

بَحْوثٌ فِي فِقْهِ

المسائل المصرفية المعاصرة

تأليف

الشيخ شهاب الدين أحمد علي

هوية الكتاب

اسم الكتاب: بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة
تأليف: الشيخ شهاب الدين أحمد علي .
الطبعة: الأولى .
عدد النسخ: ١٥٠ .
الناشر: مكتبة الأبرار .
التاريخ: ١٤٤٤ هـ / ٢٥ ربيع الأول

طُبِعَ الكتاب على نفقة

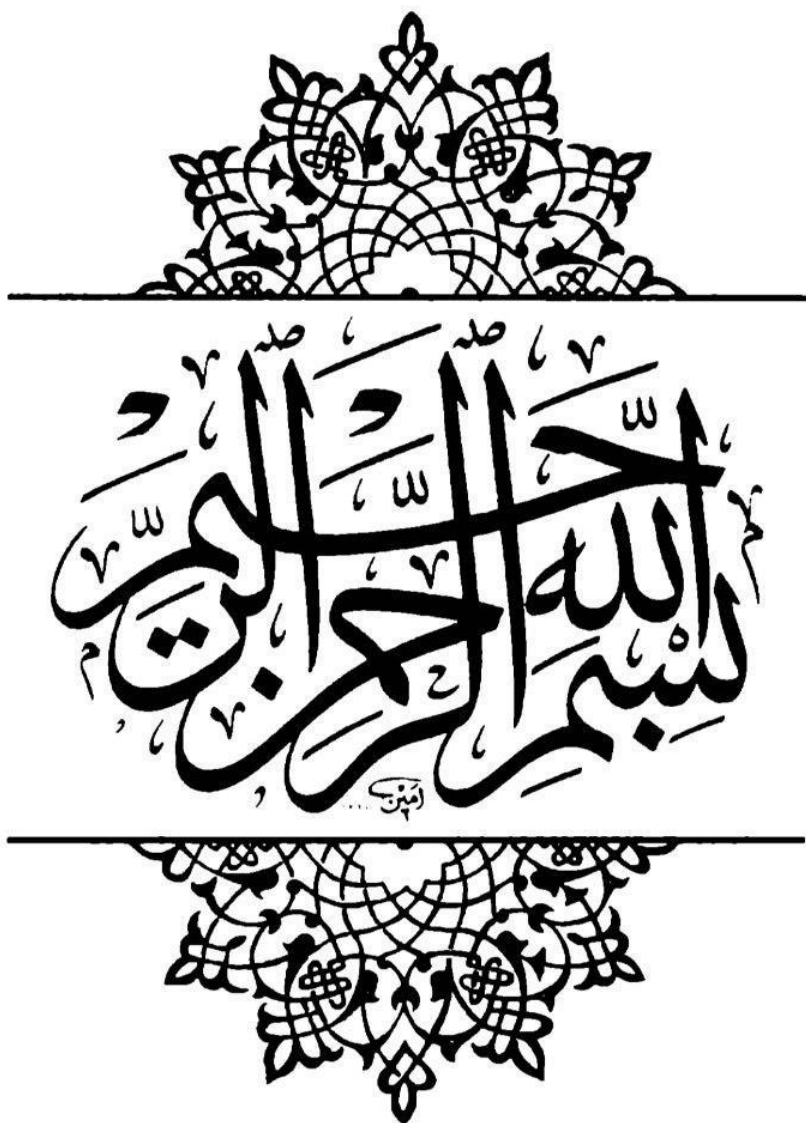
الحاج الوجيه حسين عبد الحسن راهي آل أكرع

بحوث في

فقه المسائل المصرفية المعاصرة

تأليف

الشيخ شهاب الدين أحمد علي



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد وآله الطيبين الطاهرين.

لا زال البحث في المسائل المستحدثة يفرض على الشريعة مدى قدرتها على إستيعاب المتغيرات والمستجدات وإثبات قدرة الشريعة على وضع برنامج لحل القضايا الإقتصادية مثلاً، فالفقه كما يحمل الثروة الأحكامية يحمل الثروة البرمجية، وأيضاً يمثل البحث فيها المعيار الحقيقي الذي على أساسه تثبت لياقة الفقيه، ومدى تضرعه في القواعد الأصولية؛ لأنّ البحث فيها لما كان يفتقد للإمتداد التاريخي سوف يضطر لإبتكار الوجوه الفنيّة بدل الإتكال على بحوث من سبقه والإكتفاء أحياناً بالتعليق عليها.

ومن أجل ما تقدّم قمنا بمذاكرة الأبحاث المتعلقة بالمصارف، وإجتمع عندي نخبة من الأخوة الأعزاء، وعرض عليّ بعض الحصار تقرير الدروس، وقمتُ بمراجعتها جميعاً من أجل طباعتها؛ لكي تعم الفائدة لها، نسأل الله تعالى أن يتقبله منا بقبول حسن، إنّه تعالى وليّ ذلك والقادر عليه.

شهاب الدين أحمد

١٣ ربيع الثاني ١٤٤٣ هـ

منهجنا العام في العقود المستحدثة

تمهيد:

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

المحور الأول:

هناك منهجان في تكييف العقود المستحدثة

مناهجُ التخرّيج:

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

الأول: المنهج الردي الذي يقوم على أساس أنّ الأصل الأولي العملي في باب العقود هو الفساد؛ لأجل أنّ الدلالة اللفظية الدالة على مشروعية العقود وصحتها ناظرة إلى العقود المتعارفة، فأية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) ناظرة إلى ما يُتعارف من العقد

كالنكاح والمضاربة والوكالة وغير ذلك وتبقى العقود المستحدثة - كعقد إستئجار الرحم - خالية من دليل على صحتها فتكون أصالة الفساد هي الحاكمة في أمثال العقود المستحدثة^(١).

إلا أن أصحاب هذا المنهج قبل أن يتمسكوا بالأصل الأولي وهو الفساد قاموا بتحليل بُنيوية هذا العقد المستحدث محاولين إرجاعه إلى مصداق من العناوين الخاصة والمتداولة سابقاً، فإن تم لهم ذلك لم يعد هذا العقد مشمولاً لأصالة الفساد، ما لم يتل هذا الأرجاع بمحذور آخر؛ لذا كان أصحاب هذا المنهج جادين بإرجاع العقود المستحدثة تحت العناوين الخاصة المتعارفة حتى لا تكون محكومةً لأصالة الفساد.

الثاني: المنهج التأسيسي، ينطلق من فكرة أن أصالة الفساد الذي هو الأصل الأولي العملي* في المعاملات محكومٌ بأصل ثانوي وهو أصالة الصحة في العقود،

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

* الأصل الأولي في المعاملات تارةً يقع بلحاظ الأصل العملي، وأخرى بلحاظ الأصل اللفظي، أما بالنسبة إلى الأصل العملي فالمعروف هو الفساد، بمعنى عدم ترتب الأثر، والوجه في ذلك هو أن هذه المعاملة قبل وقوعها لم يترتب عليها الأثر وبعد وقوعها نشك هل حصل الأثر أو لا؟ فنستصحب الحالة السابقة وهي عدم حدوث الأثر (المكاسب، مرتضى الأنصاري، الناشر مجمع الفكر الإسلامي، الطبعة السادسة عشر: ١٤٣١ هـ: ٣/١١٧).

فإن أدلة العقود كآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) - مثلاً - ليست ناظرة إلى العقود المتعارفة فقط، وإنما تشمل مطلق العقد؛ لأن العقد عبارة عن حيثة المعاقدة بين طرفين فالمنظور هو تلك الحيثة، وما المصاديق المتداولة في عصر النص ليست إلا تطبيقات لحيثة المعاقدة فليست هي تطبيقات نهائية، ومن هنا أصحاب هذا المنهج أدخلوا العقود المستحدثة في ضمن أدلة صحة العقود، ولكن الظاهر من خلال التتبع والاستقراء أن المنهج ينضبط بشروط:

الأول: أن تتم حيثة المعاقدة بين طرفين.

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

الثالث: أن لا يُصاغ ابتداءً ضمن العقود المتعارفة وإلا لا حاجة لعدّه عقداً مستقلاً.

ويترتب على تحقق هذه الشروط أنه كلما أُحرزت جميعاً إندرجت العقود المستحدثة ضمن منطوق آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

الفارق بين المنهجين من الناحية التطبيقية: يظهر من جهة أن أصحاب المنهج الأول قاموا بتكييف العقود المستحدثة تحت العناوين الخاصة بطريقة لا تخلو من التعقيد كما لا تخلو من الغرابة أيضاً، بينما أصحاب المنهج الثاني في سعة من ذلك؛ لأن أدلة المعاملات تشمل هذا العقد من دون حاجة إلى إعمال هذا التعقيد.

ولو أردنا أن نستقرأ المسار التاريخي لهذين المنهجين لوجدنا أن المشهور بين

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

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

الأول: ما ذكره الوحيد البهبهاني رحمته الله في بحثه حول الكفالة مُعلّقاً على كلام المحقق الأردبيلي رحمته الله: (ولو قال: أنا أحضره أو أودي ما عليه لم يكن كفالةً، 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 إحياء بأنّ العقد ينحصر المتعارف منه دون المستحدث.

الثاني: ما ذكره محمد حسن النجفي رحمته الله: (إنّ عموم الوفاء بالعقود يُراد منه ما هو المنساق من العقود المعهودة بالتعارف والاستعمال المأخوذة يداً بيد...) ^(٢)، ويقول أيضاً: (فإنصرف الآية الكريمة يقع لصالح المتعارف من العقود) ^(٣).

الثالث: ما ذكره الميرزا حبيب الله الرشتي رحمته الله: (إنّ الألف 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.

بِالْعُقُودِ إِنَّمَا هِيَ لِلْعَهْدِ لَا لِلْجِنْسِ، فَتَخْتَصُّ بِمَا تَعَارَفَ مِنَ الْعُقُودِ آنَذَاكَ^(١).

الرابع: ما ذكره محمد كاظم الخراساني رحمته الله: (مع إحتمال إرادة خصوص العقود المتعارفة بأن يكون اللأم للعهد، فلا يكون حينئذ العموم دليلاً على إمضاءها في الجملة، ولا مجال للتشبث بإطلاقها في نفوذها بأيّ نحوٍ وجدت وبأيّ طور تحققت؛ لعدم وروده إلّا في مقام بيان إمضاء أصل العقود المتعارفة، كما هو الحال في سائر إطلاقات الكتاب)^(٢).

الخامس: ما ذكره السيد عبدالحسين اللاري رحمته الله في تعليقه على المكاسب: (إنّ إحتمال شمولها لمطلق العقود ولو المخترعة والحادثة هو أبعد الإحتمالات جداً وأضعفها)^(٣).

السادس: ما ذكره الشيخ بشير النجفي (حفظه الله) قال: (وقد عرفنا من خلال ما سبق عدم إمكان تصحيحه على كلا الاحتمالين؛ إذ أنّ العقد المستحدث لا دليل على اعتباره؛ لعدم العلم بشمول الإطلاقات والعمومات لمعاملات لم تُعرف في زمان صدور تلك الأدلة)^(٤).

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

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

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

(٣) تعليقه على المكاسب، عبدالحسين اللاري: ١ / ٣١٧ و ٤٤٤ و ٤٤٧.

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

المستحدثة:

الأول: ما ذكره الميرزا القمي رحمته الله، ويُعتبر من الأوائل الذين مالوا إلى شمول أدلة العقود لكل معاوضة ولو لم تكن من العقود المعروفة^(١).

الثاني: ما ذكره السيد محمد الطباطبائي رحمته الله: (العقود جمعٌ معرّفٌ باللام فيفيد العمومَ الاستغراقي، وخروجُ بعض الأفراد منه بالدليل لا يوجبُ سقوطَ حجتيه بالنسبة إلى من لم يَقم دليلٌ على خروجه؛ فإنَّ العامَ المخصَّص حجةٌ في الباقي)^(٢).

الثالث: ما ذكره الميرزا علي الإيرواني رحمته الله في تعليقه، إذ يوجدُ عنده بحثٌ حول أجرة الحماي: (وأما الإشكال الثاني الذي ذكره المصنفُ المختصُّ بموضوع الإباحة بالعوض وحاصله: خروج هذه المعاملة عن المعاملات المعهودة شرعاً ففيه منع الخروج، فإنَّ الدخول في الحمايات مع إعطاء العوض من المعاملات الشائعة من عصر الشارع إلى زماننا هذا، وكذلك الدخول في المطاعم وأشباه ذلك، والظاهر أنَّ الكلَّ من قبيل الإباحة بالعوض، مع أنَّ عدم المعهودية لا يضرُّ بعد شمول عموم أدلة المعاملات له من مثل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٣).

الرابع: ما ذكره الميرزا محمد حسين النائيني رحمته الله: 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 الاتجاه الثاني.

الخامس: ما ذكره السيد محسن الحكيم رحمته الله في مقام التعليق على كلام السيد الزيدي رحمته الله: (وأوفوا بالعُقود يُرادُ به العُقود المتعارفة فلا شمول فيه للمشكوك) يقول: (وفيه: إنَّ التعارف لا يُقيّد الإطلاق، ولو بُني على ذلك لزم منه تأسيسُ فقه جديد)^(٢).

السادس: ما ذكره السيد الخوئي رحمته الله: (إنَّ المطلقات والعمومات الواردة في الأدلّة والأخبار لا يعتبرُ في شمولها لشيءٍ إلّا لصدق الطبيعي عليه وكونه فرداً من أفرادها، وأمّا كونه متعارفاً أيضاً فلا. نعم، ربّما يُتوهمُ في خصوص المطلقات عدم شمولها لغير المتعارف؛ فإنَّ الإطلاق موقوفٌ على عدم بيان القيد، فرّبما يُتخيّل كفاية التعارف الخارجي في البيان فلا يتمُّ الإطلاق، ولكن العمومات لا يجري فيها هذا التوهم)^(٣).

السابع: ما ذكره السيد عبد الأعلى السبزواري رحمته الله في تعليقه على كلام السيد الزيدي رحمته الله الذي ذهب إلى عدم حصر المعاملات بالمعهودة منها، وأوضح عدم الحصر بما نصّه: (لأنّه لا دليل على هذا الحصر من عقل أو نقل. نعم، ما حصره

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

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

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

من الغالب الواقع في الخارج فيكون من الحصر الإتفاقي الغالب لا الحقيقي^(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 الفيّاض (حفظه الله): (إن الحكم بصحة عقد لا يدور مدار كونه داخلًا 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 السلم ولا النسيئة إلا أنه مع ذلك لا مانع من الحكم بصحتها بملاك أنها من التجارة عن تراضٍ، بل لا يبعد أن تكون مشمولة لإطلاق 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 حل كثير 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 الفيّاض: ٩١ و ٣٤٦.

منها: جريان ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ في العقود المستحدثة كالتأمين، فإنه أيضاً عقدٌ
يدخل تحت عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

ومنها: الشركات المستحدثة يومياً، حيث إن بعضها مشمولٌ للأدلة.

ومنها: السرقفية 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 تُسمَّ مضاربة ولم تجر عليها أحكام المضاربة، فلو قال:
(مني رأس المال ومنك الصناعة ولك نصف منافعها) كان هذا داخلياً في عمومات
وجوب الوفاء بالعقد^(١).

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

النقطة الأولى: أدلة إثبات التعميم لمطلق العقود المتعارفة والمستحدثة:

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

بتقريب: أن الألف واللام في كلمة (العقود) هي للجنس فتشمل مطلق العقود
المتعارفة والمستحدثة والعقود المسماة وغير المسماة، وبقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ

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

(٢) المائة: ١.

تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ^(١)، بتقريب: أنَّ التجارة موضوعةٌ لمطلق التبادل من دون إختصاصه بالبيع.

وأعترض عليه بعدة اعتراضات:

الإعترض الأول: ما ذكره السيد الصدر^(٢) من أنَّ المدلول اللغوي لكلمة (التجارة) هو الربح الحاصل بالبيع والشراء فقط^(٣)، ولا يشمل مطلق الحصول على الربح فضلاً عما إذا كانت مجردة عنه^(٤)، وهكذا أنَّ الألف واللام في كلمة (العُقود) هي للعهد فتختصُّ بالعُقود المعهودة والمتعارفة ولا تشمل مطلق العُقود، وفي ضوء هذا الاحتمال يحصل الترددُ بين كون الألف واللام عهدية أو جنسية فتكون الآيةُ مجملَةً، ولا أقلُّ يُقتصرُ على القدر المتيقن منها وهي العُقود المتعارفة دون المستحدثة^(٥).

الجواب: أنَّ الاعتراض قابلٌ للمناقشة؛ لأنَّه هناك قرينةٌ إستظهارية من الخارج، وهي أنَّ الأصل في جعل الأحكام هو أن تكون مجعولةً على نحو القضية الحقيقية^(٥) - على خلاف ما ذهب إليه المحقق العراقي^(٦) - إذ إنتهى إلى أنَّ 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: ٥٩ / ٣.

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

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

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

الإعترض الثاني: ما ذكره السيّد الصدر^(٢): أنّ آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣) تدلّ على لزوم الوفاء بالعقد الذي كان مشروعاً وصحيحاً في رتبة سابقة على لزوم الوفاء بالعقد، فهذا معناه أن نُثبت مشروعية وصحة العقد أولاً، ثمّ نتمسك بالآية الكريمة لإثبات اللزوم، وهذا واضح بالنسبة للعقود المتعارفة، وأمّا العقود التي تُستجد فنشكّ في مشروعيتها، والآية المباركة تُثبت اللزوم على تقدير المشروعية، ولا يمكن إثبات المشروعية والصحة بآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ نفسها؛ لأنّه من قبيل

(١) تعاليق مبسوطه، محمد إسحاق الفيّاض: ١ / ٤٢٥.

(٢) المائدة: ١.

التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، والعقود المستحدثة من هذا القبيل فإنها يُشك في مشروعيتها^(١).

إلا أن السيد كاظم الحائري (حفظه الله) اعترض على ما ذكره السيد الصدر رحمته، من أنه واضح البطلان؛ فإن انعقاد العقد ليس إلا عبارة عن إرتباط قرار بقرار سواء نُفذ شرعاً أم لا، والوفاء بالعقد يعني الوفاء بالأثر الذي قصده المتعاقدان من قرارهما لا الأثر الشرعي، وكل هذا حاصل حتى في العقد الباطل شرعاً، فإطلاق الآية يدل على صحة العقد الذي هو ربط قرار بقرار بأي مبرز عرفي ونفوذ شرعاً^(٢).

وبكلمة أخرى: أن 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 تتحدث عن مسألة الإمضاء الشرعي وصحة هذا العقد، وإنما تصب إهتمامها بموضوع الوفاء وهو التعاقد، ودعوى أن الآية الكريمة تتحدث عن موقف سابق وهو الصحة شرعاً فهذا يحتاج إلى قيد، والأصل عدمه. فإن قلت: إن القيد موجود، ولم يذكره السيد الصدر رحمته لوضوحه، وهو لا معنى أن تتحدث الآية الكريمة عن لزوم الوفاء بالعقد إن لم يكن صحيحاً ومشروعاً في رتبة سابقة، وهل يتصور أن الشارع يلزم الطرفين بعقد ليس مشروعاً وصحيحاً؟ فكون العقد مشروعاً هذا قيد واضح لا داعي أن يُصرح به المشرع.

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

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

قلت: هذا احتمالٌ واردٌ من أنَّ الشارع يُلزم الطرفين لعقدٍ تمت مشروعيته سابقاً، ولكن هناك احتمالٌ آخر، وهو أنَّ لزوم الوفاء بالعقد إذا حصل يُنتج أنَّ هذا العقد مشروعٌ، فكأنَّ الشارع يقول: (إذا صدر عقدٌ من الطرفين فعليكم الوفاء به) وبذات الوقت هو مشروعٌ وصحيحٌ، فتُستفادُ المشروعية والصحة بعرض لزوم الوفاء، فلا حاجة إلى أن يكون اللزوم في طول المشروعية، وهذا الاحتمال أقرب من الاحتمال الأول.

الإعتراض الثالث: ما ذكره الشيخ الإيرواني (حفظه الله) من أنَّ آية الوفاء بالعُقود نازرةٌ إلى العُقود المتعارفة ولا تشملُ المستحدثة، ولا يمكنُ التمسكُ بإطلاق كلمة (العقد) بدعوى أنَّها عامةٌ وشاملةٌ لكلِّ ما يصدقُ عليه عقدٌ فيجبُ الوفاءُ به؛ وذلك لأنَّ لديه مبنى في باب الإطلاق إذا تمَّ سوف تنهدمُ أغلبُ الإطلاقات التي تمسكُ بها الفقهاء ما لم نضم ضميمةً سالحةً لذلك وحاصلةً:

أنَّ المتكلم حينما يُطلقُ كلامه فإذا صرح وقال: إنَّ مقصودي من هذا الكلام المطلق هذه الحصة واقعاً فهنا تارة يُستهجنُ منه إرادة الحصة بعد استعمال الإطلاق، وأخرى لا يُستهجنُ منه الإطلاقُ فينعقدُ الإطلاقُ في حالة الإستهجان دون عدم الإستهجان.

وقرَّبَ مبناهُ من خلال الأمثلة الآتية:

الأول: لو قال المتكلمُ: (أعتق رقبة) ثمَّ قال: إنَّ مقصودي الرقبة المؤمنة، فهنا يُعترضُ عليه بأنك لماذا أطلقت، ويُستهجنُ منه الإطلاقُ؛ إذ لا فرق بين هذه وتلك

فمع إستهجان الإطلاق ينعقد.

الثاني: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، ثم قال: إنّ مقصودي من العُقود هي خصوص المتعارفة والمتداولة عندكم، فهنا لا يُستهجن منه الإطلاق، فعقد استئجار الرحم مثلاً لا يخطر على بال أحدٍ سابقاً، فأطلق المتكلم لأجل وجود عقود متعارفة يتم التعامل معها، وعلى هذا الأساس لا يتم الإطلاق فيما نحن فيه.

نعم، إنّ لازم هذا المبنى سقوط كثير من الإطلاقات، بل في بعض الأحيان قد يُستحدث منه فقهٌ جديدٌ، كما في (إغسل ثوبك) فإنّ كلمة (إغسل) ناظرة إلى الغسل المتعارف باليد، فلا يجوزُ غسلُ الملابس بالآلات الحديثة؛ لأنّ المتكلم لو برز وصرح بأنّ مقصودي هو الغسل المتعارف فلا يُستهجن منه الإطلاق، وشرطُ التمسك به أن يستهجن عند إرادة المقيد واقعاً، وفي مثال (إغسل لا ثوبك) لا يستهجن.

وحاول أن يتخلّص من الإشكالِ وأمثاله بضمٍ ضميّةٍ وهي: إمّا الجزمُ بعدم الخصوصية أو التمسكُ بمناسبات الحكم والموضوع وغير ذلك من قرائن التعميم، وفي مقامنا يمكنُ التمسكُ بتلك المناسبة لتعميم آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) لكلِّ عقدٍ وإن لم يكن متعارفاً.

بتقريب: أنّ حكم ﴿أَوْفُوا﴾ الموضوع المناسب له هو حيثية التعاقد والمعاقدة، وأمّا كونه متعارفاً ومتداولاً الحكم لا يُشكّل مناسبةً معه، ومن الواضح أنّ قرينة مناسبات الحكم والموضوع تُعطي أحياناً تخصيصاً للدليل وأحياناً تُعطي عموماً له،

(١) المائدة: ١.

(٢) المائدة: ١.

وهنا أفادة العموم^(١).

ويمكنُ تسجيلُ عدّة ملاحظٍ على ما ذكره الشيخُ الإيرواني (حفظه الله):

الملحظُ الأول: أنّ هذه الفكرة تشتملُ على خطأ منهجي في التعامل مع المطلق، وحاصلها: أنّ الفارق بين العموم والإطلاق هو أنّ العموم يُرينا الأفراد بذات اللفظ، فقولنا: (أكرم كلّ عالم) المدلول الوضعي لكلمة (كُلّ) هي أفراد العالم، بينما الإطلاق يُرينا الطبيعة، فقولنا: (أكرم العالم) أنّ إسم الجنس الذي يُستفادُ منه الإطلاق بقرينة الحكمة يُرينا طبيعي العالم. نعم، إرادة الأفراد من خلال المطلق يكونُ بالتحليل العقلي، أي: أنّ عنوان العالم يكونُ المقصودُ منه أفراد ذلك العالم، فالأفرادُ في باب الإطلاق نراها من خلال التحليل العقلي وهو إنطباق العنوان على معنوناتهِ خارجاً.

فإذا إتضح أنّ العموم يُرينا الأفراد والإطلاق يُرينا الطبيعة يتّضح الخللُ في مبناه إذ يقول: إنّ المتكلم لو أطلق وقال: إنّ مقصودي هذه الحصّة واقعاً... ثم رتب على ذلك إستهجان الإطلاق وعدمه، فإنّنا نقول: إنّ إرادة الحصّة ليس عن طريق الإطلاق، وإنّما عن طريق التحليل العقلي؛ لأنّ الأفراد ليست ملحوظةً عن طريق الإطلاق، وإنّما الملحوظ فيها الطبيعة.

الملحظُ الثاني: مع التسليم بأصل المبنى؛ فإنّ هذا الكلام الذي ذكره يحصلُ في

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

الأسلوب الإفتائي في الروايات لا الأسلوب التعليمي وحاصلة:

هناك أسلوبان مستعملان في عرض الروايات من قبل المعصوم عليه السلام:

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

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

وعلى هذا الأساس أن المتكلم لو أطلق ثم برز وقال: إن مقصودي هذه الحصة واقعاً، فهذا يتم في الأسلوب الإفتائي لا الأسلوب التعليمي؛ لأن الأسلوب التعليمي أخذ بنظر الاعتبار العنوان الكلي الصادق على أفراد، ففكرة الإستهجان 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 الكبريات فهو يتمثل

بقضايا كُلية فتمسك بالإطلاق آنذاك للأفراد المتعارفة وغير المتعارفة، وشمول الإطلاق للفرد غير المتعارف لا إستهجان فيه، وإنما الإستهجان باختصاص الإطلاق بغير المتعارف ولا ندعي الاختصاص، وإنما ندعي الشمول، بينما الأسلوب الذي يعتمد على قضايا جزئية متشخصة - كما هو الحال في الأسلوب الافتائي - هنا لا معنى للإطلاق؛ لأن التشخص يمنع من دخول فرد آخر يُتمل شمول اللفظ له.

ومما يُعصدها قريتان:

القرينة الأولى: أنه حينما أشكل على نفسه من أن لازم هذه المقدمة الجديدة في بحث الإطلاق سقوط كثير من المطلقات.

أجاب: بأنه لا بد أن نضم بعض الضمان لاستفادة التعميم... فلو لاحظنا الموارد التي ذكر فيها هذه الضمان فهي كُلُّها من قبيل القضايا الكُلية لا من قبيل القضايا الجزئية، فمثلاً ذكر في آية الوفاء بالعُقود أنه يُمكنُ تعميمها لعقد التأمين مثلاً بمناسبات الحكم والموضوع؛ لأن الذي يُناسب الوفاء حيثية المعاقدة والتعاقد، وهذه الحيثية صادقة على العقود المتعارفة وغير المتعارفة، وأيضاً مثال توضع بالماء؛ فإنه يُعد الأمر إلى المياه المعدنية بفكرة الجزم بعدم الخصوصية، بينما الأجوبة التي جاءت في مقام الإفتاء، أي: ناظرة إلى قضية جزئية لا تصلح لأية ضميمة؛ لأنه من المحتمل الخصوصية.

القرينة الثانية: أنه بناءً على هذه الصياغة الجديدة سوف تسقط كثيرٌ من

الإطلاقات، ويذكر عدة شواهدٍ وكلُّها تتمثّل في الأسلوب الإفتائي لا في الأسلوب التعليمي^(١).

الملحظ الثالث: أنّ لازم هذه المبنى أنّ القدر المتيقن في مقام التخاطب يمنع من التمسك بالإطلاق - كما عن صاحب الكفاية رحمته الله - ومثاله صحيحة زرارة عندما سُئِلَ الإمام الصادق عليه السلام عن رجل شكّ في الآذان وهو في الإقامة: «يا زرارة إذا خرجت من شيءٍ ثمّ دخلت في غيره فشكك ليس بشيء»^(٢)، فهنا القدر المتيقن هو الصلاة ولا ينعقد الإطلاق في جواب الإمام عليه السلام كما عن صاحب الكفاية، وكذلك على هذا المبنى لا ينعقد إطلاق في جواب الإمام عليه السلام؛ لأنّه لو قال: إنّ مقصودي هو خصوص الصلاة لما استهجن منه ذلك فلا إطلاق، فيكون لازم هذه الفكرة موافقة صاحب الكفاية رحمته الله^(٣) في هذا المبنى.

ولكنّ السؤال هل وافق صاحب الكفاية رحمته الله مطلقاً أو لديه تفصيل؟ فعلى هذا المبنى في الإطلاق الذي ادّعاه المفروض أنّ وجود هذا القدر المتيقن يثلم الإطلاق مطلقاً؛ إذ لا استهجان من دون فرق بين أنواعه، بينما نجدّه يُفصّل في هذا القدر المتيقن في مقام التخاطب بين نحوين:

الأول: ما يبلغ حدّاً يصلح في نظر أبناء المحاورة للقرينية، واتكال المتكلّم عليه في تفهيم القيد.

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

(٢) وسائل الشيعة، الحر العاملي: 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 كلام صاحب الكفاية صحيحاً؛ إذ يكون الكلام محتفّاً بما يصلح للقرينية، وكلّمّا احتف الكلام بذلك لم ينعقد له إطلاقٌ.

وعلى الثاني لا يصحّ كلام صاحب الكفاية؛ لأنّ القدر المتيقن الذي لم يبلغ حدّ القرينية لا يؤثّر على إنعقاد الإطلاق^(١).

الدليل الثاني: مبني على فكرة عدم توقيفية العقود، وأنّ المعاملات تختلف عن العبادات.

بتقريب: أنّنا لا نحتاج إلى إثبات دخول العقود المستحدثة إلى عموم آية: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، وغير ذلك من العمومات، بل يكفينا سكوت الشارع عن السيرة العقلائية، فإنّها قد جرت على إختلاق عقود جديدة كلّما تطوّرت بهم الحياة، والشارع يعلم بهذا التطوّر ومع ذلك سكت عن السيرة العقلائية، لاسيّما أنّ سكوت الشارع ليس مصبّه الفعل الخارجي الصادر من العقلاء، وإنّما المناشئ العقلائية المركوزة من وراء هذا العمل الخارجي التي تكون أوسع من العمل، والمنشأ عبارة عن عقدية العقد، فكُلّمّا يصدق عليه عقد يكون مصبّاً للإمضاء المذكور.

ومّا يشهد لذلك أنّ (٩٠٪) من أدلّة المعاملات إمّا عمومات أو إطلاقات أو إرتكازات أو أدلّة خاصة نازرة لما هو المركوز، وهذا معناه أنّ الشارع لم يلحظ العقد

(١) انظر: الفقه الإستدلالي، محمّد باقر الإيرواني: ١ / ٥٣٤.

(٢) المائدة: ١.

بتجربته الزمنية المحدودة، وإنما أمضى المنشأ العقلاني للعُقود_وهي حيثية المعاقدة والتعاقد_ فعلى هذا الأساس الإمضاء ثابتٌ لكلِّ عقدٍ مستحدثٍ ما دام يدخل تحت النكتة المركوزة التي أمضاها الشارعُ، وهذا هو معنى ما يُقال: عدم توقيفية المعاملات^(١).

واعترض عليه الشيخ الإيرواني (حفظه الله) وقال: (فسكوتُ الشارع يكشفُ عن إمضاءها، وواضح أنَّ شرط هذا البيان هو أن تكون المعاملة عقلائية وقد ثبتت عقلائيتها في عصر المعصوم عليه السلام، وإلا فالمعاملات المستحدثة يُشكلُ التمسُّكُ بها في هذا البيان كمعاملة التأمين على الحياة وغيرها؛ لأنَّ هذه المعاملة لم تكن ثابتةً في عهد النصِّ، وعقلائيتها لم تكن واضحةً حتَّى يُقال: إنه لو لم يرتضِ الشارعُ بها لردع عنها، إذاً هذه الطريقة سوف تنفعنا في مساحة ضيقة من المعاملات العقلائية)^(٢).

إنَّ هذا الاعتراض قابلٌ للمناقشة من وجهين:

الوجه الأول: الاعتراضُ يتناقضُ مع ما ذكره من أنَّ آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣) بضميمة مناسبات الحكم والموضوع المركوزة ناظرةً إلى مطلق العُقود المتعارفة والمستحدثة، قال: (إنَّ العُرف يرى المناسب لوجوب الوفاء هو حيثية العقد والمعاقدة، أمَّا حيثية أنَّ هذا العقد يلزم أن يكون ثابتاً في الزمن السالف فهذه ليست

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

الغراء، جعفر السبحاني: ١ / ٩٨.

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

(٣) (المائدة: ١.

لَهُ خصوصية، فوجوبُ الوفاء يتناسبُ مع حيثية المعاقدة بين طرفين من دون خصوصية لكون ذلك العقد هو متعارف في تلك الفترة السابقة^(١).

إذاً هنا يرى أنَّ المناسبة المركوزة عقلاً بين الحكم والموضوع هو حيثية المعاقدة، بينما في دليل السيرة العقلائية يرى أنَّ الموضوع عقلائية العقد، وهذا تناقضٌ واضحٌ.

ولا يمكنُ لَهُ أن يتخلَّص من المناقشة -وهي التناقض- بدعوى أنَّ موضوع السيرة العقلائية يختلفُ عن موضوع الأدلة اللفظية فموضوعُ السيرة العقلائية هو العقد، بينما موضوعُ الأدلة اللفظية كآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ هو التعاقد والمعاقدة؛ وذلك لأنَّ الأدلة اللفظية في باب المعاملات هي أدلة إمضائية، أي: تُمضي ما عليه السيرة، فكيف يكونُ موضوعُ أحدهما مختلفاً عن الآخر؟ فإمّا نوحِّد بين الموضوعين، وإمّا أن نقول: إنَّ الأدلة اللفظية ليست إمضائية حتّى يصحَّ كلامه، وهو لا يلتزمُ بذلك.

الوجهُ الثاني: أنَّه يتبنَّى رأيَ السيد الصدر رحمته في تحديد مصبِّ الإمضاء خلافاً للسيد الخوئي رحمته إذ يرى أنَّ مصبَّ الإمضاء هو الفعل الخارجي، بينما يرى السيد الصدر رحمته مصبَّ الإمضاء هو النكته التي تكونُ أوسعَ من العمل الخارجي، وهذه النكته هي التعاقد والمعاقدة كما تصدَّق على العُقود المتعارفة كذلك تصدَّق على العُقود غير المتعارفة.

إذاً إتضح صحَّة الاتجاه الثاني لقوة ما أُستدلَّ به وعدم صحَّة ما أُورد عليه.

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

النقطة الثانية: المؤاخذات على إختصاص أدلة المعاملات بالعُقود المتعارفة:

وَيُمْكِنُ أَنْ تُسَجَلَ أَيْضاً عِدَّةُ مُؤَاخَذَاتٍ عَلَى الْإِتِّجَاهِ الْأَوَّلِ:

المؤاخضة الأولى: ما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله) في معرض إشكاله على تأثر علم الأصول بالفلسفة أدّى إلى وقوع الخلط بين القوانين التكوينية والإعتبارية: (فإنّ قوانين الفلسفة قوانين تكوينية لا تمتدُّ إلى الإعتبارات التي هي فرضيات مخترعة للتأثير على سلوك الآخرين فهي (الاعتبارات) لا تختلف فيها الأنظار، وإنّما تختلف باختلاف الإنظار وتتطوّر بتطوّر المجتمعات، كما نرى في عصرنا من توسّع المعاملات البنكية والتجارية وكثرتها بحيث يكون من الخطأ عند الفقيه أن يقوم بمحاولة إرجاع المعاملات الجديدة إلى المعاملات الشائعة في زمان النصوص؛ فإنّه لا موجب لذلك، بل هي معاملات جديدة تدرج تحت عمومات الصحة ما لم تتعارض مع كتاب الله والسنة، بلا حاجة لإرجاعها لعناوين المعاملات القديمة كالبيع والإجارة والصلح والشركة، بل نقول بأنّها معاملات إعتبارية جديدة، فإنّ التطوّر الإقتصادي للبشرية يدفعها لتأسيس معاملات جديدة بقدر حاجتها إليها^(١).

المؤاخضة الثانية: المنهج الرديّ يوقع الفقه بشيء من التنافي بين العُقود المتعارفة والمستحدثة، ويُمكنُ أَنْ يَرْجِعَ التنافي إِلَى أَحَدِ أُمُورِ ثَلَاثَةٍ:

الأمر الأول: منافية العقد الجديد للإرتكاز العرفي، ويُمكنُ ذكر عدة شواهد

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

على ذلك:

الشاهد الأول: وقع الكلام في محتوى عقد الصيانة، ذكر بعض المعاصرين أربع احتمالات، إجارة، جعالة، استصناع، صلح، ثم رجح أخيراً كونه إجارة^(١).
ثم علّق عليه بعضهم: من أن تخريج عقد الصيانة على أساس الإجارة يصطدم مع الارتكاز العرفي 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 تتسلط على منفعة الآلات^(٢).

الشاهد الثاني: ما يذكر عادة في مسألة حلية أخذ الفائدة من البنوك الأهلية أو الحكومية هو تحويل العقد من القرض إلى البيع، أي: بيع العملة مع الاختلاف في جنس المعاملة، وبالتالي لا يوجد إشكال؛ لأن هذه المعاملة الجديدة تمّ تخريجها على أساس البيع الذي هو عقد صحيح ومشروع ومتعارف.
وهذا التخريج أورد عليه السيد الصدر^(٣) من أنه منافٍ للارتكاز الذي يظهر بملاحظة وجهين:

الأول: أن الارتكاز العرفي في باب النقود هو ملاحظة المالية، وأمّا كونه ديناراً أو دولاراً فهو أمرٌ شكلي لا حقيقي.

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

(٢) انظر: مجلة الفكر الإسلامي، عقد الصيانة وتكييفها الفقهي، العدد الحادي عشر، الشيخ

محمد علي التسخيري: ٨٩.

الثاني: أنَّ القرض عبارة عن ضمان الشيء بمثله في الذمة، هذا هو المركز في حقيقة القرض، وهذه الطريقة الجديدة بيع العملة بأخرى مخالفة لها في الجنس تصطدم مع هذين الإرتكازين، فإنَّ إختلاف الجنس لا يؤدي إلى إختلاف المالِيَّة؛ لأنَّ الإختلاف شكلي والملاحظ المالِيَّة، والإرتكاز الثاني هو أنَّ القرض تبديل الشيء بمثله في الذمة، وهو ينطبق على هذا التخريج الجديد، فالتخريج المذكور يتنافى مع الإرتكاز^(١).

الأمر الثاني: الإختلاف في الغرض من تشريع المعاملة المستحدثة بين العقلاء، ويمكن ذكر عدة شواهد على ذلك:

الشاهد الأول: أنَّ بعض الفقهاء خرَّج عقد التأمين على أساس عقد الصلح، ولو تأملنا لوجدنا إختلافاً بين عقد الصلح وعقد التأمين من جهة الغرض الذي على أساسه تمَّ التعاقد والمعاملة، فعقد الصلح هو عقدٌ شرع لقطع التجاذب الحاصل بين شخصين أو المتوقع حصوله في المستقبل، بينما الغرض من عقد التأمين هو ضمان الخسارة على الأنفس والأرواح وما يتصل بالمكلف من أشياء.

الشاهد الثاني: خرَّج السيد الخوئي رحمته الله عقد التأمين على أساس الهبة المشروطة^(٢)، والاختلاف بينهما في الغرض واضح جداً؛ 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 اللاروي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ١٧٧.

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

عليها من قبل المؤمن، بينما الهبة المشروطة ليس الغرض منها قصد الأرباح الدنيوية منها، فكيف إذا يتم تخريج عقد التأمين على أساس الهبة المشروطة؟

الشاهد الثالث: ما ذكره السيد الصدر عليه السلام كاحتمال لصحة القرض من البنوك فقال: (إنَّ 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 محرماً، ولكنها إذا فرضت بإزاء الإقراض نفسه بما هو عمل يصدر من الدائن على أساس الجعالة تخرج بذلك عن كونها رباً، فالشخص الذي يحاول أن يحصل على قرض يقوم بإنشاء جعالة يُعَيَّن فيها جُعلاً معيناً على الإقراض فيقول: من أقرضني ديناراً فله درهم، وهذه الجعالة تُغري مالك الدينار فيتقدم إليه ويُقرضه ديناراً، وحينئذ يستحق عليه الدرهم، وهذا الإِستحقاق لا يجعل القرض ربوياً؛ لأنَّه ليس بموجب عقد القرض بل هو إِستحقاق بموجب الجعالة).

وعلق السيد الصدر عليه السلام على هذا التخريج بما حاصله: أنَّ الجعالة لا تُتصوَّر إلاَّ على عمل تكون له أُجرة المثل في نفسه وقابل للضمان بالأمر به (ضمان الغرامة) كالخياطة والحلاقة، وأمَّا ما لا ضمان له في نفسه ولا تشمله أدلة ضمان الغرامة فلا تصحُّ الجعالة بشأنه. باعتبار أنَّ ضمان العقد يكون بالأجرة المسماة في العقد، بينما ضمان الغرامة يكون بأجرة المثل، وهذا هو الفرق بين الضمانين. لأنَّ فرض الجعل في الجعالة ليس هو الذي يُنشأ أصل الضمان، وإنَّما يُحدد مقداره، وعلى هذا الأساس لا تصحُّ

الجُعالة على الإقراض بما هو عمل؛ لأنَّ ماليَّة الإقراض في نظر العقلاء إنَّما هي ماليَّة المال المقترض وليس للعمل نفسه، ومع فرض كون ماليَّة المال مضمونة بالقرض فلا يُتصوَّر عقلاً ضمناً آخر لماليَّة عملية الإقراض نفسها^(١).

الأمر الثالث: الاختلاف في الأركان^(٢)، بمعنى أنَّ بعض التخریجات للعُقود المستحدثة، وأنَّها منضوية تحت العُقود القديمة يؤدي في بعض الأحيان إلى عدم التطابق بينهما في الأركان، فمثلاً عقد التأمين يتقوم بأركان ثلاثة المؤمن والمستأمن والمؤمن عليه (الدار أو شيء من هذا القبيل) فإذا تمَّ تخریجها على أساس عقد الهبة؛ فإنَّ عقد الهبة لا تُوجد فيه أركان ثلاثة، وهذا يكشفُ على أنَّ التخریج ليس صحيحاً لعدم التطابق بينهما^(٣).

المؤاخذه الثالثة: أنَّ الفقهاء في باب العُقود أسسوا قاعدةً تُعتبرُ من مسلّمات العُقود وهي: تبعية العُقود للقُصود فمن أركان العقد هو القصد، ونلاحظُ أنَّ الاتجاه الأول الذي أرجع العُقود المستحدثة إلى العُقود القديمة نجد أنَّ العقلاء لا يقصدون العقد القديم، وإنَّما يقصدون ما هو الواقع خارجاً، فلا جدوى من الإرجاع ما دما افتقدنا الركن الأساسي وهو القصد.

وبتعبير أوضح: لو أخذنا عقدَ التأمين مثلاً تطبيقياً، فإنَّ المتعبد بالشرع لو أجرى هذا العقد وكان يُقلَّدُ فقيهاً يُخرِّجُ عقدَ التأمين على أساس أنَّه الهبة

(١) البنك اللاربوي 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.

المعوضة^(١)، والطرف الآخر وهو المؤمن (الشركة) تُقلد فقيهاً آخرًا يُخرجه على أساس أنه عقد الضمان^(٢)، فهذا العقد على أيّ نحو يُقصد، لاسيما بعد الاعتراف باختلاف الآثار بين الهبة المعوضة والضمان؟



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

(٢) انظر: بحوث فقهية، عز الدين بحر العلوم، تقرير بحث الشيخ حسين الحلّي: ٢٤.

المحور الثاني:

مدخلية العقود المالية للشكل أو المضمون

أولاً: الاتجاهات الفقهية في العقود المالية:

الحلولُ الفقهيةُ التي تُطرحُ للتعامل مع البنوك سواء أكانت حكومية أم أهلية، بل حتى التعامل الخاص بين الأفراد والتي تبناها أغلبُ المعاصرين، هي عملية تبديل عقد القرض بعقد البيع، والتبديل إمّا مع الإبقاء على العملة من جهة الجنس - كما صار إليه الشيخ حسين الحلّي رحمته الله والشيخ الفياض (حفظه الله) ^(١) - أو مع الاختلاف بجنس العملة كما ذهب إليه أكثرهم ^(٢).

وهذا الحلُّ ينتهي إلى تغيير الشكل الخارجي للمعاملة الذي قد يتنافى مع شرطية توفر القصد الذي هو ركن رئيسي في المعاملة؛ فإنّ من يبيعُ ثمنًا حالاً بمقابلته مؤجّل - مع تغيير العملة أو الإبقاء عليها - هو قرض ألبس لباس البيع، وقد أشار السيد الصدر رحمته الله إلى ذلك بقوله: (بل المهمُّ في الإشكال دعوى صدق القرض على هذه المعاملة وإن أنشأت بعنوان البيع، وذلك بتحكيم الارتكاز العُرفي إمّا بلحاظ الصُغرى، أي: تشخيص المراد الجدي للمتعاملين فيقال: إنّ المراد المعاملي لهما جدًّا

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

(٢) انظر: منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٦ / مسألة ١٦؛ ٢ / ٤١٦؛ منهاج

الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩؛ منهاج الصالحين، محمود الهاشمي: ١ / ٤٢٢.

بقريئة الارتكاز هو القرض وليس الإنشاء بالبيع إلا من باب تغيير اللفظ^(١).
وينبغي الحديث حول هذه العلاقة، هل أن التغيير للصورة الشكلية للمعاملة
يكفي لتخريج هذه العقود المستحدثة أو لا بد من البحث عن حل آخر؟
وبتوضيح أكثر: أن العلاج الذي ذكره الفقهاء للتخلص من الربا بهذه الطريقة
اليسيرة ألا يتنافى مع مقاصد الشرع من محاربة الربا بكافة أشكاله كافة وصوره؟
وهذا ما يُسمّى اليوم بالحلل الشرعية؛ فإنّ هذا الحلّ الشكلي تمّ توظيفه للتخلص
من الربا عند التعامل مع البنوك أو مع الأشخاص.
وبشكلٍ عامٍ إنقسم الفقهاء في قضية النية واللفظ في العقود والمعاملات إلى
إتجاهين أساسيين:

الأول: مرجعية اللفظ وأنّ النوايا شأنٌ يرجع للفاعل بينه وبين ربّه.
الثاني: مرجعية المعنى والقصد أخذاً بمثل قاعدة الأمور بمقاصدها والعبرة
بالنوايا، وممن تبنّى هذا الاتجاه السيّد الخميني رحمته الله في موضوع الحيل الربوية ورواياتها
إذ قال: (ذكر للتخلص من الربا وجوهاً مذكورة في الكتب) وأنّه بعد التأمل يذهب
إلى عدم جواز التخلص من الربا بوجهٍ من الوجوه (وقد جددت النظر في المسألة
فوجدت أن التخلص من الربا غير جائز بوجهٍ من الوجوه)^(٢) ويذكر في كتبه
الإستدلالية دليلاً على هذه الطريقة قال: (وهو أن الربا مع هذه التشديدات
والإستنكارات التي وردت فيه في القرآن الكريم والسنة من طريق الفريقين؛ ممّا قل

(١) انظر: البنك اللاربوي في الإسلام، محمّد باقر الصدر: ١٦٩.

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

نحوها في سائر المعاصي، ومع ما فيه من المفاصد الإقتصادية والإجتماعية والسياسية؛ ممّا تعرّض لها علماء الإقتصاد، كيف يُمكنُ تحليله بالحيل الشرعية، كما وردت بها الأخبار كثيرة الصحيحة، وأفتى بها الفقهاء إلّا من شذ منهم؟ وهذه عويصة، بل عُقدة في قلوب كثير من المفكرين، وإشكال من غير متحلي الإسلام على هذا الحكم، ولا بد من حلّها، والتشبّث له بالتعبّد في مثل هذه المسألة التي أدركت العقول مفاصد تجويزها ومصالح منعها بعيداً عن الصواب^(١).

وقال أيضاً: (ثم إنّه لو كانت الحيلة بتلك السهولة مصحّحة لأكل الربا نتيجة، فلم لم ينبّه عليها رسول الله نبيّ الرحمة ﷺ؛ لئلاّ تقع الأمّة في ذلك الحرام الذي هو إيدان ﴿يَحْرَبُ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾^(٢) و «درهم منه أعظم من سبعين زنية بذات محرم»^(٣) وفي نقل أنه ﷺ كتب إلى عامله في مكّة بقتال المرابين إن لم يكفّوا عن المراباة؟ فلو كان الانتفاع بمثل الربا جائزاً بسهولة، وإنّا يحتاجُ إلى ضمّ شيء إلى شيء، أو تغيير كلام، لما احتاج إلى كلفة القتال وقتل النفوس، بل كان عليه ﷺ تعليم طريق الحيلة؛ حفظاً لدماء المسلمين، فيعلمُ ممّا ذكر وما لم يُذكر: أن لا سبيل إلى الحيلة في تلك الكبيرة الموبقة^(٤).

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

(٢) البقرة: ٢٧٩.

(٣) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ١٨ / ١٢٣ / الباب ١ / الحديث ١٩.

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

ثانياً: المعالجات الفقهية للعُقود الشكلية:

بناءً على ما تقدّم لابد أن نقدّم حلولاً لهذه المشكلة، والتجاذب بين المعاملات

الشكلية وبين مفاسد الربا:

العلاج الأول: وهو مركّب من ركيزتين:

الركيزة الأولى: أنّ الأحكام الشرعية ليست تابعة للمصالح والمفاسد، بمعنى قد يحكم بحكم فيه مصلحة وحكم آخر فيه مفسدة؛ لأنّ الأحكام لا تخضع لقانون التبعية للمصالح والمفاسد، وبناءً على هذه الركيزة ينحلّ الإشكال، وهناك بعض المعاصرين من الإمامية من ذهب إليه وقال: (من أنّ فكرة تبعية الأحكام للمصالح والمفاسد خرافة علمية دون إثباتها خرط القتاد، ويشهد لذلك أنّ النصوص والفتاوى قد حكمت بسلسلة من الأحكام التي لا يمكن أن تنسجم مع هذا القانون، ومن نماذج ذلك جواز أخذ ثمن الخمر ممّن يستحلّه وترتيب آثار الحلّة على الشيء عند وقوع المعاملة مع طرف لا يرى الحرمة مع كونك تراها)^(١)، وجواز أخذ المال ممّن لا يُخمس والعديد من المعاملات المتعلقة بثمن الخمر والخنزير مع

(١) ويُمكن أن نذكر تطبيقاً على ذلك وهو: إنّ 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؛ لأنّه قرض مع فوائد، والحلّ إذا كان يعلم المكلف أنّ الدولة أو البنك الأهلي يرضى بالتصرّف بتلك الفوائد فيجوز له أن يتصرف بالرغم من أنّ المعاملة قرضية باطلة.

أهل الذمّة.

وبعبارة أخرى: أنّه لو كان هناك أثر تكويني يُعبّر عنه بالمصلحة والمفسدة لما صحّ تجويز الشيء الحامل للمفسدة تكوينياً، فإنّ ذلك مثل تقديم السّم؛ إذ لا فرق فيه بين مستويات معرفة الإنسان به في وقوع تأثيراته التكوينية، فحتّى لو كان الإنسان يرى حليّة تناول السّم فإنّ تأثيره التكويني سوف يقع، ومن هذا النوع أيضاً فروع قاعدة الإلزام الفقهيّة التي تدعوك لترتيب الآثار على ما يعتقده الآخر، ولهذا لو أخطأ الإنسان الواقع في الصلاة مثلاً حصلت له المعراجيّة، ونستنتج من هذا أنّ الأحكام تابعة للإنقياد لا لمصالح تقف خلفها^(١).

واعترض عليه بعضهم بعدة اعتراضات:

الأول: يبدو أنّه وقع في خلط في أنّ المصالح والمفاسد ليست ذاتية للفعل، وإنّما هي صفات قياسية له، فيمكن أن تتغيّر صفة الفعل بتغيّر موضعه من جهة الزمان والمكان والظرف والفاعل، فإنّ الفعل قد يكون ذا مفسدة تظراً عليه، لكن إذا لوحظ بحسب موقعه وما يحيط به من زمان ومكان قد يفقد المفسدة ويكون ذا مصلحة، فالمصلحة والمفسدة ليستا أموراً ذاتياً للفعل، وإنّما صفات قياسية له، ولهذا نجد أنّ المشرّع يمارس قانون التزاحم بين الأهم والمهم، ونلاحظ أنّ المشرّع قد يُرجّح تقديم الأهم بالرغم أنّه ذو مفسدة، لكن بقياسه مع المهم يكون ذا مصلحة،

(١) انظر: بحوث في طهارة الإنسان، كمال الحيدري: رقم ٢٠، ٣٢، ٣٥، ٥٣؛ بحوث في فقه

المرأة، الدرس رقم: ١٤، وهي منشورة على موقعه الرسمي.

وعليه يتضح أن الأمثلة التي ساقها ليست دقيقة؛ وذلك لأن تجويز بيع الخمر لمن يستحلّه والحصول على الثمن أو البناء على صحة معاملة وإن كان الآخر يراها باطلة إلا أنه قد تكون من قبيل ترجيح الأهم على المهم، فإن الحكم ببطالان هذه المعاملات قد يُربك وضع المعاملات خارجاً، فهذه المصلحة أعظم من مفسدة الحصول على ثمن الخمر أو على بيع الميتة أو البناء على صحة المعاملة.

الثاني: أنه وقع في إشتباه آخر، فهو يرى أن المفسدة ثابتة لمُتعلّق المتعلّق (الموضوع) فقال: إن الثمن (الخمر) فيه مفسدة كيف أجاز الشارع الحصول عليه، مع أنه من الواضح أن الثمن كعملة نقدية لا يُتصور أن تكون ذات مفسدة. نعم، لعل الشارع حرّم ثمن الخمر من أجل النهي عن بيع الخمر والإبتعاد عن شربه، وهذا يتوقّف على ما ذكره السيّد الصدر رحمته الله ^(١) من إمكان التفكيك بين الاعتبار القانوني وبين المصلحة الكامنة في الفعل؛ إذ يرى أنه ليس من الضروري أن يتعلّق الاعتبار بما فيه المصلحة فقد يكون الشوق المولوي في جهة والاعتبار القانوني في مقدمات هذه الجهة، من قبيل لو أمر المولى العُرفي بفتح أبواب الماء مع أنه المفروض أن يقول إسقي الحديقة مثلاً، وهذا معناه أنه ليس من الضروري إذا تعلّق الشوق المولوي بشيء أن ينصب هذا الاعتبار على نفس ما تعلّق به، بل قد يكون على مقدماته، ومن قبيل ما ورد في أن الصلاة معراج المؤمن، فالشارع لم يُوجب المعراج، بل أوجب الركوع والسجود؛ لأنّها مقدمات من شأنها أن تُحصّل ذلك الشوق،

(١) انظر: بحوث في علم الأصول، محمود الهاشمي: ٢ / ٢٢٣ ؛ دروس في علم الأصول،

ومن الممكن أن تكون المفسدة في شيء والإعتبار القانوني في شيء آخر، وفي مثال ثمن الخمر قد أجازهُ الشارع؛ لأنّ البائع مَن لا يستحلُّه والذي يتناوله هو المشتري، وعليه فلا يُتعلَّل أن تكون المفسدة في متعلّق المتعلّق (الموضوعات) فلو أردنا أن نتعلَّل على مبنى التفكيك بين الإعتبار القانوني والمصالح الكامنة؛ إذ من الممكن أن يكون الإعتبار في شيء والمفسدة في شيء آخر، فالشارع عندما قال: (ثمن الخمر سُحِتْ) حتّى لا يتناوله شخصٌ ولو بيع لشخص (المشتري) وهو الذي يتناوله فلا يأتي الإشكال أساساً.

الثالث: قياسُ المصالح والمفاسد على مسألة السُّمِّ هو قياسٌ مع الفارق؛ لأنّ السُّمَّ ليس بالضرورة أن يُحدث أثره في الإنسان - كما لو شرب قبل تناوله ما يمنع من ذلك - والأحكام الشرعية ليست سُمّاً، وإنّما قد تكون علاجاً - كما في مسألة تناول الميتة عند الإضطرار - إذاً هذه الركيزة باطلة^(١).

الركيزة الثانية: أنّ الأحكام تابعة للمصالح والمفاسد إلّا أنّه المصالح والمفاسد غامضة لا يمكن الوصول إليها، فحينما حرّم الشارع الربا فالمفسدة موجودة، ولكن لا نعلم حقيقة المفسدة، وبالتالي لا يمكن سحب الكلام حينما نُغيّر الشكل الخارجي للمعاملة، ويُقال: هذا التغير يتصادم 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) وتمّ التركيز في هذا البحث على نقطتين فقط:

الأولى: هل يُمكنُ إكتشافُ ملاكات الأحكام أو لا؟ المشهورُ بين الإمامية هو عدم الإمكان، وذكرنا أدلّتهم على ذلك مع المناقشة جميعاً وإتضح إمكانُ إكتشاف الملاك.
الثانية: لو سلّمنا بعدم إمكان إكتشاف الملاك إلاّ أنّ ذلك في غير المعاملات، وسيأتي في المحور الثالث الحديث عن ذلك.

العلاج الثاني: الإعتراف بالإشكال وأنّ الأحكام التي أُستخرجت من هذا التغيير الشكلي للمعاملة باطلة ما لم تُوجّه بتوجيه قاطع، وإلاّ فالإشكالُ مستحكمٌ وما نتج عنه من أحكام هي باطلة، وقد أشار إليه السيّد الصدر رحمته بقوله: (من أنّ الحيل الشرعية أو الشكل الخارجي للمعاملة إنّما برز في كلمات الفقهاء، وجُعِلت حلولاً للربا لأجل ترجيح النظرة الفردية للشريعة) ثمّ يقول: (وقد كان من نتائج ترسخ النظرة الفردية قيام إتجاه عام في الذهنية الفقهية يحاول دائماً حلّ مشكلة الفرد المسلم عن طريق تبرير الواقع وتطبيق الشريعة عليه بشكلٍ من الأشكالِ فنظام الصيرفة القائم على أساس الربا بوصفه جزءاً من الواقع الاجتماعي المعاش يجعلُ الفقيهَ يحسُّ بأنّ الفرد المسلم يُعاني مشكلةً تحديد موقفه من التعامل مع مصارف الربا، ويتجهُ البحثُ عندهُ لحلّ مشكلة الفرد المسلم عن طريق تقديم تفسير مشروع للواقع المعاش بدلاً عن الإحساس بأنّ نظام الصيرفة الربوي يُعتبرُ مشكلةً في حياة

الجماعة ككلّ حتّى بعد أن يُقدّم التفسير المشروع للواقع المعاش من زاوية الفرد^(١).
العلاج الثالث^(٢): ما ذكره بعضُ المعاصرين، وهو يشتمل على الخطوات الآتية:
الأولى: التسليم أنّ استعمال الحيل ممّا يتصادم مع المقاصد أو ممّا يُعدُّ أحكاماً شكليةً صوريةً وهو أمرٌ لا صمودَ له أمام المنطق والدليل إلّا أنّ الرّفص التام لجميع موارد استعمال الحيل أمر غير فنيّ أبداً في الوقت نفسه، لاسيما بعد قيام الدليل الشرعيّ المعتبر على بعض الحالات^(٣).

الثانية: أنّ تلك الأحكام لو كانت منشأً لاختلال النظام أو منافية لمصالحه العليا وإن لم يبلغ ذلك مرحلة الإخلال؛ فإنّ للحاكم الإسلامي أو الحكومة أن يتدخل لكيكون العمل طبقاً لما تحكّم به المصلحة الجديدة.

الثالثة: يجبُ إعمالُ غاية الدقة في باب الحيل والمعاملات الشكلية وهو التوجّه إلى مسألة عدم مخالفة الحيلة للعرف، ممّا يعني عدم صحة ما يُسمّى من تلك الحيل في بعض الفتاوى ببيع الأوراق النقدية، فلنتأمّل السؤال والجواب التاليين، إذ ورد سؤال عن إمكان بيع الأوراق النقدية بأعلى من قيمتها، فيُباع الألف تومان مثلاً بألف ومائتين تُدفع بعد ستة أشهر، فجاء الجواب: أنّ ما ذكر في هذه المسألة صحيحٌ

(١) انظر: مجلّة فقّه أهل البيت (الاتجاهات المستقبلية لحركة الاجتهاد): العدد الأول، محمّد باقر الصدر: ١٣ - ١٦.

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

(٣) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ١٨ / ٤١.

ويكونُ البيعُ والشراءُ نسيئةً^(١).

والمشكلةُ التي تواجهُ هذا الجواب هي: أنَّ الأوراق النقدية لأيِّ بلدٍ لا يُمكنُ أن تكون مبيعاً عُرْفاً فبيعُ الألف تومان بالصورة السابقة والذي يكونُ الباعثُ عليه هو الإستقراض والإقراض تواجههُ هذه المشكلة قبل مشكلة الفرار من ربا، الأمر الذي يُفسِّرُ ما أجاب به بعضُ الفقهاء المعاصرين عن سؤالٍ مشابه بقوله: (المعاملةُ بالصورة المذكورة في السؤال قرُضٌ ربويٌّ حرامٌ وإن كانت بصورة البيع والشراء)^(٢).



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

(٢) الفتاوى الجديدة، الميرزا جواد التبريزي: ٢٣٠ / السؤال والجواب رقم / ١١٠٠؛ الفتاوى

الجديدة، ناصر مكارم الشيرازي: ١ / ١٩٦ / السؤال والجواب رقم / ٦٧٥.

المحور الثالث:

حضور ملاكات الأحكام في باب المعاملات

بشكلٍ عام فقهاء الإمامية لا يُعملون المقاصد في العبادات، أمّا في المعاملات فالأمر مختلفٌ فبالإمكان دعوى إعمال المقاصد فيها، وإليك قائمة بأسماء بعض الفقهاء القائلين بإمكان إعمال المقاصد في باب المعاملات، ثم ذكر أدلتهم في ذلك: أولاً: كلمات بعض الفقهاء:

١- ما ذكره صاحبُ الجواهر رحمته الله في مسألة تلقي الركبان: (وفيه: أنّ الحكمةَ في النهي عن التلقي ليست بمراعاة حال الركب خاصة الأعم من ذلك ومن حال أهل البلد، باعتبار إختصاص الربح ونحوه بالمتلقي خاصة كما أو مانا إليه سابقاً فيعمُّ حينئذٍ جميع ذلك)^(١).

٢- ما ذكره السيدُ الخميني رحمته الله: (ولا يبعدُ الجوازُ بما هو أسهل من السيف كالبنفقة على المخ، بل وبالإتصال بالقوة الكهربائية)^(٢).

٣- ما ذكره الشيخُ مغنية رحمته الله، ونسردُ عدّة نماذج تكشفُ عن إعمال الملاك 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 تركز على التوسعة، وعدم الحرج والضيق، ولو قلنا بفساد بيع المضطر الذي ألجأته ظروفه إليه للزم بقاءه فيما هو أشد ضيقاً وحرجاً، ويتنافى هذا مع مقاصد الشريعة السمحة)^(١).

ب_ ما ذكره عند استعراض بعض أدلة صاحب الجواهر رحمته الله على جواز الجهل بالمتصالح عليه: (وهذا الجواب قريب إلى مقاصد الشريعة؛ لأن الصلح مبني على التساهل والتسامح، وتنازل المحق عن بعض ما يستحق، فكما لا يشترط في الإسقاط والإبراء أن يكون الحق معلوماً فكذلك الأمر في الصلح، هذا إلى أن الصلح لو لم يجز مع الجهل بالمتنازع فيه لامتنت 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 الإحتكار 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 كلية، تماماً كالربا، لا شيء إلا لمجرد حاجة الناس إلى الشيء المحتكر، سواء أبلغت الحاجة حد الضرورة، أم لم تبلغ هذا الحد، أما ذكر الحنطة والشعير، والتمر والزبيب، والزيت في بعض روايات أهل البيت عليهم السلام فإنه منزل على الغالب، وشدة الحاجة إلى هذه في ذلك العصر ونقول نحن للفقهاء الذين خصصوا تحريم

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

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

الإحتكار بالحنطة والشعير، والتمر والزبيب، نقولُ لهم: يلزمكم على هذا أنَّ إحتكار النفط والكهرباء غير محرّم، مع العلم بأنَّ الحياة اليوم تستحيلُ بدونهما، وأيضاً يلزمكم أن يكون إحتكار السلاح ومنعه عمّن يُريدُ الدفاع عن نفسه حلال لا بأس به، ثم أيُّ ضررٍ اليوم في إحتكار التمر والزبيب؟ وأعتقدُ أنَّ المستعمر لو اطلع على هذه الفتوى لركع وسجد، وكتبها بأحرف من نور، وأشاعها وأذاعها في كلِّ قطر، ما دامت تحرّم عليه إحتكار التمر والزبيب، وتبيحُ له إحتكار الحديد والفولاذ، والذهب الأسود والأصفر، وبالتالي فإنَّ الجمود على حرفية النصّ في مثل هذه الموارد هو طعن في الدين، وشريعة سيد المرسلين^(١).

٤- ما ذكره بعض الفقهاء: (نحنُ نعرفُ أنَّ بعضَ الأحكام الشرعية من الأحكام التوقيفية كالعبادات مثلاً، ولذلك نجدُ بعضها قد يخضعُ 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 ممّا يُمكنُ إستكشافُ ملاكته 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 ذكره الشيخُ محمد مهدي شمس الدين رحمته الله إذ قال: (التعبُّد في العبادات المحضة أمرٌ لا ريب فيه ومسلّمٌ به، وأمّا في مجالات المجتمع في ما نسميه الفقه

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

(٢) الاجتهاد والحياة: ص ٤٤.

الخاص في باب الأسرة أو المكاسب الفردية مثلاً نحنُ لا نعتقدُ للتعبّد معنى على الإطلاق، ولا بد أن تنزّل الأمور وفقاً للأدلة العُليا في الشريعة، وللقواعد العامة في الشريعة التي هي الضوابط الأساسية لا بد أن تنزّل على مقاصد الشريعة وعلى ما نفهمه من المناطات^(١).

٦_ ما ذكره الشيخ محمد هادي معرفة رحمته الله: (العبادات وحدها هي التي تكون ملاكات أحكامها غير بيّنة ولا يستطيع أحدُ المعرفة الدقيقة بجميع أسرار الممارسات العبادية، أمّا باقي الأحكام الشرعية فقابلةٌ للأدراك وملاكاتُها ممكنةُ الفهم...) ^(٢).

٧_ ما ذكره الشيخ الصانعي رحمته الله، ونذكرُ له أنموذجين:

أ_ في الطلاق الخلعي، إذ مال لنظرية وجوبه عند مطالبة الزوجة به وتحقيق شروطه، وغاية ما يُمكنُ الاعتراضُ عليه هو إطلاق الحديث القائل: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» وعلّق عليه: (وهو حديثٌ مخالفٌ لمبدأ العدل ورفض الظلم في أحكام الإسلام، وقد بيّنا أنّهُ لا حجية لظهور الدليل المخالف للأصول العقلية والنقلية المسلّمة، وهي العدل وعدم الظلم في أحكام الإسلام، وعدم مخالفة الأحكام 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) الإجتهاؤ والحياة: ص ٢١ - ٢٢.

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

والإيجاب^(١).

ب- ما ذكره كمبدأً عام في حلّية الربا الإنتاجي، وهو الإعتمادُ على مبدأ السّماحة والسهولة ونفي العسر والخرج في التشريعات الإسلامية^(٢).

ثانياً: أدلّة القائلين بإمكان التوصل الى الملاك في باب المعاملات:

المقصودُ من المعاملات هنا ليست المعاملات بالمعنى الأعم، وإنّما خصوص المعاملات بالمعنى الأخصّ الشاملة للعُقود والإيقاعات، فتوجدُ عدّة بيانات لتبرير إمكان إكتشاف ملاكات الأحكام:

البيان الأول: ما ذكره العلامةُ مغنيةٌ رحمته الله هو الإعتمادُ على عنصر الفهم الاجتماعي للنصّ الذي هو يرجعُ بحسب الإصطلاح إلى مناسبات الحكم والموضوع التي هي الأساس في حجية الفهم الاجتماعي للنصّ الذي معناه فهم النصّ على ضوء إرتكاز عام يشترك فيه الأفراد نتيجة لخبرة عامة وذوق موحد^(٣).

البيان الثاني: أنّ العبادات هي حقُّ الله تعالى، بينما المعاملات هي شؤون بشرية، وحقُّ الله لا يُعرفُ إلّا منه، بينما المعاملات بإمكان معرفة مقاصدها عن طريق البشر أنفسهم^(٤).

(١) مجلّة الإجتهد والتجديد (فدية طلاق الخلع) يوسف الصانعي: عدد ١١، ١٢.

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

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

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

البيان الثالث: وتوجد له صيغتان:

الأولى: لا توجد في أحكام المعاملات حقيقة شرعية، بمعنى أنها ليست من المفاهيم التي وضعها الشارع واصطلح عليها وأسس لها، فقد كان العمل جارياً بها قبل مجيء الإسلام؛ ولذلك فلا مجال للتوقيف في هذا النمط من الأحكام، وبما أن الشارع لم يتدخل في تشريعها، فإن ملاكاتها ومصالحها ليست خفية.

نعم، هذا ليس هو الطابع العام للمعاملات بالمعنى الأعم، فهناك بعض الفرعيات تُعتبر أحكاماً تعبدية غير معلومة المصالح والملاكات كما في خصوصيات الشهادة وحرمة بيع مجهول المقدار واشتراط عدم التفاضل إن كانت السلعة من جنس واحد، فإن هذه الأحكام الفرعية إن تيسر لنا إحراز ملاكاتها عبر طرق وقواعد إستكشاف المناط من النصوص الشرعية أو عبر الأساليب العقلانية كإلغاء الخصوصية وتنقيح المناط أخذنا بها، وإلا لزم التوقف.

الثانية: أن الفارق بين الأحكام التعبدية وغير التعبدية يتمثل في اختلاف القواعد الكلية والأصول العامة لكل منهما، ففي المعاملات تنبثق هذه القواعد من المصالح والمفاسد المعروفة والمدركة للعقلاء، كقاعدة (على اليد ما أخذت) وقاعدة (ادروا الحدود بالشبهات)^(١) فقد أمضاها الشارع وأقرها فيمكن عدّها من جملة الإرشاديات.

أمّا في العبادات فإن هذه القواعد حالها حال الأحكام في تبعيتها لجعلها، وعليه فهي غير قابلة للتوسعة والتضييق، وعليه يُمكن ضمها إلى الموارد المستثناة من

(١) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ٢٨ / ٤٧ / الباب ٢٤ / الحديث ٤.

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

أمَّا بالنسبة إلى غير العباديات فبما أنَّ الغرض الأصلي فيها هو رعاية المصالح الدنيوية، وهو بطبيعة الحال غرضٌ قابلٌ للإدراك أصبح من الممكن إحراز الملاكات فيها والاستدلال بها وخصوصاً أنَّ العديد من تلك الملاكات قد نصَّ عليها أو أُشير إليها في الكثير من النصوص الدينية.

وبهذا يتضح وجهُ الاختلاف بين الأحكام المولوية التوقيفية وبين الأحكام المعاملاتية والإمضائية هو أنَّ الملاكات في الأخيرة ليست ملاكات توقيفية مستندة إلى النصِّ وإلى بيان الشارع والعقل بعد أن يدرك المصلحة الملزمة في شيء، ويدرك عدم مزاحمة شيء آخر لها كيف يعقل أن يتوقَّف في إستكشاف الحكم الشرعي بوجوبه^(٢).



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

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

المحور الرابع:

تأثير الرضا الباطني في صحة المعاملات المستحدثة

فيه نقطتان:

النقطة الأولى: كفاية الرضا الباطني في مشروعية العقود المستحدثة

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

الأنموذج الأول: الودائع المصرفية:

وقع الكلامُ في حقيقة ما يدفعه الزبونُ إلى البنك، هل يكونُ على أساس الوديعة بالمعنى الفقهي، أو على أساس القرض؟ فمن الناحية الإثباتية يدورُ أمرها بين الوديعة بالمعنى الفقهي أو القرض، ويوجد قولان:

الأول: أنها وديعةٌ بالمعنى الفقهي، وممن صرح بذلك السيد السبزواري رحمته الله عند قول السيد الزدي رحمته الله إذ قال: (لو أعطى المالكُ ماله إلى المصارف أو البنوك أو غيرهما بعنوان الوديعة مع الإذن في تصرفهم فيها يجوزُ له أخذُ الزيادة حينئذٍ منهم) يُعلّقُ عليه ويقولُ: (أمّا جوازُ أصل هذا العمل، أي: عنوان الاستيداع فلا إشكال

فيه كما تقدّم في كتاب الوديعة، وأمّا صحة أخذ الزيادة فلاجل أن المفروض أنّه ليس قرضاً مشروطاً فيه الزيادة؛ لكونها عنواناً مبيناً عرفاً وشرعاً مع القرض. نعم، لو كان مراده من الاستيداع الإستقراض المعهود، تُحرّم الزيادة حينئذٍ مع شرط الزيادة فيه، ولكن ذلك بعيد جداً من مرادهم^(١).

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

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

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

(١) مذهب الأحكام، عبد الأعلى السبزواري: ٢١ / ٧١.

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

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

(٤) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٣٣ - ٣٤.

بعض الودائع، فما هو حكم تلك الفوائد؟ وكيف يُمكنُ التخلُّصُ من حرمتها؟ الكلامُ يقعُ تارةً في البنوك الأهلية، وأُخرى في البنوك الحكومية. أمّا البنوك الأهلية فقبل أن نعرف الترخيص المناسب لحلّية أخذ الفوائد لابد من معرفة أنّ الودائع البنكية توجدُ على أنحاء ثلاثة:

الأول: أن يفترض أنّ الشخص يدفعُ مبلغاً معيّناً من أمواله إلى البنك، على أن يكون له الحقُّ في أخذه متى أراد، ويصطلحُ على ذلك بـ(الحساب الجاري) أو بـ(الوديعة تحت الطلب) وفي هذا النحو لا يقدّمُ البنكُ فائدةً إلى الشخص، كما أنّ الشخص لا غرض له سوى الإيداع والمحافظة على أمواله من السرقة ونحوها.

الثاني: أن يدفع الشخصُ مبلغاً معيّناً من المال إلى البنك على أن يبقى ذلك المبلغ لدى البنك فترة محددة يتفقُ عليها الطرفان ولا يكونُ له الحقُّ في أخذها أثناء المدة، وفي هذا النحو يُقدّمُ البنكُ فائدةً إلى الشخص مُحدّداً بينهما حسب الاتفاق، ويصطلحُ على هذا النحو بـ(الوديعة الثابتة) أو بـ(الوديعة لأجل).

الثالث: أن يدفع الشخصُ مقداراً من المال إلى البنك، ويكونُ له الحقُّ في أخذه متى أراد، ولكن كُلاً بقي فترة أطول استحق الشخصُ على البنك فائدةً أكثر.

وفي هذا النحو يفترض وجود كلتا الخصوصيتين للنحويين السابقين، فخصوصية النحو الأول _الأخذ متى أراد_ ثابتة، كما أنّ خصوصية النحو الثاني _إستحقاق الفائدة_ ثابتة أيضاً ويصطلحُ 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: 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 المشروط، فأصل الزيادة التي أخذت كشرط هي فاسدة؛ لأنّها ربوية لكن لا يؤثّر فساد الشرط على المشروط^(٢).

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

الأول: إذا انكشف بعد العقد فقدانه لبعض الشروط المتصلة بالمعاقدين 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 المثلن، قال: (إذا قبض المشتري ما اشتراه بالعقد الفاسد فإن علم (المشتري) برضا البائع بالتصرف فيه حتى مع فساد العقد جاز له التصرف فيه، وإلا وجب عليه ردّه إلى البائع)^(١).

وهذه المسألة لا خصوصية لها في رضا البائع بالتصرف فيما قبضه المشتري بالعقد الفاسد، وتصحّ أيضاً برضا المشتري بتصرف البائع بما قبضه من الثمن من المشتري بالعقد الفاسد.

الثاني: تحت عنوان آداب التجارة يقول: (إذا شك 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 يتعين عليه إمّا التعلّم أو الاحتياط ولو بالصلح ونحوه. نعم، إذا أحرز رضاه بالتصرف في المال المأخوذ منه حتى على تقدير فساد المعاملة جاز له ذلك)^(٢).

الثالث: وهو محلّ الكلام أنّه في حالة الإقراض يجوز التصرف في الفائدة إذا علمت أن الذي دفع الفوائد يرضى بالتصرف بتلك الفائدة^(٣).

الأنموذج الثاني: أوراق اليانصيب:

فصل السيد الخوئي رحمته الله 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 وحكما ببطان بيع وشراء أوراق اليانصيب، وبين بذل الثمن مجاناً بمشروع خيري بأن أصحاب اليانصيب بذلوا الأوراق لأجل إنشاء مستشفيات أو مدارس أو ما شاكل ذلك، فدفعت هذا المال لشراء الورقة بنية الإسهام في ذلك المشروع الخيري، ولأجل تشجيع الناس يعلنون بإجراء قرعة بعد ذلك بأسماء من اشترك^(١).

وعلى أي حال، 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).

وأما 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 فهذه 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 توقف معلقاً على

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

السيستاني: ٢ / ١٧ / مسألة ٤٤.

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

رضاها، والمفروض أن رضاها محرز.

الأنموذج الثالث: بيع الأسهم المحرمة:

ذهب الشيخ الفيّاض (حفظه الله) الى صحة شراء الأسهم وإن كانت الشركة تُمارس أعمالاً محرّمة كبيع الخمر أو شركة ربوية، بدعوى أن بطلان المعاملات كمعاملة الخمر والميتة ولم الخنزير ونحوها لا يساقو عدم جواز التصرف في أثمانها، فإن جواز التصرف فيها منوطٌ برضا المشتري، والمشتري الذي يُقدّم على شراء هذه الأعيان المحذورة يرضى بتصرف البائع فيها مطلقاً وإن كان البيع باطلاً.

وذكر في موضع آخر، أن أكثر هذه المعاملات وضعية، وهي لا تُؤثّر في حرمة التصرف في أثمان تلك الأعيان المحذورة؛ لأنّ حرمة التصرف فيها منوطة بعدم رضا المشتري بالتصرف فيها في فرض بطلانها، والمفروض أنّه راضٍ به مطلقاً وإن كانت تلك المعاملات باطلة من وجهة نظر الشرع.

ثم يخلص الى هذه النتيجة بقوله: (إنّهُ لا مانع من المساهمة والمشاركة في هذه المعاملات والاستثمارات والاستفادة 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 ويُفتي بجواز بيع وشراء الأسهم التي تُمارس الحرام

(١) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٢٨١.

٦٠.....بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة

من قبيل الربا والخمر؛ لأنه أيضاً يكتفي بالرضا كأساس في تصحيح بعض المعاملات المحرّمة كما تقدّم عنه حلّة 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

إنّ ظاهر ما ذكره هو عدم الفرق في جواز أخذ الزيادة أو جواز التصرّف في الثمن أو المثلّمين 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 توفّر شرط من شروط الصحة، وبين المعاملة على الأعيان المحرّمة، فنحكم بكفاية الرضا بالتصرّف في النحو الأوّل من المعاملة دون النحو الثاني.

والشاهد على هذا التفصيل قرائن أربعة:

الأولى: التمسك بما رواه الشيخ الصدوق عليه السلام عن محمد بن موسى بن المتوكل عن عبد الله بن جعفر الحميري عن محمد بن الحسين عن الحسن بن محبوب، ورواها أيضاً بسند مختلف عن أبيه عن سعد عن أحمد عن ابن محمد عن ابن محبوب عن أبي أيوب عن عمّار بن مروان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغلول، فقال: «كُلْ شَيْءٍ

غُلَّ^(١) من الامام فهو سحت، وأكل مال اليتيم سحت، والسحت أنواع كثيرة منها ما أُصيب من أعمال الولاة الظلمة، ومنها أجور القضاة، وأجور الفواجر، وثمر الخمر والنبذ المسكر، والربا بعد البيّنة، فأما الرُّشا يا عمار في الأحكام فإنّ ذلك الكفر بالله العظيم وبرسوله^(٢).

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

الثانية: ترقّي الإمام عليه السلام في داخل الرواية المذكورة؛ فإنّه حينما عدّد الأعيان المحرّمة وصف بعضها بالكفر العظيم، وهذا الترقّي في هذا النوع يكشفُ عن حرمة مغلّظة، أي: أنّه سحتٌ بأعلى مراتبه، لذا وصفه بأنّه الكفر بالله العظيم، وهذا التغلّيطُ في السحت كيف يرتفع بمجرد إحراز الرضا الباطني؟

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

(١) غُلَّ أي: أخذ خديعةً.

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

ما يصحُّ بيعه وما لا يصحُّ.

الرابعة: ما رواه الكليني عليه السلام عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن حماد بن عيسى عن حريز عن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام: وقال: «إنَّ الذي حرَّم شربها حرَّم ثمنها، ثمَّ قال أبو عبدالله عليه السلام: «إنَّ أفضل خصال هذه التي باعها الغلام أنَّ يتصدَّق بثمنها»^(١).

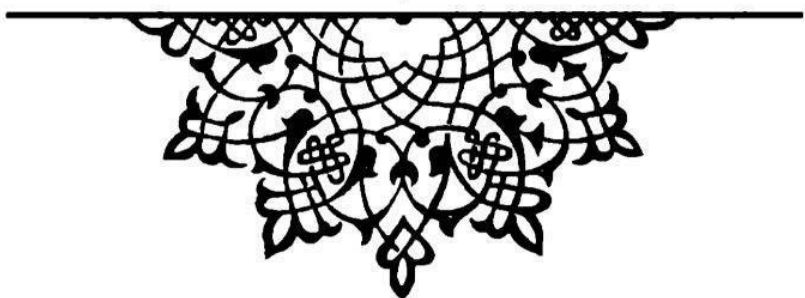
وتقريبُ القرينة: أنَّ الامام عليه السلام إستحسن تصدَّق الغلام بثمن الخمر، وهذا يدلُّ بالدلالة الإلزامية على عدم كفاية إحراز الرضا الباطني من قبل مشتري الخمر في تصرّف البائع بالثمن الذي هو جزءاً موجود.

هذه قرائنٌ أربعةٌ على عدم تمام كفاية إحراز الرضا الباطني في التصرّف.





أقسام البنوك



أقسام البنوك

ذكر السيد الخوئي رحمته الله وغيره من الفقهاء تقسيمات للبنوك إلا أنه في الخارج ذكر المختصون أكثر مما ذكره الفقهاء، وبما أنه لا ترتب أي ثمرة عليها فنقتصر على ما ذكره، إذ قال: تُقسَّم 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 مبني على مسألة يأتي الحديث عنها وهي: أن الدولة تملك أو لا؟ فإذا أنكرنا ذلك فتحصل هذه الفروع الثلاثة للبنوك فيقال: أمّا المالك الدولة أو غير ذلك، وأمّا إذا قلنا بملكية الدولة، فلا يبقى أي فائدة لهذا التقسيم على ما سيظهر إن شاء الله تعالى.

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



القسم الأول:

البنوك الأهلية

لا إشكال وأنه من ضروريات الدين تحريم الربا إلا أنّ الكلام في مورد وموضوع تحقق الربا، إذ يوجد موردان له:

١ - الربا المعاوضي: عبارة عن بيع أحد المتحدين جنساً مع التفاضل بشرط كونهما من المكيل أو الموزون، فالشروط 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 متقوم عرفاً بالزيادة بلا مقابل، وأمّا الشرطان الثاني والثالث فقد دلّت عليهما النصوص الكثيرة، وهناك صحيحة لمنصور بن حازم ذكرت الشروط الثلاثة مجتمعة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألتُه عن البيضة بالبيضتين؟ قال: «لا بأس به»، والثوب بالثوبين قال: «لا بأس به»، والفرسُ بفرسين فقال: «لا بأس به» ثم قال: «كُلُّ شيء يُكال أو يُوزن فلا يصلحُ مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد، فإن كان لا يُكال أو

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

٢- الربا القرضي: يتحقق بالقرض مع الزيادة، فالتحريمُ منصوبٌ عليه

بروايات كثيرة، نذكرُ منها:

الأولى: صحيحةُ يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألتُهُ عن الرجل

يسلمُ في بيع أو تمرَ عشرين ديناراً ويقرضُ صاحب السلم عشرةَ دنانير أو عشرين

ديناراً؟ قال: «لا يصلحُ إذا كان قرضاً يجزئ شيئاً فلا يصلح»^(٢).

الثانية: ما ذكرها الحرُّ العاملي رحمته الله، عن عبد الله بن جعفر في (قرب الإسناد) عن

عبد الله بن الحسن عن جده علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال:

وسألتُهُ عن رجل أعطى رجلاً مائةَ درهم على أن يعطيه خمسة دراهم أو أقل أو

أكثر؟ قال: «هذا الربا المحض»^(٣).

التخريجاتُ الفقهيةُ لحلية الإقراضِ من المصارفِ الأهلية:

إذا تبَّضح ذلك، ذكر جماعة من الفقهاء أنَّ الإقراض من المصارف الأهلية

باطلٌ؛ لأنَّه ربا، فهل يوجدُ تخريجٌ فقهيٌّ يَكَيِّفُ الإقراضَ المذكورَ أو لا؟ وفي هذا

الصددُ ذُكرت تخريجاتٌ عديدة:

(١) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ١٨ / ١٥٣ / الباب ١٦ / الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ١٨ / ٣٥٦ / الباب ١٩ / الحديث ٩.

(٣) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ١٨ / ٣٥٩ / الباب ١٩ / الحديث ١٨.

التخريج الأول: البيع بشرط القرض

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

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

ولأجل توضيح الاعتراض المذكور نقول: إنَّ التخريج ينحلُّ الى صورتين:
الأولى: القرض بشرط البيع أو الإجارة أو الهبة كأن يقول المقرض: (أقرضك عشرة مليون بشرط أن تهني كتاباً أو تبعني بأقل من قيمته السوقية) وهذه الصورة وهي القرض بشرط البيع لا أشكال بين جميع الفقهاء بطلانها؛ لأنَّها 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 عبّرت هكذا «لا يصلح إذا كان قرضاً يجر شيئاً فلا يصلح» فكلُّ قرضٍ يجرُّ بيعاً أو هبةً أو إجارةً فلا يصلح، وهذا محلُّ إتفاق بين الفقهاء.

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

ذكر صاحبُ الجواهر^(١): أن مقتضى الأصل هو جواز وصحة المعاملة^(٢)، ومقصوده من الأصل هو أن ما دلّ على المنع خصوص ما إذا جرَّ القرض نفعاً، وأمّا الصورة الثانية فالذي جرَّ النفع هو البيع أو الإجارة أو الهبة ولا محذور أن يجرَّ البيع النفع، بل يُمكن أن يقال: إن البيع شرع من أجل النفع.

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

الرواية الأولى: ما رواه الشيخ الطوسي^(٣) بإسناده عن أحمد بن محمد عن أبي عمير عن محمد بن إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرني بها وأنا أربحك فأبيعه جبةً تُقَوِّمُ عليّ بألف درهم بعشرة آلاف

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

الرواية الثانية: ما رواه الشيخ الكليني عليه السلام عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن علي بن حديد عن محمد بن إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام إن سلسيل طلبت مني مائة ألف درهم على أن تربحني عشرة آلاف فأقرضها تسعين الفاً، وأبيعها ثوباً وشيئاً تقوّم بألف درهم أبيع به عشرة آلاف درهم قال عليه السلام: «لا بأس»^(٢).

وأورد بعض المعاصرين عليها: بأنها أجنبية عن محل الكلام؛ لأنها واردة في معاملتين مستقلتين، وليس القرض وقع شرطاً في صحة معاملة البيع، وذلك أن الشيخ الكليني: قد زاد في ذيل هذه الرواية: «لا بأس به أعطها مائة ألف وبعها الثوب بعشرة الاف واكتب عليها كتابين» فإن التعبير «اكتب عليها كتابين» معناه أن هناك معاملتين مستقلتين إحداهما عن الأخرى وليست شرطاً فيها، ولا أقل من احتمال هذا المعنى الموجب للإجمال.

ويلاحظ عليه: أن دعوى عبارة (كتابين) تدل على معاملتين مستقلتين خلاف الظاهر، وعليه أن تبقي الرواية على ظاهرها، وهو أن القرض يدون بين الطرفين بكتاب ما وهناك حث على ذلك وإن لم يبلغ الى درجة الوجوب إلا أنه إستحباب مؤكّد، فهنا الإمام عليه السلام - حسب ما نقله الشيخ الكليني - أن الكتاب الأول للبيع

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

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

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

الرواية الثالثة: ما رواه الشيخ الكليني رحمه الله عن علي بن إبراهيم عن هارون بن مسلم عن مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن رجل له مال على رجل من قبل عينة عينها^(١) إياه فلما حلَّ عليه الأجل لم يكن عنده ما يعطيه فأراد (البائع) أن يقلب عليه ويربح أبيعهُ لؤلؤاً أو غير ذلك ما يساوي مائة درهم بألف 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: سألتُهُ عن رجل أريد أن أعينه المال أو يكون لي عليه قبل ذلك فيطلب مني مالاً أزيده على ماله الذي له عليّ أيسْتَقِيم أن أزيده مالاً وأبيعهُ لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم فأقول أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخركَ بثمانها وبما لي عليك كذا وكذا شهراً؟ قال: «لا بأس»^(٣)، وتوجد رواية أخرى في هذا المضمون.

(١) بيع العينة: هو عبارة عن بيع شيء لمدة معينة، وقبل حلول الأجل يشتري البائع هذا الشيء بأقل من ثمنه الأول فيدفعهُ المشتري في قبال ما يحصل عليه من نقد حاضر، وسُمِّيَ بالعينة لأن الثمن قد عُيِّن.

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

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

الخلاصة: هناك مجموعة من الروايات دلّت على نفي البأس في حالة وقوع القرض شرطاً في البيع، أو إمهال التسديد كشرط في صحة البيع، والإمام عليه السلام في جميع هذه الروايات نفى البأس عن هذه الطريقة.
ويمكنُ تسجيلُ ملاحظ على هذه الروايات:

الملحظ الأول: أنّ ثلاثة أو أربعة من هذه الروايات الراوي المباشر لها عن الإمام عليه السلام هو محمد بن إسحاق بن عمار الذي لا إشكال في وثاقته^(١)، ولكن بما أنّه واقفي^(٢)، والواقفة - كما نعلم - استمالوا الناس بالأموال من أجل الحفاظ على تلك الثروة فلا يستبعدُ منهم عندما انجروا وراء حطام الدنيا من أجل عدم الاعتراف بإمامة الإمام الرضا عليه السلام لا يستبعد أن يذكروا هذه الروايات التي تكونُ في صالح توجههم المالي.

وهذا الملحظ لا نلتزمُ به؛ لأنّه لم يثبت كونه واقفياً، فالرواية التي أُستدل بها لإثبات كونه واقفياً ضعيفةُ السند بـ (جرير بن حازم) فهو مجهولُ الحال.

الملحظ الثاني: أنّ لمحمد بن إسحاق بن عمار في الفقه برمته أربعة روايات أُخرى إثنان مردودة عند الفقهاء بالإجماع، فهذا يوُلّدُ احتمالاً عندنا أنّ هذه الروايات التي نقلناها هي من ذلك القبيل:

١ - ما رواه في باب قصر الصلاة محمد بن الحسن عليه 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 عمار سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة كانت معنا في السفر وكانت تُصلي المغرب ركعتين ذاهبة وجائئة؟ قال: «ليس عليها قضاء».

وعلق الشيخ الطوسي رحمته الله على هذه الرواية بقوله: (فهذا خبرٌ شاذٌّ لا نعملُ عليه؛ لأننا قد بينّا أنَّ المغرب لا يقصرُ فيها فمن قصرَ كان عليه القضاء فهذا الخبرُ متروكٌ بالإجماع)^(١).

٢- ما رواه في باب النكاح عن إسحاق بن عمار قال: قلتُ له رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم ماتت أيجلُّ له أن يتزوج أمها؟ قال: «سبحان الله كيف يجلُّ له أمها وقد دخل بها»، قال: قلتُ له: فرجل تزوج امرأةً فهلك قبل أن يدخل بها تحلُّ له أمها؟ قال: «وما الذي يحرم عليه منها ولم يدخلها».

وعلق الشيخ الطوسي رحمته الله على هذه الرواية بقوله: (وهذا الخبرُ أيضاً لاحق بالخبرين الأولين بشذوذه وكونه مضاداً أو مخالفاً لظاهر القرآن، وما هذا حكمه لا يُعملُ 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 بانفرادها، بل لأجل ما ورد في هذا

(١) الإستبصار، الشيخ الطوسي: ١ / ٣٤٧.

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

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

المجال من الروايات، فإذا كانت روايات هذا الرجل مردودة لدى الأصحاب في هذه الأبواب فكيف إعتمدوا على رواياته في مقامنا؟

٤- الروايات التي أوردت في المقام.

الملحظ الثالث: أنّ هذه الروايات حتّى لو كانت صحيحة السند فهي ساقطة عن الحجّة؛ وذلك أنّ الدليل المهم على حجّة الأخبار هو السيرة العقلانية، والأدلة اللفظية الأخرى التي أدّعت دلالتها على حجّة الأخبار تكون مرشدة الى ما عليه السيرة.

فنقول: العقلاء متى ما واجهوا خبراً وكان يشتمل على مضامين تُخالف روح القرآن الكريم نشك في إنعقاد عملهم بهذه الأخبار، فإنّ القرآن الكريم قد حارب الربا وإنّ من مارسه فليأذن بحرب من الله فالربا بجميع أشكاله لا يجوز، فهنا واقع هذه الروايات أرادت تحليل أخذ الفائدة الربوية، لكن عن طريق آخر، أي: لم يصرّح بالزيادة على أساس الربا القرضي، وإنّما تمّ الحصول على الزيادة بوقوعه شرط في معاملة أخرى، فإذا لم تكن الأخبار داخلة تحت بناء العقلاء فسوف نفقد الدليل المهم على حجّة الخبر.

وبكلمة: أنّ السيرة ما دامت هي الأساس في حجّة أخبار الثقات، وبما أنّها دليلٌ لبيّ فيقتصر على القدر المتيقن والمتعين وهي الأخبار التي لا تشتمل على مضامين باطلة.

الملحظ الرابع: الروايات المذكورة - على فرض التنزل عمّا سبق من الملاحظات -

هي معارضةً بجملة من الروايات الصحيحة السند منها:

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

وتقريبُ الاستدلال بها: أنَّ 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 نتكلم بها، أيضاً وقوع البيع كشرط في القرض.

إن قلت: إنَّ المعاملة المذكورة ناظرةً الى الصورة الأولى، أي: وقوع البيع شرط في القرض، وبما أنَّ القرض جرَّ نفعاً فطبق الإمام عليه السلام القاعدة قال: «لا يصلح إذا كان قرضاً يجز شيئاً فلا يصلح» والذي جعلنا أن نذكر هذا الإحتمال هو العطف بين السلم والقرض بالواو (يسلم لي في بيع... ويقرض) وبما أنَّ (الواو) لا تدلُّ على الترتيب فمن المحتمل القرض هو الذي وقع أولاً وبيع السلم شرط فيه فمن هنا الإمام عليه السلام في جوابه أشار الى هذا الإحتمال؛ إذ فصل بين صورتين، ومنع من الصورة الأولى التي من المحتمل نظر الرواية إليها؛ إذ قال: «لا يصلح إذا كان قرضاً يجز شيئاً فلا يصلح».

قلت: إنَّ هذا حمل خلاف الظاهر؛ لأنَّ الصحيحة ظاهرة في أنَّ التعاقد وقع ابتداءً على البيع ثم اشترطاً في ضمنه القرض، فلو كان جواب الإمام عليه السلام ناظراً الى

الصورة الأولى لاحتجنا أن يوضح الإمام عليه السلام في جوابه أكثر من هذا البيان.

٢- صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلا مثلها، فإن جُوزي أجود منها فليقبل، ولا يأخذ أحدٌ منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترطه من أجل قرض ورقة»^(١).

تقريب الاستدلال: أنه عليه السلام منع ركوب الدابة أو إعطاء العارية لأجل القرض، فيشمل هذا المنع وقوع ركوب الدابة شرطاً في القرض أو وقوع القرض شرطاً في ركوب الدابة؛ إذ أن روح النهي هو أن لا يأخذ أحد شيئاً من أجل قرض ورقة، فالقرض هو روح النهي ولا يفرق فيه بين وقوع شرط أو مشروط.

٣- رواية سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع وعن بيعين في بيع وعن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن»^(٢).
وفقرة الإستشهاد (عن سلف وبيع) بتقريب: أن السلف - كما صرح علماء اللغة^(٣) - هو عبارة عن القرض، فيكون مفاد النهي هو النهي عن القرض والبيع، فيشمل بإطلاقه القرض متى ما حلّ وكان سوءاً كان القرض هو المشروط والبيع هو الشرط أو بالعكس.

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

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

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

مواقفٌ لعلاج التعارضِ:

الموقفُ الأول: أنْ نفترض أنْ التعارض بين الروايات غير المستقر، أي: أنه يُقبلُ الجمع العُرفي، وأحد قواعد الجمع المذكور تقولُ: متى ما تعارض نصٌّ مع ظاهر أوّل الظاهر بنحو ينسجم مع النصّ، وفي مقامنا أنْ 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» والنهيُّ ظاهرٌ في الحرمة فيُحملُ على الكراهة بقريضة الصراحة في تلك الروايات.

والنتيجةُ هي: (الجواز مع الكراهة) قريبةٌ من فتوى السيد الخوئي رحمته الله؛ لأنه أفتى بالجواز مطلقاً.

ويردُ عليه: أنْ الجمعَ العُرفي يجري في الأحكام التكليفية دون الوضعية (الإرشادية)، وفي محلّ الكلام الروايات المجوّزة هي إرشادٌ الى صحة المعاملة، والروايات الناهية إرشادٌ الى فسادها، والنكته في عدم جريان الجمع العُرفي في الأحكام الإرشادية ترجع الى أحد وجهين:

الأول: ما ذكره السيد الخوئي رحمته الله في مناسبات عديدة من أبحاثه الفقهية^(١)،

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

وحاصل ما أفاده:

إنَّ الجمعَ العُرفي لا يجري في الأحكام الإرشادية، إمَّا لرجوعه الى الإستهجان في التعبير، أو التنافي بينها مستقرٌّ في نظر العُرف، وأمَّا الإستهجان فباعتبار أنَّ الروايات الناهية -وهي إرشاد الى الفساد- فلو حُمِلت على الكراهة يكونُ مفادها (كراهية الفساد) ومن الواضح أنَّ الأحكام الوضعية لا تتصفُ بالكراهة، وإنَّما الذي يتصفُ هو فعلُ المكلف، أي: الأحكام التكليفية.

وأمَّا وجودُ التنافي في نظر العُرف على نحو التنافي المستقر فواضحٌ، فالروايات المجوزة إرشادٌ الى الصحة، والروايات الناهية إرشادٌ الى الفساد، والصحةُ والفسادُ متنافيان بنظر العُرف.

الثاني: ما ذكره الشهيد الصدر رحمته الله وقد خصَّه في قسم من الأحكام الوضعية، فقال: إنَّ الأحكام الوضعية على قسمين، الأول التي لها مراتب متعددة بنظر العُرف من قبيل الطهارة والنجاسة، وهذا القسمُ يقبلُ الجمعَ العُرفي، والثاني ما ليس له مراتبٌ متعددة بنظر العُرف، وإنَّما يدورُ أمرها بين الوجود والعدم من قبيل الملكية والزوجية والفساد، فهذه لا تقبلُ الجمعَ العُرفي^(١)، كما ذكر السيد الخوئي رحمته الله، ولكن لوجهٍ يختلفُ عمَّا أفاده، وحاصله:

إنَّ النكتةَ المصححة لحمل الأمر على الإستحباب عند مجيئ الترخيص مختصةٌ بالأوامر التكليفية دون الوضعية؛ وذلك لأنَّه تُوجدُ في الأوامر التكليفية ثلاثة

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

مسالك لدلالة الأمر على الوجوب:

المسلك الأول: حكمُ العقل الذي تبنته مدرسةُ الشيخ النائيني رحمته الله وهو أنَّ الطلب إذا صدر من المولى، فالعقل يُلزمُ المكلفَ بالتحرك والإمتثال إذا لم يُصدر ترخيصاً في الترك، وأمّا مع صدوره فلا يحكمُ العقلُ بوجوب الإمتثال، وإنّما يحكمُ بالإستحباب^(١).

والنكتهُ المصححةُ في الحمل على الإستحباب في الأوامر التكليفية هي: أنَّ الأمرَ يدلُّ على الطلب الجامع بين الوجوب والإستحباب، فإذا ضمّمنا الى ذلك الترخيصَ في الترك ثبت كون الطلب إستحبابياً، فضمُّ الترخيص الى الجامع الأعم هو النكتهُ لإستفادة الإستحباب، ومن الواضح هذه النكتهُ مختصة بالأحكام التكليفية دون الإرشادية؛ لأنّها ليس فيها طلب يدلُّ على الجامع الأعم حتّى يثبت الإستحبابُ بقرينة الترخيص.

المسلك الثاني: الإطلاقُ الثابتُ بمقدمات الحكمة - وقد قويناها - فيقال: إنَّ الإطلاقَ يقتضي إرادة الوجوب؛ لأنَّ الوجوب طلبٌ فقط ولا ترخيص معه، بينما الإستحبابُ طلبٌ مع الترخيص والذي يحتاج الى دالٍّ هو الإستحباب، فإذا أراد المولى إرادة الإستحباب من الطلب لاحتاج الى بيان زائد على أصل الطلب ومع عدمه يدلُّ الطلب على الوجوب، ومن الواضح هذه النكتهُ تختصُّ بالأوامر التكليفية ولا تجري في الأوامر الوضعية؛ لأنّه ليس فيها طلبٌ حتّى يُحمل على

الإستحباب^(١).

المسلك الثالث: الوضع، وبناءً عليه إذا قامت قرينةٌ على الإستحباب فسوف يثبت للصيغة ظهورٌ ثانويٌّ في الإستحباب، وهذا معناه أنَّ الصيغة لها ظهوران ظهور أولي في الوجوب، وظهور ثانوي في الإستحباب المنوط بقرينة الترخيص فيحمل الطلبُ على الظهور الأولي ما دام لم تأتِ القرينة، ويحمل الطلبُ على الظهور الثانوي إذا جاءت القرينة^(٢)، ومن الواضح لا يوجد طلبٌ في الأحكام الوضعية من الأساس لكي يُقال: له ظهوران أولي وثانوي.

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

إنّ التخريج المذكور في الواقع إحتيال على أخذ الفائدة من جهة القرض، فلو كان هذا الأمر جائزاً بهذه الطريقة السهلة لكان ما دلّ على تحريم الربا والتشديد عليه لغواً، وعليه يلزمُ طرحُ تلك الروايات الدالّة على جواز هذا التخريج لمخالفته للكتاب الكريم؛ لأنّه حرّم الربا بكلّ أشكاله سواء وقوع البيع شرط في القرض أم العكس.

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

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

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

قلت: هذا صحيح لو لم تكن تلك الروايات معارضة لما دلّ على عدم جواز هذا التخرّيج، إذ ذكرنا أنّه تُوجد روايات تمنع من ذلك، وعليه سوف نحصل على طائفتين من الروايات الأولى تُخالف إطلاق الكتاب، والثانية توافق إطلاق الكتاب، فنأخذ بالثانية ونطرح الأولى من جهة صدق عنوان المخالف عليها.

إن قلت: سلّمنا مخالفة الطائفة الأولى للكتاب الكريم إلا إن عنوان المخالفة - كما اشترطه السيد الخوئي رحمته الله ^(١) - لا يتحقق إلا إذا كانت لعموم الكتاب دون إطلاقه، وهذه الروايات مخالفة لإطلاق الكتاب، فلا تُشكّل عنوان المخالفة، ويمكن تقريب ما ذكره السيد الخوئي رحمته الله بتقريبين:

الأول: أن الإطلاق ليس مدلولاً للفظ القرآني؛ إذ أن إسم الجنس المذكور في القرآن الكريم يدلّ على الطبيعة الجامعة بين المطلق والمقيّد. نعم، الإطلاق مدلول لعدم القرينة على التقييد، فعدم نصب القرينة وكونه في مقام البيان هو الدال على الإطلاق، وهذا الأمر العدمي ليس قرآناً، وفي مقامنا أن ما دلّ على جواز التخرّيج مخالفة لكلمة (الربا) المذكورة في القرآن الكريم، وهذه الكلمة ليست إطلاقاً، وإنّما إسم جنس يدلّ على الجامع.

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

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

ويُلاحظُ عليه: لو سلّمنا بحسب الدقة أنّ الروايات مخالفةٌ لأمرٍ عدي الذي هو ليس قرآناً إلاّ إنّ الميزة المستفادة من طرح ما خالف الكتاب ليس باعتباره قرآناً، وإنّما لأنّه قطعي الصدور، وهذا هو المستظهر ممّا دلّ على إسقاط الخبر المخالف للكتاب، ولذا يتعدّى السيد الخوئي رحمته إلى إسقاط مخالفة غير الكتاب من السّنة القطعية^(١)، وهذا شاهدٌ على كون الميزة الموجبة لطرح المخالف قد خالف قطعي الصدور، ومن الواضح أنّ عدم قرينة على التقييد أمرٌ قطعي؛ إذ لا يُجتمَلُ النقص في القرآن الكريم فيلزمُ طرحُ الأخبار المخالفة لهذا الأمر القطعي.

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

ويُلاحظُ عليه: هذا التقريب ساقطٌ كما هو ثابت في محلّه؛ إذ أنّ التمسك بالإطلاق يبدأ من حين إنتهاء المتكلم؛ إذ لو قيل إنّّه موقوفٌ على عدم نصب القرينة ولو في المستقبل لتعذّر علينا التمسك بإطلاقات المتكلم؛ لإحتمال نصب قرينة على التقييد، وعليه مجيئ القرينة المنفصلة لا يكشفُ عن عدم الإطلاق رأساً، وإنّما يكون

نافياً لحجية الكلام المطلق.

ولا يُتوهمُ بأنَّ هذه القرينة منفية 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 ينعقد إلا بعدم القرينة المتصلة والمنفصلة في المستقبل، فلا يوجد للكلام ظهور في الإطلاق أساساً، فلا معنى لأصالة عدم القرينة لنفيه.

الموقف الثالث: التمسك بالأصل العملي وهو إستصحاب الفساد، فإنَّ الأصل في باب المعاملات هو إستصحاب عدم النقل والانتقال.
بتقريب: أنَّه قبل جريان العقد فكلُّ من الثمن والمثمن عند مالكة، فإذا أجرينا العقد وشككنا في صحته وحصول النقل والانتقال فنستصحبُ عدم ذلك، وعليه سوف يثبتُ الفساد.

والنتيجة: أنَّ التخريجَ الذي ذكره السيد الخوئي رحمته الله لتصحيح الفائدة الربوية مع البنوك الأهلية محلُّ تأملٍ وإشكالٍ، ولعلَّه لهذا الذي ذكرناه ذهب السيد السيستاني (حفظه الله) الى عدم صحة هذا التخريج الفقهي كما نقلنا ذلك سابقاً عنه.

التخريج الثاني: بيع العملة بجنسها

وهو ما ذكره الشيخ حسين الحلي رحمته الله ووافقه الشيخ الفيّاض (حفظه الله) وحاصله: أن نفترض بيع مائة دينار حالاً بمائة وعشرة مؤجلاً فهنا لا إشكال في صحة المعاملة بالرغم من إتحاد الجنسَيْن - إذ كلاهما من الدينار - والتفاضل الحاصل؛ لأنَّ

الأوراق النقدية من المعدود وهي خارجة عما دَلَّ من حرمة بيع الجنس بجنسه مع التفاضل؛ لأنه يُشترطُ في الربا المعاوضي أن يكونا العوضين من المكيل والموزون، وهنا التقابل وقع بين الأوراق النقدية التي هي من المعدودات، فخروجُ الأوراق النقدية عن الربا المعاوضي خروجٌ تخصصي، قال الشيخُ الحلِّي: (وأما لو حصلت الزيادةُ مع أجل كأن دفع له عشرة دنانير بإزاء أحد عشر ديناراً يسلمه إياه بعد شهرين، فهل يكونُ ذلك من صغريات المعاملة الربوية أو لا؟ والإجابة على هذا السؤال هو أن نتصوّر لهذه المعاملة وجهان تكونُ صحيحةً بالنظر لوجه وباطلةً على الوجه الثاني؛ إذ أنَّ الشخص مرةً يبيع هذه العشرة دنانير الى الآخر بأحد عشر ديناراً لمدة شهرين فيقبلُ الآخر فتتمُّ المعاملةُ، ولا بأس فيها؛ لأنَّها معاملةٌ بيعيةٌ غاية ما في البين أن أحد العوضين فيها مؤجل الى شهرين، وأُخرى تكونُ المعاملةُ قرضيه كأن يقرضه فعلاً عشرة دنانير ليدفعُ له عند الأداء بعد شهرين أحد عشر ديناراً، ولا شبهة في ربوية هذه المعاملة القرضية... إذاً في مقام الإنشاء لابد من الفرق بين هاتين المعاملتين، البيع الى أجل والقرض الى أجل...) (١).

وأما الشيخُ الفيّاض (حفظه الله) فقال: (إنَّ الأوراق النقدية المالية بما أنَّها لا تكونُ من الذهب أو الفضة ولا نائبةً عنهما لكي تكونُ محكومة بحكمهما ولا من المكيل أو الموزون فلذلك لا تُعتبرُ المساواة بين الثمن والمثمن، مع أنَّها تكونُ معتبرة في بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة، كما أنَّها معتبرة في بيع المكيل بالمكيل

(١) بحوثُ فقهيةٌ، حسين الحلِّي: ٧٨.

والموزون بالموزون)^(١).

وعلى ضوء هذا التخريج يُمكنُ أن تُحوَّلَ كُلُّ المعاملات القرضية الى معاملات بيعية_ولو من جنس العملة النقدية ديناراً بدينار أو دولار بدولار_ ونتخلصُ من الربا آنذاك.

وأورد على التخريج المذكور بملاحظ عدة:

الملحظ الأول: ما ذكره السيد الخوئي رحمته الله^(٢): أنَّ هذا العمل صورته صورة بيع، ولكن حقيقته القرض فيرجع الى القرض بشرط الزيادة فيحرم؛ وذلك لأنَّ الفارق بين البيع والقرض هو أنَّ البيع يُشترطُ فيه المغايرة بين الثمن والمثمن، وهذا بخلاف القرض، إذ لا يُشترطُ فيه ذلك، وعليه حتَّى يتمَّ البيعُ لابد أن نفرض التغير بين العوضين، والتغير له نحوان:

الأول: التغير الحقيقي، وهو أن يبيع ديناراً بعشرة دراهم، وهنا الثمن غير المثلن.

الثاني: التغير الاعتباري، وهو أن يكون الثمن والمثلن كليهما من الدينار إلا أنَّ هذا المثلن شخصي وذاك الثمن شخصي أيضاً، والإشارة إليهما بالشخص يجعلهما متغيرين.

والتخريج المذكورُ فاقدُ للتغير المطلوب في باب البيع؛ إذ هو مبنيٌّ على بيع عشرة دنانير حالاً بأحد عشر ديناراً مؤجلاً، فالثلثُ والمثلنُ كلاهما من قسم الدينار فيكونُ إذاً قرضاً بشرط الزيادة فيحرمُ.

(١) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٧٥.

(٢) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ٢ / ٤١٦.

وأورد السيد الصدر رحمته الله وتبعه الشيخ الفيّاض (حفظه الله) على الملحظ المذكور بما حاصله: نُسلّم بوجود تغاير بين العوضين في باب البيع، ولكن يكفي فيه كون أحد العوضين أمراً شخصياً حالاً والآخر كُلياً في الذمّة؛ فإنّ هذا المقدار يكفي لتحقيق التغاير والتمايز المطلوب في باب البيع، وهذه نصّ عبارة السيد الصدر: (إنّهُ يكفي في صدق البيع عرفاً المغايرة الناشئة من كون المثلّث عيناً خارجية والمثلّث أمراً كُلياً في الذمّة، ومجرد كون المثلّث منطبقاً على المثلّث في الخارج لا يُنافي المغايرة بينهما الناشئة من كون أحدهما كُلياً في الذمّة والآخر عيناً خارجية، والمفروض في المقام أنّ المثلّث هو الكُليّ الثابت في الذمّة لا خصوص الحصة المنطبقة منه على المثلّث في الخارج لكي يُقال: إنّهُ لا مغايرة بينهما، ومن هنا لا إشكال عرفاً في صدق البيع على بيع الشيء القيميّ الخارجي بجنسه الكُليّ في الذمّة بزيادة كبيع فرس معين خارجاً بفرسين في الذمّة الى أجل محدد، فهذا يدلّ على أنّ هذا المقدار من المغايرة يكفي في صدق البيع)^(١).

الملحظ الثاني: ما ذكره السيد الصدر رحمته الله وحاصله: أنّ الارتكاز العرفي يقتضي بأنّ القرض هو تبديل الأعيان بمثلها في الذمّة فحينما يُقال: (خذ هذا قرضاً) فالقصدُ عرفاً (خذ هذه العين ملكاً بشرط أن تُبدلني بمثلها في الذمّة بعد شهر مثلاً) فروح القرض هو تبديل العين بمثلها في الذمّة، وهذا المعنى صادق على هذا التخريج؛ فمن يقول: (بعتك مائة دينار حالاً بمائة وعشرة مؤجلة) قد أبدلّ العين

(١) البنك اللاربوي في الإسلام، محمّد باقر الصدر: ١٧٧؛ البنوك، محمّد إسحاق الفيّاض: ٧٥ و ٧٦.

الخارجية بمثلها في الذمة مع الزيادة، وبما أن هذا التبديل يرجع الى القرض المفروض فيه الزيادة فيكون قرضاً جرّ نفعاً فتحرم، قال السيد الصدر رحمته الله: (إنّ القرض بمقتضى الارتكاز العقلاني تبديل المال المثلي الخارجي بمثله في الذمة فيصدق عنوان القرض عرفاً على كل معاملة تتكفل لهذا التبديل ولو كان المنشأ فيها عنوان التمليك بعوض ولا يريد العرف من كلمة القرض إلا المعاملة التي تؤدي الى ذلك النحو من التبديل)^(١).

واعترض الشيخ الفيّاض (حفظه الله) على ما أورده السيد الصدر رحمته الله بما حاصله: أنّ العقود تتبع القصد، فمتى ما قصد من عنوان المعاملة البيع فيتحقّق البيع، ومتى ما قصد منها القرض فيتحقّق القرض، فالقصد هو المقوم لحقيقة المعاملة حتّى وإن كانت بحسب الارتكاز العرفي تشترك بالنتيجة مع معاملة أخرى، فالذي يفرض التشابك بين المعاملتين المتحدتين في النتيجة هو القصد، وفي مسألتنا بما أنّه قد قصد البيع فهذا يكفي لصحة المعاملة، قال ما نصّه: (والجواب الظاهر أنّ الأمر ليس كذلك؛ لأنّ المرتكز لدى العرف العام أنّ صدق عنوان البيع أو القرض أو غيره من المعاملات منوطٌ بكون المنشأ فيه مفهومه عن جدّ، فإن كان قد قصد مفهوم البيع كان بيعاً وليس بقرض ولا غيره، وإن كان قصد مفهوم القرض فهو قرضٌ وليس ببيع ولا غيره)^(٢).

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

(١) البنك اللاربوي في الإسلام، محمّد باقر الصدر: ١٧٩.

(٢) البنوك، محمّد إسحاق الفيّاض: 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.

أمّا الأول، كما في البيع والصلح؛ إذ لا فرق بينهما ثبوتاً فقولنا: (بعثك الكتاب بدينار وصالحتك على الكتاب بدينار) لو لم يقصد في الأول البيع لما كان هناك فارق بينهما، والثاني كما في البيع والإجارة، فالبيع نقل العين والإجارة نقل المنفعة، وهكذا كما في البيع والقرض؛ فإنّ القرض عبارة عن تبديل عين بمثلها في الذمة الى أجل، وأمّا البيع فهو تبديل عين بأخرى مغايرة خارجية وليست بالذمة، وأمّا إذا حصل أحياناً في البيع التبديل بالمثل، كما في بيع الكتاب بالكتاب يكون في العوض عين خارجية لا في الذمة، أي: إنّ حقيقة البيع تختلف عن حقيقة القرض، وعلى هذا الأساس تكون حقيقة البيع متغايرة مع حقيقة القرض، فكيف يُفرّق بينهما بالقصد والإنشاء، فكلامه إنّما يصحّ في القسم الأول دون الثاني.

الوجه الثاني: ذكر عبارة يُستفاد منها أنّ الإسلام حارب الربا على صعيدين، أي: صعيد الشكل والخارج وصعيد الروح، قال: (قد ألغى الإسلام بشكلٍ جادٍ وقاطع النظام الربوي عن الإقتصاد الإسلامي نصّاً وروحاً هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أنّ الإسلام بقدر ما يؤكّد في نظامه الإقتصادي على الجانب المادي نصّاً وروحاً يؤكّد على الجانب المعنوي أيضاً)^(١).

أقول: إذا كان الإسلام يؤكد على إستئصال جذور الربا بشكل جادٍ وقاطعٍ، كيف ينسجم هذا الكلام مع ما إختاره من التخريج؟ فإذا كان أخذ الربا بهذه الطريقة المتيسرة والسهلة على الجميع فهذا مما يتنافى مع معالجة الإسلام للربا بالشكل والمضمون.

