

بِدَعْمِ



المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
البنوع الإسلامي للتنمية



تَنْظِيمَ



شورى للاستشارات الشرعية
Shura Shoria Consultancy

مؤتمر شورة الفقهي الخامس

5th Shura Fiqh Conference

12-11 صفر 1435هـ 17-16 ديسمبر 2013 م

فندق جيه دبليو ماريوت - دولة الكويت

البحث الثاني:

أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية
والاعتبارية في الأحكام الفقهية لمستجدات المصرفية
الإسلامية

لفضيلة الشيخ أ.د. نزيه حماد

الرعاة الذهبية

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank

اتحاد مصارف الكويت
KBA Kuwait Banking Association

الرعاة الرئيسية

الأهلي NCB
together as one

النقل الداخلي

ركاب ReKab
تأجير السيارات

بنك بوبيان
Boubyan Bank

MASHAER
HOLDING COMPANY
مجموعة الماشعير القابضة
للخدمات المالية

عم
anon
Real Estate Finance

رواحل
Rawahel Holding Co.



مجموعة البيوت الاستثمارية (قائمة)
Bayout Investment Group (Holding)

الرعاة الاعلامية

النور

شريك استراتيجي

الراسميل
RASAMEEL
مجموعة الراسميل القابضة للتأمين

النقل الخارجي

قبلة
Qiblah
للتأجير والتسوق



بسم الله الرحمن الرحيم

يتألف هذا البحث من تمهيد ومبحثين وخاتمة.

التمهيد

في أهمية الموضوع وإشكاليته وتأصيل حلها

١- إن من المشهور المتداول على ألسنة الفقهاء والباحثين المعاصرين في شؤون المصرفية الإسلامية أن مبنى عمل المصرف الإسلامي على عقد المضاربة، الذي هو أحد العقود المسماة في الفقه الإسلامي، وأن الأحكام الشرعية والضوابط الفقهية التي تُنزل عليه، وتُجرى على مسأله وجزئياته، وفروعه وتطبيقاته المعاصرة هي ذات الأحكام والضوابط المنقولة إلينا لعقد المضاربة في الفقه الإسلامي الموروث بمجموع مذاهبه ومدارسه واجتهادات فقهاءه وتخريجاتهم على مر العصور وتعاقب الدهور السالفة، بناء على أن المودع المستثمر هو رب المال، والمصرف هو عامل المضاربة.

٢- غير أن النظر الفسيح، والتأمل الدقيق، والمراجعة الفاحصة لما تقرر في الفقه الموروث لعقد المضاربة (= المضاربة الفقهية) وما جرى عليه العمل في المصارف الإسلامية بناء على فتاوى جملة من الفقهاء والباحثين المعاصرين وقرارات بعض المجامع الفقهية والهيئات الشرعية يُظهر عدم صحة هذه المقولة، ويبرز إشكالية في المسألة تحتاج إلى حل، وخلافاً في التأصيل يحتاج إلى إصلاح، والتباساً في الحقائق والمفاهيم يحتاج إلى رفع وإزالة، ليظهر وجه الحقيقة واضحاً جلياً لا لبس فيه ولا غموض ولا خلل ولا إشكال.

وأضرب لذلك بعض الأمثلة، منها ما يتعلق بأصل عمل المصرفية الإسلامية، ومنها ما يرجع إلى أحكام الخدمات المصرفية التي تقدمها.

٣- فأما ما يتعلق بأصل عمل المصرفية الإسلامية:

أ- فقد ذهب جماهير الفقهاء في المضاربة الفقهية إلى أن موت رب المال موجب لانفساخ عقد المضاربة. غير أن ما عليه العمل في المصرفية الإسلامية أنه غير موجب لذلك، وأن عقد المضاربة المصرفية بين المصرف (المضارب) وبين المودع (رب المال) مستمر بعد موته، ولا ينفسخ بطرؤه واقعة الموت عليه.

ب- ولا خلاف بين الفقهاء في المضاربة الفقهية في أن عقد المضاربة ينفسخ بموت المضارب، غير أن ما عليه العمل في المصرفية الإسلامية هو عدم تأثر عقد المضاربة المصرفية بشيء اسمه «موت المضارب»، حيث إن موت مدير الاستثمار أو المدير التنفيذي أو غيرهم من العاملين والمسؤولين لا يؤثر على بقاء المصرف واستمراره ودوام شخصيته الاعتبارية وذمته المالية المستقلة.

ج- الأصل في عقد المضاربة الفقهية عدم اللزوم في حق الطرفين قبل شروع المضارب في العمل، ولكل واحد منهما فسخه بإرادته المنفردة كسائر العقود الجائزة (غير اللازمة). غير أن ما عليه العمل في المصرفية الإسلامية لزومه في حق الطرفين قبله ما لم تتضمن الاتفاقية بين المصرف وبين المودع (رب المال) خلاف ذلك.

د- لا خلاف بين الفقهاء في المضاربة الفقهية في أن رب المال لا حق له في الخروج من المضاربة وأخذ رأس ماله ونصيبه من الربح إلا بعد التنضيق الحقيقي لرأس المال، وأن التنضيق الحكمي لا يقوم مقامه، ولا يسد مسده، إذ لا يُدْرَى ماذا سيحصل بعد التنضيق الحقيقي لمتاعه لو خرج بعد التنضيق الحكمي، وأخذ رأس ماله وحصته من الربح المتوقع؟ هل سيسلم رأس ماله من الخسارة أم لا؟ وإذا سلم فكم سيكون نصيبه من الربح إن وقع فعلا؟ لأن المتاع قد ينحط سعره وقد يرتفع وقت التنضيق الحقيقي، كما قال الفقهاء.

غير أن ما عليه العمل في المصرفية الإسلامية خلاف ذلك، حيث إن لرب المال (المودع) الخروج من المضاربة قبل التنضيق الحقيقي لمال المضاربة، واسترجاع رأس ماله مع حصته التقديرية من الربح بناء على التنضيق الحكمي.

هـ- لا يجوز في المضاربة الفقهية في قول أحد من الفقهاء اقتطاع جزء من العوائد والأرباح التي يستحقها المضارب أو رب المال من أجل استخدامه في إطفاء خسارة قد تحدث في المستقبل، أو انخفاض في قيمة مجموع الأصول أو بعضها، أو من أجل رفع مستوى الأرباح في حال طرء شيء من ذلك في الفترة أو الفترات المالية القادمة. بينما جرى العمل في المصرفية الإسلامية على اقتطاع المخصصات^١ والاحتياطات^٢ لتلك الأغراض.

و- إن رأس المال في المضاربة الفقهية أمانة في يد المضارب، فلا يضمن شيئاً من تلفه أو خسارته من غير تعد منه ولا تفريط، وكذلك يؤخذ بقوله مع يمينه (كسائر الأمانات) في نفي وقوع تعد منه أو تفريط، ما لم يقم رب المال بينة تثبت وقوع ذلك بسبب تعديه أو تفريطه.

أما في المضاربة المصرفية، فإنه لا يؤخذ بدعوى المصرف وقوع الهلاك أو الخسارة بدون تعد منه ولا تفريط، ولا يطالب بتأكيد قوله وتقويته باليمين، ولكن ينتقل عبء الإثبات إليه، فيطالب بالبينات على وقوع الهلاك أو الخسارة كان من غير تعديه ولا تفريطه. فإن فشل في إقامتها، كان ضامناً للهلك والخسارة في نظر كثير من الفقهاء المعاصرين.

١ . المخصص: هو مبلغ يحتجز أو يقتطع من الإيرادات بإضافته إلى المصروفات، لمواجهة الخسارة أو الانخفاض المحتمل الوقوع في قيمة مجموع الموجودات أو أحدها على وجه الخصوص، بحيث إذا طرأ شيء من ذلك، فإن المصرف يكون مستعداً لإطفائه من المبلغ المحتجز في المخصص دون أن يضطر مركزه المالي نتيجة عدم وجود ما يمتص به تلك الخسارة أو يجبر به النقص الناتج عن الانخفاض. ونظراً لأن مبلغ المخصص يقتطع من الإيرادات نتيجة لإضافته إلى المصروفات، فإن أثره المباشر تخفيض الربح الحاصل أو إعدامه. ولذلك يعد عبئاً ذا وطأة على الربح. (انظر قياس الربح في المصرف الإسلامي للزامل ص ٢٤٧، تكوين المخصصات في المصارف الإسلامية للدكتور أسيد الكيلاني ص ١١١).

٢ . الاحتياطي: هو مبلغ يتم اقتطاعه من الربح لصافي المتحقق القابل للتوزيع خلال فترة معينة بعد مقابلة الإيرادات بالمصروفات. ومن أهداف تكوين الاحتياطات المحافظة على مستوى مستقر للأرباح التي ستوزع في المستقبل أو الوفاء بالتزامات مستقبلية معينة، أو دعم وتقوية المركز المالي للمصرف أو المؤسسة المالية بوجه عام. (انظر قياس الربح في المصرف الإسلامي ص ٢٤٦، تكوين المخصصات في المصارف الإسلامية ص ١١٣).



وأما فيما يتعلق بأحكام الخدمات المصرفية:

أ- فإن إيداع مبلغ من المال لدى شخص طبيعي ليحفظه لثالث لا يعتبر قبضا حكما من المستفيد في نظر سائر الفقهاء في الفقه الإسلامي الموروث. أما إيداع ذلك المبلغ في حساب شخص ثالث لدى المصرف مباشرة أو بحوالة مصرفية، فيعتبر قبضا حكما من المستفيد في نظر الفقهاء المعاصرين.

ب- لا خلاف بين الفقهاء من المصارفة الفقهية (= في الفقه الموروث لعقد الصرف) في أنه إذا وقعت مصارفة ناجزة بين شخصين طبيعيين بعمليتين مختلفتين كالدولار الأمريكي مع الدينار الكويتي مثلا، فسلم مشتري الدولارات بدل الصرف المتفق عليه من الدنانير إلى بائعها، وقيد له بائعها في حساب دائنيته من سجلاته في مجلس العقد المتفق عليه من الدولارات، فإن عقد الصرف باطل.

أما إذا وقعت تلك المصارفة بين شخص طبيعي وبين مصرف له فيه حساب مصرفي بالدولار الأمريكي، فسلم العميل له البديل المحدد بالدنانير، وقيد له المصرف في حسابها بدلها من الدولارات في مجلس العقد، فإن عقد الصرف صحيح في نظر الفقهاء المعاصرين.

ج- لا خلاف بين الفقهاء في المصارفة الفقهية في أنه إذا وقعت مصارفة ناجزة بين شخصين طبيعيين بعمليتين مختلفتين، كالدولار الأمريكي مع الدينار الكويتي، فسلم مشتري الدولارات بدل الصرف المتفق عليه من الدنانير إلى بائعها، وأعطاه بائعها في مجلس العقد وثيقة كتابية شخصية تثبت أنه مدين له بثمانها المتفق عليه من الدولارات، مع إحالته على مدين له معين بذلك المبلغ، فإن عقد الصرف باطل.

أما إذا أعطاه شيكا مصرفيا أو شيكا شخصا مؤكدا الدفع مسحوبا على حسابه بذلك المصرف في مجلس العقد، فيعتبر تسليم الشيك إقباضا حكما لمضمونه، ينوب مناب القبض الحقيقي المطلوب، ويقوم مقامه، ويكون عقد الصرف صحيحا في نظر الفقهاء المعاصرين.

