

بدعم



المعهد الإسلامي للبنوك والتدريب
البنك الإسلامي للتنمية



تنظيم



شورى للاستشارات الشرعية
Shura Sharia Consultancy

مؤتمر شورة الفقيه السادس 6th Shura Fiqh Conference

5-4 صفر 1437 هـ - 17-16 نوفمبر 2015 م
فندق ريجنسي - قاعة المها - دولة الكويت

البحث الثالث

تطبيقات في المصارف الإسلامية بين الأصل والمآل

إعداد

د. محمد قراط

كلية الشريعة فاس، المغرب

ومستشار شرعي في المالية الإسلامية

الرعاة الذهبي



الرعاة الفضي







عنوان البحث تطبيقات في المصارف الإسلامية بين الأصل والمآل

باقة من الخدمات المصرفية-اجتماع الصرف ببدل المثل-اجتماع السحب من أجهزة الصرف
الآلي ATM لمصرف آخر مع أداء عمولة المثل مقابل الخدمة-اجتماع الحوالة المصرفية
بعوض المثل مع الإيداع في الحساب الجاري -خطاب الضمان

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحابه
أجمعين.

وبعد:

فإن من خصائص الشريعة الإسلامية، أنها صالحة لكل زمان ومكان، لأنها «لم تنص على حكم
كل جزئية على حدة، وإنما أنت بأمر كلية، وعبارات مطلقة تتناول أعدادا لا تنحصر»^١،
وهذا يقتضي وجوب إعمال النظر الفقهي من أجل استنباط الأحكام الشرعية على الحوادث
الطارئة، وحل القضايا المستجدة التي لم يرد فيها نص جزئي، لأن «الوقائع المفروضة لا
تختص بزمان دون زمان»^٢.

وعليه، فإنه لا يجوز أن يخلو أي عصر من المجتهدين الذين يجتهدون فيما يجد من حوادث،
وبخاصة في عصرنا الحاضر، الذي أصبحت فيه قضاياها الفقهية تختلف عن العصور السالفة
من حيث طبيعتها، لأن أحوال الناس تغيرت وصورها تعددت، ومن هاته القضايا الفقهية
النوازل المتعلقة بالمالية الإسلامية، التي ما تزال تحتاج إلى دراسات علمية رصينة، تحيط
بالنازلة من كل جوانبها، وفق منهج علمي يبني المنهج الأصولي، الذي بإمكانه أن يوفر
القواعد الأساسية، التي يجب أن تعتمد في مثل هاته القضايا المستجدة.

وفي هذا المعنى نحرر البحث في النازلة الموسومة قصد النظر فيه أصلا ومآلا تطبيقا وتتميما
لأغراض مؤتمر شورى الفقهي الخامس والسادس، وهو بحث يجمع بين علم الأصول وعلم
الفقه بمنهج وصفي تحليلي يروم تحقيق غرضين اثنين:

١- الموافقات، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، ٤/٦٦. دار النشر: دار المعرفة - بيروت، تحقيق: عبد الله دراز.

٢- الموافقات، ٤/٧٥.



- الغرض الأول هو غرض منهجي، وهو توجيه الناظرين نحو ضرورة التحقيق في المفاهيم، وتوجيه الأحكام واستحضار الأدلة ورعايتها حتى تبين مراقبي نظر الفقهاء في هذه القضايا.

- الغرض الثاني هو غرض معرفي، مترتب بالضرورة على الغرض الأول، ويهدف إلى تأصيل الجزئيات الشرعية محل البحث على الوجه الذي قدرته وعلى حسب ما يليق بهذا البحث المختصر وانقبضت عن التعرض لتفصيلات عديدة أصولية وفقهية لنا لسنا* للتطويل فيما لا يتعلق به كبير فائدة، ولهذا أومأت لها إجماء.

وذلك من خلال المسائل الآتية:

المسألة الأولى: باقية من الخدمات المصرفية

تصوير المسألة إجمالاً.

بنك المنارة يعرض باقية من الخدمات المصرفية بعوض، كفتح حساب جار [مجاني/بالمقابل] وتوفير بطاقة السحب والشيكات وغيرها بالمقابل، وهذه الباقية متضمنة التعاقد على إقراض البنك للعميل من خلال توفير البطاقة الائتمانية التي يستعملها في الحصول على مبلغ القرض في وقت محدد وبشروط خاصة.

وعليه انبنت صورة المسألة بمنطوقها على ما يلي:

١- العاقدان: وهما البنك والعميل .

٢- المعقود عليه: ويتضمن الآتي:

أ- فتح الحساب باعتباره خدمة من البنك للعميل.

ب- وقد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض.

ج- المبلغ الموجود بالحساب مضمون من البنك ويتصرف فيه ولذلك أخذ حكم القرض.

د- الشيكات باعتبارها منفعة يستعملها الزبون في حالات عديدة ضماناً أو أداء أو استيفاء

للدين...الخ.

هـ- الثمن باعتباره عوضاً عن الشيكات.

و- بيع بطاقة السحب باعتبارها وسيلة يستعملها الزبون في حالات عديدة: أداء أو

استيفاء أو وفاء أو صرفاً...الخ.

