجانى .

والتلمسانى فى بناء الفروع على الأصول .

والفروق للقرافى الجزء الثانى الفرق ٧٠ وكافة كتب الأصول .

(٩) انظر : المبسوط للسرخسى ، الجزء الثالث عشر صحيفة ٢٢/ للكسانى وفتح القدير =

○ أقسام البيع من حيث الصحة الفساد :

قسم العلماء البيوع وهى لبُّ عقود المعاوضات إلى تسعةٍ وعشرين عقداً منها أربعة عقود صحيحة ، وعشرون عقداً فاسداً ، واثنى عشر عقداً مختلفاً فيه .

○ البيع فى الشرع :

عبارة عن إيجاب وقبول والبيوع أربعة أقسام هي :-

○ البيع الصحيح : وهو سبعة أنواع :

بيوع الأعيان . بيوع الصفات . الصرف . المراجعة . شراء ما يباع . بيع الخيار . بيع الحيوان بالحيوان .

○ البيع الفاسد : وهو عشرون نوعاً :

١ - بيع ما لم يقبض . ٢ - بيع ما لا يقدر على تسليمه . ٣ - بيع حبل الحبلة . ٤ - بيع المضامين . ٥ - والملاقيح . ٦ - والملازمة . ٧ - والمنازعة . ٨ - والمحاقلة . ٩ - والمزبنة . ١٠ - وبيع ما لم يملك . ١١ - الربا . ١٢ - بيع اللحم بالحيوان . ١٣ - بيع الماء مفرداً . ١٤ - وبيع الحصاة . ١٥ - وبيع الثمار قبل الأبار . ١٦ - وبيع الشرط . ١٧ - وبيع الكلب والخنزير . ١٨ - وبيع عشب الفحل . ١٩ - وبيع الأعمى . ٢٠ - بيع الغرر .

○ البيع الذى على قولين : وهو اثنا عشر نوعاً :

(١) بيع خيار الرؤية . (٢) بيع تفريق الصفة . (٣) بيع الوقف . (٤) بيع

= الجزء الخامس صحيفة ١٨٦ - ٢٢٧ / وبدائع الصنائع فى الجزء الخامس صحيفة ٣٠٥ .

العبد المسلم من الكافر . ٥) بيع العرايا . ٦) الجمع بين بيع وعقد آخر .
٧) البيع بشرط البراءة . ٨) البيع بشرط العتق . ٩) البيع بشرط الرهن .
١٠) البيع بشرط الولاء . ١١) شراء الأعمى . ١٢) بيع عبيدين بثمان واحد
على أن له الخيار في أحدهما .

○ التقسيم الخامس : من حيث الوقف والنفاذ :

● النافذ : هو العقد الصحيح ، الصادر من كامل الأهلية ، والولاية
لنفسه ، أو لغيره كالنيابة وكان ما عقده في حدود هذه النيابة ، أى
ما خلصت من كل حق للغير^(١٠) أو أى مانع يقضى بوقفها كالكراه .
فمثلاً إذا قلنا عقد البيع نافذ فإن ذلك يعنى انتقال ملكية العوضين بمجرد
الانعقاد .

● الموقوف : هو العقد الصادر عن كامل الأهلية ، ولكن لا يملك
إصدار هذا العقد ، وذلك مثل عقد الفضولى ، والصبى ، حيث إن العقد
موقوف على إجازة الولى ، أى ما كان فيه تجاوز إلى حق الغير يوجب ردها
إلى إجازته لها ، والعقود الموقوفة كثيرة بلغت ٣٨ نوعاً كما ذكر ابن عابدين
في حاشية رد المختار^(١١) .

○ التقسيم السادس : من حيث اللزوم :

— العقد النافذ ينقسم إلى قسمين : —

(١) عقد لازم : — وهو الذى لا يملك أحد العاقدين فسخه دون
رضى الطرف الآخر ، وتنشأ عنه التزامات متقابلة من العاقدين^(١٢) وهذا

(١٠) حق الغير : قد يكون فى عين المبيع كتصرف الفضولى ، وقد يكون فى مالية المحل
المعقود عليه دون عينه كما فى تصرف المدين ، وقد يتعلق بالأهلية .

(١١) الجزء الرابع صحيفة ١٣٩ .

(١٢) أحياناً يكون الالتزام من طرف واحد كما فى الوعد بالجائزة أو الهبة وربما نشأ الالتزام =

أثر عام لجميع العقود فما من عقد إلا وينشئ التزاماً ما .

والعقد اللازم ينقسم إلى الأقسام التالية : -

أ - عقد لازم بحق الطرفين ، ولا يقبل الإقالة ، وهو الزواج . ولا ينفك بالإقالة ولكن ينفك بالطلاق أو الخلع .

ب - عقود لازمه^(١٣) بحق الطرفين ، ولكنها تقبل الفسخ ، والإلقاء ، بطريق الإقالة كسائر العقود وهو نوعان :

١ - ما يثبت فيه خيار المجلس ، وخيار الشرط ، كالبيع ، والإجارة ، والهبة .

٢ - ما يشترط فيه القبض في المجلس ، كالصرف ، والسلم ، وبيع الربوى بجنسه .

ح - عقود لازمه بحق أحد الطرفين فقط كالرهن والكفالة .

د - عقود غير لازمه بحق الطرفين أصلاً ، كالإعارة ، والوديعة ، والجعالة والشركة ، والوصية .

○ التقسيم السابع : بالنظر إلى الأصلية والتبعية :

١ - عقود أصلية : أى العقود التى لا تكون مرتبطة بعقد آخر في الزوال ، والوجود كالبيع .

٢ - عقود تبعية : وهى العقود التى تكون تابعة لغيرها ، ومرتبطة

= من غير عقد كما في ضمان المبلغ والمقصود بالالتزام الناشئ عن عقد هو تكليف بفعل أو امتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد من أحد العاقلين المصلحة العاقد الآخر كتسليم المبيع وضمان العيب .

(١٣) يكون العقد لازماً عند تمام العقد عند الحنفية والمالكية ولا يكون لازماً إلا بعد انقضاء المجلس عند الشافعية والحنابلة . وذلك بسبب الخلاف المشهور في خيار المجلس .

به وجوداً وعدمًا ، كاتصال الفرع بأصله ، كالرهن ، والكفالة ، حيث إن كليهما توثيق لغيره فلا ينعقدان ابتداء إذا لم يكن في مقابلهما حق آخر ثابت أو متوقع .

○ التقسيم الثامن : بالنظر إلى الزمن الذى يقع فيه العقد :

ينقسم بهذا الاعتبار إلى خمسة أقسام : -

(أ) العقد المنجز : وهو ما لم يعلق على شرط ، أو هو ما تترتب عليه آثاره بعد الصيغة^(١٤) .

وحكمه : ترتب الآثار عليه في الحال^(١٥) ، ما دام مستوفياً لأركانه ، وشروطه .

وهذا هو الأصل في العقود ، أى أن آثارها تترتب عليها فور إنشائها ، ما عدا الوصية والإيصاء ، فإنهما لا يكونان ناجزين طبعاً .

وهناك عقود يلزم فيها المناجزة في هي ستة^(١٦) : -

١ - الصرف ولا تفتقر فيه المفارقة بالبدن .

٢ - الإقالة من سلم .

٣ - التولية ، والشركة في طعام السلم .

(١٤) سبق القول أن العقود التى يشترط فيها القبض كالهبة ونحوها من عقود التبرعات

لا تنعقد بمجرد الصيغة بل لابد من القبض . وبالتالي يمكن استثنائها من العقود

المنجزة . وهذا ينطبق أيضاً على العقود التى لا تصح بدون قبض كالسلم والصرف -

والاستصناع عند البعض - حيث لا يصح العقد بدون القبض بل يقى معلقاً عليه .

(١٥) يشترط لترتب آثار العقد في الحال خلوه من أى نوع من أنواع الخيار التى تسوغ

لأحد العاقدين الفسخ فإن علق العقد على خيار الشرط أو خيار العيب أو خيار الرؤية

منع لزومه ونفاذه في حق من له الخيار .

(١٦) الدردير ، الشرح الصغير ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٨٣ .

٤ - بيع الدين بالدين .

٥ - ابتداء الدين بالدين .

٦ - فسخ دين في دين .

وهذه العقود تتفاوت في الضيق فالصرف أضيقتها حتى إنه لا يجوز الأفتراق بالبدن عن الذى يليه حتى إنه يجوز تأخير رأس مال السلم ثلاثة أيام .

(ب) العقد المضاف للمستقبل : وهو ما كان الإيجاب فيه مضافاً إلى المستقبل . وهو منعقد في الحال .

بيد أن الأثر لا يكون إلا في الوقت الذى حدده العقد^(١٧) .

وتنقسم العقود من حيث قابليتها للإضافة إلى المستقبل إلى ثلاثة أنواع :

١ - عقود لا تنعقد إلا مضافة للمستقبل كالإيصاء .

٢ - عقود لا تقبل الإضافة كعقود التملكيات .

٣ - عقود تقبل الإضافة كالكفالة .

(ج) العقد المعلق على شرط : أى ما علق على أمر آخر .

وهو منعقد في الحال ولكن آثاره لا تسرى إلا في المستقبل عند وقوع الشرط المعلق عليه .

ويشترط أن يكون المعلق عليه معدوماً وقت العقد ، وأن يكون ممكن الوجود ، فإن كان الشرط موجوداً وقت التعاقد فإنه يكون منجزاً ، وإن كان مستحيل الوقوع ، فالعقد باطل .

والعقود من جهة قابليتها للتعليق تنقسم إلى الأنواع التالية : -

(١٧) الزيلعى تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٣٤ .

- ١ - عقود لا تقبل التعليق ، كعقود التمليكات ، وأجاز بعضهم تعليقها .
- ٢ - عقود تقبل التعليق ، كالوكالة .
- ٣ - عقود تقبل التعليق بشرط أن يكون المعلق عليه مناسباً للعقد ، كالكفالة ، والحوالة .

(د) عقود فورية : أى لا يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد ، بل يتم تنفيذها دفعه واحدة فى الذى يختاره العاقدان كالبيع ولو بثمن مؤجل ، والصلح ، والهبة .

(هـ) عقود مستمرة : وهى التى يستغرق تنفيذها مدة بحيث يكون الزمن عنصراً أساسياً فيها ، كالإجارة ، والإعارة ، والشركة ، والوكالة .
وثمره التفريق بين العقود الفورية والعقود المستمرة أو الاستمرارية ما يلى : -

١ - أن العقود الفورية ، كالبيع مثلاً إذا فسخ يكون فسخه مستنداً إلى الماضى ، فيوجب التراد فيما نفذ من التصرفات فى الماضى ، أى فيما يتصل بمحل العقد ، أما العقد المستمر ففسخه يكون غير مستند إلى الماضى ، بل يكون مضافاً إلى المستقبل ، ففى الإجارة مثلاً إذا فسخ العقد فإن المستأجر عليه دفع أجرة ما مضى من الزمن ، وتتفاسخان فى الفترة المقبلة .
قال المزنى^(١٨) : فإذا قبض العبد فاستخدمه ، أو المسكن فسكنه ، ثم هلك العبد أو انهدم المسكن ، حسب قدر ما استخدم وسكن ، فكان بقدر ما بقى على المجترى .

٢ - يرى الأحناف أن عقد المعاوضة المستمر من العقود المتحددة فى المدة التى يستغرقها تنفيذه .

(١٨) مختصر المزنى مطبوع على هامش الأم للإمام الشافعى ، الجزء الثالث صحيفة ٨١ .

المبحث الثاني
حكم استحداث العقود والشروط

○ المبحث الثاني ○

حكم استحداث العقود والشروط

○ توطئة :

جعل الشارع العقود أسباباً مفضية إلى آثارها ، فالناس قد أحدثوا الأسباب المؤدية إلى الآثار التي جعلها الشارع نتيجة لتلك الأسباب^(١) .

وعند البحث عن الآثار التي عينها الشارع ورتبها على العقود ، نجد أن بعض هذه الآثار قد حدد ، ونص عليه وبينت الأسباب التي تؤدي إليه ، بينما سككت النصوص والأدلة الشرعية عن بعضها .

ولهذا قسم العلماء العقود إلى طائفتين كما سبق في دراسة تقسيمات العقود وهي : -

* عقود معينة ، ومحددة بالاسم ، أو بالصفة ، وقد فصلت أحكامها في كتب الفقه القديمة وهي خمسة وعشرون عقداً^(٢) . وبعض هذه العقود يشتمل على صور كثيرة^(٣) ، فرعها الأئمة المتقدمون ، واستنبطوها من

(١) انظر : الشاطبي الموافقات الجزء الثاني ، صحيفة ١٨٥ .

ابن تيمية القواعد النورانية ، صحيفة ٢١٠ .

(٢) وهي البيع ، والإجارة ، والكفالة ، والحوالة ، والرهن ، وبيع الوفاء ، والإيداع ، والإعارة ، والهبة ، والقسمة ، والشركة والمضاربة ، والمزارعة ، والمساقاة ، والوكالة ، والصالح ، والتحكيم ، والمخارجة ، والقرض ، والعمرى ، والموالة ، والإقالة ، والزواج ، والوصية ، والإيصاء .

انظر : مصطفى الزرقا ، الفقه في ثوبه الجديد ، صحيفة ٥٨٢ .

(٣) وإذا أخذنا عقد البيع مثلاً ، فإننا نلاحظ أنه ينقسم إلى مساومة ، ومراجعة ، ووضيعة ، =

النصوص والأدلة الشرعية ، وخصوصاً الحنفية ، حيث استحدثوا عقوداً عديدة عند طرؤ موجبها ومن هذه العقود المستحدثة أى التى لم يدل على عينا أدلة خاصة الاستصناع ، وبيع الوفاء ، وبيع الاستجرار ، وعقدا التحكير وهى عقد الإيجارتين^(٤) .

= وتولية - والأصل فى هذه العقود عمومات البيع من غير فصل بين بيع وبيع ، قال تعالى : ﴿ وابتغوا من فضل الله ﴾ ﴿ ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم ﴾ وهى من ابتغاء الفضل ، وهى التى تسمى بيع أمانة ، لأن المشتري ائتمن البائع فى إخباره عن الثمن الأول .

وجملة القول فى بيعات الأمانة أن المشتري يحتكم إلى أمانة البائع ، فهو يتنازع على أساس الثمن الذى اشترى به البائع نفسه هذه السلعة ، فأما أن يزيد منها قدرأ معلوماً من الربح يضاف إلى الثمن الأصل ، ويسمى (مرايحة) وأما أن ينقصه قدرأ معلوماً ، يطرح من الثمن الأصل ، ويحتمل البائع الخسارة ويسمى (وضعية) وأما أن يبيع برأس ماله فيكون البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة ويسمى (إشراكاً) إذا أخذ جزءاً من السلعة بما يقابله من الثمن .

ثم أن البيع إذا كان عيناً بعين فهو مقايضة ، وإذا كان ثمنأ بثمن فهو صرف ، وإذا كان ثمنأ بعين فهو سلم ، أو عينأ بثمن فهو البيع المطلق وكذلك الشركة تنقسم إلى عنان ، ومضاربة ، أبدان ، ووجوه ، ومعاوضة وغيرها .. وهكذا .
انظر فى هذه الأنواع وغيرها من التقسيمات :

بدائع الصنائع للكاسانى - الجزء الخامس ، صحيفة ٢٢٣ .

الأشباه والنظائر لابن نجيم ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٥٥ .

فتح القدير ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٥٢ .

حاشية ابن عابدين ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٣٢ .

(٤) الاستصناع هو : - التعاقد على صنع شئ معين وقد تردد بين اعتبار كونه بيعاً ،

أو إجارة ، أو وعدأ ، ثم استقر على تسمية بالاستصناع .

انظر : بدائع الصنائع الجزء الخامس صحيفة ٢ - والفتاوى الهندية الجزء الرابع صحيفة

٥٠٤ شرح الحملة م ٢٨٨ ص ٢٦٧ .

وبيع الوفاء : فهو أن يكون الإنسان فى حاجة إلى نقود ، فيبيع عقاراً ، على أنه متى =

وما ذكره الفقهاء من العقود إنما هو ما غلب التعامل به في زمنهم ، فإذا استحدثت الحضارة عقوداً أخرى ، لا تخالف الأدلة والقواعد الشرعية وكان فيها تحقيق لقصد الشارع ، فهل هناك ما يمنع من اعتبارها عقوداً شرعية ؟ .

من المعلوم أن العقد الصحيح هو الذي استوفى مقاصد^(٥) الشريعة ، فكان موافقاً للمقصود منه في ذاته ، وإن لم يكن كذلك ، فلا اعتبار له في الشرع فكان فاسداً .

وقد يقع الأعضاء عن يسير الخلل - كما سبق - ترجيحاً لتقرير العقود والعقود التي فصل الفقهاء أحكامها هي التي اصطلاح على تسميتها بالعقود المسماة .

= وفي الثمن استرد العقار .

وتردد بين كونه بيعاً ، أو رهناً ، واستقر على هذا الاسم تسهلاً لأمر الناس . انظر حاشية ابن عابدين ٢٥٧/٤ ومجلة الأحكام العرفية م ١١٨ ص ٢٧ . والتحكير : هو الاتفاق على الانتفاع بأرض الوقف بالبناء ، والغرس لقاء أجره معجلة تقارب قيمة الأرض ، وأجره سنوية ضئيلة .

انظر : حاشية ابن عابدين ، الجزء الرابع ، صحيفة ٣٢٨ .

وبيع الاستجرار : وهو ما يستجره الإنسان من البائع ، ثم يحاسبه على أثمانها بعد استهلاكها ، وقد تردد بين كونه بيعاً ، أو ضمان متلفات بإذن مالِكها عرفاً ، واستقر على تسميته بهذا الاسم .

انظر : حاشية ابن عابدين ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٧ ، والجزء الخامس صحيفة ٢٢٣ . وعقد الإجارتين : وهو أن يتفق متولى الوقف مع شخص على أن يدفع مبلغاً يكفي لتعمير عقار الوقف ، على أن يكون لدافع المال حق القرار الدائم بأجر سنوى ضئيل . وعقد التحكير ، هو إعطاء الأرض الخالية لشخص لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم أجره معجلة ليكون له حق القرار الدائم ويتصرف فيها بالبناء والغرس كتصرف المالكين بأجر سنوى ضئيل .

(٥) الطاهر بن عاشور ، مقاصد الشريعة ، صحيفة ١٨٣ .

ولقد حدث في زماننا بعض العقود التي لم تكن جارية في عرف المتقدمين ، واستحدثت أساليب لم تكن مألوفاً من قبل^(٦) .

ولابد من مواجهة تلك التطورات وردها إلى أصول التعامل التي أرستها الأدلة ، واستنبطها جلة علماء الأمة ، من النصوص لتطويع العقود المستحدثة لأسس التعاقد الشرعية .

وليس المقصود قطعاً تلمس الأدلة ، أو اعتساف تطويعها ، وفق الظروف المستجدة ، بل العكس هو الصحيح فالمطلوب عرض ما عليه الواقع على النصوص وليس المراد عرض النصوص على الواقع واعتماد ما وافق والإعراض عما خالف .

* * *

(٦) ولذا قال العلماء أن العرف المعتبر هو ما لم يصادم نصاً شرعياً .

* الفرع الأول *

حكم استحداث العقود

اختلف العلماء في حكم استحداث العقود والشروط .

وقال الجمهور :

الأصل في العقود الصحة ولا يحرم منها إلا ما دل الشرع على تحريمه نصاً ، أو قياساً ، وأكثر العلماء تصحيحاً أحمد^(١) ثم مالك . حيث قالوا : إن العقود يجب الوفاء بها ، وللناس أن يتعاقدوا على النحو الذى يحقق مصالحهم ، إذا توفر فيها عنصر الرضا ، وقد أكثر ابن القيم ، وابن تيمية من الاستدلال على ذلك^(٢) .

قال ابن رشد^(٣) : ومن الدليل على صحة قولنا^(٤) في إجازة السلم في الحيوان ، والعروض ، وجميع ما يضبط بالصفة والله تبارك وتعالى أباح البيع لعباده ، وأذن لهم فيه إذناً ، مطلقاً في غير ما آية من كتابه العزيز .

(١) — ابن قدامة ، المغنى مع الشرح ، الجزء الرابع ، صحيفة ٤٢٩ .

— ابن القيم ، أعلام الموقعين ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣٣٨ .

— البهوتى ، كشاف القناع ، الجزء الثالث ، صحيفة ٥٣ .

— ابن مفلح ، الفروع ، الجزء الثالث ، صحيفة ٦٠ .

(٢) — ابن تيمية ، الفتاوى ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣٢٩ .

(٣) — ابن رشد ، المقدمات الممهدة ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٢٨ .

(٤) — هذه الطريقة في الاستدلال على صحة ما لم ينص على صحته من العقود كثير في أقوال

الأئمة مثل قول الشافعى والزىلعى بعده .

وقال الشافعي^(٥) في الرسالة : لما كان في كتاب الله . دلالة على أن الله قد وضع رسوله موضع الإنابة عنه وفرض على خلقه اتباع أمره فقال : ﴿ وأحل الله البيع^(٦) وحرم الربا ﴾ فإنما يعنى : أحل الله البيع إذا كان على غير ما نهى الله عنه في كتابه ، أو على لسان نبيه .

وقال الشافعي في الأم^(٧) : « فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزى الأمر فيما تبايعا ، إلا ما نهى عنه رسول الله ﷺ منها ، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله ﷺ محرم بإذنه داخل في المعنى المنهى عنه ، وما فارق ذلك أبجناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله » .

فلما نهى رسول الله ﷺ عن بيوع تراضى بها المتبايعان استدللنا على أن الله عز وجل أراد بما أحل من البيوع ما لم يدل على تحريمه على لسان نبيه ﷺ .

قال الزيلعي^(٨) : « وصح بضمن حال ، وبأجل معلوم ، معناه إذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ ، من غير فصل .

وهذا الذى سبق من كلام الشافعي ، وابن رشد ، والزيلعي رحمهم الله هو طريقتهم في الاستدلال على إباحة العقود غير المنصوصة .

○ أدلة الجمهور على إباحة استحداث العقود :

إن أكثر العلماء استدلالاً في هذا الباب ابن تيمية ، وتلميذه ابن القيم

(٥) الإمام الشافعي ، الرسالة الفقرة ٦٤٦ ، صحيفة ٢٣٢ .

(٦) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(٧) الإمام الشافعي ، الأم الجزء الثالث ، صحيفة ٢ .

(٨) الزيلعي تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الجزء الرابع ، صحيفة ٥ .

رحمهما الله والطريقة التي درج الفقهاء على الاستدلال في اباحة العقود المستحدثة متفق على معناها الذي تعود إليه وهو (انتفاء المانع) ولم ينازع في ذلك غير أهل الظاهر فيما أعلم ، وحاصل ما استدل به الجمهور ما يلي : -

● **الدليل الأول :** الأصل في العقود^(٩) رضا المتعاقدين ، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد ، قال تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١٠) فاستثنى من عدم جواز الأكل ما كان عن تراض ، فدل على أن الوصف سبب للحكم ، ولم يشترط في التجارة إلا التراضي ، كما اشترط في التبرع طيب النفس فما حصل فيه ذلك جائز إلا ما ورد الشرع بتحريمه كالتجارة في الخمر .

● **الدليل الثاني :** عند السبر ، والتقسيم يتضح ما يلي :^(١١)

* **الحالة الأولى :** أن يقال : إن العقود ، والشروط لا تحل إن لم يدل على حلها ، دليل شرعي خاص .

وهذا باطل لأن الكتاب ، والسنة دلا على صحة العقود التي تمت في حال الكفر ، وأمر الله بالوفاء بها إذا لم يكن فيها بعد الإسلام شيء محرم قال ﷺ : « كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم وكل قسم قسم أدركه الإسلام فهو على قسم الإسلام »^(١٢) وأقر الناس على أنكحتهم التي في الجاهلية ، ولم يستفصل عن شرائط العقود ، إلا أن يكون السبب المحرم موجوداً حين الإسلام ، كما أمر غيلان بن سلمة الذي أسلم وتحتة عشر نسوة

(٩) ابن تيمية ، القواعد النورانية ، صحيفة ٢٢٥ .

(١٠) سورة النساء آية ٢٩ .

(١١) ابن تيمية ، القواعد النورانية ، صحيفة ٢٢٦ .

(١٢) رواه أبو داود في الفرائض ١١ وابن ماجه في الرهون ٢١ .

أن يمسك أربعاً ويفارق سائرهن^(١٣) .

ولهذا اتفق المسلمون على أن العقود التي عقدها الكفار يحكم بصحتها بعد الإسلام ، إن لم تكن محرمة على المسلمين ، وأيضاً فإن المسلمين إذا تعاقدوا بينهم عقوداً لم يكونوا يعلمون حكمها فإن الفقهاء يصححونها . ولو كان إذن الشارع الخاص شرطاً في صحة العقود لم يصح عقد إلا بعد ثبوت إذنه .

* الحالة الثانية : أن يقال : لا تصح حتى يدل على حلها دليل سمعى ، وإن كان عاماً . وهو باطل .

* الحالة الثالثة : تصح ، ولا تحرم لأن الكتاب ، والسنة ، دلا على صحة العقود إلا أن يحرمها الشارع بدليل عام أو خاص .

○ الدليل الثالث :

دل الكتاب ، والسنة ، على أن العقود جارية على أصل التيسير في عقود المعاوضات ، وإنما ورد التشديد في الأنكحة ، فالله سبحانه اشترط العوض في النكاح ولم يشترطه في عقود المعاوضة ، وإنما اشترط التراضي^(١٤) ، ولا دليل على التعقيدات ، التي لا دخل لها في تحقيق معنى العقد^(١٥) إلا إذا كان لها مساس بالغاية المقصودة ، وما زاد على ذلك من

(١٣) أخرجه مالك في الموطأ في الطلاق والترمذى في النكاح ١١٢٨ وابن ماجه في النكاح ١٩٥٣ وأحمد في المسند ١١٩/١٦ .

(١٤) إلا في الحالات التي نصت الإشارة إليها عند دراسة أسس العقود كبيع القاضى أموال المدين لإيفاء ديونه وبيع الأموال المحتكرة ونزع الملكية للمصلحة العامة .

(١٥) ابن تيمية : نظرية العقد صحيفة ٧٢ ومصطفى الزرقا الفقه الإسلامى في ثوبه الجديد ص : ٣٢١ .

التمسك بالقيود التي لا سند لها قد يكون سبباً في استئثار الناس ، ونفورهم ، مما يحمل على الحزم بأنه ليس من مقصود الشارع ، لأن من وسائل تحصيل مقصد الرواج ، وإشاعة المنافع بين الناس ، تسهيل المعاملات بقدر الإمكان وترجيح جانب ما فيه مصلحة على ما عسى أن يعترضها من خفيف المفسدة^(١٦) ، ولذلك لم يشترط في التبائع حضور كلا العوضين^(١٧) ، وشرعت البيوع على الأوصاف ، واغتفر ما في ذلك من احتمال الضرر ، قصداً لتسهيل المبادلة^(١٨) ، وتيسيراً لحاجات الأمة^(١٩) ولكن يشترط ألا يكون العقد ممنوعاً شرعاً بأن يوجد نص يقتضى بطلانه ، مثل العقد على فعل المعاصي ، وارتكاب الجرائم ، أو بيع المفتريات والمسكرات ، ومثل بيع الغرر (أى غرر الوجود) ، وهو بيع الشيء المحتمل للوجود ، والعدم ،

(١٦) ويدخل في ذلك صور لا تنتهي من العقود كالسلم ، الاستصناع ، والبيع على البرنامج ، والمساواة ، والمراوعة وبيع الوفاء ، حيث كثر الدين على أهل بخارى ، وكذا في مصر ، وسموه بيع الأمانة ، والشافعية يسمونه : الرهن المعاد .
أو غير ذلك مما قال العلماء فيه أنه جار على خلاف القياس للحاجة ، ولهذا قال الأحناف : لا تجوز إجارة بيت بمنافع بيت ، لعدم الحاجة ، ولاتحاد الجنس في المنفعة ، بخلاف ما إذا اختلف .. كما تدخل فيها صور مستحدثة كما سيأتى : انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم وانظر ما سبق صحيفة .

(١٧) الا في الصرف فإنه يلزم فيه التقايط في المجلس . والسلم فإنه يشترط فيه حصول أحد العوضين وهو الثمن .

(١٨) الطاهر بن عاشور ، مقاصد الشريعة .

(١٩) فائدة :

قال الشاطبي : - الحرج مرفوع عن المكلف لوجهين :

أحدهما : الخوف من الانقطاع من الطريق وبغض العبادة وكراهة التكليف .

الثاني : خوف التقصير عند مزاحمة الوظائف المتعلقة بالعبد المختلفة . الأنواع .. ثم

استرسل في بيان النصوص .

انظر : الموافقات الجزء الثاني ، صحيفة ٩١ .

كضربة القانص ، وضربه الغائص ، وبيع المضامين والملاقيح^(٢٠) أى أن المنع الشرعى قد يكون بسبب طريقة العقد كبيع الغرر . أو بسبب محل العقد كبيع المخدرات ، أو فعل المعاصى ، أو بسبب موضوع العقد ، كهبة مال القاصر .

كذلك لا بد أن يكون العقد مفيداً ، ومحققاً لمصلحة معقولة ، فلا يصح التعاقد بين اثنين على عدم الاشتغال فى التجارة مثلاً ، لأن ذلك مصادم لمبدأ من مبادئ النظام الاقتصادى الإسلامى ، كما لا يصح التعاقد على أمر واجب. شرعاً كالتعاقد على الامتناع عن فعل الجريمة ، أو استئجار الزوجة على إرضاع طفلها لأن ذلك واجب ديانة .

كما أنه لا بد ألا يكون فيه جهالة فاحشة تقضى إلى نزاع يتعذر حله وهو النزاع الذى يتساوى فيه حجة الطرفين بالاستناد إلى الجهالة سواء كانت الجهالة فى عين أحد العوضين ، أو جنسه ، أو نوعه ، أو قدره ، أو فى الأصل ، أو مدة خيار الشرط ، أو جهالة الوسيلة ، فى عقود التوثيق كتقديم رهن أو كفيل مجهولين .

○ الدليل الرابع :

الأصل فى العبادات المنع ، حتى^(٢١) يجيء نص من الشارع ، لئلا يشرع الناس من الدين ما لم يأذن به الله فلا يعبد الله إلا بما شرعه للناس ،

(٢٠) المضامين : ما فى أصلاب الإبل . والملاقيح : ما فى بطون النوق وهى ييوع كان يتعارفها أهل الجاهلية فنبى عنها .

ضربة الغائص : أن يقول أغوص غوصة فما خرج من اللؤلؤ فهو لك بكذا . وضربة القانص : أن يقول بعتك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مثلاً مرة بكذا .

(٢١) ابن القيم أعلام الموقعين ، الجزء الأول ، صحيفة ٣٨٥ .

وانظر كذلك الشاطبى الموافقات ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢١٣ .

أما المعاملات ، فالأصل فيها الإباحة ، إلا ما جاء النص الصحيح الدال على المنع .

فلا يسأل عن إباحة عقد من العقود ، فالإباحة جاءت على الأصل ، والدليل على الحرمة يلزم أن يكون نصاً لا شبهة فيه ، فالسلف كانوا لا يفتنون بجرمة مسألة ما إلا بعد الجزم بحرمتها ، لأن تحريم الحلال كتحليل الحرام ، والصحابة رضوان الله عليهم ظلوا على شرب الخمر مع نزول قول الله تعالى : ﴿ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَّفْعِهِمَا ﴾^(٢٢) وقد كان عمر يقول : اللهم بين لنا في الخمر بياناً شافياً ، إذ لم تكن تلك الآية نصاً في التحريم ، ولم يتمسك بها الصحابة في تحريم الخمر ، ولم يقولوا بتحريمها إلا بعد ورود النص الصريح الذي لا شبهة فيه حيث نزل بعد ذلك : ﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ ... ﴾ الآية إلى قوله^(٢٣) : ﴿ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلَحُونَ ﴾ .

وقد كانت الإباحة جارية على الأصل في الأشياء ، ولم يسأل عن دليل الإباحة ، قال تعالى : ﴿ قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَاماً وَحَلالاً قُلْ اللَّهُ أذن لكم أم على الله تفترون ﴾^(٢٤) .

وقال : ﴿ وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكُذْبَ هَذَا حَلالٌ وَهَذَا حَرَامٌ ، لَتُفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكُذْبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكُذْبَ لَا يَفْلَحُونَ ﴾^(٢٥) . وقال : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾^(٢٦) .

ومن تيسير الله على عباده أن أراد بهم اليسر ، وأراد لهم التخفيف ،

(٢٢) الآية ٢١٩ من سورة البقرة .

(٢٣) الآية ٩٠ من سورة المائدة .

(٢٤) سورة يونس آية ٥٩ .

(٢٥) الآية ١١٦ من سورة النحل .

(٢٦) سورة الأنعام آية ١١٩ .

فلم يلزمهم ما يشق عليهم ، ولا ما يضيق به ، معاشهم ، واجتماعهم ، ولذا كانت المحرمات محصورة ، لها قواعد بها تدرك ، وتحدد ، وكرهت الأسئلة في زمن تنزل الوحي ، خشية ما يؤدي إليه ذلك من كثرة التكاليفات ، قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم عفا الله عنها والله غفور حلیم ﴾ ^(٢٧) .

وقال ﷺ : « ذروني ما تركتكم إنما أهلك من كان قبلكم كثرة أسئلتهم واختلافهم على أنبيائهم » ^(٢٨) .

وقال : « إن أعظم المسلمين في المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم على المسلمين فحرم من أجل مسألته » ^{(*) (٢٩)} .

قال ابن تيمية ^(٣٠) : ذم الله المشركين الذين شرعوا من الدين ما لم يأذن به الله ، وحرموا ما لم يحرمه الله ، فإذا حرمننا العقود والشروط التي تجرى بين الناس في معاملاتهم العادية بدون دليل شرعي ، كنا محرمين ما لم يحرمه الله ، بخلاف العقود التي تتضمن شرع دين لم يأذن به الله ، فلا تشرع عبادة إلا بإذن الله ، ولا تحرم عادة إلا بتحريم الله ، والعقود في المعاملات هي من العادات التي يفعلها المسلم ، والكافر .

وقال أيضاً : ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم ، فثبت بالاستصحاب العقلي

(٢٧) سورة المائدة اية ١٠٦ .

(٢٨) رواه البخاري في الاعتصام ، ومسلم في الفضائل ١٣٠ وأحمد بن حنبل ٤٨٢/٢ .

(٢٩) متفق عليه رواه البخاري في الاعتصام ٣ ومسلم في الفضائل ١٣٢ - ١٣٣ وأبو داود

في السنة ٦ وأحمد بن حنبل ١٧٦/١ - ١٧٩ .

(٣٠) ابن تيمية القواعد النورانية ، صحيفة ٢٢٦ .

إباحة كل عقد ما لم ينص على تحريمه .

○ الدليل الخامس :

قال تعالى : ﴿ وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(٣١) ولفظ البيع هنا يفيد العموم^(٣٢) ، لأن للاسم المفرد إذا دخل عليه الألف واللام صار من الفاظ العموم ، واللفظ العام إذا ورد يحمل على عمومه ، إلا أن يأتي ما يخصه ، فإذا خصص منه شيء بقي ما بعد المخصوص على عمومه ، ولهذا كانت المعاملات الجائزة هي التي لم يحظرها الشرع ، ولا ورد فيها نهى ولا بحث في كل ذلك عن دليل الإباحة ، بل يكفي ألا يوجد دليل التحريم ، فأصل البيوع^(٣٣) كلها مباح إلا ما نهى عنه رسول الله ﷺ ، أما ما لم ينه عنه ، فهو باق على الإباحة المنصوص عليها في الآية ، ولقد كان النبي ﷺ يرى بيعات الناس ومعاملاتهم ، ويقرهم ، على ذلك ولم يبين لهم إلا ما هو محرم ، أما ما هو مباح فسكت عنه .

وعامة ما نهى عنه الكتاب ، والسنة من المعاملات يعود إلى تحقيق العدل ، والنهي عن الظلم ، دقة وجله مثل أكل المال بالباطل ، وجنسه من الربا ، والميسر .

قال الجصاص^(٣٤) : عند ذكر قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾^(٣٥) : الآية عموم في إطلاق سائر التجارات ، وإباحاتها ، وهو

(٣١) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(٣٢) ابن رشد المقدمات ٥٣٩ .

(٣٣) الشافعي ، الأم الجزء الثالث ، صحيفة ٢ .

(٣٤) الجصاص ، أحكام القرآن الجزء الثاني ، صحيفة ٢١٠ .

(٣٥) الآية ٢٩ من سورة النساء .

كقوله : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ في اقتضاء عمومه سائر البيوع إلا ما خصه التحريم إلا أن اسم التجارة أعم من اسم البيع .

وقال القرطبي^(٣٦) : إن الآية دليل على أن الباطل في المعاملات لا يجوز وليس فيها تعيين للباطل .

○ الدليل السادس :

قال ابن تيمية^(٣٧) : الأحكام الثابتة بأفعالنا كالملك الثابت بالبيع ، فنحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا ، ولم يثبته ابتداء كما أثبت إيجاب الواجبات ، وتحريم المحرمات المبتدأه ، فإذا كنا نحن المثبتين لذلك السبب لم يحرم الشارع ذلك .

فمن اشترى عيناً فالشارع أحلها له ، وحرمها على غيره ، لإثباته سبب ذلك وهو الملك الثابت بالبيع ، وما لم يحرم الشارع عليه رفع ذلك فله أن يرفع ما أثبته على أى وجه أحب ، ما لم يحرمه الشارع ، وهذه نكتة المسألة التي يتبين منها مأخذها .

وتوهم بعض الناس أن رفع الحقوق بالعقود والفسوخ مثل نسخ الأحكام وليس كذلك ، فإن الحكم المطلق لا يزيله إلا الذى أثبته وهو الشارع أما هذا المعين فإنما ثبت لأن العبد أدخله في المطلق فأدخله في المطلق إلى العبد فكذلك إخراجه ، إذا الشارع لم يحكم عليه بحكم أبداً مثل أن يقول هذا الثوب بعه ، أو لا تبعه ، أو هبه ، أو لا تهبه .

وإذا ظهر أن العقود لا يحرم منها إلا ما حرمه الشارع فإنما وجب الوفاء بها لا يجاب الشارع الوفاء بها مطلقاً ، إلا ما خصه الدليل .

(٣٦) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٥١ .

(٣٧) ابن تيمية ، القواعد النورانية ، صحيفة ٢٢٤ .

○ الدليل السابع :

العقود والشروط من الأفعال العادية ، والأصل فيها عدم التحريم ، فيستصحب ذلك حتى نجد دليل التحريم لأن الأصل في الأعيان الإباحة قال تعالى : ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم ﴾^(٣٨) وهو عام في الأعيان والأفعال وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة وكانت صحيحة .

قال الشاطبي في الموافقات^(٣٩) « الأصل في العادات الالتفات إلى المعاني ، يدل على ذلك الاستقراء فإننا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد والأحكام العادية تدور معه حيثما دار ، فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة » ...

ثم إن الشارع توسع في بيان العلل . والحكم في تشريع باب العادات ، وأكثر ما علل فيها بالمناسب الذي إذا عرض على العقول تلقته بالقبول ، ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيها اتباع المعاني ، لا الوقوف مع النصوص ، بخلاف باب العبادات فإن المعلوم فيه خلاف ذلك ، وقد توسع في هذا القسم مالك رحمه الله ، حتى قال فيه بالمصالح المرسلة^(٤٠) ، وقال فيه بالاستحسان^(٤١) .

(٣٨) سورة الأنعام الآية ١١٩ .

(٣٩) الموافقات ، الجزء الثاني ، صحيفة ٢١٣ وما بعدها .

(٤٠) هي التي لم يشهد لها الشرع بالاعتبار ولا بالإلغاء ، ولها شواهد كثيرة منها جمع القرآن وتدوين الدواوين ويسمى البعض بالمناسب المرسل أو الاستصلاح أو الاستدلال . انظر المستصفي للغزالي الجزء الأول صحيفة ١٣٩ والتلويح على التوضيح ، الجزء الثاني ، صحيفة ٧١ .

(٤١) اختلف كثيراً في تعريفه مما يدل على أنهم لم يقصدوا غرضاً واحداً بالنفي والإثبات فبعضهم يقول أنه عماد العلم والشافعي يقول : من استحسن فقد شرع . وأهم تعريفاته : دليل ينقذ في نفس المجتهد ولا يستطيع التعبير عنه . أو هو العدول عن =

(إن الالتفات إلى المعاني .. اعتمد عليه العقلاء ، وجرت به مصالحهم وأعملوا كلياتها على الجملة ، فاضطرت لهم ، إلا أنهم قصروا في جملة من التفاصيل ، فجاءت الشريعة لتتم مكارم الأخلاق ، فدل على أن المشروعات في باب العادات ، جاءت متممة لجريان التفاصيل ، في العادات على أصولها المعهودات ، ومن هاهنا أقرت هذه الشريعة جملة من الأحكام التي جرت في الجاهلية) .. كالقراض وغيره .

○ الدليل الثامن :

النصوص الشرعية المانعة من أنواع المعاملات قليلة جداً بالنسبة^(٤٢) لما فرعه الفقهاء ، وهذه تبين عند تأملها أنها جاءت وفق مصالح العباد ، قال ابن العربي^(٤٣) : هناك أربع نصوص هي قواعد المعاملات في الإسلام : -

= موجب قياس إلى قياس أولى منه .

أو العدول عن مقتضى الدليل إلى مقتضى الحاجة والمصلحة .

انظر : التوضيح لصدر الشريعة ، الجزء الثاني ، صحيفة ٨١ .

والمستصفي للغزالي ، الجزء الأول ، صحيفة ١٣٩ .

(٤٢) عدم وجود النص المانع لا يعنى المنع أو خلو الواقعة عن الحكم . إذ الصحيح من أقوال العلماء أنه لا تخلو مسألة إلا والله فيها حكم خلافاً للظاهرية قال الشاطبي في الموافقات : إن القياس من جملة الأدلة الشرعية ، فلا نازلة إلا ولها في الشريعة محل حكم ، فانتفى المسكوت عنه إذن ، ويصرف السكوت إلى ترك الاستفصال مع وجود مظنته ، وإلى السكوت عن مجارى العادات ، مع استصحابها في الوقائع .. وإلى نحو هذا أشار قوله عليه السلام : « وعفا عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها » . وقوله : « ذروني ما تركتكم » .

انظر الموافقات ، الجزء الأول ، صحيفة ١١٦ .

(٤٣) أحكام القرآن لابن العربي .

- ١ - آية التراضي^(٤٤) ٢ - قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾^(٤٥) .
 ٣ - أحاديث الغرر . ٤ - اعتبار المقاصد في الشريعة .

○ الدليل التاسع :

أن هذه الأسماء جاءت في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ معلقاً بها أحكام شرعية ، وكل اسم فلا بد له من حد ، فمنه ما يعلم حده باللغة ، كالشمس^(٤٦) ومنه ما يعلم حده بالشرع ، كالمؤمن ، والكافر ، والمنافق وما لم يكن فيه حد في اللغة ، ولا في الشرع ، فالمرجع فيه إلى عرف الناس ، كالقبض المذكور في قوله ﷺ : « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه »^(٤٧) ومعلوم أن البيع ، والإجارة ، والهبة ، ونحوها لم يحد الشارع لها حداً ، لا في كتاب الله ، ولا سنة رسوله ﷺ ، ولا نقل عن أحد من الصحابة ، والتابعين أنه عين للعقود صفة معينة من الألفاظ وغيرها ، فكل ما عده الناس بيعاً ، أو إجارة ، فهو بيع ، وإجارة ، وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ ، والأفعال ، انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه .

○ الدليل العاشر :

أن الشريعة جاءت بالآداب^(٤٨) الحسنة ، فحرمت ما فيه فساد ،

(٤٤) سورة النساء آية ٢٩ .

(٤٥) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(٤٦) ابن تيمية الفتاوى ، الجزء التاسع والعشرين ، صحيفة ٧/١٣ .

(٤٧) متفق عليه من حديث عبد الله بن عمر رواه البخارى ٢٨٨/٤ في البيوع : باب الكيل على البائع والمعطى باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة وباب بيع الطعام قبل أن يقبض ويبع ما ليس عندك . ومسلم ١٥٢٦ وفي البيوع : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، ومالك في الموطأ ٦٤٠/٢ في البيوع باب العينة وما يشبهها ولفظ الموطأ : من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه .

(٤٨) الفتاوى لابن تيمية ، الجزء التاسع والعشرون ، صحيفة ٧ - ١٣ .

واوجبت ما لا بد منه ، وكرهت ما لا ينبغي ، واستحبت ما فيه مصلحة ، راجحة وإذا علمت هذه القاعدة العظيمة ، فإن العقود التي يحتاج الناس إليها في معاشهم ، وليس فيها فساد ، فإنها تكون مباحة ، والأصل فيها عدم الحظر .

○ الدليل الحادى عشر :

لزوم احترام الشروط : حيث إن للعاقدين أن يرغبوا في تغيير بعض آثار العقود - عند بعض العلماء - وفي ذلك دليل على جواز استحداث صور جديدة تؤدي إلى آثار مباحة .

وللعلماء تفصيل في ذلك كما سيأتى .

○ الرأى الثانى :

قال الظاهرية : لا يباح شئ من العقود أو الشروط إلا ما دل عليه نص من القرآن ، أو السنة ، وما عدا ذلك فلا يجوز .

قال ابن حزم^(٤٩) فى الإحكام فى أصول الأحكام : « الباب الثالث والعشرون فى استصحاب الحال ، وبطلان جميع العقود ، والعهود ، والشروط ، إلا ما أوجبه قرآن ، أو سنة عن رسول الله ﷺ ثابتة ... والفرض على الجميع الثبات على ما جاء به النص ، ما دام يبقى اسم ذلك الشئ المحكوم فيه عليه ، لأنه اليقين ، والنقلة دعوى ، وشرع لم يأذن به الله تعالى ، فهما مردودان كاذبان ، حتى يأتى النص بهما ، ويلزم من خالفنا فى هذا أن يطلب كل حين تجديد الدليل على لزوم الصلاة ، والزكاة ، وعلى صحة نكاحه مع امرأته ، وعلى صحة ملكه لما يملك .. وأما نحن فلا ينتقل عن حكم إلى حكم آخر إلا ببرهان وكذلك نقول لكل من ادعى النبوة

(٤٩) ابن حزم الإحكام فى أصول الأحكام ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢ .

عهدناكم غير أنبياء فأنتم على بطلان دعواكم حتى يصح ما يشبها .. فإنما جاء قوم إلى هذه الحماقات في مواضع يسيرة اخطؤا فيها فنصروا خطأهم بما ييطل كل عقل وكل معقول .

○ أدلة الظاهرية : (٥٠)

استدلوا بما يلي : -

أ - أن الشريعة كاملة ، وقد تكفلت بمصالح الأمة جميعاً ، منها العقود على أساس العدل ، وليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من العقود ، وإلا أدى ذلك إلى هدم نظام الشريعة .

ب - كما استدلوا بحديث « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » (٥١) ، وقالوا : إن هذا النص يقتضى بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزم به ، إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص ، أو الإجماع بالزامه باسمه ، أو باباحة التزامه بعينه ، وإلا كان ذلك تحليلاً لما حرم .

ح - كما استدلوا بحديث « ما كان من شرط ليس في كتاب الله » (٥٢)

(٥٠) انظر في أدلة أهل الظاهر :

— الإحكام في أصول الأحكام ، المرجع السابق .

— ابن تيمية ، القواعد النورانية ، صحيفة ٣٢٠ .

— ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣٢٣ .

(٥١) سبق تخريجه صحيفة ٦٧ .

(٥٢) جزء من حديث أخرجه البخارى ٢٧/٢ - ٢٩ - ٣٠ - ١٧٦ ومسلم ٢١٣/٤ -

٢١٤ ومالك في الموطأ ١٧/٧٨٠/٢ وأبو داود ٣٩٢٩ والنسائي ١٠٢/٢ - ١٠٣

وابن ماجه ٢٥٢١ والطحاوى ٢٢٠/٢ - ٢٢١ والدارقطنى ٢٩٨ والبيهقى

٣٣٦/٥ - ٣٣٨ وأحمد ٢٠٦/٦ - ٢١٣ - ٢٧١ - ٢٧٢ .

وتمام الحديث عن عائشة أم المؤمنين أن بريرة رضى الله عنهما أتتها وهى مكاتبة قد

كاتبها أهلها على تسع أواق فقالت لها إن شاء أهلك عددت لهم عدة واحدة وكان =

فهو باطل « أى أن الشرط غير المنصوص عليه باطل فيقاس عليه العقد غير المنصوص عليه .

د - إنشاء العقود والشروط التى ليست فى كتاب الله تعالى أى التى لم يشرعها الله تكون من باب التعدى لحدود الله والزيادة على شرعه . قال تعالى : ﴿ اليوم أكملت لكم دينكم ﴾^(٥٣) وقال : ﴿ ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ﴾^(٥٤) .

هـ - كل ما لم يأذن فيه الله إذناً خاصاً فهو عقد حرام وكل عقد حرام فوجوده كعدمه .

* * *

= الولاء لى . فأتت أهلها فذكرت ذلك لهم فأبوا إلا أن تشتترط لهم الولاء فذكرت عائشة ذلك للنبي ﷺ فقال : « افعلى » وفى رواية « اشترىها واعتقها واشترطى لهم الولاء فإن الولاء لمن اعتق » .

قال الراوى : فقام النبي ﷺ فخطب الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله . كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق وشرط الله أوثق والولاء لمن أعتق - واللفظ لأحمد .

(٥٣) سورة المائدة الآية ٣ .

(٥٤) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .

* الفرع الثاني *

أثر الشروط على العقود

○ توطئة :

اتفق الفقهاء على أن العقد المستكمل لأركانه ، وشرائطه يتمتع بالقدرة الإلزامية ، أى أن كل عقد باشره الإنسان وهو ذو أهلية ملزم له بنتائجه ، ومقيد لتصرفه .

قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾^(١) ﴿ وأوفوا بالعهد ﴾^(٢) واتفق الفقهاء على أن ترتب آثار العقود فى الأصل من عمل الشارع ، لا من عمل المتعاقدين ، فتصرفهما هو الذى ينشئ العقد ، ولكن الشريعة هى التى ترتب ما لكل عقد من حكم وآثار ولهذا يقول الفقهاء : « إن العقود أسباب شرعية لآثارها » .

قال الشاطبى : « فأما السبب فالمراد به ما وضع شرعاً لحكم لحكمة يقتضيها ذلك الحكم ، كالعقود جعلت أسباباً فى إباحة الانتفاع وانتقال الأملاك^(٣) فالرابطة هى أن أحدهما سبب والآخر سبب وهى رابطة جعلها الشارع بينهما حتى لا ييغى بعض الناس على بعض ، بما يشترطون من شروط ، أى أن إرادة الإنسان مقصورة على إنشاء العقد فقط ، فعقد البيع مثلاً للإنسان أن يتحكم فى مبدأ إنشائه ولكن لا يستطيع أن يتحكم فى

(١) سورة المائدة الآية الأولى .

(٢) سورة الإسراء الآية ٣٤ .

(٣) الموافقات للشاطبى ، الجزء الأول ، صحيفة ١٨٥ .

آثاره^(٤) كنفل ملكية المبيع أو استحقاق الثمن فذلك متروك لتقدير الشارع ويستمد العاقدان سلطانهما من الحدود التي حددها الشارع ، فقد يكون حدود الشرع محققة لحاجة العاقلين ، فلا يحتاجان إلى اشتراط شروط تنقص أو تزيد من آثار العقد المشروعة ، ولكن قد يرغبان أو يرغب أحدهما في الزيادة على الآثار الأصلية للعقد ، أو النقصان منها عن طريق اشتراط الشروط وللعلماء ثلاثة آراء في حرية الاشتراط في العقود :

● **الرأى الأول : الظاهرية :** قالوا^(٥) : أن الأصل في العقود المنع فكل شرط لم يرد في الشرع فهو باطل^(٦) وتقدمت الإشارة إلى طريقتهم في الإستدلال على ذلك .

● **الرأى الثانى : مذهب الحنابلة^(٧) في الشروط :** الأصل عندهم أن

(٤) انظر ما سبق من كلام ابن تيمية في الدليل السادس من أدلة الجمهور على إباحة استحداث العقود .

(٥) أدلة الظاهرية على ذلك هى نفس أدلتهم على عدم إباحة استحداث العقود فليُنظر هناك .

(٦) لا خلاف في أن الشرط إذا كان مخالفاً لحكم الله فإنه يكون باطلاً ولا يترتب عليه أى أثر كاشتراط التعامل بالربا أو الاتجار بالخمر . وذلك لقوله ﷺ : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » وقوله : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » وقول عمر : والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً .

(٧) انظر رأى الحنابلة في : -

— ابن قدامة ، المغنى ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٢٤ - ٢٣٥ - ٢٤٨ .

— ابن القيم ، أعلام الموقعين ، الجزء الثانى ، صحيفة ٤١ .

— ابن تيمية ، الفتاوى ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣٢٦ .

— ابن تيمية ، نظرية العقد ، صحيفة ١٠٧/٢١٤ .

— ابن القيم ، زاد المعاد ، الجزء الرابع ، صحيفة ٤ .

— البهوتى ، كشف القناع ، الجزء الثانى ، صحيفة ٤٠ .

الأصل في الاشتراط والإباحة فيصح كل شرط فيه منفعة لأحد العاقلين وملخص كلامهم في الشروط ما يلي :

يطل البيع إذا كان فيه شرطان ، ولا يطله شرط واحد لحديث « لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا بيع ما ليس عندك »^(٨) والمراد بالشرطين ما ليس من مصلحة العقد ، كأن اشترى ثوباً واشترط على البائع خياطته وقصارته أو طعاماً ، واشترط طحنه وحمله فإن اشترط أحد هذه الأشياء جاز البيع والشروط عندهم أربعة أنواع : -

- ١ - ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم ، وخيار المجلس ، والتقابض في الحال ، فهذا وجوده وعدمه سواء ، ولا يؤثر في العقد .
- ٢ - ما تتعلق به مصلحة لأحد العاقلين ، أو لكليهما ، كالأجل ، والخيار ، والرهن ، والكفيل ، والشهادة ، واشترط صفة مقصودة في المبيع ، فهذا جائز يلزم الوفاء به .
- ٣ - ما ليس من مقتضى العقد ، ولا من مصلحته ، ولا ينافي مقتضاه ، وهو نوعان : -

أ - اشتراط منفعة للبائع في المبيع ، فإن كان شرطاً واحداً فلا بأس ،

= ابن تيمية ، القواعد النورانية ، صحيفة ٢١٤ - ٢٣٥ - ٢٣٩ .

— ابن تيمية ، الفتاوى ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣٢٦ - ٣٩٠ .

— البعلی ، كشف المخدرات ، صحيفة ٣٢٠ .

— وابن رجب ، القواعد القاعدة الثانية والثلاثون ، صحيفة ٤١ .

(٨) هو حديث حسن ، أخرجه أبو داود ٣٥٠٤ والترمذی ٢٣٢٢/١ ، والنسائي

٢٢٥/٢ ، والدارمی ٢٥٣/٢ ، وابن ماجه ٢١٨٨ ، والدارقطني ٣٢٠ ، والحاكم

١٧/٢ ، وأحمد ١٧٤/٢ - ١٧٩ - ٢٠٥ ولفظ أبي داود والترمذی : « لا يحل

سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك » .

وقال الترمذی : حديث حسن صحيح .

كاشتراط المشتري على البائع خياطة ثوب أو اشتراط حمل الخطب إلى موضع معلوم ، والدليل على الجواز حديث جابر وفيه أنه باع النبي ﷺ بغيراً واشتراط حملانه عليه إلى أهله^(٩) .

ب - أن يشترط عقد في عقد نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه آخر أو يشتري منه أو يؤجر له أو يسلف وهذا يفسد البيع للنهي عن بيعتين في بيعة^(١٠) والنهي عن صفقتين في صفقة^(١١) ولأن ذلك يؤدي إلى النزاع في الشرط فينسحب النزاع إلى العقد .

٤ - اشتراط ما ينافي مقتضى العقد مثل أن يشترط الا يبيع المبيع أو لا يبيعه أو أن يبيعه أو يبيعه ففى هذا العقد روايتان عن أحمد اصحهما أن البيع صحيح والشرط باطل .

○ قال ابن تيمية في القواعد النورانية: (١٢)

ويملكان اشتراط الزيادة على العقد لحديث : من باع نخلاً قد أبرت فثمناها للبائع^(١٣) إلا إن اشترط المبتاع فيجوز للمشتري اشتراط زيادة على

(٩) سبق تخريجه في صحيفة ٥٤ - ٥٥ .

(١٠) وهو حديث رواه أبو هريرة وأخرجه النسائي ٢/٢٢٧ والترمذي ١/٢٣٢ وابن حبان ١١٠٩ والبيهقي ٥/٣٤٣ ، وأحمد ٢/٤٣٢ - ٥٠٣ .

قال الترمذي : حديث حسن صحيح . وله شواهد روى بعضها على شرط مسلم وأخرجه أبو داود بلفظ : « من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا » .

(١١) ورد عن ابن مسعود موقوفاً عليه أنه قال : « صفقتان في صفقة ربا » أخرجه ابن أبي شيبة ٨/١٩٨/٢ وأخرجه أحمد ١/٣٩٣ ، وابن حبان ١١١١ - ١١١٢ بلفظ : « لا تصلح صفقتان في صفقة » هكذا بالسين والحديث فيه مقال غير أنه تعضده الشواهد مثل الحديث السابق « نهى ﷺ عن بيعتين في بيعة » .

(١٢) صحيفة ٢١٤ .

(١٣) « من باع نخلاً » متفق عليه من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وله ثلاث طرق =

موجب العقد المطلق ، وهو جائز بالإجماع ، ويملكان اشتراط النقص منه بالاستثناء ، كما « نهى النبي ﷺ عن الثنيا إلا أن تعلم »^(١٤) فدل على جوازها ، إذا علمت ، واستثنى جابر ظهر بغيره إلى المدينة^(١٥) ، فيجوز اشتراط ذلك في الأعيان والمنافع .

وأجمع المسلمون على جواز اشتراط الجزء الشائع كأن يبيعه الدار إلا ربعا ، واستثناء الجزء المعين الممكن فصله من غير ضرر .

قال في كشف المخدرات^(١٦) : والشروط في البيع ضربان : -

أ - صحيح كشرط رهن ، وتأجيل ثمن ، وشرط بائع نفعاً معلوماً ، في بيع ، كسكنى الدار ، ومشتراً نفعاً ، كحمل الخطب ، وإن جمع بين شرطين بطل البيع .

ب - وفاسد يبطله كشرط عقد آخر ، أو ما يعلق البيع كبعتك ، إن جئتنى بكذا . وفاسد لا يبطله مثل : متى نفق وإلا رده أو شرط إلا خسارة . قال ابن رجب^(١٧) : يصح عندنا استثناء منفعة العين المنتقل ملكها من ناقلها مدة معلومة .

= أخرجه البخارى ٨١/٢ ومسلم ١٧/٥ ، وأبو داود ٣٤٣٣ ، والنسائى ٢٢٨/٢ ، والترمذى ٢٣٥/١ ، والدارمى ٢٥٣/٢ ، وابن ماجه ٢٢١١ ، وأحمد ٩/٢ - ٨٢ - ١٠٨ ، وقال الترمذى : حديث حسن صحيح .

(١٤) رواه البخارى فى البيوع ٩٠ والمساقاة ١٧ والشروط ٢ رواه مسلم فى البيوع ٩ - ٧٥ وأبو داود فى البيوع ٤٢ وابن ماجه فى التجارات ٣١ وأحمد بن حنبل فى مواطن الجزء الثانى ، رواه مسلم فى البيوع ٨٥ وأبو داود فى البيوع ٥٥ والنسائى فى البيوع ٧٤ وأحمد ٢١٢/٣ - ٢٥٦ - ٢٦٤ .

(١٥) سبق تخريجه فى صحيفة .

(١٦) صحيفة ٣٢ .

(١٧) القاعدة الثانية والثلاثون ، صحيفة ٤١ .

ويتخرج على ذلك مسائل منها : المبيع إذا استثنى البائع منفعته مدة معلومة صح ، وحكى في رواية أخرى عدم الصحة .

قال ابن تيمية^(١٨) : وطائفة من أصحاب أحمد يقولون : كل شرط ينافي مقتضى العقد فهو باطل ، إلا إذا كان فيه مصلحة للمتعاقدين .

● وعمدة هؤلاء حديث بريرة السابق ، وللجمهور فيه حجتان :

١ - قوله : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » أى إذا دل عليه القرآن أو السنة ، أو الإجماع ، فهو في كتاب الله . وكذلك القياس عند الجمهور .

٢ - إنهم يقيسون جميع الشروط التى تنافى مقتضى العقد على اشتراط الولاء ، لأن العلة فيه كونه مخالفاً للعقد وذلك لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع فيعتبر تغييرها تغييراً لما أوجبه الشرع بمنزلة تغيير العبادات وهذه نكته الباب وهى أن العقود مشروعة على وجه فإذا خالف ذلك الوجه فإن ذلك يقتضى تغيير للمشروع .

○ وقال أيضاً :

كل شرط لا ينافى مفهوم العقد كاشتراط الفسخ في العقد فهو صحيح والدليل : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾^(١٩) والعقود ، هى العهود ﴿ وبعهد الله أوفوا ﴾^(٢٠) وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً ﴿^(٢١) وقد أمر الله بالوفاء بالعهود وهذا عام وقد دخل في ذلك ما عهده المرء على نفسه بدليل قوله : ﴿ ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل ﴾^(٢٢) فدل على أن

(١٨) القواعد النورانية ، صحيفة ٢٠٨ .

(١٩) سورة المائدة الآية الأولى .

(٢٠) سورة الأنعام آية ١٥٢ .

(٢٢) سورة الأحزاب آية ١٥ .

(٢١) سورة الإسراء الآية ٣٤ .

عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد كالنذر والبيع . ﴿والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون﴾^(٢٣) . وطبع المؤمن ليس الخيانة ولا الكذب قال تعالى : ﴿الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه﴾^(٢٤) فذمهم على نقض عهد الله والواجب إما بالشرع وإما بالشرط الذى عقده المرء على نفسه باختياره . ﴿أو كلما عاهدوا عهداً نبذه فريق منهم بل أكثرهم لا يؤمنون﴾^(٢٥) .

وفى الحديث : « أربع من كن فيه كان منافقاً » وذكر منها : « إذا عاهد غدر »^(٢٦) وفى الصحيحين عن عبد الله بن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « ينصب لكل غادر لواء يوم القيامة » وقال^(٢٧) : « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بى ثم غدر ورجل باع حراً ثم أكل ثمنه ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره » ويدخل مضمون هذا الحديث كل من شرط شرطاً ولم يوف به .

وقد جاءت النصوص من الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود ، والمواثيق والعقود ، وأداء الأمانة ، ورعاية ذلك ، ولما كان الوفاء ، ورعاية العهد مأموراً به ، علم أن الأصل صحة العقود ، والشرط ، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره ، وحصل به ، مقصوده ، ومقصود العقد هو الوفاء به .

(٢٣) سورة المؤمنون الآية ٨ .

(٢٤) سورة البقرة الآية ٢٧ .

(٢٥) سورة البقرة الآية ١٠٠ .

(٢٦) متفق عليه انظر صحيح البخارى مع حاشية السندى ١٠/١ ومختصر مسلم ١٥/١

رقم ٢٧ وسنن النسائى ١٠٢/٨ .

(٢٧) حديث صحيح رواه البخارى ٣٦٨/٤ فى باب الإجارة باب إثم من منع أجر الأجير

وفى البيوع باب إثم من باع حراً .

فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة .

وفى الحديث : الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً والمسلمون على شروطهم^(٢٨) وهذا المعنى هو الذى يشهد له الكتاب والسنة^(٢٩) ، فمقصود الشروط ، وجوب ما لم يكن واجباً ، ولا حراماً ، وعدم الإيجاب ليس نفيّاً للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضاً للشرع .

وكل شرط صحيح فلا بد أن يكون مفيداً وجوب ما لم يكن واجباً ، فإن المتبايعين ، يجب لكل منهما على الآخر من الأقباض ما لم يكن واجباً ، ويباح أيضاً لكل منهما ما لم يكن مباحاً ، ويحرم على كل منهما ما لم يكن حراماً ، وهذا المعنى هو الذى أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشروط لأنها إما أن تبيح حراماً ، أو تحل حلالاً أو توجب ساقطاً ، أو تسقط واجباً ، وذلك لا يجوز إلا بإذن الشارع والحاصل أن ما كان حراماً بدون الشرط فالشرط لا يبيحه كالربا ، وأما ما كان مباحاً بدون الشرط فالشرط يوجبه كالزيادة فى الثمن ، والرهن ، وتأخير الاستيفاء ونحو ذلك ، فإذا شرطه صار واجباً وبدون الشرط يستصحب حكم الإباحة ، والتحريم ، ولكن فرق بين ثبوت الإباحة ، والتحريم بالاستصحاب ، وبين ثبوته بالخطاب .

(٢٨) حديث صحيح قد روى من حديث أبى هريرة وعائشة وأنس بن مالك وعمرو بن عوف ورافع بن خديج وعبد الله بن عمر ورواية عمرو بن عوف رواها الترمذى ٢٥٣/١ وابن ماجه ٢٣٥٣ والدارقطنى والبيهقى وقال الترمذى حديث حسن صحيح وتقام هذه الرواية : الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً .

(٢٩) القواعد النورانية لشيخ الإسلام ابن تيمية صحيفة ٢١٤ - ٢١٩ .

فالعقد والشرط يرفع موجب الاستصحاب لكن لا يرفع ما أوجبه الخطاب . اهـ كلام ابن تيمية رحمه الله .

○ قال في المغنى^(٣٠):

والشروط : تنقسم إلى ما يلي : -

١ - ما هو من مقتضى العقد ، كاشتراط التسليم ، فهذا لا يؤثر في العقد ، بدون خلاف .

٢ - تتعلق به مصلحة العاقدین ، كالأجل ، والخيار ، والشهادة صفة معينة ، فهذه يلزم الوفاء بها بدون خلاف .

٣ - ما ليس من مقتضاه ، ولا من مصلحته ، ولا ينافي مقتضاه ، وهو نوعان :

أ - اشتراط منفعة البائع في المبيع .

ب - أن يشترط عقداً في عقد ، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر ، أو يشتري منه أو يزوجه ، أو يسلفه ، فهذا شرط فاسد ، يفسد به البيع سواء اشترطه البائع أو المشتري .

٤ - اشتراط ما ينافي مقتضى العقد ، وهو على ضربين : -

أ - اشتراط ما بنى على التغليب ، والسراية ، مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد ، وللعلماء فيه تفصيل طويل .

ب - أن يشترط غير العقد ، مثل أن يشترط ألا يبيع ، ولا يهب أو أن يبيعه أو يقفه ، أو إن غصبه غاصب رجع إليه بالثمن ، فهذه وما أشبهها شروط فاسدة .

وحكم البيع هنا : روايتان : -

(٣٠) الجزء الرابع ٢٤٩ .

● الأولى : البيع صحيح والدليل حديث بريرة^(٣١) حيث أبطل الشرط وصحح البيع .

● الثانية : البيع فاسد لحديث : « نهى عن بيع وشرط »^(٣٢) ولأنه شرط فاسد فأفسد البيع كما لو شرط فيه عقداً آخر .

ولأن الشرط إذا فسد لزم الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً .

ولأن البائع إنما رضى بزوال ملكه عن المبيع بشرطه والمشتري كذلك إذا كان الشرط له فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه والبيع من شرطه التراضي .

وقال أيضاً : يبطل البيع إذا كان فيه شرطان ولا يبطله شرط واحد قال أحمد : الشرط الواحد لا بأس به إنما نهى عن الشرطين . والدليل : حديث « لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا تبع ما ليس عندك »^(٣٣) ، وحديث جابر يدل على إباحة الشرط في البيع ، واختلف في تفسير الشرطين المنهى عنهما فروى عن أحمد : إنهما شرطان صحيحان ليس من مصلحة العقد كمن اشترى طعاماً واشترط طعنه وحمله . وإن اشترط أحد هذين الشرطين فلا بأس به .

وروى الأثرم عن أحمد : أن المقصود : الشرطان الفاسدان . وقيل :

(٣١) سبق تخريجه في صحيفة ١٠٠ .

(٣٢) رواه الطبراني في المعجم الأوسط ونقل مناظره مشهورة بين أبي حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمه وكانوا قد اجتمعوا للحج وهذه المناظرة يتناقلها الأصوليون في معرض الكلام على أسباب الاختلاف بين الأئمة .

انظر نصب الراية للزيلعي الجزء الرابع ، صحيفة ١٧ .

(٣٣) سبق تخريجه في صحيفة ١٠٤ .

إذا شرط شرطين صحيحين أو فاسدين بطل العقد وأخذوا بظاهر الحديث وعمومه .

أما إذا كانت الشروط من مقتضى العقد أو مصلحته مثل شرط التسليم والرهن والخيار فلا أثر لها ومذهب المالكية قريب من مذهب الحنابلة في هذه المسألة .

قال ابن رشد^(٣٤) : العقود المقترنة بها الشروط تنقسم إلى ثلاثة أقسام منها ما يبطل العقد والشرط وهو ما كان الشرط المشترط فاسداً له تأثير في الثمن .. ومنها ما يصح البيع والشرط وهو ما كان الشرط المشترط خفيفاً لا يؤول به البيع إلى غرر ولا فساد في ثمن ولا مثمون .. ومنها ما يصح البيع ويبطل الشرط وهو ما كان الشرط فاسداً إلا أنه خفيف ألا يرى إنه لا نقص من الثمن ولا زاد فيه من أجله .

قال الدردير في الشرح الصغير^(٣٥) : قال ابن رشد : الشروط المشترطة في البيع على مذهب مالك أربعة أقسام : -

- ١ - ما يفسد البيع من أصله ، وهو ما أدى إلى خلل في شرط من الشروط المشترطة في صحة البيع .
- ٢ - وقسم يفسد البيع ما دام المشترط متمسكاً بشرطه كشرط بيع وسلف .
- ٣ - وقسم يجوز فيه البيع ، والشرط إذا كان الشرط جائزاً لا يؤدي لفساد أو حرام .
- ٤ - وقسم يمضى فيه البيع ، ويبطل الشرط ، وهو ما كان الشرط فيه حراماً إلا أنه خفيف ، لم يقع عليه حصة من الثمن .

(٣٤) ابن رشد الجدل ، المقدمات الممهدة ، الجزء الثاني ، صحيفة ٣٠١ .

(٣٥) الدردير ، الشرح الصغير ، الجزء الرابع ، صحيفة ٣٠٩ .

وقال أيضاً : - لا^(٣٦) يصح شرط يناقض المقصود (أى من العقود الفاسدة) .

١ - كبيع و شرط يخل بالمقصود مثل : ألا يبيع ، أو يركب الدابة أو لا يسكن الدار - إلا أن يكون الشرط تنجيز عتق - وكذلك البيع .
٢ - والشرط المخل بالثمن أى يؤدي إلى نقص أو زيادة فيه ، مثل : البيع بشرط السلف ، وكذلك تهمة بيع وسلف ، كما في بيوع الآجال ، أما إذا اجتمع بيع وسلف من غير شرط فيجوز ويصح البيع إذا ألقى الشرط المناقض للمقصود ، أو المخل بالثمن .. ثم ذكر بقية الشروط الفاسدة .

وحاصل مذهب المالكية في الشرط^(٣٧) : إنه إذا كان الشرط يقتضى منع المشتري من تصرف خاص ، أو عام ، فيبطل الشرط ، أو البيع مثل أن يشترط عليه ألا يبيع المبيع ، أو لا يهبه ، فلا يجوز لأنه من الثنيا .
وقد نهى « ﷺ » عن الثنيا في البيع إلا أن تعلم^(٣٨) فإن أسقط هذا الشرط عن المشتري جاز البيع .

وان اشترط البائع على المشتري منفعة ، لنفسه كركوب الدابة أو سكنى الدار مدة معلومة جاز البيع والشرط لحديث جابر^(٣٩) .

(٣٦) المرجع السابق مباشرة ، صحيفة ١٧٢ من نفس الجزء .

(٣٧) وانظر كذلك في مذهب المالكية : -

— ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٥٩ .

— ابن جزى ، القوانين الفقهية ، صحيفة ٢٥٩ .

— الدردير ، الشرح الصغير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٦٥ .

— ابن رشد الجد ، المقدمات ، الجزء الثانى ، صحيفة ٣٠١ .

(٣٨) سبق تخريج هذا الحديث في صحيفة ١٠٦ .

(٣٩) وهو ما سبق من أنه باع النبى ﷺ بغيراً واشترط حملانه للمدينة ... انظر ذلك في صحيفة .

وإن اشترط البائع شرطاً يعود بالخلل في الثمن فيجوز البيع ، ويسقط الشرط ، مثل أن يشترط عليه أنه إذا لم يأت به بالثمن خلال ثلاثة أيام فلا بيع بينهما .

فإن قال البائع للمشتري : متى جئتك بالثمن رددت إلى المبيع وهو المعروف ببيع الوفاء عند الحنفية لم يجز البيع .

الرأى الثالث : - وهو رأى الحنفية الذين قسموا الشروط إلى ثلاثة أقسام^(٤٠) : -

١ - شرط صحيح : وهو ما كان موافقاً لمقتضى العقد ، كاشتراط تسليم الثمن قبل تسليم المبيع أو كان الشرط مؤكداً لمقتضى العقد كشرط البائع على المشتري تقديم كفيل بالثمن عند تأجيله أو كان الشرط مأذوناً به من قبل الشرع ، وهو ما ورد به نص خاص ، كشرط الخيار ، أو كان الشرط مما جرى به العرف ، كشراء شيء واشتراط حمله للمنزل .

٢ - شرط فاسد : وهو ما لم يكن أحد الشروط السابقة ، وكان فيها ، منفعة لأحد العاقلين ، كبيع الدار وشرط سكناها سنة ، وهذا يفسد المعاوضات المالية ، دون العقود الأخرى كالتبرعات ، والسبب في ذلك أن المعاوضات المالية يقصد فيها المساواة بين الطرفين ، ولهذا يشترط كل منهما من الشروط ما يرى أنه محقق لهذا المعنى فإذا اختل التعادل اختل الرضا الذي

(٤٠) انظر في مذهب الأحناف : -

- الكاساني ، بدائع الصنائع ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٦٨ - ١٧٢ .
- السرخسي ، المبسوط ، الجزء الثالث عشر ، صحيفة ١٣ - ١٨ .
- ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٢٧ .
- الزيعلي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٣١ .
- ابن الهمام ، فتح القدير ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢١٤ .
- البغدادى ، مجمع الضمانات ، صحيفة ٢٠٦ .

هو أساس العقود .

٣ - شرط باطل : وليس فيه أوصاف الشرط الصحيح ، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، كمن يبيع داره ويشترط على المشتري ألا يسكنها ، أو يشترط عليها ألا يزرع الأرض ، وحكم هذا الشرط إنه لغو فيسقط الشرط ويصح العقد فالأصل عند أى حنيفة عدم صحة الشروط المخالفة لمقتضى العقد ، وإنما يصحح الشروط فى العقود عليه ، إذا كان العقد مما يمكن فسخه ولهذا أبطل أن يشترط الخيار ومنع بيع العين المؤجرة ، وإنما جوز الإجارة المؤخرة ، لأن الإجارة عنده لا توجب الملك ، إلا عند وجود المنفعة ، وإنما صحح خيار الثلاثة أيام للأثر وهو عنده موضع استحسان^(٤١) .

قال محمد^(٤٢) : كل شيء يشترطه المشتري على البائع يفسد به البيع ، فإذا شرطه على أجنبى فهو باطل (أى الشرط) .