٥- وبناء على ما تقدم، يظهر لي أنه لا بد لرفع الالتباس، وإزالة الغموض، وحل الإشكال فيما سبق بيانه - ونحوه من المسائل والقضايا - من ملاحظة حقيقة هامة، وهي:

أولا: إن جميع أحكام المضاربة في الفقه الإسلامي الموروث لم يرد فيها نص في الكتاب أو السنة، وإنما جرى استمدادها من المبادئ والقواعد الفقهية العامة في تكوين العقود، أو وقع تخريجها على أحكام بعض أشباهها ونظائرها من العقود الأخرى كالوكالة.

وحتى أصل مشروعيتها لا يستند إلى نص تشريعي خاص فيها، وإنما هو الاجماع، إما بناء على ما حكى من إقرار النبي صلى الله عليه وسلم لها على ما كانت عليه في صورتها البدائية قبل الإسلام، أو بناء على أن الأصل في المعاملات المالية الحل ما لم يرد دليل شرعي حاصر. وعلى كلا النظرين، فإنه لا يسوغ اعتبارها أصلا صالحا لأن تقاس عليه المضاربة المصرفية مطلقا، مع كل ما بينهما من فروق واختلافات.



قال ابن المنذر: «لم نجد للقراض في كتاب الله ذكرا، ولا في سنة نبيه صلى الله عليه وسلم ووجدنا أهل العلم قد أجمعوا على إجازة القراض بالدنانير والدراهم».^٣

قال الشوكاني: «صرح جماعة من الحفاظ بأنه لم يثبت في كتاب المضاربة شيء مرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، بل جميع ما فيه آثار عن الصحابة. وقد وقع اجماع من بعدهم على جواز هذه المعاملة، كما حكى غير واحد».^٤ أي من أهل العلم.

وقال ابن حزم: «كل أبواب الفقه ليس فيها باب إلا وله أصل في القرآن أو السنة نعلمه ولله الحمد، حاشى القراض، فما وجدنا له أصلا فيهما البتة. ولكنه اجماع صحيح مجرد. والذي نقتطع به أنه كان في عصره صلى الله عليه وسلم، فعلم به وأقره».^٥

وقال ابن تيمية: «المضاربة جوزها الفقهاء كلهم اتباعا لما جاء فيها عن الصحابة، مع أنه لا يحفظ فيها بعينها سنة عن النبي صلى الله عليه وسلم. ولقد كان أحمد يرى أن يقيس المضاربة على المساقاة والمزارعة، لأنها ثبتت النص، فتجعل أصلا يقاس عليه، وإن خالف فيها من خالف».^٦

وقال ابن القيم: «لقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم المضاربة على ما كانت عليه قبل الإسلام، فضارب أصحابه في حياته وبعد موته، وأجمعت عليها الأمة».^٧

ثانيا: لقد قدم لنا فقهاء الشريعة السابقون الأحكام الفقهية الاجتهادية - بما تقتضي قواعد الشريعة ومناهج التخريج - لعقد المضاربة في صورته التاريخية البسيطة وفق ما كان معروفا بين الناس في أزمانهم في أساليب الاشتراك التجاري، وهي تعد من الأساليب الابتدائية بالنسبة إلى الشركات التجارية الحديثة - حيث كانت العلاقة فيها تتم بين شخصين طبيعيين، ولمدة محدودة من الزمن، وكان مبناها على عنصر المعرفة الشخصية والثقة - ولم يكن في تلك الأساليب ما يقتضي أو يدعو إلى كونها متمتعة بشخصية حكمية (اعتبارية) مجردة، وذمة مالية مستقلة عن ذمم الأشخاص الطبيعيين الذين يعملون فيها أو يمثلونها، بل إنه لم يعرف في الفقه الإسلامي الموروث، على مر العصور وتعاقب الدهور شركة من شركات العقد المسماة تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة، وذمة مالية منفصلة عن ذمم الشركاء.

أما المضاربة المصرفية المعاصرة، فهي نوع شركة مبتكرة في الربح والنماء والنتائج بين شخص حكمي يتولى إدارة استثمار الأموال المودعة لديه (وهو المصرف) وبين شخص طبيعي أو حكمي آخر أو أشخاص يودعون أموالهم عنده لاستثمارها (وهم أرباب المال) وفقا للطرائق والأساليب التي أوجدتها التطور الاقتصادي والتجاري والمصرفي الحديث. ولهذا الشركة شخصية حكمية ذات إدارة

٣ . الأوسط لابن المنذر . ٥٦١/١٠، الإشراف على مذاهب العلماء له ٢٠٦/٦ .

٤ . وبل الغمام ١٦٧/٢ .

٥ . مراتب الإجماع ص ٩١ .

٦ . مجموع فتاوى ابن تيمية ١٠١/٢٩، القواعد النورانية الفقهية ص ١٦٧ .

٧ . إعلام الموقعين ١٩/٣ .



موحدة، يمثلها مدير أو مجلس، وتعتبر في مجموعها بمثابة شخص طبيعي واحد، في أهليتها وذمتها وعقودها وحقوقها والتزاماتها وأموالها. وعقد المضاربة فيها بحسب تصميمها وهيكلها ذو طابع مؤسسي وطبيعة جماعية مستمرة، تتصف بالدوام والثبات والتجدد التلقائي، والعلاقة بين طرفيها غير قائمة على عنصر المعرفة الشخصية والثقة - كما هو الحال في المضاربة الفقهية - إذ لا يخفى أن المدير التنفيذي أو مدير الاستثمار ومعاونيه يتبدلون ويتغيرون فيها، والمودعون (أرباب المال) يدخلون ويخرجون، ويحل الواحد منهم محل الآخر، والمصرف باقٍ على حاله.

ونظرا لاختلاف طبيعتها وخصائصها ومميزاتها عن المضاربة التاريخية البسيطة التي تعقد بين شخصين طبيعيين، فإنه لا يصح إسقاط أو تنزيل أحكام المضاربة الفقهية عليها، للفارق المؤثر، والتباين الجوهرى في المضمون والمعاني المؤثرة بين المضاربتين، حيث إن الأولى من العقود المسماة المعروفة في الفقه الموروث، بينما المضاربة المصرفية منظومة عقدية مستحدثة، تخضع للقوانين والأنظمة واللوائح التي تحكمها، أملت احتياجات المتعاملين وأعرافهم التجارية ومصالحهم في هذا العصر.

وعلى ذلك، فإنه لا بد لمعرفة أحكامها الشرعية من اجتهاد معاصر، يراعي طبيعتها وخصائصها وشروطها ومقاصدها، ويتوافق مع طبيعة وخصائص ومميزات الشخص الحكمي (الاعتباري) الذي تندرج تحته، وتنسحب أحكامه عليها، ما وجد المجتهد إلى ذلك سبيلا سائعا من الوجهة الشرعية.

٦- وجماع القول وصفوته في القضية أن المضاربة المصرفية المتطورة ليست نفس المضاربة الفقهية في صورتها التاريخية البسيطة، وإن كان بينهما قدر من الشبه كما أن المرابحة المصرفية (للأمر بالشراء) غير المرابحة الفقهية (التي هي من عقود الأمانة)، والوديعة المصرفية غير الوديعة الفقهية، والحوالة المصرفية غير الحوالة الفقهية، والمصارفة المصرفية غير المصارفة الفقهية... إلخ - ومع قيام الفارق المؤثر بينهما، لا يصح قياس المضاربة المصرفية أو تخريج^٨ أحكامها على المضاربة الفقهية. قال الإمام السبكي: «شرط إلحاق مسألة بأخرى اشتراكهما في مناط الحكم مع عدم الفارق، ولا يكفي الاشتراك فيما ليس مناط الحكم في الأصل»^٩.

ومن أهمل مراعاة هذا الأصل الكلي، ولجأ إلى إسقاط أحكام المضاربة الفقهية عليها مطلقا، انتهى لا محالة إلى تخريجات فقهية سقيمة، وتعليلات ضعيفة واهية، وأقيسة فاسدة، وترقيعات سطحية تحكمية.

٨. التخريج: هو القول في مسألة لا نص فيها للإمام يمثل قوله في مسألة تساويها إذا نص المجتهد على حكم في مسألة لعلها بينها، فمنهجه في كل مسألة وجدت فيها تلك العلة كمنهجه فيها.. (نشر البنود على مراقي السعود ٢/٣٢).

٩. تكملة المجموع شرح المهذب ٣٩١/١١.



قال الإمام أبو محمد الجويني: "اعلم أن مسائل الشرع ربما تتشابه صورها، وتختلف أحكامها، لعل أوجبت اختلاف الأحكام. ولا يستغني أهل التحقيق عن الاطلاع على تلك العلل التي أوجبت افتراق ما افترق منها، واجتماع ما اجتمع منها".^{١٠}

وإنه يلزمنا من أجل تأصيل سديد لأحكام المضاربة المصرفية وخدماتها المعاصرة من توضيح الخطوط العريضة لمفهوم الشخصية الحكيمة وطبيعتها وخصائصها، وأهم جوانب الافتراق بينها وبين الشخص الطبيعي (الذي تدور عليه أحكام المضاربة الفقهية)، وبيان أثر ذلك على اختلاف أحكام المضاربة المصرفية عن المضاربة الفقهية. وتفصيل ذلك في المبحثين الآتيين:



المبحث الأول

الشخصية الاعتبارية

مفهومها - خصائصها - مميزاتها

مفهوم الشخصية الاعتبارية ودواعي وجودها:

٧- ترتبط فكرة الشخصية أساساً بفكرة الحق والالتزام، إذ الحقوق جميعاً والالتزامات إنما تكون للأشخاص وعليهم، وتصور الأشخاص ملازم لتصور الحق والالتزام، لأنهم على كل حال أرباب الحقوق وحملتها وطلابها والمطالبون بها^{١١} وعلى ذلك عرف القانونيون «الشخص» بأنه: «كل كائن ذي قيمة اجتماعية - بالنظر لما يتعلق به أو يستهدفه أو يمثله من مصالح إنسانية - يعتبره القانون قادراً على اكتساب الحقوق والتزام الواجبات»^{١٢}.

٨- والشخصية في الأصل هي الشخصية الطبيعية (الإنسانية) التي تتجلى بكل فرد من أفراد الإنسان، فكل واحد منهم شخص مستقل بشخصيته التي تثبت له بها حقوق، وعليه واجبات. وعلى ذلك كان الإنسان مرتكز الشخصية وأساسها الذي تقوم عليه، وهو الذي يكون منها تبعاً لذلك ما يسمى بالشخص الطبيعي.

٩- وقد تطور الفكر الحقوقي في تصور الشخصية منذ القديم إلى أبعد من هذا الحد الطبيعي المادي، إذ لُحِظَ أن هناك جهات من المصالح العامة الدينية، من أماكن العبادة ونحوها، تتسم بالثبات والدوام، ولا تختص بشخص معين، ويتوقف بقاؤها واستمرارها على نفقات دائمة، فكانت ترصد لها أموال ومستغلات من أجل سد حاجتها، تعتبر ملكاً لها كالوقف، وتعتد من أجلها وباسمها عقود، ويقوم على ذلك سدنتها وكهننتها باسمها، فأثبت لها «الشخصية الاعتبارية» قياساً على شخصية الإنسان، نظراً لتمتعها بمقومات تلك الشخصية، باكتسابها لبعض صفات الإنسانية القانونية. وعلى ذلك اعتبر لتلك المؤسسات العامة ما يشبه شخصية الأفراد الطبيعيين في قابلية التملك، وثبوت الحقوق والالتزامات، لأنها مادامت لمصلحة الجماعة، فهي في حكم مجموع شخصياتهم^{١٣}.

