

بسم الله الرحمن الرحيم
والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين

يشرف مثلي أن يقدم لبعض الإنتاج الفقهي للعلامة الشيخ الأستاذ الدكتور/ محمد الصديق الضيرير -
تغمده المولى بواسع رحمته، فأشرفُ بشرف ما يحمل هذا الفقيه من علم، وبشرف مقامه بين الراسخين
من العلماء .

ولا أتردد في عد الشيخ العلامة من المجتهدين في فقه مستجدات العصر في المعاملات المالية
الإسلامية والشيخ مجتهد في طبقة المخرجين على المذهب المالكي إلا أنه متمكن من فقه المذاهب
الأخرى لا يغيب عنه ما دق فيها من المسائل .

ومن شاء أن يعلم فقه الشيخ وعلو مقامه فيه، فلينظر في كتبه وأبحاثه ليقف على النقل الدقيق،
والفهم الحصيف في إدراك نصوص الفقهاء، وعدم الوقوف على النصوص تعبدًا بل سيجد الاستنباط
والتخريج والقياس، وقد يجتهد خارج نصوص الفقهاء وحق له ذلك، فقد صدق فيه قول القائل: هم
رجال ونحن رجال .

ومن عرف الشيخ عن قرب ومخالطة أدرك الأدب الجم والصدر الرحب، وسلامة الصدر، ونبل
المقصد، وأدب تقبل الرأي الآخر وإن كان مخالفاً أو مصادماً، ولو جفا صاحبه وأغلظ، وعن هذا الأدب
يقول شيخه الأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور المشرف على رسالة الدكتوراه: (لقد أعجبني ما لمستته
فيه أثناء إشرافي عليه في تحضير هذه الرسالة من تواضع العلماء، وسمت المؤمنين، مع أدب وحياء
يزيده سمواً ومكانه .. فقد كان معي مهذباً ليناً، يعرض وجهته إن كانت له وجهة مخالفة في أدب
وحياء، في صورة استفسار وتفهم، فإذا ناقشته ولم يقتنع يعاود مناقشته في جلسة ثانية حتى يستوثق
ويقتنع أو يقف عند رأيه واعدأ بإعادة النظر ليتخلص في أدب، واختلاف الرأي من طبيعة البشر ولكل
وجهة) .

ثم إن اجتماع هذين - العلم والخلق - هما اللذان وضعاً - بتوفيق الله - للشيخ القبول بين أقرانه
وطلبة العلم، كما وضع القبول لمؤلفاته حتى كثر رجوع العلماء وطلبة العلم إليها، استفادة منها والعزو
إليها ، فمن أسند إليها فعلى ثقة ثبت أسند وأحال .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن ترجيحات الشيخ واستنباطاته وتخرجاته في القضايا الفقهية المعاصرة
حظيت بالتقدير والاعتبار، وأخذ كثيرون بكثير منها، وإن خولف في القليل .

ولا ريب أن المكتبة الفقهية في المعاملات المالية الإسلامية المعاصرة قد حظيت من الشيخ بأبحاث
هي في الصدارة من حيث الأهمية والمكانة العلمية، وأظن أن لو لم يقدم الشيخ للمكتبة سوى كتابه
(الغرر في العقود في الفقه الإسلامي)، وقد قدم في هذا الكتاب نظرية متكاملة في موضوع الغرر ما
أظنه إلا سبق فيها غيره، وهو رسالته في الدكتوراه وفي الرسالة وصاحبها يقول الأستاذ الدكتور محمد
سلام مذكور رحمه الله: (لقد حاول المؤلف جهد طاقته أن يجول في مذاهب الفقه الإسلامي ليعرض
اتجاهات الفقهاء في كل هذا، ويقارن بينها، ويخرج بنتيجة تلقي ضوءاً بيناً على شخصيته ومقدار تأثيره
بدراسة الفقه الإسلامي... وبذل في كل ذلك مجهوداً مشكوراً ينبئ عن سعة اطلاع وقدرة على الفهم

والاستنباط، وتهيئ لدراسة الموضوعات الفقهية والوصول فيها إلى نتائج مثمرة، والمتوفر على دراسة هذه الرسالة يخرج منها لا محالة بثروة فقهية طائلة في هذا الموضوع ويشعر بأنه يعيش مع شخصية تتصف بالفهم والدقة والأمانة والتهيئ لعرض ما يريد أن يمارسه من مسائل الفقه والتشريع عرضاً نافعاً مثمراً يضيف به إلى مكتبة الفقه الإسلامي جديداً نافعاً في فهمه وبحثه) .

وأشير هنا إلى لطيفة هي متعة الإستماع إلى الشيخ حين يعرض بحثه في المؤتمرات والندوات بحضور العلماء وطلبة العلم مرتجلاً مسترسلاً بطلاقة وسمو عبارة كأنما يقرأ من كتاب يتمهل لو شاء سامعه أن يكتب عنه لكتب، وتزيد المتعة إذا دخل الشيخ في نقاش علمي مع أقرانه من الفقهاء الحضور، فهنا متعة السامعين المتابعين، قوة في الحجة، وفصاحة في العبارة وأدب رفيع وإن ارتفع الصوت في حماسة وثقة واعتزاز بالرأي، فقد استوعب موضوعه وكأنه قد أعد ردوده مسبقاً، ولا أذكر موضعاً عرض فيه رأيه ثم رجع عنه لا لشيء إلا أنه لا يصدر عن رأي إلا وقد أحاط به وبمضامينه وأبعاده، واقتنع به وأصله بالأدلة والشواهد .

ويلحظ أن الشيخ - رحمه الله - إنما يختار مواضيع أبحاثه مما تشتد الحاجة إليه مما أشكل واستصعب مسلكه الباحثون، أو تعارضت فيه الأدلة، واحتاج إلى نظر واجتهاد، ومن ذلك أبحاثه في: بيع الإنسان ما اشتراه قبل قبضه، والسلم وتطبيقاته، والاختيارات، وعقود الصيانة وتكييفها الشرعي، وأحكام الديون، وخطاب الضمان، ونحو ذلك بقية أبحاثه .

وخيراً فعلت شركة شورى للاستشارات الشرعية في لفتتها لتكريم فضيلة الشيخ الصديق الضير رحمه الله في مؤتمرها الفقهي السادس من خلال طباعة زمرة من نفيس أبحاثه في المعاملات المالية المعاصرة، فأضافت شورى إلى ما سبقت طباعته من تلك الأبحاث مجموعة أخرى كان قد قدمها الشيخ رحمه الله في عدد من المؤتمرات والندوات والمجامع الفقهية .

ولا يفوتنا أن نتوجه بالشكر والعرفان للبنك الإسلامي للتنمية الذي تحمل نفقات طباعة هذا الكتاب، فجزى الله الجميع خيراً الجزاء .

هذا وما أظنني قد وفيت من حق الشيخ علماً ومكانة إلا طرفاً يسيراً مما يستحق، وما نقول إلا ما علمنا وأدركنا وعاشنا، وما قلنا إلا ما نظن، ولا نزكي على الله أحداً {هو أعلم بمن اتقى} .

كتبه: الشيخ عجيل جاسم النشمي

الكويت 19 محرم 1437

1 نوفمبر 2015

مقدمة

فضيلة الشيخ د. أحمد علي عبدالله

معذرة أيها القارئ الكريم، فإن من حق الشيخ البروفسور الصديق محمد الأمين الضرير على معاصريه من علماء الأمة وعلى أهل السودان منهم خاصة، أن يضطلع بتقديمه والتعريف بمنتجاته العلمية كبار العلماء وأساطين المعرفة، غير أن الأقدار أبت إلا أن تفضحني حين قبلت، لفرط جهلي، ولالية هذه المهمة الصعبة... و يقيني أن عجزني لا ينقص من قدر الشيخ في شيء، فهو عالم غني عن التعريف، وراغب عنه، طبعاً وتجرداً. ولزهادته في الأضواء عموماً، هياً الله تعالى له أسباب الشهرة والفتح والكرامة على نطاق السودان والعالم العربي والإسلامي، بل على مستوى كل العالم.

اشتهرت أسرته بطلب العلم عموماً، ويعلمون الشريعة وما يتصل بها من معارف لما لا يقل عن قرنين من الزمان. وظلت دارهم ومسجدهم بمئذنتيه شامخاً في وسط أم درمان وشاهداً على هذا التاريخ الذي ينفق فيه العلماء علمهم ووقتهم ومالهم بسخاء، وينتظرون المثوبة والمدد من عند الله المعطاء.

كان جده الأمين يلقب "بشيخ الإسلام" ويعرف "برئيس ومميز علماء السودان". "كما كان والده" الفكي محمد" عالماً كبيراً، آلت إليه شياخة العلم بعد والده. قال في حقه الشيخ إبراهيم عبد الرازق:

كان الفكي محمد عالماً جليلاً وحبراً من الأبحار، وفقهياً من أكبر الفقهاء. ويقال فيما يقال لو أنه

كان في زمن مضى وحضر فقهاء المدينة السبعة ل زاد عددهم ^(١) .

إن أتراب الشيخ الصديق وتلاميذه ومعجبيه من العلماء في كل بقاع الأرض، لا يقلون عن أترابه وتلاميذه ومعجبيه في السودان . فإذا قصرت قامتي عن تقديم أستاذنا على النحو الذي يليق بمقامه، فإن شهرته تساعد على استكمال ما قصرنا فيه، وغفلنا عنه وعجزنا - تعبيراً - عن إبرازه . ويقيني أن الشيخ الصديق ليس مهموماً بهذه المسائل، وإنما غرضه الجوهري أن تصل هذه الكتب للناس لينتفعوا بها .

صاحب هذه المؤلفات من علماء عصره القلائل الذين ورثوا وتلقوا علوم الشريعة بمناهجها القديمة المعتمدة على: دراسة المتون وحفظها واستيعاب شروحها وحواشيها في: علوم القرآن والسنة، واللغة العربية، وأصول الفقه، والفروع الفقهية والسياسة الشرعية . ثم نال تدريباً متقدماً في مناهج ومدارس التعليم الحديثة، فجمع في حصيلته العلمية بين أحسن مافي النظامين .

الشيخ الصديق عالم بحر، وعبد عامل بعلمه في صمت وتجرد، ولكأن نفسه لا تملي عليه شيئاً من حظوظها، فقد أحكم قيادها، وروضها حتى صارت عوناً له في مسيرته العلمية . لا تكاد تجد هذا الشيخ متقدماً ليؤم الناس في الصلاة الجامعة، ولا في الأعياد والمناسبات ما دام في الناس حوله من يقوم بهذا الواجب . ولا تجده يتصدر المجالس، ولا يعلن عن أستاذيته . ولا تراه يتطلع أو يستعجل مقابلة أو مصافحة ولالة الأمر وغيرهم من المسؤولين، ولا يطرق أبوابهم، ورغماً عن كل ذلك طارت شهرته في الآفاق .

هو شيخ يعمل على إخفاء نفسه حتى يجد الوقت الذي يستثمره في إبراز حكم الشريعة، ليكون هادياً لولاة الأمر وغيرهم إلى صراط الله المستقيم . فهو كما يقول ابن العربي: "كن فقيراً من الله كما أنت فقير إليه" . فكما أنه ليس في جناب الحق شئ من العبودية، فهو رب محض موصوف بصفات الجلال والكمال، فكن أنت عبداً محضاً . مشتملاً على صفات العبودية من التواضع والانكسار لجلال المولى وكماله . وهكذا كان الشيخ الصديق .

إن علماء الأمة يتعجبون في مؤتمراتهم ومنتدياتهم المختلفة من أن الشيخ الصديق الضريع يبدي ملاحظاته على كل الأوراق التي قدمت في المؤتمر بالغاً ما بلغت . فمن أين لهذا الشيخ من الوقت ما يكفيه

لقراءة كل هذه الأبحاث؟ ويصوب فيها من الأخطاء في اللغة، أو النقل، والأحكام وإغفال بعض الأدلة وإبراز بعضها في غير محله، مشيراً إلى مواطن التناقض إن وجدت . . ومصدر وقته قول الصادق

^١ - والإشارة هنا إلى سبعة من الفقهاء التابعين ممن استوطنوا المدينة المنورة واشتهروا بالعلم وقاموا بواجب (وإرشاد لالة الأمر والنصح عامة، وهم:

1. عروة بن الزبير بن العوام . 2. سعيد بن المسيب . 3. القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق . 4. خارجة بن زيد بن ثابت

5. عبيد الله بن عبد الله بن عتبة . 6. أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث . 7. سليمان بن يسار

المصدق : "اعملوا فكل ميسر لما خلق له" . هذه هي الثغرة التي رأى أن يوليها اهتمامه الأكبر، وجل وقته، وثاقب نظره .

ويكفي في الدلالة على شهرته والثقة في سعة علمه - رغماً عن ابتعاده عن الأضواء - أن نشير إلى جانب تمثيلي لبعض مناشطه العلمية وحجم العرفان بها:

كان من أوائل العلماء الذين رُشّحوا^(٢) لجائزة الملك فيصل العالمية 410 هـ- 1989م . ونالها بجدارة لعطاءه المتكامل والمتجرد للأمة الإسلامية، وعلى وجه الخصوص لدرته العلمية الفريدة " (الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي) " .

نال نجمة الإنجاز، ثم جائزة الدولة التقديرية للعلماء في السودان .
نال تكريماً مستحقاً من بنك السودان المركزي واتحاد المصارف السوداني وشركات التأمين وجامعة الخرطوم والهيئة القضائية عرفاناً بدوره تنظيراً وتنفيذاً: لنشأة المصارف الإسلامية وشركات التأمين وتخريج القانونيين وتدريبهم، ولمشاركته الواسعة في تطوير التعليم العالي .
ونال بسبب مؤلفاته ومشاركاته الواسعة في المؤتمرات والندوات والحلقات العلمية، وبروز اجتهاداته وبحوثه العلمية في النوازل العصرية، عضوية:

أ . مجمع الفقه الإسلامي بجدة .

ب . المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة .

هـ . مجمع الفقه الإسلامي بكراتشي، باكستان .

ح . مجمع الفقه الإسلامي بالسودان .

هـ . المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية البحرين .

غ . لجنة الجامعة العربية لمراجعة القوانين لتتوافق مع الشريعة الإسلامية .

ك . لجنة مراجعة القوانين السودانية لتتوافق مع الشريعة الإسلامية .

و . لجنة قانون التأمين وفق أحكام الشريعة الإسلامية .

ط . رئاسة الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية بالسودان

ى . رئاسة الهيئة العليا للرقابة الشرعية على التأمين بالسودان^(٣) .

للشيخ الصديق مشاركات واسعة في حقل التعليم الجامعي وفوق الجامعي وذلك على مستوى التدريس وإصلاح المناهج والعمل الاجتماعي والخيري ومناشط الدعوة وبذل الجوائز لحفظ

٢ - (صحيح البخاري، ج4/ص1891 - وصحيح مسلم، ج4، ص2039) .

٣ - (كان الترشيح من جامعة أفريقيا العالمية - بالسودان) .

٤ - (ومناشط أخرى كثيرة يرجع إليها في سيرته الذاتية) .

القرآن العظيم ولأفضل طالب في الشريعة الإسلامية في جامعة الخرطوم. والعمل باعتباره أستاذاً زائراً للجامعات في العالم العربي والإسلامي وفي أوربا.

على القارئ الكريم أن يستصحب كل هذا التاريخ وهذه المعاني وهو يشرع في قراءة هذه المجموعة من الكتب التي تمكنت اللجنة الفنية لتكريم الشيخ الضرير من طباعتها ونشرها.

الكتاب الأول عن التأمين:

أول هذه الكتب عن التأمين. ويعتبر الشيخ الصديق هو أبو التأمين الإسلامي تنظيراً وتطبيقاً. ففي أول مؤتمر جامع لدراسة التأمين من وجهة نظر إسلامية في عام 1961 بدمشق، اجتمع كبار علماء الأمة الإسلامية لبحث هذا الموضوع. وانقسم المؤتمرين إلى فريقين:

أحدهما ذهب إلى جواز التأمين التجاري على ما هو عليه، وكان هذا الفريق بقيادة الأستاذ مصطفى الزرقا والأستاذ علي الخفيف.. والثاني قال: بحرمة التأمين التجاري لما ينطوي عليه من الربا والقمار والغرر، وهؤلاء كانوا بقيادة الشيخ محمد نجيب والأستاذ محمد أبو زهرة.

كان أصغر المؤتمرين آنذاك هو الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير، وطرح في بحثه رأياً وسطاً يعتمد على ما يلي:

1. أن التأمين سواء أكان إسلامياً أم تجارياً؛ فهو يشتمل على غرر كثير.
2. وأن الغرر الكثير يفسد عقود المعاوضات المالية بإجماع الفقهاء، ويفسد عقود المعاوضات غير المالية والتبرعات عند الجمهور. ولذلك يحرم بموجبه التأمين التجاري.
3. أن المالكية يرون أن الغرر لا يفسد عقود التبرعات. وبناء على ذلك يرى الشيخ الصديق أنه يمكن أن ينشأ التأمين الإسلامي على أساس عقد التبرع. مبيناً أن أصل التأمين بدأ تعاونياً بناء على عقود التبرعات. ومنذ ذلك الوقت بدأ رأي الشيخ الصديق الضرير يكتسب مساحة من القبول حتى صار رأيه هو مذهب الأغلبية من المعاصرين.

وعند نشأة بنك فيصل الإسلامي السوداني كان الشيخ الضرير هو رئيس هيئة الرقابة الشرعية لهذه

المؤسسة . واستطاع بسهولة أن يضع التصور المتكامل لإنشاء أول شركة تأمين إسلامية . وصار رئيساً لهيئة الرقابة الشرعية لهذه الشركة إلى يومنا هذا . ومن خلال تجربة هذه الشركة نشأت شبكة واسعة من شركات التأمين وشركات إعادة التأمين الإسلامي .

في هذا الكتاب تجدون التصور المتكامل والإجراءات العملية لإنشاء شركات التأمين الإسلامي وشركات إعادة التأمين .

الكتاب الثاني بعنوان: الفائدة التي تتعامل بها البنوك:

يشتمل هذا الكتاب على ثلاثة مباحث، هي:

2/1 الفائدة التي تتعامل بها البنوك: من ربا القرض الثابت تحريمه: بالكتاب والسنة والإجماع.

2/2 حكم التعامل المصرفي المعاصر بالفوائد.

3/2 تعليق الشيخ الأستاذ الصديق محمد الأمين الضرير.

على بحث

(موقف الشريعة الإسلامية من المصارف)

للدكتور إبراهيم عبد الله محمد ناصر .

الكتاب الثالث بعنوان: أشكال وأساليب الاستثمار في البنوك الإسلامية

ويشتمل هو الآخر على ثلاثة مباحث:

3/1 أشكال وأساليب الاستثمار في البنوك الإسلامية.

3/2 تحول المؤسسات التقليدية إلى الالتزام بالشريعة.

3/3 حكم التورق كما تجرّه المصارف في الوقت الحاضر .

3/4 تعليق البروفيسور الصديق الضرير على محاضرة.

(نحو مراجعة شاملة للنظام المصرفي الإسلامي)

للبروفيسور محمد هاشم عوض .

الكتاب الرابع: موضوعه خطابات الضمان وبطاقات الائتمان، ويحتوى على أربعة مباحث:

4/1 خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية.

4/2 تعقيب من فضيلة الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير على تعليقين على

محاضراته بعنوان:

(خطاب الضمان في الشريعة الإسلامية، حكم إصدارها وحكم أخذ الأجر على

إصدارها) .

الكتاب الخامس عن: بعض أحكام الديون ومعالجتها .

الكتاب السادس عن: بعض العقود الاستثمارية في الشريعة الإسلامية .
وبعض أحكامها وهي:

- 6/1 بيع المرابحة للأمر بالشراء .
- 6/2 بيع العربون .
- 6/3 السلم وتطبيقاته المعاصرة .
- 6/4 عقود الصيانة وتكييفها الشرعي .
- 6/5 بيع الإنسان ما اشتراه قبل قبضه .
- 6/7 الغرر المانع من صحة المعاملة ومقداره .
- 6/8 مدى مسؤولية المضارب ومجالس الإدارة عما يحدث من الخسارة .
- 6/9 اشتراط الاستثمار فيما لا يقل ربحه عن نسبة محددة .

الكتاب السابع عن: الأسهم .

ويحتوي على مباحث هي:

- 7/1 المقارنة والموازنة بين الآراء المانعة للمساهمة في شركات المساهمة التي تتعامل بالحلال المختلط أحياناً بالحرام والترجيح بين حججها .
- 7/2 دراسة أنواع الأسهم وتصور مكوناتها .
- 7/3 سندات المقارضة .
- 7/4 أدونات الخزنة .
- 7/5 زكاة الأسهم في الشركات في الفقه الإسلامي .

الكتاب الثامن يحتوي على مباحث في تأصيل القانون المدني ضمن مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد يتضمن هذا الكتاب مجموعة من المذكرات قدمت إلى الأمانة العامة لجامعة الدول العربية - الإدارة العامة للشؤون القانونية إدارة التشريع والبحوث لمقترح نصوص مواد ضمن مشروع قانون المعاملات العربي الموحد اشتملت على الآتي:

- 8/1 تأصيل المواد 87- 107 من القانون المدني الأردني الخاص بالعقد .

8/2 تأصيل المواد الخاصة بالموضوعات التالية في القانون المدني الأردني:

(1) العقد الصحيح والباطل والفاقد - المواد 167-170 .

(2) العقد الموقوف والعقد غير اللازم المواد 171-176 .

(3) الخيارات التي تشوب لزوم العقد - المواد 177-198 .

(4) انحلال العقد (الإقالة) - المواد 241-247 .

(5) آثار انحلال العقد - المواد 248-249 .

8/3 مذكرة عن الأحكام الخاصة بآثار الالتزام في مشروع القانون المدني الموحد .

8/4 تأصيل المواد المتعلقة بالتصرفات المشروطة بالتعليق والأجل وتعدد المحل من

القانون المدني الأردني المواد 393-411 .

8/5 تأصيل المواد المتعلقة بتعدد طرفي التصرف في القانون المدني الأردني المواد

412-443 .

الكتاب التاسع: يحتوي على بحثين أولهما العقد من حيث الصحة والبطلان والثاني الشرط الجزائي .

فالبحث الأول اشترك في إعداده البروفسير الصديق الضرير وكتب الفصل الأول فيه والدكتور محمد

الفتاح حامد كتب الفصل الثاني .

تناول الفصل الأول العقد من حيث الصحة والبطلان في الفقه الإسلامي (المذهب الحنفي) وتناول

الفصل الثاني العقد من حيث الصحة والبطلان في القانون - وقد اعد هذا البحث في ظل القوانين

المدنية السارية وقت أعداده أي قبل عام 1984م تاريخ صدور قانون المعاملات المدنية المستمدة أحكامه

من الشريعة الإسلامية .

وجاء الفصل الثالث ليوازن بين الفقه الإسلامي والقانون .

والبحث الثاني عن الشرط الجزائي وتناول التعريف بالشرط الجزائي، والشرط الجزائي في القانون الأردني

وحكم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي وضابط العقود التي يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيها والتي لا

يجوز .

الكتاب العاشر : عن إجماع أهل المدينة .

السمة المميزة للمباحث المكونة لهذه الكتب هي أنها تتناول قضايا معاصرة، وموضوعات حية، وتحديات

تختبر اجتهادات فقهاء العصر . وتم تناول هذه النوازل من قبل عدد كبير من العلماء، ولكن استاذنا الشيخ

الصديق الضرير كان أبرز العلماء الذين قبلوا هذا التحدي، وأقبلوا عليه بيزاد علم واسع، وخبرة في

الاجتهاد، وبصبر جميل وتواضع جم، وتجرد عن الأنا .

قابلت هذه القضايا والتي بحثت في الكتاب الأول وحتى السابع كل المسلمين المهمومين بتطبيق الشريعة الإسلامية على معاملاتهم من العاملين: في المصارف الإسلامية وشركات التأمين وشركات توظيف الأموال وشركات ومؤسسات الخدمات المالية، وتواجه أعداداً لا تحصى من رجال الأعمال .

تناول الكتاب الثامن مباحث قانونية تعلقت بصياغة مواد مستمدة من الشريعة الإسلامية لمشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد الذي كانت ترمع جامعة الدول العربية إصداره ليعمل بموجبه بين الدول الأعضاء، واعتبرت مواد القانون المدني الأردني المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية هي الأساس وجرى تأصيلها فما وافق منها آراء الفقهاء أخذ به وما احتاج إلى تعديل وإضافة عدل فيه وأضيف ليوافق آراء الفقهاء وما لم يوافق آراء الفقهاء الغي .

وتناول الكتاب التاسع في المبحث الأول أحكام العقد من حيث الصحة والبطان وقارن بينهما في الفقه والقانون المدني الذي كان سائداً في السودان قبل قانون المعاملات المدنية لعام 1984م المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية وتناول في المبحث الثاني أحكام الشرط الجزائي من الناحية الشرعية .

وتناول الكتاب العاشر أصل من أصول مذهب المالكية يستمد منه الأحكام ألا وهو عمل أهل المدينة .

وعُرف الشيخ الصديق بتجرده التام، وبوقوفه عند حدود الله تعالى، لا يخشى في الحق لومة لائم . ولذلك تجده حريصاً على بيان حكم الشريعة . وعلى الرد كتابة على كل من يخالفه الرأي حتى يطلع المستفيدون من هذه المادة على دليل كل فريق ويرجحون بين الآراء وهم على بصيرة من أمرهم .

وتمثل هذه الكتب جزءاً من عطاء الشيخ الصديق الضريع في مجامع الفقه الإسلامي والمؤتمرات، والمحاضر العامة، والندوات . ونأمل أن تتاح الفرصة له لتحرير ما تبقى من أبحاث وأن يعين لجنة التكريم على طباعتها .

والحمد لله رب العالمين .

د . أحمد علي عبد الله حمد
الأمين العام

للهيئة العليا للرقابة الشرعية
للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية

بيع المراجعة
للأمر بالشراء

بيع المراجعة للآمر بالشراء^٥

^٥ - قُدم هذا البحث إلى مؤتمر مَجْمَع الفقه الإسلامي في دورة انعقاده الخامسة، ونُشرَ بمجلة المَجْمَع، العدد الخامس، الجزء الثاني، 1409 هـ - 1988 م، من ص 991 - 1004 .

1- بيع المراجعة:

البيع إمّا أن يكون عن طريق التفاوض بين البائع والمشتري من غير نظر إلى رأس المال الذي قامت به السلعة على البائع، ويُسمّى "بيع المساومة"، وإمّا أن يكون على أساس رأس المال، ويُسمّى "بيع الأمانة"، وفي بيع الأمانة قد يكون البيع برأس المال فقط، ويُسمّى "تولية" إذا أخذ المشتري كل السلعة، أمّا إذا أخذ جزءاً منها بما يقابله من الثمن، فيُسمّى "إشراكاً"، وقد يكون بربح معلوم، ويُسمّى "مراجعة"، وقد يكون بخسارة معلومة، ويُسمّى "وضيعة"، و"مواضعة"، و"محاطة"، و"مخاسرة".

فبيع المراجعة نوع من البيع الجائز بلا خلاف، غير أنّ بيع المساومة أولى منه عند بعض الفقهاء، يقول ابن رشد: البيع على المكايسة والمماكسة أحب إلى أهل العلم وأحسن عندهم، وذلك لأنّ بيع المراجعة - كما يقول الإمام أحمد -: تعزيره أمانة واسترسال من المشتري، ويحتاج إلى تبين الحال على وجهه، ولا يؤمن من هوى النفس في نوع تأويل أو غلط، فيكون على خطر وغرر، وتجنّب ذلك أسلم وأولى. ويشترط في بيع المراجعة ما يشترط في البيع بصفة عامة، ويختص بشروط خاصة أهمّها علم المتابعين برأس المال والربح، كأن يقول البائع: رأس مالي مائة، أو هو علىّ بمائة، بعثك بها وربح عشرة. وإذا ظهرت خيانة البائع فيما ذكره من الثمن أو غيره مما يجب ذكره، فالبيع صحيح، ولكن يثبت للمشتري الخيار، فإن شاء أخذ بما بيّنه البائع على ما فيه من زيادة، وإن شاء ترك البيع، وقال بعض الفقهاء: ليس للمشتري الخيار، وإنّما له الحق في إسقاط الزيادة^(٦).

2- بيع المراجعة للأمر بالشراء:

حقيقته:

هذه صورة من صور التعامل وردت في "الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية"، وتطبقها البنوك الإسلامية، وكيفية - كما جاء في الموسوعة -: "أن يتقدّم العميل إلى البنك طالباً منه شراء سلعة معينة بالموصفات التي يحددها على أساس الوعد منه بشراء تلك السلعة اللازمة له فعلاً مربحة بالنسبة التي يتفقان عليها، ويدفع الثمن مقسطاً حسب إمكانياته".

ثم أوردت الموسوعة تبريراً لهذه المعاملة فقالت: "فهذه المعاملة مركبة من وعد بالشراء، وبيع بالمراجعة، فهي ليست من قبيل بيع الإنسان ما ليس عنده، لأنّ البنك لا يعرض أن يبيع شيئاً، ولكنه يتلقّى أمراً بالشراء، وهو لا يبيع حتى يملك ما هو مطلوب ويعرضه على المشتري الأمر ليرى إذا كان مطابقاً لما وصف، كما أنّ هذه العملية لا تنطوي على ربح ما لم يضمن، لأنّ البنك قد اشترى فأصبح مالكاً يتحمّل تبعه الهلاك"^(٧) ١ هـ.

^٦ - انظر أحكام بيع المراجعة في: ابن عابدين، 4/211، والدسوقي على الشرح الكبير، 3/159، والمقدمات الممهدة، 2/276، ونهاية المحتاج، 3/163، والمغني، 4/179، والبحر الزخّار، 3/277.

^٧ - الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، 1/29. وهذا الذي ورد في الموسوعة مأخوذ عن الدكتور/ سامي حمود في رسالته: "تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق

فهذه المعاملة تتم في مرحلتين:

المرحلة الأولى: عندما يتقدّم العميل إلى البنك طالباً منه شراء سلعة معينة أو موصوفة ليست عند البنك، فيعده البنك بأنّه سيشتري السلعة التي يطلبها العميل ويبيعها له، ويعدّ العميل البنك بأنّه سيشتريها منه عندما يقدّمها له، ويحددان في هذه المرحلة ثمن الشراء والربح، وطريقة الدفع، وهو مؤجل غالباً، وتطلب بعض البنوك دفع عربون في هذه المرحلة.

وقد يكون هذا الطلب شفوياً، وقد يكون مكتوباً، ولكن جاء في الموسوعة: "إنّه لا ينبغي أن يكون الأمر بالشراء شفاهة، وإنّما يلزم أن يكون طلباً مكتوباً، وأن يتأكّد البنك من جدية الطلب حتى تصبح المخاطرة محسوبة، وحتى يتلافى البنك نكول الأمر بالشراء بعد طلبه ذلك" (١).

والسلعة المطلوبة قد تكون موجودة في السوق المحلي، وقد لا تكون موجودة فيستوردها البنك من الخارج.

المرحلة الثانية: المرحلة الأولى كانت مجرد مواعدة، أمّا هذه المرحلة الثانية فهي مرحلة إبرام العقد، وتبدأ بعد شراء البنك البضاعة وتسلمها وعرضها على العميل وقبوله، وعندئذ تتم كتابة عقد البيع وتوقيعه من الطرفين.

هل هذه معاملة مستحدثة؟

هذه المعاملة ليست مستحدثة، وإنّما المستحدث هو التسمية فقط، أمّا حقيقة المعاملة فهي معروفة في الفقه الإسلامي، ونورد فيما يلي بعض النصوص الفقهية التي تذكر هذه المعاملة وتذكر حكمها:

[1] روى مالك في "الموطأ" أنّه بلغه أنّ رجلاً قال لرجل: ابتع لي هذا البعير بنقد، حتى أبتاعه منك إلى أجل، فسأل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه (١).

ذكر مالك هذه المسألة في باب: "بيعتان في بيعة"، فكأنّه يرى أنّ ابن عمر يعتبرها داخلة فيما نُهي عنه من بيعتين في بيعة.

قال الباجي: "ولا يمتنع أن يوصف بذلك من وجهة أنّه قد لزم مبتاعه بأجل بأكثر من الثمن، فصار قد انعقد بينهما عقد بيع، تضمّن بيعتين: إحداهما: الأولى، وهي بالنقد، والثانية: المؤجلة، وفيها مع ذلك بيع ما ليس عنده، لأنّ المبتاع بالنقد قد باع من المبتاع بالأجل البعير قبل أن يملكه، وفيها سلف وزيادة، لأنّه يبتاع له البعير بعشرة على أن يبيعه منه بعشرين إلى أجل، يتضمّن ذلك أنّه سلفه عشرة في عشرين إلى أجل، وهذه كلها معان تمنع جواز البيع، والعينة فيها أظهر من سائرهما، والله أعلم" (١).

والشريعة الإسلامية"، 476-479.

٨ - المصدر السابق.

٩ - الموطأ مع المنتقى، 57/38.

١٠ - المنتقى، 39-5/38.

وقد أورد فقهاء المالكية صوراً متعددة لهذه المعاملة تحت عنوان: "بيع العينة"، وبخاصة شراح "متن خليل" عند قوله: "جاز لمطلوب منه سلعة أن يشتريها ليبيعها بنماء ولو بمؤجل بعضه" (١١).

[2] قال الإمام الشافعي: "وإذا أرى الرجل الرجل السلعة فقال: اشتر هذه وأربحك فيها كذا، فاشترها الرجل، فالشراء جائز، والذي قال: أربحك فيها بالخيار، إن شاء أحدث فيها بيعاً، وإن شاء تركه، وهكذا إن قال: اشتر لي متاعاً، ووصفه له، أو متاعاً أي متاع شئت، وأنا أربحك فيه، فكل هذا سواء، يجوز البيع الأول، ويكون هذا فيما أعطى من نفسه بالخيار، وسواء في هذا ما وصفت إن كان قال: ابتاعه وأشتريه منك بنقد، أو بدين، يجوز البيع الأول، ويكونان بالخيار في البيع الآخر، فإن جدداه جاز، وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول فهو مفسوخ من قبل شئنين: أحدهما: أنهما تبايعا قبل أن يملكه البائع.

والثاني: أنه على مخاطرة إنك إن اشتريته على كذا أربحك فيه كذا" (١٢).

[3] قال الإمام محمد بن الحسن الشيباني: "قلت: رأيت رجلاً أمر رجلاً أن يشتري داراً بألف درهم وأخبره أنه إن فعل اشترها الأمر بألف درهم ومائة درهم، فأراد المأمور شراء الدار، ثم خاف إن اشترها أن يبدو للأمر فلا يأخذها، فتبقى في يد المأمور، كيف الحيلة في ذلك؟ قال: يشتري المأمور الدار على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ويقبضها، ويجيء الأمر، ويبدأ فيقول: قد أخذت منك هذه الدار بألف ومائة درهم، فيقول المأمور: وهي لك بذلك، فيكون ذلك للأمر لازماً، ويكون استيجاباً من المأمور للمشتري، وإن لم يرغب الأمر في شرائها تمكّن المأمور من ردّها بشرط الخيار، فيدفع عنه الضرر بذلك" (١٣) هـ.

هذه النصوص الفقهية لثلاثة من كبار أئمة الفقه تبين لنا بوضوح أن بيع المرابحة للأمر بالشراء الذي تمارسه البنوك الإسلامية ليس أمراً جديداً - كما يتوهمه بعض الباحثين -، وتبين لنا من هذه النصوص أن السلعة التي يطلب الأمر شراءها قد تكون معينة، وقد تكون موصوفة، وقد لا تكون معينة ولا موصوفة كما في عبارة الشافعي: "أو متاعاً أي متاع شئت"، كما تبين لنا أن الأمر بالشراء قد يشتري السلعة بنقد، وقد يشتريها إلى أجل، وفي الحالين يكون الشراء بربح محدد.

حكم هذه المعاملة عند هؤلاء الأئمة:

هذه المعاملة لا تجوز عند هؤلاء الأئمة الثلاثة إذا كانت ملزمة للطرفين، وهذا واضح من عبارة الشافعي: "وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول فهو مفسوخ"، وواضح أيضاً من عبارة

١١ - متن خليل مع حاشية الدسوقي، 3/88.

١٢ - الأم للشافعي، 3/333.

١٣ - كتاب الحيل رواية السرخسي، ص 79.

الباجي التي شرح بها قول مالك، وهي: "ولا يمتنع أن يوصف بذلك من وجهة أنه قد لزم مباحه بأجل بأكثر من الثمن"، أما الإمام محمد فإن إرشاده المأمور إلى استعمال خيار الشرط يدل على أنه يرى أن إلزام الأمر بالشراء غير جائز، لأنه لو كان جائزاً لم تكن هناك حاجة إلى الحيلة. والتعليل الذي يؤخذ من أقوال هؤلاء الأئمة للحكم بعدم جواز الإلزام هو:

1] أن البيع مع الإلزام يكون قد وقع قبل أن يملك البائع السلعة، كما يقول الشافعي، والباجي.

2] أن الإلزام يجعل هذه المعاملة داخلة في "بيعتين فيبيعة" المنهي عنها، كما يقرر الباجي.

3] أن الإلزام يجعل في المعاملة مخاطرة: "إنك إن اشتريته بكذا أربحك فيه كذا"، كما يقول الشافعي.

4] أن في هذه المعاملة سلف وزيادة، كما يقول الباجي.

وهذه كلها معان تمنع جواز البيع، والأظهر عندي هو المانع الأول، وهو أن الإلزام بالوعد يجعل هذه المعاملة من قبيل بيع الإنسان ما لا يملك.

ويُفهم من أقوال هؤلاء الأئمة الثلاثة أن هذه المعاملة تجوز إذا جعل للطرفين الخيار، أو جعل الخيار لأحدهما، وقد صرح الإمام الشافعي بهذا، بل إن الشافعي جعل الخيار للمشتري من غير شرط، وحكم بأن اشتراط الإلزام مفسد لعقد البيع بين الأمر والمأمور.

الخلافاً للحادث في الإلزام بالوعد في هذه المعاملة:

لا أعلم خلافاً معتبراً بين الفقهاء المعاصرين في جواز بيع المرابحة للأمر بالشراء إذا جعل للطرفين أو لأحدهما الخيار، وإنما الخلاف بينهم فيما إذا وقع هذا البيع على الإلزام من أول الأمر، بمعنى أن البنك ملزم بالبيع مرابحة للأمر بالشراء، والأمر بالشراء ملزم بتنفيذ وعده بالشراء، عندما يقدم له البنك السلعة المطلوبة.

وقد ظهر أول اختلاف بين الفقهاء المعاصرين عندما بحث هذا الموضوع في مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي 1399هـ - 1979م، وكان رأي الأكثرين جواز الإلزام بالوعد في هذه المعاملة، ولهذا جاءت توصية المؤتمر على النحو التالي: يرى المؤتمر أن هذا التعامل يتضمن وعداً من عميل المصرف بالشراء في حدود الشروط المنوّه عنها، ووعداً آخر من المصرف بإتمام هذا البيع بعد الشراء طبقاً لذلك الشرط.

إن مثل هذا الوعد ملزم للطرفين قضاءً طبقاً لأحكام المذهب المالكي، وملزم للطرفين ديانةً طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى، وما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاءً إذا اقتضت المصلحة ذلك، وأمكن للقضاء التدخل فيه.

تحتاج صيغ العقود في هذا التعامل إلى دقة شرعية فنية، وقد يحتاج الإلزام القانوني بها في بعض الدول

الإسلامية إلى إصدار قانون بذلك^(١). انتهت التوصية.

وبحث هذا الموضوع مرة أخرى في مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني المنعقد بالكويت في جمادى الآخرة 1403 هـ - مارس 1983م، وأصدر فيه المؤتمر التوصية التالية:

[8] يقرّر المؤتمر أنّ المواعدة على بيع المرابحة للأمر بالشراء، بعد تملك السلعة المشتراة وحيازتها، ثم بيعها لمن أمر بشرائها بالربح المذكور في الموعد السابق هو أمر جائز شرعاً، طالما كانت تقع على المصرف الإسلامي مسؤولية الهلاك قبل التسليم، وتبعة الرد فيما يستوجب الرد بعيب خفي.

وأما بالنسبة للوعد وكونه ملزماً للأمر أو المصرف أو كليهما فإنّ الأخذ بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات، وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل، وإنّ الأخذ بالإلزام أمر مقبول شرعاً، وكل مصرف مخير في الأخذ بما يراه في مسألة القول بالإلزام حسب ما تراه هيئة الرقابة الشرعية لديه.

وكانت التوصية الخاصة بجواز بيع المرابحة للأمر بالشراء بالإجماع، أمّا التوصية الخاصة بجواز الإلزام بالوعد فكانت رأي الأكثرية.

وبحث هذا الموضوع مرة ثالثة في ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي المنعقدة بالمدينة المنورة في شهر رمضان 1403 هـ - يونيو 1983م، وجاءت الفتوى على النحو الآتي: "وأما صورة المرابحة للأمر بالشراء فإنّ اللجنة تؤكّد ما ورد في المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي المنعقد في الكويت مع ما تضمّنت من تحفّظات بالنسبة للإلزام".

وقد اختلف العمل في البنوك الإسلامية بالنسبة لإلزام الأمر بوعده وعدمه، تبعاً لاختلاف فتاوى هيئات الرقابة الشرعية للبنوك، والعمل في كل البنوك الإسلامية في السودان على عدم الإلزام، ما عدا بنكاً واحداً، وتضمن بعض البنوك نصاً صريحاً في العقد يعطى الأمر الخيار في الشراء وعدمه، عندما يقدّم له البنك السلعة المطلوبة.

والصواب عندي: هو عدم إلزام الأمر بالشراء، للأدلة التي ذكرها المتقدمون من الفقهاء، وأقواها أنّ بيع المرابحة للأمر بالشراء مع إلزام الأمر بوعده يؤدي إلى بيع الإنسان ما ليس عنده، لأنّه لا فرق بين أنّ يقول شخص لآخر: بعثك سلعة كذا بمبلغ كذا، والسلعة ليست عنده، وبين أنّ يقول شخص لآخر: اشتر سلعة كذا، وأنا ملتزم بشرائها منك بمبلغ كذا. وبيع الإنسان ما ليس عنده منهى عنه بحديث: (لا

تبع ما ليس عندك)^(٢)، ولا يغيّر من هذه الحقيقة كون البنك والأمر بالشراء سينشئان عقد بيع من جديد بعد شراء البنك السلعة وتقديمها للأمر، ما دام كل واحد منهما ملزماً بإنشاء البيع على الصورة التي تضمّنها الوعد.

أدلة المجوزين للإلزام بالوعد في بيع المرابحة، ودفعها:

١٤ - مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي، 1399 هـ - 1979م، ص 14.

١٥ - انظر: الجامع الصحيح، 3/536، ومنتهى الأخبار مع نيل الأوطار، 5/252، والفرغ وأثره في العقود، للدكتور/ الصديق الضير، ص 318 وما بعدها.

استندل المجوزون للإلزام كل من البنك والأمر بالشراء بوعده في بيع المرابحة للأمر بالشراء بدليلين:
الأول: أن الوعد ملزم للطرفين قضاءً طبقاً لأحكام المذهب المالكي، وملزم للطرفين ديانةً طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى، وما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاءً، إذا اقتضت المصلحة ذلك وأمكن للقضاء التدخل فيه^(١٦).

الثاني: الأخذ بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات، وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل^(١٧).

والدليلان غير مقبولين عندي:

أما الدليل الأول، فغير وارد في مسألتنا، لأن الوعد الذي وقع الاختلاف فيه بين المالكية وغيرهم، فقال المالكية بالإلزام به ديانة وقضاء، وقال غيرهم بالإلزام به ديانة لا قضاء، هو الوعد المعروف من جانب واحد، كأن يعد شخص آخر بأن يدفع له مبلغاً من المال، ومسألتنا هذه ليست من هذا القبيل، لأن الوعد فيها من أحد الطرفين يقابله وعد من الطرف الآخر، فهو أقرب إلى العقد منه إلى الوعد، وينبغي أن تطبق عليه أحكام العقد.

ثم إن الوعد الملزم الذي يجب الوفاء به ديانة وقضاء، أو ديانة فقط، هو الوعد الذي لا يترتب على الإلزام به محذور، والإلزام بالوعد في مسألتنا هذه يترتب عليه محذور، هو بيع الإنسان ما لا يملك. وبناءً على هذا فلا يصح القول بالإلزام بالوعد في هذه المعاملة اعتماداً على رأي المالكية أو غيرهم، ويؤيد هذا أن الإمام مالكاً وفقهاء المالكية من بعده نصوا على منع هذه المعاملة إذا وقعت على الإلزام^(١٨).

ويزيد هذا الأمر وضوحاً أن المالكية لا يُسْمُون مثل هذه المعاملة "وعداً"، وإنما يُسْمُونها "مواعدة"، ولهم في "المواعدة" قاعدة تنطبق تمام الانطباق على مسألتنا، وهذا هو نص القاعدة مع شرحها:

القاعدة الخامسة والستون: "الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية"

ومن ثم منع مالك المواعدة في العدة، وعلى بيع الطعام قبل قبضه ووقت نداء الجمعة، وعلى ما ليس عندك...^(١٩).

وأما الدليل الثاني، وهو أن في الإلزام استقرار المعاملات ومصلحة الطرفين فهو غير مقبول أيضاً، بعدما ثبت أن في الإلزام محظوراً شرعياً، لأن المصلحة التي فيه تكون غير معتبرة شرعاً، فهي كالمصلحة التي تعود على الطرفين في بيع الإنسان ما ليس عنده الذي نهى عنه الشارع.

١٦ - مؤتمر المصرف الإسلامي بديي، 1399هـ - 1979م، ص 14.

١٧ - مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني بالكويت، 1403هـ - 1983م.

١٨ - راجع: ص (3)، وراجع: شراح متن خليل عند قوله: "جاز لمطلوب منه سعة...".

١٩ - إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تأليف أبي العباس أحمد بن يحيى الوثرسي، ص 278.

هذا لو سلّمنا بأنّ في الإلزام مصلحة الطرفين واستقرار المعاملات^(٢٠).
صحيح أنّ البنك يصيبه ضرر كبير إذا كانت السلعة المأمور بشرائها لا تصلح إلّا للأمر، ورفض
شراءها من البنك بعدما تملّكها.
لقد تنبّه القائلون بعدم الإلزام لهذه الحالة، وأرشدنا الإمام محمد بن الحسن إلى أنّ المخرج الذي يجعل البنك
في مأمن من الضرر، هو أنّ يشترط لنفسه خيار الشرط عندما يشتري السلعة المطلوبة، ثم يعرضها على
الآمر في مدة الخيار، فإن قبلها تم البيع ولزمته، وإن رفضها ردّها البنك إلى من اشتراها منه^(٢١).

مسألة تحتاج إلى بحث:

يتبيّن لنا مما تقدّم أنّه لا خلاف بين الفقهاء المتقدمين منهم والمعاصرين، في أنّه يشترط لصحة بيع
المراوحة للأمر بالشراء أنّ يتم عقد البيع بعد أن يتملّك المأمور السلعة المطلوبة، عملاً بالحديث الذي
ينهى عن بيع الإنسان ما ليس عنده، كما يتبيّن لنا أنّ المتقدمين من الفقهاء اشترطوا لصحة بيع
المراوحة للأمر بالشراء أنّ يكون للأمر الخيار في إنشاء العقد بعد أن يتملّك المأمور السلعة، ولا يجوز
إلزامه بإنشاء العقد، لأنّه يؤدي إلى بيع المأمور السلعة قبل أن يتملّكها، وقد أخذ بعض الفقهاء
المعاصرين بهذا الرأي، وخالف بعض منهم، فجوّز إلزام الأمر بإنشاء العقد، ولم ير فيه مخالفة للحديث،
لأنّ البيع يتم بعد أن يتملّك المأمور السلعة.

وظهر في أثناء النقاش في هذا الموضوع اتجاه ثالث يطالب ببحث ما يدلّ عليه حديث: (لا تبع ما
ليس عندك)، هل يتناول النهي فيه كل ما ليس في ملك البائع عند العقد، سواء أكان شيئاً معيناً، أو
موصوفاً في الذمة، وسواء أكان مدخولاً على تسليمه في الحال، أو بعد مدة من الزمان؟ أم يختص
ببعض هذه الحالات؟

وقد كان لي رأي قديم في فهم هذا الحديث، كتبته قبل عشرين عاماً، خلاصته أنّ النهي في الحديث
يتناول بيع الإنسان ما لا يملك إذا كان مدخولاً على تسليمه في الحال، ولا يتناول بيع الأشياء
الموصوفة المتفق على تسليمها بعد مدة محددة من الزمان، لأنّ العلة في المنع هي الغرر الناشئ عن
عدم القدرة التسليم، وهذا الغرر يزول، أو يقل، إذا كان التسليم بعد مدة يغلب فيها تمكّن البائع من
الحصول على المبيع وتسليمه للمشتري، وأخذت من هذا أنّ بيع الاستيراد المتعارف عليه في عصرنا

الحاضر لا يشمل النهي الوارد في الحديث^(٢٢)، ولكنّي توقفت عن الفتوى بهذا الرأي عندما عرضت
علينا مسألة من هذا القبيل في هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني، التي أنشرف
برئاستها، وأصدرت الهيئة فتوى متمشية مع ما عليه الفقهاء من الأخذ بظاهر الحديث، ومنع بيع كل ما
ليس في ملك البائع، إلّا أنّ يكون بيع سلم، وأرسلت بذاكرة في هذا الشأن إلى الهيئة العليا للفتوى
والرقابة الشرعية للبنوك الإسلامية طلبت فيها بحث هذا الموضوع، ولكن لم يتييسر بحثه إلى اليوم.

٢٠ - انظر رأي الدكتور/ أحمد علي عبد الله في أنّ استقرار المعاملات والمصلحة في عدم الإلزام، لا في الإلزام: المراوحة: أصولها، وأحكامها، وتطبيقاتها في
المصارف الإسلامية، "رسالة دكتوراه على الآلة الكاتبة"، ص 255-260.

٢١ - انظر: ص (4).

٢٢ - انظر: كتاب الغرر وأثره في العقود، ص 320.

وقد خَصَّصَ الدكتور/ أحمد على عبد الله فصلاً لهذا الموضوع في رسالته عن: "المرابحة: أصولها، وأحكامها، وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية" (٣)، ثم قدَّم هذا الموضوع تحت عنوان: "البيع على الصفة"، في ندوة في الخرطوم شارك فيها بعض أعضاء هيئات الرقابة الشرعية للبنوك الإسلامية بالخرطوم، ولكن لم يصلوا فيه إلى رأي موحد.
وأقترح أن يبحث المَجْمَع هذا الموضوع في دورته القادمة.

.. ونسأل الله التوفيق والهداية ..

بيع الإنسان ما
اشتراه قبل قبضه

بيع الإنسان ما اشتراه قبل قبضه^{٢٤}

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى سائر الأنبياء والمرسلين، وبعد.

فهذا بحث عن:

بيع الإنسان ما اشتراه قبل قبضه

أقدمه لمَجْمَع الفقه الإسلامي في دورته السادسة، استجابة لطلبه الكتابة في موضوع: "القبض: صورته، وبخاصة المستحدثة منها، وأحكامها".

وقد رأيت أن أقصر بحثي في مسألة واحدة من مسائل الموضوع المطلوب الكتابة فيه، هي - في نظري - الصورة التي تحتاج إلى بيان حكم الشرع فيها، لأنها كثيرة الوقوع في المعاملات التجارية في وقتنا هذا.

وسأكتب هذا الموضوع في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: النصوص الواردة في الموضوع، وما يستفاد منها.

المبحث الثاني: آراء الفقهاء في حكم بيع الإنسان ما اشتراه قبل قبضه.

المبحث الثالث: بعض الصور المستخدمة، وحكمها.

المبحث الأول

النصوص الواردة في الموضوع، وما يستفاد منها

[1] عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله نهى أن يبيع الرجل طعاماً حتى

يستوفيه، قلت لابن عباس: كيف ذلك؟ قال: ذلك دراهم بدراهم، والطعام مرجأ^{٢٥}.

[2] عبد الله بن دينار قال: سمعت ابن عمر رضي الله عنهما يقول: قال النبي: (من)

٢٤ - قُدم هذا البحث إلى مؤتمر مَجْمَع الفقه الإسلامي في دورته السادسة، ونُشرَ بمجلة المَجْمَع، العدد السادس، الجزء الأول، 1410 هـ - 1990م، من ص 465 - 491، ضمن محور: (القبض: صورته، وبخاصة المستحدثة منها، وأحكامها).

٢٥ - رواه البخاري، صحيح البخاري، 3/68، وفي رواية للبخاري أيضاً أن سفيان قال: "الذي حفظناه من عمرو بن دينار سمع طائوساً يقول: سمعت ابن عباس رضي الله عنهما يقول: أما الذي نهى عنه النبي فهو الطعام أن يباع حتى يقبض. قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله. المصدر السابق، وانظر: صحيح مسلم، 1/168، والترمذي، 3/586، وانظر أيضاً: منتقى الأخبار مع نيل الأوطار، 5/256.

- ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه) (٢٦).
- [3] عن ابن عمر أنَّ رسول الله نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيل حتى يستوفيه (٢٧).
- [4] عن ابن عمر قال: قال رسول الله : (من اشترى طعاماً بكيل، أو وزن، فلا يبيعه حتى يقبضه) (٢٨).
- [5] مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال: كنا في زمان رسول الله نباع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه (٢٩).
- [6] عن أبي هريرة أنَّ رسول الله قال: (من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يكتاله) (٣٠).
- [7] عن أبي الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول: كان رسول الله يقول: (إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه) (٣١).
- [8] عن ابن عمر قال: كانوا يتبايعون الطعام جزافاً بأعلى السوق فنهاهم رسول الله أن يبيعوه حتى ينقلوه (٣٢).

٢٦ - رواه البخاري ومالك: صحيح البخاري، 3/68، والموطأ، 4/279. وانظر أيضاً: منتقى الأخبار مع نيل الأوطار، 5/256.

٢٧ - رواه أبو داود والنسائي: سنن أبي داود، 3/381، وسنن النسائي، 7/286.

٢٨ - رواه أحمد، مسند الإمام أحمد، 1/11.

٢٩ - أخرجه مالك، وأحمد: الموطأ بهامش المنتقى، 1/283، والمسند، 4/56.

٣٠ - رواه مسلم: صحيح مسلم، 1/171، وانظر: المنتقى مع نيل الأوطار، 5/256.

٣١ - رواه مسلم: صحيح مسلم، 1/172، وانظر أيضاً: المنتقى مع نيل الأوطار، 5/256.

٣٢ - رواه الجماعة إلا الترمذي وابن ماجه: منتقى الأخبار، 5/265، والحديث في البخاري بلفظ: عن سالم عن أبيه قال: "رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة بضربون على عهد رسول الله أن يبيعوه حتى يؤوه إلى رحالهم". صحيح البخاري، 3/68. وفي مسلم بلفظ: سالم بن عبد الله أن أباه قال: قد رأيت الناس في عهد رسول الله إذا ابتاعوا الطعام جزافاً بضربون في أن يبيعوه في مكانهم، وذلك حتى يؤوه إلى رحالهم، قال ابن شهاب: وحدثني عبد الله بن عبد الله بن عمر: أن أباه كان يشتري الطعام جزافاً فيحمله إلى أهله، وفي رواية لمسلم عن سالم عن ابن عمر أنهم كانوا يضربون على عهد رسول الله إذا اشتروا طعاماً جزافاً أن يبيعوه في مكانه حتى يحولوه، وفي رواية ثالثة له: عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله قال: من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه، قال: وكنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فنهاها رسول الله أن نبيعه حتى ننقله من مكانه. صحيح مسلم، 1/170.

[9] عن حكيم بن حزام قال: قلت: يا رسول الله، إني أشتري ببيعاً فما يحل لي منها

وما يحرم عليّ؟ قال: (فإذا اشتريت بيعاً فلا تتبعه حتى تقبضه) (٣٢).

عن ابن عمر قال: ابتعت زيتاً في السوق فلما استوجبت له نفسي لقيني رجل فأعطاني به ربحاً حسناً، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفت فإذا هو زيد بن ثابت، فقال: لا تتبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم (٣٤).

ما يستفاد من الأحاديث:

تدل هذه الأحاديث على نهى من اشترى طعاماً أن يبيعه قبل قبضه، سواء أكان الطعام معيناً، بأن اشتراه جزافاً، أم غير معين بأن اشتراه على الكيل أو الوزن، وذلك لأن بعض الأحاديث ذكر فيها الطعام مطلقاً، وهي أكثر الأحاديث، وكلها متفق على صحتها، وبعضها ذكر فيه مقيداً بالجزاف، وهو حديث ابن عمر المتفق على صحته أيضاً، وفي حديث آخر لابن عمر جاء الطعام مقيداً بالكيل، وفي حديث له أيضاً جاء مقيداً بالكيل والوزن، وهذان الحديثان مقبولان أيضاً، وإن كانا دون مرتبة الأحاديث المطلقة والمقيدة بالجزاف، فمن أجل هذا أخذنا بها جميعاً.

هل النهي للتحريم أم للكره؟

النهي الوارد في الحديث للتحريم، لأن الأصل في صيغة النهي أن تكون للتحريم، إلا إذا وجدت قرينة تصرفها إلى الكراهة، وليست هنا قرينة صارفة عن التحريم، بل قد جاء في بعض الروايات الصحيحة ما يؤكد التحريم، وهو أن الناس كانوا يضربون في عهد رسول الله إذا اشتروا طعاماً جزافاً أن يبيعوه قبل تحويله من مكانه، والعقوبة بالضرب لا تكون إلا على أمر محرّم.

بيع الطعام قبل قبضه غير صحيح:

وإذا ثبت أن النهي للتحريم فإن بيع الطعام قبل قبضه يكون غير صحيح، وهذا هو ما جرى عليه العمل في عهد الصحابة، فقد كان عمر بن الخطاب ينهي عن بيع الطعام قبل قبضه ويردّ البيع إذا وقع، ولا يكون الردّ إلا إذا كان البيع غير صحيح. فقد روى مالك عن نافع أن حكيم بن حزام ابتاع طعاماً أمر به عمر بن الخطاب للناس، فباع حكيم الطعام قبل أن يستوفيه، فبلغ ذلك عمر بن الخطاب

٣٣ - رواه أحمد، وأخرجه أيضاً الطبراني في الكبير، المسند، 3/402، ومنتقى الأخبار، 5/256، وفيه "شيناً" بدل "بيعاً"، ونيل الأوطار، 5/256، وقال الشوكاني: في إسناده هذا الحديث العلاء بن خالد الواسطي، وقد اختلف فيه، فوثقه ابن حبان، وضعفه موسى بن إسماعيل، وقال ابن رشد: قال أبو عمر: حديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبي كثير عن يوسف بن مالهك أن عبد الله بن عصفه حدثه أن حكيم بن حزام قال: ويوسف بن مالهك وعبد الله بن عصفه لا أعرف لهما جرحاً، إلا أنه لم يرو عنهما إلا رجل واحد فقط، وذلك في الحقيقة ليس بجرحه وإن كرهه جماعة من المحدثين، بداية المجتهد، 2/45.

وقال ابن حزم عن عبد الله بن عصفه: متروك، ولكن ابن حزم روى هذا الحديث عن طريق آخر ليس فيه عبد الله بن عصفه، وقال: إنه سند صحيح، المحلى،

8/519.

٣٤ - رواه أبو داود، والدرافطني: سنن أبي داود، 3/383، ومنتقى الأخبار، 5/256، وأخرجه أيضاً الحاكم، نيل الأوطار، 5/256، وفي إسناده هذا الحديث أحمد بن خالد الوهبي، وقد قال فيه ابن حزم: "إنه مجهول"، المحلى، 8/523، ولكن الحاكم وابن حبان صحّحا هذا الحديث، نيل الأوطار، 5/256.

فردّه عليه، وقال: "لا تبع طعاماً ابتعته حتى تستوفيه"^(٣٥).
وكذلك رُوِيَ أَنَّ مروان بن الحكم أمر بردّ البيع في الصكوك التي بيعت قبل أن تستوفى بعد استنكار
من زيد بن ثابت وأبي هريرة. فقد روى مالك في "الموطأ" أنّه بلغه أنّ صكوكاً^(٣٦) خرجت للناس
في زمان مروان بن الحكم من طعام الجار^(٣٧)، فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها،
فدخل زيد بن ثابت، ورجل من أصحاب النبي ﷺ على مروان بن الحكم فقالا: أتحل الربا يا مروان؟
فقال: أعوذ بالله، وما ذاك؟ فقال: هذه الصكوك تبايعها الناس، ثم باعوها قبل أن تستوفى، فبعث مروان
بن الحكم الحرس يتبعونها ينزعونها من أيدي الناس، ويردونها إلى أهلها^(٣٨).
وجاء مثل هذا الخبر في المعنى عن أبي هريرة^(٣٩)، ولعله هو الصحابي الذي كان مع زيد بن ثابت،
وأشار إليه مالك من غير ذكر اسمه.
ما المراد بالطعام؟ وما المراد بالقبض؟
وإذا كنا قد انتهينا إلى أنّ بيع الطعام قبل قبضه غير صحيح، فعلينا أن نحدّد المراد بهاتين الكلمتين:
"الطعام" و"القبض".

المراد بالطعام:

يرى بعض الفقهاء أنّ الطعام يطلق على القمح خاصة، ويؤيّدون رأيهم بما رواه البخاري عن أبي سعيد
الخرري قال: (كنا نخرج زكاة الفطر صاعاً من طعام، أو صاعاً من شعير، أو صاعاً من تمر، أو
صاعاً من أقط، أو صاعاً من زبيب)^(٤٠). فإنّ ظاهر هذا الخبر أنّ الطعام غير الشعير وما ذكر
بعده، وقد حكى الخطابي: أنّ المراد بالطعام هنا الحنطة - أي القمح -، وأنّ الطعام اسم خاص للقمح،
وقد كانت لفظة "الطعام" تستعمل في القمح عند الإطلاق، حتى إذا قيل: اذهب إلى سوق الطعام فهمّ
منه سوق القمح^(٤١).

٣٥ - الموطأ، 4/284. انظر كيف يصنر هذا من حكيمة، مع أنّه هو نفسه روى أنّ الرسول قال له: (إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه)، هذا الخبر - في نظري - يقوي رأي القائلين بضعف الحديث المروي عن حكيمة.

٣٦ - الصكوك جمع صك، وهو الورقة المكتوبة ببنّ، والمراد بها هنا الورقة التي تخرج من ولي الأمر بالرزق لمستحقه، بأن يكتب فيها لفلان كذا وكذا من طعام أو غيره، ومن هذه الصكوك ما يكون بعمل كالأوراق القضاة والعمال، ومنها ما يكون بغير عمل كالعطاء لأهل الحاجة، والظاهر أنّ تلك الصكوك كانت من الطعام. النووي على مسلم، 10/171، والمنتقى على الموطأ، 4/185.

٣٧ - الجار موضع بساحل البحر يجمع فيه الطعام، ثم يفرّق على الناس بصكك، الزرقاني على الموطأ، 3/288.

٣٨ - الموطأ بهامش المنتقى، 4/385.

٣٩ - النووي على مسلم، 10/171.

٤٠ - صحيح البخاري، 2/131.

٤١ - فتح الباري، 3/291.

ويرى آخرون أنَّ الطعام لا يختص بالقمح، وإنَّما يشمل كل ما تعارف الناس على إطعامه، ويؤيدون رأيهم بما رواه البخاري عن أبي سعيد الخدري أيضاً، قال: كنا نخرج في عهد رسول الله يوم الفطر صاعاً من طعام، وقال أبو سعيد: وكان طعامنا الشعير، والزبيب، والأقط، والتمر. فهذا نص في أنَّ الطعام يطلق على غير القمح، فلعلَّ أبا سعيد أجمل الطعام في الحديث الأول ثم فسَّره، أو أراد طعاماً آخر غير القمح؛ لأنَّ القمح لم يكن قوتاً في زمن النبي، وإنَّما كان في زمن معاوية^(٤٢). والذي أرجحه أنَّ الطعام في الحديث يشمل كل ما يطعم من قمح وشعير وسائر أنواع المطعومات، سواء كانت مأكولات كالتمر والفاكهة، أو كانت من الأدم كالزيت والعسل؛ لأنَّه يستعمل لغة في كل هذا. وإنَّ كانت العرب أطلقت على القمح أحياناً، كما أطلقت المال على الإبل.

ولم أجد تعليلاً مقبولاً لقصره على القمح في هذا الحديث، وكون الطعام قد أطلق في بعض الأحاديث على القمح لا يعنى أنَّه قد أصبح خاصاً به؛ لأنَّه أطلق في أحاديث أخرى على غير القمح أيضاً^(٤٣).

المراد بالقبض:

نهت بعض الأحاديث عن بيع الطعام قبل كيله أو وزنه، وهذا لا يكون إلا فيما بيع على الكيل أو الوزن، ونهت بعضها عن بيعه قبل تحويله من مكانه، وخصصت بعضها هذا الحكم بالجزاف، في حين أنَّ بعضاً آخر نهى عن بيع ما اشتري جزافاً من الطعام قبل أن يحوزه التجار إلى رحالهم، وجاء في بعض الأحاديث النهي عن بيع الطعام قبل الاستيفاء، وفي بعضها النهي قبل القبض من غير تقييد بهيئة خاصة للقبض أو الاستيفاء.

ونستطيع أن نأخذ من هذا أنَّ القبض في المكيل والموزون ونحوهما يكون باستيفاء قدره، وأنَّ القبض في الجزاف يكون بتحويله إلى رحل المشتري، أو إلى أي مكان آخر غير المكان الذي بيع فيه، ولم تتعرَّض الأحاديث للقبض في غير الجزاف والمكيل والموزون، فيرجع فيه إلى العرف.

هل النهي خاص بالطعام؟

خصَّصت كل الأحاديث المتفق على صحتها النهي عن البيع قبل القبض بالطعام، وهذا يدلُّ بمفهومه على إباحة بيع ما عدا الطعام قبل قبضه، لأنَّ تخصيص النبي الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له، وهذا رأي له وجاهته، ولكن مع هذا لا أرى الأخذ به، للأسباب الآتية:

- [1] علة النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، سواء كانت الربا أو الغرر، موجودة في بيع غير الطعام قبل قبضه، فيجب أن يسوَّى بينهما في الحكم.

٤٢ - فتح الباري، 291-292.

٤٣ - انظر: القاموس المحيط، وأساس البلاغة للزمخشري، والنهاية لابن الأثير.

[2] قول ابن عباس: "ولا أحسب كل شيء إلا مثله" يعني أن غير الطعام ينبغي أن يقاس على الطعام الثابت النهي عن بيعه قبل قبضه بالسنة، وهذا من تفقه ابن عباس -

كما يقول ابن حجر^(٢)، وابن عباس هو راوي الحديث، وهو أعرف بمرامه.

[3] حديث حكيم بن حزام الذي جاء فيه: "إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه"،

وحديث زيد بن ثابت الذي ورد فيه النهي عن بيع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها

التجار إلى رحالهم. فإن كلمة "بيع" و"السلع" عامة تشمل الطعام وغيره.

وهذان الحديثان وإن كان في كل منهما مقال إلا أن القياس الصحيح، وقول ابن عباس يقويان الأخذ بهما، ولا يصح تخصيصهما بمفهوم الحديث الخاص، لأن الطعام - كما يقول ابن القيم - وإن كان مشتقاً، فاللقبية أغلب عليه، حيث لم يرد معنى يقتضي اختصاص النهي به دون سواه، كما لا يصح تقديم حديث النهي عن بيع الطعام على هذين الحديثين؛ لأنه لا تعارض بينهما، إذ لا مانع من ذكر الشيء بحكم، وذكر بعضه بهذا الحكم، فالعمل ممكن بكل هذه الأحاديث فوجب الأخذ بها كلها.

لهذا فإني أرى أن ذكر الطعام لم يقصد به التخصيص، وإنما خرج مخرج الغالب؛ لأنه أكثر ما يتعامل فيه الناس، فالنهي إذن يتناول الطعام وغيره، منقولاً كان أو عقاراً.

هل النهي عن البيع قبل القبض خاص فيما ملك بالشرء؟

كل الأحاديث تدل على أن النهي عن البيع قبل القبض هو فيما ملك بالشرء خاصة، ما عدا حديث ابن عباس فإنه لم يصرح فيه بذلك، ولكن تعليل ابن عباس للنهي يشير إشارة واضحة إلى أنه فيما ملك بالشرء، فإن قوله: (ذلك دراهم بدراهم والطعام مرجأ) يعني أن الشخص إذا دفع مائة درهم في طعام ثم باعه قبل أن يقبضه بمائة وعشرين درهماً فكأنما باع مائة درهم بمائة وعشرين، وهذا واضح في بيع ما اشترى قبل قبضه، ولهذا فإني أرى حمل حديث ابن عباس على سائر الأحاديث، فيكون المنهي عنه بالنص هو البيع قبل القبض فيما ملك بعقد البيع، وأمّا ما ملك بالعقود الأخرى أو ما ملك بغير عقد كالإرث فإن النص لا يتناوله، ولكن القياس يقضي بإلحاق ما تتحقق فيه العلة بالبيع، وإذا نظرنا إلى علة المنع، وهي الغرر أو الربا أو هما معاً، نجد أن العلتين تتحققان معاً فيما ملك بعقد البيع، وأن علة الربا مقصورة على البيع لا تتعداه لغيره من العقود، أمّا علة الغرر، فإنها تتحقق في كل أسباب الملك حتى الإرث، لأن المال الموروث إذا بيع قبل قبضه قد يهلك قبل القبض، فيعجز البائع عن التسليم، ولكن علة الغرر هذه أقوى فيما ملك بالبيع منها في غيره، لأن فيه غرر انفساخ العقد بهلاك المحل كما يقول الحنفية، وغرر انفساخه بحدود البائع الأول واحتياله إذا رأى البائع الثاني ربح فيه ربحاً كثيراً كما يقول ابن تيمية^(٣)، ولهذا فإني أرى الوقوف عند النص فلا نمنع البيع قبل القبض إلا فيما ملك بالشرء وحده، وذلك لضعف علة المنع فيما ملك بأسباب التملك الأخرى.

وننتقل بعد هذا إلى بيان ما قاله الفقهاء في هذا الموضوع.

المبحث الثاني

آراء الفقهاء في حكم بيع الإنسان ما اشتراه قبل قبضه

يستحسن أن نبيّن أولاً المراد بالقبض عند الفقهاء، ثم نذكر الحكم بعده:

المراد بالقبض:

في العقار: إذا كان محل العقد عقاراً فإن قبضه يكون بالتخلية بينه وبين من انتقل إليه الملك، بحيث يتمكّن من الانتفاع به الانتفاع المطلوب عرفاً، وهذا لا خلاف فيه، لأنّه هو الممكن^(٤٦).

في المنقول: أمّا إذا كان محل العقد مما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، فقد اختلف الفقهاء في تحديد القبض بالنسبة له.

فقال الحنفية: القبض في المنقول كالقبض في العقار يكون بالتخلية إلّا في المكيل والموزون ونحوهما، فإن قبضه يكون باستيفاء قدره^(٤٧).

والمشهور عن المالكية: أن المنقول إن كان جزافاً فقبضه بالتخلية^(٤٨)، وإن كان مقدراً فباستيفاء قدره، وإن كان حيواناً أو ثياباً أو دراهم ونحوها فالمرجع فيه إلى العرف^(٤٩).

وقال الشافعية: القبض في المنقول يرجع فيه إلى العرف، فما جرت العادة بنقله وتحويله من مكانه، كالأخشاب والحبوب، فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به، وما جرت العادة بتناوله باليد كالدرهم، والثوب، والكتاب، ونحوها، فقبضه بالتناول^(٥٠).

وعند الحنابلة: قبض كل شيء بحسبه، فما ينقل ويحوّل إن كان جزافاً فقبضه بنقله، وإن كان مكيلاً ونحوه فقبضه بكيله، وإن كان دراهم فقبضه بتناوله باليد، وذلك لأن القبض ورد مطلقاً في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف، والعرف جرى بقبض هذه الأشياء بهذه الصفة، وقد جاء في الحديث ما يدلّ على أن قبض الجزاف بنقله وتحويله من مكانه.

٤٦ - ابن عابدين، 4/226، والدسوقي على الشرح الكبير، 3/126، والبحر الزخّار، 3/37، والمجموع شرح المذهب، 9/283، والمغني، 4/111، والمحلى، 8/518.

٤٧ - ابن عابدين، 4/226.

٤٨ - الرواية الأخرى أن الجزاف قبضه بنقله من مكانه.

٤٩ - الدسوقي على الشرح الكبير، 3/126، والمنقّى، 4/279-283.

٥٠ - المجموع شرح المذهب، 9/275، 276، 283.

وروى أبو الخطاب عن أحمد: أنَّ القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز، لأنه ما دام البائع قد خلى بين المشتري والمبيع من غير حائل، فإنَّ المشتري يعتبر قابضاً للبيع كما في العقار^(٥١). والقبض عند الشيعة الزيدية والإمامية: يكون بالتخلية، فلا فرق عندهم بين العقار والمنقول، لأنَّ الاستيلاء يحصل بالتخلية، وفي مذهب الإمامية قول بأنَّ القبض في القماش هو الإمساك باليد، وفي الحيوان هو نقله^(٥٢).

ويفرق الظاهرية بين الطعام وغيره، والطعام عندهم هو القمح خاصة، فالقبض في غير الطعام يكون بأنَّ يطلق البائع يد المبتاع بالأمر يحول بينه وبين ما اشتراه، أي بالتخلية. أمَّا الطعام فلا يتم قبضه إلاَّ إذا نُقل من مكانه الذي هو فيه إلى مكان آخر إنَّ بيع جزافاً، وإلاَّ إذا كاله المبتاع إنَّ بيع على الكيل^(٥٣).

والذي أرجحه من هذه الآراء أنَّ المنقول إذا كان مقدراً فقبضه يكون باستيفاء قدره، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة، وإذا كان جزافاً فقبضه بنقله من مكانه، وهو مذهب الحنابلة ورواية عن المالكية، وفيما عدا الجزاف والمقدر يكون القبض ما يعتبره العرف قبضاً، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، وذلك عملاً بالأحاديث الصحيحة المصرحة بالأمر بالكيل فيما بيع بالكيل، والأحاديث المصرحة بالنهاي عن بيع الجزاف حتى ينقل، وعملاً بالعرف فيما لم يرد فيه نص.

حكم بيع ما لم يقبض:

المجوزون:

ذهب بعض الفقهاء إلى أنَّ القبض ليس شرطاً في صحة البيع فيجوز عندهم بيع كل شيء قبل قبضه، نقل هذا الرأي عن عطاء^(٥٤)، وعثمان البتي^(٥٥)، من غير استدلال عليه. وللشيعة الإمامية قولان في بيع ما لم يقبض، قول بالكراهة، وحجته أنَّ النهي الوارد في الأحاديث الصحيحة محمول على الكراهية، جمعاً بينها وبين ما دلَّ على الجواز، وقول بالحرمة، وقد رجَّح الشيخ/ الحلي القول بالكراهة، وهذا نص عبارته: "ولا بأس ببيع ما لم يقبض، ويكره فيما يكال أو يوزن، وتتأكد الكراهية في الطعام،

٥١ - المحرر، 323، والمغني، 4/111-112، و124.

٥٢ - البحر الزخار، 3/369، والمختصر النافع، 148.

٥٣ - المحلى، 8/518 و521 و523.

٥٤ - المحلى، 8/520.

٥٥ - النووي على مسلم، 10/170، قال النووي: وهو قول شاذ، وقال ابن عبد البر: وهذا قول مردود بالسُّنة، والخُجة المجمع على الطعام، وأظنه لم يبلغه الحديث، ومثل هذا لا يلتفت إليه.

وقيل: يحرم^(٥٦).

ورجّح الشهيد الثاني القول بالحرمة، وها هي عبارته: "والأقوى التحريم وفقاً للشيخ - رحمه الله - في "المبسوط" مدعياً الإجماع، والعلامة - رحمه الله - في "التذكرة والإرشاد"، لضعف روايات الجواز المقتضية لحمل النهي في الأخبار الصحيحة على غير ظاهره^(٥٧).

المانعون:

اتفق جمهور الفقهاء على أنّ هناك أشياء لا يجوز بيعها قبل قبضها، عملاً بالأحاديث الصحيحة المصرحة بالنهي عن بيع بعض الأشياء قبل قبضها، بل إنّ ابن المنذر قد حكى الإجماع على هذا، ولكن جمهور الفقهاء اختلفوا بعد ذلك في تحديد هذه الأشياء التي لا يجوز بيعها قبل قبضها، كما اختلفوا في هل هذا الحكم عام في كل أسباب التملك أم خاص ببعضها دون بعض^(٥٨)؟
وسنذكر فيما يلي آراءهم مفصلة في هذين الموضوعين:

ما يجوز بيعه قبل قبضه وما لا يجوز:

لا يجوز عند الحنفية أن يبيع المشتري المنقول قبل القبض، لأنّ في هذا البيع غرراً، لأنّه لا يدري هل يبقى المبيع أم يهلك قبل القبض، فيبطل البيع الأول، فيفسخ الثاني، لأنّه مبني على الأول، ولا فرق بين أن يبيعه من بئعه أو من غيره، لأنّ علة المنع تصدق على الحاليين.

أمّا العقار^(٥٩) فيجوز بيعه قبل قبضه عند الشيخين استحساناً، لأنّ تلف العقار غير محتمل فانتفى الغرر. وقال محمد، وزفر: لا يجوز بيعه قبل قبضه كالمنقول، لأنّ الحديث الوارد في النهي عن بيع ما لم يقبض لم يفرّق بين العقار والمنقول، أمّا الشيخان فيريان أنّ النهي معلّل بخشية هلاك المبيع قبل تسليمه، وهذا محتمل في المنقول دون العقار، لذا لو كان العقار يخشى هلاكه قبل القبض، بأنّ كان على شط النهر أو في موضع لا يؤمن أن تغلب عليه الرمال، فهو كالمنقول لا يجوز بيعه قبل قبضه عند الجميع^(٦٠).

٥٦ - المختصر النافع، 148.

٥٧ - الروضة البهية، 293، ولم أطلع على دليل الجواز الذي يشيرون إليه.

٥٨ - بداية المجتهد، 2/644، والمغني، 4/109.

٥٩ - العقار عند الحنفية هو ما لا يمكن نقله من مكان لآخر، والمنقول ما يمكن نقله من مكان لآخر، سواء بقي على حالته أو تغير، فهو يشمل كل شيء غير الأرض. انظر: المدخل الفقهي الإسلامي، للأستاذ الدكتور/ محمد سلام مدكور، 473، ط الأولى.

٦٠ - الأصل لمحمد، 91، والبدائع، 5/180، وابن عابدين، 4/224.

ويفرق المالكية بين الطعام وغيره، فغير الطعام يجوز بيعه قبل قبضه عقاراً كان أو منقولاً، مكيلاً أو غير مكيل، مستدلين بحديث: (من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه)، ووجه الاستدلال أن النبي خص هذا الحكم بالطعام فدل ذلك على أن غير الطعام مخالف له، غير أنه إذا بيع على الكيل أو الوزن فلا يجوز للمشتري أن يبيعه قبل قبضه بثمن مؤجل، وذلك لأن ضمان المكيل والموزون من البائع حتى يستوفي، فإذا باعه المشتري بثمن مؤجل قبل أن يستوفي كان ذلك من بيع الكالئ بالكالئ^{٦١}.

أمّا الطعام^{٦٢} فإن بيع جزافاً يجوز للمشتري أن يبيعه قبل قبضه، أي قبل أن ينقله من مكانه، وذلك لأنّ الجراف عندهم يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد، لأنّ استيفاءه يكون بتمام العقد، وقد روى الوقار، عن مالك: أنه لا يجوز بيع شيء من المطعومات، بيع على الكيل أو الوزن أو العدد أو على الجراف، قبل قبضه، وحكى القاضي أبو محمد: أن مالكا استحب أن يباع بعد نقله، ليخرج من الخلاف^{٦٣}. وإن لم يبيع الطعام جزافاً بأن يبيع مكيالة أو موازنة أو عدداً فلا يجوز بيعه قبل قبضه، سواء أكان الطعام ربوياً أم غير ربوي على الأشهر، وروى ابن وهب عن مالك جواز بيع غير الربوي قبل قبضه^{٦٤}.

أمّا الشافعية فلا يجوز عندهم بيع أي مبيع قبل قبضه طعاماً أو غيره، منقولاً أو عقاراً، لا بإذن البائع ولا بغير إذنه، لا بعد أداء الثمن ولا قبله، وذلك لحديث حكيم بن حزام، وحديث زيد بن ثابت^{٦٥}. وأمّا الحنابلة فقد اختلفت الروايات في مذهبهم، فروي عنهم أن القبض شرط في المقدرات، فمن اشترى مكيلاً، أو موزوناً، أو مذروعاً لم يجز تصرفه فيه قبل قبضه، سواء كان متعيناً كالصبرة أو غير متعين كقفيز منها.

أمّا غير المقدرات فيجوز تصرف المشتري فيها قبل قبضها على المشهور، وقال القاضي وأصحابه، إذا كان المقدر معيناً كالصبرة يبيعه من غير تسمية كيل، فإنه يجوز للمشتري التصرف فيها قبل قبضها، وقال ابن عبد البر: الأصح عن أحمد أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وحده، معيناً أو غير معين، للأحاديث الدالة على ذلك، وحكى أبو الخطاب عن أحمد: أن القبض شرط في كل مبيع،

٦١ - القوانين الفقهية، 341، والمنقذ شرح الموطأ، 4/158 و162 و380، و5/35.

٦٢ - والطعام عندهم يشمل كل ما تجب فيه الزكاة من الحبوب والأدم بجميع أنواعها. الموطأ، 4/289.

٦٣ - القوانين الفقهية، 249، وبداية المجتهد، 2/146، و147، والمنقذ، 4/283-284.

٦٤ - القوانين الفقهية، 249، وبداية المجتهد، 144-145، والمنقذ، 4/279-280، و289، وانظر فيه دليل كل من الروايتين.

٦٥ - المجموع شرح المهذب، 9/264 و271.

فلا يجوز بيع شيء قبل قبضه، واختار هذه الرواية ابن عقيل، لقول ابن عباس: "أرى كل شيء بمنزلة الطعام" (٦٦).

والشيعة الزيدية كالشافعية لا يجوز عندهم بيع شيء قبل قبضه لحديث حكيم: "إذا ابتعت مبيعاً فلا تبعه حتى تستوفيه"، وهو عام في جميع المبيعات (٦٧)، ومثلهم الظاهرية (٦٨).

ورؤي عن عثمان بن عفان، وسعيد بن المسيب، وابن سيرين، والحسن، والحكم، وحماد بن أبي سليمان، والأوزاعي، وإسحاق، وأبي ثور، أن كل ما بيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه (٦٩)، ورؤي عن عبد العزيز بن أبي سلمة، وابن حبيب، وربيعه، ويحيى بن سعيد: أن القبض شرط لصحة البيع في كل مكيل أو موزون أو معدود (٧٠)، وعن الثوري روايتان: رواية بأن القبض شرط في كل مبيع (٧١)، وأخرى بأنه شرط في المطعومات خاصة سواء بيعت جزافاً أو بيعت على الكيل أو الوزن، أو العدد (٧٢).

وقد أيد ابن القيم رأي من يمنع بيع كل شيء قبل قبضه (٧٣).

وأنا أؤيده أيضاً، لأنه أقرب الآراء إلى ما يفهم من الأحاديث (٧٤).

العقود التي يشترط قبض المحل فيها قبل بيعه والعقود التي لا يشترط فيها ذلك: القاعدة العامة في هذا عند الحنفية أن كل عوض ملك بعقد يفسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه، كالمهر، وبذل العتق، وبذل الصلح عن دم العمد. وفقه هذه القاعدة، أن الصحة هي الأصل في التصرفات الصادرة من الأهل في المحل، وأن الفساد هنا جاء من عارض غرر الانفساخ، وهو غير متوهم في التصرفات التي لا تحتمل الفسخ فبقيت على الأصل، ولهذا جاز بيع

٦٦ - المغني، 4/107-111 و113 و124، والمحرر، 322.

٦٧ - البحر الزخار، 3/311.

٦٨ - المحلى، 519-8/518.

٦٩ - المغني، 4/107، وفيه أن إسحاق يمنع أيضاً بيع المعدود. والبحر الزخار، 3/211، وفيه أن سعيد بن المسيب يمنع أيضاً بيع المعدود والمنزوع قبل قبضه، والمجموع شرح المذهب، 9/270، وفيه أن أبا ثور يمنعه في المأكول والمشروب، بداية المجتهد، 2/144، والمحلى، 8/520.

٧٠ - بداية المجتهد، 2/145، والمنقذ، 4/280.

٧١ - بداية المجتهد، 2/144، والمنقذ، 4/80.

٧٢ - المنقذ، 4/283.

٧٣ - بدائع الفوائد، 250-251.

٧٤ - انظر: ص 9 و10.

الميراث، والموصى به قبل القبض، أمّا الميراث، فلأنّ معنى الغرر لا يتقرّر فيه، ولأنّ الوارث خلف المورث، ولو كان المورث موجوداً لجاز تصرّفه فيه، فكذلك خلفه، وأمّا الوصية فلأنّها أخت الميراث^{٧٥}.

والحنابلة يوافقون الحنفية في هذه القاعدة، قال ابن قدامة: وكل عَوْض ملك بعقد يفسخ بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرّف فيه قبل قبضه، كالأجرة وبذل الصلح إذا كانا من المكيل أو الموزون أو المعدود، وما لا يفسخ العقد بهلاكه جاز التصرّف فيه قبل قبضه، كعَوْض الخلع والعنق على مال وبذل الصلح عن دم العمد وأرّش الجناية وقيمة المتلف^{٧٦}.

والشعبة الزيدية يتفقون مع الحنفية والحنابلة، فقد جاء في "البحر الزخّار": "كل ما يبطل العقد بتلفه حرم بيعه قبل قبضه، فخرج المهر وجعل الخلع والصلح على دم العمد"^{٧٧}.