فإذا جئنا بشخص لا يعيش الألفاظ الفقهية وقلنا له: هل ترى فارقاً بين قول بعثك الشيء بزيادة مع قرضتك الشيء بزيادة؟ فإنه يجد المعاملة بالروح واحدة، والفارق هو على مستوى الألفاظ فقط.

وعليه إذا كانت قواعدنا الأصولية والأدلة الفقهية تُساعد على أخذ الفائدة بهذا الشكل اليسير فلا بد من مراجعتها والتدقيق بشأنها.

الملحظ الثالث: ما ذكره من التخريج - من أن الربا المعاوضي لا يقع في المعداد على أساس أن الأوراق النقدية من المعداد - فهذا على أحد الأقوال في حقيقة الأوراق النقدية من أنها مال بحد ذاتها، أما من يرى أنها تُعامل معاملة الرصيد الذي وضع بشأنها، فهي تُلحق بالقيمة الحقيقية لها ولا دليل على فصلها عن قيمتها الحقيقية.

حقيقة القرض:

التخريج الثاني وهو إرجاع القرض الى البيع ثم إثارة الخلاف في أن واقع القرض يختلف عن واقع البيع يستدعي الكلام عن حقيقة القرض.

يبدو أنه من المسائل التي لم تُنقح في كلمات الفقهاء، وذكرها الشيخ

الأنصاري رحمته الله بصورة غير مقصودة عندما إختار تعريفاً للبيع وذكر نقوضاً عليه، والتي من جملتها أن تعريف البيع ينطبق على تعريف القرض؛ إذ القرض مبادلة مال بعوض، فتكلم الفقهاء حول حقيقته في خصوص هذا المجال، ويمكن الخروج بتعريفات أربعة له:

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

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

وهذا التعريف أورد عليه الشيخ الأنصاري رحمته الله: بأن القرض إذا كان عبارة عن مبادلة المال بعوض لدخل الربا القرضي في الربا المعاملي، مع أن الفقهاء يميزون بين هذين النحويين من الربا^(١)، وتوضيح ذلك:

المعروف بين الفقهاء الربا يكون على نحوين:

الأول: الربا المعاملي عبارة عن مبادلة جنسين مع التفاضل وكونهما من المكيل أو الموزون، فاشترطوا فيه شروط ثلاثة:

- ١- الإتحاد في الجنس.

(١) المكاسب، مرتضى الأنصاري: ٣ / ١٥.

٢- كونها من المكيل أو الموزون.

٣- وجود التفاضل.

فالربا المعاملي ليس حراماً مطلقاً، وإنما في ظل شروط ثلاثة.

الثاني: الربا القرضي، ويتحقق بشكل مطلق ولا يفتقر الى شروط الربا المعاوضي فسواء كان القرض من جنس واحد أو المكيل أو غير ذلك، فالربا محرّم بصورة مطلقة.

فاذا إتّضح ذلك نقول: تعريفُ القرض بأنّه مبادلة مال بعوض يُدخلُ الربا القرضي في الربا المعاوضي؛ لأنّه أيضاً مبادلة مال بعوض مع أنّه من الواضح الفارق بين النحويين كما تقدّم.

التعريفُ الثاني: ما ذكره المحقّق الإيرواني رحمته الله: من أنّ القرض عبارة عن هبة مع الإستئمان على الماليّة^(١)، وتوضيح 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 إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٢).

وفيه: ماذا يقصد من تعلّق الضمان في الماليّة، أي: ما أقرضه الى الغير؟ فإنّ في

ذلك احتمالات:

الأول: تعلّق الماليّة في العين الخارجية المقرضة.

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

(٢) النساء: ٥٨.

الثاني: تعلّق الماليّة في ذمّة المقترض.

الثالث: لا طرف للماليّة لا في الخارج ولا في الذمّة، وكُلُّ هذه الإحتمالات باطلة بيانه:

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

وأمّا بطلان الإحتمال الثاني: - وهو تعلّق الماليّة في الذمّة - فلاجل أن يتحقق ذلك أن نفترض إشغال ذمّة المقترض في المرتبة السابقة على القرض؛ لكي يُعقّل الإستئمان عليها، ومن الواضح إنّ هذا ليس صحيحاً؛ لأنّنا نتكلّم كيف ثبتت الماليّة في الذمّة بعقد القرض.

وأمّا بطلان الإحتمال الثالث - وهو أنّ الماليّة لا متعلّق لها - فهذه ماليّة لا قيمة لها ولا توجب الضمان.

فتحصّل أنّ التعريف الثاني باطل.

التعريف الثالث: ما اختاره الشيخ الأنصاري رحمته الله^(١)، والسيد الخوئي رحمته الله والسيد السيستاني (حفظه الله)^(٢): هو أنّ القرض تملك بالضمان لا أنّه تملك عين بهال، وأوضح السيد الخوئي رحمته الله هذا التعريف بشكلٍ مُسهبٍ فقال: (ولا يخفى عليك أنّ

(١) المكاسب، مرتضى الأنصاري: ٣ / ١٥.

(٢) الربا، علي السيستاني: ١٥.

الشيخ الأنصاري، إنما أراد التملك بالضمان في المقام الضمان بالمعنى الذي ذكره في بحث المثل والقيمي، حيث أفاد هناك أن معنى الضمان كون العين في عهدة الشخص ولا يتوقف على تلف العين، بل مع كونها موجودة يكون ثابتاً في حق الضامن، وهو نظير الكفالة، غاية الأمر أنها تعهد للأشخاص والضمان تعهد في الأموال، فمقتضى قاعدة على اليد مثلاً أنه بمجرد وضع يده على المال يثبت المال في عهده، كان موجوداً أو كان تالفاً، وسيأتي أن انتقال الضمان الى المثل أو القيمة كلام شعري؛ لأنه إنما هو في مقام تفريغ الذمة مع تلف العين لا الإشتغال، فإن ذمته مشغلة بعين المال في جميع الأحوال لا بالمثل أو القيمة، غاية الأمر أنه في مقام الأداء إذا لم يتمكن 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، فإن كان ذلك في مثل الغصب وغيره من الأيدي الضامنة يكون المأل بجميع خصوصياته وتشخصاته ثابتاً في عهدة الضامن ويجب عليه دفعه مع خصوصياته، وأمّا إذا كان في باب القرض فيكون المأل في عهده أيضاً، ولكن بإلغاء خصوصياته بمعنى أن المالك في القرض يرفع اليد عن خصوصيات ماله ويملكه المقرض، لا مجّاناً بل بأن يكون المأل بكيّيه في عهده، فيكون تملكاً بالضمان، أي: في مقابل تعهده بكلي 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 أن هذا لا يكون من باب البيع ومبادلة مال بمال، إذ لا يعقل أن يملك المال في مقابل نفسه أو في مقابل كلي ينطبق على نفسه أيضاً، وهذا هو معنى التملك بالضمان كما سيأتي

في المثلي والقيمي^(١).

وملخص كلامه ﷺ أن القرض: هو تمليك، ولكن مع الضمان وقيد (التمليك) واضح، وقيد (مع الضمان) ليس المقصود من الضمان الذي يتوقف على التلف، بل بمعنى أنه يثبت بمجرد دفع المال إليه فيجب عليه رده، ولكن لا يردّه مع خصوصياته، وإنما يردّ أصل المال.

وللسيد الخوئي رحمه الله^(٢) كلامٌ يوضح الفارق بين ضمان القرض وضمان الغصب، فإنه بعد أن إختار تعريف القرض بأنه 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 للمثل والمالية إشارة للقيمي، بينما في باب القرض الذمة مشغولة رأساً بالنوعية والمالية، وأما العين فلا تشتغل بها الذمة، وإنما أضحت مملوكة للمقترض فلا يجب ردها حتى مع وجودها.

وبكلمة مختصرة: في باب الغصب النوعية والمالية محفوظة في رتبة ثانية عن تلف العين، بينما في باب القرض النوعية والمالية 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 المائيّة والنوعية أمران مستقلّان في مقابل العين، وأخرى نفترض أنّهما يُمثّلان وجود تسامحي وتنزيلي للعين، فعلى الفرض الثاني أنّ هذا الوجود التنزيلي للعين عند العُرف يتولّد في باب الغصب، فإنّ النزول الى المراتب الأخيرة للعين في هذا الباب إذا لم يتمكّن الغاصب من رد العين لتلفها، فتكون الذمّة آنذاك مشغولة بوجود تنزيلي وتسامحي للعين وهما النوعية والمائيّة، 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 والمائيّة عن العين؛ لأنّ الذمّة مشغولة بهما ابتداءً، فيكون التقابل بين العين من جهة وبين النوعية والمائيّة كتقابل الكلّي مع الفرد؛ فإنّ للفرد وجود مستقل عن وجود الكلّي، فعلى هذا سوف يدخل تعريف القرض للسيد الخوئي رحمته الله وهو التمليك بالضمان في باب البيع؛ لأنّه في المعاوضات لا تشترط دائماً التبادل المتباين بين المالين المتباينين، وإنّما يحصل التبادل والتقابل أيضاً بين الكلّي وفرده، فنقول: (أبيعك طناً من الحنطة هذه بطن في الذمّة) فهذا يندرج في البيع رغم لا مباينة بين المالين (حنطة بحنطة)، وإنّما صح الإندراج؛ لأنّ المقابلة والمغايرة في باب البيع تكفي بين الخارجي وبين الذميّ.

ثانياً: التعريف المذكور للقرض يشتمل على خلط بين مصطلح العُهدة وبين مصطلح الذمّة، والفرق بينهما هو أنّ العُهدة عبارة عن وجوب شيء في حق الشخص، والذمّة عبارة عن إستقرار المال في ذمّة الشخص، وقد يجتمعان في العين المغصوبة إذا تلفت فالعُهدة وجوب الدفع والذمّة إستقرار هذه العين في الذمّة، وقد يفترقان من جهة، كما لو لم تلف العين بعد فهنا العهدة موجودة، ولكن لا تُوجد

ذمة، وقد يفرقان من جهة وجود الذمة دون العهدة، كما في البيع لو لم يدفع البائع السلعة فهنا الذمة موجودة وهي إشتغال ذمة المشتري بدفع الثمن، ولكن لا يجب عليه فلا عهدة فلا يجب عليه الدفع مادام لم يسلم البائع السلعة الى المشتري فإذا إتضح ذلك نقول:

إن التعريف المذكور للقرض التمليك بضمان فقط بين فيه العهدة، أي: وجوب رد المالية والنوعية وأغفل تعريف الذمة، أي: كيفية إشتغال ذمة المقرض بالمال، مع أن المهم هو بيان كيف صارت ذمته مشغولة؟ وأما توضيح جانب العهدة، أي: وجوب الرد وأنه متعلق بالنوعية أو المالية خلافاً للغصب المتعلق بالعين أولاً، وهذا أمر لا داعي لتوضيحه.

التعريف الرابع: القرض عبارة عن التمليك بالحيازة والضمان باليد، ويكون شغل المالك تعيين لون الضمان على المقرض وتوضيحه:

إن لليد إقتضائين بينهما طولية، الإقتضاء الأول: الملكية الحاصلة بالحيازة، والثاني: الضمان الذي يحصل في طول التملك في الحيازة، فلو وضع شخص آخر يده على هذا المال الذي حيز أولاً فتكون لهذه اليد الثانية إقتضاءان الأول: التملك بالحيازة إلا إن هذه الملكية لتلك اليد بما أنها مسبقة بيد مالكة بالحيازة فلا يحصل الإقتضاء (الملكية لها) إلا برضا صاحب اليد الأولى رعاية حرمة وضع يده أولاً على المال، والإقتضاء الثاني: الضمان، أي: بما أن هناك يد سابقة مالكة بالحيازة، فيترتب الضمان على اليد الثانية مادام المالك الأول لا يرضى بالتصرف المذكور. نعم، يرتفع

الضمان برضا المالك الأول بالتصرف، فالأثران الملكية والضمان، هل يؤثران في ذلك أو يتوقف التأثير على رضا المالك أو يحصل أثر دون أثر؟
نقول: إن الصور المتصورة ثبوتاً أربعة، وهي متجهة نحو اليد الثانية؛ لأن المقرض واطع اليد على المال فعندما دفع المال الى المقرض صار المقرض مالكا فيعتبر عنه باليد الثانية والتي يوجد لها اثران هما الملكية والضمان:

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

القسم الأول: نفترض صاحب اليد الأولى دفع المال الى اليد الثانية على نحو مجرد الإستئابة والحفظ والأمانة عنده، كما في باب الوكالة والعارية؛ فإن الوكيل وهكذا المعار إليه يدهما تكون يداً آمنة وحافضة للمال، وإلا فصاحب اليد الأساسية هو الموكل والمعير فهنا نفترض ونتنزل بجعلهما أصحاب يد، وإلا فهما في الواقع ليسا أصحاب يد، وهنا لا معنى لحصول الملك والضمان؛ لأنه من باب السالبة بإنتفاء الموضوع.

القسم الثاني: لا نفترض صاحب اليد الأولى دفع المال الى اليد الثانية بنحو التنزل وفرض الثاني مالك كما هو الحال في الوديعة؛ فإن العقد المذكور لا يوجب جعله مالكا ولو بالتنزل، إلا إن المالك تنازل عن الضمان لقاعدة: (إن الأمين لا يضمن).

وبهذا تتضح النكتة الفنية التي يذكرها الفقهاء بين العارية والوديعة فقالوا: لو شرط المالك الضمان في الوديعة يقع الشرط لاغياً، وهذا بخلافه في باب العارية؛ وذلك لأن في الوديعة دفع المال الى الشخص الآخر من باب رفع المالك اليد عن

ملكه وجعل الثاني مالكا بالتزّل، 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 هدرًا فتؤثّر اليد الثانية في الضمان دون الملكية.

٣- تأثير اليد الثانية في الملكية دون الضمان، كما في باب الهبة، فالواهب يدفعه 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 للمال المقترض وفي الوقت نفسه هي ضامنة للمال، وتتحقق الملكية والضمان بمجرد وضع اليد ولا يتوقف الضمان على التلف كما في باب الغصب، وهذه الصورة الرابعة توضّح لنا أمرين إرتكازيين في باب القرض:

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

٢- توقّف الملكية على القبض ومن دون القبض لا ملكية للمقترض، وهذا ممّا إتفقت عليه جميع المذاهب الإسلامية سنةً وشيعةً، بل جميع الأديان الوضعية والسمّاوية، وهذا الإتفاق بين الجميع يكشف عن إرتكازية القبض كشرط في صحة العقد، بخلاف باب الصرف فالقبض شرطٌ تعبديّ، وعليه القرض هو عبارة عن التملك بالحيازة، وهذا هو الأثر الأول والذي يتحقق بالقبض، وأيضاً يلزم على اليد الثانية الضمان بالرغم من عدم كون القرض من العقود المبادلية.

وبهذا تمّ تفسيرُ كيفِ إشتغلت الذمّة في المال المقترض، فإنّ السيد الخوئي رحمته الله عندما فسّر القرضَ تملك بالضمان كان يُركّز على مصطلح العهدة، أي: وجوب رد المال دون مصطلح الذمّة، أي: كيفية إشتغال ذمّة المقترض بالمال في هذا التعريف، ثم تفسير كيفية الإشتغال الذي هو عبارة عن الضمان.

التخريجُ الثالث: بيع العملة بغير جنسها

وهو ما ذكره جماعةٌ من المعاصرين منهم السيّد السيستاني (حفظه الله): (نعم، لا مانع من أن يبيع البنك مبلغاً كمائة دينار نسيئة الى شهرين مثلاً، ويجعل الثمن المؤجل عملة أخرى تزيد قيمتها على المائة دينار بموجب أسعار صرف العملات بمقدار ما تزيد المائة والعشرون على المائة وفي نهاية المدة يُمكنُ أن يأخذ البنك من المشتري العملة المقررة أو ما يساويها من الدنانير، ليكون من الوفاء بغير الجنس)^(١). وذكر هذا التخريج أيضاً الشيخ الفيّاض (حفظه الله): (إلاّ أنّه لا مانع منه بيع عملتين كالدينار والتومان والدينار والدولار ونحوها بأن يبيع ثمانين ديناراً ألفي تومان مؤجلاً بدلاً عن أن يبيع الثمانين ديناراً بمائة دينار كذلك، على أساس أنّ أحكام بيع الصرف لا تجري على بيع النقود الورقية فلا يجبُ فيها التقابضُ في المجلس، بل يجوزُ أن يكون الثمنُ مؤجلاً وحينئذ ففي نهاية الأجل يُمكنُ للبائع أو البنك أن يتقابضاً من المشتري ألفي تومان أو ما يساوي ذلك من الدنانير العراقية من باب وفاء الدين بغير جنسه وبذلك تحصلُ نفسُ النتيجة المطلوبة لمن يُريدُ أن

يقترض من البنك الربوي^(١).

وأيضاً ممن ذكر هذا التخريج السيد الهاشمي رحمته الله بقوله: (أن يبيع مبلغاً معيناً من النقود بمبلغ أكثر من نفس الجنس نسيئة، كأن يبيع مائة ديناراً بمائة وعشرة دنانير لمدة شهرين، وهذا لا يجوز أيضاً؛ لأنه 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:

الملحظ الأول: ما ذكره السيد الصدر رحمته الله وحاصله: هناك إرتكاز عند العرف هو النظر في باب النقود الى ماليتها دون خصوصياتها، وهذا الإرتكاز معناه أن المنظور إليه عرفاً من بيع ثمانية دنانير بكذا دولار هو تبديل مالية بمالية وحينئذ يشمل عنوان القرض بالنحو المقرر بالإرتكاز السابق؛ إذ يصدق عليه أنه تبديل للشيء بمثله في الذمة، وعليه إذا كان المركز في النظر العرفي ملاحظة المالية فقط في الدنانير والدولارات التي وقعت مثنياً وثمناً فلا يبقى تغاير بين الثمن والمثنى إلا بكون أحدهما خارجياً والآخر ذمياً، وهذا معناه تبديل الشيء بمثله في الذمة الذي هو معنى القرض^(٣).

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

(١) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٧٨.

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

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

النقود وإن كان المالىة إلا أنه المالىة الخاصة؛ فإن النظر العرفي الى مالىة الدينار إنما هو في ضمن الدينار لا مطلقاً، والى مالىة الدولار إنما هو في ضمن الدولار، وعلى هذا ففي بيع الدينار بالدولار يكون النظر العرفي بتبديل مالىة الدينار بمالىة الدولار لا الى تبديل مالىة بمالىة من دون خصوصية للدينار والدولار، فإذا يكون الثمن مغايراً للمثمن ولا مماثلة بينهما^(١).

ويمكن مناقشة ما ذكره الشيخ الفيّاض (حفظه الله) بمناقشتين:

الأولى: يمكن أن يدعى أن ما حكمه السيد الصدر رحمته الله من أن النظر العرفي الذي يلحظ المالىة بما هي لا بما هي عناوينها الخاصة، أي: بكونها ديناراً أو دولاراً هو الأقرب؛ وذلك لأن العرف أهم ما لديه هو إختزان هذه الأوراق بالقوة الشرائية مع قطع النظر عن خصوصية تلك الأوراق سواء كانت من هذه العملة أو تلك، وهذه الخصوصية ليست هي الداعي في مسألة التبادل، وإنما هي القوة الشرائية، ولذا بعض البلدان الذي لا يكون للدولار قوة شرائية كبيرة في مقابل عملات بلدانهم لا يلحظونه بما هو، وإنما يقولون إن القوة الشرائية له ضعيفة.

الثانية: هناك مسألة لم تُنقح في كلمات الأعلام وهي: أنه إذا جزم العرف بوجود نكتة الإرتكاز، ولكن يشك في سعة النكتة أو ضيقها، كما إذا أحرزنا أن المرتكز العرفي قائم على أن إخبار ذي اليد بما تحت يده حجة، وشككنا في سعة وضيق نكتة الإرتكاز، هل أنه قد أخبر بما تحت يده أو أن النكتة كونه من صنعه وجعله؟ فإذا كانت النكتة هي الأخيرة أمكن تعميم الحجية لكل ما يكون ذي اليد أخبر به ولو

أقسام البنوك / القسم الأول: البنوك الأهلية.....١٠٣

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

إذا فمرجعُ الشك بالحقيقة الى الشك بسعة المرتكز وضيقه، والشك في سعة المرتكز منفي بإستصحاب عدم السعة.

وفي مقامنا كذلك فالسيد الصدر عليه السلام يدعي ضيق الإرتكاز العرفي بدعوى أنَّ العرفَ ينظرُ الى النقود باعتبار ماليتها مع عدم النظر الى خصوصياتها، بينما الشيخ الفياض (حفظه الله) يدعي سعة الإرتكاز العرفي، فالعرفُ ينظرُ الى النقود باعتبار ماليتها مع الخصوصية، ومع الشك في ضيق الإرتكاز وسعته، فالإستصحاب ينفي السعة.

الملحظ الثاني: ما ذكره السيد الصدر عليه السلام أيضاً وتبعه جماعة منهم السيد السيستاني (حفظه الله) والشيخ الفياض (حفظه الله) والسيد محمود الهاشمي عليه السلام، قال السيد الصدر عليه السلام: (إنَّ هذا) (البديل) لا يُحقِّقُ كُلَّ مكاسب القرض الربوي المحرَّم؛ لأنَّ الشخص الذي إذا أخذ ثمانية دنانير مع تأجيل الوفاء الى شهرين - مثلاً - لو كان أخذها على أساس القرض الربوي، فبإمكان البنك المقرض على هذا الأساس أن يلزمه بفائدة جديدة فيما إذا تأخير عن الدفع بعد شهرين، وأمّا إذا كان أخذها على أساس الشراء بمعنى أنَّه اشترى ثمانية دنانير بعشرة مؤجلة الى شهرين، فليس للبنك أن يطالبه إلا بالثمن المحدد في عقد البيع والشراء - وهو عشر - حتّى لو تأخر عن الدفع بعد شهرين، ولو طالبه بفائدة على التأخر كان ذلك فائدة على إبقاء الدين،

ويعودُ حينئذٍ محذورُ الربا المحرّم البيع^(١).

وإن شئت قلت: إنّ تأخير المدين عن السداد في البنوك التقليدية لا يُمثّل معضلة كبرى طالما أنّ الضمانات كافية لسداد قيمة الدين وكلّما تأخّر المدين عن السداد أضيفت فوائد التأخير الى مديونته وبتكرار التأخير تتضاعف الفائدةُ على رأس المال، وأمّا في البنوك غير الربوية، فلا يجوزُ إلزام المدين بفائدة جديدة مقابل التأخير؛ لأنّه ربا.

قال السيّد السيستاني (حفظه الله): (ويلاحظُ أنّ هذه الطرق ونحوها لو صحت_ لا تُحقّق للبنك غرضاً أساسياً وهو إستحقاق مطالبة المدين بمبلغ زائد لو تأخّر عن أداء دينه عند نهاية الأجل وازدياده كلّما زاد التأخير؛ فإنّ أخذ الفائدة بإزاء التأخير بالدفع يكونُ من الربا المحرّم ولو كان ذلك بصيغة جعله شرطاً في ضمن عقد البيع مثلاً)^(٢).

وحاول السيّد الصدر^(٣) الإجابة عن هذا الملحظ بقوله: (ولكن بالإمكان التخلص من ذلك: بأن يشترط بائع الثمانية عشرة على المشتري في عقد البيع أن يدفع درهماً مثلاً في كلّ شهر يتأخّر فيه المشتري عن دفع الثمن المقرر من حين حلول أجله، ولا يكونُ هذا ربا؛ فإنّ إلزام المدين هنا بدفع الدرهم يكونُ بحكم البيع، لا بحكم عقد القرض، وليس في مقابل الأجل، فكما كان يُمكنُ للبائع أن يشترط على المشتري أن يهب له درهماً في كلّ شهر الى سنة ويكونُ المشتري ملزماً حينئذٍ بذلك كذلك له أن يشترط عليه أن يدفع له درهماً في كلّ شهر يتأخّر فيه عن دفع الثمن. فليس الشرط

(١) البنك اللاربوي في الإسلام، محمّد باقر الصدر: ١٧٥

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٨؛ منهاج الصالحين، محمود الهاشمي: 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 السلام والحاصل: أن إشتراط دفع شيء في عقد القرض غير جائز؛ لأنه يصير القرض ربوياً، كما أن إشتراط كون شيء في مقابل الأجل بنحو شرط النتيجة غير جائز ولو وقع ضمن عقد بيع؛ لأنه من إشتراط الربا، وفي المقام: الشرط المدعى لا هو واقع في عقد القرض ليؤدي الى وجود قرض ربوي، ولا هو من إشتراط كون شيء في مقابل الأجل يكون من إشتراط الربا المحرم، فلا مانع من نفوذه، وبذلك يحصل البنك المقرض على تمام مكاسب الربا^(١).

التخريج الرابع: البيع الى البائع الأول مع زيادة في الثمن

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

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

دينار^(١).

وهذا التخريج في واقعه يرجع الى فكرة الشرط الضمني، أي: وقوع البيع الأول شرط في البيع الثاني، والفقهاء أفتوا ببطلان هذا البيع ومستند البطلان وجوه:

الأول: التمسك بمحذور الدور بتقريب: أن البائع الثاني (الذي يُريد القرض) إذا اراد أن يبيع للبائع الأول يتوقف على كونه مالكا، والملكية متوقفة على الالتزام بالشرط وهو أن يبيع البيع الثاني فتوقف البيع الثاني على البيع الثاني.

ويلاحظ عليه: نسلّم البيع الثاني يتوقف على شرط وهو الملكية إلا إن الملكية لا تتوقف على البيع الثاني، أي: لا تتوقف على النقل والانتقال، وإنما تكون الملكية متزلزلة للبائع الثاني إذا لم يلتزم بالشرط (وهو البيع مرة ثانية الى الأول) فنسلّم البيع الثاني موقوف على شرط وهو الملكية إلا إن الملكية ليست متوقفة على البيع الثاني، وإنما تنزل الملكية لا أصلها إذا لم يلتزم بالبيع من جديد الى الأول.

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

ويلاحظ عليه: القصد في البيع الأول موجود وهو التوصل الى أخذ الفائدة من البيع الثاني وهذا يكفي لوجود القصد، بل توقف البيع الثاني على الأول لا ينافي القصد، بل يؤكد؛ وذلك لأن التوصل الى الفائدة المقصودة في البيع إنما تكون عن طريق البيع الثاني.

الثالث: التمسك برواية أو صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم أيجل؟ قال: «إذا لم يشرط ورضيا فلا بأس»^(١).

وهذه الرواية واضحة في بطلان التخريج الذي نحنُ بصدده، غايةً البيع حالاً كان بالأكثر، والبيع المؤجل كان بالأقل ولا نحتمل الخصوصية من هذه الناحية جزماً، ولذلك أجابه عليه 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، وأما مع خلّوه عن الشرط فلا بأس)^(٢).

التخريج الخامس: الفائدة مقابل الإقراض

وهو ما ذكره السيد الصدر رحمته الله كمقترح حلّية أخذ الفائدة وهو عبارة عن الفائدة في مقابل الإقراض لا في مقابل القرض وتوضيح ذلك: إن الذي يُريد الإقراض يقول: (جعلتُ لمن أقرضني ديناراً له درهماً) فهذا الكلام سوف يُعْري صاحب الدينار ويقوم بدفع الدينار له ويتربّب 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 الجعالة فتخرج بذلك عن كونها رباً.

(١) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ١٨ / ٤٢ / الباب ٥ / الحديث ٦.

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

وبكلمة: في باب القرض يُوجدُ عنصران، الأول: المال المقترض، والثاني: عملية الإقراض ولا ريب أنَّ الفائدة الربوية إذا وقعت مقابل العنصر الأول، أي: المال المقترض فتكونُ المعاملةُ ربويةً محرَّمةً لا محالة، ولو وقعت في مقابل العنصر الثاني، أي: عملية الإقراض فتكونُ الفائدةُ محلَّلةً؛ لأنَّ 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 تبينَ بطلانُ الجعالة لنفي شرط من شروطها، فالقرضُ بقيمة الدينار صحيح والزيادةُ مقابل الجعالة باطلة؛ لأنَّ إستحقاق الدرهم نتج عن الجعالة لا عن عقد الإقراض.

وناقش السيد الصدر رحمته في هذا التخرُّج بما يرجعُ الى صُغرى وكُبرى:

أما الصُغرى: فلأنَّ الارتكاز العقلائي يرفض كون الزيادة مقابل عملية الإقراض، وإنَّما يجعله في مقابل المال المقترض وجعله بإزاء عملية الإقراض مجرد لفظ، وعليه فلا تتصورُ 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 الارتكاز العقلائي وإتجهت إرادة المدين حقيقة الى جعل الدرهم بإزاء عملية الإقراض نفسها، فهل هذه الجعالة صحيحة أو لا؟

نقول: تُوجدُ رؤيتان في حقيقة الجعالة:

الرؤية الأولى: ما أفاده السيد الصدر رحمته من أنَّها عبارة عن ضمان الغرامة، ولتوضيح هذه الرؤية ذكر السيد الصدر رحمته ابتداءً إحتِمالات ثلاثة في حقيقة الجعالة فأبطل إثنين منها واختار الثالث وهو ضمان الغرامة:

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

الإحتمال الثاني: أنّها عبارة عن تمليك مجّاني مشروط بالعمل فهي ليست معاوضة كالإجارة والبيع مثلاً، وإنّما تمليك ابتدائي ومجّاني، وهذا التمليك المعلق على العمل لا بد أن نلتزم بخروجه عن القاعدة الأولية التي تُبطل التمليك المشروط من قبيل (إن مطرت السماء فأنت تملك درهماً عليّ) فالتمليك المجّاني المشروط في باب الجعالة لا بد أن نلتزم بخروجه عن القاعدة الأولية.

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

القرينة الأولى: أنّ المجّانية والهبة المطلقة ليست واردة في باب الجعالة، وإنّما يُؤخذ فيها شيء من المعاوضة ومن هنا سُمّي المال المجعول (جعل) وهو تضمين شيئاً من المعاوضة.

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

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

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

وهذه القرائن الثلاثة مجتمعة في باب الجعالة ترفض الإحتمال الثاني.

الإحتمال الثالث: وهو الصحيح كما عبّر عنه السيد الصدر رحمته الله وهو أن الجعالة عبارة عن ضمان الغرامة، ولتوضيح ذلك نقول:

إنَّ أحد موجبات الضمان هو التسبب إلى العمل فلو مر شخص على الحلاق وطلب منه حلاقة الرأس ومن دون أن يتفق معه على القيمة المسماة، فهنا يستحق القيمة السوقية؛ لأنَّ التسبب في العمل من موجبات الضمان، والقاعدة في ضمان الغرامة تعلّق الضمان بالقيمة السوقية إلاَّ أنه قد يحصل إتفاق خارجي في بعض الأحيان عن قيمة يتفق الطرفان عليها.

فنقول: في باب الجعالة هي عبارة عن التسبب في العمل فيتولّد ضمانٌ نسميه بضمان الغرامة، وبما أنَّ الضمان هي القيمة السوقية؛ وذلك لعدم ذكر التحديد الخارجي لقيمة الجعل وبالتالي قد حافظنا على إرتكازات عقلائية وفقهية ثلاث:

أقسام البنوك / القسم الأول: البنوك الأهلية..... ١١١

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

الإرتكاز الثاني: دفع القيمة السوقية.

الإرتكاز الثالث: تفسير كون الجعل الثاني ناسخاً للجعل الأول؛ إذ لا يُتصور

في ضمان الغرامة جعلين مختلفين.

فإذا عرفنا ذلك نقول: إن أخذ الفائدة على أساس عملية الإقراض وعن طريق

عقد الجعالة غير معقول؛ وذلك لأن عقد القرض لا يُتصور فيه ضمانان أحدهما

مقابل عقد الإقراض والآخر في مقابل المال المقترض، وإنما للعقد المذكور ضمان

واحد مقابل المال المقترض، فلو جعل بديلين أحدهما مقابل عملية الإقراض،

والثاني مقابل المال المقترض لكان ذلك وجود ضمانين على عقد القرض الذي هو

عبارة عن ضمان واحد.

الخلاصة: هذه الرؤية التي أبداهها السيد الصدر رحمته الله في حقيقة الجعالة التي هي

عبارة عن ضمان الغرامة الحاصلة في التسبب الى العمل.

والصحيح: أن حقيقة الجعالة تختلف عن الضمان بالغرامة؛ وذلك لوجود

فوارق تشهد بالمغايرة:

الأول: إستحقاق الأجرة في الجعالة تستند في نظر العقلاء الى إلتزام الجاعل بها،

بينما في باب ضمان الغرامة يستند دفع الأجرة في بنظر العقلاء الى الطلب من

الشخص من دون نية المجانية، فالطلب المقرون بعدم كون العمل المأتي به مجّاناً هو

الأساس في ضمان أجرة العمل ولو لم يلتزم بدفع المال الى الحلاق مثلاً - كما لو أن

أحداً دخل عليه وطلب منه الخلاقة وبعد ذلك قال الطالب سوف لا أعطي له أجره العمل مع أنه قبل بالعمل من دون المجانية- فهذا يحكم العقلاء بدفع الأجرة الى 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 تجرد عنه، وإنما يكفي الإذن في القيام بالعمل، فلو قال الجاعل: (أنا لا أريد خياطة ثوبي إلا أنه من خاطئه فله كذا) فهذا يتحقق الجعالة، وأما الضمان بالغرامة كما إذا حلق الحلاق الزبون من دون طلب من الزبون، فهذا لا يوجد ضمان الغرامة ولا يجب على الزبون دفع الأجرة، وعليه الضمان بالغرامة لا بد فيه من الطلب، وأما الجعالة فلا.

الثالث: الضمان بالغرامة يتحدد بمقدار أجره المثل، بينما في الجعالة قد يكون بأجرة المثل، أو عيناً خارجية أو في الذمة أو من نقد البلد أو أي 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 لمن صلى على محمد وآل محمد) بينما في ضمان الغرامة لا يكفي أن يكون العمل عقلائياً، بل لا بد أن تكون له مالية عند العرف، ففي المثال المذكور لا يتحقق لضمان الغرامة بمجرد الطلب.

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

عملٌ ذو غرض عقلائي ويُمكنُ أن يُجعل في مقابله شيء.

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

بتقريب: أنّ كلمة (الشرط) شاملةٌ لكل إلتزام مرتبط بالقرض حتّى إذا كان من قبيل الجعالة عليه؛ فإنّ الشرط بمعناه اللغوي^(٣)، يعمُّ مطلق أنحاء الارتباط بين التزامين لا خصوص الإلتزام في ضمن التزام آخر، فيشمل الجعالة؛ لأنّها التزمٌ خارجٌ عن العقد.

وأما إذا قلنا إنّ كلمة (الشرط) هو الإلتزام في ضمن إلتزام، فهذه الصحيحة لا تصلحُ لشمول عقد الجعالة؛ لأنّ الجعالة إلتزامٌ خارجٌ عن ضمن العقد. هذا كلّهُ حول الرؤية الأولى حول الجعالة.

الرؤية الثانية: الجعالة معناها أنّ الجعل الذي يفترضه الجاعل يثبتُ على أساس الضمان المعاوضي لا على أساس ضمان الغرامة كما في الأجرة على العمل؛ فإنّ

(١) من قبيل أن تُعطى له هدية.

(٢) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ١٨ / ٣٥٧ / الباب ١٩ / الحديث ١١.

(٣) القاموس المحيط، الفيروز آبادي: ٢ / ٣٦٨.

العامل يملك الأجرة والمستأجر يملك العمل على أساس التسبيب في الضمان مع فارق هو أن العمل في باب الجعالة هو الأساس في إستحقاق المجعول له الأجرة بخلاف الإجارة؛ فإنه يستحق العامل الأجرة بمجرد العقد، وعلى هذا الأساس تكون الجعالة من الأمور العهدية التعليقية كالمال في السبق والرماية؛ فإن المجعول له يستحق الأجرة مشروط بإتيانه العمل، وهذا المعنى هو الموافق للبناء العقلائي، وهذه الرؤية الثانية مخالفة للرؤية الأولى التي أبداه السيد الصدر رحمته من تخريج الجعالة على أساس ضمان الغرامة، أو قل الطلب من الغير لا على وجه المجانية يوجب الضمان على الطالب.

أما لماذا البناء العقلائي يُصوّب الرؤية الثانية دون الأولى؟

الجواب: الجعالة تتحقق بمجرد الإذن في الإتيان بالعمل وإن لم يصدر طلب من الغير فلو قال: (أنا لا أطلب خياطة الثوب إلا أنه من خاطه فله كذا)، بينما في باب ضمان الغرامة حتى يتحقق ضمان الأجرة لابد من شرطين رئيسيين هما:

١- أن يقترن الضمان بطلب، وأن يكون مجرداً عن القرينة الصريحة في أن

الطلب على نحو المجانية.

٢- أن يأتي المطلوب منه بالعمل لا على نحو المجانية.

فاذا تم الشرطان معاً فيستحق المطلوب منه أجرة المثل بشرط أن يكون العمل

له مالية عند العرف، وهذا بخلاف باب الجعالة الذي لا يشترط فيه الطلب.

إذاً الجعالة شيء والضمان بالغرامة شيء 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 الى أجل مع إفتراض أن الكتاب أقل قيمة من العشرة.

وهذا التخريج ذكر أولاً في الربا المعاملي إلا أن الفقهاء المعاصرين حاولوا الاستفادة منه في أخذ الفائدة المصرفية، بل حتى الفائدة مع القرض الشخصي.

ومستند هذا التخريج روايات عديدة، ومن جملتها صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج... قلتُ له: أشتري ألف درهم وديناراً بألفي درهم، فقال: «لا بأس بذلك إنَّ أبي كان أجراً على أهل المدينة منِّي، فكان يقول: هذا، فيقولون: إنَّما هذا الفرار، لو جاء رجلٌ بدينار لم يعطى ألف درهم ولو جاء بألف درهم لم يعطى ألف دينار وكان يقولُ لهم: نعم الشيء الفرار من الحرام الى الحلال»^(١).

وتقريبُ الإستدلالُ بهذه الرواية مبنيٌّ على التمسك بالإطلاق، أي: كما تصحُّ هذه الطريقة في القرض من دون أجل كذلك تصحُّ مع الأجل.

ويلاحظُ عليه:

أولاً: أنَّ موضوع الرواية المذكورة باب الصرف ويُشترطُ فيه التقابضُ في المجلس، والحالُ أنَّ التخريج يتحدَّثُ عن البيع مع الضميمة حتى لحالة النسيئة، وفي مثله لا يجري حكم بيع الصرف.

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

ومّا يؤكّد ذلك: أنّ الصحيحة المذكورة تتحدّث عن بيع الصرف ومن شروطه التقابض في المجلس، وهذه قرينة واضحة على كسر الإطلاق المدّعى في الصحيحة المذكورة.

ثانياً: أن بيع مائة دينار بضميمة كبريت بمائة وعشر دنانير لمدة شهرين مثلاً في الحقيقة وبحسب بالإرتكاز العرفي قرض قد ألبس لباس البيع فيكون من القرض الربوي المحرّم؛ لأنّ المائز بين القرض والبيع في الإرتكاز العرفي هو أنّه في القرض ينظر المتعاقدان الى مالّيّة الشيء؛ لأنّ القرض هو تبديل المال الخارج بمثله في الذمّة، وأمّا في البيع فالنظر متوجّه الى الصفات والخصوصيات الشخصية للشيء، ولذا يُقال: البيع مبادلة مالٍ بمالٍ، وحينئذٍ إذا وقعت معاملةً وكان توجهها الى المالّيّة وإن كانت صورتها بيعاً، وأمّا إذا توجهت الى الصفات الشخصية فهو بيع، وبما أنّ بيع العملة بالعملة لا ينظر الى شخص الورقة النقدية، وإنّما المعاملة ركزت على جهة المالّيّة من النقود لا دينارية الدينار مثلاً، فالمقصود فيه هو الميزان المالي فهو قرض عرفاً.

التخريج السابع: الفوائد غير الموصوفة بأنّها أضعاف مضاعفة

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

للذرائع.

وهذا التفصيل مستفاد من قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافاً مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(١)، فهو يدل على تحريم خصوص الربا الذي هو أضعاف مضاعفة لا مطلق الربا، فالمحرّم نوع خاص من الربا وهو الأضعاف المضاعفة، وأمّا الأربعة في المائة والخمسة في المائة والسبعة والتسعة فليست أضعافاً مضاعفةً وليست داخلّة في نطاق التحريم^(٢).

ويلاحظ عليه:

أولاً: أنّ هذا الوصف يُقصد به توضيح النتائج الطبيعية للنظام الربوي، فقد ذكر المفسّرون في توضيح الآية الكريمة: (يكون للرجل فضل دين، فيأتيه إذا حلّ الأجل، فيقول له: تقضيني أو تزيدني؟... فإن لم يكن عنده أضعفه في العام القابل، فإن لم يكن عنده أضعفه أيضاً، فتكون مائة فيجعلها الى قابل مائتين، فإن لم يكن عنده جعلها أربعمائة، يضعفها له كلّ سنة، أو يقضيه)^(٣).

ولعلّ هذا ما تقتضيه طبيعة النظام الربوي الذي يستغل حاجة المدين وظروفه الضيقة التي قد لا تسمح له بالوفاء في الموعد المحدد ولا سيما في الأجواء الربوية التي قد تجعل الإنسان يستدين أكثر من طاقته؛ لأنّه يجد الدين سهلاً يوحى له

(١) آل عمران: ١٣٠.

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

(٣) جامع البيان، الطبري: ٤ / ١٢٠.

بالإمتداد، فيؤدي ذلك الى استيفاء الدائن دينه أضعافاً مضاعفة.

وفي ضوء ذلك، نفهم من الآية الكريمة أنها ليست واردة في معالجة هذه الحالة بالذات، بل هي واردة بالإيجاء بالتتائج الطبيعة للنظام الربوي التي تتمثل في تضعيف المبلغ الذي يستدينه الإنسان الى عدة أضعاف.

ثانياً: أنّ إختصاص الآية المباركة بما ذكر لا يوجب إختصاص حرمة الربا به؛ لأنّ قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(١)، شاملة لجميع موارد.

فإن قلت: بناءً على أنّ الأصل في القيود أن تكون إحترازية فلا بد من حمل المطلق ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ على المقيد ﴿لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافاً مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾.

قلت: لا تنافي بين قوله تعالى ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ وقوله تعالى ﴿أَضْعَافاً مُضَاعَفَةً﴾؛ لأنّ ذكر بعض أفراد المطلق بحكم يوافقه ليس تقييداً له، وهذا يدلُّ على أنّه لم يقصد من قوله تعالى ﴿أَضْعَافاً مُضَاعَفَةً﴾ الدلالة على أنّه إذا كان غير مضاعف فيحلُّ أكله.

ثالثاً: من المحتمل ورود الوصف المذكور مورد الغالب، أي: نتيجة واقعية النظام الربوي، وليس شرطاً لحكم الحرمة ليُقال إنّ الحرمة تختصُّ بالربا الفاحش الذي لا يقلُّ عن الضعف.

رابعاً: أنّ تحريم الربا أضعافاً مضاعفة هي مرحلة من مراحل التحريم الجزئي

بالنهي عن ربا الجاهلية، ثم بعد ذلك جاءت المرحلة الأخيرة وهي التحريم الكلي
بآيات سورة البقرة ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ
مُؤْمِنِينَ﴾^(١).

فبناءً على الرأي المذكور أنّ التحريم الجزئي للربا الفاحش، إنّما هو مجرد مرحلة
تمهيدية لا يصحّ الوقوف عندها؛ إذ المعول عليه حينئذٍ تطبيق الحكم هو المرحلة
الأخيرة في التشريع التي تقتضي بالتحريم الكلي الشامل^(٢).

ويلاحظ عليه: أنّ الآيات المذكورة في ترتيب المراحل لا توحى بالمرحلة فإنّنا
في الآية الأولى: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رِبَا لِيَرْبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ﴾^(٣)
نجد بحسب السياق أنّه بصدد الترغيب في الصدقة، باعتبارها أمر محبوب عند الله
تعالى والتشديد بالربا، باعتباره أمر مرغوب عنه، والآية الثانية: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا
وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾^(٤) تدلّ على ذم اليهود بأخذهم الربا، فيوحي هذا النهي بأن أخذ
الربا من الأمور التي حرّمها الله تعالى في كلّ زمانٍ ومكان.

والآية التالية: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافاً مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا

(١) البقرة: ٢٧٨.

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

(٣) الروم: ٣٩.

(٤) النساء: ١٦١.

اللَّهِ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ»^(١)، فإنَّها واردةٌ في النهي عن الربا مطلقاً، فإنَّ ذكر الأضعاف المضاعفة واردةٌ في النتائج الطبيعية للنظام الربوي لا لتخصيص الشيء به. إذاً لم نجد في السرد القرآني للآيات دليلاً على ما ذكر.

التخريج الثامن: بيع المربحة

البنك بدلاً من أن يُقرضَ عملاءه بفائدة ربوية لكي يقوموا بشراء حاجاتهم الشخصية أو التجارية، يقومُ البنك بنفسه بشراء تلك الحاجات نقداً، ثم يبيعها عليهم بثمنٍ مؤجلٍ يتضمنُ ربحاً. وهنا توجدُ أسئلةٌ ثلاثة:

الأول: هل بيعُ المربحة الذي تقومُ به البنوك هو بيعٌ حقيقيٌّ أو صوريٌّ؟ أي: هل هو بيعٌ أو قرضٌ؟

في مقام الجواب: إن كان ملزماً للطرفين (العميل والبنك) فالبيع باطلٌ من أساسه، وإن كان الطرفان بالخيار فالمعاملة صحيحة؛ لما دلَّ من النصوص على عدم وجود إلزام في البيع المذكور، فلاحظ صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال: سألتُ أبا عبد الله عليه السلام عن العينة فقلتُ: يأتيني الرجلُ فيقولُ: أشتري المتاعَ وأربح فيه كذا وكذا فأروضه على الشيء من الربح فنتراضى به، ثم أنطلق فأشتري المتاعَ من أجله لولا مكانه لم أردّه، ثم آتية به فأبيعه، فقال: «ما أرى بهذا بأساً لو هلك منه المتاعُ قبل أن تبيعه إياه كان من مالك، وهذا عليك بالخيار إن شاء اشتراه منك بعدما تأتية،

وإن شاء ردهُ فليست أرى به بأساً^(١).

ثم نقول: إنَّ السلعةَ إن لم تكن حقيقةً، بل كانت وهميةً فالعمليةُ هي قرضُ
بفائدة وهكذا إذا اشترى البنكُ المصْرِفُ السلعةَ للعميل فهو قد أقرض بفائدة، وأمّا
إذا اشتراها لنفسه ثم باعها للعميل فهو بيعُ مرابحةٍ.

الثاني: إذا لم يُلزم العميلُ بشراء البضاعة من البنك وباعها البنكُ الى ثالث
بخسارة فمنَ الضامن؟

قد يُقال: بوجوبها على العميل؛ وذلك لأنَّ الشراء كان بأمره وطلبه كانت
الخسارة على ذمته، وبذلك يتخلّص البنكُ من مشكلة تراجع العملاء عن الوفاء
بعهودهم مع البنك، فإنَّ وعد الشراء منه وإن كان غير ملزم لهم إذا لم يكن شرطاً
في ضمن عقد لازم، إلّا أنَّ قيام البنكُ بشراء السلعة والبضاعة لما كان بأمرٍ منهم
وطلبهم كان موجباً للضمان؛ فإنَّ الأمر بالعمل الذي له قيمة مائيّة بنفسه موجبٌ
للضمان؛ لأنَّ ملاك الضمان في باب الجعالة، باعتبار أنَّ الضمان فيه ضمان الغرامة لا
ضمان المعاوضة^(٢).

ويلاحظُ عليه: ما تقدّم من الفارق بين ضمان الغرامة وبين الجعالة عند الحديث
عن رؤية السيد الصدر رحمته الله لحقيقة الجعالة فراجع.

الثالث: ما الفارقُ بين المرابحة القديمة والمرابحة المصرفية الحديثة؟

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

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

الفرقُ يظهرُ من وجوه:

- ١- السلعةُ في المراجعة القديمة موجودةٌ عند البائع، أمّا في المراجعة المصرفية فالسلعةُ غيرُ موجودةٍ عند البائع.
- ٢- الثمنُ معلومٌ في المراجعة القديمة معلوم في المجلس، أمّا في المراجعة المصرفية ليس كذلك؛ لأنَّ المصرف لم يشتَرِ السلعةَ ولم يعرف ثمنها.
- ٣- في المراجعة القديمة يكونُ البائعُ قد اشترى السلعةَ لنفسه سواءً للإتجار بها أو للإنتفاع وقد يمضي وقتٌ بين شرائها وبيعها، أمّا المراجعة المصرفية فلا يشتري البنكُ السلعةَ إلّا بناءً على طلب العميل ووعده بالشراء.
- ٤- المراجعةُ القديمةُ الثمنُ قد يكونُ حالاً أو مؤجلاً، أمّا المراجعةُ المصرفيةُ فالغالبُ يكونُ الثمنُ مؤجلاً.

محاولة لضبط التخريجات المتقدمة:

يُمكنُ أن نذكر وجهاً عامّاً لعدم جواز أخذ الفائدة من البنوك الأهلية دون إختصاصه بتخريج دون آخر، وهذا الوجه العام يُشكّلُ معياراً في قبول أو رفض أيّ تخريج مدّعى سواء كان هذه التخريجات الستة المذكورة أم غيرها، ولكي يتبيّن لنا مدى إنسجام تلك التخريجات مع البيان الكُلّي أو عدم إنسجامها لابد من الالتفات الى مقدمتين:

المقدمةُ الأولى: تُوجدُ وراء السبب، أي: (الفاظ العقد) ثلاثة أغراض للعقد.
الأول: الغرض العقدي: وهو عبارة عن الغرض الذي يتميّز به كُلُّ نوعٍ من

أقسام البنوك / القسم الأول: البنوك الأهلية..... ١٢٣

أنواع المعاملة عن الآخر، فالغرض من عقد البيع هو التسلُّط على المالكين، ومن عقد الإجارة هو التسلُّط على المنفعة، ومن عقد الوديعة هو الإستبانة في الحفظ، وهكذا يشترك جميع العقلاء في كل نوع من أنواع هذه العقود.

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

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

فإذا إتضح ذلك فنقول: لا إشكال في خروج الغرض الشخصي الخارجي عن قوام المعاملة. نعم، الغرض النوعي الكلي يُمثِّل حثيةً تقييديةً في المعاملة فتلف المال قبل قبضه كما قيل: هو من مال بائعه، وبناءً عليه يكون تخريجُ فساد العقد على طبق القاعدة بلا حاجة للتمسك بالرواية الضعيفة في هذا المجال؛ وذلك لأن الغرض النوعي الكلي من البيع هو التسلُّط على المال، فإذا لم يحصل ذلك بسبب التلف فلا بيع ولا معاملة، ولهذا قال بعض الفقهاء: إن العقد على الرضیعة باطلٌ في نفسه؛

وذلك لعدم إمكان حصول الغرض النوعي الكلي من هذا العقد وهو الإستمتاع.
 المقدمة الثانية: النهي المتوجّه الى المعاملة تارةً يتعلّق بالسبب (الإيجاب والقبول)،
 وأخرى بالغرض العقدي، وثالثاً بالغرض النوعي الخارجي، وهذا الاختلاف في
 متعلّق النهي يرجع بحسب مناسبات الحكم والموضوع، فقد يتعلّق النهي بحسب
 تلك المناسبة بخصوص السبب (الإيجاب والقبول) كما في قولنا: (لا تبع وقت النداء)
 فالنهي يرجع الى خصوص السبب؛ لنكتة أنّ البيع يُؤثّر على التوجّه الديني في هذا
 اليوم، وقد تقتضي تلك المناسبة توجّه النهي الى 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 المفاصد وتسلب إنسان على آخر.

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

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

الثاني: أن يكون النهي متعلّقاً بأمر إرتكازي إلاّ أنّه نحتمل الاختصاص
 بمورده، ولا يُمكن التعدّي الى غير المورد؛ لعدم وجود إرتكاز يقضي بعدم الفرق
 بين هذا المورد وذاك.

الثالث: أن يتعلّق النهي بأمر إرتكازي إلاّ أنّه لا نحتمل الاختصاص في مورده،

ويُمكنُ التعديّ الى غير المورد من أجل إرتكازية عدم الفرق بين المورد المنصوص وبين غيره، وهذا ليس بالقياس في شيء؛ فإنّ القياس يعتمدُ على التعديّ من المنصوص الى غيره بمجرد الإحساس الخارجي بعدم الفرق، بينما فيما نحن فيه التعديّ من جهة إرتكازية عدم الفرق، وهذا الأمر الإرتكازي يولّد ظهوراً ثانوياً في الدليل فينعدّد إطلاقاً أو عمومٌ فيه، نظير ما لو قيل لك: (لو سقطت ميتة في الحب الموضوع أمام المسجد فأرقه) فإنّ شغل الفقهاء يتجّه الى 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 الى السبب أو الغرض العقدي أو الغرض النوعي الخارجي على ثلاثة أنحاء، وبعد إستبعاد النحو الأول لندرة التعبد في الجانب المعاملاتي فيدور الأمر بين النحويين الثاني والثالث، أمّا النحو الثاني هو كون النهي على أمر إرتكازي، ولكن إرتكازية عدم الفرق غير موجودة، فيقتصر على مورده الخاص، ويُمكنُ التمثيلُ بمثالين:

الأول: ما لو نهى الشارع عن البيع يوم السبت فلا يُستفاد من النهي المذكور هو نهْي عن الصلح أيضاً؛ لعدم وجود إرتكاز يقضي بعدم الفرق، بل إرتكاز الفرق موجودٌ بين البيع والصلح، وهكذا لو نهى الشارع عن بيع الغرر أو عن البيع مع التعليق أو مع عدم معلومية العوضين أو بغير الماضي؛ فإنّه لا يُمكنُ تعدية النواهي المذكورة الى باب الصلح؛ لعدم وجود إرتكاز يقضي بعدم الفرق، وإن كان

الإرتكاز للنهي في باب البيع موجود؛ إذ لعلّ الشارع عندما نهى عن هذه الأمور في باب البيع من أجل أن لا يصل الأمر بين المتعاقدين الى الشجار بينهما، إلّا إنّ هذا لا يعطي إرتكاز بعدم الفرق الى باب الصلح أيضاً؛ وذلك من المحتمل أن الشارع أراد أن يُحكّم بعض العُقود دون الآخر، فإذا كان هدف المتعاملين العقد المحكم ذهباً الى البيع، وإلّا ناسبهما العقد الثاني وهو الصلح.

الثاني: ما لو نهى الشارع عن هبة الدين لمن عليه، فلا يُمكنُ تعدّيّ النهي الى إبراء الدين على من هو عليه؛ وذلك لإحتمال أن الهبة في مورد من عليه الدين غير معقولة عند الشارع بخلاف مسألة الإبراء؛ فإنّها معقولة، وهذا معناه أن الغرض العقدي في نوع يختلف عن الغرض العقدي من نوع آخر.

وأما النحو الثالث وهو ما إذا كان النهي إرتكازياً، إلّا أنه يتعدّى الى غير مورده من أجل وجود إرتكاز يقضي بعدم الفرق بينهما، فيُمكنُ التمثيلُ بمثالين:

١- النهي عن البيع وقت النداء يوم الجمعة، فهنا لا نَحتملُ بحسب المناسبات المركوزة أيّ خصوصية للبيع؛ لأنّ المركوز عندنا في النهي المذكور شُغل البيع عن العبادة، وهذا يتحقّق في باقي أنواع المعاملات كالصلح، وعليه يُمكنُ أن نتعدّى الى الصلح.

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

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

أقسام البنوك / القسم الأول: البنوك الأهلية.....١٢٧

من النهي المذكور هو على الغرض النوعي الخارجي، وهذا الغرض تارةً يُقتصر على موردته ولا يتعدى الى غيره، وأخرى يتعدى الى غيره، فنقول: إنَّ الغرض النوعي في الربا القرضي هو إلزام الغير بدفع الزيادة، وهذا الإلزام نقصدُ به سنخَ غرض يقتضيه طبع المعاملة.

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

إنَّ المتعاملين في باب الربا القرضي قد تحصلُ الزيادةُ بينهما، ولكن من دون أن يتضمنَ نوعُ العقد الزيادةَ المذكورة، كما لو باع شخص بأقل من ثمنه وإشترط على المشتري أن يبعه عليه بأقل منه، فهنا الروايات فصلت بين أن يشترط على المشتري إرجاع المبيع بالبيع الثاني، وبين أن يترك المجال للمشتري في أن يبيع ثانياً.

فعلى الثاني لا يتضمنُ العقدُ المذكور الزيادةَ بحسب نوعه؛ إذ لعلَّ شخص المتعاملين مارسا هذه الطريقة لأجل حاجة البائع الى الثمن، فهنا الزيادةُ قد حصلت إلاَّ إنَّ الزيادة لم يقتضِها نوع العقد؛ وإنَّما زيادة شخصية حصلت من المتعاملين، وهذا بخلاف ما لو اشترط البيع عليه من جديد فهنا نوعُ العقد إقتضى الزيادة.

وأما إذا كانت الزيادةُ الملزُمة دفعها للطرف الآخر يقتضِها نوعُ العقد فتدخل تحت النهي المذكور من دون خصوصية المورد دون آخر - فمثلاً - عندما ذكرنا بعض التخریجات أن نبيع بعملة والتسديد بعملة أخرى مع الزيادة، فهنا الغرض النوعي وهو الطلب بالزيادة من الآخر، فهنا طلبُ الزيادة الذي هو المقصد مما دلَّ على

تحريم الربا والعُقلاء لا يفرّقون في تحريمه بين مورد وآخر، فهذا هو الأساس الفني لبطلان كلّ التخريجات التي قامت لأخذ الفائدة الربوية.

الخلاصة: أنّ دفع الزيادة للبنوك الأهلية بأيّ عنوان كان محلّ إشكال.



القسم الثاني:

البنوك الحكومية

ذكر السيد الخوئي رحمته الله: يجوز دفع الفائدة الى البنوك الحكومية، على أساس أنّ المعاملة لم تكن على أساس القرض؛ لأنّه يُشترط فيه أن يكون الدافع مالكا، وإنّما أخذ المال منه من جهة مجهولية المالك، وحينئذ الزيادة التي يدفعها الشخص الى تلك البنوك من باب أنّه لا يسعه التخلّف قانونياً عنها لا من باب الزيادة الربوية^(١). وهذا الكلام يتوقّف على تنقيح كبرى لم يتمّ التعرّض لها بشكل مفصّل وهي: أنّ الدولة هل هي مالكة أو لا؟ وإذا لم تكن مالكة فما هي مصير الأموال التي تقع بأيدينا، هل يُعامل معها على نحو مجهول المالك أو على نحو المباح؟ فالكلام يقع في مقامين:

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

المقام الأول:

تحقيقُ الحال في مالكية الدولة

وقع الخلافُ بين الفقهاء في مالكيّة الدولة كمصداق بعد قابلية العنوان للملكية في الجملة، فإنّ ملكيّة العنوان في الفقه الإسلامي ثابتةٌ في بعض مصاديقها ولها مصداق آخر كالدولة، والسؤال هل المصداق (الدولة) التي داخلة ضمن العنوان تملك أو لا؟ بعد الفراغ عن مالكية بعض مصاديق العنوان، كالمسجد والفقراء وعنوان العلماء، فإنّ الملاحظ أنّ دائرة الملكية لدى العقلاء أصبحت بالتدرّج أوسع بكثير من دائرة الأشخاص من بني آدم وشملت الأعيان الخارجية من ناحية، وعناوين عامة تُشيرُ الى طائفة من الناس من ناحية أخرى وهي التي نصّ الشارعُ عليها، وأخيراً عناوين معنوية إعتبارية بحته من ناحية ثالثة كعنوان الدولة، ويُصطلحُ عليها بحسب القوانين الوضعية بالشخصية المعنوية أو الشخصية الحقوقية في مقابل الشخصية الحقيقية التي يُرادُ بها الفرد الإعتباري من الإنسان حين يصبحُ له علاقة بأيّ معاملة وتسمّى (الشخصية الحقيقية) والأولى تسمّى (بالشخصية الحقوقية).

والمائزُ بين العنوانين: أنّ الشخصية الحقيقية تتقومُ بفرد معيّن، بخلافه في الشخصية الحقوقية فهي كيانٌ عُرْفِيٌّ مستقلٌّ عن الأفراد.

وتنقسم الملكية الشخصية على قسمين:

١- منها ما يرجع الى الشخصية الحقيقية، كما في البنوك الأهلية؛ فإنها ليست لها شخصية معنوية وليست لها ذمة ولا ممتلكات، وإنما الموجود هم الأشخاص المشتركون وهم أشخاص حقيقيون لهم ممتلكاتهم ودمهم.

٢- ومنها ما لا يرجع الى الملكية الحقيقية، بل يبقى على ملكية العنوان، كما في البنوك الحكومية أو في البنوك المشتركة.

وعلى أي حال، فبعد قابلية تملك العنوان في الفقه الإسلامي إلا إن مجرد هذه القابلية لا يكفي كدليل على ملكية جميع مصاديق العنوان، ومن هنا لا بد من وجود دليل لإثبات ملكية الشخصيات المعنوية، وبهذا الصدد يمكن أن نذكر الأدلة الآتية:

الدليل الأول: التمسك بالارتكاز العقلاني الممضي شرعاً:

بتقريب مركب من مقدمتين:

١- إن السيرة العقلائية الجارية في الخارج على ملكية مصاديق خاصة للعنوان أمر ثابت ومما لا ريب فيه؛ فإن العقلاء يملكون الفقراء مثلاً؛ لأن الفقراء مصادق للعنوان، ويملكون الوقف كما لو وقف على العلماء وهكذا.

٢- إن هناك كلام في علم الأصول في أن الإمضاء الثابت بعدم الردع هل يختص بالمقدار المترجم للعمل وقتئذ أو يشمل المقدار الذي كان كامناً بالارتكاز العقلاني وإن لم يترجم بالعمل في ذلك الزمان، أي: هل إن الإمضاء يتعلق بالعمل

الصامت أو يتعلّق بالنكّة الإرتكازية من وراء هذا العمل؟

ومثاله: التملك بالحيازة التي هي مركوزة في أذهان العقلاء، وقد ترجمت في زمن المعصوم عليه السلام في العمل بمقدار الحيازات الجزئية التي يقدرُ عليها الفرد غير المسلّح بالأدوات الحديثة - كحيازة الحطب والأعشاب - وقد سكت الشارعُ عنها ولم يردع، فهل هذا إمضاءً للملكية الحيازة بالمقدار المتعارف وقتئذٍ فحسب أو إمضاءً لأصل إرتكاز مملكية 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 العقلاء وقتئذٍ بحصول الملكية على أثرها؛ لأنّ القاعدة المرتكزة لديهم في ذلك أوسع من المقدار الواقع خارجاً في ذلك الزمان، وضيق دائرة التملك بالحيازة كان ناتجاً عن ضيق القدرات لا ضيق الإرتكاز.

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

الجواب: إختار السيد الخوئي رحمته الله تعلّق الإمضاء بالعمل الخارجي^(١)، بينما إختار السيد الصدر رحمته الله تعلّق الإمضاء بالنكّة الإرتكازية^(٢)، وبناءً عليه أنّ أصل الملكية والذمة والمعاملات وما شابه ذلك هي من الأمور الإرتكازية لدى العقلاء

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

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

والمعمول بها في زمن المعصوم عليه السلام في حدود الشخصيات الحقيقية بعرضها الواسع، وفي حدود الشخصيات الحقوقية في الجملة وفي دائرة ضيقة، ولكن ضيق الدائرة كان نتيجة عدم التعرّف وقتئذٍ على المصاديق المعاصرة لها ولو إلتفتوا إليها لأعترفوا بها ورتّبوا عليها أحكاماً.

إذا أصل الإرتكاز يكون أوسع من المقدار المعمول به وقتئذٍ وقد سكت الشارعُ بكلّ دائرة الإرتكاز كما هو الحال في مثال مملّكية الحيازة تماماً.

وأشكل السيد الحائري (حفظه الله) على هذا الدليل بإشكالات ثلاثة:

الإشكال الأول: مسألة تعلّق الإمضاء بالنكته الإرتكازية التي على ضوءها تعميم الحكم الى المصاديق المستحدثة تتمّ إذا حصلت التوسعة في المصاديق نفسها دون التوسعة في أصل الارتكاز، وعليه القائلون بتعلّق الإمضاء بالنكته فصلوا بين قسمين من هذه النكته التي أمضاها الشارع:

الأول: أنّ التوسعة إذا حصلت في المصاديق، فيمكنُ تعميمُ النكته الى المصاديق الجديدة، وهذا منوطٌ بإجتماع أمور ثلاثة:

١- أن يكون هناك حكمٌ إرتكازيٌّ.

٢- أن يكون لهذا الحكم الإرتكازي موضوع كان يتمثّل في بعض مصاديقه في زمن المعصوم عليه السلام ثم تمثّل في زماننا في مصاديق جديدة.

٣- إنّ هذا المصداق الجديد لا بد أن يكون مصداقاً حقيقياً وتكوينياً لذلك الموضوع وإن لم يوجد مثله في ذلك الزمان.

وهذه الأمور الثلاثة نجدّها مجتمعةً في مثال الحيازة؛ فإنّ الملكية حكمٌ مرتكزٌ

أقسام البنوك / القسم الثاني: البنوك الحكومية..... ١٣٥

في ذهن العقلاء هذا الأمر الأول، وإنّ الموضوع المذكور (الحيازة) كانت له مصاديق متواجدة في زمن المعصوم عليه السلام هي الحيازة المختصة باليد أو بالأدوات اليدوية، ووجدت مصاديق جديدة وهي الحيازة المفصلة وبالوسائل الحديثة وهي مصاديق حقيقية وتكوينية للحيازة، وهذا الأمر الثالث.

فهنا يمكن أن يقال: إنّ الحكم بالملكية يثبت لهذا المصدق الجديد؛ لأنّه كامن في الحكم الإرتكازي الذي كان ثابتاً وكان الضيق في المصاديق لا في الإرتكاز نفسه، وهذا القسم الأول والذي على ضوئه يمكنُ تعميمُ النكته الى المصاديق الجديدة.

الثاني: إذا افترضنا أنّه لا يوجد مصداقٌ حقيقيٌّ وتكوينيٌّ لذلك العنوان، ولكن العقلاء توسّعوا إمّا بالحكم نفسه أو توسّعوا في اعتبار هذا المصدق مصداق لذلك العنوان، فهنا لا يمكنُ إساء الحكم الثابت على بعض المصاديق الى المصاديق الجديدة؛ لأنّ هذا من قبيل التوسعة في الإرتكاز نفسه، وليس من قبيل التوسعة في المصاديق، ويمكنُ التمثيلُ لهذا القسم الثاني من التوسعة في الإرتكاز لا في المصدق بمثالين:

الأول: إفتراضي، فلو فرضنا أنّ العقلاء حكموا أخيراً بأنّ من أشعل مصباحاً وإتسع نوره على الأجسام فقد ملك تلك الأجسام.

وهذا الحكم إمّا بمعنى توسيع لنطاق الحكم وهو (التملّك) أو بمعنى فرض وقوع أشعة المصباح على جسم من الأجسام فيكونُ مصداقاً من مصاديق الحيازة جعلاً واعتباراً، ففي هذه الحالة لا يمكنُ تعميمُ الحكم الى المصاديق الجديدة؛ وذلك

إمّا أن يستند التعميم في توسعة الحكم نفسه، فالأمر واضح؛ لأنّ هذا حكمٌ جديدٌ للعقلاء ولم يكن مستتبناً في الارتكاز السابق، أو التعميم من أجل فرض جعل إنتشار الضوء سبباً للحيازة في الاعتبار، وهذا أيضاً لا يعطي التعميم فلئن رُوِّح الاعتبار إذا أُريد أن يكون مفيداً عقلاً إنّما هو في توسيع الحكم، وهذا معناه حكمٌ جديدٌ للعقلاء غير مستبطن للارتكاز السابق.

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

فقد يُقال -بناءً على تعلّق الإمضاء بالنكته- بدخول هذه الحقوق تحت (الناس مسلّطون على أموالهم).

إلاّ أنّ الصحيح إنّ هذه التوسعة التي حصلت عند العقلاء لهذه الأمور ليست من قبيل التوسعة في المصاديق، وإنّما من التوسعة في الارتكاز، فلا يشملها مبنى تعلّق الإمضاء بالنكته الارتكازية؛ لأنّ هذا الارتكاز لم يكن موجوداً في عصر المعصوم عليه السلام.

إذا اتضح هذا فنقول: إنّ الملكية التي يُراد إثباتها بالارتكاز هي الحكم وموضوعها الموجود في زمن المعصوم عليه السلام كان عبارة عن الشخص الحقيقي وبعض الشخصيات الحقوقية، وأمّا مثل الشخصية المعنوية كشخصية الشركة القانونية أو الجمعية أو المؤسسة أو الدولة لم تكن اعتُبرت في ذلك الزمان شخصية حقوقية؛ إذ لم تكن خاطرة على بال أيّ أحد، فإعتبارها في يومنا هذا شخصية حقوقية يرجع بروحه الى توسيع جديد لدائرة الحكم والارتكاز لا في توسيع دائرة المصاديق، فلا

ينطبق عليها الضابطُ المذكور.

خُلاصةُ الإشكال الأول: إنّ القائِلين بأنّ الإمضاء يتعلّق بالنكته عليهم أن يفرّقوا بين نحوين من التوسعة، التوسعة في المصاديق مع أنّ النكته عامة، فأيّ مصداق جديد يدخل في تلك النكته التي أمضاها الشارع، وبين التوسعة في الإرتكاز نفسه بمعنى يُوجد إرتكازٌ جديدٌ غير الإرتكاز السابق، وهذا الإرتكاز لم يكن بمرأى ومسمع من الشارع، فكيف يُقال: إنّ الشارع أمضى الأمر الإرتكازي إذا لم يكن موجوداً؟ ومالكية الدولة من هذا النوع، وعليه فالدولة لا تملك على مبنى هذا المستشكل^(١).

ويلاحظُ عليه: السيرة العقلائية بعد إعترافه بقيام على ثبوت الملكية لبعض الشخصيات الحقوقية أو المعنوية من قبيل تملك الفقراء أو ملكية الإمام عليه السلام أو التملك بالوقف فبعد الإعتراف بوجود الملكية لهذه العناوين فلا فرق إذاً بينها وبين مصداق مالكية الدولة، فإنّ السيرة قد جرت على مملّكية العناوين والشارعُ حدد مصاديق تلك العناوين، فالدولة هي مصداق أيضاً لذلك العنوان الذي أمضاه الشارع، وعليه فليست التوسعةُ حاصلةً في الإرتكاز نفسه، وإنّما التوسعةُ قد حصلت في مصاديق جديدة لذلك العنوان الذي أمضاه الشارعُ.

وبكلمةٍ مختصرةٍ: بعد القول بوجود ملكية العنوان والشارعُ ذكر مصاديق عدة لذلك العنوان المملّك، فالسيرةُ العقلائية طبّقت تملك العنوان على بعض المصاديق

(١) فقه العُقود، كاظم الحائري: ٩٢.

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

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

وبعبارة أكثر وضوحاً: لو فرضنا أنه لا يوجد في الفقه ملكية العناوين لصح إشكال السيد الحائري وأن هذه التوسعة تكون في أصل الإرتكاز فمن إرتكاز مملكية الأفراد الى إرتكاز مملكية العناوين هذه توسعة في الإرتكاز، هنا يتم كلامه، ولكن كلانا يعترف بوجود مملكية 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 والمضى من قبل الشارع.

الإشكال الثاني: لو غرضنا النظر وافترضنا هذه الشخصيات الحقوقية من الأمور الإرتكازية، أي: سلمنا بوجود توسعة جديدة في المصاديق إلا أننا نحتاج الى دليل بدخول كل مصداق تحت الإرتكاز الأول المضى من قبل الشارع، ولا نحتاج الى دليل على عدم ذلك، بل الذي يقول إن هذا المصداق موجود هو الذي

لا بد له أن يأتي بدليل^(١).

ويلاحظُ عليه: أنَّ فكرة تعلق الإمضاء بالنكته التي إستفادها من إستاذة السيد الصدر عليه السلام لم تتحدث عن التوسعة في الأفراد بخصوصياتها وتفصيلاتها، وإنَّما يكفي أن يكون هناك إرتكازٌ عامٌ وتحت مصاديق متداولة في زمن الشارع، ثم أثناء عملية التطوُّر تحدث مصاديق جديدة مندرجة تحت الإرتكاز العام، وعليه فلسنا بحاجة الى إثبات خصوصيات وتفصيل تلك المصاديق الجديدة، وإلا لعجز عن إثبات الحيَازة للمصاديق الجديدة كحيَازة الغاز والنفط، مع أنَّه يتمسك بالإمضاء المتعلق بالنكته لدخولها في الإرتكاز العام من دون أن يُبرهن على وجودها في ذلك الزمن.

الإشكال الثالث: الشخصيات الحقوقية ليست عقلائية بحته، بل فيها عنصر من تشريع المشرع الوضعي في رأي أصحاب القانون، والمشرع (الدولة) لا العقلاء فقط؛ فإنَّهم (المشرعون) يشترطون في الشخصيات الحقوقية مطابقتها لتشريعات الدولة وشروطها التي قد تختلف من دولة الى أخرى.

ويلاحظُ عليه: يُوجد خلطٌ بين عالم الثبوت وعالم الإثبات، فالكلام عن عالم الثبوت وأنَّ الإمضاء المتعلق بالنكته الإرتكازية يشمل جميع المصاديق الثابتة سابقاً والمستحدثة أخيراً، فمن الناحية الثبوتية يُمكن تصوُّر تعلق الإمضاء بالمصاديق الجديدة، وأمَّا في عالم الإثبات قد تحتاج هذه المصاديق الجديدة الى تقنين وهو يختلف من دولة الى أخرى، وهذا لا يؤثّر على محلّ البحث؛ إذ يكفي أن تُثبت وجود إمضاء

(١) فقه العُقود، كاظم الحائري: ١ / ٩٤.

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

النتيجة: الدليل الأول وهو التمسك بالإرتكاز العقلاني ثابت وتأم.

الدليل الثاني: ما يقبل الملك يقبل ترتب الآثار ارتكازاً

وهذا الدليل مركّب 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 إلّا أن الكلام في المصاديق القديمة قد إختصت بآثار معينة كيف نشأت ترتب تلك الآثار على المصاديق الجديدة؟ وهذا ما تتكفله المقدمة الثانية.

الثانية: إنّنا قد نملك دليلاً على صحة الوقف على المسجد كعنوان، وقد نمتلك دليلاً يدلّ على مالكية كلّ الفقير للزكاة، ولكن لا نمتلك دليلاً لفظياً يدلّ على صحة هبة شيء للدولة أو صحة إقتراض الدولة مالاً أو نحو ذلك، ويمكن علاج هذا النقص بأن يُقال:

إنّ الإرتكاز العقلاني يحكم بأنّ الشخصية الحقوقية لا تنفكّ فما يقبل الملك يقبل الإستدانة وما يقبل الوقف عليه يقبل الهبة، فبإمضاء هذا الإرتكاز بعدم الردع تثبت كلّ الأحكام والآثار الحقوقية للشخصيات التي كانت في زمن المعصوم عليه السلام،

بل إنَّ هذا البيان لو تمَّ لأمكن إثبات جميع الشخصيات الحقوقية به حتَّى التي لم تكن موجودة في زمن المعصوم عليه السلام.

وأورد السيد الحائري (حفظه الله) عليه: بأنَّ إرتكاز عدم التفكيك في الشخصيات الحقوقية من ناحية الآثار غير واضح إلَّا في عنوان طبَّق بالفعل على إنسان فأصبح الإنسان مالِكاً لما يملكه العنوان كعنوان الإمام عليه السلام المنطبق على شخص الإمام نملكُ بذلك ممتلكات العنوان (عنوان الإمام) فهذه الممتلكات وإن كانت لا تنتقل إلى وراثته؛ لأنَّها ليست ملكاً له بما هو شخص، بل هي ملكاً له بما هو إمام وبما هو متمصص قميص الإمامة، لكن هذا الإنسان الذي أصبح يملكُ بعض الممتلكات بوصفه إماماً يستطيع أن يستدين بهذا الوصف أو أن تهب له أموال بهذا الوصف وهكذا.

إذا إرتكاز عدم الفرق غير ثابت إلَّا في فرض إنطباق عنوان على مصداق وبعد ذلك تترتَّب الآثار جميعاً على هذا المصداق، وبما أنَّ عنوان الدولة لم يكن لها مصداق فيما سبق، فلا نُسلِّم بارتكازية عدم الفرق في الآثار بين المصاديق الجديدة والمصاديق القديمة^(١).

ويلاحظُ عليه: إنَّنا لا نحتاجُ إلى ما يُسمَّى بارتكازية عدم الفرق من جهة الآثار بين المصاديق القديمة والجديدة حتَّى يُقال: إنَّه غير واضح، بل يكفينا إرتكازية العنوان الذي أمضاه الشارع؛ فإنَّ العقلاء بعدما أذعنوا بمملَكية هذه العناوين

(١) فقه العُقود، كاظم الحائري: ١ / ٩٤ و ٩٥.

والشارعُ أمضى هذا العنوان المرتكز فلا يفرقُ أنذاك ما دام هو مرتكز بين أثر وأثر؛ إذ من لوازم كون الشيء يملكُ سواء أكان هذا الشيء شخصياً أو معنوياً كالدولة ترتيب هو جميع آثار الملك عليه، فدعوى إننا بحاجة الى إرتكاز عدم الفرق غير واردة، بل الإرتكاز نفسه على مملّكية العنوان يكفي أن يكون إرتكازاً على تطبيق جميع الآثار.

الدليل الثالث: التمسك بالاطلاق المقامي

وهو ما ذكره بعضُ المعاصرين إذ قال: إنّ العناوين تكون على قسمين: إحداهما عناوين مخترعة قد أسس لها الشارع، كعنوان الصلاة والوضوء والتميم، وهذه تحتاجُ الى بيان من الشارع لتحديد تفاصيل وجزئيات تلك العناوين، ثانيهما: عناوين عُرفية، كعنوان الملك؛ فإنّه من العناوين الرئيسية عند العُرف والمتداولة كثيراً بينهم وهو عنوان لا يفرّق فيه عند العُرف بين الأشخاص؛ فإنّهم يملكون جزءاً وبين العناوين الاعتبارية كعنوان الدولة؛ إذ العُرف لا يفرّق في مملّكية الأشخاص والعناوين الاعتبارية، فيثبتُ إذاً بذلك ملكية هذه العناوين^(١).

الدليل المذكور بحاجة الى توجيه؛ لأنّه ليس واضحاً أنّ العُرف يرى هناك ملكية شخصية، وملكية اعتبارية، والعرف لا يفرق بينهما في الملكية، وعليه فلا بد من ذكر توجيهان له:

التوجيهُ الأول: ما هو مستفادٌ من كلمات السيّد الصدر رحمته الله من تقسيماته للسيرة

(١) بحوثُ فقهية هامة، ناصر مكارم الشيرازي: ٤٣٨ - ٤٥٠.

العقلانية، إذ قال: إنَّ السيرة العقلانية يُمكنُ تقسيمُها على أقسام:

الأول: السيرة العقلانية التي تكونُ منقَّحةً لفرد حقيقي من الموضوع؛ لأنَّ السيرة جارية في الموضوعات كما إذا لا حظنا دليلَ وجوب إمساك الزوجة بمعروف أو تسريحها بإحسان الذي دلَّ على وجوب النفقة تحت عنوان الإمساك بمعروف؛ فإنَّ المعروف من العُرف وهو الشائع المستساغ فإذا اقتضت السيرة والعُرفُ أن تكون نفقةُ الزوجة بهذا الوقت بنحو أتم وأكمل مما كان معروفاً بالنسبة لها في غابر السنين بنحو خرج ذلك الحدَّ عن كونه معروفاً ومستساغاً نتيجة للاختلافات الفكرية أو الإقتصادية فسوف يتوسَّعُ صدقُ عنوان النفقة بمعروفٍ عمَّا كان عليه سابقاً، فتجبُ هذه المرتبة منها، ولا تكفي المراتب التي كانت سابقاً، وهذا بحسب الحقيقة من تدخل السيرة في تحديد موضوع الحكم الشرعي سعة وضيقاً.

الثاني: السيرة العقلانية التي يُرادُ الاستدلالُ بها على كُبرى الحكم الشرعي، كالسيرة العقلانية القائمة على أنَّ من حاز شيئاً من الأموال المنقولة المباحة ملكها، وكذلك السيرة القائمة على خيار الغبن في المعاملة إذا أُريدَ الاستدلالُ بها على إثبات الخيار ابتداءً لا باستكشاف شرط ضمني^(١).

والفارق بين هذين القسمين: أنَّ السيرة التي تنقَّحُ فرداً حقيقياً لموضوع الحكم لا يتوقَّفُ إستناد الفقيه في عملية الإستنباط إليها على إثبات أنَّها كانت معاصرةً لزمن صدور النص والتشريع؛ وذلك لعدم دخل السيرة حينئذ في الحكم الكلي

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

المشروع. نعم، اللازم ملاحظة وجودها في الزمن الذي يُراد إثبات الحكم فيه، فلو كانت موجودة في زمن التشريع ولكنها تبدلت بعد ذلك لسقطت عن التأثير في مجال الإستمناط.

وأما السيرة التي يُراد بها إثبات حكم شرعي، فهذا القسم من السيرة تتوقف دليته على إثبات عناية إضافية؛ إذ لا معنى للإستدلال إبتداء بعمل العقلاء وبنائهم على حكم الشارع الأقدس، وصيغة تلك العناية هو أنه لابد من إستكشاف إمضاء الشارع لها من إتخاذ موقف ملائماً معها كاشفاً عن إمضاءه لمضمونه والذي أقله السكوت، فتكون الحجية بحسب الحقيقة للإمضاء والتقرير الصادر عن المعصوم عليه السلام لا السيرة نفسها، وواضح هذه العناية بحاجة أيضاً إلى أن تكون السيرة معاصرةً لزمن التشريع فلا تنطبق على السيرة المستحدثة فيما بعد زمانهم، فهناك ركنان لابد من توفرهما لتتم دليلية هذا القسم من السيرة:

الأول: إثبات المعاصرة مع زمن يكون فيه المعصوم عليه السلام ظاهراً يتخذ الموقف إتجاه أمثاله نفيّاً أو إثباتاً.

الثاني: فحص الموقف الملائم الذي أقله السكوت؛ ليرى أنه ما هي الحدود التي يمكن أن يستكشف منه الإمضاء؟

فإذا إتضح ذلك فنقول: بما أن السيرة على ثبوت الملكية لهذا المصدق (الدولة) فهذا يعني أن السيرة أو حسب ما إصطلح عليها (بالعرف) هي من القسم الأول التي تدخل في إثبات فرد حقيقي لموضوع الحكم الشرعي، وهذه السيرة كما إتضح تحتاج إلى قيد المعاصرة لإثبات ملكية هذا الفرد بكونه من العناوين الإعتبارية.

التوجيه الثاني: التمسك بالإطلاق المقامي: بتوضيح: أن موضوعات الشارع تارة تكون موضوعات مخترعة منه، فهنا لا مجال للرجوع الى العرف في بيان أو تحديد هذا الموضوع؛ لأن إختراعية هذا الموضوع تقتضي إناطة التحديد بيد الشارع نفسه، ولا معنى لإيكال العرف في تحديد هذا المعنى، وأخرى تكون الموضوعات عرفية متداولة عند العرف والعقلاء، والشارع لم يتصد لتحديد هذا الموضوع العرفي سعة أو ضيقاً، وهذا معناه ترك الشارع المجال للعرف؛ لقاعدة: (كلما كان الموضوع عرفياً مع عدم تصدي الشارع لبيانه سعة أو ضيقاً فما هو عند العرف هو ما يريده الشارع) وتسمى هذه القاعدة بالإطلاق المقامي، أي: لو كان للشارع تحديد لهذا الموضوع لكان عليه بيانه.

وفي مقامنا: الملكية من الموضوعات العرفية، والعرف يرى أن دائرة الملكية لا تنحصر بالشخصية، بل تشمل المعنوية أيضاً، فلو أراد الشارع من العنوان المذكور الملكية الشخصية فقط لكان عليه أن يحدد تلك الدائرة، وعدم التحديد لهذا الموضوع العرفي معناه أن ما يفهمه العرف من توسيع لدائرة الملكية يريده الشارع أيضاً.

ويمكن تسجيل ملحوظة كبروية على الدليل الثالث بكلا توجيهيه حاصلها:
أن الموضوعات التي يذكرها الشارع بلسان الدليل تكون على نحوين:

الأول: تصدي الشارع لتطبيق الجعل على مصاديقه، أي: إيكال معرفة إدراج تلك المصاديق تحت الجعل الشرعي منوطة بالشارع نفسه، فلو قال: (أكرم جيراني) وعلمنا من الخارج أنه لا يرغب بإكرام النواصب منهم؛ فإن علمنا الخارجي لا

يوجبُ على المتكلّم أن يبرز قيداً في الجيران، أي: أن لا يكونوا من النواصب؛ وذلك لأنّه من المحتمل أن يكون المولى مارس الإحصاء الشخصي لجميع الجيران، وتأكد من خلّوهم من النواصب فلذا قال: (أكرم جيرانى).

الثاني: ما لم يتصدّ الشارع لتطبيق الجعل على مصاديقه، وإنّما أناط ذلك على المكلف نفسه ولا يُمكن التمسك بالعموم آنذاك؛ لأنّه من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

هذا نحوان من طريقة تشخيص عهدة تطبيق الجعل على مصاديقه.

الضابطُ الرئيسي الذي نعتمدُ 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 حقيقية، أي: على عنوان كلٍّ مقدر الوجود من قبيل (أكرم كل فقير) فمهمّة التطبيق تكونُ على المكلف.

فإذا عرفنا ذلك فنقول: إنّ الأصل في الأحكام هي الجعل على نحو القضية الحقيقية، فالملكية التي جعل الشارع لها بعض الآثار العُرف قد طبّقها على مصاديق معروفة لديه كملكية الأفراد وملكية بعض العناوين الاعتبارية، وأمّا المصاديق الجديدة التي تدرجُ تحت الملكية الاعتبارية كمصداق ملكية الدولة فلا يُمكن التمسك آنذاك بفكرة أنّ الشارع صبّ الحكم على عنوان عُرفي _الملكية_ والعُرف يرى شمول العنوان للجميع؛ لأنّه يكونُ من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية إلّا أن يتمّ التأكد من دليل خارجي بإندراج مصداق الدولة تحت عنوان الملكية الاعتبارية، من قبيل السيرة العقلائية بناءً على تعلّق الإضاء بالنكته إلّا إنّ

هذا رجوعٌ الى الدليل الأول كما هو واضح.

الدليل الرابع: التمسك بإطلاق قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١):

فالبيع والشراء مع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة مثلاً يعدُّ مصداقاً عرفياً للبيع والشراء، فيدخل في إطلاق قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وفي بعض الحقوق لهذه الشخصية الحقوقية (الدولة) لو لم نجد إطلاقاً نتمسك به، نرجع الى دعوى عدم إحتمال التفكيك والفرق بين العناوين والآثار الحقوقية.

ولوحظ عليه بملاحظ ثلاثة:

الملحظ الأول: ما ذكره السيد الحائري (حفظه الله) من أنه يشترط في البيع ركنان، أحدهما قابلية المبيع للتملك، أي: أن لا يكون المبيع خمراً أو خنزيراً، وثانيهما أهلية المالك للتملك، أي: أن لا يكون المالك صبيّاً 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؛ لأنّه تمسكٌ بالعام في الشبهة المصداقية، وعليه فلا بد من إحراز أهلية العنوان للتملك حتى يتم الإطلاق المذكور، وهذا الإحراز لا يمكن عن طريق العرف؛ وذلك لاقتصار حجته على تعيين المفاهيم دون تشخيص المصاديق، وفيما نحن فيه ليس لدينا شك في عنوان الشخصية الحقوقية، وإنما الشك في مصاديق هذا العنوان فينحصر طريق

الإحراز بالشرع، وهنا يُوجدُ طريقان لذلك:

الأول: إثبات أن المصداق المذكور إمّا قد جرت عليه السيرة فعلاً أو إرتكازاً، والشارعُ أمضى ذلك.

ولكن هذا الطريق متعذر، إمّا لأنّ الدولة ليست مما جرت عليه السيرة فعلاً؛ لأنّه مصداقٌ جديدٌ، أو أنّ الإمضاء وإن تعلّق بالنكته، لكنّه لا يشمل هذا المصداق؛ لأنّه توسعةٌ في أصل الإرتكاز لا في المصاديق الجديدة.

الثاني: التمسكُ بالإطلاق المقامي بتقريب: أنّ الشارع قد صبّ الملكية على بعض المصاديق كالملكية الشخصية أو بعض المصاديق للشخصية الحقوقية، فلو كانت الدولة كمصداق لم يتدخل في الشخصية الحقوقية لكان عليه البيان، ومن عدم ذلك يتمسكُ بالإطلاق نظير ما ورد في تطهير الثوب المتنجس عند الصلاة؛ فإنّ الشارع قد سكت عن كيفية التطهير فنرجعُ الى الإطلاق؛ إذ لا توجد كيفية خاصة للتطهير لدى الشارع.

وهذا الطريق متعذرٌ أيضاً؛ لأنّه يتمُّ في المصاديق الجديدة التي لم تحدث إلّا بعد قرون عديدة كما في الدولة^(١).

الملحظ الثاني: ما ذكره المحقّق الأصفهاني رحمته الله أنّ الآية المباركة لا يُمكنُ التمسكُ بإطلاقها؛ لأنّها ليست في مقام بيان حلّية البيع، بل في بيان الفرق بين البيع والربا، فهي تتحدّث عن بيان الفارق بين هاتين المعاملتين نظير ما لو قال الشارع: (المتعة حلالٌ والسفاح حرامٌ) فهل يتمسكُ بإطلاق المتعة حلال ينفي إعتبار إذن الولي في

(١) فقه العُقود، كاظم الحائري: ٩٩ - ١٠٠.

العقد على الباكر أو غير ذلك من الشروط، إنه لا يُمكن ذلك.

ثم حاول الإجابة عن الإشكال المذكور عن طريق ضم الشهرة والروايات من قبيل ما جاء في صحيحة عمر بن يزيد عن أبي عبدالله عليه السلام: «جُعِلَتْ فداك إنَّ الناس يزعمون إنَّ الربح على المضطر حرامٌ وهو من الربا، قال: «وهل رأيت أحداً يشتري غنياً أو فقيراً إلا من ضرورة، يا عمر قد أحلَّ الله البيع وحرَّم الربا، فاربح ولا تربه»، قلتُ: وما الربا؟ قال: «دراهم بدراهم، مثلين بمثل»^(١)، فقال: إنَّ الروايات تحدث إنَّ قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢) هو ناظرٌ لهذه المعاملة بمعزل عن مسألة الربا، فتطبيق الإمام عليه السلام لها يعطيها ظهوراً فيما نحن فيه^(٣).

الملحظ الثالث: ما ذكره السيد الصدر رحمته الله: من أنَّ الآية المباركة تثبت حليّة البيع الذي ثبتت مشروعيته في رتبة سابقة فمتى ما كان مشروعاً فالبيع يكون لازماً ومع الشك في مشروعيته لا يُمكن التمسك بالإطلاق؛ لأنَّه يكون من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، وفي مقامنا نشكُّ أنَّ التعامل مع الدولة هل هو مشروع أو لا؟ فالإطلاق المذكور لا يُثبت مشروعيته؛ لأنَّ شرط التمسك به إثبات المشروعية في رتبة سابقة على الإطلاق، وأمّا إثبات المشروعية بالإطلاق نفسه فليس

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

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) تعلية الشيخ الأصفهاني على المكاسب: ١ / ٩٩.

صحيحاً^(١).

وَكُلُّ الْمَلَحِظِ قَابِلَةٌ لِلْمُنَاقَشَةِ:

أَمَّا الْمَلَحِظُ الْأَوَّلُ: - وهو ما ذكره السيد الحائري (حفظه الله) - فإرد عليه: ما قلناه سابقاً من أن الإمضاء المتعلق بالنكته يشمل المصاديق الجديدة أيضاً ولا يرجع ذلك الى التوسعة في أصل الإرتكاز، وإنما التوسعة في مصاديق الإرتكاز.

وَأَمَّا الْمَلَحِظُ الثَّانِي: - وهو ما ذكره الشيخ الأصفهاني رحمته الله - فإرد عليه: أن شهرة التمسك بالآية المباركة بين الأصحاب لا ينفع ما دامت الشهرة ظنية، والدلالة لا ترتفع إذا ضممننا إليها أمراً ظنياً، إلا اللهم أن يقال: بعد تمسك الفقهاء وفهمهم للإطلاقات يحصل إطمئنان بحقانية هذا المطلب، ولكن بشرط أن لا يكون منشأ الإطمئنان ناشئاً من نكته إجتهادية، وفي المقام نحتمل ذلك؛ فإن الأعلام عندما تمسكوا بالإطلاق لأجل عدم إلتفاتهم الى مسألة السياق، فإن من يقرأ سياق الآية المباركة يحصل لديه شك إذا أراد التمسك بالإطلاق؛ لأنها تريد أن تثبت حلية البيع احتجاجاً على من قال بحلية الربا، والشاهد على ذلك هو عدم إثارة هذا الإشكال من قبلهم وإلا لو كانوا قد إلتفتوا لأثاروا الإشكال المذكور وحاولوا الجواب عنه، إستفادة الإطلاق إذاً ناشئ من عدم الإلتفات الى تلك النكته وهي السياق فلا ينفع الإطمئنان بالتمسك بالإطلاق.

وَأَمَّا الرِّوَايَةُ الْمَذْكُورَةُ، فَيَتَّضِحُ الْحَالُ فِيهَا عِنْدَ التَّفَرُّقَةِ فِيهَا بَيْنَ مُطْلِبِينَ:

الْأَوَّلُ: مَا يَقْتَضِيهِ الْإِطْلَاقُ.

(١) إقتصادنا، الملحق الثاني، محمد باقر الصدر: ٤٩٩.

الثاني: ما يقتضيه طبعُ الكلام.

إنَّ الإطلاق نأتي به لإدخال الفرد غير الغالب والنادر عند الشك، وأمَّا الفردُ الغالب لا نحتاجُ الى الإطلاق لإدخاله؛ إذ هو يقتضيه طبعُ الكلام؛ لأنَّه من البعيد أن يقتضي طبعُ الكلام الفرد النادر ولا يقتضي الفرد الغالب، أي: إنَّ طبع الكلام يشمل الأفراد الغالبة، وأمَّا الأفراد النادرة فهي تحتاجُ الى الإطلاق لكي ندخلها. إذًا يُوجدُ فرقٌ بين وظيفة الإطلاق وبين وظيفة طبع الكلام، فوظيفةُ الإطلاق هو إدخال الأفراد النادرة، ووظيفةُ طبعُ الكلام الحديثُ عن الأفراد الغالبة والعامة.

فإذا إتَّضح ذلك نقولُ: إنَّ البيع أو الشراء على المضطر هي حالة غالبة في المعاملات حيث يقتضيها طبعُ الكلام؛ فإنَّ الناس عادةً عندما يشترون؛ لأنَّهم مضطرون وهذا هو الفرد الغالب، وعليه فلا معنى للتمسك بالإطلاق، أي: أنَّ الإمام عليه السلام تَمَسَّك بإطلاق قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ لإدخال هذا الفرد الغالب؛ فإنَّ الإطلاق وظيفته إدخال الفرد النادر لا الغالب، وأمَّا الفردُ الغالب فهو من شؤون ظهور حالة المتكلم في إرادته لهذا الفرد.

وأمَّا الملحظُ الثالث: _وهو ما ذكره السيّد الصدر عليه السلام _ فيردُّ عليه: أنَّ استفادة المشروعية في رتبة سابقة على اللزوم ينافية إطلاق الآية المباركة، فهي ليس فيها أيُّ تقييد على أنَّ اللزوم ثابتٌ للعُقود المشروعة سابقاً والإطلاق ينفي ذلك؛ إذ من المحتمل أن تتحدّث عن اللزوم وعن المشروعية ابتداءً، أي: كُلُّ عقد هو لازم

ومشروع، فتدلُّ الآية المباركة بالدلالة المطابقة على لزوم، وبالدلالة الإلزامية على المشروعية لا أنَّ المشروعية لا بد أن تثبت في رتبة سابقة على العقد، فإنَّ هذا تقييد ينافيه الإطلاق المذكور.

فتحصّل أنَّ الدليل الرابع لإثبات ملكية الدولة وهو قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ قابلٌ للتمسك به.

الدليل الخامس التمسك بأدلة الوقف

والدليل المذكور مبنيٌّ على مقدمتين:

الأولى: أنَّ أدلة الوقف تُفيدُ صحة الوقف للشخصية المعنوية كالمؤسسات الخيرية، وبالتالي يثبتُ صحة إمتلاك هذه المؤسسات لتلك الأموال؛ لأنَّ المغزى من الوقف على شيء بحسب الفهم العرفي هو إمتلاك الموقوف له للأموال الموقوفة.

الثانية: إذا ثبت بدليل الوقف ملكية هذا النحو من الشخصية المعنوية لتلك المؤسسات ضممنّا الى ذلك ما يحكمُ به الطبع العقلائي من إرتكاز عدم إمكان التجزئة بين الحقوق المعنوية، وبما أنَّ هذا الإرتكاز ناشئٌ من طبع العقلاء فهو ممتدٌ الى زمن المعصوم عليه السلام، وبناءً على أنَّ الإمضاء يتعلّق بالنكته الإرتكازية فيتعدّى الى غير الوقف من الشخصيات المعنوية.

لا يُقال: إنَّ الاستفادة من الوقف على شيء هو تحييس للأصل وتسبيل المنفعة فلا يُستفادُ من الوقف إلّا هذا المعنى، فكيف تجوزُ المعاوضة على الأموال بالإقراض والهبة لهذه الشخصيات المعنوية الاستفادة من تعميم الوقف؟

فإنَّه يُقال: إنَّ الوقف قد تعلّق بمالِيَّة الشيء الموقوف لا في العين الموقوفة نفسها، فيجوزُ للمتولي البيع والتبديل بما يراه صالحاً في أيّ وقتٍ أراد، وهذا مستفادٌ من إطلاق روايات الصدقة الجارية، كما في صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ليس يتبع الرجل بعد موته من الأجر إلاّ ثلاث خصال: صدقة أجراها في حياته فهي تجري بعد موته، وسنة هدى سنّها فهي يعمل بها بعد موته، أو ولد صالح يدعو له»^(١).

بتقريب: أنّ الجريان «صدقة أجراها» ليس مصداقها الوحيد عبارة عن حبس العين ووقفها عن البيع وهو المصداق الرائج في زمن صدور النص، بل لها مصداقٌ آخر وهو أن يكون الحبس على المشروع الخيري هو مالِيَّة الشيء التي يُمكن تجسيدها ضمن أعيان مختلفة متعاقبة لا فرداً معيّناً كي يصبح وفقاً لا يجوزُ تبديله، فقوام الجريان «صدقة أجراها»، إنّما هو بالحبس للمالِيَّة، وليس بكون المحبوس فرداً معيّناً من العين.

ويُمكن حلُّ الإشكال أيضاً بالرجوع الى صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج حيث جوزت شرط الواقف حقّ البيع والتبديل، فيرجع واقع المطلب الى التصدّق بالمالِيَّة، أو قل وقف المالِيَّة القابلة للتجسيد في الأعيان المختلفة^(٢).
ويُلاحظُ عليه:

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

(٢) فقه العُقود، كاظم الحائري: ١ / ٩٥-٩٨.

أولاً: أنّ المستفاد من أدلة الوقف ليس هو تملك العين للموقوف عليهم، وإلاّ لجاز لهم ترتيب آثار الملكية التي منها البيع، وهذا التملك يُنافي حقيقة الوقف من تحييس الأصل وتسبيل المنفعة.

ثانياً: لو سلّمنا أنّ الوقف يُفيد التملك للموقوف عليهم إلاّ إنّ هذا خاصّ بخصوص الوقف ولا يجري في سائر المصاديق كالشركات والجمعيات الخيرية وغير ذلك لما نبه عليه سابقاً من أنّ الإمضاء وإن كان يتعلّق بالنكته، إلاّ أنّه هذه توسّعة ليست في المصاديق، وإنّما توسّعة في إرتكاز جديد، والتوسّعة في الإرتكاز تختلف عن التوسّعة في مصاديق الإرتكاز وما هو الثابت الثاني دون الأول والذي ينفعنا التوسّعة في الأفراد، وعليه فأدلة عمومية الوقف لا يُستفاد منها مالكية الدولة.

الدليل السادس: التمسك بمبدأ ولاية الفقيه

بتقريب: أنّ الولي الفقيه إذا رأى من المصلحة إمضاء هذه الشخصية المعنوية أمضاها وحصل بذلك تملك لتلك الشخصية، وهذا الوجه أقرب الى وجهة الفقه الغربي من أنّ الفقه الغربي يعطي أمر تشريع القوانين المصححة لتلك الشخصيات بيد الدولة، ورئيس الدولة في رأينا هو الولي الفقيه الذي يكون من حقّه تشريع قوانين معيّنة تتمّ على ضوئها الشخصيات المعنوية ضمن ضوابط وشروط^(١).
ويلاحظُ عليه: أنّ تنقيح هذا الدليل يتوقّف على التعرّف على حدود ولاية

(١) فقه العُقود، كاظم الحائري: ١ / ١٠١ - ١٠٣.

الفقيه الممنوحة من قبل الشارع، فلا بد أن تكون حدود تلك الولاية ضمن نطاق النظام العام للشريعة التي منحت الولاية، فإن الولاية المجعولة لإحدٍ أو لطائفة من قبل مشرّع ما تتحدد ضمن نطاق أسس الشريعة التي مُنحت له الولاية ولا تخرج عن النظام العام للشريعة، فالفقيه حينما أُعطيت له الولاية من قبل الشارع لا بد أن تكون حدودها ضمن النظام العام ولا يُمكن أن تخرج عنه، فالدليل المهم على ولاية الفقيه هو التوقيع الصادر عن الحجة عليه السلام: «وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فإنهم حجّتي عليكم وأنا حجة الله»^(١) فقد علل الإرجاع الى رواة الحديث؛ لأنهم حجة الإمام عليهم، فلا بد أن لا يخرجوا عن الدائرة التي أسس لها الإمام عليه السلام فإذا عرفنا ذلك فنقول: إنّ الأحكام التي يُريد أن يعطيها ولي الفقيه تكون على قسمين:

١- الأحكام التكليفية.

٢- الأحكام الوضعية.

أما الأحكام التكليفية فعلى ضوء ما ذكرناه من حدود دائرة التصرف يتضح أنّ ولاية الفقيه مختصة بالمباحات بالمعنى الأعم، أي: (المستحبات والمكروهات والإباحة بالمعنى الأخص) فيمكنه أن يأمر بالمكروه 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: ٢ / ٢٨٣.

ذلك لا يُعدُّ خروجاً عن دائرة النظام العام؛ لأنَّ المباحات بالمعنى الأعم تعني أن المكلف له حرية في أن يختار أو أن يترك، فالإلزام بفعل المباح أو تركه لا يُعدُّ خروجاً عن تلك المباحات، بخلاف ما لو أمر بترك الصلاة أو بشرب الخمر؛ فإنَّ ذلك خروجٌ عن دائرة النظام العام.

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

إذاً في دائرة الأحكام التكليفية الولاية تكونُ في المباحات بمعنى الأعم دون الإلزاميات إلّا إذا رجع ذلك الى التزاحم بين الإلزاميات، فيكونُ إختيار أحد الطرفين المتزاحمين بيد ولي الفقيه.

وأما الأحكام الوضعية فتارةً لا ترتبطُ بالنظام العام، وإنَّما مختصة ببعض الأشخاص، وأخرى تكونُ مرتبطةً بالنظام العام، ومثالُ الأول الرضا وعدم الرضا في باب البيع فأنَّهما منوطان بالبائع نفسه، فلو رأى الفقيه أنَّ البيع الذي رضي فيه البائع باطلٌ أو أرغمه على البيع رغم أنَّ البائع يرى بطلانه، فهنا للفقيه التصرّف في هذه الدائرة؛ لأنَّه لا يُعدُّ خروجاً عن النظام العام، وهذا نظير ما لو رأى الأب المصلحةَ في عدم بيع أموال الصبي، بينما هو يرى المصلحةَ في البيع، فولايةُ الأب هي المقدمة فكما أنَّ ولاية الأب على الصبي لا تضرُّ بالنظام العام، كذلك ولاية

الفقيه في هذا الأمر الخاص لا تضرُّ بالنظام العام، وأمّا إذا كانت تلك الولاية تُعدُّ تصرّفاً في النظام العام، كما في مسألة الطهارة والنجاسة، فإنّ هذه تُعتبرُ قضايا عامة، فإذا أمر بتنجيس الأشياء الطاهرة أو العكس فيها أنّ هذين الحكمين عامان وناظران الى 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 وضعي- للشخصيات المعنوية كالدولة هل هو من قبيل الرضا وعدمه في البيع أو من قبيل الطهارة والنجاسة؟ أو فقل هل الملكية مرتبطة بقضية خاصة أو مرتبطة بالنظام العام؟ لا يبعدُ الثاني؛ لأنّه إذا لم يثبت دليلٌ من الشارع على الملكية المعنوية فولايةُ الفقيه تصبحُ عاجزةً عن إثبات الملكية لهذه الشخصيات؛ لأنّ إثبات الملكية يُعدُّ تصرفاً خارج النظام، وقد قلنا إنّ حدود الولاية لا بد أن تكون في ضمن النظام العام، وعليه يكونُ هذا الدليل لإثبات الملكية المعنوية ساقطاً وغير تام^(١).
وجوابه واضح؛ لأنّه تقدّم وفاء بعض الأدلّة المقدمة بإثبات الملكية المعنوية.

الدليل السابع: التمسكُ بآثار الشخصيات المعنوية

إذا افترضنا أنّ مبدأ الولاية لا يُمكنُ التمسكُ به لإثبات ملكية الشخصيات المعنوية فيمكنُ لولي الفقيه أن يأمر بآثارها من دون أن يحاول إيجاد وخلق ملكية ذات

(١) فقه العُقود، كاظم الحائري: ١ / ١٠٣.

تلك الشخصيات مادام الأمر بتلك 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 مالكة هذا في
الدليل السابق، وأمّا في هذا الدليل فهو ناظر إلى آثار الشخصيات المعنوية؛ إذ ولي
الفقيه يأمر بتلك 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 مالا لم يضرب مع الغرماء الشخصيين للشركاء 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 يُلزم
الديان الشخصيين للشركاء بأمر كان مباحاً لهم وهو عدم مزاحمتهم لمن أقرضهم
لصالح الشركة في أخذ حصته من المال الموجود في حوزة الشركة.

ومن جملة الآثار العملية أيضاً: أنّه لو كان أحد دائناً للشركاء ومديناً للشركة أو
بالعكس لم يقع التهاثر بين الدينين (التساقط) فمن حقّ الولي الفقيه لدى المصلحة
أنّ يقيد أحد الوفائين بما كان يجوز لهم تقيده به من خصوص مال الشركة أو
خصوص أموال الشركاء الشخصية.

وبعبارة أكثر وضوحاً: أنّ الفقيه يلزم أحد الطرفين بالتسديد للآخر من غير
وقوع التهاثر بين الدينين، وقضية التهاثر هي قضية جائزة وليست الزامية، وعليه
يُمكن للفقيه أن يلزم الشركاء بالتسديد لهذا الشخص أو يلزمه بالتسديد للشركة

فهذه من أحد الآثار المترتبة بحيث يستطيع أن يتدخل بها الولي الفقيه.

ومن جملة الآثار العملية أيضاً: تمثلها بمتوليها لدى القاضي بالمرافعة^(١) دون حاجة الى إحضار الشركاء أو الحكم عليهم بعنوان الحكم على الغائب؛ إذ بإمكان الفقيه لدى المصلحة أن يحجز الشركاء عن متابعة وضع الأموال الموجودة في الشركة فيما هو متنازع فيه، فيصبحون في ذلك قاصرين عن المرافعة - لأنه أصبح هناك حجز في أموالهم - ومحتاجين الى الولي.

ومن جملة تلك الآثار أيضاً: الأموال المدووعة في الصناديق الخيرية أو المؤسسات الخيرية؛ فإنه بإمكان الفقيه لدى المصلحة أن يلزم الملاك وكذلك ورثتهم بعد موتهم بما كان مباحاً لهم من عدم الاستفادة من تلك الأموال وأن لا تصرف إلا في مصاريف تلك الجهة.

والنكتة الفنية لتوجيه هذا الدليل: أن الشخصية المعنوية ليست إلا صياغة عقلائية وتكيفاً عقلائياً لهذه الأحكام ولهذه الآثار، فلم يكن فرض هذه الأحكام من قبل الفقيه خروجاً عن نظام الشريعة بفرض الشخصية المعنوية من قبل الفقيه لا يُعدّ خروجاً عن هذا النظام، فيكون مشمولاً لدليل ولاية الفقيه^(٢).

ويلاحظ عليه: أن تلك الولاية إذا كانت مقيدة بحدود دائرة المصلحة فما ذكره يكون صحيحاً، وأما إذا قلنا: إن مجال الولاية هو التدخل في الضروريات

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

(٢) فقه العُقود، كاظم الحائري: ١٠٣ - ١٠٦.

الإجتماعية التي لو لم يتدخل لأختل النظام، هنا لا يُمكن لهذا الدليل إثبات تلك الآثار بمبدأ ولاية الفقيه؛ لأنّ تلك الآثار لم تبلغ حد الضرورات الإجتماعية.

الدليل الثامن: عدم الفرق بين ملكية الأشخاص والعناوين المعنوية

ما ذكره بعض المعاصرين من أنّ الملكية تارة تكون ثابتة للأشخاص كزيد وعمر، وأخرى ثابتة للعناوين الاعتبارية كملكية المسجد، وثالثاً للعناوين الإنتزاعية كملكية الطلاب لبعض الموقوفات، ورابعاً للعناوين الإنتزاعية التي ليست ذا شعور كالوقف على بعض مراكز التعليم، وخامساً الملكية المعنوية كملكية المؤسسات والشركات والدولة، والثابت شرعاً والذي لا خلاف فيه هو القسم الأول والثاني والثالث والرابع، ما خلا القسم الخامس الذي لم يكن موجوداً في عصر النصّ إلاّ أنّ العقلاء لا يحتملون الفرق بين ملكية العناوين الإنتزاعية التي تكون في (الثالث والرابع) والعناوين المعنوية فما دام العنوان يقبل الملكية، إذاً لا فرق بينه وبين أي عنوان آخر^(١).

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

بالفعل الصامت، وإنّما يتعلّق بالنكته الإرتكازية فلا يكونُ هذا الدليلُ تاماً.

الدليلُ التاسع: التمسكُ بفكرة الشرط الإرتكازي

إنّ من يُقرض شركة ما فيُوجدُ بين الطرفين شرطُ إرتكازي بعدم مطالبة أعضاء الشركة حال أداء الدين، وإنّما تنحصرُ المطالبةُ بالشركة نفسها، وهذا معناه يصحُّ إقراض تلك الشخصية المعنوية والإقراض فرع الملكية، فمن خلال هذا الشرط الإرتكازي نثبت أحد الآثار المترتبة على ملكية الشخصية المعنوية وهو بحسب الفرض الإقراض من الشركة.

ويُلاحظُ عليه:

أولاً: أنّ هذا الدليل ينحصرُ في مسألة الإقراض لها دون سائر الآثار المترتبة على الملكية كالبيع والشراء، فإنّ البيع والشراء لا يُوجدُ فيها شرطُ إرتكازي ملحوظ بين الطرفين بهذا الدليل؛ لأنّهما لم يقصدا إجراء المعاملة البيعية بينهما.

ثانياً: لا يصحُّ حتّى في مسألة الدين نفسه؛ إذ الدينُ تارةً يكونُ إختيارياً كما هو المذكور في هذا الدليل، وأخرى إضطرارياً كما لو قام أحد أعضاء الشركة بقتل أحد الأفراد، فيترتّبُ بذمة هذه الشركة الدية، وهو دين مالي قهري لا يُوجدُ شرطُ إرتكازي بين الطرفين للإلتزام به.

ثالثاً: الشرط المذكور، أي: عدم مطالبة الشركاء، وإنّما 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 فيرجعُ

الى كون الشرط خلاف المشروع فيما بينهما.

الدليل العاشر: التمسك بفكرة الحرج النوعي

الشخصيات المعنوية، كالبنوك لو لم تكن مالكة فيتحقق حرج بالنسبة الى 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، أمّا ما هو الحرج المترتب على القول بعدم ملكية الشخصيات المعنوية كالدولة؟ سيأتي هناك جملة من الآثار المترتبة على القول بعدم ملكية البنوك، وسنشير الى واحد منها لتقريب الدليل وهو:

إنّ المكلف إذا دفع أمواله الى البنك على أساس الوديعة - وسيأتي أنه في الواقع لا توجد وديعة، وإنّما يرجع الى إقراض البنك - فإذا كان الأمر كذلك فسوف يكون الناس متلفين لأموالهم؛ فإنّ الجهة المحتمل أن تكون طرفاً لعقد القرض لا تخلو، إمّا 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 البنوك، وعليه يكون الشخص المذكور بمنزلة المتلف لأمواله، ويترتب على ذلك إخراج الخمس فوراً؛ لأنّ إخراجهُ بعد سنة إنّما لأجل الإحتياط في المؤونة، فمن يجزم بعدم الحاجة الى المال أو يقوم بإتلاف المال كأن يرميه في البحر يجب عليه الخمس بأول حصوله على المال، وهذا حرج يترتب على القول بعدم ملكية الدولة.

وُيَلاحَظُ عليه:

أولاً: قاعدة نفي الحرج التي ذُكرت كمستند لإثبات مالكية الدولة لا يُمكنُ إثبات مالكية الدولة أو البنك بها؛ لأنّها من الأدلّة التي تنفي الحكم لا أنّها مثبتة له، أي: إنّ الحكم الذي فيه ضرر منفي كنفي وجوب الصوم الضري والوضوء في حالة الضرر ولا تثبت هذه القاعدة الحكم، وهنا يراد من خلال قاعدة نفي الحرج إثبات مالكية الدولة.

ثانياً: القاعدة المذكورة إنّما يُتمسكُ بها في فرض وجود الحرج، كالذي يحصل في بعض الأحيان ولا يُمكنُ التمسكُ بها بعنوانها الواسع لإثبات مالكية الدولة التي لا يُوجدُ حرج في التعامل معها، أي: أنّ المقدار الذي يترتّبُ على عدم الملكية إذا كان يولّدُ حرجاً، فسوف نُثبتُ من خلال قاعدة نفي الحرج الملكية.

النتيجة: وبهذا ننتهي الى أنّ الصحيح ملكية الدولة.



المقام الثاني:

مصيرُ الأموالِ بناءً على عدم مالكية الدولة

إنَّ مشهور الفقهاء الذين لم يعطوا حق الملكية للدولة والبنوك نسأل عن حكم الأموال الموجودة في خزائن الدولة والبنوك كيف يُتعامَلُ معها، فهل هي مجهولة المالك كما هو رأي الأكثر وعليه لا بد من معرفة ما هو حكم مجهول المالك؟ أو هي معلومة المالك؟ هذان قولان في المسألة، ومن الواضح هذا التردد لا معنى له على المختار بملكية الدولة. وعلى أي حال، لا بد من تنقيح هذين القولين:

القول الأول: مجهول المالك

إنَّ المال الموجود عند الدولة والبنوك يُعاملُ معاملةً مجهول المالك، وقد صار إلى ذلك كُلُّ من السيد الخوئي رحمته الله^(١)، والسيد السيستاني (حفظه الله)^(٢)، والشيخ الفيّاض (حفظه الله)^(٣)، وتكلّم عن هذا القول ضمن نقاط:

الأولى: ما هو حكم مجهول المالك؟

الثانية: بناءً على أنَّ الحكم هو التصدّق بعد اليأس عن معرفة المالك، هل يحتاجُ

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

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

(٣) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ١٧.

في وجوب التصدّق الى إجازة من الحاكم الشرعي أو لا؟

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

النقطة الأولى: الفحص عن المالك المجهول والتصدق به بعد اليأس

المعروف بين الفقهاء أنّ حكم المال المجهول هو الفحص عن مالكة أولاً، ثم بعد اليأس عنه وجوب التصدّق عن صاحب المال.

والمستند في ذلك أمران:

الأول: التمسكُ بصحيفة يونس بن عبد الرحمن قال: سئل أبو الحسن الرضا عليه السلام وأنا حاضرٌ الى أن قال: فقال: رفيقٌ كان لنا بمكة فرحل منها الى منزله ورحلنا الى منازلنا، فلما أن صرنا في الطريق أصبنا بعض متاعه معنا فأبى شيء نصنعُ به؟ قال: «تحميلونه حتّى تَحْمِلُوهُ الى الكوفة» قال: لسنا نعرفه ولا نعرفُ بلده ولا نعرفُ كيف نصنعُ؟ قال: «إذا كان كذا فبعه وتصدق بثمانه»، قال له: على من جُعِلَتْ فداك؟ قال: «على أهل الولاية»^(١).

والصحيفةُ المذكورة قد دلّت على ما يرمى إليه المشهور من الفقهاء بوضوح؛ فإنّ الصحيفة أمرتهم بالفحص، ثم قالوا نحن لا نعلم أين هو ولا مكانه أي (حصل عندهم يأس) وبعد ذلك أمرهم الإمام عليه السلام بالتصدق بثمانه.

إلا إنّ السيد الخوئي رحمه الله قد إعترض على الصحيفة المذكورة بدعوى أنّها أجنبية عن محلّ الكلام؛ إذ هي تدلّ على معلومية المالك، ولكن غاية الأمر يتعذر الوصول

إليه، والكلام عن كون المالك مجهولاً، ودعوى عدم الفرق بين معلومية المالك ومجهوليته، جزافية وعهدتها على مدّعيتها^(١).
ويُلاحظُ عليه:

أولاً: المقصود بمجهول المالك هو إما كون المالك غير معلوم أساساً أو معلوم ولكن يتعذر الوصول إليه، والصحيحةُ افترضت معلومية المالك إلا أنه يتعذر الوصولُ إليه، والسيد الخوئي رحمته الله فسّر مجهول المالك بذلك، وعليه كيف تكون أجنبيةً عن محلّ الكلام، وهذه نصُّ عبارته في تفسير مجهول المالك: (وإلا عوملت معاملة مجهول المالك إن كان مجهولاً أو معلوماً لا يمكنُ إيصالُ المال إليه)^(٢).