١٠- ثم تطور النظر الحقوقي المعاصر في تجريد الشخصية إلى صورة أخرى، وذلك بعد أن عرف الناس أسلوب اجتماع الجماعات المنظمة، التي تتوحد فيها الجهود والأموال المجموعة من أناس عديدين في سبيل الاكتساب المشترك أو النفع العام.

فقد لوحظ أن كلا من هذه المنظمات يتألف من مجموع أفرادها وحدةً شخصية ذات مصلحة وحقوق مستقلة عن شخصية ومصالح كل فرد من أفرادها، ولا سيما بعد أن عُرف في الشركات أنواع

١١ . المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للعلامة مصطفى الزرقا ص ٢٤٧.

١٢ . انظر الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي للدكتور أحمد علي عبدالله ص ٢٧ نقلاً عن أصول القانون للسنهوري وأبو ستيت ٢٩٧/٢ وأصول القانون لحسن كبره ص ٧٠٧.

١٣ . المدخل إلى نظرية الالتزام للزرقا ص ٢٤٩ وما بعدها.

تكون فيها مسؤولية الشركة في معاملاتها المالية مقصورة على مال الشركة، أي غير سارية على ذمم عامة الشركاء، بحيث لو أفلست الشركة لا يكون الشركاء مسؤولين عن ديونها في أموالهم الأخرى التي لهم خارج الشركة. وهذا يقتضي اعتبار ذمة خاصة للشركة منفصلة عن ذمم الشركاء المتكونة منهم.^{١٤}

وقد تولد من هذا الوضع وأمثاله تصور شخصية تنشأ من اجتماع عدد من الأشخاص على عمل ذي غاية مشروعة، وتنفصل في الاعتبار الحقوقي تلك الشخصية الحاصلة (المتولدة) من اجتماعهم عن شخصياتهم الفردية، بحيث :

أ- إذا كانت الغاية من اجتماع الشخصيات توحيد الجهود الفردية، حتى يتكون منها قوة أكبر على عمل يبتغى به الربح والاكْتساب المالي، فهي الشركات، من تجارية وصناعية وزراعية.

ب- وإن كانت الغاية ليست ابتغاء الكسب والربح، وإنما هي خدمة مصالح عامة دينية أو علمية أو أدبية أو اجتماعية أو إنسانية أو سياسية.. إلخ، فتلك في لغة العرف والقانون هي الجمعيات والمؤسسات.^{١٥}

١١- فهذه الشركات أو المؤسسات أو الجمعيات بشخصياتها المجردة عن شخصيات أعضائها، تعقد العقود باسمها، وتملك وتلتزم، وتستحق ويستحق عليها... إلخ، وتكون ذات ذمة مالية مستقلة، كأفراد الناس. وهذه الشخصية المجردة هي التي تعتبر من الوجهة الحقوقية قد سميت في الاصطلاح القانوني المعاصر «الشخصية الاعتبارية»، ويقال لها أيضا «الشخصية الحكيمية» و «الشخصية المعنية».^{١٦} وقد عرفها الحقوقيون بأنها : «شخص حكمي تقديري، يتكون من اجتماع جماعة من الأشخاص الطبيعيين، ابتغاء غرض مشترك، ينشؤون باجتماعهم شخصية ذات حقوق وواجبات متميزة عما لأفرادهم».^{١٧}

وهكذا تطور النظر الحقوقي وتجرد عن التقيد بالناحية المادية المحضة، فألقى ثوب «الشخصية» على غير الأشخاص الطبيعيين من أوضاع وهيئات ومؤسسات وجماعات نشأت في المجتمع الحقوقي، ودخلت في المضمار المالي وميدان المعاملات، وأصبح لها في نظر القوانين موقع شخصي ذو شأن كبير، يزداد مكانة واتساعا على الزمن، كما أصبح لها في النظر السياسي أهمية عظيمة نظرا لما تملكه من قدرة مالية وعملية لا يملك مثلها فرد عادة.^{١٨}

١٢- وقد سَدَّتْ فكرة الشخص الاعتباري نقصين كبيرين في نشاط الفرد الإنساني، هما (كونه محدودا في قوته وإمكانه، وكونه محدودا في مدته)، ذلك أن نشاط الجماعة يقوى بالائتلاف والتضامن، ولا يسرع إليه الفناء، كما هو الشأن في حياة الأفراد... فتمكنت الجماعات الإنسانية بفضل النشاط

١٤ . المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي للزرقا ص ٢٥٠.

١٥ . المصدر السابق ص ٢٥٠.

١٦ . المصدر السابق ص ٢٠٥.

١٧ . المصدر السابق ٢٨٣، نقلا عن دائرة المعارف الفرنسية.

١٨ . المصدر السابق ص ٢٥١.



الجماعي للشخص الاعتباري من تحقيق كثير من أعمال الخير ونشر العلم وإنعاش الاقتصاد.^{١٩} وعلى ذلك قال فقهاء القانون: إن فكرة الشخص الاعتباري تعتبر واحدة من مساهمات الفكر القانوني المبدعة في بناء التقدم الإنساني.^{٢٠}

وقال الأستاذ مصطفى الزرقا: «إن فكرة الشخصية الحكيمة إما تولدت في النظر الحقوقي تولدا ضروريا من وجود مصالح مشتركة في المجتمع متميزة عن المصالح الفردية، بحيث لا يمكن إدماجها فيها، ويلحظ عجز الشخصية الطبيعية بمفردها عن أن تضطلع بأعبائها وتضمن تحقيقها.

فالواقع ينبئ بأن الشخصية الطبيعية لا تكفل إلا المصالح الفردية، في حين أن الأشخاص الحكيمة التي تعترف بها الحقوق الحديثة والقوانين الوضعية إنما تقوم على مصلحة مشتركة استلزمها الضرورات الاجتماعية، حتى في الأشخاص الحكيمة الخاصة، كالشركات التي تستند إلى مصلحة مشتركة من طبيعة خاصة، إذ من المسلم به وجود مشروعات اقتصادية تستدعي تضافر الجماعات بجهودها وأموالها، وتتجاوز قدرة الأفراد على انفراد.

فمجهود هذه الجماعات ضمن نطاق مصلحتها الخاصة هو مسخر بطريق غير مباشر لخدمة المصلحة العامة بسد بعض حاجات المجتمع وزيادة الثروة القومية».^{٢١}

١٣- ومن الجدير بالبيان أن الفقه الإسلامي الموروث قد عرف فكرة الشخص الاعتباري وأقرها بنظر إجمالي (مثل شخصية بيت المال والوقف والدولة)، ورتب على اعتبارها بعض الأحكام الشرعية دون تصريح بتلك التسمية، ولا تتريب في ذلك، فالعبرة للمفاهيم والأحكام لا للتسميات، غير أن ما جاء فيه من مبادئ وأحكام قد تفيد في تخريج بعض المسائل المستجدة المتعلقة بالموضوع، ولكنها لا تفي بصياغة نظرية فقهية متكاملة للشخصية الاعتبارية، وأساليب عملها، وطرائق تكوينها، وحدود مسؤوليتها على نحو ما جاء في النظم والتشريعات الحديثة، مما هو وليد العرف والتطور الاقتصادي المعاصر في العالم الغربي.^{٢٢}

بداية الشخصية الاعتبارية ونهايتها:

١٤- إذا كان تاريخ ميلاد الشخص الطبيعي ووفاته يحددان عادة^{٢٣} بداية حياته القانونية ونهايتها، فإن الشخص الاعتباري لا يبدأ حياته القانونية إلا بإذن من المشرع أو بتنظيم من القانون.^{٢٤} وكذلك لا تؤثر عليه واقعة الوفاة، فالشخص الاعتباري لا يموت كالشخص الطبيعي، بل يمتاز بالدوام، كما أنه لا يزول ولا ينتهي بوفاة الشخص الطبيعي الذي يمثله، وكذلك لا يبدل بتبدله من وضعه الحقوقي شيئا».^{٢٥}

١٩ . الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص ٢٦ .

٢٠ . المرجع السابق ص ٤٧ .

٢١ . المصدر السابق ص ١٩١ و ١٩٢ .

٢٢ . الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص ٤٧، المدخل إلى نظرية الالتزام ص ٢٥١، ٢٦٩، ٢٧١، ٢٨٩، ٢٩٠ .

٢٣ . قلنا عادة : لأن بعض الحقوق تثبت للجنين قبل ولادته، كما أن الحقوق والواجبات تتعلق بدمته حكما بعد وفاته.

٢٤ . الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص ٥٩، المدخل إلى نظرية الالتزام ص ٢٥٤، ٢٥٥ .

٢٥ . المدخل إلى نظرية الالتزام ص ٢٩٤ .



قال الأستاذ الزرقا: «يزول الشخص الحكمي بزوال شرائطه، أو زوال العوامل التي أوجدته، وعندئذ يسمى زواله انحلالاً. أما زوال الشخص الطبيعي فيكون بانتهاء حياته، ويسمى موتاً. وهذا الانحلال في الشخص الحكمي يكون بأسباب وصور عديدة، فقد يكون سببه انحلالاً طبيعياً، أو تشريعياً، أو قضائياً، أو إدارياً، أو إرادياً.»^{٢٦}

وأساس عدم توقف وجود الشخص الطبيعي على اعتبار أو اعتراف تشريعي، أنه بمجرد وجوده المادي تثبت شخصيته، بخلاف الشخص الحكمي، فإن وجود شخصيته بتوقف على إقرار التشريع لها.^{٢٧}

١٥- ومن الجدير بالبيان في هذا المقام أن الشخص الحكمي يفترق عن الشخص الطبيعي في وجوده من ناحيتين:

(الأولى) أن الشخص الحكمي وجوده قانوني، أي تقديري اعتباري لا حسي. أما الشخص الطبيعي فذو وجود مادي محسوس.

(الثانية) أن الشخص الحكمي وجوده تبعي، أي إنها يكون تابعا لوجود مجموعة من أشخاص طبيعيين أو أموال. أما الشخص الطبيعي فوجوده مستقل بنفسه في الواقع والاعتبار.^{٢٨}

خصائص ومميزات الشخص الاعتباري:

١٦- يختص الشخص الاعتباري بصفات ومميزات تميزه عن الشخص الطبيعي، وإن كان في الأصل مقيسا عليه. وأهم تلك المزايا:

(أولا) استقلال الشخص عن أعضائه وممثليه، وتمتعه بالأهلية والذمة المالية المتميزة المستقلة.