قال ابن عابدين : الأصل الجامع فى فساد العقد بسبب شرط يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحدهما أو فيه نفع لمبيع هو من أهل الاستحقاق للنفع بأن يكون آدمياً فلو لم يكن كشرط ألا يركب الدابة المبيعة لم يكن مفسداً ولم يجز المعرفة به أو لم يرد الشرع بجوازه أما لو جرى العرف به كبيع نعل مع شرطه تشريكه أو ورد الشرع به كخيار الشرط فلا فساد .

قال الزيلعى^(٤٣) : والأصل فيه أن كل ما كان مبادلة مال بمال يطل بالشروط الفاسدة ، لما روى « أنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط » وما كان مبادلة مال بغير مال ، أو كان من التبرعات ، لا يطل بالشروط الفاسدة ، لأن الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية .

(٤١) انظر ما سبق فى صحيفة ٩٦ عن تعريف الاستحسان .

(٤٢) انظر حاشية ابن عابدين المرجع السابق مباشرة .

(٤٣) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٣١ .

ولا يجوز تعليقه على شرط مطلقاً .. سواء كان الشرط نافعاً ، أو ضاراً ، إن كان الشرط بلفظ ، إن ، وإن كان بلفظ على فإن كان الشرط مما يقتضيه العقد ، أو يلائمه ، أو فيه أثر ، وجرى به التعامل لا يفسد البيع ، ويجوز الشرط .

وقد قسم الكاساني^(٤٤) الاشتراط إلى عدة أنواع هي :

- ١ - شرط في الأجل . ٢ - التعليق . ٣ - الإسقاط . ٤ - شرط هو صفة للمعقود عليه . ٥ - شرط في وجوده غرر . ٦ - شرط محرم . ٧ - شرط يقترن بالعقد .

والشافعي^(٤٥) يوافق أبا حنيفة على أن كل شرط خالف مقتضى العقد فهو باطل ، لكنه يستثنى مواضع للدليل الخاص ، فلا يجوز استثناء منفعة المبيع ، ونحو ذلك ، مما فيه تسليم المبيع ، ومنع الإجارة المؤخرة ، لأن القبض لا يلي العقد .

قال الشيرازي في المذهب : « إذا شرط في البيع شرطاً نظرت فإن كان شرطاً يقتضيه البيع كالتسليم ، والرد بالعيب ، وما أشبههما لم يبطل العقد ، لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد ، فلم يبطله . وإن شرط مالاً يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة كالخيار ، والأجل ، والرهن ، والضمين لم يبطل العقد » .

(٤٤) بدائع الصنائع المرجع السابق في نفس الجزء ، صحيفة ١٦٨ .

(٤٥) انظر في مذهب الشافعية في الشروط : -

— الشافعي ، الأم ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣٥ .

— الشيرازي ، المذهب ، الجزء الأول ، صحيفة ٣٥٦ .

— العز بن عبد السلام قواعد الأحكام ، الجزء الأول ، صحيفة ١٥٨ .

— الشربيني ، مغنى المحتاج ، الجزء الثاني ، صحيفة ٣١ .

والشافعي يتفق مع أبى حنيفة - خلافاً للحنابلة - في عدم التفريق بين الشرط ، والشرطين ، وإن الصحيح لا يؤثر في العقد ، وإن كثر ، والفاقد يؤثر في العقد ، وإن اتحد .

قال الشافعي في الأم^(٤٥) : « لا خير في أن يشتري الرجل الدابة بعينها ، على أن يقبضها بعد سنة ، لأنها قد تتغير إلى سنة ، وت تلف ، ولا خير في أن يبيع الرجل الدابة ويشترط ركوبها ، قل ذلك أو أكثر .

وقال : لا خير في أن يبيع الرجل الدابة ، ويشترط عقاقها^(٤٦) .

وقال العز بن عبد السلام^(٤٧) في قواعد الأحكام : « كل ما يخالف العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح » .

وحاصل مذهب الشافعية في الشروط : إذا كان شرطاً يقتضيه العقد كالتسليم ، أو الرد بالعيب ، صح العقد ، لأن الشرط المذكور بين لمقتضى العقد .

وكذلك يكون العقد صحيحاً ، إذا كان الشرط لا يقتضيه العقد ولكن مصلحة لأحد المتعاقدين ، كالخيار ، والأجل ، والرهن ، لأن الشرع ورد بجوازه ، ولأن الحاجة تدعو إليه .

وإن شرط ما سوى ذلك من الشروط ، كأن اشترط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع ، أو لا يهبه ، أو أن يهبه ، أو يقرضه ، أو اشترط المشتري على البائع أن يخيط له الثوب الذي اشتراه منه ، ونحو ذلك فهذه البيوع كلها باطلة لحديث : نهى عن بيع وشرط .

والراجع أن الأصل في ترتيب أحكام العقود إنما هو من عمل

(٤٦) عقاق على وزن كتاب ومعناه الحمل وفرس عقوق على وزن صبور أى حامل .

(٤٧) قواعد الأحكام للمرجع السابق نفس الجزء والصحيفة .

الشارع ، لا من عمل المتعاقدين فالشارع هو الذى ينظم العقود ، ونتائجها ، وقد قام العلماء بالتفريع على هذا الأصل الذى أثبتته نصوص الشريعة من أحكام العقود .

لأن العقود أسباب شرعية يرسمه الشرع ليصل بسالكها إلى الآثار المرجوة من كل عقد ، والشارع هو الذى يحدد هذه الآثار ، حماية للنظام ، وتحقيقاً للمقصد العام ، لأن الشارع كفيل بتنظيم الحقوق بين الناس بناء على مباشرتهم لأسبابها .

فيجوز للمتعاقدین أن يشترطاً ما يشاءان ، شريطة ألا يؤثر ذلك في مقصود العقد ، ومقتضاه ، ولا يؤدي إلى محرم ومقتضى ذلك أن هناك نوعان من الاشتراط^(٤٨) : -

١ - شروط تعتبر ميداناً لحرية العاقدین أطلق فيها الشرع لإرادتهم سلطانها ضمن حدود حقوقهم ، ويعتبر العقد قائماً على أساسها ، ما لم يشترط خلافها .

٢ - شروط ممنوعة شرعاً لا سلطان لإرادة العاقدین فيها لأنها تمس أحكاماً أساسية ، تعتبر من مقاصد الشريعة ، ونظامها العام . فلا يجوز إجماعاً اشتراط ما يناقض قصد الشارع كشرط يتضمن معنى ربوياً أو فيه ظلم لأحد المتعاقدين ، كشرط تتضمن معاني القمار ، والرهان ، وما إلى ذلك .

وهكذا ظهر أن لجواز العقود والشروط جملة وصحتها سنداً من الأدلة الشرعية ، والأدلة العقلية ، التى هى الاستصحاب ، وانتفاء المحرم ، فلا يجوز تحريم أى نوع من أنواع المسائل ، وأعيانها ، إلا بعد الاجتهاد فى خصوص هذا النوع أو المسألة حول ما ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضى تحريمها

(٤٨) انظر : المدخل للفقه العام للدكتور مصطفى الزرقا ، صحيفة ٥١٠ .

أم لا ؟ .

لأن في ذلك تحقيقاً لحاجة الناس ، ومصالحهم ، ومراعاة لما يطرأ من تطورات في إبرام عقود لأغراض مشروعة لئلا تشل حركة التجارة ، والاقتصاد ، الذي يتوسع ميدانه يوماً بعد يوم مع أن الناس في حاجة إلى استحداث عقود كثيرة لم تكن موجودة من قبل .
والأصل في الأقوال ، والأفعال المتعلقة بالمعاملات الإباحة .

* * *

الفصل الثاني أركان العقد

□ الفصل الثاني □

أركان العقد

○ توطئة :

إن كل تصرف من الإنسان له ناحيتان في الوجود^(١) :

وجود حسي : وهو وقوعه بحركته وصورته المادية .

وجود اعتباري : وهو أن يعتبر الشارع له بعد وقوعه صفة الصلوح ، لأن تترتب عليه أحكامه ، وهي آثاره المقررة شرعاً ومن الواضح أن كل ما كان له صفة اعتبارية ، متوقفة عليها أحكامه فإن عدم اعتباره ، يجعل وجوده كعدمه فهو كصورة جامدة لا تأثير لها ، وإنما الاعتبار الشرعي هو الذي تنفخ فيها الروح المؤثرة .

فالعقود ، وجودها الحسي هو صدور الإيجاب ، والقبول ، أو ما يقوم مقامها ، ووجودها الاعتباري ، هو كونها رابطة منعقدة تربط المتعاقدين بحقوق وإلتزامات رتبها الشارع على انعقاد هذه الرابطة بينهما .

وإذا وجدت هذه العقود مستوفية مقوماتها ، وشرائطها الأساسية ، في نظر الشارع اعتبرت منعقدة ، أي موجودة شرعاً كما وجدت حساً ، وترتب عليها أحكامها ، ونتائجها التي رتبها الشارع على انعقادها ، من تمليك ، أو إسقاط .. إلخ .

(١) المدخل لدراسة الشريعة للدكتور مصطفى الزرقا ، الجزء الثاني ، صحيفة ٦٥١ الفقرة

أما إذا تمت العقود غير مستوفية لأركانها ، وشرائطها التي جعل الشارع وجودها الاعتباري متوقفاً عليها في نظره ، كما لو صدر البيع من مجنون فإن البيع رغم وجوده حساً ، يكون معدوماً اعتباراً (شرعاً) أى غير منعقد ومعنى ذلك أن فساد العقد مرده إلى كون ذلك العقد جرى على نحو مخالف للشرع .

ولذا يقول الأحناف^(٣) : أن العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ، أى أنه قد خالف ناحية جوهرية من النظام الشرعى ، أى مخالفة الأركان والشرائط .

○ أركان العقد :

قال الجمهور^(٣) : إن للعقد ثلاثة أركان ، عاقداً ومعقوداً عليه ، وصيغه ، لأن الركن عندهم : ما يتوقف عليه غيره ، وإن لم يكن جزءاً داخلاً في حقيقته .

وقال الأحناف^(٤) : إن ركن العقد هو الصيغة فقط ، وهى الإيجاب

(٢) انظر ما سبق عند الكلام على رأى الأحناف في التفريق بين الفاسد والباطل .

(٣) انظر رأى الأئمة الثلاثة في : -

— الشرييني ، مغنى المحتاج ، الجزء الثانى ، صحيفة ٣ .

— ابن جزى ، القوانين الفقهية ، صحيفة ٢٤٥ .

— الدردير ، الشرح الصغير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٢ .

— القرافى ، الفروق ، الجزء الثانى ، الفرق الثالث .

(٤) انظر عند الأحناف : -

— الكسانى ، فتح القدير ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٣٣ .

— ابن الهمام ، فتح القدير ، الجزء الخامس ، صحيفة ٧٤ ، والجزء الثانى صحيفة

٢٤٤ .

— ابن عابدين رد المختار على الدر المختار ، الجزء الرابع ، صحيفة ٥ .

والقبول ، أو ما يقوم مقامها ، وما عدا ذلك فهو من لوازم الإيجاب ، والقبول ، لأنه يلزم منهما موجب ، وقابل ، ووجودهما يستلزم دخول المحل الذى يظهر فيه هذا الارتباط .

وقبل تفصيل ما يتصل بهذه الأركان ، نشير إلى الشروط التى يلزم توافرها فى هذه الأركان ، وقد فصل الأحناف تلك الشروط^(٥) بما لا مزيد عليه ، ولذلك كان الأصل الذى استقيت منه هذه الشروط هو ما فرعه الأحناف ، وخصوصاً ابن عابدين فى حاشيته وقد أوصل شروط البيع إلى بضعة وسبعين شرطاً .

○ شروط العقد : الشروط فى العقود نوعان :

الأول : شروط عامة ، يجب توافرها فى كل عقد وهى : -

أ - الأهلية .

ب - قابلية محل العقد لحكمه ، فلا يصح بيع ما ليس بمال ، ولا رهن الأموال التى يسرع إليها الفساد .

ح - ألا يكون العقد منهيّاً عنه : كالهبة ، والتبرع من مال الصغير ، والغبن الفاحش .

وقد يكون سبب المنع هو طريقة العقد كبيع الملامسة ، والمنازعة ، أو يعود إلى محل العقد كفعل المعاصى ، أو يعود إلى موضوع العقد كالتبرع من مال الصبى .

(٥) انظر الكلام على الشروط فيما يلى : -

- ابن عابدين حاشية رد المختار على الدر المختار ، الجزء الرابع ، صحيفة ٣ - ١٥٠ - ١٩١ .

- الكاسانى بدائع الصنائع ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٧٦ - ١٩١ ، والجزء الخامس صحيفة ١٣٥ .

د - أن يستوفى العقد شرائط انعقاده الخاصة عقد : كالشهود في النكاح والقبض في التبرعات .

هـ - كون العقد مفيداً : فلا يصح مثلاً أخذ العوض على ترك المحرمات ، كما لا يصح التعاقد على عدم الاشتغال في التجارة ، لذا قال الفقهاء : إن عقد الصلح على بقاء ما هو مستحق البقاء باطل ولا يصح مثلاً إجارة الزوجة على خدمة زوجها واستثنى من ذلك الإجارة على الإمامة والأذان والتعليم .

و - بقاء الأيجار إلى صدور القبول .

ز - اتحاد المجلس : أى حالة اقبال العاقدين على التعاقد ، والمكان الذى هم فيه وإذا انقطع التفاوض باعراض أحدهما بعد الإيجاب لم ينعقد العقد .

○ النوع الثانى : الشروط الخاصة بكل عقد أى التى يلزم توفرها لكى يظهر أثره فى المحل . وفيما يلى شروط البيع وهو لب عقود المفاوضات وأساسها الذى تعود إليه .

○ وقد قسم الحنفية الشروط إلى :

١ - شروط الانعقاد .

٢ - وشروط الصحة .

٣ - وشروط النفاذ .

٤ - وشروط اللزوم .

والقصد منها فى الجملة منع وقوع النزاع ، وحماية مصالح العاقدين ، ونفى الغرر ، والجهالة .

○ أولاً : شروط الانعقاد :

وهو ما يشترط تحققه لاعتبار العقد منعقداً شرعاً والا كان باطلاً .

وقد اشترط الحنفية أربعة شروط كما يلي : -

- أ - في العاقد : ١ - أن يكون عاقلاً فلا ينعقد بيع المجنون .
- ٢ - أن يكون العاقد متعدداً فلا ينعقد البيع (العقد) بواسطة وكيل من الجانبين إلا في الأب ووصية والقاضى والرسول من الجانبين .
- ب - يشترط في نفس العقد : أن يكون القبول موافقاً للإيجاب .
- ح - يشترط في مكان العقد : اتحاد المجلس .

د - ويشترط في المعقود عليه (المحل) أربعة شروط هي : -

- ١ - أن يكون المبيع موجوداً .. فلا ينعقد بيع المعدوم ، ويستثنى بيع السلم ، والاستصناع .
- ٢ - أن يكون المبيع مالاً متقوماً (والمال هو ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ويمكن أن ينتفع به على وجه معتاد .
- أو هو كل عين له قيمة مادية بين الناس^(٦)) فلا يجوز بيع ما ليس بمال كالحر والميتة ، والدم ، ولا آلات الملامى ، ويجوز بيعها عند أبى حنيفة للانتفاع بالآلات المصنوعة منها بخلاف الصالحين وبقية الأئمة .
- ٣ - أن يكون مملوكاً في نفسه ، فلا يجوز العقد على المباح ، كالكلاء ، والصيد وتراب الصحراء ، ومعادنها .
- ٤ - القدرة على التسليم عند العقد .

○ ثانياً : شروط النفاذ :

ويشترط لنفاذ العقد شرطان :

- أ - الملك ، أو الولاية ، والملك : هو حيازة الشيء متى كان الحائز قادراً وحده على التصرف فيه عند عدم المانع الشرعى ، فكل من المجنون

(٦) انظر تفصيل الكلام حول ما يكون مالاً وما لا يكون في مبحث الحقوق صحيفة .

والسفيه ، ليس لهما حق الاستقلال ، والتصرف ، لوجود المانع الشرعى .
والولاية : سلطة شرعية بها ينعقد العقد ، وينفذ ، وهى أما أصلية :
وهى أن يتولى الإنسان شئون نفسه . أو نيابية : وهى أن يتولى الشخص
أموال غيره ، من ناقصى الأهلية ، وتكون بإنابة المالك كالوكيل ، أو بإنابة
الشارع كالأولياء .

وبناء على هذا الشرط اختلف الفقهاء فى عقد الفضولى كما سيأتى
إنشاء الله تعالى .

ب - ألا يكون فى المبيع حق للغير : فإن كان فيه حق للغير فالعقد
موقوف ، فلا ينعقد بيع المرهون ، ولا المؤجر ، وإنما يكون موقوفاً على اجازة
المرتحن ، أو المستأجر .

ويترتب على هذا الشرط تقسيم العقود إلى : عقد نافذ ، وعقد
موقوف ، وهو ما توفر فيه الركن والشروط (الملكية أو الولاية) .

○ ثالثاً : شروط الصحة :

هى قسمان :

أ - شروط عامة : وهى التى يجب أن تتحقق فى كل أنواع البيع لتعتبر
صحيحة شرعاً . وهى إجمالاً أن يخلو عقد البيع من العيوب الستة وهى :
الجهالة والإكراه ، والتوقيت ، والضرر ، والغرر .

والشروط الفاسدة : وهى كل شرط فيه نفع لأحد المتبايعين إذا لم
يكن قد ورد به الشرع كشرط القرض .

ب - الشروط الخاصة : وهى التى تخص بعض أنواع البيع دون
بعض كما يأتى : -

— القبض فى بيع المنقولات : أى إنه يشترط قبض المبيع ، لأن المنقول

يكثر هلاكه ، فيكون في بيعه ثانية قبل القبض غرر وسيأتى تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى .

— معرفة الثمن الأول في ييوع الأمانة والمراجعة والتولية والوضيعة والإشراك .

— التقابض في العوضين قبل الافتراض في عقد الصرف - توافر شروط السلم والعرايا .

— التماثل في الربويات - القبض في الديون الثابتة في الذمة كرأس مال السلم ولا يجوز لرب السلم (أى المشتري) أن يبيع المسلم فيه قبل قبضه من المسلم إليه (البائع) ولا يصح للدائن أن يشتري بدينه شيئاً من غير المدين قبل قبضه (وسيأتى تفصيل ذلك كله) .

○ رابعاً : شروط لزوم البيع : خلوه من الخيار بأنواعه التى تسوغ لأحد العاقدين فسخ العقد مثل : خيار الشرط ، والوصف ، والنقد ، والتعيين ، والرؤية ، والعيب ، والغبن ، مع التغيرير .

وإذا توفرت هذه الشروط في العقد فإنه يكون رجباً بانطباق آثاره في المحل ، وهو ما يطلق عليها العلماء حكم العقد ، فإذا كان العقد بيعاً ثبت انتقال الأعواض ، وإن كان إجارة ثبت انتقال المنافع ، وهكذا ..

قال الكاسانى في البدائع عند الكلام على عقد الاجارة^(٧) : -

أحكام العقد الصحيح : له أحكام بعضها أصلى وبعضها من التوابع كما يلى : -

١ - فالأصلى : فالكلام فيه من ثلاثة وجوه : من حيث أصل

(٧) انظر أحكام العقد الصحيح في : البدائع للكاسانى ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٠١ ، والجزء الخامس ، صحيفة ٢٩٩ .

الحكم ، ووقت ثبوته ، وكيفية ثبوته .

من حيث أصل الحكم : ثبوت الملك للعوضين لطرفي التعاقد .

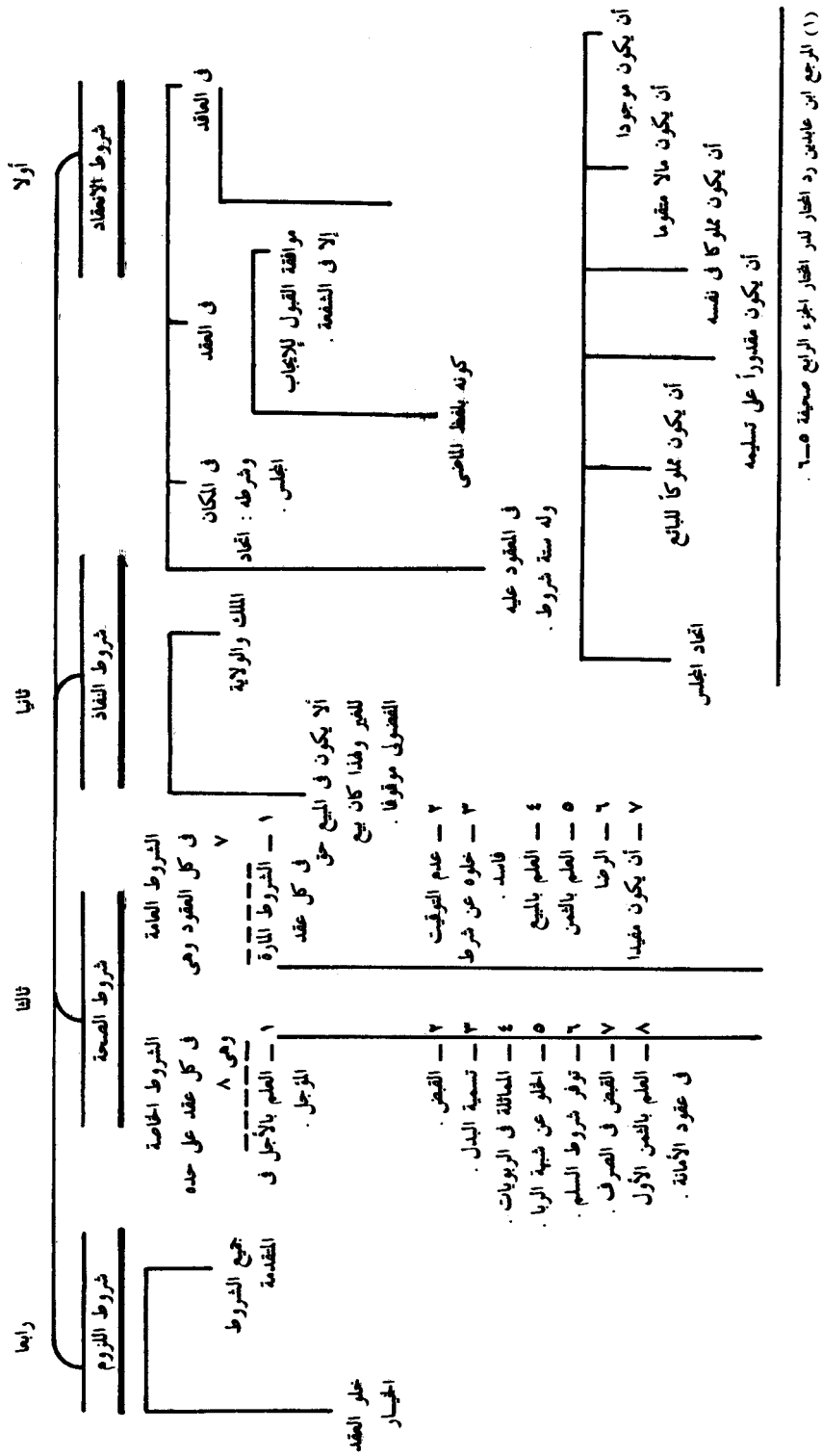
من حيث وقت ثبوته : فينقسم إلى : مطلق عن شرط تعجيل الأجرة (أو الثمن) أو تأجيلها ، فالحكم يثبت في العوضين في وقت واحد ، ويثبت عند الشافعي عقب العقد مباشرة .

وأما كيفية ثبوت حكم العقد : فهو يثبت شيئاً فشيئاً في (الإجارة) على حسب حدوث محله . (وعند الشافعي) تجعل المدة تقديراً كأنها أعيان قائمة ، ويثبت الحكم فيها في الحال ، ومعنى ذلك أن الأجرة لا تملك في الحال عند الأحناف وهي تملك في الحال عند الشافعية .

٢ - أما الأحكام التي هي من التوابع فكثيرة : بعضها يعود إلى العاقدين ، وبعضها يعود إلى محل العقد .

* * *

شرائط



المبحث الأول

الصيغة

○ المبحث الأول ○

الصيغة

○ توطئة :

الأساس في وجود العقد هو رضا المتعاقدين والرضا أمر خفى مستتر لا يمكن معرفته إلا بما يدل عليه من لفظ ، أو ما يقوم مقامه ، وهذا الذى يدل على هذا الرضا هو الذى سماه الفقهاء بالصيغة ، ويشترط لاعتبار هذه الصيغة أن تكون واضحة الدلالة على رضا المتعاقدين ومفهومة لذيها سواء كان لفظاً ، أو كتابة ، أو إشارة ، أو مثلاً ، لأن المنظور إليه في الصيغة كونها كاشفة ومظهره لرضا العاقدین دون النظر إلى وسيلة هذا الاظهار .

● تعريف الصيغة^(١) : هى ما يصدر عن المتعاقدين الذين يرغبان في إنشاء العقد ، من لفظ ، أو ما تقوم مقامه ، وقد تكون لفظاً ، أو كتابة ، أو إشارة ، أو فعلاً .

● والإيجاب : هو ما يصدر ممن يكون منه التملك أولاً كالبائع .

والقبول : هو ما يصدر ممن له الملك .

وقال الأحناف^(٢) : الإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد العاقدین ،

(١) انظر في تعريف الصيغة عند الجمهور : -

- البهوتى ، كشاف القناع ، الجزء الثالث ، صحيفة ٢ .

- الدردير ، الشرح الصغير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣ .

- الأنصارى ، شرح المنهج ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٨٠ .

(٢) انظر عند الأحناف : ابن الممام فتح القدير ، الجزء الخامس ، صحيفة ٧٤ . =

والقبول ما صدر ثانياً من المتعاقد الثاني .

فإذا قال الأول : بعت فهو إيجاب ، وقال الآخر : اشتريت فهو قبول ، وإذا ارتبط الإيجاب بالقبول وكانا صادرين من ذى أهلية ثبت أثر البيع ، هذا الأثر هو انتقال ملكية المبيع للمشتري واستحقاق البائع الثمن في ذمة المشتري .

وتنقسم العقود من حيث احتياجها إلى الصيغة إلى ٥ أقسام : -

- ١ - ما لا يفتقر إلى الإيجاب والقبول كالهبة .
 - ٢ - ما يفتقر إليها كالبيع ، والصرف ، والسلم ، والتولية ، والتشريك .
 - ٣ - ما يفتقر إلى الإيجاب لفظاً ، ولا يفتقر إلى القبول لفظاً ، بل يكفي الفعل ، كالوكالة ، والقراض .
 - ٤ - ما لا يفتقر إليه أصلاً كالوقف .
 - ٥ - ما لا يرتد إلا بالرد كالضمان والإبراء .
- ولا يوجد عقد يختص بصيغة إلا النكاح ، والسلم^(٣) .

* * *

= — الكاساني ، بدائع الصنائع ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٣٣ .
— ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، الجزء الرابع ، صحيفة ٥ .
(٣) انظر في ذلك : —
— ابن تيمية ، القواعد النورانية ، صحيفة ٢٧٨ .
— السيوطي ، الأشباه والنظائر ، صحيفة .

* أساليب الصيغة^(١) *

الصيغة المنشئة للعقد لها صور عديدة تؤدي المعنى الذي من أجله

(١) انظر في أساليب الصيغة وبيع المعاطاة : -

- ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، صحيفة ١٦٩ .
- جماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية ، الجزء الثالث ، صحيفة ٩ .
- المرغيناني ، الهداية ، الجزء الخامس ، صحيفة ٤٦١ .
- السرخسي ، المبسوط ، الجزء الحادي عشر ، صحيفة ١٥٠ .
- الكاساني ، بدائع الصنائع ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٣٤ - ٢٦١ - ٢٧٠ .
- ابن الهمام ، فتح القدير ، الجزء الخامس ، صحيفة ٧٧ .
- ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، الجزء الرابع ، صحيفة ٩ .
- ابن قدامة ، المغني ، الجزء الخامس ، صحيفة ٥٦١ .
- ابن تيمية ، الفتاوى ، الجزء الثالث ، صحيفة ٢٦٧ .
- ابن تيمية ، القواعد النورانية ، صحيفة ١٢٦ .
- ابن مفلح ، الفروع ، الجزء الثاني ، صحيفة ٤٤٢ .
- ابن رشد ، بداية المجتهد ، الجزء الثاني ، صحيفة ١٦١ .
- القرافي ، الفروق .
- الدردير ، الشرح الصغير ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٣ .
- محمد علي حسين ، تهذيب الفروق ، الفرق ١٥٧ ، الجزء الثالث ص ١٤٣ .
- الخطاب ، مواهب الجليل ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٢٨ .
- الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣ .
- السيوطي ، الأشباه والنظائر ، صحيفة ٨١ .
- الشربيني ، مفتي المحتاج ، الجزء الثاني ، صحيفة ٣ .
- الشيرازي ، المهذب ، الجزء الأول ، صحيفة ٢٥٧ .
- الرملی ، نهاية المحتاج ، الجزء الثالث ، صحيفة ١١ .
- ابن حزم ، المحلى ، الجزء الثاني ، صحيفة ٣٥٠ .

كانت ركناً وهو التراضى ، ولهذا كان لها عدة أساليب هي : -

الأسلوب الأول : اللفظ : ولا تشترط فيه عبارة خاصة ، لأن المقصود التعبير عن الرضا ، لكن لابد من وضوحها في الدلالة على العقد ، وكونها على سبيل البت ، والجزم ، واتفقوا على أن يصح بلفظ الماضى لأنه أدل على المراد ، كما اتفقوا على انعقاده بلفظ المضارع ، إذا توافرت القرينة الدالة على انشاء العقد ، لأن المضارع يفيد الحال ، والاستقبال ، فكان لابد من القرينة والنية لتعيين المراد في الحال .

واختلفوا في الانعقاد بفعل الأمر فقال الجمهور: إنه ينعقد بدون حاجة بلفظ ثالث من الأمر ، سواء كان بيعاً ، أو غيره ، لأن أساس العقد هو التراضى ، وقد جرى العرف باستعمال فعل الأمر كالمضارع ، والماضى . وقال الأحناف : إن ما عدا عقد النكاح لا ينعقد بلفظ الأمر ، ولو نوى ذلك لأن فعل الأمر لا يفيد إلا الطلب ، والتكليف فلا يكون قبولاً ، ولا إيجاباً .

كما اتفقوا على عدم انعقاد العقد بصيغة الاستقبال ، وهي صيغة المضارع المقرون بالسين أو سوف ، لأن ذلك يدل على المستقبل ، فهو وعد بالعقد ، وليس عقداً ، كذلك لا ينعقد بصيغة الاستفهام ، لأنها ليست إيجاباً ولا قبولاً .

● **الأسلوب الثانى : التعاقد بالإشارة :** إذا كان العاقد قادراً على النطق فلا ينعقد العقد بإشارته ، لأن الإشارة لا تفيد اليقين الذى يفيد اللفظ ، أو الكتابة عند الحنفية والشافعية .

وقال المالكية ، والحنابلة ، بانعقاده بالإشارة المفهمه ، لأنها أولى في الدلالة من الفعل .

أما إذا كان العاقد عاجزاً عن النطق فإن كان يحسن الكتابة فلا بد منها ،
على الراجح عند الحنفية ، لأن الكتابة أبلغ في الدلالة وإن كان لا يحسن
الكتابة ، وله إشارة مفهمة فتقوم مقام النطق باللسان باتفاق الفقهاء
للضرورة .

● الأسلوب الثالث : التعاقد بالكتابة : ويصح التعاقد بالكتابة
وبأية لغة يفهمها المتعاقدان ، وقيد الشافعية ، والحنابلة ، صحة التعاقد
بالكتابة ، أو الرسالة فيما إذا كان العاقدان غائبين ، أما في حال الحضور ،
فلا حاجة إلى الكتابة لأن العاقد قادر على النطق فلا ينعقد العقد بغيره .
● الأسلوب الرابع : التعاقد بالأفعال ويسمى المعطاء ، أو المروضة ،
مثل أن يأخذ المشتري المبيع ويأخذ البائع الثمن من غير كلام ، ولا إشارة .
واختلف في ذلك .

○ القول الأول :

إنها تصح بالأفعال فيما عقده بالأفعال كالمبيعات المحقرات وبعض أنواع
الاجارة كمن اعطى إلى غسال ، أو خياط يعمل بالأجر . فإن هذه العقود
إذا لم تعتقد بالفعل لفست أكثر أمور الناس ، وهم منذ عهد النبي ﷺ
يتعاملون في مثل هذه الأشياء بلا لفظ بل بالفعل الدال على المقصود ، وهو
قول في مذهب الحنابلة . وهو مذهب المالكية والحنفية^(٢) متى كان الفعل
دالاً على الرضا من كلا العاقدين ، لأن الناس تعارفوا على ذلك ولم ينكر
ذلك أحد والقرينة كافية في الدلالة على الرضا .

قال ابن قدامة في المغني : « إذا^(٣) دفع ثوبه لخياط - مثلاً - بدون

(٢) بعض الحنفية يصحح المعاطاة في المحقرات فقط . وقد ذهب بعض أصحاب الشافعي
إلى القول بالمعاطاة .

(٣) المغني الجزء الخامس ، صحيفة ٥٦٠ - ٥٦٢ .

عقد ، ولا شرط ، ولا تعريض بأجر بأن يقول : خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر ، وكان هذا الخياط مختصاً لذلك ففعل ذلك فله الأجر » .

لأن العرف الجارى بذلك يقوم مقام القول ، كما لو دخل حماماً أو كنفد البلد ولأن شاهد الحال يقتضيه ، وإذا دفعه إليه بدون تعيين الأجر فله أجر المثل .

وقال أيضاً في معرض الاستدلال على جواز بيع المعاطاة : -

أحل الله البيع ولم يبين كيفيته ، فوجب الرجوع إلى العرف ، كما رجع إليه في القبض ، والاحراز ، والتفرق ، والبيع كان معروفاً عند الناس فأبقاه الإسلام على ما كان ، وإنما علق عليه الشرع أحكاماً ، فلا يجوز تغييره بالرأى والتحكم . ولو كانت الصيغة (بالإيجاب والقبول) لازمة نقل عن الصحابة لكثرة إيقاع البيوع فيما بينهم ، إذ لا يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله ، ولأن البيع مما تعم به البلوى ، فلو اشترط له الإيجاب ، والقبول لبينه ﷺ بياناً عاماً ولم يخف حكمه ، لأنه يفضى إلى وقوع البيوع الفاسدة ، وأكل أموال الناس بالباطل ، ولأن الناس يتبايعون بالمعاطاة في كل عصر فكان إجماعاً ، ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً لشق ذلك ، ولكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة ، وأكثر أموالهم محرمة ، ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضى فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة ، والتعاطى ، قام مقامها ، وأجزأ عنهما لعدم التعبد به .

قال الدسوقي في الشرح الكبير^(٤) : باب ينعقد البيع بما يدل على الرضا أى عرفاً ، سواء دل على الرضا ، لغة أيضاً أو لا .

(٤) الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣ .

فالأول : كبعت ، واشتريت ، وغيره من الأقوال .

والثاني : كالكتابة ، والإشارة ، والمعاطاة .. وفاقاً لأحمد ، وخلافاً للشافعي القائل : لا بد من القول من الجانبين مطلقاً أى كان البيع من المحقرات أم لا ، ولأبى حنيفة في غير المحقرات .

وقال في الشرح الصغير^(٥) : « وتجاوز المعاطاة حتى في غير المحقرات ، بأن يدفع المشتري الثمن للبائع ، ويأخذ الثمن ، أو يدفعه له البائع ، وعكسه ، والدليل العرف ، ولا تلزم إلا بالدفع من الجانبين ، فالعقد ينعقد بالصيغة أو ما يقوم مقامها » .

وقال القرافي^(٦) : « توسع العلماء في البيع فجوز مالك البيع بالمعاطاة ، وزاد على ذلك حتى قال : كل ما عده الناس بيعاً ، فهو بيع » .

قال ابن عابدين^(٧) : « ويكون بقول ، أو فعل . وقال في الدر المختار ركنه الإيجاب ، والقبول ، وما يقوم مقامهما من التعاطى ، فركنه الفعل الدال على الرضا بتبادل الملكية ، من قول ، أو فعل » .

وقال الموصلي في الاختيار^(٨) : « البيع ينعقد بالإيجاب والقبول وبكل لفظ يدل على معناهما وبالتعاطى » .

قال في الدر المختار شرح تنوير الأبصار^(٩) : « وأما الفعل فالتعاطى وهو التناول في خيس ونعيس خلافاً للكرخي ولو من أحد الجانبين على الأصح » .

(٥) الشرح الصغير ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٣ .

(٦) الفروق ، الجزء الثالث ، صحيفة ١٤٣ ، الفرق ١٥٧ .

(٧) حاشية ابن عابدين الجزء الرابع ، صحيفة ٥ - ١٣ .

(٨) الاختيار ، الجزء الثاني ، صحيفة ٤ .

(٩) حاشية ابن عابدين ، الجزء الرابع ، صحيفة ٥ .

قال الكاساني^(١٠) : « وتجوز المبادلة بالفعل ، وهى (المعاطاه) ، ويسمى بيع المراوضة ، وذكر القدورى أن المعاطاه تجوز فى المحقرات ، ولا تجوز فى الأشياء النفيسة ، والدليل على الجواز ، أن البيع هو المبادلة ، وهو متحقق فى المعاطاه أما الصفة فهى دليل عليه ، والمطلوب هو التراضى ، واطلق سبحانه وتعالى التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع فى ﴿ إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ ﴾^(١١) وقوله تعالى : ﴿ أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرُوا الضَّلَالَةَ بِالْهَدَى ﴾^(١٢) .

○ القول الثانى :

إنها لا تصح إلا بالصيغ ، والعبارات ، التى قد يخصها بعض الفقهاء بالإيجاب والقبول ، سواء فى ذلك البيع ، والإجارة .. إلخ وهذا ظاهر قول الشافعى ، وقول فى مذهب أحمد وهو قول الظاهرية ثم هؤلاء يقيمون الإشارة مقام العبارة عند العجز عنها كما فى الأخرس ، وقيمون الكناية مقام العبارة عند الحاجة ، وقد يستثنون مواضع دلت النصوص على جوازها ، إذا مست الحاجة إليها ، لأن الأصل فى العقود ، التراضى المذكورة فى الآية ، والمعانى التى فى النفس ، لا تنضبط إلا بالألفاظ التى جعلت لإبانة ما فى القلب ، إذ الأفعال من المعاطاة ونحوها تحتل وجوهاً كثيرة ، ولا من العقود من جنس الأقوال فهى فى المعاملات كالذكر والدعاء فى العبادات وبناء على ذلك لا تنعقد الأفعال لعدم قوة دلالتها سواء كان المبيع نفيساً ، أو حقيراً . ويشترط أن يقع العقد بالألفاظ الصريحة ، أو الكنائية ، أو ما يقوم مقامها ، كالكتابة أو الإشارة المفهمة عند الحاجة ، وقد خالف فى ذلك من الشافعية ،

(١٠) بدائع الصنائع ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٣٣ .

(١١) سورة التوبة ، الآية ١١١ .

(١٢) سورة البقرة الآية ١٦ .

النوى ، والبغوى ، والمتولى ، فأجازوا بيع المعاطاة ، فى كل ما يعده الناس بيعاً ، فردوا ذلك إلى العرف ، ورخص ابن سريج والرويانى ، الجواز ببيع المحقرات ، وهى ما جرت العادة فيها بالمعاطاة .

قال الشيرازى فى المذهب^(١٣) : « ولا ينعقد البيع إلا بالإيجاب ، والقبول ، فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع ، لأن اسم البيع لا يقع عليه » .
قال الشريينى فى شرح منهاج الطالبين^(١٤) : « فلا يصح البيع بدون إيجاب ، وقبول ، وإنما احتيج إلى الصيغة فى البيع لأنه منوط بالرضا قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾^(١٥) ولقوله ﷺ : « إنما البيع عن تراضى »^(١٦) . والرضا أمر خفى لا يطلع عليه فأنيط الحكم بسبب ظاهر وهو الصيغة .

وقال : وخلاف المعاطاة تجرى فى الإجارة ، والرهن ، والهبة ، ونحوها .

قال ابن حزم^(١٧) : « ولا يجوز البيع إلا بلفظ البيع أو بلفظ الشراء أو بلفظ التجارة أو لفظ يعبر به فى سائر اللغات عن البيع .. ولا يجوز شئ من ذلك بلفظ الهبة ولا بلفظ الصدقة ولا بشئ من غير ما ذكرنا أصلاً » .

(١٣) المذهب ، الجزء الأول ، صحيفة ٣٤٢ .

(١٤) شرح منهاج الطالبين ، الجزء الثانى ، صحيفة ٣ .

(١٥) سورة النساء الآية ٢٩ .

(١٦) سبق تخريجه فى صحيفة ٤٢ .

(١٧) المحلى ، الجزء الثامن ، صحيفة ٣٥٠ .

○ شروط الإيجاب والقبول :

● الشرط الأول^(١٨) : توافق الإيجاب مع القبول : أى اتحاد وضوع العقد بأن يريد كل منهما نفس العقد .

● الشرط الثانى : أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقلين أى تدل الصيغة لغة ، أو عرفاً ، على نوع العقد المقصور للعاقلين .

● الشرط الثالث : اتصال القبول بالإيجاب : والمراد بالاتصال عند الجمهور : اتحاد المجلس فإذا صدر الإيجاب من أحد الطرفين جاز أن يتأخر القبول ما دام المجلس قائماً .

وقال الشافعية : المراد بالاتصال أن يصدر القبول عقب صدور الإيجاب فوراً ، من غير وجود أى فاصل كان ولو يسيراً ، فى غير موضوع العقد ، فإذا لم يصدر القبول فوراً لا ينعقد العقد ، وأى عمل ليس من

(١٨) انظر فى شروط الإيجاب والقبول فى المراجع التالية : -

- ابن عابدين ، حاشية رد المختار ، الجزء الرابع ، صحيفة ٥ - ٢١ .
- ابن الهمام ، فتح القدير ، الجزء الخامس ، صحيفة ٧٨ - ٨٠ .
- الموصلى ، الاختيار ، الجزء الثانى ، صحيفة ٥ .
- الكاسانى ، بدائع الصنائع ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٣٤ - ١٣٧ .
- الرملى ، المحلى على المنهاج ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٩١ - ٤٥ .
- الشريينى ، مغنى المحتاج الجزء الثانى صحيفة ٥ - ٤٥ .
- النووى ، المجموع ، الجزء التاسع ، صحيفة ٢٠١ .
- الرملى ، نهاية المحتاج ، الجزء الثالث ، صحيفة ٨ .
- ابن قدامة ، المغنى ، الجزء السادس ، صحيفة ٥٣٤ .
- العناية ، الجزء الخامس ، صحيفة ٧٨ .
- الدسوقى ، الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٥ - ١٧ .
- الخطاب ، مواهب الجليل ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٤٠ - ٢٥٠ .

العقد يقوم به العاقدان بين الإيجاب والقبول يعتبر فصلاً ، ومانعاً من تلافى الإيجاب بالقبول ، حيث يعتبر ذلك إعراضاً عن إيجاب الموجب .

قال النووى فى المنهاج : « ويشترط ألا يطول الفصل بين لفظهما وأن يقبل على وفق الإيجاب »^(١٩) .

واستدل الشافعية : بأن الإيجاب عرض ينتهى بمجرد صدوره من صاحبه ، فإذا لم يوجد القبول بعده فوراً لا يتحقق الاتصال ، فلا يتم العقد^(٢٠) ويخفف من شدة رأى الشافعية أخذهم بخيار المجلس لكل من العاقلين بعد انقضاء العقد واحتج الجمهور بأن من يتوجه إليه الإيجاب قد يحتاج إلى مدة للتأمل ، ولأن لفترة التأمل من تحديد لكى تضبط العقود فحددت بمجلس العقد ، وفى ذلك مراعاة للطرفين .

قال ابن قدامة فى المغنى^(٢١) : « إذا تراخى القبول عن الإيجاب صح ما دام فى المجلس »^(٢٢) ولم يتشاعلاً عنه بغيره لأن حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار فى عقود المعاوضات فإذا تفرقا قبل القبول بطل الإيجاب ، فإنه لا يوجد معناه فإن الإعراض قد

(١٩) الجزء الثانى ، صحيفة ٥ .

(٢٠) إذا صدرت العبارة وهى تفيد بوضعها انشاء عقد معين ولكن قصد بها القائل انشاء عقد آخر وقامت القرائن على هذا القصد ففى هذه الحالة تكون العبارة معتبرة وينعقد بها العقد المقصود لأن العبرة فى العقود للمعانى لا للألفاظ مثل قوله : وهبتك كتابى بعشرة فقال الآخر : قبلت . كان العقد بيعاً لا هبة .

(٢١) المغنى الجزء السادس ، صحيفة ٥٣٤ .

(٢٢) تغير المجلس الذى يؤدى إلى انفصال الإيجاب عن القبول مرده إلى العرف السائغ بين الناس . والاحتكام إلى العرف فى بيان ما يغير المجلس متفق عليه بين المذاهب . حتى من يقول بالعذرية من الشافعية فإنهم قالوا : تعتبر العرف فى تفرق العقادين عن المجلس فما يعده الناس تفرقاً لزم الأخذ به .

وجد من جهته بالتفرق ، فلا يكون قبولاً وكذلك إن تشاغلا عنه بما يقطعه لأنه معرض عن العقد أيضاً بالاشتغال عن قبوله .

*** التعاقد بالمراسلة أو الهاتف^(٢٣) :** ليس المراد بالمجلس كون المتعاقدين في مكان واحد ، وذلك إذا وجد بينهما واسطة اتصال كالتعاقد بالهاتف ، أو المراسلة ، وإنما المراد باتحاد المجلس اتحاد الوقت الذى يكون المتعاقدان فيه مشغولين بالتعاقد ، وعلى هذا يكون مجلس العقد فى المكالمة التليفونية هو زمن الاتصال ما دام الكلام فى شأن العقد ، فإن انتقل المتحدثان إلى حديث آخر انتهى المجلس .

ومجلس العقد عن طريق المراسلة : هو مجلس تبليغ الرسالة أو وصول الخطاب فعند تبليغه الرسالة إذا قبل انعقاد العقد ، لكن للمرسل ، أو الكاتب أن يرجع عن الإيجاب بشهادة الشهود بشرط أن يكون ذلك قبل تسليم الطرف الآخر للرسالة ، ويرى جمهور المالكية : إنه ليس للموجب الرجوع قبل أن يترك فرصة للقابل يقررها العرف .

● **الشرط الرابع :** ألا يرجع الموجب فى إيجابه قبل القابل ، وللموجب أن يعود عن الإيجاب ، إذا كان فى مجلس العقد قبل صدور القبول من الآخر ، ويىطل الإيجاب حينئذ .

○ **ما يىطل الإيجاب :**

● **أولاً :** رجوع الموجب : لأن الموجب حر التصرف فى ملكه ، وبإيجابه أثبت للطرف الآخر حق التملك ، وحق الملك أقوى من حق التملك ، فيقدم عليه عند التعارض ، والتراضى بين الجانبين أساس العقود .

(٢٣) مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، الفقرة ١٧١ .

عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق ، الجزء الثانى ، صحيفة ٤٩ .

قال أكثر المالكية : ليس للموجب الرجوع عن إيجابه ، وإنما يلتزم بالبقاء على إيجابه ، حتى يعرض الطرف الآخر عنه ، أو ينتهى المجلس لأن الموجب أثبت للطرف الآخر حق القبول ، والتملك ، فله استعماله ، وله رفضه ، فإذا قبل ثبت العقد .

● **ثانياً :** زوال عقله : قال ابن قدامة^(٢٤) : « إذا زال العقل بالجنون ، أو بالإغماء ، بطل حكم الإيجاب ، ولم ينعقد بالقبول بعده ، وإن زال عقله بنوم لم يبطل حكم الإيجاب في العقود الجائزة .

● **ثالثاً :** اتفاقهما على عدم انعقاد العقد .

● **رابعاً :** تفرقهما قبل انعقاده ، قال الموصلي في الاختيار^(٢٥) : « أيهما قام قبل القبول بطل الإيجاب ، فإذا وجد الإيجاب والقبول لزمهما البيع » .

● **خامساً :** هلاك محل العقد .

* **والراجع :** أن العقود تنعقد بكل ما دل على مقصودها^(٢٦) من مول أو فعل وبكل ما عده الناس بيعاً أو إجارة فإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ ، والأفعال انعقد العقد ، عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ ، والأفعال ، وليس لذلك حد مستقر لا في الشرع ولا في اللغة بل يتنوع باصطلاح الناس كما تنوع لغاتهم ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات ، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم ، إن كان ما تعاقدوا به دالاً على المقصود وإن كان قد يستحب بعض الصفات .

(٢٤) المغنى ، الجزء السادس ، صحيفة ٥٣٥ .

(٢٥) الاختيار ، الجزء الثاني ، صحيفة ٥ .

(٢٦) انظر : ذلك في مواضع متفرقة من كتاب القواعد النورانية لابن تيمية المرجع السابق .

فكل ما عده الناس بيعاً فهو بيع ، سواء وجدت الصيغة منهما ، أو من أحدهما ، أو لم يوجد بأن يدفع الثمن ، ويقبض المبيع ، وفي الإجارة مثل ركوب سفينة المكارى .. ودخول الحمامات . أو دفع الطعام إلى طباط ، والثياب إلى غسال .

ويلحق بذلك الإذن العرفي ، في الإباحة ، أو التملك ، أو التصرف بطريق الوكالة كالإذن اللفظي فكل واحد من الوكالة والإباحة ينعقد بما يدل عليه من قول أو فعل والعلم برضى المستحق يقوم مقام إظهاره للرضا وعلى هذا يخرج مبايعة النبي ﷺ عن عثمان يوم الحديبية^(٢٧) ، وإدخاله أهل الخندق إلى منزل أبى طلحة ومنزل جابر بدون إذنهما لعلمه أنهما راضيان بذلك ، وكذلك إعطاؤه للمؤلفة قلوبهم من الأربعة الأخماس على قول ، كما أن رسول الله ﷺ بنى مسجده والمسلمين بنوا المساجد على عهده ، وبعد موته ، ولم يأمر أحداً أن يقول : وقفت هذا المسجد ولا ما يشبه هذا اللفظ ، وفي الصحيحين إنه لما اشترى الجمل من عمر بن الخطاب قال لعبد الله : « هو لك يا عبد الله بن عمر » ولم يصدر من ابن عمر لفظ قبول^(٢٨) .

وجعل إظهار الصفات في المبيع بمنزلة اشتراطها في اللفظ في مثل المصراة ونحوها من المدلسات .. وأيضاً فإن التصرفات جنسان عقود وقبوض كما جمعها الحديث « رحم الله عبداً سمحاً إذا باع سمحاً إذا اشترى سمحاً إذا قضى سمحاً إذا أفضى »^(٢٩) .

(٢٧) رواه الترمذى في السنن وقال حديث حسن صحيح ، في كتاب المناقب وفيه أن رسول الله ﷺ قال : اللهم إن عثمان في حاجة الله تعالى وحاجة رسوله ﷺ فضرب باحدى يديه على الأخرى فكانت يد رسول الله ﷺ لعثمان خير من أيديهم لأنفسهم وفي إسناده من ضعفه ابن معين وغيره .

(٢٨) سبق تخريجه انظر صحيفة . (٢٩) سبق تخريجه في صحيفة ٥٤ .

المبحث الثاني العاقدان

○ المبحث الثاني ○

الركن الثاني : العاقدان

وهما طرفا المتعاقد ، سواء كانا اثنين أو أكثر .

○ ويشترط في العاقد شرطان :

● الشرط الأول : الأهلية^(١) : وهي صفة يقدرها الشارع في

(١) انظر في شرط الأهلية ما يلي : -

- الزيلعي ، تبين الحقائق ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٦٩ .
- مرآة الأصول ، الجزء الثاني ، صحيفة ٤٣٥ .
- التقرير ، الجزء الثاني ، صحيفة ١٦٤ .
- البزدوى ، كشف الأسرار ، صحيفة ١٣٢ .
- عبد العلي الأنصارى ، فواتح الرحموت ، الجزء الأول ، صحيفة ١٥٦ .
- ابن عابدين ، حاشية رد المختار ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٠٤ ، الجزء الرابع ، صحيفة ٥ .
- التفتازانى ، التلويح على التنقيح ، الجزء الثاني ، صحيفة ١٦٤ .
- ابن رشد ، بداية المجتهد ، الجزء الثاني ، صحيفة ٢٧٦ .
- حاشية نسيمات الأسحار ، صحيفة ٢٧٣ .
- الدسوقي ، الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٥ .
- ابن القيم ، أعلام الموقعين ، الجزء الرابع ، صحيفة ٤٨ .
- الشربيني ، مغنى المحتاج ، الجزء الثاني ، صحيفة ٤١٦ .
- ابن القيم ، زاد المعاد ، الجزء الرابع ، صحيفة ٤٠ .
- ابن قدامة ، المغنى ، الجزء الخامس ، صحيفة ٣١٩ .
- الدردير ، الشرح الصغير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣٤٦ .

الشخص ، تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعى .

● **الأهلية :** تنقسم إلى : أهلية وجوب ، وأهلية أداء .

١ - **أهلية وجوب :** هى صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق عليه ، أو له ، وتثبت هذه الأهلية بالإنسان بناء على ثبوت الذمة^(٢) ، والذمة تثبت لكل إنسان حى فما من مولود يولد إلا وله الحق فى إثبات الحقوق له ، أو عليه ، وغرم ما يثبت فى ماله وتنتهى بالموت .

٢ - **أهلية الأداء :** وهى صلاحية الإنسان لأن يطالب بماله ، أو ما عليه من حقوق ، وأن تعتبر عبارته فى إنشاء العقود وتترتب عليه آثارها الشرعية . وأساس هذه الأهلية العقل ، والتمييز ، لا الحياة كما فى أهلية

(٢) الذمة : هى أمر شرعى مقدر فى المحل يقبل الإلزام والالتزام - أو هى تقدير أمر فى الإنسان يصلح للالتزام والإلزام من غير تحقق له - أو هى وصف يصير به المكلف أهلاً للإلزام أو الالتزام - أو هى معنى شرعى مقدر فى المكلف قابل للالتزام واللتزم فتمت أقيمت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلزامه أروش الجنايات وأجر الإجازات وأثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات ويقبل التزامه إذا التزم أشياء اختياراً من قبل نفسه لزم . وإذا فقد شرط من هذه الشروط لم يقدر الشرع هذا المعنى القابل للإلزام والالتزام - وفى تهذيب الفروق : الذمة إما كون الإنسان قابلاً للزوم الحقوق التزامها شرعاً فيكون الصبى له ذمة له وأما كونه قابلاً شرعاً للزوم الحقوق دون التزامها فيكون الصبى له ذمة للزوم أروش الجنايات وقيم المتلفات .

قلت : جميع هذه التعاريف تؤدى معانى متقاربة .
انظر : فى تعريف الأمة : حاشية الحموى على الأشباه والنظائر لابن نجيم ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢١١ .

وقواعد الأحكام ، للعز بن عبد السلام ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٠٩ .
والفروق ، للقرافى الفرق الثالث والثمانون بعد المائة فى الجزء الثالث ، صحيفة ٢٣١ .
وكشاف القناع ، الجزء الثانى ، صحيفة ١١٧ .
وتهذيب الفروق (على هامش الفروق) نفس الفرق والجزء ، صحيفة ٢٣٧ .

الوجوب ، والمراد بالتمييز معرفة معانى الألفاظ التى تنشأ بها العقود والتمييز
المعتبر شرعاً هو ما كان بعد السابعة .

○ الأهلية الكاملة والأهلية الناقصة :

كل من أهلية الوجوب ، وأهلية الأداء تكون ناقصة ، وكاملة ،
حسب الأدوار التى يمر بها الإنسان فى حياته من مبدأ تكوينه ، إلى كمال عقله
وهذه الأدوار هى : -

○ الجنين :

وقد نظر إليه من جهة كونه جزءاً من أمه فنحكم له بعدم ثبوت
الذمة وبالتالي تنفى عنه أهلية الوجوب ، ونظر إليه من جهة كونه نفساً
مستقلة ، ومنفرداً عن أمه بالحياة فنحكم له بثبوت الذمة ، وبالتالي تثبت
له أهلية الوجوب ، ولهذين النظيرين المتعارضين اثبت له العلماء ، ذمة
ناقصة ، أو أهلية وجوب ناقصة صالحة لاكتساب بعض الحقوق ، وهى التى
لا يحتاج فى ثبوتها إلى القبول كالميراث ، والوصية ، والوقف (أى التى تثبت
بعائد واحد) . أما أهلية الأداء فلا تتصور منه لقيامها بالتمييز والعقل وهما
منتفیان عن الجنين .

○ من الولادة إلى سن التمييز :

وتثبت له أهلية وجوب كاملة ، فتجب له وعليه الحقوق ، وكان
ينبغي أن تجب عليه الحقوق كلها لكمال أهلية الوجوب فيه ، ولكن لما كان
وجوب الحق على الإنسان ليس مقصوداً لذات الوجوب ، بل المقصود حكمه
وهو الأداء ، فكل حق يمكن اداؤه عن الصبى يجب عليه وما لم يمكن اداؤه
عنه لا يجب عليه ، كحقوق العباد المالية وضمان المتلفات .

أما أهلية الأداء فمعدومة تماماً لانعدام ما تقوم به وهو العقل ، ولعدم

أهلية الأداء لا يصح عقد الصبي غير المميز .

قال الدسوقي في الشرح الكبير^(٣) : « .. فلا ينعقد إلا من مميز .. تبعاً لابن الحاجب وابن رشد ويشهد له قول القاضي عبد الوهاب في التلقين ، وفساد البيع يكون لأمر منها ما يرجع إلى المتعاقدين مثل أن يكونا أو أحدهما ممن لا يصح عقده ، كالصغير ، والمجنون ولم يختلف العلماء أن بيع الصغير ، والمجنون باطل لعدم التمييز .. لتوقف انتقال الملك على الرضا . لقول النبي ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس »^(٤) ، فلا بد من رضا معتبر . هو مفقود من غير المميز .

ثم قال : كسائر العقود .

قال ابن حزم^(٥) : « لا يحل بيع من لم يبلغ إلا فيما لا بد له منه ضرورة ، كقطعام لأكله وثوب نظرد به عن نفسه البرد ، والحر ، وما جرى هذا الجرى إذا اغفله أهل محلته وضيعوه .

○ من التمييز إلى البلوغ :

المقصود بالتمييز معرفة معاني الألفاظ التي تنشأ عنها العقود وإدراك الغبن فيها ، وسن التمييز هي السابعة ، وهذا التقدير الغرض ضبط الأحكام وأساس ذلك حديث^(٦) « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين »

(٣) الجزء الثالث منه ، صحيفة ٥ .

(٤) رواه البيهقي الجزء السادس ، ص ٩٧ - ١٠٠ - والتاسع ٣٥٨ والدارقطني ٢٦ وذكره ابن حجر في الزواجر ١/١٢١ .

(٥) المحلى الجزء التاسع ، صحيفة ٢٠ .

(٦) رواه أحمد وأبو داود والحاكم في المستدرک علی ما فی الفتح الكبير ١٣٥/٣ والمنأوى فی فیض القدير ٥٢١/٥ وتام الحديث : واضربوهم علیها وهم أبناء عشر سنين وفرقوا بينهم فی المضاجع وإذا زوج أحدكم خادمة عبده أو أجیره فلا ينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة .

وفي هذا الدور تثبت للإنسان أهلية أداء ناقصة لنقصان عقله ، ويترتب على هذه الأهلية صحة تصرفاته النافعة نفعاً محضاً كقبوله الهبة .

ولا نعتبر تصرفاته الضارة ضرراً محضاً التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه كالهبة ، وإن أجازها الولي ، لأن الإجازة اللاحقة لا تلحق العقود الباطلة ، بل تلحق العقود الموقوفة .

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع فإنها تنعقد من الصغير باعتبار تمتعه بأصل أهلية الأداء ، ولكن لا تعتبر نافذة لنقصان هذه الأهلية ، وتنفذ إذا أجازها ولي الصغير ، وتبطل إذا لم يجزها .

○ بعد البلوغ والرشد :

إذا بلغ الإنسان رشيداً ثبت له أهلية أداء كاملة وصحت جميع عقود .
والخلاصة أن الأفعال من جهة اشتراط الأهلية تنقسم إلى ما يلي : -
١ - أفعال لا يشترط لها أهلية بل يرتبط الأثر بمجرد الفعل . وهو ما يعبر عنه الأصوليون بخطاب الوضع . وهذه يلزم لها أهلية الوجوب وهي موجودة منذ الولادة .

٢ - أفعال يشترط فيها العقل لأن لنتائجها ارتباطاً بالقصد إلى الفعل ولا يعتبر ذلك إلا بوجود العقل . ولذا يشترط أهلية الأداء في العقود . ثم أن هذه الأفعال تحتاج درجات متفاوتة من الأهلية فمنها ما يشترط فيه الرشد كالتصرفات التي فيها خسارة كالهبة . ومنها ما يكفي فيه أهلية أداء ناقصة كبعض العقود النافعة .

○ عوارض الأهلية :

أهلية الأداء هي أساس التعامل ، والتعاقد إلا أن هذه الأهلية قد يعترضها بعض العوارض فتؤثر فيها ، والعوارض هي ما يطرأ على الإنسان

فيزيل أهليته ، أو ينقصها ، أو يغير بعض أحكامها وهى نوعان : -

١ - عوارض سماوية : وهى التى لا دخل للإنسان فى إيجادها ، ولا يستطيع التأثير فيها ، وهى أشد تأثيراً مثل : الجنون : النوم . الأغماء . العته .

٢ - عوارض مكتسبة : وهى التى يكون للشخص دخل اختيار فى تحصيلها مثل السكر ، والسفه ، والدين وتفصيل العوارض كما يلى .

● الجنون : هو اختلال فى العقل ينشأ عنه هيجان وهو معدم للأهلية حال وجوده فتكون تصرفاته لاغية لا أثر لها .

● العته : وهو ضعف فى العقل ينشأ عنه ضعف فى الوعى ، والإدراك ، وهو عليل الفهم ، مختلط الكلام وحكمه حكم الصبى المميز ، أى إن له أهلية أداء ناقصة .

● النوم والإغماء : وهو تعطل القوى المدركة المحركة إرادته بسبب مرض ، وهو يشبه النوم فى تعطيل العقل ، وله نفس الحكم .

السكر : وهو يعطل العقل فترة من الزمن ويزيل الإرادة والقصد ، وحكمه على المشهور عند المالكية وابن تيمية وابن القيم : إنه لا يترتب عليه صحة العقد فتبطل عقود ، لعدم سلامة القصد ، ولا يصح بيعه ولا سائر أقواله وقال الجمهور : تقبل عبارته زجراً وعقاباً له على تسببه فى تعطل عقله ، وكل تصرفاته صحيحة نافذة .

● السفه : وهو يقتضى العمل بخلاف موجب العقل ، والشرع مع قيام العقل حقيقة ، والمراد به هنا ما يقابل الرشد ، وهو تبذير المال وانفاقه فى غير حكمه ولو فى أمور الخير عند الحنفية ، وعند الشافعية أن المصاريف فى وجوه الخير ليست سفهاً .

● الدين : قال أبو حنيفة : لا يحجر على المدين ، وإن استغرق دينه

ماله لأنه كامل الأهلية بالعقل فلا حجر عليه ، وقال الأئمة الثلاثة ،
والصاحبان : يحجر على المدين الذى ترتب عليه ديون حالة الأجل وكانت
ديونه مستغرقة لماله وطلب الغرماء الحجر عليه وهو المفلس .

وبالحجر على المدين تنتقص أهليته ويصبح كالصغير المميز ، ولا تصح
عقوده بعد الحجر عليه إلا بعد إجازة غرمائه فإن أجازوه نفذ وإلا فلا .

○ الشرط الثانى : العدد^(٧) :

أى أنه لابد أن يكون هناك موجب وقابل ، غير أن العلماء صرحوا
بأنه قد ينشئ العاقد الواحد التزاماً ، كما قد تنشئ عقداً من العقود .

● **والالتزام :** معناه التعهد بشئ يصبح به المتعهد مديناً لآخر غير
موجود أثناء الالتزام ، كالوعد بالمكافأة ، أو بالجائزة للمتفوقين ومن أمثلة
الالتزام الناشئ بعاقده واحد فى الفقه الجعالة والكفالة .

● **والجعالة :** هى التزام جعل ، أو أجر لمن يقوم بعمل معين بدون
تحديد أحد معين ، وهى عقد جائز غير لازم ، كتقديم مكافأة لمن يرد متاعاً
ضائعاً ، أو يبنى حائطاً ، أو يحفر بئراً ، وأجازها الجمهور عملاً بقصة

(٧) انظر شرح العدد وفى أحكام الجعالة والكفالة : -

- ابن عابدين ، حاشية رد المختار على الدر المختار ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٣ .
- ابن رشد ، بداية المجتهد ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢٣٢ .
- ابن جزى ، القوانين الفقهية ، صحيفة ٢٧٥ .
- الدردير ، الشرح الصغير ، الجزء الرابع ، صحيفة ٧٩ .
- القرافى ، الفروق ، الجزء الثانى ، صحيفة ٤٧ .
- ابن قدامة ، المغنى ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٠٩ - ٥٠٧ .
- الشربينى ، مغنى المحتاج ، الجزء الثانى ، صحيفة ٤٢٩ .
- الكاسانى ، بدائع الصنائع ، الجزء السادس ، صحيفة ٢٦ .

يوسف ﴿ولمن جاء به حمل بعير﴾^(٨) وحديث « من قتل قتيلاً فله سلبه »^(٩) . ولم يجوزها الحنفية للغرر والجهالة .

● والكفالة : هى ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه ، فى التزام الحق ، فيثبت الدين فى ذمتها معاً .

وهى توجد بمجرد إلتزام الكفيل بالدين ، ورضاه به عند الأئمة الثلاثة ، وأبى يوسف ، أى أن ركنها هو الإيجاب فقط من الكفيل .

وقال أبو حنيفة ركنها الإيجاب من الكفيل ، والقبول من الدائن . ويجوز البيع بعاقده واحد عند الحنفية ، فى بعض الحالات كالأب ، والقاضى ، والرسول من الجانبين كما أجازته الحنابلة فى حالات أخرى .

قال ابن الهمام^(١٠) : لو باع - أى الأب - مال نفسه أو اشتراه ولو بقدر يسير صح عندنا ، وقال ابن عابدين^(١١) لا يصح بيع وكيل من الجانبين إلا فى الأب ووصيه والقاضى من مولاه بأمره والرسول من الجانبين . وقال الخرقى^(١٢) : وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز .

(٨) سورة يوسف الآية ٧٢ .

(٩) متفق عليه رواه البخارى ١٢٩/٢ مع حاشية السندى ومسلم ٥٧/١٢ مع شرح النووى وأبو داود فى السنن ٦٤/٢ طبعة الحلبي والترمذى ١٧٨/٥ مع تحفة الأحوذى والحديث بتمامه عن أبى قتادة قال : خرجنا مع رسول الله ﷺ عام حنين .. ثم قال وجلس رسول الله ﷺ فقال : « من قتل قتيلاً عليه بينة فله سلبه » . قال : فقلت . فقلت من يشهد . لى ؟ ثلاثاً فقال رسول الله ﷺ : « مالك يا أبا قتادة » فقصصت عليه القصة فقال رجل من القوم : صدق يا رسول الله . سلب ذلك القتيل عندى فأرضه عن حقه فقال رسول الله ﷺ : « أعطه إياه » .

(١٠) فتح القدير ، الجزء الثانى ، صحيفة ٤٢٨ .

(١١) حاشية ابن عابدين ، الجزء الرابع ، صحيفة ٥٠٤ .

(١٢) المغنى لابن قدامة ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٠٢ .

وكذلك شراؤه له من نفسه .

ومما يتصل بهذا الركن أن العاقد ربما كان هيئة عامة ، أو خاصة بمعنى أن الشخص الذى يقوم بالتعاقد لا يقدم على ذلك لمصلحة نفسه ، ولا وكيلاً عن شخص آخر مثله ، وإنما يتولى ذلك عن مؤسسة ، أو هيئة قد تكون ذات ملكة عامة ، أو ملكية خاصة ، وآثار العقد تظهر على أملاك هذه الهيئة دون التعاقد نفسه .

وهذا ما يعبر عنه في هذا الوقت بالشخصية الاعتبارية .

○ الشخصية الاعتبارية : (١٣)

المصلحة العامة تستتبع وجود شخصية اعتبارية ، أو معنوية ، لجماعة المسلمين على أن الشخصية الاعتبارية لا تقتصر على جماعة المسلمين ، بل توجد هذه الفكرة في المؤسسات العامة لبيت المال ، والوقف ، والمسجد ، وهى تشبه شخصية الأفراد غير المقيدين أو الأحرار ، في أهلية الملك ، وثبوت الحقوق ، والالتزام بالواجبات ، وافتراس وجود ذمة مستقلة للجهة العامة ، بقطع النظر عن ذم الأفراد التابعين لها ، أو المكونين لها ، ويستدل على ذلك بما يلي : -

● حديث : « ذمة المسلمين واحدة يسعى بذمتهم أدناهم » (١٤) أى

(١٣) انظر في الشخصية الاعتبارية :

— د . فتحى الدرينى ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده ، صحيفة ١٥٤ .

— د . وهبة الزجلى ، موسوعة الفقه الإسلامى وأدلته ، الجزء الرابع ، صحيفة ١١ .

(١٤) متفق عليه من حديث على بن أبى طالب قال : ما كتبنا عن النبى ﷺ إلا القرآن وما فى هذه الصحيفة قال رسول الله ﷺ : « المدينة حرم فمن أحدث فيها حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفاً ولا عدلاً وذمة المسلمين واحدة يسعى بذمتهم أدناهم فمن أخفر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفاً ولا عدلاً » . =

أن الأمان الصادر للعدو من أحدهم يسرى على جماعة المسلمين .

● ومنها نصوص الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، التي تقضى برفع دعوى الحسبة من أى فرد لقمع الغش ، أو إزالة المنكر - ومن الاجتهادات فصل بيت المال عن مال الحاكم الخاص ، وقولهم بيت المال وارث من لا وارث له - واعتبار الحاكم نائباً عن الأمة فى التصرف وفق المصلحة ، كما يتصرف الوصى بمال اليتيم وهو نائب عن الأمة فى إبرام المعاهدات ، وتعيين الموظفين - ومن الاجتهادات جواز تمليك الوقف والتزامه بما يجب عليه من حقوق للآخرين ، وجواز الوصية ، والوقف للمسئ ، واعتبار ناظر الوقف مجرد نائب عنه لا يتحمل شيئاً من ديون الوقف ، ويشترى للوقف ما يحتاجه ويدفع ثمنه من غلات الوقف فالوقف هو الدائن والمدين والمالك .

* * *

= أخرجه البخارى فى مواضع منها الجهاد - باب ذمة المسلمين وجواهر واحدة ٤٥٠/١ وعند مسلم فى الحج باب فضائل المدينة ٤٤٢/١ .

المبحث الثالث محل العقد

○ المبحث الثالث ○

الركن الثالث : محل العقد

○ محل العقد : هو ما وقع عليه التعاقد ، وظهرت فيه أحكامه ، وآثاره ، وهو قد يكون عيناً مالية كالبيع ، وقد يكون عيناً غير مالية كالمرأة في الزواج ، وقد يكون منفعة ، كمنفعة الشيء المؤجرة ، كالدور والعقارات ومنفعة الشخص في إجارة الأعمال ، لأن الإجارة نوعان : -
إجارة منافع ، كالدور والأراضي .

وإجارة أعمال وهي التي تعقد على عمل معلوم كبناء أو خياطة وتقديم خبرة كالأطباء والمهندسين .

وليس كل شيء صالحاً أن يكون معقوداً عليه ، فقد يمتنع إبرام العقد على شيء شرعاً ، أو عرفاً ، كالخمر لا تصح أن تكون معقوداً عليها عند المسلمين .

○ شروط محل العقد :

وهي تعود في مجملها إلى كون المحل قابلاً لحكم العقد شرعاً ، وإلى خلوه عن كل ما يفضي إلى نزاع بين طرفي العقد .

قال ابن عابدين^(١) : شروط محل العقد هي : -

١ - أن يكون موجوداً .

(١) حاشية ابن عابدين ، الجزء الرابع ، صحيفة ٥٠٥ .

- ٢ - أن يكون مالاً متقوماً .. قابلاً لحكم العقد .
- ٣ - أن يكون مملوكاً في نفسه .
- ٤ - أن يكون مقدوراً على تسليمه .
- ٥ - أن يكون مملوكاً للبائع فيما يبيعه لنفسه .
- ٦ - اتحاد المجلس .

وفيما يلي تفصيل مجمل لشروط المحل : -

● الشرط الأول : أن يكون المحل مالاً قابلاً لحكم الشرع : وقد ذكر القرافي في الفروق^(٢) أن ما يجوز بيعه ، أو العقد عليه ، هو ما اجتمعت فيه خمسة شروط ، ومالا يجوز بيعه (أو العقد عليه) ما فقد شرطاً منها ، وهى :

الطهارة لقوله ﷺ في الصحيحين^(٣) : « إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » وألا يكون منهيّاً عنه كالإجارة على النياحة والغناء ، وأن يكون منتفعاً به ليصح مقابلة الثمن له ... إلخ .

● الشرط الثانى : أن يكون موجوداً : وهذا فيه تفصيل ، واختلاف بين العلماء ، والمعدوم الذى يستحيل وجوده فى المستقبل لا يصلح أن يكون محلاً للعقد ، بدون خلاف ، وكذلك ولا يشترط وجود المحل عند التعاقد إذا كان منفعة ، لأن المنافع لا تحدث دفعة واحدة وإنما تحدث شيئاً فشيئاً ، ولكن إذا كان العقد عيناً مالية فقد اختلف الفقهاء فى شرط وجودها عند التعاقد : -

الجمهور : على أنه شرط فى جميع العقود سواء معاوضات أم لا ...

(٢) الفروق ، الجزء الثالث ، صحيفة ٢٣٩ .

(٣) سبق تخرجه فى صحيفة .

إلا ما استثنى كبيع السلم ، وحجتهم أن في العقود عليه آثاراً تظهر بعد العقد ولا يمكن أن تظهر في المعلوم ، وكذلك لا يصح بيع ما لا يتعين وجوده أى ماله خطر عدم كاللبن في الضرع .

وأجاز المالكية أن يكون المعدم محلاً للعقد بشرط إمكان وجوده في المستقبل في عقود التبرعات وسيأتى مزيد إيضاح لهذه المسألة إن شاء الله تعالى .

● الشرط الثالث : أن يكون معلوماً : أى لا يكون فيه جهالة تفضى إلى النزاع ، ويتحقق العلم بالحل بتعيينه بالإشارة ، أو الرؤية أو بيان جنسه ، ونوعه ، أو وصفه ، أو نحو ذلك مما تنتفى به الجهالة الفاحشة ، فإذا لم يتعين على هذا الوجه كان باطلاً ولكن لو كانت الجهالة بالحل يسيرة لا تفضى إلى نزاع جرى العرف بالتسامح فيها لم يؤثر في انعقاد العقد^(٤) .

قال النووى في المجموع^(٥) : « لابد أن يكون المعقود عليه معلوماً في القدر ، والأجل ، فإن كانت العين مجهولة في نفسها كالسكنى والرضاع فلا بد من تقدير المدة ، لاختلاف مقادير المنفعة المتحصلة من بعض العقود كالإجارة على الرضاع ، أو السكن وما أشبهها ، وما عقد على مدة لابد أن تكون معلومة الابتداء ، والانتهاء فلا يصح : أجرتك الدار كل شهر بكذا ، لأنها غير معلومة النهاية فلا بد من معرفة الجنس والعدد والأصل » .

وقال ابن قدامة في المغنى^(٦) : « بيع المجهول ، وغير المقدور على تسليمه لا يجوز .. ونقل ابن المنذر الإجماع » .

(٤) انظر بدائع الصنائع للكاسانى ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٧٩ .

والمغنى لابن قدامة ، الجزء الرابعة ، صحيفة ٢٣٠ .

(٥) المجموع للنووى ، الجزء الخامس عشر ، صحيفة ١١ .

