

بِحُوتٍ فِي فِقْرٍ

الوسائل المصرفية المعاصرة

تأليف

الشَّيْخُ شَهَابُ الدِّينِ حَمْدُ اللَّهِ عَلَيْهِ

هوية الكتاب

اسم الكتاب: بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة

تأليف: الشیخ شهاب الدین احمد علی.

الطبعة: الأولى.

عدد النسخ: ١٥٠.

الناشر: مکتبة الأبرار.

التاريخ: ١٤٤٤هـ / ٢٥ ریبع الأول

طبع الكتاب على نفقة

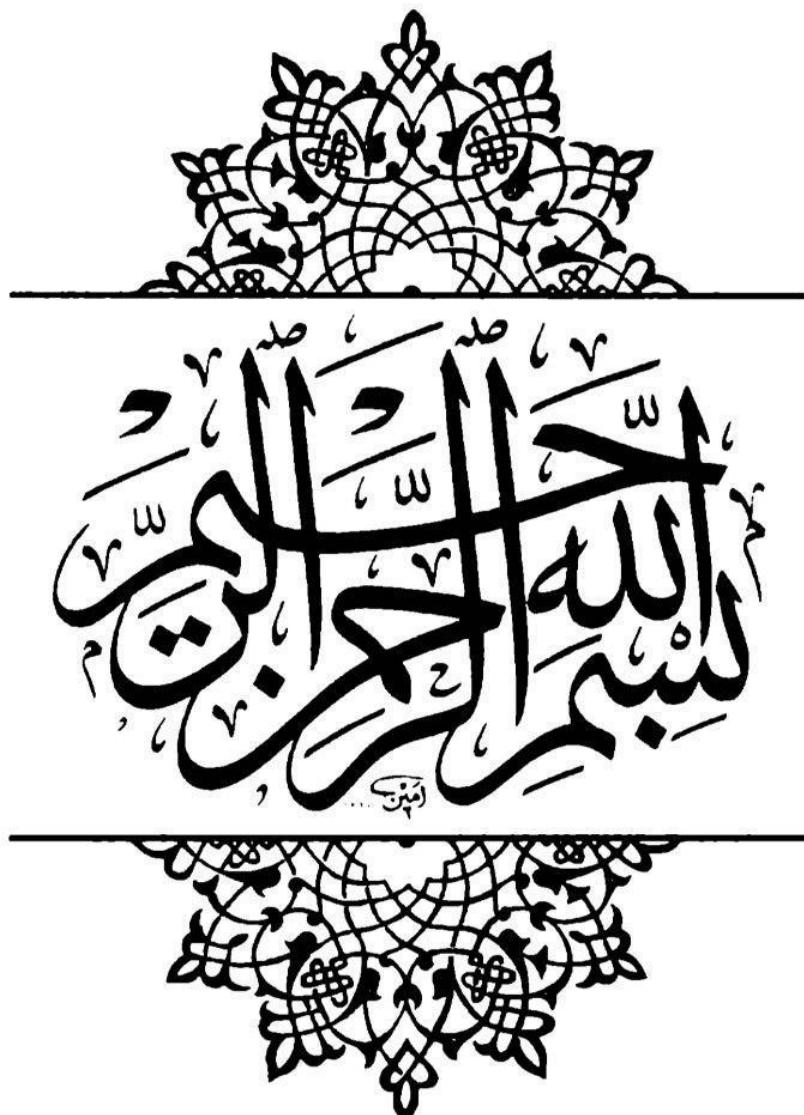
ال الحاج الوجیه حسین عبد الحسن راهی آل اکریع

جوث في

فقه المسائل المصرفية المعاصرة

تأليف

الشيخ شهاب الدين محمد علي



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة:

الحمدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ مُحَمَّدٌ وَآلِهِ الطَّيِّبِينَ الطَّاهِرِينَ.

لَا زَالَ الْبَحْثُ فِي الْمَسَائِلِ الْمُسْتَحْدَثَةِ يَفْرُضُ عَلَى الشَّرِيعَةِ مَدْيَ قَدْرَتِهَا عَلَى إِسْتِيعَابِ الْمُتَغَيِّرَاتِ وَالْمُسْتَجَدَاتِ وَإِثْبَاتِ قَدْرَةِ الشَّرِيعَةِ عَلَى وَضْعِ بَرَنَامِجِ حَلِّ الْقَضَائِيَّاَ الْإِقْتَصَادِيَّةِ مَثَلًاً، فَالْفَقْهُ كَمَا يَحْمِلُ التَّرْوِيَّةَ الْأَحْكَامِيَّةَ يَحْمِلُ التَّرْوِيَّةَ الْبَرْجِيَّةَ، وَأَيْضًاً يُمْثِلُ الْبَحْثُ فِي هَا الْمِعْيَارَ الْحَقِيقِيَّ الَّذِي عَلَى أَسَاسِهِ تَبَثُّ لِيَافِقُ الْفَقِيهِ، وَمَدْيَ تَضَلُّلِهِ فِي الْقَوَاعِدِ الْأَصْوَلِيَّةِ؛ لَأَنَّ الْبَحْثَ فِي هَا مَا كَانَ يَفْتَقِدُ لِلْإِمْتَدَادِ التَّارِيَخِيِّ سُوفَ يَضُطُّرُ لِإِبْتِكَارِ الْوِجْهِ الْفَنِيَّ بَدْلَ الْإِتِّكَالِ عَلَى بَحْثِ مِنْ سَبَقُهُ وَالْإِكْتِفَاءِ أَحْيَانًاً بِالْتَّعْلِيقِ عَلَيْهَا.

وَمِنْ أَجْلِ مَا تَقْدِمُ قَمَنَا بِمَذَاكِرَةِ الْأَبْحَاثِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمَصَارِفِ، وَإِجْتِمَاعِ عَنْدِي نَخْبَةٌ مِنَ الْأَخْوَةِ الْأَعْزَاءِ، وَعَرَضَ عَلَيِّ بَعْضُ الْحَضَارِ تَقْرِيرَ الدُّرُوسِ، وَقَمَتُ بِمَرْاجِعَتِهَا جَمِيعًا مِنْ أَجْلِ طَبَاعَتِهَا؛ لِكَيْ تَعْمَلِ الْفَائِدَةُ لَهَا، نَسَأَلُ اللَّهَ تَعَالَى أَنْ يَتَقَبَّلْهُ مِنَّا بِقَبُولِ حَسِنٍ، إِنَّهُ تَعَالَى وَلِيُّ ذَلِكَ وَالْقَادِرُ عَلَيْهِ.

شَهَابُ الدِّينِ أَمْهَدٌ

١٣ ربيع الثاني ١٤٤٣ هـ

منهجنا العام في العقود المستحدثة

تمهيد:

من جهة اكتمال الصورة عن المنهج العام لابد من التعرض إلى محاور عدّة:

المحور الأول:

هناك منهجان في تكييف العقود المستحدثة

مناهج التخريج:

وقع الكلام في كيفية تخريج العقود المستحدثة، وما هو المنهج المتّبع في ذلك؟ وهذه من أهم الأبحاث التي تذكّر على صعيد المعاملات المستحدثة، وقد وجد منهجان في ذلك:

الأول: المنهج الردي الذي يقوم على أساس أنّ الأصل الأولى العملي في باب العقود هو الفساد؛ لأجل أنّ الدلالة اللفظية الدالة على مشروعية العقود وصحتها ناطرة إلى العقود المتعارفة، فآية **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾**^(١) ناطرة إلى ما يُتعارفُ من العقد

(١) المائدة: ١.

كالنکاح والمضاربة والوكالة وغير ذلك وتبقى العُقود المستحدثة_ كعقد إستئجار الرحيم_ خاليةً من دليل على صحتها فتكون أصلًا الفساد هي الحاکمة في أمثل العُقود المستحدثة^(١).

إلا أن أصحاب هذا المنهج قبل أن يتمسّكوا بالأصل الأصلي وهو الفساد قاموا بتحليل بُنيوية هذا العقد المستحدث محاولين إرجاعه إلى مصداق من العناوين الخاصة والمتداولة سابقاً، فإن تمّ لهم ذلك لم يعد هذا العقد مشمولاً لأصل الفساد، ما لم يintel هذا الارجاع بمحذور آخر؛ لذا كان أصحاب هذا المنهج جادين بإرجاع العُقود المستحدثة تحت العناوين الخاصة المتعارفة حتى لا تكون ممحونة لأصل الفساد.

الثاني: المنهج التأسيسي، ينطلق من فكرة أنّ أصل الفساد الذي هو الأصل الأولى العملي* في المعاملات محكوم بأصل ثانوي وهو أصل الصحة في العُقود،

(١) انظر: حاشية مجمع الفائدة والبرهان، الوحيد البهبهاني: ٤٢٩؛ جواهر الكلام، محمد حسن النجفي: ٢٢ / ٢١٣.

* الأصل الأولى في المعاملات تارةً يقعُ بلحاظ الأصل العملي، وأخرى بلحاظ الأصل اللغطي، أمّا بالنسبة إلى الأصل العملي فالمعروف هو الفساد، بمعنى عدم ترتّب الأثر، والوجهُ في ذلك هو أنّ هذه المعاملة قبل وقوعها لم يُرتب عليها الأثرُ وبعد وقوعها نشك هل حصل الأثر أو لا؟ فنستصحبُ الحالة السابقة وهي عدم حدوث الأثر (المكاسب، مرتضى الأنصاري، الناشر مجمع الفكر الإسلامي، الطبعة السادسة عشر: ١٤٣١ هـ: ١١٧/٣).

فإنَّ أدلة العُقُود كآية **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُود﴾**^(١) مثلاً ليست ناظرةً إلى العُقُود المتعارفة فقط، وإنما تشمل مطلق العقد؛ لأنَّ العقد عبارةً عن حقيقة المعاقدة بين طرفين فالمُنظَرُ هو تلك الحقيقة، وما المصاديق المتبادلَة في عصر النَّصِّ ليست إلَّا تطبيقات حقيقة المعاقدة فليست هي تطبيقات نهائية، ومن هنا أصحاب هذا المنهج أدخلوا العُقُود المستحدثة في ضمن أدلة صحة العُقُود، ولكن الظاهر من خلال التتبع والإستقراء أنَّ المنهج ينضبط بشروط:

الأول: أن تتمَّ حقيقة المعاقدة بين طرفين.

الثاني: أن نحرز عدمَ منع الشارع من هذا العقد الجديد.

الثالث: أن لا يُصاغ إبتداءً ضمن العُقُود المتعارفة إلَّا لا حاجة لعدِّه عقداً مستقلاً.

ويترتبُ على تحقق هذه الشروط أنَّ كُلَّاً أحرزت جمِيعاً إندرجت العُقُود المستحدثة ضمن منطوق آية **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُود﴾**.

الفارق بين المنهجين من الناحية التطبيقية: يظهرُ من جهة أنَّ أصحاب المنهج الأول قاموا بتكيف العُقُود المستحدثة تحت العناوين الخاصة بطريقة لا تخلو من التعقيد كما لا تخلو من الغرابة أيضاً، بينما أصحاب المنهج الثاني في سعة من ذلك؛ لأنَّ أدلة المعاملات تشملُ هذا العقد من دون حاجة إلى إعمال هذا التعقيد.

ولو أردنا أن نستقرَّا المسارَ التاريخيَّ لهذين المنهجين لوجدنا أنَّ المشهور بين

فقهاء الإمامية كانوا يطبقون النهج الأول مدعين أنّ عموم أدلة العقود تختص بالعقود المتعارفة أو المعهودة أو المسماة، فالمسار التاريخي للتعامل مع العقود المستحدثة يُمكن أن يكون على منهجين؛ إذ يوجد هناك طائفة من الفقهاء قيّدوا دائرة **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** بالعقود المتعارفة فقط، وهم كالتالي:

الطائفة الأولى: أقوال الفقهاء القائلين باختصاص آية **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**

بالمتعارف:

الأول: ما ذكره الوحيد البهبهاني عليه السلام في بحثه حول الكفالة معلقاً على كلام المحقق الأردبيلي عليه السلام: (ولو قال: أنا أحضره أو أؤدي ما عليه لم يكن كفالاً، بل وعد وشرط غير داخل في عقد الكفالة، ولا غيره من العقود المعهودة المذكورة في كتب الفقهاء، وعقودهم منحصرة فيما ذكروه كما لا يخفى...)^(١)، وفي هذا التعبير إيجاءً بأنّ العقد ينحصر المتعارف منه دون المستحدث.

الثاني: ما ذكره محمد حسن النجفي عليه السلام: (إنّ عموم الوفاء بالعقود يُراد منه ما هو المنساق من العقود المعهودة بالتعارف والإستعمال المأخوذة يدأ بيد...)^(٢)، ويقول أيضاً: (فإن صرافق الآية الكريمة يقع لصالح المتعارف من العقود)^(٣).

الثالث: ما ذكره الميرزا حبيب الله الرشتي عليه السلام: (إنّ ألف واللام في آية الوفاء

(١) حاشية مجمع الفائدة والبرهان، الوحيد البهبهاني: ٤٢٩.

(٢) جواهر الكلام، محمد حسن النجفي: ٢٢ / ٢١٣.

(٣) جواهر الكلام، محمد حسن النجفي: ٢٢ / ٢٤٨.

بالعقود إنما هي للعهد لا للجنس، فتختص بها تعارف من العقود آنذاك^(١).

الرابع: ما ذكره محمد كاظم الخراساني^(٢): (مع إحتمال إرادة خصوص العقود المتعارفة بأن يكون اللام للعهد، فلا يكون حينئذ العموم دليلاً على إمضائتها في الجملة، ولا مجال للتثبت بإطلاقها في نفوذها بأيٍّ نحوٍ وجدت وبأيٍّ طور تحققت؛ لعدم وروده إلا في مقام بيان إمضاء أصل العقود المتعارفة، كما هو الحال في سائر إطلاقات الكتاب)^(٣).

الخامس: ما ذكره السيد عبد الحسين الاري^(٤) في تعليقه على المكاسب: (إن إحتمال شمولها لمطلق العقود ولو المخترعة والحادية هو أبعد الإحتمالات جداً وأضعفها)^(٥).

السادس: ما ذكره الشيخ بشير النجفي (حفظه الله) قال: (وقد عرفنا من خلال ما سبق عدم إمكان تصحیحه على كلا الاحتمالين؛ إذ أن العقد المستحدث لا دليل على اعتباره؛ لعدم العلم بشمول الإطلاقات والعمومات لمعاملات لم تُعرف في زمان صدور تلك الأدلة)^(٦).

الطائفة الثانية: أقوال الفقهاء القائلين بشمول آية **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾** للعقود

(١) فقه الإمامية، قسم الخيارات، الميرزا حبيب الله الرشتي: ٣٧٦.

(٢) قطرات من بحر العلوم، محمد كاظم الخراساني: ٥.

(٣) تعليقة على المكاسب، عبد الحسين الاري: ٣١٧ / ٤٤٤ و ٤٤٧.

(٤) بحوث فقهية معاصرة، ضياء الدين زين الدين تقرير لبحث الشيخ بشير النجفي: ١٥٥.

المستحدثة:

الأول: ما ذكره الميرزا القمي عليه السلام، ويعتبر من الأوائل الذين مالوا إلى شمول أدلة العقود لـكُلّ معاوضة ولو لم تكن من العقود المعروفة^(١).

الثاني: ما ذكره السيد محمد الطباطبائي عليه السلام: (العقود جمعٌ معَرَفٌ باللام فيفيد العموم الإستغرaci، وخروج بعض الأفراد منه بالدليل لا يوجب سقوط حجيته بالنسبة إلى من لم يقم دليلاً على خروجه؛ فإنّ العام المخصص حجة في الباقي)^(٢).

الثالث: ما ذكره الميرزا علي الإيرواني عليه السلام في تعليقه، إذ يجد عنده بحث حول أجرة الحمامي: (وأماماً الإشكال الثاني الذي ذكره المصنف المختص بموضوع الإباحة بالعوض وحاصله: خروج هذه المعاملة عن المعاملات المعهودة شرعاً ففيه منع الخروج، فإنّ الدخول في الحمامات مع إعطاء العوض من المعاملات الشائعة من عصر الشارع إلى زماننا هذا، وكذلك الدخول في المطاعم وأشباه ذلك، والظاهر أنّ الكلّ من قبيل الإباحة بالعوض، مع أن عدم المعهودية لا يضرّ بعد شمول عموم أدلة المعاملات له من مثل: **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودَ﴾** و **﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾**)^(٣).

الرابع: ما ذكره الميرزا محمد حسين النائيني عليه السلام: إذ ذهب إلى المنع من اختصاص

(١) جامع الشتات، الميرزا القمي: ٢ / ٣٥٦.

(٢) المناهل، محمد الطباطبائي: ١٤٩.

(٣) تعليقة على المكاسب، الميرزا علي الإيرواني: ١ / ٨٥.

القول بنظرية العُقود في خصوص العُقود المتعارفة^(١)، فهو يميل إلى الإتجاه الثاني.

الخامسُ: ما ذكره السيدُ محسنُ الحكيمُ في مقام التعليق على كلام السيدِ اليزديِ^(٢): (وأوفوا بالعُقود يُرادُ به العُقود المتعارفة فلا شمول فيه للمشكوك) يقولُ: (وفيه: إنَّ التعارف لا يُقيّد بالإطلاق، ولو بُني على ذلك لزم منه تأسيسُ فقه جديد).^(٣)

السادسُ: ما ذكره السيدُ الخوئيِ^(٤): (إنَّ المطلقات والعمومات الواردة في الأدلة والأخبار لا يعتبرُ في شمولها لشيء إلَّا لصدق الطبيعي عليه وكونه فرداً من أفراده، وأمّا كونه متعارفاً أيضاً فلا. نعم، ربَّما يُتوهُمُ في خصوص المطلقات عدم شمولها لغير المتعارف؛ فإنَّ الإطلاق موقوفٌ على عدم بيان القيد، فربَّما يُتخيل كفاية التعارف الخارجي في البيان فلا يتمُّ الإطلاق، ولكن العمومات لا يجري فيها هذا التوهُم).^(٥)

السابعُ: ما ذكره السيدُ عبدُ الأعلى السبزواريِ^(٦) في تعليقه على كلام السيدِ اليزديِ^(٧) الذي ذهب إلى عدم حصر المعاملات بالمعهودة منها، وأوضح عدم الحصر بما نصَّه: (لأنَّه لا دليل على هذا الحصر من عقل أو نقل. نعم، ما حصر وُهُ

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، محمد حسين النائيني: ٣ / ٢٢٤ و ٢٢٥.

(٢) مستمسك العروة الوثقى، محسن الحكيم: ١٣ / ٣٨١.

(٣) التنقح في شرح المكاسب، علي الغروي: ٣٦ / ٢٢٠.

من الغالب الواقع في الخارج فيكون من الحصر الإتفافي الغالبي لا الحقيقى^(١).

الثامن: ما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله) في عقد التأمين: (التأمين عقد يلتزم المؤمن له بمقتضاه أن يدفع مبلغاً معيناً...)^(٢)، إذ يفهم من هذا الكلام أنه عقد مستقل؛ لذا لم يدرجه تحت عقد من العقود المعروفة كما صنع غيره.

التاسع: ما ذكره الشيخ الفياض (حفظه الله): (إن الحكم بصحة عقد لا يدور مدار كونه داخلاً في أحد العقود الخاصة، بل يكفي في صحته إنطباق عنوان التجارة عن تراضٍ عليه، وبذلك يكون مشمولاً لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٣)، وعلى هذا وإن لم ينطبق على تلك العقود عنوان بيع السلع ولا النسبيّة إلّا أنه مع ذلك لا مانع من الحكم بصحتها بملكه أهلاً من التجارة عن تراضٍ، بل لا يبعد أن تكون مشمولة لطلاق قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤)).

العاشر: ما ذكره الشيخ مكارم الشيرازي (حفظه الله): (ولا معنى لتخصيصه بالعقود الموجودة في عصر التشريع فقط، بل يشمل جميع العقود المتعارفة بين العقلاء...)

وعلى أساسه يمكن حلّ كثيرٍ من المسائل المستحدثة:

(١) مذهب الأحكام، عبد الأعلى السبزواري: ٢٠ / ١٢٦.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٧ / مستحدثات المسائل / عقد التأمين.

(٣) النساء: ٢٩.

(٤) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٩١ و ٣٤٦.

منها: جريان **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** في العقود المستحدثة كالتأمين، فإنّه أيضًا عقدٌ
فيدخل تحت عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**.

ومنها: الشركات المستحدثة يوماً، حيث إنّ بعضها مشمول للأدلة.
ومنها: السرقة الفلية إذا كان بصورة عقد جديد لا من قبيل الشرط في ضمن عقد
الإجارة.

ومنها: صحة المضاربة بالنقود الورقية، بل وصحة بذل رأس المال للزراعة
والصناعة وغيرها وإن لم تسمّ مضاربةً ولم تجر عليها أحكام المضاربة، فلو قال:
(منّي رأس المال وملك الصناعة ولك نصف منافعها) كان هذا داخلاً في عمومات
وجوب الوفاء بالعقد^(١).

بعد أن عرّفنا وجود منهجين مختلفين في تكييف العقود المستحدثة يقع الكلام
ضمن نقطتين:

النقطة الأولى: أدلة إثبات التعميم لمطلق العقود المتعارفة المستحدثة:

الدليل الأول: التمسك بقوله تعالى: **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**^(٢).

بتقرير: أنّ الألف واللام في الكلمة (العقود) هي للجنس فتشمل مطلق العقود
المتعارفة المستحدثة والعقود المسماة وغير المسماة، وبقوله تعالى: **﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ**

(١) بحوث فقهية هامة، ناصر مكارم الشيرازي: ٢٥٦

(٢) المائدة: ١

تجارةً عن تراضٍ^(١)، بتقرير: أن التجارة موضوعةٌ مطلقاً التبادل من دون إختصاصه بالبيع.

واعتراض عليه بعدة اعترافات:

الاعتراض الأول: ما ذكره السيد الصدر^{عليه السلام} من أن المدلول اللغوي لكلمة (التجارة) هو الربح الحاصل بالبيع والشراء فقط^(٢)، ولا يشمل مطلقاً الحصول على الربح فضلاً عما إذا كانت مجرد عنده^(٣)، وهكذا أن الألف واللام في كلمة (العقود) هي للعهد فتختص بالعقود المعهودة والمعارفة ولا تشمل مطلقاً العقود، وفي ضوء هذا الاحتمال يحصل التردد بين كون الألف واللام عهدية أو جنسية فتكون الآية مجملةً، ولا أقل يقتصر على القدر المتيقن منها وهي العقود المعارفة دون المستحدثة^(٤).

الجواب: أن الاعتراض قابل للمناقشة؛ لأن هناك قرينة إستظهارية من الخارج، وهي أن الأصل في جعل الأحكام هو أن تكون مفعولةً على نحو القضية الحقيقة^(٥) - على خلاف ما ذهب إليه المحقق العراقي^{عليه السلام} إذ إنها إلى أن الأحكام

(١) النساء: ٢٩.

(٢) انظر: اقتصادنا، محمد باقر الصدر، الملحق الثاني عشر: ٨٦٢.

(٣) انظر: تاج العروس، الزبيدي: ٦ / ١٢٨.

(٤) فقه الإمامية، قسم الخيارات، الميرزا حبيب الله الرشتي: ٣٧٦.

(٥) فوائد الأصول، محمد علي الكاظمي: ٣ / ٥٩.

(٦) نهاية الأفكار، محمد تقى البروجردي تقرير بحث آغا ضياء الدين العراقي: ٤ / ٣٨٩ و ٤٦٣.

مغولة على نحو القضية الخارجية_ ومن خلال هذه القرينة سوف يرتفع إهتمام كون الألف واللام هي للعهد، بل تكون للجنس، لاسيما خلو الآية القرآنية من أيّ قرينة خارجية أو داخلية تُشير إلى كون المقصود من العُقود هي المتعارفة والمعهودة، والجواب المذكور يُستفاد من كلمات الشيخ الفيّاض (حفظه الله) في غير المقام أيضاً^(١).

ولكن الجواب المذكور قابل للمناقشة؛ لأنّه مبني على أن يكون المتكلّم ملتزماً بأن يُلاحظ في كلامه ما يقع قطعاً أو إهتمالاً محلاً للإبتلاء ولو في الأزمنة البعيدة جداً إلا أنّ هذا غير ثابت في طريقة العقلاء، أي: ليس ملزماً عندهم بنصب قرينة على عدم شمول الحكم لما لا يعّمه من الأفراد غير المقدرة فعلاً وفي المستقبل المنظور، إذا كان يعلم صيورتها مقدورة للأجيال القادمة.

الإعتراف الثاني: ما ذكره السيد الصدر^(٢): أن آية **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُود﴾** تدل على لزوم الوفاء بالعقد الذي كان مشروعاً وصحيحاً في رتبة سابقة على لزوم الوفاء بالعقد، فهذا معناه أن ثبت مشروعيّة وصحة العقد أولاً، ثم نتمسّك بالآية الكريمة لإثبات اللزوم، وهذا واضح بالنسبة للعقود المتعارفة، وأمّا العُقود التي تُسجّد فتشكّ في مشروعيتها، والآية المباركة تُثبت اللزوم على تقدير المشروعيّة، ولا يمكن إثبات المشروعيّة والصحة بايّة **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُود﴾** نفسها؛ لأنّه من قبيل

(١) تعليق مبسوطة، محمد إسحاق الفيّاض: ١ / ٤٢٥.

(٢) المائدة: ١.

التمسّك بالعام في الشبهة المصداقية، والعقود المستحدثة من هذا القبيل فإنّها يُشكّ في مشروعيتها^(١).

إلا أنّ السيد كاظم الحائري (حفظه الله) اعترض على ما ذكره السيد الصدر^(٢)، من أنّه واضح البطلان؛ فإنّ إنعقاد العقد ليس إلا عبارة عن إرتباط قرار بقرار سواء نفذ شرعاً أم لا، والوفاء بالعقد يعني الوفاء بالأثر الذي قصده المتعاقدان من قرارهما لا الأثر الشرعي، وكلّ هذا حاصل حتّى في العقد الباطل شرعاً، فإطلاق الآية يدلّ على صحة العقد الذي هو ربط قرار بقرار بأيّ مبرّزٍ عُرفي ونفوذه شرعاً^(٣).

وبكلمة أخرى: أنّ موضوع الآية المباركة هو العقد والذي هو عبارة عن ربط قرار البائع _مثلاً_ مع قرار المشتري، وهذا هو المهم في الآية المباركة سواء أمضاه الشارع أم لا، فالآية الكريمة لا تتحدّث عن مسألة الإمضاء الشرعي وصحة هذا العقد، وإنّما تصبّ إهتمامها بموضوع الوفاء وهو التعاقد، ودعوى أنّ الآية الكريمة تتحدّث عن موقف سابق وهو الصحة شرعاً فهذا يحتاج إلى قيدٍ، والأصل عدمه. فإن قلت: إنّ القيد موجودٌ، ولم يذكره السيد الصدر^(٤) لوضوحه، وهو لا معنى أن تتحدّث الآية الكريمة عن لزوم الوفاء بالعقد إن لم يكن صحيحاً ومشروعًا في رتبة سابقة، وهل يتصوّر أنّ الشارع يلزم الطرفين بعقد ليس مشروعًا وصحيحاً؟ فكون العقد مشروعًا هذا قيد واضح لا داعي أن يُصرّح به المشّرع.

(١) انظر: اقتصادنا، الملحق الثاني عشر، محمد باقر الصدر: ٨٦٢.

(٢) فقه العقود، كاظم الحائري: ١ / ٢٠٩.

قلت: هذا إحتمالٌ واردٌ من أنّ الشارع يلزمُ الطرفين لعقدٍ تمت مشروعيته سابقاً، ولكن هناك إحتمالٌ آخر، وهو أنّ لزوم الوفاء بالعقد إذا حصل يُتّجّ أنّ هذا العقد مشرعٌ، فكأنّ الشارع يقول: (إذا صدر عقدٌ من الطرفين فعليكم الوفاء به) وبذات الوقت هو مشروعٌ وصحيحٌ، فتُستفادُ المشرعيةُ والصحةُ بعرض لزوم الوفاء، فلا حاجةٌ إلى أن يكون اللزوم في طول المشرعية، وهذا الإحتمال أقربُ من الإحتمال الأول.

الإعتراض الثالث: ما ذكره الشيخ الإيراني (حفظه الله) من أنّ آية الوفاء بالعقود ناظرةٌ إلى العقود المتعارفة ولا تشملُ المستحدثة، ولا يمكنُ التمسّك بإطلاق كلمة (العقد) بدعوى أنها عامةٌ وشاملةٌ لـكُلّ ما يصدق عليه عقدٌ فيجب الوفاء به، وذلك لأنّ لديه مبني في باب الإطلاق إذا تمَّ سوف تنهدمُ أغلب الإطلاقات التي تمسّك بها الفقهاءُ ما لم نضم ضميمةً صالحةً لذلك وحاصله: أنّ المتكلّم حينما يطلقُ كلامه فإذا صرّح وقال: إنّ مقصودي من هذا الكلام المطلق هذه الحصة واقعاً فهنا تارةً يُستهجنُ منه إرادةُ الحصة بعد إستعمال الإطلاق، وأخرى لا يُستهجنُ منه الإطلاق فينعقدُ الإطلاق في حالة الإستهجان دون عدم الإستهجان.

وقرّبَ مبناه من خلال الأمثلة الآتية:

الأول: لو قال المتكلّم: (أعتق رقبة) ثمَّ قال: إنّ مقصودي الرقبة المؤمنة، فهنا يُعرضُ عليه بأنّك لماذا أطلقت، ويُستهجنُ منه الإطلاق؛ إذ لا فرق بين هذه وتلك

فمع إستهجان الإطلاق ينعقد.

الثاني: قوله تعالى: **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**^(١)، ثم قال: إن مقصودي من العقود هي خصوص المعرفة والمتداولة عندكم، فهنا لا يُستهجن منه الإطلاق، فعقد استئجار الرحم مثلاً لا يخطر على بال أحد سابقاً، فأطلق المتكلم لأجل وجود عقود متعارفة يتّم التعامل معها، وعلى هذا الأساس لا يتّم الإطلاق فيما نحن فيه.

نعم، إن لازم هذا المبني سقوط كثير من الإطلاقات، بل في بعض الأحيان قد يُسْتَحْدَثُ منه فقهٌ جديدٌ، كما في (إغسل ثوبك) فإنّ الكلمة (إغسل) ناظرة إلى الغسل المتعارف باليد، فلا يجوز غسل الملابس بالآلات الحديثة؛ لأنّ المتكلم لو بَرَزَ وصرّح بأنّ مقصودي هو الغسل المتعارف فلا يُستهجن منه الإطلاق، وشرط التمسّك به أن يُستهجن عند إرادة المقيد واقعاً، وفي مثال (إغسل لا ثوبك) لا يُستهجن.

وحاول أن يخلص من الإشكال وأمثاله بضم ضميمة وهي: إما الجزم بعدم الخصوصية أو التمسّك بمناسبات الحكم والموضوع وغير ذلك من قرائن التعميم، وفي مقامنا يمكن التمسّك بتلك المناسبة لعميم آية **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**^(٢) لـكُلّ عقدٍ وإن لم يكن متعارفاً.

بتقرير: أن حكم **﴿أَوْفُوا﴾** الموضوع المناسب له هو حيّة التعاقد والمعاقدة، وأمّا كونه متعارفاً ومتداولاً الحكم لا يُشكّل مناسبة معه، ومن الواضح أنّ قرينة المناسبات الحكم والموضوع تُعطي أحياناً تخصيصاً للدليل وأحياناً تُعطي عموماً له،

(١) المائدة: ١.

(٢) المائدة: ١.

وهنا أفاده العموم^(١).

ويمكن تسجيل عدّة ملاحظٍ على ما ذكرهُ الشيخُ الإبرواني (حفظهُ اللهُ):

الملحوظُ الأول: أنَّ هذه الفكرة تشمل على خطأ منهجي في التعامل مع المطلق، وحاصلها: أنَّ الفارق بين العموم والإطلاق هو أنَّ العموم يُرينا الأفراد بذات اللفظ، فقولنا: (أكرم كُلَّ عالم) المدلول الوضعي لكلمة (كُلَّ) هي أفراد العالم، بينما الإطلاق يُرينا الطبيعة، فقولنا: (أكرم العالم) أنَّ إسم الجنس الذي يُستفادُ منهُ الإطلاق بقرينة الحكمة يُرينا طبيعي العالم. نعم، إرادةُ الأفراد من خلال المطلق يكونُ بالتحليل العقلي، أي: أنَّ عنوان العالم يكونُ المقصودُ منهُ أفرادَ ذلك العالم، فالأشخاص في باب الإطلاق نراها من خلال التحليل العقلي وهو إنطباق العنوان على معنواته خارجاً.

فإذا إتّضح أنَّ العموم يُرينا الأفراد والإطلاق يُرينا الطبيعة يتّضح الخلل في مبناه إذ يقول: إنَّ المتكلّم لو أطلق وقال: إنَّ مقصودي هذه الحصة واقعاً... ثم رتب على ذلك إستهجان الإطلاق وعدمه، فإنّنا نقول: إنَّ إرادة الحصة ليس عن طريق الإطلاق، وإنّما عن طريق التحليل العقلي؛ لأنَّ الأفراد ليست ملحوظةً عن طريق الإطلاق، وإنّما الملحوظُ فيها الطبيعة.

الملحوظُ الثاني: مع التسليم بأصل المبني؛ فإنَّ هذا الكلام الذي ذكرهُ يحصل في

(١) انظر: تقريرات البحث الفقهي، الشيخ محمد باقر الإبرواني، موقع مدرسة الفقاهة ١٤٣٦

هـ/ السبت ٢٥ ربيع الأول.

الأسلوب الإفتائي في الروايات لا الأسلوب التعليمي وحاصله:

هناك أسلوبان مستعملان في عرض الروايات من قبل الموصوم عليهما:

الأول: أسلوب التعليم، والذي يتمثل بطرح الكلمات والكلمات ويعهد للسامع تطبيق هذه الكلمات على مصاديقها، وهذا أسلوب متعارف في النصوص، من قبيل قوله عليهما: «فليس ينبغي لك أن تنقض اليقين بالشك أبداً»^(١).

الثاني: أسلوب الإفتاء، وهو الذي يحصل حينما يقع السائل في قضية هي مورد إبتلائه أو لبعض أصحابه، فيطلب من الإمام عليهما الجواب عن هذا الموقف الخاص. وهذا أسلوبان يمكن تقريرهما في قضية علم الطب، فالأستاذ الذي يدرس عشرات الطلاب يستعمل معهم أسلوب طرح الكلمات ويعهد لهم تطبيقها على الحالات الخاصة، بينما لو جاء مريض إلى هذا الأستاذ فبطبيعة الحال ينحصر الجواب بعلاج حالة خاصة ويعطي له نتيجة تطبيق الكلمات.

وعلى هذا الأساس أن المتكلم لو أطلق ثم برق وقال: إن مقصودي هذه الحصة واقعاً، فهذا يتم في الأسلوب الإفتائي لا الأسلوب التعليمي؛ لأن الأسلوب التعليمي أخذ بنظر الاعتبار العنوان الكلمي الصادق على أفراده، ففكرة الاستهجان وعدمها ليس لها محل في هذا الأسلوب من الكلام بخلاف الأسلوب الإفتائي الذي يعتمد فيه على القضايا الجزئية.

وبتوضيح آخر: أن الأسلوب إذا كان يعتمد على طرح الكلمات فهو يتمثل

(١) وسائل الشيعة، الحرج العامل: ٣ / ٤٦٦ / الباب ٣٧ / الحديث ١.

بقضاياها كُلية فتتمسّك بالإطلاق آنذاك للأفراد المتعارفة وغير المتعارفة، وشمول الإطلاق للفرد غير المتعارف لا إستهجان فيه، وإنّما الإستهجان باختصاص الإطلاق بغير المتعارف ولا ندّعي الاختصاص، وإنّما ندّعي الشمول، بينما الأسلوب الذي يعتمد على قضايا جزئية متّسخّصة _كما هو الحال في الإسلوب الإفتائي_ هنا لا معنى للإطلاق؛ لأنّ التّشخّص يمنع من دخول فردٍ آخر يتحمل شمول اللفظِ له.

وَمَا يُعَضِّدُهَا قریتان:

القرينة الأولى: إنّه حينما أشكّل على نفسه من أنّ لازم هذه المقدمة الجديدة في بحث الإطلاق سقوط كثير من المطلقات.

أجاب: بأنّه لابدّ أن نضم بعض الضمائم لاستفادة التعميم... فلو لاحظنا الموارد التي ذكر فيها هذه الضمائم فهي كُلُّها من قبيل القضايا الكلية لا من قبيل القضايا الجزئية، فمثلاً ذكر في آية الوفاء بالعقود إنّه يُمكّن تعميمها لعقد التأمين مثلاً بمناسبات الحكم والموضوع؛ لأنّ الذي يُناسب الوفاء حيّة العاقدة والتعاقد، وهذه الحيّة صادقة على العقود المتعارفة وغير المتعارفة، وأيضاً مثال توسيع بالماء؛ فإنّه يُعدّ الأمر إلى المياه المعدنية بفكرة الجزم بعدم الخصوصية، بينما الأجروبة التي جاءت في مقام الإفتاء، أي: ناظرة إلى قضية جزئية لا تصلح لآية ضميمة؛ لأنّه من المحتمل الخصوصية.

القرينة الثانية: إنّ بناءً على هذه الصياغة الجديدة سوف تسقطُ كثيرٌ من

الإطلاقات، ويذكر عدّة شواهدٍ وكلُّها تمثّلُ في الأسلوب الإفتائي لا في الأسلوب التعليمي^(١).

الملحوظُ الثالث: أنَّ لازم هذه المبني أنَّ القدر المتيقن في مقام التخاطب يمنعُ من التمسك بالإطلاق كَما عن صاحب الكفاية^(٢) ومثاله صحيحة زرارة عندما سُئلَ الإمام الصادق عَلَيْهِ الْكَفَافِ عن رجل شَكَ في الآذان وهو في الإقامة: «يا زرارة إذا خرجمت من شيءٍ ثمَّ دخلت في غيره فشكك ليس بشيء»^(٣)، فهنا القدر المتيقن هو الصلاة ولا ينعقدُ الإطلاق في جواب الإمام عَلَيْهِ الْكَفَافِ كَما عن صاحب الكفاية، وكذلك على هذا المبني لا ينعقدُ إطلاقٌ في جواب الإمام عَلَيْهِ الْكَفَافِ؛ لأنَّه لو قال: إنَّ مقصودي هو خصوص الصلاة لما إستُهجن منه ذلك فلا إطلاق، فيكونُ لازمُ هذه الفكرة موافقة صاحب الكفاية^(٤) في هذا المبني.

ولكنَّ السؤالَ هل وافق صاحب الكفاية^(٥) مطلقاً أو لديه تفصيل؟ فعلى هذا المبني في الإطلاق الذي ادَّعاه المفروض أنَّ وجود هذا القدر المتيقن يثلُّ الإطلاق مطلقاً؛ إذ لا استهجان من دون فرق بين أنواعه، بينما نجدُه يُفصّلُ في هذا القدر المتيقن في مقام التخاطب بين نحوين:

الأول: ما يبلغُ حدّاً يصلحُ في نظر أبناء المحاورة للقرینية، واتكال المتكلّم عليه في تفهيم القيد.

(١) دروس الشيخ محمد باقر الإيرواني لعام ١٤٤٠ هـ.

(٢) وسائل الشيعة، الحرج العاملی: ٨ / ٢٣٧ / الباب ٢٣ / الحديث ١.

(٣) انظر: كفاية الأصول، محمد كاظم الخراساني: ١ / ٣٤٣.

الثاني: أن لا يكون بالغاً إلى ذلك الحدّ.

فعلى الأول يكون كلامُ صاحب الكفاية صحيحاً؛ إذ يكون الكلامُ مختلفاً بما يصلحُ للقرينية، وكُلُّما احتفَ الكلامُ بذلك لم ينعقد له إطلاقٌ.

وعلى الثاني لا يصحُّ كلامُ صاحب الكفاية؛ لأنَّ القدر المتيقن الذي لم يبلغ حدَّ القرینية لا يؤثِّر على إنعقاد الإطلاق^(١).

الدليلُ الثاني: مبنيٌ على فكرة عدم توقيفية العُقود، وأنَّ المعاملات تختلفُ عن العبادات.

بتقريرٍ: أنَّنا لا نحتاجُ إلى إثبات دخول العُقود المستحدثة إلى عموم آية: ﴿أَوْفُوا
بِالْعُهُودِ﴾^(٢)، وغير ذلك من العمومات، بل يكفينا سكوتُ الشارع عن السيرة العقلائية، فإنَّها قد جرت على إختلاق عُقود جديدة كُلُّما تطورت بهم الحياة، والشارع يعلمُ بهذا التطور ومع ذلك سكت عن السيرة العقلائية، لاسيما أنَّ سكوتَ الشارع ليس مصبيَّ الفعل الخارجي الصادر من العقلاة، وإنَّ المنشئ العقلائيةُ المركوزة من وراء هذا العمل الخارجي التي تكونُ أوسع من العمل، والمُشَأ عبارة عن عقدية العقد، فكُلُّما يصدقُ عليه عقدٌ يكونُ مصبيًّا للإمضاء المذكور.

ومنَّا يشهدُ لذلك أنَّ (٩٠٪) من أدلة المعاملات إِمَّا عمومات أو إطلاقات أو إرتكازات أو أدلة خاصة ناظرة لما هو المركوز، وهذا معناه أنَّ الشارع لم يلحظ العقد

(١) انظر: الفقه الإسْتَدْلَالِيُّ، مُحَمَّدْ باقر الإِيْرَوَانِيُّ: ١ / ٥٣٤.

(٢) المائدة: ١.

بتجربته الزمنية المحدودة، وإنما أمضى المنشأ العقلائي للعقود – وهي حيصة المعاقدة والتعاقد – فعلى هذا الأساس الإمضاء ثابتٌ لـ^{لُكْلٌ} عقدٍ مستحدثٍ ما دام يدخل تحت النكتة المركوزة التي أمضها الشارع، وهذا هو معنى ما يُقال: عدم توقيفية المعاملات^(١).

واعتراض عليه الشيخ الإيرواني (حفظه الله) وقال: (فسكوتُ الشارع يكشفُ عن إمضائهما، وواضح أنَّ شرط هذا البيان هو أن تكون المعاملة عقلائية وقد ثبتت عقلائيتها في عصر المعصوم عليه السلام، وإلا فالمعاملات المستحدثة يُشكُّل التمسكُ بها في هذا البيان كمعاملة التأمين على الحياة وغيرها؛ لأنَّ هذه المعاملة لم تكن ثابتةً في عهد النَّصْ، وعقلائيتها لم تكن واضحةً حتَّى يُقال: إنه لو لم يرتضِ الشارع بها لردع عنها، إذًا هذه الطريقة سوف تنفعنا في مساحة ضيقة من المعاملات العقلائية)^(٢).
إنَّ هذا الاعتراض قابلٌ للمناقشة من وجهين:

الوجهُ الأول: الاعتراض يتناقضُ مع ما ذكرهُ من أنَّ آية **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**^(٣) بضميمة مناسبات الحكم والموضوع المركوزة ناظرةً إلى مطلق العقود المتعارفة والمستحدثة، قال: (إنَّ العُرف يرى المناسب لوجوب الوفاء هو حيصة العقد والتعاقد، أمَّا حيصة أنَّ هذا العقد يلزم أن يكون ثابتاً في الزَّمن السالِف فهذه ليست

(١) فقه الإمام الصادق، محمد جواد مغنية: ٣ / ١٤؛ أحكام البيع في الشريعة الإسلامية الغراء، جعفر السبحاني: ١ / ٩٨.

(٢) تقريرات البحث الفقهي، محمد باقر الإيرواني، موقع مدرسة الفقاهة، لعام ١٤٢٩ / ٢٢ ربيع الأول.

(٣) المائدة: ١.

له خصوصية، فوجوب الوفاء يتناسب مع حيّثيّة المعاقدة بين طرفين من دون خصوصية لكون ذلك العقد هو متعارف في تلك الفترة السابقة^(١).

إذاً هنا يرى أنّ المناسبة المركوزة عقلائيّاً بين الحكم والموضوع هو حيّثيّة المعاقدة، بينما في دليل السيرة العقلائيّة يرى أنّ الموضوع عقلائيّة العقد، وهذا تناقضٌ واضحٌ.

ولا يمكن له أن يتخلص من المناقشة – وهي التناقض – بدعوى أنّ موضوع السيرة العقلائيّة يختلف عن موضوع الأدلة اللفظية فموضع السيرة العقلائيّة هو العقد، بينما موضوع الأدلة اللفظية كآية **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودُ﴾** هو التعاقد والمعاقدة؛ وذلك لأنّ الأدلة اللفظية في باب المعاملات هي أدلة إمضائية، أي: تُمضي ما عليه السيرة، فكيف يكون موضوع أحدّها مختلفاً عن الآخر؟ فاما نوحٌ بين الموضوعين، وإما أن نقول: إنّ الأدلة اللفظية ليست إمضائية حتّى يصحّ كلامُه، وهو لا يلتزم بذلك.

الوجهُ الثاني: أنّه يتبنّى رأيَ السيد الصدر جعف في تحديد مصبّ الإمضاء خلافاً للسيد الخوئي جعف إذ يرى أنّ مصبّ الإمضاء هو الفعل الخارجي، بينما يرى السيد الصدر جعف مصبّ الإمضاء هو النكتة التي تكونُ أوسعَ من العمل الخارجي، وهذه النكتة هي التعاقد والمعاقدة كما تصدق على العقود المتعارفة كذلك تصدق على العقود غير المتعارفة.

إذاً يتضح صحة الاتجاه الثاني لقوّة ما أُستدلّ به وعدم صحة ما أورد عليه.

(١) تقريرات البحث الفقهي، محمد باقر الإيرواني: ١٤٤٠ هـ.

النقطة الثانية: المأخذات على إختصاص أدلة المعاملات بالعقود المتعارفة:

ويُمكن أن تُسجل أيضًا عدة مأخذات على الإتجاه الأول:

المأخذة الأولى: ما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله) في معرض إشكاله على تأثر علم الأصول بالفلسفة أدى إلى وقوع الخلط بين القوانين التكوينية والإعتبرية: (فإن قوانين الفلسفة قوانين تكوينية لا تمت إلى الإعتبرات التي هي فرضيات مختربة للتأثير على سلوك الآخرين فهي (الاعتبارات) لا تختلف فيها الأنظار، وإنما تختلف بإختلاف الإنظار وتطور بتطور المجتمعات، كما نرى في عصرنا من توسيع المعاملات البنكية والتجارية وكثرتها بحيث يكون من الخطأ عند الفقيه أن يقوم بمحاولة إرجاع المعاملات الجديدة إلى المعاملات الشائعة في زمان النصوص؛ فإنه لا موجب لذلك، بل هي معاملات جديدة تدرج تحت عمومات الصحة ما لم تتعارض مع كتاب الله والسنّة، بلا حاجة لإرجاعها لعناوين المعاملات القديمة كالبيع والإجارة والصلح والشركة، بل نقول بأنّها معاملات إعتبرية جديدة، فإن التطور الاقتصادي للبشرية يدفعها لتأسيس معاملات جديدة بقدر حاجتها إليها) ^(١).

المأخذة الثانية: النهج الردي يُوقع الفقه بشيء من التنافي بين العقود المتعارفة والمستحدثة، ويُمكن أن يرجع التنافي إلى أحد أمور ثلاثة:

الأمر الأول: منافاة العقد الجديد للإرتکاز العُرُفي، ويُمكن ذكر عدة شواهد

(١) الرافد في علم الأصول، منير الخباز القطيفي: ٦٢ .

على ذلك:

الشاهد الأول: وقع الكلام في محتوى عقد الصيانة، ذكر بعض المعاصرین أربع احتمالات، إجارة، جعلاء، استصناع، صلح، ثم رجح أخيراً كونه إجارة^(١).
ثم علق عليه بعضهم: من أن تخریج عقد الصيانة على أساس الإجارة يصطدم مع الإرتكاز العُرُفِي لهذا العقد المستحدث، فإن الإجارة سلطنة منجزة على المنفعة، بينما عقد الصيانة لا يوجد فيها ذلك؛ إذ بالإمكان فسخ هذا العقد، بل إن شركة الصيانة لا تسلط على منفعة الآلات^(٢).

الشاهد الثاني: ما يذكر عادةً في مسألة حلية أخذ الفائدة من البنوك الأهلية أو الحكومية هو تحويل العقد من القرض إلى البيع، أي: بيع العملة مع الإختلاف في جنس المعاملة، وبالتالي لا يوجد إشكال؛ لأن هذه المعاملة الجديدة تم تخریجها على أساس البيع الذي هو عقد صحيح ومشروع ومتعارف.
وهذا التخریج أورد عليه السيد الصدر^ر من أنه منافٍ للارتكاز الذي يظهر بملحوظة وجهين:

الأول: أن الإرتكاز العُرُفِي في باب النقود هو ملاحظة المالية، وأماماً كونه ديناً أو دولاراً فهو أمرٌ شكلي لا حقيقي.

(١) انظر: بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: ٣/٢٣٩.

(٢) انظر: مجلة الفكر الإسلامي، عقد الصيانة وتكيفها الفقهي، العدد الحادي عشر، الشيخ محمد علي التسخيري: ٨٩.

الثاني: أنَّ القرض عبارةٌ عن ضمان الشيء بمثله في الذمة، هذا هو المركوز في حقيقة القرض، وهذه الطريقة الجديدة بيع العملة بأخرى مخالفة لها في الجنس تصطدمُ مع هذين الإرتكازين، فإنَّ اختلاف الجنس لا يؤدي إلى اختلاف المالية؛ لأنَّ الإختلاف شكلي والملحوظ المالية، والإرتكاز الثاني هو أنَّ القرض تبديل الشيء بمثله في الذمة، وهو ينطبقُ على هذا التخريج الجديد، فالترجيح المذكور يتنافى مع الإرتكاز^(١).

الأمرُ الثاني: الاختلافُ في الغرض من تشريع المعاملة المستحدثة بين العلاء، ويعُمكُ ذكر عدّة شواهد على ذلك:

الشاهدُ الأول: أنَّ بعض الفقهاء خرَّج عقد التأمين على أساس عقد الصلح، ولو تأمَّلنا لوجدنا إختلافاً بين عقد الصلح وعقد التأمين من جهة الغرض الذي على أساسه تمَّ التعاقد والمعاملة، فعقدُ الصلح هو عقدٌ شُرِّع لقطع التجاذب الحاصل بين شخصين أو المتوقَّع حصوله في المستقبل، بينما الغرض من عقد التأمين هو ضمان الخسارة على الأنفس والأرواح وما يتصل بالملكل من أشياء.

الشاهدُ الثاني: خرَّج السيدُ الخوئي عقد التأمين على أساس الهبة المشروطة^(٢)، والاختلافُ بينهما في الغرض واضح جدًا؛ فإنَّ الغرض من عقد التأمين هو أنَّ المؤمن يسعى للحصول على الأرباح من وراء إعلان الضمان على تقدير عدم حصول الخسارة، فإنَّ الأرباح وإن كانت غير معلومة الحصول، ولكن هذا لا يُنافي الإقدام

(١) انظر: البنك الالاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ١٧٧.

(٢) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤٢١ / مستحدثات المسائل / مسألة ٢٨.

عليها من قبل المؤمن، بينما الهمة المشروطة ليس الغرض منها قصد الأرباح الدنيوية منها، فكيف إذاً يتم تحرير عقد التأمين على أساس الهمة المشروطة؟

الشاهد الثالث: ما ذكره السيد الصدر^{عليه السلام} كاحتمال لصحة القرض من البنوك فقال: (إن القرض يتمثل في عنصرين، أحدهما المال المقترض من الدائن للمدين، والآخر الإقراض نفسه بما هو عمل يصدر من المقرض، والربا هو وضع زيادة بإزاء المال المقترض، فالفائدة حين توضع في مقابل المال المقترض تصبح رباً محظماً، ولكنها إذا فرضت بإزاء الإقراض نفسه بما هو عمل يصدر من الدائن على أساس الجعلة تخرج بذلك عن كونها رباً، فالشخص الذي يحاول أن يحصل على قرض يقوم بإنشاء جعلة يعين فيها جعلاً معيناً على الإقراض فيقول: من أقرضني ديناراً فله درهم، وهذه الجعلة تغري مالك الدينار فيتقدّم إليه ويقرضه ديناراً، وحيثما يستحق عليه الدرهم، وهذا الإستحقاق لا يجعل القرض ربوياً؛ لأنّه ليس بموجب عقد القرض بل هو إستحقاق بموجب الجعلة).

وعلى السيد الصدر^{عليه السلام} على هذا التحرير بما حاصله: أن الجعلة لا تتصور إلا على عمل تكون له أجرة المثل في نفسه وقابل للضمان بالأمر به (ضمان الغرامة) كالخياطة والحلقة، وأماماً ما لا ضمان له في نفسه ولا تشمله أدلة ضمان الغرامة فلا تصح الجعلة بشأنه - باعتبار أن ضمان العقد يكون بالأجرة المسماة في العقد، بينما ضمان الغرامة يكون بأجرة المثل، وهذا هو الفرق بين الضمانين - لأن فرض الجعل في الجعلة ليس هو الذي ينشأ أصل الضمان، وإنما يحدد مقداره، وعلى هذا الأساس لا تصح

الجُعالة على الإقراض بما هو عمل؛ لأنّ مالية الإقراض في نظر العقلاة إنّما هي مالية المال المقترض وليس للعمل نفسه، ومع فرض كون مالية المال مضمونة بالقرض فلا يتصوّر عقلائيًّا ضمان آخر لمالية عملية الإقراض نفسها^(١).

الأمرُ الثالث: الاختلافُ في الأركان^(٢)، بمعنى أنّ بعض التخريجات للعقود المستحدثة، وأنّها منضوية تحت العقود القديمة يؤدي في بعض الأحيان إلى عدم التطابق بينهما في الأركان، فمثلاً عقد التأمين يتقوّم بأركان ثلاثة المؤمن والمستأمن والمؤمن عليه (الدار أو شيء من هذا القبيل) فإذا تم تحريجها على أساس عقد الهبة؛ فإنّ عقد الهبة لا تُوجَدُ فيه أركان ثلاثة، وهذا يكشفُ على أنّ التحرير ليس صحيحاً لعدم التطابق بينهما^(٣).

المواحدة الثالثة: أنّ الفقهاء في باب العقود أسسوا قاعدةً تُعتبرُ من مسلمات العقود وهي: تبعية العقود للقصد فمن أركان العقد هوقصد، ونلاحظ أنّ الإتجاه الأول الذي أرجع العقود المستحدثة إلى العقود القديمة نجد أنّ العقلاء لا يقصدون العقد القديم، وإنّما يقصدون ما هو الواقع خارجاً، فلا جدوى من الإرجاع ما دمنا افتقدنا الركن الأساسي وهو القصد.

وبتعبير أوضح: لو أخذنا عقد التأمين مثلاً تطبيقياً، فإنّ المتعبد بالشرع لو أجرى هذا العقد وكان يُقلّدُ فقيهاً يُحرّجُ عقد التأمين على أساس أنه الهبة

(١) البنك الالاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ١٦٢.

(٢) انظر: فقه المسائل المستحدثة، علي عباس الموسوي: ١٦٥.

(٣) انظر: مستند تحرير الوسيلة، روح الله الموسوي الخميني، تقرير أحمد المطهري: ٩ / ٣٧.

المعوّضة^(١)، والطرف الآخر وهو المؤمّن (الشركة) تُقلّد فقيهاً آخرًا يُخرّجه على أساس أنه عقد الضمان^(٢)، فهذا العقد على أيّ نحو يُقصد، لاسيما بعد الاعتراف باختلاف الآثار بين الهبة المعاوّضة والضمان؟

مختصر

(١) انظر: منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤٢١ / مسألة ٢٨.

(٢) انظر: بحوث فقهية، عز الدين بحر العلوم، تقرير بحث الشيخ حسين الحلّي: ٤٢.

المحور الثاني:

مدخلية العقود المالية للشكل أو المضمون

أولاً: الإتجاهات الفقهية في العقود المالية:

الحلول الفقهية التي تُطرح للتعامل مع البنوك سواء أكانت حكومية أم أهلية، بل حتى التعامل الخاص بين الأفراد والتي تبنّاها أغلب المعاصرين، هي عملية تبديل عقد القرض بعقد البيع، والتبدل إما مع الإبقاء على العملة من جهة الجنس -كما صار إليه الشيخ حسين الحلبي والشيخ الفياض (حفظه الله)^(١) - أو مع الاختلاف بجنس العملة كما ذهب إليه أكثرهم^(٢).

وهذا الحل ينتهي إلى تغيير الشكل الخارجي للمعاملة الذي قد يتنافى مع شرطية توفر القصد الذي هو ركن رئيسي في المعاملة؛ فإن من يبيع ثمناً حالاً بمقابلة مؤجل مع تغيير العملة أو الإبقاء عليها هو قرض ألبس لباس البيع، وقد أشار السيد الصدر^ر إلى ذلك بقوله: (بل المهم في الإشكال دعوى صدق القرض على هذه المعاملة وإن أنشأت بعنوان البيع، وذلك بتحكيم الإرتكاز العُرفي إما بلحاظ الصغرى، أي: تشخيص المراد الجدي للمتعاملين فيقال: إن المراد المعاملى لها جداً

(١) انظر: بحوث فقهية، بحر العلوم: ٧٨؛ البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٧٥.

(٢) انظر: منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٦؛ ٢ / ٤١٦؛ مسألة ١٦؛ منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩؛ منهاج الصالحين، محمود الماشمي: ١ / ٤٢٢.

بقرينة الإرتكاز هو القرض وليس الإنشاء بالبيع إلّا من باب تغيير اللفظ^(١).
 وينبغي الحديثُ حول هذه العلاقة، هل أنّ التغيير للصورة الشكلية لمعاملة يكفي لتخریج هذه العُقود المستحدثة أو لابد من البحث عن حلّ آخر؟
 وبتوضیح أكثر: أنّ العلاج الذي ذكره الفقهاء للتخلّص من الربا بهذه الطريقة اليسيرة ألا يتناقض مع مقاصد الشرع من محاربة الربا بكلّه أشكاله كافة وصوره؟
 وهذا ما يُسمّى اليوم بالحيل الشرعية؛ فإنّ هذا الحلّ الشكلي تمّ توظیفه للتخلّص من الربا عند التعامل مع البنوك أو مع الأشخاص.
 وبشكلٍ عامٍ إنقسم الفقهاء في قضية النية واللفظ في العُقود والمعاملات إلى إتجاهين أساسين:
 الأول: مرجعية اللفظ وأنّ النوايا شأنٌ يرجع للفاعل بينه وبين ربّه.
 الثاني: مرجعية المعنى والقصد أخذًا بمثل قاعدة الأمور بمقاصدها والعبرة بالنوايا، ومن تبني هذا الاتجاه السيدُ الخميني رض في موضوع الحيل الربوية ورواياتها إذ قال: (ذكر للتخلّص من الربا وجوهًا مذكورة في الكتب) وأنّه بعد التأمل يذهب إلى عدم جواز التخلّص من الربا بوجهٍ من الوجوه (وقد جددت النظر في المسألة فوجدت أن التخلّص من الربا غير جائز بوجهٍ من الوجوه)^(٢) ويذكر في كتبه الإستدلالية دليلاً على هذه الطريقة قال: (وهو أنّ الربا مع هذه التشديدات والإستنكارات التي وردت فيه في القرآن الكريم والشّرعة من طريق الفريقين؛ مما قل

(١) انظر: البنك الالاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ١٦٩.

(٢) تحرير الوسيلة، روح الله الخميني: ١ / ٥٣٨.

نحوها فيسائر المعاشي، ومع ما فيه من المفاسد الإقتصادية والإجتماعية والسياسية؛ مما تعرّض لها علماء الإقتصاد، كيف يمكن تحليله بالحيل الشرعية، كما وردت بها الأخبار كثيرة الصحيحة، وأفتى بها الفقهاء إلا من شذ منهم؟ وهذه عويسة، بل عقدة في قلوب كثير من المفكرين، وإشكال من غير متاحلي الإسلام على هذا الحكم، ولا بد من حلّها، والتشبّث له بالتعيّن في مثل هذه المسألة التي أدركت العقول مفاسد تجويزها ومصالح منعها بعيد عن الصواب^(١).

وقال أيضًا: (ثم إنّه لو كانت الحيلة بتلك السهولة مصححة لأكل الربا نتيجة، فلِمَ لم ينبه عليها رسول الله نبي الرحمة ﷺ؛ لئلا تقع الأمة في ذلك الحرام الذي هو إيزان ﴿يَحْرِبُ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾^(٢) و «درهم منه أعظم من سبعين زنية بذات محرم»^(٣) وفي نقل آنـه ﷺ كتب إلى عامله في مكة بقتال المرايin إن لم يكفوا عن المرايـة؟ فلو كان الإنفـاع بمثـل الربـا جائزـاً بـسهـولة، وإنـما يـحتاجـ إلى ضـمـ شيءـ إلى شيءـ، أو تـغيـيرـ كـلامـ، لما اـحتاجـ إلى كـلفـةـ القـتـالـ وـقـتـلـ النـفـوسـ، بل كان عليه ﷺ تـعلـيمـ طـرـيقـ الحـيـلـةـ؛ حـفـظـاً لـدـمـاءـ الـمـسـلـمـينـ، فـيـعـلـمـ مـاـ ذـكـرـ وـمـاـ لـمـ يـذـكـرـ: أـنـ لـاـ سـبـيلـ إلىـ الحـيـلـةـ فيـ تـلـكـ الـكـبـيرـةـ الـمـوـبـقـةـ)^(٤).

(١) كتاب البيع، روح الله الخميني: ٢ / ٥٤٠.

(٢) البقرة: ٢٧٩.

(٣) وسائل الشيعة، الحـرـ العـامـلـيـ: ١٨ / ١٢٣ / الـبـابـ ١ / الـحـدـيـثـ ١٩.

(٤) كتاب البيع، روح الله الخميني: ٢ / ٥٤٥.

ثانياً: المعالجات الفقهية للعقود الشكلية:

بناءً على ما تقدم لابد أن نقدم حلولاً لهذه المشكلة، والتجاذب بين المعاملات الشكلية وبين مفاسد الربا:

العلاج الأول: وهو مركبٌ من ركيزتين:

الركيزة الأولى: أن الأحكام الشرعية ليست تابعة للمصالح والمفاسد، بمعنى قد يحكم فيه مصلحة وحكم آخر فيه مفسدة؛ لأن الأحكام لا تخضع لقانون التبعية للمصالح والمفاسد، وبناءً على هذه الركيزة ينحل الإشكال، وهناك بعض المعاصرين من الإمامية من ذهب إليه وقال: (من أن فكرة تبعية الأحكام للمصالح والمفاسد خرافية علمية دون إثباتها خرط القتاد، ويشهدُ لذلك أن النصوص والفتاوی قد حكمت بسلسلة من الأحكام التي لا يُمكّنُ أن تنسجم مع هذا القانون، ومن نهادج ذلك جواز أخذ ثمن الخمر ممن يستحله وترتيب آثار الحلية على الشيء عند وقوع المعاملة مع طرف لا يرى الحرمة مع كونك تراها)^(١)، وجواز أخذ المال ممن لا يخمس والعديد من المعاملات المتعلقة بثمن الخمر والخنزير مع

(١) ويمكن أن نذكر تطبيقاً على ذلك وهو: إن المكلف عندما يودع أمواله في البنك، وفي الحقيقة هذه ليست وديعة، بل هو قرض، فالمكلف يقرض الدولة، فهنا سوف يحصل المكلف على فوائد، وهذه المعاملة باطلة؛ لأنَّ فرض مع فوائد، والحل إذا كان يعلم المكلف أنَّ الدولة أو البنك الأهلي يرضي بالتصَّرف بتلك الفوائد فيجوز له أن يتصرف بالرغم من أنَّ المعاملة قرضية باطلة.

أهل الذمة.

وبعبارة أخرى: إنَّه لو كان هناك آثُرٌ تكوينيٌّ يُعبِّرُ عنِّه بالمصلحة والمفسدة لما صحَّ تجويزُ الشيءِ الحامل للمفسدة تكوينياً، فإنَّ ذلك مثلُ تقديمِ السُّمِّ؛ إذ لا فرقٌ فيه بينَ مستويات معرفةِ الإنسان به في وقوعِ تأثيراته التكوينية، فحتَّى لو كان الإنسانُ يرى حلَّية تناولِ السُّمِّ فإنَّ تأثيره التكويني سوف يقعُ، ومن هذا النوع أيضاً فروع قاعدةِ الإلزام الفقهية التي تدعوك لترتيب الآثار على ما يعتقدُ الآخر، وهذا لو أخطأَ الإنسانُ الواقعُ في الصلاة مثلاً حصلت له المراجحة، ونستنتجُ من هذا أنَّ الأحكام تابعةٌ للإنقياد لا لصالح تقفُ خلفها^(١).

واعتراض عليه بعضهم بعدة اعتراضات:

الأول: يبدو أنَّه وقع في خلطٍ في أنَّ المصالح والمفاسد ليست ذاتية للفعل، وإنَّما هي صفاتٌ قياسيةٌ له، فمُمكِّنٌ أن تغييرُ صفةِ الفعل بغيرٍ تمويهٍ من جهةِ الزمان والمكان والظرف والفاعل، فإنَّ الفعل قد يكونُ ذا مفسدةٍ تطرأً عليه، لكنَّ إذا لوحظ بحسبِ موقعه وما يحيطُ به من زمانٍ ومكانٍ قد يفقدُ المفسدة ويكونُ ذا مصلحة، فالمصلحةُ والمفسدةُ ليستا أموراً ذاتياً للفعل، وإنَّما صفاتٌ قياسيةٌ له، وهذا نجدُ أنَّ المشرع يمارسُ قانون التزاحم بين الأهمِ والمهم، ونلاحظُ أنَّ المشرع قد يُرِّجح تقديمَ الأهمِ بالرغمِ أنَّه ذو مفسدة، لكن بقياسه مع المهم يكونُ ذا مصلحة،

(١) انظر: بحوثٌ في طهارة الإنسان، كمال الحيدري: رقم ٢٠، ٣٢، ٣٥، ٥٣؛ بحوثٌ في فقه المرأة، الدرس رقم: ١٤، وهي منشورة على موقعه الرسمي.

وعليه يتضح أنَّ الأمثلة التي ساقها ليست دقيقة؛ وذلك لأنَّ تجويز بيع الخمر من يستحللهُ والحصولُ على الثمن أو البناء على صحة معاملة وإن كان الآخر يراها باطلة إلا أنَّه قد تكونُ من قبيل ترجيح الأهم على المهم، فإنَّ الحكم ببطلان هذه المعاملات قد يُربك وضع المعاملات خارجاً، فهذه المصلحة أعظم من مفسدة الحصول على ثمن الخمر أو على بيع الميالة أو البناء على صحة المعاملة.

الثاني: أنَّه وقع في إشتباهٍ آخر، فهو يرى أنَّ المفسدة ثابتةٌ لتعلق المتعلق (الموضوع) فقال: إنَّ الثمن (الخمر) فيه مفسدةٌ كيف أجاز الشارعُ الحصولَ عليه، مع أنَّه من الواضح أنَّ الثمن كعملةٍ نقدية لا يتصوَّرُ أن تكون ذاتَ مفسدةٍ. نعم، لعلَّ الشارع حرمَ ثمنَ الخمرِ من أجل النهي عن بيع الخمر والإبعادُ عن شربه، وهذا يتوقفُ على ما ذكرهُ السيدُ الصدر^(١) من إمكان التفكيك بين الإعتبار القانوني وبين المصلحة الكامنة في الفعل؛ إذ يرى أنَّه ليس من الضروري أن يتعلق الإعتبارُ بما فيه المصلحة فقد يكونُ الشوقُ المولوي في جهة والإعتبار القانوني في مقدمات هذه الجهة، من قبيل لو أمر المولى العُرفي بفتح إنبوب الماء مع أنَّه المفروض أن يقول إسقى الحديقة مثلاً، وهذا معناه أنَّه ليس من الضروري إذا تعلق الشوقُ المولوي بشيءٍ أن ينصب هذا الإعتبار على نفس ما تعلق به، بل قد يكونُ على مقدماته، ومن قبيل ما ورد في أنَّ الصلاة مراجُ المؤمن، فالشارعُ لم يُوجِّب المراجَ، بل أوجَّب الركوع والسجود؛ لأنَّها مقدمات من شأنها أن تُحصلُ ذلك الشوق،

(١) انظر: بحوثُ في علم الأصول، محمود الماشمي: ٢ / ٢٢٣؛ دروس في علم الأصول، الحلقة الثالثة، محمد باقر الصدر: ١٦.

ومن الممكن أن تكون المفسدةُ في شيءٍ والإعتبار القانوني في شيءٍ آخر، وفي مثال ثمن الخمر قد أجازه الشارع؛ لأنّ البائع ممن لا يستحلّه والذى يتناوله هو المشتري، وعليه فلا يُتعقلُ أن تكون المفسدةُ في متعلق المتعلق (الموضوعات) فلو أردنا أن نتعقل على مبني التفكيك بين الإعتبار القانوني والمصالح الكامنة؛ إذ من الممكن أن يكون الإعتبارُ في شيءٍ والمفسدةُ في شيءٍ آخر، فالشارعُ عندما قال: (ثمن الخمر سُحتْ) حتّى لا يتناوله شخصٌ ولو بيع لشخص (المشتري) وهو الذي يتناوله فلا يأقى الإشكال أساساً.

الثالث: قياسُ المصالح والمفاسد على مسألة السُّمّ هو قياسٌ مع الفارق؛ لأنّ السُّمّ ليس بالضرورة أن يُحدث أثراً في الإنسان_ كما لو شرب قبل تناوله ما يمنع من ذلك_ والأحكام الشرعية ليست سُمّاً، وإنما قد تكون علاجاً_ كما في مسألة تناول الميّة عند الإضطرار_ إذاً هذه الركيزة باطلةً^(١).

الركيزة الثانية: أنّ الأحكام تابعةٌ للمصالح والمفاسد إلّا أنّه المصالح والمفاسد غامضة لا يمكن الوصول إليها، فحينما حرم الشارع الربا فالمفسدة موجودة، ولكن لا نعلمُ حقيقةَ المفسدة، وبالتالي لا يمكنُ سحبُ الكلام حينما نُغيّرُ الشكلَ الخارجي للمعاملة، ويُقال: هذا التغيير يتضادُ مع مفاسد الشارع.

إلّا أنّ هذه الركيزة أيضاً باطلة، إذ بحثناها في كتابنا (المباني الأصولية في فقه

(١) انظر: فقه المصلحة، حيدر حب الله: ٨٢.

المسائل المستحدثة)^(١) تحت عنوان (مقاصد الأحكام) وتم التركيز في هذا البحث على نقطتين فقط:

الأولى: هل يمكن إكتشاف ملاكات الأحكام أو لا؟ المشهور بين الإمامية هو عدم الإمكان، وذكرنا أدلة على ذلك مع المناقشة جمِيعاً وإتضح إمكان إكتشاف الملاك.

الثانية: لو سلمنا بعدم إمكان إكتشاف الملاك إلا أن ذلك في غير المعاملات، وسيأتي في المحور الثالث الحديث عن ذلك.

العلاج الثاني: الإعتراف بالإشكال وأن الأحكام التي استخرجت من هذا التغيير الشكلي للمعاملة باطلةٌ ما لم تُوجَّه بِتَوْجِيهٍ قاطعٍ، وإلا فالإشكال مستحکمٌ وما نتج عنه من أحكام هي باطلة، وقد أشار إليه السيد الصدر رحمه الله بقوله: (من أن الحيل الشرعية أو الشكل الخارجي للمعاملة إنما بَرَزَ في كلمات الفقهاء، وجعلت حلو لاً للربا لأجل ترجيح النظرة الفردية للشريعة) ثم يقول: (وقد كان من نتائج ترسخ النظرة الفردية قيام إتجاه عام في الذهنية الفقهية يحاول دائمًا حل مشكلة الفرد المسلم عن طريق تبرير الواقع وتطبيق الشريعة عليه بشكلٍ من الأشكال فنظام الصيرفة القائم على أساس الربا بوصفه جزءاً من الواقع الاجتماعي المعاش يجعل الفقيه يحس بأن الفرد المسلم يُعاني مشكلة تحديد موقفه من التعامل مع مصارف الربا، ويتجه البحث عنده حل مشكلة الفرد المسلم عن طريق تقديم تفسير مشروع للواقع المعاش بدلاً عن الإحساس بأن نظام الصيرفة الربوي يُعتبر مشكلة في حياة

(١) المباني الأصولية في فقه المسائل المستحدثة، شهاب الدين أَحمد: ١ / ٢٣٤ .

الجماعة ككل حتى بعد أن يُقدم التفسير الم مشروع للواقع المعاش من زاوية الفرد^(١).

العلاج الثالث^(٢): ما ذكره بعض المعاصرین، وهو يشتمل على الخطوات الآتية:

الأولى: التسلیم أن استعمال الحیل مما يتصادم مع المقاصد أو مما يُعد أحكاماً شكلية صورية وهو أمر لا صمود له أمام المنطق والدلیل إلا أن الرفض التام لجميع موارد استعمال الحیل أمر غير فی في الوقت نفسه، لاسيما بعد قيام الدلیل الشرعي المعتبر على بعض الحالات^(٣).

الثانية: أن تلك الأحكام لو كانت منشأ لاحتلال النظام أو منافية لمصالحة العليا وإن لم يبلغ ذلك مرحلة الإخلال؛ فإن للحاكم الإسلامي أو الحكومة أن يتدخل ليكون العمل طبقاً لما تحکم به المصلحة الجديدة.

الثالثة: يجب إعمال غایة الدقة في باب الحیل والمعاملات الشكلية وهو التوجّه إلى مسألة عدم مخالفة الحیلة للعرف، مما يعني عدم صحة ما يُسمى من تلك الحیل في بعض الفتاوى ببيع الأوراق النقدية، فلتتأمل السؤال والجواب التاليين، إذ ورد سؤال عن إمكان بيع الأوراق النقدية بأعلى من قيمتها، فيبلغ الألف تومان مثلاً بآلف ومائتين تُدفع بعد ستة أشهر، فجاء الجواب: أن ما ذكر في هذه المسألة صحيح

(١) انظر: مجلة فقه أهل البيت (الإتجاهات المستقبلية لحركة الاجتہاد): العدد الأول، محمد باقر الصدر: ١٣ - ١٦.

(٢) انظر: الفقه والمصلحة، أبو القاسم علي دوست: ٢ / ٣٤٣.

(٣) وسائل الشيعة، الحزب العاملی: ١٨ / ٤١.

ويكونُ الْبَيْعُ وَالشَّرَاءُ نَسِيئَةً^(١) .

والمشكلةُ التي تواجهُ هذا الجواب هي: أنَّ الأوراق النقدية لايَّ بلِد لا يُمكنُ أن تكون مبيعاً عُرْفَةً فبيعُ الألف تومان بالصورة السابقة والذي يكونُ الباعثُ عليه هو الإستئراض والإقراظ تواجههُ هذه المشكلة قبل مشكلة الفرار من ربا، الأمرُ الذي يُفسِّرُ ما أجاب به بعضُ الفقهاء المعاصرين عن سؤال مشابه بقوله: (المعاملةُ بالصورة المذكورة في السؤال فرضٌ ربوّيٌّ حرامٌ وإنْ كانت بصورة البيع والشراء)^(٢) .

مُلْكَةُ الْمُؤْمِنِينَ

(١) جامع المسائل، محمد فاضل اللنكراني: ١ / ٢٦٤ / السؤال والجواب رقم ١٠٢٨ .

(٢) الفتاوى الجديدة، الميرزا جواد التبريزى: ٢٣٠ / السؤال والجواب رقم ١٠٠؛ الفتاوى الجديدة، ناصر مكارم الشيرازي: ١ / ١٩٦ / السؤال والجواب رقم ٦٧٥ .

المحورُ الثالث:

حضورُ ملائكة الأحكام في باب المعاملات

بشكلٍ عامٍ فقهاء الإمامية لا يُعملون المقاصد في العبادات، أمّا في المعاملات فالأمرُ مختلفٌ فبالإمكان دعوى إعمال المقاصد فيها، وإليك قائمة بأسماء بعض الفقهاء القائلين بإمكان إعمال المقاصد في باب المعاملات، ثم ذكر أدلةهم في ذلك:

أولاًً: كلمات بعض الفقهاء:

١ـ ما ذكرهُ صاحبُ الجوادر عليه السلام في مسألة تلقّي الركبان: (وفيه: أنّ الحكمةَ في النهي عن التلقّي ليست بمراعاة حال الركب خاصة الأعم من ذلك ومن حال أهل البلد، باعتبار إختصاص الربح ونحوه بالتلقّي خاصة كما أومأنا إليه سابقاً فیعمُ حینئذٍ جميعَ ذلك) ^(١).

٢ـ ما ذكرهُ السيدُ الخميني عليه السلام: (ولا يبعدُ الجوائزُ بما هو أسهل من السيف كالبندقة على المخ، بل وبالاتصال بالقوة الكهربائية) ^(٢).

٣ـ ما ذكرهُ الشيخُ مغنية عليه السلام، ونسرُ دُعْدَةَ نَهَادِجٍ تكشفُ عن إعمال الملائكة في باب المعاملات:

(١) جواهر الكلام، محمد حسين النجفي: ٢٢ / ٤٧٣.

(٢) تحرير الوسيلة، روح الله الموسوي الخميني: ٢ / ٥٣٥.

أ_ ما ذكره في سياق بحثه عن تصحيح بيع المضطر، إذ ذكر من جملة الأدلة: (أن أحكام الشريعة الإسلامية ترتكز على التوسعة، وعدم الخرج والضيق، ولو قلنا بفساد بيع المضطر الذي ألجأته ظروفه إليه للزم بقاوئه فيما هو أشد ضيقاً وحرجاً، ويتنافي هذا مع مقاصد الشريعة السمحاء) ^(١).

ب_ ما ذكره عند استعراض بعض أدلة صاحب الجوائز ^{رحمه الله} على جواز الجهل بالمتصالح عليه: (وهذا الجواب قريب إلى مقاصد الشريعة؛ لأن الصلح مبني على التساهل والتسامح، وتنازل الحق عن بعض ما يستحق، فكما لا يشترط في الإسقاط والإبراء أن يكون الحق معلوماً فكذلك الأمر في الصلح، هذا إلى أن الصلح لو لم يحيز مع الجهل بالمتنازع فيه لامتنع أكثر فوائده) ^(٢).

ج_ ما ذكره في بحث الإحتكار حول التعميم إلى غير مورد النص، فإن النص حرم الإحتكار بأربعة أشياء: الحنطة، والشعير، والتمر والزبيب، وهو يرى أن الاحتقار لا يقتصر على هذه الأشياء، وإنما هي واردة مورد الغالب لشدة حاجة الناس إليها في ذلك الزمان، قال: (والحق أن الإحتكار حرام من حيث هو ، كمبدأ عام، وقاعدة كافية، تماماً كالربا، لا شيء إلا لمجرد حاجة الناس إلى الشيء المحتكر، سواء أبلغت الحاجة حد الضرورة، أم لم تبلغ هذا الحد، أمّا ذكر الحنطة والشعير، والتمر والزبيب، والزيت في بعض روایات أهل البيت عليه السلام فإنه منزل على الغالب، وشدة الحاجة إلى هذه في ذلك العصر ونقول نحن للفقهاء الذين خصصوا تحرير

(١) فقه الإمام جعفر الصادق، محمد جواد مغنية: ٣ / ٦٩.

(٢) فقه الإمام جعفر الصادق، محمد جواد مغنية: ٤ / ٨٨.

الإحتكار بالخنطة والشعير، والتمر والزبيب، نقول لهم: يلزمكم على هذا أن إحتكار النفط والكهرباء غير محّرم، مع العلم بأنّ الحياة اليوم تستحيلُ بدونها، وأيضاً يلزمكم أن يكون إحتكار السلاح ومنعه عمن يُريدُ الدفاعَ عن نفسه حلال لا بأس به، ثم أيُّ ضررِ اليوم في إحتكار التمر والزبيب؟ وأعتقدُ أنَّ المستعمر لو أطّلع على هذه الفتوى لرکع وسجد، وكتبها بأحرف من نور، وأشاعها وأذاعها في كُلّ قطر، ما دامت تحّرمُ عليه إحتكار التمر والزبيب، وتبيحُ لهُ إحتكار الحديد والفولاذ، والذهب الأسود والأصفر، وبالتالي فإنَّ الجمود على حرفيّة النصّ في مثل هذه الموارد هو طعن في الدين، وشريعة سيد المرسلين^(١).

٤_ ما ذكره بعض الفقهاء: (نحن نعرفُ أنَّ بعض الأحكام الشرعية من الأحكام التوقيفية كالعبادات مثلاً، ولذلك نجدُ بعضها قد يخضع لقاعدة تختلفُ عن القاعدة التي يخضعُ لها حكم شرعي عبادي آخر، ولكننا لا نمانعُ من أنَّ هناك كثيراً من الأحكام الشرعية لاسيما في عالم المعاملات مما يُمكن إستكشافُ ملاكهُ بشكلٍ وبآخر من خلال إستظهاره من طبيعة النصّ نفسه على أساس مناسبات الحكم والموضوع أو من خلال القرائن المتنوعة التي تدلُّ على ذلك)^(٢).

٥_ ما ذكرهُ الشيخُ محمد مهدي شمس الدين رحمه الله إذ قال: (التعبدُ في العبادات الحضة أمرٌ لا ريب فيه ومسلّمٌ به، وأمّا في مجالات المجتمع في ما نسميه الفقه

(١) فقه الإمام جعفر الصادق، محمد جواد مغنية: ٣ / ١٤٤.

(٢) الإجتهدُ والحياة: ص ٤٤.

الخاص في باب الأسرة أو المكاسب الفردية مثلاً نحن لا نعتقد للتعبد معنى على الإطلاق، ولا بد أن تنزل الأمور وفقاً للأدلة العلية في الشريعة، وللقواعد العامة في الشريعة التي هي الضوابط الأساسية لابد أن تنزل على مقاصد الشريعة وعلى ما نفهمه من المناطق^(١).

٦ - ما ذكره الشيخ محمد هادي معرفة^{للله}: (العبادات وحدها هي التي تكون ملائكة أحكامها غير بيّنة ولا يستطيع أحد المعرفة الدقيقة بجميع أسرار الممارسات العبادية، أمّا باقي الأحكام الشرعية فقابلة للأدراك وملائكتها مكنة الفهم...)^(٢).

٧ - ما ذكره الشيخ الصانع^{للله}، ونذكر له أنموذجين:
أ - في الطلاق الخلعي، إذ مال لنظرية وجوبه عند مطالبة الزوجة به وتحقق شروطه، وغاية ما يمكن الإعتراف عليه هو إطلاق الحديث القائل: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» وعلق عليه: (وهو حديث مخالف لمبدأ العدل ورفض الظلم في أحكام الإسلام، وقد بيّنا أنه لا حجية لظهور الدليل المخالف للأصول العقلية والنقلية المسلمة، وهي العدل وعدم الظلم في أحكام الإسلام، وعدم مخالفته للأحكام للعقل، فماذا لو أردنا أن يكون إطلاق مثل هذه الرواية هو الدليل هنا؟ من هنا لا سبيل مع حكم العقل بظلم الحكم بجواز (وعدم وجوب) الطلاق على الرجل مع كراهة الزوجة وتقديمها المال له وقبحه، سوى القول بوجوب مثل هذا الطلاق الخلعي؛ إنطلاقاً من حكم العقل بقبح الجواز، وحكمه بحسن اللزوم

(١) الإجتهاد والحياة: ص ٢١ - ٢٢.

(٢) فلسفة الفقه والمقاصد، عبد الجبار الرفاعي: ٥٣٠.

والإيجاب^(١).

بــ ما ذكره كمبدأ عام في حلية الربا الإنتاجي، وهو الإعتماد على مبدأ السماحة والسهولة ونفي العسر والخرج في التشريعات الإسلامية^(٢).

ثانياً: أدلة القائلين بإمكان التوصل إلى الملاك في باب المعاملات: المقصود من المعاملات هنا ليست المعاملات بالمعنى الأعم، وإنما خصوص المعاملات بالمعنى الأخص الشاملة للعقود والإيقاعات، فتوجد عدّة بيانات لبرير إمكان إكتشاف ملاكات الأحكام:

البيان الأول: ما ذكره العلامة مغنية^{رحمه الله} هو الإعتماد على عنصر الفهم الاجتماعي للنص الذي هو يرجع بحسب الإصطلاح إلى مناسبات الحكم والموضوع التي هي الأساس في حجية الفهم الاجتماعي للنص الذي معناه فهم النص على ضوء إرتكاز عام يشترك فيه الأفراد نتيجة لخبرة عامة وذوق موحد^(٣).

البيان الثاني: أن العبادات هي حق الله تعالى، بينما المعاملات هي شؤون بشرية، وحق الله لا يُعرف إلا منه، بينما المعاملات بإمكان معرفة مقاصدتها عن طريق البشر أنفسهم^(٤).

(١) مجلة الإجتهد والتجدد (فدية طلاق الخلع) يوسف الصانعي: عدد ١١، ١٢.

(٢) مقاربات في التجديد الفقهي، يوسف الصانعي: ٣ / ٢١١.

(٣) انظر: ومضات، محمد باقر الصدر: ١٨٥.

(٤) انظر: رسالة في رعاية المصالح، سليمان بن عبد القوي الطوفي: ٤٥ - ٤٧.

البيانُ الثالث: وتوجُّدُ لُهُ صيغتان:

الأولى: لا توجُّدُ في أحكام المعاملات حقيقة شرعية، بمعنى أَنَّها ليست من المفاهيم التي وضعها الشارع واصطلاح عليها وأسس لها، فقد كان العملُ جارياً بها قبل مجيء الإسلام؛ ولذلك فلا مجال للتوفيق في هذا النمط من الأحكام، وبما أنَّ الشارعَ لم يتدخل في تشريعها، فإنَّ ملاكاتها ومصالحها ليست خفيةً.

نعم، هذا ليس هو الطابع العام للمعاملات بالمعنى الأعم، فهناك بعض الفرعيات تُعتبرُ أحكاماً تعبدية غير معلومة المصالح والملادات كما في خصوصيات الشهادة وحرمة بيع مجهول المقدار واشترط عدم التفاضل إن كانت السلعة من جنس واحد، فإنَّ هذه الأحكام الفرعية إن تيسَّر لنا إحرارُ ملاكاتها عبر طرق وقواعد إستكشاف المناطق من النصوص الشرعية أو عبر الأساليب العقلانية كاللغاء الخصوصية وتنقية المناطق أخذنا بها، وإلا لزم التوقفُ.

الثانية: أنَّ الفارق بين الأحكام التعبدية وغير التعبدية يتمثلُ في اختلاف القواعد الكلية والأصول العامة لِكُلِّ منها، ففي المعاملات تنبثقُ هذه القواعد من المصالح والمفاسد المعروفة والمدركة للعقلاء، كقاعدة (على اليد ما أخذت) وقاعدة (ادرؤوا الحدود بالشبهات)^(١) فقد أمضاها الشارع وأقرها فيُمكنُ عدُّها من جملة الإرشادات.

أما في العبادات فإنَّ هذه القواعد حالها حال الأحكام في تبعيتها لجعلها، وعليه فهبي غير قابلة للتوسيعة والتضييق، وعليه يُمكنُ ضمها إلى الموارد المستثناء من

(١) وسائل الشيعة، الحرج العامل: ٢٨ / ٤٧ / الباب ٢٤ / الحديث ٤.

العبادات، وكمثال على ذلك يمكن الإشارة إلى قاعدة (لا تُعاد)^(١) التي تدلّ على نفي الإعادة عند الخلل في الصلاة فقط ولا تسري إلى بقية العبادات كما هو رأي الشهور.

أما بالنسبة إلى غير العبادات فيها أنّ الغرض الأصلي فيها هو رعاية المصالح الدنيوية، وهو بطبيعة الحال غرض قابل للإدراك أصبح من الممكن إحراز الملائكة فيها والاستدلال بها وخصوصاً أنّ العديد من تلك الملائكة قد نصّ عليها أو أشير إليها في الكثير من النصوص الدينية.

وبهذا يتّضح وجہ الاختلاف بين الأحكام المولوية التوقيفية وبين الأحكام العاملاتية والإمضائية هو أنّ الملائكة في الأخيرة ليست ملائكة توقيفية مستندة إلى النصّ وإلى بيان الشارع والعقل بعد أن يدرك المصلحة الملزمة في شيء، ويدرك عدم مزاحمة شيء آخر لها كيف يعقل أن يتوقف في إستكشاف الحكم الشرعي بوجوبه^(٢).

مختصر

(١) وسائل الشيعة، الحر العاملی: ٤ / ٣١٢ / الباب ٩ / الحديث ١.

(٢) انظر: مقاصد الأحكام الشرعية وغایاتها، محمد علي آیازی: ٢ / ٢٣٩ - ٢٤٢ .

المحور الرابع:

تأثير الرضا الباطني في صحة المعاملات المستحدثة

في نقطتان:

النقطة الأولى: كفاية الرضا الباطني في مشروعية العقود المستحدثة

تصوّر الإعتماد على كفاية الرضا الباطني في صحة بعض العقود المستحدثة: ذكر السيد السيستاني (حفظه الله) وغيره أنه يكفي إثراز الرضا الباطني في تصحيح بعض العقود المستحدثة، ويمكن أن نذكر أنموذجين لذلك:

الأنموذج الأول: الودائع المصرفية

وقع الكلام في حقيقة ما يدفعه الزبون إلى البنك، هل يكون على أساس الوديعة بالمعنى الفقهي، أو على أساس القرض؟ فمن الناحية الإثباتية يدور أمرها بين الوديعة بالمعنى الفقهي أو القرض، ويوجد قولان:

الأول: أنها وديعة بالمعنى الفقهي، ومن صرّح بذلك السيد السبزواري رحمه الله عند قول السيد اليزدي رحمه الله إذ قال: (لو أعطى المالك ماله إلى المصارف أو البنوك أو غيرهما بعنوان الوديعة مع الإذن في تصرفهم فيها يجوز لهأخذ الزيادة حينئذٍ منهم) يعلق عليه ويقول: (أما جواز أصل هذا العمل، أي: عنوان الإستيداع فلا إشكال

فيه كما تقدّم في كتاب الوديعة، وأمّا صحةأخذ الزيادة فلأجل أنّ المفروض أنّه ليس قرضاً مشروطاً فيه الزيادة؛ لكونها عنواناً مبيناً عرفاً وشرعاً مع القرض. نعم، لو كان مراده من الإستيداع الإستئراض المعهود، تحرّم الزيادة حينئذ مع شرط الزيادة فيه، ولكن ذلك بعيد جدّاً من مرادهم^(١).

الثاني: رجوع الوديعة إلى القرض وصرّح به أغلب المعاصرین، فقد ذكر السيد الخوئي عليه السلام ذلك: (إنّه لا يجوز إقراض البنك بشرط الحصول على الفائض المسمى بعرف اليوم بالإيداع)^(٢)، وأيضاً السيد السيستاني (حفظه الله) يصرّح في هذا المعنى (إنّه لا يجوز الإيداع في البنوك الأهلية _ بمعنى إقراضها _ فيقول: (لا يجوز الإيداع في البنوك الحكومية بمعنى إقراضها)^(٣).

والشيخ الفياض (حفظه الله) صرّح بهذا المعنى أيضاً: (إن الودائع المصرفية جمیعاً سواء كانت من الودائع المتحركة أم الثابتة فهي ليست بودائع حقيقة، بل هي قروض ربوية للبنك فیملکها البنك على وجه الضمان وإطلاق الودائع عليها إنما هو بالعناية، وبدافع إغراء الناس في إيداع أموالهم فيه حفظاً لها من التلف وتعويضاً لهم على الإدخار)^(٤).

وبناءً على القول الثاني يأتي هذا السؤال: أنّ البنك إزاء القرض يدفع فوائدأ على

(١) مهذب الأحكام، عبد الأعلى السبزواری: ٢١ / ٧١.

(٢) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤٠٧.

(٣) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٩.

(٤) البنك، محمد إسحاق الفياض: ٣٣ - ٣٤.

بعض الودائع، فما هو حكم تلك الفوائد؟ وكيف يمكن التخلص من حرمتها؟

الكلام يقع تارةً في البنوك الأهلية، وأخرى في البنوك الحكومية.

أما البنوك الأهلية فقبل أن نعرف التخريج المناسب لحلية أخذ الفوائد لابد من

معرفة أن الودائع البنكية توجد على أنواع ثلاثة:

الأول: أن يفترض أن الشخص يدفع مبلغاً معيناً من أمواله إلى البنك، على أن يكون له الحق في أخذه متى أراد، ويصطلح على ذلك بـ(الحساب الجاري) أو بـ(الوديعة تحت الطلب) وفي هذا النحو لا يقدم البنك فائدةً إلى الشخص، كما أن الشخص لا غرض له سوى الإيداع والمحافظة على أمواله من السرقة ونحوها.

الثاني: أن يدفع الشخص مبلغاً معيناً من المال إلى البنك على أن يبقى ذلك المبلغ لدى البنك فترة محددة يتفق عليها الطرفان ولا يكون له الحق في أخذها أثناء المدة، وفي هذا النحو يقدم البنك فائدةً إلى الشخص تحدد بينهما حسب الإتفاق، ويصطلح على هذا النحو بـ(الوديعة الثابتة) أو بـ(الوديعة لأجل).

الثالث: أن يدفع الشخص مقداراً من المال إلى البنك، ويكون له الحق في أخذه متى أراد، ولكن كلما بقي فترة أطول استحق الشخص على البنك فائدةً أكثر.

وفي هذا النحو يفترض وجود كلتا الخصوصيتين للنحوين السابقين، فخصوصية النحو الأول _ الأخذ متى أراد _ ثابتة، كما أن خصوصية النحو الثاني _ إستحقاق الفائدة _ ثابتة أيضاً ويصطلح على هذا النحو بـ(ودائع التوفير)^(١).

(١) انظر: إدارة العمليات المصرفية، خالد وهيب الراوي: ١٩ - ٢١.

إذا إتّضح ذلك ذكر الفقهاء طرقاً عديدة لحلّية أخذ الفائدة من البنك، منها كفاية الرضا الباطني في التصرّف في الفائدة، وهو ما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله) قال: (لا يجوز الإيداع في البنوك الأهلية - بمعنى إقراضها - مع شرط الزيادة، ولو فعل ذلك صحّ الإيداع وبطل الشرط، فإذا قام البنك بدفع الزيادة لم تدخل في ملكه، ولكن يجوز له التصرّف فيها إذا كان واثقاً من رضا أصحابه بذلك التصرّف حتّى على تقدير علمهم بفساد الشرط وعدم إستحقاقه للزيادة شرعاً، كما هو الغالب) ^(١).

وهذا الطريق يبتنى على نقطتين:

الأولى: أنّ أصل الإيداع صحيح، والفساد يكون من جهة الشرط، أي: الزيادة، وهذه النقطة مبينة على كبرى آمن بها بعض الفقهاء وهي أنّ فساد الشرط لا يسري إلى المشروط، فأصل الزيادة التي أخذت كشرط هي فاسدة؛ لأنّها ربوية لكن لا يؤثّر فساد الشرط على المشروط ^(٢).

الثانية: تتضمّن طريقة تحرّيج حلّية أخذ الزيادة، وهي عبارة عن إحراز رضا أصحاب البنك بالتصرّف بهذه الزيادة ومع الإحراز المذكور جاز التصرّف في تلك الفائدة، وقضية الاعتماد على مجرد إحراز الرضا بالتصرّف ذكره السيد السيستاني (حفظه الله) في موارد:

الأول: إذا انكشف بعد العقد فقدانه لبعض الشروط المتصلة بالتعاقدين أو

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٩.

(٢) انظر: مصباح الفقاهة، محمد علي التوحيد: ٢ / ٥٦.

بالعوضين فهذا لا يمنع من جواز التصرف لما انتقل إليه الثمن أو المثمن، قال: (إذا قبض المشتري ما إشتراه بالعقد الفاسد فإن علم (المشتري) برضاء البائع بالصرف فيه حتى مع فساد العقد جاز له التصرف فيه، وإنّا وجب عليه ردّه إلى البائع)^(١).

وهذه المسألة لا خصوصية لها في رضا البائع بالصرف فيما قبضه المشتري بالعقد الفاسد، وتصحُّ أيضاً برضاء المشتري بتصريف البائع بما قبضه من الثمن من المشتري بالعقد الفاسد.

الثاني: تحت عنوان آداب التجارة يقول: (إذا شُك في صحة معاملة وفسادها بسبب الجهل بحكمها لم يجز له ترتب آثار أي من الصحة والفساد، فلا يجوز له التصرف فيما أخذه من صاحبه ولا فيما دفع إليه، بل يتعمّن عليه إما التعلم أو الاحتياط ولو بالصلح ونحوه. نعم، إذا أحرز رضاه بالصرف في المال المأخوذ منه حتى على تقدير فساد المعاملة جاز له ذلك)^(٢).

الثالث: وهو محل الكلام أنه في حالة الإقراض يجوز التصرف في الفائدة إذا علمت أن الذي دفع الفوائد يرضي بالصرف بتلك الفائدة^(٣).

الأنموذج الثاني: أوراق اليانصيب

فصل السيد الخوئي عليه السلام والسيد السيستاني (حفظه الله) بين بذل الثمن مقابل

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ٢ / ٢٤.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ٢ / ١٨.

(٣) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٩.

الحصول على الجائزة المحتملة وحكمها ببطلان بيع وشراء أوراق اليانصيب، وبين بذل الثمن مجاناً بمشروع خيري بأن أصحاب اليانصيب بذلوا الأوراق لأجل إنشاء مستشفيات أو مدارس أو ما شاكل ذلك، فدفع هذا المال لشراء الورقة بنية الإسهام في ذلك المشروع الخيري، ولأجل تشجع الناس يعلنون بإجراء قرعة بعد ذلك بأسماء من أشترك^(١).

وعلى أي حالٍ، ما حكم الجائزة إذا فاز بها الشخص؟
الجواب: أن الشركة القائمة بهذا العمل تارة تكون حكومية وأخرى أهلية، فإن كانت حكومية فالجائزة المأخوذة لا يمكن تملكها إلا بمراجعة الحاكم الشرعي؛ لأن أموال الشركات الحكومية ينطبق عليها أحكام مجهول المالك وأمره يرجع إلى الحاكم الشرعي^(٢).

وأمّا إذا كانت أهلية فتارة يفترض أن المعاملة باطلة من الأساس، كما لو كان الغرض من دفع الثمن مقابل الحصول على الجائزة المحتملة، وأخرى يفترض أنه في مشروع خيري بهذه المعاملة حكم بصحتها، فهنا يمكن أن نحكم بالجواز، باعتبار أن الشركة الأهلية راضية بأخذ الجائزة من قبل من فاز، سواء كانت المعاملة صحيحة أو باطلة، إذ حتى على تقدير بطلان هذه المعاملة، الشركة نفسها لا تُبالي من هذه الناحية وهي راضية، فحينئذ يجوز أخذ المال من دون توقيف معلقاً على

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ٢ / ١٥ / مسألة ٤١؛ منهاج الصالحين، علي السيستاني: ٢ / ١٧ / مسألة ٤.

(٢) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤٠٦؛ منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٨.

رضاها، والمفروض أنّ رضاها محز.

الأنموذج الثالث: بيع الأسهم المحرّمة:

ذهب الشيخ الفيّاض (حفظه الله) إلى صحة شراء الأسهم وإن كانت الشركة تمارس أعمالاً محرّمة كبيع الخمر أو شركة ربوية، بدعوى أنّ بطلان المعاملات كمعاملة الخمور والميّة ولم الخنزير ونحوها لا يساوّق عدم جواز التصرّف في أثمانها، فإنّ جواز التصرّف فيها منوطٌ برضاء المشتري، والمشتري الذي يُقدّم على شراء هذه الأعيان المحذورة يرضي بتصريف البائع فيها مطلقاً وإن كان البيع باطلأ.

وذكر في موضع آخر، أنّ أكثر هذه المعاملات وضعية، وهي لا تؤثّر في حرمة التصرّف في أثمان تلك الأعيان المحذورة؛ لأنّ حرمة التصرّف فيها منوطه بعدم رضا المشتري بالتصريف فيها في فرض بطلانها، والمفروض أنّه راضٍ به مطلقاً وإن كانت تلك المعاملات باطلة من وجهة نظر الشرع.

ثم يخلصُ إلى هذه النتيجة بقوله: (إنه لا مانع من المساهمة والمشاركة في هذه المعاملات والإستشارات والإستفادة من أرباحها وفوائدها على أساس التراضي الموجود بين المتعاملين فيها).^(١)

وهذه المحاولة من الشيخ الفيّاض (حفظه الله) ينبغي أن يلتزم بها السيد السيستاني (حفظه الله) أيضاً ويفتي بجواز بيع وشراء الأسهم التي تمارس الحرام

(١) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٢٨١.

من قبيل الربا والخمر؛ لأنَّه أيضًا يكتفي بالرضا كأساس في تصحيح بعض المعاملات المحرّمة كما تقدّم عنه حلّية الودائع المصرفية (القرض) مع البنوك الأهلية، وهكذا الحال في أوراق اليانصيب على تقدير بطلانها^(١).

ثانياً: مناقشة كفاية الرضا الباطني في تصحيح بعض العقود المستحدثة

إنَّ ظاهر ما ذكره هو عدم الفرق في جواز أخذ الزيادة أو جواز التصرّف في الشمن أو المثمن بين المعاملات الفاسدة لفساد شرط من شروطها وبين المعاملات الفاسدة من جهة بيع الأعian المحرّمة كبيع الخمر وما شاكل ذلك، مع أنَّ هذا الإطلاق ليس واضحًا.

والصحيح: التفصيل بين المعاملات الباطلة من جهة فسادها؛ لعدم توفر شرط من شروط الصحة، وبين المعاملة على الأعian المحرّمة، فنحكم بكافية الرضا بالتصرّف في النحو الأوّل من المعاملة دون النحو الثاني.

والشاهد على هذا التفصيل قرائناُ أربعة^٤:

الأولى: التمسّك بما رواه الشيخ الصدوق عليه السلام عن محمد بن موسى بن المتوكل عن عبدالله بن جعفر الحميري عن محمد بن الحسين عن الحسن بن محبوب، ورواهما أيضًا بسند مختلف عن أبيه عن سعد عن أحمد عن ابن محمد عن ابن محبوب عن أبي أيوب عن عمّار بن مروان، قال: سأّلتُ أبي عبدالله عليه السلام عن الغلوّ، فقال: «كُلُّ شيءٍ

(١) منهاج الصالحين، على السيستاني: ١ / ٣٩٩ / المسألة ٤.

غُل^(١) من الامام فهو سحت، وأكل مال اليتيم سحت، والسحت أنواع كثيرة منها ما أُصيب من أعمال الولاية الظلمة، ومنها أجور القضاة، وأجور الفواجر، وثمن الخمر والنبيذ المسكر، والربا بعد البيينة، فأمّا الرُّشا يا عُمار في الأحكام فإن ذلك الكفر بالله العظيم وبرسوله^(٢).

وتقريبُ القرينة المذكورة: أن تخصيص الإمام عليه السلام السحت ببعض تلك الأنواع التي هي من الأعيان المحرّمة يكشف عن مبغوضيتها، وإلا لو كانت لا خصوصية لها فلماذا أفردتها في الذكر؟ فهذا النوع من المعاملات التي تشتمل على بيع الأعيان أو التعامل على الأعيان المحرّمة والموصوفة بالسحت لا يتصوّر أن يرتفع السحت بمجرد إحراز الرضا الباطني لأحد المتعاقدين، فهذا تخصيص لكلمة السحت وهو غير عُرفي.

الثانية: ترقّي الإمام عليه السلام في داخل الرواية المذكورة؛ فإنّه حينما عدّ الأعيان المحرّمة وصف بعضها بالكفر العظيم، وهذا الترقّي في هذا النوع يكشف عن حرمة مغلّظة، أي: أنّه سحت بأعلى مرتبة، لذا وصفه بأنه الكفر بالله العظيم، وهذا التغليظ في السحت كيف يرتفع بمجرد إحراز الرضا الباطني؟

الثالثة: أنّه لو جاز الاعتماد على كفاية الرضا الباطني في تصحيح أي معاملة فاسدة ومن أية جهة كانت لما كان هناك أي فائدة من تعرّض الروايات الكثيرة إلى

(١) غُل أي: أخذ خديعة.

(٢) معاني الأخبار، الشيخ الصدوق: ٢١١؛ الخصال، الشيخ الصدوق: ٣٣٠ / الحديث ٢٦.

ما يصح بيعه وما لا يصح .

الرابعة: ما رواه الكليني عليه السلام عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن حمّاد بن عيسى عن حريز عن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام وقال: «إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شَرْبَهَا حَرَّمَ ثُمَّنَهَا، ثُمَّ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: «إِنَّ أَفْضَلَ خَصَالِ هَذِهِ الْمُتَّبَعَاتِ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِشُمْنَهَا»^(١) .

وتقريبُ القرينة: أنَّ الْإِمامَ عليه السلام إِسْتَحْسَنَ تَصْدِقَ الْغَلَامَ بِشُمْنِ الْخَمْرِ، وَهَذَا يَدُلُّ بِالدَّلَالَةِ الإِلْزَامِيَّةِ عَلَى عَدَمِ كَفَايَةِ إِحْرَازِ الرَّضَا الْبَاطِنِيِّ مِنْ قَبْلِ مُشْتَرِيِ الْخَمْرِ فِي تَصْرِفِ الْبَاعِي بِالشُّمْنِ الَّذِي هُوَ جُزْمًا مَوْجُودٌ .

هَذِهِ قَرَائِنٌ أَرْبَعَةٌ عَلَى عَدَمِ تَامِ كَفَايَةِ إِحْرَازِ الرَّضَا الْبَاطِنِيِّ فِي التَّصْرِفِ .



(١) الكافي، الكليني: ٥ / ٢٣٠ / باب بيع العصير والخمر / الحديث ٢ .



أُقْسَامُ الْبَنْوَلِ



أقسام البنوك

ذكر السيد الخوئي عليه السلام وغيره من الفقهاء تقييمات للبنوك إلّا أنّه في الخارج ذكر المختصون أكثر مما ذكره الفقهاء، وبما أنّه لا ترتّب أيّ ثمرةٍ عليها فنقتصرُ على ما ذكره، إذ قال: **تقسيم البنوك** على قسمين:

الأول: الملحوظ فيها نوع وجهة المالك، وفي هذا الضوء تكون أمّا بنوك حكومية، أي: المالك لها الدولة أو بنوك أهلية والمالك لها الأفراد، وأمّا تكون بنوك مشتركة بين الحكومية والأهلية.

وهذا التقسيم الأول للبنوك هو مبنيٌ على مسألة يأي الحديث عنها وهي: أنّ الدولة تملك أو لا؟ فإذا أنكرا ذلك فتحصل هذه الفروع الثلاثة للبنوك فيقال: أمّا المالك الدولة أو غير ذلك، وأمّا إذا قلنا بملكية الدولة، فلا يبقى أيّ فائدةٍ لهذا التقسيم على ما سيظهر إن شاء الله تعالى.

الثاني: الملحوظ فيها الإنماء الديني فهي: إمّا بنوك مسلم أو بنوك لكافر، وأيضاً سوف نتحدّث في محله عن وجود ثمرة وأثر لتقسيم البنك من جهة الإنماء الديني.

القسم الأول:

البنوك الأهلية

لا إشكال وإنّه من ضروريات الدين تحريم الربا إلّا أنّ الكلام في مورد
وموضوع تحقق الربا، إذ يوجد مورداً له:

١- الربا المعاوضي: عبارة عن بيع أحد المتحدين جنساً مع التفاضل بشرط
كونهما من المكيل أو الموزون، فالشرط في الربا المعاوضي ثلاثة:

الأول: الإتحاد بالجنس.

الثاني: وجود تفاضل بين المتحدين جنساً.

الثالث: أن يكونا من المكيل أو الموزون.

والشرط الأول لا غبار في وجوده؛ لأنّ الربا عبارة عن التفاضل فهو متقوّم
عُرفاً بالزيادة بلا مقابل، وأمّا الشرطان الثاني والثالث فقد دلّت عليهما النصوصُ
الكثيرة، وهناك صحيحة لمنصور بن حازم ذكرت الشرط الثلاثة مجتمعة_ عن
أبي عبدالله عاشِر قال: سأله عن البيضة بالبيضتين؟ قال: «لابأس به»، والثوب
بالثوبين قال: «لابأس به»، والفرسُ بفرسين فقال: «لابأس به» ثم قال: «كُلُّ شيءٍ
يُكال أو يُوزنُ فلا يصلحُ مثيلٍ بمثيلٍ إذا كان من جنس واحد، فإن كان لا يُكال أو

يُوزَنُ فلابأس به إثنين بواحد»^(١)، هذا هو الربا المعاوضي.

٢- الربا القرضي: يتحقق بالقرض مع الزيادة، فالتحريٌ منصوصٌ عليه بروايات كثيرة، نذكر منها:

الأولى: صحيحةٌ يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَافُ قال: سأله عن الرجل يسلم في بيع أو تر عشرين ديناراً ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً؟ قال: «لا يصلح إذا كان قرضاً يجُرُ شيئاً فلابصلح»^(٢).

الثانية: ما ذكرها الحُرُّ العاملِيُّ^(٣)، عن عبد الله بن جعفر في (قرب الإسناد) عن عبد الله بن الحسن عن جده علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عَلَيْهِ الْكَفَافُ قال: وسألته عن رجل أعطى رجلاً مائة درهم على أن يعطيه خمسة دراهم أو أقل أو أكثر؟ قال: «هذا الربا المحس»^(٤).

التحريجاتُ الفقهيةُ لحليةِ الإقراضِ من المصارفِ الأهليةِ

إذا أتّضح ذلك، ذكر جماعة من الفقهاء أنَّ الإقراض من المصارف الأهلية باطلٌ؛ لأنَّه ربا، فهل يُوجَدُ تحرِيجٌ فقهيٌ يُكَيِّفُ الإقراض المذكور أو لا؟ وفي هذا الصدد ذُكرت تحريجاتٌ عديدةٌ

(١) وسائل الشيعة، الحُرُّ العاملِيُّ: ١٨ / ١٥٣ / الباب ١٦ / الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة، الحُرُّ العاملِيُّ: ١٨ / ٣٥٦ / الباب ١٩ / الحديث ٩.

(٣) وسائل الشيعة، الحُرُّ العاملِيُّ: ١٨ / ٣٥٩ / الباب ١٩ / الحديث ١٨.

التخريج الأول: البيع بشرط القرض

وهذا ما ذكره السيد الخوئي عليه السلام بقوله: (أن يشتري المقرض من صاحب البنك أو من وكيله المفوض بضاعة بأكثر من قيمتها الواقعية (١٠٪ أو ٢٠٪) مثلاً على أن يقرضه مبلغًا معيناً من النقد، أو يبيعه متاعاً (المقرض) بأقل من قيمته السوقية، ويشترط عليه في ضمن المعاملة أن يقرضه مبلغًا معيناً مدة معلومة يتفقان عليها وعندئذ -أي: عند البيع أو الشراء بأقل من القيمة- يجوز الإقراض ولا ربا فيه. ومثل البيع الهبة بشرط القرض)^(١)، لأن يستأجر له داراً بأكثر من قيمته الواقعية ويشترط عليه في ضمن عقد الإجارة أن يقرضه مبلغًا معيناً.

واعتراض السيد السيستاني (حفظه الله) على التخريج المذكور بقوله: (ولكنه لا يخلو عن إشكال، والأحوط لزوماً الإجتناب عنه ومثله الحال في الهبة والإجارة والصلح بشرط القرض. وفي حكم جعل القرض شرطاً في المعاملة المحاباتية جعل الإمهال في أداء الدين شرطاً فيها)^(٢).

ولأجل توضيح الإعتراض المذكور نقول: إنّ التخريج ينحل إلى صورتين: الأولى: القرض بشرط البيع أو الإجارة أو الهبة كأن يقول المقرض: (أقرضك عشرة مليون بشرط أن تهبني كتاباً أو تبني بأقل من قيمته السوقية) وهذه الصورة وهي القرض بشرط البيع لا أشكال بين جميع الفقهاء ببطلانها؛ لأنّها تدخل تحت

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤٠٦ / مستحدثات المسائل / المسألة ١.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٨

إطلاق موثقة يعقوب بن شعيب؛ إذ عبرت هكذا «لا يصلح إذا كان قرضاً يجبر شيئاً فلا يصلح» فكُلُّ قرضٍ يجبر بيعاً أو هبةً أو إجارةً فلا يصلح، وهذا محل إتفاق بين الفقهاء.

الثانية: وهي عكس الصورة الأولى، أي: البيع بشرط القرض فالقرض وقع شرطاً بخلاف الصورة الأولى القرض وقع مشروطاً، هنا وقع الخلافُ بين الفقهاء في بطلان أو صحة البيع أو الإجارة بشرط القرض، كما لو قال: (أبيك الدار بشرط أن تقرضني).

ذكر صاحب الجواثر^(١): أن مقتضى الأصل هو جواز وصحة المعاملة^(١)، ومقصوده من الأصل هو أن ما دل على المنع خصوص ما إذا جرَّ القرض نفعاً، وأما الصورة الثانية فالذي جرَّ النفع هو البيع أو الإجارة أو الهبة ولا محظوظ أن يجبر البيع النفع، بل يمكن أن يقال: إن البيع شرعي من أجل النفع.

هذا هو مقتضى الأصل إلا أنه لو رجعنا إلى الأدلة فنجد أن المسألة من جهة الروايات متعارضة، فمشهور الفقهاء جوزوا الطريقة المذكورة واستدلوا لها بمجموعة من الروايات منها:

الرواية الأولى: ما رواه الشيخ الطوسي^{رض} بإسناده عن أحمد بن محمد عن بن أبي عمير عن محمد بن إسحاق بن عمّار قال: قلت لأبي الحسن عاشير^{رض} يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرّني بها وأنا أربحك فأبيعه جبة تُقْوَى على ألف درهم بعشرة آلاف

(١) جواهر الكلام، محمد حسن النجفي: ١٧ / ٦٢

درهم أو قال بعشرين الفاً وأوخره بمال، قال: «لا بأس»^(١).

الرواية الثانية: ما رواه الشيخ الكليني رض عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن علي بن حميد عن محمد بن إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام إن سلسييل طلبت مني مائة ألف درهم على أن تُربحني عشرة آلاف فأقرضها تسعين الفاً، وأبيعها ثوباً وشيئاً تقوم بآلف درهم أبيعه عشرة آلاف درهم قال عليه السلام: «لا بأس»^(٢).

وأورد بعض المعاصرین علیها: بأنّها أجنبیة عن محل الكلام؛ لأنّها واردة في معاملتین مستقلتین، وليس القرض وقع شرطاً في صحة معاملة البيع، وذلك أنّ الشيخ الكلینی: قد زاد في ذیل هذه الروایة: «لا بأس به أعطها مائة ألف وبعها الشوب بعشرة الاف واكتب عليها كتابین» فإنّ التعبیر «اكتب عليها كتابین» معناه أنّ هناك معاملتین مستقلتین إحداهمما عن الآخر وليست شرطاً فيها، ولا أقل من إحتمال هذا المعنى الموجب للإجمال.

ويلاحظ عليه: أنّ دعوى عبارة (كتابین) تدلّ على معاملتین مستقلتین خلاف الظاهر، وعليه أن نبقي الروایة على ظاهرها، وهو أنّ القرض يُدوّن بين الطرفین بكتاب ما وهناك حث على ذلك وإن لم يبلغ الى درجة الوجوب إلا أنه إستحبّ مؤكّد، فهنا الإمام عليه السلام - حسب ما نقله الشيخ الكلینی - أنّ الكتاب الأول للبيع

(١) تهذیب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٧ / ٥٠ / الباب ٤ / الحديث ٢٧.

(٢) الكافي، الشيخ الكلینی: ٥ / ٢٠٧ / الباب ٩ / الحديث ٩.

والكتاب الثاني إنما هو لتوثيق القرض، وعليه فالمعاملة واحدة وهي البيع وقع فيها القرض شرطاً والإمام عليه قد جوز ذلك.

الرواية الثالثة: ما رواه الشيخ الكليني رحمه الله عن علي بن إبراهيم عن هارون بن مسلم عن مساعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سُئل عن رجل له مالٌ على رجل من قبل عينة عينها^(١) إياه فلما حلَّ عليه الأجل لم يكن عنده ما يعطيه فأراد (البائع) أن يقلب عليه ويربح أبيعه لؤلؤاً أو غير ذلك ما يساوي مائة درهم بـألف درهم ويؤخره؟ قال: «لا بأس بذلك قد فعل ذلك أبي رضي الله عنه وأمرني أن أفعل ذلك في شيء كان عليه»^(٢).

الرواية الرابعة: ما رواه الشيخ الطوسي رحمه الله بإسناده عن علي بن الحكم عن عبد الملك بن عتبة قال: سأله عن رجل أريد أن أعينه المال أو يكون لي عليه قبل ذلك فيطلب مني مالاً أزيده على ماله الذي له على أبيعه أستقيم أن أزيده مالاً وأبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بـألف درهم فأقول أبيعك هذه اللؤلؤة بـألف درهم على أن أؤخرك بـشمنها وبـها لي عليك كذا وكذا شهراً؟ قال: «لا بأس»^(٣)، وتُوجَدُ رواية أخرى في هذا المضمون.

(١) بيع العينة: هو عبارة عن بيع شيء ملدة معينة، وقبل حلول الأجل يشتري البائع هذا الشيء بأقل من ثمنه الأول فيدفعه المشتري في قبال ما يحصل عليه من نقد حاضر، وسمى بالعينة لأنَّ الثمن قد عُين.

(٢) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ٣١٦ / باب التوادر / حديث ٤٩.

(٣) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٧ / ٥٠ / الباب ٤ / الحديث ٢٦.

الخلاصة: هناك مجموعة من الروايات دلت على نفي البأس في حالة وقوع القرض شرطاً في البيع، أو إمهال التسديد كشرط في صحة البيع، والإمام عليهما في جميع هذه الروايات نفي البأس عن هذه الطريقة.
ويمكن تسجيل ملاحظ على هذه الروايات:

الملحوظ الأول: أن ثلاثة أو أربعة من هذه الروايات الراوي المباشر لها عن الإمام عليهما في الحديث هو محمد بن إسحاق بن عمار الذي لا إشكال في وثاقته^(١)، ولكن بما أنه وافق^(٢)، والواقفة كما نعلم إستهالوا الناس بالأموال من أجل الحفاظ على تلك الشروة فلا يستبعد منهم عندما انجرروا وراء حطام الدنيا من أجل عدم الإعتراف بإمامامة الإمام الرضا عليهما في الحديث لا يستبعد أن يذكروا هذه الروايات التي تكون في صالح توجيههم المالي.

وهذا الملحوظ لا نلتزم به؛ لأن لم يثبت كونه واقفيًا، فالرواية التي أستدل بها لإثبات كونه واقفيًا ضعيفة السند بـ(جريير بن حازم) فهو مجهول الحال.

الملحوظ الثاني: أن محمد بن إسحاق بن عمار في الفقه برمهه أربعة روايات أخرى إثنان مردودة عند الفقهاء بالإجماع، فهذا يولد إحتمالاً عندنا أن هذه الروايات التي نقلناها هي من ذلك القبيل:

١- ما رواه في باب قصر الصلاة محمد بن الحسن عليهما السلام بإسناده عن الحسين بن

(١) رجال النجاشي، الشيخ النجاشي: ٣٦١ / رقم الترجمة ٩٦٨.

(٢) عيون أخبار الرضا، الشيخ الصدوق: ٢ / ٢٣٠.

سعيد عن محمد بن أبي عمير عن محمد بن إسحاق بن عمّار سأله أبا الحسن عليه السلام عن امرأة كانت معنا في السفر وكانت تصلي المغرب ركعتين ذاهبة وجائحة؟ قال: «ليس عليها قضاء».

وعلّق الشيخ الطوسي عليه السلام على هذه الرواية بقوله: (فهذا خبر شاذ لا نعمل عليه؛ لأنّا قد بينا أنّ المغرب لا يصرّ فيها فمن قصر كان عليه القضاء فهذا الخبر متروك بالإجماع).^(١)

٢- ما رواه في باب النكاح عن إسحاق بن عمّار قال: قلت له رجل تزوج إمرأة ودخل بها ثم ماتت أيحل له أن يتزوج أمها؟ قال: «سبحان الله كيف يحل له أمها وقد دخل بها»، قال: قلت له: فرجل تزوج إمرأة فهلكت قبل أن يدخل بها تحل له أمها؟ قال: «وما الذي يحرّم عليه منها ولم يدخلها».

وعلّق الشيخ الطوسي عليه السلام على هذه الرواية بقوله: (وهذا الخبر أيضاً لاحق بالخبرين الأولين بشذوذه وكونه مصادداً أو مخالف لظاهر القرآن، وما هذا حكمه لا يعمل عليه).^(٢)

٣- ما رواه في تطهير أسماء الله تعالى أيضاً، عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام: في الظهور التي فيها ذكر الله عز وجل قال: «اغسلها».^(٣)

وهذه الرواية إنما عمل بها الأصحاب لا بإنفرادها، بل لأجل ما ورد في هذا

(١) الإستبار، الشيخ الطوسي: ١ / ٣٤٧.

(٢) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٧ / ٢٤٧ / ٢٥ / الباب ٦ / الحديث ٦.

(٣) وسائل الشيعة، الحرم العاملي: ١٢ / ١٤١ / الباب ٩٩ / الحديث ٤.

المجال من الروايات، فإذا كانت روایات هذا الرجل مردودة لدى الأصحاب في هذه الأبواب فكيف إعتمدوا على روایاته في مقامها؟

٤- الروايات التي أوردت في المقام.

الملحوظُ الثالث: أنَّ هذه الروايات حتَّى لو كانت صحيحةً السند فهي ساقطةٌ عن الحجَّية؛ وذلك أنَّ الدليل المهم على حجَّية الأخبار هو السيرة العقلائية، والأدلة اللفظية الأخرى التي أدَّعت دلالتها على حجَّية الأخبار تكونُ مرشدَةً إلى ما عليه السيرة.

فنقُولُ: العُقَلَاء متى ما واجهوا خبراً وكان يشتملُ على مضامين تُخالِفُ روح القرآن الكريم نشكُّ في إنعقاد عملهم بهذه الأخبار، فإنَّ القرآن الكريم قد حارب الربا وإنَّ من مارسهُ فليأذن بحرب من الله فالربا بجميع أشكاله لا يجوزُ، فهنا واقعُ هذه الروايات أرادت تحليلَ أخذ الفائدة الربوية، لكن عن طريق آخر، أي: لم يصرَّح بالزيادة على أساس الربا القرضي، وإنَّما تمَّ الحصولُ على الزيادة بوقوعه شرطٌ في معاملةٍ أخرى، فإذا لم تكن الأخبار داخلة تحت بناء العُقَلَاء فسوف نفقد الدليل المهم على حجَّية الخبر.

وبكلمة: أنَّ السيرة ما دامت هي الأساس في حجَّية أخبار الثقات، وبما أنها دليلٌ لبِّيٌّ فيقتصرُ على القدر المتيقَّن والمُعْتَنَى به هي الأخبار التي لا تشتملُ على مضامين باطلة.

الملحوظُ الرابع: الروايات المذكورة_ على فرض التنزَّل عَمِّا سبق من الملاحظات_

هي معارضة بجملة من الروايات الصحيحة السند منها:

١- صحيحٌ يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليهما السلام قال: سأله عن الرجل يسلم لي بيع أو تمر عشرين ديناراً ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً قال: «لا يصلح إذا كان قرضاً يجُر شيئاً فلا يصلح»^(١).

وتقريب الإستدلال بها: أنّ الراوي إفترض وجود معاملة واحدة بيع السلم واشترط في ضمنها القرض والإمام منع من ذلك، وهذا النهي كما يشمل وقوع أكثر من شرط في صحة البيع، أي: الصورة التي تتكلّم بها، أيضاً وقوع البيع كشرط في الشرط.

إن قلت: إنّ المعاملة المذكورة ناظرة إلى الصورة الأولى، أي: وقوع البيع شرط في القرض، وبما أنّ القرض جرّ نفعاً فطبق الإمام عليهما السلام القاعدة قال: «لا يصلح إذا كان قرضاً يجُر شيئاً فلا يصلح» والذى جعلنا أن نذكر هذا الإحتمال هو العطف بين السّلم والقرض بالواو (يسلم لي في بيع... ويقرض) وبما أنّ (الواو) لا تدلّ على الترتيب فمن المحتمل القرض هو الذي وقع أولاً وبيع السلم شرط فيه فمن هنا الإمام عليهما السلام في جوابه أشار إلى هذا الإحتمال؛ إذ فصل بين صورتين، ومنع من الصورة الأولى التي من المحتمل نظر الرواية إليها؛ إذ قال: «لا يصلح إذا كان قرضاً يجُر شيئاً فلا يصلح».

قلت: إنّ هذا حمل خلاف الظاهر؛ لأنّ الصحيح ظاهرة في أنّ التعاقد وقع إبتداءً على البيع ثم اشترط في ضمنه القرض، فلو كان جواب الإمام عليهما السلام ناظراً إلى

(١) وسائل الشيعة، الحرج العامل: ١٨ / ٣٥٦ / الباب ١٩ / الحديث ٩.

الصورة الأولى لا تحتاجنا أن يوضح الإمام عائيل في جوابه أكثر من هذا البيان.

٢- صحيحٌ مُحَمَّد بن قيس عن أبي جعفر عائيل قال: «من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلّا مثلها، فإنْ جُوزِيَ أَجود منها فليقبل، ولا يأخذ أحدٌ منكم ركوب دابة أو عارية متعة يشترطه من أجل قرض ورقة»^(١).

تقرِيبُ الاستدلال: أَنَّهُ عائيل منع ركوب الدابة أو إعطاء العارية لأجل القرض، فيشملُ هذا المنع وقوع ركوب الدابة شرطاً في القرض أو وقوع القرض شرطاً في ركوب الدابة؛ إذ أَنَّ روح النهي هو أن لا يأخذ أحدٌ شيئاً من أجل قرض ورقة، فالقرض هو روح النهي ولا يفرق فيه بين وقوع شرط أو مشروط.

٣- رواية سليمان بن صالح عن أبي عبدالله عائيل قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ سَلْفٍ وَبَيْعٍ وَعَنْ بَيْعٍ فِي بَيْعٍ وَعَنْ بَيْعٍ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ وَعَنْ رِبْحٍ مَا لَمْ يَضْمَنْ»^(٢). وفقرة الإشتهداد (عن سلف وبيع) بتقرِيب: أَنَّ السلف -كما صرَّح علماء اللغة^(٣)- هو عبارة عن القرض، فيكون مفادُ النهي هو النهيُ عن القرض والبيع، فيشمل بإطلاقه القرض متى ما حلّ وكان سواءً كان القرض هو المشروط والبيع هو الشرط أو بالعكس.

(١) وسائل الشيعة، الحر العاملی: ١٨ / ٣٥٧ / الباب ١٩ / الحديث ١١.

(٢) وسائل الشيعة، الحر العاملی: ١٨ / ٣٨ / الباب ٢ / الحديث ٤.

(٣) كتاب العين، الخليل الفراهيدي: ٧ / ٢٥٨؛ مجمع البحرين، الشيخ الطريحي: ٢ / ٤٠١.

مواقفٌ لعلاج التعارض:

الموقفُ الأول: أن نفترض أن التعارض بين الروايات غير المستقر، أي: أنه يقبلُ الجمع العُرفي، وأحد قواعد الجمع المذكور تقولُ: متى ما تعارض نصٌ مع ظاهر أول الظاهر بنحو ينسجم مع النصّ، وفي مقامنا أن ما دلّ على جواز تلك الطريقة صريح بذلك، فلاحظ على سبيل المثال رواية محمد بن إسحاق بن عمار الأولى؛ إذ ذكرت في ذيلها: «لا بأس» وهو من الألفاظ الدالة على الصراحة، وتكرر هذا اللفظُ في بقية الروايات، بينما الروايات المانعة من هذا التخريج ظاهرة في ذلك؛ إذ جاء فيها: «لا يصلح ذلك» والنهايُ ظاهرٌ في الحرمة فيُحملُ على الكراهة بقرينة الصراحة في تلك الروايات.

والنتيجةُ هي: (الجواز مع الكراهة) قريبةٌ من فتوى السيد الخوئي عليه السلام؛ لأنَّه أفتى بالجواز مطلقاً.

ويردُ عليه: أنَّ الجمع العُرفي يجري في الأحكام التكليفية دون الوضعية (الإرشادية)، وفي محلِّ الكلام الروايات المجوزة هي إرشادٌ إلى صحة المعاملة، والروايات الناهية إرشادٌ إلى فسادها، والنكتة في عدم جريان الجمع العُرفي في الأحكام الإرشادية ترجع إلى أحد وجهين:

الأول: ما ذكره السيدُ الخوئي عليه السلام في مناسبات عديدة من أبحاثه الفقهية^(١)،

(١) التتفيق في شرح العروة الوثقى، أبو القاسم الخوئي: ٣ / ٣٤٣؛ المستند في شرح العروة

الوثقى: ١٨ / ٦٠ / ٥٠.

وحاصل ما أفاده:

إنَّ الجمعَ العُرْفِي لا يجري في الأحكام الإرشادية، إماً لرجوعه إلى الإستهجان في التعبير، أو التنافي بينها مستقرٌ في نظر العُرْفِ، وأما الإستهجان فباعتبار أنَّ الروايات الناهية – وهي إرشاد إلى الفساد – فلو حُملت على الكراهة يكونُ مفادها (كراهية الفساد) ومن الواضح أنَّ الأحكام الوضعية لا تتصفُ بالكراهة، وإنما الذي تتصفُ هو فعل المكلف، أي: الأحكام التكليفية.

وأما وجودُ التنافي في نظر العُرْفِ على نحو التنافي المستقر فواضحٌ، فالروايات المجوزة إرشادٌ إلى الصحة، والروايات الناهية إرشادٌ إلى الفساد، والصحةُ والفساد متنافيان بنظر العُرْفِ.

الثاني: ما ذكره الشهيدُ الصدر^ت وقد خصّه في قسم من الأحكام الوضعية، فقال: إنَّ الأحكام الوضعية على قسمين، الأول التي لها مراتب متعددة بنظر العُرْفِ من قبيل الطهارة والنجاسة، وهذا القسم يقبلُ الجمعَ العُرْفِي، والثاني ما ليس له مراتبٌ متعددة بنظر العُرْفِ، وإنما يدورُ أمرها بين الوجود والعدم من قبيل الملكية والزوجية والفساد، فهذه لا تقبلُ الجمعَ العُرْفِي⁽¹⁾، كما ذكر السيدُ الحوئي^ت، ولكن لوجهٍ مختلفٍ عَمِّا أفاده، وحاصله:

إنَّ النكتةَ المصححة لحمل الأمر على الإستحباب عند مجبي الترخيص مختصةً بالأوامر التكليفية دون الوضعية؛ وذلك لأنَّه تُوجَدُ في الأوامر التكليفية ثلاثة

(1) بحوث في شرح العروة الوثقى، محمد باقر الصدر: ٢ / ٦٨

مسالك لدلالة الأمر على الوجوب:

السلوك الأول: حكم العقل الذي تبنته مدرسة الشيخ النائيني ^{رحمه الله} وهو أن الطلب إذا صدر من المولى، فالعقل يلزم المكلف بالتحرك والإمتثال إذا لم يصدر ترخيص في الترك، وأماماً مع صدوره فلا يحكم العقل بوجوب الإمتثال، وإنما يحكم بالإستحباب^(١).

والنكتة المصححة في الحمل على الإستحباب في الأوامر التكليفية هي: أن الأمر يدل على الطلب الجامع بين الوجوب والإستحباب، فإذا ضممنا إلى ذلك الترخيص في الترك ثبت كون الطلب إستحباباً، فضم الترخيص إلى الجامع الأعم هو النكتة لاستفادة الإستحباب، ومن الواضح هذه النكتة مختصة بالأحكام التكليفية دون الإرشادية؛ لأنها ليس فيها طلب يدل على الجامع الأعم حتى يثبت الإستحباب بقرينة الترخيص.

السلوك الثاني: الإطلاق الثابت بمق翠مات الحكمة _ وقد قويناه_ فيقال: إن الإطلاق يقتضي إرادة الوجوب؛ لأن الوجوب طلبٌ فقط ولا ترخيص معه، بينما الإستحباب طلبٌ مع الترخيص والذي يحتاج إلى دالٌ هو الإستحباب، فإذا أراد المولى إرادة الإستحباب من الطلب لاحتاج إلى بيان زائد على أصل الطلب ومع عدمه يدل الطلب على الوجوب، ومن الواضح هذه النكتة تختص بالأوامر التكليفية ولا تجري في الأوامر الوضعية؛ لأنها ليس فيها طلبٌ حتى يُحمل على

(١) أوجد التقريرات، محمد حسين النائيني: ١ / ١٤٥.

الإستحباب^(١).

السلوك الثالث: الوضع، وبناءً عليه إذا قامت قرينةٌ على الإستحباب فسوف يثبت للصيغة ظهورٌ ثانويٌ في الإستحباب، وهذا معناه أنَّ الصيغة لها ظهوران ظهور أولٍ في الوجوب، وظهور ثانوي في الإستحباب المنوط بقرينة الترخيص فيُحمل الطلب على الظهور الأولى ما دام لم تأتِ القرينة، ويُحمل الطلب على الظهور الثاني إذا جاءت القرينة^(٢)، ومن الواضح لا يوجدُ طلبٌ في الأحكام الوضعية من الأساس لكي يُقال: لهُ ظهوران أولٍ وثانويٍ.

الموقف الثاني: طرح الروايات التي دلت على جواز وقوع القرض شرطاً في صحة وقوع البيع أو الإجارة أو الهبة؛ وذلك لمخالفتها لإطلاق الكتاب الكريم، ومن الواضح هذا الموقف إنما نبني عليه إذا تعذر الجمع العُرفي بين الروايات، وحاصله:

إنَّ التخريج المذكور في الواقع إحتيال على أخذ الفائدة من جهة القرض، فلو كان هذا الأمرُ جائزًا بهذه الطريقة السهلة لكان ما دلَّ على تحريم الربا والتشديد عليه لغوًا، وعليه يلزمُ طرح تلك الروايات الدالة على جواز هذا التخريج لمخالفته للكتاب الكريم؛ لأنَّه حرم الربا بكلِّ أشكاله سواء وقوع البيع شرط في القرض أم العكس.

(١) نهاية الأفكار، المحقق العراقي: ١ - ٢ / ١٦٣.

(٢) بحوث في علم الأصول، محمد باقر الصدر: ٢ / ١١٨.

إن قلت: لم لا نلتزم بتقييد إطلاق الكتاب الكريم بهذه الروايات، فصحيح
القرآن الكريم يحرّم الربا بشكل مطلق إلا أن النصوص المذكورة دلت على جوازه
بهذا النحو، فنلتزم بتقييد إطلاق الكتاب في بهذه الروايات؟

قلت: هذا صحيحٌ لو لم تكن تلك الروايات معارضة لما دلَّ على عدم جواز هذا
التخريج، إذ ذكرنا أنه تُوجَدُ رواياتٌ تمنعُ من ذلك، وعليه سوف نحصلُ على
طائفتين من الروايات الأولى تُخالفُ إطلاق الكتاب، والثانية توافقُ إطلاق

الكتاب، فنأخذُ بالثانية ونطرحُ الأولى من جهة صدق عنوان المخالف عليها.
إن قلت: سلَّمنا مخالفة الطائفه الأولى للكتاب الكريم إلا إنَّ عنوان المخالفه
كما اشترطه السيد الخوئي ^{عليه السلام}^(١) لا يتحققُ إلا إذا كانت لعموم الكتاب دون
إطلاقه، وهذه الروايات مخالفه لإطلاق الكتاب، فلا تُشكِّل عنوان المخالفه،
ويُمكِّن تقريبُ ما ذكره السيد الخوئي ^{عليه السلام} بتقريريهين:

الأول: أنَّ الإطلاق ليس مدلولاً للفظ القرآني؛ إذ أنَّ إسم الجنس المذكور في
القرآن الكريم يدلُّ على الطبيعة الجامعه بين المطلق والمقييد. نعم، الإطلاق مدلول
لعدم القرينة على التقييد، فعدم نصب القرينة وكونه في مقام البيان هو الدال على
الإطلاق، وهذا الأمر العدمي ليس قرآنًا، وفي مقامنا أنَّ ما دلَّ على جواز التخريج
مخالفه لكلمة (الربا) المذكورة في القرآن الكريم، وهذه الكلمة ليست إطلاقاً، وإنما
إسم جنس يدلُّ على الجامع.

نعم، هذه الروايات مخالفه للأمر العدمي وهو عدم نصب القرينة على التقييد،

(١) مصباح الأصول، أبو القاسم الخوئي: ٤٨ / ٥١٦

فما هو مذكورٌ في القرآن الكريم وهي كلمة (الربا) ليس إطلاقاً، وما هو مخالفٌ له ليس قرآنًا.