فقد رأينا فيما سبق أن المبنى الحقوقي في تطور النظر إلى الشخصية، الذي تولدت منه فكرة الشخص الحكمي، إنها يقوم على تجريد شخص اعتباري ينتزع من جماعة أو مشروع، وتشبيهه بشخص طبيعي ذي أهلية وذمة. فكما لا ينفك تصور الشخص الطبيعي - من الوجهة الحقوقية - عن ذمة له يحمل بها الحقوق، فإن الشخص الاعتباري لا ينفك عن هذه الذمة أيضا - ولولا ذلك لما بقي هناك معنى للشخصية الحكمية إلا مجرد التمثيل والنيابة في العمل. وهذا غير التشخيص بمعناه الكامل - شريطة الاعتراف القانوني بالشخصية الحكمية له، إذ إن من المحتم لكي يكتسب الشخص الحكمي شخصيته أن يعترف التشريع له بهذه الشخصية المستقلة في حمى الدولة. ولا يجب أن يعترف التشريع بذلك لكل شخص حكمي ناشئ على حدة، بل يكفي الاعتراف النوعي، كاعتراف القانون التجاري بالشخصية لأنواع الشركات القانونية التي تؤسس وفقا لشرائطه، واعتراف قانون الجمعيات بشخصيات الجمعيات التي تؤسس وفقا لأحكامه.... إلخ.^{٢٩}

٢٦ . المدخل إلى نظرية الالتزام ص ٢٩٥، وانظر تفصيل أسباب وصور انحلال الشخص الاعتباري في ذات الصفحة من المرجع .

٢٧ . المدخل إلى نظرية الالتزام ص ٢٩٤.

٢٨ . المرجع السابق ص ٢٨٢، ٢٨٣.

٢٩ . المدخل إلى نظرية الالتزام ص ٢٩٢، ٢٩٣.



ويتفرع عن هذه الخصيصة:

أ- المسؤولية المحدودة للشخص الاعتباري، إذ هي من أهم العناصر التي تقوم عليها فكرته، وأن تكون أمواله وممتلكاته منفصلة تماما عن أموال وممتلكات أعضائه. فأعضاء شركات المساهمة (= حملة الأسهم) مثلا ليس لهم أية حقوق عينية في ممتلكات الشركة، وإن كان لهم حق شخصي في الربح إذا أعلن أو قسم.

ب- حق التقاضي. حيث إن الشخص الاعتباري يستطيع أن يقاضي باسمه المعروف به، دون حاجة لذكر الأشخاص الطبيعيين الذين يمثلون في التعبير عن إرادته.^{٣٠}

(ثانيا) الشخص الاعتباري لا يثبت له شيء من خصائص الشخص الطبيعي (الإنسان) كالإيمان والإسلام والدين والعقل والذكاء والإثم والصواب والصحة والمرض، ومن ثم لا يصح وصف الشركة الحديثة أو المؤسسة أو الدولة بأنها مسلمة أو كافرة، أو آئمة أو مثوبة، أو عاقلة أو ذكية أو غبية، ولكن يصح وصف أهلها أو أعضائها أو ممثليها بذلك ونحوه، فيقال: دين أهل هذه الدولة أو سكانها الإسلام أو المسيحية أو الزرادشتية أو الهندوسية، كما يقال: أعضاء هذه الشركة أو المؤسسة أو ممثلوها أو القائمون على إدارتها مسلمون أو غير مسلمين، أذكيا أو أغبيا، آثمون لفعل كذا أو مثوبون.. بحسب تصرفاتهم.

وكذلك لا يتعلق به شيء من الحقوق والالتزامات التي هي من خصائص الإنسان، كحقوق الأسرة من زواج وطلاق ونسب وقرابة وإرث..إلخ، وكحلف اليمين لإثبات حقه أو براءته أو نفي تعديه أو تفریطه في إدارة ما تحت يده من مال الغير.

أما ما ليس من الخصائص الإنسانية، فيمكن أن يثبت للشخص الحكمي (كالجنسية والأهلية والموطن) في الحدود التي يقرها التشريع.^{٣١}

(ثالثا) إذا كان من خصائص الشخص الطبيعي محدودية الزمن بمدة حياة الإنسان، فإن من خصائص الشخص الاعتباري البقاء والاستمرار والدوام. وقد عبرت عن ذلك بعض القوانين «بأن يكون له صفة تعاقبية مستديمة».^{٣٢}

وأساس ذلك أن الشخص الاعتباري بطبيعته لا تعتريه الهزات والكوارث الكثيرة التي تصيب عادة الشخص الطبيعي من مرض وموت ونقص في الأهلية أو عدمها، وإن كان هذا لا يعني القول بخلوده، غير أنه أطول عمرا بيقين بحسب العادة والطبيعة من الإنسان. ولهذا يقال، إن الشخص الاعتباري - بخلاف الشخص الطبيعي- لا يتأثر بموت أو جنون (فقد أهلية) أو خروج أي عضو من

٣٠ . الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص ٦٦، ٦٨.

٣١ . انظر المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص ٢٩٤، ٣٠٨.

٣٢ . حيث جاء في قانون جامعة الخرطوم م (٤/١) : «تكون الجامعة ذات شخصية اعتبارية، وصفة تعاقبية مستديمة، وخاتم عام، ويكون لها حق المقاضاة باسمها».



أعضائه، بل ربما بقي شخصيا قانونيا حتى لو مات جميع أعضائه، وقام عنهم غيرهم فيه. فالأعضاء والمستفيدون يدخلون في عضويته ويخرجون، ويحل الواحد منهم محل الآخر، والشخص الاعتباري باق على حاله. ولهذا الأثر أهمية خاصة في تنفيذ المشروعات التي يتطلب إنجازها زمنا طويلا.^{٣٣}

(رابعاً) إن أهلية الشخص الطبيعي للتصرفات وكسب الحقوق وتحمل الالتزامات غير محدودة، وإنما تنقص عن كمالها بطروء بعض العوارض، أما أهلية الشخص الاعتباري، فهي مقيدة بالحدود التي يرسمها له التشريع، وبما يدخل في الأغراض التي تكون من أجلها، وتتوقف عليها ممارسة مهمته. ولهذا قيل: إن المساواة المدنية بين الأشخاص الطبيعيين غير قائمة في الأشخاص الاعتبارية.^{٣٤}

وأساس ذلك أن الشخص الاعتباري يختلف عن الشخص الطبيعي في أهلية الوجوب (وهي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه)^{٣٥} بسبب ما بينهما من اختلاف كبير في التكوين والهدف. فالشخص الاعتباري وإن كان أهلاً للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات، إلا أنها ليست بالضرورة كل الحقوق والواجبات التي للشخص الطبيعي، كما وأنه إذا كان الأصل في الأشخاص الطبيعيين تساويهم في الحقوق والالتزامات، فإن الأصل في الأشخاص الاعتباريين التفاوت في أهلية الوجوب، ومرد ذلك إلى أن أعراض الأشخاص الاعتباريين تتفاوت فيما بينهما تفاوتاً كبيراً، بحيث يضيّق هذا التفاوت أحياناً لدرجة التماثل، ويتسع أحياناً أخرى لدرجة التضارب، إذ لكل هدف معين يسعى لتحقيقه في الحياة.^{٣٦}

(خامساً) المسؤولية الجنائية منتفية عن الشخص الاعتباري، لاشتراط توافر عنصر القصد الجنائي (النية الإجرامية) لثبوتها، وذلك التوافر متعذر في الشخص الاعتباري، لأنه من خصائص (ما يختص به) الشخص الطبيعي، ولأن العقوبة الجنائية يشترط فيها الأصاله، أي إنها تتعلق بشخصية الجاني.

وعلى ذلك لا يمكن محاسبة ومعاقبة الشخص الاعتباري جنائياً، لأن المحاسبة والمعاقبة لا تجدي ولا تحقق أهدافها إذا لم تؤلم وتردع وتصلح المعاقب، وذلك لا يمكن حصوله في شخص لا روح له فيه تحس (تسري) ولا مصلحة له تتأثر، اللهم إلا روح ومصلحة المنتفعين من وراء ذلك الشخص الاعتباري الذين تنفذ إليهم العقوبة الموقعة عليه عادة.^{٣٧}

قال الأستاذ الزرقا: «إن الأشخاص الحكومية لا تطبق عليها العقوبات البدنية، بل العقوبات المدنية والإدارية فقط. ومن نتيجة ذلك أنه لا يمكن تطبيق الحبس في استيفاء ما يستحق عليها من ديون، بل الحجز فقط».^{٣٨}

٣٣ . الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص ٦٨ .

٣٤ . المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للعلامة ص ٢٩٤ .

٣٥ . انظر كشف اصطلاحات الفنون للتهانوي ٥١٦/٢، الأهلية وعوارضها لأحمد إبراهيم ص ٣٥٣ .

٣٦ . الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص ٩١ .

٣٧ . المرجع السابق ص ٦٠ .

٣٨ . المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص ٢٩٥ .



(سادسا) الشخص الاعتباري يتحمل المسؤولية المدنية عن أفعال ممثليه (أخطائهم، تعديهم، تقصيرهم) بناء على فكرة «المسؤولية التضامنية»، أي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.^{٣٩}

وأساس ذلك أن أحكام الشخص الاعتباري القانونية مبنية على قياسه على الشخص الطبيعي في الأصل، وإذا كان مناط تكليف الشخص الطبيعي ومسؤوليته مبنين على تمتعه بالعقل، وهو شيء لا توصف به ذات الشخص الاعتباري، فإن المسؤولية المدنية عن الفعل الضار لا تستلزم العقل (إذ الصغير غير المميز ضامن لما يتلفه من مال الغير) ولهذا صح اعتبار الشخص الحكمي متحملا للمسؤولية المدنية.^{٤٠}

٣٩ . الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص ١٠٠ .

٤٠ . المرجع السابق ص ٩٩ .

المبحث الثاني

التطبيقات الفقهية للموضوع على

مستجدات المصرفية الإسلامية

بعد أن عرضنا باقتضاب في المبحث التمهيدي عشرة مسائل تمثل أهم وأبرز آثار الاختلاف بين الشخصيتين الطبيعية والاعتبارية في الأحكام الفقهية المتعلقة بمستجدات المصرفية الإسلامية، فإنه يلزمنا أن نتناولها في هذا المبحث بالبيان المتضمن ما يلزم من التحليل والتعليل والتفسير والتأويل من أجل تأصيل فقهي صحيح لتلك المستجدات، وتخريج وجيه، أو استنباط سديد لأحكامها، ثم نختم البحث بتحقيق علمي حول مدى سريان قاعدتي الضرورة والحاجة الماسة في إباحة الخطورات والاستثناء من القواعد العامة على الشخص الاعتباري.

المسألة الأولى:

١٧- ذكرنا فيما سبق أن موت رب المال موجب لانفساخ عقد (المضاربة الفقهية) في قول جماهير الفقهاء، وحجتهم على ذلك أن عقد المضاربة يتضمن الوكالة، والوكالة تنفسخ بموت الموكل، فتتبعها المضاربة. ولأن التوكيل للمضارب في التصرف بماله إنما قام بإذنه، وهو أهل لذلك، فلما بطلت أهليته بالموت بطل إذنه، وانتقل الحق إلى غيره من الورثة فتنفسخ المضاربة ضرورة.^{٤١}

غير أن ما عليه العمل في المصرفية الإسلامية عدم انفساخ العقد بموت رب المال، ولزوم استمراره بعد وفاته وفقاً لشرط الاتفاقية المبرمة بين المصرف وبين العميل (رب المال)، بناء على تمتع المصرف بالشخصية الحُكْمِيَّة (الاعتبارية) التي تختص وتتميز عن الشخصية الطبيعية في المضاربة الفقهية بالدوام والاستمرار وعدم التأثير بموت أحد من المستثمرين فيها أو الممثلين لها، وتخريجا على قول الشافعية والمالكية والحنابلة على ظاهر المذهب وأبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة بأن ذمة الإنسان لا تخرب بالموت وأهليته لا تبطل به إذا ترك مالا وحقوقا، بل تعتبر باقية حكما لداعي الضرورة حتى تصفى الحقوق المتعلقة بالتركة، وذلك يقتضي استمرار وكالته وإذنه بالتصرف للمضارب (المصرف) بعد موته، ومن ثم مضاربهته وفقاً للاتفاقية المبرمة بينهما.^{٤٢}

٤١ . انظر بدائع الصنائع ١١٢/٦، أسنى المطالب ٣٩٠/٢، نهاية المحتاج ٢٣٧/٥، المغني ١٧٢/٧، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٣٦/٢، المحلى ٢٤٩/٨، م (١٨٦٥) و (١٨٦٦) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد.