ز- الثمن باعتباره عوضاً عن بطاقة السحب.

ح- بيع بطاقة ائتمانية باعتبارها وسيلة يستعملها الزبون في تحصيل مبلغ القرض الذي

أقرضه البنك إياه.



ط- الثمن باعتباره عوضاً عن البطاقة الائتمانية.
ي- القرض من البنك للعميل.

٣- الصيغة: وذلك بحصول توافق من المتعاقدين على المعقود عليه بوضوح وجزم وقصد ظاهر.

تحرير المسألة:

تحرير المسألة يعني تخريجها وفق الحمل الفقهي والأصولي، وسوق ما يظهر من كلام أهل النظر للوصول إلى تقرير للمسألة يبين المراد على الوجه الذي سلكناه. وعليه فإن النظر في عناصر المسألة واستحضار واقع استعمالها ألزماً بتنزيلها على وجهين:

الوجه الأول: تحرير الحكم الشرعي للباقة المصرفية من جهة:
[أسلفني وأسلفك]

تقرير حكم الوجه الأول:

لقد تقرر عند أهل العلم أنه يحرم اجتماعاً انتفاع المقرض بسبب قرضه بأي وجه من أوجه الانتفاع، ففي شرح ابن بطال: «وحرّم كل قرض جر منفعة»^٣، ما دامت المنفعة مشروطة في العقد أو معروفة، قال ابن المنذر: «أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك، أن أخذ الزيادة على ذلك ربا»^٤.
وورد في الإنصاف للمرداوي «ولا يجوز شرط ما يجر نفعاً نحو: أن يسكنه داره أو يقضيه خيراً»^٥.

والتحريم ينطبق على أي منفعة سواء كانت قليلة أم كثيرة، وسواء كانت من جنس القرض أم من غير جنسه، فما حرّم كثيره فقليله حرام، جاء في الكافي لابن عبد البر «وكل زيادة في سلف أو منفعة ينتفع بها المسلف فهي ربا، ولو كانت قبضة من علف، وذلك حرام إن كان بشرط»^٦.

ومن باب قرض يجر منفعة مسألة «أسلفني وأسلفك»، وهي مسألة تستدعي البصيرة والبصر بأحكام الفقه أصولها وفروعها وعللها ممن تملكوا مسالك الفهم وعليه نسوق قدراً من النصوص:
- قول ابن قدامة: «وإن شرط في القرض... أو أن يقرضه المقترض مرة أخرى لم يجز...»^٧.

٣- شرح ابن بطال على صحيح البخاري ٣٦/١٢.

٤- الإجماع لابن المنذر ص ١٣٦.

٥- الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرادوي، ١٢١/٥.

٦- الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر ٢/٧٢٨.

٧- المغني لابن قدامة ١٠٩/٥.



- يقول الحطاب من المالكية: «ولا خلاف في المنع من أن يسلف الإنسان شخصا ليسلفه بعد ذلك»^٨.
- جاء في كشاف القناع: «إن شرط ... أحدهما على الآخر أن يبيعه أو يؤجره أو يقرضه، لم يجز... ونحوه من كل ما فيه جر منفعة، فلا يجوز لما تقدم. أقرضني أقرضك»^٩.

استبصارا بما سبق حُق صوغ القضية بالوجه الآتي:

قول المتعاقد: أقرضك بشرط أن تقرضني هذه مقدمة أولى. المقدمة الثانية المتعاقدان بصفتيهما فعل القرض انتفع بسببه. فتكون النتيجة: قرض جر منفعة ربا. وعليه فإن الحساب الجاري باعتباره قرضا اشترط فيه من أجل حصوله قرض البنك للعميل، ومن ثم فهي تدخل في مسألة: أسلفني وأسلفك والتي تندرج في: كل قرض جر منفعة فهو ربا.

أصول الباب

- ١- قوله تعالى: «وأحل الله البيع وحرم الربا...»^{١٠}.
- ٢- قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين)^{١١}.
- ٣- قول النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع: «وربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضع ربانا، ربا عمي العباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله»^{١٢}.
- ٤- قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا ربا إلا في النسيئة»^{١٣}.

توجيه حكم: أسلفني وأسلفك

نستحضر اشكالا في المسألة بالعبرة الآتية: هل حكم أسلفني وأسلفك محرمة من جهة: أن العلة عقلت فيجب اعتبارها أم لابد من النظر في الأسباب المتضمنة للعلة دون العلة نفسها؟ ويرى نظري القاصر أنها ليست عضلة العقد ولا محكا للنقد، لأن الأصل اتباع العلة التي عقلت، ويمكن الخروج إلى الأسباب المتضمنة للعلة، فالإحالة إليها واجبة ما دامت لها تأثير خاص وهذا ما اعتمدهنا في تحريرنا للبحث.

٨- مواهب الجليل للحطاب، ٣٩١/٤.

٩- ينظر: كشاف القناع ٣٠٣/٣.

١٠- البقرة ٢٧٥

١١- البقرة ٢٧٨

١٢- صحيح مسلم، كتاب... باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم رقم ٢١٣٧.