ومذهب المالكية أنّ عقود المعاوضات التي يُقصد بها المكايسة والمغابنة لا يجوز بيع ما ملكت به قبل قبضه. وتلك العقود هي: البيع، والإجارة، والزواج بالنسبة للمهر، والصلح، ونحو ذلك... وأنّ عقود المعاوضات التي لا يُقصد منها المغابنة، وإنّما تكون على جهة الرفق يجوز بيع ما ملكت به قبل قبضه، ويشمل هذا القسم القرض فقط، وأنّ عقود المعاوضات التي تتردد بين قصد المغابنة والرفق، وهي: الشركة، والتولية، والإقالة، يجوز بيع ما ملكت به قبل قبضه إذا لم تدخل هذه العقود زيادة أو نقصان، وذلك للأثر الذي رواه مالك من مرسل سعيد بن المسيب أنّ رسول الله قال: (من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه إلّا ما كان من شركة، أو تولية، أو إقالة)، ولأنّ هذه العقود إذا لم تدخلها زيادة أو نقصان، فإنّما يراد منها الرفق لا المغابنة، فانتفتت العلة التي من أجلها منع بيع الطعام قبل استيفائه، وهي مشابهته للعينة^{٧٨}.

وعند الشافعية لا يجوز بيع ما ملك بعقد من عقود المعاوضات قبل قبضه، وذلك كالمبيع، والأجرة، والعوّض المصالح عليه عن المال، والصدّاق على الأصح، ومثله بدل الخلع، وبذل الصلح عن دم العمد^{٧٩}. فالشافعية يتفقون مع المالكية في منع بيع الصداق وما بعده، وإن كان تعليل الشيرازي للمنع يستلزم أنّ يكون رأيهم كراي الحنفية، وذلك حيث يقول: "ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه كبيع الأعيان المملوكة بالبيع والإجارة والصدّاق وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض... لأنّه ربما هلك

٧٥ - البدائع، 5/181، وابن عابدين، 4/225.

٧٦ - المغني، 4/114.

٧٧ - البحر الزخّار، 3/311-313، وفيه أنّ المؤيد لا يجوز بيع المهر وما بعده قبل قبضه، وأنّه لا فرق عنده بين ما ملك بعقد من هذه العقود، وما ملك بالبيع، فهو موافق لرأي المالكية.

٧٨ - بداية المجتهد، 2/146، والمنقّى، 4/280-282.

٧٩ - المجموع شرح المهذب، 9/266 و267،

فانفسخ العقد" (١).

هذا بالنسبة لعقود المعاوضات، وأمّا ما ملك بعقد لا معاوضة فيه فيجوز عند جمهور الفقهاء بيعه قبل قبضه، وذلك كالوصية، وكذلك ما ملك بغير عقد كالإرث (٢).

ويرى الظاهرية أنّ الطعام - والطعام عندهم هو القمح خاصة - لا يجوز بيعه قبل قبضه، سواء أملك بعقد معاوضة كالشراء، أم بغير معاوضة كالهبة، أم بغير عقد كالميراث، وذلك لحديث ابن عباس: (أمّا الذي نهى عنه رسول الله أن يباع حتى يقبض فهو الطعام)، فهذا يدلّ على أنّ الطعام: بأي وجه ملك لا يجوز بيعه قبل قبضه، أمّا غير الطعام فلا يجوز بيعه قبل قبضه إذا ملك بالشراء خاصّة، وذلك لحديث حكيم بن حزام: (إذا ابتعت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه)، فإنّه يدلّ على أنّ المنهي عنه هو البيع فقط قبل القبض فيما ملك بالشراء فقط (٣).

علة منع بيع الإنسان ما اشتراه قبل قبضه:

يعلل الحنفية منع بيع الإنسان ما اشتراه قبل قبضه بالغرر، جاء في "تنوير الأبصار وشرحه": صحّ بيع عقار لا يخشى هلاكه قبل قبضه من بائه لعدم الغرر لا بيع منقول، قال في الحاشية: أي غرر انفساخ العقد على تقدير الهلاك (٤)، ويقول الكاساني: "ومنها - أي من شروط الصحة - القبض في بيع المشتري المنقول، فلا يصح بيعه قبل قبضه؛ ولأنّه بيع فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه؛ لأنّه إذا هلك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع الأول، فينفسخ الثاني، لأنّه بناه على الأول، وقد نهى رسول الله عن بيع فيه غرر" (٥).

ويعلّل المالكية منع بيع الطعام قبل قبضه بأنّه قد يتخذ ذريعة للتوصّل إلى الربا، فهو عندهم من باب سد الذرائع، وذلك كما يقول الباقي: إنّ صاحب العينة يريد أن يدفع دنائير في أكثر منها، فإذا علم بالمنع في ذلك توصّل إليه بأن يذكر حنطة بدينار، ثم يبتاعه بنصف دينار دون استيفاء، ولا قصد لبيعه ولا لابتياعه، فلما كثر هذا وكانت الأقوات مما يتعامل بها في كثير من البلاد، ولا سيما في بلاد العرب، وكان ذلك مما يقصد لهذا المعنى كثيراً، لمعرفة جميع الناس لثمنه وقيّمته، منع ذلك فيها وشرط في صحة توالي البيع فيها القبض؛ لأنّ ذلك نهاية التبايع فيها وإتمام العقد ولزومه، ولم يشترط ذلك في سائر المبيعات؛ لأنّه لم يتكرّر تعامل أهل العينة بها، لأنّ ثمنها يخفى في الأغلب ويقل مشتريها (٦). والشافعية يعللون المنع بالغرر كالحنفية، يقول الشيرازي: "ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه.... لأنّه

٨٠ - المهذب، 1/262.

٨١ - البدائع، 5/181، المنتقى، 4/182، والمهذب، 1/362، والمغني، 4/115، قال ابن قدامة: "ولا أعلم فيه مخالفاً"، وسنرى خلاف الظاهرية فيه بعد هذا مباشرة.

٨٢ - المحلى لابن حزم، 8/518 و 519 و 521.

٨٣ - ابن عابدين، 4/224.

٨٤ - البدائع، 5/180.

٨٥ - بداية المجتهد، 2/144، والمنتقى، 4/280.

ربما هلك فانفسخ العقد، وذلك غرر من غير حاجة^{٨٦}.

والحنابلة يتفقون مع الحنفية في أنَّ علة منع بيع الشيء قبل قبضه هي غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه، فيقول ابن قدامة: لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه، تحرُّراً من الغرر، وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع فجاز العقد عليه^{٨٧}.

والعلة عند الشيعة الزيدية هي ضعف الملك قبل القبض^{٨٨}.

ويعلل ابن تيمية المنع: بعدم القدرة على التسليم، لأنَّ البائع الأول قد يسلم البائع الثاني المبيع، وقد لا يسلمه، لا سيما إذا رآه قد ربح، فيسعى في ردِّ البيع إمَّا بجحد، أو باحتيال في الفسخ. وكل هذه العلل ترجع إلى علتين في الواقع:

إحدهما: الربا، وهو ما يراه المالكية، وقد ذهب إلى هذا من قبلهم ابن عباس حين قال: (ذاك دراهم بدراهم والطعام مرجأ)^{٨٩}.

كما ذهب إليه أبو هريرة، وزيد بن ثابت حين قالوا لمروان: "أحللت بيع الربا"^{٩٠}.

وثانيهما: الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم، وهو رأي سائر الأئمة، غير أنَّ عدم القدرة على التسليم سببها احتمال هلاك المحل عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة، وضعف الملك عند الزيدية، واحتمال عدم تسليم البائع الأول عند ابن تيمية، وكلتا علتين متحققتان في عقد البيع.

ونضيف إلى هذا: أنَّ في هذا النهي عن بيع السلع قبل قبضها إيجاد فرص للعمل، وذلك لأنَّ في بيع السلع قبل قبضها حرماناً لعدد كبير من العمال الذين يقومون بالكيل والحمل، فإنَّ التاجر يفضِّل أن يبيع السلعة وهي في مكانها ما دام يجد ربحاً، ثم إنَّ لو أبحنا للتجار بيع السلع قبل قبضها، فإنَّ أسعارها ترتفع وهي في مكانها فتعود الفائدة كلها إلى طبقة التجار، ولا ينال العامل فائدة من هذه العمليات، في حين أنَّه يناله ضرر ارتفاع السعر، وفي هذا مصلحة للتاجر، وضرر للعامل، أمَّا منع بيع السلع قبل قبضها فإنَّ فيه مصلحة للعمال ولا ضرر فيه على التجار.

المبحث الثالث

بعض الصور المستحدثة، وحكمها

٨٦ - المذهب، 1/262.

٨٧ - المغني، 4/114.

٨٨ - البحر الزخار، 3/312.

٨٩ - الاختبارات العلمية لابن تيمية مع الفتاوى، 75.

٩٠ - انظر: صفحة 6.

أذكر في هذا المبحث بعض الصور الممارسة في بيع المرابحة للأمر بالشراء بالنسبة للقبض في بيع المطلوب منه السلعة لطالباها؛ لأنَّ هذا البيع أكثر استعماله في البنوك الإسلامية، وكثيراً ما يدخله الفساد بسبب التساهل في قبض المطلوب منه السلعة من بائعها قبل أن يبيعها لطالباها .

السلعة المطلوبة في بيع المرابحة للأمر بالشراء قد تكون موجودة في السوق المحلي، فيأتي شخص ويطلب من البنك شراءها وبيعها له مرابحة، وقد يقدّم طالب السلعة للبنك فاتورة مبدئية من مالك السلعة وثمنها، وقد ظهر لي من مراقبتي لأعمال البنوك في هذا البيع أنَّ تطبيقه يتم في أربع صور، اثنتان منهما صحيحتان، واثنتان غير صحيحتين:

فالاثنتان الصحيحتان إحداهما أن يتسلّم الموظف المسؤول في البنك الفاتورة المبدئية ويذهب إلى مالك السلعة ويشتريها منه للبنك، وينقلها إلى مخازن البنك ثم يعرضها على طالباها، فإذا رغب في شرائها وقّع معه عقد البيع . فهذه الصورة لا شبهة في صحتها .

والصورة الأخرى أن يتسلّم الموظف الفاتورة ويذهب إلى مالكاها ويشتريها منه للبنك، ولكنه بدلاً من أن ينقلها إلى مخازن البنك يطلب من البائع أن يتركها عنده إلى أن يرسل له من يتسلّمها، فتكون السلعة بعد هذا أمانة عند البائع وتنقلب يده عليها من يد ضمان، بعد البيع وقبل التسليم، إلى يد أمانة، لأنّه خلى بين المشتري والسلعة، فإن شاء تسلّمها، ولكنه لم يشأ وتركها عند بائعها .

ثم يتصل الموظف بطالب السلعة، ويخبره بأنّه اشترى السلعة وهي بمكان كذا، وقد يكون طالب السلعة مع الموظف، فيعرض عليه السلعة، فإذا رغب في شرائها وقّع معه عقد البيع، وسلّمه السلعة، أو أعطاه إذنًا بتسلّمها .

فهذه الصورة شبيهة بالأولى، لأنَّ بيع البنك السلعة لطالباها وقع بعدما تسلّم موظف البنك السلعة من بائعها بالتخلية بين الموظف والسلعة بعد شرائها منه .

والصورتان غير الصحيحتين، إحداهما: أن يتسلّم الموظف الفاتورة المبدئية من طالب الشراء، ويشتري السلعة للبنك حسب الفاتورة، وقد يكون هذا الشراء بالتلفون، ثم يبرم عقد البيع مع طالب السلعة، ويعطيه شيكاً بالمبلغ المبيّن في الفاتورة ليسلمه للبائع، ويتسلّم منه السلعة .

هذه الصورة غير صحيحة لأنَّ البنك، وإن كان قد تملّك السلعة قبل أن يبيعها لطالباها، إلّا أنّه لم يتسلّمها، لا حقيقة ولا حكماً، ولم تدخل في ضمانه .

والصورة الأخرى أن يتسلّم الموظف الفاتورة المبدئية من طالب الشراء، ثم يبرم معه عقد البيع للسلعة المبيّنة في الفاتورة بربح 10% مثلاً، ويعطيه شيكاً بالثمن المبيّن في الفاتورة ليسلمه للبائع، ويتسلّم منه السلعة .

هذه الصورة غير صحيحة قطعاً، لأنَّ البنك باع السلعة قبل أن يتسلّمها، بل قبل أن يملكها، فهي عقد قرض بفائدة في صورة بيع .

ويجب على المسؤولين في البنوك الإسلامية تحذير الموظفين من ممارسة هاتين الصورتين في بيع المرابحة للأمر بالشراء .

هذا ما يتعلق بالسلعة الموجودة في السوق المحلي، أما السلعة المطلوب استيرادها من بلد آخر فلها حكم مختلف، وسأذكر فيما يلي الحكم بالنسبة للسلع المستوردة عن طريق البيع البحري في صورته المعترف بها دولياً، والمقصود بالبيع البحري الذي يستلزم نقل البضاعة المبيعة عن طريق البحر، وأهم صورته هي:

[1] البيع مع شرط التسليم في ميناء الوصول:

وهذا الشرط يعني أنَّ البائع ملزم بشحن البضاعة على السفينة التي يتفق عليها الطرفان، أو في الموعد الذي يتفقان عليه على أي سفينة يختارها البائع، ولا يتم تسليم البضاعة إلا بعد وصول السفينة إلى الميناء المعينة، ويترتب على هذا الشرط أنَّ البضاعة تكون في ضمان البائع إلى أن يتسلمها المشتري، فإذا هلك في الطريق هلكت على البائع، ولا تدخل في ضمان المشتري إلا بعد وصول السفينة إلى الميناء وتسلمه البضاعة تسليماً حقيقياً أو حكماً بأن يكون متمكناً من التسلم، ولو لم يتسلم بالفعل. في هذه الصورة من البيع لا يجوز لمشتري البضاعة أن يبيعها قبل أن تصل السفينة إلى الميناء، ويتم تسلمه للبضاعة على النحو الذي ذكرته.

[2] البيع مع شرط التسليم في ميناء القيام:

في هذه الصورة من البيع يتم تسليم البضاعة للمشتري أو وكيله بعد أن ينقلها البائع إلى الميناء ويشحنها على السفينة التي يعينها المشتري، وعلى المشتري أو وكيله إبرام عقد النقل مع السفينة ودفع المصاريف، وقد يتولى البائع إبرام عقد النقل بتوكيل من المشتري لحسابه، أو باتفاق في عقد البيع على أن يبرم البائع عقد النقل على السفينة التي يعينها المشتري، ويدفع جميع المصاريف التي تكون جزءاً من ثمن الشراء.

وفي جميع هذه الحالات يكون المشتري متسماً للبضاعة في ميناء القيام، وتدخل في ضمانه، ويتحمل تبعه هلاكها في الطريق، فيجوز له على هذا أن يبيعها وهي في الطريق على ظهر السفينة، ويكون البيع بعد تسلم المشتري سند الشحن من البائع الذي يصله عادة قبل وصول البضاعة، ويتم البيع بينه وبين المشتري الجديد بتسلمه سند الشحن؛ لأنَّ هذا السند يمثل البضاعة في العرف التجاري.

وينبغي أن يطبق على هذا النوع من البيع حكم بيع العين الغائبة، لأنَّ البائع، وإن كان مالكاً للبضاعة وقابضاً لها، إلا أنَّ البضاعة ليست حاضرة، وسند الشحن فيه وصف للبضاعة المبيعة فيكون هذا البيع من قبيل بيع العين الغائبة على الصفة، وهو جائز عند جمهور الفقهاء، مع اختلافهم في لزومه وعدمه، والرأي المقبول عندي هو أنَّ مشتري العين الغائبة على الصفة إذا وجدها متفقة مع الصفة لزمته، وإذا كانت مختلفة فله الخيار في إمضاء البيع وفسخه، وهذا هو رأي أكثر القائلين بجواز بيع العين الغائبة على

الصفة^(٩).

وينبغي التنبيه أيضاً إلى أنَّ جواز بيع البضاعة في الطريق بعد تسلم سند الشحن خاص بالمشتري الأول، أما المشتري الثاني فلا يجوز له بيع البضاعة التي اشتراها بناءً على سند الشحن إلا بعد وصول

السفينة، وتسلم البضاعة، لأنه لو باعها في السفينة في الطريق يكون قد باع ما اشتراه قبل قبضه .

.. والله الهادي والموفق إلى الصواب ..

ملخص البحث

وردت أحاديث صحيحة في هذا الموضوع تدل على نهى من اشترى طعاماً أن يبيعه قبل قبضه سواء أكان طعاماً معيناً، بأن اشتراه جزافاً، أم غير معين بأن اشتراه على الكيل أو الوزن، والنهي الوارد في الحديث للتحريم، فيكون بيع الطعام قبل قبضه غير صحيح، وهو ما جرى عليه العمل في عهد الصحابة .

والمراد بالطعام كل ما يطعم من قمح وشعير وسائر أنواع المطعومات سواء أكانت مأكولات أو كانت من الأدم .

والقبض يكون في المكيل والموزون ونحوهما باستيفاء قدره وفي الجزاف بتحويله إلى مكان آخر غير المكان الذي بيع فيه، وفي غيرها بحسب العرف .

والنهي ليس خاصاً بالطعام، وإنما يتناول الطعام وغيره، منقولاً كان أو عقاراً، لحديث حكيم بن حزام: "إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه". وحديث زيد بن ثابت الذي ورد فيه النهي عن بيع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم، وقول ابن عباس: "ولا أحسب كل شيء إلا مثله"؛ ولأن علة النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، وهي الربا أو الغرر، متحققة في بيع غير الطعام قبل قبضه .
وكل الأحاديث تدل على أن النهي عن البيع قبل القبض هو فيما ملك بالشرء خاصة، ولهذا فإني أرى الوقوف عند نص هذه الأحاديث .

هذا ما فهمته من الأحاديث، أما آراء الفقهاء فتتلخص في الآتي:
اتفق جمهور الفقهاء على أن هناك أشياء لا يجوز بيعها قبل قبضها، بل إن ابن المنذر حكى الإجماع على هذا، واختلف الجمهور بعد ذلك في تحديد هذه الأشياء .

كما اختلفوا في هل المنع عام في كل أسباب التملك أم خاص ببعضها دون بعض؟
فالحنفية لا يجوز عندهم أن يبيع المشتري المنقول قبل قبضه، أما العقار فيجوز بيعه قبل قبضه عند الشيخين استحساناً، ولا يجوز عند محمد وزفر .

والمالكية يفرقون بين الطعام وغيره، فغير الطعام يجوز بيعه قبل قبضه عقاراً كان أو منقولاً، مكياً أو غير مكيل، أما الطعام فإن بيع جزافاً يجوز للمشتري أن يبيعه قبل قبضه، وإن بيع مكيلة أو موازنة أو عدّاً فلا يجوز بيعه قبل قبضه .

والشافعية لا يجوز عندهم بيع أي مبيع قبل قبضه، طعاماً أو غيره، منقولاً أو عقاراً .
واختلفت الروايات في مذهب الحنابلة فرؤي عنهم أن القبض شرط في المقدرات، أما غير المقدرات

فيجوز تصرف المشتري فيها قبل قبضها على المشهور، وقال ابن عبد البر: الأصح عن أحمد أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وحده، وحكى أبو الخطاب عن أحمد: أن القبض شرط في كل مبيع، واختار هذه الرواية ابن عقيل.

وأيد ابن القيم رأي من يمنع بيع كل شيء قبل قبضه.

واتفق الفقهاء على أن القبض في العقار يكون بالتخلية بينه وبين المشتري، واختلفوا في قبض المنقول، فقال الحنفية: القبض في المنقول كالقبض في العقار، يكون بالتخلية إلا في المكيل والموزون ونحوهما، فإن قبضه يكون باستيفاء قدره، والمشهور عن المالكية أن المنقول إن كان جزافاً فقبضه بالتخلية، وإن كان مقدراً فباستيفاء قدره، وإن كان حيواناً أو ثياباً أو دراهم ونحوها فالمرجع فيه إلى العرف.

وقال الشافعية القبض في المنقول يرجع فيه إلى العرف.

وعند الحنابلة قبض كل شيء بحسبه.. وروى أبو الخطاب عن أحمد أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز.

واتفق الأئمة الأربعة على أن كل ما ملك بعقد لا معاوضة فيه يجوز بيعه قبل قبضه، وذلك كالوصية، وكذلك ما ملك بغير عقد كالإرث.

أمّا ما ملك بعقد من عقود المعاوضات فالقاعدة العامة عند الحنفية والحنابلة "أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض لا يجوز بيعه قبل قبضه"، ومذهب الشافعية متفق مع هذه القاعدة.

ومذهب المالكية أن عقود المعاوضات التي يقصد بها المكايسة والمغابنة لا يجوز بيع ما ملكت به قبل قبضه، وأن عقود المعاوضات التي لا يقصد منها المغابنة، وإنما تكون على جهة الرفق يجوز بيع ما ملكت به قبل قبضه، وأن عقود المعاوضات التي تتردد بين قصد المغابنة والرفق، وهي الشركة، والتولية، والإقالة، يجوز بيع ما ملكت به قبل قبضه، إذا لم تدخلها زيادة أو نقصان.

وعلة منع بيع الإنسان ما اشتراه قبل قبضه هي الربا عند المالكية، والغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم عند الأئمة الثلاثة، لاحتمال هلاك المحل.

والصور المستحدثة في هذا الموضوع التي رأيت التنبيه إليها في هذا البحث تتصل ببيع المرابحة للأمر بالشراء، الذي كثر العمل به في البنوك الإسلامية، وكثيراً ما يدخله الفساد بسبب تساهل المطلوب منه السلعة في قبضها من البائع، قبل بيعها لطالبا.

فمن الصور الفاسدة في هذا البيع أن يقدم طالب السلعة للبنك فاتورة مبدئية بما يطلب شراءه، فيشتري الموظف السلعة للبنك حسب الفاتورة، وغالباً ما يتم هذا الشراء بالتلفون، ثم يبرم عقد البيع مع طالب السلعة، ويعطيه شيكاً بالمبلغ المبيّن في الفاتورة ليسلمه للبائع، ويتسلم منه السلعة، قبل أن يتسلم هو السلعة أو يراها.

وقد يتساهل بعض الموظفين بأكثر من هذا فيبرم عقد البيع مع طالب الشراء بمجرد تقديمه للفاتورة المبدئية بربح 10% مثلاً، ويسلمه شيكاً بالثمن المبيّن في الفاتورة. فهذا عقد قرض بفائدة، وليس بيعاً.

ومن صور البيع الفاسدة بيع السلعة وهي في الطريق على ظهر السفينة، بناءً على تسلّم مستند الشحن، إذا كان البيع الأول تم بشرط التسليم في ميناء الوصول، فإنّ المشتري لا يجوز له أن يبيع السلعة قبل وصولها الميناء وتسلمها، ولو تسلّم سند الشحن .

بيع العربون

بيع العربون^{٩٢}

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى سائر الأنبياء والمرسلين.

وبعد،،،

فهذا بحث عن:

بيع العربون

أكتبه لمَجْمَع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة، ملتزماً فيه ببيان ما طلبه المَجْمَع، وهو:

[1] تعريفه، مشروعيته، حاجة الناس إليه في تعاملهم.

[2] أحكامه:

- هل يجوز العربون في بيع النقد بجنسه وفي الصرف؟

- هل يجوز أن يكون العربون مبلغاً مستقلاً عن سعر السلعة؟
- هل يجوز العربون في الخدمات، كما في السلع؟

[3] مسائل:

- هل يجوز العربون عند شراء الأوراق المالية، كالأسهم؟
- هل يجوز العربون في بيع المrabحة؟
- هل يلزم في بيع العربون أن تكون السلعة حاضرة للمعاينة، أم يجوز عند المواعدة على الشراء؟

وملتزماً أيضاً بقواعد النشر في مجلة المَجْمَع، وأسأل الله أن يوفقني إلى الصواب .

أولاً: تعريف بيع العربون:

العربون والعربان - بضم العين - والعربون والعربان - بفتح العين والراء، وتبدل الهمزة عيناً أعجمي معرب، يقال: أعرب في بيعه، وعربن إذا أعطى العربون^{٩٣}.

وبيع العربون أو العربان الوارد في الحديث والذي يتحدث عنه الفقهاء هو: أن يشتري الرجل السلعة، ويدفع للبائع مبلغاً من المال، على أنه إن أخذ السلعة، يكون ذلك المبلغ محسوباً من الثمن، وإن تركها فالمبلغ للبائع. وهذا التفسير اتفق عليه جميع الفقهاء .

قال مالك في "الموطأ": "وذلك - أي بيع العربان - فيما نرى، والله أعلم، أن يشتري الرجل العبد، أو الوليدة، أو يتكاري الدابة، ثم يقول للذي اشترى منه، أو تكاري منه: أعطيك ديناراً أو درهماً، أو أكثر من ذلك، أو أقل، على أني إن أخذت السلعة، أو ركبت ما تكاريت منك، فالذي أعطيك هو من ثمن السلعة، أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة، أو كراء الدابة، فما أعطيتك لك باطل بدون شيء"^{٩٤}.

وقال ابن قدامة: "والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة، فيدفع إلى البائع درهماً، أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب من الثمن، وإن لم يأخذها، فذلك للبائع"^{٩٥}.

وقال المرتضى: "بيع العربون هو دفع الشيء إلى البائع على أنه إن تم البيع فمن الثمن، وإلاّ فهبة"^{٩٦}.

وقال الرملي: "بيع العربون أن يشتري سلعة، ويعطيه دراهم مثلاً، وقد وقع الشرط في صلب العقد

٩٣ - القاموس المحيط، والمصباح .

٩٤ - الموطأ بهامش المتنقي، 4/157 .

٩٥ - المغني مع شرح الكبير، 4/289 .

٩٦ - البحر الزخار، 3/295 .

على أنه إنما أعطاه لتكون من الثمن، إن رضي السلعة، وإلا فهبته^{٩٧}.

تكييف بيع العربون:

يتبين من تعريف بيع العربون، أنه بيع يثبت فيه الخيار للمشتري، فإذا أمضى البيع كان العربون جزءاً من الثمن، وإذا ردَّ البيع فقد العربون، فهو خيار شرط يقابله مال في حال الرد، وهذا الخيار للمشتري وحده، أما البائع فإنَّ البيع لازم بالنسبة له، لا يستطيع رده، كما يتبين أيضاً أنه خيار غير محدد بزمان.

ثانياً: مشروعية بيع العربون:

ورد في حكم العربان حديثان: أحدهما ينهى عنه، والآخر يحله.

[1] الحديث الذي ينهى عنه، هو: يُحكى عن مالك عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله نهى عن بيع العربان^{٩٨}.

هذا الحديث ضعفه جماعة من رجال الحديث، منهم الإمام أحمد^{٩٩}، وقال النووي عنه: "مثل هذا لا يُحتج به عند أصحابنا، ولا عند جماهير العلماء"^{١٠٠}.

والضعف يدخل هذا الحديث من وجهين:

الأول: إبهام الثقة الذي روى عنه مالك.

الثاني: رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

فقد ذهب قوم إلى ترك الاحتجاج به، منهم: أبو داود، وابن حبان، وابن عدي، وابن معين في رواية عنه.

قال ابن حبان: "إن أراد جده عبد الله، فشعيب لم يلقيه، فيكون منقطعاً، وإن أراد محمداً، فلا صحبة له، فيكون مرسلًا"^{١٠١}.

قال ابن معين: "رواية عمرو عن أبيه عن جده كتاب ووجادة، فمن هنا جاء ضعفه؛ لأنَّ التصحيف يدخل على الراوي من الصحف، ولذا تجنبها أصحاب الحديث"^{١٠٢}.

وصحَّح الحديث جماعة، وقالوا عن المطعن الأول: إنَّ سند الحديث، وإن كان ضعيفاً لإبهام الثقة الذي رواه عنه مالك، إلا أنَّ الحديث ذاته صحيح، لمعرفة هذا الثقة، فقد قال ابن عبد البر: إنه ابن

٩٧ - نهاية المحتاج، 3/459.

٩٨ - الموطأ بهامش المتنقي، 4/157، وقال في "منتقى الأخبار": "رواه أحمد، والنسائي، وأبو داود". نيل الأوطار، 5/162.

٩٩ - المغني مع الشرح الكبير، 4/289.

١٠٠ - المجموع شرح المذهب، 9/334.

١٠١ - هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص. صحيح الترمذي، 3/137.

١٠٢ - تدريب الراوي، ص 221، والمصدر السابق.

لهيعة^{١٠٣}.

وقالوا عن المطعن الثاني - رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده -: المراد بجده عبد الله الصحابي، لا محمد التابعي، وسماع شعيب عن عبد الله ثابت، وهو الذي رباه لما مات أبوه محمد .

قال في "تدريب الراوي": "وذهب آخرون إلى الاحتجاج بها، وهم أكثر المحدثين، وهو الصحيح المختار الذي عليه المحققون من أهل الحديث"^{١٠٤}.

وقد روى حديث النهي عن بيع العربان من طرق أخرى ذكرها الشيخ/ أحمد محمد شاكر في شرحه لمسند الإمام أحمد^{١٠٥}.

[2] والحديث الذي يحل بيع العربون هو ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن زيد بن أسلم: أنه سئل رسول الله عن بيع العربان في البيع فأحله^{١٠٦}.

هذا الحديث مرسل، وفي إسناده إبراهيم بن أبي يحيى، وهو ضعيف^{١٠٧}، وقال ابن رشد: قال أهل الحديث: ذلك غير معروف عن رسول الله^{١٠٨}. وقال ابن عبد البر: لا يصح ما روي عن رسول الله من أجازته^{١٠٩}.

واضح من هذا أن العمل بحديث عمرو بن شعيب أولى من العمل بحديث زيد بن أسلم؛ لأن حديث زيد بن أسلم فيه المقال المذكور، وحديث عمرو بن شعيب ورد من طرق يقوي بعضها بعضاً؛ ولأنه يتضمن الحظر، وهو أرجح من الإباحة، كما تقرّر في الأصول^{١١٠}.

آراء الفقهاء في حكم بيع العربون:

اختلف الفقهاء في حكم بيع العربون: فمنعه الحنفية، والمالكية، والشافعية، والشيعة الزيدية، وأبو الخطاب

١٠٣ - تدريب الراوي، ص 221، وشرح الشيخ/ أحمد محمد شاكر لمسند الإمام أحمد، 11/13 .

١٠٤ - تدريب الراوي، ص 221 .

١٠٥ - شرح الشيخ/ أحمد محمد شاكر لمسند الإمام أحمد، 11/14 و15، وانظر أيضاً: نيل الأوطار، 162/5-163 .

١٠٦ - نيل الأوطار، 5/162 .

١٠٧ - المصدر السابق .

١٠٨ - بداية المجتهد، 2/163 .

١٠٩ - الزرقاني على الموطأ، 2/99 .

١١٠ - نيل الأوطار، 5/163 .

من الحنابلة، ورُوِيَ المنع عن ابن عباس والحسن^(١١)، وقال ابن رشد والشوكاني: "المنع قول الجمهور"^(١٢). وأجازه الإمام أحمد، ورُوِيَ الجواز عن عمر وابنه، وعن جماعة من التابعين، منهم: مجاهد، وابن سيرين، ونافع بن الحارث^(١٣)، وزيد بن أسلم^(١٤).
أدلة المانعين:

استدلَّ المانعون لبيع العربون بما يأتي:

[1] حديث النهي عن بيع العربون:

وهذا دليل قوي، لما بيَّناه من أنَّ هذا الحديث مقبول عند أكثر علماء الحديث .

[2] في بيع العربون غرر:

قال ابن رشد الجد: "ومن ذلك - أي من الغرر المنهي عنه - نهى رسول الله عن بيع العربان"، وقال أيضاً: "الغرر الكثير المانع من صحة العقد يكون في ثلاثة أشياء: أحدها: العقد .

والثاني: أحد العوضين .

والثالث: الأجل فيهما، أو في أحدهما .

فأمَّا الغرر في العقد، فهو مثل نهى النبي عن بيعتين في بيعة، وعن بيع العربان"^(١٥). وقال ابن رشد الحفيد: "وإنما صار الجمهور إلى منعه؛ لأنَّه من باب الغرر، والمخاطرة، وأكل المال بغير عوض"^(١٦).

وقد ورد التعليل بالغرر، وأكل المال بالباطل، في كثير من كتب المالكية^(١٧)، والغرر متحقق في بيع العربون، لأنَّه بيع مستور العاقبة، لا يدري كل من البائع والمشتري: هل يتم البيع، أم لا؟ وأكل المال بالباطل متحقق فيه، بصورة واضحة، إذا عدل المشتري وباع البائع سلعته بالثمن الذي اتفق به مع المشتري، أو بأكثر منه .

١١١ - المنتقى، 4/157، ونهاية المحتاج، 3/459، والبحر الزخار، 3/259، والمغني، 4/289 مع الشرح الكبير .

١١٢ - بداية المجتهد، 2/162، ونيل الأوطار، 5/163 .

١١٣ - هكذا في: بداية المجتهد، وفي المغني، 4/289، والقرطبي، 5/150: "عبد الحارث" .

١١٤ - بداية المجتهد، 2/289، والقرطبي، 5/150 .

١١٥ - المقدمات الممهدة، 1/221 .

١١٦ - بداية المجتهد، 2/163 .

١١٧ - وبالغ القرطبي فقال: "إنَّه من باب بيع القمار، والغرر، والمخاطرة، وأكل المال بالباطل، بغير عوض ولا هبة، وذلك باطل بإجماع". الجامع لأحكام القرآن،

[3] فيه شرطان فاسدان:

أحدهما: شرط كون ما دفعه المشتري للبائع يكون مجاناً، إن اختار ترك السلعة.

والثاني: شرط الرد على البائع، إذا لم يقع منه الرضا بالبيع^(١١).

[4] بيع العربون بمنزلة الخيار المجهول:

لأنَّ المشتري اشترط أنَّ له ردَّ المبيع من غير ذكر مدة، فلم يصح، كما لو قال: ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهماً^(١٢).

أدلة المجوزين:

استدلَّ المجوزون لبيع العربون بما يأتي:

[1] حديث زيد بن أسلم^(١٣). وفي هذا الحديث المقال الذي ذكرنا، فلا يصح الاحتجاج به.

[2] ما رُوِيَ عن نافع بن عبد الحارث أنَّه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية، فإنَّ رَضِيَ عمر، وإلاَّ فله كذا وكذا. قال الأثرم: قلتُ لأحمد: تذهب إليه؟ قال: أي شيء أقول؟ هذا عمر. قال ابن قدامة: "وإنَّما صار أحمد فيه إلى ما رُوِيَ عن نافع بن عبد الحارث... وذكر الخبر ثم قال: فأما إنَّ دفع إليه من قبل البيع درهماً، وقال: لا تبع هذه السلعة لغيري، وإنَّ لم أشتريها منك فهذا الدرهم لك، ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدئ وحسب الدرهم من الثمن صحَّ، لأنَّ البيع خلا عن الشرط المفسد، ويحتمل أنَّ الشراء الذي اشترى لعمر كان على هذا الوجه، فيحمل عليه، جمعاً بين فعله وبين الخبر، وموافقة القياس، والأئمة القائلين بفساد العربون"^(١٤).

يستفاد من كلام ابن قدامة هذا أنَّه يرى العمل بحديث النهي عن بيع العربون، ويرى أنَّ المنع هو القياس، ويؤول فعل عمر بما يتفق مع الحديث والقياس.

[3] القياس على ما قاله سعيد بن المسيب وابن سيرين، من أنَّه لا بأس إذا كره المشتري السلعة أنَّ يردّها، ويرد معها شيئاً، فقد قال الإمام أحمد: هذا في معناه.

ذكر ابن قدامة هذا الدليل ولم يعلِّق عليه^(١٥)، وسيأتي الحديث عن هذه الصورة، وأنَّها ليست من بيع العربون.

١١٨ - نيل الأوطار، 5/163.

١١٩ - المغني مع الشرح الكبير، 4/289.

١٢٠ - نيل الأوطار، 5/163، لم يستدلَّ في "المغني" ولا في "المقنع" بهذا الحديث.

١٢١ - المغني مع الشرح الكبير، 4/289.

١٢٢ - المصدر نفسه.

وإني أرجح المنع لقوة دليله، فإنَّ حديث النهي أكثر رجال الحديث يصحونه، وحديث الجواز أكثرهم يردّه، والغرر في بيع العربون متحقق، وأكل المال بالباطل متحقق أيضاً في بعض صورته، وما اعتمد عليه المجوزون من أقوال بعض الصحابة والتابعين لا يقوى على معارضة أدلة المانعين.

صور من البيع تشتبه ببيع العربون، وليست منه:

[1] قد يدفع المشتري للبائع مبلغاً من المال، على أنّه إنْ أمضى البيع احتسبه من الثمن، وإنْ لم يمضه أخذ ما دفعه.

البيع بهذه الصورة صحيح، لأنَّ الغرر الذي فيه مغتفر، فهو بيع بالخيار قدّم فيه جزء من الثمن. قال الباجي: "وأما العربان الذي لم ينه عنه، فهو أنْ يبتاع منه ثوباً أو غيره بالخيار فيدفع إليه بعض الثمن مختوماً عليه، إنْ كان مما لا يعرف بعينه، على أنّه إنْ رضي كان من الثمن، وإنْ كره رجع إليه ذلك؛ لأنّه ليس فيه خطر يمنع صحته، وإنّما فيه تعيين للثمن أو بعضه"^(١٢٣).

وقال الحطاب: قال مالك: "وأما من اشترى شيئاً وأعطى عرباناً على أنّه إنْ رضي أخذه، وإنْ سخطه ردّه، وأخذ عربانه، فلا بأس به"^(١٢٤).

ولا بُدَّ لصحة هذه الصورة من تحديد مدة الخيار، كما هو الشأن في خيار الشرط.

[2] قد يدفع طالب الشراء لصاحب السلعة مبلغاً من المال، ويقول له: "لا تبع هذه السلعة لخيري، وإنْ لم أشتريها منك فما دفعته هو لك، ثم يشتريها منه بعد ذلك بعقد مبتدئ، ويحسب المبلغ الذي دفعه من الثمن"^(١٢٥).

هذا البيع صحيح، والفرق بينه وبين بيع العربون الممنوع، أنَّ البيع هنا خلا من الشرط المفسد، لأنَّ هذه الصورة عبارة عن اتفاقين، الاتفاق الأول ذكر فيه شرط ترك العربون، ولكن لم يقرن به العقد، والاتفاق الثاني تم فيه العقد مجرداً عن الشرط. هذا إذا تم البيع، أمّا إذا لم يتم، فإنَّ صاحب السلعة لا يستحق شيئاً، لأنّه يأخذه بغير عَوْض، ولا يصح جعله عَوْضاً عن انتظاره وتأخير البيع من أجل المشتري، لأنّه لو كان عَوْضاً عن ذلك ما جاز جعله من الثمن حال الشراء، ولا يمكن أنْ يقال هو عَوْض عن الانتظار في حالة عدم الشراء، أمّا في حالة الشراء فهو جزء من الثمن، لأنَّ الانتظار بالبيع لا يجوز المعاوضة عنه، ولو جازت لوجب أنْ يكون معلوم المقدار كما في الإجارة"^(١٢٦). كما يقول

١٢٣ - المنتقى، 4/158.

١٢٤ - الحطاب، 4/369.

١٢٥ - هذه هي الصورة التي حمل عليها ابن قدامة شراء نافع دار السجن لعمر.

١٢٦ - المغني مع الشرح الكبير، 4/289، والعبارة الأخيرة في كلام ابن قدامة قد يُفهم منها أنَّ المعاوضة على الانتظار بالبيع تجوز إذا كان الانتظار معلوم المقدار.

ابن قدامة .

أما في بيع العربون الممنوع، فإنَّ العقد يفسد، سواء تم البيع أم لم يتم، لأنَّ الشرط فيه اقترن بالعقد فأفسده حتى في الحالة التي يختار فيها المشتري إمضاء العقد .

[3] قد يشتري شخص سلعة، ثم يتفق مع البائع على أن يردّها ومعها شيء من المال .

هذه هي الصورة التي قاس عليها الإمام أحمد صورة بيع العربون الممنوع عند الجمهور . قال ابن المسيب وابن سيرين: لا بأس إذا كره السلعة أن يردّها ويردّ معها شيئاً^{١٢٧} .

ولا خلاف بين الفقهاء في جواز هذه الصورة، إذا كان البيع الأول نقداً، أما إذا كان إلى أجل فقد منعه مالك في بعض الحالات، وهي ما إذا كانت الزيادة نقداً، أو إلى أجل أبعد من الأجل الأول، لأنَّ هذا فيه ذريعة إلى بيع الذهب بالذهب إلى أجل، وإلى بيع ذهب وعرض بذهب، لأنَّ المشتري يدفع الزيادة والسلعة في الثمن الذي عليه، هذا إذا كان الثمن ذهباً . وفيه أيضاً بيع وسلف، لأنَّ المشتري إذا كان قد اشترى السلعة بمائة مثلاً إلى أجل، ثم اتفق على أن يرد للبائع السلعة ومعها عشرة، فإنَّ المسألة تؤول إلى أنَّ المشتري باع السلعة بتسعين وأسلف البائع عشرة إلى الأجل الذي اتفقا عليه في البيع الأول، وعندئذ يقبضها من نفسه لنفسه، وأجاز الشافعي هذه الإقالة مطلقاً، لأنها عنده شراء مستأنف، لا فرق بينها وبين ما إذا كان لرجل على آخر مائة مؤجلة فاشترى منه سلعة بتسعين، وعجل له العشرة، وهذا جائز بإجماع، ولم يذهب الشافعي إلى ما ذهب إليه مالك من سد الذريعة، لأنه يرى أنَّ حمل الناس على التهم لا يجوز^{١٢٨} .

ورأي الشافعي أولى بالاتباع في هذه المسألة، فإنَّ المالكية بالغوا في سد الذريعة هنا مبالغة غير مقبولة . وقياس بيع العربون على هذه الصورة غير مقبول؛ لأنَّ هذه الصورة هي إقالة للبيع، وهي شراء مستأنف، ولا مانع من أن يشتري شخص سلعة بمائة نقداً، ثم يبيعه لمن اشتراها منه بتسعين نقداً .

[4] قد يشتري الرجل سلعة إلى أجل، ثم يتقایل المتعاقدان على أن يدفع البائع للمشتري شيئاً من المال . قال مالك في الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار إلى أجل، ثم يندم البائع، فيسأل المبتاع أن يقبله بعشرة يدفعها إليه نقداً، أو إلى أجل، ويمحو عنه المائة دينار، قال مالك: لا بأس به .

وهذه المسألة لا خلاف في جوازها، لأنَّ هذه إقالة، "والإقالة إذا دخلتها الزيادة أو النقصان تكون بيعاً مستأنفاً، ولا حرج في أن يبيع الإنسان الشيء بثمن، ثم يشتريه بأكثر منه"^{١٢٩} .

١٢٧ - المغني مع الشرح الكبير، 4/289 .

١٢٨ - بداية المجتهد، 2/141 .

١٢٩ - بداية المجتهد، 2/141، والمنتقى، 4/164 .

العربون في قوانين البلاد العربية

أولاً: العربون في القانون المصري:

تنص المادة (103) من القانون المدني على ما يأتي:

[1] دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أنَّ لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلاَّ إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

[2] فإذا عدل مَنْ دفع العربون فقده، وإذا عدل مَنْ قبضه ردَّ ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر.

فالقانون المصري اعتبر دفع العربون في حالة عدم الاتفاق دليلاً على ثبوت حق العدول لكل من المتعاقدين، ولكنه عدول بمقابل، هو قدر العربون، فإذا استعمل المشتري في عقد البيع حقه في العدول وجب عليه ترك العربون، وإذا استعمل البائع حقه في العدول وجب عليه ردَّ العربون للمشتري ومعه مثله، من غير نظر إلى مقدار الضرر الذي يصيب أحد الطرفين من جراء عدول الطرف الآخر.

وجاءت بعض قوانين البلاد العربية مطابقة للقانون المصري^(١٣٠).

ثانياً: العربون في القانون العراقي:

تنص المادة (92) من القانون المدني العراقي على ما يأتي:

[1] يعتبر دفع العربون دليلاً على أنَّ العقد أصبح باتاً، لا يجوز العدول عنه، إلاَّ إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

[2] فإذا اتفق المتعاقدان على أنَّ العربون جزاء للعدول عن العقد، كان لكل منهما حق العدول، فإنَّ عدل مَنْ دفع العربون وجب عليه تركه، وإذا عدل مَنْ قبضه ردَّه مضاعفاً.

فالقانون العراقي يرى أنَّ العربون في حالة عدم الاتفاق، يكون جزءاً من الثمن، وأن دفعه دليل على أنَّ العقد أصبح باتاً لا خيار فيه، فإذا تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ العقد كان للطرف الآخر إجباره على التنفيذ، كما له أن يطلب فسخ العقد مع التعويض، ولكن لا مانع من أن يتفق المتعاقدان على أنَّ لكل منهما حق العدول على النحو الذي ورد في الفقرة الثانية.

والفرق بين القانون المصري والقانون العراقي هو أنَّ القانون المصري يجعل دفع العربون في حالة عدم الاتفاق دليلاً على أنَّ لكل من المتعاقدين حق العدول، والقانون العراقي يجعل دفع العربون في

حالة عدم الاتفاق دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه، إلا بالاتفاق بين الطرفين . وكل من القانون المصري والقانون العراقي متأثر بالقوانين الغربية، يقول الدكتور/ السنهاوري: "وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الدالتين: فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت، وغني عن البيان أن كلتا الدالتين قابلة لإثبات العكس، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين، أو من الظروف أن المقصود من العربون هو غير ما يؤخذ من دلالة المفروضة، وجب الوقوف عند ما أراده المتعاقدان"^(١٣١).

والقانون المدني الأردني، مع أن أحكامه مستمدة من الفقه الإسلامي، فقد تبع في هذه المسألة القانون المصري، ونصت المادة (107) منه على الآتي:

[1] دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

[2] فإذا عدل من دفع العربون ففقه، وإذا عدل من قبضه ردّه ومثله .

وقد حاول كل من الدكتور/ السنهاوري^(١٣٢)، وواضع المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني^(١٣٣) تأصيل المادة من الفقه الإسلامي .

ومشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، الذي يستمد أحكامه من الفقه الإسلامي أيضاً، تنص المادة (158) منه على الآتي:

دفع العربون المتفق عليه في العقد يفيد أن دافعه مخير بين البقاء على عقده، والعدول عنه، فإذا لم يعدل كان العربون جزءاً مقدماً من العوض الذي التزم به في العقد، وإن عدل أصبح العربون حقاً لقابضه مقابل العدول، ما لم ينص على خلاف ذلك .

إن هذه المادة، لو لم ترد فيها عبارة: "ما لم ينص على خلاف ذلك"، لقلنا أنها مأخوذة من مذهب الإمام أحمد، لكن ورود هذه العبارة في آخرها يجعلها لا تختلف عن نصوص القوانين العربية التي ذكرتها، وتبعدها عن مذهب الإمام أحمد، لأن هذه العبارة تجيز للعاقدين أن يتفقا على أن يكون العدول حقاً للطرفين على نحو ما تقرره تلك القوانين، والإمام أحمد لا يقول بها .

ولعل القانون الوحيد في قوانين البلاد العربية الذي أخذ برأي الجمهور في منع العربون، هو قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م (السوداني)، فقد نصت المادة (47) منه على الآتي: "لا يجوز دفع العربون ولا استلامه، ومع ذلك إذا قضت المحكمة بنشوء العقد يعتبر كل مبلغ مدفوع جزءاً من المقابل، ولها أن تقضي بأي تعويض تراه عادلاً نظير أي إخلال بالعقد" .

ثالثاً: حاجة الناس إلى العربون في تعاملهم:

١٣١ - مصادر الحق، 2/99 و101 و102 .

١٣٢ - المصدر نفسه .

١٣٣ - المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، 1/116 .

لا أجد حاجة عامة أو خاصة للتعامل بالعربون، تجعل التعامل به جائزاً، ولو كانت هنالك حاجة فإنها غير متعينة، وغير معتبرة: غير متعينة، لأنَّ في البيع مع خيار الشرط بشروطه الشرعية غنى عنه. وغير معتبرة، لأنَّ الشارع نهى عنه في حديث عمرو بن شعيب الذي صحَّحه أكثر المحدثين.

رابعاً: مسائل تتعلق ببيع العربون:

طُلب ممن يكتبون في "بيع العربون"، الإجابة عن ست مسائل، هي:

[1] هل يجوز العربون في بيع النقد بجنسه وفي الصرف؟

قلنا في تكييف بيع العربون إنَّه يتضمن خيار شرط للمشتري بمقابل في حالة ردِّ المبيع، وبيع النقد بجنسه، والصرف لا يجوز فيهما خيار الشرط، ولو كان بغير مقابل عند الأئمة الأربعة، يقول الكمال بن الهمام في الكلام عن الصرف: "وشروطه التقابض للبديلين قبل الافتراق، وإنَّ اختلف الجنس، ولهذا لم يصح فيه أجل، ولا خيار شرط؛ لأنَّ خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الرايئين منهم، وذلك يخل بالقبض المشروط، وهو القبض الذي يحصل به التعيين" (١٣٤).

وجاء في "المدونة": "قلت لأبي القاسم: هل يجوز مالك الخيار في الصرف؟ قال: لا" (١٣٥).

وقال الشيرازي: "يجوز شرط خيار ثلاثة أيام في البيوع التي لا ربا فيها، فأما البيوع التي فيها الربا، وهي الصرف وبيع الطعام بالطعام، فلا يجوز فيها شرط الخيار؛ لأنَّه لا يجوز أن يتفرَّقا قبل إتمام البيع، ولهذا لا يجوز أن يتفرَّقا إلاَّ عن قبض العوضين، فلو جَوَّزنا شرط الخيار لتفرَّقا ولم يتم البيع بينهما" (١٣٦).

وقال في "المقنع": "لا يثبت - خيار الشرط - إلاَّ في البيع... قال في الحاشية: "ويستثنى منه ما يشترط فيه القبض لصحته كالصَّرف والسَّلَم" (١٣٧).

وإذا كان الصرف لا يجوز فيه خيار الشرط، فإنَّه لا يجوز فيه العربون من باب أولى، لا على رأي من يمنع بيع العربون، ولا على رأي من يجوزه. أمَّا على رأي من يمنعه فالأمر ظاهر، لأنَّ الصرف بيع، والبيع لا يجوز فيه العربون، ولو لم يكن مما يشترط فيه التقابض، وأمَّا على رأي من يجوز بيع العربون، فلأنَّ بيع العربون فيه خيار شرط، وخيار الشرط لا يجوز في العقد الذي يشترط فيه التقابض، والصرف يشترط فيه التقابض، فلا يجوز فيه خيار الشرط، ولا العربون.

١٣٤ - فتح القدير، 5/367، وانظر أيضاً: بدائع الصنائع، 5/219.

١٣٥ - المدونة الكبرى، 10/21.

١٣٦ - المهذب، 1/258.

١٣٧ - المقنع، 2/36.

2] هل يجوز أن يكون العربون مبلغاً مستقلاً عن سعر السلعة؟

هذه المعاملة المسؤول عنها لا تدخل في بيع العربون المعروف في الفقه الإسلامي، الذي اختلف الفقهاء في حكمه، فمنعه الأئمة الثلاثة، وجوّزه الإمام أحمد؛ لأنّ بيع العربون الذي أجازّه الإمام أحمد يكون العربون فيه محسوباً من الثمن، إذا أخذ المشتري السلعة، والمعاملة المسؤول عن حكمها يكون فيها العربون مستقلاً عن الثمن، وصورة هذه المعاملة فيما يظهر لي هي: أن يشتري شخص من آخر سلعة بألف ريال، على أن يكون له الخيار مدة معلومة، مقابل مائة ريال، يدفعها للبائع، سواء أخذ السلعة بالألف، أم ترك البيع.

إذا كان هذا التصوير للمعاملة هو المراد، فإنّها تكون من بيع الاختيار الذي أصدر مجّمع الفقه الإسلامي فيه قراراً بعدم الجواز في دورة مؤتمره السابع.

هذا وقد ذكر الدسوقي من صور بيع العربون الممنوعة "قول البائع للمشتري: لا أبيعك السلعة إلاّ إذا أعطيتني ديناراً أخذه مطلقاً سواء أخذت السلعة أو كرهت أخذها"^(١٣٨).

3] هل يجوز العربون في الخدمات كما في السلع؟

العربون لا يجوز في جميع العقود عند من يمنعه في البيع، يقول الدسوقي: "بيع العربان يجري في البيع والإجارة، لا في البيع فقط، كما هو ظاهر المصنف، والظاهر منعه في جميع العقود، لأنّه من أكل أموال الناس بالباطل"^(١٣٩).

أمّا في مذهب الحنابلة المجوزين لبيع العربون، فقد قال محشي المقنع: "وحكم الإجارة كالبيع"، ذكره في "الوجيز"، و"الفروع"^(١٤٠).

ولم يذكر ابن قدامة الإجارة، وقال بعدما أورد رأي المانع لبيع العربون: "وهذا هو القياس، وإنّما صار أحمد فيه إلى ما روي عن نافع بن عبد الحارث..."^(١٤١). ولهذا فإنّي أرى قصر جواز بيع العربون في مذهب الحنابلة على ما نص عليه فقهاؤهم، وهو البيع والإجارة.

4] هل يجوز العربون عند شراء الأوراق المالية كالأسهم؟

لا يجوز على رأي الجمهور العربون في شراء الأوراق المالية كالأسهم، لأنّها لا تخرج عن كونها بيعاً، وبيع العربون لا يجوز عندهم، ويجوز على رأي الحنابلة إذا كانت الأوراق مما يجوز شراؤه.

١٣٨ - الدسوقي على الشرح الكبير، 3/63.

١٣٩ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/63.

١٤٠ - حاشية المقنع، 2/31.

١٤١ - المغني مع الشرح الكبير، 4/289.

[5] هل يجوز العربون في بيع المراجعة؟

لا يختلف حكم العربون في بيع المراجعة عنه في بيع المساومة، فكلاهما بيع، فمن يمنع بيع العربون في بيع المساومة يمنعه في بيع المراجعة، ومن يجوزه في بيع المساومة يجوزه في بيع المراجعة، ولا خصوصية لبيع المراجعة في منع العربون، أو جوازه .

[6] هل يلزم في بيع العربون أن تكون السلعة حاضرة للمعاينة، أم يجوز عند المواعدة على الشراء؟

يبدو لي أنَّ المقصود بهذا السؤال هو معرفة حكم العربون في بيع المراجعة للأمر بالشراء، وليس المقصود منه معرفة حكمه في بيع العين الغائبة، المملوكة للبائع، كما يتبادر إلى الذهن من عبارة: "أن تكون السلعة حاضرة للمعاينة"؛ لأنَّ بيع العين الغائبة ليس فيه مواعدة، إنَّما المواعدة في بيع المراجعة للأمر بالشراء .

إذا كان هذا الذي بدا لي هو المقصود فإنَّ حكم العربون يختلف باختلاف المرحلة التي يدفع فيها، في بيع المراجعة للأمر بالشراء، لأنَّ هذا البيع يتم على مرحلتين: الأولى: مرحلة المواعدة، والثانية: مرحلة إبرام عقد البيع .

فإذا كان دفع العربون في المرحلة الثانية، أي مشروطاً في عقد البيع، فإنَّ حكمه هو ما بيَّناه في مشروعية العربون، المنع عند الأئمة الثلاثة، والجواز عند الإمام أحمد .

وإذا كان دفع العربون في المرحلة الأولى، مرحلة المواعدة، فإنَّ أخذنا برأي القائلين بالإلزام في المواعدة، فإنَّ الحكم لا يختلف عنه في مرحلة البيع، لأنَّ المواعدة الملزمة عقد في الواقع .

وإنَّ أخذنا برأي القائلين بعدم إلزام المواعدة - وهي ما قرَّره مَجْمَعُ الفقه - فإنَّ العربون بمعناه الفقهي الذي بيَّناه لا يمكن تصوُّره فيها، لأنَّ العربون لا يكون إلَّا في عقد لازم، كالبيع والإجارة، والمواعدة غير اللازمة ليست بيعاً، ولا عقداً، وإنَّما هي وعد من الأمر بالشراء غير ملزم له، فهو بالخيار إن شاء اشترى، وإن شاء ترك من غير أن يدفع عربوناً، فإذا شرط البائع على الأمر بالشراء أن يدفع له عربوناً، ويفقد هذا العربون إذا ترك الشراء فإنَّ هذا يكون تناقضاً مع كون الوعد غير ملزم . والله أعلم .

.. وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم ..

مُلَخَّصُ البَحْثِ

بيع العربون المعروف في الفقه الإسلامي هو أن يشتري الرجل السلعة، ويدفع للبائع مبلغاً من المال،

على أنه إن أخذ السلعة يكون ذلك المبلغ محسوباً من الثمن، وإن تركها، فالمبلغ للبائع .

وتكليف بيع العربون على هذا هو أنه بيع يثبت فيه الخيار للمشتري، فإذا أمضى البيع، كان العربون جزءاً من الثمن، وإذا ردّ البيع فقد العربون، فهو خيار شرط، يقابله مال في حالة الرد، وهذا الخيار للمشتري وحده، أمّا البائع، فإنّ البيع لازم بالنسبة له، لا يستطيع ردّه، وهذا الخيار غير محدد بمدة .

وقد ورد في بيع العربون حديثان: أحدهما ينهى عنه، والآخر يحله، وفي كل من الحديثين مقال، غير أنّ الحديث الذي ينهى عنه أكثر رجال الحديث يصحونه، والحديث الذي يحله أكثرهم يردونه .

وقد اختلف الفقهاء في حكم بيع العربون، فمنعه الجمهور، منهم: الحنفية، والمالكية، والشافعية، وأبو الخطاب من الحنابلة . وأجازه الإمام أحمد . واستدلّ الجمهور على المنع بحديث عمرو بن شعيب الذي ينهى عن بيع العربان، وبأنّ في بيع العربون غرراً، واستدلّ الإمام أحمد بما رُوِيَ عن نافع بن عبد الحارث أنّه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية، فإنّ رضى عمر، وإلاّ فله كذا وكذا، وبالقياص على ما قاله

سعيد بن المسيب وابن سيرين من أنّه لا بأس إذا كره المشتري السلعة أن يردّها، ويردّ معها شيئاً .

وقد ذكر الفقهاء صوراً تشبّه ببيع العربون، وليست منه، منها: أن يدفع المشتري للبائع مبلغاً من المال، على أنه إن أمضى البيع احتسبه من الثمن، وإن لم يمضه أخذ ما دفعه، البيع بهذه الصورة صحيح باتفاق .

ومنها أن يدفع طالب الشراء لصاحب السلعة مبلغاً من المال، ويقول له: لا تبع هذه السلعة لغيري، وإن لم أشتريها منك فما دفعته هو لك، ثم يشتريها منه بعد ذلك بعقد مبتدئ، ويحسب المبلغ الذي دفعه من الثمن . هذا البيع صحيح أيضاً، إذا تم البيع، وإذا لم يتم لا يستحق صاحب السلعة شيئاً .

ومنها أن يشتري شخص سلعة ثم يتفق مع البائع على أن يردّها ومعها شيء من المال . هذه الصورة صحيحة، وهي التي قاس عليها الإمام أحمد صورة بيع العربون الممنوع عند الجمهور، والقياص غير مقبول عند المانعين لبيع العربون؛ لأنّ هذه الصورة هي شراء مستأنف، ولا مانع من أن يشتري شخص سلعة بمائة نقداً، ثم يبيعها لمن اشتراها منه بتسعين نقداً .

ومنها أن يشتري الرجل سلعة إلى أجل، ثم يتقایل المتعاقدان على أن يدفع البائع للمشتري شيئاً من المال . وهذه المعاملة لا خلاف في جوازها، لأنّها بيع مستأنف، ولا مانع من أن يبيع الإنسان الشيء بثمن إلى أجل ثم يشتريه بأكثر منه .

هذا وقد جوّزت قوانين البلاد العربية - ما عدا القانون السوداني - دفع العربون بالصورة الممنوعة عند الجمهور، وذهب بعضها إلى أبعد من هذه الصورة، فجعل دفع العربون في العقد من غير اتفاق بين المتعاقدين دليلاً على أنّ لكل من المتعاقدين العدول عن العقد، فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه ردّ ضعفه .

ورأي الجمهور أولى بالاتباع عندي، لقوة دليله .

أمّا الجواب عن ست مسائل؛ فهو:

[1] لا يجوز العربون في بيع النقد بجنسه، ولا يجوز في الصرف على رأي الأئمة الأربعة، لامتناع خيار الشرط فيهما.

[2] إذا جعل العربون مبلغاً مستقلاً عن سعر السلعة، فإنه لا يدخل في بيع العربون المعروف في الفقه الإسلامي، ويدخل في بيع الاختيار، الذي أصدر مَجْمَعُ الفقه فيه قراراً بعدم الجواز في دورة مؤتمره السابع.

[3] لا يجوز العربون في جميع العقود عند الجمهور، ونص الإمام أحمد على جوازه في البيع، وألحق بعض فقهاء الحنابلة الإجارة بالبيع، والظاهر أنَّ مذهب الحنابلة لا يقبل التوسُّع في الجواز، لأنَّ القياس عندهم هو منع العربون في البيع.

[4] لا يجوز على رأي الجمهور العربون في شراء الأوراق المالية، لأنها لا تخرج عن كونها بيعاً، ويجوز عند الحنابلة بشرط أنَّ تكون الأوراق المالية مما يجوز شراؤه.

[5] لا يختلف حكم العربون في بيع المrabحة عنه في بيع المساومة، ولا خصوصية لبيع المrabحة في منع العربون أو جوازه.

[6] في بيع المrabحة للأمر بالشراء، إذا كان دفع العربون في المرحلة الثانية، أي في مرحلة البيع، فإنه لا يجوز عند الجمهور، ويجوز عند الإمام أحمد، أمَّا إذا كان في المرحلة الأولى، أي في مرحلة المواعدة، فإنه لا يجوز عند الأئمة الأربعة، بل لا يتصور، لأنَّ العربون لا يكون إلاَّ في عقد لازم كالبيع، والمواعدة ليست بيعاً، ولا عقداً لازماً عند الجميع.

الاقتراح الأول:

هذا الاقتراح مبني على رأي الجمهور المانع لبيع العربون، وهو الرأي الذي رجحته .
لا يجوز بيع العربون، ويفسخ إن وقع، ويردّ للمشتري عربونه إذا لم يتم البيع، ويفسخ أيضاً إذا تم البيع، وكان المبيع قائماً، فإن فات مضي بقيمته، ويحسب العربون من القيمة .

الاقتراح الثاني:

هذا الاقتراح مبني على رأي الإمام أحمد المجوز لبيع العربون:
يجوز بيع العربون . ويحسب العربون من الثمن إذا تم الشراء، ويكون حق البائع إذا لم يتم .

الاقتراح الثالث:

هذا الاقتراح مبني على رأي الإمام أحمد أيضاً مع تعديل يمنع من أن يترتب على الجواز أكل مال البائع العربون بالباطل:
يجوز بيع العربون، إذا حددت مدة الانتظار، ويحتسب العربون من الثمن إذا تم الشراء، أمّا إذا عدل المشتري عن الشراء، فلا يجوز للبائع أن يأخذ من العربون إلا مقدار الخسارة التي لحقته بسبب عدول المشتري، ويرد الباقي .

هذه الاقتراحات هي في بيع العربون بمفهومه الفقهي، أي في الحالة التي يشترط فيها في صلب العقد أن العربون يحتسب من الثمن إذا تم الشراء، ويكون حقاً للبائع إذا عدل المشتري عن الشراء .
أمّا إذا لم يوجد هذا الشرط، ولا عرف يقوم مقامه، واشترى شخص سلعة ودفع للبائع مبلغاً من المال ولو سمّاه عربوناً، فإنّ هذا لا يصدق عليه اسم بيع العربون في الفقه الإسلامي، وإنّما يكون بيعاً باتاً دفع فيه جزء من الثمن، ويجب فيه على المشتري تسليم باقي الثمن، وعلى البائع تسليم السلعة . والله أعلم .

المصادر

• كتب التفسير:

أحكام القرآن: أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف
بأبن العربي (543هـ)، دار إحياء الكتب العربية، 1376هـ .

• كتب الحديث:

الموطأ: مالك بن أنس (179هـ)، بهامش المنتقى، مطبعة السعادة .

مسند الإمام أحمد: أحمد بن حنبل (241هـ)، مع شرح الأستاذ/ أحمد محمد شاكر، مطبعة دار
المعارف بمصر، 1375هـ - 1377هـ .

صحيح الترمذي بشرح ابن العربي: أبو عيسى محمد بن عيسى السلمي (279هـ)، المطبعة المصرية
بالأزهر، 1350هـ .

تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي: الإمام الحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي
(911هـ)، المطبعة الخيرية بمصر،

1307هـ.

شرح الزرقاني على الموطأ: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (1122هـ)، مطبعة الاستقامة بالقاهرة، 1379هـ.

نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار: الإمام محمد بن علي الشوكاني (1255هـ)، مطبعة البابي الحلبي، 1372هـ.

. كتب الفقه:

. المذهب الحنفي:

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني (587هـ)، مطبعة الجمالية بمصر، 1910هـ.

فتح القدير شرح الهداية: كمال الدين بن الهمام (6861هـ)، المطبعة الأميرية بولاق، 1317هـ.
. المذهب المالكي:

المدونة الكبرى: مالك بن أنس (179هـ)، مطبعة السعادة، 1323هـ.

المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (520هـ)، مطبعة السعادة.

بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (595هـ)، مطبعة الاستقامة، 1370هـ.

مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب (954هـ)، مطبعة السعادة، 1329هـ.

الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (1230هـ)، مطبعة مصطفى محمد.

. المذهب الشافعي:

المهذب: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (476هـ)، عيسى البابي الحلبي.

المجموع شرح المهذب: أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي (676هـ)، مطبعة التضامن الأخرى.

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: شمس الدين محمد بن أبي العباس

أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي (1004هـ)، مطبعة البابي الحلبي، سنة 1357هـ.
. المذهب الحنبلي:

المغني مع الشرح الكبير: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (630هـ)، الطبعة الثانية، 1347هـ.

حاشية على المقنع: الشيخ سليمان بن الشيخ عبد الله بن الشيخ محمد بن عبد الوهاب، مكتبة الرياض الحديثة.

. المذهب الشيعي:

البحر الزخّار الجامع لمذاهب علماء الأمصار: أحمد بن يحيى بن المرتضى بن مفضل بن منصور
الحسني (840هـ)، القاهرة، 1948م.

. المؤلفات الحديثة:

مصادر الحق في الفقه الإسلامي: الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري.
الغرر وأثره في العقود: الدكتور/ الصّدّيق محمد الأمين الضرير.

. كتب اللّغة:

المصباح المنير: أحمد بن محمد الفيومي (770هـ).

القاموس المحيط: محمد بن يعقوب مجد الدين الفيروزآبادي (817هـ).

الغرر المانع من صحة المعاملة ومقداره

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى سائر الأنبياء والمرسلين، وبعد، فهذا بحث عن:

الغرر المانع من صحة المعاملة ومقداره

أكتبه استجابة لطلب من سعادة الأمين العام لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية والإسلامية لتقديمه في المؤتمر الرابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية .
والله أسأل أن يوفقني إلى الصواب، وأن يجنبني مواطن الزلل، إنه سميع مجيب .

1- تعريف الغرر:

1-1 الغرر في اللغة:

جاء في كتب اللغة: الغرر - بفتح تين - الخطر، والتغريض: حمل النفس على الغرر، يقال: غرر بنفسه وماله تغريضاً وتغرة: عرّضهما للهلكة من غير أن يعرف، والاسم الغرر^{١٤٢}.
فالغرر اسم من التغريض^{١٤٣}، وهو تعريض المرء نفسه أو ماله للهلاك من غير أن يعرف .

1-2 الغرر عند الفقهاء:

ذكر الفقهاء تعريفات كثيرة للغرر، اخترت منها التعريف الآتي: «الغرر ما كان مستور العاقبة» .
وفضّلته على غيره من التعريفات، لأنّه أجمعها للفروع الفقهية التي أدخلها الفقهاء تحت الغرر مع قلة كلماته .

وهو تعريف السرخسي^{١٤٤}، والدسوقي^{١٤٥}، والشيرازي^{١٤٦}، وابن تيمية^{١٤٧}، مع اختلاف في بعض الألفاظ .

2- النصوص الواردة في الغرر في القرآن:

1-2 لم يرد في القرآن نص خاص في حكم الغرر، ولا في حكم جزئية من جزئياته، ولكن ورد نص عام فيه حكم تدخل فيه جميع الأحكام الجزئية التي ذكرها الفقهاء في الغرر المنهي عنه، هذا الحكم هو

١٤٢- لسان العرب، القاموس المحيط، المصباح المنير، كشاف اصطلاحات الفنون .

١٤٣- 2- أمّا الغرور فهو من غر غيره، بمعنى خدعه وأطمعه بالباطل . انظر: لسان العرب، ولا يقال: غرر بغيره .

١٤٤- 3- المبسوط، 13/1940

١٤٥- 4- الدسوقي على الشرح الكبير، 3/49 .

١٤٦- 5- المذهب، 1/262 .

١٤٧- 6- الفتاوى، 3/275، والقواعد النورانية الفقهية، ص 116 .

تحريم أكل المال بالباطل، فقد ورد النهي عن أكل المال بالباطل في الآية (188) من سورة البقرة {ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل}، وفي الآية (19) من سورة النساء {يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم} وفي غيرهما .
وقد ذهب المفسرون مذاهب عدة في تفسير كلمة «الباطل»، ولكنهم متفقون على أن الغرر المانع من صحة المعاملة من الباطل المنهي عنه .

2-2 النصوص الواردة في الغرر في السُّنة:

روى الثقات عن جمع من الصحابة أن رسول الله نهى عن بيع الغرر .

ومن هؤلاء الصحابة: أبو هريرة، وابن عمر، وابن عباس، وعلي^(١٤٨) .

هذه الأحاديث تنهي عن بيع الغرر بصفة عامة، ووردت أحاديث أخرى كثيرة تنهى عن بعض جزئيات الغرر، منها: بيعتان في بيعة، وبيع الحصاة، وبيع الملامسة، وبيع المنابذة، وبيع المضامين، وبيع الملاحيق، وبيع حبل الحبلية، وبيع السمك في الماء^(١٤٩) .

وتوجد بيوع غرر لم ترد فيها أحاديث، ذكرها الفقهاء، قال عنها ابن رشد: «إنها كثيرة ومختلف فيها» وذكر عدداً منها^(١٥٠) .

3- المعاملات التي يؤثر فيها الغرر:

يلحظ أن الأحاديث التي وردت عن الغرر كلها تتحدث عن الغرر في البيع، بما قد يفهم منه أن الغرر لا يؤثر إلا في عقد البيع، ولكن الفقهاء اتفقوا على أن الغرر يؤثر في جميع عقود المعاوضات، قياساً على تأثيره في عقد البيع، واختلفوا في تأثيره على عقود التبرعات، ويمتاز المذهب المالكي عن سائر المذاهب بأن فيه قاعدة عامة بالنسبة للغرر في عقود التبرعات، وهي: «أن جميع عقود التبرعات لا يؤثر الغرر في صحتها» .

وقد قرّر هذه القاعدة القرافي بوضوح، حيث يقول: «... وقد فصل مالك بين قاعدة: «ما يجتنب فيه الغرر والجهالة»... وقاعدة: «ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة»... وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام، طرفان وواسطة، فالطرفان أحدهما: معاوضة صرفة، فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة... وثانيهما: ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة... فإن هذه التصرفات إن فاتت على مَنْ أحسن إليه بها لا ضرر عليه، لأنّه لم يبذل شيئاً بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالة ضاع المال المبذول في مقابلته، فاقترضت حكمة الشرع وحته على الإحسان التوسعة

١٤٨ - انظر هذه الأحاديث وتخريجها في: كتاب الغرر وأثره في العقود، ص 78 وما بعدها .

١٤٩ - انظر: كتاب الغرر وأثره في العقود، 100، 132، 138، 149، 205، 206، 299، 325 .

١٥٠ - انظر: بداية المجتهد، 2/148، و155، و159، وكتاب الغرر، 94 و95 .

فيه بكل طريق، بالمعلوم والمجهول، فإنَّ ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله، فإذا وهب له بعيده الشارد جاز أن يجده فيحصل له ما ينتفع به، ولا ضرر عليه إن لم يجده، لأنَّه لم يبذل شيئاً، وألحق مالك الخلع بهذا الطرف، لأنَّ العصمة وإطلاقها ليست من باب ما يقصد للمعاوضة، بل شأن الطلاق أن يكون بغير شيء، فهو كالهبة، ثم إنَّ الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى نقول: يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع، بل إنَّما وردت في البيع ونحوه.

وأما الوساطة بين الطرفين فهو النكاح...» (١٥١).

ابن تيمية يوافق المالكية:

وافق ابن تيمية المالكية في رأيهم بالنسبة لتأثير الغرر في العقود، فقرَّر أنَّ الغرر يؤثر في عقود المعاوضات، ولا يؤثر في عقود التبرُّعات (١٥٢).

المذاهب الأخرى:

لم أرَ قاعدة عامة في غير مذهب مالك بالنسبة لتأثير الغرر أو عدم تأثيره في عقود التبرُّعات، غير أنَّ الفقيه المالكي القرافي يذكر عن الشافعي: أنَّه يمنع الغرر في جميع التصرفات، وذلك في أثناء تقريره لمذهب مالك، فيقول: «وردت الأحاديث الصحيحة في نهيه عن بيع الغرر، وبيع المجهول، واختلف العلماء بعد ذلك، فمنهم من عمَّه في التصرفات، وهو الشافعي، فمنع من الجهالة في الهبة، والصدقة، والإبراء، والخلع، والصلح وغير ذلك» (١٥٣).

ويوافق ابن تيمية القرافي، فيقول عن الشافعي: «... وقاس على بيع الغرر جميع العقود من التبرُّعات والمعاوضات...» (١٥٤).

والراجح عندي رأي المالكية في أنَّ الغرر يؤثر في عقود المعاوضات المالية، ولا يؤثر في عقود التبرُّعات، وذلك لأنَّ الأصل في الفقه الإسلامي حرية التعاقد ما لم يرد نص يحد من هذه الحرية، وقد ورد الحديث الصحيح بمنع بيع الغرر، فوجب الأخذ به، ومنع كل بيع فيه غرر، ومقتضى هذا أن يؤثر الغرر في عقد البيع وحده، ولكننا نظرنا فوجدنا أنَّ الغرر إنَّما مُنِعَ في البيع؛ لأنَّه مظنة العداوة والبغضاء، وأكل المال بالباطل، كما بيَّن ذلك رسول الله في حديث النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه (١٥٥)، ولمَّا كان هذا المعنى متحققاً في كل عقود المعاوضات المالية ألحقناها بالبيع، وقلنا: إنَّ

١٥١ - الفروق للقرافي، 150: 1-151، الفرق الرابع والعشرون، مع قليل من التصرف.

١٥٢ - فتاوى ابن تيمية، 342-343.

١٥٣ - الفروق للقرافي، 1/150.

١٥٤ - القواعد النورانية الفقهية، ص 122 و 216.

١٥٥ - راجع ص 375-376 من كتاب الغرر.

الغرر يؤثر فيها كما يؤثر في البيع .

أمّا سائر العقود فلا يتحقق فيها المعنى الذي من أجله مُنِعَ الغرر في البيع، ولهذا وجب ألا يكون للغرر أثر فيها، لعدم وجود دليل يمنع الغرر فيها من نص أو قياس صحيح .
فعقود التبرّعات - كالهبة مثلاً - لا يترتب على الغرر فيها خصومة، ولا أكل المال بالباطل، فإذا وهب شخص لآخر ما تثمره نخلته هذا العام، فأثمرت النخلة انتفع المهدى له بما أثمرته، قليلاً كان أو كثيراً، وإن لم تثمر لا يخسر شيئاً، لأنّه لم يدفع عَوْضاً، فليس ثمة ما يدعو إلى الخصام، ولا ما يترتب عليه أكل للمال بالباطل .

وهذا بخلاف ما إذا باع شخص لآخر ما تثمره نخلته، فإنّ هذا العقد يترتب عليه غالباً أكل أحد المتعاقدين مال الآخر بالباطل، ويؤدي إلى النزاع والخصومات، ذلك لأنّ البيع مدخول فيه على التقارب بين العوّضين، فإذا ظهر أنّ هنالك تفاوتاً كبيراً بينهما حصل الندم والحسرة والخصومة وأكل المال بالباطل، فلهذا كان من الحكمة والعدل منع كل عقد يكون مظنة لحدوث هذه الأشياء لتستقر المعاملات، ويقضى على أسباب النزاع ما أمكن .

ومثل عقود التبرّعات في عدم تأثير الغرر عليها، عقود المعاوضات غير المالية - كالزواج والخلع - فإنّ المال في هذه العقود ليس هو المقصود منها، فإذا كان في المهر أو بدل الخلع غرر ينبغي ألا يؤثر فيه، فإذا تزوجها أو خالعاها على ما تثمره نخلته فالتسمية صحيحة، لأنّ الغرر الذي فيها لا يفضي إلى المفسدة التي تحدث من الغرر في الثمن أو الأجرة، فإنّ المتعاقدين في الزواج - وما أشبهه - لا يطلبان بالعقد الكسب المالي، كما هو الشأن في البيع مثلاً، فإذا فات أحدهما من المال ما كان يؤمل، لا يصيبه ندم إذا كان قد وصل إلى مقصوده الأصلي من العقد، لأنّه يكون داخلاً من أول الأمر على المكارمة والمسامحة في الجانب المالي .

4- مقدار الغرر المانع من صحة المعاملة:

1-4 أجمع الفقهاء على أنّ الغرر الذي يؤثر في العقد فيفسده هو الغرر الكثير، أمّا الغرر اليسير فلا تأثير له مطلقاً، والاختلاف الحاصل بين الفقهاء في كثير من المسائل لا يرجع إلى اختلاف في أصل القاعدة، وإنّما يرجع إلى اختلافهم في تطبيقاتها، وهذا الاختلاف يكون في الحالات الوسط التي يتردد فيها الغرر بين الكثير واليسير، فيلحقه فقيه بالكثير ويفسد به العقد، ويلحقه فقيه آخر باليسير فيصح معه العقد .

ومن الأمثلة المتفق عليها للغرر اليسير الذي لا يؤثر في صحة العقد:

[1] بيع الجبة المحشوة، وإن لم ير حشوها .

[2] بيع الدار، وإن لم ير أساسها .

[3] الإجارة على دخول الحمام، والشرب بعوض من ماء السقاء، مع اختلاف أحوال الناس

في استعمال الماء، ومكثهم في الحمام .

4] إجارة الدار شهراً، مع أنَّ الشهر قد يكون ثلاثين يوماً، وقد يكون تسعة وعشرين^(١٥٦).

ومن الأمثلة المتفق عليها للغرر الكثير المؤثر في صحة العقد:

- 1] بيع الحصة.
 - 2] بيع مجهول الجنس أو النوع.
 - 3] بيع الحمل دون أمه.
 - 4] بيع الثمر قبل ظهوره.
- يتبيّن من هذه الأمثلة أنَّ المدى واسع جداً بين الغرر اليسير، والغرر الكثير المتفق عليهما، وفي هذا المدى الواسع يقع الغرر المتوسط المختلف في تأثيره على العقد، وأمثله كثيرة، منها:
- 1] بيع ما يكمن في الأرض.
 - 2] بيع اللبن في الضرع.
 - 3] البيع بسعر السوق.
 - 4] بيع العين الغائبة.

2-4 هل يمكن وضع ضابط للغرر الكثير والغرر اليسير؟

الكثرة والقلّة في الغرر من الأمور النسبية التي تختلف باختلاف الزمان والمكان والأنظار، ولهذا فليس من السهل وضع حد فاصل بين الغرر الكثير الذي يؤثر في العقد، والغرر اليسير الذي لا يؤثر، وهذا هو سبب اختلاف الفقهاء في مسائل الغرر.

وقد رام بعض الفقهاء وضع ضابط للغرر الكثير، والغرر اليسير، منهم الباجي، فهو يرى أنَّ الغرر اليسير هو ما لا يكاد يخلو منه عقد، والغرر الكثير هو ما كان غالباً في العقد حتى صار العقد يوصف به^(١٥٧).

واضح أنَّ هذا الضابط لا يضع حداً فاصلاً بين الكثير والقليل، لأنَّ بين الغرر الذي لا يكاد يخلو منه عقد، والغرر الذي يتمكن من العقد حتى يوصف العقد به مسافة واسعة يتسع فيها المجال للاختلاف.

ومنهم محمد علي، صاحب «تهذيب الفروق»، فقد قسّم الغرر ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا يحصل معه المعقود عليه أصلاً.

الثاني: ما يحصل معه المعقود عليه ديناً ونزراً.

الثالث: ما يحصل معه غالب المعقود عليه.

١٥٦ 1- الفروق، 3/265، والمجموع، 9/258 و301.

١٥٧ 2- المنتقى، 1/41، ويوافق ابن رشد الجد الباجي في ضابط الغرر اليسير، فقد جاء في: المقدمات، 1/222، أنَّ الغرر اليسير هو: «الذي لا تنفك البيوع منه»، وفسّره الشيخ/ الدسوقي بما من شأن الناس التسامح فيه. انظر: الدسوقي على الشرح الكبير، 3/52.

ثم قال: «يجتنب الأولان، ويغتفر الثالث»^(١٥٨).

وهذا التقسيم يقابل تقسيم الغرر إلى كثير وقليل، فالقسم الأول والثاني يقابلان الغرر الكثير، والقسم الثالث يقابل الغرر اليسير، غير أن هذا التقسيم غير واضح المعنى، وهو مع ذلك غير شامل لكل أنواع الغرر - فيما يظهر لي - لأنه يدور حول حصول المعقود عليه وعدم حصوله، مما يشعر بأن قائله يتحدث عن الغرر في وجود المعقود عليه فقط.

رأيي:

أرى أن وضع ضابط محدد للغرر الكثير، والغرر اليسير، في وقت واحد أمر غير ميسور، لأننا مهما فعلنا فسنجد أنفسنا قد حددنا الطرفين، وتركنا الوسط من غير تحديد، مما يؤدي حتماً إلى الاختلاف، ولهذا فإني أرى سلوك أحد المسلكين الآتيين:

الأول: أن نترك هذه المعايير المرنة - الغرر الكثير، واليسير، والوسط - كما هي، تفسر حسب الظروف والأحوال واختلاف العصور والأنظار.

ولهذا المسلك مزيته، وهي أنه يجعل نظرية الغرر نظرية مرنة تسير الحضارات المتطورة في كل عصر، مما يجعلها صالحة للبقاء والتطبيق في جميع الأزمنة والأمكنة.

وقد أيد الدكتور/ السنهاوري وضع الفقهاء لهذه المعايير المرنة للغرر، وعدّها حسنة من حسنات الفقه الإسلامي، فكتب في «مصادر الحق»:

«... على أن الواجب يقتضينا أن نسجل للفقه الإسلامي حسنة من حسناته الكبرى، فهو قد اتخذ للغرر معايير مرنة أمكن معها تغاير الحلول عند تفاوت الظروف، واختلاف الملابسات، فيستطيع الفقه الإسلامي من وراء هذه المعايير مسابقة الحضارة المتطورة في كل عصر، ولا شك في أن النظام القانوني الذي يتخذ المعايير المرنة - دون القواعد الجامدة - إنما يدلّ بذلك على تقدّم كبير في الصناعة القانونية يجري بها ما يستحدثه التطور، وعلى حيوية عظيمة تكمن فيه، فتجعله صالحاً للبقاء في العصور المتعاقبة»^(١٥٩).

الثاني: أن نضع ضابطاً للغرر الكثير وحده، ونقول: إنّه هو الغرر المؤثر، وكل ما عداه فلا تأثير له. وخير ضابط هو ما قاله الباجي: «الغرر الكثير هو ما غلب على العقد حتى أصبح العقد يوصف به، ومزية هذا الضابط أنه يقلل إلى حد كبير من الاختلاف في الغرر المؤثر، مع الاحتفاظ بمزية المرونة، فإن وصف العقد بأنه عقد غرر يتأثر حتماً باختلاف البيئات والعصور، فالمجتمع هو الذي يخلق على العقد هذه الصفة، وقد عرف المجتمع الجاهلي عقوداً بهذه الصفة، كبيع الحصاة، وبيع الملامسة،

والمناذرة، ولذا جاء الحديث ينهي عن هذه البيوع بصفة خاصة، وعن «بيع الغرر» بصفة عامة، والتعبير بـ «بيع الغرر» يشعر بأن البيع المنهي عنه هو ما تمكّن فيه الغرر حتى أصبح يوصف به، ولعل هذا التعبير هو الذي أوحى للباجي بتفسيره للغرر الكثير المؤثر في العقد.

ونستطيع أن نجد تطبيقاً لهذا الضابط في عهد الرسول، وذلك في بيع الثمر قبل بدو صلاحه، فإنّ الناس كانوا يبيعون الثمر في عهد الرسول واستمروا على ذلك إلى أن كثرت خصوماتهم بسبب هذا البيع، لكثرة ما يصيب الثمر من العاهة، وتبيّن أن هذا بيع غرر، فنهاهم عنه.

ومن ذلك أيضاً أن أصحاب المزارع في عهد الرسول كانوا يكرون مزارعهم بالماذينات^{١٦٠}، وما يسقي الربيع^{١٦١}، وعلى أن لصاحب الأرض هذه الناحية وللمزارع هذه، فيهلك هذا، ويسلم هذا، ويهلك هذا، فاختصموا في ذلك إلى الرسول فنهاهم عن كراء الأرض بهذه الصفة، لأنّه أصبح عقد غرر.

5- الغرر في التابع لا يؤثر في صحة العقد:

الغرر الذي يؤثر في صحة العقد هو ما كان في المعقود عليه أصالة، أمّا الغرر في التابع، أي فيما يكون تابعاً للمقصود بالعقد، فإنّه لا يؤثر في العقد، ومن القواعد الفقهية المعروفة: «يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها».

والأمثلة على هذا كثيرة نذكر منها:

[1] بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها مع الأصل:

لا يجوز أن تباع الثمرة التي لم يبد صلاحها مفردة، لما في ذلك من الغرر، ولكن لو بيعت مع أصلها جاز، لقوله: «من ابتاع نخلة بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها، إلّا أن يشترطها المبتاع». ومعنى هذا أنّه يجوز أن يشترط مشتري النخلة التي أبرت أن تكون الثمرة له مع الأصل، فإذا قبل البائع ذلك انعقد البيع على الشجرة والثمره، مع أن الثمرة لم يبد صلاحها. يقول ابن قدامة في تعليل ذلك: «إنّه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع، فلم يضر احتمال الغرر فيها»^{١٦٢}.