ويلاحظ عليه: لو سلمنا بحسب الدقة أنَّ الروايات مخالفة لأمر عدمي الذي هو ليس قرآنًا إلَّا إنَّ الميزة المستفادة من طرح ما خالف الكتاب ليس باعتباره قرآنًا، وإنَّما لأنَّه قطعي الصدور، وهذا هو المستظہرُ ممَّا دلَّ على إسقاط الخبر المخالف للكتاب، ولذا يتعدَّى السيد الخوئي عليه السلام إلى إسقاط مخالفة غير الكتاب من السنة القطعية^(١)، وهذا شاهدٌ على كون الميزة الموجبة لطرح المخالف قد خالف قطعي الصدور، ومن الواضح أنَّ عدم قرينة على التقييد أمرٌ قطعي؛ إذ لا يحتمل النقص في القرآن الكريم فيلزمُ طرحُ الأخبار المخالفة لهذا الأمر القطعي.

الثاني: أنَّ الإطلاق المستفاد من مقدمات الحكمة ليس عبارة عن عدم نصب القرينة على التقييد لشخص الكلام، وإنَّما عدم القرينة ولو في المستقبل، وعليه هذه الروايات لا يصدقُ عليها عنوانُ المخالفة بمجرد عدم وجود قرينة على التقييد لشخص الكلام؛ لأنَّه من المحتمل أن تأتي قرينةٌ ولو منفصلة في المستقبل.

ويلاحظ عليه: هذا التقريب ساقطٌ كما هو ثابت في محله؛ إذ أنَّ التمسك بالإطلاق يبدأ من حين إنتهاء المتكلّم؛ إذ لو قيل إنَّه موقوفٌ على عدم نصب القرينة ولو في المستقبل لتعذر علينا التمسك بإطلاقات المتكلّم؛ لاحتمال نصب قرينة على التقييد، وعليه مجيء القرينة المنفصلة لا يكشفُ عن عدم الإطلاق رأساً، وإنَّما يكون

(١) مصباح الأصول، أبو القاسم الخوئي: ٤٨ / ٤٨٤.

نافيًّا لحجّية الكلام المطلق.

ولَا يُتوهّمُ بأنَّ هذه القرينة منفيّة بأصالة عدم القرينة؛ وذلك لأنَّ الأصالة المذكورة تأتي بعد إحراز ظهور الكلام في شيء، وإحتمال وجود قرينة مكذبة لهذا الظهور المنعقد فبأصالة عدم القرينة نفي ذلك، وأمّا في مقامنا الإطلاق لا ينعدُ إلَّا بعد القرينة المتصلة والمنفصلة في المستقبل، فلا يُوجَدُ للكلام ظهورٌ في الإطلاق أساساً، فلا معنى لأصالة عدم القرينة لنفيه.

الموقف الثالث: التمسّك بالأصل العملي وهو إستصحاب الفساد، فإنَّ الأصل

في باب المعاملات هو إستصحاب عدم النقل والإنتقال.

بتقريب: أنَّه قبل جريان العقد فكُلُّ من الثمن والمثمن عند مالكه، فإذا أجرينا العقد وشككنا في صحته وحصول النقل والإنتقال فنستصحبُ عدم ذلك، وعليه سوف يثبتُ الفسادُ.

والنتيجة: أنَّ التخريج الذي ذكره السيدُ الحوئي رحمه الله لتصحيح الفائدة الربوية مع البنوك الأهلية مُحُلٌّ تأمِّلٌ وإشكالٌ، ولعلَّه لهذا الذي ذكرناه ذهب السيدُ السيستاني (حفظه الله) إلى عدم صحة هذا التخريج الفقهي كما نقلنا ذلك سابقاً عنْه.

الخريج الثاني: بيع العملة بجنسها

وهو ما ذكره الشيخُ حسينُ الحلي رحمه الله ووافقهُ الشيخُ الفيّاض (حفظهُ الله) وحاصلهُ أن نفترض بيع مائة دينار حالاً بمائة وعشرة مؤجلاً فهنا لا إشكال في صحة المعاملة بالرغم من إتحاد الجنسين – إذ كلاهما من الدينار – والتفاضل الحاصل؛ لأنَّ

الأوراق النقدية من المعدود وهي خارجة عن دلّ من حرمة بيع الجنس بجنسه مع التفاضل، لأنّه يُشترط في الربا المعاوضي أن يكونا العوضين من المكيل والموزون، وهنا التقابل وقع بين الأوراق النقدية التي هي من المعدودات، فخروج الأوراق النقدية عن الربا المعاوضي خروجٌ تخصسي، قال الشيخ الحلي: (وأماماً لو حصلت الزيادة مع أجل كأن دفع له عشرة دنانير بإزاء أحد عشر ديناً يسلمه إياه بعد شهرين، فهل يكون ذلك من صغريات المعاملة الربوية أو لا؟ والإجابة على هذا السؤال هو أن نتصور لهذه المعاملة وجهان تكون صحيحةً بالنظر لوجه وباطلةً على الوجه الثاني؛ إذ أنّ الشخص مرة يبيع هذه العشرة دنانير إلى الآخر بأحد عشر ديناً لمدة شهرين فيقبل الآخر فتتم المعاملة، ولا بأس فيها؛ لأنّها معاملة بيعيةٌ غاية ما في بين أن أحد العوضين فيها مؤجل إلى شهرين، وأخرى تكون المعاملة قرضية كأن يقرضه فعلاً عشرة دنانير ليدفع له عند الأداء بعد شهرين أحد عشر ديناً، ولا شبهة في ربويّة هذه المعاملة القرضية... إذًا في مقام الإنشاء لابد من الفرق بين هاتين المعاملتين، البيع إلى أجل والقرض إلى أجل...).^(١)

وأماماً الشيخ الفياض (حفظه الله) فقال: (إنّ الأوراق النقدية المالية بما أنها لا تكون من الذهب أو الفضة ولا نائبة عنها لكي تكون ممحونة بحكمها ولا من المكيل أو الموزون فلذلك لا تُعتبر المساواة بين الثمن والمثمن، مع أنها تكون معتبرة في بيع الذهب والفضة بالفضة، كما أنها معتبرة في بيع المكيل بالمكيل

(١) بحوثٌ فقهيةٌ، حسين الحلي: ٧٨.

والمزون بالوزن)^(١).

وعلى ضوء هذا التخريج يمكن أن تُحوَّل كُلُّ المعاملات القرضية إلى معاملات بيعية – ولو من جنس العملة النقدية دينار بدینار أو دولار بدولار – ونتخلصُ من الربا أذاك.

وأورد على التخريج المذكور بمحاظ عده:

الملحوظ الأول: ما ذكره السيد الخوئي^(٢): أنَّ هذا العمل صورته صورة بيع، ولكن حقيقته القرض فيرجعُ إلى القرض بشرط الزيادة فيحرُّم؛ وذلك لأنَّ الفارق بين البيع والقرض هو أنَّ البيع يُشترطُ فيه المغایرة بين الثمن والمثمن، وهذا بخلاف القرض، إذ لا يُشترطُ فيه ذلك، وعليه حتَّى يتمَّ البيع لابد أن نفرض التغایر بين العوضين، والتغایر له نحوان:

الأول: التغایرُ الحقيقی، وهو أن يبيع دیناراً بعشرة دراهم، وهنا الثمن غير المثمن.

الثاني: التغایرُ الإعتبري، وهو أن يكون الثمن والمثمن كليهما من الدينار إلَّا أنَّ هذا المثمن شخصيٌّ وذلك الثمن شخصيٌّ أيضاً، والإشارة إلىهما بالشخص يجعلهما متغاييرين.

والخريج المذكور فاقدُ للتغایر المطلوب في باب البيع؛ إذ هو مبنيٌ على بيع عشرة دنانير حالاً بأحد عشر ديناراً مؤجلاً، فالثمنُ والمثمنُ كلاهما من قسم الدينار فيكونُ إذاً قرضاً بشرط الزيادة فيحرُّم.

(١) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٧٥.

(٢) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ٢ / ٤٦.

وأورد السيد الصدر رحمه الله وتبعه الشيخ الفياض (حفظه الله) على الملاحظ المذكور بما حاصله: **نُسِّلْمُ** بوجود تغير بين العوضين في باب البيع، ولكن يكفي فيه كون أحد العوضين أمراً شخصياً حالاً والآخر كلياً في الذمة؛ فإن هذا المقدار يكفي لتحقق التغير والتمايز المطلوب في باب البيع، وهذه نص عبارة السيد الصدر: (إنه يكفي في صدق البيع عرفاً المغایرة الناشئة من كون المثمن عيناً خارجية والمثمن أمراً كلياً في الذمة، و مجرد كون المثمن منطبقاً على المثمن في الخارج لا ينافي المغایرة بينهما الناشئة من كون أحدهما كلياً في الذمة والآخر عيناً خارجية، والمفروض في المقام أن المثمن هو الكلي الثابت في الذمة لا خصوص الحصة المنطبقة منه على المثمن في الخارج لكي يقال: إنه لا مغایرة بينهما، ومن هنا لا إشكال عرفاً في صدق البيع على بيع الشيء القيمي الخارجي بجنسه الكلي في الذمة بزيادة كبيع فرس معين خارجاً بفرسين في الذمة إلى أجل محدد، فهذا يدل على أن هذا المقدار من المغایرة يكفي في صدق البيع) ^(١).

الملاحظ الثاني: ما ذكره السيد الصدر رحمه الله وحاصله: أن الإرتكاز العرفي يقتضي بأن القرض هو تبديل الأعيان بمثلها في الذمة فحينما يقال: (خذ هذا قرضاً) فالمقصود عرفاً (خذ هذه العين ملكاً بشرط أن تبدني بمثلها في الذمة بعد شهر مثلاً) فروح القرض هو تبديل العين بمثلها في الذمة، وهذا المعنى صادق على هذا التخريج؛ فمن يقول: (بعتك مائة دينار حالاً بمائة وعشرة مؤجلة) قد أبدل العين

(١) البنك الاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ١٧٧؛ البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٧٥ و ٧٦.

الخارجية بمثلها في الذمة مع الزيادة، وبما أنّ هذا التبديل يرجع إلى القرض المفروض فيه الزيادة فيكون قرضاً جرّ نفعاً فتحرم، قال السيد الصدر عليه السلام: (إنّ القرض بمقتضى الإرتکاز العقلائي تبديل المال المثل المالي الخارجي بمثله في الذمة فيصدق عنوان القرض عرفاً على كل معاملة تتكفل لهذا التبديل ولو كان المنشأ فيها عنوان التمليل بعوض ولا يريد العرف من كلمة القرض إلا المعاملة التي تؤدي إلى ذلك النحو من التبديل) ^(١).

واعتراض الشيخ الفياض (حفظه الله) على ما أورده السيد الصدر عليه السلام بما حاصله: أن العقود تتبع القصود، فمتى ما قصد من عنوان المعاملة البيع فيتتحقق البيع، ومتى ما قصد منها القرض فيتتحقق القرض، فالقصد هو المقوم لحقيقة المعاملة حتى وإن كانت بحسب الإرتکاز العرفي تشارك بالنتيجة مع معاملة أخرى، فالذى يرفض التشابك بين المعاملتين المتحدين في النتيجة هو القصد، وفي مسألتنا بما أنه قد قصد البيع فهذا يكفي لصحة المعاملة، قال ما نصّه: (والجواب الظاهر أنّ الأمر ليس كذلك؛ لأن المركز لدى العرف العام أنّ صدق عنوان البيع أو القرض أو غيره من المعاملات منوط بكون المنشأ فيه مفهومه عن جد، فإن كان قد قصد مفهوم البيع كان بيعاً وليس بقرض ولا غيره، وإن كان قد قصد مفهوم القرض فهو قرض وليس ببيع ولا غيره) ^(٢).

ويمكن المناقشة في ما ذكره الشيخ الفياض (حفظه الله) من وجهين:

(١) البنك الالاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ١٧٩.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٣٠٠.

الوجه الأول: أن المعاملات تكون على قسمين:

الأول: لا يوجد فارق ثبوتي بينها إلا بالقصد والإنشاء.

الثاني: يوجد فارق ثبوتي بينها بمعزل عن القصد والإنشاء.

أما الأول، كما في البيع والصلح؛ إذ لا فرق بينهما ثبوتا فقولنا: (بعتك الكتاب بدینار وصالحتك على الكتاب بدینار) لو لم يقصد في الأول البيع لما كان هناك فارق بينهما، والثاني كما في البيع والإجارة، فالبيع نقل العين والإجارة نقل المفعة، وهكذا كما في البيع والقرض؛ فإن القرض عبارة عن تبديل عين بمثلها في الذمة إلى أجل، وأما البيع فهو تبديل عين بأخرى معايرة خارجية وليس بالذمة، وأما إذا حصل أحياناً في البيع التبديل بالمثل، كما في بيع الكتاب بالكتاب يكون في العوض عين خارجية لا في الذمة، أي: إن حقيقة البيع تختلف عن حقيقة القرض، وعلى هذا الأساس تكون حقيقة البيع متغيرةً مع حقيقة القرض، فكيف يُفرّق بينهما بالقصد والإنشاء، فكلامه إنما يصح في القسم الأول دون الثاني.

الوجه الثاني: ذكر عبارة يُستفاد منها أن الإسلام حارب الربا على صعيدين، أي: صعيد الشكل والخارج وصعيد الروح، قال: (قد ألغى الإسلام بشكل جاد وقاطع النظام الربوي عن الاقتصاد الإسلامي نصاً وروحاً هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن الإسلام بقدر ما يؤكّد في نظامه الاقتصادي على الجانب المادي نصاً وروحاً يؤكّد على الجانب المعنوي أيضاً) ^(١).

(١) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ١٨

أقول: إذا كان الإسلام يؤكّد على إستصال جذور الربا بشكل جادٍ وقاطعٍ، كيف ينسجمُ هذا الكلام مع ما إختاره من التخريج؟ فإذا كان أخذُ الربا بهذه الطريقة المتيسرة والسهلة على الجميع فهذا ممّا يتنافى مع معالجة الإسلام للربا بالشكل والمضمون.

فإذا جئنا بشخص لا يعيشُ الألفاظ الفقهية وقلنا له: هل ترى فارقاً بين قول بعْتُك الشيء بزيادة مع قرضتك الشيء بزيادة؟ فإنّه يجدُ المعاملة بالروح واحدة، والفارقُ هو على مستوى الألفاظ فقط.

وعليه إذا كانت قواعden الأصولية والأدلة الفقهية تُساعدُ على أخذ الفائدة بهذا الشكل اليسير فلابد من مراجعتها والتدقيق بشأنها.

الملحوظُ الثالث: ما ذكره من التخريج _من أنَّ الربا المعاوضي لا يقعُ في المعدود على أساس أنَّ الأوراق النقدية من المعدود_ فهذا على أحد الأقوال في حقيقة الأوراق النقدية من أنها مال بحدٍ ذاتها، أمّا من يرى أنها تُعاملُ معاملة الرصيد الذي وضع بشأنها، فهي تُلحق بالقيمة الحقيقية لها ولا دليل على فصلها عن قيمتها الحقيقية.

حقيقةُ القرض:

الخراجُ الثاني وهو إرجاع القرض إلى البيع ثم إثارة الخلاف في أنَّ واقع القرض يختلفُ عن واقع البيع يستدعي الكلام عن حقيقة القرض.

يبدو أنَّه من المسائل التي لم تُنْقَح في كلمات الفقهاء، وذكرها الشيخ

الأنصارى ^{رحمه الله} بصورة غير مقصودة عندما إختار تعريفاً للبيع وذكر نقوضاً عليه، والتي من جملتها أنّ تعريف البيع ينطبق على تعريف القرض؛ إذ القرض مبادلة مال بعوض، فتكلّم الفقهاء حول حقيقته في خصوص هذا المجال، ويُمكّن الخروج بتعريفات أربعة له:

التعريف الأول: القرض عبارة عن مبادلة مال بعوضٍ، ومن الواضح المبادلة المذكورة ليست على إطلاقها، وإنما يُؤخذُ فيها شرطان:

١ - أن يكون العوض ذمياً لا خارجياً؛ لأنّه لو كان كذلك يكون العقد بيعاً.
٢ - أن يكون الضمان للعوض يندرج تحت ضمان الغرامات، أي: تعلق ضمان الغرامات بأصل العين لا ضمان المعاوضات التي يدخلُ فيها جهات خارجية مقصودة للمتعاملين غير ضمان أصل رد العين.

وهذا التعريف أورد عليه الشيخ الأنصارى ^{رحمه الله}: بأنّ القرض إذا كان عبارة عن مبادلة المال بعوض لدخل الربا القرضي في الربا المعاملى، مع أنّ الفقهاء يميّزون بين هذين النحوين من الربا^(١)، وتوضيح ذلك:

المعروفُ بين الفقهاء الربا يكونُ على نحوين:
الأول: الربا المعاملى عبارة عن مبادلة جنسين مع التفاضل وكونها من المكيل أو الموزون، فاشترطوا فيه شروط ثلاثة:
١- الإتحادُ في الجنس.

(١) المكاسب، مرتضى الأنصارى: ٣ / ١٥.

٢- كونها من المكيل أو الموزون.

٣- وجود التفاضل.

فالربا المعامل يُس حراماً مطلقاً، وإنما في ظل شروط ثلاثة.

الثاني: الربا القرضي، ويتحققُ بشكل مطلق ولا يفتقرُ إلى شروط الربا المعاوضي فسواء كان القرض من جنس واحد أو المكيل أو غير ذلك، فالربا محظى بصورة مطلقة.

فإذا إتّضح ذلك نقول: تعريف القرض بأنّه مبادلة مال بعوض يدخل الربا القرضي في الربا المعاوضي؛ لأنّه أيضاً مبادلة مال بعوض مع أنه من الواضح الفارق بين النحوين كما تقدّم.

التعريف الثاني: ما ذكره المحقق الإيرواني^(١): من أنّ القرض عبارة عن هبة مع الإستئمان على الماليّة^(٢)، وتوضيّح ذلك:

إنّ المقرض قد وهب المال للمقترض، ولكن بشرط أن يكون أميناً عليها والأمانة تقتضي وجوب الرد؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾^(٣).

وفيه: ماذا يقصدُ من تعلّق الصيانت في الماليّة، أي: ما أفرضه إلى الغير؟ فإنّ في ذلك إحتيالات:

الأول: تعلّق الماليّة في العين الخارجية المقرضة.

(١) حاشية المكاسب، الميرزا علي الإيرواني: ٢٩ / ٢.

(٢) النساء: ٥٨.

الثاني: تعلق الماليّة في ذمة المقرض.

الثالث: لا طرف للماليّة لا في الخارج ولا في الذمة، وكلّ هذه الإحتمالات باطلة

بيانه:

أمّا بطلان الإحتمال الأول: فلا ريب أنّ المقرض يملك المال بالقرض، فإذا أُدعي بقاء الماليّة بعد القرض فسوف تحصل شركة في المال بين المقرض والمقرض، وجزماً هذه الشركة لا أساس لها.

وأمّا بطلان الإحتمال الثاني: وهو تعلق الماليّة في الذمة_ فلأجل أن يتحقق ذلك أن نفترض إشتغال ذمة المقرض في المرتبة السابقة على القرض؛ لكي يُعقل الإستئان عليها، ومن الواضح إنّ هذا ليس صحيحاً؛ لأنّنا نتكلّم كيف تثبت الماليّة في الذمة بعد القرض.

وأمّا بطلان الإحتمال الثالث_ وهو أنّ الماليّة لا متعلّق لها_ فهذه ماليّة لا قيمة لها ولا توجّب الضمان.

فتحصل أنّ التعريف الثاني باطل.

التعريف الثالث: ما اختاره الشيّخ الأنصاري^(١)، والسيد الخوئي^(٢) والسيد السيستاني (حفظه الله): هو أنّ القرض تملّك بالضمان لا أنّه تملّك عين بمال، وأوضح السيد الخوئي^(٢) هذا التعريف بشكلٍ مُسَهِّبٍ فقال: (ولا يخفى عليك أنّ

(١) المكاسب، مرتضى الأنصاري: ٣ / ١٥.

(٢) الربا، علي السيستاني: ١٥.

الشيخ الأنباري، إنما أراد التمليل بالضمان في المقام الضمان بالمعنى الذي ذكره في بحث المثلي والقيمي، حيث أفاد هناك أنَّ معنى الضمان كون العين في عهدة الشخص ولا يتوقف على تلف العين، بل مع كونها موجودة يكون ثابتاً في حقَّ الضامن، وهو نظير الكفالة، غاية الأمر أنَّها تعهد للاشخاص والضمان تعهد في الأموال، فمقتضى قاعدة على اليد مثلاً أنَّه بمجرد وضع يده على المال يثبت المال في عهده، كان موجوداً أو كان تالفاً، وسيأتي أنَّ إنتقال الضمان إلى المثل أو القيمة كلام شعري؛ لأنَّه إنما هو في مقام تفريغ الذمة مع تلف العين لا الإشتغال، فإنَّ ذمته مشتغلة بعين المال في جميع الأحوال لا بالمثل أو القيمة، غاية الأمر أنَّه في مقام الأداء إذا لم يتمكَّن من دفع نفس العين يدفع ما هو أقرب إليه من المثل أو القيمة... ثم يقول: فإذا كان معنى الضمان هو التعهد للمال وكونه في عهدة الضامن، فإنَّ كان ذلك في مثل الغصب وغيره من الأيدي الضامنة يكونُ المال بجميع خصوصياته وتشخصاته ثابتاً في عهدة الضامن ويجب عليه دفعه مع خصوصياته، وأمّا إذا كان في باب القرض فيكونُ المال في عهده أيضاً، ولكن بإلغاء خصوصياته بمعنى أنَّ المالك في القرض يرفع اليد عن خصوصيات ماله ويُملِّكُه المقرض، لا مجاناً بل فإن يكون المال بكلِّيه في عهده، فيكون تمليلًا بالضمان، أي: في مقابل تعهده بكلِّي ذلك المال الصادق على شخص لك المال أيضاً فلذا لا يجب عليه في مقام الأداء أداء نفس المال الذي أقرضه. نعم، يجوز له ذلك، ومن المعلوم أنَّ هذا لا يكون من باب البيع ومبادلة مال بهال، إذ لا يعقل أن يُملِّكُ المال في مقابل نفسه أو في مقابل كُلِّي ينطبق على نفسه أيضاً، وهذا هو معنى التمليل بالضمان كما سيأتي

في المثل والقيمي)^(١).

وملخص كلامه أنّ القرض: هو تملّكٌ، ولكن مع الضمان وقيد(التمليك) واضحٌ، وقيد(مع الضمان) ليس المقصود من الضمان الذي يتوقفُ على التلف، بل بمعنى أنه يثبتُ بمجرد دفع المال إليه فيجبُ عليه ردّه، ولكن لا يردّه مع خصوصياته، وإنما يردّ أصل المال.

وللسيد الخوئي^(٢) كلامٌ يوضح الفارقَ بين ضمان القرض وضمان الغصب، فإنّه بعد أن اختار تعريف القرض بـ“عبارة عن التملك بالضمان، حاول يفرق بين ضمان القرض بين ضمان الغصب بما حاصله:

في باب الغصب الذمة مشغولة برد العين أولاً، ثم في فرض التلف تحفظ العين عن طريق نوعيتها أو ماليتها، والمراد من النوعية إشارة للممثل والماليّة إشارة للقيمي، بينما في باب القرض الذمة مشغولة رأساً بالنوعية والماليّة، وأما العين فلا تشغّل بها الذمة، وإنما أضحت مملوكة للمقترض فلا يجب ردّها حتى مع وجودها.

وبكلمة مختصرة: في باب الغصب النوعية والماليّة محفوظة في رتبة ثانية عن تلف العين، بينما في باب القرض النوعية والماليّة محفوظة برتبة سابقة على تلف العين، أي: بالعكس تماماً.

ويرد عليه:

(١) الموسوعة، أبو القاسم الخوئي: ٣٦ / ٤٨.

(٢) مصباح الفقاهة، أبو القاسم الخوئي: ٢ / ٦٨.

أولاً: تارةً نفترض المالية والنوعية أمران مستقلان في مقابل العين، وأخرى نفترض أنّهما يمثّلان وجود تسامхи وتنزيلي للعين، فعلى الفرض الثاني أنّ هذا الوجود التنزيلي للعين عند العُرف يتولّد في باب الغصب، فإنّ النزول إلى المراتب الأخيرة للعين في هذا الباب إذا لم يتمكّن الغاصب من رد العين لتلفها، فتكون الذمة أنداك مشغولةً بوجود تنزيلي وتسامхи للعين وهمما النوعية والمالية، أي: المثل والقيمة، ومن هنا لو تمكّن من رد العين وجب عليه حتّى بعد دفع المثل أو القيمة، وأمّا الفرض الأول في باب القرض فلا إستقلالية للنوعية والمالية عن العين؛ لأنّ الذمة مشغولة بها إبتداء، فيكون التقابل بين العين من جهة وبين النوعية والمالية ك مقابل الكلي مع الفرد؛ فإنّ للفرد وجود مستقل عن وجود الكلي، فعلى هذا سوف يدخل تعريف القرض للسيد الخوئي ت وهو التملك بالضمان في باب البيع؛ لأنّه في المعاوضات لا تشرط دائمًا التبادل المتبادر بين المالين المتبادرتين، وإنّما يحصل التبادل وال مقابل أيضًا بين الكلي وفرده، فنقول: (أبيعك طنًا من الحنطة هذه بطن في الذمة) فهذا يندرج في البيع رغم لا مبادنة بين المالين (حنطة بحنطة)، وإنّما صح الإندراج؛ لأنّ المقابلة والمغایرة في باب البيع تكفي بين الخارجي وبين الذمي.

ثانياً: التعريف المذكور للقرض يشتمل على خلط بين مصطلح العهدة وبين مصطلح الذمة، والفارق بينهما هو أنّ العهدة عبارة عن وجوب شيء في حق الشخص، والذمة عبارة عن إستقرار المال في ذمة الشخص، وقد يجتمعان في العين المغصوبة إذا تلفت فالعهدة وجوب الدفع والذمة إستقرار هذه العين في الذمة، وقد يفترقان من جهة، كما لو لم تتلف العين بعد فهنا العهدة موجودة، ولكن لا تُوجد

ذمّة، وقد يفترقان من جهة وجود الذمّة دون العُهدة، كما في البيع لو لم يدفع البائع السلعة فهنا الذمّة موجودة وهي إشغال ذمّة المشتري بدفع الثمن، ولكن لا يجبُ عليه فلا عُهدة فلا يجبُ عليه الدفع مادام لم يسلّم البائع السلعة إلى المشتري فإذا إتّضح ذلك نقول:

إنَّ التعريف المذكور للقرض التمليك بضمان فقط يبيّن فيه العُهدة، أي: وجوب رد الماليّة والنوعية وأغفل تعريف الذمّة، أي: كيفية إشغال ذمّة المقترض بالمال، مع أنَّ المهمَّ هو بيان كيف صارت ذمّته مشغولة؟ وأمّا توضيح جانب العُهدة، أي: وجوب الرد وآنَّه متعلّق بالنوعية أو الماليّة خلافاً للغصب المتعلق بالعين أولاً، وهذا أمرٌ لا داعي لتوضيحه.

التعريفُ الرابع: القرض عبارةٌ عن التمليك بالحيازة والضمان باليد، ويكونُ شغلُ المالك تعين لون الضمان على المقترض وتوضيحه:

إنَّ لليد إقتصائين بينهما طولية، الإقتضاءُ الأول: الملكية الحاصلة بالحيازة، والثاني: الضمانُ الذي يحصلُ في طول التملك في الحيازة، فلو وضع شخصٌ آخر يدهُ على هذا المال الذي حيزَ أولاً ف تكونُ هذه اليد الثانية إقتضاءان الأول: التملك بالحيازة إلَّا إنَّ هذه الملكية لتلك اليد بما أنها مسبوقة بيد مالكة بالحيازة فلا يحصل الإقتضاء (الملكية لها) إلَّا برضَا صاحب اليد الأولى رعاية لحرّمة وضع يده أولاً على المال، والإقتضاءُ الثاني: الضمان، أي: بما أنَّ هناك يد سابقة مالكة بالحيازة، فيترتّبُ الضمانُ على اليد الثانية مادام المالك الأول لا يرضى بالتصرّف المذكور. نعم، يرتفع

الضمانُ برضاء المالك الأول بالتصريف، فالآثاران الملكية والضمان، هل يؤثران في ذلك أو يتوقفان التأثير على رضا المالك أو يحصل أثر دون آخر؟
نقول: إنَّ الصور المتصورة ثبتاً أربعة، وهي متوجهة نحو اليد الثانية؛ لأنَّ المقرض واسع اليد على المال فعندما دفع المال إلى المقرض صار المقرض مالكاً فيُعبرُ عنه باليد الثانية والتي يوجد لها آثاران هما الملكية والضمان:

١- لا تؤثِّر اليد الثانية في الملكية ولا الضمان، وهذا يكون على قسمين:

القسمُ الأول: نفترض صاحب اليد الأولى دفع المال إلى اليد الثانية على نحو مجرد الإستنابة والحفظ والأمانة عنده، كما في باب الوكالة والعارية؛ فإنَّ الوكيل وهذا المعارِإليه يدهما تكون يدًاً أمينة وحافظة للمال، وإلا فصاحب اليد الأساسية هو الموكِّل والمُعير فهنا نفترض وتنزَّل بجعلهما أصحاب يد، وإلا فهما في الواقع ليسا أصحاب يد، وهنا لا معنى لحصول الملك والضمان؛ لأنَّه من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

القسمُ الثاني: لا نفترض صاحب اليد الأولى دفع المال إلى اليد الثانية بنحو التنزَّل وفرض الثاني مالك كما هو الحال في الوديعة؛ فإنَّ العقد المذكور لا يوجب جعله مالكاً ولو بالتنزَّل، إلا إنَّ المالك تنازل عن الضمان لقاعدة: (إنَّ الأمين لا يضمن).

وبهذا تَّضحُّ النكتةُ الفنيةُ التي يذكرها الفقهاءُ بين العارية والوديعة فقالوا: لو شرط المالكُ الضمان في الوديعة يقعُ الشرط لاغيًّا، وهذا بخلافه في باب العارية؛ وذلك لأنَّ في الوديعة دفع المال إلى الشخص الآخر من باب رفع المالك اليد عن

ملكه وجعل الثاني مالكاً بالتنزّل، فإذا كان كذلك فما معنى شرط ضمانه؟ بخلاف باب العارية فالمالك لو أراد الضمان لسجله فإذا رفع يده عنه إرتفع الضمان.

٢- تأثير اليد الثانية بالضمان دون الملكية كما في باب الغصب، فالغاصب لا يملك المال جزماً وفي الوقت نفسه هو ضامن؛ لأنّ صاحب اليد الأولى لا يريد أن يذهب ماله هدراً فتؤثّر اليد الثانية في الضمان دون الملكية.

٣- تأثير اليد الثانية في الملكية دون الضمان، كما في باب الهبة، فالواهب بدفعه المال قد ملك الموهوب له، لو تلف المال عنده (الموهوب له) لا يكون ضامناً.

٤- تأثير اليد في الملكية والضمان وهذا متحقق في باب القرض، فاليد الثانية هي مالكة للهال المقترض وفي الوقت نفسه هي ضامنة للهال، وتحقق الملكية والضمان ب مجرد وضع اليد ولا يتوقف الضمان على التلف كما في باب الغصب، وهذه الصورة الرابعة توضح لنا أمرين إرتكازيين في باب القرض:

١- حصول الضمان رغم عدم كون عقد القرض من العقود المعاوضية.

٢- توقف الملكية على القبض ومن دون القبض لا ملكية للمقترض، وهذا مما إنفقت عليه جميع المذاهب الإسلامية سنة وشيعة، بل جميع الأديان الوضعية والسماوية، وهذا الإتفاق بين الجميع يكشف عن إرتكازية القبض كشرط في صحة العقد، بخلاف باب الصرف فالقبض شرطٌ تبعديٌ، وعليه القرض هو عبارة عن التملّك بالحيازة، وهذا هو الأثر الأول والذي يتحقق بالقبض، وأيضاً يلزم على اليد الثانية الضمان بالرغم من عدم كون القرض من العقود المعاوضية.

وبهذا تم تفسير كيف إشتغلت الذمة في المال المقترض، فإن السيد الخوئي عليه السلام عندما فسر القرض تملك بالضمان كان يركز على مصطلح العهدة، أي: وجوب رد المال دون مصطلح الذمة، أي: كيفية إشتغال ذمة المقترض بالمال في هذا التعريف، ثم تفسير كيفية الإشتغال الذي هو عبارة عن الضمان.

التخريج الثالث: بيع العملة بغير جنسها

وهو ما ذكره جماعة من المعاصرين منهم السيد السيستاني (حفظه الله): (نعم، لا مانع من أن يبيع البنك مبلغًا كمائة دينار نسيئة إلى شهرين مثلاً، ويجعل الثمن المؤجل عملة أخرى تزيد قيمتها على المائة دينار بمحض أسعار صرف العملات بمقدار ما تزيد المائة والعشرون على المائة وفي نهاية المدة يمكن أن يأخذ البنك من المشتري العملة المقررة أو ما يساويها من الدنانير، ليكون من الوفاء بغير الجنس) ^(١).

وذكر هذا التخريج أيضًا الشيخ الفياض (حفظه الله): (إلا أنه لا مانع منه بيع عملتين كالدinar والتومان والدينار والدولار ونحوها بأن يبيع ثمانين ديناراً بألفي تومان مؤجلًا بدلاً عن أن يبيع الشهرين ديناراً بمائة دينار كذلك، على أساس أن أحکام بيع الصرف لا تجري على بيع النقود الورقية فلا يجب فيها التقادص في المجلس، بل يجوز أن يكون الثمن مؤجلًا وحيثئذ ففي نهاية الأجل يمكن للبائع أو البنك أن يتقادضا من المشتري ألفي تومان أو ما يساوي ذلك من الدنانير العراقية من باب وفاء الدين بغير جنسه وبذلك تحصل نفس النتيجة المطلوبة لمن يريد أن

(١) منهاج الصالحين، على السيستاني: ١ / ٣٩٨

يقرض من البنك الربوي^(١).

وأيضاً من ذكر هذا التخريج السيد الهاشمي ^{عليه السلام} بقوله: (أن يبيع مبلغًا معيناً من النقود بمبلغ أكثر من نفس الجنس نسبيّة، كأن يبيع مائة ديناراً بمائة وعشرة دنانير لمدة شهرين، وهذا لا يجوز أيضاً؛ لأنّه قرض ربوي حقيقة وإن كان بيعاً صورة. نعم، يجوز ذلك إذا كانت النقود من جنس آخر كبيع الدينار بالدولار)^(٢).

ولوحظ على التخريج الثالث بما يلي:

الملحوظ الأول: ما ذكره السيد الصدر ^{عليه السلام} وحاصله: هناك إرتکاز عند العُرف هو النظر في باب النقود الى ماليتها دون خصوصياتها، وهذا الإرتکاز معناه أن المنظور إليه عُرفاً من بيع ثانية دنانير بكندا دولار هو تبديل مالية بهالية وحيثئذ يشمله عنوان القرض بالنحو المقرر بالإرتکاز السابق؛ إذ يصدق عليه أنّه تبديل للشيء بمثله في الذمة، وعليه إذا كان المركوز في النظر العُرفي ملاحظة المالية فقط في الدنانير والدولارات التي وقعت مثمناً وثمناً فلا يبقى تغایرٌ بين الثمن والمثمن إلّا تكون أحدهما خارجياً والآخر ذمياً، وهذا معناه تبديل الشيء بمثله في الذمة الذي هو معنى القرض^(٣).

وحاول الشيخ الفيّاض (حفظه الله) المناقشة في ذلك: بأنّ المنظور إليه في باب

(١) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٧٨.

(٢) منهاج الصالحين، محمود الهاشمي: ١ / ٤٢٢.

(٣) البنك الربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ١٧١.

النقود وإن كان الماليّة إلّا أنّه الماليّة الخاصة؛ فإنّ النظر العُرفي إلى ماليّة الدينار إنّما هو في ضمن الدينار لا مطلقاً، وإلى ماليّة الدولار إنّما هو في ضمن الدولار، وعلى هذا ففي بيع الدينار بالدولار يكونُ النّظر العُرفي تبديل ماليّة الدينار بـماليّة الدولار لا إلى تبديل ماليّة بـماليّة من دون خصوصية للدينار والدولار، فإذاً يكونُ الشّمنُ مغايراً للمشمن ولا مماثلة بينهما^(١).

ويمكّنُ مناقشة ما ذكره الشّيخ الفيّاض (حفظه الله) بمناقشتين:

الأولى: يمكنُ أن يُدعى أنّ ما حكمهُ السيدُ الصدرُ رض من أنّ النّظر العُرفي الذي يلحوظُ الماليّة بما هي لا بما هي عناوينها الخاصة، أي: بكونها ديناراً أو دولاراً هو الأقرب؛ وذلك لأنّ العُرف أهم ما لديه هو إختزان هذه الأوراق بالقوة الشرائية مع قطع النّظر عن خصوصية تلك الأوراق سواء كانت من هذه العملة أو تلك، وهذه الخصوصية ليست هي الداعي في مسألة التبادل، وإنّما هي القوة الشرائية، ولذا بعض البلدان الذي لا يكونُ للدولار قوة شرائية كبيرة في مقابل عملات بلدانهم لا يلحوظونه بما هو، وإنّما يقولون إنّ القوة الشرائية لهُ ضعيفة.

الثانية: هناك مسألة لم تُنْقَح في كلمات الأعلام وهي: أنّه إذا جزم العُرف بوجود نكتة الإرتكاز، ولكن يشكُّ في سعة النكتة أو ضيقها، كما إذا أحرزنا أنّ المترکز العُرفي قائمٌ على أنّ إخبار ذي اليد بما تحت يده حجة، وشككنا في سعة وضيق نكتة الإرتكاز، هل أنّه قد أخبر بما تحت يده أو أنّ النكتة كونه من صنعه وجعله؟ فإذا كانت النكتة هي الأخبارية أمكن تعميم الحجّة لـكُلّ ما يكون ذي اليد أخبر به ولو

(١) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٧٩

لم يكن من جعله، كما في إخباره بالقبلة في منزله، بخلاف ما لو كانت النكتة في حجية إخباره كون ما تحت يده من صنعه وجعله.

إذاً فمراجعُ الشك بالحقيقة الى الشك بسعة المركب وضيقه، والشكُ في سعة المركب منفي باستصحاب عدم السعة.

وفي مقامنا كذلك فالسيدُ الصدر^{عليه السلام} يدعى ضيق الإرتکاز العُرُف بدعوى أن العُرُف ينظرُ الى النقود باعتبار ماليتها مع عدم النظر الى خصوصياتها، بينما الشيخ الفياض (حفظه الله) يدعى سعة الإرتکاز العُرُف، فالعُرُف ينظرُ الى النقود باعتبار ماليتها مع الخصوصية، ومع الشك في ضيق الإرتکاز وسعته، فالاستصحاب ينفي السعة.

الملحوظ الثاني: ما ذكره السيدُ الصدر^{عليه السلام} أيضاً وتبعه جماعة منهم السيد السيستاني (حفظه الله) والشيخ الفياض (حفظه الله) والسيد محمود الهاشمي^{عليه السلام}، قال السيدُ الصدر^{عليه السلام}: (إنَّ هذَا(البديل) لا يُحْقِق كُلَّ مكاسب القرض الربوي المحرّم؛ لأنَّ الشَّخْص الَّذِي إِذَا أَخْذَ ثَمَانِيَّة دَنَارِيْن مَعَ تَأْجِيل الْوَفَاء إِلَى شَهْرَيْن -مثلاً- لَوْ كَانَ أَخْذَهَا عَلَى أَسَاس الْقَرْض الْرَّبُوِي، فَبِإِمْكَانِ الْبَنْك الْمَقْرِض عَلَى هَذَا الْأَسَاس أَنْ يَلْزِمْهُ بِفَائِدَة جَدِيدَة فِيهَا إِذَا تَأْخِيرَ عَنِ الدَّفْعَ بَعْدَ شَهْرَيْن، وَأَمَّا إِذَا كَانَ أَخْذَهَا عَلَى أَسَاسِ الشَّرَاء بِمَعْنَى أَنَّهُ اشْتَرَى ثَمَانِيَّة دَنَارِيْن بِعَشْرَة مَؤْجَلَة إِلَى شَهْرَيْن، فَلَيْسَ لِالْبَنْك أَنْ يَطْالِبَهُ إِلَّا بِالْمُدَدَّ فِي عَقْدِ الْبَيْع وَالشَّرَاء -وَهُوَ عَشْر- حَتَّى لَوْ تَأْخِيرَ عَنِ الدَّفْعَ بَعْدَ شَهْرَيْن، وَلَوْ طَالَهُ بِفَائِدَة عَلَى التَّأْخِير كَانَ ذَلِكَ فَائِدَة عَلَى إِبْقَاءِ الدِّين،

ويعود حينئذ محدود الربا المحرّم البيع^(١).

وإن شئت قلت: إن تأخير المدين عن السداد في البنوك التقليدية لا يُمثل معضلة كبرى طالما أن الضمانات كافية لسداد قيمة الدين وكلما تأخر المدين عن السداد أضيفت فوائد التأخير إلى مديونته وبتكرار التأخير تتضاعف الفائدة على رأس المال، وأماما في البنوك غير الربوية، فلا يجوز إلزام المدين بفائدة جديدة مقابل التأخير؛ لأنّه ربا.

قال السيد السيستاني (حفظه الله): (ويلاحظ أن هذه الطرق ونحوها لو صحت لا تتحقق للبنك غرضاً أساسياً وهو إستحقاق مطالبة المدين بمبلغ زائد لتو تأخير عن أداء دينه عند نهاية الأجل وازيداده كلما زاد التأخير؛ فإنّ أخذ الفائدة بإزاء التأخير بالدفع يكون من الربا المحرّم ولو كان ذلك بصيغة جعله شرطاً في ضمن عقد البيع مثلاً^(٢).

وحاول السيد الصدر^ر الإجابة عن هذا الملحوظ بقوله: (ولكن بالإمكان التخلص من ذلك: بأن يشترط بائع الشهانية عشرة على المشتري في عقد البيع أن يدفع درهماً مثلاً في كل شهر يتأخّر فيه المشتري عن دفع الثمن المقرر من حين حلول أجله، ولا يكون هذا ربا؛ فإن إلزام المدين هنا بدفع الدرهم يكون بحكم البيع، لا بحكم عقد القرض، وليس في مقابل الأجل، فكما كان يمكن للبائع أن يشترط على المشتري أن يهب له درهماً في كل شهر إلى سنة ويكون المشتري ملزماً حينئذ بذلك كذلك له أن يشترط عليه أن يدفع له درهماً في كل شهر يتأخّر فيه عن دفع الثمن. فليس الشرط

(١) البنك الالاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ١٧٥

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٨؛ منهاج الصالحين، محمود الماشمي: ١ / ٤٢٣.

هو شرط أن يكون له (البائع) درهم في مقابل التأجيل ليكون من إشتراط الربا، بل شرط أن يدفع المشتري درهماً في جميع الشهور التي تسبق دفع الثمن من حين حلول الأجل، وحيث إنه شرط في عقد البيع فيكون لازماً.

ثم يقول ^{عليه} والحاصل: أن إشتراط دفع شيء في عقد القرض غير جائز؛ لأنَّه يصيِّر القرض ربوياً، كما أنَّ إشتراط كون شيء في مقابل الأجل بنحو شرط التبيحة غير جائز ولو وقع ضمن عقد بيع؛ لأنَّه من إشتراط الربا، وفي المقام: الشرط المدعى لا هو واقع في عقد القرض ليؤدي إلى وجود قرض ربوبي، ولا هو من إشتراط كون شيء في مقابل الأجل يكون من إشتراط الربا المحرم، فلا مانع من نفوذه، وبذلك يحصل البنك المقِرض على تمام مكاسب الربا^(١).

التخريج الرابع: البيع إلى البائع الأول مع زيادة في الثمن

فلو فرضنا أنَّ الشخص الذي يُريد إقراض الغير بفائدة كأن يقرضه مائة مع فائدة خمسين، يبيع على الغير سلعة بعائدة حالة ثم يشترط عليه أن يبيع السلعة نفسها عليه بعائدة وخمسين مؤجلة، فيكون قد دفع مائة وحصل على مائة وخمسين، أي: حصل على الفائدة التي أراد الحصول عليها من وراء القرض، وقد أشار السيدُ السيسistani (حفظه الله) إليه بقوله: (ومنها أن يبيع البنك بضاعةً بمبلغ كمائة وعشرين ديناراً نسيئة لمدة شهرين، ثم يشتريها من المشتري نقداً بما ينقصُ عنها كمائة

(١) البنك الاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ١٧٦.

دينار^(١).

وهذا التخريج في واقعه يرجع إلى فكرة الشرط الضمني، أي: وقوع البيع الأول شرط في البيع الثاني، والفقهاء أفتوا ببطلان هذا البيع ومستند البطلان وجوه:
الأول: التمسك بمحذور الدور بتقرير: أنّ البائع الثاني (الذي يريد القرض)
إذا أراد أن يبيع للبائع الأول يتوقف على كونه مالكاً، والملكية متوقفة على الإلتزام
بالشرط وهو أن يبيع البيع الثاني فتوقف البيع الثاني على البيع الثاني.

ويلاحظ عليه: نسلم البيع الثاني يتوقف على شرط وهو الملكية إلا إنّ الملكية لا
تتوقف على البيع الثاني، أي: لا تتوقف على النقل والانتقال، وإنّما تكون الملكية
متزلزلة للبائع الثاني إذا لم يلتزم بالشرط (وهو البيع مرة ثانية إلى الأول) فنسلم البيع
الثاني موقوف على شرط وهو الملكية إلا إنّ الملكية ليست متوقفة على البيع الثاني،
وإنّما تتزلزل الملكية لا أصلها إذا لم يلتزم بالبيع من جديد إلى الأول.

الثاني: أنّ البائع الأول لو كان قد شرط على البائع الثاني إرجاع السلعة من
جديد له، فهو لم يقصد البيع من أول الأمر أساساً، ومن الواضح تجريد البيع عن
القصد يبطل أصل المعاملة.

ويلاحظ عليه: القصد في البيع الأول موجود وهو التوصل إلىأخذ الفائدة من
البيع الثاني وهذا يكفي لوجود القصد، بل توقف البيع الثاني على الأول لا ينافي
القصد، بل يؤكده؛ وذلك لأنّ التوصل إلى الفائدة المقصودة في البيع إنّما تكون عن
طريق البيع الثاني.

(١) منهاج الصالحين، على السيستاني: ١ / ٣٩٨

الثالث: التمسك برواية أو صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال: سأله عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم ثم إشتراه بخمسة دراهم أين؟ قال: «إذا لم يشرط ورضياً فلا بأس»^(١).

وهذه الرواية واضحة في بطلان التخريج الذي نحن بصدده، غايتها البيع حالاً كان بالأكثر، والبيع المؤجل كان بالأقل ولا نتحمل الخصوصية من هذه الناحية جزماً، ولذلك أجابه عليهما السلام: «إذا لا يوجد شرط فلا بأس»، ومن هنا اعترض السيد السيستاني (حفظه الله) على هذا التخريج بقوله: (وهذا أيضاً لا يصح إذا اشترط في البيع الأول قيام البنك بشراء البضاعة نقداً بالأقل من ثمنه نسيئة ولو بإيقاع العقد مبنياً على ذلك، وأماماً مع خلوه عن الشرط فلا بأس)^(٢).

الخifth التخريج: الفائدة مقابل الإقراض

وهو ما ذكره السيد الصدر عليهما السلام كمقترح لحلية أخذ الفائدة وهو عبارة عن الفائدة في مقابل الإقراض لا في مقابل القرض وتوضيح ذلك:

إنّ الذي يُريدُ الإقراض يقول: (جعلتُ لمن أقرضني ديناراً له درهماً) فهذا الكلام سوف يُغري صاحب الدينار ويقوم بدفع الدينار له ويتربّ أخذ الزيادة بعد ذلك، فهنا الزيادة لم تقع في مقابل القرض، وإنما وقعت الزيادة في مقابل عملية الإقراض بما هو عمل يصدر من الدائن على أساس الجماعة فتخرج بذلك عن كونها رباً.

(١) وسائل الشيعة، الحرج العامل: ١٨ / ٤٢ / الباب ٥ / الحديث ٦.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٨

وبكلمة: في باب القرض **يُوجَدُ** عنصران، الأول: المال المقترض، والثاني: عملية الإقراض ولا ريب أنّ الفائدة الربوية إذا وقعت مقابل عنصر الأول، أي: المال المقترض ف تكون **المعاملة ربوية محَرَّمة** لا محالة، ولو وقعت في مقابل عنصر الثاني، أي: عملية الإقراض ف تكون **الفائدة مُحَلَّة**؛ لأنّ إستحقاق الفائدة لم تقع على أساس عقد القرض، بل هو إستحقاق بموجب الجعالة.

والشاهدُ على وقوع الفائدة مقابل الجعالة لا مقابل المال المقترض هو لو تبيّن بطلانُ الجعالة لنفي شرط من شروطها، فالقرضُ بقيمة الدينار صحيح والزيادة مقابل الجعالة باطلةٌ؛ لأنّ إستحقاق الدرهم نتج عن الجعالة لا عن عقد الإقراض.

وناقش السيدُ الصدر **في هذا التخريج بما يرجع إلى صغرى وكُبرى**:
أما الصُّغرى: فلأنَّ الإرتکاز العقلائي يرفض كون الزيادة مقابل عملية الإقراض، وإنما يجعله في مقابل المال المقترض وجعله بإزاء عملية الإقراض مجرد لفظ، وعليه فلا نتصوّر الجعالة في ذلك؛ لأنَّ الجعالة فرض شيء على عمل لا على مال.

وأما الكُبرى: بمعنى أنَّ لو إفترضنا أنَّ المتعاملين الدائن والمدين قد تحررا من ذلك الإرتکاز العقلائي وإنجها إرادةُ المدين حقيقة إلى جعل الدرهم بإزاء عملية الإقراض نفسها، فهل هذه الجعالة صحيحة أو لا؟

نقول: **تُوجَدُ رؤيتان في حقيقة الجعالة**:
الرؤيَّة الأولى: ما أفاده السيدُ الصدر **من أنها عبارة عن ضمان الغرامة**، ولتوسيع هذه الرؤيَّة ذكر السيدُ الصدر **إبتداءً إحتى الات ثلاثة في حقيقة الجعالة فأبطل إثنين منها واختار الثالث وهو ضمان الغرامة**:

الإحتمال الأول: أنها عبارة عن وقوع الجعل في مقابل العمل فهي مبادلة بين الجعل والعمل، وهذا الإحتمال ساقطٌ جزماً بحسب ما هو المرتكز عقلائياً وفقهياً؛ فإنّ الجعالة لو كانت من مثل هذا القبيل لتملّك الجاعل العمل مقابل هذا الجعل مع أنّ الفقهاء وهكذا العُرف لا يرى هذا التمكّن للعمل أيّ مجالٍ، بخلاف باب الإجارة فالمستأجر لو بذل مالاً إزاء عمل لسوف يملك العمل المذكور بإزاء تلك الأجرة.

الإحتمال الثاني: أنها عبارة عن تملك مجاني مشروط بالعمل فهي ليست معاوضة كالإجارة والبيع مثلاً، وإنما تملك إبتدائي ومجاني، وهذا التملك المعلق على العمل لابد أن نلتزم بخروجه عن القاعدة الأولية التي تُبطل التملك المشروط من قبيل (إن مطرت السماء فأنت تملك درهماً على) فالتملك المجاني المشروط في باب الجعالة لابد أن نلتزم بخروجه عن القاعدة الأولية.

وهذا الإحتمال الثاني أيضاً ساقطٌ؛ لوجود قرائن ثلاثة في باب الجعالة مجتمعة على رفضه:

القرينة الأولى: أنّ المجانية واهبة المطلقة ليست واردة في باب الجعالة، وإنما يؤخذ فيها شيء من المعاوضة ومن هنا سُميَ المال المجعل (جعل) وهو تضمين شيئاً من المعاوضة.

القرينة الثانية: لو فرض أنّ الجعالة باطلة لفقدان شرط من الشروط، فيذكر الفقهاء التنزّل من الجعل المسمى إلى القيمة السوقية للجعل فلا معنى لإجراء قواعد

الضمان بالمثل أو القيمة لو كانت عبارة عن تمليل مجاني؛ فإن إجراء تلك القواعد تكشف عن وجود لون للمعاوضة.

القرينة الثالثة: من المتسالم عقلائياً وفقهياً لو قال الجاعل: (من أرجع سيارتي فله ديناران) قال الفقهاء: إن فله ديناراً ثم قال في زمان آخر: (من أرجع سيارتي فله ديناران) قال الفقهاء: إن الجعل الثاني يكون ناسخاً ومبطلاً للجعل الأول، وهذا لا معنى له لو قيل بإنهما تمليل مجاني وهمة مجانية؛ إذ أي محدود في إجتماع هبتين في عمل واحد رغم اختلاف الزمان، فهذا يكشف عن وجود معاوضة في هذا العقد وأن الثانية نسخت المعاوضة الأولى؛ لأنّه ليس من المعقول أن يعطي الجاعل ثلاثة دنانير كما هو واضح.

وهذه القرائن الثلاثة مجتمعة في باب الجعالة ترفض الإحتمال الثاني.

الإحتمال الثالث: وهو الصحيح كما عبر عنه السيد الصدر رحمه الله وهو أن الجعالة عبارة عن ضمان الغرامة، ولتوسيع ذلك نقول:

إن أحد موجبات الضمان هو التسبب إلى العمل فلو من شخص على الحلاق وطلب منه حلقة الرأس ومن دون أن يتفق معه على القيمة المسمى، فهنا يستحق القيمة السوقية؛ لأن التسبب في العمل من موجبات الضمان، والقاعدة في ضمان الغرامة تعلق الضمان بالقيمة السوقية إلا أنه قد يحصل إتفاق خارجي في بعض الأحيان عن قيمة يتفق الطرفان عليها.

فقول: في باب الجعالة هي عبارة عن التسبب في العمل فيتولّد ضمان نسبيّ بضمان الغرامة، وبما أن الضمان هي القيمة السوقية؛ وذلك لعدم ذكر التحديد الخارجي لقيمة الجعل وبالتالي قد حافظنا على إرتكازات عقلائية وفقهية ثلاثة:

الإرتكاز الأول: إرتكاز البدلية، وهذا خلاف الإحتمال الثاني الذي هو تغليف مجاني.

الإرتكاز الثاني: دفع القيمة السوقية.

الإرتكاز الثالث: تفسير كون الجعل الثاني ناسخاً للجعل الأول؛ إذ لا يتصور في ضمان الغرامة جعلين مختلفين.

إذا عرفنا ذلك نقول: إنَّ أخذ الفائدة على أساس عملية الإقراض وعن طريق عقد الجعالة غير معقول؛ وذلك لأنَّ عقد القرض لا يتصور فيه ضماناً أحدهما مقابل عقد الإقراض والآخر في مقابل المال المقرض، وإنَّ للعقد المذكور ضماناً واحداً مقابل المال المقرض، فلو جعل بديلين أحدهما مقابل عملية الإقراض، والثاني مقابل المال المقرض لكان ذلك وجود ضمانين على عقد القرض الذي هو عبارة عن ضمان واحد.

الخلاصة: هذه الرؤية التي أبدتها السيد الصدر في حقيقة الجعالة هي عبارة عن ضمان الغرامة الحاصلة في التسبب إلى العمل.

والصحيح: أنَّ حقيقة الجعالة تختلف عن الضمان بالغرامة؛ وذلك لوجود فوارق تشهد بالغاية:

الأول: إستحقاق الأجرة في الجعالة تستند في نظر العقلاء إلى إلتزام الجاعل بها، بينما في باب ضمان الغرامة يستند دفع الأجرة في بنظر العقلاء إلى الطلب من الشخص من دون نية المجانية، فالطلب المفروض بعدم كون العمل المأتي به مجاناً هو الأساس في ضمان أجرة العمل ولو لم يلتزم بدفع المال إلى الحلاق مثلاً_ كما لو أنَّ

أحداً دخل عليه وطلب منه الحلاقة وبعد ذلك قال الطالب سوف لا أعطي له أجرة العمل مع أنه قيل بالعمل من دون المجانية_ فهنا يحكم العقلاء بدفع الأجرة إلى الحلاق، بينما في الجعالة ليس فيها طلب من الجاعل.

الثاني: الضمان بالغرامة يتحقق بشرط صدور طلب مني يحق من خلاله قيام الشخص بالعمل، بينما في باب الجعالة لا يشترط وجود الطلب، بل يتحقق الضمان لو تجبر عنه، وإنما يكفي الإذن في القيام بالعمل، فلو قال الجاعل: (أنا لا أريد خيطة ثوبى إلا أنه من خاطه فله كذا) فهنا تتحقق الجعالة، وأماماً الضمان بالغرامة كما إذا حلق الحلاق الزبون من دون طلب من الزبون، فهنا لا يوجد ضمان الغرامة ولا يجبر على الزبون دفع الأجرة، وعليه الضمان بالغرامة لابد فيه من الطلب، وأماماً الجعالة فلا.

الثالث: الضمان بالغرامة يتحدد بمقدار أجرة المثل، بينما في الجعالة قد يكون بأجرة المثل، أو عيناً خارجيةً أو في الذمة أو من نقد البلد أو أيٌّ نقد آخر.

الرابع: الجعالة تتحقق لو كان العمل فيه غرض عقلائي وإن كان بسيطاً لا مالية له فالجعالة مداها واسع يكفي كون الشيء يقصده العقلاء، كما لو كانت الجعالة على كلمة واحدة فأقول: (جعلت مالاً من صلٍ على محمدٍ وآل محمدٍ) بينما في ضمان الغرامة لا يكفي أن يكون العمل عقلائيًّا، بل لابد أن تكون له مالية عند العُرف، ففي المثال المذكور لا يتحقق لضمان الغرامة بمجرد الطلب.

هذه فوارق تكشف عن مغایرة باب الجعالة من جهة المضمون مع ضمان الغرامة. ويتتّبُّ على ذلك: بإمكان جعل مال في مقابل عملية الإقراض؛ لأن الإقراض

عملٌ ذو غرض عقلائي ويمكن أن يجعل في مقابلة شيء.

إذاً بمقتضى القواعد البناء على صحة التخريج المذكور وهو حلية أخذ الفائدة على أساس الجعلة. نعم، قد يُقال: بمقتضى النصوص هو عدم الجواز، فلاحظ صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليهما السلام: «من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلا مثلها، فإن جُوزي أجود منها^(١) فليقبل، ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متعاع يشترطه من أجل قرض ورقة»^(٢).

بتقريب: أنَّ الكلمة (الشرط) شاملةٌ لكلِّ إلتزامٍ مرتبطٍ بالقرض حتّى إذا كان من قبيل الجعلة عليه؛ فإنَّ الشرط بمعناه اللغوي^(٣)، يعمُّ مطلقاً أنحاء الإرتباط بين التزامين لا خصوص الإلتزام في ضمن التزام آخر، فيشمل الجعلة؛ لأنَّها التزام خارجٌ عن العقد.

وأمّا إذا قلنا إنَّ الكلمة (الشرط) هو الإلتزام في ضمن إلتزام، فهذه الصريحة لا تصلح لشمول عقد الجعلة؛ لأنَّ الجعلة إلتزامٌ خارجٌ عن ضمن العقد. هذا كُلُّهُ حول الرؤية الأولى حول الجعلة.

الرؤية الثانية: الجعلة معناها أنَّ الجعل الذي يفترضه الجاعل يثبتُ على أساس الضمان المعاوضي لا على أساس ضمان الغرامات كما في الأجرة على العمل؛ فإنَّ

(١) من قبيل أن تُعطى له هدية.

(٢) وسائل الشيعة، الحرم العاملی: ١٨ / ٣٥٧ / الباب ١٩ / الحديث ١١.

(٣) القاموس المحيط، الفیروزآبادی: ٢ / ٣٦٨

العامل يملك الأُجرة والمستأجر يملك العمل على أساس التسبيب في الضمان مع فارق هو أن العمل في باب الجُعالة هو الأساس في إستحقاق المجعل له الأُجرة بخلاف الإجارة؛ فإنه يستحق العامل الأُجرة بمجرد العقد، وعلى هذا الأساس تكون الجُعالة من الأمور العهدية التعلّيقية كالمال في السبق والرمائية؛ فإن المجعل له يستحق الأُجرة مشروط بإتيانه العمل، وهذا المعنى هو الموافق للبناء العقلائي، وهذه الرؤية الثانية مخالفة للرؤية الأولى التي أبدتها السيد الصدر عليه السلام من تخرج الجُعالة على أساس ضمان الغرامة، أو قل الطلب من الغير لا على وجه المُجانة. يوجب الضمان على الطالب.

أَمَا لِمَا الْبَنَاءُ الْعَقْلَائِيِّ يُصَوِّبُ الرَّؤْيَاةَ الثَّانِيَةَ دُونَ الْأُولَىِ؟

الجواب: الجُعالة تتحقق بمجرد الإذن في الإتيان بالعمل وإن لم يصدر طلب من الغير فلو قال: (أنا لا أطلب خياطة الثوب إِلَّا أَنَّهُ مِنْ خَاطِهِ فَلَهُ كَذَا)، بينما في باب ضمان الغرامة حتّى يتحقق ضمان الأُجرة لابد من شرطين رئيسيين هما:

- ١ - أن يقترن الضمان بطلب، وأن يكون مجردًا عن القرينة الصريرة في أن الطلب على نحو المُجانة.
- ٢ - أن يأتي المطلوب منه بالعمل لا على نحو المُجانة.

فإذا تم الشّرطان معاً فيستحق المطلوب منه أجرة المثل بشرط أن يكون العمل له مالية عند العُرف، وهذا بخلاف باب الجُعالة الذي لا يشترط فيه الطلب. فإذا الجُعالة شيءٌ والضمان بالغرامة شيءٌ آخر، للفروق التي ذكرناها.

التخريج السادس: البيع مع الضميمة

العميل إذا أراد أن يحصل على الفائدة الربوية يسلكُ هذا الطريق وهو: أن يبيع مائة ألف مع كتاب في مقابل الحصول على مائة ألف وعشرة إلى أجل مع إفتراض أنَّ الكتاب أقل قيمة من العشرة.

وهذا التخريج ذُكر أولاً في الربا المعاملٍ إلَّا أنَّ الفقهاء المعاصرين حاولوا الإستفادة منه فيأخذ الفائدة المصرفية، بل حتّى الفائدة مع القرض الشخصي.

ومستندُ هذا التخريج روایات عديدة، ومن جملتها صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج... قلتُ له: أشتري ألف درهم وديناراً بalfi درهم، فقال: «لا بأس بذلك إنَّ أبي كان أجراً على أهل المدينة مني، فكان يقول: هذا، فيقولون: إنَّما هذا الفرار، لو جاء رجلٌ بدينار لم يعطى ألف درهم ولو جاء بalf درهم لم يعطى ألف دينار وكان يقول لهم: نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال»^(١).

وتقرِيبُ الإستدلالُ بهذه الرواية مبنيٌ على التمسّك بالإطلاق، أي: كما تصحُّ هذه الطريقة في القرض من دون أجل كذلك تصحُّ مع الأجل.

ويُلاحظُ عليه:

أولاً: أنَّ موضوع الرواية المذكورة باب الصرف ويُشترطُ فيه التقابلُ في المجلس، والحالُ أنَّ التخريج يتحدّث عن البيع مع الضميمة حتّى حالة النسبيّة، وفي مثله لا يجري حكم بيع الصرف.

(١) وسائل الشيعة، الحر العاملٍ: ١٨ / ١٧٨ / الباب ٦ / الحديث ١.

وما يؤكّد ذلك: أن الصحيحَة المذكورة تحدّث عن بيع الصرف ومن شروطه التقادُم في المجلس، وهذه قرينةٌ واضحةٌ على كسر الإطلاق المدعى في الصحيحَة المذكورة.

ثانياً: أن بيع مائة دينار بضميمة كبريت بمائة وعشرين دنانير لمدة شهرين مثلاً في الحقيقة وبحسب بالإرتكاز العُرفي قرض قد أُليس لباس البيع فيكون من القرض الربوي المحرم؛ لأنّ المائز بين القرض والبيع في الإرتكاز العُرفي هو أنه في القرض ينظر المتعاقدان إلى مالية الشيء؛ لأنّ القرض هو تبديل المال الخارج بمثله في الذمة، وأمّا في البيع فالنظر متوجّه إلى الصفات والخصوصيات الشخصية للشيء، ولذا يُقال: البيع مبادلةٌ مالٍ بمالٍ، وحينئذٍ إذا وقعت معاملةٌ وكان توجّهها إلى الماليّة وإن كانت صورتها بيعاً، وأمّا إذا توجّهت إلى الصفات الشخصية فهو بيع، وبما أنّ بيع العملة بالعملة لا ينظر إلى شخص الورقة النقدية، وإنّما المعاملة ركزت على جهة الماليّة من النقود لا دينارية الدينار مثلاً، فالمقصود فيه هو الميزان المالي فهو قرض عُرفاً.

التخريج السابع: الفوائد غير الموصوفة بأنّها أضعافٌ مضاعفةٌ

إذ ذهب جملة من المحدثين إلى أنّ المحرم هو الربا المتصف بكونه أضعافاً مضاعفةً لا مطلق الربا، فإذا بلغت الفوائد أزيداً من الأصل يكون حراماً، أمّا الربا الذي ليس مضاعفاً كأن يجعل القرض بفائدة قليلة لم يؤخذ تحريمه من الكتاب وإنّما أخذ من القاعدة الأصولية القاضية بإعطاء القليل حكم الكثير وسدّاً

للذرائع

وهذا التفصيل مستفادٌ من قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَوْا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(١)، فهو يدلُّ على تحريم خصوص الربا الذي هو أضعاف مضاعفة لا مطلق الربا، فالمحرّم نوعٌ خاصٌ من الربا وهو الأضعاف المضاعفة، وأمّا الأربعة في المائة والخمسة في المائة والسبعة والتسعه فليست أضعافاً مضاعفةً وليس داخلاً في نطاق التحرير^(٢).

ويُلاحظ عليه:

أولاً: أنَّ هذا الوصف يُقصدُ به توضيح النتائج الطبيعية للنظام الربوي، فقد ذكر المفسرون في توضيح الآية الكريمة: (يكونُ للرجل فضل دين، فيأتيه إذا حلَّ الأجل، فيقولُ له: تقضيني أو تزيدني؟ ... فإنْ لم يكن عنده أضعفه في العام القابل، فإنْ لم يكن عنده أضعفه أيضاً، ف تكونُ مائة فيجعلها إلى قابل مائتين، فإنْ لم يكن عنده جعلها أربعين، يضعفها له كُلَّ سنة، أو يقضيه)^(٣).

ولعلَّ هذ ما تقتضيه طبيعة النظام الربوي الذي يستغلُ حاجةَ المدين وظروفه الضيقة التي قد لا تسمحُ له بالوفاء في الموعد المحدد ولا سيما في الأجواء الربوية التي قد تجعلُ الإنسانَ يستدينَ أكثرَ من طاقتة؛ لأنَّه يجدُ الدينَ سهلاً يوحي له

(١) آل عمران: ١٣٠.

(٢) فوائد البنك حلال أم حرام، عبد البر: ٧٩.

(٣) جامع البيان، الطبرى: ٤ / ١٢٠.

بالإمتداد، فيؤدي ذلك إلى استيفاء الدائن دينه أضعافاً مضاعفة.

وفي ضوء ذلك، نفهم من الآية الكريمة أنها ليست واردة في معالجة هذه الحالة بالذات، بل هي واردة بالإيحاء بالنتائج الطبيعية للنظام الربوي التي تمثل في تضييف المبلغ الذي يستدinya الإنسان إلى عدة أضعاف.

ثانياً: أن إختصاص الآية المباركة بها ذكر لا يوجب إختصاص حرمة الربا به؛

لأن قوله تعالى: **﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَمَ الرِّبَا﴾**^(١)، شاملة لجميع موارده.

فإن قلت: بناءً على أن الأصل في القيود أن تكون إحترازية فلابد من حمل المطلق

﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَمَ الرِّبَا﴾ على المقيد **﴿لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾**.

قلت: لا تنافي بين قوله تعالى **﴿وَحَرَمَ الرِّبَا﴾** وقوله تعالى **﴿أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾**؛ لأن ذكر بعض أفراد المطلق بحكم يوافقه ليس تقييداً له، وهذا يدل على أنه لم يقصد من قوله تعالى **﴿أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾** الدلالة على أنه إذا كان غير مضاعف فيحل أكله.

ثالثاً: من المحتمل ورود الوصف المذكور مورد الغالب، أي: نتيجة واقعية النظام الربوي، وليس شرطاً لحكم الحرمة ليقال بإن الحرمة تختص بالربا الفاحش الذي لا يقل عن الضعف.

رابعاً: أن تحرير الربا أضعافاً مضاعفة هي مرحلة من مراحل التحرير الجزئي

بالنهي عن ربا الجاهلية، ثم بعد ذلك جاءت المرحلة الأخيرة وهي التحرير المُكلي
بآيات سورة البقرة ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَتَقُولُوا إِنَّمَا وَدَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾^(١).

فبناءً على الرأي المذكور أن التحرير المُكلي للربا الفاحش، إنما هو مجرد مرحلة
تمهيدية لا يصح الوقوف عندها؛ إذ المعول عليه حينئذ تطبيق الحكم هو المرحلة
الأخيرة في التشريع التي تقتضي بالتحرير المُكلي الشامل^(٢).

ويُلاحظ عليه: أن الآيات المذكورة في ترتيب المراحل لا توحّي بالمرحلة فإننا
في الآية الأولى: ﴿وَمَا أَتَيْتُمْ مِنْ رِبًا لِيَرْبُو فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ﴾^(٣)
نجد بحسب السياق أنه بقصد الترغيب في الصدقة، باعتبارها أمر محبوب عند الله
تعالى والتشديد بالربا، باعتباره أمر مرغوب عنه، والآية الثانية: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَو
وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾^(٤) تدل على ذم اليهود بأخذهم الربا، فيوحّي هذا النهي بأنّ أخذ
الربا من الأمور التي حرّمها الله تعالى في كل زمانٍ ومكانٍ.
والآية التالية: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَو أَضْعَافَةً وَاتَّقُوا

(١) البقرة: ٢٧٨.

(٢) التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، وهبة بن مصطفى الزحيلي: ٣ / ٩٣ - ٥٩.

(٣) الروم: ٣٩.

(٤) النساء: ١٦١.

الله لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ^(١)، فإنّها واردةٌ في النهي عن الربا مطلقاً، فإنّ ذكر الأضعاف المضاعفة واردٌ في التأجج الطبيعية للنظام الربوي لا لشخص الشيء به. إذاً لم نجد في السرد القرآني للآيات دليلاً على ما ذكر.

التخريج الثامن: بيع المربحة

البنك بدلٌ من أن يفرض علاءٌ بفائدةٍ ربويةٍ لكي يقوموا بشراء حاجاتهم الشخصية أو التجارية، يقوم البنك بنفسه بشراء تلك الحاجات نقداً، ثم يبيعها عليهم بشمنٍ مؤجلٍ يتضمن ربحاً. وهنا توجّدُ أسئلةً ثلاثةً:

الأول: هل بيع المربحة الذي تقوم به البنوك هو بيعٌ حقيقيٌّ أو صوريٌّ؟ أي: هل هو بيعٌ أو فرضٌ؟

في مقام الجواب: إن كان ملزماً للطرفين (العميل والبنك) فالبيع باطلٌ من أساسه، وإن كان الطرفان بال الخيار فالمعاملة صحيحةٌ؛ لما دلَّ من النصوص على عدم وجود إلزام في البيع المذكور، فلا حظ صحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: سألتُ أبا عبد الله عائلاً عن العينة فقلتُ: يأتيني الرجل فيقول: أشتَر المتاع وأربح فيه كذا وكذا فأراوضه على الشيء من الربح فنتراضى به، ثم أنطلق فأشتري المتاع من أجله لو لا مكانه لم أرده، ثم آتى به فأبيعه، فقال: «ما أرى بهذا بأساً لو هلك منه المتاع قبل أن تبيعه إياه كان من مالك، وهذا عليك بال الخيار إن شاء اشتراه منك بعد ما تأتيه،

وإن شاء رده فلست أرى به بأساً^(١).

ثم نقول: إن السلعة إن لم تكن حقيقةً، بل كانت وهميةً فالعملية هي قرض بفائدة وهكذا إذا اشتري البنك المصرف السلعة للعميل فهو قد أقرض بفائدة، وأمّا إذا اشتراها لنفسه ثم باعها للعميل فهو بيعٌ مرابحةٌ.

الثاني: إذا لم يلزم العميل بشراء البضاعة من البنك وباعها البنك إلى ثالث بخسارة فمَن الضمان؟

قد يُقال: بوجوبها على العميل؛ وذلك لأنّ الشراء كان بأمرِه وطلبه كانت الخسارة على ذمته، وبذلك يتخلصُ البنك من مشكلة تراجع العملاء عن الوفاء بعهودهم مع البنك، فإنّ وعد الشراء منه وإن كان غير ملزم لهم إذا لم يكن شرطاً في ضمن عقد لازم، إلا أنّ قيام البنك بشراء السلعة والبضاعة لما كان بأمرِ منهم وطلبهم كان موجباً للضمان؛ فإنّ الأمر بالعمل الذي له قيمة مالية بنفسه موجبٌ للضمان؛ لأنّ ملاكَ الضمان في باب الجعالة، باعتبار أنّ الضمان فيه ضمان الغرامة لا ضمان المعاوضة^(٢).

ويُلاحظ عليه: ما تقدّم من الفارق بين ضمان الغرامة وبين الجعالة عند الحديث عن رؤية السيد الصدر^{فقيه} لحقيقة الجعالة فراجع.

الثالث: ما الفارق بين المربحة القديمة والمربحة المصرفية الحديثة؟

(١) وسائل الشيعة، الحر العامل: ١٨ / ٥١ / الباب ٨ / الحديث ٩.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٧١ و ٢٧٠.

الفرق يظهر من وجوهٍ

- ١_ السلعة في المربحة القديمة موجودة عند البائع، أما في المربحة المصرفية فالسلعة غير موجودة عند البائع.
- ٢_ الشمن معلوم في المربحة القديمة معلوم في المجلس، أما في المربحة المصرفية ليس كذلك؛ لأن المصرف لم يشتري السلعة ولم يعرف ثمنها.
- ٣_ في المربحة القديمة يكون البائع قد اشتري السلعة لنفسه سواء للإنجبار بها أو للإنتفاع وقد يمضي وقتٌ بين شرائها وبيعها، أما المربحة المصرفية فلا يشتري البنك السلعة إلا بناءً على طلب العميل ووعلده بالشراء.
- ٤_ المربحة القديمة الشمن قد يكون حالاً أو مؤجلاً، أما المربحة المصرفية فالغالب يكون الشمن مؤجلاً.

محاولة لضبط التخريجات المتقدمة:

يمكن أن نذكر وجهاً عاماً لعدم جواز أخذ الفائدة من البنوك الأهلية دون إختصاصه بتخريج دون آخر، وهذا الوجه العام يشكل معياراً في قبول أو رفض أي تخريج مدعى سواء كان هذه التخريجات الستة المذكورة أم غيرها، ولكن يتبين لنا مدى إنسجام تلك التخريجات مع البيان الكلي أو عدم إنسجامها لابد من الإلتفات إلى مقدمتين:

المقدمة الأولى: تُوجَدُ وراء السبب، أي: (اللفاظ العقد) ثلاثة أغراض للعقد.

الأول: الغرض العقدي: وهو عبارة عن الغرض الذي يتميّز به كُلُّ نوعٍ من

أنواع المعاملة عن الآخر، فالغرض من عقد البيع هو التسلط على المالين، ومن عقد الإيجارة هو التسلط على المنفعة، ومن عقد الوديعة هو الإستيانة في الحفظ، وهكذا يشترك جميع العقلاء في كُلّ نوع من أنواع هذه العقود.

الثاني: الغرض النوعي الخارجي: وهو عبارة عما يشترك فيه العقلاء في نوع العقد لا ما يتميّز به كُلّ نوع من العقد عن الآخر، فقد يشترك نوعان من العقد في غرض نوعي خارجي كما في (إبراء وهبة من عليه دين لي) فقد تحقق تخلص الذمة بهذين النوعين من العقد.

الثالث: الغرض الشخصي الخارجي: وهو عبارة عن الغرض الذي لا يُراد به تمييز كُلّ نوع من الآخر، كما في الأول ولا يُراد به إشتراك نوع العقلاء بالغرض الكُلّي كما في النوع الثاني، وإنما يُراد به معرفة الحاجة وراء هذا العقد، فالذى يشتري كتاباً فقد يكون غرضه المطالعة به ولشخص آخر الإقتناء ولشخص آخر للتجارة به وهكذا.

فإذا إتّضح ذلك فنقول: لا إشكال في خروج الغرض الشخصي الخارجي عن قوام المعاملة. نعم، الغرض النوعي الكُلّي يُمثل حيّةً تقيديةً في المعاملة فتلف المال قبل قبضه كما قيل: هو من مال بائعه، وبناءً عليه يكون تخرّيج فساد العقد على طبق القاعدة بلا حاجة للتمسّك بالرواية الضعيفة في هذا المجال؛ وذلك لأنّ الغرض النوعي الكُلّي من البيع هو التسلط على المال، فإذا لم يحصل ذلك بسبب التلف فلا بيع ولا معاملة، وهذا قال بعض الفقهاء: إنّ العقد على الرضيعة باطلٌ في نفسه؛

وذلك لعدم إمكان حصول الغرض النوعي **الكلي** من هذا العقد وهو الإستمتعان.

المقدمة الثانية: النهي المتوجّه إلى المعاملة تارةً يتعلّق بالسبب (الإيجاب والقبول)، وأخرى بالغرض العقدي، وثالثاً بالغرض النوعي الخارجي، وهذا الإختلاف في متعلق النهي يرجع بحسب مناسبات الحكم والموضوع، فقد يتعلّق النهي بحسب تلك المناسبة بخصوص السبب (الإيجاب والقبول) كما في قولنا: (لَا تَبْعَدْ وَقْتَ النَّدَاءِ) فالنهي يرجع إلى خصوص السبب؛ لنكتة أنّ البيع يُؤثّر على التوجّه الديني في هذا اليوم، وقد تقتضي تلك المناسبة توجّه النهي إلى الغرض العقدي كما في النهي عن بيع الشفعة، فنكتة هذا النهي هو أنّ هذا الحق المذكور لا يُقابل بالمال، وقد تقتضي المناسبات تعلّق النهي بالغرض النوعي الخارجي كما في باب الربا؛ لنكتة أنّ أخذ الزيادة عند القرض يستلزم المفاسد وتسلّط إنسان على آخر.

ثم نقول: إنّ النهي المتوجّه إلى السبب أو الغرض العقدي أو الغرض النوعي **الكلي** يُتصوّر على ثلاثة أنحاء:

الأول: أن لا يكون النهي إرتكازياً، فيُقتصر على مورده ولا نتعدّى إلى الغير، وهذا النحو وجوده في المعاملات نادرٌ من أجل أنّ المعاملات ترجع إلى أمور إرتكازية لا قضايا تعبيدية.

الثاني: أن يكون النهي متعلّقاً بأمر إرتكازي إلا أنّه لا نتحمل الإختصاص بمورده، ولا يمكن التعدّي إلى غير المورد؛ لعدم وجود إرتكاز يقضي بعدم الفرق بين هذا المورد وذاك.

الثالث: أن يتعلّق النهي بأمر إرتكازي إلا أنّه لا نتحمل الإختصاص في مورده،

ويُمكّن التعدّي إلى غير المورد من أجل إرتكازية عدم الفرق بين المورد المخصوص وبين غيره، وهذا ليس بالقياس في شيء؛ فإنّ القياس يعتمدُ على التعدّي من المخصوص إلى غيره ب مجرد الإحساس الخارجي بعدم الفرق، بينما فيما نحنُ فيه التعدّي من جهة إرتكازية عدم الفرق، وهذا الأمر الإرتكازي يولدُ ظهوراً ثانوياً في الدليل فينعقدُ إطلاقُ أو عمومُ فيه، نظير ما لو قيل لك: (لو سقطت ميّة في الحب الموضوع أمام المسجد فأرقه) فإنّ شغل الفقهاء يتوجّه إلى إلغاء خصوصية الماء الموضوع في الحب وكونه أمام المسجد فإنّ هذه الخصوصيات ملغية من جهة الإرتكاز بعدم الفرق في تلك الموارد.

فإذا عرفنا أنّ النهي المتوجّه إلى السبب أو الغرض العقدي أو الغرض النوعي الخارجي على ثلاثة أنحاء، وبعد إستبعاد النحو الأول لندرة التعدّي في الجانب المعاملاتي فيدورُ الأمرُ بين النحوين الثاني والثالث، أمّا النحو الثاني هو كون النهي على أمر إرتكازي، ولكن إرتكازية عدم الفرق غير موجودة، فيقتصرُ على مورده الخاص، ويُمكّن التمثيل بمثالين:

الأول: ما لو نهى الشارع عن البيع يوم السبت فلا يستفادُ من النهي المذكور هو نهيٌ عن الصلح أيضاً؛ لعدم وجود إرتكاز يقضي بعدم الفرق، بل إرتكاز الفرق موجودٌ بين البيع والصلاح، وهكذا لو نهى الشارع عن بيع الغرر أو عن البيع مع التعليق أو مع عدم معلومية العوضين أو بغير الماضي؛ فإنّه لا يمكن تعددية النواهي المذكورة إلى باب الصلح؛ لعدم وجود إرتكاز يقضي بعدم الفرق، وإن كان

الإرتكاز للنهي في باب البيع موجود؛ إذ لعل الشارع عندما نهى عن هذه الأمور في باب البيع من أجل أن لا يصل الأمر بين المتعاقدين إلى الشجار بينهما، إلا إن هذا لا يعطي إرتكاز بعدم الفرق إلى باب الصلح أيضاً؛ وذلك من المحتمل أن الشارع أراد أن يحكم بعض العقود دون الآخر، فإذا كان هدف المتعاملين العقد المحكم ذهبا إلى البيع، وإنما ناسبيهما العقد الثاني وهو الصلح.

الثاني: ما لو نهى الشارع عن هبة الدين لمن عليه، فلا يمكن تعددية النهي إلى إبراء الدين على من هو عليه؛ وذلك لإحتمال أن الهبة في مورد من عليه الدين غير معقولة عند الشارع بخلاف مسألة الإبراء؛ فإنها معقوله، وهذا معناه أن الغرض العقدي في نوع مختلف عن الغرض العقدي من نوع آخر.

وأما النحو الثالث وهو ما إذا كان النهي إرتكازياً، إلا أنه يتعدى إلى غير مورده من أجل وجود إرتكاز يقضي بعدم الفرق بينهما، فيمكن التمثيل بمثالين:

١ - النهي عن البيع وقت النداء يوم الجمعة، فهنا لا نحتمل بحسب المناسبات المركوزة أي خصوصية للبيع؛ لأن المركوز عندنا في النهي المذكور شغل البيع عن العبادة، وهذا يتحقق في باقي أنواع المعاملات كالصلح، وعليه يمكن أن نتعدى إلى الصلح.

٢ - نهي الشارع عن البيع مال الغير من دون رضاه، ونكتة النهي هي حرمة التسلط على مال الغير، وهذه تعم أيضاً هبة مال الغير والتصالح على مال الغير، للإرتكاز القاضي بعدم الفرق.

إذا اتضحت هاتان المقدمتان، فالشارع حينما نهى عن الربا فالمقصد الأصلي

من النهي المذكور هو على الغرض النوعي الخارجي، وهذا الغرض تارةً يقتصر على مورده ولا يتعذر إلى غيره، وأخرى يتعدى إلى غيره، فنقول: إنّ الغرض النوعي في الربا القرضي هو إلزام الغير بدفع الزيادة، وهذا الإلزام نقصد به سخّ غرض يقتضيه طبع المعاملة.

أمّا إذا كان طبعُ المعاملة لا يقتضي الإلزام بدفع الزيادة، فأيضاً لا تأتي مسألة الربا القرضي وتوضيح ذلك:

إنّ المتعاملين في باب الربا القرضي قد تحصلُ الزيادةُ بينهما، ولكن من دون أن يتضمّن نوع العقد الزيادة المذكورة، كما لو باع شخص بأقل من ثمنه وإشترط على المشتري أن يبيعه عليه بأقل منه، فهنا الروايات فصلت بين أن يشترطُ على المشتري إرجاع المبيع بالبيع الثاني، وبين أن يترك المجال للمشتري في أن يبيع ثانياً.

فعلى الثاني لا يتضمّنُ العقدُ المذكور الزيادةَ بحسب نوعه؛ إذ لعلّ شخص المتعاملين مارسا هذه الطريقة لأجل حاجة البائع إلى الثمن، فهنا الزيادةُ قد حصلت إلا إنّ الزيادة لم يقتضيها نوع العقد؛ وإنّما زيادة شخصية حصلت من المتعاملين، وهذا بخلاف ما لو إشترط البيع عليه من جديد فهنا نوعُ العقد إقتضى الزيادة.

وأمّا إذا كانت الزيادةُ الملزمُ دفعها للطرف الآخر يقتضيها نوعُ العقد فتدخل تحت النهي المذكور من دون خصوصية المورد دون آخر _ فمثلاً _ عندما ذكرنا بعض التحريجات أن نبيع بعملة وتسديد بعملة أخرى مع الزيادة، فهنا الغرض النوعي وهو الطلب بالزيادة من الآخر، فهنا طلبُ الزيادة الذي هو المقصود مما دلّ على

تحريم الربا والعقلاء لا يفرقون في تحريميه بين مورد وآخر، فهذا هو الأساس الفنى

لبطلان كل التحريجات التي قامت لأخذ الفائدة الربوية.

الخلاصة: أن دفع الزيادة للبنوك الأهلية بأي عنوان كان محل إشكال.

القسمُ الثاني:

البنوكُ الحكوميةُ

ذكر السيدُ الخوئي عليه السلام يجوز دفعُ الفائدة إلى البنوك الحكومية، على أساس أنّ المعاملة لم تكن على أساس القرض؛ لأنّه يُشترطُ فيه أن يكون الدافعُ مالكاً، وإنما أخذ المال منهُ من جهةٍ مجهولةٍ المالك، وحيثُنَدَ الزيادة التي يدفعها الشخصُ إلى تلك البنوك من بابٍ أنه لا يسعه التخلف قانونياً عنها لا من باب الزيادة الربوية^(١). وهذا الكلامُ يتوقفُ على تنقّيح كُبرى لم يتمّ التعرّض لها بشكلٍ مفصّلٍ وهي: أنّ الدولة هل هي مالكة أو لا؟ وإذا لم تكن مالكة فما هي مصير الأموال التي تقع بأيدينا، هل يُتعاملُ معها على نحو مجهول المالك أو على نحو المباح؟ فالكلامُ يقعُ في مقامين:

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤٠٧ / المسألة ٤.

المقام الأول:

تحقيق الحال في مالكية الدولة

وقع الخلافُ بين الفقهاء في مالكية الدولة كمصدق بعْد قابلية العنوان للملكية في الجملة، فإنَّ ملكية العنوان في الفقه الإسلامي ثابتةٌ في بعض مصاديقها ولها مصدق آخر كالدولة، والسؤال هل المصدق (الدولة) التي داخلة ضمن العنوان تملك أو لا؟ بعد الفراغ عن مالكية بعض مصاديق العنوان، كالمسجد والقراء وعنوان العلماء، فإنَّ الملاحظ أنَّ دائرة الملكية لدى العقلاء أصبحت بالتدريج أوسع بكثير من دائرة الأشخاص منبني آدم وشملت الأعيان الخارجية من ناحية، وعنوانين عاممة تُشيرُ إلى طائفة من الناس من ناحية أخرى وهي التي نصَّ الشارع عليها، وأخيراً عناوين معنوية إعتبرية بحثه من ناحية ثالثة كعنوان الدولة، ويُصطلحُ عليها بحسب القوانين الوضعية بالشخصية المعنوية أو الشخصية الحقوقية في مقابل الشخصية الحقيقة التي يُرادُ بها الفرد الإعتبري من الإنسان حين يصبحُ له علاقة بأيٍّ معاملة وتسُمى (الشخصية الحقيقة) والأولى تسُمى (بالشخصية الحقوقية).

والمائزُ بين العنوانين: أنَّ الشخصية الحقيقة تتقوّم بفرد معين، بخلافه في الشخصية الحقوقية فهي كيانٌ عُرفيٌ مستقلٌ عن الأفراد.

وتنقسم الملكية الشخصية على قسمين:

- ١ - منها ما يرجع إلى الشخصية الحقيقة، كما في البنوك الأهلية؛ فإنّها ليست لها شخصية معنوية وليس لها ذمة ولا ممتلكات، وإنّما الموجود هم الأشخاص المشتركون وهم أشخاص حقيقيون لهم ممتلكاتهم وذمّهم.
- ٢ - ومنها ما لا يرجع إلى الملكية الحقيقة، بل يبقى على ملكية العنوان، كما في البنوك الحكومية أو في البنوك المشتركة.
وعلى أيّ حالٍ، وبعد قابلية تملك العنوان في الفقه الإسلامي إلّا إنّ مجرّد هذه القابلية لا يكفي كدليل على ملكية جميع مصاديق العنوان، ومن هنا لابد من وجود دليل لإثبات ملكية الشخصيات المعنوية، وبهذا الصدد يُمكّن أن نذكر الأدلة الآتية:

الدليل الأول: التمسك بالارتكاز العقلائي الممضى شرعاً:

بتقريب مركب من مقدمتين:

- ١ - إنّ السيرة العقلائية الجارية في الخارج على ملكية مصاديق خاصة للعنوان أمر ثابتٌ وما لا ريب فيه؛ فإنّ العُقلاة يملّكون الفقراء مثلاً؛ لأنّ الفقراء مصادق للعنوان، ويملكون الوقف كما لو وقف على العلماء وهكذا.
- ٢ - إنّ هناك كلام في علم الأصول في أنّ الإمضاء الثابت بعدم الردع هل يختص بالقدر المترجم للعمل وقتنٍ أو يشمل المقدار الذي كان كامناً بالإرتكاز العقلائي وإن لم يُترجم بالعمل في ذلك الزمان، أي: هل إنّ الإمضاء يتعلّق بالعمل

الصامت أو يتعلّق بالنكتة الإرتكازية من وراء هذا العمل؟

ومثاله: التملك بالحيازة التي هي مركوزة في أذهان العُقلاء، وقد ترجمت في زمن المعصوم عليه السلام في العمل بمقدار الحيازات الجزئية التي يقدر عليها الفرد غير المسلاح بالأدوات الحديثة _ كحيازة الحطب والأعشاب _ وقد سكت الشارع عنها ولم يرد، فهل هذا إمضاءً ملكية الحيازة بالمقدار المتعارف وقتئذ فحسب أو إمضاءً لأصل إرتكاز ملكية الحيازة بعرضها العريض؟ فالحيازات الواسعة التي تقعُ اليوم بالوسائل الحديثة _ من قبيل حيازة النفط والغاز والطاقة الكهربائية _ وإن لم تكن موجودة في عصر المعصوم عليه السلام لكنها لو كانت قد وجدت لحكم العُقلاء وقتئذ بحصول الملكية على أثرها؛ لأنّ القاعدة المرتكزة لديهم في ذلك أوسع من المقدار الواقع خارجًا في ذلك الزمان، وضيق دائرة التملك بالحيازة كان ناتجًا عن ضيق القدرات لا ضيق الإرتكاز.

وعلى أيّ حالٍ، فهل يشمل الإمضاء المنكشف بعد الردع هذا الإرتكاز بعرضه العريض أو لا؟

الجواب: إختار السيدُ الخوئي عليه السلام تعلّق الإمضاء بالعمل الخارجي^(١)، بينما إختار السيدُ الصدر عليه السلام تعلّق الإمضاء بالنكتة الإرتكازية^(٢)، وبناءً عليه أنّ أصل الملكية والذمة والمعاملات وما شابه ذلك هي من الأمور الإرتكازية لدى العُقلاء

(١) التنقيح في شرح العروة الوثقى، أبو القاسم الخوئي: ٢ / ٢٧٣.

(٢) بحوث في شرح العروة الوثقى، محمد باقر الصدر: ٤ / ٢٤٦.

والمعمول بها في زمن الموصوم عليه في حدود الشخصيات الحقيقة بعرضها الواسع، وفي حدود الشخصيات الحقيقة في الجملة وفي دائرة ضيق، ولكن ضيق دائرة كان نتيجة عدم التعرّف وقتئذ على المصاديق المعاصرة لها ولو إنفتوا إليها لأعترفوا بها ورتّبوا عليها أحكاماً.

إذاً أصل الإرتکاز يكونُ أوسع من المقدار المعمول به وقتئذ وقد سكت الشارع بكلّ دائرة الإرتکاز كما هو الحال في مثال ملكية الحيازة تماماً.

وأشكّل السيدُ الحائرِي (حفظهُ اللهُ) على هذا الدليل بإشكالات ثلاثة:
الإشكال الأول: مسألة تعلق الإمضاء بالنكتة الإرتکازية التي على ضوئها تعميم الحكم الى المصاديق المستحدثة تتمُّ إذا حصلت التوسيعة في المصاديق نفسها دون التوسيعة في أصل الإرتکاز، وعليه القائلون بتعلق الإمضاء بالنكتة فصلوا بين قسمين من هذه النكتة التي أمضها الشارع:

الأول: أن التوسيعة إذا حصلت في المصاديق، فيُمكّن تعميم النكتة الى المصاديق الجديدة، وهذا منوطٌ بإجتماعُ أمور ثلاثة:

١ - أن يكون هناك حكمٌ إرتکازِيُّ.

٢ - أن يكون لهذا الحكم الإرتکازِي موضعٌ كان يتمثلُ في بعض مصاديقه في زمن الموصوم عليه ثم تتمثلُ في زماننا في مصاديق جديدة.

٣ - إن هذا المصدق الجديد لابد أن يكون مصداقاً حقيقياً وتكوينياً لذلك الموضوع وإن لم يوجد مثله في ذلك الزمان.

وهذه الأمور الثلاثة نجدها مجتمعةً في مثال الحيازة؛ فإن الملكية حكمٌ مرتکزٌ

في ذهن العُقلاء هذا الأمر الأول، وإنَّ الموضوع المذكور (الحيازة) كانت له مصاديق متواجدة في زمن المعصوم عليه السلام هي الحيازة المختصة باليد أو بالأدوات اليدوية، ووُجِدَت مصاديقٌ جديدةٌ وهي الحيازة المفصلة وبالوسائل الحديثة وهي مصاديق حقيقة وتكوينية للحيازة، وهذا الأمر الثالث.

فهنا يُمْكِنُ أنْ يُقال: إنَّ الحِكْمَةَ بِالْمُلْكِيَّةِ يَثْبُتُ هَذَا الْمُصْدَاقُ الْجَدِيدُ؛ لِأَنَّهُ كَامِنٌ فِي الْحِكْمَةِ الْإِرْتِكَازِيِّيِّ الَّذِي كَانَ ثَابِتًاً وَكَانَ الضَّيْقُ فِي الْمُصَادِيقِ لَا فِي الْإِرْتِكَازِ نَفْسَهُ، وَهَذَا الْقَسْمُ الْأَوَّلُ وَالَّذِي عَلَى ضَوْئِهِ يُمْكِنُ تَعْمِيمُ النَّكْتَةِ إِلَى الْمُصَادِيقِ الْجَدِيدَةِ.

الثاني: إذا إفترضنا أنَّه لا يُوجَدُ مُصَدَّاقٌ حَقِيقِيٌّ وَتَكَوينِيٌّ لِذَلِكِ الْعَنْوَانِ، وَلَكِنَّ الْعُقلاءَ تَوَسَّعُوا إِمَّا بِالْحِكْمَةِ نَفْسِهِ أَوْ تَوَسُّعُوا فِي إِعْتِبَارِ هَذَا الْمُصْدَاقِ مُصَدَّاقًا لِذَلِكِ الْعَنْوَانِ، فَهُنَّا لَا يُمْكِنُ إِسْرَاءُ الْحِكْمَةِ الثَّابِتَةِ عَلَى بَعْضِ الْمُصَادِيقِ إِلَى الْمُصَادِيقِ الْجَدِيدَةِ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ قَبْلِ التَّوْسُعِ فِي الْإِرْتِكَازِ نَفْسَهُ، وَلَيْسَ مِنْ قَبْلِ التَّوْسُعِ فِي الْمُصَادِيقِ، وَيُمْكِنُ التَّمثِيلُ لِهَذَا الْقَسْمِ الثَّانِي مِنَ التَّوْسُعِ فِي الْإِرْتِكَازِ لَا فِي الْمُصْدَاقِ بِمَثَالٍ:

الأول: إفتراضي، فلو فرضنا أنَّ العُقلاءَ حَكَمُوا أَخِيرًا بِأَنَّ مِنْ أَشْعَلِ مُصَبَّحًا وَإِتَسَعَ نُورُهُ عَلَى الْأَجْسَامِ فَقَدْ مَلَكَ تَلْكَ الْأَجْسَامِ.

وَهَذَا الْحِكْمَمُ إِمَّا بِمَعْنَى تَوْسِيعِ لَنْطَاقِ الْحِكْمَةِ وَهُوَ (الْتَّمْلِكُ) أَوْ بِمَعْنَى فَرْضِ وَقْوَعِ أَشْعَعَةِ الْمُصَبَّحِ عَلَى جَسَمٍ مِنَ الْأَجْسَامِ فَيَكُونُ مُصَدَّاقًا مِنَ الْمُصَادِيقِ الْحِيَازَةِ جَعَلًاً وَاعْتِبَارًاً، فَفِي هَذِهِ الْحَالَةِ لَا يُمْكِنُ تَعْمِيمُ الْحِكْمَمِ إِلَى الْمُصَادِيقِ الْجَدِيدَةِ؛ وَذَلِكَ

إمّا أنّ يستند التعميم في توسيعة الحكم نفسه، فالأمر واضح؛ لأنّ هذا حكمٌ جديدٌ للعقلاء ولم يكن مستبطناً في الإرتكاز السابق، أو التعميم من أجل فرض جعل إنتشار الضوء سبباً للحيازة في الإعتبار، وهذا أيضاً لا يعطي التعميم فلئن روح الاعتبار إذا أُريد أن يكون مفيداً عقلائياً إنّما هو في توسيع الحكم، وهذا معناه حكمٌ جديدٌ للعقلاء غير مستبطن للإرتكاز السابق.

الثاني: الحقوق الجديدة كحق الإبتكار وحق التأليف، فإنّ هذه الحقوق وقع الكلامُ فيها هل هي مضادة ومحترمة عند الشارع أو لا؟

فقد يُقال -بناءً على تعلق الإمضاء بالنكتة- بدخول هذه الحقوق تحت (الناسُ مسلطون على أموالهم).

إلا أنّ الصحيح إنّ هذه التوسيعة التي حصلت عند العقلاء لهذه الأمور ليست من قبيل التوسيعة في المصاديق، وإنّما من التوسيعة في الإرتكاز، فلا يشملها مبني تعلق الإمضاء بالنكتة الإرتكازية؛ لأنّ هذا الإرتكاز لم يكن موجوداً في عصر المقصوم عليهما.

إذا اتضح هذا فنقول: إنّ الملكية التي يُراد إثباتها بالإرتكاز هي الحكم و موضوعها الموجود في زمن المقصوم عليهما كان عبارة عن الشخص الحقيقي وبعض الشخصيات الحقوقية، وأمّا مثل الشخصية المعنوية كشخصية الشركة القانونية أو الجمعية أو المؤسسة أو الدولة لم تكن أعتبرت في ذلك الزمان شخصية حقوقية؛ إذ لم تكن خاطرة على بال أيّ أحد، فإعتبرها في يومنا هذا شخصية حقوقية يرجع بروحه إلى توسيع جديد لدائرة الحكم والإرتكاز لا في توسيع دائرة المصاديق، فلا

ينطبق عليها الضابطُ المذكور.

خلاصة الإشكال الأول: إن القائلين بأن الإمضاء يتعلّق بالنكتة عليهم أن يفرقوا بين نحوين من التوسيع، التوسيع في المصاديق مع أن النكتة عامة، فأي مصاديق جديد يدخل في تلك النكتة التي أمضها الشارع، وبين التوسيع في الإرتكاز نفسه بمعنى يوجد إرتكاز جديد غير الإرتكاز السابق، وهذا الإرتكاز لم يكن بمرأى وسمع من الشارع، فكيف يُقال: إن الشارع أمضى الأمر الإرتكازي إذا لم يكن موجوداً؟ ومالكيّة الدولة من هذا النوع، وعليه فالدولة لا تملك على مبني هذا المستشكل^(١).

ويُلاحظ عليه: السيرة العقلائية بعد إعترافه بقيام على ثبوت الملكية لبعض الشخصيات الحقيقية أو المعنوية من قبيل تملك القراء أو ملكية الإمام عثيّلاً أو التملك بالوقف وبعد الإعتراف بوجود الملكية لهذه العناوين فلا فرق إذاً بينها وبين مصاديق مالكيّة الدولة، فإن السيرة قد جرت على ملكية العناوين والشارع حدد مصاديق تلك العناوين، فالدولة هي مصاديق أيضاً لذلك العنوان الذي أمضاه الشارع، وعليه فليست التوسيع حاصلة في الإرتكاز نفسه، وإنما التوسيع قد حصلت في مصاديق جديدة لذلك العنوان الذي أمضاه الشارع.

وبكلمة مختصرة: بعد القول بوجود ملكية العنوان والشارع ذكر مصاديق عدّة لذلك العنوان الممكّن، فالسيرة العقلائية طبّقت تملك العنوان على بعض المصاديق

(١) فقه العقود، كاظم الحائرى: ٩٢.

دون الأخرى، فهذا لا يعني عدم وجود إرتكاز على تملك هذا المصدق (الدولة) وإندراجه ضمن تملك العنوان، إنما نشأ من جهة أن هذا المصدق ليس له وجود؛ لعدم الحاجة إليه في السابق، وإلا لو كان هذا المصدق وهو الدولة موجوداً لالتفتوا إليه واعترفوا به ورتبوا عليه الأحكام.

إذاً أصل الإرتكاز الذي أمضاه الشارع لملكية العنوان أوسع من مصاديقه الخارجية.

وبعبارة أكثر وضوحاً: لو فرضنا أنه لا يوجد في الفقه ملكية العناوين لصحيح إشكال السيد الحائز وأن هذه التوسيعة تكون في أصل الإرتكاز فمن إرتكاز ملكية الأفراد إلى إرتكاز ملكية العناوين هذه توسيعة في الإرتكاز، هنا يتم كلامه، ولكن كلامنا يعترض بوجود ملكية للأفراد والعناوين، غاية الأمر في العناوين يوجد فيها أفراد مثلاً الدولة لم تكن موجودة؛ لعدم التفات الناس إليها كالشركات أو المؤسسات الخيرية أو الدولة، وعندما وجدت في هذا الزمان، فنقول إن هذه مصاديق جديدة دخلت تحت عنوان عام وتحت الإرتكاز العام الأول الثابت والممضى من قبل الشارع.

الإشكال الثاني: لو غضبنا النظر وافتراضنا هذه الشخصيات الحقوقية من الأمور الإرتكازية، أي: سلمنا بوجود توسيعة جديدة في المصاديق إلا أننا نحتاج إلى دليل بدخول كل مصدق تحت الإرتكاز الأول الممضى من قبل الشارع، ولا نحتاج إلى دليل على عدم ذلك، بل الذي يقول إن هذا المصدق موجود هو الذي

لابد له أن يأتي بدليل^(١).

ويُلاحظ عليه: أن فكرة تعلق الإمضاء بالنكتة التي إستفادها من إستاذه السيد الصدر^ر لم تتحدد عن التوسيع في الأفراد بخصوصياتها وتفاصيلها، وإنما يكفي أن يكون هناك إرتکاز عاًم وتحته مصاديق متداولة في زمن الشارع، ثم أثناء عملية التطور تحدث مصاديق جديدة مندرجة تحت الإرتکاز العام، وعليه فلسنا بحاجة إلى إثبات خصوصيات وتفاصيل تلك المصاديق الجديدة، وإلا لعجز عن إثبات الحيازة للمصاديق الجديدة كحيازة الغاز والنفط، مع أنه يتمسّك بالإمضاء المتعلق بالنكتة لدخولها في الإرتکاز العام من دون أن يُبرهن على وجودها في ذلك الزمن.

الإشكال الثالث: الشخصيات الحقيقة ليست عقلائية بحثه، بل فيها عنصر من تشريع المشرع الوضعي في رأي أصحاب القانون، والمشرع (الدولة) لا العقلاء فقط؛ فإنهم (المشروعون) يشترطون في الشخصيات الحقيقة مطابقتها لتشريعات الدولة وشروطها التي قد تختلف من دولة إلى أخرى.

ويُلاحظ عليه: يوجد خلطٌ بين عالم الشبوت وعالم الإثبات، فالكلام عن عالم الشبوت وأن الإمضاء المتعلق بالنكتة الإرتکازية يشمل جميع المصاديق الثابتة سابقاً والمستحدثة أخيراً، فمن الناحية الشبوتية يمكن تصوير تعلق الإمضاء بالصاديق الجديدة، وأماماً في عالم الإثبات قد تحتاج هذه المصاديق الجديدة إلى تقنيات وهو مختلف من دولة إلى أخرى، وهذا لا يؤثّر على محل البحث؛ إذ يكفينا أن ثبت وجود إمضاء

(١) فقه العقود، كاظم الحائرى: ١ / ٩٤.

للمصاديق الجديدة بحسب عالم الثبوت، وتبقى المصاديق الجديدة تحتاج إلى تقنين ونظام معين، فحتى وإن دخل مثل الغاز والنفط ضمن النكتة، ولكن لا يحق لكل أحد أن يمتلك هذه الأمور إلا عن طريق النظام والتقنين الوضعيين، وعليه تبقى هذه الأمور عقلائية ولا ينافيها تشريع القوانين أو النظام.

النتيجة: الدليل الأول وهو التمسك بالإرتكاز العقلائي ثابت وتم.

الدليل الثاني: ما يقبل الملك يقبل ترتيب الآثار ارتكازاً

وهذا الدليل مركب من مقدمتين:

الأولى: الشارع بعد أن أمضى الإرتكاز، أي: النكتة النوعية والتي على أساسها دخلت المصاديق الجديدة ضمن الإرتكاز العام، فلا نواجه المشكلة السابقة على الدليل الأول إلا أن الكلام في المصاديق القديمة قد إختصت بآثار معينة كيف ثبت ترتيب تلك الآثار على المصاديق الجديدة؟ وهذا ما تتكفله المقدمة الثانية.

الثانية: إننا قد نملك دليلاً على صحة الوقف على المسجد كعنوان، وقد نمتلك دليلاً يدل على مالكيته كلي الفقير للزكاة، ولكن لا نمتلك دليلاً لفظياً يدل على صحة هبة شيء للدولة أو صحة إقراض الدولة مالاً أو نحو ذلك، ويمكن علاج هذا النقص بأن يقال:

إن الإرتكاز العقلائي يحكم بأن الشخصية الحقوقية لا تنفك فما يقبل الملك يقبل الإستدامة وما يقبل الوقف عليه يقبل الهدبة، فبامضاء هذا الإرتكاز بعدم الردع تثبت كُل الأحكام والآثار الحقوقية للشخصيات التي كانت في زمن المعصوم عليه السلام،

بل إنّ هذا البيان لو تمّ لأمكن إثبات جميع الشخصيات الحقوقية به حتّى التي لم تكن موجودة في زمن المعمول عليه.

وأورد السيد الحائرى (حفظه الله) عليه: بأنّ إرتکاز عدم التفكير في الشخصيات الحقوقية من ناحية الآثار غير واضح إلّا في عنوان طبق بالفعل على إنسان فأصبح الإنسان مالكاً لما يملكه العنوان كعنوان الإمام عليه المنطبق على شخص الإمام نملؤ بذلك ممتلكات العنوان (عنوان الإمام) فهذه الممتلكات وإن كانت لا تتقلّى إلى وارثه؛ لأنّها ليست ملكاً له بما هو شخص، بل هي ملكاً له بما هو إمام وبما هو متقمص قميص الإمامة، لكن هذا الإنسان الذي أصبح يمتلك بعض الممتلكات بوصفه إماماً يستطيع أن يستدین بهذا الوصف أو أن تهرب له أموال بهذا الوصف وهكذا.

إذاً إرتکاز عدم الفرق غير ثابت إلّا في فرض إنطباق عنوان على مصدق وبعد ذلك تترتب الآثار جميعاً على هذا المصدق، وبما أنّ عنوان الدولة لم يكن لها مصدق فيما سبق، فلا نسلّم بارتکازية عدم الفرق في الآثار بين المصاديق الجديدة والمصاديق القديمة^(١).

ويلاحظ عليه: إنّا لا نحتاج إلى ما يسمى بارتکازية عدم الفرق من جهة الآثار بين المصاديق القديمة والجديدة حتّى يُقال: إنّه غير واضح، بل يكفي إرتکازية العنوان الذي أمضاه الشارع؛ فإنّ العقلاء بعدما أذعنوا بمملکة هذه العنوانين

(١) فقه العقود، كاظم الحائرى: ١ / ٩٤ و ٩٥.

والشارع أمضى هذا العنوان المترکز فلا يفرق أنداك ما دام هو مترکز بين أثر وأثر؛ إذ من لوازمه كون الشيء يملك سواء أكان هذا الشيء شخصياً أو معنوياً كالدولة ترتيب هو جمیع آثار الملك عليه، فدعوى إنّا بحاجة إلى إرتكاز عدم الفرق غير واردة، بل الإرتكاز نفسه على مملکية العنوان يکفي أن يكون إرتكازاً على تطبيق جميع الآثار.

الدليل الثالث: التمسك بالطلاق المقامي

وهو ما ذکرہ بعض المعاصرین إذ قال: إنّ العناوين تكون على قسمين: إحداهما عناوين مختربة قد أسس لها الشارع، كعنوان الصلاة والوضوء والتيمم، وهذه تحتاج إلى بيان من الشارع لتحديد تفاصيل وجزئيات تلك العناوين، ثانيةما: عناوين عُرفية، كعنوان الملك؛ فإنه من العناوين الرئيسية عند العُرف والمداوله كثيراً بينهم وهو عنوان لا يفرق فيه عند العُرف بين الأشخاص؛ فإنهم يملكون جزماً وبين العناوين الإعتبرية كعنوان الدولة؛ إذ العُرف لا يفرق في مملکية الأشخاص والعنوان الإعتبرية، فيثبت إذاً بذلك مملکية هذه العناوين^(١).

الدليل المذكور بحاجة إلى توجيهه؛ لأنّه ليس واضحاً أنّ العُرف يرى هناك مملکية شخصية، وملکية إعتبرية، والعرف لا يفرق بينهما في المملكه، وعليه فلا بد من ذكر توجيهان له:

التجيئ الأول: ما هو مستفاد من كلمات السيد الصدر تبارك من تقسيماته للسيرة

(١) بحوث فقهية هامة، ناصر مکارم الشیرازی: ٤٣٨ - ٤٥٠

العقلائية، إذ قال: إنّ السيرة العقلائية يُمكّن تقسيمها على أقسام:

الأول: السيرة العقلائية التي تكون منقحةً لفرد حقيقي من الموضوع؛ لأنّ السيرة جارية في الموضوعات كما إذا لا حظنا دليلاً وجوب إمساك الزوجة بمعرفة أو تسرّيّحها بإحسان الذي دلّ على وجوب النفقة تحت عنوان الإمساك بمعرفة؛ فإنّ المعروف من العُرف وهو الشائع المستساغ فإذا إقتضت السيرة والعُرف أن تكون نفقة الزوجة بهذا الوقت بنحو أتم وأكمل مما كان معروفاً بالنسبة لها في غابر السينين بنحو خرج ذلك الحدّ عن كونه معروفاً ومستساغاً نتيجة للاختلافات الفكرية أو الإقتصادية فسوف يتّوسع صدق عنوان النفقة بمعرفة عما كان عليه سابقاً، فتتجّب هذه المرتبة منها، ولا تكفي المراتب التي كانت سابقاً، وهذا بحسب الحقيقة من تدخل السيرة في تحديد موضوع الحكم الشرعي سعة وضيقاً.

الثاني: السيرة العقلائية التي يُراد الإستدلال بها على كُبرى الحكم الشرعي، كالسيرة العقلائية القائمة على أنّ من حاز شيئاً من الأموال المنقوله المباحة ملكها، وكذلك السيرة القائمة على خيار الغبن في المعاملة إذا أريد الإستدلال بها على إثبات الخيار إبتداءً لا باستكشاف شرط ضمني^(١).

والفارق بين هذين القسمين: أنّ السيرة التي تنتّقح فرداً حقيقةً لموضوع الحكم لا يتوقف إستناد الفقيه في عملية الإستنباط إليها على إثبات أنها كانت معاصرة لزمن صدور النص والتشريع؛ وذلك لعدم دخل السيرة حيث إنّ في الحكم الكلّي

(١) بحوث في علم الأصول، محمد باقر الصدر: ٤ / ٢٣٤.

نعم، اللازم ملاحظة وجودها في الزمن الذي يُراد إثباتُ الحكم فيه، فلو كانت موجودةً في زمن التشريع ولكنها تبَدَّلت بعد ذلك لسقطت عن التأثير في المشرع.

وأمّا السيرة التي يُرادُ بها إثبات حكم شرعي، فهذا القسمُ من السيرة تتوقفُ دليليّته على إثبات عناية إضافيّة؛ إذ لا معنى للإسْتِدَالَال إِبْتَادَاء بعمل العقلاَء وبنائِهم على حكم الشارع الأقدس، وصيغة تلك العناية هو أَنَّه لابد من إستكشاف إمضاء الشارع لها من إتخاذِه موقفاً ملائِماً معها كاشفاً عن إمضائه لضمونه والذي أقلَّه السكوتُ، فتكون الحجّيَّة بحسب الحقيقة للإمضاء والتقرير الصادر عن المقصوم عليه لا السيرة نفسها، و واضح هذه العناية بحاجة أيضاً إلى أن تكون السيرة معاصرةً لزمن التشريع فلا تنطبقُ على السيرة المستحدثة فيما بعد زمانهم، فهناك رُكناً لابد من توفرهما لتنتمي دليليّة هذا القسم من السيرة:

الأول: إثبات المعاصرة مع زمن يكُونُ فيه المقصوم عليه ظاهراً يتخذ الموقف إتجاه أمثلها نفياً أو إثباتاً.

الثاني: فحص الموقف الملائم الذي أفلّه السكوت؛ ليرى أنّه ما هي الحدود التي يمكن أن يستكشف منه الإمضاء؟
فإذا إنّتّضح ذلك فنقول: بما أنّ السيرة على ثبوت الملكية لهذا المصدق (الدولة) فهذا يعني أنّ السيرة أو حسب ما إصطلاح عليها (بالعُرف) هي من القسم الأول التي تدخل في إثبات فرد حقيقي لموضوع الحكم الشرعي، وهذه السيرة كما إنّتّضح تحتاج إلى قيد المعاصرة لإثبات ملكية هذا الفرد بكونه من العناوين الإعتبرافية.

التوجيه الثاني: التمسك بالإطلاق المقامي: بتوسيع: أنّ موضوعات الشارع تارة تكونُ موضوعات مخترعة منه، فهنا لا مجال للرجوع إلى العُرف في بيان أو تحديد هذا الموضوع؛ لأنّ اختراعية هذا الموضوع تقتضي إناطة التحديد بيد الشارع نفسه، ولا معنى لإيكال العُرف في تحديد هذا المعنى، وأخرى تكونُ الموضوعات عُرفية متداولة عند العُرف والعقلاة، والشارع لم يتصدّ لتحديد هذا الموضوع العُرفي سعةً أو ضيقاً، وهذا معناه ترك الشارع المجال للعُرف؛ لقاعدة: (كُلّما كان الموضوع عُرفياً مع عدم تصدي الشارع لبيانه سعةً أو ضيقاً فما هو عند العُرف هو ما يريدُه الشارع) وتسمى هذه القاعدة بالإطلاق المقامي، أي: لو كان للشارع تحديد لهذا الموضوع لكان عليه بيانه.

وفي مقامنا: الملكية من الموضوعات العُرفية، والعُرف يرى أنّ دائرة الملكية لا تحصر بالشخصية، بل تشملُ المعنوية أيضاً، فلو أراد الشارع من العنوان المذكور الملكية الشخصية فقط لكان عليه أن يحدد تلك الدائرة، وعدم التحديد لهذا الموضوع العُرفي معناه أنّ ما يفهمه العُرف من توسيع لدائرة الملكية يُريده الشارع أيضاً. ويمكن تسجيل ملحوظة كُبروية على الدليل الثالث بكل توجيهيه حاصلها:

أنّ الموضوعات التي يذكرها الشارع ببيان الدليل تكونُ على نحوين: الأول: تصدي الشارع لتطبيق الجعل على مصاديقه، أي: إيكال معرفة إندراج تلك المصاديق تحت الجعل الشرعي منوطة بالشارع نفسه، فلو قال: (أكرم جيراني) وعلمنا من الخارج أنه لا يرغب بإكرام النواصب منهم؛ فإنّ علمنا الخارجي لا

يوجب على المتكلّم أن يبرز قياداً في الجiran، أي: أن لا يكونوا من النواصب؛ وذلك لأنّه من المحتمل أن يكون المولى مارس الإحصاء الشخصي لجميع الجiran، وتأكّد من خلوهم من النواصب فلذا قال: (أكرم جيري).

الثاني: ما لم يتصدّ الشارع لتطبيق الجعل على مصاديقه، وإنّما أنّاط ذلك على المكلّف نفسه ولا يُمكّن التمسّك بالعموم آنذاك؛ لأنّه من قبيل التمسّك بالعام في الشبهة المصداقية.

هذا نحوان من طريقة تشخيص عهدة تطبيق الجعل على مصاديقه.

الضابط الرئيسي الذي نعتمد عليه في الفرق بين هذين النحوين هو نوع القضية التي جعل عليها الحكم، فإن كانت القضية خارجية، فالذي يتصدّى لتشخيص تطبيق الجعل على مصاديقه هو الشارع، وإذا كانت القضية حقيقة، أي: على عنوان كُلّي مقدر الوجود من قبيل (أكرم كل فقير) فمهمّة التطبيق تكونُ على المكلّف.

فإذا عرفنا ذلك فنقول: إنّ الأصل في الأحكام هي الجعل على نحو القضية الحقيقة، فالملكية التي جعل الشارع لها بعض الآثار العُرف قد طبّقها على مصاديق معروفة لديه كملكية الأفراد وملكية بعض العناوين الإعتبرارية، وأمّا المصاديق الجديدة التي تدرج تحت الملكية الإعتبرارية كمصاديق ملكية الدولة فلا يُمكّن التمسّك آنذاك بفكرة أنّ الشارع صبّ الحكم على عنوان عُرفي_ الملكية_ والعُرف يرى شمول العنوان للجميع؛ لأنّه يكون من قبيل التمسّك بالعام في الشبهة المصداقية إلّا أن يتمّ التأكّد من دليل خارجي بإندراج مصاديق الدولة تحت عنوان الملكية الإعتبرارية، من قبيل السيرة العقلائية بناءً على تعلّق الإمضاء بالنكتة إلّا إنّ

هذا رجوعٌ الى الدليل الأول كما هو واضح.

الدليل الرابع: التمسك بإطلاق قوله تعالى: ﴿أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْع﴾^(١):

فالبيع والشراء مع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة مثلاً يعد مصداقاً عرفيًّا للبيع و الشراء، فيدخل في إطلاق قوله تعالى: ﴿أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْع﴾ وفي بعض الحقوق لهذه الشخصية الحقوقية (الدولة) لو لم نجد إطلاقاً تمسكًّ به، نرجع الى دعوى عدم إحتمال التفكيك والفرق بين العناوين والآثار الحقوقية.

ولو حظ عليه بمحاطة ثلاثة:

الملحوظ الأول: ما ذكره السيد الحائرى (حفظه الله) من أنه يشترط في البيع ركناً، أحدهما قابلية المبيع للتملك، أي: أن لا يكون المبيع خمراً أو خنزيراً، وثانيهما أهلية المالك للتملك، أي: أن لا يكون المالك صبياً أو مجنوناً - بوجود هذين الركنين يتم التمسك بالإطلاق، ومع الشك في تحقق أحد هذين الركنين كالثاني كما في مقامنا، إذ نشك في أهلية العنوان للتملك فلا يمكن التمسك بالإطلاق؛ لأنَّه تمسك بالعام في الشبهة المصداقية، وعليه فلابد من إحراز أهلية العنوان للتملك حتى يتم الإطلاق المذكور، وهذا الإحراز لا يمكن عن طريق العُرف؛ وذلك لاقتصر حجيته على تعين المفاهيم دون تشخيص المصاديق، وفيها نحن فيه ليس لدينا شك في عنوان الشخصية الحقوقية، وإنما الشك في مصاديق هذا العنوان فينحصر طريق

الإحراز بالشرع، وهنا يوجد طريقان لذلك:

الأول: إثبات أن المصدق المذكور إما قد جرت عليه السيرة فعلاً أو إرتكازاً،

والشارع أمضى ذلك.

ولكن هذا الطريق متعدد، إما لأن الدولة ليست بما جرت عليه السيرة فعلاً،

لأنه مصدقٌ جديدٌ، أو أن الإمضاء وإن تعلق بالنكتة، لكنه لا يشمل هذا المصدق؛

لأنه توسيعٌ في أصل الإرتكاز لا في المصاديق الجديدة.

الثاني: التمسك بالإطلاق المقامي بتقريب: أن الشارع قد صبَ الملكية على

بعض المصاديق كالملكية الشخصية أو بعض المصاديق للشخصية الحقيقة، فلو

كانت الدولة كمصدق لم يتدخل في الشخصية الحقيقة لكان عليه البيان، ومن

عدم ذلك يتمسك بالإطلاق نظير ما ورد في تطهير الثوب المت婧س عند الصلاة؛

فإن الشارع قد سكت عن كيفية التطهير فنرجعُ إلى الإطلاق؛ إذ لا توجد كيفية

خاصة للتطهير لدى الشارع.

وهذا الطريق متعدد أيضاً، لأنه يتمُّ في المصاديق الجديدة التي لم تحدث إلا بعد

قرون عديدة كما في الدولة^(١).

الملحوظ الثاني: ما ذكره المحقق الأصفهاني^{رحمه الله} أن الآية المباركة لا يمكن التمسك

بإطلاقها؛ لأنها ليست في مقام بيان حلية البيع، بل في بيان الفرق بين البيع والربا،

فهي تتحدثُ عن بيان الفارق بين هاتين المعاملتين نظير ما لو قال الشارع: (المتعة

حلالٌ والسفاح حرام) فهل يتمسك بإطلاق المتعة حلال ينفي إعتبار إذن الولي في

(١) فقه العقود، كاظم الحائرى: ٩٩ - ١٠٠ .

العقد على الباكر أو غير ذلك من الشروط، إنّه لا يمكن ذلك.

ثم حاول الإجابة عن الإشكال المذكور عن طريق ضم الشهرة والروايات من قبيل ما جاء في صحيحة عمر بن يزيد عن أبي عبدالله عليهما السلام: جعلت فداك إنّ الناس يزعمون إنّ الربح على المضطر حرامٌ وهو من الربا، قال: «وهل رأيت أحداً يشتري غنياً أو فقيراً إلّا من ضرورة، يا عمر قد أحلَّ اللهُ البيعَ وحرّم الربا، فاربح ولا تربه»، قلت: وما الربا؟ قال: «درارهم بدرارهم، مثلين بمثل»^(١)، فقال: إنّ الروايات تحدثت إنّ قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢) هو ناظرٌ لهذه المعاملة بمعزل عن مسألة الربا، فتطبيق الإمام عليهما السلام لها يعطيها ظهورٌ فيها نحنُ فيه^(٣).

الملحوظُ الثالث: ما ذكرهُ السيدُ الصدر^(٤): من أنّ الآية المباركة تثبت حلية البيع الذي ثبتت مشروعيته في رتبة سابقة فمتى ما كان مشروعاً فالبيعُ يكونُ لازماً ومع الشك في مشروعيته لا يمكنُ التمسكُ بالإطلاق؛ لأنّه يكونُ من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، وفي مقامنا نشكُ أنّ التعامل مع الدولة هل هو مشروع أو لا؟ فالإطلاق المذكور لا يثبتُ مشروعيته، لأنّ شرط التمسك به إثبات المشروعية في رتبة سابقة على الإطلاق، وأماماً إثبات المشروعية بالإطلاق نفسهُ فليس

(١) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ١٧ / ٤٤٧ / الباب ٤٠ / الحديث ١.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) تعليقهُ الشيخُ الأصفهانيُ على المكاسب: ١ / ٩٩.

صحيحاً^(١).

وكلُّ الملاحظ قابلٌ للمناقشة:

أَمَّا الملاحظُ الأوَّل: - وهو ما ذكرهُ السِّيدُ الْحَائِرِي (حَفَظَهُ اللَّهُ) - فِي رُدِّهِ عَلَيْهِ: مَا قلناهُ سَابِقًا مِنْ أَنَّ الْإِمْضَاءَ الْمُتَعَلِّقَ بِالنَّكْتَةِ يُشْمَلُ الْمَصَادِيقَ الْجَدِيدَةِ أَيْضًا وَلَا يَرْجِعُ ذَلِكَ إِلَى التَّوْسُعَ فِي أَصْلِ الْإِرْتِكَازِ، وَإِنَّمَا التَّوْسُعَ فِي مَصَادِيقِ الْإِرْتِكَازِ.

وَأَمَّا الملاحظُ الثَّانِي: - وهو ما ذكرهُ الشِّيْخُ الْأَصْفَهَانِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي رُدِّهِ عَلَيْهِ: أَنَّ شَهْرَ التَّمَسُّكِ بِالآيَةِ الْمَبَارَكَةِ بَيْنَ الْأَصْحَابِ لَا يَنْفَعُ مَا دَامَتِ الشَّهْرَةُ ظَنِّيَّةً، وَالدَّلَالَةُ لَا تَرْتَفِعُ إِذَا ضَمَّنَا إِلَيْهَا أَمْرًا ظَنِّيًّا، إِلَّا اللَّهُمَّ أَنْ يُقَالُ: بَعْدَ تَمَسُّكِ الْفَقَهَاءِ وَفَهْمِهِمِ الْإِطْلَاقَاتِ يَحْصُلُ إِطْمَئْنَانٌ بِحَقِّانِيَّةِ هَذَا الْمَطْلُوبِ، وَلَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَكُونَ مِنْشَأَ الْإِطْمَئْنَانِ نَاشِئًا مِنْ نَكْتَةِ إِجْتِهادِيَّةِ، وَفِي الْمَقَامِ نَحْتَمِلُ ذَلِكَ؛ فَإِنَّ الْأَعْلَامَ عِنْدَمَا تَمَسَّكُوا بِالْإِطْلَاقِ لِأَجْلِ عَدْمِ إِلْتَفَاتِهِمْ إِلَى مَسَأَلَةِ السِّيَاقِ، فَإِنَّمَا يَقْرَأُ سِيَاقَ الآيَةِ الْمَبَارَكَةِ يَحْصُلُ لِدِيهِ شُكُّ إِذَا أَرَادُوا التَّمَسُّكَ بِالْإِطْلَاقِ؛ لَأَنَّهُمْ تُرِيدُونَ تُثْبِتَ حَلَّيَّةَ الْبَيْعِ احْتِجَاجًاً عَلَى مَنْ قَالَ بِحَلَّيَّةِ الرِّبَا، وَالشَّاهِدُ عَلَى ذَلِكَ هُوَ عَدْمُ إِثْرَاءِ هَذَا الإِشْكَالِ مِنْ قَبْلِهِمْ وَإِلَّا لَوْ كَانُوا قَدْ إِلْتَفَتُوا إِلَيْهِمُ الْأَثَارُوا إِلَيْهِمُ الْإِشْكَالَ الْمَذْكُورَ وَلَحَاوْلُوا إِلَيْهِمُ الْجَوابَ عَنْهُ، إِسْتِفَادَةُ الْإِطْلَاقِ إِذَا نَاشَئَ مِنْ عَدْمِ الْإِلْتَفَاتِ إِلَى تَلْكَ النَّكْتَةِ وَهِيَ السِّيَاقُ فَلَا يَنْفَعُ الْإِطْمَئْنَانُ بِالْتَّمَسُّكِ بِالْإِطْلَاقِ.

وَأَمَّا الرَّوَايَةُ الْمَذْكُورَةُ، فَيَتَضَعُ الْحَالُ فِيهَا عَنْدَ التَّفْرِقَةِ فِيهَا بَيْنَ مُطْلِبَيْنَ:

الْأَوَّلُ: مَا يَقْتَضِيهِ الْإِطْلَاقُ.

(١) إِقْتَصَادُنَا، الْمَلْحُقُ الثَّانِي، مُحَمَّدُ بَاقِرُ الصَّدَرُ: ٤٩٩

الثاني: ما يقتضيه طبع الكلام.

إن الإطلاق نافيٌ به لإدخال الفرد غير الغالب والنادر عند الشك، وأماماً الفرد الغالب لا يحتاج إلى الإطلاق لإدخاله؛ إذ هو يقتضيه طبع الكلام؛ لأنَّه من بعيد أن يقتضي طبع الكلام الفرد النادر ولا يقتضي الفرد الغالب، أي: إن طبع الكلام يشملُ الأفراد الغالبة، وأماماً الأفراد النادرة فهي تحتاج إلى الإطلاق لكي ندخلها. إذاً يوجد فرقٌ بين وظيفة الإطلاق وبين وظيفة طبع الكلام، فوظيفة الإطلاق هو إدخال الأفراد النادرة، ووظيفة طبع الكلام الحديثُ عن الأفراد الغالبة وال العامة.

فإذا إنْتَضَحَ ذلك نقول: إن البيع أو الشراء على المضطر هي حالة غالبة في المعاملات حيث يقتضيها طبع الكلام؛ فإن الناس عادةً عندما يشترون؛ لأنَّهم مضطرون وهذا هو الفرد الغالب، وعليه فلا معنى للتمسّك بالإطلاق، أي: أن الإمام عَلَيْهِ تَمَسِّكٌ بِإطلاق قوله تعالى: **﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعُ﴾** لإدخال هذا الفرد الغالب؛ فإن الإطلاق وظيفته إدخال الفرد النادر لا الغالب، وأماماً الفرد الغالب فهو من شؤون ظهور حالة المتكلم في إرادته لهذا الفرد.

وأماماً الملاحظُ الثالث: وهو ما ذكره السيدُ الصدر **فِرِيدُ عَلِيهِ**: أن استفادة المشرعية في رتبة سابقة على اللزوم ينافي إطلاق الآية المباركة، فهي ليس فيها أيُّ تقييد على أن اللزوم ثابت للعقود المشرعية سابقاً والإطلاق ينفي ذلك؛ إذ من المحمَّل أن تتحدَّث عن اللزوم وعن المشرعية إبتداء، أي: كُلُّ عقد هو لازم

ومشروع، فتدل الآية المباركة بالدلالة المطابقية على اللزوم، وبالدلالة الإلتزامية على المشروعية لا أن المشروعية لابد أن تثبت في رتبة سابقة على العقد، فإن هذا تقييد ينافي الإطلاق المذكور.

فتحصل أن الدليل الرابع لإثبات ملكية الدولة وهو قوله تعالى: ﴿أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ قابل للتمسّك به.

الدليل الخامس التمسّك بأدلة الوقف

والدليل المذكور مبني على مقدمتين:
الأولى: أن أدلة الوقف تُفيد صحة الوقف للشخصية المعنوية كالمؤسسات الخيرية، وبالتالي يثبت صحة إمتلاك هذه المؤسسات لتلك الأموال؛ لأن المغزى من الوقف على شيء بحسب الفهم العُرفي هو إمتلاك الموقوف له للأموال الموقوفة.

الثانية: إذا ثبت بدليل الوقف ملكية هذا النحو من الشخصية المعنوية لتلك المؤسسات ضمناً إلى ذلك ما يحکم به الطبع العقلاي من إرتکاز عدم إمكان التجزئة بين الحقوق المعنوية، وبما أن هذا الإرتکاز ناشئ من طبع العقلاء فهو متّد إلى زمن المعصوم عليه السلام، وبناً على أن الإمضاء يتعلّق بالنكتة الإرتکازية فيُتعدّى إلى غير الوقف من الشخصيات المعنوية.

لا يُقال: إن المستفاد من الوقف على شيء هو تحبيس للأصل وتسبييل المنفعة فلا يُستفاد من الوقف إلا هذا المعنى، فكيف تجُوز المعاوضة على الأموال بالإقراض والهبة لهذه الشخصيات المعنوية المستفادة من تعميم الوقف؟

فإنْ يُقال: إنَّ الوقف قد تعلَّق بِمَالِيَّةِ الشَّيْءِ الموقوف لَا في العين الموقوفة نفسها، فيجوزُ للمتولي البيع والتبديل بما يراه صالحاً في أيٍّ وقتٍ أراد، وهذا مستفادٌ من إطلاق روايات الصدقة الجارية، كما في صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليهما السلام قال: «لِيَسْ يَتَّبِعُ الرَّجُلُ بَعْدَ مَوْتِهِ مِنَ الْأَجْرِ إِلَّا ثَلَاثَ خَصَالٍ: صَدَقَةً أَجْرَاهَا فِي حَيَاتِهِ فَهِيَ تَجْرِي بَعْدَ مَوْتِهِ، وَسَنَةً هَدِيَ سَنَهَا فَهِيَ يَعْمَلُ بِهَا بَعْدَ مَوْتِهِ، أَوْ وَلَدَ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ»^(١).

بتقرير: أنَّ الجريان «صدقة أجرها» ليس مصداقها الوحيد عبارة عن حبس العين ووقفها عن البيع وهو المصدق الرائق في زمن صدور النص، بل لها مصدق آخر وهو أن يكون الحبس على المشروع الخيري هو مالية الشيء التي يمكن تجسيدها ضمن أعيان مختلفة متعاقبة لَا فرداً معيناً كي يصبح وقفاً لَا يجوز تبديله، فنظام الجريان «صدقة أجرها»، إنما هو بالحبس لِمَالِيَّةِ، وليس بكون المحبس فرداً معيناً من العين.

ويمكن حل الإشكال أيضاً بالرجوع إلى صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج حيث جوزت شرط الواقع حق البيع والتبديل، فيرجع واقع المطلب إلى التصدق بالمالية، أو قل وقف الماليّة القابلة للتجسيد في الأعيان المختلفة^(٢).
ويلاحظ عليه:

(١) وسائل الشيعة، الحر العامل: ١٩ / ١٧١ / الباب ٢ / حديث ١.

(٢) فقه العقود، كاظم الحائرى: ١ / ٩٥_٩٨

أولاًً: أن المستفاد من أدلة الوقف ليس هو تمليك العين للموقوف عليهم، وإنما لجاز لهم ترتيب آثار الملكية التي منها البيع، وهذا التملك يُنافي حقيقة الوقف من تحبس الأصل وتسيل المنفعة.

ثانياً: لو سلمنا أن الوقف يُفيد التملك للموقوف عليهم إلا إن هذا خاص بخصوص الوقف ولا يجري فيسائر المصاديق كالشركات والجمعيات الخيرية وغير ذلك لما نبه عليه سابقاً من أن الإمضاء وإن كان يتعلّق بالنكتة، إلا أنه هذه توسيعة ليست في المصاديق، وإنما توسيعة في إرتكاز جديد، والتوسيعة في الإرتكاز تختلف عن التوسيعة في مصاديق الإرتكاز وما هو الثابت الثاني دون الأول والذي ينفعنا التوسيعة في الأفراد، وعليه فأدلة عمومية الوقف لا يستفاد منها ملكية الدولة.

الدليل السادس: التمسك بمبدأ ولادة الفقيه

بتقرير: أن الولي الفقيه إذا رأى من المصلحة إمضاء هذه الشخصية المعنوية أمضاها وحصل بذلك تمليك لتلك الشخصية، وهذا الوجه أقرب إلى وجهة الفقه الغربي من أن الفقه الغربي يعطي أمر تشريع القوانين المصححة لتلك الشخصيات بيد الدولة، ورئيس الدولة في رأينا هو الولي الفقيه الذي يكون من حقه تشريع قوانين معينة تتم على صوتها الشخصيات المعنوية ضمن ضوابط وشروط^(١). ويلاحظ عليه: أن تنقیح هذا الدليل يتوقف على التعرّف على حدود ولادة

(١) فقه العقود، كاظم الحائری: ١ / ١٠١ - ١٠٣ .

الفقيه الممنوحة من قبل الشارع، فلابد أن تكون حدود تلك الولاية ضمن نطاق النظام العام للشريعة التي منحته الولاية، فإنّ الولاية المجنولة لإحدٍ أو لطائفةٍ من قبل مشرع ما تتحدد ضمن نطاق أسس الشريعة التي منحت له الولاية ولا تخرج عن النظام العام للشريعة، فالفقيه حينما أعطيت له الولاية من قبل الشارع لابد أن تكون حدودها ضمن النظام العام ولا يمكن أن تخرج عنه، فالدليل المهم على ولاية الفقيه هو التوقيع الصادر عن الحجّة عليه السلام: «وَأَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ فَارْجِعُوهَا إِلَى رِوَايَةِ حَدِيثِنَا فَإِنَّهُمْ حُجَّتٌ عَلَيْكُمْ وَأَنَا حُجَّةُ اللَّهِ»^(١) فقد عُلل الإرجاع إلى رواة الحديث؛ لأنّهم حجّة الإمام عليهم، فلابد أن لا يخرجوا عندائرة التي أسس لها الإمام عليه السلام فإذا عرفنا ذلك فنقول: إن الأحكام التي يريد أن يعطيها ولي الفقيه تكون على قسمين:

١ - الأحكام التكليفية.

٢ - الأحكام الوضعية.