١٣- الجامع الصحيح، كتاب... باب بيع الدينار بالدينار نسيئة رقم ٢٠٣٢.



وعليه، فإن العلة في تحريم القرض الذي يجر منفعة هي تحقق الربا.

وتوجيه ذلك: هو أن القرض عقد ارفاق وفضل لا ينبغي أن يقابله عوض، حيث صفة الرفق منصوبة لحكم القرض فاشتراط القرض مقابل القرض يجعل الصفة متخلفة، فيبطل عقد القرض باعتبار الصفة سببا منصوبا لحكم القرض وحقيقته، وعليه لا يثمر القرض بصفة المنفعة أو المعاوضة المتمثلة في اشتراط القرض فتنتفي عنه المشروعية في وصفه؛ فالقرض مشروع من حيث إنه قرض، وممنوع من حيث إنه يشتمل على منفعة. فحينئذ تستلزم التقيد بمنطوق ومفهوم النص، فقد قال صلى الله عليه وسلم: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلًا مِثْلٍ سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ يَدًا يَدًا فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا يَدًا»^{١٤}. والمنفعة محققة أو مظنون حصولها؛ وذلك لكون ثمن الباقية أرخص من شراء كل منفعة على حدة.

الوجه الثاني: تحرير الحكم الشرعي للباقية من جهة اجتماع القرض (الحساب الجاري) بالبيع (الخدمات)
[بيع وسلف]

تقرير حكم اجتماع البيع بالسلف.

لقد تحدث الفقهاء عن اشتراط عقد مع قرض ومن ذلك اشتراط البيع مع السلف فيحرم، ويعلق الباجي في المنتقى وهو يشير إلى حديث: «نهى عن بيع وسلف» فقال: «وأجمَعَ الْفُقَهَاءُ عَلَى الْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ، وَتَلَقَّى الْأُمَّةُ لَهُ بِالْقَبُولِ وَالْعَمَلِ بِهِ يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ مَعْنَاهُ، وَذَلِكَ يَقُومُ لَهُ مَقَامَ الْإِسْنَادِ»^{١٥}.

والتحريم المشار اليه مقيد بحصول الشرط، وتعاقد الطرفان على ذلك، جاء في شرح الرسالة لزروق: «إذا كان ذلك بشرط»^{١٦}، وفي المغني: «وإن شرط في القرض أن يؤجره داره أو يبيعه شيئاً أو أن يقرضه المقترض مرة أخرى، لم يجز»^{١٧}.

أصول الباب:

ورد في موطأ مالك: «بَابِ السَّلْفِ وَبَيْعِ الْعُرُوضِ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ حَدَّثَنِي يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ

١٤- صحيح مسلم، كتاب باب بيع الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا رقم: ٢٩٧٠.

١٥- المنتقى، ٣/٤٣٥.

١٦- ينظر: شرح زروق ٢/٧٤٦.

١٧- المغني ٦/٤٣٧.



بَلَّغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَسَلْفٍ»^{١٨}.

وتفرد النص بحكم واحد مشعر بحصوله وانتشاره واقتضى وصفه واستلزم تجنبه.

وكذا حديث عمرو بن شعيب قال حدثني أبي عن أبيه حتى ذكر عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ وَلَا شَرْطَانٍ فِي بَيْعٍ وَلَا رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»^{١٩}.

وورد في مسند أحمد أيضا عَنْ عَمْرٍو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ قَالَ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ وَعَنْ بَيْعٍ وَسَلْفٍ وَعَنْ رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ وَعَنْ بَيْعٍ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»^{٢٠}.

وجمع الحديث لأكثر من مسألة يشعر بالفرق بينها.

وفي صحيح ابن حبان: عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه قال: يا رسول الله، إنا نسمع منك أحاديث، أفتأذن لنا أن نكتبها؟ قال: «نعم». فكان أول ما كتب كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى أهل مكة: «لا يجوز شرطان في بيع واحد، ولا بيع وسلف جميعا، ولا بيع ما لم يضمن، ومن كان مكاتبا على مائة درهم، فقضاها إلا عشرة دراهم، فهو عبد، أو على مائة أوقية، فقضاها إلا أوقية فهو عبد»^{٢١}.

تعلقنا على سرد أصول الباب:

وهذه النصوص ذكر فيها النهي عن اجتماع البيع والسلف، وهي نصوص ظاهرة المعنى، ولم تعارضها نصوص أخرى أو تناقضها؛ فرفعت منزلتها ولذلك يبقى التمسك بها واجبا. ولا يجوز جعل الحادثة عارية عن النظر بحجة احتمال وجود نصوص معارضة.

تصوير مسألة الجمع بين البيع والسلف وتنزيله على الباقية:

لقد تعددت صور الجمع بين البيع والسلف على وجه جزئي أو على وجه المعنى والشبه والاندراج. ومن ذلك ما يلي:

١٨- موطأ مالك كتاب البيوع، بَابِ السَّلْفِ وَبَيْعِ الْعُرُوضِ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ.
١٩- الجامع الصحيح سنن الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، كتاب البيوع، باب ما جاء كراهية بيع ما ليس عند
١٢٣٤.