[2] بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها مفردة لمالك الأصل:

وصورة ذلك أن يشتري النخلة التي أبرت من غير أن يشترط ثمرتها، فإنّ أصل النخلة في هذه الحالة

١٦٠ - الماذينات - بذال معجمة مكسورة -: ما ينبت على حافة النهر ومسائل الماء.

١٦١ - الربيع: النهر الصغير.

١٦٢ - 1- المغني، 4/82، ويقول ابن قدامة: «إنّ هذا البيع جائز بالإجماع».

تكون ملكاً للمشتري، وتكون ثمرتها ملكاً للبائع، فيبيعها للمشتري مفردة بعد ذلك، أو أن يوصي شخص
 لآخر بثمره نخلة فيبيع الموصى له الثمرة لورثة الموصي المالكين للأصل .
 وهذه الصورة وسط بين بيع الثمرة مفردة لغير مالك الأصل، وبيعها تبعاً مع الأصل، لأنها إذا بيعت
 لمالك الأصل تكون قريبة مما لو اشتراها معاً، ولهذا فقد اختلف الفقهاء في صحة هذا البيع فأجازوه
 بعضهم، ومنعه آخرون، وأساس الخلاف، هو: هل يعتبر الثمر هنا مبيعاً تبعاً أم لا؟
 ويقرر ابن قدامة هذا الخلاف على النحو التالي: «الثالث أن يبيعها مفردة لمالك الأصل... ففيه
 وجهان:

أحدهما: يصح البيع، وهو المشهور من قول مالك، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي، لأنه إذا باعها
 لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشتري على الكمال، لكونه ملكاً لأصولها وقرارها، فصح كبيعها مع
 أصلها .

والثاني: لا يصح، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، لأن العقد يتناول الثمرة خاصة، والغرر فيما
 يتناول العقد أصلاً يمنع الصحة، كما لو كانت الأصول لأجنبي، ولأنها تدخل في عموم النهي، بخلاف
 ما إذا باعها معاً فإنه مستثنى بالخبر المروي فيه... ولأن الثمرة تدخل تبعاً، ويجوز في التابع من
 الغرر ما لا يجوز في المتبوع»^(١٦٢).

[3] بيع ما لم يوجد من الزرع مع ما وُجد:

أجاز بعض الفقهاء بيع ما لم يوجد من الزرع مع ما وُجد إذا كان الزرع مما تتلاحق أبعاضه في
 الوجود كالقثاء والخيار عملاً بهذا الأصل .
 فممن أجاز هذا البيع المالكية والإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري من فقهاء الحنفية، وكان يقول:
 «اجعل الموجود أصلاً في العقد، وما يحدث بعد ذلك تبعاً»^(١٦٤).
 ولم يرتض المانعون هذه التبعية، لأنَّ المعلوم - ما لم يوجد من الزرع - لا يصلح أن يكون
 تابعاً^(١٦٥).

[4] بيع الحمل مع الشاة:

بيع الحمل دون أمه لا يجوز، لما في ذلك من الغرر، أمَّا بيع الحمل مع أمه فإن كان البيع على
 الإطلاق بأن قال: بعثك هذه الشاة، فالبيع صحيح، ويدخل الحمل في البيع، ولا يضر ما فيه من الغرر،
 لأنه تابع للمبيع، أمَّا لو قال: بعثك هذه الشاة وحملها، أو مع حملها، ففي صحة البيع خلاف، قال

١٦٣ -2- المغني، 4/82.

١٦٤ -3- المبسوط، 12/197.

١٦٥ -1- المغني، 91-4/90.

بعضهم: لا يصح البيع، لأنه جعل المجهول مبيعاً مع المعلوم، فكان مقصوداً بالبيع. وقال آخرون: يصح البيع كما في حالة الإطلاق ويكون ذكر الحمل توكيداً وبياناً^{١٦٦}. والقول بالجواز أولى في نظري، لأنّ ذكر الحمل لا يخرج عن كونه تابعاً، وما دمنا قد اغتفرنا الغرر في التابع فلا وجه للقول بعدم الجواز، ثم إنّ المتبايعين إذا كانا يعلمان أنّ الشاة حامل فلا فرق بين قول البائع: بعثك هذه الشاة، وقوله: بعثك هذه الشاة وحملها، لأنّهما في الحالتين يدخلان الحمل في تقدير الثمن، فإذا جاز البيع في الحالة الأولى ينبغي أن يجوز في الحالة الثانية، لأنّ العبرة بالمعاني لا بالألفاظ.

5] بيع اللبن في الضرع مع الشاة:

ومثل بيع الحمل مع الشاة في الحكم ببيع اللبن في الضرع مع الشاة، بل الجواز هنا أكد، لورود نص به يؤيد القاعدة، يقول النووي: «أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان في ضربه لبن، وإن كان اللبن مجهولاً، لأنّه تابع للحيوان، ودليله من السنّة حديث المصراة»^{١٦٧}.

6- الحاجة إلى العقد الذي فيه غرر تجعل الغرر غير مفسد له:

يشترط لتأثير الغرر في العقد ألا يكون الناس في حاجة إلى ذلك العقد، فإن كانت هناك حاجة إلى ذلك العقد لم يؤثر الغرر فيه، مهما كانت صفة الغرر، وصفة العقد، لأنّ العقود كلها شرعت لحاجة الناس إليها، ومن مبادئ الشريعة العامة المجمع عليها: رفع الحرج، {وما جعل عليكم في الدين من حرج}^{١٦٨}، ومما لا شك فيه أنّ منع الناس من العقود التي هم في حاجة إليها يجعلهم في حرج، ولهذا كان من عدل الشارع ورحمته بالناس أن أباح لهم العقود التي يحتاجون إليها، ولو كان فيها غرر.

ما المراد بالحاجة؟

الحاجة - كما يقول السيوطي - هي: «أن يصل المرء إلى حالة بحيث لو لم يتناول الممنوع يكون في جهد ومشقة ولكنه لا يهلك»^{١٦٩}.

فالحاجة إلى عقد من العقود تكون في حالة ما إذا لم يباشر المرء ذلك العقد كان في مشقة وحرج، لفوات مصلحة من المصالح المعتبرة شرعاً، فعقد السلم مثلاً مما تدعو إليه الحاجة، لأنّ المزارع قد لا يكون عنده المال الذي ينفقه في إصلاح أرضه وتعهّد زرعته إلى أن يدرك، ولا يجد من يقرضه، فهو

١٦٦ 2- المجموع، 324-9/323.

١٦٧ 3- المجموع، 9/326.

١٦٨ 3- سورة الحج، الآية (78).

١٦٩ 4- الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 77، القاعدة الرابعة، والمواهب السنية بهامشه، ص 154.

في حاجة إلى نوع من المعاملة يتمكّن بها من الحصول على ما يحتاج إليه من المال، وإلا ضاعت عليه مصلحة استثمار أرضه، وكان في حرج ومشقة، فمن أجل هذا أُبيح السّلم .

الحاجة دون الضرورة:

ويلاحظ أنّ السيوطي ذكر في تعريف الحاجة عبارة: «ولكنه لا يهلك»، والغرض من هذه الجملة التفرقة بين الحاجة والضرورة، فحالة الضرورة - كما يعرفها السيوطي أيضاً - هي: «أنّ يبلغ المرء حداً إنّ لم يتناول الممنوع هلك أو قارب»^(١٧٠).

وليس المراد بمقاربة الهلاك الإشراف على الموت، وإنّما يكفي لوصول المرء حالة الضرورة أنّ يخاف على نفسه الهلاك ولو ظناً^(١٧١).

استعمال الفقهاء كلمة (الضرورة) مكان الحاجة:

لاحظت أنّ كثيراً من الفقهاء في حديثهم عن الغرر لا يفرّقون بين الحاجة والضرورة، فيستعملون كلمة «الضرورة» في موضع الحاجة، والواقع أنّ الضرورة بالمعنى الذي ذكرته سابقاً يندر تحقّقها في موضوعنا هذا، ولذا لم أذكرها في الشروط، وأستطيع أن أقرّر أنّ جميع الحالات التي استعمل فيها الفقهاء كلمة «الضرورة» في حديثهم عن الغرر إنّما يقصدون منها الحاجة، بل إنّ من الفقهاء من فسّر الضرورة بمجرد الحرج والمشقة، وهو معنى الحاجة. يقول الدسوقي عند قول الدردير في شرحه لمتن خليل: «وجاز بيع وشراء معتمداً فيه على الأوصاف المكتوبة في البرنامج... للضرورة»، قوله: «للضرورة» أي لما في حل العدل من الحرج والمشقة على البائع من تلويثه...^(١٧٢). ومنهم من فسّر الحاجة بالضرورة، يقول الشيخ/ الدردير في شرحه لمتن خليل: «واغتفر غرر يسير للحاجة»، أي للضرورة^(١٧٣).

ونرى بعضهم يعلل جواز الغرر في عقد من العقود بالحاجة، بينما يعلله آخرون بالضرورة، مما يدلّ على أنّهم يستعملون الكلمتين في معنى واحد، هو معنى الحاجة الذي بيّنته. وأودّ أنّ أسجل هنا أنّ أكثر الفقهاء التزاماً لاستعمال كلمة الحاجة هو الشيرازي من فقهاء الشافعية، فإنّه كلما ذكر مسألة ممنوعة، وعلّل المنع بالغرر أردفه بقوله: «من غير حاجة»، كما أنّ فقهاء المالكية

١٧٠- المصدر السابق.

١٧١- يقول الزرقاني: «حد الاضطراب أنّ يخاف على نفسه الهلاك علماً أو ظناً، ولا يشترط أنّ يصير إلى حال يشرف معها على الموت». انظر: الزرقاني على الموطأ، 3/95.

١٧٢- الدسوقي على الشرح الكبير، 3/24.

١٧٣- المصدر السابق، 3/52.

أكثر الفقهاء استعمالاً لكلمة «الضرورة».

ونذكر فيما يلي بعض أقوال الفقهاء في هذا الموضوع:

يقول ابن رشد عند الكلام على بيع ما يثمر بطوناً مختلفة: «والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر؟ وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين»^(١٧٤).

ويقول النووي: «الأصل أن بيع الغرر باطل للحديث، والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه، فأما ما تدعو إليه الحاجة، ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار، وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر، وذكر أو أنثى، وكامل الأعضاء أو ناقصها، وكشراء الشاة التي في ضرعها لبن، ونحو ذلك، فهذا يصح بيعه بالإجماع»^(١٧٥).

ويقول ابن تيمية: «ومفسدة الغرر أقل من الربا، فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة منه، فإنَّ تحريمه أشد ضرراً من ضرر كونه غرراً، مثل بيع العقار جملة وإن لم يعلم دواخل الحيطان والأساس، ومثل بيع الحيوان الحامل أو المرضع، وإن لم يعلم مقدار الحمل أو اللبن، وإن كان قد نهي عن بيع الحمل منفرداً، وكذلك اللبن عند الأكثرين...»^(١٧٦).

ويقول الكاساني في الكلام عن خيار الشرط: «هذا الخيار الأصل فيه المنع، لما فيه من الغرر، ولأنه مخالف لمقتضى العقد، وإنما جاز بالنص للحاجة إلى دفع الغبن بالتأمل والنظر»^(١٧٧). وفي «تنوير الأبصار» وشرحه في بيان حكم المزارعة: «ولا تصح عند الإمام، لأنها كقفيز الطحان، وعندهما تصح، وبه يفتى للحاجة...»^(١٧٨).

ويقول الباجي: «وإنما جُوز الجعل في العمل المجهول والغرر للضرورة الداعية إلى ذلك»^(١٧٩). ويقول السيوطي في جواز الإجارة: «القياس يقتضي منع الإجارة، لأنها عقد يرد على منافع معدومة، وإنما شرعت لعموم الحاجة إليها، والحاجة إذا عمّت كانت كالضرورة»^(١٨٠). ويقول مثل ذلك في

١٧٤- 4- بداية المجتهد، 2/157، وانظر أيضاً: المقدمات، 2/305، وتهذيب الفروق، 1/17. ويلاحظ أن هؤلاء الفقهاء الثلاثة استعملوا كلمة «الضرورة» مكان «الحاجة».

١٧٥- 5- المجموع، 9/258. ولاحظ استعمال النووي «الحاجة»، واستعمال ابن رشد «الضرورة»، مع أن مقصودهما واحد.

١٧٦- 6- القواعد النورانية الفقهية، ص 118، وانظر أيضاً: ص 132، و133، و135، و137 منه. ويلاحظ أن الأمثلة التي ذكرها النووي وابن تيمية قد أوردت بعضها في أمثلة الغرر اليسير، وبعضها في أمثلة الغرر في التابع، وهو أولى في نظري، لأن ما جاز للحاجة ينبغي أن يمثل له بغير ما جاز لقلّة الغرر أو للتبعية لنلا يلزم التداخل، وإن كانت الحاجة متحققة في حالة الغرر اليسير والغرر في التابع.

١٧٧- 7- البدائع، 5/174، وانظر أيضاً: المبسوط، 13/40.

١٧٨- 8- ابن عابدين، 5/239.

١٧٩- 9- المنتقى، 5/110 و112، ومثله في: القرطبي، 9/232، والمقدمات، 2/305، وكلهم استعمل كلمة «الضرورة».

١٨٠- 1- الأشباه والنظائر، ص 79.

الحوالة، لأنها من بيع الدَّين بالدَّين^(١٨١).

ويقول ابن قدامة في الاستدلال على جواز الجعالة: «ولأنَّ الحاجة تدعو إلى ذلك، فإنَّ العمل قد يكون مجهولاً كرد الأبق والضالة ونحو ذلك ولا تنعقد الإجارة فيه، والحاجة داعية إلى ردهما، وقد لا يجد من يتبرَّع به فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه مع جهالة العمل...»^(١٨٢).
ويقول العملي في إجارة الفحل للضراب: «والقصد من الضراب وإن كان هو الماء إلاَّ أنَّه جُوز للضرورة»^(١٨٣).

ويقول المرتضى: «الجعالة جائزة لمس الحاجة إلى رد الضال ونحوه كالإجارة»^(١٨٤).

الحاجة المعتبرة هي الحاجة العامة أو الخاصة:

الحاجة قد تكون عامة، وهي ما يكون فيها الاحتياج شاملاً لجميع الناس، وقد تكون خاصة، وهي ما يكون فيها الاحتياج خاصاً بطائفة من الناس كأهل بلد أو حرفة، وقد تكون فردية، وهي ما يكون فيها الاحتياج خاصاً بفرد أو أفراد لا تجمعهم رابطة واحدة.
فالحاجة العامة أو الخاصة هي التي نتحدث عنها، وهي التي يقول عنها الفقهاء: إنَّها تنزل منزلة الضرورة، جاء في المجلة العدلية: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»^(١٨٥).

الحاجة المعتبرة هي الحاجة المتعينة:

يشترط في الحاجة التي تجعل الغرر غير مؤثر أن تكون متعينة، ومعنى تعيُّنها أن تنسد جميع الطرق المشروعة للوصول إلى الغرض، سوى ذلك العقد الذي فيه الغرر، لأنَّه لو أمكن الوصول إلى الغرض عن طريق عقد آخر لا غرر فيه فإنَّ الحاجة للعقد الذي فيه غرر لا تكون موجودة في الواقع، ولهذا لم تجز إجارة الغنم لشرب لبنها، كما لم يجز بيع لبنها في ضرعها، لأنَّ الحاجة غير متعينة، إذ في الإمكان شراء اللبن بعد أن يحلب، بينما جازت إجارة الظئر باتفاق الفقهاء، لأنَّ الإرضاع لا يكون إلاَّ عن هذا الطريق، فالحاجة إلى هذا العقد متعينة.

ومن هذا القبيل ما قاله الحنفية من عدم جواز شراء الثمر قبل بدو صلاحه واستئجار الشجر إلى أن يدرك الثمر، فقد عللوا عدم جواز الاستئجار بأنَّ الحاجة غير متعينة، لأنَّ في إمكان المشتري أن

١٨١ - المصدر السابق.

١٨٢ - المغني، 5/656-657.

١٨٣ - مفتاح الكرامة، 4/144.

١٨٤ - البحر الزخار، 4/62.

١٨٥ - القاعدة (32)، وانظر أيضاً: الأشباه والنظائر، ص 79، والفقہ الإسلامي في ثوبه الجديد، 1/667.

يشتري الثمار والشجر معاً.

جاء في «فتح القدير»: «ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقاً عن الشرط ثم تركه، فإمّا بإذن البائع إذنًا مجرداً، أو إذنًا ضمن الإجارة، بأن استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك، أو بلا إذن، ففي صورتين الأوليين يطيب له الفضل والأكل، أمّا في الإذن المجرد فظاهر، وأمّا في الإجارة فلأنّها إجارة باطلة لعدم التعارف في إجارة الأشجار، وعدم الحاجة، فإنّ الحاجة ليست بمتعينة في ذلك، وإنّما يتعيّن لو لم يكن مخلص إلّا بالاستئجار، وهنا يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها فيتركها عليها»^(١٨٦).

ولا يخفى ما في هذا الملخص من عسر - كما يقول الكمال - فإنّ مشتري الثمرة قد لا يكون في حاجة إلى الشجر، وقد لا يكون عنده ما يشتري به، وقد لا يوافقه صاحب الشجر على بيعه، وإنّما ذكرت هذه المسألة؛ لأنّ فيها تقريراً واضحاً لأصل القاعدة، وإنّ كان المثال غير مقبول في نظري. والذي حمل الحنفية على هذا هو أنّهم يرون البيع المطلق يقتضي القطع فهو جائز إذن، على عكس ما يرى الجمهور من أنّ البيع المطلق يقتضي الترك، فهو غير جائز، لعدم الحاجة، لأنّ في إمكان المشتري أن ينتظر إلى أن يبدو صلاح الثمر فيشتريه.

ومن ذلك ما قاله مالك في جواز المساقاة، وعدم جواز المزارعة، من أنّ المساقاة جازت، لأنّ صاحب الشجر لا يستطيع أن يبيع منفعته المقصودة منه - وهي الثمر - قبل بدو صلاحه، ولم تجز المزارعة، لأنّ صاحب الأرض يستطيع أن يكرها بدراهم معدودة، ومعنى هذا أنّ الحاجة في المساقاة متعينة عند مالك، لأنّ الانتفاع بالشجر قبل أن يبدو صلاح ثمره لا يكون إلّا عن طريق المساقاة، أمّا الحاجة إلى المزارعة فغير متعينة، لأنّ الانتفاع بالأرض ممكن عن طريق الكراء، وهو لا غرر فيه في نظر مالك^(١٨٧).

الحاجة تقدّر بقدرها:

من القواعد المعروفة أنّ الحاجة تقدّر بقدرها، أي ما جاز للحاجة يقتصر فيه على ما يزيل الحاجة فقط، ومن تطبيقات هذه القاعدة في موضوعنا ما قاله الحنفية من أنّ خيار التعيين لا يكون في أكثر من ثلاثة أشياء، لأنّ الحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة، لأنّ فيها الجيد والوسط والرديء. يقول الكاساني في هذا: «... والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة، لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والرديء، فيبقى الحكم في الزيادة مردود إلى أصل القياس^(١٨٨)، وأصل القياس المنع، لما فيه من الغرر الناشئ عن الجهالة بذات المبيع.

١٨٦ - فتح القدير، 5/103.

١٨٧ - راجع: ص 478 و481 من كتاب الغرر وأثره في العقود.

١٨٨ - البدائع، 5/157.

ومن ذلك أنَّ هذا الخيار يجوز اشتراطه من المشتري دون البائع، لأنَّ البائع لا حاجة له إلى الاختيار، لأنَّه عارف بالمبيع، يقول الكمال في ذلك: «وإذا ظهر أنَّ جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضراً أو غائباً، ظهر أنَّه لا يجوز للبائع، بل يختص خيار التعيين بالمشتري، لأنَّ البائع لا حاجة له إلى اختيار الأوفق والأرفق، لأنَّ المبيع كان معه قبل البيع، وهو أدري بما يلانئمه منه»^(١٨٩).

أقول: مقتضى هذا التعليل أنَّ يجوز الخيار للبائع إذا كان في حاجة إلى اختيار الأوفق، وهو متصور وإن كان نادراً، وقد قال بذلك الكرخي من فقهاء الحنفية. ومن ذلك ما قاله أبو حنيفة وزفر من أنَّ خيار الشرط لا يصح تأقيته بأكثر من ثلاثة أيام، لأنَّه جاز للحاجة إلى دفع العين بالنظر والتأمل، والثلاث مدة صالحة لهذا، وما وراء ذلك لا نهاية له^(١٩٠). ومن ذلك جواز الجعالة مع جهالة العمل، وعدم جوازها مع جهالة الجعل، لأنَّ الحاجة تدعو إلى جهالة العمل، ولا حاجة تدعو إلى جهالة الجعل، يقول الباجي: «ولا يجوز أنَّ يكون الجعل مجهولاً، لأنَّه لا ضرورة تدعو إلى ذلك، وإنما جاز أنَّ يكون العمل مجهولاً للضرورة الداعية إلى ذلك». ويضيف ابن العربي: «وما يسقط بالضرورة لا يتعدى سقوطه إلى ما لا ضرورة فيه»^(١٩١).

ومن ذلك أيضاً ما قاله المالكية على المشهور في المذهب: «إنَّه يشترط في صحة الجعالة أنَّ يكون في عمل العامل منفعة للجاعل، كما في الجعالة على رد الضال، إمَّا إذا لم تعد على الجاعل فائدة فلا تصح الجعالة، كأنَّ يجعل شخص لآخر مبلغاً على أن يصعد جبلاً مثلاً»^(١٩٢)، وذلك لأنَّ الجعالة جازت للحاجة، ولا حاجة إلى الجعالة فيما لا مصلحة فيه للجاعل.

الصلة بين الحاجة والتعامل والاستحسان:

لاحظت أنَّ فقهاء الحنفية كثيراً ما يقولون في كلامهم عن عقود الغرر: إنَّ هذا العقد جاز لتعامل الناس أو للعرف أو للاستحسان، وقد يجمعون بين الاستحسان والتعامل أو بين أحد هذين والضرورة أو الحاجة، وقد يجمعون الثلاثة في عبارة واحدة.

جاء في «تنوير الأبصار» وشرحه: «وجاز إجارة الحمام، لأنَّه عليه السلام دخل حمام الجحفة، وللعرف... وجاز بناؤه للرجال والنساء... للحاجة... وجاز إجارة الظئر... لتعامل الناس بخلاف بقية الحيوانات لعدم التعارف»^(١٩٣).

١٨٩ - 3- فتح القدير، 5/131.

١٩٠ - 4- البدائع، 5/174.

١٩١ - 5- المنتقى على الموطأ، 5/113، وأحكام القرآن، 3/1085، ويلاحظ استعمال «الضرورة» بمعنى «الحاجة».

١٩٢ - 6- الدسوقي، 4/59، والمقدمات، 2/307.

١٩٣ - 1- ابن عابدين، 44-5/43، وفي الحاشية: «قوله لتعامل الناس» علة للجواز، وهذا استحسان.

وفي «مجمع الضمانات»: «المزارعة باطلة عند أبي حنيفة... وقالوا جائزة والفتوى على قولهما،
لتعامل الناس وللاحتياج إليها»^{١٩٤}.

وفي «حاشية ابن عابدين» عن الحاوي: «سئل محمد بن سلمة عن أجرة السمسار، فقال: أرجو أنه لا
بأس به، وإن كان في الأصل فاسداً، لكثرة التعامل، وكثير من هذا غير جائز فجوزوه لحاجة الناس
إليه، كدخول الحمام»^{١٩٥}.

وجاء في الأصل: «وإذا اشترى الرجل ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم، وقبضهما على أن له
الخيار أن يأخذ أحدهما... ثم اختار أحدهما ألزمته ثمنه وكان في الآخر أميناً... وأصل هذا البيع في
القياس فاسد؛ لأنه اشترى ما لم يعرف وما لم يعلم... ولكني استحسنت ذلك في الثوبين والثلاث إذا
كان المشتري قد قبض واختار»^{١٩٦}.

ويقول الزيلعي في الكلام عن بيع ما يوجد بعضه بعد بعض من الزرع: «وقيل: يجوز إذا كان
الخارج أكثر، ويجعل المعدوم تبعاً للموجود استحساناً لتعامل الناس وللضرورة»^{١٩٧}.

فهل التعامل والاستحسان عاملان آخران يجعلان الغرر غير مؤثر كالحاجة؟

الواقع أن التعامل والاستحسان ليسا بعاملين منفصلين عن الحاجة، فالحاجة هي الأصل، والتعامل
والاستحسان يرجعان إليها، وبيان ذلك فيما يأتي:

[أ] التعامل مظهر للحاجة:

من الواضح أن الناس لا يتعاملون بعقد من العقود إلا إذا كانت هناك حاجة تدعوهم إلى التعامل به،
فالتعامل دليل على وجود الحاجة فيما تعاملوا به، ومظهر لها، وعدمه دليل على عدمها، والتعامل قد
يكون عاماً، وذلك إذا كانت الحاجة عامة، وقد يكون خاصة إذا كانت الحاجة خاصة، وهذان هما نوعا
العرف المعتبر، وهما يلتقيان مع نوعي الحاجة المعتبرة، فالتعامل متصل بالحاجة اتصالاً وثيقاً، تنشأ
الحاجة أولاً ثم يتبعها التعامل، ولا يتصور تعامل من غير حاجة، كما أن الحاجة العامة أو الخاصة لا
تعرف إلا عن طريق التعامل العام أو الخاص.

وفي عبارات بعض فقهاء الحنفية ما يؤيد ما قلته، من ذلك قول الكاساني في تعليل جواز خيار التعيين:
«... ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك»^{١٩٨}.

ومن ذلك أيضاً قول الكمال في عدم جواز إجارة الأشجار المجردة: «أصل الإجارة مقتضى القياس فيها

١٩٤ - ٢- مجمع الضمانات، ص 314.

١٩٥ - 3- حاشية ابن عابدين، 5/53، وانظر أيضاً: ص 39 منه.

١٩٦ - 4- الأصل، ص 135-136.

١٩٧ - 5- الزيلعي، 4/12.

١٩٨ - 6- فتح القدير، 5/103.

البطلان، إلاَّ أنَّ الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل، ولا تعامل في إجارة الأشجار المجردة، فلا تجوز»^(١٩٩).

وهذا يعني أنَّ الحاجة وحدها لا تكفي، ولا بُدَّ أن يصحبها التعامل، ولهذا جازت إجارة الأرض للزراعة، لأنَّ الناس في حاجة إلى ذلك، وقد تعاملوا به، وهكذا كل ما تعارف الناس إجارته، أمَّا أنواع الإجارة التي لم يتعامل بها الناس فلا تجوز، فلو اشترى شخص ثمرة الشجرة قبل بدو صلاحها، واستأجر الشجرة إلى أن يدرك الثمر، فالإجارة باطلة، لعدم تعارف الناس إجارة الأشجار المجردة، ومثل ذلك إجارة الشجر لتجفف عليه الثياب، وإجارة الأوتاد لتعليق الأشياء عليها، وإجارة الكتب للقراءة، ففي كل هذه الحالات لا تجوز الإجارة، لعدم تعامل الناس بها، وإنَّ كان المستأجر قد يكون في حاجة إلى نوع من هذه الإجازات، لأنَّ هذه الحاجة فردية، والحاجة لا تكون معتبرة إلاَّ إذا كانت عامة أو خاصة، وأمارة ذلك أن يصحبها تعامل عام أو خاص^(٢٠٠).

[ب] الاستحسان يستند إلى الحاجة أو التعامل:

الاستحسان لا بُدَّ له من مستند يستمد منه حُجَّتُهُ، هو ما يعبر عنه بـ «وجه الاستحسان». وقد تتبعتُ المواطن التي ذكر فيها الحنفية الاستحسان في موضوعنا، فوجدتهم يوجهون الاستحسان فيها تارة بالحاجة، وتارة بالتعامل، وقد عرفنا أنَّ التعامل يرجع إلى الحاجة، فيكون الاستحسان راجعاً إلى الحاجة.

وهذه نصوص توضح ما قلته:

يقول الكاساني: «إذا قال: بعثك أحد هذه الأثواب الأربعة بكذا، وذكر خيار التعيين أو سكت عنه، أو قال: بعثك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا، وسكت عن الخيار، فالبيع فاسد، لأنَّ المبيع مجهول، ولو ذكر الخيار بأنَّ قال: على أنَّك بالخيار تأخذ أيُّها شئت بثمن كذا وترد الباقي، فالقياس أن يفسد البيع، وفي الاستحسان لا يفسد. ووجه القياس أنَّ المبيع مجهول، لأنَّه باع أحدهما غير معين، وهو غير معلوم، فكان المبيع مجهولاً، فيمنع صحة البيع، كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار. ووجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن»^(٢٠١).

فهذا عقد فيه غرر جاز استحساناً، والاستحسان هنا يستند إلى الحاجة.

١٩٩ - المصدر السابق، البدائع، 5/166 و173.

٢٠٠ - المصدر السابق.

٢٠١ - البدائع، 5/157، وانظر أيضاً: فتح القدير، 5/130.

ويقول السرخسي في بيع الثمار: «... فأما إذا تناهى عظم الثمار، وصار بحيث لا يزداد ذلك، ولكن لم ينضج، فإن اشتراه بشرط القطع أو مطلقاً يجوز، وإن اشتراه بشرط الترك ففي القياس فاسد، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - لما قلنا، وجوز محمد العقد في هذا الفصل استحساناً؛ لأنه شرط متعارف، ومدة الترك يسيرة، وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل الكثير»^(٢٠٢).

فهذا استحسان مبني على التعارف وعلى قلة الغرر.

ويقول الكاساني عن الاستصناع: «القياس يأبى جواز الاستصناع، لأنه بيع المعدوم.... وفي الاستحسان جائز، لأنَّ الناس تعاملوه في سائر الأعصار من غير نكير فكان إجماعاً منهم على الجواز»^(٢٠٣).

وهذا استحسان يستند إلى التعامل الجماعي.

7- الخلاصة:

يستخلص مما تقدم أنَّ الغرر لا يؤثر في المعاملة ويفسدها إلا إذا تحققت فيها أربعة شروط:

[1] أن يكون في عقد من عقود المعاوضات المالية.

[2] أن يكون كثيراً.

[3] أن يكون في المعقود عليه أصالة.

[4] ألا تدعو إلى العقد حاجة على النحو الذي بيّنته.

الشرط الأول مأخوذ من مذهب المالكية، والشروط الثلاثة الأخرى متفق عليها.

تطبيق نظرية الغرر على بعض عقود الغرر الحادثة:

نصت معظم قوانين البلاد العربية الوضعية على أربعة عقود تحت عنوان: «عقود الغرر»، هي: المقامرة، والرهان، والمرتب مدة الحياة، والتأمين.

منع القانون المقامرة والرهان مع بعض الاستثناءات، وجوز المرتب مدى الحياة والتأمين، وسأطبق نظرية الغرر على عقد التأمين، لنرى هل يجيزه الفقه الإسلامي أم يمنعه؟

عرّف القانون المصري عقد التأمين بأنه: «عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن»^(٢٠٤).

واضح من هذا التعريف:

٢٠٢ - المبسوط، 196-12/195.

٢٠٣ - البدائع، 5/209، وانظر أيضاً: 5/2.

٢٠٤ - المادة (747).

[1] أنَّ التأمين عقد من عقود المعاوضات المالية بين عاقدين، أحدهما يسمَّى المؤمن، وهو شركة التأمين، والآخر المؤمن له، ويسمَّى المستأمن، وهو الشخص الذي يتعامل مع الشركة.

فالمؤمن له يدفع مبلغاً من المال للمؤمن الذي يلتزم بدفع عَوْض مالي للمؤمن له في حالة تحقُّق الخطر، فكل من طرفي عقد التأمين يحصل على مقابل لما يؤديه، فالمبلغ الذي يدفعه المؤمن للمؤمن له ليس تبرُّعاً منه، لأنَّ المؤمن له ملزم بدفع قسط التأمين، وكون المؤمن له قد لا يأخذ شيئاً في بعض الأحيان لا يخرج التأمين من عقود المعاوضات، لأنَّ التأمين من العقود الاحتمالية - كما سنرى - ومن طبيعة العقد الاحتمالي ألا يحصل فيه أحد المتعاقدين على العَوْض أحياناً.

[2] أنَّ عقد التأمين من عقود الغرر، لأنَّه عقد مستور العاقبة، فإنَّ كلاً من العاقدين لا يستطيع أن يعرف وقت العقد مقدار ما يعطي أو يأخذ، فالمؤمن له لا يستطيع ذلك، لأنَّه قد يدفع قسطاً واحداً من الأقساط ثم يقع الحادث فيستحق ما التزم المؤمن به، وقد لا يقع الحادث مطلقاً فيدفع جميع الأقساط ولا يأخذ شيئاً مادياً، وكذلك المؤمن لا يستطيع أن يحدد ما يعطي وقت العقد بالنسبة لكل عقد بمفرده، وإنَّ كان يستطيع ذلك إلى حد كبير بالنسبة لمجموع المستأمنين عن طريق الاستعانة بقواعد الإحصاء. ومرد الغرر في التأمين إلى أنَّ دفع أحد العَوَاضين معلق على أمر مجهول حدوثه أو مجهول وقت حدوثه.

[3] أنَّ الغرر فيه كثير، فإنَّ القوانين سمَّته: «عقد الغرر».

[4] أنَّ الغرر في المعقود عليه أصالة وليس في التابع.

ويبقى بعد ذلك السؤال: هل هناك حاجة إلى عقد التأمين تجعل الغرر الذي فيه مغتفراً؟ نعم، هناك حاجة إلى عقد التأمين، ولكن هذه الحاجة غير متعينة، بالنسبة للتأمين التجاري الذي أجازته القانون، لأنَّه يوجد بديل له تستطيع البلاد الإسلامية أن تطبقه، يؤدي مهمة التأمين التجاري نفسها، هو التأمين التعاوني القائم على التبرُّع.

وقد طبَّق السودان هذا البديل منذ أكثر من ربع قرن، عندما أسس بنك فيصل الإسلامي السوداني، وطلب القائمون على البنك من هيئة الرقابة الشرعية للبنك - التي أشرف برئاستها - السماح لهم بالتأمين على البنك في شركات التأمين الموجودة في السودان آنذاك، وكانت كلها شركات تأمين تجارية، فلم تستجب الهيئة لطلب البنك بحُجَّة أنَّ في إمكان البنك أن يؤسس شركة تأمين تعاونية تقوم على أساس التبرُّع لا المعاوضة، عملاً بمذهب مالك في أنَّ الغرر لا يؤثر في عقود التبرُّعات.

وقد أسس البنك فعلاً أول شركة تأمين إسلامية في العام 1977م، تعمل بجانب شركات التأمين التجارية، وبعدما طبقت الشريعة الإسلامية في السودان صدر قرار من الدولة سنة 1992م بتحويل جميع شركات التأمين التجارية العاملة في السودان إلى شركات تعمل بنظام التأمين التعاوني القائم على التبرُّع،

والملتزم بأحكام الشريعة الإسلامية .

والحمد لله الذي هدانا لهذا، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله
وصلّى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلّم .

اشتراط الاستثمار فيما لا يقل ربحه عن نسبة
محددة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى سائر الأنبياء والمرسلين .
وبعد،،،
فهذا بحث عن:

اشتراط الاستثمار فيما لا يقل ربحه عن نسبة محددة

أكتبه استجابة لطلب من الدكتور/ عبد الستار أبو غدة - رئيس الهيئة الشرعية الموحدة وأمينها العام، لتقديمه في ندوة البركة الخامسة والعشرين .
وقد أرفق مع الطلب البيان التالي:

اشتراط الاستثمار فيما لا يقل ربحه عن نسبة محددة

هو اشتراط رب المال أو الموكل على المضارب أو الوكيل بالاستثمار أن يستثمر في أنشطة لا يقل ربحها عن نسبة محددة، والأمر واضح في الحالة التي يلتزم فيها الوكيل أو المضارب بذلك القيد، أما في حالة تخلف ذلك القيد، وحصول الاستثمار في أنشطة لم تحقق تلك النسبة فما هو الموقف الشرعي تجاه ذلك؟

والملاحظ في هذا الموضوع ما يأتي:

- ⑩ بعض التطبيقات جرت على أساس الإلزام بهذا القيد، وأنه يترتب على المضارب أو الوكيل أداء ربح مماثل لتلك النسبة المحددة بصرف النظر عن تحققها فعلاً، أو عدم تحققها.
- ⑩ بعض الأنظار الفقهية ترى في هذا محذوراً شرعياً؛ لأنه التزام بأداء غير فعلي بالشرط، ولو

لم تكن تلك النسبة من واقع الاستثمار .

والمطلوب بحثه:

[أ] مدى جواز أن يُشترط على المضارب أو الوكيل بالاستثمار في أنشطة لا يقل عائدها عن نسبة معينة من الأرباح .

[ب] هل يعتبر ذلك تعهداً واجب التنفيذ على المضارب أو الوكيل بالاستثمار، بأن يلتزم لرب المال أو الموكل بعائد معين على رأس المال، تحقق فعلياً من النشاط، أو لم يتحقق؟
[ج] في حالة مخالفة القيد المشار إليه هل يضمن المضارب أو الوكيل بالاستثمار ما نقص عن النسبة الثابتة المحددة، أو يضمن الفرق في حدود ربح المثل، أو ثمن المثل .

هذا هو ما جاء من معد البيان .

وسألتزم بما طلبه معد البيان إن شاء الله، والله أسأل أن يوفقني إلى الصواب، وأن يجنبني مواطن الزلل، إنه سميع مجيب .

السؤال الأول

مدى جواز أن يُشترط على المضارب أو الوكيل^{٢٠٥} بالاستثمار في أنشطة لا يقل عائدها عن نسبة معينة من الأرباح

[1] التعريف بالمضاربة:

المضاربة: «عقد على دفع مال إلى الغير ليتجر به، ويكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه من النصف أو الثلث أو نحو ذلك»^{٢٠٦}.

ولا خلاف بين المسلمين في جوازها، وأنها من المعاملات التي كانت في الجاهلية فأقرها الإسلام^{٢٠٧}.
ويرى جمهور الفقهاء أن المضاربة في القياس لا تجوز، لأنها إجارة بأجر معدوم ومجهول لعمل مجهول، وإنما جازت استثناء على سبيل الرخصة، لورود النص بجوازها، وللحاجة إليها.
يقول الكاساني: «القياس أن المضاربة لا تجوز، لأنها استئجار بأجر مجهول، بل معدوم، ولعمل

٢٠٥ - ساقصر كلامي على المضارب .

٢٠٦ - بداية المجتهد مع الهداية، 3/148، والقوانين الفقهية، 272، والبحر الزخار، 4/79 .

٢٠٧ - بداية المجتهد، 2/236، والبحر الزخار، 4/79، ونيل الأوطار، 5/394 .

مجهول، لكننا تركنا القياس بالكتاب، والسنة، والإجماع»^(٢٠٨).

ويقول ابن رشد: «وإنما رخص في المضاربة لموضع الرفق بالناس»^(٢٠٩).

ويرى ابن تيمية أنَّ المضاربة لا تخالف القياس في شيء، تمثيلاً مع مبدئه في أنَّ الشريعة لا تأتي بخلاف القياس الصحيح، ويقول: «إنَّ الذين قالوا المضاربة جاءت على خلاف القياس؛ ظنوها من جنس عقود المعاوضات التي يُشترط فيها العلم بالعوضين كالإجارة، والحقيقة أنَّ المضاربة من جنس عقود المشاركات، فالمضاربة مشاركة، العامل يشارك فيها بنفع عمله، وربُّ العمل بنفع ماله، وما قسم الله من الربح بينهما على الإشاعة»^(٢١٠).

[2] الشروط في عقد المضاربة:

لا خلاف بين الفقهاء في جواز اشتراط رب المال على المضارب شروطاً في المضاربة من حيث المبدأ؛ لأنَّ هذا ثابت بالسنة التقريرية، وبعمل الصحابة. من السنة التقريرية ما روي من أنَّ العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه كان إذا دفع المال مضاربة شرط على المضارب ألا يسلك به بحراً، وألا ينزل به وادياً، ولا يشتري به ذات كبد رطب، فإن فعل ضمن، فبلغ ذلك رسول الله فاستحسنه^(٢١١).

ومن عمل الصحابة ما روى حكيم بن حزام صاحب رسول الله أنَّ كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة يضرب له به ألا تجعل مالي في كبد رطبة، ولا تحمله في بحر، ولا تنزل به بطن مسيل، فإن فعلت شيئاً من ذلك فقد ضمننت مالي [رواه الدارقطني]^(٢١٢).

وإنما الخلاف بين الفقهاء فيما يجوز اشتراطه من الشروط، وما لا يجوز، وقد لخص ابن رشد آراء الفقهاء فيما لا يجوز أن يقترن من الشروط بالقراض، فقال: «أجمع الفقهاء بالجملة على أنه لا يجوز أن يقترن بالقراض شرط يزيد في مجهلة الربح، أو في الغرر الذي فيه، وإن كانوا اختلفوا فيما يقتضي ذلك من الشروط»^(٢١٣).

٢٠٨ -4- البدائع، 6/79.

٢٠٩ -5- بداية المجتهد، 2/236.

٢١٠ -6- القياس، 806.

٢١١ -7- المبسوط، 22/17. قال الشوكاني: «الحديث أخرجه البيهقي بإسناد ضعيف، والطبراني». نيل الأوطار، 5/282.

٢١٢ -8- منتقى الأخبار مع نيل الأوطار، 5/281، قال الشوكاني: «الأثر أخرجه البيهقي، وقوى الحافظ إسناده».

٢١٣ -9- بداية المجتهد، 2/236.

وفيما يلي خلاصة آراء الفقهاء في اشتراط تصرف خاص في عقد المضاربة، وهي مسألتنا .

لا يجوز عند المالكية أن يشترط رب المال على العامل تصرفاً خاصاً من شأنه أن يضيق على العامل محيط عمله؛ لأنّ هذا الشرط يزيد من الغرر بتقليل فرص الربح، وذلك كما لو اشترط عليه ألا يشتري إلا من فلان، أو ألا يشتري إلا في الصيف، أو ألا يشتري إلا من سوق كذا، ونحو ذلك؛ لأنّ ما يطلبه المضارب قد لا يوجد عند الشخص، أو في الزمان أو المكان الذي قيده به رب المال، وفي هذا - كما قلنا - تضيق على العامل، ولهذا يجوز اشتراط التصرف الخاص الذي لا يترتب عليه تضيق، كأنّ

يشترط عليه أن يتجر في سلعة معينة ما دامت السلعة موجودة طوال السنة»^(٢١٤).

والشافعية أيضاً لا يجوزون اشتراط تصرف خاص، فإنّ المضاربة - عندهم - لا تصح إلا على التجارة في جنس يعم كالثياب، والطعام، والفاكهة في وقتها، ولا تصح على ما لا يعم كالباقوت الأحمر، والخليل البلق، وكذلك لا تصح في سلعة بعينها، ولا على ألا يشتري إلا من رجل بعينه؛ لأنّ المقصود من المضاربة الربح، فإذا علقت على ما لا يعم، أو على سلعة بعينها، أو على شخص بعينه تعرّ

المقصود؛ لأنّ السلعة قد لا توجد، والشخص المعني قد لا يوجد عنده ما يُربح^(٢١٥).

وقال الحنفية: «تجوز المضاربة مع اشتراط التصرف الخاص، ويتقيد المضارب بالشرط ما دام التقيد مفيداً، فإنّ خالف ضمن، وذلك لأنّ الغرر في هذا الشرط يسير لا يؤثر في صحته، قياساً على ما أجمع

عليه الفقهاء من صحة اشتراط رب المال على العامل ألا يتصرف تصرفاً خاصاً»^(٢١٦).

والحنابلة كالحنفية، يجوزون اشتراط تصرف خاص على العامل ما دام الشرط لا يمنع الربح

بالمالكية^(٢١٧).

وبناءً على هذا؛ فإنّه يجوز في رأيي أن يشترط رب المال على المضارب الاستثمار في أنشطة لا يقل عائدها عن نسبة معينة من الأرباح بشروطين:

الأول: إذا كان العقد قد بيّن فيه النسبة التي يستحقها كل من المضارب ورب المال من الربح، لتنتفي الجهالة في الربح، والغرر.

الثاني: إذا كان في البلد أنشطة كثيرة لا يقل عائدها عن استثمارها عن النسبة التي اشترطها رب المال على المضارب، لئلا يضيق على العامل محيط عمله . والله أعلم .

٢١٤ - بداية المجتهد، 2/283، والشرح الكبير، 3/456 و458.

٢١٥ - المذهب، 1/386.

٢١٦ - ابن عابدين، 4/670، وانظر: بداية المجتهد، 2/238، والبحر الزخّار، 4/85.

٢١٧ - المغني، 69-5/68.

السؤال الثاني

هل يعتبر ذلك تعهداً واجب التنفيذ على المضارب، أو الوكيل بالاستثمار، بأن يلتزم لرب المال أو الموكل بعائد معين على رأس المال، تحقق فعلياً من النشاط، أو لم يتحقق؟

يعتبر ذلك تعهداً واجب التنفيذ على المضارب بأن يلتزم لرب المال بالاستثمار في أنشطة لا يقل عائدها عن النسبة المعينة من الأرباح التي اتفقا عليها، فإذا تم الاستثمار، وربح المضارب العائد المطلوب اقتسمه مع رب المال حسب الاتفاق، وإن لم يحقق الاستثمار العائد المطلوب؛ فإن كان عدم تحققه للعائد المتفق عليه بسبب لا دخل للمضارب فيه، فلا يلزم المضارب شيء، ولو تعدت الخسارة إلى رأس المال، ويكون كل من رب المال والمضارب قد خسر، رب المال خسر ماله، والمضارب خسر جهده وعمله.

وإذا كان عدم تحقق العائد المتفق عليه بسبب تعد أو تقصير من جانب المضارب؛ فإنه يكون ضامناً - على النحو الذي سنذكره في الإجابة عن السؤال الثالث -

ولا يجوز أن يعتبر تعهداً بمعنى أن يلتزم المضارب لرب المال بعائد معين على رأس المال تحقق فعلياً من النشاط، أو لم يتحقق، كما جاء في السؤال، لأن هذا يكون ضامناً من المضارب لرأس المال ولربح محدد، وضمان المضارب رأس المال لربه لا يجوز باتفاق الفقهاء إلا إذا تعدى عليه المضارب أو قصر في حفظه، فمن باب أولى لا يجوز ضمانه مع ربح.

يقول ابن رشد: «اتفق الفقهاء على أنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال ما لم يتعد أو يقصر»^(٢١٨).

السؤال الثالث

في حال مخالفة القيد المشار إليه؛ هل يضمن المضارب أو الوكيل بالاستثمار ما نقص عن النسبة الثابتة المحددة، أو يضمن الفرق في حدود ربح المثل، أو ثمن المثل؟

إذا كان المراد بالقيد المشار إليه هو التزام المضارب بأن يستثمر في أنشطة لا يقل عائدها عن نسبة معينة من الأرباح، الوارد في السؤال الأول، أي أن المضارب خالف الشرط الصحيح، واستثمر في أنشطة يقل عائدها عن النسبة المتفق عليها.

فالجواب هو الآتي: المصرح به عند الفقهاء أن المضارب إذا خالف الشرط الصحيح كان غاصباً

يضمن لرب المال ماله، يقول السرخسي: «وإذا خالف المضارب؛ كان غاصباً ضامناً للمال»^(٢١٩). ومعنى هذا أن يَرُدَّ المضاربُ لرب المال رأس ماله، ويكون للمضارب الربح، وعليه الخسارة. أمّا إذا كان المراد بالقيّد المشار إليه هو ما جاء في السؤال الثاني، بأن يلتزم المضارب لرب المال بعائد معين، سواء تحقّق ربح من المضاربة أو لم يتحقّق، فإنّ الحكم يختلف، لأنّ هذا الشرط غير صحيح، فلا يجوز العمل به، ولا يؤثر على العقد عند بعض الفقهاء، فيبطل الشرط، ويصح العقد، ويؤثر على العقد، فيفسده عند بعضهم.

فعلى رأي من يقول: إنّ هذا الشرط الفاسد يبطل هو وحده، ويصح العقد^(٢٢٠)؛ فالحكم واضح لا إشكال فيه.

أمّا على رأي من يقول: الشرط الفاسد يفسد العقد^(٢٢١)؛ فإنّ الأمر يحتاج إلى بيان: حكم عقد القراض الفاسد.

اتفق الفقهاء على أنّ حكم القراض الفاسد فسخه، وردّ المال إلى صاحبه ما لم يفت بالعمل، فإنّ فات نفذ تصرّف المقارض فيما فات بالعمل

قبل معرفة الفساد، ويكون جميع الربح لرب المال، والخسارة عليه^(٢٢٢).

واختلفوا إذا فات بالعمل، ماذا يكون للعامل فيه نظير عمله، على أقوال:

[1] مذهب الحنفية^(٢٢٣):

للمضارب أجر مثله فيما عمل، يقول السرخسي: «وإذا فسد العقد كان الربح كله لرب المال، والوضيعة عليه، وللمضارب أجر مثله فيما عمل، وهو الحكم في المضاربة الفاسدة»^(٢٢٤).

ويستحق المضارب أجر المثل بالغاً ما بلغ عند محمد، وإن لم يربح.

وعن أبي يوسف: «لا يجب له شيء إذا لم يربح، اعتباراً بالمضاربة الصحيحة، فإنّ فيها إذا لم يربح

٢١٩ ١- المبسوط، 22/19، وكشاف القناع، 3/508.

٢٢٠ 2- منهم الحنفية: فتح القدير، 7/57، وتبيين الحقائق، 55 وما بعدها.

٢٢١ 3- منهم المالكية: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، 3/454، والمنقّى، 164-5/159.

٢٢٢ 4- المبسوط، 22/153، ومغني المحتاج، 2/315، والمغني، 5/188، وبداية المجتهد، 2/242.

٢٢٣ 5- رأي الحنفية لا ينطبق على مسألتنا، لأنّ العقد فيها غير فاسد، وإنّما ذكرته لبيان الحكم عندهم في حالة الفساد.

٢٢٤ 6- المبسوط، 22/153.

لا يستحق شيئاً مع أنَّها فوق الفاسدة، ففي الفاسدة أولى»^(٢٢٥).

[2] مذهب المالكية:

لفقهاء المالكية آراء مختلفة في هذا الموضوع، ذكرها ابن رشد، نكتفي بذكر اثنين منها:
الأول: يرد جميعه إلى قراض مثله، وهذه رواية ابن الماجشون عن مالك، وهو قوله، وقول أشهب.
الثاني: يرد جميعه إلى أجر مثله، وهو قول عبد العزيز بن أبي سلمة من أصحاب مالك، وحكي عن عبد الوهاب أنَّها رواية عن مالك^(٢٢٦).

وقال الباجي: «والمشهور في المذهب أنَّ له أجر مثله كان في المال ربح أو خسارة، وقال ابن حبيب: إنَّ له أجر المثل من الربح، فإن لم يكن في المال ربح فلا شيء له»^(٢٢٧).
والفرق بين أجر المثل وقراض المثل أنَّ الأجر يتعلق بذمة رب المال، سواء كان في المال ربح أو لم يكن، وقراض المثل هو على سنة القراض إن كان فيه ربح كان للعامل منه، وإلا فلا شيء له^(٢٢٨).

[3] مذهب الشافعية:

للمضارب أجر مثل عمله على رب المال، وإن لم يكن في المال ربح، وقيل: لا أجره للمضارب عند عدم الربح.
قال النووي: وإذا فسد القراض نفذ تصرف العامل والربح للمالك، وعليه للعامل أجره مثل عمله.
قال الرملي: وعليه للعامل أجره مثل عمله، وإن لم يحصل ربح؛ لأنَّه عمل طامعاً في المسمّى، ولم يسلم فرجع إلى الأجرة^(٢٢٩).

[4] مذهب الحنابلة:

للمضارب أجر مثله، سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر؛ لأنَّه إنما عمل ليأخذ المسمّى، فإذا لم

٢٢٥ - الهداية وشرح العناية مع نتائج الأفكار، 62-7/61.

٢٢٦ - بداية المجتهد، 2/242.

٢٢٧ - المنتقى، 5/159.

٢٢٨ - المصدر السابق، 2/243.

٢٢٩ - نهاية المحتاج، 5/228، وانظر: مغني المحتاج، 2/315.

يحصل له المسمّى وجب رد عمله إليه، وذلك متعذر، فتجب قيمته، وهو أجر مثله^(٢٣).
قال ابن قدامة: «الربح جميعه لرب المال في المضاربة الفاسدة، لأنّه نماء ملكه، وإنّما يستحق العامل
الربح بالشرط، فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط، فلم يستحق منه شيئاً، وكان له أجر مثله، نصّ عليه
أحمد»^(٢٣).

رأبي:

كثّر الخلاف في هذه المسألة، والراجح عندي أنّ للمضارب الأقلّ مما شرط له، وأجر المثل، فإنّ كان
ما شرط له نصف الربح، وكان الربح مائة، فإنّ كان أجر المثل ستين، فللمضارب خمسون، وإنّ كان
أجر المثل أربعين، فله الأربعون، لأنّ الأجر إنّ كان أكثر فقد رَضِيَ بإسقاط الزائد منه عن المسمّى
لرضائه به، وإنّ كان أقلّ لم يستحق أكثر منه، لفساد التسمية بفساد العقد، وإنّ لم يربح المال فلا شيء
للعامل، لأنّه لا يقبل أن تكون المضاربة الفاسدة أنفع للمضارب من المضاربة الصحيحة^(٢٣٢). والله
أعلم.

البروفسير/ الصّدّيق محمد الأمين الضرير

8 رجب 1425هـ

23/8/2004م

٢٣٠ -4- المغني، 5/73.

٢٣١ -5- المصدر السابق، 72.

٢٣٢ -6- المغني، 5/72، والشرح الكبير، 5/137.

السَّلام وتطبيقاته المعاصرة

السَّلم وتطبيقاته المعاصرة^(٢٣٣)

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى سائر الأنبياء والمرسلين، وبعد:

فهذا بحث عن:

السَّلم وتطبيقاته المعاصرة

أكتبه استجابة لمؤتمر مَجْمَع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة، ملتزماً فيه بالخطة التي وضعتها الأمانة العامة للمَجْمَع، مستعيناً بالله، وسائلاً السميع القدير أن يهديني الصراط المستقيم .

[1] تعريف السَّلم

السَّلم والسَّلَف بمعنى واحد، الأول لغة أهل الحجاز، والثاني لغة أهل العراق^(٢٣٤).

والسَّلم في الاصطلاح هو - كما عرّفه التمرتاشي: «بيع أجل بعاجل»^(٢٣٥). فالسَّلم نوع من البيع يتأخر فيه المبيع، ويسمى المسلم فيه، ويتقدم فيه الثمن، ويسمى رأس مال السَّلم، فهو عكس البيع بثمن مؤجل، ويسمى البائع المسلم إليه، ويسمى المشتري المسلم.

وعرّف الدردير السَّلم بأنه: «بيع يتقدّم فيه رأس المال ويتأخّر المثلث لأجل»^(٢٣٦).

وعرّفه النووي بأنه: «بيع موصوف في الذمة»^(٢٣٧).

وعرّفه ابن قدامة بقوله: «هو أن يسلم عَوْضاً حاضراً في عَوْض موصوف في الذمة إلى أجل»^(٢٣٨). ولا يوافق ابن حزم على أن السَّلم بيع؛ لأنّ الرسول سمّاه السَّلم، والسَّلَف، والتسليف، ولم يسمّه بيعاً^(٢٣٩).

[2] مشروعية السَّلم

السَّلم مشروع بالكتاب، والسُّنة، والإجماع:

أما الكتاب فقوله تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ } [البقرة: 282].

٢٣٣ - 1- قُتِمَ هذا البحث لمؤتمر مَجْمَع الفقه الإسلامي - جدة في دورته التاسعة، ونُشرَ بمجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، الجزء الأول، 1417هـ - 1996م، ص 375 وما بعدها.

٢٣٤ - 2- نيل الأوطار، 5/239.

٢٣٥ - 3- تنوير الأبصار مع ابن عابدين، 4/281، وقال ابن عابدين: «الأوّل أن يقال: شراء أجل بعاجل».

٢٣٦ - 4- الشرح الكبير، 3/170.

٢٣٧ - 5- المنهاج مع نهاية المحتاج، 4/178.

٢٣٨ - 6- المغني، 4/304.

٢٣٩ - 7- المحلى، 9/105، 106، 107، 114.

قال ابن عباس: «أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه»، ثم قرأ: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ}

[البقرة: 282] (٢٤٠).

وأما السنة فما روي عن ابن عباس أنه قال: قدم رسول الله المدينة، والناس يسلفون في التمر العام والعامين، أو قال: عامين أو ثلاثة، شك إسماعيل (٢٤١)، فقال: (من سلف في تمر فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، [رواه الجماعة، واللفظ للبخاري]، وفي بعض طرق البخاري زيادة: (إلى أجل معلوم) (٢٤٢).

وقد أجمع العلماء على جوازه، إلا ما حكي عن ابن المسيب أنه لا يجيزه، متمسكاً بحديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان (٢٤٣)، وقال ابن حزم: «إن طائفة كرهت السلم جملة» (٢٤٤).

[3] هل مشروعية السلم على خلاف القياس؟

يقول السمرقندي: «القياس أن لا يجوز السلم؛ لأنه بيع المعدوم، وفي الاستحسان جائز، بالحديث، بخلاف القياس، لحاجة الناس إليه، وهو قوله: (من أسلم منكم، فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم)، وروي عنه (أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم) (٢٤٥).

ويقول الشوكاني: «واختلف الفقهاء هل هو «السلم» عقد غرر جواز للحاجة أم لا؟» (٢٤٦). هذا الرأي القائل بأن جواز السلم جاء على خلاف القياس مبني على أن السلم من بيع المعدوم، ومن بيع ما ليس عندك، ومن بيع الغرر، وكل هذه البيوع منهي عنها، فالقياس ألا يجوز السلم، ولكن النص ورد بجوازه، فعلمنا أنه مستثنى من هذه البيوع.

والصواب عندي: ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم من أنه ليس في الشريعة شيء على خلاف القياس، وأن ما يظن مخالفته للقياس فأحد الأمرين لازم فيه ولا بُدَّ: إما أن يكون القياس فاسداً، أو يكون ذلك الحكم لم يثبت بالنص كونه من الشرع.. (٢٤٧).

٢٤٠ - البحر الزخار، 3/397، المغني، 4/275، التلخيص الحبير مع المجموع، 9/206.

٢٤١ - إسماعيل بن علقمة أحد رواة الحديث.

٢٤٢ - صحيح البخاري مع عمدة القاري، 12/61، 63، ومنتقى الأخبار مع نيل الأوطار، 5/239.

٢٤٣ - البحر الزخار، 3/397، ونيل الأوطار، 5/239.

٢٤٤ - المحلى، 9/106.

٢٤٥ - تحفه الفقهاء، 2/5.

٢٤٦ - نيل الأوطار، 5/239.

٢٤٧ - إعلام الموقعين، 1/335.

وينبنى على هذه القاعدة أنَّ السَّلَم مشروع على وفق القياس؛ لأنَّ مشروعيته ثابتة بالنص، وأنَّ القياس الذي قال بعض الفقهاء إنَّ السَّلَم جاء على خلافه قياس فاسد. ونبيِّن فيما يلي فساد هذا القياس:

أولاً: قياس السَّلَم على بيع المعدوم:

صحيح أنَّ السَّلَم قد يكون من بيع المعدوم؛ لأنَّ المسلم فيه قد لا يكون موجوداً وقت العقد، لكن السَّلَم ليس من بيع المعدوم الممنوع؛ لأنَّ جمهور الفقهاء الذين جوزوا أنَّ يكون المسلم فيه غير موجود وقت العقد اشترطوا أنَّ يكون المسلم فيه مما يغلب وجوده عند حلول الأجل، وهذا يخرج من المعدوم الممنوع بيعه، ويدخله في المعدوم الجائز بيعه؛ لأنَّه - كما يقول ابن تيمية وابن القيم -: «لم يرد في كتاب الله ولا في سنة رسوله، بل ولا عن أحد من الصحابة أنَّ بيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام، ولا بمعنى عام، وإنَّما ورد النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما ورد النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة، إذن فليست العلة في النهي عن بيع بعض الأشياء المعدومة هي العدم، كما أنَّه ليست العلة في النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة هي الوجود، فوجب أنَّ تكون هناك علة أخرى للنهي عن بيع تلك الأشياء المعدومة، وهذه العلة هي الغرر، فالمعدوم الذي هو غرر نهى عن بيعه لكونه غرراً، لا لكونه معدوماً، كما إذا باع ما يحمل هذا الحيوان أو ما يحمل هذا البستان، فقد يحمل، وقد لا يحمل، وإذا حمل فالمحمول لا يعرف قدره ولا وصفه»^{٢٤٨}.

وهذه العلة - الغرر - التي ذكرها ابن تيمية وابن القيم للنهي عن بيع المعدوم علة مُطَرَّدة، لا تحوِّجنا إلى استثناءات، أو مخالفة للقياس، والغرر في بيع المعدوم لا يتحقق إلَّا في حالة ما إذا كان المبيع مجهول الوجود؛ لأنَّه إنَّ كان المبيع محقق العدم فلا غرر في هذا والبيع باطل بداهة، لاستحالة التنفيذ، وإنَّ كان المبيع محقق الوجود فلا غرر أيضاً، والبيع صحيح، وإذا تنبعا ما منعه الشارع من بيع المعدوم، وما أجاز له منه، نجد أنَّ كل ما منعه، المبيع فيه مجهول الوجود في المستقبل، وأنَّ كل ما أجاز المبيع فيه محقق الوجود عادة في المستقبل، وإنَّ كان معدوماً وقت العقد، وهذا ظاهر في بيع السَّلَم، فقد منع الرسول السَّلَم في تمر حائط معين؛ لأنَّ المسلم فيه مجهول الوجود في المستقبل، وأجاز السَّلَم في ثمار البلد كله؛ لأنَّ المسلم فيه محقق الوجود بحسب العادة.

فالقاعدة التي ينبغى السير عليها في بيع المعدوم هي: «أنَّ كل معدوم مجهول الوجود في المستقبل لا يجوز بيعه، وأنَّ كل معدوم محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه».

ثانياً: قياس السَّلَم على بيع ما ليس عندك:

ورد النهي عن «بيع ما ليس عندك» في حديث حكيم بن حزام^{٢٤٩}، وحديث عمرو بن شعيب^{٢٥٠}،

٢٤٨ - 2- القياس في الشرع الإسلامي، لابن تيمية، 21-22، إعلام الموقعين، لابن القيم، 1/357.

٢٤٩ - 3- انظر: منتقى الأخبار مع نيل الأوطار، 5/164 و190.

٢٥٠ - 4- المصدر السابق، وانظر أيضاً: كتاب الغرر وأثره في العقود، 80 و318.

وقد حمل الفقهاء هذا الحديث أكثر من معنى: فاستدلَّ به بعضهم على عدم جواز بيع المعدوم^(٢٥١)، واستدلَّ به آخرون على عدم جواز بيع العين الغائبة^(٢٥٢)، وقال بعضهم: يحتتمل أن يكون المراد به بيع شيء مباح على أن يستولى عليه فيملكه فيسلمه^(٢٥٣)، وقال بعضهم: المراد به بيع الأعيان، يقول الإمام الشافعي: والسلف قد يكون بيع ما ليس عند البائع، فلما نهى رسول الله حكيماً عن بيع ما ليس عنده وأذن في السلم استدللنا على أنه لا ينهى عما أمر به، وعلمنا أنه إنما نهى حكيماً عن بيع ما ليس عنده إذا لم يكن مضموناً عليه، وذلك بيع الأعيان^(٢٥٤)، وقال بعضهم: المراد به بيع الإنسان ما لا يملك سواء أكان معيناً، أم في الذمة، يقول ابن عابدين: يشترط في البيع أن يكون المعقود عليه مملوكاً للبائع فيما يبيعه لنفسه، فلا ينعقد بيع ما ليس مملوكاً له، وإن ملكه بعده، إلا السلم...^(٢٥٥) ويقول ابن القيم: وأما قول النبي لحكيم بن حزام: (لا تبع ما ليس عندك) فيحمل على معنيين: أحدهما: أن يبيع عيناً معينة، وهي ليست عنده، بل ملك للغير فيبيعهها، ثم يسعى في تحصيلها، وتسليمها إلى المشتري^(٢٥٦).

الثاني: أن يريد بيع ما لا يقدر على تسليمه، وإن كان في الذمة، وهذا أشبه، فليس عنده حساً ولا معنى، فيكون قد باعه شيئاً لا يدري هل يحصل له أم لا، وهذا يتناول أموراً: أحدها: بيع عين معينة ليست عنده. والثاني: السلم الحال في الذمة، إذا لم يكن عنده ما يوفيه.

والثالث: السلم المؤجل، إذا لم يكن على ثقة من توفيته عادة^(٢٥٧).
والرابع عندي: أن عبارة: «ما ليس عندك» تعني: «ما ليس مملوكاً للبائع، سواء أكان معيناً، أم في الذمة، إذا باعه على أن يسلمه في الحال»، ولا يدخل فيها المعدوم، ولا المملوك الغائب، ولا الأشياء المباحة، وهذا هو ما تدلُّ عليه قصة الحديث، فقد روي أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها، ويأخذ الثمن منهم، ثم يدخل السوق فيشتري الأشياء ويسلمها لهم، فبلغ ذلك رسول الله فقال له:

٢٥١ - ٥- البحر الزخار، 3/191، والزيلعي، 4/12.

٢٥٢ - 6- المجموع، 9/301.

٢٥٣ - 7- البدائع، 5/163.

٢٥٤ - 1- الأم، 3/83، وانظر أيضاً: المعني، 4/228.

٢٥٥ - 2- حاشية ابن عابدين، 4/7.

٢٥٦ - 3- هذا هو تفسير الشافعي.

٢٥٧ - 4- إعلام الموقعين، 1/350.

(لا تبع ما ليس لك) (٢٥٨).

وعلة منع بيع الإنسان ما لا يملك هي الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد، وما قد يترتب على ذلك من النزاع، فإنَّ البائع قد لا يجد المبيع في السوق، والمشتري يطالبه به، ولا يرضى إمهاله؛ لأنَّ العقد تم على أن يسلمه المبيع في الحال.

أمَّا لو تم البيع على أن يكون المبيع ديناً في ذمة البائع يسلمه للمشتري بعد مدة من الزمن، فإنَّه لا يدخل في بيع ما ليس عندك المنهي عنه، ويدخل في عقد السَّلم المسموح به، وهو السَّلم الذي يكون المسلم فيه مؤجلاً إلى أجل معلوم يغلب وجوده فيه.

ثالثاً: قياس السَّلم على بيع الغرر:

روى الثقات عن جمع من الصحابة أنَّ رسول الله نهى عن بيع الغرر (٢٥٩)، وبيع الغرر هو البيع المستور العاقبة (٢٦٠)، وعقد السَّلم عقد معلوم العاقبة، فقد اشترطت فيه شروط خاصة تباعد بينه وبين الغرر المفسد للعقد، كما رأينا في الكلام على قياس السَّلم على بيع المعدوم، وبيع ما ليس عندك، وكما سنرى في الكلام على الشروط، فالسَّلم ليس من بيع الغرر المنهي عنه، حتى يقال إنَّه مستثنى منه، أو جاء على خلاف القياس، وهو - كما يقول ابن القيم -: «على وفق القياس والمصلحة، وشرع على أكمل الوجوه وأعدلها...» (٢٦١).

[4] شروط صحة عقد السَّلم

[1] يشترط في السَّلم ما يشترط في البيع:

السَّلم - كما جاء في التعريف - نوع من البيع، ولهذا فإنَّ جميع الشروط التي تشترط في البيع تشترط في السَّلم (٢٦٢)، ولكن جمهور الفقهاء يستثنون من قاعدة: «يشترط في السَّلم ما يشترط في البيع» شرط وجود المحل عند العقد؛ وذلك لأنَّهم يرون أنَّ بيع المعدوم منهي عنه، وقد تكلمنا في هذه المسألة.

الشروط الخاصة بالسَّلم:

اشترط الفقهاء في عقد السَّلم شروطاً خاصة، زيادة على الشروط التي يشترك فيها مع عقد البيع، هي:

٢٥٨ - انظر: البدائع، 5/147 و163.

٢٥٩ - انظر أحاديث النهي عن بيع الغرر في: كتاب الغرر وأثره في العقود، 58-60.

٢٦٠ - المبسوط، 13/194.

٢٦١ - إعلام الموقعين، 1/350.

٢٦٢ - نيل الأوطار، 5/239، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، 3/170، والمنهاج مع نهاية المحتاج، 4/176.

الشرط الأول: أن يكون المسلم فيه مؤجلاً:

يشتترط جمهور الفقهاء لصحة عقد السلم أن يكون المسلم فيه مؤجلاً، على اختلاف بينهم في مدة الأجل، فالسلم الحال لا يجوز عندهم^(٢٦٣).

وقال الشافعية: يجوز السلم حالاً، كما يجوز مؤجلاً^(٢٦٤)، وممن قال بالجواز أبو ثور، وابن المنذر^(٢٦٥).

وحجة الجمهور في اشتراط الأجل:

[1] حديث ابن عباس فإن قوله : (إلى أجل معلوم)، أمر منه بالأجل في السلم، وأمره يقتضي الوجوب، فيكون الأجل من جملة شروط صحة السلم، فلا يصح بدونه، كما لا يصح إذا انتفى الكيل والوزن في المكيل والموزون^(٢٦٦).

[2] إذا لم يشترط الأجل في السلم كان من بيع ما ليس عند البائع المنهى عنه^(٢٦٧)، أو بيعاً للمعدوم، وهو لم يرخص فيه إلا في السلم، ولا فارق بينه وبين البيع إلا الأجل^(٢٦٨).

[3] السلم جُوزَ رخصة للرفق، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل، فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق^(٢٦٩)؛ وذلك لأنَّ المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخاض المسلم فيه، والمسلم إليه يرغب فيه لموضع النسينة، وإذا لم يشترط الأجل زال هذا المعنى^(٢٧٠).

وحجة الشافعية القياس الأولوي على السلم المؤجل، قال الشافعي: «إذا أجاز رسول الله بيع الطعام بصفة إلى أجل كان، والله تعالى أعلم، بيع الطعام بصفة حالاً أجوز؛ لأنه ليس في البيع معنى إلا أن يكون بصفة مضموناً على صاحبه، فإذا ضمن مؤخراً ضمن معجلاً، وكان معجلاً أعجل منه مؤخراً،

٢٦٣ - ابن عابدين، 4/286، ومختصر خليل مع حاشية الدسوقي، 3/179، وانظر: بداية المجتهد، 2/213، فقد جاء فيه: «وقد قيل إنه يتخرج من بعض الروايات عن مالك جواز السلم الحال»، والمغني، 4/321.

٢٦٤ - 2- المنهاج مع نهاية المحتاج، 4/185.

٢٦٥ - 3- المغني، 4/321.

٢٦٦ - 4- بداية المجتهد، 2/203، والمغني، 4/321.

٢٦٧ - 5- بداية المجتهد، 2/203.

٢٦٨ - 6- نيل الأوطار، 5/240.

٢٦٩ - 7- المغني، 4/321.

٢٧٠ - 8- بداية المجتهد، 2/203.

والأعجل أخرج من معنى الغرر، وهو مجامع له في أنه مضمون له على بائعه بصفة»^(٢٧١).
ويقول الرافعي: «في الأجل ضرب من الغرر؛ لأنه ربما يقدر في الحال، ويعجز عند حلول الأجل،

فإذا جاز السَّلم مؤجلاً فهو حالاً أجوز، وعن الغرر أبعد»^(٢٧٢).
ورأي الجمهور أولى بالقبول عندي، لقوة دليله، وضعف دليل الشافعية، فإنَّ القياس الذي احتجوا به غير سليم؛ لأنَّ قولهم: «في الأجل ضرب من الغرر» غير مسلم؛ لأنَّ الأجل في السَّلم لا بُدَّ أن يكون معلوماً باتفاق الفقهاء، فمن أين يأتيه الغرر؟ ولو سلمنا بأنَّ في السَّلم المؤجل غرراً، هو احتمال العجز عند حلول الأجل - كما يفهم من عبارتهم - فإنَّنا لا نسلم بأنَّ السَّلم الحال أبعد من الغرر بهذا المعنى، بل العكس هو الصحيح؛ لأنَّه في السَّلم المؤجل يكون عند المسلم إليه فرصة يستعد ويحضر فيها المسلم فيه، أمَّا في السَّلم الحال، فإنَّ المسلم إليه ملزم بالتسليم في الحال، وقد لا يجد المسلم فيه فيؤدي ذلك إلى النزاع بينه وبين المسلم، وهذا هو عين بيع الإنسان ما ليس عنده على المعنى الذي اخترته.

وإذا قالوا: إنَّ السلم الحال الذي نعينه هو ما كان المسلم فيه موجوداً عند المسلم إليه^(٢٧٣)، كأنَّ يسلم شخص في قمح موجود في مخزنه، قلنا لهم: هذا بيع، وليس بسلم؛ لأنَّه لا ينطبق عليه اسم السَّلم، ولا معناه؛ لا ينطبق عليه اسم السَّلم؛ لأنَّه يسمى سلماً وسلفاً لتعجل أحد العوضين، وتأخر الآخر، ولا ينطبق عليه معناه؛ لأنَّه ملاحظ في مشروعيته، حاجة المسلم إليه إلى الثمن قبل حصوله على المسلم فيه، فإذا كان المسلم فيه موجوداً عنده فقد انتفتت الحاجة إلى السَّلم؛ لأنَّ في البيع غنى عنه^(٢٧٤).

والخلاصة: إنني أرى في اشتراط التأجيل تخفيفاً للغرر على عكس ما يرى الشافعية؛ لأنَّ الشأن في المسلم فيه ألا يكون عند المسلم إليه، فإذا جوزنا السَّلم الحال نكون قد جوزنا بيع ما ليس عند البائع في الصورة التي تؤدي إلى عدم القدرة على التسليم المؤدية إلى الغرر، ولهذا اشترطنا التأجيل ليقل الغرر.

مدة الأجل:

اختلف الجمهور القائلون باشتراط الأجل في السَّلم في أقل مدة الأجل اختلافاً كبيراً، والمفتي به عند الحنفية أنَّ أقله شهر، وهو المعتمد في المذهب، وقيل ثلاثة أيام، وقيل أكثر من نصف يوم، وقيل ينظر إلى العرف في تأجيل مثله^(٢٧٥).

٢٧١ - 9- الأم، 3/83.

٢٧٢ - 10- فتح العزيز، 9/226.

٢٧٣ - 11- انظر: نهاية المحتاج، 4/185.

٢٧٤ - 1- المغني، 4/321.

٢٧٥ - 2- ابن عابدين، 4/286.

وتحصيل مذهب مالك في مقدار الأجل - كما يصوره ابن رشد - هو أنَّ المسلم فيه على ضربين: ضرب يقتضى بالبلد المسلم فيه، وضرب يقتضى بغير البلد الذي وقع فيه السَّلم، فإنَّ اقتضاه في البلد المسلم فيه، فقال ابن القاسم: إنَّ المعتبر في ذلك أجل تختلف فيه الأسواق، وذلك خمسة عشر يوماً، أو نحوها، وروى ابن وهب عن مالك أنَّه يجوز اليومين والثلاثة، وقال ابن عبد الحكم: لا بأس به إلى اليوم الواحد، وأمَّا ما يقتضى ببلد آخر، فإنَّ الأجل فيه هو قطع المسافة التي بين البلدين قلَّت أو كثرت^(٢٧٦).

ويشترط عند الحنابلة أن يكون الأجل مدة لها وقع في الثمن، كالشهر وما قاربه. والذي أراه ألا نجعل حداً لأقل الأجل، كما أنَّه لا حدَّ لأكثره، ويترك تحديد مدة الأجل لاتفاق المتعاقدين؛ لأنَّ النص الذي أوجب الأجل في السَّلم لم يحدد مدة لأكثره، كما لم يحدد مدة لأقله، وإنَّما اشترط أن يكون الأجل معلوماً للعاقدين، فيجب الوقوف عند ما أمر به النص.

العلم بالأجل:

لا خلاف بين الفقهاء في أنَّ العلم بالأجل في السَّلم شرط لصحة العقد، لقوله تعالى {إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى} [البقرة: 282]، وقول النبي : (إلى أجل معلوم).

قال ابن قدامة: «ولا نعلم في اشتراط العلم في الجملة اختلافاً^(٢٧٧)، ولكن الفقهاء اختلفوا في بعض أنواع الجهالة على نحو اختلافهم في جهالة الأجل في الثمن التي تفسد البيع». وخلاصة آراء الفقهاء في هذا الموضوع هي أنَّ الجهالة التي ترجع إلى وجود الأجل تفسد العقد باتفاق، وذلك مثل التأجيل إلى حبل الحبل، أو إلى قدوم حاج معين.

أمَّا الجهالة التي ترجع إلى وقت حصول الأجل، أي التي يكون فيها الأجل محقق الحصول، لكن الوقت الذي سيحصل فيه غير محدد، مثل البيع أو السَّلم إلى الحصاد، أو إلى قدوم الحاج، فقد اختلفوا في إفسادها للعقد، فقال الحنفية، والشافعية، والحنابلة في رواية، والظاهرية، والشيعة الإمامية: هي مفسدة للعقد، كالجهالة التي ترجع إلى وجود الأجل، وقال المالكية، والحنابلة في رواية لا تفسده^(٢٧٨).

وإني أرجح رأي المالكية في أنَّ الجهالة التي ترجع إلى وقت حصول الأجل لا تفسد العقد؛ لأنَّ الأجل سيجيء حتماً، وقد يكون للعائد غرض صحيح من هذا التأجيل، كما في التأجيل إلى الحصاد، وكون الحصاد يتقدم تارة، ويتأخر تارة، لا يؤدي إلى المنازعة؛ لأنَّ المتعاقدين قد أبرما العقد، وهما يعلمان ذلك، فليس للمسلم أن يطالب المسلم إليه قبل الحصاد، إذا تأخر، وليس للمسلم إليه أن يمتنع عن التسليم

٢٧٦ - بداية المجتهد، 2/203، وانظر: الشرح الكبير مع السوقي، 3/179 و180، ففيه تفصيل في حال القبض في غير بلد العقد.

٢٧٧ - المغني، 4/322.

٢٧٨ - انظر تفصيل هذا الموضوع في: كتاب الغرر وأثره في العقود، 278-294.

عند الحصاد، إذا تقدم الحصاد.

هذا وقد اشترط بعض الفقهاء أن يكون الأجل معلوماً بالأهلة^(٢٧٩)، وقد شدّد الشافعي في هذا فقال: «ولا يصلح بيع إلى العطاء ولا حصاد، ولا جداد، ولا عيد النصارى، وهذا غير معلوم؛ لأنّ الله تعالى حتم أن تكون المواقيت بالأهلة فيما وقّت لأهل الإسلام، فقال تبارك وتعالى {يسألونك عن الأهلة} [البقرة: 189]، وقال جلّ ثناؤه: {شهر رمضان} [البقرة: 185]، وقال جلّ وعزّ: {الحج أشهر معلومات} [البقرة: 197]، وقال: {يسألونك عن الشهر الحرام} [البقرة: 217]، وقال: {واذكروا الله في أيام معدودات} [البقرة: 203].

فأعلم الله تعالى بالأهلة جل المواقيت، وبالأهلة مواقيت الأيام من الأهلة، ولم يجعل علماً لأهل الإسلام إلّا بها، فمن أعلم بغيرها فغير ما أعلم. الله أعلم^(٢٨٠).

ولا يجوز عند الشافعي أن نعلم بعيد النصارى؛ لأنّ لو أجزناه نكون - كما يقول الشافعي -: «قد أعلمنا في ديننا بشهادة النصارى، الذين لا نجيز شهادتهم على شيء، وهذا

عندنا غير حلال لأحد من المسلمين»^(٢٨١).

هذا ولا نزاع في أنّ الأجر بالمسلمين أن يعلموا آجالهم بالأهلة ما أمكن ذلك؛ لأنّ الله ذكرها في كتابه العزيز، وأخبر أنّها مواقيت للناس، ولكني لا أرى ذلك أمراً لازماً يترتب على عدمه فساد عقود المسلمين كما يرى الإمام الشافعي؛ لأنّه ليس ثمة دليل نقلي ولا عقلي على إلزام المسلمين بذلك، والأدلة التي ساقها الإمام الشافعي تدلّ على أنّ الأهلة مواقيت للناس، ولكنها لا تدلّ على أنّ المواقيت لا تكون بغيرها.

ومن أجل هذا خالف فقهاء الشافعية إمامهم في هذه المسألة، فاعتبروا الأهلة وغيرها مما يعرفه الناس أجلاً معلوماً، فيجوز عندهم التأقيت بكل ما هو معلوم للمتعاقدين، ولم يتقيدوا بالأهلة إلّا في حالة الإطلاق، فإذا كان الأجل إلى أول الشهر من غير تقييد انصرف إلى الشهر الهلالي^(٢٨٢).

الشرط الثاني: أن يكون المسلم فيه مما يغلب وجوده عند حلول الأجل:

هذا شرط متفق عليه^(٢٨٣)؛ لأنّ المسلم فيه واجب التسليم عند حلول الأجل، فلا بدّ أن يكون تسليمه ممكناً حينذاك، وإلّا كان من الغرر الممنوع، وعلى هذا فلا يجوز أن يسلم في ثمر إلى أجل لا يعلم وجود ذلك الثمر فيه، أو لا يوجد فيه إلّا نادراً، كما لا يجوز أن يسلم في ثمار نخلة معينة أو ثمار بستان بعينه، وقد كان أهل المدينة حين قدم النبي يسلمون في ثمار نخيل بأعيانه فنهاهم عن ذلك، وقد

٢٧٩ - انظر: الأم، للشافعي، 3/84، والمغني، لابن قدامة، 4/324.

٢٨٠ - الأم، 3/84.

٢٨١ - المصدر السابق، 3/85.

٢٨٢ - المهذب، 1/298، والمجموع، 9/339، ومغني المحتاج، 2/105.

٢٨٣ - ابن عابدين، 4/284، وبداية المجتهد، 2/202، والمنهاج مع نهاية المحتاج، 4/188، والمغني، 4/325، والمحلّى، 9/114، والبحر الزخّار، 4/403، والمختصر النافع، 158.

رُويَ عن النبي أَنَّهُ أَسْلَفَ إِلَيْهِ رَجُلٌ مِنَ الْيَهُودِ دَنَانِيرَ فِي تَمَرٍ مَسْمَى، فَقَالَ الْيَهُودِي: مِنْ تَمَرٍ حَائِطٍ بَنِي فَلَانٍ، فَقَالَ النَّبِيُّ: (أَمَّا مِنْ حَائِطٍ بَنِي فَلَانٍ، فَلَا، وَلَكِنْ كَيْلٌ مَسْمَى إِلَى أَجَلٍ مَسْمَى)؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ تَمَرَ الْبِسْتَانِ الْمَعِينِ لَا يُؤْمَنُ تَلْفُهُ^(٢٨٤).

وجود المسلم فيه عند العقد ليس شرطاً عند الجمهور:

لَا يَشْتَرِطُ عِنْدَ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ وَجُودَ الْمُسْلِمِ فِيهِ عِنْدَ الْعَقْدِ، وَلَا بَعْدَهُ قَبْلَ حُلُولِ الْأَجْلِ، فَلَا يَضُرُّ عَنْهُمْ عَدَمُ وَجُودِهِ عِنْدَ الْعَقْدِ^(٢٨٥)، كَمَا لَا يَضُرُّ انْقِطَاعُهُ بَيْنَ الْعَقْدِ وَالْأَجْلِ، وَحُجَّتُهُمْ فِي هَذَا:

[1] حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ الْمَتَّقَمِ، فَإِنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ فِيهِ شَرْطَ الْوُجُودِ، وَلَوْ كَانَ شَرْطاً لَذَكَرَهُ النَّبِيُّ، وَلِنَهَاهُمْ عَنِ السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ الْمَعْلُومَ أَنَّ الثَّمَرَ لَا يَبْقَى هَذِهِ الْمُدَّةَ.

[2] التَّسْلِيمُ قَبْلَ حُلُولِ الْأَجْلِ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ، فَلَا يُلْزَمُ وَجُودَ الْمُسْلِمِ فِيهِ، إِذْ لَا ثَمَرَةَ لَوْجُودِهِ

حِينَئِذٍ^(٢٨٦).

وَقَالَ الْحَنْفِيَّةُ: يَشْتَرِطُ وَجُودَ الْمُسْلِمِ فِيهِ فِي الْأَسْوَاقِ مِنْ حِينَ الْعَقْدِ إِلَى حِينَ حُلُولِ الْأَجْلِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مَوْجُوداً عِنْدَ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ، فَالسَّلَامُ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ فِي إِبَانِ وَجُودِ الْمُسْلِمِ فِيهِ، فَلَوْ كَانَ الْمُسْلِمُ فِيهِ مَوْجُوداً عِنْدَ الْعَقْدِ، وَغَيْرُ مَوْجُودٍ عِنْدَ حُلُولِ الْأَجْلِ، لَا يَجُوزُ السَّلَامُ، وَهَذَا مَحَلُّ اتِّفَاقٍ بَيْنَ الْفُقَهَاءِ، وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ السَّلَامُ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ إِذَا كَانَ الْمُسْلِمُ فِيهِ مَوْجُوداً عِنْدَ حُلُولِ الْأَجْلِ، وَلَكِنَّهُ غَيْرُ مَوْجُودٍ عِنْدَ الْعَقْدِ، أَوْ كَانَ مَوْجُوداً عِنْدَ الْعَقْدِ، وَعِنْدَ حُلُولِ الْأَجْلِ، وَلَكِنَّهُ انْعَدَمَ فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ.

وَحُجَّةُ الْحَنْفِيَّةِ فِي هَذَا الشَّرْطِ هِيَ أَنَّ الْأَجَلَ يَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ، وَيَجِبُ أَخْذُ الْمُسْلِمِ فِيهِ مِنْ تَرْكْتِهِ، فَاشْتَرِطَ لِذَلِكَ دَوَامَ وَجُودِ الْمُسْلِمِ فِيهِ، لِتَدْوَمَ الْقُدْرَةُ عَلَى تَسْلِيمِهِ، إِذْ لَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ هَذَا الشَّرْطَ، وَمَاتَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ قَبْلَ أَنْ يَحُلَّ الْأَجَلَ، فَرُبَّمَا يَتَعَذَّرُ تَسْلِيمُ الْمُسْلِمِ فِيهِ^(٢٨٧).