(٦) المرجع السابق مباشرة .

قال الدردير^(٧): « فلا يصح بيع مجهول الذات ، أو القدر أو الصفة » .

قال القرافي في الفروق^(٨) : « ما يمنع فيه الجهالة وما يشترط فيه الجهالة : أما ما تفسره الجهالة فهو البياعات ، وكثير من الإجازات ، ومن الإجازات قسم لا يجوز تعيين الزمان فيه ، بل يترك مجهولاً ، وهو الأعمال في الأعيان كخياطة الثياب ، ونحوها ، لا يجوز أن يبين زمان الخياطة ، بأن يقول له اليوم مثلاً فتنفسد لأن ذلك يوجب الغرر يتوقع تقدر العمل في ذلك اليوم بل مصلحته ونفى الغرر عنه أن يبقى مطلقاً ، وكذلك الجعالة لا تجوز أن يكون العمل فيها محدوداً ، معلوماً ، لأن ذلك يوجب الغرر في العمل بالألا يجد الآبق في ذلك الوقت ولا بذلك السفر المعلوم بل نفى الغرر عن الجعالة بحصول الجهالة منها والجهالة في هذين القسمين شرط وإن كانت في غيرها مانعاً .

● الشرط الرابع : أن يكون مملوكاً للبائع وفي حوزته :

قال ابن قدامة^(٩) : « لا نعلم فيه مخالفاً . وعلة المنع هي الضرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد ، وما قد يترتب على ذلك من النزاع ، فإن البائع قد لا يجد المبيع في السوق ، والمشتري يطالبه به ، ولا يرضى إمهاله ، ولأنه تمليك لما لا يملك ولحديث حكيم بن حزام قال : أتيت رسول الله ﷺ فقلت : يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي ابتاع له من السوق ثم أبيعه ؟ قال : « لا تبع ما ليس عندك »^(١٠) .

(٧) الشرح الصغير ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٤ .

(٨) الفروق للقرافي ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٢ الفرق الثامن بعد المائتين .

(٩) ابن قدامة ، المغنى ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٠٦ وانظر هذا المعنى في المهذب

للشيرازي ، الجزء الأول ، صحيفة ٢٦٧ .

(١٠) سيأتي تخريجه في صحيفة ١٩٥ .

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « نهانا رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة وعن بيع وسلف وعن ربح ما لم يضمن وعن بيع ما ليس عندك »^(١١) .

قال ابن عابدين^(١٢) : « من شرائط المبيع كون المعقود عليه مملوكاً للبائع ، فيما يبيعه لنفسه فلا ينعقد بيع ما ليس مملوكاً ، وإن ملكه بعده .. ويستثنى من هذا السلم ، والمغصوب لو باعه الغاصب ثم ضمن قيمته ، وبيع الفضولى ، فإنه ينعقد موقوفاً وبيع الوكيل فإنه يبيع نافذ » .

قال الباجي^(١٣) : « يجب أن يكون المبيع معيناً ، ويكون في ملك بائعه فإن لم يكن في ملكه وكان معيناً لم يصح ، لما فيه من الغرر ، لأنه لم يمكنه تخليصه وإذا لم يقدر على تخليصه لم يمكن تسليمه ، وما لم يمكن تسليمه لا يصح بيعه » .

والظاهر أنه لو تم البيع على أن يسلم البائع المبيع بعد مدة من الزمن بأن هذا ينطبق عليه حكم تأجيل المبيع ، لأنه يكون بيع موصوف في الذمة وهو سلم صحيح كما سيأتى إن شاء الله في البيع على الصفة وفي بيوع وعقود البورصة .

● الشرط الخامس : أن يكون مقدوراً على تسليمه : لأن الأصل في العقود ترتب آثارها بعد العقد ، وهذا لا خلاف فيه في عقود المعاوضات وأجازته المالكية في عقود التبرعات لأن ذلك لا يؤدي إلى نزاع ولا ضرر فيه على الطرف الآخر .

(١١) رواه أبو داود ١٣٩/٢ والترمذى ١٦٠/١ والنسائى ٢٢٦/٢ قال الترمذى : حديث حسن صحيح .

(١٢) — ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٣٢ .

(١٣) — الباجي ، المنتقى شرح الموطأ ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٨٦ .

واتفق الجمهور على أن القدرة على التسليم شرط في البيع^(١٤) فلا يصح بيع ما لا يقدر على تسليمه ، كالبعير الشارد الذى لا يعلم مكانه ودليلهم : الأحاديث التى تنهى عن بيع العبد الآبق وبيع السمك فى الماء .
* لحديث النهى عن الغرر فهو يشمل بيع ما لا يقدر على تسليمه لأنه إذا لم يكن مقدوراً على تسليمه كان مستور العاقبة لا يدرى المتعاقدان هل يحصل أم لا .

* لا يتحقق المقصود من عقد البيع فيما لا يقدر على تسليمه لأن مقصود البيع هو تملك التصرف .

وخالف الظاهرية فلم يشترطوا القدرة على التسليم لصحة البيع .
قال ابن حزم^(١٥) : « لا يلزم ولا يوجب قرآن . ولا سنة ، ولا دليل أصلاً وإنما اللازم الا يحول البائع بين المشتري وبين ما اشترى منه » وهو ليس من الغرر عندهم .

قال الكاسانى فى البدائع^(١٦) : « تبطل الإجارة (العقود) بعدم القدرة على استيفاء المحل . ولا يجوز استئجار الأشل ، والأقطع على عمل يعتمد على اليدين ، أو استئجار الأعمى لنقط المصحف ، أو استئجار الأخرس لتعليم القراءة ، والأدب ، أو استئجار الأرض السبخة للزراعة ، لأن

(١٤) انظر شرط القدرة على التسليم فى :

ابن قدامة ٢٠٠/٤ المنتقى للباجى ٤٢/٥ .

— الشيرازى ، المهذب ، الجزء الأول ، صحيفة ٢٦٣ .

— عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، الجزء الرابع ، صحيفة ٧ .

— البهوتى ، كشاف القناع ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٥ .

(١٥) ابن حزم ، المحلى ، الجزء الثامن ، صحيفة ٣٨٨ وانظر كذلك صحيفة ٣١ من نفس الجزء .

(١٦) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٧٥ .

الإجارة بيع منفعة وما لا يمكن استيفاؤه في البيع لا يمكن إجارته كظل الدار والقراءة في الكتب لأنها مباحة » .

وقال الكاساني أيضاً^(١٧) : « تسليم البدلين واجب على العاقلين ، لأن العقد أوجب الملك في البدلين ، ولأن الانتفاع لا يتم إلا بالتسليم ، ولهذا كان التعاطي بيعاً لا يتضمن التسليم » .

ووجوب التسليم يثبت عقب العقد بلا فصل إذا طالب كل منهما صاحبه .

قال النووي في المجموع^(١٨) « ولا يجوز العقد إلا على عين يمكن استيفاء المنفعة منها ، أو يحصل العين في البيع كاستئجار الأرض السبعة لا يجوز » . وقال أيضاً : « لا يجوز البيع ولا الإجارة قبل القبض »^(١٩) .

* * *

(١٧) الكاساني ، بدائع الصنائع ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٤٣ وانظر كذلك صحيفة ١٤٦ من نفس الجزء .

(١٨) النووي ، المجموع ، الجزء الخامس عشر ، صحيفة ٧ .

(١٩) النووي ، المجموع ، الجزء الخامس عشر ، صحيفة ٥٨ .

* المقصود بالتسليم *

شرط القدرة على التسليم لا مرأى في أنه معتبر في صحة العقد عند جميع العلماء ، إلا ابن حزم كما سبق . ولكن ما المقصود بذلك ؟ وبماذا يتم التسليم ؟ هذا ما اختلف فيه العلماء على النحو التالى وهو يعبر عنه بالقبض .

● القبض : إذا كان محل العقد عقاراً فإن قبضه يكون بالتخلى بينه وبين من انتقل إليه الملك بحيث يتمكن من الانتفاع به الانتفاع المطلوب عرفاً ، وهذا لا خلاف فيه .

أما إذا كان محل العقد منقولاً ، فقد اختلف الفقهاء في تحديد المراد بقبضه ، فقال الحنفية : القبض فى المنقول كالقبض فى العقار يكون بالتخلى إلا فى المكمل ، والموزون ، ونحوهما ، فإن قبضه يكون باستيفاء قدره .

قال الكاسانى^(٢٠) : « ومعنى التسليم التخلي بين المبيع والمشتري مع الحائل بينهما على وجه يمكن المشتري من التصرف فيه » .

واستدل الحنفية بأن التسليم عبارة عن جعله سالماً وقال الله تعالى : ﴿ وَرَجُلًا سَلَامًا لِرَجُلٍ ﴾^(٢١) أى خالصاً ، فتسليم المبيع سالماً للمشتري ، أى خالصاً له لا ينازعه غيره .

ويذكر الحنفية صوراً أخرى للقبض منها :

(٢٠) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٤٣ .

وانظر كذلك نفس المرجع ، صحيفة ٢٤٨ .

(٢١) سورة الزمر ، الآية ٢٩ .

إنه إذا أتلّف المشتري المبيع صار قابضاً له ، وتقرر عليه الثمن ، وكذلك الأمر إذا أحدث عيباً فيه ، أو أودع المبيع عند المشتري أو أغير لأن الإيداع للمالك أو الإعارة له لا تصح ، وكذلك إذا اتبع الجاني بالجناية على المبيع حيث لو جنى اجنبى على المبيع فأختار المشتري اتباع الجاني بالضمان كان اختياره بمنزلة القبض عند أبى يوسف . وعند محمد لا تصير قبضاً^(٢٢) .

وقال الحنابلة : قبض كل شىء بحسبه ، فما ينقل ويحول إن كان جزافاً فقبضه بنقله ، وإن كان مكيلاً فقبضه بكيّله ، وإن كان دراهم فقبضه بالتناول ، لأن القبض ورد مطلقاً فى الشرع فلزم الرجوع إلى العرف ، وقد جاء فى الحديث إن قبض الجزاف بنقله وتحويله من مكانه^(٢٣) .

قال ابن قدامة^(٢٤) : (غير المكيّل والموزون والمعدود لا يشترط فيه القبض . ويجرى مجرى المكيّل والموزون والمعدود - فى اشتراط القبض - المبيع بصفة ، أو رؤية متقدمة .

وقبض كل شىء بحسبه ، فإن كان مكيلاً ، أو موزوناً بيع كيّلاً ، أو وزناً ، فقبضه بكيّله ، أو وزنه .

(٢٢) انظر أيضاً فى مذهب الأحناف :

— حاشية ابن عابدين ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٢٦ - ٥٣٥ .

— وفتح القدير لابن الهمام ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٠٠ .

(٢٣) وذلك فى حديث متفق عليه أخرجه البخارى ٢٤/٢ - ١١٢/٤ ومسلم ٨/٥ وغيرهما وفىه أن ابن عمر قال : رأيت الناس على عهد رسول الله ﷺ يتاعون جزافاً يعنى الطعام يضربون أن يبيعوا فى مكانهم حتى يؤوه إلى رحالهم .

(٢٤) ابن قدامة المغنى ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٢٤ - ١٢٦ .

وانظر مذهب الحنابلة كذلك فى المراجع التالية : -

نظرية العقد لابن تيمية ، صحيفة ٤٤ .

وقال أحمد في رواية أئى الخطاب ، التخلية فى ذلك قبض ، لأنه خلى
بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضاً له كالعقار .

واستدل أحمد بحديث : « إذا بعت فكل وإذا ابتعت فاكفل »^(٢٥) ،
ونهى النبى ﷺ عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صالح البائع وصالـ
المشتري^(٢٦) .

وإن يبيع جزافاً فبنقله لقول ابن عمر : « كنا نبتاع الطعام جزافاً ،
فبعث إلينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذى ابتعناه ، إلى مكان سواه قبل
أن نبيعه »^(٢٧) وإن كان دراهم فقبضها باليد .. وهكذا .

والمشهور عند المالكية أن المنقول إن كان جزافاً فقبضه بالتخلية ، وإن
كان مقداراً فباستيفاء قدره ، وإن كان حيواناً ، أو ثياباً ، ونحوها فالمرجع
فى ذلك العرف الجارى بين الناس ، وهو عندهم شرط فى عقود المعاوضات
فقط .

قال القرافى^(٢٨) : « لا يتوقف شىء من التصرفات على القبض إلا

(٢٥) صحيح أخرج ابن ماجة نحوه ٢٢٣٠ ورواه البخارى تعليقاً ٢٢/٢ .

(٢٦) روى ذلك من أربعة طرق وكلها فيها مقال . وأحد هذه الطرق رواها ابن ماجة
١٦٢/١ والدارقطنى ٢٩٢/٢ ، انظر نصب الراية ٣٤/٤ .

(٢٧) حديث صحيح أخرجه البخارى ٢٩/٢ ومالك ٤٢/٦٤١/٢ والنسائى ٢٢٥/٢
والبيهقى ٣١٤/٥ وأحمد ١١٢/٢ - ١١٣ ورواه مسلم بلفظ قريب من هذا ولفظ
البخارى عن ابن عمر : كنا فى زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام فبيعث علينا من
يأمرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعنا فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه .

(٢٨) القرافى ، الفروق ، الجزء الثالث الفرق ١٩٨ ، صحيفة ٢٧٩ .

وانظر كذلك فى مذهب المالكية : -

- الشرح الكبير للدردير ، الجزء الثالث ، صحيفة ١٤٥ ، وحاشية الدسوق عليه
صحيفة ١٢٦ .

البيع .

وقال الشافعية : القبض في المنقول يرجع فيه إلى العرف ، فما جرت العادة بنقله ، وتحويله من مكانه كالأخشاب ، والحبوب ، فقبضه بالنقل إلى مكان آخر ، لا اختصاص للبائع به ، وما جرت العادة بقبضه بالتناول كالنقود ، والكتب ، ونحوها ، فقبضه بالتناول .

قال العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام^(٢٩) :

القبض : وهو أنواع :

- ١ - المناولة : فيما جرت العادة بتناوله كالجواهر .
- ٢ - ما لا ينقل كالعقار ، واقباضه بتمكين القابض من المقبوض .
- ٣ - ما جرت العادة بنقله وهو ضربان :
أ - ما يستحق كيله أو وزنه فقبضه بكيل كيله ، أو وزن وزنه ، ثم نقله بعد تقديره .
- ب - ما جرت العادة بنقله من غير كيل ولا وزن ، كالمتاع فنقله إلى مكان لا يخص البائع هو قبضه ولا تكفى فيه التخلية على الأصح .
- ٤ - إذا كان للمدين حق في يد رب الدين ، فأمره أن يقبض من يده لنفسه ، ففيه خلاف .

= — المنتقى على الموطأ للباجي ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٧٩ .

(٢٩) العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، الجزء الثاني ، صحيفة ٧٢ .

وما بعدها وصحيفة ١٥٢ .

وانظر كذلك مذهب الشافعية في المراجع التالية :

— المهذب للشيرازي ، الجزء الأول ، صحيفة ٢٦٣ .

— المجموع للنووي ، الجزء التاسع ، صحيفة ٢٨٣ .

وانظر في مذهب الظاهرية وغيرهم : المحلى لابن حزم ، الجزء الثامن ، صحيفة ٥١٨ .

وإذا كان المقبوض غائباً ، فلا بد أن يمضى زمان يمكن المضى إليه فيه ولو كان ما يستحق قبضه بيد القابض ، وهو غائب عنه ، فلا بد من مضى الزمان .

واختلف فى اشتراط الرؤية ، وإن شرطناها ففى اشتراط نقله خلاف . وإذا تلف المبيع قبل القبض فإن البيع يفسخ بالتلف قبل التلف ، لتعذر اقترانه به ، ووقوعه بعده ، لأن الانفساخ انقلاب الملكية إلى باذليهما ، ولا يتصور انقلاب الملكية بعد تلف المبيع ، لأنه خرج عن أن يكون مملوكاً ، فيتعين انقلابه إلى ملك البائع قبيل تلفه وذلك حسب قاعدة : وقت ثبوت الأحكام ومنها : ما يتقدم حكمه على سببه .

والراجح والله أعلم أن المنقول : إذا كان مقدراً فقبضه يكون باستيفاء قدره ، وإذا كان جزافاً ، فنقله من مكانه يعتبر قبضاً له ، وهو مذهب الحنابلة ورواية عند المالكية ، وفيما عدا الجزاف ، والمقدر يكون القبض راجعاً إلى العرف ، وهو مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة وذلك عملاً بالأحاديث الصحيحة بالأمر بالكيل فيما بيع بالكيل والأحاديث المصرحة بالنهى عن بيع الجزاف حتى ينقل وعملاً بالعرف فيما لم يرد فيه نص^(٣٠) .

* * *

(٣٠) يعتبر تسجيل العقار فى صحيفته من السجل العقارى فى حكم التسليم الكافى ولو كانت الدار مشغولة بأمتعة البائع أو بحقوق المستأجر ذلك لأن قيد السجل عندئذ يغنى عن التسليم ويقطع علاقة البائع فيصلح أجنبياً . وإذا كانت يد البائع لا تزال على العقار بعد التسجيل يعتبر غاصباً .

انظر : مصطفى الزرقا فى المدخل الفقهى العام ، صحيفة ٦٥٦ .

الفصل الثالث

موجبات اختلال العقد

□ الفصل الثالث □

موجبات اختلال العقود

○ توطئة :

إن سبب الخلل هو مخالفة العقد لنظامه الشرعى وهذا السبب يبرز فى العقود بصور عديدة ، منها ما له تأثير محل عام فى العقود .
ومنها ما يختص ببعض هذه العقود دون بعض (أى خاصة) .
أما الأسباب الخاصة فيرجع فى معرفتها إلى شرائط الصحة فى كل عقد على حده .

والأسباب العامة هى تؤثر على جميع العقود إلا ما استثناه الدليل ،
فالغرر مثلاً يؤثر على كل عقود المعاوضة ، واستثنى من ذلك بعض الصور ،
وكذلك المفاضلة فى الربويات ...

وفيما يلى استعراض لأهم ما يعرض لأركان العقد من اختلال
ومذاهب العلماء فى ذلك مع ملاحظة الاختصار غير المخل إن شاء الله .

* * *

المبحث الأول
الاختلالات العائدة إلى الرضا

○ المبحث الأول ○

الاختلالات العائدة إلى الرضا

○ توطئة :

الرضا أساس العقود ، والتعبير عنه يكون بالصيغة قولاً ، أو فعلاً عند الجمهور ، خلافاً للشافعية - كما سبق - ولكن قد يكون في هذا الأساس خلل فيؤثر ذلك على صحة العقد ، وسلامته ، فلا تترتب عليه آثاره المقررة شرعاً ، فالرضا أمر خفى لا بد من التعبير عنه ولكن قد يصدر عن الشخص قول ، أو ما يقوم مقامه ولا يكون ذلك معبراً عن رضاً صحيح يعتد به شرعاً في إنشاء العقد .

والصيغة تعبر ظاهراً عن الرضا سواء كانت قولاً أو فعلاً كان ، وهي بهذا مظهر من مظاهر الرضا الباطني ؛ والرضا الباطني يقصد به النية ، والتوجه إلى إبرام عقد من العقود - وهذا لا يطلع عليه ولا يعرف إلا بالتعبير الظاهر عنها ، وعلى ذلك لا بد للعقود من توافر الأمرين ، الصيغة المعبرة عن الرضا ، وكون ذلك الرضا مقصوداً للعاقدة . وهذا هو الأصل في العقود .

وللعلماء في ذلك تفصيل وبيان كما سيجيء .

وهذه المظاهر تؤثر في مجموعها على صحة العقد . فلا يكفي إذن مجرد النطق بصيغة العقد إذ قد لا تطابق الصيغة نية المتعاقدين أو أحدهما ، كألا تكون العبارة مقصودة أصلاً ، كعبارة الصبي ، والمغنى عليه ، والصبي غير المميز ، أو ألا يكون التعاقد هو المقصود كألا يكون فاهماً للعبارة المؤدية للعقد . أو أن يردد العبارة كالمتعلم ، أو أن يتظاهر بقصد التعاقد دون رغبة

في أثره ولذلك مظاهر نتناول أهمها فيما يلي : -

○ المظهر الأول : - الهزل^(١) :

مثل أن يردد العبارات دون أن يقصد ما يراد بها ، وما وضعت له ، فإذا نطق الشخص بها ولا يريد إنشاء العقد وإنما قصد به الهزل والعبث فاختلف العلماء فيه كما يلي : -

قال الشافعية - على الراجح - : أن العقد واقع في هذه الحالة ، وتترتب على العبارات التي قيلت في معرض الهزل سواء في العقود المالية وغيرها ، وذلك عملاً بالظاهر لا بالقصد حفاظاً على استقرار العقود فلا يلتفت إلى الهزل .

وقال الحنفية والحنابلة وأكثر المالكية : إنه لا بد من التفريق بين المعاملات المالية ، وغيرها ، والعقود المالية ، كالبيع لا يترتب على عبارة الهازل بها أى أثر ، لعدم تحقق الرضا والقصد الذي تقوم عليه العقود وهناك عقود خمسة سوى الشارع فيها بين الهازل والجاد وهي (الزواج ، والطلاق والرجعة ، والإعتاق ، واليمين) فصححوا عبارة الهازل بها ورتبوا عليها آثارها لحديث « ثلاث جدهن جد وهزلن جد النكاح والطلاق والعتاق »^(٢) ولأن هذه التصرفات تشتمل على حق الله وهو ليس للهزل .

(١) انظر في حكم عقد الهازل : -

- النووى ، المجموع ، الجزء التاسع ، صحيفة ١٨٤ .
 - الرملی ، نهاية المحتاج ، الجزء السادس ، صحيفة ٨٢ .
 - ابن قدامة ، المغنى ، الجزء السادس ، صحيفة ٥٣٥ .
 - البهوتی ، كشف القناع ، الجزء الثاني ، صحيفة ٥ .
 - الدسوقي ، الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٤ .
 - عابدين ، حاشية رد المحتار ، الجزء الثاني ، صحيفة ٣٦٣ .
- (٢) سبق تحريجه في صحيفة ٥٣ .

○ المظهر الثاني : الخطأ :

أى وقوع الفعل بدون قصد كأن يقصد المتكلم النطق بكلمة ، فيسبق لسانه إلى كلمة أخرى فيتلفظ بها .

قال الجمهور : المخطيء لا يترتب على عبارته أى عقد لحديث « إن الله تجاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(٣) .

وقال الحنفية : المخطيء والناسى يترتب على عبارتهما أثرها فى التصرفات ، والعقود ، لأن المتكلم أمر باطنى لا اطلاع لنا عليه ، فلو قبلنا دعوى الخطأ فى التصرفات لضاعت الحقوق ، وتزلزت المعاملات ، أى أن رأيهم فى الخطأ عكس رأيهم فى الهزل^(٤) .

○ المظهر الثالث : التلجئه أو المواضعة^(٥) :

وتسمى عقد الأمانة ، والتواطؤ ، ومقتضاها أن يتواطأ شخصان على

(٣) رواه ابن ماجة فى الطلاق ١٦ والبخارى فى العتق ٦ والطلاق ١١ والأيمان ١٥ ومسلم فى الأيمان ٢٠١ - ٢٠٢ وأبو داود فى الطلاق ١٥ والترمذى فى الطلاق ٨ والنسائى فى الطلاق ٢٢ وأحمد ٢٩٨/٢ - ٤٢٥ - ٤٧٤ - ٤٨١ - ٤٩١ .

(٤) انظر فى الخطأ فى العقود :-

— القرائى ، الفروق ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٤٩ .

— ابن اللحام ، القواعد ، صحيفة ٣٠ .

— السيوطى ، الأشباه والنظائر ، صحيفة ٦٩ .

— التفتازانى ، التلويح على التوضيح ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٦٩ .

— ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، الجزء الأول ، صحيفة ١٠٦ . والجزء الثانى صحيفة ١٣٥ .

— البزدوى ، كشف الأسرار ، صحيفة ١٣٩ .

— مرآة الأصول ، الجزء الثانى ، صحيفة ٤٤١ .

(٥) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٥٥ - وانظر أيضاً فى حكم =

إبرام عقد صوري بينهما ، إما بقصد التخلص من ضرر ، أو إظهار بدل غير البديل الحقيقي ، بهدف السمعة مثلاً ، أو تغطية اسم الشخص الحقيقي الذي يعمل لمصلحته وعلى هذا تكون المواضعة في أصل العقد ، أو البديل ، أو العاقلين . واختلف الفقهاء في حكم عقد التلجئة كما يلي : -

قال الحنفية ، والحنابلة : إنه عقد فاسد غير صحيح ، كالهزل لأن العاقلين لم يقصدا البيع ، فلا يصح منهما كالهزلين ، قال ابن عابدين : « فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع فسد البيع لعدم الرضا بالحكم »^(٥) . وقال الشافعية^(٦) : البيع صحيح ، لأنه تم بأركانه ، وأتى باللفظ مع قصد ، واختيار خالياً عن مقارنة مفسد أى أن رأيهم في هذه العقود كراهم في الهزل .

○ المظهر الرابع : اعتبار القصد في العقد^(٧) :

= المواضعة : -

- ابن قدامة ، المغنى ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢١٤ - ١٨٩ .
- (٦) الشرييني ، مغنى المحتاج ، الجزء الثالث ، صحيفة ١٦ - وانظر أيضاً : -
- النووى ، المجموع ، الجزء الثامن ، صحيفة ١٦٨ .
- (٧) انظر أقوال العلماء في اعتبار القصد في العقد : -
- الكاسانى ، بدائع الصنائع ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٨٩ .
- الزيلعى ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٢٥ .
- الطحاوى ، مختصر الطحاوى ، صحيفة ٢٨٠ .
- قاضى زادة ، تكملة فتح القدير ، الجزء الثامن ، صحيفة ١٢٧ .
- ابن القيم ، إعلام الموقعين ، الجزء الثالث ، صحيفة ١٩٦ .
- ابن قدامة ، المغنى ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٥٤ .
- ابن رجب ، القواعد ، صحيفة ٣٢١ .
- ابن مفلح ، الفروع ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٧١ .
- الشيرازى ، المهذب ، الجزء الأول ، صحيفة ٢٦٧ .

ومقتضى ذلك أن ينشئ العقد بقصد الوصول إلى غرض^(٨) غير مشروع ويمثل له العلماء دائماً بيع العنب ممن يتخذة خمراً ، وبيع السلاح في الفتنة ، وإجارة الدار لمن يتخذها مأخوراً .. ونحو ذلك .

وقد اختلف العلماء في ذلك ، فمنهم من غلب القصد الظاهر فصحح العقد ، لأن الأحكام في الدنيا تبنى على أظواهر .

ومنهم من لاحظ القصد والنية فأبطل العقد لفساد نية العاقد ، لأنه قصد فعلاً غير مشروع .

قال الشافعية : إن العقد صحيح إذا اشتمل على أركانه من إيجاب ، أو قبول ، أو أهلية المحل لحكم العقد ، ولا تأثير لمقصد العقد إلا إذا كان مصرحاً به في صيغة العقد كالاستئجار على الغناء ، والنواح ، والملاهي ، فإذا لم يصرح به في صيغة العقد ، فالعقد صحيح لأنه قد لا تحصل المعصية بعد العقد ، فلا عبرة بالقصد في إبطال العقود أى أن العقد في الظاهر صحيح دون بحث عن النية ، والقصد غير المشروع ، لكنه مكروه حرام بسبب النية غير المشروعة .

-
- = — الشريبي ، مغنى المحتاج ، الجزء الثانى ، صحيفة ٣٧ .
- ابن القاسم ، المدونة ، الجزء الحادى عشر ، صحيفة ٦٢ .
- الخطاب ، مواهب الجليل على مختصر خليل ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٦٣ .
- الشافعى ، الأم ، الجزء الثالث ، صحيفة ٦٥ .
- الشاطبى ، الموافقات ، الجزء الأول ، صحيفة ١٢٦ - ١٣٠ - ١٧٣ . والجزء الثانى صحيفة ٢٣١ وقد عقد لها فصلاً سماه : المسألة الثالثة من قصد المكلف .
- ابن حزم ، المحلى ، الجزء التاسع ، صحيفة ٢٩ .
- كشف المخدرات ، صحيفة ٢١٧ .
- (٨) القصد من العقد هو ما شرع من أجله وهذا يختلف باختلاف العقود فالبيع يقصد منه انتقال الأملاك والإجارة تبادل المنافع ... وهكذا .

قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأم^(٩) : « أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ، ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية ، إذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه إنه يقتل به ظلماً ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع ، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه إنه يعصره خمراً ، ولا أفسد البيع إذا باعه إياه ، لأنه باعه حلالاً وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً » .

وقال المالكية والحنابلة والحنفية والظاهرية : لا يجوز بيع العصير ممن يتخذه خمراً ، ويبيع السلاح للفتنة وإجاره الدار للدعارة فلا يصح العقد على ما قصد به حرام .

قال الخطاب^(١٠) : الأعيان قسمان :

- ١ - ما لا فائدة فيه فلا يصح العقد عليه .
- ٢ - ما لا منفعة وهو ثلاثة أقسام : -
- أ - ما كان جميع منافعه محرمة فلا يجوز .
- ب - ما كان جميع منافعه حلال فيجوز .
- ح - ما كان بعض منفعته حلالاً وبعضها حراماً فهو المشكل على الأفهام وتزله الأقدام وفيه تفصيل نفيس .

ويتخرج على هذه القضية مسائل كثيرة منها : العينة ، وهدية المقترض قبل الأداء ، فإنه لا يجوز قبولها ممن ليس له عادة الإهداء ، ومنها هدايا العمال

(٩) الجزء الثالث ، صحيفة ٦٥ .

(١٠) مواهب الجليل على مختصر خليل للخطاب ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٦٣ .

والقضاة من ليس له عادة الإهداء لهم ، وفيها منع إجارة الدار لاتخاذها كنيسة ومنع بيع الخشب لمن عمل منه الصليبان .

قال ابن رشد في المقدمات^(١١) : « ومذهب مالك القضاء بها - أى سد الذرائع - والمنع منها وهى الأشياء التى ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى إباحة الربا وقال فى الإجارة : الإجارة الحائزة ما يسلم من الحيل » .

قال الزيلعى^(١٢) « المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد .. إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ، ولو استحق عليه للمعصية لكان ذلك مضافاً إلى الشارع من حيث إنه شرع عقداً موجباً للمعصية تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً » .

وقال فى كشف المخدرات^(١٣) : « ولا يصح بيع عصير ، أو عنب ممن يتخذه خمرأ ، ولا سلاح فى فتنة » .

قال ابن قدامة^(١٤) : « لا يجوز بيع العصير لمن يتخذه خمرأ ... لقوله تعالى : ﴿ ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾^(١٥) ، ولحديث لعن الله فى الخمر عشرة^(١٦) وأجازه الحسن وعطاء والثورى لقوله تعالى : ﴿ وأحل الله

(١١) المقدمات الممهدة لابن رشد الجدة ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٩٨ .

وانظر كذلك صحيفة ٢٩٦ من نفس الجزء .

(١٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٢٥ .

(١٣) كشف المخدرات ، صحيفة ٢١٧ .

(١٤) المغنى لابن قدامة ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٥٤ .

(١٥) سورة المائدة الآية الثانية .

(١٦) أخرجه أبو داود وابن ماجه فى الأشربة فى باب العصير للخمر ١٦١/٢ ، واللفظ

لأبى داود وآكل ثمنها زيادة عند ابن ماجه والذى أشار إليه ابن قدامة هو حديث أنس عند الترمذى وابن ماجه وتام الحديث عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « لعن الله الخمر وشاربها وساقياها وبائعها ومبتاعها وعاصرها وآكل ثمنها ومعتصرها =

البيع^(١٧) وكرهه الشافعى .

قال الشاطبى فى الموافقات : «إن الأعمال بالنيات ، والمقاصد معتبرة فى التصرفات من العبادات ، والعادات ، والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر » .

وقال أيضاً^(١٨) : (إن هذا السبب بالنسبة إلى هذا المقصود المفروض غير مشروع ، فصار كالسبب الذى لم يشرع أصلاً ، وإذا كان التسبب غير المشروع أصلاً لا يصح ، فكذلك ما شرع إذا أخذ لما لم يشرع له ، كالبيع يقصد منه التوصل إلى الربا ، وما أشبه ذلك من الأمور التى يعلم ، أو يظن أن الشارع لا يقصدها ، كان هذا العمل باطلاً لمخالفته لقصد الشارع من البيع ، وهكذا سائر الأعمال ، والتسبيبات العادية ، والعبادية » .

وقال : « كل من ابتغى فى تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله فى المناقضة باطل » .. إلخ .

وقال : « مشروعية الأسباب لا تستلزم مشروعية المسببات وإن صح التلازم بينهما عادة » .

وقال : « كل ما خالف قصد الشارع فهو باطل على الإطلاق » .

= وحاملها والمحموله إليه » . وأخرجه الترمذى فى البيوع ٥١٦/٤ تحفة الأحوذى وابن ماجه فى الأشربة ١١٢٢/٢ وقال ابن حجر : رواه ثقات وهو الذى أشار إليه ابن قدامة رحمه الله أما حديث ابن عمر فقد أخرجه أبو داود وابن ماجه ولفظ « وآكل ثمنها » زيادة عند ابن ماجه .

(١٧) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(١٨) الموافقات ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢٣١ وما بعدها وانظر كذلك الجزء الأول منه من صحيفة ١٢٦ حتى صحيفة ١٧٣ وكما سبق فقد عقد لهذا المعنى فصلاً خاصاً من كتابه النفيس الموافقات .

قال ابن حزم^(١٩) : « ولا يحل بيع شيء ممن يوقن أنه يحصى الله به أو فيه ، وهو منسوخ أبداً ، كبيع كل شيء ينبذ ، أو يعصر ، ممن يوقن إنه يعمل خمرأ ، وكبيع الدراهم الرديئة ممن يوقن أنه يدلس بها ، أو كبيع السلاح ، أو الخيل ممن يوقن إنه يعدو بها على المسلمين ، لقوله تعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(٢٠) .

والراجح والله أعلم هو ما ذهب إليه الجمهور لأن القاعدة التي يسلم بها الجميع أن الأمور بمقاصدها ، وأن الأعمال بالنيات .

والوصف الشرعى الذى يكتسبه العمل إنما هو يدور مع نية العامل ، سواء كان ذلك فى العادات ، أو العبادات كما قال الشاطبى رحمه الله ، وهذا هو الذى يليق بأصول الشريعة ويحقق مقصد الشارع .

ويدل على ذلك أن النبى ﷺ استعمل رجلاً من بنى سليم يدعى ابن اللتبية فلما رجع قال للنبى ﷺ هذا ما جئته من الزكاة وهذا أهدي إلى فقال : « فهلا جلست فى بيت أهلك وأملك حتى تأتيك هديتك »^(٢١) .

فلا بد إذن من اعتبار الحال ، والباعث على الفعل ، أو القول ولذا كان هذا مؤثراً فى كل الأمور حتى أن من نطق بكلمة الكفر دون أن يكون قاصداً لذلك وكان قبله مطمئناً بالإيمان فإنه لا يكفر ، كل ذلك اعتباراً للنية والباعث .

ومن تطبيقات هذه المسألة أن العلماء اختلفوا فى صحة بعض العقود

(١٩) المحلى لابن حزم ، الجزء التاسع ، صحيفة ٢٩ .

(٢٠) سورة المائدة الآية الثانية .

(٢١) متفق عليه . رواه البخارى فى الخيل ١٥ ومسلم فى الإمارة ٢٨ .

أهمها : -

بيع العينة ، ومعناه بيع سلعة بضمن مؤجل إلى مدة بمائة وعشرة ثم
شراؤها بمائة في الحال ، فيكون الفرق رباً ، فالشافعي يصح عنده هذا العقد
رغم إنه حرام شرعاً ، ولم يجزه مالك وأحمد واشترط أبو حنيفة لصحة هذا
العقد أن يتوسط شخص ثالث بين المقرض والمقترض^(٢٢) .

* * *

(٢٢) انظر في بيع العينة وفي تطبيقات هذه المسألة على الفروع - بداية المجتهد لابن رشد ،
الجزء الثاني ، صحيفة ١٤٠ .

- في الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ، الجزء الثالث ، صحيفة ٩١ -
الموافقات للشاطبي ، الجزء الثاني ، صحيفة ٢٦١ .
- القوانين الفقهية لابن جزي ، صحيفة ٢٥٨ وما بعدها - الفروق للقرافي ، الجزء
الثالث ، صحيفة ١٠٦ وما بعدها .
- المغنى لابن قدامة ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٧٤ وإعلام الموقعين لابن القيم ، الجزء
الثالث ، صحيفة ١٠٦ وما بعدها .
- وغاية المنتهى ، الجزء الثاني ، صحيفة ١٨ وغير ذلك .

المبحث الثاني
الخلل العائد إلى المحل

○ المبحث الثاني ○

الخلل العائد إلى الخل

قد يكون الخلل عائداً إلى الخل الذى وقع عليه التعاقد ، فيؤثر ذلك على صحته وقد يعود عليه بالبطلان ، ولتفصيل هذه المعنى نقسم هذه الاختلالات إلى المظاهر التالية :

○ المظهر الأول : الغرر^(١) :

نهى الله سبحانه وتعالى عن أكل أموال الناس بالباطل وفصل الرسول

(١) انظر فى الغرر وأنواعه : -

- القرافى ، الفروق ، الجزء الثالث ، الفرق ١٩٣ صحيفة ٢٦٥ .
- ابن القاسم ، المدونة ، الجزء العاشر ، صحيفة ٣٨ .
- الباجى ، المنتقى على الموطأ ، الجزء الخامس ، صحيفة ٤٠ .
- ابن رشد ، بداية المجتهد ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٥١ - ١٤٧ - ٣٢٤ - ١٥٦ .
- الدسوقى ، حاشية على الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٥٥ - والجزء الرابع صحيفة ١٤ .
- السرخى ، المبسوط ، الجزء الثالث عشر ، صحيفة ١٩٤ - ٢٦ - ٣٢٤ .
- الكاسانى ، بدائع الصنائع ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٩٥ - ٢٦٣ - ١٣٩ - ١٤٧ .
- الدردير ، الشرح الصغير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣٠٥ .
- ابن جزى ، القوانين الفقهية ، صحيفة ٢٥٦ - ٢٦٩ - ٣٦٧ .
- تنوير الحوالك شرح موطأ الإمام مالك ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٢٥ .
- الشيرازى ، المهذب ، الجزء الأول ، صحيفة ٣٥٢ .

عليه السلام ما أجمله في كتابه فهي عن بيع الغرر^(٣) وهو من الميسر الذي هو القمار . فمثلاً إذا شرد البعير فإنه يبيعه بثمان زهيد ، فإذا وجده قال البائع : قمرتنى وأخذت مالى بثمان زهيد ، وإذا لم يحصل عليه قال المشتري : قمرتنى وأخذت مالى بلا عوض ، فيفضى إلى مفسدة الميسر التي هي العداوة ، والبغضاء ، مع ما فيه من أكل المال بالباطل الذي هو الظلم .

-
- = — النووى ، المجموع ، الجزء التاسع ، صحيفة ٢٨١ - ٣٧٤ .
- العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، الجزء الثانى ، صحيفة ٧٦ .
- الدردير ، الشرح الصغير ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٢٣ .
- الزيلعى ، تبين الحقائق ، شرح كنز الدقائق ، الجزء الرابع ، صحيفة ٤٥ .
- ابن الهمام ، فتح القدير ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٠٦ - ٢٢٢ - ١٩٢ .
- ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، الجزء الرابع ، صحيفة ١١١ - ١٢٥ .
- ابن قدامة ، المغنى ، الجزء الرابع ، صحيفة ٥٦ - ٢٠٩ - ٢٠٠ .
- ابن تيمية ، نظرية العقد ، صحيفة ١٣٨ .
- ابن تيمية ، القواعد النورانية ، صحيفة ٢٢٤ .
- ابن القيم ، إعلام الموقعين ، الجزء الأول والثانى ، صحيفة ٣٥٨ - ٨ .
- ابن رشد ، المقدمات ، الجزء الأول ، صحيفة ٢٢٢ .
- الشربينى ، مغنى المحتاج ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٦ .
- (٢) قال فى المدونة : قال ابن وهب : قال لى مالك : وتفسير ما نبى رسول الله ﷺ من بيع الغرر أن يعيد الرجل إلى الرجل قد ضلت راحلته أو دابته أو غلامه وثمان هذه الأشياء خمسون ديناراً فيقول أنا آخذها منك بعشرين ديناراً فإن وجدها المبتاع ذهب من البائع ثلاثين ديناراً وإن لم يجدها ذهب البائع منه بعشرين ديناراً وهما لا يدریان كيف يكون حالهما فى ذلك الوقت ولا يدریان أيضاً إذا وجدت تلك الضالة كيف توجد وما حدث فيها من أمر الله مما يكون فيه نقصها أو زيادتها فهذا أعظم المخاطرة .
- انظر : المدونة الجزء العاشر ، صحيفة ٣٨ . والموطأ بهامش المنتقى الجزء الخامس صحيفة ٤١ .

● تعريف الغرر :

* الغرر لغة : ماله ظاهر محبوب ، وباطن مكروه ، ولذا سميت الدنيا متاع الغرور^(٣) .

وقد يكون من الغرارة وهي الخديعة ، ومنه الرجل الغر بكسر الغين للخداع ، ويقال للمخدوع أيضاً . وهو الذى لا يدري يحصل أم لا كالطير في الهواء ، والسماك في الماء .

* وهو شرعاً : ما يكون مستور العاقبة .

أو هو الخطر الذى يستوى طرفاه ، أى الوجود ، والعدم^(٤) .

قال الشيرازى^(٥) : الغرر ما انطوى عنك أمره ، وخفيت عاقبته ، وقال الرملى : « الغرر ما احتمل أمرين » .

وقال ابن القيم فى إعلام الموقعين^(٦) : « الغرر هو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً ، أو معدوماً ، وقال : « هو بيع ما لا يعلم حصوله أو لا يقدر على تسليمه أو لا يعرف مقداره » .

قال ابن تيمية فى القواعد النورانية^(٧) : « الغرر ليس صفة للبيع نفسه ، ولكن الغرر المنهى عنه هو المبيع ، كالثمرة قبل بدو صلاحها -

(٣) الفروق للقرافى ، الجزء الثالث ، صحيفة ٢٦٥ الفرق الثالث والتسعين بعد المائة .

(٤) بدائع الصنائع للكاسانى ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٦٣ وانظر المبسوط للسرخسى ، الجزء الثالث عشر صحيفة ١٩٤ .

(٥) المهذب للشيرازى ، الجزء الأول ، صحيفة ٣٥٢ .

(٦) إعلام الموقعين لابن القيم الجزء الأول ، صحيفة ١٥٨ وانظر كذلك زاد المعاد فى هدى خير العباد لابن القيم أيضاً ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٦٧ .

(٧) نظرية العقد لشيخ الإسلام ابن تيمية ٢٢٤ وانظر الفتاوى الجزء الثالث صحيفة ٢٧٥ .

ومعنى الغرر : ما خفيت عاقبته وطويت مغيبته ، أو انطوى أمره ، وقيل ما تردد بين السلامة ، والعطب ، أى ما ترد بين أن يسلم للمشتري فيحصل مقصود العقد ، وبين أن يعطب فلا يحصل المقصود بالعقد ، والتردد بين السلامة والعطب يعود إلى نفس المبيع الذى خفيت عاقبته ، إماماً كان حاصلاً له ، مقبوضاً له ، سليماً ، فهذا لا يسمى غرراً ، لكونه لم يعلم قدره ولهذا لا يسمى مال الرجل فى بيته غرراً ، وإن لم يعلم مقداره ، إنما الذى يسمى غرراً ما لا يدري أىحصل أم لا يحصل ، فدخل العلم بالقدر ، أو الوصف فى اسم الغرر ، مما لا أصل له . ولهذا فرق الفقهاء بين الغرر والمجهول .

● الفرق بين الغرر والمجهول : قد تستعمل إحدى العبارتين فى مكان الأخرى . وهو المعنى الذى يؤديه تعريف العلماء للغرر ، فمستور العاقبة بمجهول ، وما لا يعلم حصوله بمجهول ، وهكذا عده ابن تيمية نوعاً من أنواع الغرر كما سيأتى .

قال القرافي فى الفروق^(٨) : « توسع العلماء فى هاتين العبارتين ، واستعملوا إحداهما فى مكان الأخرى ، وأصل الغرر هو الذى لا يدري أىحصل أم لا ؟ كالطير فى الهواء والسمك فى الماء ، وأما ما علم حصوله ، وجهلت صفته فهو المجهول ، كبيعه ما فى كفه ، فهو يحصل قطعاً لكن لا يدري أى شئ هو ، فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه ، وأخص فيوجد كل واحد منهما مع الآخر ، وبدونه ، أما وجود الغرر بدون الجهالة فكشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق لا جهالة فيه ، وهو غرر لأنه لا يدري أىحصل أم لا .

والجهالة بدون الغرر كشراء حجر يراه لا يدري أزجاج هو أم ياقوت ومشاهدته تقتضى القطع بحصوله فلا غرر، وعدم معرفته تقتضى الجهالة به .

(٨) الفروق للقرافي ، المصدر السابق مباشرة .

وأما اجتماع الغرر والجهالة فكالعبد الآبق مجهول الصفة مثل الآباق .

● **الغرر المؤثر في العقود :** النهى عن الغرر أصل من أصول الشرع ويدخل تحت مسائل كثيرة ، ويستثنى من ذلك ما يدخل في العقد تبعاً بحيث لو أفرد لم يصح بيعه ، كبيع أساس البناء ، تبعاً للبناء ، وما يتسامح بمثله عادة لحقارته ، أو للمشقة في تمييزه ، وتعيينه ، كدخول الحمام ، والشرب من الماء ، ونحو ذلك من الغرر اليسير .

وأجمع^(٩) الفقهاء على أن الغرر الذي يؤثر في العقد هو الغرر الكثير ، أما الغرر اليسير فغير مؤثر ، والاختلاف بين الفقهاء في كثير من العقود إنما يرجع إلى تطبيق هذه القاعدة المتفق عليها ، حيث يتردد الغرر ، الموجود في العقد محل الخلاف فيلحقه بعضهم بالغرر الكثير ، ويلحقه آخرون بالغرر اليسير ، فتختلف الفتوى تبعاً لذلك .

● ضابط الغرر الكثير والقليل :

عرف بعض العلماء هذا الضابط^(١٠) بأنه الغرر اليسير هو ما لا يكاد يخلو منه عقد ، والغرر الكثير هو ما كان غالباً في العقد حتى صار العقد يوصف به ، أو أن الغرر اليسير هو ما من شأن الناس التسامح فيه .
وقسم بعضهم^(١١) الغرر إلى ثلاثة مراتب أعلاها ما لا يحصل معه

(٩) ابن رشد الحفيد بداية المجتهد ونهاية المقتصد الجزء الثاني صحيفة ١٥٣ والإجماع لابن المنذر صحيفة ؟ ، ومراتب الإجماع لابن حزم صحيفة ؟ والاعتصام للشاطبي الجزء الثاني صحيفة ٤٣ .

(١٠) فصل المالكية هذا الضابط بما لا يزيد عليه ، انظر : المنتقى شرح الموطأ للباغى الجزء الخامس صحيفة ٤١ والمقدمات الممهدة لابن رشد الجدة الأول صحيفة ٢٢٢ - وحاشية الدسوقي الجزء الثالث صحيفة ٥٢ .

(١١) تهذيب الفروق (مطبوع على هامش الفروق) الجزء الأول صحيفة ١٧٠ .

المعقود عليه أصلاً ، ويليهِ ما يحصل معه المعقود دنيا نزرأ ، والمرتبة الأخيرة ما يحصل معه غالب المعقود عليه ، فيتجنب الأولان ويفتقر الثالث .
غير أن الكثرة والقلة من الأمور النسبية التي تتفاوت باختلاف الزمان ، والحال ، ويصعب وضع حد فاصل .

قال الدردير^(١٢) : « ويفتقر الغرر اليسير إجماعاً ، للضرورة كأساس الدار ، لا يعلم عمقه ، ولا عرضه ، ولا متانته ، وكالإجارة مشاهرة مع عدم العلم بمقدار الشهر ، وكجبة محشوة ، ولحاف ، وشرب من سقاء ، ودخول الحمام ، فهذه الأمور لا يقصد فيها الغرر ، فإن قصد الغرر لم يجز .
قال القرافي^(١٣) : « والغرر والجهالة ثلاثة أقسام : كثير ممتنع إجماعاً ، كالطير في الهواء ، وقليل جائز إجماعاً ، كأساس الدار ، وقطن الجبة ، ومتوسط اختلف فيه هل يلحق بالأول ، أو بالثاني ، فلارتفاعه عن القليل ألحق بالكثير ، ولا نخطأه عن الكثير ألحق بالقليل ، وهذا هو سبب اختلاف العلماء في فروع الغرر والجهالة .

وقال العز بن عبد السلام^(١٤) : في قواعد الأحكام « المشاق الموجبة للتخفيف لا تختص المشاق في العبادات بل تجرى في المعاملات كالغرر في البيوع .

● وهو ثلاثة أقسام :

١ - ما يعسر اجتنابه كييع الرمان ، والبطيخ في القشور وهو معفو عنه .

(١٢) الشرح الصغير للدردير الجزء الرابع صحيفة ١٢٣ .

(١٣) الفروق للقرافي الجزء الثالث صحيفة ٢٦٥ الفرق ١٩٣ .

(١٤) الجزء الثاني صحيفة ٨ .

٢ - ما لا يعسر اجتنابه فلا يعفى عنه .

٣ - ما يقع بين الرتبين ، وفيه اختلاف فمنهم من يلحقه بما عظمت مشقته لارتفاعه عما خفت مشقته ، ومنهم من يلحقه بما خفت مشقته لإخطائه عما عظمت مشقته ، إلا أنه تارة يعظم الغرر فيه ، فلا يعفى عنه على الأصح ، كبيع الجوز الأخضر في قشرته ، وتارة يخف فيه لمسيس الحاجة إلى بيعه ، فيكون الأصح جوازه كبيع الباقلا الأخضر من قشرته » .

○ طريقة العلماء في اعتبار الغرر المؤثر :

سبق أن الإجماع قائم على أن كثير الغرر مؤثر في جنس العقود التي يقصد منها المعاوضة ، لكن المقدار الذي يطلق عليه الغرر الكثير ليس موضع اتفاق ، فيتساهل بعض الأئمة في ذلك ويتشدد بعضهم ، وأشد الناس فيه قولاً أبو حنيفة والشافعي ، أما الشافعي فإنه يدخل في هذا الاسم من الأنواع ما لا يدخله غيره ، وأكثر العلماء تسامحاً في باب الغرر مالك^(١٥) ، فيجوز بيع جميع ما تدعو إليه الحاجة ، أو يقل غرره بحيث يحتمل في العقود ، ومذهب أحمد قريب منه في هذا .. وخالف ابن سيرين في^(١٦) الغرر وقال : لا أعلم به بأساً كما روى ذلك الطبري وهو قول شريح .

قال ابن بطال : ولعله لم يبلغه النهي .

قال القرافي في الفروق^(١٧) :- « اختلف العلماء في مفهوم الأحاديث

(١٥) أصول مالك في البيوع أجود من أصول غيره لأنه أخذ ذلك عن سعيد بن المسيب الذي كان يقال إنه أفقه الناس في البيوع - كما كان يقال عطاء أفقه الناس في المناسك وقد تحدث عن الغرر في واحد وثلاثين باباً في الموطأ ضبطاً للعقود .

(١٦) فتح الباري لابن حجر الجزء الرابع صحيفة ٢٨٤ وانظر كذلك المحلى لابن حزم الجزء الثامن صحيفة ٣٩٩ والمغنى لابن قدامة الجزء الرابع صحيفة ٥٦ .

(١٧) الفروق للقرافي الجزء الأول صحيفة ١٥٠ الفرق ٢٤ . (بتصرف يسير) .

الواردة في منع الغرر ، والجهل ، فمنهم من عممه في التصرفات ، كالشافعي فمنع من الجهالة في الهبة ، والصدقات ، والإبداء ، والخلع ، والصلح ، ومنهم من فصل وهو مالك بين ما يقصد به تنمية المال ، وبين ما لا يقصد به ذلك ، فانقسمت عنده التصرفات إلى ثلاثة أقسام : طرفين وواسطة فالطرفان ، أحدهما : معاوضة صرفة فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة .

وثانيهما : ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة ، والهبة ، والإبراء ، فإن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه ، فإنه لم يبذل شيئاً ، بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر ، والجهالة ضاع المال المبذول في مقابلته ، فاقتضت حكمة الشرع ، منع الجهالة فيه ، أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه ، فاقتضت حكمه الشرع التوسعه فيه بكل الطرق بالمعلوم والمجهول ، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه والأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى يقول إنه يلزم مخالفة نصوص الشرع ، بل إنما وردت في البيع ونحوه أما الوسطة فهو النكاح ، فهو من جهة أن المال ليس مقصوداً يقتضى إنه يجوز فيه الغرر ، ومن جهة أن الشارع اشترط فيه المال يقتضى امتناع الجهالة ، والغرر ولوجود الشبهين توسط مالك فيجوز فيه الغرر اليسير » .

قال ابن تيمية في القواعد النورانية^(١٨) : « ولا يلزم معرفة العوض عما ليس بمال ، كالصداق ، والصلح عن الجنائيات ، كما يعلم الثمن ، والأجرة ولا يقاس على بيع الغرر كل عقد على غرر ، لأن الأموال إما أنها لا تجب في هذه العقود ، أو ليست المقصود الأعظم ، وما ليس بمقصود إذا وقع فيه غرر لم يفض إلى المفسدة المذكورة في البيع » .

(١٨) القواعد النورانية لشيخ الإسلام ابن تيمية صحيفة ١٤٤ وصحيفة ١٤٠ .

وقال أيضاً فى موضع آخر منه : « ومفسدة الغرر أقل من الربا ،
 فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة فإن تحريمه أشد ضرراً من ضرر كونه
 غرراً ، كبيع العقار جملة وإن لم يعلم دواخل الحيطان ، والأساس ، ومثل
 بيع الحيوان الحامل ، أو الموضع وإن لم يعلم مقدار الحمل واللبن ، ولما احتاج
 الناس إلى بيع العرايا رخص فى بيعها بالخرص ، فلم يجوز المفاضلة المتيقنة
 بل سوغ المساواة بالخرص فى القليل الذى تدعو إليه الحاجة وهو قدر النصاب
 خمسة أوسق على اختلاف القولين للشافعى وأحمد وإن كان المشهور عن أحمد
 ما دون النصاب » .

○ أنواع الغرر :

قسم العلماء الغرر تقسيمات مختلفة وباعتبارات متباينة .

وكل هذه التقسيمات التى ذكورها تدور حول معنى متقارب -
 وأكثر المذاهب تفرعاً وتبويماً للغرر هو المذهب المالكى فقد أوصل ابن جزى
 الأقسام إلى عشرة . وعند القرافى سبعة . وهكذا .

قال فى تهذيب الفروق^(١٩) : « والغرر يوجد فى المبيعات على أوجه :

- ١ - الوجه الأول : الجهل بتعيين العقود عليه ، أو العقد .
- ٢ - الجهل بوصف الثمن ، والمثمن المبيع ، أو بقدره ، أو بأجله ، إن كان
 هناك أجل .
- ٣ - الجهل بوجوده ، أو تقدر القدرة عليه ، وهذا راجع إلى تعذر التسليم .
- ٤ - الجهل ببقائه » .

قال القرافى فى الفروق^(٢٠) : « ثم الغرر والجهالة يقعان فى سبعة أشياء

(١٩) تهذيب الفروق الجزء الثالث صحيفة ٢٦٥ ، وانظر القوانين الفقهية لابن جزى
 صحيفة ٣٦٨ .

(٢٠) الفروق للقرافى الجزء الثالث الفرق الثالث والتسعون بعد المائة صحيفة ٢٦٥ .

فى الوجود ، كالآبق والحصول إن علم الوجود كالطير فى الهواء ، وفى الجنس كسلعة لم يسمها ، وفى الببوع كعبء لم يسمه ، وفى المقدار كالبيع إلى مبلغ فى الحصاة ، وفى التعيين كبوب من بوبين مختلفين ، وفى البقاء كالثمار قبل بءو صلاحها » .

وقال العز بن عبء السلام فى قواعد الأحكام^(٢١) :

الغرر : « تارة يكون فى الصفاء كبيع الغائب المساقصى الأوصاف فإن الغرر باق فيه ، لأن كل صفة ذكرها بربء بين الرتبة العليا ، والمربة الدنيا ، وبتفاوت القيم بتفاوت الصفاء ، وقد يكون الغرر فى يقين البيع . ولا تجوز المعاملة على ما جهلت أوصافه لاختلاف رتب الأوصاف فى النفاسة والخصاسة » .

وقال ابن بيمية فى القواعد النورانية^(٢٢) « والغرر ثلاثة أنواع :

- ١ - المءوم : مثل بيل البيلة ، السنين .
- ٢ - المعجوز عن تسليمه ، كالبيع الشارء .
- ٣ - المجهول المطلق أو المعين المجهول جنسه ، أو قدره ، كقوله بعءك عبءاً ، أو بعءك ما فى بيبى أو بعءك عبءى » .

وعبءى والله أعلم أن التقسيم الذى ذكره شيخ الإسلام ابن بيمية رحمه الله هو الأشمل والأخصر ، ذلك بأن كل التعاريف والتقسيمات التى ذكرها العلماء بئءرء بء ما ذكره ولا بئءء عنه ، ومن بئم سبفرع براءة الغرر إلى بلاث شعب على النحو الذى ذكره فى التقسيم المذكور وهى المءوم والمعجوز عن تسليمه والمجهول .

(٢١) قواعد الأحكام لعز بن عبء السلام البءء الثانى صحيفة ١٥٠ وصحيفة ١٥٤ .

(٢٢) القواعد النورانية لشيخ الإسلام ابن بيمية صحيفة ١٣٩ .

○ النوع الأول : العقد على المعلوم :

الجمهور على عدم جوازه في المعاوضة ، والتبرع إلا ما خصه الدليل كالسلم ، وحجتهم أن في المعقود عليه آثاراً تظهر بعد العقد ولا يمكن ذلك في المعلوم ، كذلك لا يصح بيع ما لا يتعين وجوده ، أى ماله خطر العدم كاللبن في الضرع ، وأجاز المالكية أن يكون المعلوم محل العقد بشرط إمكان وجوده في المستقبل في عقود التبرعات كما سبق عند القرافي^(٢٣) .

قال الكاساني عند الكلام على شروط البيع : « منها أن يكون موجوداً ، فلا ينعقد بيع المعلوم ، وماله خطر العدم »^(٢٤) .

قال الشيرازي : « لا يجوز بيع المعلوم كالثمرة التي لم تخلق ، ولما روى أبو هريرة : أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر »^(٢٥) .

وقال النووي : « بيع المعلوم باطل بالإجماع »^(٢٦) .

وقال ابن قدامة : « بيع نتاج التناج فاسد لأنه بيع معدوم »^(٢٧) .

○ أدلة النهي عن بيع المعلوم :

● أولاً : حديث : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر^(٢٨) . قال

(٢٣) انظر ما سبق صحيفة ١٩٠ - ١٩١ .

(٢٤) بدائع الصنائع للكاساني الجزء الخامس صحيفة ١٣٨ .

(٢٥) حديث صحيح أخرجه مسلم ٣/٥ وكذا أبو داود والنسائي ٢/٢١٧ والترمذي

٢٣١/١ والدارمي ٢/٢٥١ - ٢٥٤ وابن أبي شيبة في المصنف ٨/١٩٤/٢ وابن ماجه

٢١٩٤ وابن الجارود ٥٩٠ ، والدارقطني ٢٩٥ والبيهقي ٥/٢٦٦ وأحمد ٢/٣٧٦ -

٤٣٦ - ٤٣٩ - ٤٩٦ - من طرق عن عبيد الله بن عمر . قال الترمذي : حديث

حسن صحيح .

(٢٦) المجموع للنووي الجزء التاسع صحيفة ٢٩٨ .

(٢٧) المغنى لابن قدامة الجزء الرابع صحيفة ٢٠٩ .

(٢٨) أخرجه مسلم في البيوع وقد أشير إلى ذلك في صحيفة ١٩ وهو في أول البيوع =

الشيرازى^(٢٩) : « لأن الغرر ما انطوى عنه أمره وخفيت عاقبته والمعدوم انطوى أمره وخفيت عاقبته فلم يجوز بيعه » .

● ثانياً : نهى رسول الله ﷺ عن بيع المعاومة^(٣٠) . أى بيع الحديثة أكثر من عام . ولحديث النهى عن بيع ما ليس عندك^(٣١) .

وخالف ابن تيمية وابن القيم جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه من عدم جواز بيع المعدوم واستدلاً بما يلى : -

● أولاً : لم يرد فى كتاب الله ، ولا سنة رسوله ، ولا عن أحد من الصحابة ، أن بيع المعدوم لا يجوز ، لا بلفظ عام ، ولا بمعنى عام ،

= ٣/٥ كما أخرجه أصحاب السنن .

(٢٩) المذهب للشيرازى الجزء الأول صحيفة ٢٦٢ .

(٣٠) وذلك فى حديث صحيح أخرجه مسلم فى البيوع : باب النهى عن المحاقلة والمزابنة عن جابر بن عبد الله والمعامدة هى بيع السنين وهو أن يبيع ثمر نخيله سنين ثلاثاً أو أربعاً أو أكثر وهو فاسد لأنه يبيع ما لم يخلق .

انظر : شرح السنة للبقوى الجزء الثامن صحيفة ٨٤ - ٨٥ .

(٣١) حديث صحيح أخرجه أبو داود ٣٥٠٣ والنسائى ٢٢٥/٢ والترمذى ٢٣٢/١ وابن ماجه ٢١٨٧ والشافعى ١٢٤٩ وابن الجارود ٦٠٢ والدارقطنى ٢٩٢ والبيهقى ٢٦٧/٥ - ٣١٧ - ٣٣٩ وأحمد ٤٠١/٣ - ٤٠٣ والطبرانى فى المعجم الكبير ١/١٥٢/١ وابن حزم ٥١٩/٨ وتام الحديث من طريق حكيم بن حزام أنه قال : أتيت رسول الله ﷺ فقلت يأتينى الرجل يسألنى عن البيع ما ليس عندى ابتاع له من السوق ثم أبيع له ؟ قال : « لا تبع ما ليس عندك » قال الترمذى : حديث حسن صحيح . وصححه ابن حزم .

وانظر : كذلك فى بيع المعدوم : القوانين الفقهية لابن جزى صحيفة ٣٦٨ .

والشرح الصغير للدردير الجزء الثالث صحيفة ٣٠٥ .

وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد الجزء الثانى صحيفة ٣٢٤ .

وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى الجزء الرابع صحيفة ١٢ ومغنى المحتاج للشريينى الجزء الثانى صحيفة ١٢ .

وإنما ورد النهى عن بيع بعض الأشياء التى هى معدومة ، كما ورد النهى عن بيع بعض الأشياء التى هى موجودة ، إذاً فليست العلة فى النهى عن بيع بعض الأشياء المعدومة هى العدم كما أنه ليست العلة فى النهى عن بيع بعض الأشياء الموجودة هى الوجود ، فوجب أن تكون هناك علة أخرى للنهى عن بيع تلك الأشياء المعدومة وهذه العلة هى الغرر لا العدم^(٣٢) .

● ثانياً : إن الشارع صحح بيع المعدم فى بعض المواضع ، كما فى بيع الثمر بعد بدو الصلاح مستحق البقاء إلى كمال الصلاح ، فإنه يدخل فيه ما هو معدوم لم يخلق .

○ الرجاء :

هناك أدلة كثيرة تنقض القول بعدم صحة بيع المعدم وقول الأحناف : إن البطلان هو القياس وإن هناك عقوداً تجوز استحساناً مع أن المحل فيها معدوم مثل الإجارة ، والسلم ، والاستصناع قول غير متجه حيث إن القياس يجب أن يبنى على نص شرعى وإذا كانت الأدلة ثابتة على جواز التعاقد على بعض الأشياء المعدومة ، ومنعت التعاقد على بعضها الآخر فلا بد أن تكون هناك علة للمنع غير كون الشيء معدوماً ، وهذه العلة هى الغرر كما قال ابن تيمية وابن القيم وهى علة مضطردة لا يحتاج معها إلى مخالفة للقياس .

○ النوع الثانى : المعجوز عن تسليمه :

اتفق العلماء على أن ذلك مغل بالعقد ، فلا يصح التعاقد على ما لم يكن العاقد قادراً على تسليمه وقت العقد ولو كان موجوداً ، ومملوكاً للعاقد .

(٣٢) انظر القياس لشيخ الإسلام ابن تيمية صحيفة ٢٦ .

وأعلام الموقعين لابن القيم الجزء الأول صحيفة ٣٥٧ والجزء الثانى صحيفة ٨ .

وأجاز المالكية ذلك في التبرعات ، لأن التبرع لا يثور فيه جدال عند التسليم ، لأن المتبرع محسن ، والمتبرع له لا يلحقه ضرر لأنه لم يبذل شيئاً عند عدم التنفيذ ، فلا يكون هناك نزاع أو خصومة كالذى يكون في عقود المعاوضات .

○ النوع الثالث : المجهول :

يشترط في محل العقد أن يكون معيناً ، معروفاً للعاقدين وذلك لمنع النزاع والخصومة ، للنهي الوارد عن بيع الغرر وعن بيع المجهول فقد ورد في الحديث - « نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر »^(٣٣) .

والعلم يتحقق بالرؤية ، والإشارة إليه ، ورؤية بعضه كافية إذا كانت أجزاؤه متماثلة ، أو الوصف المانع للجهالة ، وذلك ببيان الجنس ، والنوع والمقدار ، وإذا تم العقد على مجهول جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع فسد ، لأن هذه الجهالة مانعة من التسليم ، والتسلم فلا يحصل مقصود البيع ، وإذا كانت الجهالة يسيرة ، وهى لا تؤدي إلى المنازعة ولا تفسد البيع ، لأنها لا تمنع من التسليم والتسلم فيحصل مقصود البيع والعرف هو الحكم في بيان نوع الجهالة هل هى يسيرة أو فاحشة .

○ أنواع الجهالة المؤثرة في العقد :

أ - جهالة المبيع .

ب - جهالة الثمن ومنه : البيع بقيمته أو برأس المال المجهول أو بما ينقطع عليه السعر في السوق أو بما يبيع الناس ، ونقل عن أحمد جواز البيع بما ينقطع عليه السعر في المستقبل من غير تقدير الثمن ، أو تحديد وقت العقد

(٣٣) سبق تخريجه في صحيفة ٢٠٤ .

لتعارف الناس وتعاملهم به في كل زمان ومكان وهو رأى ابن تيمية وابن القيم والمراد به سعر السوق وقت البيع لا أى سعر في المستقبل .
ح - جهالة الأجل : كحبل الحبل ، وقدم فلان ، والبيع إلى هذه الآجال فاسد ولكن تأخير الثمن إلى هذه الآجال صحيح . وتفصيل الأنواع كما يلي :

* * *

* أنواع المجهول *

○ النوع الأول : جهالة المبيع :

أى العقد الذى اختل فيه شرط العلم بالمحل ، ومن العقود المتصلة بهذا المعنى : بيع الغائب وله حالتان : -
الحالة الأولى : البيع على الصفة ، والحالة الثانية : البيع بدون صفة ولا رؤية متقدمة .

○ أولاً : البيع على الصفة مع عدم الرؤية المتقدمة :

وهو العقد على شىء لم يره أحد العاقدين ، ويشمل ما كان حاضراً فى مجلس العقد ولكنه غير مرئى كشىء فى بطن صندوق .
واختلف العلماء^(١) فى جواز بيع العين الغائبة فقال : الشافعى فى

(١) انظر آراء العلماء فى البيع على الصفة فى المراجع التالية : -

- النووى ، المجموع ، الجزء التاسع ، صحيفة ١٠٢ .
 - ابن حزم ، المحلى ، الجزء الثامن ، صحيفة ٣٣١ - ٣٣٧ - ٣٤١ .
 - ابن عابدين ، حاشية رد المختار ، الجزء الرابع ، صحيفة ٨٧ .
 - الشيرازى ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٢٢ .
 - الشربىنى ، مغنى المحتاج ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٨ .
 - ابن قدامة ، المغنى ، الجزء الثالث ، صحيفة ٥٨٠ - ٥٨٢ .
 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٥٥ - ١٥٢ .
 - الدسوقى ، الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٢٥ .
 - ابن جزى ، القوانين الفقهية ، صحيفة ٢٥٦ - ٢٤٧ .
 - ابن رشد الجدل المقدمات ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢٢٧ .
- =

الجديد ، والنوى ، ورواية عن أحمد لا يجوز ولو وصفت وصفاً تاماً ، ولو تقدمت رؤيتها فلا بد من مشاهدة العين وقت العقد ، وإلا كان العقد باطلاً ، أما البيع على الرؤية المتقدمة فجائزة بشروط ، واستدلوا بحديث النهى عن بيع الغرر لأن في البيع الغائب غرراً ظاهراً فهو شبيه ببيع المعلوم الموصوف ، واستدلوا بحديث « لا تبع ما ليس عندك » والقياس على بيع النوى في التمر ، وقالوا : - إن الوصف لا تحصل به معرفة المبيع .

قال الشرييني : في شرح منهاج الطالبين^(٢) : « وإلا صح أن وصفه أى الشيء الذى يراد بيعه بصفة السلم ، أو سماع وصفه بطريق التواتر لا يكفى عن الرؤية لأنها تفيد أموراً تقصر عنها العبارة وفي الخبر (ليس الخبر كالعيان) . والثاني : يكفى ولا خيار للمشتري ، لأن ثمة الرؤية المعرفة ، والوصف يفيدها .

قال الشافعى^(٣) في الأم : « البيع بيعان لا ثالث لهما بيع صفة مضمونة على بائعها ، فإذا جاء بها فلا خيار للمشتري ، فيما إذا كانت على صفة » .

قال الشيرازى فى المذهب : « ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها ، فإذا علم الجنس والنوع ففيه قولان »^(٤) .

= — الدردير ، الشرح الصغير ، الجزء الرابع ، صحيفة ٥٣ .

— الكاسانى ، بدائع الصنائع ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٦٣ .

— السرخسى ، المبسوط الجزء الثالث عشر صحيفة ٢٦ .

— ابن الهمام ، فتح القدير ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٣٧ .

(٢) الشرييني ، شرح منهاج الطالبين ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢٠ .

(٣) الشافعى ، الأم ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣ .

(٤) الشيرازى ، المذهب ، الجزء الأول ، صحيفة ٣٥٠ .

وقال جمهور الفقهاء ، الحنفية ، والمالكية ، والشافعية في القديم ،
والحنابلة في الراجح عندهم ، والظاهرية : يجوز بيع العين الغائبة ، على خلاف
بينهم في بعض فروع هذه المسألة كما يلي : -

قال المالكية : « يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبة مما يؤمن
أن تتغير فيه صفته قبل القبض ، فإذا جاء على الصفة المذكورة لزم البيع ،
لأنه من الغرر اليسير ، والصفة تنوب عن المعاينة بسبب غيبة المبيع ، أو المشقة
في إظهاره أو ما يلحقه من الفساد بتكرار الظهور .

وقال الحنفية : يجوز البيع على الصفة وقالوا : إن ثبوت الخيار
للمشتري عند رؤية المبيع تنفي عنه صفة الجهالة .

وقال الحنابلة : إذا وصف المبيع للمشتري فذكر له من صفاته
ما يكفي لصحة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب لأنه يبيع بالصفة كالسلم ،
وروى عن أحمد : إنه لا يصح حتى يراه لأن الصفة لا تحصل بها معرفة
المبيع فلا يصح بها كالذي لا يصح السلم فيه .

○ والخلاصة :

أن الجمهور أجازوا بيع العين على الصفة ، وأما بيعه بغير رؤية ،
ولا وصف أجازوه الحنفية ، والمالكية ، على الراجح عندهم .

قال ابن قدامة في المغنى^(٥) : « إذا وصف المبيع للمشتري فذكر له
من صفاته ما يكفي في صحة السلم صح البيع ، في ظاهر مذهب أحمد وهو
قول أكثر أهل العلم ، وفي رواية لأحمد : لا يصح حتى يراه لأن الصفة
لا تحصل بها معرفة المبيع .

(٥) المغنى لابن قدامة الجزء الثالث صحيفة ٥٨٠ .

واستدل المجيزون : بأنه كالسلم ، ولا نسلم أنه لا تحصل به معرفة المبيع فإنها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً ، وهذا يكفي بدليل أنه يكفي في السلم ، وانه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية ، وأما ما لا يصح السلم فيه فلا يصح بيعه بالصفة ، لأنه لا يمكن ضبطه بها ، وإذا وجده على الصفة لا يمكنه الفسخ . وهذا قول ابن سبرين وأيوب ومالك وأبو ثور وابن المنذر .

وقال أيضاً : « بيع^(٦) المجهول وغير المقدور على تسليمه : لا يجوز ، بخلاف الغائب فإنه يقدر على الشروع في تسليمه ونقل ابن المنذر الإجماع . والدليل : حديث نهى عن بيع المضامين والملاقيح^(٧) وهو ما في بطن الناقة . أو الربا أو القمار أو المحاقلة والمزابنة ونهى عن بيع جبل الحبله ومعناه أن تنتج الناقة ثم تحمل التي تنتج . ومنع الأول لأنه معدوم ، ومنع الثاني لأن الأجل مجهول . وكذلك مجهول الصفة » .

قال ابن تيمية في نظرية العقد^(٨) : « فمن اشترى ما لم يره على أنه الخيار إذا رآه فلا محذور في هذا البيع أصلاً وهي رواية عن أحمد ومذهب

(٦) المغنى لابن قدامة الجزء الرابع صحيفة ٢٣٠ .

(٧) النهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبله ورد في حديث واحد وهو ما رواه مالك في البيوع باب ما يجوز من بيع الحيوان صحيفة ٢٧٠ ونصه : لا ربا في الحيوان وإنما نهى عن الحيوان عن ثلاثة عن المضامين والملاقيح وحبل الحبله فالمضامين ما في بطون إناث الإبل والملاقيح ما في ظهور الجمال وحبل الحبله .

وشطر الحديث في الصحيحين عند البخارى في البيوع باب بيع الغرر وحبل الحبله ٢٨٧/١ - ٥٤٢/١ وعند مسلم في البيوع ٢/٢ ونصه في الصحيحين : أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حبل الحبله وكان بيعاً يبتاعه أهل الجاهلية ، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم ينتج التي في بطنها .

(٨) نظرية العقد لشيخ الإسلام ابن تيمية صحيفة ٢٢٤ .

أبى حنيفة وغيره فالصحابا كانوا يتابعون الأعيان الغائبة ولم يعرف عن أحد منهم أنه أنكر ذلك مع أن النبي ﷺ « نهى عن بيع الغرر » لما فيه من المخاطرة التي تتضمن أكل أموال الناس بالباطل وهذا منتف في هذا الموضع لأن العقد لم يلزم المشتري فإذا رآه فرضية ثم البيع وإن لم يرضه فلم يأكل ماله بالباطل .

قال ابن رشد في المقدمات : « الأموال^(٩) التي تنتقل الأملاك فيها بالمعاوضة عليها على ثلاثة أوجه ، عين حاضرة ، وعين غائبة ، غير مرئية ، وسلم ثابت في الذمة ، فأما العين الحاضرة فلا اختلاف في جواز بيعها ، وأما العين الغائبة غير مرئية فبيعها عندنا على الصفة جائز لازم .. فيجوز عندنا في كل ما يضبط بالصفة .. وقال : « وبيع^(١٠) السلعة الغائبة على الصفة خارج ما نهى عنه رسول الله ﷺ من بيع الغرر في مذهب مالك » وفي موضع آخر من المقدمات قال ابن رشد أيضاً^(١١) : « ويجوز لمشتري السلعة الغائبة أن يبيعها قبل القبض من غير الذي اشتراها منه بما شاء ، ولا ينتقد بشرط إلا تكون قريب الغيبة ، وأما من الذي باعها فلا يجوز أن يبيعها له بمثل الثمن ، ولا أكثر ولا أقل ، لأن فسخ الدين في الدين لا يجوز إلا أن يكون نقد الثمن بغير شرط . وقال سحنون : يجوز بيعها منه » .