٢٠- مسند أحمد رقم الحديث: ٦٣٣٩.

٢١- صحيح ابن حبان، باب الكتابة، رقم: ٤٣٩٨.



جاء في الموطأ: «قَالَ مَالِكٌ وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ أَخَذْتُ سَلْعَتَكَ بِكَذَا وَكَذَا عَلَيَّ أَنْ تُسَلِّفَنِي كَذَا وَكَذَا فَإِنَّ عَقْدًا بَيَعُهُمَا عَلَيَّ هَذَا الْوَجْهَ فَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ.^{٢٣} وتنزل هذه الصورة على العلاقة بين البنك والعميل بالوجه الآتي:

البنك يقول للعميل أبيعك سيارة ب ١٠٠٠٠ درهم وإن رددت لك الثمن فيجب أن ترد لي السيارة.

وفي شرح فتح القدير: «ومعنى السلف في البيع: البيع شرط أن يقرضه دراهم، وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين وغير ذلك»^{٢٣}.

والمثال السابق صالح هنا، لكن عبارة ابن الهمام تميز بالآتي:
أ. فيها توضيح لكون القرض فردا من البيع، أي أنه معقود عليه بعبارة الموطأ.
ب. وفي العبارة أيضا ما يدل على أن الفعل يحقق منفعة لأحد الطرفين.

قَالَ الْخَطَّابِيُّ: «وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ أبيعُكَ هَذَا الْعَبْدَ بِخَمْسِينَ دِينَارًا عَلَيَّ أَنْ تُسَلِّفَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ فِي مَتَاعٍ أبيعُهُ مِنْكَ إِلَى أَجَلٍ أَوْ يَقُولَ أبيعُكَ بِكَذَا عَلَيَّ أَنْ تُقْرِضَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ وَيَكُونُ مَعْنَى السَّلْفِ الْقُرْضُ»^{٢٤}.

وتنزل هذه الصورة على العلاقة بين البنك والعميل بوجهين:

الأول: البنك يقول للعميل أبيعك هذه الخدمات ب ٥٠ دينارا على أن تفتح الحساب الجاري وفيه دراهم اضمنها على سبيل القرض، واشتري منك سلعة إلى أجل.
فيكون البنك على هذا بائعا ومقرضا ومشتريا. والعميل مشتريا ومقرضا وبائعا.
الثاني: البنك يقول للعميل أبيعك هذه الخدمات ب ٥٠ دينارا على أن تفتح الحساب الجاري وفيه دراهم اضمنها على سبيل القرض.

ومن صورته أيضا ما يسمى ببيع الثنينا في المذهب المالكي من خلال الوجه الآتي: «مَنْ ابْتَاعَ سَلْعَةً عَلَيَّ أَنْ الْبَائِعِ مَتَى مَا رَدَّ الثَّمَنَ فَالسَّلْعَةُ لَهُ لَمْ يَجْزِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ بَيَعٌ وَسَلْفٌ قَالَ سَخْنُونُ بَلْ سَلْفٌ جَرَّ مَنْفَعَةً»^{٢٥}.

٢٢- الموطأ سبق.

٢٣- فتح القدير ٤٤٢/٦

٢٤- عون المعبود ٤٩٩/٧

٢٥- مواهب الجليل ٢٢٣/٤



وتنزل هذه الصورة على العلاقة بين البنك والعميل بالوجه الآتي:

البنك يقول للعميل أبيعك سيارة ب ١٠٠٠٠٠ درهم وإن رددت لك الثمن فيجب أن ترد لي السيارة.

ومن صورته كذلك ما ورد في التاج والإكليل: «وسمع ابن القاسم من أقرض رجلا طعاما إلى أجل فلما حل الأجل قال له غريمه بعني طعاما أفضيك^{٣٦} ويمكن صوغها بالشكل الآتي:

- زيد أقرض لعمرو مائة درهم لشهر فلما حل الأجل قال عمرو لزيد: بعني شيئا أفضيك، وأدفع لك نقدا على ما بعته لي، حكم هذه المسألة: الجواز.
- زيد أقرض لعمرو مائة درهم لشهر فلما حل الأجل قال عمرو لزيد: بعني شيئا أفضيك، وأدفع لك أجلا على ما بعته لي، حكم هذه المسألة: عدم الجواز،
- علة عدم الجواز: لأن الطعام قد رجع إليه فأل الأمر إلى أن أخذ منه في الطعام الذي كان له عليه من القرض الثمن الذي باع منه... لأنه فسخ الطعام في ذلك الثمن إلى ذلك الأجل.
- زيد أقرض لعمرو مائة درهم لشهر فلما حل الأجل قال عمرو لزيد: بعني شيئا، وأدفع لك أجلا على ما بعته لي، على غير شرط أن يقضيه إياه فلما تم شراؤه قضاه إياه.