وَيَنْبَنِي عَلَى هَذَا الشَّرْطِ أَنَّ السَّلَامَ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ لَيْسَ مِنْ بَيْعِ الْمَعْدُومِ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ مَمْلُوكاً لِلْبَائِعِ - الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ.

وَالْغَرَضُ مِنْ هَذَا الشَّرْطِ عِنْدَ الْجُمْهُورِ وَعِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ أَيْضاً، هُوَ التَّحَرُّزُ مِنَ الْغَرَرِ النَّاشِئِ عَنْ عَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَلَكِنْ الْحَنْفِيَّةُ شَدَّدُوا أَكْثَرَ مِمَّا يُلْزَمُ فِي التَّحَرُّزِ مِنَ الْغَرَرِ، بِاشْتِرَاطِهِمْ دَوَامَ وَجُودِ الْمُسْلِمِ فِيهِ، مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ إِلَى وَقْتِ الْاسْتِحْقَاقِ، وَقَدْ كَانَ مِنَ الْمُمْكِنِ مَعَالَجَةُ الْحَالَةِ الَّتِي فَرَضُوهَا بِمَا عَالَجَ بِهِ الْحَنْفِيَّةُ أَنْفُسَهُمْ حَالَةَ انْقِطَاعِ الْمُسْلِمِ فِيهِ بَعْدَ حُلُولِ الْأَجْلِ، وَقَبْلَ أَنْ يَوْفَى، فَقَدْ قَالُوا فِيهَا: يَخِيرُ

٢٨٤ - 6- نيل الأوطار، 5/240، والمغني، 4/325، والبحر الزخار، 3/399.

٢٨٥ - 7- الشافعية يشترطون وجوده عند العقد في السلم الحال، ويعبرون بالقدرة على التسليم، يقول النووي: «يشترط كون المسلم فيه مقدوراً على تسليمه عند وجوب التسليم، ويعلق عليه الرملي بقوله: «وذلك بالعقد إن كان حالاً، وبالحلول إن كان مؤجلاً»، نهاية المحتاج، 4/188.

٢٨٦ - 8- المنتقى، 4/30، وفتح العزيز مع المجموع، 9/345، المغني، 4/326.

٢٨٧ - 1- ابن عابدين، 4/284، 286، وذكر ابن قدامة أَنَّ النووي والأوزاعي رأيهما كَرَأْيِ الْحَنْفِيَّةِ، وَأَنَّ رَأْيَ إِسْحَاقَ وَابْنِ الْمُنْزَرِ كَرَأْيِ الْأَمَّةِ الثَّلَاثَةِ، الْمَغْنِي، 4/326. وانظر أيضاً: نيل الأوطار، 5/242، وقال ابن حزم: «إنَّ سَفْيَانَ وَالْأَوْزَاعِي اشْتَرَطَا وَجُودَ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَقْتَ الْعَقْدِ، وَلَكِنَّهُمَا لَمْ يَشْتَرِطَا عَدَمَ انْقِطَاعِهِ»، المحلى، 9/144.

رب السِّلْم بين انتظار وجود المسلم فيه، والفسخ وأخذ رأس ماله^{٢٨٨}، فلم لا يقال هذا في حالة انقطاع المسلم فيه عند موت المسلم إليه هذا على التسليم بأن موت المسلم إليه يبطل الأجل، أمّا إذا قلنا بأن موته لا يبطل الأجل، فإنَّ حُجَّةَ الحنفية تبطل من أساسها^{٢٨٩}.

الشرط الثالث: قبض رأس مال السِّلْم في مجلس العقد:

يشترط في السلم تسليم رأس ماله في مجلس العقد، فلو تفرَّق المتعاقدان قبل التسليم بطل العقد، وهذا رأي جمهور الفقهاء^{٢٩٠}.

وحُجَّتُهُمْ في ذلك أنَّ تأخير التسليم يصير العقد كبيع الكالئ بالكالئ؛ وذلك لأنَّ المسلم فيه دين في الذمة، فلو أخر تسليم رأس المال عن المجلس لكان ذلك في معنى بيع الكالئ بالكالئ^{٢٩١}.

ويقول الغزالي: إنَّ الغرض من هذا الشرط «جبر الغرر في الجانب الآخر»، ويريد من ذلك - كما يقول الرافعي -: «أنَّ الغرر في المسلم فيه احتمال للحاجة، فجبر ذلك بتأكيد العوض الثاني بالتعجيل، ولئلا يعظم الغرر في الطرفين»^{٢٩٢}.

وهذا متمشٍ مع الرأي القائل: إنَّ السلم عقد غرر جُوزَ للحاجة، ويبدو لي أنَّ هذا الشرط ليس الغرض منه تخفيف الغرر؛ لأنَّه لا غرر في مجرد التأجيل، وإنَّما هو شرط يتفق مع طبيعة عقد السِّلْم، والحاجة التي شرع من أجلها، وهي احتياج المسلم إليه إلى المال قبل حصوله على المسلم فيه، ولهذا فإنَّي لا أرى ما يمنع تأجيل رأس المال إلى أجل قريب بشرط أن يكون أقل من أجل المسلم فيه.

وهذا الرأي له سند من المذهب المالكي، فإنَّ المالكية يرون أنَّ التأخير إلى ثلاثة أيام لا يضر، ولو كان مشروطاً في العقد، ما لم يكن السِّلْم قريباً كيومين، أمّا إن كان التأخير أكثر من ثلاثة أيام، فإنَّ كان مشروطاً في العقد لا يصح، وإن كان غير مشروط، فلمالك قولان في «المدونة»: قول بفساد العقد، وقول بعدم الفساد، سواء كثر التأخير جداً، بأنَّ حلَّ أجل السِّلْم، أو لم يكثر جداً، والمعتمد القول بالفساد^{٢٩٣}.

قبض بعض رأس المال وتأخير بعضه:

إذا قبض المسلم إليه بعض رأس مال السِّلْم، ثم تفرَّقا، صحَّ العقد في المقبوض، وبطل فيما لم يقبض عند الحنفية، والشافعية، وعلى الصحيح في مذهب الحنابلة، ويبطل في الجميع في رواية عن الإمام

٢٨٨ - 2 ابن عابدين، 4/284.

٢٨٩ - 3 انظر: المغني، 4/326.

٢٩٠ - 4 ابن عابدين، 4/288، والوجيز مع المجموع، 9/208، والمغني، 4/328، والمحلي، 9/109، والبحر الزخار، 3/398، والمختصر النافع، 158.

٢٩١ - 5 فتح العزيز مع المجموع، 9/208، والبحر الزخار، 2/298، وبداية المجتهد، 2/202.

٢٩٢ - 6 الوجيز وشرحه فتح العزيز مع المجموع، 9/207 و209.

٢٩٣ - 7 الدسوقي على الشرح الكبير، 3/195-196، وبداية المجتهد، 2/202، ويصرِّح الحنفية بأنَّ قبض رأس مال السِّلْم في مجلس العقد ليس شرطاً لانعقاد العقد ولا لصحته، إنَّما هو شرط لبقائه على الصحة، فينقذ السِّلْم صحيحاً، ثم يبطل بالافتراق بلا قبض. ابن عابدين، 4/288.

أحمد^(٢٩٤)، وهو ما

يقتضيه كلام الخرقى^(٢٩٥)، وهو مذهب المالكية^(٢٩٦)، قال العدوي: لأنه ابتداء دين بدّين^(٢٩٧).

جعل الدين رأس مال سلم:

إذا كان لرجل في ذمة آخر دين، فجعله سلفاً، لم يصح، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ من أهل العلم، منهم: مالك، والأوزاعي، والثوري، وأحمد، وإسحاق، وأصحاب الرأي، والشافعي، وعن ابن عمر أنه قال: لا يصح ذلك؛ وذلك لأنّ المسلم فيه دين، فإذا جعل الثمن ديناً، كان بيع دين بدّين،

ولا يصح ذلك بالإجماع^(٢٩٨).

ولو كان رأس مال السّلم بعضه نقداً، وبعضه ديناً على المسلم إليه، فالسّلم في حصة الدين باطل، لفوات القبض، ويجوز في حصة النقد^(٢٩٩).

ويرى ابن تيمية وابن القيم جواز هذه المسألة التي حكى ابن المنذر الإجماع على منعها، على أصل مذهبهما في بيع الدين بالدين، ويقول ابن القيم في بيانه لأقسام بيع الدين بالدين: «وأما بيع الواجب بالساقط، فكما لو أسلم في كرّ حنطة بعشرة دراهم في ذمته، فقد وجب له عليه دين، وسقط له عنه دين غيره، وقد حكى الإجماع على امتناع هذا، ولا إجماع فيه، قاله شيخنا، واختار جوازه، وهو

الصواب، إذ لا محذور فيه»^(٣٠٠).

ورأيي هو جواز بيع الدين مطلقاً، أعني سواء بيع للمدين، أو لغيره، بنقد أو بدّين، ما دام خالياً من الربا، أو شبهة الربا، وأنّ الصورة المجمع على منعها في بيع الدين بالدين، هي ما اشتملت على ربا أو شبهة

الربا^(٣٠١)، ومسألتنا هذه تدخل في بيع الدين بالدين لمن عليه الدين، ولا تخلو عندي من الربا، أو شبهته؛ لأنّ الإقدام على مثل هذا العقد يكون غالباً عندما يكون المدين غير قادر على أداء الدين في موعده، أو رغباً في تأجيله، فيعمد إلى جعل الدين رأس مال السّلم، ويقبل الدائن؛ لأنّه سيحصل في الغالب على أكثر من دينه، فيدخل هذا في: «أخرني وأزيدك»، لهذا فإنّي أرى منع هذه المعاملة،

٢٩٤ - فتح القدير، 5/744، ونهاية المحتاج، 4/180، والمقنع، 2/93.

٢٩٥ - المغني، 4/328.

٢٩٦ - 2- الدسوقي، 3/170.

٢٩٧ - 3- كفاية الطالب الرباني مع حاشية العدوي، 3/267.

٢٩٨ - 4- المغني، 4/329، ونهاية المحتاج، 4/180، والزليعي، 4/140.

٢٩٩ - 5- فتح القدير والعناية، 5/344.

٣٠٠ - 6- نظرية العقد، لابن تيمية، 235، وإعلام الموقعين، 240-1/241.

٣٠١ - 7- انظر كتابي: الغرر وأثره في العقود، 310-316.

وبخاصة في تحويل القروض التي تمنحها المصارف الإسلامية إلى عقد سلم^(٣٠٦).

اشتراط الخيار في عقد السلم:

وقد انبنى على اشتراط قبض رأس مال السلم في مجلس العقد، منع اشتراط خيار الشرط في عقد السلم عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة^(٣٠٧)، يقول المرغيناني - عند كلامه عن اشتراط قبض رأس مال السلم -: «ولهذا قلنا لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما، أو لأحدهما؛ لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعاً الانعقاد في حق الحكم».

ويقول الشيرازي: «ولا يثبت فيه خيار الشرط؛ لأنه لا يجوز أن يتفرقاً قبل تمامه، لهذا لا يجوز أن يتفرقاً قبل قبض العوض، فلو أثبتنا فيه خيار الشرط أدّى إلى أن يتفرقاً قبل تمامه».

ويجوز عند المالكية اشتراط الخيار في ثلاثة أيام فقط، إذا لم ينقد رأس المال، فإن نقد، ولو تطوعاً، فسد العقد، للتردد بين السلفية والتمنية، كذلك يفسد العقد لو شرط النقد، وإن لم ينقد، ولو أسقط الشرط^(٣٠٨)، وهذا متمشٍ مع رأيهم القائل بجواز تأخير قبض رأس مال السلم إلى ثلاثة أيام.

السلع التي يجري فيها السلم^(٣٠٩):

الأصل في السلم أن يكون في الثمار؛ لأنها هي التي جاء ذكرها في الأحاديث الصحيحة، ولكن الفقهاء توسعوا في السلع التي يجوز فيها السلم، والضابط لهذا الموضوع هو: «كل مال يجوز بيعه، ويمكن ضبط صفاته، ويثبت ديناً في الذمة: يجوز السلم فيه؛ وكل مال لا يجوز بيعه، أو لا يمكن ضبط

صفاته، أو لا يثبت ديناً في الذمة، لا يجوز السلم فيه»^(٣١٠).

وتطبيقاً لهذا الضابط يجوز السلم في كل ما يكال، أو يوزن، بإجماع الفقهاء، لما ثبت في حديث ابن عباس المشهور^(٣١١)، ويجوز أيضاً في الذرعي والعدي المتقارب^(٣١٢)، قياساً على ما ثبت بالنص؛ لأنه في معناه^(٣١٣).

٣٠٢ - 8- انظر: الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية، 31.

٣٠٣ - 9- تحفة الفقهاء، 2/12، والهداية مع فتح القدير، 5/343، والمهذب، 1/297، والمقنع، 2/36.

٣٠٤ - 10- الشرح الصغير على أقرب المسالك، 3/265.

٣٠٥ - 11- هذا العنوان من وضع المجمع.

٣٠٦ - 1- تحفة الفقهاء، 2/14، وبداية المجتهد، 2/201 و202؛ والشرح الصغير على أقرب المسالك، 3/275، 201، 202، والمهذب، 1/297، والمغني، 4/305.

٣٠٧ - 2- بداية المجتهد، 2/201.

٣٠٨ - 3- تحفة الفقهاء، 2/15.

٣٠٩ - 4- المهذب، 1/297.

ولا يجوز السِّلْم فيما لا يضبط بالصفة؛ لأنَّه يقع البيع فيه على مجهول، وبيع المجهول لا يجوز^(٣١٠)، ولا يجوز السِّلْم فيما لا يثبت في الذمة، قال ابن رشد: «واتفقوا على امتناعه - السِّلْم - فيما لا يثبت في الذمة، وهي الدور والعقار»^(٣١١).

ويقول السمرقندي في بيان شروط المسلم فيه: «أن يكون المسلم فيه مما يضبط بالوصف، وهو أن يكون من الأجناس الأربعة: المكيل، والموزون، والذرعى، والعدي المتقارب، فأما إذا كان مما لا يضبط بالوصف

- كالعدييات المتفاوتة، والذرعيات المتفاوتة، مثل الدور والعقار، والجواهر، والآلئ، والأدم، والجلود، والخشب والرؤوس، والأكارع، والرمان، والسفرجل والبطاخيخ، ونحوها - لا يجوز؛ لأنَّ المسلم فيه ما يثبت دَيْنًا في الذمة، وسوى هذه الأجناس الأربعة لا يثبت دَيْنًا في الذمة...»^(٣١٢).

ويذكر الفقهاء أمثلة كثيرة لما يجوز السِّلْم فيه، وأمثلة لما لا يجوز السِّلْم فيه، يتفقون في كثير منها، ويختلفون في بعضها^(٣١٣)، وسبب اختلافهم يرجع إلى اختلافهم فيما ينضبط بالصفة، وما لا ينضبط.

ويشترط ذكر جميع الأوصاف التي تختلف بها الأثمان^(٣١٤)، والأوصاف كما يقول ابن قدامة: «على ضربين: متفق على اشتراطها، ومختلف فيها، فالمتفق عليها ثلاثة أوصاف: الجنس، والنوع، والجودة والرداءة»، فهذه لا بُدَّ منها في كل مسلم فيه، ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في اشتراطها، وبه يقول أبو حنيفة، ومالك، والشافعي.

الضرب الثاني ما يختلف الثمن باختلافه مما عدا هذه الثلاثة الأوصاف، وهذه تختلف باختلاف المسلم فيه، ونذكرها عند ذكره، وذكرها شرط في السلم عند إمامنا والشافعي، وقال أبو حنيفة: يكفي ذكر الأوصاف الثلاثة، لأنها تشتمل على ما ورائها من الصفات.

ولنا: أنه يبقى من الأوصاف من اللون، والبلد ونحوهما، ما يختلف الثمن والغرض لأجله فوجب ذكره كالنوع^(٣١٥).

ثم ذكر ابن قدامة أنواعاً كثيرة من المسلم فيه، والأوصاف التي يجب ذكرها في كل نوع^(٣١٦). ووضح مما ذكره الفقهاء أنَّ الأوصاف التي يجب ذكرها في المسلم فيه تختلف باختلاف نوع السلعة،

٣١٠ - المذهب، 1/297.

٣١١ - بداية المجتهد، 2/201.

٣١٢ - تحفة الفقهاء، 2/14 و15.

٣١٣ - ابن عابدين، 281-4/285، والمدونة الكبرى، 9/2 وما بعدها، والأم، 3/83 وما بعدها؛ والمغني، 4/305 وما بعدها.

٣١٤ - المذهب، 1/299، والمغني، 4/310.

٣١٥ - 10- المغني، 311-4/310.

٣١٦ - 11- المصدر السابق، 311-4/320.

وما نص عليه الفقهاء من الأوصاف التي يجب ذكرها في كل نوع المقصود منه تعيين السلعة المسلم فيها تعييناً يمنع النزاع فيها، بحسب المعروف في زمنهم، فلا يجب علينا الالتزام به في زمننا، ما دامت السلعة قد وصفت بصفة معروفة تميزها عن غيرها، وقد أشار الشافعي إلى هذا بقوله: «وأقل ما يجوز فيه السلف من هذا أن يوصف ما سلف فيه بصفة تكون معلومة عند أهل العلم... فكل ما وقعت عليه صفة يعرفها أهل العلم بالسلعة التي سلف فيها، جاز فيها السلف»^(٣١٧).

وبناء على هذا فإن السلعة الواحدة ذات العلامة التجارية (الماركات) المتعددة تعتبر أصنافاً متعددة، ويشترط فيها ذكر الماركة، لأن الماركة هي التي تميزها عن غيرها، وهو وصف يترتب عليه اختلاف الثمن والغرض، فيجب ذكره^(٣١٨).

كتابة عقد السلم:

ورد الأمر بكتابة الدين في قوله تعالى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ} [البقرة: 282]، قال ابن عباس: هذه الآية نزلت في السلم خاصة، قال القرطبي: معناه أن سلم أهل المدينة كان سبب الآية، ثم هي تتناول جميع المداينات إجمالاً، والأمر بالكتابة أمر بالإشهاد، لأن الكتابة بغير شهود لا تكون حجة، وذهب بعض الناس إلى أن كتب الديوان واجب على أربابها، بهذه الآية، وهو اختيار الطبري، وقال الجمهور: الأمر بالكتب ندب إلى حفظ الأموال، وإزالة الريب، وهذا هو القول الصحيح^(٣١٩).

أخذ رهن أو كفيل من المسلم إليه:

يجوز عند جمهور الفقهاء أن يأخذ المسلم من المسلم إليه رهناً، أو يطالبه بكفيل يضمن أداء ما عليه من دين السلم - المسلم فيه -، وهذا هو رأي الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وهو رأي عطاء، ومجاهد، وعمر بن دينار، والحكم، وابن المنذر، لقوله تعالى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ} [البقرة: 282] إلى قوله تعالى {فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} [البقرة: 283]، وقد روي عن ابن عباس، وابن عمر أن المراد به السلم، ولأن اللفظ عام فيدخل السلم في عمومه، ولأنه أحد نوعي البيع، فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه، كبيع الأعيان^(٣٢٠).

وقال الحنابلة في رواية: لا يجوز أخذ الرهن، أو الكفيل، في السلم، وهي الرواية التي اختارها الخرقى، ووجه هذه الرواية أن الرهن إنما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن، والمسلم فيه لا

٣١٧- 12- الأم، 3/84، من الأمثلة الواضحة على هذا (السلم في الدور)، فقد أجمع الفقهاء المتقدمون - كما رأينا - على منع السلم فيها؛ لأنها معتبرة عندهم مما لا ينضبط بالوصف، فهل ينطبق هذا الحكم على المنازل الجاهزة في زماننا؟ الجواب بدهاءة: لا ينطبق؛ لأن هذه المنازل يمكن وصفها وصفاً منضبطاً مانعاً للنزاع.

٣١٨- 13- هذا جواب عن استفسار من استفسارات المجمع.

٣١٩- 1- الجامع لأحكام القرآن، 3/377، و382 و383.

٣٢٠- 2- تحفة الفقهاء، 2/23، والمدونة الكبرى، 9/56 و58، والمهذب، 1/305، والمغني، 4/342.

يمكن استيفاؤه من الرهن، ولا من ذمة الضامن، لأنه لا يأمن هلاك الرهن في يده بعدوان فيصير مستوفياً لحقه من غير المسلم فيه، وقد قال النبي : (من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره)، ولأنه يقيم ما في ذمة الضامن مقام ما في ذمة المضمون عنه، فيكون في حكم أخذ العوض والبدل عنه، وهذا لا يجوز .

ورويت كراهة أخذ الرهن والكفيل عن علي، وابن عمر، وابن عباس، والحسن، وسعيد بن جبير، والأوزاعي^(٣٢١) .

اشتراط قبض بضاعة السلم قبل بيعها^(٣٢٢) :

قال الخرقي: «وبيع المسلم فيه من بائعه، أو من غيره قبل قبضه فاسد، وكذلك الشركة فيه، والتولية والحوالة به، طعاماً كان أو غيره» .

وقال شارحه ابن قدامة: «أمّا بيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم في تحريمه خلافاً، وقد نهى النبي عن بيع الطعام قبل قبضه، وعن ربح ما لم يضمن؛ ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يجز بيعه، كالطعام قبل قبضه»^(٣٢٣) .

قلت: الخلاف في تحريم بيع المسلم فيه قبل قبضه موجود، فقد منع المالكية بيع المسلم فيه قبل قبضه، إذا كان طعاماً، وجوزوا بيعه قبل قبضه، إذا لم يكن طعاماً، سواء باعه المسلم من المسلم إليه، أو من غيره، إلا أنه إذا باعه من المسلم إليه قبل الأجل فلا يجوز أن يبيعه بأكثر من الثمن الذي اشتراه به، وإنما يبيعه بمثل الثمن، أو بأقل، ويقبض الثمن، وأمّا إذا باعه من غير المسلم إليه فيجوز بيعه بأكثر من الثمن، أو بأقل منه، أو بمثله إذا قبض الثمن .

جاء في «المدونة»: :

(قلت): أرأيت إن أسلمت في طعام معلوم إلى أجل معلوم، أيجوز لي أن أبيع ذلك الطعام من الذي اشتريته منه، أو من غيره قبل أن أقبضه في قول مالك؟ (قال): لا يجوز ذلك في قول مالك، (قلت): لم؟ (قال): لأنك أسلمت في طعام بكيل، فلا يجوز لك أن تبّيعه حتى تكتاله، إلا أن يوليه، أو يشرك فيه، أو يقبل منه، (قلت): وكذلك كل ما يكال ويوزن من الأطعمة والأشربة إذا أسلفت فيها لم يصلح لي أن أبيعها حتى أكتالها، أو أزنّها، وأقبضها في قول مالك؟ (قال): نعم إلا الماء وحده، (قلت): وما سوى الطعام والشراب مما سلفت فيه كيلاً، أو وزناً، فلا بأس أن أبيع قبل أن أقبضه من الذي باعني، أو من غيره؟ (قال): قال مالك: لا بأس أن تبّيع مما سلفت فيه، إذا كان من غير ما

٣٢١ - المغني، 4/342 .

٣٢٢ - هذا العنوان من مجّمع الفقه الإسلامي .

٣٢٣ - المغني، 4/334، وانظر أيضاً: الشرح الكبير على المقنع، 4/341 .

يؤكل ويشرب من غير الذي عليه السلف بأقل، أو بأكثر، أو بمثل ذلك، إذا انتقدت، وأمّا الذي عليه السلف فلا تبيعه منه قبل الأجل بأكثر، ولا تبيعه منه إلا بمثل الثمن، أو بأقل، ويقبض^(٣٢٤) ذلك .
 هذا هو مذهب الإمام مالك، وما ذكره ابن قدامة من تحريم بيع المسلم فيه قبل قبضه، هو رأي الجمهور^(٣٢٥)، وهو الراجح عندي الذي ينبغي العمل به، بالنسبة لبيع المسلم فيه من غير بائه؛ لأنّه هو الذي تدلّ عليه الأحاديث الواردة في بيع ما لم يقبض^(٣٢٦) .

والعلة في تحريم بيع السلع قبل قبضها هي:

[1] الربا: وهذا ما يراه المالكية^(٣٢٧)، وقد ذهب إليه من قبلهم ابن عباس حين قال في بيع

الطعام قبل قبضه: ذلك دراهم بدراهم والطعام مرجأ^(٣٢٨) «كما ذهب إليه زيد بن ثابت وأبو هريرة حين قالوا لمروان: أحللت بيع الربا» عندما رأيا الناس يتبايعون صكوك الطعام

قبل أن يستوفوها^(٣٢٩) .

وهذا التعليل - كما يقول الشوكاني - أجود ما علل به النهي؛ لأنّ الصحابة أعرف بمقاصد رسول الله^(٣٣٠) .

[2] الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم، وهو رأي سائر الفقهاء، غير أنّ عدم القدرة على التسليم سببه احتمال هلاك المحل عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة، وضعف الملك عند

الزيدية، واحتمال عدم تسليم البائع الأول عند ابن تيمية^(٣٣١) .

[3] المسلم فيه قبل قبضه من ضمان البائع، ولا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض، فبيعه

قبل قبضه يدخل في النهي عن ربح ما لم يضمن^(٣٣٢) .

وأضيف إلى هذه العلة أنّ في النهي عن بيع السلع قبل قبضها إيجاد فرص للعمل؛ وذلك لأنّ في بيع

٣٢٤ 1- المدونة الكبرى، 9/87، وجاء في صفحة (88): «ولا يصلح أن تبيعه من الذي عليه السلف بأكثر مما أعطاه فيه حل ذلك الأجل أو لم يحل»، وانظر: بداية المجتهد، 2/205.

٣٢٥ 2- تنوير الأبصار مع شرحه، وحاشية ابن عابدين، 290-4/289، والمهذب، 1/263 و301.

٣٢٦ 3- انظر: كتاب الغرر وأثره في العقود، 322 وما بعدها.

٣٢٧ 4- بداية المجتهد، 2/44، المنتقى، 4/280.

٣٢٨ 5- صحيح البخاري، 3/68.

٣٢٩ 6- الموطأ مع المنتقى، 4/285، وصحيح مسلم مع شرح النووي، 10/171.

٣٣٠ 7- نيل الأوطار، 5/169.

٣٣١ 8- البدائع، 5/180، والمهذب، 1/262، والمغني، 4/128، والبحر الزخار، 2/312، والاختيارات العلمية مع الفتاوى، 75.

٣٣٢ 9- المغني، 4/327.

السلع قبل قبضها حرماناً لعدد كبير من العمال الذين يقومون بالكيل والحمل، فإنَّ التاجر يفضل أن يبيع السلعة وهي عند بائعها، ما دام يجد ربحاً، ثم إنَّنا لو أبحنا للتجار بيع السلع قبل قبضها، فإنَّ أسعارها ترتفع وهي في مكانها، فتعود الفائدة كلها إلى طبقة التجار، ولا ينال العامل والمستهلك فائدة من هذه العمليات، في حين أنَّه ينالهما ضرر ارتفاع السعر.

وقد نقل الدسوقي عن التوضيح تعليلاً جيداً لمنع بيع الطعام قبل قبضه هو: أنَّ الشارع له غرض في ظهور الطعام، فلو أُجيز بيعه قبل قبضه لباع أهل الأموال بعضهم من بعض من غير ظهور، بخلاف ما إذا منع من ذلك؛ فإنَّه ينتفع به الكيال والحمال، ويظهر للفقراء فتقوى به قلوب الناس، لا سيما في زمن المسغبة والشدة^(٣٣٣).

وقد اختلف الفقهاء في المراد بالقبض فيما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر - المنقول -، والذي أرجحه هو أنَّ المنقول إذا كان مقدراً فقبضه يكون باستيفاء قدره، وهذا هو مذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة^(٣٣٤)، وإذا كان جزافاً^(٣٣٥) فقبضه بنقله من مكانه، وهو مذهب الحنابلة، ورواية عند المالكية^(٣٣٦)، وفيما عدا المقدر والجزاف، يكون القبض ما يعتبره العرف قبضاً، وهو مذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة^(٣٣٧)، وذلك عملاً بالأحاديث الصحيحة المصرحة بالأمر بالكيل فيما بيع بالكيل، والأحاديث المصرحة بالنهي عن بيع الجزاف حتى ينقل، وعملاً بالعرف فيما لم يرد فيه نص. ويتضح من هذا أنَّه لا يغني عن القبض التحقُّق من قدرة المسلم على توفير السلعة عند حلول الأجل، ولا التأمين على السلعة المسلم فيها، ولا وجودها في مخازن عمومية منظمة^(٣٣٨)؛ لأنَّ قدرة المسلم على تسليم السلعة عند حلول الأجل شرط لصحة عقد السلم، فلو كان المسلم غير قادر على التسليم، أو شاكاً فيه لا يجوز العقد.

ووجود السلعة في مخازن عمومية منظمة محقق للقدرة على التسليم، وليس قبضاً للمسلم فيه. والتأمين على السلعة ضرب من الضمان، وليس قبضاً، ثم إنَّ علة منع المسلم فيه قبل قبضه ليست هي احتمال عدم القدرة على تسليمه وحدها، حتى يقال: إذا انتفت العلة بتحقُّق القدرة على التسليم، ينتفي المانع، ويصح البيع، فهناك علة الربا، وعلة عدم دخول السلعة في ضمان المشتري.

الاستبدال بالمسلم فيه:

٣٣٣- 10- الدسوقي على الشرح الكبير، 3/131.

٣٣٤- 11- ابن عابدين، 4/226، والدسوقي على الشرح الكبير، 3/126، والمغني، 4/125.

٣٣٥- 12- المسلم فيه قد لا يكون جزافاً.

٣٣٦- 13- المغني، 4/125، والدسوقي على الشرح الكبير، 3/126.

٣٣٧- 14- الدسوقي على الشرح الكبير، 3/126، والمجموع، 9/275، والمغني، 4/126.

٣٣٨- 1- هذا جواب عن الاستفسارات الواردة في مخطط المجمع.

لا يجوز عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة، أن يأخذ المسلم غير ما أسلم فيه بدلاً عنه قبل قبضه: يقول السمرقندي: «وَأَمَّا الاستبدال بالمسلم فيه فلا يجوز قبل القبض، كالاستبدال بالمبيع المعين؛ لأنَّ المسلم فيه مبيع، وإنَّ كان دَيْنًا، فيكون بيع المبيع المنقول قبل القبض، وأَنَّهُ لا يجوز بخلاف سائر الديون»^(٣٣٩).

ويقول النووي والرملي: «لا يصح أن يستبدل عن المسلم فيه غير جنسه، كبر في شعير، ونوعه... كتركى عن هندي، وتمر عن رطب،... وذلك لأنَّه بيع للمبيع قبل قبضه... وقيل: يجوز في نوعه؛ لأنَّ الجنس يجمعهما، فكان كما لو اتحد النوع، واختلفت الصفة... وعلى الجواز لا يجب القبول لاختلاف الغرض، ويجوز أردأ من المشروط؛ لأنَّه من جنس حقه، فإذا تراضيا به كان مسامحة بصفة، ولا يجب قبوله... ويجوز أجود منه من كل وجه لعموم خبر: (خياركم أحسنكم قضاءً)، ويجب قبوله في الأصح؛ لأنَّ الامتناع منه عناد...»^(٣٤٠).

ويقول ابن قدامة:

«وَأَمَّا بيع المسلم فيه من بائعته فهو أن يأخذ غير ما أسلم فيه عوضاً عن المسلم فيه، فهذا حرام، سواء كان المسلم فيه موجوداً أو معدوماً، سواء كان العوض مثل المسلم فيه في القيمة، أو أقل، أو أكثر». وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى فيمن أسلم في برّ فعدمه عند المحل، فرضى المسلم بأخذ الشعير مكان البرّ جاز، ولم يجز أكثر من ذلك، وهذا يحمل على الرواية التي فيها أن البرّ والشعير جنس واحد، والصحيح في المذهب خلافه.

وقال مالك: يجوز أن يأخذ غير المسلم فيه مكانه يتعجله ولا يؤخره، إلا الطعام. قال ابن المنذر: «وقد ثبت أن ابن عباس قال: إذا أسلم في شيء إلى أجل، فإن أخذت ما أسلفت فيه، وإلا فخذ عوضاً أنقص منه، ولا تربح مرتين [رواه سعيد في سننه].»

ولنا قول النبي: (من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره) [رواه أبو داود وابن ماجه]^(٣٤١)؛ ولأنَّ أخذ العوض عن المسلم فيه بيع، فلم يجز كبيعه من غيره، فأما إن أعطاه من جنس ما أسلم فيه خيراً منه، أو دونه في الصفات جاز؛ لأنَّ ذلك ليس ببيع، إنَّما هو اقتضاء للحق مع تفضُّل أحدهما^(٣٤٢). ويجوز عند المالكية قضاء المسلم فيه بغير جنسه، سواء أكان القضاء قبل الأجل أم بعده، بشروط ثلاثة:

[1] أن يعجل البذل المدفوع، لئلا يكون من فسخ الدَّين في الدَّين.

٣٣٩- 2- تحفة الفقهاء، 2/20.

٣٤٠- 3- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 210-4/209.

٣٤١- 4- في إسناد هذا الحديث عطية بن سعد العوفي، قال المنذري: «لا يُحتج بحديثه»، نيل الأوطار، 5/241.

٣٤٢- 5- المغني، 4/335.

[2] ألا يكون المسلم فيها طعاماً، ليسلم من بيع الطعام قبل قبضه .

[3] أن يكون سلم رأس المال في المدفوع من غير الجنس صحيحاً، ومثل له الدردير بما لو أسلمه ثوباً في عبد، ففضى عنه بغيراً، فإنه لا يصح سلم الثوب في البعير، ومثل لما لا يصح بمثاليين:

أحدهما: ما لو أسلم ورقاً في عبد، ففضى عنه ذهباً، أو أسلم ذهباً في عبد، ففضى عنه ورقاً؛ لأنه يؤول إلى سلم ذهب في فضة، أو فضة في ذهب، وهو صرف مؤخر .

والمثال الثاني: ما لو أسلمه طعاماً في ثوب، ففضى عنه طعاماً؛ لأنه يلزم عليه بيع طعام بطعام نسيئة^(٣٤٣) .

يتضح من هذا أن المانعين للاستبدال - الحنفية، والشافعية، والحنابلة - اعتمد بعضهم - الحنابلة - على حديث: (من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره، واعتمدوا جميعاً على أن الاستبدال بيع للمبيع قبل قبضه، المنهى عنه، ولا فرق عندهم بين بيعه من بئعه، أو من غيره .
والمالكية المجوزون للاستبدال ساروا فيه على رأيهم في بيع المبيع قبل القبض، فأجازوه في غير الطعام بشرط تعجيل البذل، وصلاحيته لأن يكون مسلماً فيه لرأس مال السلم .
وأرى جواز الاستبدال، سواء أكان المسلم فيه طعاماً، أم غير طعام بشرطين:
الأول: أن يكون البذل صالحاً لأن يجعل مسلماً فيه لرأس مال السلم؛ لأن البذل سيحل محل المسلم فيه فيشترط فيه ما يشترط في المسلم فيه .

الثاني: ألا يكون البذل أكثر من المسلم فيه لئلا يربح المسلم مرتين

- كما يقول ابن عباس .

وهذا الرأي متفق مع رأي ابن عباس، ومع رأي المالكية في غير الطعام مع إسقاط شرط تعجيل البذل؛ لأنني لا أرى مانعاً من التعجيل، ما دام المسلم لن يأخذ أكثر من المسلم فيه .
ولكنه مختلف مع رأي الجمهور، وسبب اختلافي مع الجمهور هو أن الدليلين اللذين اعتمد عليهما الجمهور غير مقبولين عندي .

فالدليل الأول - وهو الحديث الذي أورده الحنابلة - لم تثبت صحته، فلا يحتج به .

والدليل الثاني - وهو كون الاستبدال بيعاً للمبيع قبل قبضه المنهى عنه - غير مسلم به؛ لأن استبدال غير المسلم فيه بالمسلم فيه ليس بيعاً، ولو سلمنا بأنه بيع، فلا نسلم أنه بيع للمبيع قبل قبضه المنهى عنه؛ لأن بيع المبيع قبل قبضه المنهى عنه هو بيعه من غير بئعه؛ لأن هذا هو الشأن في البيع، والاستبدال، على تسليم أنه بيع، هو بيع للمسلم فيه من بئعه .

ثم إن العلل الثلاث التي ذكرها الفقهاء للمنع من بيع المسلم فيه قبل قبضه لا تتحقق في الاستبدال الذي أجزته، فعلة الربا، وعلة ربح ما لم يضمن، لا تتحقق إلا في البيع بأكثر من الثمن الأول، ولهذا فقد

اشتترطت في الاستبدال ألا يكون البديل أكثر من المبدل - المسلم فيه -، وأمّا علة الغرر فغير متصورة في الاستبدال .

وزيادة على هذا فإنّه قد تكون هناك حاجة إلى هذا الاستبدال، وبخاصة بالنسبة إلى المزارعين، فقد يصعب على المزارع الحصول على ما تعاقد عليه، ويكون عنده غيره، وقد حدث هذا مراراً، عندنا في السودان، بين بعض المزارعين والبنوك التي تتعامل بعقد السلم، واستفتيت فيه، فأفتيت بجواز الاستبدال .

السلم المتوازي (٣٤٤):

هذا اصطلاح حادث، المراد به - كما جاء في مخطط المجمع - استخدام صفتي سلم متوافقتين، دون ربط بينهما .

وواضح من المصطلح وشرحه أنّه لا يوجد ربط لفظي في العقد بين السلمين، ولكن الربط حاصل في الواقع؛ لأنّ رب السلم الأول يبيع سلعة لرب السلم الثاني بنفس المواصفات والمقدار، وإلى نفس الأجل الذي سيتسلم فيه السلعة التي أسلم فيها، وفي نيته أنّه سيتسلمها من المسلم إليه، ويسلمها إلى من تعاقد معه، ولكنه لا يصرح بهذه النية، ويبرم عقد سلم ظاهره الاستقلال عن العقد الأول، وباطنه الربط بينهما .

وفي رأيي أنّ هذا السلم المتوازي هو حيلة لبيع المسلم فيه قبل قبضه، فهل هذه الحيلة مقبولة شرعاً؟

هذه الحيلة لا تتحقق فيها علتان من ثلاث العلل التي ذكرها الفقهاء لمنع بيع المسلم فيه قبل قبضه:

[1] لا تتحقق فيها علة دخول بيع المسلم فيه قبل قبضه في ربح ما لم يضمن المنهي عنه؛ لأنّ المسلم فيه دين في ذمة المسلم إليه فهو في ضمانه، ولا يؤثر هذا في نية المسلم إليه في أن يؤدي هذا الدين من السلم الأول، وهذا شبيه بالمزارع الذي يبيع سلماً في ذمته من غير أن يربطه بمحصول أرضه، وفي نيته أن يوفى من محصوله .

[2] ولا تتحقق في السلم المتوازي علة الغرر؛ لأنّ المسلم إليه لا يبيع عين السلعة التي اشتراها من المسلم إليه الأول، وإنّما يبيع سلعة موصوفة في الذمة تتوافر فيها شروط المسلم فيه .

ولكنها لا تخلو من علة الربا التي أشار إليها ابن عباس بقوله: ذاك دراهم بدراهم والطعام مرجأ، وبخاصة إذا اتخذ هذا الأسلوب من السلم المتوازي بقصد التجارة والربح، وتكرّر السلم المتوازي للمعاملة الأولى، ويدخله مانع آخر هو الضرر الذي يصيب المستهلك من ارتفاع سعر السلعة قبل أن تصل إليه بسبب انتقالها لأكثر من تاجر .

ولهذا فإنّي أرجح منع هذه المعاملة، إلّا إذا احتاج رب السلم الأول إلى نقود قبل أن يحل أجل السلم، ولم يجد من يقرضه، فيجوز له في هذه الحالة أن يلجأ إلى السلم المتوازي؛ بل يجوز له إذا كان المسلم فيه غير الطعام أن يبيعه قبل قبضه ليقضى حاجته عملاً بمذهب المالكية .

إصدار سندات سلم قابلة للتداول^(٣٤٥):

لا يجوز إصدار سندات سلم قابلة للتداول؛ لأنَّ هذا سيؤدي حتماً إلى بيع المسلم فيه قبل قبضه، سواء أكان المسلم فيه طعاماً، أم غير طعام، غير أنَّه إذا كان المسلم فيه طعاماً، فالمنع يكون بإجماع الفقهاء، للأحاديث الصحيحة الواردة في منع بيع الطعام قبل قبضه^(٣٤٦)، ولهذا الموضوع سابقة حدثت في عهد مروان بن الحكم، فقد روى مالك في «الموطأ» أنَّه بلغه أنَّ صكوكاً^(٣٤٧) خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من طعام الجار^(٣٤٨)، فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها، فدخل زيد بن ثابت ورجل من أصحاب رسول الله على مروان بن الحكم، فقالا: أتحل بيع الربا يا مروان؟ فقال: أعوذ بالله، وما ذاك؟ فقالا: هذه الصكوك تبايعها الناس، ثم باعوها قبل أن تستوفي، فبعث مروان بن الحكم الحرس يتتبعونها ينزعونها من أيدي الناس، ويردونها إلى أهلها^(٣٤٩)، وجاء مثل هذا الخبر في المعنى عن أبي هريرة^(٣٥٠)، ولعله هو الصحابي الذي كان مع زيد بن ثابت، وأشار إليه مالك من غير ذكر اسمه.

وأما إذا كان المسلم فيه غير طعام فقد رأينا أنَّ الجمهور يمنعون بيعه قبل قبضه، ولو كان لمرة واحدة فكيف إذا تداولته الأيدي؟ أمَّا المالكية فإنَّهم يجوزون للمسلم أن يبيع المسلم فيه قبل قبضه إذا لم يكن طعاماً، ولكنهم لا يجوزون لمن اشترى منه أن يبيع ما اشتراه قبل قبضه، فأصدار سندات سلم قابلة للتداول لا يجوز عند جميع الفقهاء.

عجز البائع عن تسليم البضاعة عند حلول الأجل في السلم، ومشروعية الشرط الجزائي من تأخير تسليم البضاعة:

إذا عجز البائع (المسلم إليه) عن تسليم البضاعة (المسلم فيه) عند حلول الأجل، فإن كان عجزه عن التسليم سببه عدم وجود المسلم فيه عند حلول الأجل؛ فإنَّ المشتري (المسلم) يخير بين الانتظار إلى أن يوجد المسلم فيه، وفسخ العقد وأخذ الثمن (رأس مال السلم).

٣٤٥ - 1- هذا العنوان من المجمع.

٣٤٦ - 2- انظر هذه الأحاديث في: كتاب الغرر وأثره في العقود، 322.

٣٤٧ - 3- الصكوك: جمع صك، وهو الورقة المكتوبة بدين، والمراد بها هنا: الورقة التي تخرج من ولي الأمر بالرزق لمستحقه بأن يكتب فيها لفلان كذا وكذا من طعام أو من غيره، ومن هذه الصكوك ما يكون لعمل كالأرزاق القضاة والعمال، ومنها ما يكون بغير عمل كالعطاء لأهل الحاجة، والظاهر أنَّ تلك الصكوك كانت من الطعام. النووي على مسلم، 10/171، والمنقّى على الموطأ، 4/285.

٣٤٨ - 4- الجار: موضع بساحل البحر يجمع فيه الطعام، ثم يفرق على الناس بصكوك. الزرقاني على الموطأ، 3/288.

٣٤٩ - 5- الموطأ بهامش المنقّى، 4/285.

٣٥٠ - 6- النووي على مسلم، 10/171.

هذا هو مذهب الحنفية^(٣٥١)، وقول ابن القاسم من المالكية^(٣٥٢)، وقول عند الشافعية^(٣٥٣)، والصحيح عند الحنابلة^(٣٥٤).

وقال أشهب من أصحاب مالك: يفسخ السلم ولا يجوز التأخير، وهو قول عند الشافعية، ووجه عند الحنابلة^(٣٥٥).

وقال سحنون من المالكية: ليس له أخذ الثمن، وإنما له أن يصبر إلى القابل^(٣٥٦).
والقول الأول هو المعمول به عندنا في السودان.
أمّا إذا كان العجز عن التسليم سببه إفسار المسلم إليه فالواجب انتظاره إلى الميسرة، والخير في التصدّق عليه.
وأمّا إن كان عدم التسليم سببه امتناع المسلم إليه عن التسليم مع يساره، فإنّ حكمه هو حكم المدين المماطل، الذي أصدر فيه مَجْمَعُ الفقه الإسلامي القرار التالي:
[4] يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخّر عن الأداء^(٣٥٧).
وإذا كان اشتراط التعويض لا يجوز؛ فإنّ الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم البضاعة (المسلم فيه) في بيع السلم، لا يجوز من باب أولى.

تطبيقات السلم المعاصرة

-
- ٣٥١ - الدر المختار مع ابن عابدين، 4/284.
- ٣٥٢ - بداية المجتهد، 2/205.
- ٣٥٣ - المهذب، 1/302.
- ٣٥٤ - المغني، 4/326.
- ٣٥٥ - المراجع الثلاثة السابقة.
- ٣٥٦ - بداية المجتهد، 2/205.
- ٣٥٧ - القرار رقم (53/2/6) بشأن البيع بالتقسيط، الدورة السادسة بجدة، في الفترة من 17-23 شعبان 1410هـ، 14-20 مارس 1990م.

عقد السلم يمكن أن يطبق في مجالات عديدة، ويكون بديلاً شرعياً للتمويل بالقرض بفائدة في كل المجالات التي يُحتاج فيها إلى التمويل: المجال الزراعي، والصناعي، والتجاري، ويحقق مصلحة الممول - المسلم.

إليه - بإمداده بالمال اللازم له في زراعته، وصناعته، وتجارته، ويحقق مصلحة الممول - المسلم - في الحصول على المنتجات الزراعية، والصناعية، والتجارية، بأثمان رخيصة ومشروعة، تمكن من الربح الحلال، وفي تحقيق مصلحة الممول والموئل تحقيق لمصلحة المجتمع بتشجيع الزراعة، والصناعة، والتجارة، التي تعود على الناس جميعاً بالنفع، وتخليص المجتمع من الأضرار التي تصيبه من التعامل بالربا، وسد حاجة الناس جميعاً لهذا التعامل، وهذه هي الحكمة من مشروعية عقد السلم.

يقول ابن قدامة في هذا المعنى: «ولأنَّ بالناس حاجة إليه - السَّلم ؛ لأنَّ أرباب الزروع، والثمار، والتجارات، يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكتمل، وقد تعوزهم النفقة، فجوز لهم السلم ليرتفقوا، ويرتفق المسلم بالاسترخا^{٣٥٨}ص».

هذا وتستطيع البنوك الإسلامية أن تتعامل بعقد السلم في مجال الزراعة، والصناعة، والتجارة، وجميع المجالات التي يحتاج فيها المتعامل معها إلى تمويل، ولكن الواقع أنَّ البنوك الإسلامية لم تطبق صيغة السلم في استثماراتها - وبخاصة عندنا في السودان - إلا في المجال الزراعي؛ ولهذا سيكون حديثي عن هذه المسألة خاصاً بتطبيق البنوك الإسلامية لعقد السلم في مجال الزراعة.

تعامل السودانيون بعقد السلم في مجال الزراعة قبل وجود البنوك، وكان يسمى (الشيل)، فكان التجار يشترون من المزارعين المحتاجين إلى المال قبل الزراعة، ويدفعون ثمن ما يشترونه مقدماً.

ولما قامت البنوك أخذت تمويل المزارعين بطريق القرض بفائدة، فتعامل معها بعض المزارعين وامتنع البعض، واستمروا في التعامل مع التجار، وكانت معاملة بعض التجار للمزارعين لا تخلو من استغلال لحاجتهم، فتدخلت الدولة، وسنت قانوناً يجيز للمزارع رفع الأمر إلى القضاء لتعديل السعر في حالة الاستغلال.

وعندما مُنعت البنوك من التعامل بالفائدة، وكان من بين تلك البنوك البنك الزراعي، وهو بنك حكومي متخصص، وهو الممول الأول للمزارعين؛ طلب من هيئة الرقابة الشرعية البديل، فقدمت له عقد السلم التالي، الذي أصبح نموذجاً لسائر البنوك.

(بسم الله الرحمن الرحيم)
عقد سلم

تم هذا العقد في هذا اليوم..... من شهر..... سنة 14 هـ
اليوم..... من شهر..... سنة

19م

بين كل من:

[1] السادة: بنك..... فرع..... ويُسمَّى فيما بعد لأغراض
هذا العقد بالبنك (طرفاً أول - رب السلم).

[2] والسيد/ السادة..... ويُسمَّى فيما بعد لأغراض هذا العقد بالطرف الثاني
(المسلم إليه).

بما أنَّ الطرف الثاني قد رغب في بيع..... للبنك بموجب عقد
السلم، ووافق البنك على شرائها؛ فقد اتفق الطرفان على إبرام عقد سلم بينهما على النحو التالي:

[1]	بائع	الطرف	الثاني	للبنك
-----	------	-------	--------	-------

عدد:

.....

.....

.....

(هنا يذكر جنس المبيع، ونوعه، وصفته، ومقداره، ويوصف وصفاً مميزاً له عن غيره).

بمبلغ.....

.....بواقع للوحدة

(أردب

جوالالخ)

[2] قبل البنك والتزم بأن يدفع للطرف الثاني الثمن كاملاً (رأس مال السلم) بعد التوقيع على هذا العقد في مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام.

[3] التزم الطرف الثاني بتسليم المبيع (المسلم فيه) للبنك على النحو التالي:

[أ] دفعة واحد في يوم من شهر سنة 19م أو

[ب] على دفعات كالآتي:

التاريخ	الكمية	الدفعة

[4] التزم الطرف الثاني أن يسلم البنك المبيع (المسلم فيه) في المكان التالي

[5] على الطرف الثاني تقديم ضمان عيني مقبول، أو ضمان شخصي، يتعهد فيه الضامن بتسليم أي كمية من المسلم فيه يعجز الطرف الثاني عن تسليمها في وقتها المحدد.

[6] يجوز للبنك أن يطلب من الطرف الثاني، أو الضامن، أو منهما معاً، تقديم شيكات بمبلغ يتفق عليه الطرفان، ويكون للبنك الحق في التصرف في الشيكات لشراء المسلم فيه المطلوب من الطرف الثاني، بسعر السوق في أي يوم بعد التسليم.

[7] في حالة عدم وجود المسلم فيه عند حلول الأجل، للبنك الخيار بين انتظار وجود المسلم فيه، وفسخ العقد، وأخذ الثمن (رأس مال السلم).

[8] اتفق الطرفان على إزالة أي غبن فاحش يلحق بأي منهما بسبب زيادة سعر المسلم فيه، أو نقصه وقت التسليم عن السعر المتفق عليه، بما يزيد عن الثلث، ففي حالة الزيادة يتحمل البنك ما زاد عن الثلث، وفي حالة النقص يتحمل المزارع ما زاد عن الثلث.

[9] إذا نشأ نزاع حول هذا العقد يحال ذلك النزاع إلى لجنة تحكيم تتكون من ثلاثة محكمين، يختار كل طرف محكماً واحداً منهم، ويتفق الطرفان على المحكم الثالث، الذي يكون رئيساً للجنة التحكيم.

وفي حالة فشل الطرفين في الاتفاق على المحكم الثالث، أو عدم قيام أحدهما باختيار محكمه في ظرف سبعة أيام من تاريخ إخطاره بواسطة الطرف الآخر، يحال الأمر لمحكمة البنوك، أو أقرب محكمة مديرية مختصة لتقوم بتعيين ذلك المحكم، أو المحكمين المطلوب اختيارهم .
تعمل لجنة التحكيم حسب أحكام الشريعة الإسلامية، وتصدر قراراتها بالأغلبية العادية، وتكون هذه القرارات نهائية وملزمة للطرفين .

وقع عليه/

ع/ الطرف الأول

الشهود:

-1

وقع عليه/

ع/ الطرف الثاني

-2

المشاكل التي تصاحب التعامل بعقد السلم:

لعل أهم مشكلة تعترض التعامل بعقد السلم هي تحديد الثمن، ففي التعامل بين التاجر والمزارع يوجد احتمال استغلال التاجر لحالة المزارع، وهذا الاحتمال غير وارد في حالة تعامل البنك الإسلامي مع المزارع؛ لأنَّ السعر تحدده لجنة من اتحاد المصارف واتحاد المزارعين، ولكن مع هذا قد يرتفع السعر عند محل الأجل، فيقع النزاع بين الطرفين، وقد حدث هذا بالفعل أكثر من مرة . فعالجته هيئة الرقابة الشرعية بإدخال البند الثامن في عقد السلم - بند إزالة الغبن - الذي وافق عليه المزارعون والبنوك .
والمشكلة الثانية هي مشكلة عدم تمكُّن المزارع من الوفاء بالتزاماته بسبب شح المحصول . وقد وضع البند السابع في عقد السلم لحلها .

والمشكلة الثالثة هي عدم وفاء المزارع بالتزاماته مع يساره، ومقدرته على الوفاء، ولكنه يتعلل بعلل غير شرعية، مثل قلة محصول مزرعته . وقد وضعت الهيئة البند الخامس في العقد لعلاج مثل هذه الحالات، ولكن البنوك لا تستطيع في كثير من الحالات العمل بهذا البند .
والتجربة مستمرة في السودان على الرغم من شكاوى بعض البنوك من مماطلة بعض المزارعين .

.. والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين ..

ملخص البحث

تعريف السلم:

السلم أو السلف معناهما واحد، الأول لغة أهل الحجاز، والثاني لغة أهل العراق .
والسلم هو بيع أجل بعاجل، فهو نوع من البيع يتأخر فيه المبيع، ويُسمَّى (المسلم فيه)، ويتقدم فيه الثمن ويُسمَّى (رأس مال السلم)، فهو عكس البيع بثمن مؤجل، ويُسمَّى البائع (المسلم إليه)، والمشتري

(المُسْلِم).

والسلم مشروع بالكتاب، والسُّنَّة، والإجماع، ويرى بعض الفقهاء أنَّ السلم في القياس لا يجوز؛ لأنَّه بيع معدوم، ويبيع ما ليس عند الإنسان، ويبيع غرر، ولكنه جاز استحساناً، على خلاف القياس، لورود النص بجوازه، وللحاجة إليه.

والصواب عندي ما يراه ابن تيمية من أنَّه ليس في الشريعة حكم على خلاف القياس، وأنَّ السلم مشروع وفق القياس؛ لأنَّ مشروعيته ثابتة بالنص، وأنَّ القياس الذي قال بعض الفقهاء: إنَّ السلم جاء على خلافه قياس فاسد.

والسلم - كما جاء في التعريف - نوع من البيع، ولهذا يشترط فيه كل ما يشترط في البيع، ويشترط في السلم شروط خاصة، وهي:

الشرط الأول: أن يكون المسلم فيه مؤجلاً:

يشترط جمهور الفقهاء لصحة عقد السلم أن يكون المسلم فيه مؤجلاً إلى أجل معلوم، على اختلاف بينهم في مدة الأجل، وفي الجهالة التي تفسد العقد، فالسلم الحال لا يجوز عندهم، وكذلك السلم المؤجل إلى أجل مجهول.

وقال الشافعية: يجوز السلم حالاً كما يجوز مؤجلاً، ولكل أدلته، ورأي الجمهور أولى بالقبول عندي؛ لقوة دليله، كما أرى ألا نجعل حداً لأقل الأجل، كما أنَّه لا حد لأكثره، وأرى أن جهالة الأجل التي تفسد العقد هي الجهالة التي ترجع إلى وجود الأجل^(٣٥)، أمَّا الجهالة التي ترجع إلى وقت حصوله، أي التي يكون فيها الأجل محقق الحصول، لكن الوقت الذي يحصل فيه غير محدد، مثل الأجل إلى الحصاد، أو قدوم الحاج؛ فإنَّها لا تفسد العقد.

ولا أوافق الشافعي وبعض فقهاء الحنابلة الذين اشتراطوا أن يكون الأجل معلوماً بالأهلة، ويكفي عندي أن يكون الأجل معلوماً للعاقدين.

الشرط الثاني: أن يكون المسلم فيه مما يغلب وجوده عند حلول الأجل:

هذا شرط متفق عليه؛ لأنَّ المسلم فيه واجب التسليم عند حلول الأجل، فلا بُدَّ أن يكون تسليمه ممكناً حينذاك، وإلا كان من الغرر الممنوع.

ولا يشترط عند جمهور الفقهاء وجود المسلم فيه عند العقد، ولا بعده قبل حلول الأجل، وقال الحنفية: يشترط وجود المسلم فيه في الأسواق حين العقد إلى حين حلول الأجل، ولو لم يكن موجوداً عند المسلم فيه، فالسلم عند الحنفية ليس من بيع المعدوم، وإنَّما هو من بيع ما ليس مملوكاً للبائع.

الشرط الثالث: قبض رأس مال السلم في مجلس العقد:

يشترط في السلم تسليم رأس ماله في مجلس العقد، فلو تفرَّق المتعاقدان قبل التسليم بطل العقد، وهذا رأي جمهور الفقهاء.

وقال المالكية: إنَّ التأخير إلى ثلاثة أيام لا يضر، ولو كان مشروطاً في العقد، ما لم يكن السلم قريباً

كيومين، أما إن كان التأخير أكثر من ثلاثة أيام، فإن كان مشروطاً في العقد لم يصح، وإن كان غير مشروط فلمالك قولان في «المدونة»: قول بفساد العقد، وقول بعدم الفساد، والمعتمد القول بالفساد. وإذا قبض المسلم إليه بعض رأس مال السلم، ثم تفرقا صح العقد في المقبوض، وبطل فيما لم يقبض عند الحنفية، والشافعية، وعلى الصحيح في مذهب الحنابلة، وبطل في الجميع في رواية عن الإمام أحمد، وهو مذهب المالكية، قال العدوي: «لأنه ابتداء دين بدين».

جعل الدين رأس مال سلم

إذا كان لرجل في ذمة آخر دين، فجعله رأس مال سلم، لم يصح، قال ابن المنذر: «أجمع على هذا كل من أحفظ من أهل العلم؛ لأنه بيع دين بدين، ولا يصح ذلك بالإجماع». ولو كان رأس مال السلم بعضه نقداً، وبعضه ديناً على المسلم إليه فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض، ويجوز في حصة النقد. ويرى ابن تيمية وابن القيم جواز هذه المسألة التي حكى ابن المنذر الإجماع على منعها، على أصل مذهبهما في بيع الدين بالدين. وأرى منع هذه المعاملة، وبخاصة في تحويل القروض التي تمنحها المصارف الإسلامية لعمالها إلى عقود سلم؛ لأنها لا تخلو من الربا، أو شبهة الربا.

اشتراط الخيار في عقد السلم

انبنى على اشتراط قبض رأس مال السلم في مجلس العقد، منع اشتراط خيار الشرط في عقد السلم عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة. ويجوز عند المالكية اشتراط الخيار في ثلاثة أيام فقط إذا لم ينقد رأس المال، فإن نقد ولو تطوعاً فسد العقد، للتردد بين السلفية والثنائية، كذلك يفسد العقد لو شرط النقد، وإن لم ينقد، ولو أسقط الشرط.

السلع التي يجري فيها السلم

الأصل في السلم أن يكون في الثمار؛ لأنها التي جاء ذكرها في الأحاديث الصحيحة، ولكن الفقهاء توسعوا في السلع التي يجوز فيها السلم، والضابط لهذا الموضوع هو: كل مال يجوز بيعه، ويمكن ضبط صفاته، ويثبت ديناً في الذمة، يجوز السلم فيه، وكل مال لا يجوز بيعه، أو لا يمكن ضبط

صفاته، أو لا يثبت دَيْناً في الذمة، لا يجوز السلم فيه .

وتطبيقاً لهذا الضابط يجوز السلم في كل ما يكال، أو يوزن بإجماع الفقهاء، لحديث ابن عباس، ويجوز أيضاً في الذرعي، والعددي المتقارب، قياساً على ما يثبت بالنص؛ لأنه في معناه .

ويذكر الفقهاء أمثلة كثيرة لما يجوز السلم فيه، وأمثلة لما لا يجوز السلم فيه، يتفقون في كثير منها، ويختلفون في بعضها، وسبب اختلافهم يرجع إلى اختلافهم فيما ينضبط بالصفة، وما لا ينضبط .

ويشترط ذكر جميع الأوصاف التي تختلف من أجلها الأثمان والأغراض، والأوصاف المتفق على وجوب ذكرها هي: الجنس، والنوع، والجودة والرداءة . واختلف فيما عدا هذه الأوصاف، ويذكر الفقهاء أنواعاً كثيرة من المسلم فيه، والأوصاف التي يجب ذكرها في كل نوع .

وواضح مما ذكره الفقهاء أنَّ الأوصاف التي يجب ذكرها في المسلم فيه تختلف باختلاف نوع السلعة، وما نص عليه الفقهاء من الأوصاف التي يجب ذكرها في كل نوع المقصود منه تعيين السلعة المسلم فيها تعييناً يمنع النزاع فيها، بحسب المعروف في زمانهم، فلا يجب علينا الالتزام به في زمننا، ما دامت السلعة قد وصفت بصفة معروفة تميزها عن غيرها .

وبناءً على هذا فإنَّ السلعة الواحدة ذات العلامات التجارية (الماركات) المتعددة تعتبر أصنافاً متعددة، ويشترط فيها ذكر الماركة؛ لأنَّ الماركة هي التي تميزها عن غيرها، وهو وصف يترتب عليه اختلاف الثمن والغرض، فيجب ذكره .

كتابة عقد السلم

ورد الأمر بكتابة الدَّين في قوله تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ } [البقرة: 282]، وسبب نزول هذه الآية هو سلم أهل المدينة، ولكنها تتناول جميع المداينات، والأمر بالكتابة أمر بالإشهاد؛ لأنَّ الكتابة بغير شهود لا تكون حُجَّةً، وذهب بعض الفقهاء إلى أنَّ كتب الديون واجب بهذه الآية، وهو اختيار الطبري، وقال الجمهور: الأمر بالكتب ندب إلى حفظ الأموال وإزالة الريب .

أخذ رهن أو كفيل من المسلم إليه

يجوز عند جمهور الفقهاء أنَّ يأخذ المسلم من المسلم إليه رهناً، أو يطالبه بكفيل يضمن أداء ما عليه من دَيْن السلم - المسلم فيه - لقوله تعالى { وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ } [البقرة: 283] . وقال الحنابلة في رواية: لا يجوز أخذ الرهن ولا الكفيل في السلم، وهي الرواية التي اختارها الخرقى . ورويت كراهة أخذ الرهن والكفيل عن بعض الصحابة .

اشتراط قبض بضاعة السلم قبل بيعها

يقول ابن قدامة: «أما بيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم في تحريمه خلافاً».

قلت: الخلاف موجود، فقد منع المالكية بيع المسلم فيه قبل قبضه إذا كان طعاماً، وجوزوا بيعه قبل قبضه إذا لم يكن طعاماً، سواء باعه المسلم من المسلم إليه، أو من غيره، إلا أنه إذا باعه من المسلم إليه، قبل الأجل، فلا يجوز أن يبيعه بأكثر من الثمن الذي اشتراه به، وإنما يبيعه بمثل الثمن أو بأقل، ويقبض الثمن، وأما إذا باعه من غير المسلم إليه، فيجوز بيعه بأكثر من الثمن أو أقل منه، أو بمثله، إذا قبض الثمن.

هذا هو مذهب مالك، وما ذكره ابن قدامة من تحريم بيع المسلم فيه قبل قبضه هو رأي الجمهور، وهو الراجح عندي الذي ينبغي العمل به، بالنسبة لبيع المسلم فيه من غير بائعه، لأنه هو الذي تدل عليه الأحاديث الواردة في بيع ما لم يقبض.

والعلة في تحريم بيع المسلم فيه قبل قبضه هي الربا، والغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم، وعدم دخول السلعة في ضمان المشتري.

وقد اختلف الفقهاء في المراد بالقبض فيما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر (المنقول)، والذي أراه بالنسبة للمسلم فيه أنه إذا كان من المقدرات - وهذا هو الغالب فيه - فقبضه يكون باستيفاء قدره، وإذا كان من غير المقدرات يكون القبض ما يعتبره العرف قبضاً، وذلك عملاً بالأحاديث الصحيحة المصرحة بالأمر بالكيل فيما بيع بالكيل، وعملاً بالعرف فيما لم يرد فيه نص.

ويتضح من هذا أنه لا يغني عن القبض التحقق من قدرة المسلم إليه على توفير السلعة عند حلول الأجل، ولا التأمين على السلعة المسلم فيها، ولا وجودها في مخازن عمومية منتظمة؛ لأن قدرة المسلم إليه على تسليم السلعة عند حلول الأجل شرط لصحة عقد السلم، فلو كان المسلم إليه غير قادر على التسليم، أو شاكاً فيه لا يصح العقد.

ووجود السلعة في مخازن عمومية منتظمة محقق للقدرة على التسليم، وليس قبضاً للمسلم فيه. والتأمين على السلعة ضرب من الضمان، وليس قبضاً.

الاستبدال بالمسلم فيه

لا يجوز عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة، أن يأخذ المسلم غير ما أسلم فيه بدلاً عنه قبل قبضه، ويجوز عند المالكية قضاء المسلم فيه بغير جنسه، سواء أكان القضاء قبل الأجل، أو بعده، بشرط ألا يكون المسلم فيه طعاماً ليسلم من بيع الطعام قبل قبضه، وأن يعجل البذل المدفوع لئلا يكون من فسخ الدَّيْن في الدَّيْن، وأن يكون سلم رأس المال في المدفوع من غير الجنس صحيحاً.

وأرى جواز الاستبدال سواء أكان المسلم فيه طعاماً أم غير طعام بشرطين:

الأول: أن يكون البذل صالحاً لأن يجعل مسلماً فيه لرأس مال السلم؛ لأن البذل سيحل محل المسلم فيه،

فيشترط فيه ما يشترط في المسلم فيه .
والثاني: ألا يكون البديل أكثر من المسلم فيه؛ لئلا يربح المسلم مرتين .

السلم المتوازي

السلم المتوازي في رأيي، هو حيلة لبيع المسلم فيه قبل قبضه، وهي حيلة لا تخلو من شبهة الربا التي أشار إليها ابن عباس بقوله في بيع الطعام قبل قبضه: «ذاك دراهم بدراهم والطعام مرجأ»، وبخاصة إذا اتخذ هذا الأسلوب من السلم المتوازي بقصد التجارة والربح، وتكرّر السلم المتوازي للمعاملة الأولى، ويدخله مانع آخر هو الضرر الذي يصيب المستهلك من ارتفاع سعر السلعة قبل أن تصل إليه بسبب انتقالها لأكثر من تاجر .
ولهذا فإنني أرجح منع هذه المعاملة .

إصدارات سندات سلم قابلة للتداول

لا يجوز إصدار سندات سلم قابلة للتداول؛ لأنّ هذا سيؤدي حتماً إلى بيع المسلم فيه قبل قبضه، سواء أكان المسلم فيها طعاماً، أم غير طعام، غير أنّه إذا كان المسلم فيه طعاماً فالمنع يكون بإجماع الفقهاء، للأحاديث الصحيحة الواردة في منع بيع الطعام قبل قبضه .
وإذا كان المسلم فيه غير طعام، فقد رأينا الجمهور يمنعون بيعه قبل قبضه، ولو كان لمرة واحدة؛ فكيف إذا تداولته الأيدي؟ أمّا المالكية فإنّهم يجوزون للمسلم أن يبيع المسلم فيه قبل قبضه إذا لم يكن طعاماً، ولكنهم لم يجوزوا لمن اشترى منه أن يبيع ما اشتراه قبل قبضه، فأصدار سندات سلم قابلة للتداول لا يجوز عند الأئمة الأربعة .

عجز البائع عن تسليم البضاعة عند حلول الأجل في السلم، ومشروعية الشرط الجزائي عن تأخير تسليم البضاعة

إذا عجز البائع عن تسليم البضاعة في السلم عند حلول الأجل؛ فإن كان عجزه سببه عدم وجود المسلم فيه؛ فإنّ المشتري يختار بين الانتظار إلى أن يوجد المسلم فيه، وفسخ العقد وأخذ الثمن عند جمهور الفقهاء، وهو المعمول به عندنا في السودان .
أمّا إذا كان العجز عن التسليم سببه إعسار المسلم إليه فالواجب انتظاره إلى ميسرة، والخير في التصدّق عليه .

وأما إذا كان عدم التسلم سببه امتناع المسلم إليه عن التسليم مع يساره؛ فإنّ حكمه حكم المدين المماطل، الذي أصدر فيه مجمّع الفقه الإسلامي قراراً بعدم جواز اشتراط التعويض في حالة التأخير عن الأداء، وإذا كان اشتراط التعويض لا يجوز، فإنّ الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه لا يجوز من باب أولى .

تطبيقات السلم في المصارف

عقد السلم يمكن أن يطبق في مجالات عديدة، ويكون بديلاً شرعياً للتمويل بالقرض بفائدة في كل المجالات التي يحتاج فيها إلى التمويل: المجال الزراعي، والصناعي، والتجاري، ويحقق مصلحة الممول (المسلم إليه)، بإمداده بالمال اللازم له في زراعته، وصناعته، وتجارته، ويحقق مصلحة الممول (المسلم)، في الحصول على السلعة التي يريد بها بأثمان رخيصة ومشروعة، تمكّنه من الربح الحلال.

وتستطيع البنوك الإسلامية أن تتعامل بعقد السلم في جميع المجالات التي يحتاج فيها المتعامل معها إلى تمويل، ولكن الواقع أن البنوك الإسلامية، وبخاصة عندنا في السودان، لم تطبق صيغة السلم في استثماراتها إلا في المجال الزراعي.

وتعامل السودانيون بعقد السلم كان معروفاً قبل وجود البنوك، بين المزارعين والتجار، ولما قامت البنوك أخذت تمول المزارعين بطريق القرض بفائدة، ولما منعت الدولة البنوك من التعامل بالفائدة، وكان من بين تلك البنوك البنك الزراعي، وهو بنك حكومي متخصص، وهو الممول الأول للمزارعين؛ طلب من هيئة الرقابة الشرعية البديل، فقدمت له عقد السلم المرفق مع البحث.

المشاكل التي تصاحب التعامل بعقد السلم

لعل أهم مشكلة تعترض التعامل بعقد السلم هي تحديد الثمن، وعلى الرغم من أن السعر في تعامل البنوك في السودان مع المزارع تحدده لجنة من اتحاد المصارف واتحاد المزارعين، قد يرتفع السعر عند حلول الأجل، فيقع النزاع بين الطرفين، وقد حدث هذا أكثر من مرة، فعالجته هيئة الرقابة الشرعية بإدخال البند الثامن في عقد السلم - بند إزالة الغبن - الذي وافق عليه المزارعون والبنوك.

والمشكلة الثانية هي مشكلة عدم تمكّن المزارع من الوفاء بالتزاماته، بسبب شح المحصول، وقد وضع البند السابع في عقد السلم لحلها.

والمشكلة الثالثة هي عدم وفاء المزارع بالتزاماته مع يساره، ووجود المحصول، وقد وضعت الهيئة البند الخامس في العقد لعلاج مثل هذه الحالات.

مدى مسؤولية المضارب ومجالس الإدارة عما
يحدث من الخسارة

مدى مسؤولية المضارب ومجالس الإدارة عما يحدث من الخسارة^{٣٦٠}

الخسارة في المضاربة على رب المال في ماله، ولا يسأل المضارب عنها، إلا إذا تعدّى على المال، أو قصّر في حفظه، لأنّ مال المضاربة مملوك لصاحبه، والمضارب أمين عليه، ما دام في يده، والأمين لا يضمن الأمانة، إلا إذا تعدّى عليها، أو قصّر في حفظها.

يقول السمرقندي: «إذا دُفِعَ المال إلى المضارب فهو أمانة في يده في حكم الوديعة، لأنّه قبضه بأمر المالك، لا على طريق البذل والوثيقة»^{٣٦١}.

ويقول الباجي: «إنّ عقد القراض لا يقتضي ضمان العامل، وإنّما يقتضي الأمانة، ولا خلاف في ذلك...»^{٣٦٢}.

ويقول ابن رشد: «وأجمعوا على... وأنّه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعد»^{٣٦٣}.

ويقول الشيرازي: «والعامل أمين فيما في يده، فإنّ تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن، لأنّه

٣٦٠ - نُشِرَ هذا البحث بمجلة المُجْمَع الفقهي الإسلامي، السنة الثامنة، العدد العاشر، 1417هـ - 1996م، من ص 57 - 64

٣٦١ - تحفة الفقهاء، 3/25.

٣٦٢ - المنتقى شرح الموطأ، 5/164.

٣٦٣ - بداية المجتهد، 1/236.

نائب عن رب المال في التصرف، فلم يضمن من غير تفريط، كالمودع»^(٣٦٤).
ويقول ابن قدامة: «والعامل أمين في مال المضاربة، لأنه متصرف في مال غيره بإذنه، ولا يختص
بنفعه، فكان أميناً»^(٣٦٥).

والمضارب وكيل عندما يتصرف في مال المضاربة.
يقول السمرقندي: «إذا اشترى به (أي اشترى المضارب بمال المضاربة) فهو وكالة، لأنه تصرف في
مال الغير بإذنه».

ويقول الشيخ / خليل: «القراض توكيل على اتجار في نقد مضروب»^(٣٦٦).

ويقول الشيرازي: «ولا يتجر إلا على النظر والاحتياط، فلا يبيع بدون ثمن المثل، ولا بثمن مؤجل،
لأنه وكيل، فلا يتصرف إلا على النظر والاحتياط»^(٣٦٧).
ويقول ابن قدامة: «وحكم المضارب حكم الوكيل في أنه ليس له أن يبيع بأقل من ثمن
المثل»^(٣٦٨).

ومال الموكل أمانة عند الوكيل، لا يضمنه ما دام يتصرف فيه في حدود وكالته.
والمضاربة إما مطلقة أو مقيدة، فالمقيدة هي التي قيدت بزمان أو مكان أو عمل، أو نوع من التجارة،
أو من يتعامل معه، ونحو ذلك من القيود، والمطلقة هي التي لم تقيد بقيد.
وتقيد المضاربة بالشرط المفيد جائز، وتقيد المضارب بما قيده به رب المال، لأنه وكيل عنه، والوكيل
يتقيد بما يقيده به موكله، فإن خالف كان غاصباً، وانقلبت يده من يد أمانة إلى يد ضمان.
عن حكيم بن حزام صاحب رسول الله أنه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة يضرب له
به: «ألا تجعل مالي في كبد رطبة، ولا تحمله في بحر، ولا تنزل به بطرق سيل، فإن فعلت شيئاً من
ذلك فقد ضمنت مالي» [رواه الدارقطني]^(٣٦٩).

وعن ابن عباس عن أبيه العباس مثله، وفيه: أنه رفع الشرط إلى النبي فأجازه - أخرجه البيهقي

٣٦٤ - المذهب، 1/388.

٣٦٥ - المغني، 5/192.

٣٦٦ - مختصر خليل مع حاشية الدسوقي، 3/454.

٣٦٧ - المذهب، 1/387.

٣٦٨ - المغني، 5/153.

٣٦٩ - 10- منتقى الأخبار مع نيل الأوطار، 5/281، قال الشوكاني: «الأثر أخرجه أيضاً البيهقي، وقرى الحافظ إسناد».

بإسناد ضعيف والطبراني، وقال: تفرّد به ابن عقبة عن يونس بن أرقم عن ابن الجارود^(٣٧٠).
 هذا ومع أنّ الفقهاء متفقون على جواز تقييد المضاربة بالشرط المفيد على النحو الوارد في خبر حكيم،
 إلاّ أنّهم يختلفون في بعض الجزئيات، من ذلك اختلافهم في التقييد بالتجارة في نوع من السلع، فإنّ ذلك
 جائز عند الأئمة الأربعة، غير أنّ المالكية والشافعية اشترطوا أنّ يكون التقييد بنوع يعم وجوده.
 جاء في «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» ما يلي: «أو شرط عليه التجر فيما يقل وجوده، بأنّ
 يوجد تارة، ويعدم أخرى، كالبلح الأحمر، والبطيخ، ففاسد..»^(٣٧١).

ويقول الشيرازي: «ولا يصح (القراض) إلاّ على التجارة في جنس يعم، كالثياب، والطعام، والفاكهة في
 وقتها، فإنّ عقده على ما لا يعم كاليقوت الأحمر، والخليل البلق، وما أشبهها، أو على التجارة في
 سلعة بعينها لم يصح، لأنّ المقصود بالقراض الربح، فإذا علق على ما لا يعم، أو على سلعة بعينها،
 تعذّر المقصود؛ لأنّه ربما لم يتفق ذلك»^(٣٧٢).

ويقول ابن قدامة في بيان الشروط الصحيحة في المضاربة: «مثل أنّ يشترط رب المال على
 العامل..... ألا يتجر إلاّ في بلد بعينه، أو نوع بعينه، سواء كان هذا النوع يعم وجوده أو لا....
 وبقولنا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي: لا يصح شرط ما لا يعم وجوده، لأنّه يمنع مقصود
 المضاربة، وهو التقليب، وطلب الربح، ولنا أنّها مضاربة خاصة لا تمنع الربح بالكلية فصحت، كما لو
 شرط ألا يتجر إلاّ في نوع يعم وجوده؛ ولأنّه عقد يصح تخصيصه بنوع، فصح تخصيصه بسلعة معينة
 كالوكالة، وقولهم: إنّه يمنع المقصود ممنوع، وإنّما يقلله، وتقليله لا يمنع الصحة»^(٣٧٣).

والمضاربة المطلقة جائزة أيضاً باتفاق الفقهاء غير أنّهم يختلفون فيما يملكه المضارب من التصرفات في
 المضاربة المطلقة، ولا اختلاف بينهم في أنّ المضارب في المضاربة المطلقة صار متعدداً فيضمن ما
 يهلك من مال المضاربة، كما هو الحال في المضاربة المقيدة، إذا خالف ما قيده به رب المال.
 يقول السمرقندي: «فإنّ خالف المضارب صار غاصباً، والمال مضمون عليه، لأنّه تعدّى في ملك
 غيره»^(٣٧٤).

هذه الأحكام التي ذكرتها عن الفقهاء تبين لنا مدى مسؤولية المضارب عما يحدث من الخسارة في مال
 المضاربة، فهل تنطبق هذه الأحكام على مجالس الإدارة في البنوك والمؤسسات المالية التي تضارب في
 أموال الجمهور؟
 البنوك والمؤسسات المالية التي تتقبل أموالاً من الجمهور لتضارب لهم بها هي البنوك الإسلامية،

٣٧٠- 11- نيل الأوطار، 282.

٣٧١- 1- الشرح الكبير مع الحاشية، 3/456. وانظر أيضاً: بداية المجتهد، 2/238.

٣٧٢- 2- المذهب، 1/386.

٣٧٣- 3- المغني، 5/184، وانظر: كتاب الغرر وأثره في العقود، ص 578.

٣٧٤- 4- تحفة الفقهاء، 3/26.

والمؤسسات المالية الإسلامية، وهذه البنوك والمؤسسات هي شركات ذات شخصيات اعتبارية مسؤوليتها محدودة برأس مالها، الذي يملكه المؤسسون والمساهمون، وينتخب هؤلاء المؤسسون والمساهمون عدداً من بينهم يتولى إدارة الشركة، هو مجلس الإدارة، ولمجلس الإدارة جميع السلطات في إدارة الشركة إلاً

في المسائل التي ينص قانون الشركة على أنها من اختصاص الجمعية العمومية للمساهمين»^(٣٧٥).

وبناءً على هذا يمكننا أن نقرر أن مجلس الإدارة في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية هو المسؤول عن أموال المضاربة، سواء اعتبرناه هو المضارب، وفي هذه الحالة تكون مسؤوليته واضحة، أو اعتبرنا المساهمين هم المضارب، وفي هذه الحالة يُسأل بصفته وكيلًا، أو نائبًا عنهم، أو اعتبرنا البنك - الشخصية الاعتبارية - هو المضارب، وفي هذه الحالة يُسأل بصفته ممثلاً للبنك .

والحالات التي يُسأل فيها مجلس الإدارة عن الخسارة التي تحدث في مال المضاربة، هي نفس الحالات التي يُسأل فيها المضارب، التي سبق بيانها، فإذا تعدى مجلس الإدارة على مال المضاربة، أو قصر في حفظه، أو تصرف فيه تصرفاً لا تجوز له مباشرته، يضمن ما يحدث فيه من خسارة .

وضمن مجلس الإدارة يكون من رأس مال البنك، سواء كان التصرف الذي ترتب عليه الضمان داخلاً في حدود سلطاته، أم خارجاً عنها، لأن أرباب المال تعاملوا معه بصفته وكيلًا عن المساهمين، وممثلاً للبنك، ويستطيع المساهمون أن يحاسبوا مجلس الإدارة، إذا كان تصرفه خارجاً عن سلطاته .

ولا يُسأل مجلس الإدارة عن الخسارة التي تحدث في مال المضاربة قضاءً وقدرًا، كما إذا احترق البنك، وتلف مال المضاربة مع أموال البنك، أو اعتدى جماعة ونهبوا أموال البنك، لأن هذه الحالات وأمثالها لا يضمن فيها المضارب .

وينبغي الإشارة هنا إلى أن مسؤولية مجلس الإدارة في الحالات التي يضمن فيها محدودة بحقوق المساهمين في المؤسسة، لا تتعداها إلى أموالهم الخاصة، ولا إلى أموال أعضاء مجلس الإدارة، إلاً إذا نص في النظام الأساسي للمؤسسة على أن مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة غير محدودة، وهذا جائز قانوناً^(٣٧٦)، ولكن حدوثه نادر .

هذا وقد ذهب بعض الباحثين إلى التفرقة في الحكم بالنسبة للضمن في المضاربة التي يتحدث عنها الفقهاء، والمضاربة التي تمارسها المصارف الإسلامية، فسمّى الأولى «المضاربة الخاصة»، وسمّى المضارب فيها «المضارب الخاص»، وسمّى المضاربة الثانية «المضاربة المشتركة»، وسمّى المضارب فيها «المضارب المشترك»، ورتّب على هذا قياس المضارب الخاص على الأجير الخاص، وقياس المضارب المشترك على الأجير المشترك في عقد الإجارة، لكي يصل بهذا إلى القول بجواز تضمين المصرف

- المضارب المشترك - في جميع الحالات ، ولو لم يحصل منه تعد، ولا تقصير، كما قال بعض الفقهاء

٣٧٥ - المادة (37) من قانون بنك فيصل الإسلامي، 1977م .

٣٧٦ 1- المادة (63) من قانون الشركات السوداني .

بتضمين الأجير المشترك في جميع الحالات^(٣٧٧).

وقد قدّم صاحب هذا الرأي بحثاً في ندوة البركة الخامسة المنعقدة في القاهرة 14-16 ربيع الأول 1409هـ، التي طُرِحَ فيها السؤال التالي:

هل يصح ضمان المضارب لمال المضاربة؟

ونوقش بحثه مع البحوث الأخرى في الموضوع، وأصدرت اللجنة الفتوى التالية: «بعد استعراض البحوث المقدّمة للندوة، وبعد الاستماع إلى المناقشات التي دارت بشأنها، قررت اللجنة أنّ شرط ضمان العامل لرأس المال ينافي مقتضى العقد، فلا يجوز».

والخلاصة: أنّ الخسارة في المضاربة على رب المال في ماله. ولا يُسأل عنها المضارب، إلّا إذا تعدى على المال أو قصر في حفظه، أو تصرّف فيه تصرّفاً لا يجوز له، لأنّ مال المضاربة مملوك لصاحبه والمضارب أمين عليه ما دام في يده، ووكيل في التصرّف فيه.

ومجلس الإدارة حكمه حكم المضارب من حيث الضمان وعدمه، وهو المسؤول عن مال المضاربة أمام أرباب المال، فيكون مسؤولاً عن كل ما يحدث في مال المضاربة من خسارة بتعد أو تقصير من موظفي المؤسسة، غير أنّ مسؤوليته محدودة برأس مال المؤسسة، إلّا إذا نص في النظام الأساسي للمؤسسة على أنّ مسؤولية مجلس الإدارة غير محدودة.

عقود الصيانة وتكليفها الشرعي

عقود الصيانة وتكليفها الشرعي^(٣٧٨)

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى سائر الأنبياء والمرسلين،
وبعد:

فهذا بحث عن:

عقود الصيانة وتكليفها الشرعي

أكتبه استجابة لطلب الأمانة العامة لمَجْمَعِ الفقه الإسلامي لتقديمه لمجلس المَجْمَعِ في دورته الحادية عشرة، سائلاً الله أن يوفقني إلى الصواب، وأن يجنبني مواطن الزلل.

عقد الصيانة من العقود الضرورية التي لا غنى للمجتمع عنها، فالبناء، والمصنع، والقطار، والسيارة، والطائرة، والساعة، وكل موجود يحتاج إلى الصيانة لكي يبقى ويستمر منتفعاً به إلى أن يلحقه الفناء.

تعريف عقد الصيانة:

الصيانة في اللغة هي الحفظ، يقال: صان صوناً وصياناً وصيانةً إذا حفظه في صوانه، والصوان هو ما يسان فيه الشيء^(٣٧٩).

٣٧٨ - ١- قُدِّمَ هذا البحث لمؤتمر مَجْمَعِ الفقه الإسلامي - جدة في دورته الحادية عشرة، ونُشِرَ بمجلة مَجْمَعِ الفقه الإسلامي، العدد الحادي عشر، الجزء الثاني، ١٤١٩ هـ -

١٩٩٨م، ص ١٠٣ وما بعدها.

٣٧٩ - ٢- مختار الصحاح، والمصباح المنير.

والمعنى القانوني والفقهى لعقد الصيانة قريب من المعنى اللغوي، فإنَّ الغرض من عقد الصيانة هو المحافظة على الشيء وبقاؤه منتفعاً به من غير أن يتعرَّض للخلل والتلف .
ولا يوجد تعريف في الفقه ولا في القانون لعقد الصيانة؛ لأنَّه لا يوجد عقد بهذا الاسم، لا في الفقه، ولا في القانون، فهو من العقود المستحدثة التي تحتاج إلى تكييف قانوني، وتكييف فقهي، وتعريف .