ثانياً: لو سلّمنا حصر مجهول المالك بالذي يجهل مالكة رأساً، فإنّ الصحيحة لا تدلُّ على أنّ المالك معلوم حتى تكون أجنبية؛ لأنه لا تلازم بين الرفقة لهذا الشخص وبين معلوميته، فإن كثيراً ما يكون لنا في السفر رفقاء وليس بالضرورة أن نعلمهم. والشاهدُ على ذلك هو قوله عليه السلام: «تحمّلونه حتّى تحمّلوه الى الكوفة» قالوا لسنا نعرفه ولا نعرف بلدّه....

الثاني: التمسكُ بصحيحة معاوية بن وهب، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل كان له على رجل حق، ففقده ولا يدري أين يطلبه ولا يدري أحي هو أم ميت ولا يُعرف له وارثاً ولا نسباً ولا ولداً؟ قال: «اطلب»، قال: إنّ ذلك قد طال فأتصدق به؟

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

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

قال: «اطلبه»^(١).

والكلام يقع في هذه الصحيحة من ناحيتين:

الأولى: قد يُقال: إنها ضعيفة من جهة أن الشيخ الكليني عليه السلام ينقلها بسنده عن يونس عن أبي ثابت وابن عون؛ فإنَّهما مجهولان فتسقط الرواية عن الاعتبار.

والجواب: أن الحرَّ العاملي صاحب (الوسائل) يذكر عین الرواية المذكورة في باب الدين عن الشيخ الطوسي وبسند صحيح^(٢)، فيوجد للرواية طريقان، والأول وإن كان ضعيفاً إلا أن 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 يُقال: أيضاً إنها قد دلت على لزوم الفحص فقط من دون الدلالة على التصدق بعد حصول اليأس، فكيف إذا استدلل بها المشهور؟ هنا يوجد جوابان:

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

٢- إنَّ الفحص الذي كرهه الإمام عليه السلام لا يحتمل أن يكون الى الأبد، وإنَّما هو من باب الطريقة للتوصل الى المالك، فلو حصل عدم اليأس بوجود المالك فيبقى الطلب حاضراً، وأمَّا إذا حصل اليأس من عدم العثور على المالك فلا يحتمل أن

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

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

أقسام البنوك / القسم الثاني: البنوك الحكومية.....١٦٩

يبقى الطلب قائماً مع اليأس، ثم نضم إليها صحيحة يونس؛ إذ أمرت بالتصدق بعد اليأس، بل يُمكنُ الاستدلال من خلال الصحيحة نفسها؛ لأنَّ السائل كان عالماً بوجوب التصدق.

وفي مقابل الحكم المذكور هناك طوائف من الروايات دلّت على أنَّ حكم مجهول المالك ليس هو التصدق بعد اليأس، وإنّما له حكم آخر:

الطائفة الأولى: دلّت على أنَّ حكم مجهول المالك هو التملك بعد التخميس، ومصادق هذه الطائفة صحيحة بن مهزيار الطويلة التي رواها الطوسي في التهذيب مسنداً الى علي بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السلام: كتبتُ إليه: «...والغنائم والفوائد يرحمك الله فهي الغنيمة يغنمها المرء، والفائدة يفيدها، والجائزة من الإنسان للإنسان التي لها خطر، والميراث الذي لا يُحتسب من غير أبٍ ولا ابنٍ، ومثلُ عدو يُضطلم فيأخذ ماله، ومثلُ مال يؤخذ ولا يُعرفُ له صاحب...»^(١).

ومحلُّ الاستشهاد هو قوله عليه السلام: «ومثلُ مال يؤخذ ولا يُعرفُ له صاحب».

استظهر المحقّق الهمداني رحمته الله أنَّ حكم مجهول المالك هو التملك بعد التخميس^(٢) وإدعى المحقّق الإيرواني رحمته الله في حاشيته على المكاسب أنّها صريحة في

(١) الاستبصار، الشيخ الطوسي: ٢ / ٨٠ و ٨١ / الحديث ١٢؛ تهذيب الأحكام، الشيخ

الطوسي: ٤ / ١٢٤ و ١٢٥ / الباب ٣٩ الزيادات؛ وسائل الشيعة، الحر العاملي: ٩ /

٥٠٢ و ٥٠٣ / باب وجوب الخمس فيما يفضل عن مؤنة السنة / الحديث ٥ .

(٢) مصباح الفقيه، المحقّق الهمداني: ١٤ / ١٦٨ .

ذلك^(١)، وأورد السيد الخوئي رحمته الله على الصحيحة المذكورة بإيرادين:

الأول: أنها ليست في مقام بيان التملك بعد التخميس، وإنما في مقام بيان أصل وجوب الخمس، بدليل أنها عدت الموارد التي يجب فيها الخمس، وأما ما بعد الخمس ماذا يجب على المكلف؟ فهي ساكتة عن ذلك ولا تريد أن تثبت هذا المطلب.

الثاني: لو سلمنا أنها تدل على التملك بعد التخميس إلا أنها دلت على ذلك بالإطلاق فإنها لم تنفي وجوب التصدق بعد التخميس، وإنما سككت عن وجوب التصدق وهذا السكوت يستفاد منه بالإطلاق أنه يملك، وعليه فرفع اليد عن الإطلاق المذكور بما دل من الروايات المتقدمة على وجوب التصدق لمجهول المالك، وهذا نص كلامه: (الظاهر عدم دلالتها عليه أولاً: فلائها 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 للملتقط بعد تعريفها حولاً كاملاً، ثم يتخير الملتقط بين تملكها وإخراج الخمس منها وبين التصدق بها عن المالك، وما يوجد في بعض الحيوان المشتري إذا لم يعرف البائع ذلك الموجود في بطن الحيوان فإنه يتملكه المشتري حينئذ، وما يوجد في بطن الحيوان المصطاد من البر أو البحر فإنه رزق ساقه الله إلى الواجد، وثانياً: سلمنا كون الرواية في مقام البيان من تلك الجهة أيضاً (التملك بعد التخميس) فغاية الأمر ثبوت الإطلاق لها

لا الصراحة فتُقيّد بما دلّ على وجوب التصدّق لمجهول المالك في الموارد الخاصة^(١).
ويمكن إبراز جواب آخر حاصله: أنّ الرواية أجنبية عن مجهول المالك، وإنّما تتحدّث عن مال لا مالك له أساساً، فإنّ التعبير بمجهول المالك هو المال المضاف الى مالك، غايته إمّا يجهل صاحبه أو يتعسّر الوصول اليه، وأمّا المال الذي لا مالك له أساساً فخارج عن محلّ الكلام، وفقرة الرواية المستشهد بها تدلّ على الثاني، أي: (المال الذي لا مالك له رأساً)، إذ أنّها قالت: «ومثل مال يؤخذ ولا يُعرف له صاحب»، فإنّ إتيان كلمة (الصاحب) منكرة ووقوعها في سياق النفي (لا يُعرف) يدلّ على العموم، أي: (لا صاحب لهذا المال مطلقاً)، إذ لو كان له صاحب، غايته مجهول لجاء التعبير «ولا يُعرف صاحبه» فعدم ذكر الضمير يفتح المجال على كون المال لا مالك له رأساً كالمال الموجود في بطن السمكة.

ومّا يؤيد هذا الكلام: الفقرة السابقة على فقرة الإستشهاد؛ إذ عبّرت «ومثل عدو يُظلم فيؤخذ ماله» حيث ذكر الضمير الراجع الى صاحب المال، وبهذا الإحتمال يتّضح أنّ ما إدّعاه المحقّق الإيرواني رحمته الله من صراحة الرواية في الحكم المذكور غير واضح.

وما أورده السيّد الخوئي رحمته الله من الإيرادين أيضاً كذلك؛ إذ يرّد على الأول أنّ الرواية بما أنّها لم تتعرّض الى مجهول المالك - كما تقدّم - وإنّما المال لا مالك له رأساً،

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

فما معنى إعتراض السيد الخوئي رحمته الله بقوله: إنها دلت على أصل وجوب التخميس من دون بيان وجوب التملك؟ إذ تصوّر هذا المعنى لو كان المالك مجهولاً، وأمّا إذا كان المأل لا مالك له رأساً فهنا يثبت وجوب التملك لهذا المال.

وأمّا الإيراد الثاني الذي أوجب التصدّق فلأنّ وجوب التملك بالإطلاق ونرفع اليد عن الإطلاق ونقيده بالروايات الأخرى التي دلت على وجوب التصدّق، فهذا معناه قد أوجب على الشخص التخميس، ثم أوجبت عليه التصدّق، أي: (ثبوت حكمين عليه) ومن الواضح أنّ التخميس ينتج عن الملكية، ولا معنى لأمره بالتصدّق من جديد، فإنّ هذا خلف تسلّط الناس على أموالهم.

إذاً الصحيح في الجواب: أنّ الرواية أجنبية عن محلّ الكلام؛ لأنها تعرّضت الى مال من لا مالك له رأساً.

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

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

أقسام البنوك / القسم الثاني: البنوك الحكومية..... ١٧٣

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

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

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

وبكلمةٍ أوضح: التعبير المذكور «ومن لم تعرف تصدّقت به» لا يدلّ على أنّ الأمر بالصدقة ليس مشروطاً بالفحص عن المالك، وإنّما هذا التعبير متداول عندنا أيضاً، فحينما نُسأل عن حكم مجهول المالك ونُجيب بالتصدّق فالمقصودُ هو التصدّق بعد اليأس من عدم وجود المالك، وإلّا الفحص اليسير الذي من خلاله يُمكنُ العثورُ على المالك لا يُمكنُ أن نقول إنّ الرواية تنفيه أيضاً.

الملحظُ الثاني: الرواية المذكورة معارضة مع قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١) بتقريب: الأمانة تشملُ مجهول المالك؛ فإنّه أمانة شرعية؛ إذ الأمانة على قسمين، أمانةٌ شرعية هي التي أمر الشارعُ بحفظها، من قبيل ما يقعُ من الأموال بيد الغاصب فالشارعُ أمره بحفظها، وأمانةٌ مالكية هي التي أمر المالك بحفظها كأموال الوديعة والعارية وأموال المضاربة وغير ذلك، فكلمةُ

الأمانة في الآية مطلقة تشمل كلا الأمانتين الشرعية والمالكية، وعليه أن مقتضى أداء الأمانة هو عدم جواز التصدّق بها عن المالك؛ إذ ذاك ليس حفظاً لها، وإنّما تفويت وتعريض أموال الشخص الى التلف، وبما أن النسبة بين الآية المباركة والرواية عموم من وجه، فالآية الكريمة أعمّ من جهة شمولها لكلا الأمانتين المالكية والشرعية، وأخصّ من جهة أن أداء الأمانة فرع إمكان الوصول الى المالك؛ إذ لا يحتمل مع عدم إمكان الوصول أداء الأمانة له، والرواية أعم من جهة أن التصدّق ليس مشروطاً بالفحص عن المالك وخاصة من جهة أنّها ناظرة الى الأمانة الشرعية؛ إذ الأموال المتجمعة عند هذا الشخص جعله الشارع أميناً عليها؛ لأنّها أموالٌ مغصوبةٌ، ومادة المعارضة إمكان الوصول الى المالك، فالآية أمرت بوجوب ردّ الأمانة، بينما الرواية أمرت بالتصدّق وهو ينافي الأمانة، ومع التعارض والتساقط إمّا نقول بأصالة البراءة عن وجوب التصدّق، وأمّا نقول بحرمة التصرف بهال الغير من دون رضاه، والقدر المتيقّن منه هو التصدّق بعد العجز عن وجوده^(١)، وفي كلام آخر له توصّل الى هذه النتيجة قبل الوصول الى التساقط، وذلك من خلال مبناهُ الأصولي^(٢)، من أنّه إذا تعارض الخبر مع الكتاب معارضة العموم من وجه نرفعُ اليد عن الخبر، ويؤخذُ بعموم الكتاب أو بإطلاقه، وعليه فلا بد من الأخذ بإطلاق الآية الكريمة والحكم بوجوب الفحص مع التمكن منه ورفع اليد عن المطلقات

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

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

الظاهرة في عدم وجوبه^(١).

يُمكنُ مناقشة ما ذكرهُ بمناقشات عدة:

الأولى: أنَّ المعارضة بين الآية المباركة والرواية تكونُ متحققةً لو كانت المعارضة على نحو العموم من وجه، ولكن الصحيح أنَّها على نحو العموم والخصوص المطلق، فالرواية أُخِصَّ مطلقاً من الآية الكريمة؛ فإنَّها تدلُّ على أنَّ خصوص الأمانة الحاصلة على مجهول المالك حكمها التصدِّق من دون الحاجة الى الفحص بخلاف الآية، فإنَّ كلمة الأمانة مطلقةٌ تشملُ الأمانة المالكية والأمانة الشرعية حكمها الفحص عن المالك أولاً، ثم أداء الأمانة له، فاتَّضح أنَّ النسبة هي العموم والخصوص المطلق.

الثانية: أنَّ كلمة (أَدَّوا الأماناتِ) لا يُستفادُ منها الفحص عن المالك، ثم أداء الأمانة له؛ إذ ليس المقصودُ من أداء الأمانة تسليمها باليد حتَّى يُقال: إنَّ التسليم باليد لا يُتصوَّر إلا بعد الفحص عن المالك، وإنَّما المقصودُ منها حرمةُ خيانة الأمانة، أي: إذا طالب بها صاحبُ الأمانة بأمانته لا يجوزُ حجبها عن المالك وعدم إعطائها له فهذه خيانة وهي تنهى عن الخيانة.

والشاهدُ على ذلك هو لو جاء صاحبُ الأمانة الى المؤتمن وطالبهُ بالأمانة، فيكتفي المؤتمن بالقول هذه موجودة بالمكان الفلاني فخذها ولا يلزم المؤتمن القيام بتسليمها باليد، وليس لصاحب الأمانة الاستدلال بقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ

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

أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا^(١)، أي: عليك أيُّها المؤمن تسليمها باليد لي، وإنَّما الآية تأمرُ بتجنُّب الخيانة ولزوم إرجاع الأمانة وعدم حجبها عن المالك وهذا المعنى (حرمة الخيانة) لا يلازمُ الفحص عن المالك ثم أداء الأمانة له.

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

الإعتبارُ الأول: الرواية أمرت بالتصدَّق، وهذا ينافي الحفاظ على الأمانة.

الإعتبارُ الثاني: الرواية أمرت بالتصدَّق غير المشروط بالفحص، بينما الآية الكريمة أمرت بأدائها المشروط بالفحص، وكلا الإعتبارين لا يصلحان للمعارضة، أمَّا الإعتبار الأول وهو التصدَّق في الرواية الذي يتنافى مع إعتبار الأمانة المفروضة، فإنَّ السيد الخوئي رحمته الله لا ينفي التصدَّق، وإنَّما يقولُ به لكنَّهُ مشروط بالفحص عن المالك، فلو كانت ثمة معارضة بين الرواية الآمرة بالتصدَّق وبين الآية النافية للتصدَّق كان عليه أن لا يقول بالتصدَّق مطلقاً، وأمَّا الإعتبار الثاني وهو أنَّ الرواية أمرت بالتصدَّق غير المشروط بالفحص، بينما الآية أمرت بالفحص قبل أداء الأمانة فلما قلنا إنَّ قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ ليس هو عبارة عن التسليم باليد حتَّى يُستفاد الفحص قبل تأدية الأمانة، وإنَّما المقصودُ هو حرمة الخيانة، وهذا المعنى ينسجمُ حتَّى مع عدم الفحص عن المالك وتسليمها باليد.

الثالثة: ذكر أنّ التصدّق الثابت في الرواية ينافي وجوب حفظ الأمانة، وهذا المعنى غير واضح فإنّ الذي أمر بالتصدّق بحسب الرواية هو الولي الشرعي، أي: الإمام عليه السلام ومعهُ كيف ينافي هذا التصدّق مسألة أداء الامانة ما دام قد حصل بإذن الولي الشرعي؟.

الرابعة: ما ذكرهُ في بعض كلماته_ من التعارض بينهما (الآية والرواية) ثم التساقط معاً والذهاب الى حرمة التصرّف في مال الغير بدون رضاه، هذا المعنى ليس واضحاً؛ فإنّ الرواية متى ما تعارضت مع الآية المباركة سواء كان على نحو التباين أو على نحو العموم من وجه_ كما في محلّ الكلام_ تسقط الرواية عن الاعتبار ولا معنى لسقوط الآية والرواية معاً.

وما ذكرهُ في كلماته الأخرى من سقوط الخبر؛ لأنّه مخالفٌ للكتاب الكريم لا يتمُّ على مسلكه، فإنّه يرى أنّ عنوان مخالفة الرواية للكتاب الكريم يصدق إذا كانت مخالفة لعموم الكتاب فأنذاك عنوان المخالفة يصدق، فتندرج تحت قول الأئمة عليه السلام: «ما خالف قول ربنا زخرف وباطل ولم نقله»^(١)، وأمّا إذا كانت المخالفة لإطلاق الكتاب فلا يصدق على الرواية آنذاك عنوان المخالفة_ كما في مقامنا_ فلا موجب لسقوطها.

النتيجة: روايات هذه الطائفة التي تقول بأن حكم مجهول المالك التصدّق 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 رحمته الله.

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 مصداقها رواية حفص بن غياث قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم هل يرده عليه؟ فقال: «لا يرده فإن أمكنه أن يرده على أصحابه فعل، وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردها عليه وإلا تصدق بها...»^(١).

وهذه الرواية لا يمكن لها إعطاء حكم لمجهول المالك مخالفاً لما تقدم من رأي المشهور، فإنها إذا تمت خاصة بموردها وهو ودیعة اللص أو تعدّي الى مطلق ودیعة الظالم وإن لم يكن لصاً، وأما التعدّي الى مطلق مجهول المالك فهذا أمرٌ من الصعب تبينه، وقد أشار الشيخ الأنصاري رحمته الله الى هذه الملاحظة وقال: (إنّ الأصحاب لم يتعدّوا الى مطلق مجهول المالك من هذه الرواية بل تمّ الإقتصار على ودیعة اللصّ أو ودیعة الظالم بشكل عام)^(٢).

إن قلت: في موارد عديدة نقوم بتجريد النصّ عن الخصوصية عن طريق إلغاء احتمال الإختصاص، وهذا دأب كثير من الفقهاء التي تتحرر من جمود الألفاظ فلماذا في موردنا لا نلغي خصوصية ودیعة اللص ونعدّي الى مطلق مجهول المالك؟
قلت: إلغاء النصّ عن الخصوصية لا بد 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 قرينةٌ داخليةٌ أو خارجيةٌ تدلُّ على عدم الخصوصية للمورد، والمقصود بالقرينة الداخلية التعليلُ عادةً من قبيل: «إنَّ الله عز وجل لم يحرم الخمر لإسمها، ولكن حرَّمها لعاقبتها»^(١)، والمقصود من القرينة الخارجية هو الإجماع والإرتكاز والضرورات.

الثاني: أن لا يكون المورد الذي يُرادُ إلغاءُ الخصوصية فيه وارداً مورد التعبد، وإلا لا يُمكنُ الإلغاءُ آنذاك، مثاله: ما دلَّ على أنَّ الدم دون الدرهم معفوٌّ عنه في الصلاة، فهنا لا يُمكنُ دعوى إلغاء خصوصية الدم وأَنَّهُ مثالٌ لمطلق النجاسة، فالبولُ دون الدرهم معفوٌّ عنه وكذا المني معفوٌّ عنه؛ لأنَّ الموردَ وارداً مورد التعبد.

الثالث: أن لا يكون المورد الذي يُرادُ إلغاءُ الخصوصية فيه وارداً على خلاف الأصل، وإلا لكان الإلغاء صعباً أيضاً، مثاله: الملكية في باب العقود تحصلُ بمجرد العقد، فيصيرُ المشتري مالكاً للمثمن والبائع مالكاً للمثمن، والقبض لا دخل له في الملكية، وإنَّما يدخلُ في إستقرار أو تزلزل العقد فلو تلف المأل كالكتاب قبل أن يقبضه المشتري، فبحسب القواعد الكتاب ملك للمشتري -لأنَّه بالعقد صار مالكا- ولا بد أن يكون التلفُ على المشتري إلاَّ إِنَّه هناك روايات تقولُ كُلُّ مالٍ تلف قبل قبضه فهو من مال البائع.

فهنا ورود البيع على خلاف الأصل فلا يُمكنُ دعوى أنَّ هذه القاعدة تجري في باب الإجارة بدعوى عدم الخصوصية للبيع، وهكذا في باقي المعاملات.

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٦ / ٤١٩ / الباب ٢٢ / الحديث ١ و ٢ و ٣.

الرابع: أن لا تُوجد رواياتٌ معارضةٌ للحكم المذكور الوارد في النص^(١)، فإنَّ حكم مجهول المالك بحسب الروايات الأخرى هو الفحص عن المالك وبعد اليأس التصدّق، فلو جاءت روايةٌ تعطي حكماً مخالفاً لمجهول المالك (كرواية حفص) التي ذكرت أنَّ حكمه حكم اللقطة، فهنا بما أنَّه يُوجدُ لرواية حفص رواياتٌ معارضةٌ فعملية الإلغاء لوديسة اللص الى مطلق مجهول المالك ليس صحيحاً، وهذا معناه أنَّ عملية الإلغاء تزدادُ وتضعفُ بملاحظة الروايات المعارضة للمورد الذي يُرادُ إلغاءُ الخصوصية فيه، فعند عدم المعارضة يُمكنُ الإلغاءُ ومع وجودها لا يُمكنُ الإلغاءُ. ثم يُمكنُ إضافةُ إشكال آخر على الرواية: أنَّ الثمرة 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، ويتخيَّرُ المكلف بين الأمور الثلاثة، وهذا حكم مجهول المالك نفسه لو حصل اليأس بالتصدّق مباشرة.

نعم، تظهرُ الثمرةُ وهي نادرة فيما لو لم يحصل اليأس بعد السنة، فعلى القول بأنَّ حكم مجهول المالك هو اللقطة فيسقطُ التعريفُ حتّى مع عدم اليأس، لأنَّ الشارع عبّداً بسنة، وأمّا أكثر فلا، بينما حكمُ مجهول المالك يستمرُّ الفحصُ حتّى بعد السنة، ولكن هذا أمرٌ نادرٌ، وعليه فتكونُ الروايةُ ساقطةً من جهة الدلالة.

أمّا من جهة السند، فنجدُ أنَّ الشيخ الطوسي رحمته الله رواها عن الصفّار عن القاساني عن القاسم بن محمّد عن سليمان بن داوود 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 عبدون (بن الحاشر) كلهم 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 داوود المنقري^(٥)، عن حفص بن غياث^(٦).

(١) أحمد بن محمد بن الحسن بن الوليد هذا الشخص عند السيد الخوئي رحمته الله غير موثق، وكذلك أحمد بن محمد بن يحيى العطار.

(٢) محمد بن الحسن، ثقة، شيخ الصدوق.

(٣) قال عنه الشيخ النجاشي: القاساني (القاساني) أبو الحسن كان فقيهاً، كثيراً 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 الهادي (عليه السلام) ضعيف أصبهاني، وعليه لم يرد فيه توثيق.

(٤) هذا الشخص مردد بين الجوهري والاصفهاني، والجوهري يوجد مبنى لتوثيقه فإن أمكن تعيين الجوهري فيها وكلاهما يرويان عن سليمان بن داوود المنقري.

(٥) المنقري أبو أيوب الشاذكوني بصري، ليس بالمتحقق بنا، غير أنه روى عن جماعة أصحابنا من أصحاب جعفر بن محمد رحمته الله وكان ثقة. رجال النجاشي: ١٨٤ / رقم الترجمة ٤٨٨.

(٦) هذا كان قاضياً في زمن هارون اللارشيدي في بغداد ثم نقل الى الكوفة، السيد الخوئي رحمته الله يقول: لا يوجد طريق لتوثيقه، ولكن عبارة الشيخ الطوسي في العدة مفادها أنه تكفينا الوثاقة فيقول: (أجمعت العصابة على العمل بروايات جماعة منهم السكوني وحفص بن

الى هنا عرفنا أن حكم مجهول المالك هو الفحص عنه، ومع اليأس التصديق عنه.

النقطة الثانية: الحاجة الى كسب الإجازة من الحاكم الشرعي

هل وجوب التصديق مشروط بكسب الإجازة من الحاكم الشرعي أو لا؟ قد يُقال: بلزوم الحاجة الى كسب الإجازة؛ وذلك للوجوه الثلاثة الآتية:

الوجه الأول: قد ثبت أن الحاكم الشرعي هو ولي الغائب، فعلى هذا الأساس إذا لم نستطع الوصول الى المالك نفسه؛ لأنّه مجهول فلا بد من الوصول الى ولي هذا المالك وإنابة أيّ تصرف برضى ولي المالك وهو الحاكم الشرعي.

ويلاحظ عليه: نسلم أن الشارع جعل للغائب ولياً؛ إذ ليس من المحتمل أن يترك الشارع للغائب من دون أن يجعل له ولياً يُنظم التصرفات المرتبطة به، إلا أن عدم جواز التصرف بما يرجع الى الغائب إلا بشخص، وهذا الشخص يدور بين أحد احتمالين:

الأول: أن يتصدى كلّ إنسان للتصرف بالشؤون المرتبطة بالغائب.

الثاني: أن يتصدى خصوص الحاكم الشرعي فهو الذي يُنظم الأمور المرتبطة بالغائب، ولا إشكال أن القدر المتيقن هو الثاني، فالحاكم الشرعي هو ولي الغائب وإن الشارع أعطاه الولاية في التصرف بشؤون الغائب إلا أنه إذا الشارع نصب ولياً

غياث) وقد عدّ هذا الكلام توثيقاً لحفص، وعلى أي حال، حتّى لو تغلبنا على مشكلة توثيق حفص تبقى قضية توثيق علي بن محمد القاساني والقاسم بن محمد، وعليه الرواية من ناحية السند ضعيفة.

أقسام البنوك / القسم الثاني: البنوك الحكومية.....١٨٣

للتصرّف في أمور الغائب وكان مأذوناً من قبل الشارع في التصرف 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، فحينما أمره الشارع بالتصدّق عن المالك هذا معناه نصّبه ولياً عن الغائب بالخصوص والحاكم الشرعي ولي عن الغائب بالعموم.

الوجه الثاني: أنّ الحاكم الشرعي أعرف بموارد الصرف وأخبر بمواقعها، فلاجل الأخبارية بموارد الصرف لا بد من كسب الإجازة منه.

ويلاحظ عليه: أنّ الحاكم الشرعي هو أعرف بموارد الصرف على مستوى الشبهة الحكمية، وأمّا على مستوى الشبهة الموضوعية فالأمر يكون على العكس، أي: أنّ المكلف هو أعرف من الحاكم الشرعي.

وبكلمة أخرى: أنّه تارةً لا نعلم الحكم الكلّي في مسألة مجهول المالك هل الحكم التصدّق أو التملّك أو الإحتفاظ به، ثم يوصى إلى الورثة أو غير ذلك من الإحتتمالات؟ فهنا الحاكم الشرعي أعرف بالحكم الكلّي وأنّ حكم مجهول المالك هو التصدّق، وأخرى نعلم بالحكم الكلّي ونشك في الحكم الجزئي وهو التصدّق على الفقراء، فإنّ معرفة هذا فقير أو ذاك المكلف قد يكون أعلم من الحاكم الشرعي.

الوجه الثالث: رواية داوود بن أبي يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رجل إنّني

قد أصبتُ مالاً وإني قد خفتُ فيه على نفسي ولو أصبتُ صاحبه دفعتهُ إليه وتخلّصتُ منه، قال: فقال له أبو عبدالله عليه السلام: «والله إن لو أصبتُهُ كنتَ تدفعهُ إليه؟ قال: أي والله قال: فأنا والله ما له صاحبٌ غيري، قال: فاستحلفهُ أن يدفعهُ الى من يأمرهُ قال: فحلف، فقال: فاذهب فاقسمهُ في إخوانك ولك الأمن مما خفتُ منه قال: فقسّمتهُ بين إخواني»^(١)، ورواهُ الشيخُ الصدوقُ أيضاً بإسناده عن الحَجّال.

وتقريبُ الإستدلال: قوله عليه السلام: «فأنا والله ما له صاحبٌ غيري»، أي: أن هذا المال لي، بمعنى أنا لي الولاية الشرعية على هذا المال.

وأعرض على الرواية المذكورة باعتراضين:

الإعترضُ الأول: ما ذكرهُ السيدُ الخوئي رحمته الله بقوله: إن هذه الرواية أجنبية عن محلّ الكلام؛ إذ لا يُوجدُ فيها ما يدلُّ على أن المال هو مجهول المالك فالرجل ذكر (إني قد أصبتُ مالاً) ومن المحتمل حينما قال عليه السلام: «والله ما له صاحبٌ غيري» إن هذا المال عائدٌ الى الإمام، إمّا 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 أملكُ الولاية العامة له، وعليه إذاً الرواية لا تتحدّثُ عن مجهول المالك، هذا ما ذكرهُ السيدُ الخوئي رحمته الله^(٢).

ويردّه: أن حمل الرواية على معلوم المالك - الذي هو الإمام عليه السلام - يتوقّفُ 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.

أنَّ السائل حينما قال: (إني قد أصبتُ مالا) ذكر أوصاف المال للإمام، والإمام عرفه بعد ذكر الأوصاف، ولكن السائل أجمل أوصاف المال، وقولُ السيد الخوئي رحمته أنَّ الإمام عليه السلام اطلع على أنَّ المال له على أساس أعمال الجنبه الغيبية حمل على خلاف الظاهر.

الإعترضُ الثاني: من ناحية السند، فإنَّ الرواية ضعيفة بكلا طريقيها، فإنَّ طريق الكليني وقع فيه موسى بن عمر المردد بين الثقة وغيره، وطريقُ الشيخ الصدوق الى الحجَّال لم يذكره في المشيخة، وعليه تكون الرواية مرسلة، إلَّا أنَّه لو تمت سنداً فهناك نتيجتان لا بد من الإلتزام بهما.

النتيجةُ الأولى: أنَّ حكم مجهول المالك سوف لا يُقتصرُ على التصدَّق، وإنَّما مخيَّر الشخصُ بين التصدَّق وبين التقسيم على الأخوان، والتقسيم بين الأخوان ليس فيه بالضرورة الفقراء.

النتيجةُ الثانية: أنَّ مجهول المالك لا بد أن يُصرف فيما يرتبطُ بشؤون منصب الولاية أعم من التصدَّق أو التقسيم بين الأخوان؛ وذلك لأنَّ ذكر التصدَّق في تلك الروايات السابقة هو مصداقٌ من مصاديق منصب الولاية، وهكذا التقسيم بين إخوانك مصداق لمنصب الولاية، وإلَّا فشؤون منصب الولاية عام، وما ذُكر من الموارد فقط مصاديق لكن المشكلة كما قلنا من ناحية السند في هذه الرواية.

وعلى أيِّ حالٍ، لا وجه يُركنُ إليه في الحاجة الى كسب الإجازة من الحاكم

١٨٦.....بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة

عند التصدّق ومن يُريدُ العمل بالإحتياط فعليه بأخذ الإجازة من الحاكم.



بعض الأبحاث المرتبطة بحكم مجهول المالك^(١)

البحث الأول: ما حكم لو ظهر المالك بعد التصدّق؟

البحث الثاني: هل وجوب التصدّق يختص بالفقير الخارج عن الشخص المتصدق نفسه أو إنّه يشملُه فيما إذا كان فقيراً؟

البحث الأول: حكم لو ظهر المالك بعد التصدّق

فتارةً يرضى المالك بالتصدّق وهذا لا إشكال فيه، وأخرى لا يرضى به فما هو الموقف؟

الوجه الأول: ذكر أغلب الفقهاء عدم وجوب الضمان على المتصدق تمسكاً بإطلاق صحيحة يونس التي هي مستند المشهور في حكم مجهول المالك، فهي لم تقيد حالة ما لو ظهر المالك وطالب بالمال، فمن الأمر بالتصدّق يُستفاد عدم الالتفات بمطالبة المالك بالمال؛ إذ قال عليه السلام «فبعه وتصدّق بثمنه» إذ لو كان يلزم الضمان عليه لو ظهر المالك لقيّد عليه السلام ذلك.

ويلاحظ عليه: أنّ الإطلاق المدّعى إمّا نقصدُ به الإطلاق اللفظي أو الإطلاق

(١) إنتهينا الى أنّه لا دليل على وجوب أخذ الاجازة وكان المفترض أن نذكر القول الثاني وهو

معلوم المالك، ولكن هناك بعض الأبحاث المرتبطة بمجهول المالك وهي إبتلائية نحاول

أن نسلط الضوء عليها.

المقامي وكلاهما قابلان للمناقشة، أمّا الإطلاق اللفظي فهو يُتمسك به لرفض قيد نحتمل دخالته في المطلق وكان القيد من الأوصاف التي لولا التقييد لكان اللفظ المطلق متصفاً كقولنا (أكرم الفقير) ومن خلال إطلاق لفظة (الفقير) نفى قيد العدالة التي هي من القيود التي يتّصف بها اللفظ المذكور، وفي مقامنا أنّ القيد هو الضمان لو ظهر المالك ولم يرَض بالتصدّق لا يُجعل قيداً لأيّ لفظ في الرواية، والإمام عليه السلام في صحيحة يونس قال: «فبعه وتصدّق بثمانه» فإنّ الضمان ليس من قيود البيع ولا يُصلح أن يكون من قيود التصدّق؛ إذ ليس من أوصاف البيع والتصدّق بالتقييد لو ظهر المالك وطالب بالضمان لحصل له ذلك، وعليه أنّ الإطلاق اللفظي في صحيحة يونس ساقط؛ لأنّه يحتاج إلى لفظ مطلق وإلى قيد يُجعل وصفاً للفظ المطلق ولكنه لم يُذكر في مقام الكلام.

وأما الإطلاق المقامي فلاجل أنّه يُشترط فيه أن يكون المتكلّم في مقام بيان الأحكام الأخرى التي هي من مقامنا لو ظهر المالك ولم يرَض بالتصدّق كما قيل في آية التيمم: ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً﴾^(١)، فيمكن من خلال الإطلاق المقامي نفى وجوب الوضوء لو عثر على الماء إذا كانت الآية المباركة في مقام بيان الأحكام الأخرى، فسكوت المتكلّم عنها رغم أنّه في مقام البيان ينعقد الإطلاق المقامي آنذاك وهذه الفكرة لا تنطبق على مقامنا؛ لأنّ صحيحة يونس في مقام بيان حكم مجهول المالك في حدّ نفسه وقد أمره الإمام عليه السلام بالتصدّق بثمانه، وليست في مقام بيان الأحكام الأخرى التي منها حكم التصدّق لو ظهر المالك ولم يرَض 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 الى الإطلاق، فيتضح أنّ الإطلاق بشقيه لا يصلح أن يكون هو المستند.
الوجه الثاني: التمسك بأصالة البراءة، فإنّ الضمان على المتصدق لو طالب المالك به يحتاج الى مثبت، وصحيحة يونس - كما تقدّم - لا تصلح لإثبات الضمان أو عدمه، فالبراءة محكمة في المقام.

وأشكل على هذا الوجه بإشكالين:

الإشكال الأول: أنّ الدليل على الضمان موجود وهو التمسك بقاعدة (على اليد ما أخذت) أو قاعدة (من أتلف مال الغير فهو له ضامن)، لذا لا تصل النوبة الى الأصل العملي؛ إذ مجراه الشك وهنا يوجد دليل على الخلاف، ومن الواضح أنّ المتصدق قد أتلف مال الغير بتصدّقه وجعل يده على مال الغير، فيلزم أن يكون ضامناً؛ لأنّ المستند في الضمان هو اليد والإتلاف والتصدق قد حقق ذلك.

يوجد 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 دليل لبي يقتصر فيه على القدر المتيقن وهو إذا لم يكن التصديق بإذن الولي الشرعي، أي: الإمام (عليه السلام) ولا توجد سيرة على الضمان حتى في حالة ما إذا أذن الولي الشرعي بذلك، فيكفي أن نشك في وجود سيرة على الضمان في هذه الصورة.

الثاني: ما ذكره السيد الخوئي رحمته الله إذ يقول: (إنَّ أدلّة الضمان منصرفة الى حالة كون التصرف من دون إذن الشارع بالتصرف في مال الغير فأدلة الضمان منصرفة عنه. وبكلمة: التصرف في مال الغير إذا كان على المالك فأدلة الضمان تشملهُ، وأمّا إذا كان للمالك فإنّ التصديق إحسان ومنفعة له في الآخرة، فلا تشملهُ أدلة الضمان؛ لأنّها منصرفة في الضمان الذي يكون على المالك لا له^(١)).

ويلاحظ عليه: أنّ التمسك بفكرة الإنصراف لو تمت في حد نفسها إنّما تصحّ في الأدلة اللفظية دون ما إذا كان المستند هو الأدلة اللبّية، فإنّ المستند في الضمان هو السيرة العقلائية التي هي من الأدلة اللبّية، ومعه لا تأتي فكرة الإنصراف. وعليه أنّ الإشكال الأول على التمسك بإصالة البراءة من دعوى وجود أدلة على الضمان قابل للدفع بما ذكرناه لا بما ذكره السيد الخوئي رحمته الله.

الإشكال الثاني: لا نشك في إشتغال الذمّة في الضمان بعد العدم حتّى نطبّق أصالة البراءة، وإنّما نقول الذمّة قد إشتغلت من حين التصديق؛ إذ التصديق يصدق عليه أنّه إتلاف لمال الغير ويصدق عليه على اليد ما أخذت، فلا حاجة الى تقييد الضمان بما لو ظهر المالك حتّى يُقال: نشك في الإشتغال لو ظهر فنجري أصالة البراءة، بل نقول إنّ الذمّة هي من أول الأمر قد إشتغلت، وما دام الأمر كذلك يجب الضمان ولا مجرى للبراءة أساساً.

وقد أُجيب عن هذا الإشكال بجوابين:

الجواب الأول: ما ذكرناه سابقاً من أنّ مستند كلّ من قاعدة (على اليد ما

أخذت) وقاعدة (من أُلِف مال الغير) هو السيرة العقلائية، ويُمكن أن نجزم أنّها لا تشملُ الإِتلاف الحاصل بإذن الولي الشرعي بالتصدّق، فإنّ الشارع قد أذن له بالتصدّق، وهذا الإِتلاف هو مستند الى الشارع فلا تشمله السيرة العقلائية التي هي مستند الضمان؛ لأنّها دليلٌ لُبِّي فيقتصرُ فيه على القدر المتيقن، والقدر المتيقن هو ما إذا حصل الإِتلاف، ولكن من دون إذن شرعي.

الجوابُ الثاني: أنّ الحكم بلزوم الضمان من حين التصدّق يلزمُ منه التسلسلُ في ضمان الأبدال وتوضيحه: أنّه لو قيل إنّ العين تُضمَنُ ببدلها من حين التصدّق كما مرّ، فيكونُ البدلُ ملكاً لصاحب العين وهو (البدل) مجهول المالك فنطبّق عليه أحكامه وهو التصدّق، وهكذا البدلُ الثاني يصير ملكاً لصاحب العين وهو مجهول المالك، فنطبّق عليه أحكامه وتتسلسل القضية الى بقية الأبدال وهذا باطل^(١).

ويُلاحظُ عليه:

أولاً: أنّ التسلسل يُتصوّر لو افترضنا إنّ إجراء حكم مجهول المالك شامل لبذل العين، وهذا غير ظاهر من الصحيحة، فإنّ صحيحة يونس تُشير الى أنّ العين الأصلية يجري عليها حكم مجهول المالك وهو التصدّق، إذ قال عليه السلام: «بَعُهُ وَتَصَدَّقْ بِثَمْنِهِ» وأمّا إجراء حكم مجهول المالك على الأبدال فلا مثبت له من نصٍّ ولا من غيره فينقطعُ التسلسلُ المذكور؛ لأنّ الأبدال لا ينطبقُ عليها حكمُ مجهول المالك وهو التصدّق.

(١) محاضرات في الفقه الجعفري، أبو القاسم الخوئي: ٢ / ٦٢٣.

ثانياً: لو سلمنا بأن صحيحة يونس جعلت حكم التصدق شاملاً للعين والبدل لتلك العين، إلا أن التسلسل المذكور لا يثبت بمجرد قولنا إن مجهول المالك حكمه التصدق، وإنما لابد من أن نضم التصدق الفعلي، وبما أن التصدق الفعلي قد حصل للعين الأصلية فقط فلا ينتقل الدور إلى البدل؛ لأننا لم نتصدق بها حسب الفرض. نعم، لو قلنا الضمان عند الحكم بوجوب التصدق يُتصور التسلسل آنذاك. فتحصل مما تقدم أن المتصدق لا يضمن سواء ظهر المالك وطالب بالضمان أم لم يظهر، والمستند في ذلك هو أصالة البراءة عن ثبوت الضمان.

البحث الثاني: احتساب دفع الصدقة على المتصدق نفسه في حال فقره

لو افترضنا أن مورد الصدقة هو الفقير، وافترضنا أن المتصدق ينطبق عليه عنوان الفقر، فهل عليه أن يتصدق على غيره من الفقراء أو يجوز احتساب الصدقة على نفسه؟

نقول في مقام الجواب: إن الظاهر من صحيحة يونس «بعه وتصدق بثمانه» هو التصدق على غيره من الفقراء، وأما شمول التصدق لنفسه وإن كان فقيراً، فهذا خلاف الظاهر من الصحيحة.

إن قلت: هناك مسألة عند الفقهاء وهي: لو أن صاحب المال أمر شخصاً بتفريق المال على الفقراء وكان المأمور واحداً منهم، قالوا ما دام لم يصرح بخروجه فيجوز أن يأخذ من هذا المال بمقدار ما عيّن له من الحصص، فإذا جاز هنا جاز هناك.

قلت: هناك فارق بين المسألتين، وهو أنه في المسألة المذكورة أن الأمر بالتفريق هو

أقسام البنوك / القسم الثاني: البنوك الحكومية.....١٩٣

شخص عادي (صاحب المال)، بينما في مسألتنا أنّ الأمر بالتصدّق هو الولي الشرعي.
وبكلمة أوضح: أنّ المال في تلك المسألة معلوم المالك، بينما في مسألتنا هو
مجهول المالك، وهذا الفارق مما يجعل احتمال الخصوصية موجوداً، ودعوى عدم
الفرق تكون على مدّعيها.

فالصحيح: إذاً عدم جواز احتساب التصدّق على نفسه.

الى الآن قد إنّضح أنّ القائلين بعدم مالكية الدولة قد إلتزموا بأنّ الأموال
الموجودة يطبّق عليها عنوان مجهول المالك، وعرفنا إنّ الحكم وهو التصدّق بعد
اليأس، وأيضاً لا حاجة الى أخذ الإجازة من الحاكم الشرعي.

النقطة الثالثة: اللوازم المترتبة على القول بمجهولية المالك لمال الدولة

وقد رتب أصحاب هذا القول لوازم متعددة في مسألة البنوك:

اللازم الأول: الفورية في وجوب الخمس

وهو ما أشار إليه السيد السيستاني (حفظه الله) من أنّه يجب على الذي يُقرض
البنك الخمس فوراً ولا ينتظر إنتهاء السنة احتياطاً بصرفه في المؤنة وتوضيحه:
إنّ الشخص الذي يُودع أمواله في البنوك الحكومية يرجع هذا الإيداع الى
الإقراض - كما سيأتي توضيح ذلك - فهنا نسأل من هو المقترض؟ فلا يخلو إمّا أن
يكون الموظف أو عنوان البنك، ومن الواضح أنّ كليهما لا يصلحان أن يكونا طرفاً
لعنوان المقترض، أمّا الموظف فمجرد جلوسه في البنك لا يكون مشغولاً بالضمان

لهذا الشخص، وأمّا البنك فلا يتحقق القرض؛ لأنّه يتضمّن تملك الغير والدولة لا تملك عندهم، وأيضاً لا يصحّ من عنوان البنك القبول؛ لعدم تعقّل ذلك، فإنّذاك هذا الشخص الذي دفع أمواله الى 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 متلفاً لأمواله يجب عليه التخميس من أول الأمر ولا ينتظر الاحتياط بالصرف لسنة، نظير من يلقي أمواله في البحر فيقال له: عليك تخميس هذا المال، وهذا نصّ كلامه: (لا يجوز الإيداع في البنوك الحكومية -بمعنى إقراضها- مع اشتراط الحصول على الزيادة؛ لأنّه ربا.... وعلى ذلك يُشكل 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 أتلّفه ضمنه لأصحابه)^(١).

اللازم الثاني: انتفاء عقد القرض مع البنوك

إنّ الشخص إذا أراد الإقراض من البنك، فبناءً على معاملة الأموال الموجودة لدى البنك معاملة مجهول المالك لا يمكن أن يتحقق الإقراض منه، وإنّما ما يأخذه من البنك يطبّق عليه عنوان مجهول المالك؛ وذلك لأنّ المقرض لهذا الشخص إمّا يكون الموظف أو البنك، والموظف لا يملك الأموال حتّى يُقرّضها للشخص الآخر وليس له ممثلية شرعية عن البنك، وإنّما ممثلية قانونية له، وأمّا البنك لا يمكن

أن يُقرض أيضاً؛ لأنهم يبنون على عدم مالكية البنوك للأموال، فينطبق على المال المأخوذ عنوان مجهول المالك فيحتاج إلى كسب الإجازة من الحاكم الشرعي - بناءً على الإحتياج - والزيادة التي يُطالبُ بدفعها لا تدخل في عنوان الربا؛ لأن الربا فرع القرض وهو غير متحقق حسب الفرض، وإنَّما الزيادة تُدفعُ من جهة طلب القانون الوضعي بالدفع، وهذا اللازمُ سوف يُيسرُ لكثير من الناس مسألة الإقتراض من البنوك، أمَّا من يني على أنَّ الدولة تملك - كما بنينا سابقاً - فيتحقق القرضُ منها، والزيادة المفروضة على الشخص تدخل في نطاق الربا، وأشار إلى هذا اللازمُ كلُّ من الشيخ حسين الحلِّي رحمته الله^(١)، والسيد الخوئي رحمته الله^(٢) والسيد السيستاني (حفظه الله)^(٣).

اللازمُ الثالث: التخميس مكرراً

وجوبُ التخميس أكثر من مرة كلّما أراد سحب المال الذي أودعه لدى البنك، فلو إفترضنا أنَّ شخصاً أودع مقدراً من المال وقد ألزمتنا باللازم الأول من أنَّ الإيداع المذكور ليس متحققاً، وإنَّما هو إذن بإتلاف المال فيجبُ عليه التخميس، وهذا الشخصُ لو أراد أن يسحب مقدراً من المال وبما أنَّه مجهول المالك - كما يقولون - فلو بقي سنة كاملة يجبُ عليه التخميس، ولو أراد إيداعه من جديد يجبُ

(١) بحوثُ فقهية، حسين الحلِّي: ١٩٩.

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

(٣) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٨ / المسألة الثانية.

عليه التخميس أيضاً مرة ثالثة، ومن الواضح أن التخميس لمرة أو أكثر على مال واحد نتيجة غريبة لا يلتزم بها أصحاب هذا الاتجاه.

اللازم الرابع: سقوط الخمس

لو افترضنا أن شخصاً كان يتعامل مع البنوك على أساس الصكوك، فلو أودع مقدراً من المال وأراد أن يسحب قسماً منه، فالبنك يُصدر له صكاً أو بطاقات إتمان يتعامل بها مع غيره، بل إن كثيراً من البلدان لا يتقاضون الراتب الشهري فعلاً، أي: (بقبض النقد) وإنما يُدفع لهم صكوك أو تُحوّل على البطاقات، ولازم ذلك لا يجب الخمس على الذي لم يستلم النقد بيده؛ لأن وجوب الخمس فرع مالية ما يستلمه والمالية متمحّضة بالنقد، وأمّا الصكّ فهو مجرد سند ومشير الى ما يعادله من الأموال، ومن الواضح هذه نتيجة غريبة أيضاً؛ لأنها تؤدي الى سقوط الخمس ولا يجب عليهم الدفع إلا بقبض النقد، فلو تمّ إستلام النقد وبقي الى فترة سنة يجب الخمس آنذاك، ومن دون الإستلام الفعلي لا يجب الخمس.

اللازم الخامس: تحول المال الشخصي إلى مجهول المالك

لو افترضنا أن شخصاً قد أودع أموالاً لدى البنك وأراد أن يسحب مقدراً منها، فحقيقةً المال الذي أودعه لدى البنك كما قلنا يرجع الى الإقتراض، فلو طالب به بعد ذلك، فالمال الذي يستلمه هو عنوان مجهول المالك، وماله السابق قد تصرف فيه البنك ودفعه الى غيره فتحوّل ماله من عنوان معلوم المالك الى عنوان مجهول المالك، وهذا ما لا يقبله الناس.

إن قلت: يُمكنُ تصحيحُ هذا الأمر عن طريق الاتفاق مع الموظف القائم على هذا العقد فيقول: (أقرضك مالاً على أن تسترجع لي ما أقرضته في الوقت المقرر وأنت وكيلٌ أيضاً عني بإقراض مالي الى الغير) فهنا مع التوكيل المذكور تجوزُ المطالبةُ بهاله، ولا يكونُ مجهول المالك، بل يتحققُ عنوانُ الإقراض أيضاً من البنك وأي زيادة تكونُ زيادة ربوية.

قلتُ: إنَّ هذه الفرضية مثالية لا تنسجمُ مع واقع البنوك، فإنَّ ما يجتمعُ لديها ليست من أموال الأشخاص فقط حتَّى يتمَّ التوكيلُ بإقراض هذا المال الى الغير والمطالبة به في الوقت المقرر؛ لأنَّ ما يتجمعُ لدى البنوك 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 البنوكُ مصدرها الرئيسي ما يدفعه الأشخاص فقط هنا يصحُّ التوكيلُ من دون أيِّ إشكال.

اللازمُ السادس: تسلطُ الفقير على مال الوديعة

أنَّ الشخصَ أو الأشخاص الذين قد أودعوا أموالهم في البنوك سوف تتحوَّلُ الى عنوان مجهول المالك، وبالتالي يجوزُ لكل شخص مادام فقيراً أن يأخذ من هذه الأموال كـبعض الموظفين أو الأشخاص من الخارج، ولا يلزمُ الضمانُ على الآخذ؛ لأنَّه هذه الأموال بمجرد وضعها في البنك تتحوَّلُ الى مجهولة المالك والتي تملك

بالقبض. نعم، هذا الشخص بحاجة الى كسب الإجازة من الحاكم الشرعي -بناءً على الحاجة- وعادة الحاكم الشرعي لا يُجيزُ في هذه الحالة؛ لأنّ ذلك يؤدي الى إختلال النظام، لكن عدم إعطاء الإجازة لأجل الإختلال يؤثرُ من الناحية التكاليفية فقط، وأمّا من الناحية الوضعية وهو الضمان فلا يترتبُ على الآخذ لها؛ لأنّها أموال مجهولة المالك، فهو لم يتلف أموال الغير حتّى يضمن.

وحينما أشكل على السيد الخوئي رحمته الله بذلك، حاول الجواب بأنّ الآخذ لا يجوز؛ لأنّه يؤدي الى خسارة أموال الغير وتلفها^(١)، ويقصد بالغير هنا الذي أودع المال. وهذا الجواب لا يحلُّ مشكلة الأموال المودعة مادامت مجهول المالك، فيجوزُ لكلِّ شخص مادام فقيراً وضع اليد عليها؛ فإنّ الخسارة للغير لو لم نقل بتحوّل المال الى مجهول المالك، وأمّا مع التحوّل فلا يؤدي الى خسارة، وتلف أموال الغير، وهذا اللازمُ يمكنُ أن يُضعّف مبنى مجهول المالك على أموال الدولة.

اللازمُ السابع: تصدق المواطنين على ما يتقاضونه من الدولة

يلزمُ على المواطنين التصدّق في الأموال التي يحصلون عليها من الدولة من قبيل الوجبات الغذائية كما في بعض البلدان؛ فإنّها مجهولة المالك، وحكمها التصدّق بإذن الحاكم الشرعي أو عدمه، بل يلزم أكثر من ذلك وهو أنّ من يستعمل مرافق الدولة كالمطارات والمستشفيات يلزمُ التصدّق إزاء هذه التصرّفات، بل لو صلّى في تلك

الأمكان عليه دفع الصدقة أيضاً، وقد إعترف السيد الخوئي رحمته الله بهذا اللازم^(١).

اللازم الثامن: لا يحق للتجار استرجاع أموال الوديعة

يلزم على التجار_الذين أودعوا أموالهم أو أرادوا الحصول على الأموال من أثمان البضائع التي باعوها أو من التحويل المالي_ عدم أخذ تلك الأموال من البنوك؛ لأنهم أغنياء، ومجهول المالك لا يُصرف إلا إلى الفقراء، ولا يحق للحاكم الشرعي أن يعطي الإجازة.

إن قلت: إن الشارع لا يرضى بعدم تسلّم التجار لأموالهم المدووعة للقطع بأنّ الشارع يسمح لهم بذلك؛ لأنّهم أودعوا أموال راجعة إليهم، فكيف يُتعلّل إنّ الشارع يمنعهم من التصرف في أموالهم؟

قلت: نقطع بذلك أيضاً، ولكن هذا القطعُ الحاصلُ لنا من طريق الشارع بعدم حرمانهم من الأموال لا بد أن يُجعل منبّهاً على بطلان فكرة مجهول المالك؛ إذ كيف ينسجم الأمر بأننا نقطع إنّ الشارع يرضى بتسليم الأموال لهم، وفي الوقت نفسه هم أغنياء ومجهول المالك لا يُصرف إلا إلى الفقراء.

فإن قلت: الحاكم الشرعي بإمكانه أن يعطي تلك الأموال إلى الأغنياء من باب الإجازة على عمل صدر منهم، وهو أنّ الأغنياء حينما أودعوا الأموال في البنوك قد أوجدوا عملاً وهو إيجاد عنوان مجهول المالك، فقاموا بتحقيق موضوع مجهول

(١) صراط النجاة، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٣ / السؤال ١٣٤ وأيضاً السؤال ١٢٩.

المالك، وبما أنه عملٌ محترمٌ فتصحُّ الأجرة عليه.

قلتُ: هذا الكلام ليس واضحاً، فأني عملٌ قد قام به هذا التاجر لكي يستحق الأجرة عليه، فإن عنوان مجهول المالك هو حاصلٌ على أساس المبنى الفقهي الذي يقول: إن أموال الدولة تُعامل معاملة مجهول المالك، فمتعلق الإجارة بتحقيق جزماً فكيف مع تحقيقه يُعطى إجارة على هذا الأمر؟ وكان الأولى عليه ﷺ أن يجعل هذا اللازم منبهاً على بطلان فكرة مجهول المالك لا أنه يلتزم به ويُحاول 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 والكفارات توضع في البنوك لتحويلها الى بعض البلدان، وهكذا التجار فهم لا يستلمون أثمان الضائع مباشرة، وإنما يقوم البنك بتحويل تلك الأموال الى 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 الى عنوان مجهول المالك.

النتيجة الثانية: يلزم أن يأخذ غير السادة الأموال من البنك إذا كانوا فقراء؛ إذ بناءً على تبدل هذا العنوان -حق السادة- الى مجهول المالك يصبح كل فقير له الأحقية في أخذ تلك الأموال ما دام ينطبق عليه عنوان الفقير.

إن قلت: إن عنوان مجهول المالك يحتاج الى إجازة من الحاكم الشرعي لحليته، وهو عادة 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 البنوك 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 البنوك حق السادة هو تضييع لعنوان هذا الحق، فمن هنا هو لا يُجيز إلا أن عدم الإجازة إستجابة لهذا الشعور الداخلي، يُعدّ منبهاً وجدانياً على بطلان معاملة أموال الدولة على أنها مجهول المالك.

النتيجة الثالثة: التجار الذين يستلمون أموالهم كأثمان للبضائع من البنوك 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 تُريد من خلالها إلزام القائلين بعدم مالكية

الدولة أن يرفعوا اليد عن القول المذكور، وإنَّما اللوازم بما أنَّها تخالفُ بعض الوجدانيات، فيمكنُ أن تكون منبّهات على عدم حقّانية القول بعدم مالكية الدولة.

التفريقُ بين مالكية البنوك دون الدولة (نظرية الشيخ الفياض حفظه الله)

ومن هنا حاول الشيخُ الفياضُ (حفظه الله) التفريقَ بين الدولة والبنوكِ -بمعنى أنَّ الدولة لا تملكُ الأموال والبنوكُ هي مالكةٌ- وحاصل ما ذكره: أنَّ عنوان الدولة ليس من العناوين المستقلة فحينما تتجمعُ أموالُ لديها من الثروات الطبيعية أو من الضرائب أو ما شاكل ذلك، فالذي يقومُ بالدفع إن كان رئيسُ الدولة فهو يدخلُ تحت عنوان مجهول المالك؛ لأنَّها لا تملكُ، وإن كان الموظف فليس له النيابة والوكالة الشرعية.

وبكلمة أوضح: الإشكال الذي أُثير على عدم مالكية الدولة إمّا يرجعُ الى عدم وجود دليل على مالكية العنوان المذكور -الذي عبّرنا عنه بالشخصية المعنوية- أو نقولُ يُوجدُ دليلٌ عليها، إلّا إنَّ مصداق هذا العنوان -كالموظف مثلاً- حينما يُريدُ أن يُقرض أو يدفع أموالاً الى الآخرين لا يكونُ القابضُ مالكاً؛ لأنَّ الدافع إن كان هو العنوان فلا دليل إثباتي على مالكية العنوان، وإن كان هو الموظفُ فليس له تلك الممثلة الشرعية.

وهذا بخلاف البنوك فإنَّ جهة البنك مالكة للأموال بشكل مستقل فهي ليست مخوّلة بالملكية عن الغير، وإنَّما تملكُ ما تحتها بالملكية الإستقلالية قال ما نصّه: (ويترتّبُ على ذلك أنَّ المال المأخوذ من البنك قرضاً كان أو منحةً ليس من المال

المجهول مالكة، بل ملكٌ للآخذ بتمليك البنك إمّا على وجه الضمان كما في القرض أو مجاناً كما في المنحة^(١).

وفي مقام التعليق تُوجدُ عدّة ملاحظ عليه:

الملحظ الأول: أنّ التفرقة المذكورة لم يذكر عليها دليلاً، وإنّما فرّق بين الدولة والبنك على أساس التوصيف، والوصف المذكور ليس مستنداً علمياً يُعتمدُ عليه لبيان الفرق بين العنوانين؛ لأنّ السؤال يبقى بأنّ وصف الدولة بأنّها ذات ملكية آلية، ووصف البنك بأنّه ذات ملكية إستقلالية، فما هو المستند على التوصيف المذكور؟ على أنّنا قد فرغنا بأبحاث سابقة أنّ الدولة مالكة بالملكية الإستقلالية.

الملحظ الثاني: أنّ التفرقة بين البنك والدولة بحسب النظام المالي لا وجه له؛ وذلك أنّ البنك الحكومي هو فرع من فروع الدولة، فإنّها تشتمل بطبيعة الحال على مرافق عديدة وأهمها اليوم هي البنوك، فلا معنى إذاً للتفرقة بين الفرع وأصله من كون الأصل (الدولة) ليست مالكة والفرع وهو البنك مالك، فهذا كما يُقال: إنّ الفرع يزيد عن الأصل، وعليه فهو بين خيارين:

الخيار الأول: أن البنوك ليست مالكة؛ لأجل إنّ الأصل عنده (الدولة) ليست مالكة فيتّم التعامل مع أموال البنوك كما يتّم التعامل مع أموال الدولة على أنّها مجهولة المالك، كما بنى على ذلك أستاذه السيد الخوئي رحمته الله.

الخيار الثاني: أن يبنى على مالكية الدولة وأنها ذات شخصية مستقلة ويلزم منه

مالكية البنك، وهو لا يقول بكلا الخيارين، فهو لا يرى أن الدولة مالكة فلا يرى أن البنوك ليست مالكة بناءً على عدم ملكية الأصل.

الملحظ الثالث: لو تأملنا بالداعي الذي جعله يذكر التفصيل المذكور هو أنه لما كان القول بعدم مالكية الدولة التي منها البنوك يلزم منه لوازم بعضها باطلة بالوجدان - كما بيّناه سابقاً - فصار الى القول بالتفصيل بين مالكية البنك دون الدولة.

وبكلمة أخرى: السيد الخوئي رحمته الله حينما سئل عن مالكية الدولة أجاب بالعدم، وذكر وجهين لإثبات ذلك:

الوجه الاول: أن ملكية العنوان بحسب الإمكان لا إشكال فيه؛ إذ ورد في الشريعة ثبوت ملكية للعناوين كعنوان الزكاة كقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾^(١) وعنوان الوقف: «الوقوفُ على حسب ما يقفها أهلها إن شاء الله»^(٢)، إذاً بحسب عالم الإمكان، فإنّ العناوين قابلة للملكية، إلّا إنّ المشكلة في وجود دليل على الملكية، فبعض العناوين وجد الدليل المذكور كما في الصدقة والوقف، وبعض العناوين كعنوان الدولة والبنك لا دليل على الوقوع، وإنّما الموجود إمكان الملكية.

الوجه الثاني: لو سلّمنا وجود دليل على ملكية العناوين وإنّ الملكية واقعة يبقى الإشكال في وجود الممثل الشرعي للدولة، فهي بما تشتمل على ثروات، فلو قام بعض الموظفين بدفع مال الى شخص لا يكون القابض مالكا؛ لأنّ ملكية القابض فرع ملكية الدافع أو كونه وكيلًا أو متولياً شرعياً عن المالك، والدولة كعنوان

(١) التوبة: ٦٠.

(٢) الكافي، الشيخ الكليني: ٧ / ٣٩ / الحديث ٣٤.

أقسام البنوك / القسم الثاني: البنوك الحكومية..... ٢٠٥

ليست مالكة وليس لها الولاية والوكالة عن الأشخاص، وهكذا لو أقرض بعض موظفي البنك شخصاً فلا يتحقق القرض؛ لأنه فرع إما ملكية المقرض أو كونه وكيلًا عن المقرض.

فهذان وجهان تمسك بهما السيد الخوئي رحمته الله لإثبات عدم ملكية الدولة والبنك^(١).

إذا إتضح ذلك: فعندما فصل بين الدولة والبنك وحكم بملكية البنك، لا بد أنه يُريد أن يدفع كلا البيانيين في حق البنك وإن كانا ثابتين في حق الدولة، ومن الواضح أن كلا البيانيين أيضاً لم يدفعاً الإشكال على ملكية البنك.

إما البيان الأول: فنسأل عن البنك الذي يشتمل على أموال عادة راجعة الى الدولة، فمن هو المالك لتلك الاموال؟ لا يخلو إما الموظفون أو عنوان البنك وكلاهما باطل، أما الموظفون فليسوا بالكين، وإلا لو كان الأمر كذلك للزم حينما يتوفى أحد منهم أن يأتي الورثة لأخذ هذه الأموال، فيتعين إذاً الملكية للعنوان وهو البنك، فهنا يرجع البيان الأول للسيد الخوئي من أنه بحسب الإمكان تملك، ولكن لا دليل على ملكية العناوين بحسب عالم الواقع.

وأما البيان الثاني، فنقول: إن الموظف حينما يدفع الأموال الى الناس - من باب القرض - فليس هو المالك الشرعي وليس هو المتولي الشرعي، ومجرد جلوسه في شعبة من شعب البنك هذا لا يجعله مالكا ولا متولياً عن المالك.

بل نقول أكثر: إن هذا الإشكال لا تسلم منه حتى البنوك الأهلية فإقراض

(١) المسائل الشرعية، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٣ و ١٢٣٢.

البنوك الأهلية لا يُقصدُ منه إقراض الأشخاص الذين ساهموا في البنك، وإنما إقراض العنوان فيرجع السؤال الى عنوان البنك، وهو لو كان أهلياً فلا دليل وقوعي على ملكيته، والعنوان ليس بهالك ولا بمتولي عنه.

القول الثاني: مال الدولة معلوم المالك

إنَّ المالَ الموجود عند الدولة والبنوك يُعاملُ معاملةً معلوم المالك، ويُمكنُ الاستدلالُ لهذا القول بأدلة عدة^(١):

الدليل الأول: أنَّ ما دلَّ من الروايات على حكم مجهول المالك قد أخذ فيه أمران: الأول: أنَّ الأموال هي معلومة لأشخاص، ولكن لا نعرف حالهم.

الثاني: لا نحرز رضاهم بالتصرّف، فهنا حكم الإمام عليه السلام بمقتضى الروايات التي ذكرناها سابقاً بلزوم الفحص عن المالك ومع اليأس التصديق عنه، إمّا مطلقاً أو مع كسب الإجازة من الحاكم الشرعي، فموضوع الأدلة إذاً يتحدث عن وجود هذين الأمرين.

أمّا لو رجعنا الى أموال الدولة والبنوك فلا نجد الأمرين معاً، وبالتالي كيف نحكمُ على تلك الأموال بأنّها مجهولة المالك؟ فالدولة بالنسبة الى الأموال الموجودة عندها موردها الرئيسي هو الثروات الطبيعية، ومن الواضح أنّها ليست مملوكة لأشخاص معينين أو معلومة الأشخاص كالمودعين أموالهم في البنوك، لكن هؤلاء

(١) هذه الأدلة هي تصلحُ للرد على بعض ما تقدّم من معاملة مجهول المالك، وأيضاً تصلحُ في

الأشخاص يرضون بالتصرّف بتلك الأموال.

إذاً ما عند الدولة أو البنك من أموال لا ينطبق عليها حكم مجهول المالك، فلاحظ صحيحة معاوية بن عمار: رفيق كان لنا بمكة.....^(١)، أو صحيحة هشام بن سالم كان عند أبي أجير ففقدناه...^(٢).

فالذي يُلاحظُ هذه الروايات نجدها تتحدثُ عن مال لأشخاص معينين ونشكُ في الرضا بالتصرّف في أموالهم، فهنا يأتي حكمُ مجهول المالك، وأموال الدولة والبنك ليست كذلك^(٣).

الدليل الثاني: وردت روايات عديدة جوّزت أخذ هدايا الأمراء والعمّال - أي عمّال الظلمة - من دون أن يحكم الإمام عليه السلام بتقييد الآخذ بكونه فقيراً وبحاجة إلى كسب الإجازة، وورد أيضاً جواز الشراء ولم يُقيد بأنّ الشراء لا بد أن يكون من الفقير وأنه مجهول المالك وعليكم التصدّق به كل هذا يتنافى مع معاملة أموال الدولة معاملة مجهول المالك.

فلاحظ صحيحة معاوية بن وهب قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام أشتري من

(١) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٦ / ٣٤٤ / باب اللقطة والضالة / الحديث ٢٩.

(٢) الإستبصار، الشيخ الطوسي: ٤ / ٢٧٢ / باب ميراث المفقود الذي لا يُعرف له وارث / الحديث ٣.

(٣) فهذا يُعتبر خللٌ منهجيٌّ؛ لأنه لا بد من التدقيق في أدلّة مجهول المالك وعلى أي شيء تركّز وما هو موضوع مجهول المالك؟ وبعد التركيز وجدناه غير منطبق على أموال الدولة، فكيف تُعامل معاملة مجهولة المالك.

العامل الشيء وأنا أعلم إنه يظلم؟ فقال عليه السلام: «إشتر منه»^(١)، وأيضاً صحيحة محمد بن مسلم وزرارة قالا سمعناه يقول: «جوائز العمال ليس بها بأس»^(٢).

وقد يُشكل على دلالة الروایتين بإشكالين:

الإشكال الأول: من المحتمل أن هدايا السلطان وهكذا الشراء منه هي أموال مجهولة المالك، والإمام أجاز لكل شخص ولو كان غنياً أن يأخذها لأجل أن له الولاية العامة على الفقراء ورضي بحكم ولايته أن يأخذ مجهول المال هذه الجوائز فأجاز عليه السلام التصرف بهال الأغنياء بحكم ولايته.

وجوابه: أن تلك الروايات لو كانت مختصة بزم الأئمة عليهم السلام لكان للإشكال مجال، فنقول هو أعمل ولايته وأعطى المال للأغنياء إلا إن هذه الروايات مطلقة تشمل حتى زمان الغيبة الذي لا يوجد فيه إعمال ولاية من المعصوم بإعطاء مجهول المالك ولو للأغنياء، فإن الفقهاء فهموا منها عموم الحكم لزمن الغيبة أيضاً، وعلى ذلك إذا كان مجهول المالك فكيف يُصرف للأغنياء في زمن الغيبة من دون إعمال الإمام عليه السلام لولايته؟

الإشكال الثاني: يُحتمل أن الإمام عليه السلام طبق قاعدة اليد على جوائز السلطان أو الشراء منه من أموال، فإنه توجد شبهة في أمواله حاصلها: أن 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.

أقسام البنوك / القسم الثاني: البنوك الحكومية.....٢٠٩

العمال أو قال اشتره منه» يريد أن يقول: (إنَّ اليد أمانة على الملكية) فهذه الأموال ما دامت مشكوكة فاليد رافعة للشك، وعليه تكون هذه الروايات أجنبية عن كون الأموال هي أموال دولة، وبالتالي هل هي معلومة أو مجهولة المالك.

وجوابه: أنَّه يُوجد فردٌ نظمٌ بوجوده وهو أنَّ بعض العمال وقعت في أيديهم أموال للدولة بشكل خالص، وهذا الفرد حاضراً بحسب واقعه الخارجي، والروايات قد أطلقت وشملت حتى هذا الفرد الذي لا يتصور تطبيق قاعدة اليد في حقه.

الدليل الثالث: أنَّ الشريعة الإسلامية كما جاءت لمعالجة مشاكل الفرد أيضاً جاءت لمعالجة مشاكل الأمة والمجتمع بصورة جماعية، فهناك أحكامٌ تخصُّ الفرد وأحكامٌ تخصُّ المجتمع فلو سلّمنا بذلك، فالأمر في مسألة البنوك يدور بين احتمالات ثلاثة:

الإحتمال الأول: الشارع يرفض تأسيس الدولة مع مرافقها المهمة كالبنوك.

الإحتمال الثاني: يرضى بتأسيس البنوك، ولكن يعامل الأموال على أساس أنَّها مجهولة المالك التي تحتاج الى إجازة الحاكم الشرعي في التصرف.

الإحتمال الثالث: يرضى بالتأسيس، ولكن يعاملها معاملة معلوم المالك.

والإحتمال الثالث هو المتعين، لبطلان الإحتمالين الأولين.

أمّا بطلان الإحتمال الأول: فلائنه خلاف ما نعتقدُه من أنَّ الاسلام كما تُفرض لديه أحكام لأفراد المكلفين كذلك لديه أحكام تنظيمية للمجتمع بما هو مجتمع، فرفض مسألة تأسيس الدولة وبنوكها يعني هدم مسألة ضرورية في حياة الناس وإنَّ

الإسلام يفرض على المجتمع إذا أراد أن يتعامل بالأموال - الطائلة جداً - أن يحملها في صندوق من دولة إلى أخرى ويفرض وساطة البنوك في ذلك، وهذا أمر متعسر.

وأما بطلان الإحتمال الثاني: - وهو أن الشارع سمح بتأسيس البنك إلا أنه يحتاج إلى كسب الإجازة بالتصرف؛ لمجهوليتها - فنقول: معالجة هذا الأمر من تلك الزاوية الضيقة ممكنة في حق أفراد الناس وليست كذلك في حق جماعة الناس، والشريعة كنظام لا بد 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 ضيقة خصوص الضروريات، بينما باب العلمي مسدود بشكل مطلق، فالمرجح حينئذ هو حجية مطلق الظن؛ لأنه لو لم نقل بالحجية لمطلق الظن فيجب الالتزام إما بالقول بالاحتياط لكل ما يُحتمل وجوبه أو تحريمه أو البراءة عن كل ذلك، والرجوع إلى البراءة باطل؛ لأنه لا معنى لشريعة تبتني على أصل البراءة لكل ما يحتمل الوجوب أو التحريم، وأما الاحتياط باطل؛ وذلك لأنه ممكن إذا وجه العمل بالاحتياط إلى بعض الأشخاص؛ إذ بإمكان أن يحتاط هذا البعض من دون أن يلزم أي إختلال في النظام العام، وأما أن يكون الاحتياط كعلاج لجميع أفراد المجتمع، فهذا مما يوجب إختلال النظام العام؛ وذلك لأن الإسلام كما ينظر إلى المكلف الخاص ينظر إلى المكلف العام؛ فإن الشريعة تُعالج كلا الأمرين وإن عدم العسر في الاحتياط بلحاظ

الأفراد لا يُبرر تشريع الإحتياط بلحاظ أفراد المجتمع^(١).

الثانية: في بحث «لا ضرر ولا ضرار» فإنّ الفقهاء عاجلوا إشكالاً أثاره الشيخ الأنصاري رحمته الله وحاصله: أنّ هناك أحكام ضرورية جزماً لم ترتفع بالحديث المذكور^(٢)، كوجوب الجهاد ووجوب النفقة ووجوب الزكاة والخمس والكفارات، وهكذا أعمال القصاص والحدود فإنّ هذه أمور ضرورية، وبالتالي يأتي الإشكال على حديث «لا ضرر» وأنّه يلزم منه تخصيص الأكثر.

والفقهاء عاجلوا الإشكال المذكور، فبعضهم ذكر أنّ الحديث ناظرٌ الى الأحكام التي يعرض عليها الضرر، فبواسطة الحديث تُرفع تلك الأحكام، وأمّا لو كانت الأحكام بطبعها ضرورية كالذي ذكرناها فلا تكون مشمولةً لحديث لا ضرر.

ورُدّ هذا الجواب وُذِّكرت أجوبة أخرى، ثم السيد الصدر رحمته الله يقول: إنّ الإشكال المذكور لا محلّ له، إذ إنّ حديث كثرة التخصيصات على قاعدة (لا ضرر) إنّما ينجم من الجمود على الظهور الأولي للكلام بقطع النظر عن تحكيم مناسبات الحكم والموضوع والمرتكزات العقلائية والاجتماعية عليه، ذلك أنّ الشريعة من مقوماتها بحسب المرتكز العقلائي إشتغالها على قواعد وأنظمة تحقق العدالة الاجتماعية وتُنظّم الحياة العامة للناس وهي تستجمع لا محالة تحميلاً على الناس أو تحديداً لهم إلا أنّ هذا

(١) بحوث في علم الأصول، محمد باقر الصدر: ٤ / ٤٤٤.

(٢) أي: إطلاق حديث «لا ضرر» هو الذي يولّد الضرر فوجوب الوضوء بحد ذاته ليس ضرورياً، ولكن بإطلاقه لكُلّ حالات المكلف يكون ضرورياً بحق المريض مثلاً.

ليس بضرر إجتماعي بلحاظ المشرع وإن فرض بالقياس الى 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 تقتص من جانٍ ولا تعاقب سارقاً ولا تأخذ زكاة للفقراء هي التي تكون ضرورية، وهكذا يتضح أنه بالنسبة الى المشرع الصادر منه هذه القاعدة لا تكون الأحكام المذكورة بحسب مناسبات الحكم والموضوع الإجتماعي أحكاماً ضرورية لكي يقال بأنها تخصيص الأكثر.

وعليه نقول: بعد بطلان الإحتمالين الأولين يتعين الإحتمال الثالث وهو أن الشريعة تسمح بتأسيس دولة مع مرافقها كالبنوك وأنها تملك المال.

إن قلت: ما الضير بأن نبني على أن البنوك ليست مالكة إلا أن الحاكم الشرعي يمضي تصرفات البنوك. قلت: أن هذا الكلام لا معنى له، فلماذا نقول إن الشريعة منذ البداية لم تتفاعل مع مسألة البنوك، ثم تضطر الى كسب الإجازة من الحاكم الشرعي لتمشية الأمور.

والأجدد أن نقول: إن الشريعة من أول الأمر تتعامل مع البنوك معاملة معلوم المالك من دون حاجة الى كسب الإجازة.



القسم الثالث:

بنوك الكفار

ذكرنا في مستهل البحث عن البنوك أنَّ لها تقسيمات عديدة، منها التقسيم على أساس الإنتماء الديني فهناك بنكٌ يُسمَّى بنك المسلم وآخر بنك الكافر. ذكر السيد الخوئي رحمته الله: (وأما أموال بنوك الدول غير الإسلامية فلا ترتبُ عليها أحكامُ الأموال مجهولة المالك، فيجوزُ أخذها إستنقاذاً بلا حاجة إلى إذن الحاكم الشرعي أو وكيله)^(١)، والكلام عن بنوك الكفار يقع ضمن مقامين:

المقام الأول: إقراض الكفار بفائدة:

المقام الثاني: الإقراض من الكفار بفائدة:

المقام الأول: إقراض الكفار بفائدة

يتصور بناءً على أنَّ الودائع التي يدفعها الزبون المسلم إلى بنوك الكفار هي من باب القرض^(٢) فالزبون المسلم يُقرض الكافر، وعلى ضوء هذا الإقراض يدفع الكافر فائدةً إلى 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: ١ / ٤١٩ / مستحدثات المسائل، المسألة ٢٢.

(٢) لأنه قلنا أنَّ هناك رأيٌ يقول إنَّ الودائع ترجع إلى القروض.

أمّا على أساس مقتضى القواعد فقد يُقال: بجواز أخذ الفوائد منهم؛ وذلك لما دلّ على جواز التسلّط الخارجي مجّاناً وقهراً على أموال الكافر، فإذا جاز هذا جاز أخذ الفوائد منهم.

وهذه الملازمة قد تكررت في كلمات الأصحاب، وحتّى السيد الخوئي صاغ المسألة المرتبطة ببنوك الكفار على هذا النحو؛ لأنّه قال يجوز أخذ الفوائد بلا حاجة الى مراجعة الحاكم الشرعي؛ لأنّه هناك بناءً فقهيّ يُبيح للمسلم التسلّط الخارجي على مال الكافر، فلاجل هذه القرينة الحالية واقع الأمر لا يرجع الى عقد قرض بين المسلم والكافر، وإنّما هو نحو من إستنقاذ والسيطرة على تلك الأموال التي هي مباحة أساساً.

وفي مقام التعليق نقول: إنّ هذه الملازمة وإن تكررت في كلمات الأصحاب إلّا أنّه لا دليل عليها؛ وذلك للفرق بين جواز التسلّط الخارجي على مال الكافر قهراً ومجاناً وبين التسلّط على ذمّته قهراً ومجاناً، فإذا قلنا بجواز التسلّط على ذمّته فتنشأ ملازمة بجواز الأخذ منه وليست الملازمة بين جواز التسلّط الخارجي وبين أخذ الفائدة منه؛ فإنّ أخذ الفائدة لازمٌ لجواز التسلّط على الذمة وليس لازماً لجواز التسلّط الخارجي، والدليلُ قام في إستباح مال الكافر في حدود التسلّط الخارجي لا في حدود التسلّط على ذمّته.

وتوضيح ذلك: أنّ الكافر قد يُتسلّط على ماله خارجاً^(١)، وهذا ممّا 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 أُوجِفْتُمْ عَلَيْهِ

الدليل، وأخرى يكون التسلُّط على ذمته كأن يُنشأ المسلم مثلاً مليون ديناراً على ذمة الكافر من دون سبب خارجي يجعله نافذاً عليه.

والفرق بينهما واضح: إذ التسلُّط على الذمة يترتب عليه جملة من الآثار التي، منها لو مات الكافر انتقل ما في ذمته الى تركته، وكان للمسلم أن يأخذ من تركته بحيث لو جاء مسلم آخر يُريد أن يملك التركة مجاناً لكون ورثته كفاراً غير ذميين، كان حق المسلم الأول مقدماً عليه؛ إذ هو المالك بالفعل لبعض التركة، وهذه الآثار لا تترتب على التسلُّط الخارجي كما هو واضح، ولا توجد ملازمة بين جواز التسلُّط الخارجي على مال الكافر وجواز التسلُّط على ذمته؛ للفرق بينهما من خلال اختلاف الآثار، وأيضاً لا يمكن التعميم بنكته عدم الفرق بين التسلط الخارجي والذمي؛ لأجل أننا نشعر بالوجدان بإرتكازية الفرق بينهما.

وفي هذا الضوء نقول: إنه لو ثبت جواز التسلُّط على الذمة تنشأ ملازمة عقلائية وهي جواز أخذ الفائدة منهم، ولكن بما أنه لم يقم دليل على جواز التسلُّط على الذمة فلا يثبت هذا اللازم^(١) وجواز التسلُّط الخارجي وإن كان ثابتاً بالدليل إلا أنه لا

مِنْ حَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَىٰ مَنِ يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ مَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى ﴿٦٠﴾ الحشر: ٦ - ٧ / وأمّا الكافر الذمي فإنه داخل في العهدة، والمفروض أن يكون الكافر الذمي ملتزماً بشرائط الذمة، وأمّا إذا لم يلتزم بذلك فهنا يوجد خلاف بين الفقهاء، فمن لم يلتزم بشرائط الذمة، فالمفروض تُستباح أمواله، ولكن نجد الفقهاء اليوم لا يجوزون ذلك لأجل العناوين الثانوية.

(١) وهو جواز أخذ الفائدة منهم.

يلزم منه جواز أخذ الفائدة؛ لأنَّ أخذها لازم للتسلُّط في الذمة وليس لازماً للتسلُّط الخارجي، وعليه لو أجرينا عقداً مع الكافر كالقرض مثلاً فصارت ذمة الكافر مشغولةً بشيء للمسلم إلا أنَّ هذا التسلُّط في الذمة لا يدلُّ على جواز إستباحة أمواله، إذاً فلا دليل على جواز التسلُّط على ما في ذمته لجواز أخذ الفائدة منه، هذا بحسب مقتضى القاعدة.

وأما على أساس مقتضى النصوص فقد يُقال: بأنَّها دلَّت على جواز أخذ الفوائد من الكفار، والنصوص هي:

الرواية الأولى: ما رواه الشيخ الصدوق رحمته الله بلسان قال الإمام الصادق عليه السلام:

«ليس بين المسلم وبين الذمي ربا، ولا بين المرأة وبين زوجها ربا»^(١).

بتقريب: إذا كان الربا جائزاً مع الذمي، فبالدلالة الإلزامية يجوزُ مع غير الذمي، إذ لا يُحتملُ جوازُ 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، إنّما الربا فيما بينك وبين ما لا تملك»، قلتُ:

فالمشركون بيني وبينهم ربا؟ قال: «نعم»، قلتُ: فإنَّهم ممالك، فقال: «إنك لستَ

تملكهم إنّما تملكهم مع غيرك، أنت وغيرك فيهم سواء، فالذي بينك وبينهم ليس

من ذلك؛ لأنَّ عبدك ليس مثل عبدك وعبد غيرك»^(٢).

هذه الرواية لا تجوزُ 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.

الصدوق على نحو التباين.

الرواية الثالثة: رواية عمرو بن جميع عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «ليس بين الرجل وولده ربا وليس بين السيد وعبد ربا»^(١)، وبهذا الإسناد عن رسول الله صلى الله عليه وآله: «وليس بيننا وبين أهل حربنا ربا نأخذ منهم ألف درهم بدرهم ونأخذ منهم ولا نعطيهم»^(٢).

في هذه الرواية يُوجد تفسيران بشأن أهل الحرب:

التفسير الأول: كُلُّ غير ذمّي يُسمّى بأهل الحرب، فيدخل تحت عنوان (غير الذمّي) المشرك فهو ليس ذمياً، وبناءً على هذا التفسير تكون هذه الرواية التي جوّزت أخذ الربا من المشرك معارضةً مع الرواية الثانية التي لم تجوّز أخذ الربا من المشرك.

التفسير الثاني: أهل الحرب يبقى على معناه، أي: من يعلن الحرب بنفسه أو بمجتمعه على المسلمين؛ لأنّ تفسير أهل الحرب بغير الذمّي هو إصطلاح من قبل الفقهاء، فإنّهم عرّفوا أهل الحرب بغير الذمّي؛ باعتبار أن كل ما ليس ذمياً يكون مهدور الدم والمال، فهو وإن لم يكن محارباً بالفعل ولكنه في حكم المحارب إلّا أنّه تفسيرٌ حادثٌ ولا معنى لتحميله على النصوص؛ وذلك لأنّ الظهورات الموضوعية تُحمّل على عصر صدور النصّ لا على عصر وصوله، فالكلمة لو كانت لها معنى في عصر الشارع ولها معنى حادث في عصرنا تُحمّل 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 البيئة مثلاً، فإنَّها في عصر الشارع كانت عبارة عن الحجج والبراهين، وأمَّا في عصرنا الحالي عبارة عن شاهدين عدلين، وهكذا كلمتي الكراهة ولا ينبغي كان لهما معنى في عصر الشارع واليوم لهما معنى آخر.

والمستند على الحمل المذكور: هو أنَّ الظهور الذي يكشف عن مراد المتكلم خصوص المراد المتداول في عصره لا المراد الذي ينشأ بعد جيل أو أجيال من عصر الرواة... وبناءً على التفسير الثاني تكون هذه الرواية أخصَّ من الرواية الثانية؛ وذلك لأنَّ الثانية لا تجوزُ أخذ الربا من المشركين مطلقاً سواء كانوا أهل حرب أم لا، بينما الرواية الثالثة تجوزُ أخذ الربا منهم إذا كانوا أهل حرب.

هذه هي روايات المسألة.

فنقول: تارةً نبني على صحة سند الروايات المتقدمة، وأخرى نبني على ضعفها جميعاً، فإن بنينا على صحتها على أساس أنَّ الرواية الأولى -وهي رسالة الشيخ الصدوق- يوجدُ هناك من يُفصِّل في مراسيل الصدوق بين الإرسال بلسان (رؤي) فليس معتبراً وبين الإرسال بلسان (قال) فيكون معتبراً، فبناءً على هذا تكون الرواية المذكورة صحيحة السند؛ لأنه قال: (قال الصادق).

وأمَّا الرواية الثانية وهي -رواية زرارة- فلا يوجدُ من يُشكِّل فيها من الرواة، إلَّا ياسين الضرير فهذا الرجل لم يُوثَّق في كلمات أصحابنا، فالشيخ النجاشي عليه السلام تعرَّض له من دون أيِّ توثيق^(١)، وهكذا الشيخ الطوسي، بل لم يُصرَّح حتَّى بإسم أبيه^(٢).

(١) رجال النجاشي، الشيخ النجاشي: ٤٥٣ / رقم الترجمة ١٢٢٧.

(٢) الفهرست، الشيخ الطوسي: ٢٦٧ / رقم الترجمة ٨١٩.

ولكن تُوجدُ محاولتان لتوثيقه:

المحاولة الأولى: أنَّ أحمد بن محمد بن عيسى المعروف بالتثبت في النقل قد روى عنه، وهذا يدلُّ على أنَّه ثقة؛ لأنَّ أحمد بن محمد لا يروي حتَّى عن الثقة إذا كان الثقة يروي عن الضعيف.

ويلاحظُ عليه: لم يثبت أنَّ أحمد بن محمد بن عيسى قد روى عنه بالمباشرة، وإنَّما يتوسَّطُ محمد بن عيسى بن عُبَيْد، والروايةُ المذكورة من هذا القبيل.

أضفُ الى ذلك: أنَّ طريقة ابن عيسى عدم الرواية في من يُظهر الغلو أو يكون من الكذابين المعروفين، ولم يثبت إنَّه يتحسَّس من شخص لم يرد في حقِّه توثيق.

المحاولة الثانية: أنَّ ياسين الضرير لديه ثلاث روايات قد أفتى أصحابنا القدماء بمضمونها، وهذه الروايات هي المستند الوحيد لفتوى القدماء، فيكشفُ عن وثاقته، والروايةُ الأولى في مسألة تعيين حدِّ الطواف من بين المقام والبيت فلا مستند لهذا التحديد الضيق إلَّا رواية ياسين الضرير، وإنَّما تجرأ مَنْ وسَّع حدَّ الطواف هم بعض المتأخرين، وأمَّا القدماء فكانوا ملتزمين بالرواية، والروايةُ الثانية ما نحنُ بصددِده وهي عدم جواز أخذ الربا من المشركين وهذا من مسلّمات المذهب، والروايةُ الثالثة إثبات الدين على الميت - كما لو مات شخصٌ وجاء الآخرُ وقال إنِّي أطلبُ هذا الميتَ - يحتاجُ الى البيّنة مع ضم اليمين، ولا مستند لهذا الموقف الفقهي إلَّا رواية ياسين الضرير، فرواياته هي المستند الوحيد في هذه المسائل الثلاثة المقبولة لدى الطائفة.

وفيه: هذه المحاولة أيضاً ليست تامة؛ وذلك لسبب أنه لم يثبت إنها هي المستند الوحيد؛ إذ تُوجد رواياتٌ أخرى بالمضمون نفسه. نعم، رواية حد المطاف قد يُقال: إنها الوحيدة، لكن ليس كلُّ الأصحاب قد عمل بتلك الرواية وأفتوا بمضمونها، فإنَّ الشيخ الصدوق وابن الجنيد لم يلتزما بتحديد المطاف بالحدِّ الذي ورد في رواية ياسين الضرير.

وعلى أيِّ حالٍ، فهذا الرجل وثاقته قابلةٌ للمناقشة. وأما الرواية الثالثة فطريقُ تصحيحها هو عمل المشهور، وهو غير تامٍّ صغرى وكبرى، فالروايات لو كانت صحيحة كيف يتمُّ التعامل معها؟ ولو كانت ضعيفة كيف يتمُّ التعامل معها؟

فبناءً على الصحة لهذه الروايات نقول: إنَّ الرواية الأولى تُعارض الرواية الثانية على نحو التباين، إذ الأولى تُجيزُ الربا مع غير الذمي والثانية تمنعُ منه، بينما الثالثة بناءً على تفسير أهل الحرب بالذي يكونُ محارباً بنفسه أو بمجتمعه تكونُ أخصَّ من الثانية؛ وذلك لأنَّ الرواية الأولى كانت تُجيزُ أخذ الربا وهكذا الثالثة، لكن بخصوص الكافر الحربي فلا معنى لإرتكاب التخصيص بين الثالثة والأولى إذا كان لسانها هو الإثبات.

نعم، الرواية الثانية التي لا تُجيزُ أخذ الربا من المشرك مطلقة، أي: سواء كان حربياً أم غير حربي، بينما الثالثة تُجيزُ أخذه إذا كان حربياً، فهناك إختلافٌ في اللسان بين الثانية والثالثة فترتكبُ التخصيصَ بين الثالثة والثانية.

إذا عرفنا إنَّ الرواية الثالثة مُخصَّصةٌ الثانية، فنقول: إذا بنينا على إنقلاب النسبة

أقسام البنوك / القسم الثالث: بنوك الكفار..... ٢٢١

تكون النتيجة كالتالي: أن أخذ الربا من الكافر الحربي جائز؛ لأننا سوف لا نلاحظ النسبة بين الرواية الأولى والثانية، فإن فكرة إنقلاب النسبة تبتني على أن أخذ النسبة بين روايتين لا يكون إلا بمقدار الحجة، فالروايتان الأولى والثانية بحد نفسيهما يوجد تباين، ولكن إذا لاحظنا الرواية الثالثة التي خصصت الرواية الثانية وأخرجت منها المشترك غير الحربي لا تكون النسبة آنذاك بين الأولى والثانية هي نسبة التباين، وإنما نسبة العموم والخصوص المطلق، إذ الأولى أجازت الربا بين الكافر مطلقاً والثانية بعد ملاحظة الرواية الثالثة لم تجزه إذا لم يكن حريباً، فانقلبت النسبة بين الأولى والثانية من التباين الى العموم والخصوص المطلق.

وأما إذا لم نبني على إنقلاب النسبة فتدخل الروايات جميعاً في المعارضة، ونرجع الى مقتضى القاعدة الأولية وهي عدم جواز أخذ الفائدة منهم، وهذه النتيجة نصير إليها أيضاً إذا بنينا على ضعف أسانيد تلك الروايات - كما هو الصحيح - فإنها تتساقط جميعاً من جهة ضعف السند، فيكون المرجع القاعدة الأولية وهي عدم الجواز مطلقاً.

هذا كله في المقام الأول.

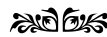
المقام الثاني: الإقتراض من الكافر بفائدة

فقد يُقال بعدم الجواز؛ لأن ما دلّ هو جواز تسلط المسلم على أموال هؤلاء، ولم يدل دليل على أن المسلم يُسلط هؤلاء على ماله، بل لا يجوز له ذلك، اللهم إلا أن يُقال: إن المسلم حينما يقبض القرض فسوف يملكه بعنوان الحيازة لا بعنوان عقد القرض،

ثم يضطرُّ الى إرجاع هذا المال مع فوائده من باب التخلُّص من شرهم.
 وإنَّما أدخلنا فكرة الحيَازة في البين؛ لأنَّها تُعتبرُ الأساس الأول للإنسان في نقل الملكية من الأموال الخارجة الى الذات. نعم، في بنوك الكفار التي تكونُ متواجدةً في بلاد المسلمين، فهنا لا يجري الكلامُ المذكور وهو التملُّك بالحيَازة؛ لأنَّ من يُدير هذه البنوك في تلك البلاد وهو البنك المركزي الإسلامي، فهنا يُشكِّل التملُّك بالحيَازة، وتستفحلُّ المشكلة أكثر إذا بنينا أنَّ العلم الإجمالي يتعلَّق بخصوص المال الذي إستلمه من البنك، فإنَّه يُحتَمَلُ هذا المال الخاص هو مال المسلم قد إختلط مع مال الكافر، فيكون من الحلال المختلط بالحرام ويجري عليه حكمه.

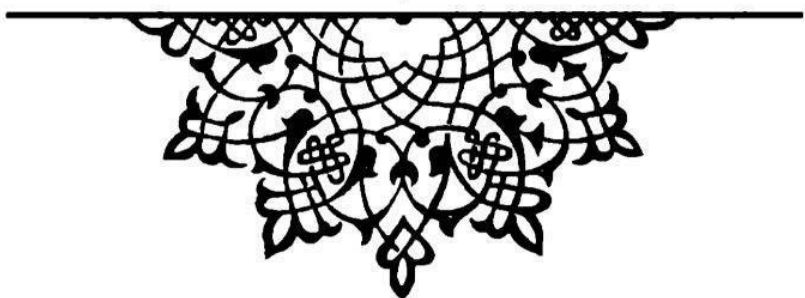
نعم، لو بنينا على أنَّ العلم الإجمالي لا يتعلَّق بخصوص ما أخذه المسلم، وإنَّما بما موجودٌ من الأموال في بنوك الكافر، فهنا يكونُ كُلُّ ما أخذه حلالاً؛ لقاعدة اليد الحاکمة على أنه ملكٌ للكافر.

فأخُلاصة: الإقتراض من الكافر لا يصحُّ إلَّا بإدخال فكرة الحيَازة.
 هذا تمامُ الكلام فيما يتعلَّق في عمل البنك الحكومي أو الأهلي أو المشترك أو بنك الكفار من ناحية الإقراض والإقتراض.





الودائع المصرفية



الودائع المصرفية

حكم الودائع الموجودة في البنوك، وهذه من المسائل الابتلائية جداً، إذ وقع الكلام بين الفقهاء عن ماهية تلك الأموال المدووعة 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 الإحتمالات الثبوتية لهذه المسألة، فما هو المعقول منها؟
توجد أربعة احتمالات ثبوتية لتلك المعاملة:
الأول: أنَّها وديعة بالمعنى الفقهي لعقد الوديعة^(١) المقابل لبقية العقود الأخرى.
الثاني: أنَّها عقد قرض، فالشخص يقرض البنك لا أنَّه أودع أمواله لديها،
وصار لهذا الإحتمال السيد الخوئي رحمته الله^(٢)، وأكثر المعاصرين^(٣).
الثالث: أنَّها عقد إعارة بين الزبون والبنك.

(١) مذهب الأحكام، عبد الأعلى السيزواري: ٧١ / ٢١.

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

(٣) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ٣٩٩ / ١؛ البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٣٣ و ٣٤.

الرابع: أنها هبة بشرط العوض.

الاحتمال الأول: ودیعة بالمعنى الفقهي

إنّها ودیعة 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 يتمّ 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 ماليّة النقود يحصل عليها، وهكذا البنك لا يحتفظ بعين النقود، وإنّما يسترجع ماليّة النقود، وهذا لا ينافي عقد الوديعة؛ وذلك لأنّ الأشياء والأعيان من جهة الماليّة على نحوين:

الأول: الأشياء التي تحتفظ بملكيّتها في حدّ نفسها، وهذه موجودة في أغلب الأعيان.

الثاني: ماليّة بعض الأشياء محتفظة بما يماثلها لا بحدّ نفسها كما في النقود، فإنّ

ماليتها لا على أساس ذات النقد، وإنّما بالقوة الشرائية المخزونة بالنقود.

وبكلمة: أنّ الزبون أودع ماليّة النقود لا ذات النقد، والبنك اشتراط على المودع

بأنّ الإسترجاع لا يكون لعين النقد، وإنّما لماليّته.

هذا هو تقريب الودائع في البنوك بحسب المعنى الفقهي.

إلا أن هذا الإحتمال واجه مشكلةً وهي: أن المعنى الفقهي للوديعة بآثاره لا ينطبق في وقتنا الحالي على وديعة الأموال في البنوك؛ فإن الوديعة لها آثار أربعة:

الأول: لا يجوزُ للشخص التصرّف في العين الودعية بأيّ نحوٍ من أنحاء التصرّف، بينما من أساسيات الودائع البنكية هو التصرّف فيها.

الثاني: الشخصُ الذي قبل الوديعة لا يضمنُ لو تلفت العينُ إلا بتعدي أو تفريطٍ، بينما البنوكُ تضمنُ تلك الأموالَ مطلقاً.

الثالث: الوديعة عقد جائز يجوز لأحد متى شاء، بينما لا يجوز للبنك فسخ العقد متى شاء.

الرابع: الفوائد التي تحصلُ للمال المودع تكونُ لصاحب الوديعة، بينما في البنوك تكونُ بعضها فوائد الأموال للبنك.

وهذه الآثار في باب الوديعة تكشفُ عن المغايرة بين وديعة البنوك وبين الوديعة بالمعنى الفقهي.

هذا حاصلُ الإشكال الذي أثير على أن الاتحاد بين الوديعة البنكية والوديعة الفقهية، إلا أن السيد الصدر رحمته الله ذكر أنه بالإمكان التغلب على تلك الإشكالات مع الحفاظ على أن الوديعة البنكية هي وديعة فقهية.

فقال: أمّا إشكال كيف يتصرّف البنك في العين؟ بدعوى أنه مخالفٌ لحقيقة الوديعة فهذا ليس إشكالاً أساسياً؛ إذ بالإمكان دفعه فيما إذا كان المالكُ يسمحُ

بالتصرّف في العين المودعة فلا يُوجدُ ضيرٌ في هذا التصرّف ولا يؤثّر على حقيقة الوديعة، وتسمّى بالوديعة الناقصة في مقابل الوديعة التامة التي لم يأذن أن يتصرّف المودع عنه في المال.

والصحيحُ التركيزُ على الضمان والفوائد، وهما إشكالات رئيسيان وبحاجة الى الدفع.

الإشكال الأول: كيف يضمنُ للعين مطلقاً حتّى في حالة عدم التعدي والتفريط؟ مع أنّ الأمين لا يضمنُ عقلاً وشرعاً.

وهذا الإشكال قابلٌ للدفع: إذ بالإمكان أن تُثبت الضمان على البنك من خلال طرق ثلاثة تنسجمُ مع الوديعة الفقهية:

الطريقُ الأول: الإستئمانُ المالكِي؛ فإنّ المالك تارةً يأذنُ في التصرّف بماله لا على وجه الضمان، وأُخرى يأذن ويسمحُ بالتصرّف لكن على وجه الضمان، ومنشأ الضمان هنا قاعدة (على اليد ما أخذت حتّى تؤدي) أو (من أتلف مال الغير فهو له ضامن) وهذا الطريقُ موجود في الودائع البنكية، فإنّ المودع سمح للبنك بالتصرّف، ولكن على أن يضمن في حال التلف.

الطريقُ الثاني: الضمانُ العقدي: ويتصوّر على نحوين:

النحو الأول: الضمانُ الذي هو باب من أبواب المعاملات يقعُ في مقابل باب الحوالة أو الكفالة، وروحُ عقد الضمان هناك يرجعُ الى نقل الذمّة المشتغلة بالدين الى ذمّة أُخرى، فموردُ الضمان هو الدين.

النحو الثاني: الضمانُ بمعنى التعهّد العقلائي، وهذا المعنى يختلفُ عن الضمان

العقدي وهو ثابت بحسب بناء العقلاء، فلو افترضنا أن شخصاً يريد إعاره شيء من آخر، والآخر لا يستأمنه على ذلك فيأتي ثالث ويقول: (أعره وأنا أضمن لك ذلك إذا تلفت العين) وهذا التعهد لا يرجع إلى أن المتعهد صار مديوناً للمال، إذ لم تنتقل الذمة إلى المتعهد، وإنما هو مجرد البناء على تحمّل الخسارة في صورة حصول التلف، وهذا النحو من الضمان التعهّدي يختلف عن الضمان العقدي مورداً وموضوعاً.

أمّا مورداً فلا نّ مورد الضمان العقدي هو الدين، وهذا أعمّ منه؛ إذ قد يكون في باب الدين، كما لو أراد شخص الإقتراض والمقرض لا يستأمنه، فيأتي المتعهد ويقول: (أقرضه وأنا أضمن لك التسديد) ويأتي أيضاً التعهد العقلائي في ضمان الأعيان، كما نبّهنا في مثال التعهد في ضمان الوديعة لغير المستأمن عليه.

وأمّا الاختلاف في الموضوع، فإنّ موضوع الضمان العقدي هو نقل الذمة من شخص إلى آخر وهو الضامن بخلاف التعهد العقلائي؛ فإنّه عبارة عن جعل الشيء في عهده.

على أيّ حال، يُمكن أن يُقال: إنّ الطريق الثاني يثبت من خلاله ضمان البنك بدرجة لا ينافي الوديعة الفقهية؛ وذلك عن طريق التعهد العقلائي من أن البنك يتعهد بضمان الوديعة في حالة تلفها، ومستند هذا النحو من الضمان وهو (التعهد العقلائي) أمّا يرجع إلى أنّه عقدٌ حصل بين طرفين فيندرج تحت عمومات قوله

تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، أو يرجعُ الى أنَّ الشارع قد أمضى هذه الطريقة من الضمان.

الطريقُ الثالث: تحويل المال المودع من الجزئي الى الكلي في المعين، فلو أودعنا مليون ديناراً في البنك، هذا المبلغ الخاص يتحوّل الى مبلغ كلي لكن ليس كلياً في الذمّة، وإنّما كلي في المعين، فإنّ البنك عنده أموال متجمعة من ودائع الناس وأمواله، والمعين هنا بعضه معيّن في الخارج وبعضه معيّن في الذمّة.

وثمرة هذا التحويل: هو لتصوير ضمان البنك، إذ المأل 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 الودعة الفقهية، وعليه فلا إشكال مدفوع.

الإشكال الثاني: كيف يملك البنك هذه الفوائد مع أنّ الودعة الفقهية تقضي

برجوع الفوائد لصاحب العين؟

فأجاب السيد الصدر رحمته الله عنه قائلاً: أن الذي يحصل عليه البنك إمّا أن يكون ربحاً قرضياً، أي: الفوائد الربوية التي يستفيد بها البنك بإقراض هذه الودائع وهذا هو الغالب، أو يكون ربحاً بيعاً، أي: أن البنك يتاجر بهذه الودائع فيربح، وهذا فرض شاذ، فإن فرض الربح فلا معنى لحصول البنك على فائدة؛ لأن رجوع أحد العوضين الى غير مالك العوض خلاف قانون المعاوضة.

وإن كان الربح قرضياً فلا محذور 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 المالك، أي: البنك.

الإحتمال الثاني: أنها عقد إعارة

إنَّ الزبون يُعيرُ ماله إلى البنك ويسمحُّ له بالتصرّف من دون عوض، وبما أنَّ الإعارةَ الفقهيّةَ هي عبارة عن إعارة المنافع من دون عوض مع بقاء العين وهذا المعنى لا ينطبق على الودائع البنكية، فاحتجنا إلى إضافة تعديل بأنَّ نقول: إنَّ الزبون لا يُعيرُ عينَ المال، وإنَّما يُعيرُ مثله أو قيمته أو قل ماله فلهما يحصل التصرّف من قبل البنك بعين المال، والإرجاع وإن لم يكن لعين المال فهذا لا يضر؛ لأنَّ مصبَّ الإعارة مالية المال لا عين المال، وبهذا التعديل يتمُّ الإحتمال الثاني^(١).

وهذا الإحتمال لوحظ عليه بملاحظ ثلاثة:

الملاحظ الأول: ما أشار إليه الشيخ حسين الحلبي رحمته الله من أنَّ هذا لا يصدق عليه العارية بالمعنى الفقهي، فإنَّه هنا يجوز للمستعير، أي: (البنك) التصرّف بها، إلَّا أنَّ ذلك مشروطٌ ببقاء العين وتكون التصرّفات مختصةً بغير التصرّفات الناقلة، وإلَّا فلو كانت التصرّفات موجبةً لعدم بقاء العين فلا تكون عاريةً شرعيةً، كما نحن فيه من الأموال فإنَّ التصرّف بها يوجبُ عدم المحافظة على العين، ولذلك فهي ليست

(١) لا يوجد من يبيّن على هذا الاحتمال من المتأخرين.

بعارية كما لا يخفى^(١).

وَيُمْكِنُ رَدُّ هَذَا الْمَلْحَظِ: وَذَلِكَ بِأَنَّ نَفْتَرِضَ أَنَّ الزَّبُونَ لَا يُعِيرُ النُّقُودَ نَفْسَهَا، وَإِنَّمَا يُعِيرُ مَالِيَّةَ وَقِيمَةَ النُّقُودِ، وَيُمْكِنُ أَنْ نَدَّعِي أَنَّ هَذِهِ سِيرَةٌ مَوْجُودَةٌ بَيْنَ الْعُقَلَاءِ فِي بَابِ إِعَارَةِ النُّقُودِ، وَبِهَا أَنَّهَا لَيْسَتْ مُسْتَحْدَثَةٌ وَلَمْ يَرُدَّ عَنْهَا الشَّارِعُ فَيُثَبِّتُ الْإِمْضَاءَ.

الملحظ الثاني: لازم تخريج الودائع البنكية على أنها إعارة شرعية أَنَّ كُلَّ الْمَنَافِعِ تَكُونُ لِلْمُسْتَعِيرِ، أَي: الْبَنْكِ؛ لِأَنَّهَا عِبَارَةٌ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَنْفَعَةِ مِنْ دُونِ عَوْضٍ، بَيْنَمَا وَقَعَ الْحَالُ فِي الْوَقَائِعِ الْبَنْكِيَّةِ أَنَّ لِلزَّبُونَ حَصَّةً فِي تِلْكَ الْمَنَافِعِ، وَعَلَيْهِ فَلَا يَحْصُلُ إِنْسِجَامٌ بَيْنَ وَقَعِ الْوَدَائِعِ فِي الْبَنُوكِ وَوَقَعِ الْإِعَارَةِ الْفَقْهِيَّةِ.

وَهَذَا الْمَلْحَظُ مُرَدُّدٌ أَيْضاً؛ لِأَنَّنَا نَقُولُ: صَحِيحٌ إِنْ الْمُعِيرَ لَا يَنْتَفِعُ بِمَنَافِعِ الْعَيْنِ الْمَعَارَةِ، وَلَكِنْ بِإِمْكَانِهِ الْإِسْتِفَادَةَ مِنْ مَنَافِعِهَا مِنْ خِلَالِ الشَّرْطِ بِأَنَّ يَشْتَرِطَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ (الْبَنْكِ) بِأَخْذِ نِسْبَةٍ مِنَ الْأَرْبَاحِ؛ لِأَجْلِ أَنَّ الْبَنْكَ سَوْفَ يَحْصُلُ عَلَى تِلْكَ الْأَرْبَاحِ بِوَسْطَةِ أَمْوَالِ الطَّرَفِ الْآخَرِ، وَهَذَا شَرْطٌ سَائِعٌ لَا يَنَافِي حَقِيقَةَ عَقْدِ الْإِعَارَةِ.

الملحظ الثالث: فِي بَابِ الْإِعَارَةِ لَوْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ لَا يَضْمَنُ الْمُسْتَعِيرُ تِلْكَ الْعَيْنَ إِلَّا فِي صُورَةِ التَّعَدِّيِّ وَالتَّفْرِيطِ، وَهَذَا خِلَافَ مَا هُوَ رَاجِعٌ فِي الْبَنُوكِ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ سِوَاءَ اشْتَرَطْنَا عَلَيْهِ الضَّمَانَ أَوْ حَصَلَ التَّعَدِّيُّ وَالتَّفْرِيطُ أَوْ لَا، وَعَلَيْهِ مَا هُوَ وَقَعُ الْبَنُوكِ يَخْتَلِفُ عَنْ وَقَعِ الْعَارِيَةِ الْفَقْهِيَّةِ.

وهذا الملاحظ أيضاً مردود؛ إذ هناك مسألة تُذكر في باب الإعارة وهي لو أعاره ذهباً أو فضةً وتلفت العين من دون تعدٍ أو تفريط فيضمن المستعير، وعليه إذا قلنا إنّ الأوراق النقدية ترجع بحسب التحليل الى الذهب والفضة، فيلزم من ذلك ثبوت الضمان على القاعدة.

الخلاصة: أنّ الإحتمال الثاني ممكن من الناحية الثبوتية كالا حتمال الأول أيضاً.

الإحتمال الثالث: هبة مشروطة

بتقريب: أنّ الزبون يشترط على البنك إذا وهب له شيئاً يسترجع قيمته فهي هبة بعوض.

ولوحظ عليه:

أولاً: إنّهُ في باب الهبة المعوّضة لو تلف المال قبل أن يدفع الشخص الآخر العوض فلا يلزم عليه ضمان العين؛ لأنّها تالفة حسب الفرض، ولا يلزم عليه دفع العوض؛ لعدم الدليل عليه.

وهذه الملاحظة قابلةٌ للمناقشة؛ وذلك لأنّ عدم الضمان للموهوب له محلّ خلاف، إذ لم يثبت بنحو الجزم أنّ الموهوب له لا يضمن.

ثانياً: الهبة لا تكون إلّا بين الأرحام وبين من يرتبط بالواهب من ناحية القرابة، فلا توجد هبة في غير ذلك، فالهبة في موردٍ يترقّب أن تكون هناك صلة رحيمة بين الواهب والموهوب له، وبما أنّها مفقودة في البنوك فلا يتحقّق عنوان الهبة.

إلّا إنّ هذه الملاحظة ضعيفة؛ إذ لا دليل على حصر الهبة بذلك؛ لأنّها شاملة

لكُلِّ الحالات، وعليه يكونُ هذا الإِحتِمَالُ من الناحية الثبوتية معقولاً أيضاً.

الإِحتِمَالُ الرابع: أنَّها عقد قرض

بمعنى أنَّ المالك يقولُ للبنك: (تملِّك هذا المال عني مضموناً عليك وتصرف به لنفسك) وهذا لا يخرجُ عن القرض؛ لأنَّ القرض هو تملكُ المال الى الغير مضموناً عليه.

وهذا الإِحتِمَالُ أيضاً معقولٌ من الناحية الثبوتية إلَّا أنَّه يواجهُ مشكلةَ الفوائد التي يدفعها بأزاء هذه الوديعة، وتسميتها بالوديعة مسامحة والحقيقة هي قرض، وعليه نحتاجُ الى ذكر تخريجات لتحليل تلك الفوائد التي يدفعها البنك الى الزبون.

المقامُ الثاني: مقصود المتعاملين والعقلاء إثباتاً

ومن الواضح أنَّ النوبة لا تصل لمقام الإثبات إلَّا لخصوص الإِحتِمالات المتصورة ثبوتاً لا بد أن يقع الكلامُ من الناحية الإثباتية، أي: أنَّ واقع المصارف هل تتعاملُ مع الوديعة على أساس الوديعة الفقهية أو الإعارة أو الهبة بشرط أو من باب القرض؟

فمن الناحية الإثباتية الإِحتِمَالُ الثاني والثالث لا يُوجدُ في واقع المصارف اليوم، فيدورُ الأمرُ بين الإِحتِمَالِ الأول وهو كونها ودائعاً بالمعنى الفقهي والرابع هو أنَّها من باب القرض.

وبما أنَّ المسألة ممَّا لا يترقَّبُ بشأنها صدور النصِّ -لأنَّها من المسائل المستحدثة-

فيوجدُ طريقان لترجيح أحد الإحتمالين على الآخر من الناحية الإثباتية:
الطريق الأول: أنه عقدٌ جديدٌ مشمولٌ لإطلاقات أدلة العُقود بعد عدم
إختصاص تلك الأدلة بالعُقود المتعارفة، وأن هذا الشمول مشروطٌ بشرطين
أساسيين:

الأول: أن تتمَّ حيثيةُ المعاقدة بين الطرفين، وهذا الشرطُ حاصلٌ.
الثاني: أن نحرزَ عدم منع الشارع من هذا العقد الجديد، وما يُحتمل كونه مانعاً
هي الفوائد التي يحصلُ عليها الودعي، ومن الواضح أن تلك ما دامت تُستثمرُ من
قبل البنك في مشاريع إقتصادية فلا محذور في ذلك.

الطريق الثاني: أن نقوم بدراسة الوديعة البنكية بما تشتملُ على خصائص
وندرس الوديعة والقرض بالمعنى الفقهي بما يشتملُ على خصائص من جهة
أخرى، ثم نقارب الوديعة البنكية لنرى هل تقتربُ من الوديعة الفقهية أو القرض
الفقهي؟ فنقول: إنَّ الطابع العام للبنوك العالمية هو وجود خصائص أربعة لها في
التعامل مع تلك الودائع:

الخاصية الأولى: البنكُ يملكُ الوديعةَ ويتصرّفُ فيها كيفما شاء.
الخاصية الثانية: لا يتعهّد البنكُ بإسترجاع عين المال الى المقرض.
الخاصية الثالثة: البنكُ يتعهّد بإسترجاع قيمة النقود وماليتها الى الودعي سواء
كانت العين قد تلفت بتعدٍ أو تفريط أم لا.
الخاصية الرابعة: دفع فوائد إضافية الى 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 يملك أموال الوديعة، ولا يحقُّ له التصرفُ بها كيفما شاء.

الخاصية الثانية: لا يضمن المستودع إلاّ مع حصول التعدي والتفريط منه.
الخاصية الثالثة: يتعهد بدفع عين المال المودع بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً، والملاحظ أنّ الودائع البنكية تفتقد هذه الخصوصيات الثلاثة في الودائع الفقهية، فالبنك يملك الوديعة ويتصرف فيها كيفما شاء، ويضمن مطلقاً سواء بتعدٍ أو تفريط أم لا، ويسترجع قيمة المال المودع لا عينه، وهذا معناه أنّ واقع الودائع البنكية مباين للودائع بالمعنى الفقهي، وأمّا إذا ذهبنا الى عقد القرض فنجد فيه الخصائص التالية:

الخاصية الأولى: المقرض يملك المال ويتصرف به كيفما شاء.
الخاصية الثانية: المقرض يتعهد بإسترجاع القرض عند إنتهاء مدة الأجل ويسترجع مالاً لا عين المال.

الخاصية الثالثة: المقرض ضامن للمال على كلِّ حالٍ سواء تلف المال عنده أم لا وسواء بتعدٍ أو تفريط 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 صرح به أغلب المعاصرين - فمثلاً - ذكر السيد الخوئي رحمته الله: (بأنه لا يجوز إقراض البنك بشرط الحصول على الفائض المسمى بعُرف اليوم بالإيداع)^(١)، وأيضاً السيد السيستاني (حفظه الله) يصرح 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 حقيقية بالمعنى الفقهي أو أنّها قروض ربوية؟ الخلاصة أنّ الودائع المصرفية جميعاً سواء كانت من الودائع المتحركة أم الثابتة فهي ليست بودائع حقيقة، بل هي قروض ربوية للبنك فيملكها البنك على وجه الضمان وإطلاق الودائع عليها إنّما هو بالعناية وبدافع إغراء الناس في إيداع أموالهم فيه حفظاً لها من التلف وتعويداً لهم على الإدخار)^(٣).

إذا اتّضح ذلك، فالسؤال عن حكم الفوائد التي يدفعها البنك بإزاء القرض: وقبل أن نذكر الطرق لحلّية تلك الفوائد المدفوعة من جهة البنك نقول: إنّ البنك لا يدفع الفوائد لكلّ حالات الوديعة؛ فإنّ لها ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يدفع الزبون إلى البنك أموالاً على أن 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) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٣٣ و ٣٤.

يدفعُ البنكُ أيَّ فائدةٍ في هذه الحالة، إذ غرضُ الزبون من دفع أمواله للبنك إلا الحماية والإدخار، ويُصطلحُ عليها بـ (الحساب الجاري أو ودیعة تحت الطلب).
الحالةُ الثانية: أن يدفع الى البنك مع الاتفاق على مدة بين الطرفين لا يحقُّ من خلالها إسترجاع الوديعة إلا بإنهاء هذه المدة، والبنك في هذه الحالة يدفعُ فوائداً لصاحب تلك الوديعة، ويُعبَّرُ عن هذه الحالة بـ (الودائع الثابتة).