حكم هذه المسألة: عدم الجواز، وفسخ من باب الحكم بالذرائع لا من أجل أنه حرام فيما بينه وبين خالقه إن صح عمله فيه على غير شرط ولا رجاء،

وفي المدونة من ابتاع سلعة إلى أجل بنصف دينار فلما وجب البيع أعطاه دينارا ورد عليه بقيته دراهم لم يجز

- زيد اشترى سلعة بنصف دينار من عمرو لكن زيد أعطى دينارا كاملا ورد عليه عمرو الباقي بعملة الدرهم .

حكم المسألة: عدم الجواز.

العلة: هي التهمة



توجيه علل الحكم بالمناسبة:

سنسوق هنا العلل التي ذكرها أهل العلم.

١- مجرد اجتماع البيع والسلف يفسد الحكم. فتحريم الجمع بين السلف والبيع من حيث جهة أن الأصل في النهي اقتضاء الفساد بإطلاق. وحكم التحريم هو حقيقة شرعية ووصف قائم. فمجرد اجتماعهما ينتج التحريم بغض النظر عن العلة المستنبطة التي هي جهة ثانية للنهي التي انعدمت فيها مطابقة الفعل لقصد الشارع أصلاً أو وصفاً، حيث إن «النهي يقتضي أن لا مصلحة للمكلف فيه، وإن ظهرت مصلحته لبدائي الرأي؛ فقد علم الله أن لا مصلحة في الإقدام وإن ظنها العامل، وإن لم يحصل ولا كان في حكم الحاصل لكن أمكن تلافيه، لم يحكم بإبطال ذلك العمل»^{٢٧}.

فاجتماع البيع والسلف شرط في خطاب التكليف منهي تحصيله، فتناهى في هذا التقرير إلى التحريم بالعلة المذكورة.

٢- مجرد اجتماعهما حملاً على اشتراط عقد في عقد على جهة الشرط وحصول التعاقد على وجه العموم أي أن الجمع بين البيع والسلف ليس عين مسألة عقدين في عقد ولكنها تقتضيه وتتضمنه، فكأن الاجتماع سبباً للتحريم لاتحاد المعنى، وهذا إدراك لكون الحكم غير منوط بسبب ظاهر فعمد إلى هذا التعليل، لكن هناك فرق بين اشتراط بيع في بيع أو اشتراط قرض في بيع حيث في الصورة الثانية أبلغ في التحريم^{٢٨}.

٣- الاجتماع يعتبر شرطاً مناقضاً وغير ملائم للقرض، جاء في المنتقى: «وجه ذلك من جهة المعنى: أن القرض ليس من عقود المعاوضة، وإنما هو من عقود البر والمكارمة، فلا يصح أن يكون له عوض. فإن قارن القرض عقد معاوضة، كان له حصة من العوض، فخرج عن مقتضاه، فبطل وبطل ما قارنه من عقود المعاوضة»^{٢٩}.

والشرط الحاصل من جهة خطاب الوضع غير ملائم لمقصود الشروط ولا مكمل لحكمته، بل هو على الضد من الأول وهذا واضح على مبتنيات المذهب المالكي وهذا الشرط يفسد البيع.

٢٧- الموافقات ٢/ ٥٥.

٢٨- ينظر: المغني ٤٣٧ / ٦.

٢٩- المنتقى للبايجي ٥ / ٢٩.



٤- وقيل: إنما منع منهما؛ لما فيه من ربا الفضل... إلخ^{٣٠} وهذا ينتهض به إن تصورنا أن القرض لما تحول إلى بيع باشتراك المنفعة فيه، واستلزم تقيده بالنص فإن عدم التقييد يوقعه في ربا الفضل. كما ذكرنا في خاتمة الوجه الأول.

٥- قيل في تعليل التحريم أيضا أنه جمع بين عقدين متضادين: السلف معروف أرخص فيه للحاجة إليه، والبيع جهة وضعت للتجارة والاكتساب، والتشاح والمعاينة تختلف مقاصدها فلا يجمع بينهما^{٣١}، وهذا واضح في المذهب المالكي، قال ابن العربي: «يترتب على حديث النهي عن بيع وسلف أصل بديع من أصول المالكية، وهو أن كل عقدين يتضادان وصفاً ويتناقضان حكماً، فإنه لا يجوز اجتماعهما، أصله البيع والسلف، فركبه عليه في جميع مسائل الفقه، ومنه البيع والنكاح، وذلك أن البيع مبني على المغابنة والمكايسة، خارج عن باب العرف والعبادات، والسلف مكارمة وقربة، ومن هذا الباب الجمع بين العقد الواجب والجائز ومثله بيع وجعالة، ويزيده على ذلك أن أحد العوضين في الجعالة مجهول، ولا يجوز أن يكون معلوماً، فإنه إن كان معلوماً خرج عن باب الجعل، والتحق بباب الإجارة، وأمثال ذلك لا تحصى»^{٣٢}.

والفرق بين هذا التعليل والثالث أن الأخير نظر إلى الفعل على أنه عقد متفرد وهو القرض أو البيع ثم اشترط فيه شرط آخر يتمثل في عقد مقابل وقد يكون قرضاً وقد يكون بيعاً حيث يكون الأول بالتقابل، بينما هذا التعليل اعتبر بالنظر إلى أن الفعل فيه عقدان جمعا في عقد واحد وبينهما تباين بين، وهذا نرجحه لشدة تأثير هذه العلة لصالح دوران الحكم مع عدمها ووجودها نفياً وإثباتاً، وهذا يشهد له نصوص في ربا القروض والبيوع. فتكون علة قوية أيضاً لعموميتها.