٤٢ . انظر التلويح على التوضيح ٧٨٠/٢ وما بعدها، فتح الغفار على المنار ٣/٩٩، ١٠٠، والتقرير والتجبير ١٨٩/٢، روضة الطالبين ١١٦/٦، مواهب الجليل ٣٣٨/٦، ٩٨/٥، أسنى المطالب ٢٣٧/٢، المغني ٨٥/٧، بدائع الفوائد ٤/٥٩، ٦٠، الآداب الشرعية لابن مفلح ٧٥/١.



المسألة الثانية:

١٨- لقد عرفنا أن موت عامل المضاربة موجب لانفساخ عقد (المضاربة الفقهية) في قول جماهير الفقهاء، بناء على أن عقد الضاربة يتضمن عقد الوكالة، والوكالة تنفسخ بموت أحد طرفيها، ولا تورث، فتتبعها المضاربة.^{٤٣}

وعلى ذلك تباع السلع والعروض حتى يُنصَّ رأس المال جميعه، فيستوفي رب المال رأس ماله، ويوزع الربح الحاصل بينه وبين ورثة المضارب على ما جرى عليه الاتفاق في عقد المضاربة.

غير أن ما عليه العمل في المصرفية الإسلامية عدم تأثر عقد المضاربة بشيء اسمه «وفاة المضارب»، لان المصرف هو المضارب، وهو يتمتع بالشخصية الاعتبارية، والشخص الاعتباري لا يموت كالشخص الطبيعي (الإنسان)، بل يمتاز بالدوام والاستمرار، كما أنه لا يزول ولا ينتهي بـ وفاة الشخص الطبيعي الذي يمثله، فموت مدير الاستثمار أو المدير التنفيذي أو أي موظف أو مسؤول، لا يؤثر على بقاء المصرف واستقراره وثبات حقوقه والتزاماته، ودوام شخصيته الاعتبارية وذمته المالية المستقلة عن ذمة وأشخاص ممثليه. وإنما يزول الشخص الاعتباري كما أسلفنا بزوال شرائطه، أو زوال العوامل التي أوجدته، وعندئذ يسمى زواله انحلالاً.

وقد جاء في الفقرة العاشرة من المعيار الشرعي رقم (١٣) لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: «١- تنتهي المضاربة في الحالات الآتية: (هـ) يموت المضارب أو تصفية مؤسسة المضاربة».^{٤٤} وهو نص مجمل يفتقر إلى التفصيل والبيان الذي نبهت إليه.

المسألة الثالثة:

١٩- الأصل في عقد المضاربة الفقهية عند سائر الفقهاء أنه عقد غير لازم في حق الطرفين قبل شروع عامل المضاربة فيها، ويكون لكل واحد منهما فسخه بإرادته المنفردة. وحتجهم على ذلك أن عقد المضاربة يتضمن الوكالة، فيسري عليه حكمها وهو عدم اللزوم من الجانبين.

وعلى ذلك نصت الفقرة الرابعة من المعيار الشرعي رقم (١٣): «٣- الأصل أن عقد المضاربة غير لازم، ويحق لأي من طرفيه فسخه إلا في حالتين لا يثبت فيهما حق الفسخ:

أ. إذا شرع المضارب في العمل، فتصبح المضاربة لازمة إلى حين التنضيق الحقيقي أو الحكمي.

ب. إذا اتفق الطرفان على تأقيت المضاربة فلا يحق إنهاؤها قبل ذلك الوقت إلا باتفاق الطرفين».^{٤٥}

٤٣ . العقود الدرية لابن عابدين ٢/٦٧، ٦٨، الفتاوى الهندية ٤/٣٢٩، البدائع ٦/١١٢، أسنى المطالب ٢/٣٩٠، نهاية المحتاج ٥/٢٣٧، المغني ٧/١٧٢، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٣٦، المحلى ٨/٢٤٩، (م) ١٨٦٥، ١٨٦٦ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد.

٤٤ . المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة ص ١٨٧.

٤٥ . المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة ص ١٨٤.

غير أن ما عليه العمل في المصرفية الإسلامية لزومه في حق الطرفين ما لم تتضمن الاتفاقية بين المصرف والعميل (رب المال) خلاف ذلك، بناء على طبيعة المضاربة المصرفية ومزاياها وخصائصها، حيث إن للمصرف شخصية حكومية (اعتبارية)، تسري عليها القوانين والتشريعات الخاصة بالأشخاص الاعتباريين، وتخضع عقوده والمعاملات التي يجريها مع الغير لأنظمة المصرف ولوائحه في ظل النظام القانوني للمصارف والمؤسسات المالية، ثم من أجل استقرار التعامل بين المصرف وعملائه من أرباب المال.

المسألة الرابعة:

٢٠- لا يصح في قول أحد من الفقهاء في المضاربة الفقهية خروج رب المال، وأخذ رأس ماله مع نصيبه من الربح إلا بعد التنضيز الحقيقي لرأس المال، إذ التنضيز الحكمي لا يقوم مقامه، ولا يسد مسده.

غير أن ما عليه العمل في المصرفية الإسلامية خلاف ذلك، حيث إن للعميل (رب المال) الخروج من المضاربة قبل التنضيز الحقيقي لمتاع المضاربة، واسترجاع رأس ماله مع حصته التقديرية من الربح بناء على قاعدة التنضيز الحكمي.

٢١- ولا تناقض بين الحكمين في نظري، نظرا لاختلاف حقيقة المحلين، وتباين مضمون الصورتين، وقيام الفارق الجوهرى المؤثر بينهما. فالمضاربة الفقهية عبارة عن عقد شركة بين شخصين طبيعيين، أحدهما عنده مال، لكنه لا يحسن استثماره، والآخر يحسن استثمار الأموال، ولكن لا مال عنده، فيقدم الأول (رب المال) رأس المال، ويقوم الآخر (المضارب) على إدارته، على أن يكن الربح بينهما بحسب النسبة المتفق عليها بينهما بعد التنضيز الحقيقي لمال المضاربة.

فهذه الشركة بحسب طبيعتها والغرض منها في صورتها التاريخية البسيطة، لا داعي ولا مبرر أصلا لخروج رب المال منها قبل إتمام العمل وإنهائها وتصفيتها الفعلية بالتنضيز الفعلي لموجوداتها، حيث إن ذلك ممكن متيسر، ولا معنى للجوء إلى تقدير قيمة الموجودات والربح المتوقع بالتنضيز الحكمي، ليصار إلى دفع المضارب من جيبه الخاص إلى رب المال استحقاقه المكون من رأس المال مع حصته التقديرية من الربح على أساس التنضيز التقديري للموجودات، بل إنه غير ممكن ولا متيسر من الناحية العملية للمضارب أن يقوم بذلك عادة.

أضف إلى ذلك أن التنضيز الحكمي فيه كثير من الجهالة والغرر، -لأن الموجودات قد ينحط سعرها وقد يرتفع وقت التنضيز الحقيقي في المستقبل كما قال الفقهاء- إذ لا يدرى ماذا سيحصل بعده عندما يصار إلى التنضيز الفعلي، هل سيسلم له مبلغ رأس المال أم لا؟ وإذا سلم له، فهل سيتحقق له ربح فعلا أم لا؟ وإذا ما تحقق له ربح فعلي، فكم سيكون مقداره؟ وهل سيكون مماثلا لما قدر له ودفع إليه بناء على التنضيز الحكمي؟



ثم إنه ليس هناك سبب شرعي لإعطاء المودع اللاحق حصة من الربح الناشئ عن استثمار مال غيره (المودع السابق) في مضاربة سابقة مع المضارب قد انقضت، مع أنه لم يساهم في تحقيقه بمال ولا عمل، والقاعدة الشرعية تنص على أنه «لا يحل لأحد أخذ مال أحد إلا بسبب شرعي»^{٤٦}.

وأيضاً: فإن من المقرر في قواعد الفقه وأصوله أنه لا يصح اللجوء إلى التقدير والتقريب في الأحكام إلا عند العجز عن التحديد، أو قيام الحاجة المتعينة إليه لعسره ومشقته البالغة. وغير خفي على أحد أنه لا عجز عن التنضيق الحقيقي، ولا حاجة إلى التقدير التقريبي الحكمي بدلا عنه في المضاربة الفقهية البسيطة.

أما في المضاربة المصرفية، فإن العقد يتم بين فرد أو عديد من الأفراد وبين شخص اعتباري (هو المصرف)، والشخص الاعتباري بحسب طبيعته وخصائصه يتصف بالبقاء والدوام والاستمرار، كما أن مضاربة المصرف جماعية بمعنى أنها تتم بينه وبين عدد كبير من المودعين (المستثمرين) على أساس أن تخلط أموالهم وتجعل في وعاء استثماري واحد يديره المصرف لصالحهم، إذ صممت إدارة الأموال في وعائها - بحكم القوانين واللوائح والأنظمة التي يخضع لها - على حق كل مستثمر في الدخول والخروج وفقاً لإرادته ورغبته ومصالحته، فالمودعون يدخلون ويخرجون على الدوام ويحل أحدهم محل الآخر، ووعاء المضاربة مستمر تتجدد فيه الاستثمارات تلقائياً، والمصرف باق على حاله لا يتأثر بشيء من ذلك.

ولما كانت هذه طبيعة وميزة المضاربة المصرفية، فإن حق الخارج من المستثمرين لا يمكن حسابه بالتحديد، لتعذر تنضيق ما يقابل رأس ماله في وعاء المضاربة في أي وقت يرغب الخروج فيه، ولا بد من اللجوء إلى حسابه بالتقدير والتقريب الفني العادل، على أساس التنضيق الحكمي بحسب معايير المحاسبية العادلة المعروفة، فتلك حاجة^{٤٧} ماسة متعينة، وهي دليل مشروعية التنضيق الحكمي في المضاربة المصرفية، إذ «لا واجب مع عجز، ولا حرام مع ضرورة»^{٤٨} و«الضرورات تبيح المحظورات»^{٤٩} و«الحاجة تُنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة»^{٥٠} وتُحل الاستثناء من القواعد العامة لرفع الحرج عن العباد.^{٥١}

٤٦ م. (٩٧) من مجلة الأحكام العدلية.

٤٧ قال الشاطبي: «الحاجة: ما يفترق إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوات المطلوب، فإذا لم ترع، ودخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة». (الموافقات ٤/٢).

٤٨ إعلام الموقعين ٢٢/٢.