أما الأحكام التكليفية فعل ضوء ما ذكرناه من حدود دائرة التصرف يتضح أن ولاية الفقيه مختصة بالمباحات بالمعنى الأعم، أي: (المستحبات والمكرهات والإباحة بالمعنى الأخص) فيإمكانه أن يأمر بالمكره وينهى عن المستحب؛ لأنّ

(١) كمال الدين وتمام النعمة، الشيخ الصدوق: ٤٨٤ ؛ وسائل الشيعة، الحر العاملي: ٢٧ / ١٤٠ / الباب ١١ / الحديث ٩ ؛ الغيبة، الشيخ الطوسي: ٢٩ ؛ الاحتجاج، الشيخ الطبرسي: ٢٨٣ / ٢.

ذلك لا يُعد خروجاً عن دائرة النظام العام؛ لأن المباحثات بالمعنى الأعم تعني أن المكلف له حرية في أن يختار أو أن يترك، فالإلزام بفعل المباحث أو تركه لا يُعد خروجاً عن تلك المباحثات، بخلاف ما لو أمر بترك الصلاة أو بشرب الخمر؛ فإن ذلك خروجٌ عن دائرة النظام العام.

نعم، في مسألة المزاحمة بين التكاليف الإلزامية فإن تشخيص المصلحة في أي طرف تكون بيد ولي الفقيه، كما لو حصلت المزاحمة بين الأمر بالذهاب الى الحج وبين قطع العلاقة مع الدولة الراعية للحرمين الشريفين التي تعيش حالة الظلم والفساد، فإذا رأى ولي الفقيه المصلحة بقطع العلاقة فهنا تتقديم على مصلحة الذهاب الى الحج.

إذاً في دائرة الأحكام التكليفية الولاية تكون في المباحث بمعنى الأعم دون الإلزاميات إلا إذا رجع ذلك إلى التزاحم بين الإلزاميات، فيكون اختيار أحد الطرفين المتزاحمين بيد ولي الفقيه.

وأمّا الأحكام الوضعية فتارةً لا ترتبطُ بالنظام العام، وإنّما مختصة ببعض الأشخاص، وأخرى تكونُ مرتبطةً بالنظام العام، ومثالُ الأول الرضا وعدم الرضا في باب البيع فانّهما منوطان بالبائع نفسه، ولو رأى الفقيهُ أنّ البيع الذي رضي فيه البائع باطلُ أو أرغمه على البيع رغم أنّ البائع يرى بطلانه، فهنا للفقيه التصرّف في هذه الدائرة؛ لأنّه لا يُعدُّ خروجاً عن النظام العام، وهذا نظير ما لو رأى الأب المصلحةَ في عدم بيع أموال الصبي، بينما هو يرى المصلحة في البيع، فولايةُ الأب هي المقدمة فكما أنّ ولايةُ الأب على الصبي لا تضرُّ بالنظام العام، كذلك ولاية

الفقيه في هذا الأمر الخاص لا تضر بالنظام العام، وأمّا إذا كانت تلك الولاية تُعد تصرّفًا في النظام العام، كما في مسألة الطهارة والنجاسة، فإنّ هذه تُعتبر قضايا عامة، فإذا أمر بتجبيس الأشياء الظاهرة أو العكس فيما أنّ هذين الحكمين عامان وناظران إلى المجتمع فليس له الولاية في ذلك، لما قلناه من إنّ حدود تلك الولاية منوطة بعدم خروجها عن دائرة النظام العام.

فإذا اتّضح ذلك، فنقول: إنّ إعطاء الملكية - حكم وضعى - للشخصيات المعنوية كالدولة هل هو من قبيل الرضا وعدهه في البيع أو من قبيل الطهارة والنجاسة؟ أو فقل هل الملكية مرتبطة بقضية خاصة أو مرتبطة بالنظام العام؟ لا يُعدُ الثاني؛ لأنّه إذا لم يثبت دليلٌ من الشارع على الملكية المعنوية فولاية الفقيه تصبح عاجزةً عن إثبات الملكية لهذه الشخصيات؛ لأنّ إثبات الملكية يُعدُ تصرّفًا خارج النظام، وقد قلنا إنّ حدود الولاية لابد أن تكون في ضمن النظام العام، وعليه يكون هذا الدليل لإثبات الملكية المعنوية ساقطًا وغير تامٍ^(١). وجوابه واضح؛ لأنّه تقدّم وفاءً بعض الأدلة المقدمة بإثبات الملكية المعنوية.

الدليل السابع: التمسّك بآثار الشخصيات المعنوية

إذا إفترضنا أنّ مبدأ الولاية لا يُمكن التمسّك به لإثبات ملكية الشخصيات المعنوية فيُمكن لولي الفقيه أن يأمر بآثارها من دون أن يحاول إيجاد وخلق ملكية ذات

(١) فقه العقود، كاظم الحائرى: ١ / ١٠٣ .

تلك الشخصيات مادام الأمر ب تلك الآثار يرتبط بنظام المجتمع العام. وفرق هذا الدليل عن الدليل السابق هو أنّ ولاية الفقيه تُحاول إيجاد ملكية للشخصيات المعنوية بحسب ما يراه من المصلحة، فيجعل الدولة مالكةً هذا في الدليل السابق، وأمّا في هذا الدليل فهو ناظرٌ إلى آثار الشخصيات المعنوية؛ إذ ولي الفقيه يأمر ب تلك الأحكام بدلاً من إيجادها نفسها، وهذا كافٍ ما دام التركيز يكون على الآثار.

فمن جملة الآثار العملية المترتبة على الشخصيات المعنوية هو: أنّ من أقرض الشركة مالاً لم يضرب مع الغرماء الشخصيين للشركة لدى إفلاس الشركة، بل يأخذ حصته من أموال الشركة لو كانت مشتملة على ذلك المقدار من دون مزاحمة الغرماء الشخصيين إياه، وهذا يُمكن تحقيقه لدى المصلحة بأمر الفقيه بأنّ يلزم الديان الشخصيين للشركة بامر كان مباحاً لهم وهو عدم مزاحمتهم لمن أقرضهم لصالح الشركة فيأخذ حصته من المال الموجود في حوزة الشركة.

ومن جملة الآثار العملية أيضاً: أنه لو كان أحدُ دائناً للشركة ومديناً للشركة أو بالعكس لم يقع التهاؤ بين الدينين (التساقط) فمن حق الولي الفقيه لدى المصلحة أنّ يقيد أحد الوفائين بما كان يجوز لهم تقييده به من خصوص مال الشركة أو خصوص أموال الشركة الشخصية.

وبعبارة أكثر وضوحاً: أنّ الفقيه يلزم أحد الطرفين بالتسديد للأخر من غير وقوع التهاؤ بين الدينين، وقضية التهاؤ هي قضية جائزة وليس الزامية، وعليه يمكن للفقيه أن يلزم الشركة بالتسديد لهذا الشخص أو يلزمها بالتسديد للشركة

فهذه من أحد الآثار المترتبة بحيث يستطيع أن يتدخل بها الولي الفقيه. ومن جملة الآثار العملية أيضاً: تمثّلها بمتولّيها لدى القاضي بالمرافعة^(١) دون حاجة إلى إحضار الشركاء أو الحكم عليهم بعنوان الحكم على الغائب؛ إذ بإمكان الفقيه لدى المصلحة أن يحجز الشركاء عن متابعة وضع الأموال الموجودة في الشركة فيها هو متنازع فيه، فيصبحون في ذلك قاصرين عن المرافعة _ لأنّه أصبح هناك حجز في أموالهم _ ومحتجين إلى الولي.

ومن جملة تلك الآثار أيضاً: الأموال المودعة في الصناديق الخيرية أو المؤسسات الخيرية؛ فإنّه بإمكان الفقيه لدى المصلحة أن يلزم المالك وكذلك ورثتهم بعد موتهم بما كان مباحاً لهم من عدم الإستفادة من تلك الأموال وأن لا تصرف إلّا في مصاريف تلك الجهة.

والنكتة الفنية لتجيئه هذا الدليل: أنّ الشخصية المعنوية ليست إلّا صياغة عقلائية وتكيفاً عقلائياً لهذه الأحكام وهذه الآثار، فلم يكن فرض هذه الأحكام من قبل الفقيه خروجاً عن نظام الشريعة ففرض الشخصية المعنوية من قبل الفقيه لا يُعدُّ خروجاً عن هذا النظام، فيكون مشمولاً للدليل ولالية الفقيه^(٢).

ويلاحظ عليه: أنّ تلك الولاية إذا كانت مقيدة بحدود دائرة المصلحة فما ذكره يكون صحيحاً، وأمّا إذا قلنا: إنّ مجال الولاية هو التدخل في الضروريات

(١) أي: أنّ الشركة يكون عندها قاضٍ للمرافعة عند وقوع مشكلة أو نزاع معين في الشركة.

(٢) فقه العقود، كاظم الحائرى: ١٠٣ _ ١٠٦.

الإجتماعية التي لو لم يتدخل لأنّه خلّ النّظام، هنا لا يمكن لهذا الدليل إثبات تلك الآثار بمبدأ ولاية الفقيه؛ لأنّ تلك الآثار لم تبلغ حدّ الضرورات الإجتماعية.

الدليل الثامن: عدم الفرق بين ملكية الأشخاص والعنوانين المعنوية

ما ذكره بعض المعاصرین من أنّ الملكية تارةً تكون ثابتةً للأشخاص كزيد وعمر، وأخرى ثابتة للعنوانين الإعتبرانية كملكية المسجد، وثالثاً للعنوانين الإنزاعية كملكية الطالب لبعض الموقوفات، ورابعاً للعنوانين الإنزاعية التي ليست ذا شعور كالوقف على بعض مراكز التعليم، وخامساً الملكية المعنوية كملكية المؤسسات والشركات والدولة، والثابت شرعاً والذى لا خلاف فيه هو القسم الأول والثاني والثالث والرابع، ما خلا القسم الخامس الذي لم يكن موجوداً في عصر النّصّ إلّا أنّ العقلاء لا يحتملون الفرق بين ملكية العنوانين الإنزاعية التي تكون في (الثالث والرابع) والعنوانين المعنوية فما دام العنوان يقبل الملكية، إذًا لا فرق بينه وبين أي عنوان آخر^(١).

ويلاحظ عليه: أنّ مجرد عدم الفرق بين عنوان وآخر لا يكفي لإعطاء صفة التملّك للعنوان الجديدة، بل نحتاج أن نضم إلى ذلك دليلاً وهو إرتكازية عدم الفرق بين العنوانين، وأمّا مجرد عدم الفرق لا يكفي وحده للتعميم؛ إذ الفرق موجودٌ واضحٌ بين ملكية عنوان المسجد وبين ملكية عنوان المؤسسات الخيرية وعنوان الدولة فما لم يرجع هذا الدليل إلى الدليل الأول من أنّ الإمضاء لا يتعلّق

(١) بحوث فقهية هامة، ناصر مكارم الشيرازي: ٤٩٧.

بالفعل الصامت، وإنما يتعلّق بالنكتة الإرتكازية فلا يكونُ هذا الدليلُ تاماً.

الدليلُ التاسع: التمسّكُ بفكرة الشرط الإرتكازي

إنَّ من يُفرض شرَّكةً ما فيُوجُدُ بين الطرفين شرطُ إرتكازي بعدم مطالبة أعضاء الشركة حال أداء الدين، وإنما تُحصرُ المطالبة بالشركة نفسها، وهذا معناه يصحُّ إقراض تلك الشخصية المعنوية والإقراض فرع الملكية، فمن خلال هذا الشرط الإرتكازي ثبتت أحد الآثار المترتبة على ملكية الشخصية المعنوية وهو بحسب الفرض الإقراض من الشركة.

ويُلاحظُ عليه:

أولاًً: أنَّ هذا الدليل يُحصرُ في مسألة الإقراض لها دون سائر الآثار المترتبة على الملكية كالبيع والشراء، فإنَّ البيع والشراء لا يُوجُدُ فيها شرطُ إرتكازي ملحوظ بين الطرفين بهذا الدليل؛ لأنَّها لم يقصدُ إجراء المعاملة البيعية بينهما.

ثانياً: لا يصحُّ حتَّى في مسألة الدين نفسه؛ إذ الدين تارةً يكونُ اختيارياً كما هو المذكور في هذا الدليل، وأخرى إضطرارياً كما لو قام أحد أعضاء الشركة بقتل أحد الأفراد، فيترتبُ بذمة هذه الشركة الديه، وهو دين مالي قهري لا يُوجُدُ شرطُ إرتكازي بين الطرفين للالتزام به.

ثالثاً: الشرط المذكور، أي: عدم مطالبة الشركاء، وإنما مطالبة الشركة نفسها يتمُّ بصورة كون الدائن للشركة على قيد الحياة، وأمّا إذا مات سوف تحلُّ جميع ديونه ويحقُّ للورثة المطالبة بالدين، بينما على الشرط الإرتكازي لا يحقُّ له المطالبة فيرجع

إلى كون الشرط خلاف المشروع فيما بينهما.

الدليل العاشر: التمسك بفكرة الحرج النوعي

الشخصيات المعنوية، كالبنوك لو لم تكن مالكة فيتتحقق حرج بالنسبة إلى الناس، والحرج المذكور إذا كان شخصياً فيرتفع بأدلة نفي الحرج **﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾**^(١)، وإن كان الحرج نوعياً فيكشف عن عدم الحكم من الأساس، أما ما هو الحرج المترتب على القول بعدم ملكية الشخصيات المعنوية كالدولة؟ سيأتي هناك جملة من الآثار المرتبة على القول بعدم ملكية البنوك، وسنشير إلى واحد منها لتقريب الدليل وهو:

إن المكلف إذا دفع أمواله إلى البنك على أساس الوديعة _ وسيأتي أنه في الواقع لا توجد وديعة، وإنما يرجع إلى إقراض البنك _ فإذا كان الأمر كذلك فسوف يكون الناس متلفين لأموالهم؛ فإن الجهة المحتمل أن تكون طرفاً لعقد القرض لا تخلو، إما أن يكون الموظف المنصب من قبل الدولة، وهذا باطل؛ لأنّه مجرد كونه موظفاً لا يعطي له حق الملكية لعقد القرض أو البنك وهو أيضاً لا يملك بناءً على عدم ملكية البنك، وعليه يكون الشخص المذكور بمنزلة المتلف لأمواله، ويتربّ على ذلك إخراج الخمس فوراً؛ لأنّ إخراجه بعد سنة إنما لأجل الإحتياط في المؤونة، فمن يلزم بعدم الحاجة إلى المال أو يقوم باتفاق المال كأن يرميه في البحر يجب عليه الخمس بأول حصوله على المال، وهذا حرج يتربّ على القول بعدم ملكية الدولة.

ويُلاحظُ عليه:

أولاًً: قاعدة نفي الخرج التي ذُكرت كمستند لإثبات مالكية الدولة لا يمكن إثبات مالكية الدولة أو البنك بها؛ لأنّها من الأدلة التي تنفي الحكم لا لأنّها مثبتة له، أي: إنّ الحكم الذي فيه ضرر منفي كنفي وجوب الصوم الضرري والوضوء في حالة الضرر ولا تثبت هذه القاعدة الحكم، وهنا يراد من خلال قاعدة نفي الخرج إثبات مالكية الدولة.

ثانياً: القاعدة المذكورة إنّما يُتمسّك بها في فرض وجود الخرج، كالذى يحصل في بعض الأحيان ولا يمكن التمسّك بها بعنوانها الواسع لإثبات مالكية الدولة التي لا يوجد حرج في التعامل معها، أي: أنّ المقدار الذي يتّبع على عدم الملكية إذا كان يولد حرجاً، فسوف تُثبت من خلال قاعدة نفي الخرج الملكية.

النتيجة: وبهذا ننتهي إلى أنّ الصحيح ملكية الدولة.

المقام الثاني:

مصير الأموال ببناءً على عدم ملكية الدولة

إنّ مشهور الفقهاء الذين لم يعطوا حق الملكية للدولة والبنوك نسأل عن حكم الأموال الموجودة في خزائن الدولة والبنوك كيف يُعامل معها، فهل هي مجهولة المالك كما هو رأي الأكثرون عليه لابد من معرفة ما هو حكم مجهول المالك؟ أو هي معلومة المالك؟ هذان قولان في المسألة، ومن الواضح هذا التردid لا معنى له على المختار بملكية الدولة. وعلى أيٍ حال، لابد من تنقيح هذين القولين:

القول الأول: مجهول المالك

إنّ المال الموجود عند الدولة والبنوك يُعامل معاملة مجهول المالك، وقد صار إلى ذلك كُلّ من السيد الخوئي ^{طه}^(١)، والسيد السيستاني (حفظه الله)^(٢)، والشيخ الفياض (حفظه الله)^(٣)، ونتكلّم عن هذا القول ضمن نقاط:

الأولى: ما هو حكم مجهول المالك؟

الثانية: بناءً على أنّ الحكم هو التصديق بعد اليأس عن معرفة المالك، هل يحتاج

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤٠١.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٩.

(٣) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ١٧.

في وجوب التصدق إلى إجازة من الحاكم الشرعي أو لا؟

الثالثة: توضيح بعض الآثار المترتبة على القول بعدم مالكية الدولة.

النقطة الأولى: الفحص عن المالك المجهول والتصدق به بعد اليأس

المعروف بين الفقهاء أن حكم المال المجهول هو الفحص عن مالكه أولاً، ثم بعد اليأس عنه وجوب التصدق عن صاحب المال.

والمستند في ذلك أمران:

الأول: التمسك بصحيحة يونس بن عبد الرحمن قال: سُئل أبو الحسن الرضا عليه السلام وأنا حاضر إلى أن قال: فقال: رفيق عليه السلام كان لنا بمكة فرحل منها إلى منزله ورحلنا إلى منازلنا، فلما أتى صرنا في الطريق أصبنا بعض متعاه معنا فأي شيء نصنع به؟ قال: «تحملونه حتى تحملوه إلى الكوفة» قال: لسنا نعرفه ولا نعرف بلده ولا نعرف كيف نصنع؟ قال: «إذا كان كذا فبعله وتصدق بثمنه»، قال له: على من جعلت فداك؟ قال: «على أهل الولاية»^(١).

والصحيحة المذكورة قد دلت على ما يرمي إليه المشهور من الفقهاء بوضوح؛ فإن الصحيح أمرتهم بالفحص، ثم قالوا نحن لا نعلم أين هو ولا مكانه أي (حصل عندهم يأس) وبعد ذلك أمرهم الإمام عليه السلام التصدق بثمنه.

إلا إن السيد الخوئي عليه السلام قد اعترض على الصحيحة المذكورة بدعوى أنها أجنبية عن محل الكلام؛ إذ هي تدل على معلومية المالك، ولكن غاية الأمر يتعدى الوصول

(١) وسائل الشيعة، الحز العاملی: ٢٥ / الباب ٧ / الحديث ٢.

إليه، والكلام عن كون المالك مجهولاً، ودعوى عدم الفرق بين معلومية المالك ومجهوليته، جزافية وعهدها على مدعها^(١).

ويلاحظ عليه:

أولاً: المقصود بمجهول المالك هو إما كون المالك غير معلوم أساساً أو معلوم ولكن يتعدّر الوصول إليه، والصحيحة إفترضت معلومية المالك إلا أنه يتعدّر الوصول إليه، والسيد الخوئي عليه السلام فسر مجehول المالك بذلك، وعليه كيف تكون أجنبيةً عن محل الكلام، وهذه نصّ عبارته في تفسير مجehول المالك: (ولإلا عمّلت معاملة مجehول المالك إن كان مجehولاً أو معلوماً لا يمكن إيصال المال إليه)^(٢).

ثانياً: لو سلّمنا حصر مجehول المالك بالذى يجهل مالكه رئيساً، فإنّ الصحيحة لا تدلّ على أنّ المالك معلوم حتى تكون أجنبية، لأنّه لا تلازم بين الرفقة لهذا الشخص وبين معلوميته، فإنّ كثيراً ما يكون لنا في السفر رفقاء وليس بالضرورة أن نعلمهم. والشاهد على ذلك هو قوله عليه السلام: «تحملونه حتى تحملوه إلى الكوفة» قالوا لسنا نعرفه ولا نعرف بلده....

الثاني: التمسّك بصحيحة معاوية بن وهب، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل كان له على رجل حق، فقده ولا يدرى أين يطلبه ولا يدرى أحي هو أم ميت ولا يعرف له وارثاً ولا نسباً ولا ولداً؟ قال: «اطلب»، قال: إن ذلك قد طال فأتصدق به؟

(١) مصباح الفقاهة، أبو القاسم الخوئي: ٣٥ / ٧٧٧.

(٢) مباني تكميلة منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٧٥.

قال: «اطلبه»^(١).

والكلام يقع في هذه الصحيحة من ناحيتين:

الأولى: قد يقال: إنّها ضعيفةٌ من جهة أنّ الشيخ الكليني رحمه الله ينقلها بسندٍ عن يونس عن أبي ثابت وبين عون؛ فإنّها مجحولةٌ فتسقطُ الرواية عن الإعتبار.

والجواب: أنّ الحَرَّ العاملي صاحب (الوسائل) يذكر عين الرواية المذكورة في باب الدين عن الشيخ الطوسي وبسند صحيح^(٢)، فيُوجَدُ للرواية طريقان، والأول وإن كان ضعيفاً إلا أنّ الثاني صحيحٌ جزماً، ومن الواضح يكفي لاعتبار الرواية أحد الطريقين، وسند الشيخ الطوسي هو ما رواه بإسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى عن حماد بن عيسى عن معاوية بن وهب.

الثانية: جهة الدلالة فقد يقال: أيضاً إنّها قد دلت على لزوم الفحص فقط من دون الدلالة على التصدق بعد حصول اليأس، فكيف إذاً استدلّ بها المشهور؟ هنا يوجد جوابان:

١- إنّ الإمام عليه السلام حينما أمره بالطلب مكرراً لعلمه بأنّ معاوية لم يحصل عنده اليأس التام، وعليه فلما التصدق مع إمكان العثور على المالك.

٢- إنّ الفحص الذي كرره الإمام عليه السلام لا يحتمل أن يكون إلى الأبد، وإنما هو من باب الطريقة للتوصّل إلى المالك، فلو حصل عدم اليأس بوجود المالك فيبقى الطلب حاضراً، وأمّا إذا حصل اليأس من عدم العثور على المالك فلا يحتمل أن

(١) وسائل الشيعة، الحَرَّ العاملي: ٢٦ / ٢٩٧ / الباب ٦ / الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة، الحَرَّ العاملي: ١٨ / ٣٦٢ / الباب ٢٢ / الحديث ١.

يبقى الطلب قائماً مع اليأس، ثم نضم إليها صحيحة يونس؛ إذ أمرت بالتصدق بعد اليأس، بل يمكن الإستدلال من خلال الصححة نفسها؛ لأن السائل كان عالماً بوجوب التصدق.

وفي مقابل الحكم المذكور هناك طوائف من الروايات دلت على أن حكم مجهول المالك ليس هو التصدق بعد اليأس، وإنما له حكم آخر:

الطايفة الأولى: دلت على أن حكم مجهول المالك هو التملיך بعد التخمين، ومصداق هذه الطائفة صحيحة بن مهزيار الطويلة التي رواها الطوسي في التهذيب مسندًا إلى علي بن مهزيار عن أبي جعفر عليهما السلام: كتبت إليه: «...والغائم والفوائد يرجحه الله فهي الغنية يغنمها المرء، والفائدة يفيدها، والجائزه من الإنسان للإنسان التي لها خطر، والميراث الذي لا يحتسب من غير أب ولا إبن، ومثل عدو يصطلم فيأخذ ماله، ومثل مال يؤخذ ولا يعرف له صاحب...»^(١).

و محل الإستشهاد هو قوله عليهما السلام: «ومثل مال يؤخذ ولا يعرف له صاحب». إستظره المحقق الحمداني ^{عليه السلام} أن حكم مجهول المالك هو التملיך بعد التخمين^(٢) وإدعى المحقق الإيراني ^{عليه السلام} في حاشيته على المكاسب أنها صريحة في

(١) الاستبصار، الشيخ الطوسي: ٢ / ٨١ و ٨٠ / الحديث ١٢؛ تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٤ / ١٢٤ و ١٢٥ / الباب ٣٩ الزيادات؛ وسائل الشيعة، الحرس العالمي: ٩ / ٥٠٣ و ٥٠٢ / باب وجوب الخمس فيما يفضل عن مؤنة السنة / الحديث ٥.

(٢) مصباح الفقيه، المحقق الحمداني: ١٤ / ١٦٨.

ذلك^(١)، وأورد السيد الخوئي عليه السلام على الصحيحه المذكورة بإيرادين:

الأول: أنها ليست في مقام بيان التمليك بعد التخميص، وإنما في مقام بيان أصل وجوب الخمس، بدليل أنها عدلت الموارد التي يجب فيها الخمس، وأمّا ما بعد الخمس مادا يجب على المكلف؟ فهي ساكتة عن ذلك ولا تُريد أن تُثبت هذا المطلب.

الثاني: لو سلمنا أنها تدل على التمليك بعد التخميص إلا أنها دلت على ذلك بالإطلاق فإنها لم تنفي وجوب التصدق بعد التخميص، وإنما سكتت عن وجوب التصدق وهذا السكتوت يستفاد منه بالإطلاق أنه يملك، وعليه فترفع الياد عن الإطلاق المذكور بما دل من الروايات المتقدمة على وجوب التصدق لجهول المالك، وهذا نص كلامه: (الظاهر عدم دلالتها عليه أولاً: فلأنها في مقام بيان ما يجب فيه الخمس لا في مقام تملك من بيده المال المجهول المالك، وعليه يمكن أن يكون وجوب الخمس في خصوص مجهول المالك الذي يجوز لمن بيده تملكه بدليل خاص خارجي كاللقطة التي وردت فيها روايات على أنها ملك للملقط بعد تعريفها حولاً كاملاً، ثم يتخير الملقط بين تملكتها وإخراج الخمس منها وبين التصدق بها عن المالك، وما يوجد في بعض الحيوان المشترى إذا لم يعرف البائع ذلك الموجود في بطن الحيوان فإنه يمتلكه المشتري حينئذ، وما يوجد في بطن الحيوان المصطاد من البر أو البحر فإنه رزق ساقه الله إلى الواحد، وثانياً: سلمنا كون الرواية في مقام البيان من تلك الجهة أيضاً (التملك بعد التخميص) فغاية الأمر ثبوت الإطلاق لها

(١) حاشية المكاسب، الميرزا علي الإيرواني: ١ / ٣٣٧

لا الصراحة فتُقيّد بما دلّ على وجوب التصدق لمجهول المالك في الموارد الخاصة^(١).

ويمكن إيراز جواب آخر حاصله: أنّ الرواية أجنبية عن مجهول المالك، وإنّما تحدث عن مال لا مالك له أساساً، فإنّ التعبير بمجهول المالك هو المال المضاف إلى مالك، غايتها إما يجهل صاحبه أو يتعرّض الوصول إليه، وأما المال الذي لا مالك له أساساً فخارج عن محل الكلام، وفقرة الرواية المستشهد بها تدلّ على الثاني، أي: (المال الذي لا مالك له رأساً)، إذ أنها قالت: «ومثل مال يؤخذ ولا يُعرف له صاحب»، فإنّ إتيان الكلمة (الصاحب) منكرة ووقعها في سياق النفي (لا يُعرف)، يدلّ على العموم، أي: (لا صاحب لهذا المال مطلقاً)، إذ لو كان له صاحب، غايتها مجهول لجأ التعبير «ولا يُعرف صاحبه» فعدم ذكر الضمير يفتح المجال على كون المال لا مالك له رأساً كالمال الموجود في بطن السمكة.

وما يؤيد هذا الكلام: الفقرة السابقة على فقرة الإستشهاد؛ إذ عبرت «ومثل عدو يُصطلُمُ فيؤخذ ماله» حيث ذكر الضمير الراجع إلى صاحب المال، وبهذا الإحتمال يتضح أنّ ما إدعاه المحقق الإيراني^٢ من صراحة الرواية في الحكم المذكور غير واضح.

وما أورده السيد الخوئي^٣ من الإيرادين أيضاً كذلك؛ إذ يرد على الأول أنّ الرواية بما أنها لم تتعرّض إلى مجهول المالك - كما تقدّم - وإنّما المال لا مالك له رأساً،

(١) محاضرات في الفقه الجعفري، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٦٣٥؛ مصباح الفقاهة، أبو القاسم

الخوئي: ٣٥ / ٧٥٨

فما معنى إعتراض السيد الخوئي عليه السلام بقوله: إنّها دلّت على أصل وجوب التخميص من دون بيان وجوب التملّك؟ إذ يتصرّف هذا المعنى لو كان المالك مجهولاً، وأمّا إذا كان المال لمالك له رأساً فهنا يثبت وجوب التملّك لهذا المال.

وأمّا الإيراد الثاني الذي أوجب التصدّق فلأنّ وجوب التملّك بالإطلاق ونرفع اليد عن الإطلاق ونقidine بالروايات الأخرى التي دلّت على وجوب التصدّق، فهذا معناه قد أوجب على الشخص التخميص، ثم أوجبت عليه التصدّق، أي: (ثبت حكمين عليه) ومن الواضح أنّ التخميص ينبع عن الملكية، ولا معنى لأمره بالتصديق من جديد، فإنّ هذا خلْفُ تسلّط الناس على أمواهم. **إذاً الصحيح في الجواب: أنّ الرواية أجنبية عن محل الكلام؛ لأنّها تعرّضت إلى مال من لا مالك له رأساً.**

الطائفة الثانية: دلّت على أنّ حكم مجهول المالك هو التصدّق من دون الحاجة إلى الفحص عن المالك فضلاً عن اليأس من وجوده، ومستند هذه الطائفة هو ما رواه الشيخ الكليني عليه السلام عن علي بن محمد بن بندار عن إبراهيم بن إسحاق عن عبد الله بن حمّاد عن علي بن أبي حمزة البطائني قال: كان لي صديق من كتاببني أمية... «فمن عرفت منهم ردت عليه ماله، ومن لم تعرف تصدّقت به، وأنا أضمن لك على الله عز وجل الجنة...»^(١).

و محل الإستشهاد هو قوله: «ومن لم تعرف تصدّقت به»، إذ دلّت على أنّ حكم مجهول المالك هو التصدّق من دون حاجة للفحص عن المالك أولاً، وبالتالي تكون

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ١٠٨ / باب عمل السلطان وجوازهـ / الحديث ٤.

معارضة لما دلّ على أنّ وظيفة مجهول المالك هو التصدق، ولكن بعد الفحص عن المالك.

ويمكن تسجيل ملحوظتين على الرواية المذكورة بعد الإغماض عن سندها بـ(علي بن أبي حمزة البطائني):

الملحوظ الأول: الرواية المذكورة في مقام بيان حكم مجهول المالك؛ إذ أمرت بالتصدق عند عدم معرفة المالك، أمّا ما هو الطريق لعدم معرفة المالك أو معرفته فهي ساكتة عن ذلك.

وبكلمةٍ أوضح: التعبير المذكور «ومن لم تعرف تصدقت به» لا يدلّ على أنّ الأمر بالصدقة ليس مشروطاً بالفحص عن المالك، وإنّما هذا التعبير متداول عندنا أيضاً، فحينما نسأل عن حكم مجهول المالك ونجيب بالتصدق فالمقصود هو التصدق بعد اليأس من عدم وجود المالك، وإلا الفحص اليسير الذي من خلاله يمكن العثور على المالك لا يمكن أن نقول إنّ الرواية تفيه أيضاً.

الملحوظ الثاني: الرواية المذكورة معارضة مع قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾^(١) بتقريب: الأمانة تشمل مجهول المالك؛ فإنه أمانة شرعية؛ إذ الأمانة على قسمين، أمانة شرعية هي التي أمر الشارع بحفظها، من قبيل ما يقع من الأموال بيد الغاصب فالشارع أمره بحفظها، وأمانة مالكية هي التي أمر المالك بحفظها كأموال الوديعة والعارية وأموال المضاربة وغير ذلك، فكلمة

الأمانة في الآية مطلقة تشمل كلا الأمانتين الشرعية والمالكية، وعليه أن مقتضى أداء الأمانة هو عدم جواز التصدق بها عن المالك؛ إذ ذاك ليس حفظاً لها، وإنما تفويت وتعريض أموال الشخص إلى التلف، وبما أنّ النسبة بين الآية المباركة والرواية عموم من وجهه، فالآيةُ الكريمةُ أعمُ من جهة شمولها لكلا الأمانتين المالكية والشرعية، وأخصُّ من جهة أنّ أداء الأمانة فرع إمكان الوصول إلى المالك؛ إذ لا يحتمل مع عدم إمكان الوصول أداء الأمانة له، والرواية أعم من جهة أنّ التصدق ليس مشروطاً بالفحص عن المالك وخاصة من جهة أنها ناظرة إلى الأمانة الشرعية؛ إذ الأموال المتجمعة عند هذا الشخص جعله الشارع أميناً عليها؛ لأنّها أموال مغصوبة، ومادة المعارضه إمكان الوصول إلى المالك، فالآية أمرت بوجوب رد الأمانة، بينما الرواية أمرت بالتصدق وهو ينافي الأمانة، ومع التعارض والتساقط إما نقول بأصالة البراءة عن وجوب التصدق، وأما نقول بحرمة التصرف بمال الغير من دون رضاه، والقدر المتيقن منه هو التصدق بعد العجز عن وجوده^(١)، وفي كلام آخر له توصل إلى هذه النتيجة قبل الوصول إلى التساقط، وذلك من خلال مبناه الأصولي^(٢)، من أنه إذا تعارض الخبر مع الكتاب معارضه العموم من وجه نرفع اليد عن الخبر، ويؤخذ بعموم الكتاب أو بإطلاقه، وعليه فلا بد من الأخذ بإطلاق الآية الكريمة والحكم بوجوب الفحص مع التمكّن منه ورفع اليد عن المطلقات

(١) حاضرات في الفقه الجعفري، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٦٢ و ٦١.

(٢) مصباح الأصول، أبو القاسم الخوئي: ٤٨ / ٥١٦.

الظاهر في عدم وجوبه^(١).

يمكن مناقشة ما ذكره بمناقشات عدّة:

الأولى: أنّ المعارضة بين الآية المباركة والرواية تكون متحققةً لو كانت المعارضة على نحو العموم من وجهه، ولكن الصحيح أنّها على نحو العموم والخصوص المطلق، فالرواية أخصّ مطلقاً من الآية الكريمة؛ فإنّها تدلّ على أنّ خصوص الأمانة الحاصلة على مجهول المالك حكمها التصدق من دون الحاجة إلى الفحص بخلاف الآية، فإنّ كلمة الأمانة مطلقةٌ تشمل الأمانة المالكية والأمانة الشرعية حكمها الفحص عن المالك أولاً، ثم أداء الأمانة له، فاتّضح أنّ النسبة هي العموم والخصوص المطلق.

الثانية: أنّ كلمة (أَدَّوا الْأَمَانَاتِ) لا يستفاد منها الفحص عن المالك، ثم أداء الأمانة له؛ إذ ليس المقصود من أداء الأمانة تسليمها باليد حتّى يُقال: إنّ التسليم باليد لا يتصوّر إلّا بعد الفحص عن المالك، وإنّها المقصود منها حرمة خيانة الأمانة، أي: إذا طالب بها صاحبُ الأمانة بأمانته لا يجوز حجبها عن المالك وعدم إعطائها له فهذه خيانة وهي تنهى عن الخيانة.

والشاهدُ على ذلك هو لو جاء صاحبُ الأمانة إلى المؤمن وطالبه بالأمانة، فيكتفي المؤمن بالقول هذه موجودة بالمكان الفلاني فخذها ولا يلزم المؤمن القيام بتسليمها باليد، وليس لصاحب الأمانة الإستدلال بقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ

(١) مصباح الفقاهة، أبو القاسم الخوئي: ٣٥ / ٧٧٧

أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا^(١)، أي: عليك أَيُّها المؤمن تسليمها باليدي، وإنما الآية تأمر بتجنب الخيانة ولزوم إرجاع الأمانة وعدم حجبها عن المالك وهذا المعنى (حرمة الخيانة) لا يلزِم الفحص عن المالك ثم أداء الأمانة له.

وإن شئت قلت: المعارضة بين الآية المباركة والرواية تنشأ من معارضة الرواية على أساس أحد إعتبارين:

الإعتبار الأول: الرواية أمرت بالتصدق، وهذا ينافي الحفاظ على الأمانة.

الإعتبار الثاني: الرواية أمرت بالتصدق غير المشروط بالفحص، بينما الآية الكريمة أمرت بأدائها المشروط بالفحص، وكلا الإعتبارين لا يصلحان لل المعارضة، أما الإعتبار الأول وهو التصدق في الرواية الذي يتنافى مع إعتبار الأمانة المفروضة، فإنَّ السيد الخوئي عليه السلام لا ينفي التصدق، وإنما يقول به لكنهُ مشروط بالفحص عن المالك، فلو كانت ثمة معارضة بين الرواية الآمرة بالتصدق وبين الآية النافية للتصدق كان عليه أن لا يقول بالتصدق مطلقاً، وأما الإعتبار الثاني وهو أنَّ الرواية أمرت بالتصدق غير المشروط بالفحص، بينما الآية أمرت بالفحص قبل أداء الأمانة فلما قلنا إنَّ قوله تعالى: **«إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا»** ليس هو عبارة عن التسليم باليدي حتى يستفاد الفحص قبل تأدية الأمانة، وإنما المقصود هو حرمة الخيانة، وهذا المعنى ينسجم حتى مع عدم الفحص عن المالك وتسليمها باليدي.

الثالثة: ذكر أن التصدق الثابت في الرواية ينافي وجوب حفظ الأمانة، وهذا المعنى غير واضح فإن الذي أمر بالتصدق بحسب الرواية هو الولي الشرعي، أي: الإمام عليه السلام ومعه كيف ينافي هذا التصدق مسألة أداء الأمانة ما دام قد حصل بإذن الولي الشرعي؟.

الرابعة: ما ذكره في بعض كلماته من التعارض بينهما (الأية والرواية) ثم التساقط معاً والذهاب إلى حرمة التصرف في مال الغير بدون رضاه، هذا المعنى ليس واضحاً؛ فإن الرواية متى ما تعارضت مع الآية المباركة سواء كان على نحو التبادر أو على نحو العموم من وجهـ كما في محل الكلامـ تسقط الرواية عن الإعتبار ولا معنى لسقوط الآية والرواية معاً.

وما ذكره في كلماته الأخرى من سقوط الخبر؛ لأنـ مخالفـ للكتاب الكريم لا يتم على مسلكه، فإنهـ يرى أنـ عنوان مخالفة الرواية للكتاب الكريم يصدق إذا كانت مخالفة لعموم الكتاب فأنذاك عنوان المخالفة يصدق، فتندرج تحت قول الأئمة عليهم السلام: «ما خالف قول ربنا زخرف وباطل ولم نقله»^(١)، وأمـا إذا كانت المخالفة لإطلاق الكتاب فلا يصدق على الرواية آنذاك عنوان المخالفةـ كما في مقامـ فلا موجب لسقوطهاـ.

النتيجة: روایات هذه الطائفة التي تقول بأن حكم مجهول المالك التصدق من دون الحاجة عن الفحص ليس صحيحاً، للمناقشات التي ذكرناها لا المناقشات

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ١ / ١٢١ / باب الاخذ بالسُّنة وشواهد الكتاب / الحديث ٣ و ٤ و ٥.

التي ذكرها السيد الخوئي عليه السلام.

الطائفة الثالثة: دلت على أن حكم مجهول المالك حكم اللقطة وحكمها التعريف لمدة سنة كاملة، ثم التخيير بين التصدق بها عن صاحبها أو الأمانة أو التملك، ومن مصادقها رواية حفص بن غياث قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً وللص مسلم هل يردد عليه؟ فقال: «لا يردد وإن أمكنه أن يردد على أصحابه فعل، وإن لا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيّبها فيعرفها حولاً، فإن أصاب أصحابها ردها عليه وإن لا تصدق بها...»^(١).

وهذه الرواية لا يمكن لها إعطاء حكم لمجهول المالك مخالفًا لما تقدم من رأي المشهور، فإنها إذا تمت خاصة بموردها وهو وديعة اللص أو تتعذر إلى مطلق وديعة الظالم وإن لم يكن لصاً، وأمّا التعذر إلى مطلق مجهول المالك فهذا أمر من الصعب تبنيه، وقد أشار الشيخ الأنصاري عليه السلام إلى هذه الملاحظة وقال: (إن الأصحاب لم يتعدوا إلى مطلق مجهول المالك من هذه الرواية بل تم الإقتصر على وديعة اللص أو وديعة الظالم بشكل عام)^(٢).

إن قلت: في موارد عديدة نقوم بتجريد النص عن الخصوصية عن طريق إلغاء إحتمال الإختصاص، وهذا دأب كثير من الفقهاء التي تتحرر من جمود الألفاظ فلماذا في موردنَا لا نلغى خصوصية وديعة اللص ونتعذر إلى مطلق مجهول المالك؟

قلت: إلغاء النص عن الخصوصية لابد من توفر عدة شروط:

(١) من لا يحضره الفقيه، الشيخ الصدوق: ٣ / ٢١٨ / باب ما يكون حكمه حكم اللقطة / ح ١.

(٢) المكاسب، مرتضى الأنصاري: ٢ / ١٨٧.

الأول: أن تقوم قرينة داخلية أو خارجية تدل على عدم الخصوصية للمورد، والمقصود بالقرينة الداخلية التعليل عادةً من قبيل: «إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَ لَمْ يَحِرِّمْ الْخَمْرَ لِإِسْمَهَا، وَلَكِنْ حَرَّمَهَا لِعَاقِبَتِهَا»^(١)، والمقصود من القرينة الخارجية هو الإجماع والإرتکاز والضرورات.

الثاني: أن لا يكون المورد الذي يُراد إلغاء الخصوصية فيه وارداً مورداً للتعبد، وإلا لا يمكن إلغاء أنداك، مثاله: ما دلّ على أنّ الدم دون الدرهم معفٌ عنه في الصلاة، فهنا لا يمكن دعوى إلغاء خصوصية الدم وأنّه مثال لطلق النجاسة، فالبُول دون الدرهم معفٌ عنه وكذا المني معفٌ عنه؛ لأنّ المورد وارداً مورداً للتعبد.

الثالث: أن لا يكون المورد الذي يُراد إلغاء الخصوصية فيه وارداً على خلاف الأصل، وإلا لكان إلغاء صعباً أيضاً، مثاله: الملكية في باب العقود تحصل بمجرد العقد، فيصير المشتري مالكاً للمثمن والبائع مالكاً للثمن، والقبض لا دخل له في الملكية، وإنما يدخل في إستقرار أو تريل العقد فلو تلف المال كالكتاب قبل أن يقبضه المشتري، فبحسب القواعد الكتاب ملك للمشتري _ لأنّه بالعقد صار مالكاً _ ولا بد أن يكون التلف على المشتري إلا إنّه هناك روايات تقول كُلُّ مالٍ تلف قبل قبضه فهو من مال البائع.

فهنا ورود البيع على خلاف الأصل فلا يمكن دعوى أنّ هذه القاعدة تجري في باب الإجارة بدعوى عدم الخصوصية للبيع، وهكذا في باقي المعاملات.

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٤١٩ / ٦ / الباب ٢٢ / الحديث ١ و ٢ و ٣.

الرابع: أن لا تُوجَدُ روایاتٌ معارضةٌ للحكم المذكور الوارد في النصّ^(١)، فإنَّ حكم مجهول المالك بحسب الروایات الأخرى هو الفحص عن المالك وبعد اليأس التصدق، فلو جاءت روایةٌ تعطِي حكمًا مخالفًا لمجهول المالك (كرواية حفص) التي ذكرت أنَّ حكمه حكم اللقطة، فهنا بها أنَّه يُوجَدُ لروایة حفص روایاتٌ معارضةٌ فعملية الإلغاء لوديعة اللص إلى مطلق مجهول المالك ليس صحيحاً، وهذا معناه أنَّ عملية الإلغاء تزدادُ وتضعفُ بملاحظة الروایات المعارضَة للمورِّد الذي يُرادُ الإلغاءُ الخصوصية فيه، فعند عدم المعارضَة يُمكِنُ الإلغاءُ ومع وجودها لا يُمكِنُ الإلغاءُ. ثم يُمكِنُ إضافةً إشكال آخر على الروایة: أنَّ الشمرة العملية عند المقارنة بين حكم مجهول المالك وحكم اللقطة تكاد أن تكون معدومة غالباً، فلو إفترضنا أنَّ الملتقط في نصف السنة حصل له اليأس من العثور على المالك، فذكر الفقهاء أنَّ التعريف يسقطُ، ويُتخيَّرُ المكلَفُ بين الأمور الثلاثة، وهذا حكم مجهول المالك نفسه لو حصل اليأس بالتصدق مباشرةً.

نعم، تظُهرُ الشمرةُ وهي نادرةٌ فيها لو لم يحصل اليأسُ بعد السنة، فعلى القول بأنَّ حكم مجهول المالك هو اللقطة فيسقطُ التعريفُ حتَّى مع عدم اليأس، لأنَّ الشارع عبَّدنا بسنة، وأمَّا أكثر فلا، بينما حكمُ مجهول المالك يستمرُ الفحصُ حتَّى بعد السنة، ولكنَّ هذا أمرٌ نادرٌ، وعليه فتكونُ الروایة ساقطةً من جهة الدلالة. أمَّا من جهة السند، فنجُدُ أنَّ الشيخ الطوسي عليه السلام رواها عن الصفار عن القاساني عن القاسم بن محمد عن سليمان بن داود المنقري عن حفص بن غياث... فلو رجعنا

(١) وهذا هو الذي يخصُّ محلَّ الكلام.

الى طريق الشيخ الطوسي الى الصفار يقول في (مشيخة التهذيب): (وما ذكرته في هذا الكتاب عن محمد بن الحسن الصفار أخبرني به الشيخ أبو عبد الله بن محمد بن النعمان والحسين بن عبيد (بن الغضائري) وأحمد بن عبادون (بن الحاشر) كُلُّهم عن أحمد بن محمد بن الحسن بن الوليد^(١)، عن أبيه^(٢)، عن علي بن محمد القاساني^(٣)، عن القاسم بن محمد^(٤)، عن سليمان بن داود المنقري^(٥)، عن حفص بن غياث^(٦).

(١) أحمد بن محمد بن الحسن بن الوليد هذا الشخص عند السيد الخوئي عليه السلام غير موثق، وكذلك أحمد بن محمد بن يحيى العطار.

(٢) محمد بن الحسن، ثقة، شيخ الصدوق.

(٣) قال عنه الشيخ النجاشي: القاساني (القاشاني) أبو الحسن كان فقيهاً، مكثراً من الحديث فاضلاً، غمز عليه أحمد بن محمد بن الوليد، وذكر أنه سمع منه مذاهب منكرة وليس في كتابه ما يدل على ذلك: ٢٥٥ / رقم الترجمة ٦٦٩ / رجال النجاشي. فلا دلالة على التوثيق إضافة الى ذلك أن الشيخ الطوسي في كتابه (رجال الطوسي) قال عنه: علي بن محمد القاساني من أصحاب الامام اهادي (عليه السلام) ضعيف أصبهاني، وعليه لم يرد فيه توثيق.

(٤) هذا الشخص مردود بين الجوهرى والاصفهانى، والجوهرى يوجد مبني لتوثيقه فإن أمكن تعين الجوهرى فيها وكلاهما يرويان عن سليمان بن داود المنقري.

(٥) المنقري أبو أيوب الشاذكوني بصرى، ليس بالمتتحقق بنا، غير أنه روى عن جماعة أصحابنا من أصحاب جعفر بن محمد عليه السلام وكان ثقة. رجال النجاشي: ١٨٤ / رقم الترجمة ٤٨٨.

(٦) هذا كان قاضياً في زمن هارون الراشيد في بغداد ثم نقل الى الكوفة، السيد الخوئي عليه السلام يقول: لا يوجد طريق لتوثيقه، ولكن عبارة الشيخ الطوسي في العدة مفادها أنه تكفينا الوثيقة فيقول: (أجمعـت العصـابة عـلـى الـعـمل بـرـوـاـيـات جـمـاعـة مـنـهـم السـكـونـي وـحـفـصـ بـنـ).

الى هنا عرّفنا أن حكم مجهول المالك هو الفحص عنه، ومع اليأس التصدق عنه.

النقطة الثانية: الحاجة إلى كسب الإجازة من الحاكم الشرعي

هل وجوب التصدق مشروطٌ بكسب الإجازة من الحاكم الشرعي أو لا؟ قد يُقال: بلزوم الحاجة إلى كسب الإجازة؛ وذلك للوجوه الثلاثة الآتية:

الوجه الأول: قد ثبت أنّ الحاكم الشرعي هو ولي الغائب، فعل هذا الأساس إذا لم نستطع الوصول إلى المالك نفسه؛ لأنّه مجهولٌ فلابد من الوصول إلى ولي هذا المالك وإنّاطة أيّ تصرّفٍ برضى ولي المالك وهو الحاكم الشرعي.

ويُلاحظ عليه: نُسّلمُ أنّ الشارع جعل للغائب ولياً؛ إذ ليس من المحتمل أن يترك الشارع للغائب من دون أن يجعل له ولياً يُنظمُ التصرّفات المرتبطة به، إلّا أن عدم جواز التصرّف بما يرجعُ إلى الغائب إلّا بشخصٍ، وهذا الشخصُ يدورُ بين أحد إحتمالين:

الأول: أن يتصدّى كُلُّ إنسان للتصرّف بالشؤون المرتبطة بالغائب.
الثاني: أن يتصدّى خصوصُ الحاكم الشرعي فهو الذي يُنظمُ الأمور المرتبطة بالغائب، ولا إشكال أنّ القدر المتيقّن هو الثاني، فالحاكمُ الشرعي هو ولي الغائب وإنّ الشارع أعطاه الولاية في التصرّف بشؤون الغائب إلّا أنه إذا الشارع نصّب ولياً

غياب) وقد عدَّ هذا الكلام توثيقاً لفحص، وعلى أي حالٍ، حتّى لو تغلبنا على مشكلة توثيق حفص تبقى قضية توثيق علي بن محمد القاساني والقاسم بن محمد، وعليه الرواية من ناحية السند ضعيفة.

للتصّرف في أمور الغائب وكان مأذوناً من قبل الشارع في التصرّف بأموال الغائب، فلا تصل النوبة إلى ولاية الحاكم الشرعي، فهو ولي عن الغائب إذا لم يكن هناك ولي خاص من قبل الشارع، ومن الواضح أنّ الشارع قد نصّب هذا الولي الخاص الذي وهو الشخص الذي عثر على مجهول المالك، فحينها أمره الشارع بالتصدق عن المالك هذا معناه نصّبه ولياً عن الغائب بالخصوص والحاكم الشرعي ولي عن الغائب بالعموم.

الوجهُ الثاني: أنّ الحاكم الشرعي أعرف بموارد الصرف وأخبر بمواعدها، فلأجل الأخبارية بموارد الصرف لابد من كسب الإجازة منه.

ويُلاحظُ عليه: أنّ الحاكم الشرعي هو أعرف بموارد الصرف على مستوى الشبهة الحكمية، وأمّا على مستوى الشبهة الموضوعية فالامرُ يكونُ على العكس، أي: أنّ المكلف هو أعرف من الحاكم الشرعي.

وبكلمة أخرى: أنّه تارةً لا نعلمُ الحكم الكلي في مسألة مجهول المالك هل الحكم التصدق أو التملك أو الإحتفاظ به، ثم يوصى إلى الورثة أو غير ذلك من الإحتفالات؟ فهنا الحاكم الشرعي أعرف بالحكم الكلي وأنّ حكم مجهول المالك هو التصدق، وأخرى نعلمُ بالحكم الكلي ونشك في الحكم الجزئي وهو التصدق على الفقراء، فإنّ معرفة هذا فقير أو ذاك المكلف قد يكونُ أعلم من الحاكم الشرعي.

الوجهُ الثالث: روايةُ داود بن أبي يزيد عن أبي عبد الله عليهما السلام قال: قال رجل إنّ

قد أصبت مالاً وإن قد خفت فيه على نفسي ولو أصبت صاحبه دفعته إليه وخلصت منه، قال: فقال له أبو عبدالله عليه السلام: «والله إن لو أصبته كنت تدفعه إليه؟ قال: أي والله قال: فأنا والله ما له صاحبٌ غيري، قال: فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره قال: فحلف، فقال: فاذهب فاقسمه في إخوانك ولك الأمان مما خفت منه قال: فقسمته بين إخواني»^(١)، ورواه الشيخ الصدوق أيضاً بإسناده عن الحجاج. وتقريب الاستدلال: قوله عليه السلام: «فأنا والله ما له صاحبٌ غيري»، أي: أن هذا المال لي، بمعنى أنني الولاية الشرعية على هذا المال. وأعرض على الرواية المذكورة باعتراضين:

الاعتراض الأول: ما ذكره السيد الخوئي في بقوله: إن هذه الرواية أجنبية عن محل الكلام؛ إذ لا يوجد فيها ما يدل على أن المال هو مجهول المالك فالرجل ذكر (إن قد أصبت مالاً) ومن المحتمل حينها قال عليه السلام: «والله ما له صاحبٌ غيري» إن هذا المال عائد إلى الإمام، إما عائد إليه بالرجوع الشخصي، أي: إن الإمام عليه السلام قد فقد هذا المال وسقط منه مثلاً في الطريق، أو عائد إليه بالرجوع النوعي، أي: إن هذا المال من الأنفال وأنا أملك الولاية العامة له، وعليه إذاً الرواية لا تتحدد عن مجهول المالك، هذا ما ذكره السيد الخوئي في^(٢).

ويرد: أن حمل الرواية على معلوم المالك -الذي هو الإمام عليه السلام- يتوقف على

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ١٤٠ / الباب ٤٩ / الحديث ٧؛ من لا يحضره الفقيه، الشيخ الصدوق: ٣ / ٢١٧ / الباب ٩٠ / الحديث ١٧.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٦٣٣.

أنّ السائل حينما قال: (إِنِّي قد أَصْبَتُ مَالًا) ذكر أوصاف المال للإمام، والإمام عرفةُ بعد ذكر الأوصاف، ولكن السائل أجمل أوصاف المال، وقولُ السيد الخوئي يُبَيِّنُ أنَّ الإمام عَلَيْهِ الْمَدْحُور اطلع على أنَّ المال لُهُ على أساس إعمال الجنبة الغيبة حمل على خلاف الظاهر.

الإعْتراضُ الثاني: من ناحية السند، فإنَّ الرواية ضعيفة بكلتا طرفيها، فإنَّ طريق الكليني وقع فيه موسى بن عمر المردد بين الثقة وغيره، وطريقُ الشيخ الصدوق إلى الحجّال لم يذكره في المشيخة، وعليه تكون الرواية مرسلة، إلَّا أنه لو تمت سندًا فهناك نتيجتان لابد من الإلتزام بهما.

النتيجةُ الأولى: أنَّ حكم مجهول المالك سوف لا يُقتصرُ على التصدق، وإنما مخير الشخصُ بين التصدق وبين التقسيم على الأخوان، والتقطيع بين الأخوان ليس فيه بالضرورة الفقراء.

النتيجةُ الثانية: أنَّ مجهول المالك لابد أن يُصرف فيما يرتبط بشؤون منصب الولاية أعم من التصدق أو التقسيم بين الأخوان؛ وذلك لأنَّ ذكر التصدق في تلك الروايات السابقة هو مصدقٌ من مصاديق منصب الولاية، وهكذا التقسيم بين إخوانك مصدق لمنصب الولاية، وإلَّا فشُؤون منصب الولاية عام، وما ذُكر من الموارد فقط مصاديق لكن المشكلة كما قلنا من ناحية السند في هذه الرواية.

وعلى أيِّ حالٍ، لا وجهٌ يُرْكَنُ إليه في الحاجة إلى كسب الإجازة من الحاكم

عند التصدق ومن يُريدُ العمل بالإحتياط فعليه بأخذ الإجازة من الحاكم.

بعض الأبحاث المرتبطة بحكم مجهول المالك^(١)

البحث الأول: ما حكم لو ظهر المالك بعد التصدق؟

البحث الثاني: هل وجوب التصدق ينحصر بالفقير الخارج عن الشخص المصدق نفسه أو إنّه يشمله فيما إذا كان فقيراً؟

البحث الأول: حكم لو ظهر المالك بعد التصدق

فتارةً يرضى المالك بالتصدق وهذا لا إشكال فيه، وأخرى لا يرضى به فما هو الموقف؟

الوجه الأول: ذكر أغلب الفقهاء عدم وجوب الضمان على المصدق تمسكاً بإطلاق صحيحة يونس التي هي مستند المشهور في حكم مجهول المالك، فهي لم تقيد حالة ما لو ظهر المالك وطلب بالمال، فمن الأمر بالتصدق يُستفاد عدم الالتفات بمطالبة المالك بالمال؛ إذ قال عائلاً «فبعه وتصدق بثمنه» إذ لو كان يلزم الضمان عليه لو ظهر المالك لقيّد عائلاً ذلك.

ويلاحظ عليه: أنّ الإطلاق المدعى إما نقصد به الإطلاق اللفظي أو الإطلاق

(١) إنتهينا إلى أنه لا دليل على وجوب أخذ الإجازة وكان المفترض أن نذكر القول الثاني وهو معلوم المالك، ولكن هناك بعض الأبحاث المرتبطة بمحظوظ المالك وهي إبتلائية نحاول أن نسلط الضوء عليها.

المقامي وكلاهما قابلان للمناقشة، أمّا الإطلاق اللغظي فهو يُتمسّك به لرفض قيد نحتمل دخالته في المطلق وكان القيد من الأوصاف التي لو لا التقييد لكان اللفظ المطلق متصفًا كقولنا (أكرم الفقير) ومن خلال إطلاق لفظة (الفقير) نفي قيد العدالة التي هي من القيود التي يتّصف بها اللفظ المذكور، وفي مقامنا أنّ القيد هو الضمان لو ظهر المالك ولم يرض بالتصدق لا يجعل قيدًا لأي لفظ في الرواية، والإمام عليه السلام في صحيحه يونس قال: «فَبِعُهُ وَتَصَدِّقُ بِشَمْنَهُ» فإنّ الضمان ليس من قيود البيع ولا يُصلح أن يكون من قيود التصدق؛ إذ ليس من أوصاف البيع والتصدق بالتصديق لو ظهر المالك وطالب بالضمان لحصل له ذلك، وعليه أنّ الإطلاق اللغظي في صحيحه يونس ساقطٌ؛ لأنّه يحتاج إلى لفظ مطلق وإلى قيد يجعل وصفًا للفظ المطلق ولكنه لم يُذكر في مقام الكلام.

وأمّا الإطلاق المقامي فلأجل أنه يُشترط فيه أن يكون المتكلّم في مقام بيان الأحكام الأخرى التي هي من مقامنا لو ظهر المالك ولم يرض بالتصدق كما قيل في آية التيمم: «فَتَيَمِّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا»^(١)، فيُمكّن من خلال الإطلاق المقامي نفي وجوب الوضوء لو عشر على الماء إذا كانت الآية المباركة في مقام بيان الأحكام الأخرى، فسكت المتكلّم عنها رغم أنه في مقام البيان ينعقد الإطلاق المقامي آنذاك وهذه الفكرة لا تتطبق على مقامنا؛ لأنّ صحيحه يونس في مقام بيان حكم مجهول المالك في حدّ نفسه وقد أمره الإمام عليه السلام بالتصدق بشمنه، وليس في مقام بيان الأحكام الأخرى التي منها حكم التصدق لو ظهر المالك ولم يرض به، فإذا لم

يكن في مقام بيان هذه الأحكام فلا ينعقد الإطلاق المقامي أيضاً.

إذاً الوجه الأول وهو التمسك بالإطلاق لنفي وجوب الضمان على المتصدق مستند إلى الإطلاق، فإتّضح أنّ الإطلاق بشقيه لا يصلح أن يكون هو المستند.

الوجه الثاني: التمسك بأسالة البراءة، فإنّ الضمان على المتصدق لو طالب المالك به يحتاج إلى مثبتٍ، وصحيحٌ يونس_ كما تقدّم_ لا تصلح لإثبات الضمان أو عدمه، فالبراءة محكمةٌ في المقام.

وأشكال على هذا الوجه بإشكالين:

الإشكال الأول: أنّ الدليل على الضمان موجودٌ وهو التمسك بقاعدة (على اليد ما أخذت) أو قاعدة (من أتلف مال الغير فهو له ضامن)، لذا لا تصل النوبة إلى الأصل العملي؛ إذ مجرأه الشك وهنا يوجد دليلٌ على الخلاف، ومن الواضح أنّ المتصدق قد أتلف مال الغير بتصدقه وجعل يده على مال الغير، فيلزم أن يكون ضامناً؛ لأنّ المستند في الضمان هو اليد والإتلاف والتصدق قد حقق ذلك.

يُوجَدُ جوابان على هذا الإشكال:

الأول: أنّ مستند قاعدة الضمان (على اليد ما أخذت) أو (من أتلف مال الغير فهو له ضامن) هو السيرة العقلائية وكما نعلم أنّ السيرة دليلٌ يقتصرُ فيه على القدر المتيقّن وهو إذا لم يكن التصدق بإذن الولي الشرعي، أي: الإمام عليه السلام ولا توجد سيرةٌ على الضمان حتى في حالة ما إذا أذن الولي الشرعي بذلك، فيكوننا أن نشك في وجود سيرة على الضمان في هذه الصورة.

الثاني: ما ذكره السيد الخوئي عليه السلام إذ يقول: (إن أدلة الضمان منصرفة إلى حالة كون التصرف من دون إذن الشارع بالتصريف في مال الغير فأدلة الضمان منصرفة عنه).

وبكلمة: التصرف في مال الغير إذا كان على المالك فأدلة الضمان تشمله، وأماماً إذا كان للمالك فإن التصديق إحسان ومنفعة له في الآخرة، فلا تشمله أدلة الضمان؛ لأنها منصرفة في الضمان الذي يكون على المالك لا له^(١).

ويلاحظ عليه: أن التمسك بفكرة الإنصراف لو تمت في حد نفسها إنما تصح في الأدلة اللفظية دون ما إذا كان المستند هو الأدلة اللببية، فإن المستند في الضمان هو السيرة العقلائية التي هي من الأدلة اللببية، ومعه لا تأتي فكرة الإنصراف.

وعليه أن الإشكال الأول على التمسك بإصالة البراءة من دعوى وجود أدلة على الضمان قابل للدفع بما ذكرناه لا بما ذكره السيد الخوئي عليه السلام.

الإشكال الثاني: لا نشك في إشتغال الذمة في الضمان بعد العدم حتى نطبق أصالة البراءة، وإنما نقول الذمة قد إشتغلت من حين التصديق؛ إذ التصديق يصدق عليه أنه إتلاف مال الغير ويصدق عليه على اليد ما أخذت، فلا حاجة إلى تقييد الضمان بما لو ظهر المالك حتى يقال: نشك في الإشتغال لو ظهر فنجري أصالة البراءة، بل نقول إن الذمة هي من أول الأمر قد إشتغلت، وما دام الأمر كذلك يجب الضمان ولا مجرى للبراءة أساساً.

وقد أجيبي عن هذا الإشكال بجوابين:

الجواب الأول: ما ذكرناه سابقاً من أن مستند كل من قاعدة (على اليد ما

(١) محاضرات في الفقه الجعفري، أبو القاسم الخوئي: ٢ / ٦٢٣.

أخذت) وقاعدة (من أتلف مال الغير) هو السيرة العقلائية، ويمكن أن نجزم أنها لا تشمل الإتلاف الحاصل بإذن الولي الشرعي بالتصدق، فإن الشارع قد أذن له بالتصدق، وهذا الإتلاف هو مستند إلى الشارع فلا تشمله السيرة العقلائية التي هي مستند الضمان؛ لأنها دليلٌ لبّيٌّ فيقتصرُ فيه على القدر المتيقن، والقدر المتيقن هو ما إذا حصل الإتلاف، ولكن من دون إذن شرعي.

الجواب الثاني: أن الحكم بلزم الضمان من حين التصديق يلزم منه التسلسل في ضمان الأبدال وتوضيحة: أنه لو قيل إن العين تضمن بدلها من حين التصديق كما مرّ، فيكون البدل ملكاً لصاحب العين وهو (البدل) مجهول المالك فنطّب على أحکامه وهو التصدق، وهكذا البدل الثاني يصير ملكاً لصاحب العين وهو مجهول المالك، فنطّب على أحکامه وتنسلل القضية إلى بقية الأبدال وهذا باطل^(١).

ويلاحظ عليه:

أولاً: أن التسلسل يتصور لو إفترضنا إن إجراء حكم مجهول المالك شامل لبدل العين، وهذا غير ظاهر من الصحّيحة، فإن صحّيحة يونس تشير إلى أن العين الأصلية يجري عليها حكم مجهول المالك وهو التصدق، إذ قال عليه: «بعه وتصدق بشمنه» وأماماً إجراء حكم مجهول المالك على الأبدال فلا مثبت له من نصٍ ولا من غيره فينقطع التسلسل المذكور؛ لأن الأبدال لا ينطّب عليها حكم مجهول المالك وهو التصدق.

(١) محاضرات في الفقه الجعفري، أبو القاسم الخوئي: ٢ / ٦٢٣.

ثانياً: لو سلّمنا بأنّ صحيحة يونس جعلت حكم التصدق شاملاً للعين والبدل لتلك العين، إلّا أنّ التسلسل المذكور لا يثبت بمجرد قولنا إنّ مجهول المالك حكمه التصدق، وإنّما لابد من أن نضم التصدق الفعلي، وبما أنّ التصدق الفعلي قد حصل للعين الأصلية فقط فلا ينتقل الدور إلى البدل؛ لأنّا لم نتصدق بها حسب الفرض.

نعم، لو قلنا الضمان عند الحكم بوجوب التصدق يُتصوّر التسلسل آنذاك.

فتحصلّ مما تقدّم أنّ المتصدق لا يضمنُ سواء ظهر المالك وطالب بالضمان أم لم يظهر، والمستند في ذلك هو أصلالة البراءة عن ثبوت الضمان.

البحث الثاني: احتساب دفع الصدقة على المتصدق نفسه في حال فقره

لو إفترضنا أنّ مورد الصدقة هو الفقير، وإفترضنا أنّ المتصدق ينطبق عليه عنوان الفقر، فهل عليه أن يتصدق على غيره من الفقراء أو يجوز إحتساب الصدقة على نفسه؟

نقولُ في مقام الجواب: إنّ الظاهر من صحيحة يونس «بعه وتصدق بثمنه» هو التصدق على غيره من الفقراء، وأمّا شمول التصدق لنفسه وإن كان فقيراً، فهذا خلاف الظاهر من الصحيحة.

إنّ قلت: هناك مسألة عند الفقهاء وهي: لو أنّ صاحب المال أمر شخصاً بتغريق المال على الفقراء وكان المأمور واحداً منهم، قالوا ما دام لم يصرّح بخروجه فيجوز أن يأخذ من هذا المال بمقدار ما عين له من الحصص، فإذا جاز هنا جاز هناك.

قلتُ: هناك فارقٌ بين المسألتين، وهو أنّه في المسألة المذكورة أنّ الأمر بالتفريق هو

شخص عادي (صاحب المال)، بينما في مسألتنا أنّ الأمر بالتصدق هو الولي الشرعي. وبكلمة أوضح: أنّ المال في تلك المسألة معلومُ المالك، بينما في مسألتنا هو مجهولُ المالك، وهذا الفارقُ ما يجعلُ إحتمال الخصوصية موجودًّا، ودعوى عدم الفرق تكونُ على مدعّيها.

فالصحيحُ: إذاً عدمُ جواز إحتساب التصدق على نفسه. إلى الآن قد يتضح أنّ القائلين بعدم مالكية الدولة قد التزموا بأنّ الأموال الموجودة يُطبّقُ عليها عنوان مجهول المالك، وعرفنا إنّ الحكم وهو التصدق بعد اليأس، وأيضاً لا حاجة إلى أخذ الإجازة من الحاكم الشرعي.

النقطةُ الثالثة: اللوازم المترتبةُ على القول بمجهولية المالك لمال الدولة

وقد رتب أصحابُ هذا القول لوازماً متعدداً في مسألة البنوك:

اللازمُ الأول: الفورية في وجوب الخمس

وهو ما أشار إليه السيدُ السيستاني (حفظهُ اللهُ) من أنّه يجبُ على الذي يفترض البنك الخمس فوراً ولا يتضرر إنتهاء السنة إحتياطاً بصرفه في المؤنة وتوضيحةً: إنّ الشخص الذي يُودع أمواله في البنك الحكومية يرجعُ هذا الإيداع إلى الإقراض -كما سيأتي توضيح ذلك- فهنا نسألُ من هو المقترض؟ فلا يخلو إماً أن يكون الموظف أو عنوان البنك، ومن الواضح أنّ كليهما لا يصلحان أن يكونا طرفاً لعنوان المقترض، أمّا الموظفُ فمجرّد جلوسه في البنك لا يكونُ مشغولاً بالضمان

هذا الشخص، وأمّا البنك فلا يتحقق القرض؛ لأنّه يتضمن تملك الغير والدولة لا تملك عندهم، وأيضاً لا يصح من عنوان البنك القبول؛ لعدم تعلّق ذلك، فأنذاك هذا الشخص الذي دفع أمواله إلى البنك لم يتحقق منه الإيداع وفي الوقت نفسه لم يتحقق منه الإقراض فهو إذاً بمنزلة المتلف لأمواله شرعاً لا عرفاً، ومن الواضح أنّ الشخص الذي يكون متلماً لأمواله يجب عليه التخمين من أول الأمر ولا يتنتظر الإحتياط بالصرف لسنة، نظير من يلقي أمواله في البحر فيقال له: عليك تخمين هذا المال، وهذا نصّ كلامه: (لا يجوز الإيداع في البنوك الحكومية _بمعنى إقراضها_ مع إشتراط الحصول على الزيادة؛ لأنّه ربا.... وعلى ذلك يُشكّل إيداع الأرباح والفوائد التي يجنيها الشخص أثناء سنته في البنوك الحكومية قبل إخراج الخمس منها؛ لأنّه مأذون في صرفه في مؤونته وليس مأذوناً في إتلافه، فلو أتلفه ضمه لأصحابه) ^(١).

اللازم الثاني: انتفاء عقد القرض مع البنك

إنّ الشخص إذا أراد الإقراض من البنك، فبناءً على معاملة الأموال الموجودة لدى البنك معاملة مجهول المالك لا يمكن أن يتحقق الإقراض منه، وإنّما يأخذه من البنك يُطبق عليه عنوان مجهول المالك؛ وذلك لأنّ المقرض لهذا الشخص إما يكون الموظف أو البنك، والموظف لا يملك الأموال حتى يقرّضها للشخص الآخر وليس له ممثلية شرعية عن البنك، وإنّما ممثلية قانونية له، وأمّا البنك لا يمكن

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٩ / المسألة الخامسة.

أن يُفرض أيضاً؛ لأنَّهم يبنون على عدم مالكية البنوك للأموال، فينطبقُ على المال المأخذ عنوان مجهول المالك فيحتاجُ إلى كسب الإجازة من الحاكم الشرعي -بناءً على الإحتياج -والزيادةُ التي يُطالبُ بدفعها لا تدخلُ في عنوان الربا؛ لأنَّ الربا فرع القرض وهو غير متحقق حسب الفرض، وإنَّما الزيادة تُدفعُ من جهة طلب القانون الوضعي بالدفع، وهذا اللازمُ سوف يُسَرّ لكثير من الناس مسألة الإقراض من البنوك، أمّا من يبني على أنَّ الدولة تملك -كما بنينا سابقاً- فـيتحققُ القرض منها، والزيادةُ المفروضة على الشخص تدخلُ في نطاق الربا، وأشار إلى هذا اللازم كُلّ من الشيخ حسين الحلي^(١)، والسيد الخوئي^(٢) والسيد السيستاني (حفظه الله^(٣)).

اللازم الثالث: التخميس مكرراً

وجوبُ التخميس أكثر من مرة كُلّما أراد سحب المال الذي أودعه لدى البنك، فلو إفترضنا أنَّ شخصاً أودع مقداراً من المال وقد ألتزمنا باللازم الأول من أنَّ الإيداع المذكور ليس متحققاً، وإنَّما هو إذن باتفاق المال فيجبُ عليه التخميس، وهذا الشخص لو أراد أن يسحب مقداراً من المال وبما أنه مجهول المالك -كما يقولون- فلو بقي سنة كاملة يجحبُ عليه التخميس، ولو أراد إيداعه من جديد يجحبُ

(١) بحوث فقهية، حسين الحلي: ١٩٩.

(٢) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤٠٧ / المسألة الرابعة.

(٣) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٨ / المسألة الثانية.

عليه التخميص أيضاً مرة ثالثة، ومن الواضح أنّ التخميص لمرتين أو أكثر على مال واحد نتيجة غريبة لا يلتزم بها أصحاب هذا الإتجاه.

اللازم الرابع: سقوط الخمس

لو إفترضنا أنّ شخصاً كان يتعامل مع البنك على أساس الصكوك، فلو أودع مقداراً من المال وأراد أن يسحب قسماً منه، فالبنك يصدر له صكّاً أو بطاقة إئتمان يتعامل بها مع غيره، بل إنّ كثيراً من البلدان لا يتقاضون الراتب الشهري فعلاً، أي: (بقبض النقد) وإنما يدفع لهم صكوك أو تحوّل على البطاقات، ولا زُم ذلك لا يجب الخمس على الذي لم يستلم النقد بيده، لأنّ وجوب الخمس فرع مالية ما يستلمه والمالية متمحّضة بالنقد، وأمّا الصك فهو مجرّد سند ومشير إلى ما يعادله من الأموال، ومن الواضح هذه نتيجة غريبة أيضاً؛ لأنّها تؤدي إلى سقوط الخمس ولا يجب عليهم الدفع إلا بقبض النقد، فلو تمّ إسلام النقد وبقي إلى فترة سنة يجب الخمس آنذاك، ومن دون الإسلام الفعلي لا يجب الخمس.

اللازم الخامس: تحول المال الشخصي إلى مجهول المالك

لو إفترضنا أنّ شخصاً قد أودع أموالاً لدى البنك وأراد أن يسحب مقداراً منها، فحقيقة المال الذي أودعه لدى البنك كما قلنا يرجع إلى الإفتراض، فلو طالب به بعد ذلك، فالمال الذي يستلمه هو عنوان مجهول المالك، ومالهُ السابق قد تصرّف فيه البنك ودفعه إلى غيره فتحوّل مالهُ من عنوان معلوم المالك إلى عنوان مجهول المالك، وهذا ما لا يقبله الناسُ.

إن قلتَ: يُمكِّنُ تصحِّحُ هذا الأمر عن طريق الإتفاق مع الموظف القائم على هذا العقد فيقول: (أفترضك مالاً على أن تسترجع لي ما أفترضته في الوقت المقرر وأنت وكيل أيضاً عنِّي بإقراض مالي إلى الغير) فهنا مع التوكيل المذكور تجوز المطالبة به، ولا يكون مجهول المالك، بل يتحقق عنوان الإقراض أيضاً من البنك وأيّ زِيادة تكون زِيادة ربوية.

قلتُ: إنَّ هذه الفرضية مثالية لا تنسجمُ مع واقع البنك، فإنَّ ما يجتمعُ لدِيهَا ليست من أموال الأشخاص فقط حتَّى يتمَّ التوكيل بإقراض هذا المال إلى الغير والمطالبة به في الوقت المقرر؛ لأنَّ ما يتجمعُ لدى البنك من هذه الأموال ومن ثروات الدولة من النفط والغاز والذهب فسوف يختلطُ مالي الخاص مع تلك المصادر التي هي مجهولة المالك حسب فرضهم، فيختلطُ المالُ بأجمعه فما يتمُّ الحصولُ عليه بعد إنتهاء المدة المقررة مع البنك هو مجهول المالك. نعم، لو كانت البنكُ مصدرها الرئيسي ما يدفعهُ الأشخاص فقط هنا يصحُّ التوكيل من دون أيِّ إشكال.

اللازمُ السادس: تسلط الفقير على مال الوديعة

أنَّ الشخص أو الأشخاص الذين قد أودعوا أموالهم في البنك سوف تتحوَّل إلى عنوان مجهول المالك، وبالتالي يجوزُ لكل شخص مادام فقيراً أنَّ يأخذ من هذه الأموال بعض الموظفين أو الأشخاص من الخارج، ولا يلزمُ الضمانُ على الآخذ؛ لأنَّه هذه الأموال بمجرَّد وضعها في البنك تتحوَّل إلى مجهولة المالك والتي تملك

بالقبض. نعم، هذا الشخص بحاجة إلى كسب الإجازة من الحاكم الشرعي –بناءً على الحاجة_ وعادة الحاكم الشرعي لا يُجيزُ في هذه الحالة؛ لأنّ ذلك يؤدي إلى إحتلال النظام، لكن عدم إعطاء الإجازة لأجل الإحتلال يؤثّر من الناحية التكليفية فقط، وأمّا من الناحية الوضعية وهو الضمان فلا يترتب على الآخذ لها؛ لأنّها أموال مجهولة المالك، فهو لم يتلف أموال الغير حتّى يضمن.

وحيثما أشكّل على السيد الخوئي ^{عليه السلام} بذلك، حاول الجواب بـأنّ الأخذ لا يجوز؛ لأنّه يؤدي إلى خسارة أموال الغير وتلفها^(١)، ويقصد بالغير هنا الذي أودع المال. وهذا الجواب لا يحل مشكلة الأموال المودعة مادامت مجهولة المالك، فيجوز لـكُلّ شخص مادام فقيراً وضع اليد عليها؛ فإنّ الخسارة للغير لو لم نقل بتحول المال إلى مجهول المالك، وأمّا مع التحول فلا يؤدي إلى خسارة، وتلف أموال الغير، وهذا اللازم يُمكن أن يُضعف مبني مجهول المالك على أموال الدولة.

اللازم السابع: تصدق المواطنين على ما يتقاوضونه من الدولة

يلزم على المواطنين التصدق في الأموال التي يحصلون عليها من الدولة من قبيل الوجبات الغذائية كما في بعض البلدان؛ فإنّها مجهولة المالك، وحكمها التصدق بإذن الحاكم الشرعي أو عدمه، بل يلزم أكثر من ذلك وهو أنّ من يستعمل مراقبة الدولة كالمطارات والمستشفيات يلزم التصدق إزاء هذه التصرفات، بل لو صلّى في تلك

(١) صراط النجاة، أبو القاسم الخوئي: ٢ / ٢٣٢ / السؤال ٦٩٤.

الأماكن عليه دفع الصدقة أيضاً، وقد إعترف السيد الخوئي عليه السلام بهذا اللازم ^(١).

اللازم الثامن: لا يحق للتجار استرجاع أموال الوديعة

يلزم على التجار_ الذين أودعوا أموالهم أو أرادوا الحصول على الأموال من أئمان البضائع التي باعوها أو من التحويل المالي_ عدم أخذ تلك الأموال من البنوك؛ لأنّهم أغنياء، ومحظوظون بالملك لا يُصرف إلّا إلى الفقراء، ولا يحقُّ للحاكم الشرعي أن يعطي الإجازة.

إنّ قلت: إنّ الشارع لا يرضى بعدم تسلّم التجار لأموالهم المودوعة للقطع بأنّ الشارع يسمح لهم بذلك؛ لأنّهم أودعوا أموال راجعة إليهم، فكيف يُعقل إنّ الشارع يمنعهم من التصرّف في أموالهم؟

قلت: نقطع بذلك أيضاً، ولكن هذا القطعُ الحاصلُ لنا من طريق الشارع بعدم حرمانهم من الأموال لابد أن يجعل منبهأً على بطلان فكرة مجهول الملك؛ إذ كيف ينسجمُ الأمر بأننا نقطع إنّ الشارع يرضى بتسلّم الأموال لهم، وفي الوقت نفسه هم أغنياء ومحظوظون بالملك لا يُصرف إلّا إلى الفقراء.

فإن قلت: الحاكم الشرعي بإمكانه أن يعطي تلك الأموال إلى الأغنياء من باب الإجارة على عمل صدر منهم، وهو أنّ الأغنياء حينما أودعوا الأموال في البنوك قد أوجدوا عملاً وهو إيجاد عنوان مجهول الملك، فقاموا بتحقيق موضوع مجهول

(١) صراط النجاة، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٣ / السؤال ١٣٤ وأيضاً السؤال ١٢٩.

المالك، وبما أنه عمل محترم فتصح الأجرة عليه.

قلت: هذا الكلام ليس واضحاً، فأي عمل قد قام به هذا التاجر لكي يستحق الأجرة عليه، فإن عنوان مجهول المالك هو حاصل على أساس المبني الفقهي الذي يقول: إن أموال الدولة تُعامل معاملة مجهول المالك، فمتعلق الإجارة متتحقق جزماً فكيف مع تتحققه يعطى إجارة على هذا الأمر؟ وكان الأولى عليه يُبيّن أن يجعل هذا اللازم منبهًاً على بطلان فكرة مجهول المالك لا أنه يلتزم به ويحاول تصحيحه بهذا الوجه الغريب.

اللازم التاسع: زوال بعض العناوين الشرعية كحق السادة

الأموال الموجودة لدى البنوك مجهولة المالك أيضاً باعتبارها شعب من شعب الدولة وهي غير مالكة، وعلى هذا الأساس هناك عناوين خاصة سوف تزول عند وضعها في البنك، فمثلاً الحقوق الشرعية كحق الإمام عليه السلام وحق السادة والكافارات توضع في البنوك لتحويلها إلى بعض البلدان، وهكذا التجار فهم لا يستلمون أثمان الصنائع مباشرة، وإنما يقوم البنك بتحويل تلك الأموال إلى بلد التاجر، إنه بناءً على معاملة الأموال على أنها مجهولة المالك سوف تترتب بعض النتائج وهي:

نتائج القول بعدم ملكية الدولة:

النتيجة الأولى: يلزم إنتفاء تلك العناوين الشرعية، فيتحول المال من عنوان حق

الإمام عليه السلام أو السادة إلى عنوان مجهول المالك.

النتيجة الثانية: يلزم أن يأخذ غير السادة الأموال من البنك إذا كانوا فقراء؛ إذ بناءً على تبدل هذا العنوان حق السادة إلى مجهول المالك يصبح كُلُّ فقير له الأحقيّة في أخذ تلك الأموال ما دام ينطبق عليه عنوان الفقير.

إن قلت: إن عنوان مجهول المالك يحتاج إلى إجازة من الحاكم الشرعي لحلّيته، وهو عادةً لا يُسمح للفقير غير السيد أن يستلم من البنك حق السادة.

قلت: إن عدم الإجازة لهذا الفقير لا معنى له؛ إذ بعد فرض كون الشخص المذكور فقيراً وكون المال لدى البنك هو مجهول المالك فلماذا يمتنع الحاكم الشرعي من إعطاء الإجازة له؟

نعم، إن الحاكم الشرعي يشعر من داخله لو أجاز لهذا الفقير غير السيد أن يستلم من البنك حق السادة هو تضييع لعنوان هذا الحق، فمن هنا هو لا يُجيز إلا أن عدم الإجازة إستجابة لهذا الشعور الداخلي، يُعد منبهًاً وجداً على بطلان معاملة أموال الدولة على أنها مجهول المالك.

النتيجة الثالثة: التجار الذين يستلمون أموالهم كأثمان للبضائع من البنك ليس لهم الحق بالاستلام؛ لأن ما موجود لدى الدولة من الأموال هو مجهول المالك وموضوعه الفقراء والتجار ليسوا كذلك ولا معنى للحاكم الشرعي أن يُجيز لهم ذلك.

الخلاصة: هذه اللوازم المتقدمة لا تُريدُ من خلاها إلزام القائلين بعدم مالكيّة

الدولة أن يرفعوا اليد عن القول المذكور، وإنما اللوازم بما أنها تخالف بعض الوجديات، فيمكن أن تكون متباهات على عدم حقانية القول بعدم مالكية الدولة.

التفريق بين مالكية البنوك دون الدولة (نظريّة الشّيخ الفياض حفظه الله)

ومن هنا حاول الشّيخ الفياض (حفظه الله) التّفريق بين الدولة والبنوك -بمعنى أنّ الدولة لا تملك الأموال والبنوك هي مالكة - وحاصل ما ذكره: أنّ عنوان الدولة ليس من العناوين المستقلة فحينما تجتمع أموالٌ لديها من الثروات الطبيعية أو من الضرائب أو ما شاكل ذلك، فالذّي يقوم بالدفع إن كان رئيس الدولة فهو يدخل تحت عنوان مجهول المالك، لأنّها لا تملك، وإن كان الموظف فليس له النيابة والوكلالة الشرعية.

وبكلمة أوضح: الإشكال الذي أثير على عدم مالكية الدولة إنما يرجع إلى عدم وجود دليل على مالكية العنوان المذكور -الذّي عرّبنا عنه بالشخصية المعنوية- أو نقول يوجد دليل عليها، إلا إنّ مصداق هذا العنوان -كالموظف مثلاً- حينما يريد أن يفرض أو يدفع أموالاً إلى الآخرين لا يكون القابض مالكاً؛ لأنّ الدافع إن كان هو العنوان فلا دليل إثباتي على مالكية العنوان، وإن كان هو الموظف فليس له تلك المثلية الشرعية.

وهذا بخلاف البنوك فإنّ جهة البنك مالكة للأموال بشكل مستقل فهي ليست مخولة بالملكية عن الغير، وإنما تملك ما تحتها بالملكية الإستقلالية قال ما نصّه: (ويترتب على ذلك أنّ المال المأخذ من البنك قرضاً كان أو منحةً ليس من المال

المجهول مالكه، بل ملك لآخر ذي تمثيل البنك إما على وجه الضمان كما في الفرض أو مجاناً كما في المحة^(١).

وفي مقام التعليق تُوجَد عدُّة ملاحظٌ عليه:

الملاحظ الأول: أن التفرقة المذكورة لم يذكر عليها دليلاً، وإنما فرق بين الدولة والبنك على أساس التوصيف، والوصف المذكور ليس مستندًا علمياً يعتمد عليه لبيان الفرق بين العنوانين؛ لأنَّ السؤال يبقى بأنَّ وصف الدولة بأنَّها ذات ملكية آلية، ووصف البنك بأنَّه ذات ملكية إستقلالية، فما هو المستند على التوصيف المذكور؟ على أنَّنا قد فرغنا بأبحاث سابقة أنَّ الدولة مالكة بالملكية الإستقلالية.

الملاحظ الثاني: أنَّ التفرقة بين البنك والدولة بحسب النظام المالي لا وجه له؛ وذلك أنَّ البنك الحكومي هو فرع من فروع الدولة، فإنَّها تشتملُ بطبيعة الحال على مراقب عديدة وأهمها اليوم هي البنك، فلا معنى إذًا للتفرقة بين الفرع وأصله من كون الأصل (الدولة) ليست مالكة والفرع وهو البنك مالك، فهذا كما يُقال: إنَّ الفرع يزيدُ عن الأصل، وعليه فهو بين خيارات:

الخيارُ الأول: أنَّ البنك ليست مالكة؛ لأجل إنَّ الأصل عنده (الدولة) ليست مالكة فيتمُ التعاملُ مع أموال البنك كما يتمُ التعاملُ مع أموال الدولة على أنَّها مجهولة المالك، كما بني على ذلك أستاذُه السيد الخوئي عليه السلام.

الخيارُ الثاني: أنَّ يبني على ملكية الدولة وأنَّها ذات شخصية مستقلة ويلزمُ منه

(١) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٤١ - ٤٣

مالكية البنك، وهو لا يقول بكلّ الخيارين، فهو لا يرى أنّ الدولة مالكة فلا يرى أنّ البنوك ليست مالكة بناً على عدم ملكية الأصل.

الملحوظُ الثالث: لو تأملنا بالداعي الذي جعله يذكر التفصيـل المذكورـ هو أـنـه لـمـا كان القـول بـعدـم مـالـكـيـة الدـولـة الـتـي مـنـهـا الـبـنـوـكـ يـلـزـمـ مـنـهـ لـوـازـمـ بـعـضـهـا باـطـلـةـ بـالـوـجـدانـ كـمـا بـيـنـاهـ سـابـقـاـ فـصـارـ إـلـى القـولـ بـالـتـفـصـيـلـ بـيـنـ مـالـكـيـةـ الـبـنـكـ دـوـنـ الدـولـةـ.

وبكلمة أخرى: السيد الخوئي عليه السلام حينما سُئل عن مالكية الدولة أجاب بالعدم،
وذكر وجهين لإثبات ذلك:

الوجه الأول: أن ملكية العنوان بحسب الإمكان لا إشكال فيه؛ إذ ورد في الشرعية ثبوت ملكية للعناوين كعنوان الزكاة كقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾^(١) وعنوان الوقف: «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها إن شاء الله»^(٢)، إذاً بحسب عالم الإمكان، فإن العناوين قابلة للملكية، إلا إن المشكلة في وجود دليل على الملكية، فبعض العناوين وجد الدليل المذكور كما في الصدقة والوقف، وبعض العناوين كعنوان الدولة والبنك لا دليل على الواقعة، وإنما الموجود إمكان الملكية.

الوجهُ الثاني: لو سلّمنا وجود دليل على ملكية العناوين وإنّ الملكية واقعةٌ يبقى الإشكالُ في وجود المثل الشرعي للدولة، فهي بما تشملُ على ثروات، فلو قام بعض الموظفين بدفع مالٍ إلى شخصٍ لا يكونُ القاپضُ مالكاً؛ لأنّ ملكية القاپض فرعٌ ملكية الدافع أو كونه وكيلًا أو متولّياً شرعاً عن المالك، والدولةُ كعنوان

٦٠) التوبة:

٣٤) الكافي، الشيخ الكليني: ٣٩ / ٧ / الحديث

ليست مالكة وليس لها الولاية والوكالة عن الأشخاص، وهكذا لو أقرض بعض موظفي البنك شخصاً فلا يتحقق القرض؛ لأنَّه فرع إمَّا ملكية المقرض أو كونه وكيلًا عن المقرض.

فهذا وجهان تمْسِك بها السيدُ الخوئي عليه السلام لإثبات عدم ملكية الدولة والبنك ^(١).

إذاً يتضح ذلك: فعندما فصَّل بين الدولة والبنك وحكم بملكية البنك، لابد أنَّه يُريد أن يدفع كلاً البيانين في حقِّ البنك وإن كانا ثابتين في حقِّ الدولة، ومن الواضح أنَّ كلاً البيانين أيضاً لم يدفعا الإشكال على ملكية البنك.

إمَّا البيان الأول: فنُسأَل عن البنك الذي يشتمل على أموال عادة راجعة إلى الدولة، فمن هو المالك لتلك الأموال؟ لا يخلو إمَّا الموظفون أو عنوان البنك وكلاهما باطل، إمَّا الموظفون فليسوا بهما الكين، وإلاً لو كان الأمرُ كذلك لللزم حينما يتوفى أحد منهم أن يأْتِي الورثة لأخذ هذه الأموال، فيتعيَّن إذًا الملكية للعنوان وهو البنك، فهنا يرجعُ البيانُ الأول للسيد الخوئي من أنَّه بحسب الإمكان تملك، ولكن لا دليل على ملكية العنوانين بحسب عالم الواقع.

وإمَّا البيانُ الثاني، فنقولُ: إنَّ الموظف حينما يدفعُ الأموال إلى الناس -من باب القرض- فليس هو المالك الشرعي وليس هو المتولى الشرعي، ومجرَّد جلوسهُ في شعبة من شعب البنك هذا لا يجعلهُ مالكاً ولا متولياً عن المالك.

بل نقولُ أكثر: إنَّ هذا الإشكال لا تسلمُ منهُ حتى البنك الأهلي إذ قرافق

(١) المسائل الشرعية، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٣ و ١٢٣٢.

البنوك الأهلية لا يقصد منه إقراض الأشخاص الذين ساهموا في البنك، وإنما إقراض العنوان فيرجع السؤال إلى عنوان البنك، وهو لو كان أهلياً فلا دليل وقوعي على ملكيته، والعنوان ليس بملك ولا بمتولي عنه.

القول الثاني: مال الدولة معلوم المالك

إنَّ المَالَ المَوْجُودُ عِنْدَ الدُّولَةِ وَالْبَنُوكِ يُعَامَلُ مِعْالَمَةً مَعْلُومَ الْمَالِكِ، وَيُمْكَنُ الإِسْتِدَلَالُ هَذَا القول بِأَدْلَلَةٍ عَدَّةٍ^(١):

الدليل الأول: أنَّ ما دَلَّ مِنَ الرِّوَايَاتِ عَلَى حُكْمِ مَجْهُولِ الْمَالِكِ قَدْ أَخْذَ فِيهِ أَمْرَانَ:

الأول: أنَّ الْأَمْوَالَ هِيَ مَعْلُومَةً لِأَشْخَاصٍ، وَلَكِنْ لَا نَعْرِفُ حَالَهُمْ.

الثاني: لَا نَحْرُزُ رِضَاهُمْ بِالْتَّصْرِيفِ، فَهُنَا حُكْمُ الْإِمَامِ عَلَيْهِ بِمَقْضِي الرِّوَايَاتِ

الَّتِي ذَكَرْنَا هَا سَابِقًا بِلِزْوَمِ الْفَحْصِ عَنِ الْمَالِكِ وَمَعَ الْيَأسِ التَّصَدِّقُ عَنْهُ، إِمَّا مُطْلَقاً أَوْ مَعَ كَسْبِ الإِجَازَةِ مِنْ الْحَاكِمِ الشَّرِعيِّ، فَمَوْضِعُ الْأَدْلَلَةِ إِذَا يَتَحَدَّثُ عَنْ وَجْهَدِ هَذِينِ الْأَمْرَيْنِ.

أَمَّا لَوْ رَجَعْنَا إِلَى أَمْوَالِ الدُّولَةِ وَالْبَنُوكِ فَلَا نَجِدُ الْأَمْرَيْنِ مَعًا، وَبِالْتَّالِي كَيْفَ نَحْكُمُ عَلَى تَلْكَ الْأَمْوَالِ بِأَنَّهَا مَجْهُولَةُ الْمَالِكِ؟ فَالدُّولَةُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْأَمْوَالِ الْمَوْجُودَةِ عَنْهَا مُورِدُهَا الرَّئِيْسِيُّ هُوَ الْتِرَوَاتُ الطَّبِيعِيَّةُ، وَمِنَ الْوَاضِحِ أَنَّهَا لَيْسَ مَمْلُوكَةً لِأَشْخَاصٍ مُعَيْنَينَ أَوْ مَعْلُومَةِ الْأَشْخَاصِ كَالْمُوَدِّعِينَ أَمْوَالَهُمْ فِي الْبَنُوكِ، لَكِنْ هُؤُلَاءِ

(١) هَذِهِ الْأَدْلَلَةُ هِيَ تَصْلُحُ لِلرَّدِّ عَلَى بَعْضِ مَا تَقْدِمُ مِنْ مَعْالَمَةِ مَجْهُولِ الْمَالِكِ، وَأَيْضًا تَصْلُحُ فِي تَثْبِيتِ هَذَا القولِ.

الأشخاص يرثون بالتصّرف بتلك الأموال.

إذاً ما عند الدولة أو البنك من أموال لا ينطبق عليها حكم مجهول المالك،
فلاحظ صحيحـة معاوـية بن عـمار: رـفيق كان لـنا بـمكة.....^(١)، أو صـحـيـحة هـشـام
بن سـالم كان عند أـبي أـجـير فـقـدـنـاه...^(٢).

فالـذـي يـلـاحـظـ هذهـ الروـاـيـاتـ نـجـدـهاـ تـتـحدـثـ عـنـ مـالـ لـأـشـخـاصـ مـعـيـنـينـ
وـنـشـكـ فيـ الرـضـاـ بـالـتصـرـفـ فيـ أـمـوـاـلـهـمـ،ـ فـهـنـاـ يـأـتـيـ حـكـمـ مـجـهـوـلـ المـالـكـ،ـ وـأـمـوـاـلـ
الـدـوـلـةـ وـالـبـنـكـ لـيـسـ كـذـلـكـ^(٣).

الـدـلـيـلـ الثـانـيـ: وـرـدـتـ روـاـيـاتـ عـدـيـدـةـ جـوـزـتـ أـخـذـ هـدـاـيـاـ الـأـمـرـاءـ وـالـعـمـالـ _ـأـيـ
عـمـالـ الـظـلـمـةـ _ـمـنـ دـوـنـ أـنـ يـحـكـمـ الإـمـامـ عـلـيـهـ بـتـقـيـيـدـ الـأـخـذـ بـكـوـنـهـ فـقـيرـاـ وـبـحـاجـةـ إـلـىـ
كـسـبـ الـإـجـازـةـ،ـ وـوـرـدـ أـيـضـاـ جـوـازـ الشـرـاءـ وـلـمـ يـقـيـدـ بـأـنـ الشـرـاءـ لـابـدـ أـنـ يـكـوـنـ مـنـ
الـفـقـيرـ وـأـنـ مـجـهـوـلـ المـالـكـ وـعـلـيـكـمـ التـصـدـقـ بـهـ كـلـ هـذـاـ يـتـنـافـيـ مـعـ مـعـاـلـةـ أـمـوـاـلـ
الـدـوـلـةـ مـعـاـلـةـ مـجـهـوـلـ المـالـكـ.

فـلـاحـظـ صـحـيـحةـ مـعاـوـيةـ بنـ وـهـبـ قـالـ:ـ قـلـتـ لـأـبـيـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ أـشـتـرـيـ مـنـ

(١) تهذـيـبـ الـأـحـكـامـ،ـ الشـيـخـ الطـوـسيـ:ـ ٦ـ /ـ ٣٤٤ـ /ـ بـابـ الـلـقـطـةـ وـالـضـالـلـةـ /ـ الـحـدـيـثـ ٢٩ـ.

(٢) الإـسـتـبـصـارـ،ـ الشـيـخـ الطـوـسيـ:ـ ٤ـ /ـ ٢٧٢ـ /ـ بـابـ مـيرـاثـ الـمـفـقـودـ الـذـيـ لـأـيـعـرـفـ لـهـ وـارـثـ /ـ الـحـدـيـثـ ٣ـ.

(٣) فـهـذـاـ يـعـتـبـرـ خـلـلـ مـنـهـجـيـ؛ـ لـأـنـ لـابـدـ مـنـ التـدـقـيقـ فـيـ أـدـلـةـ مـجـهـوـلـ المـالـكـ وـعـلـىـ أـيـ شـيـءـ تـرـكـ
وـمـاـ هـوـ مـوـضـوـعـ مـجـهـوـلـ المـالـكـ؟ـ وـبـعـدـ التـرـكـيـزـ وـجـدـنـاهـ غـيرـ مـنـطـقـيـ عـلـىـ أـمـوـاـلـ الـدـوـلـةـ،ـ فـكـيـفـ
تـعـالـمـ مـعـاـلـةـ مـجـهـوـلـةـ المـالـكـ.

العامل الشيء وأنا أعلم إنه يظلم؟ فقال عليه السلام: «إشتِر منه»^(١)، وأيضاً صححه محمد بن مسلم وزير قالاً سمعناه يقول: «جوائز العمال ليس بها بأس»^(٢).

وقد يُشكل على دلالة الروايتين بإشكالين:

الإشكال الأول: من المحتمل أنّ هدايا السلطان وهكذا الشراء منه هي أموال مجهولة المالك، والإمام أجاز لكل شخص ولو كان غنياً أن يأخذها لأجل أنّ له الولاية العامة على الفقراء ورضي بحكم ولايته أن يأخذ مجهول المال هذه الجوائز فأجاز عليه التصرف بهال الأغنياء بحكم ولايته.

وجوابه: أنّ تلك الروايات لو كانت مختصة بزمن الأئمة عليهما السلام لكان للإشكال مجال، فنقول هو أعمل ولايته وأعطي المال للأغنياء إلا إنّ هذه الروايات مطلقة تشمل حتى زمان الغيبة الذي لا يوجد فيه إعمال ولاية من المعموم بإعطاء مجهول المالك ولو للأغنياء، فإنّ الفقهاء فهموا منها عموم الحكم لزمن الغيبة أيضاً، وعلى ذلك إذا كان مجهول المالك فكيف يصرف للأغنياء في زمن الغيبة من دون إعمال الإمام عليهما السلام ولايته؟

الإشكال الثاني: يُحتمل أن الإمام عليهما السلام طبق قاعدة اليد على جوائز السلطان أو الشراء منه من أموال، فإنه تُوجد شبهة في أمواله حاصلها: أنّ تلك الأموال إما تكون أموال الدولة صرف أو تكون أموال الأمراء والعمال خاصة أو وقعت بأيديهما بسبب ظلم الناس، فإذا كان الأمر كذلك فالإمام عندما قال: «لا بأس بجوائز

(١) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٦ / ٢٩٣ / كتاب المكاسب / الحديث ٥٩.

(٢) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٦ / ٢٩٣ / كتاب المكاسب / الحديث ٥٢.

العَمَال أو قال اشتراه منهُ يُرِيدُ أن يقول: (إنَّ اليدُ أمارة على الملكية) فهذه الأموال ما دامت مشكوكة فاليدُ رافعةُ للشك، وعليه تكونُ هذه الروايات أجنبية عن كون الأموال هي أموال دولة، وبالتالي هل هي معلومة أو مجهولة المالك.

وجوابه: آنَّهُ يُوجَدُ فرْدٌ نَظَمَنْ بِوْجُودِهِ وَهُوَ آنَّ بَعْضَ الْعَمَالِ وَقَعَتْ فِي أَيْدِيهِمْ أَمْوَالَ لِلْدُولَةِ بِشَكْلِ خَالِصٍ، وَهُذَا الْفَرْدُ حَاضِرٌ بِحَسْبِ وَاقِعِهِ الْخَارِجِيِّ، وَالرَّوَايَاتُ قدْ أَطْلَقْتُ وَشَمَلْتُ حَتَّى هَذَا الْفَرْدُ الَّذِي لَا يَتَصَوَّرُ تَطْبِيقَ قَاعِدَةِ الْيَدِ فِي حَقِّهِ.

الدليلُ الثالث: أنَّ الشَّرِيعَةِ الإِسْلَامِيَّةِ كَمَا جَاءَتْ لِعَالِجَةِ مَشَاكِلِ الْفَرْدِ أَيْضًا جَاءَتْ لِعَالِجَةِ مَشَاكِلِ الْأَمَمِ وَالْمَجَمِعِ بِصُورَةِ جَمَاعِيَّةٍ، فَهُنَّاكَ أَحْكَامٌ تَخَصُّ الْفَرْدَ وَأَحْكَامٌ تَخَصُّ الْمَجَمِعَ فَلَوْ سَلَّمْنَا بِذَلِكَ، فَالْأَمْرُ فِي مَسَأَةِ الْبَنُوكِ يَدُورُ بَيْنِ إِحْتِمَالَاتٍ ثَلَاثَةَ:

الإِحْتِمَالُ الْأَوَّلُ: الشَّارِعُ يَرْفُضُ تَأْسِيسَ الدُّولَةِ مَعَ مَرَافِقِهَا الْمُهِمَّةِ كَالْبَنُوكِ.

الإِحْتِمَالُ الثَّانِي: يَرْضِي بِتَأْسِيسِ الْبَنُوكِ، وَلَكِنْ يَعْمَلُ أَمْوَالَ عَلَى أَسَاسِ آنَّهَا مَجَهُولَةُ الْمَالِكِ الَّتِي تَحْتَاجُ إِلَى إِجَازَةِ الْحَاكِمِ الشَّرِيعِيِّ فِي التَّصْرِيفِ.

الإِحْتِمَالُ الثَّالِثُ: يَرْضِي بِالتَّأْسِيسِ، وَلَكِنْ يَعْمَلُهَا مَعْاْمَلَةً مَعْلُومَةً الْمَالِكِ. وَالإِحْتِمَالُ الثَّالِثُ هُوَ الْمُتَعَيْنُ، لِبَطْلَانِ الإِحْتِمَالِيْنِ الْأَوَّلَيْنِ.

أَمَّا بَطْلَانِ الإِحْتِمَالِ الْأَوَّلِ: فَلَأَنَّهُ خَلَافٌ مَا نَعْتَقِدُهُ مِنْ أَنَّ الْإِسْلَامَ كَمَا تُفْرِضُ لَدِيهِ أَحْكَامٌ لِأَفْرَادِ الْمَكْلِفِينَ كَذَلِكَ لَدِيهِ أَحْكَامٌ تَنظِيمِيَّةٌ لِلْمَجَمِعِ بِمَا هُوَ مَجَمِعٌ، فَرَفِضُ مَسَأَةِ تَأْسِيسِ الدُّولَةِ وَبِنُوكِهَا يَعْنِي هَدْمُ مَسَأَةِ ضَرُورِيَّةٍ فِي حَيَاةِ النَّاسِ وَإِنَّ

الإسلام يفرض على المجتمع إذا أراد أن يتعامل بالأموال _ الطائلة جداً _ أن يحملها في صندوق من دولة إلى أخرى ويرفض وساطة البنوك في ذلك، وهذا أمر متعسر.

وأماماً بطلان الإحتمال الثاني: _ وهو أن الشارع سمح بتأسيس البنك إلا أنه يحتاج إلى كسب الإجازة بالتصريح؛ لجهوليتها _ فنقول: معالجة هذا الأمر من تلك الزاوية الضيقية ممكنة في حق أفراد الناس وليس كذلك في حق جماعة الناس، والشريعة كنظام لابد أن تعالج الأمرين معاً، أي: مشاكل الأفراد ومشاكل الجماعات، وعرض السيد الصدر هذه الفكرة في علم الأصول في مناسبتين:

الأولى: في بحث دليل الإنسداد فإن الأصوليين هناك قالوا إذا إنسد باب العلم والعلمي، أي: _ الخبر الظني _ بمعنى أن باب العلم مفتوح، لكن في زاوية ضيقية خصوص الضروريات، بينما باب العلمي مسدود بشكل مطلق، فالمراجح حينئذ هو حجية مطلق الظن؛ لأنّه لو لم نقل بالحجية مطلق الظن فيجب الإلتزام إما بالقول بالإحتياط لـكُل ما يحتمل وجوبه أو تحريميه أو البراءة عن كُل ذلك، والرجوع إلى البراءة باطلٌ؛ لأنّه لا معنى لشريعة تبني على أصل البراءة لـكُل ما يحتمل الوجوب أو التحريم، وأماماً الإحتياط باطلٌ؛ وذلك لأنّه ممكّن إذا واجه العمل بالإحتياط إلى بعض الأشخاص؛ إذ بإمكان أن يحتاط هذا البعض من دون أن يلزم أي إحتلال في النظام العام، وأماماً أن يكون الإحتياط كعلاج لجميع أفراد المجتمع، فهذا مما يجب إحتلال النظام العام؛ وذلك لأنّ الإسلام كما ينظرُ إلى المكلف الخاص ينظرُ إلى المكلف العام؛ فإن الشريعة تعالج كلا الأمرين وإنّ عدم العُسر في الإحتياط بلحاظ

الأفراد لا يُبرر تشريع الإحتياط بلحاظ أفراد المجتمع^(١).

الثانية: في بحث «لا ضرر ولا ضرار» فانّ الفقهاء عالجوا إشكالاً أثارهُ الشّيخ
الأنصاري ثقةً وحاصله: أنّ هناك أحكام ضررية جزماً لم ترتفع بالحديث المذكور⁽²⁾،
كوجوب الجهاد ووجوب النفقة ووجوب الزكاة والخمس والكفارات، وهكذا أعمال
القصاص والحدود فإنّ هذه أمور ضررية، وبالتالي يأتي الإشكال على حديث «لا
ضرر» وأنه يلزم منه تخصيص الأكثر.

والفقهاء عالجوا الإشكال المذكور، فبعضهم ذكر أنّ الحديث ناظرٌ إلى الأحكام التي يعرض عليهاضرر، فبواسطة الحديث تُرفع تلك الأحكام، وأمّا لو كانت الأحكام بطبعها ضررية كالذى ذكرناها فلا تكون مشمولةً الحديث لا ضرر.

ورُدَّ هذا الجواب وذُكرت أوجوبة أخرى، ثم السيد الصدر فقيه يقول: إنَّ الإشكال المذكور لا محلَّ له، إذ إنَّ حديث كثرة التخصيصات على قاعدة (لا ضرر) إنما ينجمُ من الجمود على الظهور الأولى للكلام بقطع النظر عن تحكيم مناسبات الحكم والموضوع والمرتكزات العقلائية والإجتماعية عليه، ذلك أنَّ الشريعة من مقوماتها بحسب المرتكز العقلائي إشتاتها على قواعد وأنظمة تحقق العدالة الإجتماعية وتنظمُ الحياة العامة للناس وهي تستجتمع لا محالة تحمِّلاً على الناس أو تحديداً لهم إلَّا أنَّ هذا

(١) بحوث في علم الأصول، محمد باقر الصدر: ٤ / ٤٤٤.

(٢) أي: إطلاق حديث «لا ضرر» هو الذي يولد الضرر فوجوب الوضوء بحد ذاته ليس ضررياً، ولكن بإطلاقه لـكُل حالات المكلف يكون ضررياً بحق المريض مثلاً.

ليس بضرر إجتماعي بل حاط المشرع وإن فرض بالقياس إلى الفرد لو أراد أن يحمل شيئاً على آخر كان ضرراً، بل الضرر أن تخلو الشريعة عن تلك الأنظمة، فإن الشريعة التي لا تضمن من أتلف مال الغير ولا تقتضي من جانٍ ولا تُعاقب سارقاً ولا تأخذ زكاة للقراء هي التي تكون ضررية، وهكذا يتضح أنه بالنسبة إلى المشرع الصادر منه هذه القاعدة لا تكون الأحكام المذكورة بحسب مناسبات الحكم والموضع الاجتماعي أحکاماً ضررية لكي يُقال بأنّها تخصيص الأكثـر.

وعليه نقول: بعد بطلان الإحتمالين الأوليين يتعمّن الإحتمال الثالث وهو أن الشريعة تسمح بتأسيس دولة مع مرافقها كالبنوك وأنّها تملك المال. إن قلت: ما الضير بأن نبني على أن البنوك ليست مالكة إلا أنّ الحاكم الشرعي يمضي تصرّفات البنوك. قلت: أن هذا الكلام لا معنى له، فلماذا نقول إن الشريعة منذ البداية لم تتفاعل مع مسألة البنوك، ثم تضطر إلى كسب الإجازة من الحاكم الشرعي لتمشية الأمور.

والأجدر أن نقول: إن الشريعة من أول الأمر تتعامل مع البنوك معاملة معلوم المالك من دون حاجة إلى كسب الإجازة.

القسمُ الثالث:

بنوک الکفار

ذكرنا في مستهل البحث عن البنوک أنّ لها تقسيمات عديدة، منها التقسيم على أساس الإنتماء الديني فهناك بنوک يُسمّى بنوک المسلم وآخر بنوک الكافر.

ذكر السيد الخوئي (عليه السلام): (وأماماً أموال بنوک الدول غير الإسلامية فلا تترتب عليها أحکام الأموال مجهولة المالك، فيجوز أخذها إستنقاذاً بلا حاجة الى إذن الحاكم الشرعي أو وكيله)^(١)، والكلام عن بنوک الكفار يقع ضمن مقامين:

المقام الأول: إقراض الکفار بفائدة:

المقام الثاني: الإقراض من الکفار بفائدة:

المقام الأول: إقراض الکفار بفائدة

يتصوّر بناءً على أنّ الودائع التي يدفعها الزبون المسلم الى بنوک الکفار هي من باب القرض^(٢) فالزبون المسلم يفرض الکافر، وعلى ضوء هذا الإقراض يدفع الکافر فائدةً الى المسلم، فهنا نسأل عن حكم تلك؟ والكلام في الفوائد يقع تارةً من جهة القواعد العامة، وأخرى على أساس النصوص الخاصة.

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ٤١٩ / مستحدثات المسائل، المسألة ٢٢.

(٢) لأنّه قلنا أنّ هناك رأي يقول إنّ الودائع ترجع الى القروض.

أما على أساس مقتضى القواعد فقد يُقال: بجواز أخذ الفوائد منهم؛ وذلك لما دلّ على جواز التسلّط الخارجي مجاناً وقهرأً على أموال الكافر، فإذا جاز هذا جاز أخذ الفوائد منهم.

وهذه الملازمة قد تكررت في كلمات الأصحاب، وحثّ السيد الخوئي صاغ المسألة المرتبطة بينوك الكفار على هذا النحو؛ لأنّه قال يجوز أخذ الفوائد بلا حاجة إلى مراجعة الحاكم الشرعي؛ لأنّه هناك بناءً فقهياً يُبيح للمسلم التسلّط الخارجي على مال الكافر، فلأجل هذه القرينة الحالية واقع الأمر لا يرجع إلى عقد قرض بين المسلم والكافر، وإنّما هو نحوٌ من إستنقاذ السيطرة على تلك الأموال التي هي مباحة أساساً.

وفي مقام التعليق نقول: إنّ هذه الملازمة وإن تكررت في كلمات الأصحاب إلا أنّه لا دليل عليها؛ وذلك لفارق بين جواز التسلّط الخارجي على مال الكافر قهراً ومجاناً وبين التسلّط على ذمته قهراً ومجاناً، فإذا قلنا بجواز التسلّط على ذمته فتنشأ ملازمة بجواز الأخذ منه وليس الملازمة بين جواز التسلّط الخارجي وبين أخذ الفائدة منه؛ فإنّ أخذ الفائدة لازم لجواز التسلّط على الذمة وليس لازماً لجواز التسلّط الخارجي، والدليل قام في إستباح مال الكافر في حدود التسلّط الخارجي لا في حدود التسلّط على ذمته.

وتوسيع ذلك: أنّ الكافر قد يتسلّط على ماله خارجاً^(١)، وهذا مما قام عليه

(١) أي: يجوز أخذ مال الكافر غيلة ولو من دون أي عقد، فأينما وجدت أمواله يجوز أخذها، وهذا هو الثابت من خلال الدليل، هذا في الكافر الحربي، لقوله تعالى: «فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ

الدليل، وأخرى يكون التسلط على ذمته كأن ينشأ المسلم مثلاً مليون ديناراً على ذمة الكافر من دون سبب خارجي يجعله نافذاً عليه.

والفرق بينهما واضح: إذ التسلط على الذمة يترتب عليه جملة من الآثار التي، منها لو مات الكافر انتقل ما في ذمته إلى تركته، وكان لل المسلم أن يأخذ من تركته بحيث لو جاء مسلم آخر يريد أن يتملك التركة مجاناً لكون ورثته كفاراً غير ذميين، كان حق المسلم الأول مقدماً عليه؛ إذ هو المالك بالفعل لبعض التركة، وهذه الآثار لا تترتب على التسلط الخارجي كما هو واضح، ولا توجد ملازمة بين جواز التسلط الخارجي على مال الكافر وجواز التسلط على ذمته؛ لفارق بينهما من خلال إختلاف الآثار، وأيضاً لا يمكن التعميم بنكتة عدم الفرق بين التسلط الخارجي والذمي؛ لأجل أننا نشعر بالوجдан بارتكانية الفرق بينهما.

وفي هذا الضوء نقول: إنه لو ثبت جواز التسلط على الذمة تنشأ ملازمة عقلائية وهي جواز أخذ الفائدة منهم، ولكن بما أنه لم يقم دليلاً على جواز التسلط على الذمة فلا يثبت هذا اللازم^(١) وجواز التسلط الخارجي وإن كان ثابتاً بالدليل إلا أنه لا

مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَّهُ عَلَىٰ مِنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ مَا
أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَىٰ ﴿الْحُشْر: ٦ - ٧﴾ وَأَمَّا الْكَافِرُ الذَّمِيُّ فَإِنَّهُ دَخْلٌ فِي
الْعِهْدَةِ، وَالْمُفْرُوضُ أَنْ يَكُونَ الْكَافِرُ الذَّمِيُّ مُلْتَزِمًا بِشَرَائِطِ الذَّمَّةِ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَلْتَزِمْ بِذَلِكَ
فَهُنَّا يُوجَدُ خَلَافٌ بَيْنَ الْفَقَهَاءِ، فَمَنْ لَمْ يَلْتَزِمْ بِشَرَائِطِ الذَّمَّةِ، فَالْمُفْرُوضُ تُسْتَبَحْ أَمْوَالَهِ،
وَلَكِنْ نَجْدُ الْفَقَهَاءِ الْيَوْمَ لَا يَجِدُونَ ذَلِكَ لِأَجْلِ الْعَنَاوِينِ الثَّانِيَةِ.

(١) وهو جواز أخذ الفائدة منهم.

يلزم منه جواز أخذ الفائدة، لأنّ أخذها لازم للتلسلط في الذمة وليس لازماً للتلسلط الخارجي، وعليه لو أجرينا عقداً مع الكافر كالقرض مثلاً فصارت ذمة الكافر مشغولة بشيء للMuslim إلا أنّ هذا التسلط في الذمة لا يدلّ على جواز إستباحة أمواله، إذًا فلا دليل على جواز التسلط على ما في ذمته بجواز أخذ الفائدة منه، هذا بحسب مقتضي القاعدة.

وأماماً على أساس مقتضى النصوص فقد يقال: بإيمان دلت على جواز أخذ الفوائد من الكفار، والنصوص هي:

الرواية الأولى: ما رواه الشيخ الصدوق عليه السلام بسان قال الإمام الصادق عليه السلام: «ليس بين المسلم وبين الذمي ربا، ولا بين المرأة وبين زوجها ربا»^(١).

بتقرير: إذا كان الربا جائزًا مع الذمي، فالدلالة الإلتزامية يجوز مع غير الذمي، إذ لا يحتمل جواز أخذ الفائدة من الذمي وعدم جوازها من غيره.

الرواية الثانية: عن حريز عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «ليس بين الرجل وولده وبينه وبين عبده ولا بين أهله ربا، إنما الربا فيما بينك وبين ما لا تملك»، قلت: فالمشركون بيني وبينهم ربا؟ قال: «نعم»، قلت: فإنهم ماليك، فقال: «إنك لست تملكون إنما تملكون مع غيرك، أنت وغيرك فيهم سواء، فالذى بينك وبينهم ليس من ذلك؛ لأنّ عبدك ليس مثل عبدك وعبد غيرك»^(٢).

هذه الرواية لا تجوز أخذ الربا من المشرك، فالمعارضة بينها وبين رواية الشيخ

(١) من لا يحضره الفقيه، الشيخ الصدوق: ٣ / ٢٠٤ / باب الربا / الحديث ١٢.

(٢) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ١٥٠ / باب ليس بين الرجل وبين ولده وما يملكه ربا / الحديث ٣.

الصدق على نحو التباهي.

الرواية الثالثة: رواية عمرو بن جمیع عن أبي عبدالله عليهما السلام قال: قال أمير المؤمنين عليهما السلام: «ليس بين الرجل وولده ربا وليس بين السيد وعبده ربا»^(١)، وبهذا الإسناد عن رسول الله عليهما السلام: «وليس بيننا وبين أهل حربنا ربا نأخذ منهم ألف درهم بدرهم ونأخذ منهم ولا نعطيهم»^(٢).

في هذه الرواية يوجد تفسيران بشأن أهل الحرب:

التفسير الأول: كُلُّ غير ذمِّي يُسمَّى بأهل الحرب، فيدخل تحت عنوان (غير الذمِّي) المشرك فهو ليس ذمِّيًا، وبناءً على هذا التفسير تكون هذه الرواية التي جوَّزت أخذ الربا من المشرك معارضَةً مع الرواية الثانية التي لم تجُوز أخذ الربا من المشرك.

التفسير الثاني: أهل الحرب يبقى على معناه، أي: من يُعلنُ الحرب بنفسه أو بمجتمعيه على المسلمين؛ لأنَّ تفسير أهل الحرب بغير الذمِّي هو إصطلاح من قبل الفقهاء، فإنَّهم عرَّفوا أهل الحرب بغير الذمِّي؛ باعتبار أنَّ كلَّ ما ليس ذمِّيًا يكون مهدور الدم والمال، فهو وإن لم يكن محارباً بالفعل ولكنه في حكم المحارب إلَّا أنَّ تفسير حادثٌ ولا معنى لتحميله على النصوص؛ وذلك لأنَّ الظاهرات الموضوعية تُحملُ على عصر صدور النصّ لا على عصر وصوله، فالكلمةُ لو كانت لها معنى في عصر الشارع ولها معنى حادث في عصرنا تُحمل على المعنى المعاصر للشارع لا على

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ١٤٩ / باب ليس بين الرجل وبين ولده وما يملكه ربا / الحديث ١.

(٢) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ١٤٩ / باب ليس بين الرجل وبين ولده وما يملكه ربا / الحديث ٢.

المعنى المتأخر ككلمة البينة مثلاً، فإنها في عصر الشارع كانت عبارة عن الحجج والبراهين، وأماماً في عصرنا الحالي عبارة عن شاهدين عدلين، وهكذا كلمتي الكراهة ولا ينبغي كان لها معنى في عصر الشارع واليوم لها معنى آخر.

والمستند على الحمل المذكور: هو أنّ الظهور الذي يكشف عن مراد المتكلّم خصوص المراد المتداول في عصره لا المراد الذي ينشأ بعد جيل أو أجيال من عصر الرواية... وبناءً على التفسير الثاني تكون هذه الرواية أخصّ من الرواية الثانية؛ وذلك لأنّ الثانية لا تتجاوز أخذ الربا من المشركين مطلقاً سواء كانوا أهل حرب أم لا، بينما الرواية الثالثة تتجاوز أخذ الربا منهم إذا كانوا أهل حرب.

هذه هي روایات المسألة.

فقوله: تارةً نبني على صحة سند الروايات المقدمة، وأخرى نبني على ضعفها جميعاً، فإن بنينا على صحتها على أساس أنّ الرواية الأولى - وهي مرسلة الشيخ الصدوق - يوجدُ هناك من يُفصّلُ في مراسيل الصدوق بين الإرسال بلسان (روي) فليس معتبراً وبين الإرسال بلسان (قال) فيكون معتبراً، فبناءً على هذا تكون الرواية المذكورة صحيحة السند؛ لأنّه قال: (قال الصادق).

وأماماً الرواية الثانية وهي - رواية زرار - فلا يوجدُ من يُشكّل فيها من الرواية، إلا ياسين الضرير فهذا الرجل لم يُوثق في كلمات أصحابنا، فالشيخ النجاشي ^{عليه السلام} تعرض له من دون أي توثيق^(١)، وهكذا الشيخ الطوسي، بل لم يُصرّح حتى بإسم أبيه^(٢).

(١) رجال النجاشي، الشيخ النجاشي: ٤٥٣ / رقم الترجمة ١٢٢٧.

(٢) الفهرست، الشيخ الطوسي: ٢٦٧ / رقم الترجمة ٨١٩.

ولكن تُوجَدُ محاولاتان لتوثيقه:

المحاولة الأولى: أنَّ أَحْمَدَ بْنَ مُحَمَّدَ بْنَ عَيْسَى الْمُعْرُوفَ بِالثَّبَتِ فِي النَّقلِ قَدْ رُوِيَ عَنْهُ، وَهَذَا يَدْلِلُ عَلَى أَنَّهُ ثَقَةٌ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ بْنَ مُحَمَّدَ لَا يَرُوِي حَتَّى عَنِ الثَّقَةِ إِذَا كَانَ الثَّقَةُ يَرُوِي عَنِ الْمُضَعِّفِ.

ويُلَاحِظُ عَلَيْهِ: لَمْ يُثْبِتْ أَنَّ أَحْمَدَ بْنَ مُحَمَّدَ بْنَ عَيْسَى قَدْ رُوِيَ عَنْهُ بِالْمُبَاشَرَةِ، وَإِنَّمَا يَتَوَسَّطُ مُحَمَّدَ بْنَ عَيْسَى بْنَ عُبَيْدٍ، وَالرَّوَايَةُ الْمُذَكُورَةُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ.

أَضَفُ إِلَى ذَلِكَ: أَنَّ طَرِيقَةَ ابْنِ عَيْسَى عَدَمُ الرَّوَايَةِ فِي مَنْ يُظْهِرُ الْغَلُوَأَوْ يَكُونُ مِنَ الْكَذَابِينَ الْمُعْرُوفِينَ، وَلَمْ يُثْبِتْ إِنَّهُ يَتَحَسَّسُ مِنْ شَخْصٍ لَمْ يَرِدْ فِي حَقِّهِ تَوْثِيقٌ.

المحاولة الثانية: أَنَّ يَاسِينَ الْضَّرِيرَ لَدِيهِ ثَلَاثَ رَوَايَاتٍ قَدْ أَفْتَى أَصْحَابُنَا الْقَدَماءَ بِمُضْمِونِهَا، وَهَذِهِ الرَّوَايَاتُ هِيَ الْمُسْتَنْدُ الْوَحِيدُ لِفَتْوَى الْقَدَماءِ، فَيَكْشُفُ عَنْ وَثَاقَتِهِ، وَالرَّوَايَةُ الْأُولَى فِي مَسَأَةِ تَعْيِينِ حَدَّ الطَّوَافِ مِنْ بَيْنِ الْمَقَامِ وَالْبَيْتِ فَلَا مُسْتَنْدٌ لِهَذَا التَّحْدِيدِ الْضَّيِيقِ إِلَّا رَوَايَةُ يَاسِينَ الْضَّرِيرِ، وَإِنَّمَا تَجْرِأُ مَنْ وَسَعَ حَدَّ الطَّوَافِ هُمْ بَعْضُ الْمُتَأْخِرِينَ، وَأَمَّا الْقَدَماءُ فَكَانُوا مُلْتَزِمِينَ بِالرَّوَايَةِ، وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ مَا نَحْنُ بِصَدِّهِ وَهِيَ عَدَمُ جُوازِ أَخْذِ الْرِبَا مِنَ الْمُشْرِكِينَ وَهَذَا مِنْ مَسْلِمَاتِ الْمَذَهَبِ، وَالرَّوَايَةُ الْثَالِثَةُ إِثْبَاتُ الدِّينِ عَلَى الْمَيِّتِ كَمَا لَوْ مَاتَ شَخْصٌ وَجَاءَ الْآخَرُ وَقَالَ إِنِّي أَطْلَبُ هَذَا الْمَيِّتَ - يَحْتَاجُ إِلَى الْبَيِّنَةِ مَعْ ضَمِّ الْيَمِينِ، وَلَا مُسْتَنْدٌ لَهَذَا الْمَوْقِفِ الْفَقَهِيِّ إِلَّا رَوَايَةُ يَاسِينَ الْضَّرِيرِ، فَرَوَايَاتُهُ هِيَ الْمُسْتَنْدُ الْوَحِيدُ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ الْثَلَاثَةِ الْمُقْبُولَةِ لَدِيِ الطَّائِفَةِ.

وفيه: هذه المحاولة أيضاً ليست تامة؛ وذلك لسبب أنه لم يثبت إنها هي المستند الوحيد؛ إذ تُوجَدُ روایاتٌ أخرى بالمضمون نفسه. نعم، روایة حد المطاف قد يُقال: إنها الوحيدة، لكن ليس كُل الأصحاب قد عمل بتلك الروایة وأفتووا بمضمونها، فإنَّ الشيخ الصدوق وابن الجنيد لم يلتزمَا بتحديد المطاف بالحدِّ الذي ورد في روایة ياسين الضرير.

وعلى أيِّ حالٍ، فهذا الرجل وثاقته قابلةٌ للمناقشة. وأمّا الروایة الثالثة فطريقُ تصحیحها هو عمل المشهور، وهو غيرٌ تامٌ صُغرى وكُبرى، فالروایاتُ لو كانت صحيحةً كيف يتمُّ التعاملُ معها؟ ولو كانت ضعيفةً كيف يتمُّ التعاملُ معها؟

فبناءً على الصحة لهذه الروایات نقول: إنَّ الروایة الأولى تعارضُ الروایة الثانية على نحو التباین، إذ الأولى تُحیِّزُ الربا مع غير الذمي والثانية تمنعُ منه، بينما الثالثة بناةً على تفسير أهل الحرب الذي يكونُ مهارباً بنفسه أو بمجتمعه تكونُ أخصّ من الثانية؛ وذلك لأنَّ الروایة الأولى كانت تُحیِّزُ أخذ الربا وهكذا الثالثة، لكن بخصوص الكافر الحربي فلا معنى لإرتكاب التخصيص بين الثالثة والأولى إذا كان لسانها هو الإثبات.

نعم، الروایة الثانية التي لا تُحیِّزُ أخذ الربا من المشرك مطلقة، أي: سواء كان حربياً أم غير حربي، بينما الثالثة تُحیِّزُ أخذه إذا كان حربياً، فهناك إختلافٌ في اللسان بين الثانية والثالثة فترتكبُ التخصيصَ بين الثالثة والثانية.

إذا عرفنا إنَّ الروایة الثالثة تُخَصِّصُ الثانية، فنقول: إذا بنينا على إنقلاب النسبة

تكونُ التَّيِّجَةُ كالتالي: أَنَّ أَخْذَ الْرِّبَا مِنَ الْكَافِرِ الْحَرْبِيِّ جَائزٌ؛ لِأَنَّا سُوفَ لَا نُلْهَظُ النَّسْبَةَ بَيْنَ الرَّوَايَةِ الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ، فَإِنَّ فَكْرَةَ إِنْقَلَابِ النَّسْبَةِ تَبْتَنِي عَلَى أَنَّ أَخْذَ النَّسْبَةِ بَيْنَ رَوَايَتَيْنِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِمَقْدَارِ الْحَجَةِ، فَالرَّوَايَاتِيْنِ الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ بِحَدٍّ نَفْسِيهِمَا يُوجَدُ تَبَيْنُ، وَلَكِنْ إِذَا لَاحَظَنَا الرَّوَايَةَ الْثَالِثَةَ الَّتِي خَصَصَتِ الرَّوَايَةَ الثَّانِيَةَ وَأَخْرَجَتِ مِنْهَا الْمُشْرِكُ غَيْرُ الْحَرْبِيِّ لَا تَكُونُ النَّسْبَةُ آنَذَكَ بَيْنَ الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ هِيَ نَسْبَةُ التَّبَيْنِ، وَإِنَّمَا نَسْبَةُ الْعُمُومِ وَالْخُصُوصِ الْمُطْلَقِ، إِذَا الْأُولَى أَجَازَتِ الْرِّبَا بَيْنَ الْكَافِرِ مُطْلَقاً وَالثَّانِيَةِ بَعْدَ مَلِحَظَةِ الرَّوَايَةِ الْثَالِثَةِ لَمْ تَجِزْهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ حَرْبِيًّا، فَانْقَلَبَتِ النَّسْبَةُ بَيْنَ الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ مِنَ التَّبَيْنِ إِلَى الْعُمُومِ وَالْخُصُوصِ الْمُطْلَقِ.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ نَبِنْ عَلَى إِنْقَلَابِ النَّسْبَةِ فَتَدْخُلُ الرَّوَايَاتُ جَمِيعاً فِي الْمَعَارِضَةِ، وَنَرْجُعُ إِلَى مَقْتَضِيِ الْقَاعِدَةِ الْأُولَى وَهِيَ عَدْمُ جُوازِ أَخْذِ الْفَائِدَةِ مِنْهُمْ، وَهَذِهِ التَّيِّجَةُ نَصِيرُ إِلَيْهَا أَيْضًا إِذَا بَنَيْنَا عَلَى ضَعْفِ أَسَانِيدِ تَلْكَ الرَّوَايَاتِ -كَمَا هُوَ الصَّحِيحُ- فَإِنَّمَا تَسَاقِطُ جَمِيعاً مِنْ جَهَةِ ضَعْفِ السَّنَدِ، فَيَكُونُ الْمَرْجُعُ الْقَاعِدَةُ الْأُولَى وَهِيَ عَدْمُ جُوازِ مُطْلَقاً.

هَذَا كُلُّهُ فِي الْمَقَامِ الْأَوَّلِ.

المَقَامُ الثَّانِي: الإِقْرَاضُ مِنَ الْكَافِرِ بِفَائِدَةٍ

فَقَدْ يُقَالُ بَعْدَمِ الْجُوازِ؛ لِأَنَّ مَا دَلَّ هُوَ جُوازُ تَسْلِطِ الْمُسْلِمِ عَلَى أَمْوَالِ هُؤُلَاءِ، وَلَمْ يَدَلِّ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْمُسْلِمَ يُسْلِطُ هُؤُلَاءِ عَلَى مَالِهِ، بَلْ لَا يَجِدُ لِهِ ذَلِكَ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالُ: إِنَّ الْمُسْلِمَ حِينَمَا يَقْبِضُ الْقَرْضَ فَسُوفَ يَتَمَلَّكُ بِعِنْوَانِ الْحِيَاةِ لَا بِعِنْوَانِ عَقْدِ الْقَرْضِ،

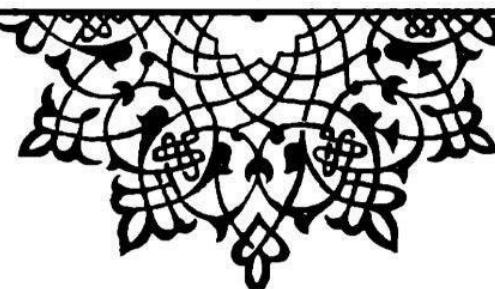
ثم يضطرُ إلى إرجاع هذا المال مع فوائده من باب التخلّص من شرهم. وإنّما أدخلنا فكرة الحيازة في البين؛ لأنّها تُعتبرُ الأساس الأول للإنسان في نقل الملكية من الأموال الخارجية إلى الذات. نعم، في بنوك الكفار التي تكونُ متواجدةً في بلاد المسلمين، فهنا لا يجري الكلامُ المذكور وهو التملّك بالحيازة؛ لأنّ من يُديرُ هذه البنوك في تلك البلاد وهو البنك المركزي الإسلامي، فهنا يُشكّل التملّك بالحيازة، و تستفحلُ المشكلة أكثر إذا بنينا أنّ العلم الإجمالي يتعلّق بخصوص المال الذي إستلمه من البنك، فإنّه يُحتملُ هذا المال الخاص هو مال المسلم قد إختلط مع مال الكافر، فيكون من الحال المختلط بالحرام ويجري عليه حكمه.

نعم، لو بنينا على أنّ العلم الإجمالي لا يتعلّق بخصوص ما أخذه المسلم، وإنّما بما موجودٌ من الأموال في بنوك الكافر، فهنا يكونُ كُلّ ما أخذه حلالاً، لقاعدة اليد الحاكمة على أنه ملكٌ للكافر.

فالخلاصة: الإقراض من الكافر لا يصحُّ إلّا بإدخال فكرة الحيازة. هذا تمامُ الكلام فيما يتعلّق في عمل البنك الحكومي أو الأهلي أو المشترك أو بنك الكفار من ناحية الإقراض والإقراض.



الودائع المصرفية



الودائع المصرفية

حكم الودائع الموجودة في البنوك، وهذه من المسائل الابتلائية جداً، إذ وقع الكلام بين الفقهاء عن ماهية تلك الأموال المودوعة في البنوك؛ لأنَّ رأس مال البنك سواء كان حكومياً أم أهلياً قسم منه ودائع من قبل الأشخاص. وتحقيق الحال في تلك المسألة يقع في مقامين:

المقام الأول: الاحتمالات الثبوتية لما يدفعه الزبون للبنك

في الاحتمالات الثبوتية لهذه المسألة، فما هو المعقول منها؟ توجد أربعة إحتمالات ثبوتية لتلك المعاملة:

الأول: أنها وديعةٌ بالمعنى الفقهي لعقد الوديعة^(١) المقابل لبقية العقود الأخرى.

الثاني: أنها عقدٌ قرض، فالشخص يقرض البنك لا أنه أودع أمواله لدِيه، وصار لهذا الاحتمال السيدُ الخوئي ^{عليه السلام}^(٢)، وأكثر المعاصرين^(٣).

الثالث: أنها عقدٌ إعارة بين الزبون والبنك.

(١) مهذب الأحكام، عبد الأعلى السبزواري: ٢١ / ٧١.

(٢) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤٠٧.

(٣) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٩؛ البنك، محمد إسحاق الفياض: ٣٣ و ٣٤.

الرابع: **أئمّها هبة بشرط العوض.**

الاحتمال الأول: وديعة بالمعنى الفقهي

إنّها وديعة بالمعنى الفقهي، كما ذكره بعض المعاصرين: لأنّ الزبون عندما يدفع
أمواله إلى البنك لا يقوم باسترجاعها متى شاء وهكذا البنك لا يسترجعها متى شاء
الزبون، وإنّما يتم ذلك بحسب الأجل المحدد بينهما أو بحسب شكل الوديعة؛ إذ
إنّ الوديعة لها أشكال ثلاثة:

الأول: الحساب الجاري.

الثاني: الودائع الثابتة.

الثالث: ودائع التوفير.

فما عدا الأول والثالث لا يجوز سحبها متى شاء الزبون، وإذا أراد أن يسترجع
الأموال لا ترجع عين ماله، وإنّما مالية النقود يحصل عليها، وهكذا البنك لا يحتفظ
بعين النقود، وإنّما يسترجع مالية النقود، وهذا لا ينافي عقد الوديعة؛ وذلك لأنّ
الأشياء والأعيان من جهة المالية على نحوين:

الأول: الأشياء التي تحفظ باليتها في حدّ نفسها، وهذه موجودة في أغلب الأعيان.

الثاني: مالية بعض الأشياء محفوظة بما يماثلها لا بحدّ نفسها كما في النقود، فإنّ
ماليتها لا على أساس ذات النقد، وإنّما بالقوة الشرائية المخزونة بالنقود.

وبكلمة: لأنّ الزبون أودع مالية النقود لا ذات النقد، والبنك إشترط على المودع
بأنّ الإسترجاع لا يكون لعين النقد، وإنّما لماليتها.

هذا هو تقريب الودائع في البنوك بحسب المعنى الفقهي.