الحالةُ الثالثة: أن يدفع الزبون الى البنك ويحقُّ له أن يسترجعها متى شاء إلا أنَّه كُلِّما زادت المدة، أي: (مدة بقائها في البنك) أعطى البنكُ فوائدَ للزبون على الإبقاء الزائد، وهذه تُسمَّى بـ (ودائع التوفير) وهذه الحالة تجمعُ الحالتين السابقتين، إذ من جهةٍ يجوزُ السحبُ متى شاء ومن جهةٍ كُلِّما تأخَّرَ السحبُ فالبنكُ يُبادرُ بإعطاء الفائدة، فعلى هذا الأساس حينما نسأل عن حكم الفوائد التي يدفعها البنك الى الودعي لا تكون في كُلِّ حالات الوديعة، وإنَّما بخصوص الحالتين الثانية والثالثة فقط؟ وبهذا الصدد نقولُ: تارةً تحصلُ الوديعةُ في البنوك الأهلية، وأخرى تحصلُ مع البنوك الحكومية، فإذا الكلامُ يقعُ في الوديعة مع هذين البنكين:

القسم الأول: البنوك الأهلية:

أمَّا البنوك الأهلية: فنسألُ عن حكم الفائدة التي تدفعها الى الزبون؟ وبهذا الصدد ذكر الفقهاء طرقاً عديدة لحلِّية أخذ الفائدة من البنك:

التخريجات الفقهية للفوائد الممنوحة للزبون:

التخريج الأول: بيع العملة النقدية بذاتها للبنك

إن الزبون بدلاً من إنشاء العقد بـ (إقرضني مائة والتسديد بمائة وخمسين) يقول: (أبيعك مائة بمائة وخمسين) والبيع بالعملة نفسها، وهذا لا يُشكّل محذوراً؛ 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 الى أنّ هذا الطريق أسسه الشيخ حسين الحلّي رحمته الله ودافع عنه الشيخ الفيّاض (حفظه الله)، وعلّقنا عليه كما هو مذكور في كلمات السيد الخوئي رحمته الله: بأنّ هذه العملية في واقعها قرض إلّا أنّه البسناها لباس البيع؛ لأنّ الفارق الموضوعي بين البيع والقرض هو التغيّر وعدمه، ففي البيع لا بد أن تكون مغايرةً بين العوض والمعوض عنه أو الثمن والمثمن، بينما في باب القرض عدم المغايرة، إذ ثبوت مثل المال في الذمّة، وعلى هذا الأساس رجع الأمر الى القرض والفائدة مشروطة فيكون قرضاً جرّ نفعاً.

وحاول أصحاب هذا الطريق التغلّب على الإشكال المذكور من أنّ التغيّر موجود وهو بين الكلّي والجزئي، فالمال المدفوع هو عنوان هذا المال (وهو جزئي) والعوض ثمن مؤجل كئي، والمغايرة بهذا اللحاظ تكفي لإندراج هذا الطريق تحت

عنوان البيع.

وعَلَّقْنَا عَلَى هَذَا الدَّفْعِ بِمَا حَاصِلُهُ: أَنَّ الْعُرْفَ فِي بَابِ الْأَمْوَالِ يَرَاهَا جَنْسًا وَاحِدًا، وَالِإِخْتِلَافُ فِي طَبِيعَةِ الْعَمَلَةِ -بَيْنَ الدُّوْلَارِ وَالْدِينَارِ وَالرِّيَالِ- لَا يُغَيِّرُ مِنْ حَقِيقَةِ الْمَالِيَّةِ، فَالنَّقُودُ مَهْمَا إِخْتَلَفَتْ أَوْصَافُهَا فَهِيَ تَرْجَعُ إِلَى عَدَمِ الْمَغَايِرَةِ فَاسْتِبْدَالُ أَحَدِهِمَا بِوَصْفِ الْكُلِّيَّةِ وَالْآخَرُ بِوَصْفِ الْجُزْئِيَّةِ لَا يَكْفِي لِتَغْيِيرِ وَاقِعِ الْمَالِيَّةِ الثَّابِتَةِ فِي النَّقُودِ، فَفِي بَابِ الْقَرْضِ هُوَ ضَمَانٌ لِمِثْلِ الْمَالِ لَكِنَّهُ فِي الذِّمَّةِ، فَالْمَالِيَّةُ لِلْأَرْوَاقِ النَّقْدِيَّةِ عَنَصْرٌ مَحْفُوظٌ فِي بَابِ الْقَرْضِ، وَهَذَا الطَّرِيقُ الْمَفْرُوضُ لَمْ يُغَيَّرْ بَيْنَ الْعَوَضِ وَالْمَعْوَضِ فِي الْمَالِيَّةِ فَرَجَعَ الْبَيْعُ إِلَى الْقَرْضِ، وَالْقَرْضُ الَّذِي يَجْرُ نَفْعًا بَاطِلٌ.

إِلَّا إِنَّ الشَّيْخَ الْفَيَّاضَ (حَفَظَهُ اللَّهُ) حَاوَلَ دَفْعَهُ فَقَالَ: (إِنَّ مَنَاطَ الْمَغَايِرَةِ فِي الْمَعَامَلَاتِ هُوَ الْقَصْدُ فَمَا دَامَ قَصْدُ الْمَعَامَلَاتِ الْقَرْضِي فَيَنْدَرِجُ تَحْتَ عَنَوَانِهِ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى التَّغَايِيرِ وَعَدَمِهِ، فَالْقَصْدُ هُوَ الْمَقْوَمُ لِحَقِيقَةِ الْمَعَامَلَةِ حَتَّى لَوْ كَانَتْ صُورَةُ الْمَعَامَلَةِ صُورَةُ الْقَرْضِ، فَالِإِشْتِرَاكُ فِي الصُّورَةِ لَا يَغَيِّرُ مِنْ وَاقِعِ الْمَعَامَلَةِ؛ لِأَنَّ الْأَسَاسَ فِي الْمَغَايِرَةِ هُوَ الْقَصْدُ وَمَا دَامَ قَدْ قَصِدَ الْبَيْعُ فَلَا مَشْكَلَةَ حِينَئِذٍ^(١)).

وَجَوَابُهُ: أَنَّ الْعُقُودَ عَلَى قَسْمَيْنِ:

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: بَعْضُ الْعُقُودِ لَا يُوجَدُ فَارَقٌ ثَبُوتِيٌّ بَيْنَهَا إِلَّا بِالْقَصْدِ، كَمَا فِي الْبَيْعِ وَالصَّلَحِ، إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَ قَوْلِنَا: (بِعْتُكَ الْكِتَابَ بِدِينَارٍ وَصَالِحَتِكَ عَلَى الْكِتَابِ بِدِينَارٍ) فَلَا فَارَقَ بَيْنَهُمَا إِلَّا بِالْقَصْدِ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: يُوجَدُ فَارَقٌ ثَبُوتِيٌّ بَيْنَهُمَا كَمَا فِي الْبَيْعِ وَالْقَرْضِ، إِذْ فِي بَابِ الْبَيْعِ

لا بد أن تحصل مغايرةً بين العوض والمعوض عنه، وليس كذلك في باب القرض، هذا الفارق لا يحصل بالقصد وعدمه، وإنما نحتاجُ الى مسألة القصد في العقود التي لا فارق ثبوتي بينهما.

الخلاصة: هذا الطريق الأول لحل مشكلة الفائدة من خلال تحويل القرض الى بيع قابل للتأمل.

التخريج الثاني: الفائدة في مقابل الهبة:

البنك الذي يدفع الفائدة الى الزبون يقومُ بهبة شيء تعادل مقدار الفائدة ثم يقولُ البنكُ للزبون: (إقرضني مثلاً مائة مليون) فهنا الفائدة تمَّ الحصولُ عليها من طريق الهبة، والقرضُ لم تحصل به أيُّ زيادة، فيقالُ إنّ هذه هبة جرّت نفعاً، فيحصلُ القرضُ وهو أخذ البنك للمال وأخذ الزبون للفائدة من دون أيِّ محذور.

وهكذا يُمكنُ إقتراحُ البيع بأقل من قيمته السوقية بشرط القرض، فيقومُ البنكُ ببيع شيء أقل من قيمته السوقية، فلو كانت القيمة مائة يبيعها بثمانين ونفترض أن التفاوت (العشرون) هي الفائدة التي يُريدُ أن يدفعها البنك، ثم بعد البيع المذكور يشترطُ البنكُ على الزبون أن يقرضه (مائة مليون مثلاً) فهنا البيعُ جرَّ نفعاً، وأيضاً يُمكنُ إقتراحُ الاجارة بأقل من قيمتها السوقية.

وُخلاصةً هذا الطريق أن هذه الموارد الثلاثة الهبة والبيع بالأقل والاجارة بالأقل أيضاً لا مانع أن تجرَّ نفعاً وهو القرض حسب الشرط، فيقولُ أهب أو أبيع وأُتجر بشرط القرض.

وهذا التخيـرج قد اختاره السيّد الخوئي رحمته الله كحلّ في التعامل مع القروض في البنوك، ولم يذكره في الإيداع مع البنوك الأهلية، وإنّما ذكر حلاً آخرًا.

وهذا الطريق قد عرضناه سابقاً وقلنا لا بد من التفكيك بين مسألتين:

المسألة الأولى: وقوع هذه الثلاثة شروط في القرض، أعني أنّ القرض بشرط

الهبة أو القرض بشرط البيع بالأقل.

المسألة الثانية: وهي عكس الأولى بأن يقع القرض هو الشرط لهذه الأمور الثلاثة.

أمّا المسألة الأولى: - هي وقوع هذه الأمور كشرط في القرض - ذهب المشهور

الى بطلان القرض؛ لصدق أنّ القرض قد جرّ نفعاً.

وأمّا المسألة الثانية: فبحسب القاعدة الأولية لا مانع منها، إذ لا مشكلة أن تجرّ

الهبة نفعاً ولو كان هو القرض، وهكذا البيع والإجارة إلّا أنّه توجد روايتان يُستفادُ منهما المنع.

الرواية الأولى: صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألتُه عن

رجل يسلم في بيع أو تمر عشرين ديناراً ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو

عشرين ديناراً، قال: «لا يصلح إذا كان قرضاً يجزّ شيئاً فلا يصلح»^(١).

وتقريب الإستدلال بها: أنّ هذه الصحيحة افترضت أولاً وجود بيع إسمه

السلم، وافترضت ثانياً وقوع القرض كشرط في بيع السلم؛ فإنّها تتحدّث عن المسألة

الثانية بوضوح، والإمام عليه السلام منع من ذلك لدخولها تحت قانون القرض جرّ شيئاً.

اللهم إلّا أن نقول: إنّ الصحيحة تتحدّث عن المسألة الأولى، أي: وقوع بيع

(١) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٦ / ١٧٥ / باب القرض وأحكامه / الحديث ١٦.

السلم شرط في القرض وهنا الإمام عليه السلام قال: لا يصلح؛ لأنه قرض جرّ نفعاً، والمرجح لهذا الإحتمال أنّ السائل لم يُعبّر عن القرض بتعبير يدلّ على وقوعه كشرط، وإنّما عطف على بيع السلم بالواو، والواو لا تدلّ على الترتيب، وإنّما على مطلق الجمع، فيكون من المحتمل أنّ القرض هو الذي وقع أولاً ووقع بيع السلم كشرط فيه، فترجع الى المسألة الأولى.

وهذا الإحتمال وإن كان موجوداً إلاّ أنّه خلاف الظاهر، ولا يصلح الإعتماد عليه بمجرّده.

الرواية الثانية: صحيحةٌ محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلاّ مثلها، فإنّ جُوزي أجود منها فليقبل، ولا يأخذ أحدٌ منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترطه من أجل قرض ورقة»^(١).

وتقريبُ الإستدلال: أنّ النصّ في ذيل الرواية مطلقٌ يشمل وقوع عارية متاع كشرط في القرض أو وقوع القرض كشرط في عارية المتاع.

النتيجة: لولا هاتان الروايتان لكان مقتضى القاعدة قبول هذا الطريق الثاني، أي: وقوع القرض كشرط في الهبة أو البيع والإجارة بالأقل من القيمة السوقية.

ولهذا إستشكل السيّد السيستاني (حفظه الله) في هذا الطريق وقال: (لا يخلو من إشكال)^(٢)؛ وذلك لعلّه 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 مغايرة للبنك

أن نستبدل القرض بالبيع، فالزبون لا يُقرضُ البنك، وإنما يبيعُ للبنك مائة مليون_مثلاً_ بعملة مغايرة للعملة المدفوعة كأن تكون بالدولار، وطريقة الحصول على الفائدة تكونُ بمراعاة حساب الصرف للعملات الأجنبية.

هذا الطريقُ يشتركُ مع الطريق الأول، ولكن يختلفان في أن الطريق الأول لا يرى أيَّ مشكلة في كون الثمن من العملة نفسها، بينما في هذا الطريق لا بد من إختلاف العملة في الجنس، والنكتة واضحةٌ ففي حال إتحاد العملة تكونُ العملية قرضاً ألبسناها لباس البيع.

وهذا الطريقُ لا بأس به، لولا شُبْهة وجود الإرتكاز العقلائي الذي ينظرُ الى الأموال بجميعها على أنها جنس واحد مهما اختلفت أوصافها، فالدولار والدينار والتومان عند الإرتكاز العُرْفِي كُلُّها مال، ولا يرون أن إختلاف العملة يؤدي الى المغايرة، وهذا الإرتكاز وإن لم يصل حدَّ الظهور إلا أنه إحتمالٌ وجيهٌ يجعل من المغايرة التي تحقق عنوان البيع ليست واضحة.

التخريج الرابع: إحراز الرضا الباطني للبنك في التصرف

ما ذكره السيد السيستاني(حفظه الله) إذ يقول: (لا يجوزُ الإيداعُ في البنوك الأهلية _بمعنى إقراضها_ مع شرط الزيادة، ولو فعل ذلك صحَّ الإيداعُ وبطل الشرطُ، فإذا قام البنكُ بدفع الزيادة لم تدخل في ملكه، ولكن يجوزُ له التصرفُ فيها إذا كان واثقاً من رضا أصحابه بذلك(بالتصرف) حتى على تقدير علمهم بفساد

الشرط وعدم إستحقاقه للزيادة شرعاً، كما هو الغالب^(١).

وحصيلةُ هذا الطريق أنه يبتنى على نقطتين:

النقطةُ الأولى: أن أصل الإيداع صحيحٌ والفسادُ يكونُ من جهة الشرط، أي: الزيادة، وهذه النقطةُ مبينةٌ على كُبرى آمن بها بعضُ الفقهاء وهي: أن فساد الشرط لا يسري الى المشروط^(٢)، فأصلُ الزيادة التي أخذت كشرط هي فاسدة؛ لأنها ربوية، لكن لا يؤثّر فساد الشرط على المشروط وهو عقد القرض.

النقطةُ الثانية: وهي التي تتضمنُ طريقةً تخريج حلية أخذ الزيادة، وهي عبارة عن إحراز رضا أصحاب البنك بالتصرّف بهذه الزيادة، ومع الإحراز المذكور جاز التصرّف في تلك الفائدة.

وقضيةُ الإعتماد على مجرد إحراز الرضا بالتصرّف ذكرها في موردين آخرين:

الموردُ الأول: إذا قبض المشتري ما اشتراه بالعقد الفاسد، فإن علم (المشتري) برضا البائع بالتصرّف فيه حتّى مع فساد العقد جاز له التصرّف فيه، وإلاّ وجب عليه ردهُ الى البائع^(٣).

وهذه المسألة لا خصوصية في رضا البائع بالتصرّف فيما قبضه المشتري بالعقد الفاسد، وتصحّ أيضاً برضا المشتري بتصرّف 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 ترتب آثار أي من الصحة والفساد فلا يجوز له التصرف فيما أخذه من صاحبه ولا فيما دفع إليه، بل يتعين عليه إمّا التعلّم أو الإحتياط ولو بالصّلح ونحوه. نعم، إذا أحرز رضا بالتصرّف في المال المأخوذ منه حق على تقدير فساد المعاملة جاز له ذلك)^(١).

المورد الثالث: وهو محلّ الكلام وهو في حالة الإقراض يجوز التصرف في الفائدة إذا علمت أنّ الذي دفع الفوائد يرضى بالتصرّف بتلك الفائدة. ويلاحظ عليه: أن ظاهر ما ذكره هو أنّه لا يُفرّق في جواز أخذ الزيادة أو جواز التصرف في الثمن أو المثلن 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 توفّر شرط من شروط الصحة وبين المعاملة على الأعيان المحرّمة فنقول: بكفاية الرضا بالتصرّف في النحو الأول من المعاملة دون النحو الثاني. والشاهد على هذا التفصيل قرائن أربعة:

القرينة الأولى: هي التمسك 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، ورواها أيضاً في بسند مختلف عن أبيه عن سعد عن أحمد عن ابن محمد عن

إبن محبوب عن أبي أيوب عن عمّار بن مروان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغلول، فقال: «كُلُّ شَيْءٍ غُلٌّ^(١) من الإمام فهو سحت، وأكل مال اليتيم سحت، والسحت أنواع كثيرة منها ما أُصيب من أعمال الولاة الظلمة، ومنها أجور القضاة، وأجور الفواجر، وثمر الخمر والنبذ المسكر، والربا بعد البينة، فأما الرشا يا عمّار في الأحكام فإنّ ذلك الكفر بالله العظيم ورسوله^(٢)».

وتقريبُ القرينة المذكورة: أنّ 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 تشتملُ على بيع الأعيان أو التعامل على الأعيان المحرّمة والموصوفة بالسحت لا يتصورُ أن يرتفع السحت بمجرد إحراز الرضا الباطني لأحد المتعاقدين، فهذا تخصيصٌ لكلمة السحت وهو غير عُرِفِي.

القرينة الثانية: ترقّي الإمام عليه السلام في داخل الرواية المذكورة فإنه عليه السلام حينما عدد الأعيان المحرّمة وصف بعضها بالكفر العظيم، وهذا الترقّي في هذا النوع يكشفُ عن حرمة مغلّظة، أي: أنّه سحت بأعلى مراتبه لذا وصفه بأنّه الكفرُ بالله العظيم، وهذا التغليب في السحت كيف يرتفع بمجرد إحراز الرضا الباطني؟.

القرينة الثالثة: إنّهُ 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 الى ما يصحُّ بيعه وما لا يصحُّ.

القرينة الرابعة: ما رواه الشيخ الكليني عليه السلام عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن حماد بن عيسى عن حريز عن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام: قال: «إنّ الذي حرّم شرّها حرّم ثمنها»، ثم قال أبو عبدالله عليه السلام: «إنّ أفضل خصال هذه التي باعها الغلام أن يتصدّق بثمنها»^(١).

وتقريب القرينة: أنّ الإمام عليه السلام إستحسن تصدّق الغلام بثمن الخمر وهذا يدلُّ بالدلالة الإلزامية على عدم كفاية إحراز الرضا الباطني من قبل مشتري الخمر في تصرف البائع بالثمن الذي هو جزءاً موجود.

هذه قرائن أربعة على عدم تمامية كفاية إحراز الرضا الباطني في التصرف.

التخريج الخامس: رجوع الودائع البنكية إلى ثلاثة عقود (السيد الصدر)

الودائع البنكية ترجع الى الوكالة في العقود الشرعية، وتصويره: أنّ الزبون يودع الأموال بمعناها الفقهي، لكن لا بأعيانها، وإنّما بالقيمة الشرائية لتلك الأموال ويؤكّل البنك في إجراء عقود إستثمارية مع الإقتصاديين والمستثمرين، فيرجع هذا الطريق بواقعه الى عقود شرعية ثلاثة:

العقد الأول: عقد الوكالة: وذلك بأن يؤكّل الزبون البنك الأهلي بإجراء عقود إستثمارية، وعقد جعالة يتمكّن البنك من خلاله أخذ نسبة من الأرباح فكأنّ الزبون

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ٢٣٢ / باب بيع العصير والخمر / الحديث ٢.

يقول: (من يُشغَل هذا المال فلهُ جُعل ما) ويتصدى البنك للقيام بذلك، وعقد استثماري معيّن وهو الذي يكون طرفه المستثمر الذي دفع البنك إليه هذه الودائع، فمن خلال هذه العقود الشرعية الثلاثة -الوكالة، الجعالة، عقد استثماري معيّن- يتمكن البنك من الحصول على نسبة من الأرباح بقيامه بدور الوسيط بين أصحاب الودائع والمستثمرين.

والنكته الأساسية في اللجوء الى هذا الطريق -أنّه في البنوك الربوية لا يتحمّل أصحاب الودائع أيّ خسارة- وإنّما يتحمّلها البنك والمستثمر الذي تعاقد البنك معه، وأمّا في هذا الطريق فإنّ بإمكاننا أن نُحمّل الودعي شيئاً من الخسارة على أساس المبدأ الإسلامي القائل: (من له الغنم فعليه الغرم) فالودعي لا يترقّب الحصول على الفوائد فقط، فعليه بإزاء هذا الغنم أن يتحمّل الغرم إذا تعرّض المشروع الى الخسارة.

وأصل هذا الطريق يرجع الى السيد الصدر عليه السلام فهو من مبتكراته، إلّا أنّه قيدهُ بخصوص المضاربة، مع أنّه بالإمكان حملهُ على المضاربة بالمعنى الأعم، بإعتبار أن عقد المضاربة يتضمّن جهة التجارة، أي: أنّ العامل يستثمر رأس المال في التجارة، لكن تتبّع بعض كلماته في هذا الطريق قد يُستفاد منه الأعم، فالقضية لا تنحصر بمسألة التجارة، إذ قد يدفع البنك -الذي هو يقوم بدور الوسيط- بهذه الأموال الى المستثمرين سواء أكان الغرض من هذا الدفع تأسيس بُنى تحتية أو كان الغرض التجارة أو أيّ مشروع آخر.

فعلى آية حال، هذا الطريق يتكفل:

أولاً: أخذ البنك شيء من الربح، ويتحمل صاحبُ الوديعة شيئاً من الخسارة.
 وثانياً: هناك عقدٌ استثماري يقومُ به الشخصُ الذي تعاقد مع البنك.
 وهذه نصُّ عبارته: (إنَّ عملية إيداع هذه الودائع الثابتة لدى البنك^(١) - أي: إقراضها للبنك^(٢) - وعملية تقديمها من قبل البنك لرجال الأعمال المستثمرين^(٣) يُمكنُ دمجها في علاقة واحدة^(٤) تُسمَّى في مصطلحات الفقه الإسلامي بالمضاربة، والمضاربةُ يختلفُ مفهومها في الفقه الإسلامي عن مصطلحها في الإقتصاد الحديث، فهي في الفقه الإسلامي: عقدٌ خاصٌ بين مالك رأس المال والمستثمر على إنشاء تجارة يكونُ رأس مالها من الأول^(٥)، والعملُ على الآخر، ويحددان حصة كل منهما من الربح بنسبة مئوية، فإن ربح المشروع تقاسمها الربح وفقاً للنسبة المتفق عليها، وإن ظل رأس المال كما هو - لم يزد ولم ينقص - لم يكن لصاحب المال إلا رأس

(١) لماذا الودائع الثابتة؟ لأنه في الحساب الجاري والودائع المتحركة لا يحصلُ الزبونُ فيها على أي فائدة. نعم، يحصلُ على فائدة في الودائع الثابتة وودائع التوفير.

(٢) لأننا قلنا أنَّ الوديعة ترجعُ في حقيقتها الى القرض.

(٣) لأنَّ البنك ليس صندوقاً يحافظُ على الأموال، وإنَّما يتعاقدُ البنكُ مع رجال أعمال كبار يشغلون هذه الأموال والبنك يستفيدُ نسبةً من الربح والزبون يستفيدُ نسبةً من الربح أيضاً، وكذلك يأخذ المستثمر نسبة من الربح، هذا هو واقع الودائع اليوم.

(٤) لأنه في حقيقتها ترجعُ الى ثلاثة عقود، عقدُ الوكالة وعقدُ الجعالة وعقدُ استثماري معيّن.

(٥) أي: صاحب المال.

ماله، وليس للعامل شيء. وإن خسر المشروع وضاع جزء من رأس المال أو كُلهُ تحمّل صاحبُ المال الخسارة، ولا يجوزُ تحميل العامل المستثمر وجعله ضامناً لرأس المال إلاّ بأنّ تتحوّل العمليةُ إلى إقراض من صاحب رأس المال للعامل، وحينئذٍ لا يستحقُّ صاحبُ رأس المال شيئاً من الربح، هذه هي الصورة العامة للمضاربة في الفقه الإسلامي. ولكي تُقيّم العلاقات في البنك اللاربوي على أساس المضاربة بالنسبة إلى الودائع الثابتة يجبُ أن نتصوّر الأعضاء المشتركين في هذه المضاربة، ونوعية الشروط والإلتزامات والحقوق لكل واحد منهما.

إنّ الأعضاء المشتركين في المضاربة ثلاثة:

الأول: المودع بوصفه صاحب المال، ونطلق عليه إسم المضارب (بالكسر).

الثاني: المستثمر بوصفه عاملاً، ونطلق عليه إسم المضارب أو العامل (بالفتح).

الثالث: البنك بوصفه وسيطاً بين الطرفين ووكيلاً عن صاحب المال في الإتفاق مع العامل، ثم يوضح ﷺ حقوق الأعضاء الثلاثة فيقول: أمّا حقُّ المودع الذي يُتمثّل في أصحاب الودائع، أي: المجموع الكلي للمودعين لتلك الودائع، بمعنى أنّ كل وديعة تضلّ محتفظة بملكية صاحبها لها، ولا تنتقل ملكيتها إلى البنك عن طريق القرض، كما تقع في البنوك الربوية، غير أنّ الودائع لا يبقى بعضها منعزلاً عن بعض، بل يستعملُ البنك بإذن أصحاب الودائع الإجراء الشرعي^(١) الذي يجعلُ البنك مجموع الودائع ملكاً مشاعاً لمجموع المودعين، ويكونُ لكل مودع من

(١) أي: يأخذ هذه الأموال ويشغلها.

هذا المجموع بمقدار نسبة وديعته الى مجموع الودائع^(١). وبذلك يصبح صاحب المال في عقد المضاربة هو المجموع الكلي للمودعين الذي يمثل البنك إرادته بوصفه وكيلاً عنهم، وأي ودیعة ثابتة ترد الى 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 الى أيداع أموالهم؛ لأننا إذا لم نحفظ بها فسوف ينصرف أصحاب الودائع عن الإيداع لدى البنك اللاربوي ويتجهون الى 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 الربوي لأصحاب الودائع الثابتة باسم الفائدة.

الثالث: قدرة المودع على إسترجاع الوديعة أو السحب عليها في نهاية الأجل الذي يحدده، هذه عناصر ثلاثة لا بد على البنك اللاربوي أن يؤمنها للمودعي، وسيأتي كيف يمكنه أن يؤمن تلك العناصر.

أما الحافز الأول: فيمكن 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 الزبون نسبة زائدة من الأموال فسوف ترتفع بذلك نسبته من الأرباح.

قل على عامل المضاربة للإتفاق بين الفقهاء بحسب النصوص الكثيرة^(١) من أن العامل لا يضمنُ شرعاً الخسارة، ففي المضاربة النسبةُ تكونُ في الأرباح والضمانُ على صاحب المال لا على العامل، إذاً من يضمنُ الوديعة؟ فنقولُ البنكُ نفسه ولا مانع من ضمان البنك آنذاك؛ لأنَّه ليس طرفاً في عقد المضاربة، وإنَّما هو وسيطٌ بين أصحاب الودائع والعامل، وجعل الضمان عليه ليس فيه أي محذور شرعي في أن يضمن الوسيط؛ فإنَّه طرف ثالث لا علاقة له بأصل عقد المضاربة.

وطريقة الضمان: إمَّا أن تكون على أساس عقد الضمان - أن نُجري معه عقداً خاصاً - أو نشترطُ عليه الضمان، إمَّا بنحو شرط الفعل أو شرط النتيجة^(٢)، فهذا الحافز الأول للضمان وهو ضمان الوديعة وقد تمَّ المحافظةُ عليها من خلال البنك. أمَّا الحافز الثاني: أخذ الفوائد فإنَّ الودعي الطابع العام له في الودائع البنكية هو ترقيُّب أخذ الفائدة، وهي محرمة؛ لأنَّ الودائع بحسب حقائقها ترجعُ الى القروض، فيشمله كُلُّ قرض جرَّ نفعاً فهو حرامٌ.

وفي هذا الطريق يُمكنُ المحافظة على الفوائد، ولكن من خلال تبديلها بالأرباح بنسب مئوية؛ فإنَّ عقد المضاربة يتضمَّنُ إعطاء العامل نسبة من الربح في المشروع المعين، وهذه الأرباح لا تكون دائماً محفوظة في عقد المضاربة، وإنَّما يستحقها إذا

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ٢٤٠ / الحديث ٣.

(٢) كأن تقول: (جعلتك وكيلاً عني بشرط أن تضمن) فهذا شرط فعل، أو (بشرط 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 يحقق الدافع الرئيسي للودعي؛ فإن الفائدة المتوقع حصولها من هذا الطريق قد لا تحصل لإحتمال خسارة المشروع، بينما هذه الفائدة مجزومة الحصول في البنوك الربوية.

قلت: إن توقع الخسارة في عقود الإستثمار يكون ذا احتمال ضعيف جداً، بل يمكن أن نفترض أن التوقع مجرد فرض نظري لا واقع له؛ وذلك لأن عملية الإستثمار لا تكون بلحاظ الودائع بصورة مستقلة، أي: لا يحصل ارتباط بين وديعة المكلف الخاصة وعقد الإستثمار، وهكذا لا يحصل ارتباط بين وديعة (زيد) الخاصة وعقد الإستثمار، وإنما عقد الإستثمار ينظر إلى جميع الودائع بشكل كلي، إذ أن الودائع من قبل المودعين تكون في بحر الودائع من دون تمييز، فعقود الإستثمار التي تحصل في مشاريع متنوعة ومتعددة وكثيرة فأى ربح في أي مشروع ولو بسيط تُوزع هذه الأرباح على نسب الودائع، فيحصل كل ودعي على ما يخصه من الربح، فعليه يحصل على الفائدة من دون أن يواجه أي محذور.

أما الحافز الثالث: المطالبة بالوديعة، فبالنسبة إلى البنوك الربوية يبدو الأمر واضح عندهم ولا يعاني من إشكال؛ لأنه بإنتهاء مدة الأجل تحصل المطالبة، وأما في هذا الطريق فقد تواجه إشكالاً عملياً؛ لأن هذه الأموال قد تم إستثمارها في عقود وشركات متنوعة، فرجوع الودعي بأمواله يضر في المشروع، فكيف يمكن تكيف ذلك؟

يُمكنُ تكييفُ ذلك بأنَّ نشترطُ عليه عدم المطالبة بالودائع إلا بعد -مثلاً- نسبة من تشغيل المشروع، ونشترطُ عليه أيضاً أن يستلم ودائعه النقدية لا أن يُطالب ببدل تلك الودائع.

هذه حوافزٌ ثلاثةٌ تمت المحافظةُ عليها في العنصر الأول من هذا العقد المركَّب. أمَّا العنصرُ الثاني: وهو البنكُ فيقومُ بدور الوسيط ما بين أصحاب الودائع والمستثمر، فبدلاً أن يفتش المستثمر على أصحاب الودائع واحداً بعد آخر ليتعاقد معهم، يقومُ البنكُ بتقديم خدمة له وهي أن يجمع أموال هؤلاء ويتمُّ التعاقدُ مع البنك بإعتباره وكيلاً عن أصحاب الودائع.

وبكلمةٍ موجزةٍ: أنَّ البنكُ يُسهِّلُ على أصحاب الودائع من جهة بأن يبحث لهم عن مستثمر أمين وعن مشروع قابل للأرباح، وفي الوقت نفسه يُسهِّلُ على المستثمر مسألة التعاقد فبدلاً من قيام المستثمر بالرجوع الى أصحاب الودائع واحد تلو الآخر يجعل التعاقد مع كُلِّ المودعين، ولا ريب أنَّ هذا العمل يستحق بإزائه شيء، أمَّا كيف نُخرِجُ فقهيًّا ما يحصلُ عليه البنكُ من الأرباح؟ يُمكنُ ذلك بأحد طريقتين: الطريقُ الأول: من باب الجُعالة، فيقومُ أصحابُ الودائع بإنشاء عقد الجُعالة لكلِّ من يستثمر أموالنا ويوصل الأرباح الى نهاية المشروع.

الطريقُ الثاني: من ناحية الشرط في ضمن العقد سواء كان الشرط شرط فعل أو شرط نتيجة، والفارقُ بينهما أنَّ شرط النتيجة لا يتضمَّن بعد أخذه شرط في متعلِّق العقد، أي: فعل من الشروط له، وإنَّما يكفي تحقُّقه بأخذه شرطاً في العقد،

فيقول أصحابُ الودائع مثلاً (نعطي حصة من الربح لشخص بشرط أن يُشغل الأموال) فهذا الشرط (شرط التشغيل) يحصل بمجرد إجراء العقد، والمقصود من شرط الفعل هو الشرط الذي لا يحصل بمجرد أخذه في متعلق العقد، وإنما يتوقف على أن يعمل المشروط له هذا الشرط كأن يكون الشرط (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 حال، سواء كان الشرط نتيجة أو شرط فعل يصلح لتبرير مشاركة هذا الوسيط وهو (البنك) بنسبة من الأرباح.

وأما العنصر 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 المقترض مع البنوك الربوية، فهو يملك المال المقترض بعد أن يُقتطع منه نسبة الفائدة للبنك^(١).

إذاً خلاصة الطريق المذكور: أنه عبارة عن ثلاثة عقود متداخلة يجمعها عقد المضاربة، فيوجد فيه وكالة من قبل أصحاب الودائع، وتوجد جعالة حتى يتمكن البنك من أخذ الفائدة، وتوجد فيه عقود استثمارية متنوعة.

هذا ما اقترحه السيد الصدر رحمته الله كحلٍ لحلية أخذ الفوائد من الودائع الثابتة، وتكميلاً لهذا الطريق ينبغي عرض بعض الأسئلة:

التساؤل الأول: الطريق المذكور يواجه مشكلة خارجية تتمثل في المدة الزمنية

(١) البنك اللاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ٣٩ - ٦٠.

لعمل المستثمرين، إذ من الواضح أن بعض الإستثمارات قد تطول مدتها لكي تنجز أرباحها فقد يصل الزمن بإنجازه الى عشرة سنوات -مثلاً- بينما الوديعة على أكثر التقادير تُطرح في البنوك لمدة سنتين أو ثلاث، فكيف إذا يَتَمَّ حسابُ الأرباح بين زمن الوديعة الممدود عادة وبين نسبة إنجاز العمل هذه مشكلة تحتاج الى حلّ؟

في مقام الجواب: أننا نواجهُ في الواقع مشكلتين:

الأولى: أصل حصول الربح من هذه المشاريع.

الثانية: في مقدار الأرباح والفوائد بعد حصول الربح.

أمّا المشكلة الأولى: فجوابها واضح، إذ بإمكان البنك أن يستعين بأهل الاختصاص بهذا الشأن في أصل حصول المنافع والأرباح وهكذا مشاريع.

وأمّا المشكلة الثانية: وهي مقدار الأرباح فهنا احتيج الى دخول عقدٍ رابع وهو عقدُ الصُّلح بأن يتمّ التصالح مع أصحاب الودائع والمستثمرين في حالة حصول أرباح طائلة للمشروع، وهكذا في حالة قلّة الأرباح، والذي يُنشأ عقدُ الصُّلح هو البنك مع المستثمر، فهذا معناه دخول عقد الصُّلح في الحساب كعقد رابع في ضمن هذا الطريق.

التساؤل الثاني: الودائع الثابتة ماهي حقيقتها في هذا الطريق؟

هنا تُوجدُ 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: أنّ الودعي يطرح الوديعة في البنك ولا غرض سوى المحافظة عليها من السرقة، والبنك أزاء ذلك لا يُعطي أي فائدة، وتُسمّى هذه الوديعة بـ(الحساب الجاري أو الوديعة تحت الطلب) ويتمكّن الودعي من خلالها سحبها متى ما شاء وطلب.

الحالة الثانية: أن الودعي لا يتمكّن من سحبها متى شاء، وإنّما يتمّ سحبها بعد إنقضاء الأجل الذي إتفق عليه الطرفان، وخلال هذه المدة يدفع البنك بعض الفوائد للودعي، وتُسمّى الوديعة في هذه الحالة بـ(الودائع الثابتة).

الحالة الثالثة: أنّ الودعي يتمكّن من سحبها متى ما شاء، وإذا بقت أزيد من المدة المتفق عليها تزداد نسبة الفوائد، وتُسمّى الوديعة في هذه الحالة بـ(ودائع التوفير) وهي قد إشتملت على الوديعة بمعنى الحساب الجاري وعلى الوديعة الثابتة، أمّا إشتهاها على الأولى، فإنّ الودعي يتمكّن أن يسحبها متى ما شاء، وأمّا إشتهاها على الحالة الثانية فهناك فوائد يدفعها البنك وكلّما بقت الوديعة أكثر إزدادت نسبة الفوائد.

والفارق بين الثانية والثالثة: في الثانية لا يتمكّن الودعي سحب الوديعة خلال المدة. نعم، يسحبها بعد إنتهاء المدة، بينما في الثالثة وإن كانت هناك مدة، ولكن يُمكن للودعي أن يسحب الوديعة متى ما شاء.

حقيقة الودائع الثابتة والتوفير:

إذا إتّضح ذلك فنقول: تُوجد نظريتان:

النظرية الأولى: الوديعة عقد مستقل

إنّ هذه الوديعة وهي (الودائع الثابتة وودائع التوفير) ليست بوديعة بالمعنى الفقهي وليست قرضاً ولا مضاربة ولا عقد أمانة، وإنّما هي عقدٌ مستقلٌ يندرج تحت عنوان العقود العامة^(١)، وتوضيح ذلك:

أمّا أنّها ليست وديعة، إذ قد يُقال: إنّها كذلك بحسب ما هو المتبادر من المودع؛ فإنّه ارتكازاً يقصد الوديعة وأصحاب البنوك ارتكازاً هم أمناء على الودائع فيقوى في النفس أنّها وديعة، ولكن الصحيح أن بينها وبين الوديعة بالمعنى الفقهي بون شاسع؛ وذلك لأنّ الودائع الفقهية تمتاز بخصوصيات ثلاثة لا تُوجد في الودائع البنكية، فلا معنى من الناحية الشرعية أن توصف بالوديعة، وهذه الخصوصيات الثلاثة هي:

أولاً: المودع هو مالك للوديعة ولا يرفع يده عنها بمجرد العقد، بينما نجد أنّ الودائع البنكية يكون البنك مالكا للودائع لكي يُتاحّ له استثمار تلك الأموال، إذ لو لم يكن كذلك فكيف يُنشئ عقوداً استثمارية مع الآخرين.

ثانياً: المستودع يتعهّد بإرجاع ذات الوديعة حتّى مع طروء عيب ونقص في العين الودعية، بينما نجد البنك لا يلتزم بذلك وإنّما يتعهّد بإرجاع مثل العين.

ثالثاً: المستودع لا يضمن العين في حالة التلف إلّا مع التقصير وهي من العقود الجائزة، بينما في البنوك يضمن الوديعة مطلقاً، ولا يصحّ أن يفسخ العقد إلّا بإنهاء

(١) الحقوق المدنية، حسن إمامي: ٢ / ١٨٧.

المدة كُلُّ ذلك يُبَعَّدُ أن تكون الوديعة بالمعنى الفقهي هي ودائع البنوك فتتصافها بأئها وديعة من الأغلاط المشهورة.

أمَّا أئها ليست بقرض وإن كانت هي أقرب للقرض؛ وذلك أن القرض يُعتبر فيه أمران:

الأول: المقرض يكون مالكا للعين؛ لأنه هو عبارة عن تملك مال ويُرجع كُلِّي المال من دون زيادة.

الثاني: المقرض لا يتعهد بإسترجاع عين ما إقترضه، وإنما يضمن كُلِّي المال، وهاتان الخصوصيتان لا تتوفران في البنوك.

أمَّا الخصوصية الأولى، فإنَّ البنك اللاربوي ينصُّ على أنَّ البنك وكيلٌ عن أصحاب الودائع بإنشاء عُقود إستثمارية حسب ما تتطلبها سياسة البنك الإقتصادي، بينما لو كانت قرضاً، فإنَّ المقرض لديه ملكية إستقلالية في التصرف وليس وكيلاً عن المقرض.

وأمَّا الخصوصية الثانية، فإنَّ البنك اللاربوي الإسلامي ينصُّ على أنه يتعهد بإرجاع رأس المال في كُلِّ الحالات، بينما نجد في عقد القرض أن المقرض ليس لديه تعهدٌ إضافي بإسترجاع المال سوى عقد القرض نفسه، وعلى هذا الأساس كيف تكون الوديعة قرضاً؟

وأمَّا أئها ليست بمضاربة؛ وذلك أن المضاربة تمتاز بخصوصيتين:

الأولى: أئها عقدٌ جائزٌ يُتاحُّ للطرفين الفسخ متى ما شاء، ومن الواضح هذه لا تنسجم مع الودائع الثابتة؛ لأنه ليس له فيها الحقُّ في الفسخ متى ما شاء.

الثانية: العامل يتجر بالمال، والتجارة معناها التكسب من أجل النمو، ومن الواضح أن البنك ليست كل معاملاته تجارية فقد ينشئ دار أيتام أو مسجداً أو شيئاً من هذا القبيل فلا ينطبق على تلك الودائع عنوان المضاربة. وأما أنها ليست عقد أمانة، فلأن عقد الأمانة عقد جائز، والوديعة المصرفية عقد لازم، فخصائص الأمانة الشرعية لا تنطبق على الوديعة بمعنى الأمانة. وأما جانب الإثبات في هذه النظرية يتمثل في إدخال ودائع التوفير والودائع الثابتة ضمن العقود العامة، والتي ليس من المهم أن نذكر إسمها خاصاً لها، وتوضيحها:

إن أصحاب الودائع يضعون أموالهم في مكان خاص (البنك) وهو من جهة القانون الموجود في الدولة الذي نظم الشؤون أدى الى 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 أن هذه الشخصية الحقوقية في البنك في نهاية المطاف إذا ربح المستثمر يوزع المال الى البنك وهكذا أصحاب الودائع على حساب كمية ومدة الوديعة، فإذا هناك ترابط قانوني بين أصحاب الودائع من جهة وبين البنك من جهة أخرى، وهذا الترابط أعطى للبنك شخصية حقوقية مستقلة،

(١) لأن 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؟

فتندرج تحت قانون العقود العامة، والذي يؤكد هذا الجانب الإثباتي هو أن هذه الشخصية المستقلة تتمتع بخصائص ثلاثة لا تتواجد في الوديعة الفقهية ولا القرض ولا المضاربة، وتلك الخصائص ما يلي:

الخصوصية الأولى: وهي أهم تلك الخصوصيات والتي تُشكّل الفاصل بينها وبين إندراج الودائع في العقود العامة وبين العقود المحتملة الأخرى ألا وهي إدارة هذه الودائع، فمن الواضح أن الذي يقوم بالإدارة لهذه الأموال ليس أصحاب الودائع، وإنما البنك بما يمثل من شخصية حقوقية مستقلة، ومن الواضح إذا كانت الودائع المصرفية هي ودائع بالمعنى الفقهي لإدارة الوديعة منوطة بأصحابها - فهو الذي يتعاقد لا غيره - وهكذا لو كانت مضاربة فصاحب المال هو الذي يدير عقد المضاربة، وأيضاً إذا كانت قرضاً فالقرض هو الذي يمارس العقد المذكور.

إذاً إدارة هذه الودائع ما دام منوطاً على عهدة البنك - كما هو واضح خارجاً - فينشئ عنها عقد خاص لا يندرج تحت العقود المعروفة.

الخصوصية الثانية: البنوك إطلاقاً لها كامل الاختيار في جذب المستثمر فلم يُقيد البنك بتصرف خاص وإستثمار معين، وإنما يستثمر بحسب الحاجة الموجودة في البلد، وهذا الاختيار المطلق في الإستثمار يُبعد كون الوديعة هي بالمعنى الفقهي إستنابة في الحفظ لا أنه يُعمل بها، وهكذا الحال في المضاربة، إذ يجري العقد في المضاربة على أن يكون العمل بهذه الطريقة المعينة لا أنه يكون العمل بأي شكل كان وكيفما إتفق.

الخصوصية الثالثة: عقود الإستثمار التي تتجر بها البنوك هي خاضعة لقوانين

الدولة فقد تُفرض عليهم بعض الإلزامات سواء كانت مرتبطة بنوعية الإستثمار، بل حتّى في النسبة المئوية من الربح التي وقّع عليها أصحابُ الودائع فقد تُفرض هذه الدولة قانوناً يُنزل من قيمة ومقدار الفائدة، مع أنّه من الواضح أنّ القاعدةُ الشرعية تنصّ على أنّ (العُقودُ تابعةٌ للقُصود) وأيُّ شرطٍ خارج على ما تمّ التعاقدُ عليه يكونُ باطلاً، بينما الودائعُ المصرفية نجدُها تخضعُ لقانون الدولة التي يُغيّرُ من شروط التعاقد المطروحة أولاً.

فعلى هذا الأساس، إنتهى صاحبُ النظرية الأولى الى أنّ الودائع المصرفية عُقودٌ خاصةٌ لا تندرجُ تحت إسم ما.

وهذه النظريةُ إنّما أطلنا عرضها؛ لأنّها تحتوي على الدقة في بعض جوانبها، وبالرغم من ذلك يُمكنُ تسجيلُ بعض الملاحظ عليها:

الملحظُ الأول: ما ذكره في نفي كون الودائع المصرفية هي ودائع بالمعنى الفقهي من جهة أنّ البنك لا يسترجع عين الأموال فهذا قابلٌ للدفع؛ لأنّ بالإمكان الودعي أنّ لا يودعُ عين الأموال، وإنّما يودعُ ماليّتها الذي يُشكّلُ عنصراً متحرّكاً في إنطباقه على آية عملة نقدية، وأيضاً ما ذكره من أنّ المستودع بالمعنى الفقهي لا يضمن إلاّ مع التعدي أو التقصير، بينما نجد أنّ الودائع البنكية تُضمّنهُ مطلقاً أيضاً، لا يُشكّلُ إشكالاً، إذ بالإمكان حلّه عن طريق شرط الضمان، وهذا شرطٌ سائغٌ لا محذور فيه، ويُمكنُ أيضاً لأصحاب الودائع أن يتجنبوا الخسارة عن طريق عقد التأمين، إمّا مع ذات البنك أو مع مؤسسة أخرى.

الملحظ الثاني: ما ذكره من الخصوصيات لا تكفي لجعله عقداً مستقلاً، وعلى سبيل المثال الخصوصية الأولى والتي عبّر عنها بأنها الفیصل - من أن إدارة الأموال بيد البنك ولو كانت وديعة لما كانت كذلك ولو كانت مضاربة لكانت بيد العامل - يمكنُ الجوابُ عنها عن طريق الوكالة كما افترض في أصل الأطروحة بأن أصحاب الودائع يُوكّلون البنك، ونحنُ نعلمُ أن الوكالة في الخارج على ثلاثة أقسام:

الأولى: وكالة في إجراء الصيغة فقط، ويُعبّر عنها وكالة في اللسان فكأن لسان الوكيل لسان الموكل، وهذا ملاحظ في الوكالة في عقود الزواج.

الثانية: الوكالة في تحديد الشراء والقيمة، فإنّ الموكل يُطلق العنان للوكيل، وعادةً هذا الأمر موجودٌ عند الدالين؛ لأنّ المالك يعرض بيته ويترك تحديد المشتري قيمة البيع بيد الدال وهو الوكيل هذا في بعض الحالات لا في جميعها.

الثالثة: يُعبّر عنها بالوكيل المفوض، أي يفوض له قيمة السلعة، ونوعية المشتري، وفسخ العقد وبيعه من جديد كما يفعل الموكل بأمواله، وهذا عادةً موجودٌ في عامل المضاربة، فإذا سلّمنا بوجود أقسام ثلاثة للوكالة فينحل الأمر بأن إدارة هذه الأموال وإن كانت بيد البنك إلا أنّ هذا لا يعني أنّ لها شخصية مستقلة، وإنّما مجرد وكيل عن أصحاب الودائع.

النظرية الثانية: الوديعة عقد مستقل

إنّ الودائع الثابتة وودائع التوفير ترجعُ الى الوديعة بالمعنى الفقهي، على أساس أنّ أصحاب الودائع لا يودّعون عين الأموال وإنّما يودّعون ماليّتها - لأنّ عنوان

الماليّة هو عنوانٌ عامٌ فيصدقُ على هذا النقد وعلى غيره. وهذا الشرط واضحٌ؛ لأنّ الوديعة بالمعنى الفقهي تُلزم الطرف الآخر أن لا يتصرّف في الوديعة وأن يسترجع عين ماله فقط، وبعد حصول الوديعة بقيمة تلك الأموال فأصحاب الودائع يوكّلون البنك في تشغيل هذه الأموال ضمن عقود استثمارية فبالتالي هي ليست قرضاً؛ وذلك لأنّ القرض لا ينسجم مع التوكيل؛ لأنّ القرض فرع خروج المال عن ملكية المقرض بخلاف التوكيل فهو فرعُ بقاء المال على ملكية أصحابها، فحينما يوكّلون البنك بإستثمار تلك الأموال هذا فرع أنهم يملكون الأموال، وبعد أن يستلم المستثمر هذه الأموال المستثمر الذي تعاقد عليها مع البنك. بإعتبار أن دور البنك دور الوسيط. تصبحُ الأموال أمانةً مالكيّةً في ذمّة المستثمر.

إذاً ماهية الودائع الثابتة وودائع التوفير على أساس هذه النظرية وهي وديعة من جانب أصحاب الأموال وأمانة من جانب المستثمرين، والبنك يُضاربُ المستثمرين بأموال أصحاب الودائع.

قد إعترض بعضُ المعاصرين على نظرية السيد الصدر رحمته الله وعبرَ عن الإعتراض بأنّه يهدمُ أصل الفكرة بما حصله:

إنّ الثابت في علم النقد الحديث هو التعاملُ بين الأطراف على أساس الشيكات وهي ترجعُ الى الذمم بمعنى أنّه لا يُوجدُ في عالم السوق الحديث شيءٌ اسمه سيوله وعمولات نقدية، وإنّما تُوجدُ عمليةُ شيكات بين الأطراف لاسيما في السوق المتوسط وهكذا الكبيرة. نعم، في السوق الصغيرة يتمُّ التعاملُ بتلك الأوراق

النقدية، فإذا إتّضح أنّ التعامل في علم الأموال الحديث عن طريق تلك الشيكات وحقيقتها ترجع الى نقل ذمّة على ذمّة فنقول: إنّ أصحاب الودائع لا يدفعون الى البنوك أوراقاً نقدية تُمثّل الوديعة، وإنّما يدفعون شيكات تنزل بحساب البنك على أنّها ودائع فيتملكُ البنك تلك الذمّة الاعتبارية_ فهنا ثبت في ذمّة البنك أموال هؤلاء وليس نقداً_ ثم إنّ البنك يتصرّف من خلال هذه الذمم الاعتبارية ويتعاقدُ مع المستثمرين على أساس رأس المال الاعتباري والمستثمر بطبيعة الحال يستوفي ديونه من البنوك بتوسط تلك الشيكات أيضاً، وعليه تكونُ العملية عبارة عن تبادل الذمم فأصحابُ الأموال يودعون في البنوك أموالاً اعتبارية، فتكونُ في ذمّة البنك تلك الأموال والبنك بدوره يتعاقدُ على أساس هذه الذمة، إذاً يتملكُ الذمّة ويملكُ الذمّة_ يملك الذمة لأصحاب الودائع ويملكها للمستثمرين_ وعليه أنّه في باب الذمم لا تُوجد مضاربةٌ ولا تُوجدُ وديعةٌ بالمعنى الفقهي، وإنّما هي عقدٌ قرض وهذه الحيلة هي عين الارتطام بالربا، والشاهدُ على ذلك أمور:

الأمر الأول: أنّ رقم المال الاعتباري يفوق رقمَ المال النقدي في الأسواق المالية؛ فإنّ حركة الداخل والخارج بلحاظ الاعتبار أكثر مقداراً بلحاظ القيمة النقدية، وهذا يعزّزُ على أنّ عالم الإعبارات هو الأساس.

الأمر الثاني: أنّ علم النقد الحديث وضع ضوابطاً وأسساً لهذا العالم (عالم الذمّة) ودرس آثارها السلبية، إذ قد يتضحُ هذا العائد الاعتباري بما يضرُّ بأمر الدولة نفسها، من هنا تجعلُ الدولُ بما يُسمّى بـ(البنك المركزي) غطاءً لتلك الذمم الاعتبارية كالغطاء للأوراق النقدية.

الأمر الثالث: أن ارتفاع السيولة في تلك الذمم المالية يرجع إلى البنك المركزي وإنّ النقص في تلك الذمم المالية يعوّضه البنك المركزي، فدور البنك المركزي مع البنوك كدور العين مع القنوات يرجع إليه الزائد ويُعوّض من خلاله النقص، وهذه العملية تتم بين البنوك الفرعية والبنك المركزي عن طريق عالم الذمة والإعتبار.

الأمر الرابع: أن فكرة إنشاء البنوك أساساً هي قائمة على هذا الغرض، أي: على تحويلات مالية في الذمة^(١).

هذا خلاصة الاعتراض على هذه النظرية.

والجواب عنه واضح، إذ نقول: إنّ عقد المضاربة بين أصحاب البنوك وبين المستثمرين لا يُشترط فيها أن يكون العامل (المستثمر) مسيطراً على الأموال، أي: على السيولة النقدية، بل يكفي أن له السيطرة على الأموال ولو بالذمة الاعتبارية، فلو رجعنا إلى علم النقد الحديث فنجد أنّ عامل المضاربة اليوم لا يُشترط فيه أن يكون مستملاً للنقد، بل يكفي أن يستثمر هذه النقود ولو بالسيطرة الاعتبارية عليها، إذاً مجرد كون ما يجري في الخارج تبادل بين الذمم لا يكفي لرفع اليد عن المعاملة الشرعية الصحيحة وهي عقد المضاربة بين البنك والمستثمرين بدعوى أنّ ما يجري هو الذمم وهي ترجع إلى القرض إذ يُقال له: إنّ عقد المضاربة أساساً في

(١) فقه المصارف والنقود، محمد السند: ٢٢١ و ٢٢٢.

علم النقد الحديث يجري على الذمم أيضاً^(١).

الخلاصة: الصحيحُ تخريج هذه الودائع (الثابتة وودائع التوفير) على أساس الوديعة بالمعنى الفقهي، وبالتالي تنحلُّ المشكلة من الأساس.

القسم الثاني: البنوك الحكومية

قلنا إنَّ الودائع تارة تُوضعُ في البنوك الأهلية، وأخرى في البنوك الحكومية، وما تقدّم من الطرق كانت ترتبطُ في البنوك الأهلية، والآن لا بد أن نتكلّم حول الشق الثاني من الودائع التي تكونُ في البنوك الحكومية.

التخريجات الفقهية لأخذ الفائدة من البنوك الحكومية:

التخريج الأول: البناء النفسي على عدم مطالبة الزبون بالفائدة

ما ذكره السيد الخوئي رحمته الله من أنَّ الزبونَ يُوطّن نفسه على عدم المطالبة بالفائدة

(١) مضافاً إلى أنَّه لم يثبت بأنَّ عامل المضاربة (المستفيد حسب الأطروحة) لا بد أن تكون عنده الأموال حتى يُضاربَ ويعملَ بها. نعم، يُقالُ له: إعمل والأموال موجودة، فلو ذهبنا إلى التعاملات الخارجية نجد أنَّ عامل المضاربة يكفي أن يكون مسيطراً على المال، ولا يشترط أن يقبض هذه الأموال، وعليه يكون عقد المضاربة مبنياً على الذمم في علم النقد الحديث، فعاملُ المضاربة أيضاً يعملُ على أساس الذمم، فإذا كان الأمرُ كذلك فلماذا نقولُ إذاً هو قرض؟ فلنقل أنَّها مضاربة، ولا يشترطُ فيها أن يكون العاملُ مسيطراً على الأموال النقدية، بل يكفي أن يكون مسيطراً على الذمم.

لو لم يدفعها البنك ولا يتأذى بعدم الدفع له، وإذا حصل هذا التباني النفسي لا تكون المعاملة آنذاك ربوية^(١).

وتوضيحه: إنَّ الزبون حينما يُقرضُ البنك فهو يبني على عدم المطالبة بالفائدة، فليس له شرطٌ جديٌّ بالفائدة الحاصلة حتَّى لو أقدم على التوقيع للمعاملة التي تتضمنُ دفع الزيادة له من قبل البنك، لماذا لا يوجد شرطٌ جديٌّ بأخذ الفائدة، حينئذٍ تكونُ المعاملة مع البنك آنذاك صحيحة وضِعاً وجائزة تكليفاً.

أمَّا الصحةُ الوضعية، فلأنَّ الشرط المذكور في المعاملة لا يؤثِّر على القرض؛ لعدم التفاعل معه جدياً من قبل الزبون أو إنَّ هذه الطريق لو تم ينتفي موضوع الربا القرضي من أساسه.

وأمَّا الجواز التكليفي، أي: يجوزُ أخذ الزيادة، فلاجل أنَّ البنك الذي دفع له الزيادة هو البنك الحكومي وهو يبني على أنَّ المال يُعاملُ معاملة مجهول المالك، وبإجازة الحاكم الشرعي يجوزُ التصرُّفُ به تكليفاً في البنوك الحكومية.

ومن الجدير بالذكر أنَّ هذا الطريق يتمُّ حتَّى مع البنوك الأهلية أيضاً، ففي كلا البنكين هذا الطريق لو تمَّ يصلحُ كحلٍّ لحلِّية أخذ الفائدة مع البنوك الأهلية أيضاً؛ وذلك أنَّ فحوى هذا الطريق هو نفي الشرط من جهة المراد الجدي، وهذا المعنى يأتي في كُلِّ التعاملات من دون الاختصاص بينك دون آخر، لكن في البنوك الأهلية الزيادة المدفوعة من مالك معيّن بخلاف البنوك الحكومية، ومن هنا نقول: إنَّ هذا

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

الطريق يعالج الموقف من ناحية مقام الإنشاء لا من ناحية الواقع الخارجي، أي: إن هذا العقد صحيح شرعاً؛ لأنّ الزيادة المشروطة لا يُوجد قصد جدي لها، ولكن من ناحية الواقع الخارجي يحرم أخذ الزيادة؛ وذلك لأنّ البنك الأهلي (وهو المالك الشرعي) دفعها بعنوان الزيادة الربوية وحيث لا يجوزُ وضع اليد عليها فتكون محرّمة الأخذ، لا سيما أنّ المالك الشرعي لم يقصد أيّ عنوانٍ آخر يكون مبرراً لأخذ تلك الزيادة، فالنتيجة تكونُ صحة العقد لوجود تباني نفسي على عدم جدية الشرط إلاّ أنّه يُحرّم أخذ الزيادة خارجاً، فهذا الطريقُ يصحّح العقد في عالم الإنشاء دون عالم الخارج، ففي عالم الخارج لا يصحّ وضع اليد على الزيادة.

والإختلافُ والإشتراكُ في هذا الطريق بين البنك الحكومي والأهلي:

نقطة الخلاف هي إنّ الزيادة المدفوعة لا يحرمُ أخذها في البنك الحكومي بناءً على عدم مالكية الدولة بخلاف البنوك الأهلية فالزيادة المدفوعة يحرمُ أخذها؛ لأنّ البنك الأهلي دفعها بعنوان الفائدة الربوية ولا يجوزُ وضع اليد عليها، ولا يُوجد عنوان آخر مُباح دفعها البنك لأجله فتكونُ الزيادة على كلّ حال محرّمة الأخذ.

وأما نقطة الإشتراك فهي أنّ عقد القرض في مقام الإنشاء صحيح، بإعتبار عدم وجود شرط ربوي؛ لأنّ الزبون يأتي وهو بانٍ في قرارة نفسه على عدم أخذ الزيادة.

هذا هو حاصلُ ما يُستفاد من كلام السيد الخوئي رحمته الله، وأيضاً ممّن يبني على هذا

الطريق السيد الهاشمي رحمته الله ^(١).

ويمكنُ إبداءُ بعض الملاحظ على ما ذكره رحمته الله:

الملحظ الأول: ما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله) بقوله: (يجوز الإيداع في البنوك الأهلية -بمعنى إقراضها- مع عدم اشتراط الحصول على الزيادة، بمعنى عدم إناطة القرض بالتزام البنك بدفع الزيادة، لا بمعنى أن يبنى 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 التفكيك بين قضيتين:

القضية الأولى: أن يكون عقد القرض مجرداً عن إشتراط عدم الزيادة، بمعنى يشترط الزبون أو البنك في ضمن العقد، فإن عقد القرض لا يُنط بالزيادة.

القضية الثانية: عدم التباني على عدم أخذ الزيادة رغم وجود شرط مصرح به من قبل البنك بدفع الزيادة، فإذا فرّقنا 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.

الملحظ الثاني: أنه قد بنى على أخذ الزيادة من باب أنها مجهولة المالك، وقد تقدّم

أنّ الصحيح أنّ الدولة بما لها من مرافق كالبنوك هي مالكة، فينهار هذا الطريق من أساسه.

الملحظ الثالث: لو تنزّلنا وقلنا بعد مالكية الدولة، نقول: إنّ ما ذكره من دخول الفائدة تحت عنوان مجهول المالك وبالتالي يلزم التصدّق بنصف تلك الفائدة، خروج عن محلّ الغرض من الوديعة، وعليه يضعف الإقدام على إيداع الأموال في البنوك، إذ لا فائدة معتدّاً بها من هذا الإيداع^(١).

الملحظ الرابع: أنّ هذا التخريج إنّما ينفع في البنوك التي تتعامل مع الفوائد الربوية، فيذكر للفرد المسلم طريق للتخلّص من حرمة هذه الفوائد، ولا ينفع فيما لو أريد إحداث بنك إسلامي يعمل على أساس التشريعات الإسلامية في داخل الدولة، فتأتي المشاكل نفسها، فإنّ هذا البنك الإسلامي الذي يعمل على ضوء المبادئ العامة للإسلام حكوميّ والحكومة لا تملك، وعليه فسوف تأتي هذه التوالي الفاسدة كلّها.

التخريج الثاني: الإيداع

أورد الشيخ حسين الحلّي رحمه الله على هذا التخريج بقوله: (ويكون إعطاء المال في هذه الصورة من قبل الشخص الى البنك بمنزلة من أتلّف ماله وعند الإسترجاع يكون ما يأخذه منهم مع ما يُضاف إليه من الفوائد من فروع المال المجهول مالكة،

(١) إلا على احتمال أن التصدّق يكون على المودع نفسه فيما إذا كان فقيراً، ولكن هذا الاحتمال ضعيف جداً؛ لأنّ المقصود من (تصدّق) هو التصدّق على الغير، ويُقال: إن بشيء قليل.

ويحتاج حينئذ الى 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 اشتراط الحصول على الزيادة فإنه ربا، بل إيداع المال فيها ولو من دون شرط الزيادة بمنزلة الإتلاف له شرعاً؛ لأن ما يمكن إسترجاعه من البنك ليس هو مال البنك، بل بحكم المال المجهول مالكة، وعلى ذلك يُشكل إيداع الأرباح والفوائد التي يجنيها الشخص أثناء سنته في البنوك الحكومية قبل إخراج الخمس منها؛ لأنه مأذون في صرفه في مؤونته وليس مأذوناً في إتلافه، فلو أتلفه ضمنه لأصحابه)^(٢).

توضيح ذلك: أن الشخص لو حصل على مقدار من المال فعليه إذا أراد إيداعه في البنك الحكومي تخميسه أولاً؛ لأنه بمجرد الوديعة سوف يُقدم على إتلاف أمواله شرعاً بمعنى سوف يتبدل المال من كونه معلوم المالك الى مجهول المالك؛ لأن الدولة إذا لا تملك فالمال الذي دُفع أولاً قد صار بحكم العدم، والمال الثاني الذي دُفع إليه هو غير المال الأول، وإنما هو مال للدولة وهي مجهولة المالك فيلزم عليه أولاً التخميس قبل الإيداع؛ لأن الإيداع يُمثل إتلافاً للمال، والذي يُقدم على إتلاف ماله يجب عليه الخمس أولاً؛ وذلك لأن السنة التي أعطيت لصاحب المال هي من باب الإحتياط لصرفه في باب المؤونة، ومع الإقدام على الإتلاف في أول الوقت فلا معنى

(١) بحوث فقهية، حسين الحلي: ٩٢.

(٢) الى هنا كانت هذه العبارة موجودة في النسخ القديمة، وهناك إضافة جديدة سوف تأتي.

لإحتياط الصرف، ويجبُ عليه ثانياً إذا إستلم الأموال أن يعاملها معاملة مجهولة المالك، هذا حاصلُ ما ذكره في الإيداع لدى البنوك الحكومية.

ويمكنُ إبداءُ مناقشتين على هذا الكلام:

الأولى: أنَّ الإيداع في البنوك الحكومية إذا كان يُمثّلُ عمليةً إتلافٍ للمالِ شرعاً من جهة أنَّ الدولة مجهولة المالك، فهذا لا ينسجمُ مع الوجدان العُرفي للناس، وعدمُ الإنسجام المذكور يُمكنُ أن يكون منبهاً وجدانياً على بطلان فكرة عدم مالكية الدولة.

الثانية: إنّا لو تنزّلنا وقبلنا الفكرة المذكورة، إلّا أنّه يُمكنُ القول أنَّ أيَّ إتلاف

يحصلُ عند إيداع الأموال؟ لو كان يقصدُ بالإتلاف الحقيقي فهذا واضحُ البطلان كيف وإنَّ حركة البنوك الإقتصادية ترتبطُ بتلك الأموال؟ وإن كان يقصدُ بالإتلاف الشرعي فيلزمُ من ذلك حرمة الإيداع لدى البنوك؛ لأنَّ الإيداع إذا كان يُمثّلُ مقدمة للإتلاف شرعاً فيحرّمُ الإتيانُ بتلك المقدمة، وبما أنّه لا يقولُ بها أحد؛ لأنَّ لازم ذلك أن يحرس الأشخاص أموالهم في البيوت، وهذا شيءٌ غريب.

التخريج الثالث: الإبداع مع الإذن والترخيص بالتصرف

وهو ما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله) في الطبقات اللاحقة فقال:

(هذا إذا لم يقع الإيداعُ بإذن الحاكم الشرعي مع ترخيصه^(١) للبنك في أداء

(١) أي ترخيص الحاكم الشرعي للبنك.

عوض المال المودع ممّا لديه من الأموال، وأمّا الإيداعُ مع الإذن والترخيص المذكورين - كما صدر ذلك ممّا للمؤمنين كافة^(١) - فيقعُ صحيحاً ويجري عليه حكمُ الإيداع في البنك الأهلي، وأمّا الزيادةُ الممنوحة من قبل البنك وفق قوانينه فقد أذنّا للمودعين بالتصرّف في النصف منها مع التصدّق بالنصف الآخر على الفقراء المتدينين^(٢).

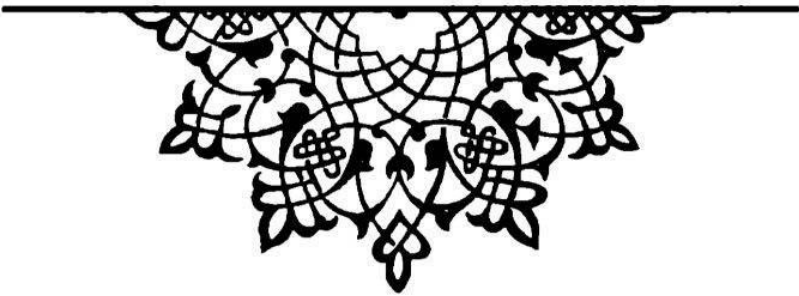


(١) هذا حكمٌ ولائِيٌّ، وإن ثبت فهو يعمُّ الجميع.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٠.



الاعتمادات المستندية



الاعتمادات المستندية

إذا أراد شخص أن يستورد بضاعةً من تاجر يتواجد في الخارج، بما أنه قد لا يضمن وصول البضاعة على طبق المواصفات المتفق عليها في العقد، وهكذا المصدر لا يضمن لو أرسل البضاعة سوف يحصل على الثمن، فلعل المستورد لا يدفع الثمن الى المصدر أو يُماطل في دفع الثمن، فلتخلص من المشكلة المحتملة بين المصدر الذي يريد الحصول على الثمن، والمستورد الذي يريد الحصول على البضاعة بالمواصفات يقوم البنك بدور الوسيط بينهما، ويتعهد بضمان حق المصدر والمستورد، والتعهدات المستندية تنقسم على قسمين:

الأول: اعتمادات التصدير

من يريد تصدير بضاعة الى الخارج يقوم المستورد الأجنبي بفتح اعتماد لدى البنك ليتعهد البنك بموجبه بتسليم مستندات البضاعة وتسديد ثمنها الى البائع المصدر.

الثاني: إعتادات الإستيراد

بعد أن تتم معاملةً بين تاجر وشركة - مثلاً - خارج البلاد على نوع من البضاعة وبعد تامة المعاملة من الجهات الداخلية فيها، يذهب التاجر الى البنك ويطلب منه فتح إعتدادٍ يتعهد بموجبه البنك بتسليم مستندات البضاعة المستوردة وتسليمها الى فاتح الإعتداد ويدفع فاتح الإعتداد قسماً من قيمة البضاعة ويتصدى البنك لدفع تمام القيمة الى الشركة ويتسلم البضاعة وتسجل باسم البنك من حين التصدير، وعند وصولها الى المحل يُطلع البنك مالکها بالوصول وتحوّل البضاعة من إسم البنك الى إسم مالکها بعد أن يدفع ما دفعه البنك الى الشركة مما بقي من قيمة البضاعة.

ولا فرق بينهما من جهة تعهد البنك، وإنّما الفارق في أن إعتادات التصدير تعهد البنك بحصول المصدر على الثمن، وإعتادات الإستيراد تعهد البنك بحصول المستورد على المواصفات ومجيء البضاعة.

وهذه العملية إنّما جيء بها - بالإضافة الى الفائدة المذكورة - للتخلص من مسألة غسيل الأموال، فمسألة البيع والشراء عادةً تتم بالعملة الصعبة، فلکي يُحافظ البنك على تلك العملة يقطع الطريق على الطرفين بأن يكون هو الوسيط في هذه العملية، إذ من المحتمل أن يأتي بأوراق مزورة ويدعي إني قد إشتريت بضاعةً بكذا مليون دولار ويطلب من البنك تسليم هذا المبلغ له، مع أنّه في الواقع لا يوجد أيُّ شراء أو بيع، فهذا يُعتبرُ تهريبٌ لتلك العملة خارج البلد، فمن خلال فتح الإعتادات

تتم السيطرة على مسألة غسيل الأموال.

وهناك قسم آخر من الاعتماد وهو: أن المصدر يقوم بإرسال قوائم البضاعة كماً وكيفاً الى 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 اعتماد لها، ثم يقوم البنك بدور الوسيط الى أن يتم تسليم البضاعة وقبض الثمن.

فإن قلت: ما الفرق بين ما تقدّم من اعتماد التصدير والإستيراد وبين هذه؟ قلت: ما تقدّم المستورد والمصدر إتفقا على المعاملة بكافة شروطها وحصل الاتفاق بينهما إمّا بالمباشرة أو عن طريق الوكيل، فينحصر دور البنك آنذاك في التعهّد للطرفين بالثمن أو تسليم كامل مواصفات البضاعة، بينما في هذا القسم البنك يمارس دور التاجر المصدر؛ لأنّه يعرض تلك البضاعة على المستوردين لا فقط يتعهّد بالتسليم للطرفين.

فإذا عرفنا المقصود من الاعتماد المصرفي، فهنا أسئلة ثلاثة تحتاج الى أجوبة وهي:

السؤال الأول: هل يجوز المطالبة بفتح الاعتماد من البنك؟ وما هو الموقف من العمولة التي يُعطىها فاتح الاعتماد الى البنك، وهكذا نسأل ما هو التخيّر الفقهي لهذه العملية؟

ذكر السيّد الخوئي رحمته الله: (لا بأس بفتح الاعتماد لدى البنك، كما لا بأس بقيامه

بذلك^(١)، وروح هذه العبارة ذكرها السيّد 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: إنّ فتح الإعتماد من قبل البنوك وقيام البنك بالقبول أمر لا إشكال فيه؛ لأنّه لم يدخل هذا الفعل ضمن أيّ عنوان من العناوين المحرّمة. نعم، إذا دخل هذا الفعل ضمن أحد العناوين المحرّمة كما لو كانت التجارة على بيع الخمر مثلاً أو كانت المعاملة ربوية بين المصدر والمستورد، فآنذاك يكون فتح الإعتماد وقبول البنك محرّماً تكليفاً.

ولا بأس أيضاً بأخذ العمولة على ما يكون بإزاء خدماته له من التعهد بأداء دينه والاتصال بالمصدر وتسلم مستندات البضاعة وتسليمها إليه، ونحو ذلك من الأعمال. نعم، كيف نُخرج هذا الموقف فقهياً، أي: إنّ دفع العمولة للبنك وقبوله فتح الإعتماد يكون على أيّ أساس وعلى أيّ عنوان من العناوين؟

التخريجات الفقهية للاعتمادات المستندية

ويمكنُ تخريجُ ذلك فقهياً بأحد التخريجات 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 الزبون يطلبُ من البنك أن يفتح الإعتماد بأجرة فمتعلّق الإجارة هنا هو ذات تعهّد البنك بالدفع الى الطرف الآخر، فهذا التعهّد عملٌ يقومُ به البنك مقابل أجرة، فيندرجُ -إِذًا- على هذا التخريج تحت عقد الإجارة، ولا بد من الإلتزام بكلّ شروط هذا العقد من قبيل أنّه عقدٌ لازمٌ ولا يفسخُ إلا بالتقاييل.

التخريج الثاني: من باب الجعالة

إنَّ الزبون فاتح الإعتماد يجعل للبنك شيئاً إذا تعهّد البنك بالتسليم، ومن الواضح لا يشترطُ في باب الجعالة أن يكون المَجْعُولُ لَهُ أمراً كلياً، وإنّما يصحُّ إذا كان شخصياً^(١).

ويردُّ عليه: إنّه لا يخلو من غرابة؛ لأنَّ الجعالة ليست لازمةً على العامل مطلقاً لا قبل شروعه ولا بعد شروعه؛ إذ له أن يتركه متى شاء، وفي فتح الإعتماد يكونُ العاملُ على الجعالة هو المصرفُ الذي هو ملزمٌ قانونياً بالإتمام وليس مخيراً بإتمام العملية.

التخريج الثالث: من باب عقد الضمان

يضمنُ البنكُ للمصدّر ما ثبت في ذمّة التاجر المستورد من ثمن كما يضمنُ للتاجر وصولَ البضاعة.

والمشكلةُ التي تقفُ في هذا التخريج، هي أن الضامن (البنك) ليس له على

(١) البنوك، محمّد إسحاق الفيّاض: ١٦١؛ فقه المسائل المستحدثة، محمّد صادق الروحاني: ٨٨.

المضمون عنه (المستورد) سوى ما دفعه للمضمون له (المصدر) في حين أن البنك يُطالب المستورد بفوائد زيادة على ما دفعه الى المصدر.

والمشكلة المذكورة قابلةٌ للدفع، من جهة أن ما دلّ من النصوص على عدم مطالبة الضامن للمضمون عنه بغير ما دفعه الضامن الى المضمون له هي في حالة عدم قيام الضامن بأي شيء يستحق من أجله الزيادة، وفي فتح الإعتماد المصرفي، فإن المصرف يدفع للمصدر كل ما يستحق من ثمن البضاعة الذي اتفق عليه مع المشتري ويقوم بأعمال أخرى مصرفية وإدارية، وهذه أمور تستوجب أجرًا.

السؤال الثاني: عندما يطلب المستورد فتح الإعتماد ويوافق البنك على ذلك، فسوف يدفع البنك تمام ثمن البضاعة الى المصدر، ويطلب من المستورد أن يسدّد حالاً بعض الثمن ويبقى البعض الآخر يتفق البنك معه على التسديد في مدة يتم الاتفاق عليها، وهذه القضية وهي - أن البنك سوف يدفع تمام الثمن - هي لصالح المستورد؛ لأنّه يتمكّن من الاستفادة من الثمن الذي لم يدفعه في مجالات أخرى.

والسؤال المهم: أن البنك حينما يدفع تمام الثمن، ثم يقوم المستورد بتسديد نصفه الى البنك النصف الآخر البنك سوف يأخذ فائدة نسبية (عشرون بالمائة) من المستورد على التأخير في تسديد الباقي؛ إذ لا يفعل ذلك مجّاناً، فما هو الموقف الفقهي من الفوائد التي يطلبها البنك منه؟

قد يُقال: إن البنك هو يُقرض^(١) المستورد ويطلبه بالزيادة على القرض، فيُحكم

(١) بناءً على أن فتح الإعتماد يرجع الى القرض كما هو أحد التخريجات المحتملة، وبناءً عليه نحتاج الى تصويرات لتوجيه وحلّية دفع الفوائد الى البنك.

بحرمة هذه الزيادة؛ لأنَّه كُلُّ قرضٍ جرَّ منفعةً فهو حرامٌ، وهذا التصويرُ معروضٌ بشكل نهائي في سياسات المصرف وبشكل بدوي عند الفقهاء؛ لأنَّ الفقهاء جعلوه أحد الاحتمالات، وقالوا إنَّ الذي يحصل ليس قرضاً بحقيقته، وإنَّما هو يندرج تحت أحد التصويرات^(١) الآتية التي لو تمت فلا إشكال في أخذ الفائدة:

التصورات الفقهية في العمولة التي يأخذها البنك من فاتح الاستيراد:

التصوير الأول: من باب الإجارة

ما ذكره السيد الخوئي رحمته الله من أنَّ هذه العملية لا ترجع إلى القرض، وإنَّما ترجع إلى الضمان بالتسبيب، فحينما يتم فتح الاعتماد فكأنَّ المستورد يأمر البنك بتسديد ثمن البضاعة إلى المصدر، وهذا أمرٌ بالتسبيب إلى الإلتلاف فيضمن المستورد 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 فيستفاد من عدم الردع الإمضاء، لذا قال: (يأخذ البنك فائدةً نسبيةً من فاتح الاعتماد إذا كان قيامه بتسديد الثمن من ماله الخاص، أي: (من مال البنك الخاص) لقاء عدم مطالبة فاتح الاعتماد به إلى مدة معلومة، فهل يجوز هذا؟ الظاهرُ جوازُهُ؛ وذلك لأنَّ البنك في هذا الفرض لا يقوم بعملية إقراض لفاتح الاعتماد ولا يدخل الثمن في

(١) هذه التصويرات وبضمنية التخريجات السابقة على تقدير تمامية بعضها تصلح للجواب

ملكه (البنك) بعقد القرض ليكون رباً، بل يقوم بذلك بموجب طلب فاتح الإعتماد وأمره، وعليه فيكون ضمان فاتح الاعتماد (المستورد) ضمان غرامة بقانون الإتلاف لا ضمان قرض^(١).

وهذا التصويرُ إعرَض عليه الأعلام بإعتراضات ثلاثة:

الأول: ما ذكره السيد الصدر رحمته الله من أن الدليل الدال على حرمة الربا بواسطة القرض يدلُّ بالالتزام على حرمة الربا بكُلِّ دينٍ وإن لم يكن هناك قرض، وإن كان يوجد فرقٌ بين القرض والدين - ولكنه لا يُؤثِّر على المقام - وهو أن القرض ضمانٌ خاصٌ يحصل بسبب القرض، بينما الدين كُـل مال ثابت في الذمة سواء أكان بسبب القرض أو بسبب عقد النكاح أو بسبب أرش الجنایات، فالدين أعم من القرض فكلُّ قرضٍ هو دين وليس كل دين هو قرض.

وعلى أيِّ حالٍ، إن السيد الصدر رحمته الله يدَّعي أن ما دلَّ على حرمة أخذ الفائدة من جهة عقد القرض يدلُّ 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 الإعتماد حينما أمر البنك بالتسديد جعل ديناً في ذمته والبنك طالبه بالزيادة فتكون محرمة؛ لأنَّ العرف لا يفرِّق بين حرمة أخذ الزيادة بسبب القرض أو الدين ولا حظ نصِّ عبارته: (أنَّ الدليل الدال على حرمة إلزام الدائن مدينه بزيادة على الدين الذي حصل بالقرض يدلُّ عرفاً - وبإلغاء الخصوصية بالإرتكاز العرفي - على حرمة إلزام الدائن مدينه

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤٠٩ / مستحدثات المسائل / المسألة ٨.

بالزيادة فيما إذا كان الدين حاصلًا لا بسبب القرض، بل بسبب الأمر بالإتلاف كما في المقام بحسب الفرض؛ لأنَّ التفرقة بين الحالتين تعني أنَّ المدينَ إذا أصبح مدينًا في مقابل تملك شيءٍ بالقرض فلا يجوزُ إلزامه بالزيادة، وإذا أصبح مدينًا لا في مقابل تملك شيءٍ فيجوزُ إلزامه بالزيادة، فكأنَّ تملك شيءٍ له دخلٌ في الإرفاق به وتحريمُ إلزامه بالزيادة، وهذا على خلاف الإرتكاز العُرفي، وعليه فتثبتُ حرمةُ الإلزام بالزيادة في الحالة الثانية أيضًا^(١).

الثاني: إذا سلّمنا عدم حرمة الإلزام بالزيادة من جهة الدين؛ لعدم كونها زيادة في عقد القرض، فلا بد من سببٍ معاملي يجعلُ المدينَ ملزمًا بدفع الزيادة، وبما أنَّه لا يُوجدُ هذا السبب في مقامنا، إذ لا عقد غير الأمر بالإتلاف فلا ملزم لدفع الزيادة. إن قلتَ: إنَّ السيد الخوئي رحمته الله ادّعى أنَّ السبب موجودٌ، وهو الأمرُ بإتلاف المال من قبل فاتح الإعتماد وهذا تسبیبٌ بالإتلاف.

قلتُ: هذا مجرد وعد ابتدائي ولا دليل على إلزامه، إذاً نحتاجُ الى سبب ولا سبب. الثالث: ما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله) بقوله: (ولكن من الواضح أنَّ فاتح الإعتماد لا يضمنُ للبنك بطلبه أداء دينه إلّا نفس مقدار الدين، فأخذ الزيادة بإزاء إمهاله في دفعه يكونُ من الربا المحرّم)^(٢).

فخلاصة المناقشة الضمان بالتسبيب يكونُ بمقدار القيمة السوقية لا أزيد، بينما

(١) البنك اللاربوي في الاسلام، الملحق الأول، محمّد باقر الصدر: ١٦٤.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٢ / مستحدثات المسائل / المسألة ١٠.

فاتح الإعتماد يُطالب بالإضافة الى الدين بدفع فوائد أخرى مقابل إمهاله في دفعه.

التصوير الثاني: من باب الجعالة

الزيادة تُدفع للبنك على أساس عقد الجعالة، ففاتح الإعتماد يقول (جعلت لمن يُسدّد ديني مقداراً من الأموال) ولا يُشترط في الجعالة أن يكون المجعول له أمراً كلياً، بل يجوز أن يكون أمراً مشخصاً كالبنك.

وواضح هذا التصوير مبني على الجعالة، بأن يجعل فاتح الإعتماد جعلاً مقابل التسديد الذي يتعهد به البنك، ويتضمن هذا الجعل أصل الثمن الذي تمّ تسديده من قبل البنك مع الفائدة التي يطلبها البنك، ومن الواضح أنّ أخذ الفوائد على الجعالة لا يرتطم بمسألة الربا، وإختار هذا التصوير الشيخ حسين الحلّي رحمته الله قال ما نصّه: (فلا يكون ذلك من باب القرض لتكون الزيادة ربوية، بل هي من باب الجعالة على أنه إذا أدّى عني ديني أن أدفع له أصل المال والزيادة المقررة)^(١)، وهكذا السيد السيستاني (حفظه الله) قال: (وهذا النحو من الفائدة يجوز أخذه على أساس أنّه 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 بالالتزام

(١) بحوث فقهية، حسين الحلّي: ١٢٣.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٢ / المسألة ١٠.

العُرْفِي على حرمة أخذ الفائدة لكل دين وإن لم يكن الدين عن طريق القرض؛ لأننا لا نفهمُ الخصوصية للقرض، وإنما القرض مجرد طريق؛ لإشغال ذمة الغير بالدين، فإذا ترتب على الدين زيادة سوف تثبت الحرمة على مطلق أسباب الدين من دون خصوصية للقرض.

ومما يساعد على التعميم المذكور قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(١)، وعليه بما أن الجُعالة هي أحد الطرق لإشغال ذمة الجاعل بالدين فجعل الفائدة زيادة على إشغال الذمة تدرج آنذاك في باب الفائدة المحرمة بعد التجريد لخصوصية القرض من الفائدة المحرمة فقط، وعليه أن الفائدة متى ما أُشترطت بعد إشغال الذمة تكون محرمة من دون خصوصية للقرض، فإن التخلّص من حرمة الفائدة بواسطة الجُعالة كما هو حال هذا التخريج أو بواسطة التسبب إلى الإتلاف - كما في ضمان الغرامة - كما هو الحال في التخريج الأول أن التخلّص بذلك هو من قبيل التمسك بالقشور والذهاب بعيداً عن الروح.

الإشكال الثاني: أن التصوير على أساس الجُعالة لا ينسجم مع واقع الاعتمادات المستندية؛ لأن خصائص الجُعالة تختلف عن الاعتمادات بعدة أمور، منها:

الأول: الجُعالة من الإيقاعات التي لا تحتاج معها إلى القبول؛ لأنها ليست معاملة بين طرفين حتى يحتاج إلى قبول، وهذا يتنافى مع الاعتمادات المستندية التي هي عقد بين المستورد والبنك، وأصحاب تصوير الجُعالة يصرون بأن الاعتمادات المستندية

هي من سنخ العُقود^(١) بدليل إمكان تصويرها ضمن عقد البيع، ولا معنى لذلك إلا لكون الإعتمادات المستندية عقدًا.

الثاني: الجعالة يجوز للجاعل التراجع قبل شروع العمل ولا يجوز ذلك بعد الشروع إلا مع التوافق مع العامل، بينما في الإعتمادات المستندية لا يجوز للجاعل (المستورد) التراجع مطلقًا.

الثالث: العامل في الجعالة وحسب الفرض هو (البنك) إذا شرع في العمل فلا يجب عليه إتمامه إلا إذا فرض طرو عنوان، كما لو قال الجاعل للطبيب: (إن أجريت عملية لعيني فلك كذا) فإنه لا يحق له التوقف عن إتمام العملية بعد الشروع فيها فيما إذا كان ذلك موجباً للضرر، بينما في الإعتمادات المستندية لا يجوز للبنك التراجع مطلقًا. كل ذلك يؤكد أن تخريج الإعتمادات المستندية على أساس الجعالة لا يخلو من إشكال.

التصوير الثالث: تبديل القرض بالبيع

وهو ما ذكره السيد الصدر^(٢) والسيد السيستاني (حفظه الله) وهو تبديل القرض بالبيع؛ فإن البنك لا يُقرض ففتح الإعتماد (المستورد) حتى تكون الزيادة المأخوذة ربوية، وإنما البنك يبيع بإعتبار أن البنك حينما قبل فتح الإعتماد من جهة المستورد فسوف يسدّد للمصدر الذي يسكن عادة خارج البلاد بالعملة الصعبة (الدولار)، إذ لا يرضى ذاك التاجر المصدر إلا بنقد بلده، فآنذاك يقوم البنك ببيع

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٢.

العملة الصعبة التي في ذمة المستورد إليه بالعملة المحلية مع مراعاة سوق العملات وإرتفاعها، إذ يأخذ البنك بنظر الاعتبار بيع العملة الى فاتح الإعتماد بمقدار يضمن له الفائدة، وعليه تنحل المشكلة من الأساس؛ لأن أخذ الفائدة عن البيع لا إشكال فيها، إذ البيع مبني على أخذ الزيادة، لاسيما إذا ضممننا الى ذلك أن البيع بعملات مختلفة، قال السيد الصدر: (ويمكن تخريج الفائدة على أساس تحويل القرض الى بيع، وحيث إن البنك يسدّد دين التاجر المستورد للمصدر بالعملة الأجنبية فيمكن إقتراض أن البنك يبيع كذا مقداراً من العملة الأجنبية في ذمته بكذا مقداراً من العملة الداخلية، وحينئذ يضيف الى ما يساوي العملة الأجنبية من العملة الداخلية مقدار الفائدة. ولما كان الثمن والمثمن مختلفين في النوعية والجنس فمظهر البيع أقرب الى القبول مما إذا كانا من جنس واحد)^(١).

وقال السيد السيستاني (حفظه الله): (هذا، ويمكن التخلص من الربا في أخذ هذا النحو من الفائدة بوجه آخر، وهو إدراجهُ في البيع، فإن البنك يقوم بدفع ثمن البضاعة بالعملة الأجنبية الى المصدر، فيمكن قيامه ببيع مقدار من العملة الأجنبية في ذمة المستورد بما يعادله من عملة بلد المستورد مع إضافة الفائدة إليه، وبما أن الثمن والمثمن يختلفان في الجنس فلا بأس به، هذا كله إذا كان البنك أهلياً)^(٢).

وفي مقام التعليق نقول: إن هذا التخريج لا بأس به ما لم يصطدم بالإرتكازين

(١) البنك اللاروي في الإسلام، الملحق الحادي عشر، محمد باقر الصدر: ٢٣٢.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٢ / مستحدثات المسائل / المسألة ١٠.

الآيتين، وإلا لو تمّا فيسقط التصوير المذكور أيضاً، وهما:

الأول: العُرف بإرتكازه يرى أنّ العُمَلات النقدية أمرٌ واحدٌ وحقيقةٌ واحدةٌ، ولا إختلاف بينها من كونها دولاراً أو ديناراً عراقياً أو تومانا، إذ هذا الإختلاف هو إختلاف في الأوصاف والشكل دون الحقيقة، فالعُرف بإرتكاز يقول إنّ جميع الفئات النقدية هي مالٌ، وعلى هذا الأساس التبادل يكون بين شيئين ذات حقيقة واحدة ولا مغايرة بينهما أساساً.

الثاني: بابُ البيع يختلفُ عن باب القرض، فالبيعُ عبارةٌ عن المعاوضة مع المغايرة بين الثمن والمُثمن (كبيع كتاب بدينار) بينما في باب القرض هو الضمان بمثله، فإذا قُلت لشخصٍ: (خذ هذا المال قرضاً لك) سوف يثبتُ بذمّته في الذمّة مالاً بمثله.

فإذا تمّ الإرتكازان فنقول: إنّ بيع العملة الصعبة للمستورد بالعملة المحلية بمقتضى الإرتكاز الأول لا مغايرة بين العملتين؛ لأنّهما مالٌ وذات حقيقة واحدة، وبمقتضى الإرتكاز الثاني أنّ هذا قرض؛ لأنّه يعتمدُ على عدم المغايرة وهي حاصلةٌ بمقتضى الإرتكاز الأول، وعليه هذا التصوير يكونُ القرض قد ألبس لباس البيع وروحه قرض وجرّ نفعاً فيكونُ حراماً.

إن قلت: إنّ المعاملة متقوّمة بالقصد فما دام يقصد الطرفان البيع فتجري المعاملة على القصد المذكور، ولا إلتفات الى أنّها قرضٌ في واقعها؛ وذلك لعدم قصد المتعاقدين له؛ إذ العُقود تتقوّم بالقصود.

قلت: إنّ بعض العُقود لا يوجدُ فارقٌ ثبوتيّ بينهما إلا بالقصد، وبعضها الفارقُ

حاصلٌ من دون حاجةٍ للقصد، ويُمكنُ التمثيلُ للأول في البيع والصِّلح فإنَّ قولك: (أبيع الكتاب بدينار هو عين صالحتك على هذا الكتاب بدينار) فهنا لا فارق ثبوتي بينهما إلَّا بالقصد.

ويُمكنُ التمثيلُ للثاني في باب البيع والقرض، فإنَّ البيع متقوِّمٌ بالمغايرة بين المثلث والثلث بخلاف القرض؛ فإنه متقوِّمٌ بعدم المغايرة.

نعم، في بعض الأحيان البيع يكونُ الثمنُ يُماتلُ المثلث لا مغايرةً له، فبدلاً من بيع الكتاب بدينار قد يكونُ بيعُ الكتاب بمثله، فهنا يبقى الفارقُ ثابتاً بين البيع والقرض، إذ في حال المماثلة بين الثمن والمثلث في البيع، فإنَّ الثمن يكونُ عيناً خارجية.

التصويرُ الرابع: أن يكون المستورد دائناً للبنك

إنَّ 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؛ لأنَّها نفعٌ يحصلُ عليه المدينُ لا الدائن، وحرمةُ الربا مختصةٌ بأن يحصل الدائنُ على نفع من ناحية القرض لا المديون^(١).

وفيه: أنَّ هذا التصوير لا يوجدُ مبرراً للإلتزام به؛ لأنَّ أخذ العمولة من البنك لا يتوقَّفُ أخذها على كون البنك مديوناً، بل يجوزُ له أخذها ولو كان دائناً؛ وذلك

(١) بحوثُ فقهية، حسين الحلي: ١٣٥.

لقاء عمل له قيمة مالية زائدة على القيمة المالية للمال المقرض 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 كل شهر يسبق تحصيل الثمن، فيقول له: (أبيعك بضاعة بشرط أن تعطيني (كذا مبلغ) على كل شهر تأخير) فإذا تأخر في دفع الثمن يكون المستورد ملزماً بدفع الفائدة، وهذا لا إشكال فيه؛ لأنه ليس ذلك إلزاماً بالربا المحرم، وإنما إلزامٌ بحكم عقد البيع لا عقد القرض حتى يكون محرماً.

نعم، إذا اشترط في عقد البيع على نحو شرط النتيجة بأن يقول له: (أبيعك بضاعة بشرط أن تعطيني (كذا مبلغ) في كل شهر يتأخر فيه دفع الثمن) لم يجوز وإن كان في عقد البيع؛ لأن المستورد يدفع الفائدة مقابل الأجل، وهو من اشتراط الربا. إذاً بما أن الشرط الواقع ليس في عقد القرض وكذا ليس في مقابل الأجل؛ ليكون قرضاً ربوياً، وإنما وقع في عقد القرض وقبل حلول الأجل.

وقد أشار السيد الصدر رحمته الله إليه بقوله: (ويمكن تخريج هذه الفوائد وتفسيرها فقهيّاً على أساس الشرط في عقد البيع، بمعنى أن المصدر في عقده مع المستورد يشترط عليه دفع مبلغ معين من المال عن كل يوم يسبق تحصيل الثمن، فيصبح المستورد والبنك الممثل له ملزماً بدفع المبلغ المشترط، وليس ذلك من الزيادة الربوية المحرمة؛ لأن الإلزام بدفع ذلك المبلغ إنما هو بحكم عقد البيع، لا بحكم عقد القرض، وما هو المحرم جعل شيء في مقابل تأجيل القرض حدوثاً أو بقاءً،

لا إلزام بدفع شيء بحكم الشرط في ضمن عقد البيع^(١).

السؤال الثالث: ما حكم بيع البضاعة لو تخلف صاحبها عن تسلّمها؟

لو تخلف صاحبُ البضاعة عن التسلم بعد إعلان البنك إياه، فللبنك أن يقوم ببيعها وإستيفاء حقّه من ثمنها.

والوجهُ في ذلك: أنّ البنك قد اشترط في ضمن العقد ذلك صريحاً أو ضمناً، فإنّه من ضمن القوانين البنكية المعلومة والواضحة جواز تصدّي البنك للبيع وإستيفاء حقّه منها إن لم يؤدّ المستوردُ حقوقه القانونية، ومقتضى الشرط المذكور توكيلُ البنك في البيع آنذاك.

هذا كُلُّهُ في البنوك الأهلية.

أما البنوك الحكومية: فإذا بنينا فيها على عدم ملكية الدولة أو أنّ البنك مشترك، فبناءً على إنّ البنك يؤدي دين فاتح الاعتماد فلا يصير (فاتحُ الاعتماد) مديناً شرعاً بشيء، فلا يكونُ التعهّد بإداء الزيادة إليه (البنك الحكومي) من قبيل التعهّد بدفع الربا المحرّم، وإنّما دفعُ الزيادة من باب عدم إمكان التخلّص قانوناً من ذلك، وهذا الذي يذكره أصحابُ عدم ملكية الدولة لا يتمُّ على من يرى أنّ عنوان الدولة عنوان يملك، أو الذي يفرّق بين ملكية البنك وملكية الدولة - كالشيخ الفيّاض (حفظه الله)^(٢) - الذي يرى ملكيةَ البنك دون الدولة؛ إنّه بناءً على ذلك إذا تمت التصويراتُ

(١) البنك اللاربوي في الإسلام، محمّد باقر الصدر: ١٣٠.

(٢) البنوك، محمّد إسحاق الفيّاض: ٤١.

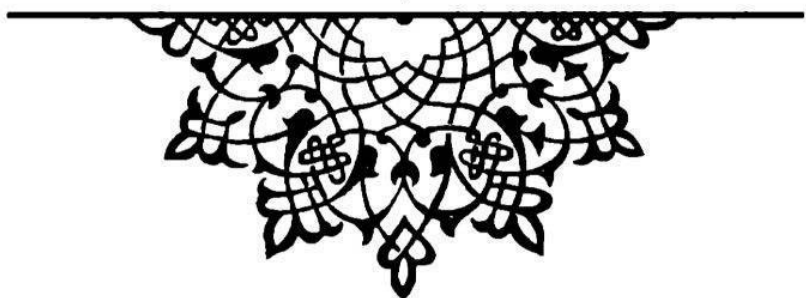
٢٩٦.....بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة

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



خزنُ البضائع

قد يكونُ البنكُ وكيلاً في إيصال البضائع من المصدّر الى المستورد، والتخزينُ يقعُ على نحوين عادةً:

أنواع التخزين:

الأول: التخزين على حساب المستورد

إذا تمّ العقدُ بين المستورد وبين المصدّر وقام البنكُ بتسديد ثمنها الى الجهة المصدّرة، فعند وصول البضاعة الى بلد المستورد يقومُ البنكُ بإخطار عميله وإعلامه بوصولها ويُسلّمهُ مستندات البضاعة وخصوصياتها، فإن تأخّر المستوردُ عن تسلّم البضاعة في الموعد المُقرر في خطاب البنكِ إليه قام البنكُ بخزنها وحفظها على حساب المستورد إزاء أجر معيّن.

الثاني: التخزين على حساب المصدر

إذا أرسل البضاعة الى البنك دون عقد وإتفاق مسبق مع الجهة المستوردة للبضاعة، فحين وصولها وخزنها يقومُ البنكُ بعرض قوائم البضاعة على التجار أو

الشركات بهذه البضاعة وخصوصياتها، مقدمة 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 للبنك أخذ الأجرة مقابل خزن البضاعة، فما هو الوجه الفني لأخذ تلك الأجرة؟

السؤال الثاني: هل يجوز للبنك بيع البضاعة إذا تأخر المستورد بتسلمها خلال المدة المحدودة من تأريخ إخطاره بوصول تلك البضائع مطابقة لتمام المواصفات والشروط الواردة في الاعتماد المستندي، وهل يجوز للآخر أن يشتريها أو لا؟

التخريجات الفقهية لخزن البضاعة:

أما جواب السؤال الأول فقد ذكر السيد الخوئي رحمته الله تخريجين له:

التخريج الأول: من باب ضمان الغرامة

إن الأمر بالعمل هو أحد موجبات الضمان الثابت بالسيرة العقلانية، فمن تسبب بعمل ما يكون ضامناً للآخر -كالذي يطلب من الحلاق الحلاقة فيكون ضامناً له أجرة المثل رغم أنه لم يُجرِ عقداً كالإجارة معه- وهذا هو ما يُسمى بضمان الغرامة أو الضمان بالتسبب أو الأمر بالعمل، ومقدار الضمان يكون بحسب أجرة المثل، ويمكن الإتفاق على أجرة بديله عن أجرة المثل، فيوجد ضمانان طوليان، الضمان الأول بمقدار أجرة المثل، والضمان الثاني بمقدار ما يتفقان عليه؛ لأنَّ عمل

كُلِّ شخصٍ محترَّم، وبما أنَّه لم يُعيَّن المقدار على أساس عقد بإعتبار أنَّه لم يتعاقدا، فلا بد من التنزُّل إلى أجرة المثل، وهذا الضمانُ ثابتٌ بالسيرة العقلائية الممضاة، وفي مقامنا أنَّ قيام البنك بالتخزين كان بطلب من المستورد أو المصدر ولم يقصد البنك المجانية فيستحقُّ أجرة المثل أو ما إتفق عليه بعد ذلك.

التخريجُ الثاني: مقابل إجرة ما

ما إذا كان التخزينُ بأجرٍ شرطاً إرتكازياً ضمن عقد، وهو إنَّه لو وصلت البضاعةُ إلى البنك يقومُ بخزنها مقابل أخذ أجرة على ذلك، فيستحقُّ البنك الأجرة عند قيامه بالعمل.

وقد أشار السيد الخوئي رحمته الله 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، وإلا فلا يستحقُّ شيئاً)^(١). وأما السؤال الثاني: -وهو جوازُ بيع البضاعة عند تأخر تسلمها- فخرَّجه السيد الخوئي رحمته الله من باب وجود شرط في ضمن العقد الذي يوقَّع عليه التاجرُ الحاصلُ بينهُ وبين البنك في أنَّ البنك يتصدَّى ولو بالوكالة في بيع البضاعة عند إمتناع التسلم خلال مدة محدودة، ومع وجود الوكالة يجوزُ البيعُ ويجوزُ للآخرين الشراء؛ لأنَّه إذا جاز البيعُ بالوكالة جاز الشراءُ من الوكيل.

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٠ / المسألة ٩.

إن قلت: كيف يكون البنكُ وكيلاً وهو عنوانٌ، والعنوانُ لا يكون وكيلاً عن

شخص حقيقي وهو المستورد؟

قلتُ: إنَّ الكلام هو الكلام في مالكية عنوان الدولة، إذ قد يُقال: إنَّ الدولة

ليست من العناوين القابلة للتملك؛ لعدم الدليل على ملكية العنوان وأجبنا هناك

من قيام السيرة العقلائية على مالكية بعض العناوين كعنوان المسجد وعنوان

الفقراء وعنوان الوقف، وإذا تمَّ ذلك فتتعدَّى الى مالكية كُلِّ عنوان بناءً على أنَّ

الإمضاء يتعلَّق بالنكته لا بالفعل الخارجي.

إن قلت: هناك فرقٌ بين الوكالة والملكية، فالوكالة عنوانٌ ترجعُ في حقيقتها الى

الولاية فكيف يكونُ لهذا العنوان ولاية وهو غير عاقل وغير قاصد؟ فلو تصوّرنا

ملكية العنوان كيف نتصوّر وكالة العنوان؟

قلتُ: إنَّ البنك له وليٌّ حقيقيٌّ وهو المدير أو الموظفون، وهؤلاء لهم النيابة عن

المالكين الحقيقيين، وعليه لهم الولاية على البنك وعلى كُلِّ ما يرتبطُ بالبنك من

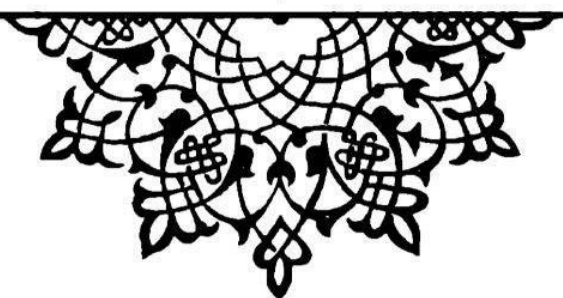
الشؤون والتي منها في حال تأخر تسلّم البضاعة، يكون للبنك وكالة في البيع

بمقتضى الشرط الضمني.





و
الكفالة عند البنوك
(خطابات الضمان)



الكفالة عند البنوك (خطابات الضمان)

إذا تعهّد شخصٌ أو أشخاصٌ مشتركون بجهة حكومية أو غيرها بإنجاز مشروع، كتأسيس مدرسة أو مستشفى أو نحوهما، فتمّ الإتفاق بينهما على ذلك، فإنّ المتعهد له (الجهة المستفيدة من المشروع) قد يشترط على المتعهد دفع مبالغ من المال في حالة عدم إنجاز المشروع وإتمامه في الوقت المقرر عوضاً عن الخسائر التي قد تصيبه، ولكي يطمئن المتعهد له بذلك يُطالب المتعهد بكفيل على هذا، وفي هذه الحالة يرجع المتعهد والمقاوّل الى البنك ليصدر له مستند ضمان يتكفّل فيه للمتعهد له بإداء مبالغ التعويض إذا إمتنع المقاوّل المتعهد عن دفعها بعد تحلّفه عن القيام بإنجاز المشروع في الموعد المقرر.

وهذه تُسمّى بالكفالة عند البنوك، وتشترك في هذه العملية جهات ثلاثة وهي المكفول (المقاوّل) والمكفول له (أصحاب المشاريع) والكفيل (البنك) هذه الأطراف الثلاثة سوف يدخل عليها فائدة، فالمكفول (المقاوّل) يستفيد من هذه الكفالة بأنّه لا يقدّم ضماناً مالياً الى الطرف الآخر، بل يُمكنه الإستفادة من المال في نواحٍ أخرى من أعماله التجارية.

والمكفول له تكون فائدته من هذه الكفالة ضمان حقّه وحصول من يُعوضه عمّا

قد يُصيّبه من الخسائر لو انسحب المقاول ولم يتم ما تعهّد به.
وأما الكفيل (البنك) فيستفيد من كفالته؛ لأنّه يتقاضى عمولة من المكفول يتفق عليها بإزاء كفالته له.

أسئلة أربعة:

فإذا اتّضح المقصود من الكفالة عند البنوك، ينبغي التعرّض الى أسئلة أربعة:

السؤال الأول: هل إشتراط تحمّل الخسارة من قبل المقاول أمرٌ مشروعٌ أو لا؟

أجاب السيّد الخوئي رحمته الله: بأنّه يصحّ أن يشترط المكفول له على المكفول مبلغاً معيّناً من المال، ثم يقيّد هذا الشرط فيما إذا كان في ضمن العقد^(١)، فهنا نقطتان جديرتان بالبحث:

الأولى: ما هو الدليل على مشروعية هذا الشرط؟

الثانية: إنّما يلزم الوفاء به على فرض مشروعيته إذا وقع في ضمن العقد، وأمّا إذا كان الشرط ابتداءً، أي: ذكر قبل العقد، فلا يجب الوفاء به.

أما الأولى فنقول: لا إشكال في مشروعية هذا الشرط لقوله عليه السلام: «كُلُّ شرط جائز إلّا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»^(٢).

وشرط تحمّل الخسارة شرط مشروع ومباح، فيجب الوفاء به كأبي شرطٍ يُذكر

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٠.

(٢) مستدرک الوسائل، الميرزا النوري: ١٣ / ٣٠١ / الحديث ٤.

في ضمن العقد. نعم، هذا الشرط هل هو من قبيل شرط الفعل أو شرط النتيجة؟ إذ تارةً يكون الشرط على المَقَاوِل هو دفع الخسارة، فتعلّق الشرط بعمل خارجي وهو الدفع، وكُلُّ شرط يتعلّق بعمل خارجي يُسمّى بشرط الفعل، وأقصى ما يترتّب على شرط الفعل هو الوجوب التكليفي، أي: لو لم يدفع يكون أثماً، فلو مات لا تشتغل ذمّة الورثة بدفع الخسائر؛ لأجل عدم إشتغال ذمّة الوارث أساساً بذلك، وأخرى يكون الشرط هو إذا لم يُنجز المشروع فأنا مالكٌ لمقدار من الأموال، ونتيجة الملكية إشتغال ذمّة المَقَاوِل بهال للجهة الخاصة، ويُعبّر 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 الذمّة بشيء له سبب، والسبب قد يكون ديناً أو إتلافاً أو بيعاً أو إجارة، ولم يثبت أنّ الشرط من أسباب الضمان، فلا يُمكن التمسكُ بعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(١)؛ وذلك لأنّ الحديث المذكور يُستفاد منه إثبات

(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 /

٢٢٨ / الحديث ٤ / باب السكنى والعمرى والرقبى، وروي بلفظ (المسلمون) كما في

التهذيب، الشيخ الطوسي: ٧ / ٢٣ / الحديث ١٠ و ١١ / باب عُقُود 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

العالمي: ١٥ / ٣٠ / الحديث ٤ / باب ٢٠.

مشروعية الشرط في رتبة سابقة وبعد المشروعية نتمسك بالعموم، وأمّا إذا شك في مشروعية شرط ما، فلا يُمكن التمسك بالعموم؛ لأنّه يكون من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، ومن هنا عبّر السيد الخوئي رحمته الله عن شرط تحمّل الخسائر على نحو شرط الفعل فقال: (قد يشترط المتعهد له على المتعهد مبلغاً معيناً من المال في حالة عدم إنجاز المشروع وإتمامه 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 ابتدائياً، أي: قبل العقد، فإذا يُقصد من وقوع الشرط في متن العقد؟

أُعتبر في الشرط أن يكون مذكوراً في ضمن العقد، والذي لم يُذكر في متنه لا يجب الوفاء به، والظاهر أنّ محلّ الكلام في المقام غير الشرائط التي جرت عليها سيرة العقلاء واشترطوها في العقد سواء كان المتعاملان مُلتفتين الى إشتراطها أم غافلين عنها، وهذا نظير كون التسليم في مكان المعاقدة، وإنصراف الثمن الى نقد البلد ونحوهما؛ لأنّهم تسالموا على عدم اشتراط ذكرها في متن العقد، وذكروا أنّها 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 تباينا على شرط قبل المعاقدة، ثم عند المعاقدة لم يصّر حوا به وإنّا أشاروا إليه، كما إذا قال: (على الشرط المعهود أو الشرط المذكور) كفى ذلك في صحة العقد؛ لعدم إعتبار خصوص التصريح به، والظاهر أيضاً أنّ محلّ الكلام لا يشمل ما إذا تباينا على شرط قبل

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٠ / الكفالة عند البنوك.

المعاقدة ولكنهما في مقام المعاملة لم يوقعا المعاملة مبنية عليه، بل كانت مطلقة غير مبنية على شيء سواء كان عدم البناء مستنداً الى نسيانها الشرط أو غفلتها عنه فضلاً عما إذا كان مستنداً الى إعراضها عن الشرط، فيقول: (إني أبيعك بكذا وأتعهدُ إلاّ إنّي لا أجعله شرطاً في العقد) وهذا هو ما يُسمّى في كلمات الفقهاء بالشرط الابتدائي، وهي غير واجبة الوفاء بها.

إذاً محلُّ الكلام: هو الشرط الذي تواطى عليه قبل العقد وتبانوا عليه قبل المعاملة وحصل الإستمرارُ على التبانى حين المعاقدة، وقد قصدا إيقاع المعاملة مشروطة به، إلاّ إنه لم يذكره في متن العقد فهل يلزم الوفاء به أو لا؟ المشهورُ في الكلمات أنّ الشرط الذي لم يُصرّح به في متن العقد لا يلزم الوفاء به حتّى وإن حصل التبانى سابقاً وإستمر الى حين المعاقدة، ولذا قال السيّد الخوئي رحمته الله: (يجبُ على المتعهد (المقاول) الوفاء بالشرط وهو (تحملُ الخسارة إذا تأخر إنجاز المشروع) إذا كان في ضمن عقد)^(١).

إستدلّ المشهورُ على بطلان هذه الشروط وعدم وجوب الوفاء بدليلين:

الدليلُ الأول: التمسكُ بجملة من النصوص:

الأول: ما رواه الشيخُ الكليني رحمته الله عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن أبي عبدالله عن أبيه عن سليمان بن سالم عن بن بكير قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «إذا إشتريت 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 شرط قبل النكاح»^(١).

هذا النص من جهة الدلالة يحتاج الى تأويل؛ إذ قد يُقال إن مقصود الإمام عليه السلام: «فأردد عليها شرطك الأول بعد النكاح»، أي: بعد الإيجاب بقولها (أنكحتك نفسي) حتى يقع الشرط بين الإيجاب والقبول، فيكون مندرجاً في ضمن العقد، وتحتاج الدلالة أيضاً الى تفسير «إن أجازته فقد أجاز» بمعنى اللزوم، وقد أشار الى هذا التقريب صاحب الوسائل بقوله (أقول: بعد النكاح أي بعد قولها (أنكحتك نفسي) فتكون الشروط داخلة في الإيجاب، وتصير لازمة، لا بعد القبول، ويحتمل أن يكون المراد بالجواز غير اللزوم)^(٢).

ولو غرضنا النظر عن دلالة الرواية، ولكنها من جهة السند تشتمل على مشكلة، وهي وقوع سليمان بن سالم، فهو مجهول الحال ولم يُنص عليه بتوثيق.

الثاني: علي بن إبراهيم عن أبيه عن بن أبي عمير عن عبدالله بن بكير قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وما كان بعد النكاح فهو جائز...»^(٣).

الثالث: عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قول الله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ٤٥٦ / الباب ٩٩ / الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ٢١ / ٤٦ / الباب ١٩ / الحديث ١.

(٣) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ٤٥٦ / الباب ٩٩ / الحديث ١.

فِيمَا تَرَضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ^(١) فقال: «ما تراضوا به من بعد النكاح فهو جائز وما كان قبل النكاح فلا يجوز إلا برضاها وبشيء يعطيها فترضى به»^(٢).

هذه الرواية من جهة الدلالة واضحة، ولكن المشكلة في سندها 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 يتمّ التواطئ عليها قبل العقد، ثم تُبنى المعاقدة عليها؛ وذلك لأنّ الشروط التي تُذكر في متن العقد تارةً يتمّ التصريحُ بها، وأخرى تقومُ قرائنٌ حاليةٌ ومقاليةٌ على بناء العقد عليها وأتمّها كالشروط الصريحة، ومن الواضح أنّ هذه الروايات تتحدث عن الشروط الابتدائية التي لو لم يتمّ البناء عليها تكون مجرد وعود لا يلزم الوفاء بها.

وبكلمة: هناك فرقٌ بين الشروط الابتدائية التي لا يلزم الوفاء بها إلا مع بناء العقد عليها أو التصريح بها، وبين الشروط التي تُذكر في متن العقد بالصراحة أو بقرينة الحال، والروايات المذكورة إنّما تصرّح بأنّ الشروط الابتدائية ما لم يتمّ التصريحُ بها هي غير نافذة وبالتالي تكون هذه الروايات خارجةً عن محلّ الكلام؛ لأنّنا نتكلّم عن الشروط البنائية وهذه الروايات تتحدّث عن الشروط الابتدائية، ومن هنا صرّح صاحبُ الجواهر^{رحمته} بالحمل المذكور إذ قال: (فتحملُ النصوصُ

(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، ولعلّ هذا أولى لاستبعاد إختصاص المقام عن غيره بذلك، وعدم وفاء النصوص به ضرورة عدم صدق كون الشرط قبل النكاح خاصة بعد فرض قصده في أثناؤه مدلولاً عليه بالقرائن الحالية^(١).

الدليل الثاني: ما احتمله الشيخ الأنصاري رحمته الله، إذ تعرّض الى هذه المسألة في ضمن بحث الشروط ذكر هناك أنّ من جملة الشروط الواجب توفّرها في الشرط حتّى يلزم الوفاء به هو الشرط الثامن، أي: أن يُذكر في متن العقد، ثم عرض أدلّة المشهور وناقشها جميعاً، 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 النكتة بين ذكر العوضين والشرط واحدة ألا وهي إنّ المال، أي: العوض يُقابل الأجزاء المذكورة في متن العقد، فكذلك الثمن ينبغي أن يُقابل الشرط، وهذه المقابلة هي المسوّغ لذكر الشروط صراحة في متن العقد^(٢).

يُلاحظُ عليه:

أولاً: هناك فرقٌ بين ذكر العوضين وبين ذكر الشرط؛ إذ إنّ معنى الشرط عبارة عن ربط الشيء بشيء، والربطُ تارةً يكونُ بأصل المعاملة، وأخرى بالالتزام 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 أن 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 تتوفر 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 كلما كان الشرط أمراً خارجياً كإشتراط وصف بالمبيع، فيرجع الشرط لأصل الإلتزام، أي: أن المشتري لا يلزمه الوفاء بتلك المعاملة، وأما إذا رجع الشرط الى الفعل الخارجي فالإلتزام راجع الى أصل المعاملة.

وعلى أي حال، مرجع الشرط الى ربط شيء بشيء، وهذا بخلاف أجزاء العقد كالعوضين فليس مرجعهما الى الإلتزام بأصل المعاملة أو الى الإلتزام بالمعاملة على شيء؛ لأن التعليق في العوضين لو كان حاصلاً لرجع التعليق في أصل العقد، والمشهور إن العقود المعلقة باطلة.

إذاً فرق كبير بين العوضين وبين الشروط، ففي الشروط يكون المرجع فيها الى التعليق، بينما ذكر العوضين لا يرجع فيها الى التعليق.

ثانياً: لو تنزلنا وقلنا بعدم الفرق بينهما، نسأل ما هو الدليل على شرطية ذكر العوضين وأجزائهما في العقد كي يلزم ذلك في الشرط؟ إن المقيس عليه غير ثابت فما ظنك بالمقيس.

نعم، أقصى ما يُعتبر في العوضين أن يكونا معلومين ولو في الجملة لا أنه يُشترط

التصريحُ بها.

الخلاصة: لا دليل على عدم نفوذ الشروط البنائية، ويلزمُ 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 رحمته الله قد يُقال: إنَّه وقع تسامحٌ عندهُ في التعبير؛ لأنَّه يرى لزوم الوفاء بالشروط البنائية^(٤) كالشروط المصرَّح بها، فلا معنى أن يُقيَّد نفوذ الشرط في مسألة خطاب الضمان أن يذكّر 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 تارة بلفظ (الناس) كما في التهذيب، الشيخ الطوسي: ٩ / ١٢٣ / الحديث ٣٤ / باب الوقوف والصدقات؛ ومن لا يحضره الفقيه، الشيخ الصدوق: ٤ / ٢٢٨ / الحديث ٤ / باب السكنى والعمرى والرقبى، وروي بلفظ (المسلمون) كما في التهذيب، الشيخ الطوسي: ٧ / ٢٣ / الحديث ١٠ و ١١ / باب عُقُود 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 العاملي: ١٥ / ٣٠ / الحديث ٤ / باب ٢٠.