التكييف القانوني:

أبدأ بالتكييف القانوني؛ لأنَّه لا صعوبة فيه؛ ولأنَّ التكييف الفقهي يبنى عليه .
تكييف عقد الصيانة هو أنَّه عقد مقاوله، وعقد المقاوله من العقود المسماة المستحدثة المعمول به في جميع البلاد العربية، ومن البلاد التي تضمَّن قانونها المدني أحكاماً خاصة بعقد المقاوله: السودان، والأردن، ومصر .

تعريف عقد المقاوله:

عرَّف قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م (السوداني) عقد المقاوله بالآتي: «المقاوله عقد يتعهَّد أحد الطرفين بمقتضاه أن يصنع شيئاً، أو يؤدِّي عملاً، لقاء مقابل يتعهَّد به الطرف الآخر»^(٣٨٠).

هذه المادة مأخوذة من القانون الأردني^(٣٨١)، مع استبدال كلمة «مقابل» بكلمة «بدل» .

والقانون الأردني أخذ هذا التعريف من القانون المدني المصري^(٣٨٢)، مع استبدال كلمة «بدل» بكلمة «أجر»، وتقديم وتأخير لبعض الكلمات، وكل من القانون السوداني والقانون الأردني يستمد أحكامه من الفقه الإسلامي .

أمَّا القانون المصري فإنَّه يستمد أحكامه من القانون الفرنسي .

وعقد الصيانة هو نوع من أنواع عقد المقاوله^(٣٨٣)، ينطبق عليه أكثر ما ينطبق على عقد المقاوله، وكل من عقد المقاوله وعقد الصيانة قد يتعهَّد فيه أحد المتعاقدين بأن يؤدِّي عملاً، وينفرد عقد المقاوله بأنَّ أحد المتعاقدين قد يتعهَّد فيه بأن يصنع شيئاً، فعقد المقاوله أعم من عقد الصيانة، فكل عقد صيانة هو عقد مقاوله .

٣٨٠ - المادة (378) .

٣٨١ - المادة (780) .

٣٨٢ - المادة (646)، وهذا نصها: «المقاوله عقد يتعهَّد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدِّي عملاً لقاء أجر يتعهَّد به المتعاقد الآخر» .

٣٨٣ - انظر: الوسيط، للسنهوري، 34-7/31 .

وإذا أردنا تعريفاً خاصاً لعقد الصيانة نقول: عقد الصيانة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بصيانة شيء لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

والقانون يعتبر عقد الصيانة عقداً مستقلاً، له خصائصه التي تميزه عن غيره من العقود، وقد بين الدكتور/ السنهوري هذه الخصائص والمميزات^(٣٨٤).

وعندما تكلم عن (تميز المقولة عن البيع)^(٣٨٥) اصطدم بالمادة 647 من القانون التي تنص على الآتي:

1-647: يجوز أن يقتصر المَقُول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله.

2: كما يجوز أن يتعهد المَقُول بتقديم العمل والمادة معاً^(٣٨٦).

وعلق الدكتور/ السنهوري على هذه المادة بالآتي: «لا شك أن العقد في الحالة التي يقدم فيها رب العمل المادة ويقتصر فيها المَقُول على تقديم عمله يتمخض عن عقد مقولة لا شبهة فيه، وإنما تقوم الشبهة في الفرض الآخر الذي نصت عليه الفقرة الثانية... فقد يقع أن يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتباً، ويقدم النجار الخشب من عنده... فهل يبقى العقد في هذه الحالة عقد مقولة، أو يكون عقد بيع واقع على شيء مستقل هو الخشب؟»

وأجاب الدكتور/ السنهوري بأن الآراء انقسمت في هذه المسألة، فرأي يذهب إلى أن العقد مقولة دائماً، والمادة ليست إلا تابعة للعمل.

ورأي ثانٍ يذهب إلى أن العقد هو بيع شيء مستقل.

ورأي ثالث يذهب إلى أن العقد يكون مقولة أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل، فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة... فالعقد مقولة، أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل... فالعقد بيع.

وأيد الدكتور/ السنهوري هذا الرأي، ولكنه استثنى منه الحالة التي تكون للمادة فيها قيمة محسوسة إلى جانب قيمة العمل حتى لو كانت أقل قيمة منه، ومثل لها بالخشب الذي يورده النجار لصنع الأثاث، فاعتبر العقد في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقولة، سواء كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل أو أصغر، ويقع البيع على المادة، وتسري أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه^(٣٨٧).

هذا هو التكييف القانوني لعقد المقولة، وهو نفسه التكييف القانوني لعقد الصيانة، باعتبار عقد الصيانة

٣٨٤ 1- انظر: المرجع السابق، 35-7/5.

٣٨٥ 2- المصدر السابق، 7/23.

٣٨٦ 3- هذه المادة موجودة نصاً في القانون المدني الأردني (781)؛ وفي قانون المعاملات المدنية، لسنة 1984م (السوداني)، (379).

٣٨٧ 4- الوسيط، 27-7/23.

نوعاً من أنواع عقد المقاوله .

وعقد الصيانة كعقد المقاوله قد يتعهد فيه الصائن بتقديم عمله فقط، ويتعهد فيه صاحب الشيء المصون بتقديم المادة، وقد يتعهد فيه الصائن بتقديم العمل والمادة معاً .

والتكييف القانوني لعقد الصيانة في الحالة الأولى هو أنه عقد مقاوله تنطبق عليه أحكام عقد المقاوله المبين في القانون، وأما تكييفه في الحالة الثانية - أي الحالة التي يتعهد فيها الصائن بتقديم العمل والمادة - فيجري فيها الخلاف السابق بين القانونيين في تكييف عقد المقاوله .

تكييف عقد الصيانة في الفقه الإسلامي:

القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي التي قننت عقد المقاوله التي اطلعت عليها هي قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م (السوداني)، والقانون المدني الأردني .

أما القانون السوداني فلم يتعرض للتكييف، وأما القانون الأردني فقد تعرض للتكييف في المذكرة الإيضاحية للمواد 780 و 781 و 782^(٣٨٨)، ويفهم منها أن واضعي القانون الأردني يعتبرون عقد المقاوله - ومثله عقد الصيانة - عقد استصناع وعقد إجارة الأشخاص، الأجير فيها مشترك .

وفيا يلي بعض ما جاء في المذكرة الإيضاحية:

جرى العرف بين الناس على اصطلاح عقد المقاوله عوضاً عن عقد الاستصناع الذي كان الفقهاء يستعملونه، كما ورد في «بدائع الصنائع»... وعوضاً عن استئجار الأجير، كما ورد في «المجلة» وغيرها من المراجع الفقهية، وأصبح مفهوم عقد المقاوله شاملاً بصورة تستتبع الأخذ بهذا الاصطلاح الجديد تقريراً للواقع وتمشياً مع العرف فيما لا يناقض آية قرآنية أو سنة نبوية، مع إخضاع هذا العقد للأحكام الخاصة بالاستصناع والأجير المشترك... وقد اعتمد في أحكام المواد الثلاث على ما ورد في كتاب الاستصناع أول الجزء الخامس من «بدائع الصنائع»، وعلى ما جاء في الصفحة 106، ج 6 من «المغني»، والمواد 388 و 390 و 421 و 422 و 463 و 571 و 600 و 604 و 616 من «مرشد الحيران»^(٣٨٩) .

ويلحظ أن المذكرة الإيضاحية لم توضح ما إذا كان عقد المقاوله هو عقد استصناع وإجارة معاً في جميع الحالات . أم عقد استصناع في حالة تعهد المقاول بتقديم المادة، وعقد إجارة في حال تعهد رب العمل بتقديم المادة، كما يتبادر إلى الذهن .

ويلحظ أيضاً اختلاف التكييف القانوني الذي أورده الدكتور/ السنهاوري عن التكييف الفقهي الذي أورده واضعو المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني مع أن المواد المتحدّث عنها في القانونين متطابقة . والفارق الأساسي بين التكييفين هو أن الدكتور/ السنهاوري اعتبر عقد المقاوله عقداً جديداً له مميزاته

٣٨٨ -5- المادة (780) هي المادة الخاصة بالتعريف، وقد تقدمت في ص 3، والمادة (781) وهي تطابق المادة (647) من القانون المصري المذكور في ص 4،

والمادة (782) هذا نصها: «يجب في عقد المقاوله وصف محله، وبيان نوعه، وقدره، وطريقة أدائه، ومدة إنجازه، وتحديد ما يقبله من بدل» .

٣٨٩ 1- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، 2/582 و 583 .

وأحكامه، تطبق عليه القواعد العامة للعقد، وواضعي المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني اعتبروه عقد استصناع وعقداً مع أجير مشترك تطبق عليه أحكام هذين العقدين .

إنَّ تكيف عقود الصيانة يحتاج في رأيي إلى تفصيل على النحو التالي:

- [1] تكيف عقد الصيانة غير المقترن بعقد، وغير المحتاج لمادة (المجرد) .
- [2] تكيف عقد الصيانة غير المقترن بعقد، والمحتاج لمادة والمتعهد بالمادة صاحب الشيء المصون .
- [3] تكيف عقد الصيانة غير المقترن بعقد، والمحتاج لمادة والمتعهد بالمادة الصائن .
- [4] تكيف عقد الصيانة المشروط في عقد البيع على البائع .
- [5] تكيف عقد الصيانة المشروط في عقد الإجارة على المؤجر أو المستأجر .
- [6] تكيف عقد الصيانة المشروطة في عقد المقاوله على المقاول .

قبل الدخول في تكيف هذه الأنواع من عقود الصيانة أود أن أشير إلى أن عقد الصيانة كأى عقد آخر له أركان، هي أركان العقد بصفة عامة، وهي: الصيغة، والعاقدان، والمحل، ولكل ركن من هذه الأركان شروط صحة، لا بُدَّ من تحقُّقها ليكون العقد صحيحاً، وسأفترض أن شروط الصحة المطلوبة في الصيغة والعاقدين متحققة في عقد الصيانة، وسأهتم بالشروط المطلوبة في المحل - العمل والبدل ؛ لأنَّ تحقُّقها أو عدمه هو الذي يؤثّر على التكيف .

[1] تكيف عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر وغير المحتاج لمادة:

هذا هو أبسط أنواع عقود الصيانة، فهو عقد صيانة مجرد، أو مستقل، غير مقترن بعقد آخر: مقاوله أو غيرها، وغير محتاج إلى مادة، لا من الصائن، ولا من صاحب الشيء المصون، فهو عقد يتعهَّد فيه الصائن بأداء عمل فقط هو الصيانة .

ويلحق بهذا النوع الصيانة التي تحتاج إلى مادة لا يعمل المتعاقد لها حساب في العادة . هذا النوع من عقود الصيانة يشبه شبيهاً تاماً عقداً معروفاً في الفقه الإسلامي هو عقد إجارة الأشخاص، وعقد إجارة الأشخاص قد يكون فيه الأجير مشتركاً، وقد يكون فيه الأجير خاصاً، والأجير المشترك هو: مَنْ يُستأجر لأداء عمل معين، ولم يختص به شخص معين كالبنَّاء، والمهندس، والصائن إذا لم يكن عملهم مقصوراً على معين . والأجير الخاص هو: مَنْ يُستأجر مدة محددة لأداء عمل لشخص معين بحيث لا يتقبل عملاً من غيره مدة الإجارة .

وفي عقد الصيانة قد يكون الصائن ممن يعمل لجميع الناس، فتطبَّق عليه في هذه الحالة أحكام الأجير المشترك، وهذا هو الغالب، وقد يكون الصائن يعمل لشخص معين كما لو اتفق صاحب مصانع مع شخص ليتفرَّغ لصيانة مصانعه بأجر شهري، فتطبَّق عليه أحكام الأجير الخاص .

والمعقود عليه في عقد الصيانة عندما يكون الصائن أجيراً مشتركاً هو العمل، ولذا يجب أن يعيَّن تعييناً ينتقي معه الغرر المؤدِّي إلى فساد العقد، كما يجب أن يكون الأجر معلوماً، أمَّا المعقود عليه بالنسبة

لصائن عندما يكون أجيراً خاصاً فهو منفعتة أو وقته في المدة التي يعمل فيها، لهذا يجب أن تكون المدة معينة في العقد^(٣٩١).

[2] **تكيف عقد الصيانة غير المقترن بعقد، والمحتاج إلى مادة، والمتعهد بالمادة هو صاحب الشيء المصون:**

هذا النوع من عقود الصيانة كالنوع الأول يكون فيه الصائن إما أجيراً مشتركاً، أو أجيراً خاصاً، تُطبّق عليه أحكامهما، ويضاف إلى هذا النوع أن المادة التي يقدّمها صاحب الشيء المصون تكون أمانة في يد الصائن يضمنها إذا تعدّى أو قصّر في حفظها باتفاق الفقهاء، إمّا إذا تلفت من غير تعدّد أو تقصير، فإن كان الصائن أجيراً خاصاً فإنّه لا يضمن باتفاق الفقهاء أيضاً، وإن كان أجيراً مشتركاً فإنّ في تضمينه وعدمه الخلاف المشهور بين الفقهاء^(٣٩٢).

[3] **تكيف عقد الصيانة غير المقترن بعقد، والمحتاج إلى مادة والمتعهد بالمادة الصائن:**
هذا النوع من عقود الصيانة يتضمن عقد إجارة - كما في النوع الأول والثاني -، ويتضمن عقد بيع للمواد من الصائن إلى صاحب الشيء المصون، فهو عقد اجتمع فيه عقدان: البيع والإجارة، فهو صفتان في صفقة، فهل يشمل النهي الوارد في حديث صفتين في صفقة؟
عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال: (نهى النبي عن صفتين في صفقة واحدة)^(٣٩٣).

هذا الحديث قال بعض العلماء إنّه موقوف، وعلى فرض رفعه فقد اختلف في تفسيره، فقد فسّره سماك - وهو أحد رواته - بأن يبيع الرجل البيع فيقول: هو بنسا بكذا وكذا، وهو بنقد بكذا وكذا^(٣٩٤).
وهو أيضاً تفسير لأبي عبيد القاسم بن سلام فقد قال: «صفتان في صفقة أن يقول الرجل للرجل:

٣٩٠- 1- تنص المادة (380) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م (السوداني) على الآتي: «يجب في عقد المقاولة وصف محله، وبيان نوعه وقدره، وطريقة أدائه، ومدة إنجازه، وتحديد ما يقابله من مقابل». وهي مطابقة للمادة (782) من القانون المدني الأردني، مع استبدال كلمة «مقابل» بكلمة «بدل».

٣٩١- 2- ذكر قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م (السوداني) هذه الأحكام في عقد المقاولة في المادة (381) والمادة (384) وهذا نصهما:
المادة 381- (2): إذا كان صاحب العمل هو الذي قدّم مادة العمل وجب على المفاوض أن يحرص عليها، وأن يراعي في عمله الأصول الفنية، وأن يردّ لصاحبها ما بقي منها، فإن وقع خلاف ذلك فتلفت أو تعيبت أو فُقدت فعليه ضمانها.
المادة (384): يضمن المفاوض ما تولّد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان بتعديه أم تقصيره أم لا، وينتقي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرّز منه.

وهاتان المادتان مطابقتان للمادتين (783) و(786) من القانون المدني الأردني.

٣٩٢- 3- روى هذا الحديث أحمد في مسنده، 1/398، وأخرجه أيضاً البزار، والطبراني في الكبير والأوسط، ولفظ الطبراني في الأوسط: قال رسول الله: (لا تحل صفتان في صفقة)، ولفظه في الكبير: (الصفقة بالصفقتين ربا)، وهو موقوف. منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار، 5/248-249.
قال في «مجمع الزوائد»: «رجال أحمد ثقات»، 4/84، ولكن البزار أعلّ بعض طرقه ورجّح وقفه، وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام. فتح القدير، 5/218.

٣٩٣- 4- مسند الإمام أحمد، 1/398.

أبيك هذا نقداً بكذا، ونسيئة بكذا، ويفترقان على ذلك»^(٣٩٤).

وهذا هو أحد التفاسير لبيعتين في بيعة^(٣٩٥).

فعلى هذا التفسير فإنّ مسألتنا لا تدخل في النهي الوارد في هذا الحديث، ولكن التحقيق أنّ بيعتين في بيعة أخص من صفتين في صفقة؛ لأنّه في نوع خاص من الصفقات هو البيع^(٣٩٦)، أمّا صفتان في صفقة فإنّه يشمل البيع وغيره من الصفقات، فيدخل فيه الجمع بين عقدين في عقد واحد أيّ كان نوع العقدين، فالجمع بين البيع والإجارة، أو البيع والإعارة، أو البيع والسلف، أو البيع والشرط... كل ذلك ونحوه من صفتين في صفقة، ولكن: هل يتناول النهي كل ما يصدق عليه لفظ صفتين في صفقة؟ لفظ الحديث عام، ولكن الفقهاء لم يأخذوا بهذا العموم، فالمالكية يمنعون الجمع بين عقدين بينهما تضاد، ولذلك منعوا الجمع بين البيع وأحد العقود الستة، وهي: الجعالة، والمساقاة، والقراض، والصرف، والشركة، والنكاح^(٣٩٧)، وجوّزوا الجمع بين البيع والإجارة.

جاء في «المدونة»: (قلت): رأيت إنّ استأجرت رجلاً على أن يبني لي داري على أن الجص والآجر من عند الأجير، (قال): لا بأس بذلك، (قلت): وهو قول مالك، (قال): نعم، (قلت): لم جوّزه مالك، (قال): لأنها إجارة وشراء جص وأجر صفقة واحدة...^(٣٩٨).

فتكييف هذا النوع من عقد الصيانة بالبيع والإجارة مقبول حسب مذهب المالكية، وهو الصواب عندي. ويجب إنّ أخذنا بهذا التكيف تحقّق شروط كل من عقد البيع وعقد الإجارة في هذا النوع من عقد الصيانة، ولكن يبدو لي أنّ تحقّق شروط البيع غير ممكن، ولهذا فإنّ الأولى عندي، إذا كان صاحب العمل لا يقدم المادة بنفسه، أن يوكل الصائن بشرائها، فيكون تكيف العقد في هذه الصورة إجارة ووكالة بالشراء، ولا مانع من هذا.

[4] تكيف عقد الصيانة المشروط في عقد البيع على البائع:

قد يشتري شخص سلعة من السلع التي تحتاج إلى صيانة، ويشترط على بائعها أن يقوم بصيانتها مدة من الزمن، فيجتمع في العقد بيع وشرط، وقد ورد النهي في حديث هو حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: (نهى رسول الله عن بيع وشرط)^(٣٩٩).

٣٩٤ -5 فتح القدير، 5/218.

٣٩٥ -6 انظر: كتاب الغرر وأثره في العقود، ص 102.

٣٩٦ -7 فتح القدير، 5/218.

٣٩٧ -8 الفروق، 3/142.

٣٩٨ -1 المدونة، 11/55، وانظر أيضاً: 11/45.

٣٩٩ -2 هذا الحديث رواه عبد الحق في أحكامه، الخطاب، 4/373، ورواه أبو حنيفة، قال ابن رشد: «رَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ رَوَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ). بداية المجتهد، 2/16، قال ابن عرفة: «لا أعرف هذا الحديث إلّا من طريق عبد الحق»، الخطاب، 4/373، وقال ابن قدامة المقدسي: «حديث النهي عن بيع وشرط ليس له أصل، وقد أنكره أحمد، ولا نعرفه مروياً في مسند، فلا يعول عليه». الشرح الكبير على المقنع، 4/53.

وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في العمل بهذا الحديث، فأخذ به الحنفية والشافعية في الجملة، ولم يأخذ به الحنابلة، وأخذ به المالكية في موضعين:
أحدهما: الشرط الذي يناقض مقتضى العقد.

والثاني: الشرط الذي يعود بخلل في الثمن^(٤٠٠).

ومن الأمثلة التي يذكرها الفقهاء للبيع والشرط التي تعيننا في تكيف مسائلتنا ما إذا اشترى شخص ثوباً على أن يخطيه البائع قميصاً:

قال الحنفية: البيع فاسد؛ لأنَّ الخياطة يقابلها شيء من الثمن، فهو شرط إجارة في بيع، فيكون من صفتين في صفقة^(٤٠١).

والبيع فاسد أيضاً عند الشافعية، لحديث النهي عن بيع وشرط؛ ولأنَّه شرط ينافي مقتضى العقد^(٤٠٢).
والبيع جائز عند الحنابلة، قال ابن قدامة المقدسي: «ويصح أن يشترط المشتري نفع البائع في المبيع، مثل أن يشتري ثوباً، ويشترط على بائه خياطته قميصاً»^(٤٠٣).

والعقد صحيح عند المالكية على أصل مذهبهم في جواز اجتماع البيع والإجارة^(٤٠٤).
وبناءً على ما تقدّم؛ فإنَّ هذا النوع الرابع من عقود الصيانة يكيف على أنَّه (بيع وشرط)، وهو جائز عند المالكية والحنابلة.

[5] تكيف عقد الصيانة المشروط في عقد الإجارة على المؤجر أو المستأجر:

صيانة العين المؤجرة على المؤجر؛ لأنَّه هو المالك للعين، والمستأجر يملك المنفعة، وعلى مالك العين تمكينه من الانتفاع.

جاء في «المدونة»: «(قلت): أرايت إن استأجرت داراً على مَنْ مرمة الدار، وكنس الكنيف، وإصلاح ما بها من الجدران والبيوت، (قال): على رب الدار، (قلت): وهذا قول مالك؟ (قال): سألنا مالكا عن الرجل يكتري الدار ويشترط عليه أنَّه إن انكسرت خشبة أو احتاجت الدار إلى مرمة يسيرة كان ذلك على المتكاري، (قال مالك): لا خير في ذلك إلا أن يشترط من كرائها، فهذا يدلك على أنَّ المرمة كلها في قول مالك على رب

٤٠٠ - المبسوط، 13/13، وبداية المجتهد، 2/16، والمهذب، 1/268، والشرح الكبير، 4/49.

٤٠١ - فتح القدير، 5/221.

٤٠٢ - المهذب، 1/268، ونهاية المحتاج، 3/143 و58.

٤٠٣ - الشرح الكبير، 4/49.

٤٠٤ - انظر: ص 114.

الدار»^(١٠٩).

وجاء في «المغني» «على المكري بناء حائط إن سقط، وإبدال خشبة إن انكسرت، وعليه تبليط الحمام... وإن شرط هذا على المكري فالشرط فاسد؛ لأن العين ملك للمؤجر فنفتتها عليه»^(١١٠).

[6] تكيف عقد الصيانة المشروط في عقد المقاولة على المقاول:

قلنا: إن عقد المقاولة هو عقد يتعهد فيه المقاول بصنع شيء أو أداء عمل، وإن عقد الصيانة يندرج في عقد المقاول^(١١١)؛ لأن الصائن يتعهد فيه بأداء عمل من نوع خاص، وقد يتعهد المقاول بصنع شيء ويلتزم بصيانتها مدة من الزمن، فيجتمع عقد الصيانة والمقاولة في عقد واحد، كما لو تعهد مقاول بإقامة مصنع وتعهد أيضاً بصيانتها لمدة عشر سنين.

تكيف هذه المعاملة هو أنها عقد إجارة على صناعة الشيء وصيانتها إذا كانت المادة من صاحب العمل، وعقد إجارة وبيع إذا كانت المادة من المقاول، وكل هذا جائز شرعاً كما بيّنّا^(١١٢).

هذا وقد نص قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 (السوداني) في المادة (386)، والقانون المدني الأردني في المادة (788) عند الكلام عن التزامات المقاول على الآتي:

إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهديم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول.

هذه المادة تعني أن المقاول ملزم بنص القانون بصيانة ما بناه لمدة عشر سنوات، ويجوز أن يكون الالتزام بالصيانة لمدة أكثر باتفاق الطرفين.

تكيف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة:

خرج أو كيف بعض الباحثين عقد الصيانة تكيفاً يختلف عن التكيف الذي ذكرته، فكيفه بعضهم على أنه (جعالة)، من هؤلاء الباحث الأستاذ الدكتور/ يوسف قاسم.

يقول الدكتور/ يوسف: «يمكن أن يُنظر إلى بعض عقود الصيانة بحيث نستطيع تخريجها على أساس أنها من عقود الجعالة، مثال ذلك إذا أعلنت إحدى الشركات أن الذي يقوم بعملية صيانة شاملة للمصنع

٤٠٥ 8- المدونة، 11/151.

٤٠٦ 9- المغني، 5/458.

٤٠٧ 1- انظر: ص 2-3.

٤٠٨ 2- انظر: ص 11-13.

المملوك لها والكائن في مكان كذا، فإنَّها تقدِّم له مكافأة إجمالية شاملة قدرها كذا، والحال أنَّ هذا الإعلان موجَّه للمهندسين المتخصصين في صيانة هذا النوع من المصانع. فلا شك أنَّ هذا العقد يكتِّف على أنَّه عقد جعالة»^(٤٠٩).

ومن الباحثين الذين كَتَبُوا عقد الصيانة بأنَّه عقد جعالة الأستاذ الدكتور/ أحمد الحجي الكردي، يقول الدكتور/ الحجي: «الجعالة أقرب العقود قاطبة إلى عقد الصيانة مما يمكن معه إدخالها فيها، وترتب شروطها وأحكامها على وقفها»^(٤١٠).

ومنهم الأستاذ/ عز الدين محمد توني، يقول الأستاذ/ عز الدين: «النظر في تخريج بعض عقود الصيانة على عقد الجعالة: الجعالة عقد يقع على عمل الإنسان نظير عَوْض، والصيانة كذلك عقد يقع على عمل للإنسان نظير عَوْض. وكما ذكرنا من قبل فإنَّ أهم ما يميِّز عقد الجعالة أنَّه عقد جائز، فكل من الطرفين فسخه، وأنَّ العَوْض فيها لا يُستحق إلاَّ بتمام العمل، وأنَّ العمل فيها يجوز أن يكون مجهولاً... وإنَّ يمكن أن يتمخض عقد الصيانة عقد جعالة إذا تحقَّقت في العقد هذه الأمور. فلو أنَّ بيت التمويل أعلن في الصحف أنَّ مَنْ قام بإصلاح أجهزة التكييف في المبنى الكائن بشارع كذا فله كذا، فتقدَّمت إحدى الشركات، وتعاقد بيت التمويل معها، وذكر في العقد نوع العمل وتحديد قدر العَوْض، ثم ذكر في العقد أنَّ الشركة لا تستحق هذا العَوْض إلاَّ بعد تمام العمل، وأنَّها لو تركت العمل قبل إتمامه لا تستحق شيئاً، ووافقت الشركة على ذلك كان هذا العقد عقد جعالة مسمّى باسم الصيانة»^(٤١١).

وقد أخذت الندوة الفقهية الرابعة بالكويت (1416هـ - 1995م) برأي هؤلاء الأساتذة، فجاء في قراراتها ما يلي:

تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة:

عقد الصيانة عقد مُستحدَث مشروع تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود، ولا يخالف نصاً أو قاعدة شرعية عامة، وهو في تكييفه الفقهي أقرب ما يكون إلى عقد الجعالة، حيث إنَّ معظم صور الصيانة لا يمكن فيها تحديد مقدار العمل بشكل دقيق.

وبعد تحديد جنس العمل، ونوعه، ومحل العمل، والمقابل، والزمن. وما فيه من جهالة أو غرر فهو من اليسير المغتفر الذي لا يؤدي إلى النزاع بالرجوع إلى المتعارف عليه في كل مجال، (هكذا) وهذا بالنسبة لعقد الصيانة بدون الالتزام بقطع الغيار.

أمَّا إذا كان العقد شاملاً لقطع الغيار فيختلف الحكم بين الحالتين الاتئتين:

الحالة الأولى: أنَّ يلتزم مالك العين المطلوب صيانتها بتقديم قطع الغيار من عنده عيناً، أو يلتزم بدفع

٤٠٩-3- بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، شوال 1414هـ، ومنشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد 184، السنة السادسة عشرة ربيع الأول

1417هـ - يوليو 1996م، ص 196.

٤١٠-4- بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، 1416هـ - 1995م، ص 9.

٤١١-5- بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة، بيت التمويل الكويتي، 1416هـ - 1995م، ص 14.

ثمنها المحدد ممن يقدّمها، وهذه الصورة جائزة شرعاً؛ لأنّها إمّا جعالة أو جعالة رافقها بيع^{٤١٢}.
 الحالة الثانية: أن تلتزم الجهة المتعہدة بالصيانة بتقديم قطع الغيار مع العمل، فهناك صورتان:
 الصورة الأولى: أن تكون الصيانة دورية، وقطع الغيار معلومة بالرجوع إلى العرف من حديث تحديد عددها، وصفتها، وعمرها الافتراضي، ووقت تبديلها، فهذه الصورة جعالة جائزة أيضاً^{٤١٣}. ويمكن التعاقد على العمل بعقد واحد، حيث يغتفر الجهالة اليسيرة (هكذا).
 الصورة الثانية: أن تكون قطع الغيار غير قابلة للتحديد عند التعاقد بالرجوع للعرف أو مراعاة الطبيعة التقنية للمعدات، ويقع التفاوت الكبير في تكلفتها، ففي هذه الصورة لا يجوز التعاقد على التزام الجهة المتعہدة بالصيانة للقيام بالعمل وتقديم قطع الغيار، وذلك للجهالة الكبيرة المؤدية للنزاع^{٤١٤}.

تكيف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة غير مقبول عندي؛ لأنّ عقد الصيانة عقد لازم بالنسبة للطرفين، وعقد الجعالة غير لازم بالنسبة للمجّعل له، فله أن يتخلى عن العمل في أي وقت يشاء، وغير لازم أيضاً بالنسبة للجّاعل قبل شروع المجّعل له في العمل^{٤١٥}، وهذا وحده يكفي لبطلان التكيف بالجعالة، وزيادة على ذلك فإنّ عقد الجعالة يجوز أن يكون العمل فيه مجهولاً، وعقد الصيانة يشترط فيه معرفة العمل، وعقد الجعالة لا يستحق فيه العوّض إلّا بتمام العمل، وعقد الصيانة يجوز أن يدفع فيه العوّض عند العقد، أو في أثناء العمل، أو بعده حسب اتفاق الطرفين^{٤١٦}.
 ولو طبقنا أحكام عقد الجعالة على عقد الصيانة كما يقول

الدكتور/ الحجي^{٤١٧}، لأصبح عقد جعالة لا عقد صيانة.

والمثال الذي ذكره الدكتور/ يوسف هو عقد جعالة محله صيانة المصنّع تطبق عليه أحكام الجعالة، وليس عقد صيانة.

والمثال الذي ذكره الدكتور/ عز الدين هو أيضاً عقد جعالة، وقد اعترف الدكتور/ عز الدين بهذا في قوله آخر المثال: «كان هذا العقد عقد جعالة مسمّى باسم الصيانة».

أمّا قرار الندوة فقد بدأ بداية جيدة، حيث اعتبر عقد الصيانة عقداً مستحدثاً مشروعاً تطبق عليه الأحكام العامة للعقود، ولكنه عاد فجعله عقد جعالة فقط، إذا كان بدون الالتزام بقطع الغيار، وعقد جعالة رافقه

٤١٢ 1- مرافقة البيع للجعالة غير ظاهرة في هذه الحالة.

٤١٣ 2- هذه هي الصورة التي يجتمع فيها البيع مع الجعالة.

٤١٤ 3- مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد 177، السنة الخامسة عشرة، شعبان 1416هـ، ديسمبر 1995م، ص 579.

٤١٥ 4- انظر: بحث الدكتور/ يوسف، ص 196، والدكتور/ عز الدين، ص 14.

٤١٦ 5- انظر: بحث الدكتور/ عز الدين، ص 14.

٤١٧ 6- انظر: بحث الدكتور/ الحجي، ص 9.

بيع إذا كان مع الالتزام بقطع الخيار، وإذا كان التكييف بالجمالة
غير مقبول عندي، فالتكييف بالجمالة والبيع^{٤١٨} أولى بعدم القبول...

.. صلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه..

الاختيارات

الاختيارات

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى سائر الأنبياء والمرسلين . وبعد، فسأجيب أولاً عن الأسئلة حول الاختيارات المطلوب الإجابة عنها، ثم أبين رأيي في حكم الاختيارات من حيث الجواز والمنع، والله الموفق .

أولاً: الجواب عن الأسئلة:

[1] هل ينضوي عقد الاختيار تحت أحد العقود المسماة المعروفة
أو هو عقد جديد؟ وإذا كان نوعاً جديداً، فما حكمه، وما تكييفه الشرعي في الجملة؟

هو نوع جديد، وحكمه أنه عقد غير صحيح، وتكييفه أنه عقد معاوضة يشترط فيه ما يشترط في عقود المعاوضات، وواضح من التعريف أن المحل في عقد الاختيار هو الحق في شراء شيء معين أو بيعه بسعر معين، في زمن مستقبل محدد، أو في أثناء مدة محددة، وهذا الحق ليس مالاً متقوماً، ولا حقاً مالياً، وإنما هو حق في الشراء، أو البيع بسعر محدد، يعطيه أحد الطرفين للآخر نظير مال، فهو شبيه بخيار الشرط في الفقه الإسلامي الذي يعطيه أحد الطرفين للآخر ويجعل له الحق في إمضاء البيع أو فسخه في هذه الجزئية فقط، ولكنه يختلف عنه اختلافاً أساسياً في أن خيار الشرط يكون ضمن عقد قائم، والاختيار عقد مستقل بذاته، ولا أعلم فقيهاً جوز عدم أخذ العوض نظير خيار الشرط، فيكون أخذ العوض نظير عقد الاختيار أولى بالمنع.

[2] هل هناك علاقة بين عقد الاختيار وبين البيوعات أو العقود الأخرى، مثل: بيع العربون، أو البيع على الصفة أو السلم، أو الهبة؟

لا علاقة لعقد الاختيار بهذه العقود؛ لأن المحل في هذه العقود سلعة، ويجب أن تكون مالاً متقوماً، أما المحل في عقد الاختيار فهو الحق في الشراء أو البيع، وهو ليس بمال.

قد يظن أن لعقد الاختيار علاقة ببيع العربون تقتضي قياسه عليه؛ لأن في العقدین خياراً بمقابل، فإن بيع العربون فيه خيار بعوض هو العربون في حال عدم إمضاء البيع عند من يجوزه، وهذا شبه ظاهري غير مؤثر؛ لأن الفروق بين العقدین كثيرة، ففي بيع العربون البيع وقع على سلعة لا على الخيار، وإذا اختار المشتري إمضاء العقد لا يكون للخيار مقابل؛ لأن العربون يحتسب من ثمن السلعة، أما في عقد الاختيار فإن البيع يقع على الخيار نفسه، ويدفع المشتري العوض سواء اشترى أو لم يشتري. فالخيار هنا له مقابل في الحالين، ثم إن بيع العربون يكون بالنسبة للمشتري، وليس في الفقه الإسلامي بيع عربون فيه خيار للبائع، ولهذا فإني لا أرى وجهاً لقياس عقد الاختيار على بيع العربون.

[3] ما التكييف الشرعي للعوض مقابل إعطاء الحق في الاختيار؟

هو من أكل المال بالباطل؛ لأنه ليس له مقابل صحيح، وليس هبة.

[4] هل يصلح الحق المجرد محلاً للعقد.

تكلم ابن عابدين في حاشيته (4/18) عن الاعتياض عن الحقوق المجردة، وقرّر أنها لا يجوز الاعتياض عنها ولا تحتل التملك، ولا يجوز الصلح عنها، ولا تضمن بالإتلاف؛ لأن الاعتياض عن مجرد الحق باطل إلا إذا فوت حقاً مؤكداً، فإنه يلحق بتقويت حقيقة الملك في حق الضمان كحق المرتهن.

ومثل ابن عابدين للحقوق المجردة بحق الشفعة، وحق القسم للزوجة، وحق الخيار في النكاح للمخيرة، وحق صاحب الوظيفة في الأوقاف من إمامة وخطابة وأذان الخ، وذكر اتفاق الحنفية على عدم جواز الاعتياض عن حق الشفعة، واختلافهم في جواز الاعتياض في الوظائف.

والذي يظهر لي أن اعتبار حق الاختيار من قبيل الحقوق المجردة التي يتحدث عنها الفقهاء غير سليم؛

لأنَّ الحقَّ المجرد الذي يتحدَّث عنه الفقهاء هو حقُّ ثبت لصاحبه بوجه شرعيٍّ صحيح، كما هو واضح من الأمثلة، ويريد صاحبه أنَّ يعتاض عنه، وحقُّ الاختيار ليس من هذا القبيل؛ لأنَّه ليس حقاً ثابتاً لأحد، وإنَّما يريد أحد العاقدين أنَّ ينشأه للآخر، ويبدو لي أنَّ العوض في عقد الاختيار ليس مقابل حق الاختيار، وإنَّما هو مقابل التزام أحد الطرفين للآخر، ويقابل هذا الالتزام ثبوت الحق للطرف الآخر، فحقيقة اختيار الشراء هو أنَّ البائع يلتزم للمشتري ببيع شيء موصوف، في وقت محدد، بثمن محدد، يدفعه له عند الاتفاق مقابل هذا الالتزام، ويترتب على التزام البائع ثبوت حق للمشتري في الشراء. إذا صحَّ هذا التكيف فإنَّ السؤال ينبغي أنَّ يكون: هل يصلح مجرد الالتزام بالبيع محلاً للعقد ويجوز الاعتراض عنه؟

والجواب: لا يصلح.

قد يقال: إنَّ المشتري عندما يبيع الاختيار الذي ثبت له بمقتضى التزام البائع يكون قد باع حقاً ثابتاً له مثل حق الشفعة، وهذا القول يكون صحيحاً لو أنَّ الاختيار ثبت للمشتري بطريق مشروع مثل: ثبوت حق الشفعة، وهذا غير متحقق.

[5] إذا جرى عقد الاختيار من خلال هيئة ضامنة، فما التكيف الشرعي لدور هذه الهيئة؟ وما حكم هذا الضمان؟

لا معنى للبحث عن جواب هذا السؤال إلَّا إذا حكمنا بجواز عقد الاختيار، ولهذا سأجيب عنه على افتراض الجواز.

دور هذه الهيئة هو دور الوكيل عن طرفي العقد، فالهيئة تتولى العقد نيابة عن المشتري ونيابة عن البائع، فهل يجوز أن يتولى شخص واحد طرفي العقد في عقود المعاوضات؟ هذه مسألة خلافية، فلا مانع من الأخذ فيها برأي المجوزين، لا سيما إذا لاحظنا أنَّ الوكالة هنا مقيدة، وأنَّ الهيئة تنفذ في الواقع إرادة كل واحد من الطرفين.

يأتي بعد ذلك حكم ضمان الوكيل لكل من المشتري والبائع؛ لأنَّ الهيئة، وهي الوكيل، ستضمن المشتري وتضمن البائع، فهل يجوز هذا الضمان؟

إذا أخذنا برأي مَنْ يقول: إنَّ حقوق العقد ترجع إلى الوكيل، فإنَّ الضمان لا يجوز؛ لأنَّ المرء لا يضمن نفسه، أمَّا إذا أخذنا بالرأي الآخر، وهو أنَّ حقوق العقد ترجع إلى الموكل، فإنَّ الضمان يجوز، ولا أرى مانعاً من الأخذ بهذا الرأي.

يأتي بعد ذلك سؤال لم أجد له جواباً في المذكرة هو: هل هذا الضمان بعوض أم بغير عوض، إذا كان بغير عوض فإنَّ ضمان الهيئة يكون جائزاً، أمَّا إذا كان بعوض، وهو ما أرجحه، فإنَّ الضمان لا يجوز؛ لأنَّ أخذ العوض على الضمان لا يجوز بالإجماع، وقد أصدر المَجْمَع قراراً بهذا في دورته الثانية.

[6] هل يصح بيع (اختيار الاستدعاء)؟ أو هو كبيع شيء موصوف لا يملكه البائع بالرغم من توفره في السوق؟

لا يصح بيع اختيار الاستدعاء؛ لأنَّ عقد الاختيار القائم عليه ثبت حق اختيار الاستدعاء غير صحيح، ولو كان عقد الاختيار صحيحاً فإنَّ بيع اختيار الاستدعاء يكون من قبيل بيع الحقوق المجردة، وقد ذكرنا أنَّ الاعتياض عن الحقوق المجردة لا يجوز.

وأما ما جاء في السؤال من تشبيه بيع اختيار الاستدعاء ببيع شيء موصوف... الخ فلا أرى له وجهاً؛ لأنَّ الشيء الموصوف هو ما التزم البائع ببيعه لمن له الاختيار، وهو غير اختيار الاستدعاء، وواضح أنَّ الشيء الذي التزم البائع ببيعه غير مملوك له، وبيع الإنسان ما لا يملك لا يجوز إلاَّ في السلم بشروطه.

[7] هل يمكن في صورة (اختيار الشراء) أن يعتبر العقد مشروعاً بجعل العوض جزءاً من ثمن السلعة؟

لا يمكن إلاَّ إذا تغيَّرت صيغة العقد، وصارت صورة من صور بيع العربون الجائز باتفاق الفقهاء، وهي أن يدفع المشتري للبائع مبلغاً من المال على أنَّه إن أمضى البيع احتسبه من الثمن، وإن لم يمضه أخذ ما دفعه.

وهذا بيع صحيح والغرر الذي فيه مغتفر، فهو بيع بالخيار قد دفع فيه جزء من الثمن، قال الخطاب: قال مالك، وأما مَنْ اشترى شيئاً، وأعطى عربوناً على أنَّه إن رضيه أخذه، وإن سخطه ردّه وأخذ عربانه فلا بأس به (الخطاب، 4/369).

وينبغي التنبيه إلى أنَّ هذه الصورة لا تصح إلاَّ إذا كان المبيع سلعة مملوكة للبائع، أمَّا إذا كان المبيع غير مملوك للبائع، فإنَّ البيع يدخل في بيع الإنسان ما ليس عنده المنهي عنه إلاَّ في السلم، وكذلك لا يصح البيع إذا كان المبيع نقوداً (بيع العملات)؛ لأنَّه يكون عقد صرف يشترط لصحته قبض البدلين في المجلس ولا يدخله الخيار.

أسئلة حول شهادة حق التملك، وحق الأولوية في شراء الإصدارات الجديدة من الأسهم:

[1] هل إصدار هذين الاختيارين (الحقين) جائز شرعاً؟

حق الأولوية في شراء الإصدارات الجديدة من الأسهم جائز؛ بل هو الأوَّلَى عندني، ما دامت القيمة واحدة بالنسبة لجميع المساهمين.

أمَّا شهادة حق التملك فهي جائزة إذا كانت برضا المساهمين، ولم يكن الاعتبار الذي أعطيت الشهادة من أجله هو إقراض الشركة؛ لئلا يكون قرضاً جر نفعاً.

[2] هل يجوز نقل هذين الاختيارين (الحقين) إلى غير مَنْ أصدر له بعوض؟

لا يجوز؛ لأنَّهما ليسا بمال، وصاحب الحق لم يملك أسهماً في الشركة حتى يبيعها، وإنَّما ملك مجرد الحق في شراء الأسهم، وهو ليس مالاً.

[3] هل ينطبق على الصورة الثانية (الأولوية في شراء الإصدارات) حكم الشفعة شرعاً؟

نعم هذه الصورة شبيهة بحق الشفعة؛ لأنَّ الحكمة من تشريع الشفعة دفع ضرر الدخيل، وهذا متحقق بالنسبة للمساهمين القدامى، إذا أعطيت الإصدارات الجديدة بغير رضاهم لغيرهم، لا سيما في الشركات الخاصة التي يكون المساهمون فيها محصورون.

قد يقال: إنَّ من شرائط الشفعة أن يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه (الشريك) بعوض، وفي مسألتنا هذه الأسهم الجديدة لم تكن مملوكة لأحد فكيف تثبت فيها الشفعة؟

والجواب هو أنَّ الأجنبي مشتري هذه الأسهم الجديدة سيكون شريكاً للمساهمين القدامى في موجودات الشركة المملوكة لهم، ومعنى هذا أنَّ المساهمين القدامى يبيع كل واحد منهم بعض أسهمه ببعض أسهم المشتركين الجدد، يوضح هذا أنَّه لو كانت قيمة موجودات شركة مائة، وطرحت أسهم جديدة بمائة اشتراها مشتركون جدد فإنَّهم يملكون 50% من موجودات الشركة المملوكة للمساهمين القدامى نظير ملك المساهمين القدامى 50% مما دفعه المشتركون الجدد، وهذا يعني أنَّ كلاً من الفريقين باع نصف ماله بنصف مال الآخر، وهذا يكفي لتحقيق الشرط، وعلى هذا يجب على مجلس إدارة الشركة إذا أراد أن يصدر أسهماً جديداً أن يعرضها أولاً على المساهمين القدامى.

ثانياً: حكم الاختيارات:

يتبيّن من إجاباتي عن الأسئلة أنَّ عقد الاختيار عقد غير صحيح للأسباب التي وردت في الإجابة، وأريد هنا أن أذكر حكم صورتين من صور الاختيارات لتمييزهما بحكم خاص.

الصورة الأولى: اختيار شراء العملات وبيعها:

شراء العملات وبيعها هو المعروف في الفقه الإسلامي بعقد الصرف، وهو جائز إذا توافرت شرائطه، ومن شرائط صحته قبض البديلين في مجلس العقد بنص الحديث الصحيح، ولهذا قرّر الفقهاء أنَّ خيار الشرط لا يدخل عقد الصرف؛ لأنَّه يتنافى مع وجوب قبض البديلين في المجلس، ومن هنا يُفهم أنَّ شراء العملات وبيعها إذا دخله الخيار لا يجوز، ولو كانت العملة مملوكة للبائع، ولو كان الخيار بغير عوض، فكيف به إذا كانت العملة غير مملوكة للبائع، وكان الخيار بعوض، كما هو الشأن في خيار شراء العملات وبيعها.

الصورة الثانية: اختيار شراء الأسهم وبيعها:

الاشتراك في شركات المساهمة جائز شريطة أن تكون الشركات ملتزمة بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، وبيع المساهم سهمه لآخر جائز شريطة الالتزام بالقيود الشرعية لبيع الأسهم، والمقصود الأصلي من الاشتراك في شركات المساهمة، ومن شراء الأسهم هو اقتناء تلك الأسهم للاستفادة من ريعها، وهو أمر مقبول شرعاً، أمّا المتاجرة في الأسهم بمعنى اتخاذ الأسهم نفسها سلعة تباع وتشتري ابتغاء الربح فقط من غير قصد إلى اقتناء الأسهم، والمشاركة في الشركة، كما هو حادث في الأسواق المالية، فإنَّ الحكم عليه محل خلاف بين الفقهاء المعاصرين، وأنا أميل إلى المنع، ولو كان خالياً من

الاختيارات؛ لأنَّ هذه تجارة تصعب الالتزام فيها بأحكام الشريعة الإسلامية، ولا مصلحة فيها للمجتمع، بل قد تعود عليه بأضرار بالغة.

ثم إنَّ خيار شراء العملات وبيعها، وخيار شراء الأسهم وبيعها شبيه بالقمار، ولا فرق بينه وبين المضاربة على فروق الأسعار، يوضح ذلك هذان المثالان:

المثال الأول: اشترى شخص عشرة آلاف من الدولارات من آخر بسعر الدولار تسعين جنيهاً سودانياً، واشترى الخيار لمدة ستة أشهر بعشرة آلاف من الجنيهاً السودانية، وقبل أن تنتهي ستة أشهر ارتفع سعر الدولار إلى مائة جنية، فمارس المشتري حقه في الخيار فإنه يكون حقق ربحاً - وهو ما يرمى إليه - ولكن ربحه هذا هو خسارة على البائع، على أنَّ الدولار قد يبقى سعره كما هو إلى انتهاء مدة الخيار فيخسر المشتري عشرة آلاف ويربحها البائع، ففي هذه المعاملة يكون كل واحد من المتعاقدين إما غانماً أو غارماً، وهذا هو ضابط القمار المحرَّم، أمَّا البيع الذي أحلَّه الله فإنَّ كل واحد من المتعاقدين يكون غانماً بحصوله على العوض المعادل لما حصل عليه الآخر، وهكذا الحال في بيع العملات يداً بيد .

المثال الثاني: إذا باع شخص خيار شراء أسهم لمدة ستة أشهر بسعر أربعين دولاراً للسهم، مقابل أربعة دولارات ثمن الخيار، فإنه يفعل ذلك لأنه قدر أنَّ ثمن السهم لن يزيد في هذه المدة على الأربعين دولاراً بأكثر من ثمن الخيار، والمشتري يقدر أنَّ ثمن السهم سيزيد في هذه المدة على الأربعين دولاراً والثمن الذي دفعه للخيار، وإلاً ما أقدم على الشراء، فهو يضارب على ارتفاع السعر، والبائع يضارب على انخفاضه، ومن تحققت نبوءته كان هو الرابح، فما الفرق بين هذا والمضاربة على فروق الأسعار؟ بل أليس هذا أخا القمار؟

إنَّ شراء الاختيارات وبيعها في جميع صورها ليست من بيوع المسلمين التي أحلها الله لهم، فيجب عليهم الابتعاد عنها.

ولا حاجة للبحث لهذه المعاملة عن بديل شرعي؛ لأنها ليست وسيلة موصلة إلى مصلحة معتبرة حتى نبحث لها عن وسيلة أخرى شرعية توصل إلى تلك المصلحة.

.. والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل ..

ملحق (1)

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره السابع بجدة بشأن الأسواق المالية (...).
الاختيارات (...).

[14] حق الأولوية:

يرى المجلس تأجيل البت في هذا الموضوع إلى دورة قادمة لمزيد من البحث والدراسة.

[15] شهادة حق التملك:

يرى المجلس تأجيل البت في هذا الموضوع إلى دورة قادمة لمزيد من البحث والدراسة.

ثانياً: بيع الاختيارات:

صورة العقد:

إنَّ المقصود بعقود الاختيارات الاعتياض عن الالتزام ببيع شيء محدد موصوف أو شرائه بسعر محدد خلال فترة زمنية معينة أو في وقت معين إما مباشرة أو من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطرفين.

حكمه الشرعي:

إنَّ عقود الاختيارات - كما تجري اليوم في الأسواق المالية العالمية - لا تنضوي تحت أي عقد من العقود الشرعية المسماة في عقود مستحدثة.

وبما أنَّ العقود عليه ليس مالاً ولا منفعة ولا حقاً مالياً يجوز الاعتياض عنه فإنه عقد غير جائز شرعاً.

وبما أنَّ هذه العقود لا تجوز ابتداءً فلا يجوز تداولها.

ثالثاً: التعامل بالسلع والعملات والمؤشرات في الأسواق المنظمة:

[1] السلع:

يتم التعامل بالسلع في الأسواق المنظمة بإحدى أربع طرق هي:

الطريقة الأولى:

أنَّ يتضمن العقد حق تسليم المبيع وتسلم الثمن في الحال مع وجود السلع أو إيصالات ممثلة لها في ملك البائع وقبضه.

وهذا العقد جائز شرعاً بشروط البيع المعروفة.

الطريقة الثانية:

أنَّ يتضمن العقد حق تسليم المبيع وتسلم الثمن في الحال مع إمكانهما بضمان هيئة السوق.

وهذا العقد جائز شرعاً بشروط البيع المعروفة.

الطريقة الثالثة:

أنَّ يكون العقد على تسليم سلعة موصوفة في الذمة في موعد آجل ودفع الثمن عند التسليم وأنَّ يتضمن شرطاً يقتضي أنَّ ينتهي فعلاً بالتسليم والتسلم.

وهذا العقد غير جائز لتأجيل البديلين، ويمكن أنَّ يعدل ليستوفي شروط السلم المعروفة، فإذا استوفي شروط السلم جاز.

وكذلك لا يجوز بيع السلعة المشتراة سلفاً قبل قبضها.

الطريقة الرابعة:

أنَّ يكون العقد على تسليم سلعة موصوفة في الذمة في موعد آجل ودفع الثمن عند التسليم دون أنَّ

يتضمن العقد شرط أن ينتهى بالتسليم والتسليم الفعلين؛ بل يمكن تصفيته بعقد معاكس .
وهذا هو النوع الأكثر شيوعاً في أسواق السلع، وهذا العقد غير جائز أصلاً .

[2] التعامل بالعملات:

يتم التعامل بالعملات في الأسواق المنظمة بإحدى الطرق الأربع المذكورة في التعامل بالسلع .
ولا يجوز شراء العملات وبيعها بالطريقتين الثالثة والرابعة .
أما الطريقتان الأولى والثانية فيجوز فيهما شراء العملات وبيعها بشرط استيفاء شروط الصرف
المعروفة .

[3] التعامل بالمؤشر:

المؤشر هو رقم حسابي يحسب بطريقة إحصائية خاصة يقصد منه معرفة حجم التغير في سوق معينة،
وتجري عليه مبيعات في بعض الأسواق العالمية .
ولا يجوز بيع وشراء المؤشر؛ لأنه مقامرة بحتة، وهو بيع شيء خيالي لا يمكن وجوده .

[4] البديل الشرعي للمعاملات المحرمة في السلع والعملات:

ينبغي تنظيم سوق إسلامية للسلع والعملات على أساس المعاملات الشرعية وبخاصة بيع السلم والصرف
والوعد بالبيع في وقت أجل والاستصناع وغيرها .
ويرى المجمع ضرورة القيام بدراسة وافية لشروط هذه البدائل وطرائق تطبيقها في سوق إسلامية
منظمة .

ملحق (2)
خطاب الاستكتاب
الاختيارات (OPTIONS)

التعريف:

الاختيار: عقد بعوض على حق مجرد، يخول صاحبه بيع شيء محدد أو شراؤه بسعر معين طيلة مدة معلومة أو في تاريخ محدد، إما مباشرة أو من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطرفين.

إيضاح التعريف:

الاختيار عقد تتم فيه المبادلة بين حق مجرد لشراء أو بيع كمية محددة في زمن محدد من سلعة موصوفة بدقة بثمن محدد، وهذا الحق غير متعلق بعقار أو نحوه من الأشياء المادية؛ بل هو إرادة ومشئئة، وبين عوض محدد دون اعتبار العوض من ثمن السلعة؛ بل هو ثمن للاختيار. ولا ينظر إلى وجودها بصورة معينة، فيكفي أن يمكن الحصول عليها عند التنفيذ.
وثن الاختيار هذا يتحدد اعتماداً على كثير من المتغيرات، منها:

- . سعر السلعة المذكور في العقد.
- . طول الفترة الزمنية المحددة للعقد.
- . التوقعات بالنسبة لتقلبات أسعار السلعة التي سيقع عليها الشراء أو البيع.
- . السعر المتوقع للسلعة التي سيقع عليها الشراء أو البيع.
- . سعر الفائدة.

والاختيار للشراء يسمى اختيار الطلب أو اختيار الاستدعاء، واختيار البيع يسمى اختيار الدفع. وكل منهما قد يكون ممتد الصلاحية منذ التعاقد إلى نهاية فترة معينة، أي يحق استخدامه في أي وقت خلالها، وقد يكون مؤجلاً لا يحق استخدامه إلا في تاريخ محدد.

والغالب في التعامل مع الاختيارات أن يكون عن طريق هيئات مخصوصة هي (الأسواق المالية) المنظمة رسمياً والمرخص فيها بذلك لسماسرة محصورين يجمعون رغبات الشراء والبيع بين أطراف غير معروف بعضها لبعض. ويجرون الارتباط بين المتوافق مع الاختيارات، على أنه قد تقع الاختيارات مباشرة بين المتعاملين بها خارج الأسواق المالية التي تؤدي خدمة الضمان لحقوق الأطراف الملزمة بالتنفيذ في حينه.

بعض الأسئلة حول الاختيارات:

يتعلق بالتعريف جملة من القضايا المؤثرة في التكييف الشرعي للاختيارات وحكمها، يمكن الإشارة إليها في صورة أسئلة منها:

[1] هل ينضوي عقد الاختيار تحت أحد العقود المسماة المعروفة أو هو نوع جديد؟ وإذا كان نوعاً

جديداً؛ فما حكمه، وما تكيفه الشرعي في الجملة؟

[2] هل هناك علاقة بين عقد الاختيار وبين البيوعات أو العقود الأخرى، مثل: بيع العربون،

أو البيع على الصفة، أو السلم، أو الهبة؟

[3] ما التكيف الشرعي للعرض مقابل إعطاء الحق في الاختيار؟

[4] هل يصلح الحق المجرد محلاً للعقد؟

[5] إذا جرى عقد الاختيار من خلال هيئة ضامنة؛ فما التكيف الشرعي لدور هذه الهيئة؟ وما

حكم هذا الضمان؟

[6] هل يصح بيع (اختيار الاستدعاء) أو هو كبيع شيء موصوف لا يملكه البائع بالرغم من

توفره في السوق؟

[7] هل يمكن في صورة (اختيار الشراء) أن يعتبر العقد مشروعاً بجعل العرض جزءاً من

ثمن السلعة؟

[8] إذا لم يكن هذا العقد مقبولاً شرعاً كلياً أو جزئياً؛ فكيف يمكن تعديله ليكون مقبولاً شرعاً؟

التعريف بـ صور خاصة من الاختيارات:

يدخل في جنس تعريف الاختيار وإن لم تنطبق جميع قيوده صورتان من الاختيارات لا يصدرهما الأفراد، وهما يعطيان مجاناً، ولكن يتم فيما بعد بيعهما وشراؤهما بمقابل.

[أ] شهادة حق التملك (WARRANT):

وهي شهادة تصدرها شركة مساهمة لبعض الأشخاص، لاعتبارات معينة كإقراض الشركة أو تقديم خدمات لها بدون مقابل مادي، تعطيهم الحق في شراء عدد معين من أسهم الشركة بسعر محدد خلال فترة زمنية.

[ب] حق الأولوية في شراء الإصدارات الجديدة من الأسهم

:(PRE-EMPTIVE RIGHT)

إن هذا الحق حق موثق يعطى من الشركات المساهمة للمساهمين بنسبة مساهماتهم السابقة يخولهم الحق بشراء عدد معين من الإصدار الجديد لأسهم الشركة بسعر معين خلال مدة محددة. والغرض منه حماية حقوق المساهمين القدامى في حالة إصدار أسهم جديدة بقيمة أقل من القيمة المتداولة في السوق. وقد يستعاض عنه أحياناً بإصدار أسهم مجانية للمساهمين القدامى.

أسئلة حول شهادة حق التملك وحق الأولوية في شراء الإصدارات الجديدة من الأسهم:

[1] هل إصدار هذين الاختيارين (الحقين) جائز شرعاً؟

[2] هل يجوز نقل هذين الاختيارين (الحقين) إلى غير مَنْ أصدر له، بعوض؟

[3] هل ينطبق على الصورة الثانية (الأولوية في شراء الإصدارات) حكم الشفعة شرعاً؟

أسواق السلع (المستقبلات)

التعريف:

عقود السلع والمستقبلات هي: عقود للشراء أو للبيع من خلال هيئة سوق السلع وضمانها، تقع على كمية محددة موصوفة ولو غير مملوكة، لقاء ثمن معلوم يؤدي عند تسليم المبيع ما لم تقع التصفية، مع اشتراط إيداع الطرفين تأميناً لدى إدارة السوق، أو خطاب ضمان أو نحوه .

إيضاح التعريف:

إنَّ التعامل في السلع لا يتم إلا في الأسواق المنظمة من خلال سماسرة مرخصين . والهيئة التي تدير سوق السلع ضامنة لصالح الأطراف المتعاملة في شتى المراحل التي يمر بها التعامل إلى نهايته . وهي تشترط عليهم إيداع تأمين نقدي لديها، وعادة تعطي فوائد عليه، وهو لمقابلة فروق الأسعار، كما يستخدم جزءاً من المبالغ المستحق دفعها عند الحاجة . وقد يستغنى عن التأمين النقدي بخطاب ضمان أو بسندات خزانة ... الخ .

ويضاف إلى هذا التأمين - أو ينقص منه - يومياً ما يؤدي إليه تغير الأسعار من ربح أو خسارة .
والعقود التي يقوم عليها التعامل بالسلع ليست من نمط العقود المعروفة في الفقه بالتقاء إيجاب وقبول في مجلس بين طرفين، وإنما المراد بالعقود (إرادة الشراء) أو (إرادة البيع) وكل واحد منهما ملزمة لصاحبها ومعلنة إلى إدارة السوق التي تجمع المتوافق فيها لينتج عنه إبرام الصفقات . كما ينبغي ألا يفهم أنَّ هناك عقدين على سلعتين من كل طرف عقد؛ بل هما على سلعة واحدة .
ولا تكون السلع مملوكة في الغالب للبائعين، كما أنَّها ليست معينة بالذات، وإنما هي موصوفة وصفاً تاماً يقطع النزاع في عملية التسليم .

وهذه العقود مؤجلة بطبيعتها، حتى تلك التي تسمى (عقود آنية) فإنَّ فيها أجلاً قصيراً هو ما يبقى من أيام الشهر الذي وقعت فيه وينقضي الأجل في الأيام الثلاثة الأخيرة منه . أمَّا طويلة الأجل وهي معروفة بـ (المؤجلة) عند المتعاملين بها؛ فهي التي يكون تنفيذها في شهر لاحق لشهر التعاقد . ومعظم العقود ينتهي بالتقابل فينهي عقد شراء مثلاً بعقد بيع مساوٍ له في المقدار، وقد تنتهي بالتسليم .
والاستيراد للسلع الأساسية النمطية يتم معظمه عن طريق هذه الأسواق، وهي تقيد في ضمان توريد المواد في حالة اتجاه القصد إلى التسليم وإن كان غرض المتعاملين الاسترباح من فروق السعر بالتصفية .

بعض الأسئلة حول السلع (المستقبلات) :

يتعلّق بالتعريف، في ضوء إيضاحاته، جملة من القضايا المؤثرة في التكييف الشرعي للتعامل في السلع، يمكن الإشارة إليها في صورة أسئلة، منها:

[1] هل هذا النوع من المعاملات يعتبر عقداً في منظور الفقه؟ وإذا كان عقداً فهل هو

مشروع؟

[2] هل يجوز أن يكون محل هذه (العقود) المؤجلة ذهباً أو فضة أو عملات؟ مع الإشارة إلى

أدلة الرأي .

[3] ما الأحكام التي يختص بها محل هذه (العقود) إذا كان طعاماً؟

[4] ما علاقة هذه (العقود) ببيع السلم، أو بيع الموصوف، أو بيع ما ليس مملوكاً، أو بيع الكالئ بالكالئ، أو بيع ما ملك قبل قبضه؟

[5] ما حكم دفع ما ينشأ عن فروق الأسعار من ربح أو خسارة، أو استحقاقه، في حالة عدم انتهاء هذه (العقود) بالتسليم؟ وفي حالة انتهائها بالتسليم الفعلي أيضاً؟

[6] هل تجوز تصفية (العقود) بإجراء (عقد) مقابل لها؟

[7] هل دور إدارة سوق السلع (أو المستقبلات) هو دور الوكيل عن الطرفين، أو السمسار، أو غيرهما مع ملاحظة أن كل طرف لا يعرف الطرف الآخر؟

[8] ما حكم الكفالة التي تلتزم بها إدارة السوق؟

[9] ما حكم اشتراط إيداع تأمين من كلا الطرفين، وما علاقة ذلك بالعربون؟

[10] ما أثر الباعث على هذه (العقود) فيما لو كان هو الحصول فعلاً على السلع، أو الحصول عليها مع الاحتياط بعقود مقابلة للاحتماء والتحوط من ارتفاع الأسعار، وفيما لو كان مجرد الحصول على عائد فروق الأسعار بالمخاطرة بتعاملات مستمرة وليس في القصد الحصول على السلعة؟

[11] ما هي البدائل المشروعة لهذه المعاملات:

[أ] هل تنظم السوق الإسلامية على أساس السلم؟

[ب] هل يمكن اعتبار هذه العقود وعوداً بالبيع غير ملزمة ما لم تنته بالتسليم الفعلي، فتصبح عندئذ ملزمة (على أساس أن وجود التسليم معناه أن المتعاقد قد دخل بالتزامات نتيجة لهذا الوعد)، وتنتهي غير الملزمة بالإلغاء بدون ربح أو خسارة، ويكون التسليم بسعر العقد؟

التأمين الصحي واستخدام البطاقات الصحية

التأمين الصحى واستخدام البطاقات الصحية

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى سائر الأنبياء والمرسلين،
وبعد،

التأمين الصحي واستخدام البطاقات الصحية

أكتبه استجابة لطلب من الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي، ملتزماً فيه بعناصر الموضوع التي وضعتها شعبة التخطيط، والمنهج المرسوم لكتابة البحوث، ومستعيناً بالله السميع العليم.

عناصر الموضوع هي:

العنصر الأول: التعريف بالتأمين الصحي، والبطاقات الصحية، وحكمها.

العنصر الثاني: حكم الاتفاق بين المؤسسات، وبين المستشفيات للتعهد بمعالجة المواطنين طيلة فترة معينة مع الالتزام بالدواء والعمليات ونحوها.

العنصر الثالث: حكم ما لو كان العقد بين الشخص والمستشفى.

العنصر الرابع: حكم ما لو توسطت شركة تأمين تجارية أو تعاونية في العلاقة بين المستفيدين، والجهة المتععدة بالمعالجة.

العنصر الخامس: حكم اشتراط البرء لاستحقاق المقابل.

العنصر الأول

التعريف بالتأمين الصحي، والبطاقات الصحية وحكمها

أولاً: التعريف بالتأمين الصحي:

يقسّم فقهاء القانون التأمين إلى أنواع مختلفة باعتباريات مختلفة، فيقسمونه باعتبار الهدف أو الغرض منه إلى نوعين:

[أ] التأمين الاجتماعي.

[ب] التأمين الخاص.

والهدف من التأمين الاجتماعي تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، كتأمين العمال من بعض الأخطار التي يتعرضون لها فتعجزهم عن العمل، كالمرض، والعجز، والشيخوخة، ويقوم هذا النوع من التأمين على فكرة الضمان الاجتماعي^(٤١٩).

أما التأمين الخاص فالهدف منه مصلحة المستأمن الخاصة^(٤٢٠).

٤١٩ ١- الضمان الاجتماعي، هو: «مجموعة الأنظمة والقوانين والتشريعات التي تضعها الدولة لحماية الفرد في حاضره ومستقبله، وحماية أسرته من بعده، ويشمل المساعدات الاجتماعية، والتأمين الاجتماعي، والرعاية الاجتماعية». انظر: التأمينات الاجتماعية، والتكافل الاجتماعي في الإسلام، ص 90 وانظر أيضاً: التأمين الصحي، ص 80.

٤٢٠ 2- الوسيط للدكتور/ السنيهوري 7/1375.1156، والتأمين في القانون المصري والمقارن للدكتور/ البدرابي، ص 39، والأسلوب الإسلامي لمزاولة التأمين للدكتور/ السيد عبد المطلب، ص 20.

وقد عرّف المتخصصون في التأمين التأمين الاجتماعي بتعريفات عديدة، من أفضلها - كما يقول الدكتور/ السيد عبد المطلب - التعريف الذي تلقتة لجنة مصطلحات التأمين الاجتماعي بالولايات المتحدة الأمريكية، وهو: «التأمين الاجتماعي وسيلة لتجميع المخاطر بواسطة تحويلها إلى هيئة، عادة ما تكون حكومية، تلتزم بمقتضى القانون بتقديم خدمات معينة للأشخاص المشتركين، أو نيابة عنهم في حالة وقوع خسارة معينة وبشروط معينة»^(٤٢١).

نطاق التأمين الاجتماعي:

يختلف نطاق التأمين الاجتماعي من بلد لآخر، إلا أن هناك بعض الأنواع التي تعتبر العمود الفقري للتأمين الاجتماعي في أي بلد، هذه الأنواع هي:

[1] تأمين الشيخوخة «المعاشات» .

[2] تأمين الوفاة المبكرة .

[3] تأمينات العجز .

[4] التأمينات من البطالة .

[5] التأمين الصحي .

[6] تأمين إصابات العمل^(٤٢٢) .

تعريف التأمين الصحي:

التأمين الصحي نوع من أنواع التأمين الاجتماعي - كما رأينا - ، وعلى هذا فإن تعريف التأمين الاجتماعي ينطبق عليه بصفة عامة، ومع هذا فقد عرّفه بعضهم^(٤٢٣)، بأنه «نظام يقوم على أساس تقديم مزايا للمؤمن عليهم في الحالات التي يحددها نظام التأمين نظير اشتراكات، أو أقساط تدفع مقدماً ، وبصفة دورية ، ويساهم في دفعها العامل، وصاحب العمل ، وفي بعض الدول تساهم الدولة في ذلك»^(٤٢٤) .

٤٢١ - الأسلوب الإسلامي لمزاولة التأمين، ص 155 .

٤٢٢ - المصدر السابق، ص 169، وانظر أيضاً: التأمين الصحي وأثره في حماية القوى العاملة، ص 53، والتأمينات الاجتماعية والتكافل الاجتماعي في الإسلام، 322و272و274 .

٤٢٣ - الدكتور/ شوكت محمد الفيثوري في كتاب التأمين الصحي وأثره في حماية القوى العاملة، ص 49 .

٤٢٤ - المصدر السابق .

وعرّفه بعضهم^(٤٢٥) بأنه: «ذلك النمط من أنماط التأمين الاجتماعي الذي يهتم مباشرة بالعوارض الاجتماعية ذات المنشأ الفسيولوجي، كالمرض المؤقت، والعجز الصحي، والشيخوخة، ويأخذ هذا الاهتمام مظهر الرعاية الطبية العينية من جهة، وتوفير البديل النقدي خلال فقدان الدخل من جهة أخرى»^(٤٢٦). ونزيد التعريف بالتأمين الصحي توضيحاً ببيان مختصر عن الجهة التي تتولى إدارة التأمين الصحي، وتمويل التأمين الصحي، وإلزاميته، ومزاياه.

[1] الجهة التي تتولى إدارة التأمين الصحي:

التأمين الصحي ترعاه الحكومات، فهو تأمين حكومي، وتتولى إدارته هيئة عامة تسمى عندنا في السودان وفي بلاد أخرى «الهيئة العامة للتأمين الصحي»^(٤٢٧). وهذه الهيئة لها شخصية اعتبارية مستقلة، وصفة تعاقبية مستديمة، وخاتم عام، ولها حق التقاضي باسمها^(٤٢٨).

[2] تمويل التأمين الصحي:

يقوم تمويل التأمين الصحي على الأسلوب التقليدي في تمويل مشروعات التأمينات الاجتماعية^(٤٢٩). وقد حدّد قانون الهيئة العامة للتأمين الصحي السوداني موارد الهيئة المالية في المادة (17) على النحو التالي:

- [أ] ما تخصصه الدولة من اعتمادات.
- [ب] الاشتراكات التي يدفعها العاملون المشتركون والمخدمون.
- [ج] الرسوم.
- [د] ربح استثمار أموالها.
- [هـ] الإعانات والتبرعات والوصايا التي يقرر المجلس قبولها.

[3] إلزامية التأمين الصحي والفئات الملزمة به:

التأمين الصحي إلزامي لدى الهيئة على جميع العاملين في الدولة في المؤسسات العامة، والقطاع الخاص

٤٢٥- الشريف عبود الشريف مستشار الصندوق القومي للتأمين الاجتماعي بالسودان، المصدر السابق، ص 48.

٤٢٦- المادة الأولى من قانون الهيئة العامة للتأمين الصحي لسنة 1994م، وانظر أيضاً: التأمين الصحي وأثره في حماية القوى العاملة، ص 24.

٤٢٧- المصدر السابق.

٤٢٨- المادة (5) من قانون الهيئة.

٤٢٩- التأمين الصحي وأثره في حماية القوى العاملة، ص 85.

والمختلط، وأرباب المعاشات^{٤٣٠}.

ثانياً: البطاقات الصحية:

البطاقة الصحية هي بطاقة تمنحها الهيئة للمؤمن له، تخول له الاستفادة من مزايا التأمين الصحي، وتسمى في السودان البطاقة العلاجية^{٤٣١}

وهذه صورة منها:

(1)

بسم الله الرحمن الرحيم
الهيئة العامة للتأمين الصحي
بطاقة علاج تأميني
مجلس إدارة التأمين الصحي
اسم
المشترك
.....
رمز الولاية
رقم
التأمين
.....
تاريخ الميلاد
الصفة
.....
عامل / مستفيد / صاحب معاش
المخدم
.....
رقم التسجيل
رقم البطاقة

٤٣٠ - المادة (4) من قانون الهيئة العامة للتأمين الصحي لسنة 1994م السوداني، وانظر أيضاً: التأمين الصحي، وأثره في حماية القوى العاملة، ص 72. 23.

٤٣١ - المادة (30) من قانون الهيئة.

الشخصية

.....
.....

(2)

مكان

السكن

.....
.....

أماكن تلقي العلاج

...../1
...../2
.....

...../3

...../4

...../5

التاريخ

توقيع المدير التنفيذي

الختم

1/ أبرز البطاقة عند تقدمك للعلاج وصرف الدواء .

2/ عند فقدان البطاقة أو تلفها أبلغ الشرطة .

3/ سلم البطاقة لصاحب العمل عند انتهاء خدمتك .

4/ تجدد البطاقة كل خمس سنوات .

[4] مزايا نظام التأمين الصحي:

تختلف المزايا التأمينية التي يقدمها نظام التأمين الصحي من قطر إلى قطر وتشمل عادة:

[أ] على أقل تقدير خدمات الممارس العام، ومتابعة العلاج داخل المستشفى، وتوفير الأدوية الحيوية.

[ب] وغالباً ما تضاف خدمات الاختصاصيين، والجراحة، والعناية بالأمومة، وبعض العناية بالأسنان،

ومدى واسعاً من الأدوية والأجهزة التعويضية والخدمات التأهيلية.

[ج] وقد يشمل ذلك التمريض المنزلي، وترحيل المرضى^(٤٣٢).

وقد نص قانون الهيئة العامة للتأمين الصحي لسنة 1994م السوداني على الخدمات الطبية التي تلتزم

الهيئة بتقديمها للمؤمن لهم في المواد

24 - 29.

ثالثاً: حكم التأمين الصحي:

لا أعلم خلافاً بين الفقهاء المعاصرين في جواز الضمان الصحي بالمعنى الذي بينته، كما لا أعلم خلافاً في جواز الضمان الاجتماعي، والتأمينات الاجتماعية التي يستند ويقوم عليها التأمين الصحي، وقد صدرت قرارات من بعض المجمع الإسلامية بجوازها، والدعوة إلى تعميمها، من ذلك:

[1] قرار مجمع البحوث الإسلامية في مؤتمره الثاني بالقاهرة في المحرم 1385هـ مايو 1965م، الذي جاء فيه: «نظام المعاشات الحكومي، وما يشبهه من نظام الضمان الاجتماعي المتبع في بعض الدول، ونظام التأمينات الاجتماعية المتبع في دول أخرى، كل هذا من الأعمال الجائزة».

[2] قرار مجمع البحوث الإسلامية في مؤتمره الثالث المنعقد بالقاهرة

في 17 من رجب 1386هـ 27 من أكتوبر 1966م الذي جاء فيه: «أما التأمين التعاوني والاجتماعي، وما يندرج تحتها من التأمين الصحي ضد العجز، والبطالة، والشيخوخة، وإصابات العمل، وما إليها، فقد قرر المؤتمر الثاني جوازه».

[3] توصية ندوة التشريع الإسلامي المنعقدة بليبيا في ربيع الأول 1392هـ مايو 1972م التي جاء فيها: «يجب تعميم الضمان الاجتماعي، حتى تطمئن كل أسرة إلى مورد يكفل رزقها عند وفاة عائلها أو عجزه أو غير ذلك من أسباب انقطاع الرزق لسد حاجة المحتاجين».

وجواز التأمين الصحي يستند إلى مصلحة الرعاية المنوط بالراعي تحقيقها في تصرفاته، ولا نزاع في أن نظام التأمين الصحي، وسائر أنواع التأمينات الاجتماعية فيه مصلحة للرعية، وبخاصة بالنسبة للدول الفقيرة التي لا تكفي مواردها لتقديم الخدمات الصحية ونحوها بالمجان.

العنصر الثاني

حكم الاتفاق بين المؤسسات، وبين المستشفيات للتعهد بمعالجة الموظفين طيلة فترة معينة ، لقاء مبلغ معين ، مع الالتزام بالدواء والعمليات ونحوها

[1] هذا الاتفاق يدخل أساساً في عقد الإجارة فيأخذ حكم الإجارة، ويجب أن تتوافر فيه شروط الإجارة، وشروط الإجارة بعضها في الصيغة، وبعضها في العاقدين ، وبعضها في الأجرة، وبعضها في المحل ونفترض أن شروط الصيغة والعاقدين متحققة في هذا الاتفاق، وكذلك شروط الأجرة، لأنها وصفت بأنها مبلغ معين، ويبقى علينا أن ننظر في المحل.

[2] المحل في هذا الاتفاق مركب من ثلاثة :

الأول: وهو المقصود أصالة (معالجة موظفي المؤسسة مدة معينة) .

وهذا يدخل في إجارة الأشخاص، والأجير فيه مشترك^{٤٣٣} وهو المستشفى، وأطبائوه وعماله الذين يتولون علاج موظفي المؤسسة، فيجب أن يطبق على الاتفاق حكم إجارة الأجير المشترك. الثاني: الأسرة والحجرات إذا كان المريض سيبقى في المستشفى، وهذه من إجارة منافع الأعيان فتأخذ حكمها .

الثالث: الدواء والعمليات ونحوها :

أما العمليات فتلحق بالأول، وأما الدواء ونحوه كالطعام، فلا يصلح محلاً للإجارة، لأن هذه أعيان، والإجارة لا ترد على الأعيان وإنما ترد على منافعها، فيكون الالتزام بالدواء ونحوه نظير مبلغ معين بيعاً يأخذ حكم البيع .

[3] (أ) الحكم بالنسبة للأول وهو (معالجة موظفي المؤسسة مدة معينة):

لا بُدَّ لمعرفة الحكم من تحديد المقصود «بموظفي المؤسسة» والمقصود «بمدة معينة». والذي يظهر لي أن المقصود «بمدة معينة» أن المؤسسة تتفق مع المستشفى على أن يعالج موظفيها نظير مبلغ معين تدفعه له كل شهر أو كل سنة، وليس المقصود أن يعالجهم مدة شهرين مثلاً بمبلغ كذا ثم يتركهم، كما قد يتبادر إلى الذهن من العبارة، على أني لا أرى مانعاً من الاتفاق ما دامت المدة معينة، والأجر الذي يقابلها معيناً .

٤٣٣ ١- قلت إن الأجير مشترك، لأن المستشفى المتعهد بالمعالجة ليس خاصاً بالمؤسسة المتفقة معه، وإنما يتعهد بالعلاج لكل مؤسسة تطلب الاتفاق معه، وهذا شأن الأجير المشترك، كالطبيب الذي يعالج كل من يأتي إليه بأجر .

وأما المقصود «بموظفي المؤسسة» فقد يكون جميع الموظفين في المؤسسة من غير الالتزام بعدد محدد، وقد يكون المقصود موظفي المؤسسة المحصورين عدداً .
وفي كلا الحالتين يدخل هذا الاتفاق غرر ناشئ عن الجهل في المحل من حيث مقداره في الحالة الأولى، ومن حيث مقدار من سيحتاجون للمعالجة، ونوع المعالجة التي يحتاجون إليها في الحالتين .

[4] (ب) الحكم بالنسبة للثاني وهو الأسرة والحجرات:

قلتُ: إن الاتفاق في هذه الحالة من إجارة منافع الأعيان فيجب أن تتوافر فيه شروطها ، ومن شروطها أن تكون المنفعة معلومة عند التعاقد، وأن تذكر مدة الإجارة إذا كانت المنفعة قابلة للاستمرار .
والمنفعة في هذه الحالة هي استعمال الأسرة والحجرات، وهي منفعة ممتدة، فيجب فيها تحديد المدة، والمدة في هذا الاتفاق غير محددة، فقد يمكث المريض في المستشفى يوماً، وقد يمكث أسبوعاً، وقد يمكث شهراً، وفي هذا غرر مفسد للعقد .

[5] (ج) الحكم بالنسبة للثالث وهو الدواء^{٣٤} ونحوه:

بيّنتُ أن الاتفاق في هذه الحالة بيع يأخذ حكم البيع، ومن شروط صحة عقد البيع أن يكون المبيع معلوماً، والمبيع هنا وهو الدواء مجهول النوع ، ومجهول المقدار ، فيدخله الغرر من جهتين .

[6] يرى مما تقدم أن هذا الاتفاق يحيط به الغرر من كل جوانبه، والغرر الذي فيه كثير في عقد البيع الذي ورد فيه النهي خاصة، وفي عقد الإجارة الذي أجمع الفقهاء على إلحاقه بالبيع ، وهو في المعقود عليه أصالة، ولا حاجة تدعو إلى هذا الاتفاق، لأن العلاج يمكن الوصول إليه بطرق أخرى مشروعة غير هذا الطريق الذي فيه غرر .
ولهذا فإنني أرى منع هذه الصورة من الاتفاق . والله أعلم

العنصر الثالث

حكم ما لو كان العقد بين الشخص وبين المستشفى

هذه الصورة تعني أن شخصاً تعاقد مع المستشفى على أن يدفع للمستشفى مبلغاً معيناً نظير تعهّد المستشفى بعلاجه مدة معينة مع التزام المستشفى بالدواء والعمليات ونحوها .
الحكم في هذه الصورة كالحكم في الصورة السابقة، وهو المنع، لما فيها من الغرر الناشئ عن الجهل بمقدار الدواء ونوعه، والجهل بالمدة التي يمكثها المريض في المستشفى، كما في الصورة السابقة، وفيها زيادة على ذلك غرر ناشئ عن الجهل بحصول العلاج، فقد يدفع الشخص المبلغ المتفق عليه ولا يحتاج

٤٣٤ ١- مشيئتُ في الحكم على الرأي القائل بجواز اجتماع الإجارة والبيع في عقد واحد، وأن اجتماعهما ليس من صفتين في صفة المنهي عنه .

إلى علاج في المدة المحددة، وقد يموت ذلك الشخص في منزله، أو يموت بحادث في الطريق، ولا يكون المستشفى قد قدم له أي علاج، فبأي وجه يستحل المستشفى ما أخذه منه؟ وفي هذا كله ارتكاب للغرر من غير حاجة، فإن في إمكان هذا الشخص أن ينتظر إلى أن يحتاج إلى العلاج، ثم يذهب إلى المستشفى، ويتعاقد معه بالطريقة المشروعة . والله أعلم . .

العنصر الرابع

حكم ما لو توسطت شركة تأمين تجارية أو تعاونية في العلاقة بين المستفيدين، والجهة المتعاهدة بالمعالجة

أولاً: توسط شركة تأمين تجارية بين المستفيدين والمستشفى لا يجوز في أي صورة من الصور ، وهذا الحكم مفروغ منه، فقد صدر قرار من مجلس المجمع الفقهي المنعقد بمكة المكرمة في شهر شعبان 1398هـ بتحريم التأمين التجاري بجميع أنواعه، كما صدر قرار من مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة في شهر ربيع الثاني 1406هـ/1985م ينص على «أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كثير مفسد للعقد، ولهذا فهو حرام شرعاً» .

وما أظن أننا بعد هذا في حاجة إلى الحديث عن شركات التأمين التجارية .

أما توسط شركة تأمين تعاونية في العلاقة بين المستفيدين والمستشفى
فلا مانع منه، لأن التعامل مع شركات التأمين التعاونية جائز عند جميع الفقهاء المعاصرين، ولكن يبقى السؤال عن الطريقة التي تتوسط بها شركة التأمين التعاونية، فإذا كان المقصود التوسط بين المؤسسة والمستشفى، أو بين الشخص والمستشفى بنفس الطريقة المذكورة في العنصر الثاني والثالث، فإن ذلك لا يجوز، لأن تلك الطريقة ممنوعة لذاتها بصرف النظر عن يتولاها .
والطريقة المشروعة للتوسط بين المؤسسة والمستشفى، أو بين الفرد والمستشفى هي ما تمارسه بعض شركات التأمين التعاوني الإسلامية تحت نظام التكافل الصحي، ومن هذه الشركات شركة شيكان للتأمين وإعادة التأمين السودانية .

وفيما يلي بيان مختصر لما تمارسه شركة شيكان:

تقدم شركة شيكان نوعين من التأمين الصحي هما : نظام التكافل الجماعي الصحي، ونظام التكافل العائلي الصحي، وهذان النظامان هما بعض أنواع التكافل الذي تمارسه شركات التأمين في السودان، وكلمة «تكافل» اصطلاح في السودان على إطلاقها على أحد قسمي التأمين، وهو التأمين على الأشخاص بجميع أنواعه، كما اصطلاح على إطلاق كلمة «تأمين» على القسم الآخر من التأمين، وهو التأمين على الأشياء بجميع أنواعه .

والفرق بين التكافل الجماعي الصحي، والتكافل العائلي الصحي هو أن المشترك في التكافل الجماعي هو المؤسسة، والمستفيد هو المؤسسة والعاملون فيها ومن يعولونهم من أفراد عائلاتهم، أما المشترك في

التكافل العائلي فهو الفرد - الزوج أو الزوجة - ومن يعوله من أفراد عائلته، والمستفيد هو المشترك ومن يعولهم .

ويهدف نظام التكافل الصحي إلى تحقيق التكافل بين المشتركين في حالة مرض أحد العاملين الأعضاء مرضاً طبيعياً، أو مرض أحد أفراد عائلات العاملين الأعضاء مرضاً طبيعياً خلال فترة الاشتراك .

ويهدف نظام التكافل العائلي الصحي إلى تحقيق التكافل بين المشتركين في حالة مرض أحدهم مرضاً طبيعياً، أو مرض أحد أفراد عائلاتهم مرضاً طبيعياً .

وفي الحالتين يتم تكافل مع المستفيد بدفع مزايا التكافل المتفق عليها في العقد وفقاً لما نص عليه في النظام .

وتدفع مزايا التكافل للمستفيد بإعطائه شيكاً في فترة لا تتجاوز شهرين من تاريخ تكملة المستندات والبيانات اللازمة، فالشركة لا تتعاقد مع المستشفى على معالجة المستفيدين مسبقاً، نظير مبلغ محدد، وإنما الذي يتعاقد مع المستشفى هو المستفيد نفسه بعد حدوث المرض .

ويقوم نظام التكافل بجميع أنواعه على نفس الأسس التي يقوم عليها نظام التأمين التعاوني الذي أجمع الفقهاء على جوازه .