٤٩ م. (٢١) من المجلة العدلية، المنثور في القواعد ٣١٧/٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٤، إيضاح المسالك للونشريسي ص ٣٦٥.

٥٠ م. (٣٢) من المجلة العدلية، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٠، وللسيوطي ص ٨٨. وجاء في القواعد الفقهية: «الحاجة الخاصة تبيح المحظور». (المنثور للزركشي ٢/٢٥٠).

٥١ لقوله تعالى: «وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (الحج ٧٨) وقوله «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» (البقرة ١٨٥). وقد ذكر العلامة محمد الطاهر ابن عاشور أن من مظاهر تيسير الشريعة ورفع الحرج فيها «أنها تعتمد إلى تغيير الحكم الشرعي من صعوبة إلى سهولة في الأحوال العارضة للأمة أو الأفراد، فتيسر ما عرض له العسر. قال تعالى «إِلا مَا اضْطَرَرْتُمْ إِلَيْهِ» (الأنعام ١١٩). وقال: «فَمَنْ اضْطَرَّ غَيْرَ نِيَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ» (البقرة ١٧٣) ولذلك كان من أصول قواعد التشريع قاعدة «المشقة تجلب التيسير». (مقاصد الشريعة ص ٣٧٩).



قال النووي - في شرح قوله صلى الله عليه وسلم «سددوا وقاربوا»: أي اطلبوا السداد واعملوا به، فإن عجزتم فقاربوه. أي اقربوا منه».^{٥٢}
وقال ابن تيمية: «إذا كان لا بد من التقدير والتقريب، فما كان أشبه بالواقع كان أولى بالتقدير وأقرب إلى الصواب».^{٥٣}
وقال العز بن عبد السلام: «ما لا يحد ضابطه لا يجوز تعطيله، ويجب تقريبه، تحصيلاً لمصلحته ودرءاً لمفسدته».^{٥٤}
وقال القاضي ابن العربي: «القاعدة السابعة: اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كالضرورة في تحليل المحرم».^{٥٥}
وقال الإمام مالك: «إذا احتاج الناس إلى شيء مما يكره، لا يجدون عنه بدا ولا غنى، فأرجو أن يكون لهم فيه سعة إن شاء الله، ولا أرى به بأساً».^{٥٦}

٢٢- وعلى ذلك جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي (مكة المكرمة) رقم (٤) في دورته السادسة عشرة: «أولاً: لا مانع شرعاً من العمل بالتنضيف الحكمي (التقويم) من أجل تحديد أو توزيع أرباح المضاربة المشتركة أو الصناديق الاستثمارية أو الشركات بوجه عام، ويكون هذا التوزيع نهائياً مع تحقق المباراة بين الشركاء صراحة أو ضمناً (...). ثانياً: يجب إجراء التنضيف الحكمي من قبل أهل الخبرة في كل مجال، وينبغي تعددهم بحيث لا يقل العدد عن ثلاثة، وفي حالة تباين تقديراتهم يصار إلى المتوسط منها. والأصل في التقويم اعتبار القيمة السوقية العادلة».

وجاء في فتوى ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي رقم (٢/٨): «١- للتنضيف الحكمي بطريق التقويم في الفترات الدورية خلال مدة عقد المضاربة حكم التنضيف الفعلي لمال المضاربة، شريطة أن يتم التقويم وفقاً للمعايير المحاسبية المتاحة. ٢- يجوز شرعاً توزيع الأرباح التي يظهرها التقويم، كما يجوز تحديد أسعار تداول الوحدات بناء على هذا التقويم».^{٥٧}

ونص المعيار الشرعي رقم (٤٠) لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بشأن توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة في الفقرة (٢/١/٣) على أنه «لا يتحقق الربح في حسابات الاستثمار إلا بعد القيام بما يلي: ١- تنضيف (تسييل) موجودات المضاربة، سواء كان حقيقياً بتحويل جميع الموجودات إلى نقد، وتحصيل جميع الديون، أم حكماً بالتقويم للموجودات غير النقدية من قبل أهل الخبرة، وتقويم الدين من حيث إمكان التحصيل، وتكوين مخصصات للديون المشكوك في تحصيلها، أما النقود فتثبت بمبالغها».^{٥٨}

٥٢ . شرح صحيح مسلم للنووي ١٩٧/٩.

٥٣ . مجموع الفتاوى ٤١٠/٢٩.

٥٤ . القواعد الكبرى ٢٠/٢.

٥٥ . القيس على الموطأ ٧٩٠/٢، المسالك ٢٨/٦.

٥٦ . البيان والتحصيل ١٣/١٢.

٥٧ . قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي ص ١٣٤.

٥٨ . المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص ٥٥٠.



المسألة الخامسة:

٢٣- ذهب جماهير الفقهاء في فقه شركات العقد الموروث أن موت أحد الشركاء موجب لانفساخ عقد الشركة.^{٥٩}

غير أن ما عليه العمل في الشركات الحديثة (المساهمة) بحسب فتاوى الفقهاء المعاصرين أن ذلك لا يؤثر في بقاء الشركة ودوامها واستمرارها.

ولا تناقض بين الحكمين في نظري لعدم تواردهما على محل واحد، فالشركة الفقهية تقوم بين شخصين طبيعيين أو أكثر، مبناها على عنصري المعرفة الشخصية والثقة بين أعضائها، وهي تتضمن الوكالة، بمعنى أن ابتداءها وبقائها مشروط بها ضرورة، لأنه لا يتحقق ابتداؤها إلا بولاية التصرف لكل شريك في مال شريكه أو شركائه، ولا تبقى الولاية إلا ببقاء الوكالة، والوكالة تبطل بموت الموكل أو الوكيل.

أما الشركات القانونية الحديثة، فإنها تتمتع بالشخصية الحكيمة (الاعتبارية) والأهلية والذمة المالية المستقلة عن ذمم الشركاء، والشخصية الاعتبارية لا تموت كما يموت الشخص الطبيعي، ولا تتأثر بموت أحد من أعضائها، فهي قائمة مستمرة ثابتة حتى لو مات جميع أعضائها، وقام عنهم غيرهم فيها، والأعضاء (حملة الأسهم) يدخلون في عضويتها ويخرجون، ويحل الواحد منهم محل الآخر، والشركة باقية على حالها.

وهي لا تتضمن الوكالة - كما هو الحال في الشركة الفقهية - كما أن أموالها وممتلكاتها منفصلة تماما عن أموال وممتلكات أعضائها، وأعضاؤها ليس لهم أية حقوق عينية في ممتلكات الشركة، وليس لهم ولاية على التصرف في شيء منها بتاتا، وإن كان لهم حق شخصي في الربح إذا أعلن أو قُسم.^{٦٠} وعلى ذلك فإن موت أحد الشركاء أو كثير منهم لا يستوجب انفساخ عقد الشركة.

المسألة السادسة:

٢٤- لا يجوز في المضاربة الفقهية بوجه من الوجوه اقتطاع جزء من العوائد أو الأرباح التي يستحقها المضارب أو رب المال من أجل إطفاء خسارة أو انخفاض في قيمة الأصول قد يحدث في مضاربة أخرى يجريها المضارب في المستقبل، أو من أجل رفع مستوى الأرباح في عقود مضاربة مستقبلية، في حال طرء شيء من ذلك. بينما جرى العمل في المصرفية الإسلامية على جواز اقتطاع المخصصات والاحتياطات لهذا الغرض.

ولا تناقض بين الحكمين في نظري لعدم تواردهما على محل واحد، نظرا للفارق المؤثر بين المضاربتين الفقهية والمصرفية، والاختلاف الجوهرى بينهما في المضمون والهيكل والخصائص والمزايا.

٥٩ - فتح القدير ٦/١٩٤، رد المحتار ٤/٣٢٧، فتح العزيز ١٠/٤٢٤، أسنى المطالب ٢/٢٥٧، نهاية المحتاج ٥/١٠، بداية المجتهد ٢/٢٥٦، المدونة ١٢/٨٤، المغني ٧/١٣١، كشاف القناع ٣/٥٠٦، ٥٠٧. وقد جاء في م(١٨٣٢) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: «تبطل الشركة بموت أحد الشريكين وجنونه المطلق وبالحجر عليه لسفه ويكل ما يبطل الوكالة».

٦٠ - انظر الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ص ٦٦، ٦٨.

وبيان ذلك أن المضاربة الفقهية - كما أسلفنا- معاقدة بين شخصين طبيعيين تبدأ بتسليم رب المال للعامل رأس مال المضاربة ليدبر استثماره، وتنتهي بحسب تصميمها بالتنضيق الفعلي لرأس مالها، وإعادته لربه مع ما يستحق من الربح، وفوز المضارب بحصته من الربح المتحقق بحسب النسبة المتفق عليها بين الطرفين في العقد. فهي شركة عقد لفترة محدودة من الزمن، وبعد انقضاءها لا يبقى لها أي علاقة بأية مضاربة أخرى يجريها المضارب في المستقبل مع أحد من الناس، ولهذا كانت فكرة المخصصات لا معنى لها في المضاربة الفقهية، ولا داعي لها أصلاً، ولا وجه للقول بجوازها اعتباراً لطبيعة هذه المعاقدة، والغرض المقصود منها.

أما المضاربة المصرفية فهي شركة مستحدثة بين المال والعمل، يجريها المضارب (المصرف) مع أرباب المال (المودعين) باعتباره شخصية حكومية، تتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمم المودعين والقائمين على إدارة الأموال المودعة فيها، تتصف بالبقاء والدوام والاستمرار، ويتميز الاستثمار فيه بالطابع الجماعي، حيث تخلط أموال المودعين في وعاء واحد، ويجري المصرف استثمارها مجتمعة فيه لصالحهم، والمودعون يدخلون فيها ويخرجون على الدوام، ويحل الواحد منهم محل الآخر، والمؤسسة المالية (المصرف) باقية على حالها.

ولا يخفى أن تمتع المصرف بالشخصية الاعتبارية، وتمييزه بصفة الدوام والاستمرار، وجماعية الاستثمار، وحق المودعين في الدخول والخروج بحسب رغبتهم ومصالحهم، يبرز مدى الحاجة إلى اقتطاعه الاحتياطات والمخصصات للمصالح التي سبق بيانها، ويسوغ القول بجواز ذلك استثناء من الأصول والقواعد العامة لداعي الحاجة الماسة المتأكدة، وتخريجاً على قول الإمام مالك بجواز تخصيص العموم بالمصلحة.^{٦١} والله تعالى أعلم.

المسألة السابعة:

٢٥- رأس مال المضاربة أمانة في يد المضارب باتفاق الفقهاء في المضاربة الفقهية، فلا يضمن شيئاً من تلفه أو خسارته إن وقع من غير تعد منه ولا تفريط، ويؤخذ بقوله مع يمينه في نفي وقوع التعدي والتفريط منه - كسائر الأمانات - ما لم يقم رب المال بينة تثبت تعديه أو تفريطه.

أما في المضاربة المصرفية، فلا يؤخذ بقول المصرف إن وقوع التلف أو الخسارة كان بدون تعد منه ولا تفريط لنفي الضمان عن نفسه، ولا يطالب بتأكيد قوله باليمين، لأن أداء اليمين من خصائص الشخص الطبيعي (الإنسان)، فلا يتصور صدوره من الشخص الاعتباري أصلاً.