○ بيع الغائب :^(١٢)

اعلم أن بيع الغائب فيه ست صور ، لأنه إما أن يباع على الصفة ، أو بدونها ، وفي كل منها إما أن يباع على البت ، أو على الخيار ، أو على السكوت ، وكلها جائزة إلا ما يبيع بدون صفة على اللزوم أو السكوت .

(٩) المقدمات الممهدة لابن رشد الجد ، الجزء الثاني ، صحيفة ١٨٥ .

(١٠) المقدمات الممهدة لابن رشد الجد ، الجزء الثاني ، صحيفة ٢٢٢ .

(١١) المقدمات الممهدة لابن رشد الجد ، الجزء الثاني ، صحيفة ٢٢٧ .

(١٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٢٥ .

وقال الدسوقي في الشرح الكبير^(١٣) : « وجاز بيع غائب ، ولو بلا وصف لنوعه أو جنسه لكن على شرط خيار الرؤية للمبيع ليخف غرره ، لا على اللزوم ، أو السكوت فيفسد في غير التولية إذ فيها لا يضر السكوت لأنها معروف .. ثم قال : ولو وصفه بائعته ، أما إذا وصفه غير البائع فإنه لا خلاف » .

وقال خليل بن إسحاق^(١٤) : « وجاز بيع برؤية لا يتغير بعدها » . وإنما أجاز العلماء البيع على الصفة لأن الجهالة فيه غير مؤثرة في العقد لأنها لا تفضى إلى نزاع وهذه هي نكتة المنع من بيع المجهول والغرر . قال الزيلعي^(١٥) : « لأن هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة ، وهي المانعة لا مجرد الجهالة » .

قال الموصلي في الاختيار^(١٦) : « ومن اشترى ما لم يره جاز ، وله خيار الرؤية : ومن باع ما لم يره فلا خيار له » .

قال ابن حزم^(١٧) : « ويجوز ابتياع المرء ما وصفه له البائع صدقه أو لم يصدقه فإن وجد المبيع بتلك الصفة فالبائع لازم له وإن وجد بخلافها فالبائع باطل ولا بد » .

وقال : « ما نعلم للشافعي في المنع من بيع الغائبات الموصوفات سلفاً » .

(١٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٤٤ .

(١٤) مختصر خليل بن إسحاق ، صحيفة ١٨١ .

(١٥) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي الجزء الرابع صحيفة ٥ .

(١٦) الاختيار للموصلي الجزء الثاني صحيفة ١٥ .

(١٧) المحلى لابن حزم الجزء الثامن صحيفة ٣٤٢ .

○ أدلة الجمهور على جواز البيع على الصفة :

استدل الجمهور بقوله تعالى : ﴿ وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(١٨) وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾^(١٩) فهاتان الآيتان تدل على جواز جميع البيوع التي يقع عليها تراضى الطرفين إلا بيعاً قام الدليل الصريح على المنع منه ولم يتم هذا الدليل على منع بيع .

وأجاب المانعون بأن الآية مخصصة بالنهي عن بيع الغرر ، وقال إن في بيع الغائب غرراً ، وهذا لا يسلم به الجمهور ، واستدلوا بحديث مكحول مرفوعاً : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه » .

وحديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه »^(٢٠) وقد رد المخالفون هذه الأحاديث لضعفها - والقياس على النكاح ، لأن كلا منهما معاوضة فكما لا تفتقر صحة النكاح إلى رؤية المعقود عليه بالإجماع ، ورد المانعون بأن عقد النكاح ليس معاوضة كما قالوا بقياس ذلك على بيع الرمان والمقاتي ونحوهما .

(١٨) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(١٩) سورة النساء الآية ٢٩ .

(٢٠) حديث مكحول وأبو هريرة روى مسنداً ومرسلاً فالمسند أخرجه الدارقطني في البيوع ٢٩٠/٢ قال الدارقطني في أحد رواياته وهو الكردي : يضع الحديث وهذا باطل لا يصح . وأما المرسَل فرواه ابن أبي شيبة في مصنفه والدارقطني في نفس الجزء والصفحة وفيه أن مكحولاً رفعه إلى النبي ﷺ - قال الدارقطني : هذا مرسل وفيه أبو بكر بن أبي مریم . هو ضعيف . انظر نصب الراية الجزء الرابع صحيفة ٩ .

○ سبب الخلاف في العين الغائبة :

قال ابن رشد في سبب الخلاف^(٢١) : هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحسن ، هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير ، أم ليس بمؤثر وإنه من الغرر اليسير المعفو عنه . فالشافعي ومن وافقه رآه من الغرر الكثير ولهذا منعه في قوله الجديد ، سواء وصف أم لم يوصف وعلل ذلك بالنهي عن بيع الغرر .

ومالك ومن معه رآه من الغرر اليسير ، ولهذا أجاز بيع الغائب على الصفة بشروط ، واعتبر الصفة في هذه الحالة قائمة مقام المعاينة ولهذا لم يجعل للمشتري الخيار إذا وجد المبيع كما وصف وأبو حنيفة ومن وافقه رأى أنه من الغرر الكثير وكان مقتضى ذلك ألا يجيزه ولكنه أجازته مع إثبات الخيار للمشتري بعد رؤيته وهذا الخيار يرفع الغرر في بيع الغائب مطلقاً وصف أم لم يوصف ولهذا أثبت للمشتري هذا الخيار ولو كان البيع على الصفة ووجد المشتري السلعة كما وصفت له لأن الصفة عنده لا تقوم مقام الرؤية كما يرى مالك .

○ شروط جواز البيع على الصفة :

أكثر الفقهاء على جواز ذلك ولكن بشروط معينة وأكثر العلماء اشتراطاً هم المالكية حيث اشترطوا : -

١ - ألا تكون العين بعيدة ، والمقصود بالبعد هو المسافة التي يظن فيها تغير السلعة قبل قبضها ، وهذا الشرط خاص بالمبيع الذي يحتمل تغييره أما مالاً بتغير كالأرض فلا يشترط فيه هذا الشرط .

٢ - ألا تكون قرية جداً : كالتى فى مجلس العقد ، ويمكن رؤيته بدون

(٢١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الجزء الأول صحيفة ١٥٦ .

مشقة ، ولذا أجازوا البيع على البرنامج وهو الدفتر المكتوب فيه ما في العدل من الثياب ، قال ابن رشد^(٢٢) : « لا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع ، أو لمكان المشقة » وللمالكية تفصيل في هذا .

٣ - أن يصف العين غير البائع لأنه لا يوثق بوصفه ، ونازع في هذا الشرط كثير من المالكية وغيرهم ورجحوا أنه يجوز وصفها من البائع وغيره .

٤ - أن تحصر العين بالأوصاف المقصودة كلها ، فيستوعب الوصف كل المعاني التي تختلف الأغراض باختلافها .

٥ - ألا يشترط البائع على المشتري دفع الثمن عند العقد أما إذا دفعه تطوعاً بلا شرط فيجوز . وهذا الشرط خاص بالعين المحتملة للتغير .

قال الدردير في الشرح الصغير^(٢٣) : « المبيع الغائب اثنتا عشرة صورة : إما أن يباع على صفة أو رؤية متقدمة أو بدونهما وفي كل منهما وإما أن يباع على البت أو الخيار ، وفي كل إما أن يكون بعيداً جداً أو لا فإن كان على الخيار جاز مطلقاً إن لم ينعقد وإن كان على البت جاز إلا فيما بيع بدونهما - قرب أو بعد للجهل بالمبيع - أو كان يتغير عادة أو بعيداً جداً ، وأما إن كان حاضراً مجلس العقد فلا بد من رؤيته إلا أن يكون في فتحه شقة أو فساد فيباع بالوصف أو على ما في البرنامج . وضمن المبيع الغائب على المشتري إن كان عقاراً وأدركته الصفقة سالماً . وإن لم يكن عقاراً ، أو أدركته الصفقة معيماً فمن البائع إلا أن يكون هناك اشتراط .

(٢٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الجزء الأول صحيفة ١٥٢ .

(٢٣) الشرح الصغير للدردير الجزء الرابع صحيفة ٥٣ .

○ ثانياً : بيع العين الغائبة من غير صفة ولا رؤية متقدمة :^(٢٤)

أجازه بعض الحنفية ، والمالكية على المشهور في المذهب ، وبذلك بشرطين : -

— أن يشترط المشتري خيار الرؤية لنفسه .

— ألا يدفع المشتري الثمن للبائع قبل رؤية المبيع وقبوله لا بشرط ولا تطوعاً .

كما جوزه الشافعية ، في وجه والحنابلة في رواية (ولهم ثلاث روايات) .

واستدلوا بما يلي : قوله تعالى : ﴿ وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(٢٥) ، وحديث : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه »^(٢٦) فهو عام فيما بيع على الصفة ولو لم يكن مشروعاً لما ثبت فيه الخيار . وقالوا : إن وجود التصرف حقيقة يكون بوجود ركنه^(٢٧) ووجوده شرعاً بصدوره من

(٢٤) انظر في البيع من غير صفة ولا رؤية متقدمة : المغنى لابن قدامة الجزء الثالث صحيفة ٥٨٠ وغاية المنتهى الجزء الثاني صحيفة ١٠ .

— الزيلعي تبين الحقائق شرح كنز الدقائق الجزء الرابع صحيفة ٥ .

— ابن الهمام ، فتح القدير ، الجزء الخامس ، صحيفة ٨٢ - ١٣٧ .

— ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٩ .

— الكاساني ، بدائع الصنائع ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٦٣ .

— الباجي ، المنتقى على الموطأ ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٨٧ .

— الشيرازي ، المهذب ، الجزء الأول ، صحيفة ٢٦٣ .

(٢٥) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(٢٦) سبق تخريجه في صحيفة ٢٢٤ .

(٢٧) سبق القول أن الأحناف يقولون بأن للعقد ركناً واحداً وهو الصيغة أما الركنان

الآخران اللذان قال بهما الجمهور فيعتبرهما الأحناف لوازم للصيغة .

أهله في محله ، وهذا متحقق في البيع من غير وصف ، لأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محل هو خالص ملكه فيصح كسواء المرئ كما أن الغرر هنا غير مؤثر ، لأن اشتراط خيار الرؤية - عند المالكية - يزيل ما قد ينشأ عن ذلك من غبن أو نزاع وينتقل من عقد تقصد به المغالبة إلى عقد يقصد به المكارمة وعقود المكارمة تصح مع الجهالة .

وقد منع بعض العلماء بيع الغائب من غير صفة ولا رؤية سابقة وهي رواية عن الحنفية والشافعية وأظهر الروايات عند الحنابلة والظاهرية وهو مذهب الشعبي ، والحسن ، والنخعي ، والأوزاعي ، وإسحاق ، وأبي هريرة .

واستدلوا بحديث النهي عن البيع الغرر^(٢٨) .

قال ابن حزم^(٢٩) : « وهذا عن الغرر لأنه لا يدري ما باع ما اشترى ، وقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم ﴾^(٣٠) ولا يكون التراضى إلا بعد معرفة الصفة ، والقياس على السلم حيث يلزم أن تكون الصفة معلومة ، فلا يصح البيع مع الجهل ، والقياس على بيع النوى في التمر ولقد رد كل فريق أدلة خصمه فلينظر في مكانه في المراجع المذكورة .

○ النوع الثاني : الجهالة في الثمن :

لا يصح بيع مجهول الثمن وقت العقد عند الجمهور لأنه من الغرر . وقال ابن تيمية وابن القيم : يجوز من غير ذكر الثمن ، ويرجع في

(٢٨) سبق تخريجه في صحيفة ٢١٣ .

(٢٩) المحلى لابن حزم الجزء الثامن صحيفة ٣٤٢ .

(٣٠) سورة النساء الآية ٢٩ .

تقدير الثمن إلى السعر المعلوم ، والعرف الثابت ، فالشارع جوز النكاح بلا تقدير مهر مع أنه اشترط العوض فيه ، ولم يشترط الشارع في البيع إلا التراضي وهو يحصل بثمن المثل ، فإذا جوز الشارع النكاح بلا تقدير فهو بتجوز البيع بلا تقدير ثمن أولى وأحرى لأن تقدير ثمن المثل أسهل ، وأعدل فإنه يوجد مثل المبيع كثيراً ، بخلاف المرأة فإن وجود مثلها في نسائها في صفاتها المقصودة من كل وجه متعذر ، وقد اشترى النبي ﷺ من عمر بعيره ووهبه لعبد الله بن عمر ولم يقدر ثمنه^(٣١) ، وقياس المنصوص عن أحمد أن المعاوضة تصح بغير تقدير العوض ، ثم إن تراضيا بعوض وإلا ترادا وإن فاتت العين فالقيمة .

○ أنواع الجهل بالثمن : للجهل بالثمن عدة صور وهي :

● أولاً : الاسترسال^(٣٢) والاستتابة : وهي أن يقول البائع : اشتر مني سلعتي كما تشتريها فإني لا أعلم سعرها فيشتري منه بما يعطيه من الثمن ولا فرق بين البيع والشراء ، وهذا جائز عند الجمهور ومنعه الأحناف . قال ابن تيمية في نظرية العقد^(٣٣) : « ونص أحمد على جوازه كما في مسائل أبي داود^(٣٤) : باب في الشراء ولا يسمى الثمن ونص على جواز ابتياعه بسعره يوم الأخذ ، وإن لم يعلم المشتري قدر السعر ، قال الخلال : باب ذكر البيع بغير ثمن وذكر عن الكرماني : سألت أحمد قلت : الرجل يقول للرجل : ابعث لي جريباً من بر واحسبه على بسعر ما تبيعه قال : لا يجوز هذا حتى يبين السعر ، وعن ابن منصور : قلت لأحمد : الرجل يأخذ من

(٣١) سبق تخريجه انظر صحيفة ٥١ .

(٣٢)

(٣٣) نظرية العقد لشيخ الإسلام ابن تيمية صحيفة ٢٢٠ .

(٣٤) مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود السجستاني صحيفة .

الرجل السلعة فيقول أخذتها منك على ما تبيع الباقي ؟ قال : لا يجوز .

قال عمى : أنا أكرهه لأنه بيع مجهول والسعر يختلف ، يزيد وينقص . ويمكن الجمع بين الروايتين عند الحنابلة بأنه ، في الأولى يجوز لأن السعر يكون معلوماً عند البائع وفي الرواية الأخرى لا يجوز لأن البائع لا يدرى بكم يبيع .

قال مالك : « لا بأس أن يضع الرجل عند الرجل درهما ثم يأخذ منه بربع أو بثلث أو بكسر معلوم سلعة معلومة ، فإذا لم يكن في ذلك سعر معلوم وقال الرجل : آخذ منك بسعر كل يوم هذا لا يحل ، لأنه غرر ، يقل مرة ويكثر مرة ، ولم يفترقا على بيع معلوم .

قال ابن قدامة^(٣٥) : « ومتى باعه السلعة برقمها ولا يعلمانه أو جهل ذلك أحدهما فالبيع باطل لأن العلم بالثمن شرط لصحة البيع فلا ثبت بدونه » .

وقال الحنفية : لا يجوز بيع الاسترسال . قال محمد في الأصل^(٣٦) « إذا اشترى جراباً هروياً بقيمته فالبيع فاسد لا يجوز لأنه اشترى بما لا يعرف » .

● ثانياً : البيع بما ينقطع به السعر : جوزه الحنابلة - دون الثلاثة - وجوزه متأخروا الحنفية وسموه بيع الاستجرار للحاجة إليه واختلفوا في تخريجه وبيع الاستجرار هو : أن يأخذ الإنسان حاجاته اليومية من البقالة دون اتفاق على ثمن كل منها عند الأخذ ثم يحاسبه كل مدة وهو ما يسمى الجارى

(٣٥) المغنى لابن قدامة الجزء الرابع صحيفة ١٨٧ .

(٣٦) الأصل لمحمد بن الحسن الشيباني ، صحيفة ٨٩ .

قال ابن نجيم^(٣٧) : « وما تسامحوا فيه وأخرجوه عن هذه القاعدة - أى قاعدة الغرر - ما فى القنية : الأشياء التى تؤخذ من البيع على وجه الخرج كما هو العادة من غير بيع كالعدس ، والملح ، والزيت ، ونحوها ، ثم اشتراها بعد ما انعدمت صح فيجوز بيع المعدوم هنا » .

قال الحصكفى^(٣٨) : « ما يستجره الإنسان من البيع إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها جاز استحساناً » وأجازه شيخ الإسلام ابن تيمية وهو ما يقصده بقوله : « نص أحمد على أنه يجوز أن يأخذ بالسعر من الغامى وغيره » وقد سبق كلامه .

وقال ابن القيم^(٣٩) : « إن ذلك عمل الناس فى كل عصر ، وهى حاجة تجرى مجرى الضرورة ، وما كان هكذا لا يأتى الشرع بمنعه البتة » .

● ثالثاً : جعل الربح نسبة مئوية : وتسمى بالبيع بربح (ده يازده) ومعناه بالفارسية العشرة بأحد عشر إذا قال : بعتك هذه السلعة برأس مالى واربح فى كل عشرة ريالاً فالبيع صحيح عند الحنفية^(٤٠) ، إذا كان الثمن الأول مثلياً ، وكان المشتري يعلم جملة ما اشترى به ، فإن لم يكن يعلمه ، ثم علمه فى المجلس خير ، وإلا فسد البيع .

أما إذا كان الثمن قيميّاً فلا يصح لأن الربح يكون مجهولاً فى هذه الحالة إذ هو نسبة عن الثمن القيمى والقيمة مجهولة لأنها إنما تدرك بالتخمين

(٣٧) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، صحيفة ٢٠٥ .

(٣٨) حاشية ابن عابدين ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٨ .

(٣٩) أعلام الموقعين لابن القيم الجزء الرابع صحيفة ٣ .

(٤٠) حاشية ابن عابدين الجزء الرابع صحيفة ٢١٣ .

والبيع على هذا النحو صحيح عند المالكية^(٤١) والشافعية^(٤٢) والحنابلة^(٤٣) لأن رأس المال معلوم والجهالة التي في الربح يمكن إزالتها بالحساب فهو كما لو قال وربح مائة ريال . والحنابلة يقولون إنه مكروه كراهة تنزيه لأنه روى عن ابن عمر وابن عباس كراهته لأن فيه نوعاً من الجهالة والتحرز عنه أولى . وقال إسحاق : « لا يجوز لأن الثمن مجهول حال العقد كما لو باعه بما يخرج به الحساب » .

قال ابن حزم^(٤٤) : « لا يحل البيع على أن تربحنى للدينار درهماً ، فإن وقع فهو مفسوخ أبداً لأن هذا شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وهو بيع بثمان مجهول وهو من بيع الغرر الذي نهى عنه الشارع » والمراجعة الجائزة عند الظاهرية هي أن يخبر البائع المشتري بأنه اشترى السلعة بكذا وكذا وإنه لا يربح معه فيها إلا كذا وكذا وهو بيع صحيح لازم عندهم ولو تبين كذب البائع لأن كذبه معصية لا أثر لها في البيع وسيأتي مزيد إيضاح لهذه المسألة عند الكلام على المراجعة .

○ النوع الثالث : الجهالة في الأصل :

وقد وقع الإجماع^(٤٥) على أنه لا يجوز التأخير إلى أجل مجهول أولاً إلى أجل لأن ذلك يفضي إلى النزاع .

قال الشيرازي في المهذب^(٤٦) : « وإذا باع بثمان مؤجل لم يجز إلى

(٤١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير الجزء الثالث صحيفة ١٦٢ .

وبداية المجتهد لابن رشد الجزء الثاني صحيفة ٢١٣ .

(٤٢) نهاية المحتاج الجزء الثالث صحيفة ١٦٥ .

(٤٣) المغنى لابن قدامة الجزء الرابع صحيفة ١٧٩ .

(٤٤) المحلى لابن حزم الجزء التاسع صحيفة ١٤ .

(٤٥) الإجماع للنووي صحيفة ٥٢ .

(٤٦) المهذب للشيرازي الجزء الأول صحيفة ٣٥٢ .

أجل مجهول .

وقال الحصكفى فى الدر المختار^(٤٧) : « وصح - أى البيع - بضمن حال ومؤجل إلى معلوم ، لثلا يفضى إلى نزاع » .

وقال ابن عابدين فى حاشيته^(٤٨) : « اعلم أن البيع بأجل مجهول لا يجوز إجماعاً ، سواء كانت الجهالة متقاربة كالخصاد ، أو متباعدة كهبوب الريح » .

وقال ابن حزم^(٤٩) : « ولا يجوز البيع بضمن مجهول ، ولا إلى أجل مجهول ، كالخصاد ، لأن ذلك شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وإنما يجوز التأجيل إلى ما لا يتأخر ساعة ولا يتقدم كالشهور العربية والعجمية » .
والعلم به يتم بتحديد قدره ، وبدايته ، ونهايته ، وقد يكتفى ببيان قدر الأجل حتى يكون معلوماً دون تحديد بدايته أو نهايته ، ويتضح ذلك من الآتى : -

أ - تعيين قدر الأجل : ويكون ذلك بأى تقويم معروف ، سواء كان هجرىاً ، أو ميلادياً ، أو غير ذلك خلافاً للشافعى الذى أوجب تحديد الأجل بالتوقيت الهجرى^(٥٠) . لأن العلم بالأجل يستفاد بعلم العاقدين ، بأى تقويم يتفق عليه وقد يجهل أحدهما ، أو كلاهما التقويم الهجرى ، ويعلمان تقويماً آخر ، كالتقويم الميلادى وبه فى هذه الحالة يكون الأجل معلوماً ، والأيام المعلومة كالأيام المنصوصة فى التقاويم المختلفة ، والأيام المعلومة تختلف من

(٤٧) الدار المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفى الجزء الرابع صحيفة ٢٣ .

(٤٨) حاشية ابن عابدين الجزء الرابع صحيفة ١٢٦ .

(٤٩) المحلى لابن حزم الجزء الثامن صحيفة ٤٤٤ بند ١٤٦٤ .

(٥٠) قال الشافعى فى الأم الجزء الثالث صحيفة ٨٤ « فأعلم الله بالأهلة جملة المواقيت ، ولم يجعل علماً لأهل الإسلام إلا بها » .

مكان إلى آخر كالأعياد ، فإذا تحدد الأجل بيوم معلوم لدى المتعاقدين كان الأجل معلوماً على ذلك ، وعلى ذلك تكون العبرة في العلم بالأجل ، أو الجهل به هي مدى علم المتعاقدين أو جهلهما به حقيقة وذلك بالبحث في قصد المتعاقدين والظروف المحيطة .

ب - تحديد بداية الأجل ونهايته : إذا لم يحدد المتعاقدان بداية الأجل كأن يتفقا على تأجيل أداء ثمن البيع شهراً ، أو على أن تكون الإجارة سنة ، دون تحديد لتاريخ معين يبدأ منها ذلك الشهر أو تلك السنة ، فجمهور العلماء على أن الأجل يكون معلوماً ببيان قدره ولو لم يصرح المتعاقدان ببيان بداية إذ يبدأ ذلك الأجل عقب إبرام العقد مباشرة ، لأن ذلك الحكم هو مضمون قصد المتعاقدين ، ذلك أن الاتفاق على تأجيل أداء ثمن البيع شهراً قصد به أن يكون ذلك من وقت تمام عقد البيع ، أو عقد الإجارة لمدة سنة دون بيان لبدايتها قصد به سريان المدة من وقت عقد الإجارة ، ولكي لا يكون هناك حرج على المتعاقدين كما أنه يفتح باباً واسعاً لإبطال تصرفاتهم ، مع جريان العمل على شاكلتها في أغلب الأحيان ، والشرعية جاءت لرفع الحرج عن الناس ، فالأولى دفعه عنهم ببيان قدر الأجل حتى يكون معلوماً وتصحيح تصرفاتهم إذا لم يذكر فيها بداية سريان العقد .. والخلاصة أن الأجل يكون أمداً معلوماً ببيان قدره ولو لم تسمى بدايته أو نهايته أو لم يبين أى التقاويم المعتبر لأن ذلك راجع إلى العرف^(٥١) .

(٥١) انظر في الأجل المراجع التالية بالإضافة إلى المراجع السابقة : -

- الدسوقي ، حاشيته على الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، صحيفة ١٧٩ .
- البهوتى ، كشاف القناع ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٢٥ .
- الغزالى ، الوجيز ، الجزء الأول ، صحيفة ١٥٥ .
- الزيلعى ، فتح القدير ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٢٢ .
- الكاسانى ، بدائع الصنائع ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٨١ .

* المظهر الثانى *

التدليس

وهو أنواع^(١) : منها التدليس الفعلى والتدليس القولى ، والتدليس بكتان الحقيقة .

* فالتدليس الفعلى : هو إظهار المعقود عليه بصورة غير ما هى عليه فى الواقع ومن أمثلته مسألة المعراه^(٢) .

(١) انظر فى حكم التفرير فى العقود : -

- الدسوق ، حاشية الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٦٧ - ٧٠ .
- الخطاب ، مواهب الجليل ، الجزء الرابع ، صحيفة ٤٣٧ .
- ابن جزى ، القوانين الفقهية ، صحيفة ٢٦٤ .
- الكاسانى ، بدائع الصنائع ، الجزء السادس صحيفة ٣٠ .
- ابن عابدين ، حاشية رد المختار ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٦٦ .
- السمرقندى ، تحفة الفقهاء .
- غاية المنتهى ، الجزء الثانى ، صحيفة ٣٣ .
- ابن قدامة ، المغنى ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢١٢ - ٢١٨ .
- الرملى ، نهاية المحتاج ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٦٢ ، والجزء الرابع ، صحيفة ٧٣ .
- ابن نجيم الأشباه و النظائر مع حاشية الحموى الجزء الثانى صحيفة ١٥٩ .
- الزيلعى ، تبين الحقائق ، الجزء الرابع ، صحيفة ٧٩ .
- الشربىنى ، مغنى المحتاج ، الجزء الأول ، صحيفة ٣٦ .
- الشيرازى ، المهذب ، الجزء الأول ، صحيفة ٢٩٢ .

(٢) المعراه هى الشاة التى يجبس لبنها فى ضرعها مدة من الزمن ليمتلئ فيظن مشترىها بأنها =

وعرفه الدردير بأنه : إظهار ما ليس بجيد أو خلط شيء بغيره^(٣) .
* التدليس القولي : وهو الكذب الصادر من أحد العاقلين ، حتى
يحمل العاقد الآخر على التعاقد ولو بغبن .

وحكم هذا النوع أنه حرام شرعاً باتفاق الفقهاء لقول النبي ﷺ
« المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه
له »^(٤) « من غش فليس منا »^(٥) ويثبت خيار العيب ، فإن شاء فسخ العقد
وإن شاء أمضاه .

ولا فرق في التدليس بين أن يكون من أحد العاقلين أو من طرف
ثالث كاللدال .

* * *

حلوبة وهي ليست كذلك ويثبت للمشتري الخيار عند الجمهور فيخير بين إمضاء
البيع أو ردها وصاعاً من تمر وخالف الحنفية في ذلك ولم يأخذوا بالحديث لمخالفته
للقياس .

انظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الجزء الثاني صحيفة ١٧٤ ومغنى المحتاج
الجزء الثاني صحيفة ٦٣ . وحاشية ابن عابدين الجزء الرابع صحيفة ١٠١ وغيرها
بالإضافة إلى كتب الأصول .

(٣) الشرح الصغير للدردير الجزء الرابع صحيفة ١١٣ وانظر كذلك الجزء الثالث منه
صحيفة ٨٧ .

(٤) حديث صحيح أخرجه ابن ماجه ٢٢٤٦ والحاكم ٨/٢ وقال : صحيح على شرط
الشيخين . قال الألباني : إنما هو على شرط مسلم وحده .

وأخرجه أحمد ١٥٨/٤ والطبراني في الأوسط ١٣٨/١ وروى نحوه مسلم ١٣٩/٤ .
بلفظ المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يتناع على بيع أخيه . ولا يخطب على
خطبة أخيه حتى يذر .

(٥) سبق تخريجه انظر صحيفة ٤٥ .

* المظهر الثالث *

الغبين مع التغير

الغبين : أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع الآخر ، بأن يكون أقل منه أو أكثر ، والتغير إيهام خلاف الواقع بوسائل مغرية ، أو هو وصف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية ، وهو نوعان يسير وفاحش والغبين الفاحش : هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين . واليسير عكسه .

* أثر الغبن في العقد :

الغبين اليسير لا أثر له على العقد ، لأنه يصعب الاحتراز عنه ، ويتسامح للناس فيه عادة ، أما الغبن الفاحش فيؤثر في رضا العاقد فنزيله ، واختلف العلماء في فسخ العقدية كما يلي : -

قال الحنفية^(١) : « ليس للغبين الفاحش أثر في العقد قال في تنوير الأبصار^(٢) لا رد في غبن فاحش في ظاهر الرواية ونعني بالرد أن غره وإلا لا » فلا يجوز رد العقد .

إلا إذا انضم إلى الغبن التغير ، لأن الغبن يدل على تقصير المغبون ،

(١) انظر رأى الحنفية في المراجع التالية : -

— بدائع الصنائع للكاساني الجزء السادس صحيفة ٣٠ .

— الأشباه والنظائر لابن نجيم مع حاشية الحموي الجزء الثاني صحيفة ١٥٩ .

— تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي الجزء الرابع صحيفة ٧٩ .

(٢) حاشية ابن عابدين (متن تنوير الأبصار) الجزء الرابع صحيفة ١٦٦ .

فى الاستقصاء عن محل العقد ، أما إذا انضم إليه التغرير فإنه يعتبر خديعة ، ومكرأ من.أحد العاقدین ، واستثنوا من ذلك أموال بيت المال ، والوقف وأموال المحجور عليهم .

وقال الحنابلة^(٢) : يؤثر الغبن الفاحش فى العقد ، ويجعله غير لازم سواء كان بتغرير ، أو بدون تغرير ويعطى للمغبون حق الفسخ فى ثلاث حالات .

١ - تلقى الركبان .

٢ - النجش : وهو زيادة ثمن السلعة المعروضة للبيع لا لرغبة فى الشراء بل ليخدع غيره ، فيثبت الخيار للمشتري .

٣ - المسترسل : وهو الشخص الجاهل بقيمة الأشياء ، ولا يحسن المساومة ثم يتبين أنه غبن غبنأ فاحشأ فله الخيار .

وقال المالكية^(٤) : إن العقود السابقة صحيحة ، ولكنها حرام للنهى الوارد . ويعطى الخيار بالفسخ للمشتري فى حاله بيع البخش دون غيره .

وقال الشافعية^(٥) : لا أثر للغبن الفاحش فى التصرفات سواء رافقه تغرر أم لا . لأن الغبن لا يقع إلا بتقصير من المغبون غالبأ .

(٣) كشف القناع للبهوتى الجزء الثانى صحيفة ٥٦ وانظر كذلك من مذهب الحنابلة : وغاية المنتهى الجزء الثانى صحيفة ١٠٣٣ .

والمغنى لابن قدامة الجزء الرابع صحيفة ٢١٢ .

(٤) انظر مذهب المالكية فى المراجع التالية : -

- القوانين الفقهية لابن جزى صحيفة ٢٦٤ .

- الشرح الكبير الجزء الثالث صحيفة ٦٧ .

- شرح الحطاب على خليل الجزء الرابع صحيفة ٤٣٧ .

(٥) انظر مذهب الشافعية فى المراجع التالية : -

- المهذب للشيرازى الجزء الأول صحيفة ٢٩٢ .

- مغنى المحتاج للشربينى الجزء الثانى صحيفة ٣٦ .

* المظهر الرابع *

○ بيع ما لم يقبض^(١) :

تدل جملة الأحاديث عن النهي عن شراء الطعام قبل قبضه ، سواء كان الطعام معيناً بأن اشتراه جزافاً ، أم غير معين بأن اشتراه على الكيل والوزن ، وهذا يدل على أن هذا البيع فاسد ، وقد كان عمر ينهى عن بيع الطعام قبل قبضه ويرد البيع إذا وقع ولا يكون الرد إلا إذا كان البيع غير صحيح . روى مالك عن نافع أن حكيم بن حزام ابتاع طعاماً أمر به عمر ابن الخطاب للناس فباع حكيم الطعام قبل أن يستوفيه فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فردده عليه وقال لا تبع طعاماً ابتعته حتى تستوفيه^(٢) .

○ أدلة النهي عن بيع ما لم يقبض : عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ نهى عن أن يبيع الرجل طعاماً حتى يستوفيه قلت لابن عباس : كيف ذلك قال : ذلك دراهم بدارهم والطعام مرجأ^(٣) .

وعن عبد الله بن دينار قال : « سمعت ابن عمر رضی الله عنهما يقول : قال النبي ﷺ : « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه » . وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ : « نهى عن أن يبيع أحد طعاماً

(١) سبق تخريج حديث حكيم بن حزام انظر صحيفة ١٩٥ .

(٢) أخرجه مسلم ٧/٥ وأبو داود ٣٤٩٦ والنسائي ٢٢٤/٢ والترمذي ٢٤٣ وابن ماجه ٢٢٢٧ والبيهقي ٣١٢/٥ وأحمد ٢٢١/١ - ٢٧٠ - ٣٥٦ - ٣٦٨ - ٣٦٩ وقال الترمذي حديث حسن صحيح - وروى نحوه البخاري ٢٤/٢ .

اشتراه بكيل حتى يستوفيه»^(٣) .

وعن ابن عمر : « كنا في زمان^(٤) رسول الله ﷺ نبتاع الطعام فيبيعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتغاه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه .

وعن حكيم بن حزام قال : قلت : يا رسول الله إني أشتري بيوعاً فما يحل لي فهو ما يحرم على قال : « فإذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه » .

وبناء على هذه الأدلة اتفق العلماء على عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه واختلفوا فيما سوى ذلك على النحو التالي .

○ آراء العلماء في البيع قبل القبض :

قال بعض السلف أن القبض ليس شرطاً في البيع فيجوز بيع كل شيء قبل قبضه^(٥) . وهذا رأى عطاء وعثمان البتي .

قال النووي^(٦) : وهذا قول شاذ ، وقال ابن عبد البر : وهو قول

(٣) حديثا ابن عمر رويما من عدة طرق ورواهما البخارى ومسلم عند البخارى ٢٣/٢ ومسلم ٨/٥ وأبو داود ٣٤٩٢ والنسائي ٢٢٤/٢ وابن ماجه ٢٢٢٦ والبيهقي ٣١٢/٥ وأحمد ٦٣/٢ - وغيرهم وروى نحوه عن عدد من الصحابة هم ابن عباس وأبو هريرة وجابر بن عبد الله وكلها صحيحة .

(٤) متفق عليه من حديث عبد الله بن عمر رواه البخارى ٢٨٧/٤ في البيوع باب ما ذكر في الأسواق ومسلم ١٥٢٧ ومالك في الموطأ ٦٤١/٢ . وتام الحديث قال : كنا في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام فيبيعث علينا من يأمرنا بنقله من المكان الذي ابتعنا فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه .

(٥) المغنى لابن قدامة ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٢٦ وانظر كذلك :

المحلى لابن حزم ، الجزء الثامن ، صحيفة ٥٢٠ .

(٦) شرح النووي على مسلم الجزء العاشر صحيفة ١٧٠ .

مردود بالسنة .. ومثل هذا لا يلتفت إليه .

وذكر ابن المنذر : إجماع أهل العلم على أن من ابتاع طعاماً فليس له أن يبيعه حتى يقبضه .

وذهب جمهور الفقهاء على أن هناك أشياء لا يجوز بيعها قبل قبضها عملاً بالأحاديث الصريحة بالنهي عن بيع بعض الأشياء قبل قبضها وحكى ابن المنذر الإجماع على هذا . ولكن الجمهور اختلفوا بعد ذلك في تحديد هذه الأشياء التي لا يجوز بيعها قبل قبضها . واختلفوا كذلك في تعدية هذا الحكم إلى التبرعات بعد اتفاقهم على جريانه في المعاوضات .

قال الحنفية^(٧) : لا يجوز بيع المشتري المنقول قبل القبض ، لأن في هذا البيع غرراً ، لأنه لا يدري هل يبقى البيع أن يهلك قبل القبض فيبطل البيع الأول فينفسخ الثاني لأنه مبني على الأول ولا فرق بين أن يبيعه من بائعه أو من غيره لأن علة المنع تصدق على الحالين أما العقار فيجوز بيعه قبل قبضه عند الشيخين أي حنيفة وأبي يوسف استحساناً لأن تلف العقار غير محتمل فانتفى الغرر .

وقال محمد وزفر : لا يجوز بيعه قبل قبضه كالمقول لأن الحديث الوارد فيه النهي عن بيع ما لم يقبض لم يفرق بين العقار والمنقول . أما الشيخان فيريان أن النهي معلق بخشية هلاك المبيع قبل القبض وهذا محتمل

(٧) انظر رأى الحنفية في المراجع التالية : -

- المبسوط السرخسي ، الجزء الثالث عشر ، صحيفة ٨ .
- الكاساني ، بدائع الصنائع ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٢٤ - ١٨٠ .
- ابن الهمام ، فتح القدير ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٦٤ .
- مختصر الطحاوي ، صحيفة ٨٤ .
- ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، الجزء الثاني ، صحيفة ١٤٢ - ١٢٢ .

في المنقول دون العقار ، ولذا لو كان العقار يخشى هلاكه قبل القبض فهو كالمنقول لا يجوز بيعه قبل قبضه عند الجميع ، فيكون غرراً ، ولحديث ابن عمر وبالقياص على الطعام ، وبأمره ﷺ لعتاب بن أسيد وسيأتي إن شاء الله تعالى .

وقال المالكية^(٨) : « يلزم التفريق بين الطعام وغيره فغير الطعام يجوز بيعه قبل قبضه عقاراً كان أو منقولاً مكيلاً أو غير الطعام يجوز بيعه قبل قبضه عقاراً كان أو منقولاً مكيلاً أو غير مكيل واستدلوا بحديث « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه »^(٩) وذكر الطعام في الحديث دليل على أن غير الطعام مخالف له في الحكم ، غير أنه إذا كان الطعام مكيلاً أو موزوناً فلا يجوز للمشتري أن يبيعه قبل قبضه بثمن مؤجل ، وذلك لأن ضمان المكيل والموزون من على البائع حتى يستوفيه فإذا باعه للمشتري بثمن مؤجل قبل أن يستوفيه كان ذلك من بيع الكالء بالكالء .

وأما الطعام فإن بيع جزافاً يجوز للمشتري أن يبيعه قبل قبضه أى قبل أن ينقله من مكانه وذلك لأن الجزاف عندهم يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد لأن استيفاءه يكون بتمام العقد قال القرافي : والمشهور اختصاص المنع بالطعام .

(٨) انظر رأى المالكية في المراجع التالية : -

- ابن رشد ، بداية المجتهد ، الجزء الثاني ، صحيفة ١٤٢ - ١٢٢ .
- ابن جزى ، القوانين الفقهية ، صحيفة ٢٥٨ - ٣٤١ .
- الباجي ، المنتقى على الموطأ ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٧٩ - ١٥٨ - ١٦٢ - ٣٨٠ والجزء الخامس ٣٥ - ٢١٠ .
- ابن حزم ، المحلى ، الجزء الثامن ، صحيفة ٥٢٠ - ٥١٨ .
- القرافي ، الفروق ، الجزء الثالث الفقرة ١٩٨ ، صحيفة ٢٧٩ .
- (٩) سبق تخريجه صحيفة ١٠٩ .

وقال الشافعية^(١٠) ومحمد وزفر : لا يجوز بيع أى مبيع قبل قبضه طعاماً أو غيره منقولاً أو عقاراً لا بإذن البائع ولا بغير إذنه ولا بعد أداء الثمن ولا قبله .

واستدلوا بحديث حكيم بن حزام وحديث زيد بن ثابت أنه صلى الله عليه وسلم لما بعث عتاب بن أسيد إلى مكة أمره أن يناهم عن ربح ما لم يضمن وعن بيع ما لم يقبض .

وقال الحنابلة^(١١) : « فى رواية أن القبض شرط فى المقدرات أى المكيل والموزون والمعدود والمذروع سواء كان متعيناً كالصبره أو غير معين كقفيز منها .

وقال ابن عبد البر : الأصح عن أحمد أن الذى يمنع من بيعه هو الطعام فقط للأحاديث الدالة على ذلك - وحكى أبو الخطاب عن أحمد : أن القبض شرط فى كل بيع .

(١٠) انظر فى مذهب الشافعية : شرح النووى على مسلم الجزء العاشر صحيفة ١٧٠ .

— الشافعى ، الأم ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣١ .

— الشيرازى ، المهذب الجزء الأول ، صحيفة ٢٦٤ .

— الشربىنى ، مغنى المحتاج ، الجزء الثانى ، صحيفة ٦٨ .

— النووى ، المجموع ، الجزء التاسع ، صحيفة ٢٦٤ .

(١١) رواه الترمذى فى البيوع ١٩ وأبو داود فى البيوع ٦٨ والنسائى فى البيوع ٧١ ، ٧٢ ، ٧٦ وابن ماجه فى التجارات ٢٠ والدارمى فى البيوع ٢٦ ، وأحمد بن حنبل . ١٧٥/٢ - ١٧٩ - ٢٠٥ .

(١٢) انظر عند الحنابلة : -

— ابن قدامة ، المغنى ، الجزء الرابع ، صحيفة ١١٠ - ١١٣ - ١٠٧ - ١٢١ - ١٢٧ .

— ابن رجب القواعد ، صحيفة ٧٨ القاعدة رقم ٥٢ .

— ابن القيم ، بدائع الفوائد ، صحيفة ٢٥٠ .

○ المراد بالطعام :

قال بعض العلماء : إن الطعام يطلق على القمح خاصة ، لأنها المقصود ، عند الإطلاق ، ومنه حديث « كنا نخرج زكاة الفطر صاعاً من طعام أو صاعاً من شعير أو صاعاً من تمر أو صاعاً من أقط أو صاعاً من زبيب »^(١٣) . ويرى آخرون أن الطعام لا يختص بالقمح وإنما يشمل كل ما تعارف عليه الناس ويستدلون أيضاً بحديث أبي سعيد الخدري في البخاري قال : « كنا نخرج في عهد رسول الله ﷺ يوم الفطر صاعاً من طعام » . قال أبو سعيد : وكان طعامنا الشعير ، والزبيب ، والأقط ، والتمر ، فهذا نص في أن الطعام يطلق على القمح .

○ والراجع :

أن الطعام يشمل كل ما يطعم سواء من المأكولات أو الأدم كالزيت لأنه يستعمل لغة في كل هذا والعرب قد تطلق الطعام على القمح أحياناً كما أطلقت المال على الإبل .

قال ابن قدامة في المغني^(١٤) : « من اشترى ما يحتاج إلى قبضه لم يجوز بيعه حتى يقبضه . وليس فيه خلاف إلا ما حكى عن عثمان البتي أنه يرى بيع كل شيء قبل قبضه ، وهو مردود بالحجة المجمع على الطعام ، وما سوى ذلك أي الطعام يجوز بيعه قبل قبضه في أظهر الروايتين وهو رأى عثمان وسعيد ابن المسيب ، والحكم ، وحماد ، والأوزاعي ، وإسحاق وفي رواية عن أحمد : لا يجوز بيع شيء قبل قبضه وروى عن ابن عباس » .

(١٣) أخرجه البخاري ٢٠٤ ومسلم ٣١٨ والنسائي ٣٤٨ .

(١٤) المغني لابن قدامة الجزء الرابع صحيفة ١٢٦ .

وقال أيضاً^(١٥) : « يشترط في المكيل والموزون والمعدود ، وإذا تلف قبل القبض فالضمان على البائع ، وما ليس بمكيل ، ولا معدود ، ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه ، وروى أبو الحارث عن أحمد أن المتعين يكون الضمان فيه على المشتري واستدل بحديث ابن عمر « ما أدركت الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المشتري »^(١٦) وقول ابن عمر : « مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المبتاع » . وقول الصحابي مضت السنة ، يقتضى سنة النبي ﷺ ولأن المبيع المعين لا يتعلق به حق توفيته فكان من مال المشتري ، كغير المكيل ، والموزون ونقل عن أحمد : أن الطعام لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان مكيلاً ، أو موزوناً ، أو لم يكن ، أى أنه لا يدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه .

قال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن قوله : « نهى عن بيع ما لم يضمن »^(١٧) قال : هذا في الطعام وما أشبهه فلا يبعه حتى يقبضه . وذلك لأن « النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه »^(١٨) ، ومفهوم ذلك إباحة بيع ما سوى ذلك قبل قبضه ، وعموم قوله ﷺ : « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه »^(١٩) .

وقال ابن المنذر^(٢٠) : « أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاماً فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه » انتهى كلام ابن قدامة .

(١٥) المغنى لابن قدامة الجزء الرابع صحيفة ٩٨ .

(١٦) رواه البخارى في البيوع ٥٧ .

(١٧) سبق تخريجه في صحيفة ٢٢٦ .

(١٨) سبق تخريجه في مواطن كثيرة .

(١٩) سبق تخريجه في صحيفة ٢٢٢ .

(٢٠) انظر أيضاً الإجماع لابن المنذر صحيفة ٥٨ وابن قدامة في المغنى الجزء الرابع صحيفة

وقال ابن رجب^(٢١) : « التصرف قبل القبض والضمان متلازمان ، فإن كان البيع مضموناً على البائع لم يجوز الصرف فيه للمشتري قبل قبضه ، وإن كان قبل القبض من ضمان المشتري جاز له التصرف فيه ، وفي المذهب طريقه أخرى وهى : أنه تلازم بين التصرف ، والضمان فيجوز التصرف ، والضمان على البائع كما فى بيع الثمرة قبل جذها فإنه يجوز فى أصح الروايتين ، وهى مضمونة على البائع ، ويمنع التصرف فى صبرة الطعام المشتراه جزافاً على إحدى الروايتين ، وهى اختيار الخرقى مع أنها فى ضمان المشتري » .

قال الشافعى^(٢٢) رحمه الله : « قال ابن عباس : رضى الله تعالى عنه : أما الذى نهى عنه رسول الله ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض وقال ابن عباس برأيه : ولا أحسب كل شئ إلا مثله^(٢٣) ، وهذا كما قال ابن عباس والله تعالى أعلم ، لأنه ليس فى الطعام معنى ليس فى غيره من البيوع ، ولا معنى يعرف إلا واحد وهو أنى إذا ابتعت من الرجل شيئاً فإنما ابتاع عيناً ، أو مضموناً وإذا ابتعت منه مضموناً فليس بعين ، وقد يفلس فأكون قد بعت شيئاً ضمانه على من اشتريته منه وإنما بعتة قبل أن يصير فى تصرفى ، وملكى تماماً ، ولا يجوز أن أبيع مالاً أملك ملكاً تاماً » ..

قال المزنى^(٢٤) : « لا تتم الهبة إلا بالقبض عن رضا الواهب » .. وهذا فى عقد التبرع فيكون فى المعاوضة أولى .

قال الطحاوى^(٢٥) : « ولا يجوز بيع ما لم يقبض من الأشياء المبيعات

(٢١) القواعد لابن رجب صحيفة ٧٨ القاعدة ٥٢ .

(٢٢) الأم للإمام الشافعى الجزء الثالث صحيفة ٣١ .

(٢٣) سبق تخرىج كلام ابن عباس انظر صحيفة ٢٢٢ .

(٢٤) مختصر المزنى مطبوع على هامش الأم للشافعى الجزء الثالث صحيفة ٢٥ .

(٢٥) مختصر الطحاوى صحيفة ٨٤ .

إلا العقار فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يجيز بيعه قبل قبضه ، وأما أبو يوسف ، ومحمد ، رضى الله عنهما فكانا لا يجيزان بيع ذلك حتى يقبض .

وقال ابن حزم^(٢٦) : « من ابتاع شيئاً أى شئ مما يحل بيعه حاشا القمح فلا يحل له أن يبيعه حتى يقبضه .. أما القمح فإنه بأى وجه ملكه .. فلا يحل له بيعه حتى يقبضه » .

قال القرافي فى الفروق^(٢٧) : إن هذه الأحاديث المراد بها نهيه ﷺ عن بيع ما ليس عندك^(٢٨) فنهى الإنسان عن بيع ملك غيره ويضمن تخلصه لأنه غرر ودليله قوله ﷺ « الخراج بالضمنان »^(٢٩) والغلة للمشتري فيكون الضمان ، فما باع إلا مضموناً ، فما يتناول الحديث محل النزاع ، والفرق أن الطعام أشرف من غيره لكونه سبب قيام البنية ، وعماد الحياة ، فشدد الشرع على عاداته فى تكثير الشروط فيما عظم شرفه ، كاشتراط الولى والصداق فى عقد النكاح دون عقد البيع ، وشرط فى القضاء ما لم يشترط فى الشهادة ، ثم يتأكد ما ذكرناه بمفهوم « نهيه ﷺ عن بيع الطعام حتى

(٢٦) المحلى لابن حزم الجزء الثامن صحيفة ٥١٨ .

(٢٧) الفروق للقرافى الجزء الثالث صحيفة ٢٧٩ الفرق ١٩٨ .

(٢٨) سبق تخريجه انظر صحيفة ٢١٤ .

(٢٩) أخرجه أبو داود ٣٥١٠ وابن ماجه ٢٢٤٣ والحاكم ١٥/٢ وقال : صحيح الإسناد وتما الحديث . إن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبى ﷺ فرده عليه فقال الرجل : يا رسول الله قد استغل غلامى فقال رسول الله ﷺ : « الخراج بالضمنان » .

وروى نحوه من طريق عائشة رضى الله عنها . أخرجه أبو داود ٣٥٠٨ والنسائى ٢١٥/٢ وابن ماجه ٢٢٤٢ وأحمد ٤٩/٦ - ١٦١ - ٢٠٨ وابن حبان ١١٢٥ والدارقطنى ٣١١ والحاكم ١٥/٢ .

قال الترمذى : حديث حسن صحيح غريب . ولفظه : قضى أن الخراج بالضمنان .

يستوفى»^(٣٠) ومفهومه أن غير الطعام يجوز بيعه قبل أن يستوفى .

وقوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٣١) فَإِن قلت : أدلة الخصوم عامة في الطعام وغيره ، والقاعدة الأصولية أن اللفظ العام لا يخص بذكر بعضه فالحديث الخاص بالطعام لا يخص تلك العمومات فإن من شرط المخصص أن يكون منافياً ولا منافاة بين الجزء والكل والقاعدة أيضاً أن الخاص يقدم على العام عند التعارض وقوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ عام وتلك الأحاديث خاصة فتقدم على الآية والاعتماد في تخصيص تلك الأدلة على عمل أهل المدينة لا يستقيم لأن الخصم لا يسلم إنه حجة فضلاً عن تخصيص الأدلة ؟ قلت : أسئلة صحيحة متجهة للإيراد لا يحضرنى عنها جواب .

والراجع والله أعلم أن النهى يقتصر على الطعام فلا يجوز بيعه قبل قبضه يدل على ذلك مفهوم مخالفة الأحاديث السابقة فيكون ما عدا الطعام جائز البيع قبل القبض . فيقتصر المنع على محل الإجماع .

* * *

(٣٠) سبق تخريجه انظر صحيفة ٢٢٢ .

(٣١) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

* انحلال العقد وانتهائه *

والمقصود به انتهاء الالتزام المترتب على إبرام العقد وانحلاله لا يكون إلا بعد صحته أما ما لم يصح فهو باطل والباطل لا ينتج أثراً . ويزول العقد بأحد الطرق التالية^(١) ، ويلاحظ أن كل وسيلة من هذه الوسائل التي يزول بها العقد لها تفصيلات كثيرة تناولها الفقهاء وتبسطوا في مسائلها ولا يناسب المقام التعرض لتلك التفصيلات لئلا تخرج عن القصد . وخلاصة هذه المسائل :

- ١ - فساد العقد : كالعقد على مجهول أو بيع غير المقدور على تسليمه ونحو ذلك مما ظهر فيه أحد الاختلالات السابقة بهذا يجب فسخه من العاقلين أو يحكم القاضي بفسخه .
- ٢ - الخيار : إذا كان العقد مشتملاً على خيار الشرط أو العيب أو الرؤية ورأى من له الخيار فسخ العقد انفسخ .
- ٣ - الإقالة : إذا تراضى الطرفان على فسخ العقد ورجوع الاعراض لأصحابها صح ذلك بل إنه مشروع ومندوب إليه لما فيه من جبر

(١) انظر الطرق التي يزول بها العقد في المراجع التالية :

— الأشباه والنظائر لابن نجيم صحيفة ٣٣٨ .
— المغنى لابن قدامة الجزء الثالث صحيفة ٥٩٤ .
— وبدائع الصنائع للكاساني الجزء السادس صحيفة ٣٨ .
— ومغنى المحتاج للشرييني الجزء الثاني صحيفة ٢١٥ .
— وانظر كذلك موسوعة الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي الجزء الرابع صحيفة ٢٧٦ .

الخواطر وارضاء النفوس .

٤ - استحالة تنفيذ مقتضى العقد كأن يهلك محل العقد قبل تسليمه لاستحالة التنفيذ أى استحالة تسليمه بعد هلاكه . انتهى .

٥ - انتهاء مدة العقد المؤقت كالإيجار والرهن والوكالة المقيدة بعمل معين تنتهى بانتهاء ذلك العمل ونحو ذلك .

٦ - الموت وتنتهى به بعض العقود دون بعض فالكفالة بالنفس تنتهى بموت الكفيل والمكفول لاستحالة التنفيذ والشركة والوكالة تنفسخان بموت أحد طرفى العقد .

٧ - عدم إجازة العقد الموقوف وهو عقد الفضولى .

٨ - أن يكون العقد جائزاً أى غير لازم كالشركة والوكالة والوديعة فيجوز لأحد العاقدين أن يفسخ العقد .

○ الأثر الناتج عن انحلال العقد :

يلزم إعادة العاقدين إلى ما كان عليه الأمر قبل انتهاء العقد إلا العقود التى لا يمكن أن تعاد إلى الحالة التى سبقت العقد ويتبين ذلك مما يلى^(٢) : -

١ - فى العقود المالية الجارية على الأعيان كالبيع يلزم التراد إذا حصل موجب من موجبات إنهاء العقد فعلى البائع إعادة الثمن وعلى المشتري إعادة السلعة .

٢ - العقود المستمرة المرتبطة بالزمان كالإجارة فإنه لا يمكن فسخها إذا تم استيفاء المستأجرة للمنفعة ففى هذه الحالة لا يمكن التراد أما إذا لم تنته مدة الإجارة فإنه يمكن الفسخ فى المدة الباقية ويكون للمؤجر حصة الزمن الماضى من الأجرة المتفق عليها .

(٢) انظر المغنى لابن قدامة الجزء الخامس صحيفة ٤٥٣ .

والكافى فى الفقه المالكى لابن عبد البر الجزء الثانى صحيفة ٧٨٨ .

الباب الثاني
أمثلة للعقود المستحدثة

الفصل الأول

أهم العقود التي تتم
في البنوك الإسلامية

□ الباب الثاني □

أمثلة للعقود المستحدثة

□ الفصل الأول □

العقود التي تتم في البنوك الإسلامية

○ توطئة :

سبق أن الشريعة في مجال المعاملات ، ترك للناس منافذ الإبداع وإنشاء ما يحتاجون إليه من صور التعامل حسب الأحوال المقتضية لذلك في عصر وفي كل عصر .

والأعمال العرفية : ينطبق عليها من الناحية الفقهية أما وصف عقد معروف فتقرر جوازها بشرط هذا العقد وأحكامه وأما لا ينطبق عليها ذلك الوصف فيجوز أن تندرج تحت عقد مزدوج ، مكون من أكثر من عقد واحد من العقود المعروفة .

أو أن تندرج تحت عقد جديد ينظر في مشروعيته ومطابقته للمقاصد الشرعية ، وعدم مصادمته للنصوص بألا يحل حراماً ، أو يحرم حلالاً ، فالعقود الشرعية أبيض لتتحقيق مقاصد معينة - أي مقتضى العقد - بحيث لا يجوز إدراك مقصد منها إلا بنوع العقد الذى يحققه ، وهذه العقود مقيدة بنظامها المعين فلا يكون للإنسان - فى الأصل - من الحرية إلا بقدر اختيار نوع العقد المحقق للمقصد المطلوب .

والعقود ليست محصورة ، ولا محدودة بالنصوص ، فقد استجدت في الإسلام عقود أخرى بعد توسع المعاملات في الأقطار . مما يؤكد مشروعية استحداث مزيد من العقود في هذا الزمان - وتنقيح العقود القائمة المدنية لتكون موافقة للمقاصد الشرعية ، محققة للمقصود ، من جلب المصلحة ، ودرء المفسدة ومقصود الشارع رفع الحرج والتيسير على الناس .

○ الأعمال التي تقوم بها المصارف :

العمل الذي تقوم به المصارف في مجال نشاطها الاقتصادي على نوعين^(١) : -

● النوع الأول : أعمال الخدمات البحتة كتقبل الودائع الجارية ، وقيدها في حسابات أربابها ، وتحصيل الحقوق والتوكيل في الوفاء ، والخدمات المصرفية المتعلقة بالأوراق المالية ، وما شابه ذلك وهذا النوع من الأعمال تتقاضى عنه البنوك أجره وتسمى (عمولة)^(٢) في العرف وهي أعمال تقوم بها البنوك الإسلامية دون حرج كالبنوك الأخرى وتتقاضى عليها نفس (العمولة) على أن تضع في اعتبارها ألا تنطوي هذه العمولة على حيلة تؤدي إلى أخذ الربا .

(١) انظر تفصيل ذلك في : عمليات البنوك للدكتور علي جمال الدين ص ٤٧٦ .

البنك اللاربوي في الإسلام ، محمد باقر الصدر ص ١٥٦ .

المصارف وبيوت التمويل الإسلامية للدكتور غريب الجمال ص ٦٩ .

(٢) العمولة : اصطلاح يتداوله المشتغلون في المصارف ويقصد به ما يأخذه المصرف نظير

عمله ويقابله أجرة أو جمالة في الاصطلاح الفقهي ويلاحظ أن لفظه عموله غير

صحيحة عربية وليس هذا الاشتقاق وارداً في القواميس التي رجعت إليها والصحيح

(عماله) بضم العين أو كسرهما ومعناها رزق العامل على في الصحاح للجوهري

الجزء الخامس صحيفة ١٧٧٥ .

● النوع الثانى : هو الذى تنطوى على عمليات الإقراض والاستثمار للودائع المصرفية مع الأموال الخاصة للبنوك بالفائدة الربوية ، وممارسة العمل بالفائدة فى الاستثمار المصرفى لا تقتصر على توظيف المجمع لدى المصارف من الودائع بعد ضمها إلى أموالها ، وإنما تبدأ منذ تلقى الودائع من أربابها حيث تدفع المصارف فوائد محددة على الودائع لأجل ، وربما فعلت ذلك مع الودائع الجارية ذات المبالغ الكبيرة حفزاً لأربابها على الإكثار منها وإبقائها لديها أكبر وقت ممكن .

ويتأكد الأمر فى تقاضى الفوائد بصفة دائمة عند توظيف جزء من الودائع المتجمعة لدى المصارف فى وجوه الاستثمار المختلفة كما يلى : -
١ - الاتجار فى الأوراق المالية .

٢ - الإقراض بوجوه مختلفة كتسليم النقود للعميل ، أو تقييد المبلغ المقترض من المصرف فى حسابه لدى المصرف المقرض ، ويتضمن عقد القرض فى هذه الحالة بيان الفوائد^(٣) ، والعمولة ، وميعاد رد القرض
٣ - أ - قد يكون القرض بطريق مباشر مثل الاعتماد المصرفى الذى يجعل للعميل الحق فى أن يكون مديناً للمصرف إلى المدى المتفق عليه .

ب - قد يتم القرض بطريق غير مباشر مثل : خصم الأوراق التجارية (على القول بأنها قرض) : إذ أن عملية الخصم عبارة عن قرض مضمون بالورقة التجارية المظهرة^(٤) لأمر المصرف تظهيراً تاماً وهكذا ، فإنه يلزم

(٣) الفوائد : اصطلاح مصرفى يقصد به الزيادة الربوية التى يأخذ المتعامل مع المصرف أو يعطيها وهى ترجمة عن لفظ أجنبى ومعناه فائدة أو زيادة ربوية ولكن هذا الترادف وإن صح فى لغة أخرى لكن لا يصح هذا الترادف فى اللغة العربية ومن ثم كان هذا الاستعمال خاطئاً على هذا النحو .

(٤) التظهير : مصطلح تجارى يقصد به نقل الحق الموجود فى الورقة التجارية إلى مستفيد آخر بكتابه اسمه على ظهر الورقة غالباً . وهذا يساعد على تداول الأوراق التجارية .

التفرقة بين الأمرين أو نوعى الأعمال التى تقوم بها البنوك فالأعمال التى تمثل خدمات بحتة تؤديها المصارف للأفراد ، والهيئات ، والشركات ، مثل فتح الحسابات المصرفية ، وتسليم الأوراق التجارية ، وحفظها وتأجير الصناديق الحديدية ، وأعمال التحويل الداخلى ، والخارجى ، وإدارة التركات والوصايا فهذه الأعمال كلها خدمات بحتة ، وما تتقاضاه المصارف عنها من عمولة هو أجرة مقابل خدمة ، وهو أمر مشروع ويمكن أن تقوم به البنوك التى تتجنب العمل المشوب بالربا .

أما الأعمال المتصلة بالتسليف ، والاستثمار بأشكاله المختلفة والتى تختلط فيها الودائع مع الأموال الربوية فهى التى يجب تمحيصها لتمييز الخبيث من الطيب ، وإجراء معاملات المسلمين على نحو يتفق مع الأصول والقواعد الشرعية .

ولقد أدى تداخل المعاملات المصرفية وتنوعها إلى اختلاف الفقهاء فى حكم هذه المعاملات^(٥) فهى تتشعب ، وتدخل فى مختلف مجالات الحياة اليومية فى مجال التصرفات الفردية أو مجال الاستثمار ، والتجارة الداخلية ، والخارجية ، فهذا حتم على أهل العلم تقليب المسائل على كل وجه قبل البت فيها ، وحمل كثيراً من العلماء اقتراح بدائل لهذه المعاملات التى ظهرت مخالفتها للشرعية ، بل أسست هيئات لتطبيق هذه البدائل وتمثلت هذه الهيئات فى البنوك الإسلامية التى انتشرت فى كل ناحية ، مما يقيم البرهان العملى على إمكان الاستغناء عن تطبيق كل العقود التى صيغت بعيداً عن المفاهيم الإسلامية والتى فرضتها العلائق الاقتصادية العالمية المترابطة .

= انظر : الأوراق التجارية للدكتور محمود بابلى صحيفة ٦١ .

(٥) محمد فاروق النبهان مفهوم الربا فى ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة صحيفة ٥ الطبقة الأولى فى .

○ نشأة البنوك الإسلامية :

بدأت بتجربة إنشاء « بنك الادخار المحلية » في مصر عام ١٩٦٣ م ،
وفي ٢٧ سبتمبر عام ١٩٧١ م أنشئ بنك ناصر الاجتماعي ، وقد نص القانون
الذي صدر بإنشائه إنه لا يجوز للبنك التعامل مع الغير بنظام الفائدة أخذاً
أو عطاء .

ثم تتابع بعد ذلك إنشاء مؤسسات مالية ومصارف إسلامية قائمة على
عدم التعامل بالربا أخذاً ، أو عطاء ، وتستثمر أموالها بما يتفق مع الشريعة
الإسلامية وهي ^(٦) : -

— البنك الإسلامي للتنمية : تأسس في ١٥ شوال ١٣٩٥ هـ - ٢٠ أكتوبر
١٩٧٥ م ومقره جدة .

— بنك دوى الإسلامي : تأسس في ٢٩ صفر ١٣٩٥ هـ - ١٢ مارس
١٩٧١ م .

— بنك فيصل الإسلامي السوداني : تأسس في ١٥ ربيع الثاني ١٣٩٧ هـ
٤ أبريل ١٩٧٧ م في الخرطوم .

— بنك فيصل الإسلامي المصري : تأسس في ٢٧ أغسطس سنة ١٩٧٧ م
بالقاهرة الموافق ١٣٩٧/٩/٣ هـ .

— بيت التمويل الكويتي : تأسس سنة ١٩٧٧ م بالكويت .

— البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار : تأسس في ربيع الثاني عام

(٦) انظر ذلك في المراجع التالية : -

— المصارف وبيوت التمويل الإسلامية د . غريب الجمال صحيفة ٤٥٣ - ٤٥٦ .

— المجتمع العربي في مرحلة التغيير. تأليف ديدى وترجمة الدكتور أحمد النجار صحيفة
٣٠ .

— تقرير دار المال الإسلامي (شركة قابضة) في ١٩٨٣/٧/٣ م .

— مجلة البنوك الإسلامية العدد ٣٠ شعبان ١٤٠٣ صحيفة ٩ .

- ١٣٩٨هـ الموافق ٢٢ فبراير ١٩٧٨م في عمان .
- المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية تأسس سنة ١٩٨٠م بالقاهرة .
- البنك الإسلامي في البحرين تأسس في ربيع الثاني سنة ١٣٩٩هـ .
- البنك الدولي للاستثمار والتنمية : تأسس في القاهرة في رمضان ١٤٠٠هـ .
- بنك التضامن الإسلامي : تأسس في الخرطوم في نوفمبر ١٩٨١م .
- المصرف الإسلامي الدولي : تأسس في اللوكسمبورغ .
- بنك بنغلادش الإسلامي :
- دار المال الإسلامي وتضم ٢٢ شركة فرعية في ١٢ بلداً . وأنشئت في كومونولث البهامس في ٢٦ رمضان ١٤٠١ / ٢٧ يوليو ١٩٨١م وأهم الشركات التي تضمها هي - :
- ١ - الشركة الإسلامية للاستثمار الخليجي في الشارقة أسست ١٢ يونيو ١٩٧٨م في ٧ رجب ١٣٩٨هـ .
 - ٢ - الشركة الإسلامية للاستثمار الخليجي في البحرين .
 - ٣ - الشركة الإسلامية للاستثمار المحدودة في الخرطوم .
 - ٤ - الشركة الإسلامية للاستثمار في غينيا كوناكري .
 - ٥ - الشركة الإسلامية للاستثمار في السنغال / دكار .
 - ٦ - الشركة الإسلامية للاستثمار في النيجر / نيامي .
- شركة التكافل الإسلامية في البحرين / السودان / لوكسمبورغ / البهامس في ١٥ جمادى الآخرة ١٣٩٧هـ - ١ يونيو ١٩٧٧م .
- شركة التأمين الإسلامية وتتبع بنك فيصل السوداني .
- ويلاحظ اختلاف طبيعة المصارف الإسلامية من حيث الوظيفة

والتخصص فبعضها إقليمي^(٧) وبعضها محلي ، مما يدل على أنه بشيء من الروية وإعمال الفكرة يمكن للمتأمل أن يجد طريقاً شرعياً بديلاً عن سبل المحرمات القائمة ، ولقد حققت البنوك الإسلامية نجاحاً مستمراً وتطوراً مضطرباً يدل على ذلك استمرار استحداث وإنشاء البنوك والمؤسسات المالية في مختلف أنحاء العالم الإسلامي .

○ تعريف البنك الإسلامي^(٨) :

البنوك الإسلامية ، والبنوك الربوية كلاهما يقوم بالخدمات المصرفية ، ومختلف أنواع الاستثمار وتمويل التجارة ، وإنشاء مشروعات التصنيع ، والتنمية الاقتصادية ، غير أن البنك الإسلامي يقوم بجميع ذلك وفق القواعد الشرعية ، ويقوم بتغيير الأساليب التي تستخدمها البنوك الربوية وتنتزع منها ما أحل بأصل شرعى كالتعامل بالربا ، والغرر ، وقد ألحقت بكل البنوك الإسلامية هيئة للرقابة الشرعية تتولى مطابقة معاملاته ، وتصرفاته لأحكام الشريعة الإسلامية .

ولذا عرف البنك الإسلامي بأنه كل مؤسسة تباشر الأعمال المصرفية

(٧) إقليمي : يقصد به أنه يضم مجموعة من الدول الإسلامية مثل البنك الإسلامي للتنمية بجده .

(٨) انظر ذلك في المراجع التالية :

المصارف وبيوت التمويل الإسلامية د/ غريب الجمال صحيفة ٢٥ .

— ١٠٠ سؤال حول البنوك الإسلامية إعداد الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية بالقاهرة صحيفة ١٢٧ .

— البنوك والتأمين في الإسلام الأمير محمد الفيصل صحيفة ٥ .

— بحث للدكتور وهبة الزحيلي مقدم للمجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ومطبوع ضمن أعمال المجمع الجزء الثاني صحيفة ٨١٥ .

— مجلة البنوك الإسلامية العدد ٥١ في ربيع الأول ١٤٠٧ هـ .

مع التزامها باجتنب التعامل بالفائدة ، بوصفه تعاملًا محرماً شرعاً .. أو هي المؤسسة المالية التي تقوم بجميع الأعمال المصرفية ، والمالية ، والتجارية ، وأعمال الاستثمار ، والتنمية الاقتصادية ، والعمران ، والمساهمة فيها في الداخل والخارج .

أو هي مؤسسة إسلامية مالية ومصرفية لتجميع الأموال وتوظيفها في نطاق الشريعة بما يخدم بناء مجتمع متكامل ووضع المال في المسار الإسلامي . وحاصل التعريفات السابقة أن المصارف الإسلامية تقوم بتجميع الأموال ، واستثمارها ، وتنميتها لصالح المشتركين ، وإعادة بناء المجتمع وتحقيق التعاون الإسلامي ، وفق الأصول الشرعية ، وأهمها اجتناب المعاملات الربوية والعقود المحظورة شرعاً وتوزيع جميع الأرباح وفق الاتفاق دون استغلال ، ومساعدة أهل الحاجة عن طريق القرض بدون ربا ، والدعوة إلى الإسلام اقتصادياً ، واجتماعياً ، واعتقاداً .

وتمتاز المصارف الإسلامية عن المصارف الربوية بمميزات واضحة مستمدة من الشريعة دون التزام مذهب معين بحيث يمكن أن تحقق هذه التجربة نجاحاً ملموساً يستطيع به الصمود أمام البنوك ، والمؤسسات الأخرى المنافسة لها وإقناع المسلمين وغيرهم على أنها قادرة على مواكبة التطورات الاقتصادية مع الالتزام بالمبادئ الإسلامية .

* * *

المبحث الأول
عقد الوديعة

○ المبحث الأول ○

عقد الوديعة

○ الوديعة : هى المال الذى يترك عند الأمين لحفظه للمالكه .

أو هى بمعنى الإيداع فىكون معناها أن يسلط شخص آخر على حفظ ماله ، صراحة ، أو دلالة .

وقيل الإيداع توكيل بحفظ مال ، قال ابن عرفة^(١) : الوديعة بمعنى الإيداع ، أو هى استئابة فى حفظ المال^(٢) .

ويقصد بالإيداع : إيداع المرء غيره ما يريد حفظه من نقد ، أو غيره ، وإذا كان المودع فى الغالب يقصد من الإيداع حفظ ما يودعه فقد يكون له أهداف أخرى غير الحفظ كإيداع البنك نقوده أو بعضها للاستثمار أو لوثائقه لإدارتها ، وتحصيل الأرباح التى تجنبها ، أو إستجاره خزائن حديدية فى البنك تكون تحت تصرفه وحده يودع فيها وثائقه ، ومستنداته ، وغير ذلك مما يود حفظه .

والذى يهمننا فى هذه الدراسة هو إيداع النقود ، أما إيداع الوثائق ، والمستندات واستئجار الخزائن الحديدية فلا يحتاج تخريجه إلا إلى تأمل يسير لبيان جوازها .

والوديعة النقدية هى أهم أنواع الودائع التى تتلقاها البنوك ، إذ هى

(١) حاشية الخرشى على مختصر خليل الجزء السادس صحيفة ١٠٨ .

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى صحيفة الجزء الخامس صحيفة ٧٦ .

القوة التى يستطيع بها البنك أن يقوم بجميع عملياته المصرفية ، كما إنها الوسيلة الطبيعية لاثمان التاجر البنك حينما يأتمنه فى إيداع نقوده لديه لأجل ، قصير أو تحت الطلب ريثما يجد الفرصة سانحة لعقد صفقة تجارية ما . لما فى ذلك من سهولة استعماله لهذه النقود المودعة فى البنك ، دون الاضطرار إلى حملها ، أو عدها ، أو التأمين عليها وقد يقصد المودع فى البنك تخصيص وديعته النقدية لعملية تجارية يرى أن البنك خير وسيلة لإتمامها .

○ **والوديعة المصرفية :** هى عقد بمقتضاه^(٣) يسلم شخص مبلغاً من النقود إلى المصرف الذى يتعهد بأن يرد إليه قيمة مماثلة دفعة واحدة ، أو على دفعات لدى أول طلب منه ، أو ضمن المهل ، والشروط المتفق عليها فى العقد ، ويكون للمصرف حق استعمال هذه النقود ، ويصبح مالكاً لها ، على أن يلتزم برد مبلغ مماثل إلى المودع .

ويمكن المودع من ادخار أمواله ووفقاً للنظام الربوى يحصل على فائدة ربوية يختلف معدلها باختلاف المدة التى يبقى فيها المال لدى المصرف ، وبالنسبة للمصرف فإنه يحصل على المبالغ اللازمة لإدارة أعماله ، وتعتبر مصدر ثقة فى نفوس المودعين فى البنوك تعطيهم الاطمئنان على سلامة ودائعهم ، وقدرتهم على سحبها ، أو سحب ما يريدون منها متى شاءوا .

* * *

(٣) العقود التجارية وعمليات المصارف د / ادوار عيد صحيفة ٥١٠ .

* أنواع الوديعة المصرفية ^(١) *

○ النوع الأول : الودائع لدى الاطلاع ، أو لدى الطلب : هي تشكل أهم صور الودائع النقدية ، ويكون لمودعها حق استردادها ، أو جزء منها متى شاء مباشرة ، أو بطريق إصدار الشيك ، أو التحويل ونظراً لما يقتضيه هذا النوع من الودائع من ضرورة احتفاظ المصرف في خزائنه لأموال كافية لدفع قيمتها فإن المصرف لا يدفع عنها سوى فائدة قليلة جداً وقد لا يدفع عنها شيئاً .

وليست كل الودائع تحت الطلب ناشئة عن إيداع نقود قانونية في المصرف أو شيكات مسحوبة على مصارف تجارية أخرى . بل إن الجزء

(١) انظر في أنواع الوديعة المصرفية : -

- العقود التجارية وعمليات المصارف الدكتور / إدوار عيد صحيفة ٥١١ .
- البنوك التجارية الدكتور حسين محمد كمال ود . حسن غلاب صحيفة ٨٢ .
- اقتصاديات النقود الدكتور عبد الرحمن يسري صحيفة ٩٧ .
- النظرية الاقتصادية الدكتور أحمد جامع الجزء الثاني صحيفة ٩٢ .
- مقدمة في الاقتصاديات الكلية (النقود والبنوك) الدكتور / عبد الحميد الغزالي صحيفة ١٩٣ .
- مقدمة في النقود والبنوك الدكتور محمد زكي شافعي صحيفة ٢١٨ .
- العقود وعمليات البنوك الدكتور علي البارودي ، صحيفة ٣١٦ .
- دروس في الأوراق التجارية والنشاط المصرفي ، حسن النوري ، صحيفة ٣١٧ .
- أساسيات إدارة البنوك ، الدكتور ، سيد الهواري ، صحيفة ٦٤ .
- البنوك الإسلامية ، الدكتور / شوقي شحاته صحيفة ١٢ .
- البنك اللاربي في الإسلام ، محمد باقر الصدر ٨٣ .