هذا وينبغي التنبيه إلى أنه لا تعارض بين وجود نظام التكافل الصحي الذي تقوم به شركة شيكان، ونظام التأمين الصحي الحكومي الذي تقوم به الهيئة العامة للتأمين الصحي، لأن بينهما اختلافاً من عدة

وجوه، منها:

[1] إن التأمين الصحي إلزامي كما رأينا ، أما التكافل الصحي فهو اختياري .

[2] إن الاشتراك في التأمين الصحي خاص بالعاملين، وفي التكافل الصحي الباب مفتوح للعامل وغير العامل .

[3] إن القسط في التأمين الصحي نسبة محددة من مرتب المستفيد، وفي التكافل الصحي القسط متروك تحديده للمستفيد .

[4] إن القسط الذي يدفعه المستفيد في التأمين الصحي لا يرجع إليه منه شيء، أما القسط في التكافل الصحي فقد يرجع للمستفيد منه شيء إذا وجد فائض عند تقييم أصول صندوق التكافل، وذلك مرة كل ثلاث سنوات .

[5] إن التأمين الصحي تسهم فيه الدولة، والتكافل الصحي لا تسهم فيه الدولة بشيء .

فالتكافل الصحي مكمل للتأمين الصحي، وليس بديلاً عنه، وإنما هو بديل للتأمين الصحي الذي تمارسه شركات التأمين التجارية .

العنصر الخامس

حكم اشتراط البرء لاستحقاق المقابل

تحدث الفقهاء المتقدمون عن هذا الموضوع تحت عنوان: «إجارة الأطباء»^(٤٣٥). وعنوان: «الجعل للطبيب على إبراء العليل»^(٤٣٦)، وعنوان: «مشاركة الطبيب على البرء»^(٤٣٧). ويستحسن أن أنقل ما وقفت عليه من أقوالهم، ثم أعقب عليها برأيي:

أولاً : مذهب المالكية:

[1] جاء في «المدونة» في إجارة الأطباء: «قلت) أرأيت إن استأجرت كحالاً يكحل عيني من وجع بها كل شهر بدرهم (قال) قال مالك في الأطباء إذا استؤجروا على العلاج: فإنما هو على البرء، فإن برأ فله حقه وإلا فلا شيء له (قال) وقال مالك: إلا أن يكون شرطاً حلالاً فينفد بينهما، (قال ابن القاسم) وأنا أرى إن اشترط أن يكحله كل يوم أو كل شهر بدرهم فإن ذلك جائز إذا لم ينقده، فإن برأ قبل ذلك كان للطبيب من الأجر بحسب ذلك»^(٤٣٨).

[2] وقال الباجي: «وقد اختلف قول مالك في الجعل يجعل الخصم على إدراك ما يخاصم عنه فيه، وللطبيب على إبراء العليل، وقال في «المدونة»: لا يجوز، وقال سحنون، وقد روى أنه عنده جائز مثل أن يجعل له جعلاً على بيع ثياب أو رقيق. فقد قال مالك في المدونة: لا يجوز ذلك إلا فيما قل دون ما كثر»^(٤٣٩).

[3] وقال ابن شاس في كتاب «الجعالة»: «فروع مترددة بين الجعل والإجارة. الأول: مشاركة الطبيب على برء العليل. وذكر ثلاثة فروع أخرى ثم قال: «وكل هذه الفروع مختلف فيها، وسبب الخلاف في جميعها تردُّدها بين العقدين المذكورين»^(٤٤٠).

[4] وقال خليل في باب «الجعالة»: «صحة الجعل بالتزام أهل الإجارة جعلاً علم يستحقه بالتزام ككراء السفن»^(٤٤١).

[5] قال الدريبر: «(ككراء السفن): هذا تشبيه في أنه لا يستحق فيه الأجر إلا بتمام العمل ، وهو إجارة لا جعالة كما يشعر به التعبير بكراء.... وسواء وقعت بلفظ إجارة أو جعالة.. ومثل السفينة

٤٣٥ - 1- المدونة 11/64 .

٤٣٦ - 2- المنتقى شرح الموطأ 5/110 .

٤٣٧ - 3- المغني لابن قدامة 5/541 .

٤٣٨ - 4- المدونة 11/64 .

٤٣٩ - 5- المنتقى 111و5/110، وانظر: المدونة، 11/99 .

٤٤٠ - 6- عقد الجواهر الثمينة 3/8 و9 وانظر أيضاً الذخيرة 6/22 .

٤٤١ - 7- مختصر خليل مع حاشية الدسوقي 4/65 .

مشاركة الطبيب على البرء ، ... و... و... فهذه الأشياء إجارة لازمة إلا أن لها شبهاً بالجعالة من حيث إنه لا يستحق الكراء إلا بتمام العمل...^{٤٤٢}.

[6] وقال الدسوقي: «(قوله هذا تشبيهه): أي تمثيل خلافاً لتنت وبهرام... (قوله وسواء إلخ) يعني أن كراء السفن دائماً إجارة على البلاغ فهو لازم، سواء صرح عند العقد عليها بالإجارة أو الجعالة، إلا أنه إن صرح بالجعالة عند العقد كانت تلك الكلمة مجازاً، لأنه لما كان إجارة موصوفة بكونها على البلاغ أشبهت الجعل من حيث إنه لا يستحق فيه العوض إلا بالتمام 1هـ.

عدوي (قوله ومثل السفينة) أي في أنها إجارة على البلاغ لا جعالة مشاركة الطبيب وما بعده من الفروع، ولا يقال الإجارة على البلاغ مساوية للجعالة في أن الأجرة فيها لا تستحق إلا بعد تمام العمل فلا وجه لجعل تلك الأمور من الإجارة، لا من الجعالة لأننا نقول: إنه لا يلزم من استوائهما في هذا الوجه استوائهما في غيره، لأن الإجارة على البلاغ لازمة بالعقد بخلاف الجعالة^{٤٤٣}.

[7] وقال الدردير في «الشرح الصغير» في باب الإجارة: «ولما كان لهم مسائل من الإجارة تشبه الجعالة من حيث إنه لا يستحق فيها الأجير أجرته إلا بتمام العمل نبه عليها بقوله: (والأصح) الذي هو قول ابن القاسم وروايته في المدونة عن مالك (أن كراء السفن) إنما يستحق (بالبلاغ) إلى المحل المشترط أي مع إمكان إخراج ما فيها، فإن غرقت في الأثناء أو بعد البلاغ قبل التمكن من إخراج ما فيها فلا أجرة لربها، وهي إجارة لازمة بالعقد لا جعالة.. وهذا فيما إذا لم يعقد على الجعالة، وهي غير لازمة..... (كمشاركة طبيب على البرء) فلا يستحق الأجرة إلا بحصوله، فإن ترك قبل البرء فلا شيء له، إلا أن يتم غيره، فله بحساب كرائه الأول، فإن لم يجعل الأجرة على البرء فله بحساب ما عمل^{٤٤٤}».

[8] وقال الصاوي: «قوله: (وهي إجارة لازمة بالعقد لا جعالة) أي ما لم يصرح عند العقد بالجعالة وإلا كانت جعالة غير لازمة، ولها حكم يخصها كما يأتي..... (قوله فله بحساب ما عمل) أي إن لم يحصل برء به ولا بغيره^{٤٤٥}».

[9] وقال التسولي: «كل مسألة يصح الجعل فيها مع اعتبار شروطه - من عدم ضرب الأجل ونحوه - يصح فيها الإجارة مع اعتبار شروطها أيضاً من ضرب الأجل وغيره، ولا عكس ألا ترى أن حفر الآبار يصح بجعالة كما قال (كالحفر للبئر) بشرط أن تكون في غير ملك الجاعل..... ويصح إجارة أيضاً كانت في أرض يملكها الجاعل أم لا..... وكذا بيع الثياب يصح إجارة وجعالة، وكذا مشاركة

٤٤٢ 8- الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 4/57.

٤٤٣ 1- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 4/57.

٤٤٤ 2- الشرح الصغير على أقرب المسالك مع حاشية الصاوي، 74/4 و75.

٤٤٥ 3- حاشية الصاوي، 74/4 و75.

الطبيب، (ورد الآبق) والشارد يصح فيهما الأمران أيضاً، وتتفرد الإجارة بخياطة الثوب وحفر البئر في ملك الجاعل ونحوهما مما تبقى فيه منفعة للجاعل بعد الترك، فإنه لا يصح جعالة، وإنما يصح إجارة، فالإجارة أعم من الجعل مطلقاً كما قال في كل ما جاز فيه الإجارة بلا عكس. الخ، وهذا واضح على المشهور من أن ما تبقى فيه منفعة للجاعل بعد الترك لا تصح فيه الجعالة، وأما على مقابله، وهو مذهب ابن القاسم من صحة الجعل فيما تبقى فيه منفعة للجاعل فيتساوى الجعل والإجارة، ولا ينفرد أحدهما عن الآخر بشيء». .

(تنبيهان: الأول: قال في المطيضية: وكره مالك الجعل على الخصومة على أنه لا يأخذ شيئاً إلا بإدراك الحق^(٤٤٦)، لأنه لا يعرف لفراغها غاية، فإن عمل هذا فله أجر مثله 1هـ وقال قبل ذلك : ويجوز في أحد قولي مالك أن يجاعل الطبيب على البرء، والخصم على إدراك الحق، وهو المعمول به عند الموتقين 1هـ ونحوه في المجالس المكناسية .

وما تقدم في الطبيب محله إذا كان الدواء من عند العليل، وإلا لم يجز، لأنه غرر، إن برئ أخذ حقه، وإلا ذهب دواؤه باطلاً، قال ابن ناجي وبه حكمت^(٤٤٧) .

[10] يفهم مما جاء في «المدونة» أن مالكا يرى أن الأصل في إجارة الطبيب على العلاج أن تنصرف إلى العلاج حتى يبرأ المريض، ولو لم ينص في عقد الإجارة على ذلك . وأنه إذا لم يحصل البرء فإن الطبيب لا يستحق أجراً إلا أن يكون المريض والطبيب قد شرطا خلاف ذلك من الشروط الحلال فيعمل بما شرطاه . ومن الشروط الجائزة والحلال في رأي سحنون اشتراط المريض على الطبيب أن يقدم له علاجاً معيناً كل شهر بدرهم بشرط ألا ينقده الدرهم عند العقد، ثم إذا برأ المريض في نصف الشهر مثلاً فإن الطبيب يستحق نصف درهم فقط، وإنما شرط سحنون عدم النقد لئلا يتردد الدرهم بين السلفية والتمنية، لأن التردد بينهما من أبواب الربا، لأنه سلف جر نفعاً احتمالاً^(٤٤٨) .

ويلحظ أن ما في «المدونة» لم يرد فيه عبارة: «اشتراط البرء» على الطبيب» فهل يجوز هذا الشرط عند مالك؟

الظاهر أنه يجوز ويلزم، لأنه إذا كانت إجارة الأطباء تكون على البرء من غير شرط فإنها تجوز مع الشرط من باب أولى، ويكون هذا الشرط صحيحاً، لأنه مؤكد لمقتضى العقد فيجب الوفاء به .

[11] ويفهم من كلام الباجي أن لمالك قولين في الجعل للطبيب على البرء قول بعدم الجواز في المدونة، وقول بالجواز، قاله سحنون في رواية عن مالك، مثل الجعل على بيع ثياب قليلة .

ولم أجد في «المدونة» في كتاب الجعل والإجارة مما قاله الباجي شيئاً سوى جواز الجعل في بيع

٤٤٦ -4- انظر: المدونة، 11/104 .

٤٤٧ -5- البيهقي شرح التحفة، 2/178 ، وانظر أيضاً: حلي المعاصم مع البيهقي .

٤٤٨ -1- حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 4/81 .

الثياب القليلة^(١١)، وما في «المدونة» هو ما نقلته عن مالك في إجارة الأطباء، وواضح أنه مختلف عما قاله الباجي، لأن ما نقله الباجي عن مالك هو في الجعل للطبيب، وما نقلته عنه من «المدونة» هو في إجارة الطبيب.

[12] ويفهم من كلام ابن شاس أن مشاركة الطبيب على البرء في جوازها وعدمه خلاف بين فقهاء المالكية يرجع إلى ترددها بين الإجارة والجعالة، ولم يذكر تفصيلاً في الموضوع، ولم يزد القرافي في الذخيرة على ما قاله ابن شاس.

[13] ولم يذكر خليل في مختصره مشاركة الطبيب على البرء، ولكن شارحه الدردير قال: إن مشاركة الطبيب على البرء مثل كراء السفينة كلاهما إجارة لازمة لا جعالة إلا أن لهما شبهاً بالجعالة من حيث إنه لا يستحق الكراء إلا بتمام العمل، وهذا متفق مع ما جاء في «المدونة»، ويضيف الدردير أن مشاركة الطبيب على البرء إجارة لا جعالة، سواء وقعت بلفظ إجارة أو جعالة، ويوافقه الدسوقي على هذا.

[14] ويتفق كلام الدردير في «الشرح الصغير» وكلام الصاوي في الحاشية مع ما في «الشرح الكبير» وحاشيته في أن مشاركة الطبيب على البرء إجارة لازمة بالعقد لا جعالة، ولكنه يختلف معه فيما لو حصل العقد على الجعالة، فقد جاء في «الشرح الصغير» وحاشيته أنها تكون جعالة غير لازمة تطبق عليها أحكام الجعالة.

ويضيف الدردير في «الشرح الصغير» أمرين:

الأول: أن القول بأن مشاركة الطبيب على البرء إجارة لا يستحق فيها الأجر إلا بالبرء هو الأصح، وهو قول ابن القاسم وروايته في المدونة عن مالك. ولم يذكر مقابل القول الأصح.

الثاني: أن عدم استحقاق الطبيب شيئاً إذا ترك العمل قبل البرء مشروط بما إذا لم يتم العمل غيره، فإن أتمه غيره فله بحساب كرائه الأول.

[15] ويفهم من كلام التسولي أن مشاركة الطبيب تصح إجارة وجعالة سواء مشينا على المشهور من أن ما تبقى فيه منفعة للجاعل بعد الترك لا تصح فيه الجعالة، أو مشينا على مقابله من صحة الجعل فيما تبقى فيه منفعة للجاعل. ويظهر من كلام التسولي أنه يعتبر مشاركة الطبيب على البرء مما لا تبقى فيه منفعة للجاعل بعد الترك، لأنه جعله مع رد الآبق والشارد.

ويفهم أيضاً من كلام التسولي أن لمالك قولين في مجاعة الطبيب على البرء: قول بالجواز، وقول بعدمه.

ويشترط التسولي لجواز مشاركة الطبيب على البرء أن يكون الدواء من العليل.

ثانياً: مذهب الشافعية:

[1] قال الرملي في باب «الجمالة»: ويستنبط منه (حديث أبي سعيد) جواز الجمالة على ما ينتفع به المريض من دواء أو رقية.

[2] قال الشبراملسي: «ثم ينبغي أن يقال: إن جعل الشفاء غاية لذلك، كتداويني إلى الشفاء، أو لترقيني إلى الشفاء، فإن فعل ووجد الشفاء استحق الجعل، وإن فعل ولم يحصل الشفاء لم يستحق شيئاً لعدم وجود المجاعل عليه، وهو المداواة والرقية إلى الشفاء، وإن لم يجعل الشفاء غاية لذلك كتقرأ على عاتى الفاتحة سبعاً مثلاً استحق بقراءتها سبعاً، لأنه لم يقيد بالشفاء»^(٤٥).

[3] واضح من كلام الشبراملسي أن مشاركة الطبيب على البرء جائزة، وهي جمالة لا يستحق فيها الطبيب الجعل إلا إذا حصل البرء.

ثالثاً: الحنابلة:

[1] قال ابن قدامة: «ويجوز أن يستأجر طبيباً ليداويه، والكلام فيه كالكلام في الكحال سواء إلا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب، لأن ذلك إنما جاز في الكحال على خلاف الأصل للحاجة إليه، وجرى العادة به فلم يوجد ذلك المعنى هاهنا، فثبت الحكم فيه على وفق الأصل»^(٤٥).

وذكر ابن قدامة في الكحال كلاماً كثيراً ننقل منه الآتي: «ويجوز أن يستأجر كحالاً ليكمل عينه، لأنه عمل جائز، ويمكن تسليمه، ويحتاج إلى بيان قدر ما يكمله، مرة في كل يوم أو مرتين، فأما إن قدرها بالبرء، فقال القاضي لا يجوز، لأنه غير معلوم».

وقال ابن أبي موسى: «لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء، لأن أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء، والصحيح، إن شاء الله أن هذا يجوز، ولكن يكون جمالة لا إجارة، فإن الإجارة لا بدَّ فيها من مدة، أو عمل معلوم، فأما الجمالة فتجوز على عمل مجهول كرد اللقطة والابق، وحديث أبي سعيد في الرقية، إنما كان جمالة فيجوز هنا مثله.... فأما إن شارطه على البرء فإنه جمالة فلا

يستحق شيئاً حتى يوجد البرء سواء وجد قريباً أو بعيداً»^(٤٦).

[2] وقال محشي المقنع: «(فائدة) لو قال: مَنْ داوى لي هذا حتى برأ من جرحه أو من مرضه أو

رمده فله كذا لم يصح مطلقاً على الصحيح في المذهب»^(٤٦).

[3] يفهم من كلام ابن قدامة أن استئجار الطبيب للمداواة جائز، ولكن يشترط فيه ما يشترط في

٤٥٠ - نهاية المحتاج 5/463 وانظر أيضاً المجموع (التكملة الثانية)، 15/83.

٤٥١ - المغني، 5/542.

٤٥٢ - المصدر السابق، 541/542.

٤٥٣ - حاشية على المقنع، 2/293.

الإجارة، فلا بد من تقديره بالمدة، ولو قدره بالبرء لا يجوز في قول القاضي لأنه غير معلوم ويجوز في قول أبي موسى، فقد قال: لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء، لأن أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء، ويرى ابن قدامة أن مشارطة الطبيب على البرء إن كانت إجارة لا يجوز، وإن كانت جعالة تجوز، لأن الإجارة لا بُدَّ فيها من مدة أو عمل معلوم، والجعالة تجوز على عمل مجهول، وحديث أبي سعيد في الرقية كان جعالة لا إجارة ولا يجوز عند ابن قدامة اشتراط الدواء على الطبيب. [4] ويفهم من كلام محشي المقنع أنَّ مشارطة الطبيب على البرء غير جائزة على الصحيح في المذهب ولو كانت بصيغة الجعالة.

رابعاً: الحنفية:

أُخِرَت الكلام عن مذهب الحنفية، لأنني لم أقف على نص خاص بالمشارطة فيما أطلعت عليه من كتبهم، بل لم أجد لهم كلاماً صريحاً في صحة عقد الجعالة أو عدم صحته، وتذكر بعض كتب الفقه المقارن أن أبا حنيفة لا يجوز الجعالة (٥٥)، وتذكر بعضها أنه يجوزها (٥٥). والذي ظهر لي مما اطلعت عليه من أقوال الحنفية أن الجعالة بين الأفراد لا تجوز عندهم لأنها إجارة مجهولة (٥٦).

حاصل آراء الفقهاء في مشارطة الطبيب على البرء

مشارطة الطبيب على البرء قد تكون بصيغة الإجارة ، وقد تكون بصيغة الجعالة:

فإن كانت بصيغة الإجارة فهي جائزة عند مالك كما جاء في «المدونة» و«البيهة»، و«الشرح الكبير» وحاشيته، فلا يستحق الطبيب الأجر إلا بحصول البرء، وقال في «الشرح الصغير» إن هذا هو الأصح. وجوزها ابن أبي موسى من فقهاء الحنابلة كما يفهم من عبارة ابن قدامة في المغني، ولم أرَ مَنْ جَوَّزَها غيرهما.

وإن كانت بصيغة الجعالة، فهي جائزة عند الشافعية، وعند الحنابلة على الصحيح عند ابن قدامة، وغير جائزة على الصحيح في المذهب عند محشي المقنع، واختلف فقهاء المالكية فيها، فقال الباقي: «إن لمالك فيها قولين، قول بعدم الجواز، وهو ما في «المدونة»، وقول بالجواز». وقال الدردير في «الشرح الكبير» والدسوقي: «إن مشارطة الطبيب على البرء إجارة دائماً، ولو وقعت بلفظ الجعالة». وقال الدردير في «الشرح الصغير»: «إنها إجارة ما لم يعقد على الجعالة». ووافقه الصاوي على أنها إجارة ما لم يصرح عند العقد بالجعالة، وإلا كانت جعالة غير لازمة.

٤٥٤ - ٥- بداية المجتهد، 2/235.

٤٥٥ - 6- المغني، 5/656.

٤٥٦ - 7- انظر: حاشية ابن عابدين، 5/79 وانظر أيضاً: كتاب الغرر وأثره في العقود، ص 496-499.

ولا تجوز مشاركة الطبيب بصيغة الجعالة عند الحنفية كما لا تجوز عندهم بصيغة الإجارة، حسب ما ظهر لي من أقوالهم في الجعالة، وإن كنت لم أقف لهم على نص في هذا الموضوع كما ذكرت . هذا وممن صرح بعدم جواز الجعالة على مشاركة الطبيب على البرء، الظاهرية، قال ابن حزم: «ولا تجوز مشاركة الطبيب على البرء أصلاً، لأنه بيد الله تعالى لا بيد أحد.. والبرء لا يقدر عليه إلا الله تعالى»^(٤٥٧).

وصرح بعدم الجواز أيضاً الزيدية، وعللوا المنع بأن البرء غير مقدور للطبيب^(٤٥٨). واشترط أكثر من جوز مشاركة الطبيب على البرء أن يكون الدواء على العليل، فإن شرط على الطبيب فسد العقد .

رأبي في مشاركة الطبيب على البرء:

لا تجوز مشاركة الطبيب على البرء سواء أكانت بصيغة الإجارة، أم بصيغة الجعالة:
[1] لا تجوز مشاركة الطبيب على البرء بصيغة الإجارة، لأن فيها غرراً في محل العقد، وفي الشرط المقترن بالعقد، لأن المعقود عليه هو العلاج حتى البرء، وفي هذا غرر ناشئ عن الجهل بمدة العلاج، فقد يبرأ العليل بعد علاج يوم، وقد يبرأ بعد علاج إسبوع، وقد يبرأ بعد علاج شهر، هذا إذا برأ . وفي عقد الإجارة هذا غرر آخر ناشئ عن الشرط، فالعليل يؤجر الطبيب على علاجه بشرط أن يبرأ من علته بمبلغ محدد، وهذا شرط فاسد مفسد للعقد، وسبب فساد هذا الشرط هو أنه شرط في وجوده غرر، فالبرء قد يحصل، وقد لا يحصل .

يقول الكاساني: «من شروط صحة البيع^(٤٥٩) الخلو من الشروط الفاسدة، ثم يقول الشروط الفاسدة أنواع: منها شرط في وجوده غرر، وهو أن يكون المشروط محتملاً للوجود والعدم، ولا يمكن الوقوف عليه للحال»^(٤٦٠).

ولهذا فإنني أرى عدم جواز إجارة الطبيب على العلاج مع اشتراط البرء لاستحقاقه الأجر .
[2] ولا يجوز مشاركة الطبيب على البرء بصيغة الجعالة، لأن الجعالة كما عرفها ابن رشد هي «الإجارة على منفعة مظنون حصولها»^(٤٦١).

والجعالة جائزة عند جمهور الفقهاء، ويقول المجوزون للجعالة: «إنها في القياس غرر، لأن العامل

٤٥٧ -1- المحلى، 8/227 .

٤٥٨ -2- البحر الزخار، 4/64 .

٤٥٩ -3- الإجارة مثل البيع في هذا الحكم .

٤٦٠ -4- البدائع، 5/168 .

٤٦١ -5- بداية المجتهد، 2/235 .

يستحق الجعل عند فراغه من العمل، وهو وقت مجهول، وإنما جازت استثناء الحاجة إليها^{٤٦٢}.
والحاجة التي تجعل الغرر غير مؤثر في عقود المعاوضات هي الحاجة المتعينة، ومعنى تعينها أن تنسد جميع الطرق المشروعة للوصول إلى الغرض سوى ذلك العقد الذي فيه غرر، وهذا المعنى غير متحقق في الجعالة على البرء، فالعليل يمكنه أن يتعاقد مع الطبيب بعقد الإجارة بشروطها الشرعية على العلاج، وهذا هو ما عليه عرف الناس، فلا حاجة إلى الجعالة على البرء، ثم إن البرء كما يقول المانعون لمشاركة الطبيب على البرء غير مقدور للطبيب، ولا يقدر عليه إلا الله^{٤٦٣}.
لهذا فإني أرى منع الجعالة على البرء ولو كان الدواء من العليل.
أما إذا كان الدواء على الطبيب فإن المنع يتأكد، لأن المجوزين لمشاركة الطبيب على البرء يشترطون ألا يكون الدواء على الطبيب للأدلة التي ذكروها.
وحديث الرقية الذي استدل به مجوزو مشاركة الطبيب على البرء حديث صحيح، ولكن ليس فيه ما يدل على المدعي، لأن كل ما يدل عليه الحديث هو جواز أخذ الجعل على الرقية، وليس فيه ذكر للمشاركة على البرء.

والله أعلم

13 من صفر 1417هـ

29/6/1996م

الصديق محمد الأمين الضيرير

أستاذ/ الشريعة الإسلامية

كلية القانون - جامعة الخرطوم

خاتمة البحث

نتائج البحث:

- [1] التأمين الصحي نوع من أنواع التأمين الاجتماعي.
- [2] التأمين الصحي هو نظام يقوم على أساس تقديم مزايا للمؤمن لهم في الحالات التي يحددها نظام التأمين نظير اشتراكات، أو أقساط تدفع مقدماً، وبصفة دورية، ويسهم في دفعها العامل، وصاحب العمل،

٤٦٢ - المقدمات الممهدة، 2/304، والمجموع، 9/339، والبحر الزخار، 4/62، وانظر أيضاً: كتاب الغرر وأثره في العقود، ص 494/498.

٤٦٣ - البحر الزخار، 4/64، والمحلى، 8/22.

وفي بعض الدول تسهم الدولة في ذلك .

[3] التأمين الصحي تأمين حكومي ترعاه الحكومات، وتشرف عليه هيئة عامة، لها شخصية اعتبارية .

[4] التأمين الصحي إلزامي .

[5] البطاقة الصحية هي بطاقة تمنحها الهيئة العامة للتأمين الصحي إلى المؤمن له، تخول له الاستفادة

من مزايا التأمين الصحي .

[6] أقل مزايا التأمين الصحي هي خدمات الممارس العام ، ومتابعة العلاج داخل المستشفى، وتوفير

الأدوية الحيوية .

[7] لا خلاف بين الفقهاء المعاصرين في جواز التأمين الصحي .

[8] الاتفاق بين المؤسسات، والمستشفيات للتعهد بمعالجة الموظفين، طيلة فترة معينة، لقاء مبلغ معين،

مع الالتزام بالدواء، والعمليات، ونحوها غير جائز شرعاً لأنه عقد إجارة وعقد بيع، فيه غرر كثير مفسد للعقد .

[9] لا يجوز الاتفاق السابق أيضاً إذا كان بين شخص ومستشفى لما فيه من الغرر الكثير .

[10] لا يجوز توسط شركة تأمين تجارية في العلاقة بين المستفيدين والجهة المتعاهدة بالمعالجة في أي

صورة من الصور .

[11] لا مانع من توسط شركة تأمين تعاونية بين المستفيدين والمستشفى بالطريقة المشروعة .

[12] الطريقة المشروعة لتوسط شركة التأمين التعاونية هي نظام التكافل الصحي الذي تمارسه بعض

شركات التأمين الإسلامية في السودان .

[13] التكافل الصحي اختياري، وهو مكمل للتأمين الصحي الإلزامي، وليس بديلاً له، وإنما هو بديل

للتأمين الصحي الذي تمارسه شركات التأمين التجاري .

[14] اشتراط البرء لاستحقاق المقابل لا يجوز في رأيي سواء كان بين المؤسسة والجهة المعالجة، أو

بين المريض والجهة المعالجة، أو بين شركة التأمين التعاونية والجهة المعالجة، وسواء كان في عقد

إجارة أو عقد جعالة .

والمنع هو رأي جمهور الفقهاء، إذا كان الاشتراط في عقد إجارة، ورأي جمهور الفقهاء أيضاً إذا كان

الاشتراط في عقد جعالة، وكان الدواء من الجهة المعالجة .

ومنع بعض الفقهاء اشتراط البرء لاستحقاق المقابل مطلقاً .

ملخص البحث

أولاً: التأمين الصحي:

التعريف بالتأمين الصحي والبطاقة الصحية وحكمها:

[1] ينقسم التأمين باعتبار الهدف منه إلى التأمين الاجتماعي، والتأمين الخاص، والهدف من التأمين الاجتماعي تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، أما التأمين الخاص فالهدف منه مصلحة المستأمن الخاصة . ويدخل التأمين الصحي في نطاق التأمين الاجتماعي، وعرفه بعضهم بأنه «نظام يقوم على أساس تقديم مزايا للمؤمن له في الحالات التي يحددها نظام التأمين، نظير اشتراكات، أو أقساط تدفع مقدماً وبصفة دورية، ويساهم في دفعها العامل، وصاحب العمل، وفي بعض الدول تساهم الدولة في ذلك» . والتأمين الصحي ترعاه الحكومات، فهو تأمين حكومي، وتتولى إدارته هيئة عامة لها شخصية اعتبارية . والتأمين الصحي إلزامي لدى الهيئة على جميع العاملين في الدولة . والبطاقة الصحية هي بطاقة تمنحها الهيئة للمؤمن له تخول له الاستفادة من مزايا التأمين الصحي . والمزايا التأمينية التي يقدمها نظام التأمين الصحي تختلف من دولة لأخرى، وتشمل على أقل تقدير خدمات الممارس العام، ومتابعة العلاج داخل المستشفى، وتوفير الأدوية الحيوية . والتأمين الصحي بهذا المفهوم لا أعلم خلافاً في جوازه، وقد صدرت قرارات من بعض المجالس الإسلامية بجوازه، والدعوة إلى تعميمه . وجواز التأمين الصحي يستند إلى مصلحة الرعاية المنوط بالراعي تحقيقها في تصرفاته .

ثانياً: حكم الاتفاق بين المؤسسات، والمستشفيات للتعهد بمعالجة الموظفين، طيلة فترة معينة، لقاء مبلغ معين مع الالتزام بالدواء، والعمليات ونحوها:

هذا الاتفاق فيه عقدان، عقد إجارة، وعقد بيع، عقد إجارة بالنسبة للعلاج ونحوه، وعقد بيع بالنسبة للدواء ونحوه، فيجب أن تتوافر فيه شروط العقد، ومن شروط صحة عقد البيع وعقد الإجارة الخلو من الغرر، وهذا الاتفاق يحيط به الغرر من كل جوانبه، ففيه غرر ناشئ عن الجهل في محل عقد الإجارة، ومحل العقد فيها هو «معالجة موظفي المؤسسة مدة معينة» فيدخله الغرر من حيث جهالة الموظفين إذا لم يكونوا معدودين، ومن حيث جهالة من سيحتاج للعلاج منهم، سواء كانوا معدودين أو غير معدودين ومن حيث نوع العلاج الذي يحتاجون إليه .

وفيه غرر في عقد البيع بالنسبة للدواء، لأنه مجهول النوع ومجهول المقدار . والغرر الذي في هذا الاتفاق كثير في عقد البيع الذي ورد فيه النهي خاصة، وفي عقد الإجارة الذي أجمع الفقهاء على إلحاقه بالبيع، والغرر في المعقود عليه أصالة، ولا حاجة تدعو إلى هذا الاتفاق، لأن العلاج يمكن الوصول إليه بطرق أخرى مشروعة غير هذا الطريق الذي فيه غرر . ولهذا فإني أرى منع هذه الصورة من الاتفاق .

ثالثاً : حكم ما لو كان العقد بين الشخص ، والمستشفى:

الحكم في هذه الصورة كالحكم في الصورة السابقة، وهو المنع، لأن في هذا العقد غرراً ناشئاً عن

الجهل بنوع الدواء ومقداره، والجهل بالمدة التي يمكنها المريض في المستشفى، كما في الصورة السابقة، وفيه زيادة على ذلك غرر ناشئ عن الجهل بحصول العلاج، فقد يدفع الشخص المبلغ المتفق عليه ولا يحتاج إلى علاج في المدة المحددة، وقد يموت ذلك الشخص في منزله، أو يموت بحادث في الطريق، ولا يكون المستشفى قد قدم له أي علاج، فبأي وجه يستحل المستشفى ما أخذه منه؟

رابعاً: حكم ما لو توسطت شركة تأمين تجارية أو تعاونية في العلاقة بين المستفيدين والجهة المتعاهدة بالعلاج:

لا يجوز توسط شركة تأمين تجارية بين المستفيدين والجهة المتعاهدة بالعلاج في أي صورة من الصور، لأن التأمين الذي تمارسه شركات التأمين التجارية حرام بجميع أنواعه، وقد صدر بالتحريم قرار من المجمع الفقهي بمكة المكرمة، ومن مجمع الفقه الإسلامي بجدة ..

أما توسط شركة تأمين إسلامية فلا مانع منه، لأن التعامل مع شركات التأمين التعاونية الإسلامية جائز عند جميع الفقهاء المعاصرين، لكن يأتي السؤال عن الطريقة التي تتوسط بها شركة التأمين التعاونية، فإذا كان المقصود التوسط بين المؤسسة والمستشفى، أو بين الشخص والمستشفى بنفس الطريقة المذكورة في (ثانياً) و (ثالثاً)، فإن ذلك لا يجوز، لأن تلك الطريقة ممنوعة لذاتها بصرف النظر عن يتولاها . والطريقة المشروعة للتوسط بين المؤسسة والمستشفى هي ما تمارسه بعض شركات التأمين التعاوني الإسلامية تحت نظام التكافل الصحي،

وهذا النظام معمول به عندنا في السودان، مع نظام التأمين الحكومي، ولا تعارض بينهما، لأن بينهما فروقاً كثيرة منها: أن التأمين الصحي الحكومي من التأمين الاجتماعي، وهو إجباري، والتكافل الصحي من التأمين الخاص، وهو اختياري ، فالتكافل الصحي مكمل للتأمين الصحي، وليس بديلاً له، وإنما هو بديل للتأمين الصحي الذي تمارسه شركات التأمين التجارية .

ويقوم نظام التكافل الصحي على نفس الأسس التي يقوم عليها نظام التأمين التعاوني، والشركة لا تتعاقد مع المستشفى على معالجة المشتركين مسبقاً نظير مبلغ محدد، وإنما الذي يتعاقد مع المستشفى هو المشترك نفسه عندما يذهب للعلاج، ثم يطالب الشركة بمزايا التكافل الصحي المتفق عليها في العقد بينه وبين الشركة .

خامساً: حكم اشتراط البرء لاستحقاق المقابل:

تكلم فقهاء المذاهب الفقهية عن هذه المسألة، واختلفوا فيها اختلافاً كثيراً .

جاء في «المدونة»: «قال مالك في الأطباء إذا استؤجروا على العلاج فإنما هو على البرء فإن برأ فله حقه، وإلا فلا شيء له» ومؤدى هذا أن الإمام مالكاً يجوز اشتراط البرء لاستحقاق المقابل في إجارة الطبيب .

ووافق الإمام مالكاً ابن موسى من فقهاء الحنابلة .

وخالفهما جمهور الفقهاء، فمنعوا إجارة الطبيب على العلاج مع اشتراط البرء لاستحقاق الأجر .

وجوّز اشتراط البرء لاستحقاق المقابل في عقد الجعالة الشافعية، والحنابلة على الصحيح عند ابن قدامة، ومالك في أحد قوليه كما حكاه الباجي في «المنتقى»، والتسولي في «البيهجة»، واقتصر على هذا القول الدردير في «الشرح الصغير»، ووافقه عليه الصاوي.

واشترط ابن قدامة والتسولي أن يكون الدواء من العليل، فإن شرط على الطبيب فسد عقد الجعالة. ومنع مشاركة الطبيب على البرء في عقد الجعالة الزيدية، والظاهرية، والحنفية كما ظهر لي من أقوالهم، ومالك في أحد قوليه، والحنابلة على الصحيح في المذهب عند محشي المقنع. وأرجح منع مشاركة الطبيب على البرء مطلقاً، سواء أكانت في عقد إجارة أو عقد جعالة، وسواء شرط الدواء على الطبيب أم كان على العليل، لأنها إن كانت في عقد إجارة يكون فيها غرر في محل العقد، وهو العلاج حتى البرء، وهذا الغرر ناشئ عن الجهل بمدة العلاج، فقد يبرأ العليل بعد علاج يوم، وقد يبرأ بعد علاج أسبوع، وقد يبرأ بعد علاج شهر، هذا إذا برأ. وفي عقد الإجارة هذا غرر آخر ناشئ عن الشرط، لأن اشتراط البرء على الطبيب شرط في وجوده غرر، لأن البرء قد يحصل وقد لا يحصل، والشرط الذي في وجوده غرر من الشروط المفسدة للعقد.

هذا بالنسبة لعقد الإجارة، أما اشتراط البرء لاستحقاق الجعل في عقد الجعالة فلا يجوز أيضاً، لأن الجعالة في القياس غرر، لما فيها من جهالة العمل، وجهالة الأجل، وإنما جازت استثناء الحاجة إليها في رد البعير الشارد ونحوه. ولا حاجة تدعو إلى مجاملة الطبيب على البرء، ثم إن البرء - كما يقول المانعون - غير مقدور للطبيب، ولا يقدر عليه إلا الله.

والله أعلم....

القرار المقترح

[1] التأمين الصحي الذي ترعاه الحكومات وتديره هيئة عامة لمصلحة المؤمن لهم جائز شرعاً، وينبغي تعميمه.

[2] الاتفاق بين المؤسسات، والمستشفيات للتعهد بمعالجة الموظفين، طيلة فترة معينة، لقاء مبلغ معين، مع الالتزام بالدواء والعمليات

ونحوها، غير جائز شرعاً، لأنه عقد إجارة، وعقد بيع، فيه غرر كثير مفسد للعقد.

[3] لا يجوز الاتفاق السابق أيضاً، إذا كان بين شخص ومستشفى لما فيه من الغرر الكثير.

[4] لا يجوز توسط شركة تأمين تجارية في العلاقة بين المستفيدين والجهة المتعاهدة بالمعالجة في أي صورة من الصور.

[5] يجوز توسط شركة تأمين تعاونية بين المستفيدين والمستشفى بالطريقة المشروعة.

[6] الطريقة المشروعة لتوسط شركة التأمين التعاونية هي نظام التكافل الصحي الذي تمارسه بعض شركات التأمين الإسلامية في السودان .

[7] اشتراط البرء لاستحقاق المقابل لا يجوز مطلقاً، أي سواء كان بين المؤسسة والمستشفى، أو بين الشخص والمستشفى، أو بين شركة التأمين التعاونية والمستشفى، وسواء أكان في عقد إجارة أو في عقد جعالة .

والله أعلم ...

المصادر

كتب الفقه:

المذهب الحنفي:

[1] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - علاء الدين أبوبكر مسعود الكاساني المتوفى 587هـ مطبعة الجمالية بمصر 1910م .

[2] رد المحتار على الدر المختار - محمد أمين بن عمر عابدين الشهير بابن عابدين المتوفى 1252هـ طبعة بولاق .

المذهب المالكي:

[3] المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم بن أنس الأصبجي المتوفى 179هـ مطبعة السعادة 1323 .

[4] المنتقى شرح موطأ الإمام مالك - أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي/ المتوفى 494هـ مطبعة السعادة .

[5] عقد الجواهر الثمينة - جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس المتوفى 616هـ مطبعة دار الغرب الإسلامي .

[6] الذخيرة - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي/ المتوفى 684هـ مطبعة دار الغرب الإسلامي .

[7] الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي - أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الشهير بالدردير المتوفى 1201هـ/ مطبعة الأزهرية .

[8] الشرح الصغير مع حاشية الصاوي - الدردير/ مطبعة دار المعارف .

[9] البهجة في شرح التحفة - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي/ المطبعة البهية .

[10] بداية المجتهد ونهاية المقتصد - أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي المتوفى 595هـ/ مطبعة مصطفى البابي الحلبي .

المذهب الشافعي :

[11] التكملة الثانية/ المجموع شرح المذهب - مطبعة دار الفكر .

[12] نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - شمس الدين محمد بن أبي العباس بن حمزة بن شهاب الدين الرملي/ المتوفى 1004هـ/ طبعة مصطفى البابي الحلبي .

المذهب الحنبلي:

[13] المغنى - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي المتوفى 620هـ/ طبعة عالم الكتب، بيروت .

[14] حاشية على المقنع - مطبعة مكتبة الرياض الحديثة .

المذاهب الأخرى:

[15] البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار - أحمد بن يحيى ابن المرتضى بن مفضل بن منصور الحسني/ المتوفى 840هـ مطبعة القاهرة .

[16] المحلى - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري/ المتوفى 456هـ مطبعة الإمام .

مؤلفات أخرى:

[17] الغزر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي - للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير/ الطبعة الثانية 1416هـ .

كتب القانون:

[18] الوسيط للدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر .

[19] التأمين في القانون المصري والمقارن - للدكتور/ عبد المنعم البدر اوي مطبعة نهضة مصر .

[20] الأسلوب الإسلامي لمزاولة التأمين - للدكتور/ السيد عبد المطلب عبده الطبعة الأولى .

[21] التأمين الصحي وأثره في حماية القوى العاملة - المركز العربي للتأمينات الاجتماعية .

[22] التأمينات الاجتماعية والتكافل الاجتماعي في الإسلام - المركز العربي للتأمينات الاجتماعية - الخرطوم .

م - بالسودان 1994 قانون الهيئة العامة للتأمين الصحي لسنة [23]

الشرط الجزائري

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى سائر الأنبياء والمرسلين وبعد

فهذا بحث عن:

الشرط الجزائي

اكتبه استجابة لطلب من الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي بجدة مستأنساً بما جاء في التصور الوارد في ورقة الأمانة.

وأسأل الله أن يوفقني إلى الصواب، ويجنبني مواطن الزلل.

التعريف بالشرط الجزائي

عبارة الشرط الجزائي غير معروفة في كتب الفقه القديمة ، ولكنها معروفة في القوانين الغربية: القانون الفرنسي^{٤٦٤} La clanse penale، وفي القانون الإنجليزي^{٤٦٥} penalty and Liquidated damages وغيرها من القوانين الغربية^{٤٦٦}.

وقد أخذت قوانين البلاد العربية هذا التعبير عن القوانين الغربية، وأدخلت عليه بعض التعديلات، وأول

٤٦٤ 1- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 2/815.

٤٦٥ 2- شرح القانون الإنجليزي - ملكا 120، و The law of contract 612 TRETEL. وترجم ملكا كلمة penalty بالشرط الجزائي وعبارة Liquidated damages بالتعويض الاتفاقي.

٤٦٦ 3- الوسيط 2/874.

قانون عربي أخذ به هو القانون المصري، أخذه عن القانون الفرنسي .

وعبر عنه الدكتور السنهوري بالعبرة التالية:

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي^{٤٦٧}

وتبعت أكثر قوانين البلاد العربية القانون المصري وسأذكر نص القانون المصري لنتبين منه حقيقة هذا الموضوع في القوانين العربية غير الملزمة بالفقه الإسلامي، ثم اذكر نصوص القانون المدني الأردني، لنبين منها حقيقة الشرط الجزائي في القوانين الملزمة بأحكام الفقه الإسلامي^{٤٦٨}، ثم أبين الحكم الفقهي حسبما يظهر لي من تكييف هذا الموضوع بعون الله .

الشرط الجزائي في القانون المصري

المادة 223 يجوز للمتعاقدین أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعي في هذه الحالة أحكام المواد 215-220 .

المادة: 224- (1) لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر .

(2) ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .

(3) ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين .

المادة 225- إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً .

يفهم من هذه المواد أن الشرط الجزائي، هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن على المدين، إذا لم ينفذ التزامه، أو إذا تأخر في تنفيذ التزامه، وهذا الاتفاق قد يكون عند العقد وقد يكون بعده، وقبل حدوث الضرر .

وسمي هذا الاتفاق بالشرط الجزائي، لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه، وتكييفه القانوني كما يقول الدكتور السنهوري هو أنه التزام تابع لا التزام أصلي^{٤٦٩}، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري: ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا أنه مجرد تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أدائه^{٤٧٠} .

٤٦٧ -4 المصدر السابق 2/851 .

٤٦٨ -5 من القوانين الملزمة بأحكام الفقه الإسلامي قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م (السوداني)، ومشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد - انظر مواد هذين القانونين في الملحق رقم (1) وانظر أيضاً الملحق رقم (2) في بيان ما عليه العمل في المملكة العربية السعودية .

٤٦٩ -6 الوسيط 2/815/854 .

٤٧٠ -7 مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصري 2/572 .

أمثلة للشرط الجزائي

ذكر الدكتور السنهاوري أمثلة للشرط الجزائي هي:

- 1- المقاول: شروط المقاول قد تتضمن شرطاً جزائياً يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو أسبوع يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل .
- 2- لائحة المصنع قد تتضمن شروطاً جزائية تقضي بخضم مبالغ معينة من أجرة العامل جزاء له على الإخلال بالتزاماته المختلفة .
- 3- تعريف مصلحة السكة الحديدية، أو مصلحة البريد قد تتضمن تحديد مبلغ معين هو الذي تدفعه المصلحة للمتعاقد معها في حالة فقد طرد أو فقد رسالة .
- 4- اشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين في دفع قسط منها، هو أيضاً شرط جزائي، ولكن من نوع مختلف، إذ هو هنا ليس مقداراً معيناً من النقود قدر به التعويض، بل هو تعجيل أقساط مؤجلة^(٤٧) .

شروط استحقاق الشرط الجزائي^(٤٨)

شروط استحقاق الشرط الجزائي في القانون المصري هي شروط استحقاق التعويض، وقد أشارت إليها المادة 233 بالإحالة على المواد 215-220، وشروط استحقاق التعويض هي:

- 1- وجود خطأ^(٤٩) من المدين .
- لا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا كان هناك خطأ من المدين، لأن التعويض لا يستحق على المدين إذا لم يكن هناك خطأ من جانبه، وإذا لم يستحق التعويض فلا محل لأعمال الشرط الجزائي، لأنه تعويض لتقدير قد استحق .
- 2- وجود ضرر يصيب الدائن
- 3- لا يستحق الشرط الجزائي إذا لم يصب الدائن ضرر، لأن الضرر من أركان استحقاق التعويض، وإذا لم يوجد ضرر لا يستحق التعويض فلا محل لأعمال الشرط الجزائي .
- 4- يفهم هذا الشرط من المادة 224(1)، ويفهم منها أيضاً أن الشرط الجزائي يفترض وقوع

٤٧١ 1- الوسيط 2/852 .

٤٧٢ 2- المصدر السابق 2/855/860 .

٤٧٣ 3- الخطأ المقصود هنا هو الخطأ العقدي في القانون، وهو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد، وهو نوعان: الالتزام بتحقيق غاية، والالتزام ببذل عناية - الوسيط - 1/656 وانظر أيضاً 778 .

- الضرر على الدائن، ولهذا جعل عبء إثبات عدم الضرر على المدين .
- 5- والضرر الذي يعرض عنه هو الضرر المالي، والضرر الأدبي وما لحق الدائن من خسارة، وما فاتته من كسب، وقد نصت على هذه المادة 221 و 222 من القانون المصري .
- 6- وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر .
- 7- لا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، فإذا انتفت هذه العلاقة لوجود سبب أجنبي لحدوث الضرر فلا يستحق التعويض، ولا يعمل الشرط الجزائي، ولكن يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الحكم، وتحمل المدين تبعة الحادث الأجنبي .
- 8- إغذار المدين
- 9- الإغذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي في الأحوال التي يجب فيها، فإذا لم يقدّم الدائن بإغذار المدين لا يستحق التعويض فلا يكون للشرط الجزائي محل .

تخفيض مبلغ التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي^(٧٤)

يتبين من المادة 221/2 أنه يجوز للقاضي أن يخفض المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي في حالتين:

الأولى: إذا اثبت المدين أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة .

وقد بررت محكمة الاستئناف هذا الحكم بأن الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه، يكون الطرفان على علم بهذه المبالغة بل يكونان قد قصدا إليها، وجعلا الشرط الجزائي شرطاً تهديدياً لحمل المدين على عدم الإخلال بالتزامه، ومؤدى ذلك أن الشرط الجزائي المبالغ فيه ينطوي في الواقع من الأمر على عقوبة فرضها الدائن على المدين فيكون باطلاً، ويعمد القاضي عند ذلك إلى تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة .

الثانية: إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه:

يخفض القاضي الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه ، إذا كان الشرط الجزائي قد وضع لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلاً .

وتنص الفقرة الثانية من المادة 224 على أن شرط وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، وجواز تخفيض مبلغ الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه، أو نفذ المدين جزءاً من الالتزام الأصلي، تعتبر من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها .

زيادة مبلغ التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي

تبين المادة 225 أحكام التعويض المقدّر في الشرط الجزائي إذا كان أقل من الضرر، فإنه يكون هو

المستحق، وليس للدائن المطالبة بأكثر منه إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، فإنه يجوز للقاضي أن يزيد مقدار التعويض .

الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني

تنص المادة 364 على الآتي :

1- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون .

2- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال، وبناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك .

الفقرة الأولى من المادة الأردنية متفقة مع المادة 223 من القانون المصري، غير أن الأردني استعمل كلمة الضمان بدلاً عن التعويض .

أما الفقرة الثانية من المادة الأردنية فتختلف عما ورد في القانون المصري في أنها تجيز للمحكمة في جميع الحالات بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، وتعتبر كل اتفاق مخالف لهذا باطلاً، وقد رأينا القانون المصري لا يجيز التعديل بالزيادة إلا إذا أثبت المدين أن الدائن ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، ولا يجيز التعديل بالنقصان إلا في حالتين: إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه^(٤٧٥) .

حكم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي^(٤٧٦)

لا نتوقع وجود نص في القرآن أو السنة أو قول لصحابي أو فقيه من المتقدمين في حكم الشرط الجزائي الذي بينا حقيقته في القانون على الوجه السابق، ولكن هل يوجد شبيه للشرط الجزائي فيه نص يمكن أن يقاس عليه الشرط الجزائي؟ هذا ما سأحاول البحث عنه .

الشرط الجزائي شبيه بالعربون

أول ما يتبادر إلى الذهن أن الشرط الجزائي يشبه العربون، ويمكن قياسه عليه، فما هو العربون؟ العربون يكون في البيع عادة، وقد يكون في غيره، وهو في البيع:

٤٧٥ 1- انظر المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني 1/403 .

٤٧٦ 2- يقسم الفقهاء الشروط باعتبار مصدرها إلى نوعين:

الأول: الشرط الشرعي وهو الشرط الذي يفرضه الشرع، ويعرفه الفقهاء والأصوليون بأنه (كل أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً، وهو خارج عن ماهيته:) المدخل الفقهي العام ص326) مثاله: أهلية العاقد فهي شرط شرعي لصحة كل عقد .

والثاني: الشرط الجعلي: وهو الشرط الذي ينشئه العاقدان بإرادتهما مقترناً بالعقد تحقيقاً لمصلحة العقد أو مصلحة أحدهما . والشرط الجزائي من هذه الشروط الجعلية . وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في هذه الشروط الجعلية من حيث أصل جواز اشتراطها وعدمه، والجمهور الذين أجازوا اشتراطها اختلفوا في تحديد ما يجوز اشتراطه منها وما لا يجوز، وسأبين هذا الاختلاف باختصار، وأبين ما أرجح الأخذ به (انظر ص 125 و 126 و 127) .

أن يشتري الرجل السلعة، ويدفع للبائع مبالغاً من المال على أنه إن أخذ السلعة يكون ذلك المبلغ محسوباً من الثمن، وإن تركها فالمبلغ للبائع. وهذا التفسير للعربون اتفق عليه جميع الفقهاء^(٤٧٧). وتكييف عقد البيع مع دفع العربون كما يتبين من التعريف، هو أنه عقد يثبت فيه الخيار للمشتري في إمضاء العقد أو تركه، فإذا امضى المشتري العقد كان العربون جزءاً من الثمن، وإذا رد العقد فقد العربون، فهو خيار شرط يقابله شيء من المال في حال الرد. وهذا الخيار للمشتري فقط، أما البائع فإن العقد لازم بالنسبة له لا يستطيع رده، كما يتبين أيضاً أنه خيار غير محدد بمدة.

ووجه الشبه بين الشرط الجزائي والعربون، هو أن كلا منهما تقدير للتعويض، فالشرط الجزائي تقدير للتعويض في حالة الإخلال بالعقد، والعربون تقدير للتعويض في حالة العدول عن العقد، ولكن هناك فروق بينهما هي:

- 1- العربون هو المقابل لحق عدول المشتري عن العقد، أما الشرط الجزائي فهو تقدير للتعويض عن الضرر الذي يخلق الدائن بسبب عدم تنفيذ المدين للعقد.
- 2- الالتزام بدفع العربون عند عدول المشتري قائم ولو لم يترتب على العدول ضرر، لأنه مقابل العدول، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر على الدائن، لأنه تقدير للتعويض عن الضرر.

3- العربون لا يجوز تعديله من القاضي، والشرط الجزائي يجوز تخفيضه وزيادته كما رأينا^(٤٧٨).

- 4- في بيع العربون المشتري مخير بين تنفيذ العقد وترك العربون، أما في العقد الذي فيه شرط جزائي فلا خيار للمدين، وعليه أن ينفذ التزامه الأصلي ما دام ممكناً^(٤٧٩).

هذا وقد ورد في البحث المعد من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ما يلي:

«يمكن أن يقال بأن الشرط الجزائي يشبه بيع العربون في أن كلا منهما شرط يوجب على من أخل بالشرط عقوبة مالية يجري تعيينها قبل حصول ذلك»^(٤٨٠). هذا القول إذا صح بالنسبة للعربون فإنه لا يصح بالنسبة للشرط الجزائي، لأن الشرط الجزائي الذي نتحدث عنه ليس عقوبة، وإنما هو تقدير اتفاقي للتعويض^(٤٨١) فإذا اعتبرنا العربون عقوبة ينتفي وجه

٤٧٧- انظر نصوص الفقهاء في كتاب الغرر وأثره في العقود 122.

٤٧٨- انظر ص (115).

٤٧٩- انظر الوسيط 1/263 و 2 / 864 و 865.

٤٨٠- البحث مطبوع على الآلة الكاتبة ص 76.

٤٨١- انظر ص (111).

الشبه الذي ذكرناه في أول الكلام، ثم إن بيع العربون ليس فيه إخلال بالشرط، وإنما هو إعمال للخيار . ويرى الأستاذ مصطفى الزرقاء - رحمه الله - أن طريقة العربون هي أساس لطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار^(٤٨٢).

2- أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم

روي البخاري في صحيحه في باب ما يجوز من الشروط^(٤٨٣) وقال ابن عون عن ابن سيرين قال رجل لكرهه أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج ، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه^(٤٨٤).

أوردت اللجنة التي أعدت البحث لهيئة كبار العلماء هذا النص وقالت « فهذه المسألة صريحة في أنها من أنواع الشروط الجزائية^(٤٨٥) .

وقال الأستاذ مصطفى الزرقاء - رحمه الله - تعليقا على قول شريح: وهذا النوع من الاشتراط المروي عن القاضي شريح في ضمان التعويض عن التعطل والانتظار ما يسمى في الفقه الأجنبي الحديث: الشرط الجزائي^(٤٨٦).

وقال في موضع آخر:

والشرط الجزائي هذا يتخرج على مذهب القاضي شريح ، فقد روي عنه نظيره كما سلف^(٤٨٧) . ولا أرى وجه شبه بين هذه المسألة والشرط الجزائي يبرر قياسه عليها، وأوجه الاختلاف بينها وبين الشرط الجزائي هي أوجه الاختلاف بين العربون والشرط الجزائي، ثم إن حكم شريح في هذه المسألة خالفه فيه جمهور الفقهاء كما يقول ابن حجر^(٤٨٨)، وبيع العربون منعه جمهور الفقهاء أيضاً ، على أنه لا مانع من الاستئناس فقط بهاتين المسألتين، كما جاء في فتوى مجلس هيئة كبار العلماء .

٤٨٢ - المدخل الفقهي العام ص 535 ف 224 .

٤٨٣ - صحيح البخاري 3/217 المطبعة الميمنية

٤٨٤ - في الهامش: أرحل: شد على دوابك رجالها استعدادا للسفر .

٤٨٥ - البحث مطبوع على الآلة الكاتبة ص 79 .

٤٨٦ - المدخل الفقهي العام ص 536 ف 234 .

٤٨٧ - المصدر السابق ص 721 ف 391 .

٤٨٨ - فتح الباري 5/354 .

الشرط الجزائي شبيه بالرهن والكفيل

الشرط الذي هو من مصلحة العقد شرط صحيح يلزم الوفاء به، ومن أمثلته اشتراط الرهن والكفيل في عقد البيع .

وترى اللجنة التي أعدت البحث لهيئة كبار العلماء أن الشرط الجزائي من مصلحة العقد، لأنه حافز لمن شرط عليه أن ينجز لصاحب الشرط حقه، ومساعد له على الوفاء بشرطه، فكان شبيهاً باشتراط الرهن والكفيل في الوفاء لصاحب الشرط بشرطه، وإذن يصح الشرط ويلزم الوفاء به، فإن لم يف، وتعدر استدراك ما فات، تعين لمن اشترط شرطاً جزائياً الأرش، وقد اتفق عليه عند العقد بتراضيهما، وإن لم يتعدر الاستدراك فلصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد والأرش مع بقاءه^{٤٨٩}.

وجاء في قرار مجلس هيئة كبار العلماء «إنه ظهر لها أن الشرط الجزائي من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد، إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته^{٤٩٠}.

كون الشرط الجزائي من مصلحة العقد بالمعنى الوارد في البحث والقرار لا نزاع فيه، ولكن تشبيهه بالرهن والكفيل غير واضح، لأن الرهن ليس فيه تعويض عن ضرر، وما جاء في البحث من «إنه إن لم يتعدر الاستدراك فلصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد، والأرش مع بقاءه «غير وارد في الشرط الجزائي لأن صاحب الشرط الجزائي -الدائن- ليس له إلا الأرش -التعويض- ولا خيار له.

الشرط الجزائي معاملة مستحدثة

الذي أراه أن الشرط الجزائي الذي بينا حقيقته، والذي يجري عليه العمل في البلاد الإسلامية، هو معاملة مستحدثة، تحكمها قاعدة يكاد الفقهاء المعاصرون يجمعون على الأخذ بها هي:
الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطالها، نصاً أو قياساً.

هذه العبارة لابن تيمية^{٤٩١} ولكن القاعدة معروفة قبل ابن تيمية ذكرها ابن حزم، وذكر القاعدة المخالفة لها فقال:

أما العقود والعهود والشروط والوعد فإن أصل الاختلاف فيها على قولين لا يخرج الحق عن أحدهما، وما عداهما فتخليط ومناقضات لا يستقر لقائلها قول على حقيقة^{٤٩٢}، فأحد القولين المذكورين:

٤٨٩ -3 بحث اللجنة على الآلة الكاتبة 73 .

٤٩٠ -4 القرار رقم 25 تاريخ 21/8/1394 .

٤٩١ -5 القواعد النورانية الفقهية 192 لابن تيمية المتوفى 728هـ .

٤٩٢ -6 يشير بهذا إلى آراء المذاهب الأربعة .

أنها كلها لازم حق إلا ما أبطله منها نص، والثاني: أنها كلها باطل غير لازم إلا ما أوجبه منها نص،
أو ما أباحه منها نص^(٤٩٣).

ثم ذكر ابن حزم القول الأول، ورده عليه، ولكنه لم ينسب هذا القول إلى أحد^(٤٩٤)، وقد وجدت عبارة
لأبي بكر الجصاص تدل على أنه يؤيد القول الأول، هي قوله في تفسيره لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ
آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} [المائدة: 1].

واقترضى قوله تعالى «أوفوا بالعقود» الوفاء بعقود البياعات والإيجارات والنكاحات وجميع ما يتناولها اسم
العقد، فمتى اختلفنا في جواز عقد وفساده صح الاحتجاج بقوله تعالى «أوفوا بالعقود»، لاقتضاء عموم
جواز جميعها من الكفالات والإيجارات والبيوع وغيرها..... وقوله «والمسلمون عند شروطهم»
في معنى قوله الله تعالى «أوفوا بالعقود» وهو عموم في إيجاب الوفاء بجميع ما يشترطه الإنسان على
نفسه ما لم تقم دلالة تخصصه^(٤٩٥).

وقد عرف الجصاص العقد بأنه «ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على
وجه إلزامه إياه..... ثم قال: فكل شرط شرطه الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل
فهو عقد^(٤٩٦)».

وابن تيمية يوافق ابن حزم في تقسيم الشروط إلى قسمين حيث يقول:

القاعدة الثالثة في العقود والشروط، فيما يحل منها ويحرم، وما يصح منها ويفسد:

ومسائل هذه القاعدة كثيرة جداً، والذي يمكن ضبطه فيها قولان: أحدهما: أن يقال الأصل في العقود
والشروط فيها ونحو ذلك الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته، فهذا قول أهل الظاهر، وكثير من أصول
أبي حنيفة ينبني على هذا، وكثير من أصول الشافعي، وطائفة من أصول أصحاب مالك وأحمد...،
والقول الثاني أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع
على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً... وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها تجرى على هذا القول،
ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط

منه^(٤٩٧).

٤٩٣ - 7- الأحكام في أصول الأحكام 5/6 وما بعدها لابن حزم المتوفى 456.

٤٩٤ - 8- المصدر السابق 5/12.

٤٩٥ - 1- أحكام القرآن 2/362 للجصاص المتوفى 370.

٤٩٦ - 2- المصدر السابق 2/360.

٤٩٧ - 3- القواعد النوارنية الفقهية 184 وما بعدها وانظر أيضاً كتاب الغرر وإثره في العقود ص 30 وما بعدها.

هل يوجد دليل على تحريم الشرط الجزائي؟

إن اعتبار الشرط الجزائي شرطاً مستحدثاً، وتطبيق قاعدة «الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، نصاً أو قياساً، يوجب علينا أن نبحث فيما إذا كان هنالك دليل على تحريم الشرط الجزائي نصاً أو قياساً، فهل يوجد هذا الدليل؟

1/ قوله في قصة بريرة: ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن اشترط مائة شرط.

وفى بعض الروايات زيادة: شرط الله أحق وأوثق^(٤٩٨).

قال ابن حزم بعدما ذكر هذا الحديث:

«فهذا الأثر كالشمس صفة وبياناً يرفع الأشكال كله»^(٤٩٩).

وليس الأمر كما قال ابن حزم، لأن «ليس في كتاب الله» المراد به ما خالف كتاب الله وليس المراد أن كل شرط لم ينطق به الكتاب يبطل»^(٥٠٠).

2/ حديث النهي عن بيع وشرط

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عند جده قال: نهى رسول الله عن بيع وشرط.

هذا الحديث رواه عبد الحق في أحكامه، وقال ابن عرفة: لا أعرف هذا الحديث إلا من طريق عبد الحق^(٥٠١) وقال ابن رشد: روي عن أبي حنيفة أنه روى أن رسول الله نهى عن بيع وشرط^(٥٠٢).

وقال ابن قدامة المقدسي: حديث النهي عن بيع وشرط ليس له أصل، وقد أنكره أحمد، ولا نعرفه مروباً في مسند، فلا يعول عليه^(٥٠٣) وقال ابن تيمية: الحديث ذكره جماعة من المصنفين في الفقه، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وإن الأحاديث الصحيحة تعارضه^(٥٠٤).

هذا وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في العمل بهذا الحديث، فأخذ به الحنفية والشافعية في الجملة، ولم

٤٩٨ -4- صحيح البخاري مع فتح الباري 5/353 و 187 و 190 .

٤٩٩ -5- المحلي 8/477 مطبعة الأمام .

٥٠٠ -6- فتح الباري 5/188 وانظر كتاب الغرور وأثره في العقود 37 .

٥٠١ -7- الحطاب 4/373 .

٥٠٢ -8- بداية المجتهد 2/16 .

٥٠٣ -9- الشرح الكبير على المقنع 4/53 .

٥٠٤ -1- القواعد النورانية الفقهية 187 .

يأخذ به الحنابلة، وأخذ به المالكية في موضوعين: أحدهما: الشرط الذي يناقض مقتضى العقد، والثاني: الشرط الذي يعود بخلل في الثمن^(٥٥).

3/الضرر الذي يعرض عنه في الشرط الجزائي

قلنا إن الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض عن الضرر الذي لحق بالدائن، فما حكم التعويض عن الضرر؟ وما الضرر الذي يعرض عنه؟

لا خلاف بين الفقه والقانون في جواز التعويض عن الضرر، سواء كان في المسؤولية التقصيرية -

الفعل الضار - أو في المسؤولية العقدية - العقد^(٥٦) وإنما الخلاف في نوع الضرر الذي يعرض عنه: ففي القانون يعرض عن الضرر المالي، والضرر الأدبي، وما لحق الدائن من خسارة، وما فاتته من كسب^(٥٧).

ويوافق الفقه القانون في التعويض عن الضرر المالي، فلا خلاف بين الفقهاء المتقدمين والمعاصرين في جوازه.

أما التعويض عن الضرر الأدبي، فإن الفقهاء المتقدمين لم يتعرضوا له بالاسم، واختلف فيه الفقهاء المعاصرون اختلافاً كبيراً.

فالأستاذ علي الخفيف - رحمه الله - يقول: إن عدم قيام الملتزم بالتزامه يستلزم شرعاً إلزامه وإجباره عليه، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزيز إلى أن يمتثل، أما إلزامه بمال على وجه التعويض عما أحدثه بامتناعه من ضرر لا يتمثل في فقدان مال، فلا تبيحه القواعد الفقهية، والأصول الشرعية التي تقضي بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعاً، أو في مقابلة مال أخذ أو تلف، وإلا كان أكلاً له بالباطل، وعلى ذلك يكون أخذه تعويضاً عن ضرر لم يترتب عليه تلف لمال غير جائز شرعاً لأن أساس التعويض في نظر الفقهاء هو مقابلة المال بالمال، فإذا قوبل المال بغير مال كان أكلاً للمال بالباطل^(٥٨).

ويقول أيضاً: أن وجوب التضمين بالمال إنما يكون في ضرر مالي أصاب المضرور، وذلك بتلف بعض ماله، أو نقص قيمته بفعل ضار، أما الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال كان قائماً، فلا يرى الفقهاء فيه تعويضاً^(٥٩).

فالأستاذ علي الخفيف يمنع التعويض عن الضرر الأدبي، ويمنع التعويض أيضاً عما فات المضرور من

٥٥- المبسوط 13/13 والمهذب 1/268 والشرح الكبير على المقتع 4/49 وبداية المجتهد 2/16 والخطاب 4/373، وانظر كتاب الغرر وأثره في العقود 114-117.

٥٦- يرى الأستاذ علي الخفيف أن ضمان العقد الذي يعرفه الفقهاء غير المسؤولية العقدية في اصطلاح فقهاء التشريع الوضعي - الضمان في الفقه الإسلامي 1/20.

٥٧- تنص المادة 222 من القانون المصري على الآتي: يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً.... وتنص المادة 221 على الآتي ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاتته من كسب.

٥٨- الضمان في الفقه الإسلامي 21.

٥٩- المصدر السابق 18 وانظر أيضاً ص46.

كسب، ويجيز فقط التعويض عن الضرر المالي القائم فعلاً، فلو أخذنا برأيه هذا فإننا نقفل باب الشرط الجزائي، لأن التعويض فيه يكون غالباً عما فات المضرور من كسب .
ويوافق الأستاذ مصطفى الزرقاء - رحمه الله - الأستاذ على الخفيف في منع التعويض عن الضرر الأدبي، ولكنه يجيز التعويض عما فات المضرور من كسب، ويشترط في الكسب الذي يعوض عن فواته «أن يكون أكيدا لا شك فيه، أما المأمول الاحتمالي فلا»^{٥١٠}.

ويقول عن التعويض عن الضرر الأدبي:

«الحكم بالتعويض المالي عن الضرر الأدبي حكم مستحدث، ليس له نظائر في الفقه الإسلامي... والأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الاضرار الأدبي إنما هو التعزير الزاجر، وليس التعويض المالي، إذ لا تعد الشريعة شرف الإنسان وسمعته مالاً متقوماً يعوض بمال آخر إذا اعتدي عليه..... وخلاصة القول إننا لا نرى مبرراً استصلاحياً لمعالجة الإضرار الأدبي بالتعويض المالي، ما دامت الشريعة قد فتحت مجاًلاً واسعاً لقمعه بالزواج التعزيرية»^{٥١١}.
وينص القانون المدني الأردني على جواز التعويض عن الضرر الأدبي، والتعويض عما فات من كسب^{٥١٢} موافقاً في هذا القانون المصري، ويوافق قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م (السوداني)^{٥١٣} ومشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد^{٥١٤} القانون المدني الأردني، وهذه القوانين الثلاثة مستمدة من الفقه الإسلامي، وقد حاول واضعو المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني إن يُصلوا التعويض عن الضرر الأدبي من الفقه الإسلامي فلم يوفقوا في نظري^{٥١٥}.

هذا ومما تجدر الإشارة إليه أن هذه القوانين أوردت المواد الخاصة بالتعويض عن الضرر الأدبي، والتعويض عما فات من كسب، في الكلام عن المسؤولية التقصيرية - الفعل الضار ولم - توردها في الكلام عن المسؤولية العقدية - العقد - ولكن التعويض عن الضرر الأدبي يجوز في كل من المسئوليتين: التقصيرية والعقدية، ولكن حصوله نادر في المسؤولية العقدية، كما يقول السنهاوري^{٥١٦}.

٥١٠ -7- الفعل الضار 118-وازن هذا مع جاء في ص118 و 119 .

٥١١ -1- المصدر السابق 121 و 124 .

٥١٢ -2- المادة (267) و (266) .

٥١٣ -3- المادة (153) و (152) .

٥١٤ -4- المادة (271) و (270) .

٥١٥ -5- انظر تعليلي على المادة (153) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م (السوداني) الملحق رقم (3) .

٥١٦ -6- الوسيط 1/680 و 683 .

العقود التي يجوز فيها اشتراط الشرط الجزائي،

والعقود التي لا يجوز فيها اشتراطه

أولاً: عقود أجاز مجمع الفقه الإسلامي اشتراط الشرط الجزائي فيها:

1/ عقد الاستصناع:

أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7 إلى 12 ذو العقدة 1412 هـ - 9-14 مايو 1992م القرار رقم 67/3/7 بشأن عقد الاستصناع، وقد جاء فيه:

4/ يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة^{٥١٧}.

عقد الاستصناع هذا يقابل عقد المقاولة في القوانين الوضعية عندما تكون المادة والعمل من المقاول، ويطابقه تماماً على الرأي القائل أن عقد الاستصناع عقد ملزم للطرفين، وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي^{٥١٨}.

هذا القرار يجيز اشتراط الشرط الجزائي في عقد الاستصناع، ويلزم المتعاقدين بتنفيذ ما اتفقا عليه، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة تمنع تنفيذ العقد.

ويلحظ أن القرار يضع شرطاً واحداً لاستحقاق الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد، هو ألا تكون هناك ظروف قاهرة^{٥١٩} تمنع تنفيذ العقد الأصلي، وهذا الشرط يقابل شرط وجود الخطأ من المدين الذي يشترطه القانون لاستحقاق الشرط الجزائي، ولكن القرار لم يشر إلى باقي الشروط التي يشترطها القانون، والتي أوردناها في بياننا لحقيقة الشرط الجزائي^{٥٢٠} فهل يفهم من هذا أن القرار لا يشترط حدوث ضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، ويحكم بالتعويض المتفق عليه في العقد ، ولو لم يصب الدائن ضرر؟

ينبغي ألا يفهم هذا من القرار، لأن القرار لم يصدر بناء على دراسة للشرط الجزائي، وإنما جاء ذكر الشرط الجزائي عرضاً في بعض البحوث عن عقد الاستصناع، والقرار لم يقصد منه بيان أحكام الشرط الجزائي، وإنما قصد منه جواز اشتراطه في عقد الاستصناع بصفة عامة.

ويلحظ أيضاً أن القرار لم يفرق بين ما إذا كان الشرط الجزائي على الصانع إذا أخل بالتزامه، أو على المستصنع إذا أخل بالتزامه في دفع الثمن في موعده، والواجب التفرقة بينهما، لأن الشرط الجزائي يجوز اشتراطه على الصانع، ولا يجوز اشتراطه على المستصنع، لأن اشتراطه على المستصنع إذا

٥١٧- مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع - الجزء الثاني 778.

٥١٨- المصدر السابق 777.

٥١٩- الظروف القاهرة هي المعبر عنها في القانون بالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي الوسيط 1/876.

٥٢٠- انظر ص 112 و 113.

تأخر في الدفع ربا محرم^{٥٢١}.

هذا وقد جاء في بعض البحوث المقدمة لمجمع الفقه الإسلامي عن الشرط الجزائي في عقد الاستصناع ما يلي:

وكذلك لو اشترط أحد العاقدين فرض غرامة مالية على الآخر في عقد الاستصناع إن تأخر الصانع في إكمال العمل المستصنع في وقته، أو تأخر المستصنع في دفع المال إليه، وترتب على التأخير ضرر، فإن للمتضرر الحق في التعويض بقدر ضرره^{٥٢٢}.

هذا خطأ، لأن الشرط الجزائي يجوز اشتراطه في حالة تأخر الصانع، ولا يجوز اشتراطه في حالة تأخر المستصنع، في السداد، لأن هذا ربا محرم كما قلنا.

2/ عقد البيع بالتقسيط

أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 هـ - 20-14 (مارس) 1990م القرار رقم 53/2/6 بشأن البيع بالتقسيط جاء فيه:

5- يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالآجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء

بعضها، ما دام المدين قد رضى بهذا الشرط عند التعاقد^{٥٢٣}.

وجاء أيضاً في القرار رقم 66/2/7 بشأن البيع بالتقسيط الصادر في دورة المؤتمر السابع بجدة من 7-12 ذي القعدة 1418 هـ - 9-14 مايو 1992م ما يلي:

5- يجوز اتفاق المتدينين على حلول سائر الأقساط عند امتناع المدين عن وفاء أي قسط من الأقساط المستحقة عليه، ما لم يكن معسراً.

6- إذا اعتبر الدين حالاً لموت المدين، أو إفلاسه، أو مماطلته، فيجوز في جميع هذه الحالات الحط

منه للتعجيل بالتراضي^{٥٢٤}.

هذا المثال من أمثلة الشرط الجزائي المنصوص عليها في القانون^{٥٢٥}

فالشرط الجزائي الأصل فيه أن يكون مبلغاً من النقود، ولكن يصح أن يكون شيئاً أو عملاً أو

٥٢١ - انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي في ص 133 من هذا البحث.

٥٢٢ - مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع الجزء الثاني ص 366.

٥٢٣ - مجلة الفقه الإسلامي العدد السادس الجزء الأول ص 36.

٥٢٤ - المصدر السابق العدد السابع الجزء الثاني 218.

٥٢٥ - انظر ص (111).

إمتناعاً.....^{٥٢٦}.

يلحظ أن المجمع أصدر في الشرط الجزائي في البيع بالتقسيط قرارين في الدورتين اللتين بحث فيهما عقد البيع بالتقسيط، والقراران يتفقان في جواز الشرط الجزائي في عقد البيع بالتقسيط، ولكنهما يختلفان في الآتي:

1/ القرار الأول نص على أن الاشتراط يكون في حالة البيع بالآجل، أما القرار الثاني فعبر (باتفاق المتدائنين)، وهذا التعبير يشمل دين البيع كما يشمل دين القرض، وهذا يعني أن المجمع أجاز هذا الشرط الجزائي في القرض، إذا كان أدائه مقسطاً.

2/ القرار الأول عبر «بتأخر المدين» والقرار الثاني عبر «بامتناع المدين».

3/ استثنى القرار الثاني من تطبيق الشرط الجزائي حالة إفسار المدين، ولم يتعرض لها القرار الأول. هذا الشرط الجزائي من الشروط المعروفة عندنا في السودان التي تشترطها البنوك في حالة البيع بالتقسيط، وفي بيع المرابحة للأمر بالشراء، لأن الثمن فيه يكون دائماً إما مؤجلاً أو مقسطاً.

4/ زاد القرار الثاني فقرة بين فيها ما يدفعه المدين المماطل الذي حكم عليه بحلول الأقساط الباقية بناء على الشرط الجزائي، هل يدفعها كاملة، أم يحط عنه منها للتعجيل؟

بين القرار «إنه يجوز في هذه الحالة الحط من المبلغ للتعجيل بالتراضي»، وهذا الحكم غير كاف في نظري، وكان الأولى أن يكون القرار باتاً في الحكم بالحط للتعجيل، أو عدمه، لا أن يترك الأمر لتراضي الطرفين^{٥٢٧}.

ثانياً: عقود منع مجمع الفقه الإسلامي اشتراط الشرط الجزائي فيها.

1- عقد البيع بالتقسيط:

أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 هـ - 14-20 آذار (مارس) 1990م القرار رقم 53/2/6 بشأن البيع بالتقسيط جاء فيه:

3- إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد، فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين، بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم.

4- يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعاً

اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء^{٥٢٨}.

هذا القرار يمنع الشرط الجزائي في حالة تأخر المدين عن الأداء سواء كان الدين دين قرض أم

٥٢٦ - الوسيط 2/855 هامش.

٥٢٧ 1- انظر بحث الدكتور رفيق المصري في مجلة الفقه الإسلامي العدد السابع الجزء الثاني ص 92 و 93.

٥٢٨ 2- مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس الجزء الأول ص 447 و 448.

دين بيع، لأن هذا ربا محرم.

ويفهم من هذا القرار والقرار السابق أن العقد الواحد يجوز أن يشترط فيه الشرط الجزائي من جهة، ولا يجوز اشتراطه فيه من جهة أخرى، وهذا الحكم ينطبق أيضاً على عقد الاستصناع.

2- عقد السلم:

أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من 6-1 ذي العقدة 1415هـ - 1-6 نيسان (أبريل) 1995م القرار رقم 85/2/9 بشأن السلم وتطبيقاته المعاصرة جاء فيه:

ز- لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه، لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير^{٥٢٩}.

قرار مجلس هيئة كبار العلماء

أصدر مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية القرار رقم 25 بتاريخ 21/8/1394هـ الذي ينص على الآتي:

«إن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر، يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول، وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة، أو لحق من ضرر، ويرجع في تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر^{٥٣٠}.

يتضمن هذا القرار عدداً من الأحكام هي:

1- الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح يلزم الوفاء به. هذا حكم عام يجوز اشتراط الشرط الجزائي المعمول به في البلاد العربية والبلاد الإسلامية الذي بينا حقيقته في أول بحثنا.

2- استثنى القرار من لزوم الوفاء بالشرط الجزائي الحالة التي يوجد فيها عذر معتبر شرعاً للإخلال بالالتزام في العقد الأصلي.

هذا الاستثناء متفق في الجملة مع الاستثناء الذي ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 67/3/7 بشأن الشرط الجزائي في عقد الاستصناع^{٥٣١} ومتفق أيضاً مع ما يشترطه القانون المصري لاستحقاق

٥٢٩ 3- مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد التاسع ج 1 ص 271 .

٥٣٠ 4- انظر القرار مع مقدمته في الملحق رقم 4 .

٥٣١ 1- راجع ص 128 .

الشرط الجزائي^(٥٣٢).

3- استثنى القرار أيضاً الحالة التي يكون فيها الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي..... فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو

لحق من ضرر. هذا الحكم معمول به في القانون، وقد سبق بيانه^(٥٣٣).

4- جواز التعويض عما فات من منفعة.

هذا الحكم يتفق في الجملة مع ما يقرره القانون المصري من أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب^(٥٣٤).

5- جواز التعويض عما لحق من ضرر.

هذا متفق مع القانون من حيث المبدأ، ولكن القانون نص على أنه يعرض عن الضرر المالي والضرر الأدبي، ولم يتعرض القرار لهذه المسألة، فيرجع فيها إلى الفقه الإسلامي، وقد بينا عدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي^(٥٣٥).

بقيت مسألة هامة يجب التنبيه إليها هي أن القرار نص في أوله على «أن الشرط الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به،...» «والعقود» لفظ عام يشمل كل عقد، فلو أخذنا بظاهره لجوزنا الشرط الجزائي في كل عقد، وهذا غير مراد قطعاً من النص، لأن من العقود ما لا يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيه باتفاق الفقهاء، فعقد القرض لا يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيه عن التأخير في السداد، لأن هذا ربا صريح، وكذلك اشتراطه في التأخير عن سداد جميع الديون أياً كان سببها، ولو كان التأخير مماثلة من المدين^(٥٣٦) واستدلال بعض العلماء بقرار مجلس هيئة كبار العلماء على جواز وضع شرط جزائي يلزم المدين المماطل بدفع مبلغ من المال في حال المماثلة استدلال في غير محله، لأنه ليس في القرار نص في هذه المسألة، وفهمها من العموم الذي في كلمة العقود غير سليم، لأنه يؤدي إلى جواز الربا^(٥٣٧).

ضوابط العقود التي يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيها

والعقود التي لا يجوز اشتراطه فيها

استطيع مما ذكرته ومن غيره أن أستخلص ضابطاً للعقود التي يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيها هو:

٥٣٢ -2 راجع ص 112 و 113 .

٥٣٣ -3 راجع ص 114 .

٥٣٤ -4 المادة 221 والوسيط 1/910 .

٥٣٥ -5 راجع ص 127 .

٥٣٦ -6 انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي في ص (132) .

٥٣٧ -7 انظر بحث الشيخ عبد الله بن المنيع عن (مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته) ص5 و 10 مطبوع على الآلة الكاتبة .

يجوز اشتراط الشرط الجزائي في جميع العقود ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً .
والعقود التي يكون الالتزام فيها ديناً ثلاثة هي: القرض، والبيع بثمن مؤجل، وعقد السلم .
ففي عقد القرض لا يجوز أن يشترط الدائن على المدين شرطاً جزائياً بدفع مبلغ من المال في حالة تأخره في السداد .
وفي عقد البيع بثمن مؤجل أو مقسط لا يجوز أيضاً أن يشترط البائع على المشتري شرطاً جزائياً بدفع مبلغ من المال في حالة تأخره عن الدفع في الأجل .
وكذلك لا يجوز في عقد السلم أن يشترط رب السلم على المسلم إليه شرطاً جزائياً بدفع مبلغ من المال في حالة تأخره عن تسليم المسلم فيه في الأجل .
وذلك لأن هذا الشرط يؤدي في الحالات الثلاث إلى الربا، ولا يتصور في هذه العقود الثلاثة اشتراط شرط جزائي في حالة عدم التنفيذ .

ويجوز اشتراط الشرط الجزائي في سائر العقود الأخرى، سواء أكان اشتراطه في حالة عدم التنفيذ، أم في حالة التأخير في التنفيذ، فيجوز اشتراطه في عقد الاستصناع على الصانع إذا لم ينفذ ما التزم بصنعه، كما يجوز اشتراطه عليه إذا تأخر في التنفيذ، حسب قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي بلزوم عقد الاستصناع، ولا يجوز اشتراط الشرط الجزائي على المستصنع إذا تأخر في دفع المال الذي عليه في موعده، لأن المستصنع مدين^{٥٣٨} .

ومثل الاستصناع عقد المقاوله كما تقدم^{٥٣٩} .
وعقد المقاوله وعقد التوريد هما العقدان اللذان يكثر فيهما اشتراط الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ، وفي حالة التأخير في التنفيذ، ولا خلاف بين الفقهاء المعاصرين في جواز الشرط الجزائي فيهما في حالة عدم التنفيذ، ولكن بعض الباحثين نازع في جواز الشرط الجزائي فيهما في حالة التأخير في التنفيذ .
يقول الدكتور رفيق المصري في بحثه عن «مناقصات العقود الإدارية، عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة» 2-18 رأينا في الشرط الجزائي: التمييز بين التخلف والتأخير .

1- وعلى هذا فإن الرأي في الشرط الجزائي إن كان لعدم التنفيذ فهو جائز، ويأخذ حكم العربون^{٥٤٠} .

2- وإن كان اشتراط الشرط الجزائي لأجل التأخير في التنفيذ فإنه غير جائز، لأنه يكون في حكم ربا النسيئة والله أعلم .

٥٣٨ 1- انظر ص 130 .

٥٣٩ 2- انظر ص 128 .

٥٤٠ 3- الشرط الجزائي لا يأخذ حكم العربون لافقها ولا قانونا . انظر ص 116 .

وبهذا نكون قد ميزنا في الشرط الجزائي بين التخلف (عدم التنفيذ والتأخير، وبهذا تمتنع غرامات التأخير في عقد التوريد)^{٥٤١}.

ويؤيد الدكتور رفيق رأيه هذا بقوله:

«إذا اعتبرنا أن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام (الدين) فإن في غرامة التأخير شبهة ربا النسيئة: تقضى أو تربي»^{٥٤٢}.

ووافق الدكتور رفيقاً كل من الشيخ حسن الجواهري^{٥٤٣}، والدكتور على محي الدين القره داغي^{٥٤٤}، ولست معهم في هذا الرأي، لأن ما استدل به الدكتور رفيق غير مقبول عندي، واستدلال رفيق هو: «أن المبيع المستحق في أجل محدد ضرب من الالتزام (الدين)».

أقول: كون المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام لا خلاف فيه، وأما كون هذا الالتزام مساوياً للدين فغير مسلم، لأن الالتزام أعم من الدين فكل دين التزام، وليس كل التزام ديناً، والالتزام في عقد المقاوله ليس ديناً، وإنما هو التزام بأداء عمل، والمقاول قد يكون دائناً لا مديناً في كثير من الحالات فالبنوك العقارية تقوم ببناء المساكن مقاوله وتتقاضى المقابل على أقساط بعد تسليم المبنى، وكذلك يفعل كبار المقاولين.

والفرق كبير جداً بين التزام المقاول والمورد، والتزام المقترض والمشتري بثمن مؤجل والمسلم إليه، فالتزام هؤلاء الثلاثة دين حقيقي ثبت في ذمتهم وأخذوا مقابله، أما التزام المقاول والمورد فهو التزام بأداء عمل لا يستحقون مقابله إلا بعد أدائه، والله أعلم.