(٤) التنقيح في شرح المكاسب، أبو القاسم الخوئي: ٤٠ / ٧٣.

الأول: التعهّد بتحمّل الخسارة في فرض التأخير والتلكئ.

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 الى مكان المحاكمة، ولا إشكال أنّها أجنبية عن محلّ الكلام؛ لأنّ الكفالة المصرفية لا تلزم المصرف 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؟

إتجاهان معروفان في تصوير هذه الكفالة:

الإتجاه الأول: أنها عقد جديد

ما اختاره الشيخ حسين الحلّي رحمته الله من أنّها عقدٌ جديدٌ لا يندرج تحت العقود

(١) الكفالة بالمعنى الفقهي: هي ضمانُ الشخص كضمان الغريم والإتيان به أو الإتيان بالقاتل، وليست الكفالة هي كفالة الأموال، وكفالة الأموال تُسمّى بالفقه ضمان، فهل الكفالة التي يقوم بها البنك نفس الكفالة التي هي بالفقه أو ترجع الى الضمان؟ لأنّ الفرق بين الكفالة والضمان هو: أنّ الكفالة تعهّد بالأشخاص والضمان تعهّد بالأموال، فكيف تُسمّى كفالة والمفروض تُسمّى ضمان؟

المتعارفة؛ لما حققناه في محلّه من عدم اختصاص العقود المأمور بالوفاء بها في الآية الكريمة: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، عدم اختصاصها بالعقود المعهودة، بل هي شاملة للعقود المستحدثة التي جرى عليها العقلاء في الأعصار المتأخرة ما لم تكن مشتملة على ما دلّت الأدلة على فساده كالربا ونحوه من مفسدات المعاملة، والوجه أنّ الكفالة التي يذكرها الفقهاء والتي كانت في الصدر الأول هي أن يتعهد الكفيل بإحضار شخص المكفول لدى المكفول له وبهذا المقدار لا يستوجب الضمان بحالٍ من الأحوال؛ لأنّ الكفالة مختصرة على إحضار نفس الشخص لا التعهد بالخسارة...

ثم يقول بعد ذلك: إنّ بعض الفقهاء ذكر - كما في القواعد للعلامة رحمته الله - لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب إلّ التزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته ويحتمل الصبر، وعن جامع المقاصد أنّ الأول أصح، لأنّ مقتضى الكفالة إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال والأصل بقاء ذلك الى أن يحصل المبرء وهو المسقط للحق أو موت المكفول، ثم يعلّق الشيخ الحلي رحمته الله هل أداء المال في عرض الإحضار أو في طوله أو إنّ أداء المال أجني عن الكفالة بالمرّة وإنّما يلتجئ إليه الكفيل لو حُبس على إحضار المكفول فله أن يتخلّص من الحبس بإداء ما على المكفول؟ والظاهر هو الأخير وهو أنّ دفع المال أجني عن الكفالة ثم يقول: إنّ الاحتمالات السابقة كلّها لم يكن عليها دليل؛ وذلك لأنّ الغرض من الكفالة هو إحضار الشخص المكفول نفسه، فعليه هذه المعاملة لا تندرج ضمن الكفالة المصطلحة

الكفالة عند البنوك (خطابات الضمان)..... ٣١٧.

وتكون من المعاملات المستحدثة المشمولة لعموم أوفوا بالعقود، وعليه فهناك تسامح في التعبير عن وساطة البنك بتحمل الخسارة بأنه كفيلاً^(١).

الإتجاه الثاني: أنها عقد ضمان

إن هذه الكفالة ترجع الى الضمان، ولكن لا بالضمان المصطلح، وإنما بمعنى ثالث معهود بين العقلاء وهو (الكفالة المالية)، ولتوضيح 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 للآخر إذا سدّد دين الأول الرجوع عليه لاسيما إذا كان بطلب منه.

الثاني: المذكور في كلمات العامة هو أن ذمة المضمون له لا تنتقل الى ذمة المضمون، وإنما تشترك الذمتان في الضمان؛ لأنه عبارة عن ضم ذمة الى ذمة، والمضمون له مخير بالرجوع الى أيّ منهما.

الثالث: ما نقصده في كفالة البنوك: هو عبارة عن التعهّد بإداء ما على الشخص من دين أو ما شاكل ذلك، وهذا المعنى كان موجوداً في كافة العصور فكثير ما يصدر من شخص هذا التعهّد، كما لو إفترضنا أن هناك شخصاً يريد شراء دار أو تحصيل قرض من شخصاً آخر فيمتنع الطرف الآخر من البيع أو القرض له

(١) بحوث فقهية، حسين الحلي: ١٠٢ و ١٠٣.

فيتصدى شخص ثالث ويقول: (بع له الدار أو أقرضه وأنا أتعهد لك بالتسديد) فهذا التعهد هو التزام تكليفي لا وضعي.

ما الفارق بين هذا الضمان في المعنى الثالث (الكفالة المالية) وبين الضمان بالمعنى الأول عند الإمامية؟

إن الضمان في باب المعاملات هو إلتزام وضعي، بينما هذا المعنى هو التزام تكليفي، وأوضح السيد السيستاني (حفظه الله) الفارق المذكور بقوله: (وتفترق الكفالة المالية عن الضمان في أن الضامن تشتغل ذمته للمضمون له بنفس الدين المضمون، فلو مات قبل وفائه أخرج من تركته مقدماً على الإرث، وأمّا الكفيل المالي فلا تشتغل ذمته للمكفول له بنفس المال، بل بإدائه إليه، فلو مات قبل ذلك لم يُخرج من تركته شيء إلا بوصية منه^(١)).

والسيد الخوئي رحمته الله أيضاً يرى هذا المعنى من الضمان ويفرّقه عن الضمان بالمعنى الفقهي بقوله: (إن الضمان في مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون ليس بمعنى النقل الى الذمة ليرجع تعليق الوفاء عليه الى تعليق الضمان، بل هو بمعنى تعهد ما في ذمة الغير على حذو تعهد العين الخارجية، وعليه فالضمان فعلي وأثره الإنتقال الى الذمة على تقدير عدم وفاء المديون كما أن أثره في ضمان العين الخارجية ذلك على تقدير تلفها^(٢)).

وهنا إذا عرفنا بوجود نحو ثالث من الضمان الذي يرجع الى 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 الهامش.

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 يُقصدُ به تحمّل أداء الدين أو أداء الشرط

كما في ضمان البنوك؟

أمّا النقطة الأولى: فنقول: لا إشكال في مشروعية الضمان بالمعنى الأول؛ وذلك

لتصريح كثير من النصوص به، كما جاء في صحيحة عبدالله بن سنان عن أبي

عبدالله عليه السلام في الرجل يموت وعليه دينٌ فيضمنه ضامن للغرماء فقال: «إذا رضي به

الغرماء فقد برئت ذمّة الميت»^(١).

بتقريب: أن براءة ذمّة الميت تدلّ على انتقال الذمّة الى الضامن؛ إذ معنى برئت

ذمّة الميت نقل الذمّة الى الضامن وإلا لا معنى أن تبقى الذمّة مشغولة بعد التعبير

(برئت) وهذا اللسان فيه ردٌّ على العامة الذين اختاروا أن الضمان بمعنى اشتراك

ذمتين أي ذمّة المضمون عنه وهو (المديون) وذمّة الضامن.

وأمّا المستند في مشروعية الضمان بالمعنى الثالث، فيمكن التمسكُ لهُ بدليلين:

الأول: التمسكُ بالسيرة العقلائية المعاصرة لزمن الشارع بعد ضم الإمضاء

المستكشف من عدم الردع، والوجهُ في كون السيرة على الالتزام بتحمّل أداء الدين

أنّها معاصرة للشارع هو القطع الوجداني بالحاجة الى وجود هذا التعهد في حياة

العقلاء، فإن كثيراً من الناس قد لا تطمئنُ 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 الاشياء، لا سيما أن عدم الوفاء بهذه الالتزامات ليس مستغرباً بين الناس، وليس شيئاً حادثاً في هذه العصور، وإنما هو أمر متجذّر في أوساط العقلاء.

الثاني: التمسك بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) الشاملة لكل التزام وعقد يحصل بين طرفين.

وأما النقطة الثانية: وهي تكيف هذا التعهد فقد ذكر السيد الصدر رحمته الله: أنه يوجد تكيفان للذي إعتبرناه معنى ثالث للضمان.

الأول: يرجع الى التعهد بأداء الدين أو بأداء الشرط فيصبح أداء الدين أو أداء الشرط في عهدة البنك على حدّ 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 لمثل هذا التعهد المفروض كونه نافذاً بحسب الارتكاز العقلائي الممضى شرعاً.

الثاني: عبارة عن تحمّل تدارك الشيء وهي (الخسارة) بقيمته إذا تلف،^(٢) فهذا التحمّل هو بنفسه معنى التعهد بذلك الشيء الممضى في الارتكاز العقلائي، فيكون إشتغال الذمة بالقيمة عند التلف هو مدلول لهذا التعهد ابتداءً، ففي المقام تعود خطابات الضمان الى تعهدات من قبل البنك بالشروط المأخوذة على المقاولين،

(١) المائدة: ١.

(٢) والتلف يحصل من خلال عدم إلتزام المقاول.

الكفالة عند البنوك (خطابات الضمان)..... ٣٢١

وتعهد البنك بالشرط بوصفه فعلاً له مالية، أي: إشتغال ذمة البنك بقيمة هذا الفعل إذا تلف بإمتناع المقاول عن أداء الشرط^(١).

وهذه العبارة الأخيرة هي جواب عن إشكال حاصله:

إنّ الضمان بالمعنى (الثالث) له مصداقان:

الأول: يرجع الى تعهد بإداء الدين أو بتحمل النفقة أو بدفع ثمن الدار، وهذا المعنى هو المتداول في عصر الشارع، وهذا المصداق يتجّ لنا إذا تخلّف الدائن عن أداء الدين فتشتغل ذمة الضامن بأدائه؛ وذلك لأنّ الدين المضمون دفعه له مالية فتنتقل هذه المالية ويلزم ضمانها على الضامن عند تخلّف المديون من أداء الدين.

الثاني: يرجع الى ضمان أداء الشرط، فإنّ الجهة المستفيدة إشتطت على المقاول تحمّل الخسائر في حالة تلكى المشروع والبنك صار وسيطاً وضامناً لإداء الشرط، ومن هنا يأتي إشكال أنّ المشتري - وهو الجهة المستفيدة - لا يملك الشرط في ذمة المشتري عليه فكيف يضمن له عند التخلّف؟ ففي مقامنا أنّ الجهة المستفيدة إذا اشتطت على المقاول دفع مئة مليون - مثلاً - على نحو شرط الفعل فنقول: إنّ مفاد شرط الفعل هو أن يلتزم المشتري عليه بأداء الفعل - كالحياطة مثلاً - وهنا إذا صار البنك وسيطاً لإداء هذا الشرط، فالشرط على نحو شرط الفعل لا يملك للمشتري، وعليه كيف يكون الضمان مع العلم إنّ الجهة المستفيدة لولا هذا الشرط لا تملك شيئاً؟ هذا هو الإشكال. والجواب: نسلّم مفاد شرط الفعل هو التزام المشتري عليه بأداء الفعل، ولكن

(١) البنك اللاربيوي في الاسلام، محمد باقر الصدر: ٢٤٠ و ٢٤١.

نقول بما إنَّ الشرط هنا - وهو تحمُّل الخسارة - شرط له مالية يُبذَّل بإزاء إسقاطه مال، ومن الواضح إذا حصل التفويت للشرط الذي له مالية يحصل الضمان، والتفويت هنا بامتناع المَقاول من تحمُّل الخسائر فيتحمَّلها البنك فيضمنُ البنكُ قيمة أداء هذا الفعل لا هذا الفعل نفسه، فالضمان يكونُ لا لذات الفعل وهو - تحمُّل الخسارة - وإنَّما لقيمة الفعل، وقيمة الفعل هنا عبارة عن شرط الفعل فيُخرِّج الضمان من هذه الناحية.

وبكلمة مختصرة: أنَّ أداء الشرط على نحو الفعل صحيح ليس مملوكاً للمشتراط، لكن بما أنَّ تحمُّل الشرط من قبل البنك له مالية ويُضمن إذا حصل التفويت الذي يحصل بامتناع المَقاول، فيضمنُ البنكُ قيمة أداء هذا الفعل لا الفعل نفسه؛ لأنَّ الفعل نفسه مفادُهُ الإلتزام فقط لا تملكه للغير والضمان ليس على ذات الفعل، وإنَّما ضمان قيمة أداء الفعل، ولذا يقول السيد الصدر رحمته الله: (وتعهَّد البنك بالشرط بوصفه فعلاً له مالية، يعني إشتغال ذمَّته بقيمة هذا الفعل إذا تلف بامتناع المَقاول عن أداء الشرط)^(١).

السؤال الثالث: هل يجوز للبنك أخذ عمولة على إصدار خطاب الضمان؟

الجواب: نعم، وذلك إمَّا لأنَّها 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 رحمته الله: (ثم إنَّ ذلك داخل - على الظاهر - في عقد الجعالة فتكونُ جُعلاً على القيام بالعمل المذكور وهو الكفالة والتعهَّد، ويمكنُ أن

الكفالة عند البنوك (خطابات الضمان)..... ٣٢٣

يكون على نحو الاجارة أيضاً ولا يكونُ صلحاً ولا عقداً مستقلاً^(١)، وقال السيد السيستاني (حفظه الله): (يجوزُ للبنك أن يأخذ عمولةً معيّنةً من المقابل المتعهد لإنجاز المشروع إزاء كفالتِهِ وتعهدِهِ، ويُمكنُ تخريجُ ذلك من باب الجعالة بأن يُعيّن المقابلُ العمولةَ المطلوبةَ جُعلاً للبنك على قيامه بعمل الكفالة فيحلُّ له أخذها حينئذٍ)^(٢).

والصحيح: ربط أخذ الزيادة بما يختاره الفقيه من حقيقة الكفالة المصرفية، فإذا بنينا على أنّها عقدٌ مستقلٌّ مشمولٌ لعمومات ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣)، فالكفيلُ (البنك) يمتلكُ الزيادةَ بمقتضى العقد، وإذا بنينا على أنّها كفالةٌ ماليّةٌ فيستحقُّ الفائدةُ في مقابل العمل الذي يقومُ به وهو التعهّد الصادر من البنك، وهذا ليس من الربا في شيء. هذا هو المناسبُ في توجيه أخذ الفائدة لا ما ذكره العلمان السيدان - الخوئي والسيستاني - من تخريج الفائدة على أساس الجعالة.

السؤال الرابع: لو تحمل البنك الخسارة فهل يرجع إلى المقابل بها أو لا؟

الجواب: التفصيلُ بينما إذا كان تحمّل الخسائر بطلب من المقابل فيرجعُ البنكُ للمقابل ويطالبه بها؛ وذلك من باب ضمان الغرامة؛ لأنّ الطلبَ من البنك في تحمّل الخسائر معناه الرجوعُ إليه إذا دفع البنكُ الخسائرَ، 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 تبرُّع البنك، فهنا لا يرجعُ البنكُ بمطالبة المقاول بأيّ شيء؛ لفقدان الدلالة العُرفية على المطالبة^(١).

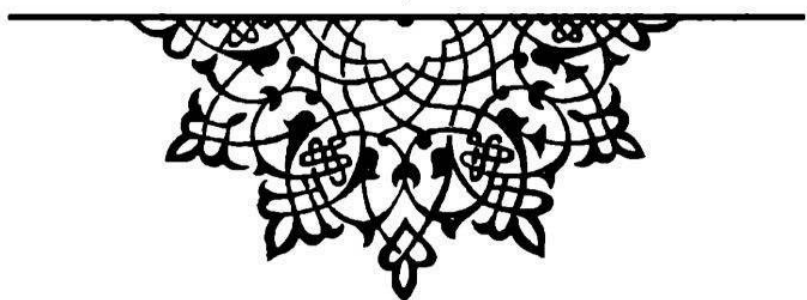
والمناسبُ التفصيلُ بين الشرط الذي وضعهُ المكفولُ لهُ على الكفيل (البنك)، إذ تارةً يكونُ على نحو شرط النتيجة، أي: يشترطُ صاحبُ العمل على المقاول أنه إن تأخّر عن تلك الفترة المحددة يملكُ مقداراً من المال، فاشتغال ذمّة (الكفيل) نتيجة لتأخير المقاول بالدفع، وهذا النحو من الشرط باطلٌ؛ لأنّ اشتغال ذمّة البنك 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 ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن فهو غير واضح؛ لأنّ ذمّة المقاول لم تشتغل بشيء لينتقل إلى ذمّة المصرف الضامن.

وأخرى يكونُ على نحو شرط الفعل، أي: الشرطُ هو تملكُ المال المعين إلى صاحب العمل حينما لا يتمم المقاول ما تعهّد به، فهنا لا مانع من الصحة؛ لما تقدّم من أنّ تعهد البنك وكفالاته كان بطلب من المقاول، فهو ضامنٌ لما يخسره البنك بمقتضى تعهّده.





بيع الأسهم والسندات



بيعُ الأسهم والسندات

من جملة ما يرتبطُ بأعمال البنك هو بيع الأسهم والسندات، ويقعُ الكلامُ في هذه الفعالية في محاور ثلاثة:

الأول: المفهوم التصوري لهذين العمليتين.

الثاني: التكييف الفقهي للأسهم والسندات.

الثالث: في وساطة البنك؛ لأنَّه يكونُ وسيطاً بين هذه الشركة التي تبيعُ أسهمها وبين الناس.

المحورُ الأول: المفهوم التصوري للأسهم والسندات

وهو عبارة عن حصّة السهم في مجموع السهام التي تطرحه شركة ما، فلو إفترضنا أن شخصاً أراد إنشاء معمل لصناعة السيارات ورأس مال الشركة كبير جداً، فيضطرُّ الى أن يقسمه الى أقسام، فيجعلُ لكل قسم سهماً يقابلُ قسماً من رأس المال، فقيمةُ السهم الواحد عشرة ملايين دينار فيعرضُ بيعاً لتلك الأسهم فمن يدفعُ مقدار السهم الواحد يكون شريكاً بهذا السهم، وإذا أراد أن يشتري أكثر من سهم فشركته تكونُ أوسع، فالسهمُ إذاً عبارة عن حصّة الشخص في مجموع رأس

مال الشركة، ويصطلح عليها أحياناً بالشركات المساهمة، أي: يتكوّن رأس مالها من مجموعة من الأسهم، وهذا السهم يتعرّض الى تقلبات الأسواق فيرتفع أو ينخفض بحسب الأوضاع الخارجية للسوق.

وأما السندات: فهي ورقة تصدرها بعض الجهات مخوّلة قانوناً بذلك، فلو كانت قيمة السند الواحد مائة مليون فيطرح بتسعين مليون، فمن يدفع ويشترى السند بهذه القيمة يحقّ له في نهاية المدة المجدولة إستلام قيمة السند الفعلي الذي هو مائة مليون، فيذهب الى الجهة المخوّلة قانوناً بأخذ القيمة الفعلية للسند.

وهذه الطريقة إنّما يتمّ اللجوء إليها لحاجة بعض الجهات الى سيولة مالية، وهذا السند أيضاً يتعرّض الى الارتفاع والى 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 المخوّلة لإصداره، فلا يتحمّل أيّ خسارة ولا ترتفع قيمة السند بارتفاع القيمة عند الجهة المخوّلة، فهو بمنأى من الخسارة، وهو بعيد عن الربح أيضاً من ناحية الجهة المخوّلة. نعم، هو يحصل على فائدة نتيجة بيع السند بأقل من قيمته.

الثانية: صاحب الشركة لا يكون مشغولاً بالذمة بشيء لمشتري السهم، بخلاف صاحب السند، فإنّه يُعتبر وثيقاً لاشتغال ذمة الجهة بقيمة السند، فيكون مشتري

السند دائناً لتلك الجهة، ويترتبُ على ذلك ضمانُ قيمةِ السند.

المحورُ الثاني: التكيفُ الفقهي للأسهم والسندات

فالكلامُ فيه يقعُ ضمنَ نقطتين:

النقطةُ الأولى: التكيفُ الفقهي للأسهم (البيع).

فصلُ السيد الخوئي رحمته الله بين الشركة التي تمارسُ أعمالاً محرّمة كبيع الخمر أو الربا، وبين التي تمارسُ أعمالاً مباحة فجوّز شراءَ السهم في الثاني دون الأول^(١). والسببُ واضحٌ؛ لأنَّ الشركة متى ما كانت تمارسُ أعمالاً مباحة فالحكمُ هو إباحة الدخول معهم، بينما إذا كانت تمارسُ أعمالاً محرّمة فيحرمُ الدخولُ معهم. نعم، في الحالة الأولى قد يُفصّلُ فيها بهذين التفصيلين:

الأول: إذا كان الشراءُ من أجل الإشتراك فعلاً فيكونُ الشراءُ للسهم محرّماً، وإذا كان من أجل توقّع إرتفاع قيمة السهم فيقومُ ببيعه بمجرد صعود قيمة السهم قبل أن يحصل الإشتراك فعلاً، فيكونُ الشراءُ للسهم جائزاً؛ إذ يُقالُ: لا يوجدُ مانعٌ في هذا النحو من شراء السهم، وقد ذهب الى هذا التفصيل السيد السيستاني (حفظه الله)^(٢).

ومن المحتمل السيد الخوئي رحمته الله 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.

قاصرة في تأدية هذا المعنى؛ إذ قال: (يجوز إذا لم يكن قد قصد الاشتراك) فجعل المدار على الجواز وعدمه قصد الاشتراك، مع أنه من الواضح أن القصد لا مدخلية له في الجواز وعدمه؛ إذ المهم هل من وراء السهم في تلك الشركة التي تمارس الأعمال المحرمة الاشتراك فعلاً أو إنتظار صعود قيمة السهم وبيعه قبل الدخول والاشتراك؟

الثاني: التفصيل بين نوعية العمل المحرم، فإن كان العمل من قبيل شركة الخمر أو الربا فلا يجوز شراء السهم ولا بيعه، وإن كان من نوع المحرمات الأخرى من قبيل الشركات التي تبيع اللحوم غير المذكاة فقد يُقال بالجواز.

وتوضيح هذا التفصيل: الأعمال المحرمة إن كانت من سنخ الخمر والربا، فقد وردت روايات تلحن الذي يرتبط بهذا العمل ولو من طريق مقدماته^(١)، فكُلُّ من يرتبط بهذين العاملين المحرمين فيشملة اللعن المذكور، ومن الواضح أن الذي يشتري سهماً في شركة تمارس بيع الخمر وتُعطي الربا فقد أسس لهذا العمل المحرم، وأما سنخ العمل الآخر المحرم فيجوز شراء السهم وبيعه لكن في حالتين:

الأولى: أن يشترط مشتري السهم على الشركة عدم ممارسة العمل المحرم، وهذا شرط لا يُسمن ولا يُغني وغير حاصل في الواقع، ولكن لو حصل ذلك في الواقع فلا إشكال في هذه الحالة.

الثانية: أن لا يشترط عليه ذلك، ولكن يبيع السهم قبل ممارسة الشركة للعمل خارجاً، وأما إذا لم يشترط عليهم ممارسة العمل المحرم أو اشتراط ولم ينفع الشرط،

وهكذا إذا لم ينسحب عن بيع السهم قبل ممارسة الشركة للعمل المحرّم فهنا لا يجوز، هكذا قد يُفصّل في المسألة.

تحقيق الحال في بيع الأسهم:

ولكن ما ذكرناه سابقاً وهو التفصيل بين الأعمال المباحة والأعمال المحرّمة، وفي الأعمال المحرّمة فصلنا أيضاً بها بين سنخ العمل هذا يُناسب كون الشركة لها شخصية حقوقية، وكان يجدر بالأعلام البحث أولاً عن حقيقة ملكية هذا العنوان وهو الشركة، فهل لها شخصية حقوقية أو لا؟

نقول: توجدُ تصوراتٌ ثلاثة ترتبطُ بحقيقة ملكية هذا العنوان وهو عنوان الشركة:

التصوير الأول: يُفترض وجودُ شخصية حقوقية لها مقابل الشركاء^(١)، فيبيعُ العنوان ويشترى ويقترض ويهبُ وما الى ذلك، وهي خارجةٌ من ملك الشركاء إطلاقاً، وإنّما الشركاء يعتبرون في ما جعلوا فيها من أموال حقيقة دائنين لها.

التصوير الثاني: يُفترضُ عدمُ وجود شخصية حقوقية في مقابل أموال الشركاء، ولكن لها شخصية معنوية أكبر من أموال الشركاء التي جعلت في الشركة.

التصوير الثالث: يُفترضُ أنّها فاقدةٌ للشخصية الحقوقية والمعنوية معاً، وما هو موجود في هذا النحو من الشركات هو أموال شخصية للشركاء فقط، مع فارق بين

(١) إنّ عنوان المسجد يملك، ولذلك لا يجوزُ التعدي على أمواله، وكذا عنوان الفقراء، فإن

كان من هذا القبيل فيأتي الكلام هل يجوزُ الاشتراك أو لا يجوزُ؟

المال الشخصي وأموال هؤلاء الشركاء في أن الأول كُـلِّ مالٍ منهم خاص به، بينما الثاني حصل الاختلاط بين الأموال، وهذا الاختلاط يُعَبِّرُ عَنْهُ بالشركة في الصفة التي إمّا تكون شركة قهريةً نظير الورثة، فيشتركون بما تركه الوارث لهم، أو شركة إختياريةً عمديةً كما لو اشتركوا عمدًا في المبالغ.

أما التصوير الأول: _الذي يفترض عنوان الشركة يمتلك شخصيةً حقوقيةً_ فهذا ممّا لا دليل عليه، فقد ثبت عندنا ملكية العناوين في نطاق خاص قد دلّ الدليل عليه بالمباشرة، أو بضم بعض التصويرات الأخرى التي تقدّم الحديث عنها مفصلاً في ملكية الدولة، وانتهينا الى أن بعض العناوين هي التي قام الدليل عليها بوجود شخصية حقوقية لها كعنوان المسجد وعنوان الفقراء والوقف وعنوان الدولة وعنوان الإمامة، وأمّا بقية العناوين الأخرى كعنوان الشركة فلم يقدّم دليل عليها، والإستصحاب يقتضي عدمها.

إلا اللهم عن طريق التمسك بما يُصطلح عليه بالحكم الولائي؛ إذ يُقال: لولي الفقيه الحق في إعطاء ملكية لبعض العناوين، وهذا ما يشبه اليوم بالفقه الغربي الذي يُعطي صلاحية لرئيس الدولة بإعطاء شخصية حقوقية لبعض العناوين الذي يُسمّى اليوم في الفقه الإمامي بولي الفقيه فتعطى له صلاحية إعطاء شخصية حقوقية لبعض العناوين على أساس ضوابط وشروط معينة، ولكن هذا الطريق لا يخلو من صعوبات.

وتوضيح ذلك: لو أُعطي شخصُ الولاية على جهة أو على مجتمع ما من قبل نظام من الأنظمة، فلا بد أن تتحدد دائرة الولاية في ضمن النظام العام الذي أعطاه

الصلاحيّة، ولا يُمكنُ أن يخرج عن تلك الدائرة، وهذا هو المستفادُ عُرْفاً من منح الولاية لشخص من قبل جهة ما هو التقيّد وعدمُ الخروج عن دائرة هذه الجهة المانحة له، والفقيه حينما أعطيت له الولاية، لقوله عليه السلام: «فأما الحوادث الواقعةُ فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حُجّتي عليكم وأنا حُجّةُ الله»^(١)، فقد علّل بأنهم «حُجّتي عليكم»، أي: أنّ دائرة الولاية لكم واقعة في إطار ما يُنسب إليّ ولا تكون خارجةً عمّا يصدرُ عنّي، فإذا اتّضح ذلك نقولُ:

ولاية الفقيه تارةً تكونُ في الأحكام التكليفية، وأخرى في الأحكام الوضعية، أمّا الأحكامُ التكليفية فينبغي أن تقع في دائرة المباحات فقط، أي: المباح بالمعنى الأعمّ الشامل للمستحب والمكروه والإباحة بالمعنى الأخصّ، فيلزم في هذه الدائرة الناس ببعض الإلزامات ولا يكون ذلك خروجاً عن دائرة التشريع؛ لأنّ المولى عليه في هذه الدائرة كان الفعلُ في حقّه واقعاً على جهة التخيير، وأمّا الأحكام التكليفية الإلزامية فلا يكونُ لولي الفقيه فيها رأي، كأن يُوجبُ بعض المحرّمات ويأمرُ بترك بعض الواجبات؛ لأنّ هذا يُعدُّ خروجاً عن دائرة التشريع التي منحت الولاية له، وأمّا في الأحكام الوضعية، فيأتي التفصيلُ المتقدّم، أي: أنّ الحكم الوضعي الذي يصدرُ من ولي الفقيه بما لا يُعدُّ خروجاً عن دائرة التشريع فلا يوجدُ مانعٌ بصدوره، وإلا لا يحقُّ له إصدار الحكم الوضعي المذكور، فمثلاً الحكم الوضعي الذي يرتبطُ بالرضا وعدم الرضا كالصحة والبطلان، فهنا أنّ رضا ولي الفقيه مقدّمٌ على رضا

(١) الإحتجاج، الشيخ الطبرسي: ٢ / ٥٠٢.

المتعاملين، فإذا حكم بطلان معاملة ما تقع باطلة وإن كان البائع لا يرضى بذلك نظير ولاية الأب على الطفل، فالبيع منوط برضا الولي ولا يلتفت إلى عدم رضا الطفل، فولاية الفقيه على الأمة كولاية الأب على الطفل، وأمّا الأحكام الوضعية التي تُعدّ خروجاً عن دائرة نظام التشريع كالطهارة والنجاسة، فلا يُجعل الطاهر نجساً أو بالعكس.

فإذا اتّضح ذلك: يظهر أنّ إعطاء الملكية أو الشخصية الحقوقية لعنوان الشركة التي فيها حكم وضعي الذي لا يكون من قبيل الرضا وعدمه حتّى يُقال: بوجود مساحة لولي الفقيه التدّخل بها، وإنّما من المحتمل أن تكون من قبيل الطهارة والنجاسة.

وعلى هذا الأساس لا دليل على وجود شخصية حقوقية لهذا العنوان. اللهم إلّا أن يُقال: إنّ ولي الفقيه وإن شخصية حقوقية؛ لعدم المساعدة عليه إلّا إنّ بإمكانه أن يتدخّل في الآثار المترتبة على تلك العناوين كعنوان الشركة مثلاً. وتوجد محاولتان لإثبات الشخصية الحقوقية لعنوان الشركة وغيرها من العناوين من قبيل الجمعيات:

المحاولة الأولى: أنّ ولي الفقيه إذا لم يتمكّن من خلق الشخصية الحقوقية لتلك العناوين، فبإمكانه أن يحكم عن طريق الحكم الولائي بآثار تلك العناوين على أن لا نخرج عن النظام العام؛ إذ توجد جملة من الآثار المترتبة على العناوين المستحدثة التي ليس لها شخصية حقيقية.

الآثر الأول: عدم مزاحمة الغرماء الشخصيين للشركة لغريم أمواله مشخّصة

ومعيّنة، فلو تعرّضت الشركة للتفليس فمن وجدت عين أمواله فهو مقدّم في الإستيفاء ولا يضرب موعداً مع الغرماء الشخصيين، فهذا الحكم وهو عدم المزاحمة لهم إياه حكمٌ مباحٌ يتمكّنُ وليُّ الفقيه من الأمر به ويُلزم الغرماء بضرورة الإلتزام بهذا الحكم المباح وهو عدم المزاحمة.

الأثر الثاني: لو افترض أحد الشركاء دائناً للشركة ومديناً لبعض الشركاء، فهل بإمكانه التمسك بفكرة التهاثر بين الدينين؟ فإن قلنا: التهاثر لا بد أن يقع بصورة إختيارية وعفوية بمعنى يطلبُ أحدُ الاشخاص إسقاط دينه مقابل دين الآخر، فلو إمتنع الآخر من قبول التهاثر الاختياري فيحقّق للآخر أعمال المقاصّة، فهذا الأثر وهو التهاثر الاختياري يمكنُ لوليّ الفقيه إلزام الطرفين به؛ لأنّه أمرٌ مباحٌ وإلزام الفقيه لا يُخرجه عن نظام الشريعة، وأمّا إذا كان التهاثر يتحقّق قهرياً، فهنا الثابت بحسب بناء العقلاء أنّ التهاثر القهري لا يتحقّق إلّا مع المماثلة في الدين بين الطرفين، فلو كان موعدُ أحد الدينين متأخراً في الوفاء عن الآخر فلا يتحقّق التهاثر المذكور، وهكذا لو فرض تسديد دين أحدهما بعملة أخرى أيضاً لا يجوزُ إعماله بغير ما تمّ الإتفاق عليه، فهنا يحقّ لوليّ الفقيه ترتيب آثار التهاثر القهري بتقييد التهاثر القهري بما كان قد إتفقا عليه.

الأثر الثالث: الشركة لو أعلنت الإفلاس، فبطبيعة الحال تُنصّب وكيلاً أو مندوباً أمام المحكمة من دون حاجة الى إحضار جميع الشركاء، فوليّ الفقيه أيضاً يُلزم الشركة بإحضار هذا المندوب، كما يلزم الأب إن كان قد غاب عن الطفل في

التصرّف بإحضار قيم له.

الخلاصة: المحاولة المذكورة تبنى على تحويل ولاية الفقيه من خلق الشخصية

الحقوقية لعنوان الشركة الى إلزام الناس بآثار وأحكام تلك العناوين.

المحاولة الثانية: الغرض من تأسيس تلك العناوين - من قبيل عنوان الشركة

والجمعيات - بحسب نظر العقلاء هو لتكييف الأحكام الشرعية المترتبة على تلك

العناوين، وإذا كان بإمكان وليّ الفقيه الحكم بتلك الآثار والأحكام كما تقدّم في

المحاولة الأولى، فهو بإمكانه أن يحكم بملكية تلك العناوين وإعطاء الشخصية

الحقيقية لها. نعم، تبقى قضية وهي أنّ إعمال ولاية الفقيه تقتضي حضور المصلحة

الاجتماعية والنوعية، فعليه أن يحسب حساب لتلك المصالح النوعية قبل جعل

الملكية لها، بخلاف الحكم الشرعي فالمصلحة القائمة في الفعل تكون شخصية

فإحرازها لا يخلو من صعوبة.

وأما التصوير الثاني: - العناوين لا تملك الشخصية الحقوقية - فهذا التصوير

ليس بأحسن حال من التصوير الأول لما قلناه من عدم الدليل على إثبات الشخصية

الحقوقية، وإعمال وليّ 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 ما

ذكره الأعلام سابقاً من التفصيل في الأعمال التي تمارسها الشركة، فقالوا تارة

تمارس الشركة أعمالاً مباحة، وأخرى محرّمة، فحكموا بصحة الأول دون الثاني، ثم

حدث تفصيل في الثاني وكان يرجع الى حالتين.

الأولى: الأعمال المحرمة تارة يُفترض فيها شراء السهم لأجل الاشتراك معهم، وأخرى ينتظر صعود السهم بحسب تقلبات السوق وبيعه قبل الاشتراك فلا يجوز في الأول دون الثاني.

الثانية: الأعمال المحرمة إن كانت من قبيل بيع الخمر والربا وبين بقية الأعمال المحرمة من قبيل بيع الذبائح غير المذكاة، فلا يجوز في الأول دون الثاني.

محاولة تصحيح بيع السندات في الشركات المحرمة (الشيخ الفياض):

ذهب الشيخ الفياض (حفظه الله) الى صحة شراء الأسهم وإن كانت الشركة تمارس أعمالاً محرمة كبيع الخمر أو شركة ربوية، بدعوى أن بطلان المعاملات كمعاملة الخمر والميتة ولم الخنزير ونحوها لا يساوق عدم جواز التصرف في أثمانها، فإن جواز التصرف فيها منوط برضا المشتري، والمشتري الذي يقدم على شراء هذه الأعيان المحذورة يرضى بتصرف البائع فيها مطلقاً وإن كان البيع باطلاً.

وذكر في موضع آخر، أن أكثر هذه المعاملات وضعية، وهي لا تؤثر في حرمة التصرف في أثمان تلك الأعيان المحذورة؛ لأن حرمة التصرف فيها منوطة بعدم رضا المشتري بالتصرف فيها في فرض بطلانها، والمفروض أنه راضٍ به مطلقاً وإن كانت تلك المعاملات باطلة من وجهة نظر الشرع.

ثم يخلص الى هذه النتيجة بقوله: (إنه لا مانع من المساهمة والمشاركة في هذه المعاملات والاستثمارات والاستفادة 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 ويُفتي بجواز بيع وشراء الأسهم التي تُمارسُ الحرام من قبيل الربا والخمر؛ لأنّه أيضاً يكتفي بالرضا كأساس في تصحيح بعض المعاملات المحرّمة كما تقدّم عنه حليّة الودائع المصرفية (القرض) مع البنوك الأهلية، وهكذا الحال في أوراق اليانصيب على تقدير بطلانها^(٢).

ويمكنُ المناقشةُ في كفاية الرضا الباطني لتصحيح بيع الأسهم في الشركات

المحرّمة:

أنّ ظاهر ما ذكره هو أنّه لا يُفرّق في جواز أخذ الزيادة أو جواز التصرف في الثمن أو المثلن 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.

والصحيحُ: التفصيلُ بين المعاملات الباطلة من جهة فسادها؛ لعدم توفّر شرط من شروط الصحة، وبين المعاملة على الأعيان المحرّمة فنحكمُ بكفاية الرضا بالتصرّف في النحو الأول من المعاملة دون النحو الثاني.

والشاهدُ على هذا التفصيل قرائن أربعة:

القرينةُ الأولى: هي التمسكُ بما رواه الشيخ الصدوق عليه السلام عن محمد بن موسى

(١) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: 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، ورواها أيضاً بسند مختلف عن أبيه عن سعد عن أحمد عن ابن محمد عن ابن محبوب عن أبي أيوب عن عمار بن مروان، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الغلول، فقال: «كُلُّ شَيْءٍ غُلٌّ^(١) من الإمام فهو سحت، وأكل مال اليتيم سحت، والسحت أنواع كثيرة منها ما أصيب من أعمال الولاة الظلمة، ومنها أجور القضاة، وأجور الفواجر، وثمر الخمر والنبذ المسكر، والربا بعد البينة، فأما الرشا يا عمار في الأحكام فإن ذلك الكفر بالله العظيم ورسوله»^(٢).

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

القرينة الثانية: ترقّي الإمام عليه السلام في داخل الرواية المذكورة فإنه عليه السلام حينما عدد الأعيان المحرمة وصف بعضها بالكفر العظيم، وهذا الترقّي في هذا النوع يكشف عن حرمة مغلظة، 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: إنه لو جاز الإعتداد على كفاية الرضا الباطني في تصحيح أي معاملة فاسدة ومن أي جهة كانت لما كان هناك أي فائدة في تعرض الروايات الكثيرة الى ما يصح بيعه وما لا يصح.

القرينة الرابعة: ما رواه الشيخ الكليني عليه السلام عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن حماد بن عيسى عن حريز عن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام: قال: «إن الذي حرم شربها حرم ثمنها»، ثم قال أبو عبدالله عليه السلام: «إن أفضل خصال هذه التي باعها الغلام أن يتصدق بثمرنها»^(١).

وتقريب القرينة: أن الإمام عليه السلام استحسّن تصدّق الغلام بثمرن الخمر، وهذا يدلّ بالدلالة الإلزامية على عدم كفاية إحراز الرضا الباطني من قبل مشتري الخمر في تصرف البائع بالثمرن الذي هو جزءاً موجود.

هذه قرائن أربعة على عدم تمامية كفاية إحراز الرضا الباطني في التصرف.

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ٢٣٢ / باب بيع العصير والخمر / الحديث ٢.

النقطة الثانية: التكيف الفقهي للسندات^(١):

يُمكنُ تكيفُ تعاوي السندات على أساس أحد الوجوه الآتية:

الوجه الأول: على أساس عقد القرض

إنَّ الجهة المصدرة للسند التي تصدره بقيمة إسمية محددة تقتض من الشخص الذي يقدم لأخذ السند مقدار تسعين ألفاً - مثلاً - والشخص المذكور بعد حلول الأجل يقبض مائة ألف فالزيادة المدفوعة - وهي عشرة آلاف في المثال الذي فرضناه - فائدة ربوية على القرض، فإذا رجع ذلك الى القرض فهو قرض جرَّ نفعاً فيكون حراماً ويُحكمُ ببطالان هذه العملية. نعم، لو كانت الجهة المصدرة للسند البنوك الحكومية وكنا نبنّي على عدم ملكيتها - كما ذهب الى ذلك السيد الخوئي رحمته الله والسيد السيستاني (حفظه الله) - فهذا لا يتحقّق القرض بين الطرفين؛ لأنّ القرض عقدٌ يحتاج الى إيجاب وقبول من المالكين، ولا ملكية لصاحبة السند وهي الدولة فيتحوّل الأمر على المبنى المذكور من القرض الى أخذ أموال مجهولة المالك فيجوزُ مع إجازة الحاكم الشرعي^(٢).

(١) بمعنى أنّ هناك جهة سواء كانت رسمية أو غير رسمية، مخوّلة تصدر سنداً وتقول: هذا السند قيمته الآن تسعين ألفاً فمن يُعطينا الآن تسعين ألفاً نُعطيه هذا السند، وبعده مدة معينة - مثلاً - شهر أو شهرين يأتي هذا الذي أعطى تسعين ألفاً الى هذه الجهة ويستلم مائة ألف بدلاً عن التسعين، وهذا هو ما يُسمّى ببيع السندات.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٣٠٢.

نعم، بالإمكان أن يتحقق القرضُ واقعاً بين الطرفين على أساس أحد فرضيات

ثلاثة:

الأولى: أنَّ الجهة المصدّرة هي البنك الأهلي أو الشركات الأهلية مالك،
فيتحقّق فيه القرضُ.

وحاول الشيخ الفيّاض (حفظه الله) التخلّص 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 بملاك أنّه يرضى بالتصرّف^(١).
ويردّ: أنَّ الذي يدفع الفائدة الربويّة هو إناطة القرض بعدم الزيادة لا البناء
على عدم المطالبة.

الثانية: أنَّ الدولة تملك - كما قوّيناه سابقاً - وهنا أيضاً يتحقّق القرضُ جزماً.
الثالثة: أنَّ انفصل بين عدم مالكية الدولة وبين مالكية البنك - كما صار الشيخُ
الفيّاض (حفظه الله) إليه^(٢) - أو يصدر حكماً ولائياً من قبل الفقيه ولو كان ممّن لا
يؤمن بولاية الفقيه بامضاء ممارسات البنوك بإجازة منه كما نقلنا سابقاً عبارة السيد
السيستاني (حفظه الله): (كما صدر ذلك منّا للمؤمنين كافة)^(٣).

(١) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٣٠٢.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٤١.

(٣) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٠ / المسألة ٥.

الوجه الثاني: البيع والشراء بأجل

إن ترجع عملية السندات الى عقد البيع والشراء بأجل، بمعنى الجهة المصدرة تبيعُ تسعين ألفاً بمائة ألف الى شهر مؤجل والسند ليس إلا وسيلة لإثبات إشتغال 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؛ لأنه يُشترطُ 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 تخصيضي.

ومَن بنى عليه الشيخُ الفيّاض (حفظه الله) فقال: (إنّ هذه العملية تقومُ على أساس عقد البيع والشراء بتأجيل المثلثين الى وقت معيّن؛ وذلك لأنّ الجهة المصدرة للسند في المثال تقومُ ببيع مائة دولار مؤجلة الى ستة أشهر بخمسة وتسعين دولاراً نقداً، والمعتبرُ في البيع أن يكون الثمنُ والمثلثُ مختلفين في المقام، فإنّ الثمنَ عيّنُ خارجيّةً والمثلثُ أمرٌ كُلّيٌّ في الذمة، وهذا المقدارُ من المغايرة يكفي في صدق البيع^(١).

وأورد عليه السيدُ الصدر^(٢) بأن تفسير العملية على أساس البيع ليس إلا مجرد تغطية لفظية للعملية التي لا يُمكن إخفاء طبيعتها بوصفها قرضاً مهما اتخذت من

(١) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٣٠٠.

تعبير؛ لأنَّ العنصر الأساسي في القرض هو أن يملك شخصٌ ما لاً من شخص آخر وتصبح ذمته مثقلة بمثله له، وهذا هو تمام ما يقع في عمليات شراء السندات^(١).
واعترض الشيخ الفيّاض (حفظه الله) على ما أورده السيد الصدر رحمته الله بما حاصله: إنَّ العُقود تتبع القصد، فمتى ما قصد من عنوان المعاملة البيع فيتحقق البيع ومتى ما قصد منها القرض فيتحقق القرض، فالقصد هو المقوم لحقيقة المعاملة حتّى وإن كانت بحسب الارتكاز العرفي تشترك بالنتيجة مع معاملة أخرى، فالذي يفرض التشابك بين المعاملتين المتحدتين في النتيجة هو القصد، وفي مسألتنا بما أنّه قد قصد البيع فهذا يكفي لصحة المعاملة، قال ما نصّه: (والجواب الظاهر أنّ الأمر ليس كذلك؛ لأنَّ المرتكز لدى العرف العام أنّ صدق عنوان البيع أو القرض أو غيره من المعاملات منوطٌ بكون المنشأ فيه مفهومه عن جدّ، فإن كان قد قصد مفهوم البيع كان بيعاً وليس بقرض ولا غيره، وإن كان قصد مفهوم القرض فهو قرض وليس ببيع ولا غيره)^(٢).

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

الوجه الأول: أنّ المعاملات تكون على قسمين:

الأول: لا يوجد فارق ثبوتيّ بينها إلّا بالقصد والإنشاء.

الثاني: يوجد فارق ثبوتيّ بينها بمعزل عن القصد والإنشاء.

أمّا الأول كما في البيع والصلح؛ إذ لا فرق بينهما ثبوتاً فقولنا: (بعثك الكتاب

(١) البنك اللاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: ١٦١.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٣٠٠.

بدينار وصالحتك على الكتاب بدينار) لو لم يقصد في الأول البيع لما كان هناك فارق بينهما، والثاني كما في البيع والإجارة، فالبيع نقل العين والإجارة نقل المنفعة، وهكذا كما في البيع والقرض فإنَّ القرض عبارة عن تبديل عين بمثلها في الذمة الى أجل، وأمّا البيع فهو تبديل عين بأخرى مغايرة خارجية وليست بالذمة، وأمّا إذا حصل أحياناً في البيع التبديل بالمثل، كما في بيع الكتاب بالكتاب يكون في العوض عين خارجية لا في الذمة، أي: إنّ حقيقة البيع تختلف عن حقيقة القرض، وعلى هذا الأساس تكون حقيقة البيع متغايرة مع حقيقة القرض، فكيف يُفرّق بينهما بالقصد والإنشاء، فكلامه إنّما يصحّ في القسم الأول دون الثاني.

الوجه الثاني: ذكر عبارة يُستفاد منها أنّ الإسلام حارب الربا على صعيدين، أي: صعيد الشكل والخارج وصعيد الروح، قال: (قد ألغى الإسلام بشكلٍ جادٍ وقاطع النظام الربوي عن الإقتصاد الإسلامي نصّاً وروحاً هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أنّ الإسلام بقدر ما يؤكّد في نظامه الإقتصادي على الجانب المادي نصّاً وروحاً يؤكّد على الجانب المعنوي أيضاً)^(١).

أقول: إذا كان الإسلام يؤكّد على إستئصال جذور الربا بشكلٍ جادٍ وقاطعٍ كيف ينسجم هذا الكلام مع ما إختاره من التخريج؟ فإذا كان أخذ الربا بهذه الطريقة المتيسرة والسهلة على الجميع فهذا ممّا يتنافى مع معالجة الإسلام للربا بالشكل والمضمون.

فإذا جئنا بشخص لا يعيش الألفاظ الفقهية وقلنا له: هل ترى فارقاً بين قول

(١) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ١٨.

بعتك الشيء بزيادة مع قرضتك الشيء بزيادة؟ فإنه يجد المعاملة بالروح واحدة، والفارق هو على مستوى الألفاظ فقط.

وعليه إذا كانت قواعدنا الأصولية والأدلة الفقهية تُساعد على أخذ الفائدة بهذا الشكل اليسير فلا بد من مراجعتها والتدقيق بشأنها.

إذا ما ذكره يتنافى مع معالجة الإسلام للربا.

الوجه الثالث: ترجع عملية السندات الى البيع أيضاً، لكن الجهة المصدرة لا تبيع النقود، وإنما الورقة نفسها ويستلم المشتري المائة ألف بعد شهر، فهنا لا يأتي إشكال هذا قرض ألبس لباس البيع لعدم المغايرة؛ لأنه هنا توجد مغايرة حقيقة 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 أن السند المذكور لو أُلِفَ عمداً لا يسقط ما يحمل من المال لهذا الشخص، بل يستبدل بسندٍ آخر، وهذا بخلاف الأوراق النقدية لو أُلِفَت عمداً فيضمن المثل ذلك.

إذا هذه الأوراق لا تقع طرفاً للمعاوضة؛ لأنها ليس لها مالية في حد نفسها، وإنما تُشير إلى المال المنصوي تحتها فإذا رجعت المعاوضة بين المالكين فيأتي الإشكال على الوجه الثاني وهو أن هذا قرض ألبس لباس البيع.

الخلاصة: السندات لا يجوز التعامل فيها.

المحور الثالث: وساطة البنوك:

فقد تطلبُ شركةٌ تجاريةٌ مساهمةً من بنكٍ مخصوصٍ أو مجموعة بنوكٍ التوسطَ بينها وبين عملاء البنك من أجل إقناعهم لشراء الأسهم التي تمتلكها أو بيع أسهم آخرين على الشركة لمصلحةٍ وحاجةٍ تهمّها، فيتصدّى البنكُ للقبول ويأخذُ عمولةً معيّنةً عقيب حصول الاتفاق بين الشركة المساهمة وبين الراغب في البيع والشراء. وعليه إذا كانت الشركة تُمارسُ أعمالاً مباحةً فلا ريب في جوازه شرعاً؛ لأنّه عملٌ حلالٌ، والمشهورُ بين الفقهاء تخريجهُ إمّا على أساس إجارة الأعمال، فالبنكُ يسعى لتصريف الأسهم أو تملكها للشركات المساهمة لقاء أجره معيّنة تدفعها الشركة للبنك أو على أساس الجعالة، بأن تجعل الشركة شيئاً مقابل بيع أو شراء الأسهم.

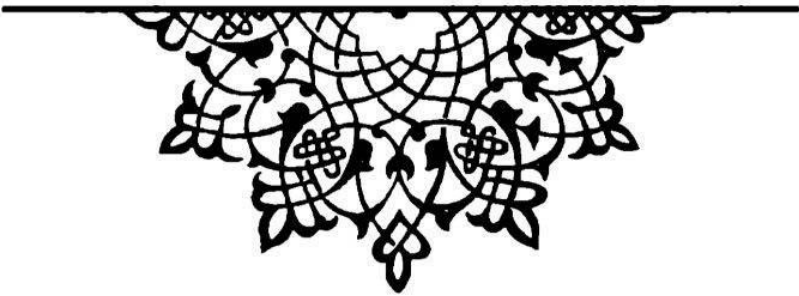
والصحيحُ: تخريجهُ على أنّه عقدٌ مستقلٌّ بذاته يشملُه عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وعدم منع الشارع عنه.

نعم، إذا كان عملُ الشركة المساهمة محرّماً أو قلنا لا يوجدُ تخريجٌ فقهيٌّ لعملية السندات فلا تصحُّ وساطةُ البنوك آنذاك.





الحوالات الداخلية والخارجية



الحالات الداخلية والخارجية

لو فرضنا أنّ شخصاً كان مديناً لآخر، فتارةً نفترض أنّ الدائن في البلد نفسه، وأخرى يكون في خارجه، فلو أراد الدائنُ تفريغ ما في ذمّته من الدين في الوقت المعاصر يتوسّط البنك بين الدائن والمدين، فالبنك يتصدّى بتفريغ ذمّة المدين، فإن كان الدائنُ في بلد نفس المدين فيحوّل البنك من ذمّة المدين الى ذمّة الدائن، ويصطلح على هذا بالحوالة الداخلية، وأخرى الدائن موجود في بلد آخر فيصطلح على الحوالة التي يقوم بها بالحوالة الخارجية.

إذاً دور البنك في هذه الفعالية هو دورُ المُحيل عليه، فهناك أطراف ثلاثة المُحيل وهو (المديون)، والثاني المُحال وهو (الدائن)، والطرف الثالث المُحال عليه وهو (البنك)، وقبل أن نتحدّث عن صور الحوالة ينبغي أن نُفرّق بين مصطلح العُهدّة والذمّة، فهل الحوالة تتمثّل بنقل ذمّة الى ذمّة أو هي تعهّد من البنك بتسديد الدين؟ فنقول:

الفارق بين العُهدّة والذمّة:

إنّ العُهدّة والذمّة مصطلحان مترتبان في باب الديون، ويوجدُ مائزان للفرقة

بينهما:

المائز الأول: صياغي، فيقال: إنَّ العهدة والذمة وعاءان عقلايان يختلفان بحسب اختلاف المظروف، فإن كان المظروفُ أمراً خارجياً سُمي الوعاءُ بالعُهدة، وإن كان المظروفُ أمراً كلياً سُمي بالذمة، فالعُهدةُ وعاءٌ عقلائيٌّ بلحاظ المظروف الخارجي، والذمةُ وعاءٌ عقلائيٌّ بلحاظ المظروف الكلي، وكأنَّ هذا المائز الصياغي أخذ من باب الغصب، فيقال للغاصب ما دامت عين المال موجودة يكون في عهده وبعد تلفه يكونُ عوضُ المال في ذمته.

إذا العينُ قبل أن تتلف تكونُ عيناً خارجيةً وشخصيةً فيُعبَّرُ عنها بأنَّها في العهدة، أمَّا بعد التلف فينتقلُ المالُ من العين الخارجية الى الأمر الكلي، وهذا الأمرُ الكليُّ يُعبَّرُ عنه بالذمة.

المائز الثاني: جوهري وليس المائز الأول إلا نتاجاً له، فنقول:

أنَّ الذمة تتعلَّقُ بالأموال، ففي باب التمليك والتملك يحتاجُ كُلُّ منهما الى عوض ومعوّض خارجي حتّى يحصل التمليك والتملك، فلو افترضنا في حال إنشاء المعاوضة لم يتيسَّر وجود مال خارجي لأنشاء التملك والتمليك بلحاظ الطرفين، فهنا نعتبرُ وجود مال تتعلَّق بهما الذمة، وهذا المالُ المعتبر مرآة للمال الخارجي، فالذمة التي تتعلَّقُ بالمال المعتبر يكونُ اللحاظ، أي: لحاظ الذمة بهذا المال على نحو المعنى الحرفي، ولحاظ الذمة بالمال الخارجي معتبرٌ على نحو المعنى الإسمي الإستقلالي، وإنَّما التجنُّنا الى تعلُّق الذمة بالمال المعتبر؛ لأنَّ التمليك والتملك لا يكونُ إلا بالمال، وهذا المال إن لم يكن له وجودٌ خارجيٌّ فلا أقلُّ له وجودٌ اعتباريٌّ؛ إذ ليس هو بين السماء والأرض فلا بد من وجود وعاء للمال تتعلَّق به الذمة، هذا

هو المقصود بالذمة سواء كان هذا الوعاء الاعتباري للذمة مال خارجي أو مال كُلي؛ إذ المناط في الذمة على المائز الثاني وجود مال معنوي تتعلق به الذمة أعم من كونه مال شخصي أو كُلي، وأمّا المقصود بالعُهدة فهي عبارة عن التزامات وتعهدات تفرضها طبيعة المعاولات، وهذا يتحقق في مسألة الشروط التي تُذكر في ضمن العقد، فلا يُقال: إنَّ تنفيذ الشرط في ذمته، وإنَّما يُقالُ تنفيذه في عُهدته، وهكذا نفقة الأقارب يتعهد بها الشخص.

فظهر أنَّ المائز بين الذمة والعُهدة بأنَّ الذمة وعاءٌ للمال وإن كان إعتبارياً، والعُهدة مجرد التزام وتعهد، وهذان مصطلحان مترتبان في باب القرض بصورة واضحة، فمن يستلف من آخر ثبت في ذمته المال وثبت أيضاً التعهد برد ذلك المال، والنسبة بين الذمة والعُهدة هي عموم من وجه، فموردُ الإتفاق هو القرض، والإفتراق هو المال المغصوب قبل تلفه، وهذا ثابت بالعُهدة، وافتراق العُهدة عن الدين الذي عجز المدين عن ردّه فهو ثابت في الذمة.

إذا اتّضح ذلك: فهل الحوالة المبحوثة هي نقل ذمة الى أخرى أو أنها عُهدة يتعهد بها البنك؟

الفقه الإمامي بأجمعه يفسّر الحوالة بأنها نقل ذمة، فلو كانت مشغول الذمة بعشرة دنانير لزيد وطلبت من شخص أن يسدّد هذا الدين، فيقال: تحوّلت ذمة المدين الى المُحال عليه، بينما المدارس السُّنية تُفسّر الحوالة بأنها تعهد من المُحال عليه في ذلك.

صورُ الحوالة:

وَيُمْكِنُ أَنْ نَذْكُرَ صَوْرًا لِمَسْأَلَةِ تَطْبِيقِ الْحَوَالَةِ الَّتِي تَكُونُ بَيْنَ شَخْصَيْنِ بِتَوَسُّطِ الْبَنْكِ:

الصورة الأولى: الحوالة على بنك مع افتراض وجود رصيد مالي للمحيل

نفترض أن شخصاً مدينٌ لآخر والدائن إما يكون خارج البلد أو في داخله - كما لو كانت بعضُ البلدان توجد مسافةً بعيدةً بين أماكنها فتحصلُ حوالةٌ في الداخل - ونفترض أيضاً أن المدين لهُ رصيدٌ ماليٌّ، أي: قد أودع مالاً في البنك، فهنا البنكُ يُصدِّرُ حكماً يتضمنُ تسديدهُ المبلغ الى الدائن سواء كان في خارج البلد أو في داخله، فالبنكُ المذكور في بلد المدين يتّصلُ في البنوك الخارجية أو الداخلية بتسديد الدين لذلك الدائن، وبعد التسديد يُصدِّرُ البنكُ صكّاً يدفعه الى عميله، والنكتهُ في هذا التصرف المصرفي هو لإثبات عملية الحوالة، وأنها قد تمت بذات المبلغ المكتوب على الصك، وهنا البنكُ حينما يكونُ مُحال عليه أو يكون وسيطاً في ذلك فهو يطلبُ العُمولة من عميله، فما هو الوجه الفني في أخذ تلك العُمولة لاسيما على مبنى جماعة من المعاصرين في أن الزبون حينما يودعُ أمواله ترجعُ الوديعة عندهم الى القرض فهو قد أقرض البنك، فكيف يصحُّ من البنك أخذ العُمولة؟

تخريجان للصورة الأولى:

التخريج الأول: أن المنصرف في عقد القرض التسديد في البلد الذي حصل فيه العقد، ولا يحقُّ للمقرض مطالبة المقرض بالتسديد أو الوفاء في غير بلد عقد

القرض إلا مع الاتفاق، فحينئذ نقول: إنَّ الزبون حينما يُودعُ أمواله في العراق -مثلاً- فهو قد أقرض البنك (المقترض) وعليه تسديد ما في ذمته، والمنصرف حصوله في بلد القرض وهو العراق، فإذا أراد المقترض (البنك) التسديد في غير بلد القرض يحقُّ له الإمتناع عن وفاء دينه في غير مكان القرض.

نعم، يُمكن أن يتنازل البنك عن الحقِّ المذكور بشرط إعطاء فائدة على التنازل عن هذا الحق.

التخريج الثاني: أنَّ عملية الوديعة إذا أرجعناها الى القرض يكونُ الزبونُ هو الدائنُ والبنكُ هو المدين وحرمة أخذ الفائدة تكونُ بحق الدائن، وأمَّا أخذ المدين للفائدة فلا إشكال فيها، وهنا البنك (المدين) يأخذُ الفائدة.

ويردُّ: أن المحرَّم هو الإستلام من جانب المقرض؛ لصدق الإقراض مع الفائدة، وإطلاق الروايات تشمله مثل صحيحة يعقوب بن شعيب: «لا يصلحُ إذا كان قرضاً يجزئ شيئاً فلا يصلحُ»^(١).

الصورة الثانية: الاقتراض من البنك مع تحويل أخذ القرض إلى بلد آخر

نفترض أنَّ شخصاً يريدُ الاقتراض من البنك؛ لأنَّه ليس لديه رصيد مالي فيه، فما يأخذه من البنك آنذاك لا يكونُ إلا على أساس الاقتراض من البنك، ويفترضُ أيضاً أنَّ الشخص المذكور لا يريدُ القرض في ذات بلده -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 يقترض منه هذا الشخص _ سوف يُصدّر صكّاً يحمل مقدار المال المقترض، فيطلبُ البنكُ الأول من البنك الآخر سواء كان فرعاً للبنك الأول أو بنكاً مستقلاً إقراض صاحب الصك المال المسجّل عليه، فهنا البنك الأول يُطالب بعموله أزاء ما فعله فما هو الوجه في تصحيحها؟

تخرجات للصورة الثانية:

فهنا يوجد تخرجات لتصحيح أخذ العمولة:

التخريج الأول: توكيل البنك الشخص الممنوح صكّ المصرف محوّلًا على البنك الآخر وتمكينه من الإقراض من البنك الآخر في البلد الآخر، ويكون البنك الآخر المحال عليه وكيلاً في إقراض حامل الصكّ المبلغ المذكور فيه من أموال البنك المحيل المودعة عند البنك الآخر، وهذا ما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله) فقال: (يأخذ البنك عمولةً معينةً إزاء قيامه بهذا العمل، والظاهر أنّه يجوز للبنك أخذ العمولة على إصداره صكّاً من هذا القبيل إذا كان مردّه الى أخذ الجُعل على توكيل البنك الثاني في إقراض حامل الصكّ المبلغ المذكور فيه من أموال البنك الأول الموجود لديه، فليس هو من قبيل أخذ الجُعل على الإقراض نفسه ليكون حراماً، بل من قبيل أخذ الجُعل على التوكيل في الإقراض فلا يكون الإلزام بدفع الجُعل مرتبطاً بعملية الإقراض نفسها، بل بالتوكيل فيها، فلا يكون به بأس

حينئذ^(١).

ويلاحظ عليه: أنّ الوكالة ليس لها ماليّة في حدّ نفسها حتّى يصحّ بذل الجُعل في مقابلها، وإنّما يشترط في كون الوكالة لها مالية للقاعدة المعروفة وهي اشتراط الماليّة في المعاوضات، وهو يسلم بها، والوكالة بما هي ليست لها ماليّة، وإنّما بلحاظ الشيء الموكّل فيه وهنا الموكّل فيه الإقراض، فصار الجُعل مقابل الإقراض، وعليه فرجع الإشكال من جديد.

التخريج الثاني: التنازل عن الحقّ بتقريب: أنّ العادة جرت في الذي يُحوّل الإقراض من بلد الى آخر يكون المألّ المقرض المذكور في الصكّ بعملة وما يستلمه في البنك المحوّل عليه عملة أخرى، فهنا البنك الأول بحسب القواعد الشرعية للإقراض أن يطلب منه تسديد ذات العملة التي وقع عقد القرض عليها إلاّ إنّ البنك (المقرض) يُمكن أن يتنازل عن حقّه بالتسديد من ذات العملة الى عملة أخرى مقابل عمولة على التنازل المذكور، وهذا أمرٌ جائز؛ لأنّ المطالبة بذات العملة حقّ يكفله عقد القرض ولا يتنازل عنه إلاّ مقابل أجره يدفعها حامل الصكّ، وقد أشار إليه السيّد السيستاني (حفظه الله) بقوله: (ثمّ إنّ المبلغ المذكور في الصكّ إذا كان من العملة الأجنبية يحدث للبنك حقّ، وهو أنّ المدين (صاحب الصكّ) حيث اشتغلت ذمّته بالعملة المذكورة فله (للبنك) إلزامه بالوفاء بالعملة نفسها، فلو تنازل عن حقّه هذا وقبل الوفاء بالعملة المحلية (عملة البلد الآخر) جاز له أخذ

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٧ / الحوالات الداخلية والخارجية.

شيء منه (المدين) إزاء هذا التنازل^(١).

التخريج الثالث: ما ذكره السيد الخوئي رحمته الله، من أن ما يفعله البنك من نقل القرض من بلد الى آخر خدمة عقلانية غرضها تسهيل الأمر على الشخص المذكور، فيستحق البنك إزاء هذه الخدمة عمولة يتفق 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 الى البنك في النجف الأشرف مثلاً - ويأخذ تحويلاً في المبلغ أو بما يعادله على بنك آخر في الداخل - كبغداد 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: أن الشخص حينما يدفع الى البنك مبلغاً معيناً من العملة المحلية على أن يتم تحويل ما يعادل هذا المبلغ الأول بالعملة الأجنبية، مع إضافة عمولة التحويل إليه، ففي واقع الأمر هو بيع مع اختلاف

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٧ / الحوالات الداخلية والخارجية.

(٢) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٣.

(٣) تفرق هذه الصورة عن الصورة الأولى، هو إن الصورة الأولى كانت تفترض بأن هذا الشخص كان هناك من يطلبه خارج البلد، فيطلب من البنك أن يتصل بالفرع الموجود عنده ويقوم بتسديده، 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 الى شخص آخر.

جنس العملة، ونخرج من خلاله عن مسألة الربا المحرّم؛ لأنّ الربا المعاملي مختصّ بالمكيل أو الموزون، والأوراق النقدية من المعدودات، والزيادة هنا زيادةً على البيع، إذ لا ضير في ذلك؛ لأنّ البيع مبنيٌّ عادةً على أخذ الزيادة.

وهذا التخريجُ تقدّم نظيره في تصحيح القروض مع البنوك الأهلية، فبدلاً من أن يُقرض البنك الأهلي مبلغاً معيّناً مع زيادة تُبدّل عملية القرض الى عملية البيع والزيادة على البيع لا مشكلة فيها، وهكذا ذكرنا في الودائع عند البنوك الأهلية؛ لأنّها ترجعُ الى القرض حسب مبنى جماعة المتأخرين فنبدّل هذا القرض الى البيع مع عملة مختلفة وملاحظة سُوق العملات لتجعل الزيادة إزاء هذا التحوّل في سُوق العملات الأجنبية.

وعلقنا سابقاً على التخريج المذكور، من اشتراط جماعة من الفقهاء في البيع اختلاف جنس العملة تفادياً من الوقوع في القرض؛ لأنّ الفارق بين القرض والبيع هو اعتبار المغايرة في العوضين في باب البيع، وعدم ذلك في باب القرض فتفادياً من وقوع بيع العملة في القرض اشترطوا المغايرة في جنس العملة.

وتعليقنا السابق يأتي من أنّ المغايرة في العملات ليس كافياً لتحقيق عنوان البيع؛ وذلك لأنّ النقود كلّها يُنظرُ إليها مهما اختلفت شكل العملة على أنّ لها ماليتها، فالتبديلُ قوامه بين المالين وهما شيءٌ واحدٌ فرجع الاشكالُ من جديد.

التخريجُ الثاني: على أساس القرض، فإن دفع الشخص المال للبنك لا يكون إلا على جهة القرض، وهناك زيادة يدفعها أحد الطرفين فتكون محرّمة؛ لأنّها فائدةٌ

ربويّة، ولكن الزيادة المحرّمة في باب القرض ما إذا رجعت الى المقرض دون المقرض.

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)، وإنّا أخذها المقرض -وهو البنك- إلّا أنّ الزيادة الحكمية رجعت الى المقرض بتقريب:

إنّ المقرض حينما وسّط المقرض (البنك) بتحويل المبلغ الى مكان آخر فهذا التحويل خدمة عقلائية لها نفع، ورجعت إليه، والزيادة الحكمية كالزيادة العينية توجب الربا.

قلت: إنّ هذا تامّ من جهة الكبرى، أي: أنّ الزيادة الحكمية كالزيادة العينية توجب أخذها من ناحية المقرض إلّا أنّ الزيادة الحكمية في بعض حالاتها أجازها الشارع -كما لو كانت التحويل-، أي: إستلام القرض في غير بلد عقد القرض، فقد وردت روايات صحيحة السند وواضحة الدلالة في أنّ الزيادة الحكمية إذا كانت من هذا القبيل لا مانع من إشتراطها، فلاحظ صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام: في الرجل يسلف الرجل الورق على أن ينقدها إياه بأرض أخرى

ويشترط عليه ذلك، قال: «لا بأس»^(١)، وتوجد روايات أخرى في هذا المضمون، وقد أشار السيد السيستاني (حفظه الله) الى هذا التخييج والإشكال والجواب عليه بقوله: (أن يقوم الشخص بإقراض البنك مبلغاً معيناً ويشترط عليه تحويله الى بنك آخر في الداخل أو الخارج مع عمولة معينة بإزاء عملية التحويل، وهذا لا بأس به أيضاً؛ لأنّ التحويل وإن كان عملاً محترماً له مالية عند العقلاء، فيكون اشتراط القيام به على المقترض من قبيل اشتراط النفع الملحوظ فيه المال المحرم شرعاً، إلا أنّ الاستفادة من النصوص الخاصة الدالة على جواز اشتراط المقرض على المقترض قيامه بأداء القرض في مكان آخر، وجواز اشتراط التحويل أيضاً، فإذا كان يجوز اشتراطه مجاناً وبلا مقابل، فيجوز اشتراطه بإزاء عمولة معينة بطريق أولى)^(٢).

الصورة الرابعة: تحويل البنك لاستيفاء القرض في بلد آخر

عكس الصورة الثالثة، وهي أن يقبض الشخص مبلغاً معيناً من البنك في النجف الأشرف مثلاً. ويحوّل البنك لاستيفاء بدله على بنك آخر في الداخل والخارج، ويأخذ البنك الأول إزاء قبوله الحوالة عمولة معينة منه، ويوجد تخريجان لأخذ العمولة:

التخييج الأول: من باب البيع وهو أن يبيع البنك على الشخص مبلغاً من العملة المحلية بمبلغ من العملة 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 / الحوالات الداخلية والخارجية.

التحويل إليه، فيُحوّلُهُ المشتري الى البنك الثاني لتسلّم الثمن، وهذا جائز لما سبق، وقد تقدّم الإشكال عليه أيضاً.

التخريج الثاني: من باب القرض، والعُمولة التي يشترطها البنك تكونُ مقابلَ التنازل عن حقّه في إستلام القرض في بلد العقد، وقد أشار إليه السيّد الخوئي رحمته الله بقوله: (أن يكون أخذها لقاء تنازل البنك عن حقّه، حيث أنّه يحقّ له الامتناع عن قبول ما ألزمه المدين من تعيين التسديد في بلد غير بلد القرض، فعندئذ لا بأس به) ^(١).

وأورد على هذا التخريج السيّد السيستاني (حفظه الله): بأنّ أخذ العُمولة من جهة التنازل عن الحقّ في عقد القرض إنّما تصحّ بعد تمامية عقد القرض، فحقّ التنازل إنّما يتولّد بعد إجراء عقد القرض كما هو واضح، وأمّا إذا لم يحصل عقد القرض وأراد المقرض التنازل عن الحق المذكور فلا معنى لأخذ العُمولة؛ لأنّها فرع التنازل عن الحقّ والتنازل فرع تمامية عقد القرض، وفي هذه الصورة الرابعة أنّ الشخص كما يبدو ليس لديه رصيد في البنك، وإنّما يُريدُ أخذَ المال قرضاً ابتداءً من البنك فلا يحقّ للبنك وهو (المقرض) أخذ عُمولة عن التنازل ما دام لم يتمّ عقد القرض، ثم قال (دام ظله): نعم، إذا تمّ العقد المذكور يصحّ أخذ العُمولة بإزاء التنازل وهذا يُتصوّر أن يكون للشخص رصيد مالي في البنك وهو قد أقرض البنك سابقاً فالقرض متحقّق سابقاً فإذا أراد التنازل يكونُ تنازلاً بعد تمامية عقد القرض، وهذا لا بأس به، وهذا نصّ عبارته: (وهذا ربّاً؛ لأنّه من قبيل إشتراط دفع الزيادة في القرض وإن كانت بإزاء عملية التحويل. نعم، إذا وقع هذا من غير شرط مسبق

بأن إقترض المبلغ من البنك أولاً، ثم طلب منه تحويل قرضه الى بنك آخر لاستيفائه منه، فطلب البنك عمولةً على قبوله ذلك جاز^(١).

إن قلت: لماذا في الصورة الثالثة ارتضى أخذ العمولة بإزاء التنازل عن الحق؟ قلت: إنَّه في الصورة الثالثة البنك هو الذي قد أعطى للشخص أمواله ومن حقه مطالبة المقرض بالتسديد في عقد القرض، ويرفع اليد عن ذلك بإزاء عمولة ما. وإعترض عليه بعضهم وقال: إنَّ أخذ العمولة لا يشترط فيها التنازل عن الحق لعقد قرض سابق، بل يجوز الأخذ وإن لم يتم عقد القرض: وذلك على أساس أنَّ البنك حينما يدفع للشخص مالاً أو ليس من حقه أن يطالب بالتسديد في بلد العقد، فيقول: هذا الشرط المباح أرفع اليد عنه بإزاء عمولة فتكون العمولة مقابل الشرط المباح، وهذا لا بأس به^(٢).

ويردُّ:

أولاً: لا دليل على توزيع العوض في مقابل أصل الشيء وفي مقابل شروطه، فلو باع المكلف كتاباً بشرط أن يكون من المطبعة الفلانية، فالشئ لا دليل على أنَّه يوزع تارةً في مقابل الكتاب، وأخرى في مقابل الشرط، أي: أنَّ فكرة الشروط تُقابل بالأموال لا دليل عليها، وإنَّما الشروط داعياً لزيادة المال، والدواعي لا تُقابل بالثمن.

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤٠٨ / الحوالات الداخلية والخارجية.

(٢) فقه البنوك، محمد باقر الإيرواني: ٢٧٤.

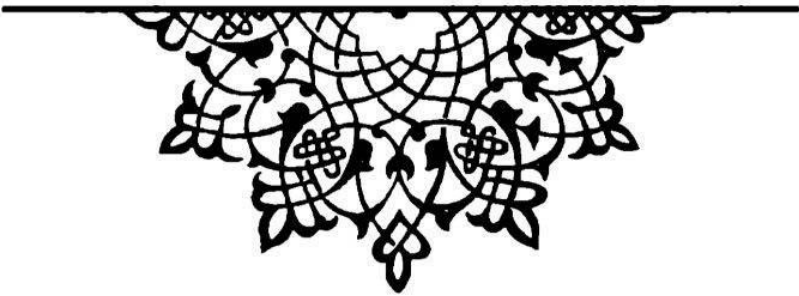
ثانياً: أنّ الشرط المباح الذي تمّ التنازل عنه لو سلّمنا أنّ الشروط تُقابل بالأموال إلاّ أنّه هناك فرق بين الشروط التي يقتضيها أصل العقد والشروط التي لا يقتضيها أصل العقد، فشرط التسليم في بلد عقد القرض ممّا يقتضيه أصل العقد، فأخذ العمولة على هذا الشرط سوف يرجع الى أخذ العمولة على أصل العقد، وبما أنّ العقد على أساس التخريج الثاني رجع الى القرض فتكون هذه العمولة بإزاء عقد القرض، وعليه التخريج الثاني ليس صحيحاً إلاّ إذا كان العقد تمّ سابقاً حسبما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله).

هذا تمام الكلام في الحوالات.





جوائز البنك



جوائزُ البنك

إنَّ مسألةَ تخصيصِ جوائزٍ من قبلِ مؤسسةٍ ماليَّةٍ كالبنكِ أو مؤسسةٍ خيريةٍ عامَّةٍ أو خاصَّةٍ أمرٌ شائعٌ في الحياةِ المعاصرةِ، ففي مثالِ المشاريعِ الخيريةِ تُخصَّصُ الجمعياتُ الخيريةُ جوائزٌ تُعطى في القرعةِ للمساهمين في بذلِ المالِ، والتبرُّعُ به في تلكِ الجهةِ الخيريةِ، وكذلك البنكُ قد يقومُ بعمليةِ القرعةِ بين عملائه ويُعطي لمن تصيبه القرعةُ جائزةً ترغيباً للإيداعِ فيه، فهل يجوزُ للبنكِ القيامُ بهذه العملية؟

الجوابُ: إن كان قيامه بها (بعمليةِ الاقتراعِ) لا باشتراطِ عملائه، بل بقصدِ تشويقهم وترغيبهم على تكثيرِ رصيدهم لديه وترغيبِ الآخرين على فتحِ الحسابِ عنده جاز ذلك كما يجوزُ عندئذٍ لمن أصابته القرعةُ أن يقبضَ الجائزةَ بعنوانِ مجهولِ المالكِ بإذنِ الحاكمِ الشرعي أو وكيله إن كان البنكُ حكومياً أو مشتركاً، وإلا جاز بلا حاجةٍ الى إذنِ الحاكمِ، وأمَّا إن كان بعنوانِ الوفاءِ بشرطهم في ضمنِ عقدِ القرضِ أو نحوه فلا يجوزُ، كما لا يجوزُ لمن أصابته القرعةُ أخذها بعنوانِ الوفاءِ بذلك الشرطِ، ويجوزُ بدونه^(١).

وقد سئل الشيخُ التبريزيُّ رحمته الله عن حكمِ الشهاداتِ البنكيةِ التي تُشتري من

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٤؛ منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٠.

البنوك وبموجبها يدخل صاحب هذه الشهادة في سحبه (قرعة) على جوائز نقدية، علماً أنه يُمكنُ 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 الاقتراع فلا بأس به، فإن أصابته القرعة وحصل على الجائزة فيُعامل 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 نتيجةً لإشتراط 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 المعاصرين من أن إشتراط القرعة يؤول الى القمار، إذ ماهية القمار وحقيقته هي أن الإنسان يُقدّم على فائدة يكون حصولها احتمالياً في مقابل بذل عوض مال، إذ يُمكنُ أن يتلف عوضه الذي دفعه بالمرة، أي: لا يقابل

بشيء، فالخاصية المميزة لماهية القمار هي إقدام الإنسان على مشاركة لا يضمن فيها العوض، وإنما إقدامه يكون برجاء احتمال النفع، وفيما نحن فيه يُقدّم العميل على شراء الشهادة بداعي التملك الإحتالي بالقرعة وهو قمار^(١).

ويلاحظ عليه: أنّ القمار متقومٌ بأمرين:

الأمر الأول: الإقدام على التملك الإحتالي على عوض غير مضمون، وهذا ما أشار إليه.

الأمر الثاني: بذل مال في معرض التلف في قبال ذلك التملك الإحتالي، وفي المقام لا يكون المال المدفوع الى البنك معرضاً للتلف؛ إذ بحسب بنود البنك، قد تُضاف مقدارُ الجائزة الى الوديعة الأصلية، وقد تتعهد البنوك بإسترجاع قيمة الشهادة.

إذاً لا يكون في الإقدام على شراء الشهادة والدخول في القرعة أيّ إقدام على التلف، فالأمر الثاني المقوم للقمار ليس متحققاً.

الوجه الثاني: أنّ إشتراط القرعة يؤول الى فائدة ربوية في عقد القرض، لما تقدّم عن جماعة من رجوع الودائع البنكية الى عقد القرض بشهادة إختلاف الودائع البنكية عن الودائع الفقهية، وذكرنا هناك عدة وجوه للإختلاف بين الوديعتين، من قبيل أنّ الوديعة الفقهية لا يُسمح للمودع أن يتصرّف في العين، بينما يحقّ للبنك التصرف ولو بتلف العين، ومن قبيل أنّ العين لو نمت ففي الودائع الفقهية ترجعُ

(١) فقه المصارف والنقود، محمّد السند: ٤١٢.

الى الودعي؛ لقاعدة النماء تابعٌ للأصل، بينما في الودائع البنكية للبنك حصّة 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 إندارجها ضمن عقد القرض فإذا تمّ التسليم برجوع الودائع البنكية الى القروض، فالعميل حينما يشترط بإعطاء الوديعة (القرض) إشتراط على البنك الدخول بالقرعة وهذا شرط محرّم؛ لأنّه شرطٌ في عقد القرض فيندرج تحت صحيحة يعقوب بن شعيب: «لا يصلح إذا كان قرضاً يجر شيئاً فلا يصلح»^(١).

ثم نقول: ينبغي أن نفصل الكلام بين الوديعة بشرط الحصول على الجائزة في المصارف الحكومية والمشاركة وبين المصارف الأهلية، ففي المصارف الحكومية والمشاركة يجوز الدخول من دون أيّ إشكال حتّى على فرضية رجوع الوديعة الى القرض، وذلك على مبنى أنّ الدولة لا تملك فلا يتصور إنشاء عقد القرض معها، وأمّا في المصارف الأهلية فالمعروف أنّه لا يجوز إلاّ أنّه سابقاً قلنا إنّ السيد السيستاني (حفظه الله) صحح الوديعة في المصارف الأهلية^(٢) - وإن رجعت الى القرض - عن طريق رضا أصحاب البنك بالتصرّف في الفائدة - كما هو الظاهر - من ذلك، وعليه لا تخلو عبارة السيد السيستاني (حفظه الله)^(٣) في هذا المجال من قصور؛

(١) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ١٨ / ٣٥٦ / الباب ١٩ / الحديث ٩.

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

(٣) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٠.

لأنّه هنا أطلق عدم جواز أخذ الفوائد من البنوك الأهلية بناءً على رجوع الوديعة الى القرض، بينما في البحث السابق أجاز التصرف في تلك الأرباح تمسكاً بفكرة إحراز الرضا الباطني.

ثم إنّ السيد الخوئي رحمته الله ذكر في ذيل هذا الشق: (كما لا يجوز لمن أصابته القرعة أخذها بعنوان الوفاء بالشرط ويجوز بدونه)^(١)، من أجل التحفظ على مسألة جواز أخذ الفائدة بدون الوفاء بالشرط، ومنشأه أنّ هذا معقول في المصارف الحكومية التي يتعامل معها معاملة مجهول المالك، فيمكن أخذها لا بعنوان الوفاء بالشرط، وإنّما من باب الاستئذان من الحاكم الشرعي.

وأما في البنوك الأهلية فإذا كان الشرط باطلاً - كما صوّره - فكيف يحصل على الفائدة لا بعنوان الوفاء بالشرط؟ فما دام الشرط لا يصحّ الوفاء به؛ لأنّه شرط في قرض كيف يتمكّن الزبون من أخذه رغم أنّ الوفاء به يستلزم محذوراً شرعياً؟ وهذا أيضاً إشكال يُسجّل على العبارة، هذا كلّهُ في الشق الأول.

وعلي أيّ حال، هذا الوجه الثاني لا ينسجم على مبانينا من إندراج ما يدفعه الزبون بعنوان الوديعة تحت عنوان العقود المستقلة، والفوائد تكون من مقتضيات العقد وهكذا لا ينسجم مع مبانينا في ملكية الدولة.

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٤ / جوائز البنك / المسألة ١٣.

الصورة الثاني: إذا كان الغرض من إعلان الجائزة هو جذب المودعين

إذا كان الغرض من الإعلان عن الجائزة هو لجذب أكثر عدد من المودعين، هنا أفتى الفقهاء بالجواز ما دام لم يتمّ الدخول من الزبون واجراء القرعة من البنك على أساس الشرط.

فنقول: إنّ البنك في الخارج على قسمين من ناحية إعلان الجوائز والدخول في القرعة:

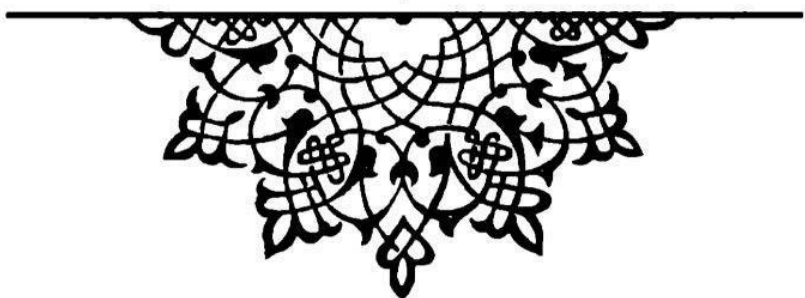
الأول: أنّه دائماً وفي كلّ سنة يقوم بالإعلان عن القرعة، فآنذاك إذا دخل الزبون وأودع على أساس الشرط المركوز لديه، فأجرائها يكون تنفيذاً لشرط الزبون، وهذا لا يجوز.

الثاني: أنّ البنك في سنة يعلن عن القرعة ويجريها، بينما في سنوات أخرى لا يجريها، فلو دخل الزبون وأودع على أساس الشرط فالبنك هنا ليس ملزماً بتنفيذ هذا الشرط؛ لعدم إلتزامه بإجراء القرعة دائماً فهنا يقال بالجواز، هذا ما ينبغي أن يفهم من مسألة لو أعلن البنك القرعة على أساس التشويق والترغيب.





تخصيل الكمبيالات



تحصيلُ الكمبيالات

من جملة فعاليات البنوك تحصيلُ الكمبيالات، ولتوضيح هذه الفعالية نقولُ: إنَّ الخدمات التي تقومُ بها البنوكُ تحصيلُ قيمة الكمبيالة لحساب عميله، فإنَّه قبل تأريخ إستحقاقها يقومُ البنكُ بإخطار واشعار المدين (الذي وقَّع على الكمبيالة) ويُشرِّحُ في الإخطار قيمتها ورقمها وتاريخها ليكون على علم ويتهيَّئ للدفع وبعد التحصيل إمَّا يُقيَّد البنكُ القيمة في حساب الزبون، أو يدفعها إليه بالمباشر، وبطبيعة الحال يأخذُ البنكُ عمولة إزاء هذه الخدمة، ومن هذا القبيل أيضاً هو أن يقوم البنكُ بتحصيل قيمة الصك، فلو افترضنا إنَّ شخصاً كان يحمل صكاً وتمَّ تحويله الى بنكٍ معيَّن إلَّا إنَّ حامل الصك لا يُريدُ أخذَ قيمة الصكِّ من البنك المُحال عليه، أمَّا لصعوبة الوصول إليه أو لا يوجدُ في هذا البنك حساب له فيأخذُ الصكَّ ويذهبُ به الى بنكٍ آخر ويطلبُ منه تحصيلَ قيمة الصكِّ، فيأخذُ البنكُ (غير المُحال عليه) عمولة إزاء ذلك.

أنحاء تحصيل الكمبيالة:

النحو الأول: تقديم المستفيد كمبيالة إلى بنك غير محول عليه أساساً

يُقدّم المستفيد كمبيالة الى البنك غير مُحوّل عليه أساساً ويطلبُ من البنك تحصيلَ قيمة الشيك إزاء عُمولة، فالتخريجُ الفقهي - كما عن السيد الخوئي رحمته الله والسيد السيستاني (حفظه الله) ^(١) - قد يكونُ من باب الجعالة، أي: أن حامل الصكّ أو الشيك يجعلُ شيئاً لمن يُحصّل قيمة هذا الصكّ، أو من باب الإجارة بأن يؤجر البنك في تحصيل قيمة الشيك لقاء أجره معينة بشرط أن يكون للبنك قدرة على تحصيل الدين، وعلى الحالتين يكونُ أخذُ العُمولة جائزة بلا إشكال، ولكن بشرط أن يتمّ الإقتصارُ على ذات القيمة المذكورة في الصكّ دون الفوائد التي قد يقترضها صاحب الصكّ فيما لو كتب مقداراً من المال وضمّنهُ فوائداً، فالجُعالةُ أو الإجارة لا بد أن تختصّ بمقدار ما وقع عليه القرض دون الفوائد الربوية؛ لأنّ الشارع شدّد على الربا ونهى عن ممارسته وعن كُل ما يتّصل به من المقدمات، فلو قبلَ البنك تحصيلَ قيمة الصكّ مع فوائده، فيدخلُ هذا العمل في النهي الوارد عن الربا الذي يشملُ الربا مع مقدماته، فينبغي الإقتصارُ على تحصيل قيمة القرض دون فوائده، وعليه لا يلامس هذا التخريج الواقع؛ لأنّ البنوك لا تمارس عملية التفكيك بين ما وقع عليه القرض وبين فوائده، فهي إمّا أن تقبل بعقد الجعالة أو الإجارة مطلقاً أو

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٥ / مسألة ١٤ ؛ منهاج الصالحين، علي

لا تقبلُ كذلك.

النحو الثاني: تقديم المستفيد كمبيالة إلى بنك محولة عليه

إنَّ موقعَ الكمبيالة قد طلب من حاملها الذهاب الى البنك المعين لأخذ قيمة الكمبيالة، ولكن تفترض أنَّ البنك المعين إمَّا لا يوجد لديه أيَّ رصيد مالي لموقع الكمبيالة أو لديه رصيدٌ، ولكن بعملة أخرى تختلفُ عن العملة المذكورة في الكمبيالة، فهنا هل يجوزُ للبنك قبول التحويل عليه رغم أنَّه ليس مدينًا بشيء أو لا؟

نعم، ويجوزُ أخذُ الأجرة أيضاً؛ وذلك لأنَّ الحوالة في فرض عدم وجود رصيد للمدين في البنك هذه حوالة على البريء، ويُشترطُ في الحوالة عليه القبول، فيقول: (لا أقبلُ الحوالةَ عليه إلَّا بعمولة معينة) وهكذا لو كان لديه رصيد بعملة مختلفة، فيقولُ البنكُ أيضاً: (أنا لا أُسلمُ قيمة الكمبيالة إلَّا بنفس العملة المودعة عندي) وبإمكان التنازل في دفع غير العملة مقابل عمولة معينة، وهذا لا بأس به في مقابل التنازل المذكور، ولكن بشرط أن يُحصِّلَ البنكُ قيمةَ الكمبيالة من دون الفوائد التي قد يفترضها صاحبُ الكمبيالة على الموقع، ولذا قال السيّد السيستاني (حفظه الله): (أنَّ يُقدِّمَ المستفيدُ كمبيالةً الى البنك محوَّلة عليه، ولم يكن (البنك) مدينًا لموقعها أو كان مدينًا له بعملة أخرى غير ما أحال بها عليه، وحينئذٍ يجوزُ للبنك أخذَ عمولة إزاء قبوله هذه الحوالة -بالشرط المتقدم في سابقه-؛ لأنَّ القبول غير واجبٍ على البريء وكذا (القبول) على المدين (البنك) بغير جنس الحوالة، فحينئذٍ لا بأس بأخذ

شيء مقابل التنازل عن حقه هذا^(١).

النحو الثالث: تقديم المستفيد كميالة إلى البنك مع عدم وجود رصيد مالي له

يقدّم المستفيد كميالة إلى البنك محوّل عليه، ولكن نفترض هنا أنّ لدى موقع الكميالة رصيد مالي للبنك المحوّل عليه، وقد أشار الموقع في الكميالة إلى بند من البنود في أنّ البنك عليه أن يسدّد ما في ذمّتي من الدين عند الإستحقاق، فهنا يقوم موظفوا البنك بخصم ما يُقابل مقدار الكميالة من رصيد الموقع ويُنزّل من حسابه بهذا المقدار، ثم يحوّل هذا البنك إمّا إلى رصيد حامل الكميالة إذا كان لديه رصيد عند هذا البنك، أو يُدفع إليه نقدًا.

والسؤال هنا: البنك المُحال عليه هو مدين^(٢) لموقع الكميالة، فهل يجوز أخذ

العمولة على تسديد ما في ذمّة البنك إلى الزبون؟

قد يُقال: بعدم جواز مطالبة المُحال عليه (البنك) بعمولة؛ وذلك لأنّه يجبُ على المدين أن يسدّد ما في ذمّته، وهناك قاعدة تقول: إنّ الواجبات لا تُأخذ الأجرة عليها، وقد يُقال: بالجواز؛ لأنّ العمولة لا تكونُ مقابل وجوب تسديد الدين، وإنّما تكونُ على أساس أحد أمرين:

الأمر الأول: أنّ المُحال عليه (البنك) وإن كان مدينًا من الأساس، ولكن على ما

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١١ / مسألة ٢٥.

(٢) لأنّه إفتراضنا أنّ هذا الشخص يوجدُ عندهُ رصيدٌ في البنك فهو يطلبُ البنك والبنك مدينٌ

لموقع الكميالة.

هو الصحيح أنّ الحوالة لا تصحّ عليه إلّا مع قبوله، فيمكنُ التنازلُ عن القبول بمقابل عملة^(١).

الأمرُ الثاني: أنّ البنك يأخذُ العمولة لا على التسديد نفسه حتّى يُقال: هذا واجب ولا يجوز، وإنّما على مقدمات التسديد وهي تُسهّلُ عمليةَ تسديد الدين من خلال قبوله للكمبيالة وتنزيل المبلغ المسدد من رصيده، ثم إيداعه بأسم حامل الكمبيالة أو تسليمه نقداً فيمكنُ أن يأخذ الأجرة مقابل كلّ هذه الأعمال^(٢).
إذاً الكمبيالة بكافة أنحائها الثلاثة لا مشكلة فيها.



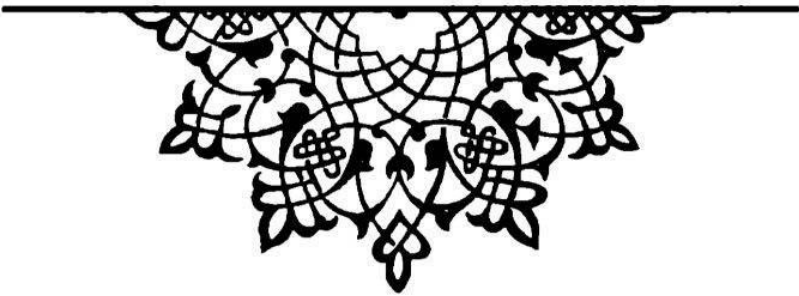
(١) فهو من حقّه أن لا يقبل، ولكن يُمكنُ أن يُعطى له أموال حتّى يقبل وإن كان المُحال عليه

مديناً، منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١١.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ١٢٧.



السحب على المكشوف



السحبُ على المكشوف

من الخدمات التي يقومُ بها البنكُ هي أنَّه من كان لديه رصيدٌ في البنك في الحساب الجاري^(١) يحقُّ له سحب أيِّ مبلغ لا يزيدُ على رصيده. نعم، في بعض الحالات إمَّا يُسمح له بسحب مبلغ يزيد على رصيده أو قد يكون لا رصيد له إلَّا إنَّ البنك لثقته بهذا الشخص تسمح له بسحب أيِّ مبلغ يطلبه، ويُسمَّى هذا بالسحب على المكشوف، والبنك بطبيعة الحال يحتسبُ فائدةً على هذا السحب فما هو الوجه بأخذ تلك الفائدة؟ باعتبار أنَّ أصل ما يدفعه البنك في هذه الحالة يرجعُ الى الإقراض ويطلبُ فوائدًا عليه فكيف تُصححُ تلك الفوائد؟

التخريجات لحية أخذ الفوائد من البنوك على السحب المكشوف:

التخريجُ الأول: المال المدفوع مجهول المالك

ما ذكره جماعةٌ منهم السيّد الخوئي رحمته الله والسيّد السيستاني (حفظه الله)^(٢) من أنَّ المال المدفوع إليه يكون بعنوان مجهول المالك لا بعنوان القرض، وتوضيحه:

(١) لأنَّه إذا كان على نحو الودائع الثابتة لا يحقُّ له سحبها، وإذا سُحبت فلا توجد معها أيُّ فائدة.

(٢) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٦؛ منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٢.

إنَّ الشخص المذكور لا يتمكّن أن ينوي ويقصد الإقتراض من البنك؛ لأنَّ القرض لا يصحُّ إلّا من المقرض المالك أو كونه ولياً عن المالك، وفي المقام أنّ البنك لا يملكُ وليست له ولاية شرعية عن المالك، فعنوان الإقتراض لا يتحقّق، وإنّما الذي يتحقّق هو الاستيلاء على مجهول المالك؛ لأنَّ الدولة لا تملكُ وما يقع بيده هو من هذا العنوان، لكن على أن يُجيزه الحاكم الشرعي^(١)، وعليه الفائدة التي يُلزم البنك الزبونَ بدفعها لا تكون فائدة على القرض، وإنّما من باب الإلزام القانوني، فهو حيث لا يسعه التخلف قانوناً من دفع الفائدة يدفعها، وهذا لا علاقة له بقضية الفوائد المحرّمة نهائياً، وهذا التخيُّج يتحقّق في البنوك الحكومية والمشاركة، دون الأهلية^(٢)، ولذا قال السيّد السيستاني (حفظه الله): (السحبُ على المكشوف مردّه الى الإقتراض من البنك بشرط دفع الفائدة فهو قرض ربويٍّ محرّمٌ، وما يتقاضاه البنك من الفوائد على المبالغ المسحوبة تعدُّ من الفوائد الربوية المحرّمة. نعم، إذا كان البنك حكومياً أو مشتركاً في بلد إسلامي فلا بأس بالسحب منه لا بقصد الإقتراض والرجوع الى الحاكم الشرعي لتصحيح التصرّف في المال)^(٣).

يُلاحظُ على هذا التخيُّج: إذ بالإضافة الى أنّه لا يحلُّ المشكلة في جميع البنوك - كالأهلية مثلاً - كذلك أنّه مبنيٌّ على فكرة مرفوضة عندنا وهي: أنّ الدولة لا تملك،

(١) باعتبار أنّ التصرّف في أموال مجهولة المالك يحتاجُ الى إجازة الحاكم الشرعي.

(٢) باعتبار أنّ أصحاب البنوك الأهلية مالكون لا أنّ الأموال الموجودة في البنوك الأهلية

مجهولة المالك، لذا تكونُ المعاملةُ في البنوك الأهلية محرّمةً.

(٣) منهاج الصالحين، علي 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 يُقدّمه البنك من خدمات في عملية القرض، أي: أن الفوائد التي يحصل عليها البنك تكون بإزاء أجره البنائية أو أجره الشركة الأمنية أو الآلات التي يعمل بها البنك، فالفوائد لا تكون على القرض فلا تكون محرمة.

ويلاحظ عليه: أن هذا تامٌ لو رُوِعت النسبة بين مقدار الفائدة ومقدار أجره المثل لهذه الأشياء التي أخذت من أجلها الفائدة، بينما الواقع الخارجي يكذب ذلك؛ إذ نجد أن نسبة الفائدة تتفاوت من حالة إلى حالة، فالمال المقرض إن كان قليلاً تكون فائدته مختلفة عن المال الكبير جداً، وأيضاً مدة التسديد كلما 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 المقرض (البنك) يقول: (من يهب لي خمسين ألفاً مقابل أن يقرضني مائة ألف فأنا أهب له هذه الزيادة) فوق القرض شرطاً في عقد الهبة ولا محذور في أن الهبة تجرّ نفعاً، وإنما المحذور في القرض إذا جرّ نفعاً، وهذا التخريج نقلناه سابقاً عن السيد الخوئي رحمته الله، وعلّقنا عليه بأنه لا فرق بين

وقوع القرض شرط في الهبة، أو وقوع الهبة شرط في القرض.

التخريج الرابع: الإقراض من مال الغير

إنَّ أخذ الفوائد إنَّما تكون محرَّمة لو أقرض الشخص ماله الخاص، وأمَّا أخذ الفوائد فيما لو أقرض مال غيره فلا مشكلة، والبنك حينما يُقرض هذا الزبون الثقة إنَّما يقرضه من أموال المودعين، وليست من أموال البنك الخاصة، والفوائد لا تكون على مال المقرض وهو البنك، وإنَّما تكون الفوائد على أموال الناس التي أودعوها في البنوك.

ويُلاحظُ عليه: أنَّه تارةً نفترض أنَّ الوديعة ترجعُ الى القرض، وأخرى تبقى وديعة بمعناها الفقهي، والإشكالُ على التخريج الرابع يجري في الإحتمالين معاً، أمَّا الأول وهو رجوعُ الودائع الى القرض فيصبحُ البنكُ مالِكاً والفوائد المعلنة هي فوائد على القرض، وأمَّا الإحتمالُ الثاني وهو بقاء الودائع على أصحابها الحقيقيين، غايتهُ أوكلوا البنكُ في التصرُّف في تلك الأموال والتي من هذه التصرُّفات هو القرض، فالإشكالُ يأتي أيضاً من إنَّما دَلَّ على حرمة أخذ الفوائد على القرض لصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترطُ إلَّا مثلها، فإنَّ جُوزِي أجود منها فليقبل، ولا يأخذ أحدٌ منكم ركوبَ دابةٍ أو عارية متاع يشترطُ من أجل قرض ورقة»^(١)، مطلق في أنَّ الفائدة المحرَّمة كما تشملُ أموال الشخص تشملُ كذلك أموال غيره.

التخريج الخامس: على أساس عقد الشركة

إنَّ البنك حينما يدفع للزبون المذكور رغم وجود الحساب لديه أو لا حساب لديه ليس على أساس القرض، وإنَّما على أساس الشركة معه، فالبنك يصيرُ شريكاً بنصف ما سيشتريه هذا الزبون من تلك الأموال، وبعد ذلك إذا أرجع الزبونُ المذكور نصف ما عليه للبنك فقد إنقضت الشركة بينهما وصار ما اشتراه ملكاً للزبون جميعاً، والبنك خلال هذه الفترة، أي: من فترة قبض الثمن الى إرجاعه الى البنك_ يقومُ باستئجار نصف ما اشتراه الزبون كأن اشترى معملاً أو بناء مشفاً، فالفائدة هي عبارة عن أجرة ما اشتراه الزبونُ في هذه الفترة، فيكونُ قد حصل البنكُ على المال الذي دفعه وعلى الفائدة، لكن من خلال الشركة لا القرض.

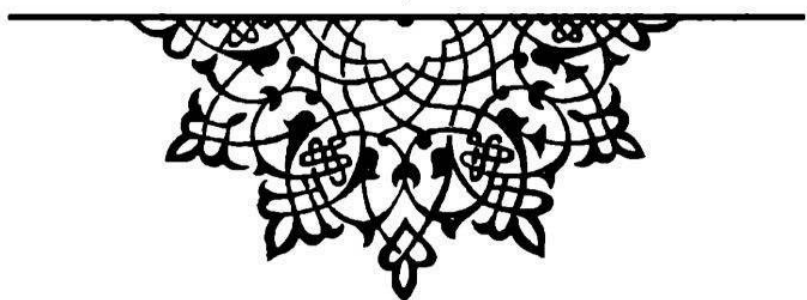
التخريج السادس: على أساس عقد المضاربة

إنَّ البنك يدفعُ المال الى هذا الزبون من باب المضاربة، فيشتركُ معه في حصة من الربح التي هي الفوائد التي كان ينوي الحصولَ عليها عن طريق القرض.





خضم الكمبيالات



خضم الكمبيالات

هناك حكمٌ شرعيٌّ على مستوى الإستحباب في أن يُقيّد الدين بورقة ضماناً للمال المقترض، ثم أثناء تطوّر الحياة إستبدلت الورقة المذكورة بما يُسمّى بالكمبيالة، والتي هي عبارة عن ورقة تُشيرُ عادة الى مقدار الدين وتحتوي على توقيع للمدين، وعلى تأريخ تسليم الدين وغير ذلك من الأوصاف، ثم حصل تطوّر آخر وهو بروز مسألة الشيكات فيكتبُ أيضاً المدين شيكاً يتضمّن تفاصيل الدين، فإذا تنصّل المدين عن تسديد الدين يكونُ بإمكان الدائن أن يحمل هذه الأوراق أو أحدها الى الجهات القانونية لترتيب الإجراءات عليه وهذا واضحٌ، والشيء الذي تطوّر أخيراً هو أنّ حامل الكمبيالة (الدائن) يضطرُّ قبل موعد حلول الأجل أن يبيع هذه الورقة الى شخص ثالث كالبنك بأقل من قيمتها ويُصطلح على هذا الفعل بخضم الكمبيالة أو تنزيل الأوراق ومعناها بيع الدين بأقل من قيمته، والبنك في هذه الحالة يشتري هذا الشيك أو هذا الدين بأقل من قيمته، ثم يذهب بهذا الشيك الى المدين ويأخذ منه مقدار الدين الواقعي الذي هو يزيد بطبيعة الحال على ما باعه الدائن الى البنك.

الكلام في خصم الكمبيالة يقع في مبحثين:

المبحث الأول: الكمبيالة الحقيقية التي تُعبر عن وجود قرض واقعي، بأن يكون موقع الكمبيالة مديناً لمن كتبت باسمه بالمبلغ الذي تتضمنه.

المبحث الثاني: كمبيالة المجاملة التي تُعبر عن وجود قرض صوري لا واقع له، أي: أن صاحب الكمبيالة يضع مقداراً من المال عليها من دون وجود دين في البين، ثم يتصل بأحد الأشخاص ويطلب منه أن يبيع تلك الكمبيالة في السوق بأقل من المقدار المذكور في الكمبيالة الى أجل.

المبحث الأول: تنزيل الكمبيالة الحقيقية وتخرجاتها الفقهية

الكمبيالة الحقيقية فقد وقع الكلام بين الفقهاء في أن حامل الكمبيالة حينما يعرض على البنك فبأي معنى تم، فهل من باب البيع أو من باب القرض أو شيء آخر؟ فهنا يوجد تخريجان:

التخريج الأول: أن يكون من باب البيع، وله تقريران:

التقريب الأول: بيع الدين المؤجل بأقل منه حالاً:

أن الدائن (حامل الكمبيالة) يبيع دينه المؤجل الثابت في ذمة المدين الى البنك بأقل منه حالاً، كما لو كان دينه بـ (١٠٠) دينار فباعه بـ (٩٨) ديناراً نقداً، وبعد ذلك يقوم البنك أو غير البنك بمطالبة المدين موقع الكمبيالة بقيمتها عند الإستحقاق، وهذا التخريج لكي يتم لابد من توفر شرطين:

الشرط الأول: أن يكون العوضُ والمعوّضُ بين حامل الكمبيالة والبنك ليسا من المكيّل أو الموزون، بل لابد أن يكونا من المعدود، وهذا الشرطُ سهل الحصول عليه؛ لأنّ البنوك تتعامل بالأوراق التي هي من المعدودات.

الشرط الثاني: أن يبيع الدينَ بنقْدٍ حالاً حتّى لا نفعَ في محذور بيع الدين بالدين الذي اتفقت الكلمة على بطلانه، وقد صار الى هذا التخرّيج مع هذين الشرطين السيّد السيستاني (حفظه الله)^(١).

تحقيق الحال في الأوراق النقدية:

وبما أنّ الشرط الأول وهو عدُّ الأوراق النقدية من المعدودات لم يُنقَح في كلمات الأعلام؛ إذ يُوجدُ إحتمالٌ^(٢) أنّ تلك الأوراق هي تعبير عن الرصيد الذي تضعه الدول بإعطاء القيمة الاعتبارية لتلك الأوراق، وعادةً هذا الرصيد يكون من الذهب مثلاً والذهب من الموزون، فانخرم هذا الشرطُ، وعليه لابد من تنقيح هذه المسألة، وهي الأوراق النقدية مالٌ في حقيقتها أو أنّها تُعبّر عن الرصيد المخزون عند الدول المصدّرة؟

لا إشكال أنّ مالّية هذا النقد جاءت من الرصيد المخزون لدى تلك الدول، فهل الرصيدُ يُمثّلُ حيثية تقييدية للنقد أو حيثية تعليلية له؟ فإن كان الرصيدُ يُمثّلُ حيثية تقييدية، أي: إنّ هذه الأوراق النقدية إنّما يكتسب قيمتها من ذلك الرصيد

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٤.

(٢) كتاب تحرير المجلّة، محمّد حسين كاشف الغطاء: ١ / ١٣٢.

فلولاهُ لا قيمة لتلك الأوراق النقدية، فلازم ذلك أن الأوراق مجرد سند ومُشير الى ذلك الرصيد، والذي يُمثّل المالىّة الحقيقية، وهذا نظير الصكوك في عالمنا اليوم فإنّها مجرد سندات تُشيرُ الى حقيقة المالىّة وليست هي مالاً في حدّ نفسها.

وأما إذا كان الرصيد يُمثّل حيثية تحليلية، أي: أن الدولة إعتبرت هذه الأوراق النقدية مالاً، وهذا الإعتبار لا بد له من سبب وعلة لجعل المالىّة لتلك الأوراق، فلازم ذلك أن تلك الأوراق هي مالٌ بحدّ ذاتها واكتسبت ذلك من إعتبار الدولة لها، والمصحح لا اعتبار المالىّة هو ما تملكه الدولة من الرصيد المخزون.

هذا هو جوهرُ الخلاف بين الفقهاء في حقيقة الأوراق النقدية.

أدلة المشهور بأنّ الأوراق النقدية مال بحد ذاتها:

المعروفُ والمشهورُ بين الفقهاء هو أنّ الأوراق النقدية هي مال بحدّ ذاتها وليست سنداً مشيراً الى الرصيد المخزون، ويُمكنُ الإستدلالُ لهذا القول بدليلين:

الدليلُ الأول: متابعة الآثار الفقهية لاقتناص الارتكاز العرفي

إنّ نتابع الآثار المترتبة على الخلاف المذكور ونقتنصُ من خلالها ما هو المركز عرفاً في حقيقة تلك الأوراق.

الأثرُ الأول: لو دفع المديونُ ما في ذمّته للدائن صكّاً يُعادلُ قيمة الدين، وتلف الصكُّ قبل أن يقبض الدائن ما يعادله، فهل برئت ذمّة المديون بذلك أو على المديون أن يُسلّم ما يُعادل الدين المذكور في الصك؟

المركز عرفاً أنّ الأوراق النقدية ليست كالصكوك، فلو قبّض المديونُ الدائن

تلك الأوراق النقدية وتلفت عنده لا يُطالبُ المديون بأوراق نقدية أخرى، وهذا معناه أن تلك الأوراق هي مالٌ بحدِّ ذاتها وليست مجرد سند مُشير كالصكوك.

الأثر الثاني: لو افترضنا أن الدولة أرادت إسقاط التعامل مع الأوراق النقدية لإنهاء فترة صلاحيتها كأن نقول: (كُلُّ ورقة نقدية تحمل صورةً ما) فمن حقِّ الدولة أن تسقط قيمة هذا الاعتبار، وهذا ليس له معنى إلا إذا كانت تلك الأوراق النقدية مالاً بحدِّ نفسها، بينما لو كانت مجرد سندات تُشير الى المالِية فليس من حق أيِّ جهة أن تُسقط مالية هذا النقد، فهل يحقُّ للمديون أن يقول للدائن: (إذا جئت بعد شهرٍ فلا حق لك عندي)؟ فقطعاً لا يحقُّ له ذلك، فلو كانت تلك الأوراق تُشيرُ الى المال، فالدولة حينما صدّرت هذه الأوراق صارت مدينةً لكلِّ فئة نقدية ما يقابلها من الرصيد، فبمقدار ما تحصلُ عليه من الأوراق لك ما يقابله من الرصيد، فعلى هذا الضوء لا يحقُّ للدولة أن تُسقط القيمة المالية لهذه الأوراق؛ لأنّها مديونة ولا يحقُّ للمديون أن يقول لدائنه: (ليس لك حق المطالبة) ومن الواضح المركز عُرْفاً أنّه يحقُّ للمواطن مطالبة الدولة بعد المدة المُعلن عنها في التعامل، فهذا معناه إنَّ الأوراق هي مالٌ بحدِّ ذاتها وليست سندات مُشيرة الى تلك المالِية.

الأثر الثالث: لو أُلغى شخصٌ مالاً، فمن حقِّ صاحب المال أن يرفض لو كتب المتلف له صكاً يُمثِّل قيمة المال التالف؛ لأنّه يعترض ويقول: أنا أريد ذات المال لا شيئاً يُشير الى المال، وعليه لو حاول الشخص المتلف أن يدفع أوراقاً نقدية تعادل ما أُلغى، فلو كانت الأوراق النقدية مالاً بحدِّ ذاتها فلا يحقُّ لصاحب المال التالف

الإعتراض، بينما لو كانت مجرد سندات تُشيرُ الى المالية فمن حقّه أن يعترض، وبما أنّ المركز عُرفاً ليس من حقّه الإعتراض فهذه إشارة الى أنّ تلك الأوراق النقدية هي مالٌ بحدّ ذاتها.

إذاً من خلال تلك الآثار يُمكنُ بحسب الإرتكاز العُرفي إقتناصُ أنّ الأوراق مالٌ بحدّ ذاتها.

الوجه في قيمة الارتكازات العرفية:

والمستند في الرجوع الى الإرتكاز العُرفي في تحقيق ماهية الأوراق النقدية يرجع الى أحد وجهين:

الوجه الأول: أنّ العُرف وإن كان له المرجعية في تشخيص معاني الألفاظ دون تشخيص المصاديق، فإنّ تشخيص المصاديق بالنظر العُرفي ليس محلاً للإتفاق بين الأصوليين، ولكن يُستثنى من ذلك ما لو كان المفهوم العُرفي مردداً بين السعة والضيق، فهنا يُوجدُ مجالٌ للرجوع الى العُرف في تشخيص المصاديق؛ لأجل أنّ تشخيص المصداق يوضّح معنى اللفظ الذي يتردد بين السعة والضيق، وهذا الرجوعُ يُسمّى بالإطلاق المقامي.

ويُمكنُ أنْ نُمثّل لهذه الفكرة بمثالين:

الأول: إذا ورد الدليل بهذا العنوان (الماءُ مطهّرٌ) ومفهوم الماء هو مردد بين السعة والضيق، أي: من المفاهيم المشككة؛ إذ بعض المياه يُشكُّ في إنطباق العنوان عليها كماء الفرات الذي هو عادةً مخلوط مع الطين، فهنا نرجعُ الى العُرف في

تشخيص المصداق، وبعد ذلك يتّضح عندنا مفهوم (معنى) كلمة (الماء) وهذه الطريقة عبّرنا عنها بالإطلاق المقامي.

الثاني: إذا ورد مثلاً «جهزوا موتاكم»^(١)، أو «إذامات المرء بانّت زوجته منه»^(٢)، فإنّ مفهوم الموت ليس واضحاً، فهو مردد بين توقّف القلب أو هو مع توقّف الدماغ، فهنا المعيار في ذلك أن نرجع الى العُرف في تشخيص مصداق الموت، ويرى العُرف أنّ موت القلب يحقق معنى الموت وإن لم يتوقّف الدماغ، فتشخيص المصداق صار طريقاً لتحديد معنى الموت الذي كان من المفاهيم الدائرة بين السعة والضيق.

فإذا توضّح ذلك، نأتي الى مقامنا فقد وردت في الروايات كلمة (المال) كما في روايات الإرث إذا مات الرجل قُسمت أمواله بين ورثته، وهكذا لا يحلّ مالٌ إمريئ مسلم إلا بطيب نفس^(٣).

فهنا معنى المال مردّد، فيمكن أن نرجع الى العُرف في تشخيص مصداق المال فهل هو يُتمثّل بالأوراق النقدية أو أنّ تلك الأوراق تُشير الى حقيقة المال وهو الرصيد؟ فقد ذكرنا أنّه بحسب الإرتكاز العُرفي تُوجد آثار ثلاثة يُقتنص من خلالها أنّ تلك الأوراق هي مالٌ بحدّ ذاتها، فيتّم الرجوع الى 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 المصداقي للعُرف.

الوجه الثاني: الموضوعات التي صبَّ الشارعُ عليها الأحكام تكونُ على

قسمين:

القسمُ الأول: موضوعات شرعية صرفة أو يُعبَّرُ عنها بموضوعات مخترعة، مثل التيمم أو الوضوء وهكذا، هنا تحديدُ دائرة هذا الموضوع بكُلِّ تفاصيله يُنَاطُ بالشارع ولا يُوكَلُ مرجعية تحديده الى العُرف؛ لأنَّه إفتراضنا أنَّه شرعيٌّ صرف فلا معنى لمرجعية العُرف آنذاك؛ لعدم تداوله فيما بينهم.

القسمُ الثاني: موضوعات عُرفية ولم يتدخَّلْ 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 تتحقَّق الصلةُ به؟ كُلُّ ذلك يُرجعُ لتحديده الى العُرف لغرض أنَّ الموضوع عُرفي بامتياز والشارعُ لم يتدخَّلْ في تغيير ماهية هذا المعنى العُرفي.

وهذه الطريقةُ وهي -الرجوعُ الى العُرف في موضوعات من هذا القبيل- تسمَّى بالإطلاق المقامي فإذا إتَّضح ذلك نقول: قد ورد في بعض الروايات مسألة قبض المال ففي باب الهبة إنَّها تتحقَّقُ فيما إذا قبض الموهوب له المال، وإذا بيع كتاباً بيع السلم لابد أن يُقبض الثمن في المجلس، فهنا القبض مفهوم عُرفي والشارعُ لم يتدخَّلْ في حقيقة هذا المعنى العُرفي، أي: لم يُغيِّرْ من صورته، فهنا نسأل من يهبُ نقوداً وتمت عملية القبض هل يُقال: تحقَّق القبض للمال أو أمَّها مجرد سند ومشير الى ذلك الرصيد؟ وهكذا من إشتري كتاباً في بيع السلم وقبَّضه مالاً، فهل تحقَّق معنى

القبض؟ العُرف يرى أنّ القبض المذكور لتلك الأوراق النقدية هي قبض للمال، فتمّ الرجوعُ الى العُرف هنا في تنقيح معنى القبض الذي هو معنى عُرفي، ويُسمّى هذا المعنى العُرفي بالإطلاق المقامي أيضاً.

النتيجة: الأوراق الماليّة هي مالٌ بحدّ ذاتها، هذا هو الدليل الأول وهو التمسك بالإرتكاز العُرفي.