الأكبر من هذه الودائع هو عبارة عن ودائع مشتقة^(٢) (ائتمانية) أنشأتها المصارف بإقدامها على إقراض عملائها ، أو منحهم ائتماناً فى شكل وديعة ، أو حساباً جارياً يفيد باسمهم ، ويكون من حقهم السحب عليه بشيكات ، تماماً كما لو كانوا قد أودعوا لدى المصرف نقوداً . والنقود القانونية هى أوراق البنكنوت المتداولة .

○ النوع الثانى : الوديعة الادخارية (حساب التوفير)^(٣) : وهى المبالغ التى يقتطعها الأفراد من دخولهم ، ويودعونها للمصرف ليفتح لهم بها حساباً ادخارياً ويحق لهم سحبه أو سحب أى جزء منه فى أى وقت . ويدفع المصرف الربوى فائدة ضئيلة لحساب العميل الموفر على أساس أدنى رصيد فى حساب التوفير خلال الشهر . وبعض البنوك الإسلامية تستثمر الودائع الادخارية ويعطى للمودع حق سحب الربح - أن تحقق - وإلا حسبت عليه الخسارة . ولا يستثمر كل الوديعة وإنما يترك جزءاً منها لمواجهة طلبات السحب لأنه يجوز لصاحبها أن يسحبها متى شاء (مثل : بنك دى وبيت

(٢) الودائع المشتقة : اصطلاح مصرفى ومعناه أن البنك عندما تقدم قروضاً لعملائها قد لا تعطىهم نقوداً حقيقة وإنما تكتفى بتقييد ذلك فى حساباتهم مما يؤدى إلى زيادة مقدار الودائع لديهم بنفس القدر الذى يزداد فيه المقترضون وهذه العملية تسمى خلق الائتمان أو خلق الودائع فإذا كان لدى البنك ١٠٠٠ ريال مثلاً فإنه يستطيع أن يقرضه كثيراً من الناس إذا كانت هذه النقود لن تخرج حقيقة من البنك وإنما يكتفى أصحابها^(*) .

(٣) انظر : - -

- أساسيات إدارة البنك ، الدكتور سيد الهوارى ، صحيفة ٦٣ .
- البنوك الإسلامية ، الدكتور شوقى شحاته ، صحيفة ٦٧ .
- البنك اللاربوى فى الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ٢٣ .

(*) بأخذ شيكات بقيمتها .

انظر : عمليات البنك للدكتور محمد حسنى عرفة صحيفة ٥ .

التمويل) ، وبعض البنوك الإسلامية يعتبر الوديعة الادخارية بمثابة الوديعة تحت الطلب ، فلا يعطى عليها أرباحاً (مثل بنك فيصل السودانى) .

○ النوع الثالث : **شهادات الاستثمار**^(٤) : وهى إحدى صور الودائع لأجل ، وقد شجعتها بعض الدول حيث إنها تستعمل فى مشاريع التنمية ومن المميزات التى جعلتها الحكومات لهذا النوع من الادخار ارتفاع الفائدة الربوية التى تعطى لصاحبها ، كما أن منها أنواعاً تعطى فائدة مركبة تستحصل بعد انقضاء الفترة المتفق عليها ، وقد تصل إلى عشر سنوات ، وبعضها يستحق صاحبها جوائز لإغراء الناس بالاكْتِتاب فيها .

○ النوع الرابع : **الوديعة المخصصة لغرض معين**^(٥) : وهى أن يدفع شخص مبلغاً من النقود إلى المصرف ويكلف بشراء أوراق مالية - كالأسهم والسندات - أو وفاء قيمة كميالية أو القيام بعمل يعينه العميل كسداد قيمة فواتير الكهرباء والبنك فى هذه الحالة ليس وديعاً لتلك الأموال بل هناك عقد آخر غير الوديعة . ويتحصل المصرف على أجر نظير قيامه بهذه الوديعة ما لم ينجز المصرف الشراء . أما إذا كان لمصلحة الغير ، كأن يخصص المبلغ لسداد دين فلا يحق للمودع أن يطلب استرداد هذا المبلغ إلا بعد الانتهاء من إنجاز العملية التى خصصت لها الوديعة .

○ النوع الخامس : **الوديعة المستندية**^(٦) : وهى أن يقوم شخص

(٤) انظر : -

- عمليات البنوك ، على جمال الدين عوض ، صحيفة ١٥٤ .

- الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٦٦ .

(٥) دروس فى الأوراق التجارية والنشاط المصرفى ، الدكتور / حسين النورى ، صحيفة ٣١٧ بالإضافة إلى المراجع السابقة .

(٦) المصارف وبيوت التمويل الإسلامية الدكتور غريب الجمال .

بإيداع أوراقه المالية - الأسهم والسندات - إلى المصرف الذى ينتزعه بطبيعة عمله بحفظ هذه الصكوك ، ثم يردها عيناً ولا يتصرف فيها بغير إذن صاحبها ، ويضمن هذه الصكوك إذا تلفت تحت يده إلا إذا كان الهلاك بسبب قوة قاهرة لا يمكن دفعها ويتقاضى البنك أجره على هذه العملية .

○ النوع السادس : الوديعة لأجل^(٧) : أى المبالغ التى يودعها أصحابها فى المصرف لأجل معين قد يكون سنة ، أو ستة شهور ، أو ثلاثة شهور - ولا يحق لهم سحبها ، أو سحب جزء ولا يلتزم المصرف بردها إلا بعد انقضاء أجلها ، ويعطى المصرف التجارى عادة فائدة ربوية لأصحاب هذه الودائع تتزايد كلما زادت مدة الأجل . وإذا سحبت الوديعة قبل انقضاء أجلها المعين فإن صاحبها يفقد حقه فى الفائدة الربوية وهذه الودائع هى التى تسحب الودائع الاستثمارية . وهذه الودائع هى التى تستثمرها البنوك الإسلامية بطريق مباشر ، أو بالدخول بها مع الغير فى عقود مشاركة كالمضاربة ، وغيرها .

○ وتقسم البنوك الإسلامية الودائع الاستثمارية قسمين^(٨) :

(٧) انظر : -

— دروس فى الأوراق التجارية ، حسن النورى ، صحيفة ٣١٧ .

— أساسيات إدارة البنوك ، الدكتور / سيد الهوارى ، صحيفة ٦٣ .

— البنوك الإسلامية ، الدكتور / شوقي شحاته ، صحيفة ٦٦ .

— الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ، الجزء الأول ، صحيفة ١٢ .

— البنك اللاربوى فى الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ٨٣ .

(٨) تختلف التقسيمات الوديعة الاستثمارية بين البنوك الإسلامية ولكنها جميعاً تعود إلى نفس المعنى وإن اختلفت العبارة ففى بيت التمويل تنقسم إلى مطلقة ومقيدة. وفى بنك دى الإسلامى تنقسم إلى : إيداع مع التفويض (أى مطلقة) وإيداع بدون تفويض (أى مقيدة) .

انظر : الأعمال التى يزاوها بنك دى الإسلامى صحيفة ٢ ومؤتمر الصرف الإسلامى الأول بدى صحيفة ٢ والنظام الأساسى لبيت التمويل الكويتى ص ١٩ .

أ - ودیعة استثمارية مطلقة : وهى التى يقوم المودع فيها بتفويض المصرف باستثمارها فى أى مشروع من مشاريعه الاستثمارية على أساس المضاربة .

ب - ودیعة استثمارية مقيدة أو مخصصة :- وهى التى یخصص صاحبها نوع الاستثمار الذى یود أن یستثمر فيه الأموال التى أودعها كأن یختار مشروعاً معيناً من المشاريع التى يقوم بها المصرف ، سواء بطريق مباشر أو غیر مباشر بطريق تمويل مشروعات الغير . وعلى هذا فإن العميل سوف یتحق نصيبه من أرباح ذلك المشروع الذى اختاره فقط بالنسبة المتفق عليها بينه وبين المصرف .

○ النوع السابع : الودائع بشرط الإخطار^(٩) : وهى ودائع يكون لصاحبها حق استردادها دون انتظار أجل معين لكن بشرط إشعار المصرف بذلك قبل استردادها بمدة ما ، ويعطى هذا النوع من الفوائد الربوية مثلما تعطى الودائع تحت الطلب ، لأن البنوك لا تستطيع الاعتماد عليها فى تمويل نشاطها المصرفى .

○ تخرج الوديعة المصرفية :

من المعلوم شرعاً أن العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا الألفاظ والمباني^(١٠) فالوديعة عند الفقهاء توكيل أو استنابه فى حفظ المال^(١١) إلا إنها

(٩) العقود وعمليات البنوك الدكتور إدوار عيد صحيفة ٥١٢ .

(١٠) معنى هذه القاعدة أن العبرة بالمقاصد التى تعينها القرائن اللفظية أو العرفية التى توجد فى عقد من العقود فتكسبه حكم عقد آخر كانعقاد الكفالة بلفظ الحوالة وانعقاد الحوالة بلفظ الكفالة كما تنعقد العقود بغير الألفاظ التى جعلت لها حسب العرف كانعقاد البيع بلفظ الأخذ والعطاء .

انظر شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا صحيفة ١٣ .

(١١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى الجزء الخامس صحيفة ٧٦ .

إذا كان مأذوناً في استعمالها فإما أن تكون شيئاً يهلك عينه بالاستعمال أو لا يهلك ، فإن لم يهلك عينه بالاستعمال فهي عارية ، وإن كان هذا الشيء مما يهلك بالاستعمال كالنقود أو غيرها من المثليات فإن الوديعة تنقلب قرضاً . وإذا كانت الوديعة قرضاً فإن ما يدفعه المصرف زيادة على مقدار الوديعة يكون ربا .

وللعلماء في تخريج الوديعة المصرفية آراء متباينة يتخرج على كل منها أحكام شرعية ، ويثمر الخلاف أموراً تمس كثيراً من جوانب العمل المصرفي . مثلاً بعض العلماء يعتبرها قرضاً ، وبعضهم يعتبرها وديعة بالمعنى الشرعي ويفرق آخرون بين أنواع الودائع . وذلك على النحو التالي : -

○ التخرج الأول :

يلزم أولاً تمييز الفرق بين الوديعة في الفقه والوديعة المصرفية : -
أن الوديعة المصرفية تتضمن الإذن للمصرف بالتصرف في الوديعة فيمتلكها المصرف ، ويخلطها بأمواله ويستثمرها^(١٢) . بينما الأصل في الوديعة عند الفقهاء - غير المالكية - عدم جواز استعمالها أو الاتجار بها إلا بإذن صاحبها ويمكن اعتبار هذا الإذن حاصلًا في الوديعة المصرفية لأن ملكيتها تظل للمودع . كما أن حكم الوديعة الشرعي إنها أمانة في يد الوديع لا يضمها إلا إذا كان هناك تعد ، أو تقصير في حفظها .

في حين أن الوديعة المصرفية يلتزم المصرف بردها ، حتى لو هلكت بقوة قاهرة .

ولذا لا يمكن اعتبار الوديعة المصرفية وديعة بالمعنى الشرعي الذي حدده الفقهاء . فهي قرض للمصرف يتصرف فيه حيث شاء وقد فعلها

(١٢) عمليات البنوك على جمال الدين صحيفة ٥٢ .

العميل إليه راضياً بذلك فكان إذناً بالتصرف . والانتفاع بالوديعة بإذن المودع يصيرها قرضاً لأن الانتفاع بها يهلك عينها إن^(١٣) كانت نقداً أو مثلياً غير النقد مما يمكن ضبطه وليست إيداعاً ، لأن موجب عقد الإيداع لا يملك الوديع الوديعة ، وليس له أن يتصرف فيها .

وما دام المصرف يملك الوديعة تحت الطلب ، ويتصرف فيها تكون قرضاً لأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ وتكيف الرسوم التي يأخذها البنك نظير خدماته أنها أجرة إلقاء ما يحصل عليه العميل من الفائدة الربوية ناشئة عن خدمات البنك له .

فالودائع المصرفية بجميع أنواعها قروض^(١٤) مستحقة الوفاء دائماً ، ولأجل محدد لأن ملكية العميل تزول نهائياً عن المبلغ الذي دفعه لدى البنك ، ويصبح للبنك السلطة الكاملة على التصرف فيه . وهذا ما لا يتفق مع طبيعة الوديعة ، وإنما أطلق اسم الودائع على تلك المبالغ التي تتقاضاها البنوك ، لأنها بدأت في تاريخ المصارف بشكل ودائع ، وتطورت خلال تجارب البنوك ، واتساع أعمالها إلى قروض ، فظلت تحتفظ من الناحية اللفظية باسم الودائع ، ولهذا تصبح الفوائد التي يأخذها المودعون فوائد ربوية على القرض .

(١٣) انظر ذلك في المراجع التالية : -

- كشاف القناع ، البهوتي ، الجزء الرابع ، صحيفة ٥٠٤ - ١٤١ - ١٦٧ .
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٤٣٥ .
- المغني ، لابن قدامة ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٠٧ .
- تحفة الفقهاء ، للسمرقندي ، الجزء الثالث ، صحيفة ٢٨٤ .
- بدائع الصنائع ، للكاساني ، الجزء الثامن ، صحيفة ٣٨٩ .
- حاشية ابن عابدين ، الجزء الرابع ، صحيفة ٥٠٤ .

(١٤) وانظر كذلك مجلة البنوك الإسلامية ، العدد الثلاثين ، صحيفة ٤٣ .

والبنك اللاربوي في الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ٨٤ - ٩٦ .

فالوديع حينما سمح للبنك بالتصرف في الوديعة معناه السماح له - أى للبنك - بامتلاكها على وجه الضمان وهو معنى القرض .

وهى سميت بغير اسمها فهى ليست وديعة ، لأن البنك لا يأخذها أمانة يحتفظ بها ليرد عينها إلى أصحابها وإنما يستهلكها في أعماله ويرد مثلها ، وهذا واضح في الودائع التى يدفع عليها البنك فوائد ربوية فما كان يدفع هذه الفوائد مقابل الاحتفاظ بالأمانات وردها إلى أصحابها^(١٥) .

وليست الوديعة المصرفية من باب الإجارة ، وذلك ملاحظ بالنظر إلى وظائف النقود وإلى طبيعة العقد المبرم بين البنك والعميل .

فالوديعة المصرفية قرض يقدمه العميل إلى البنك ، وهذا التخريج هو الذى جرى عليه القانون^(١٦) لأن البنوك تستخدم الودائع في عملياتها لحسابها ، وتلتزم برد مثلها لأصحابها عند الطلب ولو كانت وديعة لما كان هناك موجب لإعطاء العملاء فوائد ربوية ، بل يلزم من ذلك العكس إذ أن البنك يستحق أجراً عن هذه الخدمة .

وحاصل هذا التخريج أن الوديعة المصرفية تتفق مع القرض من حيث النتيجة في تملك عينها ، وتعلقها بذمة آخذها ، ورده مثلها في حالة المطالبة .

(١٥) بحث للدكتور أحمد السالوس ومقدم للمجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامى بجدة مطبوع فى مجلة المجمع الجزء الثانى صحيفة ٧٥١ وعنوان البحث (حكم التعامل المصرفى المعاصر بالفوائد) .

(١٦) تنص المادة ٧٢١ من القانون المدنى المصرى أنه إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شئ آخر مما يهلك باستعماله وكان المودع عنده مأذوناً له فى استعماله اعتبر العقد قرضاً فالبنك يمتلك النقود المودعة ويلتزم بمجرد رد مثلها من نفس النوع . انظر الوسيط للسنبورى ، الجزء الخامس ، صحيفة ٤٢٨ - ٤٣٥ .
وعمليات البنوك ، للدكتور على جمال الدين عوض ، صحيفة ٢٢ .

قال في الروض المربع^(١٧) : القرض دفع مال لمن ينتفع به ويرد بدله .. ويصح بلفظه ، ولفظ السلف وكل ما أدى معناهما ، ويملك القرض بقبضه ، كالهبة ، ويتم القبول فلا يلزم رد عينه للزومه بالقبض بل يثبت بدله في ذمة المقرض حالاً ، ولو أجله .

وقال في كشف القناع على متن الإقناع^(١٨) : فإن استعارها أى الدراهم ، والدنانير لينفقها ، أو أطلق ، أو استعار مكيلاً ، أو موزوناً ، ليأكله أو اطلق فقرض تغليياً للمعنى فملكه بالقبض .

التخريج الثاني : يميز بعض العلماء بين أنواع الودائع فيجعل بعضها داخلاً تحت أحكام القرض وبعضها تحت أحكام الوديعة ، كما أن بعضهم يخلط بين عدد من العقود ليكون من مجموعها تخريجاً لبعض أنواع الودائع وفيما يلي نستعرض أهم الودائع وما قال في تخريجها أصحاب هذا الاتجاه .

● **أولاً : الوديعة تحت الطلب :** وقد اضطرب فيها العلماء فبعضهم جعلها وديعة حقيقية وبعضهم سماها وديعة ناقصة - جرياً على تسمية بعض أهل القانون - وذلك كما يلي : -

أ - تخريجها على أنها وديعة^(١٩) وذلك لأنه يستطيع السحب منها في الوقت الذى يختاره المودع ، فإن ذلك كل ما يطلب في الوديعة الحقيقية ، ولا توجد أى شائبة فى ذلك وإذا كان البنك قد اعتاد أن يتصرف فيها حسبما جرت به عادة المصارف فإن هذا التصرف المنفرد من جانب البنك لا يمكن أن يحسب على المودع ، وينسحب على إرادته فيفسرها على الاتجاه من الإيداع إلى الإقراض ، فارادة المودع لم تتجه أبداً فى هذا النوع من الإيداع نحو

(١٧) الروض المربع ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٥ .

(١٨) الجزء الرابع ، صحيفة ٥١ .

(١٩) الودائع المصرفية ، للدكتور حسن الأمين ، صحيفة ٢٣٣ .

القرض كما أن البنك لم يتسلم هذه الوديعة على أنها قرض ، بدليل أنه يتقاضى أجره - عمولة - على حفظ الوديعة تحت الطلب بعكس الوديعة لأجل التي يدفع هو عليها فائدة - أى رباً - 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 كمركز المقترض . وعلى فرض أن البنك يتصرف فيها بموجب إذن المودع الضمنى الذى دل عليه العرف فإن مثل هذا الإذن لا يصرف^(٢٠) إرادة المودع عن الغرض الأساسى من الوديعة وهو طلب حفظها إلى غرض آخر تابع للغرض الأول أوجده العرف المصرفى لمصلحة المصارف نفسها .

ب - تخريجها على أنها^(٢١) لا تنطوى على وديعة خالصة بل الوديعة هنا ناقصة جرى عليها العمل فى المصارف ، وهذه لا تحتفظ بالمال المودع وإنما تتصرف فيه على أن ترد مثله عند الطلب ، وقد يكون هذا الطلب فى أى وقت أو يكون فى أجل محدد متفق عليه وهو ما يعرف بالوديعة الثابتة . والحساب الجارى فى كل هذا إما أن يحتسب المصرف على رصيده فوائده ربوية لصالح العميل أو لا يحتسبها وفقاً للاتفاق ، وعقد الوديعة الناقصة وإن كانت من العقود التى لم يعرفها الفقه من قبل غير أنه من الجائز شرعاً قبلها كعقود جديدة تدعو إليها الحاجة بشرط عدم أخذ فوائده ربوية .

ج - تخريجها على أنها ودائع حقيقية غير أن صاحب هذا الرأى^(٢٢) مزج بين جملة من العقود ليخلص من ذلك إلى جواز أخذ الفائدة الربوية وقد تقدم أن مثل هذه الآراء لا يلتفت إليها لمخالفتها الصريحة للنصوص المفيدة

(٢٠) عمليات البنوك ، على جمال الدين عوض ، صحيفة ١٧ .

(٢١) المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، الدكتور غريب الجمال ، صحيفة ٨٦ .

(٢٢) البنك اللاربوى فى الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ٢١٢ .

تحريم كل أنواع الربا ، وحاصل هذا التخرج ما يلي : -

— أن نفرض كون الوديعة باقية على ملك صاحبها ، وأن الإذن بالتصرف فيها إنما هو مع احتفاظ المودع بملكه للوديعة .

— وضمان الوديعة متصور لا بالقرض ، بل بعقد الضمان .

— وأما إستثمار البنك بالربح فيمكن تخريجه عن طريق الشرط ، ضمن عقد الضمان ، أو عقد الشركة أو أى عقد آخر بين البنك والمودع ، إذ يشترط البنك فيه على المودع أن يكون الثمن ملكاً له بنحو شرط النتيجة ، لا بأن ينتقل إليه ابتداء .

— وأما دفع البنك مبلغاً محدداً للمودع فيمكن تخريجه على أن البنك يشترط لنفسه أن يأخذ ما يزيد على المقدار الذى يدفعه إلى المودع من الربح لأن البنك يعلم أن الزيادة فى الثمن التى تعبر عن الربح هى أكثر عادة من المقدار الذى يدفعه إلى المودعين فهو يشترط أن يملك ما زاد على هذا المقدار من الربح .

● ثانياً : الوديعة النقدية المؤجلة : والعقد فى هذه الحالة يكون قرضاً بصرف النظر عن الصيغة التى تم الايداع بموجبها ، لأن العبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمباني ، لأن الايداع هنا لم يكن لأجل الحفظ كما هو الشأن فى الوديعة ، وإنما انطوى على إذن صريح باستعمال الوديعة ، والوديعة هنا نقدية وهى مما يهلك بالاستعمال فتصبح قرضاً يملكه البنك ، ويتحمل خطر هلاكه ولو بقوة قاهرة ويمكن أن يتمسك بالمقاصد عند طلب استرداده . والدليل على ذلك : -

١ - الأجل فى استردادها .

٢ - ما يقترن بالأجل عادة من فوائد من البنك تجاه المودع . وهذان الأمران وإن لم يكونا من مستلزمات انعقاد القرض إلا أنهما يكونان قرينتين

هامتين في تحديد انصراف الإرادتين إلى عقد آخر .

وبصرف النظر عن اشتراط الحصول على فائدة ربوية لأن ذلك مؤثر في حكم العقد ، وليس مؤثراً في مسماه فالعقد في هذه الحالة وإن كان ودیعة كما يتبادر لأول وهله ، ولكنه في الحقيقة قرض لأن فيه إذن صريح باستعمال الوديعة المصرفية ، ويستنفذ بذهاب عينه أى بخروجه من يد المنتفع به ، وأما ما يعطيه البنك للعميل نظير الأجل فهو الربا المنهى عنه^(٢٣) .

وأما الفوائد التى تعطى على الوديعة فلا إشكال في أنها ربا صريح ، وتجمع بين ربا الفضل ، و ربا النسيئة حيث يأخذ زيادة على ما دفع مع التأخير بالرغم من تحقق معنى الربا فيما يعطيه المصرف للمودعين ، وقد عرض لجماعة من المعاصرين شبهة في ذلك جعلتهم يقتصدون الجواز فيما يدفعه المصرف للمودعين زيادة على رأس المال ، وهى أن تلك الأموال إنما أخذها المصرف للتنمية والانتاج لا لدفع كربة أو تفریح شدة من تسديد ديون أو شراء الضروريات ، وبناء على زعمهم أن مقاصد الشريعة تقضى بتحريم الربا فيما أخذ للاستهلاك فقط وإن هذا هو الربا الذى وردت النصوص بتحريمه دون ربا التنمية^(٢٤) .

(٢٣) الوديعة المصرفية ، الدكتور حسن الأمين ، صحيفة ١٣٢ .

(٢٤) فرق بعض العلماء في هذا الزمان بين ما اصطلاحوا عليه من قروض استهلاكية أو إنتاجية فأباحوا أخذ الزيادة على القروض الإنتاجية وخرجوها على أنها مضاربة وأهم هؤلاء الشيخ محمد عبده والشيخ عبد الوهاب خلاف والشيخ عبد الرحمن عيسى والأستاذ وفیق القصار وغيرهم . وقد رد عليهم وناقشهم كثير من العلماء بينوا خطأهم وقد صدرت فتوى عن مؤتمر علماء المسلمين المنعقد بالقاهرة حول عدم جواز أخذ الربا على القروض الإنتاجية والاستهلاكية وذلك بالإجماع . انظر ندوة الاقتصاد الإسلامى بإشراف المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم معهد البحوث والدراسات العربية في بغداد سنة ١٤٠٣هـ ص ٢٤٣ .

● **ثانياً : الوديعة المخصصة لغرض معين :** هذا النوع يعتبر وكالة بأجر^(٢٥) فالموكل هو المودع ، والمصرف باعتباره شخصاً حكماً هو الوكيل ، والنقود لدى المصرف وديعة . هذا في الصورة التي تكون الوديعة فيها مخصصة لمصلحة المودع أما الصورة التي تخصص فيها الوديعة لمصلحة الغير فهي أيضاً وكالة بأجر ، إلا أنه لما كان الغرض منها أداء حق للغير فقد تعلق بها حق لازم يمنع الموكل من عزل المصرف ، واسترداد الوديعة حتى يتحقق الغرض الذي من أجله ثم عقد الوكالة ، لأن للموكل أن يعزل الوكيل إلا إذا تعلق بالوكالة حق للغير^(٢٦) .

كما يمكن تخريجها على أنها وديعة بالمعنى الشرعى ، ويكون ما يأخذه البنك من عمولة مقابل ما يقوم به من خدمات للعميل ، ك شراء الأسهم أو تسديد الفواتير المستحقة ، وغير ذلك .

○ **تكييف الوديعة المشتقة (الائتمانية)**^(٢٧) : لها حالتان : -

● **الأولى :** أقراض من المصرف لعملائه المقترضين . فإذا تسلم المقترضون المبلغ المقترض كان القرض صحيحاً شرعاً لأن القرض تم بالقبض فإذا أودعه المقترض في المصرف الذى اقترض منه أو فى غيره كانت وديعة صحيحة لأنه أودع مالاً مملوكاً له . وإذا أقرض المصرف بدوره من هذا المبلغ المودع لديه لشخص آخر صح هذا القرض أيضاً . غير أن الذى يحول دون شرعية هذا النوع من الإقراض أن البنوك تأخذ عليه فوائد ربوية . أما إذا لم يتسلم المقترض مبلغ القرض ، أو تسلم بعضه وقيد ما لم

(٢٥) المصارف وبيوت التمويل الإسلامية الدكتور غريب الجمال صحيفة

(٢٦) الهداية للمرغيناني ، الجزء الثالث ، صحيفة ١٥٣ .

(٢٧) انظر تعريف الوديعة المشتقة ، صحيفة ٢٤٧ .

يتسلمه في سجلات المصرف - كما هو متبع عادة - على أنه حساب جار لهم وبإمكانهم أن يسحبوا منه متى شاءوا . فإن ما قبضوه فعلاً من المبلغ المقترض يعتبر قرضاً صحيحاً ، وما لم يقبضوه يعتبر وعداً بالقرض ، ولا أثر لقيده بسجلات المصرف ، في اعتباره قرضاً بل المعول عليه هو القبض بالفعل وبناء عليه لا يعتبر ودیعة للمقترضين .

● **الثانية :** هى التى يستخدم فيها المصرف الودائع المشتقة فى أعمال استثمارية فلا تخرج عن كونها معاملة بيع ، وشراء ، يكون الثمن فيها ديناً فى ذمة المصرف ، بقيده فى سجلاته للبائع ، ويحق له أن يسحب من هذا الدين فى أى وقت يشاء فالموجود فى سجلات المصرف دين لا ودیعة^(٢٨) .

○ التخرج الفقهى للودیعة المستندية :

هى ودیعة بأجر تنطبق عليها جميع أحكام الودیعة .
وأما ما يقوم به المصرف من بعض الأعمال التى تستلزمها إدارة هذه الأوراق نيابة عن المودع بمقابل فهى وكالة بأجر .
ويلاحظ أن ذلك لا يعنى جواز قيام المصرف بحيازة بعض الأوراق المالية التى تشتمل على فوائد ربوية - كالمستندات وأذونات الخزنة^(٢٩) - ولا يجوز له قبول ودیعتها أو إدارتها لأصحابها .

○ الفرق بين تخرج الودیعة على أنها قرض وبين تخرجها على أنها ودیعة :

يساعد تكييف الودیعة تحت الطلب - أى الجارية - على أنها ودیعة حقيقية على إجراء بعض العمليات المصرفية على الأصول الشرعية ، أما

(٢٨) انظر الحسينى ، صحيفة ١١٢ .

(٢٩) سياتى بيان المقصود بالأوراق المالية فى فصل البورصة انظر

اعتبارها قرضاً فإن ذلك يبرز بعض الصعوبات مما يجعل الفرق بين التخييجين له أثر في الحكم الشرعى وهذه الفروق تتضح فيما يلى^(٣٠) :

أ - عندما تستعمل الوديعة المصرفية فى وفاء الدين سواء كان ذلك عن طريق تحرير شيك ، أو حوالة مصرفية فإن تخريج ذلك يتم فى حالة اعتبار أنها ودائع على أساس أنها وكالة أى أن العميل وكل البنك ، أو بمعنى آخر وكل المودع الوديع ، برد الوديعة ، أو جزء منها لشخص آخر ، وذلك جائز ، أما إذا اعتبرنا أن جميع الودائع بمثابة قروض فى ذمة البنك فلا يستطيع صاحب الوديعة ، والحالة هذه ، أن يستعمل رصيده لدى البنك فى تسديد بعض التزاماته فيمكنه أن يستعمل ذلك الرصيد فى إبراء ذمته من ديون عليه ، وذلك بإحالة من له عليه دين على البنك عن طريق حوالة ، أو شيك ولكنه لا يستطيع أن يشتري بضاعة مؤجلة لأنه سيكون من باب بيع الدين بالدين ، وكذلك لا يستطيع أن يهب جزءاً من ذلك الرصيد عند من يقول من العلماء أن القبض شرط فى الهبة .

ب - أنها لو كانت وديعة بالمعنى الحقيقى لما ضمنها المصرف والضمان ينافى الأمانة فالمصرف باقتراضه للوديعة تصير ديناً فى ذمته حيث تصور على أن الوديعة بالتسلف تصير ديناً فى الذمة حيث قالوا^(٣١) : (أن التسلف الجائز كالمأخوذ بإذن ربه فلا يبرأ إلا برد ما أخذه لربها لأن تسلفه حينئذ إنما هو من ربه فانتقل من أمانته لذمته فصار ديناً كسائر الديون) .

ج - القول بأن اعتبار الوديعة تحت الطلب قرض يترتب عليه أنه لا يجوز للمودع أن يشتري سلماً ويكتب شيكاً بالثمن على المصرف لأنه يؤدى إلى بيع الكالاء بالكالاء لكن هذا غير مسلم ، لأن المودع إذا اشترى

(٣٠) الوديعة المصرفية للدكتور ، حسن الأمين ، صحيفة ٢٣٦ .

(٣١) الشرح الكبير للدردير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٤٢٢ .

سلباً ، وحرر شيكاً ودفعه للبائع فقبله كان ذلك بمنزلة تسليمه الثمن نقداً ومثله إذا وهب المودع بعض ماله ، حيث إنه إذا حرر شيكاً ورضى به فقد تم القبض . وذلك أن العرف المصرفي مضى عليه صرف الشيك فوراً إذا كان مستوفياً لشروطه .

د - أن تكييف الوديعة على أنها قرض يعرضه ذلك لضياح حقه إذا أفلس البنك حيث يدخل بحصته منافساً مع الغرماء من أصحاب القروض الأخرى^(٣٢) . أما إذا خرجت الوديعة تحت الطلب على أساس أنها وديعة حقيقية فإنه تكون أحق بأخذ وديعته باعتبارها أمانة من غير أن يدخل منافساً مع الغرماء الآخرين . وهو يضمن تلك الوديعة لأنه تصرف فيها وهكذا فإن التفريق في التخرج الشرعي للودائع المصرفية بين الوديعة لأجل والوديعة تحت الطلب وإعطاء الأخيرة الوديعة مساعد كثيراً على تخرج العمليات التي تتم بشأنها على القواعد الشرعية تيسيراً لأحوال الناس .

○ تخرج استثمار البنوك للودائع والحوالات وغطاء الضمان :

تحتل الأموال التي تحت يد المصرف ، سواء كانت حسابات جارية ، أو حوالات ، أو غطاء لخطابات الضمان ، أو رأس ماله الخاص ... إلخ ومستثمر البنك جميع ذلك بلا تمييز مع الاحتفاظ باحتياطي لمواجهة الطوارئ فهل يجوز استثمارها ؟ المعروف عند العلماء أنه إذا قبض مالاً يضمنه فإنه يطيب له ربحه لأنه ملكه حين قبضه كما صرح بذلك المالكية والحنفية . قال في الهداية^(٣٣) : « وإن ربح الكفيل فيه فهو له لأنه ملكه حين قبضه » .

(٣٢) الوديعة المصرفية ، للدكتور حسن الأمين ، صحيفة ١٢٣ - ١٢٨ .

(٣٣) مع فتح القدير لابن الهمام ، الجزء السادس ، صحيفة ٣١٩ .

قال في (٣٤) شرح العناية : « إذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قولي أي حنيفة ، ومحمد رحمهما الله ، لأنه ربح من أصل خيىث ، وفي قول أي يوسف : يطيب لأن الخراج بالضمان » .

وقال في الدر المختار (٣٥) : « وإن ربح الكفيل به طاب له ، لأنه نماء ملكه حيث قبضه على وجه الاقتضاء ، فلو على وجه الرسالة فلا تتمحضه أمانة خلافاً للثانى قال ابن عابدين : أى أي يوسف » مفسراً قوله خلافاً للثانى .

وقال الدردير (٣٦) : « وضمنه إن اقتضاه من الغريم ليوصله لربه ، سواء طلبه منه أو دفعه له الغريم بلا طلب ، لكن على وجه البراءة منه ، لا أن أرسله المدين به إلى رب الدين فضاع منه ، فلا ضمان حيث لم يفرط » .

أما الودائع فإنها إذا كانت الوديعة نقداً أو شيئاً مثلياً آخر كره الاتجار بها (٣٧) وجاز إن كانت نقداً على رأى من يرى أن النقود لا تتعين بالتعيين (٣٨) .

وإذا كانت شيئاً متقوماً حرم الاتجار بها بغير إذن ربها كما هو الشأن في استلافها سواء كان الوديع الذى اتجر بها موسراً أو معسراً .
ويضمن أن أخذ الوديعة سلفاً أو للتجارة باذن ، أو بغير إذن سواء

(٣٤) الباری ، العناية ، الجزء السادس ، صحيفة ٣٧٦ .

(٣٥) مع حاشية ابن عابدين ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٧٨ .

(٣٦) الشرح الصغير ، الجزء الثالث .

(٣٧) قوانين الأحكام الشرعية ابن جزى ، صحيفة ٤٠٥ وذكر ابن جزى أن أشهب قال بعدم الكراهة .

(٣٨) شرح الخطاب مع حاشية المواق ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٥٤ - ٢٥٥ .

رده لمحله فيها أم لا ، لأنه لا يبرأ في هاتين الحالتين إلا بالرد لرب الوديعة لارتفاع ، أمانته حينئذ وتعلق الوديعة بذمته ، ويكون الأخذ حراماً ، مع وجوب الضمان في حاله كونه بلا إذن من المودع ، وكذلك يضمن إذا كان الأخذ مكروهاً ، ولم يرده لمحله ، أما إذا كان مكروهاً ورده لمحله فلا ضمان عليه لما رده ، لأن أمانته لم ترتفع فإن كانت نقداً أو مثلياً فلربها المثل لأن مثل الشيء كعينه^(٣٩) .

إن مقتضى عقد الوديعة حفظها لربها ، والأصل ألا ينتفع بها من أودعت عنده ، سواء كان انتفاعاً بعين الوديعة أو انتفاعاً بما تفعله ، ككراء الدابة ، أو غيرها ، أو استعمالاً بقوت به ذات الوديعة ، كاستلافها فلا يصح مباشرته لذلك ، ولا سماحة للغير بأن يستعمل الوديعة ، بل أنه لا يجوز أن يكشف عنها غطاءها إذا كانت في حرز مغفل ، إلا إذا كان الاستعمال مأذوناً فيه صراحة أو ضمناً من المودع . فإذا أذن للمودع في استعمال وديعته جاز ذلك ، ويبقى العقد وديعة عند الحنفية والمالكية إذا كان حفظ الشيء هو الأصل وهو الغرض ، أما إذا كان الاستعمال هو الغرض وهو مقتضى العقد فإنه نقلت إلى عارية إذا كان الشيء المودع مما لا يقضى بالاستعمال ، أما إذا كان ينقضى ويهلك بالاستعمال فهو عقد قرض^(٤٠) .

(٣٩) شرح الدسوقي على شرح خليل للرددير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٤٢١ .

(٤٠) انظر هذا المعنى في : -

— المبسوط للسرخسي ، الجزء الحادى عشر ، صحيفة ١٢٦ .

— بدائع الصنائع للكاسانى ، الجزء السادس ، صحيفة ٢١١ .

— تكملة حاشية ابن عابدين ، الجزء الثانى ، صحيفة ٦٨٦ .

— حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣٢٠ .

— شرح الخرشي ، الجزء السادس ، صحيفة ٦٠٩ .

ويرى الشافعية^(٤١) : أن الإذن في استعمال الوديعة يبطل العقد مطلقاً فلا ينعقد وديعة ولا عارية فهو عقد فاسد لاقتترانه بشرط فإن تلفت قبل الاستعمال فهو غير ضامن إلحاقاً للفساد بالصحيح . بخلافه بعد الاستعمال فإنه يضمن إلحاقاً لفساد العارية بصحيحها .

○ لمن يكون ربح تجارة الوديعة :

اختلف الفقهاء في ذلك أى فيمن يكون له الربح هل هو للمالك ، أى المودع ، أو هو للوديع الذى اتجر فيها على ثلاثة أقوال : -

● القول الأول : أن الربح يكون للوديع الذى اتجر بها وذهب إلى هذا القول : المالكية والليث وأبو يوسف وسفيان وذلك لأن الوكيل ضامن للمال حتى يؤديه إلى صاحبه ، ولأن (الغنم بالغرم)^(٤٢) ولأن الغاصب إذا رد المال إلى صاحبه طاب الربح له ، فيكون الوديع أولى منه بالربح له ، لأنه لم يقبض المال تعدياً ابتداءً ، ولأن المودع لم يدخل في العقد بقصد الربح ، وإنما أراد حفظ الوديعة فيكون له أصل ماله دون الربح^(٤٣) .

● القول الثانى : ذهب أبو حنيفة^(٤٤) ومحمد إلى أن على الوديع أن يتصدق بالربح ، وليس له الانتفاع وذلك : لأن الربح حصل له بكسب

(٤١) انظر : -

حاشية قليوبى وعميرة على الجلال المحلى ، الجزء الثالث صحيفة ١٨٢ .

(٤٢) أى أن ما يحصل عليه من منفعة هو بإزاء ما قد يلزمه من خسارة لقاء ذلك الشيء .

(٤٣) انظر رأى المالكية فى : -

— شرح الخطاب ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٥٥ .

— حاشية المواق ، على الخطاب ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٥٥ .

— حاشية العدوى ، على الخرشي ، الجزء السادس ، صحيفة ١١٠ .

(٤٤) المبسوط للسرخسى ، الجزء الحادى عشر ، صحيفة ١١١ .

خبيث ، حيث إنه ممنوع من بيع الوديعة ، والربح الحاصل منها كسب خبيث سبيله التصديق به ، ولأن الوديع عند البيع يخبر المشتري أنه يبيع له ملكه وحقه وهو كاذب في ذلك والكذب في التجارة يوجب الصدقة ، بدليل حديث قيس بن عروة الكنانى قال : كنا نبيع في الأسواق ونسمى أنفسنا السماسرة ودخل علينا رسول الله ﷺ وسمانا بأحسن الأسماء وقال « يا معشر التجار إن تجارتكم هذه يحضرها اللغو والكذب فشوبوها بالصدقة » فعملنا بالحديث^(٤٥) هذا إذا كانت الوديعة من العروض أى شيئاً يباع ، ويشتري سواء كان مثلياً أو قيمياً .

إما إذا كانت نقوداً فإن اشترى بها بعينها فإن الربح لا يطيب له أيضاً ، ويلزمه التصديق به كما في العروض ، وإن اشترى بها ونقد غيرها أو اشترى غيرها ونقدها هي طاب له الربح ، لأن الدرهم لا تتعين بنفس العقد ما لم ينضم إليها التسليم ، بدليل أنه لو أراد أن يسلم غيرها كان له ذلك ، أما بالقبض فقد حصل التعيين ، ولهذا لا يملك استرداد المقبوض من البائع ليعطيه مثلها ، لذلك قالوا : إذا استعان في العقد ، والنقد بدرهم الوديعة لا يطيب له الربح ، وكذلك إذا اشترى بها مأكولاً ونقدها لم يحل له الأكل حتى يدفع الضمان ، أما لو اشترى بدرهم مطلقة ثم نقد تلك الدرهم حل له أن ينتفع بها .

● القول الثالث : يقسم الربح بين المودع والوديع ، على مقتضى عقد المضاربة ، واستدل أصحاب هذا القول بفعل عمر بن الخطاب رضى الله عنه مع ابنه عبد الله ، وعبيد الله ، حينما سلمهما أبو موسى الأشعرى بعضاً من مال المسلمين ليتجروا به ، ثم يسلما رأس المال لأمر المؤمنين بعد أن

(٤٥) رواه أبو داود في البيوع ١ والترمذى في البيوع ٤ والنسائى في الايمان ٢٢ - ٣٣ والبيوع ٧ ورواه ابن ماجة في التجارة ٣ وأحمد بن حنبل ٦/٤ - ٢٨٠ .

يأخذ الربح ، والقصة كما في الموطأ : وفي القراض : « خرج عبد الله وعبيد الله ابناً عمر في جيش إلى العراق ، فلما قفلا مرا على أنى موسى ، وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ، ثم قال : لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ، ثم قال : بلى ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكما ، فبتاعان به متاعاً من متاع العراق ، ثم تبيعانه في المدينة ، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما ، فقالا : ودنا ذلك ، ففعل وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال ، فلما قدما باعاً فلما دفعاً ذلك إلى عمر قال : أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما ؟ قالوا : لا . فقال عمر : ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما ؟ . أديا المال وربحه ، فأما عبد الله فسكت ، وأما عبيد الله فقال : ما ينبغي يا أمير المؤمنين هذا لو نقص هذا المال لو هلك لضمناه . فقال عمر : ادياه . فسكت عبد الله وراجع عبيد الله ، فقال رجل من جلساء عمر : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً فقال عمر : قد جعلته قراضاً . فأخذ عمر رأس المال ونصف الربح وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال » (٤٦) .

وقد كان طلب عمر بن الخطاب المال مع ربحه من ابنه شدة في كراهة تفضيل أنى موسى لهما ، ومحاباته لهما ، وشدة في الحذر وزيادة في الورع ولم يكن ذلك لازماً لهما بدليل أنه لم ينكر على ابنه عبيد الله حين راجعه في ذلك ، وقوله له إن المال في ضمانهما لو هلك ، ثم إن قبول عمر قسمة الربح على ذلك النحو لا تجعل العقد مضاربة ، وذلك لأن المضارب لا يضمن

(٤٦) رواه مالك في الموطأ ٦٨٧/٢ والشافعي ١٩٤/٢ - ١٩٦ وسنده صحيح قال ابن

حجر في تلخيص الحبير : سنده صحيح .

وأخرجه أيضاً الدارقطني ٣١٥/٢ .

رأس المال ، كما أنه قال لوالديه : أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما ؟ فلما قالوا : لا . قال مستنكراً : ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما . أديا المال وربحه . وسياق هذا يدل على أن الإنكار ليس على نوع العقد ، وإنما للمحابة دون بقية الجيش إذ لو كان أبو موسى أسلف بقية الجيش لكان الأمر مختلفاً ، كما هو واضح .

وبما أن هذا الربح قد أصبح في مقابل الضمان الواجب على الوديع نتيجة تصرفه في الوديعة فقد أصبح ملكاً طيباً له ، عملاً بقاعدة (الغنم بالغرم) والحديث الذى استدل به الحنفية على وجوب التصديق بالربح - على فرض صحته - لا يدل إلا على حث المتابعين على التصديق ، تكفيراً عما يصاحب عمليات المساومة في البيع ، والشراء من اللطم ، لأنه ﷺ قال : « إن تجارتكم هذه يحضرها اللغو والكذب فشوبوها بالصدقة » ولو أخذنا بتفسير الحنفية لهذا الحديث لتعطلت التجارة كلها لحرمة الربح فيها . وبهذا يتضح رجحان القول الأول القاضى بكون الربح طيباً للوديع المتجر بالوديعة مقابل ضمانه لها والله أعلم . اهـ .

* * *

المبحث الثاني
الاعتمادات المستندية

○ المبحث الثانى ○

الاعتمادات المستندية

○ توطئة :

عندما يريد شخص القيام بمشروع من المشاريع يحتاج إلى تمويل المشروع لكى يتم على الوجه المطلوب ، ويحتاج إلى ثقة يعتمد عليها من أجل أن تكون مقنعة للطرف الآخر ، ليكل إليه تنفيذ العملية ، فيذهب إلى أحد المصارف ليتفق معه على أن يعتمد له مبلغاً من المال يجعله تحت تصرفه مدة معينة يتفقان عليها .

تبرز أهمية الاعتمادات المستندية فى التجارة الخارجية ، وذلك لسهولة حصول المصدر على قيمة بضاعته بمجرد تسليمه إلى البنك فى بلده المستندات الخاصة بهذه البضاعة ، والمنصوص عليها فى الاعتماد المستندى المفتوح لصالحه ويحصل بذلك استقرار فى التجارة الدولية نظراً لثقة الناس فى البنوك ، فيتبادل الناس الأعيان والمنافع فتم بذلك الفائدة للجميع .

ويستغنى المصدر والحالة هذه عن السؤال عن قدرة المستورد على الوفاء بقيمة البضاعة^(١) . وبالمقابل فإن المستورد يعلم أن البنك الذى فى بلد المصدر لن يستلم قيمة البضاعة إلا بعد أن يتسلم المستندات التى تفيد نقل ملكية البضاعة إليه بعد شحنها وتنازل البائع عنها ، فضلاً عن أنه يمكن البائع من الحصول على الثمن فور بدئه تنفيذ العقد .

(١) الاعتمادات المستندية أمين ميخائيل (وهى محاضرة ألقاها فى القاهرة فى ١٧ - ١٩ يوليو ١٩٥٧ صحيفة ١٦ - ٢٤ .

ويمكن المشتري كذلك من التصرف في البضاعة بطريق حيازته للمستندات^(٢) وذلك متى دفع ثمنها لأن المصرف ينقل إليه المستندات بمجرد تلقيا من البائع .

أى أنه يمكن للتجار أن يطمئنوا على حصولهم على المقصود^(٣) مما تعاقدوا عليه بالرغم من أنهم لا يعرف بعضهم بعضاً ولم ينتقل أى منهم لبلد الآخر وهى أكثر وسائل الدفع انتشاراً في العمليات التجارية الخارجية لما يتولد عنها من ثقة كبيرة . والاعتمادات المستندية هى أحد أنواع فتح الاعتماد . ولذا فإنه يحسن بيان ذلك كما يلى : -

○ فتح الاعتماد :

● تعريفه : هو عقد يلتزم البنك بمقتضاه بوضع مبلغ معين تحت تصرف عملية لمدة معينة فيكون للعميل الحق فى سحب أى مبلغ يشاء فى حدود الاعتماد فى غضون مدته كما أن له إيداع ما يريد خصماً على الرصيد المدين فيقل بذلك دينه ويلتزم العميل أن يدفع للبنك عمولة معينة تستحق غالباً بمجرد إبرام العقد سواء استخدمه أم لم يستخدمه . وتبرر العمولة بأنها مقابل ما يتحمله البنك ليكون مستعداً لمواجهة احتياجات العميل .

○ أنواع فتح الاعتماد : ينقسم فتح الاعتماد إلى ثلاثة أقسام :

١ - الإقراض : وهو اتفاق يسمح البنك بموجبه للشخص الذى فتح الاعتماد بسحب المبالغ المعينة فى هذا الاعتماد خلال مدة معينة ، ويتقاضى البنك على ذلك فائدة ربوية ، وهذا لا إشكال فى أنه من الربا المحرم ولا نطيل الكلام فى الخوض فيه .

(٢) المصارف وبيوت التمويل الإسلامية للدكتور غريب الجمال صحيفة ٧١ - ١٠١ .

(٣) مقدمة فى النقود والبنوك للدكتور محمد زكى شافعى صحيفة ٥٦ - ٢١٥ .

٢ - الخصم : هو عقد بمقتضاه يعجل المصرف إلى المستفيد من ورقة لم يحل أجلها بعد ، قيمة هذه الورقة مقابل تنازل المستفيد للمصرف عن ملكية الحق الثابت فيها ، ويخصم المصرف من قيمة الورقة مبلغاً يسمى سعر الخصم يقابل سعر الفائدة (الربا) السائد ، وقد يكون محل الخصم أى سند قابل للتداول ، أو مجرد حق آخر ، في مقابل ان ينقل طالب الخصم إلى المصرف حق استيفاء قيمة السند أو يضمن له وفاءه عند حلول أجله .

فالخصم إذن صورة من صور التسليف لأن المصرف يعجل ماله حالاً في نظير مال غير حال .

٣ - الاعتماد المستندى^(٤) : وهو الاعتماد الذى يقيمه البنك بناء على

(٤) انظر تعريف فتح الاعتماد وأنواعه في المراجع التالية :

- البنوك التجارية ، للدكتور حسن كمال ، صحيفة ١٩٤ .
- مقدمة في النقود والبنوك ، للدكتور محمد زكى شافعى ، صحيفة ٢١٥ .
- تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ، للدكتور سامى حمود ، صحيفة ٣٣٤ - ٣٣٥ .
- عمليات البنوك ، للدكتور على جمال الدين عوض ، صحيفة ٣٣٠ - ٣٣٤ - ٣٩٤ .
- المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ٩٠ - ١٩ - ١٠٠ .
- الوديعة المصرفية ، للدكتور حسن الأمين ، صحيفة ٢٥٦ .
- الوسيط في القانون ، للدكتور محمد شفيق ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٩٠ .
- العقود وعمليات البنوك على البارودى ، الجزء الثانى ، صحيفة ٣٧٤ .
- بحث للدكتور على السالوس بعنوان / حكم التعامل المصرفى المعاصر بالفوائد تقدم للمجمع الفقهي ومطبوع مع مجلة المجمع الجزء الثانى صحيفة ٧٨٥ .
- الأعمال المصرفية للدكتور مصطفى الهمشرى ، صحيفة ١٤٥ - ١٤٨ .
- انطاكى وسباعى ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢٢٦ .
- مصطفى كمال عطية ، الجزء الثانى ، صحيفة ٥٣٠ .

طلب معطى الأمر لصالح طرف ثالث ، ومضمون بحيازة المستندات المثلثة لبضائع منقوله ، أو معدة للنقل .

أو هو : أية ترتيبات يصدرها المصرف فاتح الاعتماد بناء على طلب عميله ووفقاً لتعليماته يتعهد بموجبها بأن يدفع لأمر المستفيد مبلغاً معيناً من المال فى غضون مدة محددة ، أى إلى نهاية مدة سريان الاعتماد .

أو هو تعهد كتابى يصدره البنك بناء على طلب مستورد البضاعة يتعهد بمقتضاه بقبول أو دفع قيمة الكمبيالة التى يسحبها مصدر البضاعة عند تقديمها مستوفاة للشروط المنصوص عليها فى الاعتماد .

أو هو تعهد يلتزم فيه المصرف بالوفاء (أو القبول) بالنسبة للسحوبات التى يقدمها المستفيد فى الاعتماد المستندى طبقاً للشروط الواردة فيه .

فالاعتماد المستندى يمثل حلقة وصل ذات علاقات ثلاث : يقوم فيها المصرف بدور الوسيط منفذاً تعليمات عميله وملتزماً (عن طريق المصرف المراسل) تجاه المستفيد الذى يكون أيضاً له علاقة بفاتح الاعتماد من البداية والذى يهمننا هو علاقة فاتح الاعتماد مع المصرف الذى فتح فيه الاعتماد . وقد يتعهد البنك أن يدفع للبائع نقداً إذا قدم إليه المستندات المعينة ، وقد يتعهد بخضم الكمبيالات التى يسحبها البائع على المشتري بشروط معينة ، وقد يتعهد بمجرد قبول هذه الكمبيالات دون خصمها ، وقد ينفذ الاعتماد مرة واحدة ، أى دفعة واحدة وقد ينفذ على دفعات وقد يتم الدفع قبل أن يتسلم البنك من البائع المستندات التى تفيد تصديره للسلعة ، وقد يسلمها بعد أن يقدم له هذه المستندات حسبما يتم الاتفاق عليه .

○ أنواع الاعتماد المستندى^(٥) : له تقسيم باعتبارات مختلفة وذلك كما

يلي : -

ينقسم من حيث الشخص الذى فتح الاعتماد إلى نوعين : -

أ - اعتماد استيراد : وهو الذى يفتحه المستورد المحلى لصالح المصدر الأجنبى لاستيراد سلع أجنبية .

ب - اعتماد تصدير : وهو الذى يفتحه المستورد الأجنبى لصالح المصدر المحلى لسلع محلية وتنقسم من حيث الغطاء إلى : -

أ - اعتماد مغطى كلياً : هو الذى يقوم طالب الاعتماد بتغطية مبلغه بالكامل ليقوم المصرف بتسديد ثمن البضاعة للبائعين لدى وصول المستندات الخاصة بالبضاعة إليه .

ب - أما الاعتماد المغطى جزئياً فهو الذى يقوم فيه المصرف بدفع جزء من ثمن البضاعة من ماله الخاص .

ج - اعتماد غير مغطى أو مكشوف وهو الذى لا يقدم منه للعميل أى مبلغ للبنك ولكن البنك يفتح الاعتماد ثقة فى العميل .

○ وتنقسم من حيث القابلية للإلغاء إلى :

أ - اعتماد مستندى قابل للإلغاء : وهو قليل وهو مجرد

(٥) انظر أنواع الاعتماد المستندى فى المراجع التالية : -

— البنوك والائتمان ، الدكتور عبد العزيز عامر ، صحيفة ١٥١ .

— العقود التجارية وعمليات المصارف ، صحيفة ٣٧٨ .

— البنوك التجارية ، للدكتور حسن محمد كمال ، صحيفة ١٩٤ .

— الاعتمادات المستندية ، صحيفة ٧ - ٢١ - ٦٨ .

— البنك اللاروى فى الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ١٣٢ .

إخطار صادر من بنك لمصدر بأنه سيدفع أو يقبل كمبيالات عند تقديمها مستوفاة بشروط الاعتماد دون أى التزام من جانب البنك ، وللمنك الحق فى إلغاء أو تعديل الشروط فى أى وقت شاء ، وبدون إخطار المستفيد وقد جرى العرف على أن تبلغ البنوك مراسليها فى بلد المستفيد بإلغاء أو تعديل الشروط . وكل ما يحدث من المراسل قبل وصول إخطار الإلغاء أو التعديل إليه من البنك فهو نافذ ما دام موافقاً لشروط الاعتماد .

ب - الاعتماد المستندى غير القابل للإلغاء : وهو الذى لا يمكن إلغاؤه أو تعديله إلا بعد موافقة المستفيد ومن له مصلحة فيه مثل البنك الذى خصم كمبيالة مسحوبة بموجبه ، وهذا النوع ينقسم إلى : -

أ - اعتماد مسندى معزز : وهو أن يضيف البنك الوارد إليه الاعتماد تعهده إلى تعهد البنك الفاتح للاعتماد ، فيحوى الاعتماد عند ذلك تعهدين من البنكين ، وهو غير قابل للفسخ .

ب - الاعتماد المستندى غير المعزز : وهو الذى بموجبه يقع الالتزام بالسداد للمصدر على عاتق المصرف فاتح الاعتماد ، ويكون دور المصرف المراسل فى بلد المصدر مجرد القيام بوظيفة الوسيط فى تنفيذ الاعتماد ، ويتقاضى عمولة على هذه الوساطة .

○ التخرج الفقهى للاعتمادات المستندية :

سبقت الإشارة إلى أن الاعتمادات تنقسم إلى ثلاثة أقسام ، الإقراض ، والخصم ، والاعتمادات المستندية .

فالإقراض لا يجوز أخذ العمولة عليه لأن أخذ العمولة مقابل القرض رباً ، وإذا كان البنك قد أخذ العمولة مقابل خدمته التى أداها والمنفعة التى

قدمها فإن ما يزيد على هذه^(٦) العمولة في مقابل الدين يكون رباً صريحاً وقد خرجها البعض على أنها وعد بقرض^(٧) ، ولكن القبض شرط تمام القرض فهو ينعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض ، ويجوز تجزئ القبض للمبلغ المقرض ثم تقاضيه دفعة واحدة^(٨) ولكن لا يختلف قول العلماء في أن الزيادة التي يأخذها البنك فوق ما يتحمله من تكاليف هي من الربا المحرم وما نقل في ذلك من خلاف لا يلتفت إليه لعدم نهوض أدله القائلين به .

وأما الخصم فسياق الحديث عنه تفصيلاً في مبحث مستقل .

وأما الاعتمادات المستندية : فقد اضطرب العلماء في تخريجها لكن أغلبهم على جوازها ، وقد أبعدوا بعضهم زاعماً أنه لم يقل أحد بجوازها^(٩) غير أن ذلك غير صحيح فقد اجتهد العلماء كثيراً في إلحاقها بالعقود المعروفة وبعضهم قاسها على عدة عقود مجتمعة لأن لها شياً بجملة منها . وذلك كما يلي : -

○ التخرج الأول :

هي بمثابة عقد وكالة من العميل^(١٠) للمصرف بفتح الاعتماد

(٦) الودائع المصرفية للدكتور حسن الأمين صحيفة ٢٩٩ وقد استبعد كونها جائزة وادعى أنه لم يقل أحد بجوازها .

(٧) بحث الدكتور محمد السالوس في المجمع الفقهي مطبوع في المجلد الثاني من مجلة المجمع صحيفة .

وانظر كذلك : تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية للدكتور سامي حمود صحيفة ١٠٥ .

(٨) انظر المغنى لابن قدامة ، الجزء الرابع ، صحيفة ٣١٥ .

(٩) استبعدها الدكتور حسن الأمين في كتابه اللوائح المصرفية .

(١٠) انظر هذا التخرج في المراجع التالية : -

— البنوك الإسلامية ، شوقي شحاته ، صحيفة ٨٨ .

المذكور ، وتنفيذه عن طريق قبول السند المسحوب عليه ، ووفاقه ويلتزم الموكل بأن يدفع للوكيل جميع ما انفق في عقد الوكالة .

وهي وكالة غير قابلة للنقض لتعلقها بحق الغير ، ولا تنقضى إلا بموافقة المستفيد الذي هو الكوكيل بالنسبة لموكله فيما يقوم به ، ويرجع فيه ، وإن كانت هذه الوكالة لتعلقها بحق الغير - وهو المستفيد - تصبح غير قابلة للنقض إلا بموافقة المستفيد .

أما ما يأخذه المصرف من أجر لقاء هذه العملية فإنه يصيره أجيراً . لأن العمولة التي يأخذها هي أجر مقابل منفعه . وأجيب عن ذلك بأن^(١) المصرف ربما يدفع لطالب فتح الاعتماد مبلغاً من المال فيؤول الأمر إلى الإقراض والوكالة معاً ، كما أن المصرف في الاعتماد المستندي المعزز يكون مديناً أمام المستفيد ، والوكالة ليست كذلك ثم أن هذه الطريقة عاجزة عن تفسير الحق الذي يتمتع به المستفيد قبل المصرف في الاعتماد القطعي ذلك أنه في الوكالة تنصرف آثار العقد إلى الوكيل مباشرة في حين أن الوكيل في العقد المستندي - وهو المصرف - هو الذي يتحمل الالتزام شخصياً تجاه المستفيد - بالإضافة إلى أن الوكالة تنتهي بطرء ما يؤثر على أهلية الموكل ، كموته ، أو إفلاسه ، أو غير ذلك ، في حين لا يخضع الاعتماد المستندي القطعي للأسباب المسقطه للوكالة .

= — الموسوعة الفقهية الصادرة في الكويت ، الجزء الأول النموذج الثالث ، صحيفة ٢٤٥ .

— وكذلك تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ، بحثه المقدم للمجمع الفقهي ، الجزء الثاني ، صحيفة ١١٢٩ .

— المصارف وبيوت التمويل الإسلامية للدكتور ، غريب الجمال ، صحيفة ١٠٧ .

(١١) هذا الاعتراض نقلاً عن الموسوعة الكويتية ، الجزء الأول ، صحيفة ٢٤٥ .

○ التخرج الثانى :

هى بمثابة ضمان لأن المصرف حينما يسدد ثمن البضاعة للمصدر فإنه يسدد بذلك دين المستورد ، ولا يقوم بعملية إقراض للمستورد ولا يدخل عن البضاعة أولاً فى ملكية المستورد بعقد القرض ، على أن يدخل ثانية فى ملكية المصدر بعنوان الوفاء ، ولكن المصرف فى حقيقة الأمر يقوم بسداد دين المستورد من ماله غير أنه لما كان هذا التسديد يتم بأمر من المستورد ولصالحه فيكون مضموناً عليه بقيمته ، لأنه هو المتلف للمبلغ المسدد على الصرف فتشتغل ذمته بقيمته ، دون أن يدخل فى ملكيته شيء ، أى أنه ضمان غرامة بسبب الإلتلاف ، لا بسبب القرض ، وعليه فلا يكون قرض ، الزيادة من المصرف على المستورد قرضاً ربوياً .

وتصور كون قرض الزيادة هنا ناتجاً عن قرض ربوى مستبعد تماماً عند أصحاب هذا رأى لضرورة التمييز بين هذين الوجهين من الضمان - (أى بين ضمان الغرامة بسبب الإلتلاف ، وضمان الغرامة بعقد القرض) - فمن المسلم به أن ضمان الغرامة بسبب الإلتلاف لا يقضى وقوع قرض ضمنى ودخول شيء من المال فى ملكية الأمر بالإلتلاف - وهو المستورد عميل المصرف - ومن ثم لا تكون الزيادة فى مقابل المال المقترض فائدة ربوية حسب هذا رأى .

فدور^(١٢) البنك فى الاعتماد المستندى دور التعهد بوفاء دين المشتري الذى يستحقه عليه البائع لقاء البضاعة التى صدرها إليه ، وهذا التعهد يكسب المشتري قوة ويعزز اعتباره وثقة البائع به ، ويقوم البنك على أساس هذا التعهد بتسليم مستندات البضاعة من المصدر ودفع قيمة البضاعة له بمجرد

(١٢) البنك اللاربوى فى الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ١٣٢ .

تسلم تلك المستندات إذا كانت شروط الدفع التي تم الاتفاق عليها بين المصدر والمستورد بالاطلاع .

وقيام البنك بهذا الدور أى فتح الاعتمادات المستندية ، والتعهد للبائعين بتسديد الثمن المستحق لهم على المشتري لا يخرج عن كونه ضماناً .

○ التخرج الثالث :

هى من باب القرض حيث أن إصدار الاعتمادات المستندية والتعهد للبائعين بسداد الثمن المستحق لهم على المشتري لدى وصول المستندات إليه ، أو قبول المستورد لها وتسديده فعلاً للثمن عن المشتري يصيره مديناً للمصرف بقيمة البضاعة .

وما يحصل عليه المصرف نظير قيامه بأعمال الاعتمادات المستندية على نوعين : -

أ - ما يعتبر أجراً على نفس ما قام به المصرف من تعهد بدين للمشتري ، واتصال بالمصدر ومطالبته بمستندات الشحن ، وإيصالها إلى المشتري ونحو ذلك من الخدمات إلى المشتري كل ذلك جائز .

ب - ما يعتبر فائدة ربوية عن المبلغ غير المغطى من قيمة البضاعة التى دفعها المصرف إلى المصدر ، على أساس أن هذا المبلغ غير المغطى يعتبر قرضاً من قبل المصرف ، فيتقاضى عليه فائدة ، وهى ربا محرم^(١٣) .

○ التخرج الرابع :

يكون عقد بيع : حيث يمكن أن يتحول القرض إلى بيع والفائدة إلى جزء من الثمن ذلك بأن المصرف يسدد دين عميله المستورد للمصدر بالعملة

(١٣) المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ١٠٧ .

الأجنبية فيمكن افتراض أن المصرف يبيع مقداراً من العملة الأجنبية في ذمته بمقدار من العملة الداخلية ، وحينئذ يضيف إلى ما يساوي العملة الأجنبية من العملة الداخلية مقدار الفائدة ولما كان الثمن والمثلث مختلفين في الجنس فإنه ليس هناك مانع من التفاوت في البدلين^(١٤) .

○ التخرج الخامس :

أنها بمثابة مراجعة : حيث يشتري المصرف البضاعة لنفسه مع تعهد العميل بأن يشتريها من المصرف متى وصلت ميناء الوصول أو متى ما وصل ما يدل على استلام المصرف المراسل في الخارج (وكيل المصرف الإسلامي) لمستندات ملكية البضاعة^(١٥) .

ويكون العميل في هذه الحالة منفذاً لوعده بالشراء على أساس بيع المراجعة بشروطه المقررة شرعاً .

ولا يصدق هذا التخرج على كل أنواع الاعتماد المستندي .

فالاعتماد القابل للإيعاز مثلاً ، لا يكون المصرف شاركاً أو واعداً ببيع المراجعة إذا قام العميل طالب فتح الاعتماد بسداد كل قيمة الاعتماد لأن المصرف حينئذ يكون وكيلًا بالسداد ، وفحص المستندات ، وبتصرف بناء على رغبة العميل .

○ التخرج السادس :

يعتبر حوالة على المصرف فاتح الاعتماد بأمر الأمر فيكون له عليه حق

(١٤) البنك اللاربوى في الإسلام ، المرجع السابق .

(١٥) توصيات المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي المنعقد بدى ومطبوع مع مجموعة مطبوعات بيت التمويل الكويتي .

الرجوع بعد الأداء ويكون^(١٦) المستفيد البائع محالاً قد قبل الحوالة^(١٧) بقبوله فتح الاعتماد لمصلحته وتبرأ تجاهه الأمر ، وهو هنا المشتري طالب فتح الاعتماد ، فالأمر إذن محيل بدين المستفيد على المصرف الوسيط فاتح الاعتماد ، ورضا الأطراف الثلاثة قائم .

وليست هذه الحوالة معلقة على شرط أى شرط تسليم المستندات بل هى حوالة ، مطلقة ، منجزه بدين مؤجل يحل عند تقديم هذه المستندات ، وقد قبلها المحال عليه أى المصرف الوسيط ، بأمر المحيل فيحق له الرجوع إليه .

وقد يدفع الأمر جانباً من مبلغ الاعتماد مقدماً إلى المصرف ففي هذه الحال يكون طلب فتح الاعتماد توكيلاً بالأداء إلى الدائن فيما قدمه الأمر وحوالة فى الباقي .

○ التخرج السابع :

تخرجها على أنها مشتملة على عدة عقود مجتمعة ، ويتكون منها جميعاً عقد واحد وذلك لشبهها بكل عقد من تلك العقود فى ناحية من نواحيها ، فيمكن أن ينظر إليها على أنها عقد بيع بين البائع المستفيد والمشتري الذى طلب فتح الاعتماد تتوقف صحته على استيفاء شروط البيع .

وعقد ضمان التزم فيه البنك التزاماً خاصاً للبائع المستفيد بدفع مبلغ معين من أجل الصفقة عند وصول الوثائق اللازمة ، مستوفية للشروط ،

(١٦) الموسوعة الفقهية النموذج الثالث صحيفة ٢٤٤ وهو رأى د . مصطفى الزرقا .

(١٧) يعرف العلماء الحوالة بأنها نقل دين من ذمة إلى ذمة انظر ذلك فى المراجع التالية : -

— تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٧١ .

— القوانين الفقهية لابن جزی ، صحيفة ٣٥٧ .

— الهداية للمرغينانى ، الجزء الأول ، صحيفة ٣٨ .

وعقد وكالة من المشتري للمصرف بجماله ، لقيامه عنه بإجراءات معينة تتعلق بالصفقة .

وفي اعتبار هذه العقود رعاية للجوانب المختلفة في الاعتماد المستندى وكل منها جائز في نفسه ولا مانع من تعددها لعدم التضارب بين خواصها ، وآثارها ، بل بعضها يخدم بعضاً ويساعد على الإنجاز بسهولة في أقرب وقت ممكن .

غير أن أصحاب هذا الرأي لم يتفقوا على العقود التي يمكن أن يلحق بها لكنهم جميعاً رأوا اشتراكاً على الوكالة ، ثم أن كلا منهم أضاف مجموعة أخرى رأى أن لها شبيهاً بالاعتماد المستندى وذلك كما يلي : -

● أولاً : تخرج على أنها وكالة ، ورهن ، حيث تتضمن وكالة بعوض في أداء الدين^(١٨) وهو حق الاستفادة على الأمر ، وفي تسلم مستندات البضاعة قبل الأداء ، فالتوكيل بالأداء مقيد بكونه بعد تسليم المستندات الصحيحة .

والوكالة المقيدة يلتزم فيها قيدها وهذا التوكيل يتضمن رهناً ضمناً للبضاعة لدى الوكالة إلى أن يستوفى الثمن الذي وكل بأدائه من ماله ، وهو رهن ضمني مستنده العرف وتثبته نصوص القوانين ويدل على هذا التخرج ما يلي : -

أ - نهائية الالتزام وعدم قبول الرجعة من جانب الوكيل وهو هنا المصرف الوسيط فاتح الاعتماد ، لأن الوكيل بأجر يجب عليه القيام بما وكل فيه ، ويجبر على ذلك لا سيما أنه تعلق بالوكالة هنا حق الغير ، وهو البائع

(١٨) الموسوعة الفقهية نموذج ٣ مادة الحوالة صحيفة ٢٤٤ وهو رأى مصطفى الزرقا ورأيت هذا الرأي في كتاب العقود الشرعية الحاكمة للدكتور عيسى عبده ، صحيفة ٢٦٨ .

كما أن عقد القرض بمجرد انعقاده لازم عند المالكية ، من جانب المقرض ليس له الرجوع فيه حتى ينتفع به المقرض على العادة في مثله .

والمقرر عرفاً أنه إذا أصر الموكل على الامتناع من الدفع بغير حق وتعذر الاستيفاء منه كان للمصرف حق التصرف في البضاعة ليستوفي حقه ، بأن يبيع منها بقدر الحاجة ، وهذا سائغ عند الفقهاء دون رجوع إلى القاضى إذا كان عن شرط بل ذلك عند الشافعية من غير تعذر الاستيفاء ، ما دام الخصم ممتنعاً ، من دفع الحق الثابت عليه .

ب - عدم مساءلة المصرف بعد قيامه بالدفع وفق شروط الاعتماد مهما تكن حال البيع نفسه إذ لا شأن للمصرف بذلك ، فإن الوكيل بالأقباض ليس وكيلاً في عقد مالى ، فلا عهدة عليه كالرسول .

ح - نهائية الالتزام من جانب الأمر (وهو المشتري طالب فتح الاعتماد) فيكون الاعتماد من هذه الناحية غير قابل للإلغاء على أساس أنه توكيل تعلق به حق الغير فيمتنع على الأمر الموكل الرجوع عنه .

ثانياً : أنها تقوم على أساس الوكالة والحوالة والضمان^(١٩) فالوكالة لأن المصرف ينوب عن طالب الاعتماد فى فحص المستندات ودفع الثمن ، لأن الخطاب الذى يوجهه إلى المصرف ما هو إلا توكيل بدفع قيمة الاعتماد متى تحققت شروطه ، ويجوز أخذ الأجرة (العمولة) على الوكالة^(٢٠) وتسمى حينئذ إجارة .

والحوالة ، لأن المصدر ، والمستورد يطمئنان إلى الذمة المالية للمصرف فيحيل المستورد المصدر على المصرف ، وبقبول المصدر ينتقل الثمن من ذمة

(١٩) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ، الجزء الأول ، صحيفة ٣٨ .

(٢٠) القوانين الفقهية ، لابن جزي ، صحيفة ٣٥٧ .

المستورد إلى ذمة المصرف ، ويرى الأحناف^(٢١) أن الحوالة صحيحة حتى ولو لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل بشرط أن يرضى المحال عليه ، لأن الحوالة إلزام له بحق لم يكن لازماً عليه ، وفي هذه الصورة رضى المصرف فاتح الاعتماد بشغل ذمته تجاه المستفيد ، ولم يكن في الأصل مديناً لمعطى الأمر .

وأما الضمان فلأن المصرف يضمن كلا الطرفين في الالتزام بمقتضى عقد البيع ، ولولا تدخل البنك المعروف بكونه مليئاً لما تمت الصفقة بين الطرفين على هذا النحو .

○ التخرج الثامن :

التمييز بين أنواع الاعتماد المستندي وتخرج كل منها على حدة كما يلي : -
١ - الاعتماد المستندي المعزز : يكون المصرف فاتح الاعتماد وكيلاً عن المصدر في قبض الثمن إذا سدد العميل « المستورد » كل قيمة الاعتماد ، أما إذا لم يسدد شيئاً تكون العملية مجرد بيع بالمراجحة من قبل المصرف لصالح العميل « المستورد » ويكون الاعتماد المستندي المعزز عقد مشاركة^(٢٢) ، إذا سدد العميل جزءاً من القيمة لأن البنك في هذه الحالة يقدم جزءاً من رأس المال ، وفي نفس الوقت تترتب عليه مسؤولية ، والالتزام بالسداد في العقد المبرم بين المصدر والمستورد أما المصرف المراسل فإن التزامه بدفع القيمة فور تقديم المستندات لا تمكنه من أن يكون وكيلاً لأن الوكالة هي إنابة ، والتزامه بتسديد القيمة يترتب عليه إنشاء عقد جديد بينه ، وبين المصدر وهو

(٢١) الهداية للمرغيناني ، الجزء الأول ، صحيفة ٣٨ .

(٢٢) توصيات المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي مطبوعة ضمن مجموعة مطبوعات بيت التمويل الكويتي ، صحيفة ٧٠ .

ما يسمى (بعملية شراء المستندات) والعقد بين البنك المراسل والمستفيد بيع بالأجل إلى حين ورود المستندات إليه ، أى بيع على الصفة .

٢ - الاعتماد المصرفى غير المعزر : ويكون المصرف فاتح الاعتماد وكيلاً للعميل « المستورد » إذا سدد كل قيمة الاعتماد ، ولأن المصرف المراسل هنا غير ملزم بالسداد فى حالة توقف المصرف فاتح الاعتماد تمويلاً بأن سدد كل قيمة الاعتماد فهو فى هذه الحالة يعتبر من الوعد ببيع المراجعة ، لأن المصرف فاتح الاعتماد مقابل التزامه بالدفع يقوم بشراء البضاعة من المصدر ليبيعها للمستورد .

وإذا قدم المصرف فاتح الاعتماد جزءاً من قيمة الاعتماد فهو فى هذه الحالة يكون شريكاً أما المصرف المراسل فهو وكيل فى الحالتين ، لعدم ترتب أى التزام بالسداد عليه لو أحل أحد الأطراف بالاتفاق .

٣ - الاعتماد القابل للإلغاء : يعتبر المصرفان وكيلين عن المستورد ، والمصدر فى حالة سداد كل القيمة من جانب المستورد .

أما إذا لم يسدد المستورد شيئاً ، أو سدد جزءاً من القيمة فإن المصرف فاتح الاعتماد بغير وكيلاً بالأداء ، لأنه يتصرف بناء على أمر المستورد (فاتح الاعتماد) أما المصرف المراسل فهو وكيل عن المصدر فى تحصيل ثمن البضاعة^(٢٣) .

○ الرجاء :

والراجع إن شاء الله أن الاعتمادات المستندية منها ما يكون مغطى ، ومنها ما يكون غير مغطى ، أو مغطى جزئياً كما سبق . فالمغطى كلياً

(٢٣) المصارف الإسلامية ، تحليل نظرى ودراسة تطبيقية على مصرف إسلامى نصر الدين محمد ، صحيفة ١٧٨ .