غرامات التأخير غير الشرط الجزائي

يخضع المتعاقد مع الدولة لغرامة تأخير لا تزيد في مجموعها على 4% من قيمة عقد التوريد، و10% من قيمة الأشغال العامة والصيانة، وقد تكون هذه الغرامة تصاعدية حسب مدة التأخير^{٥٤٥}.

يخط بعض الباحثين بين غرامات التأخير هذه، والشرط الجزائي فيعتبرهما شيئاً واحداً، وهذا غير صحيح فغرامات التأخير تفرضها الحكومة على المتعامل معها في المناقصات الحكومية، وهي أقرب إلى العقوبة المالية، أما الشرط الجزائي فهو تقدير اتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذي

٥٤١ -4- ويلحظ أن الدكتور رفيقاً لا يفرق بين غرامات التأخير والشرط الجزائي مجلة الفقه الإسلامي العدد التاسع الجزء الثاني 236 و 235.

٥٤٢ -5- المصدر السابق 232.

٥٤٣ -6- المصدر السابق 310.

٥٤٤ -7- المصدر السابق 327.

٥٤٥ -8- المصدر السابق ص 229.

ينشأ عن الإخلال بالعقد كما بينا، ولهذا يطلق عليه بعضهم^(٥٦) «التعويض الاتفاقي» وهذه التسمية أولى عندي من تسميته «الشرط الجزائي» ولكن الاصطلاح جرى واستقر على عبارة: الشرط الجزائي».

وبحثي هذا خاص بالشرط الجزائي - التعويض الاتفاقي - ولا يتناول غرامات التأخير.

الخاتمة والملخص، واقتراح مشروع قرار بشأن الشرط الجزائي

الشرط الجزائي المعمول به في البلاد العربية والبلاد الإسلامية هو تقدير اتفاقي للتعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو إذا تأخر في تنفيذ التزامه، يشترط عند العقد الأصلي، أو بعده، وقبل حدوث الضرر، فهو التزام تابع لعقد أصلي، ويكثر اشتراطه في عقد المقاولة وعقد التوريد.

ومصدر الشرط الجزائي القوانين الغربية، أخذه القانون المصري عن القانون الفرنسي، وادخل بعض التعديلات على أحكامه، وتبعت أكثر القوانين العربية القانون المصري.

بين القانون المصري أحكام الشرط الجزائي في المواد 223، 224، 225، وأهم هذه الأحكام أن الشرط الجزائي لا يستحق إلا إذا تحققت شروط استحقاق التعويض، وهي:

وجود ضرر يصيب الدائن، ووجود خطأ من المدين، ووجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وأضرار المدين.

وأخذت بالشرط الجزائي قوانين مستمدة من الفقه الإسلامي: منها القانون المدني الأردني، وقانون المعاملات المدنية لسنة 1984م (السوداني)، ومشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد مع اختلاف في بعض الأحكام.

وقد بحثت عن حكم هذا الشرط الجزائي فلم أجد دليلاً مباشراً على جوازه أو منعه، من قرآن أو سنة أو قول لصحابي أو فقيه من المتقدمين، كما لم أجد ما يمكن أن يقاس عليه قياساً سليماً من العقود الصحيحة، أو الفاسدة.

ولهذا اعتبرته من العقود المستحدثة التي تطبق عليها القاعدة التي اتفق المعاصرون على العمل بها وهي:

الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً، أو قياساً.

واستعرضت ما يشته به أن يكون مبطلاً للشرط الجزائي فلم أجد نصاً أو قياساً يبطله من أساسه، ولكن وجدت ما يبطل بعض أحكامه التي يجيزها القانون، مثال ذلك الضرر الذي يعرض عنه، وجدت القوانين تعوض عن الضرر المالي، والضرر الأدبي أو المعنوي، والفقه الإسلامي يعرض عن الضرر المالي،

٥٤٦ ١- الدكتور السنهوري في الوسيط 2/851، وما نسبته الدكتور رفيق المصري إلى الدكتور السنهوري من أنه ممن يعتبرون غرامات التأخير في مناقصات التوريد والمقاولة صورة من صور الشرط الجزائي لم أجده في المراجع التي أشار إليها (الوسيط ومصادر الحق) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد التاسع - الجزء الثاني - 231.

ولا يعوز عن الضرر الأدبي، ومثال آخر هو أن القانون يجيز الشرط الجزائي في جميع العقود، أما الفقه الإسلامي فلا يجيز الشرط الجزائي في العقود التي يكون الالتزام فيها ديناً، لأن اشتراطه فيها يؤدي إلى الربا.

وبناء على هذه الحقائق اقترحت مشروع القرار التالي بشأن الشرط الجزائي:

1- الشرط الجزائي هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له، عن الضرر الذي يلحقه، إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.

2- يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترناً بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق، قبل حدوث الضرر.

3- يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً.

4- الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي وما لحق المضرور من خسارة، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

5- لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

6- يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض، إذا وجدت مبرراً لذلك.

والله أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

ملحق رقم (1)

أولاً : قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م (السوداني) طريقة تقدير التعويض

154-(3) يجوز دائماً أن يتفق الأطراف على قيمة التعويض، ولا يكره شخص على التنازل عن حقه في التعويض.

153-(1) يشمل التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته أو عرضه أو في شرفه، أو في سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي يوجب مسؤولية المتعدي عن التعويض.

15- تقدر المحكمة التعويض بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب.....

ثانياً: مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد

316- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً مقدار التعويض بالنص عليه في العقد، أو في اتفاق لاحق، ويراعى في الحالين أحكام القانون، ولا سيما المواد 282-287.

318-(1) لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

(2) يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض إلى ما يساوي الضرر، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

(3) إذا جاوز الضرر مقدار التعويض الاتفاقي، نتيجة لغش أو خطأ جسيم من المدين، جاز للدائن أن يطالب بزيادة التعويض إلى القدر المساوي للضرر.

(4) يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرات السابقة.

270- يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق بالمضرور من ضرر، وما فاتته من كسب.....

371- يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه، أو شرفه، أو سمعته، أو مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسئولاً عن التعويض.

ملحق رقم (2)

ما عليه العمل في المملكة العربية السعودية

العمل في المملكة العربية السعودية لا يأخذ بالتعويض الاتفاقي للضرر - الشرط الجزائي - وإنما يفرض غرامة محددة في النظام على من أخل بالالتزام.

جاء في نظام المناقصات والمزايدات السعودية ص 107 ما يلي^(١٧٥). إذا تأخر المقاول عن إتمام العمل وتسليمه كاملاً في المواعيد المحددة، ولم تر اللجنة صاحبة المقولة داعياً لسحب العمل منه توقع عليه غرامة عن المدة التي يتأخر فيها إكمال العمل بعد الميعاد المحدد للتسليم إلى أن يتم الاستلام المؤقت دون حاجة إلى تنبيه للمقاول، ويكون توقيع الغرامة على المقاول كما يلي:

1% عن الأسبوع الأول .

1.5 % عن الأسبوع الثاني.

2% عن الأسبوع الثالث .

2.5% عما زاد عن ثلاثة أسابيع

3% عن أي مدة تزيد عن أربعة أسابيع .

تعليق على المادة (153) في قانون

المعاملات المدنية لسنة 1984م (السوداني) التي تنص على الآتي

135 (1) يشمل التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه، أو في شرفه، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي يوجب مسؤولية المتعدي عن التعويض.
هذه الفقرة من المادة مأخوذة من القانون الأردني المادة 267 (1) وهذا نصها:-
يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته، أو في عرضه، أو في شرفه، أو في سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي، يجعل المعتدي مسؤولاً عن الضمان.
والقانون الأردني أخذها من القانون العراقي المادة (205) وهي تقابل المادة (222) في القانون المصري .

جاء في أول الكلام في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة في القانون الأردني ما يلي:-

تتناول هذه المادة الضرر الأدبي وتقرر التعويض عنه، وقد استقر الرأي في العصر الحاضر على وجوب التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام، بعد أن زال ما خامر الأذهان من عوامل التردد في هذا الصدد، وقد عمدت بعض التقنيات القديمة، كالتقنين الهولندي، وغالبية ساحقة من التقنيات الحديثة إلى إقرار هذا الحكم في نصوص التشريع، وقد بلغ من أمر هذه النزعة أن أورد المشروع الفرنسي الإيطالي بعض أمثلة تطبيقية في هذا الشأن فنص في المادة (85) على ما يأتي:

«يجوز للقاضي بوجه خاص أن يحكم بتعويض المضرور عما يصيبه من ضرر في جسمه أو مساس بشرفه أو سمعته أو سمعة عائلته أو حرمة الشخصية، أو انتهاك حرمة مسكنه أو حرمة سر يحرس عليه، وله كذلك أن يحكم للأقارب والأصهار والأزواج بالتعويض عما يصيبهم من ألم عند موت المضرور».

واضح من هذا أن القانون الأردني متأثر بالقوانين الغربية في إقرار مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي، بل في بعض جزئياته، والذي أريد الحديث عنه هو المبدأ وليس الجزئيات.

تقرر المادة التعويض عن الضرر الأدبي، ويراد به في القانون الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله، وقد أرجعه الدكتور السنهاوري إلى أربعة أنواع:

(1) ضرر أدبي يصيب الجسم كالجروح والتلف الذي يصيب الجسم، والألم الذي ينجم من ذلك، وما قد يعقب من تشويه، كل هذا يكون ضرراً مادياً وأدبياً إذا نتج عنه إنفاق المال في العلاج، أو نقص في القدرة على الكسب العادي، ويكون ضرراً أدبياً فحسب إذا لم ينتج عنه ذلك.

(2) ضرر أدبي يصيب الشرف والاعتبار والعرض كالقذف والسب وهتك العرض الخ.

(3) ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور والحنان كإنتزاع الطفل من حضن أمه وخطفه والاعتداء على الأولاد والأم والزوجة الخ.

(4) ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له، كدخول شخص أرضاً

مملوكة لآخر بالرغم من معارضة المالك^{٥٤٨} كل هذه الأنواع من الضرر الأدبي يعوض عنها في القانون كما يعوض على الضرر المادي.

ويجوز التعويض عن الضرر الأدبي في كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية حسب نص هذه المادة^{٥٤٩}.

التعويض في الفقه الإسلامي يكون عن الضرر المالي الواقع فعلاً، ولا تقبل قواعد الفقه الإسلامي التعويض عن الضرر الأدبي على النحو الذي يقرره القانون^{٥٥٠}.

وإذا نظرنا إلى أمثلة الضرر الأدبي الواردة في القانون نجد بعضها جعل له الشارع عقوبة جنائية محددة كحد القذف، وبعضها فيه الجزاء المالي كما في الديات والأرش وحكومة العدل، وهذا النوع فيه

٥٤٨ - الوسيط للدكتور السنهاوري 1 : 864 .

٥٤٩ - انظر أمثلة الضرر الأدبي في المسئولية العقدية في الوسيط للدكتور السنهاوري 1 : 682 .

٥٥٠ - انظر الضمان في الفقه الإسلامي للأستاذ الخفيف 21 و 46 و 555 والولاية على المال والتعامل بالدين في الشريعة الإسلامية للأستاذ علي حسب الله 96 .

شبه التعويض وشبه العقوبة وهو إلى العقوبة أقرب .

وبعض الأمثلة ليس فيه جزاء ولا عقوبة محددة ولكن يجوز فيه التعزير بما يراه الحاكم (٥٥).

وقد حاول بعض الباحثين تأصيل التعويض عن الضرر الأدبي من الفقه الإسلامي، وساقوا لذلك بعض الأدلة:-

ومن ذلك ما ذهب إليه واضعو المذكرات الإيضاحية للقانون الأردني جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة 267:-

«وفي الفقه الإسلامي ما يفيد التعويض عن الضرر الأدبي:

ففي الفقه الحنفي جاء في مبسوط السرخسي (26-81):-

إنه روي عن محمد بن الحسن الشيباني في الجراحات التي تتدخل على وجه لا يبقى لها أثر أنه «تجب حكومة العدل بقدر ما لحقه من الألم».

وفي الفقه الزيدي جاء في البحر الزخار (5 : 280).

«ومن أصاب سنا فاضطربت انتظر برؤها المدة التي يقول أهل الخبرة تبرأ فيها، فإن سقطت فدية، وإن بقيت فحكومة... وفي الألم حكومة... وفي الإيلام... وفي السن الزائدة على العد حكومة إذ لا منفعة ولا جمال».

وفيه أيضاً ص 282: ولا شيء في قطع طرف الشعر إذ لا يؤثر في الجمال فإن أثر بأن أخذ النصف فما فوق فحكومة لما فيه من الزينة.

وفي فقه الشيعة جاء في شرائع الإسلام للحلي (القسم الرابع ص 226):

ولو أنبت الإنسان في موضع السن المقلوعة عظماً فنبت فقلعة قالع... أن فيه الأرض لأنه يستصحب ألماً وشيناً».

وفي المغنى الحنبلي (6: 624-623) وفي قطع حلمتي الثديين ديتهما.. وقال مالك والثوري: إن ذهب اللبن وجبت ديتهما وإلا وجبت حكومة بقدر شينه».

وظاهر من هذه النصوص أن الألم يعوض عنه كذا الشين وتقويت الجمال، وهذه كلها تنطوي على

أضرار أدبية لما يحدثه الفعل في نفس المضرور من ألم حسي أو نفسي» (٥٥) أهـ

وهذا الاستظهار غير ظاهر عندي، لأن هذه النصوص تدل على أن الجراحات التي تترك شيناً، أو تفوت جمالاً أو منفعة، أو تحدث ألماً فيها حكومة العدل.

وحكومة العدل، وإن كان فيها معنى التعويض فهي في الحقيقة عقوبة على الجاني كالدية، ويؤيد هذا أن

٥٥١ -4 انظر التعزير في الفقه الإسلامي للدكتور عبد العزيز عامر 28 و 111 و 123 و 124 و 136 والضمان للأستاذ الخفيف 210 وما بعدها.

٥٥٢ 1- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ص 298 و 299 وانظر نظرية الضمان للدكتور وهبة الدحيلي 280 ، ص 298 و 299 وانظر أيضاً نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي 28.

بعض فقهاء المالكية يوجب مع الحكومة أجرة الطبيب وثمان الدواء^{٥٥٣} وهذا هو التعويض عن الخسارة المالية التي تحملها المضرور.

ثم إن النصوص الفقهية التي تدل على منع التعويض في الضرر الأدبي أوضح من هذه النصوص التي استدلت بها واضعو المذكرات الإيضاحية على جوازه:

من ذلك ما أورده واضعوا المذكرات أنفسهم نقلاً عن المغني لابن قدامة (6: 655) وإن لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه، لأنه: لم ينقص به جمال ولا منفعة، ولم يكن له جمال ينقص فيها فلم يضمنه كما لو شتمه^{٥٥٤}.

وقد أورد واضعوا المذكرات الإيضاحية على ما استدلت به مانعو التعويض في الضرر الأدبي من أن «التعويض يقوم على إحلال مال محل مال فاقد مكافئ ليقوم مقامه ويسد مسده، أما الضرر الأدبي فلا

يتمثل في فقد مال كان موجوداً» ردوا على هذا الاستدلال بثلاثة ردود هذا نصها^{٥٥٥}:-

(1) السند في الباب هو حديث الرسول أنه «لا ضرر ولا ضرار» وهو نص عام فقصره على الضرر المادي تخصيص بغير مخصص.

ويرد على هذا بأن هذا النص عام في الضرر المنهي عنه الواجب رفعه وإزالته، وليس نصاً عاماً في الضرر الذي يجوز التعويض عنه بالمال، فكل ما يصدق عليه: لفظ الضرر منهي عنه بعموم هذا الحديث، وواجب دفعه أو إزالته، وبناءً على هذا الحديث وضع الفقهاء قاعدة «الضرر يدفع بقدر الإمكان^{٥٥٦}» وقاعدة الضرر يزال^{٥٥٧} وليس في الحديث ما يدل على أن التعويض المالي مشروع لإزالة كل ضرر، هذا فضلاً عن أن التعويض المالي لا يدفع الضرر الأدبي ولا يزيله.

(2) ليس المقصود بالتعويض مجرد إحلال مال محل مال، بل يدخل في الغرض منه المواساة إن لم تكن المماثلة ومن أظهر التطبيقات على ذلك الدية والأرش فليس أحدهما بدلاً عن مال ولا عما يقوم بمال. «ويرد على هذا ما قلناه سابقاً: من أن الدية ليست تعويضاً وإنما هي عقوبة من الشارع ومثلها الأرش.

(3) «إن القول بعدم التعويض عن الضرر الأدبي يفتح الباب على مصراعيه للمعتدين على أعراض

٥٥٣ -2- الدسوقي على الشرح الكبير 4 : 246 .

٥٥٤ -3- المذكرات الإيضاحية للقانون الأردني 1 : 299 .

٥٥٥ -4- المصدر السابق 299 : 1- 300 .

٥٥٦ -5- مجلة الأحكام العدلية القاعدة 31 .

٥٥٧ -6- المصدر السابق القاعدة 30 .

الناس وسمعتهم، وفي هذا من المفسدة الخاصة والعامة مما فيه ما يجعل من الواجب معالجته، ومن أسباب العلاج تقرير التعويض».

ويرد على هذا بأن هذه الحجة تكون مقبولة لو أن المانعين للتعويض المالي لم يعالجوا ما يترتب على الضرر الأدبي من مفسدة، ولكن الواقع أنهم عالجوا بعلاج أنجع من علاج القانون، وهو التعزير، ولناخذ مثلاً الضرر الأدبي الذي يصيب الشرف والاعتبار والعرض كالقذف والسب... فإن القانون يعالج ما لحق المضرور بالتعويض المالي، والفقه الإسلامي يعالجه بالحد. ثمانين جلدة أو التعزير بما يراه الحاكم، والعلاج الفقهي أشد ردةً للمفسدين من العلاج القانوني^{٥٥٨}.

وبناء على هذا فإنني لا أجد لمبدأ التعويض الأدبي على النحو الذي يقرره القانون أصلاً يعتمد عليه في الفقه الإسلامي.

.....

هـ/1394/8/21 بتاريخ 25 قرار رقم

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده محمد وآله وصحبه، وبعد: فبناء على ما تقرر في الدورة الرابعة لمجلس هيئة كبار العلماء المنعقدة في ما بين 28/10 و 14/11 من الرغبة في دراسة موضوع الشرط الجزائي. فقد جرى أدراجه في جدول أعمال الهيئة المنعقدة ما بين 5 و 22/8/1394 هـ في مدينة الطائف.

ثم جرى دراسة الموضوع في هذه الدورة بعد الإطلاع على البحث المعد في ذلك من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، وبعد مداولة الرأي والمناقشة، واستعراض المسائل التي يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائي ومناقشة توجيه قياسه على تلك المسائل والإيراد عليه، وتأمل قوله تعالى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} [المائدة : 1]، وما روى عنه من قوله المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ولقول عمر عنه «مقاطع الحقوق عند الشروط» والاعتماد على القول الصحيح من أن الأصل في الشروط الصحة، وأنه لا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً.

واستعراض ما ذكره أهل العلم من تقسيم الشروط في العقود إلى صحيحة وفاسدة وتقسيم الصحيحة إلى ثلاثة أنواع:

أحدها: شرط يقتضيه العقد كاشتراط التقابض وحلول الثمن.

الثاني: شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كالتأجيل أو الرهن أو الكفيل به أو صفة في الثمن ككون الأمة بكراً .

الثالث: شرط فيه منفعة معلومة وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا منافياً لمقتضاه كاشتراط البائع سكنى الدار شهراً وتقسيم الفاسدة إلى ثلاثة أنواع:

أحدها: اشتراط أحد طرفي العقد على الطرف الثاني عقداً آخر كبيع أو إجارة أو نحو ذلك .

الثاني: اشتراط ما ينافي بمقتضى العقد كأن يشترط في البيع ألا خسارة عليه أو أن لا يبيع أو يهب ولا يعتق .

الثالث: الشرط الذي يتعلق به العقد كقوله بعثك إن جاء فلان .

وبتطبيق الشرط الجزائي عليها وظهور أنه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد إذا هو حافظ لإكمال العقد في وقته المحدد له والاستئناس بما رواه البخاري في صحيحة بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكريه أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح . من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه، وقال أيوب عن ابن سيرين أن رجلاً باع طعاماً وقال: إن لم أتيك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع . فلم يجيء فقال شريح للمشتري أنت أخلفت فقصي عليه . فضلاً عن ذلك فهو في مقابلة الإخلال بالالتزام حيث أن الإخلال به الضرر وتقويت المنافع .

وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله، وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود والعقود تحقيقاً لقوله تعالى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} [المائدة : 1] .

لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول، وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من ضرر ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر عملاً بقوله تعالى {وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ أَنْ صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ} [المائدة : 2] ، وقوله سبحانه {وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ} [المائدة : 8] ، وقوله «لا ضرر ولا ضرار» وبالله التوفيق وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم،،

عبد العزيز بن عبد الله بن باز

عبد الله خياط	عبد الله بن حميد
محمد الحركان	عبد الرازق عفيفي
عبد العزيز بن صالح	عبد المجيد حسن
إبراهيم بن محمد آل الشيخ	صالح بن ميمون
محمد بن جبر	سليمان بن عبيد
راشد بن حنين	عبد الله بن غديان

بطاقة الائتمان

٩ ٥ (٥) بطاقات الائتمان

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى سائر الأنبياء والمرسلين، وبعد:

فهذا بحث عن: **بطاقات الائتمان**

أكتبه استجابة لطلب من سعادة الدكتور/ سعيد بن سعد المرطان مدير إدارة الخدمات المصرفية الإسلامية، البنك الأهلي التجاري، لتقديمه في الندوة التي تقيمها الإدارة في الفترة من 16-17/5/1419 هـ - 7-8/9/1998 م بدولة البحرين - إن شاء الله - .

وسألتزم في بحثي باتباع المخطط الذي وضعته الإدارة بقدر المستطاع مستعيناً بالسميع المعين .

[1] وصف بطاقة الائتمان، وأهميتها في المعاملات المالية:

[أ] تعريف بطاقة الائتمان:

وردت تعريفات كثيرة لبطاقة الائتمان، تبين حقيقة هذه البطاقة، أكتفي بذكر تعريفين منها:

التعريف الأول: أورده الدكتور/ عبد الوهاب أبو سليمان نقلاً عن معجم المصطلحات التجارية للدكتور/ أحمد زكي بدوي، وقال إنه هو التعريف الاقتصادي، وهذا هو التعريف:

«بطاقة الائتمان هي بطاقة خاصة يصدرها المصرف لعميله، تمكّنه من الحصول على السلع والخدمات من محلات وأماكن معينة، عند تقديمه لهذه البطاقة، ويقوم بائع السلع والخدمات بالتالي بتقديم الفاتورة الموقعة من العميل إلى المصرف، مصدر بطاقة الائتمان، فيسدد قيمتها له، ويقدم المصرف للعميل كشفاً شهرياً بإجمالي القيمة لتسديدها أو لخصمها من حسابه الجاري طرفه»^(٥٦).

التعريف الثاني: هو تعريف مجمع الفقه الإسلامي، وهو:

«بطاقات الائتمان هي مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري بناءً على عقد بينهما، يمكّنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند، دون دفع الثمن حالاً، لتضمنه التزام المصدر بالدفع. ومن أنواع هذا المستند ما يمكّن من سحب نقود من المصارف.

ولبطاقات الائتمان صور:

- منها ما يكون السحب أو الدفع بموجبها من حساب حاملها في المصرف، وليس من حساب المصدر، وتكون بذلك مغطاة.

- ومنها ما يكون الدفع من حساب المصدر، ثم يعود على حاملها في مواعيد دورية.

- ومنها ما يفرض فوائد ربوية على مجموع الرصيد غير المدفوع خلال فترة محددة من تاريخ المطالبة.

- ومنها ما لا يفرض فوائد، وأكثرها يفرض رسماً سنوياً على حاملها.

- ومنها ما لا يفرض فيها المصدر رسماً سنوياً»^(٥٦).

يتبين من هذين التعريفين أنّ الهدف الأساس من بطاقة الائتمان هو تمكين حاملها من الحصول على السلع والخدمات من غير دفع الثمن نقداً؛ لأنّ مصدر البطاقة (المصرف) هو الذي يدفع الثمن، إمّا من حساب العميل، أو من حساب مصدر البطاقة ثم يطالب العميل.

ويضيف تعريف المجمع أوصافاً أخرى من أوصاف البطاقة، هي أنّ من أنواع هذه البطاقة ما يمكّن حاملها من سحب نقود من المصارف، ومنها ما يفرض فوائد على رصيد العميل غير المدفوع، وأكثرها يفرض رسماً سنوياً. وهذا وصف عام لبطاقات الائتمان، وسيأتي تفصيله وزيادة.

[ب] أهمية بطاقات الائتمان في المعاملات المالية:

يتفق جميع الذين كتبوا في بطاقات الائتمان على أهميتها للأفراد، وفائدتها لجميع المتعاملين بها، ويرون أنّ إصدار بطاقات الائتمان أصبح من الخدمات المصرفية المهمة، ومن الحاجات الأساسية للأفراد في

٥٦٠- 2- بطاقات المعاملات المالية (14)، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته العاشرة، وانظر تعريف الدكتور عبد الوهاب لبطاقات المعاملات المالية في صفحة

19 و136، وانظر أيضاً تعريف الدكتور/ عبد الستار الخويلدي في بحثه: «بطاقات الدفع والائتمان في فقه القضاء المقارن»: 6.

٥٦١- 3- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، 1/717.

المجتمعات المتقدمة والنامية، فانتشرت بطاقات الائتمان انتشاراً واسعاً في السنوات الأخيرة حتى وصل عدد البطاقات على مستوى العالم 800 مليون بطاقة. وتحقق بطاقات الائتمان منافع لكل الأطراف المشاركة فيها^{٥٦٢}.

والتعامل بالبطاقة له آثار على المجتمع، وعلى الاقتصاد الوطني، بعضها إيجابي وبعضها سلبي^{٥٦٣}.

[2] أنواع بطاقات الائتمان (كردت كارد، شارج كارد، دبت كارد):

جعل المخطط أنواع بطاقات الائتمان ثلاثة، وسمّاها بأسمائها في اللغة الإنجليزية، كردت كارد، وشارج كارد، ودبت كارد.

هذه تسمية البطاقات باللغة الإنجليزية، وفيما يلي تعريف بكل نوع منها حسب ترتيبها في المخطط:

2/1- الكردت كارد:

يختلف الذين بحثوا بطاقات الائتمان في ترجمة العبارة الإنجليزية لاسم البطاقات، ولهذا سأستعمل العبارة الإنجليزية لكل البطاقات.

يتفق جميع الذين كتبوا في هذا النوع من البطاقات على أنه يحتوي على فائدة (ربا) معروفة لدى الطرفين: البنك المصدر للبطاقة، وحامل البطاقة، فهي في حقيقتها - كما يقول الدكتور/عبد الوهاب أبو سليمان: علاقة بين مقرض - البنك المصدر - ومقرض - حامل البطاقة - الذي يلتزم بدفع الفائدة التي يحددها البنك المصدر للبطاقة.

وهذا النوع من البطاقات لا خلاف في عدم جواز إصداره والاشتراك فيه شرعاً، وسأتحدث في آخر البحث عن البديل لهذا النوع من البطاقات - إن شاء الله تعالى -.

2/2- الشارج كارد:

اختلف الباحثون في بيان حقيقة هذه البطاقة، وسأثبت هنا ما اتفقوا عليه:

الشارج كارد: هي بطاقة تمكّن حاملها من استخدامها في عمليات الشراء المختلفة وتلقي الخدمات، والسحب النقدي، والأصل في هذه البطاقة أن يدفع العميل ما عليه من مستحقات في آخر كل شهر عندما يُرسل إليه البنك مصدر البطاقة الحساب، أي أن العميل يجب أن يكون له رصيد عند إرسال كشف الحساب، ولا يلزم أن يكون الرصيد موجوداً عند استعمال البطاقة؛ لأنّ العميل يحصل عند كل استخدام للبطاقة على قرض بقيمة مشترياته بدون فائدة، لكن إذا لم يسدد العميل ما عليه في الموعد المحدد؛ يأخذ البنك فوائد على التأخير في السداد، وبعض البنوك الإسلامية لا تأخذ فوائد، وتكتفي بسحب

٥٦٢ 1- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، المجلد الأول، بحث الدكتور/القرني 375- 381، وبحث الدكتور/عبد الستار 359، وبطاقات المعاملات المالية الدكتور/عبد الوهاب أبو سليمان 50 - 52.

٥٦٣ 2- ينظر بحث الدكتور/القرني في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الأول 387 و388 وبطاقات المعاملات المالية، 5.

البطاقة وإلغاء العضوية .

وتوجد فروق بين الشارح كارد والكردت كارد؛ أهمها أنّ الكردت كارد يقدم البنك فيها قرضاً حقيقياً بفائدة، ولحامل البطاقة حق الاختيار في طريقة الدفع، أمّا في الشارح كارد فإنّ العميل مطالب بدفع المبلغ كاملاً في نهاية الشهر من غير فائدة^{٥٦٤} .

2/3- الدبت كارد:

يشترط لإصدار هذه البطاقة أن يكون العميل له حساب في البنك فيه رصيد يستطيع البنك مصدر البطاقة أن يخصم منه ما يحصل عليه حامل البطاقة عند استعمالها، والبنك لا يقدم قرضاً لحامل هذه البطاقة، ولا يسمح له باستعمال البطاقة إلاّ في حدود رصيده بالبنك، ولهذه البطاقة الاستخدامات التي للشارح كارد والكردت كارد في الحصول على السلع والخدمات والنقد، ولكن الغالب استخدامها للسحب النقدي^{٥٦٥} .

[3] أطراف بطاقة الاعتماد:

3/1- مصدر البطاقة .

3/2- حامل البطاقة .

3/3- التاجر الذي يقبل البطاقة .

3/4- المنظمة الراعية لهذه البطاقة .

3/5- البنوك الأخرى .

هذه هي أطراف بطاقة الائتمان كما وردت في المخطط، وفيما يلي وصف لدور كل طرف منها .

3/1- مصدر البطاقة:

مصدر البطاقة هو المؤسسة أو البنك الذي يصدر البطاقة لعميله بناءً على ترخيص معتمد من المنظمة العالمية بصفته عضواً فيها، وهو الذي يسدد وكالة عن حامل البطاقة قيمة المشتريات للتاجر^{٥٦٦} .

3/2- حامل البطاقة:

هو الشخص الذي صدرت البطاقة باسمه أو خُوّل باستخدامها والتزم لمصدر البطاقة بالوفاء بكل ما ينشأ عن استعماله البطاقة . فحامل البطاقة قد يكون هو الشخص الذي صدرت البطاقة باسمه، وقد يكون هو

٥٦٤ 3- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الأول، 380، 349، 450، والحلقة الفقهية السادسة لبنك البركة، 9، وبطاقات المعاملات المالية 45، 46 .

٥٦٥ 4- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الأول، 379 و448، والحلقة العلمية لدله البركة 8 - 9، وبطاقات المعاملات المالية، 49 - 52 .

٥٦٦ 1- بحث مقدم من مجموعة دله البركة في الحلقة الفقهية السادسة، 3، وبحث مقدم من البنك الإسلامي الأردني في الحلقة الفقهية السادسة لدله البركة، 10، وبطاقات المعاملات المالية، 20 .

الشخص الذي يستخدم البطاقة بناءً على تفويض صاحبها^{٥٦٧}.

3/3- التاجر الذي يقبل البطاقة:

التاجر هو الذي يتعاقد مع مصدر البطاقة على تقديم السلع والخدمات الموجودة عنده عندما يطلبها حامل البطاقة من البنك الذي تم الاتفاق معه^{٥٦٨}.

3/4- المنظمات الراعية للبطاقة:

توجد منظمات عديدة ترعى البطاقات أشهرها:

[1] منظمة الفيزا (VISA CARD).

[2] الأمريكان أكسبرس (AMERICAN EXPRESS)^{٥٦٩}.

منظمة الفيزا^{٥٧٠}:

منظمة الفيزا هي عبارة عن نادٍ يضم جميع البنوك والمؤسسات المالية الأعضاء التي تلتزم بالأنظمة واللوائح المعمول بها في المنظمة مع عدم التعارض الداخلي مع النظام للعضو المشترك في هذه المنظمة، وهذه المنظمة لا تهدف إلى الربح، وإنما تقدم خدماتها للمشاركين من الأعضاء بسعر التكلفة، ومن هذه الخدمات: المقاصة، والتسويات، وخدمة التفويض.. وتتقاضى منظمة الفيزا رسوم عضوية من البنوك ورسومًا على الخدمات الأخرى.

وتتكون إدارة المنظمة من ممثلي البنوك الأعضاء، ومنظمة الفيزا لا تصدر البطاقات، وإنما تصدر البطاقات البنوك، وتخضع البطاقة للأنظمة التي يضعها البنك المصدر لها، دون التدخل من منظمة الفيزا، يمكن أن تكون البطاقة المصدرة بطاقة خصم فوري (DEBIT CARD) أو بطاقة خصم شهري (CHARGE CARD) أو بطاقة ائتمان (CREDIT CARD) حسب سياسة البنك، وتمنح منظمة الفيزا تراخيص إصدار ثلاثة أنواع من البطاقات هي:

[1] بطاقة الفيزا الفضية.

[2] بطاقة الفيزا الذهبية.

^{٥٦٧} 2- بطاقات المعاملات المالية، 20 و 22.

^{٥٦٨} 3- المصدر السابق.

^{٥٦٩} 4- مركز تطوير الخدمة المصرفية بيت التمويل الكويتي، 447، و بطاقات المعاملات المالية، 55.

^{٥٧٠} 5- اقتصر في بحثي على وصف لدور منظمة الفيزا، لأنها الأكثر استعمالاً في المؤسسات المالية الإسلامية، وهي أكثر البطاقات انتشاراً في العالم، الدكتور/القرني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 7/377.

3/5- البنوك الأخرى:

بنك التاجر هو البنك الذي يتسلم مستندات البيع من التاجر، ويقوم بمتابعة تسديد البنوك الأعضاء للديون المترتبة على استخدام بطاقتها مقابل رسوم يأخذها من التاجر، وبنك التاجر هذا تحدده منظمة الفيزا^{٥٧٢}.

[4] العلاقات التعاقدية بين أطراف البطاقة الائتمانية في ظل القوانين المنظمة لها:

4/1- العلاقة بين مصدرها وحاملها .

4/2- العلاقة بين مصدرها والتاجر .

4/3- العلاقة بين حاملها والتاجر .

4/4- العلاقة بين المصدر والمنظمة الراعية .

البحوث التي تعرضت للعلاقة التعاقدية بين أطراف البطاقة لم تفصل بين العلاقة القانونية والعلاقة الفقهية، وكل البحوث التي اطلعت عليها تحدثت عن العلاقة الفقهية فقط ما عدا بحثين تحدثا عن العلاقة القانونية حديثاً مستقلاً، هما بحث الدكتور/عبد الستار الخويلدي: «بطاقات الدفع والائتمان في فقه القضاء المقارن»، وبحث الدكتور/عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان: «بطاقات المعاملات المالية» فقد خصص القسم الأول منه للدراسة القانونية لبطاقات المعاملات المالية 18- 85، وقد اعتمدت على هذين البحثين في بيان العلاقات التعاقدية في القانون .

يقول الدكتور/عبد الوهاب:

بطاقات المعاملات المالية بقسميها: الإقراضية، وبطاقة السحب المباشر من الرصيد؛ يرتبط أطرافها بعضهم ببعض بعلاقات ومسؤوليات ثنائية حيناً، وثلاثية حيناً آخر .

العلاقات والمسؤوليات الثنائية تظهر في الآتي:

٥٧١ -6 المصدر السابق، 453 و470، وبطاقات المعاملات المالية، 55 - 58 .

٥٧٢ 1- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الأول، 453 .

[1] العلاقة بين مصدر البطاقة وحامل البطاقة .

[2] العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر .

[3] العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر^{٥٧٣} .

ويقول:

هذه العلاقات بين كل طرف وآخر مستقلة في تكييفها متميزة في مسؤوليتها، كما تكون العلاقة ثلاثية بين الأطراف الثلاثة الرئيسيين: مصدر البطاقة، وحامل البطاقة، والتاجر جميعاً في عقد واحد بعلاقات ومسؤوليات مختلفة .

وبطاقات المعاملات المالية الإقراضية وغير الإقراضية تتطلب في الغالب هذه الأطراف الثلاثة بحيث يتم العقد كالاتي:

[1] عقد بين مصدر البطاقة وحامل البطاقة (العميل) .

[2] عقد بين مصدر البطاقة والتاجر .

[3] يظل هذان العقدان معلقين حتى يبدأ حامل البطاقة الشراء من التاجر .

الشراء بالبطاقة هو العقد الثالث .

فهذه ثلاثة عقود منفصلة ليست عقداً واحداً في القانون الإنجليزي، يقول مستر ملت J. L. MILLET تنشأ ثلاثة عقود منفصلة لدى استعمال البطاقة تظهر في ساحة العمل .

الأول: عقد البيع بين التاجر وحامل البطاقة .

الثاني: عقد بين التاجر والشركة المصدرة للبطاقة التي توفي بالتزامها نحو ما تستوجب البطاقة من تسديد للمبالغ المستحقة للتاجر الممثلة في السندات الموقعة من حامل البطاقة .

الثالث: عقد بين الشركة المصدرة للبطاقة وحاملها (العميل) .

فهذه ثلاثة عقود منفصلة من ثلاثة أطراف منفصلين كل واحد منهم طرف في عقدين من العقود الثلاثة .

ويقول الدكتور/عبد الوهاب: إنَّ القانون الأمريكي يعده عقداً مكوناً من ثلاثة أطراف^{٥٧٤} .

[1] علاقة مصدر البطاقة (المقرض) بحامل البطاقة (المقترض) ومسؤولياته:

يقول الدكتور/عبد الوهاب:

العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها علاقة بين مقرض ومقترض، تقتضي هذه العلاقة بين هذين الطرفين أنَّ مصدر البطاقة لا يكون مسؤولاً ولا ضامناً للبضاعة المعيبة التي يشتريها حامل البطاقة من التاجر، ولا يكون مطالباً بحال من الأحوال من قبل المقرض بإعادة القيمة إليه .

٥٧٣ -2 لم يذكر العلاقة بين المصدر والمنظمة .

٥٧٤ 1- بطاقات المعاملات المالية، 62 - 64 .

غير أنّ المادة (75) من قانون القرض الاستهلاكي أكدت مسؤولية مصدر البطاقة عن أي نقص أو مخالفة تحدث من قبل التاجر، ذلك أنه توجد علاقة تجارية قوية بين مصدر البطاقة والتاجر الذي قبل البيع ببطاقة الإقراض.. فإذا اشترى حامل البطاقة بضاعة لم يرتح لنوعيتها أو مستوى جودتها فإنّ له الحق في إقامة الدعوى على المقرض مصدر البطاقة، وعليهما معاً^{٥٧٥}.

ويقول الدكتور/عبد الستار الخويلدي:

التكليف السائد لهذه العلاقة - علاقة صاحب البطاقة بالبنك - هو عقد وكالة حيث يكون البنك فيه وكيلًا لصاحب البطاقة، ويكون صاحب البطاقة الأمر بالدفع موكلًا والتاجر مستفيداً. وهذه الوكالة من صاحب البطاقة إلى البنك بالدفع غير قابلة للمراجعة والإلغاء فلا تمنع وفاة صاحب البطاقة البنك من السداد للتاجر، وكيف بعضهم العلاقة بالحوالة، وتتمثل الصورة في أنّ حامل البطاقة (العميل) يدعو مصدر البطاقة وهو البنك (المحال عليه) لخلاص التاجر المستفيد (محال له)^{٥٧٦}.

ويقول الدكتور/عبد الوهاب:

لمصدر البطاقة الحق في إنهاء العقد في أي وقت شاء، وحق ملكية البطاقة، وإعادتها في أي وقت يريد^{٥٧٧}.

ويقول الدكتور/الخويلدي:

إنّ البطاقة تعتبر ملكاً للبنك المصدر الذي له الحق في سحبها في كل وقت بدون ذكر الأسباب^{٥٧٨}. وقد قرّر القضاء أنّ صاحب البطاقة الذي وقّع على الفاتورة لا يمكنه الاعتراض لدى البنك على دفع الثمن مهما كانت المآخذ التي قد تثار ضد التاجر، ولكن هذا المبدأ له استثناءات، فقد قرّرت القوانين المنظمة للبطاقة إمكانية قبول الاعتراض في ثلاث حالات:

[1] السرقة.

[2] حالة الفقدان.

[3] إفلاس التاجر المستفيد.

والاعتراض له كيفية خاصة لا يقبل بدونها منها أن يكون كتابةً^{٥٧٩}.

٥٧٥ - بطاقات المعاملات المالية، 65.

٥٧٦ - بطاقات الدفع والانتماء في فقه القضاء المعاصر، 9 و11.

٥٧٧ - بطاقات المعاملات المالية، 66.

٥٧٨ - بطاقات المعاملات المالية، 66، وبطاقات الدفع والانتماء، 13.

٥٧٩ - المصدر السابق، 11 - 12.

[2] العلاقة والمسؤوليات بين مصدر البطاقة والتاجر:

إنّ القانونين الإنجليزي والأمريكي لم يحددا علاقة مصدر البطاقة بالتاجر في عقد البطاقة، وإنما جعلتا حرية التعاقد هي التي تحكم قضاياهما بموجب الاتفاق المبرم بينهما، قد يكون التاجر وكيلاً لمصدر البطاقة، وقد يكون العكس، يعتمد هذا في المقام الأول على نصوص الاتفاقية بينهما:

إذا أصبحت العلاقة بين التاجر ومصدر البطاقة علاقة وكالة، يعني أنّ التاجر أصبح وكيلاً لمصدر البطاقة فأى معاملة تجارية يتمها التاجر بهذه الصفة مع حامل البطاقة المقترض يصبح العقد مكوناً من طرفين، هما: مصدر البطاقة (المقرض)، وحامل البطاقة (المقترض)، كذلك قد يكون مصدر البطاقة وكيلاً للتاجر، حينئذ فأى اتفاقية قرض تتم بين مصدر البطاقة بهذه الهيئة، وحامل البطاقة (المقترض)، تصبح في الحقيقة عقداً بين التاجر وحامل البطاقة (المقترض) ^{٥٨}.

ويقول الدكتور/عبد الستار الخويلدي:

يبدو من أول وهلة أنه ليس هناك علاقة مباشرة بين التاجر والبنك، فهناك تعهد مبدئي من الطرفين عند إعداد فكرة البطاقة مفاده التزام البنك بخلاص التاجر عند تقديم الفاتورة، والالتزام التاجر بتسديد خدماته لحامل البطاقة عند تقديمها إليه من طرف حاملها.

وقد أقرّ فقه القضاء المقارن إمكانية رجوع البنك المصدر للبطاقة على التاجر الذي قبل البطاقة وهو يعلم أنها مسروقة ^{٥٩}.

[3] مسؤولية حامل البطاقة أمام التاجر:

قضت المحكمة في قضية RE. CHARGE CARD SERVICE LTD. 1988 أنّ مسؤولية حامل البطاقة (المقترض) في تسديد قيمة مشترياته للتاجر تكون منتهية بتقديم البطاقة للتاجر، وتدوين المعلومات المطلوبة عنها، حيث وافق التاجر على هذا منذ قبل البطاقة صيغة وأسلوباً في تسديد قيمة مبيعاته لأصحاب البطاقات، وإنّ الواجب عليه التوجه إلى مصدر البطاقة الذي أبرم معه اتفاقية التسديد للبطاقة بحقوقه المالية.

لكن ثمة استثناء هو أنه إذا نصّت الاتفاقية على المسؤولية المشتركة بين مصدر البطاقة وصاحبها، أو

٥٨٠ -1 بطاقات المعاملات المالية، 77 - 78 .

٥٨١ -2 بطاقات الدفع والائتمان في فقه القضاء المقارن، 15 .

أنه إذا أخفق مصدر البطاقة في التسديد يكون صاحب البطاقة مسؤولاً مسؤولية متساوية مع مصدر البطاقة^{٥٨٢}.

[5] التصور الشرعي للعلاقات التعاقدية بين أطراف البطاقة، ووجه اختلافه عن الواقع القانوني:

5/1- العلاقة الشرعية بين مصدرها وحاملها .

5/2- العلاقة الشرعية بين مصدرها والتاجر .

5/3- العلاقة الشرعية بين حاملها والتاجر .

5/4- العلاقة بين البنك المصدر والمنظمة الراعية .

هذا هو أهم جانب في موضوع البطاقات؛ لأنه هو الذي ينبني عليه بيان الحكم الشرعي بالجواز أو عدمه، وقد اختلف القانون في تكييف هذه العلاقات، كما اختلف في تكييفها الباحثون من الفقهاء، فقد رأينا القانون الإنجليزي يعتبر هذه العلاقات عقوداً ثلاثة منفصلة عن بعضها، بينما القانون الأمريكي يعتبرها عقداً واحداً^{٥٨٣}، ورأينا بعض القانونيين يكيّف العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها على أنها وكالة، ويكيّفها بعضهم بأنها حوالة، وبعضهم على أنها علاقة بين مقرض ومقترض، وكما اختلف القانونيون اختلف الفقهاء أيضاً فكيّفها بعضهم على أنها وكالة، وبعضهم على أنها كفالة، وبعضهم على أنها حوالة أو حمالة، وبعضهم على أنها وكالة وحوالة^{٥٨٤}.

والطريقة السليمة الموصلة إلى التكييف الصحيح الموصل إلى الحكم الشرعي هي أن ننظر إلى كل نوع من أنواع البطاقات الثلاث على حدة، وأبدأ بأبسطها وهي الديت كارد (DEBIT CARD).

عندما تستعمل للصرف الآلي:

العلاقة في هذه البطاقة قد تكون بين طرفين مصدر البطاقة وحاملها إذا كان السحب من جهاز مصدر البطاقة، وقد تكون بين ثلاثة أطراف: مصدر البطاقة، وحاملها، وصاحب الجهاز، إذا كان السحب من غير جهاز مصدر البطاقة؛ لأنّ حامل البطاقة قد يستعملها للسحب من أجهزة البنك مصدر البطاقة، وقد يستعملها من أجهزة غيره .

فإذا استعملها من أجهزة البنك مصدر البطاقة، فإن كانت العملة التي في حساب العميل، والعملة التي سحبها واحدة، فإنّ العلاقة تكون مثل علاقة السحب بالشيك من البنك، أي أنّ حامل البطاقة يكون

٥٨٢ 3- بطاقات المعاملات المالية، 72.

٥٨٣ 4- انظر: ص 293-294 من هذا البحث .

٥٨٤ 5- انظر: الحلقة الفقهية السادسة، مجموعة دله البركة، 1 - 9.

مقتضياً لجزء من دينه من البنك مصدر البطاقة؛ لأنّ تكيف الحساب الجاري هو أنه قرض من صاحب الحساب إلى البنك، فتكون هذه العملية جائزة من غير خلاف .

وإن كانت العملة التي في حساب العميل مختلفة عن العملة التي سحبها - حساب العميل بالريال، وسحب دولارات - فإنّ العملية يكون فيها اقتضاء للدين بغير جنسه فتدخل في عقد الصرف، وهو المعروف عند الفقهاء بصرف ما في الذمة، وهو جائز إذا كان البنك يخضم مقابل الدولارات من حساب العميل في نفس الوقت الذي سحب فيه العميل الدولارات .

أمّا إذا كان البنك يخضم الريالات التي تقابل الدولارات من حساب العميل بعد فترة؛ فإنّ العملية لا تكون من صرف ما في الذمة الجائز، وتحتاج لتكيف آخر، هو أن يعتبر البنك مقرضاً الدولارات لحامل البطاقة عند سحبه للدولارات ثم تحدث عملية مقاصة عندما يأخذ البنك المبلغ من حساب العميل تصبحها عملية صرف، ويجب لصحة هذه العملية أن تكون بسعر الصرف يوم المقاصة، وليس يوم سحب العميل للدولارات .

وإذا استعمل حامل البطاقة - البطاقة للسحب من غير أجهزة البنك مصدر البطاقة الذي فيه حسابه؛ فإنّ التكيف الذي يصح هذه العملية هو أن يعتبر حامل البطاقة مقرضاً للمبلغ الذي سحبه من صاحب الجهاز، ومحلياً لصاحب الجهاز على البنك الذي أصدر له البطاقة، وهذه حوالة صحيحة عند جميع الفقهاء؛ لأنّ مصدر البطاقة - المحال عليه - مدين لحامل البطاقة - المحيل -، ثم إذا كانت العملة واحدة فلا إشكال، إمّا إن كانت العملة مختلفة بأن كان حساب حامل البطاقة بالريالات وسحب من الجهاز دولارات؛ فإنّ الواجب على البنك المصدر للبطاقة أن يجري عملية مصارفة بينه وبين صاحب الجهاز الدائن بسعر يوم الأداء، وليس بسعر اليوم الذي سحب فيه حامل البطاقة الدولارات .

هذا هو التكيف الذي يصح به استعمال بطاقة السحب الآلي، وتبقى بعد ذلك مأخذ سابعها في محورها السادس في المخطط .

تكييف استعمال الدبت كارد (DEBIT CARD) في شراء السلع:

استعمال هذه البطاقة في شراء السلع من التاجر العلاقة فيها بين ثلاثة أطراف: مصدر البطاقة، وحاملها، والتاجر صاحب السلع، وهي شبيهة بالعلاقة في حالة السحب الآلي عندما يكون السحب من جهاز غير جهاز مصدر البطاقة، والتكيف الصحيح لها هو أنها عقد حوالة، البنك مصدر البطاقة يقول لحامل البطاقة خذ هذه البطاقة، واشتر بها من التاجر، ولا تدفع الثمن، وأجل التاجر عليّ، وأنا أدفع له . ويقول مصدر البطاقة للتاجر بايع حامل البطاقة وأنا سأدفع لك الثمن، وحامل البطاقة يقول للتاجر أحلتك على البنك مصدر هذه البطاقة بالثمن، فإذا حصل الشراء فقد تمت الحوالة مستوفية لأركانها وشروطها، برضاء الأطراف الثلاثة .

وبطاقة الدبٲ كارد (DEBIT CARD) هذه يكون البنك (مصدر البطاقة) فيها مدينأً لحامل البطاقة وهو (المحال عليه)، وحامل البطاقة هو (المحيل)، وهو مدين للتاجر (المحال)، فالحوالة هذه على مدين، وهي جائزة باتفاق الفقهاء .

ويؤيد هذا التكيف بالحوالة العبارة التالية التي جاءت في بحث الدكتور/ عبد الوهاب: «يقوم نظام البطاقات على أساس التزام البنك مصدر البطاقة بتسديد قيمة مشتريات حامل البطاقة مباشرة للمحلات التجارية»^{٥٨٥}. ويؤيده أيضاً قوله: البنك المصدر للبطاقة هو المسؤول الوحيد أمام التاجر عن قيمة مبيعاته لحامل البطاقة^{٥٨٦}.

ولا يصح أن تكيف هذه البطاقة بالكفالة؛ لأن الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، يستطيع فيها الدائن أن يطالب المكفول - المدين - وأن يطالب الكفيل، والدائن في هذه المعاملة لا يستطيع أن يطالب المكفول - حامل البطاقة - وإنما يطالب البنك وحده، وهذه صفة الحوالة التي ينتقل فيها الدين من المدين - العميل - إلى المحال عليه .

ولا يصح أن تكون وكالة؛ لأن حامل البطاقة لا يملك الدفع للتاجر، والوكالة لا تكون إلا في تصرف مملوك للموكل .

تكييف الشارج كارد (CHARGE CARD) :

هذه البطاقة قد تستعمل للصرف الآلي، وقد تستعمل لشراء السلع مثل الدبٲ كارد، ولكنها تختلف عنها في أنها لا يلزم أن يكون حاملها له رصيد في البنك مصدر البطاقة عند استعمالها؛ لأن البنك يعطيه مهلة شهر من استعماله للبطاقة يقدم له الفواتير بعد الشهر، فإذا دفع لا يطالبه بفوائد عن الشهر الذي انتظره، وإذا تأخر عن الدفع طالبه بفوائد عن التأخير، وهذه المطالبة بالفوائد معروفة ومشروطة في العقد^{٥٨٧}.

هذه هي حقيقة هذه البطاقة قانوناً، فهي تتضمن قرضاً لمدة محدودة - شهر وقد يزيد - لا يطالب فيها البنك حامل البطاقة بفائدة، وإنما يطالبه بالفائدة على التأخير بعد المدة المحددة .

ولكن بعض البنوك الإسلامية تستعمل هذه البطاقة، ولا تأخذ فوائد، لا على المدة الأولى المحددة - الشهر - ولا على التأخير بعد الشهر، وليس فيها شرط بالفوائد، وإنما تكتفي بإنذار حامل البطاقة

٥٨٥ -1- بطاقات المعاملات المالية، ص 117 .

٥٨٦ -2- المصدر السابق، ص 124 .

٥٨٧ -1- انظر: ص (101) من هذا البحث .

وسحبها منه إذا لم يدفع وإلغاء عضويته^{٥٨٨} .

واضح أنّ الشارج كارد حسب حقيقتها القانونية تتضمن قرضاً مشروطاً فيه الفائدة عند التأخير، فيكون الاشتراك فيها محرماً بسبب هذا الشرط؛ لأنها معاملة ربوية، ولهذا فلا فائدة من البحث عن تكييفها؛ لأنّ البحث عن التكييف الغرض منه الوصول إلى الحكم الشرعي وقد عرفنا الحكم^{٥٨٩} ويبقى علينا النظر في تكييف الشارج كارد التي تتعامل بها بعض البنوك الإسلامية ولا يشترط فيها فائدة .

تكييف الشارج كارد (CHARGE CARD) عندما تستعمل في الصرف الآلي:

عندما يستعمل حامل هذه البطاقة؛ البطاقة في الصرف الآلي يكون مقترضاً سواء كان السحب للنقود من جهاز البنك مصدر البطاقة أو من جهاز غيره، غير أنه يكون مقترضاً من البنك مصدر البطاقة إذا كان السحب من جهازه، فتكون العلاقة بينهما علاقة مقرض بمقترض، فإذا وفي حامل البطاقة عند حلول الأجل بجنس العملة التي سحبها فلا إشكال، وإذا وفي بغير جنسها، فإنّ العملية تتضمن عملية صرف ما في الذمة، وهي جائزة إذا كانت بسعر يوم الصرف .

أمّا إذا كان السحب من غير جهاز مصدر البطاقة؛ فإنّ حامل البطاقة يكون مقترضاً من البنك صاحب الجهاز، ومحلياً له على بنكه المصدر للبطاقة، وهذه الحوالة جائزة، وإنّ كانت على غير مدين، على مذهب الحنفية .

ثم إنّ البنك مصدر البطاقة - المحال عليه - إذا وفي الدّين الذي على حامل البطاقة - المحيل - يصبح مقترضاً لحامل البطاقة المبلغ الذي دفعه يتقاضاه منه عند حلول الأجل على النحو الذي ذكرته سابقاً .

تكييف الشارج كارد (CHARGE CARD) عندما تستعمل في شراء السلع:

إذا استعمل هذه البطاقة حاملها في شراء سلعة من التاجر، فإنه يصبح مديناً للتاجر بثمن السلعة، فيحمله بالثمن على البنك - مصدر البطاقة - وهذه حوالة جائزة كما قلت، ثم يصبح البنك مقترضاً ثمن السلعة لحامل البطاقة عندما يدفعه للتاجر، يتقاضاه منه عند حلول الأجل بالكيفية التي ذكرتها سابقاً .

هذا هو تكييف الشارج كارد (CHARGE CARD) عندما تكون خالية من شرط الفائدة عند التأخير في سداد القرض .

وتبقى بعد ذلك محاذير نعالجها في المحور السادس - إنّ شاء الله تعالى - .

أمّا الشارج كارد المشتملة على شرط الفائدة؛ فهي معاملة غير شرعية مثل الكردت كارد (CREDIT CARD) التي ذكرتها في أول بحثي^{٥٩٠} ووعدتُ بتقديم بديل لها .

٥٨٨ -2- انظر: ص (101) من هذا البحث .

٥٨٩ -3- حاول بعض الباحثين أن يجوز الاشتراك في هذه البطاقة إذا دخل المشترك فيها على أن يلتزم بسداد ما عليه في الموعد المحدد، ولا يتأخر حتى تفرض عليه فوائد، ويرى هؤلاء الباحثون أنّ الشرط باطل، والعقد صحيح .

٥٩٠ -4- انظر: ص (101) من هذا البحث .

[6] المآخذ الشرعية على البطاقات الائتمانية:

عرض الآراء المطروحة في حكم التعامل بكل نوع من أنواع البطاقات:

6/1- الكردت كارد .

6/2- شارح كارد .

6/3- دبت كارد .

6/4- بطاقات أخرى .

المآخذ: الكردت كارد، والشارح كارد، المشروط فيها الفائدة على التأخير في السداد:

المآخذ واحد، وهو أنَّ هاتين البطاقتين تتضمنان قرضاً بفائدة، وهو كافٍ لأبعادهما، والبحث عن بديل لهما، وهو ما سألعله في نهاية البحث - إن شاء الله - .

المآخذ على الشارح كارد الخالية من شرط الفائدة، والدبت كارد:

[1] الرسوم:

[أ] رسوم الإصدار أو رسوم العضوية .

[ب] رسوم التجديد .

[ج] رسوم التجديد المبكر .

[د] رسوم استبدال البطاقة عند الضياع أو التلف أو السرقة .

إذا كان البنك مصدر البطاقة يأخذ هذه الرسوم على نوعي البطاقة، الدبت كارد والشارح كارد بمقدار واحد؛ فلا مانع من أخذها، ولا مأخذ عليها؛ لأنها تكون عبارة عن أجر على عمل، أو منفعة تؤديها شركة البطاقة ووكلاؤها لحامل البطاقة^(٥٩) .

أمّا إذا كان البنك لا يأخذ الرسم في الدبت كارد ويأخذه في الشارح كارد، أو كان يأخذ في الشارح كارد رسماً أكبر من الذي يأخذه في الدبت كارد، فإنه يخشى أن يكون في الرسم الذي يأخذه البنك في حالة الشارح كارد فائدة مستترة على القرض الذي يمنحه البنك لحاملها، ولهذا فإنَّ الأسلم أن تكون الرسوم واحدة في البطاقتين .

٥٩١ ١- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الأول، 362، د. عبد الستار و410، رفيق، والعدد الثامن، الجزء الثاني، 615 د. الجواهري. وانظر رأي

القرى في: العدد السابع، 392-393. وانظر أيضاً: مجموعة دله البركة، الحلقة الفقهية السادسة، 23 .

احتساب سعر بيع البطاقة:

جاء في النموذج المقدم من قطاع الأموال بمجموعة دله البركة ما يلي:

يتم حساب سعر بيع البطاقة وفقاً للمعادلة التالية:

السعر = إجمالي التكاليف المباشرة + معدل مخاطر عدم السداد + إجمالي قيمة المزايا والمنافع والخدمات + قيمة الربحية المطلوبة^{٥٩٢}

هذه المعادلة تعكس على الرسوم من جهتين:

الأولى: إدخال معدل مخاطر عدم السداد التي يخشى أن تتضمن فائدة.

الثانية: قيمة الربحية المطلوبة التي يخشى أن تكون أكثر في حالة الشارج كارد منها في حالة الدببت كارد.

2- العمولة:

يتقاضى البنك مصدر البطاقة عمولة من حامل البطاقة في السحب النقدي سواء كان السحب من أجهزة

البنك المصدر للبطاقة أو من أجهزة غيره^{٥٩٣}.

ويتقاضى البنك مصدر البطاقة عمولة من التجار على العمليات التجارية التي تمت من خلال استعمال

البطاقة تتراوح بين 1% و 5% من قيمة الفاتورة^{٥٩٤}.

وهذه العمولة قد يتقاضاها بنك التاجر إذا كان هو الذي يدفع قيمة الفاتورة للتاجر، وتوزع في هذه

الحالة بينه وبين البنك المصدر للبطاقة، أما إذا كان البنك المصدر للبطاقة هو بنك التاجر فإنه يأخذ كل

العمولة^{٥٩٥}.

العمولة في حالة السحب النقدي بالدببت كارد:

إذا كان السحب من أحد فروع البنك المصدر للبطاقة؛ فإنه يجوز أخذ العمولة؛ لأنها تكون مقابل تحويل

المبلغ لحامل البطاقة من حسابه إلى الفرع المسحوب منه.

أما إذا كان السحب من غير فروع البنك المصدر للبطاقة؛ فإن الفرع المسحوب منه يكون مقرضاً

لحامل البطاقة فيكون في أخذ العمولة شبهة الربا.

٥٩٢ 2- الحلقة الفقهية السادس، 3.

٥٩٣ 3- مجموعة دله البركة، الحلقة الفقهية، 29 - 30.

٥٩٤ 4- بطاقات المعاملات المالية، 52، وانظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الأول، 318 د. القري، ومجموعة دله البركة، الحلقة السادسة، 34.

٥٩٥ (5) مجموعة دله البركة، الحلقة الفقهية السادسة، 34.

العمولة في حالة السحب النقدي بالشارج كارد:

السحب بالشارج كارد يكون قرضاً سواء كان من فروع البنك المصدر للبطاقة أو من غيره، فيكون في أخذ العمولة شبهة الربا .

العمولة في حالة شراء السلع من التجار:

سؤال: مَنْ يدفع هذه العمولة حقيقة؟ التاجر أم حامل البطاقة - المشتري؟

الجواب هو: أَنَّ التاجر إذا كان يبيع لحامل البطاقة بالسعر نفسه الذي يبيع به لغيره، من غير زيادة، فإنَّ العمولة يدفعها التاجر من ثمن السلعة .

أمَّا إذا كان التاجر يبيع لحامل البطاقة بأكثر مما يبيع به لغيره؛ فإنه يحمل العمولة لحامل البطاقة، فيكون حامل البطاقة هو الذي يدفعها حقيقة .

وسأذكر الحكم على أَنَّ التاجر هو الذي يدفع العمولة حقيقة اعتماداً على أَنَّ القانون يمنع التاجر من البيع لحامل البطاقة بأكثر من سعر البيع نقداً^{٥٩٦} .

العمولة في حالة شراء السلع من التجار بالدب كارد:

العمولة قد يأخذها من التاجر بنك التاجر إذا كان هو الذي يدفع قيمة الفاتورة، وقد يأخذها البنك المصدر للبطاقة إذا لم يتوسط في المعاملة بنك التاجر .

فإذا كان الذي يأخذها بنك التاجر، وكان ثمن السلعة (100) فإنَّ بنك التاجر يخصم (2) مثلاً، ويدفع للتاجر (98)، وبما أَنَّ بنك التاجر يدفع الـ (98) للتاجر عند تقديم القسيمة، ثم يحصل المبلغ من البنك المصدر للبطاقة عن طريق نظام المقاصة، فإنَّ البنك التاجر يكون مشترياً القسيمة التي ثمنها (100) بـ (98) من التاجر، على أَنَّ يحصل المائة من البنك المصدر للبطاقة عند المقاصة، فيأخذ نصيبه من العمولة، ويعطي البنك المصدر نصيبه، وهذا شبيهه بخضم الكمبيالة الممنوع لما فيه من شبهة الربا .

وأمَّا إذا كان الذي يدفع الفاتورة للتاجر ويأخذ العمولة هو البنك المصدر للبطاقة لعدم وجود بنك التاجر؛ فالمفروض أَنَّ يدفع البنك المصدر للبطاقة ثمن البطاقة، وهو (100) من رصيد حامل البطاقة، فإذا أخذ البنك من الـ (100) العمولة (2)؛ فإنها تكون نظير الخدمة التي أداها للتاجر، وتكون من قبيل أجرة السمسار، وهي جائزة وليس فيها شبهه بخضم الكمبيالة .

قد يقال: إِنَّ بنك التاجر وكيل عن البنك المصدر للبطاقة فلم لا يُعامل معاملته؟

والجواب هو: أَنَّ بنك التاجر يدفع للتاجر من ماله، ثم يطالب البنك المصدر للبطاقة بما دفعه .

نعم قد تزول الشبهة إذا دفع بنك التاجر الـ (100) كاملة للتاجر، وعندما تسلمها من البنك المصدر للبطاقة طالب هذا البنك التاجر بدفع (2) .

العمولة في حالة شراء السلع من التاجر بالشارج كارد:

العمولة في حالة شراء السلع بالشارج كارد (CHARGE CARD) فيها شبهة الربا إذا تولى دفع ثمن السلعة للتاجر بنك التاجر وخصم العمولة؛ لأنه يدفع الـ (98) للتاجر، ويأخذ بعد فترة (100) من البنك المصدر للبطاقة، وهذا شبيهه بخصم الكمبيالة، كما قلنا في حالة الشراء بالدببت كارد .

أمّا إذا تولى الدفع للتاجر البنك المصدر للبطاقة وأخذ العمولة؛ فإنها تكون مقابل الخدمة التي يقدمها للتاجر بجلب الزبائن، وتأخذ حكم أجرة السمسار، وهي جائزة .

وفقه هذه المسألة أنّ حامل البطاقة يشتري السلعة بمائة (100) من التاجر، ويحيله بالمائة على البنك مصدر البطاقة، فإذا طالب التاجر مصدر البطاقة بالمائة في أي وقت؛ فإنه يجوز لمصدر البطاقة أن يخصم منها العمولة (2)، ويدفع للتاجر الباقي، ولا شبه لهذه العملية بخصم الكمبيالة، وكون المصدر للبطاقة سيطالب حامل البطاقة بالمائة كاملة لا يؤثر في هذا الحكم؛ لأنّ هذه المائة هي القرض الذي منحه البنك لحامل البطاقة ليشتري به السلعة وقد فعل . نعم قد تدخل في هذه العمولة شبهة الربا إذا كانت تختلف باختلاف المدة التي يطالب فيها التاجر البنك المصدر للبطاقة بالدفع، فتزيد النسبة بزيادة الأجل .

العمولة التي تدفعها البنوك الأعضاء للمنظمة العالمية:

هذه عمولات يدفعها البنك المصدر وبنك التاجر وفقاً لجدول محدد متفق عليه، وهي تخص الأعمال التي تتوسط المنظمة العالمية في تقديمها للطرفين على مستوى الاتصالات والمراسلات والمقاصة، وتمكين الأعضاء من استخدام الشيكات التابعة للمنظمة^{٥٩٧} .

العمولة على هذه الخدمات لا مأخذ عليها، ولكن جاء في نفس المرجع السابق أنّ المنظمة تغطي مصاريفها كاملة من خلال عدة جهات من بينها: فروق العملة، والرسوم على كل عملية شراء، أو سحب نقدي^{٥٩٨} .

ولم يرد في البحث توضيح لهاتين الجهتين، ويخشى أن يكون فيهما مأخذ شرعية .

٥٩٧ - قطاع الأموال، مجموعة دله البركة، الحلقة الفقهية السادسة، 34، 12، 14 .

٥٩٨ - الحلقة الفقهية السادسة، 3 .

[3] فرض غرامات تأخير على حامل البطاقة:

تفرض البنوك الربوية فائدة عن كل يوم يتأخر فيه حامل البطاقة عن سداد القرض الذي عليه، وهذا ربا صريح، وقد صدرت بعض الفتاوى بجواز فرض غرامات تأخير على حامل البطاقة الذي يماطل في سداد ما عليه من القرض على أن تصرف هذه الغرامات في أوجه البر، ولا يستفيد منها البنك^(٥٩٩). هذه الغرامات هي في رأيي ربا مثل الفائدة، لا يجوز فرضها، وصرفها في وجوه الخير لا يغيّر من الحكم شيئاً.

[4] استخدام البطاقة لشراء الذهب والفضة:

صدرت بعض الفتاوى بجواز استعمال البطاقة في شراء الذهب والفضة من التجار معتمدة هذه الفتاوى على أن قسيمة الدفع التي يوقع عليها العميل حامل البطاقة تعتبر وسيلة دفع مؤكدة تصرف فوراً حال تقديمها إلى البنك التاجر، لهذا فهي تخوّل التاجر الحصول على المبلغ فوراً مما يحقق شرط التقابض في بيع الذهب والفضة، ويعتبر كالدفع بال شيكات وهو جائز شرعاً^(٦٠٠).

ولا أوافق على هذه الفتوى؛ لأنّ الفورية المطلوبة شرعاً في شراء الذهب والفضة غير متحققة في الشراء بالبطاقة؛ لأنّ حامل البطاقة عندما يقدم البطاقة للتاجر يتسلم الذهب، ويوقع على القسيمة لا يدفع الثمن للتاجر، والذي يدفع الثمن للتاجر هو بنك التاجر أو البنك المصدر للبطاقة عندما يقدم التاجر إليهما القسيمة بعد فترة يتفق عليها، وهذه الفترة في حالة بنك التاجر تصل إلى ثلاثة أيام من تسلمه قسيمة البيع^(٦٠١).

وهذا مختلف عما جاء في فتوى بيت التمويل الكويتي من أن القسيمة تُصرف فوراً حال تقديمها إلى بنك التاجر.

وحتى لو صحّ ما في الفتوى من أن بنك التاجر يدفع ثمن الذهب فوراً عندما تقدم إليه القسيمة؛ فإنّ شرط التقابض في المجلس لا يكون متحققاً؛ لأنّ المجلس الذي يجب أن يتحقق فيه التقابض هو مجلس الشراء الذي يتم بين حامل البطاقة والتاجر الذي يبيع الذهب، وليس مجلس تقديم القسيمة لبنك التاجر. وقياس بطاقة الانتماء على الشيك؛ لأنّ كلاهما أداة وفاء، قياس مع الفارق، والفارق هو أنّ الشيك أداة وفاء في الحال، فيكون قبضه قبضاً حكماً لمحتواه، وبطاقة الانتماء أداة وفاء في المال؛ لأنّ التاجر لا يستطيع أن يحصل على ثمن الذهب الذي اشترى بها إلا بعد فترة من الزمن، وهذا هو المأخذ

٥٩٩ - 3- مجموعة دله البركة، قطاع الأموال، الحلقة الفقهية السادسة، 51 - 52.

٦٠٠ - 4- فتوى هيئة الرقابة الشرعية بيت التمويل الكويتي، نقلاً عن قطاع الأموال، مجموعة دله البركة، الحلقة الفقهية السادسة، 21 و24. وانظر أيضاً ص28 في المسائل الفقهية المعروضة على الفقهاء.

٦٠١ - 5- المصدر السابق 33 و43.

مخرج لاستعمال البطاقة في الحصول على الذهب والفضة:

يمكن الحصول على الذهب والفضة بالبطاقة إذا طلب صاحبها من التاجر أن يقرضه مقداراً من الذهب والفضة، ويسجل القرض في القسيمة، وبما أننا قد كيّفنا العلاقة بين البنك المصدر للبطاقة وحامل البطاقة والتاجر على أنها حوالة؛ فإنّ حامل البطاقة الذي اقترض الذهب من التاجر يصبح مديناً للتاجر فيحيله على البنك مصدر البطاقة على النحو الذي ذكرته سابقاً، وعندما يقدم التاجر القسيمة للبنك مطالباً بالسداد؛ فإنّ كان عند البنك ذهب قضى منه الدّين، وإنّ لم يكن عنده ذهب أجرى مع التاجر عقد صرف بالعملة التي يتفقان عليها بسعر الذهب يوم عقد الصرف لا يوم القرض، على النحو الذي ذكرته في حالة سحب صاحب البطاقة نقوداً من جهاز غير جهاز البنك مصدر البطاقة^(٦٠٢).

[5] حرية حامل البطاقة في استخدامها:

من المعروف أنّ حامل البطاقة حر في استعمالها فيما يشاء، وقد يستعمل بعض حاملي البطاقة البطاقة استعمالاً يتنافى مع الشريعة الإسلامية، كأنّ يشتري بها خمرًا مثلاً. فماذا يكون موقف البنك المصدر للبطاقة في هذه الحالة؟

عالجت بعض البنوك هذه الحالة معالجة حسنة بالنص في شروط البطاقة على أنّ: «للبنك الحق في إلغاء البطاقة إذا أساء حاملها استخدامها، وبوجه خاص في حالة استعمالها للوفاء بأئمان بضائع أو أعمال أو خدمات مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية»^(٦٠٣). وينبغي أن يضاف إلى هذا النص نص آخر يفيد أنّ البنك لا يكون ملزماً بدفع قيمة القسيمة.

[6] الترجيح بين الآراء المطروحة في حكم التعامل بكل نوع من أنواع بطاقات الائتمان؛ واستخلاص الرأي الشرعي:

6/1- كردت كارد .

6/2- شارج كارد .

6/3- دبت كارد .

6/4- بطاقات أخرى .

٦٠٢ - انظر: ص 113 من هذا البحث .

٦٠٣ - بطاقة التمويل الكويتي والبنك الأردني الإسلامي نقلاً عن قطاع الأموال، مجموعة دله البركة، الحلقة الفقهية السادسة، 28 .

تبيّن لنا أنّ التعامل بالديت كارد (DEBIT CARD) والشارج كارد (CHARGE CARD) الخالية من الفائدة يجوز شرعاً، مع الالتزام بالأحكام التي ذكرتها .
أمّا الكرت كارد (CREDIT CARD) والشارج كارد ذات الفوائد، فلا يجوز التعامل بهما لما فيهما من الربا .

البديل للكرت كارد (CREDIT CARD) (١):

تمكّن الكرت كارد حاملها من الحصول على ما يحتاج إليه من سلع، وخدمات، ونقود من غير أن يدفع مقابل ما يأخذه نقداً في الحال؛ لأنّ مصدر البطاقة يدفع المقابل ويقيده قرضاً على حامل البطاقة يحصله منه على أقساط، ويتقاضى عليه فائدة هي مكسبه من المعاملة، وهذا كسب غير مشروع، فهل يوجد بديل يحقق ما تحقّقه الكرت كارد لحاملها ولمصدرها بطريقة مشروعة؟

نعم يوجد بديل يحقق لحامل البطاقة الحصول على السلع من غير أن يدفع الثمن حالاً ويحقق لمصدر البطاقة ربحاً مشروعاً من تعامله مع حامل البطاقة .

هذا البديل هو بطاقة البيع بالتقسيط: ويكون ذلك بأنّ ينشئ البنك الإسلامي أو البنوك الإسلامية مجتمعة متاجر للبيع بالتقسيط، مملوكة لها ملكاً كاملاً أو بالمشاركة مع مؤسسة أو تاجر يشتري حامل البطاقة منها ما يريده بالأقساط، والربح الحلال الذي يجنيه البنك من هذه المعاملة هو الفرق بين ثمن السلعة حالاً وثمرتها مؤجلاً، وهذه الزيادة جائزة عند جمهور الفقهاء؛ لأنّ الأجل له حصة من الثمن في البيع، بخلاف القرض، ولهذا فإنّ هذا البديل لا يصلح في الحصول على النقود (السحب الآلي) .

ويكتمل هذا البديل لو أنّ البنوك الإسلامية أنشأت لها منظمة خاصة تُسمّى (المنظمة الإسلامية) بدلاً عن التعامل مع منظمة الفيزا أو غيرها، وتكون لهذه المنظمة الإسلامية نظمها وقوانينها، وتشارك فيها كل البنوك الإسلامية وتصدر بطاقات خاصة بها .

.. والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل ..

حكم التعامل المصرفي المعاصر بالفوائد

٥ (6) حكم التعامل المصرفي المعاصر بالفوائد

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى سائر الأنبياء والمرسلين،
وبعد.

فهذا بحث عن:

حكم التعامل المصرفي المعاصر بالفوائد
أقدمه لمَجْمَع الفقه الإسلامي استجابة لطلبه.
**الفائدة التي تتعامل بها البنوك من ربا القرض الثابت تحريمه بالكتاب، والسُّنَّة، والإجماع. وإليكم
البيان:**

[1] أنواع الربا:

الربا نوعان:

الأول: ربا الديون، ويشمل: ربا الجاهلية، وربي القرض.
والثاني: ربا البيوع، ويشمل: ربا النسيئة، وربي الفضل.

[2] ربا الجاهلية:

قال تعالى {يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة}. [آل عمران : 130]
هذه الآية هي أول ما نزل في تحريم الربا، والمراد بالربا فيها ربا الجاهلية المعهود عند المخاطبين عند نزول الآية، وهو - كما يقول ابن جرير الطبري -: إِنَّ الرجل منهم كان يكون له على الرجل مال إلى أجل، فإذا حل الأجل طلبه من صاحبه، فيقول الذي عليه المال: أَخَّر عني دَيْنَكَ وأزِيدك على مالك،

فيفعلان ذلك ..

رُويَ هذا التفسير لربا الجاهلية عن: عطاء، ومجاهد، وقتادة^{٦٠٦}.
ويقول القرطبي: «إنَّ العرب كانت لا تعرف ربا إلاَّ ذلك، فكانت إذا حلَّ دَيْنُها قالت للغريم: إمَّا أنْ تقضي، وإمَّا أنْ تربِّي»^{٦٠٧}.

فربا الجاهلية على هذا التفسير كان في اقتضاء الدَّين بعد حلول الأجل، والدَّين قد يكون أصله بيعاً إلى أجل، وقد يكون قرضاً بزيادة أو بغير زيادة، فإذا حلَّ الأجل طالب البائع أو المقرض المدين، فإنَّ لم يكن عنده ما يفي به اتفقا على أنْ يمدَّ الدائن الأجل ويزيد المدين المال، وهكذا عند حلول كلِّ أجل.

[3] ربا القرض:

ربا القرض هو القرض الذي تكون فيه منفعة للمقرض مشروطة في العقد، وصوره كثيرة: منها أنْ يقرضه مالاً على أنْ يردَّ له أكثر منه^{٦٠٨}.
وهذه الصورة المألوفة التي يتعامل بها الأفراد والبنوك، وهي القرض بفائدة.

[4] هل يدخل ربا القرض في ربا الجاهلية؟

ما نقلته عن الطبري في تصوير ربا الجاهلية لا يدخل فيه ربا القرض الذي تكون فيه الزيادة مشروطة في العقد الأول، لأنَّه كله في اقتضاء الدَّين بعد حلول الأجل. وعَلَّلَ الشيخ/ محمد رشيد رضا هذا بقوله: وكأنَّهم كانوا يكتفون في العقد الأول بالقليل، فإذا حلَّ الأجل، ولم يقض المدين، وهو في قبضتهم اضطرَّوه إلى قبول التضعيف في مقابلة الإنساء، ثم قال: وما قالوه - الطبري وغيره - هو المروي عن عامة أهل الأثر، ومنه عبارة الإمام أحمد الشهيرة، وهي أنَّه لما سئل عن الربا الذي لا يشك فيه قال: هو أنْ يكون دَيْن، فيقول له: أتقضي أم تربِّي؟ فإنَّ لم يقض زاده في المال، وزاده هذا في الأجل^{٦٠٩}.

[5] بعض ربا القرض يدخل في ربا الجاهلية قطعاً:

التصوير الذي ذكره الطبري لربا الجاهلية وارتضاه الشيخ/ محمد رشيد رضا تدخل فيه صورة من صورة ربا القرض قطعاً، وهي ما إذا أقرضه مبلغاً ثمَّ طالبه به عند حلول الأجل فأملهه نظير زيادة يدفعها إليه المقرض، فإنَّ هذه الصورة هي ربا الجاهلية بعينه، ويقابلها في التعامل المصرفي المعاصر ما يُعرف بـ «الربح المركب»، أو «الفوائد على الفوائد»، أو «الفوائد التأخيرية»، وقد أشار إلى هذه المعاملة الشيخ/

٦٠٦- 2- تفسير الطبري، 6/8 و7/204، وانظر: تفسير المنار، 4/123.

٦٠٧- 3- تفسير القرطبي، 3/356، وانظر أيضاً: تفسير المنار، 4/124.

٦٠٨- 4- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 3/408، و4/225، وفتح القدير، 5/274.

٦٠٩- 5- تفسير المنار، 4/124.

[6] بعض الروايات تجعل ربا القرض في صورته البسيطة من ربا الجاهلية:

تصور بعض الروايات ربا الجاهلية تصويراً ينطبق تمام الانطباق على القرض بزيادة مشروطة في القرض، أو القرض بفائدة، وهو ربا القرض: يقول أبو بكر الجصاص: «والربا الذي كانت العرب تعرفه وتفعله إنَّما كان قرض الدراهم والدنانير إلى أجل بزيادة على مقدار ما استقرض على ما يتراضون به»، ويقول أيضاً: «ولم يكن تعاملهم بالربا إلاَّ على الوجه الذي ذكرنا من قرض دراهم أو

دنانير إلى أجل مع شرط الزيادة...»^{٦١٢}.

ويقول في موضع آخر: «معلوم أنَّ ربا الجاهلية إنَّما كان قرضاً مؤجلاً بزيادة مشروطة، فكانت الزيادة بدلاً من الأجل»^{٦١٣}.

ويقول الإمام فخر الدين الرازي: «إعلم أنَّ الربا قسمان: ربا النسيئة، وربا الفضل. أمَّا ربا النسيئة فهو الأمر الذي كان مشهوراً متعارفاً في الجاهلية، وذلك أنَّهم كانوا يدفعون المال على أنَّ يأخذوا كل شهر قدراً معيناً، ويكون رأس المال باقياً، ثم إذا حل الدَّين طالبوا المدين برأس المال، فإنَّ تعذَّر عليه الأداء زادوا في الحق والأجل، فهذا هو الربا الذي كانوا في الجاهلية يتعاملون به»^{٦١٤}.

ويقول الألوسي: «روى غير واحد أنَّه كان الرجل يربي إلى أجل، فإذا حل للمدين: زدني في المال وأزيدك في الأجل، فيفعل، وهكذا عند كل أجل فيستغرق بالشيء الضعيف ماله بالكلية، فنُهِوا عن ذلك»^{٦١٥}.

فهذه الروايات صريحة في أنَّ ربا الجاهلية كان يأخذ شكل القرض بزيادة كما يأخذ شكل الزيادة في الدَّين عند حلول الأجل إذا لم يكن عند المدين ما يفي به، ثم تتكرَّر الزيادة بتكرُّر التأخير في الأجل، وعلى هذا فحكم الزيادة في القرض عند العقد الأول - ربا القرض - وحكم الزيادة بعد حلول الأجل - ربا الجاهلية - واحد، أو إنَّ شئت فقل: إنَّ ربا القرض من ربا الجاهلية، والنوعان يطلق عليهما: «ربا الديون»، ويطلق عليهما بعض العلماء: «ربا النسيئة»، كما رأينا في عبارة الفخر الرازي.

[7] حكم ربا الديون:

٦١٠ - المصدر السابق.

٦١١ - مصادر الحق، 3/269.

٦١٢ - أحكام القرآن، 1/552.

٦١٣ - المصدر السابق، 1/554.

٦١٤ - مفاتيح الغيب، 2/370.

٦١٥ - روح المعاني، 4/49.

حكم ربا الديون ويشمل - كما قلنا - ربا الجاهلية وربا القرض، هو الحرمة، وهذا الحكم ثابت بالقرآن، والسنة، والإجماع.

أما القرآن فقوله تعالى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً} [آل عمران : ١٣٠].
وعبارة: {أضْعَافًا مُضَاعَفَةً} (أضْعَافًا مُضَاعَفَةً) ليس المراد منها تقييد الربا المنهي عنه بالأضْعَاف المضاعفة، وإنما المراد منها بيان الواقع^(٦١٦).

وقوله تعالى {الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا} [البقرة : 275].

قال ابن جرير الطبري: إن الذين كانوا يأكلون الربا من أهل الجاهلية كانوا إذا حل مال أحدهم على غريمه يقول الغريم لغريم الحق: زدني في الأجل وأزيدك في مالك، فكان يقال لهما إذا فعلا ذلك: هذا ربا لا يحل، فإذا قيل لهما ذلك، قالوا: سواء علينا زدنا أول البيع أو عند محل المال، فكذبهم الله في قيلهم، فقال {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا}، «يعني وأحل الله الأرباح في التجارة والشراء والبيع، وحرم الربا، يعني الزيادة التي يُزاد رب المال بسبب زيادته غريمه في الأجل وتأخيرته دينه عليه»^(٦١٧).
وقوله تعالى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ} [البقرة : 278].

قال ابن جرير الطبري: ذكر أن هذه الآية نزلت في قوم أسلموا ولهم على قوم أموال من ربا كانوا قد قبضوا بعضه منهم... وبقي بعض فعفا الله جل ثناؤه عما كانوا قد قبضوه قبل نزول هذه الآية، وحرم عليهم اقتضاء ما بقي»^(٦١٨).

ثم جاء قوله تعالى {وَإِنْ تَبُيْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ} [البقرة : 279]، مبيناً بياناً شافياً أن أخذ أي زيادة على رأس المال ظلم منهي عنه.
وأما السنة فقوله في حجة الوداع: (وإن كل ربا موضوع، ولكن لكم رؤوس أموالكم، لا تظلمون ولا تظلمون)^(٦١٩).

أن هذه السنة مؤكدة لما جاء في القرآن من تحريم أخذ أي زيادة على رأس المال.
ومن السنة ما روي عن علي أن النبي نهى عن قرض جرّ منفعة، وفي رواية: قال رسول الله :

٦١٦ - روح المعاني، 4/69.

٦١٧ - تفسير الطبري، 13-6/12.

٦١٨ - تفسير الطبري، 6/22.

٦١٩ - السيرة النبوية لابن هشام، القسم الثاني، ص 603.

(كل قرض جرّ منفعة فهو ربا) (٦٢٠).

وهذا الحديث وإن كان في سنده مقال إلا أنّ معناه يؤيّد القرآن، ولهذا فقد اتفقت المذاهب الأربعة على العمل به.

وأما الإجماع فقد نقل عدد من العلماء الإجماع على تحريم ربا الديون بنوعيه: ربا الجاهلية، وربي القرض.

قال ابن رشد: «واتفق العلماء على أنّ الربا يوجد في شيئين: في البيع، وفيما تقرّر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك. أمّا الربا فيما تقرّر في الذمة فهو صنفان متفق عليه، وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه، وذلك أنّهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون، فكانوا يقولون: أنظرني أزدك، وهذا هو الذي عناه عليه الصلاة والسلام بقوله في حجة الوداع: (ألا وإنّ ربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب) (٦٢١).

وقال النووي: «أجمع المسلمون على تحريم الربا وعلى أنّه من الكبائر» (٦٢٢). ويقول ابن قدامة: «وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بلا خلاف، قال ابن المنذر: أجمعوا على أنّ المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك أنّ أخذ الزيادة على ذلك ربا» (٦٢٣).