الدليل الثاني: الأدوار التاريخية للنقد

ذكر بعضُ المختصين الأدوار التي مرت بها الأوراق النقدية فقال: إنّ الأوراق الماليّة على تاريخها مرت بأدوار^(١).

الدور الأول: دور نيابتها عن أرصدها من ذهب أو فضة التي كانت مودعة في خزانة الجهة المصدّرة للأوراق، وهذه الأرصدة هي في الحقيقة ملكٌ لأصحاب الأوراق وليست الأوراق إلّا حاكية عنها، وبناءً على هذا الدور تكون الأوراق النقدية مجردّ سندات كالصكوك مُشيرة الى المالية وليست مالاً بذاتها.

الدور الثاني: بدأ بعد أنّ أحس المصدّرون للأوراق بأنّهم غير مضطرين الى الإحتفاظ بعين الأرصدة بمقدار الأوراق المصدّرة؛ لأنّ أصحاب الأوراق سوف لن يطالبوهم جميعاً في وقتٍ واحد بتسليم الرصيد، فبدل الإحتفاظ بالأرصدة الى التّعهد بدفع الرصيد لمن جاء بالأوراق الى مصدرّ الورق، وهذا التّعهد يُمكن تفسيره بنحوين:

(١) مجلّة رسالة الثقلين، (الأوراق الماليّة الإعتبارية) كاظم الحائري: ٩٣.

الأول: أن الجهة المصدرة تُعتبر نفسها مدينة لصاحب الورق بمقدار رصيده، وبناءً عليه تصير الأوراق مجرد صكوك وسندات، لكنه لا تحكي عن رصيد خارجي - كما في الدور الأول - ولكن تحكي عن رصيد في الذمة.

الثاني: أن الجهة المصدرة لا تُلزم ذمتها بشيء، وإنما تتعهد تعهداً مستقلاً عن ترجمة الورق بالرصيد بأن من أتى لها بشيء من هذه الأوراق قدّمت له من الرصيد بقدره، وبناءً عليه يمنح هذا التعهد للورق اعتباراً وقيمة لدى الناس باعتبار ثقتهم بالجهة المتعّدة، وهذا يعني أن الورق لم يصبح شيكاً، بل أصبح أمراً ذا مالية، وتعهد الجهة المصدرة لدفع الرصيد هو حثية تعليلية لا اعتبار المالية اجتماعياً لهذا الورق.

ثم أيّ التفسيرين هو المطابق للواقع؟ رجّح السيد الصدر رحمته التفسير الثاني؛ لكونه أصوب من الأول، وأيد ذلك بثلاث مؤيدات، وهي بأن إستهلاك السند أو سقوطه عن الاعتبار لا يعني تلاشي الدين في حين أن أي شخص تتلاشى لديه الورقة النقدية أو تسقط الحكومة إعتبارها ولا يُسارع إلى إستبدالها بالنقود الجديدة لا تُعتبر الجهة المصدرة نفسها مسؤولة أمامه عن دفع قيمة الورقة المتلاشية أو التي سقط إعتبارها وتماهل في إستبدالها، ثم ذكر مؤيداً ثالثاً وهو لو أن أحداً أصبح مديناً لشخص بإتلاف مال قيمى له فأراد الوفاء بالورق المالى وجب على المضمون له أن يقبل هذا الورق وليست له المطالبة بالرصيد في حين أنه لو أراد الوفاء ببعض تلك السندات لم تكن له قوة الإلزام وكان من حق المضمون له الرفض^(١).

الدور الثالث: الدور المثبت اليوم عالمياً، وهو إلغاء التعهد بدفع الرصيد من قبل مصدر الأوراق نهائياً، وذكر السيد الصدر عليه السلام إذا أردنا معرفة الأوراق التي أعطيت عن التعهد بدفع الرصيد لدى تقديم الأوراق هل تُعتبر سندات أو تعتبر أموالاً؟

يجب أن نرجع الى الورا لنعرف حال التعهد الذي فرض في الدور الثاني، والذي أعطيت الأوراق عنه في هذا الدور لكي نرى هل أن ذلك التعهد كان مكيفاً بالتكيف الثاني من التكيفين الماضيين، أي: أن الجهة المصدرة للأوراق لا ترى نفسها مدينة أصلاً لأصحاب الأوراق بشيء، وغاية ما هناك أنها تعهدت بدفع الرصيد لدى تقديم الأوراق إليها جلباً لثقة الناس بالأوراق أو كان مكيفاً بالتكيف الأول وهو التعهد بالدين؟ أمّا على التكيف الثاني فقد كانت الأوراق أموالاً قبل الإعفاء عن التعهد فكذلك الحال لا محالة بعد الإعفاء، وأمّا على التكيف الأول، فالأوراق قبل الإعفاء من التعهد لم تكن أموالاً، بل كانت مستندات وحاكية عمّا في ذمة الجهة المصدرة للأوراق من رصيد، فعندئذٍ يجب 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 الى أوراق نقدية إلزامية، فهذا يعني أن تلك الأوراق أصبحت أموالاً باستقلالها ولم تعد حاكيةً بحته.

وأمّا إذا كان قانون الإعفاء يعني السماح بالجهة المصدرة بعدم وفاء الدين الذي تُمثله الأوراق النقدية في نطاق التعامل الداخلي حرصاً على الذهب، وتوجيهاً له الى

التعامل مع الخارج مع الإقرار قانونياً ببقاء الديون التي تمثلها تلك الأوراق فلا تخرج بذلك الأوراق عن حكمها، بل الإعفاء.

السيد الحائري (حفظه الله) يقول: إنَّ احتمال 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: أنَّ المفهوم من الرصيد للأوراق في الوضع العالمي اليوم لم يعد كما كان سابقاً من مبلغ مشخص ومعيّن في ذمة شخص أو جهة، وإنّما رصيد أوراق كل دولة عبارة عن مجموع ما تمتلكه من القوة الإقتصادية من سلع أو أعمال، لا بمعنى أنَّ مبلغاً معيّنًا منها يكون محكياً بمبلغ مُعيّن من هذه الأوراق كما هو شأن السندات، بل بمعنى أنَّ هذه الأوراق تُمكنُ صاحبها من إمتلاك مبلغاً من تلك الأمور مختلف المقدار وفق ما تقتضيه قاعدة العرض والطلب ومدى إزدهار الوضع الإقتصادي للبلاد.

والقرينة على ذلك: أنَّ أيَّ شيء يُفترض رصيذاً لهذه الأوراق فهو بذاته محكومٌ في عالم التجارة الداخلية والخارجية ومن قبل أيّ شخصٍ أو جهةٍ لنظام التضخم وتصاعده، في حين إنَّ شيئاً ما لو كان رصيذاً لهذه الأوراق بمعنى سندية الأوراق له وحكايته عن ثبوته في ذمة مصدر الأوراق لما كان من المعقول نزول مبلغ ذلك الشيء باستمرار أو صعوده أحياناً؛ فإنَّ المحكي بهذا السند هو مثال من الذهب لا يزيد ولا ينقصُ بينما أنَّك ترى أنَّ الحال في أرصدة الأوراق ليست كذلك، وعلى هذا الأساس ترى أنَّه مهما إزدهر إقتصاد بلدٍ قويّت أوراقهم الماليّة في تجارة داخلية

(١) مجلّة رسالة الثقلين، (الأوراق المالية الاعتبارية) العدد الثامن والتاسع، كاظم الحائري: ٩٢.

أو خارجية، ومهما ضعفت قوتهم الإقتصادية وقلّت الخيرات ضعفت أوراقهم المائيّة، فلو طبعت الدولة لها مبلغاً أكثر رغم تعثر القوّة الإقتصادية إنخفضت قوة النقد، فلا ينبغي أن نخترّ بكلمة الرصيد أو بكلمة السند لو سُمّيت هذه الأوراق في مصطلح مصر في بالسند أو سُمّيت الامتعة أو مجموعة القوة الإقتصادية بالرصيد، وعليه فلم يعدّ خافياً اليوم إنّ الأوراق المائيّة الرائجة في العالم تُعتبرُ هي الأموال ولا حاكية عمّا في الذمّم.

إنّ ما ذكره السيّد الحائري (حفظه الله) في المقالة التي كتبها في (مجلة رسالة الثقلين) تتلخّص بعدة أمور:

الأمر الأول: الأوراق النقدية ليس لها مائيّة بحدّ ذاتها، وإنّما هي مجرد سندات، وهذا له تفسيران:

التفسير الأول: أنّها تحكي تلك الأوراق عن مالٍ خارجي حقيقي وهو عبارة عن الأرصدة الموجودة في الدولة التي تُصدّر الأوراق كالذهب والفضة.

التفسير الثاني: أنّها تحكي عن رصيد في الذمّة وليس عن مالٍ خارجي، وإنّما يثبتُ في ذمّة الدولة المصدّرة ما يُقابل الأوراق النقدية.

الأمر الثاني: أنّ الأوراق النقدية لا تحكي عن مالٍ خارجي ولا عن مالٍ في الذمّة، وإنّما تحكي عن شيء معنوي وهو حالة الرخاء الإقتصادي في بلد ما.

هذا ملخّص ما ذكره في حقيقة الأوراق الإعتبارية.

صياغة أخرى لحقيقة الأوراق النقدية التي مر بها النقد:

يُمكنُ تقديمُ صياغةٍ أخرى لحقيقة الأدوار الأربعة التي مرت بها الأوراق النقدية وهي:

الدورُ الأول: أن تلك الأوراق النقدية لها نحو حكاية عن رصيد خارجي، كما يُقال عادةً في السندات الشخصية التي تُعبّر عن وجود مال في ذمّة صاحب السند، وبالمقابل أن تلك الأوراق تُعبّر عن سندٍ عامٍ يصدرُ من الدولة له الحكاية عن مالٍ خارجي كالذهب والفضة، غاية الأمر أن السند الشخصي يسعى حامله الى أخذ ما يقابله من المال، بينما مصدري الأوراق وجدوا حاملي الأوراق لا يسعون الى تقديمها للأخذ ما يقابلها، من هنا حصلت نقلةٌ في حقيقة الأوراق النقدية، وهو ما يُسمّى بالدور الثاني، وفي هذا الدور إنتقل الأمرُ من جهة مصدري الأوراق النقدية الى التعهّد بدفع ما يُقابل الأوراق الى التعهّد باشتغال الذمّة إذا حصلت المطالبة بعد ذلك، وهذا التعهّد فسّره السيد الصدر رحمته الله بتفسيرين:

الأول: التعهّد مع إشتغال الذمّة بالدين، أي: تعهّد بدين.

الثاني: هو تعهّد لكن بلا إشتغال الذمّة، وإنّما هو مجرد وعدٍّ (من يأتي بالأوراق أرجع له الرصيد الذي يُقابلهُ) ونقل السيد الحائري (حفظه الله) أن السيد الصدر رحمته الله رجّح الثاني؛ لوجود شواهد عديدة له، وذكر منها ثلاثة فقط، وقد تقدمت فيما سبق.

الدورُ الثاني: الدورُ المثبّت عالمياً، أن الجهة المصدّرة لا تلتزم بدفع ما يُقابل الأوراق خارجاً ولا حتّى تتعهّد بإشتغال الذمّة، وإنّما ما يوجد هو إعفاء ذمّة الجهة

المصدرة من تلك الأرصدة.

وذكر السيد الحائري (حفظه الله) أنّ السيد الصدر عليه السلام قال: إنّ هذا الدور وهو الإعفاء لا يتضح إلا إذا رجعنا الى التفسيرين المذكورين في الدور الثاني، فقال: إن كان التعهد يرجع الى إشتغال الذمة بالدين، فهذا معناه إستمرار الى الدور الثالث، وإن فُسّر التعهد بأنّه مجرد وعد بالإعطاء فكيف يُكيّف هذا الإعفاء من الناحية القانونية؟ فهل يرجع الإعفاء الى عدم الإلتزام بأيّ شيء أمام من دفع الأرصدة أو يرجع الإعفاء الى إنتقال الدين من الأرصدة الى الأوراق الماليّة؟

الدور الثالث: _ الذي عبّر عنه هو الواقع في زماننا الحاضر _ أنّ الأوراق النقدية لا تُعبّر لا عن رصيد خارجي ولا عن تعهد بإشتغال الذمة ولا صدور إعفاء، وإنّما هذه الأوراق النقدية تتضمّن من جهة الرصيد المعنوي الذي عبّرنا عنه بالشراء الإقتصادي لهذا البلد.

هذا هو مُلخص ما جاء في المقالة التي كتبها السيد الحائري (حفظه الله) في المجلة المذكورة.

مناقشة الدليل الثاني: الأدوار التي مر بها النقد تاريخياً

هناك بعض الملاحظات: من الممكن أنّ تُسجّل على ما ذكره السيد الصدر عليه السلام فيما يرتبط بالدور الثاني الذي يرجع الى وجود تعهد من قبل الدولة المصدرة للأوراق.

الملاحظة الأولى: ذكر تفسيرين للتعهد:

الأول: التعهّد بمعنى إشتغال الذمّة للدين.

الثاني: مجرّد التعهّد، أي: هناك وعدٌ بدفع ما يُقابل الأوراق النقدية، ثم أقام قرائن ثلاث لترجيح التفسير الثاني، ونحن الآن بصدد التعليق على تلك القرائن.

أما القرينة الأولى وهي -أنّه لو تلفت الأوراق النقدية فالدولة تتعهّد بدفع ما يقابلها، وهذا التعهّد كان مجرّد وعد- فيمكن التعليق عليها: بأنّ ما ذكره لا يعدّ مجرّد احتمال حدسي؛ لأنّ الدور الثاني من الأدوار كان الفاصل الزمني بيننا وبينه طويلاً جداً، فمن أين علمنا من أنّ الدولة تتبنّى مجرّد التعهّد بالتعويض لمن تلفت أمواله؟ مع أنّه من المحتمل إنّما صدر من التعهّد هو تعهّد بإشتغال الذمّة أيضاً، فلا نريد أن نُشكل على أصل وجود التعهّد من قبل الدولة فهذا مسلّم به، وإنّما الإشكال في تفسيره بأنّه تعهّد مجرّد لا مع إشتغال الذمّة بالدين، أنّ مسألة التلف الذي جعله قرينة على التفسير الثاني هذه القرينة حيادية، أي: كما تنسجم مع التفسير الثاني كذلك تنسجم مع التفسير الأول.

وأما القرينة الثانية: وهي -قرينة إسقاط الأوراق النقدية، فإنّ الدولة قد تصدر قراراً بوقف التعامل مع الأوراق النقدية وتجعل مدة محدودة لوقف التعامل بها، وإنّ هذا معناه إنّما يصدر من الدولة هو مجرّد تعهّد بإستبدال الأوراق القديمة بأوراق أخرى بمدة محدودة- فهي غير واضحة؛ إذ كيف عرفنا أنّ ما تفعله الدولة يكشف عن وجود مجرّد تعهّد؟ إذ كما ينسجم هذا القرار مع هذا التفسير ينسجم حتّى مع الدولة عندما تُقرّر وقف التعامل بتلك الأوراق، صارت مشغولة الذمّة بإستبدال الأوراق القديمة بأوراق جديدة، فالسيد الصدر رحمته الله كأنه يحدّس بالأمر،

فلا يوجد شيءٌ إثباتيٌّ يمكنُ التعويلُ عليه.

نعم، لو صرّح بأنَّ المؤرخين للأدوار التي مرت بها الأوراق النقدية ولا سيما الدور الثاني -الذي هو التعهّد- قالوا إنّ التعهّد هو تعهّد مجرد فهنا يمكنُ التعويلُ على تصريح أهل الخبرة بهذا المجال، ومن الواضح لا يوجدُ هذا التصريح.

وأما القرينةُ الثالثة: وهي -التمييزُ بين الصكوك والأوراق النقدية، فقال: إنّ الصكوك تختلفُ عن الأوراق، بمعنى أنّ المتلف لو دفع صكاً لما أتلّفه من الأشياء فإنّه يحقُّ لصاحب العين التالفة الإمتناع من قبول الصك ويطالبُ بالعين التالفة نفسها فإن كانت مثلية فبالمثل وإن كانت قيمة فبالقيمة، بينما من يدفعُ الأوراق النقدية لصاحب العين التالفة لا نجدهُ يعترض، فإذاً يوجدُ مائزٌ بين الصكوك من جهة والأوراق، وهذا معناه إنّ الدولة تتعاملُ مع الأوراق بحسب ما لديها من رصيد بأنّها تتعهّد إذا تلفت الأوراق سوف تدفعُ ما يقابلها -فأيضاً غير واضحة؛ وذلك لأنّه من قال إنّ الدولة تُمايزُ بين الصكوك والأوراق النقدية، فلعلّ الدولة تراهما من واحدٍ واحد، أي: كما أنّ الصكوك تُشيرُ إلى إشتغال الذمّة بالدين، فكذلك الأوراقُ النقدية تُشيرُ إلى هذا المعنى أيضاً.

نعم، الفارقُ أنّ حامل الشيك يذهبُ به إلى بنكٍ ما لإستيفاء حقّه منه، بينما حاملُ الأوراق النقدية لا يذهبُ إلى الدولة لأخذ ما يقابلها، ولكن هذا الفارق ليس هو الأساس للتمييز بين الصكوك والأوراق من جعل الصكوك تُشيرُ إلى دين في الذمّة والأوراق تُشيرُ إلى مجرد تعهّد لا يُشيرُ إلى مجرد دين في الذمّة فما هو الحل إذن؟

إنَّه لا حاجة الى تخمين ما تفعله الدولة بإزاء من يأتيها بالأوراق؛ لأنَّ ذلك الطور من الزمان نحنُ لم نشهدهُ، فلماذا نُخمنُ ترجيحَ التفسير الثاني على أساس تلك القرائن؟ فالحلُّ هو أن نأتي الى زماننا اليوم لنرى أنَّ الدولة حينما تعهّدت فما هو نوعُ التعهّد المذكور؟ نجد بوضوح أنَّها تتعهّد بالتعهّد المجرّد وليس تعهّداً مع إشتغال الدمّة؛ وذلك أنَّه في حالة تلف الأوراق النقدية تتعهّد الدولة بتبديلها، وهكذا إذا رأت الدولة أن تُسقط التعامل اليوم بالأوراق النقدية وتحدد مدة معينة، فهذا نجده بوضوح حاضراً عندنا، وهكذا التمايز بين الصكوك والشيكات والأوراق النقدية؛ إذ من الواضح أنَّ الدولة لا تساوي بين الصكوك والشيكات وبين الأوراق النقدية فتلك تجعلها سندات مُشيرة الى المال، بينما تجعل الأوراق بنفسها مالاً.

إذاً لا حاجة الى الذهاب الى الدور الثاني وتخمين حدود هذا التعهّد، بل بإمكاننا أن نُشخص حدَّ التعهّد عن طريق ما تفعله الدولة اليوم.

الملاحظة الثانية: هناك قرائن أربع على وجود تعهّد من قبل الدولة بغض النظر

عن حدود هذا التعهّد:

القرينة الأولى: لا إشكال في أنَّ الدولة بإمكانها في حالة تلف الأوراق النقدية

أن تتعهّد بإستبدالها، وذلك الأمرُ حصراً بيدها فإذا لم يوجد أصل لهذا التعهّد فلماذا تقومُ بإستبدال الأوراق التالفة؟ وإلا لو كان التعهّد ليس موجوداً بيدها حصراً لتمكنت أيّ دولة أو أيّ شخصٍ من إستبدال التالف.

القرينة الثانية: لو سقطت الدولة لأيّ سببٍ يؤدي هذا الى سقوط الأوراق

النقدية أيضاً، فحينما تأتي دولة أخرى تقوم بإنشاء أوراق نقدية جديدة، فلو لم يوجد تعهّد من قبل الدولة فلماذا تتحمّل الدولة الجديدة مسؤولية إصدار الأوراق؟ فهذه قرينة على وجود تعهّد ما.

القرينة الثالثة: الدولة لو عمدت على الإكثار من الأوراق النقدية بغض النظر عن قانون الطلب والعرض، أي: لم تخطط الى مسألة زيادة ووفرة تلك الأوراق، فهنا إذا كان هذا الضخ يُربك الوضع الإقتصادي للبلد أعتبر هذا الأمر المذكور ظلماً منها، فبأي وجه حقّ تُمارسُ هذا الضخ الذي يُربك حركة الإقتصاد في هذا البلد.

لكن على أيّ حال، لو حصل هذا الأمر عدّ ظلماً، فهذه قرينة على أنّ الدولة ليس من حقّها عمل ذلك، فهي تتعهّد بأصل إصدار العملة وفق ضوابط معينة، فلو كان هذا التعهّد موجوداً باستمرار لكان من حقّها الإستمرار بعملية الضخ غير المقنن، فهي متعهّدة إذاً بأنّها لا تضخّ الى السوق إلّا بمقدار ما يضمن عدم تأثر القيمة لتلك الأوراق النقدية.

القرينة الرابعة: لو تلفت تلك الأوراق النقدية ولم تتعاطف الدولة باستبدالها لأعتبر العقلاء إنّ هذا الأمر ظلماً لهم؛ لأنّهم يبنون على أنّ الدولة عادةً تتعهّد بتعويض التالف، وهذا يُشير الى وجود تعهّد من قبل الدولة بنى عليه العقلاء وحكموا بظلمها في حالة عدم الإكتراث بتعويض التالف لهم.

إذاً من خلال مجموع هذه القرائن تكشف عن أصل وجود التعهّد.

الملاحظة الثالثة: لو تنزلنا عن الملاحظة الثانية يُمكنُ إبداءُ احتمال آخر للدور الثاني الذي مرت به الأوراق النقدية، بمعنى أن هناك توجيةً آخرٌ لتلك القرائن لا يكشفُ عن وجود تعهدٍ، وإنما هناك سببٌ آخرٌ لحصول تلك القرائن، هو أن الدولة بسبب الرصيد - ولو كان عبارة عن الرخاء الإقتصادي - إعتبرت الرصيد المذكور يُمثلُ حيثيةً تعليليةً لماليةً النقد، بمعنى أن إعتبار المالية للنقد يحتاجُ الى علةٍ وسببٍ، والسببُ المذكورُ هو الرصيد ولو كان معنويًا، فهذا معناه أن المالية ليست للرصيد، وإنما المالية للنقد، والرصيدُ علةٌ وسببٌ وحيثيةٌ تعليليةٌ لماليةً النقد.

وبكلمةٍ أخرى: الناس فيما بينهم كيف يتعاملون مع الأوراق النقدية؟ نجد أنهم يعتبرونها مالاً تُمثلُ قيمةً للتبادل فيما بينهم، فالتجارات والصناعات والزراعات المبذولة تُقابلُ بمالٍ، فهي إذاً ذات قيمة تقعُ في مقابل ما يبذله الآخر، والدولة أيضاً ترى أنه بمقدار ما يقومُ به الناس من جهد تُقابلُ الجهد المذكور بمالٍ، فالأوراق النقدية هي مالٌ بحدِّ نفسها، والخدمات التي تُقدِّمها الدولة من كهرباء وغيرها ما هي إلا حيثيات تعليلية لمالية النقد.

الخلاصة: هذه الأوراق النقدية إعتبرتها الدولة مالاً، وما الرصيدُ إلا سببٌ وجعلٌ لهذا الإعتبار.

إنَّه كما يُحتملُ قيام هذه القرائن الأربع على وجود تعهدٍ ما يُحتملُ وجود شيء آخر كشفت عنه هذه القرائن، وحاصلُ هذا الشيء الآخر:

إنَّ الأرصدَةَ التي تحكي عنها الأوراق النقدية هي حيثيات تعليلية، بمعنى أن الأوراق النقدية لكي تُعتبرُ مالاً لا بد لها من سببٍ ومصححٍ وعلةٍ وما ذاك إلا

الرصيد، فالرصيد إذاً ليس هو مقومٌ لمالية النقد - كما هو الحال في الشيكات التي هي مجردٌ سندات تكشف عن المال - وإنما الرصيد يُمثلُ حيثةً تعليليةً، أي: علّةٌ لإعتبار المالية للنقد فالنقدُ مالٌ بنفسه واكتسب ذلك من الرصيد، لا أنّ المالية متمحّضة بالأرصدة حتّى تكون تلك الأوراق مجردٌ سندات.

إذاً الدولة حينما شاهدت الناس تتعامل بتلك الأوراق النقدية على أساس أنّها مالٌ والناس تدفعها في سبيل الحصول على بعض الخدمات، فالدولة أيضاً إعتبرت تلك الأوراق مالاً وتقدّم مقابل تلك الأوراق الخدمات التي يتوقّعها الناس منها، فهذا معناه أنّ الأوراق النقدية إعتبرتها الدولة مالاً، وما الأرصدة إلاّ حيثيات تعليلية لهذا الإعتبار.

فإذا إتّضح ذلك: يُمكنُ أن يُبرز تفسيرٌ جديدٌ لتلك القرائن الأربع غير تفسير التعهّد الذي طرحناه، وذلك:

أمّا القرينة الأولى: -وهي أنّ الدولة هي الجهة الوحيدة التي يحقّ لها تبديل التالف من تلك الاوراق النقدية- فهذا ليس بالضرورة يكشف عن وجود تعهّد؛ إذ لعلّه يكشف عن وجود إعتبار لتلك الأوراق النقدية، أي: أنّ الدولة حينما تستبدل ذلك حصراً؛ لأنّها الجهة الوحيدة لإعتبار مالية النقد، إذ لا يتمكّن أيّ شخصٍ من إعتبار المالية للنقد، فإذاً من هذه الناحية تُبدلُ التالف، أي: هي فقط تعتبرُ المالية لتلك الأوراق لا أنّها تُبدلُ، بمعنى أنّها متعهّدة فليس بالضرورة ذلك. وأمّا القرينة الثانية: -وهي سقوط الحكومات يلزم منه سقوط التعامل

بالأوراق وعلى الحكومة الجديدة إصدار أوراق أخرى_ فهذا الإصدار ليس بالضرورة أن يُفسّر بالتعهد، وإنما بسبب زوال علة الاعتبار لمالية النقد؛ لأنّ اعتبار مالية النقد يكون بيد الدولة، فإذا سقطت الدولة لأيّ سبب هنا سوف تسقط العلة، وتأتي الدولة الجديدة وتعتبر هذه الأوراق النقدية مالا، وسبب هذا الاستبدال من الدولة الجديدة؛ لأنّ العلة لا اعتبار لمالية النقد وهي الدولة قد سقطت فتأتي دولة جديدة، أي: علة أخرى وتُعتبر مالية جديدة لتلك الأوراق فليس بالضرورة وجود حالة الاستبدال، بمعنى أنّ هناك تعهد من قبل الدولة.

وأما القرينة الثالثة: فإنّ الضخّ غير المنتظم يضرّ بمالية الأوراق النقدية التي إعتبرتها الدولة، ولا يُفسّر إنّها متعهدة بتنظيم قانون العرض والطلب فليس بالضرورة يوجد تعهد.

وأما القرينة الرابعة: وهي أنّ التالف من تلك الأوراق لو لم يُستبدل لعدت الدولة ظلمة_ فهذا تفسيره بأنّ من يُعطي المالية لتلك الأوراق هي الدولة، فعليها إذاً أن تقوم بالاستبدال حال التلف.

خلاصة ما تقدّم هو: جواز بيع الدين الذي تضمنته الكمبيالة بالأقل، ولكن على أساس شرطين:

الأول: أن يكون الثمن والدين المتضمّن في الكمبيالة ليسا من المكيل أو الموزون، وإلا لوقعنا في الربا المعاوضي، وهذا الشرط سهل سير في وقتنا الحاضر فإنّه عادةً عملية الدين وشراء الكمبيالة تتم عن طريق الأوراق النقدية وهي من المعدودات.

الثاني: أن يُسدد ثمن الكمبيالة (الطرف الثالث الذي يشتري الكمبيالة) حالاً حتى لا نقع في محذور عدم جواز بيع الدين بالدين، فإذا تمَّ الشرطان معاً تكون النتيجة جواز بيع الكمبيالة بالأقل تمسكاً بعمومات قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وهذا عقدٌ مشتملٌ على شرائط الصحة.

روايتان تمنعان من بيع الدين بالأقل:

ولكن تُوجدُ روايتان تمنعان من ذلك، والمنعُ المذكور لا يرتبطُ بأنَّ بيع الكمبيالة بالأقل يوقعنا في محذور الربا؛ إذ لا ربا أساساً؛ لأنَّ الأوراق النقدية تُمثلُ المعدود، وإنَّها هناك محذورةٌ في أصل بيع الدين بالأقل^(٢)؛ إذ جاء في هذه الروايات: من يشتري ديناً بأقل من قيمته فالمشتري الذي دفع الأقل لا يرجع على المدين إلا بقيمة ما اشتراه، فلو كانت الكمبيالة تتضمنُ الدين مليون دينار والمشتري قد اشتراها بسبعمئة دينار، فإذا جاء موعدُ التسديد فلا يرجع المشتري على المدين إلا بمقدار ما اشتراه، لا بمقدار الدين المسجل على الكمبيالة وهو (المليون دينار) وهذا معناه أنَّ بيع الدين بالأقل لا يجوز، ولو كان صحيحاً لجاز له الرجوع بكامل المليون، والروايتان هما:

الرواية الأولى: أحمد بن محمد عن الحسن بن علي عن محمد بن الفضيل عن أبي حمزة قال: سألتُ أبا جعفر عليه السلام عن رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل فاشتراه

(١) المائة: ١.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ١١٩.

منه (بعرض) ثم إنطلق الى الذي عليه الدين فقال له: أعطني ما لفلان عليك فإني قد اشتريته منه كيف يكون القضاء في ذلك؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: «يردُّ 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: رجلٌ اشترى ديناً على رجل ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له: إُدفع إليّ ما لفلان عليك فقد اشتريته منه قال: «يُدفعُ إليه قيمة ما دفع الى صاحب الدين وبرء الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه»^(٢).

وهاتان الروايتان إن تمتا فلا يجوزُ البيعُ بالأقل، إلا أنه ضعيفتا السند، إذ وقع في سندهما (محمد بن الفضيل) الذي لم يرد في حقّه توثيق، فلا يُمكنُ أن نخرج عن عموماً **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** بهاتين الروايتين.

نعم، بناءً على أنّ (محمد بن الفضيل) هو ذات (محمد بن القاسم بن الفضيل) الذي هو ثقة فتتخلّ المشكلة السندية، فترفعُ اليد عن القواعد، وقد صار الى الوحدة بينهما المحقق الأردبيلي رحمته الله فذكر: 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 الى الجد^(٣)، وعلّق السيد الخوئي رحمته الله على هذه الدعوى بقوله: (إنّ هذا الأمر وإن كان محتملاً إلا إنّ الجزم به في غير محلّه؛ 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 الرواة، محمد علي الأردبيلي: ٢ / ١٨٣.

هو رجلٌ معروفٌ وذو كتابٍ وله رواياتٌ كثيرةٌ فإطلاق محمد بن الفضيل وإرادة محمد بن القاسم بن الفضيل من دون قرينة إطلاق على خلاف قانون المحاورة التي لا يُصار إليه^(١)، وعلى هذا الأساس ذكر صاحبُ الجواهر رحمته الله: (إلا إنهما كما ترى ضعيفتان ولا جابر لهما، بل شهرةُ الأصحاب بقسميهما على خلافهما مخالفتان لأصول المذهب وقواعده)^(٢)، وعلّق صاحبُ الحقائق رحمته الله بقوله: (فالمسألة بمحلٍّ من الإشكال؛ إذ الخروجُ عن مقتضى القواعد مشكّلٌ، وطرح الخبرين من غير معارضٍ أشكل)^(٣).

النتيجة: أنّ الروایتين ضعيفتان سنداً، فلا مانع من تنزيل الأوراق بأقل منها على ضوء الشرطين المذكورين، ولكن لو قبلنا سند الروایتين، فهل يُمكنُ تخريجُ لخصم الكمبيالة أو تنزيل الأوراق بأقل منها على أساس البيع؟

التقريبُ الثاني: على أساس البيع، وله ثلاثة بيانات:

البيانُ الأول: متعلق البيع ذات الكمبيالة

نفترض أنّ حامل الكمبيالة لا يبيعُ الدين بأقل منه، وإنّا يجعلُ متعلّق البيع ذات الكمبيالة أو الشيك، وهذا المتعلّق مما يتنافسُ فيه العقلاء؛ فإنّهم يعلمون أنّه

(١) معجم رجال الحديث، أبو القاسم الخوئي: ١٨ / ١٥٣.

(٢) جواهر الكلام، محمد حسن النجفي: ٢٥ / ٦٠.

(٣) الحقائق الناضرة، المحقق البحراني: ٢٠ / ١٥٨.

بإمكان أخذ الورقة المذكور والذهاب بها الى البنك لأخذ القيمة الحقيقية للدين، وعليه لا تشمل الروايتان هذا البيان لخروجه موضوعاً عنهما؛ وذلك أنّ الروايتين تمنعان من بيع الدين بالأقل فمتعلّق المنع هو الدين، وفي هذا البيان أنّ حامل الكمبيالة لم يجعل متعلّق البيع الدين، وإنّما الورقة التي لها تنافس ورغبة في الحصول عليها.

هذا البيان إذا تمّ فلا تشمله الروايتان كما هو واضح.

يُلاحظُ عليه: أنّ ورقة الكمبيالة ليست مالاً في حدّ نفسها حتّى تُنزّل المعاوضة عليها، وإنّما هي تحكي عن المال بخلاف الأوراق النقدية - كما نبّهنا على ذلك مراراً - والشاهد على التفرقة بينهما هو أنّه لو مُرّقت هذه الكمبيالة فيجب على المُصدّر أن يُصدّر أخرى، وهذا بخلاف لو تلفت النقود فلا يجب تعويض هذه النقود بأخرى، فقبل إستلام الدين وتلفت الكمبيالة لا يُقال قد سدد دينه ما لم يقبض ما يُعادل الدين، بخلاف ما لو سدد الأوراق النقدية وتلفت فيقال: إنّهُ قد سدد دينه، ويترتب على الفارق بين الشيكات والأوراق النقدية هذه المسألة: وهي أنّ من دفع الخمس الى الفقير عن طريق كتابة الشيك فلا يجوزُ له أن يتصرّف بالمال بدعوى أنّه قد دفع الخمس ما لم يقبض الفقير قيمة ما يُعادل الشيك.

وهكذا فيما إذا كان الشخص عليه دين كحقوق شرعية فمجرد كتابة الحق الشرعي على الورقة لا يُعدّ الشخص قد برئت ذمّته من الدين ما لم يتمّ قبضه.

إذاً هذا البيان باطل.

البيان الثاني: التنازل عن الحق

نفترض أنَّ البنك - مثلاً لا يشتري الدين بالأقل، وإنَّما يشتري بقيمة الدين الواقعية ولكن المشتري - كما هو واضح - من حقّه إذا دفع الثمن نقداً فعليه أن يستلم الثمن نقداً، وبما أنَّ الثمن - وهو الدين - مؤجلٌ الى سنة فيقول: ممكنٌ أن أتنازل عن حقّي قبض الثمن حالاً بشيء من المال، وهذا الشيء هو عبارة عن التنزيل، أي: تنزيل الدين بالأقل فقد تمّ العقدُ على البيع بالأقل، لكن لا بصورة مباشرة، وإنَّما إشتري الدين بالمساوي، غايتهُ تنازل عن حقّه - وهو قبض الثمن فوراً - بشيء من الأموال، وهذا البيان تامٌ.

البيان الثالث: هبة مقدار التفاوت

يتمّ شراءُ الدين بقيمته الواقعية، ولكن يشترطُ المشتري (البنك) على الدائن (البائع الأصلي) أن يهب له مقدار التفاوت أو يشترط عليه أن يعمل عملاً له يُعادل مقدار التفاوت، فهنا لم يحصل بيع الدين بالأقل - على تقدير بيعه - وإنَّما بالمساوي، غايةُ الأمر هذا التفاوت تمّ الحصولُ عليه من طريقة أخرى.

التخريج الثاني: من باب القرض

إنَّ البنك لا يشتري الدين بأقل منه، وإنَّما يُقرضُ حاملَ الشيك مبلغَ الدين، وبما أنَّ القرض يُشترطُ فيه حصولُ المقرض على دينه حسبما يُريدُ هو فلو وضع له شرط بأنَّ التسديد بحسب الأجل المصرّح في الشيك فيقول: (أنا أتنازل عن حقّي

المذكور بالمطالبة مقابل شيء) فهذه الزيادة ليست مقابل القرض، وإنما مقابل التنازل عن الحق، وهذا لا محذور فيه أيضاً.

التخريج 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 موقوف على توفر شرطين:

الأول: أن تتمّ حيثية المعاقدة بين الطرفين.

الثاني: أن لا يوجد مانع من الشارع يمنعه عنه، وهنا خصم الكمبيالة وهو البيع بالأقل لا يوجد مانع منه بعد ضعف الروايتين.

المبحث الثاني: تنزيل الكمبيالة الصورية وتخرجاتها الفقهية

تنزيل الكمبيالة الصورية (كمبيالة المجاملة) بأقل من قيمتها، فهل يصح ذلك التنزيل؟ وعلى تقدير الصحة فما هو الوجه الفني فيها؟

ذهب جماعة من المعاصرين الى بطلانها، منهم الشيخ الحلبي رحمته الله قال: (الكمبيالات الصورية حيث لا يكون لأحد الطرفين قرض بذمة الآخر، بل قد تعارف أن يكتب أحد الطرفين الى الآخر كمبيالة تُفيد بأن أحد الطرفين مدين الى الآخر بمبلغ مائة دينار^(١)، وأن المدين مستعد للدفع في الموعد المحدد، ولذا أطلقوا عليها كمبيالة

(١) وفي الواقع لا يوجد هكذا دين، وإنما قضية شكلية وليست حقيقية.

المجاملة، لذلك كانت المداينة صورية بينهما، وبعد تمامية هذه المداينة الصورية يأخذ الدائن ورقة الكمبيالة ليدفعها الى البنك فيستقطع البنك مبلغاً معيناً ويدفع البنك اليه (الى الدائن) ما تبقى إليه، وعند حلول الموعد يتولى البنك مطالبة المدين بالمبلغ المذكور كاملاً.... وقد يخفى الفرق بين الصورتين كمبيالة الدين الحقيقي وكمبيالة المجاملة في بادئ الأمر، لكنه واضح لدى التدقيق؛ فإن الدين في الصورة الأولى موجودٌ فيبيع أحد الطرفين والذي هو الدائن ماله ذمة المدين الى شخص ثالث فيكون ذلك من بيع الدين بأقل منه مع عدم كون المبيع ربوياً، ولكن الدين في الصورة الثانية منتفي ولا حقيقة له؛ لأن ذمة المدين ليست بمشغولة الى الدائن ليتولى هذا الأخير بيع ماله الى الآخر، وعلى هذا فبإزاء أي شيء يدفع البنك المال مع عدم إشتغال ذمة أحدهما؛ ولأجل هذه الجهة وهي عدم وجود دين حقيقي في هذه المعاملة قد يُقال ببطلان هذا النوع من المعاملات الشائعة في هذه الأيام^(١).

ومن القائلين بطلانها أيضاً السيد الخوئي رحمته الله، إذ قال: (فلا يجوز للدائن (الصوري) بيع ما تتضمنه الكمبيالة، لانتفاء الدين واقعاً وعدم إشتغال ذمة الموقع للموقع له (المستفيد)، بل إنما كُتبت لتمكين المستفيد من خصمها فحسب، ولذا سُميت (كمبيالة مجاملة) وواضح أن عملية خضم قيمتها في الواقع إقراض من

(١) بحوث فقهية، حسين الحلي: ١١٣.

البنك للمستفيد، وتحويل المستفيد البنك الدائن على موقعها^(١)، والسيد السيستاني (حفظه الله) بقوله: (وأما في الثاني: فلا يجوز للدائن الصوري بيع ما تتضمنه الكمبيالة، لانتفاء الدين واقعاً وعدم إشتغال ذمة الموقع للموقع له (المستفيد)، بل إننا كتبت لتمكين المستفيد من خصمها فحسب ولذا سُميت (كمبيالة مجاملة)^(٢)، وأيضاً الشيخ الفيّاض (حفظه الله) بقوله: (وحيث إنَّها لا تتضمن ديناً في ذمة محررها، فلا يصحُّ بيعها؛ لأنَّها في نفسها لا مالِيَّة لها ولا تمثِّل مالاً، وإنَّما كتبت لتمكين المستفيد من خصمها فحسب)^(٣).

التخريجات لصحة تنزيل كمبيالة المجاملة:

إلاَّ أنَّه حاول الفقهاء المعاصرون إيجاد تخريج فني لصحة تنزيل كمبيالة المجاملة بالأقل، ووجدت عدة تخريجات:

التخريج الأول: يرجع إلى وكاليتين مع حوالة:

وهو ما ذكره جماعة منهم الشيخ حسين الحلي^(٤)، والسيد الخوئي^(٥)،

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٨.

(٢) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٤.

(٣) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٨٣.

(٤) بحوث فقهية، حسين الحلي: ١١٤.

(٥) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٨.

والسيد السيستاني (حفظه الله)^(١)، والشيخ الفيّاض (حفظه الله)^(٢).

هذا التّخريج يُرجعُ الى وكالتين في البيع مع حوالة فنقول: إنّ مصدرَ الكمبيالة (الدائن) التي تشتملُ على دين صوري مبلغ مائة ألف دينار يطلبُ من حامل الكمبيالة (المدين) ويوكله بأن يبيعها بأقل من قيمتها الى طرف ثالث (البنك أو غيره)، ولكن بعملة أخرى مثلاً خمسين دولاراً وهي أقل من المائة ألف، وإنّما اشترط على وكيله البيع بعملة أخرى؛ وذلك لما ذكرناه سابقاً من أنّ المغايرة بين الثمن والمثمن تجعلُ القضية تدورُ مدار البيع، وإلا لو بيعت بالعملة نفسها لكان قرضاً ألبس لباس البيع، وفي هذا الضوء أنّ التوكيل في البيع حصل بين طرفين الأول مصدرَ الكمبيالة (الدائن) والطرف الثالث، وأمّا المدين حامل الكمبيالة كان مجرد وكيلاً وخارج عن طرفي البيع، والنتيجةُ سوف يملكُ مصدرَ الكمبيالة الخمسين دولاراً ويملكُ الطرف الثالث -المشتري- المائة ألف دينار^(٣)، وبعد ذلك تصدر وكالة ثانية من مصدرَ الكمبيالة لحامل الكمبيالة (المدين): (وكلّتك أن تشتري الخمسين دولاراً لنفسك بمائة ألف دينار عراقي) فيصيرُ حامل الكمبيالة مشغول الذمة لموقع الكمبيالة بالمائة، وبما أنّ مصدرَ الكمبيالة للطرف الثالث مشغول الذمة للطرف الثالث فيقولُ مصدرَ الكمبيالة للطرف الثالث: (حوّلّتك أن

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٥.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: 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 صاحبه.

وعليه إذاً هذا التخريج يرجع الى توكيلين في البيع زائداً الحوالة، وقد أشار إليه السيد السيستاني (حفظه الله): (يُمكنُ تصحيحُ خصمهما بنحو آخر، بأنَّ يُوكَّل موقع الكميالة المستفيد في بيع قيمتها في ذمته بأقل منها، مراعيّاً الاختلاف بين العوضين في الجنس، كأن تكون قيمتها خمسين ديناراً عراقياً والتمن ألف تومان إيراني مثلاً، وبعد هذه المعاملة تصبح ذمة موقع الكميالة مشغولة بخمسين ديناراً عراقياً إزاء ألف تومان إيراني، ويوكَّل الموقع أيضاً المستفيد في بيع الثمن - وهو ألف تومان في ذمته - بما يُعادل المثلث وهو خمسون ديناراً عراقياً، وبذلك تصبح ذمة المستفيد مدينة للموقع بمبلغ يساوي ما كانت ذمة الموقع مدينة به للبنك)^(١).

واعترض على هذا التخريج باعتراضين:

الإعترض الأول: ما ذكره كلُّ من السيد الخوئي رحمته الله والسيد السيستاني (حفظه الله): من أنَّ هذه الطريقة للتخريج ليست ذات جدوى؛ لأنها مبنية على أن يكون الثمنُ بعملة أجنبية والدين الذي بيع بعملة محلية، وعادة البنوك لا تترقبُ عملية بيع الدين بالأقل في التباين بجنس العملة، وعليه فلا أثر لهذا التخريج واقعاً وخارجاً ما دام البنك لا يلتزم بحصول البيع مع التباين في جنس العملة، وإنَّما تتمُّ عملية البيع والشراء بذات العملة وبالتالي لا يحصل بيع مع وحدة جنس العملة، وإنَّما يحصل قرض، ويكون حراماً؛ لأنَّه جرَّ نفعاً، لذا يقول السيد السيستاني (حفظه

الله): (ولكن هذا الطريق قليل الفائدة، حيث أنه إنما يفيد فيما إذا كان الخِصْمُ (البيع) بعملة أجنبية، وأما إذا كان بعملة محلية فلا أثر له، إذ لا يمكن تنزيله على البيع عندئذ^(١).

ويمكن الجواب على هذا الاعتراض بجوابين:

الجواب الأول: نقضي، إذ أن كلاً من السيد الخوئي رحمته الله والسيد السيستاني (حفظه الله) ذكرا هذه الطريقة في مسألة القرض من البنوك الأهلية فقالا: (لا مانع من بيع البنك مبلغاً كمائة دينار نسيئة الى شهرين مثلاً ويجعل الثمن المؤجل عملة أخرى تزيد قيمتها على المائة دينار يوجب أسعار صرف العملات)^(٢).

فهناك لم يتم الاعتراض 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 الفيّاض (حفظه الله) من إن هذه الطريقة لا بأس بها هنا؛ وذلك لأنّ اشتراط حصول البيع بعملة أخرى هو من أجل أن يتحقق عقد البيع دون القرض؛ لأنّ المائز بين البيع والقرض هو أنّ البيع يُوجد فيه مغايرة بين العوض والمعوض، وفي القرض لا تُوجد تلك المغايرة، وإنّما هو إرجاع مثل المال بمدة معلومة، فإذا أردنا أن نُخرّج كمبيالة المجاملة على أساس البيع فلا بد من المغايرة،

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٨ ؛ منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ /

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

فذكروا أنَّ المغايرة تحصلُ باختلاف جنس العُملة، ولكن من الممكن أن تحصل المغايرة أيضاً بشيء آخر وهو الاختلاف بينهما بالكُلِّيَّة والجزئية فيقال: (أبيعك هذا بثمان ما) وهذا التغاير يكفي لدخول المسألة في باب البيع^(١).

وهذا النحو من المغايرة لم يوافق السيد الصدر عليه السلام؛ وذلك لأنَّ الارتكاز العُرفي قائمٌ على أنَّ البيع عبارة عن نقل المعوَّض بثمانٍ لا على نحو المجانية، بينما القرضُ تمليك مال على أنَّه يثبت في الذمَّة مثله أو قيمته، فحينما أقولُ لك: (بعثُ هذا الدولار بثمان عملة أخرى لمدة كذا) هذه عبارة أخرى عن القرض^(٢).

وحاول الشيخ الفيّاض (حفظه الله) التخلّص عمّا ذكره السيد الصدر عليه السلام عن طريق الرجوع الى القصد فهو الأساس في وجود المغايرة أو عدمها، فما دام يقصدُ الدفعَ على نحو البيع فيتحقّق عنوانُ البيع وإن كان في الخارج هو قرض، وهكذا ما دام يقصدُ عنوانَ القرض فيتحقّق القرضُ وإن كان في الخارج هو بيع، فالقصدُ هو الفارق بين المعاملات^(٣).

وهذه المحاولة ضعيفة من وجهين:

الوجه الأول: لا بد أن تُفرّق بين نحوين من المعاملات:

الأول: معاملات لا فرق بينهما ثبوتياً إلّا من جهة القصد كالبيع والصلح؛ إذ لا فرق بين أن نقول: (بعثتُ الكتابَ بدينار وصالحْتُك على الكتابَ بدينار) فهنا لا

(١) البنوك، محمّد إسحاق الفيّاض: ١٣٣.

(٢) البنك اللاربوي في الإسلام، محمّد باقر الصدر: ١٧٩.

(٣) البنوك، محمّد إسحاق الفيّاض: ٧٧.

يُوجدُ فرقٌ بين هاتين القضيتين إلا بالقصد.

الثاني: معاملات بينهما فرق ثبوتي أساسي وليس الفارق متوقفاً على القصد كما في البيع والقرض، فما ذكره من إنَّ القصد هو الذي يحلُّ المشكلة ينفعُ في النحو الأول دون الثاني.

الوجه الثاني: هو ما ذكره الشيخ الفيّاض (حفظه الله) في المقدمة من إنَّ الاسلام حارب الربا بشكليه الظاهري والباطني، ومن الواضح أنَّ هذه الطريقة لو عُرِضت على إنسان لا يعيش المصطلحات العلمية وقيل له نحن نحولُ عملية القرض الى البيع، فبدلاً من أن نقول: (أقرضك المائة دينار بعملة أجنبية بعثت لك هذا بهذا) نجدُه لا يشعر بوجود فارق بين القضيتين.

الإعترض الثاني: ما ذكره الشيخ بشير النجفي (حفظه الله)، إذ إعترض بأمرين: الأمر الأول: أنَّ هذا التخريج لا ينسجمُ مع التعاملات المصرفية الخارجية؛ إذ لا يُوجدُ توكيلٌ في البيع، وإنَّما الجاري في تنزيل الكمبيالة بالأقل بيع وشراء صرف، وأمّا توكيلٌ في البيع فلا.

الأمر الثاني: لو سلّمنا بوجود فرضية التوكيل في البيع إلا أنَّ التوكيل عقدٌ جائزٌ فلا يُوجدُ إلزام فيها، بينما البنك لا بد أن يشتري الكمبيالة بالأقل ويدفعُ حالاً، وأيضاً الموقع يلزمُ عليه أن يُسدّد إذا رجع البنك عليه^(١).
ويلاحظُ عليه: أنَّ الإعترض المذكور مدفوعٌ بكلا أمره:

(١) بحوثُ فقهيةٌ معاصرةٌ، بشير حسين النجفي: ١٧٨.

أما الأمر الاول فصحيحٌ لا بد أن ينسجم التخريجُ مع واقع ما يجري في الخارج، ولكننا لا بد من الالتفات الى أمر وهو: هناك فرقٌ بين القضايا التكوينية التي تتَّصفُ بالثبات وعدم التغيُّر وبين القضايا الاعتبارية التي هي رهينة عالم المتغيرات، فنقول: إنّ الأعراف متغيرةٌ من حالة الى أخرى وهكذا الأمور الاعتبارية فقد تصحُّ في زمان ولا تصحُّ في زمان آخر، وعليه إذا أردنا تخريجاً لمعاملة مستحدثة، فهل من الصحيح أن ندخل تخريج هذه المعاملة تحت عنوان من العناوين الثابتة في زمن التشريع كعنوان البيع والصُّلح والضمان أو لا بد أن نلتجئ الى تخريج يتوافق مع ما تمليه الحياة المعاصرة اليوم؟ الصحيح هو الثاني، بنكتة أنّ القضايا الاعتبارية _وهي المعاملات_ ليست كالقضايا التكوينية ثابتة لا تتغيَّر، وإنَّما هي قضايا متجددة قد تلتئم مع عصرها، والبيعُ والصُّلحُ ليسا من الأمور التكوينية، وعليه فما ذكره من أن التخريجات الفقهية لا بد أن تنسجم مع واقع ما يجري ليس صحيحاً على إطلاقه فقد يكون تخريجاً مناسباً لزمن ما وليس كذلك لزمن آخر، أو قد يكون مناسباً لمكان ما وليس كذلك لمكان آخر فإنَّ القضايا الاعتبارية لا قرار لها ولا ثبات.

وأما الأمر الثاني: _وهو إبداء فكرة الوكالة معناه يجعلُ الأمر جائزاً، بينما الموقع لا يمكنه أن يتنصّل عندما يرجعُ البنكُ عليه من التسديد_ فهذا إشكالٌ غريب؛ فإنَّ الوكالةَ عقدٌ 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 فجُعل بالتوكيل قيدية البيع الذي هو أمرٌ لازمٌ، فيحصلُ الغرضُ ولا يتنصّلُ الموقعُ عن الدفع في الوقت المحدد؛ لأنَّ الوكالةَ تصبحُ لازمةً بعروض شرط لازم عليها.

النتيجة: التخريج الأول لا بأس به في حدّ نفسه، إذا تمّ التوافق بين البنك والمستفيد على البيع بعملة مختلفة.

التخريج الثاني: على أساس القرض

إنّ المستفيد لا يبيع الكمبيالة الصورية بالأقل، وإنّما يقترض من البنك مبلغاً بأقل من الدين المتضمّن بالكمبيالة، ثمّ يُحوّل المستفيدُ البنكَ لاستيفاء الدين على الموقع، وهذه وإن كانت بدواً من الحوالة على البريء، والمشهور لا يُصحّح هذا التحويل إلّا برضا البريء والرضا هنا موجود بتوقيعه للكمبيالة، يقول السيد الخوئي رحمته الله: (إنّ عملية خصم قيمتها في الواقع إقراض من البنك للمستفيد، وتحويل المستفيد البنك الدائن على موقعها، وهذا من الحوالة على البريء)^(١)، ويقول السيد السيستاني (حفظه الله): (وأما خصم قيمة الكمبيالة الصورية لدى البنك على نحو القرض، بأن يقترض المستفيد من البنك مبلغاً أقل من قيمة الكمبيالة الأسمية، ثمّ يحوّل البنك الدائن على موقعها بتمام قيمتها، ليكون من الحوالة على البريء)^(٢).

يُلاحظُ عليه: أنّ هذا التخريج من مصاديق الربا المحرّم؛ لأنّ البنك عندما إقتطع مبلغاً معيّناً من قيمة الكمبيالة، إنّما هو بإزاء التسديد المؤجل، وهو من الربا المحرّم.

إلّا أنّ السيد الخوئي رحمته الله حاول التخلّص 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، وإنَّما على أساس ما يقومُ به البنكُ من خدمات فهو لديه موظفون وشُعبة قانونية تُخبرُ المستفيدَ بموعد التسديد وقد تضغطُ عليه أحياناً كُلُّ ذلك ليس ملزماً به الدائن (البنك)، فتحملُ البنكُ لهذه الخدمات جُعل في مقابلها مبلغاً من المال له، وعليه تكونُ هذه الزيادة لقاء هذه الخدمات، وليست على أساس تأجيل موعد التسليم، قال: (وإنَّما بتنزيل ما يقتضيه البنك من قيمة الكمبيالة على أنَّه لقاء قيام البنك بالخدمة له كتسجيل الدين وتحصيله ونحوهما وعندئذ لا بأس به)^(١).

وفيه: أولاً: أنَّ هذه الزيادة ليست في مقابل الخدمات التي يقوم بها البنك؛ لأنَّه لو افترضنا أنَّ الموقع للكمبيالة قد طالب بتأجيل أوسع، فالبنك هل يُجدد مبلغ الفائدة أو لا؟ من الواضح أنَّ البنك سوف يأخذُ فائدةً أخرى لا أنَّه يكتفي بما إتفق عليه أولاً، وهذا معناه أنَّ الزيادة ليست في مقابل الخدمات.

ثانياً: أنَّ الروايات التي دلَّت على حرمة القرض دلَّت على حرمة اشتراط النفع المالي والزيادة في القرض بتمام الوان النفع، ولم تكن هذه الزيادة بأزاء المدة الباقية، وقد أشار الى ذلك السيد السيستاني (حفظه الله) على هذه المحاولة ويعترضُ عليه بقوله: (ولو لم تكن الزيادة بإزاء المدة الباقية، بل بإزاء قيام البنك ببعض الأعمال كتسجيل الدين وتحصيله ونحوهما؛ لأنَّه لا يحقُّ للمقرض (البنك) أن يشترط على المقرض أي نحو من أنحاء النفع الملحوظ 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 أنَّ المستفيد (الدائن الصوري) يبيع الدين الصوري الى البنك بأقل من قيمته الواقعية، كما لو كان الدينُ الصوري بـ (١٠٠) ألف فالبيع بـ (٩٥) ألف، ثم يُحوّل المستفيدُ البنكَ على الموقع للكمبيالة بذات المبلغ المسجل فيها، وهذه وإن كانت في واقعها حوالة على البريء التي يتحفّظ المشهور بالتحويل عليه إلا إنَّ الموقع بتوقيعه لها قد قبل التحويل المذكور فإذا رجع البنكُ عليه بـ (١٠٠) يجبُ على المستفيد أن يسدد ما دفعه الموقع للبنك، وبالتالي تحصلُ الاستفادةُ من جهة أنَّ الموقع صار بريءَ الدمّة؛ لأنَّ (١٠٠) ألف التي سددها للبنك أخذها من المستفيد، والمستفيدُ دخل في حوزته الفارق وهو (٥) وأيضاً قد إستفاد البنك؛ لأنَّه إشتري بـ (٩٥) وقبض مائة فالكُلُّ قد إستفاد.

هذه التخريجات التي ذكرناها تجري -بناءً على تمامية بعضها- في البنوك الأهلية.

التخريجُ الرابع: يدخل ضمن مجهول المالك

يختصُّ بالبنوك الحكومية أو المشتركة، وقد أشار الى هذا التخريج السيدُ الخوئي رحمته الله^(١) والسيدُ السيستاني (حفظه الله)^(٢)، بل أنَّ هذا التخريج يجري على كُل من يتبنّى عدم مالكية الدولة وحاصله: أنَّ 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 بالمباشرة ولا يقصدُ القرضُ - كما هو حال التخريج الثاني- ؛ لأن البنك لا يملكُ، فلا يترقّب 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 - يتمُّ الاستيلاء على أموال البنوك الحكومية، وبعد ذلك الدولة يذهبُ البنك الى موقع الكمبيالة فيأخذُ منه الدين المسجّل فيها بعد ذلك يرجعُ (الموقع) الى المستفيد بما دفعه الى البنك، أي: بما دفع الموقع الى البنك فالمهمُّ بناءً على عدم مالكية الدولة يحصل التسلّط والاستيلاء على المال بقصد مجهول المالك.

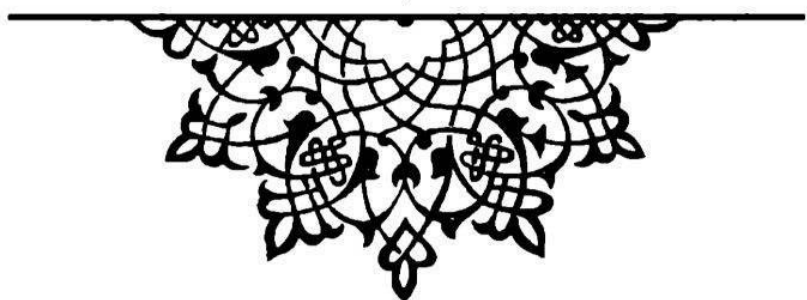
والشيخ الفيّاض (حفظه الله) على حسب مبانيه بأنّه يُفرّق بين الدولة والبنك^(١)، فيرى إنّ الدولة ليست مالكةً، بينما البنوك مالكةٌ فلا يصحُّ عنده هذا التخريج كما هو واضح.

ولكن تُوجدُ ملاحظةٌ على هذا التخريج وهي مبنيّة: أنّ من يبني على عدم مالكية الدولة - كالسيد الخوئي رحمته الله والسيد السيستاني (حفظه الله) - يصحُّ هذا التخريج عندهم، وأمّا على الصحيح من مالكية الدولة، فالتخريج المذكور ليس صحيحاً.





العمل في شُعب البنوك



العمل في شعب البنوك

المعروف بين الفقهاء هو التفصيل؛ فإنَّ عمل البنوك على صنفين:

الصنفُ الأول: الشعب التي تختصُّ بمسألة الربا كتسجيله أو الإشهاد عليه أو مطالبة المقرض بالتسديد وكُلُّ ما يرتبطُ بمسألة القرض الربوي، فهنا يُحكم بحرمة العمل بهذه الشُّعبة تكليفاً وأيضاً عدم إستحقاق أخذ الأجرة.

الصنفُ الثاني: الشعب التي تتعاملُ في معاملات مصرفية مباحة.

أمَّا بالنسبة الى الصنف الثاني ليس هناك كلامٌ كثيرٌ في عدم الحرمة وصحة أخذ الأجرة؛ وذلك لأنه عملٌ مباحٌ فيدخل تحت عمومات ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، أو ﴿تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢)، أو ما شاكل ذلك، وإنَّما الكلامُ وقع في الصنف الأول وهو مركَّبٌ من شقين:

الأول: يرتبطُ بالحرمة التكليفية، فإنَّ من يعمل بهكذا قسم يستحقُّ الأثم.

الثاني: يرتبطُ بالحرمة الوضعية، أي: لا يستحقُّ أخذ الأجرة على هذا العمل، فلا بد أن تتكلَّم 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 توسّع من دائرة حرمة التعاطي فيحرم أخذ الربا ودفعه وكتابه والشهادة عليه، ومن هذه الروايات ما رواه الشيخ الطوسي رحمته الله بإسناده عن الحسين بن سعيد عن الحسين بن علوان عن عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام قال: «لعن رسول الله صلّى الله عليه وآله الربا وأكله وبائعه ومشتريه وكاتبه وشاهديه»، وغيرها من الروايات^(١).

وصحيح الروايات قصرت التحريم على هذه العناوين إلا أنّ فهم الخصوصية لها غير واضح فيتعدى الى كلّ ما يرتبط بالربا. إذاً المسألة من هذه الناحية واضحة ولا إشكال فيها. هذا كلّهُ في الصنف الأول.

وأما الصنف الثاني: - وهو الحرمة الوضعية، أي: عدم إستحقاق العامل الأجرة - فالسؤال عن وجه الملازمة بين الحرمة التكليفية والحرمة الوضعية، بأنّ العمل إذا كان حراماً فلا يستحق أخذ الأجرة عليه؟

في هذا الصدد يُمكن الإستدلال على الملازمة المذكورة بوجهين:
الوجه الأول: له تقريران:

التقريب الأول: ما ذكره الشيخ النائيني رحمته الله من أنّ المنفعة إذا كانت محرّمة فلا يملكها الشخص فكيف يستأجر الآخرين عليها؟ وإذا كان كذلك فالأجرة التي

(١) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٧ / ١٧ / باب فضل التجارة وآدابها / الحديث ٦١ و

تُدفعُ للعامل من دون مسوّغ شرعي يكون أكلاً للمال الباطل.

وبكلمة: يرى أنّ الشرط الأساسي هو ليس إباحة وحليّة المنفعة، وإنّما الملكية، أي: أن يكون المالك مالكاً للمنفعة حتّى يستأجرها، فإذا كانت المنفعة محرّمة فهو ليس بمالك لها، فتسلّط العامل آنذاك على أجرة يكون من دون وجه حقّ، وقد أشار الى ذلك بقوله: (إنّ اشتراط مملوكية المنفعة يُغني عن هذا الشرط؛ فإنّ المنفعة المحرّمة غير مملوكة)^(١).

إلاّ أنّه لم يذكر الوجه في أنّ حرمة المنفعة تستلزم عدم الملكية، ولكنه لديه كلامٌ ذكره في علم الأصول في مسألة إستلزام النهي عن المعاملة للفساد، فالمعاملات المنهية عنها تؤدي الى زوال السلطنة فيكون حال تلك المعاملات حال الطفل وغير الرشيد فكما أنّهما محجوران عن التصرف وليس لهما سلطنة على ذلك، فكذلك لو نُهي المكلف عن المعاملة، فإنّه يصير محجوراً، وهذا نصّ عبارته: (إذا عرفت ذلك فنقول: إنّ النهي لو كان عن نفس الإيجاد والإنشاء فهو لا يقتضي الفساد، إذ حرمة الإيجاد لا يلازم مبغوضية الموجد وعدم تحقيقه، 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، ويُمكنُ إسراء هذا الأمر الى مقامنا فإنّ المعاملة إذا كانت ربوية فهي محرّمةٌ ومنهيٌّ عنها بكل مقدماتها والنهي يقتضي الفساد، أي: سلب سلطنة المالك عن ملكيته والسلب ليس تكويناً؛ إذ هو قادر على

(١) تعليقة محمّد حسين النائيني على العروة الوثقى: ٢ / ٢٠.

إنشاء المعاملة وتمليك المنفعة المحرّمة الى الغير، لكنه هو سلب تشريعي^(١).

التقريب الثاني: أنّ النهي عن معاملة محرّمة يستلزم المبعوضة، ومعها كيف

يصحّ تمليك المبعوض فهذا يؤول الى التناقض؟

إلا أنّه كإلا التقيين باطلان.

أمّا التقريب الثاني: فهو مجرد ترتيب للعبارات ولا مستند علمي له، فإنّ

مبعوضة الشيء المكتشفة بالنهي لماذا تدلّ على عدم صحة التمليك، فما المناسبة بين

هذا وذاك؟ فهو إذاً كلام خالٍ عن المستند العلمي.

وأمّا التقريب الأول: فيمكن تسجيل عدة ملاحظ عليه:

الملحظ الأول: أنّ النهي عن ممارسة معاملة محرّمة نسلم أنّه يسلب السلطنة ويجعل

الشخص محجوراً، ولكن هل الحجر وسلب السلطنة من باب الحكم التكليفي، أي: يأتى

من يمارس معاملة محرّمة أو الحكم الوضعي بمعنى زوال الملكية عنه؟

وكلاهما لا ينفعان المحقق النائي، أمّا الحكم التكليفي فلا يلازم سلب

الملكية، أي: أنّ من يرتكب معاملة محرّمة فسلب السلطنة معناه إرتكاب الحرمة

التكليفية فقط، وأمّا الحرمة الوضعية وهي سلب الملكية فلا توجد ملازمة بين

الأمرين، وأمّا إذا كان المقصود إثبات الحرمة الوضعية من وراء سلب السلطنة فهذا

أول الكلام.

الملحظ الثاني: ما ذكره لا ينفع في مقامنا؛ لأنّنا نريد أن نتوصل من خلال

التقريب الأول الى أنّ المعاملات المنهي عنها تستلزم سلب الملكية، وهذا التقريب

(١) فوائد الأصول، الميرزا محمد حسين النائيني: ٤٧١.

لا يُثبَّت ذلك؛ وذلك لأنَّه أقصى ما تحدَّث عنه هو وجود ملازمة بين النهي عن معاملة وبين سلب السلطنة والحجر ولم يتحدَّث عن الملازمة بين النهي وزوال الملكية، فهناك فرقٌ بين قولنا: (إنَّ الطفل وغير الرشيد منهيان عن المعاملة) بمعنى لا يتمكَّنان من إجرائها رغم أنَّهما مالكان، وبين القول إنَّ سلب السلطنة والحجر يؤدیان الى زوال الملكية، والمهمُّ هو الثاني دون الأول، ومن الواضح أنَّ الحجر وسلب السلطنة يختصَّان بتضييق القدرة على التصرّف مع وجود الملك لا ينفيان الملك رأساً.

الملحظ الثالث: لو تنزلنا عمّا ذكرناه فما ذكره يتمُّ في إجارة الأعمال دون إجارة الأعيان، وتوضيحُ ذلك:

إنَّه في إجارة الأعيان من يُؤجّر بناية مثلاً الى البنك، فإنَّه تُوجدُ حيثتان في إجارة الأعيان، الحيثية الاولى: حيثية السكن، والثانية: حيثية قابلية إشتغال هذا السكن بالأعمال المحرّمة، فأما الحيثية الاولى -حيثية السكن- فهي فعل المؤجّر وليست بمحرّمة ولا منهي عنها، والحيثية الثانية -إشغال السكن في الأشياء المحرّمة- هي فعل المستأجر وهي التي وقع فيها النهي، فنقول: ما وقع في ملكه (المؤجّر) وهي حيثية الإسكان ليس منهياً وليس محرّماً تكليفاً فلا تترتب اللوازم الأخرى من قبيل سلب السلطة والحجر، وما لم يكن من فعل المؤجّر، وإنَّما من فعل المستأجر ليس ملك المؤجّر وليس منهياً عنه، وعليه إجارة الأعيان لا يجري فيها هذا الكلام؛ لأنَّ المحرّم منها -وهو إشغالها بالأشياء المحرّمة- ليس من فعل المؤجّر، وإنَّما من فعل

المستأجر، وما هو من فعل المؤجر - وهو حيثية الإسكان - ليس منهياً عنه.
وأما في إجارة الأعمال فيأتي ما ذكره رحمته، فالذي يعمل في مكان وظيفته تقديم
الخمر فهو يملك هذا العمل وهذا منهى عنه فيأتي على تقدير التسليم به ما ذكره
الشيخ النائيني رحمته من أن هذا النهي يسلب السلطنة و سلْبُ السلطنة معناها زوال
الملكية، فالعامل لا يملك التقديم (تقديم الخمر) فكيف يأخذ الأجرة عليه؟ نعم،
تكون الأجرة على الشيء المملوك.

وعليه نحن بحاجة الى وجه ثانٍ لحرمة أخذ الأجرة على المنافع المحرمة.

الوجه الثاني: أيضاً له تقريران:

التقريب الأول: أن وجوب الوفاء بالعقد لا يتصور في المعاملات المحرمة؛ لأنه
من غير الممكن المشرع يأمرنا بإجراء معاملة تشتمل على حرام، فآية وجوب الوفاء
بالعقد لا تشمل العقود المحرمة.

وعليه إذا سقط خطاب ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، فيلزم سقوط صحة العقد؛ لأن
المدلول الإلزامي تابع للمدلول المطابق في الحجية، فإذا سقط خطاب (أوفوا) فلا
كاشف عن الصحة ومع عدم صحة العقد تكون الأجرة عليه آخذاً للمال بالباطل.
ويرد عليه: أن أدلة العقود لا تختص بآية أوفوا فهناك آية التجارة عن تراضٍ،
وهي مطلقة سواء كانت هذه التجارة لشيء محرّم أو شيء محلل، فالمهمّ تجارة عن
تراضٍ وهو حاصل.

أضف الى ذلك: أن المحذور في التمسك بآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ يتم إذا حمل

الأمر على الحكم التكليفي، فيقال كيف يأمرنا الشارعُ تكليفاً بمعاملة محرمة؟ وأمّا لو كان هذا الخطاب هو إرشاد الى لزوم المعاملة فلا يأتي المحذور أساساً.

التقريب الثاني: يتمُّ بغض النظر عن الإستعانة بآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وذلك هناك قضية مسلّمة وواضحة عند الجميع وهي: أنّ المعاملات الصحيحة هي المعاملات التي يجبُ الوفاء بها؛ إذ لا تُوجدُ معاملةٌ صحيحةٌ ولا يجبُ الوفاء بها، وهذه معروفة عند الجميع، وفي مقامنا بما أنّ المعاملة غير صحيحة؛ لأنّها ربويةٌ فلا يجبُ الوفاء بها؛ لأنّ وجوب الوفاء المسلّم عند الجميع فرعُ المعاملات الصحيحة، وأمّا المعاملات الفاسدة - كما في مقامنا - لا يجبُ الوفاء بها،

وهذا التقريبُ يسلمُ من إشكالية كيف يأمرنا الشارعُ تكليفاً بإرتكاب معاملة محرّمة؟ - لأنّنا لم نتمسك بآية وجوب الوفاء بالعقد - حتّى نضطر الى أن نقول إنّ هذا حكم إرشادي، أي: إرشاد الى لزوم المعاملة أو نستبدل الآية بآية ﴿تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾^(١).

الخلاصة: هذان وجهان لإثبات عدم إستحقاق العامل وصاحب العين الأجرة على المنافع المحرّمة، هذا ما قد يُقال في توجيه التفصيل بين شعب البنوك المحلّلة وبين شعب البنوك المحرّمة.

ويمكنُ الاعتراضُ على التفصيل المذكور:

إنّ هذا التفصيل يتمُّ في البنوك الأهلية والحكومية، بناءً على ما استقرّبناه من

مالكية الدولة بكل مفاصلها التي منها البنوك، أو ما إختاره الشيخ الفيّاض (حفظه الله) من التفصيل بين مالكية البنوك وعم مالكية الدولة، وأمّا من يذهب الى أنّ الدولة لا تملك فلا يجري التفصيل المذكور - كالسيد الخوئي رحمته الله والسيد السيستاني (حفظه الله) - لأنّه بناءً على عدم الملكية لا يتحقّق القرض الربوي؛ لأنّ القرض كعقد لا بد أن يصدر من المالك أو من له الولاية عليه، فالدولة ليست مالكة وليست لها ولاية شرعية فكيف يتحقّق عنوان القرض الربوي؟ بل أنّ ما تدفعه الدولة ويحصل عليه الشخص هو من باب مجهول المالك، فموضوع عدم إستحقاق الأجرة في تلك البنوك الحكومية منتفي؛ لأنّ الحكم التكليفي والوضعي فرع القرض الربوي وهنا لم يتحقّق القرض أساساً، وإنّما ما هو موجود أخذاً وعطاءً هو مجهول المالك.

ومن هنا عقدا - السيدان الخوئي والسيستاني - مسألة لأجل هذا الإشكال حاصلها: الأموال الموجودة لدى البنوك الحكومية والمشاركة في البلاد الاسلامية لما كانت تُعدّ بمنزلة المال المجهول مالكة - الذي يحرم التصرف فيه من غير مراجعة الحاكم الشرعي - لم يجز العمل لدى هذه البنوك في قبض الأموال وتسليمها الى المتعاملين مع البنك مما يتصرّفون فيها من غير إذن الحاكم الشرعي. نعم، مع إذنه في العمل لدى هذه البنوك في المجال المذكور جاز^(١).

وقد يُعترض على هذا الجواب: في أنّ القرض الربوي يحرم من جهة ذات إنشاء

(١) منهاج الصالحين، أبو القاسم الخوئي: ١ / ٤١٩ ؛ منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ /

العقد بغض النظر عن مسألة عدم الإمضاء الشرعي له، فمن يُجري عقداً ربوياً فذات هذا الإنشاء - إيجاباً وقبولاً - محرّمٌ بغض النظر عن أنّ الشارع لم يُمض هذا العقد، فعدمُ الإمضاء لا يكفي لحرمة العقد الربوي فقط، وإنّما إذا حصل الإنشاء وافترضنا إنّ الشارع لم يمضِ هذا العقد، فهذا يكون محرّماً أيضاً.

وبكلمة أخرى: أنّ ما دلّ على حرمة الربا يدلّ على حرمة بمجرّد إنشاء العقد أيضاً بغض النظر عن مسألة عدم إمضاء الشارع له - كما في محلّ الكلام - فهنا لا نترقّب أنّ لا يمضي الشارعُ هذا العقد؛ لأنّ التعامل مع البنوك الحكومية لا يُحقّق عنوانَ القرض الربوي، وهذا المقدار يكفي ما دام المتعاقدان يقصدان إنشاء العقد الربوي، والعرف يقول إنّ فلاناً إقترض من البنك الحكومي فذاتُ عملية إنشاء العقد هي محرّمة حتّى مع فرضية عدم إمضاء الشارع.

والجواب: أنّ حرمة العقد الربوي تارة يُستفاد من عدم إمضاء الشارع له وليس من إنشاء أصل العقد - كما هو الحال في القروض الربوية - وأخرى تُستفاد الحرمة لمجرّد الإنشاء من غير جهة عدم إمضاء الشارع، فتوسّعة التحريم لمجرّد إنشاء العقد حتّى في حالة أنّ الشارع ليس له موقفٌ سلبيّ هذا يتوقّف على الرجوع الى أدلّة الربا القرضي، فهل لها إطلاق أو عموم يشمل حرمة هذا العقد من جهة عدم إمضاء الشارع ومن جهة إنشاء العقد الربوي؟ الصحيح أنّه لا يُستفاد ذلك؛ لأنّ ما دلّ على حرمة الربا القرضي يرجع الى دليلين.

الدليل الأول: النصوص، منها صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام

قال: سألتُهُ عن الرجل يسلمُ في بيع أو تمر عشرين ديناراً ويُقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً، قال: «لا يصلحُ إذا كان قرضاً يجرُ شيئاً فلا يصلحُ»^(١).

وتقريبُ الاستدلال: أنَّ التعبير (برجل يسلم) يدلُّ على أنَّ مجرد إنشاء هذا العقد هو محرم في حدِّ نفسه، أي: سواء أمضى الشارع أم لم يمضِ.
ويُلاحظُ عليه: أنَّ هذا اللسان من الروايات عادةً لا يستهدف ذات الإنشاء هل هو محرم أو لا؟ وإنَّما يستعرض هذا اللسان موقفَ الشارع والشارعُ منع منه، فالحرمة ليست موسَّعة تشمل لذات الإنشاء للعقد الربوي؛ لأنَّ هذه الصحيحة وأمثالها لا يُستفادُ منها هذا المعنى.

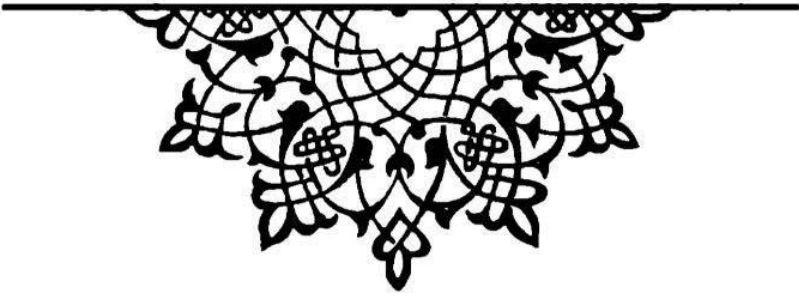
الدليل الثاني: الإرتكاز الواصل إلينا يداً بيد.

ويُلاحظُ عليه: أنَّ الإرتكاز المذكور دليلٌ لُبِّي يقتصرُ على القدر المتيقن منه وهو حرمة الربا الحاصل من عدم إمضاء الشارع لا من جهة إنشاء العقد في حدِّ نفسه.





عقد التأمين



عقدُ التأمين

لابد أولاً من الحديث عن إعطاء مفهوم تصوّري لهذا العقد: إذ عرّف الفقهاء هذا العقد بأنّه عقد يلتزم المؤمن له _الشخص الذي يُريد أن يجري عقداً مع شركة التأمين_ بمقتضاه على أن يدفع مبلغاً معيّناً شهرياً أو سنوياً أو دفعة واحدة الى المؤمن (شخص كان أو عنوان) في مقابل تعهّد المؤمن أن يؤدي الى المؤمن له أو الى المستفيد الذي اشتُرط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أيّ عوض مالي آخر في حالة وقوع حادث أو ضرر مبين في العقد.

والكلامُ يقعُ في مقاماتٍ ثلاثة:

المقام الأول: مدى إنطباق 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 كالآتي:

الأول: إنطباق عنوان القمار عليه.

الثاني: أنّه ضمان ما لم يثبت، وهناك إجماعٌ على بطلان هذا النحو من الضمان.

الثالث: يستلزم منه الربا.

الرابع: أَنَّهُ عَقْدٌ غَرَرِيٌّ.

الخامس: أَنَّهُ يَتَنَافَى مَعَ حَقِيقَةِ الْمَعَاوِضَةِ.

المقام الأول: حقيقة عقد التأمين

وقع الكلام بين الفقهاء في حدود هذا العنوان الخاص الذي دخل تحته عقد التأمين، وهناك بعض الاتجاهات:

الاتجاه الأول: اندراجه تحت الهبة المشروطة

إندراجه تحت الهبة المشروطة أو الهبة المعوضة، وقد صار إليه الشيخ حسين الحلبي رحمته الله والسيد الخوئي رحمته الله، أما الشيخ الحلبي رحمته الله فقال: (الهبة بشرط تحمّل الخسارة، ويتصوّر هذا الوجه بأن تتحمّل الشركة الخسارة من مالها أو ممّا يجتمع عندها إن حدث حادثٌ بالمال أو النفس، فيقول طالب التأمين (المؤمن له) وهبتك كذا مقداراً من المال شهرياً على أن تتحمّل كذا مقدار من المال خسارة لمدة عشرة سنين مثلاً لو حدث حادثٌ بمالي أو نفسي، ويأتي دور الشركة لتقبل بهذه الهبة وتُسجّل على نفسها ما إشتراطه الواهب من تحمّل 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 فيُنزّل التأمين على الهبة بتحمّل الخسارة ويكون من صُغريات هذه المعاملة، ويجري عليه ما يجري

عليها من الأحكام^(١).

وأما السيد الخوئي رحمته الله فقد ذكر: (يجوز تنزيل عقد التأمين -بشئى أنواعه- منزلة الهبة المعوضة؛ فإن المؤمن له يهب مبلغاً معيناً من المال في كل قسط الى المؤمن، ويشترط عليه ضمن العقد أنه على تقدير حدوث حادثة معينة نص عليها في الاتفاقية أن يقوم بتدارك الخسارة الناجمة له)^(٢).

ويمكن تسجيل ملحظين رئيسيين على هذا الاتجاه:

الملحظ الأول: يلزم منه صيرورة عقد التأمين عقداً جائزاً وليس لازماً، لا أقل أن المؤمن له ما دام لم يحصل موضوع التأمين -وهو حدوث الخسارة أو التلف- بإمكانه فسخ العقد.

وبعبارة أخرى: الهبة المطلقة كالهبة المشروطة عقد جائز. نعم، الهبة الفعلية هي عقد لازم سواء كان الشرط معلقاً أو فعلياً، ومن الواضح أن مجرد اشتراط تسليم العوض لا يجعل الهبة فعلية.

وبكلمة: في باب الهبة توجد طائفتان من النصوص:

الأولى: يجوز الرجوع في الهبة متى ما شاء أحد الطرفين، لاحظ ما جاء في صحيحة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إنما الصدقة محدثة، إنما كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ينحلون ويهبون، ولا ينبغي لمن أعطى الله عز وجل شيئاً أن يرجع

(١) بحوث فقهية، حسين الحلي: ٣٦.

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

فيه قال: وما لم يعطِ الله وفي الله فإنه يرجع فيه، نحلة كانت أو هبة حيزت أو لم تحز...»^(١)، وصحيحة عبدالرحمن وعبدالله بن سليمان، وفي بعض النسخ عبدالله بن سنان جميعاً قالوا: سألنا أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال: «تجوز الهبة لذوي القربة والذي يثاب من هبته ويرجع في غير ذلك إن شاء»^(٢).

الثانية: إذا تم تسليم المال المتهم بالفعل لا يصح الرجوع، وهذه الطائفة الثانية تُقيّد الطائفة الأولى في حالة التسليم، وأمّا إذا كان المأل المتهم هناك وعد بتسليمه فهذا لا يُصير الهبة فعلية، فتندرج تحت إطلاق ما دلّ على جواز الرجوع، فلاحظ صحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا عوّض صاحب الهبة فليس له أن يرجع»^(٣).

إن قلت: ما الضير في صيرورة عقد التأمين من العقود الجائزة وليس من العقود اللازمة؟

قلت: إن ذلك يُفقد الداعي العقلاني من وراء عقد التأمين؛ فإنّ العقلاء إنّما يُقدمون على تحمّل الغرامة إذا كانت بقصد الإسترباح والإغتنام، فإذا تمحّض فعل أحدهما بتحمّل الغرامة فقط من دون قصد الإسترباح، فلا يُوجد 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 /

على ذلك؛ فإنَّ المؤمنَ له إذا كان من حقِّه أن يسترجع ما دفعه إلى المؤمن قبل تحقق موضوع التأمين وهو الخسارة فما الداعي للمؤمن أن يتحمَّل الغرامة من دون قصد الانتفاع؟

نعم، إذا حدثت الخسارة يكونُ لتحمُّل الغرامة معنى، ولا يحقُّ للمؤمن له الرجوعُ.

وبكلمة أخرى: أنَّ واقع عقد التأمين الخارجي هو وجود إنتفاع لطرفي العقد، فالمؤمن له سوف يُعوَّض إذا حدثت أيَّ خسارة، والمؤمن سوف ينتفع إذا لم تحدث أيَّ خسارة، بينما لو قيل بجوازه فسوف ينقلبُ الحال ويكونُ عقدُ التأمين لصالح المؤمن له فقط، بإعتبار أنَّ المؤمن له يحقُّ أن يسترجع ما بذله قبل حدوث الخسارة، وسوف ينتفع إذا حدثت الخسارة، ولا يكونُ للمؤمن أيَّ نفع.

وإن شئت قلت: إنَّ تخريج عقد التأمين على أساس الهبة المشروطة هو أمرٌ صحيحٌ في حدِّ نفسه إلاَّ أنَّه يؤدي إلى فقدان الغرض والداعي من العقد، فإنَّ هذا العقد الرائج اليوم يُعدُّ من التجارات المربحة اليوم، والمؤمن سوف ينتفع بهذه الأموال، ولكن إذا أبدينا إحتمال أن يكون العقد جائزاً فالمؤمن لا يُقدِّم على هذا العقد، وبالتالي سوف يكونُ حاله حال العقُود الجائزة التي لا يُستريحُ منها كالهبة والصدقة والوقف والتي ضجَّت بها الكُتب الفقهية إلاَّ أنَّها ضعيفةُ التداول في الخارج، وهذا ممَّا لا ينسجمُ مع الغرض العقلاني للتأمين، ولسنا مطالبين دائماً بتحقيق الأغراض العقلانية للعُقود المستحدثة مادام لم يساعد عليها الدليل، ولكن

قدر الإمكان أن لا يكون التخيُّجُ الفقهي لعقد مستحدث يُفقدُه الغرض العقلاني.

هذا هو حاصلُ الملحظ الأول على عقد التأمين.

إلاَّ أنَّ هذا الملحظ رغم وجاهته بإمكان القائلين بتخيُّجه على أساس الهبة المشروطة دفع إشكال جواز العقد بصيرورته لازماً، وذلك بأنَّ المؤمن (الشركة) يقومُ بتحويل تلك الأموال الى البنوك، والبنوك تُنجزُ عادةً مشاريع بتلك الأموال، وبالتالي يحصلُ تلفٌ للعين الموهوبة، وهذا كافٍ في لزومها.

الملحظ الثاني: أنَّ هذا التخيُّج يلزُم منه إشكال التعليق في العقود - وهذا الإشكال

سوف نواجهه تقريباً على أكثر التصويرات القادمة لعقد التأمين - وتوضيح ذلك: إنَّ المؤمن له (الشخص) سوف يملكُ من المؤمن مالاَّ عند وقوع الخسارة بتلف أو سرقة أو حادث، وهذا التملك له نحوان:

النحو الأول: أنَّ المؤمن له يملكُ فعلاً المؤمن مالاَّ على أن يملك المؤمن له المال

على تقدير وقوع الخسارة، وهذا التملك بهذا النحو يحصلُ بإنشاء عقد جديد غير عقد التأمين، فمن خلال عقد التأمين المؤمن له مَلِك المؤمن، ومن خلال الإنشاء الجديد يملك المؤمن له من المؤمن، وهذا معناه أنَّ تملك المؤمن له منوطٌ بإنشاء عقد جديد من قبل المؤمن، وليس تملكاً قهرياً عند وقوع الخسارة، ولعلَّ هذا النحو هو ما عناه الشيخ حسين الحلِّي رحمته الله والسيد الخوئي رحمته الله من تصوير عقد التأمين على نحو الهبة المشروطة، وعلى هذا النحو لا يأتي إشكال التعليق.

النحو الثاني: أنَّ يملك المؤمن له مالاَّ للمؤمن على أن يملك المؤمن له مالاَّ من

المؤمن عند وقوع الخسارة، وهذا التملك قهري لا بإنشاء عقد جديد.
وبكلمة: الفارق بين النحوين رغم أنهما يشتركان في تخريج عقد التأمين على أساس الهبة المشروطة هو أن تملك المؤمن له يتوقف على فعل إختياري وهو إنشاء عقد جديد، بينما في النحو الثاني يتوقف التملك على أمر قهري وهو حدوث الخسارة.

وإشكال التعليق يتم في النحو الثاني؛ وذلك لأن تملك المؤمن له هو معلق على حدوث الخسارة، وهذا عبارة عن التعليق في العقود، فهو إذا تملك مقابل تملك لا ملك مقابل ملك حتى يدخل في باب البيع.

هذا هو حاصل الملحظ الثاني.

ويمكن المناقشة فيه: - بغض النظر عن ما استدل به على بطلان التعليق في العقود والذي هو الإجماع - من خلال وجهين:

الوجه الأول: أن التعليق المذكور ليس في أصل العقد، وإنما في شرطه فالمؤمن له (الواهب) يهب إلى المؤمن بدون شرط من خلال عقد التأمين، وتملك المؤمن له مشروطاً بوقوع الخسارة فالتعليق في الشرط وهو التملك، أي: إن تملك المؤمن له متوقف على وقوع الخسارة لا أصل عقد التأمين، والمتيقن من بطلان ما دل على بطلان التعليق هو بطلان التعليق في أصل العقد لا في شرطه.

الوجه الثاني: لو سلمنا بأن ما دل على بطلان التعليق يشمل الشرط أيضاً، إلا أنه يمكن التخلص من إشكال التعليق بمبنى تقدم الحديث عنه وهو أن فساد

الشرط لا يؤدي الى فساد العقد، لاسيما أنّ الهبة المشروطة ليست من قبيل عقد المعاوضات - كالبيع مثلاً - في ما إذا فسد أحد العوضين يفسد العقد، ومن هنا لو وهب زيد الى عمر شيئاً على أن يهب له خيراً لم يفسد عقد الهبة عند فساد هذا العوض.

هذا كلّهُ في الإتجاه الأول وإتضح أنّه لا محذور فيه.

الإتجاه الثاني: إندراجهُ تحت عقد الضمان

والمقصودُ به الضمانُ المصطلح المقابل للحوالة والكفالة وتقريبهُ هنا هو أن يقال: إنّ الضامن (المؤمّن) يضمنُ للمضمون عنه (المؤمّن له) ما يتعرّضُ 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 يشملُ ما يتعرّضُ له هذا الشخص من خسارة كدين أو سرقة، وبعد تمامية الضمان سوف تنتقلُ ذمّة المضمون عنه الى ذمّة الضامن.

ويمكنُ تسجيلُ ملاحظ عدة على هذا الإتجاه:

الملحظُ الأول: المعروفُ أنّ الضامن له تحمّل الخسارة للمضمون له الحاصلة بأمر المضمون له، فهنا الخسارة التي يتحمّلها الضامنُ يرجعُ الى المضمون له بمقدار ما تحمّله من الخسارة، فلو صالح الضامنُ المضمونَ عنه بجزء من الدين أو المضمون له أبرأ الضامنَ من كلّ الدين، فهنا الضامنُ لا يرجعُ الى المضمون عنه إلا بمقدار ما تحمّل، وفي حالة الإبراء الكلي لا يرجعُ الضامنُ بشيء عليه؛ وذلك

لأن الغارم هنا ليس الضامن، وإنما المضمون عنه هو الغارم.
وعليه من الواضح في عقد التأمين أن المؤمن له يدفعُ الأموال الى المؤمن، فلو لم يحدث موضوعُ التأمين_وهي الخسارة_ لا يرجعُ المؤمن على الضامن بشيء، وعدم الرجوع بشيء ينافي عقد الضمان.

بل أكثر من ذلك نقول: لو إن المؤمن له يرجعُ على المؤمن (الضامن) بما دفع من المال نتيجة عدم وقوع الخسارة فإنه ينتفي الغرضُ العقلائي من عقد التأمين، ومن الواضح أن تصحيح عقد مستحدث على أساس عنوان قديم لا بد أن يأخذ بنظر الاعتبار الخصوصيات المقومة لهذا العقد المستحدث، لا أنه يتم التركيزُ على أصل العقد وتصحيحه من خلال إندراجهِ تحت العقود المتعارفة، فإن هذا يُشكّل إلغاءً له.

وبهذا يظهر الفرقُ بين عقد التأمين وعقد الضمان: فإنه في عقد الضمان الضامن لا يرجعُ المضمون عنه إلا بمقدار ما تحمّل من الخسارة، بينما في عقد التأمين المؤمن يرجعُ الى المؤمن له ويتملك الأموال سواء وقعت خسارة أو لم تقع.

وقد يُدفعُ هذا الملحظ المذكور: بأن المؤمن له إنما يدفعُ أقساطاً مقابل التعهد الصادر من المؤمن وهو الضامن لا مقابل ما يبذله الضامن من الدين أو الخسارة؛ وذلك لئلا نقعُ في محذور أن الضامن لا يجوزُ له أن يأخذ زيادةً على ما دفع.

وبكلمة أوضح: أن مدلول النصوص التي منعت أن يأخذ الضامن المؤمن، أي: الشركة زيادة على ما أدّاه بأزاء دين المؤمن له من جهة تسديده للدين، وأما أخذُ

الزيادة من جهات أخرى فليست ملحوظة للنصوص، فلو إفترضنا أنَّ المضمون عنه (المؤمن له) قد أتلّف مال الضامن فيرجع الضامن عليه بمقدار ما أدّاه من الدين، وأيضاً ما أتلّفه المضمون عنه، ومن الواضح إنَّ عقد التأمين يُعتبر جهة من الجهات فهو تعهّد من قبل الضامن بإداء دينه فيجوز للضامن أخذ ما زاد على أداء الدين بلحاظ جهة التعهّد، فلاحظ موثقة عمر بن يزيد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمّن رجل ضماناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلاّ الذي صالح عليه»^(١).

ويردّه: أولاً: أنَّ ما يبذله المؤمن له بحسب الظاهر هو بدل عن الغرامات المحتملة التي يباشر بإدائها المؤمن لا مقابل العناوين الاعتبارية كعنوان التعهّد أو غير ذلك. ثانياً: لو تنزّلنا وقلنا إنّه بحسب الظاهر يدفع مقابل التعهّد، إلاّ أنّه توجد هناك نصوصٌ منعت الضامن أن يأخذ أزيد ممّا بذله، وهي مطلقة تشمل الزيادة مقابل الدين والزيادة مقابل التعهّد، فلاحظ صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليّ عليه السلام في رجلٍ أمره نفرٌ لبيتاع لهم بغيراً بنقديّ ويزيدونه فوق ذلك نظرة فإبتاع لهم بغيراً ومعه بعضهم فمنعه أن يأخذ منه فوق ورقه نظرة»^(٢).

إذاً الملحظ الأول يكون تاماً.

الملحظ الثاني: أنَّ باب التأمين يختلف عن باب الضمان، ففي باب الضمان يُشترط

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ٢٦٠ / باب الصلح / الحديث ٧.

(٢) الكافي، الشيخ الكليني: ٥ / ٢٠٩ / باب النسيئة / 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؛ لأنّ الخسارات المضمونة تحدث في المستقبل فكيف يُخرّج عقد التأمين على أساس الضمان؟ فسوف ننتهي الى تعليق عقد التأمين على الخسارات المستقبلية، وبالتالي نقع في مشكلة تعليق العقود الذي قام الإجماع على بطلانه.

وبكلمة أوضح: أنّ اشتراط التأمين لكي يحصل فيما إذا تحققت الخسارة لاحقاً يرجع في حقيقته الى التعليق في العقود، والإجماع قائم على بطلان التعليق في العقود.

وفي مقام التعليق: الملحظ المذكور قابلٌ للدفع من وجوه:

الوجه الأول: أنّ اشتراط خلو العقود عن التعليق لا مستند له سوى الإجماع، وإذا جزمنا بتحقيقه فهو ليس بحجة؛ لأنّه من المحتمل أن يكون منشأه الوجه الأخرى التي قيلت ببطلان التعليق في العقود، فيكون الإجماع مدركاً، والقيمة تكون للمدرك.

الوجه الثاني: مع الإيمان بالإجماع فهو دليلٌ لبيّ، والقدر المتيقن منه العقود التي لم يُتعارف فيها التعليق كعقد النكاح، وأمّا ما يُتعارف فيها التعليق كالوصية التمليلية، فلا تكون مشمولة للإجماع، وعقد التأمين هو من العقود التي يُتعارف فيها التعليق، فإنّ المؤمن إنّما يضمن للمؤمن له الخسارة على تقدير تحققها خارجاً. فحقيقته مبنيٌّ على التعليق، وعليه لا مانع من شمول إطلاقات ﴿أَوْفُوا﴾

بِالْعُقُودِ ﴿١﴾ لهذا النحو من العقود التعليقية؛ لأنها يُتعارفُ فيها التعليقُ، وإن كانت هذه العقود المعلّقة نادرة إلاّ أنّه لا إستهجان في شمول المطلق للنادر، وإنّما الإستهجان هو في إختصاص المطلق بالنادر.

الوجه الثالث: أنّ الإجماع أيضاً لو تمّ فهو لا يشملُ العقود التي في حقيقتها مبنية على التعليق، وإنّما يختصُّ بالعقود التي ربّما تكونُ منجّزةً وأحياناً تكونُ معلّقةً، والإجماعُ يُبطلُ التعليقَ في مثل هكذا نوع من العقود، وأمّا العقود التي في حقيقتها التعليق لا تكونُ مشمولةً للإجماع وعقدُ التأمين هو كذلك، إذ لا يوجدُ ضمانٌ فيها إلاّ على حدوث الخسارة.

الوجه الرابع: أنّ الإجماع الذي إنعقد هو لإجل أن لا يتأخّر حصولُ الأثر عن القبول، وأمّا العقود التي يكونُ الأثرُ مقارناً للقبول فلا إجماع على البطلان، وما نحنُ فيه كذلك ففي باب الضمان بعد صدور الإيجاب من الضامن يُشترطُ في عقد الضمان قبول ورضا (المضمون له) فلو صدر الإيجابُ في مدة ما ثم حصل قبولُ ورضا وليّ الدين بعد مدة حينما يصدرُ القبولُ المتأخّر تحصلُ تمامية للعقد، وهذا معناه في ظرف القبول المتأخّر يتمُّ العقدُ المذكور حتّى لو كان الإيجاب في مدة سابقة، وهذا معناه عدم تحلّف أثر الضمان عن القبول؛ لأنّه بمجرد أن يصدر القبولُ ولو بعد حين يحصلُ العقدُ ويكون أثره ثابتاً.

الملحظُ الثالث: يُشترطُ في عقد الضمان الإختصاص بضمان الديون الثابتة في ذمّة الأشخاص، ولا ينعقدُ في ضمان الأعيان المطلقة، أو الأعيان المغصوبة، ومن الواضح أنّ عقد التأمين له أقسامٌ عديدة، منها التأمين على الأعيان، كالبوت

والسفن والسيارات والمصانع، وضمان الأعيان لا دليل عليه في النصوص، بل قام الإجماع على بطلان ضمان الأعيان، وهذه مفارقةٌ جديدةٌ بين عقد التأمين وبين عقد الضمان.

ويمكنُ 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 التعهد وإشغال الذمة بالدين، ولهذا التعهد منطقة واسعة.

وبكلمة أخرى: الضمان حتى يشمل ضمان الأعيان نحتاج الى أمرين:

الأول: أن ننكر وجود إجماع على بطلان ضمان الأعيان، وهو في الواقع كذلك؛ لأن الإجماع المدعى تكرر في كلمات المتأخرين، والإجماع حتى يكون حجة لا بد فيه توفر أمرين:

أولاً: أن يكون معنونا في كلمات القدماء؛ وذلك بإعتبار أن الإجماع يكشف عن الارتكاز والذي يكشف عنه هم القدماء.

ثانياً: أن لا يوجد بأيدينا ما يُجزم أو يُحتمل احتمالاً معتداً به من وجود مدرك لهذا الإجماع، والإجماع المدعى هنا تكرر من المتأخرين فقط.

الثاني: أن نثبت عدم سفاهية الضمان في الأعيان، ومن الواضح عقد التأمين يُشير الى عدم السفاهية في الطرفين، فإن المؤمن (الشركة) لا تُقدم على التأمين إلا بعد إجراء دقيق للأشخاص المؤمن لهم، فهي تراعي كبر الشخص وأمواله ودرجة الخطورة وكل ما يُحتمل أن يكون التلف بعيداً عن أمواله، إذ يكون هذا داعياً

لإجراء عقد التأمين معه، وهكذا الحال في المؤمن له فهو لا يُقدّم على التأمين إلا مع مراعاة وقوع الخسارة المحتملة في أمواله فلا سفاهة في البين بينهما.
إذاً هذا الملحظ أيضاً مدفوعٌ.

المقام الثاني: اندراج عقد التأمين تحت عمومات ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

لو لم يتمّ إندراج هذا العقد المستحدث (عقد التأمين) تحت عنوان من العناوين الخاصة، فهل يُمكن التمسكُ بعمومات أدلة المعاملات كآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) أو ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢) لإثبات أنّه عقدٌ مستقلٌّ بحدّ ذاته أو لا يُمكن ذلك؟
ذهب جماعةٌ من المعاصرين الى ذلك، لاحظ ما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله): (التأمين عقدٌ يلتزم المؤمن له بمقتضاه أن يدفع مبلغاً معيناً - شهرياً، أو سنوياً، أو دفعةً واحدة - الى المؤمن في مقابل تعهّد المؤمن أن يؤدي الى المؤمن له أو الى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال، أو إيراد مرتباً، أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع حادث أو ضرر مبين في العقد)^(٣)، ولاحظ أيضاً ما ذكره الشيخ الفيّاض (حفظه الله): (فلا يكون داخلياً لا في الهبة المعوضة ولا في الضمان العقدي، ولا ينطبق عليه عنوان آخر من عناوين المعاملات الخاصة.
ودعوى أنّه على هذا لا يُمكن الحكمُ بصحته، مدفوعةً بأنّه وإن لم يكن مشمولاً

(١) المائدة: ١.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٧ / عقد التأمين.

لإطلاق الأدلة الخاصة التي تدلُّ على صحة المعاملات وإمضائها بأسمائها المخصوصة إلاَّ أَنَّهُ يكفي في الحكم بصحته عموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١) فَإِنَّهُ مشمولٌ له^(٢).

وتقدّم في مستهل البحث الحديث عن المنهج العام في العقود المستحدثة وأنّه 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

إندرأج عقد التأمين تحت عنوان القمار الذي يتقوّم بالخط والصدفة، فيتمّ التوصل إلى المال لا بإزاء عوض بدله ولا بإزاء خسارة حصلت له، وإنّما ساعده في ذلك الخط والصدفة، وهنا قد يُقال: إنّ عقد التأمين كذلك، بإعتبار أنّ المؤمن قد يحصل على جميع ما بذله المؤمن له فيما إذا صادفه الخط ولم تحصل أيُّ خسارة للأشياء المؤمن عليها، وإذا عاكسه الخط فيكون خاسراً، وكذلك المؤمن له؛ فإنّه يتوقّع أن يحصل على ضمان لإحتمال حصول الخسارة التي تحصل عادةً فيما إذا ساعده الخط. إذاً عنوان التأمين يتقوّم بالخط والصدفة بالحصول على العوض من الطرفين

(١) النساء: ٢٩.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٩١.

والذي هو عبارة عن القمار، وبما أنَّ عقد التأمين مبتلٍ بمحذور إنطباق عنوان القمار عليه فيكون حراماً.

وهذا العنوان -القمار- لم يُنقح في كلمات الفقهاء فلا بأس بالحديث عن حقيقة القمار ولو بشكل مختصر فنقول: إنَّ القمار يتقومُ برَكائز ثلاث:

الركيزة الأولى: عنوان الباطل، فما يؤخذ بهذا السبب الباطل يندرج تحت آية ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(١)، فإنَّ المقامر يتوصلُ الى المال لا عن طريق شرعي وعقلائي، بل عن طريق باطل، وممن ساعدهُ على ذلك الحظ والصدفة. وبكلمة مختصرة: ما يحصلُ عليه المقامرُ من أموال هي في مقابل الحظ والصدفة فيكون بإزاء ما يحصلُ عليه البائعُ عند دفع المبيع الى المشتري، وعنوان الحظ والصدفة باطلٌ عُرْفِي.

الركيزة الثانية: القمار يتقومُ باللعب؛ لأنَّه ليس كُلُّ سبب باطل يُعبرُّ عنه قمار فالغصبُ والسرقةُ والربا أسبابٌ باطلَةٌ، ولكن ليس فيها لعبٌ، وهذه الركيزة الثانية سوف يخرجُ من خلالها أمران:

الأول: أوراق اليانصيب، فهذه الأوراق التي تُباع لا يصدقُ عليها لعبٌ. نعم، هي أكلٌ للمال بالباطل، فيما إذا كانت الغايةُ من وراء بيع تلك الأوراق الحصولُ على الأموال.

وإذا كان الغرضُ من شيء 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 زيدٌ فلك كذا وإن لم يَجِ فليكن كذا) فهذا لا يُسمى لعباً. نعم، يصدقُ على أوراق اليانصيب رهانٌ؛ لأنّ الذي يحصلُ على الورقة كما يوجدُ احتمال الفوز بها يوجدُ أيضاً احتمال الخسارة، وهنا يصدقُ عليها عنوان الرهان، ولكن لا يصدقُ عليها عنوان اللعب.

الركيزةُ الثالثة: الأملُ في حصول الربح عند الغلبة، فالداعي لهذا اللعب هو الحصولُ على الأموال إذا تجنّب الخسارة؛ لأنّ أمر القمار يدورُ بين الغالب والمغلوب، نعم. لا يُشترطُ في تقوّم القمار بحصول هذا الداعي من الطرفين، فلو كان أحدُ الأطراف قد رغب بالحصول على الأموال عند الغلبة يتحقّق عنوان القمار وإن لم يكن الطرفُ الآخرُ راغباً في ذلك.

ويلاحظُ عليه: يوجدُ هناك فارقٌ بين القمار وعقد التأمين، ففي القمار المفروض فيه فعليّة القضية المشترطة، أي: الحصول على الربح عند الفوز، ولا يكفي مجرد القضية الشرطية، والسّرُّ في ذلك أنّ عقد التأمين لا يكون المؤمن (الشركة) حينما ينشأ عقداً بقصد الإسترباح ولا المؤمن له يدخلُ بهذا الداعي، بل من المحتمل أنّ المؤمن إذا حدثت خسارةٌ لا يدفعها الى المؤمن له بعينه هذا، وإنّما قد يدفعها الى مؤمّن آخر، فالغرض من عقد التأمين بالنسبة الى المؤمن له عدم الخسارة، وهذا كما يتحقّق بفعليّة القضية الشرطية كذلك يتحقّق بعدم فعليّة القضية الشرطية، وهذا بخلاف المقامر فإنّ عدم الخسارة منحصراً بالحصول على الأرباح والغلبة، فمن هنا يُشترطُ في القمار فعليّة القضية الشرطية، أي: الحصول على الربح عند حصول

الغلبة.

وبكلمة أخرى: أن المؤمن له في عقد التأمين لم يُنشأ العقد بنية أن تحترق أمواله صدفةً حتى يحصل على الأرباح، فإن هذا الداعي ليس موجوداً أساساً. نعم، هو يحتمل 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، ويكفي 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 التزام وتعهّد 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 كالهبة.

الرابعة: أن يدفع المطلوب الربح للغالب عن طريق التعهّد.

القدر المتيقن من حقيقة القمار الصورة الأولى، أما الصورة الثانية وهي -دفع الأرباح لشخص ثالث- فلا نُسلم إنطباق عنوان القمار عليها؛ فإن الاستفادة من

حقيقة القمار هو حصولُ الغالب على الأرباح، وأمّا دفعها الى شخص ثالث لم يدخل معها في لعبة القمار لا يُسمّى الثالث لاعباً للقمار -نعم، أخذه بسبب باطل هذا صحيح- وهكذا الصورةُ الثالثة وهي:

-تعهدُ المغلوب بدفعه الى ثالث عن طريق إنشاء عقد جديد- وأيضاً الرابعة وهي -أن يتعهد المغلوب بدفعه الى الغالب من دون إنشاء عقد جديد- فإنّهما خارجتان عن حقيقة القمار؛ وذلك لأنّ الاستفادة منه التوصلُ الى الأرباح عند الغلبة، أمّا إذا توصل إليها عن طريق إنشاء عقد جديد -كالهبة- فليس واضحاً إندراجه تحت القمار.

وعليه يتّضح أنّ عقد التأمين أجنبيٌّ عن القمار؛ لأنّ القمار يتركز على كونه سبباً باطلاً والتأمين ليس كذلك، وعلى كون القمار لعباً والتأمين ليس كذلك، وعلى كونه يأمل حصول الربح، فالتأمين 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 الأموال لا لشخص المؤمن له، وإنّما لطرف ثالث وإن كان يُسمّى المؤمن له ولكنه ليس هو الذي أجرى عقد التأمين، وعليه ليس من الصحيح أن يُقاس عقدُ التأمين بعقد القمار، لاسيّما في التأمين على الحياة الذي هو عبارة عن تخصيص مرتّب شهري لمن يبلغ سنّاً معيّناً فيدفع أقساطاً شهرية، وهذه ليست قماراً أساساً، وإنّما هي عوض ومعوّض.

المانع الثاني: أنه ضمان ما لم يثبت

أنَّ المؤمنَ يضمنُ تداركَ الخسارات قبل أن تقع في الخارج، وهناك قاعدةٌ فقهيةٌ مفادها: إنَّ ضمان ما لم يجب (ما لم يثبت) قام الإجماعُ على بطلانه، والتأمينُ هو ضمان شيءٍ لم يثبت.

ذكر صاحبُ الجواهر رحمته الله في الحقِّ المضمون: (هو كُلُّ مالٍ ثابت في الذمة، ومرجعه إلى ما في (القواعد) للعلامة من أنَّ شرط المالِية والثبوتُ في الذمة وإن كان متزلزلاً كالثمن في مدة الخيار، والمهرُ قبل الدخول، بل قيل: إن على الأول (الثبوت المستقر) الإجماع معلوم ومحكي في ظاهر الغنية، بل فيها وغيرها أيضاً الإجماع صريحاً على الثاني (المتزلزل) وفي محكي التذكرة لو قال لغيره مهما أعطيت فلاناً فهو عليّ لم يصح^(١)).

ويمكن تسجيلُ ملاحظَ عدة على المانع الثاني:

الملحظُ الأول: أنَّ اشتراط ثبوتِ المال في الذمة في الضمان الشرعي الذي هو عبارة عن نقل ذمة إلى ذمة لا يستلزمُ إعتبارَ ثبوت شيء في الذمة في الضمانات العرفية، فإنَّ معقد الإجماع لو تمَّ هو في الضمانات الشرعية، وأمَّا الضمانات العرفية التي هي عبارة عن وجود تعهّد بالمال وكون مسؤوليته عليه من دون انتقاله بالفعل إلى ذمته - كما هو الحال في موارد ضمان العارية مع الشرط أو كون العين المستعارة ذهباً أو فضة - فإنَّ ضمانها ليس بالمعنى المصطلح جزماً؛ إذ لا ينتقل شيء بالعارية

الى ذمة المستعير، فإن العين لا تقبل الإنتقال الى الذمة وهو المستعير غير مشغول الذمة ببدلها 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 الخسارات التي تحصل في المستقبل، وهذا التعهد الذي هو المعنى العرفي للضمان كما يصح في الأعيان الخارجية كذلك يصح بما يكون في الذمة، يقول السيد الخوئي رحمته الله: (وكيف كان فإذا صحّ مثل هذا الضمان في الأعيان الخارجية -كموارد العارية- فليكن ثابتاً في الأمور الثابتة في الذمة أيضاً؛ فإنه لا يبعد دعوى كونه متعارفاً كثيراً، في الخارج فإن أصحاب الجاه والشأن يضمنون المجاهيل من الناس من دون أن يقصد بذلك إنتقال المال بالفعل الى ذمتهم، وإنما يراؤ به تعهدهم به عند تخلف المضمون عنه عن أدائه، والحاصل أن الضمان في المقام غير مستعمل في معناه المصطلح)^(١)، وعليه فهذا الضمان العرفي بتعهد المسؤولية يمكن أن يستدل له بدليلين:

الدليل الأول: التمسك بالسيرة العقلائية، فإن هذا النحو من الضمان متعارف لدى العقلاء والشارع لم يردع عنه، وإلا لو أراد الردع لصدرت منه بيانات متعددة لمقاومة تلك السيرة؛ لأنه من الأمور المتجذرة عند العقلاء.

الدليل الثاني: التمسك بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، فإن هذا

(١) المستند في شرح العروة الوثقى، أبو القاسم الخوئي: ٣١ / ٤٠٣ و ٤٠٤.

(٢) المائة: ١.

العموم المذكور مضمونه يجب الوفاء بكل عقد ما دام لم يشتمل على عنصر معلوم البطلان من قبل الشارع.

الملحظ الثاني: الإجماع في بطلان ضمان ما لم يثبت ليس ثابتاً، فإن الشيخ الطوسي رحمته الله ادعى صحة ضمان مال الجعالة قبل إنجاز العمل المشروط، وهذا التصحيح معناه أن الأشياء قبل أن تثبت في الذمة هي معقولة الضمان، ولا مجال لدعوى أنه في عقد الجعالة نحتاج إلى سببين في الضمان، الفعل والعقد، وضمان المال قبل الفعل ليس هو سبباً لحصول الضمان، بل بضميمة العقد، لأنه في عقد الجعالة العقد هو سبب للضمان، والسبب الآخر الإتيان بالعمل، فيمكن لشخص أن يضمن المال قبل مجيء العامل بالعمل.

الملحظ الثالث: هناك نصوص تشهد ببطلان هذا الإجماع، فإن هذه النصوص واضحة جداً في أن 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 عبد الله عليه السلام قال: قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن، فقال: «لا يأخذ إلا أن يكون له وفاء»، قال: قلت: أرايت إن وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذه منه؟ قال: «نعم»^(١).

وهذه واضحة بأن الضامن يضمن قبل ثبوت شيء في الذمة.

الملحظ الرابع: أن المؤمن حتى لا يقع في محذور ضمان ما لم يثبت في إمكانه أن

يُغَيَّرُ صِيغَةُ الضَّمانِ، وذلك بأن نقول: تارةً المؤمنُ يصدرُ منه تعهُّدٌ بالفعل عند وقوع الخسارة، وهذا ضمان ما لم يثبت، وأخرى ينشأ التعهُّدُ ويكونُ التعهُّدُ الفعليَّ حاصلًا بعد وقوع الخسارة والغرق، فهذا ضمانٌ وتعهدٌ لشيء ثابت لا أنَّه تعهدٌ قبل الثبوت. إلاَّ أنَّه توجدُ مشكلتان في هذا الملاحظ:

الأولى: فيه تفكيكٌ بين الإنشاء والمنشأ.

الثانية: فيه تعليق للعقد.

وإن كانت هذه المشكلة الثاني ليست واضحة؛ لأنَّ المستند على بطلان التعليق يختصُّ بعقد البيع فقط؛ وذلك لأنَّ المستند هو الإجماع والإجماع يقتصرُ على قدره المتيقن وهو عقد البيع. الخلاصة: المانع الثاني غير تام.

المانع الثالث: اشتماله على زيادة ربوية

أنَّ عقد التأمين يشتملُ على زيادة ربوية، فإنَّ الشركات المؤمنة تدفعُ نسبةً من الأموال قبل حدوث الخسارة، فذكر بعضُ الفقهاء أنَّ هذه الزيادة ربوية فيبطلُ عقدُ التأمين؛ لأنَّ كُلَّ قرضٍ أو دينٍ جرَّ نفعاً فهو حرامٌ.

ومن إقنع بهذا المانع الشيخُ حسين الحلي رحمته الله، ولكن ذكر أنَّه لم يثبت هذه الفوائد في جميع أنواع التأمين، بل في بعضها، قال: (تقدّم أن بيّنا فيما سبق أنَّه من الصعب حصر أنواع التأمين في أفراد معينة، والمهمُّ هنا بيان إننا نتمكنُ أن نتخلص من ملاحظة تلك الأنواع أنَّ كثيراً منها لا تترتّبُ عليه فوائد تدفعها الشركة لطالب

التأمين، فمثلاً في التأمين على الأموال التجارية تستعدُّ الشركةُ بدفع مبلغ التأمين المتفق عليه بين الطرفين عند حدوث الخطر المؤمن ضده كالحريق أو الغرق أو السرقة، لكن هنا في بعض الأنواع الأخرى تقومُ الشركةُ بدفع فوائد سنوية أو شهرية إضافة إلى مبلغ التأمين المتفق على تسليمه إلى طالب التأمين هو عند حدوث الخطر، وعلى سبيل التوضيح نُمثِّلُ لذلك مثلاً فنقول: رجلٌ آمن على حياته عند شركة التأمين لمدة عشرين سنة على مبلغ قدره ألف دينار، فإنَّ 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 تختلفُ شركاتُ التأمين، وإنَّما الاختلافُ في أنَّ بعض الشركات ترغبياً منها كما تقومُ به من التأمين فتلتزمُ بدفع بعض المبالغ إضافة إلى مبلغ التأمين، وحينئذٍ فلا بد من معرفة حكم هذه الزيادة وهل أنَّها فائدة ربوية أو لا؟ ويرى شيخنا الأستاذ^(١) أنَّ هذه الزيادات المدفوعة ما هي إلاَّ فوائد ربوية؛ لأنَّ هذا النوع من المعاملات منزَّلٌ على القرض الربوي حيث يكونُ دفعُ المال من قبل المؤمن له، والذي هو طالبُ التأمين قرضاً إلى الشركة، وتكونُ دفعُ الفوائد إنَّما هي في قبال المال الذي أقرضه إلى الشركة، وطبيعي أنَّ هذا النوع من التأمين يكونُ مُشكلاً من الوجه الشرعية، ولا يمكنُ توجيهه ما دام أنَّ المعاملة مُنزَّلة على صورة القرض وأخذ الفائدة في قبال ذلك؛ فإنَّ هذه معاملة ربوية ولا طريق إلى تصحيحها بإحدى الطرق الشرعية، والتي تسوِّغُ مثل هذه المعاملات

(١) السيد عز الدين بحر العلوم وهو الذي قرر درس الشيخ حسين الحلي رحمته 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 يقرض شركات التأمين، بل هو لم ينزله على عقد القرض، وإنما نزله على أساس عقد الضمان، فكيف يقول: إن هذا النوع من المعاملات منزل على القرض الربوي؟ فيحتمل صدور هذا الأمر من السهو.

التعليق الثاني: أنه بناءً على أن الضمان هو عقد مستقل يخضع لقاعدة: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، تكون حقيقته عملية تجارية بالنسبة الى المؤمن يسعى الموظفون لشركة التأمين استثمار تلك الأموال في مشاريع استثمارية تدّر 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 الى نهاية الأجل أو تطراً الزيادة في أثناء المدة - كما لو ت لكأ

(١) بحوث فقهية، حسين الحلي: ٤٢ و ٤٣.