إلا أنّ هذا الإحتمال واجه مشكلةً وهي: أنّ المعنى الفقهي للوديعة بآثاره لا ينطبق في وقتنا الحالي على وديعة الأموال في البنوك؛ فانّ الوديعة لها آثار أربعة:

الأول: لا يجوز للشخص التصرف في العين الوديعة بأيّ نحوٍ من أنحاء التصرف، بينما من أساسيات الودائع البنكية هو التصرف فيها.

الثاني: الشخص الذي قبل الوديعة لا يضمنُ لو تلفت العين إلا بتعدي أو تفريطٍ، بينما البنوكُ تضمنُ تلك الأموال مطلقاً.

الثالث: الوديعة عقد جائز يجوز لأحد متى شاء، بينما لا يجوز للبنك فسخ العقد متى شاء.

الرابع: الفوائد التي تحصلُ للهال المودع تكونُ لصاحب الوديعة، بينما في البنوك تكونُ بعضها فوائد الأموال للبنك.

وهذه الآثار في باب الوديعة تكشفُ عن المغایرة بين وديعة البنك وبين الوديعة بالمعنى الفقهي.

هذا حاصلُ الإشكال الذي أثير على أنّ الإتحاد بين الوديعة البنكية والوديعة الفقهية، إلا أنّ السيد الصدر عليه السلام ذكر أنّه بالإمكان التغلب على تلك الإشكالات مع الحفاظ على أنّ الوديعة البنكية هي وديعة فقهية.

فقال: أمّا إشكال كيف يتصرف البنك في العين؟ بدعوى أنه مخالفٌ لحقيقة الوديعة فهذا ليس إشكالاً أساسياً؛ إذ بالإمكان دفعه فيما إذا كان المالك يسمح

بالتصرف في العين المودعة فلا يوجد ضير في هذا التصرف ولا يؤثر على حقيقة الوديعة، وتسمى بالوديعة الناقصة في مقابل الوديعة التامة التي لم يأذن أن يتصرف المودع عنه في المال.

والصحيح التركيز على الضمان والفوائد، وهم إشكاalan رئيسيان وبحاجة إلى الدفع.

الإشكال الأول: كيف يضمن للعين مطلقاً حتى في حالة عدم التعدي والتفريط؟ مع أن الأمين لا يضمن عقلائياً وشرعياً.

وهذا الإشكال قابل للدفع: إذ بالإمكان أن ثبت الضمان على البنك من خلال

طرق ثلاثة تنسجم مع الوديعة الفقهية:

الطريق الأول: الإستئان المالكي؛ فإن المالك تارة يأذن في التصرف بهاته لا على وجه الضمان، وأخرى يأذن ويسمح بالتصرف لكن على وجه الضمان، ومنشأ الضمان هنا قاعدة (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) أو (من أتلف مال الغير فهو له ضامن) وهذا الطريق موجود في الودائع البنكية، فإن المودع سمح للبنك بالتصرف، ولكن على أن يضمن في حال التلف.

الطريق الثاني: الضمان العقدي: ويتصور على نحوين:

النحو الأول: الضمان الذي هو باب من أبواب المعاملات يقع في مقابل باب الحوالة أو الكفالة، وروح عقد الضمان هناك يرجع إلى نقل الذمة المشغولة بالدين إلى ذمة أخرى، فمورد الضمان هو الدين.

النحو الثاني: الضمان بمعنى التعهد العقلائي، وهذا المعنى مختلف عن الضمان

العقدي وهو ثابت بحسب بناء العقلاء، فلو افترضنا أنّ شخصاً يُريد إعارة شيءٍ من آخر، والآخر لا يستأمنه على ذلك فيأتي ثالث ويقول: (أعره وأنا أضمن لك ذلك إذا تلفت العين) وهذا التعهّد لا يرجع إلى أنّ المتعهّد صار مديوناً للهال، إذ لم تنتقل الذمة إلى المتعهّد، وإنما هو مجرد البناء على تحمل الخسارة في صورة حصول التلف، وهذا النحو من الضمان التعهدي مختلفٌ عن الضمان العقددي مورداً موضوعاً.

أمّا مورداً فلأنّ مورد الضمان العقددي هو الدين، وهذا أعمّ منه؛ إذ قد يكون في باب الدين، كما لو أراد شخص الإستئراض والمقرض لا يستأمنه، فيأتي المتعهّد ويقول: (أقرضه وأنا أضمن لك التسديد) ويأتي أيضاً التعهّد العقلائي في ضمان الأعيان، كما نبهنا في مثال التعهّد في ضمان الوديعة لغير المستأمن عليه. وأمّا الإختلاف في الموضوع، فإنّ موضوع الضمان العقددي هو نقل الذمة من شخص إلى آخر وهو الضامن بخلاف التعهّد العقلائي؛ فإنّه عبارة عن جعل الشيء في عهده.

على أيّ حال، يمكن أن يُقال: إنّ الطريق الثاني يثبت من خلاله ضمان البنك بدرجة لا ينافي الوديعة الفقهية؛ وذلك عن طريق التعهّد العقلائي من أنّ البنك يتتعهّد بضمان الوديعة في حالة تلفها، ومستندٌ هذا النحو من الضمان وهو (التعهّد العقلائي) أمّا يرجع إلى أنه عقدٌ حصل بين طرفين فيندرج تحت عمومات قوله

تعالى: **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**^(١)، أو يرجع إلى أن الشارع قد أرضى هذه الطريقة من الضمان.

الطريق الثالث: تحويل المال المودع من الجزئي إلى الكلي في المعين، فلو أودعنا مليون ديناراً في البنك، هذا المبلغ الخاص يتحول إلى مبلغ كلي لكن ليس كلياً في الذمة، وإنما كلي في المعين، فإن البنك عنده أموال متجمعة من ودائع الناس وأمواله، والمعين هنا بعضه معين في الخارج وبعضه معين في الذمة.

وثرمة هذا التحويل: هو لتصوير ضمان البنك، إذ المال لو كان شخصياً وتلف فلا معنى لضمانه، بينما لو كان كلياً فيضمن هذا الكلي سواء تلف بأجمعه؛ إذ يمكن تطبيق الكلي على فرد آخر، أو تلف نصفه فيدفع النصف غير التالف ونضمن النصف الآخر. هذه طرق ثلاثة لتصوير ضمان البنك بنحو لا ينافي مع الوديعة الفقهية، وعليه فالإشكال مدفوع.

الإشكال الثاني: كيف يملأ البنك هذه الفوائد مع أن الوديعة الفقهية تقضي برجوع الفوائد لصاحب العين؟

فأجاب السيد الصدر عليه السلام عنه قائلاً: أن الذي يحصل عليه البنك إنما أن يكون ربحاً قرضاً، أي: الفوائد الربوية التي يستفيد بها البنك بإقراض هذه الودائع وهذا هو الغالب، أو يكون ربحاً بيعاً، أي: أن البنك يُتاجر بهذه الودائع فيربح، وهذا فرض شاذ، فإن فرض الربح فلا معنى لحصول البنك على فائدة؛ لأن رجوع أحد العوضين إلى غير مالك العوض خلاف قانون المعاوضة.

وإن كان الربح قرضاً فلا مذور في حصول البنك على فائدة؛ لأنها تفرض أن صاحب الوديعة كما أذن للبنك إقراض المال كذلك أذن له أن يشترط في عقد القرض فائدة لغير صاحب المال، أي: البنك.

الإحتمال الثاني: أنها عقد إعارة

إنَّ الزبُون يُعيَّر ماله إلى البنك ويسمح له بالتصرُّف من دون عوض، وبما أنَّ الإعارة الفقهية هي عبارة عن إعارة المنافع من دون عوض مع بقاء العين وهذا المعنى لا ينطبق على الودائع البنكية، فاحتاجنا إلى إضافة تعديل بأنَّ نقول: إنَّ الزبُون لا يعيَّر عينَ المال، وإنَّما يعيَّر مثُلُه أو قيمته أو قل ماليته فلم يحصل التصرُّف من قبل البنك بعينِ المال، والإرجاع وإن لم يكن لعينِ المال فهذا لا يضرُّ؛ لأنَّ مصبَّ الإعارة مالية المال لا عينِ المال، وبهذا التعديل يتمُّ الإحتمال الثاني^(١).

وهذا الإحتمال لوحظ عليه بـملاحظة ثلاثة:

الملاحظ الأول: ما أشار إليه الشيخُ حسينُ الحلبيُّ^٢ من أنَّ هذا لا يصدق عليه العارية بالمعنى الفقهي، فإنه هنا يجوز للمستعير، أي: (البنك) التصرُّف بها، إلَّا أنَّ ذلك مشروطٌ ببقاء العين وتكون التصرُّفات مختصةً بغير التصرُّفات الناقلة، وإلَّا فلو كانت التصرُّفات موجبةً لعدم بقاء العين فلا تكون عاريةً شرعيةً، كما نحنُ فيه من الأموال فإنَّ التصرُّف بها يوجب عدم المحافظة على العين، ولذلك فهي ليست

(١) لا يوجد من يبني على هذا الاحتمال من المتأخرین.

بعارية كما لا يخفى^(١).

ويمكن رد هذا الملحوظ: وذلك بآن نفترض أنّ الزبون لا يعيّر النقود نفسها، وإنّما يعيّر مالية وقيمة النقود، ويمكن أن ندعى أنّ هذه سيرة موجودة بين العلاء في باب إعارة النقود، وبها أنها ليست مستحدثة ولم يرد عنها الشارع فيثبت الإمساء.

الملحوظ الثاني: لازم تحرير الودائع البنكية على أنها إعارة شرعية أنّ كلّ المنافع تكون للمستعير، أي: البنك؛ لأنّها عبارة عن التصرف في المنفعة من دون عوض، بينما واقع الحال في الواقع البنكية أنّ للزبون حصة في تلك المنافع، وعليه فلا يحصل إنسجام بين واقع الودائع في البنوك وواقع الإعارة الفقهية.

وهذا الملحوظ مردود أيضاً، لأنّا نقول: صحيح إنّ المعيّر لا يتتفّع بمنافع العين المعاشرة، ولكن بإمكانه الإستفادة من منافعها من خلال الشرط بأنّ يشترط على المستعير (البنك) بأخذ نسبة من الأرباح؛ لأجل أنّ البنك سوف يحصل على تلك الأرباح بواسطة أموال الطرف الآخر، وهذا شرطٌ سائعٌ لا ينافي حقيقة عقد الإعارة.

الملحوظ الثالث: في باب الإعارة لو تلفت العين لا يضمن المستعير تلك العين إلّا في صورة التعدي والتفريط، وهذا خلاف ما هو راجح في البنوك، فإنّه يضمن سواء اشترطنا عليه الضمان أو حصل التعدي والتفريط أو لا، وعليه ما هو واقع البنوك يختلف عن واقع العارية الفقهية.

(١) بحوث فقهية، حسين الحلبي: ٩٩

وهذا الملاحظ أيضاً مردود؛ إذ هناك مسألة تذكر في باب الإعارة وهي لو أعاره ذهباً أو فضةً وتلفت العين من دون تعدٍ أو تغريط في ضمن المستعير، وعليه إذا قلنا إنَّ الأوراق النقدية ترجع بحسب التحليل إلى الذهب والفضة، فيلزم من ذلك ثبوت الضمان على القاعدة.

الخلاصة: أنَّ الإحتمال الثاني ممكنٌ من الناحية الشبوتية كالإحتمال الأول أيضاً.

الإحتمال الثالث: هبة مشروطة

بتقرير: أنَّ الزيبون يشترطُ على البنك إذا وهب له شيئاً يسترجع قيمته فهـي هبة بعوض.

ولو حظ عليه:

أولاً: إنَّه في باب الهبة المعاوضة لو تلف المال قبل أن يدفع الشخص الآخر العوض فلا يلزم عليه ضمانُ العين؛ لأنَّها تالفة حسب الفرض، ولا يلزم عليه دفع العوض؛ لعدم الدليل عليه.

وهذه الملاحظة قابلة للمناقشة؛ وذلك لأنَّ عدم الضمان للموهوب له محل خلاف، إذ لم يثبت بنحو الجزم أنَّ الموهوب له لا يضمن.

ثانياً: الهبة لا تكون إلا بين الأرحام وبين من يرتبط بالواهب من ناحية القرابة، فلا تُوجَد هبة في غير ذلك، فالهبة في موردٍ يتربَّ أَن تكون هناك صلة رحمية بين الواهب والموهوب له، وبما أنها مفقودة في البنك فلا يتحقق عنوانُ الهبة.

إلا إنَّ هذه الملاحظة ضعيفة؛ إذ لا دليل على حصر الهبة بذلك؛ لأنَّها شاملة

لكل الحالات، وعليه يكون هذا الإحتمال من الناحية الثبوتية معقولاً أيضاً.

الإحتمال الرابع: أنها عقد قرض

بمعنى أن المالك يقول للبنك: (تملك هذا المال عنّي مضموناً عليك وتصرّف به لنفسك) وهذا لا يخرج عن القرض؛ لأنّ القرض هو تمليك المال إلى الغير مضموناً عليه.

وهذا الإحتمال أيضاً معقول من الناحية الثبوتية إلا أنّه يواجه مشكلة الفوائد التي يدفعها بأزاء هذه الوديعة، وتسميتها بالوديعة مساحة وحقيقة هي قرض، وعليه نحتاج إلى ذكر تحريجات لتحليل تلك الفوائد التي يدفعها البنك إلى الزبون.

المقام الثاني: مقصود المتعاملين والعقلاء إثباتاً

ومن الواضح أنّ النوبة لا تصل لقام الإثبات إلا لخصوص الإحتمالات المتصورة ثبوتاً لابد أن يقع الكلام من الناحية الإثباتية، أي: أنّ واقع المصارف هل تتعامل مع الوديعة على أساس الوديعة الفقهية أو الإعارة أو الهبة بشرط أو من باب القرض؟

فمن الناحية الإثباتية الإحتمال الثاني والثالث لا يوجد في واقع المصارف اليوم، فيدور الأمر بين الإحتمال الأول وهو كونها ودائعاً بالمعنى الفقهي والرابع هو أنها من باب القرض.

وبما أنّ المسألة مما لا يترقب بشأنها صدور النص لآئتها من المسائل المستحدثة

فيوجد طريقة لترجيح أحد الإحتمالين على الآخر من الناحية الإثباتية:

الطريق الأول: أنه عقد جديد مشمول لإطلاقات أدلة العقود بعد عدم إختصاص تلك الأدلة بالعقود المتعارفة، وأن هذا الشمول مشروط بشرطين أساسين:

الأول: أن تتم حقيقة المعاقدة بين الطرفين، وهذا الشرط حاصل.

الثاني: أن نحرز عدم من الشارع من هذا العقد الجديد، وما يحتمل كونه مانعاً هي الفوائد التي يحصل عليها الوديعي، ومن الواضح أن تلك مادامت تُستثمر من قبل البنك في مشاريع إقتصادية فلا مخدر في ذلك.

الطريق الثاني: أن نقوم بدراسة الوديعة البنكية بما تشتمل على خصائص وندرس الوديعة والقرض بالمعنى الفقهي بما يشتمل على خصائص من جهة أخرى، ثم نقارب الوديعة البنكية لنرى هل تقترب من الوديعة الفقهية أو القرض الفقهي؟ فنقول: إن الطابع العام للبنوك العالمية هو وجود خصائص أربعة لها في التعامل مع تلك الودائع:

الخاصية الأولى: البنك يتملك الوديعة ويتصرف فيها كيفما شاء.

الخاصية الثانية: لا يتعهد البنك باسترجاع عين المال إلى المقرض.

الخاصية الثالثة: البنك يتعهد بـاسترجاع قيمة النقود وماليتها إلى الوديعي سواء كانت العين قد تلفت بـبعض أو تفريط أم لا.

الخاصية الرابعة: دفع فوائد إضافية إلى أصل المال المودع.

هذه هي الخصائص العامة للبنوك في تعاملها مع ودائع الناس، فلو ذهبنا الى الجهة الأخرى وهي الوديعة بالمعنى الفقهي نجد أنّ الوضع الفقهي للودائع يمتاز بخصائص ثلاثة أيضاً.

الخاصية الأولى: المستودع لا يمتلك أموال الوديعة، ولا يحق له التصرف بها كيفما شاء.

الخاصية الثانية: لا يضمن المستودع إلا مع حصول التعدي والتفریط منه.

الخاصية الثالثة: يتعهد بدفع عين المال المودع بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً، واللاحظ أنّ الودائع البنكية تفتقد هذه الخصوصيات الثلاثة في الودائع الفقهية، فالبنك يملك الوديعة ويتصرّف فيها كيفما شاء، ويسعد مطلقاً سواء بتعدي أو تفریط أم لا، ويسترجع قيمة المال المودع لا عينه، وهذا معناه أنّ واقع الودائع البنكية مباین للودائع بالمعنى الفقهي، وأمّا إذا ذهبنا الى عقد القرض فنجد فيه الخصائص التالية:

الخاصية الأولى: المقترض يملك المال ويتصرّف به كيفما شاء.

الخاصية الثانية: المقترض يتعهد بإسترداد القرض عند إنتهاء مدة الأجل ويسترجع ماله لا عين المال.

الخاصية الثالثة: المقترض ضامن للهال على كُلِّ حالٍ سواء تلف المال عنده أم لا وسواء بتعدي أو تفریط أم لا، ولذا نجد هذه الخصائص الثلاثة في القرض هي موجودة في الودائع البنكية، فعلى أساس هذا التحليل ترجع الودائع البنكية الى القروض.

وهذا الإرجاع صرّح به أغلب المعاصرين _ فمثلاً _ ذكر السيد الخوئي عليه السلام : (بأنه لا يجوز إقراض البنك بشرط الحصول على الفائض المسمى بـعُرف اليوم بالإيداع)^(١) ، وأيضاً السيد السيستاني (حفظه الله) يصرّح في هذا المعنى: (بأنه لا يجوز الإيداع في البنوك الأهلية _ بمعنى إقراضها _ فيقول: لا يجوز الإيداع في البنوك الحكومية بمعنى إقراضها)^(٢) .

والشيخ الفيّاض (حفظه الله): (هل أنّ الأموال المودعة في البنوك والمصارف هل هي حقيقة بالمعنى الفقهي أو أنها قروض ربوية؟ الخلاصة أنّ الودائع المصرفية جميعاً سواء كانت من الودائع المترددة أم الثابتة فهي ليست بودائع حقيقة، بل هي قروض ربوية للبنك فيملكها البنك على وجه الضمان وإطلاق الودائع عليها إنما هو بالعناية وبدافع إغراء الناس في إيداع أموالهم فيه حفظاً لها من التلف وتعويضاً لهم على الإدخار)^(٣) .

إذا اتّضح ذلك، فالسؤال عن حكم الفوائد التي يدفعها البنك بإزاء القرض: وقبل أن نذكر الطُّرق الخالية تلك الفوائد المدفوعة من جهة البنك نقول: إنّ البنك لا يدفع الفوائد لـكُلّ حالات الوديعة؛ فإنّ لها ثلاثة حالات الحالـة الأولى: أن يدفع الزبون إلى البنك أموالاً على أنّ له سحبها متى شاء ولا

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤٠٧ / مستحدثات المسائل / المسألة الثانية.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٩ / مستحدثات المسائل / المسألة الخامسة.

(٣) البنك، محمد إسحاق الفيّاض: ٣٣ و ٣٤ .

يدفعُ البنك أيَّ فائدة في هذه الحالة، إذ غرض الزبون من دفع أمواله للبنك إلَّا الحمایة والإدخار، ويُصطلحُ عليها بـ (الحساب الجاري أو وديعة تحت الطلب).

الحالةُ الثانية: أن يدفع إلى البنك مع الإتفاق على مدة بين الطرفين لا يحقُّ من خلاها إسترداد الوديعة إلَّا بانتهاء هذه المدة، والبنكُ في هذه الحالة يدفعُ فوائدًا لصاحب تلك الوديعة، ويُعبّرُ عن هذه الحالة بـ (الودائع الثابتة).

الحالةُ الثالثة: أن يدفع الزبونُ إلى البنك ويحقُّ له أن يسترجعها متى شاء إلَّا أنه كُلُّما زادت المدة، أي: (مدة بقائها في البنك) أعطى البنكُ فوائدًا للزبون على الإبقاء الزائد، وهذه تُسمى بـ (ودائع التوفير) وهذه الحالة تجمعُ الحالتين السابقتين، إذ من جهةٍ يجوزُ السحبُ متى شاء ومن جهةٍ كُلُّما تأخرُ السحبُ فالبنكُ يُبادرُ بإعطاء الفائدة، فعلى هذا الأساس حينما نسألُ عن حكم الفوائد التي يدفعها البنك إلى الوديعي لا تكون في كُلِّ حالات الوديعة، وإنما بخصوص الحالتين الثانية والثالثة فقط؟ وبهذا الصدد نقولُ: تارةً تحصلُ الوديعةُ في البنوك الأهلية، وأخرى تحصلُ مع البنوك الحكومية، فإذاً الكلامُ يقعُ في الوديعة مع هذين البنكين:

القسم الأول: البنوك الأهلية:

أما البنوك الأهلية: فنسألُ عن حكم الفائدة التي تدفعها إلى الزبون؟ وبهذا الصدد ذكر الفقهاءُ طرفاً عديدة حلّيةً أخذ الفائدة من البنك:

التخريجات الفقهية للفوائد المنوحة للزبون:

التخريج الأول: بيع العملة النقدية بذاتها للبنك

إن الزبون بدلاً من إنشاء العقد بـ(إقرضني مائة والتسديد بـمائة وخمسين) يقول: (أبيعك مائة بـمائة وخمسين) والبيع بالعملة نفسها، وهذا لا يُشكّل محدوداً؛ لأنّ بيع الصرف لا يجوز في المكيل والموزون، وأمّا الأوراق النقدية فهي من المعدودات فلا يجري فيها حكم الربا، إذ من جهة هذه الفائدة لا بأس بها؛ لأنّها فائدة من جرّاء البيع وهو مبني على الفائدة، ومن جهة أخرى لا يجري حكم الصرف؛ لأنّه في المكيل والموزون والأوراق النقدية من المعدودات، وسابقاً أشرنا إلى أنّ هذا الطريق أرسّه الشّيخ حسین الحلي عليه السلام ودافع عنه الشّيخ الفيّاض (حفظه الله)، وعلّقنا عليه كما هو مذكور في كلمات السيد الخوئي عليه السلام: بأنّ هذه العملية في واقعها قرض إلّا أنه البسناها لباس البيع؛ لأنّ الفارق الموضوعي بين البيع والقرض هو التّغایر وعدمه، ففي البيع لابد أن تكون مغایرة بين العوض والمعوض عنه أو الثمن والمثمن، بينما في باب القرض عدم المغایرة، إذ ثبوت مثل المال في الذمة، وعلى هذا الأساس رجع الأمر إلى القرض والفائدة مشروطة فيكون قرضاً جرّأ نفعاً.

وحاول أصحاب هذا الطريق التغلب على الإشكال المذكور من أنّ التّغایر موجود وهو بين الكلي والجزئي، فالمال المدفوع هو عنوان هذا المال (وهو جزئي) والعوض ثمن مؤجل كلي، والمغایرة بهذا الالحاظ تكفي لإندراج هذا الطريق تحت

عنوان البيع.

وعلّقنا على هذا الدفع بما حاصله: أن العُرف في باب الأموال يراها جنساً واحداً، والإختلاف في طبيعة العملة - بين الدولار والدينار والريال - لا يُغيّر من حقيقة المالية، فالنحوُدُ مهماً إختلفت أو صافها فهي ترجع إلى عدم المغایرة فاستبدال أحدهما بوصف الكلية والآخر بوصف الجزئية لا يكفي لتغيير واقع المالية الثابتة في النقود، ففي باب القرض هو ضمان لمثل المال لكنه في الذمة، فالمالية للأرواق النقدية عنصر محفوظ في باب القرض، وهذا الطريق المفروض لم يُغيّر بين العوض والمعوض في المالية فرجع البيع إلى القرض، والقرض الذي يجُرّ نفعاً باطل.

إلا إنّ الشیخ الفیاض (حفظه الله) حاول دفعه فقال: (إنّ مناط المغایرة في المعاملات هو القصد فما دام قصد المعاملات القرضي فيندرج تحت عنوانه ولا يُلتفت إلى التغایر وعده، فالقصد هو المقوّم لحقيقة المعاملة حتى لو كانت صورة المعاملة صورة القرض، فالاشتراء في الصورة لا يغيّر من واقع المعاملة؛ لأنّ الأساس في المغایرة هو القصد وما دام قد قصد البيع فلا مشكلة حينئذ^(١)).

وأجوابه: أن العُقود على قسمين:

القسم الأول: بعض العُقود لا يوجد فارق ثبوتي بينها إلا بالقصد، كما في البيع والصلح، إذ لا فرق بين قولنا: (بعتك الكتاب بدينار وصالحتك على الكتاب بدينار) فلا فارق بينهما إلا بالقصد.

القسم الثاني: يوجد فارق ثبوتي بينهما كما في البيع والقرض، إذ في باب البيع

(١) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٧٧.

لابد أن تحصل مغایرةٌ بين العَوْض والمعوض عنه، وليس كذلك في باب القرض،
هذا الفارقُ لا يحصل بالقصد وعده، وإنما نحتاجُ إلى مسألة القصد في العُقود التي
لا فارق ثبوتي بينهما.

الخلاصة: هذا الطريق الأول حل مشكلة الفائدة من خلال تحويل الفرض إلى بيع قابل للتأمل.

النحو الثاني: الفائدة في مقابل الهمة:

البنك الذي يدفعُ الفائدة إلى الزيبون يقومُ بهذه شيءٍ تعادل مقدار الفائدة ثم يقولُ البنكُ للزيبون: (إقرضني مثلاً مائة مليون) فهنا الفائدة تمَ الحصولُ عليها من طريق الهبة، والقرضُ لم تحصل به أيُّ زيادةٍ، فيقالُ إنَّ هذه هبة جرَّت نفعاً، فيحصلُ القرضُ وهو أخذ البنك للهبة وأخذ الزيبون للفائدة من دون أيٍّ محدودٍ.

وهكذا يمكن إقتراح البيع بأقل من قيمته السوقية بشرط القرض، فيقوم البنك ببيع شيء أقل من قيمته السوقية، فلو كانت القيمة مائة يبيعها بثمانين ونفترض أن التفاوت (العشرون) هي الفائدة التي يريد أن يدفعها البنك، ثم بعد البيع المذكور يشترط البنك على الزبون أن يقرضه (مائة مليون مثلاً) فهنا البيع جرّ نفعاً، وأيضاً يمكن إقتراح الاجارة بأقل من قيمتها السوقية.

وخلصهُ هذا الطريق أنّ هذه الموارد الثلاثة الهبة والبيع بالأقل والإجارة بالأقل أيضاً لا مانع أن تجرّ نفعاً وهو القرض حسب الشرط، فيقول أهب أو أبيع وأئجر بشرط القرض.

وهذا التخريج قد اختاره السيد الخوئي عليه السلام كحلٌ في التعامل مع القروض في البنوك، ولم يذكره في الإيداع مع البنوك الأهلية، وإنما ذكر حلاً آخرًا. وهذا الطريق قد عرضناه سابقاً وقلنا لابد من التفكير بين مسألتين: المسألة الأولى: وقوع هذه الثلاثة شروط في القرض، أعني أنَّ القرض بشرط الهبة أو القرض بشرط البيع بالأقل.

المسألة الثانية: وهي عكس الأولى بأن يقع القرض هو الشرط لهذه الأمور الثلاثة. أما المسألة الأولى: هي وقوع هذه الأمور كشرط في القرض - ذهب المشهور إلى بطلان القرض؛ لصدق أنَّ القرض قد جرَّ نفعاً.

وأما المسألة الثانية: فيحسب القاعدة الأولية لا مانع منها، إذ لا مشكلة أن تجرَّ الهبة نفعاً ولو كان هو القرض، وهكذا البيع والإجارة إلَّا أنه تُوجَدُ رواياتان يُستفادُ منها المنع.

الرواية الأولى: صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله عن رجل يسلمُ في بيع أو تمر عشرين ديناراً ويقرضُ صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً، قال: «لا يصلحُ إذا كان قرضاً يجُرُّ شيئاً فلَا يصلحُ»^(١).

وتقريبُ الإستدلال بها: أنَّ هذه الصريحة افترضت أولاً وجود بيع إسمه السلم، وافتراضت ثانياً وقوع القرض كشرط في بيع السلم؛ فإنما تتحدث عن المسألة الثانية بوضوح، والإمام عليه السلام من من ذلك لدخولها تحت قانون القرض جرَّ شيئاً. اللهم إلَّا أن نقول: إنَّ الصريحة تتحدثُ عن المسألة الأولى، أي: وقوع بيع

(١) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٦ / ١٧٥ / باب القرض وأحكامه / الحديث ١٦

السلم شرط في القرض وهذا الإمام عليه السلام قال: لا يصلح؛ لأنَّ قرض جرَّ نفعاً، والمرجح لهذا الإحتمال أنَّ السائل لم يُعبر عن القرض بتعبير يدلُّ على وقوعه كشرط، وإنَّما عطف على بيع السلم بالواو، والواو لا تدلُّ على الترتيب، وإنَّما على مطلق الجمع، فيكونُ من المحتمل أنَّ القرض هو الذي وقع أولاً وقع بيع السلم كشرط فيه، فترجعُ إلى المسألة الأولى.

وهذا الإحتمال وإن كان موجوداً إلَّا أنه خلافُ الظاهر، ولا يصلحُ الإعتماد عليه بمحررٍ.

الرواية الثانية: صحيحَةُ مُحَمَّدٍ بن قيسٍ عن أبي جعفر عليه السلام قال: «من أقرَّ بِالْقَرْضِ رجلاً ورقاً فلا يشترطُ إلَّا مثلها، فإنَّ جُوزيَ أَجودُ منها فليقبل، ولا يأخذ أحدُكم ركوبَ دابةٍ أو عارِيةٍ متاعٍ يشترطُهُ من أجلِ قرضٍ ورقَةٍ»^(١).

وتقريبُ الإستدلال: أنَّ النصَّ في ذيل الرواية مطلقٌ يشملُ وقوع عارِيةٍ متاعٍ كشرط في القرض أو وقوع القرض كشرط في عارِية المتاع.

النتيجة: لو لا هاتان الروايتان لكان مقتضى القاعدة قبول هذا الطريق الثاني، أي: وقوع القرض كشرط في الهبة أو البيع والإجارة بالأقل من القيمة السوقية. وهذا إستشكل السيدُ السيستاني (حفظهُ اللهُ) في هذا الطريق وقال: (لا يخلو من إشكال)^(٢)؛ وذلك لعلَّهُ بسبب منع هاتين الروايتين للطريقة المذكورة.

(١) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٦ / ١٧٤ / باب القرض وأحكامه / الحديث ١١.

(٢) منهاج لصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٨ / مستحدثات.

التخريج الثالث: بيع العملة النقدية بعملة مغایرة للبنك

أن نستبدل القرض بالبيع، فالزبون لا يقرض البنك، وإنما يبيع للبنك مائة مليون _مثلاً_ بعملة مغایرة للعملة المدفوعة كأن تكون بالدولار، وطريقة الحصول على الفائدة تكون بمراعاة حساب الصرف للعملات الأجنبية.

هذا الطريق يشتراك مع الطريق الأول، ولكن يختلفان في أنّ الطريق الأول لا يرى أي مشكلة في كون الشمن من العملة نفسها، بينما في هذا الطريق لابد من إختلاف العملة في الجنس، والنكتة واضحة ففي حال إتحاد العملة تكون العملية قرضاً أليسناها لباس البيع.

وهذا الطريق لا بأس به، لو لا شبهة وجود الإرتكاز العقلائي الذي ينظر إلى الأموال بجميعها على أنها جنس واحد مهما إختلفت أوصافها، فالدولار والدينار والتومان عند الإرتكاز العُرفي كُلُّها مال، ولا يرون أنّ إختلاف العملة يؤدي إلى المغایرة، وهذا الإرتكاز وإن لم يصل حدّ الظهور إلا أنه إحتمال وجيه يجعل من المغایرة التي تحقق عنوان البيع ليست واضحة.

التخريج الرابع: إحراز الرضا الباطني للبنك في التصرف

ما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله) إذ يقول: (لا يجوز الإيداع في البنوك الأهلية _بمعنى إقراضها_ مع شرط الزيادة، ولو فعل ذلك صَحَّ الإيداع وبطل الشرط، فإذا قام البنك بدفع الزيادة لم تدخل في ملكه، ولكن يجوز له التصرف فيها إذا كان واثقاً من رضا أصحابه بذلك (بالتصرف) حتى على تقدير علمهم بفساد

الشرط وعدم إستحقاقه للزيادة شرعاً، كما هو الغالب^(١).

وحصيلة هذا الطريق أنه يتبين على نقطتين:

النقطة الأولى: أن أصل الإيداع صحيح والفساد يكون من جهة الشرط، أي: الزيادة، وهذه النقطة مبينة على كبرى آمن بها بعض الفقهاء وهي: أن فساد الشرط لا يسري إلى المشرط^(٢)، فأصل الزيادة التي أخذت كشرط هي فاسدة؛ لأنها ربوية، لكن لا يؤثّر فساد الشرط على المشرط وهو عقد القرض.

النقطة الثانية: وهي التي تتضمن طريقة تحرير حليّة أخذ الزيادة، وهي عبارة عن إحراز رضا أصحاب البنك بالتصريح بهذه الزيادة، ومع الإحراز المذكور جاز التصرّف في تلك الفائدة.

وقضية الاعتماد على مجرد إحراز الرضا بالتصريح ذكرها في موردين آخرين:
المورد الأول: إذا قبض المشتري ما إشتراه بالعقد الفاسد، فإن علم (المشتري) برضاء البائع بالتصريح فيه حتى مع فساد العقد جاز له التصرّف فيه، وإلا وجب عليه ردّه إلى البائع^(٣).

وهذه المسألة لا خصوصية في رضا البائع بالتصريح فيما قبضه المشتري بالعقد الفاسد، وتصح أيضاً برضاء المشتري بتصريح البائع بما قبضه من الثمن من المشتري

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٩ / المسألة ٤.

(٢) مصباح الفقاهة، أبو القاسم الخوئي: ٢ / ٥٦.

(٣) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ٢ / ٢٤.

بالعقد الفاسد.

المورد الثاني: تحت عنوان آداب التجارة يقول: (وإذا شك في صحة معاملة وفسادها بسبب الجهل بحكمها لم يجز له ترتيب آثار أي من الصحة والفساد فلا يجوز له التصرف فيما أخذه من صاحبه ولا فيما دفع إليه، بل يتبع عليه إما التعلم أو الاحتياط ولو بالصلح ونحوه. نعم، إذا أحرز رضاه بالتصرف في المال المأخوذ منه حق على تقدير فساد المعاملة جاز له ذلك) ^(١).

المورد الثالث: وهو محل الكلام وهو في حالة الإقراض يجوز التصرف في الفائدة إذا علمت أنّ الذي دفع الفوائد يرضى بالصرف بتلك الفائدة. ويلاحظ عليه: أن ظاهر ما ذكره هو أنّه لا يُفرق في جواز أخذ الزيادة أو جواز التصرف في الثمن أو المثمن بين المعاملات الفاسدة لفساد شرط من شروطها وبين المعاملات الفاسدة من جهة بيع الأعيان المحرّمة كبيع الخمر وما شاكل ذلك. مع أنّ هذا الإطلاق ليس واضحاً، والصحيح التفصيل بين المعاملات الباطلة من جهة فسادها؛ لعدم توفر شرط الصحة وبين المعاملة على الأعيان المحرّمة فنقول: بكميّة الرضا بالصرف في النحو الأول من المعاملة دون النحو الثاني. والشاهد على هذا التفصيل قرائن أربعة:

القرينة الأولى: هي التمسّك بما رواه الشيخ الصدوق عليه السلام عن محمد بن موسى بن المتوكل عن عبدالله بن جعفر الحميري عن محمد بن الحسين عن الحسن بن محبوب، وروها أيضاً في بسند مختلف عن أبيه عن سعد عن أحمد عن ابن محمد عن

(١) منهاج الصالحين، على السيستاني: ٢ / ١٨.

إبن محبوب عن أبي أيوب عن عمّار بن مروان، قال: سألتُ أبا عبدالله عليه السلام عن الغلول، فقال: «كُلُّ شيءٍ غُلٌّ^(١) من الإمام فهو سحت، وأكلُّ مال اليتيم سحت، والسحت أنواعٌ كثيرةٌ منها ما أُصيّب من أعمال الولادة الظلمة، ومنها أجورُ القضاة، وأجورُ الفواجر، وثمن الخمر والنبيذ المسكر، والربا بعد البينة، فاما الرُّشا يا عمّار في الأحكام فإنَّ ذلك الكفر بالله العظيم ورسوله»^(٢).

وتقرِيبُ القريئة المذكورة: أنَّ تخصيص الإمام عليه السلام السحت ببعض تلك الأنواع التي هي من الأعيان المحرّمة يكشفُ عن مبغوضيتها، وإلاً لو كانت لا خصوصية لها فلماذا أفردتها في الذكر؟ فهذا النوع من المعاملات التي تشتمل على بيع الأعيان أو التعامل على الأعيان المحرّمة والموصوفة بالسُّحت لا يتصوّرُ أن يرتفع السحت بمجرد إحراز الرضا الباطني لأحد المتعاقدين، فهذا تخصيصٌ لكلمة السحت وهو غير عُرفي.

القريئة الثانية: ترقى الإمام عليه السلام في داخل الرواية المذكورة فإنَّه عليه السلام حينها عدد الأعيان المحرّمة وصف بعضها بالكفر العظيم، وهذا الترقى في هذا النوع يكشفُ عن حرّمة مغلّظة، أي: أنَّه سحت بأعلى مراتبه لذا وصفه بأنَّه الكفر بالله العظيم، وهذا التغليظ في السحت كيف يرتفع بمجرد إحراز الرضا الباطني؟.

القريئة الثالثة: إنَّه لو جاز الإعتماد على كفاية الرضا الباطني في تصحيح أي

(١) غُلٌّ: أي: أخذ خديعة.

(٢) معاني الأخبار، الشيخ الصدوق: ٢١١

معاملة فاسدة ومن أي جهة كانت لما كان هناك أي فائدة في تعرّض الروايات
الكثيرة إلى ما يصحُّ بيعهُ وما لا يصحُّ.

القرينة الرابعة: ما رواهُ الشيخ الكليني^١ عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن حمّاد
بن عيسى عن حريز عن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليهما السلام: قال: «إنَّ الذي حرم
شربها حرم ثمنها»، ثم قال أبو عبدالله عليهما السلام: «إنَّ أفضل خصال هذه التي باعها
الغلام أنَّ يتصدق بثمنها»^(١).

وتقرِيبُ القرينة: أنَّ الإمام عليهما السلام^٢ إستحسن تصدق الغلام بثمن الخمر وهذا يدلُّ
بالدلالة الإلتزامية على عدم كفاية إحراز الرضا الباطني من قبل مشتري الخمر في
تصرُّف البائع بالثمن الذي هو جزماً موجوداً.
هذه قرائنُ أربعةٌ على عدم تمامية كفاية إحراز الرضا الباطني في التصرف.

النخريج الخامس: رجوع الودائع البنكية إلى ثلاثة عقود (السيد الصدر)

الودائع البنكية ترجعُ إلى الوكالة في العُقود الشرعية، وتصويرُه: أنَّ الزبون
يودعُ الأموال بمعناها الفقهي، لكن لا بأعيانها، وإنما بالقيمة الشرائية لتلك
الأموال ويوكلُ البنك في إجراء عُقود إستثمارية مع الاقتصاديين والمستثمرين،
فيرجعُ هذا الطريق بواقعه إلى عُقود شرعية ثلاثة:

العقد الأول: عقد الوكالة: وذلك بأن يوكل الزبون البنك الأهلي بإجراء عُقود
إستثمارية، وعقدُ جعالة يتمكّنُ البنكُ من خلاله أخذ نسبة من الأرباح فكأنَّ الزبون

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ٢٣٢ / باب بيع العصير والخمر / الحديث ٢.

يقول: (من يُشَغِّلُ هذا المال فلهُ جُعل ما) ويتصدّى البنكُ للقيام بذلك، وعقد إستثماري معين وهو الذي يكون طرفُ المستثمر الذي دفع البنكُ إليه هذه الودائع، فمن خلال هذه العقود الشرعية الثلاثة - الوكالة، الجعالة، عقدُ إستثماري معين - يمكنُ البنكُ من الحصول على نسبة من الأرباح بقيامه بدور الوسيط بين أصحاب الودائع والمستثمرين.

والنكتةُ الأساسية في اللجوء إلى هذا الطريق - أنه في البنوك الربوية لا يتحمل أصحاب الودائع أي خسارة - وإنما يتحملها البنك والمستثمر الذي تعاقد البنك معهُ، وأماماً في هذا الطريق فإن بإمكاننا أن نُحمل الوديع شيئاً من الخسارة على أساس المبدأ الإسلامي القائل: (من لهُ الغُنم فعليهِ الغُرم) فالوديع لا يتربّصُ الحصول على الفوائد فقط، فعليهِ بإزاء هذا الغُنم أن يتحمل الغُرم إذا تعرّض المشروعَ إلى الخسارة.

وأصلُ هذا الطريق يرجعُ إلى السيد الصدر عليه السلام فهو من مبتكراته، إلا أنه قيدهُ بخصوص المضاربة، مع أنه بالإمكان حملهُ على المضاربة بالمعنى الأعم، بإعتبار أن عقد المضاربة يتضمّن جهة التجارة، أي: أن العامل يستثمرُ رأس المال في التجارة، لكن تتّبعُ بعض كلماته في هذا الطريق قد يُستفادُ منهُ الأعم، فالقضية لا تنحصر بمسألة التجارة، إذ قد يدفعُ البنكُ - الذي هو يقومُ بدور الوسيط - بهذه الأموال إلى المستثمرين سواءً أكان الغرضُ من هذا الدفع تأسيسٌ بُنى تحتية أو كان الغرضُ التجارة أو أي مشروع آخر.

فعلى أية حالٍ، هذا الطريق يتكلّل:

أولاً: أخذ البنك شيء من الربح، ويتحمّل صاحب الوديعة شيئاً من الخسارة.

وثانياً: هناك عقدٌ إستثماري يقوم به الشخص الذي تعاقد مع البنك.

ووهذه نصّ عبارته: (إنَّ عمليَّة إيداع هذه الودائع الثابتة لدى البنك^(١) - أي:

إقراضها للبنك^(٢) - وعمليَّة تقديمها من قبل البنك لرجال الأعمال المستثمرين^(٣)

يمكُن دمجُها في علاقة واحدة^(٤) تُسمّى في مصطلحات الفقه الإسلامي بالمضاربة،

والمضاربة يختلفُ مفهومها في الفقه الإسلامي عن مصطلحها في الاقتصاد

الحديث، فهي في الفقه الإسلامي: عقدٌ خاصٌ بين مالك رأس المال والمستثمر على

إنشاء تجارة يكونُ رأس مالها من الأول^(٥)، والعملُ على الآخر، ويحدّدان حصة كُلٍّ

منهما من الربح بنسبة مئوية، فإنَّ ربع المشروع تقاسماً الربح وفقاً للنسبة المتفق

عليها، وإنْ ظلَّ رأس المال كما هو - لم يزد ولم ينقص - لم يكن لصاحب المال إلَّا رأس

(١) لماذا الودائع الثابتة؟ لأنَّه في الحساب الجاري والودائع المتحركة لا يحصلُ الزبونُ فيهما على أي فائدة. نعم، يحصلُ على فائدة في الودائع الثابتة وودائع التوفير.

(٢) لأنَّا قلنا أنَّ الوديعة ترجعُ في حقيقتها إلى القرض.

(٣) لأنَّ البنك ليس صندوقاً يحافظُ على الأموال، وإنَّما يتعاقُدُ البنك مع رجال أعمال كبار يشغلُون هذه الأموال والبنك يستفيدُ نسبةً من الربح والزبونُ يستفيدُ نسبةً من الربح أيضاً، وكذلك يأخذ المستثمر نسبةً من الربح، هذا هو واقع الودائع اليوم.

(٤) لأنَّه في حقيقتها ترجعُ إلى ثلاثة عُقود، عقدُ الوكالة وعقدُ الجُمْعَالَة وعقدُ إستثماري معين.

(٥) أي: صاحب المال.

ماله، وليس للعامل شيء. وإن خسر المشروع وضاع جزءٌ من رأس المال أو كُلُّه تُحمل صاحبُ المال الخسارة، ولا يجوز تحميل العامل المستثمر وجعله ضامناً لرأس المال إلّا بأنْ تتحوّل العملية إلى إقراض من صاحب رأس المال للعامل، وحينئذ لا يستحقُ صاحبُ رأس المال شيئاً من الربح، هذه هي الصورة العامة للمضاربة في الفقه الإسلامي. ولكي تُقيّم العلاقات في البنك الاربوي على أساس المضاربة بالنسبة إلى الودائع الثابتة يجبُ أن تتصور الأعضاء المشتركون في هذه المضاربة، ونوعية الشروط والإلتزامات والحقوق لكل واحد منها.

إنَّ الأعضاء المشتركون في المضاربة ثلاثة:

الأول: المودع بوصفه صاحب المال، ونطلق عليه إسم المضارب (بالكسر).
 الثاني: المستثمر بوصفه عاملًا، ونطلق عليه إسم المضارب أو العامل (بالفتح).
 الثالث: البنك بوصفه وسيطاً بين الطرفين ووكيلًا عن صاحب المال في الإتفاق مع العامل، ثم يوضح ^{بيان} حقوق الأعضاء الثلاثة فيقول: أمّا حق المودع الذي يُتمثل في أصحاب الودائع، أي: المجموع الكلي للمودعين لتلك الودائع، بمعنى أنَّ كل وديعة تتضمَّن محفظة بملكية صاحبها لها، ولا تنتقل ملكيتها إلى البنك عن طريق القرض، كما تقع في البنوك الربوية، غير أنَّ الودائع لا يبقى بعضها منعزلاً عن بعض، بل يستعمل البنك بإذن أصحاب الودائع الإجراء الشرعي^(١) الذي يجعل البنك مجموع الودائع ملكًاً مشاعًاً لجموع المودعين، ويكون لُكُل مودع من

(١) أي: يأخذ هذه الأموال ويشغلها.

هذا المجموع بمقدار نسبة وديعته إلى مجموع الودائع^(١). وبذلك يصبح صاحب المال في عقد المضاربة هو المجموع الكلي للمودعين الذي يمثل البنك إرادته بوصفه وكيلًا عنهم، وأي وديعة ثابتة ترد إلى البنك _أي بعد إجراء العقد_ تدخل في بحر الودائع الثابتة الذي يشتمل على المجموع الكلي لتلك الودائع...

ثم يقول: ويجب الحفاظ على المحفزات التي تدفع أصحاب الودائع فعلاً إلى أيداع أموالهم؛ لأننا إذا لم نحتفظ بها فسوف ينصرف أصحاب الودائع عن الإيداع لدى البنك الاربوي ويتجهون إلى البنوك الربوية، أما ماهي المحفزات التي يجب الحفاظ عليها للمودعين فهي تتمثل بالعناصر الثلاثة الآتية:

الأول: كون الوديعة مضمونة، فإن البنوك الربوية تضمن الوديعة لأصحابها بوصفها قرضاً.

الثاني: الدخل، أي: (الفائدة) التي يدفعها البنك الاربوي لأصحاب الودائع الثابتة باسم الفائدة.

الثالث: قدرة المودع على إسترداد الوديعة أو السحب عليها في نهاية الأجل الذي يحدده، هذه عناصر ثلاثة لابد على البنك الاربوي أن يؤمنها للوداعي، وسيأتي كيف يمكنه أن يؤمن تلك العناصر.

أما الحافز الأول: فيتمكن ضمان الوديعة في حالة التلف ليس عن طريق عقد القرض؛ لعدم وقوع عقد القرض بين أصحاب الودائع والبنك حتى يقال: إن القرض هو عبارة عن ضمان مال كلي في الذمة، ولا يكون الضمان على المستثمر أو

(١) أي: كلما أعطى الزيون نسبة زائدة من الأموال فسوف ترتفع بذلك نسبة من الأرباح.

قل على عامل المضاربة للاتفاق بين الفقهاء بحسب النصوص الكثيرة^(١) من أن العامل لا يضمن شرعاً الخسارة، ففي المضاربة النسبة تكون في الأرباح والضمان على صاحب المال لا على العامل، إذاً من يضمن الوديعة؟ فنقول البنك نفسه ولا مانع من ضمان البنك آنذاك؛ لأنّه ليس طرفاً في عقد المضاربة، وإنّما هو وسيطٌ بين أصحاب الودائع والعامل، وجعل الضمان عليه ليس فيه أي محدود شرعي في أن يضمن الوسيط؛ فإنّه طرف ثالث لا علاقة له بأصل عقد المضاربة.

وطريقة الضمان: إما أن تكون على أساس عقد الضمان _أن تُجري معه عقداً خاصاً_ أو نشترط عليه الضمان، إما بنحو شرط الفعل أو شرط النتيجة^(٢)، فهذا الحافز الأول للضمان وهو ضمان الوديعة وقد تم المحافظة عليها من خلال البنك. أما الحافز الثاني:أخذ الفوائد فإن الوديعي الطابع العام له في الودائع البنكية هو ترقب أخذ الفائدة، وهي محرمة؛ لأن الودائع بحسب حقائقها ترجع إلى القروض، فيشمله كُلّ قرض جرّ نفعاً فهو حرام.

وفي هذا الطريق يمكن المحافظة على الفوائد، ولكن من خلال تبديلها بالأرباح بنسب مئوية؛ فإن عقد المضاربة يتضمن إعطاء العامل نسبة من الربح في المشروع المعين، وهذه الأرباح لا تكون دائماً محفوظة في عقد المضاربة، وإنّما يستحقها إذا

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ٢٤٠ / الحديث ٣.

(٢) كأن تقول: (جعلتك وكيلًا عنّي بشرط أن تضمن) فهذا شرط فعل، أو (شرط أن تكون ضامناً) وهذا شرط نتيجة.

حصلت هناك فائدة من هذه المشاريع، ويتحمل الخسارة إذا لم يربح المشروع أي

شيء.

إن قلت: إن هذا لا يتحقق الدافع الرئيسي للوديعي؛ فإن الفائدة المتوقعة حصولها من هذا الطريق قد لا تتحقق لإحتمال خسارة المشروع، بينما هذه الفائدة مجزومة الحصول في البنوك الربوية.

قلت: إن توقع الخسارة في عقود الاستثمار يكون ذا إحتمال ضعيف جداً، بل يمكن أن نفترض أن التوقع مجرد فرض نظري لا واقع له؛ وذلك لأن عملية الاستثمار لا تكون بلحاظ الودائع بصورة مستقلة، أي: لا يحصل إرتباط بين وديعة المكلف الخاصة وعقد الاستثمار، وهكذا لا يحصل إرتباط بين وديعة (زيد) الخاصة وعقد الاستثمار، وإنما عقد الاستثمار ينظر إلى جميع الودائع بشكل كلي، إذ أن الودائع من قبل المودعين تكون في بحر الودائع من دون تمييز، فعقود الاستثمار التي تحصل في مشاريع متنوعة ومتعددة وكثيرة فائِرٍ في أيٍ مشروع ولو بسيط تُوزع هذه الأرباح على نسب الودائع، فيحصل كُلُّ ودعي على ما يخصه من الربح، فعليه يحصل على الفائدة من دون أن يواجه أي محنور.

أما الحافز الثالث: المطالبة بالوديعة، بالنسبة إلى البنوك الربوية يبدو الأمر واضح عندهم ولا يعاني من إشكال؛ لأنَّه بانتهاء مدة الأجل تحصل المطالبة، وأمّا في هذا الطريق فقد تواجه إشكالاً عملياً؛ لأنَّ هذه الأموال قد تمَّ إستثمارها في عقود وشركات متنوعة، فرجوع الوديعي بأمواله يضرُّ في المشروع، فكيف يمكن تكيف ذلك؟

يمكن تكييف ذلك بأن نشرط عليه عدم المطالبة بالودائع إلا بعد مثلاً نسبة من تشغيل المشروع، ونشرط عليه أيضاً أن يستلم ودائعه النقدية لا أن يطالب ببدل تلك الودائع.

هذه حواجز ثلاثة تمت المحافظة عليها في العنصر الأول من هذا العقد المركب.

أما العنصر الثاني: وهو البنك فيقوم بدور الوسيط ما بين أصحاب الودائع والمستثمر، فبدلاً أن يفتش المستثمر على أصحاب الودائع واحداً بعد آخر ليعاقد معهم، يقوم البنك بتقديم خدمة له وهي أن يجمع أموال هؤلاء ويتم التعاقد مع البنك باعتباره وكيلًا عن أصحاب الودائع.

وبكلمة موجزة: أن البنك يسهل على أصحاب الودائع من جهة بأن يبحث لهم عن مستثمر أمين وعن مشروع قابل للأرباح، وفي الوقت نفسه يسهل على المستثمر مسألة التعاقد فبدلاً من قيام المستثمر بالرجوع إلى أصحاب الودائع واحد تلو الآخر يجعل التعاقد مع كُلّ المودعين، ولا ريب أن هذا العمل يستحق بإزاءه شيء، أما كيف تخرج فقهياً ما يحصل عليه البنك من الأرباح؟ يمكن ذلك بأحد طريقين: **الطريق الأول:** من باب الجعلة، فيقوم أصحاب الودائع بإنشاء عقد الجعلة لـكُلّ من يستثمر أموالنا ويوصل الأرباح إلى نهاية المشروع.

الطريق الثاني: من ناحية الشرط في ضمن العقد سواء كان الشرط شرط فعل أو شرط نتيجة، والفارق بينهما أن شرط النتيجة لا يتضمن بعد أخذه شرط في متعلق العقد، أي: فعل من المشروط له، وإنما يكفي تتحققه بأخذه شرطاً في العقد،

فيقول أصحاب الودائع مثلاً (نعطي حصة من الربح لشخص بشرط أن يشغل الأموال) فهذا الشرطُ (شرط التشغيل) يحصل بمجرد إجراء العقد، والمقصود من شرط الفعل هو الشرطُ الذي لا يحصل بمجرد أخذه في متعلق العقد، وإنما يتوقف على أن يعمل المشروط له هذا الشرط كأن يكون الشرطُ (من يستثمر أموالنا فهو مالك لنسبة من الأرباح) ومن الواضح أن الملكية لا تتحقق بمجرد أخذها شرط، بل لابد أن يعمل المشروط له أحد أسباب الملكية. وعلى أية حالٍ، سواء كان الشرطُ نتيجة أو شرط فعل يصلاح لتبرير مشاركة هذا الوسيط وهو (البنك) بنسبة من الأرباح.

وأمّا العنصرُ الثالث: في العملية وهو المستثمر الذي يمثل دور العامل في عقد المضاربة فهو صاحب الحق الرئيسي في الأرباح بعد إقطاع نسبة من الأرباح لأصحاب الودائع والبنك، كما هو الحال في المفترض مع البنوك الربوية، فهو يملّك المال المقترض بعد أن يُقطّع منه نسبة الفائدة للبنك^(١).

إذاً خلاصةُ الطريق المذكور: أنه عبارة عن ثلاثة عقود متداخلة يجمعها عقد المضاربة، فيُوجّدُ فيه وكالة من قبل أصحاب الودائع، وتُوجّدُ جُمالة حتى يتمكّن البنك من أخذ الفائدة، وتُوجّدُ فيه عقود إستثمارية متنوعة.

هذا ما اقترحه السيدُ الصدر^{رحمه الله} كحلٍّ لحلّية أخذ الفوائد من الودائع الثابتة، وتكملةً لهذا الطريق ينبغي عرض بعض الأسئلة:

التساؤل الأول: الطريق المذكور يواجه مشكلةً خارجيةً تمثّل في المدة الزمنية

لعمل المستثمرين، إذ من الواضح أن بعض الإستثمارات قد تطول مدتها لكي تنجز أرباحها فقد يصل الزمن بإنجازه إلى عشرة سنوات _مثلاً_ بينما الوديعة على أكثر التقادير تُطرح في البنك لمدة ستين أو ثلات، فكيف إذاً يتم حساب الأرباح بين زمن الوديعة الممدود عادة وبين نسبة إنجاز العمل هذه مشكلة تحتاج إلى حلًّ؟

في مقام الجواب: أننا نواجه في الواقع مشكلتين:

الأولى: أصل حصول الربح من هذه المشاريع.

الثانية: في مقدار الأرباح والفوائد بعد حصول الربح.

أما المشكلة الأولى: فجوابها واضح، إذ بإمكان البنك أن يستعين بأهل الإختصاص بهذا الشأن في أصل حصول المنافع والأرباح لهذا مشاريع.

وأما المشكلة الثانية: وهي مقدار الأرباح فهنا احتاج إلى دخول عقدٍ رابعٍ وهو عقدُ الصلح بأن يتم التصالح مع أصحاب الودائع والمستثمرين في حالة حصول أرباح طائلة للمشروع، وهكذا في حالة قلة الأرباح، والذي ينشأ عقدَ الصلح هو البنك مع المستثمر، فهذا معناه دخول عقد الصلح في الحساب كعقد رابع في ضمن هذا الطريق.

التساؤل الثاني: الودائع الثابتة ماهي حقيقتها في هذا الطريق؟

هنا تُوجَدُ نظريتان في تفسير حقيقة الودائع الثابتة وودائع التوفير، وقبل أن نُبيّن النظريتين لا بأس باستذكار حقيقة الوديعة، فنقول: إنّ ما يطرحه الزبون في البنك من الودائع له حالات ثلاثة:

الحالة الأولى: أن الوديعي يطرح الوديعة في البنك ولا غرض سوى المحافظة عليها من السرقة، والبنك أزاء ذلك لا يعطي أي فائدة، وتسمى هذه الوديعة بـ(الحساب الجاري أو الوديعة تحت الطلب) ويتمكن الوديعي من خلا لها سحبها متى ما شاء وطلب.

الحالة الثانية: أن الوديعي لا يمكن من سحبها متى شاء، وإنما يتم سحبها بعد إنتهاء الأجل الذي إنفق عليه الظرفان، وخلال هذه المدة يدفع البنك بعض الفوائد للوديعي، وتسمى الوديعة في هذه الحالة بـ(الودائع الثابتة).

الحالة الثالثة: أن الوديعي يمكن من سحبها متى ما شاء، وإذا بقت أزيد من المدة المتفق عليها تزداد نسبة الفوائد، وتسمى الوديعة في هذه الحالة بـ(ودائع التوفير) وهي قد إشتملت على الوديعة بمعنى الحساب الجاري وعلى الوديعة الثابتة، أما إشتمالها على الأولى، فإن الوديعي يمكن أن يسحبها متى ما شاء، وأماماً إشتمالها على الحالة الثانية فهناك فوائد يدفعها البنك وكلما بقت الوديعة أكثر إزدادت نسبة الفوائد.

والفارق بين الثانية والثالثة: في الثانية لا يمكن الوديعي سحب الوديعة خلال المدة. نعم، يسحبها بعد إنتهاء المدة، بينما في الثالثة وإن كانت هناك مدة، ولكن يمكن للوديعي أن يسحب الوديعة متى ما شاء.

حقيقة الودائع الثابتة والتوفير:

إذا إتّضح ذلك فنقول: تُوجّدُ نظريتان:

النظرية الأولى: الوديعة عقد مستقل

إنَّ هذه الوديعة وهي (الودائع الثابتة وودائع التوفير) ليست بوديعة بالمعنى الفقهي ولن يست قرضاً ولا مضاربة ولا عقد أمانة، وإنما هي عقدٌ مستقلٌ يندرج تحت عنوان العُقود العامة^(١)، وتوضيح ذلك:

أمّا إنما ليست وديعة، إذ قد يُقال: إنما كذلك بحسب ما هو المبادر من المودع؛ فإنَّ إرتكازاً يقصد الوديعة وأصحاب البنوك إرتكازاً هم أمناء على الودائع فيقوى في النفس إنما وديعة، ولكن الصحيح أن بينها وبين الوديعة بالمعنى الفقهي بون شاسع؛ وذلك لأنَّ الودائع الفقهية تمتاز بخصوصيات ثلاثة لا تُوجَدُ في الودائع البنكية، فلا معنى من الناحية الشرعية أن توصف بالوديعة، وهذه الخصوصيات الثلاثة هي:

أولاًً: المودع هو مالك للوديعة ولا يرفع يده عنها بمجرد العقد، بينما نجد أنَّ الودائع البنكية يكون البنك مالكاً للودائع لكي يُتاح له إستئجار تلك الأموال، إذ لو لم يكن كذلك فكيف يُنشئ عُقوداً إستثمارية مع الآخرين.

ثانياً: المستودع يتعهَّد بإرجاع ذات الوديعة حتَّى مع طروء عيب ونقص في العين الودعية، بينما نجد البنك لا يلتزم بذلك وإنما يتعهَّد بإرجاع مثل العين.

ثالثاً: المستودع لا يضمن العين في حالة التلف إلَّا مع التقصير وهي من العُقود الجائزة، بينما في البنوك يضمن الوديعة مطلقاً، ولا يصحُّ أن يفسخ العقد إلَّا بإنتهاء

(١) الحقوق المدنية، حسن إمامي: ٢ / ١٨٧.

المدة كُلُّ ذلك يُعَدُّ أن تكون الوديعة بالمعنى الفقهي هي ودائع البنوك فإذا صافها بأئمها وديعة من الأغلاط المشهورة.

أمّا أممها ليست بقرض وإن كانت هي أقرب للقرض؛ وذلك أنَّ القرض يُعتبر

فيه أمران:

الأول: المقترض يكون مالكًا للعين؛ لأنَّه هو عبارة عن تملكه مال ويرجع كُلُّه
المال من دون زيادة.

الثاني: المقترض لا يتعهَّد بإسترداد عين ما إقرضه، وإنَّما يضمن كُلَّ المال،
وهاتان الخصوصيتان لا تتوفران في البنوك.

أمّا الخصوصية الأولى، فإنَّ البنك الالاربوي ينصُّ على أنَّ البنك وكيل عن
 أصحاب الودائع بإنشاء عقود إستشارية حسب ما تتطلبه سياسة البنك
الاقتصادي، بينما لو كانت قرضاً، فإنَّ المقترض لديه ملكية إستقلالية في التصرف
وليس وكيلًا عن المقرض.

وأمّا الخصوصية الثانية، فإنَّ البنك الالاربوي الإسلامي ينصُّ على أنه يتعهَّد
بإرجاع رأس المال في كُلِّ الحالات، بينما نجد في عقد القرض أنَّ المقترض ليس لديه
تعهُّد إضافيًّا بإسترداد المال سوى عقد القرض نفسه، وعلى هذا الأساس كيف
تكون الوديعة قرضاً؟

وأمّا أممها ليست بمضاربة؛ وذلك أنَّ المضاربة ممتازة بخصوصيتين:
الأولى: أنها عقد جائز يُتاح للطرفين الفسخ متى ما شاء، ومن الواضح هذه لا
تنسجم مع الودائع الثابتة؛ لأنَّه ليس له فيها الحق في الفسخ متى ما شاء.

الثانية: العامل يتّجّر بالمال، والتجارة معناها التكّسب من أجل النمو، ومن الواضح أنّ البنك ليست كُلّ معاملاته تجارية فقد يُنشئ داراً أيتام أو مسجداً أو شيئاً من هذا القبيل فلا ينطبق على تلك الودائع عنوان المضاربة.

وأمّا أنها ليست عقداً أمانة، فلأنّ عقدَ الأمانة عقدٌ جائزٌ، والوديعة المصرفية عقد لازم، فخصائص الأمانة الشرعية لا تنطبق على الوديعة بمعنى الأمانة.

وأمّا جانب الإثبات في هذه النظرية يتمثّل في إدخال ودائع التوفير والودائع الثابتة ضمن العقود العامة، والتي ليس من المهم أن نذكر إسماً خاصاً لها، وتوبيخه:

إنّ أصحاب الودائع يضعون أموالهم في مكان خاص (البنك) وهو من جهة القانون الموجود في الدولة الذي نظم الشؤون أدى إلى إعطاء شخصية حقوقية مستقلة له، ويدير هذه الشخصية مدير البنك أو الدولة، والودائع التي يطرحها المودعون مستقبلاً^(١) تدخل ضمن هذه الشخصية الحقوقية وتكون كعقود الشركات التي تطرح الأسهم مع فارق أنّ هذه الشخصية الحقوقية في البنك في نهاية المطاف إذا ربح المستثمر يوزع المال إلى البنك وهكذا أصحاب الودائع على حساب كمية ومدة الوديعة، فإذاً هناك ترابط قانوني بين أصحاب الودائع من جهة وبين البنك من جهة أخرى، وهذا الترابط أعطى للبنك شخصية حقوقية مستقلة،

(١) لأنّ الناس يأتون ويودعون أموالهم، وبعد مدة من الزمن أيضاً سوف يأتي آخرون ويودعون أموالهم أيضاً وهكذا، فكيف يتم التعاقد مع هؤلاء الناس الجدد مع شخصية البنك؟

فتدرج تحت قانون العقود العامة، والذي يؤكد هذا الجانب الإثباتي هو أنّ هذه الشخصية المستقلة تتمتع بخصائص ثلاثة لا تتواردُ في الوديعة الفقهية ولا القرض ولا المضاربة، وتلك الخصائص ما يلي:

الخصوصية الأولى: وهي أهم تلك الخصوصيات والتي تشكّل الفيصل بينها وبين إندراج الودائع في العقود العامة وبين العقود المحتملة الأخرى ألا وهي إدارة هذه الودائع، فمن الواضح أنّ الذي يقوم بالإدارة لهذه الأموال ليس أصحاب الودائع، وإنّما البنك بما يمثل من شخصية حقوقية مستقلة، ومن الواضح إذا كانت الودائع المصرفية هي ودائع بالمعنى الفقهي فإذا إدارة الوديعة منوطه بأصحابها - فهو الذي يتعاقد لا غيره - وهكذا لو كانت مضاربة فصاحب المال هو الذي يدير عقد المضاربة، وأيضاً إذا كانت قرضاً فالمقرض هو الذي يمارس العقد المذكور. فإذاً إدارة هذه الودائع ما دام منوطاً على عهدة البنك - كما هو واضح خارجاً - فينشئ عنها عقدٌ خاصٌ لا يندرج تحت العقود المعروفة.

الخصوصية الثانية: البنك أطلق لها كامل الإختيار في جذب المستثمر فلم يقيّد البنك بتصرّف خاص وإستثمار معين، وإنّما يستثمرُ بحسب الحاجة الموجودة في البلد، وهذا الإختيار المطلق في الإستثمار يُعدّ كون الوديعة هي بالمعنى الفقهي إستنابة في الحفظ لا أنّه يُعمل بها، وهكذا الحال في المضاربة، إذ يجري العقد في المضاربة على أن يكون العمل بهذه الطريقة المعينة لا أنّه يكون العمل بأيّ شكلٍ كان وكيفما إتفق.

الخصوصية الثالثة: عقود الإستثمار التي تتجزء بها البنك هي خاضعة لقوانين

الدولة فقد تفرض عليهم بعض الإلزامات سواء كانت مرتبطة بنوعية الإستثمار، بل حتى في النسبة المئوية من الربح التي وقع عليها أصحاب الودائع فقد تفرض هذه الدولة قانوناً ينزل من قيمة ومقدار الفائدة، مع أنه من الواضح أن القاعدة الشرعية تنص على أن (العُقُودُ تابعةٌ للقصد) وأي شرطٌ خارج على ما تم التعاقد عليه يكون باطلًا، بينما الودائع المصرفية نجدها تخضع لقانون الدولة التي يغير من شروط التعاقد المطروحة أولاً.

فعلى هذا الأساس، إنتهى صاحب النظرية الأولى إلى أن الودائع المصرفية عُقدت خاصة لا تدرج تحت إسم ما.

وهذه النظرية إنما أطلنا عرضها؛ لأنها تحتوي على الدقة في بعض جوانبها، وبالرغم من ذلك يمكن تسجيل بعض الملاحظ عليها:

الملحوظ الأول: ما ذكره في نفي كون الودائع المصرفية هي ودائع بالمعنى الفقهي من جهة أن البنك لا يسترجع عين الأموال فهذا قابل للدفع؛ لأن بالإمكان الوديع أن لا يودع عين الأموال، وإنما يودع ماليتها الذي يشكل عنصراً متحركاً في إنطلاقة على آلية عملة نقدية، وأيضاً ما ذكره من أن المستودع بالمعنى الفقهي لا يضمن إلا مع التعدي أو التقصير، بينما نجد أن الودائع البنكية تضمنه مطلقاً أيضاً، لا يشكل إشكالاً، إذ بالإمكان حل عن طريق شرط الضمان، وهذا شرطٌ سائع لا محدود فيه، ويُمكن أيضاً ل أصحاب الودائع أن يتجنبو الخسارة عن طريق عقد التأمين، إما مع ذات البنك أو مع مؤسسة أخرى.

الملحوظ الثاني: ما ذكره من الخصوصيات لا تكفي لجعله عقداً مستقلاً، وعلى سبيل المثال الخصوصية الأولى والتي عبر عنها بأئمها الفيصل - من أن إدارة الأموال بيد البنك ولو كانت وديعة لما كانت كذلك ولو كانت مضاربة لكان ذلك بيد العامل - يمكن الجواب عنها عن طريق الوكالة كما إفترض في أصل الأطروحة بأن أصحاب الودائع يُوكّلون البنك، ونحن نعلم أن الوكالة في الخارج على ثلاثة أقسام:

الأولى: وكالة في إجراء الصيغة فقط، ويعبر عنها وكالة في اللسان فكان لسان الوكيل لسان الموكّل، وهذا ملاحظ في الوكالة في عقود الزواج.

الثانية: الوكالة في تحديد الشراء والقيمة، فإن الموكّل يطلق العنوان للوكيل، وعادةً هذا الأمر موجودٌ عند الدلالين؛ لأنّ المالك يعرض بيته ويترك تحديد المشتري قيمة البيع بيد الدلال وهو الوكيل هذا في بعض الحالات لا في جميعها.

الثالثة: يعبر عنها بالوكيل المفوض، أي يفوض له قيمة السلعة، ونوعية المشتري، وفسخ العقد وبيعه من جديد كما يفعل الموكّل بأمواله، وهذا عادةً موجودٌ في عامل المضاربة، فإذا سلّمنا بوجود أقسام ثلاثة للوكالة فينتقل الأمر بـأن إدارة هذه الأموال وإن كانت بيد البنك إلا أنّ هذا لا يعني أنّ لها شخصية مستقلة، وإنما مجرّد وكيل عن أصحاب الودائع.

النظرية الثانية: الوديعة عقد مستقل

إن الودائع الثابتة وودائع التوفير ترجع إلى الوديعة بالمعنى الفقهي، على أساس أن أصحاب الودائع لا يودّعون عين الأموال وإنما يُودّعون ماليتها - لأنّ عنوان

المالية هو عنوان عامٌ فيصدق على هذا النقد وعلى غيره_ وهذا الشرط واضح؛ لأنّ الوديعة بالمعنى الفقهى تلزم الطرف الآخر أن لا يتصرف في الوديعة وأن يسترجع عين ماله فقط، وبعد حصول الوديعة بقيمة تلك الأموال فأصحاب الودائع يوكّلون البنك في تشغيل هذه الأموال ضمن عقود إستثمارية وبالتالي هي ليست قرضاً؛ وذلك لأنّ القرض لا ينسجم مع التوكيل؛ لأنّ القرض فرع خروج المال عن ملكية المقرض بخلاف التوكيل فهو فرع بقاء المال على ملكية أصحابها، فحينما يوكّلون البنك بإستثمار تلك الأموال هذا فرع أتمّهم يملكون الأموال، وبعد أن يستلم المستثمر هذه الأموال المستثمر الذي تعاقد عليها مع البنك_ بإعتبار أن دور البنك دور الوسيط_ تصبح الأموال أمانةٌ مالكيةٌ في ذمة المستثمر.

إذاً ماهية الودائع الثابتة وودائع التوفير على أساس هذه النظرية وهي وديعة من جانب أصحاب الأموال وأمانة من جانب المستثمرين، والبنك يُضارب المستثمرين بأموال أصحاب الودائع.

قد إعترض بعض المعاصرین على نظرية السيد الصدر عليه السلام وعبر عن الإعتراض بأنه يهدم أصل الفكرة بما حاصله:

إنّ الثابت في علم النقد الحديث هو التعامل بين الأطراف على أساس الشيكات وهي ترجع إلى الذمم بمعنى أنه لا يوجد في عالم السوق الحديث شيءٌ اسمه سيوله وعمولات نقدية، وإنما تُوجّد عمليةٌ شيكات بين الأطراف لاسيما في السوق المتوسط وهكذا الكبيرة. نعم، في السوق الصغيرة يتم التعامل بتلك الأوراق

النقدية، فإذا إتّضح أنّ التعامل في علم الأموال الحديث عن طريق تلك الشيكات وحقيقة ترجمُها إلى نقل ذمّة على ذمّة فنقول: إنّ أصحاب الودائع لا يدفعون إلى البنوك أوراقاً نقدية تمثّل الوديعة، وإنّما يدفعون شيكات تنزل بحساب البنك على أنّها ودائع فيتملكُ البنك تلك الذمّة الإعتبارية _فهنا ثبت في ذمة البنك أموال هؤلاء وليس نقداً_ ثم إنّ البنك يتصرّفُ من خلال هذه الذمم الإعتبارية ويعاقدُ مع المستثمرين على أساس رأس المال الإعتباري والمستثمر بطبيعة الحال يستوفّي ديونه من البنك بتوسيط تلك الشيكات أيضاً، وعليه تكونُ العملية عبارة عن تبادل الذمم فأصحابُ الأموال يودعون في البنك أموالاً إعتبارية، فتكونُ في ذمة البنك تلك الأموال والبنكُ بدوره يتعاقدُ على أساس هذه الذمة، إذاً يتملكُ الذمة ويُملّك الذمة _يملك الذمة لأصحاب الودائع ويملّكها للمستثمرين_ وعليه أنّه في باب الذمم لا تُوجّد مضاربةً ولا تُوجّد وديعةً بالمعنى الفقهي، وإنّما هي عقدُ قرض وهذه الحيلة هي عين الإرتطام بالربا، والشاهدُ على ذلك أمور:

الأمرُ الأول: أنّ رقم المال الإعتباري يفوقُ رقم المال النقدي في الأسواق المالية؛ فإنّ حركة الداخل والخارج بلحاظ الاعتبار أكثر مقداراً بلحاظ القيمة النقدية، وهذا يعزّزُ على أنّ عالم الإعتبارات هو الأساس.

الأمرُ الثاني: أنّ علم النقد الحديث وضع ضوابطاً وأسسأً لهذا العالم (عالم الذمة) ودرس آثارها السلبية، إذ قد يتضخمُ هذا العائد الإعتباري بما يضرُّ بأمر الدولة نفسها، من هنا تجعلُ الدولُ بما يُسمّى بـ(البنك المركزي) غطاءً لتلك الذمم الإعتبارية كالغطاء للأوراق النقدية.

الأمرُ الثالث: أنّ إرتفاع السيولة في تلك الدهم المالية يرجعُ إلى البنك المركزي وإنّ النقص في تلك الدهم المالية يعوّضه البنك المركزي، فدورُ البنك المركزي مع البنوك كدور العين مع القنوات يرجعُ إليه الزائد ويُعوّض من خلاله النقص، وهذه العملية تتمُّ بين البنوك الفرعية والبنك المركزي عن طريق عالم الدهمة والإعتبار.

الأمرُ الرابع: أنّ فكرة إنشاء البنوك أساساً هي قائمة على هذا الغرض، أي: على تحويلات مالية في الدهمة^(١).

هذا خلاصةُ الإعتراض على هذه النظرية.

والجوابُ عنه واضحٌ، إذ نقولُ: إنّ عقد المضاربة بين أصحاب البنوك وبين المستثمرين لا يُشترطُ فيها أن يكون العاملُ (المستثمر) مسيطرًا على الأموال، أي: على السيولة النقدية، بل يكفي أن له السيطرة على الأموال ولو بالدهمة الإعتبارية، فلو رجعنا إلى علم النقد الحديث فنجد أنّ عامل المضاربة اليوم لا يُشترطُ فيه أن يكون مستلِمًا للنقدود، بل يكفي أن يستثمر هذه النقود ولو بالسيطرة الإعتبارية عليها، إذاً مجرد كون ما يجري في الخارج تبادل بين الدهم لا يكفي لرفع اليد عن المعاملة الشرعية الصحيحة وهي عقد المضاربة بين البنك والمستثمرين بدعوى أنّ ما يجري هو الدهم وهي ترجعُ إلى القرض إذ يُقال له: إنّ عقد المضاربة أساساً في

(١) فقه المصارف والنقود، محمد السندي: ٢٢١ و ٢٢٢.

علم النقد الحديث يجري على الذمم أيضاً^(١).

الخلاصة: الصحيح تحرير هذه الودائع (الثابتة وودائع التوفير) على أساس الوديعة بالمعنى الفقهي، وبالتالي تحل المشكلة من الأساس.

القسم الثاني: البنوك الحكومية

قلنا إن الودائع تارةً توضع في البنوك الأهلية، وأخرى في البنوك الحكومية، وما تقدم من الطرق كانت ترتبط في البنوك الأهلية، والآن لابد أن نتكلّم حول الشق الثاني من الودائع التي تكون في البنوك الحكومية.

التحریجات الفقهیة لأخذ الفائدة من البنوك الحكومية:

التحریج الأول: البناء النفسي على عدم مطالبة الزبون بالفائدة

ما ذكره السيد الخوئي عليه السلام من أن الزبون يوطّن نفسه على عدم المطالبة بالفائدة

(١) مضافاً إلى أنه لم يثبت بأن عامل المضاربة (المستفيد حسب الأطروحة) لابد أن تكون عنده الأموال حتى يضارب ويعمل بها. نعم، يقال له: إعمل والأموال موجودة، فلو ذهبتنا إلى التعاملات الخارجية نجد أن عامل المضاربة يكفي أن يكون مسيطرًا على المال، ولا يشترط أن يقبض هذه الأموال، وعليه يكون عقد المضاربة مبنياً على الذمم في علم النقد الحديث، فعامل المضاربة أيضاً يعمل على أساس الذمم، فإذا كان الأمر كذلك فلماذا نقول إذاً هو قرض؟ فلنقل أنها مضاربة، ولا يشترط فيها أن يكون العامل مسيطرًا على الأموال النقدية، بل يكفي أن يكون مسيطرًا على الذمم.

لو لم يدفعها البنك ولا يتأذى بعدم الدفع له، وإذا حصل هذا التباني النفسي لا تكون المعاملة آنذاك ربوية^(١).

وتوبيخه: إنّ الزبون حينما يفرض البنك فهو يبني على عدم المطالبة بالفائدة، فليس له شرطٌ جديٌ بالفائدة الحاصلة حتى لو أقدم على التوقيع للمعاملة التي تتضمن دفع الزيادة له من قبل البنك، لماذا لا يوجد شرطٌ جديٌ بأخذ الفائدة، حينئذ تكون المعاملة مع البنك آنذاك صحيحة وضعاً وجائزة تكليفاً.

أمّا الصحة الوضعية، فلأنّ الشرط المذكور في المعاملة لا يؤثّر على القرض؛ لعدم التفاعل معه جدياً من قبل الزبون أو إنّ هذه الطريق لو تمّ ينتفي موضوع الربا القرضي من أساسه.

وأمّا الجواز التكليفي، أي: يجوز أخذ الزيادة، فلأجل أنّ البنك الذي دفع له الزيادة هو البنك الحكومي وهو يبني على أنّ المال يعامل معاملة مجهول المالك، وبإجازة الحاكم الشرعي يجوز التصرّف به تكليفاً في البنوك الحكومية.

ومن الجدير بالذكر أنّ هذا الطريق يتمّ حتى مع البنوك الأهلية أيضاً، ففي كلا البنكين هذا الطريق لو تمّ يصلح كحلٍّ لحلية أخذ الفائدة مع البنوك الأهلية أيضاً، وذلك أنّ فحوى هذا الطريق هو نفي الشرط من جهة المراد الجدي، وهذا المعنى يأتي في كُلّ التعاملات من دون الإختصاص بينك دون آخر، لكن في البنوك الأهلية الزيادة المدفوعة من المالك معين بخلاف البنوك الحكومية، ومن هنا نقول: إنّ هذا

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤٠٧

الطريق يعالج الموقف من ناحية مقام الإنشاء لا من ناحية الواقع الخارجي، أي: إنّ هذا العقد صحيحٌ شرعاً؛ لأنّ الزيادة المنشورة لا يوجدُ قصد جدي لها، ولكن من ناحية الواقع الخارجي يحرّمُ أخذ الزيادة؛ وذلك لأنّ البنك الأهلي (وهو المالك الشرعي) دفعها بعنوان الزيادة الربوية وحيث لا يجوزُ وضع اليدين عليها فتكونُ محّرمة الأخذ، لا سيما أنّ المالك الشرعي لم يقصد أيّ عنوانٍ آخر يكونُ مبرراً للأخذ تلك الزيادة، فالنتيجة تكونُ صحة العقد لوجود تباني نفسي على عدم جدية الشرط إلّا أنّه يحرّمُ أخذ الزيادة خارجاً، فهذا الطريق يصحّ العقد في عالم الإنشاء دون عالم الخارج، ففي عالم الخارج لا يصحّ وضع اليدين على الزيادة.

و والإختلاف والإشتراك في هذا الطريق بين البنك الحكومي والأهلي:

نقطة الخلاف هي إنّ الزيادة المدفوعة لا يحرّمُ أخذها في البنك الحكومي بناءً على عدم مالكيّة الدولة بخلاف البنوك الأهليّة فالزيادة المدفوعة يحرّمُ أخذها؛ لأنّ البنك الأهلي دفعها بعنوان الفائدة الربوية ولا يجوزُ وضع اليدين عليها، ولا يوجدُ عنوانٌ آخر مُباح دفعها البنك لأجله فتكونُ الزيادة على كُلّ حال محّرمة الأخذ.

وأمّا نقطة الإشتراك فهي أنّ عقد القرض في مقام الإنشاء صحيح، بإعتبار عدم وجود شرط ربوّي؛ لأنّ الزيون يأتي وهو بانٍ في قراره نفسه على عدم أخذ الزيادة.

هذا هو حاصلٌ ما يُستفادُ من كلام السيد الخوئي عليه السلام، وأيضاً مِنْ يبني على هذا

الطريق السيد الهاشمي عليه السلام^(١).

ويمكنُ إيداع بعض الملاحظ على ما ذكره عليه السلام:

الملحوظ الأول: ما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله) بقوله: (يجوز الإيداع في البنوك الأهلية _بمعنى إقراضها_ مع عدم إشتراط الحصول على الزيادة، بمعنى عدم إناطة القرض بالتزام البنك بدفع الزيادة، لا بمعنى أن يبني في نفسه على أن البنك لو لم يدفع الزيادة لم يطالبها منه، فإن البناء على المطالبة يجتمع مع عدم الإشتراط، كما يجتمع البناء على عدم المطالبة مع الإشتراط، فأحدهما أجنبي على الآخر).^(١)

وتوضيح ذلك: أنه لابد من التفكير بين قضيتين:

القضية الأولى: أن يكون عقد القرض مجردًا عن إشتراط عدم الزيادة، بمعنى يشترط الزيبون أو البنك في ضمن العقد، فإن عقد القرض لا ينط بالزيادة.

القضية الثانية: عدم التباني على عدم أخذ الزيادة رغم وجود شرط مصري به من قبل البنك بدفع الزيادة، فإذا فرقنا بين هاتين القضيتين نقول: إن الذي يدفع الفائدة الربوية هي القضية الأولى، أي: وقوع العقد من دون شرط الزيادة دون القضية الثانية، إذ إن البناء على عدم المطالبة بالزيادة يجتمع مع الشرط، والبناء على المطالبة يجتمع مع عدم الشرط، فأحدهما أجنبي على الآخر، فالذي يدفع الفائدة الربوية هو إناطة القرض بعدم الزيادة لا البناء على عدم المطالبة، فهذا أجنبي عن مسألة الشرط.

الملحوظ الثاني: أنه قد بني على أخذ الزيادة من باب أنها مجهولة المالك، وقد تقدم

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٩ / المسألة ٣.

أنَّ الصَّحِّحَ أَنَّ الدُّولَةَ بِمَا لَهَا مِنْ مَرَافِقَ كَالْبَنُوكَ هِيَ مَالِكَةُ، فَيَنْهَا رَهْنُ هَذَا الطَّرِيقُ مِنْ أَسَاسِهِ.

الملحوظُ الثالث: لو تَنْزَلَنَا وَقَلَّنَا بَعْدَ مَالِكِيَّةِ الدُّولَةِ، نَقُولُ: إِنَّ مَا ذُكِرَهُ مِنْ دُخُولِ الْفَائِدَةِ تَحْتَ عَنْوَانِ مَجْهُولِ الْمَالِكِ وَبِالْتَّالِي يَلْزَمُ التَّصْدِيقُ بِنَصْفِ تَلْكَ الْفَائِدَةِ، خَرْوَجُ عَنْ مَحَلِّ الْغَرْضِ مِنَ الْوَدِيعَةِ، وَعَلَيْهِ يَضَعُفُ الإِقْدَامُ عَلَى إِيَادَةِ الْأَمْوَالِ فِي الْبَنُوكِ، إِذَا لَا فَائِدَةُ مَعْتَدِّاً بِهَا مِنْ هَذَا الإِيَادَاعِ^(١).

الملحوظُ الرابع: أَنَّ هَذَا التَّخْرِيجُ إِنَّمَا يَنْفَعُ فِي الْبَنُوكِ الَّتِي تَعْتَدِّ مَعَ الْفَوَائِدِ الْرِّبُوِيَّةِ، فَيُذَكَّرُ لِلْفَرَدِ الْمُسْلِمِ طَرِيقُ الْتَّخَلُّصِ مِنْ حَرَمَةِ هَذِهِ الْفَوَائِدِ، وَلَا يَنْفَعُ فِيمَا لَوْ أُرِيدَ إِحْدَاثُ بَنْكٍ إِسْلَامِيٍّ يَعْمَلُ عَلَى أَسَاسِ التَّشْرِيعَاتِ الْإِسْلَامِيَّةِ فِي دَاخْلِ الدُّولَةِ، فَتَأْتِي الْمَشَاكِلُ نَفْسَهَا، فَإِنَّ هَذَا الْبَنُوكَ الْإِسْلَامِيَّ الَّذِي يَعْمَلُ عَلَى ضَرْوِهِ الْمَبَادِئِ الْعَامَّةِ لِلْإِسْلَامِ حُكْمُمٌ وَالْحَكُومَةُ لَا تَمْلُكُ، وَعَلَيْهِ فَسُوفَ تَأْتِي هَذِهِ التَّوَالِيَّةُ الْفَاسِدَةُ كُلَّهَا.

التَّخْرِيجُ الثَّانِي: الْإِيَادَاعُ

أَوْرَدَ الشَّيْخُ حَسِينُ الْحَلَّيِّ فِي عَلَيْهِ هَذَا التَّخْرِيجَ بِقَوْلِهِ: (وَيَكُونُ إِعْطَاءُ الْمَالِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ مِنْ قَبْلِ الشَّخْصِ إِلَى الْبَنُوكِ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَتَلَفَ مَالَهُ وَعِنْدَ الْإِسْتَرْجَاعِ يَكُونُ مَا يَأْخُذُهُ مِنْهُمْ مَعَ مَا يُضَافُ إِلَيْهِ مِنَ الْفَوَائِدِ مِنْ فَرْوَعِ الْمَالِ الْمَجْهُولِ مَالِكُهُ).

(١) إِلَّا عَلَى إِحْتِمَالِ أَنَّ التَّصْدِيقَ يَكُونُ عَلَى الْمَوْدِعِ نَفْسُهُ فِيمَا إِذَا كَانَ فَقِيرًا، وَلَكِنْ هَذَا إِحْتِمَالٌ ضَعِيفٌ جَدًا؛ لِأَنَّ الْمَصْوُدَ مِنْ (تَصْدِيق) هُوَ التَّصْدِيقُ عَلَى الْغَيْرِ، وَيُقَالُ: إِنَّ بِشَيْءٍ قَلِيلٍ.

ويحتاج حينئذ إلى إجازة الحاكم الشرعي للتصرف بتلك الأموال المأخوذة^(١).

وأوضحه السيد السيستاني (حفظه الله) بصورة أوضح وقال: (لا يجوز الإيداع في البنوك الحكومية - بمعنى إقراضها - مع إشراط الحصول على الزيادة فإنه ربا، بل إيداع المال فيها ولو من دون شرط الزيادة بمنزلة الإتلاف له شرعاً؛ لأنّ ما يمكن إسترجاعه من البنك ليس هو مال البنك، بل بحكم المال المجهول مالكه، وعلى ذلك يُشكل إيداع الأرباح والفوائد التي يجنيها الشخص أثناء سنته في البنك الحكومية قبل إخراج الخمس منها؛ لأنّ مأذون في صرفه في مؤونته وليس مأذوناً في إتلافه، فلو أتلفه ضمنه لأصحابه)^(٢).

توضيح ذلك: أنّ الشخص لو حصل على مقدار من المال فعليه إذا أراد إيداعه في البنك الحكومي تخميسه أولاً؛ لأنّه ب مجرد الوديعة سوف يُقدم على إتلاف أمواله شرعاً بمعنى سوف يتبدل المال من كونه معلوم المالك إلى مجهول المالك؛ لأنّ الدولة إذا لا تملك المال الذي دُفع أولاً قد صار بحكم العدم، والمال الثاني الذي دُفع إليه هو غير المال الأول، وإنّما هو مال للدولة وهي مجهولة المالك فيلزم عليه أولاً التخميس قبل الإيداع؛ لأنّ الإيداع يُمثل إتلافاً للمال، والذي يُقدم على إتلاف ماله يجب عليه الخمس أولاً؛ وذلك لأنّ السنة التي أُعطيت لصاحب المال هي من باب الإحتياط لصرفه في باب المؤونة، ومع الإقدام على الإتلاف في أول الوقت فلا معنى

(١) بحوث فقهية، حسين الحلبي: ٩٢.

(٢) إلى هنا كانت هذه العبارة موجودة في النسخ القديمة، وهنالك إضافة جديدة سوف تأتي.

لإحتياط الصرف، ويجب عليه ثانياً إذا إستلم الأموال أن يعاملها معاملة مجهولة المالك، هذا حاصل ما ذكره في الإيداع لدى البنوك الحكومية.

ويمكن إيداع مناقشتين على هذا الكلام:

الأولى: أن الإيداع في البنوك الحكومية إذا كان يمثل عملية إتلاف للمال شرعاً من جهة أن الدولة مجهولة المالك، وهذا لا ينسجم مع الوجдан العرفي للناس، وعدم الإنسجام المذكور يمكن أن يكون منبهًا وجداً على بطلان فكرة عدم مالكية الدولة.

الثانية: إنّ لو ترددنا وقبلنا الفكرة المذكورة، إلا أنه يمكن القول أن أي إتلاف يحصل عند إيداع الأموال؟ لو كان يقصد بالإتلاف الحقيقى فهذا واضح البطلان كيف وإنّ حركة البنوك الاقتصادية ترتبط بتلك الأموال؟ وإن كان يقصد بالإتلاف الشرعي فيلزم من ذلك حرمة الإيداع لدى البنوك؛ لأنّ الإيداع إذا كان يمثل مقدمة للإتلاف شرعاً فيحرم الإتيان بتلك المقدمة، وبما أنه لا يقول بها أحد؛ لأنّ لازم ذلك أن يحرس الأشخاص أموالهم في البيوت، وهذا شيء غريب.

التخريج الثالث: الإبداع مع الإذن والترخيص بالتصرف

وهو ما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله) في الطبعات اللاحقة فقال:

(هذا إذا لم يقع الإيداع بإذن الحاكم الشرعي مع ترخيصه^(١) للبنك في أداء

(١) أي ترخيص الحاكم الشرعي للبنك.

عوض المال المودع مما لديه من الأموال، وأماماً الإيداع مع الإذن والترخيص المذكورين -كما صدر ذلك منا للمؤمنين كافة^(١)- فيقع صحيحًا ويجري عليه حكم الإيداع في البنك الأهلي، وأماماً الزيادة الممنوحة من قبل البنك وفق قوانينه فقد أذناً للمودعين بالتصريف في النصف منها مع التصديق بالنصف الآخر على الفقراء الم الدينين^(٢).

مختصر

(١) هذا حكمٌ ولائيٌ، وإن ثبت فهو يعمُ الجميع.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٠



الاعتمادات المستندة

٠٠



الاعتمادات المستندية

إذا أراد شخصٌ أن يستورد بضاعةً من تاجر يتواجدُ في الخارج، بما أنه قد لا يضمن وصول البضاعة على طبق الموصفات المتفق عليها في العقد، وهكذا المصدر لا يضمنُ لو أرسل البضاعة سوف يحصلُ على الثمن، فلعلَ المستورد لا يدفعُ الثمنَ إلى المصدر أو يُهاطل في دفع الثمن، فلتخلص من المشكلة المحتملة بين المصدر الذي يُريدُ الحصولَ على الثمن، والمستورد الذي يُريدُ الحصولَ على البضاعة بالمواصفات يقومُ البنكُ بدور الوسيط بينهما، ويعهد بضمان حق المصدر والمستورد، والتعهّدات المستندية تنقسمُ على قسمين:

الأول: إعتمادات التصدير

من يُريدُ تصدير بضاعةٍ إلى الخارج يقومُ المستوردُ الأجنبي بفتح إعتماد لدى البنك ليتعهّد البنك بموجبه بتسلیم مستندات البضاعة وتسليده ثمنها إلى البائع المصدر.

الثاني: إعتمادات الإستيراد

بعد أن تتم معاملةٌ بين تاجر وشركةٍ مثلاً خارج البلاد على نوع من البضاعة وبعد تمامية المعاملة من الجهات الداخلية فيها، يذهبُ التاجرُ إلى البنك ويطلبُ منه فتح إعتمادٍ يتعهّد بموجبه البنكُ بتسليم مستندات البضاعة المستوردة وتسليمها إلى فاتح الإعتماد ويدفعُ فاتح الإعتماد قسماً من قيمة البضاعة ويتصدّى البنكُ لدفع تمام القيمة إلى الشركة ويسلّم البضاعةَ وتسجّل بإسم البنك من حين التصدير، وعند وصولها إلى المحل يُطلعُ البنكُ مالكها بالوصول وتحوّل البضاعة من إسم البنك إلى إسم مالكها بعد أن يدفع ما دفعه البنكُ إلى الشركة مما بقي من قيمة البضاعة.

ولا فرق بينهما من جهة تعهّد البنك، وإنما الفارق في أنّ إعتمادات التصدير تعهّد البنك بحصول المصدر على الشحن، وإعتمادات الإستيراد تعهّد البنك بحصول المستورد على الموصفات ومحيي البضاعة.

وهذه العملية إنما جيء بها بالإضافة إلى الفائدة المذكورة للتخلص من مسألة غسيل الأموال، فمسألة البيع والشراء عادةً تتم بالعملة الصعبة، فلكي يحافظُ البنك على تلك العملة يقطعُ الطريق على الطرفين بأن يكون هو الوسيط في هذه العملية، إذ من المحتمل أن يأتي بأوراق مزورة ويدعى إنّي قد إشتريت بضاعةً بـكذا مليون دولار ويطلبُ من البنك تسليم هذا المبلغ له، مع أنه في الواقع لا يوجد أي شراء أو بيع، فهذا يعتبرُ تهريبً لتلك العملة خارج البلد، فمن خلال فتح الإعتمادات

تتم السيطرة على مسألة غسيل الأموال.

وهناك قسم آخر من الإعتماد وهو: أن المصدر يقوم بإرسال قوائم البضاعة كما وكيفاً إلى البنك أو فرعه في بلد المستورد دون معاملة مسبقة مع الجهة المستوردة، والبنك بدوره يعرض تلك القوائم على تلك الجهة (المستوردة) فإن قبلتها طلبت من البنك فتح إعتماد لها، ثم يقوم البنك بدور الوسيط إلى أن يتم تسليم البضاعة وقبض الثمن.

فإن قلت: ما الفارق بين ما تقدم من إعتماد التصدير والإستيراد وبين هذه؟
قلت: ما تقدم المستورد والمصدر إتفقا على المعاملة بكافة شروطها وحصل الإتفاق بينهما إما بال مباشرة أو عن طريق الوكيل، فينحصر دور البنك آنذاك في التعهد للطرفين بالشنم أو تسليم كامل مواصفات البضاعة، بينما في هذا القسم البنك يُمارس دور التاجر المصدر؛ لأنّه يعرض تلك البضاعة على المستوردين لا فقط يتبعه بالتسليم للطرفين.

فإذا عرفنا المقصود من الإعتماد المصرفي، فهنا أسئلة ثلاثة تحتاج إلى أجوبة وهي:
السؤال الأول: هل يجوز المطالبة بفتح الإعتماد من البنك؟ وما هو الموقف من العمولة التي يعطيها فاتح الإعتماد إلى البنك، وهكذا نسأل ما هو التخريج الفقهي لهذه العملية؟

ذكر السيد الخوئي عليه السلام: (لا بأس بفتح الإعتماد لدى البنك، كما لا بأس بقيامه

بذلك^(١)، وروح هذه العبارة ذكرها السيد السيستاني (حفظه الله) أيضاً مع بعض التوضيحات التي لا تؤثر على المضمون إذ قال: (الظاهر جواز فتح الإعتماد لدى البنوك بجميع الأقسام المذكورة، كما يجوز للبنوك قيامها بما ذكر من الخدمات)^(٢). ولتوضيح ذلك نقول: إن فتح الإعتماد من قبل البنوك وقيام البنك بالقبول أمر لا إشكال فيه؛ لأنّه لم يدخل هذا الفعل ضمن أي عنوان من العناوين المحرّمة. نعم، إذا دخل هذا الفعل ضمن أحد العناوين المحرّمة كما لو كانت التجارة على بيع الخمور مثلاً أو كانت المعاملة ربوية بين المصدر والمستورد، فآنذاك يكون فتح الإعتماد وقبول البنك مجرّماً تكليفاً.

ولا بأس أيضاً بأخذ العمولة على ما يكون بإزاء خدماته له من التعهد بأداء دينه والإتصال بالمصدر وتسليم مستندات البضاعة وتسليمها إليه، ونحو ذلك من الأعمال. نعم، كيف تخرج هذا الموقف فقهياً، أي: إن دفع العمولة للبنك وقبوله فتح الإعتماد يكون على أي أساس وعلى أي عنوانٍ من العناوين؟

الخريجات الفقهية للاعتمادات المستندية

ويمكن تخرج ذلك فقهياً بأحد التخرجات الثلاثة الآتية:

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤٠٨ / مستحدثات المسائل / المسألة ٦.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٢ / مستحدثات المسائل / المسألة ٩.

التخريج الأول: من باب الإجارة

إنَّ الزيبون يطلبُ من البنك أن يفتح الإعتماد بأُجرة فمتعلَّق الإجارة هنا هو ذات تعهُّد البنك بالدفع إلى الطرف الآخر، فهذا التعهُّد عملٌ يقومُ به البنك مقابل أُجرة، فيندرجُ إذاً على هذا التخريج تحت عقد الإجارة، ولا بد من الإلتزام بكل شروط هذا العقد من قبيل أنَّه عقد لازمٌ ولا ينفسخ إلَّا بالتقايل.

التخريج الثاني: من باب الجُّعالة

إنَّ الزيبون فاتح الإعتماد يجعلُ للبنك شيئاً إذا تعهَّد البنك بالتسليم، ومن الواضح لا يُشترطُ في باب الجُّعالة أن يكون المجعلو لهُ أمراً كُلّياً، وإنَّما يصحُّ إذا كان شخصياً^(١).

ويردُ عليه: إنَّه لا يخلو من غرابة؛ لأنَّ الجُّعالة ليست لازمةً على العامل مطلقاً لا قبل شروعه ولا بعد شروعه؛ إذ لهُ أن يتركهُ متى شاء، وفي فتح الإعتماد يكون العامل على الجُّعالة هو المصرفُ الذي هو ملزمٌ قانونياً بالإتمام وليس خيراً بإتمام العملية.

التخريج الثالث: من باب عقد الضمان

يضمُّ البنكُ للمصدر ما ثبت في ذمة التاجر المستورد من ثمن كما يضمُّ للتاجر وصولَ البضاعةِ.

والمشكلةُ التي تقفُ في هذا التخريج، هي أن الضامن (البنك) ليس لهُ على

(١) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ١٦١؛ فقه المسائل المستحدثة، محمد صادق الروحاني: ٨٨.

المضمون عنه (المستورد) سوى ما دفعه للمضمون له (المصدر) في حين أنّ البنك يُطالب المستورد بفوائد زيادة على ما دفعه إلى المصدر.

والمشكلة المذكورة قابلة للدفع، من جهة أنّ ما دلّ من النصوص على عدم مطالبة الضامن للمضمون عنه بغير ما دفعه الضامن إلى المضمون له هي في حالة عدم قيام الضامن بأيّ شيء يستحق من أجله الزيادة، وفي فتح الإعتماد المصرفي، فإنّ المصرف يدفع للمصدر كُلّ ما يستحق من ثمن البضاعة الذي اتفق عليه مع المشتري ويقوم بأعمال أخرى مصرفيّة وإدارية، وهذه أمور تستوجب أجرةً.

السؤال الثاني: عندما يطلب المستورد فتح الإعتماد ويوافق البنك على ذلك، فسوف يدفع البنك تمام ثمن البضاعة إلى المصدر، ويطلب من المستورد أن يُسدّد حالاً بعض الثمن ويبقى البعض الآخر يتفق البنك معه على التسديد في مدة يتّم الإتفاق عليها، وهذه القضية وهي – أنّ البنك سوف يدفع تمام الثمن – هي بصالح المستورد؛ لأنّه يتمكّن من الإستفادة من الثمن الذي لم يدفعه في مجالات أخرى.

والسؤال المهم: أنّ البنك حينما يدفع تمام الثمن، ثم يقوم المستورد بتسديد نصفه إلى البنك النصف الآخر البنك سوف يأخذ فائدة نسبية (عشرون بالمائة) من المستورد على التأخير في تسديد الباقي؛ إذ لا يفعل ذلك مجاناً، فما هو الموقف الفقهي من الفوائد التي يطلبها البنك منه؟

قد يقال: إنّ البنك هو يقرض^(١) المستورد ويطالبه بالزيادة على القرض، فيحكم

(١) بناءً على أنّ فتح الإعتماد يرجع إلى القرض كما هو أحد التحريجات المحتملة، وبناءً عليه نحتاج إلى تصويرات لتوجيه وحلّية دفع الفوائد إلى البنك.

بحرمة هذه الزيادة؛ لأنَّ كُلُّ قرضٍ جَرَّ منفعةً فهو حرامٌ، وهذا التصويرُ معروضٌ بشكلٍ نهائِي في سياسات المصرف وبشكلٍ بدوي عند الفقهاء؛ لأنَّ الفقهاء جعلوه أحد الإحتمالات، وقالوا إنَّ الذي يحصلُ لِيس قرضاً بحقيقةِه، وإنَّما هو يندرجُ تحت أحد التصويرات^(١) الآتية التي لو تمت فلا إشكال في أخذ الفائدة:

التصويرات الفقهية في العمولة التي يأخذها البنك من فاتح الاستيراد:

التصوير الأول: من باب الإجارة

ما ذكره السيدُ الخوئي عليه السلام من أنَّ هذه العملية لا ترجعُ إلى القرض، وإنَّما ترجعُ إلى الضمان بالتبسيب، فحينما يتمُّ فتحُ الإعتماد فكأنَّ المستورد يأمرُ البنكَ بتسديد ثمن البضاعة إلى المصدرِ، وهذا أمرٌ بالتبسيب إلى الإتلاف فيضمُّ المستوردُ من باب الإقدام على تلف مال الغير الذي هو أحد موجبات الضمان، وبما أنَّ هذا الضمان ثابتٌ بالسيرة العقلائية والشارع لم يردع عن البناء المذكور فيُستفادُ من عدم الردع بالإمساء، لذا قال: (يأخذُ البنكُ فائدةً نسبيةً من فاتح الإعتماد إذا كان قيامه بتسديد الثمن من ماله الخاص، أي: (من مال البنكُ الخاص) لقاء عدم مطالبة فاتح الإعتماد به إلى مدة معلومة، فهل يجوزُ هذا؟ الظاهرُ جوازه؛ وذلك لأنَّ البنكَ في هذا الفرض لا يقومُ بعملية إقراض لفاتح الإعتماد ولا يدخلُ الثمن في

(١) هذه التصويرات وبضميمة التخريجات السابقة على تقدير تامّية بعضها تصلحُ للجواب عن السؤال الأول.

ملكه (البنك) بعقد القرض ليكون رباً، بل يقوم بذلك بموجب طلب فاتح الاعتماد وأمره، وعليه فيكون ضمان فاتح الاعتماد (المستورد) ضمان غرامة بقانون الإتلاف لا ضمان قرض^(١).

وهذا التصويرُ يُعرض عليه الأعلام باعتراضات ثلاثة:

الأول: ما ذكره السيد الصدر^{عليه السلام} من أن الدليل الدال على حرمة الربا بواسطة القرض يدل بالالتزام على حرمة الربا بكل دين وإن لم يكن هناك قرض، وإن كان يوجد فرقٌ بين القرض والدين – ولكنَّه لا يؤثِّرُ على المقام – وهو أن القرض ضمانٌ خاصٌ يحصلُ بسبب القرض، بينما الدين كُلُّ مال ثابت في الذمة سواءً أكان بسبب القرض أو بسبب عقد النكاح أو بسبب أرش الجنایات، فالدينُ أعم من القرض فكُلُّ قرضٍ هو دين وليس كُلُّ دين هو قرض.

وعلى أي حالٍ، إن السيد الصدر^{عليه السلام} يدعي أن ما دلَّ على حرمة أخذ الفائدة من جهة عقد القرض يدل بالالتزام على حرمة أخذها من جهة الدين أيضاً بمقتضى مناسبات الحكم والموضوع، فلو أوجب الدين الفائدة فالعرف لا يرى فرقاً بين حرمة أخذها من جهة القرض أو الدين، ومن الواضح أن فاتح الاعتماد حينما أمر البنك بالتسديد جعل ديناً في ذمته والبنك طالبه بالزيادة ف تكون محرمة؛ لأن العرف لا يُفرِّق بين حرمة أخذ الزيادة بسبب القرض أو الدين ولا حظ نصَّ عبارته: (أن الدليل الدال على حرمة إلزام الدائن مدينه بزيادة على الدين الذي حصل بالقرض يدل عرفاً – وبالإلغاء الخصوصية بالإرتکاز العُرُفي – على حرمة إلزام الدائن مدينه

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤٠٩ / مستحدثات المسائل / المسألة ٨.

بالزيادة فيما إذا كان الدين حاصلاً لا بسبب القرض، بل بسبب الأمر بالإتلاف كما في المقام بحسب الفرض؛ لأن التفرقة بين الحالتين تعني أن الدين إذا أصبح مديناً في مقابل تملك شيء بالقرض فلا يجوز إلزامه بالزيادة، وإذا أصبح مديناً لا في مقابل تملك شيء فيجوز إلزامه بالزيادة، فكان تملك شيء له دخل في الإرافق به وتحريم إلزامه بالزيادة، وهذا على خلاف الإرتکاز العُرُفِي، وعليه فتشتت حرمة الإلزام بالزيادة في الحالة الثانية أيضاً^(١).

الثاني: إذا سلمنا عدم حرمة الإلزام بالزيادة من جهة الدين؛ لعدم كونها زيادة في عقد القرض، فلابد من سببٍ معاملي يجعل الدين ملزماً بدفع الزيادة، وبما أنه لا يوجد هذا السبب في مقامنا، إذ لا عقد غير الأمر بالإتلاف فلا ملزم لدفع الزيادة.

إن قلت: إن السيد الخوئي عليه السلام أدعى أن السبب موجود، وهو الأمر بإتلاف المال من قبل فاتح الإعتماد وهذا تسببٌ بالإتلاف.

قلت: هذا مجرد وعدٍ ابتدائي ولا دليل على إلزامه، إذ تحتاج إلى سببٍ ولا سبب.

الثالث: ما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله) بقوله: (ولكن من الواضح أن فاتح الإعتماد لا يضمن ل البنك بطلبه أداء دينه إلا نفس مقدار الدين، فأخذ الزيادة بإزاء إمهاله في دفعه يكون من الربا المحرّم)^(٢).

فخلاصة المناقشة الضبان بالتسبيب يكون بمقدار القيمة السوقية لا أزيد، بينما

(١) البنك الاربوي في الاسلام، الملحق الأول، محمد باقر الصدر: ١٦٤

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٢ / مستحدثات المسائل / المسألة ١٠.

فاتح الإعتماد يطالب بالإضافة إلى الدين بدفع فوائد أخرى مقابل إمهاله في دفعه.

التصوير الثاني: من باب الجعالة

الزيادة تدفع للبنك على أساس عقد الجعالة، ففاتح الإعتماد يقول (جعلت لمن يُسدِّد ديني مقداراً من الأموال) ولا يُشترط في الجعالة أن يكون المجعل له أمراً كلياً، بل يجوز أن يكون أمراً مشخصاً كالبنك.

و واضح هذا التصوير مبني على الجعالة، بأن يجعل فاتح الإعتماد جعلاً مقابل التسديد الذي يتعهّد به البنك، ويتضمن هذا الجعل أصل الثمن الذي تم تسديده من قبل البنك مع الفائدة التي يطلبها البنك، ومن الواضح أنّ أخذ الفوائد على الجعالة لا يرتكب بمسألة الربا، وإنختار هذا التصوير الشيخ حسين الحلي رحمه الله قال ما نصّه: (فلا يكون ذلك من باب القرض لتكون الزيادة ربوية، بل هي من باب الجعالة على أنه إذا أدى عني أن أدفع له أصل المال والزيادة المقررة)^(١)، وهكذا السيد السيستاني (حفظه الله) قال: (وهذا النحو من الفائدة يجوز أخذها على أساس أنه داخل في عقد الجعالة، أي: فاتح الإعتماد يعيّن للبنك جعلاً إزاء قيامه بالأعمال المذكورة)^(٢).

ويمكن الإشكال على التصوير المذكور بإشكالين:

الإشكال الأول: أنّ ما دلّ على حرمة أخذ الفائدة في باب القرض يدلّ بالإلتزام

(١) بحوث فقهية، حسين الحلي: ١٢٣.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٢ / المسألة ١٠.

العُرفي على حرمة أخذ الفائدة لـكُل دين وإن لم يكن الدين عن طريق القرض؛ لأننا لا نفهمُ الخصوصية للقرض، وإنما القرض مجرّد طريق؛ لإشغال ذمّة الغير بالدين، فإذا ترتب على الدين زيادة سوف تثبتُ الحرمة على مطلق أسباب الدين من دون خصوصية للقرض.

وممّا يُساعدُ على التعميم المذكور قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَمَ الرِّبَا﴾^(١)، وعليه بما أنّ الجُمالة هي أحد الطرق لإشغال ذمّة الجاعل بالدين فجعلُ الفائدة زيادة على إشغال الذمّة تدرج آنذاك في باب الفائدة المحرّمة بعد التجريد لخصوصية القرض من الفائدة المحرّمة فقط، وعليه أنّ الفائدة متى ما أُشتُرطت بعد إشغال الذمّة تكونُ محرّمةً من دون خصوصية للقرض، فإنّ التخلّص من حرمة الفائدة بواسطة الجُمالة كما هو حال هذا التخريج أو بواسطة التسبّب إلى الإتلاف -كما في ضمان الغرامة- كما هو الحال في التخريج الأول أنّ التخلّص بذلك هو من قبيل التمسّك بالقشور والذهب بعيداً عن الروح.

الإشكالُ الثاني: أنّ التصوير على أساس الجُمالة لا ينسجمُ مع واقع الإعتمادات المستندية؛ لأنّ خصائص الجُمالة تختلفُ عن الإعتمادات بعدها أمور، منها: الأول: الجُمالة من الإيقاعات التي لا تحتاجُ إليها إلى القبول؛ لأنّها ليست معاملةً بين طرفين حتّى يحتاج إلى قبول، وهذا يتنافى مع الإعتمادات المستندية التي هي عقدُ بين المستورد والبنك، وأصحابُ تصوير الجُمالة يصرّحون بأنّ الإعتمادات المستندية

هي من سُنن العُقُود^(١) بدليل إمكان تصويرها ضمن عقد البيع، ولا معنى لذلك إلا لكون الإعتمادات المستندية عقداً.

الثاني: الجُمَالَة يجوز للجَاعِل التَّرَاجُعُ قَبْلَ شُرُوعِ الْعَمَلِ وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ بَعْدَ الشُّرُوعِ إِلَّا مَعَ التَّوَافُقِ مَعَ الْعَالَمِ، بَيْنَمَا فِي الإِعْتِمَادَاتِ الْمُسْتَنْدِيَّةِ لَا يَجُوزُ لِلْجَاعِلِ (الْمُسْتُورِدِ) التَّرَاجُعَ مُطْلَقاً.

الثالث: العَالَمُ فِي الْجُمَالَةِ وَحَسْبَ الْفَرْضِ هُوَ (الْبَنْكُ) إِذَا شُرِعَ فِي الْعَمَلِ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ إِتَامُهِ إِلَّا إِذَا فَرَضَ طَرَوْ عَنْوَانَ، كَمَا لَوْ قَالَ الْجَاعِلُ لِلْطَّبِيبِ: (إِنْ أَجْرِيْتَ عَمَلَيْهِ فَلَكَ كَذَا) فَإِنَّهُ لَا يَحْقُّ لَهُ التَّوْقُفُ عَنْ إِتَامِ الْعَمَلِيَّةِ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِيهَا فَيْهَا إِذَا كَانَ ذَلِكَ مُوجِبًا لِلضَّرَرِ، بَيْنَمَا فِي الإِعْتِمَادَاتِ الْمُسْتَنْدِيَّةِ لَا يَجُوزُ لِلْبَنْكِ التَّرَاجُعَ مُطْلَقاً. كُلُّ ذَلِكَ يُؤكِّدُ أَنَّ تَخْرِيجَ الإِعْتِمَادَاتِ الْمُسْتَنْدِيَّةَ عَلَى أَسَاسِ الْجُمَالَةِ لَا يَخْلُو مِنْ إِشْكَالٍ.

الصُّوْيُّرُ الثَّالِثُ: تَبَدِيلُ الْقَرْضِ بِالْبَيْعِ

وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ السَّيِّدُ الصَّدِّرُ^{رَبِّيْغَ} وَالسَّيِّدُ السِّيِّسْتَانِيُّ (حَفَظَهُ اللَّهُ) وَهُوَ تَبَدِيلُ الْقَرْضِ بِالْبَيْعِ؛ فَإِنَّ الْبَنْكَ لَا يُقْرِضُ فَاتِحَ الإِعْتِمَادِ (الْمُسْتُورِدِ) حَتَّى تَكُونَ الرِّيَادَةُ الْمَأْخُوذَةُ رِبُوبِيَّةً، وَإِنَّمَا الْبَنْكَ يَبْعِيْعُ بِإِعْتِبَارِ أَنَّ الْبَنْكَ حِينَمَا قَبِيلَ فَتْحُ الإِعْتِمَادِ مِنْ جَهَةِ الْمُسْتُورِدِ فَسُوفَ يُسَدِّدُ لِلْمُصْدِرِ الَّذِي يَسْكُنُ عَادَةً خَارِجَ الْبَلَادِ بِالْعَمَلَةِ الصُّعْبَةِ (الْدُّولَارِ)، إِذَا لَا يَرْضِي ذَاكَ التَّاجِرَ الْمُصْدِرَ إِلَّا بِنَقْدِ بَلْدَهُ، فَإِنَّذَاكَ يَقُولُ الْبَنْكُ بَيْعٌ

العملة الصعبة التي في ذمة المستورد إليه بالعملة المحلية مع مراعاة سوق العملات وإرتفاعها، إذ يأخذ البنك بنظر الإعتبار بيع العملة إلى فاتح الإعتماد بمقدار يضمن له الفائدة، وعليه تنحل المشكلة من الأساس؛ لأنّ أخذ الفائدة عن البيع لا إشكال فيها، إذ البيع مبني على أخذ الزيادة، لاسيما إذا ضممنا إلى ذلك أنّ البيع بعملات مختلفة، قال السيد الصدر: (ويُمكّن تحرير الفائدة على أساس تحويل القرض إلى بيع، وحيث إنّ البنك يُسدّد دين التاجر المستورد للمصدر بالعملة الأجنبية فيُمكّن إفتراض أن البنك يبيع كذا مقداراً من العملة الأجنبية في ذمته بكتذا مقداراً من العملة الداخلية، وحينئذ يضيف إلى ما يساوي العملة الأجنبية من العملة الداخلية مقدار الفائدة. ولما كان الثمنُ والمسمىُ مختلفين في النوعية والجنس فمظهرُ البيع أقربُ إلى القبول مما إذا كانا من جنس واحد) ^(١).

وقال السيد السيستاني (حفظه الله): (هذا، ويُمكّن التخلصُ من الربا في أخذ هذا النحو من الفائدة بوجه آخر، وهو إدراجه في البيع، فإنّ البنك يقوم بدفع ثمن البضاعة بالعملة الأجنبية إلى المصدر، فيُمكّن قيامه ببيع مقدار من العملة الأجنبية في ذمة المستورد بها يعادله من عملة بلد المستورد مع إضافة الفائدة إليه، وبما أنّ الثمنَ والمسمىَ يختلفان في الجنس فلا بأس به، هذا كُلُّه إذا كان البنكُ أهلياً) ^(٢). وفي مقام التعليق نقول: إنّ هذا التحرير لا بأس به ما لم يصطدم بالإرتکازيين

(١) البنك الاربوي في الإسلام، الملحق الحادي عشر، محمد باقر الصدر: ٢٣٢.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٢ / مستحدثات المسائل / المسألة ١٠.

الآيتين، وإلا لو تمّاً فيسقطُ التصويرُ المذكورُ أيضاً، وهمَا:
 الأول: العُرف بإرتكازه يرى أنَّ العمّلات النقدية أمرٌ واحدٌ وحقيقة واحدة،
 ولا إختلاف بينها من كونها دولاراً أو ديناراً عراقياً أو توماناً، إذ هذا الإختلاف هو
 إختلاف في الأوصاف والشكل دون الحقيقة، فالعُرف بإرتكاز يقول إنَّ جميع
 الفئات النقدية هي مالٌ، وعلى هذا الأساس التبادل يكونُ بين شيئاًين ذات حقيقة
 واحدة ولا مغایرة بينهما أساساً.

الثاني: بابُ البيع يختلفُ عن بابِ القرض، فالبيعُ عبارةٌ عن المعاوضة مع
 المغایرة بين الثمن والمثمن (كبيع كتاب بدینار) بينما في بابِ القرض هو الضمان
 بمثله، فإذا قلت لشخصٍ: (خذ هذا المال قرضاً لك) سوف يثبتُ بذمته في الذمة
 مالاً بمثله.

فإذا تمَّ الإرتكازان فنقولُ: إنَّ بيع العملة الصعبة للمستورد بالعملة المحلية
 بمقتضى الإرتكاز الأول لا مغایرة بين العملتين؛ لأنَّهما مالٌ وذات حقيقة واحدة،
 وبمقتضى الإرتكاز الثاني أنَّ هذا قرض؛ لأنَّه يعتمدُ على عدم المغایرة وهي حاصلةٌ
 بمقتضى الإرتكاز الأول، وعليه هذا التصوير يكونُ القرض قد أُليس لباس البيع
 وروحه قرض وجَّرَ نفعاً فيكونُ حراماً.

إنَّ قلت: إنَّ المعاملة متقوّمة بالقصد فهادام يقصدُ الطرفان البيع فتجري المعاملة
 على القصد المذكور، ولا إلتفات إلى أنها قرضٌ في واقعها؛ وذلك لعدم قصد
 المتعاقدين له؛ إذ العقود تتقوّم بالقصد.

قلتُ: إنَّ بعض العقود لا يوجد فارق ثبوتيٌ بينهما إلا بالقصد، وبعضها الفارقُ

حاصلٌ من دون حاجة للقصد، ويُمكّن التمثيل للأول في البيع والصلح فإنّ قولك: (أبيع الكتاب بدينار هو عين صاحبكتك على هذا الكتاب بدينار) فهنا لا فارق ثبوتي بينهما إلا بالقصد.

ويُمكّن التمثيل للثاني في باب البيع والقرض، فإنّ البيع متقوّم بالغاية بين الثمن والثمن بخلاف القرض؛ فإنه متقوّم بـعدم المغايرة.

نعم، في بعض الأحيان البيع يكون الثمنُ يُماثلُ المثمن لا مغايرة له، فبدلاً من بيع الكتاب بدينار قد يكون بيع الكتاب بمثله، فهنا يبقى الفارق ثابتاً بين البيع والقرض، إذ في حال المايلة بين الثمن والمثمن في البيع، فإنّ الثمن يكون عيناً خارجية.

التصوّير الرابع: أن يكون المستورد دائناً للبنك

إنّ المستورد إذا كان يدفع المبلغ كاملاً للبنك نقداً، ثم يستلم منه خطاب الإعتماد فهو يصبح دائناً للبنك بقيمة المبلغ الذي دفعه إليه، ويكون البنك مديناً له، فيجوزُ والحالة هذه أن يأخذ المديونُ (البنك) العمولة؛ لأنّها نفعٌ يحصلُ عليه المدين لا الدائن، وحرمةُ الربا مختصةٌ بأن يحصل الدائنُ على نفع من ناحية القرض لا المديون^(١).

وفيه: أنّ هذا التصوّير لا يوجد مبرر لالتزام به؛ لأنّ أخذ العمولة من البنك لا يتوقفُ أخذها على كون البنك مديوناً، بل يجوزُ له أخذها ولو كان دائناً؛ وذلك

(١) بحوثٌ فقهية، حسين الحلبي: ١٣٥.

لقاء عمل له قيمة مالية زائدة على القيمة المالية للهال المقترض نفسه.

التصوير الخامس: الاشتراط على نحو شرط الفعل

إن يشترط المصدر على نحو شرط الفعل_ في عقد البيع على المستورد أن يدفع مبلغاً زائداً عن كُلّ شهر يسبق تحصيل الثمن، فيقول له: (أبيعك بضاعة بشرط أن تعطيني (كذا مبلغ) على كُلّ شهر تأخير) فإذا تأخر في دفع الثمن يكون المستورد ملزماً بدفع الفائدة، وهذا لا إشكال فيه؛ لأنّه ليس ذلك إلزاماً بالربا المحرّم، وإنما إلزام بحكم عقد البيع لا عقد القرض حتى يكون محراً.

نعم، إذا اشترط في عقد البيع على نحو شرط التبيّنة بأن يقول له: (أبيعك بضاعة بشرط أن تعطيني (كذا مبلغ) في كُلّ شهر يتأخّر فيه دفع الثمن) لم يجز وإن كان في عقد البيع؛ لأنّ المستورد يدفع الفائدة مقابل الأجل، وهو من اشتراط الربا.

إذاً بما أنّ الشرط الواقع ليس في عقد القرض وكذا ليس في مقابل الأجل، ليكون قرضاً ربيوياً، وإنما وقع في عقد القرض وقبل حلول الأجل.

وقد أشار السيد الصدر عليه السلام إليه بقوله: (ويُمكّن تخرّيج هذه الفوائد وتفسييرها فقهياً على أساس الشرط في عقد البيع، بمعنى أنّ المصدر في عقده مع المستورد يشترط عليه دفع مبلغ معين من المال عن كُلّ يوم يسبق تحصيل الثمن، فيصبح المستورد والبنك الممثل له ملزماً بدفع المبلغ المشترط، وليس ذلك من الزيادة الربوية المحرّمة؛ لأنّ الإلزام بدفع ذلك المبلغ إنما هو بحكم عقد البيع، لا بحكم عقد القرض، وما هو المحرّم جعل شيء في مقابل تأجيل القرض حدوثاً أو بقاءً،

لا الإلزام بدفع شيء بحكم الشرط في ضمن عقد البيع^(١).

السؤال الثالث: ما حكم بيع البضاعة لو تخلف صاحبها عن تسليمها؟
لو تخلف صاحبُ البضاعة عن التسليم بعد إعلان البنك إياه، فللينك أن يقوم ببيعها وإستيفاء حقه من ثمنها.

والوجهُ في ذلك: أنَّ البنك قد اشترط في ضمن العقد ذلك صريحاً أو ضمناً، فإنَّه من ضمن القوانين البنوكية المعلومة والواضحة جواز تصدِّي البنك للبيع وإستيفاء حقه منها إن لم يؤدِّ المستورد حقوقه القانونية، ومقتضى الشرط المذكور توكيُّل البنك في البيع آنذاك.

هذا كُلُّهُ في البنوك الأهلية.

أما البنوك الحكومية: فإذا بنينا فيها على عدم ملكية الدولة أو أنَّ البنك مشترٍك، فبناءً على إنَّ البنك يؤدي دين فاتح الإعتماد فلا يصير (فاتح الإعتماد) مديناً شرعاً بشيء، فلا يكونُ التعهُّد بإداء الزيادة إليه (البنك الحكومي) من قبيل التعهُّد بدفع الriba المحرّم، وإنما دفعُ الزيادة من باب عدم إمكان التخلص قانوناً من ذلك، وهذا الذي يذكره أصحابُ عدم ملكية الدولة لا يتمُّ على من يرى أنَّ عنوان الدولة عنوان يملُك، أو الذي يفرق بين ملكية البنك وملكية الدولة _ كالشيخ الفيّاض (حفظه الله)^(٢) _ الذي يرى ملكية البنك دون الدولة؛ إنَّه بناءً على ذلك إذا تمت التصويراتُ

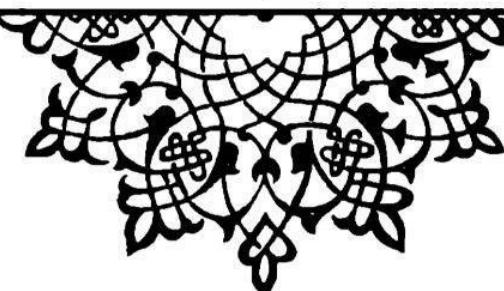
(١) البنك الاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ١٣٠.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٤١.

المذكورة في البنوك الأهلية تتم بعينها في البنوك الحكومية، وبما أنه لم يتم شيء منها فلا فرق في حرمة دفع الفائدة في الطرفين.



خزن البضائع



خزن البضائع

قد يكون البنك وكيلًا في إيصال البضائع من المصدر إلى المستورد، والتخزين يقع على نحوين عادةً:

أنواع التخزين:

الأول: التخزين على حساب المستورد

إذا تم العقد بين المستورد وبين المصدر وقام البنك بتسديده ثمنها إلى الجهة المصدرة، فعند وصول البضاعة إلى بلد المستورد يقوم البنك بإخطار عميله وإعلامه بوصولها ويسلمه مستندات البضاعة وخصوصياتها، فإن تأخر المستورد عن تسلّم البضاعة في الموعد المقرر في خطاب البنك إليه قام البنك بخزنها وحفظها على حساب المستورد إزاء أجر معين.

الثاني: التخزين على حساب المصدر

إذا أرسل البضاعة إلى البنك دون عقد وإتفاق مسبق مع الجهة المستوردة للبضاعة، فحين وصولها وخزنها يقوم البنك بعرض قوائم البضاعة على التجار أو

الشركات بهذه البضاعة وخصوصياتها، مقدمةً لعقد إتفاق شراء، فإن لم يقبلوها حفظها على حساب المصدر إزاء أجر معين.

إذا اتضح ذلك هنا سؤالان:

السؤال الأول: لا إشكال أنه في الحالتين يحق للبنكأخذ الأجرة مقابل خزن البضاعة، فما هو الوجه الفني لأخذ تلك الأجرة؟

السؤال الثاني: هل يجوز للبنك بيع البضاعة إذا تأخر المستورد بتسليمها خلال المدة المحدودة من تاريخ إخباره بوصول تلك البضائع مطابقة ل تمام المواصفات والشروط الواردة في الإعتماد المستندي، وهل يجوز للأخر أن يشتريها أو لا؟

الخريجات الفقهية لخزن البضاعة:

أما جواب السؤال الأول فقد ذكر السيد الخوئي رض تخريجين له:

الخريرج الأول: من باب ضمان الغرامة

إنّ الأمر بالعمل هو أحد موجبات الضمان الثابت بالسيرة العقلائية، فمن تسبب بعمل ما يكون ضامناً للأخر - كالذي يطلب من الحلاق الحلاقة فيكون ضامناً له أجرة المثل رغم أنه لم يجر عقداً كالإجارة معه - وهذا هو ما يسمى بضمان الغرامة أو الضمان بالتبسيب أو الأمر بالعمل، ومقدار الضمان يكون بحسب أجرة المثل، ويمكن الإتفاق على أجرة بديله عن أجرة المثل، فيُوجد ضمانان طولييان، الضمان الأول بمقدار أجرة المثل، والضمان الثاني بمقدار ما يتفقان عليه؛ لأنّ عمل

كُلّ شخصٍ محترمٌ، وبما أنّه لم يُعين المقدار على أساس عقد بإعتبار أنّه لم يتعاقدا، فلا بد من التنزّل إلى أجرة المثل، وهذا الضمان ثابتٌ بالسيرة العقلائية المضادة، وفي مقامنا أنّ قيام البنك بالتخزين كان بطلب من المستورد أو المصدر ولم يقصد البنك المجانية فيستحقُّ أجرة المثل أو ما إتفق عليه بعد ذلك.

التخريج الثاني: مقابل إجرة ما

ما إذا كان التخزين بأجرٍ شرطاً إرتكازياً ضمن عقد، وهو إنّه لو وصلت البضاعة إلى البنك يقوم بخزنها مقابل أخذ أجرة على ذلك، فيستحقُّ البنك الأجرة عند قيامه بالعمل.

وقد أشار السيد الخوئي عليه السلام لهذين التخريجين بقوله: (في كلتا الحالتين يجوز للبنك أخذ الأجرة لقاء العمل المذكور إذا اشترط ذلك في ضمن عقد، وإن كان الشرطُ ضمنياً وإرتكازياً، أو كان قيامه بذلك بطلب منه، وإنّه لا يستحقُ شيئاً^(١)). وأما السؤال الثاني: وهو جواز بيع البضاعة عند تأخر تسلّمها - فخرّجه السيد الخوئي عليه السلام من باب وجود شرط في ضمن العقد الذي يقع عليه التاجرُ الحاصل بينه وبين البنك في أنّ البنك يتصدّى ولو بالوكالة في بيع البضاعة عند إمتناع التسلّم خلال مدة محدودة، ومع وجود الوكالة يجوز البيعُ ويجوز لآخرين الشراء؛ لأنّه إذا جاز البيعُ بالوكالة جاز الشراءُ من الوكيل.

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٠ / المسألة ٩.

إن قلتَ: كيف يكون البنك وكيلًا وهو عنوانُ، والعنوانُ لا يكون وكيلًا عن شخص حقيقي وهو المستورد؟

قلتُ: إن الكلام هو الكلام في مالكية عنوان الدولة، إذ قد يُقال: إن الدولة ليست من العناوين القابلة للتمليك؛ لعدم الدليل على ملكية العنوان وأجبنا هناك من قيام السيرة العقلائية على مالكية بعض العناوين كعنوان المسجد وعنوان القراء وعنوان الوقف، وإذا تم ذلك فتتعدّى إلى مالكية كُلّ عنوان بناءً على أن الإمضاء يتعلّق بالنكتة لا بالفعل الخارجي.

إن قلتَ: هناك فرق بين الوكالة والملكية، فالوكالة عنوانُ ترجعُ في حقيقتها إلى الولاية فكيف يكون لهذا العنوان ولاية وهو غير عاقل وغير قاصد؟ فلو تصورنا ملكية العنوان كيف نتصوّر وكالة العنوان؟

قلتُ: إن البنك لهُ ولِيُّ حقيقيٌّ وهو المدير أو الموظفون، ولهؤلاء لهم النيابة عن المالكين الحقيقيين، وعليه لهم الولاية على البنك وعلى كُلّ ما يرتبط بالبنك من الشؤون والتي منها في حال تأخّر تسلّم البضاعة، يكونُ للبنك وكالة في البيع بمقتضى الشرط الضمني.



الكفالات عند البنوك
(خطابات الضمان)



الكفالاتُ عند البنوك (خطابات الضمان)

إذا تعهدَ شخصٌ أو أشخاصٌ مسْتَرْكُون بجهة حكومية أو غيرها بإنجاز مشروع، كتأسيس مدرسة أو مستشفى أو نحوهما، فتمَ الإتفاقُ بينهما على ذلك، فإنَّ المتعهدُ لهُ (الجهة المستفيدة من المشروع) قد يشترطُ على المتعهد دفع مبالغ من المال في حالة عدم إنجاز المشروع وإتقامه في الوقت المقرر عوضاً عن الخسائر التي قد تصيبهُ، ولكي يطمئن المتعهدُ لهُ بذلك يُطالب المتعهدُ بكفيل على هذا، وفي هذه الحالة يرجعُ المتعهدُ والقاوِلُ إلى البنك ليصدرُ لهُ مستندَ ضمانٍ يتَكَفَّلُ فيه للّمتعهدُ لهُ بإداء مبالغ التعويض إذا إمتنع المقاوِلُ المتعهدُ عن دفعها بعد تخلّفه عن القيام بإنجاز المشروع في الموعد المقرر.

وهذه تُسمى بالكفالاتُ عند البنوك، وتشتركُ في هذه العملية جهاتٌ ثلاثة وهي المكفولُ (القاوِلُ) والمكفولُ لهُ (أصحابُ المشاريع) والكفيلُ (البنك) هذه الأطرافُ الثلاثة سوف يدخلُ عليها فائدة، فالمكفولُ (القاوِلُ) يستفيدُ من هذه الكفالاتُ لأنَّه لا يقدِّم ضماناً مالياً إلى الطرف الآخر، بل يُمكِّنهُ الإستفادة من المال في نواحٍ أخرى من أعماله التجارية.

والمكفولُ لهُ تكونُ فائدةُه من هذه الكفالاتُ ضمانٌ حَقّه وحصولُ من يُعَوضُه عِمِّا

قد يُصيّبُهُ من الخسائر لو إنسحب المقاول ولم يتمّ ما تعهّد به.
وأمّا الكفيلُ (البنك) فيستفيدُ من كفالته؛ لأنّه يتقاضى عمولة من المكفول يتفقُ
عليها بإزاء كفالته لهُ.

أسئلة أربعة:

فإذا إتّضح المقصودُ من الكفالة عند البنك، ينبغي التعرّض إلى أسئلة أربعة:

السؤال الأول: هل إشتراط تحمل الخسارة من قبل المقاول أمرٌ مشروعٌ أو لا؟

أجاب السيدُ الخوئي عليه السلام بأنّه يصحُّ أن يشترط المكفول لهُ على المكفول مبلغًا
معيّنًا من المال، ثم يقيّد هذا الشرط فيما إذا كان في ضمن العقد^(١)، فهنا نقطتان
جديرتان بالبحث:

الأولى: ما هو الدليلُ على مشروعية هذا الشرط؟

الثانية: إنّما يلزم الوفاء به على فرض مشروعيته إذا وقع في ضمن العقد، وأمّا
إذا كان الشرطُ إبتدائياً، أي: ذكر قبل العقد، فلا يجبُ الوفاء به.

أما الأولى فنقولُ: لا إشكال في مشروعية هذا الشرط لقوله عليه السلام: «كُلُّ شرطٍ
جائز إلّا ما أحلَّ حراماً أو حرم حلالاً»^(٢).

وشرط تحمل الخسارة شرط مشروع ومحظوظ، فيجبُ الوفاء به كأي شرطٍ يُذكرُ

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٠.

(٢) مستدرك الوسائل، الميرزا التورى: ١٣ / ٣٠١ / الحديث ٤.

في ضمن العقد. نعم، هذا الشرط هل هو من قبيل شرط الفعل أو شرط النتيجة؟ إذ تارةً يكونُ الشرطُ على المقاول هو دفع الخسارة، فتعلقُ الشرط بعمل خارجي وهو الدفع، وكلُّ شرط يتعلّق بعمل خارجي يُسمّى بشرط الفعل، وأقصى ما يتّبع على شرط الفعل هو الوجوب التكليفي، أي: لو لم يدفع يكونُ آثماً، فلو مات لا تشغّل ذمة الورثة بدفع الخسائر؛ لأجل عدم إشتغال ذمة الورث أساساً بذلك، وأخرى يكونُ الشرطُ هو إذا لم ينجز المشروع فأنا مالكُ لقدر من الأموال، ونتيجة الملكية إشتغال ذمة المقاول بهال للجهة الخاصة، ويُعبرُ عن الشرط المذكور بشرط النتيجة.

لا خلاف بين الفقهاء في صحة شرط الفعل، وإنّما الكلامُ وقع في شرط النتيجة، إذ قد يُشكّل ويُقال: إنّ إشتغال الذمة بشيء له سبب، والسبب قد يكونُ ديناً أو إتلافاً أو بيعاً أو إجارة، ولم يثبت أنّ الشرط من أسباب الضمان، فلا يمكنُ التمسّك بعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(١)؛ وذلك لأنّ الحديث المذكور يُستفاد منه إثبات

(١) روي هذا الحديث تارةً بلفظ (الناس) كما في التهذيب، الشيخ الطوسي: ٩ / ١٢٣ / الحديث ٣٤ / باب الوقوف والصدقات؛ ومن لا يحضره الفقيه، الشيخ الصدوق: ٤ / الحديث ٤ / باب السكنى والعمرى والرقبي، وروي بلفظ (المسلمون) كما في التهذيب، الشيخ الطوسي: ٧ / ٢٣ / الحديث ١٠ و ١١ / باب عقود البيع؛ والاستبصار، الشيخ الطوسي: ٤ / ٤٨ / الحديث ٦ / باب ١٨؛ وروي بلفظ (المؤمنون) كما في الاستبصار، الشيخ الطوسي: ٣ / ٣١ / الحديث ٤ / باب ١٤٢؛ وسائل الشيعة، الحرمي: ١٥ / ٣٠ / الحديث ٤ / باب ٢٠.