ثم إن مبنى وأساس اعتبار يد المضارب يد أمانة في المضاربة الفقهية اثنتان رب المال المضارب بناء على معرفته الشخصية وثقته بأمانته واطمئنانه إلى كفاءته في إدارة أمواله. وهذا المعنى منتف في مضاربة الفرد مع الشخص الحكمي (المصرف)، لأن رب المال في المضاربة المصرفية لا يعرف شخص

٦١ . انظر أحكام القرآن لابن العربي ٢٠٤/١، ٢٠٦، القيس لابن العربي ٢/٤٦٠، ٢٨٣، ٨٢٠.



مدير الاستثمار عادة، ولو عرفه فلا أثر لمعرفته في ائتمانه، لأنه وسائر موظفي وممثلي المصرف يعرض لهم التبدل والتغير دائماً. ولهذا لا يكون باعته على استثمار أمواله لدى المصرف ائتمانه، بل اضطراره إلى ذلك ولو لم يتوفر عنصر الائتمان، نظير ذلك تعامل الناس مع الأجير المشترك، فهم يتعاملون معه لداعي الحاجة دون معرفة شخصية ولا ائتمان.

ومن المعلوم أن الأجير المشترك في نظر المحققين من الفقهاء ضامن لما تحت يده من متاع الزبائن عند وقوع التلف فيه، ما لم يثبت أن ذلك كان من غير تعديه ولا تفريطه، مع أن الأصل في يد الأجراء أنها يد أمانة. وهذا الضمان يسمى في الاصطلاح الفقهي بـ (ضمان التهمة).

وكذلك الأمر بالنسبة إلى المصرف الإسلامي، فمع أن الأصل في يده أنها يد أمانة، فإن عبء الإثبات يتنقل إليه استحساناً أو لداعي المصلحة العامة قياساً على الأجير المشترك فيتحمل تبعه ضمان التهمة، فيطالب بالبيئة على أن وقوع الهلاك أو الخسارة في أموال المودعين كان من غير تعديه ولا تفريطه، فإن قدمها فلا ضمان عليه، وإن فشل في إقامتها كان ضامناً للهلاك أو الخسارة إلى الراجح من أقاويل الفقهاء المعاصرين. وبذلك صدرت الفتوى عن المؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية (المنعقد في الكويت في ديسمبر ٢٠١١م).

المسألة الثامنة:

٢٦- لا يعتبر إيداع مبلغ من المال لدى شخص طبيعي ليحفظه لثالث قبضاً حكماً من المستفيد في نظر سائر الفقهاء في الفقه الموروث، لأن الشخص القابض ليس له ولاية شرعية على قبضه للمستفيد، فهو ليس بنائب اختياري (وكيل) عن المستفيد في قبض ذلك المبلغ من الدافع، كما أنه ليس بولي اجباري أقامه الشرع أو القضاء مقامه في حفظ ماله وتدير شؤونه المالية لنقصان أهليته أو فقدها، كالولي والوصي والقيم على مال المحجور عليه. كما أن القابض لذلك المبلغ قد يدفعه للمستفيد عند طلبه منه، وقد يمتنع عن دفعه له، وقد يجحده أو ينكر قبضه، وعلى ذلك فلا يمكن اعتبار قبضه قبضاً حكماً من المستفيد، لعدم وجود سبب أو موجب أو مسوغ شرعي لذلك في النظر الفقهي.

وهذا بخلاف الوديعة المصرفية (تحت الطلب) عندما يودع شخص طبيعي أو حكماً ذلك المبلغ في حساب المستفيد المصرفي لدى المصرف مباشرة أو بحوالة مصرفية، فإن ذلك يعتبر قبضاً حكماً من المستفيد في نظر الفقهاء المعاصرين^{٦٣}، بناء على المصلحة الراجحة في ذلك، واعتباراً للحاجة والعرف التجاري، لأن القيد الحسابي الذي يقوم به المصرف في سجلاته باعتباره شخصاً حكماً له ذمة مالية مستقلة، ويتمتع بجملة من المزايا والخصائص التي لا يتمتع بها الإنسان (الشخص الطبيعي) بموجب القوانين والأنظمة واللوائح التي تحكم عمله، يقتضي ذلك الاعتبار، إذ إنه يثبت في ذمة المصرف ذلك المبلغ المودع للمستفيد، ويجعله في متناول يده حكماً (تحت



الطلب)، حيث إنه يستطيع فور ذلك أن يتصرف فيه تصرفاً قانونياً كاملاً، ومن غير الممكن للمصرف أن يتهاون في تحقيق ذلك وإنفاذه. وعلى ذلك نص القرار رقم ٥٣ (١/٤) لمجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة في دورته السادسة عشرة على الآتي: «ثانياً: إن من صور القبض الحكمي المعتمدة شرعاً ١- القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل (أ) إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية».^{٦٣}

المسألة التاسعة:

٢٧- من المقرر في الفقه الموروث لعقد الصرف أنه إذا وقعت مصارفة ناجزة بين شخصين طبيعيين بعمليتين مختلفتين كالدولار الأمريكي مع الدينار الكويتي، فسلم مشتري الدولارات بدل الصرف المتفق عليه من الدنانير إلى بائعها في مجلس العقد، وقيد له بائعها في المجلس في الحساب الدائن من دفاتره أو سجلاته المبلغ المتفق عليه من الدولارات، فالصرف باطل، لانتفاء التقابض الفعلي للبدلين في مجلس العقد، الذي هو شرط لصحة الصرف، إذ لا يعتبر القيد الصادر من الشخص الطبيعي في دفاتره أو سجلاته لآخر لذلك المبلغ إقباضاً لمضمونه، بحيث يمكن أن ينوب مناب القبض الحقيقي المطلوب في عقد الصرف ويقوم مقامه.

أما إذا وقعت تلك المصارفة بين شخص طبيعي وبين مصرف له فيه حساب مصرفي بالدولار الأمريكي، فسلم له المبلغ المتفق عليه من الدنانير، وقيد له المصرف في الحساب الدائن بدلها من الدولارات في مجلس العقد، فإن عقد الصرف صحيح جائز في قول وفتاوى الفقهاء المعاصرين، نظراً لتحقق التقابض المطلوب لصحة الصرف في البدلين في مجلس العقد، بناء على اعتبار القيد المصرفي لذلك المبلغ من الدولارات في حساب العميل الدائن قبضاً حكماً معتبراً عرفاً وشرعاً، يقوم مقام القبض الحقيقي ويسد مسده في عقد الصرف الناجز بين المصرف والعميل، اعتباراً للحاجة الماسة والمصلحة الراجحة والعرف التجاري الجاري.

وأساس ذلك ومبناه أن المصرف شخص حكومي اعتباري، يتمتع بذمة مالية مستقلة، وخصائص وميزات تجعله مخالفاً للشخص الطبيعي (الإنسان) في كثير من الأحكام بحسب القوانين واللوائح والتشريعات الصارمة التي تنظم عمله وتضبطه بهذا الاعتبار، وذلك يستوجب اعتبار قيده المصرفي لمبلغ من المال في حساب عميله الدائن قبضاً حكماً من قبل العميل لمضمونه، حيث إنه يثبت ذلك المبلغ في ذمته للمستفيد، ويجعله في متناول يده حكماً (تحت الطلب) بحيث يستطيع فور ذلك أن يتصرف فيه تصرفاً كاملاً.

قال العلامة الزرقا: «أقرت هيئات الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية في موضوع المصارفة التي تجرى بين الأفراد والبنوك أو بين البنوك بعضها مع بعض: أن تسجيل المصرف المبلغ الذي يجب عليه دفعه للطرف الآخر في الحساب الدائن لذلك الآخر في سجلات المصرف يعتبر أيضاً تسليمًا للمبلغ إلى



الطرف الآخر الذي سجل له. فإذا تم التسجيل في مجلس عقد الصرف يعتبر تقابضا صحيحا اعتبارا، واغتفر أيضا المدة المضروبة المتعارف عليها اللازمة لإجراء عملية التسجيل، فتعتبر أيضا امتدادا لمجلس عقد الصرف».^{٦٤}

وعلى ذلك نص القرار السابع لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الحادية عشرة (فبراير ١٩٨٩م) : «ثانيا: يعتبر القيد في دفاتر المصرف في حكم القبض لمن يريد استبدال عملة بعملة أخرى، سواء كان الصرف بعملة يعطيها الشخص للمصرف أو بعملة مودعة فيه».^{٦٥}

كما جاء في القرار رقم ٥٣ (٦/٤) لمجلس الفقه الإسلامي الدولي بجدة في دورته السادسة (مارس ١٩٩٠م) : «ثانيا: إن من صور القبض الحكمي المعتمدة شرعا وعرفا: ١- القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل. (ب) إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل».^{٦٦}

المسألة العاشرة:

٢٨- لا خلاف بين الفقهاء في الفقه الموروث لعقد الصرف في أنه إذا وقعت مصارفة ناجزة بين شخصين طبيعيين بعملتين مختلفتين كالدولار الأمريكي مع الدينار الكويتي، فسلم مشتري الدولارات بدل الصرف المتفق عليه من الدنانير إلى بائعها، وأعطاه بائعها في مجلس العقد وثيقة كتابية شخصية، تثبت أنه مدين له بذلك المبلغ المحدد من الدولارات، مع إحالة له على مدين له بذلك المبلغ، فإن عقد الصرف باطل، وذلك لعدم تحقق التقابض في البديلين المشتراط لصحة الصرف في مجلس العقد، إذ لا ينوب تسليم تلك الوثيقة إليه مناب القبض الحقيقي المطلوب لصحة العقد، ولا تقوم الإحالة فيها على غريمه بذلك المبلغ مقام القبض المطلوب شرعا.

أما إذا أعطاه شيكا مصرفيا صادرا من البنك أو شيكا عاديا مؤكدا الدفع مسحوبا على حسابه لدى البنك، فيعتبر تسليم الشيك إقباضا حكما معتبرا شرعا لمضمونه، ينوب مناب القبض الحقيقي المطلوب، ويسد مسده، ويكون عقد الصرف عندئذ صحيحا جائزا في نظر الفقهاء المعاصرين تيسيرا على الناس ورفع الحرج عنهم فيما يحتاجون إليه من أساليب التعامل المستحدثة.

ومبنى ذلك أن الشيك المصرفي - الذي هو ورقة تتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى شخص اعتباري معتمد، وهو المصرف المسحوب عليه، بأن يدفع بمجرد الاطلاع عليه مبلغا محددًا من النقود لشخص ثالث هو المستفيد أو لأمره أو لحامل الورقة - يختلف اختلافا جوهريا عن الوثيقة الكتابية الشخصية التي تتضمن إحالة على شخص طبيعي مدين لمحررها في الصفات والخصائص

٦٤ . المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص ١٥٧ .

٦٥ . قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة ص ٢٦٧ .

٦٦ . قرارات وتوصيات مجمع الفقهي الإسلامي الدولي بجدة ص ١١٤ .



والاحكام، ويتميز عليها في القوة والفورية والضمانات والاعتماد القانوني، نظرا لصدوره أو ارتباطه وتعلقه بمصرف يتمتع بالشخصية الاعتبارية، ويخضع في خصائصه وميزاته لقوانين وتشريعات ولوائح تنظم التعامل به، مما يجعل قبضه في العرف التجاري الراهن بمثابة قبض مضمونه.