(٢) المائدة: ٢.

المقترض بالدفع وطلب التأخير بإزاء زيادة يدفعها. وهذا هو القدر المتيقن ممّا دلّ على حرمة الربا، وهناك كلامٌ بين الفقهاء في أنّ عقد القرض الذي يشتمل على الزيادة الباطلة هل يبطل رأساً أو أنّه صحيحٌ والشرطُ هو الفاسد؟

والصحيحُ: لا بد أن نذكر ضابطاً في كُبرى إنَّ فساد الشرط هل يسري الى المشروط أو لا؟ فنقول: تارة الفائدة التي يلتزم بدفعها المقترض لا تكون على أساس العقد، وإنّما الملحوظ بهذه العملية أصل العقد مع شرطه فالمعاملة وقعت على هذا النحو، ولولا احتمالية الحصول على الفوائد لما أقدم المقترض على الإقراض، وعلى هذا الأساس هذه الفرضية ليست مصداقاً بأنَّ فساد الشرط لا يسري الى المشروط، بل إنَّ الشرط - إذا جاز لنا التعبير - أخذ كجزء في العقد وهو من صميم عقد القرض، وأخرى أنّ الزيادة التي تُشترط هي أمرٌ زائد على القرض لا أنّ عقد القرض مع الزيادة هو الداعي لإجراء هذا العقد، وإنّما المقترض كان يستهدفُ عقدَ القرض بضميمة أخذ الفوائد، في هذه الحالة يظهرُ النزاعُ بين الفقهاء في أنّ فساد الشرط يسري الى المشروط أم لا؟

إذاً هذه الكبرى الكلّية يكون لها مصداقٌ في الفرضية الثانية دون الأولى.

هذا كُلُّهُ في مقام الثبوت والتصور لعقد القرض.

أمّا في مقام الإثبات والخارج لا يبعد أن المتفاهم من عقد القرض هو الأول، ومع الشك فلا تُرتّب الأثر على هذا العقد أيضاً؛ وذلك تطبيقاً لأصالة الفساد في العقود.

النحو الثاني: الربا المعاوضي، والذي هو عبارة عن بيع المتجانسين مع زيادة،

وأن يكونا من المكيل أو الموزون، فيتقوم هذا الربا المعاوضي بأمر ثلاثة:

أولاً: الإتحاد في الجنس.

ثانياً: أن يكونا من المكيل أو الموزون.

ثالثاً: الزيادة.

وهناك خلاف بين الفقهاء في أنّ الربا المعاوضي هل يختصّ بالبيع فقط أو يشمل مطلق المعاوضات كالصلح والإجارة؟ المعروف بين الفقهاء هو تعميم الحرمة لمطلق المعاوضات.

النحو الثالث: الربا من غير المتعاقدين، فلو إفترضنا أنّ الذي يُسدّد الدينَ شخصٌ ثالث، فهل إشتراط دفع الزيادة عليه يدخل في الربا أو لا؟
بعض الفقهاء قال: بإختصاص حرمة الربا القرضي فيما إذا حصل دفعُ الزيادة من قبل المقترض، أمّا دفعُ الزيادة من شخص آخر فلا دليل على حرمة الربا، ولاحظنا سابقاً على هذا الكلام هو أنّ ما دلّ على حرمة دفع الزيادة لم تُقيّد بكون الدافع هو المقرض، وإنّما المناط حصول فوائد على عقد القرض بغض النظر عن الطرف الذي دفع الزيادة.

النحو الرابع: الربا الجزائي ومعالجة التلكى في تسديد الديون، وهو عبارة عن الزيادة التي يُحددها المتعاقدان جزاءً لما تعاقد عليه أو تعهّد به في ضمن العقد، وهذا له أمثلة:

الأول: لو إشتراط البائع على المبيع في حالة عدم تسليم المبيع في مكان معيّن يتعهّد بدفع غرامة على ذلك أو لو ظهر المبيعُ مستحقاً للغير، أو لو قال الزوجُ

لزوجته عند العقد: (إذا تزوجتُ عليكِ أو حصل الطلاقُ فأنا متعهّدٌ بدفع الغرامة).

الثاني: إذا تكلّى المديونُ بتسديد الدين عند حلول الأجل، فيشترطُ الدائنُ زيادةً في الدين لأجل التأخير في التسديد، ففي البنوك اليوم تباعُ الى عملائها بعضُ المنازل بما يُسمّى ببيع المربحة، وهو أن يقوم البنكُ بشراء الدار الفلانية برأس مال معيّن وإخبار المشتري برأس المال، ثم يقومُ المشتري بتقسيط المبلغ المدفوع، ولكن البنكُ تفادياً لتلكى المشتري من التسديد يشترطُ في أول الأمر بأنّه إذا لم تسدّد القسط سوف تكونُ هناك زيادة أنت مرغّمٌ بدفعها على القسط، ويُعبّرُ عنها بالجزاء المالي فما هو الوجهُ في اشتراط ذلك، فهل يسوغُ شرعاً أو لا؟

وقبل أن نُبيّنَ الموقفَ الشرعي لآبد من التفرقة بين العربون وبين الشرط أو الجزاء المالي، وأهم هذه الفوارق هي:

أولاً: العربون يعطي للمشتري الخيار بالإنسحاب من العقد، بينما الجزاء المالي ليس له الحقّ من التنصّل.

ثانياً: العربون يُدفعُ لا لأجل دفع ضرر على الطرف الآخر، وإنّما لضمان تحقّق البيع، بينما الجزاء المالي هو لدفع الضرر الذي يحصل.

ثالثاً: العربون أمرٌ غير قابل للتخفيض، بينما الشرطُ الجزائي قابلٌ لذلك.

وعلى أية حالٍ، فما هو موقفُ الشريعة من الشرط الجزائي المالي عند التأخير في تسديد الدين؟ وهذه المشكلة لا تُعاني منها البنوك الربوية فإنّها تزيدُ منسوبَ الزيادة عندما يزيدُ منسوب التسديد، وإنّما المشكلةُ في البنوك الإسلامية حصراً.

إنَّ المِماطلة في الدين تكونُ على نحوين:

الأول: المِماطلة في القرض، بأن يؤخّر المقرضُ التسديدَ عند حلول الأجل.

الثاني: المِماطلة في عقد مؤجّل كما هو الدائر في وقتنا الحاضر بما يُسمّى بيع المِرابحة، إذ يقومُ البنكُ الإسلامي بشراء دار برأس مالٍ يتمُّ إعلام المشتري بمقداره، ثم يبيعُ البنكُ عليه بمبلغ يزيد على رأس المال الحقيقي، ويتمُّ الإتفاقُ على أنّ المشتري يُسدد المبلغ المذكور على نحو التقسيط، وتفادياً لأيّ تلكى في التسديد يضعُ البنكُ عادةً شرطاً هو عبارة عن الجزاء المالي بأنّه يكون ملزماً بدفع زيادة على المبلغ المتفق على تسديده، فهل هذا الشرط يدخله في حقيقة الربا أو لا؟

لا إشكال أنّ النحو الأول من المِماطلة في عقد القرض يُدرجه تحت عنوان الربا، أمّا النحو الثاني، فالصحيحُ هو خارجٌ عن حقيقة الربا؛ وذلك لأنّ البنوك الإسلامية التي صارت تشعرُ بوجود هذا الخطر قد إقترحت بالإضافة الى الجزاء المالي عدة حلول، منها الجزاء المالي، ولا بأس بالتعرّض الى تلك الحلول التي منها محلُّ الكلام:

الحلُّ الأول: لجوء البنوك الإسلامية الى المبالغة في جذب الرهونات والضمانات والتشدد في إعطاء قرض التحويل أو رفع مستوى الفائدة بما يعلو كثيراً عن الفوائد عن البنوك الربوية.

وهذا الحلُّ - كما هو واضح - يُقلّل فرصَ التعاقد إلا مع الأغنياء، وكذلك يُقلّل الرغبة في التعامل مع البنوك الإسلامية.

الحلُّ الثاني: التعويض القضائي عن الضرر أو حتّى التغريم المالي عندما تحصلُ

المماطلة، كرفع دعوى قضائية عند المماطلة.

إلّا أنّ هذا الحلّ لا يحلُّ المشكلة؛ لأنّه حتّى لو تمّ الحكمُ لصالح البنك تعويضاً

له عن الضرر المالي فلا بد من الأخذ بنظر الاعتبار طول الإجراءات القضائية، كما أنّه لا تترتّب غرامةٌ تصاعديّةٌ في طول مدة حسم القضية.

الحلُّ الثالث: الشرطُ الجزائي المالي، فهل هذا الشرط من مصاديق الربا الجاهلي

أو لا؟ من الواضح أنّ الربا الجاهلي يُقصدُ به أحد أمرين:

الأمرُ الأول: أن يتمّ عقدُ القرض من دون فوائد في البين، فإذا جاء وقتُ

التسديد يقول المقرض: (أتقضي أم تُربي) وهذا معناه إنّ الربا شيءٌ طارئٌ على عقد القرض، وهذا مصداقٌ متفقٌ عليه في وجوده عند الجاهلية.

الأمرُ الثاني: المقرض يُنشأ الزيادة من أوّل الأمر ويبني العقد على الزيادة، هنا

وقع الخلافُ في وجوده في عصر الجاهلية، ومن هنا ذهب بعضهم من أنّ شرط الفوائد عند ابتداء العقد لا يدخلُ تحت الربا.

ولكن الصحيح: الربا الجاهلي يتقوّمُ بأمرين، ولكن رغم ذلك إنّ الشرط المالي

الجزائي لا يندرجُ تحت عنوان الربا الجاهلي بكلا شقّيه، وذلك إذا التفتنا الى الأمور التالية:

الأمرُ الأول: الشرط هنا طبعي ومتعارفٌ؛ لأنّ التأخير في التسديد عادة ما

يوجبُ تضرر الدائن، فتلافياً لهذا المحذور إقتضت العادةُ وضع الشرط المذكور،

وإن كنّا نعتقدُ أنّ الضرر المدفوع بهذا الشرط ليس هو حيثية تقيدية، وإنّما هو من

الحيثيات التعليلية، بمعنى أنّ طبيعة التعاقد مع الناس يحصل التأخير في التسديد، فلاجل هذه النظرة العرفية تمّ الحديث عن الجزاء المالي لتفادي الضرر.

الأمر الثاني: إفسار المدين وإن كان يُحرّج التخلّف عن التسديد من قوله عليه السلام: «لي الواجد محلّ عرضه»^(١) إلّا أنّ هذا لا يمنع من ثبوت الشرط عليه؛ لأنّ قبوله السابق بهذا الشرط لا يتنافى مع عدم قدرته على الأداء عند حلول الأجل.

الأمر الثالث: أنّه ظهر الفرق بين الشرط الجزائي المالي وبين العبارة المعروفة (أتقضي أم تُربي) فإنّ هذه العبارة بكلا تفسيرها هناك شيء ثابت في ذمّة المقترض، إمّا من جهة أصل العقد أو من جهة طروء الزيادة عند التلكى، وأمّا في محلّ الكلام فلم يثبت في ذمّته أيّ شيء، وإنّما إبتداءً هو يطلب من البنك أن يشتري له داراً، والبنك على هذا الأساس وضع هذا الجزاء المالي إذ لم يكن هناك شيء ثابت في ذمّته، وهكذا لا يدخل فيما نحن فيه من قوله عليه السلام: «لا يصلح إذا كان قرضاً يجرّ شيئاً فلا يصلح»^(٢)؛ وذلك لأنّ هذا الحديث يدلّ إنّ العقد بطبيعته ربوياً، أمّا فيما نحن فيه يثبت الجزاء المالي إذا تخلّف عن التسديد وإذا لم يتخلّف فلا يثبت هذا الجزاء المالي، ففرق إذاً بين الجزاء المالي عند التلكى في التسديد وبين الربا، وعليه ما يتمّ تداوله في البنوك الإسلامية من وضع لهذا الشرط لا علاقة له في الربا.

الخلاصة: إذا إتّضح ما تلوناه لك من أقسام الربا يتّضح خروج عقد التأمين

(١) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ١٣ / ٩٠ / الباب ٨ / الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ١٨ / ٣٥٦ / الباب ١٩ / الحديث ٩.

من عنوان الربا؛ لأنَّ مجرّد الإشتراك معه في وضع زيادة لا يكفي لإندراج عقد التأمين في أقسام الربا، لا سيما إذا إلتفتنا إلىّ الزيادة المشروطة في عقد الربا يبرزها المقرض من أوّل إنشاء العقد، وهذا بخلافه في عقد التأمين فلا توجد تلك الزيادة من أوّل إنشاء العقد بين المؤمن والمؤمن له. نعم، إذا تمّ ملاحظة مجموع أفراد المؤمن لهم، فبهذا اللحاظ قد يحصل هذا المؤمن الخاص على زيادة، ولكن ليست الزيادة حصلت بين طرفين خاصين، وإنّما بين المؤمن ومجموع المؤمن لهم، وما دلّ على حرمة الربا المتقوم بالزيادة دلّ على الحرمة الحاصلة بين طرفين خاصين.

اللهم إلّا أن يُقال: إنّ ما دلّ على حرمة الربا هذا المدلول المطابق ينعقد له مدلول التزامي عرفي يدلّ على حرمة أخذ الزيادة مطلقاً، أي: سواء الزيادة المشترطة بين طرفي العقد أم الزيادة الحاصلة من مجموع العقود.

وعلى أيّة حال، نستغرب من الشيخ حسين الحليّ رحمته الله بتصويره عقد التأمين على أساس الربا، فإنّ المؤمن له لم يخطر بباله أبداً أنّنا ندفع المال الى شركة التأمين من باب القرض، وإنّما ندفع بحسب صور التأمين حفاظاً على بعض الأشياء.

المانع الرابع: عقد التأمين غرري

أنّ عقد التأمين غرري فيكون أكمل المال بإزائه أكلاً للمال بالباطل، وهذا العنوان منهي عنه.

والوجه في ذلك: أنّ التأمين هو عقدٌ معاوضيٌّ بين طرفين فيبذل المؤمن له مالاً في مقابل الحصول على عوض وهو جبر الخسارة التي تحصل، ولكن في كثير من

الأحيان أنّ 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 يدلُّ على النهي التكليفي، أي: مجرد الإثم، لكنه متى ما ورد في عبادة أو معاملة مركبة سوف ينقلب الظهور الأولي النهي التكليفي الى ظهور ثانوي وهو الإرشاد الى الفساد لا مجرد الإثم.

وهناك عدة أدلة قد يُستفاد منها النهي عن الغرر:

الرواية الأولى: ما رواه الشيخ الصدوق رحمته الله عن النبي صلّى الله عليه وآله أنه نهى عن المنابذة والملاسة وبيع الحصة.

أمّا المنابذة فهي أن يقول لصاحبه: انبذ إلي الثوب أو غيره من المتاع أو أنبذه إليك، وقد وجب البيع بكذا وكذا، ويُقال: إنّما هو أن يقول الرجل: إذا نبذت الحصة فقد وجب البيع وهو معنى قوله: إنه نهى عن بيع الحصة.

والملاسة أن تقول: إذا لمست ثوبي أو لمست ثوبك فقد وجب البيع بكذا وكذا، ويُقال: بل هو أن يلمس المتاع من وراء الثوب ولا ينظر إليه فيقع البيع على ذلك، وهذه يبيع كان أهل الجاهلية يتبايعونها، فنهى رسول الله صلّى الله عليه وآله عنها؛ لأنّها غررٌ كلّها^(١).

وإعتراض السيد الخوئي رحمته الله عليها: بأنّها لا يمكن الاحتجاج بها؛ لضعف

(١) معاني الأخبار، الشيخ الصدوق: ٢٧٨.

سندها^(١)، وهذا معناه أنّ الرواية لو لا ضعفُ السند لكانت قابلةً للإحتجاج. وهذا الإعتراض ليس في محلّه؛ وذلك لأنّنا نسلّم بضعف سندها، ولكن من جهة الدلالة لا يمكنُ التمسُّكُ بها؛ لأنّ فقرة الإستدلال لم تصدر من النبي ﷺ، وإنّما من قبل الشيخ الصدوق نفسه وهو ما يُسمّى بالإدراج في المتن، ومعه لا يصلحُ الإستشهادُ بكلام الصدوق رحمته الله.

والقرينةُ على ذلك هي: تفسير المنابذة التي هي جزماً قد صدرت منه، وهكذا تفسير الملامسة، إذ فسّر المنابذة واللامسة بتفسيرين، وهذا التريّد لا معنى له من قبل النبي ﷺ، وبعد أن فسّر ذلك مع وجود إحتمالين فيهما، قال هذه بيعٌ كان أهلُ الجاهلية يتبايعونها وهي غررية.

الروايةُ الثانية: ما رواه الشيخ الصدوق رحمته الله عن الرضا عليه السلام عن آبائه عن علي عليه السلام نحوه: «وقد نهى رسولُ الله ﷺ عن بيع المضطر، وعن بيع الغرر»^(٢).

وهذا النصُّ بالإضافة الى ضعف سنده - كما يظهر من خلال المراجعة - يُمكنُ المناقشةُ في دلالتها من جهتين:

الجهةُ الأولى: ما ذكره الشيخُ الإيرواني (حفظه الله) من لابتدئة التفرقة بين مطلبين: الأول: صدور نهْيٍ من قبله ﷺ، أي: ما يُعبّرُ عنه أنّه أنشأ صدور النهي، فيقول: مثلاً (نهيتكم عن البيع الغرري).

(١) المستند في شرح العروة الوثقى، كتاب الإجارة، أبو القاسم الخوئي: ٣١ / ٣٩.

(٢) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ١٧ / ٤٤٨ / الباب ٤٠ / الحديث ٣.

الثاني: الأخبار من قبل الأئمة عليهم السلام أنه صلى الله عليه وآله نهى عن الغرر^(١).

الفرق بين المطلبين: أنه في الأول - النهي الإنشائي - يُمكن التمسك بقاعدة النهي ظاهر في التحريم، بينما في المطلب الثاني قد يُشكك في حمل النهي على التحريم؛ لأنه أقصى ما يوجد أنه تم إخبارنا من قبل الأئمة عليهم السلام بصدور نهى، ولا نجزم قد صدر منه صلى الله عليه وآله النهي بمادته حتى نحمله على الحرمة، لعله نهى بصيغته من قبيل إياك وبيع الغرر.

وبكلمة: نحن بين احتمالات ثلاثة:

الإحتمال الأول: إفتراض ما صدر منه صلى الله عليه وآله النهي بمادته، وهذا الإحتمال باطل؛ لأنه نقل أنه نهى النبي صلى الله عليه وآله، والنهي المنقول كما ينسجم مع صدور مادة النهي كذلك مع صيغته.

الإحتمال الثاني: إفتراض ما صدر منه صلى الله عليه وآله النهي بصيغته، وهذه الصيغة لعلها سنخ صيغة تجتمع مع الكراهة من قبيل (لا ينبغي للمؤمن أن يستعمل أجيراً حتى يعلمه أجره)، وبناءً عليه لا يُمكن تطبيق ظهور النهي في التحريم.

الإحتمال الثالث: الإجمال، فلا ندري هل ما صدر من النبي صلى الله عليه وآله نهى تحريمي أو نهى كراهتي؟ ومع الإجمال تسقط الرواية عن الإستدلال.

ويلاحظ عليه: أن هناك مطلباً كلياً لا بد من الالتفات إليه وحاصله: لا بد أن نفرّق في مسألة الشك في الإرتكاز 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 تعارفٌ عقلائيٌ لكننا نشك هل بلغ حد الإرتكاز أو لا؟ وهو ما يُعبر عنه بالشك في مفاد كان الناقصة.

أمّا المطلب الأول: -وهو الشك في وجود الإرتكاز من عدمه- المعروف بين الأصوليين إنّه لا يُؤثّر ولا يكسر الإطلاق ويبقى منعقدًا، والسيد الصدر رحمته الله ^(١) ذكر تفصيلاً في المقام حاصله:

إنّ القرينة غير اللفظية تارةً تكون من القرائن الطارئة، كما لو احتمل هناك تعاهد بين المتكلم (المعصوم) والمخاطب (زرارة) ولا يتوصّل الى هذا التعاهد إلّا من قبل الناقل فقط، فلو كان له تأثير على كسر الإطلاق، فالمخاطب بمقتضى أمانته ونقله لتمام ما صدر من المعصوم عليه السلام أن يُشير الى هذا الموقف، وعدم الإشارة إليه دليل على عدمه، فلو كان يقصدُ الشيخ الإيرواني من تلك القرائن غير اللفظية هذا التعاهد، فيلزم على الناقل نقل ذلك، إذ ما دامت تؤثّر على روح المطلب فحذف هذه القرينة يتنافى مع أمانته ووثاقته في النقل.

وتارةً أخرى أن تكون القرائن غير اللفظية ليست طارئة وإنّما تُشكّل جواً عاماً من الوضوح، فهنا السيد الصدر رحمته الله ^(٢) يرى أنّ هذه القرائن لا ينعقد معها الإطلاق؛ لأنّها ليست من سنخ القرائن القابلة للنقل، فعدم نقل الراوي لتلك القرائن ليس

(١) بحوث في علم الأصول، محمد باقر الصدر: ٤ / ٢٣٧.

(٢) بحوث في الفقه (الخمس)، محمود الهاشمي: ٢ / ١٢.

دليلاً على عدمها، ولا يضرُّ بأمانته في النقل، وقد طبَّق السيد الصدر رحمته هذه الفكرة على آية الغنيمة فهو يرى أنَّ هذه الآية خاصة بغنائم دار الحرب، ولا يُستفاد منها مطلقُ الغنيمة الصادق على أرباح المكاسب.

فإذا كان يقصدُ الشيخُ الإيرواني (حفظه الله) من أنَّ الناقل ليس ملزماً بنقل تلك القرائن الإرتكازية صحيح، ولكن وجودها يضرُّ بالإطلاق.

إن قلت: إنَّ الشيخَ الإيرواني (حفظه الله) قد يختلفُ مع السيد الصدر رحمته في أنَّ وجود القرائن الإرتكازية تؤثرُ على الإطلاق.

قلتُ: إنَّه يتبنَّى ما يراه السيد الصدر رحمته، فقد صرَّح بذلك ^(١).

وأما المطلبُ الثاني: ما إذا شككنا في بلوغ التباني العُرفي حدَّ الإرتكاز، فهنا السيد الصدر رحمته في بحث الشبهة المحصورة ذكر أنَّه يضرُّ ^(٢)، وفي بحث خروج الأطراف عن محلِّ الإبتلاء لا يضرُّ ^(٣)، وفي هذا المطلب ذكر أنَّه لو شككنا في أنَّ بعض الأطراف هل يصدقُ عليها عنوانُ الخروج عن محلِّ الإبتلاء أو لا؟ يقولُ: تارةً نجزمُ بخروج بعض الأطراف عن محلِّ الإبتلاء كما لو دار الأمرُ في أنَّ النجاسة هل وقعت في هذا الإناء الذي في جانبي أو في بيت السلطان؟ فهنا إرتكازية المناقضة بين الغرض اللزومي والغرض الترخيصي لا تجري؛ لأنَّه من المحتمل أنَّ الغرض

(١) الفقه الإستدلالي، محمَّد باقر الإيرواني: ١ / ٣٥٤.

(٢) بحوث في علم الأصول، محمَّد باقر الصدر: ٥ / ٢٣٧.

(٣) بحوث في علم الأصول، محمَّد باقر الصدر: ٤ / ٢٩٠.

الإلزامي النجاسة في ذاك الإناء، فيكونُ خروجهُ عن محلِّ الإبتلاء يكفي للتأمين عنه فيما لو كان هو النجسُ واقعاً فيبقى جريانُ الأصل في هذا الطرف (الطهارة بلا معارض) وهذه الصورة واضحة وليست هي محل الكلام.

وأخرى نجزمُ بعدم خروجه عن محلِّ الإبتلاء، كما لو حصل الشكُّ بين نجاسة هذا الإناء ونجاسة إناء آخر في البيت نفسه، فهنا إرتكازُ المناقضة فيما لو قُدِّم الغرضُ الترخيصي على اللزومي موجود، وثالثاً نشكُّ فيما لو كان الإناء في بيت الجيران، وهنا السيد الصدر رحمته الله يقول: هذا التعارف نشكُّ في بلوغه حدَّ الإرتكاز من أنَّ العُرف بإرتكازهم لا يُقدِّمون الأغراض اللزومية على الأغراض الترخيصية أم إنَّ إرتكاز عدم المناقضة هو الموجود، فحصل شكُّ في بلوغ التعارف حدَّ الإرتكاز من عدمه، وهنا لا يُجمل الخطاب.

والصحيح: أنَّ الشك في بلوغ التعارف أو التباي حدَّ الإرتكاز يُساوئ القطع بعدم الإرتكاز وإن كان منشأ الإرتكاز -وهو الخروج عن محلِّ الإبتلاء- من الأمور التشكيكية وذلك لوجهين:

الوجه الأول: لابد من أن نُفرِّق بين الشك في الإرتكاز وبين الشك في منشأ الإرتكاز، فإنَّ الشك في منشأ الإرتكاز معقولٌ، فالخروجُ عن محلِّ الإبتلاء كان هو المنشأ في بلوغ التعارف حدَّ الإرتكاز أم لا؛ وذلك لأنَّ هذا المنشأ -الذي هو الخروج عن محلِّ الإبتلاء- أمرٌ واقعيٌّ يُعقل فيه الشكُّ وَضَعُهُ إرتكازُ المناقضة يكونُ موجوداً، بخلاف الشك في أصل الإرتكاز فلا يأتي شُبْهة المناقضة بين الغرض اللزومي والغرض الترخيصي، وذلك إذا التفتنا الى تحليل واقع القضية، بأن نقول:

إنَّ الشكَّ في الإرتكاز وعدمه هو نتيجة الشك في أنَّ التعارف والتباني العقلاني هل بلغ حدَّ الإرتكاز أو لا؟ إذ إنَّ واقع الإرتكاز لا حقيقة له إلاَّ التباني العُرفي، فالشكُّ إذاً في بلوغ التباني العُرفي حدَّ الإرتكاز أم لا مرجعه إلى الشك في وجود التباني العُرفي، ومعه يبقى دليلُ الأصل يجري من دون معارض.

الوجه الثاني: لو سلّمنا أنَّه لا فرق بين الشك في الإرتكاز ومنشأه إلاَّ إنَّ العقلاء يرفعون اليد عن إطلاق أدلّة الأصول فيما إليهم الإرتكاز لا في وجوده الواقعي وإن لم يصل، فتترتب الآثار وهي رفع اليد عن إطلاق أدلّة الأصول في حالة وصول إرتكاز المناقضة، وأمّا مع الشك في وجودها - لأنَّه حدث شكٌّ في بلوغ هذا التعارف حدَّ الإرتكاز - لا معنى لترتيب الآثار.

وعليه إذا كان يقصدُ الشيخ الإيرواني (حفظه الله) من أنَّ الإمام لو نقل النهي عن النبي ﷺ لا نجزم بأنَّ ما صدر منه ﷺ نهْيٌ تحريميٌّ ولعلَّه نهْيٌ كراهتي وطالبناه بأنَّه لو كان النهْيُ الصادر كراهتياً فلما لا ينقل الإمام ﷺ القرينة، فقال لا يلزم على الناقل أن يذكر القرائن فإن كان يقصد من هذه القرائن الإرتكازية التي يُشك في بلوغها حدَّ الإرتكاز أم لا، فكلامه صحيح.

الجهة الثانية: أنَّها مختصةٌ بالبيع؛ إذ قال: «نهْيُ النبي ﷺ عن بيع الغرر» فلم يشمل النهْيُ مطلقَ المعاملات، ومن المحتمل إختصاص النهْيِ بخصوص البيع^(١).
ويلاحظُ عليه: أنَّ تجريد النصِّ عن الخصوصية يتمُّ وفق ضوابط معروفة التي

(١) المستند في شرح العروة الوثقى، أبو القاسم الخوئي: ٣٠.

ينطبق عليها النص الذي ينهى عن بيع الغرر، وهذه الضوابط:
 أولاً: أن توجد قرينة داخلية أو خارجية على إلغاء التعميم.
 وهذا الضابط متحقق، فإنّ المعاملات الغررية يتجنب عنها العقلاء ولا
 يحتملون الخصوصية للبيع فقط.

ثانياً: أن لا يكون المورد تعبدياً، أي: أن يكون عقلياً؛ لأنّ التعبدية تمنع من
 إلغاء الخصوصية، كما ورد في أنّ الدم دون الدرهم معفو عنه في الصلاة، وبما أنّ
 المورد تعبدية فلا يمكن إلغاء الخصوصية والذهاب الى أنّ البول دون الدرهم
 أيضاً معفو عنه.

ومن الواضح هذا الضابط موجود عندنا، فإنّ المعاملات ليست توقيفية. نعم،
 الشارع أعطاها بعض القيود لا أنّه أسسها.

ثالثاً: أن لا يكون التجريد على خلاف الأصل، كما قيل المبيع الذي يتلف قبل
 قبضه فهو من مال بائعه، فهذا خلاف الأصل باعتبار أنّ الملكية تنتقل بالعقد، فلا
 يمكن التعدي الى بقية المعاملات، وأمّا الغرر فثبوته في البيع ليس على خلاف
 الأصل فيجوز التعدي الى غيره.

ثم إنّ الشيخ الإيرواني (حفظه الله) أشكل على الرواية بإشكال سندي وقال:
 إنّها ضعيفة السند، وهذا ينسجم مع مبنى الوثاقة في قبول الخبر، وأمّا من يذهب الى
 وثاقة المروي (المضمون) فلا يرد عليه هذا الإشكال، ومن الواضح إنّ هذا
 المضمون (وهو النهي عن بيع الغرر) مضمون مقبول.

ثم نضيف تعليقاً آخر على من يتمسك بالروايات حاصلة:

إنَّ الغرر ماذا يُقصدُ به؟ اختلف أهل اللغة والفقهاء في تفسيره، والاختلاف يرجعُ الى أحد تفسيرين محتملين:

الأول: أنَّه بمعنى الخطر، فالإنسان إذا غرَّ آخرًا فقد أوقعه في الخطر، وبناءً على هذا التفسير لا يكونُ عقدُ التأمين عقداً غريباً، أي: بمعنى الخطر، وذلك أنَّ المؤمنَ له حينما يدفعُ أقساطاً قليلةً من أجل تدارك خسارات كبيرة لا يعدُّ أمراً غريباً وخطيراً، وهكذا أنَّ المؤمنَ حينما يقومُ بتدارك الخسارات نتيجة الحصول على أقساطٍ من عدد كثير من الناس لا يعدُّ أمراً غريباً، هذا لو فسّر الغرر بمعنى الخطر^(١).

الثاني: أنَّه بمعنى الخديعة، أي: تحسين ما هو قبيح في الواقع، وما الغرر بمعنى الخطر إلّا كونه لازماً لهذا المعنى، وعلى ضوءه أيضاً لا يكونُ التأمينُ عقداً غريباً؛ وذلك لأنَّ المعاملة بين المؤمن والمؤمن له لا تشتملُ على أيّ خدعة في البين، وإنَّما ما ينتجُه الواقع من تدارك الخسارات ليس أمراً قبيحاً في الواقع^(٢).

الخلاصة: أنَّ الغرر بأيّ معنى يتمُّ تفسيره لا ينطبقُ على عقد التأمين.

الدليل الثاني: _على بطلان المعاملة الغررية_ وهو دعوى عدم إنعقاد السيرة العقلائية على المعاملات الغررية.

ويلاحظُ عليه: ماذا يُقصدُ من هذا الدليل؟ في ذلك يوجدُ احتمالان:

(١) عوائد الأيام، المحقق النراقي: ٨٨.

(٢) الإجارة، المحقق الأصفهاني: ٢٥٢.

الأول: المقصودُ عدمُ تباني العقلاء على الإقدام على المعاملات الغررية، أي: في الخارج لا توجدُ معاملاتٌ غرريةٌ من قبل العقلاء.

وهذا الكلامُ واضحُ المنع؛ لأنَّهُ لو كان كذلك كيف نُفسِّرُ قولَ نبي الشارع عن المعاملات الغررية؟ بل إنَّ إقدام العقلاء على الغرر الذي لا يُحتَمَلُ فيه المعاوضة ثابتٌ بدرجة كبيرة، - كما في القمار - رغم عدم إحتمال الحصول على المعاوضة نجدهم يُقدمون عليها، فما ظنُّك في المعاوضات التي من المحتمل أن يتمَّ الحصولُ فيها على عوضٍ وإن كانت غرريةٌ؟

الثاني: أن يُقصد عدم صحة المعاملات الغررية لأجل عدم إنعقاد السيرة العقلائية.

ويُلاحظُ عليه: أنَّ المستند لتصحيح المعاملات لا ينحصرُ بالسيرة العُقلائية، فدونك الإطلاقات والعمومات الإمضائية التي يُتمسَّكُ بها لإثبات الصحة.

الدليلُ الثالث: المعاملات الغررية هي معاملات سُفهائية والشارعُ نهى عن تلك المعاملات، ومرجعُ هذا الدليل الى صُغرى وكُبرى، فالصُغرى الغرر معاملة سُفهائية، والكُبرى المعاملات السُفهائية باطلة.

ويُلاحظُ على الصُغرى: بالمنع من كون المعاملات الغررية سُفهائية، وإلَّا للزم حمل ما دلَّ على اشتراط الكيل أو الوزن في المبيع أن تكون تلك المعاملات سُفهائية، بل أي ملازمة بين كون الإقدام على الغرر وبين سُفهائية المعاملة، فإنَّ الفقهاء جعلوا من أوضح مصاديق الغرر هو بيع ما يُشك في وجوده، فلو باع شخصٌ هذا الشيء واشترط تأخير الثمن حتَّى يتمَّ تسليم المبيع للمشتري، فهنا لو لم يُقدم على تلك

المعاملة لعاقبة العقلاء لاسيما إذا حصل ما يُشك في وجوده.

وأما منع الكُبرى: فلا دليل على بطلان المعاملات السُفهائية، فإنَّ الأدلة ناهيةٌ عن معاملة السفهية لا المعاملة السُفهائية إذ قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(١).

والفرقُ بينهما: أنَّ معاملة السفهية هي عبارة عن المعاملة التي تصدرُ من شخص لا يُحقِّق فيها أيَّ غرض وهو كذلك طيلة فترة إجرائه للمعاملات، بينما المعاملات السُفهائية هي المعاملات التي تجري وفق الغرض العقلائي، ولكن إذا أراد شخص أن يجري في حياته ولو لمرة واحدة معاملة سُفهائية فهذا غيرٌ منهى عنه.

الدليل الرابع: أنَّ الإقدام على المعاملات الغررية مدعاة للتناحر والاختلاف بين المتعاملين، ممَّا يؤدي ذلك الى إرباك الوضع الاجتماعي، فحسبُ لمادة النزاع أُشترط عدم الغرر.

ويلاحظُ عليه: أنَّ هذا يصلحُ كمؤيدٍ لشرطية الغرر، وليس مستنداً شرعياً في ذلك.

المانع الخامس: منافاة عقد التأمين لحقيقة المعاوضة

إنَّ عقد التأمين يتنافى مع حقيقة المعاوضة التي هي عبارة عن دخول العوض في كيس من خرج منه العوض، أمَّا دخولُ العوض فيمن لم يخرج منه العوض، فهذا ينافي حقيقة المعاوضة، وبيان وجوده في عقد التأمين، إمَّا باعتبار أنَّ المؤمن له حينما

يدفع أقساطاً الى الشركة - أما شهرياً أو سنوياً ولم يصادف تعرض أموال زيد مثلاً الى الخسارة - وإنما شخص ما حصلت عنده الخسارة، فسوف تذهب أموال زيد الى شخص آخر، أو بإعتبار فيما إذا اشترط المؤمن له دفع الأموال الى الزوجة أو الابن، وهما ليسا طرفاً في المعاوضة فدخل العوض عند غير من خرج منه المعوض.

ولتوضيح هذا المانع أكثر:

إنّ الفقهاء اشترطوا تقوّم حقيقة المعاوضة بدخول العوض فيمن خرج منه المعوض، ورتبوا على ذلك عدم جواز بيع شخص مال غيره لنفسه ولو مع إذن البائع وقالوا هذا باطل ولو أذن البائع؛ لأنّ الابن - مثلاً - لا يُشرع ما هو باطل في حدّ نفسه، وإنّما يُصحّح ما هو مشروع، وهكذا لو باع شيئاً بلا ثمن فالبيع باطل، وعليه فكما أنّ المعاوضة متقوّمّة بوجود عوض ومعوّض، أي: بتبادل المالكين كذلك متقوّمّة بأن يدخل العوض فيمن خرج منه المعوض، وعقد التأمين في بعض صوره يُنافي هذه القاعدة.

ويمكنُ الجوابُ عنه من وجوه بعضها يرجعُ للمناقشة في الكبرى وأخرى في

الصغرى:

الوجه الأول: أنّ حقيقة المعاوضة متقوّمّة بحسب ذاتها بتبادل المالكين، ولا

دليل على تقوّمها بدخول العوض في حق من خرج منه المعوض.

وهذا الكلام لا دليل عليه، وإنّما عبارة ذكرها العلامة الحلي رحمته الله (١)، وتمت الموافقة

عليها من دون وجود مستند يُبرّر هذه القاعدة.

الوجه الثاني: لو سلّمنا بهذه القاعدة إلاّ أنّه لا يستلزم فيما لو إنتفع غير المتعاقدين بطلان هذا العقد؛ لأنّه لا إشكال عند الفقهاء في مسألة لو أجر شخصاً لبناء أو هدم دار آخر بصحة عقد الإجارة، وترتب على ذلك أن المنتفع لا يحقّ له إذا تلكّى الأجير في العمل - أن يفسخ العقد أو يُغرّمه؛ لأنّه ليس طرفاً في العقد. نعم، قد يكون له ذلك من باب النهي عن المنكر، أمّا أنّه يملك الحقّ في فسخ العقد فهذا من وظيفة المستأجر، وهكذا لو فسخ الأجير العقد فلا ترجع الأجرة الى المنتفع، وإنّما تكون من حقّ المستأجر.

إذاً من يملك حقّ العمل وحقّ الفسخ هو المستأجر، ومن يملك الأجرة هو الأجير والمنتفع لا علاقة له بذلك، فلو كانت المعاوضة أن يدخل العوض في حقّ من خرج منه المَعْوَضُ للزم بطلان عقد الإجارة.

الوجه الثالث: أنّه بالإمكان إبداء بعض صور التأمين بنحو لا يتنافى مع القاعدة المزعومة، بمعنى أنّه يُمكن أن يُكيّف التأمين على صور:

الصورة الأولى: أن يشترط المؤمن له على المؤمن (الشركة) أن ينتفع من العقد على نحو الهبة لشخص آخر لا على نحو الملك، وهذا شرط سائغ لا يُنافي هذه القاعدة، بإعتبار أنّه لا يصدق عليه حلّ حراماً أو حرّماً حلالاً.

الصورة الثانية: أن يكون الشرط ببذل المال لشخص ثالث، ويُرتّب هذا الثالث آثار البذل عليه من دون أن يتوقّف هذا الإنتفاع على الملك، كأن يقوم الثالث بسدّ بعض الديون عليه أو شيء من هذا القبيل.

الفارق بين الصورتين: أن شرط الهبة للثالث تتوقف على القبول من قبل المؤمن على أن يهب هذا المال الى الثالث، بخلاف الثانية فإن البذل لا يتوقف على القبول. الصورة الثالثة: أن يكون الشرط هو تملك المنتفع الثالث، وهذا له شقان: الشق الأول: أن لا يكون بأزائه شيء، كمن يشتري حاجة بثمن ويشترط على البائع أن يملكه شيئاً زائداً، وهذا الشرط سواء كان على نحو شرط الفعل أو شرط النتيجة فلا بأس به.

الشق الثاني: أن يكون الشرط هو تملك المنتفع، ولكن في مقابل شيء، وهذا لا محذور فيه أيضاً؛ لأن المحذور هو أن يدخل العوض في غير من خرج منه المعوض. وعليه أن هذا المانع لا يشكل عائقاً أمام عقد التأمين.

تمة: التأمين الجماعي والتخريجات الفقهية له

أشار السيد الخوئي رحمته الله الى مسألة وهي: (إذا إتفق جماعة على تأسيس شركة يتكوّن رأس مالها من أموالهم على نحو الإشتراك، وإشترط كلّ 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:

التخريج الأول: دخوله تحت عمومات ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

رَجَّحْنَا سَابِقاً أَنَّ الْعُقُودَ الْمُسْتَحْدَثَةَ لَا دَاعِيَ إِلَى تَحْلِيلِ بَنِيوتِهَا الْمَاعِلِيَّةِ، ثُمَّ الْبَحْثُ عَنْ إِدْرَاجِهَا تَحْتَ عَقْدٍ مِنَ الْعُقُودِ الْمَتَعَارِفَةِ، وَإِنَّمَا الْعُقُودُ الْمُسْتَحْدَثَةُ تَدْخُلُ تَحْتَ عُمُومَاتِ ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، فَمَا دَامَ يَصْدُقُ عَلَيْهِ عَقْدٌ، وَمَا دَامَ لَمْ يَشْتَمَلْ عَلَى عَنصرٍ يُعْلَمُ بِبَطْلَانِهِ مِنْ قَبْلِ الشَّارِعِ، فَهَذَا يَكْفِي لِإِدْرَاجِهِ تَحْتَ الْعُمُومِ الْمَذْكُورِ، وَأَنَّهُ عَقْدٌ مُسْتَقِلٌّ فِي مَقَابِلِ الْعُقُودِ الْمَعْرُوفَةِ، وَالتَّسْمِيَةِ لَيْسَتْ مَهْمَةً.

وَهَذِهِ الطَّرِيقَةُ مِنَ التَّخْرِيجِ تُقَصِّرُ الْمَسَافَةَ عَلَى الْفُقَهَاءِ، فَبَدَلًا مِنَ الْبَحْثِ عَنْ تَكْيِيفِ لِهَذَا الْعَقْدِ الْمُسْتَحْدَثِ بِإِرْجَاعِهِ إِلَى عَقْدٍ مِنَ الْعُقُودِ الْقَدِيمَةِ؛ إِذْ هَذِهِ الطَّرِيقَةُ فِيهَا تَكَلُّفٌ كَبِيرٌ، فَبِالْإِمْكَانِ أَنْ نَدْخُلَ هَذَا النِّحْوَ مِنَ التَّأْمِينِ تَحْتَ عُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

التخريج الثاني: دخوله تحت الصلح المشروط

يَدْخُلُ تَحْتَ الصُّلْحِ الْمَشْرُوطِ، بِأَنَّ أَفْرَادَ الشَّرْكَةِ تَصَالَحُوا فِيْمَا بَيْنَهُمْ عَلَى أَنَّ الرِّبْحَ الَّذِي يَحْصُلُ يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّعْوِيْضُ فِي حَالَةِ نَشُوبِ خَسَارَةٍ مِنْ أَحَدِ الشَّرَكَاءِ، وَالصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ.

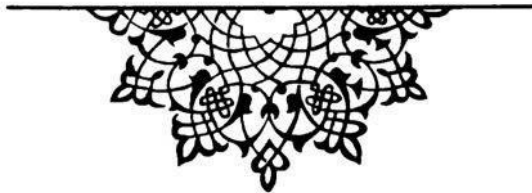
وَعَلَى أَيِّ حَالٍ، أَنَّ هَذَا النِّحْوَ مِنَ التَّأْمِينِ لَا إِشْكَالَ فِيهِ.

٤٩٢.....بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة



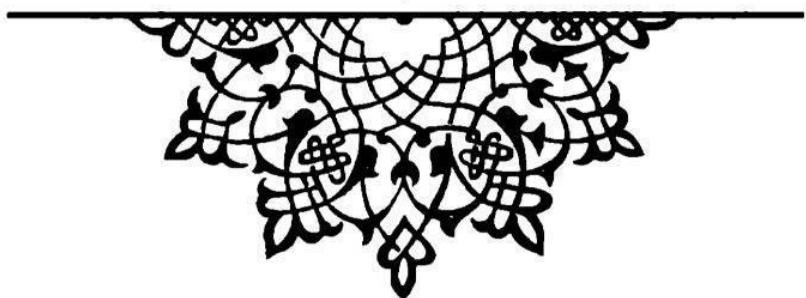


توجدُ هناك بعضُ المعاملات المصرفية متداولة
اليوم، وسوف نُسلِّطُ الضوءَ عليها من باب
إكمال وإتمام الفائدة، ومن هذه العناوين
الجديدة:





الإجارة بشرط التمليك



الإجارة بشرط التملك

توجد صورتان هنا ينبغي أن نُفَصِّلَ بينهما لتحديد محلّ النزاع:

الصورة الأولى: التملك على نحو شرط الفعل

إذا كان للمبيع ثمنان أحدهما معجل بعشرة آلاف ومؤجل بعشرين ألف، وتمت صيغة البيع على الثمن المؤجل، فهذا يُسمّى بالبيع المؤجل، وهذا لا إشكال فيه.

الصورة الثانية: التملك على نحو شرط النتيجة

بمعنى نُؤَجِّر الدارَ لمدة معلومة وأجرة كذلك، وتُقَسَّطُ الأجرة على عدد الأشهر، ثم يقول البنك أو صاحب الدار: (إذا دفعت القسط الأخير فتكون مالكة للدار) وهذه طريقة تُمارسها بعض البنوك الإسلامية بحيث تقوم ببناء مجمعات سكنية، وفي نهاية دفع القسط الأخير ينتهي الأمر إلى التملك، هذا هو محلّ النزاع عندنا.

إذاً المقصود بـ(الإجارة بشرط التملك) أنّها عقد بين الطرفين يؤجّر فيه أحدهما الآخر سلعةً معيّنة مقابل أجرة معيّنة يدفعها المستأجر على أقساطٍ خلال مدة محددة،

وتنتقل بعدها ملكية السلعة للمستأجر عند سداده لآخر قسط بعقد جديد.

فنقول: إن التمليك له صورتان:

الصورة الأولى: أن يكون على نحو شرط الفعل بأن أقول: (إذا دفعت القسط

الأخير فأبيع لك الدار) والبيع عقد يحتاج الى فعل وهو الإيجاب والقبول.

الصورة الثانية: أن يكون على نحو شرط النتيجة بأن أقول: (إذا دفعت القسط

الأخير فأنت مالك للدار) بشكل قهري بلا حاجة الى 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؛ لأنه لو أعمل الخيار لم يستحق الدار.

إلا أنه يمكن علاج هذا الضعف فيما إذا آمنّا بالكبرى القائلة: إن الحاكم الشرعي

ولي الممتنع، فبالإمكان أن يتصدى الحاكم الشرعي ويكون هو طرف العقد.

وأما الصورة الثانية: وهو شرط النتيجة. وهي أن تحصل ملكية الدار

للمستأجر بشكل قهري من دون إيجاب أو قبول، فهنا أشكل على شرط النتيجة

بإشكال يرجع الى أحد بيانين:

البيان الأول: ما ذكره السيد الخوئي رحمته الله، وحاصله: أن حديث «المؤمنون عند

شروطهم»^(١) لا يثبت مشروعية الشرط، وإنما يلزم المشروط عليه إلزاماً تكليفاً

(١) روي هذا الحديث تارة بلفظ (الناس) كما في التهذيب، الشيخ الطوسي: ٩ / ١٢٣ /

الحديث ٣٤ / باب الوقوف والصدقات؛ ومن لا يحضره الفقيه، الشيخ الصدوق: ٤ /

٢٢٨ / الحديث ٤ / باب السكنى والعمرى والرقبى، وروي بلفظ (المسلمون) كما في

بتنفيذ الشرط لشرط هو مشروع في رتبة سابقة، فهو يدلُّ على أنَّ الشرط متى ما كان مشروعاً وسائغاً في رتبة سابقة فيجبُ الوفاء به، ولا يُثبت مشروعية ما يُشكُّ في مشروعيته، فلو كان الشرطُ هو عبارة عن خياطة الثوب، فهذا مشروعٌ في حد نفسه فيجبُ الوفاء به، وأمّا إذا كان الشرطُ هو الملكية القهرية، فهنا يُشكُّ في مشروعية هذا الشرط فلا يُمكنُ التمسُّكُ بحديث «المؤمنون عند شروطهم»؛ لأنَّه يكونُ من قبيل التمسُّك بالعام في الشُّبهة المصدقية وهو باطلٌ؛ لأنَّ الحكم لا يُثبت موضوع نفسه، فقولنا: (أكرم العالم) لابد من أن يتحقق وجودُ العالم الذي هو الموضوع ثم يجبُ إكرامه، أما لو شكَّ في مصداق من المصاديق في كونه عالماً، فلا يُمكنُ التمسُّكُ بإطلاق أو عموم أكرم العالم؛ لأنَّ معنى ذلك أنَّ الحكم سوف يُثبت أنَّ هذا عالمٌ، ثم نتمسُّك بالعموم أو بالإطلاق، وهذا خطأ واضحٌ؛ لأنَّ الحكم يتولَّد من الموضوع فكيف يكونُ موجداً ومولِّداً له؟ وعلى هذا شرط النتيجة باطل كما في محلَّ الكلام^(١).

ويلاحظُ عليه: أنَّ حديث «المؤمنون عند شروطهم» حديثٌ مطلقٌ، أي: لا يُقيَّد وجوبُ الوفاء بالشرط لما أحرز مشروعية الشرط في رتبة سابقة، وإنَّما يدلُّ 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، الحر العاملي: 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 مُحتملٌ في الحديث المذكور.

إن قلت: إنَّ القيد واضح في الحديث، ولا يحتاجُ أن يبرزهُ الإمامُ عليه السلام؛ وذلك لأنَّهُ لا يُعقلُ وجوبُ الوفاء تكليفاً بشرط ليس مشروعاً في حدِّ نفسه، فقيدُ المشروعية أمرٌ واضحٌ ومسلَّمٌ ومركوزٌ فلا معنى للإفصاح عنه.

قلتُ: إنَّ الحديث المذكور يُمكنُ أن يُفسَّرَ بذلك، بمعنى أنَّ له دالتان، دلالةً مطابقةً وهي مشروعية الشرط، ودلالةً إلزاميةً وهي وجوب الوفاء به، وعليه تكونُ الدلالةُ الإلزامية والمطابقة مستفادتين من الحديث، وهذا مُحتملٌ في حدِّ نفسه ولا داعي لإحتمال آخر، وهو أن تُثبت المشروعية أولاً وبعد ذلك وجوب الوفاء به، بل من المحتمل أنَّ وجوب الوفاء يكونُ في عرض المشروعية لا في طولها كما قال السيد الخوئي رحمته الله.

البيانُ الثاني: التمسُّكُ ببعض النصوص والتي ظاهرها النهي عن شرط النتيجة:

منها: موثقةُ إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) إنَّ عليَّ بن أبي طالب عليه السلام كان يقولُ: «من شرط لإمرأته شرطاً فليف لها به؛ فإنَّ المسلمين عند شروطهم إلَّا شرطاً حرِّم حلالاً أو أحلَّ حراماً»^(١).

ومنها: صحيحةُ محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: قضى في رجل تزوَّج امرأةً وأصدقتهُ هي واشترطت عليه أن يبدها الجماع والطلاق، فقال: «خالفت السُّنة،

ووليت حقاً ليست بأهله، فقضى أنّ عليه الصداق وبيده الجُماع وذلك السُّنة»^(١).

ومنها: صحيحةُ عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «المسلمون عند شروطهم إلاّ كُلُّ شرطٍ خالف كتابَ الله عز وجل فلا يجوزُ»^(٢).

بتقريب: أنّ المستفاد من هذه الروايات أنّه لا بد أن يجتمع في الشرط هذه الأمور الثلاثة، وهي عدم المخالفة لكتاب الله عز وجل، وعدم المخالفة للسُّنة، وأن لا يكون محلاً للحرام أو محرماً للحلال، والمعنى الجامع لهذه الشروط الثلاثة أن يكون الشرط مشروعاً في رتبة سابقة على أخذه شرط في صحة العقد، وإذا شك في مشروعية شرط من الشروط فلا يصحّ الوفاء به من هذه الجهة، وعليه يكون التمسك بهذه الروايات قبل إحراز مشروعية شرط ما هو من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

وفي مقامنا كذلك فإنّ قول صاحب الدار أو المصرف أو الدولة (إذا دفعت القسط الأخير فإنك مالك بصورة قهرية) يُشكُّ في مشروعيته؛ لأنّ من المحتمل أنّ الملكية تحتاج الى سبب ولا تحصل بشكل قهري.

ويلاحظُ على هذا البيان بعدة ملاحظ:

الملحظُ الأول: أنّ صاحب البيان إعتقد أنّ هذه الشروط الثلاثة ترجعُ الى قيد المشروعية، وهذا ليس صحيحاً، فإنّها تتحدّث عن شروط مستقلة بعضها عن

(١) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ٢١ / ٢٨٩ / الباب ٢٩ / الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ١٨ / ١٦ / الباب ٦ / الحديث ٢.

الآخر، وفي محلّ كلامنا وهو أن تكون مالكا عند دفع القسط الأخير ليس فيه مخالفة لأيّ واحد من هذه الشروط.

أمّا أنّه ليس مخالفاً للكتاب الكريم؛ إذ لا يوجد في الكتاب لا بصراحته ولا بمضمونه من أنّ الملكية لا بد لها من سببٍ مملّك، فالشرط ليس مخالفاً للكتاب الكريم، وأيضاً ليس مخالفاً للسنة فكذلك؛ لأنّ الملكية لم تحصرها السنة بسببٍ خاص، وهكذا في الثالث لا سيما على بعض من فسر^(١) أن لا يكون محلاً للحرام أو بالعكس بأنّ المقصود منه إحياء ما هدمه الإسلام، فهناك عادات أو بعض الطقوس ليست من الإسلام، فإذا أخذت كشرط - كبناء الكنائس - فهنا يُقال هذا شرطٌ حلّ حراماً.

الملحظ الثاني: هناك بعض النصوص يُستفاد منها صحة هذا الشرط، أي: جواز شرط الملكية على نحو شرط النتيجة، كما في صحيحة أبي بصير: سألت أبا عبد الله عليه السلام يقول للرجل إبتع لي متاعاً والربح بيني وبينك، فقال: «لا بأس»^(٢).

بتقريب: أن قول السائل (والربح بيني وبينك) نصف ملكه لي والنصف الآخر لك من دون إجراء عقد جديد، فإنّهُ حسب الفرض الطرف الأول هو البائع ويُفرض أن يكون الربح جميعاً له، والطرف الآخر ليس إلّا وكيلاً في البيع عنه، فملكه النصف الثاني بشكل قهري من دون سبب خاص للتملك.

الملحظ الثالث: الشرط حتّى يكون ملزماً للأطراف لا بد أن تتوفر فيه جملة من

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ٢ / ٥٧.

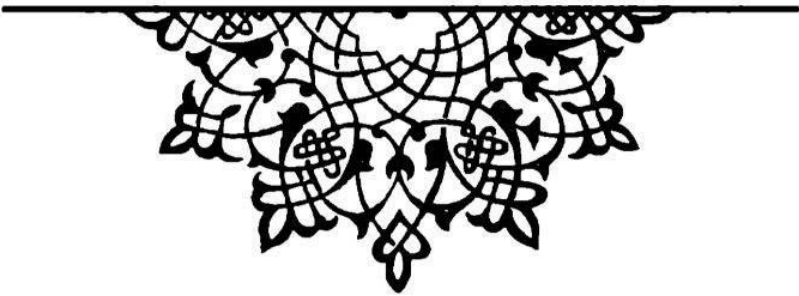
(٢) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ١٨ / ٧٥ / الباب ٢٠ / الحديث ٤.

الشروط المعروفة، فإذا شك ولم نعلم أنّ ما اشترطه المتعاقدان هل هو مخالف للكتاب أو مخالف للسنة؟ فهنا نتمسك بأصالة عدم المخالفة، فمثلاً لو اشترطت الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها بأخرى، وشك في شرعية هذا الشرط حيث نحتمل أن الحق المذكور للزوج مطلق، أي: حتى في حالة اشتراط الزوجة عليه، ونحتمل أن الحق مقيّد بحالة عدم الإشتراط، فإذا شككنا فإن أصل الحق ثابت في الجملة لها الحق والشك في سعيه (حتى لو اشترطت) وضيقه (حالة عدم الإشتراط) نتوقف، فهنا نتمسك بأصالة عدم المخالفة، بمعنى الأصل عدم مخالفة الشرط لهذه الأمور الثلاثة^(١).





بطاقات الإئتمان



بطاقات الائتمان

قد يُصدّر البنك أو الشركة بطاقات تشتمل على خدمات، بمعنى أنّ الحامل لها بإمكانه التسوّق من دون دفع المال نقداً الى البائع؛ لأنّ حمل الأموال قد يُعرّضه الى السرقة، فأمواله محفوظة في البنوك ويستعمل هذه البطاقة لأغراضه من البيع والشراء. ثم إنّ البائع يُسجّل ما تمّ بيعه بواسطة البطاقة في ورقة خاصة، ويُشعرُ البائع البنك بقيمة السلعة ويحصلُ بذلك على المبلغ المدوّن فيها مطروحاً منه رسم يتراوح 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 يُصدّر هذه البطاقة للقيام بتلك الخدمات يأخذُ رسوماً من حاملها سواء استفاد منها أم لا؟ وهذا معناه أنّه يوجدُ عقدان في البين:

العقدُ الأول: بين الجهة المصدّرة وحامل البطاقة، والعوضُ هنا رسومات خاصة على إصدارها.

العقدُ الثاني: بين الجهة المصدّرة وصاحب المحل التجاري، والعوضُ هنا رسوم تتراوح من (١ - ٤ ٪) أو أكثر من سعر البضاعة على إختلاف البطاقات الإنتمائية

بإختلاف الشيكات التي تصدرها.

أنواع البطاقات الائتمانية:

وهذه البطاقات الموجودة في الخارج تكونُ على أنواع ثلاثة:

النوع الأول: البطاقات المغطاة

إنَّ الجهة المصدِّرة كالبنك لا تمنح لحاملها الإستفادة إلَّا إذا كان لديه رصيد مالي، فيستعملها بمقدر الرصيد.

النوع الثاني: البطاقات غير المغطاة

إنَّ الجهة المصدِّرة منحت القيامَ بخدمات لهُ رغم أنَّه لا يوجد لحاملها أيُّ رصيد، وصاحبُ المحل التجاري يؤمِّنُ لهُ البضاعةَ من جهة علمه من أنَّ الجهة المصدِّرة متعهَّدةٌ ومسؤولةٌ عند وصول الفاتورة إليها، وفي هذه الحالة يلتزمُ حاملُ البطاقة طبقاً لشروط الإصدار بتسديد كامل مبلغ الفاتورة خلال فترة لا تزيدُ عن ثلاثين يوماً من تأريخ استلامه لها، وإذا تلكى في الدفع يقومُ المصدِّرُ بإلغاء عضوية حامل البطاقة وتُسحبُ منه بطاقةُ الائتمان إضافةً الى بعض الإجراءات القانونية بحق هذا الشخص.

النوع الثالث: البطاقات غير المغطاة مع عدم سحب العضوية في حالة التخلف

وتمتازُ عن النوع السابق بعد إلزام حامل البطاقة بدفع تمام المبلغ عند تسلّم الجهة

المصدرة للفاتورة الشهرية، والغالبُ إلزامه بدفع نسبة ضئيلة منه ويضلُ الباقي في ذمّته، ولكن الجهة المصدرة لا تسحب العضوية منه في حالة التلكؤ في التسديد، وإنما تفرض عليه فوائداً كلّما تأخّر في مدة التسديد.

تخريجات العقد الحاصل من جهة البنك وحامل البطاقة:

فإذا إتّضح نقول: إنّ العقد الأول بين الجهة المصدرة وحامل البطاقة لا إشكال فيه، ويُمكن تخريجُ التعامل مع العقود المستحدثة على أساس أحد تخريجين:

التخريجُ الأول: من مصاديق عقد الحوالة

أنّه من مصاديق عقد الحوالة، على أساس تعهّد الجهة المصدرة للبطاقة لقبول الحوالة من حاملها المدين للتاجر الذي اشترى منه السلع والبضاعة بإبراز البطاقة له، فإنّه بعد الشراء يحمله على تلك الجهة، وهي ملزمة بقبولها على أثر تعهدها في عقد البطاقة وإن لم يكن له رصيدٌ ماليٌّ عندها.

وهذا الوجه لا بأس به إذا استعملها حاملُ البطاقة، وأمّا إذا لم يستعملها فلا يتمُّ عقدُ الحوالة؛ لأنّ قوامها إنشاء الإحالة من المُحيل على المُحال عليه.

التخريجُ الثاني: معاملة مستقلة

أنّها معاملةٌ عقلائيةٌ مستقلةٌ بذاتها مشمولةٌ لعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا

بِالْعُقُودِ^(١)، بعد صدق عنوان العقد عليها، وعدم وجود ما يمنع الشرع عنه، ولا ريب في صدق عنوان العقد؛ لأنّ العقد عبارة عن ربط قرار أحد بقرار شخص آخر، فإذا تعهد بعض العقلاء في دائرة حقّه لآخر قبال أمر آخر تعهده ذلك الآخر له فقد ارتبط القراران وحصل بينهما تعاقد.

وفي مقامنا: إن أمر أداء شيء نيابة عن الآخر بما أنّه تصرّف في مال المؤدي، كما إذا أمر أداء دين شخص نيابة عنه بما أنّه تصرّف في سلطانه الى المديون بنفسه وهو من حقوقه، فإذا تعهد كلّ منهما بما إليه أمره فتعهد المصدر أداء دين حامل البطاقة بهال نفسه أو بما عنده من حاملها إذا أحال إليه أداءه وقبول الحامل بهذا التعهد تعاقد بينهما ومن مصاديق العقد العقلانية.

وأما ما يُحتمل كونه مانعاً شرعياً وهو احتمال صدق الغرر بمعنى الجهالة هنا؛ لأنّ المصدر لا يعلم بالمقدار الذي يشتري الحامل بالبطاقة، بل ربّما لا يعلم بأصل شرائه بها فقد اشتمل العقد على الغرر وهو موجب للبطلان.

والصحيح: لا يُشكّل مانعاً؛ لأنّ الغرر بمعنى الخطر لا الجهالة، ومن الواضح أنّ البطاقة المصدرّة مشتملة على سقف لا يتعداه المشتري، فإن لم يشتري ببطاقته شيئاً فلم يرد خطر على أحد الطرفين أصلاً، وإن اشترى بها فلا محالة يكون الشراء الى حدّ معيّن تحكي عنه البطاقة.

وجهان في أخذ الرسوم على البطاقة:

وأما الوجه في أخذ الرسوم على إصدار البطاقة فيمكن بأحد وجهين:

الوجه الأول: على أساس البيع، أي: أن الجهة المصدرة تباع البطاقة، وللبطاقة قيمة مالية يتنافس عليها العقلاء، فالرسومات (العوض) تكون في مقابل البطاقة، بل يمكن التخليج على أساس البيع حتى لو لم يرى العقلاء أي قيمة لتلك البطاقة، وذلك على مبنى السيد الخوئي رحمته الله في أن المالية لا تشرط 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 الى تلك الخدمات، وهذا نظير تذكرة السفر فإنه في الواقع أجرة التذكرة في مقابل الكرسي في الطائرة، وما البطاقة إلا كونها مشيرة الى الكرسي وتسامح ونقول: إستئجرنا المعقد الذي في الطائرة. وعلى أي حال، لا إشكال في العقد الأول.

التخريجات الفقهية في الفائدة المأخوذة من صاحب المحل التجاري

إنما الكلام في العقد الثاني، أي: النسبة التي يأخذها البنك من صاحب المحل التجاري التي تتراوح من (٤-١٪) فبأي وجه يمكن تخريج ذلك؟

(١) الموسوعة، التنقيح في شرح المكاسب، أبو القاسم الخوئي: ٣٦ / ١٨.

التخريج الأول: تقديم الخدمات العقلانية

يُخْرَجُ إمَّا على أساس أنَّ الجهة المصدِّرة تُقدِّم خدمةً عقلانيَّةً لصاحب المحل التجاري، فبإزاء ذلك تستحقُّ في مقابلها عمولة ما.

وقد يُشكَّلُ على العقد الثاني بأنَّه يستلزمُ الربا بتقريب: أنَّ صاحب المحل التجاري حينما يأخذُ قيمةً ما باعهُ مخصوماً منه نسبةً معيَّنة؛ فإنَّ البنك في الواقع قد أقرضه نيابةً عن صاحب البطاقة، وعليه الفوائد التي يأخذها البنك (٤-١٪) هي في الواقع قد أخذها من صاحب البطاقة، وهذا قرضٌ جرَّ فائدةً ولا يجوزُ.

ويمكنُ الجوابُ عليه بجوابين:

الجوابُ الأول: أنَّه يتمُّ في النوع الثاني والثالث من أنواع البطاقات، أي: التي لا يكونُ للعميل فيها حسابٌ، أمَّا النوعُ الأول، أي: البطاقات المغطاة فما معنى إنَّ البنك حينما يدفعُ الشيءَ صاحب المحل التجاري يقومُ بدفع المال له على أساس قد أقرض صاحب البطاقة؟ وإنَّما البنك يدفعُ ويُنزِّل من حسابه ويسددها لصاحب المحل التجاري.

الجوابُ الثاني: أنَّه لا يتمُّ في كُلِّ أنواع البطاقات؛ وذلك أنَّ النكتة في تصحيح البطاقة المغطاة في أنَّ البنك يأخذُ النسبةً من صاحب المحل التجاري هو أنَّ البنك يُقدِّمُ خدمات عقلانيَّة، وهذه النكتة كما تجري في النوع الأول البطاقات المغطاة تجري أيضاً في النوع الثاني، فلا تكونُ هذه الفوائد نتيجةً أنَّ البنك قد أقرض صاحب البطاقة، وإنَّما على أساس ما يقدِّمه من الخدمات.

نعم، إذا كان البنك أحياناً يُضاعفُ النسبةً في حالة لم يكن لصاحب البطاقة أيُّ

رصيد بأن تكون أحياناً (٦ ٪) فهنا قد يتوقّف ويُقال: إنّ هذه النسبة ليست إزاء الخدمات؛ لأنّه لماذا ارتفعت في حالة البطاقة غير المغطاة وواقع الحال في البنوك اليوم هو تضاعف النسبة لصاحب البطاقة غير المغطاة، وهذا يكشف أنّ النسبة لأجل ما قدّمه البنك من قرض لصاحب البطاقة.

فالصحيح: التفصيل بين البطاقة المغطاة فيجوز، وبين غيرها فلا يجوز.

التخريج الثاني: على أساس الحوالة

وقد صار إليه الشيخ محمّد المؤمن اليزدي رحمته الله قال: (إذا اشتري الحامل مبيعاً أو خدمة أو حصل على عملة ونقد بالبطاقة ممن يعتمد البطاقة فوقّع البطاقة وأعطاهما البائع والمعطي فلا ريب في أنّ عمله هذا إحالة للبائع أو المعطي على المصدر (البنك) فإنّه يشتري شيئاً بثمن معيّن وصارت ذمّته مشغولة به للبائع إلّا أنّه قد توافق هو والبائع على أن يكون إعطاء الثمن ودفعه على عهدة مصدر البطاقة، وينطبق على هذا العقد عنوان الحوالة من عناوين العقود المتعارفة.

ثم يُضيف قائلاً: لو كان للحامل عند المصدر مالٌ فهي حوالة على المديون، وإلّا فهي حوالة على البريء^(١).

وبكلمة أوضح: أنّ مصدر البطاقة (البنك) لا يخلو إمّا أن يكون مشغول الذمّة لحامل البطاقة فتجوز الحوالة عليه، والفوائد التي يُحصّل عليها من باب أنّ المصدر

(١) كلمات سديدة في مسائل جديدة، محمّد المؤمن اليزدي: ٢٥٦.

وإن كان مشغول الذمة للحامل، ولكن من حقّه أن يرفض الحوالة عليه بدعوى إنّ ذمّتي مشغولة لك ولا أتنازل عن دفع الحق أو الدين لغيرك إلّا بنسبة ما، وأمّا أن يكون الحامل ليس لديه رصيد في البنك، فالحوالة تكون آنذاك على البريء، فيقول البنك: (لا أقبل الحوالة عليّ إلّا بفوائد تدفعها لي).

وأيضاً مال الى هذا التخريج الشيخ الفيّاض (حفظه الله) قال: (العلاقة بين التاجر والجهة المصدّرة للبطاقة هي علاقة المحال والمحال عليه، على أساس أنّ حامل البطاقة يُحيل التاجر على تلك الجهة ويترتب على ذلك كون الجهة المصدّرة مدينةً للتاجر)^(١).

وأورد الشيخ حسن الجواهري (حفظه الله) على هذا التخريج بعدة إيرادات: الإيراد الأول: أنّ هذا التخريج يردّ ما إذا كان للعميل رصيد عند البنك، فمن حقّ العميل (حامل البطاقة) أن يُحيل التاجر على البنك ليأخذ من حساب صاحب البطاقة، وفي هذه الصورة يقول الفقهاء يجبّ على البنك أن يدفع الى التاجر من حساب صاحب البطاقة؛ لأنّه مدينٌ له، ويجبّ على البنك أداء الدين لصاحب البطاقة أو لمن يحوله عليه، وعليه فلماذا يأخذ البنك عمولة على قبول الحوالة حتى في هذه الصورة.

نعم، يصحّ هذا التخريج فيما إذا كان البنك بريء الذمة من صاحب البطاقة، فهنا يقبل الحوالة عليه بعمولة^(٢).

(١) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٢٤٣.

(٢) بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: ١ / ٢٦٢.

ويُلاحظُ عليه: إنَّه في صورة كون البنك مشغولَ الذمَّة لصاحب البطاقة لا يُبرَّر قبول الحوالة عليه ولا يجبُ عليه قبولها؛ لأنَّ المديون مشغول الذمَّة للدائن الخاص (صاحب البطاقة) وليس مشغول الذمَّة لشخص آخر (صاحب المحل التجاري) فالحوالة عليه ليست واجبة إلا بفوائد يدفعها له، فلا بد أن تُميَّز بين أصل وجوب رد الدين -باعتبار أنَّ البنك عنده رصيدٌ لصاحب البطاقة- وبين أن يكون الردُّ للدائن الخاص، فما يجبُ عليه أصل الرد، وأمَّا الردُّ ولو لم يكن للدائن الخاص فليس واجباً عليه، فالفائدة على قبوله للحوالة لا بأس بها.

الإيرادُ الثاني: أنَّ هذا التسهيل الذي أعطاه البنك لمصدر البطاقة وتعهَّد بضمان وقبول حوالة مصدر البطاقة قد أخذ (البنك) عليه رسماً أوَّل الأمر؛ فإنَّ البطاقة التي تصدرُ لها خدمات مصرفية، منها أنَّ البنك ضامنٌ لما يشتريه صاحبُ البطاقة من المؤسسات التجارية وما يستفيده من أصحاب الخدمات، أو قل إنَّ البنك يقبلُ الحوالة عليه إذا حوَّل على البنك، وعلى هذا كيف يجوزُ للبنك أن يأخذ على نفس هذا العمل أجرة مرةً ثانية؟ وعليه فيكونُ الأخذُ من قبل البنك من صاحب البطاقة ثانيةً أكلاً للمال بالباطل وهو غيرُ جائزٍ^(١).

ويُلاحظُ عليه: هناك فرقٌ بين الرسومات التي تُدفعُ بإزاء الحصول على أصل البطاقة، وبين النسبة التي تُدفعُ بعد مراجعة صاحب المحل التجاري البنك. والفارقُ أنَّ الرسومات التي أخذت منه أولاً هي ثابتة للبنك فعلاً سواء تمت

(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 مرةً أخرى والتي تتراوحُ مثلاً (٤-١ ٪) هي بإزاء الإستفادة الفعلية من البطاقة.

وبكلمة أخرى: أن 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، فيُطالبُ حاملُ البطاقة مرةً ثانيةً من دون أيِّ إشكالٍ.

الإيرادُ الثالث: أن أصل هذا التخريج هو أن النسبة التي يأخذها البنك ثانيةً بإزاء الحوالة هو تلاعبٌ في الألفاظ؛ إذ في الواقع لا يأخذ البنك النسبة إلا بإزاء المال الذي دفعه الى صاحب المحل التجاري لا بإزاء الحوالة كمفهوم ولا بإزاء عملية الإقتراض كمفهوم، وإنما في مقابل ما تم دفعه للمحل التجاري.

وعليه تخرِجُ أخذُ النسبة على أساس الحوالة لا واقع موضوعي له، فيكونُ التخرِجُ على أساس الحوالة غيرَ صحيحٍ، قال: (إنَّ الإرتكاز العُرفي والعقلاني يقولُ إنَّ عملية الإقتراض أو قبول الحوالة أو قبوله لعملية الضمان ليست مما تُقابل بالمال، بل أنَّ العمولة (الرسم) حقيقة هي بإزاء المال المقترض لا في مقابل نفس الإقتراض أو الضمان نفسه أو قبول الحوالة وجعل العمولة في مقابل هذ العناوين هي مجرد لفظ فقط)^(١).

ويُلاحظُ عليه: إننا تارةً نتكلّمُ عن وجود رصيد لحامل البطاقة في البنك وعُبرَ عنها بالبطاقة المغطاة، وأخرى نتحدّثُ عن عدم وجود رصيد لحاملها وتسمّى

بالبطاقة غير المغطاة، أو قل إنَّ الحوالة على البنك تارةً تكونُ حوالة على البريء، وأُخرى تكونُ الحوالة على المديون، أمَّا الشقُّ الأول أيَّ الحوالة على البريء فنقول: إنَّ الحوالة لها معنيان:

الأول: الحوالة بالمعنى الفقهي الشرعي: أي: بعد قبول الحوالة تفرغُ ذمَّةُ المحيل (المديون) وتشتغلُ ذمَّةُ المُحال عليه، وبمجرد تسديد الدين عنه (حامل البطاقة) يحقُّ الرجوعُ الى المُحيل في ذلك، فالحوالة بالمعنى الشرعي ترجعُ الى تفرغ واشتغال، أي: تفرغ ذمَّةُ المُحيل واشتغال ذمَّةُ المُحال عليه.

الثاني: الحوالة بالمعنى العُرفي: بأن تقول لشخص: (أقرضني مالاً وأنا أُحوِّل عليك شخصاً لأخذه) فقبِل، فالقبول هنا مجرد وعد بأنِّي سوف أقرضك، ويترتبُ على هذا المعنى عدم التفرغ والاشتغال، فلا تفرغُ ذمَّةُ المُحيل ولا تشتغلُ ذمَّةُ المُحال عليه، وإنَّما هناك فقط وعد بالإقراض في المستقبل، وعلى هذا الأساس الحوالة بالمعنى الشرعي بإمكان المُحيل عليه (البنك) أن يرفض قبول الحوالة عليه؛ لأنَّه بريء إلَّا بنسبة وفوائد، فتُسجَلُ الفوائد على عنوان الحوالة، بينما بالمعنى العُرفي لا يأخذُ الفائدة على الحوالة؛ لأنَّها مجرد وعدٌ ولا حوالة في البين.

فما ذكره من أنَّ واقع الأمر الفوائد لا تكونُ على الحوالة وإنَّما على المال المدفوع فهذه حوالة بالمعنى العُرفي لا بالمعنى الشرعي، ومن الواضح ينبغي تنزيل الحوالة على المعنى الشرعي لا العُرفي.

وأمَّا إذا كانت الحوالة على المديون، فوقع الخلافُ بين الفقهاء في أنَّه هل يُعتبرُ

رضا المحال عليه في قبول الحوالة أو رضاه وإذنه غير معتبر من المحيل؟
ذكر صاحب الجواهر رحمته الله: أن إعتبار إذن المحال عليه ضروري في قبول الحوالة،
وعلل ذلك بأن الناس مختلفون بالسهولة والصعوبة، فبعض الناس التلكى في
الدين يسهل ذلك معه، بينما البعض الآخر التلكى أمرٌ صعبٌ، فلأجل هذا
الإختلاف يلزم إعتبار رضا المحال عليه^(١).

وعلق عليه السيد الخوئي رحمته الله وجماعة: بأن إعتبار رضاه ليس صحيحاً؛ وذلك
لأنه لا إشكال في أن الدائن يجوز أن لا يستوفي الدين مباشرة من مديونه، بل يجوز
أن يوكل في ذلك، وهل يحق ذلك المديون أن يعترض بأنّي لا أسدد إلا لك ولا مجال
لبعث هذا الوكيل؟ فليس له الحق في ذلك، وكذلك هناك مسألة إذا تمت إستفاد
منها عدم إعتبار رضا المحال عليه وهي بيع الدين لثالث وهذا جائز، ولا يقول فقيه
ببطلان هذا البيع؛ لأنه تمت مواجهة المديون بدائن آخر.

وما ذكره من أن الناس تختلف بالسهولة والصعوبة فلا يشكّل مستنداً علمياً
يثبت إذن ورضا المحال عليه^(٢).

هذا حاصل المحاورة التي حصلت بين صاحب الجواهر رحمته الله والسيد الخوئي رحمته الله.
أقول: الإذن تارة يكون إنشائياً، بمعنى أن تصرف الغير في ماله لا يصح إلا
بإذن منه، كما هو الحال في عقد البيع الذي هو مبادلة مال البائع بمال المشتري،
فالإذن الإنشائي هو ذاك الإذن الذي يتوقف النقل والتصرف في ماله على حصول

(١) جواهر الكلام، محمد حسن النجفي: ٢٦ / ١٦٢.

(٢) المباني في شرح العروة الوثقى، أبو القاسم الخوئي: ٣١ / ٥٠٠.

الإذن منه، وأخرى الإذن الترخيصي، أي: أن الإذن يُبيح هذا التصرف وليس شرطاً في إنشاء العقد؛ لأن هذا التصرف لم يقع في ماله. نعم، وقع في حق من حقوقه. وبكلمة مختصرة: الإذن الإنشائي عبارة عن الإذن في التصرف في ماله أو شأن من شؤون ماله، بينما الإذن الترخيصي هو الإذن الذي يتعلق بحق من حقوقه. ويظهر بهذا المثال أن الوكيل إذا أذن له في عقد البيع من قبل الموكل، فالإذن بالبيع والشراء هو إذن إنشائي؛ لأن أفعال الوكيل هي أفعال الموكل، بينما إذن المرتهن لبيع العين المرهونة من قبل الراهن هو إذن ترخيصي؛ لأن العين المرهونة ليست ملكاً للمرتهن، وإنما هي حق من حقوقه، فإذا في البيع هو إذن في التصرف في حق من حقوقه.

فإذا إذن الموكل للوكيل إذن وضعي، أي: لولا الإذن لما صح بيع الوكيل، بينما إذن الراهن للمرتهن هو إذن تكليفي، أي: إباحة بيع المرتهن يتوقف على إذن الراهن؛ لأن العين المرهونة ليست ملكه حتى يكون الإذن إنشائياً.

ما هو الضابط في اعتبار إذن شخص ولم يقع طرفاً في المعاملة؟ يوجد ضابطان: الضابط الأول: أن التصرف لو كان يُنافي حقاً من حقوقه، فلا بد من اعتبار إذن هذا الثالث، ففي حق الرهانة لا موضوع للإذن الإنشائي من قبل المرتهن؛ لأن التصرف ليس في ماله. نعم، أن بيع الراهن للعين المرهونة هو إبطال لحقه (المرتهن) فمتى 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 للرهن، لذلك لو مات الرهن لا ينتقل هذا العقد الى الورثة؛ لأنّ بعد موته لم تُنسب العين الى ملك الرهن.

نعم، لو قيل إنّ عقد الرهن يتعلّق بالعين بما هي عين، فهذا ينتقل بموته الى الورثة.

الضابط الثاني: الدليل الخاص على إعتبار إذن الطرف الآخر، كما في زواج بنت

الأخ أو الأخت على العمّة أو الخالة فإنّ الزواج بهن شرط بإذن العمّة أو الخالة^(١).

فإذا اتّضح ذلك نقول: في باب الحوالة إذا كانت عبارة عن تغيير الدائن، فلا

يُشترطُ إذنُ المُحال عليه حتّى لو كان مديوناً؛ لأنّ الإذن الإنشائي لا موضوع له

ـ بإعتبار أنّ موضوع الإذن الإنشائي هو التصرّف في مال الغير ـ ولا يشترط الإذن

الترخيصي؛ لأنّ هذا لا يؤدي الى تلف حقّ من حقوقه.

وعليه ما ذكره صاحبُ الجواهر^{رحمته} من الحاجة الى الإذن يبدو أنّه غير صحيح؛

لعدم إنطباق كلا الضابطين عليه.

ويتّضح أيضاً بطلانُ الإشكال الذي أُثير على صاحب الجواهر وذكروا

شاهدين، والحال أنّ كلا الشاهدين قابلان للمناقشة:

أمّا بطلانُ شاهد الوكالة، فوجود الفرق بين الوكالة وبين الحوالة، فالوكالة

إذن إنشائي، بإعتبار أنّه سوف يحصلُ هناك تصرّف في مال الغير فالإذن للوكيل

إنشائي، فلو باع أو اشتري الوكيل فكأنّ الموكل قد باع واشترى.

وأمّا بطلانُ الشاهد الثاني ـ وهو مسألة بيع الدين لثالث ـ فإنّ مسألة بيع الدين

هي محلّ خلافٍ بين الفقهاء وليست محلّ إتفاقٍ حتّى تُجعل كشاهد عليه.

النتيجة: أنَّ المُحال عليه لا وجه لإعتبار إذنه، وعليه من يُخرِّجُ أخذَ الفائدة من صاحب البطاقة من قبل البنك على أساس الحوالة تصحُّ إذا كانت الحوالة على البريء دون الحوالة على المديون؛ لعدم إحتياج إذنه.

التخريجُ الثالث: العملية مركبة من عقدين على نحو التركيب

ما ذكره الشيخُ حسنُ الجواهري (حفظه الله)^(١) بما حصله: أنَّ العملية مركَّبة من عقدين على نحو التركيب، عقدٌ بين المصدر والمحل التجاري على أن يبيعه بأقل من الثمن، وعقدٌ آخر بين المصدر وصاحب البطاقة على أن يبيعه البنك بأكثر من الثمن.

فما كنَّا نفترضه سابقاً من أنَّ المشتري هو صاحبُ البطاقة والبائع هو المؤسسة التجارية، ويكون البنك متعهّداً بتسديد قيمة القسيمة، أمّا في هذا التخريج نُغيّر مسارَ الطريق، فنقول: إنَّ البنك هو المشتري الحقيقي للبضاعة التي يُريدها صاحب البطاقة، وهناك مؤشرات أربع لإثبات هذه الحقيقة:

المؤشِّر الأول: المؤسسة التجارية لا تعرفُ صاحبَ البطاقة ولا تطمئنُ إليه، بل هي تعرف البطاقة الائتمانية من خلال مصدرها، وبالتالي الذي كان طرفاً في مقابل البنك دون حامل البطاقة هي المؤسسة التجارية.

المؤشِّر الثاني: أنَّ الذي يدفعُ القيمة هو البنك وليس صاحب البطاقة.

(١) بحوثُ في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: ١ / ٢٦٥.

المؤشر الثالث: لو افترضنا 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 يشتري منها.

المؤشر الرابع: لو أعاد المشتري البضاعة بعد إتمام عملية الشراء ووافق التاجر على ذلك، فالذي يستلم منه الأموال هو البنك، فلو كان المشتري حقيقةً صاحب البطاقة كان من حقه أن يتسلم المبلغ الذي يساوي البضاعة المرتجعة، إلا أننا نرى أنهم لا يسلمون إلى العميل قيمة البضاعة.

هذه مؤشرات تؤيد بأن المشتري حقيقة من المؤسسة التجارية هو البنك، فإذا كان كذلك فطرفا العقد الأول يقع بين البنك والمؤسسة التجارية، ومفاد هذا العقد بأن البيع يقع بالسعر اليومي مخصوصاً منه نسبة من الثمن، ثم يحصل عقد آخر بين حامل البطاقة والبنك، ومفاده أن صاحب البطاقة يشتري هذه السلعة من البنك بزيادة عن ثمنها اليومي بنسبة معينة.

إذاً يوجد في الحقيقة عقدان، الأول: عقد بين البنك والتاجر، والثاني: عقد بين البنك وصاحب البطاقة، فإذا ضممنّا إلى ذلك العقد بين صاحبها والبنك على نحو الإجارة والمنفعة هي الاستفادة من البطاقة من الخدمات، والثمن هي الرسوم التي دفعها، وهذا عقد ثالث، وإذا ضممنّا أيضاً إلى ذلك رسوماً لتجديد البطاقة، فيحصل عقد رابع، فهذه أصبحت عقوداً أربعة مركبة في عقد واحد.

وصحة هذا الترخيع مرتبط بصحة وجود العقود المركبة.

حقيقة العقود المركبة:

هل أنّ العقود المركبة في المسائل المستحدثة تتكوّن من عقود متعددة مستقلة عن الآخر لكنها مترابطة فيما بينها بنحو يكون العقد الثاني مرتبطاً بالعقد الأول، وهكذا بقيّة العقود على نحو الترابط كما نقوله في أجزاء الصلاة، إذ هي مركبة من أجزاء وشروط بنحو الترابط أو أنّ هذه العقود المركبة هي عقود بسيطة إلا أنّها تُفيد أثر العقود المركبة، وهذه المسألة لم يتعرّض إليها الفقهاء، إلاّ أنه يوجد نموذجان قريبان من مسألة تركيب العقود المستحدثة.

النموذج الأول: ما ذكره المحقّق النائيني رحمته الله، من أنّه يُمكنُ الجمعُ بين مختلفي الحكم في عقد واحد، سواء كان منشأ الاختلاف، الاختلاف في المالكين كما لو جمع بين ملك نفسه وملك غيره بالمبيع، أو في اللزوم والجواز كما لو جمع بين بيع الحيوان وغيره، أو في الصحة والفساد كالجمع بين الشاة والخنزير، فإنّ الإنشاء وإن كان واحداً في هذه الموارد إلاّ أنّه حيثُ جمع بين المختلفات، فينحلّ منشأه وإلتزامه الى متعدد، فيتبع كلّ واحد حكمه إذا كان المشتري عالماً بذلك.

النموذج الثاني: إذا مات المورث وله حق الخيار، فإنّ هذا الحق ينتقل الى الورثة ويتعدّد الحق بتعدد الوارث، ولا يُنافي ذلك كون الحق واحداً في ابتداء العقد، فنفي الميرزا النائيني غرابة هذا المعنى عن طريق التمسك بفكرة انحلال العقد الواحد الى متعدد، وذكر أنّ مناط انحلال العقد الى العقود المتعددة موجودٌ في المقام، وهو عدم إمكان إلتزام كلّ واحدٍ من الورثة بالنسبة الى نصيب الآخر، فكلّ واحدٍ من الورثة

طرفٌ مستقلٌّ لا يُمكنُ إلزامُ الأطراف الأخرى بنصيبه من الإرث^(١).

وعليه فمن خلال هذين النموذجين لا غرابة في إمكانية انحلال العُقود على نحو التعدد والتركيب، فتكليف بعض العُقود المستحدثة - كبطاقة الائتمان - الى هذه العُقود المتعددة لا يواجه مشكلةً من حيث الإمكان وعالم الثبوت.

وأما بحسب عالم الإثبات، فهل الصحيحُ وما يساعدُ عليه الدليل وجود عُقود متعددة مستقلة عن الأخرى، ولكن لها نحو من الترابط فيما بينها أو أنَّ الدليل يرى بساطة هذه العُقود ولا معنى للتعدد؟

الجواب: الصحيحُ هو التفصيل في ملاحظة إنشاء العقد، فإن كان الإنشاء فعلاً لعُقود متعددة من قبل المتعاملين، فسوف تكونُ هذه المعاملةُ معاملةً مركَّبةً من عُقودٍ، واشترط ضمن كلِّ عقد وجود آخر، نظير ما قالوه: (إعتق عبدك عني) فقد ذكر الفقهاء أنَّ هذا الكلام يتضمَّن عقداً سابقاً وإن لم يصرَّح به وهو البيع؛ لأنَّه لا عتق إلا بملك، فلا بد أن يكون مالاً له من خلال البيع والشراء ثم يُمارسُ حالة العتق، فهنا الإنشاء وإن كان بحسب صورته واحداً (إعتق عبدك عني) إلا أنَّه بحسب روحه ومضمونه إنشاء عقد آخر وهو البيع، ولا حاجة الى التصريح بوجود إنشاء عقد آخر؛ لكفاية دلالة الإقتضاء التي تثبت محتوى العقد الآخر من دون حاجة الى التصريح به من خلال الإنشاء، فالمنشئ للعقد المستحدث يُخرِّج بطاقة الائتمان على أساس العُقود المركبة - كما صنعه الشيخُ حسن الجواهري - هذا التركيب أو عدمه يلحظ الإنشاء، فعالمُ الإنشاء هو الذي يحدِّد طبيعة هذا العقد فهل

هو عقدٌ واحدٌ أو عُقُودٌ متعددةٌ؟ وإن كان الإنشاء فعلاً لعقد واحد، فلا تتصورُ مسألة تركّب العُقُود.

ثم إنَّ تخريج العُقُود المستحدثة أحياناً على نحو التركيب يحتاجُ الى إبراز هذه العُقُود بنحو يكشفُ عن وجود قصد لهذه العُقُود المجتمعة، أي: لا يكفي الإبراز المعاملي لها ما لم نقصد من وراء هذا الإبراز تعدد القُصود بتعدد العُقُود المجتمعة؛ لأنَّ فكرة تبعية العُقُود للقُصود كما تجري في العقد الواحد كذلك تجري في العُقُود المتعددة لو اجتمعت بمبرزٍ واحدٍ، إذ لا يكفي قصدُ الجامع منها.

بطاقات الائتمان (الفيزا كارت)

هناك بعضُ البطاقات حتّى يدخل الحاملُ عضواً في هذه الشركة التي تصدرُ البطاقات أو البنك تفرضُ هذه الشركة أو البنك غرامةً على التأخير فيما لو تلكى حاملُ البطاقة بالتسديد، ووقع الكلامُ في كيفية تخريج الغرامات فيما لو تلكى العضو الحامل للبطاقة بالدفع خلال الفترة المسموح بها، وقد أشار الى هذا النوع من البطاقات الشيخُ الفياض (حفظه الله) بقوله: (تمتازُ هذه البطاقة عن النوع السابق في نقطة وهي: أنَّ الائتمان الذي تخلقه هو عدم إلزام حامل البطاقة بدفع المبلغ تماماً عند تسلمه للفاتورة الشهرية، والغالبُ إلزامه بدفع نسبة ضئيلة منه، ويضلُّ الباقي في ذمته (حامل البطاقة) ويقومُ شهرياً بدفع فوائد التأخير، وتحسبُ

الفوائد بصفة يومية على المبالغ المتبقية، وأشهر أنواع هذه البطاقة (بطاقة فيزا)^(١).
ثم حاول الشيخ الفيّاض (حفظه الله) أن يذكر عدة تخريجاتٍ للتخلّص من تلك
الفوائد التي يدفعها الحامل للبطاقة عند التلكي:

التخريج الأول: أن يني حامل البطاقة على عدم إلتزامه بهذا الشرط الفاسد
وهو دفع الغرامات عند التأجيل في الدفع، قال ما نصّه: (أنّه لا مانع من دخوله فيها
وحصوله على البطاقة والتعامل بها، وأمّا إشتراط المصدر الفائدة على تأخير الدين
الثابت في ذمّته فهو وإن كان شرطاً ربوياً إلّا أنّه بإمكان حامل البطاقة عدم الإلتزام
به، بل وظيفته ذلك وفساده لا يوجب فساد العقد حتّى لو قلنا بأنّ الشرط الفاسد
مفسدٌ، فإنّ هذا الشرط ليس شرطاً للعقد، أي: عقد البطاقة الواقع بين المصدر
للبطاقة والعميل بل هو إشتراط فائدة محددة على تأخير الدين على ذمّة العميل عن
الفترة المسموح بها بموجب الحوالة)^(٢).

ويلاحظ عليه: أن مجرد عدم البناء على الإلتزام بالفائدة لا يحل المشكلة أساساً،
إذ لابد من أن نفرّق بين قضيتين:

الأولى: أن يقع العقد بين الطرفين وهو مجرد عن شرط الزيادة لا تصرّحاً ولا تلويحاً.
الثانية: أن يقع العقد بين الطرفين مع شرط الزيادة، إلّا أنّ المقترض -مثلاً- لا
يبنى على الشرط المذكور رغم التصريح بهذا الشرط الفاسد، والذي ينفعنا في الفرار
من محذور الربا هو القضية الأولى وهو وقوع العقد مجرد عن شرط الزيادة، وأمّا

(١) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٢٣٥.

(٢) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٢٥٢.

البناء على عدم الالتزام بالزيادة فهذا يجتمع مع الشرط الذي لا إشكال في أنه لو وجد الشرط كان عقداً ربوياً، فعدم البناء على الزيادة يجتمع مع الشرط والبناء على الزيادة يجتمع حتى مع عدم الشرط، فأحدهما غير الآخر، وعليه فالتخريج المذكور غير تام.

التخريج الثاني: ما احتمله الشيخ الفيّاض (حفظه الله): أن البنك المصدر (البطاقة) يجعل العميل في عقد البطاقة وكيلاً عنه في شراء السلع أو الخدمات على ذمته، ثم يقوم (الوكيل) ببيعها وكالةً عنه (البنك) على نفسه، ويشترط في ضمن هذا البيع على نفسه من قبل البنك وكالةً أن يدفع له (البنك) ديناراً على رأس كلّ شهر يتأخر فيه عن دفع الثمن، ولا مانع من ذلك؛ لأنه ليس رباً، فإنّ إلزامه بدفع الدينار إنّما هو بحكم البيع لا بحكم عقد القرض، وليس في مقابل الأجل. وبكلمة: كما يمكن للبائع أن يشترط على المشتري أن يهب له ديناراً في كلّ شهر الى ستة أشهر مثلاً، كذلك له أن يشترط عليه أن يدفع له ديناراً في كلّ شهر يتأخر فيه عن دفع الثمن^(١).

ويشترط أن يكون دفع الدينار مأخوذاً على نحو شرط الفعل لا شرط النتيجة، بمعنى أن شرط الفعل هو أن يحصل عقد آخر يتمّ الالتزام من خلاله بهذا الشرط، فالوكيل اشترى للبنك أولاً، ثم يبيع ما اشتراه الوكيل على نفسه ثانياً، وبعد ذلك اشترط البنك على الوكيل دفع دينار في حالة التأخير في التسديد، وهذا الشرط لا بد

(١) البنوك، محمد إسحاق الفيّاض: ٢٥٠.

أن يكون على نحو الفعل، أي: لابد من وجود عقد آخر ثالث، وهذا لا إشكال فيه. نعم، لو كان الشرط على نحو شرط النتيجة بمعنى حصول الشرط بصورة قهرية، أي: بمجرد تحقق البيع الثاني فلو تلكى في التسديد، فهنا يجب دفع الدينار، وبما أن الثمن مؤجل وصارت الزيادة على الأجل، فهذا سوف يدخل في الربا وهو غير جائز، وعليه فلا بد أن يكون الشرط بالدفع على نحو شرط الفعل.

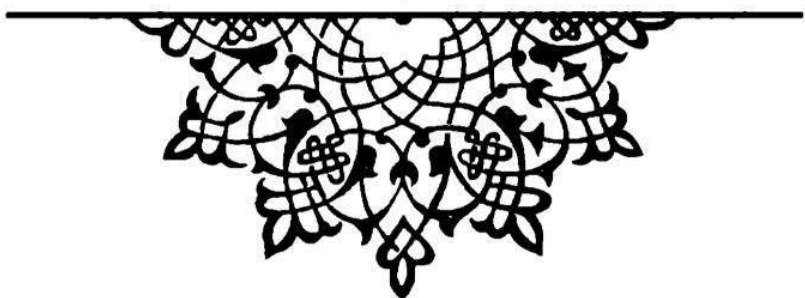
ثم إعرض على هذا التخريج الشيخ الفيّاض (حفظه الله) بإعراض صغروي وهو: أن هذا مبني على أن يشترط العميل على البنك في عقد البطاقة (عندما يأخذ العميل البطاقة) أن يكون وكيلاً عنه في شراء البضائع، ثم يبيعها على نفسه وكالة عنه، وهذا غير متحقق في الخارج، فهذا التخريج يكون افتراضياً ولا وجود له في الخارج.

نعم، يبقى التخريج الأول تاماً مع غض النظر عن الإشكال الذي أوردناه عليه.





عقد الاستصناع



عقدُ الإستصناع

لو افترضنا أنّ شخصاً أراد بناءَ مصنعٍ أو مدرسةٍ أو دائرةٍ ما، يذهبُ هذا الشخصُ الى البنك ويطلبُ منهُ بناءَ المصنعِ -مثلاً- على حسب المواصفات التي يريدها، والتمنُّ يتمُّ تسديدهُ على نحو التقيسيط، والبنكُ هنا تارةً لاسيما في البنوك الكبيرة توجدُ عندهم دائرةٌ هندسيّةٌ ويقومُ البنكُ بإحالة المشروع إليها، وتقومُ بدورها بإنشاء وبناء هذا المشروع، وأخرى البنكُ يتفقُ مع بعض الشركات المنفّذه على بناء المصنع بكُلفة أقلّ مما إتفق به مع الشخص ولمدة أقل أيضاً.

علماً أنّ هذا النحو الثاني تجلُّبُ للبنك فوائداً كبيرة، وتسمّى هذه الطريقة بالإستصناع، ومفاد هذا العقد كان موجوداً في الزمن السابق من قبيل إذا أراد شخصٌ من آخر صناعة كرسي له.

والخلافُ هو أنّه في أيّ عقدٍ من العقود تدخلُ هذه المعاملة؟

وللتوضيح أكثر: أنّ الإستصناع يُتصوّرُ على ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يكون للمستصنع مواد أولية لما يُراد إنشاءه، ويطلبُ من البنك تصميم ذلك، وهذه الحالة تدرجُ تحت عقد الإجارة؛ فإنّه في هذه الحالة الأمر يملك العينَ والمأمورُ يملكُ العملَ، كما لو دفع قطعةً من القماش الى الخياط لخياطتها.

وهذا لا إشكال فيه وخارج عن محل الكلام.

الحالة الثانية: أن نفترض أن ما تمّ التعاقد عليه (المستشفى أو دار الأيتام) هو

موجود لدى البنك، فيقومُ بشرائها على نحو التقسيط في دفع الثمن.

وهذا أيضاً خارج عن محل الكلام؛ لأنّه داخل في باب البيع.

الحالة الثالثة: أن لا يوجد لدى المستصنع المواد الأولية - كما في الحالة الأولى -

ولا يوجد التصميم الجاهز - كما في الحالة الثانية - وإنما يطلب المستصنع من البنك

إعمال وإنشاء هذه البناية بمواصفات محددة مع تسديد للثمن مؤجلاً.

وهذه الحالة لا تدخل تحت الإجارة؛ لأنّ الإجارة هناك ملك للعين، كما في إجارة

الاعيان وإجارة الأعمال، ففي إجارة الأعمال الأمر يملك - مثلاً - قطعة القماش، وفي

إجارة الأعيان المأمور به يملك الدار، بينما في هذه الحالة لا يوجد أي ملك للمستصنع،

ولا تدخل تحت البيع؛ وذلك لأنّه لا يوجد شيء في الخارج تمّ التعاقد عليه - كما في

الحالة الثانية - والحالة الثالثة هي التي وقع فيها البحث والكلام.

وقبل أن نذكر التخریجات الفنية لهذا العقد ينبغي تمهيد مقدمتين:

المقدمة الأولى: لو إفترضنا أنّنا لم ننته الى تخريج فني صحيح فهذا لا يؤدي الى

حرمة التصرف فيما إنتقل كلّ من العوضين الى الآخر؛ فإنّه يكفي لإباحة التصرف

وجود الرضا الباطني الحقيقي في التصرف فيما ينتقل من العوض والمعوض الى

الآخر، وأحد أسباب جواز التصرف هو الرضا، ولكن الرضا المطلق لا الرضا

المقيّد بعدم الإلتفات الى بطلان المعاملة، وإنما هو يرضى بتصرف الآخر سواء كان

العقد صحيحاً أو فاسداً.

ومسألة الرضا يُمكنُ أن تحلَّ مشكلةً حقيقيةً عندنا اليوم وهي: الإقتراضُ من البنوك الأهلية، فإنَّه لا طريق الى تصحيح حلِّية أخذ الفوائد إلَّا إذ تمَّ الإعتمادُ على فكرة كفاية الرضا الباطني في التصرّف، وقد صار الى كفاية الرضا الباطني السيّد السيستاني (حفظه الله) عند بحثه الودائع البنكية^(١)، وتمَّ سابقاً المناقشة في الفكرة المذكورة فراجع.

المقدمةُ الثانية: الحالة الثالثة التي هي محلُّ الكلام تُتصوّرُ على ثلاثة صور:
الصورةُ الأولى: المستصنع بعد التعاقد مع البنك على مشروع ما يخبره إن شئتُ
إشتريتُ هذا وإلَّا فلا.

وهذه الصورة ليست هي محلُّ الكلام والتخريج للإستصناع؛ لأنَّها ليست عقداً ولا وعداً بالشراء، وإنَّما هي ترديدٌ في ترديدٍ.

الصورةُ الثانية: المستصنعُ يُخبرُ البنكُ بأنِّي أشترى هذا المشروع في المستقبل جزماً، وهذا التعليقُ في القبول يُدرجه في مسألة الوعد، فإن قيل يجبُ الوفاء بالوعد كما دلَّ على ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ۖ كَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾^(٢)، فإنَّ التعبير بالمقتِ يدلُّ على وجوب الوفاء بالوعد، ولا معنى لئِنْ يُقال: إنَّ هذه الآية المباركة دلَّت على وجوب الوفاء بالوعد إذا كان قد أضمّر من أوّل الأمر عدمَ وجوب الوفاء لأنَّه تجدد له

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٣٩٩ / مسألة ٤.

(٢) الصف: ١ - ٢.

بعد ذلك، فهذا خلاف إطلاق الآية الكريمة، نعم. لو عرض مانعٌ يمنعه من الوفاء، فهذا أمرٌ آخر.

الصورة الثالثة: يقومُ المستصنعُ بدفع جزء من الثمن حالاً عند العقد، ويبيني على إلتزامه الفعلي بالشراء، وهذه هي الصورة التي يتمُّ البحثُ عنها في أيِّ تخريجٍ يكونُ المناسبُ لعقد الإستصناع.

إن قلت: لم لا يتمُّ إدراج الصورة الثانية في ضمن العقد، فهي وإن اشتملت على إلتزام معلق، لكن هذا لا يمنع من دخولها تحت عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، ونعلمُ أنَّ حقيقةَ العقد هي ربطُ إلتزام بإلتزام سواء كان الإلتزام الآخر فعلياً أو تعليقياً. قلتُ: إنَّ القدرَ المتيقن من العقد هو الربطُ بين إلتزامين فعليين منجزين، ويُشكُّ في دخول الإلتزام المعلق تحت عنوان العقد؛ لأنَّ المركز بين العقلاء أنَّ الإلتزام المعلق هو وعدٌ بالوفاء وليس عقداً، فإذا شكَّ في دخول الإلتزام المعلق تحت عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لا يُمكنُ آنذاك التمسُّكُ بالعموم؛ لأنَّه يكونُ من قبيل التمسُّك بالعام في الشبهة المصدقية.

التخریجاتُ الفقهيةُ لعقد الإستصناع:

فإذا إتَّضح محلُّ النزاع وهو (الصورة الثالثة) فهنا نسأل عن التخریج الفني لهذه الصورة؟ وتوجدُ تخریجاتٌ عدةٌ في أنَّ هذه المعاملة تندرجُ في أيِّ عقدٍ من العقود:

التخريج الأول: من باب الإجارة

بمعنى أنَّ المستصنع حينما يتعاقد مع البنك -مثلاً- على بناء مستشفى، فهو يجري عقد الإجارة معه، وهنا يوجد مستأجرٌ وهو المستصنع، وعقد الإجارة عقدٌ مشروعٌ، ويُتمسك لمشروعيته إمّا بإطلاق آية الوفاء بالعُقود، إذ دلّت على أنَّ كُلَّ عقدٍ يجبُ الوفاءُ به وإن كان هذا العقدُ الجديدُ لم يكن موجوداً في عصر الشارع، وإمّا يُتمسكُ بمشروعيته بالسيرة العقلائية بعد البناء على فكرة أنَّ مصبَّ الإمضاء هو النكته الإرتكازية وراء العمل الصامت لا العمل الخارجي.

وأشكل عليه: أنَّ عقد الإستصناع لا ينسجمُ مع قوانين عقد الإجارة؛ لأنَّ الإجارة إمّا تكونُ في تملكِ العمل -كما في إجارة الأعمال- أو تكونُ في تملكِ المنفعة -كما في إجارة الأعيان- وليست تملكاً للأعيان وإلاَّ لكانت بيعاً، وفي هذا التخريجُ ينتهي الحالُ الى أنَّ المستصنع بعد إنجاز المشروع سوف يملكُ العينَ، أي: يملكُ المستشفى -مثلاً- فكيف تُخرَّجُ على نحو الإجارة؟

إلاَّ أنَّ هذا الإشكال قد يُجابُ عنه بعدة أجوبة:

الجوابُ الأول: أنَّ عقد الإجارة يستبطنُ ضمناً عقدَ الوكالة، والمصححُ للتمليك هو عقدُ الوكالة لا الإجارة فيندفعُ الإشكالُ، وتوضيحُ ذلك:

إنَّ المستصنع حينما يطلبُ من الجهة بناء مستشفى ويؤجّرهم على ذلك، فهذا يستبطنُ توكيلَ هذه الجهة بشراء المواد الأولية لبناء المستشفى، وعليه سوف يملكُ المستصنعُ العينَ (المستشفى) بعد الإنجاز، ولكن لا على أساس الإجارة، وإنّما على

أساس الوكالة المستبطنة ضمناً في عقد الإجارة.

وهذا الجواب سوف يأتي التعليق عليه في التخريج الثاني من تخريجات عقد الإستهناع.

الجواب الثاني: أنه في عقد الإجارة نُسلّم لا ينتج تملك العين إلا أن المستصنع سوف يملك عمل الجهة المنفذة، وهناك قاعدة تقول: مَنْ ملك شيئاً ملك نهائهُ، ونهائُ العمل هي العين المصنوعة وهي المستشفى.

ويلاحظُ عليه: أن قاعدة التبعية في النهاء لا يوجدُ مستندٌ شرعيٌّ لها من كتاب أو سنة، وإنما مستندُها هو السيرة العقلائية في أن من يملك الدار -مثلاً- يملك منافعهُ، ومجالُ السيرة العقلائية هو النهاء الذي يُشكّلُ إمتداداً حقيقياً للعين، فإن السكن نهائٌ حقيقيٌّ للدار، وأمّا النهاء الذي يُشكّلُ إمتداداً مجازياً أو عرضياً نشكُّ في إنعقاد البناء العقلائي عليه، وهنا يكفينا الشك؛ لأن السيرة العقلائية تحتاجُ الى الجزم ولا جزم في المورد المذكور، ومن الواضح أن العين المصنوعة ليست إمتداداً ونهائاً حقيقياً للعمل، وإنما هي نهاءٌ مجازي، والهئية المصنوعة هي مأخوذة على نحو الحيشة التعليلية للمادة، لذا لا تُقابلُ بثمنٍ، وعدمُ دخالة هذا النهاء في هذه المسألة أولى من عدم دخالته في مسألة الحيازة، فلو استأجرتُ صياداً وخرج مع السمك بعضُ المعادن، فهنا وقع الكلام لمن تكونُ هذه المعادن فهل للمستأجر أو للعامل الصياد؟ فقد يُقال: إنّها للعامل؛ لأن الحيازة تابعةٌ للعمل، وصاحبُ الجواهر رحمته الله اقترح أن تكون للمستأجر^(١)؛ لأن من يملك العمل يملك نهائهُ، والإشكالُ عليه

واضحٌ وهو أن يُقال: إنَّ هذه القاعدة تجري في النماء الذي يُعدُّ إمتداداً حقيقياً للعمل دون الإمتداد المجازي العرضي.

وعليه فهذا التخريجُ يكونُ غيرَ تامٍ.

الجوابُ الثالث: التملُّكُ للعين يحصلُ بضم الشرط الضمني، وحاصله:

في باب إجارة الأعمال_ كما لو دفعتُ قماشاً الى شخصٍ لأجل خياطته_ فالأمرُ يملكُ عليه العمل، وأيضاً يملكُ الأعيانَ التي زُجَّت في قطعة القماش كالخيوط وبعض الأشياء التي تُجعل مع القماش، فهنا كيف يملكُ هذه الأعيان مع أنَّ الإجارة ليس فيها تمليكاً للعين؟

أجابوا هناك عن طريق الشرط الضمني، أي: ضمناً يشترطُ على الخياط أن يملك ما يضعه على قطعة القماش من خيوط وغيرها، فإذا قبلنا هذه الفكرة في مسألة قطعة القماش فلتقبلُ في الإستصناع، فإنَّ الصانع (البنك) حينما يتمُّ التقاعدُ معه على بناء مستشفى، فالمستصنعُ سوف يملكُ المادة المصنوعة رغم كون العقد هو عقدُ إجارةٍ وذلك بالشرط الضمني، فمن يؤجِّر على بناء الدار فهو يملكُ العينَ المصنوعة.

ويلاحظُ عليه: أنَّ فكرة الشرط الضمني إنَّما تتواجدُ في ما يملكُ بالتبع لا بالأصالة، فقطعةُ القماش هي مملوكة بالأصالة وما وضع عليها من خيوط أو أشياء أُخرى صارت مملوكة بالتبع ببركة الشرط الضمني، وأمَّا في باب الإستصناع فالعينُ المصنوعة هي مملوكة بالأصالة لا بالتبع، فلا يُمكنُ تطبيقُ فكرة الشرط الضمني؛

لأنّها تجري لتمليك الأشياء التابعة لا الأشياء الأصلية.

إن قلت: لماذا لا نتمسك بإطلاق التمليك بفكرة الشرط الضمني، فنملك الأشياء التبعية والأصلية؟

قلت: أنّ مستند التمليك الحاصل بالشرط الضمني هو السيرة العقلانية، ودليلها لبي وقدرها المتيقن هو ما يملك بالتبع، وأمّا ما يملك بالأصالة كالعين المصنوعة- فيشكّ بإنعقاد السيرة العقلانية عليه.

الخلاصة: التخريج الأول- وهو أن يُخرّج على نحو الإجارة- باطل.

التخريج الثاني: عقد مركّب من الوكالة والإجارة

المستصنع أولاً يوكل الصانع (البنك) في أن يشتري له المواد الأولية لبناء المستشفى مثلاً، وثانياً يتعاقد معه بعقد إجارة في أن يبني له هذا المشروع، وهذا التركيب في العقد فائدته الجواب عن إشكال في التخريج الأول، وهو كيف أن الإجارة تنتهي الى تمليك الأعيان مع أن موردها هو تمليك المنفعة أو العمل؟ والجواب واضح وهو أن يقال: إنّ تمليك العين المصنوعة بحسب هذا التخريج ليس على عقد الإجارة حتّى يأتي هذا الإشكال، وإنّما على أساس عقد الوكالة.

وأشكل عليه السيد الهاشمي رحمته بأربعة إشكالات:

الأشكال الأول: أن هذا التخريج- وهو تركّب عقد الإستصناع من عقدين وكالة وإجارة- على خلاف المرتكز العقلاني بين من يجري هذا التعاقد، أي: أن المستصنع لا يقصد أولاً توكيل الصانع (البنك) في شراء المواد الأولية ثم يستأجر

البنك، فقصد الوكالة ليس موجوداً، فيقع هذا التخريج باطلاً؛ لأنّ العقود تابعة للقصد وهو لم يقصد الوكالة أولاً.

وجوابه: أنّ إبداء فرضية الوكالة أولاً ليست على خلاف المرتكز العقلائي، وإنّما بإمكان المستصنع أن يقصد التوكيل وهو ضمناً قاصداً له، باعتبار أنّ 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: أنّه لو تلفت المادة قبل إكمال البناء، فبناءً على كون الإستصناع يُمثّل توكيلاً فيُفترض أن تكون الخسارة على المستصنع، وهذا خلاف الواقع في الخارج، إذ أنّ من يتحمّل الخسارة هو الصانع (البنك) وهذا يكشف عن عدم وجود وكالة في البين، قال: (كما أنّ من لوازم ذلك أن تكون المادة المشتراة قبل الصنع ملكاً للمستصنع وعليه تلفها وخسارتها لو تلفت)^(١).

ويلاحظ عليه: أنّه بالإمكان الإلتزام بجعل الخسارة على المستصنع ونخالف الواقع الخارجي لهذا العقد من كون الضمان على الصانع، وذلك بالإلتزام بفكرة الشرط الضمني، فيوجد شرطٌ ضمنيٌّ في أنّ المستصنع لو لم يتمّ له ما تعاقد عليه من خلال تلف المواد الأولية فلا يتحمّل ضمانها وخسارتها؛ لأنّ الشرط الضمني فيما بينهما منعقدٌ على تنجيز المشروع وحسب الفرض لم يحصل، فبالرغم من وجود

(١) قراءات فقهية معاصرة، محمود الهاشمي: ٢ / ٢٥٢.

وكالة في الشراء فقد جعلتُ الصانعَ (البنك) مالكاَ لهذه المواد، ولكن لا يتحمّل الخسارة؛ لأنّه متعاقدٌ على إكمال العين المصنوعة، فلو لم يحصل ويتنجز ذلك فلا يتحمّل أيّ خسارة.

إضافة الى ذلك: أنّه ما الضيرُ في أن يتحمّل الصانعُ الخسارة رغم كونه ليس مالكاَ للمواد الأولية للعين المصنوعة، إذ ما دام لم يتمّ ما أراد المستصنعُ فبالإمكان توجيهُ الضمان عليه.

إذاً هذا اللازمُ من أنّ الصانع لا يتحمّل الخسارة لو تمّ تخريجُ عقد الإستصناع على الوكالة قابلٌ للدفع والمناقشة.

الإشكال الثالث: أنّ المستصنع لو رجع عن فكرة بناء المشروع قبل المباشرة به وقد تمّ شراء المواد الأولية للمشروع، فهنا هل يحقُّ للصانع أن يذهب الى المستصنع ويُطالبه بثمان ما اشتراه بناءً على هذا التخريج وهو توكيل المستصنع للصانع بالشراء، فالمفروض أن يُطالبه بالثمان؟ ولكن الواقع الخارجي يرى أن تراجع المستصنع عن فكرة المشروع لا يحقُّ للصانع (البنك) بالرجوع إليه، وهذا يكشف عن عدم وجود توكيل في البين، قال: (إنّ المستصنع لو رجع عن قصده قبل بدء الصانع بالصنع لزمه أن يأخذ المادة التي اشتراها الصانع؛ لأنّها أُشترت له).

ويلاحظُ عليه: أنّه بالإمكان توجيهُ خسارة البنك لمن اشتراه على فكرة الشرط الضمني، فإنّ المستصنع هو متعهدٌ بدفع ما اشتراه الصانعُ إذا تمّ إنجاز ما تعاقد عليه، وأمّا إذا حصل التراجعُ قبل ذلك فالمستصنعُ ليس ملزماً بتحمّل أيّ شيء، وهذا الشرطُ موجودٌ فيما بينهم.

الإشكال الرابع: أَنَّهُ بِنَاءً عَلَى فرضية التوكيل، أي: (وَكَلَّتْكَ بِشَرَاءِ الْمَوَادِّ الْأُولَى لبناء المشروع) فلا يحقُّ لو كِيلٍ أَنْ يدفع هذه المواد لمشروع آخر ولا لشخص آخر؛ لأنَّ هذه المواد صارت بفكرة التوكيل ملكاً للمستصنع، والحال أَنَّ الصانع (البنك) حينما يشتري هذه المواد الأولية لا يلتزم بأنَّها تُبنى 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: (وَأَنْ لَا يَحَقُّ لِلصَّانِعِ التَّصَرُّفُ فِيهَا بَدُونِ إِذْنِهِ (المستصنع) وإعطائها للغير وصُنع فرد آخر للمستصنع)^(١).

يُلاحظُ عليه: أَنَّ المستصنع وإنَّ وَكَّلَهُ في الشراء لكن الغرض الرئيسي من ذلك هو إنجاز ما تَمَّ التعاقدُ عليه هذا هو روح المعاملة، أمَّا مادة الإنشاء هل لا بد أن تكون بهذه المواد الشخصية دون غيرها؟ كُلُّهَا في نظر المستصنع سيان ما دام يحصلُ الغرضُ النهائي وهو بناء ما تَمَّ التعاقدُ عليه، بشرط أن تكون هذه المواد الأولية كُلُّهَا على نحو واحد، فخصوصية ما تَمَّ التعاقدُ عليه ملغاة، وإنَّما الشيءُ الرئيسي هو الحصول على المشروع كاملاً.

التخريجُ الثالث: على أساس عقد السلم (الشيخ محمد اليزدي)

ما ذكره الشيخُ مُحَمَّدُ الْيَزْدِيُّ رحمته الله: من أَنَّهُ على أساس عقد السلم، بمعنى أَنَّ العقد بين المستصنع والبنك هو على أساس بيع السلم الذي يرجعُ الى تأجيل المثلث

(١) قراءات فقهية معاصرة، محمود الهاشمي: ٢ / ٢٥٢.

وقبض الثمن، وقال في تصوير ذلك:

إنَّ الإستصناع قد يكونُ على شيءٍ معيّنٍ شخصيٍّ وقد يكونُ على أمرٍ كُليٍّ، ففي هذه الصورة إن كان المستصنعُ أمراً شخصياً كأن إستصنعُ صنْعَ سفينة كبيرة، فالظاهرُ أنَّ حقيقة إستصناعها أنَّ المستصنع يشتري هذا الموجود منها، ويشترطُ على صاحبها أن يتمَّ صنعها، وإن كان المستصنعُ أمراً كلياً فحيث أنَّ المفروض إستراط الصنْع هو محتاجُ الى مضي مدة فلا محال يكونُ تسليمُ المتاع بعد زمان لاحق.