مشروعية الشرط في رتبة سابقة وبعد المشروعية تمسّك بالعموم، وأمّا إذا شُك في مشروعية شرط ما، فلا يُمكّن التمسّك بالعموم؛ لأنّه يكون من قبيل التمسّك بالعام في الشبهة المصداقية، ومن هنا عبر السيد الخوئي عليه السلام عن شرط تحمل الخسائر على نحو شرط الفعل فقال: (قد يشترط المتعهد له على المتعهد مبلغًا معيناً من المال في حالة عدم إنجاز المشروع وإنماه عوضاً عن الخسائر التي قد تصيبه)^(١).

وأمّا الثانية وهو الشرط المذكور (شرط الفعل) يجب الوفاء به إذا وقع في ضمن العقد، دون ما إذا كان إبتدائياً، أي: قبل العقد، فماذا يقصد من وقوع الشرط في متن العقد؟

اعتُبر في الشرط أن يكون مذكوراً في ضمن العقد، والذي لم يُذكر في متنه لا يجب الوفاء به، والظاهر أنّ محلَّ الكلام في المقام غير الشرائط التي جرت عليها أم سيرة العقلاة واشترطوها في العقد سواء كان المتعاملان مُلتفتين إلى إشراطها أم غافلين عنها، وهذا نظير كون التسليم في مكان المعاقدة، وإنصرافُ الثمن إلى نقد البلد ونحوهما؛ لأنّهم تسالموا على عدم اشتراط ذكرها في متن العقد، وذكروا أنها ثابتة ولو مع غفلة المتابعين عنها، كما أنّ الظاهر أن المراد بالذكر في متن العقد أعم من ذكرها على نحو الإشارة أو على نحو التصريح، فإذا تبأينا على شرط قبل المعاقدة، ثم عند المعاقدة لم يصرّحوا به وإنما أشاروا إليه، كما إذا قال: (على الشرط المعهود أو الشرط المذكور) كفى ذلك في صحة العقد؛ لعدم اعتبار خصوص التصريح به، والظاهر أيضاً أنّ محلَّ الكلام لا يشمل ما إذا تبأينا على شرط قبل

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٠ / الكفالة عند البنوك.

المعاقدة ولكنها في مقام المعاملة لم يوّقعا المعاملة مبنية عليه، بل كانت مطلقة غير مبنية على شيء سواء كان عدم البناء مستنداً إلى نسيانها الشرط أو غفلتها عنه فضلاً عما إذا كان مستنداً إلى إعراضهما عن الشرط، فيقول: (إني أبیعك بكذا وأتعهده إلا إني لا أجعله شرطاً في العقد) وهذا هو ما يُسمى في كلمات الفقهاء بالشرط الإبتدائي، وهي غير واجبة الوفاء بها.

إذاً محل الكلام: هو الشرط الذي تواطئ عليه قبل العقد وتبانوا عليه قبل المعاملة وحصل الإستمرار على التباني حين المعاقدة، وقد قصداً إيقاع المعاملة مشروطة به، إلا إنه لم يذكره في متن العقد فهل يلزم الوفاء به أو لا؟ المشهور في الكلمات أن الشرط الذي لم يُصرّح به في متن العقد لا يلزم الوفاء به حتى وإن حصل التباني سابقاً وإستمر إلى حين المعاقدة، ولذا قال السيد الخوئي عليه السلام: (يجب على المتعهد (المقاول) الوفاء بالشرط وهو (تحمّل الخسارة إذا تأخر إنجاز المشروع) إذا كان في ضمن عقد) ^(١).

إسند المشهور على بطلان هذه الشروط وعدم وجوب الوفاء بدللين:
الدليل الأول: التمسك بجملة من النصوص:

الأول: ما رواه الشيخ الكليني عليه السلام عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن أبي عبد الله عن أبيه عن سليمان بن سالم عن بن بكر قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «إذا إشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به وأوجبت التزويج فأردد عليها شرطك الأول

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٠

بعد النكاح، فإن أجازته فقد جاز وإن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من شرطٍ قبل النكاح»^(١).

هذا النصُّ من جهة الدلالة يحتاج إلى تأويل؛ إذ قد يقال إنَّ مقصود الإمام عَلَيْهِ الْمَسْئَلَةِ: «أردد عليها شرطك الأول بعد النكاح»، أي: بعد الإيجاب بقولها (أنكحتك نفسي) حتى يقع الشرطُ بين الإيجاب والقبول، فيكونُ مندرجًا في ضمن العقد، وتحتاجُ الدلالةُ أيضًا إلى تفسير «إن أجازته فقد أجاز» بمعنى اللزوم، وقد أشار إلى هذا التقريب صاحبُ الوسائل بقوله (أقول: بعد النكاح أي بعد قوله (أنكحتك نفسي) فتكونُ الشروطُ داخلةٍ في الإيجاب، وتصيرُ لازمةً، لا بعد القبول، ويُحتملُ أن يكون المرادُ بالجواز غير اللزوم)^(٢).

ولو غضضنا النظر عن دلالة الرواية، ولكنها من جهة السنن تشملُ على مشكلة، وهي وقوع سليمان بن سالم، فهو مجهولُ الحال ولم يُنصَّ عليه بتوثيق. الثاني: علي بن إبراهيم عن أبي عمير عن عبد الله بن بكير قال: قال أبو عبد الله عَلَيْهِ الْمَسْئَلَةِ: «ما كان من شرطٍ قبل النكاح هدمُ النكاح وما كان بعد النكاح فهو جائز...»^(٣).

الثالث: عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن ابن محبوب عن ابن رئاب عن محمد بن مسلم قال: سألتُ أبا عبد الله عَلَيْهِ الْمَسْئَلَةِ عن قول الله تعالى: «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ٤٥٦ / الباب ٩٩ / الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة، الحرس العاملية: ٢١ / ٤٦ / الباب ١٩ / الحديث ١.

(٣) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ٤٥٦ / الباب ٩٩ / الحديث ١.

فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ^(١) فَقَالَ: «مَا تَرَاضَوْا بِهِ مِنْ بَعْدِ النِّكَاحِ فَهُوَ جَائِزٌ

وَمَا كَانَ قَبْلَ النِّكَاحِ فَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِرِضَاهَا وَبِشَيْءٍ يُعْطِيهَا فَتَرَضَى بِهِ»^(٢).

هذه الرواية من جهة الدلالة واضحة، ولكن المشكلة في سندتها من جهة سهل

بن زياد.

وفي مقام التعليق: أنّ الروايات المذكورة ليست واضحة في عدم نفوذ الشروط البنائية بالمعنى المراد من تلك الشروط، أي: الشروط التي يتمُّ التواطُعُ عليها قبل العقد، ثم تُبْنِي العاقدة عليها؛ وذلك لأنّ الشروط التي تُذَكَّرُ في متن العقد تارةً يتمُّ التصريحُ بها، وأُخْرَى تقومُ قرائِنُ حاليَّةً ومقاليَّةً على بناء العقد عليها وأئْمَانُها كالشروط الصرِّيحة، ومن الواضح أنّ هذه الروايات تتحدثُ عن الشروط الإبتدائية التي لم يتمُّ البناءُ عليها تكونُ مجرّد وعد لا يلزم الوفاءُ بها.

وبكلمة: هناك فرقٌ بين الشروط الإبتدائية التي لا يلزم الوفاءُ بها إلَّا مع بناء العقد عليها أو التصريح بها، وبين الشروط التي تُذَكَّرُ في متن العقد بالصراحة أو بقرينة الحال، والروايات المذكورة إنّما تصرّحُ بـأَنَّ الشروط الإبتدائية ما لم يتم التصريحُ بها هي غير نافذة وبالتالي تكونُ هذه الروايات خارجةً عن محلِّ الكلام؛ لأنّنا نتكلّمُ عن الشروط البنائية وهذه الروايات تتحدثُ عن الشروط الإبتدائية، ومن هنا صرّح صاحبُ الجواهر^{رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ} بالحمل المذكور إذ قال: (فَتُحْمَلُ النَّصْوَصُ

(١) النساء: ٢٤.

(٢) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ٤٥٦ / الباب ٩٩ / الحديث ٢.

المزبورة حينئذٍ على ما كان من الشروط سابقاً ولم يكن مضمراً حال العقد على وجه يكون مبنياً عليه، ولعل هذا أولى لاستبعاد إختصاص المقام عن غيره بذلك، وعدم وفاء النصوص به ضرورة عدم صدق كون الشرط قبل النكاح خاصة بعد فرض قصده في أثناءه مدلولاً عليه بالقرائن الحالية^(١).

الدليل الثاني: ما إحتملهُ الشِّيخُ الْأَنْصَارِيُّ^(٢)، إذ تعرّض إلى هذه المسألة في ضمن بحث الشروط ذكر هناك أنّ من جملة الشروط الواجب توفرها في الشرط حتّى يلزم الوفاء به هو الشرط الثامن، أي: أن يُذكر في متن العقد، ثم عرض أدلةً المشهور وناقشها جمِيعاً، ولكن في أواخر الشرط الثامن إحتمل عدم الوفاء بهذا الشرط، ومنشأ الإحتمال هو قياس ذكر الشرط على ذكر العوضين وأجزائهما، فكما يلزم في العقد ذكر العوضين قال يلزم ذكر الشرط؛ لأنّ النكتةَ بين ذكر العوضين والشرط واحدةٌ ألا وهي إنّ المال، أي: العوض يُقابل الأجزاء المذكورة في متن العقد، فكذلك الثمنُ ينبغي أن يُقابل الشرط، وهذه المقابلة هي المسوّغ لذكر الشرط صراحةً في متن العقد^(٢).

يُلاحظُ عليه:

أولاًً: هناك فرقٌ بين ذكر العوضين وبين ذكر الشرط؛ إذ إنّ معنى الشرط عبارة عن ربط الشيء بشيء، والربط تارةً يكونُ بأصل المعاملة، وأخرى بالإلتزام بالمعاملة عليه، والفارقُ بين المعنيين يظهرُ من ناحية الشرط فإن كان الشرطُ أمراً خارجياً

(١) جواهر الكلام، محمد حسن النجفي: ٣٠ / ١٨٤.

(٢) المكاسب، مرتضى الأنصاري: ٦ / ٥٧.

كإشتراط أن يكون المبيع بأوصاف ما، من الواضح أنّ البائع ليس له قدرة على جعل المبيع منوطاً بتلك الأوصاف، فالمشتري لا يلتزم بأصل المعاملة إذا لم تتوفر أوصاف المبيع، فهنا التعليق لأصل الإلتزام، أي: لا يلتزم المشتري ما لم يتتوفر المبيع على الوصف المشروط، وإن كان الشرط مرتبطاً بالفعل بأن يُشترط في قبول المعاملة الصلاة ركعتين مثلاً، فهنا أصل المعاملة مبنية على حصول الشرط لا أصل الإلتزام، وعليه كُلّما كان الشرط أمراً خارجياً كإشتراط وصف بالمبيع، فيرجع الشرط لأصل الإلتزام، أي: أنّ المشتري لا يلزمه الوفاء بتلك المعاملة، وأمّا إذا رجع الشرط إلى الفعل الخارجي فالإلتزام راجع إلى أصل المعاملة.

وعلى أيّ حالٍ، مرجع الشرط إلى ربط شيء بشيء، وهذا بخلاف أجزاء العقد كالعوضين فليس مرجعهما إلى الإلتزام بأصل المعاملة أو إلى الإلتزام بالمعاملة على شيء؛ لأنّ التعليق في العوضين لو كان حاصلاً لرجوع التعليق في أصل العقد، والمشهور إن العقود المعلقة باطلة.

إذاً فرقاً كبيراً بين العوضين وبين الشروط، ففي الشروط يكون المرجع فيها إلى التعليق، بينما ذكر العوضين لا يرجع فيها إلى التعليق.

ثانياً: لو تنزلنا وقلنا بعدم الفرق بينهما، نسأل ما هو الدليل على شرطية ذكر العوضين وأجزائهما في العقد كي يلزم ذلك في الشرط؟ إنّ المقياس عليه غير ثابتٍ فما ظنك بالمقياس.

نعم، أقصى ما يُعتبر في العوضين أن يكونا معلومين ولو في الجملة لا أنه يُشترطُ

التصريح بها.

الخلاصة: لا دليل على عدم نفاذ الشروط البنائية، ويلزم آنذاك التمسك بعمومات قوله تعالى: **﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾**^(١)، وقوله تعالى: **﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾**^(٢)، أو «المؤمنون عند شروطهم»^(٣)، وعليه السيد الخوئي عليه السلام قد يقال: إنّه وقع تسامحٌ عنده في التعبير؛ لأنّه يرى لزوم الوفاء بالشروط البنائية^(٤) كالشروط المصرّح بها، فلا معنى أن يقيّد نفاذ الشرط في مسألة خطاب الضمان أن يُذكر في متن العقد.

السؤال الثاني: ما المقصود بالكفالة التي يقوم بها البنك؟

يوجد نحوان من الكفالة هنا:

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) رُوي هذا الحديث تارةً بلفظ (الناس) كما في التهذيب، الشيخ الطوسي: ٩ / ١٢٣ / الحديث ٣٤ / باب الوقوف والصدقات؛ ومن لا يحضره الفقيه، الشيخ الصدوق: ٤ / الحديث ٤ / باب السكنى والعمرى والرقبى، وروي بلفظ (المسلمون) كما في التهذيب، الشيخ الطوسي: ٧ / ٢٣ / الحديث ١٠ و ١١ / باب عقود البيع؛ والاستبصار، الشيخ الطوسي: ٤ / ٤٨ / الحديث ٦ / باب ١٨؛ وروي بلفظ (المؤمنون) كما في الاستبصار، الشيخ الطوسي: ٣ / ٣١ / الحديث ٤ / باب ١٤٢؛ وسائل الشيعة، الحر العاملی: ١٥ / ٣٠ / الحديث ٤ / باب ٢٠.

(٤) التتفییح في شرح المکاسب، أبو القاسم الخوئی: ٤٠ / ٧٣.

الأول: التعهّد بتحمّل الخسارة في فرض التأخير والتلكّئ.

الثاني: التعهّد بإنجاز المشروع من دون تحمّل للخسارة.

وقع الكلام في معنى أن يكون البنك كفيلاً، فهل الكفالة هي بالمعنى المصطلح^(١) أو الكفالة بمعنى آخر؟ فإنّها بالمعنى المصطلح تتضمن التعهّد بإحضار شخصٍ إلى مكان المحاكمة، ولا إشكال أّنّها أجنبيةٌ عن محل الكلام؛

لأنَّ الكفالة المصرفية لا تلزم المصرفَ مع إخلال المقاول بغير إتمام العمل أو دفع غرامة عدم إنجاز المشروع، أمّا إحضار المتعهّد عنه فهذا ممّا لا يلزم له المصرف.

إذاً ما هو التكييف الفقهي للكفالة المصرفية؟

اتجاهان معروfan في تصوير هذه الكفالة:

الاتجاه الأول: أنها عقد جديد

ما اختاره الشيخ حسين الحلبي^٢ من أنها عقدٌ جديدٌ لا يندرج تحت العقود

(١) الكفالة بالمعنى الفقهي: هي ضمان الشخص كضمان الغريم والإتيان به أو الإتيان بالقاتل، وليس الكفالة هي كفالة الأموال، وكفالة الأموال تُسمى بالفقه ضمان، فهل الكفالة التي يقوم بها البنك نفس الكفالة التي هي بالفقه أو ترجع إلى الضمان؟ لأنَّ الفرق بين الكفالة والضمان هو: أنَّ الكفالة تعهّد بالأشخاص والضمان تعهّد بالأموال، فكيف تُسمى كفالة والمفروض تُسمى ضمان؟

المتعارفة؛ لما حققناه في محله من عدم إختصاص العقود المأمور بالوفاء بها في الآية الكريمة: **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**^(١)، عدم إختصاصها بالعقود المعهودة، بل هي شاملة للعقود المستحدثة التي جرى عليها العقلاط في الأعصار المتأخرة ما لم تكن مشتملةً على ما دلت الأدلة على فساده كالربا ونحوه من مفسدات المعاملة، والوجه أن الكفالة التي يذكرها الفقهاء والتي كانت في الصدر الأول هي أن يتبعه الكفيل بإحضار شخص المكفول لدى المكفول له وبهذا المقدار لا يستوجب الضمان بحال من الأحوال؛ لأن الكفالة مختصرة على إحضار نفس الشخص لا التعهد بالخسارة...

ثم يقول بعد ذلك: إن بعض الفقهاء ذكر - كما في القواعد للعلامة **البيهقي** - لو هرب المكفول أو غاب غيبةً منقطعةً فالأقرب إلتزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع إحتمال براءته ويتحمل الصبر، وعن جامع المقاصد أن الأول أصح، لأن مقتضى الكفالة إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال والأصل بقاء ذلك إلى أن يحصل المبرء وهو المسقط للحق أو موت المكفول، ثم يعلق الشيخ **الحلي** **البيهقي** هل أداء المال في عرض الإحضار أو في طوله أو إن أداء المال أجنبي عن الكفالة بالمرة وإنما يلتتجئ إليه الكفيل لو حبس على إحضار المكفول فله أن يتخلص من الحبس بإداء ما على المكفول؟ والظاهر هو الأخير وهو أن دفع المال أجنبي عن الكفالة ثم يقول: إن الإحتفالات السابقة كُلُّها لم يكن عليها دليل؛ وذلك لأن الغرض من الكفالة هو إحضار الشخص المكفول نفسه، فعليه هذه المعاملة لا تندرج ضمن الكفالة المصطلحة

وتكون من المعاملات المستحدثة المشمولة لعموم أوفوا بالعقود، وعليه فهناك تسامح في التعبير عن وساطة البنك بتحمل الخسارة ^{بأنه كفيل}^(١).

الإتجاه الثاني: أنها عقد ضمان

إن هذه الكفالة ترجع إلى الضمان، ولكن لا بالضمان المصطلح، وإنما بمعنى ثالث معهود بين العقلاة وهو (الكفالة المالية)، ولتوسيع الحال نقول: إن الضمان يُطلق على معانٍ:

الأول: المذكور في باب المعاملات الذي هو عبارة عن قيام شخص بضمان ما في ذمة الآخر من الدين، فتفرغ ذمة الأول وتشتغل ذمة الآخر بالدين، ويجوز لآخر إذا سددَّ دينَ الأول الرجوع عليه لاسيما إذا كان بطلب منه.

الثاني: المذكور في كلمات العامة هو أن ذمة المضمون له لا تنتقل إلى ذمة المضمون، وإنما تشترك الديستان في الضمان؛ لأنَّه عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة، والمضمون له مخِير بالرجوع إلى أيٍّ منها.

الثالث: ما نقصدُه في كفالة البنوك: هو عبارة عن التعهد بإداء ما على الشخص من دين أو ما شاكل ذلك، وهذا المعنى كان موجوداً في كافة العصور فكثير ما يصدرُ من شخصٍ هذا التعهد، كما لو إفترضنا أنَّ هناك شخصاً يريده شراء دار أو تحصيل قرض من شخصاً آخر فيمتنع الطرفُ الآخر من البيع أو القرض له

(١) بحوث فقهية، حسين الحلبي: ١٠٢ و ١٠٣.

فيتصدى شخص ثالث ويقول: (بِعْ لِهِ الدار أَوْ أَقْرَضْهُ وَأَنَا أَتَعْهِدُ لَكَ بِالْتَسْدِيدِ) فهذا التعهد هو التزام تكليفي لا وضعبي.

ما الفارق بين هذا الضمان في المعنى الثالث (الكافلة المالية) وبين الضمان بالمعنى

الأول عند الإمامية؟

إنَّ الضمان في باب المعاملات هو إلتزام وضعبي، بينما هذا المعنى هو التزام تكليفي، وأوضح السيد السيستاني (حفظه الله) الفارق المذكور بقوله: (وتفترق الكفالة المالية عن الضمان في أنَّ الضامن تشغله ذمته للمضمون لهُ بنفس الدين المضمون، فلو مات قبل وفائه أخرج من تركته مقدماً على الإرث، وأمّا الكفيل المالي فلا تشغله للمكفول لهُ بنفس المال، بل بإدائه إليه، فلو مات قبل ذلك لم يخرج من تركته شيء إلَّا بوصيَّة منهُ) ^(١).

والسيد الخوئي ^{عليه السلام} أيضاً يرى هذا المعنى من الضمان ويفرقهُ عن الضمان بالمعنى الفقهي بقوله: (إنَّ الضمان في مورد تعليق الوفاء على عدم وفاة المديون ليس بمعنى النقل إلى الذمة ليرجع تعليق الوفاء عليه إلى تعليق الضمان، بل هو بمعنى تعهد ما في ذمة الغير على حذو تعهد العين الخارجية، وعليه فالضمان فعلٌ وأثره الانتقال إلى الذمة على تقدير عدم وفاة المديون كما أنَّ أثره في ضمان العين الخارجية ذلك على تقدير تلفها) ^(٢).

وهنا إذا عرفنا بوجود نحو ثالثٍ من الضمان الذي يرجعُ إلى التعهد بمعنى

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٤ / مستحدثات المسائل / المسألة ١٣.

(٢) المباني في شرح العروة الوثقى، أبو القاسم الخوئي: ٣١ / ٤٠٢ / تحت الخط في الهاشم.

الحكم التكليفي لا الوضعي، فهنا توجد نقطتان ترتبطان بهذا المعنى من الضمان:

الأولى: ما هو المستند على مشروعية هذا المعنى من الضمان؟

الثانية: التعهد بتحمل الخسارة هل يقصد به تحمل أداء الدين أو أداء الشرط

كما في ضمان البنوك؟

أما النقطة الأولى: فنقول: لا إشكال في مشروعية الضمان بالمعنى الأول؛ وذلك لتصريح كثير من النصوص به، كما جاء في صحيحه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليهما السلام في الرجل يموت وعليه دينٌ فيضمنه ضامن للغرماء فقال: «إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت»^(١).

بتقرير: أن براءة ذمة الميت تدل على إنتقال الذمة إلى الضامن؛ إذ معنى برئت ذمة الميت نقل الذمة إلى الضامن وإلا لا معنى أن تبقى الذمة مشغولة بعد التعبير (برئت) وهذا اللسان فيه رد على العامة الذين اختاروا أن الضمان بمعنى اشتراك ذمتيْن أي ذمة المضمون عنه وهو (المديون) وذمة الضامن.

وأما المستند في مشروعية الضمان بالمعنى الثالث، فيمكن التمسك له بدليلين:

الأول: التمسك بالسيرة العقلائية المعاصرة لزمن الشارع بعد ضم الإمضاء المستكشف من عدم الردع، والوجه في كون السيرة على الإلتزام بتحمل أداء الدين أئمها معاصرة للشارع هو القطع الوجданى بالحاجة إلى وجود هذا التعهد في حياة العقلاة، فإن كثيراً من الناس قد لا تطمئن بتسديد القرض أو بدفع النفقة من قبل

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ١٠١ / باب إذا مات الرجل حلّ دينه / الحديث ٢.

الزوج أو بتسديد الثمن من قبل مشتري الدار، وما شاكل ذلك فدعت الحاجة إلى وجود طرف ثالث يتعهد بكل هذه الأشياء، لا سيما أن عدم الوفاء بهذه الالتزامات ليس مستغرباً بين الناس، وليس شيئاً حادثاً في هذه العصور، وإنما هو أمرٌ متجلزٌ في أوساط العقلاة.

الثاني: التمسك بقوله تعالى: **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**^(١) الشاملة لكُل إلتزام وعقد يحصل بين طرفين.

وأما النقطة الثانية: وهي تكييف هذا التعهد فقد ذكر السيد الصدر رحمه الله: أنه يوجد تكييفان للذى اعتبرناه معنى ثالث للضمان.

الأول: يرجع إلى التعهد بأداء الدين أو بأداء الشرط فيصبح أداء الدين أو أداء الشرط في عهدة البنك على حد كون العين المغصوبة في عهدة الغاصب، غاية الأمر أن وقوع العين المغصوبة في عهدة الغاصب قهري، بينما وقوع أداء الدين أو أداء الشرط في عهدة البنك بسبب إنشائه مثل هذا التعهد المفروض كونه نافذاً بحسب الإرتكاز العقلائي الممضى شرعاً.

الثاني: عبارة عن تحمل تدرك الشيء وهي (الخسارة) بقيمتها إذا تلف،^(٢) فهذا التحمل هو بنفسه معنى التعهد بذلك الشيء الممضى في الإرتكاز العقلائي، فيكون إشتغال الذمة بالقيمة عند التلف هو مدلول لهذا التعهد إبتداءً، ففي المقام تعود خطابات الضمان إلى تعهّدات من قبل البنك بالشروط المأخوذة على المقاولين،

(١) المائدة: ١.

(٢) والتلف يحصل من خلال عدم إلتزام المقاول.

وتعهد البنك بالشرط بوصفه فعلاً له مالية، أي: إشغال ذمة البنك بقيمة هذا الفعل إذا تلف بإمتناع المقاول عن أداء الشرط^(١).

وهذه العبارة الأخيرة هي جواب عن إشكال حاصله:

إن الضمان بالمعنى (الثالث) له مصداقان:

الأول: يرجع إلى تعهد بإداء الدين أو بتحمل النفقة أو بدفع ثمن الدار، وهذا المعنى هو التداول في عصر الشارع، وهذا المصدق ينتهي لنا إذا تخلف الدائن عن أداء الدين فتشتغل ذمة الضامن بأدائه؛ وذلك لأن الدين المضمون دفعه له مالية فتنتقل هذه المالية ويلزم ضمانها على الضامن عند تخلف المديون من أداء الدين.

الثاني: يرجع إلى ضمان أداء الشرط، فإن الجهة المستفيدة إشترطت على المقاول تحمل الخسائر في حالة تلقي المشروع والبنك صار وسيطاً وضامناً لإداء الشرط، ومن هنا يأتي إشكال أن المشترط وهو الجهة المستفيدة لا يملك الشرط في ذمة المشترط عليه فكيف يضمن له عند التخلف؟ ففي مقامنا أن الجهة المستفيدة إذا اشترطت على المقاول دفع مئة مليون -مثلاً- على نحو شرط الفعل فنقول: إن مفاد شرط الفعل هو أن يلتزم المشروع عليه بأداء الفعل -كالخياطة مثلاً- وهنا إذا صار البنك وسيطاً لإداء هذا الشرط، فالشرط على نحو شرط الفعل لا يملك للمشترط، وعليه كيف يكون الضمان مع العلم إن الجهة المستفيدة لولا هذا الشرط لا تملك شيئاً؟ هذا هو الإشكال.

والجواب: نسلم مفاد شرط الفعل هو التزام المشروع عليه بأداء الفعل، ولكن

(١) البنك الاربوي في الاسلام، محمد باقر الصدر: ٢٤٠ و ٢٤١.

نقول بما إنّ الشرط هنا _ وهو تحمل الخسارة _ شرط له مالية يُبذل بإزاء إسقاطه مال، ومن الواضح إذا حصل التفويت للشرط الذي له مالية يحصل الضمان، والتفويت هنا بامتناع المقاول من تحمل الخسائر فيتحملها البنك فيضمن البنك قيمة أداء هذا الفعل لا هذا الفعل نفسه، فالضمان يكون لا لذات الفعل وهو تحمل الخسارة وإنما لقيمة الفعل، وقيمة الفعل هنا عبارة عن شرط الفعل فيخرج الضمان من هذه الناحية.

وبكلمة مختصرة: أنّ أداء الشرط على نحو الفعل صحيح ليس ملوكاً للمشتطر، لكن بما أنّ تحمل الشرط من قبل البنك له مالية ويضمن إذا حصل التفويت الذي يحصل بامتناع المقاول، فيضمن البنك قيمة أداء هذا الفعل لا الفعل نفسه؛ لأنّ الفعل نفسه مفادة الإلزام فقط لا تملكيه للغير والضمان ليس على ذات الفعل، وإنما ضمان قيمة أداء الفعل، ولذا يقول السيد الصدر رحمه الله: (وتعهد البنك بالشرط بوصفه فعلاً له مالية، يعني إشغال ذمته بقيمة هذا الفعل إذا تلف بامتناع المقاول عن أداء الشرط) ^(١).

السؤال الثالث: هل يجوز للبنك أخذ عمولة على إصدار خطاب الضمان؟

الجواب: نعم، وذلك إما لأنّها تدخل تحت قانون ضمان الغرامة الذي يحصل من دون عقد، أو من باب الجعالة، أو من باب الصلح، أو حتى من باب عقد الإجارة، لذلك قال السيد الخوئي رحمه الله: (ثم إنّ ذلك داخل على الظاهر في عقد الجعالة فتكون جعلاً على القيام بالعمل المذكور وهو الكفالة والتعهد، ويمكن أن

(١) البنك الاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ٢٨٨.

يكون على نحو الاجارة أيضاً ولا يكون صلحاً ولا عقداً مستقلاً^(١)، وقال السيد السيسistani (حفظه الله): (يجوز للبنك أن يأخذ عمولةً معينةً من المقاول المتعهد لإنجاز المشروع إزاء كفالته وتعهده، ويمكن تحرير ذلك من باب الجعالة بأن يعين المقاول العمولة المطلوبة جعلاً للبنك على قيامه بعمل الكفالة فيحل لهأخذها حينئذ)^(٢).

والصحيح: ربط أخذ الزيادة بما يختاره الفقيه من حقيقة الكفالة المصرفية، فإذا بنينا على أنها عقد مستقل مشمول لعمومات **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**^(٣)، فالكفيل (البنك) يمتلك الزيادة بمقتضى العقد، وإذا بنينا على أنها كفالة مالية فيستحق الفائدة في مقابل العمل الذي يقوم به وهو التعهد الصادر من البنك، وهذا ليس من الربا في شيء. هذا هو المناسب في توجيهه أخذ الفائدة لا ما ذكره العلما السيدان_الخوئي والسيستاني_ من تحرير الفائدة على أساس الجعالة.

السؤال الرابع: لو تحمل البنك الخسارة فهل يرجع إلى المقاول بها أو لا؟

الجواب: التفصيل بينما إذا كان تحمل الخسائر بطلب من المقاول فيرجع البنك للمقاول ويطالبه بها؛ وذلك من باب ضمان الغرامات؛ لأنّ الطلب من البنك في تحمل الخسائر معناه الرجوع إليه إذا دفع البنك الخسائر، وهذه هي

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١١.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٥ / المسألة ١٤.

(٣) المائدة: ١.

الحالة المتعارفة اليوم، وبين تبرّع البنك، فهنا لا يرجعُ البنكُ بمطالبة المقاول بأيّ شيء؛ لفقدان الدلالة العرفية على المطالبة^(١).

والمناسبُ التفصيُّلُ بين الشرط الذي وضعه المكافلُ لهُ على الكفيل (البنك)، إذ تارةً يكونُ على نحو شرط النتيجة، أي: يشترطُ صاحبُ العمل على المقاول أنهُ إن تأخّر عن تلك الفترة المحددة يملّكُ مقداراً من المال، فاشتغال ذمة (الكافيل) نتيجةً لتأخير المقاول بالدفع، وهذا النحو من الشرط باطلٌ؛ لأنّ اشتغال ذمة البنك إن كان عن طريق الشرط والعمل بمقتضاه فهو من باب شرط النتيجة ولا دليل على صحة اعتباره، وإن كان عن طريق الضمان الذي هو عبارة عن ضم ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن فهو غير واضح؛ لأنّ ذمة المقاول لم تشغّل بشيء لينتقل إلى ذمة المصرف الضامن.

وأُخْرَى يكونُ على نحو شرط الفعل، أي: الشرطُ هو تملّك المال المعين إلى صاحب العمل حينما لا يتمّ المقاول ما تعهّد به، فهنا لا مانع من الصحة؛ لما تقدّم من أنّ تعهد البنك وكفالته كان بطلب من المقاول، فهو ضامنٌ لما يخسرهُ البنك بمقتضى تعهّده.



بيع الأُسهم والسنادات



بيع الأسهم والسنادات

من جملة ما يرتبط بأعمال البنك هو بيع الأسهم والسنادات، ويقع الكلام في هذه الفعالية في محاور ثلاثة:

الأول: المفهوم التصوري لهذين العمليتين.

الثاني: التكيف الفقهي للأسهم والسنادات.

الثالث: في وساطة البنك؛ لأنّه يكون وسيطاً بين هذه الشركة التي تبيع أسهمها وبين الناس.

المحور الأول: المفهوم التصوري للأسهم والسنادات

وهو عبارة عن حصة السهم في مجموع السهام التي تطرحه شركة ما، فلو إفترضنا أنّ شخصاً أراد إنشاء معمل لصناعة السيارات ورأس مال الشركة كبير جداً، فيضطر إلى أن يقسمه إلى أقسام، فيجعل لكلّ قسم سهماً يقابل قسماً من رأس المال، فقيمة السهم الواحد عشرة ملايين دينار فيعرض بيعاً لتلك الأسهم فمن يدفع مقدار السهم الواحد يكون شريكاً بهذا السهم، وإذا أراد أن يشتري أكثر من سهم فشركة تكون أوسع، فالسهم إذاً عبارة عن حصة الشخص في مجموع رأس

مال الشركة، ويصطلح عليها أحياناً بالشركات المساهمة، أي: يتكون رأس مالها من مجموعة من الأسهم، وهذا السهم يتعرض إلى تقلبات الأسواق فيرتفع أو ينخفض بحسب الأوضاع الخارجية للسوق.

وأما السندات: فهي ورقة تصدرها بعض الجهات مخولة قانوناً بذلك، فلو كانت قيمة السند الواحد مائة مليون فيُطرح بتسعين مليون، فمن يدفع ويشتري السند بهذه القيمة يحق له في نهاية المدة الملعولة إسلام قيمة السند الفعلي الذي هو مائة مليون، فيذهب إلى الجهة المخولة قانوناً بأخذ القيمة الفعلية للسند.

وهذه الطريقة إنما يتم اللجوء إليها لحاجة بعض الجهات إلى سيولة مالية، وهذا السند أيضاً يتعرض إلى الارتفاع وإلى الانخفاض بحسب تقلبات السوق، نظير السلع والبضائع التي هي قابلة للهبوط والصعود.

والفارق إذاً بين الأسهم والسندات يظهر من جهتين:
الأولى: صاحب السهم يكون شريكاً بمقدار السهم مع الشركة التي عرضت الأسهم فيتأثر بها يعرض على الشركة من أرباح أو خسائر، بينما السندات لا يكون مشتري السند شريكاً مع الجهة المخولة لإصداره، فلا يتحمل أي خسارة ولا ترتفع قيمة السند بإرتفاع القيمة عند الجهة المخولة، فهو بمنأى من الخسارة، وهو بعيد عن الربح أيضاً من ناحية الجهة المخولة. نعم، هو يحصل على فائدة نتيجة بيع السند بأقل من قيمته.

الثانية: صاحب الشركة لا يكون مشغول الذمة بشيء لمشتري السهم، بخلاف صاحب السند، فإنه يعتبر وثيقة لاشتغال ذمة الجهة بقيمة السند، فيكون مشتري

السنّد دائناً لـ تلك الجهة، ويترتبُ على ذلك ضمانتُ قيمة السنّد.

المحورُ الثاني: التكييف الفقهي للأُسُهم والسنّدات

فالكلامُ فيه يقعُ ضمن نقطتين:

النقطةُ الأولى: التكييف الفقهي للأُسُهم (البيع).

فصل السيدُ الخوئي عليه السلام بين الشركة التي تمارسُ أعمالاً محرّمة كبيع الخمر أو الربا، وبين التي تمارسُ أعمالاً مباحة فجوز شراء السهم في الثاني دون الأول ^(١).

والسببُ واضحٌ؛ لأنّ الشركة متى ما كانت تمارسُ أعمالاً مباحة فالحكمُ هو إباحة الدخول معهم، بينما إذا كانت تمارسُ أعمالاً محرّمة فيحرّم الدخول معهم.

نعم، في الحالة الأولى قد يُفصّل فيها بهذين التفصيلين:

الأول: إذا كان الشراءُ من أجل الإشتراك فعلاً فيكونُ الشراءُ للسهم محرّماً، وإذا كان من أجل توقع إرتفاع قيمة السهم فيقومُ ببيعه بمجرد صعود قيمة السهم قبل أن يحصل الإشتراكُ فعلاً، فيكونُ الشراءُ للسهم جائزًا؛ إذ يُقالُ: لا يوجد مانع في هذا النحو من شراء السهم، وقد ذهب إلى هذا التفصيل السيدُ السيستاني (حفظه الله) ^(٢).

ومن المحتمل السيدُ الخوئي عليه السلام يرى هذا التفصيل أيضاً، ولكن جاءت العبارةُ

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١١ / مسألة ١١.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٥ / بيع السهام.

قاصرةً في تأدية هذا المعنى؛ إذ قال: (يجوز إذا لم يكن قد قصد الاشتراك) فجعل المدار على الجواز وعدمه قصد الاشتراك، مع أنه من الواضح أنَّ القصد لا مدخلية له في الجواز وعدمه؛ إذ المهم هل من وراء السهم في تلك الشركة التي تمارس الأعمال المحرّمة الاشتراك فعلاً أو إنتظار صعود قيمة السهم وبيعه قبل الدخول والإشتراك؟

الثاني: التفصيل بين نوعيَّة العمل المحرّم، فإن كان العمل من قبيل شركة الخمر أو الربا فلا يجوز شراءُ السهم ولا بيعه، وإن كان من نوع المحرّمات الأخرى من قبيل الشركات التي تبيع اللحوم غير المذكاة فقد يُقالُ بالجواز.

وتوضيحُ هذا التفصيل: الأعمال المحرّمة إن كانت من سُنْخِ الخمر والربا، فقد وردت روایات تلعنُ الذي يرتبطُ بهذا العمل ولو من طريق مقدماته^(١)، فكُلُّ من يرتبطُ بهذين العملين المحرّمين فيشملُه اللعنُ المذكور، ومن الواضح أنَّ الذي يشتري سهماً في شركة تمارسُ بيعَ الخمر وتعاطي الربا فقد أسس لهذا العمل المحرّم، وأمّا سُنْخُ العمل الآخر المحرّم فيجوزُ شراءُ السهم وبيعه لكن في حالتين: الأولى: أن يشترط مشتري السهم على الشركة عدم ممارسة العمل المحرّم، وهذا شرطٌ لا يُسمِّنُ ولا يُغْنِي وغير حاصل في الواقع، ولكن لو حصل ذلك في الواقع فلا إشكال في هذه الحالة.

الثانية: أن لا يشترط عليه ذلك، ولكن يبيعُ السهمَ قبل ممارسة الشركة للعمل خارجاً، وأمّا إذا لم يشترط عليهم ممارسة العمل المحرّم أو إشتراط ولم ينفع الشرط،

(١) وسائل الشيعة، الحرج العامل: ١٨ / ١٢٧ / الباب ٤ / الحديث ٢.

وهكذا إذا لم ينسحب عن بيع السهم قبل ممارسة الشِّرِّكة للعمل المحرّم فهنا لا يجوز، هكذا قد يُفصل في المسألة.

تحقيق الحال في بيع الأُسْهُم

ولكن ما ذكرناه سابقًا هو التفصيل بين الأُعْمَال المباحة والأُعْمَال المحرّمة، وفي الأُعْمَال المحرّمة فصّلنا أيضًا بها بين سُنْخ العمل هذا يُناسب كون الشِّرِّكة لها شخصية حقوقية، وكان يجدر بالأعلام البحث أولاً عن حقيقة ملكية هذا العنوان وهو الشِّرِّكة، فهل لها شخصية حقوقية أو لا؟

نقول: توجُّد تصوّراتٌ ثلَاثَةٌ ترتبط بحقيقة ملكية هذا العنوان وهو عنوان الشِّرِّكة:

التصوّرُ الأوَّل: يُفترض وجود شخصية حقوقية لها مقابل الشِّرِّكة^(١)، فيبيع العنوان ويشتري ويقرض ويهبُّ وما إلى ذلك، وهي خارجٌ من ملك الشِّرِّكة إطلاقاً، وإنما الشِّرِّكة يعتبرون في ما جعلوا فيها من أموال حقيقة دائنين لها.

التصوّرُ الثاني: يُفترض عدم وجود شخصية حقوقية في مقابل أموال الشِّرِّكة، ولكن لها شخصية معنوية أكبر من أموال الشِّرِّكة التي جُعلت في الشِّرِّكة.

التصوّرُ الثالِث: يُفترض أنها فاقدةً للشخصية الحقوقية والمعنىَة معاً، وما هو موجود في هذا النحو من الشركات هو أموال شخصية للشِّرِّكة فقط، مع فارق بين

(١) إنَّ عنوان المسجد يُملك، ولذلك لا يجوز التعدي على أمواله، وكذا عنوان الفقراء، فإن كان من هذا القبيل فيأتي الكلام هل يجوز الاشتراكُ أو لا يجوز؟

المال الشخصي وأموال هؤلاء الشركاء في أنّ الأول كُلّ مالٍ منهم خاص به، بينما الثاني حصل الاختلاطُ بين الأموال، وهذا الإختلاطُ يُعبّرُ عنه بالشِّركة في الصفة التي إما تكونُ شرِّكةً قَهْرِيَّةً نظير الورثة، فيشتَرِكُون بها ترَكُهُ الوارث لهم، أو شرِّكةً إختياريَّةً عَمَدِيَّةً كما لو اشتَرِكُوا عَمَدًا في المبالغ.

أما التصوير الأول: _الذي يفترض عنوانَ الشرِّكة يمتلكُ شخصيَّةً حقوقيةً_ فهذا ممَّا لا دليل عليه، فقد ثبت عندنا ملكية العناوين في نطاق خاص قد دلَّ الدليل عليه بال المباشرة، أو بضم بعض التصويرات الأخرى التي تقدَّم الحديثُ عنها مفصلاً في ملكية الدولة، وانتهينا إلى أنَّ بعض العناوين هي التي قام الدليلُ عليها بوجود شخصية حقوقية لها كعنوان المسجد وعنوان الفقراء والوقف وعنوان الدولة وعنوان الإمامية، وأمّا بقيةُ العناوين الأخرى كعنوان الشرِّكة فلم يقم دليلٌ عليها، والإستصحابُ يقتضي عدمها.

إِلَّا اللَّهُمَّ عن طريق التمسِّك بما يُصطلحُ عليه بالحكم الولائي؛ إذ يُقال: لولي الفقيه الحقُّ في إعطاء ملكية لبعض العناوين، وهذا ما يشبه اليوم بالفقه الغربي الذي يعطي صلاحية لرئيس الدولة بإعطاء شخصية حقوقية لبعض العناوين الذي يُسمَّى اليوم في الفقه الإمامي بولي الفقيه فتُعطى له صلاحية إعطاء شخصية حقوقية لبعض العناوين على أساس ضوابط وشروط معينة، ولكن هذا الطريق لا يخلو من صعوبات.

وتوضيُّح ذلك: لو أعطى شخصُ الولايةَ على جهة أو على مجتمع ما من قبل نظام من الأنظمة، فلا بد أن تتحدد دائرةُ الولاية في ضمن النَّظام العام الذي أعطاه

الصلاحيّة، ولا يمكنُ أن يخرج عن تلك الدائرة، وهذا هو المستفاد عُرفاً من منح الولاية لشخص من قبل جهة ما هو التقييدُ وعدمُ الخروج عن دائرة هذه الجهة المانحة لهُ، والفقيئُ حينما أعطى لهُ الولاية، قوله عائلاً: «فَأَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ فَارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَأَنَا حُجَّةُ اللَّهِ»^(١)، فقد علل بأئمّهم «حُجَّتِي عَلَيْكُمْ»، أي: أنَّ دائرة الولاية لكم واقعة في إطار ما يُنْسَبُ إِلَيْهِ ولا تكونُ خارجَةً عَمَّا يَصْدُرُ عَنِّي، فإذا إتَّضحَ ذَلِكَ نَقُولُ: ولاية الفقيئ تارَةً تكونُ في الأحكام التكليفيَّة، وأُخْرَى في الأحكام الوضعيَّة، أمَّا الأحكام التكليفيَّة فينبغي أن تقع في دائرة المباحثات فقط، أي: المباحثة معنى الأعم الشامل للمستحب والمكرور والإباحة بالمعنى الأخص، فيلزم في هذه الدائرة الناس ببعض الإلزامات ولا يكون ذلك خروجاً عن دائرة التشريع؛ لأنَّ المولى عليه في هذه الدائرة كان الفعلُ في حقه واقعاً على جهة التخيير، وأمَّا الأحكام التكليفيَّة الإلزامية فلا يكون لولي الفقيئ فيها رأي، كأنْ يُوجَبُ بعض المحرمات ويُأمَرُ بترك بعض الواجبات؛ لأنَّ هذا يُعدُّ خروجاً عن دائرة التشريع التي منحت الولاية لهُ، وأمَّا في الأحكام الوضعيَّة، فيأتي التفصيل المتقدَّمُ، أي: أنَّ الحكم الوضعي الذي يَصْدُرُ من ولي الفقيئ بما لا يُعدُّ خروجاً عن دائرة التشريع فلا يوجد مانع بصدره، وإنَّما لا يتحقق لهُ إصدار الحكم الوضعي المذكور، فمثلاً الحكم الوضعي الذي يرتبط بالرضا وعدم الرضا كالصحة والبطلان، فهنا أنَّ رضا ولي الفقيئ مقدَّمٌ على رضا

(١) الإحتجاج، الشيخ الطبرسي: ٢ / ٥٠٢.

المتعاملين، فإذا حكم ببطلان معاملة ما تقع باطلة وإن كان البائع لا يرضى بذلك
نظير ولادة الأب على الطفل، فالبيع منوط برضاء الوالى ولا يلتفت إلى عدم رضا
الطفل، فولادة الفقيه على الأمة كولادة الأب على الطفل، وأماماً الأحكام الوضعية
التي تُعد خروجاً عن دائرة نظام التشريع كالطهارة والنجاسة، فلا يجعل الطاهر
نجماً أو بالعكس.

فإذا إنْتَضَحَ ذَلِكَ: يَظْهُرُ أَنَّ إِعْطَاءَ الْمُلْكَيَّةِ أَوِ الشَّخْصِيَّةِ الْحَقُوقِيَّةِ لِعَنْوَانِ الشَّرِكَةِ الَّتِي فِيهَا حُكْمٌ وَضُعْيٌ الَّذِي لَا يَكُونُ مِنْ قَبْلِ الرَّضَا وَعَدَمِهِ حَتَّى يُقَالُ: بِوْجُودِ مَسَاحَةٍ لِوَلِيِّ الْفَقِيْهِ التَّدْخُلُ بِهَا، وَإِنَّمَا مِنَ الْمُحْتَمَلِ أَنْ تَكُونَ مِنْ قَبْلِ الطَّهَارَةِ وَالنِّجَاسَةِ.

وعلى هذا الأساس لا دليل على وجود شخصية حقوقية لهذا العنوان.
اللّهم إلّا أن يُقال: إنّ ولي الفقيه وإنّ شخصية حقوقية؛ لعدم المساعدة عليه إلّا
إنّ بإمكانه أن يتدخل في الآثار المترتبة على تلك العناوين كعنوان الشركة مثلاً.
وتوجّد محاولات لإثبات الشخصية الحقوقية لعنوان الشركة وغيرها من
العناوين من قبيل الجمعيات:

المحاولة الأولى: أنّ ولـيـ الفـقـيـهـ إـذـاـ لمـ يـتـمـكـنـ منـ خـلـقـ الشـخـصـيـةـ الـحـقـوقـيـةـ لـتـلـكـ العـنـاـوـيـنـ،ـ فـبـإـمـكـانـهـ أـنـ يـحـكـمـ عـنـ طـرـيـقـ الـحـكـمـ الـوـلـائـيـ بـآـثـارـ تـلـكـ العـنـاـوـيـنـ عـلـىـ أـنـ لـاـ نـخـرـجـ عـنـ النـظـامـ الـعـامـ؛ـ إـذـ تـوـجـدـ جـمـلـةـ مـنـ الـآـثـارـ الـمـتـرـبـةـ عـلـىـ الـعـنـاـوـيـنـ الـمـسـتـحـدـثـةـ الـتـيـ لـيـسـ لـهـ شـخـصـيـةـ حـقـوقـيـةـ.

الأثر الأول: عدم مزاجمة الغرماء الشخصيين للشركة لغيرهم أمواله مشخصة

ومعينة، فلو تعرّضت الشركة للتفلس فمن وجدت عين أمواله فهو مقدّم في الإستيفاء ولا يضرّب موعداً مع الغرماء الشخصيين، فهذا الحكم وهو عدم المزاحمة لم إيه حكم مباح يتمكّن ولّي الفقيه من الأمر به ويلزم الغرماء بضرورة الإلتزام بهذا الحكم المباح وهو عدم المزاحمة.

الأثر الثاني: لو افترض أحد الشركاء دائمًا للشركة ومديناً لبعض الشركاء، فهل بإمكانه التمسّك بفكرة التهاتر بين الدينين؟ فإن قلنا: التهاتر لابد أن يقع بصورة اختيارية وعفوية بمعنى يطلب أحد الأشخاص إسقاطاً دينه مقابل دين الآخر، فلو إمتنع الآخر من قبول التهاتر الاختياري فيحق لآخر إعمال المقاومة، فهذا الأثر وهو التهاتر الاختياري يمكن لولي الفقيه إلزام الطرفين به؛ لأنّه أمر مباح وإلزام الفقيه لا يخرجه عن نظام الشريعة، وأمّا إذا كان التهاتر يتحقق قهريّاً، فهنا الثابت بحسب بناء العقلاه أنّ التهاتر القهري لا يتحقق إلا مع المائلة في الدين بين الطرفين، فلو كان موعد أحد الدينين متأخّراً في الوفاء عن الآخر فلا يتحقق التهاتر المذكور، وهذا لو فرض تسديد دين أحدهما بعملة أخرى أيضاً لا يجوز إعماله بغير ما تم الإتفاق عليه، فهنا يحق لولي الفقيه ترتيب آثار التهاتر القهري بتقييد التهاتر القهري بما كان قد إتفقا عليه.

الأثر الثالث: الشركة لو أعلنت الإفلاس، فبطبيعة الحال تُنصّب وكيلًا أو مندوبًا أمام المحكمة من دون حاجة إلى إحضار جميع الشركاء، فولي الفقيه أيضًا يلزّم الشركة بإحضار هذا المندوب، كما يلزّم الأب إن كان قد غاب عن الطفل في

التصرّف بإحضار قيم له.

الخلاصة: المحاولة المذكورة تبني على تحويل ولاية الفقيه من خلق الشخصية الحقيقة لعنوان الشركة إلى إلزام الناس بآثار وأحكام تلك العناوين.

المحاولة الثانية: الغرض من تأسيس تلك العناوين –من قبيل عنوان الشركة والجمعيات_ بحسب نظر العقلاة هو لتكيف الأحكام الشرعية المترتبة على تلك العناوين، وإذا كان بإمكان ولي الفقيه الحكم بتلك الآثار والأحكام كما تقدم في المحاولة الأولى، فهو بإمكانه أن يحكم بملكية تلك العناوين وإعطاء الشخصية الحقيقة لها. نعم، تبقى قضية وهي أن إعمال ولاية الفقيه تقتضي حضور المصلحة الإجتماعية والتوعية، فعليه أن يحسب حساب لتلك المصالح النوعية قبل جعل الملكية لها، بخلاف الحكم الشرعي فالصلحة القائمة في الفعل تكون شخصية فإحرازها لا يخلو من صعوبة.

وأما التصوير الثاني: العناوين لا تملك الشخصية الحقيقة_ فهذا التصوير ليس بأحسن حال من التصوير الأول لما قلناه من عدم الدليل على إثبات الشخصية الحقيقة، وإعمال ولي الفقيه لولايته يصطدم في المشكلة نفسها التي عرضناها في التصوير الأول.

أما التصوير الثالث: الذي يفترض إلغاء ملكية العناوين وما يوجد فيها هي أموال شخصية للشركاء كأموالهم الشخصية في غير مجال الشركة_ فسوف يتم ذكره الأعلام سابقاً من التفصيل في الأعمال التي تمارسها الشركة، فقالوا تارةً تمارس الشركة أعمالاً مباحة، وأخرى محّمة، فحكموا بصحة الأول دون الثاني، ثم

حدث تفصيلٌ في الثاني وكان يرجعُ إلى حالي.

الأولى: الأعْمَال المحرّمة تارةً يفترض فيها شراءُ السُّهُم لأجل الإشتراك معهم، وأخرى يتَّمَّ صعود السُّهُم بحسب تقلبات السوق وبيعهُ قبل الاشتراك فلا يجوز في الأول دون الثاني.

الثانية: الأعْمَال المحرّمة إنْ كانت من قبيل بيع الخمر والربا وبين بقية الأعْمَال المحرّمة من قبيل بيع الذبائح غير المذكاة، فلا يجوزُ في الأول دون الثاني.

محاولة تصحيح بيع السنَدات في الشركَات المحرّمة (الشيخ الفياض):

ذهب الشيخ الفياض (حفظهُ اللهُ) إلى صحة شراء الأُسْهُم وإن كانت الشركَة تُمارِسُ أَعْمَالاً محرّمةً كبيع الخمر أو شرکة ربوية، بدعوى أنّ بطلان المعاملات كمعاملة الخمور والميّة ولم الخنزير ونحوها لا يساوّق عدم جواز التصرّف في أثمانها، فإنّ جواز التصرّف فيها منوطٌ برضَا المشتري، والمشتري الذي يُقدِّمُ على شراء هذه الأعْيَان المحدُورة يرضى بتصرُّف البائع فيها مطلقاً وإن كان البيع باطلًا.

وذكر في موضع آخر، أنّ أكثر هذه المعاملات وضعية، وهي لا تؤثّر في حرمة التصرّف في أثمان تلك الأعْيَان المحدُورة؛ لأنّ حرمة التصرّف فيها منوطٌ بعدم رضا المشتري بالتصرّف فيها في فرض بطلانها، والمفروض أنّه راضٍ به مطلقاً وإن كانت تلك المعاملات باطلة من وجهة نظر الشرع.

ثم يخلصُ إلى هذه النتيجة بقوله: (إِنَّهُ لَا مانع من المساهمة والمشاركة في هذه المعاملات والإستشارات والإستفادة من أرباحها وفوائدها على أساس التراضي

الموجود بين المتعاملين فيها)^(١).

وهذه المحاولة من الشيخ الفياض (حفظه الله) ينبغي أن يلتزم بها السيد السيستاني (حفظه الله) أيضاً ويفتي بجواز بيع وشراء الأسهم التي تمارس الحرام من قبيل الربا والخمر؛ لأنَّه أيضاً يكتفي بالرضا كأساس في تصحيح بعض المعاملات المحرّمة كما تقدّم عنه حلية الودائع المصرفية (القرض) مع البنوك الأهلية، وهكذا الحال في أوراق اليانصيب على تقدير بطلانها^(٢).

ويُمكن المناقشة في كفاية الرضا الباطني لتصحيح بيع الأسهم في الشركات

المحرمة:

أنَّ ظاهر ما ذكره هو أنَّه لا يُفرِّق في جواز أخذ الزيادة أو جواز التصرُّف في الشمن أو المثمن بين المعاملات الفاسدة؛ لفساد شرط من شروطها وبين المعاملات الفاسدة من جهة بيع الأعian المحرّمة كبيع الخمر وما شاكل ذلك، مع أنَّ هذا الإطلاق ليس واضحاً.

والصحيح: التفصيلُ بين المعاملات الباطلة من جهة فسادها؛ لعدم توفر شرط من شروط الصحة، وبين المعاملة على الأعian المحرّمة فنحكم بكافية الرضا بالتصرُّف في النحو الأول من المعاملة دون النحو الثاني.

والشاهدُ على هذا التفصيل قرائن أربعة:

القرينةُ الأولى: هي التمسّك بما رواه الشيخ الصدوق عليه السلام عن محمد بن موسى

(١) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٢٨١.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٩ / المسألة ٤.

بن المتوكل عن عبدالله بن جعفر الحميري عن محمد بن الحسين عن الحسن بن محبوب، ورواهما أيضاً بسند مختلف عن أبيه عن سعد عن أحمد عن ابن محمد عن ابن محبوب عن أبي أيوب عن عمّار بن مروان، قال: سألتُ أبا عبدالله عليه السلام عن الغلول، فقال: «كُلُّ شيءٍ غُلٌّ^(١) من الإمام فهو سحت، وأكلُّ مال اليتيم سحت، والسحت أنواعٌ كثيرةٌ منها ما أُصيب من أعمال الولاة الظلمة، ومنها أجورُ القضاة، وأجورُ الفواجر، وثمن الخمر والنبيذ المسكر، والربا بعد البينة، فأما الرُّشا يا عمّار في الأحكام فإنَّ ذلك الكفر بالله العظيم ورسوله»^(٢).

وتقريبُ القرينةُ المذكورة: أن تخصيص الإمام عليه السلام السحت ببعض تلك الأنواع التي هي من الأعيان المحرّمة يكشفُ عن مبغوضيتها، وإلا لو كانت لا خصوصية لها فلماذا أفردتها في الذكر؟ فهذا النوع من المعاملات التي تشتمل على بيع الأعيان أو التعامل على الأعيان المحرّمة والموصوفة بالسحت لا يتصوّرُ أن يرتفع السحت بمجرد إحراز الرضا الباطني لأحد المتعاقدين، فهذا تخصيصُ لكلمة السحت وهو غير عرفي.

القرينةُ الثانية: ترقّي الإمام عليه السلام في داخل الرواية المذكورة فإنه عليه حينما عد الأعيان المحرّمة وصف بعضها بالكفر العظيم، وهذا الترقّي في هذا النوع يكشفُ عن حرّمة مغلّفة، أي: أنه سحت بأعلى مراتبه لذا وصفه بأنه الكفر بالله العظيم،

(١) غُلٌّ: أي أخذ خديعة.

(٢) معاني الأخبار، الشيخ الصدوق: ٢١١؛ الخصال، الشيخ الصدوق: ٣٣٠ / الحديث ٢٦.

وهذا التغليظ في السحت كيف يرتفع بمجرد إحراز الرضا الباطني؟

القرينة الثالثة: إنَّه لو جاز الإعتماد على كفاية الرضا الباطني في تصحيح أيٌّ معاملةٍ فاسدةٍ ومن أيٌّ جهةٍ كانت لما كان هناك أيٌّ فائدةٍ في تعرُّض الروايات الكثيرة إلى ما يصحُّ بيعهُ وما لا يصحُّ.

القرينة الرابعة: ما رواهُ الشيخُ الكلينيُّ رض عن عليٍّ بنِ إبراهيم عن أبيه عن حمَّاد بن عيسى عن حريز عن محمدٍ بن مسلمٍ عن أبي عبدالله عليه السلام: قال: «إنَّ الذي حرم شربها حرم ثمنها»، ثم قال أبو عبدالله عليه السلام: «إنَّ أفضل خصال هذه التي باعها الغلامُ أن يتصدقُ بثمنها»^(١).

وتقريبُ القرينة: أنَّ الإمامَ عليه السلام يستحسن تصدقُ الغلامُ بثمنِ الخمر، وهذا يدلُّ بالدلالة الإلتزامية على عدم كفاية إحراز الرضا الباطني من قبل مشتري الخمر في تصرفِ البائع بالثمن الذي هو جزءاً موجوداً.

هذه قرائنُ أربعةٍ على عدم تامةِ كفاية إحراز الرضا الباطني في التصرف.

(١) الكافي، الشيخُ الكلينيُّ: ٥ / ٢٣٢ / باب بيع العصير والخمر / الحديث ٢.

النقطة الثانية: التكييف الفقهي للسنادات^(١):

يمكن تكييف تعاطي السنادات على أساس أحد الوجوه الآتية:

الوجه الأول: على أساس عقد القرض

إن الجهة المصدرة للسند التي تصدره بقيمة إسمية محددة تفترض من الشخص الذي يقدم لأخذ السند مقدار تسعين ألفاً - مثلاً - والشخص المذكور بعد حلول الأجل يقبض مائة ألف فالزيادة المدفوعة - وهي عشرة الاف في المثال الذي فرضناه - فائدةً ربويةً على القرض، فإذا رجع ذلك إلى القرض فهو قرض جرّ نفعاً فيكون حراماً ويحکم ببطلان هذه العملية. نعم، لو كانت الجهة المصدرة للسند البنوك الحكومية وكنا نبني على عدم ملكيتها - كما ذهب إلى ذلك السيد الخوئي عليه السلام - والسيد السيستاني (حفظه الله) - فهنا لا يتحقق القرض بين الطرفين؛ لأن القرض عقد يحتاج إلى إيجاب وقبول من المالكين، ولا ملكية لصاحبة السند وهي الدولة فتحوّل الأمر على المبني المذكور من القرض إلى أخذ أموال مجهولة المالك فيجوز مع إجازة الحاكم الشرعي^(٢).

(١) يمعنى أن هناك جهة سواء كانت رسمية أو غير رسمية، خولة تصدر سنداً وتقول: هذا السند قيمته الآن تسعين ألفاً فمن يعطينا الآن تسعين ألفاً نعطيه هذا السند، وبعد مدة معينة - مثلاً - شهر أو شهرين يأتي هذا الذي أعطى تسعين ألفاً إلى هذه الجهة ويستلم ألف بدلأً عن التسعين، وهذا هو ما يسمى ببيع السنادات.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٣٠٢

نعم، بالإمكان أن يتحقق القرض واقعاً بين الطرفين على أساس أحد فرضيات

ثلاثة:

الأولى: أنّ الجهة المصدرة هي البنك الأهلي أو الشركات الأهلية مالك،
فيتحقق فيه القرض.

وحاول الشيخ الفياض (حفظه الله) التخلص من إشكالية الفائدة على هذه
الفرضية بأن المستثمر ومن أعماق نفسه يكون جاداً بعدم المطالبة بها إذا لم تدفع إليه
لسبب أو آخر، وإذا دفعها إليه جاز أخذها بملك أنه يرضي بالتصرف^(١).

ويردّه: أنّ الذي يدفع الفائدة الربوية هو إناءة القرض بعدم الزيادة لا البناء
على عدم المطالبة.

الثانية: أنّ الدولة تملك كما قرّيناً سابقاً وهنا أيضاً يتحقق القرض جزماً.

الثالثة: أن نفصل بين عدم ملكية الدولة وبين ملكية البنك كما صار الشيخ
الفياض (حفظه الله) إليه^(٢) أو يصدر حكماً ولائياً من قبل الفقيه ولو كان من لا
يؤمن بولاية الفقيه بإمضاء ممارسات البنك بإجازة منه كما نقلنا سابقاً عبارة السيد
السيستاني (حفظه الله): (كما صدر ذلك منا للمؤمنين كافة)^(٣).

(١) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٣٠٢.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٤١.

(٣) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٠ / المسألة ٥.

الوجه الثاني: البيع والشراء بأجل

إن ترجع عملية السنادات إلى عقد البيع والشراء بأجل، بمعنى الجهة المصدرة تبيع تسعين ألفاً بمائة ألف إلى شهر مؤجل والسندي ليس إلا وسيلة لإثبات إشغال ذمة الجهة بالمال، فهنا لا إشكال في صحة البيع بالرغم من إتحاد الجنسين؛ إذ كلاهما من الدينار، وبالرغم التفاضل الحاصل؛ لأن الأوراق النقدية من المعدود وهي خارجة لما دلّ من حرمة بيع الجنس بجنسه مع التفاضل؛ لأنّه يُشترط في الربا المعاوضي أن يكون العوض من المكيل أو الموزون، وهنا التقابل وقع بين الأوراق النقدية التي هي من المعدودات، فخروج الأوراق النقدية عن الربا المعاوضي خروجٌ تخصصيٌّ.

ومن بنى عليه الشيخ الفياض (حفظه الله) فقال: (إن هذه العملية تقوم على أساس عقد البيع والشراء بتأجيل المثمن إلى وقت معين؛ وذلك لأنّ الجهة المصدرة للسندي في المثال تقوم ببيع مائة دولار مؤجلة إلى ستة أشهر بخمسة وتسعين دولاراً نقداً، والمعتبر في البيع أن يكون الثمن والمثمن مختلفين في المقام، فإن الثمن عين خارجية والمثمن أمرٌ كليٌّ في الذمة)، وهذا المقدار من المغایرة يكفي في صدق البيع^(١).

وأورد عليه السيد الصدر رَبِّيَّ بأن تفسير العملية على أساس البيع ليس إلا مجرد تغطية لفظية للعملية التي لا يمكن إخفاء طبيعتها بوصفها قرضاً مهما اتّخذت من

(١) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٣٠٠

تعبير؛ لأنَّ العنصر الأساسي في القرض هو أن يملك شخصٌ مالاً من شخص آخر وتصبُح ذمته مثقلة بمثله له، وهذا هو تماُم ما يقعُ في عمليات شراء السندات^(١). واعتراض الشِّيخ الفيَاض (حفظه اللهُ) على ما أورده السيد الصدر عليه السلام بما حاصله: إنَّ العُقود تتبعُ القصود، فمتى ما قصد من عنوان المعاملة البيع فيتتحققُ البيع ومتى ما قصد منها القرض فيتتحققُ القرض، فالقصدُ هو المقومُ لحقيقة المعاملة حتَّى وإن كانت بحسب الإرتكاز العُرُفي تشتَركُ بالنتيجة مع معاملة أخرى، فالذِي يفُضُّ التشابكُ بين المعاملتين المُتحدين في النتيجة هو القصدُ، وفي مسألتنا بما أنه قد قصد البيع فهذا يكفي لصحة المعاملة، قال ما نصَّه: (والجوابُ الظاهرُ أنَّ الأمرَ ليس كذلك؛ لأنَّ المُرتكزَ لدى العُرفِ العامَ أنَّ صدقَ عنوانِ البيع أو القرض أو غيره من المعاملات منوطٌ بكونِ المنشأ فيه مفهومُه عن جدٍّ، فإنَّ كان قد قصدَ مفهومَ البيع كان بيعاً وليس بقرضٍ ولا غيره، وإنَّ كان قد قصدَ مفهومَ القرض فهو قرضٌ وليس ببيعٍ ولا غيره)^(٢).

ويمكنُ المناقشةُ في ما ذكره الشِّيخ الفيَاض (حفظه اللهُ) من وجهين:

الوجهُ الأول: أنَّ المعاملات تكُونُ على قسمين:

الأول: لا يُوجَدُ فارقٌ ثبوتيٌ بينها إلَّا بالقصد والإنشاء.

الثاني: يوجدُ فارقٌ ثبوتيٌ بينها بمعزلٍ عن القصد والإنشاء.

أمَّا الأول كما في البيع والصلح؛ إذ لا فرقٌ بينهما ثبوتاً فقولنا: (بعثك الكتاب

(١) البنك الالاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ١٦١.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفيَاض: ٣٠٠.

بدينار وصالحتك على الكتاب بدينار) لو لم يقصد في الأول البيع لما كان هناك فارقٌ بينهما، والثاني كما في البيع والإجارة، فالبيع نقل العين والإجارة نقل المفعة، وهكذا كما في البيع والقرض فإنَّ القرض عبارة عن تبديل عين بمثلها في الذمة إلى أجل، وأمّا البيع فهو تبديل عين بأخرٍ مغایرة خارجية وليس بالذمة، وأمّا إذا حصل أحياناً في البيع التبديل بالمثل، كما في بيع الكتاب بالكتاب يكونُ في العوض عين خارجية لا في الذمة، أي: إنَّ حقيقة البيع تختلفُ عن حقيقة القرض، وعلى هذا الأساس تكونُ حقيقة البيع متغايرةً مع حقيقة القرض، فكيف يُفرَّقُ بينهما بالقصد والإنشاء، فكلامه إنما يصحُّ في القسم الأول دون الثاني.

الوجهُ الثاني: ذكر عبارةً يُستفادُ منها أنَّ الإسلام حارب الربا على صعيدين، أي: صعيد الشكل والخارج وصعيد الروح، قال: (قد ألغى الإسلام بشكلٍ جادٍ وقاطعَ النظام الربوي عن الاقتصاد الإسلامي نصاً وروحاً) هذا من ناحية، ومن ناحيةٍ أخرى أنَّ الإسلام بقدر ما يؤكّدُ في نظامه الاقتصادي على الجانب المادي نصاً وروحاً يؤكّدُ على الجانب المعنوي أيضاً^(١).

أقولُ: إذا كان الإسلام يؤكّدُ على إستئصال جذور الربا بشكلٍ جادٍ وقاطعٍ كيف ينسجمُ هذا الكلام مع ما إختاره من التخريج؟ فإذا كان أخذُ الربا بهذه الطريقة المتيسرة والسهلة على الجميع فهذا إنما يتنافى مع معالجة الإسلام للربا بالشكل والمضمون. فإذا جئنا بشخص لا يعيشُ الألفاظ الفقهية وقلنا لهُ: هل ترى فارقاً بين قول

(١) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ١٨

بعتك الشيء بزيادة مع قرضتك الشيء بزيادة؟ فإنَّه يجدر المعاملة بالروح واحدة، والفارق هو على مستوى الألفاظ فقط.

وعليه إذا كانت قواعden الأصولية والأدلة الفقهية تساعد على أخذ الفائدة بهذا الشكل اليسير فلابد من مراجعتها والتدقيق بشأنها.

إذاً ما ذكره يتنافى مع معالجة الإسلام للربا.

الوجه الثالث: ترجع عملية السندات إلى البيع أيضاً، لكن الجهة المصدرة لا تبيع النقود، وإنما الورقة نفسها ويستلم المشتري المائة ألف بعد شهر، فهنا لا يأتي إشكال هذا قرض أليس لباس البيع لعدم المغایرة؛ لأنَّه هنا توجد مغایرة حقيقته إذا أحد العوضين السند القانوني والآخر النقود، ولكن الإشكال يأتي من جهة عدم صلاحية وقوع هذا السند القانوني كطرف يقابل النقود، أي: أنه في الحقيقة العوضان ما يحمل السند من أموال لا ذات السند.

والشاهد على ذلك أنَّ السند المذكور لو أتلف عمداً لا يسقط ما يحمل من المال لهذا الشخص، بل يستبدل بسند آخر، وهذا بخلاف الأوراق النقدية لو أتلفت عمداً فيضمن المتلف ذلك.

إذاً هذه الأوراق لا تقع طرفاً للمعاوضة؛ لأنَّها ليس لها مالية في حدٍّ نفسها، وإنما تشير إلى المال المنصوي تحتها فإذا رجعت المعاوضة بين المالين فيأتي الإشكال على الوجه الثاني وهو أنَّ هذا قرض أليس لباس البيع.

الخلاصة: السندات لا يجوز التعامل فيها.

المحور الثالث: وساطة البنوك:

فقد تطلب شركة تجارية مساهمة من بنك مخصوص أو مجموعة بنوك التوسيط بينها وبين عملاء البنك من أجل إقناعهم لشراء الأسهم التي تمتلكها أو بيع أسهم آخرين على الشركة لمصلحة وحاجة تهمها، فيتصدى البنك للقبول ويأخذ عمولةً معينةً عقىب حصول الاتفاق بين الشركة المساهمة وبين الراغب في البيع والشراء. وعليه إذا كانت الشركة تمارس أعمالاً مباحةً فلا ريب في جوازه شرعاً؛ لأنَّه عملٌ حلالٌ، والمشهور بين الفقهاء تحریجه إما على أساس إجارة الأعمال، فالبنك يسعى لتصريف الأسهم أو تملكها للشركات المساهمة لقاء أجرة معينة تدفعها الشركة للبنك أو على أساس الجعالة، بأن يجعل الشركة شيئاً مقابل بيع أو شراء الأسهم.

والصحيح: تحریجه على أنَّه عقد مستقل بذاته يشمله عموم قوله تعالى: ﴿أَرْوَأْوْا بِالْعُقُود﴾^(١)، وعدم منع الشارع عنه. نعم، إذا كان عمل الشركة المساهمة محرماً أو قلنا لا يوجد تحرير فقهي لعملية السندات فلا تصح وساطة البنوك آنذاك.



الحوالات الداخلية والخارجية



الحالات الداخلية والخارجية

لو فرضنا أنّ شخصاً كان مديناً لآخر، فتارةً نفترض أنّ الدائن في البلد نفسه، وأخرى يكونُ في خارجه، فلو أراد الدائنُ تفريغ ما في ذمّته من الدين في الوقت المعاصر يتوسّطُ البنكُ بين الدائن والمدين، فالبنكُ يتصدّى بتفريغ ذمّة المدين، فإنّ كان الدائنُ في بلد نفس المدين فيحولُ البنكُ من ذمّة المدين إلى ذمّة الدائن، ويصططّحُ على هذا بالحالة الداخلية، وأخرى الدائن موجود في بلد آخر فি�صططّح على الحالة التي يقومُ بها بالحالة الخارجية.

إذاً دور البنك في هذه الفعالية هو دورُ المُحيل عليه، فهناك أطرافُ ثلاثةُ المُحيلُ وهو (المدين)، والثاني المُحالُ وهو (الدائن)، والطرفُ الثالث المُحال عليه وهو (البنك)، وقبل أن نتحدث عن صور الحالة ينبغي أن نُفّرق بين مصطلح العُهدة والذمة، فهل الحالة تتمثلُ بنقل ذمّة إلى ذمّة أو هي تعهدٌ من البنك بتسديد الدين؟ فنقولُ:

الفارق بين العُهدة والذمة:

إنّ العُهدة والذمة مصطلحان مترّبان في باب الديون، ويوجدُ مائزان للتفرقة

بينهما:

المائز الأول: صياغي، فيقال: إن العهدة والذمة وعاءان عقلائيان يختلفان بحسب اختلاف المظروف، فإن كان المظروف أمرًا خارجيًا سُمي الوعاء بالعهدة، وإن كان المظروف أمرًا كليًا سُمي بالذمة، فالعهدة وعاء عقلائي بلحاظ المظروف الخارجي، والذمة وعاء عقلائي بلحاظ المظروف الكلي، وكأن هذا المائز الصياغي أخذ من باب الغصب، فيقال للغاصب ما دامت عين المال موجودة يكون في عهده وبعد تلفه يكون عوض المال في ذمته.

إذاً العين قبل أن تتلف تكون عيناً خارجيةً وشخصية فيعبر عنها بأنّها في العهدة، أمّا بعد التلف فينتقل المال من العين الخارجية إلى الأمر الكلي، وهذا الأمر الكلي يعبر عنه بالذمة.

المائز الثاني: جوهري وليس المائز الأول إلا نتاجاً له، فنقول: أن الذمة تتعلق بالأموال، ففي باب التملّك والتملّك يحتاج كُلّ منها إلى عوض وعوض خارجي حتى يحصل التملّك والتملّك، فلو افترضنا في حال إنشاء المعاوضة لم يتيسّر وجود مال خارجي لأنشاء التملّك والتملّك بلحاظ الطرفين، فهنا نعتبر وجود مال تتعلق بهما الذمة، وهذا المال المعتبر مرأة للمال الخارجي، فالذمة التي تتعلق بالمال المعتبر يكون اللحاظ، أي: لحاظ الذمة بهذا المال على نحو المعنى الحرفي، وللحاظ الذمة بالمال الخارجي معتبر على نحو المعنى الإسمى الإستقلالي، وإنّا التجئنا إلى تعلق الذمة بالمال المعتبر؛ لأنّ التملّك والتملّك لا يكون إلا بالمال، وهذا المال إن لم يكن له وجود خارجي فلا أقل له وجود اعتباري؛ إذ ليس هو بين السماء والأرض فلابد من وجود وعاء للمال تتعلق به الذمة، هذا

هو المقصود بالذمة سواء كان هذا الوعاء الاعتباري للذمة مال خارجي أو مال كُلّي؛ إذ المناط في الذمة على المائز الثاني وجود مال معنوي تتعلق به الذمة أعمّ من كونه مال شخصي أو كُلّي، وأمّا المقصود بالعهدة فهي عبارة عن التزامات وتعهّدات تفرضها طبيعة المعاوضات، وهذا يتحقّق في مسألة الشروط التي تُذكّر في ضمن العقد، فلا يُقال: إنّ تنفيذ الشرط في ذمّته، وإنّما يُقال تنفيذه في عهده، وهكذا نفقة الأقارب يتعهّد بها الشخص.

فظاهر أنّ المائز بين الذمة والعهدة بأنّ الذمة وعاءً للمال وإن كان إعتبراً، والعهدة مجرّد التزام وتعهّد، وهذا مصطلحان متربّان في باب القرض بصورة واضحة، فمن يستلف من آخر ثبت في ذمّته المال وثبت أيضاً التعهّد برد ذلك المال، والنسبة بين الذمة والعهدة هي عموم من وجهه، فمورد الإتفاق هو القرض، والإفتراء هو المال المغصوب قبل تلفه، وهذا ثابت بالعهدة، وافتراق العهدة عن الدين الذي عجز المدين عن ردّه فهو ثابت في الذمة.

إذا إتّضح ذلك: فهل الحالة المبحوثة هي نقل ذمة إلى أخرى أو أنها عهدة يتعهّد بها البنك؟

الفقه الإمامي بأجمعه يفسّر الحالة بأنّها نقل ذمة، فلو كانت مشغول الذمة بعشرة دنانير لزيد وطلبت من شخصٍ أن يُسدّد هذا الدين، فيُقال: تحولت ذمة المدين إلى المُحال عليه، بينما المدارس الُّسُنّية تفسّر الحالة بأنّها تعهّد من المُحال عليه في ذلك.

صورُ الحوالة:

ويُمكّن أن نذكر صوراً مسألة تطبيق الحوالة التي تكون بين شخصين بتوسيط البنك:

الصورة الأولى: الحوالة على بنك مع افتراض وجود رصيد مالي للمحيل

نفترض أن شخصاً مدين لا ينتمي إلى الدائن إلا ما يكون خارج البلد أو في داخله - كما لو كانت بعض البلدان توجد مسافة بعيدة بين أماكنها فتحصل حواله في الداخل - ونفترض أيضاً أن المدين له رصيد مالي، أي: قد أودع مالاً في البنك، فهنا البنك يُصدر حكماً يتضمن تسدیده المبلغ إلى الدائن سواء كان في خارج البلد أو في داخله، فالبنك المذكور في بلد المدين يتصل في البنك الخارجية أو الداخلية بتسديد الدين لذلك الدائن، وبعد التسديد يُصدر البنك صكًا يدفعه إلى عميله، والنكتة في هذا التصرّف المصرفي هو لإثبات عملية الحوالة، وأنها قد تمت بذات المبلغ المكتوب على الصك، وهنا البنك حينما يكون محال عليه أو يكون وسيطاً في ذلك فهو يطلب العمولة من عميله، فما هو الوجه الفني فيأخذ تلك العمولة لاسيما على مبني جماعة من المعاصرين في أن الزبون حينما يودع أمواله ترجع الوديعة عندهم إلى القرض فهو قد أقرض البنك، فكيف يصح من البنك أخذ العمولة؟

تخرجان للصورة الأولى:

التخرج الأول: أن المنصرف في عقد القرض التسديد في البلد الذي حصل فيه العقد، ولا يحق للمقرض مطالبة المقترض بالتسديد أو الوفاء في غير بلد عقد

القرض إلا مع الإتفاق، فحينئذ نقول: إنَّ الزبون حينما يُودعُ أمواله في العراق _مثلاً_ فهو قد أقرض البنك (المقرض) وعليه تسديد ما في ذمته، والمنصرف حصوله في بلد القرض وهو العراق، فإذا أراد المقرض (البنك) التسديد في غير بلد القرض يحقُّ له الإمتناع عن وفاء دينه في غير مكان القرض.

نعم، يمكن أن يتنازل البنك عن الحق المذكور بشرط إعطاءفائدة على التنازل عن هذا الحق.

ال تخريج الثاني: أنَّ عملية الوديعة إذا أرجعناها إلى القرض يكونُ الزبونُ هو الدائنُ والبنكُ هو المدين وحرمة أخذ الفائدة تكونُ بحق الدائن، وأمّا أخذ المدين للفائدة فلا إشكال فيها، وهنا البنك (المدين) يأخذُ الفائدة.

ويردُّه: أنَّ المحرّم هو الإستلام من جانب المقرض؛ لصدق الإقراض مع الفائدة، وإطلاق الروايات تشمله مثل صحيحة يعقوب بن شعيب: «لا يصلح إذا كان قرضاً يجُرُّ شيئاً فلا يصلح»^(١).

الصورة الثانية: الاقتراض من البنك مع تحويل أخذ القرض إلى بلد آخر

نفترض أنَّ شخصاً يريدُ الإقتراض من البنك؛ لأنَّه ليس لديه رصيد مالي فيه، فما يأخذُه من البنك آنذاك لا يكونُ إلا على أساس الإقتراض من البنك، ويفترض أيضاً أنَّ الشخص المذكور لا يريدُ القرض في ذات بلدِه _مثلاً العراق_ وإنَّما يريدُ

(١) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٦ / ١٧٥ / باب القرض وأحكامه / الحديث ١٦.

الحصول عليه في بلد آخر_لبنان مثلاً_ فهنا البنك الأول_ الذي أراد أن يفترض منه هذا الشخص_ سوف يصدر صكًا يحمل مقدار المال المقترض، فيطلب البنك الأول من البنك الآخر سواء كان فرعاً للبنك الأول أو بنكاً مستقلاً إقراض صاحب الصك المال المسجل عليه، فهنا البنك الأول يطالب بعموله إزاء ما فعله فما هو الوجه في تصحيفها؟

تخيّجات للصورة الثانية:

فهنا يوجد تخيّجات لتصحيح أخذ العمولة:

التخيّج الأول: توكيلاً البنك الشخص المنوح صك المصرف محوّلاً على البنك الآخر ونكيته من الإقراض من البنك الآخر في البلد الآخر، ويكون البنك الآخر المحال عليه وكيلًا في إقراض حامل الصك المبلغ المذكور فيه من أموال البنك المحيل المودعة عند البنك الآخر، وهذا ما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله) فقال: (يأخذ البنك عمولة معينة إزاء قيامه بهذا العمل، والظاهر أنه يجوز للبنك أخذ العمولة على إصداره صكًا من هذا القبيل إذا كان مردّه إلى أخذ الجعل على توكيلاً البنك الثاني في إقراض حامل الصك المبلغ المذكور فيه من أموال البنك الأول الموجود لديه، فليس هو من قبيل أخذ الجعل على الإقراض نفسه ليكون حراماً، بل من قبيل أخذ الجعل على التوكيلاً في الإقراض فلا يكون الإلزام بدفع الجعل مرتبطاً بعملية الإقراض نفسها، بل بالتوكيلاً فيها، فلا يكون به بأس

حينئذ^(١).

ويُلاحظ عليه: أن الوكالة ليس لها مالية في حد نفسها حتى يصح بذل الجعل في مقابلها، وإنما يشترط في كون الوكالة لها مالية للقاعدة المعروفة وهي إشتراط المالية في المعاوضات، وهو يسلم بها، والوكالة بها هي ليست لها مالية، وإنما بلحاظ الشيء الموكّل فيه وهنا الموكّل فيه الإقراض، فصار الجعل مقابل الإقراض، وعليه فرجع الإشكال من جديد.

التخريج الثاني: التنازل عن الحق بتقريب: أن العادة جرت في الذي يحول الإقراض من بلد إلى آخر يكون المال المقترض المذكور في الصك بعملة وما يستلمه في البنك المحول عليه عملة أخرى، فهنا البنك الأول بحسب القواعد الشرعية للإقراض أن يطلب منه تسديد ذات العملة التي وقع عقد القرض عليها إلا إن البنك (المقرض) يمكن أن يتنازل عن حقه بالتسديد من ذات العملة إلى عملة أخرى مقابل عمولة على التنازل المذكور، وهذا أمر جائز؛ لأن المطالبة بذات العملة حق يكفله عقد القرض ولا يتنازل عنه إلا مقابل أجرة يدفعها حامل الصك، وقد أشار إليه السيد السيستاني (حفظه الله) بقوله: (ثم إن المبلغ المذكور في الصك إذا كان من العملة الأجنبية يحدث للبنك حق، وهو أن المدين (صاحب الصك) حيث إشتغلت ذمته بالعملة المذكورة فله (للبنك) إلزامه بالوفاء بالعملة نفسها، فلو تنازل عن حقه هذا وقبل الوفاء بالعملة المحلية (عملة البلد الآخر) جاز لهأخذ

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٧ / الحالات الداخلية والخارجية.

شيء منه (المدين) إزاء هذا التنازل^(١).

التخريج الثالث: ما ذكره السيد الخوئي^{فقيه}، من أنّ ما يفعله البنك من نقل القرض من بلد إلى آخر خدمة عقلائية غرضها تسهيل الأمر على الشخص المذكور، فيستحق البنك إزاء هذه الخدمة عمولة يتلقّى الطرفان عليها، وهذا أيضاً لا إشكال فيه^(٢).

الصورة الثالثة: الدفع للبنك في مكان ما وأخذه في مكان آخر

أن يدفع الشخص مبلغاً معيناً من المال إلى البنك _في النجف الأشرف مثلاً_ ويأخذ تحويلاً في المبلغ أو بما يعادله على بنك آخر في الداخل _بغداد أو في الخارج كلبنان_ ويأخذ البنك إزاء قيامه بعملية التحويل عمولة معينة منه، فأيضاً ما هو الوجه في أخذ العمولة المذكورة^(٣)؟

التخريج الأول: على أساس البيع: أنّ الشخص حينما يدفع إلى البنك مبلغاً معيناً من العمولة المحلية على أن يتم تحويل ما يعادل هذا المبلغ الأول بالعملة الأجنبية، مع إضافة عمولة التحويل إليه، ففي الواقع الأمر هو بيع مع إختلاف

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٧ / الحالات الداخلية والخارجية.

(٢) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٣.

(٣) تفترق هذه الصورة عن الصورة الأولى، هو إنّ الصورة الأولى كانت تفترض بأنّ هذا الشخص كان هناك من يطلب خارج البلد، فيطلب من البنك أن يتصل بالفرع الموجود عنده ويقوم بتسليه، والثانية كانت على العكس، أي: الشخص يطلب من البنك أن يستلم هذا المبلغ خارج البلد، والثالثة لا يوجد فيها لا إقراض ولا أي شيء من هذا القبيل، بل هو يعطي البنك مبلغاً من المال على أن يستلمه في مكان آخر أو يحوله إلى شخص آخر.

جنس العملة، ونخرجُ من خالله عن مسألة الربا المحرّم؛ لأنّ الربا المعجمي مختصٌ بالملكيّل أو الموزون، والأوراق النقدية من المعدودات، والزيادة هنا زيادةٌ على البيع، إذ لا ضير في ذلك؛ لأنّ البيع مبنيٌّ عادةً علىأخذ الزيادة.

وهذا التخريجُ تقدّم نظيرهُ في تصحيح القروض مع البنوك الأهلية، فبدلاً من أن يُقرض البنكُ الأهلي مبلغًا معينًا مع زيادةٍ تُبدّل عملية القرض إلى عملية البيع والزيادة على البيع لا مشكلة فيها، وهكذا ذكرنا في الودائع عند البنوك الأهلية؛ لأنّها ترجعُ إلى القرض حسب مبني جماعة المتأخرین فتُبدّل هذا القرض إلى البيع مع عملة مختلفة وملاحظة سوق العملات لتجعل الزيادة إزاء هذا التحول في سوق العملات الأجنبية.

وعلّقنا سابقاً على التخريج المذكور، من اشتراط جماعة من الفقهاء في البيع إختلاف جنس العملة تفاديًّا من الواقع في القرض؛ لأنّ الفارق بين القرض والبيع هو إعتبار المغايرة في العوضين في باب البيع، وعدم ذلك في باب القرض فتفاديًّا من الواقع بيع العملة في القرض اشترطوا المغايرة في جنس العملة.

وتعليقنا السابق يأكي من أنّ المغايرة في العملات ليس كافياً لتحقيق عنوان البيع؛ وذلك لأنّ النقود كُلُّها يُنظرُ إليها مهما اختلفت شكل العملة على أنّ لها مالية، فالتبديلُ قوامهُ بين المالين وهمَا شيءٌ واحدٌ فرجع الاشكالُ من جديد.

الخريجُ الثاني: على أساس القرض، فإن دفع الشخص المال للبنك لا يكون إلا على جهة القرض، وهناك زيادة يدفعها أحدُ الطرفين ف تكون محرّمةً؛ لأنّها فائدةٌ

ربوية، ولكن الزيادة المحرّمة في باب القرض ما إذا رجعت إلى المقرض دون المقترض.

وفي مقامنا أنّ المقرض هو الذي يدفع الزيادة والمقرض (البنك) يأخذها، وهذا لا ضير فيه، فإنّ ما دلّ على حرمة أخذ الزيادة لا إطلاق فيه للمقرض، أو إنّ النصوص صريحة في أنّ الزيادة المحرّمة هي فيما إذا رجعت للمقرض.

إن قلت: إنّ الزيادة الممنوعة تنقسم على قسمين:

الأول: زيادة عينية.

الثاني: زيادة حكمية.

وهنا الزيادة العينية وإن لم يأخذها المقرض (الزبون)، وإنّما أخذها المقترض وهو البنك - إلا أنّ الزيادة الحكمية رجعت إلى المقرض بتقرير:

إنّ المقرض حينما وسّط المقترض (البنك) بتحويل المبلغ إلى مكان آخر فهذا التحويل خدمة عقلائية لها نفع، ورجعت إليه، والزيادة الحكمية كالزيادة العينية توجب الربا.

قلت: إنّ هذا تامٌ من جهة الْكُبْرَى، أي: أنّ الزيادة الحكمية كالزيادة العينية توجب أخذها من ناحية المقرض إلا أنّ الزيادة الحكمية في بعض حالاتها أجازها الشارع - كما لو كانت التحويل -، أي: إسلام القرض في غير بلد عقد القرض، فقد وردت روایاتٌ صحيحةٌ السند وواضحةٌ الدلالة في أنّ الزيادة الحكمية إذا كانت من هذا القبيل لا مانع من إشتراطها، فلاحظ صحيحةٌ يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ: في الرجل يسلفُ الرجل الورق على أن ينقدها إياه بأرضٍ أخرى

ويشترط عليه ذلك، قال: «لا بأس»^(١)، وتوجد روايات أخرى في هذا المضمون، وقد أشار السيد السيستاني (حفظه الله) إلى هذا التخريج والإشكال والجواب عليه بقوله: (أن يقوم الشخص بإقراض البنك مبلغًا معيناً ويشترط عليه تحويله إلى بنك آخر في الداخل أو الخارج مع عمولة معينة بإزاء عملية التحويل، وهذا لا بأس به أيضاً؛ لأن التحويل وإن كان عملاً محترماً له مالية عند العقلاة، فيكون إشراط القيام به على المقرض من قبيل إشراط النفع الملحوظ فيه المال المحرم شرعاً، إلا أن المستفاد من النصوص الخاصة الدالة على جواز إشراط المقرض على المقرض قيامه بأداء القرض في مكان آخر، وجواز إشراط التحويل أيضاً، فإذا كان يجوز إشراطه مجاناً وبلا مقابل، فيجوز إشراطه بـإزاء عمولة معينة بطريق أولى)^(٢).

الصورة الرابعة: تحويل البنك لاستيفاء القرض في بلد آخر

عكس الصورة الثالثة، وهي أن يقبض الشخص مبلغًا معيناً من البنك في النجف الأشرف مثلاً ويحول البنك لاستيفاء بدله على بنك آخر في الداخل والخارج، ويأخذ البنك الأول إزاء قبوله الحوالة عمولة معينة منه، ويوجد تخریجان لأخذ العمولة:

البخريج الأول: من باب البيع وهو أن يبيع البنك على الشخص مبلغًا من العمولة المحلية بمبلغ من العمولة الأجنبية تُعادل المبلغ الأول مع إضافة عملية

(١) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٦ / ١٧٥ / باب القرض وأحكامه / الحديث ١٣.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٨ / الحالات الداخلية والخارجية.

التحويل إليه، فيحوله المشتري إلى البنك الثاني لتسليم الثمن، وهذا جائزٌ لما سبق، وقد تقدم الإشكال عليه أيضاً.

التخريج الثاني: من باب القرض، والعمولة التي يشرطها البنك تكون مقابلة النازل عن حقه في إسلام القرض في بلد العقد، وقد أشار إليه السيد الخوئي ^{رض} بقوله: (أن يكون أخذها لقاء تنازل البنك عن حقه، حيث أنه يحق له الامتناع عن قبول ما أرمه المدين من تعين التسديد في بلد غير بلد القرض، فعندئذ لا بأس به) ^(١).

وأورد على هذا التخريج السيد السيستاني (حفظه الله): بأنّ أخذ العمولة من جهة التنازل عن الحق في عقد القرض إنّما تصح بعد تمامية عقد القرض، فحق التنازل إنّما يتولد بعد إجراء عقد القرض كما هو واضح، وأمّا إذا لم يحصل عقد القرض وأراد المقرض التنازل عن الحق المذكور فلا معنى لأخذ العمولة؛ لأنّها فرع التنازل عن الحق والتنازل فرع تمامية عقد القرض، وفي هذه الصورة الرابعة أن الشخص كما يبدو ليس لديه رصيده في البنك، وإنّما يريد أخذ المال قرضاً إبتداءً من البنك فلا يحق للبنك وهو (المقرض) أخذ عمولة عن التنازل ما دام لم يتم عقد القرض، ثم قال (دام ظله): نعم، إذا تم العقد المذكور يصح أخذ العمولة بإزاء التنازل وهذا يتصور أن يكون للشخص رصيد مالي في البنك وهو قد أقرض البنك سابقاً فالقرض متحقق سابقاً فإذا أراد التنازل يكون تنازاً لاً بعد تمامية عقد القرض، وهذا لا بأس به، وهذا نصّ عبارته: (وهذا رباً؛ لأنّه من قبيل إشراط دفع الزيادة في القرض وإن كانت بإزاء عملية التحويل). نعم، إذا وقع هذا من غير شرط مسبق

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٣ / التحويل الداخلي والخارجي.

بأن إقترض المبلغ من البنك أولاً، ثم طلب منه تحويل قرضه إلى بنك آخر لاستيفائه منه، فطلب البنك عمولةً على قبوله ذلك جاز^(١).

إن قلتَ: لماذا في الصورة الثالثة ارتضىأخذ العُمولة بِإِزَاءِ التَّنَازُلِ عَنِ الْحَقِّ؟
قلتُ: إنَّهُ فِي الصُّورَةِ التَّالِثَةِ الْبَنْكُ هُوَ الَّذِي قَدْ أَعْطَى لِلشَّخْصِ أَمْوَالَهُ وَمِنْ حَقِّهِ
مَطَالَبَ الْمُقْرَضِ بِالْتَّسْدِيدِ فِي عَقْدِ الْقَرْضِ، وَيُرْفَعُ الْيَدُ عَنِ ذَلِكَ بِإِزَاءِ عُمُولَةِ مَا.
وَإِعْتَرَضَ عَلَيْهِ بَعْضُهُمْ وَقَالَ: إِنَّ أَخْذَ الْعُمُولَةَ لَا يُشْرِطُ فِيهَا التَّنَازُلُ عَنِ الْحَقِّ
لِعَقْدِ قَرْضٍ سَابِقٍ، بَلْ يَحُوزُ الْأَخْذَ وَإِنْ لَمْ يَتَمَّ عَقْدُ الْقَرْضِ: وَذَلِكَ عَلَى أَسَاسِ أَنَّ
الْبَنْكَ حِينَمَا يَدْفَعُ لِلشَّخْصِ مَالًا أَوْ لَيْسَ مِنْ حَقِّهِ أَنْ يُطَالِبُ بِالْتَّسْدِيدِ فِي بَلْدِ الْعَقْدِ،
فَيَقُولُ: هَذَا الشَّرْطُ الْمُبَاحُ أَرْفَعُ الْيَدَ عَنِهِ بِإِزَاءِ عُمُولَةٍ فَتَكُونُ الْعُمُولَةُ مُقَابِلَ الشَّرْطِ
الْمُبَاحِ، وَهَذَا لَا يَأْسُ بِهِ^(٢).

وَيَرِدُ:

أولاً: لا دليل على توزيع العوض في مقابل أصل الشيء وفي مقابل شروطه،
فلو باع المكلف كتاباً بشرط أن يكون من المطبعة الفلانية، فالثمن لا دليل على أنه
يوزع تارةً في مقابل الكتاب، وأخرى في مقابل الشرط، أي: أن فكرة الشروط مقابل
بالمبالغ لا دليل عليها، وإنما الشروط داعياً لزيادة المال، والداعي لا تقابل
بالثمن.

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٨ / الحالات الداخلية والخارجية.

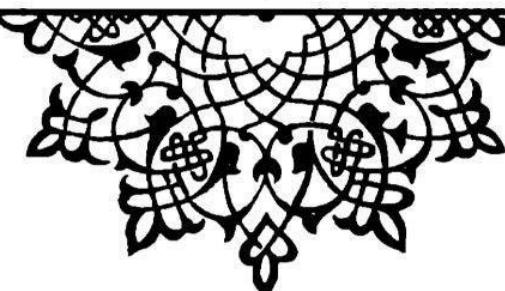
(٢) فقه البنوك، محمد باقر الإيرواني: ٢٧٤.

ثانياً: أن الشرط المباح الذي تم التنازل عنه لو سلمنا أن الشرط تُقابل بالأموال إلا أنه هناك فرق بين الشروط التي يقتضيها أصل العقد والشروط التي لا يقتضيها أصل العقد، فشرط التسليم في بلد عقد القرض مما يقتضيه أصل العقد، فأخذ العمولة على هذا الشرط سوف يرجع إلى أخذ العمولة على أصل العقد، وبها أن العقد على أساس التخريج الثاني رجع إلى القرض فتكون هذه العمولة بإزاء عقد القرض، وعليه التخريج الثاني ليس صحيحاً إلا إذا كان العقد تم سابقاً حسبما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله).

هذا تمام الكلام في الحالات.



جوائز البنك



جوائز البنك

إنّ مسألة تخصيص جوائز من قبل مؤسسة مالية كالبنك أو مؤسسة خيرية عامة أو خاصة أمرٌ شائع في الحياة المعاصرة، ففي مثال المشاريع الخيرية تُخصص الجمعيات الخيرية جوائز تُعطى في القرعة للمساهمين في بذل المال، والتبرّع به في تلك الجهة الخيرية، وكذلك البنك قد يقوم بعملية القرعة بين عملائه ويعطى من تصفيه القرعة جائزةً ترغيباً للإيداع فيه، فهل يجوز للبنك القيام بهذه العملية؟

الجواب: إن كان قيامه بها (بعملية الاقتراع) لا باشتراط عملائه، بل بقصد تشويقهم وترغيبهم على تكثير رصيدهم لديه وترغيب الآخرين على فتح الحساب عنده جاز ذلك كما يجوز عندئذ لمن أصابته القرعة أن يقبض الجائزة بعنوان مجهول المالك بإذن الحاكم الشرعي أو وكيله إن كان البنك حكومياً أو مسرياً، وإلا جاز بلا حاجة إلى إذن الحاكم، وأمّا إن كان بعنوان الوفاء بشرطهم في ضمن عقد القرض أو نحوه فلا يجوز، كما لا يجوز لمن أصابته القرعة أنّ أخذها بعنوان الوفاء بذلك الشرط، ويجوز بدونه^(١).

وقد سُئل الشّيخ التبريزـي^{رحمه الله} عن حكم الشهادات البنكية التي تُشتري من

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ٤١٤؛ منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٠.

البنوك وبموجبها يدخل صاحب هذه الشهادة في سحبه (قرعة) على جوائز نقدية،
علمًا أنه يمكن إسترجاع القيمة الأصلية في أي وقت للبنك؟
فأجاب: إذا لم يشترط الإقتراع في إيداع المبلغ، بمعنى أنه لو لم يقترعوا إتفاقاً لا
يرى لنفسه حقاً في طلب الإقتراع وإن علم أنهم يقترعون؛ وأنه لا يتفق ذلك، أي:
عدم الإقتراع فلا بأس به، فإن أصابته القرعة وحصل على الجائزة فيتعامل مع
الجائزة معاملة المجهول المالك^(١).

غرضان لإيداع العميل:

وتوضيح ذلك: أن الفقهاء قد فصلوا في جواز أعمال الإقتراع من البنك، وفي
جواز دخول العميل في القرعة بين صورتين:

الصورة الأولى: إذا كان الغرض من الإيداع تحصيل الجائزة
إذا كان الدخول في الإقتراع نتيجة إشتراط العملاء في ذلك، أي: أن الوديعة لم
تُدفع للبنك إلا بشرط الدخول في القرعة، وفي هذا الصورة أفتوا بعدم الجواز،
وهناك وجهان للحكم بعدم الجواز:

الوجه الأول: ما ذكره بعض المعاصرین من أن إشتراط القرعة يؤول إلى القمار،
إذ ماهية القمار وحقيقةه هي أن الإنسان يُقدم على فائدة يكون حصولها إحتتمالياً في
مقابل بذل عوض مال، إذ يمكن أن يتلف عوضه الذي دفعه بالمرة، أي: لا يقابل

(١) صراط النجاة، جواد التبريزي: ٦ / ٤٣٣ / رقم السؤال ١٥٧٩.

بشيء، فالخاصية المميزة ل Maher هي إقدام الإنسان على مشارطة لا يضمن فيها العوض، وإنما إقدامه يكون برجاء إحتمال النفع، وفيما نحن فيه يُقدم العميل على شراء الشهادة بداعي التملك الإحتمالي بالقرعة وهو قمار^(١).

ويُلاحظ عليه: أنّ القمار متقوّم بأمررين:

الأمر الأول: الإقدام على التملك الإحتمالي على عوض غير مضمون، وهذا ما أشار إليه.

الأمر الثاني: بذل مال في معرض التلف في قبال ذلك التملك الإحتمالي، وفي المقام لا يكون المال المدفوع إلى البنك معرضاً للتلف؛ إذ بحسب بنود البنك، قد تُضاف مقدار الجائزة إلى الوديعة الأصلية، وقد تتعهّد البنوك بإسترداد قيمة الشهادة.

إذاً لا يكون في الإقدام على شراء الشهادة والدخول في القرعة أي إقدام على التلف، فالأمر الثاني المقوّم لل Maher ليس متحققاً.

الوجه الثاني: أن إشراط القرعة يؤول إلى فائدة ربوية في عقد القرض، لما تقدم عن جماعة من رجوع الودائع البنكية إلى عقد القرض بشهادة إختلاف الودائع البنكية عن الودائع الفقهية، وذكرنا هناك عدة وجوه للإختلاف بين الوديعتين، من قبيل أن الوديعة الفقهية لا يُسمح للمودع أن يتصرّف في العين، بينما يحق للبنك التصرّف ولو بتلف العين، ومن قبيل أن العين لو نمت ففي الودائع الفقهية ترجع

(١) فقه المصارف والنقود، محمد السندي: ٤١٢

إلى الوديعي؛ لقاعدة النماء تابع للأصل، بينما في الودائع البنكية للبنك حصة في تلك النماءات، ومن قبيل ما لو تلفت العين من دون تعدٍ أو تفريط ففي الودائع البنكية يضمن، بينما في الودائع الفقهية لا ضمان، فهذه الآثار تشهد باختلاف حقيقة الودائع الفقهية عن الودائع البنكية، والأقرب إنداراجها ضمن عقد القرض فإذا تم التسلیم برجوع الودائع البنكية إلى القروض، فالعميل حينما يشترط بإعطاء الوديعة (القرض) إشترط على البنك الدخول بالقرعة وهذا شرط محظوظ؛ لأنّه شرط في عقد القرض فيندرج تحت صحيحة يعقوب بن شعيب: «لا يصلح إذا كان قرضاً يجُرّ شيئاً فلا يصلح»^(١).

ثم نقول: ينبغي أن نفصل الكلام بين الوديعة بشرط الحصول على الجائزة في المصارف الحكومية والمشتركة وبين المصارف الأهلية، ففي المصارف الحكومية والمشتركة يجوز الدخول من دون أي إشكال حتى على فرضية رجوع الوديعة إلى القرض، وذلك على مبني أنّ الدولة لا تملك فلا يتصور إنشاء عقد القرض معها، وأمّا في المصارف الأهلية فالمعروف أنّه لا يجوز إلا أنّه سابقاً قلنا إنّ السيد السيستاني (حفظه الله) صح الوديعة في المصارف الأهلية^(٢) وإن رجعت إلى القرض عن طريق رضا أصحاب البنك بالتصريف في الفائدة -كما هو الظاهر- من ذلك، وعليه لا تخلو عبارة السيد السيستاني (حفظه الله)^(٣) في هذا المجال من قصور؛

(١) وسائل الشيعة، الحرم العاملی: ١٨ / ٣٥٦ / الباب ١٩ / الحديث ٩.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٩.

(٣) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٠.

لأنه هنا أطلق عدم جوازأخذ الفوائد من البنوك الأهلية بناءً على رجوع الوديعة إلى القرض، بينما في البحث السابق أجاز التصرف في تلك الأرباح تمسّكاً بفكرة إحراز الرضا الباطني.

ثم إنَّ السيد الخوئي عليه السلام ذكر في ذيل هذا الشق: (كما لا يجوزُ لمن أصابته القرعة أخذها بعنوان الوفاء بالشرط ويجوزُ بدونه)^(١)، من أجل التحفظ على مسألة جواز أخذ الفائدة بدون الوفاء بالشرط، ومنشاءه أنَّ هذا معقولٌ في المصارف الحكومية التي يتعامل معها معاملة مجھول المالك، فيُمكّنُ أخذها لا بعنوان الوفاء بالشرط، وإنما من باب الاستئذان من الحاكم الشرعي.

وأمّا في البنوك الأهلية فإذا كان الشرطُ باطلًا _ كما صوره _ فكيف يحصلُ على الفائدة لا بعنوان الوفاء بالشرط؟ فما دام الشرطُ لا يصحُّ الوفاء به؛ لأنَّه شرطٌ في قرض كيف يتمكّنُ الزبونُ من أخذه رغم أنَّ الوفاء به يستلزمُ محدودًا شرعاً؟ وهذا أيضًا إشكالٌ يُسجّلُ على العبارة، هذا كُلُّهُ في الشق الأول.

وعلي أيّ حالٍ، هذا الوجهُ الثاني لا ينسجمُ على مبنائنا من إدراج ما يدفعهُ الزبونُ بعنوان الوديعة تحت عنوان العقود المستقلة، والفوائدُ تكونُ من مقتضيات العقد وهكذا لا ينسجمُ مع مبنانا في ملكية الدولة.

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٤ / جواز البنوك / المسألة ١٣.

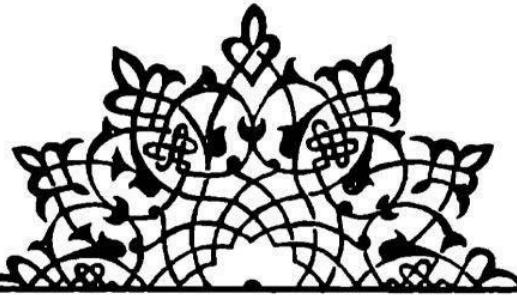
الصورة الثانية: إذا كان الغرض من إعلان الجائزه هو جذب المودعين

إذا كان الغرض من الإعلان عن الجائزه هو لجذب أكثر عدد من المودعين، هنا أفتى الفقهاء بالجواز ما دام لم يتم الدخول من الزيون واجراء القرعة من البنك على أساس الشرط.

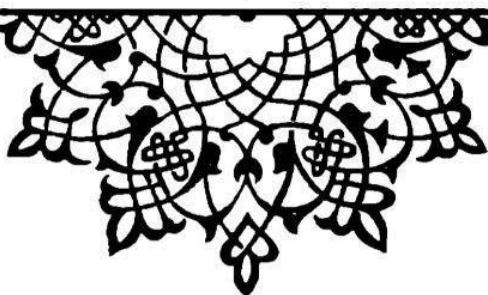
فقول: إن البنك في الخارج على قسمين من ناحية إعلان الجوائز والدخول في القرعة:

الأول: أن الله دائمًا وفي كل سنة يقوم بالإعلان عن القرعة، فآنذاك إذا دخل الزيون وأودع على أساس الشرط المركوز لديه، فأجرائها يكون تنفيذًا لشرط الزيون، وهذا لا يجوز.

الثاني: أن البنك في سنة يعلن عن القرعة ويُجربها، بينما في سنوات أخرى لا يجربها، فلو دخل الزيون وأودع على أساس الشرط فالبنك هنا ليس ملزماً بتنفيذ هذا الشرط؛ لعدم التزامه بإجراء القرعة دائمًا فهنا يُقال بالجواز، هذا ما ينبغي أن يُفهم من مسألة لو أعلن البنك القرعة على أساس التشويف والترغيب.



تحصيل الكميالات



تحصيل الكمبيالات

من جملة فعاليات البنوك تحصيل الكمبيالات، ولتوسيع هذه الفعالية نقولُ: إنّ الخدمات التي تقوم بها البنوك تحصيل قيمة الكمبيالة لحساب عميله، فإنّه قبل تاريخ إستحقاقها يقوم البنك بإخطار وشعار المدين (الذي وقع على الكمبيالة) ويُشرح في الإخطار قيمتها ورقمها وتاريخها ليكون على علم وتهيئه للدفع وبعد التحصيل إما يُقيد البنك القيمة في حساب الزبون، أو يدفعها إليه بال المباشر، وبطبيعة الحال يأخذ البنك عمولة إزاء هذه الخدمة، ومن هذا القبيل أيضاً هو أن يقوم البنك بتحصيل قيمة الصك، فلو إفترضنا إنّ شخصاً كان يحمل صكًّاً وتمّ تحويله إلى بنكٍ معين إلا أنّ حامل الصك لا يريدأخذ قيمة الصك من البنك الحال عليه، أما لصعوبة الوصول إليه أو لا يوجد في هذا البنك حساب له فيأخذ الصك ويدهبه إلى بنكٍ آخر ويطلب منه تحصيل قيمة الصك، فيأخذ البنك (غير الحال عليه) عمولة إزاء ذلك.

أنحاء تحصيل الكمبيالة:

النحو الأول: تقديم المستفيد كمبيالة إلى بنك غير محول عليه أساساً

يُقدّم المستفيد كمبيالة إلى البنك غير محولة عليه أساساً ويطلب من البنك تحصيل قيمة الشيك إزاء عمولة، فالنخريج الفقهي -كما عن السيد الخوئي^١ والسيد السيستاني (حفظه الله^٢)- قد يكون من باب الجعالة، أي: أن حامل الصك أو الشيك يجعل شيئاً من يحصل قيمة هذا الصك، أو من باب الإجارة بأن يؤجر البنك في تحصيل قيمة الشيك لقاء أجرة معينة بشرط أن يكون للبنك قدرة على تحصيل الدين، وعلى الحالتين يكون أخذ العمولة جائزة بلا إشكال، ولكن بشرط أن يتم الإقتصار على ذات القيمة المذكورة في الصك دون الفوائد التي قد يقتضيها صاحب الصك فيما لو كتب مقداراً من المال وضمنه فوائد، فالجعالة أو الإجارة لابد أن تختص بمقدار ما وقع عليه القرض دون الفوائد الربوية؛ لأن الشارع شدّد على الربا ونهى عن ممارسته وعن كل ما يتصل به من المقدمات، فلو قبل البنك تحصيل قيمة الصك مع فوائده، فيدخل هذا العمل في النهي الوارد عن الربا الذي يشمل الربا مع مقدماته، فينبع الإقتصار على تحصيل قيمة القرض دون فوائده، وعليه لا يلامس هذا التخريج الواقع؛ لأن البنك لا تمارس عملية التفكير بين ما وقع عليه القرض وبين فوائده، فهي إما أن تقبل بعقد الجعالة أو الإجارة مطلقاً أو

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٥ / مسألة ١٤؛ منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١١ / مسألة ٢٥.

لا تقبل كذلك.

النحو الثاني: تقديم المستفيد ك الكمبيالة إلى البنك محولة عليه

إنّ موقع الكمبيالة قد طلب من حاملها الذهاب إلى البنك المعين لأخذ قيمة الكمبيالة، ولكن تفترض أنّ البنك المعين إما لا يوجد لديه أيّ رصيد مالي لموقع الكمبيالة أو لديه رصيد، ولكن بعملة أخرى تختلف عن العملة المذكورة في الكمبيالة، فهنا هل يجوز للبنك قبول التحويل عليه رغم أنّه ليس مديناً بشيء أو لا؟

نعم، ويجوز أخذ الأجرة أيضاً، وذلك لأنّ الحالة في فرض عدم وجود رصيد للمدين في البنك هذه حالة على البريء، ويُشترط في الحالة عليه القبول، فيقول: (لا أقبل الحالة عليه إلا بعمولة معينة) وهكذا لو كان لديه رصيد بعملة مختلفة، فيقول البنك أيضاً: (أنا لا أُسلّم قيمة الكمبيالة إلا بنفس العملة المودعة عندي) وبإمكان التنازل في دفع غير العملة مقابل عمولة معينة، وهذا لا بأس به في مقابل التنازل المذكور، ولكن بشرط أن يحصل البنك قيمة الكمبيالة من دون الفوائد التي قد يفترضها صاحب الكمبيالة على الموقع، ولذا قال السيد السيستاني (حفظه الله): (أنّ يُقدم المستفيد ك الكمبيالة إلى البنك محولة عليه، ولم يكن (البنك) مديناً لموّعها أو كان مديناً له بعملة أخرى غير ما أحال بها عليه، وحينئذ يجوز للبنك أخذ عمولة إزاء قبوله هذه الحالة _بالشرط المتقدم في سابقه_؛ لأنّ القبول غير واجب على البريء وكذا(القبول) على المدين(البنك) بغير جنس الحالة، فحينئذ لا بأس بأخذ

شيء مقابل التنازل عن حقه هذا)^(١).

النحو الثالث: تقديم المستفيد كمبيالة إلى البنك مع عدم وجود رصيد مالي له

يقدم المستفيد كمبيالة إلى البنك محوله عليه، ولكن نفترض هنا أن لدى موقع الكمبيالة رصيد مالي للبنك المحول عليه، وقد أشار الموقف في الكمبيالة إلى بند من البنود في أن البنك عليه أن يسدد ما في ذمته من الدين عند الإستحقاق، فهنا يقوم موظفو البنك بخصم ما يقابل مقدار الكمبيالة من رصيد الموقف وينزل من حسابه بهذا المقدار، ثم يحول هذا البنك إما إلى رصيد حامل الكمبيالة إذا كان لديه رصيد عند هذا البنك، أو يدفع إليه نقداً.

والسؤال هنا: البنك المحال عليه هو مدين^(٢) لموقف الكمبيالة، فهل يجوزأخذ العمولة على تسديد ما في ذمة البنك إلى الزبون؟

قد يقال: بعدم جواز مطالبة المحال عليه (البنك) بعمولة؛ وذلك لأنّه يجب على المدين أن يسدد ما في ذمته، وهناك قاعدة تقول: إن الواجبات لا تأخذ الأجرة عليها، وقد يقال: بالجواز؛ لأن العمولة لا تكون مقابل وجوب تسديد الدين، وإنما تكون على أساس أحد أمرين:

الأمر الأول: أن المحال عليه (البنك) وإن كان مديناً من الأساس، ولكن على ما

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١١ / مسألة ٢٥.

(٢) لأنّه إنفترضنا أنّ هذا الشخص يوجد عنده رصيد في البنك فهو يطلب البنك والبنك مدين لموقف الكمبيالة.

هو الصحيح أنّ الحالة لا تصحُّ عليه إلّا مع قبوله، فُيمكُنُ التنازلُ عن القبول بمقابل
عملة^(١).

الأمرُ الثاني: أنّ البنك يأخذُ العمولةَ لا على التسديد نفسه حتّى يُقال: هذا
واجب ولا يجوز، وإنّما على مقدمات التسديد وهي تُسهلُ عمليةً تسديد الدين من
خلال قبوله للكمبيالة وتنزيل المبلغ المسدّد من رصيده، ثم إيداعهُ باسم حامل
الكمبيالة أو تسليمه نقداً فُيمكُنُ أن يأخذ الأُجرة مقابل كُلّ هذه الأعمال^(٢).
إذاً الكمبيالة بكافة أنحائها الثلاثة لا مشكلة فيها.

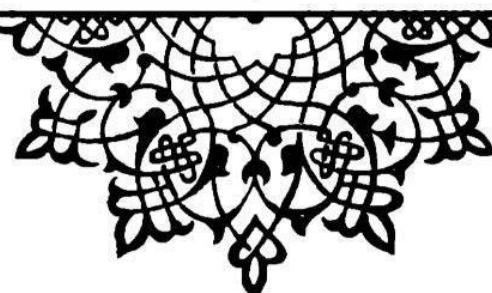
مُلخص

(١) فهو من حقّه أن لا يقبل، ولكن يُمكّنُ أن يُعطى له أموال حتّى يقبل وإن كان المحال عليه
مديناً، منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١١.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ١٢٧.



السحب على المكتوف



السحب على المكشوف

من الخدمات التي يقوم بها البنك هي أنه من كان لديه رصيد في البنك في الحساب الجاري^(١) يحق له سحب أي مبلغ لا يزيد على رصيده. نعم، في بعض الحالات إما يسمح له بسحب مبلغ يزيد على رصيده أو قد يكون لا رصيد له إلا إن البنك لثقته بهذا الشخص تسمح له بسحب أي مبلغ يطلبه، ويسمى هذا بالسحب على المكشوف، والبنك بطبيعة الحال يحتسب فائدةً على هذا السحب فما هو الوجه بأخذ تلك الفائدة؟ باعتبار أن أصل ما يدفعه البنك في هذه الحالة يرجع إلى الإقراض ويطلب فوائدًا عليه فكيف تُصحح تلك الفوائد؟

التخريجات لحية أخذ الفوائد من البنوك على السحب المكشوف:

التخريج الأول: المال المدفوع مجهول المالك

ما ذكره جماعة منهم السيد الخوئي^٢ والسيد السيستاني (حفظه الله)^(٢) من أن المال المدفوع إليه يكون بعنوان مجهول المالك لا بعنوان القرض، وتوضيحة:

(١) لأنه إذا كان على نحو الودائع الثابتة لا يحق له سحبها، وإذا سُحبت فلا توجد معها أي فائدة.

(٢) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ٤١٦؛ منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٢.

إنَّ الشخص المذكور لا يتمكَّنُ أن ينوي ويقصد الإقراض من البنك؛ لأنَّ القرض لا يصحُّ إلَّا من المقرض المالك أو كونه ولِيًّا عن المالك، وفي المقام أنَّ البنك لا يملُكُ وليس لهُ ولاية شرعية عن المالك، فعنوانُ الإقراض لا يتحققُ، وإنَّما الذي يتحققُ هو الاستيلاء على مجھول المالك؛ لأنَّ الدولة لا تملُكُ وما يقعُ بيدِه هو من هذا العنوان، لكن على أن يُجيزه الحاكم الشرعي^(١)، وعليه الفائدة التي يُلزم البنكُ الزبونَ بدفعها لا تكون فائدة على القرض، وإنَّما من باب الإلزام القانوني، فهو حيث لا يسعهُ التخلُّف قانوناً من دفع الفائدة يدفعها، وهذا لا علاقَة لهُ بقضية الفوائد المحرّمة نهائياً، وهذا التخريج يتحققُ في البنوك الحكومية والمشتركة، دون الأهلية^(٢)، ولذا قال السيد السيستاني (حفظهُ اللهُ): (السحبُ على المكشوف مردُّه إلى الإقراض من البنك بشرط دفع الفائدة فهو قرضٌ ربوٌّ محرّمٌ، وما يتقادمهُ البنكُ من الفوائد على المبالغ المسحوبة تعدُّ من الفوائد الربوية المحرّمة). نعم، إذا كان البنكُ حكومياً أو مشتركاً في بلد إسلامي فلا بأس بالسحب منهُ لا بقصد الإقراض والرجوع إلى الحاكم الشرعي لتصحيح التصرُّف في المال)^(٣).

يُلاحظُ على هذا التخريج: إذ بالإضافة إلى أنَّه لا يحلُّ المشكلة في جميع البنوك كالأهلية مثلًا_ كذلك أنَّه مبنيٌّ على فكرة مرفوضة عندنا وهي: أنَّ الدولة لا تملُك،

(١) باعتبار أنَّ التصرُّف في أموال مجھولة المالك يحتاجُ إلى إجازة الحاكم الشرعي.

(٢) باعتبار أنَّ أصحاب البنوك الأهلية مالكون لا أنَّ الأموال الموجودة في البنوك الأهلية مجھولة المالك، لذا تكونُ المعاملة في البنوك الأهلية محرّمة.

(٣) منهاج الصالحين، على السيستاني: ١ / ٤١٢ / مسألة ٢٧.

فبناءً على ملكية الدولة يتحقق عنوان الإقراض والفوائد تكون على القرض فيرجع الإشكال.

التخريج الثاني: مقابل الخدمات المصرفية

تكون الفوائد لا مقابل عقد القرض، وإنما على أساس ما يقدّمه البنك من خدمات في عملية القرض، أي: أن الفوائد التي يحصل عليها البنك تكون بإزاء أجرة البناء أو أجرة الشركة الأمنية أو الآلات التي يعمل بها البنك، فالفوائد لا تكون على القرض فلا تكون محرّمة.

ويلاحظ عليه: أن هذا تام لو رُوّعيت النسبة بين مقدار الفائدة ومقدار أجرة المثل لهذه الأشياء التي أخذت من أجلها الفائدة، بينما الواقع الخارجي يكذب ذلك؛ إذ نجد أن نسبة الفائدة تتفاوت من حالة إلى حالة، فالمال المقترض إن كان قليلاً تكون فائدته مختلفة عن المال الكبير جداً، وأيضاً مدة التسديد كلّما طالت زادت نسبة الفائدة، وهذا معناه أن الفائدة تُشير إلى القرض لا إلى هذه الأشياء.

التخريج الثالث: الفوائد مقابل الهبة

تكون الفوائد مقابل الهبة، بمعنى أن المقترض (البنك) يقول: (من يهب لي خمسين ألفاً مقابل أن يقرضني مائة ألف فأنا أهب له هذه الزيادة) فوقع القرض شرطاً في عقد الهبة ولا محذور في أن الهبة تجبر نفعاً، وإنما المحذور في القرض إذا جرّ نفعاً، وهذا التخريج نقلناه سابقاً عن السيد الخوئي بندين، وعلقنا عليه بأنه لا فرق بين

وقوع القرض شرط في الهمة، أو وقوع الهمة شرط في القرض.

التخريجُ الرابع: الإقراض من مال الغير

إنَّ أخذ الفوائد إنَّما تكونُ محرّمة لو أقرض الشخص مالهُ الخاص، وأمّا أخذ الفوائد فيها لو أقرض مال غيره فلا مشكلة، والبنكُ حينما يُقرضُ هذا الزبون الثقة إنَّما يقرصهُ من أموال المودعين، وليس من أموال البنك الخاصة، والفوائدُ لا تكونُ على مال المقرض وهو البنك، وإنَّما تكونُ الفوائدُ على أموال الناس التي أودعوها في البنك.

ويُلاحظُ عليه: إنَّه تارةً نفترضُ أنَّ الوديعة ترجعُ إلى القرض، وأخرى تبقى وديعة بمعناها الفقهي، والإشكالُ على التخريج الرابع يجري في الإحتمالين معاً، أمّا الأول وهو رجوعُ الودائع إلى القرض فيصبحُ البنكُ مالكاً والفوائدُ المعلنة هي فوائدُ على القرض، وأمّا الإحتمالُ الثاني وهو بقاء الودائع على أصحابها الحقيقيين، غايتهاُ أوكلوا البنكَ في التصرُّف في تلك الأموال والتي من هذه التصرُّفات هو القرض، فالإشكالُ يأتي أيضاً من إنَّما دلَّ على حرمة أخذ الفوائد على القرض لصحيحة مُحَمَّد بن قيس عن أبي جعفر عَلَيْهِ الْكَفَافُ: «من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترطُ إلَّا مثلها، فإنْ جُوزَيَ أَجود منها فليقبل، ولا يأخذ أحدُ منكم ركوبَ دابة أو عارية متابع يشترطُه من أجل قرض ورقة»^(١)، مطلق في أنَّ الفائدة المحرّمة كما تشملُ أموال الشخص تشملُ كذلك أموال غيره.

(١) وسائل الشيعة، الحرس العامل: ١٨ / ٣٥٧ / الباب ١٩ / الحديث ١١.

التخريج الخامس: على أساس عقد الشركـة

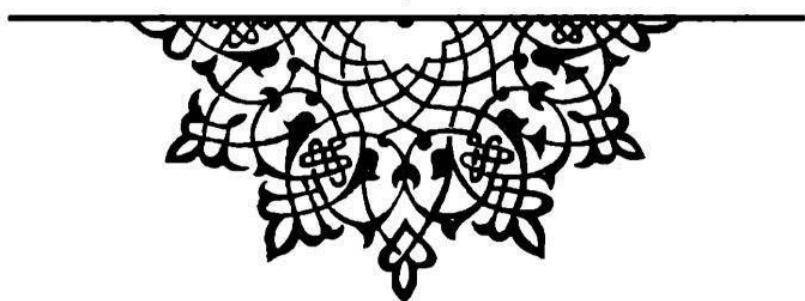
إنّ البنك حينما يدفعُ للزبون المذكور رغم وجود الحساب لديه أو لا حساب لديه ليس على أساس القرض، وإنما على أساس الشركة معه، فالبنكُ يصيرُ شريكاً بنصف ما سيشترىه هذا الزبون من تلك الأموال، وبعد ذلك إذا أرجع الزبون المذكور نصف ما عليه للبنك فقد إنفضت الشركة بينهما وصار ما إشتراه ملكاً للزبون جمِيعاً، والبنكُ خلال هذه الفترة، أي: _من فترة قبض الثمن إلى إرجاعه إلى البنك_ يقوم بإستئجار نصف ما اشتراه الزبون لأن اشتري معملاً أو بناء مشفاً، فالفائدةُ هي عبارة عن أجراة ما اشتراه الزبون في هذه الفترة، فيكون قد حصل البنك على المال الذي دفعه وعلى الفائدة، لكن من خلال الشركة لا القرض.

التخريج السادس: على أساس عقد المضاربة

إنّ البنك يدفعُ المال إلى هذا الزبون من باب المضاربة، فيشتركُ معه في حصة من الربح التي هي الفوائد التي كان ينوي الحصول عليها عن طريق القرض.



خصم الكمباليات



خصم الكمبيوتر

هناك حكمٌ شرعيٌ على مستوى الإستحباب في أن يُقيد الدين بورقة ضماناً للهال المقرض، ثم أثناء تطور الحياة إستبدلت الورقة المذكورة بما يُسمى بالكمبيالة، والتي هي عبارة عن ورقة تُشيرُ عادة إلى مقدار الدين وتحتوي على توقيع للمدين، وعلى تاريخ تسليم الدين وغير ذلك من الأوصاف، ثم حصل تطور آخر وهو بروز مسألة الشيكات فيكتبُ أيضاً المدين شيئاً يتضمنُ تفاصيل الدين، فإذا تنصل المدين عن تسديد الدين يكونُ بإمكان الدائن أن يحمل هذه الأوراق أو أحدها إلى الجهات القانونية لترتيب الإجراءات عليه وهذا واضحٌ، والشيءُ الذي تطور أخيراً هو أنَّ حامل الكمبيوتر (الدائن) يضطرُ قبل موعد حلول الأجل أن يبيع هذه الورقة إلى شخص ثالث كالبنك بأقل من قيمتها ويُصطلح على هذا الفعل بخصم الكمبيوتر أو تنزيل الأوراق ومعناها بيع الدين بأقل من قيمته، والبنك في هذه الحالة يشتري هذا الشيك أو هذا الدين بأقل من قيمته، ثم يذهبُ بهذا الشيك إلى المدين ويأخذ منه مقدار الدين الواقع الذي هو يزيدُ بطبيعة الحال على ما باعه الدائن إلى البنك.

الكلامُ في خصم الكميالة يقعُ في مبحثين:

المبحثُ الأول: الكميالة الحقيقة التي تُعبّرُ عن وجود قرض واقعي، بأن يكون موقع الكميالة مديناً لمن كُتبت باسمه بالبلغ الذي تتضمنه.

المبحثُ الثاني: كميالة المجاملة التي تُعبّرُ عن وجود قرض صوري لا واقع له، أي: أنّ صاحب الكميالة يضع مقداراً من المال عليها من دون وجود دين في البين، ثم يتصل بأحد الأشخاص ويطلب منه أن يبيع تلك الكميالة في السوق بأقل من المقدار المذكور في الكميالة إلى أجل.

المبحثُ الأول: تنزيل الكميالة الحقيقة وتحريجاتها الفقهية

الكميالة الحقيقة فقد وقع الكلامُ بين الفقهاء في أنّ حامل الكميالة حينما يعرض على البنك فبأي معنى تم، فهل من باب البيع أو من باب القرض أو شيء آخر؟ فهنا يوجد تحريجان:

التحریجُ الأول: أن يكون من باب البيع، وله تقریبان:

التقریبُ الأول: بيع الدين المؤجل بأقل منه حالاً:

أنّ الدائن (حامل الكميالة) يبيع دينه المؤجل الثابت في ذمة المدين إلى البنك بأقل منه حالاً، كما لو كان دينه بـ (١٠٠) دينار فباعه بـ (٩٨) ديناراً نقداً، وبعد ذلك يقوم البنكُ أو غير البنك بطالبة المدين موقع الكميالة بقيمتها عند الإستحقاق، وهذا التحریجُ لكي يتم لابد من توفر شرطین:

الشرطُ الأول: أن يكون العوضُ والمعوضُ بين حامل الكميالة والبنك ليسا من المكيل أو الموزون، بل لابد أن يكونا من المعدود، وهذا الشرطُ سهل الحصول عليه؛ لأنَّ البنك تتعاملُ بالأوراق التي هي من المعدودات.

الشرطُ الثاني: أن يبيعَ الدينَ بنقدٍ حالاً حتَّى لا نقعَ في محدودِ بيع الدين بالدين الذي اتفقت الكلمة على بطلانه، وقد صار إلى هذا التخريج مع هذين الشرطين السيدُ السيستاني (حفظه اللهُ) ^(١).

تحقيق الحال في الأوراق النقدية:

وبما أنَّ الشرطُ الأول وهو عدُّ الأوراق النقدية من المعدودات لم ينفع في كلمات الأعلام؛ إذ يُوجَدُ إحتمالُ ^(٢) أن تلك الأوراق هي تعبير عن الرصيد الذي تضمه الدول بإعطاء القيمة الإعتبارية لتلك الأوراق، وعادةً هذا الرصيد يكونُ من الذهب مثلاً والذهب من الموزون، فانخرم هذا الشرطُ، وعليه لابد من تنفيذه هذه المسألة، وهي الأوراق النقدية مالٌ في حقيقتها أو أنها تُعبِّرُ عن الرصيد المخزون عند الدول المصدرة؟

لا إشكال أنَّ ماليةً هذا النقد جاءت من الرصيد المخزون لدى تلك الدول، فهل الرصيدُ يُمثلُ حقيقةً تقييديةً للنقد أو حقيقةً تعليليةً له؟ فإن كان الرصيدُ يُمثل حقيقةً تقييديةً، أي: إنَّ هذه الأوراق النقدية إنما يكتسب قيمتها من ذلك الرصيد

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٤.

(٢) كتاب تحرير المجلة، محمد حسين كاشف الغطاء: ١ / ١٣٢.

فلولاه لا قيمة لتلك الأوراق النقدية، فلازم ذلك أنّ الأوراق مجرد سند وُمُشَيرُ إلى ذلك الرصيد، والذي يُمثّلُ الماليّة الحقيقية، وهذا نظير الصكوك في عالمنا اليوم فإنهما مجرد سندات تُشيرُ إلى حقيقة الماليّة وليسَت هي مالاً في حدّ نفسها.

وأمّا إذا كان الرصيد يُمثّل حقيقة تعليلية، أي: أنّ الدولة إعتبرت هذه الأوراق النقدية مالاً، وهذا الإعتبر لابد له من سبب وعلة لجعل الماليّة لتلك الأوراق، فلازم ذلك أنّ تلك الأوراق هي مالٌ بحد ذاتها واكتسبت ذلك من إعتبر الدولة لها، والمصحّح لاعتبار الماليّة هو ما تملّكه الدولة من الرصيد المخزون.

هذا هو جوهر الخلاف بين الفقهاء في حقيقة الأوراق النقدية.

أدلة المشهور بأنّ الأوراق النقدية مال بحد ذاتها:

المعروف والمشهور بين الفقهاء هو أنّ الأوراق النقدية هي مال بحد ذاتها وليس سندًا مُشيراً إلى الرصيد المخزون، ويمكن الإستدلال لهذا القول بدللين:

الدليل الأول: متابعة الآثار الفقهية لاقتناص الارتكاز العربي

إن نتابع الآثار المترتبة على الخلاف المذكور ونقتصرُ من خلاها ما هو المركوز عرفاً في حقيقة تلك الأوراق.

الأثر الأول: لو دفع المديونُ ما في ذمته للدائن صكًا يعادل قيمة الدين، وتلف الصك قبل أن يقبض الدائن ما يعادله، فهل برئت ذمة المديون بذلك أو على المديون أن يُسلّم ما يعادل الدين المذكور في الصك؟

المرکوز عرفاً أنّ الأوراق النقدية ليست كالصكوك، ولو قبض المديون الدائن

تلك الأوراق النقدية وتلفت عنده لا يُطالبُ المديون بأوراقٍ نقدية أخرى، وهذا معناه أن تلك الأوراق هي مالٌ بحد ذاتها وليس مجرد سندٌ مُشيرٌ كالصكوك.

الأثر الثاني: لو افترضنا أن الدولة أرادت إسقاط التعامل مع الأوراق النقدية لـإنتهاء فترة صلاحيتها كأن نقول: (كُلُّ ورقةٍ نقديةٍ تحمل صورةً ما) فمن حق الدولة أن تسقط قيمة هذا الإعتبار، وهذا ليس له معنى إلا إذا كانت تلك الأوراق النقدية مالاً بحد نفسها، بينما لو كانت مجرد سنداتٍ تُشير إلى الماليّة فليس من حق أيّ جهة أن تسقط ماليّة هذا النقد، فهل يحقُ للمديون أن يقول للدائن: (إذا جئت بعد شهرٍ فلا حق لك عندي)؟ فقطعاً لا يحقُ له ذلك، ولو كانت تلك الأوراق تُشير إلى المال، فالدولة حينما صدرت هذه الأوراق صارت مدينةً لكُلَّ فئةٍ نقديةٍ ما يقابلها من الرصيد، فبمقدار ما تحصل عليه من الأوراق لك ما يقابلُه من الرصيد، فعلى هذا الضوء لا يحقُ للدولة أن تسقط القيمة الماليّة لهذه الأوراق؛ لأنّها مديونة ولا يحقُ للمديون أن يقول للدائن: (ليس لك حق المطالبة) ومن الواضح المركوز عُرفاً أنه يحقُ للمواطن مطالبة الدولة بعد المدة المعلن عنها في التعامل، فهذا معناه إن الأوراق هي مالٌ بحد ذاتها وليس سنداتٍ مُشيرةٍ إلى تلك الماليّة.

الأثر الثالث: لو أتلف شخصٌ مالاً، فمن حق صاحب المال أن يرفض لو كتب المتلف له صكًا يُمثل قيمةَ المال التالف؛ لأنّه يعترض ويقول: أنا أريد ذات المال لا شيئاً يُشير إلى المال، وعليه لو حاول الشخصُ المتلف أن يدفع أوراقاً نقدية تعادل ما أتلفه، ولو كانت الأوراق النقدية مالاً بحد ذاتها فلا يحقُ لصاحب المال التالف

الإعتراض، بينما لو كانت مجرد سندات تُشير إلى المالية فمن حقه أن يعترض، وبما أن المركوز عُرفاً ليس من حقه الإعتراض فهذا إشارة إلى أن تلك الأوراق النقدية هي مال بحد ذاتها.

إذاً من خلال تلك الآثار يمكن بحسب الإرتکاز العُرفي إقتناص أن الأوراق مال بحد ذاتها.

الوجه في قيمة الارتکازات العُرفية:

والمستند في الرجوع إلى الإرتکاز العُرفي في تحقيق ماهية الأوراق النقدية يرجع إلى أحد وجهين:

الوجه الأول: أن العُرف وإن كان له المرجعية في تشخيص معاني الألفاظ دون تشخيص المصاديق، فإن تشخيص المصاديق بالنظر العُرفي ليس ملائلاً للاتفاق بين الأصوليين، ولكن يُستثنى من ذلك ما لو كان المفهوم العُرفي مردداً بين السعة والضيق، فهنا يوجد مجال للرجوع إلى العُرف في تشخيص المصاديق؛ لأجل أن تشخيص المصدق يوضح معنى اللفظ الذي يتردد بين السعة والضيق، وهذا الرجوع يُسمى بالإطلاق المقامي.

ويمكن أن نمثل هذه الفكرة بمثالين:

الأول: إذا ورد الدليل بهذا العنوان (الماء مطهّر) ومفهوم الماء هو مردود بين السعة والضيق، أي: من المفاهيم المشككة؛ إذ بعض المياه يُشكّ في إنطباق العنوان عليها كماء الفرات الذي هو عادةً مخلوط مع الطين، فهنا نرجع إلى العُرف في

تشخيص المصدق، وبعد ذلك يتضح عندنا مفهوم (معنى) كلمة (الماء) وهذه الطريقة عرّنا عنها بالإطلاق المقامي.