ويقول القرطبي: «أجمع المسلمون نقلاً عن نبهيم أنّ اشتراط الزيادة في السلف ربا، ولو كان قبضة من علف - كما قال ابن مسعود - أو حبة واحدة» (٦٢٤).

[8] النوع الثاني: ربا البيوع:

عن عبادة بن الصامت عن النبي قال: (الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد) [رواه أحمد ومسلم] (٦٢٥).

بيّن الرسول في هذا الحديث وغيره من الأحاديث الصحيحة الأصناف التي يجري فيها ربا البيوع وحكمه، وقد أجمع الفقهاء على جريان ربا البيوع في هذه الأصناف الستة الواردة في الحديث، واختلفوا

٦٢٠ -3- نيل الأوطار، 5/246، وانظر أيضاً: سبل السلام، 3/51.

٦٢١ -4- بداية المجتهد، 2/128.

٦٢٢ -5- المجموع، 9/442.

٦٢٣ -6- المغني مع الشرح الكبير، 4/360.

٦٢٤ -7- تفسير القرطبي، 3/241.

٦٢٥ -8- منتقى الأخبار مع نيل الأوطار، 5/204.

في جريان الربا في غيرها، فقال الجمهور: يجري الربا في غيرها، فيلحق بها كل ما يشاركها في الغلة، ولكنهم اختلفوا في تحديد الأصناف التي تلحق بها بسبب اختلافهم في علة جريان الربا في الأصناف الستة^(٦٢٦).

وربا البيوع يشمل - كما قلنا - ربا النسيئة وربا الفضل، فإذا بيع الصنف بصنفه حرم فيه النساء والتفاضل، أي التأخير والزيادة، وإذا بيع الصنف بصنف آخر حرم النساء وجاز التفاضل. وقد أجمع العلماء على هذا الحكم عملاً بحديث عبادة، إلا ما رُوِيَ عن ابن عباس من إنكاره الربا في التفاضل^(٦٢٧).

[9] ربا البيوع لا يجري إلا في الأموال الربوية وربا الديون يجري فيها وفي غيرها:

يتبين مما ذكرناه أنَّ ربا البيوع يجري في الأموال الربوية وحدها، وهي الأصناف الستة وما يلحق بها عند جمهور الفقهاء، أمَّا ربا الديون فيجري في الأموال الربوية وفي غيرها باتفاق الفقهاء، وهذا فارق هام بين نوعي الربا ترتب على عدم مراعاته خطأ جسيم وقع فيه بعض الباحثين، فأجازوا الفائدة التي تتعامل بها البنوك بكل صورها ومقاديرها على أساس أنَّ النقود الورقية التي نتعامل بها في الوقت الحاضر ليست من الأموال الربوية.

ونورد فيما يلي بعض النصوص التي تثبت أنَّ ربا الديون - ومنه الفوائد الربوية التي تتعامل بها البنوك - يجري في الأموال الربوية وفي الأموال غير الربوية.

رُوِيَ عن زيد أنه كان يقول: إنَّما الربا في الجاهلية في التضعيف وفي السن^(٦٢٨)، يكون للرجل فضل دين فيأتيه إذا حل الأجل يقول له: تقضيني أو تزيدني إن كان عنده شيء يقضيه قضي، وإلاَّ حوله إلى السن التي فوق ذلك إن كانت ابنة مخاض يجعلها ابنة لبون في السنة الثانية، ثم حقة، ثم جذعة، ثم ربيعاً، ثم هكذا إلى فوق. وفي العين^(٦٢٩) يأتيه فإن لم يكن عنده أضعفه في العام القابل، فإن لم يكن عنده أضعفه أيضاً، فتكون مائة فيجعلها إلى قابل مائتين، فإن لم يكن عنده جعلها أربعمئة، يضعفها له كل سنة أو يقضيه، قال فهذا قوله تعالى {لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة} [آل عمران : 130]. فهذا نص صريح في أنَّ ربا الجاهلية كان في الذهب والفضة وفي الحيوان أيضاً. أمَّا ربا القرض فيجري في كل ما يجوز فيه القرض، سواء أكان من الأموال الربوية أم من غيرها.

وإليك هذه النصوص من كتب الشافعية:

٦٢٦ -9 ينظر تفصيل ذلك مع باقي الأحاديث في: نيل الأوطار، 5/204 وما بعدها.

٦٢٧ -10 بداية المجتهد، 2/128.

٦٢٨ -1 أي العُمر، يريد بها أسنان الإبل.

٦٢٩ -2 فسر الشيخ/ محمد شاكر العين بالذهب والفضة وأشباهها.

يقول الشيرازي: «يجوز قرض كل مال يملك بالبيع ويضبط بالوصف، لأنه عقد تمليك يثبت العوض فيه في الذمة فجاز فيما يملك. ويضبط بالوصف كالتسليم، فأما ما لا يضبط بالوصف كالجواهر وغيرها، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، لأنَّ القرض يقتضي ردَّ المثل، وما لا يضبط بالوصف لا مثل له.

والثاني: يجوز، لأنَّ ما لا مثل له يضمنه المستقرض بقيمته، والجواهر كغيرها في القيمة^{٦٣٠}. ويقول الشيرازي أيضاً: «ولا يجوز قرض جرَّ منفعة مثل أن يقرضه ألفاً على أن يرد عليه أكثر منه»^{٦٣١}.

وهذا صريح في أنَّ ربا القرض يجري في الأموال الربوية وفي غيرها. ويقول الرملي المتوفى 1004هـ في شرحه لعبارة النووي: «(ويرد المثلى في المثلى) لأنه أقرب إلى حقه، ولو في نقد بطلت المعاملة به، فيشمل ذلك ما عمَّت به البلوى في زماننا في الديار المصرية من إقراض الفلوس الجدد، ثم إبطالها وإخراج غيرها، وإن لم تكن نقداً»^{٦٣٢}.

ويقول أيضاً: «ولا يجوز قرض نقد ولا غيره إن اقترن بشرط رد زيادة على القدر المقرض»^{٦٣٣}. وعلى هذا فربا القرض لا يجوز في مذهب الشافعية، كما لا يجوز عند غيرهم سواء أكان المال ربوياً أم غير ربوي.

هذا وفي قوله تعالى {وَإِنْ تَبُثُّمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ} [البقرة : 279] ما يفيد أنَّ ربا الديون الذي وردت فيه الآية يكون في كل مال، والنقود الورقية مال من غير شك.

يتضح مما تقدّم أنَّ الفائدة التي تدفعها البنوك عند الاقتراض من الغير والفائدة التي تأخذها عند قرض الغير ربا محرّم بإجماع المسلمين، سواء اعتبرنا النقود الورقية من الأموال الربوية - وهو الحق - أو لم نعتبرها، لأنَّ هذه الفائدة من ربا الديون وليست من ربا البيوع، ولا يشترط في ربا الديون أن يكون المال من الأصناف الستة الربوية أو ما يلحق بها.

وتشمل الحرمة كل أنواع التعامل بفائدة، فتشمل القرض بفائدة قليلة أو كثيرة، بسيطة أو مركبة، كما تشمل القرض للاستهلاك والقرض للإنتاج (التمويل)، وتشمل أيضاً فتح الاعتماد بفائدة، وتشمل أيضاً خصم الأوراق التجارية، لأنَّ هذه العملية في حقيقتها قرض بفائدة، فالبنك عندما يتسلّم الورقة التجارية التي تكون مستحقة الدفع بعد شهر ويدفع لصاحبها أقل من قيمتها، كأنه يقرض صاحبها مبلغاً ليأخذ أكثر منه بعد شهر.

.. والله أعلم ..

٦٣٠- المذهب، 1/203، وانظر أيضاً: نهاية المحتاج، 4/220.

٦٣١- المذهب، 1/204.

٦٣٢- نهاية المحتاج، 4/223.

٦٣٣- نهاية المحتاج، 4/225.

خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية

خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى سائر الأنبياء والمرسلين، وبعد .

فاستجابة لطلب كريم من سعادة مدير المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية (جدة)؛ أقدم إليكم - أيها الإخوة الكرام - هذه المحاضرة عن:

خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية حكم إصدارها وحكم أخذ الأجر على إصدارها

أتحدث فيها عن:

- التعريف بكتاب الضمان .
 - أنواع خطابات الضمان .
 - العمولة «الأجر» على خطابات الضمان .
 - التكليف الفقهي لخطابات الضمان .
 - الحكم الشرعي لإصدار خطابات الضمان .
 - الحكم الشرعي لأخذ العمولة «الأجر» على إصدار خطابات الضمان .
 - البديل لأخذ الأجر على خطابات الضمان .
- والله أسأل أن يوفقني إلى الصواب، وأن يجنبني مواطن الزلل، إنه سميع مجيب .

التعريف بخطاب الضمان^{٦٣٤}:

خطاب الضمان هو: «تعهد كتابي، يتعهد البنك بمقتضاه بكفالة أحد عملائه - طالب الضمان - في حدود مبلغ معين، لدى طرف ثالث، عن التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضماناً بوفاء العميل بالتزامه تجاه الطرف الثالث، خلال مدة من الزمن معينة».

وينص عادة في الخطاب على أن يدفع البنك المبلغ المضمون عند أول طلب من الطرف الثالث يرد خلال مدة سريان خطاب الضمان رغم معارضة العميل إن اعترض^{٦٣٥}. وعُرف في موضع آخر من الموسوعة بأنه: «صك يتعهد بمقتضاه البنك المصدر له بأن يدفع مبلغاً لا يتجاوز حداً معيناً لحساب طرف ثالث لغرض معين»^{٦٣٦}.

وعرفه البروفيسور/محمد هاشم عوض بأنه: «تعهد كتابي من قبل البنك بأن يدفع لطرف ثالث مبلغاً معيناً يمثل التزاماً على عاتق أحد عملائه تجاه هذا الطرف، عند حلول أجل معين في حالة عجز العميل عن الوفاء بهذا الالتزام»^{٦٣٧}.

وعرفه محمد باقر الصدر بأنه: «تعهد من البنك بقبول دفع مبلغ معين لدى الطلب إلى المستفيد في ذلك الخطاب، نيابة عن طالب الضمان، عند عدم قيام الطالب بالتزامات معينة قبل المستفيد»^{٦٣٨}. ويُلحظ أن البروفيسور/محمد هاشم عوض، ومحمد باقر الصدر نصا على أن تعهد البنك بالدفع يكون عند عدم دفع العميل، وأضاف محمد باقر الصدر أن البنك يدفع نيابة عن العميل.

وعرفه الدكتور/علي جمال الدين عوض بأنه: «تعهد نهائي يصدر من البنك، بناءً على طلب عميله، بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محددة»^{٦٣٩}.

ويُلحظ أن هذا التعريف أضاف كلمة «نهائي» وعبارة «أو قابل للتعيين».

ما يستفاد من التعريف:

يستفاد من تعريف خطاب الضمان:

[1] أنه لا بُدَّ فيه من وجود ضامن هو البنك، ومضمون هو عميل البنك، ومضمون له هو الطرف

٦٣٤ - هذا تعريف بخطاب الضمان الذي تمارسه البنوك التقليدية والبنوك الإسلامية أيضاً.

٦٣٥ - الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الجزء الخامس، المجلد الأول، 1402 هـ - 1983 م، ص 464.

٦٣٦ - المصدر السابق، ص 484، وموقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، للدكتور/ عبد الله عبد الرحيم العبادي، ص 311.

٦٣٧ - دليل العمل في البنوك الإسلامية، ص 63.

٦٣٨ - البنك اللا ربوي في الإسلام، ص 128.

٦٣٩ - عمليات البنوك من الموجهة القانونية، ص 357.

الثالث، والمبلغ المضمون .

[2] أن خطاب الضمان يجب أن يكون مكتوباً .

[3] أن الضمان محدد بمدة معلومة «مؤقت» .

[4] أن المبلغ المضمون ليس ديناً ثابتاً في ذمة المضمون عند إصدار خطاب الضمان، ولكنه قد يثبت إذا لم يف المضمون بالتزامه نحو المضمون له .

[5] أن المستفيد لا يطالب البنك إلا إذا عجز المضمون عن الوفاء بالتزامه .

[6] أن المبلغ المضمون قد لا يكون معيناً ولكنه قابل للتعيين .

صور خطابات الضمان أو أنواع خطابات الضمان:

خطابات الضمان لها صور وأنواع متعددة، تبعاً لتعدد الأغراض الصادرة من أجلها، والأنواع الرئيسية لخطابات الضمان اثنان، هما:

[1] خطابات الضمان الابتدائية:

وهي تعهدات موجهة من البنك إلى المستفيد - هيئة حكومية وما في حكمها - لضمان دفع مبلغ من النقود من قيمة العملية التي يتنافس طالب خطاب الضمان للحصول عليها، ويستحق الدفع عند عدم قيام الطالب باتخاذ الترتيبات اللازمة عند وقوع العملية عليه .

وهذه الخطابات خاصة بالعطاءات التي تقدم للجهات الحكومية وما في حكمها، ويتراوح المبلغ ما بين 1% و 2% من قيمة العطاء المقدم .

وغالباً ما يُحدد المتعهدون آجال خطابات الضمان التي يطلبونها بمدد تتراوح ما بين شهر وثلاثة أشهر^{٦٤} .

وفيما يلي نموذج لخطاب ضمان ابتدائي منقول عن الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية:

خطاب ضمان ابتدائي رقم ()

التاريخ:

السيد/

نتعهد أن نضمن

بمبلغ

...

قيمة في المائة من العطاء المقدم منه عن توريد

..... أو مقولة أعمال على أن

ندفع المبلغ عند أول طلب منها رغم أية معارضة في ذلك من

قبل صاحب العطاء المذكور .

ويسري مفعول هذا الخطاب لمدة تنتهي في وعليه؛ فأية مطالبة

بقيمة هذا الضمان يجب أن تصلنا لغاية هذا التاريخ على الأكثر، وإذا انقضى هذا التاريخ ولم تصلنا

منكم أية مطالبة فإنّ تعهّدنا ينتهي، ويصبح هذا الخطاب لاغياً بصفة نهائية .

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام

بنك

وهذا نموذج لخطاب ضمان صادر من بنك السودان

بنك:

فرع:

التاريخ :

خطاب ضمان رقم بمبلغ

السيد/

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

بموجب هذا الخطاب نضمن في حدود مبلغ وذلك فيما

يختص هذا ونتعهد بتسديد المبلغ المذكور عند أول طلب كتابي منكم مؤكدين فشل

العمل في استيفاء التزاماته نحكم تحت شروط العطاء الخاص بهذا الضمان .

يسري مفعول هذا الضمان من تاريخ إلى وأي طلب منكم لسداد

المبلغ المذكور أعلاه أو جزء منه، يجب أن يكون كتابة في أو قبل وهو التاريخ الذي

يعتبر فيه هذا الضمان لاغياً، ولا مفعول له ويلزم إعادته لنا .

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام

عن بنك

ويلحظ أنَّ خطاب الضمان الصادر من بنك السودان ينص على أنَّ تعهُّد البنك بتسديد المبلغ يكون عند فشل العميل في الوفاء بالتزاماته، في حين أنَّ النموذج الذي في الموسوعة سكت عن هذا .

[2] خطابات الضمان النهائية:

هي تعهُدات للجهة الحكومية ونحوها لضمان دفع مبلغ من النقود من قيمة العملية التي استقرَّت على عهدة العميل، ويصبح الدفع واجباً عند تخلف العميل عن الوفاء بالتزاماته، المنصوص عليها في العقد النهائي للعملية، بين العميل والجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها .

فهذه الخطابات خاصة بضمان حسن تنفيذ العقود المبرمة مع الهيئات الحكومية .

والتأمين النهائي يتراوح ما بين 5% و 10% من قيمة العطاء، وغالباً ما يصدر البنك خطابات الضمان

لمدد لا تتجاوز العامين^(٦٤) .

فيما يلي نموذج لخطاب ضمان نهائي منقول عن الموسوعة العملية والعلمية للبنوك الإسلامية:

خطاب ضمان نهائي رقم ()

التاريخ

السيد /

حيث إنَّ السيد / قد رسا عليه توريد/ مقالة

فإنَّنا نتعهَّد بأنَّ نضمن لغاية مبلغ قيمة

في المائة من قيمة العقد، وأنَّ ندفع هذا المبلغ عند أول طلب من قبل

دون النظر إلى أيَّة معارضة من قبل المتعهَّد ، ويسري مفعول هذا

الخطاب لغاية وعليه، فأَيَّة مطالبة بقيمته يجب أن تصلنا لغاية هذا التاريخ

على الأكثر .

وإذا انقضى هذا التاريخ ولم يصلنا منكم أيَّة مطالبة؛ فإنَّ تعهُدنا ينتهي ويصبح هذا الخطاب لاغياً بصفة

نهائية .

بنك

ويُلاحظ أنَّه لا فرق بين صيغة خطاب الضمان الابتدائي والنهائي إلا في الغرض الذي صدر من أجله، وأنَّ كلاً منهما تعهَّد بضمان مبلغ وليس بأداء عمل .

[3] خطابات ضمان لأغراض أخرى:

وبجانب هذين النوعين تصدر البنوك خطابات ضمان لأغراض أخرى، مثل:

[أ] خطابات ضمان للتمويل «عن دفعة مقدمة»، فقد تدفع بعض الجهات للمقاولين مبلغاً من المال لتيسر لهم العمليات الكبيرة المسندة إليهم، ويحصل هذا قبل بدء العمل فهو شبيه بالقرض، لذا تطلب الجهة الدافعة من المقاول خطاب ضمان من البنك بقيمة المبلغ المدفوع له.

[ب] خطابات الضمان لتغطية التزامات متعدي توزيع المنتجات.

[ج] خطابات ضمان لصالح مصلحة الجمارك^{٦٤٢}.

[د] خطابات ضمان لسحب بضائع من شركات الملاحة قبل تسلّم مستندات الشحن.

[هـ] خطابات ضمان للتأمينات المطلوبة لتغطية المكالمات التلفونية الزائدة ومكالمات الترنك^{٦٤٣}. تلك كانت أنواع خطابات الضمان من حيث الغرض منها.

وتنقسم خطابات الضمان أيضاً من حيث التغطية وعدمها إلى ثلاثة أنواع:

[1] خطابات الضمان غير المغطاة.

[2] خطابات الضمان المغطاة تغطية كاملة.

[3] خطابات الضمان المغطاة تغطية جزئية.

تصدر بعض البنوك خطابات ضمان للمتعاملين معها من غير أن تطلب منهم دفع أي مبلغ، لاطمئنانها إلى وفائهم بالتزاماتهم، وهذه هي خطابات الضمان غير المغطاة. وتطلب بعض البنوك من عملائها دفع نسبة من مبلغ الضمان نقداً، وتأخذ على الباقي ضماناً عينياً أو شخصياً، وتتوقف نسبة الغطاء على مدى ثقة البنك في العميل^{٦٤٤}.

العمولة على خطابات الضمان:

تتقاضى البنوك علاوة على المصاريف التي تتحملها لإصدار خطابات الضمان عمولة في مقابل الضمان على النحو التالي:

- عمولة خطاب الضمان الابتدائي، دفعة واحدة في حدود أربع بالمائة تقريباً.

- عمولة خطاب الضمان النهائي، تحسب العمولة حسب مدة الخطاب، سنة أو سنتين وهي في حدود 2% في السنة.

ويجوز للبنك تخفيض العمولة إلى النصف في حالة ما إذا كان الغطاء نقداً، كما يجوز له تحصيل

٦٤٢ - مجلة البنوك الإسلامية، ص 33.

٦٤٣ - الأعمال المصرفية والإسلام، ص 226.

٦٤٤ - الموسوعة العلمية والعلمية، 5/465، والأعمال المصرفية والإسلام، ص 225، وموقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، ص 313، ومجلة البنوك الإسلامية، العدد 54، ص 34.

العمولة عن المدة كاملة^(٦٤٩).

التكييف الفقهي لخطاب الضمان:

خطاب الضمان ليس عقداً جديداً، وإنما هو عقد الضمان المعروف في الفقه الإسلامي اسماً ومعنى، ويتضح هذا من الموازنة بين تعريف خطاب الضمان المعمول به في البنوك - الذي سبق بيانه - وتعريف عقد الضمان في الفقه الإسلامي - الذي نبيناه فيما يلي، ثم من بيان بعض خصائص خطابات الضمان التي قد يظن أنها لا تتفق مع أحكام عقد الضمان في الفقه الإسلامي، ثم دفع حُجَّة من ذهب إلى أنَّ خطاب الضمان عقد مستحدث مختلف عن عقد الضمان «الكفالة».

الضمان في الفقه الإسلامي

تعريف الضمان:

أذكر فيما يلي تعريف الضمان في المذاهب الأربعة، مبتدئاً بالمذاهب التي تستعمل لفظ الضمان - المذهب المالكي، الشافعي، الحنبلي - ثم المذهب الحنفي الذي يستعمل كلمة «الكفالة». واللفظان مؤداهما واحد.

المذهب المالكي:

الضمان - ويُسمَّى «كفالة» و «حمالة» و «زعامة»^(٦٤٦) - هو: «التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره، أو طلبه من عليه لمن هو له، بما يدلُّ عليه»^(٦٤٧). هذا التعريف يشمل أنواع الضمان الثلاثة عند المالكية - ضمان المال، وضمان الوجه، وضمان

٦٤٥ - الموسوعة العملية والعلمية، ص 465، والأعمال المصرفية والإسلام، ص 227، وموقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، ص 311.

٦٤٦ - الشرح الصغير على أقرب المسالك مع حاشية الصاوي، 3/429.

٦٤٧ - أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، 3/429 - 431.

الطلب^(٦٤٨) - والذي يهمننا هنا هو ضمان المال الذي عرّفه الدردير بأنّه: «التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره».

وأركان الضمان عند المالكية خمسة: ضامن، ومضمون، ومضمون له، ومضمون به، وصيغة.

وعرّف الشيخ خليل «الضمان» بأنّه: «شغل ذمة أخرى بالحق»^(٦٤٩).

المذهب الشافعي:

عرّف الشيرازي «الضمان» بأنّه: «إيجاب مال في الذمة بالعقد»^(٦٥٠).

وعرّفه الرملي بأنّه: «التزام الدّين، والبدن، والعين»^(٦٥١).

والتعريفان مؤداهما واحد بالنسبة لالتزام المال غير أنّ الشيرازي خصّص «الضمان» بالمال، وخصّص

«الكفالة» بالبدن، وتحدث عنها بعد حديثه عن الضمان^(٦٥٢)، والرملي جعل «الكفالة» قسماً من

«الضمان»، وعرّفه بما يشمل ضمان المال والبدن والعين، مخالفاً ما مشى عليه النووي في المتن في

تخصيص الضمان بالمال، والكفالة بالبدن^(٦٥٣)، وما نقله الشيرازي عن الماوردي من أنّه قال: «إنّ

العرف خصص الضمان بالمال والكفالة بالبدن»^(٦٥٤). والذي يعيننا من هذا هو ضمان المال.

المذهب الحنبلي:

عرّف ابن قدامة «الضمان» بأنّه: «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق»^(٦٥٥).

وعرّف ابن قدامة «الكفالة» بأنّها: «التزام إحضار المكفول به».

والمكفول به قد يكون بدن من عليه دين، أو عيناً مضمونة^(٦٥٦)، فالحنابلة يستعملون الضمان في

ضمان الحق فقط، وإن كان يصح - عندهم - الضمان بلفظ «الكفالة»^(٦٥٧).

٦٤٨ - الشرح الصغير، 3/430.

٦٤٩ - مختصر خليل، ص 209.

٦٥٠ - المذهب، 1/339.

٦٥١ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 4/418.

٦٥٢ - المذهب، 341-1/339.

٦٥٣ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 431-4/418.

٦٥٤ - نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي، 4/418. الشافعي يستعمل «الضمان» و«الكفالة» و«الحمالة» في المال، ويستعمل «الكفالة» في النفس. انظر: الأم، 205-2/204.

٦٥٥ - المقنع، 2/112.

٦٥٦ - المصدر السابق، 3/118.

٦٥٧ - المصدر السابق، 2/112.

المذهب الحنفي:

عرّف التمرتاشي «الكفالة» بأنها: «ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً»^{٦٥٨}.
والمراد بـ «ذمة» الأولى ذمة الكفيل، وبـ «ذمة» الثانية ذمة الأصيل، والمراد بـ «مطلقاً»: بنفس أو بدين أو بعين^{٦٥٩}.

وعرّفها بعضهم بأنها: «ضم ذمة إلى ذمة في الدين». والتعريف الأول تعريف للكفالة بأنواعها الثلاثة، وبأنّ الضم يكون في المطالبة في الأنواع الثلاثة، أمّا التعريف الثاني فهو تعريف لنوع واحد من الكفالة هو الكفالة بالمال؛ لأنّ الكفالة بالمال هي التي وقع فيها الخلاف بين فقهاء الحنفية هل هي الضم في المطالبة، أم الضم في الدين؟ أمّا الكفالة بالنفس والأعيان فهي في المطالبة اتفاقاً^{٦٦٠}.

ويرى ابن عابدين أنّ كلاً من كفالة المال وكفالة النفس تنعقد بـ «كفلت» كما تنعقد بـ «ضمنت». فإذا قال: «ضمنت زيداً أو أنا كفيلٌ به يكون كفالة نفس»، وإذا قال: «ضمنت لك ما عليه من المال، أو أنا كفيلٌ به فهو كفالة مال»^{٦٦١}.

يتضح من الموازنة بين تعريف خطاب الضمان وتعريف الضمان في المذاهب الأربعة؛ أنّ التعريفين متفقان في المعنى، وهو التزام الشخص مالياً واجباً على غيره لشخص ثالث. قد يقال: إنّ هذا لا يكفي لاعتبار خطاب الضمان عقد ضمان - كفالة - وإعطائه جميع أحكام الضمان؛ لأنّ خطاب الضمان - كما ظهر لنا من تعريفاته وصوره - يشتمل على خصائص وصور قد لا تكون متفقة مع أحكام الضمان في الفقه الإسلامي، وهي:

- [1] خطاب الضمان مؤقت بمدة.
- [2] المبلغ المضمون في خطاب الضمان غير ثابت في ذمة المضمون عند العقد.
- [3] المبلغ المضمون في خطاب الضمان قد لا يكون معلوماً عند العقد.
- [4] التزام البنك بدفع المبلغ المضمون له مشروط بعدم وفاء المضمون «العميل» بالتزامه.
- [5] البنك يطالب المضمون «العميل» أحياناً بأن يدفع له المبلغ المضمون كاملاً عند العقد.

المسألة الأولى : توقيت الضمان:

خطابات الضمان التي تصدرها البنوك كلها تصدر مؤقتة بمدة محددة ينتهي الضمان بانتهائها، كما هو واضح من تعريف خطاب الضمان ونماذج خطابات الضمان.
فهل يجوز توقيت الضمان «الكفالة» في الفقه الإسلامي؟

٦٥٨ - تنوير الأبصار مع حاشية ابن عابدين، 4/246.

٦٥٩ - الدر المختار مع حاشية ابن عابدين، 4/346.

٦٦٠ - المصدر السابق، 347-4/346.

٦٦١ - حاشية ابن عابدين، 4/250 و351.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة:

فالحنفية يذكرون ثلاث صور للتوقيت لكل صورة حكمها:

الأولى: كفلت لك زيداً - أو ما على زيد - إلى شهر .

الثانية: كفلته من اليوم إلى شهر .

الثالثة: كفلته شهراً .

ففي الصورة الأولى يكون كفيلاً في الحال أبداً أي في الشهر وبعده، وقيل لا يكون كفيلاً في الحال، بل بعد الشهر وعلى كل فلا يطالب في الحال، وعند أبي يوسف والحسن هو كفيل في المدة فقط .

وفي الصورة الثانية هو كفيل في المدة بلا خلاف، وفي الصورة الثالثة قيل كالصورة الأولى وقيل كالثانية .

قال ابن عابدين بعد أن ذكر هذه الصور الثلاث وحكمها: «وينبغي عدم الفرق بين الصور الثلاث في زماننا كما هو قول أبي يوسف والحسن؛ لأنَّ الناس اليوم لا يقصدون بذلك إلاَّ توقيت الكفالة بالمدة، وأنه لا كفالة بعدها، وقد تقدَّم أنَّ مبنى لفظ «الكفالة» على العرف والعادة . . ثُمَّ رأيتُ في «الذخيرة» قال: وكان القاضي الإمام الأجلُّ أبو علي النسفي يقول: قول أبي يوسف أشبه بعرف الناس إذا كفَّلوا إلى مدة يفهمون بضرب المدة أنَّهم يطالبون في المدة لا بعدها»^{٦٦٢} .

ومنع الشافعية توقيت الضمان واختلفوا في جواز توقيت الكفالة، والأصح عندهم المنع .

يقول الرملي: «والأصحُّ أنَّه لا يجوز توقيت الكفالة - كأنا كفيل بزید إلى شهر، وبعده أنا بريء - والثاني يجوز؛ لأنَّه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة، بخلاف المال فإنَّ المقصود منه الأداء، فلهذا امتنع تأقيت الضمان قطعاً»^{٦٦٣} .

وعند الحنابلة في صحة توقيت الضمان وجهان^{٦٦٤} .

ورأي أبي يوسف الذي رجَّحه ابن عابدين والنسفي هو الذي يجب العمل به في زماننا، لليلة التي رجحا العمل بها في زمانهما، ثُمَّ إِنَّ صيغة التأقيت في خطاب الضمان تتفق تماماً مع الصورة الثانية التي لم يختلف الحنفية في جواز التأقيت بها .

والتفرقة التي ذكرها الشافعية بين توقيت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال غير وجيهة عندي؛ لأنَّ الكفيل بالمال قد يكون له غرض في أداء المال في وقت معيَّن كما قالوا في الكفالة بالنفس .

ولا أوافق الأستاذ/ علي الخفيف فيما ذهب إليه من أنَّ الكفالة بالمال ليس هناك ما يمنع توقيتها على

٦٦٢ - حاشية ابن عابدين، 4/353 .

٦٦٣ - نهاية المحتاج، 4/441 .

٦٦٤ - المغني والشرح الكبير، 5/101 .

الرأي القائل بأنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فقط، أمّا على الرأي القائل بأنّ ذمة الكفيل تصبح مشغولة بالدين أيضاً - وهو رأي الجمهور - فإنّ مقتضاه عدم جواز التوقيت معللاً عدم الجواز بقوله: «ذلك لأنّ المعهود في الشرع أنّ الذمة إذا شغلت بالدين الصحيح وهو ما تصح فيه الكفالة، لم تبرأ إلا بأدائه أو بالمعاوضة عليه، أو بإسقاط الدائن إياه، أو بهبته للمدين، أمّا إنّها تبرأ بمضي زمن محدد فيكون مضي هذا الزمان مسقطاً للدين فلا عهد لنا به في الحقوق؛ لأنّها لا تسقط بمضي الزمن ولا بالتقادم شرعاً».

ومن المعلوم أنّ دين الكفالة من الديون الصحيحة القوية، فإذا ثبت في الذمة ولو كانت ذمة الكفيل لم يسقط بمضي الزمن، وعلى ذلك يكون مقتضى هذا الرأي - رأي الجمهور - عدم قبول الكفالة للتوقيت حتى لا يترتب على توقيتها سقوط الدين عن الكفيل بمضي الزمن الذي أفتت به، ذلك ما نستظهره^(٦٦٩).

استظهار الأستاذ/ الخفيف يكون مقبولاً لو أنّ الدين إذا سقط عن الكفيل يسقط نهائياً ولا يستطيع صاحبه الحصول عليه، ولكن الحاصل في حالتنا أنّ الدين يسقط عن الكفيل، ولكنه يبقى في ذمة الأصل ويستطيع صاحبه أخذه من الأصل، فلا تعارض بين القول بسقوط الدين عن الكفيل بمضي المدة، وقاعدة: عدم سقوط الدين بمضي المدة؛ لأنّ الدين لم يسقط.

المسألة الثانية: المبلغ المضمون في خطاب الضمان غير ثابت في ذمة المضمون عند العقد:

ظهر لنا من التعريف بخطاب الضمان أنّ المبلغ الذي يتعهّد البنك بدفعه للمستفيد - المضمون له - غير ثابت في ذمة العميل - المضمون -، ولكنه قد يثبت في المستقبل إذا أخلّ العميل بالتزامه.

فهل يجوز هذا الضمان في الفقه الإسلامي؟

نعم يجوز ضمان ما يثبت في ذمة المضمون ولو لم يكن ثابتاً عند العقد في مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة، وهو أحد قولين عند الشافعي^(٦٦٦). يقول الدردير: «وشرط الدين لزومه للمضمون في الحال، بل ولو يلزم المضمون في المال - أي المستقبل - كدائن فلاناً وأنا أضمنه، أو إذا ثبت لك عليه دين فأنا ضامن»^(٦٦٧).

٦٦٥ - الضمان في الفقه الإسلامي، ص 25.

٦٦٦ - الضمان في الفقه الإسلامي، ص 67.

٦٦٧ - الشرح الصغير على أقرب المسالك، 3/431.

ويقول ابن قدامة: «ولا يشترط كون الحق معلوماً^(٦٦٨)، ولا واجباً إذا كان مآله إلى الوجوب فلو قال: ضمنت لك ما على فلاناً أو ما تداينه به صحَّ»^(٦٦٩).

المسألة الثالثة: المبلغ المضمون في خطاب الضمان قد لا يكون معلوماً عند العقد:

رأينا في تعريف الدكتور/على جمال الدين عوض لخطاب الضمان أنَّ المبلغ المضمون قد يكون معيناً، أو قابلاً للتعيين، ويشرح الدكتور/على جمال الدين هذا بقوله: «الأصل أنَّ يحدد ضمان البنك بمبلغ معين، ومع ذلك فمن المتصور أنَّ يصدر الخطاب بغير تحديد مبلغ، بل يتعهد فيه البنك أنَّ يضمن عمله في كل ما يسببه تصرفه من ضرر للغير - أي المستفيد - وتعهّد البنك على هذا النحو صحيح؛ لأنَّ محله وإن لم يكن محدداً فهو قابل للتحديد^(٦٧٠)».

فهل يقبل الضمان في الفقه الإسلامي هذا؟

نعم يقبله وتصحُّ الكفالة - الضمان - ولو كان المال المضمون مجهولاً عند أكثر الفقهاء؛ لأنَّها مبنية على التوسُّع - كما يقول ابن عابدين^(٦٧١)؛ ولأنَّها التزام حق في الذمة من غير معاوضة فتصح في المجهول - كما يقول ابن قدامة^(٦٧٢)؛ ولأنَّها من إيجاب المرء المعروف على نفسه ومن أوجب المعروف على نفسه لزمه - كما يقول مالك^(٦٧٣)؛ ولأنَّ الضمان لا ينافيه الغرر؛ لأنَّه ليس معاوضة - كما يقول الشهيد الثاني^(٦٧٤).

يقول المرغيناني: «وأما الكفالة بالمال ف جائزة معلوماً كان المال أو مجهولاً، إذا كان ديناً صحيحاً مثل أنَّ يقول: تكفلت عنه بألف، أو بما لك عليه، أو بما يدركك في هذا البيع؛ لأنَّ مبنى الكفالة على التوسُّع فيتحمل فيها الجهالة وعلى الكفالة بالدرك إجماع وكفى به حُجَّة»^(٦٧٥).

ويقول الكمال: «والكفالة بالمال عندنا جائزة، وإنَّ كان المال المكفول به مجهول المقدار، وبه قال مالك

٦٦٨ - قال في الحاشية: «يعني إذا كان مآله إلى العلم».

٦٦٩ - المقنع، 2/113.

٦٧٠ - عمليات البنوك من الوجهة القانونية، 262.

٦٧١ - حاشية ابن عابدين، 4/364.

٦٧٢ - المغني، 4/536.

٦٧٣ - المنقّى، 6/83.

٦٧٤ - الروضة البهية، 1/363، وانظر: كتاب الغرر وأثره في العقود، ص 555.

٦٧٥ - الهداية مع فتح القدير، 5/402.

وأحمد والشافعي في القديم»^{٦٧٦}.

ومذهب الحنابلة يتفق تماماً مع ما قرّره الدكتور/ علي جمال الدين، فقد جاء في «المقنع» وحاشيته: «ولا يشترط كون الحق معلوماً إذا كان مآله إلى العلم»^{٦٧٧}.

المسألة الرابعة: التزام البنك بدفع المبلغ للمستفيد مشروطاً بعدم وفاء المضمون (العميل) بالتزامه:
رأينا بعض التعريفات لخطاب الضمان وبعض النماذج تنص على أنّ البنك يتعهدّ بالدفع عندما يطلب المستفيد منه المبلغ مؤكداً فشل العميل في عدم الوفاء بالتزاماته.

فهل هذا مقبول في الضمان في الفقه الإسلامي؟

نعم هو مقبول؛ لأنه إما أن يكون تعليقاً للضمان، إذا كان المراد فشل العميل في اتخاذ الترتيبات اللازمة عند رسو العملية عليه في خطاب الضمان الابتدائي، أو فشله في الوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد في خطاب الضمان النهائي، وتعليق الضمان بالشروط الملأه جائز عند الحنفية^{٦٧٨} والمالكية^{٦٧٩}، وفي أحد قولين عند الحنابلة^{٦٨٠}، والأصح عند الشافعية عدم الجواز، والثاني الجواز^{٦٨١}.

أمّا إذا كان المراد فشل العميل في دفع المبلغ المستحق عليه لعدم وفائه بالتزامه؛ فإنّه يكون مقبولا أيضاً على الرأي المرجوع إليه عند مالك من أنّه لا يجوز مطالبة الكفيل إلّا عند تعذر مطالبة الأصل^{٦٨٢}، وإن كان رأي الجمهور أنّ الدائن له أن يطالب الكفيل بأداء الدّين، دون أن يتقيد في ذلك بتعذر مطالبة الأصل^{٦٨٣}.

المسألة الخامسة: مطالبة المضمون (العميل) بدفع المبلغ المضمون كاملاً:

٦٧٦ - فتح القدير، 2/113.

٦٧٧ - المقنع، 3/133.

٦٧٨ - ابن عابدين، 4/369.

٦٧٩ - الشرح الصغير على أقرب المسالك، 3/432.

٦٨٠ - المغني، 4/441.

٦٨١ - نهاية المحتاج، 4/441.

٦٨٢ - الشرح الصغير على أقرب المسالك، 3/438.

٦٨٣ - الضمان في الفقه الإسلامي، ص 102.

يطالب البنك في بعض الحالات العميل - المضمون - بدفع المبلغ المضمون عند إصدار خطاب الضمان ليدفعه للمستفيد عند طلبه منه - وهذا هو خطاب الضمان المغطى - .

فهل في الفقه الإسلامي حكم لهذه المسألة؟

نعم لها حكمها في المذاهب الأربعة، وهذه خلاصة لما جاء في متن «تنوير الأبصار» وشرحه و«حاشية ابن عابدين» عليه: «إذا دفع الأصيل المال إلى الكفيل على وجه القضاء بأن قال له: إني لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقه، فأنا أقضيك المال قبل أن تؤديه، فليس له أن يسترده منه، وإن لم يعطه الكفيل إلى الطالب؛ لأنه ملكه بالاقتضاء، فالكفالة توجب ديناً للطالب على الكفيل، وديناً للكفيل على الأصيل .

أمّا إذا دفع الأصيل المال إلى الكفيل على وجه الرسالة بأن قال المطلوب للكفيل: خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب، فإنّ المال المدفوع لا يكون ملكاً للكفيل، وإنّما يكون أمانة في يده، يأخذ حكم الأمانة ولكن لا يكون للمطلوب أن يسترده من الكفيل؛ لأنه تعلق به حق الطالب .

وفي حالة دفع الأصيل المال إلى الكفيل على وجه القضاء يجوز للكفيل التصرف فيه بالاستثمار وغيره، وله ربحه؛ لأنه نماء ملكه وإذا هلك المال ضمنه .

أمّا في حالة قبض الكفيل المال على وجه الرسالة؛ فإنّه لا يجوز له التصرف فيه، وإذا هلك يهلك هلاك الأمانة، وإذا استثمره الكفيل فربح لا يطيب له الربح، وعليه أن يتصدق به؛ لأنه غاصب .

ولو أطلق المطلوب عند الدفع للكفيل فلم يبين أنّه على وجه القضاء أو الرسالة يقع عن القضاء .

هذه الأحكام خاصة فيما إذا كانت الكفالة بأمر المكفول^{٦٨٤}، والكفالة بالأمر هي الصورة التي تتفق مع خطاب الضمان؛ لأنه يكون دائماً بالأمر .

وفصل المالكية حكم هذه المسألة أيضاً، ونورد فيما يلي ما كتبه الشيخ/الدريز بنصه لوضوحه: «وليس للضامن مطالبة الغريم بتسليم المال إليه ليوصله إلى ربه، وليس على الغريم دفعه له، وضمنه الضامن إن اقتضاه من الغريم ليوصله إلى ربه سواء طلبه منه أو دفعه له الغريم بلا طلب، لكن على وجه البراءة منه، ولو تلف منه بغير تفريط أو قامت على هلاكه بينة؛ لأنه متعد بقبضه بغير إذن ربه» المضمون له .

وحيث قبضه على وجه الاقتضاء بغير إذن ربه كان لربه غريمان، يطلب أيهما شاء، لا إن أرسله المدين به إلى رب الدّين فضاع منه، فلا ضمان حيث لم يفطر؛ لأنه صار أميناً بالإرسال، ومثل الإرسال لو دفعه له على وجه التوكيل عنه في توصيله لربه أو هو إرسال حكماً فلا ضمان على الضامن، ولو تنازعا، فقال الغريم: قبضه مني اقتضاء، وقال الضامن: بل رسالة أو توكيلاً؛ فالقول للغريم وكذا لو انبهم الأمر كما لو مات الضامن أو غاب^{٦٨٥} .

٦٨٤ - حاشية ابن عابدين، 386-4/385 .

٦٨٥ - الشرح الصغير على أقرب المسالك، 3/440، وانظر أيضاً: المدونة الكبرى، 13/132 .

ويقول الشيرازي الشافعي في بيان حكم هذه المسألة: «فإن دفع المضمون عنه مالا إلى الضامن، وقال: خذ هذا بدلاً عما يجب لك بالقضاء، ففيه وجهان:

أحدهما: يملكه؛ لأن الرجوع يتعلق بسببين: الضمان والغرم، وقد وجد أحدهما، فجاز تقديمه على الآخر، كإخراج الزكاة قبل الحول وإخراج الكفارة قبل الحنث، فإن قضى عنه الدَّين استقرَّ ملكه على ما قبض، وإن أبرئ من الدَّين قبل القضاء وجب ردَّ ما أخذه، كما يجب ردَّ ما عجل من الزكاة، إذا هلك النصاب قبل الحول.

والآخر: لا يملكه؛ لأنَّه أخذه بدلاً عما يجب في الثاني فلا يملكه، كما لو دفع إليه شيئاً عن بيع لم يعقده، فعلى هذا يجب ردَّه، فإن هلك ضمنه؛ لأنَّه قبضه على وجه البذل فضمنه كالمقبوض بسوم البيع^(٦٨٦).

ويقول ابن قدامة مبيناً مذهب الحنابلة في المسألة: «إذا ضمن عن رجل بإذنه فطوب الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه؛ لأنَّه لزمه الأداء عنه بأمره، فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته، وإن لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه؛ لأنَّه لما لم يكن له الرجوع بالدَّين قبل غرامته، لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه، وفيه وجه آخر: أنَّ له المطالبة؛ لأنَّه شغل ذمته بإذنه فكانت له المطالبة بتفريغها ... والأول أولى^(٦٨٧).

يتضح من هذه النصوص أنَّ أخذ البنوك الغطاء في خطابات الضامن له أصل في الفقه الإسلامي، والذي ظهر لي من هذه النصوص أنَّه لا خلاف بين الفقهاء في جواز الغطاء إذا كان باتفاق الطرفين: الضامن والمضمون، عند العقد، وهذا هو الحاصل في إصدار البنوك لخطابات الضامن. والخلاف الحاصل بين الفقهاء هو في مطالبة الضامن المضمون بالمبلغ المضمون - الغطاء - بعد العقد، وإلزام المضمون بدفعه، فقد منعه أكثرهم وأجازته الحنابلة في وجه، والمنع أولى عندي، وهذا لا يحدث في معاملة البنوك.

ويتضح أيضاً من هذه النصوص أنَّ المضمون إذا دفع المال المضمون - الغطاء - إلى الضامن إمَّا أنَّ يدفعه له على وجه القضاء أو يدفعه على وجه الرسالة أو التوكيل، فإنَّ دفعه على وجه القضاء ملكه الضامن عند الحنفية، وليس للمضمون أن يسترده منه، ويجوز للضامن أن يتصرف فيه بالاستثمار وغيره، وله ربحه، وإذا هلك المال ضمنه.

أمَّا إذا دفع المضمون المال للضامن على وجه الرسالة أو الوكالة؛ فإنَّ المال يكون أمانة في يد الضامن، ولكن ليس للمضمون أن يسترده من الضامن؛ لأنَّه تعلَّق به حق المضمون له، ولا يجوز للضامن التصرف فيه، وإذا هلك يهلك هلاك الأمانة، وإذا استثمره فربح لا يطيب له الربح.

والذي ينبغي أن يحمل عليه دفع العميل الغطاء للبنك في حالة إصدار خطاب الضامن، هو الدفع على وجه القضاء؛ لأنَّ البنوك تستثمر الغطاءات وتربح منها، فلو حملنا الدفع على الرسالة أو الوكالة؛ ما

جاز لها التصرف في الغطاء.

وهذا الحكم يكشف لنا عن أمر مهم بالنسبة لتكييف خطاب الضمان وأنه كفالة «ضمان» فقط في حالة الخطاب المغطى، والخطاب غير المغطى، وهذا التكييف مخالف لما تقرر في كثير من الفتاوى والمؤتمرات السابقة^{٦٨٨}، من أن خطاب الضمان المغطى هو كفالة ووكالة معاً، كفالة بالنسبة لعلاقة البنك مع المستفيد، ووكالة بالنسبة لعلاقة البنك مع العميل.

هذا ويمكن الأخذ بهذا التكييف إذا كان البنك يأخذ الغطاء على وجه الوكالة، شريطة أن يتقيد بأحكام الوكالة، ومنها عدم التصرف في الغطاء إلا فيما أخذ من أجله، وهذا يمنع البنك من استثماره، الأمر الذي لا يرغب فيه البنك، ولهذا ترجح عندي تكييف خطاب الضمان المغطى وغير المغطى على أنه كفالة فقط - ضمان اسماً ومعنى - كما ذكرت في أول حديثي عن التكييف.

دفع حجة المخالف في اعتبار خطاب الضمان (كفالة):

ومع هذا الوضوح في تكييف خطاب الضمان على أنه كفالة فقد وجدنا من ينازع في هذه الحقيقة، وينفى أن يكون خطاب الضمان كفالة بمفهومها الفقهي محتجاً بالآتي:

[1] الكفالة عقد تابع، والتزام ملحق بالأصل، وأمّا خطاب الضمان المصرفي فإنه عقد مستقل، والتزام البنك فيه منفصل عن التزام طالب الخطاب.

[2] الكفالة عقد قائم على التبرع ابتداءً والمعوضة انتهاءً إذا كانت بناء على طلب المكفول، وهذا بخلاف الحال في خطاب الضمان حيث إن نية التبرع ليست قائمة لا في الحال ولا في المال.

[3] الكفالة تعطي الكفيل حق الخيار في أن يقوم بعمل المكفول أو يدفع المبلغ المطلوب، وهذا بخلاف الحال في خطاب الضمان المصرفي، حيث لا يملك البنك مثل هذا الخيار.

ويذهب صاحب هذا الرأي إلى أن خطاب الضمان أقرب للوكالة بأداء مبلغ معين من النقود عند تحقق شرط المطالبة^{٦٨٩}.

الحجة الأولى: يذكرها رجال القانون في التفرقة بين خطاب الضمان والكفالة القانونية، ولا تصلح للتفرقة بين خطاب الضمان والكفالة الفقهية؛ لأن رجال القانون يذكرون هذه التفرقة لتفادي بعض الإجراءات الواجب اتباعها في الكفالة بتنظيمها المدني^{٦٩٠}.

ثم إن القول بأن «التزام البنك منفصل عن التزام طلب الخطاب» يتعارض مع تعريفات خطاب الضمان، والنماذج التي أوردتها في أول بحثي، تعارضاً واضحاً، وإصدار خطاب ضمان مستقل غير متصور

٦٨٨ - من هذه الفتاوى فتوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني التي أشرف برناستها قبل خمسة عشر عاماً. انظر: فتاوى هيئة الرقابة الشرعية

صفحة 65، ومنها القرار رقم (5) الصادر من مجلس مجمع الفقه الإسلامي سنة 1406 هـ - 1985 م. انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الأولى، ص 1209.

٦٨٩ - مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، 1407 هـ - 1986 م، ص 1159.

٦٩٠ - انظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، 358، 370.

عقلاً.

الحُجَّةُ الثانية: تفرق بين خطاب الضمان والكفالة بأنَّ نية المتبرع غير قائمة في خطاب الضمان .
والرد عليها هو أنَّ نية التبرع ليست شرطاً لاعتبار العقد عقد تبرُّع، إذا كانت الصيغة صيغة عقد تبرُّع
فمن قال: وهبت كذا فقد تبرَّع بالموهوب، ولا يسأل عن نيته، وكذلك من قال: تكفلت لك بكذا أو
ضمنت لك كذا فقد تبرَّع بالكفالة ولا يسأل عن نيته .

الحُجَّةُ الثالثة: غير مسلّم بها فالكفالة لا تعطي الكفيل حق الخيار في أن يقوم بعمل المكفول أو يدفع
المبلغ المطلوب، وإنَّما تلزمه بدفع المبلغ الذي تكفّل بدفعه، وهذا هو ما يلتزم به البنك في خطاب
الضمان، فالبنك يتعهّد في خطاب الضمان بدفع مبلغ وليس بأداء عمل .
وبهذا نكون قد انتهينا من بيان تكييف خطاب الضمان، وننتقل بعد هذا إلى بيان حكم إصدار خطابات
الضمان، ثم أخذ العمولة على إصدار خطابات الضمان .

حكم إصدار خطابات الضمان:

خطابات الضمان بجميع أنواعها وصورها يجوز إصدارها؛ لأنّها إمّا أن تكون كفالة أو وكالة، وبما أنَّ
كلاً من الكفالة والوكالة مشروع، فإنَّ إصدار خطابات الضمان تكون مشروعة وصحيحة، ما لم يصابها
ما يفسدها، كأن يكون محل العقد محظوراً شرعاً، أو يكون إصدارها مقابل أجر على الضمان - كما
سنرى - .

وخطابات الضمان كلها لازمة بالنسبة للبنك، لا فرق في هذا بين خطابات الضمان الابتدائية وخطابات
الضمان النهائية، وما ذهب إليه بعض الباحثين في هذا الموضوع من أنَّ خطاب الضمان النهائي يجوز
إصداره ويكون ملزماً بموجب الشرط الذي في العقد بين المستفيد والمقاول، أمّا خطاب الضمان الابتدائي
فيجوز للبنك إصداره والوفاء به، ولكنه غير ملزم له؛ لأنَّ طالب الضمان الابتدائي لم يرتبط بعد بعقد

مع الجهة التي تجري المناقصة ليتمكن إلزامه بشرط في ذلك العقد^(٦٩)؛ غير مقبول عندي للآتي:

صحيح إنَّ طالب الضمان الابتدائي مقدّم العطاء لا يكون قد ارتبط بعقد مع الجهة التي تجري المناقصة
عندما يطلب خطاب الضمان من البنك، ولكنه يطلب ضماناً من البنك معقّلاً على ارتباطه بالعقد برسو
المناقصة عليه، ويصدر له البنك خطاب الضمان على هذا الاعتبار، والضمان يجوز تعليقه بالشرط
الملائم، وهذا شرط ملائم، فإذا رست المناقصة على طالب الضمان، وأخلّ بالتزامه، فإنَّ البنك يكون
ملزماً بما التزم به .

هذا حكم إصدار خطاب الضمان بالنسبة لجواز إصداره وعدم جوازه، وبالنسبة لصحته ولزومه، ويبقى
علينا بيان حكم إصدار خطاب الضمان بالنسبة لطلب الشارع له أو نهيه عنه .

حكم إصدار خطاب الضمان بهذا الاعتبار هو حكم الضمان، وقد ذكر الرملي أنّه سنّة في حق قادر

عليه آمن من غائلته^{٦٩٢}، والأولى عندي أن يكون حكمه كحكم القرض، وقد اتفق الفقهاء على أن الأصل في القرض النذب فيكون الضمان مثله؛ لأن كلاً منهما من فعل الخير؛ ولأن في الضمان معنى القرض، وقد يؤول إلى قرض، هذا بالنسبة للضامن - البنك -، أما بالنسبة للمضمون - العميل - فالأصل فيه الإباحة، وقد يعرض للضمان ما يجعله واجباً على الضامن كما إذا كان طالب الضمان مضطراً، وقد يعرض له ما يجعله حراماً على الضامن والمضمون، إذا اشتمل على محرّم، وقد يكون مكروهاً إذا اشتمل على مكروه.

حكم أخذ العمولة - الأجر - على إصدار خطابات الضمان (الجعل على الضمان):
انتهينا في الكلام عن تكييف خطاب الضمان إلى أنه هو الضمان «الكفالة» المعروفة في الفقه الإسلامي، وعلى هذا يكون حكم أخذ العمولة على إصداره هو حكم الجعل على الضمان في الفقه الإسلامي.

الجعل - الأجر - على الضمان:

لا يجوز في الفقه الإسلامي أخذ جعل على الضمان «الكفالة»، قال البغدادى: «ولو كفل بمال على أن يجعل الطالب له جعلاً، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً في الكفالة فالكفالة باطلة»^{٦٩٣}.

وعلى ابن عابدين المنع بأن «الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل؛ لأنه ربا»^{٦٩٤}.

وقال الحطاب: «ولا خلاف في منع ضمان بجعل؛ لأن الشرع جعل الضمان والقرض والجاه لا يفعل إلا لله بغير عوض، فأخذ العوض عليه سحت»^{٦٩٥}.

وعلى الرديري المنع بأن: «الغريم إن أدى الدين لربه كان الجعل باطلاً، فهو من أكل أموال الناس بالباطل، وإن أذاه الحميل لربه، ثم رجع به على الغريم كان من السلف بزيادة فتفسد الحمالة، ويرد الجعل لربه»^{٦٩٦}.

٦٩٢ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 4/419.

٦٩٣ - مجمع الضمانات، 282.

٦٩٤ - منحة الخالق على البحر الرائق، 6/242.

٦٩٥ - مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، 4/242.

٦٩٦ - الشرح الصغير على أقرب المسالك، 3/442. وقال الصاوي: «إنما فسدت بالجعل للضامن لقوله في الحديث: (ثلاثة لا تكون إلا لله: القرض، والضمان، والجاه). ولم أف على هذا الحديث.

وأضاف البناني علة أخرى، هي: «إنَّ ذلك من ببيعات الغرر؛ لأنَّ من أخذ عشرة على أن يتحمَّل بمائة لا يدري هل يفلس من حمل عنه أو يغيب فيخسر مائة ولم يأخذ إلاَّ عشرة، أو يسلم من الغرامة فيأخذ العشرة»^{٦٩٧}.

وجاء في «حاشية الرهوني»: «وأجمعوا على أنَّ الحماله بجعل يأخذه الحميل لا يحل ولا يجوز»^{٦٩٨}.

ويقول ابن قدامة: «ولو قال: اكفل عني ولك ألف؛ لم يجز؛ وذلك لأنَّ الكفيل يلزمه الدَّين، فإذا أدَّاه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض، فإذا أخذ عَوْضاً صار القرض جاراً للمنفعة فلم يجز»^{٦٩٩}.

حكم العمولة في خطاب الضمان:

يتضح مما نقلته من أقوال الفقهاء أنَّ العمولة التي تأخذها البنوك على خطابات الضمان لا تجوز؛ لأنَّها تؤخذ نظير الضمان، إمَّا كلها إذا كان البنك يأخذ مصروفات زيادة على العمولة، وإمَّا أكثرها إذا كانت المصروفات داخلة في العمولة.

والتعليل الذي ذكره الفقهاء لمنع الجعل على الضمان ينطبق انطباقاً كاملاً على العمولة في خطاب الضمان غير المغطى؛ لأنَّه هو الذي يقابل الضمان عند الإطلاق إذ الأصل في الضمان الفقهي ألا يدفع فيه المضمون مالاً للضامن، وينطبق أيضاً على خطاب الضمان المغطى جزئياً.

أمَّا خطاب الضمان المغطى تغطية كلية سواءً اعتبرناه كفالة فقط أم اعتبرناه كفالة ووكالة، فإنَّه لا تتحقق فيه علة الربا ولا علة الغرر؛ لأنَّ البنك لن يدفع مالاً من عنده، ولكن تتحقق فيه علة أكل المال بالباطل، إذا كانت العمولة نظير الضمان، سواءً اعتبرناه كفالة أم اعتبرناه كفالة ووكالة. أمَّا إذا كانت العمولة نظير الوكالة وحدها وعلى قدرها، في حالة اعتباره كفالة ووكالة فلا مانع منها شرعاً؛ لأنَّه ليس فيها أكل للمال بالباطل.

الرد على حُجج المجوزين لأخذ العمولة على خطابات الضمان (الجعل على الضمان):

يرى بعض الباحثين جواز أخذ العمولة على خطابات الضمان، مع اعترافهم بأنَّها كفالة «ضمان»؛ لأنَّهم لا يرون مانعاً شرعياً من أخذ الجعل على الضمان، محتجين بالآتي:

[1] الضمان عمل محترم فيجوز أخذ الأجر عليه.

٦٩٧ - حاشية البناني على شرح الزرقاني، 6/32.

٦٩٨ - حاشية الرهوني على الزرقاني، 6/25.

٦٩٩ - المغني مع الشرح الكبير، 4/265.

[2] قياس الضمان على الجاه، فكما جاز أخذ الأجر على الجاه يجوز أخذ الأجر على الضمان .

[3] قياس الضمان على بعض الأعمال التي منع الفقهاء أخذ الأجر عليها ثم أجازوه .

[4] انقلاب عقد التبرع بالشرط إلى عقد معاوضة .

الحُجَّة الأولى: الضمان عمل محترم:

يرى بعض المجوّزين لأخذ الأجر على مجرد الضمان أنّه عمل محترم أو خدمة محترمة ومقومة شرعاً، فيجوز أخذ الأجر عليها^(٧٠).

ونقول لهم: نعم الضمان أو الكفالة عمل محترم، يثاب فاعله إن شاء الله، ولكن ليس كل عمل محترم يجوز أخذ الأجر عليه، فالإقراض عمل محترم ولا يجوز أخذ الأجر عليه، فكيف يجوز أخذ الأجر على الإقراض المتوقع المستتر في الضمان .

يقول الأستاذ/ مصطفى الزرقا في هذا المعنى ما خلاصته: «قضيتُ في الماضي زمناً طويلاً متحيراً في اتفاق الفقهاء على تحريم أخذ الأجر على الكفالة، ولكن بعد تفكير طويل جائتني فكرة كشفت لي حكمة النصوص الفقهية بالتحريم، ذلك أنّي قلتُ: إذا جاز أخذ الأجر على الكفالة فإنّ تحريم الربا يفقد حُجَّيته، فلا يبقى مجال أبداً لتعليل حكمة الربا؛ لأننا نحرمّ على المقرض أن يأخذ فائدة؛ لأنّها ربا محرّم، فكيف إذن نبرر ذلك إذا قبلنا أنّ الكفيل لمجرد تعرّضه لأن يؤدي عن المكفول مالاً في المستقبل وقد لا يؤدي يسوغ له أخذ الأجر؟»^(٧١).

وقريب من هذه الحُجَّة الأولى قول الدكتور/ نزيه حماد: «إنّ مجرد الالتزام بالدَّين فيه مصلحة مقصودة ومنفعة مشروعة للمكفول، فجاز المعاوضة عنه بمال لتعارف الناس على تقومه، وتراضي الطرفين عليه»^(٧٢).

وأسأل الباحث: مَنْ الناس الذين تعارفوا على أخذ الأجر على خطاب الضمان؟ أليسوا هم أصحاب البنوك الربوية الذين تعارفوا وتراضوا على أخذ الأجر على القرض (الفائدة)؟! .

الحُجَّة الثانية: قياس الضمان على الجاه:

يرى بعض المجوّزين لأخذ الأجر على الضمان أنّه يقاس على أخذ الأجر على الجاه الذي جوّزه عدد من الفقهاء «والجاه شقيق الضمان، وحيث يجوز بعض الفقهاء الأجر للجاه نظراً لتطوّر الحياة فلا بأس

٧٠٠ - البنك اللاروي، ص 13، ومجلة مَجْمَعُ الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص 143-145، د. أحمد علي عبد الله، وص 1111 الشيخ محمد علي التسخيري .

٧٠١ - مجلة مَجْمَعُ الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص 1186 .

٧٠٢ - مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي، الدكتور/ نزيه حماد، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، المجلد التاسع، ص 119 .

من تجويز الأجر مقابل الضمان في إصدار خطابات الضمان»^{٧٠٣}.

وهذا قياس مع الفارق، فالجاء ليس شقيق الضمان في كل شيء؛ لأنَّ الضمان فيه شغل ذمة بدين، والجاه ليس كذلك، والضمان قد يغرم فيه الضامن، والجاه ليس كذلك، والضمان أقرب إلى القرض منه إلى الجاه، والجامع بين هذه الثلاثة هو أنَّها من أعمال البر التي لا يجوز أخذ الأجر عليها، كما جاء في الأثر: (ثلاثة لا تكون إلاَّ لله: القرض، والجاه، والضمان).

ثمَّ إنَّ كل النصوص التي أوردها أصحاب هذا الرأي ليس فيها ما يفيد جواز أخذ الأجر على الجاه، وإنَّما فيها ما يفيد أخذ الأجر على العمل الذي يقوم به ذو الجاه، وعلى قدر العمل فقط.

والذين منعوا البنوك من أخذ العمولة على الضمان لم يمنعوها من أخذها على ما تقوم به من عمل، وما تتكبَّده من مصاريف في سبيل إصدار خطاب الضمان، وإنَّما منعوها من أخذ عمولة على مجرد الضمان كما منعت النصوص التي أوردها المعارضون أخذ الأجر على مجرد الجاه.

ثمَّ إنَّه لا يلزم من جواز أخذ الأجر على الجاه - على فرض وجود من يقول به - جواز أخذ الأجر على الضمان للفارق الذي ذكرته بينهما؛ ولأنَّ العلة التي منعت أخذ الأجر على الضمان وهي السلف بزيادة والغرر غير موجودة في الجاه، بل غير متصورة؛ لأنَّ ذا الجاه لا يدفع مالاً.

الحُجَّةُ الثالثة: قياس الضمان على بعض الأعمال التي منع الفقهاء أخذ الأجر عليها ثم أجازوه:

يرى بعض المجوزين لأخذ الأجر على الضمان قياسه على أخذ الأجر على بعض الأعمال التي أفتى المتقدمون من فقهاء بعض المذاهب بعدم جواز أخذ الأجر عليها، مثل: تحفيظ القرآن، ثمَّ أفتى المتأخرون من فقهاء هذه المذاهب بجواز أخذ الأجر عليها^{٧٠٤}.

وهذا أيضاً قياس مع الفارق الكبير، فكل الأمثلة التي ذكرها هؤلاء القائسون يؤدي فيها الإنسان عملاً، قد يشغل كل وقته، وليس في الضمان المجرد أي عمل سوى قول الضامن: «ضمنت».

ثمَّ إنَّ العلة التي من أجلها منع الفقهاء أخذ الأجر على الضمان

- وهي السلف بزيادة والغرر - غير متصورة في أخذ الأجر على هذه الأعمال.

وأودُّ أن أنبه إلى أنَّ هذا القياس انبنى على فهم خاطيء أو تصور غير سليم من أصحابه لآراء الفقهاء في حكم أخذ الأجر على تحفيظ القرآن؛ لأنَّ الذي يقرأ أقوال هؤلاء الباحثين يفهم منها أنَّ المتقدمين من الفقهاء منعوا أخذ الأجر على تحفيظ القرآن، وجاء المتأخرون فأجازوه للعلل التي ذكروها، والحقيقة خلاف هذا؛ لأنَّ أخذ الأجر على تحفيظ القرآن أجازاه جمهور المتقدمين من الفقهاء منهم: فقهاء المالكية، والشافعية، والإمام أحمد في رواية عنه اعتماداً على أحاديث صحت عندهم، وأجازاه المتأخرون من مشايخ الحنفية - وهم البلخيون - مخالفين ما ذهب إليه الإمام وصاحبه، وقد اتفقت كلمتهم جميعاً في

٧٠٣ - الأعمال المصرفية والإسلام، ص 118-221، 228. وموقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، ص 217-219.

٧٠٤ - مجلة مجلَّع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، ص 1103، بحث زكريا البري، وصفاة 1118 بحث الدكتور/رفيق المصري، وصفاة 1129 بحث الدكتور/ أحمد علي عبد الله، وصفاة 1158 البحث المقدم لندوة البركة الثالثة.

الشروح والفتاوى على التعليل بالضرورة، وهي: خشية ضياع القرآن^(٧٠٥). فكيف يصح قياس أخذ الأجر على الضمان، الذي اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على منعه، على أخذ الأجر على تحفيظ القرآن الذي اتفق جمهور الفقهاء على جوازه.

هذا وقد حاول بعض المجوزين لأخذ الأجر على الضمان نفي شبهة كون أخذ الأجر سلفاً جرّ نفعاً فجاء بما لا غناء فيه، قال صاحب هذا الرأي: علّل ابن عابدين في عبارته السابقة ضمن فتوى بنك فيصل عدم جواز الأجر على الضمان بأنّ الضامن مقرض للمضمون، فإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل، فقد شرط له زيادة على ما أقرضه، وهو ربا، ونقول رداً على ذلك: إنّ الضمان ليس بقرض، ولا أحسب أنّ أحداً عدّ الضمان وجهاً من وجوه القرض^(٧٠٦).

ونقول له: إنّ الضمان قرض، وقد عدّ الضمان وجهاً من وجوه القرض عدد من الفقهاء، منهم ابن عابدين الذي نقلت أنت عبارته قبل سطر من قولك: «ولا أحسب أحداً»، ومنهم الدردير وابن قدامة في عبارات صريحة تقدّم ذكرها، وأضيف هنا قول السمرقندي: «الكفالة في حق المكفول عنه استقراض

وهو طلب القرض، والكفيل بالأداء مقرض للمكفول عنه ونائب عنه في الأداء إلى المكفول له»^(٧٠٧).

وأضيف أيضاً ما أفادنا به الشيخ/عبد اللطيف جناحي من التغيير الذي حدث في شكل إظهار ميزانيات البنوك الأمريكية منذ 1982م بالنسبة لخطابات الضمان ومن أنّ نسبة العمولة يحسبها البنك كأسس وقواعد ربوية^(٧٠٨)، مما يدلّ على أنّ البنك يعتبر نفسه مقرضاً، ويؤيد هذا ما ذكرنا في التعريف

بخطابات الضمان من أنّ البنوك تخفض العمولة إلى النصف في حالة خطاب الضمان المغطى^(٧٠٩).

ويقول صاحب هذا الرأي في نفي كون الضمان قرضاً: «القرض بالمقابل لا ينعقد مضافاً إلى زمن ولا

معلقاً على شرط كما هو الشأن في الضمان»^(٧١٠).

ونقول له: ما ذكرته هو رأي الحنفية والشافعية، وأجاز مالك تعليق التبرّعات^(٧١١)، وأجاز ابن تيمية تعليق جميع العقود بالشروط، إذا كان في ذلك منفعة للناس، ولم يكن متضمناً ما نهى الله عنه ورسوله، وذكر ابن تيمية عن الإمام أحمد جواز تعليق البيع بشرط، وقال إنّّه لم يجد عنه ولا عن قدماء أصحابه نصاً يخالف ذلك، وإنّ عدم جواز التعليق ذكره المتأخرون من أصحاب أحمد، كما ذكر ذلك المتأخرون

٧٠٥ - نيل الأوطار، 5/314، 306، وحاشية ابن عابدين، 5/46، والصاوي على الشرح الصغير، 2/16 و4/34، والمهذب، 1/398، والمقنع، 2/207.

٧٠٦ - مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص 1138، بحث الدكتور/أحمد علي عبد الله.

٧٠٧ - تحفة الفقهاء، 3/402.

٧٠٨ - مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي، 1185.

٧٠٩ - انظر: تعريف خطابات الضمان في أول البحث.

٧١٠ - مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص 1128، بحث الدكتور/أحمد علي عبد الله.

٧١١ - أحكام المعاملات الشرعية، طبعة بنك البركة الإسلامي، ص 269.

من أصحاب الشافعي^(٧١٢).

والعمل برأي المالكية وابن تيمية أولى عندي؛ لأنَّ الحاجة تدعو إلى تعليق القرض، فلا فرق إذن بين القرض والضمان في جواز التعليق.

ويقول أيضاً صاحب هذا الرأي في نفي كون الضمان قرضاً: «وفي الختام نقول: إنَّ عقد الضمان عقد استيثاق وليس عقد قرض، فإنَّه وإنْ شابه القرض في وجهٍ فقد خالفه في وجوه كثيرة^(٧١٣)، ولم يذكر وجهاً من هذه الوجوه سوى الوجهين السابقين.

ونقول له: إنَّ الضمان عقد استيثاق وعقد قرض معاً، عقد استيثاق بالنسبة لعلاقة المضمون له مع الضامن، فالكفالة - كما يقول ابن عابدين، توجب دَيْناً للطالب على الكفيل، وهذا هو الاستيثاق، وتوجب دَيْناً للكفيل على الأصل وهذا هو القرض.

الحُجَّةُ الرَّابِعَةُ: انقلاب عقد التبرُّع بالشرط إلى عقد معاوضة:

يرى الدكتور/ نزيه حماد أنَّه لا يمتنع شرعاً أنْ ينقلب محض الالتزام في الكفالة بالمال (خطاب الضمان)، وإنْ كان الأصل فيه التبرُّع إلى معاوضة إذا شرط ذلك.

ويستدلُّ على ذلك بالهبة، فإنَّها تنقلب بالتراضي إلى هبة الثواب، وبالعارية إذا اشترط فيها العَوَضُ تنقلب إلى إجارة، والوكالة بأجر، والإيداع بأجر^(٧١٤).

وأقول للباحث: إنَّ كل عقود التبرُّعات التي ذكرتها تحولت برضا المتعاقدين إلى عقود معاوضات مسماة جائزة شرعاً، فما العقد الذي تتحوَّل إليه الكفالة بالمال (خطاب الضمان) من عقد تبرُّع إلى عقد معاوضة؟

الجواب: إنَّها تتحوَّل إلى عقد قرض بأجر، والقرض بأجر هو الربا.

البديل لأخذ العمولة على خطابات الضمان:

انتهينا إلى أنَّ أخذ الأجر على خطابات الضمان ربا، أو فيه شبهة الربا على الأقل، فالواجب إذن على البنوك الإسلامية تركه وإصدار خطابات الضمان بأحدى الطرق التالية:

الطريقة الأولى: إصدار خطابات الضمان بتغطية كاملة نقداً للقادرين على الدفع من العملاء أو بتجنيب المبلغ من حسابهم الجاري، والمفروض في العملاء الذين يطلبون خطابات ضمان ابتدائية أو نهائية أنْ

٧١٢ - نظرية العقد، ص 227، وانظر: كتاب الغرر وأثره في العقود، 140.

٧١٣ - مجلة مَجْمَعُ الفقه الإسلامي، 1138.

٧١٤ - الاقتصاد الإسلامي، المجلد التاسع، ص 100.

يكونوا قادرين، وهذه هي أكثر حالات إصدار خطابات الضمان، ولا مصلحة للمجتمع ولا للبنك في إصدار مثل هذا النوع من خطابات الضمان لعملاء لا يملكون المبلغ المطلوب منهم .
وهذه الطريقة معمول بها فعلاً في بعض البنوك ومدونة في الكتب التي تتحدث عن خطابات الضمان في البنوك .

يقول الدكتور/علي جمال الدين عوض في حديثه عن غطاء الضمان: «المقصود بذلك الضمانات التي يقتضيها البنك من العميل - عند الاتفاق بينهما على عقد فتح الاعتماد بالضمان - لكي يغطي بها موقفه فيما لو اضطر البنك إلى تنفيذ تعهده ودفع قيمة الخطاب إلى المستفيد، ولهذه الضمانات صور متعددة، فالغالب أن يكون للعميل حساب جار في البنك فيجانب البنك - بموافقة العميل - مبلغاً منه مساوياً لقيمة خطاب الضمان يفرج عنه عندما يتحرر البنك من التزامه الناشئ من خطاب الضمان»^(٧١٥) .

وقد أورد الدكتور/علي جمال الدين الاعتراض التالي على هذه الطريقة وأجاب عنه بقوله: «قد يتصور أن احتباس البنك مبلغاً مساوياً لقيمة الخطاب تساوي في الواقع تقديم الضمان المطلوب إلى الحكومة نقداً، ولكن الواقع أن المتعهد أو المقاول يفضل إيداع المبلغ لدى البنك؛ لأنه يسترده فوراً بمجرد انتهاء ضمان البنك، أما إذا كان المبلغ المقدم للحكومة فمن الصعب استرداده بسرعة حتى ولو نفذ المشروع أحسن تنفيذ»^(٧١٦) .

والأفضل في هذه الحالة أن يكون دفع العميل المبلغ للبنك على سبيل الاقتضاء، لكي يحل للبنك التصرف فيه وأخذ ربحه إن استثمره فربح»^(٧١٧) .

الطريقة الثانية: إصدار خطابات الضمان لمن لديهم ودائع استثمارية في البنك المصدر للخطابات أو في غيره على أن يعطى طالب خطاب الضمان توكيلاً للبنك بسحب المبلغ من وديعته، ودفعه للمستفيد إذا طلبه منه في حالة فشله في الوفاء بالتزامه، وينبغي أن تكون الوديعة قابلة للسحب في أي وقت أو في الوقت الذي يحتمل أن يطالب فيه البنك بالمبلغ .

وهذه الطريقة أفضل من الطريقة الأولى بالنسبة للعميل؛ لأنها لا تخرج ماله من ملكه، وتحتفظ له به مستثمراً، وإن كانت تمنعه من سحبه ومن التصرف فيه بأي تصرف يخرج من ملكه قبل وفائه بالتزاماته نحو المستفيد وانتهاء خطاب الضمان؛ لأن الوكالة هنا تكون لازمة بالنسبة للموكل لتعلق حق الغير بها .

والطريقة الأولى أفضل للبنك من هذه الطريقة؛ لأنه يستفيد فيها بالتصرف في المبلغ، وفي كل خير للبنك؛ لأنها تجعله في مأمن من الغرامة، وخير للعميل؛ لأنها تمكنه من قضاء حاجته .

الطريقة الثالثة: إصدار خطابات الضمان مغطاة برهن عقاري أو بضائع أو أوراق مالية أو غيرها أو ضمان شخصي .

٧١٥ - عمليات البنوك من الوجهة القانونية، 373 .

٧١٦ - المصدر السابق، 259 .

٧١٧ - راجع ما تقدم في هذه المسألة، ص 13-16 .

وهذه الطريقة معمول بها في البنوك^{٧١٨}، وإن كانت لا تؤمن البنك تأميناً كافياً فقد يضطر فيها إلى دفع المبلغ من عنده في كثير من الحالات قبل استرداده من الضمان الذي أخذه.

الطريقة الرابعة: إصدار خطابات الضمان بغير غطاء، إذا أمن البنك طالب الخطاب ووثق في أنه يفي بالتزاماته، وهذا هو الأصل في الضمان في الفقه الإسلامي، ولكن بما أن البنوك تتصرف في أموال المستثمرين؛ فالواجب عليهما أن تحتاط وتنتب في إصدار هذا النوع من الخطابات.

الطريقة الخامسة: اشتراك البنك مع طالب خطاب الضمان في العملية إذا كانت قابلة للمشاركة، ويصدر البنك خطاب الضمان في هذه الحالة باعتباره شريكاً «أصيلاً» لا ضامناً.

هذا ويجوز للبنك في هذه الحالات الخمس أن يأخذ مبلغاً مساوياً للمصاريف الفعلية والمصاريف الإدارية لإصدار خطابات الضمان، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل^{٧١٩}.

وفي الحالات الأربع الأولى يأخذ البنك المبلغ من العميل لنفسه، وفي الحالة الخامسة يحمل المبلغ للمشاركة.

والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم النبيين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

٧١٨ - انظر: ص 29.

٧١٩ - انظر: مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، قرار مَجْمَع الفقه الإسلامي.

السيرة الذاتية
لفضيلة الشيخ البروفيسور
الصديق محمد الأمين الضرير
رحمه الله

الاسم: الصديق محمد الأمين الضرير

الميلاد: 1918 م أم درمان - السودان .

الحالة الاجتماعية: متزوج وأب لابن وبنّتين .

الوظيفة: أستاذ ممتاز الشريعة الإسلامية، كلية القانون بجامعة الخرطوم Emeritus professor .

المؤهلات العلمية:

- بدأ دراسته «رحمه الله» في حفظ القرآن بالخلوة حتى 1929م .
- التحق بمدارس السودان: الكتاب فالابتدائي ثم كلية غردون قسم المحاسبة حتى 1938م .

- التحق بقسم القضاء الشرعي 1948 م بكلية الخرطوم الجامعية .
- تخرج منها 1952 بتقدير ممتاز . . الأول في دفعته .
- حصل على معادلة الليسانس في القانون من جامعة الخرطوم .
- حصل على دبلوم معهد الشريعة الإسلامية من كلية الحقوق بجامعة القاهرة بعد دراسة لمدة سنتين، حيث أهله للتسجيل للدكتوراه .
- حصل على الدكتوراه في الشريعة الإسلامية بمرتبة الشرف الأولى من كلية الحقوق بجامعة القاهرة 1967م .

التدرج الوظيفي:

- 1938م - 1939م خبيرا زراعيا .
- 1939م - 1948م محاسبا بحكومة السودان .
- 1953م عين «رحمه الله» عاملا قضائيا بالمحاكم الشرعية بالسودان وانتدب لتدريس الشريعة الإسلامية في كلية القانون بجامعة الخرطوم في وظيفة محاضر .
- 1960م رقي إلى وظيفة محاضر أول .
- 1962م عين رئيسا لقسم الشريعة بكلية القانون جامعة الخرطوم .
- 1965م رقي إلى وظيفة أستاذ مساعد .
- 1969م رقي إلى وظيفة أستاذ كرسي الشريعة الإسلامية .
- عمل «رحمه الله» أستاذا للشريعة الإسلامية بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض 1976 - 1978م .
- عاد بعدها أستاذا للشريعة الإسلامية بجامعة الخرطوم .
- عمل أستاذا زائرا لإلقاء محاضرات في الشريعة الإسلامية على طلبة قسم الدراسات القانونية في معهد البحوث والدراسات العربية بالقاهرة - جامعة الدول العربية 1968م .
- عمل أستاذا زائرا لإلقاء محاضرات في الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق والشريعة، بجامعة الكويت 1972م .
- عمل أستاذا زائرا لإلقاء محاضرات في الشريعة الإسلامية بمدرسة الدراسات الإستشرافية والأفريقية بلندن .
- عمل أستاذا متعاوناً لتدريس الشريعة الإسلامية في كل من: جامعة القاهرة - فرع الخرطوم (النيلين حالياً) وجامعة أم درمان الإسلامية، وذلك لعدد من السنوات .
- منح «رحمه الله» لقب الأستاذ الممتاز من جامعة الخرطوم 1990م (Emeritus Professor) ضمن أربعة أساتذة من جامعة الخرطوم في كل السودان .
- عمل ممتحنا خارجيا لمادة الشريعة الإسلامية بكلية القانون والشريعة بجامعة بابيروا بكانوا جمهورية نيجيريا لمدة 3 سنوات .

اللجان التي عمل بها:

عمل «رحمه الله» في مجالات النشاط العلمي في عدد لا يحصى من اللجان نذكر منها:

- مجلس الأساتذة بجامعة الخرطوم .
- لجنة الدراسات العليا لمجلس الأساتذة .
- عضو مجلس كلية القانون .
- عضو مجلس أبحاث كلية القانون .
- المشرف على طلبة الدراسات العليا بكلية القانون .
- لجنة تقويم الأساتذة .
- لجنة تطوير معهد أم درمان العلمي للجامعة .
- لجنة إعادة النظر في التعليم الديني .
- لجنة مراجعة الكتب للمدارس الثانوية .
- لجنة مجلس أساتذة جامعة أم درمان الإسلامية .
- رئيس لجنة إنشاء مسجد جامعة الخرطوم من الفكرة حتى الافتتاح .
- مؤسس ورئيس لجنة دعم الطلاب بكلية القانون جامعة الخرطوم .

عضوية اللجان والمجامع خارج الجامعات:

- عضو مجلس الإفتاء الشرعي بالسودان .
- عضو مجمع الفقه الإسلامي بجدة .
- عضو مجمع اللغة العربية بالسودان .
- عضو المجمع الفقهي بمكة .
- خبير غير متفرع لدى الإدارة العامة للشؤون القانونية بجامعة الدول العربية لجنة توحيد التشريعات العربية منذ عام 1979م حتى انتهاء من عمل اللجنة من قانون المعاملات المدنية .
- عاد «رحمه الله» من الرياض ملبياً لنداء الواجب في عضوية اللجنة الفنية لمراجعة القوانين لتتناسب مع الشريعة الإسلامية 1978م .
- رئيس لجنة معالجة الصيغ الربوية في قوانين بنك السودان والبنوك المتخصصة والتجارية وقانون الشركات واقتراح مواد بديلة بصيغ إسلامية 1992م .
- عضو مجلس المعايير المحاسبية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية .

اللجان والهيئات على مستوى المؤسسات المالية الإسلامية .

- عضو الهيئة العليا للرقابة الشرعية للاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية .
- رئيس الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية الإسلامية بالسودان .
- رئيس هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني، وهي أول هيئة رقابة شرعية في المصارف الإسلامية، وأول هيئة تصدر الجزء الأول في فتاواها ومذكراتها .
- عضو هيئة الرقابة الشرعية لدار المال الإسلامي .
- رئيس الهيئة العليا للرقابة الشرعية على أعمال التأمين بالسودان .

- رئيس وعضو عدد من هيئات الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية بالسودان وخارج السودان .
- رئيس وعضو عدد من هيئات الرقابة الشرعية لشركات تأمين إسلامية سودانية وخارج السودان .

المؤتمرات:

شارك «رحمه الله» منذ عام 1961م وحتى وفاته في عدد من المؤتمرات المحلية والإقليمية والعالمية نذكر منها:

- اشترك ببحث عن التأمين في الشريعة الإسلامية في أسبوع الفقه الإسلامي الثاني بدمشق 1961م .
- اشترك في المؤتمر الإسلامي بكوالالمبور 1969م .
- اشترك في مؤتمر القانونيين العرب بالخرطوم 1972 .
- اشترك في الملتقى السابع للفكر الإسلامي بالجزائر 1973م .
- اشترك في المؤتمر الإقليمي السادس للمخدرات بالملكة العربية السعودية 1974م .
- برنامج الاستثمار والتمويل بالمشاركة في البنوك الإسلامية بجدة 1980م .
- المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي بدبي 1980م .
- المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامية بالكويت 1983م .
- ندوة البركة السنوية منذ عام 1985م .
- وندوات ومؤتمرات أخرى متعددة داخلية وخارجية تتعلق بالمعاملات المصرفية ومعاملات التأمين الإسلامي .

الكتب والبحوث:

- حكم عقد التأمين في الشريعة الإسلامية قدم البحث في أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق 1961م وطبعه المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بالقاهرة ضمن أسبوع الفقه الإسلامي .
- اجماع اهل المدينة: بحث منشور في مجلة معهد ام درمان العلمي 1963م .
- الميراث في الشريعة الإسلامية: على ما عليه العمل في المحاكم الشرعية السودانية - مقارنا بما عليه العمل في المحتكم المصرية . “ كتاب مطبوع منذ 1964 وأعيد طبعه في 1969م وهو الكتاب المنهجي الوحيد في الجامعات السودانية ” .
- الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، كتاب مطبوع 1967م في 70 صفحة، رسالة دكتوراه .
- نظام الأحوال الشخصية المطبق في المحاكم الشرعية بالسودان مطبوع 1968 .
- العقد من حيث الصحة والبطالان في الفقه الإسلامي مطبوع 1975م .
- مجموعة من البحوث مطبوعة لمداوالات لجنة جامعة الدول العربية لقانون المعاملات المدنية .
- مجموعة من البحوث مطبوعة بمجلة مجمع الفقه الإسلامي ومقدمة للمجمع .
- مجموعة من البحوث مقدمة لمؤتمرات عن المصارف الإسلامية والتأمين في الشريعة الإسلامية .
- مجموعة من البحوث مطبوعة على الآلة الكاتبة منها:
- الوصية .
- الوقف .

- الاهلية وعوارضها .
- حكم الإجهاض في الشريعة الإسلامية .
- موقف الشريعة الإسلامية من المخدرات .
- خطابات الضمان .
- سندات المقارضة .
- زكاة الأسهم .

الجوائز:

- نال جائزة الملك فيصل العالمية في الفقه الإسلامي 1410 هـ - 1989م .
- نجمة الإنجاز - السودان .
- جائزة الدولة التقديرية - السودان، ويمنح جائزة الضيرير لأحسن طالب في الشريعة الإسلامية •
بجامعة الخرطوم - كلية القانون

فهرس الكتاب

5	مقدمة بقلم أ. د. عجيل جاسم النشمي
9	تقديم أ. د. أحمد علي عبد الله
12	بيع المرابحة للأمر بالشراء
33	بيع الإنسان ما اشتراه قبل قبضه
95	بيع العربون
38	الغرر المانع من صحة المعاملة ومقداره
901	اشتراط الاستثمار فيما لا يقل ربحه عن نسبة محددة
121	السلم وتطبيقاته المعاصرة
761	مدى مسؤولية المضارب ومجالس الإدارة عما يحدث من الخسارة
571	عقود الصيانة وتكييفها الشرعي
191	الاختيارات
902	التأمين الصحي واستخدام البطاقات الصحية
542	الشرط الجزائي
582	بطاقة الانتماء

- 313 حكم التعامل المصرفي المعاصر بالفوائد
- 323 خطابات الضمان
- السيرة الذاتية للشيخ الصديق الضرير «رحمه الله» 753