إلا أنَّ المشكلة فيه أنَّ الثمن في بيع السلم يُدفعُ حالاً، بينما فكرة عقد الإستصناع الموجودة في واقعنا الحاضر إنَّ الثمن أيضاً مؤجّلاً، فما يقفُ في قبال هذا التخرّيج هو تأجيلُ الثمن، وهذا ينافي عقدَ بيع السلم.

ومن هنا حاول أن يُشككُ في أنَّ عقد السلم يُشترطُ فيه تسليمُ الثمن حالاً وقال: لا دليل عليه، إذ الدليلُ عبارة عن مجموع أمور وكُلّها قابلةٌ للمناقشة:

الأمر الأول: التمسكُ بالأصل العملي وهو أصالة الفساد الذي ترجعُ الى إستصحاب بقاء الملك على ملك مالكه إذا لم نحرز هذا الشرط _وهو التعجيل بتسليم الثمن_، إذ نشكُّ لو أُجري عقدُ السلم من دون تسليم الثمن حالاً، فنستصحبُ عدمَ النقل والإنتقال.

ولاحظ عليه: أنَّ الرجوع الى الأصل لا مجال له بعد عمومات قوله تعالى:

﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ﴾^(٢)، وما شاكل ذلك، فإنَّ

(١) المائدة: ١.

(٢) النساء: ٢٩.

هذه الأدلة تؤسس في أنّ الأصل الأولي في كلّ معاملة هو الصحة إلا ما خرج بالدليل، ولا دليل الى الآن يُثبت لابدية تسليم الثمن فوراً في عقد السلم.

الأمر الثاني: التمسك بأنّ عقد السلم بحسب التفسير اللغوي وبحسب بناء العرف له عقدٌ مبنيٌّ على تأجيل المثلث وتعليق الثمن، فحينما تُنشئ عقداً مع آخر وتقول: (أسلمتُك هذا الشيء) فالمفهوم من إنشاء هذا العقد بصيغة السلم هو أنّ يكون المثلث مؤجلاً والمثلث حالاً، وهذا هو الذي ميّزه عن بيع النسيئة الذي يُسلم المثلث حالاً ويؤجل الثمن، فالفرق بحسب اللغة وبحسب البناء العرفي في أنّ حقيقة عقد السلم عن حقيقة بيع النسيئة تختلف في أنّه في السلم يُسلم الثمن ويؤجل المثلث، وفي بيع النسيئة على العكس، وعليه لا يمكن التمسك بأدلة صحة عقد السلم؛ وذلك لأنّ التمسك بها بعد عدم تسليم الثمن يُشك في إنطباق عنوان السلم عليه، فالتمسك بتلك الأدلة هو من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية 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 إنطباق الأدلة عليها شيء واستفادة عدم الصحة في حال التأجيل من أدلة السلم شيء آخر، وإذا تجاوزنا هذه النقطة وسلّمنا بعدم الإعتماد على أدلة صحة بيع السلم باعتبار أنّنا نقع في مشكلة التمسك بالعام في الشبهات المصدقية، فبإمكان تعويض هذا العقد الخالي عن تسليم الثمن بأدلة عمومات صحة العقود، فإنّ هذه الآية تدلّ على أنّ

كُلَّ عقدٍ يحصلُ بين طرفين هو الصحة، وما يجري في الخارج بين المستصنع والجهة الصانعة هو عقدٌ بين طرفين فيندرجُ تحت عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

الأمر الثالث: التمسك بموثقة عبدالله بن بكير قال: سألتُ أبا عبدالله عليه السلام رجل أسلف في شيء يسلفُ الناس فيه من الثمار فذهب زمانها (ثمارها) ولم يستوفِ سلفه قال: «فليأخذ رأس ماله أو لينظره»^(١).

بتقريب: أنه عليه السلام إقترح عليه أن يأخذ رأس ماله، وهذا معناه أن عقد السلم متقومٌ بدفع الثمن عند العقد، وهذا يُستفاد منه شرطيَّة دفع الثمن في العقد المذكور. ولاحظ عليه: أن الرواية المذكورة لا يُستفاد منها شرطيَّة تعجيل الثمن، وإنما هي ناظرة إلى الحالة المتعارفة فإن فيها يُدفع الثمن ويؤجل الثمن، والتعارف لا يؤسس لقضية شرعية.

وبكلمة: فرق بين أن يُستفاد دفع الثمن من كلام الإمام عليه السلام ابتداءً كأن يقول: (من أسلف في شيء فليدفع الثمن) وبين أن يُقدّم الإمام عليه السلام إقتراحاً في الذي تورط في مبيع لم يستلمه، وعلى الثاني لا يُستفاد منه التأسيس أي تأسيس دفع الثمن؛ لأنَّ الجواب عن سؤال يكون المنظور فيه الحالة المتعارفة، والتعارف في أمثال هذه الموارد هو يُعجلُ الثمن، وهذا التعارف لا يُشكّل قضية شرعية تؤسس لشرط من الشروط.

الأمر الرابع: التمسك بموثقة طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال

رسول الله ﷺ: «لا يُباع الدين بالدين»^(١).

بتقريب: أن النهي الذي هو إرشاد إلى الفساد قد أخذ في موضوعه مقابلة الدين بالدين، وفي حالة التأجيل في دفع الثمن مع كون المثلث مؤجلاً سوف يندرج بيع السلم تحت النهي المذكور، فتخلصاً من ذلك لابد من تسليم الثمن حالاً.

ولاحظ عليه: أن الرواية المذكورة يُستظهر منها أن بيع الدين بالدين ثابت قبل العقد لا بعده، كما لو إفتراضنا أن شخصاً له في ذمة آخر مال وشخص آخر لديه مال في ذمة آخر وحصل الاتفاق بينهما فأجريا عقداً بهذه الصيغة (بعت لك ما في ذمة فلان على أن تبيني ما في ذمتك لفلان) هذا هو مضمون الرواية، فالدين ثابت قبل العقد بخلاف محل كلامنا، فإنه لو لا عقد السلم لما صار البائع مديوناً للمشتري - بإعتبار أن المثلث مؤجل - ونرتب على ذلك أن يدفع المشتري الثمن؛ لأنه صار مديوناً بالعقد، فالرواية أجنبية عن محل الكلام ومضمونها النهي عن بيع الدين قبل العقد، وأما 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 وجه، فإنه قد يكون العوض مالاً خارجياً، ولكن لم يقبض في مجلس العقد، وقد يكون ديناً وقد تم إقباضه في مجلس العقد - بإعتبار 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، الحر العاملي: ١٨ / ٢٩٨ / الباب ٨ / الحديث ٢.

ولاحظ عليه: أن كشف رأي المعصوم عليه السلام منه هنا مشكل؛ لأنه مدركي؛ وذلك لإحتمال إستناد المجمعين الى بعض لوجوه المتقدمة، فلا قيمة للإجماع المدعى أكثر من تلك الوجوه التي عرفت حالها^(١).

وعلق عليه السيد الهاشمي رحمته الله بقوله: (والإنصاف أن هذه المحاولة -تخريج عقد الإستصناع على أساس بيع السلم- غير تامة؛ لأن الإجماع المذكور بدرجة من الوضوح عند فقهاء الإمامية والعامة بحيث لا يُحتمل إستناد كل المجمعين فيه الى مثل تلك الوجوه، ثم إن هذه الوجوه لم تُطرح من قبل الفقهاء القدماء، بل من المتأخرين، وعليه فالإجماع لا يكون مدركياً)^(٢).

وهذا التعليق قابلٌ للمناقشة؛ لأن الإجماع حتى يكون حجةً، لابد من توفر أمور ثلاثة فيه:

الأمر الأول: الإستفاضة في نقل الإجماع.

الأمر الثاني: عدم الخلاف.

الأمر الثالث: تحصيل شرطية تسليم الثمن مباشرة من كلمات القدماء من الفقهاء.

أما الأمر الأول: -وهو إستفاضة نقل الإجماع- فقد تمّ نقل الإجماع في بعض الكلمات التي لم تصل الى حدّ الإستفاضة لاسيما أن المعيار في قبول هذه الكلمات هو الإجماع الصادر من الفقهاء القدماء على المحقق الحلي رحمته 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 التفرّق..... دليلنا: أنا أجمعنا على أنّه متى قبض الثمن صحّ العقد، ولم يدل دليل على صحته قبل قبض الثمن، فوجب إعتبار ما قلناه^(١).

وقد ذكر في مكان آخر هذا الشرط واعتبره مقوماً لعقد السلم، ولكنه لم يدع الإجماع المذكور^(٢).

وقال أبو المكارم ابنُ زهرة رحمته الله في فصل من كتاب البيع: (وأما السلم فشرائطه الزائدة التي تخصّه أربعة: ذكرُ الأجل المعلوم، وذكرُ موضع التسليم، وأن يكون رأس المال مشاهداً، وأن يُقبض في مجلس العقد بدليل الإجماع من الطائفة)^(٣).

وقال العلامة رحمته الله في الفصل التاسع من كتاب التجارة الذي في السلف: (مسألة: المشهور أن قبض الثمن في المجلس شرط في السلم ذهب إليه الشيخ وابن عقيل وغيرهم، وقال ابنُ الجنيّد: ولا أختار أن يتأخّر الثمن الذي به بيع السلم أكثر من ثلاثة أيام، وهو يدلّ بمفهومه على جواز تأخّر الإقباض)^(٤).

وقال الشهيد الثاني رحمته الله: (هذا هو المشهور بل إجماع، وظاهر ابن الجنيّد 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 النزوع الى 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 رحمته الله: (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 حجته؛ لأن الإجماع هو عبارة عن تلقي الحكم على نحو الإرتكاز والوضوح، فمع وجود مخالف فلا بد من دراسة نوعيّة هذا المخالف، فإن كان من المتفاعلين مع الجو العلمي درساً وتدريساً وأخذاً وعطاءً ومن المتصدين للبحث العلمي ومن الطبقة الأولى من الفقهاء وله مجامع علمية كبيرة، فهذا خلافه يضر بالإجماع؛ لأن الإرتكاز - وهو عبارة عن وضوح قضية في الذهن تدل على اللزوم - كيف يخفى على هذا المخالف بهذا الحجم؟ فإن ملاحظة العامل الكمّي ليس هو الوحيد في الوصول الى الإرتكاز، بل لابد من ملاحظة العامل الكيفي؛ لأن بعض الفقهاء يُشكّلون قيمة إحتمالية كبيرة تكشف عن وجود إرتكاز، والمخالف في هذه الشرطية هو ابن الجنيّد رحمته الله ونقل خلافه مكرراً في ذلك، وإذا دفعنا شبهة ميله في إستنباطاته الى القياس الحنفي وقلنا إن القياس عنده هو النقد الداخلي للخبر، كما جاء في قول الإمام عليه السلام: «ففسه على كتاب الله»^(٢)، فإذا كانت هذه طريقته - كما إحتمل ذلك السيد السيستاني (حفظه الله) فيه^(٣) - يكون ابن الجنيّد رحمته الله لديه مسلك متشدّد في

(١) تذكرة الفقهاء، العلامة الحلي: ١١ / ٣٣٥ / مسألة ٤٩٤.

(٢) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ٢٧ / ١٢١ / الباب ٩ / الحديث ٤٠.

(٣) الرافد في علم الأصول، تقرير بحث السيد السيستاني، منير السيد عدنان القطيفي: ١١ - ١٢.

قبول الأخبار، وعليه تكون مخالفته تضر بالإجماع لاسيما أنه من أساتذة الشيخ المفيد عليه السلام وقد تصدى للزعامة الدينية لفترة من الفترات.

وأما الأمر الثالث: - وهو تحصيل الشرطية من كلمات القدماء من الفقهاء على المحقق الحلي - فلا يوجد عددٌ وافٍ ممن صرح بالشرطية المذكورة.

أضف إلى ذلك: لا بد أن نفرّق بين دعوى الإجماع في القضايا الأصلية التي نترقب أن يصدر فيها نص، ودعوى الإجماع على المسائل الفرعية، أي: التي يحصل التفريع من خلال ممارسة عملية الاجتهاد 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 مدرِكاً يكون ثابتاً بدرجة كبيرة، ومن الواضح أن شرطية لزوم القبض في عقد السلم هي من القضايا التفريعية التي يكون الإجماع فيها أقل أهمية.

الخلاصة: أن هذا التخريج تام ولا بأس به.

التخريج الرابع: إلزام مركّب من التزامين

الإلزام الأول: أن الجهة الصانعة (البنك) تلتزم بصنع دار للمستصنع.

الإلزام الثاني: يلتزم المستصنع بشراء الدار بعد ذلك، وبما أن الاستصناع يرجع

(١) وسائل الشيعة، الحر العاملي: ٢٧ / ٦٢ / الباب ٦ / الحديث ٥٢.

الى التزامين فيدخل تحت ضابطة العقد والذي هو ربطُ التزام بالتزام.
وأورد عليه السيد الهاشمي رحمته الله: بأنّ هذا الالتزام الثاني من قبل المستصنع بما أنّه ليس فعلياً ومنجزاً فلا يدخل في ضمن العقد، وإنّما يدخل في ضمن الوعد؛ لأنّ ما حصل بالالتزام فقط هو الحكم التكليفي، بمعنى أنّ المستصنع يؤثم إذا لم يلتزم بالشراء، وأمّا الحكم الوضعي وهو ملكية العين المصنوعة فلا تحصل بالعقد، وإنّما تحصل إذا إلتزم بالشراء، وهذا وعدٌ بالشراء وليس عقداً، فإنّ العقد عبارة عن التزامين منجزين، وإمّا إذا إشتمل على إلتزام معلق إمّا 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 أنّ الوعد لا يجب الإلتزام به، لكن لا بد من التفرقة بين نحوين منه:

النحو الأول: الوعد الابتدائي، كأن تُخبر شخصاً بتنجز قضية الى غدٍ، فهنا قام الإجماع على عدم لزوم وعدم حرمة مخالفة هذا الوعد الابتدائي. نعم، المؤمن عليه أن يفي بوعده، وأمّا إلزام فلا.

النحو الثاني: الوعد الذي يحصل بين طرفين، كما في حال هذا التخريج فقد تمّ الإلتزام من قبل الصانع وإلتزام من قبل المستصنع، فهذا الوعد يُمكن أن يُقال: عدم جواز مخالفته ما دام يحصل هناك ضررٌ من المخالفة، فيدخل تحت قوله تعالى:

(١) قراءاتٌ فقهيةٌ معاصرةٌ، محمود الهاشمي: ٢ / ٢٥٤.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ۚ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾^(١).

والإجماعُ المنعقد على عدم وجوب الوفاء بالوعد يختصُّ بالوعد الإبتدائية، ولا يشملُ الوعدَ التي تحصلُ بين طرفين.

نعم، قد يُشكلُ على هذا التخريج بإشكالٍ آخر وهو: أنَّ هذا التخريج هو على خلاف محلِّ النزاع الذي صورناه في مُستهل الحديث عن عقد الإستصناع، فقد ذكرنا أنَّ هذا العقد يرجعُ الى إلزاميين فعليين، بأن يتعهَّد الصانعُ ببناء الدار ويتعهَّد المستصنعُ بشرائها ويدفعُ بعضَ الأموال التي يحصلُ من خلالها الوثوق منهُ بالشراء، هذا هو محلُّ النزاع الذي توجهنا الى إيجاد تخريجٍ فنيٍّ له، وأمَّا كون المستصنع لا يلتزمُ بالشراء فعلاً ويعلِّقه بعد ذلك فهذه صورة خارجة عن محلِّ النزاع، وعليه فالتخريجُ باطلٌ؛ لا لأنَّه وعدٌ ولا يجبُ الوفاءُ به - كما صورهُ السيّد الهاشمي - وإنَّما؛ لأنَّه يُخرجنا عن محلِّ النزاع.

التخريجُ الخامس: من باب ضمان الغرامة

الضمانُ ينقسمُ على قسمين:

القسمُ الأول: ضمان المعاملة، أي: الذي حصل نتيجة العقد فيضمنُ أحدُ المتعاقدين الى الآخر تسليمَ كُلِّ من الثمن والمثمن الى الآخر.

القسم الثاني: ضمان الغرامة وهو ما يحصل من دون عقد في البين، ويُسمى أيضاً الأمر بالعمل يستدعي الضمان، والمثال العُرْفِي هو من يذهب الى صالون الحلاقة ويأمره بحلاقة الشعر أو ما نفعله أحياناً في أجرة السيارة، فإن الأمر بالعمل - إذ لم يُستكشف منه المجانية - يستدعي ضمان الأجرة وتُسمى ضمان الغرامة، أي: التي حصلت نتيجة الأمر بالعمل، ومقدارها يرجع الى أجرة المثل، وهذا بخلاف ضمان المعاوضة؛ فإنه يكون بالأجرة المسماة.

فإذا عرفنا ذلك، فالمستصنع حينما يطلب من البنك ببناء دارٍ له هو أمر بالعمل، وهذا يستدعي الضمان فيدفع للبنك أجرة مثل هذا العمل.

والمستند في ضمان الغرامة: هو السيرة العقلائية التي لا يُحتمل نشوئها متأخرة عن عصر الشارع، وبما أتمها لم يُردع عنها فيُستكشف الإمضاء.

ولاحظ السيد الهاشمي رحمته على التخريج المذكور: بأن مستند ضمان الغرامة هو السيرة العقلائية لا يستدعي إلا ضمان أجرة المثل، وأما أنه يستدعي تمليكاً فلا يُستفاد من الأمر بالعمل التملك، فصحة هذا التخريج تتوقف على توسعة في باب الأمر بالعمل من ضمان أجرة المثل الى تملك المال وهذا مما لا دليل عليه؛ لأن المستند في ضمان الغرامة أو الإقدام على عمل هو السيرة، وقدرها المتيقن ضمان أجرة المثل لا التملك، قال: (إلا أن هذا التخريج تتوقف صحته على أن يدعى توسعة في باب الضمان بالأمر، وتوضيح ذلك: أنه لا إشكال في ضمان الأمر للعمل كما إذا أمره (بأن يخيظ ثوبه) أو كما إذا قال: (ألتق مالك في البحر وعليه ضمانه).... إلا أن هذه الموارد كلها من باب الإتلاف للعمل بصبه على مال الغير، فيكون الأمر بالإتلاف

على وجه الضمان موجباً للضمان أمّا ضمان الغرامة أو ضمان شيء آخر، وفي المقام لا يوجد إتلاف للمال، وإنّما نقل للملك وتمليك للعين المصنوعة، وعندئذٍ قد يُقال: بأنّ ضمان الأمر توسّعة لقاعدة ضمان الإتلاف فلا تشمل إلا موارد الإتلاف لمال الغير، وأمّا التمليك فهي بحاجة الى سبب، فلا يتمّ هذا التخريج في المقام^(١).

ويلاحظُ عليه: نُسلّم أنّ مقتضى السيرة العقلائية هو ضمان الغرامة، أي: الأجرة المسماة، ولكن ما المحذور في أن نوسّع من مفاد السيرة الى التمليك أيضاً؟ بدعوى أنّ الإمضاء لم ينصب على العمل الخارجي الذي هو ضمان الأجرة المسماة، وإنّما إنصبَّ على النكته من وراء العمل وهي أنّ الأمر بالعمل يُوجب شيئاً سواء كان هذا الشيء ضمان أجرة المثل أو التمليك، وأمّا مجرد كون مورد السيرة تدلُّ على ضمان الأجرة فهذا لا يستدعي حصر مفادها بذلك، فقد يوجد نوع آخر للسيرة بالإضافة الى ضمان أجرة المثل وهو أنّ الأمر بالعمل قد يولّد التمليك، علماً أنّ السيد الهاشمي رحمته الله يرى أنّ الإمضاء يتعلّق بالنكته الإرتكازية وراء العمل لا بالعمل نفسه^(٢).

التخريج السادس: عقدٌ مستقلٌّ

لا يندرج تحت أيّ عقدٍ من العقود - كما حاولت التخريجات المتقدمة - وهناك تقريران لإثبات إستقلالية عقد الإستصناع:

(١) بحوثٌ فقهيةٌ معاصرةٌ، محمود الهاشمي: ٢٦٥.

(٢) بحوثٌ في الفقه الزراعي، محمود الهاشمي: ٨٧.

التقريب الأول: التمسك بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، الدالة على وجوب الوفاء متى ما تحقق عنوان العقد ومتى لم يثبت مانع شرعي من تحقيقه، وقد عاجلنا في مقدمة الحديث عن المعاملات المصرفية الإشكالات التي أثارت حول هذه الآية المباركة وأنها مختصة بالعقود المتعارفة.

وأورد عليه السيد الهاشمي رحمته الله: من أن المنشئ بهذا العقد الجديد ما هو؟ قال: يدور بين عدة احتمالات:

الإحتمال الأول: المنشئ هو تملك العمل للآمر (المستصنع) وهذا باطل؛ لأنه يرجع إلى الإجارة وليس عقداً مستقلاً، بالإضافة إلى الإشكال الذي أثارناه عند إستعراض تخريج كونه إجارة من كون أن الإجارة كانت تتضمن تملكاً.

الإحتمال الثاني: المنشئ عبارة عن تملك الدار - مثلاً - وهذا هو البيع وليس عقداً مستقلاً، والحال أننا نريد عقداً جديداً غير العقود المعروفة.

الإحتمال الثالث: المنشئ هو طلب الصنع وهذا باطل؛ لأن المنشئ أمرٌ إعتباري كالتملك، وأما طلب الصنع فهو أمرٌ تكويني غير قابل للإنشاء.

فخلاصة الاعتراض: المنشئ بعقد الإستصناع لا يخلو إما أن يكون إجارة أو بيعاً أو أمراً غير قابل للإنشاء فكيف يكون عقداً مستقلاً؟ قال رحمته الله: (ويمكن الملاحظة على هذا البيان بأن الإستصناع ليس إلا بمعنى طلب الصنع وهو مفهوم تكويني لا إنشائي إعتباري كالبيع أو الإجارة أو غيرهما من عناوين المعاملات، بل لابد أن يرجع الإنشاء إلى أمر إعتباري وهو إما تملك العين، وهذا بيع، أو تملك

العمل وهذه إجارة، فأين العقد المستقل^(١).

ويلاحظ عليه: بالإمكان أن نفترض احتمالاً رابعاً وهو أن الاستصناع تملك العمل المصاحب لتمليك العين المصنوعة، فكونه عقداً مستقلاً لا يدخل تحت البيع؛ لأن البيع تملك للعين، ولا يدخل تحت الإجارة؛ لأنها تملك للعمل فقط، والاحتمال الرابع يرى أن الاستصناع تملك لهما معاً، فهذا اللحاظ يكون عقداً مستقلاً في مقابل البيع وفي مقابل الإجارة.

إن قلت: تملك العين إن كان يُقصد منه تملك العين الكلية فهذا بيع السلم؛ لأن فيه يكون المثلن كُلياً، وإن كان يُقصد تملك العين الشخصية فهي غير موجودة، فلا يجوز تملك العين المعدومة.

قلت: يرد الإشكال المذكور لو كان المنشئ تملك العين فقط، إذ يُقال: إنها مرددة بين الكلية والجزئية، وأما بحسب الاحتمال الرابع فالمنشئ يكون هو العمل بضميمة العين، وعليه فلا يأتي إشكال العين الكلية أو الجزئية أبداً.

التقريب الثاني: التمسك بالسيرة الأعم من السيرة العقلية والمشرعية، إذ أنها قد جرت على عقد الاستصناع، فلا يُحتمل أن أحداً من العقلاء وهكذا المشرعة لم يجر في حياته عقد استصناع وإن كانت بدايته في الأمور البسيطة، وبما أن الإضاء لم يتحدد بالعمل الصامت، وإنما بالنكته من وراء هذا العمل، فالشارع أمضى نكته الاستصناع وهي أوسع من المصاديق، وعليه يكون عقد الاستصناع أمراً شرعياً،

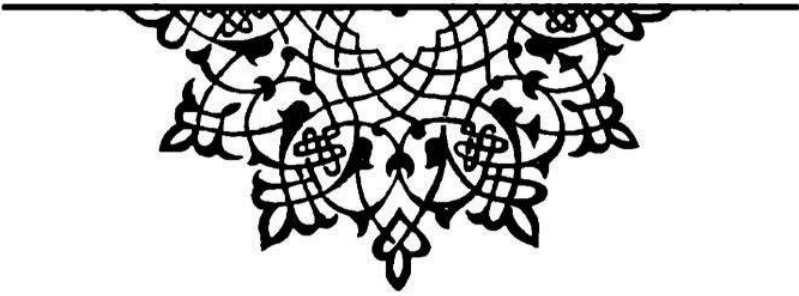
(١) بحوث فقهية معاصرة، محمود الهاشمي: ٢٥٢.

وَيُمْكِنُ أَنْ يَنْدَرِجَ إِمَّا تَحْتَ عَقْدٍ مُرَكَّبٍ مِنَ الْوَكَالَةِ وَالْإِجَارَةِ أَوْ عَقْدٍ مُرَكَّبٍ مِنْ
إِلْتِزَامِيَيْنَ أَوْ تَحْتَ عَقْدِ السَّلَمِ أَوْ يَدْخُلُ فِي أَنَّ الْأَمْرَ بِالْعَمَلِ يُوجِبُ الضَّمَانَ أَوْ يَكُونُ
عَقْدًا مُسْتَقْلَلًا، وَبَعْدَ إِسْتِبْعَادِ التَّخْرِيجِ الْأَوَّلِ الَّذِي يَرَى دُخُولَهُ تَحْتَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ
تَكُونُ التَّخْرِيجَاتُ الْمَتَّبِقِيَّةُ لِعَقْدِ الْإِسْتِصْنَاعِ شَرْعِيَّةً. نَعَمْ، قَدْ تَخْتَلَفُ بَعْضُ
التَّخْرِيجَاتِ عَنِ الْبَعْضِ الْآخَرِ مِنْ حَيْثُ الْآثَارُ.
النتيجة: عقدُ الإستصناع عقدٌ لا بأس به وهو شرعي.





السرقفلية
(حق الخلو)



السرقفلية (حقّ الخلو)

نتحدّثُ عن السرقفلية ضمنِ محاور:

المحورُ الأول: معنى السرقفلية.

المحورُ الثاني: التخريجاتُ لَحَلِّيةِ السرقفلية.

المحورُ الثالث: هل من حقّ المستأجرِ أن يُطالب المالكَ 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 الخلو، فهي كلمةٌ فارسيّةٌ، وتُطلقُ على عدةٍ معانٍ:

المعنى الأول: عبارة عن تنازل صاحب المحل التجاري أو البيت أو ما شابه

ذلك عن حقّه في مقابل التخلية، فإنّ صاحبَ المحل التجاري -مثلاً- إذا آجر ملكه

سنةً فبعد إنتهاء مدة الإجارة يُلزمُ المستأجرُ بتخليةِ الملك ولا يحقُّ له البقاءُ من دون

رضا المالك، فلا يوجدُ مبررٌ شرعيٌّ في البقاء أطول من مدة الإجارة حتّى لو صدر

قانونٌ رسميٌّ يجوزُ له البقاء، بل حتّى مع دفع إجارة مساوية لما سبق أو أكثر، فإنّ البقاء بعد إنتهاء مدة الإجارة ليست مسوّغة شرعاً ويحقُّ لصاحب المحل التجاري أمره بتخليته، وهذا البقاء يُعدُّ تصرفاً في ملك صاحبه من دون رضاه، ولكن بإمكان تنازل صاحب المحل عن حقّه مقابل مقدار من المال بشرط أن يكون المال بنفس مقدار الأجرة الأولى بلا زيادة حتّى وإن حصل تضخّم بالأموال، وهذا المقدار من المال هو الذي يُعبّر عنه بحقّ التخلية أو السرقلية، وقد أشار الى هذا المعنى جمعٌ من الفقهاء كالسيد السيستاني (حفظه الله) قال ما نصّه: (وتُطلق أيضاً على تنازل المالك للمستأجر عن حقّه في إخراجهِ من المحل أو زيادة بدل الإيجار بعد نهاية مدة الإجارة إزاء مقدار من المال يتفقان بشأنه)^(١).

المعنى الثاني: عبارة عن تنازل المستأجر الأول عمّا تحت تصرفه بإيجار المحل الذي يشغله لمستأجرٍ ثانٍ، ويكونُ هذا التنازل بإزاء مقدار من المال يتفق عليه الطرفان، فالمالكُ صاحب المحل التجاري يقول للمستأجر الأول: (أنا لا أتنازل لك فقط مقابل جزء من المال، وإنّما لك ولكلّ إنسانٍ استأجر الملك المذكور) فلك الحقُّ أيّها المستأجر الأول أن تؤجّر المحل في نهاية السنة -مثلاً- لغيرك من دون مراجعتي وبنفس الأجرة السابقة، والمستأجر الأول يأخذُ مقداراً من المال إزاء تنازله عن الملك لغيره، وهكذا الحال في المستأجر الثاني يُمكن أن يعمل هكذا مع الثالث.

وفرقُ المعنى الأول عن الثاني، في المعنى الأول الذي يدفعُ حقّ السرقلية هو

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٩ / مستحدثات المسائل / السرقلية.

المستأجر الأول الى المالك فهو يحصل على الأجرة والسرقة، بينما في المعنى الثاني فالملك 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 أجر محلاً من محلات الكسب والتجارة، ولكن من دون أن يدفع الى الملك شيئاً باسم السرقة، بل فقط المستأجر الأول يدعي أن عمله في المحل طيلة مدة الإجارة أضفى عليه شهرةً وقيمةً، وهذا ما يُسمى عند العرف بحق الكسب - باعتبار أن هذا المحل صارت له معروفة وزبائن في أوساط الناس - فالمستأجر يقول: أنا لا أخرج عن هذا المحل إلا بدفع حق له ومقدار من المال مقابل حق الشهرة والقيمة التي حصلت للمحل.

المحور الثاني: التخرجات الفقهية لحلية السرقة

والحديث عنها يقع في المعنيين الأولين:

يوجد في هذا الصدد عدة تخرجات:

التخريج الأول: السرقة جزء العوض (السيد الروحاني)

ما ذكره السيد محمد صادق الروحاني (حفظه الله) بقوله: (السرقة تكون جزء العوض، بمعنى أن المالك حينما يؤجر المحل التجاري بمبلغ سنوي يضيفه عليه مالا بعنوان السرقة، وهذا بالإضافة تكون جزءاً 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 إخراجِه 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 يُقابل حق التنازل عن الإخراج، هذا بلحاظ المعنى الأول.

وأما بلحاظ المعنى الثاني -الذي قلنا إنَّ 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 نصّه: (أن يؤجر المالك ماله بمبلغ سنوياً مع إضافة مأخوذة بعنوان السرقفلية بحيث تكون الإضافة جزء للعوض، ويشترط (المالك) للمستأجر أن لا يزاحمه في الجلوس في المحل، ولا يزيد في كرائه السنوي ويجدد الإجارة بعد إنتهاء مدتها 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 تومانا سنوياً في كلّ شهرٍ 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 كلّ شهر مائة تومان وأن يتحوّل عنه ويسكنه غيره بتلك الإجارة -فخمسة آلاف تومان تحلّ للمالك- لأنها مأخوذة جزء للعوض في الإجارة، وبعد

إنهاء المدة يجبُ على المالك أن لا يزيد في كراءِ الفندق ويؤجره للمستأجر القديم أو الجديد الذي انتخبه القديم بمقتضى الشرط، ولو امتنع المالكُ - عن تنفيذ هذا الشرط- يُجبر: عليه؛ لأنّ ذلك مقتضى الشرط الواجب الوفاء بمقتضى النصوص والفتاوى^(١).

ويلاحظُ عليه أنّ هذا التخريج قابلٌ للمناقشة: فماذا يقصدُ من قوله إنَّ حقَّ السرقفلية يكون جزءً من العوض؟ يوجد احتمالان:

الإحتمالُ الأول: أن يكون مقصوده من العوض مبلغ الإجارة.

وهذا الإحتمال باطلٌ؛ لأنَّه من الواضح السرقفلية ليست جزءً منه، بل الأجرةُ شيءٌ يُسمّى بالعوض، والسرقفلية شيءٌ آخر مقابل حقّ التنازل بشهادة أنَّ العوض ينتهي بإنهاء الإنتفاع من المحل، والسرقفلية الغاية منها هو تمكينُ المستأجر من تجديد الإجارة أو تمكينُ المستأجر من تأجيرها الى مؤجرٍ آخر، وهذا يكشفُ عن أنّ العوض شيءٌ غير السرقفلية، فكيف يقول السرقفلية عوض؟

الإحتمالُ الثاني: ما ذكره في ثنايا كلامه من أنّ الأجرة جزءٌ من العوض مقابل تجديد البقاء فلا يجبره على الخروج ولا يزيدُ المالك في كراءِ الفندق، بمعنى أنّه لا يزيدُ في كرائه السنوي.

وهذا الإحتمال باطلٌ أيضاً؛ لأنَّه لا ينطبقُ على الواقع السائد في قضية الإيجارات، فإنَّ المالكَ يجددُ مبلغَ الإجارة حسب مقتضيات الظروف والأحوال،

(١) فقه المسائل المستحدثة، محمد صادق الروحاني: ٢٣.

فكيف يُمكنُ إيجارُ الفندق بمبلغ عَيْنٍ - مثلاً - قبل خمسين سنة، فهذا غيرُ منطبقٍ على الواقعِ؟

التخريجُ الثاني: على أساس الوكالة (السيد الروحاني)

ما ذكره أيضاً السيد الروحاني (حفظه الله): من أن أخذ المال يكونُ على أساس الوكالة، بمعنى أن المالك يأخذُ من المستأجر المال بمقابل الوكالة التي منحها المالك للمستأجر، إذ بعد انقضاء مدة الإجارة كان على المستأجر الخروج، والمالك يجعلُ المستأجرَ وكيلًا في إيجار المحل لذات المستأجر فيقولُ له: (أنت وكيلي وبعد نهاية المدة لك استئجار المحل ولو على نفسك) وهذه الوكالة التي أعطها المالك للمستأجر أراد المالك بإزائها مالاً، فالمالُ المأخوذُ بعنوان السرقة يكونُ في مقابلِ الوكالة التي منحها المالك للمستأجر، قال ما نصّه: (الطريقُ الثاني: أن يتوافق المالكُ مع المستأجر بأن يؤجّرَ الفندق سنوياً بمبلغ كالف تومان من المال، ويشترطُ (المالك) في ضمنِ الإجارة أن يكون المستأجر وكيلًا في إيجارِ الفندق بعد إنتهاء المدة لنفسه أو لغيره بذلك المبلغ ووكيلًا في توكيلِ الثالثِ واعطائه الوكالة - ويجعلُ بإزاء هذه الوكالة مبلغاً خمسة آلاف تومان - فالشرطُ هو الوكالة بإزاء هذا المبلغ، وهذه الوكالة بما أنَّها مشروطةٌ في ضمنِ العقدِ اللازم وهي الإجارة تكونُ لازمةً وليس للموكل عزله، وحيث إنَّ لهذه الوكالة ماليةً فتنتقلُ الى ورثة الوكيل بعد موته.

فإن قيل: إنَّ الوكالة لا تُورثُ - كما يظهرُ من الأصحاب - حيث ذكروا في بابِ الرهنِ أنَّه لو شرط وكالة المرتهن في بيع العين المرهونة لوفاء دينه صحَّ ولو مات

المرتتهن لم ينتقل الى وارثه.

أجبنا عنه أولاً: بالفرق بين المقام وما ذكره بثبوت المالية للوكالة في المقام.

ثانياً: أنّ الأصحاب في تلك المسألة صرحوا بالانتقال مع الشرط فيشترط في المقام الانتقال.

وبما أنّ الأظهر عندنا عدم بطلان الوكالة بموت الموكل سيّما في الوكالة اللازمة - كما حقّقناه في محله - فهذه الوكالة تكون باقية بعد موت الموكل، وعلى هذا فيحلّ للمالك ما يأخذه بإزاء الوكالة، والمستأجر بمقتضى الوكالة مختارٌ وله كامل الحرية في أن يؤجّر الفندق بعد إنتهاء المدة بنفسه أو لغيره^(١).

الخلاصة: يشترط المستأجر على المالك توكيله في تجديد الإيجار إمّا على نفسه وبنفس مبلغ الإجارة أو على غيره، ويأخذ المالك من المستأجر بإزاء هذه الوكالة مبلغ السرقفلية، كما أنّه من حقّ المستأجر الأول أن يأخذ مبلغ السرقفلية من المستأجر الثاني من باب تفويض الأمر إليه، وهذه الوكالة لا تقبل العزل؛ لأنّها لزمّت بشرطها في ضمن العقد اللازم، وإذا مات الوكيل انتقلت هذه الوكالة الى ورثة الوكيل مع أنّ المفروض لا تنتقل؛ لأنّ لها قيمة ومالية، ولو لم يقبل الانتقال على أساس أنّ الوكالة غير قابلة للانتقال فلنقبلها بالشرط.

وما ذكره السيّد الروحاني (حفظه الله) قابلٌ للمناقشة من وجهين:

الأول: ذكر أنّ الوكالة لا تنسخ بموت الموكل لاسيما الوكالة اللازمة، فلو

(١) فقه المسائل المستحدثة، محمد صادق الروحاني: ٢٤.

سَلَّمنا عدم إنفساخ الوكالة بموت الموكل، وإنما عدم الانفساخ فيما يبقى تحت ملك الموكل بعد موته، فلا بد من وجود مقدار من المال للموكل، فهنا الوكالة لا تنسخ بما يبقى للموكل من المال - كما في الثلث فهو من حق الميت فلو أوصى به فهذا يبقى تحت ملك الموكل ولو بعد موته - وعليه يُمكن أن تبقى الوكالة بعد موت الموكل بهذا المقدار (الثلث).

وأما دعوى بقاء الوكالة مطلقاً حتى لو خرج عن ملك الموكل فهذه دعوى غريبة؛ لأنَّ الوكالة كانت على ما يدفعه المستأجر، فإذا مات الموكل ولا يوجد له أيُّ شيء فبأيِّ معنى تكون الوكالة باقيةً فيما خرج عن ملك الموكل، والوكالة يكون لها معنى في شيء يبقى على ملك الموكل وهو - مثلاً الثلث - فيما لو أوصى به.

الثاني: ذكر أنَّ هذه الوكالة تنتقل بالإرث فيما لو مات الوكيل، وعلل ذلك بأنَّ هذه الوكالة لها مالية تنتقل الى ورثة الوكيل بعد موته إلا أنَّ هذه الدعوى غير صحيحة؛ لأنَّ المقصود من قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(١)، والمقصود بالخير المذكور في الآية المباركة هو الأمر الذي يكون قائماً بعد موت الميت باستقلاله الخارجي عن الميت فهو أمر قائم بذاته، وليس المقصود من الخير الأمر الإضافي المتقوم بالميت كالمالك الذي يتقوم بالشخص أو الحق أو الوكالة، فهذه أمورٌ إضافية لا وجود إستقلالي لها، وإنما هي متقومة بالمالك فيصدق عنوان الترك بلحاظ المال المستقل القائم بعد موت الميت، وأما الإضافات فلا

يصدق عليها أنه ترك خيراً؛ لأنّ هذه الإضافات متقوّمة بالشخص وتنتهي الإضافة بموت هذا الشخص، فعنوان الترك إنّما يصدق بلحاظ متعلّق الملك ومتعلّق الحقّ ومتعلّق الوكالة لا بلحاظ هذه العناوين الإضافية نفسها، وعنوان الخير يُرادُ به متعلّق الإضافات لا نفسها، والمفهوم عُرفاً من انتقال المال الخارجي من عين أو منفعة الى الوارث هو انتقاله من عالم الملكية وليس الانتقال في عالم الإضافات بما فيها الوكالة.

التخريج الثالث: معاملة مستقلة

يُبنى على أنّ أخذ المال هو عبارة عن معاملة مستقلة كبقية المعاملات المعروفة والمعهودّة عندنا، فكما يوجدُ عندنا معاملةً للبيع ومعاملة للإجارة فلنعبّر عن هذه المعاملة بمعاملة السرقفلية أو معاملة حقّ التخلية بناءً على أنّ عمومَ قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، لا يختصّ بالمعاملات المعهودّة والمتعارفة، وهذا المعنى تقدّم الكلامُ عنه في ضمن الأبحاث التمهيدية للمسائل المستحدثة.

وتقريبُ هذا التخريج هو أن نقول: إنّ المالك كان له بالعنوان الأولي حقّ التصرف في ماله وتعيين مصيره بتجديد الإجارة وعدمه، وكان أيضاً له الحقّ في تبديل المستأجر وعدمه وزيادة مبلغ الإجارة وعدمه، فالمهم كان له كلّ ذلك، وهذا الحقّ قابلٌ للإسقاط والنقل، لأنّ الضابط في قابلية هذا الحقّ للنقل أو الإسقاط فيما

إذا كان هذا الحق لمصلحة المالك، وليس متقوماً عرفاً بعنصرٍ خاصٍ بالمالك، فبعض الحقوق إذا كانت متقومة بعنصرٍ خاصٍ فلا يُمكنُ نقلُ هذا الحق إلى الغير - مثلاً - كحقّ الولاية وحقّ الوصاية فإنّ هذه الحقوق متقومة بمالكٍ خاصٍ، وهذا التقوُّمُ بالمالك الخاص يكونُ من الصعبِ نقل هذا الحق إلى غير المالك الخاص، فمتى ما وجدت في ذي الحق خصوصية تُرى بالنظر العقلائي أنّها متقومة للحق لم يجز نقله إلى غيره مما لا يملك تلك الخصوصية، وإن نُفيت مقومية الخصوصية بالنظر العقلائي جاز، فحقّ الولاية المُعطى للحاكم أو الأب يُرى عقلاً أنّهُ خصوصية في الحاكم أو الأب، فلا معنى لنقله إلى الغير، وكذلك حقّ الوصاية التي أكلها الميت إلى شخصٍ إنّما أكلها إليه لخصوصية فيه ونظر الميت إليه بالخصوص فلا معنى لنقله إلى الغير، وحقّ الشفعة المَجْعول للشريك يرى أنّ الضررَ اللاحق به مقوماً له فلا معنى لنقل هذا الحق إلى غير الشريك، وهكذا حقّ الرهان.

وعلى أيّ حالٍ، متى ما تُقوِّم هذا الحق بعنصرٍ خاصٍ فلا معنى لنقله، ومن الواضح أنّ حقّ التخلية ليس متقوماً بعنصرٍ خاصٍ فيجوزُ نقله إلى الغير، ومن هنا يصحّ للمالك نقلُ هذا الحق إلى المستأجر الأول أو نقل المستأجر الأول هذا الحق إلى ثالث وهكذا، ويجعلُ في مقابل ذلك مبلغَ السرْقالية، فتكونُ معاملةً مستقلةً بنفسها ولا معنى لإرجاعها إلى معاملةٍ قديمةٍ معهودة.

فإذا تمّ هذا الحق ثم مات المستأجرُ المنقولُ له الحق، فإن فهمنا من دليل الإرث إنتقال متعلّق الحق إلى الوارث في عالمِ الحق كما ينتقل في عالمِ الملك فلا إشكال في ذلك، وإلا أي: لم نفهم من دليل الإرث إنتقال الحق فينحصرُ آنذاك حلُّ الإشكال

بالنسبة الى ورثة المستأجر بتعميم الشرط في ضمن عقد الإجارة، وذلك من خلال اشتراط ثبوت الحق للوارث بعد موت المستأجر، وهكذا إذا مات المالك الناقل للحق فبالإمكان 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 الى الورثة، وهذا يشبه العين الموروثة التي هي تحت إيجار الآخرين فانتقلت الى الورثة مسلوبة المنفعة.

وبكلمة: أن العين محملة بحق السرقفلية فتورث بهذا الشكل من قبيل إرث العين المحملة بحق الرهان وهكذا.

إلا أنه قد يُناقش في هذا التخريج بإحدى روايتين:

الأولى: عن خالد بن رافع البجلي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألتُه عن رجل جعل لرجل سُكنى دار له يعني صاحب الدار حياته فلما مات صاحب الدار أراد ورثته أن يخرجوه أَلهم ذلك؟ قال: فقال: «أرى أن يقوم الدار بقيمة عادلة وينظر الى ثلث الميت فإن كان في ثلثه ما يُحيطُ بثلث الدار فليس للورثة أن يخرجوه، وإن كان الثلث لا يُحيطُ بثلث الدار فلهم أن يخرجوه»، قيل له: أَرَأيتَ إن ماتَ الرجل الذي جعل له السُكنى بعد موت صاحب الدار يكونُ السُكنى لعقب الذي جعل له السُكنى؟ قال: «لا»^(١).

بتقريب: أن هذه الرواية دلّت على أن متعلّق حقّ السُّكنى لو لم يدخل في الثلث انتقض الحقُّ بموت المالك، فكذلك الأمرُ فيما نحن فيه، بمعنى أن حقّ السرقة السرقفية إن لم يدخل في الثلث انتقض هذا الحقُّ.

ويمكنُ الجوابُ: بأنّ هناك فرقاً يُحتملُ كونه فارقاً بين ما نحن فيه ومورد الحديث وهو: أن تصرّف المالك في موردِ الحديث كان مجّاناً فلم يأخذ مقابل حقّ السُّكنى من الآخر شيئاً، والتصرّف المجّاني نافذٌ شرعاً بمقدار حياته، وأمّا في موردِ السرقة السرقفية فالمالك أعطى الحقّ للمستأجر بإزاء مبلغ السرقة، وهذا يعني أنّه أخذ المنفعة المستقبلية في حال حياته فهو شبيه بما لو آجر الدارَ لمدة من الزمن ثم مات قبل إنتهاء الإيجار، فهنا يرثُ الوارثُ الدارَ مسلوبةً المنفعة ويرثُ الأجرة لو كانت باقيةً.

الثانية: عن عمر بن أذينة قال: كنتُ شاهداً عن ابن أبي ليلى فقضى في رجلٍ جعلَ لبعضِ قرابته غلة داره ولم يؤثّر وقتاً فمات الرجلُ فحضر ورثته ابن أبي ليلى وحضر قرابته الذي جعلَ له الدار، فقال ابن أبي ليلى: أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها، فقال له محمد بن مسلم الثقفي: أمّا إنّ عليّ بن أبي طالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: وما علمك؟ قال: سمعتُ أبا جعفر محمد بن علي عليه السلام يقول: «قضى أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام بردّ الحبس وإنفاذ الموارث»، فقال ابن أبي ليلى: هذا عندك في كتاب؟ قال: نعم، قال: فأرسل وائتني به قال له محمد بن مسلم: على أن لا تنظر في الكتاب إلّا في ذلك الحديث، قال: لك

ذلك، قال: فأراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام في الكتابِ فردَّ قضيته^(١).

بتقريب: أنه بعد حذف الخصوصية لمورد الحبس، نقول: إذا كان الحديث يردُّ الى الورثة فكذلك حقُّ السرقفلية.

ويمكنُ الجوابُ: بأنه يُوجدُ هناك فارقٌ بين الحبسِ والسرقفلية، فالحبسُ عبارةٌ عن تخصيصِ المنافعِ للمحبوسِ له دون أكل المالكِ - أي من دون أن ينتفع المالكُ بشيءٍ - وهذا خلاف ما نحنُ فيه فالمفروضُ أنَّ المالكَ أكل فيه وأنه إستفاد شيئاً في مقابلِ حقِّ السرقفلية فهذا عوض ذلك الحقِّ، وهذا العوضُ لو كان باقياً ولم يصرفهُ المالكُ كان هو الذي ينتقلُ الى الوارثِ بالإرثِ، ولو كان مصروفاً كانت العينُ هي التي تورثُ فحسب ولكنها تورثُ مسلوبةً المنفعة.

فيكونُ هذا التخريجُ تاماً ولا ضيرَ فيه.

التخريجُ الرابع: مقابل التنازل عن الحق

أنَّ المالكَ يأخذُ السرقفليةَ - المألُ في قبالةِ حقِّ التنازلِ - من المستأجرِ الأولِ إزاء جعلِ حقِّ السُّكنى للمستأجرِ في ضمنِ عقدِ الإجارة، بمعنى أنَّ المالكَ يشترطُ على المستأجرِ الأولِ أنَّ لكَّ حقَّ السُّكنى بعد إنتهاء مدة الإجارة - مثلاً - سنة بشرطِ أن يدفع المستأجرُ للمالك مالاً، فحقُّ السُّكنى للمستأجرِ الأولِ إلى مدة ما بعد السنة اشترطت في ضمن عقد الإجارة كما لو قال: (آجرتك المحل التجاري بأجرة مسماة

(١) الكافي، الشيخ الكليني: ٧ / ٣٧ / الحديث ٢٧ / الباب ٢٣.

الى سنة) واشترط المالك للمستأجر أن له حق السكنى بإزاء مبلغ زيادة على الأجرة، فهذا المبلغ يُسمى بالسرقفلية.

إن قلت: ألا يلزم التنافي بين ملكية منفعة المحل التجاري - باعتبار أن المستأجر يملك المنفعة - و ملكية حق السكنى بعوض آخر غير مال الإجارة، لأن ملكية المنفعة لا معنى للحديث عن وجود ملكية للمنفعة وعدم وجود ملكية لحق السكنى، فهناك تلازم خارجي في أن من يملك المنفعة يلزم منه أن يملك حق السكنى في هذه المنفعة، فما معنى أن يقال: إن المالك يقول للمستأجر: (آجرتك المحل بعشرة ملايين دينار) وأيضاً يشترط عليه حق السكنى بزم من أزيد من مدة الإجارة بمبلغ آخر من المال، ومن الواضح أن من يملك حق المنفعة هو يملك حق السكنى.

قلت: نسلم عدم التغير الذاتي بينهما، فإن من يملك المنفعة في مدة الإجارة هو يملك حق السكنى في تلك المدة إلا أنه عدم التغير الذاتي لا يعني أن هناك تناف؛ لأنه يوجد تغيّر بين ملكية المنفعة وبين ملكية حق السكنى في عالم الاعتبار، وفي عالم الاعتبار يمكن إحداث تغيّر بينهما، فنقول: هو يملك المنفعة بسبب الأجرة وبسبب الشرط - الذي هو غير عقد الإجارة - يكون له حق السكنى بمبلغ من المال، فالمنفعة ثبتت بعقد الإجارة، وحق السكنى ثبت بالشرط الذي وقع في عقد الإجارة فحصل التغيّر الاعتباري بينهما، وهذا كاف في التصحيح بينهما.

نعم، لو افترضنا أنه آجر الدار لشخص - زيد مثلاً - وجعل حق السكنى لشخص آخر - عمر - فهنا يقع التزاحم في الإستيفاء، إذ لا معنى أن نقول للأول

أنت تملك المنفعة، ولكن لا تملك حق السكنى، ونقول للثاني أنت تملك حق السكنى، ولكن لا تملك حق المنفعة فهذا غير صحيح، وعليه لابد من فسخ اللاحق لكي يتمتع الأول بالمنفعة وحق السكنى، أو يكون العقد كله باطلاً.
هذا كله في المعنى الأول للسرقفلية.

وأما المعنى الثاني: وهو - أن يُمنح للمستأجر الأول تلك الصلاحية من قبل المالك، بمعنى أن يأخذ من المستأجر الثاني إزاء التنازل عن حقه مالا وهكذا الثالث والرابع - فيأتي هذا التخريج أيضاً، وذلك بأن نقول: إن حق السكنى الذي يُجعل للمستأجر، فتارة يكون على نحو المباشرة، أي: فقط هو يسكن، وأخرى يُجعل على نحو الأعم منه ومن غيره، فإذا كان كذلك فهنا يجوز للمستأجر الأول أن ينقل حق السكنى الى غيره بأزاء السرقفلية فيأخذها المستأجر الأول من المستأجر الثاني والثاني من الثالث وهكذا، فإن هذا الحق سعة وضيقاً هو بيد المالك للمحل وكيفية اشتراطه مع المستأجر بالإطلاق والتقييد.

في مقام التعليق: أن ما ذكره من التباين بين تملك المنفعة وحق السكنى صحيح في عالم الاعتبار فهما متبايران، إذ نقول: هو يملك المنفعة بعقد الإجارة ويملك له حق السكنى بالسرقفلية، ولكن هما شيء واحد مصداقاً؛ وذلك لأننا نسأل أن حق السكنى لا يخلو إما أن يكون محدداً بمدة الإجارة، وإما أن نفترض أن حق السكنى أوسع من مدة الإجارة - وهذا هو مقصود صاحب التخريج الثالث - فإن كان يقصد الأول - أي: أن حق السكنى متطابق مع مدة الإجارة - فهنا لا يتم المقصود،

لأنه بعد إنتهاء الإجارة على المستأجر أن يُحلي المحل التجاري للمالك لإنتهاء كلا الأمرين - إنتهاء ملكية المنفعة وإنتهاء ملكية حق السكنى - وهذا خلاف المقصود؛ لأن المستأجر دفع مالا 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 السرقفية.

وإن كان يقصد الثاني - أي: أن حق السكنى يتولد 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 فللمالك الحق في أن يطلب من المستأجر تخلية المحل، وفي الفترة الثانية إذا أراد المالك أن يبقى المستأجر فلا بد من الإجارة الثانية، ونحن افترضنا أن الفترة الثانية أخذ مقابل حق السكنى مالا، فسوف يرجع الإشكال من جديد وهو إتحاد ملكية المنفعة مع حق السكنى، وقلنا أن حق الإنتفاع المتولد من الإجارة لا يتنافى مع حق السكنى المتولد من السرقفية فلا معنى للحديث عن وجود شيئين متغايرين.

وثانياً: حينما نقول: إن السرقفية تعطي حق السكنى للمستأجر في السنة الثانية والثالثة، وهذا يمنع من عقد الإجارة، لأن عقد الإجارة الثاني لأجل الإنتفاع بالمحل، ونحن افترضنا أنه يملك حق السكنى في العقد الأول، ومعه كيف يُجدد الإيجار الذي هو عبارة عن إعطاء حق السكنى؟

وبكلمة: الفارق بين الإشكاليين هو أن مرجع الإشكال الأول الى أنه لا يوجد

موضوع للإجارة؛ لأنَّ إيجار الدار مع ملاحظة حقِّ السُّكنى لا معنى له، إذ هما شيءٌ واحدٌ، والحديثُ عن إيجار الدار مع صرف النظر عن حقِّ السُّكنى هذا أمرٌ غيرُ معتبرٍ عند العقلاء فلا معنى لئن يُقال: أنت تملكُ المنفعةَ، ولكن لستَ بمالكٍ لحقِّ السُّكنى، والإشكالُ الثاني مرجعه أنَّ الإيجار في المدة الثانية أمرٌ لغوٌ؛ لأنَّه افترضنا أنَّ له حقَّ السُّكنى بسبب العقد الأول، فإذا وقع عقدُ السُّكنى بالعقد فلا معنى لتجديد الإيجار باعتبار أنَّ المفروض قد ملكه بالعقد الأول.

المحورُ الثالث: حق المطالبة بما يسمى بحق الكسب

وهي ما تتضمنُ الكلامَ حول المعنى الثالث، بمعنى أنَّه هل من حقِّ المستأجر أن يطالبَ المالكَ بما يُسمَّى بحقِّ السرقفلية في العُرف السُّوقي العام، بأن يُعطى المستأجرُ مالاً من قبلِ المالكِ حتَّى يخرج المستأجرُ من المحلِّ؟ وهذا المعنى لم يذكره السيد الخوئي رحمته الله في مستحدثات المسائل، وإنَّما ذكره السيد السيستاني (حفظه الله) ^(١).

فهل من حقِّ المستأجر أن يطالبَ من المالكِ هذا الحقَّ حتَّى يخرج من المحل أو ليس له الحقُّ في ذلك؟

يبدو أنَّه ليس من حقِّ المستأجر أخذ مبلغ من المال من المالك، ولا منشأ المطالبة المالكِ مقابل الخروج، قال السيد السيستاني (حفظه الله): (استتجار الأعيان المستأجرة كمحلات الكسب والتجارة لا يُحدث حقاً للمستأجر فيها بحيث يُمكنه

(١) منهاج الصالحين، علي السيستاني: ١ / ٤١٩ / مستحدثات المسائل / المسألة ٤١.

إلزام المؤجر عدم إخراجه منها وتجديد إيجارها منه بمقدار بدل إيجارها السابق بعد نهاية الإجارة، وكذا طول إقامة المستأجر في المحل، ووجاهته في مكسبه الموجبة لتعزيز الموقع التجاري للمحل، لا يوجبُ شيء من ذلك حقاً له في البقاء، بل إذا تمت مدة الإجارة يجب عليه تخلية المحل وتسليمه إلى صاحبه^(١).

لا يُقال: إنّ المستأجر خالق القيمة باعتبار أن المحل ليس فيه تلك القيمة فلوجاهته ارتفعت قيمة المحل، وهناك قاعدة تقول: إنّ خالق القيمة يملكها وحسب الفرض أنّ هذا المستأجر هو الذي خلق القيمة الإضافية لهذا المحل، أو قلّ إنّهم ساهم في خلق هذه القيمة الإضافية، وعليه قد يُقال: إنّ لا يرفع اليد عن هذه القيمة التي خلقها إلاّ مقابل مال يدفعه المالك للمستأجر.

نسلم ولا نشك في أنّ عمل المستأجر في كثير من الأحيان يساهم في رفع قيمة المحل، ولكننا نناقش في كون تلك المساهمة كافية في إمتلاك المستأجر لهذه القيمة المرتفعة أو جزء منها أن يطالب المستأجر بتلك القيمة بعنوان السرقة وقبضها. ويمكنُ المناقشة: إنّ الحكم بامتلاك القيمة التي خلقها فهل هذا الحكم عقليّ أو عقلائيّ؟ فإن قيل: أنّ هذا الحكم عقليّ فالعقل يحكم بأنّ من يخلق قيمة ما فإنّه يملكها، ولكن ما المقصود من أنّه يملكها؟ فليس المقصود هنا بالملكية الاعتبارية حتّى يُقال: هذه مجعولة من قبل العقلاء ونحن نتكلّم عن حكم العقل، بل لعلّ المقصود من الملكية التي خلقت بسبب المستأجر هي الأولوية العقلية، أي: هو أولى بالسكن خصوصاً إذا طالت مدة سكناه بالمحل، وهذه الأولوية العقلية من قبيل ما

يُدعى من أن الإنسان يملك جوارحه ويملك عمله فالمقصود هو أولوية الإنسان على جوارحه وعمله من الناس الآخرين، فإن كان يقصد بالملكية بالأولوية العقلية. فالجواب: إننا لا نشعرُ بحكم العقل من هذا القبيل في القيمة التي تنفصلُ عن العمل نفسه فهناك عمل وتولدت قيمةً إضافيةً لهذا العمل، فالمستأجرُ بعمله ووجاهته تولدت هذه القيمة، فالقيمة التي تنفصلُ عن العمل نفسه ليست هي حكماً عقلياً.

نعم، هي حكمٌ عقلائيٌّ، ومما يُنبه عليه الوجدان بكونه حكماً عقلائياً هو إختلاف المجتمعات المختلفة وبأزمنة متعددة في قبول هذه القيمة المخلوقة عن العمل نفسه وعدم قبولها، إذ لو كانت حكماً عقلياً لما اختلفت بلحاظ المجتمعات المختلفة وبأزمنة متعددة، بل هذا التفكيك موجودٌ داخل المجتمع الواحد في زمانٍ واحدٍ بين مصداقين من مصاديق خلق القيمة، فالقيمة المنفصلة عن العمل ليست حكماً عقلياً - مثلاً - يُقال إنَّ للمستأجر حقَّ السرقفلية؛ لأنَّه كان مساهماً في رفع قيمة المحلِّ، ولكن لا يُقال بمثل ذلك في رجلٍ ألمعي يتهافُّ عليه الناسُ وسكن في منطقة قليلة السُكَّانِ وأدَّى ذلك الى غلاء أسعار بيوت تلك المنطقة أو زيادة إيجاراتها؛ لتهافت الناس على مجاورته، أو في شركة مدت أنابيب الغاز أو أسلاك الكهرباء الى منطقة ما وأدَّى ذلك الى غلاء أسعار بيوتها أو ما شابه ذلك، فهنا لا تُوجدُ مطالبةٌ بحقَّ السرقفلية، فالقيمة الإضافية التي تنفصلُ عن العمل في بعض المصاديق نجد أنَّ خالق القيمة يُعوَّضُ إذا قيل في بعض المجتمعات وبعضها لا تقبل

ذلك، وهذا يكشفُ أنَّ الحكم المذكور ليس عقلياً وإلا لما اختلفت به المجتمعات.
وأما إذا قيل إنَّ هذا الحكم هو حكمٌ عقلائيٌّ فالعقلاءُ حكموا بأنَّ خالقَ القيمة
هو يملكها ولا يتنازلُ عنها إلا بعنوان السرقة، فإننا نقول: إنَّ هذا الحكم
العقلائي متأخر عن عصر التشريع الإلزامي؛ لأنَّ السرقة من المسائل المتأخرة
فليس سكوت المشرع دليلاً على الإمضاء.

إن قلت: إنَّه بناءً على مبنى السيد الصدر عليه السلام من أنَّ الإمضاء لا يتحدد بالعمل
الصامت، وإنَّها بالنكته من وراء هذا العمل، وهذه النكته أوسعُ مصداقاً من العمل
الذي حصل في الخارج، وعليه يشملُ هذا الإمضاء جميع مصاديق النكته، وما جرى
خارجاً من المصاديق كان عبارة عن أحد المصاديق المتداولة لهذه النكته لا أنَّ
الإمضاء قد انحصر فيها - مثلاً - من حاز ملك، فنعلم أنَّ الحيازة كانت فيما سبق
للأمور البدائية - من قبيل حيازة الخطب وما شابه ذلك - فهنا الشارعُ أمضى الحيازة
فلو كان الإمضاء متعلقاً بالعمل الصامت فلا يُستفادُ آنذاك حلية المواد الجديدة
كحيازة النفط والكهرباء؛ لأنَّ الإمضاء تعلق بمقدار العمل الخارجي، وهذه لم تكن
موجودةً آنذاك - هذا مبنى السيد الخوئي عليه السلام ^(١) - وأما على مبنى السيد الصدر عليه السلام؛ فإنَّ
النكته تكون أوسعُ من المصاديق، فهنا نقول: إنَّ مالكَ القيمة الإضافية هذا حكمٌ
عقلائيٌّ والشارعُ أمضى ذلك، وهذا الإمضاء له مصاديق فتكونُ داخلةً تحت
الإمضاء.

قلت: لا بد من أنَّ نَفَرَقَ بين التوسعة في مصاديق الإرتكاز وبين التوسعة في

الإرتكاز نفسه، فإن الإمضاء إذا تعلّق بالإرتكاز آنذاك يُمكنُ التعميمُ لما يُستجدُّ من المصاديق، وهذا إذا حصلت توسعةٌ في مصاديق الإرتكاز، وأمّا إذا حصلت توسعةٌ في الإرتكاز نفسه وهذا الإرتكاز مستجدُّ فلا يكونُ سكوتُ الشارعِ دليلاً على إمضاءه، ففرقٌ بين التوسعةِ في مصاديق الإرتكاز وبين التوسعةِ في الإرتكاز نفسه.

المحورُ الرابع: كيفية اشتراط السرقفلية

إنَّ شرطَ السرقفلية يُمكنُ أن يُتصوّرَ على نحوين:

النحو الأول: أن يقولَ المالكُ للمستأجرَ: ادفع لي مقداراً من المالِ في مقابل تجديد عقد الإجارة في كُلِّ سنةٍ -أمّا بالأجرة السابقة وإمّا بأجرة أخرى يتفقان عليها- فالمقابل إذاً هو تجديدُ العقدِ وتجديدُ العقدِ شرطٌ قد صاغه المالكُ بنحو شرطِ الفعل، أي: أنَّ تجديدَ عقد الإجارة لم يحصل بصورة قهرية، وإنَّما اشترط المالكُ على نفسه أنَّه بعد انتهاء عقد الإجارة يُجددُ عقدَ الإجارة مرةً أخرى بحيث يكونُ فيه إيجابٌ وقبولٌ، ويُسمّى هذا الشرط بشرطِ الفعل، أي: أنَّ المالكَ يقومُ بإجراء عقدِ الإجارة مرةً أخرى.

النحو الثاني: أن يقولَ المالكُ للمستأجرَ ادفع لي مقداراً من المالِ بشرطِ أن يكون لك حقُّ البقاءِ وحقُّ اشغالِ المحلِّ من دون تجديدٍ لعقدِ الإجارة، أي: أنَّ المقابل للمالِ هو البقاءُ في المحلِّ بنحوِ شرطِ النتيجة، بمعنى لا يوجدُ عقدُ إجارة من قبل المالك مع المستأجر، وإنَّما يبقى المستأجرُ بصورة قهرية بعنوانِ الإجارة مقابل أن يدفع المستأجرُ مالاً للمالك، وهنا لم يُنشأ المالكُ عقدَ الإجارة، وإنَّما المستأجرُ سوف

يبقى من دون عقد الإجارة، ولكن بشرط أن يدفع مالا للمالك، وهذا ما يُسمى بشرط النتيجة.

وبعبارة أخرى: تارة يقول البائع للمشتري: بعثك هذا الكتاب بشرط أن يكون خاتمك ملكاً لي (للبائع) أو أن تكون دارك مستأجرة لي من دون عقد تملك للخاتم أو عقد إجارة للبيت، فهذا الشرط هو شرط النتيجة، بمعنى أن الشرط هو الذي يحقق الملكية للخاتم وهو الذي يحقق إستئجار الدار، فتكون نتيجة هذا الشرط تملك الخاتم، ونتيجة هذا الشرط استئجار الدار، وأخرى يقول البائع للمشتري: بعثك هذا الكتاب بشرط أن تملكني الخاتم وبشرط إستئجار الدار، فهنا لا يقع تملك الخاتم إلا عن طريق عقد البيع وعقد الإجارة.

فالفارق بين اشتراط السرقفلية بالشكل 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 يحقق البقاء بعد مدة الإجارة هذا الشرط، ويُعبّر 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 أسئلة ثلاثة وهي:

السؤال الأول: هل يُجبر المشروط عليه (المالك) على تنفيذ الشرط من قبل المشروط له (المستأجر)؟

السؤال الثاني: لا إشكال إذا تخلف المالك ولم يجدد له عقد الإجارة فله الخيار

إلا أنّ السؤال هل يقع الخيارُ في رتبة متأخرة عن الإيجاب، بمعنى إذا لم يتمكن على إجباره على تنفيذ الشرط فيرجع للخيار أم أنّهما في رتبة واحدة فكما يجوز له إعمال الخيار يجوز له إعمال الإيجاب؟

السؤال الثالث: لو رُفعت القضية للحاكم الشرعي، فهل له التصدي بتجديد عقد الإجارة من دون الرجوع الى المالك، باعتبار أنّ الحاكم الشرعي أو السلطان وليّ الممتنع أو لا يجوز له ذلك؟

أمّا بالنسبة الى السؤال الأول: - وهو أنّ للمشروط له إيجاب المشروط عليه - يوجد قولان في المسألة:

القول الأول: ما ذهب إليه جماعة من المحققين منهم الشيخ الأنصاري^(١)؛ إذ ذكر أنّ للمشروط له إيجاب المشروط عليه، ويوجد تقريبان لهذا القول:

التقريب الأول: أنّ التزام المشروط عليه حينما التزم بالشرط ولّد هذا الإلتزام حقّاً للمشروط له فيوجد حقّ للمشروط له، وعلى المشروط عليه الإلتزام بتنفيذ هذا الحقّ، فإذا كان كذلك فكلّ شخص يكون له إيجاب الغير على تنفيذ حقّه.

إلا أنّه ما هو الشاهد على أنّ الشرط يؤلّد حقّاً للمشروط له؟ توجد عندنا شواهد ثلاثة وهي:

الشاهد الأول: ما ورد في بعض الأخبار من قوله عليه السلام: «من شرط لإمرأته شرطاً

(١) المكاسب، مرتضى الأنصاري: ٦ / ٧٠.

فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً^(١)، فالملاحظ أنه عليه السلام عبر باللام «فليف 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 للمشرط له المطالبة به.

الشاهد الثاني: التمسك بالسيرة العقلانية؛ فإن العقلاء يرون حقاً على المشرط عليه ويلزم بتنفيذه إذا اشترط على نفسه ونجدهم يطالبون به في المحاكم العرفية، ولولا هذه المطالبة بالمحاكم العرفية لما كشف عن وجود حق للمشرط له على المشرط عليه.

الشاهد الثالث: أن الشرط ليس من سنخ الأحكام، بل هو من سنخ الحقوق بدليل أنه قابل للإسقاط فيجوز للمشرط 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 سنخ الحقوق.

التقريب الثاني: أن يقال: الشرط لا يولد حقاً للمشرط له، وإنما يولد ملكاً للمشرط له فالمشرط له سوف يكون مالكا للشرط، ومن الواضح كل مالك يطالب بملكه وإن الشرط كأحد العوضين فكما أنه لا بد من تسليم أجزاء العوضين إلى مالكيها كذلك الشرط؛ لأنه كالجزاء ولا بد من تسليمه إلى مالكيه.

إلا أن هذا التقريب قابل للمناقشة: من جهة أنه لا دليل على أن المشرط له يملك الشرط؛ إذ أن أخذ شيء شرط في العقد هل يولد ملكية المشرط له؟ فلا

يوجد دليل واضح على ذلك، ولا يُستفاد من الروايات أنَّ المشروط له يكون مالكا للشرط.

والشاهد على ذلك هو أنَّه: لو كان المشروط له مالكا للشرط فيلزم في حالة موت المشروط له أن يكون الشرط من جملة تركته، ومن الواضح أنَّه لو مات المشروط عليه فلا يوجب اشتغال ذمته بالشرط وأَنَّه لا بد أن يخرج من تركته، فهذه قرينة واضحة على أنَّ الشرط الذي يؤخذ في العقد لا يولد الملكية.

القول الثاني: ما ذكره المحقق الكركي رحمته الله من أنَّه لو تخلف المشروط عليه ليس للمشروط له إجباره بالوفاء؛ لأنَّ المشروط له حق الخيار له، فإن لم يرض بالعقد نتيجة عدم التزام المشروط عليه فليفسخ المعاملة، وبما أنَّه يتمكن من الخيار فلا يسوغ له الإيجار^(١).

والمناقشة فيما ذكره مجال، ولكن لا على أساس ما ذكره الشيخ الأنصاري رحمته الله من أنَّ الخيار يقع في طول الإيجار - وإنَّما من جهة: أنَّ المشروط له يثبت حق المطالبة له بالشرط؛ لأنَّ الشرط لا يولد حكماً تكليفياً؛ لأنَّه لو ولد حكماً تكليفياً، فلا يتمكن المشروط له إجبار المشروط عليه، وإنَّما الشرط يولد حقاً للمشروط له، فإذا كان له الحق فأی مانع من إجباره حينئذ لو تمكن من الفسخ؛ إذ لعل فسخه ليس بنفعه لارتفاع القيمة - مثلاً - فيكون متمكناً من الفسخ وكونه كذلك فلا يكون مانعاً من الإيجار، وعليه إذا كان الخيار يولد الحق فيعمل هذا الحق بلا حاجة الى ما قاله المحقق

(١) جامع المقاصد، المحقق الكركي: ٤ / ٤٢٢.

الكركي رحمته الله من أن الخيار يُمكن أن يرفع الضرر عن المكلف.

وأما بالنسبة إلى السؤال الثاني: فذكر الشيخ الأنصاري رحمته الله أن الخيار يقع في مرتبة متأخرة عن الإيجاب، أي: إذا لم يتمكن من دفع ضرره بالإيجاب تصل النوبة للخيار فلا معنى لإعمال الخيار في رتبة سابقة على الإيجاب، وإنما تصل النوبة إلى الخيار إذا تعذر الإيجاب، وبما أنه يتمكن من الإيجاب فلا معنى للخيار^(١).

وما ذكره الشيخ الأنصاري رحمته الله من أن الخيار في طول الإيجاب ليس صحيحاً، وإنما الصحيح أن الخيار يقع في عرض الإيجاب فهما في عرض واحد، وذلك إذا رجعنا إلى مدرك الخيار عند تخلف الشرط - من أن للمشروط له الخيار إذا تخلف المشروط عليه من إعمال الشرط - نجد أن المدرك مردد بين احتمالات ثلاثة وهي:

الإحتمال الأول: أن يكون عبارة عن الإجماع، أي: قام الإجماع على إعمال الخيار إذا تخلف المشروط عليه من إعمال الشرط، فإذا كان الأمر كذلك فلا بد من الإقتصار على القدر المتيقن - باعتبار أن الإجماع من الأدلة اللبية - والقدر المتيقن من إعمال الخيار هو في صورة عدم التمكن من الإيجاب، وأما مع التمكن من الإيجاب فلا يقين بانعقاد الإجماع على ثبوت الخيار، فلا محالة يثبت الخيار بعد عدم التمكن من الإيجاب، وهنا مسألة الطولية التي ذكرها الشيخ الأنصاري رحمته الله صحيحة ومحفوظة، فالخيار يقع في طول الإيجاب؛ لأن الإجماع وقع على الخيار في صورة عدم التمكن من الإيجاب، وأما مع التمكن من الإيجاب فلا إجماع على الخيار.

الإحتمال الثاني: من المحتمل أن يكون المدرك في ثبوت الخيار هو قاعدة (لا

ضرر) _ وهذا ما تمسك به الشيخ الأنصاري رحمته _ فهنا الخيار لا يثبت مع التمكن من الإجبار أيضاً؛ لأنّه مع تمكّنه من الإجبار لا يتوجّه عليه ضررٌ حتّى يدفع بالخيار، ولهذا قال الشيخ الأنصاري رحمته: 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 لخيار تخلّف الشرط هو الشرط الضمني، أي:
أنّ من لا يعمل هذا الخيار فلا تُقدّم على هذه المعاملة فالإقدام على هذه المعاملة تتضمن إعمال المشروط عليه بهذا الشرط، ولولا هذا الشرط لما أقدمنا على هذه المعاملة، وبناءً على هذا يكون الخيار ثابتاً مع التمكن من الإجبار، وتوضيح ذلك:

إنّ التزام المشروط عليه بالشرط وإن كان متحققاً بحسب الحدوث؛ لذا نقول:
بتحقق المعاملة والبيع لحصول ما علّق عليه إلّا أنّه إن التزم بالشرط بحسب البقاء أيضاً فيلتزم المشروط له أيضاً بالمعاملة، وأمّا إذا لم يلتزم المشروط عليه بالشرط بحسب البقاء فللمشروط له أن لا يفي بالتزامه بالمعاملة وله حقّ الفسخ، فكما يجب الإلتزام بالشرط حدوثاً كذلك يجب الإلتزام بالشرط بقاءً، وعليه فيثبت الخيار للمشروط له بمجرد عدم وفاء المشروط عليه بشرطه وعدم التزامه به بقاءً، ومعنى خياره هو كونه متمكناً من رفع اليد عن التزامه، ومن الواضح إذا لم يلتزم المشروط عليه بالشرط بحسب البقاء لا داعي الى الإلتزام بالشرط، فإذا كان يُمكنُ إعمال الخيار فلا معنى لتقييد الخيار بعدم التمكن من الإجبار، لأنّ هذه كلفة زائدة ولا دليل عليها.

هذا ما يُمكن أن يُردَّ به على الشيخ الأنصاري رحمته الله.

وأما النحو الثاني: وهو - أن يكون شرط تجديد العقد مقابل مقدار من المال على نحو شرط النتيجة - فلقد إستشكل السيد الخوئي رحمته الله في صحته بدعوى أن الشرط المذكور باطل؛ لأنه قد اشترط ثبوت الحق من دون تجديد عقد، ومن المحتمل أن الحق لا يتولد إلا بتجديد العقد، أي: أن النتيجة المذكورة - وهي ثبوت الحق - لا تتحقق إلا بسبب خاص وهو تجديد العقد فهذا أمرٌ محتملٌ، ومعه كيف ثبت تحقق الحق بالاشتراط وحده بلا حاجة الى تجديد العقد بعد الالتفات الى أن الشرط ليس مشرعاً؟^(١).

إن قلت: لم لا نتمسك بعموم أو بإطلاق «المسلمون عند شروطهم»^(٢)، إذ هذا الحديث يرى لزوم الوفاء بالشرط من دون اختصاصه بشرط الفعل، بل يشمل شرط الفعل وشرط النتيجة أيضاً؟

قلت: هذا الحديث ناظرٌ الى لزوم الوفاء بالشرط المشروع، وكأنه يقول: كُلُّ شرطٍ إذا كان مشروعاً في نفسه وفي رتبة سابقة فيجب الوفاء به ولا يجوز التخلف عنه، وأما إذا لم تكن مشروعية الشرط محرزة، فلا يُمكن أنذاك التمسك بحديث «المسلمون عند شروطهم» لإثبات اللزوم؛ لأنه يكون من قبيل التمسك بالعام في الشبهات المصادقية، نظير ما لو قيل (أعطي كُلَّ فقيرٍ درهماً) وشككنا في فقر شخص، فلا يُمكن التمسك بالعموم المتقدم لإثبات أنه فقير؛ لأن الحكم لا يثبت

(١) المستند في شرح العروة الوثقى، كتاب الإجارة، أبو القاسم الخوئي: ٣٠ / ٢٨٨.

(٢) تهذيب الأحكام، الشيخ الطوسي: ٧ / ٢٣ / باب عُقُود البيع / الحديث ١٠.

موضوع نفسه، بل يقول دليله إذا ثبت أن هذا فقير فله درهم، وأما أنه فقير بالفعل أو لا فهذه قضية لا بد من إحرازها من الخارج وليس من عموم الدليل نفسه.

وهنا نقول: حديث «المسلمون عند شروطهم» يقول: كُلُّ شرطٍ صحيح يكون لازماً، فلا بد من إثبات المشروعية والصحة في المرحلة الأولى، ثم بعد ذلك نتمسك لإثبات لزوم بهذا الحديث، وفي مقامنا لا نحرز تحقق ثبوت الحق بمجرد الإشتراط، ونحتمل توقّفه على تجديد العقد فلا يمكن آنذاك الحكم بصحة الشرط في النحو الثاني، وبالتالي لا يمكن الحكم بتحقيق الحق بمجرد الإشتراط، وهذا الكلام يجري في كُلِّ ما يمكن أن يكون من قبيل شرط النتيجة، وينحصر الشرط الصحيح بشرط الفعل فقط، وأما شرط النتيجة فباطل، فلو قيل: (بعثك هذا بشرط أن يكون خاتمك ملكاً لي أو بشرط أن تكون دارك مستأجرة لي بكذا مقدار من دون عقد إيجار) فإنَّ كُلَّ هذا يُحكم بالبطلان؛ لأننا نحتمل توقّف النتائج على العقد ولا يكفي في تحققها الشرط، وما دمنا نحتمل ذلك فلا يمكن الحكم بتحقيق النتائج المذكورة بالشرط؛ لأنَّ الشرط ليس مشرعاً، وأنَّ الحديث المذكور ناضر إلى إثبات لزوم الشرط الثابت المشروعية في المرحلة السابقة، فلو تمسكنا بهذا الحديث لإثبات المشروعية لكان ذلك من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية وهو غير جائز، ولعلّه لهذا الإشكال لم يذكر السيد الخوئي رحمته الله في (مستحدثات المسائل) صياغة الشرطية بالشكل الثاني واقتصر في مسألة السرقفلية على الشكل الأول.

وما ذكره السيد الخوئي رحمته الله - من دعوى حديث «المسلمون عند شروطهم» لا

يدلُّ على إثبات المشروعية_ دعوى قابلة للمناقشة؛ إذ يُمكن أن يُقال: إنَّ الاستفادة من الحديث صحةٌ كُلُّ شرطٍ من الشروط بلا حاجة الى أن تثبت صحته في مرتبة سابقة، بل كُلُّ شرطٍ هو صحيحٌ فيكون لازماً، ونستفيدُ اللزومَ من الحديث بالدلالة المطابقة والمشروعية بالدلالة الإلزامية، ولا حاجة الى إثبات الصحة في رتبة سابقة ثم يأتي الحديث لإثبات اللزوم، بل كُلُّ شيءٍ يجبُ الإلتزامُ به فهو صحيحٌ إلَّا ما خرج بالدليل، وهذا نظير ما يُذكر في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، فإنَّ السيد الصدر رحمته ذهب الى أنَّ الآيةَ الكريمة لا تدلُّ على تشريع ما لم تثبت شرعيته، بل تدلُّ على أنَّ العقد الثابت الشرعي من الخارج هو الذي يكون لازماً على الطرفين، فهي ناظرةٌ الى الإلزام، ولكن بعقد مشروع لا أنَّ الآيةَ الكريمة تشرّع مشروعية العقد، فالعقدُ إذا كان شرعياً فهنا يجبُ الوفاءُ به^(٢)، وعلى هذا الأساس يُشكّل التمسكُ بالآية في العقود المستحدثة والجديدة؛ لأنَّه_ على هذا الرأي_ لم ترد الآيةُ لتشريع العقد وامضاءه، بل تدلُّ على اللزوم على ما كان مشروعاً والحلُّ أنَّا نشكُّ في مشروعية العقود الجديدة، وهذا الكلامُ نفسه قيل في حديث «المسلمون عند شروطهم».

إلَّا أنَّ الجوابَ واضحٌ، وهو أن نقول: إنَّ الآيةَ المباركة وكذلك الحديث يدلان على شرعية وامضاء كُلِّ شرطٍ أو عقدٍ بالالتزام، ويدلان على اللزوم بالدلالة المطابقة، ولا يدلان على لزوم ما ثبتت مشروعيته في رتبة سابقة فقط، وإنَّما يُستفادُ

(١) المائدة: ١.

(٢) اقتصادنا، محمد باقر الصدر: ٨٦٢.

السرقفلية (حق الخلو).....٥٨٩

اللزوم بالدلالة المطابقة وتُستفادُ المشروعية بالدلالة الإلزامية ولا معنى للتفكيك بين الدالتين.

وعلى هذا الأساس لا إشكال في السرقفلية في النحو الثاني، وعليه يُمكن صياغةُ تجدد الحقّ مقابل مقدار من المال، إمّا على نحو شرط النتيجة أو على نحو شرط الفعل.

وأما بالنسبة إلى السؤال الثالث: _وهو أنّ الشروط عليه إذا امتنع بما ألّزم به فكان الشرط أمراً قابلاً للنيابة كالإنشائيات نظير بيع الشيء أو هبته_ فلم يثبت أنّ للحاكم الشرعي ولاية على الممتنع؛ لعدم الدليل عليه.

المحور الخامس: وجوب تخميس حق السرقفلية

إنّ حقّ المطالبة بالسرقفلية هل يدخل في ضمن أرباح السنة فيجبُ تخميسها أو لا؟

الجواب: إذا فرض أنّ المستأجر الأول له حقّ المطالبة بالسرقفلية من المستأجر الثاني، ففي مثل ذلك إذا أجر العين على المستأجر الجديد وأخذ مقدار السرقفلية، فلا إشكال في أنّ هذا ربحٌ جديدٌ يجبُ تخميسه في نهاية السنة كسائر الأرباح التي يحصلُ عليها الإنسان، وهذا المعنى واضحٌ، وإنّما الكلام في ما إذا لم تؤجّر العين على المستأجر الجديد (الثاني) ولكن كان للمستأجر الأول _مثلاً_ الحقّ في الإيجار _باعتبار أنّ المالك الأصلي قد أذن له في إعمال السرقفلية مع غيره_ فهنا يكون للمستأجر الأول الحقّ في إيجار المحل وأخذ السرقفلية من المستأجر الثاني، وفي نهاية

السنة إذا أراد أن يحسب أرباحه، فهل يُقدَّر قيمة حق السرقة وقفلية ويُحمَّسه كما يُحمَّس سائر الأرباح أو لا يجب عليه تخميسه؛ لأنه بعد لم يتحوَّل حق السرقة قفلية الى مال؟ ذكر السيد الخوئي رحمته الله أنَّ هذا الحق يجب تخميسه قال ما نصّه: (وإذا كان للمستأجر حق في أخذ (السرقة قفلية) من غيره وإن لم يرض المالك به كان ذلك من أرباح التجارة وجب إخراج خمسة بقيمته وربما زادت القيمة وربما نقصت وربما ساوت ما دفعه)^(١).

وتوضيحه: يوجد هناك مبنى عند السيد الخوئي رحمته الله يتمسك به في باب (الخمس) وهو لزوم تخميس مال التجارة، وذكر أنَّ هذا الحق هو من جملة الأرباح باعتبار أنَّه يُقابل بالمال عرفاً، بل هو مال، غايته ليس مالاً نقدياً -لأنَّه لم يتحوَّل هذا الحق بالفعل بعد- ولعلَّ قيمته مرتفعة بلحاظ ما سبق، والمتعارف في يومنا هذا قد يأخذ المستأجر الأول المحل بسرقة قفلية مقدارها مليون دينار، ثم في نهاية السنة ترتفع الى خمسة ملايين، وفي مثل ذلك يلزم أن يُقوِّم الحق المذكور بمقدار قيمته الفعلية.

والسيد الخوئي رحمته الله في هذه الفتوى كأنَّه أطلق تخميس هذا المال إلَّا أنَّ في كتاب (الخمس) لديه تفصيل في تخميس 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 تخميس حق السرقة قفلية- بما إذا زادت القيمة عن مقدار مؤونة السنة، فإنَّ حق السرقة قفلية يُعدُّ من جملة رأس السنة -فيما إذا كان المحل اتخذ للتكسب والتجارة- فيلحقه حكم رأس المال، والسيد الخوئي رحمته الله يختار

في رأس المال وجوب تخميس رأس المال بالمقدار الزائد عن المؤونة السنوية، فلو
فُرض أن مجموع رأس المال عشرون مليون ومقدار المؤونة السنوية مليون فيلزم
عليه تخميس تسعة عشر مليون، هكذا ذكر.

لكنّ الصحيح عدم وجوب الخمس؛ لأنّ الإنسان كما يحتاج الى أكل وشرب
وسيارة ويعدُّ كل ذلك من المؤونة فكذلك إتخاذ مقدار من المال للتكسب 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 إنّ له الحق ولم
يفعل هذا الحق بعد، والمؤونة منوطةً بالصرف، وعليه لا يصدق على هذا الحق ما
دام لم يتحوّل الى مال بالفعل أنّه من المؤونة.

قلت: إنّ عنوان المؤونة لا يقوم بالصرف، والشاهد أنّ مثلاً السيارة هي باقية
على حالها وأموال باقية على حالها، والحال أنّ الجميع متفق على صدق عنوان المؤونة
عليها، فمن أين تقول إنّ المؤونة منوطة بالصرف؟

إن قلت: نسلم المؤونة غير متقومة بالصرف، ولكن تكون متقومة
بالإستخدام فالثلاجة يُستفاد منها في البيت وهذا إستخدام، والمؤونة متقومة إمّا
بالصرف أو الإستخدام الفعلي، وبما أنّ كلا الأمرين منتفئ عن حق السرقفلية

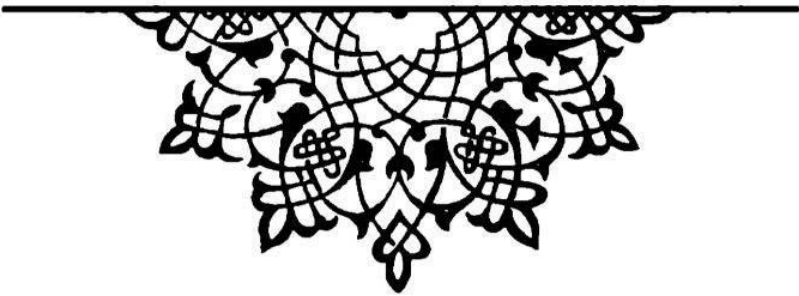
فلا هو صرف ولا هو استخدام، بل هو مجرد حق ولم يُفعله صاحبه، فلا يصدق عنوان المؤونة عليه.

قلتُ: يصدق أحياناً عنوان المؤونة بلا استخدام فعلي، كما في المنظر الجميل الموضوع في المجلس فإن قيمته عالية، أو بعض التحف المعروضة للعرض؛ إذ يوضع للنظر والزينة فقط ولا يوجد استخدام فعلي، فإذا كان يطلق عليها استخدام فليكن حق السرقة مستخدماً استخداماً فعلياً، ولكن بنحو مناسب، أي: كما أن استخدام المنظر الجميل بعرضه وبرؤيته فكذلك استخدام حق السرقة يكون بإبقائه ليتمكن من الاستفادة من المحل لتجاري.





المصادر



المصادر

القرآن الكريم خير ما نبتدئ به.

١- أجودُ التقريرات، أبو القاسم الخوئي، تقرير بحث محمد حسين النائيني، تحقيق ونشر مؤسسة صاحب الأمر عجل الله فرجه، رجب، الطبعة الثانية: ١٤٣٠ هـ.

٢- أحكامُ البيع في الشريعة الإسلامية الغراء، جعفر السبحاني، نشر مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، قم، إيران، الطبعة الأولى ١٤٢٩ هـ.

٣- إدارة العمليات المصرفية، خالد وهيب الراوي، دار المناهج للنشر والتوزيع، بغداد: ٢٠١٦ م.

٤- إرشادُ الطالب الى 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- الإجتهاؤ والحياة، محمد حسين فضل الله ومحمد مهدي شمس الدين (وآخرون)، إعداء 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 هـ / ٢٠١٠ م.

٩- الإستبصار، الشيخ محمد بن الحسن الطوسي، طبعة دار الأضواء، الطبعة الأولى: ١٤٣١ هـ / ٢٠١٠ م / الطبعة التي تضم الكتب الأربعة.

١٠- البشارة في شرح الإجارة، يوسف أحمد الإحسائي، تقريراً لبحث الشيخ محمد باقر الإيرواني، الناشر: مؤسسة أم القرى للتحقيق والنشر، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان.

١١- البنك اللاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر، الناشر: دار التعارف للمطبوعات، الطبعة الثالثة: ١٤٣٢ هـ / ٢٠١١ م.

١٢- البنوك، محمد إسحاق الفيّاض، الناشر دار البذرة، الطبعة الخامسة: ١٤١٣ هـ / ٢٠١١ م.

١٣- التفسير المنير في العقيدة والشرعية والمنهج، وهبة بن مصطفى الزحيلي، بيروت، دمشق، دار الفكر المعاصر، الطبعة الثانية: ١٤٢٨ هـ.

١٤- التنقيح في شرح العروة الوثقى، علي الغروي، تقرير بحث السيد أبو القاسم الخوئي، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، قم، إيران: ١٤٢٢ هـ.

١٥- التنقيح في شرح المكاسب، أبو القاسم الخوئي، مؤسسة إحياء آثار الإمام

الخوئي، الطبعة الأولى: ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٥ م.

١٦- الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، يوسف بن أحمد بن إبراهيم آل عصفور البحراني، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، إيران، الطبعة الأولى: ١٤٠٥ هـ.

١٧- الحقوق المدنية، حسن إمامي، كُلية 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 لجماعة المدرسين في الحوزة العلمية، قم، إيران، الطبعة الخامسة، سنة ١٤١٨ هـ.

٢٠- الدروسُ الفقهية، كمال الحيدري، بحوثٌ في طهارة الإنسان، رقم: ٢٠ و ٣٢ و ٣٥ و ٥٣ ؛ بحوثٌ في فقه المرأة، رقم الدرس ١٤ / والمنشورة على الموقع الرسمي.

٢١- الرافدُ 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 الهاشمي، الناشر إسماعيليان، الطبعة الأولى: ١٤٤٠ هـ.

٥٩٨.....بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة

٢٣- الرجال، محمد بن الحسن الطوسي، تحقيق: جواد القيومي الأصفهاني، مؤسسة النشر التابعة لجماعة المدرسين، قم، إيران، عام ١٤١٥ هـ.

٢٤- العروة الوثقى، محمد كاظم اليزدي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.

٢٥- العروة الوثقى، السيد محمد كاظم اليزدي مع تعليقة 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 التبريزي، قم، دار الإعتصام للطباعة والنشر، الطبعة الأولى: ١٤١٧ هـ.

٢٨- الفتاوى الجديدة، ناصر مكارم الشيرازي، قم، منشورات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام، الطبعة الثالثة: ١٤٢٧ هـ.

٢٩- الفقه الإستدلالي (قبال المكاسب)، محمد باقر الإيرواني، الناشر: دار البصرة 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 هـ / 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 تقي الخوئي، تقرير بحث السيد أبو القاسم الخوئي، نشر مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، الطبعة الثالثة: ١٤٢٦ هـ / ٢٠٠٥ م.

٣٥- المبسوط في فقه الإمامية، محمد بن الحسن الطوسي، تحقيق محمد تقي الكشفي، المكتبة الرضوية لإحياء الآثار الجعفرية.

٣٦- المسائل الشرعية، أجوبة إستفتاءات أبو القاسم الخوئي، الناشر: مؤسسة الخوئي الإسلامية، الطبعة الخامسة تأريخ الطبع: ١٤٢٤ هـ / ٢٠٠٣ م.

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 هـ / ٢٠٠٥ م.

٣٩- المكاسب، مرتضى الأنصاري، إعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، الناشر: مجمع الفكر الإسلامي، الطبعة السادسة عشر، ١٤٣١ هـ.

٤٠- المناهل، محمد بن علي بن محمد علي ابن أبي المعالي الطباطبائي الحائري،

٦٠٠.....بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة

إيران: ١٢٣٦ هـ.

٤١- بحوثٌ فقهيةٌ، السيد عز الدين بحر العلوم، تقرير بحث الشيخ حسين الحلّي، مؤسسة المنار (بدون).

٤٢- بحوثٌ فقهيةٌ معاصرةٌ، ضياء الدين زين الدين، تقريراً لبحث الشيخ بشير حسين النجفي، المطبعة الرائد، الطبعة الثانية: ١٤٣٠ هـ / ٢٠٠٩ م.

٤٣- بحوثٌ فقهيةٌ هامةٌ، ناصر مكارم الشيرازي، الناشر: مدرسة الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام، قم، إيران، الطبعة الثانية: ١٤٢٨ هـ.

٤٤- بحوثٌ في الفقه (الخمسة) محمود الهاشمي (نقله عن السيد الصدر) مؤسسة دار الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية: ١٤٢٥ هـ.

٤٥- بحوثٌ في الفقه الزراعي، محمود الهاشمي، مؤسسة دائرة المعارف الفقه الإسلامي وفق مذهب أهل البيت عليه السلام، قم، إيران، الطبعة الأولى: ١٤٢٦ هـ.

٤٦- بحوثٌ في الفقه المعاصر، الشيخ حسن الجواهري، دار الذخائر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.

٤٧- بحوثٌ في شرح العروة الوثقى، محمد باقر الصدر، إعداد وتحقيق لجنة التحقيق التابعة لمؤتمر الشهيد الصدر، الطبعة الأولى، تأريخ الطبع: ١٤٢١ هـ.

٤٨- بحوثٌ في علم الأصول، محمود الهاشمي، تقرير بحث السيد محمد باقر الصدر، الناشر: دائرة معارف الفقه الإسلامي، الطبعة الرابعة: ١٤٣١ هـ / ٢٠١٠ م.

٤٩- تاجُ العروس، الزبيدي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت:

١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م.

٥٠- تحرير المجلة، محمد حسين كاشف الغطاء، الناشر: مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام.

٥١- تحرير الوسيلة، روح الله الخميني، المطبعة الآداب، النجف الأشرف، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة: ١٣٩٠ هـ.

٥٢- تذكرة الفقهاء، الحسن بن يوسف الحلّي، تحقيق ونشر آل البيت لإحياء التراث، قم، إيران، الطبعة الأولى: ١٤١٤ هـ.

٥٣- تعاليق مبسوبة، محمد إسحاق الفيّاض، محلاتي 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 اللاري، المحقق: اللجنة العلمية للمؤتمر، مؤسسة المعارف الإسلامية، الناشر: مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، إيران.

٥٦- تقارير البحث الفقهي، محمد باقر الإيرواني، موقع مدرسة الفقاهة، ١٤٢٩ هـ / 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

٦٠٢.....بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة

الأربعة.

٥٨- ثوابُ 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 وتخريج: صدقي جميل العطار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان: ١٤١٥ هـ / ١٩٩٥ م.

٦٠- جامعُ الرواة، محمد بن علي الأردبيلي، طبع في دار الأضواء، بيروت،

لبنان، ١٤٣٠ هـ.

٦١- جامعُ الشتات، الميرزا القمي، الناشر: مؤسسة كيهان، تأريخ الطبع

١٤١٣ هـ / طهران، إيران.

٦٢- جامعُ المسائل، محمد فاضل اللكراني، قم، مطبعة أمير، الطبعة الخامسة:

١٣٧ هـ. ش.

٦٣- جامعُ المقاصد في شرح القواعد، الشيخ علي بن الحسين الكركي،

المعروف بـ(المحقق الثاني) تحقيق ونشر: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، قم،

إيران، الطبعة الثانية، عام ١٤١٤ هـ.

٦٤- جواهرُ 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 العلامة المجدد الوحيد البهبهاني، الطبعة الأولى سنة الطبع: صفر المظفر: ١٤١٧ هـ / المطبعة أمير، الناشر: منشورات مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهاني.
- ٦٧- دراسات في المكاسب المحرمة، حسين علي المنتظري، الطبعة الأولى، مكتب آية الله العظمى المنتظري، 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 الأسدي الكوفي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، إيران، الطبعة الخامسة: ١٤١٦ هـ.
- ٧٠- رسالة في رعاية المصالح، سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنبلي، تحقيق: أحمد عبد الرحيم السايح، 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 التبريزي، مركز التوزيع: المركز الثقافي أمين، قم، الطبعة الأولى عام: ١٤١٨ هـ.
- ٧٢- صراط النجاة، الميرزا جواد التبريزي، قم، دار الصديقة الشهيدة، الطبعة الأولى: ١٤٢٧ هـ.
- ٧٣- عوائد الأيام، أحمد بن محمد بن مهدي النراقي، تحقيق مركز الأبحاث

- ٦٠٤.....بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة
- 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 الى علمي الأصول والفروع، السيد أبي المكارم حمزة بن علي بن زهرة الحلبي المعروف بابن (زهرة)، مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، قم، الطبعة الأولى: ١٤١٧ هـ.
- ٧٦- فقه الإمام الصادق عليه السلام، محمد جواد مغنية، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر، قم.
- ٧٧- فقه الإمامية، الميرزا حبيب الله الرشتي، كتابفروشي 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 الأسكندري، تقرير بحث الشيخ محمد السند، الناشر: محبين، قم، إيران: ١٤٤٠ هـ / ٢٠١٨ م.

- ٨٢- فقه المصلحة، حيدر حب الله، دار روافد للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤٤٠ هـ / ٢٠١٩ 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 التابعة لمكتبة المحقق الطباطبائي، إيران، الطبعة الأولى: ١٤٢٠ هـ.
- ٨٥- فوائد الأصول، محمد علي الكاظمي، تقريراً لبحث الشيخ النائيني، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة 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 عليه السلام للفقه والمعارف الإسلامية، الطبعة الأولى: ١٤٣٣ هـ / ٢٠١٠ م.
- ٨٨- قطرات من براح بحر العلوم وشذرات من عقدتها المنظوم، محمد كاظم الخراساني، سنة الطبع: ١٣٣١ هـ.
- ٨٩- كتاب البيع، روح الله الموسوي الخميني، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة 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،

٦٠٦.....بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة

الطبعة الثانية، قم، إيران: ١٤٣٢ هـ.

٩٢- كلماتٌ سديدةٌ في مسائل جديدة، محمد اليزدي، طبعة مؤسسة النشر

الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٤١٥ هـ.

٩٣- كمال الدين وتمام النعمة، الشيخ الصدوق، تحقيق علي أكبر الغفاري،

مؤسسة النشر الإسلامي.

٩٤- لسانُ العرب، ابن منظور الأفرقي، 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 والتجديد، 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، محرّم

ربيع الأول، العدد الحادي عشر: ١٤٢٢ هـ.

٩٨- مجلة الفكر الإسلامي، عقد الصيانة وتكييفها الفقهي، محمد علي

التسخيري، العدد ١١.

٩٩- مجلة رسالة الثقلين، تصدر عن المجمع العالمي لأهل البيت عليه السلام، العدد

الثامن والتاسع، السنة الثانية: ١٩٩٧ م.

١٠٠- مجلة فقه أهل البيت عليه السلام، مجلة فقهية تخصصية فصلية تصدر عن

مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت عليه 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 آملّي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، إيران، الطبعة السادسة: ١٤١٦ هـ.

١٠٤- مسالكُ الإفهام الى تنقيح شرائع الإسلام، زين الدين الجبعي العاملي، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، إيران، الطبعة الثالثة: ١٤٢٥ هـ.

١٠٥- مستدرکُ الوسائل، الميرزا حسين النوري، تحقيق مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، الطبعة الأولى: ١٤٢١ هـ.

١٠٦- مستمسكُ 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 الواعظي، تقرير بحث أبو القاسم

٦٠٨.....بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة

الخوئي، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، الطبعة الثانية: ١٤٢٦ هـ / ٢٠٠٥ م.

١٠٩- مصباح الفقاهة، محمد علي التوحيدي، تقارير بحث السيد أبو

القاسم الخوئي، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر: ١٤١٧ هـ.

١١٠- مصباح الفقيه، أغا محمد رضا الهمداني، التحقيق: محمد الباقر - نور

علي النوري - محمد الميرزائي، نشر: المؤسسة الجعفرية لإحياء التراث.

١١١- معاني الأخبار، محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي، تصحيح علي

أكبر الغفاري، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، إيران:

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 عبدالسلام 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 الانتشار 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 عليه السلام الطبعة الخامسة: ١٤٣٣ هـ / ٢٠١٢ م.

١٢٠ - منية الطالب في شرح المكاسب، موسى النجفي الخونساري، تقرير بحث الميرزا النائيني، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، إيران، الطبعة الأولى: ١٤١٨ هـ.

١٢١ - مهذب الأحكام، السيد عبد الأعلى السبزواري، مؤسسة المنار، تأريخ الطبع: ١٤١٣ هـ.

١٢٢ - نهاية الأفكار، محمد تقي البروجردي، تقرير بحث الشيخ أغا ضياء الدين العراقي، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الرابعة: ١٤٢٢ هـ.

١٢٣ - وسائل الشيعة الى 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

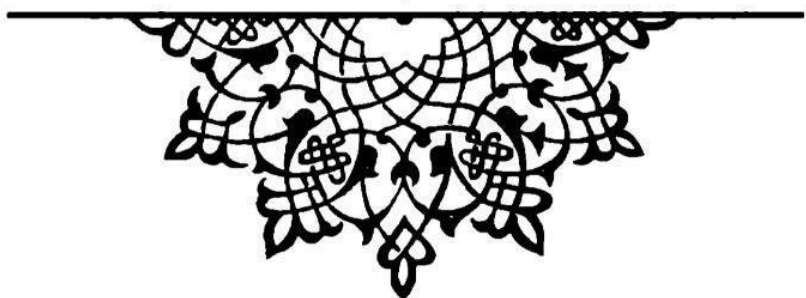
٦١٠.....بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة

الصدر (طبعة المؤتمر العالمي) نشر دار الصدر، الطبعة الأولى: ١٤٢٩ هـ.





الفهرست



الفهرست

المقدمة:	٥
منهجنا العام في العقود المستحدثة:	٧
المحور الأول: هناك منهجان في تكييف العقود المستحدثة:	٧
مناهجُ التخريج:	٧
الفارقُ بين المنهجين من الناحية التطبيقية:	٩
النقطةُ الأولى: أدلةُ إثبات التعميم لمطلق العقود المتعارفة والمستحدثة:	١٥
النقطةُ الثانية: المؤاخذاتُ على إختصاص أدلة المعاملات بالعقود المتعارفة:	٢٨
المحورُ الثاني: مدخلية العقود المالية للشكل أو المضمون	٣٥
أولاً: الإتجاهات الفقهية في العقود المالية:	٣٥
ثانياً: المعالجات الفقهية للعقود الشكلية:	٣٨
المحورُ الثالث: حضور ملاكات الأحكام في باب المعاملات	٤٥
المحورُ الرابع: تأثير الرضا الباطني في صحة المعاملات المستحدثة	٥٣
النقطة الأولى: كفاية الرضا الباطني في مشروعية العقود المستحدثة	٥٣
الأنموذج الأول: الودائع المصرفية:	٥٣

٦١٤.....بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة

الأنموذجُ الثاني: أوراقُ اليانصيب:..... ٥٧

الأنموذجُ الثالث: بيعُ الأسهم المحرّمة:..... ٥٩

ثانياً: مناقشة كفاية الرضا الباطني في تصحيح بعض العقود المستحدثة ٦٠

أقسامُ البنوك..... ٦٥

القسمُ الأول: البنوكُ الأهلية..... ٦٧

التخريجاتُ الفقهيةُ لحلية الإقراضِ من المصارفِ الأهلية:..... ٦٨

التخريجُ الأول: البيعُ بشرط القرض..... ٦٩

التخريجُ الثاني: بيع العملة بجنسها..... ٨٤

التخريجُ الثالث: بيع العملة بغير جنسها..... ١٠٠

التخريجُ الرابع: البيع الى البائع الأول مع زيادة في الثمن..... ١٠٥

التخريجُ الخامس: الفائدة مقابل الإقراض..... ١٠٧

التخريجُ السادس: البيعُ مع الضميمة..... ١١٥

التخريجُ السابع: الفوائدُ غير الموصوفة بأنّها أضعافُ مضاعفةٌ..... ١١٦

التخريجُ الثامن: بيع المرابحة..... ١٢٠

محاولة لضبط التخريجات المتقدمة:..... ١٢٢

القسمُ الثاني: البنوكُ الحكومية..... ١٢٩

الفهرست..... ٦١٥

المقام الأول: تحقيق الحال في مالكية الدولة..... ١٣١

الدليل الأول: التمسك بالارتكاز العقلائي الممضى شرعاً:..... ١٣٢

الدليل الثاني: ما يقبل الملك يقبل ترتب الآثار ارتكازاً..... ١٤٠

الدليل الثالث: التمسك بالاطلاق المقامي..... ١٤٢

الدليل الرابع: التمسك بإطلاق قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ 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 الى كسب الإجازة من الحاكم الشرعي..... ١٨٢

بعض الأبحاث المرتبطة بحكم مجهول المالك..... ١٨٧

البحث الأول: حكم لو ظهر المالك بعد التصديق..... ١٨٧

البحث الثاني: احتساب دفع الصدقة على المتصدق نفسه في حال فقره ١٩٢

النقطة الثالثة: اللوازم المترتبة على القول بمجهولية المالك لمال الدولة..... ١٩٣

اللازم الأول: الفورية في وجوب الخمس..... ١٩٣

اللازم الثاني: انتفاء عقد القرض مع البنوك..... ١٩٤

اللازم الثالث: التخسيس مكرراً..... ١٩٥

اللازم الرابع: سقوط الخمس..... ١٩٦

اللازم الخامس: تحول المال الشخصي إلى مجهول المالك..... ١٩٦

اللازم السادس: تسلط الفقير على مال الوديعة..... ١٩٧

اللازم السابع: تصديق المواطنين على ما يتقاضونه من الدولة..... ١٩٨

اللازم الثامن: لا يحق للتجار استرجاع أموال الوديعة..... ١٩٩

اللازم التاسع: زوال بعض العناوين الشرعية كحق السادة..... ٢٠٠

نتائج القول بعدم ملكية الدولة:..... ٢٠٠

التفريق بين مالكية البنوك دون الدولة (نظرية الشيخ الفياض حفظه الله)... ٢٠٢

القول الثاني: مال الدولة معلوم المالك..... ٢٠٦

القسم الثالث: بنوك الكفار..... ٢١٣

٢١٧.....	الفهرست
٢١٣.....	المقام الأول: إقراض الكفار بفائدة
٢٢١.....	المقام الثاني: الإقراض من الكافر بفائدة
٢٢٥.....	الودائع المصرفية
٢٢٥.....	المقام الأول: الاحتمالات الثبوتية لما يدفعه الزبون للبنك
٢٢٦.....	الاحتمال الأول: ودیعة بالمعنى الفقهي
٢٣١.....	الإحتمال الثاني: أنها عقد إعارة
٢٣٣.....	الإحتمال الثالث: هبة مشروطة
٢٣٤.....	الإحتمال الرابع: أنها عقد قرض
٢٣٤.....	المقام الثاني: مقصود المتعاملين والعقلاء إثباتاً
٢٣٨.....	القسم الأول: البنوك الأهلية
٢٣٩.....	التخريجات الفقهية للفوائد الممنوحة للزبون
٢٣٩.....	التخريج الأول: بيع العملة النقدية بذاتها للبنك
٢٤١.....	التخريج الثاني: الفائدة في مقابل الهبة
٢٤٤.....	التخريج الثالث: بيع العملة النقدية بعملة مغايرة للبنك
٢٤٤.....	التخريج الرابع: إحراز 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: الإبداء مع الإذن والترخيص بالتصرف

٢٧٩..... الاعتمادات المستندية

٢٧٩..... الأول: اعتمادات التصدير

٢٨٠..... الثاني: اعتمادات الاستيراد

٢٨٢..... التخريجات الفقهية للاعتمادات المستندية

٢٨٣..... التخريج الأول: من باب الإجارة.

٢٨٣..... التخريج الثاني: من باب الجعالة

٢٨٣..... التخريج الثالث: من باب عقد الضمان

٢٨٥..... التصويرات الفقهية في العمولة التي يأخذها البنك من فاتح الاستيراد:

٦١٩.....	الفهرست
٢٨٥.....	التصويرُ الأول: من باب الإجارة
٢٨٨.....	التصويرُ الثاني: من باب الجعالة
٢٩٠.....	التصويرُ الثالث: تبديل القرض بالبيع
٢٩٣.....	التصويرُ الرابع: أن يكون المستورد دائناً للبنك
٢٩٤.....	التصويرُ الخامس: الاشتراط على نحو شرط الفعل
٢٩٩.....	خزنُ البضائع
٢٩٩.....	أنواع التخزين:
٢٩٩.....	الأول: التخزين على حساب المستورد
٢٩٩.....	الثاني: التخزين على حساب المصدر
٣٠٠.....	التخريجات الفقهية لخزن البضاعة:
٣٠٠.....	التخريجُ الأول: من باب ضمان الغرامة
٣٠١.....	التخريجُ الثاني: مقابل إجرة ما
٣٠٥.....	الكفالةُ عند البنوك (خطابات الضمان)
٣٠٦.....	أسئلةُ أربعة:
٣٠٦.....	السؤال الأول: هل إشتراط تحمّل الخسارة من قبل المقاول أمرٌ مشروعٌ أو لا؟
٣١٤.....	السؤال الثاني: ما المقصود بالكفالة التي يقوم بها البنك؟

٦٢٠.....	بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة
٣١٥.....	إتجاهان معروفان في تصوير هذه الكفالة:
٣١٥.....	الإتجاه الأول: أنها عقد جديد.
٣١٧.....	الإتجاه 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 والسندات
٣٢٧.....	المحور الأول: المفهوم التصوري للأسهم والسندات
٣٢٩.....	المحور الثاني: التكيف الفقهي للأسهم والسندات
٣٢٩.....	النقطة الأولى: التكيف الفقهي للأسهم (البيع).
٣٣١.....	تحقيق الحال في بيع الأسهم:
٣٣٧..	محاولة تصحيح بيع السندات في الشركات المحرمة (الشيخ الفياض):
٣٤١.....	النقطة الثانية: التكيف الفقهي للسندات ^٥ :
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	
تخريجان للصورة الأولى:.....	٣٥٤
الصورةُ الثانية: الاقتراض من البنك مع تحويل أخذ القرض إلى بلد آخر...٣٥٥	
تخريجات 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
الصورة الأولى: إذا كان الغرض من الإيداع تحصيل الجائزة.....٣٦٨	
الصورة الثانية: إذا كان الغرض من إعلان الجائزة هو جذب المودعين..٣٧٢	
تحصيلُ الكمبيالات.....	٣٧٥
أنحاء تحصيل الكمبيالة:.....	٣٧٦
النحو الأول: تقديم المستفيد كمبيالة إلى بنك غير محول عليه أساساً....٣٧٦	
النحو الثاني: تقديم المستفيد كمبيالة إلى بنك محولة عليه.....٣٧٧	

٦٢٢.....بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة

النحو الثالث: تقديم المستفيد كميالة إلى البنك مع عدم وجود رصيد مالي له ٣٧٨

السحبُ على المكشوف..... ٣٨٣

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

خصمُ الكمبيالات..... ٣٩١

المبحثُ الأول: تنزيل الكمبيالة الحقيقية وتخريجاتها الفقهية..... ٣٩٢

التخريجُ الأول: أن يكون من باب البيع، وله تقريران:..... ٣٩٢

التقريبُ الأول: بيع الدين المؤجل بأقل منه حالاً:..... ٣٩٢

تحقيق الحال في الأوراق النقدية:..... ٣٩٣

أدلة المشهور بأن 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 تاريخياً.....	٤٠٥
روايتان تمنعان من بيع الدين بالأقل:.....	٤١٣
التقريبُ الثاني: على أساس البيع، وله ثلاثة بيانات:.....	٤١٥
البيانُ الأول: متعلق البيع ذات الكمبيالة.....	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 الكمبيالة الصورية وتخريجاتها الفقهية.....	٤١٨
التخريجات لصحة تنزيل كمبيالة المجاملة:.....	٤٢٠
التخريجُ الأول: يرجع إلى وكاليتين مع حوالة:.....	٤٢٠
التخريجُ الثاني: على أساس القرض.....	٤٢٧
التخريجُ الثالث: البيع بأقل من القيمة الواقعية.....	٤٢٩

٦٢٤.....بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة

التخريجُ الرابع: يدخل ضمن مجهول المالك.....٤٢٩

العملُ في شُعب البنوك.....٤٣٣

عقدُ التأمين.....٤٤٥

المقام الأول: حقيقة عقد التأمين.....٤٤٦

الاتجاهُ الأول: اندراجه تحت الهبة المشروطة.....٤٤٦

الاتجاهُ الثاني: إندراجه تحت عقد الضمان.....٤٥٢

المقامُ الثاني: اندراج عقد التأمين تحت عمومات ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.....٤٥٨

المقامُ الثالث: موانع عقد التأمين.....٤٥٩

المانعُ الأول: انطباق عنوان القمار عليه.....٤٥٩

المانعُ الثاني: أنّه ضمان ما لم يثبت.....٤٦٤

المانعُ الثالث: اشتماله على زيادة ربوية.....٤٦٧

المانعُ الرابع: عقد التأمين غرري.....٤٧٦

المانعُ الخامس: منافاة عقد التأمين لحقيقة المعاوضة.....٤٨٧

تتمّة: التأمين الجماعي والتخريجات الفقهية له.....٤٩٠

التخريجُ الأول: دخوله تحت عمومات ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.....٤٩١

التخريجُ الثاني: دخوله تحت الصلح المشروط.....٤٩١

٦٢٥.....	الفهرست
٤٩٧.....	الإجارة بشرط التملك
٤٩٧.....	الصورة الأولى: التملك على نحو شرط الفعل
٤٩٧.....	الصورة الثانية: التملك على نحو شرط النتيجة
٥٠٧.....	بطاقات الإئتمان
٥٠٨.....	أنواع البطاقات الائتمانية:
٥٠٨.....	النوع الأول: البطاقات المغطاة
٥٠٨.....	النوع الثاني: البطاقات غير المغطاة
٥٠٨.....	النوع الثالث: البطاقات غير المغطاة مع عدم سحب العضوية في حالة التخلف
٥٠٩.....	تخريجات العقد الحاصل من جهة البنك وحامل البطاقة:
٥٠٩.....	التخريج الأول: من مصاديق عقد الحوالة
٥٠٩.....	التخريج الثاني: معاملة مستقلة
٥١١.....	وجهان في أخذ الرسوم على البطاقة:
٥١١.....	التخريجات الفقهية في الفائدة المأخوذة من صاحب المحل التجاري
٥١٢.....	التخريج الأول: تقديم الخدمات العقلانية
٥١٣.....	التخريج الثاني: على أساس الحوالة
٥٢١.....	التخريج الثالث: العملية مركبة من عقدين على نحو التركيب

٦٢٦.....	بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة
٥٢٣.....	حقيقة العقود 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 اليزدي)
٥٤٩.....	التخريج الرابع: إلزام مركب من التزامين.
٥٥١.....	التخريج الخامس: من باب ضمان الغرامة.
٥٥٣.....	التخريج السادس: عقد مستقل
٥٥٩.....	السرقفلية (حق الخلو)
٥٥٩.....	المحور الأول: معنى السرقفلية
٥٦١.....	المحور الثاني: التخريجات الفقهية لولية السرقفلية.
٥٦١.....	التخريج الأول: السرقفلية جزء العوض (السيد الروحاني)
٥٦٤.....	التخريج الثاني: على أساس الوكالة (السيد الروحاني)
٥٦٧.....	التخريج الثالث: معاملة مستقلة

الفهرست.....	٦٢٧
التخريجُ الرابع: مقابل التنازل عن الحق.....	٥٧١
المحورُ الثالث: حق المطالبة بما يسمى بحق الكسب.....	٥٧٥
المحورُ الرابع: كيفية اشتراط السرقة.....	٥٧٩
المحورُ الخامس: وجوب تخميس حق السرقة.....	٥٨٩
المصادرُ.....	٥٩٥
الفهرست.....	٦١٣

تم بحمد الله تعالى

من مؤلفات الشيخ شهاب الدين أحمد:

- ١- محاضرات في الفقه الإستدلالي (شرح قبال اللمعة) في جزئين والثالث قريباً.
- ٢- بحوث في شرح الفقه الإستدلالي (في قبال المكاسب) صدر جزءاً واحداً.
- ٣- المباني الأصولية في فقه المسائل المستحدثة في جزئين.
- ٤- بحوث في فقه المسائل المصرفية المعاصرة (وهو الكتاب المائل بين يديك).
- ٥- أثر اختلاف المباني الأصولية على الاستنباط (مقارنة بين آراء السيد الخوئي والسيد محمد باقر الصدر) سيصدر قريباً إن شاء الله تعالى.