الثاني: إذا ورد مثلاً «جهزوا موتاكم»^(١)، أو «إذا مات المرء بانت زوجته منه»^(٢)، فإنّ مفهوم الموت ليس واضحًا، فهو مردود بين توقف القلب أو هو مع توقف الدماغ، فهنا المعيار في ذلك أن نرجع إلى العُرف في تشخيص مصدق الموت، ويرى العُرف أنّ موت القلب يتحقق معنى الموت وإن لم يتوقف الدماغ، فتشخيص المصدق صار طريقاً لتحديد معنى الموت الذي كان من المفاهيم الدائرة بين السعة والضيق.

فإذا إتّضح ذلك، نأتي إلى مقامنا فقد وردت في الروايات كلمة (المال) كما في روايات الإرث إذا مات الرجل قُسّمت أمواله بين ورثته، وهكذا لا يحُل مال إمرئ مسلم إلا بطيب نفس^(٣).

فهنا معنى المال مردود، فيُمكن أن نرجع إلى العُرف في تشخيص مصدق المال فهل هو يُتمثل بالأوراق النقدية أو أنّ تلك الأوراق تُشير إلى حقيقة المال وهو الرصيد؟ فقد ذكرنا أنه بحسب الإرتکاز العُرفي تُوجّد آثار ثلاثة يُقتنص من خلاها أنّ تلك الأوراق هي مال بحد ذاتها، فيتم الرجوع إلى تحديد معنى المال عن طريق

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٣ / ١٤٤ / باب تعجيل الدفن / الحديث ١.

(٢) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٨ / ٢٦ / باب أحكام الطلاق / الحديث ٢.

(٣) كمال الدين وتمام النعمة، الشيخ الصدوق: ٥٢١ / الباب الخامس والأربعون.

هذا التشخيص المصداقى للعرف.

الوجهُ الثاني: الموضوعات التي صبَّ الشارعُ عليها الأحكام تكونُ على

قسمين:

القسمُ الأول: موضوعات شرعية صرفة أو يُعبرُ عنها موضوعات مختربة، مثل التيمم أو الوضوء وهكذا، هنا تحديدُ دائرة هذا الموضوع بـكُلّ تفاصيله يُناظر بالشارع ولا يُوكِلُ مرجعية تحديده إلى العُرف؛ لأنَّه إفترضنا أنَّه شرعيٌ صرف فلا معنى لمرجعية العُرف آنذاك؛ لعدم تداولهُ فيما بينهم.

القسمُ الثاني: موضوعات عُرفية ولم يتداخُل الشارعُ فيها بإضافة قيد أو شرط أو حذف جزء منها، بل أبقى عليها بحسب المعنى الدائر لدى العُرف، ومثاله (الرحم) فقد ورد من الشارع الأمر بصلة الرحم، فمن هو الرحم وكيف تتحققُ الصلةُ به؟ كُلُّ ذلك يُرجعُ لتحديده إلى العُرف لغرض أنَّ الموضوع عُرف في بامتنان والشارعُ لم يتداخُل في تغيير ماهية هذا المعنى العُرفي.

وهذه الطريقةُ وهي الرجوعُ إلى العُرف في موضوعات من هذا القبيل.— تسمى بالإطلاق المقامي فإذا إتّضح ذلك نقول: قد ورد في بعض الروايات مسألة قبض المال ففي باب الهبة إنَّها تتحققُ فيما إذا قبض الموهوب لهُ المال، وإذا بيع كتاباً ببيع السلم لابد أن يُقبض الثمن في المجلس، فهنا القبض مفهوم عُرفي والشارعُ لم يتداخُل في حقيقة هذا المعنى العُرفي، أي: لم يُغيِّر من صورته، فهنا نسأل من يهُنُّ نقوداً وتمت عملية القبض هل يُقال: تحقق القبض للمال أو أتَها مجرّد سند ومشير إلى ذلك الرصيد؟ وهكذا من إشترى كتاباً في بيع السلم وقبضه مالاً، فهل تتحقق معنى

القبض؟ العُرف يرى أنّ القبض المذكور لتلك الأوراق النقدية هي قبض للمال، فتُمّ الرجوعُ إلى العُرف هنا في تبيّن معنى القبض الذي هو معنى عُرفي، ويُسمّى هذا المعنى العُرفي بالإطلاق المقامي أيضًا.

النتيجة: الأوراق المالية هي مالٌ بحدّ ذاتها، هذا هو الدليلُ الأول وهو التمسّك بالإرتكاز العُرفي.

الدليلُ الثاني: الأدوار التاريخية للنقد

ذكر بعض المختصين الأدوار التي مرت بها الأوراق النقدية فقال: إنّ الأوراق المالية على تاريخها مرت بأدوار^(١).

الدورُ الأول: دور نيابتها عن أرصدقها من ذهب أو فضة التي كانت مودعة في خزانة الجهة المصدرة للأوراق، وهذه الأرصدة هي في الحقيقة ملكُ لأصحاب الأوراق وليس الأوراق إلّا حاكية عنها، وبناءً على هذا الدور تكونُ الأوراق النقدية مجرّد سندات كالصكوك مُشيرَة إلى المالية وليس مالاً بذاتها.

الدورُ الثاني: بدأ بعد أنّ أحسَّ المُصدّرون للأوراق بأنّهم غير مضطرين إلى الإحتفاظ بعين الأرصدة بمقدار الأوراق المصدرة؛ لأنّ أصحاب الأوراق سوف لن يطّالبُوهم جمِيعاً في وقتٍ واحد بتسليم الرصيد، فبدل الإحتفاظ بالأرصدة إلى التعهد بدفع الرصيد لمن جاء بالأوراق إلى مصدر الورق، وهذا التعهد يُمكن تفسيره بتحوين:

(١) مجلة رسالة الثقلين، (الأوراق المالية الإعتبارية) كاظم الحائرى: ٩٣.

الأول: أنّ الجهة المصدرة تُعتبرُ نفسها مدينة لصاحب الورق بمقدار رصيده، وبناءً عليه تصيرُ الأوراقُ مجرد صكوك وسندات، لكنهُ لا تتحكى عن رصيد خارجي – كما في الدور الأول – ولكن تحكى عن رصيد في الذمة.

الثاني: أنّ الجهة المصدرة لا تلزم ذمتها بشيء، وإنما تتعهدُ تعهّداً مستقلاً عن ترجمة الورق بالرصيد بأنّ من أتى لها بشيء من هذه الأوراق قدّمت لهُ من الرصيد بقدرها، وبناءً عليه يمنح هذا التعهد للورق اعتباراً وقيمة لدى الناس باعتبار ثقتهم بالجهة المتعهدة، وهذا يعني أنّ الورق لم يصبح شيئاً، بل أصبح أمراً ذا مالية، وتعهّد الجهة المصدرة لدفع الرصيد هو حقيقة تعليلية لاعتبار المالية إجتماعياً لهذا الورق.

ثم أيُّ التفسيرين هو المطابق للواقع؟ رجح السيدُ الصدرُ^(١) التفسير الثاني؛ لكونه أصوبَ من الأول، وأيدَ ذلك بثلاث مؤيدات، وهي بأنَّ إستهلاك السند أو سقوطهُ عن الإعتبار لا يعني تلاشي الدين في حين أنّ أي شخص تتلاشى لديه الورقة النقدية أو تسقط الحكومة إعتبارها ولا يُسارع إلى إستبدالها بالنقود الجديدة لا تُعتبرُ الجهةُ المصدرةُ نفسها مسؤولة أمامهُ عن دفع قيمة الورقة المتلاشية أو التي سقطت إعتبارها وتماهل في إستبدالها، ثم ذكر مؤيداً ثالثاً وهو لو أنَّ أحداً أصبح مدينةً لشخص بإتلاف مال قيمي لهُ فأراد الوفاء بالورق المالي وجب على المضمون لهُ أن يقبل هذا الورق وليس لهُ المطالبة بالرصيد في حين أنَّهُ لو أراد الوفاء ببعض تلك السندات لم تكن لهُ قوة الإلزام وكان من حق المضمون لهُ الرفض^(١).

(١) البنك الالاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ١٤٣.

الدورُ الثالث: الدورُ المثبتُ اليوم عالمياً، وهو إلغاء التعهّد بدفع الرصيد من قبل مصدر الأوراق نهائياً، وذكر السيدُ الصدرُ ^{رحمه الله} إذا أردنا معرفة الأوراق التي أعطيت عن التعهّد بدفع الرصيد لدى تقديم الأوراق هل تُعتبرُ سندات أو تُعتبرُ أموالاً؟

يجبُ أن نرجعُ إلى الوراء لنعرفُ حال التعهّد الذي فرض في الدور الثاني، والذي أعطيت الأوراق عنه في هذا الدور لكي نرى هل أن ذلك التعهّد كان مكيفاً بالتكيف الثاني من التكيفين الماضيين، أي: أن الجهة المصدرة للأوراق لا ترى نفسها مدينة أصلاً لأصحاب الأوراق بشيء، وغاية ما هناك أنها تعهّدت بدفع الرصيد لدى تقديم الأوراق إليها جلباً لثقة الناس بالأوراق أو كان مكفيّاً بالتكيف الأول وهو التعهّد بالدين؟ أمّا على التكيف الثاني فقد كانت الأوراق أموالاً قبل الإعفاء عن التعهّد فكذلك الحال لا محالة بعد الإعفاء، وأمّا على التكيف الأول، فالاوراق قبل الإعفاء من التعهّد لم تكن أموالاً، بل كانت مستندات وحاكية عنّا في ذمة الجهة المصدرة للأوراق من رصيد، فعندئذٍ يجبُ أن نرى ما هو تفسير قانون الإعفاء وتكيفه من الناحية الفقهية؟ فإن كان قانون الإعفاء يعني إلغاء الديون التي كانت الأوراق النقدية سندات عليها وتحويل الديون إلى أوراق نقدية إلزامية، فهذا يعني أن تلك الأوراق أصبحت أموالاً باستقلالها ولم تعد حاكية بحثة.

وأمّا إذا كان قانون الإعفاء يعني السماح بالجهة المصدرة بعدم وفاء الدين الذي تُمثله الأوراق النقدية في نطاق التعامل الداخلي حرضاً على الذهب، وتوجيهها له إلى

التعامل مع الخارج مع الإعتراف قانونياً ببقاء الديون التي تمثلها تلك الأوراق فلا تخرج بذلك الأوراق عن حكمها، بل الإعفاء.

السيد الحائر (حفظه الله) يقول: إن إحتمال تفسير الإعفاء عن التعهد بالشكل الذي يجتمع مع فرض حكاية الأوراق عن الدين في ذمة الجهة المصدرة لها غير موجود في يومنا الحاضر نهائياً^(١).

الدور الرابع: أن المفهوم من الرصيد للأوراق في الوضع العالمي اليوم لم يعد ما كان سابقاً من مبلغ مشخص ومعين في ذمة شخص أو جهة، وإنما رصيد أوراق كُل دولة عبارة عن مجموع ما تمتلكه من القوة الإقتصادية من سلع أو أعمال، لا يعني أن مبلغًا معيناً منها يكون محكياً بمبلغ معين من هذه الأوراق كما هو شأن السنادات، بل يعني أن هذه الأوراق تُمكّن صاحبها من إمتلاك مبلغًا من تلك الأمور مختلف المقدار وفق ما تقتضيه قاعدة العرض والطلب ومدى إزدهار الوضع الإقتصادي للبلاد.

والقرينة على ذلك: أن أي شيء يفترض رصيداً لهذه الأوراق فهو بذاته محكوم في عالم التجارة الداخلية والخارجية ومن قبل أي شخص أو جهة لنظام التضخم وتصاعده، في حين إن شيئاً ما لو كان رصيداً لهذه الأوراق يعني سندية الأوراق له وحكياته عن ثبوته في ذمة مصدر الأوراق لما كان من المعقول نزول مبلغ ذلك الشيء باستمرار أو صعوده أحياناً؛ فإن المحكي بهذا السند هو مثال من الذهب لا يزيد ولا ينقص بينما أنك ترى أن الحال في أرصدة الأوراق ليست كذلك، وعلى هذا الأساس ترى أنه منها إزدهر إقتصاد بل قويت أوراقهم المالية في تجارة داخلية

(١) مجلة رسالة التقلين، (الأوراق المالية الإعتبارية) العدد الثامن والتاسع، كاظم الحائر: ٩٢.

أو خارجية، ومهمها ضعفت قوتهم الإقتصادية وقلّت الخيرات ضعفت أوراقهم المالية، فلو طبعت الدوله لها مبلغاً أكثر رغم تعرّف القوة الإقتصادية إنخفضت قوتها النقد، فلا ينبغي أن نخترّ بكلمة الرصيد أو بكلمة السندي لو سمّيت هذه الأوراق في مصطلح مصرفي بالسندي أو سمّيت الاممتعة أو مجموعة القوة الإقتصادية بالرصيد، وعليه فلم يعدّ خافياًاليوم إنّ الأوراق المالية الرائجة في العالم تُعتبرُ هي الأموال ولا حاكية عما في الذمم.

إنّ ما ذكره السيد الحائري (حفظه الله) في المقالة التي كتبها في (مجلة رسالة الثقلين) تتلّخصُ بعدها أمور:

الأمرُ الأول: الأوراق النقدية ليس لها مالية بحد ذاتها، وإنّما هي مجرّد سندات، وهذا له تفسيران:

التفسيرُ الأول: إنّما تحكى تلك الأوراق عن مالٍ خارجي حقيقي وهو عبارة عن الأرصدة الموجودة في الدولة التي تصدرُ الأوراق كالذهب والفضة.

التفسيرُ الثاني: إنّما تحكى عن رصيد في الذمة وليس عن مال خارجي، وإنّما يثبتُ في ذمة الدولة المصدرة ما يقابل الأوراق النقدية.

الأمرُ الثاني: أنّ الأوراق النقدية لا تحكى عن مالٍ خارجي ولا عن مالٍ في الذمة، وإنّما تحكى عن شيءٍ معنوي وهو حالة الرخاء الإقتصادي في بلد ما. هذا ملخصُ ما ذكره في حقيقة الأوراق الإعتبارية.

صياغة أخرى لحقيقة الأوراق النقدية التي مر بها النقد:

يمكن تقديم صياغة أخرى لحقيقة الأدوار الأربع التي مر بها الأوراق النقدية وهي:

الدور الأول: أن تلك الأوراق النقدية لها نحو حكاية عن رصيد خارجي، كما يقال عادةً في السندات الشخصية التي تُعبر عن وجود مال في ذمة صاحب السند، وبالمقابل أن تلك الأوراق تُعبر عن سندٍ عامٍ يصدر من الدولة له الحكاية عن مالٍ خارجي كالذهب والفضة، غاية الأمر أن السند الشخصي يسعى حامله إلىأخذ ما يقابلُه من المال، بينما مصدرِي الأوراق وجدوا حاملي الأوراق لا يسعون إلى تقديمها للأخذ ما يقابلها، من هنا حصلت نقلةً في حقيقة الأوراق النقدية، وهو ما يُسمى بالدور الثاني، وفي هذا الدور إنْتَهَى الْأَمْرُ من جهة مصدرِي الأوراق النقدية إلى التعهُّد بدفع ما يُقابل الأوراق إلى التعهُّد باشتغال الذمة إذا حصلت المطالبةُ بعد ذلك، وهذا التعهُّد فسَرُّهُ السيدُ الصدر عليه السلام بتفسيرين:

الأول: التعهُّد مع إشتغال الذمة بالدين، أي: تعهُّد بدين.

الثاني: هو تعهُّد لكن بلا إشتغال الذمة، وإنما هو مجرد وعدٌ (من يأتي بالأوراق أُرجع له الرصيد الذي يقابلُه) ونقل السيدُ الحائري (حفظه الله) أن السيدُ الصدر عليه السلام رجح الثاني؛ لوجود شواهد عديدة له، وذكر منها ثلاثة فقط، وقد تقدمت فيما سبق.

الدور الثاني: الدور المثبت عالمياً، أن الجهة المصدرة لا تلتزم بدفع ما يُقابل الأوراق خارجاً ولا حتى تعهُّد بإشتغال الذمة، وإنما ما يوجدُ هو إعفاء ذمة الجهة

المصدرة من تلك الأرصدة.

وذكر السيد الحائر (حفظه الله) أن السيد الصدر قال: إن هذا الدور وهو الإعفاء لا يتضح إلا إذا رجعنا إلى التفسيرين المذكورين في الدور الثاني، فقال: إن كان التعهد يرجع إلى إشغال الذمة بالدين، فهذا معناه استمرار إلى الدور الثالث، وإن فسر التعهد بأنه مجرد وعد بالإعطاء فكيف يُكِيِّفُ هذا الإعفاء من الناحية القانونية؟ فهل يرجع الإعفاء إلى عدم الالتزام بأي شيء أمام من دفع الأرصدة أو يرجع الإعفاء إلى إنتقال الدين من الأرصدة إلى الأوراق المالية؟

الدور الثالث: الذي عبر عنه هو الواقع في زماننا الحاضر_ أن الأوراق النقدية لا تُعبَّرُ لا عن رصيد خارجي ولا عن تعهُّد باشتغال الذمة ولا صدور إعفاء، وإنما هذه الأوراق النقدية تتضخّم من جهة الرصيد المعنوي الذي عبرنا عنه بالشراء الاقتصادي لهذا البلد.

هذا هو ملخص ما جاء في المقالة التي كتبها السيد الحائر (حفظه الله) في المجلة المذكورة.

مناقشة الدليل الثاني: الأدوار التي مر بها النقد تارخياً

هناك بعض الملاحظات: من الممكن أن تُسجّل على ما ذكره السيد الصدر فيما يرتبط بالدور الثاني الذي يرجع إلى وجود تعهُّد من قبل الدولة المصدرة للأوراق.

الملاحظة الأولى: ذكر تفسيرين للتعهُّد:

الأول: التعهّد بمعنى إشغال الذمة للدين.

الثاني: مجرد التعهّد، أي: هناك وعد بدفع ما يقابل الأوراق النقدية، ثم أقام قرائنً ثلاثة لترجح التفسير الثاني، ونحن الآن بصدق التعليق على تلك القرائن.

أما القرينة الأولى وهي ـأنه لو تلفت الأوراق النقدية فالدولة تعهّد بدفع ما يقابلها، وهذا التعهّد كان مجرد وعد ـفيُمكِّن التعليق عليها: بأنّ ما ذكره لا يعدُّ مجرّد إحتمال حديسي؛ لأنّ الدور الثاني من الأدوار كان الفاصل الزمني بيننا وبينه طويلاً جداً، فمن أين علمنا من أنّ الدولة تبني مجرّد التعهّد بالتعويض لمن تلفت أمواله؟ مع أنه من المحتمل إنّما صدر من التعهّد هو تعهّد بإشغال الذمة أيضاً، فلا تُريد أن نُشكّل على أصل وجود التعهّد من قبل الدولة فهذا مسلمٌ به، وإنّما الإشكال في تفسيره ـأنه تعهّد مجرّد لا مع إشغال الذمة بالدين، لأنّ مسألة التلف الذي جعله قرينةً على التفسير الثاني هذه القرينة حيادية، أي: كما تنسجمُ مع التفسير الثاني كذلك تنسجمُ مع التفسير الأول.

وأما القرينة الثانية: وهي ـقرينة إسقاط الأوراق النقدية، فإنّ الدولة قد تصدرُ قراراً بوقف التعامل مع الأوراق النقدية وتجعل مدة محدودة لوقف التعامل بها، وإنّ هذا معناه إنّما يصدرُ من الدولة هو مجرّد تعهّد بإستبدال الأوراق القديمة بأوراق أخرى بمدة محدودة ـ فهي غير واضحة؛ إذ كيف عرفنا أنّ ما تفعله الدولة يكشفُ عن وجود مجرّد تعهّد؟ إذ كما ينسجمُ هذا القرار مع هذا التفسير ينسجمُ حتى مع الدولة عندما تُقرّرُ وقف التعامل بتلك الأوراق، صارت مشغولة الذمة بإستبدال الأوراق القديمة بأوراق جديدة، فالسيد الصدر ـلبيك ـأنه يحمس بالأمر،

فلا يوجد شيء إثباتي يمكن التعويل عليه.

نعم، لو صرّح بأنّ المؤرخين للأدوار التي مرت بها الأوراق النقدية ولا سيما الدور الثاني_ الذي هو التعهّد_ قالوا إنّ التعهّد هو تعهّد مجرّد فهنا يمكن التعويل على تصريح أهل الخبرة بهذا المجال، ومن الواضح لا يوجد هذا التصريح.

وأمّا القرينة الثالثة: وهي _التمايز_ بين الصكوك والأوراق النقدية، فقال: إنّ الصكوك تختلف عن الأوراق، بمعنى أنّ المتلف لو دفع صكًا لما أتلفه من الأشياء فإنّه يحقّ لصاحب العين التالفة الإمتناع من قبول الصك ويطالّب بالعين التالفة نفسها فإن كانت مثيلة فبالمثل وإن كانت قيمية وبالقيمة، بينما من يدفع الأوراق النقدية لصاحب العين التالفة لا نجدّه يعترض، فإذاً يوجد مائز بين الصكوك من جهة والأوراق، وهذا معناه إنّ الدولة تتعامل مع الأوراق بحسب ما لديها من رصيد بأنّها تعهّد إذا تلفت الأوراق سوف تدفع ما يقابلها _فأيضاً غير واضحة؛ وذلك لأنّه من قال إنّ الدولة تمايز بين الصكوك والأوراق النقدية، فلعلّ الدولة تراهما من واحد واحد، أي: كما أنّ الصكوك تشير إلى إشغال الذمة بالدين، فكذلك الأوراق النقدية تشير إلى هذا المعنى أيضاً.

نعم، الفارق أنّ حامل الشيك يذهب به إلى بنكٍ ما لإستيفاء حقّه منه، بينما حامل الأوراق النقدية لا يذهب إلى الدولة لأخذ ما يقابلها، ولكن هذا الفارق ليس هو الأساس للتمايز بين الصكوك والأوراق من جعل الصكوك تشير إلى الدين في الذمة والأوراق تشير إلى مجرّد تعهّد لا يشير إلى مجرّد الدين في الذمة فما هو الحل إذن؟

إِنَّهُ لَا حاجةٌ إِلَى تَخْمِينِ مَا تَفْعِلُهُ الدُّولَةُ بِإِزَاءِ مَا يَأْتِيَهَا بِالْأُوراقِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الطُّورَ مِنَ الزَّمَانِ نَحْنُ لَمْ نَشَهِدُهُ، فَلِمَاذَا نُخْمِنُ تَرْجِيحَ التَّفْسِيرِ الثَّانِي عَلَى أَسَاسِ تَلْكَ الْقَرَائِنِ؟ فَالْحُلُلُ هُوَ أَنْ نَأْتِي إِلَى زَمَانِنَا الْيَوْمَ لَنْرِي أَنَّ الدُّولَةَ حِينَمَا تَعْهَدَتْ فَمَا هُوَ نُوْعُ التَّعْهَدِ الْمُذَكُورِ؟ نَجِدُ بِوْضُوحٍ أَنَّهَا تَعْهَدُ بِالْتَّعْهِدِ الْمُجَرَّدِ وَلَيْسَ تَعْهَدُ مَعَ إِشْتَغَالِ الْذَّمَّةِ؛ وَذَلِكَ أَنَّهُ فِي حَالَةِ تَلْفِ الْأُوراقِ الْنَّقْدِيَّةِ تَعْهَدُ الدُّولَةُ بِتَبْدِيلِهَا، وَهَكُذَا إِذَا رَأَتِ الدُّولَةُ أَنْ تُسْقَطِ التَّعْاَمِلِ الْيَوْمِ بِالْأُوراقِ الْنَّقْدِيَّةِ وَتَحْدِدُ مَدَةَ مَعِينَةَ، فَهَذَا نَجْدُهُ بِوْضُوحٍ حَاضِرًا عَنْنَا، وَهَكُذَا التَّهَايُزُ بَيْنَ الصَّكُوكِ وَالشِّيكَاتِ وَالْأُوراقِ الْنَّقْدِيَّةِ؛ إِذَا مِنَ الْوَاضِحِ أَنَّ الدُّولَةَ لَا تَسَاوِي بَيْنَ الصَّكُوكِ وَالشِّيكَاتِ وَبَيْنَ الْأُوراقِ الْنَّقْدِيَّةِ فَتَلْكَ تَجْعَلُهَا سَنَدَاتٍ مُشَيرَةٍ إِلَى الْمَالِ، بَيْنَمَا تَجْعَلُ الْأُوراقَ بِنَفْسِهَا مَالًاً.

إِذَا لَا حاجةٌ إِلَى الذهابِ إِلَى الدُّورِ الثَّانِي وَتَخْمِينِ حَدُودِ هَذَا التَّعْهِدِ، بَلْ بِإِمْكَانِنَا أَنْ نُشَخِّصَ حَدَّ التَّعْهِدِ عَنْ طَرِيقِ مَا تَفْعِلُهُ الدُّولَةُ الْيَوْمِ.

الملاحظةُ الثَّانِيَّةُ: هُنَاكَ قَرَائِنَ أَرْبَعَ عَلَى وُجُودِ تَعْهِدٍ مِنْ قَبْلِ الدُّولَةِ بِغَضْبِ النَّظَرِ عَنْ حَدُودِ هَذَا التَّعْهِدِ:

القرينةُ الأولى: لَا إِسْكَالٌ فِي أَنَّ الدُّولَةَ بِإِمْكَانِهَا فِي حَالَةِ تَلْفِ الْأُوراقِ الْنَّقْدِيَّةِ أَنْ تَعْهَدَ بِإِسْتِبْدَالِهَا، وَذَلِكَ الْأَمْرُ حَصْرًا بِيَدِهَا فَإِذَا لَمْ يَوْجِدْ أَصْلَ هَذَا التَّعْهِدِ فَلِمَاذَا تَقْوُمُ بِإِسْتِبْدَالِ الْأُوراقِ التَّالِفَةِ؟ وَإِلَّا لَوْ كَانَ التَّعْهِدُ لَيْسَ مُوجَدًا بِيَدِهَا حَصْرًا لَتَمَكَّنَتْ أَيِّ دُولَةٍ أَوْ أَيِّ شَخْصٍ مِنْ إِسْتِبْدَالِ التَّالِفِ.

القرينةُ الثانيةُ: لَوْ سَقَطَتِ الدُّولَةُ لِأَيِّ سَبِّبٍ يُؤَدِّيُ هَذَا إِلَى سَقْطَ الْأُوراقِ

النقدية أيضاً، فحينما تأتي دولة أخرى تقوم بإنشاء أوراق نقدية جديدة، فلو لم يوجد تعهّدٌ من قبل الدولة فلماذا تتحمّل الدولة الجديدة مسؤولية إصدار الأوراق؟ فهذه قرينةٌ على وجود تعهّدٌ ما.

القرينة الثالثة: الدولة لو عمدت على الإكثار من الأوراق النقدية بغض النظر عن قانون الطلب والعرض، أي: لم تخطط إلى مسألة زيادة ووفرة تلك الأوراق، فهنا إذا كان هذا الضخُّ يُربك الوضع الاقتصادي للبلد، أعتبر هذا الأمر المذكور ظلماً منها، فبأي وجهٍ حُقّ تُمارسُ هذا الضخ الذي يُربك حركة الاقتصاد في هذا البلد.

لكن على أيّ حالٍ، لو حصل هذا الأمر عُدّ ظلماً، فهذه قرينةٌ على أنّ الدولة ليس من حقّها عمل ذلك، فهي تتّعهّدُ بأشدّ إصدار العملة وفق ضوابط معينة، ولو كان هذا التعهّد موجوداً باستمرار لكان من حقّها الإستمرار بعملية الضخ غير المقنن، فهي متعهّدةٌ إذاً بآيتها لا تضخُّ إلى السوق إلا بمقدار ما يضمنُ عدم تأثير القيمة لتلك الأوراق النقدية.

القرينة الرابعة: لو تلفت تلك الأوراق النقدية ولم تتعاطف الدولة باستبدالها لأعتبر العُقلاة إنّ هذا الأمر ظلماً لهم؛ لأنّهم يبنون على أنّ الدولة عادةً تتّعهّد بتعويض التالف، وهذا يُشيرُ إلى وجود تعهّدٌ من قبل الدولة بنى عليه العُقلاة وحكموا بظلمها في حالة عدم الإكتراث بتعويض التالف لهم. إذاً من خلال مجموع هذه القرائن تكشفُ عن أصل وجود التعهّد.

الملاحظة الثالثة: لو ترَّزَّلنا عن الملاحظة الثانية يُمْكِنُ إِبْدَأُ إِحْتِمَالَ آخِرَ لِلدورِ الثاني الذي مرت به الأُوْرَاقُ الْنَّفْدِيَّةُ، بِمَعْنَى أَنَّ هُنَاكَ تَوْجِيهٌ آخِرٌ لِتِلْكَ الْقَرَائِنَ لَا يُكَشِّفُ عَنْ وُجُودِ تَعْهِدٍ، وَإِنَّمَا هُنَاكَ سَبِّبٌ آخِرٌ لِحُصُولِ تِلْكَ الْقَرَائِنَ، هُوَ أَنَّ الدُّولَةَ بِسَبِّبِ الرَّصِيدِ – وَلَوْ كَانَ عَبَارَةً عَنِ الرَّخَاءِ الْإِقْتَصَادِيِّ – إِعْتَبَرَتِ الرَّصِيدَ الْمُذَكُورُ يُمْثِلُ حَيَّيَّةَ تَعْلِيلِيَّةَ مَالِيَّةَ النَّفْدِ، بِمَعْنَى أَنَّ إِعْتَبَارَ المَالِيَّةَ لِلنَّفْدِ يَحْتَاجُ إِلَى عَلَّةٍ وَسَبِّبٍ، وَالسَّبِّبُ الْمُذَكُورُ هُوَ الرَّصِيدُ وَلَوْ كَانَ مَعْنَيًّا، فَهَذَا مَعْنَاهُ أَنَّ المَالِيَّةَ لَيْسَ لِلرَّصِيدِ، وَإِنَّمَا المَالِيَّةَ لِلنَّفْدِ، وَالرَّصِيدُ عَلَّةٌ وَسَبِّبٌ وَحَيَّيَّةٌ تَعْلِيلِيَّةٌ مَالِيَّةٌ النَّفْدِ.

وَبِكَلْمَةٍ أُخْرَى: النَّاسُ فِيمَا بَيْنَهُمْ كَيْفَ يَتَعَامِلُونَ مَعَ الْأُوْرَاقِ الْنَّفْدِيَّةِ؟ نَجَدَ أَنَّهُمْ يَعْتَرُونَهَا مَالًا مُتَشَّلِّ قِيمَةً لِلتَّبَادُلِ فِيمَا بَيْنَهُمْ، فَالْتِجَارَاتُ وَالصَّنَاعَاتُ وَالْزَرَاعَاتُ الْمِبْذُولَةُ تُقَابِلُ بِمَا، فَهِيَ إِذَا ذَاتَ قِيمَةٍ تَقْعُدُ فِي مَقَابِلِ مَا يَبْذُلُهُ الْآخِرُ، وَالدُّولَةُ أَيْضًا تَرَى أَنَّهُ بِمَقْدَارِ مَا يَقْوِمُ بِهِ النَّاسُ مِنْ جَهَدٍ تُقَابِلُ الْجَهَدَ الْمُذَكُورَ بِمَا، فَالْأُوْرَاقُ الْنَّفْدِيَّةُ هِيَ مَالٌ بِحَدِّ نَفْسِهَا، وَالْخَدْمَاتُ الَّتِي تُقَدِّمُهَا الدُّولَةُ مِنْ كَهْرِبَاءٍ وَغَيْرِهَا مَا هِيَ إِلَّا حَيَّيَاتٌ تَعْلِيلِيَّةٌ مَالِيَّةٌ النَّفْدِ.

الْخُلُوصُ: هَذِهِ الْأُوْرَاقُ الْنَّفْدِيَّةُ إِعْتَبَرَتِهَا الدُّولَةُ مَالًا، وَمَا الرَّصِيدُ إِلَّا سَبِّبٌ وَجَعْلُهُ هَذَا الإِعْتَبَارِ.

إِنَّهُ كَمَا يُحْتَمِلُ قِيَامُ هَذِهِ الْقَرَائِنَ الْأَرْبَعَ عَلَى وُجُودِ تَعْهِدٍ مَا يُحْتَمِلُ وَجُودُ شَيْءٍ أَخْرَى كَشَفَتْ عَنْهُ هَذِهِ الْقَرَائِنَ، وَحَاصَلَتْ هَذَا الشَّيْءُ الْآخِرُ: إِنَّ الْأَرْصَدَةَ الَّتِي تُحَكِّي عَنْهَا الْأُوْرَاقُ الْنَّفْدِيَّةُ هِيَ حَيَّيَاتٌ تَعْلِيلِيَّةٌ، بِمَعْنَى أَنَّ الْأُوْرَاقُ الْنَّفْدِيَّةُ لَكَيْ تُعَتَّبُ مَالًا لَابْدَهُ مِنْ سَبِّبٍ وَمَصْحَحٍ وَعَلَّةٍ وَمَا ذَاكَ إِلَّا

الرصيد، فالرصيد إذاً ليس هو مقوم مالية النقد _ كما هو الحال في الشيكات التي هي مجرد سندات تكشف عن المال _ وإنما الرصيد يمثل حقيقة تعليلية، أي: علة لإعتبار المالية للنقد فالنقد مالٌ بنفسه واكتسب ذلك من الرصيد، لا أنَّ المالية متمحضة بالأرصدة حتى تكون تلك الأوراق مجرد سندات.

إذاً الدولة حينما شاهدت الناس تتعامل بتلك الأوراق النقدية على أساس أنها مالٌ والناس تدفعها في سبيل الحصول على بعض الخدمات، فالدولة أيضاً إعتبرت تلك الأوراق مالاً وتقدم مقابل تلك الأوراق الخدمات التي يتوقعها الناس منها، فهذا معناه أنَّ الأوراق النقدية إعتبرتها الدولة مالاً، وما الأرصدة إلا حياثات تعليلية لهذا الإعتبار.

إذاً يتضح ذلك: يمكن أن يُبرز تفسيرٌ جديدٌ لتلك القرائن الأربع غير تفسير التعهد الذي طرحته، وذلك:

أمّا القرينة الأولى: _ وهي أنَّ الدولة هي الجهة الوحيدة التي يحق لها تبديل التالف من تلك الأوراق النقدية _ فهذا ليس بالضرورة يكشف عن وجود تعهد؛ إذ لعله يكشف عن وجود إعتبار لتلك الأوراق النقدية، أي: أنَّ الدولة حينما تستبدل ذلك حصرًا؛ لأنَّها الجهة الوحيدة لإعتبار مالية النقد، إذ لا يمكن أي شخصٍ من إعتبار المالية للنقد، فإذاً من هذه الناحية تُبدل التالف، أي: هي فقط تعتبرُ المالية لتلك الأوراق لا أنها تُبدل، بمعنى أنها متعهدة فليس بالضرورة ذلك.

وأمّا القرينة الثانية: _ وهي سقوط الحكومات يلزم منه سقوطُ التعامل

بالأوراق وعلى الحكومة الجديدة إصدار أوراق أخرى_ فهذا الإصدار ليس بالضرورة أن يُفسّر بالتعهد، وإنما بسبب زوال علة الإعتبار مالية النقد؛ لأنّ اعتبار مالية النقد يكون بيد الدولة، فإذا سقطت الدولة لايّ سبب هنا سوف تسقط العلة، وتأتي الدولة الجديدة وتعتبرُ لهذه الأوراق النقدية مالاً، وسببُ هذا الإستبدال من الدولة الجديدة؛ لأنّ العلة لاعتبار مالية النقد وهي الدولة قد سقطت فتأتي دولة جديدة، أي: علة أخرى وتعتبرُ مالية جديدة لتلك الأوراق فليس بالضرورة وجود حالة الإستبدال، بمعنى أنّ هناك تعهّدٌ من قبل الدولة.

وأمّا القرينة الثالثة: فإنّ الضخّ غير المتنظم يضرُ بمالية الأوراق النقدية التي اعتبرتها الدولة، ولا يُفسّر إنّها متعهّدة بتنظيم قانون العرض والطلب فليس بالضرورة يوجد تعهّد.

وأمّا القرينة الرابعة: وهي أنّ التالف من تلك الأوراق لو لم يُستبدل لعدت الدولة ظالمة_ فهذا تفسيره بأنّ من يعطي المالية لتلك الأوراق هي الدولة، فعليها إذاً أن تقوم بالإستبدال حال التالف.

خلاصةً ما تقدّم هو: جواز بيع الدين الذي تضمنته الكمبيالة بالأقل، ولكن على أساس شرطين:

الأول: أن يكون الثمنُ والدينُ المضمنُ في الكمبيالة ليسا من المكيل أو الموزون، وإلاً لو قعنا في الربا المعاوضي، وهذا الشرط سهلٌ يسيّرُ في وقتنا الحاضر فإنّه عادةً عملية الدين وشراء الكمبيالة تتمُّ عن طريق الأوراق النقدية وهي من المعدودات.

الثاني: أن يُسدد ثمن الكمبية (الطرف الثالث الذي إشتري الكمبية) حالاً حتى لا نقع في محدود عدم جواز بيع الدين بالدين، فإذا تمَ الشيطان معاً تكون النتيجة جواز بيع الكمبية بالأقل تمسكاً بعمومات قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(١)، وهذا عقد مشتمل على شرائط الصحة.

روایتان تمنعان من بيع الدين بالأقل:

ولكن تُوجَدُ روایتان تمنعان من ذلك، والمنع المذكور لا يرتبط بأنَّ بيع الكمبية بالأقل يقعنا في محدود الربا؛ إذ لا ربا أساساً؛ لأنَّ الأوراق النقدية تمثل المعدود، وإنَّما هناك محدودٌ في أصل بيع الدين بالأقل^(٢)؛ إذ جاء في هذه الروایات: من يشتري ديناً بأقل من قيمته فالمشتري الذي دفع الأقل لا يرجع على المدين إلا بقيمة ما اشتراه، فلو كانت الكمبية تضمنُ الدين مليون دينار والمشتري قد اشتراها بسبعينة دينار، فإذا جاء موعدُ التسديد فلا يرجع المشتري على المدين إلا بمقدار ما اشتراه، لا بمقدار الدين المسجل على الكمبية وهو (المليون دينار) وهذا معناه أنَّ بيع الدين بالأقل لا يجوزُ، ولو كان صحيحاً لجاز له الرجوع بكمال المليون، والروایتان هما:

الرواية الأولى: أحمد بن محمد عن الحسن بن علي عن محمد بن الفضيل عن أبي حمزة قال: سألتُ أبي جعفر عَلَيْهِ الْكَفَافُ عن رجل كان لهُ على رجل دين فجاءهُ رجل فاشترأه

(١) المائدة: ١.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ١١٩.

منه (بعرض) ثم إنطلق إلى الذي عليه الدين فقال له: أعطني ما لفلان عليك فإني قد اشتريته منه كيف يكون القضاء في ذلك؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: «يرد عليه الرجل الذي عليه الدين ماله الذي إشتري به من الرجل الذي له الدين»^(١).

الرواية الثانية: محمد بن يحيى وغيره عن محمد بن أحمد عن محمد بن عيسى عن محمد بن الفضيل قال: قلت للرضا عليه السلام: رجل اشتري ديناً على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له: إدفع إلي ما لفلان عليك فقد اشتريته منه قال: «يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين وبرء الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه»^(٢). وهاتان الروايتان إن تمتا فلا يجوز البيع بالأقل، إلا أنه ضعيفتا السنداً، إذ وقع في سندهما (محمد بن الفضيل) الذي لم يرد في حقيقته توثيق، فلا يمكن أن نخرج عن عمومات «أوفوا بالعهود» بهاتين الروايتين.

نعم، بناءً على أنّ (محمد بن الفضيل) هو ذات (محمد بن القاسم بن الفضيل) الذي هو ثقة فتنحّل المشكّلة السنديّة، فترفع اليد عن القواعد، وقد صار إلى الوحدة بينهما المحقق الأردبيلي^{توفيق} ذكر: أنّ محمد بن الفضيل الذي وقع في إسناد هذه الروايات هو محمد بن القاسم بن الفضيل الثقة، وأنّ إطلاق ابن الفضيل عليه من باب الإسناد إلى الجد^(٣)، وعلق السيد الخوئي^{توفيق} على هذه الدعوى بقوله: (إنّ هذا الأمر وإن كان محتملاً إلا إنّ الجزم به في غير محله؛ فإنّ محمد بن الفضيل الصيرفي

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ١٠٢ / الباب ٢٤ / الحديث ٢.

(٢) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ١٠٢ / الباب ٢٤ / الحديث ٣.

(٣) جامع الرواية، محمد علي الأردبيلي: ٢ / ١٨٣.

هو رجلٌ معروفٌ ذو كتاب وله روایاتٌ كثيرةٌ فإطلاق محمد بن الفضيل وإرادة محمد بن القاسم بن الفضيل من دون قرينة إطلاق على خلاف قانون المحاورة التي لا يُصار إليها^(١)، وعلى هذا الأساس ذكر صاحبُ الجواهر^ت: (إلا إنهم كما ترى ضعيفتان ولا جابر لهما، بل شهرةُ الأصحاب بقسميهما على خلافهما مخالفتان لأصول المذهب وقواعدِه)^(٢)، وعلق صاحبُ الحدائق^ت بقوله: (فالمسألة بمحلٍ من الإشكال؛ إذ الخروجُ عن مقتضى القواعد مشكلٌ، وطرح الخبرين من غير معارضٍ أشكال)^(٣).

النتيجة: أنَّ الروايتين ضعيفتان سندًا، فلا مانع من تنزيل الأوراق بأقل منها على ضوء الشرطين المذكورين، ولكن لو قبلنا سند الروايتين، فهل يُمكِّن تحريرُ خصم الكميالة أو تنزيل الأوراق بأقل منها على أساس البيع؟

التقريرُ الثاني: على أساس البيع، وله ثلاثة بُيَانات:

البُيَانُ الأول: متعلق البيع ذات الكميالة

نفترض أنَّ حامل الكميالة لا يبيعُ الدين بأقل منه، وإنما يجعلُ متعلق البيع ذات الكميالة أو الشيك، وهذا المتعلقُ مما يتنافسُ فيه العُقلاء؛ فإنهم يعلمون أنَّه

(١) معجم رجال الحديث، أبو القاسم الخوئي: ١٨ / ١٥٣.

(٢) جواهر الكلام، محمد حسن النجفي: ٢٥ / ٦٠.

(٣) الحدائق الناصرة، المحقق البحرياني: ٢٠ / ١٥٨.

يإمكان أخذ الورقة المذكور والذهب بها إلى البنك لأخذ القيمة الحقيقة للدين، وعليه لا تشمل الروايتان هذا البيان لخروجه موضوعاً عنها؛ وذلك أنَّ الروايتين تمنعان من بيع الدين بالأقل فمتعلق المنع هو الدين، وفي هذا البيان أنَّ حامل الكمبيالة لم يجعل متعلق البيع الدين، وإنَّما الورقة التي لها تنافس ورغبة في الحصول عليها.

هذا البيان إذا تمَّ فلا تشمله الروايتان كما هو واضحُ.

يُلاحظُ عليه: أنَّ ورقة الكمبيالة ليست مالاً في حدٍّ نفسها حتى تُنزل المعاوضة عليها، وإنَّما هي تحكي عن المال بخلاف الأوراق النقدية – كما نبهنا على ذلك مراراً – والشاهدُ على التفرقة بينهما هو أنَّه لو مُزقت هذه الكمبيالة فيجبُ على المصدر أن يُصدرُ أخرى، وهذا بخلاف لو تلفت النقود فلا يجبُ تعويض هذه النقود بأخرى، فقبل إسلام الدين وتلفت الكمبيالة لا يُقال قد سدد دينه مالم يقبض ما يُعادل الدين، بخلاف ما لو سدد الأوراق النقدية وتلفت فيُقال: إنَّه قد سدد دينه، ويترتبُ على الفارق بين الشيكات والأوراق النقدية هذه المسألة: وهي أنَّ من دفع الخمس إلى الفقير عن طريق كتابة الشيك فلا يجوزُ له أن يتصرف بالمال بدعوى أنَّه قد دفع الخمس ما لم يقبض الفقير قيمة ما يُعادل الشيك.

وهكذا فيما إذا كان الشخصُ عليه دين كحقوق شرعية فمجرَّد كتابة الحق الشرعي على الورقة لا يُعدُّ الشخص قد برئت ذمته من الدين ما لم يتمَّ قبضه. إذاً هذا البيان باطل.

البيانُ الثاني: التنازل عن الحق

نفترض أنَّ_البنك_ مثلاً لا يشتري الدين بالأقل، وإنَّما يشتري بقيمة الدين الواقعية ولكن المشتري_ كما هو واضح_ من حقه إذا دفع الثمن نقداً فعليه أن يستلم المثلمن نقداً، وبما أنَّ المثلمن_ وهو الدين_ مؤجلٌ إلى سنة فيقول: ممكُن أن أتنازل عن حقٍّ بقبض المثلمن حالاً بشيء من المال، وهذا الشيءُ هو عبارة عن التنزيل، أي: تنزيل الدين بالأقل فقد تم العقدُ على البيع بالأقل، لكن لا بصورة مباشرة، وإنَّما إشتري الدين بالمساوي، غايتها تنازل عن حقه_ وهو قبض المثلمن فوراً_ بشيء من الأموال، وهذا البيان تامٌ.

البيانُ الثالث: هبة مقدار التفاوت

يتَّم شراءُ الدين بقيمة الواقعية، ولكن يشترطُ المشتري (البنك) على الدائن (البائع الأصلي) أن يهب له مقدار التفاوت أو يشترط عليه أن يعمل عملاً له يعادل مقدار التفاوت، فهنا لم يحصل بيع الدين بالأقل_ على تقدير بيعه_ وإنَّما بالمساوي، غايةُ الأمر هذا التفاوت تم الحصول عليه من طريقة أخرى.

التخريجُ الثاني: من باب القرض

إنَّ البنك لا يشتري الدين بأقل منه، وإنَّما يفرض حاملُ الشيك مبلغ الدين، وبما أنَّ القرض يُشترطُ فيه الحصولُ على دينه حسبما يُريده هو فلو وضع له شرط بأنَّ التسديد بحسب الأجل المصرح في الشيك فيقول: (أنا أتنازل عن حقٍّ

المذكور بالطالبة مقابل شيء) فهذه الزيادة ليست مقابل القرض، وإنما مقابل التنازل عن الحق، وهذا لا مذور فيه أيضاً.

التخريجُ الثالث: عقد مستقل

وهو منهجنا العام في العقود المستحدثة، من أن خصم الكمبيالة عقد مستقل بذاته، ولا يندرج تحت واحد من العقود المعروفة. نعم، هذا المنهج موقوفٌ على توفر شرطين:

الأول: أن تتم حيثية العاقدة بين الطرفين.

الثاني: أن لا يوجد مانعٌ من الشارع يمنعه عنده، وهنا خصم الكمبيالة وهو البيع بالأقل لا يوجد مانع منهٌ بعد ضعف الروايتين.

المبحثُ الثاني: تنزيل الكمبيالة الصورية وتخريجاتها الفقهية

تنزيلُ الكمبيالة الصورية (كمبيالة المجاملة) بأقل من قيمتها، فهل يصح ذلك التنزيل؟ وعلى تقدير الصحة فما هو الوجهُ الفنّي فيها؟

ذهب جماعةٌ من المعاصرين إلى بطلانها، منهم الشيخ الحلي رحمه الله قال: (الكمبيالات الصورية حيث لا يكون لأحد الطرفين قرضٌ بذمة الآخر، بل قد تعارف أن يكتب أحدُ الطرفين إلى الآخر كمبيالة تُفيد بأنَّ أحد الطرفين مدين إلى الآخر بمبلغ مائة دينار^(١)، وأنَّ المدين مستعدٌ للدفع في الموعد المحدد، ولذا أطلقوا عليها كمبيالة

(١) وفي الواقع لا يوجد هكذا دين، وإنما قضية شكلية وليس حقيقة.

المجاملة، لذلك كانت المدانية صورية بينهما، وبعد تمامية هذه المدانية الصورية يأخذ الدائن ورقة الكمبيالة ليدفعها إلى البنك فيستقطع البنك مبلغًا معيناً ويدفع البنك إليه (إلى الدائن) ما تبقى إليه، وعند حلول الموعد يتولى البنك مطالبة المدين بالبالغ المذكور كاملاً... وقد يخفى الفرق بين الصورتين كميالة الدين الحقيقي وكميالة المجاملة في بادئ الأمر، لكنه واضح لدى التدقيق؛ فإن الدين في الصورة الأولى موجود فيبيع أحد الطرفين والذي هو الدائن ماله بذمة المدين إلى شخص ثالث فيكون ذلك من بيع الدين بأقل منه مع عدم كون البيع ربوياً، ولكن الدين في الصورة الثانية منفي ولا حقيقة له؛ لأن ذمة المدين ليست بمشغولة إلى الدائن ليتولى هذا الأخير بيع ماله إلى الآخر، وعلى هذا فإن إلزاء أي شيء يدفع البنك المال مع عدم إشغال ذمة أحدهما؛ ولأجل هذه الجهة وهي عدم وجود دين حقيقي في هذه المعاملة قد يقال ببطلان هذا النوع من المعاملات الشائعة في هذه الأيام^(١).

ومن القائلين ببطلانها أيضاً السيد الخوئي طه، إذ قال: (فلا يجوز للدائن (الصوري) بيع ما تتضمنه الكمبيالة، لإنفاء الدين واقعاً وعدم إشغال ذمة الموقعة للموقع له (المستفيد)، بل إنما كتبت لتمكين المستفيد من خصمها فحسب، ولذا سميت (كميالة مجاملة) و واضح أن عملية خصم قيمتها في الواقع إقراض من

(١) بحوث فقهية، حسين الحلبي: ١١٣.

البنك للمستفيد، وتحويل المستفيد البنك الدائن على موقعها^(١)، والسيد السيستاني (حفظه الله) بقوله: (وأمّا في الثاني: فلا يجوز للدائن الصوري بيع ما تتضمنه الكمبيالة، لإنفاء الدين واقعاً وعدم إشغال ذمة الموقع للموقع له (المستفيد)، بل إنّها كُتبت لتمكين المستفيد من خصمها فحسب ولذا سُمّيت (الكمبيالة مجاملة)^(٢)، وأيضاً الشيخ الفياض (حفظه الله) بقوله: (وحيث إنّها لا تتضمن ديناً في ذمة محررها، فلا يصح بيعها؛ لأنّها في نفسها لا مالية لها ولا تمثّل مالاً، وإنّها كُتبت لتمكين المستفيد من خصمها فحسب)^(٣).

الخريجات لصحة تنزيل كمبيالة المجاملة:

إلا أنّه حاول الفقهاء المعاصرون إيجاد تحرير فني لصحة تنزيل كمبيالة المجاملة بالأقل، ووجدت عدة تحريجات:

التحرير الأول: يرجع إلى وكالتين مع حواله:

وهو ما ذكره جماعة منهم الشيخ حسين الحلّي^(٤)، والسيد الخوئي^(٥)،

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٨.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٤.

(٣) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٨٣.

(٤) بحوث فقهية، حسين الحلّي: ١١٤.

(٥) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٨.

والسيد السيستاني (حفظه الله)^(١)، والشيخ الفياض (حفظه الله)^(٢).

هذا التخريج يرجع إلى وكالتين في البيع مع حوالته فنقول: إنّ مصدر الكميالة (الدائن) التي تشتمل على دين صوري مبلغ مائة ألف دينار يطلب من حامل الكميالة (المدين) ويوكله بأن يبيعها بأقل من قيمتها إلى طرف ثالث (البنك أو غيره)، ولكن بعملة أخرى مثلاً خمسين دولاراً وهي أقل من المائة ألف، وإنما اشترط على وكيله البيع بعملة أخرى؛ وذلك لما ذكرناه سابقاً من أنّ المغایرة بين الثمن والثمن يجعل القضية تدور مدار البيع، وإلا لو بيعت بالعملة نفسها لكان قرضاً أليس لباس البيع، وفي هذا الضوء أنّ التوكيل في البيع حصل بين طرفين الأول مصدر الكميالة (الدائن) والطرف الثالث، وأمّا المدين حامل الكميالة كان مجرد وكيلًا وخارج عن طرفي البيع، والتبيّحة سوف يملّك مصدر الكميالة الخمسين دولاراً ويمتلك الطرف الثالث_ المشتري_ المائة ألف دينار^(٣)، وبعد ذلك تصدر وكالة ثانية من مصدر الكميالة لحامل الكميالة (المدين): (وكلتك أن تشتري الخمسين دولاراً لنفسك بمائة ألف دينار عراقي) فيصير حامل الكميالة مشغول الذمة لموقع الكميالة بـ المائة، وبما أنّ مصدر الكميالة للطرف الثالث مشغول الذمة للطرف الثالث فيقول مصدر الكميالة للطرف الثالث: (حولتك أن

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٥.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٨٣ و ٨٤.

(٣) بعد حلول الأجل، وهذه هي الوكالة الأولى.

تأخذ الخمسين دولاراً من هذا الشخص) فتبرء ذمة مصدر الشيك من دون أن يخسر شيئاً ونفع صاحبها.

وعليه إذاً هذا التخريج يرجع إلى توكيلين في البيع زائداً الحوالة، وقد أشار إليه السيد السيستاني (حفظه الله): (يمكن تصحيح خصمها بنحو آخر، بأن يوكل موقع الكمبيالة المستفيد في بيع قيمتها في ذمتها بأقل منها، مراعياً الإختلاف بين العوضين في الجنس، كأن تكون قيمتها خمسين ديناراً عراقياً والثمن ألف تومان إيراني مثلاً، وبعد هذه المعاملة تصبح ذمة موقع الكمبيالة مشغولةً بخمسين ديناراً عراقياً إزاء ألف تومان إيراني، ويُوكل الموقع أيضاً المستفيد في بيع الثمن - وهو ألف تومان في ذمته - بما يعادل الثمن وهو خمسون ديناراً عراقياً، وبذلك تصبح ذمة المستفيد مدينةً للموقع بمبلغ يساوي ما كانت ذمة الموقع مدينة به للبنك).^(١)

واعتراض على هذا التخريج باعترافين:

الاعتراض الأول: ما ذكره كُلُّ من السيد الخوئي عليه السلام والسيد السيستاني (حفظه الله): من أن هذه الطريقة للتخلص ليست ذات جدوى؛ لأنها مبنية على أن يكون الثمن بعملة أجنبية والدين الذي بيع بعملة محلية، وعادة البنوك لا تترقب عملية بيع الدين بالأقل في التغایر بجنس العملة، وعليه فلا أثر لهذا التخريج واقعاً وخارجاً ما دام البنك لا يلتزم بحصول البيع مع التغایر في جنس العملة، وإنما تتم عملية البيع والشراء بذات العملة وبالتالي لا يحصل بيع مع وحدة جنس العملة، وإنما يحصل قرض، ويكون حراماً؛ لأنَّه جرّ نفعاً، لذا يقول السيد السيستاني (حفظه

(١) منهاج الصالحين، على السيستاني: ١ / ٤١٥

الله^ه): (ولكن هذا الطريق قليل الفائدة، حيث أنه إنما يفيد فيها إذا كان الخصم (البيع) بعملة أجنبية، وأماماً إذا كان بعملة محلية فلا أثر له، إذ لا يمكن تنزيله على البيع عندئذ)^(١).

ويمكن الجواب على هذا الإعتراض بجوابين:

الجواب الأول: نقض^ه، إذ أنَّ كلاً من السيد الخوئي^{عليه السلام} والسيد السيستاني (حفظه الله) ذكراً هذه الطريقة في مسألة القرض من البنوك الأهلية فقالاً: (لما نع من بيع البنك مبلغًا كمائة دينار نسيئة إلى شهرين مثلاً ويجعل الثمن المؤجل عملة أخرى تزيد قيمتها على المائة دينار يجب أسعار صرف العملات)^(٢).

فهناك لم يتم الإعتراض على ما سبق من كون هذه الطريقة لا أثر ولا جدوى لها، فإذا لا أثر لهذه الطريقة هنا لا أثر لها هناك أيضاً.

الجواب الثاني: ما ذكره الشيخ الفياض (حفظه الله) من إنَّ هذه الطريقة لا بأس بها هنا؛ وذلك لأنَّ إشتراط حصول البيع بعملة أخرى هو من أجل أن يتحقق عقد البيع دون القرض؛ لأنَّ المائز بين البيع والقرض هو أنَّ البيع يوجد فيه مغایرةٌ بين العوض والمعوض، وفي القرض لا توجد تلك المغایرة، وإنما هو إرجاع مثل المال بمدة معلومة، فإذا أردنا أن نخرج كمبالة المجاملة على أساس البيع فلا بد من المغایرة،

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٨؛ منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١

.٤١٥

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٨

فذكروا أن المغايرة تحصل بإختلاف جنس العملة، ولكن من الممكن أن تحصل المغايرة أيضاً شيء آخر وهو الإختلاف بينهما بالكلية والجزئية فيقال: (أبيعك هذا بشمن ما) وهذا التغيير يكفي لدخول المسألة في باب البيع^(١).

وهذا النحو من المغايرة لم يوافق السيد الصدر^{عليه السلام} عليهما؛ وذلك لأن الإرتكاز العرفي قائم على أن البيع عبارة عن نقل المَوْضَع بشمن لا على نحو المجانية، بينما القرض تليك مال على أنه يثبت في الذمة مثله أو قيمته، فحينما أقول لك: (بعثت هذا الدولار بشمن عملة أخرى لمدة كذا) هذه عبارة أخرى عن القرض^(٢).

وحاول الشيخ الفياض (حفظه الله) التخلص عما ذكره السيد الصدر^{عليه السلام} عن طريق الرجوع إلى القصد فهو الأساس في وجود المغايرة أو عدمها، فما دام يقصد الدفع على نحو البيع فيتتحقق عنوان البيع وإن كان في الخارج هو قرض، وهكذا ما دام يقصد عنوان القرض فيتتحقق القرض وإن كان في الخارج هو بيع، فالقصد هو الفارق بين المعاملات^(٣).

وهذه المحاولة ضعيفة من وجهين:

الوجه الأول: لابد أن تُفرق بين نحوين من المعاملات:
الأول: معاملات لا فرق بينهما ثبوتي إلا من جهة القصد كالبيع والصلح؛ إذ لا فرق بين أن نقول: (بعثك الكتاب بدینار وصالحتك على الكتاب بدینار) فهنا لا

(١) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ١٣٣.

(٢) البنك الاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ١٧٩.

(٣) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٧٧.

يُوجَدُ فَرْقٌ بَيْنَ هَاتِيْنَ الْقَضِيَّيْنِ إِلَّا بِالْقَصْدِ.

الثاني: معاملات بينهما فرق ثبوتيٌّ أساسيٌّ وليس الفارق متوقفاً على القصد كما في البيع والقرض، فما ذكره من إنَّ القصد هو الذي يحلُّ المشكلة ينفع في النحو الأول دون الثاني.

الوجهُ الثاني: هو ما ذكرهُ الشِّيخُ الفيَاضُ (حَفَظَهُ اللَّهُ) في المقدمة من إنَّ الإسلام حارب الربا بشكليه الظاهري والباطني، ومن الواضح أنَّ هذه الطريقة لو عُرِضَت على إنسان لا يعيشُ المصطلحات العلمية وقيل لهُ نحنُ نحوُّ عَمَلِيَّةَ الْقَرْضِ إِلَى الْبَيْعِ، فَبَدَلًا مِنْ أَنْ نَقُولَ: (أَقْرَضْتَ الْمَائَةَ دِينَارًا بِعَمَلَةِ أَجْنبِيَّةِ بَعْثَتْ لَكَ هَذَا بِهَذَا) نجدهُ لا يشعرُ بوجود فارق بين القضيتين.

الإِعْتَرَاضُ الثاني: ما ذكرهُ الشِّيخُ بشير النجفي (حَفَظَهُ اللَّهُ)، إذ اعترض بأمرتين:
الأمرُ الأول: أنَّ هذا التخريج لا ينسجمُ مع التعاملات المصرفية الخارجية؛ إذ لا يُوجَدُ توكيلٌ في البيع، وإنما الجاري في تنزيلِ الكمبيالة بالأقل بيع وشراء صرف، وأمّا توكيلٌ في البيع فلا.

الأمرُ الثاني: لو سلَّمنَا بِوْجُودِ فرضية التوكيل في البيع إِلَّا أَنَّ التوكيل عَقْدٌ جائزٌ فلا يُوجَدُ إِلَزَامٌ فيها، بينما البَنْكُ لابد أن يشتري الكمبيالة بالأقل ويدفعُ حالاً، وأيضاً الموقَّع يلزمُ عليه أن يُسدد إذا رجع البَنْكُ عليه^(١).
ويُلَاحَظُ عَلَيْهِ: أَنَّ الإِعْتَرَاضَ المذكور مدفوعٌ بكلِّ أمرية:

(١) بحوثٌ فقهيةٌ معاصرةٌ، بشير حسين النجفي: ١٧٨.

أما الأمر الأول فصحيحٌ لابد أن ينسجم التخريجُ مع واقع ما يجري في الخارج، ولكننا لابد من الإلتفات إلى أمر وهو: هناك فرقٌ بين القضايا التكوينية التي تتّصفُ بالثبات وعدم التغيير وبين القضايا الإعتبارية التي هي رهينة عالم المتغيرات، فنقولُ: إنَّ الأعراف متغيرةٌ من حالة إلى أخرى وهكذا الأمور الإعتبارية فقد تصحُّ في زمانٍ ولا تصحُّ في زمان آخر، وعليه إذا أردنا تحرِيحاً لمعاملة مستحدثة، فهل من الصحيح أن ندخل تحرير هذه المعاملة تحت عنوان من العناوين الثابتة في زمن التشريع كعنوان البيع والصلح والضمان أو لابد أن نلتجيء إلى تحرير يتوافق مع ما تمليه الحياة المعاصرة اليوم؟ الصحيحُ هو الثاني، بنكتة أنَّ القضايا الإعتبارية - وهي المعاملات - ليست كالقضايا التكوينية ثابتة لا تتغيير، وإنَّها هي قضايا متتجدة قد تلتئمُ مع عصرها، والبيعُ والصلحُ ليسا من الأمور التكوينية، وعليه فما ذكرهُ من أن التحريرات الفقهية لابد أن تنسجم مع واقع ما يجري ليس صحيحاً على إطلاقه فقد يكونُ تحرِيحاً مناسباً لزمن ما وليس كذلك لزمن آخر، أو قد يكونُ مناسباً لمكان ما وليس كذلك لمكان آخر فإنَّ القضايا الإعتبارية لا قرار لها ولا ثبات.

وأما الأمر الثاني: وهو إبداء فكرة الوكالة معناه يجعلُ الأمر جائزًا، بينما الموقف لا يُمكنهُ أن يتناصل عندما يرجعُ البُنُكُ عليه من التسديد - فهذا إشكالٌ غريب؛ فإنَّ الوكالةَ عقدُ جائزٌ لكن لا مانع أن تكون لازمةً فيما إذا كان الشرطُ فيها أمراً لازماً، فهنا تكونُ الوكالةُ لازمةً بلزوم شرطها، وهنا أيضاً التوكيل كان في البيع فجعل بالتوكيل قيدية البيع الذي هو أمرٌ لازمٌ، فيحصلُ الغرضُ ولا يتناصلُ الموقفُ عن الدفع في الوقت المحدد؛ لأنَّ الوكالة تصبحُ لازمةً بعرض شرط لازم عليها.

النتيجة: التخريج الأول لابأس به في حد نفسه، إذا تم التوافق بين البنك والمستفيد على البيع بعملة مختلفة.

التخريج الثاني: على أساس القرض

إن المستفيد لا يبيع الكمبيالة الصورية بالأقل، وإنما يفترض من البنك مبلغًا بأقل من الدين المتضمن بالكمبيالة، ثم يحول المستفيد البنك لاستيفاء الدين على الموقف، وهذه وإن كانت بدواً من الحوالة على البريء، والمشهور لا يصح هذا التحويل إلا برضاء البريء والرضا هنا موجود بتوقيعه للكمبيالة، يقول السيد الخوئي عليه السلام: (إن عملية خصم قيمتها في الواقع إقراض من البنك للمستفيد، وتحويله المستفيد البنك الدائن على موقعها، وهذا من الحوالة على البريء)^(١)، ويقول السيد السيستاني (حفظه الله): (وأماماً خصم قيمة الكمبيالة الصورية لدى البنك على نحو القرض، بأن يفترض المستفيد من البنك مبلغًا أقل من قيمة الكمبيالة الأسمية، ثم يحول البنك الدائن على موقعها بتمام قيمتها، ليكون من الحوالة على البريء)^(٢).

يُلاحظ عليه: أن هذا التخريج من مصاديق الربا المحرّم؛ لأنّ البنك عندما يقطع مبلغًا معيناً من قيمة الكمبيالة، إنما هو بإزاء التسديد المؤجل، وهو من الربا المحرّم.

إلا أن السيد الخوئي عليه السلام حاول التخلص من مشكلة الزيادة بتوجيهها لا على

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٨.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٥.

أساس المدة المؤجلة في التسديد، وإنما على أساس ما يقوم به البنك من خدمات فهو لديه موظفون وشعبة قانونية تخبر المستفيد بموعد التسديد وقد تضغط عليه أحياناً كل ذلك ليس ملزماً به الدائن (البنك)، فتحمّل البنك هذه الخدمات جعل في مقابلها مبلغاً من المال له، وعليه تكون هذه الزيادة لقاء هذه الخدمات، وليس على أساس تأجيل موعد التسلیم، قال: (وإما بتزيل ما يقتضيه البنك من قيمة الكمبيالة على أنه لقاء قيام البنك بالخدمة له كتسجیل الدين وتحصیله ونحوهما وعندئذ لا بأس به) ^(١).

وفيه: أولاً: أن هذه الزيادة ليست في مقابل الخدمات التي يقوم بها البنك؛ لأنّه لو افترضنا أن الموقّع للكمبيالة قد طالب بتأجيل أوسع، فالبنك هل يجده مبلغ الفائدة أو لا؟ من الواضح أن البنك سوف يأخذ فائدة أخرى لا أنه يكتفي بما اتفق عليه أولاً، وهذا معناه أن الزيادة ليست في مقابل الخدمات.

ثانياً: أن الروايات التي دلت على حرمة القرض دلت على حرمة اشتراط النفع المالي والزيادة في القرض بتمام الوان النفع، ولم تكن هذه الزيادة بزيادة المدة الباقية، وقد أشار إلى ذلك السيد السيستاني (حفظه الله) على هذه المحاولة ويعترض عليه بقوله: (ولو لم تكن الزيادة بزيادة المدة الباقية، بل بإزاء قيام البنك ببعض الأعمال كتسجیل الدين وتحصیله ونحوهما؛ لأنّه لا يحق للمقرض (البنك) أن يشترط على المقرض أي نحو من أنحاء النفع المحوظ في المال) ^(٢).

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٨.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٥.

التخريجُ الثالث: البيع بأقل من القيمة الواقعية

يبتني على أن المستفيد (الدائن الصوري) يبيع الدين الصوري الى البنك بأقل من قيمته الواقعية، كما لو كان الدين الصوري بـ(١٠٠) ألف فالبيع بـ(٩٥) ألف، ثم يحول المستفيد البنك على الموقّع للكميالة بذات المبلغ المسجل فيها، وهذه وإن كانت في واقعها حالة على البريء التي يتحفّظ المشهور بالتحويل عليه إلّا إن الموقّع بتوقيعه لها قد قبل التحويل المذكور فإذا رجع البنك عليه بـ(١٠٠) يجب على المستفيد أن يسدّد ما دفعه الموقّع للبنك، وبالتالي تحصل الإستفادة من جهة أن الموقّع صار بريءاً الذمّة؛ لأنّ (١٠٠) ألف التي سدّدها البنك أخذها من المستفيد، والمستفيد دخل في حوزته الفارق وهو (٥) وأيضاً قد إستفاد البنك؛ لأنّه إشتري بـ(٩٥) وبغضّ مائة فالكُلُّ قد إستفاد.

هذه التخريجات التي ذكرناها تجري بناءً على تمامية بعضها في البنوك الأهلية.

التخريجُ الرابع: يدخل ضمن مجھول المالك

يختص بالبنوك الحكومية أو المشتركة، وقد أشار الى هذا التخريج السيد الخوئي ^{عليه السلام}^(١) والسيد السيستاني (حفظه الله)^(٢)، بل أنّ هذا التخريج يجري على كُلّ من يتّبّنى عدم مالكيّة الدولة وحاصله: أن المستفيد لا يبيع على البنك -كما هو حال

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ٢ / كتاب الدين والقرض.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٥ و ٤١٦.

التخريج الثاني_ سواء كان بالوكالة أو بال مباشرة ولا يقصد القرض _ كما هو حال التخريج الثاني_ ؛ لأن البنك لا يملُك ، فلا يتربّب منه إجراء عقد البيع أو القرض مع المستفيد، وإنما يقصدُ من وراء ذلك الحصول على مال الدولة التي هي مجهولة المالك ، وبإجازة الحاكم الشرعي _ التي هي حاصلة سلفاً_ يتم الإستيلاء على أموال البنوك الحكومية ، وبعد ذلك الدولة يذهب البنك إلى موقع الكمبيوترة فيأخذ منه الدين المسجل فيها بعد ذلك يرجع (الموقع) إلى المستفيد بما دفعه إلى البنك ، أي: بما دفع الموقع إلى البنك فالمهم بناءً على عدم مالكية الدولة يحصل التسلّط والإستيلاء على المال بقصد مجهول المالك .

والشيخ الفيّاض (حفظه الله) على حسب مبانيه بأنه يُفرّق بين الدولة والبنك^(١) ، فيرى إنّ الدولة ليست مالكةً، بينما البنك مالكةً فلا يصحُّ عنده هذا التخريج كما هو واضح .

ولكن تُوجّد ملاحظةً على هذا التخريج وهي مبنائية: أنّ من يبني على عدم مالكية الدولة _ كالسيد الخوئي^{عليه السلام} والسيد السيستاني (حفظه الله) _ يصحُّ هذا التخريج عندهم، وأمّا على الصحيح من مالكية الدولة، فالخريج المذكور ليس صحيحاً .



العمل في شُعب البنوك



العمل في شُعب البنوك

المعروفُ بين الفقهاء هو التفصيل؛ فإنَّ عمل البنوك على صنفين:

الصنفُ الأول: الشُّعب التي تختصُّ بمسألة الربا كتسجيشه أو الإشهاد عليه أو مطالبة المقرض بالتسديد وَكُلُّ ما يرتبطُ بمسألة القرض الربوي، فهنا يُحکمُ بحرمة العمل بهذه الشُّعبة تكليفاً وأيضاً عدم إستحقاق أخذ الأجرة.

الصنفُ الثاني: الشُّعب التي تتعاملُ في معاملات مصرفيَّة مباحة. أمّا بالنسبة إلى الصنف الثاني ليس هناك كلامُ كثيرٌ في عدم الحرمة وصحّة أخذ الأجرة؛ وذلك لأنَّه عملٌ مباحٌ فيدخل تحت عمومات **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُود﴾**^(١)، أو **﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُم﴾**^(٢)، أو ما شاكل ذلك، وإنما الكلامُ وقع في الصنف الأول وهو مركَّبٌ من شقين:

الأول: يرتبطُ بالحرمة التكليفيَّة، فإنَّ من يعمل بهكذا قسم يستحقُ الأثمَّ.
الثاني: يرتبطُ بالحرمة الوضعيَّة، أي: لا يستحقُ أخذ الأجرة على هذا العمل، فلابد أن نتكلَّم في هذين الشقين معاً.

(١) المائدة: ١.

(٢) النساء: ٢٩.

أما الصنف الأول: وهو إرتكاب المحرّم لو إرتبط بتلك المعاملات المحرّمة.

فهذا مما لا إشكال فيه بين الفقهاء، فهناك روايات توسيع من دائرة حرمة التعاطي فيحرم أخذ الربا ودفعه وكتابته والشهادة عليه، ومن هذه الروايات ما رواه الشيخ الطوسي رض بإسناده عن الحسين بن سعيد عن الحسين بن علوان عن عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام قال: «عن رسول الله صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الربا وأكله وبائمه ومشتريه وكاتبه وشاهديه»، وغيرها من الروايات^(١).

وصحيحة الروايات قصرت التحرير على هذه العناوين إلا أنّ فهم الخصوصية لها غير واضح فتعمد إلى كُلّ ما يرتبط بالربا.
إذاً المسألة من هذه الناحية واضحة ولا إشكال فيها.
هذا كُلُّه في الصنف الأول.

وأما الصنف الثاني: وهو الحرمة الوضعية، أي: عدم إستحقاق العامل الأجرة فالسؤال عن وجہ الملازمة بين الحرمة التکلیفیة والحرمة الوضعیة، بأنّ العمل إذا كان حراماً فلا يستحق أخذ الأجرة عليه؟

في هذا الصدد يمكن الإستدلال على الملازمة المذكورة بوجهين:

الوجه الأول: له تقریبان:

التقریب الأول: ما ذكره الشيخ النائيني رض من أنّ المنفعة إذا كانت محرّمة فلا يملكها الشخص فكيف يستأجر الآخرين عليها؟ وإذا كان كذلك فالأجرة التي

(١) تهذیب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٧ / ١٧ / باب فضل التجارة وأدابها / الحديث ٦١ و

تُدفعُ للعامل من دون مسوّغٍ شرعيٍ يكونُ أكلاً للهال الباطل.

وبكلمة: يرى أنَّ الشرط الأساسي هو ليس إباحة وحلية المنفعة، وإنما الملكية، أي: أن يكون المالكُ مالكاً للمنفعة حتّى يستأجرها، فإذا كانت المنفعة محرّمة فهو ليس بمالك لها، فتسلّط العامل آنذاك على أجرة يكونُ من دون وجه حقٍّ، وقد أشار إلى ذلك بقوله: (إنَّ إشتراط مملوكة المنفعة يُعني عن هذا الشرط؛ فإنَّ المنفعة المحرّمة غير مملوكة) ^(١).

إلا أنَّه لم يذكر الوجه في أنَّ حرمة المنفعة تستلزم عدم الملكية، ولكنَّ لديه كلامٌ ذكرهُ في علم الأصول في مسألة إستلزم النهي عن المعاملة للفساد، فالمعاملات المنهية عنها تؤدي إلى زوال السلطنة فيكونُ حال تلك المعاملات حال الطفلِ وغير الرشيد فكما أتّهمها محجوران عن التصرّف وليس لها سلطنة على ذلك، فكذلك لو ثُبُّي المكلف عن المعاملة، فإنَّه يصيّر محجوراً، وهذا نصُّ عبارته: (إذا عرفت ذلك فنقولُ: إنَّ النهي لو كان عن نفس الإيجاد والإنشاء فهو لا يقتضي الفساد، إذ حرمة الإيجاد لا يلزُم مبغوضية الموجد وعدم تحققه، وأمّا لو تعلّق النهي بنفس المنشأ والموجد فهو يقتضي الفساد لخروج المنشأ حينئذٍ عن تحت سلطانه ولا قدرة عليه في عالم التشريع والمانع التشريعي كالمانع العقلي، ويُمكّن إسراء هذا الأمر إلى مقامنا فإنَّ المعاملة إذا كانت ربوية فهي محرّمة ومنهيٌ عنها بكل مقدماتها والنهي يقتضي الفساد، أي: سلب سلطنة المالك عن ملكيته والسلب ليس تكويناً؛ إذ هو قادر على

(١) تعليقة محمد حسين النائيني على العروة الوثقى: ٢ / ٢٠.

إنشاء المعاملة وتقليل المفعة المحرّمة إلى الغير، لكنهُ هو سلب تشريعي^(١).

التقريبُ الثاني: أنّ النهي عن معاملة محرّمة يستلزمُ المبغوضية، ومعها كيف يصحُّ تقليل المبغوض فهذا يؤوّل إلى التناقض؟
إلاّ أنهُ كلاً التقريبيين باطلان.

أمّا التقريبُ الثاني: فهو مجرّد ترتيب للعبارات ولا مستند علمي لهُ، فإنّ مبغوضية الشيء المكتشفة بالنهي لماذا تدلُّ على عدم صحة التقليل، فما المناسبة بين هذا وذاك؟ فهو إذاً كلام خالٍ عن المستند العلمي.
وأمّا التقريبُ الأول: فيُمكّن تسجيلُ عدة ملاحظة عليه:

الملاحظُ الأول: أنّ النهي عن ممارسة معاملة محرّمة نسلّم أنهُ يسلبُ السلطة و يجعل الشخص محجوراً، ولكن هل الحجر وسلب السلطة من باب الحكم التكليفي، أي: يأثم من يمارس معاملة محرّمة أو الحكم الوضعي بمعنى زوال الملكية عنهُ؟
وكلاهما لا ينفعان المحقق النائيني، أمّا الحكم التكليفي فلا يلازمُ سلب الملكية، أي: أنّ من يرتكب معاملة محرّمة فسلب السلطة معناهُ إرتكاب الحرمة التكليفية فقط، وأمّا الحرمة الوضعية وهي سلب الملكية فلا تُوجّد ملازمة بين الأمرين، وأمّا إذا كان المقصود إثبات الحرمة الوضعية من وراء سلب السلطة فهذا أول الكلام.

الملاحظُ الثاني: ما ذكرهُ لا ينفعُ في مقامنا؛ لأنّنا نُريدُ أن نتوصل من خلال التقريب الأول إلى أنّ المعاملات المنهي عنها تستلزمُ سلب الملكية، وهذا التقريبُ

(١) فوائد الأصول، الميرزا محمد حسين النائيني: ٤٧١

لا يُثبت ذلك؛ وذلك لأنّه أقصى ما تحدّث عنه هو وجود ملازمة بين النهي عن معاملة وبين سلب السلطة والحجر ولم يتحدث عن الملازمة بين النهي وزوال الملكية، فهناك فرق بين قولنا: (إنّ الطفل وغير الرشيد منهيان عن المعاملة) بمعنى لا يتمكّنان من إجرائهما رغم أنّهما مالكان، وبين القول إنّ سلب السلطة والحجر يؤديان إلى زوال الملكية، والمهمُ هو الثاني دون الأول، ومن الواضح أنّ الحجر وسلب السلطة يختصان بتضييق القدرة على التصرف مع وجود الملك لا ينفيان الملك رأساً.

الملحوظ الثالث: لو تنزلنا عما ذكرناه فما ذكره يتمُّ في إجارة الأعمال دون إجارة الأعيان، وتوضيح ذلك:

إنّه في إجارة الأعيان من يُؤجر بناية مثلاً إلى البنك، فأنّه تُوجّد حيشitan في إجارة الأعيان، الحيشية الأولى: حيشية السكن، والثانية: حيشية قابلية إشغال هذا السكن بالأعمال المحرّمة، فأما الحيشية الأولى - حيشية السكن - فهي فعل المؤجر وليس بمحرّمة ولا منهي عنها، والحيشية الثانية - إشغال السكن في الأشياء المحرّمة - هي فعل المستأجر وهي التي وقع فيها النهي، فنقول: ما وقع في ملكه (المؤجر) وهي حيشية الإسكان ليس منهاً وليس محرّماً تكليفاً فلا تترتب اللوازم الأخرى من قبيل سلب السلطة والحجر، وما لم يكن من فعل المؤجر، وإنّما من فعل المستأجر ليس ملك المؤجر وليس منهاً عنه، وعليه إجارة الأعيان لا يجري فيها هذا الكلام؛ لأنّ المحرّم منها - وهو إشغالها بالأشياء المحرّمة - ليس من فعل المؤجر، وإنّما من فعل

المستأجر، وما هو من فعل المؤجر_ وهو حيضة الإسكان_ ليس منهياً عنه. وأماماً في إجارة الأعمال ف يأتي ما ذكره^١، فالذي يعمل في مكان وظيفته تقديم الخمر فهو يملك هذا العمل وهذا منهياً عنه ف يأتي على تقدير التسليم به ما ذكره الشيخ النائيني^٢ من أنَّ هذا النهي يسلب السلطنة وسلب السلطنة معناها زوال الملكية، فالعامل لا يملك التقديم (تقديم الخمر) فكيف يأخذ الأجرة عليه؟ نعم، تكون الأجرة على الشيء المملوك.

وعليه نحن بحاجة إلى وجيه ثانٍ لحرمة أخذ الأجرة على المنافع المحرّمة.

الوجه الثاني: أيضاً له تقريران:

التقرير الأول: أنَّ وجوب الوفاء بالعقد لا يتصور في المعاملات المحرّمة؛ لأنَّه من غير الممكن المشرع يأمرنا بإجراء معاملة تشتمل على حرام، فآية وجوب الوفاء بالعقد لا تشتمل العقود المحرّمة.

وعليه إذا سقط خطاب **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**^(١)، فيلزم سقوط صحة العقد؛ لأنَّ المدلول الإلزامي تابع للمدلول المطابقي في الحجية، فإذا سقط خطاب **﴿أَوْفُوا﴾** فلا كاشف عن الصحة ومع عدم صحة العقد تكون الأجرة عليه آخذًا للهال بالباطل. ويرد عليه: أنَّ أدلة العقود لا تختص بآية أوفوا فهناك آية التجارة عن تراضٍ، وهي مطلقة سواء كانت هذه التجارة لشيء محرّم أو شيء محلل، فالمهم تجارة عن تراضٍ وهو حاصل.

أضعف إلى ذلك: أنَّ المحذور في التمسك بآية **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** يتّم إذا حمل

الأمر على الحكم التكليفي، فيقال كيف يأمرنا الشارع تكليفاً بمعاملة محّمة؟ وأمّا لو كان هذا الخطاب هو إرشاد إلى لزوم المعاملة فلا يأتي المحدود أساساً.

التقريبُ الثاني: يتّم بغض النظر عن الإستعانة بآية **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودُ﴾** وذلك هناك قضية مسلّمة وواضحة عند الجميع وهي: أنّ المعاملات الصحيحة هي المعاملات التي يجب الوفاء بها؛ إذ لا تُوجّد معاملةٌ صحيحةٌ ولا يجب الوفاء بها، وهذه معروفة عند الجميع، وفي مقامنا بما أنّ المعاملة غير صحيحة؛ لأنّها ربويّة فلا يجب الوفاء بها؛ لأنّ وجوب الوفاء المسلّم عند الجميع فرع المعاملات الصحيحة، وأمّا المعاملات الفاسدة_ كما في مقامنا_ لا يجب الوفاء بها،

وهذا التقريبُ يسلّم من إشكالية كيف يأمرنا الشارع تكليفاً بإرتكاب معاملة محّمة؟ _ لأنّنا لم نتمسّك بآية وجوب الوفاء بالعقد_ حتى نضطر إلى أن نقول إنّ هذا حكم إرشادي، أي: إرشاد إلى لزوم المعاملة أو نستبدل الآية بآية **﴿تَجَارَةً﴾** عن **﴿تَرَاضِيْنَكُم﴾**^(١).

الخلاصة: هذان وجهان لإثبات عدم إستحقاق العامل وصاحب العين الأجرة على المنافع المحّمة، هذا ما قد يُقال في توجيه التفصيل بين شعب البنوك المحلّلة وبين شعب البنوك المحّمة.

ويمكن الاعتراض على التفصيل المذكور: إنّ هذا التفصيل يتمّ في البنوك الأهلية والحكومية، بناءً على ما استقرّناه من

مالكية الدولة بـكُل مفاصيلها التي منها البنوك، أو ما إختاره **الشيخ الفياض** (حفظه الله) من التفصيل بين مالكية البنوك وعم مالكية الدولة، وأماماً من يذهب إلى أن الدولة لا تملك فلا يجري التفصيل المذكور **ـ كالسيد الخوئي** **ـ والسيد السيستاني** (حفظه الله) **ـ لأنّه بناءً على عدم الملكية لا يتحقق القرض الربوي؛ لأنّ** القرض كعقد لابد أن يصدر من المالك أو من له الولاية عليه، فالدولة ليست مالكة ولنست لها ولاية شرعية فكيف يتحقق عنوان القرض الربوي؟ **ـ بل لأنّ ما تدفعه الدولة وتحصل عليه الشخص هو من باب مجهول المالك، فموضع عدم إستحقاق الأجرة في تلك البنوك الحكومية منفي؛ لأنّ الحكم التكليفي والوضعية فرع القرض الربوي وهنا لم يتحقق القرض أساساً، وإنما ما هو موجود أخذأً وعطاءً هو مجهول المالك.**

ومن هنا عقدا **ـ السيدان الخوئي والسيستاني** **ـ** مسألة لأجل هذا الإشكال حاصلها: **الأموال الموجودة لدى البنوك الحكومية والمشتركة في البلاد الإسلامية لما كانت تُعد بمنزلة المال المجهول المالك** **ـ الذي يحرّم التصرّف فيه من غير مراجعة** **ـ** **الحاكم الشرعي** **ـ** لم يجز العمل لدى هذه البنوك في قبض الأموال وتسليمها إلى المعاملين مع البنك مما يتصرّفون فيها من غير إذن **الحاكم الشرعي**. **ـ** **نعم، مع إذنه في العمل لدى هذه البنوك في المجال المذكور جاز**^(١).

وقد يُعترض على هذا الجواب: في أنّ القرض الربوي يحرّم من جهة ذات إنشاء

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ٤١٩؛ منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ /

العقد بغض النظر عن مسألة عدم الإمضاء الشرعي له، فمن يُجري عقداً ربوياً فذات هذا الإنشاء -إيجاباً وقبولاً- محّرم بغض النظر عن أنّ الشارع لم يُمْضِ هذا العقد، فعدم الإمضاء لا يكفي لحرمة العقد الربوي فقط، وإنّما إذا حصل الإنشاء وافتضنا إنّ الشارع لم يُمْضِ هذا العقد، فهذا يكون محّرماً أيضاً.

وبكلمة أخرى: أنّ ما دلّ على حرمة الربا يدلّ على حرمتة بمجرد إنشاء العقد أيضاً بغض النظر عن مسألة عدم إمضاء الشارع له -كما في محل الكلام- فهنا لا نترّقب أن لا يمضي الشارع هذا العقد؛ لأنّ التعامل مع البنوك الحكومية لا يتحقق عنوان القرض الربوي، وهذا المقدار يكفي ما دام المتعاقدان يقصدان إنشاء العقد الربوي، والعرف يقول إنّ فلاناً إقترنت من البنك الحكومي فذاتُ عملية إنشاء العقد هي محّرمة حتّى مع فرضية عدم إمضاء الشارع.

والجواب: أنّ حرمة العقد الربوي تارةٌ يستفادُ من عدم إمضاء الشارع له وليس من إنشاء أصل العقد -كما هو الحال في القروض الربوية- وأخرى تُستفادُ الحرمة لمجرد الإنشاء من غير جهة عدم إمضاء الشارع، فتوسّعة التحرير لمجرد إنشاء العقد حتّى في حالة أنّ الشارع ليس له موقفٌ سلبيٌّ هذا يتوقفُ على الرجوع إلى أدلة الربا القرضي، فهل لها إطلاق أو عموم يشمل حرمة هذا العقد من جهة عدم إمضاء الشارع ومن جهة إنشاء العقد الربوي؟ الصحيح أنّه لا يُستفادُ ذلك؛ لأنّ ما دلّ على حرمة الربا القرضي يرجعُ إلى دليلين.

الدليل الأول: النصوص، منها صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام

قال: سأله عن الرجل يسلم في بيع أو تمر عشرين دينار ويفرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً، قال: «لا يصلح إذا كان قرضاً يجُر شيئاً فلا يصلح»^(١).

وتقريب الإستدلال: أن التعبير (ب الرجل يسلم) يدل على أن مجرد إنشاء هذا العقد هو محظى في حد نفسه، أي: سواء أمضى الشارع أم لم يمض. ويلاحظ عليه: أن هذا اللسان من الروايات عادة لا يستهدف ذات الإنسانية هل هو محظى أو لا؟ وإنما يستعرض هذا اللسان موقف الشارع والشارع منع منه، فالحرمة ليست موسعة تشمل لذات الإنسانية للعقد الربوي؛ لأن هذه الصححة وأمثالها لا يستفاد منها هذا المعنى.

الدليل الثاني: الإرتكاز الوacial إلينا يدأ بيد.

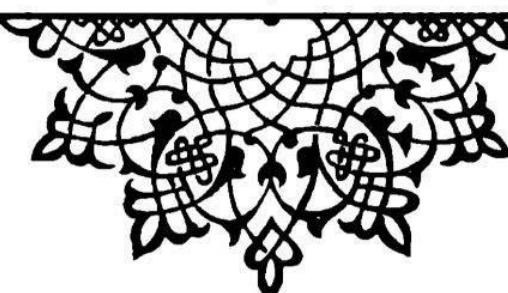
ويلاحظ عليه: أن الإرتكاز المذكور دليل لبى يقتصر على القدر المتيقن منه وهو حرمة الربا الحاصل من عدم إمضاء الشارع لا من جهة إنشاء العقد في حد نفسه.

نهاية

(١) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٦ / ١٧٥ / باب القرض وأحكامه / الحديث ١٦.



عقد التأمين



عقد التأمين

لابد أولاً من الحديث عن إعطاء مفهوم تصوري لهذا العقد: إذ عرف الفقهاء هذا العقد بأنه عقد يلتزم المؤمن له_ الشخص الذي يريد أن يجري عقداً مع شركة التأمين_ بمقتضاه على أن يدفع مبلغاً معيناً شهرياً أو سنوياً أو دفعه واحدة إلى المؤمن (شخص كان أو عنوان) في مقابل تعهد المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي إشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع حادث أو ضرر مبين في العقد.

والكلام يقع في مقاماتٍ ثلاثة:

المقام الأول: مدى إنطلاق العناوين الخاصة في باب المعاملات على عقد التأمين.
المقام الثاني: إذا لم يندرج تحت عنوان من العناوين الخاصة، فهل بإمكان تصحيح هذا العقد ضمن العمومات الدالة على صحة العقد بشكل عام أو لا؟
المقام الثالث: الموانع التي منعت من عقد التأمين، وهي كالتالي:

الأول: إنطلاق عنوان القمار عليه.

الثاني: أنه ضمان ما لم يثبت، وهناك إجماع على بطلان هذا النحو من الضمان.

الثالث: يستلزم منه الربا.

الرابع: ^{عَنْهُ عَقْدُ} عقدُ غرريٌ.

الخامس: ^{عَنْهُ يَتَنَافَى} مع حقيقة المعاوضة.

المقام الأول: حقيقة عقد التأمين

وقع الكلامُ بين الفقهاء في حدود هذا العنوان الخاص الذي دخل تحتُ عقد التأمين، وهناك بعض الإتجاهات:

الإتجاه الأول: اندراجه تحت الهبة المشروطة

إندراجه تحت الهبة المشروطة أو الهبة المغوضة، وقد صار إليه الشيخ حسين الحلي ^{رَبِّ الْجَمَادِ} والسيد الخوئي ^{رَبِّ الْجَمَادِ}، أما الشيخ الحلي ^{رَبِّ الْجَمَادِ} فقال: (الهبة بشرط تحمل الخسارة، ويتصور هذا الوجه بأن تتحمل الشركة الخسارة من مالها أو مما يجتمع عندها إن حدث حادث بمال أو النفس، فيقول طالب التأمين (المؤمن له) وهبتك كذا مقداراً من المال شهرياً على أن تتحمل كذا مقدار من المال خسارة لمدة عشرة سنين مثلاً لو حدث حادث بمال أو نفسي، ويأتي دور الشركة لتقبول بهذه الهبة وتسجل على نفسها ما إشترطه الواهب من تحمل الخسارة المذكورة، فتكون الهبة من طالب التأمين إيجاباً منه وموافقة الشركة تقريراً على نفسها بقبول هذه الهبة المشروطة... ولو لاحظنا هذه الهبة المشروطة لرأيناها حاوية على نفس أركان التأمين... وعليه فينزل التأمين على الهبة بتحمل الخسارة ويكون من صغيريات هذه المعاملة، ويجري عليه ما يجري

عليها من الأحكام^(١).

وأمّا السيدُ الخوئي عليه السلام فقد ذكر: (يجوزُ تنزيلُ عقدُ التأمين - بشتى أنواعه - منزلاً الهبة المعاوضة؛ فإنَّ المؤمَّن له يهُب مبلغًا معيناً من المال في كُلّ قسطٍ إلى المؤمَّن، ويُشترطُ عليه ضمن العقد أنَّه على تقدير حدوث حادثة معينة نُصَّ عليها في الإتفاقية أن يقوم بتدارك الخسارة الناجمة له^(٢)).

ويمكُن تسجيلُ ملاحظين رئيسيين على هذا الإتحاد:
الملاحظ الأول: يلزمُ منهُ صيروحة عقد التأمين عقداً جائزًا وليس لازماً، لا أقلَّ المؤمَّن له ما دام لم يحصل موضوع التأمين - وهو حدوث الخسارة أو التلف - بإمكانه فسخ العقد.

وبعبارة أخرى: الهبة المطلقة كاهبة المشروطة عقد جائز. نعم، الهبة الفعلية هي عقد لازم سواء كان الشرط معلقاً أو فعلياً، ومن الواضح أنَّ مجرد إشراط تسلیم العرض لا يجعلُ الهبة فعلية.

وبكلمة: في باب الهبة تُوجَد طائفتان من النصوص:
الأولى: يجوزُ الرجوعُ في الهبة متى ما شاء أحدُ الطرفين، لاحظ ما جاء في صحيحه زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إِنَّمَا الصدقة محدثة، إِنَّمَا كان الناسُ على عهد رسول الله عليه السلام ينحلون ويهبون، ولا ينبغي لمن أعطى الله عز وجل شيئاً أن يرجع

(١) بحوث فقهية، حسين الحلبي: ٣٦.

(٢) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤٢١ / مسألة ٢٨.

فيه قال: وما لم يعطِ الله وفي الله فإنَّه يرجعُ فيه، نحلَّةً كانت أو هبةً حِيزْت أو لم تُحْزِنَ...»^(١)، وصحيحَة عبد الرحمن وعبد الله بن سليمان، وفي بعض النُّسخ عبد الله بن سنان جميـعاً قالـا: سأـلـنا أـبا عبد الله عـلـيـهـاـنـدـلـاـعـ عنـ الرـجـلـ يـهـبـ الـهـبـةـ أـيـرـجـعـ فـيـهـاـ إـنـ شـاءـ أـمـ لـاـ؟ فـقـالـ: «تـجـوـزـ الـهـبـةـ لـذـوـيـ الـقـرـابـةـ وـالـذـيـ يـثـابـ مـنـ هـبـتـهـ وـيـرـجـعـ فـيـ غـيرـ ذـلـكـ إـنـ شـاءـ»^(٢).

الثانية: إذا تمَّ تسليمُ المال المتهب بالفعل لا يصحُّ الرجوع، وهذه الطائفة الثانية تُقيـدـ الطـائـفـةـ الـأـوـلـىـ فـيـ حـالـةـ التـسـلـيمـ، وـأـمـاـ إـذـاـ كـانـ الـمـالـ المـتـهـبـ هـنـاكـ وـعـدـ بـتـسـلـيمـهـ فـهـذـاـ لـاـ يـصـيـرـ الـهـبـةـ فـعـلـيـةـ، فـتـنـدـرـجـ تـحـتـ إـطـلـاقـ مـاـ دـلـلـ عـلـىـ جـواـزـ الرـجـوعـ، فـلـاحـظـ صـحـيـحـ عبدـ اللهـ بنـ سنـانـ عـنـ أـبـيـ عبدـ اللهـ عـلـيـهـاـنـدـلـاـعـ قـالـ: «إـذـاـ عـوـضـ صـاحـبـ الـهـبـةـ فـلـيـسـ لـهـ أـنـ يـرـجـعـ»^(٣).

إن قلت: ما الضيرُ في صيرورة عقد التأمين من العقود الجائزه وليس من العُقد اللازمه؟

قلتُ: إنَّ ذلك يُفقدُ الداعي العقلائي من وراء عقد التأمين؛ فإنَّ العقلاء إنما يقدموه على تحمل الغرامة إذا كانت بقصد الإسترباح والإغتنام، فإذا تمَّ حُضُر فعل أحدهما بتحمل الغرامة فقط من دون قصد الإسترباح، فلا يوجد داعي عقلائي

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٧ / ٣٣ / باب ما يجوز من الوقف والصدقة وما لا يجوز / الحديث ٣.

(٢) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٩ / ١٣٦ / باب النحل والهبة / الحديث ١٣.

(٣) الكافي، الشيخ الكليني: ٧ / ٣٥ / باب ما يجوز من الوقف والصدقة وما لا يجوز / الحديث ١٩.

على ذلك؛ فإن المؤمن له إذا كان من حقه أن يسترجع ما دفعه إلى المؤمن قبل تحقق موضوع التأمين وهو الخسارة فما الداعي للمؤمن أن يتحمل الغرامة من دون قصد الإنفاذ؟

نعم، إذا حدثت الخسارة يكون لتحمل الغرامة معنى، ولا يحق للمؤمن له الرجوع.

وبكلمة أخرى: أن واقع عقد التأمين الخارجي هو وجود إنتفاع لطرف في العقد، فالمؤمن له سوف يعوض إذا حدثت أي خسارة، والمؤمن سوف يتتفع إذا لم تحدث أي خسارة، بينما لو قيل بجوازه فسوف ينقلب الحال ويكون عقد التأمين لصالح المؤمن له فقط، بإعتبار أن المؤمن له يحق أن يسترجع ما بذله قبل حدوث الخسارة، وسوف يتتفع إذا حدثت الخسارة، ولا يكون للمؤمن أي نفع.

وإن شئت قلت: إن تحرير عقد التأمين على أساس الهبة المشروطة هو أمرٌ صحيحٌ في حد نفسه إلا أنه يؤدي إلى فقدان الغرض والداعي من العقد، فإن هذا العقد الرائع اليوم يعود من التجارات المربيحة اليوم، والمؤمن سوف يتتفع بهذه الأموال، ولكن إذا أبدينا إحتمال أن يكون العقد جائزًا فالمؤمن لا يقدّم على هذا العقد، وبالتالي سوف يكون حالة حال العقود الجائزه التي لا يستريح منها كالهبة والصدقة والوقف والتي ضجّت بها الكتب الفقهية إلا أنها ضعيفة التداول في الخارج، وهذا مما لا ينسجم مع الغرض العقلاني للتأمين، ولسنا مطالبين دائمًا بتحقيق الأغراض العقلانية للعقود المستحدثة مadam لم يساعد عليها الدليل، ولكن

قدر الإمكان أن لا يكون التخريج الفقهي لعقد مستحدث يُفقدُ الغرض العُقلائي.

هذا هو حاصل الملاحظ الأول على عقد التأمين.

إلا أنّ هذا الملاحظ رغم وجاهته بإمكان القائلين بتخريجه على أساس الهبة المشروطة دفع إشكال جواز العقد بصيرورته لازماً، وذلك بأنّ المؤمن (الشركة) يقوم بتحويل تلك الأموال إلى البنك، والبنك تُنجز عادةً مشاريع بتلك الأموال، وبالتالي يحصل تلف للعين المohoبة، وهذا كافٍ في لزومها.

الملاحظ الثاني: أنّ هذا التخريج يلزم منه إشكال التعليق في العقود وهذا الإشكال سوف نواجهه تقريرًا على أكثر التصويرات القادمة لعقد التأمين. وتوضيح ذلك: إنّ المؤمن له (الشخص) سوف يملك من المؤمن مالاً عند وقوع الخسارة بتلف أو سرقة أو حادث، وهذا التمليل له نحوان:

النحو الأول: أنّ المؤمن له يملك فعلاً المؤمن مالاً على أن يتملك المؤمن له المال على تقدير وقوع الخسارة، وهذا التملك بهذا النحو يحصل بإنشاء عقد جديد غير عقد التأمين، فمن خلال عقد التأمين المؤمن له ملك المؤمن، ومن خلال الإنشاء الجديد يتملك المؤمن له من المؤمن، وهذا معناه أنّ تمليل المؤمن له منوط بإنشاء عقد جديد من قبل المؤمن، وليس تمليلًا قهريًا عند وقوع الخسارة، ولعلّ هذا النحو هو ما عناه الشيخ حسين الحلي رحمه الله والسيد الخوئي رض من تصوير عقد التأمين على نحو الهبة المشروطة، وعلى هذا النحو لا يأتي إشكال التعليق.

النحو الثاني: أنّ يملك المؤمن له مالاً للمؤمن على أن يتملك المؤمن له مالاً من

المؤمنٌ عند وقوع الخسارة، وهذا التملكُ قهريٌ لا بإنشاء عقد جديد. وبكلمة: الفارقُ بين النحوين رغم أنّهما يشتركان في تحرير عقد التأمين على أساس الهبة المشروطة هو أنَّ تملك المؤمن لهُ يتوقفُ على فعل اختياري وهو إنشاء عقد جديد، بينما في النحو الثاني يتوقفُ التملكُ على أمر قهري وهو حدوث الخسارة.

وإشكالُ التعليق يتمُّ في النحو الثاني؛ وذلك لأنَّ تملك المؤمن لهُ هو معلقٌ على حدوث الخسارة، وهذا عبارة عن التعليق في العقود، فهو إذاً تملكُ مقابل تملك لا ملك مقابل ملك حتّى يدخل في باب البيع.

هذا هو حاصلُ الملاحظ الثاني.

ويمكنُ المناقشةُ فيه: يغضُّ النظر عن ما إستدلُ به على بطلان التعليق في العقود والذي هو الإجماع_ من خلال وجهين:

الوجهُ الأول: أنَّ التعليق المذكور ليس في أصل العقد، وإنما في شرطه فالمؤمن لهُ (الواهب) يهُبُ إلى المؤمن بدون شرط من خلال عقد التأمين، وتملك المؤمن لهُ مشروطٌ بوقوع الخسارة فالتعليقُ في الشرط وهو التملك، أي: إنَّ تملك المؤمن لهُ متوقفٌ على وقوع الخسارة لا أصل عقد التأمين، والمتيقنُ من بطلان ما دلَّ على بطلان التعليق هو بطلان التعليق في أصل العقد لا في شرطه.

الوجهُ الثاني: لو سلَّمنا بإنَّ ما دلَّ على بطلان التعليق يشملُ الشرط أيضاً، إلا أنَّهُ يمكنُ التخلصُ من إشكال التعليق بمبني تقدُّم الحديث عنهُ وهو أنَّ فساد

الشرط لا يؤدي إلى فساد العقد، لاسيما أنّ الهمة المشروطة ليست من قبيل عقد المعاوضات _كالبيع مثلاً_ في ما إذا فسد أحد العوضين يفسد العقد، ومن هنا لو وهب زيدٌ إلى عمرٍ شيئاً على أن يهب له خمراً لم يفسد عقد الهمة عند فساد هذا العرض.

هذا كُلُّهُ في الإتجاه الأول وإتضح أنه لا محدود فيه.

الإتجاه الثاني: إندراجُه تحت عقد الضمان

والمقصودُ به الضمانُ المصطلح المقابل للحالة والكفاله وتقريبه هنا هو أن يقال: إنّ الضامن (المؤمن) يضمن للمضمون عنه (المؤمن له) ما يتعرّض له من خسارة، سواء كانت هذه الخسارة في المستقبل أو كانت الخسارة متقدّمةً على عقد الضمان، فإنّ الضمان في الفقه الإمامي لا يُشترطُ فيه وجود دين سابق على عقد الضمان، وإنّما يشمل ما يتعرّض له هذا الشخص من خسارة كدين أو سرقة، وبعد تمامية الضمان سوف تنتقل ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن.

ويمكن تسجيل ملاحظة عدّة على هذا الإتجاه:

الملحوظُ الأول: المعروفُ أنّ الضامن له تحملُ الخسارة للمضمون له الحاصلة بأمر المضمون له، فهنا الخسارة التي يتحملها الضامن يرجعُ إلى المضمون له بمقدار ما تحمله من الخسارة، ولو صالح الضامن المضمون عنه بجزء من الدين أو المضمون له أبري الضامن من كُلّ الدين، فهنا الضامن لا يرجعُ إلى المضمون عنه إلّا بمقدار ما تحمل، وفي حالة الإبراء الكُلّي لا يرجعُ الضامن بشيءٍ عليه؛ وذلك

لأنّ الغارم هنا ليس الضامن، وإنّما المضمونُ عنهُ هو الغارم.

وعليه من الواضح في عقد التأمين أنّ المؤمن له يدفعُ الأموال إلى المؤمن، فلو لم يحدث موضوعُ التأمين - وهي الخسارة - لا يرجعُ المؤمن على الضامن بشيءٍ، وعدم الرجوع بشيءٍ ينافي عقد الضمان.

بل أكثر من ذلك نقول: لو إنّ المؤمن له يرجعُ على المؤمن (الضامن) بما دفع من المال نتيجة عدم وقوع الخسارة فإنه يتضيّق الغرض العقلائي من عقد التأمين، ومن الواضح أنّ تصحيح عقد مستحدث على أساس عنوان قديم لابد أن يأخذ بنظر الإعتبار الخصوصيات المقوّمة لهذا العقد المستحدث، لا أنّه يتم التركيز على أصل العقد وتصحيحه من خلال إندراجه تحت العُقود المتعارفة، فإنّ هذا يُشكّل إلغاءً له.

وبهذا يظهر الفرق بين عقد التأمين وعقد الضمان: فإنه في عقد الضمان الضامن لا يرجعُ المضمونُ عنهُ إلّا بمقدار ما تحمّل من الخسارة، بينما في عقد التأمين المؤمن يرجعُ إلى المؤمن له ويتملّك الأموال سواء وقعت خسارةً أو لم تقع.

وقد يدفعُ هذا الملاحظ المذكور: بأنّ المؤمن له إنّما يدفعُ أقساطاً مقابل التعهّد الصادر من المؤمن وهو الضامن لا مقابل ما يبذلُه الضامن من الدين أو الخسارة؛ وذلك لثلا نقعُ في محدود أنّ الضامن لا يجوزُ له أن يأخذ زيادةً على ما دفع.

وبكلمة أوضح: أنّ مدلول النصوص التي منعت أن يأخذ الضامن المؤمن، أي: الشركة زيادة على ما أداءه بأذاء الدين المؤمن له من جهة تسدیده للدين، وأماماً أخذ

الزيادة من جهات أخرى فليست ملحوظة للنصوص، فلو إفترضنا أنّ المضمون عنه (المؤمن له) قد أتلف مال الضامن فيرجع الضامن عليه بمقدار ما أداه من الدين، وأيضاً ما أتلفه المضمون عنه، ومن الواضح إنّ عقد التأمين يعتبر جهة من الجهات فهو تعهّد من قبل الضامن بإداء دينه فيجوز للضامنأخذ ما زاد على أداء الدين بلحاظ جهة التعهّد، فلاحظ موثقة عمر بن يزيد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ضمّن رجل ضماناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلا الذي صالح عليه»^(١).

ويردّه: أولاً: أنّ ما يبذل المؤمن له بحسب الظاهر هو بدل عن الغرامات المحمولة التي يباشر بإدائها المؤمن لا مقابل العناوين الإعتبرية كعنوان التعهّد أو غير ذلك. ثانياً: لو تنزلنا وقلنا إنه بحسب الظاهر يدفع مقابل التعهّد، إلا أنه توجّد هناك نصوص منعت الضامن أن يأخذ أزيد مما بذله، وهي مطلقة تشمل الزيادة مقابل الدين والزيادة مقابل التعهّد، فلاحظ صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليهما السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أمره نفر ليتّابع لهم بغيراً بندقٍ ويزيدونه فوق ذلك نظرة فإتّابع لهم بغيراً ومعه بعضهم فمنه أن يأخذ منه فوق ورقه نظرة»^(٢).

إذاً الملاحظ الأول يكون تاماً.

الملاحظ الثاني: أنّ باب التأمين مختلف عن باب الضمان، ففي باب الضمان يُشترط

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ٢٦٠ / باب الصلح / الحديث ٧.

(٢) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ٢٠٩ / باب التسيئة / الحديث ٢.

أن يكون الدين ثابتاً فعلاً عند عقد الضمان ولا يصح الدين المؤجل، وعلل الفقهاء سبب ذلك بأنه ضمان ما لم يجب، بينما في عقد التأمين أساس الدين الثابت في ذمة المؤمن هو متأخر عن العقد؛ لأن الخسائر المضمنة تحدث في المستقبل فكيف يخرج عقد التأمين على أساس الضمان؟ فسوف ننتهي إلى تعليق عقد التأمين على الخسائر المستقبلية، وبالتالي نقع في مشكلة تعليق العقود الذي قام الإجماع على بطلانه.

وبكلمة أوضح: أن اشتراط التأمين لكي يحصل فيما إذا تحققت الخسارة لا حقاً يرجع في حقيقته إلى التعليق في العقود، والإجماع قائم على بطلان التعليق في العقود.

وفي مقام التعليق: الملاحظ المذكور قابل للدفع من وجوه:
الوجه الأول: أن اشتراط خلو العقود عن التعليق لا مستند له سوى الإجماع، وإذا جزمنا بتحققه فهو ليس بحجّة؛ لأنّه من المحتمل أن يكون منشأه الوجه الآخرى التي قيلت ببطلان التعليق في العقود، فيكون الاجماع مدركيّاً، والقيمة تكون للمدرك.

الوجه الثاني: مع الإيمان بالإجماع فهو دليلٌ لبيٌّ، والقدر المتيقن منه العقود التي لم يُتعارف فيها التعليق كعقد النكاح، وأماماً ما يُتعارف فيها التعليق كالوصية التمليلية، فلا تكون مشمولةً للإجماع، وعقد التأمين هو من العقود التي يُتعارف فيها التعليق، فإنّ المؤمن إنما يضمن للمؤمن له الخسارة على تقدير تحقّقها خارجاً. فحقيقة مبني على التعليق، وعليه لا مانع من شمول إطلاقات **﴿أَوْفُوا﴾**

بالعقود هذا النحو من العقود التعليقية؛ لأنّها يُتَعَارَفُ فيها التعليق، وإن كانت هذه العقود المعلقة نادرة إلّا أنّه لا يستهجان في شمول المطلق للنادر، وإنما الاستهجان هو في إختصاص المطلق بالنادر.

الوجه الثالث: أنّ الاجماع أيضاً لو تمّ فهو لا يشمل العقود التي في حقيقتها مبنية على التعليق، وإنما يختص بالعقود التي ربّما تكون منجزة وأحياناً تكون معلقة، والإجماع يبطل التعليق في مثل هكذا نوع من العقود، وأمّا العقود التي في حقيقتها التعليق لا تكون مشمولة للإجماع وعقد التأمين هو كذلك، إذ لا يوجد ضمان فيها إلّا على حدوث الخسارة.

الوجه الرابع: أنّ الاجماع الذي إنعقد هو لإجل أن لا يتأخر حصول الأثر عن القبول، وأمّا العقود التي يكون الأثر مقارناً للقبول فلا إجماع على البطلان، وما نحن فيه كذلك ففي باب الضمان بعد صدور الإيجاب من الضامن يُشترط في عقد الضمان قبول ورضا (المضمون له) فلو صدر الإيجاب في مدة ما ثم حصل قبول ورضاولي الدين بعد مدة حينما يصدر القبول المتأخر تحصل تمامية للعقد، وهذا معناه في ظرف القبول المتأخر يتّم العقد المذكور حتى لو كان الإيجاب في مدة سابقة، وهذا معناه عدم تخلّف أثر الضمان عن القبول؛ لأنّه بمجرد أن يصدر القبول ولو بعد حين يحصل العقد ويكون أثره ثابتاً.

الملحوظ الثالث: يُشترط في عقد الضمان الإختصاص بضمان الديون الثابتة في ذمة الأشخاص، ولا ينعقد في ضمان الأعيان المطلقة، أو الأعيان المغصوبة، ومن الواضح أنّ عقد التأمين له أقسام عديدة، منها التأمين على الأعيان، كالبيوت

والسفن والسيارات والمصانع، وبشأن الأعيان لا دليل عليه في النصوص، بل قام الإجماع على بطلان ضمان الأعيان، وهذه مفارقةٌ جديدةٌ بين عقد التأمين وبين عقد الضمان.

ويُمكّن دفعه: المنطقة في الضمان العقدي هي أوسع مما ذكره الفقهاء، فلا تختص بضمان الديون بل تشمل مطلق الأشياء، ودليلنا على التعميم هو تعريف الضمان الذي هو عبارة عن التعهّد وإشغال الذمة بالدين، ولهذا التعهّد منطقة واسعة.

وبكلمة أخرى: الضمان حتّى يشمل ضمان الأعيان نحتاج إلى أمرين: الأول: أن ننكر وجود إجماع على بطلان ضمان الأعيان، وهو في الواقع كذلك؛ لأنّ الإجماع المدعى تكرر في كلمات المتأخرین، والإجماع حتّى يكون حجّة لابد فيه توفرُ أمرين:

أولاً: أن يكون معنوناً في كلمات القدماء؛ وذلك بإعتبار أنّ الإجماع يكشفُ عن الإرتكاز والذي يكشفُ عنه هم القدماء.

ثانياً: أن لا يوجد بأيدينا ما يُجزمُ أو يُحتملُ إحتمالاً معتمداً به من وجود مدرك لهذا الإجماع، والإجماع المدعى هنا تكرر من المتأخرین فقط.

الثاني: أن ثبت عدم سفاهية الضمان في الأعيان، ومن الواضح عقد التأمين يُشيرُ إلى عدم السفاهية في الطرفين، فإنّ المؤمن (الشركة) لا تُقدمُ على التأمين إلا بعد إجراء دقيق للأشخاص المؤمن لهم، فهي تُراعي كبر الشخص وأمواله ودرجة الخطورة وكلّ ما يُحتملُ أن يكون التلفُ بعيداً عن أمواله، إذ يكونُ هذا داعياً

لإجراه عقد التأمين معه، وهكذا الحال في المؤمن له فهو لا يُقدم على التأمين إلا مع مراعاة وقوع الخسارة المحتملة في أمواله فلا سفاهة في البين بينهما.
إذاً هذا الملحوظ أيضاً مدفوعٌ.

المقام الثاني: اندراج عقد التأمين تحت عمومات ﴿أوفوا بالعُقود﴾

لو لم يتم إندراج هذا العقد المستحدث (عقد التأمين) تحت عنوان من العناوين الخاصة، فهل يمكن التمسك بعمومات أدلة المعاملات كآية ﴿أوفوا بالعُقود﴾^(١) أو ﴿تجارةً عن تراثٍ﴾^(٢) لإثبات أنه عقد مستقل بحد ذاته أو لا يمكن ذلك؟
ذهب جماعة من المعاصرين إلى ذلك، لاحظ ما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله): (التأمين عقد يلتزم المؤمن له بمقتضاه أن يدفع مبلغاً معيناً شهرياً، أو سنوياً، أو دفعاً واحدة_ إلى المؤمن في مقابل تعهد المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال، أو إيراد مرتبأ، أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع حادث أو ضرر مبين في العقد)^(٣)، ولا حظ أيضاً ما ذكره الشيخ الفياض (حفظه الله): (فلا يكون داخلاً لا في الهبة المغوضة ولا في الضمان العقدي، ولا ينطبق عليه عنوان آخر من عناوين المعاملات الخاصة).
وedu على هذا لا يمكن الحكم بصحته، مدفوعة بأنه وإن لم يكن مشمولاً

(١) المائدة: ١.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) منهاج الصالحين، على السيستاني: ١ / ٤١٧ / عقد التأمين.

لإطلاق الأدلة الخاصة التي تدل على صحة المعاملات وإمضائتها بأسئلتها المخصوصة إلا أنه يكفي في الحكم بصحته عموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١) فإنه مشمول له^(٢).

وتقديم في مستهل البحث الحديث عن المنهج العام في العقود المستحدثة وأنه لا مانع من شمول أدلة المعاملات للعقود المستحدثة فراجع.

المقام الثالث: موانع عقد التأمين

فهناك موانع ذُكرت للمنع من عقد التأمين:

المانع الأول: انطباق عنوان القمار عليه

إندراج عقد التأمين تحت عنوان القمار الذي يتقوم بالحظ والصدفة، فيتُم التوصل إلى المال لا بإزاء عوض بده ولا بإزاء خسارة حصلت له، وإنما ساعدَه في ذلك الحظ والصدفة، وهنا قد يُقال: إن عقد التأمين كذلك، بإعتبار أن المؤمن قد يحصل على جميع ما بذله المؤمن له فيما إذا صادفه الحظ ولم تحصل أي خسارة لأشياء المؤمن عليها، وإذا عاكسه الحظ فيكون خاسراً، وكذلك المؤمن له؛ فإنه يتوقع أن يحصل على ضمان لاحتمال حصول الخسارة التي تحصل عادةً فيما إذا ساعدَه الحظ. إذاً عنوان التأمين يتقوّم بالحظ والصدفة بالحصول على العوض من الطرفين

(١) النساء: ٢٩.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٩١.

والذي هو عبارة عن القمار، وبما أن عقد التأمين مبتلي بمحدود إنطباط عنوان القمار عليه فيكون حراما.

وهذا العنوان_القامار_ لم ينفع في كلمات الفقهاء فلا بأس بالحديث عن حقيقة القمار ولو بشكلٍ مختصر فنقول: إن القمار يتقوّم بركائز ثلاث:

الركيزة الأولى: عنوان الباطل، فما يؤخذُ بهذا السبب الباطل يندرج تحت آية ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ يَبْيَنُكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(١)، فإن المقامر يتوصل إلى المال لا عن طريق

شرعى وعقلائى، بل عن طريق باطل، ومتى ساعدت على ذلك الحظ والصدفة. وبكلمة مختصرة: ما يحصل عليه المقامر من أموال هي في مقابل الحظ والصدفة فيكون بإزاء ما يحصل عليه البائع عند دفع المبيع إلى المشتري، وعنوان الحظ والصدفة باطلٌ عُرفيٌ.

الركيزة الثانية: القمار يتقوّم باللعبة؛ لأنَّه ليس كُلُّ سبب باطل يُعبرُ عنه قمار فالغصبُ والسرقةُ والرباُ أسبابٌ باطلةٌ، ولكن ليس فيها لعبٌ، وهذه الركيزة الثانية سوف يخرجُ من خلاها أمران:

الأول: أوراق اليانصيب، فهذه الأوراق التي تُباعُ لا يصدقُ عليها لعبٌ. نعم، هي أكلٌ للهال بالباطل، فيما إذا كانت الغايةُ من وراء بيع تلك الأوراق الحصول على الأموال.

وإذا كان الغرضُ من شيءٍ هذه البطاقة أو بيعها إقامة مشروع خيري من قبيل بناء مستشفى أو مدرسة، فهذا يخرجُ عن كونه باطلاً.

الثاني: الرهان الذي يُسمى في عُرف الناس بالشرط، تقول: (إن جاء زيدُ فلك كذا وإن لم يجيء فعليك كذا) فهذا لا يُسمى لعباً. نعم، يصدق على أوراق اليانصيب رهانٌ؛ لأنَّ الذي يحصل على الورقة كما يوجدُ إحتمال الفوز بها يوجدُ أيضاً إحتمال الخسارة، وهنا يصدق عليها عنوان الرهان، ولكن لا يصدق عليها عنوان اللعب.

الركيزة الثالثة: الأملُ في حصول الربح عند الغلبة، فالداعي لهذا اللعب هو الحصول على الأموال إذا تجنبَ الخسارة؛ لأنَّ أمر القمار يدورُ بين الغالب والمغلوب، نعم. لا يُشترطُ في تقوُّم القمار بحصول هذا الداعي من الطرفين، فلو كان أحدُ الأطراف قد رغب بالحصول على الأموال عند الغلبة يتتحققُ عنوان القمار وإن لم يكن الطرفُ الآخرُ راغباً في ذلك.

ويُلاحظُ عليه: يوجدُ هناك فارقٌ بين القمار وعقد التأمين، ففي القمار المفروض فيه فعَلَية القضية المشترطة، أي: الحصول على الربح عند الفوز، ولا يكفي مجرد القضية الشرطية، والسرُّ في ذلك أنَّ عقد التأمين لا يكون المؤمِّن (الشركة) حينما ينشأ عقداً بقصد الإسترباح ولا المؤمن لهُ يدخلُ بهذا الداعي، بل من المحتمل أنَّ المؤمِّن إذا حدثت خسارةً لا يدفعها إلى المؤمِّن لهُ بعينهُ هذا، وإنَّما قد يدفعها إلى مؤمِّن آخر، فالغرضُ من عقد التأمين بالنسبة إلى المؤمِّن لهُ عدم الخسارة، وهذا كما يتحققُ بفعَلَية القضية الشرطية كذلك يتحققُ بعدم فعَلَية القضية الشرطية، وهذا بخلاف المقامر فإنَّ عدم الخسارة منحصرٌ بالحصول على الأرباح والغلبة، فمن هنا يُشترطُ في القمار فعَلَية القضية الشرطية، أي: الحصول على الربح عند حصول

الغلبة.

وبكلمة أخرى: أن المؤمن له في عقد التأمين لم ينشأ العقد بنية أن تحرق أمواله صدفة حتى يحصل على الأرباح، فإن هذا الداعي ليس موجوداً أساساً. نعم، هو يتحمل الحصول على الأرباح عند حصول الخسارة، وأين هذا من المقامر الذي يتربص بالآخر للفوز عليه والحصول على الأموال؟

وهذا هو معنى ما يُقال: إنه يُشترط في القمار فعلية القضية الشرطية، أي: الحصول على المال عند الغلبة، ويكتفي مجرد القضية الشرطية في عقد التأمين.

وإذا أردنا أن نقول أكثر: إن التعاقد على اللعب بين الطرفين إما يكون الربح للغالب والخسارة على المغلوب، وهذا هو القدر المتيقن من حقيقة القمار، وإما لا يكون الأمر كذلك، وعلى الثاني إما يكون التعاقد بينهما على اللعب سبباً لتمليك الآخر، أي: الغالب بإنشاء هبة مثلاً، فليس الحصول على الربح من جهة كونك غالباً، وإنما من جهة إلتزام وتعهد المغلوب بإنشاء عقد جديد للتمليك، وعلى هذا الثاني إما يدفع العوض لطرف ثالث أو يدفع للغالب خاصة، فتكون الصور المحتملة أربعة: الأولى: أن يتوزع الربح بينهما، أي: للغالب دون المغلوب.

الثانية: أن يكون الربح لطرف ثالث.

الثالثة: أن يدفع المطلوب الربح الثالث بإنشاء عقد جديد كالمبة.

الرابعة: أن يدفع المطلوب الربح للغالب عن طريق التعهد.

القدر المتيقن من حقيقة القمار الصورة الأولى، أما الصورة الثانية وهي -دفع الأرباح لشخص ثالث- فلا نُسلِّم إنطلاقة عنوان القمار عليها؛ فإن المستفاد من

حقيقة القمار هو حصولُ الغالب على الأرباح، وأمّا دفعها إلى شخص ثالث لم يدخل معها في لعبة القمار لا يُسمّى الثالث لاعباً للقمار_نعم، أخذُهُ بسبب باطل هذا صحيح_وهكذا الصورةُ الثالثة وهي:

تعهّد المغلوب بدفعه إلى ثالث عن طريق إنشاء عقد جديد وأيضاً الرابعة وهي _أن يتعهّد المغلوب بدفعه إلى الغالب من دون إنشاء عقد جديد_ فإنّها خارجتان عن حقيقة القمار؛ وذلك لأنّ المستفاد منهُ التوصلُ إلى الأرباح عند الغلبة، أمّا إذا توصل إليها عن طريق إنشاء عقد جديد_ كالمهبة_ فليس واضحاً إندراجه تحت القمار.

وعليه إتّضح أنّ عقد التأمين أجنبيٌ عن القمار؛ لأنّ القمار يرتكزُ على كونه سبباً باطلًا والتأمين ليس كذلك، وعلى كون القمار لعباً والتأمين ليس كذلك، وعلى كونه يأمل حصول الربح، فالتأمينُ من جهة لا يأمل حصول الأرباح، إذ هو فقط يتفادى الخسارة، ومن جهة أخرى أنّ الأرباح قد تُدفعُ لطرف ثالث غير المؤمن له؛ إذ قد تُدفعُ الأموالُ لا لشخص المؤمن له، وإنّما لطرف ثالث وإن كان يُسمّى المؤمن له ولكنّه ليس هو الذي أجرى عقد التأمين، وعليه ليس من الصحيح أن يُقاس عقد التأمين بعقد القمار، لاسيما في التأمين على الحياة الذي هو عبارة عن تخصيص مرتب شهري لمن يبلغ سنًا معيناً فيدفع أقساطاً شهرية، وهذه ليست قماراً أساساً، وإنّما هي عرض و معوض.

المانع الثاني: أنّ ضمان ما لم يثبت

أنّ المؤمن يضمن تدارك الخسائر قبل أن تقع في الخارج، وهناك قاعدة فقهية مفادها: إنّ ضمان ما لم يثبت (ما لم يثبت) قام الإجماع على بطلانه، والتأمين هو ضمان شيء لم يثبت.

ذكر صاحب الجوواهير في الحق المضمون: (هو كُلُّ مالٍ ثابت في الذمة، ومرجعه إلى ما في (القواعد) للعلامة من أن شرط المالية والثبوت في الذمة وإن كان متزللاً كالشمن في مدة الخيار، والمهر قبل الدخول، بل قيل: إن على الأول (الثبوت المستقر) الإجماع معلوم ومحكي في ظاهر الغنية، بل فيها وغيرها أيضاً الإجماع صريحاً على الثاني (المتزلل) وفي محكي التذكرة لو قال لغيره منها أعطيت فلاناً فهو علىّ لم يصح) ^(١).

ويمكن تسجيل ملاحظة عدّة على المانع الثاني:

الملحوظ الأول: أن إشراط ثبوت المال في الذمة في الضمان الشرعي الذي هو عبارة عن نقل ذمة إلى ذمة لا يستلزم إعتبار ثبوت شيء في الذمة في الضمانات العُرفية، فإنّ معقد الإجماع لو تمّ هو في الضمانات الشرعية، وأمّا الضمانات العُرفية التي هي عبارة عن وجود تعهّد بالمال وكون مسؤوليته عليه من دون انتقاله بالفعل إلى ذمّته - كما هو الحال في موارد ضمان العارية مع الشرط أو كون العين المستعارة ذهباً أو فضة - فإنّ ضمانها ليس بالمعنى المصطلح جزماً؛ إذ لا ينتقل شيء بالعارية

(١) جواهر الكلام، محمد حسن النجفي: ٢٦ / ١٣٥

إلى ذمة المستعير، فإن العين لا تقبل الإنقال إلى الذمة وهو المستعير غير مشغول الذمة ببدها قبل تلفها فليس ضمانها، إلا بمعنى كون مسؤوليته في عهدها بحيث يكون هو المتعهد بردها ولو مثلاً أو قيمةً عند تلفها، والتأمين ليس إلا عبارة عن كون المؤمن يتعهد بتحمل الخسائر التي تحصل في المستقبل، وهذا التعهد الذي هو المعنى العُرفي للضمان كما يصح في الأعيان الخارجية كذلك يصح بما يكون في الذمة، يقول السيد الخوئي عليه السلام (وكيف كان فإذا صح مثل هذا الضمان في الأعيان الخارجية_ كموارد العارية_ فليكن ثابتاً في الأمور الثابتة في الذمة أيضاً؛ فإنَّه لا يبعد دعوى كونه متعارفاً كثيراً في الخارج فإن أصحاب الجاه والشأن يضمنون المجاهيل من الناس من دون أن يقصد بذلك إنتقال المال بالفعل إلى ذمهم، وإنما يراد به تعهدهم به عند تخلف المضمون عنه عن أدائه، والحاصل أن الضمان في المقام غير مستعمل في معناه المصطلح) ^(١)، وعليه فهذا الضمان العُرفي بتعهد المسؤولية يمكن أن يُستدل له بدللين:

الدليل الأول: التمسك بالسيرة العقلائية، فإن هذا النحو من الضمان متعارف لدى العقلاة والشارع لم يردع عنه، إلا لو أراد الردع لصدرت منه بيانات متعددة لمقاومة تلك السيرة؛ لأنَّه من الأمور المتجذرة عند العقلاة.

الدليل الثاني: التمسك بعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» ^(٢)، فإنَّ هذا

(١) المستند في شرح العروة الوثقى، أبو القاسم الخوئي: ٣١ / ٤٠٣ و ٤٠٤.

(٢) المائدة: ١.

العموم المذكور مضمونه يجُب الوفاء بـكُل عقدٍ ما دام لم يستتم على عنصر معلوم البطلان من قبل الشارع.

الملحوظ الثاني: الإجماع في بطلان ضمان ما لم يثبت ليس ثابتاً، فإنَّ الشيخ الطوسي رحمه الله إدعى صحة ضمان مال الجُعالة قبل إنجاز العمل المشروط، وهذا التصحيح معناه أنَّ الأشياء قبل أن تثبت في الذمة هي معقوله الضمان، ولا مجال لدعوى أنه في عقد الجُعالة تحتاج إلى سببين في الضمان، الفعل والعقد، وضمان المال قبل الفعل ليس هو سبباً لحصول الضمان، بل بضميمة العقد، لأنَّه في عقد الجُعالة العقد هو سبب للضمان، والسبب الآخر الإتيان بالعمل، فيُمكن لشخص أن يضمنَ المال قبل مجيء العامل بالعمل.

الملحوظ الثالث: هناك نصوصٌ تشهدُ ببطلان هذا الإجماع، فإنَّ هذه النصوص واضحة جداً في أنَّ ضمان الشيء قبل ثبوته صحيح ولا غبار عليه، كما في صحيحة محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن يعقوب بن يزيد عن ابن أبي عمير عن حبيب الخثعمي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلتُ لهُ: الرجلُ يكونُ عندهُ المال وديعة يأخذُ منهُ بغير إذن، فقال: «لا يأخذُ إلَّا أن يكون لهُ وفاء»، قال: قلتُ: أرأيت إن وجد من يضمنهُ ولم يكن لهُ وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنهُ يأخذه منهُ؟ قال: «نعم»^(١).

وهذه واضحة بأنَّ الضامن يضمنُ قبل ثبوت شيء في الذمة.

الملحوظ الرابع: أنَّ المؤمن حتَّى لا يقع في محدود ضمان ما لم يثبت في إمكانه أن

(١) وسائل الشيعة، الحرج العامل: ١٩ / ٨٦ / الباب ٨ / الحديث ١.

يُغيّر صيغة الضمان، وذلك بأن نقول: تارةً المؤمن يصدرُ منه تعهّد بالفعل عند وقوع الخسارة، وهذا ضمانٌ ما لم يثبت، وأخرى ينشأُ التعهّد ويكونُ التعهّد الفعلي حاصلاً بعد وقوع الخسارة والغرق، فهذا ضمانٌ وتعهّدٌ لشيء ثابت لا أنه تعهّدٌ قبل الشوت.

إلا أنه توجد مشكلتان في هذا الملاحظ:

الأولى: فيه تفكيرٌ بين الإنشاء والمنشأ.

الثانية: فيه تعليق للعقد.

وإن كانت هذه المشكلة الثاني ليست واضحة؛ لأنّ المستند على بطلان التعليق يختصُ بعقد البيع فقط؛ وذلك لأنّ المستند هو الإجماع والإجماع يقتصرُ على قدره المتيقن وهو عقد البيع.

الخلاصةُ: المانع الثاني غيرٌ تمامٌ.

المانع الثالث: اشتتماله على زيادة ربوية

أنّ عقد التأمين يشتملُ على زيادة ربوية، فإنّ الشركات المؤمّنة تدفعُ نسبةً من الأموال قبل حدوث الخسارة، فذكر بعضُ الفقهاء أنّ هذه الزيادة ربوية فيبطلُ عقد التأمين؛ لأنّ كُلَّ قرضٍ أو دينٍ جرّ نفعاً فهو حرامٌ.

وممّن إقنع بهذا المانع الشيخُ حسين الحليُّ رحمه الله، ولكن ذكر أنه لم يثبت هذه الفوائد في جميع أنواع التأمين، بل في بعضها، قال: (تقدّم أن بينا فيما سبق أنه من الصعب حصر أنواع التأمين في أفراد معينة، والمهمُ هنا بيان إنّا نتمكنُ أن نتخلص من ملاحظة تلك الأنواع أنّ كثيراً منها لا تترتبُ عليه فوائد تدفعها الشركة لطالب

التأمين، فمثلاً في التأمين على الأموال التجارية تستعد الشركة بدفع مبلغ التأمين المتفق عليه بين الطرفين عند حدوث الخطر المؤمن ضده كالحريق أو الغرق أو السرقة، لكن هنا في بعض الأنواع الأخرى تقوم الشركة بدفع فوائد سنوية أو شهرية إضافة إلى مبلغ التأمين المتفق على تسليمه إلى طالب التأمين هو عند حدوث الخطر، وعلى سبيل التوضيح نُمثل لذلك مثلاً فنقول: رجل أمن على حياته عند شركة التأمين لمدة عشرين سنة على مبلغ قدره ألف دينار، فإن الشركة تستوفي منه أقساطاً شهرية قدرها خمسة دنانير في قبال دفع المبلغ المذكور عند حدوث قدر عليه في ضمن المدة إلى ورثته، وبهذا المقدار لا تختلف شركات التأمين، وإنما الإختلاف في أن بعض الشركات ترغيباً منها كما تقوم به من التأمين فلتلزم بدفع بعض المبالغ إضافة إلى مبلغ التأمين، وحينئذ فلابد من معرفة حكم هذه الزيادة وهل أنها فائدة ربوية أو لا؟ ويرى شيخنا الأستاذ^(١) أن هذه الزيادات المدفوعة ما هي إلا فوائد ربوية؛ لأن هذا النوع من المعاملات منزّل على القرض الربوي حيث يكون دفع المال من قبل المؤمن له، والذي هو طالب التأمين قرضاً إلى الشركة، وتكون دفع الفوائد إنما هي في قبال المال الذي أقرضه إلى الشركة، وطبعاً أن هذا النوع من التأمين يكون مُشكلاً من الوجه الشرعي، ولا يمكن توجيهه ما دام أن المعاملة مُنزعّة على صورة القرض وأخذ الفائدة في قبال ذلك؛ فإن هذه معاملة ربوية ولا طريق إلى تصحيحها بإحدى الطرق الشرعية، والتي توسيع مثل هذه المعاملات

(١) السيد عز الدين بحر العلوم وهو الذي قرر درس الشيخ حسين الحلي رحمه الله.

فراراً من الربوية^(١).

فلم يلتزم بها لا قانوني ولا فقيه ولا حتى الموظف الذي يستثمر الأموال من أن المؤمن له يدفع المال على سبيل القرض ولم يخطر ببال أي أحد، وعليه تكون الفوائد التي تعطيها الشركة هي فوائد تبرعية و تشجيعية؛ لأجل جلب أكثر عدد من العملاء لهذه الشركة.

ويمكن التعليق على ما ذكره بجملة من التعليقات:

التعليق الأول: أن تنزيل عقد التأمين على عقد القرض لم يلتزم به فقيه واحد من أن المؤمن له يفرض شركات التأمين، بل هو لم ينزله على عقد القرض، وإنما نزله على أساس عقد الضمان، فكيف يقول: إن هذا النوع من المعاملات متنزّل على القرض الربوي؟ فيحتمل صدور هذا الأمر من السهو.

التعليق الثاني: أنه بناء على أن الضمان هو عقد مستقل يخضع لقاعدة: «أوفوا بالعهود»^(٢)، تكون حقيقته عملية تجارية بالنسبة إلى المؤمن يسعى الموظفون لشركة التأمين إستثمار تلك الأموال في مشاريع إستثمارية تدر عليهم أرباحاً كثيرة.

التعليق الثالث: أن الربا يمكن أن يتصور على عدة أنحاء:

النحو الأول: الربا القرضي، وهو أشهر أنواع الربا والذي يكون عبارة عن ضمان المال بزيادة تُدفع إلى نهاية الأجل أو تطأ الزيادة في أثناء المدة - كما لو تلكا

(١) بحوث فقهية، حسين الحلي: ٤٢ و ٤٣.

(٢) المائدة: ٢.

المقترض بالدفع وطلب التأخير بإزاء زيادة يدفعها_ وهذا هو القدر المتيقن مما دلّ على حرمة الربا، وهناك كلامٌ بين الفقهاء في أنّ عقد القرض الذي يشتمل على الزيادة الباطلة هل يبطلُ رأساً أو أنهُ صحيحٌ والشرطُ هو الفاسد؟

والصحيح: لابد أن نذكر ضابطاً في كُبرى إنّ فساد الشرط هل يسري إلى المشروط أو لا؟ فنقولُ: تارةً الفائدةُ التي يلتزم بدفعها المقترض لا تكونُ على أساس العقد، وإنّما الملحوظُ بهذه العملية أصل العقد مع شرطه فالمعاملةُ وقعت على هذا النحو، ولو لا إلزالية الحصول على الفوائد لما أقدم المقرض على الإقراض، وعلى هذا الأساس هذه الفرضية ليست مصداقاً بأنّ فساد الشرط لا يسري إلى المشروط، بل إنّ الشرط إذا جاز لنا التعبير_ أخذ كجزء في العقد وهو من صميم عقد القرض، وأخرى أنّ الزيادة التي تُشترطُ هي أمرٌ زائد على القرض لا أنّ عقد القرض مع الزيادة هو الداعي لإجراء هذا العقد، وإنّما المقرض كان يستهدفُ عقد القرض بضميمة أخذ الفوائد، في هذه الحالة يظهرُ التزاعُ بين الفقهاء في أنّ فساد الشرط يسري إلى المشروط أم لا؟

إذاً هذه الكُبرى الكُلية يكونُ لها مصداقٌ في الفرضية الثانية دون الأولى.

هذا كُلُّهُ في مقام الشبوت والتصور لعقد القرض.

أما في مقام الإثبات والخارج لا يبعدُ أن المتفاهم من عقد القرض هو الأول، ومع الشك فلا تُرتب الأثر على هذا العقد أيضاً؛ وذلك تطبيقاً لأصلالة الفساد في العُقود.