٦- اجتماعهما من باب بيعتين في بيعة: جاء في كشف القناع: «إن شرط الوفاء بأنقص مما اقترض، أو شرط أحدهما على الآخر أن يبيعه أو يؤجره أو يقرضه، لم يجز» ذلك لأنه كبيعتين في بيعة المنهي عنه^{٣٣}. وهذا التعليل يشعر بترايبية حاصلة وذلك بكون القرض جر منفعة تحول إلى بيع مقابل بيع آخر، وأرى أن هذا التعليل قوي إذا انعدمت محاباة في الثمن بين المتعاقدين.

٣٠- العارضة، ٥/٢٤١-٢٤٣.

٣١- العارضة، ٥/٢٤١-٢٤٣.

٣٢- القيس شرح الموطأ: ٢/٨٤٣.

٣٣- كشف القناع ٣/٣٠٤.



٧- تنافي عقد القرض مع عقد البيع ولكن ليس من وجه الإرفاق والتشاح وإنما من جهة جزئية أخرى، وهي اللزوم وعدمه، جاء في المنتقى: «ووجه آخر: وهو أنه إن كان القرض غير مؤقت، فهو غير لازم للمقرض، والبيع وما أشبهه من العقود اللازمة -كالإجارة والنكاح - لا يجوز أن يقارنها عقد غير لازم لتنافي حكميهما.^{٣٤} ولي أن أعتبر هذه العلة جزءا من علة وليست مستقلة. وارتزكت على مفرد الفرق بين العقدين ظنا لتأثير في قدر من الأحكام.

٨- اجتماعهما هو من باب قرض جر منفعة بدون اعتبار لنقص الثمن: وفي المهذب: «ولا يجوز قرض جر منفعة، مثل أن يقرضه ألفا على أن يبيعه داره.^{٣٥} وهذه العلة نظرت إلى النتيجة حيث إن الفعل آل إلى تحقق منفعة، وأرى أن صورتنا لا تستوعبها من وجه ظاهر لأن النفع متحقق للطرفين ومن طرفين مختلفين.

٩- اجتماعهما هو من باب قرض جر منفعة باعتبار الرخص، جاء في كشاف القناع: «... أو شرط المقرض على المقترض أن يبيعه شيئا يرخسه عليه» لم يجز، لأنه يجر به نفعاً.^{٣٦} سبب عدم الجواز هو سد الذرائع التي توصل إلى الزيادة، وهذه علة تدرأ الوقوع في الربا وهي تقوي من علة المحاباة في الثمن.

الفرق بين السلف بمنفعة وبيع وسلف.

السلف بمنفعة هو وصف انتهائي، واجتماع البيع مع السلف وسيلة توصل إلى الوصف الانتهائي، وعليه كان الاجتماع أقل قوة «لأنَّ البَيْعَ وَالسَّلْفَ إِهْمَا مُنْعَ لِأَدَائِهِ إِلَى السَّلْفِ بِمَنْفَعَةٍ؛ لِأَنَّا نَقُولُ هُوَ وَإِنْ كَانَ مُؤَدِّيًّا إِلَيْهِ إِلَّا أَنَّهُ أَبِينٌ فِي بَعْضِ الصُّورِ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيلٌ بِالْمُظَنَّةِ فَكَانَ أَضْبَطَ،^{٣٧} وبأن المنع في سلف جر نفعاً صريحاً وفي غيره ضمنياً وبأن الشيء قد يكون مقصوداً لذاته أي: وهو سلف بمنفعة وقد يكون وسيلة كالبيع والسلف فبينوا أن كلا منهما يقتضي المنع اتفاقاً فلو اقتصر على ما يقصد لذاته لم يلزم كثرة القصد فيما يقصد وسيلة ضرورة أن قصد المقاصد أقوى من قصد الوسائل»^{٣٨}.

٣٤- المنتقى للباقي ٥/ ٢٩.

٣٥- المهذب للشيرازي ١/ ٣٠٤.

٣٦- كشاف القناع ٣٠٤/ ٣.

٣٧- مواهب الجليل ٤/ ٣٩١.

٣٨- الخرشني ٤/ ٦٥.