لا شبهة^(٢٤) فيه حيث أن المصرف لا يقرض العميل ويعتبر ما يأخذه من عمولة نظيراً للخدمات التي يقوم بها ، أما الجزء غير المغطى فلا يمكن تخريجه على أنه حوالة لأنه يشترط عند أكثر العلماء أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل ، وعلى ذلك لا يكون رضاه شرطاً لتمامها لأنه يجب على المدين أن يؤدي الدين إلى الدائن ، أو من يطلب الأداء إليه من وكيل ، أو غيره .

ولا تخرج على الضمان ، لأن الضمان لا يعفى من مطالبة الأصل بالحق الذي عليه عند الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، بل إن المالكية^(٢٥) يقررون بأن مطالبة الكفيل لا تتم إلا عند تغرر استيفاء الحق من الأصل ، أما الاعتمادات فإن بعضها يعتبر البنك أصيلاً في دفع الدين كما أن المستفيد يطالب المصرف دون المستورد .

ولا يمكن للبنك أن يكون شريكاً ، لأنه لا يتحمل شيئاً من الخسارة وذلك مخالف لأصول الشركة ، وأحكامها في الفقه فهو يأخذ عمولته بمجرد استلام البضاعة .

ولا يجوز أن يكون قرضاً ، لأن القرض دفع مال إرفاقاً محضاً لمن ينتفع به ، ويرد بدله بدون زيادة مشروطة ، أو جريان عرف بها ، وما يدفعه المصرف للعميل بمقتضى عقد فتح الاعتماد لا يقصد منه إلا الاستثمار ، وإن حصل إرفاق للعميل فعلى وجه التبع ، وعلى فرض أن يكون قرضاً فهو قرض محرم لأنه جر نفعاً مشروطاً .

(٢٤) توصيات المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي مطبوعة مع مجموعة مطبوعات بيت التمويل الكويتي ، صحيفة ٧٠ .

(٢٥) انظر هذا المعنى في المراجع التالية : -

— مغنى المحتاج ، الجزء الثالث ، صحيفة ١٩٣

— كشاف القناع ، الجزء الثالث ، صحيفة

— شرح الخرشي ، الجزء السادس ، صحيفة

ولا يجوز أن يكون^(٢٦) بيعاً لأنه متضمن معاوضة مالية ، فالمصرف يدفع للعميل مبلغاً من المال حالاً ، ويرد العميل هذا المبلغ من العمولة ، والفائدة الربوية بعد أجل ، وقد سمي النبي ﷺ مثل هذا بيعاً ، حيث قال : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ، ولا الورق بالورق ، ولا الشعير بالشعير ، ولا التمر بالتمر ، ولا الملح بالمح ، إلا سواء بسواء عيناً بعين ، يداً بيد ، ولكن بيعوا الذهب بالورق ، والورق بالذهب ، والبر بالشعير ، والشعير بالبر ، والتمر بالملح ، والملح بالتمر ، يداً بيد كيف شئتم »^(٢٧) فسمى النبي ﷺ مبادلة الذهب بالذهب وغيره من الأثمان بيعاً .

وإذا ثبت كونه بيعاً فهو من البيوع غير الجائزة لأنه يتضمن ربا الفضل ، وربا النسيئة ، فالعميل يدفع للمصرف ما أخذه منه وزيادة مشروطة متفقاً عليها بينهما ، ويتحقق ربا النساء من جهة أن العميل يدفع ما يستحقه بعد مدة من استلامه المبلغ من المصرف وهذه المدة يتفق عليها بينهما .

وقد ينتهى الأجل المحدد لتسليم العميل المبلغ المستحق لديه مع العمولة والفائدة حسبما يقتضيه العقد الأول فيكون هذا من الربا . فهو في جميع الحالات داخل في عموم أدلة الربا .

وإذا لم يتسلم العميل شيئاً وأبقى مبلغ الاعتماد في البنك ، فإنه يدفع مقابل هذا الرصيد مبلغاً يسمى عمولة ، وهذا مع أنه عقد ربوي فهو أيضاً من أكل أموال الناس بالباطل ، لأن البنك لم يدفع شيئاً قال تعالى : ﴿ يا أيها

(٢٦) مجلة البحوث الإسلامية ، العدد الثالث ، صحيفة ٩٥ - ٩٨ .

(٢٧) أخرجه الشافعي ١٧٧/٢ - ١٧٨ ومسلم ١٥٨٧ في المساقاة : باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً وأخرجه أبو داود ٣٣٤٩ في البيوع : باب في الصرف والتمزى ١٢٤٠ في البيوع : باب ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل والنسائي ٢٧٤/٧ وابن ماجة ٢٢٥٤ في التجارات : باب الصرف وما لا يجوز متفاضلاً يداً بيد .

الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴿٢٨﴾ .

والحاصل أن الاعتمادات المستندية قد اعتورها ورافقها جملة أمور تمنع من بعضها وهذه الأمور هي : -

أ - دفع المستورد فائدة للمصرف الوسيط لما دفعه عنه للمصدر من الثمن وهذا ربا .

ب - دفع مقابل التأمين على البضاعة من المخاطر أو التزام ذلك وقد يقال بتحريمه لما فيه من المقامرة وأكل المال بالباطل .

ج - دفع المستورد عمولة لضمان المصرف له وفي إباحتها نظر .

د - بيع المصرف البضاعة المشتراة قبل قبضها ليستوفي منها دينه على المشتري إذا امتنع عن تسلمها . وهذا محرم قطعاً إذا كانت البضاعة طعاماً للأحاديث الواردة في ذلك .

هـ - دفع المستورد أجرة للمصرف مقابل ما يقوم به من خدمات وإجراءات تتعلق بالبضاعة وهو جائز إن لم يتخذ ستاراً للربا وإلا امتنع .

فإن ثبت تحريم ما ذكر أو بعضه فالاعتمادات المستندية محرمة لما لا بسها ، لا لذاتها . وهل يعود ذلك التحريم على العقد بالفساد أو يبطل الشرط الملابس للعقد ويمضى العقد ؟ هذا محل نظر واجتهاد اختلفت في مثله آراء الفقهاء وعلماء الأصول .

○ حكم العمولة المصرفية :

تنوع الأعمال التي تقوم بها المصارف بهدف خدمة عملائها ، وإرضائهم ، واجتذاب عملاء آخرين وتشمل تلك الأعمال الودائع وتحصيل الحقوق ، والتوكيل بالوفاء ، وليست أعمال البنوك تبرعاً للعملاء ، بل يقصد

(٢٨) سورة النساء الآية ٢٩ .

بها الربح ، وتبادل المنافع ويحصل البنك لقاء كثير من أعماله على ما اصطلاح على تسميته « عمولة » أو أجره - أو كومسيون .

وبتطبيق أحكام الإجارة - والجمالة على الخدمات المصرفية نلاحظ أن هذه الخدمات يمكن أن تدخل تحت ما يقوم به الأخير المشترك فهو يقوم بالاتصال بالمصدر ومطالبته بمستندات الشحن^(٢٩) وإيصالها للمشتري وغير ذلك من الخدمات التي يستحق عليها أجراً والمصرف إذا وفي ، باعتباره أجيئاً مشتركاً العمل الذي وقع عليه العقد مع كل عميل من عملائه وجب له في ذمة كل منهم الأجرة ، ويطلق على هذه الأجر في العرف المصرفي العمولة . ويستحق المصرف هذه العمولة حتى ولو لم يتحقق الغرض ، فمثلاً إذا عهد العميل إلى المصرف بتحصيل كمبيالة ، أو سند ، وقام المصرف بذلك وأخطر المدين المسحوب عليه الكمبيالة ، أو محرر السند ، في الموعد المحدد ، وطالبه بالسداد ، فإن المصرف يستحق الأجرة المتفق عليها حتى ولو لم يسدد^(٣٠) المدين القيمة المستحقة رغم هذه المطالبة .

علماً بأنه يستثنى من ذلك الحالة التي يكون فيها الاتفاق بين المصرف وعميله قائماً على أساس عدم استحقاق المصرف الأجرة إلا في حالة تحقق نتيجة العمل المطلوب أدائه ، أى إتمام المصرف تحصيل قيمة الكمبيالة لأن الأمر في هذه الحالة أمر جمالة وكون المصرف أجيئاً مشتركاً - أو في حكم الأجيئ المشترك واضح في هذه الحالة - أى في حالة أن العمل الذي يقوم به المصرف ليس من الأعمال التي تستلزم قيام علاقة دائنية بين المصرف والعميل ، لأن كثيراً من تلك الأعمال تحوم حولها شبهة الربا .

أما الخدمات المصرفية التي لا يكون فيها المصرف مقرضاً ولا مقترضاً

(٢٩) البنك اللاربوى في الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ١٣٣ .

(٣٠) المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، لدكتور غريب الجمال ، صحيفة ١٧١ .

فلا إشكال في صحة أخذ الأجرة أو الجعل عليه .

أما في الأعمال التي تتضمن إقراضاً ، أو تخرج على أنها إقراض ، فإن الأمر يتطلب ضبط المنفعة التي تقابل الأجر حتى لا يكون العقد من باب القرض الذي جر نفعاً ، ولا يؤثر في الحكم تسميتها عمولة أو غير ذلك فمعنى الربا موجود فيه .

فلابد إذن من تحديد العمل أو الخدمة التي استحق عليها العمولة ، والضابط في ذلك أن المصرف كلما قدم قرضاً - أو تلقى قرضاً - يحرم الزيادة عليه تحت أى اسم ، وسواء كان مبلغاً مقطوعاً ، أو نسبة مئوية .
والراجع عند في باب العمولة أنه يلزم التمييز بين نوعين من العملات : -

● النوع الأول : يأخذه البنك عند ابتداء العملية أو الخدمة التي يقدمها للعميل في هذه الحالة لا يكون ذلك من الربا ، لأن ذمة العميل خالية من أى دين للمصرف ، فهذا يعتبر أجره مقابل حصوله من المصرف على منفعة إتمام عملياته التجارية .

● النوع الثاني : ما يأخذه المصرف بعد دفع أى شيء عن عميله بعد أن أصبح مديناً للبنك لعدم وجود تغطية كاملة ، مما يكون قد دفعه من تأمين ، أو أودعه في حسابه لدى المصرف ، فإن ذلك يكون من الربا لارتباطه بالدين .

وإذا طبق ذلك على العمولة التي يأخذها البنك عن الاعتمادات المستندية فإن المبلغ غير المغطى من قيمة البضاعة التي دفعها البنك إلى المصدر يعتبر قرضاً من البنك فيتقاضى عليه فائدة تكون محسوبة على أساس طول الفترة التي مرت بين دفع المبلغ ، وتسديد المشتري للبنك قيمة البضاعة ، وهذا ربا صريح .

المبحث الثالث
خطابات الضمان

○ المبحث الثالث ○

خطابات الضمان

○ توطئة :

تطلب الهيئات والمؤسسات العامة ممن يرغب في الإترك فيما تطرحه من مناقصات ، ومزايدات ، تقديم مبلغ معين ، أو نسبة معينة من قيمة العمليات ، كضمان لجدية العطاءات التي يتقدمون بها ، وهناك حالات أخرى تتطلب تقديم ضمان ، كإسـال آلات للخارج لإصلاحها فتأخذ مصلحة الجمارك مبلغاً من المال ضماناً لاستعادتها ولما كان الضمان المالى يؤدى إلى حرمان من قدمه مدة طويلة من جزء من ماله ، إلى جانب ما يلاقيه من صعوبات لاسترداده ، لذلك يفضل رجال الأعمال الالتجاء إلى البنوك ليحصلوا منها على خطابات ضمان يقدمونها إلى الجهات المختصة ، بدلاً من الضمان المالى ويحصلون بذلك على ثقة من يتعامل معهم ^(١) .

ولهذا يعتبر خطاب الضمان تأميناً لوفاء طالبيه ، بتنفيذ التزامات معينة قبل جهة أخرى يعرض عليها القيام بعمل معين ، أو مرتبط معها بالفعل على القيام بهذا العمل .

كما تفيد أصحاب الأعمال الذين يحتاجون إلى الضمان دون أن يجمدوا جزءاً من أموالهم لدى الجهة التى سيتعاقدون معها ، بل يتقدمون إلى المصرف

(١) انظر : البنوك التجارية ، للدكتور حسين محمد كمال ، صحيفة ٢٢١ .
وعمليات البنوك من الوجهة القانونية للدكتور على جمال الدين عوض ص ٣٥٧ .

طالبين الضمان ويكون ذلك بمثابة تأمين نقدي لدى صاحب المشروع ، يلتزم المصرف بدفعها ويعود على العميل بما دفعه عنه .

كما يكون تأميناً لما يستحق على العميل من رسوم أو ضرائب ، أو وثيقة يمكن بموجبها استلام البضائع في ميناء الوصول عند عدم ورود المستندات الخاصة بتلك البضائع^(٢) .

وتحصل المصارف من إصدار هذه الخطابات على عمولات نظير تعهداها بالوفاء بمبلغ الضمان .

وليس للعميل أن يعارض في الوفاء للمستفيد لأن العقد لازم لا رجوع فيه ومتى طلب المستفيد حقه لزم البنك دفعه إليه إذا وفى بالشروط الواردة فيه .

○ تعريفات خطابات الضمان :

لم يتفقوا على تعريف واحد . ووردت عدة تعريفات منها : -
* أن خطاب الضمان هو صك يتعهد بمقتضاه المصرف الذى أصدره أن يدفع للمستفيد منه مبلغاً لا يتجاوز حداً معيناً لحساب طرف ثالث لغرض معين ، وقبل أجل معين^(٣) .
* أو : هو تعهد ثنائى يصدر من البنك بناء على طلب عميله ، بدفع مبلغ نقدي معين ، أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك خلال مدة محددة^(٤) .

(٢) انظر : المصارف وبيوت التمويل الإسلامية د . غريب الجمال صحيفة ١١٦ .

وتطوير الأعمال المصرفية للدكتور سامى حمود ، صحيفة ٣٢٧ .

والبنك اللاروى فى الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ١٢٩ .

(٣) إدارة الأعمال ، الدكتور رمضان ، صحيفة ١٣٩ .

(٤) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ، للدكتور سامى حمود ، صحيفة ٣٢٥ .

* أو هو أن يكفل البنك عميله في مواجهة الغير بخطاب يرسله إليه ،
أو بعقد مستقل أو أن يوقع كضامن احتياطي في ورقة تجارية .

* أو هي صكوك تصدرها البنوك ، بناء على طلب عملائها ، وتتعهد
فيها بأن تدفع إلى طرف ثالث يسمى المستفيد (له علاقة عمل مع العميل)
مبلغاً لا يتجاوز حداً معيناً ، عند عدم الوفاء بالالتزام ، وذلك خلال مدة
معينة ، بمجرد أن يطلب ذلك .

○ والخلاصة :

أن خطاب الضمان هو تعهد كتابي صادر من المصرف بناء على طلب
عميله بأن يكفله في حدود مبلغ معين مقابل التزام واقع على عاتق العميل
ضماناً للوفاء به في مدة معينة بحيث يدفع المصرف المبلغ المحدد عند مطالبة
المستفيد خلال فترة سريان الضمان^(٥) .

○ غطاء خطاب الضمان^(٦)

الأصل في خطاب الضمان أن يكون له ضمانات يقضيها المصرف من
العميل عند الاتفاق بينهما على عقد فتح الاعتماد بالضمان لكي يقتضى منه

(٥) انظر القانون التجاري ، الدكتور على البارودي ، صحيفة ٥٣٢ .

والبنوك التجارية ، للدكتور حسن محمد كمال ، صحيفة ٢٢١ .

والمصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ١١٥ .

وعمليات البنوك للدكتور على جمال الدين عوض صحيفة ٣٥٧ .

والبنك اللاربوي في الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ١٢٨ .

ومقدمة في النقود والبنوك ، للدكتور محمد زكي شافعي ، صحيفة ١٩٧ .

الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ، الجزء الثاني ، صحيفة ٣٠٩ / ٣٣٦ .

(٦) انظر غطاء خطاب الضمان في المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، للدكتور غريب

الجمال ، صحيفة ١٢١ .

ما دفعه عنه فيما لو اضطر المصرف إلى تنفيذ تعهده ودفع قيمة الخطاب للمستفيد .

○ أنواع الضمانات :

١ - الحساب الجارى : حيث يجنب المصرف مبلغاً بموافقة العميل مساوياً لقيمة الخطاب يفرج عنه متى تحرر المصرف من التزامه الناشئ عن خطاب الضمان .

٢ - تقديم رهن للمصرف يتمثل فى الأوراق المالية للعميل إذا كانت مودعة بالمصرف .

٣ - وقد يشترط المصرف بالإضافة إلى الغطاء أن يتنازل له العميل عن حقوقه الناشئة عن عقد المقاولة - أو غيره مما يزمع التعاقد عليه - مع توكيل المصرف وكالة لا يجوز الرجوع عنها فى قبض المكافآت والمستحقات الأخرى التى عند تلك الجهة .

○ أنواع خطابات الضمان :

تختلف خطابات الضمان باختلاف الغرض الذى تعد من أجله كما يلي : -

أ - ابتدائية : وهى الخطابات التى تقدم إلى الجهات ، أو الهيئات الحكومية وتفيد تأميناً مؤقتاً ، أو ابتدائياً بواقع ١٪ من قيمة العطاء فى المقاولات .

والغرض الرئيسى من هذا النوع هو التثبيت من كفاية المركز المالى لمقدم العطاء ، وضمان جديته لئلا ينكل عن تنفيذ العقد بعد رسو العطاء عليه مما يلحق ضرراً بصاحب المشروع ويصادر مبلغ الخطاب إذا نكل عن توقيع العقد ، ويرد إلى أصحابه فى حالتين : -

١ - عدم رسو العطاء على أحد المقاولين .

٢ - عند رسو العطاء وتنفيذ العقد .

ب : نهائية : ويقدم هذا النوع بعد أن يتم اختيار الجهة أو الهيئة الحكومية لأفضل المناقصات للقيام بتنفيذ العملية أو المقاوله حسب العقد المبرم ، وتصدر البنوك هذا النوع بما يعادل ٥٪ من مجموع قيمة العطاء أو ١٠٪ منه . ويرد إليه خطاب الضمان الابتدائي ويسرى مفعوله عند تاريخ استحقاقه ، أو تخلف العميل عن الوفاء بالتزامه المنصوص عليه في العقد بين العميل والجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها ، وبالتالي تضمن تلك الجهة عدم خسارتها عند الإخلال بمقتضى العقد .

ج - خطابات ضمان عن دفعات مقدمه :

ويقدم هذا النوع من خطابات الضمان في حالة الدفعات المقدمة التي يحصل عليها الموردون ، أو المقاولون من قيمة أوامر التوريد التي تصدر إليهم ، أو عقود المقاولات التي تبرم معهم بحيث لا تصرف هذه الدفعات إلا مقابل خطابات ضمان عنها .

د - أنواع أخرى من خطابات الضمان :

وإلى جانب الأنواع المذكورة من خطابات الضمان تصدر البنوك خطابات متعددة أخرى لأغراض مختلفة منها : خطابات ضمان يقدمها المسافرون - في بعض البلاد - لدوائر الجوازات لضمان نفقات العودة من الخارج ، وخطابات تقدم لإدارة الجمارك عند خروج الأشياء الثمينة لضمان إعادتها من الخارج^(٧) .

(٧) انظر أنواع خطابات الضمان في المراجع التالية : -

— البنوك التجارية ، الدكتور حسن محمد كمال ، صحيفة ٢٢٢ .

— إدارة الأعمال المصرفية الدكتور ، زياد رمضان ، صحيفة ١٤٢ .

— المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، الدكتور غريب الجمال صحيفة ١٦٦ . =

والأصل أن يصدر خطاب الضمان بمبلغ معين ، ومع ذلك فمن المتصور أن يصدر بدون تحديد مبلغ ، بل يتعهد فيه المصرف أن يضمن عميله في كل ما يسببه تصرفه من ضرر للغير ، أى المستفيد .

والأصل أن يصدر الضمان لمدة محددة ، تسمى مدة سريان الخطاب ويشترط وصول المطالبة قبل هذه وألا يسقط ضمان المصرف تلقائياً .

وإذا لم تحدد مدة سريان الضمان فيجوز للمصرف وهو ملتزم أن ينهيه في أى وقت ، بشرط إخطار العميل قبله بوقت مناسب ، وعلى المستفيد الذى يريد مد الضمان أن يتوجه بطلبه إلى عميله الذى أمر المصرف بإصدار الخطاب الأول ، فإذا توجه بطلبه التجديد إلى المصرف يمكن للمصرف أن يهمل هذا الطلب^(٨) .

* * *

= — عمليات البنوك ، جمال الدين عوض ، صحيفة ٣٦٢ .

— البنوك والاثنان ، عبد العزيز عامر ، صحيفة ١٧٥ .

(٨) المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، المصدر السابق ، صحيفة ١١٩ .

* التخرج الشرعى لخطاب الضمان *

○ توطئة :

هنالك مجموعة من العلاقات بين أطراف خطاب الضمان : فعلاقة المصرف بالعميل : يحكمها عقد مستقل عن غيره من العلائق الأخرى . وعلاقة العميل بصاحب المشروع تختلف حسبها تعاقداً عليه كالمقاولة والتوريد وعلاقة المصرف بصاحب المشروع ، وهو المستفيد الذى صدر خطاب الضمان لصالحه ويحكمها خطاب الضمان وحده فهو الذى يحدد التزامات المصرف والشروط التى يدفع بمقتضاها بحيث لا يلتزم إلا بما نص عليه خطاب الضمان ، وما تضمنه من شروط ، ولا شأن له بالشروط التى بين العميل ، والمستفيد ، أو بين العميل ، والمصرف^(١) .

وهكذا فإن كل علاقة من هذه العلائق الثلاثة مستقل بعضها عن بعض فهي ثلاثة عقود مستقلة .

والإشكال قائم حول علاقة المصرف بالعميل : وهى التى دار حولها واختلف منها على النحو التالى : -

● التخرج الأول : أن معظم الحالات التى يستعمل فيها خطاب الضمان تعتبر من نوع كفالة الدين ، وذلك باستثناء الخطاب الذى يقدم للشاحنين^(٢) ، أو وكلائهم بالنسبة لحالة تأخر وصول المستندات المثلة

(١) المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ١١٩ .

وعمليات البنوك ، للدكتور على جمال الدين عوض ، صحيفة ٣٥٧ .

(٢) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ، للدكتور سامى حمود

صحيفة ، ٣٢٨ .

للبضاعة ، حيث يكون موضوع خطاب الضمان في هذه الحالة هو نوع الالتزام بتسلم العين (أى بوالص الشحن)^(٣) .

ولم يظهر في ماهية أنواع الضمان ما يخرج عن النصوص عليه في أحكام الضمان شرعاً ، وتوفر شروطه فالضامن البنك ممن يصح تبرعه ولوجود رضا الضامن ، وكون الحق معلوماً حالاً ، أو مآلاً وأن أجله معلوم ، غير مجهول ، سوى ما جاء في النوع الأول وهو خطاب الضمان الابتدائي فإنه من باب ضمان ما سيجب وضمان ما لم يجب عقد معلق ، وقد علم أن الضمان عقد التزام لازم فلا يعلق ، كغيره من العقود اللازمة^(٤) ، ولأن الضامن التزم ما لم يلزم الأصل المضمون عنه وهو العميل بعد .

ولكن الجمهور^(٥) من أهل العلم على جوازه ، وهو مذهب الأئمة الثلاثة ، أبو حنيفة ، ومالك ، وأحمد والشافعي في القديم ، والخلاف المذكور للشافعي في الجديد .

(٣) وهى وثائق الاستيراد والتصدير .

(٤) بحث للدكتور بكر أبو زيد بعنوان (خطاب الضمان) ومقدم للمجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي مجده . الجزء الثاني ، صحيفة ١٠٤١ .

(٥) انظر ذلك في المراجع التالية : -

— فتح القدير ، لابن الهمام ، الجزء الخامس ، صحيفة ٤٠٢ .

— حاشية ابن عابدين ، الجزء الخامس ، صحيفة ٣٠١ .

— الشرح الكبير للدسوقي ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣٣٣ .

— القوانين الفقية لابن جزى صحيفة ٣٥٣ وبداية المجتهد لابن رشد الجزء الثاني ، صحيفة ٢٩٨ .

— الغاية القصوى للبيضاوى ٥٩٢/٤ .

— روضة الطالبين للنووى ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٤٤ .

— كشف المخدرات للبيلى ، صحيفة ٢٥٢ .

— شرح منتهى الإبرادات ، الجزء الثاني ، صحيفة ١٠٨ - ١١٠ .

وما ذهب إليه الجمهور ألصق بأصول الشرع لا سيما أن الأصل إباحة التعامل ما لم يعتوره مانع ، كالربا ، والغرر ، ونحوهما ، ولا يظهر في ضمان^(٦) ما لم يجب بعد ما يمنع فيبقى على الأصل لكن أغلب خطابات الضمان تكون مؤقتة ومحدودة بأجل مسمى فما وجه ذلك عند الفقهاء .
اختلف في ذلك ، ويتأسس فقه المسألة على ما هية الكفالة إذا اختلف العلماء في ذلك فقال الحنفية على الراجح عندهم^(٧) هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في المطالبة .

وقال الجمهور^(٨) هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في الدين .
وقال الظاهرية^(٩) أن الدين ينتقل من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل ، فيراً الأول ويكون الثاني هو المسؤول عن السداد فمن ذهب إلى أن الكفالة ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة قضى بجواز توقيت الكفالة لأن المطالبة يجوز توقيتها بزمان معين فجاز ، ألا يطالب الكفيل إلا في مدة معلومة يبرأ بمضيها ،

(٦) ولهذا قال الحنابلة في تعريف الضمان : إلتزام ما وجب أو يجب على غيره مع بقاءه عليه . أو هو ضم الإنسان ذمته إلى ذمة غيره حالاً أو مآلاً (انظر شرح منتهى الإيرادات الجزء الثاني صحيفة ١٠٨) .

(٧) انظر رأى الحنفية في : -

— بدائع الصنائع للكاساني ، الجزء السادس ، صحيفة ٢ .
— فتح القدير لابن الهمام ، الجزء الخامس ، صحيفة ٣٨٩ .
— للمرغيناني ، الجزء الثالث ، صحيفة ٧٠ .
— وتحمف الفقهاء للسمرقندي ، الجزء الثالث ، صحيفة ٤٠٤ .

(٨) انظر رأى الجمهور في المراجع التالية : -

— حاشية الدسوقي ، الجزء الثالث ، صحيفة ٢٨٨ .
— حاشية قليوبي ، الجزء الثاني ، صحيفة ٣٢٣ .
— المغنى لابن قدامة ، الجزء الخامس ، صحيفة ٧١ .

(٩) المحلى لابن حزم ، الجزء الثامن ، صحيفة ١١٠ .

كأن يشترط الكفيل على الدائن إلا يطالبه إلا سنة واحدة ، فإذا انقضت السنة لم تكن له مطالبة .

والذين قالوا بأن الكفالة نقل المدين من ذمة إلى أخرى ، أو ضم ذمة إلى ذمة الأصل في الدين ، فإن مقتضى القياس ألا يجوز عندهم توقيت الكفالة ، ذلك أن الكفالة على هذا الرأي تشغل بها ذمة الكفيل ، وإذا اشتغلت الذمة بالدين فلا تبرأ إلا بالأداء ، أو الإبراء ، وليس في معهود الشرع أن تبرأ الذمة بمضى زمن معين لكن يرد على هذا أن الكفالة من عقود التبرعات ولا يضر الدائن أن يتوثق لدينه مدة معينة إذا قبل ذلك مختاراً ، ولذا رأى بعض الفقهاء إجازة تأقيت الكفالة ، استحساناً ، وإن لم تجز قياساً ، لأن المقصود من الكفالة توثيق الدين ، ولا ضرر في توقيته ، وإذا كان على الكفيل أداء الدين عند عجز المدين عن الوفاء به بحسب الأصل فإن هذا العجز قد يكون مؤقتاً ، ولا مانع من توثيق الدين في هذه الفترة التي يخشى فيها من عجز المدين .

● **التخريج الثاني :** التمييز بين أنواع خطاب الضمان ، وتخريج كل نوع منها على حدة وذلك ما يلي^(١) : -

(١٠) انظر هذا التخريج في المراجع التالية : -

- بحث للدكتور محمد السالوس بعنوان خطاب الضمان مقدم إلى المجمع العلمي ومطبوع في مجلة المجمع الجزء الثاني صحيفة ١٠٧٣ .

- وبحث للدكتور وهبة الزحيلي مقدم إلى المجمع بعنوان (حكم التعامل في المصارف الإسلامية) الجزء الثاني صحيفة ٨١٨ .

- وبحث للدكتور بكر أبو زيد بعنوان (خطاب الضمان) ومقدم إلى المجمع الجزء الثاني صحيفة ١٠٤٣ - ١٠٤٤ .

- ندوة البركة الثالثة حول خطاب الضمان والمنعقدة في اسطنبول في الفترة من ٩ إلى ١٢ محرم ١٤٠٦هـ ومنشورة في مجلة المجمع الجزء الثاني ١١٥٩ . =

○ النوع الأول : خطاب الضمان المغطى : يعتبر وكالة وكفالة ، لأن البنك وكيل عن العميل فيما أودعه للمستفيد وكفالة لأن المستفيد لا يطالب العميل وإنما يطالب المصرف بناء على ضمانه ، لا بناء على وكالته ، ولا يمنع الشرع في هذه الحالة أخذ العوض لأنه مقابل الخدمات الإجرائية ، ففي حال دفع البنك للمستفيد فهو من مال المضمون عنه ، وفي حال عدم دفعه فهو مقابل حفظه لماله ، وخدماته لذلك .

ويجوز أخذ أجر على الوكالة ، ويكون أجر الوكالة مراعى فيه حجم التكاليف التى يتحملها المصرف فى سبيل أدائه لما يقترن بإصدار خطاب الضمان من أعمال يقوم بها المصرف حسب العرف المصرفى ، وتشمل هذه الأعمال بوجه خاص تجميع المعلومات ، ودراسة المشروع الذى سيعطى بخصوصه خطاب الضمان كما يشمل ما يعهد به العميل إلى المصرف من خدمات مصرفية متعلقة بهذا المشروع مثل تحصيل المستحقات من أصحاب المشروع . وتقدير ذلك الأجر متروك للمصرف بما ييسر على الناس شئون معاملاتهم وفقاً لما جرى عليه العرف التجارى . أى أن الأجر يجوز على الوكالة دون الكفالة .

● أما خطاب الضمان المغطى جزئياً : فهذه تنسحب عليها أحكام الحالتين السابقتين ، فيجوز فيما قابل المغطى ، ولا يجز فيما هو غير مغطى .

○ النوع الثانى : المكشوف : ويلزم التفريق بين صورتين : -

● الصورة الأولى : الذى يقوم بالوفاء به المضمون نفسه دون

= - قرارات المؤتمر الأول للمصرف الإسلامى .

- الكتاب الأول من فتاوى بنك فيصل الإسلامى السودانى وفيه قرار هيئة الرقابة الشرعية للبنك .

الضامن فهو يعتبر كفالة وهى تبرع بالجاء ولا يجوز أخذ العوض لها وليس قرضاً لأن مصدر خطاب الضمان لا يدفع شيئاً من المال للمضمون له . لقيام المضمون نفسه بالوفاء ، وهو ليس من العمل الواجب القيام به ، لعدم تعينه على شخص ، أو مصرف معين ، لذلك لا يدخل تحت قاعدة منع الأجر على أداء الواجب ، فيصح أخذ الأجر عليه على أساس أنه عمل فى تعامل رضائى ، وعلى فرض أنه تعين وأصبح واجباً على من تعين عليه القيام به ، ويمكن قياسه على الوديعة الواجبة التى يجوز أخذ الأجرة على حفظها^(١١) بحيث يصبح أخذ الأجر عليه جائزاً ، لأن الضامن فى هذه الحالة يبذل جهداً فى التحرى ، وجمع المعلومات عن صلاحية المضمون لهذا الضمان ، وبذلك يهـىء للمضمون ويمكنه من الحصول على منفعة محققة ، تتمثل فى بلوغ مرامه بهذا الضمان الذى قد يعود عليه بالفائدة .

● الصورة الثانية : خطاب^(١٢) الضمان المكشوف الذى تؤول مسؤولية الوفاء به إلى الضامن دون المضمون فهو يكون قرضاً ، والجعل فيه يكون زيادة ، وهى من الربا فلا يجوز . غير أنه يجوز المصدرة أخذ أجرة الإصدار ، أى التكلفة .

وقد نص المجمع الفقهى فى قراره رقم ٥ على هذا التخرىج ونصه : (أن خطاب الضمان بأنواعه ، الابتدائى ، والنهائى لا يخلو إما أن يكون بغطاء ، أو بدونه فإن كان بدون غطاء فهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً ، أو مآلاً ، وهذه هى حقيقة الكفالة .

(١١) انظر : مغنى المحتاج للشريينى ، الجزء الثالث ، صحيفة ٧٤ .

وحاشية قليوبى ، الجزء الثالث ، صحيفة ١٨١ .

— حاشية ابن عابدين ، الجزء الخامس ، صحيفة ٦٦٥ .

(١٢) عمليات البنوك ، للدكتور على جمال الدين عوض ، صحيفة ٣٥١ .

والمصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ١٢١ .

وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان ، وبين مصدره هي الوكالة والوكالة تصح بأجر ، أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد أى المكفول له .

أن الكفالة عقد تبرع يقصد للإرفاق ، وبالإحسان ، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة ، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذى جر نفعاً على المقرض ، وذلك ممنوع شرعاً ، ولذلك فإن المجمع قرر ما يلى : -

● أولاً : أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان سواء كان بغطاء أو بدونه .

● ثانياً : أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجائزة شرعاً ، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل وفي حالة تقديم غطاء كلى أو جزئى يجوز أن يراعى فى تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء^(١٣) .

وخلاصة هذا التخرج أن المصرف يضمن العميل فى جزء من المبلغ المستحق عليه ، أو ما يستحقه عليه الطرف الآخر ، وقد يضمنه فى جميع المبلغ ، وقد يدفع المصرف عن العميل للمستفيد ما ضمنه عنه كله ، أو بعضه فى حالة عجزه عنه ، ويأخذ المصرف فائدة ، وعمولة على المبلغ الذى ضمنه بموجب اتفاق بين العميل والمصرف ، وإذا دفع المصرف عن العميل للمستفيد فقد يعجز العميل عن التسديد فى الوقت الذى يتفقان عليه ، فيجعل المصرف نسبة مئوية من الفائدة مقابل التأخير عن كل شهر ، أو يوم ، وقد يجعل

(١٣) انظر مجلة المجمع الفقهي ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٢٠٩ وقد كان هذا القرار فى دورة المجمع المنعقدة فى جدة فى الفترة من ١٠ إلى ١٦ ربيع الثانى عام ١٤٠٦ هـ .

العميل لدى المصرف غطاء كاملاً ، أو جزئياً يحتفظ به المصرف ليسدد عنه ما يستحقه عن العميل إذا عجز عن الدفع في الوقت المحدد للدفع ، وقد يستغل المصرف هذا الغطاء وتكون أرباحه له .

○ التخرج الثالث^(١٤) :

يخرج خطاب الضمان على أنه عقد وكالة ، أى أنها وكالة بأجرة ذلك لأن العلاقة بين المصرف ، والعميل طالب خطاب الضمان تبدأ عندما يتقدم العميل إلى المصرف طالباً بإصدار خطاب الضمان بالشروط التى يحددها حسب الغاية المعينة ، وغير قابل للنقض من جهة الأمر « أى العميل طالب الضمان » .

ولهذا فإن أقرب تكييف لهذا الوضع هو علاقة الوكيل بموكله ، وهذه العلاقة لا تتنافى مع حق البنك فى الرجوع على الآخر بما دفع .

وتكييف خطاب الضمان على أنه وكالة يشبه ما يسمى « الكفالة بالأمر » التى يرجع فيها الكفيل بما دفع على من أمره بذلك تماماً ، كما يرجع الوكيل لأن الكفالة بالأمر ما هى إلا وكالة بالأداء .

ويرى أصحاب هذا التخرج أنه ليس كفالة رغم أن اسمه ضمان ، وذلك لأن الكفالة عقد تابع ، ملحق بالأصل ، أما خطاب الضمان فهو عقد

(١٤) انظر هذا رأى فى المراجع التالية : -

- الموسوعة العلية والعملية للبنوك الإسلامية ، الجزء الأول ، صحيفة ٣٦ .
- تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ، للدكتور سامى حمود ، صحيفة ٣٣١ . وكذلك بحث قدمه فى المجمع الفقهي ومطبوع مع المجلة فى الجزء الثانى ، صحيفة ١١٢٣ .
- عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، صحيفة ٣٥٨ .
- ندوة البركة الثالثة حول خطاب الضمان .

مستقل ، والتزام البنك فيه منفصل عن التزام طالب الخطاب ، لذا فإنه أقرب إلى الوكالة منه إلى الكفالة كما أن الكفالة فيها حق الخيار في أن يقوم بعمل المكفول أو يدفع المبلغ المطلوب أما في خطاب الضمان فلا يملك البنك مثل هذا الخيار، وكل ما عليه هو أن ينفذ التوكيل بالدفع نظراً لتعلق حق الغير به.

وعلى هذا القول تجوز العمولة التي يتقاضاها البنك في حالة إصدار خطاب الضمان على أنها أجر على العمل^(١٥) الذي يقوم به ولا يضمن البنك حسن تنفيذ العميل لالتزامه أمام دائئه ، بل هو يطلق تعهداً يمكن القول أنه تعهد مجرد عن ظروف التزام العميل أمام المستفيد ، فهو يلتزم بدفع المبلغ المحدد في الخطاب أيّاً كان مقدار مديونية العميل ولو كان هذا المقدار أكبر ، أو أقل مما تعهد به البنك للمستفيد وهو تعهد منقطع الصلة بكيفية تنفيذ العميل المدين التزامه فلا يعتبر ما تعهد به البنك بدفعه تعويضاً للدائن المستفيد من عدم تنفيذ العميل التزامه ، أو إساءة هذا التنفيذ . فهو يصدر خدمة لعلاقة العميل بدائئه إذ يستهدف به العميل الحصول على ثقة هذا الدائن الذي لا يرضى بأى ضمان آخر سوى هذه الصورة من صور الضمان .

ومع ذلك فالبنك ليس كفيلاً ، ويترتب على ذلك أن البنك لا يلزم أن يخطر عميله عندما يضطر إلى تنفيذ الضمان أى عندما يدفع للمستفيد

(١٥) نص العلماء على جواز أخذ الأجرة على الوكالة . قال ابن قدامة : ويجوز التوكيل بجعل بغير جعل فإن النبي ﷺ وكل أنيساً في إقامة الحد وعروة في شراء شاة وعمراً وأباً رافع في قبول النكاح بغير جعل وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة .

وقال ابن جزى : تجوز الوكالة بأجرة وبغير أجرة فإن كانت بأجرة فحكمها حكم الإجازات وإن كانت بغير أجره فهو معروف من الوكيل .
انظر المغنى لابن قدامة ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢١٠ .
والقوانين الفقهية ، لابن جزى ، صحيفة ٣٤٥ .

وليس للبنك التمسك بأن العميل قد دفع للمستفيد أى مبالغ أخرى تتعلق بالعملية محل الضمان ، وليس للعميل أن يعارض فى دفع البنك المبلغ للمستفيد ، والبنك يرجع بما دفعه للمستفيد على عميله الذى طلب منه إصدار خطاب الضمان .

○ حكم أخذ الأجرة على الكفالة :

جمهور الفقهاء نصوا على أن الضمان يجب أن يكون محض معروف لا يجوز أخذ الأجرة عليه . وحكى بعضهم الإجماع .

قال الخطاب^(١٦) : لا خلاف فى منع ضمان يجعل لأن الشرع جعل الضمان والقرض والجاه لا يفعل إلا لله بغير عوض وأخذ .

قال ابن عابدين^(١٧) : الكفيل مقرض فإذا اشترط له الجعل على كفالاته فمعنى ذلك اشتراط الزيادة على مقدار القرض فيكون باطلاً لأنه ربا العوض عليه سحت . وقال أيضاً : لا يجوز ضمان يجعل له الضمان معروف وفعل خير لما لا يجوز على صوم ولأن طريقها ليس لكسب الدنيا .

وقال مالك^(١٨) : لا خير فى الجمالة يجعل وقال ابن عرفة : الضمان يجعل لا يجوز .

وقال الدردير^(١٩) : وأما صريح ضمان يجعل فلا خلاف فى منعه . وعلل ابن عابدين المنع بأن الكفيل مقرض فى حق المطلوب وإذا شرط له

(١٦) شرح الخطاب ، على خليل ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢٤٢ .

(١٧) منحة الخالق ، على البحر الرائق ، الجزء السادس ، صحيفة ٣٤٢ .

وانظر كذلك مجمع الضمانات للبغدادى ، صحيفة ٢٨٢ .

(١٨) الجزء الخامس ، صحيفة ١١١ .

(١٩) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ، الجزء الثالث ، صحيفة ٧٧ .

الجعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل لأنه ربا .
وقال الطبرى^(٢٠) : ولو كفل رجل على رجل بمال عليه لرجل على
جعل جعله له المكفول عليه فالضمان على ذلك باطل وهذا هو الذى أخذ
به المؤتمر الأول ، للمصارف الإسلامية وهيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل
الإسلامى السودانى وقد اجازت هذه الهيئة أخذ أجر حالة الكفالة المجردة
شرطية أن يكون محسوباً نظير ما يقوم به البنك من خدمة فعلية يتكبدتها
فى سبيل اصدار خطابات الضمان من غير أن يمتد ذلك إلى الضمان
نفسه^(٢١) .

وأدلة الجمهور المانعين^(٢٢) من أخذ الأجرة على الضمان تتلخص فيما
يلى : -

- ١ - قالوا : إن ذلك يؤول إلى قرض حر نفعاً لا فى حال أداء الضامن
للمضمون له يكون العوض مقابل هذا الدفع الذى هو بمثابة قرض
فى ذمة المضمون عنه . وفى خطاب الضمان أقوى فى بعض احواله
لأن المستفيد يستوفى عادة من البنك لا من العميل .
- ٢ - أن هذا العقد مبنى على الإرفاق والتوسعة والإحسان ففى أخذ العوض
لقائه دفع لمقصد الشارع منه .
- ٣ - أنه فى بعض حالات الضمان يستوفى المضمون له من المضمون منه
فيكون أخذ الضامن للعوض بلا حق وهذا باطل لأنه من أكل المال

(٢٠) اختلاف الفقهاء ، لابن جرير الطبرى ، صحيفة ٩ .

(٢١) الكتاب الأول من فتاوى بنك فيصل الإسلامى السودانى - انظر نص الفتوى فى هذا
البحث صحيفة

(٢٢) انظر بالإضافة إلى المراجع السابقة : الفروع لابن مفلح ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٠٧
وكشاف القناع للبهوتى ، الجزء الثالث ، صحيفة ٢٦٢ .

بالباطل وفي خطاب الضمان الابتدائي والمستندي مثلاً يستوفي المضمون له المستفيد من العميل لا من البنك .

يرى فريق جواز أخذ الأجرة على خطاب الضمان سواء كان مغطى ، أو مكشوفاً ، وينقسم هؤلاء إلى فريقين : -

أ - الفريق الأول :

يرى جواز أخذ الأجر على الكفالة بناء على أن بعض العلماء أجاز أخذ الأجرة في مقابل الضمان الذي يترتب عليه قيام الضامن بجهد ، ولو يسيراً^(٢٣) .

وإذا جاز أخذ الأجرة على الرقبة من كتاب الله ، والراقى لا يذلل جهداً كبيراً فيجوز أن تؤخذ الأجرة على خطاب الضمان .

قال الونشريسي^(٢٤) : سئل أبو عبد الله القوري عن ثمن الجاه فأجاب بما نصه : اختلف علماؤنا في حكم ثمن الجاه ، فمن قائل بالتحريم بإطلاق ، ومن قائل بالكراهة بإطلاق ، ومن مفصل فيه وأنه إن كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة أو مشقة أو مسعى فأخذ أجر مثله ، فذلك جائز ، وإلا حرم ويجوز للمصرف أن يتقاضى مبلغاً محدوداً لتجديد هذه الكفالات لما يتحملة من تكاليف وأعباء^(٢٥) ويستدل أصحاب هذا الرأي بأنه لا يوجد في أخذ الأجر على الضمان الذي تقدمه البنوك لتنفيذ أعمال مشروعة ، نص محرم من كتاب ، ولا سنة ولا دليل محرم ، ولا يوجد له نظير يقاس عليه في التحريم لاشتراكهما في علته ثم لا يوجد عرف صحيح يحرمه ، ويمنعه ،

(٢٣) الموسوعة العلمية والعملية المبنوك الإسلامية ، الجزء الخامس ، صحيفة ٤٨٥ .

(٢٤) المعيار العرب في فتاوى أهل المغرب للونشريسي ، الجزء صحيفة

(٢٥) انظر مجلة المجمع الفقهي ، الجزء الثاني ، صحيفة ١٠٧٨ .

ولا توجد فيه مفسدة ، كما لا توجد مصلحة في تحريمه ، بل إن المصلحة في إباحته ، وحله ، وصحته .

وما استدل به الفقهاء من أن الضمان لم يشرع إلا على سبيل التبرع هو صورة من صور المصادرة^(٢٦) ، لأن نفس الدعوى هي نفس الدليل ، كأنهم قالوا : إن أخذ الأجرة غير مشروع لأنه غير مشروع . وقد كانت الكفالة في العصور الماضية لا تتم بالصورة التجارية التي عليها العمل في البنوك في هذا الزمان حيث كانت تتم لصالح المحتاج الذي لا يجد من يسلفه إلا بضمان ملىء ، وفي هذا تبرع ظاهر يرجو فيه المتبرع ثواب الآخرة ، أما الآن فإن هذه الضمانات تتم لشركات مالية كبرى ، ولتجار أغنياء ، ولا بد في قبول العطاءات من هذه الشركات أو هؤلاء التجار من تقديم الضمان المصرفي ، والأعمال التي تقوم بها هذه الشركات وأصحاب الأعمال لها أهمية عظيمة في دفع عجلة التنمية في شتى فروعها ، والامتناع عن تقديم الضمانات يؤثر في مستوى هذه المشاريع ، وإذا قامت المصارف الإسلامية بهذه الضمانات مجاناً ، فإن ذلك يعرض أموال المؤسسين ، والمساهمين ، للضياع من غير فائدة تعود عليهم . ويتعين تبعاً لهذا القيام بهذه الضمانات وأخذ الأجر المناسب عليها من غير وكس ولا شطط^(٢٧) .

(٢٦) المصادرة : هي جعل نتيجة الدليل نفس مقدمة من مقدماته مع تغيير في اللفظ يوهم فيه المستدل التغاير بينهما في المعنى وهو أسلوب في الاستدلال غير مناسب فمثلاً إذا قلت هذا أسد وكل أسد ليث فهذا ليث فالتيجة هي نفس المقدمة .

انظر : ضوابط المعرفة لعبد الرحمن بن حنبله الميداني صحيفة ٤٥٩ .

(٢٧) انظر بحث الدكتور زكريا البرى بعنوان خطاب الضمان وهو منشور في مجلة المجمع العلمي ، الجزء الثاني ، صحيفة ١١٠١ .

وكذلك بحث الدكتور رفيق المصرى ، منشور بنفس الجزء ، صحيفة ١١١٧ .

ثم إن لتغير الزمان أثراً في تغيير الفتوى^(٢٨) ...

كما يمكن إجراء قاعدة المصلحة^(٢٩) على هذه المسألة إذ لا نص يفيد المنع من أخذ الضمان على الكفالة مع حاجة الناس إلى هذه المعاملة حيث إنه لو بقى الضمان قدم طوعاً ، وتبرعاً بدون أجر ، لتعسر على كثير من الناس الحصول عليه في الوقت المطلوب وبالقدر المطلوب فما الذى يمنع من تولى مختص - مثل البنك - في تقديم الضمانات لقاء أجر - ليس على الضمان ولكن لقاء أعمال تنظيم هذا الضمان ، وإدارته بما يليق بمستوى التعامل التجارى الواسع في هذا الزمان وبما يكفل لصاحبه الاستمرار في حرفته في ظل المنافسات الداخلية والخارجية .

(٢٨) من المعلوم أن الحكم الشرعى لا يرتفع إلا بنسخ ، وقد انقطع بكمال المدين وانقطاع التشريع ، غير أن الأعراف والعادات لها أثر في الفتوى وهذه الأعراف والعادات تنقسم إلى قسمين القسم الأول أثبته الدليل الشرعى أو نفاه والثانى ما ليس كذلك أما الأول فثابت أبداً كسائر الأمور الشرعية كالأمر بإزالة النجاسة وستر العورة فلا يصح أن ينقلب قبيحاً وأما الثانى فقد تكون الفوائد ثابتة وقد تبدل ومع ذلك فهى أسباب لأحكام تترتب عليها فأما الثابتة فهى كوجود الشهوة للطعام وغيره . فلا إشكال في اعتبارها وأما المتبدلة فمنها ما يكون متبدلاً في العادة من حسن إلى قبيح وبالعكس مثل كشف الرأس فإنه يختلف حسب البقاع فالحكم الشرعى يختلف باختلاف ذلك .

انظر الموافقات للشاطبى ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢٨٣ ، والأشباه والنظائر للسيوطى ، صحيفة ٨٣ .

(٢٩) هى ما لم يشهد لها الشرع بالاعتبار ولا بالإلغاء وتسمى المناسب المرسل أو الاستصلاح - عند الغزالى - وهذا الوصف قد يناسب مقصداً ضرورياً فيلزم اعتباره مثل كفار تترسوا بمسلمين فلو كف عنهم غلبوا على دار الإسلام ولو رمينا الترس قتل معصوم الدم وهذا لا عهد له في الشرع فيجوز أن يرمى الترس حفظاً لدار الإسلام . ويلزم لاعتبار المصلحة أن تكون كلية ضرورية قطعية . انظر المستصفى للغزالى .

قال الشيخ الخفيف : ليس هناك دليل من الكتاب أو السنة^(٣٠) يبين ما يجوز أخذ العوض فيه وما لا يجوز أخذ عوض فيه ومرجع الفقهاء في هذا المجال هو الإجتهد ، وللعرف في ذلك أثر كبير ومن ثم كان اختلافهم في أمور كثيرة جوز بعضهم أخذ العوض فيها فأجازوا فيها المعاوضة وخالفهم غيرهم فلم يجيزوا أخذ عوض عنها ورأوا فساد المعاوضة فيها . وقد نص الفقهاء على أن المالية تثبت بتمويل الناس . فلا حرج من أن نجوز ذلك تأسيساً على أنه أمر تدعو إليه المصلحة ولم يرد نص شرعى بمنعه فهو على الإباحة الأصلية فكيف إذا دعت إليه المصلحة فهو إذن إلى المندوب إليه أقرب منه إلى المباح .

ب : والفريق الثانى : يرى جواز أخذ الأجر^(٣١) على خطاب الضمان ، باعتبار أن التعهد الذى يشتمل عليه خطاب الضمان يعزز التزامات العميل المضمون وبذلك يكون خطاب الضمان عملاً يصح أخذ أجر ، أو عمولة عليه .

وهذا رأى يربط الأجر بالعمل ، والمخاطرة معاً ، غير أنه جعل ذلك من باب الجعالة ، لا الإجارة ، ويتم تحديد الجعل على أساس نسبة بين المبلغ غير المغطى من خطابات الضمان المصدرة بغض النظر عن مدة تلك الخطابات والعمل الذى يقوم به البنك ويستحق عليه العمل هو^(٣٢) : -

أ - دراسة حالة العميل وسمعته وإمكاناته .

(٣٠) نقلاً عن الاقتصاد الإسلامى ، للدكتور الطحاوى ، الجزء الأول ، صحيفة ٤٦٢ .

(٣١) البنك اللاربوى فى الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ١٣١ .

(٣٢) توصيات الندوة الفقهية التى نظمها بيت التمويل الكويتى فى الفترة من السابع إلى

الحادى عشر من شهر رجب ١٤٠٧ ومنشورة فى مجلة النور العدد ٤٣ الصادر فى

شعبان ١٤٠٧ هـ صحيفة ١٣ .

- ب - الجهد والوقت الذى يقوم به الموظفون فى إعداد الخطابات ، وإجراء القيود الحسابية ، وما يستهلك من أوراق وآلات .
- ح - مراجعة الحسابات من قبل المدققين .
- د - متابعة الخطاب مع الجهة المستفيدة إلى حين انتهاء مدته أو إعادته وإجراء القيود اللازمة فى هذا الشأن .
- هـ - تحصيل الدفعات مقابل المستخلصات التى يتم صرفها من الجهة صاحبة العمل .
- و - متابعة تنفيذ عقد المقاوله فى مختلف مراحلها مع الجهة المستفيدة من خطابات الضمان حتى إعادة الطلبات إلى مصدرها .

○ الراجع :

والراجع إن شاء الله إن القول بأن أخذ الأجرة على الضمان لا يجوز لأنه محض تبرع ليست فيه حجة قاطعة ولا قوية لأنه لم يرد ذلك نص شرعى ولا يعود إلى أصل يقاس عليه وقول بعض العلماء أن الأجرة على الضمان لا يجوز قياساً على الصلاة ، والصيام غير واضح من حيث انعدام الشبه والخيال بين الكفالة وبين العبادات الواجبة على كل مكلف ، بل الظاهر أن بينهما قياساً عكسياً لا طردياً وعليه فإذا منع الأجر على الصلاة مثلاً لأنها واجبة فإنه ينبغى أن يجوز فى الضمان لأنه غير واجب الإنسان .

ثم إن العلماء جوزوا أخذ العوض عليه فى كثير من أوجه التبرع كالهبة . فقد أجاز مالك وأبو حنيفة هبة الثواب^(٣٣) ومنها الشافعى والأصل

(٣٣) انظر حاشية ابن عابدين ، الجزء الخامس ، صحيفة ٦٨٧ .

وبداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لابن رشد ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢٨٤ .

والقوانين الفقهية ، لابن جزى ، صحيفة ٣٨٦ .

هذا وقد نقل المالكية صوراً من إعطاء جعل أجرة على الضمان فمثلاً قال أشهب : =

في الهبة أن تكون تبرعاً بدون مقابل ولكن أجاز الجمهور أن تكون بعوض مادي فإذا صح ذلك في الهبة وهي من التبرعات ففيه سواها أولى بالجواز . وليس دفع الأجرة على الضمان يصيره سلفاً جر نفعاً ، كما في فتوى بنك فيصل السوداني إذ ليس أحد من الفقهاء عد الضمان قرضاً فهو - أي الضمان - عقد من عقود التوثيقات - كما سبق ... وهكذا فإن أخذ الأجرة على الضمان جائز والله أعلم .

* * *

= من له على رجل عشرة دنانير لأجل فأسقط عن قبل الأجل دينارين على أن يعطيه بالباقي رهناً أو جميلاً فلا بأس به وقال ابن القاسم : لا بأس أن نقول خذ هذه العشرة دنانير واعطني بما عليك جميلاً أو رهناً . وعلى أحد أقوال مالك لا يجوز .
انظر : الخطاب على خليل ، الجزء الخامس ، صحيفة ١١٣ .

المبحث الرابع
القبول المصرفي
وخصم الأوراق التجارية

○ المبحث الرابع ○

عقد القبول المصرفي وعقد خصم الأوراق التجارية

○ أولاً : عقد القبول المصرفي :

○ توطئة :

يكثر الالتجاء إلى القبول المصرفي لتمويل العمليات التجارية فالمستورد يلجأ إلى البنك ليحصل على قبوله على كمبيالة يرسلها إلى البائع الأجنبي كذلك إذا كان المصدر قد أمهل مدينه في الوفاء فإنه يستطيع أن يحصل على مبلغ فوري من البنك بأن يقدم له مستندات الصفقة ويحصل على قبوله في كمبيالة يخصمها في بنك آخر ، ويتقاضى البنك عمولة مقابل هذه العملية ، وتمثل هذه العمولة نسبة مئوية معينة من مبلغ الكمبيالة المقبولة ، يراعى في تحديدها مقدار الخطر الذي يتعرض له ، وهذا الخطر يتمثل في أنه ربما يضطر إلى دفع قيمة الورقة التجارية دون أن يكون قد تسلم شيئاً من العميل لذا فهو يهتم في أن يحصل على ضمانات .

○ تعريف القبول^(١):

هو أن البنك يقبل الكمبيالة التي يسحبها عليه العميل أو الطرف الآخر

(١) انظر في تعريف القبول المصرفي : -

- العقود وعمليات البنوك ، للدكتور على البارودي ، صحيفة ٣٨٨ .

- الوجيز في القانون التجاري ، للدكتور مصطفى كمال عطية ، الجزء الثاني ، صحيفة =

الذى يتعامل معه العميل ، وبقبول البنك للكمبيالة تكتسب قوة اثتائية كبيرة تجعل من السهل تداولها ، أو خصمها لدى بنك آخر . فكأن البنك ، دون أن يخرج شيئاً من نقوده ، قد هياً للعميل فرصة الحصول على المبالغ اللازمة له كذلك يستطيع العميل أن يرسل هذه الكمبيالة إلى البائع فيطمئن إلى التعامل معه إذ يلتزم البنك كأي مسحوب عليه قابل للورقة التجارية .

ويلتزم العميل بدفع العمولة المتفق عليها ، وبتقديم مقابل الوفاء للبنك قبل حلول الأجل ، لأن الأصل أن العقد لا يلزم البنك بالوفاء بقيمة الورقة من خزينته وهدفه الوحيد هو تسهيل تداول الورقة ، فإذا تأخر المستفيد واضطر البنك للوفاء من ماله كان له أن يقيم دعوى باسترداد ما دفعه عن العميل ، ويتعويض عن تعطل المبلغ المدفوع - وعرفه البعض بأنه قيام البنك بدور المسحوب عليه ، ويقبل بهذه الصفة الكمبيالة التي يسحبها عليه عميله أو الطرف الآخر الذى يتعامل معه العميل - وذلك لإعطاء الكمبيالة قوة تجعل من السهل تداولها لدى بنك آخر .

○ أنواع القبول المصرفي : القبول المصرفي للأوراق التجارية على قسمين : -

● القسم الأول : القبول الذى لا يتحمل البنك فيه أية مسؤولية للوفاء أمام المستفيد وإنما يعنى تأكيد البنك على وجود رصيد دائن لحرر الورقة التجارية لديه صالح لأن تخصص منه قيمة الورقة^(١) .

وتلزم العميل بدفع العمولة المتفق عليها ، وبتقديم مقابل الوفاء قبل

= — عمليات البنوك ، للدكتور على جمال الدين عوض ، صحيفة ٣٧٩ - ٣٨٢ .
— تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ، للدكتور سامى أحمد حمود ، صحيفة ٣٣٢ .

(٢) البنك اللاروى فى الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ١٢١ .

حلول الأجل لأن الأصل أن العقد لا يلزم البنك بالوفاء بقيمة الورقة من خزينته ، وهدفه الوحيد هو تسهيل تداول الورقة ويستخدم العميل القبول لا لمجرد الحصول على أجل من دائنيه ، ولكن قد يستخدمه أيضاً في الحصول على قرض ، فيتفق مع المصرف مثلاً على أن يسحب عليه كمبيالة يوقعها بالقبول ثم يخصم العميل هذه الكمبيالة لدى مصرف آخر يرحب بخصمها ، لأنها تحمل توقيع المصرف المسحوب عليه ، وبذلك يحصل العميل بطريق غير مباشر على النقود التي أرادها من بنك آخر غير الذى يعرفه ، ويثق به ، على أن يقدم لمصرفه المال اللازم لوفاء الكمبيالة قبل حلول أجلها .

ومتى قبل المصرف الكمبيالة فقد نفذ التزامه الناشئ عن العقد أمام العميل ولا يلتزم بخصمها بعد ذلك لأنه إنما تعهد بمجرد القبول . وكذلك لا يلتزم أمام العميل بمقابل وفائها قبل حلول الأجل ، ولكن متى تداولت الورقة كان المصرف ملتزماً صرفياً أمام كل حامل لها^(٣) .

ويلتزم العميل - الذى سحب عليه الكمبيالة - أن يسدد هذه الكمبيالة قبل حلول أجلها ، لأن البنك إنما اعتمدها ليسهل تداولها ، لا ليدفع قيمتها من خزينته ، ولا يعنى ذلك ضرورة وجود مقابل قيمة هذه الكمبيالة - من مال المسحوب عليه - إذ من الممكن أن يسدد المصرف قيمة الكمبيالة في موعدها ، ثم يعود على المدين الأساسى الذى طلب سحبها عليه ، ويعتبر قيمتها ديناً عليه ، وتحسب عليه فوائد ربوية .

● **القسم الثانى :** القبول الذى يتحمل فيه البنك المسؤولية أمام المستفيد من الورقة التجارية فإن تأخر المستفيد واضطر البنك إلى الوفاء من ماله كان له دعوى باسترداد ما دفعه عن العميل وبتعويض عن تعطل المبلغ

(٣) المصارف وبيوت التمويل الإسلامية للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ١٢٤ .

المدفوع ، والتزام العميل مقابل الوفاء قبل الأجل يجب تنفيذه فعلاً أى نقداً فإن كان له رصيد دائن في الحساب الجارى بينه وبين العميل كان للبنك أن يجرى قيداً عكسياً في هذا الحساب بالمبلغ المستحق له ولكن هذه رخصة اختيارية له ، لكن له أن يطلب تقديم المقابل نقداً .

وقد يدفع المصرف عن العميل ما ضمنه عنه كله أو بعضه في حالة عجزه عنه ، ويأخذ المصرف فائدة وعمولة على المبلغ الذى ضمنه بموجب الاتفاق بين المصرف والعميل ، وإذا دفع المصرف عن العميل للمستفيد فقد يعجز العميل عن التسديد في الوقت الذى يتفقان عليه ، فيجعل المصرف نسبة مئوية مقابل التأخير عن كل شهر ، أو يوم .

وقد يجعل العميل لدى المصرف غطاء كاملاً ، أو جزئياً يحتفظ به المصرف ليسدد منه ما يستحقه على العميل إذا عجز عن الدفع في الوقت المحدد للدفع ، وقد يستغل المصرف هذا الغطاء وتكون أرباحه له^(٤) .

* * *

(٤) البنك اللاربوى في الإسلام ، المرجع السابق .

* تخريج القبول المصرفي للأوراق التجارية *

هناك رأيان للعلماء في هذه المسألة حول أى العقود يمكن أن يلحق به القبول المصرفي وذلك كما يلي : -

● **الرأى الأول^(١) :** القبول المصرفي بمثابة وكالة لقبول الكمبيالة المسحوبة ، وعلى مسؤوليته - أى العميل - فالمصرف يقوم بدور الوسيط بناء على طلب العميل .

لكن من الواضح أن هذا التخريج غير دقيق حيث أن التأمل يفضى إلى إدراك أن المصرف ليس وكيلاً عن العميل لأن الوكيل لا يلتزم بدفع ما على موكله من حقوق .

● **الرأى الثانى :** تعتبر من قبيل الضمان حيث أنه من الممكن فى القسم الثانى من القبول المصرفي للدائن أن يرجع عليه إذا تخلف المدين عن الوفاء ، وهذا التعهد مشروع فالضمان هنا لأداء الدين مع بقاء الدين فى ذمة المدين الأصلية وتحمله المسؤولية فهذا المعنى وإن كان يؤدى إلى تحمل المدين والضامن معاً للمسؤولية إلا أن متعلق المسؤولية مختلف إذ أنه ليس للدائن أن يجمع ابتداء على الضامن ويطالبه بالمبلغ وإنما يحق له ذلك فى حالة ما إذا رفض المدين الوفاء وعند ذلك إذا لم يدفع الضامن الدين يصبح ما يعهد به للدائن غير ذى معنى إذا لم يحصل على ذلك الدين المضمون وهو

(١) انظر بحث الدكتور سامى حمود مقدم للمجمع الفقهي مطبوع فى مجلة المجمع الجزء الثانى صحيفة ١١٢٦ وذكره أيضاً فى كتابه تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية صحيفة ٣٣٣ .

قيمة الكمبيالة وفي ذلك ضرر على الدائن سواء كان امتناع المدين قصوراً أو تقصيراً وتشتغل حينئذ ذمة الضامن بقيمة الأداء التي هي قيمة الدين^(٢) .

إذن هذا التخرج نوع من الضمان والكفالة ولكن لا يؤدي إلى نقل دين من ذمة إلى ذمة كما هو معروف بل أن ذلك يؤدي إلى اشتغال ذمة المصرف بقيمة الكمبيالة ولكن لا على أساس انتقال الدين من ذمة المستحق أى المدين إلى ذمة المصرف ولا على أساس ضم ذمة المصرف إلى ذمة المدين بالكمبيالة بل على أساس امتناع المدين عن الأداء وهو امتناع يؤدي إلى تلف مال الدائن (المستفيد) ومن ثم يصبح مضموناً على من كان متعهداً به وهو المصرف .

والراجح والله أعلم أن القبول المصرفي لا يجوز لأمر منها^(٣) : -

— أخذ فائدة في مقابلة ما دفعه من المال عن عميله فإنه يعتبر قرضاً جر نفعاً .

— قد ينتفع البنك من الغطاء الذى يقدمه العميل والغطاء هنا من باب الرهن فكان انتفاع الضامن به محرماً .

* * *

(٢) انظر : البنك اللاربوى فى الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ١٢٢ .

والمصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ١٢٥ .

(٣) انظر : مجلة البحوث الإسلامية التى تصدر عن الإدارة للبحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد ، العدد الثامن ، صحيفة ١١٥ .

* ثانياً : عقد خصم^(١) الكمبيالات *

○ الكمبيالة : هى ورقة ثلاثية الأطراف تتضمن^(٢) أمراً صادراً من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه ، بأن يدفع لشخص ثالث هو المستفيد ، أو الحامل مبلغاً معيناً من النقود بمجرد الاطلاع ، أو فى ميعاد معين ، أو قابل للتعيين .

وتبرز أهميتها فى أنه تنشأ عن العلائق التجارية ديون لأن المعاملات لا تدفع أعواضها حالاً^(٣) وإنما يكون ذلك منجماً على آجال معلومة ذلك لإتاحة الفرصة لشراء السلع غالية الثمن بالتقسيط .

وتكون الكمبيالة وثيقة على الدين تثبت بها الحقوق وأصبحت تتداول حتى غدت ذات قيمة فى نفسها حيث تباع وتشتري بقيمة أقل من قيمتها الحقيقية ليستفيد المشتري من الفرق بين سعر شرائه ومقدار ما سيحصله من الدين الذى كتب عليه .

(١) الصحيح عربية أن يقال حسم وليس « خصم » لأن الحسم هو القطع ومنه الحسام القاطع . وأما الخصم فهو جانب الشيء ولذا يقال خصم العين أى ما ضمت عليه الأشفار . وواضح أن المقصود هنا هو معنى القطع أى قطع جزء من قيمة الورقة التجارية ولكن اصطلاح القوم على الخصم الجأ إلى استعماله خشية الأغراب . انظر الصحاح ١٨٩٩/٥ - ١٩١٣ .

(٢) القانون التجارى ، للدكتور محمد فريد العرنى ، صحيفة ٨٨ .

(٣) الأوراق التجارية نشرة صادرة من الغرفة التجارية بجدة صحيفة ٧ .

○ تحصيل الكمبيالات :

يقوم البنك بشراء قيمة الكمبيالة لصالح عميله^(٤) حيث يقوم قبل حلول موعد استحقاقها بفترة وجيزة بإرسال إخطار للمدين ويوضح فيه قيمتها ، وعندما يحصل قيمتها يقيدها في حساب العميل بعد خصم المصاريف أو تسلم له نقداً ، وهذا لا إشكال فيه ، والذي يهم هو الخصم .

○ الخصم : وهو يتصل بعملية من أهم العمليات التي يتأسس عليها العمل التجارى في هذا الزمان .

وخلاصته أن العميل يقدم للمصرف سنداً تجارياً قبل حلول موعد استحقاقه من أجل الحصول على قيمة السند^(٥) المقدم حالاً ، بعد خصم الفوائد ، والعمولات ، التي يتقاضاها المصرف حسب الاتفاق . ويستطيع المصرف أن يعيد خصم الأوراق التي خصمها مرة ثانية عند البنك المركزى . وتظهر أهمية الخصم في أن كثيراً من أنواع التجارة لا تباع نقداً بل تباع بالأجل ، ويقوم المشتري بتوقيع الأوراق التجارية محررة لأمر البائع حيث يحدد فيها تاريخ الاستحقاق ، وإذا احتاج التاجر بعض الأموال

(٤) انظر : -

- المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ٧٢ .
- البنك اللاربوى في الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ١١٩ .

(٥) انظر تعريف الخصم في المراجع التالية : -

- عمليات البنوك ، للدكتور على جمال الدين ، صحيفة ٤٦٩ .
- موجز الأوراق التجارية ، للدكتور محمد إسماعيل علم الدين ، صحيفة ٣٠٩ .
- الوديعة المصرفية ، للدكتور حسن الأمين ، صحيفة ٢٩٩ .
- الوسيط في القانون ، أنطاكي وسباعي ، الجزء الثالث ، صحيفة ١٦٩ .
- الوسيط ، محسن شفيق ، الجزء الثاني ، ٣٩٨ .
- مقدمة في النقود والبنوك ، للدكتور محمد زكى شافعى ، صحيفة ٢١٤ .

للاستمرار في تجارته فإنه يتجه إلى البنك لينقل إليه ملكية الإسناد المحررة باسمه ، ويقبض قيمتها بعد أن يخصم منها الفوائد والعمولات حسب الاتفاق .
والخصم يتضمن حصول البنك على مبالغ بأسماء مختلفة منها الفائدة على المبلغ المذكور في الورقة التجارية من يوم الدفع حتى يوم الاستحقاق ، وعمولة خاصة يتقاضاها البنك نظير الخدمة التي يؤديها ، ومصاريف التحصيل التي يتقاضاها البنك إذا كانت الورقة التجارية تدفع في مكان آخر غير المكان الموجود فيه طالب الخصم ، وحين حلول موعد الوفاء يطالب البنك محرر الورقة بقيمتها ، وتكون القيمة المستحصلة من حق البنك . وفي حالة تخلف المدين عن دفع قيمة الورقة المستحقة عليه يعتبر من خصمت له الورقة مسؤولاً أمام البنك عن دفع المبلغ ، وإذا تأخر في الدفع عن الموعد المحدد فإن البنك يحسب عليه فائدة ربوية على التأخير ، ويتقاضى هذه الفائدة من المدين المحرر للكمبيالة .

○ التخرج الشرعي لخصم الأوراق التجارية :

جرت محاولات متعددة لتخرج عقد خصم الأوراق التجارية واتخذت هذه المحاولات عدة وجوه هي : -

● التخرج الأول^(٦) : تخرجها على أنها جعالة ، حيث يتم التوكيل بجعل من المستفيد مقابل جعل للشخص أو البنك عمولة على القيام بالتحصيل .

وعلى أن يقرض ذلك الشخص ، أو البنك الموكل بالتحصيل في نفس الوقت مبلغاً مساوياً لمبلغ الدين الذي في الكمبيالة مخصوصاً منه مقدماً

(٦) بنوك بلا فوائد بحث قدمه الدكتور على عبد الرسول لمؤتمر الاقتصاد الإسلامي الأول عام ١٣٩٥ هـ .

(الجعل) الذى تقرر له أخذه على تحصيل الدين . وعند حلول أجل الدين يحصله ذلك الشخص ، أو البنك لحساب الدائن ثم يأخذ سداداً لدينه فإن تعذر عليه تحصيل الدين حتى بالإجراءات النظامية كأن أفلس المدين - عاد ذلك الشخص أو البنك على الدائن بقيمة القرض فقط ولم يستحق (جعلاً) واعترض على ذلك بأن محاولة التخرج على هذا النحو لا يمكن أن تدخل فى باب الجعالة ، لأن من شروط صحة الجعالة حتى عند الذين أجازوها قولاً واحداً وهم المالكية : - ألا تكون محددة الأجل ، وخصم الكمبيالة محدد الأجل - وألا يستحق شيئاً من الجعل إلا بعد^(٧) تمام العمل والخصم يؤخذ مقدماً قبل حلول الأجل عند تقديم القرض .

ثم أن الارتباط بين التوكيل على اقتضاء الدين ، وتحصيله عند حلول أجله ، وبين تقديم قرض بقيمته فى نفس الوقت مخصوصاً منه الجعل (عمولة) على التحصيل مقدماً يجعل المسألة فى حقيقتها قرضاً مؤجلاً بفائدة ربوية وإن سميت جعالة أو عمولة . والتسمية لا أثر لها فى الأحكام لأن العبرة بالحقائق لا بالألفاظ .

● التخرج الثانى : خصم الورقة الثمارية عبارة عن قرض من البنك للمستفيد لأن المصرف لم يقصد شراء الحق ، ولا أن يكون محالاً به ، وإنما قصد الإقراض .

ولا مانع من اجتماع التوكيل والإقراض . إذ لو قبض الوكيل قيمة الورقة المخصوصة فإن المقاصة تتم بين الدينين أى الدين الذى عليه والذى يطالب الخصم كما يتضمن هذه العملية تحويل المستفيد . على البنك الدائن والمحيل هو محرر الكمبيالة^(٨) ، وبحكم القرض يصبح المستفيد مالئاً للمبلغ

(٧) بداية المجتهد ، ابن رشد ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢٣٣ .

(٨) انظر : تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ، للدكتور سامى =

الذى خصم البنك به الكمبيالة وبحكم الحوالة يصبح البنك دائماً محرراً تلك الكمبيالة ، وبحكم تعهد المستفيد بالوفاء يحق للبنك أن يطالبه بتسديد قيمة الكمبيالة إذا تخلف محررها عن ذلك عند حلول موعدها ، وبحكم كون المحرر مديناً للبنك نتيجة للتحويل يتقاضى البنك منه فوائد على تأخير الدفع عن موعده المحدد ، وذلك محرم لأنه من الربا ، أما ما يأخذه البنك لقاء تحصيل المبلغ إذا كان يدفع في مكان آخر فهو جائز ، لأن ذلك يكون بأجرة ، وذلك جائز لأن البنك أصبح دائماً للمستفيد الذى خصمت له الورقة بعد القرض ، ومن حق الدائن المطالبة بالوفاء في نفس المكان ، أما المطالبة بالوفاء في مكان آخر فلا .

ولذا يصح أن يأخذ عمولة على دفع الدين في مكان آخر ، أو لقاء أية خدمة يقدمها البنك للعميل كتحويل الكمبيالات أو قيدها في حسابه لديه .

● التخريج الثالث : أن العملية تكون بمثابة (بيع)^(٩) وذلك بافتراض أن المستفيد الذى تقدم إلى المصرف طالباً خصم الورقة يبيع الدين الذى تمثله الورقة فيملك المصرف بموجبه هذا البيع الدين الذى كان المستفيد يملكه في ذمة المدين بالورقة لقاء الثمن الذى دفعه فعلاً فيكون من بيع الدين بأقل منه .

وعلى أساس هذا التكييف لعملية الخصم يتجه بعض الفقهاء إلى جوازه شرعاً لأن بيع الدين بأقل من جائز إذا لم يكن الدين ذهباً ، أو فضة ، أو

= حمود ، صحيفة ٣١٢ .

— المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ٨٦ - ٩٩ .

— موسوعة الكويت مادة الحوالة .

(٩) المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ٩٩ - ١٠٠ .

مكياً ، أو موزوناً ، ونظراً لأن الدين المباع ليس من الأنواع المذكورة فإنه يجوز بيعها بأقل منها .

وعلى هذا الوجه - أى اعتبار الخصم بيعاً - يمكن تخريج مسؤولية المستفيد (المظهر للكمبيالة لصالح البنك الخاص) عن وفاء الدين أمام المصرف عند عدم وفاء المدين بالورقة ، على أساس أن المستفيد إلى جانب بيعه الدين متعهد بوفائه أيضاً .

أو على أساس أن المصرف اشترط عليه فى عقد شراء الدين منه أن يوفيه عند حلوله ، إذا طالبه المصرف بذلك .

● **والأساس الأول :** - أى التعهد - يجعل المستفيد مسؤولاً عن وفاء الدين عند تخلف المدين عن تسديده للمصرف .