٢٩- وعلى ذلك جاء في القرار السابع لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الحادية عشرة: "أولا: يقوم استلام الشيك مقام القبض عند توفر شروطه في مسألة صرف النقود بالتحويل في المصارف".^{٦٧}

وجاء في القرار رقم ٥٣ (٦/٤) لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السادسة: «ثانيا: إن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعا وعرفا: (٢) تسلم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعمله المكتوب بها عند استيفائه وحجزه للمصرف».^{٦٨}

وقال الأستاذ الزرقا: «أقر فقهاء العصر، والمجمعان الفقهيان في مكة وجدة، وهيئات الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية اليوم أن الشيك (الصك) الصحيح، المحرر وفقا للقانون، وله رصيد واف لدى البنك المسحوب عليه، يعتبر تسليمه من محرره وموقعه إلى المحرر لأمره بمثابة تسليم المبلغ الذي يتضمنه.

وذلك لأن الشيكات تتمتع بمزايا خاصة في القانون والتعامل التجاري ليست لغيرها من الأوراق المالية، فهي لا تقبل التأجيل - كالكمبيالات- بل يجب على المصرف المسحوب عليه دفع مضمونها لحاملها المحرر لأمره أو للمظهرة إليه فور إبرازها، كما أن تحريرها دون أن يكون لها رصيد واف بها لدى المصرف المسحوب عليه يعتبر جرما قانونيا يعاقب عليه محررها بعقوبة شديدة زاجرة.

فبناء عليه: إذا اشترى شخص نقودا من نوع بنقود من نوع آخر مصارفة، فدفع البائع في المجلس المبلغ الذي باعه، وسلمه الآخر شيكا صحيحا بالمبلغ المقابل، أو سلم كل منهما الآخر شيكا صحيحا بالمبلغ المستحق عليه، يعتبر أن التقابض قد تحقق.

أما إذا لم يكن لمحرر الشيك رصيد يغطيه لدى المصرف المسحوب عليه، فلا عبرة عندئذ بتسليم شيك غير صحيح، إذ يصبح ذلك وسيلة للمراباة».^{٦٩}

٦٧ . قرارات مجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي ص ٢٦٧ .

٦٨ . قرارات وتوصيات مجمع الفقهي الإسلامي الدولي بجدة ص ١١٣ ، ١١٤ .

٦٩ . المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص ١٥٦ .



خاتمة

مدى سريان حكم الضرورة والحاجة في إباحة المحظور

على الشخصية الاعتبارية

٣٠- تطلق الضرورة في الاصطلاح الفقهي على الحالة الملجئة لاقتراف المحظور، بحيث يغلب على ظن المالك (الإنسان) أنه إن لم يرتكب المحظور هلك أو لحقه ضرر جسيم في بدنه، مما يجعله فاقد الرضا بما يصدر عنه من الفعل المحظور، وإن اختاره لمفسدته المرجوحة.^{٧٠} وعلى ذلك جاء في القواعد الفقهية «الضرورات تبيح المحظورات»،^{٧١} و«الضرورات تقدر بقدرها».^{٧٢}

٣١- أما الحاجة فتعني: أن يصل المرء إلى حالة حرج وعسر ومشقة إن لم يباشر الممنوع، دون أن يخشى على نفسه الهلاك أو نحو ذلك من الضرر العظيم.^{٧٣} أو بعبارة أخرى: أن يترتب على اجتناب المحظور عسر وحرج تفوت معه مصلحة من المصالح المعتمدة شرعاً.

وهي في الاعتبار الشرعي بمنزلة الضرورة في إباحة المحظور، سواء كانت عامة أو خاصة. قال القاضي ابن العربي: «القاعدة السابعة: اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كالضرورة في تحليل المحرم».^{٧٤} وجاء في القواعد الفقهية: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»^{٧٥} و«الحاجة الخاصة تبيح المحظور».^{٧٦}

٣٢- والترخيص لداعي الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة في إباحة المحظور يشمل الحاجة الخاصة والعامة على حد سواء.

والحاجة العامة: إلى شيء تعني أن الناس جميعاً يفتقرون إليه لتحقيق مصلحة معتبرة من مصالحهم، بحيث إذا فاتهم وصلوا إلى حالة جهد ومشقة وحرج. وقد جاء في القواعد الفقهية أن «المصلحة العامة كالضرورة الخاصة».^{٧٧}

أما الحاجة الخاصة: فهي التي يكون الاحتياج فيها خاصة بطائفة من الناس يجمعهم وصف مشترك، كأهل حرفة وأهل بلدة ونحو ذلك.^{٧٨}

٧٠. انظر درر الحكام لعلي حيدر ١/٣٤، الإشارات الإلهية إلى المباحث الأصولية للطوي في ٣٠٩/١.

٧١. م. (٢١) من المجلة العدلية، المنثور للزركشي ٢/٣١٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٤، إيضاح المسالك للونشريسي ص ٣٦٥.

٧٢. م. (٢٢) من المجلة العدلية.

٧٣. انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٥، درر الحكام ١/٣٤.

٧٤. القيس على الموطأ ٢/٧٩٠، المسالك شرح موطأ مالك ٦/٢٨.

٧٥. م. (٣٢) من المجلة العدلية، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٨.

٧٦. المنثور في القواعد للزركشي ٢/٢٥.

٧٧. القواعد الكبرى للزبن عبد السلام ٢/٣١٤.

٧٨. المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٩٩٧.



قال العلامة محمد الطاهر بن عاشور: «المظهر الثاني من مظاهر تيسير الشريعة: أن تعمد إلى تغيير الحكم الشرعي من صعوبة إلى سهولة في الأحوال العارضة للأمة أو الأفراد، فتيسر ما عرض له العسر».^{٧٩}

٣٣- وقد جرى على ذلك الفقهاء في بعض الأمثلة التي تتعلق بالوقف، وهو شخص حكمي اعتباري في النظر الفقهي.

ومن ذلك (عقد الإجاريتين) في عقار الوقف، والمراد به «أن يتفق متولي الوقف مع شخص على أن يدفع مبلغا من المال يكفي لعمارة عقار الوقف المبني المتوهن عند عجز الوقف عن التعمير، على أن يكون لدافع المال حق القرار الدائم في هذا العقار بأجر سنوي ضئيل. وهذا الحق يورث عن صاحبه ويباع».

وقد ظهر هذا العقد إلى الوجود في عهد الدولة العثمانية بعد عام (١٠٢٠) هـ على إثر الحرائق التي شملت كثيرا من عقارات الأوقاف في إسطنبول، وعجزت غلاتها عن تجديدها، ولم يوجد لها راغب يستأجرها بأجرة واحدة، فتعمر من أجزتها، فابتكرت هذه المعاقدة لحل هذه المشكلة والخروج من ذلك المأزق، وأفتى بجوازها مع تعارضها مع الأحكام الأصلية للوقف جمع من فقهاء الحنفية وقتئذ من باب تنزيل الحاجة العامة منزلة الضرورة في إباحة المحظور.^{٨٠}

ومنه أيضا (الكراء المؤبد)، وقد نبه إلى ذلك الإمام محمد الطاهر ابن عاشور عند كلامه على الرخصة، فقال: إني وجدت بعض أنواع الرخص مغفولا عن اعتبارها عند الفقهاء (...). ومن ذلك الضرورة العامة المؤقتة، وذلك بأن يعرض الاضطرار للأمة أو طائفة عظيمة منها، فيستدعي إباحة الفعل الممنوع لتحقيق مقصد شرعي مثل سلامة الأمة، وإبقاء قوتها ونحو ذلك (...). ولا شك أن اعتبار تلك الضرورة عند حلولها أولى وأجدر من اعتبار الضرورة الخاصة، وإنها تقتضي تغييرا للأحكام الشرعية المقررة للأحوال التي طرأت عليها تلك الضرورة.

وليست أمثلة هذا النوع من الرخصة بكثيرة، (فمنها) الكراء المؤبد الذي جرت به فتوى علماء الأندلس كابن سراج وابن منظور^{٨١} في أواخر القرن التاسع في أرض الوقف حين زهد الناس في كرائها للزرع، لما تحتاجه أرض الزرع من قوة الخدمة ووفرة المصاريف لطول تبويرها، وزهدوا في كرائها للغرس والبناء لقصر المدة التي تكتري أرض الوقف لمثلها، وإلباية الباني أو الغارس أن يبني أو يغرس، ثم يقلع ما أحدثه في الأرض. فأفتى ابن سراج وابن منظور بكرائها على التأبيد، ورأيا أن التأبيد لا غرر فيه، لأنها باقية غير زائلة. ثم تبعهما على

٧٩ . مقاصد الشريعة الإسلامية ص ٣٧٩ .

٨٠ . أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي للدكتور صالح الحليس ص ٧٦ وما بعدها، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للعلامة مصطفى الزرقا ص ٥٢، اتحاف الأخلاف في أحكام الأوقاف للعلامة عمر حلمي ص ١٢٦، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء للمؤلف ص ٢٤ .

٨١ . انظر فتاوهما في المعيار للونشريسي ١٣٧/٧، ١٣٨، ١٥٣، ١٥٤، ١٥٦، ١٥٩ .



ذلك أهل مصر في القرن العاشر بفتوى ناصر الدين اللقاني في إحكار الأوقاف، وجري العمل بذلك في المغرب في فاس وتونس في العقد المسماة عندنا في تونس بالنسبة والخلو، وألحق بها الإنزال، وفي فاس بالجلسة والجزاء.^{٨٢}

٣٤- وعلى ذلك، فلما كانت الضرورة - وكذا الحاجة- تتعلق بالشخص الطبيعي في الأصل، غير انها ليست مما يختص به، فإنها تثبت في حق الشخص الاعتباري كما ثبتت في حقه. ويتفرع على ذلك أنه لو وقع الشخص الاعتباري (كالمؤسسات المالية الإسلامية) في أزمة مالية شديدة عارضة، يمكن أن تجلب له الدمار المالي (كالإفلاس والانهييار) وغير ذلك من النكبات والمصائب التي قد تؤثر تداعياتها على مؤسسات مالية أخرى، فتحمل إليها البليات والمشكلات، فإن ذلك الشخص الحكمي قد يعتبر في حاجة ماسة لها حكم الضرورة في إباحة بعض المحظورات، كالاقتراض بالفائدة، أو قلب الدين، بشرط أن تكون تلك الحاجة متعينة، أي أن تنسد جميع الطرق المشروعة أصالة لرفع الحرج والمشقة البالغة عن المؤسسة المتأزمة ماليا، ولا يبقى سبيل لحل مشكلتها الخطيرة إلا إتيان ذلك المحظور، وبقيد الاقتصار في ارتكاب المحظور على القدر الذي لا بد منه لرفع الحرج والمشقة، إذ «الضرورات تقدر بقدرها»^{٨٣} والحاجة في حكمها، وأن يكون استخدام ذلك الترخيص مؤقتا بوجود تلك الحاجة الماسة لما جاء في القواعد الفقهية أن «ما جاز لعذر بطل بزواله»^{٨٤} والله تعالى أعلم.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

٨٢ . مقاصد الشريعة الإسلامية ص ٣٨١، ٣٨٢.

٨٣ م (٢٢) من مجلة الأحكام العدلية.

٨٤ م (٢٣) من المجلة العدلية.