١٠- خشية المحاباة المفضية إلى الغرر في الثمن «فلأنه» يُقْرِضُهُ عَلَيَّ أَنْ يُحَابِيَهُ فِي الثَّمَنِ فَيَدْخُلُ الثَّمَنُ فِي حَدِّ الْجَهَالَةِ. يقول الإمام الشافعي في الأم: «والبيع والسلف الذي نهى عنه أن تتعقد العقد على بيع وسلف، وذلك أن أقول: أبيعك هذا بكذا على أن تسلفني كذا وحكم السلف أنه حال، فيكون البيع وقع بثمن معلوم ومجهول، والبيع لا يجوز إلا أن يكون بثمن معلوم»^{٣٦}، وفي الحاوي للماوردي: «مسأل: قال الشافعي رحمه الله تعالى: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف، (قال الشافعي) وذلك أن من سنته صلى الله عليه وسلم أن تكون الأثمان معلومة، والبيع معلوما، فلما كنت إذا اشتريت منك دارا بمائة على أن أسلفك مائة كنت لم أشتريها بمائة مفردة، ولا بمائتين، والمائة السلف عارية له، بها منفعة مجهولة، وصار الثمن غير معلوم». قال الماوردي: وهذا صحيح .. وصورته: أن يقول قد بعتهك عبدي هذا بمائة على أن تقرضني مائة، وهذا بيع باطل، وقرض باطل: لأمر منها:

- نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه.

- ومنها نهيه عن بيع وشرط.

- ومنها نهيه عن قرض جر منفعة

وما ذكره الشافعي من المعني المفضي إلى جهالة الثمن، وذاك أن البائع إذا شرط لنفسه قرضا صار بائعا سلخته بالثمن المذكور وبمنفعة القرض المشروط، فلما لم يلزم الشرط سقطت منفعته من الثمن، والمنفعة مجهولة، فإذا سقطت من الثمن أفضت إلى جهالة نافية، وجهالة الثمن مبطللة للعقد»^{٤٠}

ولعل هذا التعليل له اعتبار بناء على أن الجمع بين البيع والسلف من باب عقدين في عقد وهو باب لظواهر الغرر أكثر منه باب لظواهر الربا.

تعليق إجمالي

إن تعدد العلل لحكم واحد لا يمتنع، لأن العلة مما يدخلها الاجتهاد سواء كان منصوبا عليها أم مستنبطة، وذكرها جميعها مفيد ما دامت لا تغير من الأصل الواحد وهي تعليقات متكاملة في مجاريها وليست متناقضة وكلها تثبت في الفرع المبحوث فيه على وجه يجعل الفعل حراما.

والحكم وإن كان يستند إلى مجرد الذكر فإن فيه تنبيها على أوصاف مناسبة تكون مبتناة للحكم وهذا ما يعضد منحانا في هذه البحث، حيث التعدد يفيد تعدد المراتب، ولكن مراتب العلل في إفادة الحكم متقاربة، ولا يضر إن تفاوتت عن ضروب في الخفاء، ولم نخفل عنها.



صورة المسألة ومبتنى المآل.

اعتبار المآل ضرورة لتنزيل الحكم الشرعي ولا بد من سلوكه، ويصفه الشاطبي بوصف دقيق وعميق، فيقول: «وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلا أنه عذب المذاق محمود الغب جار على مقاصد الشريعة»^{٤١} واعتمادنا عليه اقتضته الغايات الآتية:

- تحقيق التناسب بين أفعال المكلفين ومقاصد الشارع في الظاهر والباطن.
- اعتباره وسيلة تدرأ استعمال الحيل لأن لا عبرة بالحيل في الدين.
- درء إخفاء مقاصد المكلفين الفاسدة.
- اعتباره مسلكا يقي من الوقوع في الضرر.

والقصد من ذكر هذا المبتنى هو التأكيد على أن الجمع بين الخدمات والقرض أو اشتراط القرض مقابل قرض آخر، من الوسائل التي هي مشروعة في أصلها انفراداً، لكنه ما دام النظر أثمر لنا نتيجة تبين أن هذه الوسائل بوجهيها السابقين قد تفضي ظناً إلى المفسدة، فيكون حكم المسألة حينئذ التحريم، لأن انتاج التسبب للمفاسد منهي عنه وإيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب. والوسيلة تأخذ حكم المقصد، فيصبح السبب غير مشروعاً باعتبار المقصد. لأن عدم مراعاة ذلك يفضي إلى انخراط مقاصد الشريعة قطعاً أو ظناً، وهو هاهنا حفظ الدين من وجه، وحفظ المال من وجه ثان على جهة العدم، واعتبار الظن واجب، يقول الشاطبي: «فإن الشارع قد أجرى الظن في ترتب الأحكام مجرى القطع، فمتى ظن وجود سبب الحكم استحق السبب للاعتبار؛ فقد قام الدليل القطعي على أن الدلائل الظنية تجري في فروع الشريعة مجرى الدلائل القطعية»^{٤٢}.

إذن فأفعال المكلفين قد يحكم عليها بالمشروعية لتحقق المصلحة التي تستجلب، وقد يحكم عليها بعدم المشروعية لتحقق المفسدة التي يجب أن تدرأ، ولا يشترط حصول القصد لأن الذرائع تسد إن توفر سببها، ولو غاب القصد عنها ولكن «يلاحظ أن الذريعة وإن غاب عنها القصد ابتداءً، فهي قد تستدعي القصد لاحقاً. فيكون العمل في البداية بدون قصد، ثم مع التجربة والتكرار يصبح المآل مقصوداً ابتداءً»^{٤٣} والأكد أن الربا من أشد المفاسد التي يجب أن تدرأ حفظاً للمقاصد الشرعية.