● **والأساس الثانى :** - أى الشرط - يجعل المستفيد ملزماً بوفاء الدين حتى إذا رجع المصرف إليه ابتداء وطالبه بذلك قبل أن يتبين تخلف المدين عن أداء الدين ، ومن المعلوم أن الأساس الأول هو الأصديق على العملية فى وضعها الجارى فى العمل المصرفى طبقاً لقانون الصرف .

وهذا التخريج يؤدى إلى تيسير إجازة عملية الخصم شرعاً غير أن إجازة بيع الدين بأقل منه فيها نظر .

قال ابن رشد^(١) : حجة من لم يجز « ضع وتعجل » أنه شبهه بالزيادة مع النظرة المجمع على تحريمها ووجه شبهها بها أنه جعل للزمان مقداراً من الثمن بدلاً منه ، وذلك أنه فى « انظر فى ازدك » لما زاد له الزمان عوضه ثناً وهنا لما حط عنه الزمان حط فى مقابله ثناً .

(١٠) بداية المجتهد لابن رشد ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٥٦ .

كما استدلل المانعون بما روى مالك عن أبي صالح مولى السفاح أنه قال :
بعث بزأ لى من أهل دار نخلة إلى أجل ثم أردت الخروج إلى الكوفة على
أن أضع عنهم بعض الثمن وينقدوني فسألت عن ذلك زيد بن ثابت فقال
لا آمرك أن تأكل كل هذا ولا توكله .. الكلام على الحديث : مولى السفاح
لم يقابل زيدا لأنه مات فى مؤتة .

وروى مالك بسنده عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن الرجل يكون
له الدين على الرجل إلى أجل ليصبح صاحب الحق ويجعله للآخر فكره ذلك
ونهى عنه .

وقال ابن رشد أيضاً^(١١) : « وعمدة من أجارها ما روى عن ابن
عباس أن النبى ﷺ لما أمر بإخراج بنى النضير جاءه ناس منهم فقالوا :
يا نبى الله إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل . فقال
رسول الله ﷺ : « ضعوا وتعجلوا » . فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه
لهذا الحديث وقد علم ما فى قياس الشبه من ضعف وأنه لا يصار إليه إلا
عند عدم إمكان قياس العلة وذلك عند القائلين به فما بالناس إذا كان يعارضه
نص هو الحديث » .

○ الراجع :

والنص إنما ورد فى الزيادة على الدين فى مقابل الأجل . أما النقص
عن الأصل فى مقابل التعجيل لدينه فلم يرد فيه نص - فيما أعلم - وقياس
الشبه هنا ضعيف كما قال ابن رشد . وليس هناك ما يمنع من الانتفاع بهذه
المعاملة .

(١١) نفس المصدر السابقة ، صحيفة ١١٩ .

● التخرج الرابع : أن العميل تبرع بالفرق بين القيمة الأسمية ، والقيمة المخصومة فيكون ذلك من قبيل الإبراء ، والإسقاط على سبيل الهبة ، وليس على سبيل المبادلة بعوض^(١٢) .

ويقرض على هذا بأن هذا الوصف لا يتمشى مع طبيعة خصم الكمبيالة لأنها معاوضة بفرض الربح ، وهى تدخل فى الأعمال التجارية ، أما الهبة فليست من عقود المعاوضات بل أن الفرق بين قيمة الكمبيالة المخصومة وقيمتها الأسمية إنما هو عوض عن عدم الانتظار ، حتى يحين زمن استحقاقها كما أن العميل ليس مختاراً فى دفع هذه الفائدة متحقق بذلك كونها ليست تبرعاً .

○ والراجع :

— إن شاء الله — أن خصم الأوراق التجارية عملية ربوية واضحة ، ولو اكتفى البنك بأخذ العمولة لكان هذا أجراً نظير قيامه بالتحصيل وكان الدفع قبل الموعد من باب القرض الحسن أما الفائدة التى يأخذها البنك فهى نظير الإقراض^(١٣) ولذلك تختلف القيمة تبعاً للقيمة التى تحتويها الورقة التجارية لموعد الاستحقاق ، فإذا فرض أن قيمة الورقة ألف وموعد السداد بعد شهر ، وأراد صاحبها خصمها فإن البنك يعطيه تسعمائة وخمسين ، محتسباً فائدة مقدارها خمسون ، فكأنه أقرضه تسعمائة وخمسين ويسترد البنك دينه بعد شهر بزيادة خمسين وهذا ربا .

(١٢) البنوك الإسلامية ، الدكتور شوق شحاته ، صحيفة ٢٠ .

(١٣) بحث للدكتور محمد السالوس مقدم للمجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامى وهو مطبوع فى مجلة المجمع ، الجزء الثانى ، صحيفة ٧٩٢ .

وانظر الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ، الجزء الخامس ، صحيفة ٣ - ٦٠٣ .

وقد درج القانونيون^(١٤) على اعتبار خصم الأوراق التجارية من باب القرض حيث قالوا إن تعجيل المصرف مبلغاً من النقود لقاء أوراق مالية مودعة في المصرف فالمصرف يكون قد أقرض العميل هذا المبلغ الذى عجله في مقابل رهن هو الأوراق المالية المودعة في المصرف .

فالخصم لا يجوز لأنه يتضمن ربا الفضل ، كما يدخلها ربا النسيئة ، حيث إنها بيع نقد بجنسه متفاضلاً ، وهذا ممنوع شرعاً كما أن المصرف يقرض صاحب الأوراق بفائدة مخصصة من الأصل نظير الأجل وهذا محرم أيضاً . ولا يمكن تخريجه على أنه حوالة صحيحة^(١٥) من المظهر للمصرف الخاصم على المسحوب عليه ولو كان مديناً ، لفوات شرطية التساوى بين الدين المحال به والدين المحال عليه ، لأن الدين المحال به هو المبلغ الذى يدفعه المصرف إلى من قام بتظهير الورقة إليه والدين المحال عليه وهو الذى تثبته الورقة .

وكذلك لا تصح قرضاً من المصرف الخاصم وتوكيلاً من المظهر في استيفاء بدل القرض من المسحوب عليه ، لأنه حينئذ قرض جر نفعاً ، لمكان عدم التساوى .

وكذلك لا تصح أيضاً على سبيل بيع الدين من غير من هو عليه عند من يرى ذلك لأن العوضين هنا من النقود ولا يجوز شرعاً بيع النقود بجنسها مع التفاصيل . وعند اختلاف الجنس يجب التقابض وليست عملية الخصم هذه إلا عملية من عمليات الإقراض بفائدة التى تقوم بها المصارف .

* * *

(١٤) الوسيط في القانون ، للدكتور عبد الرزاق السنهورى ، الجزء الخامس ، صحيفة ٤٣٧ .

(١٥) موسوعة الكويت ، النموذج الثالث ، صحيفة ٣٤٢ .

المبحث الخامس
تحصيل الشيكات

○ المبحث الخامس ○

تحصيل الشيكات

○ تعريف الشيك^(١):

هو أمر من شخص يسمى الساحب إلى المسحوب عليه - وهو عادة مصرف بدفع مبلغ معين لإذن شخص ثالث لدى الاطلاع . ويستعمل الشيك أداة لتسوية الحقوق والوفاء بالالتزامات المالية التي تترتب على معاملات تجارية أو خلافها .

○ أنواع الشيك :

له عدة صور :

- أ - أن يكون الشيك مسحوباً على نفس البنك ، أو أحد فروع ، فيصرف الشيك من حساب الساحب لصالح المستفيد .
- ب - أن يكون الشيك مسحوباً على بنك آخر ، ففي هذه الحالة يصرف قيمته ، ويحصل البنك قيمته من البنك الآخر الذي سحب عليه ، ويأخذ البنك - الذي صرف الشيك - عمولة يسيرة .

(١) انظر تعريف الشيك وأهميته في : -

— القانون التجاري ، د . علي جمال الدين ، صحيفة ٣٢ .

— البنوك والائتمان ، علي عامر ، صحيفة ١٠٣ .

* التكيف الفقهي لتحصيل الشيكات *

لم يختلف العلماء^(٢) - فيما أعلم - على جواز الشيكات باعتباره خدمة تقدمها البنوك لعملائها ، ولكن اختلفوا في توجيه هذه المعاملة ، وتعدد تخريجهم لها كما يلي : -

● **التخريج الأول :** تعتبر بمثابة « عقد وكالة »^(٣) فالمستفيد يقوم بتوكيل المصرف المحصل في قبض الدين الذي له بمقتضى الشيك ، ويجوز للمصرف قبول التوكيل نظير عمولة محددة ، ومن ثم لا يكون المصرف المطالب بتحصيل الشيك مديناً للمستفيد ، ولا دائئاً للمصرف المسحوب عليه ، بل مجرد وسيط - وكيل - يعمل لصالح الأصيل « أى المستفيد » ولا صلة للعمولة التى يتقاضى في هذه الحالة بما يكون المصرف المحصل قد قدمه من مبالغ إلى المستفيد مسبقاً قبل تحصيل قيمة الشيك من المصرف المسحوب عليه ، فهذه المبالغ تعتبر قرضاً . وهو عقد مستقل عن عقد الوكالة بتحصيل قيمة الشيك من المصرف المسحوب .

● **التخريج الثانى :** حوالة وبيع^(٤) .

أما الحوالة فهى حوالة صاحب الشيك للمستفيد على البنك المسحوب عليه ، وبموجب هذه الحوالة يصبح المستفيد مالئاً لقيمتها في ذمة البنك المحول عليه .

وأما البيع فيمارسه المستفيد نفسه بعد أن أصبح مالئاً لقيمة الشيك

(٢) صرف الشيكات من ضمن المعاملات التى رأى جوازها مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية في دورته الثالثة في ١٣/١/١٣٨٥ هـ .

ولكن لم يخرج العلاقة بين أطراف التعاقد في مسألة الشيكات إلا الدكتور غريب الجمال ومحمد باقر الصدر ولم أر من تعرض للتخريج غيرهما .

(٣) المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ٧١ .

(٤) البنك اللاروى في الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ١٠٧ .

فى ذمة البنك المسحوب عليه ، إذ يبيع ما يملكه فى ذمة ذلك البنك بإزاء مبلغ نقدى يتسلمه من البنك الذى دفع إليه الشيك لتحصيله ، ويكون هذا من بيع الدين .

ومهما يكن تخريج المسألة فإنه جائز شرعاً أى سواء كانت حوالتين أو حوالة بدين ثم بيع الدين .

أى أن المستفيد يبيع الدين نقداً إلى المصرف المحصل الدين الذى يملكه بموجب الشيك فى ذمة المصرف المسحوب عليه فيصبح المصرف الأول دائناً بقيمة هذا الدين للمصرف الأخير .. وهذا غير وجيه .

● التخرج الثالث : توجد (حوالتان) : -

أحدهما : حوالة صاحب الدين المستفيد على المصرف المسحوب عليه .

والأخرى : حوالة المصرف المسحوب عليه دائنه - المستفيد - على المصرف المحصل ويجوز لهذا الأخير تقاضى أجر - عمولة - نظير قيامه بالاتصال بالمصرف المسحوب عليه ، وتكليفه بالتحويل ثم وضعه القيمة ، بعد تحصيلها تحت تصرف المستفيد ليقبضها ، أو ليدعها فى حسابه الجارى لدى المصرف المحصل^(٥) .

● التخرج الرابع : التفريق بين حالتين ، حاله عميل يكون له رصيد فى البنك ، وبين عميل لا يكون رصيد فيه كما يلى^(٦) :-

○ الحالة الأولى : -

أن يكون محرر الشيك رصيد دائن فى البنك ، فيحسب من حسابه

(٥) المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، الدكتور غريب الجمال ، صحيفة ٧١ .

(٦) البنك اللاربوى فى الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ٩٢ - ٩٤ .

الجارى عن طريق الشيك الذى يحمره كأداة وفاء لدينه^(٧) ويخرج ذلك على أساس أنه استيفاء للدين الذى قبل المصرف (حسب تخريج الصدر للودائع على أنها قروض) كما يمكن تفسيره على أساس أن محرر الشيك يقترض من البنك بهذا السحب فتنشأ ديون متقابلة .

وحسب التفسير الأول فإن العملية تكون بمثابة حوالة من المدين إلى الدائن على البنك الذى يملك المدين فى ذمته قيمة ودائعه الجارية ، وهذا جائز ، ويصح به إنراء ذمة المدين وبراءة ذمة البنك تجاه المحيل بمقدار قيمة الشيك .

أما إذا فسرنا السحب من السحاب الجارى على أساس إنه اقتراض جديد من البنك ينشأ عنه دينان متقابلان فيجب أن تخضع لشروط القروض . ويعتبر القبض شرطاً أساسياً لصحة القرض فلا يصح السحب من الحساب بالشيكات بوصفه اقتراضاً من البنك إلا إذا قبض الساحب المبلغ المسحوب أو قبضه بالنيابة عنه نفس موظف البنك أو المستفيد من الشيك . أما إذا لم يقع القبض فلا تبرأ حينئذ ذمة محرر الشيك تجاه المستفيد منه .

(٧) قد يكون صاحب الشيك - أى محرر الشيك - هو المستفيد أى أنه يحاول استيفاء قيمة الشيك المسحوب دينه على البنك . وليس تحريره للشيك إلا ليقدم وثيقة على الوفاء .

ومن هذا القبيل تحرير الشيك لصالح البنك وبهذا يكون البنك هو المسحوب عليه وهو المستفيد .

وتخريج ذلك أنه تقع المقاصة بين الاستحقاقين استحقاق البنك لدى العميل وما لديه من مال العميل والشيك فى هذه الحالة وثيقة على وقوع هذه المقاصة بين ذمتى العميل والوكيل .. وكل ذلك جائز والشيك فى هذه الحالة وثيقة على وقوع هذه المقاصة بين ذمتى العميل والوكيل .. وكل ذلك جائز .

ولهذا فإن تخرج المسألة على أساس الاستيفاء ، والحوالة أرجح من تخرجها على أنها إنشاء عقد جديد .

○ الحالة الثانية : -

ألا يكون محرر الشيك رصيد في البنك ، وإنما له حساب مكشوف ، فيحرر الشيك لدائنه ، والدائن يسلم الشيك إلى البنك ليتسلم قيمته أو ليخصم البنك قيمته من الرصيد المدين لمحرر الشيك ويقيده في الرصيد الدائن للمستفيد من الشيك .

في هذه الحالة إذا اعتبرنا الشيك إنشاء قرض جديد من البنك لأنه يتوقف حيثئذ على القرض .

ويمكن أن يعتبر الشيك حوالة من المدين لدائنه على البنك غير أن المحول عليه ليس مديناً للمحيل ، ويسمى الفقهاء هذه المسألة بالحوالة على البريء .

وهي تنفذ بالقبول من البنك (بشرط ألا يكون في تسديد دين لثلاث يكون من باب بيع الدين بالدين) فإذا قبل البنك الشيك اعتبر ذلك قبولاً منه للحوالة فتستغل ذمته بقدر ما كان للمحال في ذمة المحول ، ويصبح المحول مديناً للبنك (المحول عليه) بقيمة الحوالة .

فمديونية محرر الشيك للبنك لا تقوم هنا على أساس الاقتراض لكي يتوقف على القبض بل على أساس قبول البنك للحوالة .

ولما كان البنك بريئاً لقبوله للحوالة ، وانتقال دين المحول عليه إلى ذمته يصبح دائناً للمحول بنفس المقدار .

وهكذا يتضح أنه يصح استعمال الشيك على البنك أداة وفاء على أساس الحوالة ، سواء كان محرر الشيك رصيد دائن في حسابه الجاري أو لم يكن له رصيد دائن بأن كان حسابه مكشوفاً . أما العمولة التي يأخذها

البنك على عملية التسجيل ، والصرف ، وقيمة الطوابع ، والبريد كل هذا صحيح لأن العميل تشتغل ذمته بأجرة المثل للبنك لقاء الخدمات المصرفية .

○ اعتماد قبول صرف الشيكات : -

يتصل بموضوع الشيكات أن البنوك قد تضمن صرف الشيك لمن يستحقه ، وذلك بالتوقيع على الشيك ليستفيد صاحبه من هذا الضمان فيحصل على المال الذى يحتاج إليه .

وقبول البنوك لصرف الشيكات على وجهين^(٨) : -

● الوجه الأول : يتحمل المصرف مسؤولية الشيكات التى عززها بتوقيعه ، تسهلاً لتداولها حيث يضمن لمن يستلمها وفاء لحقوقه أن يصرف له قيمتها .

وهذا القبول ينطوى على معنى تأكيد وجود ما يقابل الشيك تحت يده ، وتعهد بالاحتفاظ بهذا المقابل تحت تصرف المستفيد وقبوله حوالة هذا المستفيد عليه ، وهو إقرار من المصرف بما فى ذمته بمثابة تأمين عينى لقيمة الشيك .

وهو إما أن يتجه إلى مستفيد معين ، أو لا يتجه إلى مستفيد معين ، وذلك بأن يقبله البنك قبل أن يحرره صاحبه لمستفيد معين فإن كان التعهد لمستفيد معين لزم البنك الوفاء بهذا التعهد ويكون من باب تعهد المدين بدفع دينه وإذا تخلف محرر الشيك عن الوفاء أمكنه - أى المستفيد - أن يرجع على البنك بقبض قيمة الشيك ، وهذا جائز شرعاً .

(٨) انظر ذلك فى : -

- المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، الدكتور غريب الجمال ، صحيفة ١٢٣ .

أما إذا لم يتجه التعهد لصالح مستفيد معين ، فإنه لا يكون ملزماً للبنك في هذه الحالة .

● الوجه الثاني : الذى لا يتحمل فيه البنك المسؤولية أمام المستفيد : -

وهذا يقتضى تأكيد البنك على وجود رصيد دائن للساحب ، واستعداده لخصم قيمة الشيك إذا قدم إليه من ذلك الرصيد ، وهذا جائز ، سواء قدم ذلك لمستفيد معين أو قدم لمستفيد غير معين ، حيث أن ذلك عبارة عن إخبار عن أن العميل الذى سحب الشيك ملئ . ويمكن للبنك أن يتقاضى عمولة على قبوله الشيك .

○ حكم تقاضى العمولة على تحصيل الشيك : -

يجوز في الحالة^(٩) التى كيفت على أساس أنها حوالتين معاقتان يجوز للبنك المحصل أن يأخذ من المستفيد أجره على قيامه بتحصيل قيمة الشيك له عن طريق اتصاله بالبنك المسحوب عليه وطلب تحويل قيمة الشيك عليه . أما في الحالة الأولى فساحب الشيك المحيل على البنك إما أن يكون قد سحبه على رصيده الدائن ، أو سحبه لحسابه الجارى المكشوف مع البنك فإن كان قد سحبه على رصيده الدائن فهى حوالة على مدين والحوالة على مدين ليست بحاجة إلى رضى المدين بالحوالة ، بل تنفذ بمجرد سحب الشيك عليه ويكون البنك مديناً للمستفيد ويجب عليه وفاء دينه أو إضافته إلى رصيده الدائن ولا يمكن للمدين أخذ أجرة على وفاء دينه ، ويستثنى حالة ما إذا شرط البنك على كل دائن حين تولد دينه إلا بنقل ملكية الدين عن طريق

(٩) البنك اللاربوى فى الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ١٠٨ .

وانظر : صحيفة ٣٣٧ .

الحوالة إلا بإذنه وحينئذ يمكن للبنك أخذ أجرة أو عمولة في مقابل قبوله بالحوالة واسقاط الشرط .

أما إذا كان الساحب قد سحب قيمة الشيك من حسابه الجارى على المكشوف فالشيك في هذه الحالة يعنى حوالة على برىء ، والبرىء يمكنه ألا يقبل الحوالة إلا بأجر من المحيل ، أى المستفيد من الشيك ، وليس ذلك من الفائدة التى يتقاضاها الدائن من المدين لأن الأجر هنا يتقاضاه المدين من الدائن في مقابل للحوالة وبأن يصبح مديناً .

وهكذا إن أخذ العمولة على تحصيل الشيك جائز إذا كان الشيك مسحوباً على بنك آخر غير البنك المحصل ، أو على البنك المحصل دون رصيد دائن للساحب .

وأما إذا كان مسحوباً على البنك المحصل مع رصيد دائن للساحب فلا يجوز للبنك أخذ العمولة على تحصيل قيمة الشيك من المستفيد إلا في حالة ارتباط البنك مع عملائه الدائنين منذ البدء بقرار يقضى بعدم التحويل عليه بدون إذنه .

وقد يكون الشيك مسحوباً على بنك ، ولكن المطالب بتحصيله هو فرع نفس البنك في بلد آخر - أو نفس البلد - فالفرع يعتبر وكيلاً للبنك ، ولجميع فروع البنك ذمة واحدة ، فأى حق ترتب على أى فرع من الفروع هو في الحقيقة ثابت في ذمة جميع الفروع ، فإذا سحب شيكاً على فرع من الفروع لصالح دائنه فهو في الحقيقة قد حول دائنه على هذا البنك أو أى فرع من فروعه لأنهم جميعاً يمثلون ذمة مالية واحدة ، ولكن الفروع ليسوا ملزمين بدفع قيمة الشيك للمستفيد إذ لا يلزم بذلك إلا نفس الفرع الذى لساحب الشيك حساب لديه ، أى في نفس المكان الذى أودع المال فيه - أى المكان الذى وقع فيه القرض حسب تخرج الوديعة عموماً على أنها

قرض^(١٠) .

وعلى هذا الأساس يصبح بإمكان البنك الذى طوّل فرعه بخصم قيمة الشيك المسحوب من عميله على فرعه أن يطالب بعمولة ، وأجرة لقاء تسديد الدين فى غير المكان الذى وقع فيه القرض - أى الإيداع حسب التخريج على أن الوديعة قرض - بينه وبين العميل الساحب للشيك اهـ .

* * *

(١٠) سبق أن هذا هو تخريج محمد باقر الصدر ، انظر صحيفة ٢٥٢ مبحث الوديعة .

المبحث السادس
المُرابحة

○ المبحث السادس ○

عقد المراجعة

○ توطئة :

سبق القول بأن البيع ينقسم إلى بيع مساومة وأمانة والمراجعة إحدى صور بيع الأمانة لأن الأصل أن المشتري ائتمن البائع في حديثه عن الثمن الأول من غير بيان الدليل ويلزم الصدق في كل ذلك قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾^(١) وعلى البائع أن يبين للمشتري الثمن الذي اشترى به أولاً ، والعيوب التي في السلعة ، ومدة بقاء المبيع عنده ، لأن بعض السلع تتأثر بطول المدة ، وعليه أن يبين أيضاً أن السلعة من تركة الميت إذا كان الناس في^(٢) عرفهم لا يرغبون في مثلها ، وتضاف النفقات إلى رأس المال إذا اعتاد الناس ذلك في التجارة ، مثل أجرة الترحيل ، والتخزين وغيرها ولكن عليه أن يبين كل ذلك .

وجرى العمل بعقد المراجعة في البنوك بهدف تمكين الأفراد ، والمؤسسات من الحصول على سلعة ، أو إقامة مشروع ، وذلك على أساس دفع القيمة المتفق عليها للبنك بطريق التقسيط ، أو غير ذلك من الترتيبات

(١) سورة الأنفال آية ٢٧ .

(٢) الندوة الخاصة بسياسات وانشطة البنك الاستثمارية في بنك فيصل الإسلامى سنة

١٣٩٩ صحيفة ٩٩ .

المشابهة^(٣) .

ويمكن تطبيق عقد المراجعة في استيراد السلع من الخارج أو جلبها من الداخل أو في إنشاء العقارات لحساب آمرين بها وتسليمها لهم لسدادها بأقساط يتفق عليها .

ويمكن أن تستخدم المراجعة^(٤) بديلاً عن الكمبيالات المخصصة ، ذلك أن التاجر الذي يبيع بالتقسيط ، ويخشى من البنك أن يعيد له الكمبيالات دون دفع ، محملاً إياه فائدة أيام التأخير في السداد سيد نفسه . كما يشعر المشتري بالراحة حين يستعيز بهذا الأسلوب عن أسلوب البيع بالتقسيط المتضمن سحب كمبيالات عليه حيث أن التاجر سيزيد عليه في الحالة الثانية الفوائد الربوية التي سيأخذها منه البنك عند خصم الكمبيالات .

○ تعريف المراجعة :

عرفت المراجعة بعدة تعريفات وكلها تعنى الزيادة على رأس المال . قال الحنفية^(٥) : - المراجعة نقل ما ملكه بالعقد الأول ، بالثمن الأول مع زيادة ربح .

(٣) البنوك الإسلامية ، د . على عبد الرسول ، صحيفة ١٦٠ .
وبحث للدكتور وهبة الزحيلي مقدم للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة مطبوع في الجزء الثاني من مجلة المجمع صحيفة ٨١٩ .
(٤) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ، د . سامي أحمد حمود ، صحيفة ٤٨١ .

(٥) البحر الزخار ، الجزء الرابع ، صحيفة ٣٧٩ .
— وحاشية ابن عابدين ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٣٢ .
— والهداية مع فتح القدير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٢٥٢ .

وعرفها بعضهم بأنها : نقل ما ملكه من السلع بما قام عنده .
وعرفها المالكية^(٦) بأنها : بيع السلعة بالثمن المشتراه به ، مع زيادة
ربح معلوم للمتعاقدين .

وقال ابن عرفة من المالكية : هي بيع مرتب ثمنه على ثمن بيع تقدمه
غير لازم مساواته له .

وعرفها الحنابلة^(٧) : بأنها البيع برأس المال وربح معلوم .
وعرفها الشافعية^(٨) : بأنها المفاعلة من الربح ، وهو الزيادة على رأس
المال .

وحاصل تعريفات العلماء إنها تعود إلى معنى واحد ، وهو بيع ما ملكه
الإنسان برأس ماله ، مع ربح محدود ، ولا فرق بين أن يكون الربح حصة
نسبية من رأس المال ، أو مبلغاً مقطوعاً ، أو عيناً معينة في حوزة المشتري .

مشروعية المراجعة :

الجمهور على أن المراجعة جائزة على كل حال^(٩) سواء نص على جميع
الربح في العقد أو على مقدار نسبته من رأس المال وهذا رأى الأئمة الثلاثة
الشافعي وأبي حنيفة ومالك وكثير من التابعين منهم ابن المنذر وسعيد بن
المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي والثوري واستدلوا بما يلي : -

-
- (٦) الشرح الكبير ، الدردير ، الجزء الثالث ، صحيفة ١٥٩ .
(٧) المغنى ، لابن قدامة ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٣٦ .
والإنصاف ، للمرداوى ، الجزء الرابع ، صحيفة ٤٣٤ .
(٨) مغنى المحتاج ، الجزء الثانى ، صحيفة ٧٦ .
المهذب ، الشيرازى ، الجزء الأول ، صحيفة ٢٨٩ .
(٩) المغنى ، لابن قدامة ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٣٦ .
فتح القدير مع شرح العناية ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٥٤ .

أ - عموم قوله تعالى : ﴿ وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾^(١٠) .
 ب - جرى العرف بالتعامل على هذا الوجه ، واتخاذ رأس المال المبيع أساساً في الرضا به من غير إنكار أحد .
 ح - الحاجة إلى هذا البيع لأن من لا معرفة له بالتجارة يحتاج إلى أن يعتمد على غيره ممن له خبره ، وتطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح .
 وقد نص الشافعي على هذه المعاملة وقال بجوازها وأن الشخص الواعد مخير بين أن يشتري السلعة المشتراة أم لا ، والآخر مخير بين أن يشتري للواعد ، ولا يشتري له ، وبعد شرائه للسلعة هو مخير بين أن يبيع للواعد أو لا يبيعه لأن البيع عن تراضي ، والوعد غير ملزم عند الشافعية ، حيث قال^(١١) : (وإذا رأى الرجل السلعة فقال : اشتر هذه وأربحك فيها كذا فاشترها الرجل فالشراء جائز والذي قال : أربحك فيها بالخيار إن شاء أحدث فيها بيعاً ، وإن شاء تركه ، وهكذا إن قال اشتر لي متاعاً ووصفه له أو متاعاً أي متاع شئت وأنا أربحك فيه فكل هذا سواء يجوز البيع الأول ويكون فيما أعطى من نفسه بالخيار وسواء في هذا ما وصفت إن كان قال : أبتاعه أو أشتريه منك بنقد ، أو دين ، يجوز البيع الأول ويكونان بالخيار في البيع الآخر فإن حدداه جاز) .

وقال الحنابلة^(١٢) وهو مروي عن بعض الصحابة منهم ابن عمر ، وابن عباس : إن الربح إذا ذكر جميعه في العقد فالمعاملة صحيحة ، أما لو ذكر نسبة معينة من الربح فالعقد مكروه .

(١٠) سورة البقرة آية ٢٧٥ .

(١١) الأم للشافعي ، الجزء الثالث ، صحيفة ٢٩ .

(١٢) المغنى المرجع السابق .

وقال ابن قدامة : إن هذه الكراهة تنزيهية^(١٣) - ولا أثر لها في صحة العقد لأن الجهالة يمكن أن تزول بالحساب والأدلة على ذلك : -
أ - أنه لا يعلم مخالف لابن عمر وابن عباس من الصحابة .
ب - يتضمن العقد جهالة ينبغي التحرز عنها .

وقال الظاهرية : إنها لا تصح ، وأنكر ابن حزم على الفقهاء قولهم بصحة المراجعة فقال^(١٤) : « إذا كانت صحيفة البيع تتضمن على أن تربحني للدینار درهماً أو على أن أربح معك فيه كذا وكذا درهماً ، فالعقد مفسوخ ، أما لو تم البيع بدون هذا الشرط ، ولكن قام البائع بإخبار المشتري برأس مال السلعة ، بأن يقول له أشتريها بكذا وكذا ، وأنه لا يربح معه فيها إلا كذا وكذا ، فقد صح البيع وفي هذه الحالة ولو اطلع المشتري على خيانة في المبيع فلا يقدح ذلك في صحة العقد ، ويعتبر العقد لازماً ، ولا يحق للمشتري الرجوع على البائع بشيء أصلاً ، إلا من عيب فيه ، أو غبن ظاهر كسائر البيوع والكاذب آثم في كذبه فقط » . واستدل الظاهرية على إبطال عقد المراجعة بأنها تتضمن جهالة والجهالة تبطل المعاوضة .

○ **الراجع :** من المعلوم أن المراجعة صورتان : -

● **إحدهما :** أن يذكر في العقد رأس المال ، وجميع الربح ، ولا جهالة في ثمن المبيع^(١٥) في مثل هذه الحالة .

(١٣) الكراهة التنزيهية : هي ما طلب الكف عنه من غير إشعار بالعقوبة على ذلك وهو يقابل السنة .

انظر : المستصفي للفرزالي ، الجزء الأول ، صحيفة

(١٤) المحلى لابن حزم ، الجزء التاسع ، صحيفة ١٤ .

(١٥) أفتى الشيخ ابن باز بجوازها وقد وجه إليه سؤال في ١٦ جمادى الآخرة ١٤٠٢ هـ

الموافق ١٠ إبريل ١٩٨٢ م ونص السؤال : -

« إذا رغب عميل البنك الإسلامي شراء بضاعة ما تكلفتها ألف ريال وأراها البنك =

● **والثانية :** أن يذكر الربح بنسبة معينة كعشرة في المائة ، وثن المبيع في مثل هذه الحالة يصبح مجهولاً ، وهذا هو الذى جعل بعض العلماء يقول بكراهتها ، والمنع منها ، ولكن الجهالة في مثل هذه الحالة مغتفرة لأنها ليست جهالة فاحشة تؤدي إلى نزاع ، لأنه من الممكن إزالتها بالحساب كما قال ابن قدامة .

○ حكم الوعد على التعاقد :

الوعد لا يلزم الوفاء به قضاء بل مندوب ومطلوب ديانة ومن مكارم الأخلاق . قال تعالى^(١٦) ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَمْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾ وقد ألزم بعض العلماء الوفاء بالوعد قضاء في بعض الحالات .

قال ابن شبرمة : يلزم الواعد ، ويجبر على الوفاء بوعده قضاء . وقال الحنفية : يلزم الوعد إذا صدر معلقاً على شرط ، منعاً لتقرير الموعود . وعبروا عن ذلك بقاعدة منية : « المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة »^(١٧) .

وقال ابن نجيم^(١٨) : « لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً » مثل أن

= الإسلامي أو وصفها له ووعده بشرائها منه مراعاة بالأجل لمدة سنة بربح قدره مائة ريال لتكون القيمة الكلية ألف ومائة ريال وذلك بعد أن يشتريها البنك من مالكها بدون إلزام العميل بتنفيذ وعده المذكور أو المكتوب فما رأيكم في هذه المعاملة . فأجاب بما يلي : إذا كان الواقع ما ذكر في السؤال فلا حرج في المعاملة المذكورة إذا استقر المبيع في ملك البنك الإسلامي وجازه إليه من ملك بائعه لعموم الأدلة الشرعية وفق الله الجميع لما يرضيه .

الفتوى مطبوعة ضمن مجموعة مطبوعات بيت التمويل الكويتي .

(١٦) سورة الصف ، الآية الثانية .

(١٧) المجلة المادة ٨٣ .

(١٨) ابن نجيم الأشباه والنظائر صحيفة

يقول شخص لآخر : إذا لم يعطك فلان تمن المبيع فأنا أعطيه لك ، فيلزم إعطاؤه حينئذ ، لأن الوعد اكتسب صفة الإلزام والتعهد .

وقال المالكية^(١٩) : - يلزم الواعد بوعده قضاء إن أدخل الموعد في سبب أو وعده مقروناً بسبب كما قال أصبغ .

● مثال الحالة الأولى : أن يقول الآخر : اهدم دارك وأنا أقرضك ما تبني به الدار ، أو اشتر سلعة وأنا أقرضك (وأشترها منك) ففعل الموعد ذلك فيلزم الوفاء بالوعد .

● ومثال الحالة الثانية : أن يقول شخص لآخر : تزوج أو اشتر وأنا أقرضك ، فيلزم الوفاء بوعده ولو لم يباشر الموعد فعل الزواج أو الشراء يلزم الواعد بما وعد دفعاً للضرر الحاصل للموعد من تغير الواعد وإذا لم يدخل الموعد في السبب يجب الوفاء بالوعد ديانة ، وقضاء عند أصبغ ورواية عن الإمام مالك وإن لم يذكر الواعد سبباً اتفق على أنه يجب الوفاء به ديانة وفي الوفاء به قضاء قولان .

والظاهر في المذهب عدم إلزام الوفاء به قضاء ، وقيل يلزم وضعفه ابن رشد في المقدمات .

والأصل في المسألة قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون ﴾ قال ابن العربي : فإن كان المقول وعداً فلا يخلوا أن يكون منوطاً بسبب كقوله : إن تزوجت

(١٩) الفروق للقرافي الجزء الرابع ، صحيفة ٢٤ - ٢٥ .

وفتح العلى المالك ، للقاضى عليش ، الجزء الأول ، صحيفة ٥٦

وأحكام القرآن لابن العربي ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٨٠٠ .

وتفسير القرطبي ، الجزء ١٨ ، صحيفة ٧٩ .

والمحلى لابن حزم ، الجزء الثامن ، صحيفة ٢٨

أغنيك بدينار فهذا لازم بالإجماع ، وإن كان وعداً مجرداً فقليل يلزم بمطلقه .
قال القرافي : « اعلم أن الفقهاء اختلفوا في الوعد هل يجب الوفاء به شرعاً أم لا ؟ قال مالك : إذا سألك أن تهب له ديناراً فقلت : نعم ثم بدا لك لا يلزمك » .

○ حكم الإلزام في عقد المراجعة :

الأصل في المراجعة أنه لا يلزم طرفي التعاقد إتمام الصفقة ، أى أن العميل الذى تقدم للبنك يريد شراء البضاعة لا يلزمه شراؤها من البنك فيما بعد - إلا إذا خرجت على أنها وكالة .

واعتبار الوعد ملزماً للطرفين العميل بالشراء والبنك بالبيع يجعل في هذه المعاملة في حقيقتها عقد بيع مراجعة قبل ملك البنك للسلعة ، ولا يغير من هذه الحقيقة كون البنك والعميل سينشئان عقد بيع من جديد ، بعد وصول السلعة ما دام كل واحد منهما ملزماً بإنشائه على الصورة التى تم بها الوعد .

وقد روى مالك في الموطأ^(٢٠) : « أنه بلغه أن رجلاً قال لرجل ابتع لى هذا البعير بنقد حتى أبتاعه منك إلى أجل ، فسأل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه .

وقد ذكر مالك هذه المسألة في باب (بيعتين في بيعة) فكأنه يرى أن ابن عمر يعتبرها داخلة فيما نهى عنه من بيعتين في بيعة .

قال الباجى : « ولا يمتنع أن يوصف بذلك من جهة أنه انعقد بينهما أن المبتاع للبعير بالنقد إنما يشتريه على أنه قد لزم مبتاعه بأجل بأكثر من ذلك الثمن ، فصار قد انعقد بينهما عقد بيع تضمن بيعتين .

(٢٠) المتقى شرح الموطأ ، للباجى ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٣٥ .

إحداهما الأولى وهى بالنقد ، والثانية مؤجلة وفيها من ذلك بيع ما ليس عنده ، لأن المبتاع بالنقد قد باع من المبتاع بالأجل البعير قبل أن يملكه ، وفيها سلف بزيادة ، لأنه يباع له البعير بعشرة على أن يبيعه منه بعشرين إلى أجل ، يتضمن ذلك أنه سلفه عشرة فى عشرين إلى أجل وهذه كلها معان تمنع جواز البيع ، والعينة فيها أظهر من سائرهما » والله أعلم .

○ والراجع :

إن شاء الله هذا ليس من باب بيعتين فى بيعة ، وحاصل أقوال العلماء فى تفسير النهى الوارد فى الحديث أنه يعود إلى تفسيرين^(٢١) : -

أ - أن يقول البائع للمشتري : بعتك هذه السلعة نقداً بعشرة ، ومؤجلة بائنى عشرة ، ويقبل المشتري ويفترقان على هذا من غير أن يعينا هل الثمن عشرة حالة أو اثنى عشرة مؤجلة ، ووجه الفساد جهالة الثمن .

ب - أن يقول البائع للمشتري بعتك هذه الدار بألف على أن تبيعنى هذا الثوب ، أو على أن تقرضنى مبلغاً من المال ، فهذا البيع باطل ، لأن الشرط أصبح جزءاً من الثمن ، ولم تعرف قيمته بالنظر إلى مبلغ الثمن . ومسألتنا خالية من هذا المعنى ، لأن عميل المصرف يعد بالشراء عندما يشتريها منه مراجعة بعد شرائه لها ، فهما معاملتان ، وعد ، وبيع ، وإحداهما منفصلة عن الأخرى .

فالزام المصرف بشراء السلعة وبيعها للواعد يمكن أن يبنى هذا الإلزام على مذهب المالكية فى الوعد إذا دخل الموعد فى السبب ، وذلك لأن المصرف وعد بأن يشتري البضاعة ، وبيعها إلى عميله الراغب فى الشراء ، ويجوز فى بعض الأحوال أن يكون من وعده المصرف قد دخل فى السبب ،

(٢١) نيل الأوطار للشوكاني ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٩٤ .

وتكلف أعباء مالية بناء على وعد المصرف ، له ، كأن استأجر متجراً أو دخل في مناقصة للقيام بعمل يحتاج لآلات وعد المصرف بشرائها وبيعها له .
وقد أوصى المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي المنعقد في دبي^(٢٢) بجعل العقد لازماً طبقاً للمذهب المالكي ، ولأن ما يلزم ديانة يمكن أن يلزم به قضاء إذا اقتضت المصلحة ذلك ، وأمكن للقضاء التدخل فيه ، ولأن العقود يلزم ضبطها لئلا تضطرب المعاملات .

كما أوصى المؤتمر الثاني^(٢٣) للمصرف الإسلامي المنعقد في الكويت بمثل ذلك وجاء في القرار بأن ذلك أحفظ للتعامل وأدى لاستقرار المعاملات وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل وأن الأخذ بالالتزام أمر مقبول شرعاً وكل مصرف مخير في الأخذ بما يراه في هذه المسألة .

وهذا هو الذي درجت عليه البنوك الإسلامية حيث أن بعضها يلزم العميل بالعقد وبعضها لا يلزمه .

* * *

(٢٢) توصيات المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي المنعقد في دبي عام ١٣٩٩هـ، صحيفة ٦ .
(٢٣) توصيات المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي المنعقد في الكويت في الفترة من ٦ - إلى ٨ جمادى الآخرة ١٤٠٣هـ الموافق ٢١ - ٢٢ مارس ١٩٨٣ م .
وهي مطبوعة ضمن مجموعة مطبوعات بيت التمويل الكويتي .

* صور المراجعة في البنوك الإسلامية *

* الصورة الأولى : يتقدم شخص - أو شركة - إلى المصرف الإسلامي ، ويخبره عن وجود بضاعة^(٢٤) عند شخص آخر يريد بيعها ، ويبدى الشخص المتقدم رغبته بأن إذا ملك المصرف البضاعة أو العقار يعده بشرائه منه بالأجل بربح معلوم .

ويقوم المصرف بدراسة الطلب فإذا وافق على ذلك يشتري البضاعة لنفسه ، ويحوزها ، ثم يعقد بعدئذ بيع المراجعة بينه وبين الواعد بالشراء إن تم الاتفاق بينهما على ذلك . والواعد غير ملزم بالشراء والبنك غير ملزم بالبيع .

* الصورة الثانية : نفس الصورة السابقة إلا أنه بدلاً من إنشاء بيع المراجعة بعد وصول البضاعة إلى المصرف الواعد بالبيع ، وحيازتها في مخازنه في هذه الصورة يبيع السلعة مراجعة قبل أن يحوزها هو ، ولكن بعد أن يتسلمها وكيله في بلد السلعة ولا يخفى أن تسلم الوكيل بمثابة تسلم الأصيل ، وحينئذ يكون البيع واقعاً بعد القبض فعلاً ، فإذا أتم الواعدان الصفقة وعن المشتري وكيلاً عنه في تسليم البضاعة عند وصولها ، فإنه يقوم مقامه ويعتبر ذلك استلاماً للبضاعة^(٢٥) .

(٢٤) لا بد أن يحدد أوصافاً منضبطة للبضاعة كما سبق في البيع على الصفة كما يلزم تحديد مقدارها والتمن الذي سيدفعه أو نسبة الربح الذي سيحصل عليه المصرف .

(٢٥) مجموعة مطبوعات بيت التمويل الكويتي صحيفة ٣٧ .

○ تخرج صور المراجعة في البنوك الإسلامية^(٢٦):

هذه المعاملة جائزة ويمكن تحليلها إلى ثلاث معاملات :

أ - عقد وكالة لأن العميل دفع للمصرف - في الصورة الثانية - ثمن البضاعة ليقوم المصرف نيابة عنه بهذا العمل فالمشتري هو العميل .
ب - وعد من الشخص بالشراء من المصرف .

ج - عقد شراء بين المصرف والبائع الذي سيشتري منه السلعة .

د - عقد شراء بين الشخص الواعد بالشراء ، والمصرف بمراجعة .

وهذه المعاملات كلها جائزة^(٢٧) واقتراها واجتماعها في معاملة مركبة لا أثر فيه للحرمة^(٢٨) .

(٢٦) انظر تخرج هذه المعاملة في المراجع التالية : -

— تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ، للدكتور سامي حمود ،
صحيفة ٤٧٦ - ٤٧٩ .

— مؤتمر المصرف الإسلامي الأول المنعقد في دبي سنة ١٣٩٩هـ صحيفة ١٣ .

— الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ، الجزء الأول ، صحيفة ٢٨ .

— الأعمال التي يقوم بها بنك دبي الإسلامي ، صحيفة ٤ - ٥ .

— أساليب توظيف الأموال في البنوك الإسلامية ، للدكتور الصديق الضيرير وهو مطبوع ضمن ندوة الاستثمار والتمويل بالمشاركة الذي عقد في جامعة الملك عبد العزيز بجدة عام ١٤٠١هـ ، صحيفة ١٦ .

— مجلة المال والاقتصاد وهي تصدر عن بنك فيصل الإسلامي السوداني العدد ٦ ،
صحيفة ٥ .

— ندوة البنوك الإسلامية ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية وعقدت في بنك فيصل الإسلامي المصري في الفترة من ٢٨ صفر إلى الأول من ربيع الأول سنة ١٤٠٤هـ الموافق ٣ - ٥ ديسمبر ١٩٨٤م .

(٢٧) من الواضح أن هذه المعاملة ليست من باب السلم لأن الثمن لا يسلم في مجلس العقد في المراجعة . أما بيع السلم فيشترط فيه تسليم الثمن في مجلس العقد .

(٢٨) تيسير التحرير أمير بادشاه ، الجزء الثالث ، صحيفة ٢٥٣ .

وهى ليست من باب بيع ما ليس عند الإنسان^(٢٩) لأن المصرف لا يعرض أن يبيع شيئاً ولكنه يتلقى أمراً بالشراء . وهو لا يبيع حتى يملك ما هو مطلوب ويعرضه على المشتري الآخر ليرى ما إذا كان مطابقاً لما وصف كما أن هذه العملية لا تنطوى على ربح ما لا يضمن لأن المصرف وقد اشترى البضاعة ، وهو يتحمل تبعه الهلاك ، لأنه هو المالك للبضاعة - إلا في حالة اعتباره وكيلاً عن العميل .

* * *

(٢٩) هو من باب الوعد بالبيع من قبل البنك ولهذا أعدت البنوك الإسلامية نحو نص لهذه المعاملة ، الأول عبارة عن وعد من الأمر بالشراء وبين المصرف يلتزم فيه المصرف بشراء السلعة كما يلتزم العميل بشراء السلعة من المصرف مراجعة أى الوفاء بوعده .
الثانى : عقد بيع مراجعة يبيع فيه المصرف السلعة التى اشتراها بمقتضى الوعد السابق للعميل الأمر بالشراء .

المبحث السابع
المشاركة المنتهية بالتملك

○ المبحث السابع ○

المشاركة المنتهية بالتملك

○ توطئة :

المشاركة المنتهية بالتملك عقد استحدثته البنوك الإسلامية ويتضمن مشاركة برأس المال من جهة والعمل من جهة أخرى وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالمضاربة والمضاربة هي أن يدفع رجل إلى آخر ماله ليتجر فيه على أن ما حصل من الربح يكون بينهما حسبما يشترطانه وهي جائزة بإجماع المسلمين كما قال ابن المنذر^(١).

ومن أهم شروط المضاربة أن يكون الربح مشاعاً كالربع أو النصف بعد أن يحصل رب المال على رأس ماله ولا يجوز لأحدهما أن يشترط لنفسه دراهم معلومة فإذا شرط ذلك بطلت المضاربة ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك .. وعلل عدم الجواز بأنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أنه لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتمل أنه لا يربح فيأخذ من رأس المال وقد يربح كثيراً فيتضرر من شرطت له الدراهم .

وكذلك حصة العامل يلزم أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر فإذا جهلت الأجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به ولأن العامل في المضاربة متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما تواتى في طلب الربح لعدم فائدته منه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما

(١) انظر المغنى مع الشرح الكبير ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٣٤ .

إذا شرط له جزء من الربح^(١) .

○ تعريف المشاركة المنتهية بالتملك :

هى نوع من المضاربة يساهم المصرف الإسلامى فى رأس المال مع العميل^(٢) ، وكل منهما يستحق نصيباً خاصاً من الأرباح ، بموجب الاتفاق بينهم ، مع وعد من المصرف ان يتنازل عن حقوقه عن طريق بيع نصيبه

(٢) نفس المرجع السابق ، صحيفة ١١٦ .

وانظر كذلك فى أحكام المضاربة ما يلى :-

— فتح القدير لابن الهمام ، الجزء الثامن ، صحيفة ٤٤٨ .

— الشرح الصغير للدردير ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣١٤ .

— بداية المجتهد لابن رشد ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢٣٦ .

— المهذب للشيرازى ، الجزء الثانى ، صحيفة ٣٨٥ .

— المجموع للنووى ، الجزء الثالث عشر ، صحيفة ٤١٧ .

— المحلى لابن حزم ، الجزء التاسع ، صحيفة ١١٧ .

(٣) انظر التعريف بالمشاركة المتناقصة فى :-

— موسوعة البنوك الإسلامية ، الجزء الخامس ، صحيفة ٣٢٥ .

— مؤتمر المصرف الإسلامى الأول المنعقد فى دى ، صحيفة ١٤

— الطبيعة المميزة للبنوك الإسلامية بحث الدكتور سيد الهوارى قدمه لندوة الاستثمار

والتمويل بالمشاركة صحيفة ٨ .

— الأعمال المصرفية التى يزاولها بنك دى الإسلامى ، صحيفة ٤ .

— بنك فيصل الإسلامى السودانى ، صحيفة ٧ .

— سندات المقارضة ، للدكتور عبد السلام العبادى ، صحيفة ١٥ .

— مشروع قانون البنك الإسلامى الأردنى إعداد الدكتور سامى حمود ، صحيفة

٢٧ .

— مجلة البنوك الإسلامية العدد ٣٧ فى ذى القعدة عام ١٤٠٤هـ صحيفة ٢١ .

— ورقة الخبراء التى أعدها البنك الإسلامى للتنمية (فى جده) عن الأوراق المالية

الإسلامية .

إلى العميل - أى الشريك - ويحل محله فى المملكة سواء على دفعة واحدة أو دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها فالمصرف شريك ممول ، والعمليل شريك بجزء من التمويل ، والعمل ، ويقوم العميل بالحلول محل المصرف تدريجياً ، وذلك بأن يدفع العميل جزءاً من تمويل المصرف ، فتناقض بذلك مشاركة المصرف حتى تصل إلى الصفر فى نهاية مدة المشاركة . ودفع نصيب المصرف يتم عن طريق الدخل المتولد عن العملية ، وهذه المشاركة يمكن استخدامها فى مجالات التمويل العقارى ، كإنشاء المساكن وهى وسيلة ناجحة من وسائل الاستثمار المستحدثة .

وتسمى المشاركة المنتهية بالتملك أى بالنسبة للمشتري - أى العامل - .

وتسمى بالمشاركة المتناقصة أى بالنسبة للبائع ، أى البنك ، لأنه يرضى بإنقاص حقه فى رأس المال تدريجياً إلى أن يصل إلى الصفر حيث يتنازل عن ملكيه المشروع محل العقد .

ويتم اصدار صكوك ، أو شهادات خاصة ، يتضمن توزيع الأرباح فيها ما يخصص لإطفاء^(٤) جزء من قيمة هذه الصكوك ، وذلك طبقاً للقواعد التى تنظم كل حالة .

○ تطبيقات البنوك الإسلامية للمشاركة المنتهية بالتملك :

فى توصيات مؤتمر المصرف الإسلامى الأول بدبى^(٥) رأى المؤتمرون أن المشاركة المنتهية بالتملك والتى يريد المصرف أن يستثمر أمواله فيها تكون على احدى الصور التالية : -

(٤) المقصود بالأطفاء إنقاص رأس المال الذى قدمه البنك شيئاً فشيئاً وذلك بتسديده حتى تنتهى حصة البنك .

(٥) صحيفة ١٣ - ١٤ .

● **الصورة الأولى :** يتفق المصرف مع المتعامل معه على تحديد حصة كل منهما في رأس مال الشركة وشروطها ، وقد رأى المصرف أن يكون بيع حصص المصرف إلى المتعامل بعد اتمام المشاركة بعقد مستقل ، بحيث يكون له الحق في بيعها للمصرف ، أو غيره . وكذلك الأمر بالنسبة للمصرف ، بأن تكون حرية بيع حصصه للمتعامل ، شريكه ، أو غيره .

● **الصورة الثانية :** يتفق البنك مع متعامله على المشاركة في التمويل الكلى ، أو الجزئى لمشروع ذى دخل متوقع ، وذلك على أساس اتفاق البنك مع الشريك الآخر لحصول البنك على حصة نسبية من صافي الدخل المتحقق فعلاً ، مع حقه في الاحتفاظ بالجزء المتبقى من الإيراد ، أو أى قدر منه ، يتفق عليه ، ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد أصل ما قدمه البنك من تمويل .

● **الصورة الثالثة :** يحدد نصيب كل من البنك وشريكة في الشركة في صورة أسهم تمثل مجموعة قيمة الشيء موضوع المشاركة يحصل كل من الشريكين (البنك والشريك) على نصيبه ، بحيث تكون الأسهم الموجودة في حيازة البنك متناقصة إلى أن يتم تملك شريك البنك الأسهم بكاملها فتصبح له الملكية المنفردة للعقار دون شريك آخر .

○ أمثلة للمشاركة المتناقصة :

أ - يقدم المتعاقد عملاً يتقاضى عنه أجراً ، ويكون له فوق ذلك شرط على أساس الجعالة بأن يملكه البنك الإسلامى للمشروع إذا تجمع في الحساب المخصص لتسديد ما قدمه البنك في أصل رأس المال وذلك نحو السائق يعمل على السيارة والمهني يدير المصنع أو المزرعة أو الطبيب يدير المستشفى .

ب - حالة تقديم المتعاقد أرضاً أو سطح بناء لكى يمول البنك البناء المرغوب

فيه مع ترتيب تسديد أصل ما قدمه البنك من واقع الدخل المتحصل
حسب النسبة المعينة بالاتفاق .

ويجوز في هذه الحالات المختلفة أن يقدم البنك كامل التمويل أو نسبة
منه^(٦) .

* * *

(٦) مشروع قانون البنك الإسلامي الأردني اعداد الدكتور سامي حمود المذكرة رقم ٦ ،
صحيفة ٩٦ .

* التكيف الشرعى للمشاركة المتناقصة *

○ التكيف الأول :

هى شركة . والشركة إما أن تكون شركة ملك أو شركة عقد . فإذا كان المتعاقد مع البنك دفع شيئاً من رأس المال فإنه يكون بالنسبة لحقه من ملكية حصته داخلاً فى شركة الملك . وهو ينال دخلاً نظير حصته وذلك بالاضافة إلى ما يشرطه له البنك من أصل الحصة التى يحتفظ بها لنفسه وإذا لم يكن المتعاقد يملك شيئاً فى أصل رأس المال ، فإن العقد المتفق عليه بينه وبين البنك يثبت له الحق فى المشاركة على أنها مضاربة .

وهذا نوع من أنواع المضاربة المقيدة ، إذ نص العلماء^(٧) على أنه يجوز لرب المال أن يقيد المضارب بمكان العمل ، ونوع التجارة ، ونحو ذلك مما لا يخل بالمقصود .

وقد نظر الحنابلة - خصوصاً ابن القيم^(٨) وابن تيمية^(٩) - إلى المضاربة جارية على القياس وإنها من أنواع المشاركات أو المعاوضات ولهذا بنوها على التيسير . وعليه يمكن تصحيح العديد من العقود التى فيها معنى المشاركة^(١٠) .

(٧) بدائع الصنائع للكاسانى ، الجزء الثانى ، صحيفة ٣٦٣١ .

(٨) إعلام الموقعين لابن القيم ، الجزء الأول ، صحيفة ٣٨٤ .

(٩) القواعد النورانية ، صحيفة ١٧٠ .

(١٠) ذهب كثير من العلماء إلى أن المضاربة جارية على خلاف القياس لأنها استجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول ولكن القياس متروك هنا بدلالة الكتاب والسنة والإجماع والرخصة فى ذلك جاءت لموضع الرفق بالناس ولهذا لم يتوسعوا فى تصحيح =

ويتقاضى البنك الممول نسبة معينة بالحصصة الشائعة من الإيراد الصافي للمشروع باعتباره مالكاً ويتحمل تبعه الهلاك بينما يحتفظ بالدخل المتبقى أو أى جزء منه حسب الاتفاق لكي يكون مخصصاً لإطفاء رأس المال .

فإذا كان هلاك رأس المال بدون تعد ولا تفريط من العامل كأَن احترق المصنع أو انهدم البناء فإن البنك الممول يتحمل هذه الخسارة بقيمة الفرق بين أصل رأس المال والمقدار المسترد من دخل المشروع . فإذا كان المشروع مملوكاً بكامله للبنك الممول فإنه يخسر القيمة كلها وإذا كان العامل فى المشروع مشاركاً فى تمويل رأس المال فإنه يخسر بنسبة ما يملكه .

إذا كان العامل يقوم بعمل مباشر فى المشروع كسائق للسيارة التى هى محل الشركة أو مدير للمشروع فإنه يتقاضى أجر مثله ، نظير عمله فقط ويكون استحقاقه لتملك المشروع الذى يعمل فيه مرتبطاً بتحقيق بشرط إمكان تسديد رأس المال من واقع النسبة الموجودة لهذه الغاية . ويجوز أن يكون الأجر مقدراً بالمبلغ المعين شهرياً أو مقدراً على أساس النسبة المئوية من دخل المشروع أو الإيراد المستحق كما لو كان المتعامل يقوم بتحصيل أجرة البناء الذى يموله البنك .

أما إذا كان العامل لا يقوم بعمل معين فإنه لا يتقاضى شيئاً خلال

= كثير من صور المضاربة لأن الأصل أن القياس يمنعها ولهذا منع مالك أن يكون مع المضاربة بيع أو شراء أو أى عمل يشترطه أحدهما لصاحبه لأنه لا يجوز أن يشترط أحدهما فى المضاربة شرطاً زائداً لأن ذلك غرر فى العقود عليه . انظر ذلك فى المراجع التالية : -

- بدائع الصنائع للكاسانى ، الجزء الثامن ، صحيفة ٣٥٨٧ .
- بداية المجتهد ، لابن رشد ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢٣٦ - ٢٣٨ .
- شرح الخطاب ، الجزء الخامس ، صحيفة ٣٥٦ .
- نهاية المحتاج ، الجزء الرابع ، صحيفة ١٦١ .

فترة المشاركة وإنما يكون له حق تملك البناء بعد تسديد أصل رأس المال وذلك من حصيلة النسبة الموجودة لهذه الغاية^(١١) حسب الاتفاق .

ورأى مؤتمر المصرف الإسلامي بدى أن يكون بيع حصص المصرف إلى شريكه بعد اتمام المشاركة بعقد بيع مستقل فللمصرف بعد قيام عقد الشركة الحق في بيع نصيبه للشريك أو لغيره وكذلك الأمر بالنسبة للشريك المتعامل بأن يكون له حرية بيع نصيبه للمصرف أو لغيره^(١٢) .

○ التكيف الثاني^(١٣):

يمكن تكيفها على أنها مشاركة من نوع الإجارة ، وذلك على أساس شرط الجعالة الذى يلتزم فيه البنك الإسلامى - الممول - لكل من يعمل في مشروع معين أو يعطى له حق البناء في أرضه بأن يملك هذا المشروع أو البناء فور تمكنه من استيفاء أصل رأس ماله من حصيلة النسبة المتفق على تخصيصها من دخل المشروع المعين لهذه الغاية فالمشاركة المتناقصة في حقيقتها نوع من المشاركة المنتهية بالتملك المعلق على شرط المقترن بالعقد عند ابتدائه والشرط يلزم الوفاء به سبق^(١٤) .

* * *

(١١) سندات المقارضة بحث للدكتور عبد السلام العبادى ، صحيفة ١٥ .

(١٢) توصيات مؤتمر المصرف الإسلامى الأول بدى ، صحيفة ١٥ .

(١٣) المشروع الذى قدمه الدكتور سامى حمود لصياغة قانون البنك الإسلامى الأردنى المذكورة السادسة ، صحيفة ٩٢ .

(١٤) لقد أقرت لجنة الفتوى بالأردن عقد المشاركة المنتهية بالتملك في رجب ١٣٩٨ هـ ولم أر من خالف في جواز هذه المعاملة .

انظر : سندات المقارضة للدكتور عبد السلام العبادى ، صحيفة ١٥ .

المبحث الثامن الصَّرف

○ المبحث الثامن ○

عقد الصرف

○ توطئة :

الصرف الأجنبي : يقصد به بيع وشراء العملات الأجنبية ، وتقوم البنوك الإسلامية ببيع أو شراء العملات الأجنبية ، على أن يتم التقابض في المجلس ، وقد يكون ذلك بتسليمه قيمة العملة الأجنبية نقداً أو إيداع ذلك في حسابه بالعملية المحلية في نفس الوقت الذي يتم فيه عقد الصرف حسب سعر العملتين وقت الإيداع . ولا إشكال في جواز صرف العملات المختلفة بعضها ببعض ، سواء كانت عملات ورقية ، أو معدنية ، أو شيكات أو أوامر صرف وذلك بشرط أن تكون الشيكات أو الأوامر محررة للدفع فور الاطلاع وليست محررة على أساس الاستحقاق في المستقبل ، وتقوم المصارف الإسلامية بالتعامل في الصرف سواء عن طريق شراء السبائك الذهبية ، أو بيعها ، أو التعامل بالعملات الأجنبية ، بيعاً ، أو شراء لمختلف الغايات ، مثل التمويل الخارجى ، أو تسديد قيم المستوردات ، وشراء شيكات المسافرين^(١) ، أو غير ذلك من وجوه - التعامل في العملات الأجنبية تبعاً للحالات المختلفة .

(١) انظر بحث (أعمال الصرف وتبادل العملات وأحكامها في الفقه الإسلامى) للدكتور سامى حمود وهو مقدم لأعمال المؤتمر الثانى للبنوك الإسلامية المنعقد في الكويت في الفترة من ٦ - ٨ جمادى الآخرة ١٤٠٣ هـ ، صحيفة ٩٨ - ١٠٧ .
وانظر كذلك المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية ، للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ١١٠ .

المال الذى يكون محلاً للمصارفة هو المال الذى يصلح أن يكون ثمناً ، سواء كان ذهباً ، أو فضة أى له قيمة فى نفسه ، أو كانت قيمته حكمية مكتسبة بسبب خارجى كتواطؤ الناس على قيمته الثمنية أو الأمر السلطانى بهذا .

ففى الصرف حيث يكون البدلان من جنس الأثمان تكون العلة هى الثمنية المطلقة وكل ما كان ثمناً وجب فيه التقابض الفعلى أو الحكمى ^(٢) . والفرق بين الثمن المعبر بذاته كالذهب والفضة والثمن المعبر بالاصطلاح كالورقة النقدية ، أن الذهب والفضة لا ينعقدان صفة الثمنية لأنها من الأصناف المسماة فى الحديث .

أما الثمن المعبر بالاصطلاح فإن صفة الثمنية فيها تذهب بذهاب الوصف حيث أن العملة إذا أُلغيت لا تبقى ثمناً للأشياء بل تفقد هذه الصفة التى اكتسبتها من الأوامر السلطانية .

ومسائل الصرف من المسائل الدقيقة التى تحتاج إلى تفصيل وبيان ولا سيما فى ضوء التطور الذى عرفته المعاملات الحديثة فى نطاق عمل البنوك حيث أصبح الصرف داخلياً فى العديد من الأعمال ولو بشكل غير مباشر كما فى حالات الاعتمادات المستندية والحوالات الخارجية .

* * *

(٢) التقابض الفعلى هو الفعل العملى خدودها أى هاوها . أما التقابض الحكمى فهو يشمل حالة كون المبلغ المصارف عليه متحققاً فى الذمة كما لو كان شخص مدينأ لآخر بمائة دينار فإنه يمكن أن يوفيه ما يعادل قيمتها من الفضة بسعر ذلك اليوم الذى يتم فيه الوفاء كما فى حديث ابن عمر الآتى إن شاء الله .

* القبض في الصرف *

القبض شرط في الصرف بدون خلاف . قال ابن المنذر^(١) : « أجمع كل من نحفظ من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقايسا أن الصرف فاسد » .

والدليل على ذلك أن رسول الله ﷺ قال : « الذهب بالورق ، ربأً إلا هاء وهاء » وقال : « يبعوا الذهب بالفضة كيف شئتم ، يداً بيد » ، ونهى النبي ﷺ « أن يباع غائب منها بناجز »^(٢) .

قال الحنفية إن القبض يراد به^(٣) التعيين ، باعتبار أن الليد في قول النبي ﷺ في الحديث : « يداً بيد » ليس مراداً بها باليد الجارحة ، ولذلك فإنه إذا وقع البيع على مال ربوى بمال ربوى آخر فإن تعيينهما يقوم عند الحنفية مقام القبض ، وذلك الحكم لا يشمل النقود لأنها لا تتعين بالتعيين ، بل لا بد فيها من التقابض .

واختلف العلماء في الزمان الذي يحدد التقابض في المجلس . فقال أكثر أهل العلم : إن الصرف يقع ناجزاً ما لم يفترق المتصارفان تعجل القبض أو تأخر . أى أنه إذا باع شيئاً بدراهم أو دنانير في الذمة^(٤) فإنه يجوز أن

(١) انظر الإجماع لابن المنذر صحيفة ٥٨ وشرح النووى على مسلم الجزء العاشر صحيفة ١٤ والمغنى لابن قدامة الجزء الرابع صحيفة

والمجموع للنووى ، الجزء العاشر ، صحيفة ٦٥ - ٦٦ .

(٢) سيأتى تخريج هذه الأحاديث ، في صحيفة ٣٦٨ / ٣٦٩ .

(٣) بدائع الصنائع للكاسانى ، الجزء السابع ، صحيفة ٣١٩ .

(٤) شرح السنة للبغوى ، الجزء الثامن ، صحيفة ١١١ - ١١٢ .

يستبدل عنها غيرها كما يجوز الاستبدال عن القرض وبدل الإنلاف وهو قول الشافعي وأحمد وإسحق ويشترط قبض ما يستبدل في المجلس سواء استبدل عنه ما يوافقه في علة الربا أو شيئاً آخر .. لقوله ﷺ : « ما لم تتفرقا وبينكما شيء » .

وقيل : إذا استبدل شيئاً لا يوافقه في علة الربا لا يشترط قبضه في المجلس وإنما شرط النبي ﷺ أن يتفرقا ولا شيء بينهما في اقتضاء أحد النقيدين عن الآخر لأنه يستبدل منه ما يوافقه في علة الربا والتقاض في بيع أحد النقيدين بالآخر شرط .

وذهب بعض أهل العلم إلى أنه لا يجوز الاستبدال عن الثمن بحال كما لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه وإليه ذهب أبو سلمة عبد الرحمن وابن شبرمة .

وذهب قوم إلى أنه يجوز اقتضاء أحد النقيدين عن الآخر فأما إذا اقتضى عنهما شيئاً آخر فلا يجوز لأن مقتضى الدراهم من الدنانير لا يقصد به الربح إنما يقصد به الاقتضاء والتقاض بالطريق الأسهل . وإذا استبدل منهما شيئاً آخر يقصد به الربح فلا فقد ورد النهي عن ربح ما لم يضمن .

وقال ابن أبي ليلى : لا يجوز اقتضاء أحد النقيدين عن الآخر إلا بسعر اليوم كما في الحديث وجوزه غيره سواء كان أعلى من سعر اليوم أو بأرخص . وقال مالك^(٥) : « إن تأخر القبض في المجلس بطل الصرف وإن لم يفترقا حتى كره المواعدة فيه » .

وسبب الخلاف ترددهم في مفهوم قوله ﷺ : « إلا هاء وهاء »^(٦)

(٥) بداية المجتهد لابن رشد ، الجزء الثامن ، صحيفة ٢٢٢ .

(٦) أخرجه الأئمة الستة : عند البخاري في البيوع باب بيع التمر بالتمر ٢٩٠/١ وغيره وعند =

لأن هذا يختلف بالأقل والأكثر . فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس أى أنه يمكن أن يطلق عليه أنه باع هاء وهاء قال يجوز التأخير في المجلس .

ومن رأى أن اللفظ لا يصح إلا إذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال : إن تأخر القبض عن العقد في المجلس بطل الصرف لاتفاقهم على هذا المعنى .

ومما يؤيد أن المراد بالتقايض هو عدم افتراق المتبايعين المتصارفين عن المجلس وإن طال مجلسهما وإن المقاصة بين المتصارفين تحل محل القبض ما روى عن ابن عمر^(٧) أنه قال : « كنت أبيع الابل في البقيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ بالدنانير فوقع في نفسى من ذلك فأتيت رسول الله ﷺ في بيت حفصة - أو قال : حين خرج من بيت حفصة فقلت : يا رسول الله رويدك أسألك أنى أبيع الابل بالبقيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير فقال : « لا بأس أن تأخذها

= مسلم في الربا ٢٤/٢ وعند أبى داود في البيوع باب الصرف ١١٩/٢ وعند الترمذى في البيوع باب ما جاء في الصرف ١٦١/١ وعند مالك في البيوع ٢٦٢ وتام الحديث : عن عمر بن الخطاب عن النبى ﷺ قال : « الذهب بالورق ربا إلا ها وها والبر بالبر إلا ها وها والشعير بالشعير ربا إلا ها وها والتمر بالتمر ربا إلا ها وها » .

(٧) أخرجه أحمد ٥٥٥٩ - ٥٧٧٣ - ٦٢٣٩ وأبو داود ٣٣٥٤ والترمذى ١٢٤٢ والنسائى ١٨٣/٧ وابن ماجه ٢٢٦٢ وصححه الحاكم والدارقطنى ٢٩٩/٢ وقال الترمذى والبيهقى ٢٨٤/٥ لم يرفعه غير سماك وروى البيهقى من طريق أبى داود الطيالسى قال : سئل شعبة عن حديث سماك هذا فقال شعبة : سمعت أيوب عن نافع عن ابن عمر ولم يرفعه ونا قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر ولم يرفعه ونا يحيى بن أبى إسحق عن سالم عن ابن عمر ولم يرفعه . ورفعه لنا سماك بن حرب وأنا أهابه .

بسعر يومها ما لم تتفرقا وبينكما شيء» وهذا تصارف على ما في الذمة وليس فيه تقابض بل كان يتم على أساس أن الحق في الذمة يسدد بما يساويه بسعر ذلك اليوم فلو ثبت في ذمة أحدهما عشرة دنانير فإنه يعطى الطرف الآخر ما يساويها من الدراهم أى أنه لا يبرز كل طرف ما يريد مصارفته بل يعينه .

وقد عورض حديث ابن عمر بحديث أبى سعيد « ولا تبيعوا منها غائباً بناجز » .

قال ابن عبد البر^(٨) : وليس الحديثان متعارضين عند أكثر الفقهاء ، لأنه يمكن استعمال كل واحد منهما ، فحديث ابن عمر مفسر وحديث أبى سعيد الخدرى^(٩) مجمل فصار المعنى : فلا تبيعوا منها غائباً - ليس في ذمة - بناجز ، وإذا حملا على هذا لم يتعارضا .

ويؤخذ من ذلك أن غاية القبض هو إثبات اليد فإذا كان ذلك حاصلًا فلا ينظر للشكل في المبادلة ولذا كان الصرف في الذمة جائزاً سواء كان أحدهما ديناً والآخر نقداً أو كان المبلغان عبارة عن دينين في ذمة كل من المتصارفين قال في المدونة قلت^(١٠) : أرأيت لو أن لرجل على مائة دينار فقلت : يعنى المائة دينار التى لك على بألف درهم أدفعها إليك فدفعت إليه

(٨) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر - الجزء السادس عشر صحيفة ١٢ .

(٩) حديث أبى سعيد متفق عليه رواه البخارى ٣١٧/٤ في البيوع باب بيع الفضة بالفضة وباب بيع الدينار بالدينار نساء . ومسلم في المساقاة باب الربا . وتام الحديث : - « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائباً بناجز » .

(١٠) المدونة لابن القاسم ، الجزء الثامن ، صحيفة ٣٩٣ .

تسعمائة ثم فارقتة قبل أن أدفع إليه المائة الباقية . قال مالك : لا يصلح ذلك ويرد الدراهم وتكون الدنانير التي عليه على حالها . قال مالك : ولو قبضها كلها كان ذلك جائزاً .

والحاصل أن الأئمة اختلفوا في هذه المسألة - أى في جواز أن يتصارفا على مبلغ في الذمة - كما يلي^(١١) : -

- قال مالك : ذلك جائز إذا كانا قد حلا معاً .
- وقال أبو حنيفة : يجوز في الحال وفي غير الحال .
- وقال الشافعي والليث : لا يجوز ذلك حلاً أو لم يحلا لأنه بيع غائب بغائب .

إن إبراز العوضين في القبض وسيلة لإبراء للذمة فإذا توصل إلى ذلك الإبراء بدون أن يبرز كل طرف ما عليه من دين للآخر فإنه يجوز وليس من باب بيع غائب بغائب .

* * *

(١١) بداية المجتهد ، لابن رشد ، الجزء الثاني ، صحيفة ٢٠٠ .

* سوق الصرف العاجل *

يتم التعامل فيه عن طريق التحويلات البرقية ، والبريدية ، والسفانج (الحوالات) العاجلة بالإضافة إلى الشراء النقدي . والشراء النقدي ويتم عندما يستبدل المشتري بنفسه أوراق عملة أجنبية ، أو الوحدات الحسابية للعملة تقيد في حساب له لدى مصرف بأوراق نقدية ، أو وحدات حسابية لعملة أخرى .

ومعظم التعامل في سوق الصرف يتم عبر الحدود ، ومن ثم يبرز الحاجة إلى تحويل العملة من مكان إلى آخر ، ويتم التحويل برقياً ، أو بريدياً ، أو هاتفياً ، ويتطلب التحويل البرقي دفع ثمن العملة الأجنبية بالإضافة إلى تكلفة الأبراق ، كما يتطلب التحويل دفع ثمن العملة ، وتكلفة البريد ، وفي كلتا الحالتين نجد أن العملة الأجنبية لا تصل في الحال إلى الطرف الآخر ، بل تتأخر وفقاً لسرعة الاتصال البرقي ، أو البريدي أو الهاتفي ، مما يتيح لبائع العملة الأجنبية أن يستفيد من توظيف^(١) ذلك المال في تلك الفترة^(٢) .

ومن الممكن أيضاً لمن يرغب في شراء عملة أجنبية ليقوم بدفعها إلى طرف ثان في الخارج عليه أن يشتري (حوالة) وهي أمر مكتوب من

-
- (١) من المعلوم أنه في حالة التوظيف الربوي يدفع نسبة مئوية على المال ولما كانت فترة التمويل البريدي أطول من التحويل البرقي فإن سعر الصرف في الحالة الأولى أقل من الحالة الثانية بسبب ما يتاح للمصرف من فرصة لتوظيف العملة الأجنبية لفترة أطول .
- (٢) بحث للدكتور السائح بعنوان (أحكام العقود والبيوع في الفقه) مقدم للمؤتمر الثاني للمصارف الإسلامية المنعقد في الكويت ، صحيفة ١١٢ - ١١٣ .

مصرف أو صراف إلى طرف آخر عادة ما يكون مصرفاً آخر في بلد الطرف الثاني ، أو في مركز مالى عالمى بدفع مبلغ معين من الصرف إلى طرف ثالث فوراً .

وثن السفتجة عادة يساوى ثمن النقد الأجنبى بالإضافة إلى تكاليف الإرسال ولكى يتاح للمصرف القيام بذلك . فإنه يفتح عادة حساباته لدى الفروع أو المراسلين ، وتخصم قيمة الحوالة من ذلك الحساب ، ويدفع العميل الطالب التحويل قيمة الحوالة بعملة بلده نقداً ، أو بالخصم من رصيده ويتقاضى المصرف عمولة على التحويل ويمكن تفسير العملية بأن المصرف فى هذه الحالة^(٣) يبيع للعميل فى حدود قيمة التحويل ما يملكه من عملة أجنبية فى ذمة المصرف المراسل فى الخارج لقاء ما يعادل قيمتها من العملة المحلية التى يملكها العميل فى ذمته فيصبح العميل بذلك دائناً للمصرف المراسل بحكم عقد البيع المذكور - بقيمة التحويل بالعملة الأجنبية فيحول عليه دائنه المصدر ويكون التحويل المصرفى فى الخارج مزدوجاً من عمليتين إحداهما بيع الدين والأخرى حوالة الدين .. وبلاستناد إلى هذا التخرىج وهو (التحويل يبيع الدين ثم حوالة الدين) يمكن للمصرف أن يضيف العمولة إلى الثمن الذى يبيع به العملة الأجنبية على عملة ومن ثم تعتبر العملية جائزة شرعاً وكذلك العمولة سواء اقتضى المصرف هذه العمولة مستقلة كأجر لما يؤديه من عمل أو اقتضاها مضافة إلى ثمن بيعه للنقود الأجنبية إلى عميله كجزء من هذا الثمن .