النحو الثاني: الربا المعاوضي، والذي هو عبارة عن بيع المتجانسين مع زيادة،

وأن يكونا من المكيل أو الموزون، فيتقوّم هذا الربا المعاوضي بأمور ثلاثة:

أولاً: الإتحاد في الجنس.

ثانياً: أن يكونا من المكيل أو الموزون.

ثالثاً: الزيادة.

وهناك خلافٌ بين الفقهاء في أنَّ الربا المعاوضي هل يختصُّ بالبيع فقط أو يشمل مطلق المعاوضات كالصلح والإجارة؟ المعروف بين الفقهاء هو تعميم الحرمة لطلق المعاوضات.

النحو الثالث: الربا من غير المتعاقدين، فلو إفترضنا أنَّ الذي يُسدِّد الدين شخصُ ثالث، فهل إشتراط دفع الزيادة عليه يدخلُ في الربا أو لا؟

بعضُ الفقهاء قال: بإختصاص حرمة الربا القرضي فيما إذا حصل دفعُ الزيادة من قبل المقرض، أمّا دفعُ الزيادة من شخص آخر فلا دليل على حرمة الربا، ولا حظنا سابقاً على هذا الكلام هو أنَّ ما دلَّ على حرمة دفع الزيادة لم تُقيِّد بكون الدافع هو المقرض، وإنما المناط حصول فوائد على عقد القرض بغض النظر عن الطرف الذي دفع الزيادة.

النحو الرابع: الربا الجزائي ومعالجة التلکيع في تسديد الديون، وهو عبارة عن الزيادة التي يُحدِّدها المتعاقدان جزاءً لما تعاقد عليه أو تعهَّد به في ضمن العقد، وهذا له أمثلة:

الأول: لو إشترط البائع على المبيع في حالة عدم تسليم المبيع في مكان معين يتعهَّد بدفع غرامة على ذلك أو لو ظهر المبيع مستحقاً للغير، أو لو قال الزوج

لزوجته عند العقد: (إذا تزوجت عليك أو حصل الطلاق فأنا متعهد بدفع الغرامة).

الثاني: إذا تكلى المدين بتسديد الدين عند حلول الأجل، فيشترط الدائن زيادةً في الدين لأجل التأخير في التسديد، ففي البنوك اليوم تبيع إلى عملائها بعض المنازل بما يُسمى ببيع المرابحة، وهو أن يقوم البنك بشراء الدار الفلانية برأس مال معين وإخبار المشتري برأس المال، ثم يقوم المشتري بتقسيط المبلغ المدفوع، ولكن البنك تفاديًّا لتلقي المشتري من التسديد يشترط في أول الأمر بأنه إذا لم تسدد القسط سوف تكون هناك زيادةً أنت مرغم بدفعها على القسط، ويعبر عنها بالجزء المالي فما هو الوجه في إشراط ذلك، فهل يسوغ شرعاً أو لا؟

و قبل أن نُبَيِّن الموقف الشرعي لابد من التفرقة بين العربون وبين الشرط أو الجزاء المالي، وأهم هذه الفوارق هي:

أولاًً: العربون يعطي للمشتري الخيار بالإنسحاب من العقد، بينما الجزاء المالي ليس له الحق من التنصّل.

ثانياً: العربون يُدفع لا لأجل دفع ضرر على الطرف الآخر، وإنما لضمان تحقق البيع، بينما الجزاء المالي هو لدفع الضرر الذي يحصل.

ثالثاً: العربون أمر غير قابل للتخفيف، بينما الشرط الجزائي قابل لذلك. وعلى أية حال، فما هو موقف الشريعة من الشرط الجزائي المالي عند التأخير في تسديد الدين؟ وهذه المشكلة لا تُعاني منها البنوك الربوية فإنما تزيد منسوب الزيادة عندما يزيد منسوب التسديد، وإنما المشكلة في البنوك الإسلامية حصرًا.

إن المهاطلة في الدين تكون على نحوين:

الأول: المهاطلة في القرض، بأن يؤخر المقرض التسديد عند حلول الأجل.

الثاني: المهاطلة في عقد مؤجل كما هو الدائن في وقتنا الحاضر بما يسمى ببيع المربحة، إذ يقوم البنك الإسلامي بشراء دار برأس مال يتم إعلام المشتري بمقداره، ثم يبيع البنك عليه بمبلغ يزيد على رأس المال الحقيقي، ويتم الاتفاق على أن المشتري يُسدد المبلغ المذكور على نحو التقسيط، وتفادياً لأي تلکئ في التسديد يضع البنك عادة شرطاً هو عبارة عن الجزاء المالي بأنه يكون ملزماً بدفع زيادة على المبلغ المتفق على تسديده، فهل هذا الشرط يدخله في حقيقة الربا أو لا؟

لا إشكال أن النحو الأول من المهاطلة في عقد القرض يُدرج تحت عنوان الربا، أما النحو الثاني، فالصحيح هو خارج عن حقيقة الربا؛ وذلك لأن البنك الإسلامية التي صارت تشعر بوجود هذا الخطر قد إقترحت بالإضافة إلى الجزاء المالي عدة حلول، منها الجزاء المالي، ولا بأس بالتعريض إلى تلك الحلول التي منها مُحِلُّ الكلام:

الحل الأول: لجوء البنك الإسلامية إلى المبالغة في جذب الرهونات والضمادات والتشدد في إعطاء قرض التحويل أو رفع مستوى الفائدة بما يعلو كثيراً عن الفوائد عن البنك الربوية.

وهذا **الحل** كما هو واضح يقلل فرص التعاقد إلا مع الأغنياء، وكذلك يقلل الرغبة في التعامل مع البنك الإسلامية.

الحلُّ الثاني: التعويض القضائي عن الضرر أو حتى التغريم المالي عندما تحصل الماءلة، كرفع دعوى قضائية عند الماءلة.

إلا أنَّ هذا الحلَّ لا يحلُّ المشكلة؛ لأنَّه حتى لو تمَّ الحكمُ لصالح البنك تعويضاً له عن الضرر المالي فلا بد من الأخذ بنظر الإعتبار طول الإجراءات القضائية، كما أنَّه لا ترتب غرامةً تصاعديةً في طول مدة حسم القضية.

الحلُّ الثالث: الشرطُ الجزائي المالي، فهل هذا الشرط من مصاديق الربا الجاهلي أو لا؟ من الواضح أنَّ الربا الجاهلي يقصدُ به أحد أمرين:

الأمرُ الأول: أن يتمَّ عقدُ القرض من دون فوائد في البين، فإذا جاء وقت التسديد يقولُ المقرض: (أتقضي أمْ تُربِّي) وهذا معناه إنَّ الربا شيءٌ طارئٌ على عقد القرض، وهذا مصداقٌ متفقٌ عليه في وجوده عند الجاهلية.

الأمرُ الثاني: المقرض ينشأُ الزيادةَ من أول الأمر ويبني العقدَ على الزيادة، هنا وقع الخلافُ في وجوده في عصر الجاهلية، ومن هنا ذهب بعضُهم من أنَّ شرط الفوائد عند إبتداء العقد لا يدخلُ تحت الربا.

ولكن الصحيح: الربا الجاهلي يتقوّم بأمرین، ولكن رغم ذلك إنَّ الشرط المالي الجزائي لا يندرجُ تحت عنوان الربا الجاهلي بكلٍّ شقّيه، وذلك إذا التفتنا إلى الأمور التالية:

الأمرُ الأول: الشرط هنا طبيعيٌ ومتعارفٌ؛ لأنَّ التأخير في التسديد عادةً ما يوجبُ تضرر الدائن، فتلافياً لهذا المحدور إقتضت العادةُ وضع الشرط المذكور، وإنْ كُنَّا نعتقدُ أنَّ الضرر المدفوع بهذا الشرط ليس هو حيّةٌ تقيدية، وإنَّما هو من

الحيثيات التعليلية، بمعنى أنّ طبيعة التعاقد مع الناس يحصل التأخير في التسديد، فلأجل هذه النظرة العُرفية تمَ الحديثُ عن الجزاء المالي لتفادي الضرر.

الأمرُ الثاني: إعسار المدين وإنْ كان يُخرج التخلف عن التسديد من قوله عَلَيْهِ: «لي الواجب يحل عرضه»^(١) إِلَّا أَنَّ هَذَا لَا يَمْنَعُ مِنْ ثَبُوتِ الشَّرْطِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ قَبُولَهُ السَّابِقُ بِهَذَا الشَّرْطِ لَا يَتَنَافَى مَعَ عَدْمِ قَدْرَتِهِ عَلَى الْأَدَاءِ عَنْدِ حلولِ الْأَجَلِ.

الأمرُ الثالث: أَنَّهُ ظَهَرَ الْفَرْقُ بَيْنَ الشَّرْطِ الْجَزَائِيِّ الْمَالِيِّ وَبَيْنَ الْعَبَارَةِ الْمُعْرُوفَةِ (أَتَقْضِي أَمْ تُرْبِي) فَإِنَّ هَذِهِ الْعَبَارَةَ بِكُلِّ تَفْسِيرِهَا هُنَاكَ شَيْءٌ ثَابِتٌ فِي ذَمَّةِ الْمُقْرَضِ، إِمَّا مِنْ جَهَةِ أَصْلِ الْعَقْدِ أَوْ مِنْ جَهَةِ طَرْوَةِ الْزِيَادَةِ عَنْدِ التَّلْكِيَّةِ، وَأَمَّا فِي مَحْلِ الْكَلَامِ فَلَمْ يُثْبِتْ فِي ذَمَّتِهِ أَيُّ شَيْءٍ، وَإِنَّمَا إِبْتِدَاءً هُوَ يَطْلُبُ مِنَ الْبَنَكِ أَنْ يَشْتَرِي لَهُ دَارَأً، وَالْبَنَكُ عَلَى هَذَا الْأَسَاسِ وَضَعَ هَذَا الْجَزاءَ الْمَالِيِّ إِذْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ شَيْءٌ ثَابِتٌ فِي ذَمَّتِهِ، وَهَكَذَا لَا يَدْخُلُ فِيهَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ: «لَا يَصْلُحُ إِذَا كَانَ قَرْضًا يَجِرَ شَيْئًا فَلَا يَصْلُحُ»^(٢)؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ يَدْلِلُ إِنَّ الْعَقْدَ بِطَبِيعَتِهِ رَبُوِيًّا، أَمَّا فِيهَا نَحْنُ فِيهِ يُثْبِتُ الْجَزاءُ الْمَالِيُّ إِذَا تَلَقَّبَ عَنِ التَّسْدِيدِ وَإِذَا لَمْ يَتَلَقَّبْ فَلَا يُثْبِتُ هَذَا الْجَزاءُ الْمَالِيُّ، فَفَرْقٌ إِذَا بَيْنَ الْجَزاءِ الْمَالِيِّ عَنْدِ التَّلْكِيَّةِ فِي التَّسْدِيدِ وَبَيْنِ الرِّبَا، وَعَلَيْهِ مَا يَتَمُّ تَدَالُهُ فِي الْبَنَكِ الْإِسْلَامِيَّةِ مِنْ وَضْعٍ لَهُ فِي الرِّبَا.

الخلاصة: إِذَا إِتَّضَحَ مَا تَلُونَاهُ لَكَ مِنْ أَقْسَامِ الرِّبَا يَتَّضَحُ خَرُوجُ عَقْدِ التَّأْمِينِ

(١) وسائل الشيعة، الحر العاملی: ١٣ / ٩٠ / الباب ٨ / الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعة، الحر العاملی: ١٨ / ٣٥٦ / الباب ١٩ / الحديث ٩.

من عنوان الربا، لأنّ مجرد الإشتراك معه في وضع زيادة لا يكفي لإندراج عقد التأمين في أقسام الربا، لا سيما إذا إلتفتنا إنّ الزيادة المشروطة في عقد الربا يبرزها المرض من أول إنشاء العقد، وهذا بخلافه في عقد التأمين فلا توجد تلك الزيادة من أول إنشاء العقد بين المؤمن والمؤمن له. نعم، إذا تم ملاحظة مجموع أفراد المؤمن لهم، فبهذا اللحاظ قد يحصل هذا المؤمن الخاص على زيادة، ولكن ليست الزيادة حصلت بين طرفين خاصين، وإنما بين المؤمن ومجموع المؤمن لهم، وما دلّ على حرمة الربا المتقوّم بالزيادة دلّ على الحرمة الحاصلة بين طرفين خاصين.

اللّهم إلّا أن يُقال: إنّ ما دلّ على حرمة الربا هذا المدلول المطابقي ينعدُ له مدلول التزامي عرفي يدلّ على حرمة أخذ الزيادة مطلقاً، أي: سواء الزيادة المشترطة بين طرفين العقد أم الزيادة الحاصلة من مجموع العقود.

وعلى آية حالٍ، نستغربُ من الشيخ حسين الحلبي رحمه الله بتصويره عقد التأمين على أساس الربا، فإنّ المؤمن لهُ لم يخطر بباله أبداً أنّنا ندفعُ المال إلى شركة التأمين من باب القرض، وإنما ندفعُ بحسب صور التأمين حفاظاً على بعض الأشياء.

المانع الرابع: عقد التأمين غري

أنّ عقد التأمين غري فيكون أكلُ المال بإزاءه أكلًا للمال بالباطل، وهذا العنوان منهيءٌ عنه.

والوجهُ في ذلك: أنّ التأمين هو عقدٌ معاوضيٌ بين طرفين فيبذل المؤمن لهُ مالاً في مقابل الحصول على عوض وهو جبر الخسارة التي تحصلُ، ولكن في كثير من

الأحيان أن الخسارة لم تحصل في الخارج، فيحصل المؤمن (الشركة) على أموال من دون عوض، أي: حصل أكل للمال بسبب باطل وهذا هو الغرر بعينه، والشارع قد نهى عنه، والنهي وإن كان بحسب ظاهره وأصله الأولي يدل على النهي التكليفي، أي: مجرد الإثم، لكنه متى ما ورد في عبادة أو معاملة مركبة سوف ينقلب الظهور الأولي النهي التكليفي إلى ظهور ثانوي وهو الإرشاد إلى الفساد لا مجرد الإثم.

وهناك عدة أدلة قد يستفاد منها النهي عن الغرر:

الرواية الأولى: ما رواه الشيخ الصدوق عليه السلام عن النبي صلوات الله عليه وآله وسلامه أنه نهى عن المنابذة واللامسة وبيع الحصاة.

أما المنابذة فهي أن يقول لصاحبه: إنذ إلي الشوب أو غيره من المtau أو إنذه إليك، وقد وجّب البيع بكلّها وكذا، ويقال: إنّما هو أن يقول الرجل: إذا نذرت الحصاة فقد وجّب البيع وهو معنى قوله: إنه نهى عن بيع الحصاة.

واللامسة أن تقول: إذا لمست ثوبك أو لمست ثوبك فقد وجّب البيع بكلّها وكذا، ويقال: بل هو أن يلمس المtau من وراء الشوب ولا ينظر إليه فيقع البيع على ذلك، وهذه بيوغ كان أهل الجاهلية يتبايعونها، فنهى رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه عنها؛ لأنّها غرر كلّها^(١).

وإعتراف السيد الخوئي عليه السلام عليهما: بأنّها لا يمكن الإحتجاج بها؛ لضعف

(١) معاني الأخبار، الشيخ الصدوق: ٢٧٨.

سندها^(١)، وهذا معناه أنّ الرواية لو لا ضعفُ السنّد لكان قابلةً للإحتجاج. وهذا الإعتراض ليس في محله؛ وذلك لأنّنا نسلّمُ بضعف سندها، ولكن من جهة الدلالة لا يمكن التمسّك بها؛ لأنّ فقرة الإستدلال لم تصدر من النبي ﷺ، وإنّما من قبل الشيخ الصدوق نفسه وهو ما يُسمى بالإدراج في المتن، ومعه لا يصلح الإستشهاد بكلام الصدوق عليه السلام.

والقرينة على ذلك هي: تفسير المبادنة التي هي جزماً قد صدرت منه، وهكذا تفسير الملامسة، إذ فسر المبادنة واللامسة بتفسيرين، وهذا التردّي لا معنى له من قبل النبي ﷺ، وبعد أن فسر ذلك مع وجود إحتمالين فيهما، قال هذه بيعُ كان أهل الجahiliyah يتبايعونها وهي غررية.

الرواية الثانية: ما رواه الشيخ الصدوق عليه السلام عن الرضا عليه السلام عن آبائه عن علي عليه السلام نحوه: «وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر، وعن بيع الغرر»^(٢).

وهذا النصُّ بالإضافة إلى ضعف سنده -كما يظهرُ من خلال المراجعة- يمكن المناقشة في دلالتها من جهتين:

الجهة الأولى: ما ذكره الشيخ الإبرواني (حفظه الله) من لابدية التفرقة بين مطلين: الأول: صدور نهيٌ من قبله ﷺ، أي: ما يُعبّرُ عنه أنّه أنشأ صدور النهي، فيقولُ: مثلاً (نهيتم عن البيع الغري).

(١) المستند في شرح العروة الوثقى، كتاب الإجارة، أبو القاسم الخوئي: ٣١ / ٣٩.

(٢) وسائل الشيعة، الحرج العامل: ١٧ / ٤٤٨ / الباب ٤٠ / الحديث ٣.

الثاني: الأخبار من قبل الأئمة عليهم السلام أنه عَلَيْهِمُ الْمَلَكُ نهى عن الغرر^(١).

الفرق بين المطلبين: أنه في الأول _النهي الإنسائي_ يُمكن التمسك بقاعدة النهي ظاهر في التحريم، بينما في المطلب الثاني قد يُشكك في حمل النهي على التحريم؛ لأنَّه أقصى ما يوجدُ أنه تم إخبارنا من قبل الأئمة عليهم السلام بصدور نهي، ولا نجزم قد صدر منه عَلَيْهِمُ الْمَلَكُ النهي ب悍اته حتَّى نحمله على الحرمة، لعلَّه نهي بصيغته من قبيل إياك وبيع الغرر.

وبكلمة: نحنُ بين إحتمالات ثلاثة:

الإحتمال الأول: إفتراض ما صدر منه عَلَيْهِمُ الْمَلَكُ النهي ب悍اته، وهذا الإحتمال باطلٌ؛ لأنَّه عَلَيْهِمُ الْمَلَكُ نقل أنه نهى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، والنهيُ المنقول كما ينسجم مع صدور مادة النهي كذلك مع صيغته.

الإحتمال الثاني: إفتراض ما صدر منه عَلَيْهِمُ الْمَلَكُ النهي بصيغته، وهذه الصيغة لعلَّها سُنخ صيغة تجتمع مع الكراهة من قبيل (لا ينبغي للمؤمن أن يستعمل أجيراً حتَّى يعلمهُ أجره)، وبناءً عليه لا يُمكن تطبيق ظهور النهي في التحريم.

الإحتمال الثالث: الإجمال، فلا ندرى هل ما صدر من النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى تحريري أو نهى كراهتي؟ ومع الإجمال تسقط الرواية عن الاستدلال.

ويُلاحظ عليه: أنَّ هناك مطلبًا كُلَّياً لابد من الإلتفات إليه وحاصله: لابد أن تُفرق في مسألة الشك في الإرتکاز بين مطلبين:

(١) البشارة في شرح الإجارة، محمد باقر الإيرواني: ٦٨.

المطلب الأول: أن يُشك في أصل وجود الإرتكاز من عدمه، وهو ما يُعبر عنه بالشك على نحو مفاد كان التامة.

المطلب الثاني: يوجد تعارف عقلائيٌ لكننا نشك هل بلغ حد الإرتكاز أو لا؟ وهو ما يُعبر عنه بالشك في مفاد كان الناقصة.

أما المطلب الأول: وهو الشك في وجود الإرتكاز من عدمه_ المعروف بين الأصوليين إنَّه لا يُؤثِّر ولا يكسر الإطلاق ويبقى منعقداً، والسيد الصدر عليه السلام^(١) ذكر تفصيلاً في المقام حاصله:

إنَّ القرينة غير اللغوية تارةً تكونُ من القرائن الطارئة، كما لو إحتمل هناك تعاہد بين المتكلَّم (المعصوم) والمخاطب (زراة) ولا يُتوصل إلى هذا التعاہد إلا من قبل الناقل فقط، فلو كان له تأثير على كسر الإطلاق، فالمخاطب بمقتضى أمانته ونقله لتهام ما صدر من المعصوم عليه السلام أن يُشير إلى هذا الموقف، وعدم الإشارة إليه دليل على عدمه، فلو كان يقصدُ الشِّيخ الإيراني من تلك القرائن غير اللغوية هذا التعاہد، فيلزمُ على الناقل نقل ذلك، إذ ما دامت تؤثِّر على روح المطلب فحذف هذه القرينة يتنافي مع أمانته ووثاقته في النقل.

وتارةً أخرى أن تكون القرائن غير اللغوية ليست طارئة وإنما تُشكَّل جوًّا عاماً من الوضوح، فهنا السيد الصدر عليه السلام^(٢) يرى أنَّ هذه القرائن لا ينعقدُ معها الإطلاق؛ لأنَّها ليست من سُنخ القرائن القابلة للنقل، فعدم نقل للراوي لتلك القرائن ليس

(١) بحوث في علم الأصول، محمد باقر الصدر: ٤ / ٢٣٧.

(٢) بحوث في الفقه (الخمس)، محمود الماشمي: ٢ / ١٢.

دليلًا على عدمها، ولا يضرُّ بأمانته في النقل، وقد طبّق السيد الصدر عليه السلام هذه الفكرة على آية الغنيمة فهو يرى أنَّ هذه الآية خاصة بعوائم دار الحرب، ولا يُستفاد منها مطلقُ الغنيمة الصادق على أرباح المكاسب.

فإذا كان يقصدُ الشيخ الإيرواني (حفظه الله) من أنَّ الناقل ليس ملزماً بنقل تلك القرائن الإرتكازية صحيح، ولكن وجودها يضرُّ بالإطلاق.

إن قلت: إنَّ الشيخ الإيرواني (حفظه الله) قد يختلفُ مع السيد الصدر عليه السلام في أنَّ وجود القرائن الإرتكازية تؤثِّر على الإطلاق.

قلت: إنَّه يتبنَّى ما يراه السيد الصدر عليه السلام، فقد صرَّح بذلك ^(١).

وأمَّا المطلبُ الثاني: ما إذا شكَّنا في بلوغ التباني العُرفي حدَّ الإرتكاز، فهنا السيد الصدر عليه السلام في بحث الشُّبهة المحسورة ذكر أنَّه يضرُّ ^(٢)، وفي بحث خروج الأطراف عن محلِّ الإبتلاء لا يضرُّ ^(٣)، وفي هذا المطلب ذكر أنَّه لو شكَّنا في أن بعض الأطراف هل يصدقُ عليها عنوانُ الخروج عن محلِّ الإبتلاء أو لا؟ يقولُ: تارةً نجزُّ بخروج بعض الأطراف عن محلِّ الإبتلاء كما لو دار الأمرُ في أنَّ النجاسة هل وقعت في هذا الإناء الذي في جنبي أو في بيت السلطان؟ فهنا إرتكازية المناقضة بين الغرض اللزومي والغرض الترخيصي لا تجري؛ لأنَّه من المحتمل أنَّ الغرض

(١) الفقهُ الإسْتَدَلَالِيُّ، مُحَمَّدْ باقرِ الإيرواني: ١ / ٣٥٤.

(٢) بحوثُ في علم الأصول، مُحَمَّدْ باقرِ الصدر: ٥ / ٢٣٧.

(٣) بحوثُ في علم الأصول، مُحَمَّدْ باقرِ الصدر: ٤ / ٢٩٠.

الإلزامي النجاسة في ذاك الإناء، فيكون خروجه عن محل الإبتلاء يكفي للتأمين عنه فيما لو كان هو النجس واقعاً فيبقى جريانُ الأصل في هذا الطرف (الطهارة بلا معارض) وهذه الصورة واضحة وليست هي محل الكلام.

وأخرى نجزم بعدم خروجه عن محل الإبتلاء، كما لو حصل الشكُ بين نجاسة هذا الإناء ونجاسة إناء آخر في البيت نفسه، فهنا إرتكاز المناقضة فيما لو قدم الغرض الترخيصي على اللزومي موجود، وثالثاً نشكُ فيما لو كان الإناء في بيت الجiran، وهنا السيدُ الصدر عليه السلام يقول: هذا التعارف نشكُ في بلوغه حد الإرتكاز من أن العُرف يأرتكازهم لا يقدّمون الأغراض اللزومية على الأغراض الترخيصية أم إن إرتكاز عدم المناقضة هو الموجود، فحصل شكُ في بلوغ التعارف حد الإرتكاز من عدمه، وهنا لا يُجمل الخطاب.

والصحيحُ: أن الشك في بلوغ التعارف أو التباني حد الإرتكاز يُساوِقُ القطع بعدم الإرتكاز وإن كان منشأ الإرتكاز_ وهو الخروج عن محل الإبتلاء_ من الأمور التشكيكية وذلك لوجهين:

الوجه الأول: لابد من أن تُفرق بين الشك في الإرتكاز وبين الشك في منشأ الإرتكاز، فإن الشك في منشأ الإرتكاز معقول، فالخروج عن محل الإبتلاء كان هو المنشأ في بلوغ التعارف حد الإرتكاز أم لا؛ وذلك لأن هذا المنشأ_ الذي هو الخروج عن محل الإبتلاء_ أمرٌ واقعيٌ يُعقلُ فيه الشكُ وَضَعُهُ إرتكاز المناقضة يكون موجوداً، بخلاف الشك في أصل الإرتكاز فلا يأتي شبهة المناقضة بين الغرض اللزومي والغرض الترخيصي، وذلك إذا التفتنا إلى تحليل واقع القضية، بأن نقول:

إن الشك في الإرتكاز وعدمه هو نتيجة الشك في أن التعارف والتباين العقلائي هل بلغ حد الإرتكاز أو لا؟ إذ إن واقع الإرتكاز لا حقيقة له إلا التباين العُرفي، فالشك إذاً في بلوغ التباين العُرفي حد الإرتكاز أم لا مرجعه إلى الشك في وجود التباين العُرفي، ومعه يبقى دليل الأصل يجري من دون معارض.

الوجه الثاني: لو سلمنا أنه لا فرق بين الشك في الإرتكاز ونشأه إلا إن العقلاء يرتفعون اليد عن إطلاق أدلة الأصول فيما إليهم الإرتكاز لا في وجوده الواقعي وإن لم يصل، فترتّب الآثار وهي رفع اليد عن إطلاق أدلة الأصول في حالة وصول إرتكاز المناقضة، وأماماً مع الشك في وجودها لأنّه حدث شك في بلوغ هذا التعارف حد الإرتكاز لا معنى لترتيب الآثار.

وعليه إذا كان يقصدُ الشيخ الإبرواني (حفظه الله) من أن الإمام لو نقل النهي عن النبي ﷺ لا نجزم بأن ما صدر منه ﷺ نهي تحريمي ولعله نهي كراهيتي وطالبناه بأنّه لو كان النهي الصادر كراهياً فلما لا ينقل الإمام عليه القرينة، فقال لا يلزم على الناقل أن يذكر القرائن فإن كان يقصد من هذه القرائن الإرتكازية التي يشك في بلوغها حد الإرتكاز أم لا، فكلامه صحيح.

الجهة الثانية: أنها مختصة بالبيع؛ إذ قال: «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر» فلم يشمل النهي مطلق المعاملات، ومن المحمّل إختصاص النهي بخصوصيّة البيع^(١).
ويُلاحظ عليه: أن تحريد النص عن الخصوصية يتم وفق ضوابط معروفة التي

(١) المستند في شرح العروة الوثقى، أبو القاسم الخوئي: ٣٠

ينطبقُ عليها النصُ الذي ينهى عن بيع الغرر، وهذه الضوابط:

أولاًً: أن توجد قرينةٌ داخليةٌ أو خارجيةٌ على إلغاء التعميم.

وهذا الضابطُ متحققٌ، فإنَّ المعاملات الغررية يتجنّبُ عنها العقلاءُ ولا يحتملون الخصوصية للبيع فقط.

ثانياً: أن لا يكون الموردُ تعبيديًّا، أي: أن يكون عقلائياً؛ لأنَّ التعبيدية تمنعُ من إلغاء الخصوصية، كما ورد في أنَّ الدم دون الدرهم معفوٌ عنه في الصلاة، وبما أنَّ المورد تعبيدي فلا يمكنُ إلغاء الخصوصية الدم والذهب إلى أنَّ البول دون الدرهم أيضاً معفوٌ عنه.

ومن الواضح هذا الضابطُ موجودٌ عندنا، فإنَّ المعاملات ليست توقيفية. نعم، الشارعُ أعطاها بعض القيود لا أنَّه أرسّها.

ثالثاً: أن لا يكون التجريدُ على خلاف الأصل، كما قيل المبيع الذي يتلفُ قبل قبضه فهو من مال باعه، فهذا خلاف الأصل بإعتبار أنَّ الملكية تنتقلُ بالعقد، فلا يمكنُ التعدي إلى بقية المعاملات، وأمّا الغرر فثبوته في البيع ليس على خلاف الأصل فيجوزُ التعدي إلى غيره.

ثم إنَّ الشيخ الإيرواني (حفظه اللهُ) أشَكَّ على الرواية بإشكال سندي وقال: إنَّها ضعيفةُ السند، وهذا ينسجمُ مع مبني الوثاقة في قبول الخبر، وأمّا من يذهبُ إلى وثاقة المروي (المضمون) فلا يردُ عليه هذا الإشكال، ومن الواضح إنَّ هذا المضمون (وهو النهي عن بيع الغرر) مضمونٌ مقبولٌ.

ثم نضيفُ تعليقاً آخرًا على من يتمسّك بالروايات حاصله:

إنَّ الغرر ماذا يُقصُّدُ به؟ إختلف أهلُ اللغة والفقهاء في تفسيره، والإختلافُ يرجعُ إلى أحد تفسيرين محتملين:

الأول: أَنَّهُ بمعنى الخطير، فالإنسان إذا غرَّ آخرًا فقد أوقعه في الخطير، وبناءً على هذا التفسير لا يكون عقدُ التأمين عقدًا غرريًا، أي: بمعنى الخطير، وذلك أنَّ المؤمنَ له حينما يدفعُ أقساطًا قليلة من أجل تدارك خسائر كبيرة لا يعُدُّ أمراً غرريًا وخطيرًا، وهكذا أَنَّ المؤمنَ حينما يقومُ بتدارك الخسائر نتيجة الحصول على أقساطٍ من عدد كثير من الناس لا يعُدُّ أمراً غرريًا، هذا لو فسَّر الغرر بمعنى الخطير^(١).

الثاني: أَنَّهُ بمعنى الخديعة، أي: تحسين ما هو قبيح في الواقع، وما الغرر بمعنى الخطير إلَّا كونهُ لازمًا لهذا المعنى، وعلى ضوئه أيضًا لا يكون التأمين عقدًا غرريًا؛ وذلك لأنَّ المعاملة بين المؤمنَ والمؤمنَ له لا تشتملُ على أيٍّ خدعة في البين، وإنَّما ما يتوجهُ الواقع من تدارك الخسائر ليس أمراً قبيحًا في الواقع^(٢).

الخلاصة: أَنَّ الغرر بأيٍّ معنى يتمُّ تفسيره لا ينطبقُ على عقد التأمين.

الدليلُ الثاني: - على بطلان المعاملة الغررية - وهو دعوى عدم إنعقاد السيرة العقلائية على المعاملات الغررية.

ويُلاحظُ عليه: ماذا يُقصُّدُ من هذا الدليل؟ في ذلك يوجد إحتفاظان:

(١) عوائد الأيام، المحقق النراقي: ٨٨

(٢) الإجارة، المحقق الأصفهاني: ٢٥٢

الأول: المقصود عدم تبني العقلاء على الإقدام على المعاملات الغررية، أي: في الخارج لا توجد معاملات غررية من قبل العقلاء.

وهذا الكلام واضح المنع؛ لأنّه لو كان كذلك كيف نفسّر قول نهي الشارع عن المعاملات الغررية؟ بل إنّ إقدام العقلاء على الغرر الذي لا يتحمل فيه المعاوضة ثابت بدرجة كبيرة، كما في القمار. رغم عدم إهتمام الحصول على المعاوضة نجدهم يقدّمون عليها، فما ظنّك في المعاوضات التي من المُحتمل أن يتم الحصول فيها على عوضٍ وإن كانت غررية؟

الثاني: أن يقصد عدم صحة المعاملات الغررية لأجل عدم إنعقاد السيرة العقلائية.

ويلاحظ عليه: أنّ المستند لتصحيح المعاملات لا ينحصر بالسيرة العقلائية، فدونك الإطلاقات والعمومات الإمضائية التي يتمسّك بها لإثبات الصحة.

الدليل الثالث: المعاملات الغررية هي معاملات سُفهائية والشارع نهى عن تلك المعاملات، ومرجع هذا الدليل إلى صُغرى وكُبرى، فالصُغرى الغرر معاملة سُفهائية، والكُبرى المعاملات السُفهائية باطلة.

ويلاحظ على الصُغرى: بالمنع من كون المعاملات الغررية سُفهائية، وإلا لللزم حمل ما دلّ على إشارة الكيل أو الوزن في المبيع أن تكون تلك المعاملات سُفهائية، بل أيّ ملازمة بين كون الإقدام على الغرر وبين سُفهائية المعاملة، فإنّ الفقهاء جعلوا من أوضح مصاديق الغرر هو بيع ما يُشك في وجوده، فلو باع شخصٌ هذا الشيء وإشراط تأخير الشمن حتى يتم تسليم المبيع للمشتري، فهنا لو لم يُقدم على تلك

المعاملة لعاتبُ العقلاء لاسيما إذا حصل ما يُشك في وجوده.

وأماماً منع الكُبُرِ: فلا دليل على بطلان المعاملات السُّفهائية، فإنَّ الأدلة ناهيَةٌ عن معاملة السفهية لا المعاملة السُّفهائية إذ قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْثِرُوا السُّفَهَاءَ عَلَى أَمْوَالِكُم﴾^(١).

والفرقُ بينهما: أنَّ معاملة السفهية هي عبارة عن المعاملة التي تصدرُ من شخص لا يُتحققُ فيها أَيُّ غرض وهو كذلك طيلة فترة إجرائِه للمعاملات، بينما المعاملات السُّفهائية هي المعاملات التي تجري وفق الغرض العقلائي، ولكن إذا أراد شخص أن يجري في حياته ولو لمرة واحدة معاملة سُفهائية فهذا غيرُ منهيُ عنْهُ.

الدليلُ الرابع: أنَّ الإقدام على المعاملات الغررية مدعوة للتناحر والإختلاف بين المتعاملين، مما يؤدي ذلك إلى إرباك الوضع الاجتماعي، فحسبُ مادة النزاع أشترط عدم الغرر.

ويُلاحظُ عليه: أنَّ هذا يصلاح كمؤيدٍ لشرطية الغرر، وليس مستنداً شرعاً في ذلك.

المانعُ الخامس: منافاة عقد التأمين لحقيقة المعاوضة

إنَّ عقد التأمين يتنافى مع حقيقة المعاوضة التي هي عبارة عن دخول العوض في كيس من خرج منهُ المَعْوَضُ، أما دخول العوض فيمن لم يخرج منهُ المَعْوَضُ، فهذا ينافي حقيقة المعاوضة، وبيان وجوده في عقد التأمين، إما باعتبار أنَّ المؤمَّن لهُ حينما

يدفع أقساطاً إلى الشركة _ أمّا شهرياً أو سنوياً ولم يصادف تعرض أموال زيد مثلاً إلى الخسارة _ وإنما شخص ما حصلت عنده الخسارة، فسوف تذهب أموال زيد إلى شخص آخر، أو بإعتبار فيها إذا إشترط المؤمن له دفع الأموال إلى الزوجة أو الإبن، وهمما ليسا طرفاً في المعاوضة فدخل العوض عند غير من خرج منه العوض.

ولتوضيح هذا المانع أكثر:

إنّ الفقهاء اشترطوا تقوّمَ حقيقة المعاوضة بدخول العوض فيمن خرج منه العوض، ورتبوا على ذلك عدم جواز بيع شخص مال غيره لنفسه ولو مع إذن البائع وقالوا هذا باطل ولو أذن البائع؛ لأنّ الإبن _ مثلاً _ لا يُشّرّع ما هو باطلٌ في حدّ نفسه، وإنما يُصحّ ما هو مشروع، وهكذا لو باع شيئاً بلا ثمن فالبيع باطلٌ، وعليه فكما أنّ المعاوضة متقوّمة بوجود عوض ومعوض، أي: بتبادل المالكين كذلك متقوّمة بأن يدخل العوض فيمن خرج منه العوض، وعقد التأمين في بعض صوره يُنافي هذه القاعدة.

ويمكن الجواب عنه من وجوه بعضها يرجع للمناقشة في الكبّرى وأخرى في الصُّغرى:

الوجه الأول: أنّ حقيقة المعاوضة متقوّمة بحسب ذاتها بتبادل المالكين، ولا دليل على تقوّمها بدخول العوض في حق من خرج منه العوض.

وهذا الكلام لا دليل عليه، وإنما عبارة ذكرها العلامة الحلي ^١، وقت الموافقة عليها من دون وجود مستند يُبرّر هذه القاعدة.

(١) تذكرة الفقهاء، العلامة الحلي: ٢ / ١٠٥

الوجهُ الثاني: لو سلّمنا بهذه القاعدة إلّا أنّه لا يستلزمُ فيها لو إنْتفعَ غيرُ المتعاقدين بطلاق هذا العقد؛ لأنّه لا إشكال عند الفقهاء في مسألة لو أجرَ شخصاً ببناء أو هدم دار آخر بصحّة عقد الإيجار، وترتّب على ذلك أنّ المنتفع لا يحقّ له إذا تلّكَ الأجيرُ في العمل - أن يفسخ العقد أو يُغمرُه؛ لأنّه ليس طرفاً في العقد. نعم، قد يكونُ له ذلك من باب النهي عن المنكر، أمّا أنّه يملكُ الحقَّ في فسخ العقد فهذا من وظيفة المستأجر، وهكذا لو فسخ الأجيرُ العقدَ فلا ترجعُ الأجرةُ إلى المنتفع، وإنّما تكونُ من حقِّ المستأجر.

إذاً من يملكُ حقَّ العمل وحقَّ الفسخ هو المستأجرُ، ومن يملكُ الأجرةُ هو الأجيرُ والمنتفعُ لا علاقة له بذلك، فلو كانت المعاوضةُ أن يدخل العوضُ في حقِّ من خرج منه المعوضُ لللزم بطلاق عقد الإيجار.

الوجهُ الثالث: أنّه بالإمكان إبداء بعض صور التأمين بنحوٍ لا يتنافى مع القاعدة المزعومة، بمعنى أنّه يمكنُ أن يُكيّف التأمينُ على صور:

الصورةُ الأولى: أن يشترط المؤمّن له على المؤمّن (الشركة) أن ينتفع من العقد على نحو الهبة لشخص آخر لا على نحو الملك، وهذا شرطٌ سائغٌ لا يُنافي هذه القاعدة، باعتبار أنّه لا يصدقُ عليه حلّ حراماً أو حراماً.

الصورةُ الثانية: أن يكون الشرطُ ببذل المال لشخص ثالث، ويرتّب هذا الثالث آثار البذل عليه من دون أن يتوقفُ هذا الإنْتفاعُ على الملك، كأن يقومُ الثالثُ بسدِ بعض الديون عليه أو شيءٍ من هذا القبيل.

الفارقُ بين الصورتين: أن شرط الهمة للثالث توقفُ على القبول من قبل المؤمن على أن يهب هذا المال إلى الثالث، بخلاف الثانية فإن البذل لا يتوقفُ على القبول.

الصورةُ الثالثة: أن يكون الشرطُ هو تملك المتنفع الثالث، وهذا له شقان:

الشقُّ الأول: أن لا يكون بأزائه شيء، كمن يشتري حاجة بثمن ويشترطُ على البائع أن يملكه شيئاً زائداً، وهذا الشرطُ سواء كان على نحو شرط الفعل أو شرط النتيجة فلا بأس به.

الشقُّ الثاني: أن يكون الشرطُ هو تملك المتنفع، ولكن في مقابل شيء، وهذا لا محدود فيه أيضاً، لأن المحدود هو أن يدخل العوض في غير من خرج منه المعوض.

وعليه أن هذا المانع لا يشكّل عائقاً أمام عقد التأمين.

تتمة: التأمين الجماعي والتخريجات الفقهية له

أشار السيد الخوئي رحمه الله إلى مسألة وهي: (إذا إتفق جماعة على تأسيس شركة يتكون رأس مالها من أموالهم على نحو الإشتراك، وإشترط كُلُّ واحدٍ منهم على الآخر في ضمن عقد الشركة أنه على تقدير حدوث حادثة (حدد نوعها) في ضمن الشرط على ماله أو حياته أو داره أو سيارته أو نحو ذلك أن تقوم الشركة بتدارك خسارته في تلك الحادثة من أرباحها، وجب على الشركة القيام بذلك) ^(١).

فما هو التخريج لهذا النحو من التأمين؟ يوجد تخريجان:

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤٢١ / المسألة: ٣١

التخريج الأول: دخوله تحت عمومات ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾

رجّحنا سابقاً أن العقود المستحدثة لا داعي إلى تحليل بنيوتها المعاملية، ثم البحث عن إدراجها تحت عقد من العقود المتعارفة، وإنما العقود المستحدثة تدخل تحت عمومات ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(١)، فما دام يصدق عليه عقد، وما دام لم يشتمل على عنصر يعلم ببطلانه من قبل الشارع، فهذا يكفي لإدراجها تحت العموم المذكور، وأنه عقد مستقل في مقابل العقود المعروفة، والتسمية ليست مهمة.

وهذه الطريقة من التخريج تُقصّر المسافة على الفقهاء، فبدلاً من البحث عن تكيف لهذا العقد المستحدث بإرجاعه إلى عقد من العقود القديمة؛ إذ هذه الطريقة فيها تكليف كبير، وبالإمكان أن ندخل هذا النحو من التأمين تحت عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾.

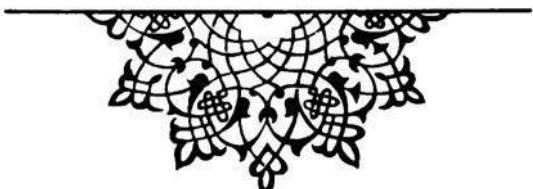
التخريج الثاني: دخوله تحت الصلح المشروط

يدخل تحت الصلح المشروط، بأنّ أفراد الشركة تصالحوا فيما بينهم على أنّ الربح الذي يحصل يُشرط فيه التعويض في حالة نشوب خسارة من أحد الشركاء، والصلح بين المسلمين جائز.

وعلى أي حال، أنّ هذا النحو من التأمين لا إشكال فيه.

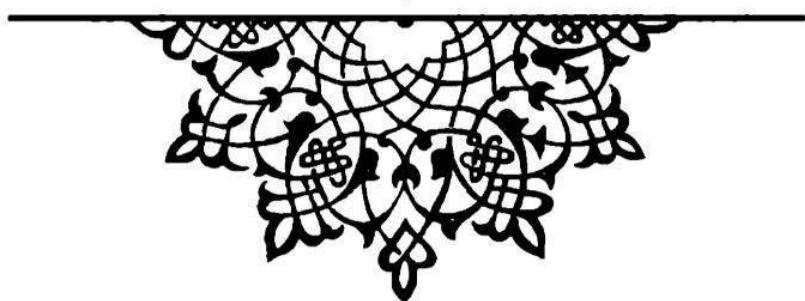


تُوجَدُ هناك بعْضُ المعاملات المصرفية متداولة
اليوم، وسُوفَ نُسَلِّطُ الضوءَ عليها من باب
إكمال وإتام الفائدة، ومن هذه العناوين
الجديدة:





الإجارة بشرط التمليلك



الإجارة بشرط التملك

توجد صورتان هنا ينبغي أن تفصل بينهما لتحديد محل النزاع:

الصورة الأولى: التملك على نحو شرط الفعل

إذا كان للبيع ثمنان أحدهما معجل بعشرة آلاف ومؤجل بعشرين ألف، وقت صيغة البيع على الشمن المؤجل، فهذا يسمى بالبيع المؤجل، وهذا لا إشكال فيه.

الصورة الثانية: التملك على نحو شرط النتيجة

بمعنى يؤجر الدار لمدة معلومة وأجرة كذلك، وتقتطع الأجرة على عدد الأشهر، ثم يقول البنك أو صاحب الدار: (إذا دفعت القسط الأخير فتكون مالكاً للدار) وهذه طريقة تمارسها بعض البنوك الإسلامية بحيث تقوم ببناء مجمعات سكنية، وفي نهاية دفع القسط الأخير ينتهي الأمر إلى التملك، هذا هو محل النزاع عندنا.

إذاً المقصود بـ(الإجارة بشرط التملك) أنها عقد بين الطرفين يؤجر فيه أحدهما الآخر سلعة معينة مقابل أجرة معينة يدفعها المستأجر على أقساطٍ خلال مدة محددة،

وتنتقل بعدها ملكية السلعة للمستأجر عند سداده لآخر قسط بعقد جديد.

فقوله: إن التمليل له صورتان:

الصورة الأولى: أن يكون على نحو شرط الفعل بأن أقول: (إذا دفعت القسط الآخر فأبيع لك الدار) والبيع عقد يحتاج إلى فعل وهو الإيجاب والقبول.

الصورة الثانية: أن يكون على نحو شرط التبيجة بأن أقول: (إذا دفعت القسط الآخر فأنت مالك للدار) بشكل قهري بلا حاجة إلى إجراء عقد.

أما الصورة الأولى: فلا إشكال فيه بين الفقهاء. نعم، هو يحتوي على نقطة ضعف وهي أن البنك أو الدولة إذا لم يف بشرطه فللمستأجر خيار تخلف الشرط، وهذا ضعف فيه؛ لأنَّه لو أعمل الخيار لم يستحق الدار.

إلا أنه يمكن علاج هذا الضعف فيما إذا أمننا بالكثيرى القائلة: إنَّ الحاكم الشرعي ولِي المتنع، فبالإمكان أن يتصدى الحاكم الشرعي ويكون هو طرف العقد.

وأما الصورة الثانية: وهو شرط التبيجة وهي أن تحصل ملكية الدار للمستأجر بشكل قهري من دون إيجاب أو قبول، فهناً أشكال على شرط التبيجة بإشكال يرجع إلى أحد بيانين:

البيان الأول: ما ذكره السيد الخوئي عليه السلام، وحاصله: أنَّ حديث «المؤمنون عند شروطهم»^(١) لا يثبت مشرعية الشرط، وإنما يلزم المشروط عليه إلزاماً تكليفياً

(١) رُوي هذا الحديث تارة بلفظ (الناس) كما في التهذيب، الشيخ الطوسي: ٩ / ١٢٣ / الحديث ٣٤ / باب الوقوف والصدقات؛ ومن لا يحضره الفقيه، الشيخ الصدوق: ٤ / الحديث ٤ / باب السكنى والعمرى والرقبى، وروي بلفظ (المسلمون) كما في

بتنفيذ الشرط لشرط هو مشروع في رتبة سابقة، فهو يدل على أن الشرط متى ما كان مشروعًا وسائغاً في رتبة سابقة فيجب الوفاء به، ولا يثبت مشروعية ما يشك في مشروعه، فلو كان الشرط هو عبارة عن خيطة التوب، فهذا مشروع في حد نفسه فيجب الوفاء به، وأمّا إذا كان الشرط هو الملكية القهريّة، فهنا يشك في مشروعية هذا الشرط فلا يمكن التمسك بحديث «المؤمنون عند شروطهم»؛ لأنّه يكون من قبيل التمسك بالعام في الشّبهة المصداقية وهو باطل؛ لأنّ الحكم لا يثبت موضوع نفسه، فقولنا: (أكرم العالم) لابد من أن يتحقق وجود العالم الذي هو الموضوع ثم يجب إكرامه، أما لو شُك في مصداق من المصاديق في كونه عالماً، فلا يمكن التمسك بإطلاق أو عموم أكرم العالم؛ لأنّ معنى ذلك أنّ الحكم سوف يثبت أنّ هذا عالم، ثم نتمسّك بالعموم أو بالإطلاق، وهذا خطأ واضح؛ لأنّ الحكم يتولّد من الموضوع فكيف يكون موجداً ومولداً له؟ وعلى هذا شرط التبيّنة باطل كما في محل الكلام^(١).

ويلاحظ عليه: أنّ حديث «المؤمنون عند شروطهم» حديث مطلق، أي: لا يقيّد وجوب الوفاء بالشرط لما أحرز مشروعية الشرط في رتبة سابقة، وإنّها يدل على

التهذيب، الشيخ الطوسي: ٧ / ٢٣ / الحديث ١٠ و ١١ / باب عقود البيع؛ والاستبصار، الشيخ الطوسي: ٤ / ٤٨ / الحديث ٦ / باب ١٨؛ وروي بلفظ (المؤمنون) كما في الاستبصار، الشيخ الطوسي: ٣ / ٣١ / الحديث ٤ / باب ١٤٢؛ ووسائل الشيعة، الحرمي: ١٥ / ٣٠ / الحديث ٤ / باب ٢٠.

(١) المسند في شرح العروة الوثقى، كتاب الإجارة، أبو القاسم الخوئي: ٣٠ / ٢٢٨

مشروعية الشرط وعلى لزوم الوفاء به، وهذا محتمل في الحديث المذكور.

إن قلت: إن القيد واضح في الحديث، ولا يحتاج أن يبرزه الإمام عليه السلام؛ وذلك لأنّه لا يعقل وجوب الوفاء تكليفاً بشرط ليس مشروعًا في حد نفسه، فقيد المشروعية أمر واضح ومسلمٌ ومرکوز فلا معنى للإفصاح عنه.

قلت: إن الحديث المذكور يمكن أن يفسّر بذلك، بمعنى أن له دلالتان، دلالة مطابقية وهي مشروعية الشرط، ودلالة التزامية وهي وجوب الوفاء به، وعليه تكون الدلالة التزامية والمطابقية مستفاذتين من الحديث، وهذا محتمل في حد نفسه ولا داعي لاحتمال آخر، وهو أن ثبت المشروعية أولاً وبعد ذلك وجوب الوفاء به، بل من المحتمل أن وجوب الوفاء يكون في عرض المشروعية لا في طوها كما قال السيد الخوئي.

البيان الثاني: التمسك ببعض النصوص والتي ظاهرها النهي عن شرط النتيجة:

منها: موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه (عليهم السلام) إن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: «من شرط لإمرأته شرطاً فليفي لها به؛ فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حراماً أو أحل حراماً»^(١).

ومنها: صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: قضى في رجل تزوج إمرأة وأصدقته هي واشترطت عليه أن يبدها الجماع والطلاق، فقال: «خالفت السنة،

(١) وسائل الشيعة، الحرج العامل: ١٨ / ١٧ / الباب ٦ / الحديث ٥.

ووليت حقاً ليست بأهله، فقضى أنّ عليه الصداق وبيده الجماع وذلك السنة»^(١).

ومنها: صحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليهما السلام قال: «المسلمون عند شروطهم إلا كُلُّ شرطٍ خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز»^(٢).

بتقرير: أن المستفاد من هذه الروايات أنه لابد أن يجتمع في الشرط هذه الأمور الثلاثة، وهي عدم المخالفه لكتاب الله عز وجل، وعدم المخالفه للسنة، وأن لا يكون محللاً للحرام أو محراً للحلال، والمعنى الجامع لهذه الشروط الثلاثة أن يكون الشرط مسروعاً في رتبة سابقة على أخذه شرط في صحة العقد، وإذا شُك في مشروعيه شرط من الشروط فلا يصح الوفاء به من هذه الجهة، وعليه يكون التمسك بهذه الروايات قبل إحراز مشروعيه شرط ما هو من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

وفي مقامنا كذلك فإنّ قول صاحب الدار أو المصرف أو الدولة (إذا دفعت القسط الآخر فإنك مالك بصورة قهريه) يُشكّ في مشروعيته؛ لأنّ من المحتمل أنّ الملكية تحتاج إلى سبب ولا تحصل بشكل قهري.

ويُلاحظ على هذا البيان بعدة ملاحظات:

الملحوظ الأول: أنّ صاحب البيان إعتقد أنّ هذه الشروط الثلاثة ترجع إلى قيد المشروعيه، وهذا ليس صحيحاً، فإنّها تتحدد عن شروط مستقلة بعضها عن

(١) وسائل الشيعة، الحر العاملی: ٢١ / ٢٨٩ / الباب ٢٩ / الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة، الحر العاملی: ١٨ / ١٦ / الباب ٦ / الحديث ٢.

الآخر، وفي محلٍ كلامنا وهو أن تكون مالكاً عند دفع القسط الأخير ليس فيه مخالفة لأيٍ واحدٍ من هذه الشروط.

أما آنَّه ليس مخالفًا للكتاب الكريم؛ إذ لا يوجد في الكتاب لا بصر احته ولا بمضمونه من آنَّ الملكية لابد لها من سببٍ مملِكٍ، فالشرطُ ليس مخالفًا للكتاب الكريم، وأيضاً ليس مخالفًا للسُّنَّة فكذلك؛ لأنَّ الملكية لم تحصرها السُّنَّة بسببٍ خاصٍ، وهكذا في الثالث لا سيما على بعض من فسرَ^(١) آن لا يكون محللاً للحرام أو بالعكس بأنَّ المقصود منه إحياء ما هدمه الإسلام، فهناك عادات أو بعض الطقوس ليست من الإسلام، فإذا أخذت كشرطٍ _كبناء الكنائس_ فهنا يُقالُ هذا شرطٌ حلَّ حراماً.

الملحوظُ الثاني: هناك بعض النصوص يُستفاد منها صحةُ هذا الشرط، أي: جواز شرط الملكية على نحو شرط النتيجة، كما في صحيحَة أبي بصير: سألتُ أبا عبد الله عائِلاً يقولُ للرجل إبْتَعْ لي مَتَاعاً وَالرِّبْحُ بَيْنِي وَبَيْنَكَ، فقالَ: «لَا بَأْسٌ»^(٢).

بتقريب: أنَّ قول السائل (والربحُ بيني وبينك) نصفٌ ملكُهُ لي والنصفُ الآخر لك من دون إجراء عقد جديد، فإنَّه حسب الفرض الطرف الأول هو البائع ويُفترض أن يكون الربح جمِيعاً لهُ، والطرفُ الآخر ليس إلَّا وكِيلاً في البيع عنه، فملكُهُ النصفُ الثاني بشكلٍ قهريٍ من دون سببٍ خاصٍ للتمليلك.

الملحوظُ الثالث: الشرط حتى يكون ملزماً للأطراف لابد أن تتوفر فيه جملة من

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ٢ / ٥٧.

(٢) وسائل الشيعة، الحرس العامل: ١٨ / ٧٥ / الباب ٢٠ / الحديث ٤.

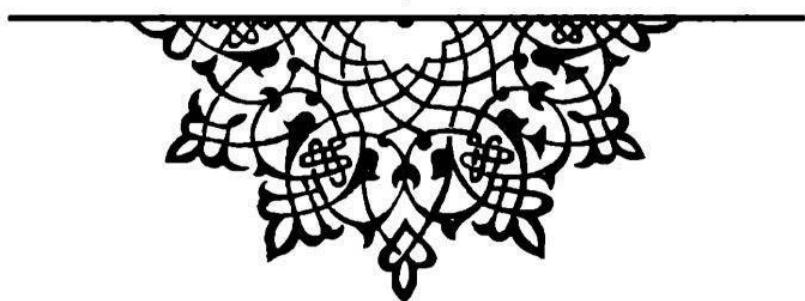
الشروط المعروفة، فإذا شُك ولم نعلم أنّ ما اشترطه المتعاقدان هل هو مخالف للكتاب أو مخالف للسنة؟ فهنا نتمسّكُ بأصالة عدم المخالفه، فمثلاً لو اشترطت الزوجةُ على زوجها أن لا يتزوج عليها بأخرى، وشك في شرعيه هذا الشرط حيث نحتملُ أنَّ الحقَّ المذكور للزوج مطلقٌ، أي: حتّى في حالة إشراط الزوجة عليه، ونحتملُ أنَّ الحقَّ مقيدٌ بحالة عدم الإشراط، فإذا شككنا فإنَّ أصل الحق ثابتُ في الجملة لها الحقُّ والشكُ في سعته (حتّى لو اشترطت) وضيقه (حالة عدم الإشراط) نتوقفُ، فهنا نتمسّكُ بأصالة عدم المخالفه، بمعنى الأصل عدم مخالفه الشرط لهذه الأمور الثلاثة^(١).

النهاية

(١) المكاسب، مرتضى الأنصاري: ٦ / ٣١



بطاقات الإئمان



بطاقات الإئتمان

قد يُصدر البنك أو الشركة بطاقات تشمل على خدمات، بمعنى أنّ الحامل لها بإمكانه التسوق من دون دفع المال نقداً إلى البائع؛ لأنّ حمل الأموال قد يعرضه إلى السرقة، فأمواله محفوظة في البنوك ويستعمل هذه البطاقة لأغراضه من البيع والشراء.

ثم إنّ البائع يُسجل ما تمّ بيعه بواسطة البطاقة في ورقة خاصة، ويُشعرُ البائع البنك بقيمة السلعة ويحصل بذلك على المبلغ المدون فيها مطروحاً منه رسم يترواح من (١ - ٤٪) أو ما يقربُ ذلك من ثمن السلعة، وهذه الطريقة وهي أنّ البطاقة تقدّم خدمات لا تقتصرُ على البيع والشراء، بل بإمكان إستعمالها في حجز تذاكر السفر أو شراء الوقود أو ما شاكل ذلك، ومن الواضح أنّ البنك حينما يُصدرُ هذه البطاقة للقيام بتلك الخدمات يأخذُ رسوماً من حاملها سواء استفاد منها أم لا؟ وهذا معناه أنّه يوجد عقدان في البين:

العقدُ الأول: بين الجهة المصدرة وحامل البطاقة، والعوضُ هنا رسومات خاصة على إصدارها.

العقدُ الثاني: بين الجهة المصدرة وصاحب المحل التجاري، والعوضُ هنا رسوم تترواح من (١ - ٤٪) أو أكثر من سعر البضاعة على إختلاف البطاقات الإئتمانية

بإختلاف الشيكات التي تصدرها.

أنواع البطاقات الإئتمانية:

وهذه البطاقات الموجودة في الخارج تكون على أنواع ثلاثة.

النوع الأول: البطاقات المغطاة

إن الجهة المصدرة كالبنك لا تمنح لحامليها الإستفادة إلا إذا كان لديه رصيد مالي، فيستعملها بمقدار الرصيد.

النوع الثاني: البطاقات غير المغطاة

إن الجهة المصدرة منحت القيام بخدمات له رغم أنه لا يوجد لحامليها أي رصيد، وصاحب المحل التجاري يؤمّن له البضاعة من جهة علمه من أنّ الجهة المصدرة متعهدة ومسئولة عند وصول الفاتورة إليها، وفي هذه الحالة يتلزم حامل البطاقة طبقاً لشروط الإصدار بتسديد كامل مبلغ الفاتورة خلال فترة لا تزيد عن ثلاثين يوماً من تاريخ استلامه لها، وإذا تلکع في الدفع يقوم المصدر بـإلغاء عضوية حامل البطاقة وتسحب منه بطاقة الإئتمان إضافة إلى بعض الإجراءات القانونية بحق هذا الشخص.

النوع الثالث: البطاقات غير المغطاة مع عدم سحب العضوية في حالة التخلف

ويمتاز عن النوع السابق بعد إلزام حامل البطاقة بدفع تمام المبلغ عند تسلّم الجهة

المصدرة للفاتورة الشهرية، والغالبُ إلزامهُ بدفع نسبة ضئيلة منهُ ويُضُلُّ الباقي في ذمّته، ولكن الجهة المصدرة لا تسحبُ العضوية منهُ في حالة التلكّي في التسديد، وإنّما تفرضُ عليه فوائدًا كُلُّها تأخّر في مدة التسديد.

تخريجات العقد الحاصل من جهة البنك وحامل البطاقة:

فإذا إتّضح نقولُ: إنّ العقد الأول بين الجهة المصدرة وحامل البطاقة لا إشكال فيه، ويُمكّن تخرّيج التعامل مع العُقود المستحدثة على أساس أحد تخرّيجين:

الخرّيج الأول: من مصاديق عقد الحوالة

أنّهُ من مصاديق عقد الحوالة، على أساس تعهّد الجهة المصدرة للبطاقة لقبول الحوالة من حاملها المدين للتاجر الذي اشتري منهُ السلع والبضاعة بإبراز البطاقة لهُ، فإنّهُ بعد الشراء يحملهُ على تلك الجهة، وهي ملزمة بقبوّلها على أثر تعهّدها في عقد البطاقة وإن لم يكن لهُ رصيّدٌ ماليٌّ عندها.

وهذا الوجهُ لا بأس به إذا استعملها حاملُ البطاقة، وأمّا إذا لم يستعملها فلا يتمُّ عقدُ الحوالة؛ لأنّ قوامها إنشاء الإحالة من المُحيل على المُحال عليه.

الخرّيج الثاني: معاملة مستقلة

أنّها معاملةٌ عقلائيةٌ مستقلةٌ بذاتها مشمولةٌ لعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا

بالعقود^(١)، بعد صدق عنوان العقد عليها، وعدم وجود ما يمنع الشرع عنه، ولا ريب في صدق عنوان العقد؛ لأن العقد عبارة عن ربط قرار أحد بقرار شخص آخر، فإذا تعهد بعض العقلاة في دائرة حقه لآخر قبل أمر آخر تعهد ذلك الآخر له فقد ارتبط القرارات وحصل بينهما تعاقد.

وفي مقامنا: إن أمر أداء شيء نيابةً عن الآخر بما أنه تصرف في مال المؤدي، كما إذا أمر أداء دين شخص نيابةً عنه بما أنه تصرف في سلطانه إلى المديون بنفسه وهو من حقوقه، فإذا تعهد كل منهما بما إليه أمره فتعهد المصدر أداء دين حامل البطاقة بمال نفسه أو بما عنده من حاملها إذا أحال إليه أداءه وقبول الحامل بهذا التعهد تعاقد بينهما ومن مصاديق العقد العقلائية.

وأماماً ما يحتمل كونه مانعاً شرعاً وهو إحتمال صدق الغرر بمعنى الجهالة هنا؛ لأن المصدر لا يعلم بالمقدار الذي يشتري الحامل بالبطاقة، بل ربما لا يعلم بأصل شرائه بها فقد اشتمل العقد على الغرر وهو موجب للبطلان.

والصحيح: لا يشكل مانعاً؛ لأن الغرر بمعنى الخطأ لا الجهالة، ومن الواضح أن البطاقة المصدرة مشتملة على سقف لا يتعاده المشتري، فإن لم يشتري ببطاقته شيئاً فلم يرد خطأ على أحد الطرفين أصلاً، وإن اشتري بها فلا محالة يكون الشراء إلى حد معين تحكي عنه البطاقة.

وجهان فيأخذ الرسوم على البطاقة:

وأماماً الوجه فيأخذ الرسوم على إصدار البطاقة فيمكن بأحد وجهين:

الوجه الأول: على أساس البيع، أي: أن الجهة المصدرة تتبع البطاقة، وللبطاقة قيمة مالية يتنافس عليها العقلاء، فالرسومات (العوض) تكون في مقابل البطاقة، بل يمكن التخريج على أساس البيع حتى لو لم يرى العقلاء أي قيمة لتلك البطاقة، وذلك على مبني السيد الخوئي عليه السلام في أن المالية لا تُشترط في عقد البيع؛ لأن البيع عنده محض المبادلة^(١).

الوجه الثاني: على أساس عقد الإجارة، أي: أن حامل البطاقة يؤجر الجهة المصدرة للقيام بخدمات، وما البطاقة إلا رمز مشير إلى تلك الخدمات، وهذا نظير تذكرة السفر فإنه في الواقع أجرة التذكرة في مقابل الكرسي في الطائرة، وما البطاقة إلا كونها مشيرة إلى الكرسي ونتسامح ونقول: إستئجرنا المعقد الذي في الطائرة. وعلى أي حال، لا إشكال في العقد الأول.

ال تخريجات الفقهية في الفائدة المأخوذة من صاحب المحل التجاري

إنما الكلام في العقد الثاني، أي: النسبة التي يأخذها البنك من صاحب المحل التجاري التي تترواح من (١٤%) فبأي وجه يمكن تخريج ذلك؟

(١) الموسوعة، التنقيح في شرح المكاسب، أبو القاسم الخوئي: ٣٦ / ١٨.

التخريج الأول: تقديم الخدمات العقلائية

يُخرج إما على أساس أنّ الجهة المصدرة تقدّم خدمةً عقلائيةً لصاحب المحل التجاري، فإذاً ذلك تستحق في مقابلها عمولة ما.

وقد يُشكل على العقد الثاني بأنّه يستلزم الربا بتقرير: أنّ صاحب المحل التجاري حينما يأخذ قيمةً ما باعه مخصوصاً منه نسبة معينة؛ فإنّ البنك في الواقع قد أقرضه نيابة عن صاحب البطاقة، وعليه الفوائد التي يأخذها البنك (٤١٪) هي في الواقع قد أخذها من صاحب البطاقة، وهذا قرضٌ جرّ فائدةً ولا يجوز.

ويمكن الجواب عليه بجوابين:

الجواب الأول: أنّه يتم في النوع الثاني والثالث من أنواع البطاقات، أي: التي لا يكون للعميل فيها حساب، أما النوع الأول، أي: البطاقات المغطاة فما معنى إنّ البنك حينما يدفع الشيء صاحب المحل التجاري يقوم بدفع المال له على أساس قد أقرض صاحب البطاقة؟ وإنّما البنك يدفع وينزل من حسابه ويسددها لصاحب المحل التجاري.

الجواب الثاني: أنّه لا يتم في كُلّ أنواع البطاقات؛ وذلك أنّ النكتة في تصحيح البطاقة المغطاة في أنّ البنك يأخذ النسبة من صاحب المحل التجاري هو أنّ البنك يقدّم خدمات عقلائية، وهذه النكتة كما تجري في النوع الأول البطاقات المغطاة تجري أيضاً في النوع الثاني، فلا تكون هذه الفوائد نتيجة أنّ البنك قد أقرض صاحب البطاقة، وإنّما على أساس ما يقدّمه من الخدمات.

نعم، إذا كان البنك أحياناً يضاعف النسبة في حالة لم يكن لصاحب البطاقة أيّ

رصيد بأن تكون أحياناً (٦٪) فهنا قد يتوقف ويُقال: إنَّ هذه النسبة ليست إزاء الخدمات؛ لأنَّه لماذا ارتفعت في حالة البطاقة غير المغطاة وواقع الحال في البنوك اليوم هو تضاعف النسبة لصاحب البطاقة غير المغطاة، وهذا يكشفُ أنَّ النسبة لأجل ما قدَّمه البنك من قرض لصاحب البطاقة.

فالصحيحُ: التفصيُّل بين البطاقة المغطاة فيجوزُ، وبين غيرها فلا يجوزُ.

التخريجُ الثاني: على أساس الحوالة

وقد صار إليه الشيخ محمد المؤمن اليزدي رحمه الله قال: (إذا إشتري الحاملُ مبيعاً أو خدمة أو حصل على عملة ونقد بالبطاقة من يعتمد البطاقة فورَّق البطاقة وأعطهاه البائع والمعطي فلا ريب في أنَّ عمله هذا إحاله للبائع أو المعطي على المصدرِ (البنك) فإنه إشتري شيئاً بشمن معين وصارت ذمته مشغولة به للبائع إلَّا أنه قد توافق هو والبائع على أن يكون إعطاءً الثمن ودفعه على عهدة مصدر البطاقة، وينطبقُ على هذا العقد عنوان الحوالة من عناوين العقود المتعارفة).

ثم يُضيف قائلاً: لو كان للحامل عند المصدر مالٌ فهيء حواله على المديون، وإلَّا فهيء حواله على البريء^(١).

وبكلمة أوضح: أنَّ مصدر البطاقة (البنك) لا يخلو إلَّا أن يكون مشغولَ الذمة لحامل البطاقة فتجوزُ الحوالة عليه، والفوائدُ التي يحصلُ عليها من باب أنَّ المصدر

(١) كلمات سديدة في مسائل جديدة، محمد المؤمن اليزدي: ٢٥٦

وإن كان مشغولَ الذمة للحامِل، ولكن من حقه أن يرفضَ الحوالةَ عليه بدعوى إنْ ذمّتي مشغولةُ لك ولا أتنازلُ عن دفع الحق أو الدين لغيرك إلّا بنسبةٍ ما، وأمّا أن يكون الحامِل ليس لديه رصيده في البنك، فالحوالةُ تكونُ آنذاك على البريء، فيقولُ البنكُ: (لا أقبلُ الحوالةَ على إلّا بفوائد تدفعها لي).

وأيضاً مال إلى هذا التخريج الشيُخُ الفيَاضُ (حَفَظَهُ اللَّهُ) قال: (العلاقةُ بينَ التاجر والجهة المصدرة للبطاقة هي علاقة المُحال والمُحال عليه، على أساس أنَّ حامِلَ البطاقة يُحيلُ التاجرَ على تلك الجهة ويتَرَبَّ على ذلك كونَ الجهة المصدرة مدينةً للتاجر) ^(١).

وأوردَ الشيُخُ حسنُ الجواهري (حَفَظَهُ اللَّهُ) على هذا التخريج بعده إيرادات: الإيراد الأول: أنَّ هذا التخريج يردُ ما إذا كان للعميل رصيدهُ عند البنك، فمن حقِّ العميل (حامِلَ البطاقة) أنْ يُحيلَ التاجرَ على البنك ليأخذَ من حسابِ صاحبِ البطاقة، وفي هذه الصورة يقولُ الفقهاءُ يجبُ على البنك أن يدفعَ إلى التاجر من حسابِ صاحبِ البطاقة؛ لأنَّه مدينٌ لهُ، ويجبُ على البنك أداءَ الدين لصاحبِ البطاقة أو من يحولُهُ عليه، وعليه فلماذا يأخذُ البنكُ عمولةَ على قبولِ الحوالة حتى في هذه الصورة.

نعم، يصحُّ هذا التخريجُ فيما إذا كان البنكُ بريءَ الذمة من صاحبِ البطاقة، فهنا يقبلُ الحوالةَ عليه بعمولةٍ ^(٢).

(١) البنك، محمد إسحاق الفيَاضُ: ٢٤٣.

(٢) بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: ١ / ٢٦٢.

ويُلاحظُ عليه: إنَّهُ في صورة كون البنك مشغولَ الذمة لصاحبُ البطاقة لا يُبررُ قبولُ الحوالة عليه ولا يجُبُ عليه قبولاً؛ لأنَّ المديون مشغولَ الذمة للدائنُ الخاصُ (صاحبُ البطاقة) وليس مشغولَ الذمة لشخصٍ آخر (صاحبُ المحل التجاري) فالحوالةُ عليه ليست واجبةً إلَّا بفوائد يدفعها له، فلابدُ أنْ نُميِّز بين أصل وجوب ردِ الدين – باعتبارِ أنَّ البنك عندهُ رصيدٌ لصاحبُ البطاقة – وبين أنْ يكون الردُ للدائنُ الخاصُ، فما يجُبُ عليه أصلُ الرد، وأمَّا الردُ ولو لم يكن للدائنُ الخاصُ فليس وجوباً عليه، فالفائدةُ على قبولة للحوالة لا بأس بها.

الإيرادُ الثاني: أنَّ هذا التسهيل الذي أعطاهُ البنكُ لمُصدِّرُ البطاقة وتعهَّدَ بضمَانِ وقبولِ حوالاتِ مُصدِّرُ البطاقة قد أخذَ (البنك) عليه رسمًا أوَّلَ الأمر؛ فإنَّ البطاقة التي تصدِّرُ لها خدماتٍ مصرفيَّة، منها أنَّ البنكُ ضامنٌ لما يشتريه صاحبُ البطاقة من المؤسسات التجاريَّة وما يستفيدُه من أصحابِ الخدمات، أو قل إنَّ البنك يقبلُ الحوالةَ عليه إذا حَوَّلَ على البنك، وعلى هذا كيف يجوزُ للبنك أن يأخذ على نفس هذا العملُ أجرةً مرتَّةً ثانيةً؟ وعليه فيكونُ الأخذُ من قبلِ البنك من صاحبُ البطاقة ثانيةً أكلاً للهَمَال بالباطل وهو غيرُ جائزٍ^(١).

ويُلاحظُ عليه: هناك فرقٌ بين الرسومات التي تُدفعُ بِإِزاءِ الحصول على أصل البطاقة، وبين النسبة التي تُدفعُ بعد مراجعةِ صاحبِ المحل التجاريِّ البنك. والفارقُ أنَّ الرسومات التي أخذت منهُ أولاً هي ثابتةٌ للبنك فعلاً سواءً مت

(١) بحوثُ في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: ١ / ٢٦٣.

الإستفادة من البطاقة أم لا، وعليه فالرسومات التي تُدفع بإزاء الخدمة ولو تقديرًا، بينما النسبة التي تُدفع مرّة أخرى والتي تراوح مثلاً (٤_١٪) هي بإزاء الإستفادة الفعلية من البطاقة.

وبكلمة أخرى: أنّ ما دُفع أولاً من الرسومات هو في مقابل الخدمة ولو تقديرًا للبطاقة، بينما ما دُفع ثانياً هي بإزاء الخدمة فعلاً، فالأجرة الأولى غير الأجرة الثانية، فيُطالب حامل البطاقة مرّة ثانيةً من دون أي إشكالٍ.

الإيراد الثالث: أنّ أصل هذا التخريح هو أنّ النسبة التي يأخذها البنك ثانيةً بإزاء الحوالة هو تلاعبٌ في الألفاظ؛ إذ في الواقع لا يأخذ البنك النسبة إلّا بإزاء المال الذي دفعه إلى صاحب المحل التجاري لا بإزاء الحوالة كمفهوم ولا بإزاء عملية الإقراض كمفهوم، وإنّما في مقابل ما تم دفعه للمحل التجاري.

وعليه تخريحُ أخذُ النسبة على أساس الحوالة لا واقع موضوعي له، فيكونُ التخريح على أساس الحوالة غير صحيحٍ، قال: (إن الإرتکاز العُرُفِي والعقلائي يقولُ إن عملية الإقراض أو قبول الحوالة أو قبولُ لعملية الضمان ليست مما تُقابل بالمال، بل أن العمولة (الرسم) حقيقة هي بإزاء المال المقترض لا في مقابل نفس الإقراض أو الضمان نفسه أو قبول الحوالة وجعل العمولة في مقابل هذه العناوين هي مجرّد لفظ فقط)^(١).

ويُلاحظ عليه: إننا تارةً نتكلّم عن وجود رصيد لحامل البطاقة في البنك وعُبّر عنها بالبطاقة المغطاة، وأخرى نتحدّثُ عن عدم وجود رصيد لحاملها وتسمّى

(١) بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: ١ / ٢٦٤

بالبطاقة غير المغطاة، أو قل إنّ الحوالة على البنك تارةً تكونُ حواله على البريء، وأخرى تكونُ الحوالةُ على المديون، أمّا الشُّقُّ الأوّل أيّ الحوالة على البريء فنقولُ: إنّ الحوالة لها معنیان:

الأول: **الحواله بالمعنى الفقهي الشرعي**: أي: بعد قبول الحوالة تفرغ ذمة المحيل (المديون) وتشتغل ذمة المحال عليه، وبمجرد تسديد الدين عنه (حامل البطاقة) يحقُّ الرجوعُ إلى المحيل في ذلك، فالحواله بالمعنى الشرعي ترجعُ إلى تفريغ واستغفال، أي: تفريغ ذمة المحيل واستغفال ذمة المحال عليه.

الثاني: **الحواله بالمعنى العرفي**: بأن تقول لشخص: (أقرضني مالاً وأنا أحولُ عليك شخصاً لأخذه) فقلَّ، فالقبولُ هنا مجرّد وعد بأنّي سوف أقرضك، ويتربّ على هذا المعنی عدم التفريغ والإشتغال، فلا تفرغ ذمة المحيل ولا تشتغل ذمة المحال عليه، وإنما هناك فقط وعد بالإقراض في المستقبل، وعلى هذا الأساس الحوالة بالمعنى الشرعي بإمكان المحيل عليه (البنك) أن يرفض قبول الحوالة عليه؛ لأنّه بريء إلا ببنسبة وفوائد، فتسجلُ الفوائدُ على عنوان الحوالة، بينما بالمعنى العرفي لا يأخذُ الفائدةَ على الحوالة؛ لأنّها مجرّد وعد ولا حواله في البين.

فما ذكره من أنّ واقع الأمر الفوائد لا تكونُ على الحوالة وإنما على المال المدفوع بهذه حواله بالمعنى العرفي لا بالمعنى الشرعي، ومن الواضح ينبغي تنزيل الحوالة على المعنی الشرعي لا العرفي.

وأمّا إذا كانت الحوالة على المديون، فوقع الخلافُ بين الفقهاء في آنّه هل يُعتبرُ

رضا المُحال عليه في قبول الحوالة أو رضاه وإذنه غير معتبر من المحيل؟
 ذكر صاحب الجواهر ^{فيه}: أن اعتبار إذن المُحال عليه ضروري في قبول الحوالة،
 وعلل ذلك بأن الناس مختلفون بالسهولة والصعوبة، فبعض الناس التلکئ في
 الدين يسهل ذلك معه، بينما البعض الآخر التلکئ أمر صعب، فلأجل هذا
 الإختلاف يلزم اعتبار رضا المُحال عليه^(١).

وعلى عليه السيد الخوئي ^{فيه} وجماعة: بأن اعتبار رضاه ليس صحيحاً، وذلك
 لأن لا إشكال في أن الدائن يجوز أن لا يستوفي الدين مباشرةً من مديونه، بل يجوز
 أن يوكل في ذلك، وهل يحق ذلك المديون أن يعترض بأني لا أسدد إلا لك ولا مجال
 لبعث هذا الوكيل؟ فليس له الحق في ذلك، وكذلك هناك مسألة إذا تمت يستفاد
 منها عدم اعتبار رضا المُحال عليه وهي بيع الدين لثالث وهذا جائز، ولا يقول فقيه
 ببطلان هذا البيع؛ لأن تمت مواجهة المديون بدائنه آخر.

وما ذكره من أن الناس مختلف بالسهولة والصعوبة فلا يشكّل مستنداً علمياً
 يثبت إذن ورضا المُحال عليه^(٢).

هذا حاصل المحاورة التي حصلت بين صاحب الجواهر ^{فيه} والسيد الخوئي ^{فيه}.
 أقول: الإذن تارة يكون إنسائياً، بمعنى أن تصرف الغير في ماله لا يصح إلا
 بإذنه منه، كما هو الحال في عقد البيع الذي هو مبادلة مال البائع بمال المشتري،
 فالإذن الإنساني هو ذاك الإذن الذي يتوقف النقل والتصرف في ماله على حصول

(١) جواهر الكلام، محمد حسن النجفي: ٢٦ / ٢٦٢

(٢) المباني في شرح العروة الوثقى، أبو القاسم الخوئي: ٣١ / ٥٠٠

الإذن منه، وأخرى الإذن الترخيصي، أي: أن الإذن يبيح هذا التصرف وليس شرطاً في إنشاء العقد؛ لأن هذا التصرف لم يقع في ماله. نعم، وقع في حق من حقوقه.

وبكلمة مختصرة: الإذن الإنسائي عبارة عن الإذن في التصرف في ماله أو شأن من شؤون ماله، بينما الإذن الترخيصي هو الإذن الذي يتعلّق بحق من حقوقه. ويظهر بهذا المثال أنّ الوكيل إذا أذن له في عقد البيع من قبل الموكل، فالإذن بالبيع والشراء هو إذن إنسائي؛ لأنّ أفعال الوكيل هي أفعال الموكل، بينما إذن المرتهن لبيع العين المرهونة من قبل الراهن هو إذن ترخيصي؛ لأنّ العين المرهونة ليست ملكاً للمرتهن، وإنّما هي حق من حقوقه، فإذا ذهنه في البيع هو إذن في التصرف في حق من حقوقه.

فإذاً إذن الموكل للوكيل إذن وضعبي، أي: لو لا إذن لما صحي البيع الوكيل، بينما إذن الراهن للمرتهن هو إذن تكليفي، أي: إباحة بيع المرتهن يتوقف على إذن الراهن؛ لأنّ العين المرهونة ليست ملكه حتى يكون الإذن إنسانياً.

ما هو الضابط في اعتبار إذن شخص ولم يقع طرفاً في المعاملة؟ يوجد ضابطان: الضابط الأول: أن التصرف لو كان ينافي حقاً من حقوقه، فلا بد من اعتبار إذن هذا الثالث، ففي حق الرهانة لا موضوع للإذن الإنسائي من قبل المرتهن؛ لأن التصرف ليس في ماله. نعم، أن بيع الراهن للعين المرهونة هو إبطال لحقه (المرتهن) فمتي ما كان التصرف يُبطل حقاً من حقوق الطرف الثالث، فالإذن المعتبر هو الإذن الترخيصي -كما في عقد الرهن-. وهذا المثال مبني على رأي المشهور من أن

الرهن يتعلّق بالعين الموصوفة بكونها ملكاً للراهن، لذلك لو مات الراهن لا يتقلّع هذا العقد إلى الورثة؛ لأنّ بعد موته لم تُنسب العين إلى ملك الراهن.

نعم، لو قيل إنّ عقد الرهن يتعلّق بالعين بما هي عين، فهذا يتقلّع بموته إلى الورثة.

الضابط الثاني: الدليل الخاص على اعتبار إذن الطرف الآخر، كما في زواج بنت الأخ أو الأخت على العمّة أو الخالة فإنّ الزواج بهن شرط بإذن العمّة أو الخالة^(١).

فإذا إتّضح ذلك نقول: في باب الحوالة إذا كانت عبارة عن تغيير الدائن، فلا يُشترط إذن المحل عليه حتّى لو كان مديوناً؛ لأنّ الإذن الإنسائي لا موضوع له – بإعتبار أنّ موضوع الإذن الإنسائي هو التصرف في مال الغير – ولا يشترط الإذن الترخيصي؛ لأنّ هذا لا يؤدي إلى تلف حقّ من حقوقه.

وعليه ما ذكره صاحب الجوواهير^{رحمه الله} من الحاجة إلى الإذن يبدو أنه غير صحيح،
لعدم إنطباق كلا الضابطين عليه.

ويتّضح أيضاً بطلان الإشكال الذي أثير على صاحب الجواهر وذكروا شاهدين، الحال أنّ كلا الشاهدين قابلان للمناقشة:

أمّا بطلان شاهد الوكالة، فلو وجود الفرق بين الوكالة وبين الحوالة، فالوكلاء إذن إنسائي، بإعتبار أنه سوف يحصل هناك تصرف في مال الغير فالإذن للوكيلى إنسائي، ولو باع أو إشتري الوكيل فكأنّ الموكّل قد باع واشترى.

وأمّا بطلان الشاهد الثاني – وهو مسألة بيع الدين لثالث – فإنّ مسألة بيع الدين

هي محل خلافٍ بين الفقهاء وليس محل إتفاق حتّى تُجعل كشاهد عليه.

(١) وسائل الشيعة، الحرج العامل: ٢ / ٤٨٧ / الباب ٣٠ / الحديث ١.

النتيجة: أنّ المُحال عليه لا وجه لإعتبار إذنه، وعليه من يُخرج أحدَ الفائدة من صاحب البطاقة من قبل البنك على أساس الحوالة تصحّ إذا كانت الحوالة على البريء دون الحوالة على المديون؛ لعدم إحتياج إذنه.

التخريج الثالث: العملية مركبة من عقدين على نحو التركيب

ما ذكره الشيخُ حسنُ الجواهري (حفظه الله^(١)) بما حاصله: أنّ العملية مركبة من عقدين على نحو التركيب، عقدُ بين المصدر والمحل التجاري على أن يبيعه بأقل من الثمن، وعقدُ آخر بين المصدر وصاحب البطاقة على أن يبيعه البنك بأكثر من الثمن.

فما كنا نفترضه سابقاً من أنّ المشتري هو صاحبُ البطاقة والبائعُ هو المؤسسة التجارية، ويكون البنك متعهداً بتسديد قيمة القسمة، أمّا في هذا التخريجُ فغير مسار الطريق، فنقولُ: إنّ البنك هو المشتري الحقيقي للبضاعة التي يُريدها صاحب البطاقة، وهناك مؤشرات أربع لإثبات هذه الحقيقة:

المؤشر الأول: المؤسسة التجارية لا تعرفُ صاحبَ البطاقة ولا تطمئنُ إليه، بل هي تعرفُ البطاقة الائتمانية من خلال مصدرها، وبالتالي الذي كان طرفاً في مقابل البنك دون حامل البطاقة هي المؤسسة التجارية.

المؤشر الثاني: أنّ الذي يدفعُ القيمةَ هو البنكُ وليس صاحبُ البطاقة.

(١) بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: ١ / ٢٦٥.

المؤشر الثالث: لو إفترضنا أن المؤسسة التجارية لو لم تتمكن من الحصول على قيمة السلعة؛ لإفلاس البنك مثلاً أو وهمية البنك، فلا يحق لها أن ترجع على حامل البطاقة الذي إشتري منها.

المؤشر الرابع: لو أعاد المشتري البضاعة بعد إتمام عملية الشراء ووافق التاجر على ذلك، فالذى يستلم منه الأموال هو البنك، فلو كان المشتري حقيقةً صاحب البطاقة كان من حقه أن يتسلّم المبلغ الذي يساوي البضاعة المرتجعة، إلا أننا نرى أنهم لا يسلّمون إلى العميل قيمة البضاعة.

هذه مؤشرات تؤيد بأن المشتري حقيقة من المؤسسة التجارية هو البنك، فإذا كان كذلك فطرا العقد الأول يقع بين البنك والمؤسسة التجارية، ومفاد هذا العقد بأن البيع يقع بالسعر اليومي مخصوصاً منه نسبة من الشمن، ثم يحصل عقد آخر بين حامل البطاقة والبنك، ومفاده أن صاحب البطاقة يشتري هذه السلعة من البنك بزيادة عن ثمنها اليومي بنسبة معينة.

إذا يوجد في الحقيقة عقدان، الأول: عقد بين البنك والتاجر، والثاني: عقد بين البنك وصاحب البطاقة، فإذا ضممنا إلى ذلك العقد بين صاحبها والبنك على نحو الإجارة والمنفعة هي الإستفادة من البطاقة من الخدمات، والشمن هي الرسومات التي دفعها، وهذا عقد ثالث، وإذا ضممنا أيضاً إلى ذلك رسوماً لتجديد البطاقة، فيحصل عقد رابع، وهذه أصبحت عقوداً أربعةً مركبةً في عقد واحد. وصحة هذا التخريج مرتبطة بصحة وجود العقود المركبة.

حقيقة العقود المركبة:

هل أن العقود المركبة في المسائل المستحدثة تتكون من عقود متعددة مستقلة عن الآخر لكنها مترابطة فيما بينها بنحو يكون العقد الثاني مرتبطاً بالعقد الأول، وهكذا بقية العقود على نحو الترابط كما نقوله في أجزاء الصلاة، إذ هي مركبة من أجزاء وشروط الترابط أو أن هذه العقود المركبة هي عقود بسيطة إلا أنها تفيد أثر العقود المركبة، وهذه المسألة لم يتعرض إليها الفقهاء، إلا أنه يوجد نموذجان قريبان من مسألة ترك العقود المستحدثة.

النموذج الأول: ما ذكره المحقق النائيني رحمه الله، من أنه يمكن الجمع بين مختلفي الحكم في عقد واحد، سواء كان منشأ الإختلاف، الإختلاف في المالكين كما لو جمع بين ملك نفسه وملك غيره بالبيع، أو في اللزوم والجواز كما لو جمع بين بيع الحيوان وغيره، أو في الصحة والفساد كالجمع بين الشاة والخنزير، فإن الإنشاء وإن كان واحداً في هذه الموارد إلا أنه حيث جمع بين المختلفات، فينحل منشأه وإلتزامه إلى متعدد، فيتبع كُلُّ واحد حكمه إذا كان المشتري عالماً بذلك.

النموذج الثاني: إذا مات المورث وله حق الخيار، فإن هذا الحق ينتقل إلى الورثة ويتعدد الحق بتعدد الوراث، ولا ينافي ذلك كون الحق واحداً في إبتداء العقد، فنفي الميرزا النائيني غرابة هذا المعنى عن طريق التمسك بفكرة إنحلال العقد الواحد إلى متعدد، وذكر أن مناط إنحلال العقد إلى العقود المتعددة موجود في المقام، وهو عدم إمكان إلتزام كُلُّ واحد من الورثة بالنسبة إلى نصيب الآخر، فكُلُّ واحد من الورثة

طرفٌ مستقلٌ لا يمكن إلزام الأطراف الأخرى بنصيه من الإرث^(١).

وعليه فمن خلال هذين النموذجين لا غرابة في إمكانية إحلال العقود على نحو التعدد والتركيب، فتكيف بعض العقود المستحدثة_بطاقة الإئتمان_ إلى هذه العقود المتعددة لا يواجه مشكلةً من حيث الإمكان وعالم الثبوت.

وأمّا بحسب عالم الإثبات، فهل الصحيح وما يساعد عليه الدليل وجود عقود متعددة مستقلة عن الأخرى، ولكن لها نحو من الترابط فيما بينها أو أن الدليل يرى بساطة هذه العقود ولا معنى للتعدد؟

الجواب: الصحيح هو التفصيل في ملاحظة إنشاء العقد، فإن كان الإنشاء فعلاً لعقود متعددة من قبل المتعاملين، فسوف تكون هذه المعاملة معاملة مركبة من عقودٍ، واشترط ضمن كل عقد وجود آخر، نظير ما قالوه: (إعتق عبدك عنّي) فقد ذكر الفقهاء أن هذا الكلام يتضمن عقداً سابقاً وإن لم يصرّح به وهو البيع؛ لأنّه لا عتق إلا بملك، فلابد أن يكون مالكاً له من خلال البيع والشراء ثم يُمارس حالة العتق، فهنا الإنشاء وإن كان بحسب صورته واحداً (إعتق عبدك عنّي) إلا أنه بحسب روحه ومضمونه إنشاء عقد آخر وهو البيع، ولا حاجة إلى التصريح بوجود إنشاء عقد آخر؛ لكتافية دلالة الإقتضاء التي تثبت محتوى العقد الآخر من دون حاجة إلى التصريح به من خلال الإنشاء، فالمنشئ للعقد المستحدث يُخرج بطاقة الإئتمان على أساس العقود المركبة_ كما صنعته الشيخ حسن الجواهري_ هذا التركيب أو عدمه يلاحظ الإنشاء، فعالم الإنشاء هو الذي يحدد طبيعة هذا العقد فهل

(١) منية الطالب في شرح المكاسب، محمد حسين النائيني: ٣٠١ / ٣

هو عقدٌ واحدٌ أو عقودٌ متعددةٌ؟ وإن كان الإنشاء فعلاً لعقد واحد، فلا تصور مسألة تركب العقود.

ثم إن تحرير العقود المستحدثة أحياناً على نحو التركيب يحتاج إلى إبراز هذه العقود بنحو يكشف عن وجود قصد لهذه العقود المجتمعة، أي: لا يكفي الإبراز المعجمي لها ما لم نقصد من وراء هذا الإبراز تعدد القصود ببعد العقود المجتمعة؛ لأن فكرة تبعية العقود للقصود كما تجري في العقد الواحد كذلك تجري في العقود المتعددة لو إجتمعت بمبرز واحد، إذ لا يكفي قصد الجامع منها.

بطاقات الإئتمان (الفيزا كارت)

هناك بعض البطاقات حتى يدخل الحامل عضواً في هذه الشركة التي تصدر البطاقات أو البنك تفرض هذه الشركة أو البنك غرامات على التأخير فيما لو تلقي حامل البطاقة بالتسديد، ووقع الكلام في كيفية تحرير الغرامات فيما لو تلقي العضو الحامل للبطاقة بالدفع خلال الفترة المسموح بها، وقد أشار إلى هذا النوع من البطاقات الشيخ الفياض (حفظه الله) بقوله: (متماز هذه البطاقة عن النوع السابق في نقطة وهي: أن الإئتمان الذي تخلقه هو عدم إلزام حامل البطاقة بدفع المبلغ تماماً عند تسليمه للفاتورة الشهرية، والغالب إلزامه بدفع نسبة ضئيلة منه، ويحصل الباقى في ذمته (حامل البطاقة) ويقوم شهرياً بدفع فوائد التأخير، وتحسب

الفوائد بصفة يومية على المبالغ المتبقية، وأشهر أنواع هذه البطاقة (بطاقة فيزا)^(١).

ثم حاول الشيخ الفياض (حفظه الله) أن يذكر عدة تحريجاتٍ للخلص من تلك الفوائد التي يدفعها الحامل للبطاقة عند التلكئ:

التحرير الأول: أن يبني حامل البطاقة على عدم إلتزامه بهذا الشرط الفاسد وهو دفع الغرامات عند التأجيل في الدفع، قال ما نصه: (أَنَّهُ لَا مَانِعٌ مِّنْ دُخُولِهِ فِيهَا وَحْصُولِهِ عَلَى الْبَطَاقَةِ وَالْتَّعَالِمِ بِهَا، وَأَمَّا إِشْرَاطُ الْمَصْدَرِ الْفَائِدَةِ عَلَى تَأْخِيرِ الدِّينِ الْثَابِتُ فِي ذَمَّتِهِ فَهُوَ وَإِنْ كَانَ شَرْطًا رَبُوِّيًّا إِلَّا أَنَّهُ بِإِمْكَانِ حَامِلِ الْبَطَاقَةِ عَدْمُ الْإِلتَزَامِ بِهِ، بَلْ وَظِيفَتُهُ ذَلِكُ وَفَسَادُهُ لَا يُوجِبُ فَسَادَ الْعَدْدِ حَتَّى لَوْ قَلَنَا بِأَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ مُفْسِدٌ، فَإِنَّ هَذَا الشَّرْطَ لَيْسَ شَرْطًا لِلْعَدْدِ، أَيِّ: عَقدُ الْبَطَاقَةِ الْوَاقِعُ بَيْنَ الْمَصْدَرِ لِلْبَطَاقَةِ وَالْعَمِيلِ بَلْ هُوَ إِشْرَاطٌ فَائِدَةً مُحَدَّدَةً عَلَى تَأْخِيرِ الدِّينِ عَلَى ذَمَّةِ الْعَمِيلِ عَنِ الْفَرْتَةِ الْمُسْمَوْحَ بِهَا بِمَوْجِبِ الْحَوَالَةِ)^(٢).

ويُلاحظُ عليه: أنَّ مجرَّد عدم البناء على الإلتزام بالفائدة لا يحلُّ المشكلة أساساً، إذ لابد من أنْ تُفرقَ بين قضيتيْن:

الأولى: أن يقع العقدُ بين الطرفين وهو مجرَّد عن شرط الزيادة لا تصرِّحاً ولا تلوِّحاً.

الثانية: أن يقع العقدُ بين الطرفين مع شرط الزيادة، إلَّا أَنَّ المقرض -مثلاً- لا يبني على الشرط المذكور رغم التصريح بهذا الشرط الفاسد، والذي ينفعنا في الفرار من محذور الربا هو القضية الأولى وهو وقوع العقد مجرَّد عن شرط الزيادة، وأمّا

(١) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٢٣٥.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٢٥٢.

البناء على عدم الإلتزام بالزيادة فهذا يجتمع مع الشرط الذي لا إشكال في أنه لو وجد الشرطُ كان عقداً ربوياً، فعدم البناء على الزيادة يجتمع مع الشرط والبناء على الزيادة يجتمع حتى مع عدم الشرط، فأخذهما غير الآخر، وعليه فال تخريج المذكور غيرٌ تامٌ.

ال تخريج الثاني: ما احتمله الشيخ الفياض (حفظه الله): أنّ البنك المصدر (البطاقة) يجعل العميل في عقد البطاقة وكيلًا عنه في شراء السلع أو الخدمات على ذمته، ثم يقوم (الوكييل) ببيعها وكالةً عنه (البنك) على نفسه، ويشترطُ في ضمن هذا البيع على نفسه من قبل البنك وكالةً أن يدفع له (البنك) ديناراً على رأس كُل شهر يتأخرُ فيه عن دفع الثمن، ولا مانع من ذلك؛ لأنَّه ليس رباً، فإنَّ إلزامه بدفع الدينار إنما هو بحكم البيع لا بحكم عقد القرض، وليس في مقابل الأجل. وبكلمة: كما يمكن للبائع أن يشترط على المشتري أن يهب له ديناراً في كُل شهر إلى ستة أشهر مثلاً، كذلك له أن يشترط عليه أن يدفع له ديناراً في كُل شهر يتأخر فيه عن دفع الثمن^(١).

ويشترطُ أن يكون دفع الدينار مأخوذاً على نحو شرط الفعل لا شرط التبيبة، بمعنى أن شرط الفعل هو أن يحصل عقد آخر يتمُّ الإلتزامُ من خلاله بهذا الشرط، فالوكييل اشتري للبنك أولاً، ثم يبيع ما اشتراه الوكييل على نفسه ثانياً، وبعد ذلك اشترط البنك على الوكييل دفع دينارٍ في حالة التأخير في التسديد، وهذا الشرطُ لابد

(١) البنوك، محمد إسحاق الفياض: ٢٥٠.

أن يكون على نحو الفعل، أي: لابد من وجود عقد آخر ثالث، وهذا لا إشكال فيه.

نعم، لو كان الشرط على نحو شرط التبيّنة بمعنى حصول الشرط بصورة قهريّة، أي: بمجرد تحقق البيع الثاني فلو تلکئ في التسديد، فهنا يجب دفع الدينار، وبما أن الثمن مؤجل وصارت الزيادة على الأجل، فهذا سوف يدخل في الربا وهو غير جائز، وعليه فلابد أن يكون الشرط بالدفع على نحو شرط الفعل.

ثم إنّ من يعارض على هذا التخريج الشيخ الفيّاض (حفظه الله) بإعتراض صعروي وهو: أنّ هذا مبني على أن يشترط العميل على البنك في عقد البطاقة (عندما يأخذ العميل البطاقة) أن يكون وكيلًا عنه في شراء البضائع، ثم يبيعها على نفسه وكالة عنه، وهذا غير متحقق في الخارج، فهذا التخريج يكون إفتراضياً ولا وجود له في الخارج.

نعم، يبقى التخريج الأول تماماً مع غض النظر عن الإشكال الذي أوردناه عليه.



عقد الاستصناع



عقد الإستصناع

لو افترضنا أنّ شخصاً أراد بناءً مصنعٍ أو مدرسةً أو دائرةً ما، يذهبُ هذا الشخص إلى البنك ويطلبُ منهُ بناءً المصنع _مثلاً_ على حسب الموصفات التي يريدها، والثمنُ يتمُّ تسديدهُ على نحو التقسيط، والبنكُ هنا تارةً لا سيما في البنوك الكبيرة توجُّدُ عندهم دائرةً هندسيةً ويقومُ البنكُ بإحالة المشروع إليها، وتقومُ بدورها بإنشاء وبناء هذا المشروع، وأُخري البنكُ يتفقُ مع بعض الشركات المنفذة على بناء المصنع بـكُلفة أقلً مما إتفق به مع الشخص ولمدة أقلً أيضاً.

علمًاً أنّ هذا النحو الثاني تجلبُ للبنك فوائدً كبيرةً، وتسمى هذه الطريقة بالإستصناع، ومفاد هذا العقد كان موجوداً في الزمن السابق من قبيل إذا أراد شخصٌ من آخر صناعة كرسيٍ لهُ.

والخلافُ هو أنّه في أيّ عقدٍ من العقود تدخلُ هذه المعاملة؟

وللتوضيح أكثر: أنّ الإستصناع يُتصورُ على ثلات حالات:
الحالة الأولى: أن يكون للمستصنع مواد أولية لما يراد إنشاءه، ويطلبُ من البنك تصميمَ ذلك، وهذه الحالة تدرجُ تحت عقد الإيجارة؛ فإنّه في هذه الحالة الأمر يملُك العينَ والمأمورُ يملُكُ العملَ، كما لو دفع قطعةً من القماش إلى الخياط لخياطتها.

وهذا لا إشكال فيه وخارجٌ عن محلِّ الكلام.

الحالة الثانية: أن نفترض أن ما تمَّ التعاقدُ عليه (المستشفى أو دار الأيتام) هو موجودٌ لدى البنك، فيقومُ بشرائها على نحو التقسيط في دفع الشمن. وهذا أيضاً خارجٌ عن محلِّ الكلام؛ لأنَّه داخِلٌ في باب البيع.

الحالة الثالثة: أن لا يوجد لدى المستصنِع المواد الأولية_ كما في الحالة الأولى_ ولا يوجد التصميمُ الْجَاهِزُ_ كما في الحالة الثانية_ وإنما يطلبُ المستصنِعُ من البنك إعمال وإنشاء هذه الْبَنْيَة بمواصفات محددة مع تسديد للشمن مؤجلاً.

وهذه الحالة لا تدخل تحت الإجارة؛ لأنَّ الإجارة هناك ملك للعين، كما في إجارة الأعian وإجارة الأعْمَال، ففي إجارة الأعْمَال الأمر يملُكُ _مثلاً_ قطعة القماش، وفي إجارة الأعian المأمور به يملُكُ الدار، بينما في هذه الحالة لا يوجدُ أي ملكٌ للمستصنِع، ولا تدخل تحت البيع؛ وذلك لأنَّه لا يوجدُ شيءٌ في الخارج تمَّ التعاقدُ عليه_ كما في الحالة الثانية_ والحالة الثالثة هي التي وقع فيها البحثُ والكلام.

و قبل أن نذكر التخريجات الفنية لهذا العقد ينبغي تمهيد مقدمتين:

المقدمة الأولى: لو إفترضنا أنَّا لم ننتهِ إلى تحرير فنيٍ صحيحٍ فهذا لا يؤدي إلى حرمة التصرُّف فيما إنْتَقلَ كُلُّ من العوضين إلى الآخر؛ فإنَّه يكفي لإباحة التصرُّف وجود الرضا الباطني الحقيقى في التصرُّف فيما ينتقل من العوض والمعوض إلى الآخر، وأحدُ أسبابُ جواز التصرُّف هو الرضا، ولكن الرضا المطلق لا الرضا المقيد بعدم الإلتفات إلى بطلان المعاملة، وإنما هو يرضى بتصرُّف الآخر سواء كان العقدُ صحيحاً أو فاسداً.

ومسألة الرضا يمكن أن تحل مشكلة حقيقة عندنا اليوم وهي: الإفتراءُ من البنوك الأهلية، فإنه لا طريق إلى تصحيح حلية أخذ الفوائد إلا إذ تم الاعتماد على فكرة كفاية الرضا الباطني في التصرف، وقد صار إلى كفاية الرضا الباطني السيد السيستاني (حفظه الله) عند بحثه الودائع البنكية^(١)، وتم سابقاً المناقشة في الفكرة المذكورة فراجع.

المقدمة الثانية: الحالة الثالثة التي هي محل الكلام تتصور على ثلاثة صور:
الصورة الأولى: المستصنِع بعد التعاقد مع البنك على مشروع ما يخبره إن شئت إشتريت هذا وإنما

وهذه الصورة ليست هي محل الكلام والتخرير للإستصناع؛ لأنها ليست عقداً ولا وعداً بالشراء، وإنما هي تردد في تردید.

الصورة الثانية: المستصنِع يخبرُ البنك بأنني أشتري هذا المشروع في المستقبل جزماً، وهذا التعليق في القبول يُدرجُه في مسألة الوعد، فإن قيل يجب الوفاء بالوعد كما دلَّ على ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ عَامَنُوا لَمْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ كبر مقتاً عند الله أن تقولوا مَا لَا تَفْعَلُونَ^(٢)، فإنَّ التعبير بالمقت يدلُّ على وجوب الوفاء بالوعد، ولا معنى لِئن يُقال: إنَّ هذه الآية المباركة دلت على وجوب الوفاء بالوعد إذا كان قد أضمر من أول الأمر عدم وجوب الوفاء لا أنه تجدد له

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٩ / مسألة ٤.

(٢) الصف: ١ - ٢.

بعد ذلك، فهذا خلافٌ إطلاق الآية الكريمة، نعم. لو عرض مانعٌ يمنعه من الوفاء، فهذا أمرٌ آخر.

الصورة الثالثة: يقوم المستصنع بدفع جزء من الثمن حالاً عند العقد، ويبني على إلتزامه الفعلي بالشراء، وهذه هي الصورة التي يتم البحث عنها في أي تحرير يكون المناسب لعقد الإستصناع.

إن قلت: لم لا يتم إدراج الصورة الثانية في ضمن العقد، فهي وإن إشتملت على إلتزام معلق، لكن هذا لا يمنع من دخولها تحت عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**^(١)، ونعلم أن حقيقة العقد هي ربط إلتزام سواء كان إلتزام الآخر فعلياً أو تعليقاً.

قلت: إن القدر المتيقن من العقد هو الربط بين إلتزامين فعليين من جزئين، ويشك في دخول إلتزام المعلق تحت عنوان العقد؛ لأن المركوز بين العقلاء أن إلتزام المعلق هو وعد بالوفاء وليس عقداً، فإذا شك في دخول إلتزام المعلق تحت عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾** لا يمكن أنذاك التمسك بالعموم؛ لأن يكون من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

التحريجات الفقهية لعقد الإستصناع:

إذا إتضح محل النزاع وهو (الصورة الثالثة) فهنا نسأل عن التحرير الفني لهذه الصورة؟ وتوجد تحريجات عدّة في أن هذه المعاملة تندرج في أي عقدٍ من العقود:

التخريج الأول: من باب الإجارة

بمعنى أن المستصنعاً حينما يتعاقد مع البنك _مثلاً_ على بناء مستشفى، فهو يجري عقداً للإجارة معه، وهنا يوجد مستأجرٌ وهو المستصنعاً، وعقد الإجارة عقدٌ مشروعٌ، ويتمسّكُ بمشروعه إما بطلاق آية الوفاء بالعقود، إذ دلت على أن كلَّ عقدٍ يجبُ الوفاء به وإن كان هذا العقدُ الجديدُ لم يكن موجوداً في عصر الشارع، وإنما يتمسّكُ بمشروعه إما بالسيرة العقلائية بعد البناء على فكرة أن مصبَّ الإمضاء هو النكتة الإرتكازية وراء العمل الصامت لا العمل الخارجي.

وأشكل عليه: أن عقد الاستصناع لا ينسجمُ مع قوانين عقد الإجارة؛ لأنَّ الإجارة إما تكونُ في تمليل العمل _كما في إجارة الأعمال_ أو تكونُ في تمليل المنفعة _كما في إجارة الأعيان_ وليس تمليلًا للأعيان وإلاً لكيانت بيعاً، وفي هذا التخريج يتنهى الحال إلى أن المستصنعاً بعد إنجاز المشروع سوف يملكُ العين، أي: يملكُ المستشفى _مثلاً_ فكيف تخرجُ على نحو الإجارة؟
إلا أنَّ هذا الإشكال قد يُحابُّ عنه بعدة أجوبة:

الجوابُ الأول: أن عقد الإجارة يستبطئُ ضمناً عقدَ الوكالة، والمصححُ للتمليل هو عقدُ الوكالة لا الإجارة فيندفعُ الإشكال، وتوضيح ذلك:
إنَّ المستصنعاً حينما يطلبُ من الجهة بناء مستشفى ويؤجرُهم على ذلك، فهذا يستبطئُ توكيلَ هذه الجهة بشراء المواد الأولية لبناء المستشفى، وعليه سوف يملكُ المستصنعاً العينَ (المستشفى) بعد الإنجاز، ولكن لا على أساس الإجارة، وإنما على

أساس الوكالة المستبطنة ضمناً في عقد الإجارة.

وهذا الجوابُ سوف يأتي التعليقُ عليه في التخريج الثاني من تخريجات عقد الاستصناع.

الجوابُ الثاني: أنه في عقد الإجارة **نُسْلِمُ** لا ينتُج تملِكَ العين إلَّا أَنَّ المستصنِع سوف يملُكُ عَمَلَ الجهة المنفذة، وهناك قاعدة تقولُ: مَنْ مَلَكَ شَيْئاً مَلَكَ نَهَائِهُ، ونَهَاءُ الْعَمَلِ هِيَ الْعَيْنُ الْمَصْنُوعَةُ وَهِيَ الْمَسْتَشْفِي.

ويُلْاحَظُ عليه: أَنَّ قاعدة التبعية في النَّهَاءِ لا يوجُدُ مُسْتَنْدٌ شَرِعيٌّ لها من كتاب أو سُنْنَة، وإنَّما مُسْتَنْدَهَا هُوَ السِّيَرُ الْعَقْلَائِيَّةُ فِي أَنَّ مَنْ يَمْلِكُ الدَّارَ **مَثَلًاً** يَمْلِكُ مَنَافِعَهُ، وَمَجَالُ السِّيَرِ الْعَقْلَائِيَّةِ هُوَ النَّهَاءُ الَّذِي يُشَكَّلُ إِمْتَداً حَقِيقِيًّا لِلْعَيْنِ، فَإِنَّ السُّكُنَ نَهَاءً حَقِيقِيًّا لِلدارِ، وَأَمَّا النَّهَاءُ الَّذِي يُشَكَّلُ إِمْتَداً مَجَازِيًّا أَوْ عَرَضِيًّا نَشَكُّ فِي إِنْعَقَادِ الْبَنَاءِ الْعَقْلَائِيِّ عَلَيْهِ، وَهُنَّا يَكْفِيْنَا الشُّكُّ؛ لِأَنَّ السِّيَرَ الْعَقْلَائِيَّةَ تَحْتَاجُ إِلَى الجَزْمِ وَلَا جَزْمٌ فِي الْمَوْرِدِ الْمُذَكُورِ، وَمِنَ الْوَاضِحِ أَنَّ الْعَيْنَ الْمَصْنُوعَةَ لَيْسَ إِمْتَداً وَنَهَاءً حَقِيقِيًّا لِلْعَمَلِ، وإنَّما هِيَ نَهَاءً مَجَازِيًّا، وَالْهَيْئَةُ الْمَصْنُوعَةُ هِيَ مَأْخُوذَةُ عَلَى نَحْوِ الْحَيْثِيَّةِ التَّعْلِيلِيَّةِ لِلْمَهَادَةِ، لِذَلِكَ لَا تُقَابِلُ بِشَمْنٍ، وَعَدْمُ دَخَالَةِ هَذَا النَّهَاءِ فِي هَذِهِ الْمَسَأَلَةِ أَوْلَى مِنْ عَدْمِ دَخَالَتِهِ فِي مَسَأَلَةِ الْحِيَازَةِ، فَلَوْ أَسْتَأْجَرْتُ صَيَادًا وَخَرَجَ مَعَ السَّمَكِ بَعْضُ الْمَعَادِنِ، فَهُنَّا وَقَعَ الْكَلَامُ مِنْ تَكُونِ هَذِهِ الْمَعَادِنِ فَهَلْ لِلْمَسْتَأْجِرِ أَوْ لِلْعَامِلِ الصَّيَادِ؟ فَقَدْ يُقَالُ: إِنَّهَا لِلْعَامِلِ؛ لِأَنَّ الْحِيَازَةَ تَابِعَةٌ لِلْعَمَلِ، وَصَاحِبُ الْجَوَاهِرِ **فَيَقُولُ** إِقْتَرَبَ أَنْ تَكُونَ لِلْمَسْتَأْجِرِ^(١)؛ لِأَنَّ مَنْ يَمْلِكُ الْعَمَلَ يَمْلِكُ نَهَائِهُ، وَالْإِشْكَالُ عَلَيْهِ

(١) جواهر الكلام، محمد حسن النجفي: ٢٦ / ٣٣٤ / كتاب الشركة.

واضحٌ وهو أن يُقال: إنَّ هذه القاعدة تجري في الناء الذي يُعدُّ إمتداداً حقيقياً للعمل دون الإمتداد المجازي العرضي.

وعليه فهذا التخريج يكونُ غيرَ تامٍ.

الجوابُ الثالث: التمَلُّكُ للعين يحصلُ بضم الشرط الضمني، وحاصلهُ في باب إجارة الأعمال_ كما لو دفعتْ قماشاً إلى شخصٍ لأجل خياطته_ فالامرُ يملُّكُ عليه العمل، وأيضاً يملُّكُ الأعيانَ التي زُجّت في قطعة القماش كالخيوط وبعض الأشياء التي تُجعل مع القماش، فهنا كيف يملُّكُ هذه الأعيان مع أنَّ الإجارة ليس فيها تمليكاً للعين؟

أجابوا هناك عن طريق الشرط الضمني، أي: ضمناً يشترطُ على الخياط أن يملُّكُ ما يضعهُ على قطعة القماش من خيوط وغيرها، فإذا قبلنا هذه الفكرة في مسألة قطعة القماش فلتُقبلُ في الإستصناع، فإنَّ الصانع (البنك) حينها يتمُّ التقادُر معهُ على بناء مستشفى، فالمستصنُع سوف يملُّكُ المادة المصنوعة رغم كون العقد هو عقدُ إجارةٍ وذلك بالشرط الضمني، فمن يُؤجرُ على بناء الدار فهو يملُّكُ العين المصنوعة.

ويُلاحظُ عليه: أنَّ فكرة الشرط الضمني إنما تتواردُ في ما يملُّكُ بالتبع لا بالأصلَة، فقطعةُ القماش هي مملوكة بالأصلَة وما وضع عليها من خيوط أو أشياء أخرى صارت مملوكة بالتبع ببركة الشرط الضمني، وأمّا في باب الإستصناع فالعين المصنوعة هي مملوكة بالأصلَة لا بالتبع، فلا يُمكنُ تطبيقُ فكرة الشرط الضمني؟

لأنّها تجري لتمليك الأشياء التابعة لا الأشياء الأصلية.

إن قلتَ: لماذا لا نتمسّكُ بإطلاق التملك بفكرة الشرط الضمني، فنملي الأشياء التبعية والأصلية؟

قلتُ: أنَّ مستند التملك الحاصل بالشرط الضمني هو السيرةُ العقلائية، ودليلها لبّيٌّ وقدرها المتيقن هو ما يُملِكُ بالتبع، وأمّا ما يُملِكُ بالأصلية_ كالعين المصنوعة_ فُيشكُ بانعقاد السيرة العقلائية عليه.

الخلاصة: التخريج الأول_ وهو أنْ يُخرج على نحو الإجارة_ باطلٌ.

التخريج الثاني: عقدٌ مركّبٌ من الوكالة والإجارة

المستصنُعُ أو لاً يُوكِّل الصانع (البنك) في أن يشتري لهُ المواد الأولية لبناء المستشفى مثلاً، وثانياً يتعاقدُ معهُ بعقد إجارة في أن يبني لهُ هذا المشروع، وهذا التركيبُ في العقد فائدتهُ الجواب عن إشكال في التخريج الأول، وهو كيف أنَّ الإجارة تنتهي إلى تملك الأعيان مع أنَّ موردها هو تملك المنفعة أو العمل؟

والجوابُ واضحٌ وهو أنْ يُقال: إنَّ تملك العين المصنوعة بحسب هذا التخريج ليس على عقد الإجارة حتّى يأتي هذا الإشكال، وإنّما على أساس عقد الوكالة.

وأشكال عليه السيد الهاشمي م.ه بأربعة إشكالات:

الأشكال الأول: أنَّ هذا التخريج_ وهو تركبُ عقد الإستصناع من عقدين وكالة وإجارة_ على خلاف المركب العقلائي بين من يُجري هذا التعاقد، أي: أنَّ المستصنُع لا يقصدُ أو لاً توكيل الصانع (البنك) في شراء المواد الأولية ثم يستأجرُ

البنك، فقصد الوكالة ليس موجوداً، فيقع هذا التخريج باطلًا؛ لأن العقود تابعة للقصود وهو لم يقصد الوكالة أولاً.

وجوابه: أن إيداء فرضية الوكالة أولاً ليست على خلاف المرتكز العقلائي، وإنما بإمكان المستصنع أن يقصد التوكيل وهو ضمناً قاصد له، بإعتبار أن المستصنع لا توجد عنده المواد الأولية للإستصناع والبناء ولا الصانع توجد عنده هذه المواد، فحينما يطلب منه أن يصنع بيتاً فيتضمن ذلك أولاً التوكيل لشراء المواد الأولية، وثانياً العمل بهذه المواد لبناء دار مثلاً.

الإشكال الثاني: أنه لو تلفت المادة قبل إكمال البناء، فبناءً على كون الإستصناع يمثل توكيلًا فيفترض أن تكون الخسارة على المستصنع، وهذا خلاف الواقع في الخارج، إذ أن من يتحمل الخسارة هو الصانع (البنك) وهذا يكشف عن عدم وجود وكالة في البين، قال: (كما أن من لوازمه ذلك أن تكون المادة المشترأة قبل الصُّنْع ملكاً للمستصنع وعليه تلفها وخسارتها لو تلفت) ^(١).

ويلاحظ عليه: أنه بالإمكان الإلتزام بجعل الخسارة على المستصنع ونخالف الواقع الخارجي لهذا العقد من كون الضمان على الصانع، وذلك بالإلتزام بفكرة الشرط الضمني، فيوجد شرط ضمني في أن المستصنع لو لم يتم له ما تعاقد عليه من خلال تلف المواد الأولية فلا يتحمل ضمانها وخسارتها؛ لأن الشرط الضمني فيما بينهما منعقد على تنفيذ المشروع وحسب الفرض لم يحصل، فبالرغم من وجود

(١) قراءات فقهية معاصرة، محمود الماشمي: ٢ / ٢٥٢.

وكالة في الشراء فقد جعلت الصانع (البنك) مالكاً لهذه المواد، ولكن لا يتحمل الخسارة؛ لأنَّه متعاقدٌ على إكمال العين المصنوعة، فلو لم يحصل ويتتجزَ ذلك فلا يتحمل أيَّ خسارة.

إضافة إلى ذلك: أنَّه ما الضير في أن يتحمل الصانع الخسارة رغم كونه ليس مالكاً للمواد الأولية للعين المصنوعة، إذ ما دام لم يتمَّ ما أراد المستصنِع فبالإمكان توجيهُ الضمان عليه.

إذاً هذا اللازم من أنَّ الصانع لا يتحمل الخسارة لو تمَّ تحرير عقد الإستصناع على الوكالة قابلً للدفع والمناقشة.

الإشكال الثالث: أنَّ المستصنِع لو رجع عن فكرة بناء المشروع قبل المباشرة به وقد تمَّ شراء المواد الأولية للمشروع، فهنا هل يحقُّ للصانع أن يذهب إلى المستصنِع ويُطاله بشمن ما إشتراه بناءً على هذا التحرير وهو توكييل المستصنِع للصانع بالشراء، فالمفروض أن يُطالبه بالشمن؟ ولكن الواقع الخارجي يرى أنَّ تراجع المستصنِع عن فكرة المشروع لا يحقُّ للصانع (البنك) بالرجوع إليه، وهذا يكشفُ عن عدم وجود توكييل في البين، قال: (إنَّ المستصنِع لو رجع عن قصده قبل بدء الصانع بالصُّنْع لزمه أن يأخذ المادة التي اشتراها الصانع؛ لأنَّها أشتريت له).

ويُلاحظ عليه: أنَّه بالإمكان توجيهُ خسارة البنك من اشتراه على فكرة الشرط الضمني، فإنَّ المستصنِع هو متعهدٌ بدفع ما اشتراه الصانع إذا تمَّ إنجاز ما تعاقد عليه، وأمّا إذا حصل التراجع قبل ذلك فالمستصنِع ليس ملزماً بتحمل أيَّ شيء، وهذا الشرط موجودٌ فيما بينهم.

الإشكال الرابع: أنه بناءً على فرضية التوكيل، أي: (وكلتكم بشراء المواد الأولية لبناء المشروع) فلا يحق لوكيل أن يدفع هذه المواد لمشروع آخر ولا لشخص آخر؛ لأن هذه المواد صارت بفكرة التوكيل ملكاً للمستصنعين، والحال أن الصانع (البنك) حينما يشتري هذه المواد الأولية لا يتلزم بأنها تُبني فيها دار فلان أو لا يجوز إحداث فيها شيء آخر، من قبيل بناء دار لشخص آخر، وهذه السعة في التصرف تكشف عن عدم وجود توكيل مسبق، قال: (وأن لا يحق للصانع التصرف فيها بدون إذنه (المستصنعين) وإعطائهما للغير وصنع فرد آخر للمستصنعين^(١)).

يلاحظ عليه: أن المستصنعين وإن وكله في الشراء لكن الغرض الرئيسي من ذلك هو إنجاز ما تم التعاقد عليه هذا هو روح المعاملة، أمّا مادة الإنشاء هل لابد أن تكون بهذه المواد الشخصية دون غيرها؟ كلها في نظر المستصنعين سبّان ما دام يحصل الغرض النهائي وهو بناء ما تم التعاقد عليه، بشرط أن تكون هذه المواد الأولية كلها على نحو واحد، فخصوصية ما تم التعاقد عليه ملحة، وإنما الشيء الرئيسي هو الحصول على المشروع كاملاً.

التخريج الثالث: على أساس عقد السلم (الشيخ محمد اليزيدي)

ما ذكره الشيخ محمد اليزيدي^{رحمه الله}: من أنه على أساس عقد السلم، بمعنى أن العقد بين المستصنعين والبنك هو على أساس بيع السلم الذي يرجع إلى تأجيل المثلمن

(١) قراءات فقهية معاصرة، محمود الماشمي: ٢ / ٢٥٢.

وقبض الثمن، وقال في تصوير ذلك:

إن الإستصناع قد يكون على شيء معين شخصي وقد يكون على أمر كلي، ففي هذه الصورة إن كان المستصنعاً أمراً شخصياً كان إستصنعاً صنعاً سفينة كبيرة، فالظاهر أن حقيقة إستصناعها أن المستصنعاً يشتري هذا الموجود منها، ويشرط على صاحبها أن يتم صنعها، وإن كان المستصنعاً أمراً كلياً فحيث أن المفروض إشتراط الصنعاً هو يحتاج إلى مضي مدة فلا مجال يكون تسلیم المتعاقب بعد زمان لاحق.

إلا أن المشكلة فيه أن الثمن في بيع السلم يدفع حالاً، بينما فكرة عقد الإستصناع الموجودة في واقعنا الحاضر إن الثمن أيضاً مؤجلاً، فما يقف في قبال هذا التخريج هو تأجيل الثمن، وهذا ينافي عقد بيع السلم.

ومن هنا حاول أن يشكك في أن عقد السلم يشترط فيه تسلیم الثمن حالاً وقال: لا دليل عليه، إذ الدليل عبارة عن مجموع أمور وكلها قابلة للمناقشة: الأمر الأول: التمسك بالأصل العملي وهو أصل الفساد الذي ترجع إلى إستصحاب بقاء الملك على مالكه إذا لم نحرز هذا الشرط وهو التعجيل بتسلیم الثمن، إذ نشك لو أجري عقد السلم من دون تسلیم الثمن حالاً فنستصحب عدم النقل والإنتقال.

ولاحظ عليه: أن الرجوع إلى الأصل لا مجال له بعد عمومات قوله تعالى: **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(١)**، وقوله تعالى: **﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢)**، وما شاكل ذلك، فإن

١) المائدة: ١.

٢) النساء: ٢٩.

هذه الأدلة تؤسس في أنّ الأصل الأولى في كُلّ معاملة هو الصحة إلّا ما خرج بالدليل، ولا دليل إلى الآن يُثبت لابدية تسليم الثمن فوراً في عقد السلم.

الأمر الثاني: التمسك بأنّ عقد السلم بحسب التفسير اللغوي وبحسب بناء العُرف له عقدٌ مبنيٌ على تأجيل المثمن وتعجيل الثمن، فحينما تُنشئ عقداً مع آخر وتقول: (أسلمتُك هذا الشيء) فالمفهوم من إنشاء هذا العقد بصيغة السلم هو أن يكون المثمن مؤجلاً والثمن حالاً، وهذا هو الذي ميّزه عن بيع النسيئة الذي يُسلم المثمن حالاً ويُؤجل الثمن، فالفارق بحسب اللغة وبحسب البناء العُرفي في أنّ حقيقة عقد السلم عن حقيقة بيع النسيئة تختلف في أنّه في السلم يُسلم الثمن ويُؤجل المثمن، وفي بيع النسيئة على العكس، وعليه لا يمكن التمسك بأدلة صحة عقد السلم؛ وذلك لأنّ التمسك بها بعد عدم تسليم الثمن يُشك في إنطابق عنوان السلم عليه، فالتمسك بتلك الأدلة هو من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية وهو غير جائز.

ولاحظ عليه: أنّ أقصى ما ننتفع به في هذا الطرح هو أنّ أدلة السلم لا تنطبق فيما إذا حصل التأجيل في الثمن، ولا يُستفاد منها عدم الصحة آنذاك، فعدم إنطابق الأدلة عليها شيء واستفاده عدم الصحة في حال التأجيل من أدلة السلم شيء آخر، وإذا تجاوزنا هذه النقطة وسلّمنا بعدم الاعتماد على أدلة صحة بيع السلم باعتبار أنّنا نقع في مشكلة التمسك بالعام في الشبهات المصداقية، فبإمكان تعويض هذا العقد الحالي عن تسليم الثمن بأدلة عمومات صحة العقود، فإنّ هذه الآية تدلّ على أنّ

كُلّ عقدٍ يحصلُ بين طرفين هو الصحة، وما يجري في الخارج بين المستصنِّع والجهة

الصانعة هو عقدٌ بين طرفين فيندرج تحت عموم قوله تعالى: **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودُ﴾**.

الأمرُ الثالث: التمسّك بموثّقة عبد الله بن بكيّر قال: سأّلْتُ أبا عبد الله عَلَيْهِ الرَّحْمَةُ رَجُل

أسلاف في شيء يسلف الناس فيه من الشمار فذهب زمانها (ثمارها) ولم يستوفِ سلفهُ

قال: «فليأخذ رأسه أو لينظره»^٥ (١).

بتقریب: آنَّهُ عَلَيْهَا إِقْتَرَحَ عَلَيْهِ أَنْ يَأْخُذْ رَأْسَ مَالَهُ، وَهَذَا مَعْنَاهُ أَنَّ عَقْدَ السَّلْمِ مَتَّقُومٌ

بدفع الثمن عند العقد، وهذا يستفاد منه شرطية دفع الثمن في العقد المذكور.

ولاحظ عليه: أنَّ الرواية المذكورة لا يُستفادُ منها شرطٌ تعجّيل الثمن، وإنما

هي ناظرةٌ إلى الحالة المتعارفة فإنَّ فيها يُدفعُ الثمنُ ويُؤجَّل المثمنُ، والتعارفُ لا

يؤسس لقضية شرعية.

وبكلمة: فرقٌ بينَ أَنْ يُسْتَفَادَ دَفْعُ الشَّمْنِ مِنْ كَلَامِ الْإِمَامِ عَلَيْهَا إِبْتَدَاءً كَأَنْ يَقُولُ:

(من أسلف في شيء فليدفع الشمن) وبين أن يُقدّم الإمام على إقتراح في الذي تورّط

في مبيع لم يستلمه، وعلى الثاني لا يستفاد منه التأسيس أي تأسيس دفع الثمن؛ لأنّ

الجواب عن سؤال يكون المنظور فيه الحالة المتعارفة، والتعارفُ في أمثال هذه الموارد

هو يُعجلُ الثمنَ، وهذا التعارفُ لا يُشكّلُ قضية شرعية تؤسّس لشرط من

الشروط.

(١) وسائل الشيعة، الحرج العاملی: ١٨ / ٣٠٩ / الباب ١١ / الحديث ١٤.

رسول الله ﷺ: «لَا يُبَاغِ الدِّينُ بِالدِّينِ»^(١).

بتقرير: أن النهي الذي هو إرشادٌ إلى الفساد قد أخذ في موضوعه مقابلة الدين بالدين، وفي حالة التأجيل في دفع الثمن مع كون المثمن مؤجلاً سوف يندرج بيع السلم تحت النهي المذكور، فتخلصاً من ذلك لابد من تسليم الثمن حالاً.

ولاحظ عليه: أن الرواية المذكورة يُستظہرُ منها أن بيع الدين بالدين ثابت قبل العقد لا بعده، كما لو إفترضنا أن شخصاً له في ذمة آخر مال وشخص آخر لديه مال في ذمة آخر وحصل الإتفاق بينهما فأجريا عقداً بهذه الصيغة (بعث لك ما في ذمة فلان على أن تباعني ما في ذمتك لفلان) هذا هو مضمون الرواية، فالدين ثابت قبل العقد بخلاف محل كلامنا، فإنّه لو لا عقد السلم لما صار البائع مديوناً للمشتري -باعتبار أن المثمن مؤجل - وترتّب على ذلك أن يدفع المشتري الثمن؛ لأنّه صار مديوناً بالعقد، فالرواية أجنبية عن محل الكلام ومضمونها النهي عن بيع الدين قبل العقد، وأمّا لو حصل بعد العقد فليس هذا محل الكلام.

أضف إلى ذلك: أن النسبة بين الدين المنهي عنه وعدم القبض المشروط في عقد السلم هي عموم من وجهه، فإنّه قد يكون العوض مالاً خارجياً، ولكن لم يُقبض في مجلس العقد، وقد يكون ديناً وقد تم إقابضه في مجلس العقد -باعتبار أن الدين أعم من القرض فكل دين هو قرض وليس كل قرض هو دين - فلا ملازمة بينهما.

الأمر الخامس: التمسك بالإجماع على شرطية القبض في بيع السلم في مجلس العقد.

(١) وسائل الشيعة، الحز العاملی: ١٨ / ٢٩٨ / الباب ٨ / الحديث ٢.

ولاحظ عليه: أن كشف رأي المعصوم عليه السلام منه هنا مشكلٌ؛ لأنَّه مدركيٌ؛ وذلك لإحتمال إستناد المجمعين إلى بعض لوجوه المتقدمة، فلا قيمة للإجماع المدعى أكثر من تلك الوجوه التي عرفت حالها^(١).

وعلى عليه السيد الهاشمي رحمه الله بقوله: (والإنصافُ أنَّ هذه المحاولة_ تخرِيج عقد الإستصناع على أساس بيع السلَم_ غير تامةٍ؛ لأنَّ الإجماعَ المذكورَ بدرجَةٍ من الوضوحِ عند فقهاء الإمامية والعامية بحيث لا يحتمل إستنادُ كُلِّ المجمعين فيه إلى مثل تلك الوجوه، ثم إنَّ هذه الوجوه لم تُطرح من قبل الفقهاء القدماء، بل من المتأخرین، وعليه فالإجماعُ لا يكونُ مدركيًّا).^(٢).

وهذا التعليق قابلٌ للمناقشة؛ لأنَّ الإجماعَ حتَّى يكونَ حجَّةً، لابد من توفرِ أمورٍ ثلاثةٍ فيه:

الأمرُ الأول: الإستفاضةُ في نقل الإجماع.

الأمرُ الثاني: عدمُ الخلاف.

الأمرُ الثالث: تحصيل شرطية تسليم الثمن مباشرةً من كلمات القدماء من الفقهاء.

أما الأمرُ الأول: وهو إستفاضة نقل الإجماع_ فقد تمَّ نقلُ الإجماع في بعض الكلمات التي لم تصل إلى حدِّ الإستفاضة لاسيما أنَّ المعيار في قبول هذه الكلمات هو الإجماعُ الصادر من الفقهاء القدماء على المحقق الحلي رحمه الله قال الشيخ الطوسي: (من

(١) كلمات سديدة في مسائل جديدة، محمد المؤمن اليزدي: ٢٠٨ - ٢١٤.

(٢) قراءات فقهية معاصرة، محمود الهاشمي: ٢ / ٢٦٠.

شرط صحة السلم، قبض رأس المال قبل التفرق..... دليلنا: أنا أجمعنا على أنه متى قبض الثمن صحيح العقد، ولم يدل دليل على صحته قبل قبض الثمن، فوجب اعتبار ما قلناه^(١).

وقد ذكر في مكان آخر هذا الشرط واعتبره مقوّماً لعقد السلم، ولكنه لم يدع الإجماع المذكور^(٢).

وقال أبو المكارم ابن زهرة^٢ في فصل من كتاب البيع: (وأما السلم فشرطه الزائدة التي تخصه أربعة: ذكر الأجل المعلوم، وذكر موضع التسليم، وأن يكون رأس المال مشاهداً، وأن يقبض في مجلس العقد بدليل الإجماع من الطائفة)^(٣).

وقال العلامة^٣ في الفصل التاسع من كتاب التجارة الذي في السلف: (مسألة: المشهور أن قبض الثمن في مجلس شرط في السلم ذهب إليه الشيخ وابن عقيل وغيرهم، وقال ابن الجنيد: ولا اختار أن يتأخر الثمن الذي به بيع السلم أكثر من ثلاثة أيام، وهو يدل بمفهومه على جواز تأخير الإقراض)^(٤).

وقال الشهيد الثاني^٤: (هذا هو المشهور بل إجماع، وظاهر ابن الجنيد جواز تأخير القبض ثلاثة أيام، وهو متروك)^(٥).

(١) الخلاف، الشيخ الطوسي: ٣ / ٢٠٠ - ٢٠١ / المسألة السادسة.

(٢) المبسوط، الشيخ الطوسي: ٢ / ١٧٣ / في بحث شرائط السلم، الشرط السابع.

(٣) غنية التزوع إلى علمي الأصول والفروع، حمزة بن علي بن زهرة الحلبي: ٢٢٧ / الفصل الثالث.

(٤) مختلف الشيعة، العلامة الحلي: ٥ / ١٤٨ - ١٤٩.

(٥) مسالك الأفهام، الشهيد الثاني: ٣ / ٤١٢.

وقال العلامة ^{عليه السلام}: (لا يجوز التفرقة قبله، فإن تفارقا قبل القبض، بطل السلم عند علمائنا أجمع) ^(١).

والمهم في الأمر الأول لم تحصل عندنا إستفاضة في نقل الإجماع. وأما الأمر الثاني: وهو عدم نقل الخلاف_ فإن وجود الخلاف في الإجماع يضر في حجيته؛ لأن الإجماع هو عبارة عن تلقّي الحكم على نحو الإرتکاز والوضوح، فمع وجود مخالف فلا بد من دراسة نوعية هذا المخالف، فإن كان من المتفاعلين مع الجو العلمي درساً وتدریساً وأخذناً وعطاءً ومن المتصدرين للبحث العلمي ومن الطبقة الأولى من الفقهاء ولو مجتمع علمية كبيرة، فهذا خلافه يضر بالإجماع؛ لأن الإرتکاز_ وهو عبارة عن وضوح قضية في الذهن تدل على اللزوم_ كيف ينفي على هذا المخالف بهذا الحجم؟ فإن ملاحظة العامل الكمّي ليس هو الوحيد في الوصول إلى الإرتکاز، بل لابد من ملاحظة العامل الكيفي؛ لأن بعض الفقهاء يشكّلون قيمة إحتمالية كبيرة تكشف عن وجود إرتکاز، والمخالف في هذه الشرطية هو ابن الجنيد ^{عليه السلام} ونقل خلافه مكرراً في ذلك، وإذا دفعنا شبهة ميله في إستنباطاته إلى القياس الحنفي وقلنا إن القياس عنده هو النقد الداخلي للخبر، كما جاء في قول الإمام علي عليه السلام: «فقصه على كتاب الله» ^(٢)، فإذا كانت هذه طريقة كما إحتمل ذلك السيد السيستاني (حفظه الله) فيه ^(٣) _ يكون ابن الجنيد ^{عليه السلام} لديه مسلك متشدد في

(١) تذكرة الفقهاء، العلامة الحلي: ١١ / ٣٣٥ / مسألة ٤٩٤.

(٢) وسائل الشيعة، الحرس العالمي: ٢٧ / الباب ٩ / الحديث ٤٠.

(٣) الرافد في علم الأصول، تقرير بحث السيد السيستاني، منير السيد عدنان القطيفي: ١١ - ١٢.

قبول الأخبار، وعليه تكون مخالفته تضرر بالإجماع لاسيما أنه من أساتذة الشيخ المفيد رحمه الله وقد تصدّى لزعامة الدينية لفترة من الفرات.

وأمام الأمر الثالث: وهو تحصيل الشرطية من كلمات القدماء من الفقهاء على الحقائق الحلي فلا يوجد عدد وافر من صرّح بالشرطية المذكورة.

أضف إلى ذلك: لابد أن تُفرق بين دعوى الإجماع في القضايا الأصلية التي ترقب أن يصدر فيها نص، ودعوى الإجماع على المسائل الفرعية، أي: التي يحصل التفريع من خلال ممارسة الإجتهاد وتشقيق النص كما في قول الإمام عليه السلام:

« علينا إلقاء الأصول وعليكم التفريع»^(١)، وإن كانت توجد معانٍ أخرى لهذا الحديث.

فدعوى الإجماع إن كانت على القضايا الفرعية فكون منشئ الإجماع مدركيًّا يكون ثابتاً بدرجة كبيرة، ومن الواضح أن شرطية لزوم القبض في عقد السلع هي من القضايا التفريعية التي يكون الإجماع فيها أقلّ أهمية.

الخلاصة: أن هذا التخريج تام ولا بأس به.

الخريج الرابع: إلزام مركب من إلتزامين

الإلتزام الأول: أن الجهة الصانعة (البنك) تلتزم بصنع دار للمستصنعين.

الإلتزام الثاني: يلتزم المستصنعين بشراء الدار بعد ذلك، وبما أن الإستصناع يرجع

(١) وسائل الشيعة، الحرج العامل: ٢٧ / ٦٢ / الباب ٦ / الحديث ٥٢.

إلى إلتزامين فيدخل تحت ضابطة العقد والذي هو ربط إلتزام بإلتزام.