ولا تمنع القواعد^(٤) الشرعية أخذ الأجر على العمل ولا سيما إذا

(٣) المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ١١١ .

وانظر كذلك تطوير الأعمال المصرفية ، للدكتور سامى حمود ، صحيفة ٣٧٢ .

(٤) بحث للدكتور سامى حمود فى المؤتمر الثانى للمصارف الإسلامية ، صحيفة ١٠٨ .

كانت العملية تتطلب كتابة أو تسجيلاً ، أو إصدار شيكات . ويخضع تحديد الأجر للقواعد العامة بحيث يكون متناسباً مع المنفعة ومقابلاً لها ويستوى في ذلك أن يكون الأجر محددًا بمبلغ مقطوع أو بنسبة مئوية .

* * *

* الصرف على أساس السعر الآجل *

هو التعاقد على شراء عملة أجنبية مع شرط تسلمها بعد أجل يتفق عليه في العقد حيث قد يطلب العميل من البنك الاتفاق على تحديد سعر الصرف الذى سيتم على أساسه تسديد قيمة بوالص الاعتماد المستندى المفتوح . وتظهر أهمية هذه المسألة بالنسبة للتاجر عندما يستورد بضاعة معينة ، بسعر معين ، يكون قد ارتبط به من جهة معينة ، ولا سيما في حالات العطاءات وعقود التوريد ، فإذا كان سعر الصرف بين الدولار الذى سيتم به دفع قيمة البضاعة يساوى يوم فتح الاعتماد ٣,٥٠ ريالاً مثلاً ، فالتاجر يخشى أن يزيد السعر يوم وصول المستندات فيصبح ٣,٦٠ ريالاً ، لذا فإن التاجر يكون من مصلحته أحياناً أن يثبت سعر الصرف حسب السعر الرائج عند فتح الاعتماد على أن يتم التقابض عند التنفيذ وتظهر الحاجة إلى^(٥) هذه المعاملة في بعض حالات الاستيراد والتصدير ، فإذا فتح المستورد المحلى اعتماداً لصالح مصدر أجنبى بشراء بضاعة فإنه سيدفع قيمة البضاعة بالعملة الأجنبية وأسعارها متذبذبة قد ترتفع وقد تهبط أى أنه ربما كان هناك فرق بين سعر العملة يوم فتح الاعتماد وبين سعرها يوم تسديد القيمة ، فإذا أراد المستورد تجنب ارتفاع سعر العملة الأجنبية فإنه يلجأ إلى ما يعرف بالتغطية حيث يعد بالصرف على أساس سعر يوم فتح الاعتماد .

(٥) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ، للدكتور سامى حمود ، صحيفة ٣٥٣ . وانظر كذلك بحث الدكتور سامى فى المؤتمر الثانى للمصارف الإسلامية ، صحيفة ١٠٩ .

○ تخرج هذه المعاملة :

● التخرج الأول : هذا عمل جائز شرعاً ما لم يكن الثمن الذى اشترى به المصرف العملة الأجنبية الآجلة مؤجلاً أيضاً فى نفس عقد الشراء ، إذا تكون العملة فى هذه الحالة من باب بيع الدين بالدين ، وهو باطل شرعاً .

ولما كانت الأعمال المذكورة جائزة ، فإن العملة التى يتقاضاها المصرف تعتبر جائزة أيضاً باعتبار أنها أجر مقابل العمل الذى يقوم به المصرف لصالح عميله الطالب للنقد الأجنبى . على أن عملية شراء النقد الأجنبى قد يقوم بها المصرف بأموال من قبله وهو قرض لهذا العميل ويتقاضى فوائد ربوية ، بالإضافة إلى العملة ، وفى هذه الحالة يعتبر ذلك من الربا المحرم^(٦) .

● التخرج الثانى : هذا يعتبر مواعدة على الصرف . والمواعدة لا يشملها شرط التقابض يداً بيد لأن هذا خاص بالتسليم الذى يكون من الطرفين والمواعدة ليس فيها تسليم من طرف دون آخر . ولكن فيها اتفاق على تنفيذ الصرف فى الموعد المعين حيث يجرى التسليم حينذاك من الطرفين كليهما وذلك على أساس السعر الحاضر . فهو اتفاق على الشراء فى المستقبل المعين بسعر محدد مسبقاً^(٧) .

هذا وقد اختلف العلماء فى المواعدة على الصرف فقال المالكية أن ذلك غير جائز^(٨) .

(٦) المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ١١٠ وانظر

كذلك بحث الشيخ السائح ، صحيفة ١١٣ .

(٧) انظر تطوير الأعمال المصرفية ، صحيفة ٣٥١ .

(٨) شرح الخرشي على مختصر خليل ، الجزء الخامس ، صحيفة ٣٨ .

قال ابن رشد^(٩) : « لا يجوز في الصرف ، ولا في بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، مواعدة ولا خيار ، ولا كفالة ، ولا حوالة ، ولا يصح إلا بالمناجزة فلا يصح أن يقول مثلاً : سأخذ دراهمك إن كانت جياداً كذا بكذا دينار » . ونقل عن بعض المالكية الكراهة^(١٠) .

وأجازه الشافعي حيث قال في الأم^(١١) : « وإذا تواعد الرجلان على الصرف . فلا بأس أن يشتري الرجلان الفضة ، ثم يقرانها عند أحدهما حتى يتبايعا ، أو يصنعا بها ما شاءا » .

وأجازه الظاهرية . قال ابن حزم : « إن المواعدة على الصرف ليست بيعاً والمواعده جائزة ، سواء تباعا بعد ذلك ، أم لم يتبايعا ، لأنه لم يأت شيء ينهى عن ذلك »^(١٢) .

والظاهر - والله أعلم أنه لا مانع من هذه المعاملة لأن فيها مصلحة للطرفين حيث يعرفان مقدار العوضين اللذين تعاقدتا عليهما ولم يرد ما ينهى عن ذلك كما قال ابن حزم .

* * *

(٩) المقدمات الممهدة ، لابن رشد الجد ، الجزء الثاني ، صحيفة ١٨١ .

(١٠) القوانين الفقهية ، لابن جزي ، صحيفة ٢٧٦ .

(١١) الأم للشافعي ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣٢ .

(١٢) المحلى لابن حزم ، الجزء الثامن ، صحيفة ٥١٣ .

* طريقة الصرف في المصارف الإسلامية *

العميل الذى يطلب من المصرف شراء ، أو بيع النقود الأجنبية ، إما أن يكون له حساب لدى المصرف أو لا ، كما يلي : -

● الحالة الأولى : إذا لم يكن للعميل حساب فى المصرف : -

يدفع العميل النقود فى خزانة البنك ، ويتسلم مقابلها من العملة الأخرى ، التى يرغب المصارفة بها ، وهذا لا اشكال فيه حيث استلم يداً بيد ، وتم الصرف منجزاً .

ومثل ذلك إذا كانت العملية بالشيكات ، لأن الشيك إذا كان مستحق الدفع كالنقد ، لأنه أداة الدفع ، ووسيلته ، فالمشتري يدفع بالشيك ، أو النقد ، وكلاهما وسيلة الوفاء .

● الحالة الثانية : إذا كان للعميل حساب لدى البنك بالعملة التى

يريد بيعها على البنك ، ويريد شراء عملة أخرى فإنه حينئذ يريد شراء عملة بعملة أخرى فى ذمة المصرف على اعتبار أن الحساب الذى فى ذمة المصرف دين من صاحب الحساب على المصرف ، مثال ذلك أن يريد العميل شراء دولارات وله حساب بالريال .

والحكم فى هذه الحالة الجواز^(١٣) لحديث ابن عمر حيث قال له النبي

(١٣) الأعمال التى يزاوها بنك دى الإسلامى ، صحيفة ٧ .

— وانظر كذلك بحث الدكتور سامى حمود المقدم للمؤتمر الثانى للمصارف صحيفة

١٠٨ - ١٠٩ .

وانظر الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ، الجزء الأول ، صحيفة ٤١ . =

عليه السلام : « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها » والعملية سواء كانت شراء ، أو بيعاً ، فإنها تتم بموجب قيد دائن ، أو قيد مدين ، ويلزم أن يخضع سعر الصرف لسعر اليوم الذى تتم فيه العملية .

وإذا كان للعميل حسابان ، أو أكثر ، فإن العميل يمكن أن يبيع من حسابه الإسترليني ليضيف إلى حسابه المفتوح بالدولار أو المارك بعملية متقابلة^(٤) (من وإلى) فى نفس الوقت الذى يحدد لتنفيذ العملية .

وقد اختلف العلماء فى ذلك كما سبق : -

فقال أبو حنيفة ذلك جائز سواء حل الدينان ، أو لم يحل .

وقال مالك : يجوز إذا كانا قد حلا معاً .

وقال الشافعى والليث وابن وهب لا يجوز ذلك حلاً أو لم يحل .

وحجة من لم^(٥) يجزه أنه غائب وإذا لم يجز غائب بناجز كان أخرى ألا يجوز غائب بغائب وأما مالك فأقام حلول الأجلين فى ذلك مقام الناجز بالناجز وإنما اشترط أن يكونا حالين معاً لقلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين والمصرف على استعداد لدفع أى مبلغ من الحساب لصاحبه^(٦) فى أى وقت يشاء - فى الوديعة تحت الطلب وهذا الاستعداد يعتبر فى حكم الدفع من جانب المصرف والقبض من جانب العميل .

= — والبنوك الإسلامية للدكتور على عبد الرسول ، صحيفة ١٦٥ .

وانظر المصرف المؤتمر الأول للمصرف الإسلامى الذى عقد بدى عام ١٣٩٩ هـ .
(١٤) يسير نظام المحاسبة على طريقة القيد المزدوج المقابل على أساس - من وإلى - يلزم المصرف باجراء العمليتين معاً . فليس هناك شراء إلا ويتم معه القيد الدائن لحساب البائع والقيد المدين من حساب المشتري الذى هو البنك والعكس صحيح .

(١٥) بداية المجتهد ، لابن رشد ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢٠٠ .

(١٦) موقف الشريعة الإسلامية من المصارف الإسلامية المعاصرة ، للدكتور عبد الله العبادى ، صحيفة ٣٣٨ .

لذا لا داعى لتسليم العميل المبلغ ثم إعادته مرة أخرى للخزينة .
أما شراء عملات أجنبية^(١٧) من سوق وبيعها في سوق آخر على
أساس السعر الحاضر وتقييد الحقوق دفترياً ، كما لو كانت عملية صرف
لعميل له لدى المصرف حسابان أو أكثر بأنواع مختلفة من العمليات (وهو
ما يسمى بعقود الترجيح) للاستفادة من فروق الأسعار بين مراكز العملات
الأجنبية في الأسواق فهي جائزة باعتبار أنها أعمال صرف حاضر مع التقابض
الحسابى المتبادل ، كما سبق .

* * *

(١٧) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ، للدكتور سامى حمود ،
صحيفة ٣٥٠ .

المبحث التاسع
الحَوَالَة

○ المبحث التاسع ○

عقد الحوالة

○ التعريف :

الحوالات^(١) : هى وسائل لسداد مبالغ نقدية مقابل الوفاء أو تسديد مقابلها فى جهة أخرى .

فالحوالة أمر صادر من مصرف لآخر أو لفرع من فروع نفس المصدر لدفع مبلغ معين إلى شخص معين بناء على طلب عملائه .

وتتم التحويلات بعدة وسائل : - كالشيكات ، أو الخطابات ، أو التليفون وتأخذ البنوك نسبة مئوية أو مبلغاً محدداً .

○ التكيف الفقهي : اختلف حولها الفقهاء كما يلي : -

● التخرج الأول : أنها بمثابة^(٢) (الحوالة) بدليل أن الأمر بالتحويل مدين ، والمستفيد من الحوالة ، دائن فذاك يحيل هذا على البنك المأمور بالتحويل ، فيصبح البنك بموجب هذه الحوالة مديناً للمستفيد ، وهو بدوره قد يحيل المستفيد على بنك آخر مراسل له فى البلد الذى يقيم فيه

(١) انظر فى تعريف الحوالة : -

— الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ، الجزء الأول من المجلد الخامس ، صحيفة ٧ . وانظر ٤٥٩ .

— البنك اللاربوى فى الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ١١٣ .

— المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، د . غريب الجمال ، صحيفة ١١٢ .

(٢) بنوك بلا فوائد ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ١٤٤ .

المستفيد ، فتم بذلك حوالة ثانية ، فيصبح بموجبها البنك المراسل مديناً للمستفيد .

وقد يكون للبنك الأول فرع بمثله في بلد اقامة المستفيد فيتصل به ويأمره بالدفع ، ولا يكون هذا حوالة ثانية ، لأن الفرع ممثل للبنك المدين ، وليس له ذمة أخرى ليحال عليه الدين من جديد ويؤخذ على هذا الرأي : أن العلاقة بين الأمر والمستفيد قد لا تكون علاقة دائن بمدين فقد يكون المبلغ تبرعاً .

● **التخريج الثاني :** أنها تكون (وكالة^(٣)) لأن المصرف يكون منفذاً لرغبات العميل بالدفع عن طريق الشيك ، أو غيره لشخص معين يحدده العميل للمصرف .

● **التخريج الثالث :** تسديد البنك ما لديه من دين للعميل طالب التحويل - بعد تكييف الوديعة على أنها دين - ويكون ذلك التسديد عن طريق فرعه ، أو مراسله ، حيث يأمره بدفع قيمة ذلك الدين ، ونظراً لأن ذلك وقع بأمر من طالب التحويل ، أى صاحب الدين على البنك فيصبح المحول ضامناً لذلك المبلغ الذى سدده عنه البنك وتحصل المقاصة بين الدينين ، أى بين البنك وبين العميل .

● **التخريج الرابع :** على أنها حوالة أيضاً ولكن ليس كالتخريج الأول ، فالمحول ليس هو الأمر بالتحويل كما سبق بل البنك المأمور بالتحويل

(٣) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ، الجزء الأول ، صحيفة ٣٧ .

وانظر كذلك المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ١١٢ ، وتطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ، للدكتور سامي حمود ، صحيفة ٣٧٢ - ٣٧٤ .

نفسه بوصفه مديناً للآمر بماله من رصيد دائن في ذلك البنك فيحيله على مراسله في بلد إقامة المستفيد فيصبح البنك المراسل هو المدين للآمر بالتحويل ، فيقوم الأمر بالتحويل بإحالة دائته المقيم في بلد البنك المراسل على ذلك البنك .

ويكلف البنك الذى يتعامل معه تبليغه ذلك .

● **التخريج الخامس :** يمكن تخريجه أيضاً بأنه يحتوى على وقوع عقد صرف يبيع المصرف بموجبه في حدود قيمة الخطاب ، مقداراً محدداً من العملة الأجنبية ، بما يساوى قيمته في العملة الداخلية مع تفويض العميل المستفيد من خطاب الاعتماد ، بقبول الحوالة بذلك المقدار من العملة الأجنبية ، على أى مصرف من المصارف المحددة في نفس الخطاب^(٤) .

وإذا كان المصرف مديناً للعميل الطالب الحصول على الخطاب - أى أن الخطاب مغطى - فالعملية تعتبر من قبيل الخدمات المصرفية التى يتقاضى عنها المصرف أجراً أو عمولة نظير عمله كما يمكن تفسير خطاب الاعتماد^(٥) بأنه تفويض للمستفيد بأن يشتري - في حدود قيمة الخطاب -- عملة أجنبية من رصيد المصرف المصدر للخطاب لدى المصارف الأخرى وذلك في مقابل عملة داخلية يدفعها طالب خطاب الاعتماد . وبإمكان المصرف في هذه الحالة أن يأخذ عمولة باعتبارها جعالة على هذا التفويض وتعتبر العمولة التى

(٤) البنك اللاروى في الإسلام ، محمد باقر الصدر ، صحيفة ١١٤ .

(٥) يقصد به خطاب الاعتماد وهو خطاب يصدره البنك يفوض فيه عميله الذى أصدر الخطاب لصالحه بالسحب على حسابه لدى مراسليه الذين يحدد لهم على ظهر تلك الخطابات وتطالب المصارف في الغالب بكامل قيمة خطابات الاعتماد الشخصية في العملاء عند استصدارها وتتقاضى عمولة خاصة على الخطاب .

انظر : المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ١١٢ .

يتقاضاها المصرف في كل الصور المتقدمة جائزة شرعاً .

○ الراجع :

والراجع - والله أعلم - أن فيها معنى الدين لأن البنك ضامن للمبلغ وهو دين واحد وليس دينين كما في التخرج الثالث . ويشهد لذلك ما نص عليه الفقهاء في معنى السفتجة ويتبين عند التأمل الشبه الكبير بل التطابق بين الحوالة المصرفية والسفتجة .

وهي كتاب يكتبه المستقرض للمقرض إلى نائبه ببلد يعطيه ما اقترض^(٦) ومنعها الشافعية والحنفية والظاهرية . ومنهم من فرق بين ما يخف حمله وما يتقل وهم المالكية . ومن الحنابلة من اطلق المنع ومنهم من أطلق الجواز .

قال ابن قدامة^(٧) : وإن شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر وكان لحمله مؤونة لم يجوز . وحكى التحريم ابن المنذر عن علي وابن عباس والحسن بن علي وابن الزبير وأحمد وإسحق - وخلق كثير - وقد نص أحمد على أن من شرط أن يكتب له بها سفتجة لم يجوز ومعناه اشتراط القضاء في بلد آخر . وروى عن أحمد جوازها لكونها مصلحة لهما جميعاً . قال عطاء : كان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم ثم يكتب لهم بها إلى مصعب بن الزبير بالعراق فيأخذونها منه فستل عن ذلك ابن عباس فلم ير به بأساً . ومن لم ير به بأساً ابن سيرين والنخعي . والصحيح جوازه لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة

(٦) تهذيب الأسماء واللغات للنووي ، القسم الثاني ، صحيفة ١٤٩ .

(٧) المغني لابن قدامة ، الجزء الرابع ، صحيفة ٣٥٤ .

وانظر كذلك في حكم السفتجة موسوعة الكويت النموذج الثالث الحوالة ، صحيفة

فيها بل بمشروعيتها ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريره ولا في معنى المنصوص فوجب إبقاؤه على الإباحة والأصل في العقود الإباحة وليس في السفتجة ما يمنع بقاءها على الأصل .

○ تخرج أخذ العمولة على التحويل :

يجوز أخذ العمولة على الحوالة مهما كان التخرج ، ذلك أن عملية التحويل إذا كانت تعنى أن البنك يريد أن يسدد الدين الذي عليه للآخر بالتحويل عن طريق دفعه إلى دائنيه فهو يأخذ عمولة لقاء تسديده للمدين في مكان آخر غير مكان القرض الذي نشأ بينه وبين الأمر بالتحويل .
فالبنك وإن كان مديناً للأمر بالتحويل ، والمدين وإن كان ملزماً بتسديد دينه دون عوض ، ولكنه غير ملزم في أى مكان يقترحه الدائن ، فإذا أراد الدائن منه أن يسود دينه في مكان معين غير المكان الذي جرى فيه عقد القرض كان من حق المدين - أى البنك - أن يتقاضى أجراً - أى عمولة - على ذلك .

وإذا كانت عملية التحويل تسديد دين المستفيد على الآخر فمن الواضح أن هذه خدمة يؤديها البنك لعميله ، ويتقاضى عليه عمولة وقيمة هذه الخدمة هي عبارة عن قيمة المبلغ المدفوع وفاء عن ذمة الأمر بالتحويل زائداً قيمة دفعه في مكان آخر لم يكن ليتيسر للأمر بالتحويل الدفع فيه إلا بنفقات وإذا كانت عملية التحويل تقوم على أساس الحوالة فإما أن تكون حوالة على برىء أو مدين .

فإن كانت حوالة على برىء - أى أن المحول ليس له رصيد لدى البنك جاز أخذ العمولة .

وإن كانت حوالة على مدين جاز أيضاً أخذ العمولة لأنه غير ملزم

بدفع دينه للعميل في أى مكان يحدده هو ولم يفرضه عقد القرض فيأخذ البنك عمولة في مكان معين . وأما إذا تقدم الأمر بالتحويل بالمبلغ فعلاً إلى البنك فهذا يعنى أن عقد القرض سينشأ ويصبح البنك بموجبه مديناً والأمر بالتحويل دائماً لكى يتاح له توجيه الأمر إلى البنك . وفي هذه الحالة يمكن للبنك أن يشترط في عقد القرض على الأمر بالتحويل ألا يحيل الأمر دائئه عليه إلا بإذنه أو إلا إذا دفع له عمولة معينة وهو شرط سائغ لأنه لمصلحة المدين على الدائن لا العكس . وإذا كانت عملية التحويل قائمة على أساس أن البنك المأمور هو المحول لعملية الأمر باعتباره دائماً له على بنك مراسل له في بلد آخر فيجوز للبنك أن يأخذ عمولة وإن كان مديناً لأن المدين غير ملزم بهذا النوع من الوفاء بل يمكنه تسديد الدين نقداً فإذا أراد الدائن هذا النوع من الوفاء أمكنه الامتناع عنه ما لم تدفع له عمولة خاصة .

وعلى أية حال فالعمولة جائزة شرعاً على الحوالة^(٨) .

أما العمولة التى يأخذها البنك على التحويل عن طريق الاعتماد الشخصى الذى لا يدفع العميل قيمته فإنه يعتبر قرضاً تقدمه المصارف لعملائها الذين تثق في مركزهم المالى ، ولا يمكن اعتبار^(٩) ذلك إلا قرضاً تستخدم فيه البنوك الأموال المتجمدة لديها ، ويتقاضى في مقابل هذا الإقراض عمولة ، وفائدة ربوية وحاول بعض الفقهاء إيجاد المخرج ، والمعاذير لبعض هذه الفوائد ولكن الراجح أنها من قبيل الربا المحرم . ولهذا فإن المصارف الإسلامية المبثوثة في أنحاء مختلفة من العالم الإسلامى تسير أعمالها بمعزل عن هذا الخلاف اهـ .

(٨) انظر البنك اللاربوى في الإسلام المصدر السابق .

والربا والمعاملات المصرفية لعمر المترك ، صحيفة ٣٠٩ .

(٩) المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، للدكتور غريب الجمال ، صحيفة ١١٤ .

المبحث العاشر
البيع بالتقسيط

○ المبحث العاشر ○

عقد البيع بالتقسيط

○ توطئة :

قد يشتري المصرف الإسلامى سلعةً معمرة - كالمنازل والسيارات والأراضى - أو غيرها من السلع ثم يقوم ببيعها بالتقسيط كما أن عقد الشراء الاستجارى يتضمن دفع الثمن وفق نجوم مؤجلة وهذا هو الذى درجت عليه معظم البنوك الإسلامية^(١) خصوصاً البنك الإسلامى للتنمية بجدة فيلزم معرفة وجه هذا العقد فى الشرع وذلك كما يلى :-

شرع الأجل ترفيهاً للناس ليتمكنوا من أداء التزاماتهم بلا مشقة قال فى الهداية^(٢) : (الأجل شرع ترفيهاً) وهذا الترفيه متصور إذا كان محل الالتزام ديناً أو عملاً فى الذمة لأن الأصل أن تترتب على التصرف أحكامه فوراً إلا إذا حال دون ذلك مانع ، ولا مانع من ثبوت الحكم والمحل موجود

(١) أشكال وأساليب الاستثمار بحث للدكتور الصديق الأمين الضيرير مقدم لبرنامج التمويل بالمشاركة الذى عقد فى صفر عام ١٤٠١ هـ .

بإشراف جامعة الملك عبد العزيز بجدة ، صحيفة ١٨ .

وانظر كذلك محاضرة تجربة البنوك الإسلامية للدكتور عبد الرحيم حمدى ، صحيفة ١١ وقد ألفت فى نفس البرنامج .

وانظر الاستفسارات التى قدمها البنك الإسلامى للتنمية إلى المجمع الفقهى وتقرير لجنة الإجابة عن هذه الاستفسارات التى اجتمعت فى ١١ صفر عام ١٤٠٧ هـ فى مقر البنك بجدة .

(٢) الهداية للمرغيانى ، الجزء الثالث ، صحيفة ٣٦ .

حاضر ولما كانت الأعيان أشياء حاضرة فإنه إذا وقع عليها تصرف ما كالبيع مثلاً فلا يشرع تأجيل^(٣) تسليم العين الحاضرة ويختلف الحال بالتزام أداء الدين فالدين شيء غائب يتعلق بالذمة فلا مانع من تأجيل الالتزام بدفع الدين وتنشغل الذمة فوراً ويتأخر الأداء إلى ذلك الوقت وهذا مما لا خلاف فيه فيما أعلم قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾^(٤) . وقد اشترى النبي ﷺ من يهودى طعاماً بثمن مؤجل أجلاً معلوماً ورهنه درعاً له . وقد أجمع الصحابة^(٥) والتابعون على جواز تأجيل ثمن البيع وجرى بذلك العرف .

ويصح ذلك سواء اتفق عليه في العقد أو اتفق عليه بعده لأن الثمن حق للعاقد الآخر وله أن يؤخر استيفاء حقه تيسيراً على الطرف الآخر لأن له إبراءه من الثمن جميعه فمن باب أولى جاز له استيفاء هذا الثمن من

(٣) وذلك لأن الأجل هنا لا معنى له فيتسلم المشتري السلعة كما تسلم البائع الثمن لأن ذلك مقتضى العقد .

انظر ذلك في بدائع الصنائع للكاساني الجزء الخامس صحيفة ١٧٤ .
وحاشية ابن عابدين الجزء الرابع صحيفة ٣٦١ والأشباه والنظائر للسيوطي صحيفة ٣٠٧ .

(٤) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

(٥) رواه البخارى في الجهاد ٨٩ ، والمغازى ٨٦ ، والترمذى في البيوع ٧ ، والنسائى في البيوع ٥٨ .

وابن ماجة في الرهون ١ - والدارمى في البيوع ٤٤ ، وأحمد بن حنبل ٢٦/١ - ٢٠٠ - ٢٠١ - ، ١٠٢/٣ - ١٢٢ - ٢٠٨ - ٢٢٨ - ، ٤٥٢/٦ - ٤٥٧ .

(٦) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير الجزء الثالث صحيفة ٥٨ .

والمخلى لابن حزم الجزء الثامن صحيفة ٤١٢ .

وكشاف القناع للبهوتى الجزء الثانى صحيفة ٣٧ .

وحاشية قليوبى وعميرة الجزء الثانى صحيفة ٧٨ .

المشتري .

ونقل عن بعض العلماء قولهم : ان التقسيط ليس تأجيلاً وإنما هو تنجيم .
قال ابن عابدين نقلاً عن الفتاوى البزازية^(٧) : له ألفان ثمن مبيع فقال : أعط
كل شهر مائة فليس بتأجيل ... عليه ألف ثم جعل رده نجوماً إن أدخل بنجم
حال الباقي فالأمر كما شرط - وقال ابن نجيم^(*) : وإذا قال الدائن للمدين :
اذهب وأعطني كل شهر كذا فليس بتأجيل لأنه أمر بالإعطاء .

○ ما يعلم به الأجل :

لما علم أن إضافة العقد إلى الزمان أمر صحيح في أكثر العقود فلزم
معرفة أى قياس للزمن يصح استعماله وذلك لما يلي :

ذهب جمهور العلماء^(**) إلى أن الأجل المعلوم هو الأجل الذى يحدد
بقدر معين من الزمان طبقاً لأحد التقاويم المعروفة سواء كان هذا التقويم
هجرياً أو أعجمياً أو غير ذلك . وهذا رأى أبى حنيفة والحنابلة والمالكية
والظاهرية والشافعية ما عدا الشافعى حيث اشترط التقويم الهجرى^(***)

(٧) حاشية ابن عابدين ، الجزء الرابع ، صحيفة ٣٢ .

(*) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع حاشية الحموى الجزء الثانى ، صحيفة ٢١٣ .

(**) انظر رأى الجمهور وأدلتهم فى المراجع التالية : -

— حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، صحيفة ١٧٩ .

— فتح القدير لابن الهمام ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢٢٢ .

— ومجمع الضمانات ، صحيفة ٢٧٣ .

— المبسوط للسرخسى ، الجزء الثالث عشر ، صحيفة ٢٧ .

— كشف القناع للبهوتى ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٠٧ .

— والمحلى لابن حزم ، الجزء الثامن ، صحيفة ٤٤٥ .

(***) انظر رأى الشافعى فى نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى ، الجزء الثالث ، صحيفة

٢٢٢ . ومغنى المحتاج للشربينى ، الجزء الثانى ، صحيفة ٣٠٧ والأم للإمام =

واستدل بقوله تعالى : ﴿ يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج ﴾^(٨) .

قال الشافعي في الأم^(٩) :

فأعلم الله بالأهلة جعله المواقيت ولم يجعل علماً لأهل الإسلام إلا بها .
وقال ابن حزم : يجوز الأجل إلى ما لا يتأخر ساعة ولا يتقدم كالشهور . العربية والعجمية .

وقال النووي في المنهاج : ويشترط في المؤجل العلم بالأجل فإن عين شهور العرب أو الفرس أو الروم جاز لأنها معلومة مضبوطة واستدل الجمهور بأن الأجل المعلوم هو أجل يتحدد بزمان معين لا يتقدم ولا يتأخر عن مياعده المعتاد . والتقاويم الهجرية أو غير هجرية يتحدد بها الزمان فكان الأجل بها معلوماً . ورد الجمهور على الشافعي بأن التقويم الهجري معتبر صحيح ولكن لا يمنع ذلك إباحة تحديد الآجال بغيره من التقاويم وهي صحيحة أيضاً والله سبحانه وتعالى أطلق في آيات كثيرة الأجل ولم يقيده بتقويم معين قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾^(١٠) وقال عز وجل : ﴿ ونقر في الأرحام ما نشاء إلى أجل مسمى ﴾^(١١) وليس هناك ما يفيد تقييد الأجل بتقويم معين فيحمل المطلق على إطلاقه فلا يتقيد الأجل بتقويم معين إلا بدليل يدل على ذلك .

= الشافعي ، الجزء الثالث ، صحيفة ٨٤ وحاشية قلوبى وعميره ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢٤٧ .

(٨) سورة البقرة الآية ١٨٩ .

(٩) انظر الأم للإمام الشافعي ، الجزء الثالث ، صحيفة ٨٤ .

(١٠) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

(١١) سورة الحج الآية الخامسة .

○ ما يصح فيه التأجيل وما لا يصح :

ضبط الفقهاء التصرفات التي يصح فيها التأجيل والتي لا يصح تأجيلها والتي لا تصح إلا مؤجلة .

قال ابن عابدين^(١٢) : « أن ما تصح اضافته إلى الزمان المستقبل : الإجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعناق والوقف فهي أربعة عشر . وبقي العارية والإذن في التجارة فيصحان مضافين أيضاً . وما لا تصح إضافته إلى الزمان المستقبل عشرة : البيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والإبراء عن الدين لأنها تمليكات للحال فلا تضاف للاستقبال » .

قال السيوطي^(١٣) : الأجل المضروب سبعة أنواع : -

- أ - عقد يطله الأجل كالصرف ورأس مال السلم .
- ب - عقد لا يصح إلا بالأجل كالإجارة والكتابة .
- ج - عقد يصح حالاً ومؤجلاً .
- د - عقد يصح بأجل مجهول ولا يصح بمعلوم كالرهن والقراض وكفالة البدن والشركة والنكاح .
- هـ - عقد يصح بأجل معلوم ومجهول كالعارية والوديعة .
- و - عقد يصح بمجهول ولا يصح بمعلوم كالعمرى والرقي .
- ز - أجل يختص بالرجال دون النساء كالجزية .

(١٢) حاشية ابن عابدين ، الجزء الرابع ، صحيفة ٣٦١ .

وانظر كذلك تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٤٨ .

(١٣) جواهر العقود للسيوطي الجزء الأول صحيفة ١٤٦ (ولاحظ أن هذا غير السيوطي الإمام المعروف صاحب التصانيف) .

قال في كشف القناع^(١٤) : لا يصح توقيتها - أى الهبة - كقولك وهبتك هذا إلى سنة أو شهراً فلا تصح لأنها تمليك يمين فلا توقت كالبيع .

وقال السيوطي^(١٥) : « ما لا يصح إلا بأجل كالإجارة والكتابة » وقال : أن ما لا يقبل التوقيت بحال ومتى أقت بطلت البيع بأنواعه ويقبله وهو شرط في صحته الإجارة ويقبله وليس شرطاً في صحته الوكالة .

قال العز بن عبد السلام^(١٦) : « اعلم أن الله شرع في كل تصرف من التصرفات ما يحصل مقاصده ويوفر مصالحه ولذلك شرط التوقيت في الإجارة والمساواة والمزارعة ولو وقع التوقيت في النكاح لأفسده .

○ ما يرجع إليه عند الاختلاف في الأجل :

إذا كان القسط شهرياً أو سنوياً ولم يبين الاتفاق أى تقويم يتبع يزجج في تعيين ذلك إلى عرف المتعاقدين فإذا كان العرف قد جرى على تحديد الأجل بالتقويم الهجرى أو الميلادى أو غير ذلك كان الأجل معلوماً بالتقويم الذى يجرى عليه العرف لأن العرف يصلح دليلاً يقيده به المطلق وقد نص الحنابلة والشافعية على أن المعتبر عند الإطلاق فى ذلك عرف الشرع وهو التقويم الهجرى قال فى كشف القناع^(١٧) : ينصرف إطلاق الأشهر إلى الأشهر الهلالية وقال فى حاشية قليوبى وعميرة^(١٨) وإن أطلق الشهر حمل على الهلالى . لأنه عرف الشرع . وقال : إن عرف الشرع مقدم وإن خالف

(١٤) كشف القناع للبهوتى ، الجزء الثانى ، صحيفة ٤٨٠ .

(١٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ، صحيفة ٣٥٧ .

(١٦) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٣٨ .

(١٧) كشف القناع للبهوتى ، الجزء الثانى ، صحيفة ١٢٧ .

(١٨) حاشية قليوبى وعميرة ، الجزء الثانى ، صحيفة ٢٤٧ .

عرف المتعاقدين ولكن إذا كان العرف في بلد ما جارياً على استعمال الأشهر الشمسية - أى التقويم الميلادى - فإنه يصار إلى ذلك العرف لأن المقصود ضبط العقود وليس الحكم متعلقاً بذات الأشهر الهجرية - القمرية - وإنما الأمر يدور مع ما تعارفه الناس فإذا تغير عرف الناس تغير الحكم معه بشرط ألا يكون ذلك مخالفاً لنص شرعى أو قاعدة كلية كما سبق^(١٩).

○ التخرج الفقهي لعقد البيع بالتقسيط :

أكثر الفقهاء على جواز البيع بثمن مؤجل سواء ذكر المتبايعان للثمن أجلاً واحداً أو آجالاً متعددة بأن جعل لكل مقدار منه أجل . ويشترط في التأجيل ألا تجمع البدلين علة الربا .

ويشترط في الأجل أن يكون معلوماً فلو كان مجهولاً فسد البيع لأن جهالته تفضى إلى النزاع فإذا مات من عليه الثمن قبل حلول الأجل حل الثمن كله حيث إن التأجيل يصح معه البيع إذا كان في الثمن ويفسد إذا كان في المبيع - ما عدا السلم - فينبغى أن يعرف المبيع من الثمن لكى لا يتعاقدا على تأجيل السلعة أى المبيع^(٢٠) فلا يصح التأجيل في الأموال القيمة لأنها مبيع سواء بيعت بمثل أو بقيمى . أما الأموال المثلية : وهى ما تضبط بالكيل أو الوزن أو كانت من العددى المتقارب كالبيض أو المقيس المتقارب كأمتار القماش فهذه الأشياء تكون أثماناً .

ولا مانع من زيادة الثمن في مقابلة الأجل في هذه الحالة لعموم الأدلة القاضية بجوازه ولاختلاف الجنس من الأموال في الحقيقة والصفة والمقصد . أى أنه يجوز أن يكون للمبيع ثمان أحدهما حال والآخر مؤجل والحاصل أن

(١٩) انظر صحيفة ٣١٤ .

(٢٠) انظر : حاشية ابن عابدين الجزء الرابع ، صحيفة ٢٣ .

جمهور العلماء^(٢١) على أنه صحيح وصورته أن يبيع السلعة بثمن مؤجل يزيد عن ثمنها حاضراً .

قال الترمذى^(٢٢) : إذا قال البائع ابيعك هذا الثوب بنقد بعشرة وبنسيئة بعشرين فإذا فارقه على أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة على أحدهما .

وقال الأوزاعى^(٢٣) : لا بأس بذلك ولكن لا يفارقه حتى يباته بأحد المعنيين .

وقال البغوى^(٢٤) : إذا باته على أحد الأمرين فى المجلس فهو صحيح به لا خلاف فيه .

وألف الشوكانى رسالة فى جواز البيع سماها شفاء الغليل فى حكم الثمن لمجرد الأجل ومن قال بجواز هذا البيع الشافعية والحنفية .

○ أدلة الجمهور على جواز البيع بالتقسيط -

يمكن تقسيم استدلالهم إلى مجموعتين المجموعة الأولى تتصل بذكر أدلة على ما ذهبوا إليه والمجموعة الثانية مناقشة المخالف المجموعة الأولى :

● الدليل الأول : روى ابن عباس أن النبى ﷺ لما أمر بإخراج

(٢١) انظر رأى الجمهور وأدلتهم على جواز بيع التقسيط فى المراجع التالية : -

— إقامة الدليل على إبطال التحليل لابن تيمية ، الجزء الثانى ، صحيفة ٣٧ .

— نبيل الأوطار للشوكانى ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٥٢ .

— المغنى لابن قدامة ، الجزء الرابع ، صحيفة ٢١١ .

— بداية المجتهد ، لابن رشد ، الجزء الثالث ، صحيفة ٥٣٧ .

(٢٢) سنن الترمذى ، الجزء الثالث ، صحيفة ٥٣٧ .

(٢٣) سنن أبى داود ، الجزء الثالث ، صحيفة ٧٣٩ .

(٢٤) شرح السنة للبغوى ، الجزء الثامن ، صحيفة ١٤٣ .

بنى النضير جاءه ناس منهم فقالوا يا نبي الله إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال ﷺ : « ضعوا وتعجلوا »^(٢٥) فلما كان وضع جزء من الدين والإبراء عن بعضه لأجل الأجل الساقط ثابت بالسنة فكان زيادة الثمن عند تأجيله مثل ذلك سواء بسواء .

● **الدليل الثاني :** قال تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم ﴾^(٢٦) وهذا الأمر الذى نحن بصدد بيان حكمه هو من قبيل التجارة التى تمت عن تراضٍ فكان جائزاً .

● **الدليل الثالث :** البيع بثمن مؤجل أو بالتقسيط هو عكس لصورة السلم لكنه من جنسه لأن الثمن فيهما يختلف عن المبيع ففى السلم يدفع المشتري رأس مال السلم ليستلم المبيع بعد أجل وغاية الأمر أن رأس مال السلم يكون فى الغالب أقل من سعر السلعة المسلمه بينما الثمن المؤجل أو مجموع الأقساط تكون أكثر من سعر السلعة المبيعة ومن هنا كان البيع بالتقسيط عكس السلم . فمثلاً إذا كان ثمن كيله القمح درهمان فقد أجاز الشارع أن تسلف درهمين لتأخذ كيلتين من القمح بعد أجل أو تأخذ كيلتين حالاً وتدفع درهمين أو ثلاثة إلى أجل .

● **الدليل الرابع :** أمر رسول الله ﷺ عمرو بن العاص^(٢٧) أن يجهز جيشاً فكان يشتري البعير بالبعيرين إلى أجل . فجاز أن يزيد الثمن

(٢٥) أخرجه الدارقطنى والحاكم فى المستدرک ٥٢/٢ والطبرانى فى الأوسط وانظر رأى ابن عباس فى السنن الكبرى للبيهقى ٢٨٨/٦ وهو ضعيف لأن فيه عبد العزيز ومسلم بن خالد . وصححه الحاكم .

(٢٦) سورة النساء الآية ٢٩ .

(٢٧) رواه البخارى فى البيوع ١٠٨ .

المؤجل عن الثمن الحاضر .

● الدليل الخامس : أن في ذلك تسهياً على الناس ورواجاً للسلع مما يؤدي إلى تنشيط الحركة التجارية فيتبادل الناس المنافع ولا ضرر في ذلك ولا مخالفة لمقصود الشارع بل هو تحصيل للمقصود فيناسب أصول الشريعة أن يكون ذلك جائزاً^(٢٨) .

○ المجموعة الثانية من أدلة الجمهور :

● أولاً : ردوا استدلال الحنفية بحديث « من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا » لأن في الحديث عللاً وخلافاً في المقصود به كما تقدم^(٢٩) . فمن العلل التي في الحديث أن فيه محمد بن عمرو بن علقمة وقد تكلم فيه غير واحد . ولأنه تفرد بهذه الرواية عن أبي هريرة والرواية المشهورة عنه النهي عن بيعتين في بيعة .

قال الشوكاني^(٣٠) : ولو سلمنا أن تلك الرواية التي تفرد بها ذلك الراوى صالحة للاحتجاج لكان احتمالها لتفسير خارج على محل النزاع قادحاً في الاستدلال بها على المتنازع فيه فقد قيل عن أبي رسلان في تفسير « فله أوكسهما » أن يسلفه ديناراً في قفيز حنطة إلى شهر فلما حل الأجل وطالبه بالحنطة قال : بعني القفيز الذي لك على إلى شهرين بقفيزين فصار ذلك بيعتين في بيعة لأن البيع الثاني قد دخل على الأول فيرد إليه أوكسهما وهو الأول .

كما أن هذا الدليل مدفوع بأنه لا يشمل صورة النزاع لأن هذا البيع

(٢٨) انظر الاستدلال الثالث والرابع والخامس في إجابة للشيخ عبد العزيز بن باز المنشورة في مجلة الجندي المسلم العدد ١٣ السنة الثالثة ١٣٩٦ هـ صحيفة ١٩ .

(٢٩) انظر ما سبق في الباب الأول ، صحيفة ٣٥٢ .

(٣٠) نيل الأوطار ، الجزء الخامس ، صحيفة ١٧٢ .

وانظر الجزء الثالث من سبل السلام عند الكلام على هذا الحديث .

يشمل صوراً عديدة منها أن يقول البائع بعثك هذا بألف نقداً وبألفين نسيئة ويقبل المشتري على الإبهام دون تحديد ثمن بعينه هل هو ألف أو ألفان وعلة المنع في هذه الصورة عدم استقرار الثمن على حالة بيع الشيء الواحد بثمانين ولأن الثمن مجهول فلا يصح البيع كما سبق والجهالة في الثمن داخلية في الصورة المذكورة في النهي عن بيعتين في بيعة ففي هذا البيع أيضاً غرر فيدخل في عموم النهي عن بيع الغرر . أما بيع الأجل بثمان أكبر من ثمن النقد أو الحال فلا يدخل ضمن حديث بيعتين في بيعة .

وهذا البيع لا يتم إلا بعقد واحد وبيع واحد وثمان واحد أما بثمان النقد أو بثمان الأصل وهو بذلك يخرج عن نطاق النهي عن بيعتين في بيعة ويحمل ما قاله الفقهاء في ذلك على أن المسألة مفروضة على أن المشتري قبل على الإبهام لا بتحديد ثمن بعينه والجهالة بالثمن غير متوفرة في بيع الأجل بثمان أكبر من ثمن النقد حيث أن البيع في هذه الحالة ينعقد على ثمن معين واحد ويتم التراضي عليه بين الطرفين لذا يصح البيع . ويتضح بذلك أن إدخال البيع بالتقسيط في باب بيعتين في بيعة غير متجه .

● ثانياً : ليس فيه ربا ولا جهالة ولا غرر ولا قمار ولا شيء من المفاسد زائدة على ثمن ما اتفق عليه لكنها داخلية في نفس الثمن .
المقسط أو المؤجل . قال ابن القيم^(٣١) : إن من باع بمائة مؤجلة أو خمسين حالة ليس هنا ربا ولا جهالة ولا غرر ولا قمار ولا شيء من المفاسد فإن خيره بين أى الثمنين شاء وليس هذا بأبعد من تخييره بعد البيع بين الرد والإمضاء ثلاثة أيام وإذا تأملنا تعريف الربا فإننا لا نجد أن بيع التقسيط فيه شيء من الربا أو شبهة لأن الزيادة في هذا البيع ليست خالية عن عوض بل

(٣١) أعلام الموقعين ، الجزء الثالث ، الوجه الثاني والستون .

هي في مقابلة العين المبيعة كما أن هذا البيع يفتقر عن الربا وذلك لأنه إذا حل الأجل ولم يؤد المدين الثمن فإنه لا زيادة عليه ولا مؤاخذه إن كان معسراً لقوله تعالى^(٣٢) : ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وإن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون﴾ . وإن كان غير معسر فإنه يعزر ويؤخذ منه الحق لأن مطل الغنى ظلم^(٣٣) .

كما أنه ليست كل زيادة خالية عن العوض هي باب الربا إذ لابد من وجود علته وليس ذلك متحققاً في بيع التقسيط ، وعند الاختلاف في بدلي البيع جنساً مع الاختلاف في العلة يجوز التفاضل والنساء وفي مسألتنا يختلف العوضان فجاز فيهما التفاضل والنساء وإذا جاز ذلك فإنه يصح ان يختلف مقدار التفاضل حسب الاتفاق لأن ذلك عائد إلى الرضا فيجوز أن يبلغ الثمن القدر الذي يتفقان عليه حالاً أو مؤجلاً ويدل على ذلك أنه يجوز للبائع أن يبيع سلعته بأقل من سعر السوق ولا يقال في هذه الحالة إن المشتري حصل على زيادة في السلعة لا يقابلها شيء فكذلك لا يقال للبائع عند زيادة الثمن المؤجل عن الثمن الحاضر أنه حصل على زيادة دون مقابل .

● **ثالثاً:** ليس هذا من باب بيع الدرهم بالدرهم لأن المبيع في هذه الصورة نقد أما صورة النزاع فإن المبيع فيها سلعة والسلع يمكن أن تتغير قيمتها من وقت لآخر بالقياس إلى النقود فإذا احتاط البائع لهذا التغير فجعل السعر المؤجل أكثر من السعر الحاضر فلا بأس لأن الزيادة للحوادث دون الخسارة^(٣٤).

(٣٢) سورة البقرة الآية ٢٨٠ .

(٣٣) مقومات الاقتصاد الإسلامي للدكتور عبد السميع المصري ، صحيفة ١٠٧ .

(٣٤) انظر جواب الشيخ ابن باز في مجلة الجندی المسلم ، صحيفة ١٩ .

وانظر طرفاً من هذه المناقشة في نظرية الربا المحرم للدكتور إبراهيم زكي بدوي .

○ الرأي الثاني في البيع بالتقسيط :

ذهب الحنفية إلى عدم جواز زيادة الثمن لقاء الأجل على النحو الذى يتم فى بيوع التقسيط واستدلوا بحديث : « من باع يبعين فى بيعة فله أو كسهما أو الربا » .

وقد فسرہ سماک بن حرب ببيع السلعة بثمن مؤجل أكثر من سعر يومها فقال : يبيع البيع فيقول هو بنساء بكذا وكذا رواه الإمام أحمد . فدل هذا على تحريم زيادة ثمن السلعة المؤجل عن سعرها يوم البيع لأن البائع يجمع هنا صفة النقد والنسيئة فى صفقة واحدة فلا يكون له إلا أو كسهما أو الربا لا يستحق إلا رأس ماله فإن أخذ زيادة فقد أرى .

قال فى المبسوط^(٣٥) : فى حديث النهى عن بيعتين فى بيعة : وبه أى بالحديث نأخذ وضعة الشرطين فى البيع أن يقول بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا وذلك غير جائز . والبيع من السلف أن يبيع منه شيئاً لتعرضه أو يؤجله فى الثمن ليعطيه على ذلك ربحاً وظاهر كلام السرخسى أن العلة فى عدم الجواز عند الأحناف هى الربا لأنه فى الصورة الأولى جعل الأجل فى الثمن مقابلاً بالزيادة فيه صراحة فهى زيادة فى الدين بغير عوض وهو معنى الربا وفى الصورة الثانية يحتال على الربا فى القرض ببيع شيئاً مع المحاباة فى ثمنه بمقابل القرض .

ومن المعلوم أن الأجل لا عوض له والزيادة إنما كانت فى مقابل الأجل وهو ليس بمال فلا يقابل بمال فيكون ذلك من ربا النسيئة لأن الزيادة لم

(٣٥) المبسوط للسرخسى ، الجزء الثالث عشر ، صحيفة ٢٥ .

وانظر : رأى الأحناف أيضاً فى فتح القدير لابن الهمام ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢١٨ وانظر الكلام على هذا الحديث فى الجزء الثالث من سبل السلام للصنعانى ، والجزء الخامس من نيل الأوطار ، صحيفة ١٧٢ - ٢٤٩ .

يقابلها شيء إلا المدة وهى ليست عوضاً .

ولا عبرة بالتراضى بين المتبايعين هنا لأن المشتري مضطر للشراء
فيكون كالمكره .

○ الراجع :

الراجع والله أعلم هو ما ذهب إليه الجمهور حيث إن المقصود هو
بالأجل ونفى الجهالة وذلك حاصل بأية طريقة وأما التقويم الهجرى فلا يلزم
الاقتصار عليه وليس هو الطريق الوحيد للعلم بالأجل ثم إن رأى الجمهور
أليق بالناس وأسهل فهو جار على اصول الشريعة فى تيسير أحوال الناس
ويسهل معاملاتهم أما أدلة الأحناف فلا تنهض اما استدلالات الجمهور والله
تعالى أعلم .

* * *

المبحث الحادى عشر
الشراء الاستجارى

○ المبحث الحادى عشر ○

الشراء الاستجارى أو البيع التأجيرى

ويلجأ إلى هذا الأسلوب لضمان التزام المشتري وحرصه على إتمام السداد ومن ثم انتقال الملكية إليه .

وهو اتفاق بين طرفين مثل البنك وعميله على أن يبيع البنك للعميل سلعة معينة وتحدد قيمتها إلا أن هذه العلاقة لا تحدث آثارها فتنقل ملكية السلعة المباعة إلى المشتري مباشرة ولكن تظل العلاقة بينهما محكومة بقواعد عقد الإجارة لحين إتمام المشتري سداد أقساط إيجارية تعادل قيمة ثمن البيع المتفق عليه خلال مدة محددة عند ذلك تنتقل ملكية السلعة نهائياً إلى المشتري ويصبح له كامل الحقوق عليها . ومن ثم فإذا حدث ما يؤدي إلى فسخ العقد وإنهاء هذه العلاقة يكون من حق البائع الاحتفاظ بملكيته للسلعة ويكون المشتري قد انتفع بالسلعة في مقابل القيمة الإيجارية المدفوعة أى أن السلعة تنتقل بالفعل منذ بدء العلاقة إلى المشتري للانتفاع بها انتفاعاً مقابلاً للقيمة الإيجارية المدفوعة منه للبائع^(١) .

○ وهذه العقود نوعان^(٢):

● النوع الأول : التأجير التمويلى : أو التأجير على أساس الوفاء

(١) انظر أعمال ندوة البنوك الإسلامية التى عقدت فى القاهرة بحث للدكتور الجزيرى ، صحيفة ١٢ .

(٢) انظر الإشارة إلى هذين النوعين فى التقرير الذى أعدته لجنة الخبراء فى باكستان لتخليص الاقتصاد من الفائدة الربوية .

الكامل ويكون « عقداً » بين المؤجر والمستأجر لاستثمار أصل معين يختاره المستأجر من صانع أو بائع مثل هذه الأصول ويحتفظ المؤجر بملكية الأصل في حين يتمتع المستأجر بحيازة الأصل واستخدامه لقاء تسديد دفعات إيجارية محددة خلال مدة معينة ورغم أن المؤجر هو المالك الشرعى إلا أنه يخول المستأجر الحقوق الكاملة في استخدام الأصل طيلة مدة سريان العقد أما الدفعات الإيجارية خلال الفترة الأولية الثابتة فيجب أن تكفى لاستهلاك الإنفاق الرأسمالى للشركة المؤجرة ولتوفير عنصر الربح وتستمر الفترة الأولية مع استمرار الحياة النافعة المقدرة للأصل كما أن المستأجر مسؤول عادة عن جميع تكاليف التشغيل مثل الصيانة والتأمين على الأصل . لكن للمستأجر حق اختيار فترة ثابتة للاستئجار تخفض فيها الدفعات الإيجارية إلى مبلغ رمزى وتتراوح الفترة الإيجارية عادة ما بين ٥ سنوات إلى ١٥ سنة ويتوقف ذلك على فترة الحياة النافعة للأصل .

● النوع الثانى : التأجير التشغيلى : وهو أشبه بترتيبات الشراء الاستئجارى القصير الأجل ويشار إليه أيضاً بأنه التأجير على أساس (الوفاء غير الكامل) حيث أن الدفعات الإيجارية لا تكفى لأن يسترد المؤجر كامل الإنفاق الرأسمالى الأسمى ويتم استرداد الباقي من خلاف التصرف بالأصل أو إعادة تأجيره ، ولقد اقتصر التشغيل التأجيرى أساساً على أنواع معينة من المعدات مثل أجهزة الكمبيوتر والسيارات وما شابهها .

وتقدم المصارف فى باكستان التمويل المتوسط والطويل الأجل إلى المنشآت عن طريق التأجير . وتنطوى هذه الطريقة على مخاطر يسيرة ويضمن للمصرف مقدراً من الأرباح . ولكن يلزم لجعل هذه الطريقة مشروعة ومتمشية مع المبادئ الشرعية أن يتحمل المؤجر تكلفة التأمين على الأصول . ويصدر المصرف (شهادات الإيجار) تستثمر حصيلتها فى شراء المباني

والمعدات^(٣) وأدوات النقل وغير ذلك مما يمكن تأجيله وهذه الشهادات يتوقف دفعها عن الاستمرار في دفعها بنهاية تسديد قيمة الأصل المستأجر .

○ الفرق بين البيع التأجيري والتقسيط :

يختلف بيع التقسيط عن البيع الإجارى ففى بيع التقسيط لا تصبح للبائع أية حقوق فى السلعة المباعة إلا أنه يحق له مطالبة المشتري بسداد الثمن فالمشتري ملك السلعة والثمن دين فى ذمته . أما البيع بطريق التأجير فيلتزم المشتري بأداء الأقساط فى فترات دورية تعتبر بمثابة قيمة استئجار السلعة التى يرغب فى حيازتها على أنه إذا تم سداد قيمة السلعة أصبحت ملكاً له . وبموجب بعض الاتفاقات يكون للمستأجر حق إعادة البضائع وفى هذه الحالة يضع عليه ما دفعه من أقساط . وتظل البضائع ملكاً للبائع إلى أن يتم سداد الثمن وإذا ماطل المشتري فى سداد الأقساط فإنه يحق للبائع استرداد العين المؤجرة من المشتري (المستأجر) فكأن المشتري يجوز أصلاً ليس ملكاً له وإنما تنتقل ملكيته له بعد سداد الأقساط جميعها^(٤) .

○ كيفية تطبيق هذا العقد :

المثال التطبيقي على هذا العقد هو عقود الإيجار التى يقوم بها البنك الإسلامى للتنمية لتمويل شراء ثم إيجار وسائط النقل مثل ناقلات البترول . والبواخر أو تمويل شراء أو إيجار معدات وأجهزة لمشروعات صناعية لصالح الدول الأعضاء .

(٣) نحو نظام نقدى ومالى إسلامى - الهيكل والتطبيق للدكتور معبد على الجارحى وهو بحث من منشورات الاتحاد الدولى للبنوك الإسلامية ، صحيفة ٧٧ .

(٤) انظر مجلة البنوك الإسلامية العدد ٣٧ الصادر فى ذى القعدة من عام ١٤٠٤ هـ ، صحيفة ٢١ .

وطبقاً للأسلوب المعمول به في البنك يتم الإيجار على الأسس التالية^(٥) :

أ - بعد التحقق من الجدوى الفنية والمالية للمشروع الذي ينظر البنك في المساهمة في تمويله عن طريق الإيجار يبرم البنك اتفاقية مع الجهة القائمة على المشروع (المستأجر) ويفوض البنك بموجبها إلى تلك الجهة التعاقد باسمه مع الموردين على شراء المعدات المطلوبة (والتي يتم تصنيعها وتحديد تكلفتها التقديرية في الاتفاقية) ويقوم البنك وفقاً لما يتم إبرامه من عقود مع الموردين بدفع قيمة المعدات مباشرة للموردين في الآجال التي تحددها تلك العقود .

ب - تقوم الجهة المستفيدة (المستأجر) نيابة عن البنك باستلام المعدات وفحصها للتأكد من سلامتها ومطابقتها للمواصفات المتعاقد عليها ثم تقوم بالإشراف على تركيبها - متى كان التركيب لازماً - للتأكد من أن ذلك يتم بطريقة سليمة حسبما تم التعاقد عليه مع الموردين .

ج - بناء على المعلومات المتوافرة لدى الجهة القائمة على المشروع وتقديرات الفنيين بها وبالبنك تحدد الاتفاقية الفترة الزمنية اللازمة لتنفيذ عملية شراء المعدات وتركيبها حتى تصبح صالحة لاستيفاء المنفعة المقصودة منها . وبناء على ذلك تنص الاتفاقية على موعد بدء الإجارة بحيث يقع ذلك بعد انتهاء الفترة المقدرة لكي تصبح المعدات محل الإيجار صالحة لاستيفاء المنفعة المقصودة منها .

د - أثناء مدة الإيجار يقوم المستأجر بدفع الأقساط المحددة في عقد الإجارة (أى الاتفاقية الخاصة بالإيجار) كما يلتزم بصيانة المعدات والحفاظ عليها والتأمين عليها لصالح البنك .

(٥) انظر استفسارات البنك الإسلامي للتنمية التي قدمها للمجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي .

هـ - يلتزم البنك بموجب هذه الاتفاقية بأن يبيع المعدات للمستأجر متى انتهت المدة ودفع المستأجر كل الأقساط المتفق عليها وتم وفاؤه بجميع التزاماته الأخرى بموجب الاتفاقية .

○ التخرج الفقهي لعقد الشراء الاستجاري :

إذا دفع التعاقد بين مالك ومستأجر على أن ينتفع المستأجر بمحل العقد بأجرة محددة بأقساط موزعة على مدد معلومة على أن ينتهي هذا العقد بملك المستأجر للمحل كان هذا العقد يصح إذا روعي فيه ما يأتي^(٦) .

- ١ - ضبط مدة الإجارة وتطبيق أحكامها طيلة تلك المدة .
- ٢ - تحديد مبلغ كل قسط من أقساط الأجرة .
- ٣ - نقل الملكية إلى المستأجر في نهاية المدة بواسطة هبتها له تنفيذاً لوعده سابق بذلك بين المالك والمستأجر .

وقد أقرت لجنة الإجابة عن استفسارات البنك الإسلامي هذه المعاملة وهي لجنة شكلها المجمع الفقهي ونص قرارها ما يلي^(٧) :

● **المبدأ الأول :** أن الوعد من البنك الإسلامي للتنمية بإيجار المعدات إلى العميل بعد تملك البنك لها أمر مقبول شرعاً .

● **المبدأ الثاني :** أن توكيل البنك الإسلامي للتنمية أحد عملائه بشراء ما يحتاجه ذلك العميل من معدات وآليات ونحوها مما هو محدد الأوصاف والتمن لحساب البنك بغية أن يؤجره البنك تلك الأشياء بعد وصولها وحصولها في يد الوكيل / هو توكيل مقبول شرعاً ، والأفضل أن

(٦) انظر توصيات الندوة الفقهية التي نظمها بيت التمويل الكويتي من السابع إلى الحادي والعشرين من رجب عام ١٤٠٧هـ وهي منشورة في مجلة النور العدد ٤٣ شعبان ١٤٠٤هـ ، صحيفة ١٤ .

يكون الوكيل بالشراء غير العميل المذكور إذا تيسر ذلك .

● **المبدأ الثالث :** أن عقد الإجارة يجب أن يتم بعد التملك الحقيقي للمعدات وأن يرم بعقد منفصل عن عقد الوكالة والوعد .

● **المبدأ الرابع :** أن الوعد بهبة المعدات عند انتهاء أمد الإجارة جائز بعقد منفصل كما أن تعليقها على وفاء المستأجر بالتزامات مقبولة شرعاً .

● **المبدأ الخامس :** أن تبعة الهلاك والعيب تكون على البنك بصفته مالكا للمعدات ما لم يكن ذلك بتعد أو تقصير من المستأجر فتكون التبعة عندئذ عليه .

● **المبدأ السادس :** أن نفقات التأمين لدى الشركات الإسلامية يتحملها البنك .

ومع تقديرى لأعمال لجنة الإجابة فإن لى بعض الملاحظات من ذلك أنه جاء فى المبدأ الرابع : أن الوعد بهبة المعدات .. إلخ مع أن البنك قد وعد ببيع لا هبة كما جاء فى الفقرة (هـ) من المثال التطبيقى وقد رأى بعض العلماء عدم جواز اجتماع إجارة وبيع .

قال ابن قدامة فى المغنى^(٨) : لو قال : بعثك هذه الدار وأجرتكها شهراً لم يصح . لأنه إذا باعه فقد ملك المشتري المنافع ، فإذا أجره إياها فقد شرط أن يكون له بدل فى مقابلة ما ملكه المشتري : فلم يصح .

قال ابن عقيل : « قد نهى النبى ﷺ عن قفيز الطحان » ومعناه أن

(٧) تقرير اللجنة التى شكلها المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامى للإجابة على استفسارات البنك الإسلامى للتنمية وكان اجتماعها فى مقر البنك بجنده يوم ١١ صفر ١٤٠٧ هـ .

(٨) المغنى لابن قدامة ، الجزء الرابع ، صحيفة ١١٢ .

يستأجر طحاناً ليطحن له كراء بقفيز منه فيصير كأنه شرط عمله في القفيز عوضاً عن عمله في باقي الكراء المطحون . ومحمّل الحوار بناء على اشتراط منفعة البائع في المبيع » .

ولعل الذى دعا اللجنة إلى اعتبار ذلك وعداً بهبة لا بيع أنه - أى المتعامل مع البنك - إذا أكمل الأقساط فإنه يستحق الأصل دون أن يدفع شيئاً غير تلك الأقساط حيث أنها تعتبر أجرة وثناً حيث تجمع بين المبلعين فى وقت وقد روعى ذلك عند احتساب القسط .

ومهما يكون فإن هذه المعاملة جائزة - فى رأى - ولم أر من خالف فيها أما ما ذكره الحنابلة من عدم اجتماع بيع وإجارة فإن ابن قدامة لم يقطع بذلك بل قال : (ويحتمل الجواز) والمالكية على جواز اجتماع البيع والإجارة .

قال القرافى^(٩) : « جمع الفقهاء أسماء العقود التى لا يجوز اجتماعها مع البيع فى (جص مشنق) أى : الجهالة ، الصرف ، المساقاة ، الشركة ، النكاح . القراض ، والسبب فى ذلك أن العقود أسباب لاشتغالها على تحصيل حكمها فى مسبباتها بطريق المناسبة والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين . فكل عقدين بينهما قضاء لا يجمعهما عقد واحد ، فلذلك اختصت العقود التى لا يجوز اجتماعها مع البيع كالإجارة بخلاف الجهالة للزوم الجعالة فى عمل الجعالة وذلك يناهى البيع ، والإجارة مبنية على نفى العذر والجهالة له وذلك موافق للبيع » .

(٩) الفروق للقرافى ، الجزء الثالث ، صحيفة ١٤٢ الفرق ١٥٦ .

وانظر كذلك فى جواز اجتماع البيع والإجارة استناداً إلى العرف . نشر العرف لابن عابدين صحيفة

المبحث الثاني عشر
سَنَدَاتُ الْمَقَارِضَةِ

○ المبحث الثاني عشر ○

العقد على سندات المقارضة

○ توطئة :

سندات المقارضة إحدى الوسائل التي تستخدمها البنوك الإسلامية خصوصاً البنك الإسلامي للتنمية وقد أجرى عدة ندوات تهدف إلى التعريف بها وتوسيع نطاقها على مستوى العالم الإسلامي وقد بدأ التعامل بها أولاً . في الأردن عام ١٩٨١م وبعد ذلك لاقت اهتماماً واسعاً في الأوساط الاقتصادية في البلاد الإسلامية .

○ تعريفها :

هي الوثائق الموحدة القيمة والصادرة عن البنك بأسماء من يكتبون فيها مقابل دفع القيمة المحررة بها على أساس المشاركة في نتائج الأرباح المتحققة سنوياً حسب الشروط الخاصة بكل إصدار على حدة . وقد تكون هذه السندات لآجال معينة طويلة نسبياً مثل ٥ سنوات أو عشر سنوات أو لغاية محددة^(١) .

وتصدر السندات بكيفيتين^(٢) :

-
- (١) سندات المقارضة بحث أعده الدكتور عبد السلام العبادي صحيفة ٣ .
 - (٢) قانون البنك الإسلامي الأردني رقم ١٣ لسنة ١٩٧٨م وقانون سندات المقارضة رقم ١٠ لسنة ١٩٨١م المادة الثانية الفقرة أ والفقرة ب .
- وانظر كذلك المشروع الذي أعده الدكتور سامي أحمد حمود لصياغة هذه القوانين ،
صحيفة ٢٧ .

أ - أن تكون صادرة لأجل معين وتسمى سندات المقارضة المشتركة لأنها تشارك في الأرباح مع جملة الأموال المستثمرة مع مراعاة إعطائها النسبة التفضيلية حسب عددها والمدة التي مضت على الاستثمار .

ب - أن تصدر السندات لغيات معينة مثل تمويل بناء سوق تجارى مثلاً فحصول السندات في هذه الحالة تكون متخصصة للمشروع المعين بحيث تسترد قيمة السندات من واقع دخل ذلك المشروع مع المشاركة في الربح على نحو ما يكون مشروطاً بين البنك وبين المستثمرين .
ولا تعطى سندات المقارضة^(٣) أية فوائد ربوية وليس لأصحابها المطالبة بذلك .

○ التخرج الفقهي لسندات المقارضة :

اختلف الفقهاء المعاصرون الذين تناولوا التخرج الفقهي لسندات المقارضة فذهب أكثرهم إلى جوازها وإلحاقها بأحكام الشركات المشروعة على خلاف بينهم في إلحاقها بالمضاربة فقط أو إلحاقها بالمضاربة والمشاركة في رأس المال .

وذهب الدكتور أحمد السالوس إلى المنع منها ولم أر من وافقه على ذلك وحاصل تخرج هذا العقد^(٤) ما يلي :

(٣) المقارضة هي المضاربة في اصطلاح الشافعية والمالكية وهي لغة أهل الحجاز ومنه حديث الزهري : لا تصلح مقارضة من طعمته الحرام . وأصلها من القرض في الأرض أى قطعها بالسير فيها كما أن المضاربة من الضرب في الأرض وهي لغة أهل العراق . انظر : النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ، الجزء الرابع ، صحيفة ٤١ . ونهاية المحتاج للرمل ، الجزء الخامس ، صحيفة ٢١٩ .

(٤) صدرت عن دار الإفتاء بمصر فتوى رسمية بجواز إصدار سندات المضاربة وذلك في الفتوى رقم ٧٧/٣٠٤ وتاريخ ١٤ ذى الحجة ١٣٩٧ هـ وصدر مثل ذلك عن لجنة =

● القول الأول : جواز هذا العقد . واختلفوا في تخريجه على وجهين : -

* الوجه الأول : أن هذا العقد يشمل المضاربة والمشاركة في رأس المال^(٥) .

فالعلاقة بين المكتب والجهة المصدرة علاقة قراض فيه معنى المشاركة ولا يجرى فيه تحديد مسبق لمقدار الفائدة وإنما يترك لمقدار ما يتحقق من ربح فعلى للمشروع الذى اكتب بالسندات من أجله فى هذا العقد شهاً من معاملتين شرعيتين : المضاربة ، والشركة : باعتبار أن هناك مشاركة فى المشروع بين المكتبين والجهة المصدرة تتناقص شيئاً فشيئاً وفق مواعيد الإضفاء .

فالشريعة لا تمنع إصدار صكوك تمثل حصصاً مالية لصاحب الورقة فى مشروع معين وليس هناك مانع من تداولها والهدف من إصدار هذه الصكوك - وتسمى الأوراق المالية - جميع رؤوس الأموال الضخمة التى تحتاجها المشروعات الكبيرة وهذه الورقة تكون حصة مالية شائعة فى مجموع صافى موجودات المشروع .

وليس هناك مانع شرعى^(٦) من إصدار الأوراق المالية وتداولها بالبيع والشراء أو غير ذلك . وتعامل هذه الأوراق معاملة الأموال كما تجرى فيها

= الفتوى بالأزهر بتاريخ ١٠/٩/١٩٧٨ م .

(٥) الأوراق المالية بحث للدكتور منذر قحف قدمه لندوة الأوراق المالية التى عقدت فى البنك الإسلامى للتنمية بجدة فى الخامس من ربيع الثانى عام ١٤٠٦ هـ الموافق ١٧ ديسمبر ١٩٨٥ م .

(٦) سيأتى تفصيل القول فى حكم إصدار الأوراق المالية وتداولها فى فصل البورصة إن شاء الله .

العقود الشرعية من ضمان ورهن ووقف وهبة . والأصل أن يحتفظ مالك الورقة بها إلا أنه قد يحتاج إلى التصرف فيها بالبيع أو غيره . ويستطيع المكتتب - إذا رغب - استرداد قيمة الورقة في فترة الاكتتاب ولا يسترد حينئذ إلا القيمة الاسمية .

وهكذا فإن سندات المضاربة (أو المقارضة) تفيد معنى الشركة إذ أنها تمثل حصصاً في ملكية المشروع وتثبت حقوق الملكية على الشيوع .

*** الوجه الثاني : هو عقد مضاربة .**

وإنما كان العقد مضاربة^(٧) لأنه في عقد المضاربة يدفع المضارب ماله للعامل ليستثمره على أن يكون الربح بينهما بالنسبة التي يتم الاتفاق عليها كما أنه في عقد المضاربة للمضارب الحق باستعادة رأس المال مع الربح الذي يستحقه أو بخضم الخسارة التي حصلت . بينما يقوم العامل على التصرف في المال بما يؤدي إلى نمائه حسبما يتم الاتفاق عليه وله الحق في الربح وفق النسبة المتفق عليها^(٨) . وهذا كله متحقق في سندات المقارضة .

وعند هذا الفريق أنه لا يمكن اعتماد مبدأ المشاركة بالإضافة إلى المضاربة في تصوير العلاقة في هذا النوع من التعامل لأنه لو كان شركة لاقتضى الأمر أن يتم تصفية الشركة على أساس القيمة الحقيقية للأشياء التي مولت بها السندات مما يقتضى تصفية موجودات المضاربة العينية وتحويلها إلى نقد ليتم توزيع الحقوق التي للشريكين وإذا كان التنضيد غير ممكن فيكتفى بالتقديم ولو كان الأمر مشاركة لما كان هناك من داع للتنضيد عند التصفية إذ ينصب حق الشركاء على الأعيان والحقوق المملوكة للشركة والتي يمكن لها أن يقتسموها حسب نسبة مساهمتهم . كما قالوا : إنه لا حاجة للقول بمبدأ

(٧) سندات المقارضة ، للدكتور عبد السلام العبادي ، صحيفة ١٠ .

(٨) انظر : قانون البنك الإسلامي الأردني المادة الثانية .

المشاركة ليصح تداول السندات لأنه يمكن تصحيح التداول مع اعتبار العقد بمضاربة وتختلف القيمة الاسمية في التداول حسب ظروف الاستثمار وتفاعل قوى العرض والطلب . ولا يكون الأمر في هذه الصور من باب بيع الدين بالدين فهم يقولون بأن القيمة السوقية للسند تتألف من القيمة الحالية لرأس المال مضافاً إليها القيمة الحالية للأرباح المتوقعة وفي هذا تتدخل جميع العوامل المؤثرة على ربح المشروع^(٩) .

وتكون بداية جواز التداول مبنية على ما يسمى بدر صلاح المشروع ويستأنس لذلك بأحاديث جواز بيع الثمار بعد بدو الصلاح . وبدو صلاح المشروع يكون عند تأسيسه حتى ولو لم يبدأ في مباشرة أعماله .

ويكون دور البنك هو دور المضارب المقيد بنشاط بين هو المشروع الذى صدرت بتمويله هذه السندات وهو ليس مالكاً لشيء من المشروع إلا بمقدار ما يكون تحت يده من هذه السندات بالإضافة إلى حصته المعلنة في المضاربة وليست هذه الأوراق ديناً على البنك بل بيده أمانة .

○ حكم ضمان أصل سندات المقارضة :

لا بد أن يتحمل المكتب ما يتعرض له من خسارة وفقاً لقواعد المضاربة غير أنه يجوز لطرف ثالث خارج عن العقد تحمل الخسارة كأن تضمن الحكومة أصل السند تشجيعاً للاكتتاب فيها . وقد قررت لجنة الفتوى بالأردن^(١٠) : -

— جواز كفالة الحكومة لسندات المقارضة المخصصة لإعمار أراضى الأوقاف باعتبار أن الحكومة طرف ثالث وذلك على أساس الوعد الملزم^(١١)

(٩) انظر : فصل البورصة الآتى إن شاء الله صحيفة .

(١٠) سندات المقارضة ، للدكتور عبد السلام العبادى ، صحيفة ١٦ .

(١١) سبق بيان آراء العلماء فى الوعد الملزم صحيفة ٣٤٩ .

وتصبح المبالغ المدفوعة قرضاً ممنوحاً للمشروع مستحقة الوفاء فور الإضفاء الكامل للسندات .

— ويمكن تأسيس صندوق خاص بضمان أصل قيمة السندات فتكون موارده من نسبة معلنة مسبقاً من أرباح المشروع على أساس التبرع .
أى أن ذلك يقوم على أساس فكرة التأمين التعاوني .

○ القول الثانى :

أنه لا يصح توجيه سندات المقارضة على أنها مشاركة ولا مضاربة على الوجه المعمول به فى البنوك الإسلامية لأن هذه السندات تختلف تماماً^(١٢) عن المقارضة المشروعة ففى المضاربة كما هو معلوم يكون المال فى يد المضارب أمانة والمضارب إذا استثمر المال فى أى مشروع فإنه لا يملك فيه إلا بقدر نسبة من الربح والملكية الحقيقية للمشروع كله بعد معرفة المقدار الذى يستحقه المضارب إنما هى لصاحب رأس المال وليس للمضارب وإذا اشترك المضارب بمبلغ من المال له ما لهم وعليه ما عليهم بالإضافة إلى ما يقابل عمله فمثلاً إذا كان مال المضاربة مائة ألف واشترى به مصنعاً فإن أرباح المصنع توزع بالنسبة المتفق عليها أما المصنع نفسه فإذا لم يزد عن مائة ألف ولم ينقص فهو ملك لأصحاب رأس المال وإذا زاد كان للمضارب نسبة من هذه الزيادة فقط وأخذ العامل أجر المثل فإن المصنع بالكامل يكون ملكاً لأصحاب رأس المال سواء ازدادت قيمته السوقية عن القيمة الدفترية أم لا وان قلت القيمة السوقية وبقيت المضاربة فلا شئ للمضارب ولا شئ عليه .

(١٢) انظر : سندات المقارضة وشهادات الاستثمار الإسلامية للدكتور على أحمد السالوس وهو بحث مقدم للمجمع التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامى بمجدة جلسته الثالثة . (وهى لم تعقد بعد حتى إعداد هذا البحث فى الشهر الخامس من عام ١٤٠٨ هـ) .

○ الراجع :

الذى يبدو لى والله أعلم أن سندات المقارضة فيها شبه بعقد شركة العنان لأن المال مقدم من الشريكين والربح بينهما على ما اشترطا فالمال مقدم من البنك ومن العملاء وبالإضافة إلى ذلك ففيها شبه من عقد المضاربة لأن البنك يعتبر عاملاً فى المال وكل ذلك جائز . والله أعلم .

* * *