وأورد عليه السيد الهاشمي^(١): بأن هذا الإلتزام الثاني من قبل المستصنع بما أنه ليس فعلياً ومنجزاً فلا يدخل في ضمن العقد، وإنما يدخل في ضمن الوعد؛ لأن ما حصل بالإلتزام فقط هو الحكم التكليفي، بمعنى أن المستصنع يؤثر إذا لم يلتزم بالشراء، وأما الحكم الوضعي وهو ملكية العين المصنوعة فلا تحصل بالعقد، وإنما تحصل إذا إلتزم بالشراء، وهذا وعد بالشراء وليس عقداً، فإن العقد عبارة عن إلتزامين منجزين، وإنما إذا إشتمل على إلتزام معلقاً إما من كلا الطرفين أو من طرف واحد فلا يكون الإلتزام عقداً، بل يكون وعداً، قال: (وإن لم يكن في البين إنشاء حق أصلاً بل مجرد وجوب الصنع على الصانع تكليفاً ووجوب الشراء على المستصنع بعد ذلك فهذا ليس عقداً).^(١)

ويلاحظ عليه: نسلم أن الوعد لا يجب الإلتزام به، لكن لابد من التفرقة بين نحوين منه:

النحو الأول: الوعد الإبتدائي، كان تخبر شخصاً بتجزئ قضية إلى غيره، فهنا قام الإجماع على عدم لزوم وعدم حرمة مخالفه هذا الوعد الإبتدائي. نعم، المؤمن عليه أن يفي بوعده، وأما إلزام فلا.

النحو الثاني: الوعد الذي يحصل بين طرفين، كما في حال هذا التخريج فقد تم الإلتزام من قبل الصانع وإلتزام من قبل المستصنع، فهذا الوعد يمكن أن يقال: عدم جواز مخالفته ما دام يحصل هناك ضرر من المخالفه، فيدخل تحت قوله تعالى:

(١) قراءات فقهية معاصرة، محمود الهاشمي: ٢ / ٢٥٤.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ۝ كَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا
مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾^(١).

وإجماع المぬقد على عدم وجوب الوفاء بالوعد يختص بالوعود الإبتدائية، ولا يشمل الوعود التي تحصل بين طرفين.

نعم، قد يُشكّل على هذا التخريج بإشكال آخر وهو: أنّ هذا التخريج هو على خلاف محل النزاع الذي صورناه في مستهل الحديث عن عقد الإستصناع، فقد ذكرنا أنّ هذا العقد يرجع إلى إلتزامين فعليين، بأن يتعهّد الصانع ببناء الدار ويعهّد المستصنّع بشرائها ويدفع بعض الأموال التي يحصل من خلاها الوثوق منه بالشراء، هذا هو محل النزاع الذي توجهنا إلى إيجاد تخرّيج فني له، وأمّا كون المستصنّع لا يلتزم بالشراء فعلًا ويعلّقه بعد ذلك فهذه صورة خارجة عن محل النزاع، وعليه فالخريج باطل؛ لا لأنّه وعد ولا يجب الوفاء به _ كما صوره السيد الهاشمي _ وإنما؛ لأنّه يُخرّجنا عن محل النزاع.

الخريج الخامس: من باب ضمان الغرامة

الضمان ينقسم على قسمين:

القسم الأول: ضمان المعاملة، أي: الذي حصل نتيجة العقد فيضمّن أحد المتعاقدين إلى الآخر تسليم كلّ من الثمن والمثمن إلى الآخر.

القسم الثاني: ضمان الغرامات وهو ما يحصل من دون عقد في البين، ويسمى أيضاً الأمر بالعمل يستدعي الضمان، والمثال العُرفي هو من يذهب إلى صالون الحلاقة ويأمره بحلاقة الشعر أو ما نفعله أحياناً في أجرا السيارة، فإنّ الأمر بالعمل -إذ لم يستكشف منه المجانية- يستدعي ضمان الأجرة وتُسمى ضمان الغرامات، أي: التي حصلت نتيجة الأمر بالعمل، ومقدارها يرجع إلى أجرا المثل، وهذا بخلاف ضمان المعاوضة؛ فإنه يكون بالأجرة المسمى.

فإذا عرفنا ذلك، فالمستচنع حينما يطلب من البنك بناء دارٍ له هو أمر بالعمل، وهذا يستدعي الضمان فيدفع للبنك أجراً مثل هذا العمل.

والمستند في ضمان الغرامات: هو السيرة العقلائية التي لا يحتمل نشوئها متأخرة عن عصر الشارع، وبما أنها لم يُردع عنها فيستكشف الإ مضاء.

ولاحظ السيد الهاشمي على التخريج المذكور: بأنّ مستند ضمان الغرامات هو السيرة العقلائية لا يستدعي إلا ضمان أجراً المثل، وأمّا أنه يستدعي تمليكاً فلا يستفاد من الأمر بالعمل التملك، فصحّة هذا التخريج تتوقف على توسيعة في باب الأمر بالعمل من ضمان أجراً المثل إلى تملك المال وهذا ما لا دليل عليه؛ لأنّ المستند في ضمان الغرامات أو الإقدام على عمل هو السيرة، وقدرها المتيقن ضمان أجراً المثل لا التملك، قال: (إلا أنّ هذا التخريج تتوقف صحته على أن يُدعى توسيعة في باب الضمان بالأمر، وتوضيح ذلك: أنه لا إشكال في ضمان الأمر للعمل كما إذا أمره (بأن يخيط ثوبه) أو كما إذا قال: (ألق مالك في البحر وعليه ضمانه).... إلا أنّ هذه الموارد كُلُّها من باب الإتلاف للعمل بصفته على مال الغير، فيكون الأمر بالإتلاف

على وجه الضمان موجباً للضمان أمّا ضمان الغرامة أو ضمان شيء آخر، وفي المقام لا يوجد جُدُّ إتلاف للمال، وإنما نقل للملك وتمليك للعين المصنوعة، وعندئذٍ قد يُقال: بإنّ ضمان الأمر توسيعة لقاعدة ضمان الإتلاف فلا تشمل إلّا موارد الإتلاف لمال الغير، وأمّا التملك فهي بحاجة إلى سبب، فلا يتمُّ هذا التخريج في المقام^(١).

ويُلاحظ عليه: نُسِّلِمُ أنَّ مقتضى السيرة العقلائية هو ضمان الغرامة، أي: الأُجرة المسماة، ولكن ما المحدود في أن نوسع من مفاد السيرة إلى التملك أيضاً؟ بدعوى أنَّ الإمضاء لم ينصب على العمل الخارجي الذي هو ضمان الأُجرة المسماة، وإنما إنصبَّ على النكتة من وراء العمل وهي أنَّ الأمر بالعمل يُوجِّب شيئاً سواء كان هذا الشيء ضمان أُجرة المثل أو التملك، وأمّا مجرّد كون مورد السيرة تدلُّ على ضمان الأُجرة فهذا لا يستدعي حصر مفادها بذلك، فقد يوجد نوع آخر للسيرة بالإضافة إلى ضمان أُجرة المثل وهو أنَّ الأمر بالعمل قد يولّد التملك، علماً أنَّ السيد الهاشمي يرى أنَّ الإمضاء يتعلّق بالنكتة الإرتكازية وراء العمل لا بالعمل نفسه^(٢).

الخريج السادس: عقد مستقلٌ

لا يندرج تحت أي عقد من العقود كما حاولت التخريجات المتقدمة وهناك تقريران لإثبات إستقلالية عقد الإستصناع:

(١) بحوث فقهية معاصرة، محمود الهاشمي: ٢٦٥.

(٢) بحوث في الفقه الزراعي، محمود الهاشمي: ٨٧.

الترجُب الأول: التمسك بقوله تعالى: **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**^(١)، الدالة على وجوب الوفاء متى ما تحقق عنوانُ العقد ومتى لم يثبت مانعٌ شرعيٌ من تتحققه، وقد عالجنا في مقدمة الحديث عن المعاملات المصرفية الإشكالات التي أثيرت حول هذه الآية المباركة وأنّها مختصةٌ بالعقود المتعارفة.

وأورد عليه السيد الهاشمي رحمه الله: من أنّ المنشىء بهذا العقد الجديد ما هو؟ قال:

يدورُ بين عدة إحتمالات:

الإحتمال الأول: المنشىء هو تمثيلُ العمل للامر (المستصنع) وهذا باطلٌ؛ لأنّه يرجعُ إلى الإجارة وليس عقداً مستقلاً، بالإضافة إلى الإشكال الذي أثراه عند إستعراض تحرير كونه إجارة من كون أنّ الإجارة كانت تتضمنُ تمثيلكاً.

الإحتمال الثاني: المنشىء عبارة عن تمثيل الدار مثلاً وهذا هو البيع وليس عقداً مستقلاً، والحال أنّنا نريدُ عقداً جديداً غير العقود المعروفة.

الإحتمال الثالث: المنشىء هو طلبُ الصناع وهذا باطلٌ؛ لأنّ المنشىء أمرٌ إعتبراري كالتمثيل، وأما طلبُ الصناع فهو أمرٌ تكوينيٌ غير قابل للإنشاء.

فخلاصةُ الاعتراض: المنشىء بعدد الإستصناع لا يخلو إما أن يكون إجارة أو بيعاً أو أمراً غير قابل للإنشاء فكيف يكون عقداً مستقلاً؟ قال رحمه الله: (ويمكن الملاحظة على هذا البيان بأن الإستصناع ليس إلا بمعنى طلب الصناع وهو مفهوم تكويني لا إنشائي إعتبراري كالبيع أو الإجارة أو غيرهما من عناوين المعاملات، بل لابد أن يرجع الإنشاء إلى أمر إعتبراري وهو إما تمثيل العين، وهذا بيع، أو تمثيل

العمل وهذه إجارة، فأين العقد المستقل) ^(١).

ويلاحظ عليه: بالإمكان أن نفترض إحتمالاً رابعاً وهو أن الإستصناع تمليلُ العمل المصاحب لتمليك العين المصنوعة، فكونه عقداً مستقلاً لا يدخل تحت البيع؛ لأن البيع تمليلُ للعين، ولا يدخل تحت الإجارة؛ لأنها تمليلُ للعمل فقط، والإحتمال الرابع يرى أن الإستصناع تمليلُ لها معاً، فبهذا اللحاظ يكون عقداً مستقلاً في مقابل البيع وفي مقابل الإجارة.

إن قلت: تملك العين إن كان يقصد منه تملك العين الكلية فهذا بيعُ السلم؛ لأن فيه يكون الشمن كلياً، وإن كان يقصد تملك العين الشخصية فهي غير موجودة، فلا يجوز تملك العين المعدومة.

قلت: يرد الإشكال المذكور لو كان المنشئ تملك العين فقط، إذ يقال: إنها مرددةٌ بين الكلية والجزئية، وأماماً بحسب الإحتمال الرابع فالمنشئ يكون هو العمل بضميمة العين، وعليه فلا يأتي إشكال العين الكلية أو الجزئية أبداً.

التقريب الثاني: التمسك بالسيرة الأعم من السيرة العقلائية والبشرية، إذ إنها قد جرت على عقد الإستصناع، فلا يحتمل أن أحداً من العقلاء وهكذا المشرعة لم يجر في حياته عقد إستصناع وإن كانت بدايته في الأمور البسيطة، وبما أن الإمضاء لم يتحدد بالعمل الصامت، وإنما بالنكتة من وراء هذا العمل، فالشارع أمضى نكتة الإستصناع وهي أوسع من المصاديق، وعليه يكون عقد الإستصناع أمراً شرعاً،

(١) بحوث فقهية معاصرة، محمود الهاشمي: ٢٥٢.

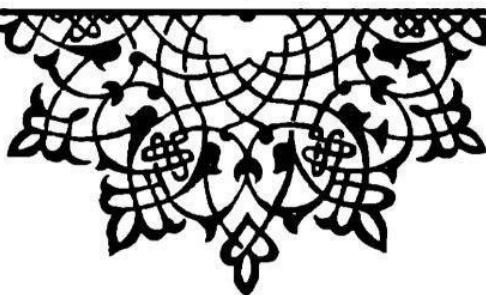
ويُمكن أن يندرج إما تحت عقد مركب من الوكالة والإجارة أو عقد مركب من إلتزامين أو تحت عقد السلم أو يدخل في أن الأمر بالعمل يُوجب الضمان أو يكون عقداً مستقلاً، وبعد إستبعاد التخريج الأول الذي يرى دخوله تحت عقد الإجارة تكون التخريجات المتبقية لعقد الإستصناع شرعية. نعم، قد تختلف بعض التخريجات عن البعض الآخر من حيث الآثار.

النتيجة: عقد الإستصناع عقد لا يأس به وهو شرعي.



السرقة

(حق الخلو)



السرقفلية (حقّ الخلوي)

نتحدّثُ عن السرقفلية ضمنِ محاور:

المحورُ الأول: معنى السرقفلية.

المحورُ الثاني: التحرّيّاتُ لحلّية السرقفلية.

المحورُ الثالث: هل من حقّ المستأجر أن يُطالب المالك بالسرقفلية بما يسمّى بحقّ الكسب؟

المحورُ الرابع: كيفية اشتراط السرقفلية.

المحورُ الخامس: وجوب الخمس في حقّ المطالبة بالسرقفلية.

المحورُ الأول: معنى السرقفلية

قد يُصطلحُ عليها بحقّ الخلوي، فهي كلامٌ فارسيٌّ، وتُطلق على عدة معانٍ:

المعنى الأول: عبارة عن تنازل صاحب المحل التجاري أو البيت أو ما شابه ذلك عن حقّه في مقابل التخلية، فإنّ صاحب المحل التجاري _مثلاً_ إذا أجر ملكه سنةً بعد إنتهاء مدة الإيجارة يُلزمُ المستأجر بتخلية الملك ولا يحقُّ له البقاءُ من دون رضا المالك، فلا يوجدُ مبررٌ شرعيٌّ في البقاء أطول من مدة الإيجارة حتّى لو صدر

قانونٌ رسميٌ يحوز لهُ البقاء، بل حتّى مع دفع إجارة مساوية لما سبق أو أكثر، فإنَّ البقاء بعد إنتهاء مدة الإجارة ليست مسوقة شرعاً ويحقُّ لصاحب المحل التجاري أمره بتخلية، وهذا البقاء يُعدُّ تصرفاً في ملك صاحبه من دون رضاه، ولكن بإمكان تنازل صاحب المحل عن حقه مقابل مقدار من المال بشرط أن يكون المال بنفس مقدار الأجرة الأولى بلا زيادة حتّى وإن حصل تضخم بالأموال، وهذا المقدار من المال هو الذي يُعبر عنه بحق التخلية أو السرقة، وقد أشار إلى هذا المعنى جمُعُ من الفقهاء كالسيد السيستاني (حفظه الله) قال ما نصّه: (وَتُطلُقُ أَيْضًا عَلَى تنازل المالك لِلْمُسْتَأْجِرِ عَنْ حَقِّهِ فِي إِخْرَاجِهِ مِنَ الْمَحَلِّ أَوْ زِيادةِ بَدْلِ الْإِيجَارِ بَعْدِ نِهَايَةِ مَدَدِ الْإِجَارَةِ إِذَاءِ مَقْدَارٍ مِنَ الْمَالِ يَتَفَقَّانِ بِشَانِهِ) ^(١).

المعنى الثاني: عبارة عن تنازل المستأجر الأول عن حقه تحت تصرفه بإيجار المحل الذي يشغلُه المستأجر ثانٍ، ويكونُ هذا التنازل بإذاء مقدار من المال يتلقى عليه الطرفان، فالمالكُ صاحب المحل التجاري يقولُ للمستأجر الأول: (أنا لا أتنازلُ لك فقط مقابل جزء من المال، وإنما لك ولكل إنسان استأجر الملك المذكور) فلك الحقُّ أينما المستأجر الأول أن تؤجر المحل في نهاية السنة _مثلاً_ لغيرك من دون مراجعتي وبنفس الأجرة السابقة، والمستأجر الأول يأخذ مقداراً من المال إذاء تنازله عن الملك لغيره، وهكذا الحال في المستأجر الثاني يمكن أن يعمل هكذا مع الثالث.

وفرقُ المعنى الأول عن الثاني، في المعنى الأول الذي يدفع حق السرقة هو

(١) منهاج الصالحين، على السيستاني: ١ / ٤١٩ / مستحدثات المسائل / السرقة.

المستأجر الأول إلى المالك فهو يحصل على الأجرة والسرقفلية، بينما في المعنى الثاني فالمالك يحافظ على حق التخلية ويحافظ على الأجرة إلا أن المستأجر الأول يحق له أن يأخذ حق التخلية من المستأجر الثاني وهكذا مع الثالث.

المعنى الثالث: وهو ما إذا آجر محلًا من محلات الكسب والتجارة، ولكن من دون أن يدفع إلى الملك شيئاً بإسم السرقفلية، بل فقط المستأجر الأول يدعي أن عمله في المحل طيلة مدة الإجارة أضفى عليه شهرةً وقيمةً، وهذا ما يُسمى عند العُرف بحق الكسب باعتبار أن هذا المحل صارت له معرفة وربما في أواسط الناسـ فالمستأجر يقول: أنا لا أخرج عن هذا المحل إلا بدفع حق له ومقدار من المال مقابل حق الشهرة والقيمة التي حصلت للمحل.

المحور الثاني: التخريجات الفقهية لحلية السرقفلية

والحديث عنها يقع في المعينين الأوليين:

يوجد في هذا الصدد عدة تخريجات:

الخريج الأول: السرقفلية جزء العوض (السيد الروحاني)

ما ذكره السيد محمد صادق الروحاني (حفظه الله) بقوله: (السرقفلية تكون جزء العوض، بمعنى أن المالك حينما يؤجر المحل التجاري بمبلغ سنوي يضيفه عليه مالاً بعنوان السرقفلية، وهذا بالإضافة تكون جزء من الأجرة (العوض))^(١).

(١) فقه المسائل المستحدثة، محمد صادق الروحاني: ٢٣

توضيح ذلك: نفترض أن المستأجر يشترط على المالك في ضمن عقد الإجارة _مثلاً_ عدم زيادة مبلغ الإجارة أو يشترط عليه عدم إخراجه من المحل بعد إنتهاء مدة الإجارة أو يشترط عليه التجديد ويكون بنفس الأجرة السابقة، وفي مقابل هذا الشرط يدفع المستأجر عوضاً يكون هذا العوض جزءاً من الأجرة المتفق عليها سلفاً فالسرقفلية جزء العوض، وهذا العوض يقابل حق التنازل عن الإخراج، هذا بلحاظ المعنى الأول.

وأمّا بلحاظ المعنى الثاني _الذي قلنا إنّ المستأجر الأول له الحق في أن يتنازل عن المحل للمستأجر الثاني أيضاً مقابل حق_ فمن الممكن أن يأخذ المستأجر الأول بعنوان جزء من الإجارة من المستأجر الثاني لكن مقابل أن لا يزاحم المستأجر الأول المستأجر الثاني، وبالتالي تكون الإجارة جزء العوض المأخوذ، قال ما نصه: (أن يؤجر المالك ماله بمبلغ سنوياً مع إضافة مأخوذة بعنوان السرقة بحيث تكون الإضافة جزء للعوض، ويشترط (المالك) للمستأجر أن لا يزاحمه في الجلوس في المحل، ولا يزيد في كرائه السنوي ويجدد الإجارة بعد إنتهاء مدتتها على نحو المبلغ السنوي _هذا بلحاظ المعنى الأول _ وأنه لو خلى المستأجر (الأول) المحل وأعطاه لشخص آخر يعامل مع الثالث على ذلك المنهج _مثلاً_ يؤجر الفندق بألف ومائتين توماناً سنوياً في كُل شهر مائة تومان مع إضافة خمسة آلاف تومان، ويشترط (المالك) للمستأجر أن يكون له كامل الحرية في الفندق بعد إنتهاء المدة في الجلوس فيه مع الإجارة في كُل شهر مائة تومان وأن يتحول عنه ويسكنه غيره بتلك الإجارة _خمسة آلاف تومان تخلل للمالك _ لأنها مأخوذة جزء للعوض في الإجارة، وبعد

إنتهاء المدة يجبُ على المالك أن لا يزيد في كراء الفندق ويؤجره للمستأجر القديم أو الجديد الذي انتخبه القديم بمقتضى الشرط، ولو امتنع المالك عن تنفيذ هذا الشرط يُجبر: عليه؛ لأن ذلك مقتضى الشرط الواجب الوفاء بمقتضى النصوص والفتاوي^(١).

ويُلاحظ عليه أن هذا التخريج قابل للمناقشة: فماذا يقصد من قوله إن حق السرقفلية يكون جزءاً من العوض؟ يوجد إحتمالان:

الإحتمال الأول: أن يكون مقصوده من العوض مبلغ الإجارة.

وهذا الإحتمال باطل؛ لأنَّه من الواضح السرقفلية ليست جزءاً منه، بل الأجرة شيءٌ يُسمى بالعوض، والسرقفلية شيء آخر مقابل حق التنازل بشهادة أن العوض يتنهى بإنتهاء الإنتفاع من المحل، والسرقفلية الغاية منها هو تمكين المستأجر من تجديد الإجارة أو تمكين المستأجر من تأجيرها إلى مؤجر آخر، وهذا يكشف عن أن العوض شيءٌ غير السرقفلية، فكيف يقول السرقفلية عوض؟

الإحتمال الثاني: ما ذكره في ثانياً كلامه من أن الأجرة جزء من العوض مقابل تجديد البقاء فلا يجبره على الخروج ولا يزيد المالك في كراء الفندق، بمعنى أنه لا يزيد في كرائه السنوي.

وهذا الإحتمال باطل أيضاً؛ لأنَّه لا ينطبق على الواقع السائد في قضية الإيجارات، فإنَّ المالك يجدد مبلغ الإجارة حسب مقتضيات الظروف والأحوال،

(١) فقه المسائل المستحدثة، محمد صادق الروحاني: ٢٣

فكيف يمكن إيجار الفندق بمبلغ عين مثلاً قبل خمسين سنة، فهذا غير منطبق على الواقع؟

التاريخ الثاني: على أساس الوكالة (السيد الروحاني)

ما ذكره أيضاً السيد الروحاني (حفظه الله): من أنَّ أخذ المال يكون على أساس الوكالة، بمعنى أنَّ المالك يأخذُ من المستأجر المال بمقابل الوكالة التي منحها المالك للمستأجر، إذ بعد انقضاء مدة الإيجارة كان على المستأجر الخروج، والمالك يجعل المستأجر وكيلًا في إيجار المحل لذات المستأجر فيقول له: (أنت وكيلي وبعد نهاية المدة لك استئجار المحل ولو على نفسك) وهذه الوكالة التي أعطاها المالك للمستأجر أراد المالك بإزائها مالاً، فالمالُ المأْخُوذُ بعنوانِ السُّرْقَلِيَّةِ يكونُ في مقابلِ الوكالةِ التي منحها المالك للمستأجر، قال ما نصه: (الطريق الثاني: أن يتواافق المالك مع المستأجر بأن يؤجر الفندق سنويًا بمبلغ ألف تومان من المال، ويشرطُ المالك) في ضمنِ الإيجارة أن يكون المستأجر وكيلًا في إيجار الفندق بعد إنتهاء المدة لنفسه أو لغيره بذلك المبلغ ووكيلًا في توكيل الثالث واعطائه الوكالة - و يجعل بإزاء هذه الوكالة مبلغًا كخمسة آلاف تومان فالشرطُ هو الوكالة بإزاء هذا المبلغ، وهذه الوكالة بما أتتَها مسروطٌ في ضمنِ العقدِ اللازم وهي الإيجارة تكونُ لازمةً وليس للموكل عزله، وحيث إنَّ هذه الوكالة مالية فتنتقلُ إلى ورثةِ الوكيل بعد موته. فإن قيل: إنَّ الوكالة لا تورثُ كما يظهرُ من الأصحاب - حيث ذكروا في بابِ الرهنِ أنه لو شرط وكالة المرتهن في بيع العين المرهونة لوفاءِ دينه صَحَّ ولو مات

المرتهنُ لم ينتقل إلى وارثه.

أجبنا عنه أولاً: بالفرق بين المقام وما ذكره بثبوت المالية لـالوكلاء في المقام.

ثانياً: أن الأصحاب في تلك المسألة صرّحوا بالإنتقال مع الشرط فيُشترط في المقام الإنقال.

وبما أن الأظهر عندنا عدم بطلان الوكالة بموت الموكِل سِيما في الوكالة الالزمة كما حققنا في محله فهذه الوكالة تكون باقية بعد موت الموكِل، وعلى هذا فيحل للملك ما يأخذُ بإزاء الوكالة، المستأجر بمقتضى الوكالة مختار وله كامل الحرية في أن يؤجر الفندق بعد إنتهاء المدة بنفسه أو لغيره^(١).

الخلاصة: يشترط المستأجر على المالك توكيه في تجديد الإيجار إما على نفسه وبنفس مبلغ الإيجارة أو على غيره، ويأخذُ المالك من المستأجر بإزاء هذه الوكالة مبلغ السرقفلية، كما أنه من حق المستأجر الأول أن يأخذ مبلغ السرقفلية من المستأجر الثاني من باب تفويض الأمر إليه، وهذه الوكالة لا تقبل العزل؛ لأنها لزمه بشرطها في ضمن العقد اللازم، وإذا مات الوكيل انتقلت هذه الوكالة إلى ورثة الوكيل مع أن المفروض لا تنتقل؛ لأن لها قيمة ومالية، ولو لم نقبل الإنقال على أساس أن الوكالة غير قابلة للإنقال فلنقبلها بالشرط.

وما ذكره السيد الروحاني (حفظه الله) قابل للمناقشة من وجهين:
الأول: ذكر أن الوكالة لا تفسخ بموت الموكِل لاسيما الوكالة الالزمة، فلو

(١) فقه المسائل المستحدثة، محمد صادق الروحاني: ٢٤

سلمـنا عدم إـنـفـسـاخـ الوـكـالـةـ بـمـوـتـ المـوـكـلـ، وإنـماـ عـدـمـ الـانـفـسـاخـ فـيـماـ يـبـقـىـ تـحـتـ مـلـكـ المـوـكـلـ بـعـدـ موـتـهـ، فـلـابـدـ مـنـ وـجـودـ مـقـدـارـ مـنـ الـمـالـ لـلـمـوـكـلـ، فـهـنـاـ الوـكـالـةـ لـاـ تـنـفـسـخـ بـماـ يـبـقـىـ لـلـمـوـكـلـ مـنـ الـمـالـ كـمـاـ فـيـ الـثـلـثـ فـهـوـ مـنـ حـقـ الـمـيـتـ فـلـوـ أـوـصـىـ بـهـ فـهـذـاـ يـبـقـىـ تـحـتـ مـلـكـ المـوـكـلـ وـلـوـ بـعـدـ موـتـهـ وـعـلـيـهـ يـمـكـنـ أـنـ تـبـقـىـ الوـكـالـةـ بـعـدـ موـتـ المـوـكـلـ بـهـذـاـ المـقـدـارـ (الـثـلـثـ).

وـأـمـاـ دـعـوـىـ بـقـاءـ الوـكـالـةـ مـطـلـقـاـ حـتـىـ لـوـ خـرـجـ عـنـ مـلـكـ المـوـكـلـ فـهـذـهـ دـعـوـىـ غـرـيـبـةـ؛ لـأـنـ الوـكـالـةـ كـانـتـ عـلـىـ مـاـ يـدـفـعـهـ الـمـسـتـأـجـرـ، فـإـذـاـ مـاتـ المـوـكـلـ وـلـاـ يـوـجـدـ لـهـ أـيـ شـيـءـ فـبـأـيـ مـعـنـىـ تـكـوـنـ الوـكـالـةـ بـاقـيـةـ فـيـماـ خـرـجـ عـنـ مـلـكـ المـوـكـلـ، وـالـوـكـالـةـ يـكـوـنـ لـهـ مـعـنـىـ فـيـ شـيـءـ يـبـقـىـ عـلـىـ مـلـكـ المـوـكـلـ وـهـوـ مـثـلـاـ الـثـلـثـ فـيـماـ لـوـ أـوـصـىـ بـهـ.

الـثـانـيـ: ذـكـرـ أـنـ هـذـهـ الوـكـالـةـ تـنـتـقـلـ بـالـإـرـثـ فـيـماـ لـوـ مـاتـ الـوـكـيلـ، وـعـلـلـ ذـلـكـ بـأـنـ هـذـهـ الوـكـالـةـ لـهـ مـالـيـةـ فـتـنـتـقـلـ إـلـىـ وـرـثـةـ الـوـكـيلـ بـعـدـ موـتـهـ إـلـاـ أـنـ هـذـهـ الدـعـوـىـ غـيرـ صـحـيـحةـ؛ لـأـنـ الـمـقـصـودـ مـنـ قـوـلـهـ تـعـالـىـ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمُوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِيْنَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًا عَلَى الْمُتَّقِيْنَ﴾^(١)، وـالـمـقـصـودـ بـالـخـيـرـ الـمـذـكـورـ فـيـ الـآـيـةـ الـمـبـارـكـةـ هـوـ الـأـمـرـ الـذـيـ يـكـوـنـ قـائـمـاـ بـعـدـ موـتـ الـمـيـتـ بـاستـقـلـالـهـ الـخـارـجـيـ عـنـ الـمـيـتـ فـهـوـ أـمـرـ قـائـمـ بـذـاتـهـ، وـلـيـسـ الـمـقـصـودـ مـنـ الـخـيـرـ الـأـمـرـ الـإـضـافـيـ الـمـتـقـوـمـ بـالـمـيـتـ كـالـمـلـكـ الـذـيـ يـتـقـوـمـ بـالـشـخـصـ أـوـ الـحـقـ أـوـ الـوـكـالـةـ، فـهـذـهـ أـمـرـ إـضـافـيـةـ لـاـ وـجـودـ إـسـتـقـلـالـيـ لـهـ، وإنـماـ هـيـ مـتـقـوـمـةـ بـالـمـالـكـ فـيـصـدـقـ عـنـوـانـ التـرـكـ بـلـحـاظـ الـمـالـ الـمـسـتـقـلـ الـقـائـمـ بـعـدـ موـتـ الـمـيـتـ، وـأـمـاـ الـإـضـافـاتـ فـلـاـ

يصدقُ عليها أَنَّهُ تركَ خيراً؛ لأنَّ هذه الإضافات متقوَّمةٌ بالشخصٍ وتنتهي الإضافةُ بموتِ هذا الشخصٍ، فعنوانُ التركِ إنَّما يصدقُ بلحاظِ متعلقِ الملكِ ومتعلقِ الحقِّ ومتعلقِ الوكالةِ لا بلحاظِ هذه العناوين الإضافية نفسها، وعنوانُ الخير يُرادُ به متعلقِ الإضافات لا نفسها، والمفهومُ عُرْفًا من انتقالِ المالِ الخارجيِّ من عينِ أو منفعةِ إلى الوارثِ هو انتقالِه من عالمِ الملكيةِ وليسُ الانتقالُ في عالمِ الإضافاتِ بما فيها الوكالةِ.

التخريجُ الثالث: معاملة مستقلة

يُبنى على أنَّ أخذَ المالِ هو عبارةٌ عن معاملةٍ مستقلةٍ كبقيةِ المعاملاتِ المعروفةِ والمعهودةِ عندنا، فكما يُوجَدُ عندنا معاملةٌ للبيعِ ومعاملةٌ للإجارة فلُنُعبِّرُ عن هذه المعاملة بمعاملةٍ السرقفليةِ أو معاملةٍ حقِّ التخليةِ بناءً على أنَّ عمومَ قولهُ تعالى: **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**^(١)، لا يختصُّ بمعاملاتِ المعهودةِ والمعارفِ، وهذا المعنى تقدِّمُ الكلامُ عنه في ضمنِ الأبحاثِ التمهيديةِ للمسائلِ المستحدثةِ.

وتقرِّيبُ هذا التخريج هو أنَّ نقولُ: إنَّ المالكَ كانَ لهُ بالعنوانِ الأولىِ حقَّ التصرُّفِ في مالِهِ وتعيينِ مصيرِه بتجديـدِ الإجارةِ وعدمهِ، وكانَ أيضًا لهُ الحقُّ في تبديلِ المستأجرِ وعدمهِ وزيادةِ مبلغِ الإجارةِ وعدمهِ، فالمهمُ كانَ لهُ كُلُّ ذلكِ، وهذا الحقُّ قابِلٌ للإسقاطِ والنقلِ، لأنَّ الضابطَ في قابليةِ هذا الحقِّ للنقلِ أو الإسقاطِ فيما

(١) المائدة: ١.

إذا كان هذا الحق لصلاحة المالك، وليس متقوّماً عرفاً بعنصرٍ خاصٍ بالمالك، فبعض الحقوق إذا كانت متقوّمة بعنصرٍ خاصٍ فلا يمكن نقل هذا الحق إلى الغير _مثلاً_ حق الولادة وحق الوصاية فإن هذه الحقوق متقوّمة بهالك خاصٍ، وهذا التقوّم بالمالك الخاص يكون من الصعب نقل هذا الحق إلى غير المالك الخاص، فمتى ما وجدت في ذي الحق خصوصية تُرى بالنظر العقلائي أنها متقوّمة للحق لم يجز نقله إلى غيره مما لا يملك تلك الخصوصية، وإن نفيت مقومية الخصوصية بالنظر العقلائي جاز، فحق الولادة المعنوي للحاكم أو الأب يُرى عقلائياً أنه لخصوصية في الحاكم أو الأب، فلا معنى لنقله إلى الغير، وكذلك حق الوصاية التي أوكلها الميت إلى شخصٍ إنما أوكلها إليه لخصوصية فيه ونظر الميت إليه بالخصوص فلا معنى لنقله إلى الغير، وحق الشفعة المعنوي للشريك يرى أن التضرر اللاحق به مقوّماً له فلا معنى لنقل هذا الحق إلى غير الشريك، وهكذا حق الرهان.

وعلى أي حال، متى ما تقوّم هذا الحق بعنصرٍ خاصٍ فلا معنى لنقله، ومن الواضح أن حق التخلية ليس متقوّماً بعنصرٍ خاصٍ فيجوز نقله إلى الغير، ومن هنا يصح للهالك نقل هذا الحق إلى المستأجر الأول أو نقل المستأجر الأول هذا الحق إلى ثالث وهكذا، ويجعل في مقابل ذلك مبلغ السرقة، فتكون معاملةً مستقلةً بنفسها ولا معنى لإرجاعها إلى معاملةٍ قديمةٍ معهودةٍ.

فإذا تمَّ هذا الحق ثم مات المستأجر المنقول له الحق، فإن فهمنا من دليل الإرث إنتقال متعلق الحق إلى الوارث في عالم الحق كما ينتقل في عالم الملك فلا إشكال في ذلك، وإلا أي: لم نفهم من دليل الإرث إنتقال الحق فيحصر آنذاك حل الإشكال

بالنسبة إلى ورثة المستأجر بعميم الشرط في ضمن عقد الإجارة، وذلك من خالٍ اشتراط ثبوت الحق للوارث بعد موت المستأجر، وهكذا إذا مات المالك الناقل للحق فإذاً كان تخريج بقاء الحق للمستأجر وعدم جواز نقضه من قبل الورثة بأن نقول: إن المنفعة الباقية للمحل التجاري للورثة قد تضيقت، بمعنى أنه لا تنتقل إليهم المنفعة بعرضها العريض، وإنما عندما دفع المالك وقبض السرقفلية تضيقت منفعة هذا المحل التجاري عندما تنتقل إلى الورثة، وهذا يشبه العين الموروثة التي هي تحت إيجار الآخرين فانتقلت إلى الورثة مسلوبة المنفعة.

وبكلمة: أن العين محملة بحق السرقفلية فتورث بهذا الشكل من قبيل إرث العين المحملة بحق الرهان وهكذا.

إلا أنه قد يُناقُشُ في هذا التخريج بإحدى روایتين:

الأولى: عن خالد بن رافع البجلي، عن أبي عبدالله عائلاً قال: سأله عن رجل جعل لرجل سكناً دار له يعني صاحب الدار حياته فاما مات صاحب الدار أراد ورثته أن يخرجوه ألم ذلك؟ قال: فقال: «أرى أن يقوم الدار بقيمة عادلة وينظر إلى ثلث الميت فإن كان في ثلثه ما يُحيطُ بشمن الدار فليس للورثة أن يخرجوه، وإن كان الثلث لا يُحيطُ بشمن الدار فلهم أن يخرجوه»، قيل له: أرأيت إن مات الرجل الذي جعل له السكناً بعد موته صاحب الدار يكون السكناً لعقب الذي جعل له السكناً؟ قال: «لا»^(١).

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٤١ / ٧ / الحديث ٣٩ / باب ٢٣.

بتقريب: أن هذه الرواية دلت على أن متعلق حق السكنى لو لم يدخل في الثالث انتقضى الحق بموت المالك، فكذلك الأمر فيها نحن فيه، بمعنى أن حق السرقة إن لم يدخل في الثالث انتقضى هذا الحق.

ويمكن الجواب: بأن هناك فرقاً يتحمل كونه فارقاً بين ما نحن فيه وموارد الحديث وهو: أن تصرف المالك في مورد الحديث كان مجاناً فلم يأخذ مقابل حق السكنى من الآخر شيئاً، والتصرف المجاني نافذ شرعاً بمقدار حياته، وأماماً في مورد السرقة فالمالك أعطى الحق للمستأجر بإزاء مبلغ السرقة، وهذا يعني أنه أخذ المنفعة المستقبلية في حال حياته فهو شبيه بما لو آجر الدار لمدة من الزمن ثم مات قبل إنتهاء الإيجار، فهنا يرث الوارث الدار مسلوبة المنفعة ويرث الأجرة لو كانت باقيةً.

الثانية: عن عمر بن أبي ذينة قال: كنت شاهداً عن ابن أبي ليل فقضى في رجلٍ جعلَ لبعضٍ قرابته غلة داره ولم يؤقّت وقتاً فمات الرجلُ فحضر ورثتهُ ابن أبي ليل وحضر قرابتهُ الذي جعل لداره، فقال ابن أبي ليل: أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها، فقال لهُ محمد بن مسلم الثقفي: أما إنّ عليّ بن أبي طالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: وما علمك؟ قال: سمعت أبا جعفر محمد بن علي عليهما السلام يقول: «قضى أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليهما السلام برد الحبيس وإنفاذ المواريث»، فقال ابن أبي ليل: هذا عندك في كتاب؟ قال: نعم، قال: فأرسل وائتني به قال لهُ محمد بن مسلم: على أن لا تنظر في الكتاب إلا في ذلك الحديث، قال: لك

ذلك، قال: فأرأهُ الحديثُ عن أبي جعفر عَلَيْهِ الْكَفَلَةُ فِي الْكِتَابِ فَرَدَ قَضِيَّهُ^(١).

بتقريرٍ: أَنَّهُ بَعْدَ حَذْفِ الْخُصُوصِيَّةِ لِوَرْدِ الْحَبْسِ، نَقُولُ: إِذَا كَانَ الْحَدِيثُ يَرُدُّ
إِلَى الْوَرَثَةِ فَكَذَلِكَ حُقُّ السِّرْقَفْلِيَّةِ.

وَيُمْكِنُ الْجَوَابُ: بِأَنَّهُ يُوجَدُ هُنَاكَ فَارْقٌ بَيْنَ الْحَبْسِ وَالسِّرْقَفْلِيَّةِ، فَالْحَبْسُ عَبَارَةٌ
عَنْ تَحْصِيصِ الْمَنَافِعِ لِلْمَحْبُوسِ لِهُ دُونَ أَكْلِ الْمَالِكِ – أَيْ مَنْ دُونَ أَنْ يَتَنَعَّمَ الْمَالِكُ
بِشَيْءٍ – وَهَذَا خَلَافٌ مَا نَحْنُ فِيهِ فَالْمَفْرُوضُ أَنَّ الْمَالِكَ أَكْلَ فِيهِ وَأَنَّهُ إِسْتَفَادَ شَيْئًا فِي
مَقْبَلِ حُقُّ السِّرْقَفْلِيَّةِ فَهَذَا عَوْضُ ذَلِكَ الْحَقِّ، وَهَذَا الْعَوْضُ لَوْ كَانَ بَاقِيًّا وَلَمْ يَصْرُفْهُ
الْمَالِكُ كَانَ هُوَ الَّذِي يَتَقَلَّ إِلَى الْوَارِثِ بِالْإِرْثِ، وَلَوْ كَانَ مَصْرُوفًا كَانَتِ الْعَيْنُ هِيَ
الَّتِي تَورَثُ فَحَسْبٌ وَلَكِنَّهَا تَورَثُ مَسْلُوبَةَ الْمَنْفَعَةِ.
فَيَكُونُ هَذَا التَّخْرِيجُ تَامًا وَلَا ضَيْرَ فِيهِ.

التَّخْرِيجُ الرَّابِعُ: مَقْبَلُ التَّنَازُلِ عَنِ الْحَقِّ

أَنَّ الْمَالِكَ يَأْخُذُ السِّرْقَفْلِيَّةَ – الْمَالُ – فِي قِبَالِ حُقُّ التَّنَازُلِ – مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ الْأَوَّلِ إِذَا
جَعَلَ حُقُّ السُّكْنِيَّ لِلْمُسْتَأْجِرِ فِي ضَمِّنِ عَقْدِ الإِجَارَةِ، بِمَعْنَى أَنَّ الْمَالِكَ يَشْتَرِطُ عَلَى
الْمُسْتَأْجِرِ الْأَوَّلِ أَنْ لَكَ حُقُّ السُّكْنِيَّ بَعْدَ إِنْتِهَاءِ مَدَدِ الإِجَارَةِ – مِثَلًاً – سَنَةً بَشَرِطٍ أَنْ
يَدْفَعَ الْمُسْتَأْجِرُ لِلْمَالِكِ مَالًاً، فَحُقُّ السُّكْنِيَّ لِلْمُسْتَأْجِرِ الْأَوَّلِ إِلَى مَدَدِ الْمَسْنَةِ
اَشْتَرَطَتِ فِي ضَمِّنِ عَقْدِ الإِجَارَةِ كَمَا لَوْ قَالَ: (آجِرُكَ الْمَحَلُّ التَّجَارِيُّ بِأَجْرَةِ مَسِّمَةٍ

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٧ / ٣٧ / الحديث ٢٧ / الباب ٢٣.

الى سنة) واشترط المالك للمستأجر أنْ له حق السكنى بإزاء مبلغ زيادة على الأجرة، فهذا المبلغ يسمى بالسرقة قلبية.

إن قلت: ألا يلزم التنافي بين ملكية منفعة المحل التجارى باعتبار أن المستأجر يملك المنفعة وملكية حق السكنى بعوض آخر غير مال الإجارة، لأن ملكية المنفعة لا معنى للحديث عن وجود ملكية للمنفعة وعدم وجود ملكية حق السكنى، فهناك تلازم خارجى في أن من يملك المنفعة يلزم منه أن يملك حق السكنى في هذه المنفعة، فما معنى أن يقال: إن المالك يقول للمستأجر: (أجرتك المحل بعشرة ملايين دينار) وأيضاً يشترط عليه حق السكنى بزمن أزيد من مدة الإجارة بمبلغ آخر من المال، ومن الواضح أن من يملك حق المنفعة هو يملك حق السكنى.

قلت: نسلم عدم التغاير الذاتي بينهما، فإن من يملك المنفعة في مدة الإجارة هو يملك حق السكنى في تلك المدة إلا أنه عدم التغاير الذاتي لا يعني أن هناك تنافي، لأن يوجد تغاير بين ملكية المنفعة وبين ملكية حق السكنى في عالم الاعتبار، وفي عالم الاعتبار يمكن إحداث تغير بينهما، فنقول: هو يملك المنفعة بسبب الأجرة وبسبب الشرط الذي هو غير عقد الإجارة يكون له حق السكنى بمبلغ من المال، فالمتفعة ثبتت بعقد الإجارة، وحق السكنى ثبت بالشرط الذي وقع في عقد الإجارة فحصل التغاير الاعتباري بينهما، وهذا كاف في التصحيح بينهما.

نعم، لو افترضنا أنه أجر الدار لشخص زيد مثلاً وجعل حق السكنى لشخص آخر -عمر- فهنا يقع التزاحم في الإستيفاء، إذ لا معنى أن نقول للأول

أنت تملكُ المنفعةَ، ولكن لا تملكُ حقَّ السُّكْنِي، ونقولُ للثاني أنت تملكُ حقَّ السُّكْنِي، ولكن لا تملكُ حقَّ المنفعةِ فهذا غيرُ صحيحٍ، وعليه لابد من فسخِ اللاحقِ لكي يتمتع الأولُ بالمنفعةِ وحقَّ السُّكْنِي، أو يكونُ العقدُ كُلُّه باطلًا.
هذا كُلُّه في المعنى الأول للسرقفلية.

وأمّا المعنى الثاني: وهو _أن يُمنح للمستأجر الأول تلك الصلاحية من قبل المالك، بمعنى أن يأخذ من المستأجر الثاني إزاء التنازل عن حقه مالاً وهكذا الثالث والرابع_ فيأتي هذا التخريجُ أيضاً، وذلك بأن نقول: إنْ حقَ السُّكْنِي الذي يجعلُ للمستأجر، فتارةً يكونُ على نحو المباشرة، أي: فقط هو يسكنُ، وأخرى يجعلُ على نحو الأعم منه ومن غيره، فإذا كان كذلك فهنا يجوز للمستأجر الأول أن ينقل حقَ السُّكْنِي إلى غيره بآزاء السرقفلية فيأخذها المستأجرُ الأول من المستأجر الثاني والثاني من الثالث وهكذا، فإنْ هذا الحقُّ سعةً وضيقاً هو بيدِ المالكِ للمحلِ وكيفية اشتراطه مع المستأجر بالإطلاق والتقييد.

في مقام التعليق: أنَّ ما ذكره من التغاير بين تمليك المنفعة وحقَ السُّكْنِي صحيحٌ في عالم الإعتبار فهما متغايران، إذ نقولُ: هو يملكُ المنفعةَ بعقد الإيجارة ويملكُ له حقَ السُّكْنِي بالسرقفلية، ولكن هما شيءٌ واحدٌ مصداقاً؛ وذلك لأنَّنا نسألُ أنْ حقَ السُّكْنِي لا يخلو إمّا أن يكون محدداً بمدة الإيجارة، وإمّا أن نفترض أنْ حقَ السُّكْنِي أوسعٌ من مدة الإيجارة _ وهذا هو مقصود صاحب التخريج الثالث_ فإنْ كان يقصدُ الأول_ أي: أنْ حقَ السُّكْنِي متطابقٌ مع مدة الإيجارة_ فهنا لا يتمُّ المقصود،

لأنه بعد إنتهاء الإجارة على المستأجر أن يخلِّي المحل التجاري للملك لإنتهاء كلا الأمرين – إنتهاء ملكية المنفعة وإنتهاء ملكية حق السكنى – وهذا خلاف المقصود؛ لأن المستأجر دفع مالاً لكي يمدد البقاء بعد إنتهاء مدة الإجارة، وهكذا المالك فهو أخذ المال حتى يمدد البقاء للمستأجر، فإذا قلنا إن حق السكنى يتطابق مع مدة الإجارة فهذا خلاف المقصود من السرقلية.

وإن كان يقصد الثاني – أي: أن حق السكنى يتولّد بعد إنتهاء مدة الإجارة – فيرد

عليه:

أولاً: إن إيجار المحل التجاري وبعد إنتهاء مدة الإجارة هنا يتم تجديد الإجارة، والمفروض أن يخرج المستأجر بعد إنتهاء مدة الإجارة فللملك الحق في أن يطلب من المستأجر تخلية المحل ، وفي الفترة الثانية إذا أراد المالك أن يُبقي المستأجر فلا بد من الإجارة الثانية، ونحن افترضنا أن الفترة الثانية أخذ مقابل حق السكنى مالاً، فسوف يرجع الإشكال من جديد وهو إتحاد ملكية المنفعة مع حق السكنى، وقلنا أن حق الإنتفاع المتولّد من الإجارة لا يتنافى مع حق السكنى المتولّد من السرقلية فلا معنى للحديث عن وجود شيئين متغيرين.

وثانياً: حينما نقول: إن السرقلية تعطي حق السكنى للمستأجر في السنة الثانية والثالثة، وهذا يمنع من عقد الإجارة، لأن عقد الإجارة الثاني لأجل الإنتفاع بال محل ، ونحن افترضنا أنه يملك حق السكنى في العقد الأول، ومعه كيف يجدد الإيجار الذي هو عبارة عن إعطاء حق السكنى؟

وبكلمة: الفارق بين الإشكالين هو أن مرجع الإشكال الأول إلى أنه لا يوجد

موضوع للايجار، لأنّ إيجار الدار مع ملاحظة حق السكنى لا معنى له، إذ هما شيء واحد، والحديثُ عن إيجار الدار مع صرف النظر عن حق السكنى هذا أمرٌ غير معتبر عند العقلاء فلا معنى لئن يُقال: أنت تملك المنفعة، ولكن لست بهالك حق السكنى، والإشكال الثاني مرجعه أنّ الإيجار في المدة الثانية أمرٌ لغوٌ؛ لأنّه افترضنا أنّ له حق السكنى بسبب العقد الأول، فإذا وقع عقد السكنى بالعقد فلا معنى لتجديده بالإيجار باعتبار أنّ المفروض قد ملكه بالعقد الأول.

المحور الثالث: حق المطالبة بما يسمى بحق الكسب

وهي ما تتضمن الكلمة حول المعنى الثالث، بمعنى أنه هل من حق المستأجر أن يطالب المالك بما يسمى بحق السرقفلية في العرف السوقي العام، بأن يعطى المستأجر مالاً من قبل المالك حتى يخرج المستأجر من المحل؟ وهذا المعنى لم يذكره السيد الخوئي عليه السلام في مستحدثات المسائل، وإنما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله) ^(١).

فهل من حق المستأجر أن يطالب من المالك هذا الحق حتى يخرج من المحل أو ليس له الحق في ذلك؟

يبدو أنه ليس من حق المستأجر أخذ مبلغ من المال من المالك، ولا منشأ لطالبة المالك مقابل الخروج، قال السيد السيستاني (حفظه الله): (استئجار الأعيان المستأجرة كمحلات الكسب والتجارة لا يُحدث حقاً للمستأجر فيها بحيث يمكنه

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٩ / مستحدثات المسائل / المسألة ٤١.

إِلَزَامُ الْمُؤَجَّرِ عَدْمُ إِخْرَاجِهِ مِنْهَا وَتَجْدِيدُ إِيجَارِهِ مِنْهُ بِمَقْدَارِ بَدْلِ إِيجَارِهِ السَّابِقِ بَعْدِ نِهَايَةِ الْإِيجَارَةِ، وَكَذَا طُولُ إِقَامَةِ الْمُسْتَأْجِرِ فِي الْمَحَلِّ، وَوَجَاهَتِهِ فِي مَكْسِبِهِ الْمُوجَبَةُ لِتَعْزِيزِ الْمَوْقِعِ التَّجَارِيِّ لِلْمَحَلِّ، لَا يَوْجُبُ شَيْءٌ مِّنْ ذَلِكَ حَقّاً لَّهُ فِي الْبَقَاءِ، بَلْ إِذَا تَمَّتْ مَدَّةُ الْإِيجَارَ يَجِبُ عَلَيْهِ تَخْلِيَةِ الْمَحَلِّ وَتَسْلِيمِهِ إِلَى صَاحِبِهِ^(١).

لَا يُقَالُ: إِنَّ الْمُسْتَأْجِرَ خَالِقُ الْقِيمَةِ بِاعتِبَارِ أَنَّ الْمَحَلِّ لَيْسَ فِيهِ تَلْكَ الْقِيمَةِ فَلَوْجَاهَتِهِ ارْتَفَعَتْ قِيمَةُ الْمَحَلِّ، وَهُنَاكَ قَاعِدَةٌ تَقُولُ: إِنَّ خَالِقَ الْقِيمَةِ يَمْلِكُهَا وَحَسْبَ الْفَرْضِ أَنَّ هَذَا الْمُسْتَأْجِرُ هُوَ الَّذِي خَلَقَ الْقِيمَةَ الْإِضَافِيَّةَ لِهَذَا الْمَحَلِّ، أَوْ قُلْ إِنَّهُ سَاهِمَ فِي خَلْقِ هَذِهِ الْقِيمَةِ الْإِضَافِيَّةِ، وَعَلَيْهِ قَدْ يُقَالُ: إِنَّهُ لَا يَرْفَعُ الْيَدَ عَنْ هَذِهِ الْقِيمَةِ الَّتِي خَلَقَهَا إِلَّا مَقْبَلٌ مَا لِي دَفْعَةُ الْمَالِكِ لِلْمُسْتَأْجِرِ.

سُلِّمُ وَلَا نَشَكُ فِي أَنَّ عَمَلَ الْمُسْتَأْجِرِ فِي كَثِيرٍ مِّنِ الْأَحْيَانِ يَسَاهِمُ فِي رَفْعِ قِيمَةِ الْمَحَلِّ، وَلَكِنَّنَا نَنَاقِشُ فِي كَوْنِ تَلْكَ الْمَسَاهِمَةِ كَافِيَّةً فِي إِمْتِلَاكِ الْمُسْتَأْجِرِ لِهَذِهِ الْقِيمَةِ الْمُرْتَفَعَةِ أَوْ جَزءِهَا أَنْ يَطَالِبُ الْمُسْتَأْجِرُ بِتَلْكَ الْقِيمَةِ بِعِنْوَانِ السُّرْقَلِيَّةِ وَيَأْخُذُهَا. وَيُمْكِنُ الْمَنَاقِشَةُ: إِنَّ الْحَكْمَ بِإِمْتِلَاكِ الْقِيمَةِ الَّتِي خَلَقَهَا فَهَلْ هَذَا الْحَكْمُ عَقْلَيُّ أَوْ عَقْلَائِيُّ؟ فَإِنْ قِيلَ: أَنَّ هَذَا الْحَكْمُ عَقْلَيُّ فَالْعُقْلُ يَحْكُمُ بِأَنَّ مَنْ يَخْلُقُ قِيمَةً مَا فِيْهِ يَمْلِكُهَا، وَلَكِنْ مَا الْمَقْصُودُ مِنْ أَنَّهُ يَمْلِكُهَا؟ فَلَيْسَ الْمَقْصُودُ هَنَا بِالْمُلْكَيَّةِ الْإِعْتِبَارِيَّةِ حَتَّى يُقَالُ: هَذِهِ مَجْعُولَةُ مِنْ قَبْلِ الْعُقْلَاءِ وَنَحْنُ نَتَكَلَّمُ عَنْ حُكْمِ الْعُقْلِ، بَلْ لَعَلَّ الْمَقْصُودُ مِنِ الْمُلْكَيَّةِ الَّتِي خُلِقَتْ بِسَبِيلِ الْمُسْتَأْجِرِ هِيَ الْأُولَوِيَّةُ الْعُقْلَيَّةُ، أَيْ: هُوَ أَوَّلُ بِالسُّكَنِ خَصْوَصاً إِذَا طَالَتْ مَدَّةُ سُكَنَاهُ بِالْمَحَلِّ، وَهَذِهِ الْأُولَوِيَّةُ الْعُقْلَيَّةُ مِنْ قَبْيلِ مَا

(١) منهاج الصالحين، على السيستاني: ١ / ٤١٩ / مسألة ٤١.

يُدعى من أنَّ الإنسانَ يملُكُ جوارِهِ ويملُكُ عملُهُ فالمصوَدُ هو أولويَةُ الإنسانِ على جوارِهِ وعملِهِ من النَّاسِ الآخرين، فإنْ كان يقصدُ بالملكَيةِ بالأولويَةِ العقليةِ.

فابلُوابُ: إنَّا لا نشعرُ بحُكْمِ العُقُولِ من هذا القبيل في القيمةِ التي تُنفصلُ عن العملِ نفسهِ فهناكَ عملٌ وتوَلَّتْ قيمَةُ إِضافيَّةٍ لهذا العمل، فالمستأجرُ بعملِهِ ووجاهتِهِ تولَّتْ هذه القيمةُ، فالقيمةُ التي تُنفصلُ عن العملِ نفسهِ ليست هي حُكْمًا عقلائيًّا.

نعم، هي حُكْمٌ عقلائيًّا، ومَمَّا يُنْبَهُ عليهِ الوجdan بكونِهِ حُكْمًا عقلائيًّا هو اختلافُ المجتمعاتِ المختلفةِ وبأزمنةٍ متعددةٍ في قبولِ هذه القيمةِ المخلوقةِ عن العملِ نفسهِ وعدمِ قبولِها، إذ لو كانتْ حُكْمًا عقلائيًّا لما اختلفت بلحاظِ المجتمعاتِ المختلفةِ وبأزمنةٍ متعددةٍ، بل هذا التفكير موجودٌ داخلِ المجتمعِ الواحدِ في زمانٍ واحدٍ بينِ مصداقينِ من مصاديقِ خلقِ القيمةِ، فالقيمةُ المنفصلةُ عن العملِ ليست حُكْمًا عقلائيًّا مثلاً_ يُقال إنَّ للمستأجرِ حقَّ السرقةِ، لأنَّهُ كان مُساهِمًا في رفعِ قيمةِ المَحْلِ، ولكن لا يُقال بمثيلِ ذلك في رجلِ أمعيٍ يتَهافتُ عليهِ النَّاسُ وسكنُ في منطقةٍ قليلةِ السُّكَانِ وأدَى ذلك إلى غلاءِ أسعارِ بيوتِ تلكِ المنطقةِ أو زيادةِ إيجاراتِها؛ لِتهافتِ الناسِ على مجاورِتهِ، أو في شركةٍ مدتْ أنابيبَ الغازِ أو أسلالَ الكهرباءِ إلى منطقةٍ ما وأدَى ذلك إلى غلاءِ أسعارِ بيوتها أو ما شابهَ ذلك، فهنا لا تُوجَدُ مطالبةً بحقِّ السرقةِ، فالقيمةُ الإضافيَّةُ التي تُنفصلُ عن العملِ في بعضِ المصاديقِ نجدُ أنَّ خالقَ القيمةِ يُعوّضُ إذا قيلَ في بعضِ المجتمعاتِ وبعضِها لا تقبلُ

ذلك، وهذا يكشف أنّ الحكم المذكور ليس عقلياً وإنّما اختلفت به المجتمعات. وأمّا إذا قيل إنّ هذا الحكم هو حكم عقلائي فالعقلاء حكموا بأنّ خالق القيمة هو يملكها ولا يتنازل عنها إلا بعنوان السرقة، فإنّنا نقول: إنّ هذا الحكم العقلائي متأخر عن عصر التشريع الإلزامي؛ لأنّ السرقة من المسائل المتأخرة فليس سكوت المشرع دليلاً على الإيمضاء.

إن قلت: إنّه بناءً على مبني السيد الصدر ^{عليه السلام} من أنّ الإيمضاء لا يتحدد بالعمل الصامت، وإنّما بالنكبة من وراء هذا العمل، وهذه النكبة أوسع مصداقاً من العمل الذي حصل في الخارج، وعليه يشمل هذا الإيمضاء جميع مصاديق النكبة، وما جرى خارجاً من المصاديق كان عبارة عن أحد المصاديق المتداولة لهذه النكبة لا أنّ الإيمضاء قد انحصر فيها _مثلاً_ من حاز ملك، فنعلم أنّ الحيازة كانت فيما سبق للأمور البدائية _من قبيل حيازة الخطب وما شابه ذلك_ فهنا الشارعُ أمضى الحيازة فلو كان الإيمضاء متعلقاً بالعمل الصامت فلا يُستفاد أنذاك حلية المواد الجديدة كحيازة النفط والكهرباء؛ لأنّ الإيمضاء تعلق بمقدار العمل الخارجي، وهذه لم تكن موجودة آنذاك _هذا مبني السيد الخوئي ^{عليه السلام}^(١)_ وأمّا على مبني السيد الصدر ^{عليه السلام}؛ فإنّ النكبة تكون أوسع من المصاديق، فهنا نقول: إنّ مالك القيمة الإضافية هذا حكم عقلائيٍ والشارعُ أمضى ذلك، وهذا الإيمضاء له مصاديقٌ فتكونُ داخلةً تحت الإيمضاء.

قلت: لابد من أن تُفرقَ بين التوسيعِ في مصاديق الإرتکاز وبين التوسيعِ في

(١) التتفییح في شرح العروة الوثقی، أبو القاسم الخوئی: ٢ / ٢٧٣.

الإرتكاز نفسه، فإن الإمساء إذا تعلق بالإرتكاز آنذاك يمكن التعميم لما يُستجد من المصاديق، وهذا إذا حصلت توسيع في مصاديق الإرتكاز، وأماماً إذا حصلت توسيع في الإرتكاز نفسه وهذا الإرتكاز مستجد فلا يكون سكوت الشارع دليلاً على إمسائه، ففرق بين التوسيع في مصاديق الإرتكاز وبين التوسيع في الإرتكاز نفسه.

المحور الرابع: كيفية اشتراط السرقة المثلية

إن شرط السرقة المثلية يمكن أن يتصور على نحوين:

النحو الأول: أن يقول المالك للمستأجر: ادفع لي مقداراً من المال في مقابل تجديد عقد الإجارة في كل سنة إما بالأجرة السابقة وإما بأجرة أخرى يتفقان عليها_ فالمقابل إذاً هو تجديد العقد وتجديد العقد شرط قد صاغه المالك بنحو شرط الفعل، أي: أن تجديد عقد الإجارة لم يحصل بصورة قهريّة، وإنما اشترط المالك على نفسه أنه بعد انتهاء عقد الإجارة يجدد عقد الإجارة مرة أخرى بحيث يكون فيه إيجاب وقبول، ويسمى هذا الشرط بشرط الفعل، أي: أن المالك يقوم بإجراء عقد الإجارة مرة أخرى.

النحو الثاني: أن يقول المالك للمستأجر ادفع لي مقداراً من المال بشرط أن يكون لك حق البقاء وحق اشغال المحل من دون تجديد لعقد الإجارة، أي: أن المقابل للهال هو البقاء في المحل بنحو شرط النتيجة، بمعنى لا يوجد عقد إجارة من قبل المالك مع المستأجر، وإنما يبقى المستأجر بصورة قهريّة بعنوان الإجارة مقابل أن يدفع المستأجر مالاً للهال، وهنا لم ينشأ المالك عقد الإجارة، وإنما المستأجر سوف

يبقى من دون عقد الإجارة، ولكن بشرط أن يدفع مالاً للملك، وهذا ما يُسمى بشرط النتيجة.

وبعبارة أخرى: تارةً يقول البائع للمشتري: بعْتَكَ هذا الكتاب بشرط أن يكون خاتمك ملكاً لي (للبائع) أو أن تكون دارك مستأجرة لي من دون عقد تمليلٍ للخاتم أو عقد إجارة للبيت، فهذا الشرط هو شرط النتيجة، بمعنى أن الشرط هو الذي يتحقق الملكية للخاتم وهو الذي يتحقق إستئجار الدار، ف تكون نتيجة هذا الشرط تملك الخاتم، ونتيجة هذا الشرط استئجار الدار، وأخرى يقول البائع للمشتري: بعْتَكَ هذا الكتاب بشرط أن تملّكني الخاتم وبشرط إستئجار الدار، فهنا لا يقع تملك الخاتم إلا عن طريق عقد البيع وعقد الإجارة.

فالفارق بين اشتراط السرقة في الشكل الأول على نحو شرط الفعل من أن مجرد البقاء في المحل التجاري بعد انتهاء مدة الإجارة لا ينفع في البقاء، وإنما المالك يجدد عقد الإجارة، بينما الشكل الثاني إن الذي يتحقق البقاء بعد مدة الإجارة هذا الشرط، ويعبر عنه بشرط النتيجة.

أما بالنسبة للنحو الأول: فلا إشكال في صحة شرط الفعل، ويجب على المالك في نهاية كل سنة تجديد العقد، أي: ينشأ عقد الإجارة، ولكن لو امتنع المالك من تجديد عقد الإجارة، فهنا في المقام توجد أسلمة ثلاثة وهي:
السؤال الأول: هل يُجبر المُشروع عليه (المالك) على تنفيذ الشرط من قبل المُشروع له (المستأجر)؟

السؤال الثاني: لا إشكال إذا تختلف المالك ولم يجدد له عقد الإجارة فله الخيار

إلا أنَّ السُّؤالَ هل يقعُ الْخِيَارُ في رتبةٍ متأخِّرَةٍ عن الإِجْبَارِ، بمعنىً إذا لم يتمكَّن على إِجْبَارِهِ عَلَى تَنْفِيذِ الشَّرْطِ فَيَرْجِعُ لِلْخِيَارِ أَمْ أَنَّهَا فِي رتبةٍ وَاحِدَةٍ فَكَمَا يَحْوِزُ لَهُ إِعْمَالُ الْخِيَارِ يَحْوِزُ لَهُ إِعْمَالُ الإِجْبَارِ؟

السؤالُ الثالث: لو رُفعت القضيةُ للحاكم الشرعيِّ، فهل لَهُ التَّصْدِي بِتَجْدِيدِ عَقْدِ الإِجَارَةِ مِنْ دُونِ الرُّجُوعِ إِلَى الْمَالِكِ، باعتبارِ أَنَّ الْحَاكِمَ الشَّرِعيَّ أَوَ السُّلْطَانُ وَلِيَّ الْمُمْتَنَعِ أَوْ لَا يَحْوِزُ لَهُ ذَلِكَ؟

أَمَّا بِالنَّسَبَةِ إِلَى السُّؤالِ الْأَوَّلِ: – وَهُوَ أَنَّ لِلْمُشْرُوطَ لَهُ إِجْبَارُ المُشْرُوطِ عَلَيْهِ –

يُوجَدُ قُولَانُ فِي الْمَسَأَةِ:

القولُ الْأَوَّلُ: ما ذَهَبَ إِلَيْهِ جَمَاعَةٌ مِنَ الْمُحَقِّقِينَ مِنْهُمُ الشَّيْخُ الْأَنْصَارِيُّ^(١)؛ إِذْ ذَكَرَ أَنَّ لِلْمُشْرُوطَ لَهُ إِجْبَارُ المُشْرُوطِ عَلَيْهِ، وَيُوجَدُ تَقْرِيبَانِ لِهَذَا الْقَوْلِ:

التَّقْرِيبُ الْأَوَّلُ: أَنَّ التَّزَامَ الْمُشْرُوطَ عَلَيْهِ حِينَمَا التَّزَمَ بِالشَّرْطِ وَلَدَ هَذَا الْإِلْتَزَامُ حَقَّاً لِلْمُشْرُوطِ لَهُ فَيُوجَدُ حُقُّ لِلْمُشْرُوطِ لَهُ، وَعَلَى الْمُشْرُوطِ عَلَيْهِ الْإِلْتَزَامُ بِتَنْفِيذِ هَذَا الْحَقِّ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَكُلُّ شَخْصٍ يَكُونُ لَهُ إِجْبَارُ الْغَيْرِ عَلَى تَنْفِيذِ حَقِّهِ.

إلا أنَّهُ مَا هُوَ الشَّاهِدُ عَلَى أَنَّ الشَّرْطَ يُولَدُ حَقَّاً لِلْمُشْرُوطِ لَهُ؟ تَوَجَّدُ عِنْدَنَا شَوَاهِدُ ثَلَاثَةٌ وَهِيَ:

الشَّاهِدُ الْأَوَّلُ: مَا وَرَدَّ فِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ: «مِنْ شَرْطٍ لِإِمْرَأَتِهِ شَرْطًا»

(١) المكاسب، مرتضى الأنصاري: ٦ / ٧٠

فليفي لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حراماً^(١)، فالملاحظ أنه غالباً عبر باللام «فليفي لها به» وهذا التعبير يظهر منه أن الشرط حق لها، أي: أصبح أن هناك حقاً للمرأة نتيجة اشتراط الزوج على نفسه، فإذا أصبح هناك حق فيجوز للمشروط له المطالبة به.

الشاهد الثاني: التمسك بالسيرة العقلائية؛ فإن العقلاة يرون حقاً على المشروط عليه ويلزم بتنفيذه إذا اشترط على نفسه ونجدهم يطالبون به في المحاكم العرفية، ولو لا هذه المطالبة بالمحاكم العرفية لما كشف عن وجود حق للمشروط له على المشروط عليه.

الشاهد الثالث: أن الشرط ليس من سنسخ الأحكام، بل هو من سنسخ الحقوق بدليل أنه قابل للإسقاط فيجوز للمشروط له أن يتنازل عن حقه أو عن الشرط، وهناك فارق بين الحكم وبين الحق وهو أن الحكم غير قابل للإسقاط، بينما الحق قابل للإسقاط، وبما أن الشرط قابل للإسقاط فيكون من سنسخ الحقوق.

التقريب الثاني: أن يقال: الشرط لا يولد حقاً للمشروط له، وإنما يولد ملكاً للمشروط له فالمشروط له سوف يكون مالكاً للشرط، ومن الواضح كُل مالك يطالب بملكه وإن الشرط كأحد العوضين فكما أنه لابد من تسليم أجزاء العوضين إلى مالكها كذلك الشرط؛ لأن كالجزء ولا بد من تسليمه إلى مالكه.

إلا أن هذا التقريب قابل للمناقشة: من جهة أنه لا دليل على أن المشروط له يملك الشرط؛ إذ أن أخذ شيء شرط في العقد هل يولد ملكية المشروط له؟ فلا

(١) وسائل الشيعة، الحز العاملی: ٢١ / ٣٠٠ / الباب ٤٠ / الحدیث ٤.

يوجد دليلاً واضحًا على ذلك، ولا يستفاد من الروايات أن المشرط له يكون مالكاً للشرط.

والشاهد على ذلك هو أنه: لو كان المشرط له مالكاً للشرط فيلزم في حالة موت المشرط له أن يكون الشرط من جملة تركته، ومن الواضح أنه لو مات المشرط عليه فلا يجب اشتغال ذمته بالشرط وأنه لا بد أن يخرج من تركته، فهذه قرينة واضحة على أن الشرط الذي يؤخذ في العقد لا يولد الملكية.

القول الثاني: ما ذكره المحقق الكركي ^{في صحيح البخاري} من أنه لو تخلف المشرط عليه ليس للمشرط له إجباره بالوفاء؛ لأن المشرط له حق الخيار له، فإن لم يرض بالعقد نتيجة عدم التزام المشرط عليه فليفسخ المعاملة، وبها أنه يمكن من الخيار فلا يسوغ له الإجبار^(١).

والمناقشة فيها ذكره مجال، ولكن لا على أساس ما ذكره الشيخ الأنصاري ^{في صحيح البخاري} من أن الخيار يقع في طول الإجبار وإنما من جهة: أن المشرط له يثبت حق المطالبة له بالشرط؛ لأن الشرط لا يولد حكم تكليفياً لأنه لو ولد حكم تكليفياً، فلا يمكن المشرط له إجبار المشرط عليه، وإنما الشرط يولد حقاً للمشرط له، فإذا كان له الحق فأي مانع من إجباره حينئذ لو تمكّن من الفسخ؛ إذ لعل فسخه ليس بمنفعة لارتفاع القيمة _مثلاً_ فيكون ممكناً من الفسخ وكونه كذلك فلا يكون مانعاً من الإجبار، وعليه إذا كان الخيار يولد الحق فيعمل هذا الحق بلا حاجة إلى ما قاله المحقق

(١) جامع المقاصد، المحقق الكركي: ٤ / ٤٢٢.

الكركي ^{رحمه الله} من أنَّ الخيارُ يُمْكِنُ أنْ يرفعُ الضرَرَ عنِ المكلفِ.

وأَمَّا بالنسبة إلى السُّؤالِ الثَّانِي: فَذَكَرَ الشَّيْخُ الْأَنْصَارِيُّ ^{رحمه الله} أنَّ الخيارَ يقعُ في مُرْتَبَةٍ مُتَأَخِّرَةٍ عنِ الإِجْبَارِ، أَيْ: إِذَا لَمْ يَتَمَكَّنْ مِنْ دُفَعِ ضَرْرِهِ بِالْإِجْبَارِ تَصُلُّ النُّوبَةُ لِلخَيْرِ فَلَا مَعْنَى لِإِعْمَالِ الْخَيْرِ فِي رَتِبَةٍ سَابِقَةٍ عَلَى الإِجْبَارِ، وَإِنَّمَا تَصُلُّ النُّوبَةُ إِلَى الْخَيْرِ إِذَا تَعَدَّدَ الإِجْبَارُ، وَبِمَا أَنَّهُ يَتَمَكَّنُ مِنْ الإِجْبَارِ فَلَا مَعْنَى لِلْخَيْرِ^(١).

وَمَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ الْأَنْصَارِيُّ ^{رحمه الله} من أنَّ الخيارَ فِي طُولِ الإِجْبَارِ لَيْسَ صَحِيحاً، وَإِنَّمَا الصَّحِيحُ أَنَّ الْخَيْرَ يَقْعُدُ فِي عَرْضِ الإِجْبَارِ فَهُمَا فِي عَرْضِ وَاحِدٍ، وَذَلِكَ إِذَا رَجَعْنَا إِلَى مَدْرَكِ الْخَيْرِ عَنْدَ تَخْلُفِ الشَّرْطِ _مِنْ أَنَّ لِلْمُشْرُوطِ لَهُ الْخَيْرِ إِذَا تَخْلُفَ الْمُشْرُوطُ عَلَيْهِ مِنْ إِعْمَالِ الشَّرْطِ_ نَجِدُ أَنَّ المَدْرَكَ مَرْدُدٌ بَيْنِ إِحْتِمَالَاتِ ثَلَاثَةٍ وَهِيَ:

الإِحْتِمَالُ الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ عِبَارَةً عَنِ الإِجْمَاعِ، أَيْ: قَامَ الإِجْمَاعُ عَلَى إِعْمَالِ الْخَيْرِ إِذَا تَخْلُفَ الْمُشْرُوطُ عَلَيْهِ مِنْ إِعْمَالِ الشَّرْطِ، فَإِذَا كَانَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ فَلَابْدُ مِنِ الْإِقْتَصَارِ عَلَى الْقَدْرِ الْمُتَقِنِ _بَاعْتِبَارِ أَنَّ الإِجْمَاعَ مِنَ الْأَدْلَةِ الْلُّبْيَّةِ_ وَالْقَدْرِ الْمُتَقِنِ مِنِ إِعْمَالِ الْخَيْرِ هُوَ فِي صُورَةِ عَدَمِ التَّمْكِنِ مِنِ الإِجْبَارِ، وَأَمَّا مَعَ التَّمْكِنِ مِنِ الإِجْبَارِ فَلَا يَقِينَ بِانْعِقَادِ الإِجْمَاعِ عَلَى ثَبَوتِ الْخَيْرِ، فَلَا مَحَالَةٌ يُثْبِتُ الْخَيْرُ بَعْدِ عَدَمِ التَّمْكِنِ مِنِ الإِجْبَارِ، وَهُنَا مَسْأَلَةُ الطَّوْلِيَّةِ الَّتِي ذَكَرَهَا الشَّيْخُ الْأَنْصَارِيُّ ^{رحمه الله} صَحِيحةً وَمَحْفُوظَةً، فَالْخَيْرُ يَقْعُدُ فِي طُولِ الإِجْبَارِ؛ لِأَنَّ الإِجْمَاعَ وَقَعَ عَلَى الْخَيْرِ فِي صُورَةِ عَدَمِ التَّمْكِنِ مِنِ الإِجْبَارِ، وَأَمَّا مَعَ التَّمْكِنِ مِنِ الإِجْبَارِ فَلَا إِجْمَاعٌ عَلَى الْخَيْرِ.

الإِحْتِمَالُ الثَّانِي: مِنَ الْمُحْتَمَلِ أَنْ يَكُونَ المَدْرَكُ فِي ثَبَوتِ الْخَيْرِ هُوَ قَاعِدَةُ (لَا

(١) المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري: ٦ / ٧٠

ضرر) وهذا ما تمسّك به الشيخ الأنصاري رحمه الله فهنا الخيار لا يثبت مع التمكّن من الإجبار أيضاً لأنّه مع تمكّنه من الإجبار لا يتوجّه عليه ضرر حتى يدفع بالختار، وهذا قال الشيخ الأنصاري رحمه الله: إنّ الخيار في طول الإجبار لا في عرضه.

ولكنّ الصحيح ليس المدرك لثبوت خيار تخلّف الشرط هو قاعدة (لا ضرر). الإحتمال الثالث: أن يكون المدرك لختار تخلّف الشرط هو الشرط الضمني، أي: أنّ من لا يعمل هذا الخيار فلا تقدّم على هذه المعاملة فالإقدام على هذه المعاملة تتضمن إعمال المشروط عليه بهذا الشرط، ولو لا هذا الشرط لما أقدمنا على هذه المعاملة، وبناءً على هذا يكون الخيار ثابتاً مع التمكّن من الإجبار، وتوضيح ذلك: إنّ التزام المشرط عليه بالشرط وإن كان متحققاً بحسب الحدوث؛ لذا نقول: بتحقق المعاملة والبيع لحصول ما عُلّق عليه إلّا لأنّه إن التزم بالشرط بحسب البقاء أيضاً فيلتزم المشرط له أيضاً بالمعاملة، وأمّا إذا لم يلتزم المشرط عليه بالشرط بحسب البقاء فللشرط له أن لا يفي بالتزامه بالمعاملة ولو حقّ الفسخ، فكما يجب الإلتزام بالشرط حدوثاً كذلك يجب الإلتزام بالشرط بقاءً، وعليه فيثبت الخيار للشرط له بمجرد عدم وفاء المشرط عليه بشرطه وعدم التزامه به بقاءً، ومعنى خياره هو كونه متمكّناً من رفع اليد عن التزامه، ومن الواضح إذا لم يلتزم المشرط عليه بالشرط بحسب البقاء لا داعي إلى الإلتزام بالشرط، فإذا كان يمكن إعمال الخيار فلا معنى لتقييد الخيار بعدم التمكّن من الإجبار، لأنّ هذه كلفة زائدة ولا دليل عليها.

هذا ما يمكن أن يُرَدَ به على الشيخ الأنصاري رحمه الله.

وأَمَّا النحو الثاني: وهو_ أن يكون شرط تجديد العقد مقابل مقدارٍ من المال على نحو شرط النتيجة_ فلقد إستشكل السيد الخوئي رحمه الله في صحته بدعوى أن الشرط المذكور باطلٌ؛ لأنَّه قد اشترط ثبوت الحقّ من دون تجديد عقد، ومن المحتمل أنَّ الحقّ لا يتولَّد إلَّا بتجديد العقد، أي: أن النتيجة المذكورة_ وهي ثبوت الحق_ لا تتحقق إلَّا بسبب خاص وهو تجديد العقد فهذا أمرٌ محتملٌ، ومعهُ كيف ثبت تحقق الحقّ بالإشتراط وحده بلا حاجة إلى تجديد العقد بعد الإلتفات إلى أنَّ الشرط ليس مشرّعاً؟^(١).

إن قلتَ: لم لا تتمسّك بعموم أو بإطلاق «ال المسلمين عند شروطهم»^(٢)، إذ هذا الحديث يرى لزوم الوفاء بالشرط من دون إختصاصه بشرط الفعل، بل يشمل شرط الفعل وشرط النتيجة أيضاً؟

قلتُ: هذا الحديث ناظرٌ إلى لزوم الوفاء بالشرط المشرع، وكأنَّه يقول: كُلُّ شرطٍ إذا كان مشرعاً في نفسه وفي رتبة سابقة فيجبُ الوفاء به ولا يجوز التخلفُ عنه، وأَمَّا إذا لم تكن مشروعية الشرط محزنة، فلا يُمْكِنُ آنذاك التمسك بحديث «ال المسلمين عند شروطهم» لإثبات اللزوم؛ لأنَّه يكون من قبيل التمسك بالعام في الشبهات المصداقية، نظير ما لو قيل (أعطي كُلَّ فقيرٍ درهماً) وشككنا في فقر شخصٍ، فلا يُمْكِنُ التمسك بالعموم المتقدّم لإثبات أنه فقيرٌ؛ لأنَّ الحكمَ لا يثبتُ

(١) المستند في شرح العروة الوثقى، كتاب الإجارة، أبو القاسم الخوئي: ٣٠ / ٢٨٨.

(٢) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٧ / ٢٣ / باب عقود البيع / الحديث ١٠.

موضوع نفسه، بل يقول دليلاً إذا ثبت أنّ هذا فقير فله درهم، وأمّا آنّه فقير بالفعل أو لا فهذا قضيّة لابد من إثرازها من الخارج وليس من عموم الدليل نفسه.

وهنا نقول: حديث «المسلمون عند شروطهم» يقول: كُلُّ شرطٍ صحيحٍ يكون لازماً، فلا بد من إثبات المشروعية والصحة في المرحلة الأولى، ثم بعد ذلك نتمسّك لإثبات اللزوم بهذا الحديث، وفي مقامنا لا نحرز تحقق ثبوت الحقّ بمجرد الإشارة، ونحتمل توقفه على تجديد العقد فلا يمكن آنذاك الحكم بصحة الشرط في النحو الثاني، وبالتالي لا يمكن الحكم بتحقق الحقّ بمجرد الإشارة، وهذا الكلام يجري في كُلِّ ما يمكن أن يكون من قبيل شرط النتيجة، وينحصر الشرط الصحيح بشرط الفعل فقط، وأمّا شرط النتيجة فباطلٌ، فلو قيل: (بعتك هذا بشرط أن يكون خاتمك ملكاً لي أو بشرط أن تكون دارك مستأجرة لي بكلّ مقدار من دون عقد إيجار) فإنّ كُلَّ هذا يُحكم بالبطلان؛ لأنّنا نحتمل توقف النتائج على العقد ولا يكفي في تتحققها الشرط، وما دمنا نحتمل ذلك فلا يمكن الحكم بتحقق النتائج المذكورة بالشرط؛ لأنّ الشرط ليس مشرّعاً، وأنّ الحديث المذكور ناضرٌ إلى إثبات لزوم الشرط الثابت المشروعية في المرحلة السابقة، فلو تمسّكنا بهذا الحديث لإثبات المشروعية لكان ذلك من قبيل التمسّك بالعام في الشبهة المصداقية وهو غير جائز، ولعلّه لهذا الإشكال لم يذكر السيد الخوئي عليه السلام في (مستحدثات المسائل) صياغة الشرطية بالشكل الثاني واقتصر في مسألة السرقفلية على الشكل الأول.

وما ذكره السيد الخوئي عليه السلام - من دعوى حديث «المسلمون عند شروطهم» لا

يدلُّ على إثبات المشرعية_ دعوى قابلة للمناقشة؛ إذ يُمكن أن يُقال: إن المستفاد من الحديث صحة كُلٌّ شرطٍ من الشروط بلا حاجة إلى أن تثبت صحته في مرتبة سابقة، بل كُلٌّ شرطٍ هو صحيحٌ فيكون لازماً، ونستفيدُ للزوم من الحديث بالدلالة المطابقية والمشرعية بالدلالة الإلتزامية، ولا حاجة إلى إثبات الصحة في رتبة سابقة ثم يأتي الحديث لإثبات اللزوم، بل كُلٌّ شيءٍ يجبُ الإلتزامُ به فهو صحيحٌ إلا ما خرج بالدليل، وهذا نظير ما يُذكر في قوله تعالى: **﴿أَوْفُوا
بِالْعُقُودَ﴾**^(١)، فإنَّ السيد الصدر عليه السلام ذهب إلى أنَّ الآية الكريمة لا تدلُّ على تشرعِ ما لم تثبت شرعيته، بل تدلُّ على أنَّ العقد الثابت الشرعي من الخارج هو الذي يكون لازماً على الطرفين، فهي ناظرةٌ إلى الإلزام، ولكن بعقدٍ مشروعٍ لا أنَّ الآية الكريمة تشرعُ مشروعية العقد، فالعقدُ إذا كان شرعاً فهنا يجبُ الوفاء به^(٢)، وعلى هذا الأساس يُشكلُ التمسّك بالآية في العقود المستحدثة والجديدة؛ لأنَّه على هذا الرأي لم ترد الآية لتشريع العقد وامضائه، بل تدلُّ على اللزوم على ما كان مشروعًا والخلُّ أَنَّنا نشكُّ في مشروعية العقود الجديدة، وهذا الكلامُ نفسهُ قيل في حديث **«المسلمون عند شروطهم»**.

إلا أنَّ الجوابَ واضحٌ، وهو أنَّ نقول: إنَّ الآية المباركة وكذلك الحديث يدلان على شرعية وامضائه كُلٌّ شرطٍ أو عقدٍ بالالتزام، ويدلان على اللزوم بالدلالة المطابقية، ولا يدلان على لزوم ما ثبتت مشروعيته في رتبة سابقة فقط، وإنَّما يُستفادُ

(١) المائدة: ١.

(٢) اقتصادنا، محمد باقر الصدر: ٨٦٢.

اللزوم بالدلالة المطابقية و تستفاد المشرعية بالدلالة الإلتزامية ولا معنى للتفكير بين الدلالتين.

وعلى هذا الأساس لا إشكال في السرقفلية في النحو الثاني، وعليه يمكن صياغة تجدد الحق مقابل مقدار من المال، إما على نحو شرط التبيجة أو على نحو شرط الفعل.

وأما بالنسبة إلى السؤال الثالث: _ وهو أن المشرط عليه إذا امتنع بها ألتزم به فكان الشرط أمراً قابلاً للنيابة كالإنسانيات نظير بيع الشيء أو هبته _ فلم يثبت أن للحاكم الشرعي ولاية على الممتنع؛ لعدم الدليل عليه.

المحور الخامس: وجوب تخميس حق السرقفلية

إن حق المطالبة بالسرقفلية هل يدخل في ضمن أرباح السنة فيجب تخميسها أو لا؟

الجواب: إذا فرض أن المستأجر الأول له حق المطالبة بالسرقفلية من المستأجر الثاني، ففي مثل ذلك إذا آجر العين على المستأجر الجديد وأخذ مقدار السرقفلية، فلا إشكال في أن هذا ربحٌ جديدٌ يجب تخميسه في نهاية السنة كسائر الأرباح التي يحصل عليها الإنسان، وهذا المعنى واضحٌ، وإنما الكلام في ما إذا لم تؤجر العين على المستأجر الجديد (الثاني) ولكن كان للمستأجر الأول _ مثلاً_ الحق في الإيجار باعتبار أن المالك الأصلي قد أذن له في إعمال السرقفلية مع غيره _ فهنا يكون لل المستأجر الأول الحق في إيجار المحل وأخذ السرقفلية من المستأجر الثاني، وفي نهاية

السنة إذا أراد أن يحسب أرباحه، فهل يُقدّر قيمة حق السرقة بـ٥% كـ٥% من إجمالي الأرباح أو لا يجب عليه تخفيضه؟ لأنّه بعد لم يتحول حق السرقة إلى مال؟ ذكر السيد الخوئي ^{عليه السلام} أنّ هذا الحق يجب تخفيضه قال ما نصّه: (وإذا كان للمستأجر حق في أخذ السرقة من غيره وإن لم يرض المالك به كان ذلك من أرباح التجارة وجب إخراج خمسه بقيمتها وربما زادت القيمة وربما نقصت وربما ساوت ما دفعه) ^(١).

وتوضيحة: يوجد هناك مبني عند السيد الخوئي ^{عليه السلام} يتمسّك به في باب (الخمس) وهو لزوم تخفيض مال التجارة، وذكر أنّ هذا الحق هو من جملة الأرباح باعتبار أنه يُقابل بالمال عرفاً، بل هو مال، غايتها ليس مالاً نقداً لأنّه لم يتحول هذا الحق بالفعل بعد ولعل قيمة مرتفعة بلحاظ ما سبق، والمعارف في يومنا هذا قد يأخذ المستأجر الأول المحل بسرقة مقدارها مليون دينار، ثم في نهاية السنة ترتفع إلى خمسة ملايين، وفي مثل ذلك يلزم أن يُقوم الحق المذكور بمقدار قيمته الفعلية.

والسيد الخوئي ^{عليه السلام} في هذه الفتوى كانه أطلق تخفيض هذا المال إلا أنّ في كتاب (الخمس) لديه تفصيل في تخفيض مال التجارة بين كون مال التجارة يزيد عن مؤنة أرباحه وبين عدم زيادة ماله التجاري عن مؤنة أرباحه، وعليه يلزم تقييد المسألة السابقة - وهي ما كانت تتضمن لزوم تخفيض حق السرقة - بما إذا زادت القيمة عن مقدار مؤنة السنة، فإنّ حق السرقة يُعد من جملة رأس السنة - فيما إذا كان المحل اخذ للتكسب والتجارة - فيلحظه حكم رأس المال، والسيد الخوئي ^{عليه السلام} يختار

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: المعاملات: ٩٤ / مسألة ٤٤٥.

في رأس المال وجوب تخميس رأس المال بالمقدار الزائد عن المؤونة السنوية، فلو فرض أنّ مجموع رأس المال عشرون مليون ومقدار المؤونة السنوية مليون فيلزٌ مُعليه تخميس تسعة عشر مليون، هكذا ذكر.

لكن الصحيح عدم وجوب الخمس؛ لأنّ الإنسان كما يحتاج إلى أكل وشرب وسيارة ويعدُّ كلّ ذلك من المؤونة فكذلك إتخاذ مقدار من المال للتكميل به بالمقدار اللائق بالإنسان يعدُّ من المؤونة عرفاً، والقاعدة تقول: يجب إستثناء المؤونة من وجوب الخمس، فرأس المال إذا كان بالمقدار الذي يليق بحاله يعدُّ من المؤونة نظير الأكل والشرب والمؤونة لا خمس فيها.

إن قلت: إن شرط صدق المؤونة الصرف وعدم بقاء الشيء على حاله، وهنا رأس المال هو باقٍ على حاله من دون صرف ولا إستهلاك، لأننا قلنا إن له الحق ولم يُفعّل هذا الحق بعد، والمؤونة منوطة بالصرف، وعليه لا يصدق على هذا الحق ما دام لم يتحول إلى مال بالفعل أنه من المؤونة.

قلت: إن عنوان المؤونة لا يقوم بالصرف، والشاهد أن مثلاً السيارة هي باقية على حالها وأموال باقية على حالها، والحال أن الجميع متفق على صدق عنوان المؤونة عليها، فمن أين تقول إن المؤونة منوطة بالصرف؟

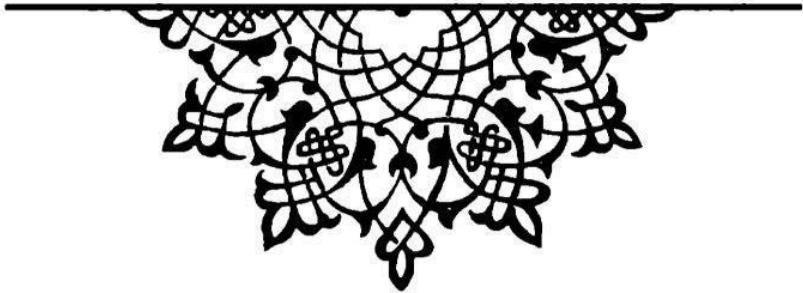
إن قلت: نسلّم المؤونة غير متقوّمة بالصرف، ولكن تكون متقوّمة بالإستخدام فالثلاثة يستفاد منها في البيت وهذا إستخدام، والمؤونة متقوّمة إما بالصرف أو الإستخدام الفعلي، وبما أن كلا الأمرين منتفي عن حق السرقفلية

فلا هو صرف ولا هو إستخدام، بل هو مجرد حق ولم يُفعّله صاحبه، فلا يصدق عنوان المؤونة عليه.

قلت: يصدق أحياناً عنوان المؤونة بلا إستخدام فعلي، كما في المنظر الجميل الموضوع في المجلس فإن قيمته عالية، أو بعض التحف المعروضة للعرض؛ إذ يوضع للنظر والزينة فقط ولا يوجد إستخدام فعلي، فإذا كان يطلق عليها إستخدام فليكن حق السرقة ملية مستخدماً استخداماً فعلياً، ولكن بنحو مناسب، أي: كما أن إستخدام المنظر الجميل بعرضه وبرؤيته فكذلك إستخدام حق السرقة يكون بإبقاءه ليتمكن من الإستفادة من المحل التجاري.



المصادر



المصادر

القرآن الكريم خير ما نبتدئ به.

- ١- أجود التقريرات، أبو القاسم الخوئي، تقرير بحث محمد حسين النائيني، تحقيق ونشر مؤسسة صاحب الأمر عجل الله فرجه، رجب، الطبعة الثانية: ١٤٣٠
- ٢- أحكام البيع في الشريعة الإسلامية الغراء، جعفر السبحاني، نشر مؤسسة الإمام الصادق عاشقان قم، إيران، الطبعة الأولى ١٤٢٩ هـ.
- ٣- إدارة العمليات المصرفية، خالد وهيب الرواи، دار المناهج للنشر والتوزيع، بغداد: ٢٠١٦ م.
- ٤- إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، الميرزا جواد التبريزي، مؤسسة إسماعيليان، قم، إيران، الطبعة الثالثة: ١٤١٦ هـ.
- ٥- إقتصادنا، محمد باقر الصدر، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان: ١٩٨٢ م.
- ٦- الإجارة، الشيخ محمد حسين الأصفهاني، دار الكتب الإسلامية، النجف الأشرف: عام ١٤٧٥ هـ.

- ٧- الإجتهد والحياة، محمد حسين فضل الله و محمد مهدي شمس الدين (وآخرون)، إعداد محمد الحسيني، مركز الغدير للدراسات والنشر، إيران، الطبعة الثانية: ١٩٩٧ م.
- ٨- الإحتجاج، أبو منصور أحمد بن علي بن أبي طالب الطبرسي، دار القيم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤٣١ / ٥٢٠١٠ م.
- ٩- الإستبصار، الشيخ محمد بن الحسن الطوسي، طبعة دار الأضواء، الطبعة الأولى: ١٤٣١ / ٥٢٠١٠ م / الطبعة التي تضم الكتب الأربعة.
- ١٠- البشارة في شرح الإجارة، يوسف أحمد الإحسائي، تقريرًا لبحث الشيخ محمد باقر الإيرواني، الناشر: مؤسسة أم القرى للتحقيق والنشر، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان.
- ١١- البنك الالاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر، الناشر: دار التعارف للمطبوعات، الطبعة الثالثة: ١٤٣٢ / ٥٢٠١١ م.
- ١٢- البنوك، محمد إسحاق الفياض، الناشر دار البذرة، الطبعة الخامسة: ١٤١٣ / ٥٢٠١١ م.
- ١٣- التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، وهبة بن مصطفى الزحيلي، بيروت، دمشق، دار الفكر المعاصر، الطبعة الثانية: ١٤٢٨ هـ.
- ١٤- التنقیح في شرح العروة الوثقی، علي الغروی، تقریر بحث السيد أبو القاسم الخوئی، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی، قم، إیران: ١٤٢٢ هـ.
- ١٥- التنقیح في شرح المکاسب، أبو القاسم الخوئی، مؤسسة إحياء آثار الإمام

الخوئي، الطبعة الأولى: ١٤٢٥ / ٥ ٢٠٠٥ م.

١٦- الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، يوسف بن أحمد بن إبراهيم آل عصفور البحرياني، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين بقم المشرفة، إيران، الطبعة الأولى: ١٤٠٥ هـ.

١٧- الحقوق المدنية، حسن إمامي، كلية الحقوق في جامعة طهران (بلا تاريخ).

١٨- الخصال، الشيخ الصدوق، تحقيق علي أكبر الغفاري: ١٣٨٩ هـ.

١٩- الخلاف، محمد بن الحسن الطوسي، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين في الحوزة العلمية، قم، إيران، الطبعة الخامسة، سنة ١٤١٨ هـ.

٢٠- الدروس الفقهية، كمال الحيدري، بحوث في طهارة الإنسان، رقم: ٢٠ و ٣٢ و ٣٥ و ٥٣؛ بحوث في فقه المرأة، رقم الدرس ١٤ / والمنشورة على الموقع الرسمي.

٢١- الرافد في علم الأصول، منير الخباز القطيفي، تقرير بحث السيد السيستاني، الناشر: مكتبة آية الله العظمى السيد السيستاني، الطبعة الأولى بتاريخ جمادى الآخرة: ١٤١٤ هـ.

٢٢- الربا، السيد علي الحسيني السيستاني، بقلم السيد هاشم هاشمي، الناشر إسماعيليان، الطبعة الأولى: ١٤٤٠ هـ.

- ٢٣- الرجال، محمد بن الحسن الطوسي، تحقيق: جواد القيومي الأصفهاني، مؤسسة النشر التابعة لجامعة المدرسين، قم، إيران، عام ١٤١٥ هـ.
- ٢٤- العروة الوثقى، محمد كاظم اليزدي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين بقم المشرفة.
- ٢٥- العروة الوثقى، السيد محمد كاظم اليزدي مع تعليقه الميرزا محمد حسين النائيني، مطبعة صيدا، عام ١٣٤٩ هـ.
- ٢٦- الغيبة، محمد بن الحسن الطوسي، تحقيق الشيخ عماد الله الطهراني والشيخ علي أحمد ناجح، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، إيران، الطبعة الأولى: ١٤١١ هـ.
- ٢٧- الفتاوى الجديدة، الميرزا جواد التبريزى، قم، دار الإعتماد للطباعة والنشر، الطبعة الأولى: ١٤١٧ هـ.
- ٢٨- الفتاوى الجديدة، ناصر مكارم الشيرازي، قم، منشورات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب عليهما السلام، الطبعة الثالثة: ١٤٢٧ هـ.
- ٢٩- الفقه الإستدلالي (قبال المكاسب)، محمد باقر الإيرواني، الناشر: دار البذرة في النجف الأشرف، الطبعة الثالثة، السنة: ١٤٣٥ هـ / ٢٠١٤ م.
- ٣٠- الفقه والمصلحة، أبو القاسم علي دوست، نشر دار المعارف العلمية، بيروت، لبنان، عام: ١٤٣٨ هـ / ٢٠١٧ م.
- ٣١- القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (بدون تاريخ).
- ٣٢- الكافي، محمد بن يعقوب الكليني، طبعة دار الأضواء للطباعة والنشر،

تحقيق العلامة محمد جواد الفقيه، فهرست وتصحيح الدكتور يوسف البقاعي،

الطبعة الثانية: ١٤٣١ / ٢٠١٠ م الطبعة التي تضم الكتب الأربعة.

٣٣- المباني الأصولية في فقه المسائل المستحدثة، شهاب الدين أحمد علي،

الناشر: مكتبة الأبرار، مطبعة عاشوراء: ١٤٤٢ هـ.

٣٤- المباني في شرح العروة الوثقى، محمد تقى الخوئي، تقرير بحث السيد أبو

القاسم الخوئي، نشر مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، الطبعة الثالثة: ١٤٢٦ / ٥

م ٢٠٠٥

٣٥- المبسوط في فقه الإمامية، محمد بن الحسن الطوسي، تحقيق محمد تقى الكشفي، المكتبة الرضوية لإحياء الآثار الجعفرية.

٣٦- المسائل الشرعية، أجوبة إستفتاءات أبو القاسم الخوئي ، الناشر: مؤسسة الخوئي الإسلامية، الطبعة الخامسة تأريخ الطبع: ١٤٢٤ / ٥ م ٢٠٠٣

٣٧- المسائل المستحدثة، محمد صادق الروحاني، مراجعة وإخراج العلامة ضياء السيد عدنان الخباز القطيفي، الطبعة السادسة

٣٨- المستند في شرح العروة الوثقى، مرتضى البروجردي، تقرير بحث السيد الخوئي، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، الطبعة الثانية: ١٤٢٦ / ٥ م ٢٠٠٥

٣٩- المكاسب، مرتضى الأنصاري، إعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، الناشر: مجمع الفكر الإسلامي، الطبعة السادسة عشر، ١٤٣١ هـ.

٤٠- المناهٰل، محمد بن علي بن محمد علي ابن أبي المعالي الطباطبائي الحائرى،

إيران: ١٢٣٦ هـ.

- ٤١- بحوث فقهية، السيد عز الدين بحر العلوم، تقرير بحث الشيخ حسين الحلي، مؤسسة المنار (بدون).
- ٤٢- بحوث فقهية معاصرة، ضياء الدين زين الدين، تقريراً لبحث الشيخ بشير حسين النجفي، المطبعة الرائد، الطبعة الثانية: ١٤٣٠ هـ / ٢٠٠٩ م.
- ٤٣- بحوث فقهية هامة، ناصر مكارم الشيرازي، الناشر: مدرسة الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام قم، إيران، الطبعة الثانية: ١٤٢٨ هـ.
- ٤٤- بحوث في الفقه (الخمس) محمود الهاشمي (نقطة عن السيد الصدر) مؤسسة دار الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية: ١٤٢٥ هـ.
- ٤٥- بحوث في الفقه الزراعي، محمود الهاشمي، مؤسسة دائرة المعارف الفقه الإسلامي وفق مذهب أهل البيت عليهم السلام قم، إيران، الطبعة الأولى: ١٤٢٦ هـ.
- ٤٦- بحوث في الفقه المعاصر، الشيخ حسن الجواهري، دار الذخائر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.
- ٤٧- بحوث في شرح العروة الوثقى، محمد باقر الصدر، إعداد وتحقيق لجنة التحقيق التابعة لمؤتمر الشهيد الصدر، الطبعة الأولى، تاريخ الطبع: ١٤٢١ هـ.
- ٤٨- بحوث في علم الأصول، محمود الهاشمي، تقرير بحث السيد محمد باقر الصدر، الناشر: دائرة معارف الفقه الإسلامي، الطبعة الرابعة: ١٤٣١ هـ / ٢٠١٠ م.
- ٤٩- تاج العروس، الزبيدي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت:

١٤١٤ / ١٩٩٤ م.

- ٥٠ - تحرير المجلة، محمد حسين كاشف الغطاء، الناشر: مؤسسة الإمام الصادق عَلَيْهِ الْكَلَمُ.
- ٥١ - تحرير الوسيلة، روح الله الخميني، المطبعة الآداب، النجف الأشرف، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة: ١٣٩٠ هـ.
- ٥٢ - تذكرة الفقهاء، الحسن بن يوسف الحلي، تحقيق ونشر آل البيت لإحياء التراث، قم، إيران، الطبعة الأولى: ١٤١٤ هـ.
- ٥٣ - تعاليق مبسوطة، محمد إسحاق الفياض، ملتقى إيران.
- ٥٤ - تعليقة على المكاسب، الميرزا علي الإيرواني الغروي، طبع في طهران بمطبعة رشدية بالأفست، الطبعة الثانية: ١٣٧٩.
- ٥٥ - تعليقة على المكاسب، السيد عبد الحسين الاري، المحقق: اللجنة العلمية للمؤتمر، مؤسسة المعارف الإسلامية، الناشر: مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، إيران.
- ٥٦ - تقريرات البحث الفقهي، محمد باقر الإيرواني، موقع مدرسة الفقاها، ٢٢ ربيع الأول: ١٤٣٦ هـ / ٢٥ ربيع الأول: ١٤٤٠ هـ.
- ٥٧ - تهذيب الأحكام، محمد بن الحسن الطوسي، دار الأضواء للطباعة والنشر، تحقيق العلامة الشيخ محمد جواد الفقيه، فهرست وتصحيح الدكتور يوسف البقاعي، الطبعة الثانية: ١٤٣١ هـ / ٢٠١٠ م / الطبعة التي تضم الكتب

الأربعة.

٥٨- ثواب الأعمال، محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي، منشورات المطبعة الحيدرية_النجف الأشرف_١٣٩٢ هـ.

٥٩- جامع البيان عن تأويل آي القرآن، أبو جعفر محمد بن جرير، تقديم: خليل الميس، ضبط وتوثيق وتحريج: صدقى جميل العطار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان: ١٤١٥ هـ / ١٩٩٥ م.

٦٠- جامع الرواية، محمد بن علي الأردبيلي، طبع في دار الأصوات، بيروت، لبنان، ١٤٣٠ هـ.

٦١- جامع الشتات، الميرزا القمي، الناشر: مؤسسة كيهان، تاريخ الطبع ١٤١٣ هـ / طهران، إيران.

٦٢- جامع المسائل، محمد فاضل اللنكراني، قم، مطبعة أمير، الطبعة الخامسة: ١٣٧ هـ. ش.

٦٣- جامع المقاصد في شرح القواعد، الشيخ علي بن الحسين الكركي، المعروف بـ(المحقق الثاني) تحقيق ونشر: مؤسسة آل البيت للإحياء التراث، قم، إيران، الطبعة الثانية، عام ١٤١٤ هـ.

٦٤- جواهر الكلام، محمد حسن النجفي، الناشر: دار الكتب الإسلامية، المطبعة خورشيد آخوند، الطبعة الثالثة: عام ١٢٦٦ هـ.

٦٥- حاشية المكاسب، محمد حسين الغروي الأصفهاني، منشورات مجمع الذخائر الإسلامية، قم، إيران.

- ٦٦ - حاشية مجمع الفائدة والبرهان، الوحيد البهبهاني، تحقيق مؤسسة العالمة المجدد الوحيد البهبهاني، الطبعة الأولى سنة الطبع: صفر المظفر: ١٤١٧ هـ / المطبعة أمير، الناشر: منشورات مؤسسة العالمة المجدد الوحيد البهبهاني.
- ٦٧ - دراسات في المكاسب المحرمة، حسين علي المتضري، الطبعة الأولى، مكتب آية الله العظمى المتضري، قم، ١٤١٧ هـ.
- ٦٨ - دروس في علم الأصول، محمد باقر الصدر، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين في قم.
- ٦٩ - رجال النجاشي، أبو العباس أحمد بن علي بن أحمد بن العباس الأستاذ الكوفي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، إيران، الطبعة الخامسة: ١٤١٦ هـ.
- ٧٠ - رسالة في رعاية المصالح، سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنفي، تحقيق: أحمد عبد الرحيم الساigh، الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الأولى: ١٩٩٣ م.
- ٧١ - صراط النجاة، أجوبة إستفتاءات لسماحة آية الله العظمى السيد أبو القاسم الخوئي مع تعليقات وملحق لسماحة آية الله العظمى الشيخ جواد التبريزى، مركز التوزيع: المركز الثقافى أمين، قم، الطبعة الأولى عام: ١٤١٨ هـ.
- ٧٢ - صراط النجاة، الميرزا جواد التبريزى، قم، دار الصديقة الشهيدة، الطبعة الأولى: ١٤٢٧ هـ.
- ٧٣ - عوائد الأيام، أحمد بن محمد بن مهدي النراقي، تحقيق مركز الأبحاث

والدراسات، نشر مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي، قم، إيران، الطبعة الأولى: ١٤١٧ هـ.

٧٤- عيون أخبار الرضا، محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي، تحقيق: الشيخ حسين الأعلمي، مؤسسة الأعلمي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤٠٤ هـ.

٧٥- غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع، السيد أبي المكارم حمزة بن علي بن زهرة الحلبي المعروف بابن (زهره)، مؤسسة الإمام الصادق علیه السلام، قم، الطبعة الأولى: ١٤١٧ هـ.

٧٦- فقه الإمام الصادق علیه السلام، محمد جواد مغنية، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر، قم.

٧٧- فقه الإمامية، الميرزا حبيب الله الرشتبي، كتاب فروسي داوري: ١٤٠٧ هـ.

٧٨- فقه البنوك، محمد باقر الإيرواني، مؤسسة أم القرى للطباعة والنشر: ١٤٣٧ هـ.

٧٩- فقه العقود، كاظم الحائري، الناشر: مجمع الفكر الإسلامي، قم، الطبعة الأولى: ١٤٢١ هـ.

٨٠- فقه المسائل المستحدثة، علي عباس الموسوي، الإعداد معهد الفقه والحقوق، قم، الطبعة الأولى: ١٤٣٠ هـ / ٢٠٠٩ م.

٨١- فقه المصارف والنقود، مصطفى الأسكندرى، تقرير بحث الشيخ محمد السندي، الناشر: محبي، قم، إيران: ١٤٤٠ هـ / ٢٠١٨ م.

- ٨٢- فقه المصلحة، حيدر حب الله، دار روافد للطباعة والنشر والتوزيع،
بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤٤٠ / ٥٢٠١٩ م.
- ٨٣- فلسفة الفقه والمقاصد، عبد الجبار الرفاعي، مطبعة دار الهادي، بيروت،
لبنان: ١٤٢٨ هـ.
- ٨٤- فهرست كتب الشيعة، محمد بن الحسن الطوسي، تحقيق السيد عبد العزيز
الطباطبائي التابعه لمكتبة المحقق الطباطبائي، إيران، الطبعة الأولى: ١٤٢٠ هـ.
- ٨٥- فوائد الأصول، محمد علي الكاظمي، تقريراً لبحث الشيخ النائيني،
مؤسسة النشر الإسلامي التابعه لجماعة المدرسين، قم، إيران، الطبعة الخامسة.
- ٨٦- فوائد البنك حلال أم حرام، حسين سعيد عبد البر (بدون مشخصات).
- ٨٧- قراءات فقهية معاصرة، محمود الهاشمي، الناشر: مركز أهل البيت علیه السلام
للفقه والمعارف الإسلامية، الطبعة الأولى: ١٤٣٣ / ٥٢٠١٠ م.
- ٨٨- قطرات من براق بحر العلوم وشذرات من عقدها المنظوم، محمد كاظم
الخراساني، سنة الطبع: ١٣٣١ هـ.
- ٨٩- كتاب البيع، روح الله الموسوي الخميني، مؤسسة النشر الإسلامي التابعه
لجماعة المدرسين، إيران، الطبعة الخامسة: ١٤١٥ هـ.
- ٩٠- كتاب العين، الخليل الفراهيدي، ترتيب أسعد الطيب، طبعة إيران: ١٤١٤
هـ.
- ٩١- كفاية الأصول، محمد كاظم الخراساني، الناشر: مجمع الفكر الإسلامي،

الطبعة الثانية، قم، إيران: ١٤٣٢ هـ.

٩٢ - *كلمات سديدة في مسائل جديدة*، محمد اليزيدي، طبعة مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٤١٥ هـ.

٩٣ - *كمال الدين وتمام النعمة، الشيخ الصدوق*، تحقيق علي أكبر الغفاري، مؤسسة النشر الإسلامي.

٩٤ - *لسان العرب*، ابن منظور الأفريقي، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم المصري، نشر أدب الحوزة، قم، طهران: ١٤٠٥ هـ.

٩٥ - *مباني تكملة منهاج الصالحين*، أبو القاسم الخوئي، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، قم، إيران، عام ١٤٢٢ هـ.

٩٦ - *مجلة الإجتهد والتجديـد*، تصدر عن مركز الدراسات الفقهية المعاصرة في بيروت، العدد الثاني، السنة الأولى: ١٤٢٧ هـ / ٢٠٠٦ م.

٩٧ - *مجلة الفكر الإسلامي*، مجلة فصلية يصدرها مجمع الفكر الإسلامي، محرر ربيع الأول، العدد الحادي عشر: ١٤٢٢ هـ.

٩٨ - *مجلة الفكر الإسلامي*، عقد الصيانة وتكيفها الفقهي، محمد علي التسخيري، العدد ١١.

٩٩ - *مجلة رسالة الثقلين*، تصدر عن المجمع العالمي لأهل البيت عليهم السلام، العدد الثامن والتاسع، السنة الثانية: ١٩٩٧ م.

١٠٠ - *مجلة فقه أهل البيت عليهم السلام*، مجلة فقهية تخصصية فصلية تصدر عن مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام العدد الأول

والعدد السابع.

١٠١ - مجمعُ البحرين، فخر الدين الطريحي، نشر المكتبة المرتضوية، طهران، إيران، الطبعة الثانية: ١٣٩٥ هـ.

١٠٢ - محاضراتُ في الفقه الجعفري، أبو القاسم الخوئي، بقلم السيد علي الهاشمي الشاهرودي، مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٤١٧ هـ.

١٠٣ - مختلفُ الشيعة في أحكام الشريعة، جمال الدين الحسن بن يوسف بن المطهر، تصحيح وتقديم: حسن حسن زاده آملي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، إيران، الطبعة السادسة: ١٤١٦ هـ.

١٠٤ - مسالكُ الإفهام إلى تنقية شرائع الإسلام، زين الدين الجباعي العاملي، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، إيران، الطبعة الثالثة: ١٤٢٥ هـ.

١٠٥ - مستدركُ الوسائل، الميرزا حسين النوري، تحقيق مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، الطبعة الأولى: ١٤٢١ هـ.

١٠٦ - مستمسك العروة الوثقى، محسن الحكيم، الناشر: مكتبة السيد المرعشي: ١٤٠٤ هـ.

١٠٧ - مستندُ تحرير الوسيلة، روح الله الموسوي، تقرير أحمد المطهري، نشر مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني: ١٤١٨ هـ.

١٠٨ - مصباحُ الأصول، محمد سرور الوعظي، تقرير بحث أبو القاسم

- الخوئي، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، الطبعة الثانية: ١٤٢٦ / ٥ / ٢٠٠٥ م.
- ١٠٩ - مصباح الفقاهة، محمد علي التوحيدى، تقريرات بحث السيد أبو القاسم الخوئي، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر: ١٤١٧ هـ.
- ١١٠ - مصباح الفقيه، أغا محمد رضا الهمداني، التحقيق: محمد الباقري - نور علي النوري - محمد الميرزائي، نشر: المؤسسة الجعفرية لإحياء التراث.
- ١١١ - معانى الأخبار، محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي، تصحیح على أكبر الغفاری، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسین، قم، إیران: ١٩٨٢ م.
- ١١٢ - معجم رجال الحديث، السيد الخوئي، الطبعة الخامسة: ١٤١٣ هـ.
- ١١٣ - معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق وضبط عبد السلام محمد بن هارون، دار الحياة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٩٩١ م.
- ١١٤ - مقاربات في التجديد الفقهي، يوسف الصانعي، ترجمة وإعداد وتقديم حيدر حب الله، مؤسسة الإنتشار العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: عام ٢٠١٠ م.
- ١١٥ - مقاصد الأحكام الشرعية وغاياتها، محمد علي آيازي، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي.
- ١١٦ - من لا يحضره الفقيه، محمد بن علي بن بابويه الصدوق، مطبعة دار الأضواء، تحقيق العلامة محمد جواد الفقيه، فهرست وتصحيح الدكتور يوسف

البقاعي، الطبعة الأولى: ١٤٣١ هـ / ٢٠١٠ م / الطبعة التي تضم الكتب الأربعة.

١١٧ - منهاج الصالحين، السيد الخوئي، دار البذرة للطباعة والنشر، النجف الأشرف.

١١٨ - منهاج الصالحين، السيد السيستاني، دار المؤرخ العربي، بيروت، حارة حريك، الطبعة الثانية: ١٤٣٨ هـ / ٢٠١٧ م.

١١٩ - منهاج الصالحين، السيد محمود الهاشمي، الناشر: مؤسسة الفقه ومعارف أهل البيت ~~عليهم السلام~~ الطبعة الخامسة: ١٤٣٣ هـ / ٢٠١٢ م.

١٢٠ - منيةُ الطالب في شرح المكاسب، موسى النجفي الخونساري، تقرير بحث الميرزا النائيني، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين، إيران، الطبعة الأولى: ١٤١٨ هـ.

١٢١ - مهذبُ الأحكام، السيد عبد الأعلى السبزواري، مؤسسة المنار، تاريخ الطبع: ١٤١٣ هـ.

١٢٢ - نهايةُ الأفكار، محمد تقى البروجردي، تقرير بحث الشيخ أغا ضياء الدين العراقي، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الرابعة: ١٤٢٢ هـ.

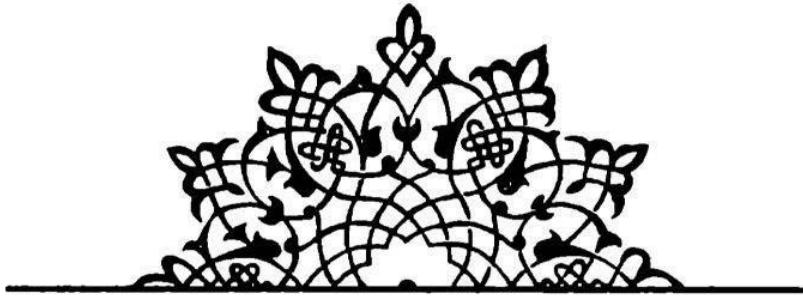
١٢٣ - وسائلُ الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، محمد بن الحسن الحر العاملي، تحقيق مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، قم، إيران، الطبعة الثالثة: ١٤٢٩ هـ / ٢٠٠٨ م.

١٢٤ - ومضات، محمد باقر الصدر، ضمن موسوعة الإمام الشهيد محمد باقر

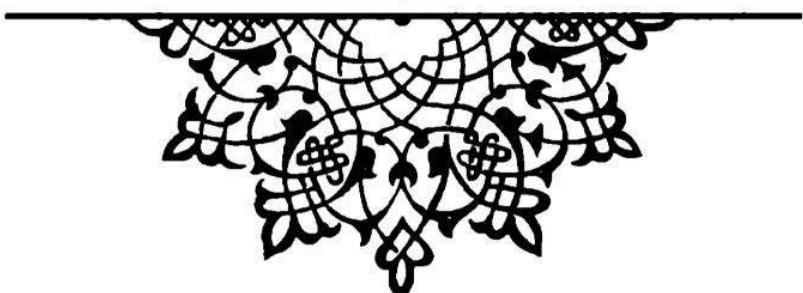
٦١٠ بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة

الصدر (طبعة المؤتمر العالمي) نشر دار الصدر، الطبعة الأولى: ١٤٢٩ هـ.

مكتبة



الفهرست



الفهرست

5	المقدمة:.....
٧	منهجنا العام في العُقود المستحدثة.....
٧	المحور الأول: هناك منهجان في تكيف العُقود المستحدثة.....
٧	مناهج التخرج:.....
٩	الفارقُ بين المنهجين من الناحية التطبيقية:.....
١٥	النقطةُ الأولى: أدلة إثبات التعميم لطلق العُقود المتعارفة والمستحدثة:....
٢٨	النقطةُ الثانية: المؤاخذاتُ على إختصاص أدلة المعاملات بالعقود المتعارفة: ..
٣٥	المحورُ الثاني: مدخلية العُقود المالية للشكل أو المضمون
٣٥	أولاًً: الإتجاهات الفقهية في العُقود المالية:.....
٣٨	ثانياً: المعالجات الفقهية للعقود الشكلية:.....
٤٥	المحورُ الثالث: حضور ملاكات الأحكام في باب المعاملات ..
٥٣	المحورُ الرابع: تأثير الرضا الباطني في صحة المعاملات المستحدثة
٥٣	النقطةُ الأولى: كفاية الرضا الباطني في مشروعية العقود المستحدثة
٥٣	الأنموذجُ الأول: الودائع المصرفية:.....

..... ٦١٤	بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة
..... ٥٧	الأنموذجُ الثاني: أوراقُ اليانصيب:
..... ٥٩	الأنموذجُ الثالث: بيعُ الأسهم المحرّمة:
..... ٦٠	ثانياً: مناقشة كفاية الرضا الباطني في تصحيح بعض العقود المستحدثة
..... ٦٥	أقسامُ البنوك.....
..... ٦٧	القسمُ الأول: البنوكُ الأهلية.....
..... ٦٨	التخريجاتُ الفقهيةُ لحليةِ الإقراضِ من المصارفِ الأهلية:
..... ٦٩	التخريجُ الأول: البيعُ بشرطِ القرض.....
..... ٨٤	التخريجُ الثاني: بيعُ العملةِ بجنسها.....
..... ١٠٠	التخريجُ الثالث: بيعُ العملةِ بغيرِ جنسها.....
..... ١٠٥	التخريجُ الرابع: البيعُ إلى البائعِ الأول مع زيادةِ في الثمن.....
..... ١٠٧	التخريجُ الخامس: الفائدة مقابل الإقراض.....
..... ١١٥	التخريجُ السادس: البيعُ مع الضميمة.....
..... ١١٦	التخريجُ السابع: الفوائدُ غير الموصوفة بائنها أضعافُ مضاعفةُ.....
..... ١٢٠	التخريجُ الثامن: بيعُ المراحلة.....
..... ١٢٢	محاولة لضبط التخريجات المتقدمة:
..... ١٢٩	القسمُ الثاني: البنوكُ الحكومية.....

الفهرست.....	٦١٥.....
المقام الأول: تحقيق الحال في مالكية الدولة.....	١٣١.....
الدليل الأول: التمسك بالارتكاز العقائي الممضى شرعاً.....	١٣٢.....
الدليل الثاني: ما يقبل الملك يقبل ترتيب الآثار ارتكازاً.....	١٤٠.....
الدليل الثالث: التمسك بالاطلاق المقامي.....	١٤٢.....
الدليل الرابع: التمسك بإطلاق قوله تعالى: ﴿أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾.....	١٤٧.....
الدليل الخامس التمسك بأدلة الوقف.....	١٥٢.....
الدليل السادس: التمسك بمبدأ ولاية الفقيه	١٥٤.....
الدليل السابع: التمسك بآثار الشخصيات المعنوية.....	١٥٧.....
الدليل الثامن: عدم الفرق بين ملكية الأشخاص والعناوين المعنوية	١٦٠.....
الدليل التاسع: التمسك بفكرة الشرط الإرتكازي.....	١٦١.....
الدليل العاشر: التمسك بفكرة الحرج النوعي	١٦٢.....
المقام الثاني: مصير الأموال بناءً على عدم مالكية الدولة	١٦٥.....
القول الأول: مجهول المالك.....	١٦٥.....
النقطة الأولى: الفحص عن المالك المجهول والتصدق به بعد اليأس.....	١٦٦.....
النقطة الثانية: الحاجة إلى كسب الإجازة من الحاكم الشرعي	١٨٢.....
بعض الأبحاث المرتبطة بحكم مجهول المالك.....	١٨٧.....

الباحثُ الأول: حكم لو ظهر المالك بعد التصدق.....	٦٦٦
الباحثُ الثاني: احتساب دفع الصدقة على المتصدق نفسه في حال فقره.....	١٩٢
النقطةُ الثالثة: اللوازم المترتبةُ على القول بمجهولية المالك مال الدولة.....	١٩٣
اللازمُ الأول: الفورية في وجوب الخمس.....	١٩٣
اللازمُ الثاني: انتفاء عقد القرض مع البنوك.....	١٩٤
اللازمُ الثالث: التخمين مكرراً.....	١٩٥
اللازمُ الرابع: سقوط الخمس.....	١٩٦
اللازمُ الخامس: تحول المال الشخصي إلى مجهول المالك	١٩٦
اللازمُ السادس: تسلط الفقير على مال الوديعة.....	١٩٧
اللازمُ السابع: تصدق المواطنين على ما يتقاوضونه من الدولة.....	١٩٨
اللازمُ الثامن: لا يحق للتجار استرجاع أموال الوديعة	١٩٩
اللازمُ التاسع: زوال بعض العناوين الشرعية كحق السادة	٢٠٠
نتائج القول بعدم ملكية الدولة:.....	٢٠٠
التفريقُ بين مالكية البنوك دون الدولة (نظريّة الشّيخ الفياض حفظه الله).....	٢٠٢
القولُ الثاني: مال الدولة معلوم المالك.....	٢٠٦
القسمُ الثالث: بنوكُ الكفار.....	٢١٣

٦١٧.....	الفهرست
٢١٣.....	المقام الأول: إقراض الكفار بفائدة
٢٢١.....	المقام الثاني: الإقراض من الكافر بفائدة
٢٢٥.....	الودائع المصرفية
٢٢٥.....	المقام الأول: الاحتمالات الشبوانية لما يدفعه الزبون للبنك
٢٢٦.....	الاحتمال الأول: وديعة بالمعنى الفقهي
٢٣١.....	الاحتمال الثاني: أنها عقد إعارة
٢٣٣.....	الاحتمال الثالث: هبة مشروطة
٢٣٤.....	الاحتمال الرابع: أنها عقد قرض
٢٣٤.....	المقام الثاني: مقصود المتعاملين والعقلاء إثباتاً
٢٣٨.....	القسم الأول: البنوك الأهلية
٢٣٩.....	التخريجات الفقهية للفوائد المنوحة للزبون
٢٣٩.....	التخريج الأول: بيع العملة النقدية بذاتها للبنك
٢٤١.....	التخريج الثاني: الفائدة في مقابل الهبة
٢٤٤.....	التخريج الثالث: بيع العملة النقدية بعملة مغایرة للبنك
٢٤٤.....	التخريج الرابع: إحرار الرضا الباطني للبنك في التصرف
٢٤٨...	التخريج الخامس: رجوع الودائع البنكية إلى ثلاثة عقود (السيد الصدر)

٦١٨.....	بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة
٢٥٨.....	حقيقة الودائع الثابتة والتوفير:
٢٥٩.....	النظرية الأولى: الوديعة عقد مستقل
٢٦٤.....	النظرية الثانية: الوديعة عقد مستقل.....
٢٦٨.....	القسم الثاني: البنوك الحكومية.....
٢٦٨.....	التخريجات الفقهية لأخذ الفائدة من البنوك الحكومية:
٢٦٨.....	التخريج الأول: البناء النفسي على عدم مطالبة الزبون بالفائدة.....
٢٧٢.....	التخريج الثاني: الإيداع.....
٢٧٤.....	التخريج الثالث: الإبداع مع الإذن والترخيص بالتصرف
٢٧٩.....	الاعتمادات المستندية
٢٧٩.....	الأول: إعتمادات التصدير.....
٢٨٠.....	الثاني: إعتمادات الإستيراد
٢٨٢.....	التخريجات الفقهية للاعتمادات المستندية
٢٨٣.....	التخريج الأول: من باب الإجارة.....
٢٨٣.....	التخريج الثاني: من باب الجعلة
٢٨٣.....	التخريج الثالث: من باب عقد الضمان.....
٢٨٥.....	التصويرات الفقهية في العمولة التي يأخذها البنك من فاتح الاستيراد:

الفهرست.....	٦١٩.....
التصويرُ الأول: من باب الإجارة.....	٢٨٥.....
التصويرُ الثاني: من باب الجعالة.....	٢٨٨.....
التصويرُ الثالث: تبديل القرض بالبيع.....	٢٩٠.....
التصويرُ الرابع: أن يكون المستورد دائناً للبنك.....	٢٩٣.....
التصويرُ الخامس: الاشتراط على نحو شرط الفعل.....	٢٩٤.....
خزنُ البضائع.....	٢٩٩.....
أنواع التخزين:.....	٢٩٩.....
الأول: التخزين على حساب المستورد.....	٢٩٩.....
الثاني: التخزين على حساب المصدر.....	٢٩٩.....
التربيحات الفقهية لخزن البضاعة:.....	٣٠٠.....
التخريجُ الأول: من باب ضمان الغرامة.....	٣٠٠.....
التخريجُ الثاني: مقابل إجرة ما.....	٣٠١.....
الكافالةُ عند البنوك (خطابات الضمان).....	٣٠٥.....
أسئلة أربعة:.....	٣٠٦.....
السؤال الأول: هل إشتراط تحمّل الخسارة من قبل المقاول أمرٌ مشروعٌ أو لا؟.....	٣٠٦.١.....
السؤال الثاني: ما المقصود بالكافالة التي يقوم بها البنك؟.....	٣١٤.....

٦٢٠	بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة
٣١٥	إنجهاهان معروفان في تصوير هذه الكفالة:
٣١٥	الإنجهاه الأول: أنها عقد جديد.
٣١٧	الإنجهاه الثاني: أنها عقد ضمان.
٣٢٢	السؤال الثالث: هل يجوز للبنك أخذ عمولة على إصدار خطاب الضمان؟
٣٢٣	السؤال الرابع: لو تحمل البنك الخسارة فهل يرجع إلى المقاول بها أو لا
٣٢٧	بيع الأسهم والسنادات.
٣٢٧	المحور الأول: المفهوم التصوري للأسهم والسنادات
٣٢٩	المحور الثاني: التكييف الفقهي للأسهم والسنادات
٣٢٩	النقطة الأولى: التكييف الفقهي للأسهم (البيع).
٣٣١	تحقيق الحال في بيع الأسهم:
٣٣٧	محاولة تصحيح بيع السنادات في الشركات المحرّمة (الشيخ الفياض) :
٣٤١	النقطة الثانية: التكييف الفقهي للسنادات ^٠ :
٣٤١	الوجه الأول: على أساس عقد القرض
٣٤٣	الوجه الثاني: البيع والشراء بأجل
٣٤٧	المحور الثالث: وساطة البنوك
٣٥١	الحوالات الداخلية والخارجية

الفهرست.....	٦٢١.....
الفارق بين العهدة والذمة:.....	٣٥١.....
صورُ الحوالة:.....	٣٥٤.....
الصورةُ الأولى: الحوالة على بنك مع افتراض وجود رصيد مالي للمحيل	٣٥٤.....
تخيّجات للصورة الأولى:.....	٣٥٤.....
الصورةُ الثانية: الاقتراض من البنك مع تحويل أخذ القرض إلى بلد آخر	٣٥٥.....
تخيّجات للصورة الثانية:.....	٣٥٦.....
الصورةُ الثالثة: الدفع للبنك في مكان ما وأخذه في مكان آخر.....	٣٥٨.....
الصورةُ الرابعة: تحويل البنك لاستيفاء القرض في بلد آخر	٣٦١.....
جوائزُ البنك	٣٦٧.....
غرضان لإيداع العميل:.....	٣٦٨.....
الصورةُ الأول: إذا كان الغرض من الإيداع تحصيل الجائزة	٣٦٨.....
الصورةُ الثاني: إذا كان الغرض من إعلان الجائزة هو جذب المودعين ..	٣٧٢..
تحصيلُ الكميالات.....	٣٧٥.....
أنحاء تحصيل الكميالة:.....	٣٧٦.....
النحوُ الأول: تقديم المستفيد كميالة إلى بنك غير محول عليه أساساً	٣٧٦.....
النحوُ الثاني: تقديم المستفيد كميالة إلى بنك محولة عليه.....	٣٧٧.....

النحو الثالث: تقديم المستفيد كمبيالة إلى البنك مع عدم وجود رصيد مالي له	٦٢٢
السحب على المكشوف.....	٣٧٨
التخريجات لحية أخذ الفوائد من البنوك على السحب المكشوف:.....	٣٨٣
التخريجُ الأول: المال المدفوع مجهول المالك	٣٨٣
التخريجُ الثاني: مقابل الخدمات المصرفية	٣٨٥
التخريجُ الثالث: الفوائد مقابل الهبة	٣٨٥
التخريجُ الرابع: الإقراض من مال الغير	٣٨٦
التخريجُ الخامس: على أساس عقد الشركة.....	٣٨٧
التخريجُ السادس: على أساس عقد المضاربة.....	٣٨٧
خصم الكمباليات.....	٣٩١
المبحثُ الأول: تنزيل الكمبالية الحقيقية و تخريجاتها الفقهية.....	٣٩٢
التخريجُ الأول: أن يكون من باب البيع، وله تقريران:.....	٣٩٢
التقريرُ الأول: بيع الدين المؤجل بأقل منه حالاً:.....	٣٩٢
تحقيق الحال في الأوراق النقدية:.....	٣٩٣
أدلة المشهور بأنَّ الأوراق النقدية مال بحد ذاتها:.....	٣٩٤
الدليلُ الأول: متابعة الآثار الفقهية لاقتناص الارتكاز العرفي	٣٩٤

الفهرست.....	٦٢٣.....
الوجه في قيمة الارتكازات العرفية:.....	٣٩٦.....
الدليلُ الثاني: الأدوار التاريخية للنقد.....	٣٩٩.....
صياغة أخرى لحقيقة الأوراق النقدية التي مر بها النقد:.....	٤٠٤.....
مناقشة الدليل الثاني: الأدوار التي مر بها النقد تاريجياً.....	٤٠٥.....
روايتان تمنعان من بيع الدين بالأقل:.....	٤١٣.....
التقريرُ الثاني: على أساس البيع، وله ثلاثة بيانات:.....	٤١٥.....
البيانُ الأول: متعلق البيع ذات الكمبيوتر.....	٤١٥.....
البيانُ الثاني: التنازل عن الحق.....	٤١٧.....
البيانُ الثالث: هبة مقدار التفاوت.....	٤١٧.....
التخريجُ الثاني: من باب القرض.....	٤١٧.....
التخريجُ الثالث: عقد مستقل.....	٤١٨.....
المبحثُ الثاني: تنزيل الكمبيوتر الصورية وتخريجاتها الفقهية.....	٤١٨.....
التخريجات لصحة تنزيل كمبيالة المجاملة:.....	٤٢٠.....
التخريجُ الأول: يرجع إلى وكالتين مع حوالته:.....	٤٢٠.....
التخريجُ الثاني: على أساس القرض.....	٤٢٧.....
التخريجُ الثالث: البيع بأقل من القيمة الواقعية.....	٤٢٩.....

.....٦٢٤	بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة
٤٢٩	التخريجُ الرابع: يدخل ضمن مجهول المالك.....
٤٣٣	العملُ في شُعب البنوك.....
٤٤٥	عقدُ التأمين.....
٤٤٦	المقام الأول: حقيقة عقد التأمين.....
٤٤٦	الإتجاهُ الأول: اندراجِه تحت الهبَة المُشروطة.....
٤٥٢	الإتجاهُ الثاني: إندرجَه تحت عقد الضمان.....
٤٥٨	المقامُ الثاني: اندرج عقد التأمين تحت عمومات ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
٤٥٩	المقامُ الثالث: موانع عقد التأمين
٤٥٩	المانعُ الأول: انتباق عنوان القمار عليه
٤٦٤	المانعُ الثاني: أنه ضمان ما لم يثبت
٤٦٧	المانعُ الثالث: اشتغاله على زيادة ربوية
٤٧٦	المانعُ الرابع: عقد التأمين غرري
٤٨٧	المانعُ الخامس: منافاة عقد التأمين لحقيقة المعاوضة
٤٩٠	تتمة: التأمين الجماعي والتخريجات الفقهية له.....
٤٩١	التخريجُ الأول: دخوله تحت عمومات ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
٤٩١	التخريجُ الثاني: دخوله تحت الصلح المُشروط

الفهرست.....	٦٢٥.....
الإجارةُ بشرط التملك	٤٩٧.....
الصورةُ الأولى: التملك على نحو شرط الفعل	٤٩٧.....
الصورةُ الثانية: التملك على نحو شرط النتيجة.....	٤٩٧.....
بطاقات الإئتمان.....	٥٠٧.....
أنواع البطاقات الإئتمانية:.....	٥٠٨.....
النوعُ الأول: البطاقات المغطاة.....	٥٠٨.....
النوعُ الثاني: البطاقات غير المغطاة.....	٥٠٨.....
النوعُ الثالث: البطاقات غير المغطاة مع عدم سحب العضوية في حالة التخلف .	٥٠٨.....
تخریجات العقد الحاصل من جهة البنك وحاملي البطاقة:.....	٥٠٩.....
التخریجُ الأول: من مصاديق عقد الحوالة.....	٥٠٩.....
التخریجُ الثاني: معاملة مستقلة.....	٥٠٩.....
ووجهان في أخذ الرسوم على البطاقة:.....	٥١١.....
التخریجات الفقهية في الفائدة المأخوذة من صاحب المحل التجاري.....	٥١١.....
التخریجُ الأول: تقديم الخدمات العقلائية	٥١٢.....
التخریجُ الثاني: على أساس الحوالة.....	٥١٣.....
التخریجُ الثالث: العملية مركبة من عقدتين على نحو التركيب	٥٢١.....

..... ٦٢٦	بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة
..... ٥٢٣	حقيقة العُقود المركبة:.....
..... ٥٢٥	بطاقات الإئتمان (الفيزا كارت).....
..... ٥٣١	عقد الإستصناع.....
..... ٥٣٤	التخريجات الفقهية لعقد الإستصناع:.....
..... ٥٣٥	التخريج الأول: من باب الإجارة.....
..... ٥٣٨	التخريج الثاني: عقد مركب من الوكالة والإجارة.....
..... ٥٤١	التخريج الثالث: على أساس عقد السلم (الشيخ محمد اليزيدي).....
..... ٥٤٩	التخريج الرابع: إلزام مركب من التزامين.....
..... ٥٥١	التخريج الخامس: من باب ضمان الغرامات.....
..... ٥٥٣	التخريج السادس: عقد مستقل.....
..... ٥٥٩	السرقفلية (حق الخلو).....
..... ٥٥٩	المحور الأول: معنى السرقفلية.....
..... ٥٦١	المحور الثاني: التخريجات الفقهية لحلية السرقفلية.....
..... ٥٦١	التخريج الأول: السرقفلية جزء العوض (السيد الروحاني)
..... ٥٦٤	التخريج الثاني: على أساس الوكالة (السيد الروحاني)
..... ٥٦٧	التخريج الثالث: معاملة مستقلة.....

٦٢٧.....	الفهرست
٥٧١.....	التخريجُ الرابع: مقابل التنازل عن الحق.....
٥٧٥.....	المحورُ الثالث: حق المطالبة بما يسمى بحق الكسب.....
٥٧٩.....	المحورُ الرابع: كيفية اشتراط السرقة قلية.....
٥٨٩.....	المحورُ الخامس: وجوب تحميس حق السرقة قلية.....
٥٩٥.....	المصادر.....
٦١٣.....	الفهرست.....

تم بحمد الله تعالى

من مؤلفات الشيخ شهاب الدين أَحْمَدْ:

- ١- محاضرات في الفقه الإِسْتَدْلَالِي (شرح قبَال اللَّمْعَة) في جزئين والثالث قريباً.
- ٢- بحوث في شرح الفقه الإِسْتَدْلَالِي (في قبَال المَكَاسِب) صدر جزءاً واحداً.
- ٣- المباني الأصولية في فقه المسائل المستحدثة في جزئين.
- ٤- بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة (وهو الكتاب الماثل بين يديك).
- ٥- أثر اختلاف المباني الأصولية على الاستنباط (مقارنة بين آراء السيد الخوئي والسيد محمد باقر الصدر) سيصدر قريباً إن شاء الله تعالى.