٤١- السابق، ٤/ ١٩٤- ١٩٥.

٤٢- الموافقات/١/٥٩٦.

٤٣- قواعد الذرائع في المعاملات المالية لفضيلة الدكتور سامي بن إبراهيم السويلم ص ٤٩ من بحوث مؤتمر شورى الفقهي الخامس ٢٠١٣.



والحفظ لها يكون بأمرين:

أحدهما: ما يقيم أركانها، ويثبت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود.

والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم^{٤٤}. فيعدّ درء المفسدة مقصداً شرعياً لا يمكن الاستغناء عنه إذ إنّ المصلحة لا تتحقق بجلب المنفعة فحسب. بل إنّ درأ المفسدة مقدّم على جلب المصلحة في حال التعارض والتزاحم، و «التكليف كله إما لدرء مفسدة، وإما لجلب مصلحة، أو لهما معاً»^{٤٥}.

وإن قيل: أن الحكم وفق مآل الفعل يفوت مصلحة، فإننا نقول: إن المصلحة هنا مشكوك فيها أو مظنونة، ولا يجوز تقديمها بهذا الوصف على اعتبار المآل، إلا إذا كانت راجحة وهذا معنى قاعدة «ما أبيض سدا للذريعة، أبيض للمصلحة الراجحة»^{٤٦}

وإن قيل كيف توصل إلى الظن في تقرير الحكم وفق مآل الفعل؟

نجيب على القول بأن كشف مقاصد المكلفين لا يشترط فيه التصريح بل يكتفى بتصور النتائج من حيث الآتي:

- احتمال وقوعها، بحيث لا يكون نادراً فإذا كان نادر الوقوع فلا يؤخذ به.
- أن يكون محققاً لمقصد شرعي وهو ما ذكرناه سلفاً فحفظ الدين من جانب العدم مطلوب كما هو من جانب الوجود.
- ألا يؤدي اعتباره إلى تفويت مصلحة راجحة أو إلى ضرر أشد^{٤٧}.

ولهذا اعتبرنا من خلال النظر في النتائج والآثار، أن الباقية رؤي فيها حكم أو تصرف ترتب عليه مفسدة، ولا يجوز أن يمضي ذلك التصرف، سداً للذريعة الفساد الذي يؤول إليه ذلك الفعل.

ومن أمثلة الباب في المذهب المالكي:

زيد باع هاتفا بالأجل ٥ أيام لعمر ب ١٠ درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه ب ٩ نقداً. علة التحريم: سلف جر منفعة، سبب الاعتبار: السلعة لغو. دليل التحريم، سد الذريعة. ولا اعتبار للقصد هنا.

في الكتاب إذا باع سلعة بثمن إلى أجل بإذنك امتنع شراؤك إياها نقداً بأقل من الثمن سدا للذريعة^{٤٨}.

٤٤- الموافقات، ٧/٢.

٤٥- الموافقات في أصول الشريعة، ١/١٤٥.

٤٦- اعلام الموقعين، ١٦٣/٢.

٤٧- اعلام الموقعين عن رب العالمين، ٣/١٥٩.

٤٨- الذخيرة ٨٩/٦.



زيد باع هاتفًا بالأجل ٥ أيام لعمره بـ ١٠ درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه بـ ١١ لأجل ٦ أيام.

علة التحريم: سلف جر منفعة، سبب الاعتبار: السلعة لغو. دليل التحريم، سد الذريعة. ولا اعتبار للقصد هنا

وإذا تقرر ذلك فإن حديث: «**النهي عن بيع وسلف**» يصلح لأن يكون من باب النهي باعتبار المال، وغير خاف أن النهي نَوْعَانِ:

أحدهما ما يكون المنهى عنه مفسدةً في نفسه. والثاني ما يكون وسيلةً إلى المفسدة وهو ما يمثله مبدأ سد الذرائع فاختص استصحاب سد الذرائع باعتباره مبنى لتحرير المسألة فالأخذ بمبدأ سد الذرائع يكون عند رجحان أو تساوي المفسدة مع المصلحة. هذه الوسيلة أو الذريعة ستوصل إلى المحرم قطعاً أو غالباً، فحينئذ تأخذ حكم الحرام، لأنها إذا كانت لا توصل إلا قليلاً أو نادراً فجازت^{٤٩}.

واعتبارنا لسد الذرائع لم يكن ابتداءً وإنما انتهاءً حيث إن مراعاة مبدأ سد الذرائع يأتي لاحقاً عن التوصل للحكم الأول وهو الجواز، حيث سد الذرائع يقلب الحكم من الجواز إلى التحريم. بعد الموازنة بين مصلحة الحكم المتوصل إليه، وبين ما قد يفضي إليه تطبيق الحكم من المفاسد بدون اعتبار لمقاصد المكلف ما إذا كان يروم المفسدة من فعله أم لا لأنه يبحث في الحكم وما يؤول إليه مجرداً. وعليه كان تجاوز سد الذرائع موقعاً في الحيل، قال الشاطبي: «ومنها قاعدة الحيل فإن حقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر. فمآل العمل فيها خرم لقواعد الشريعة في الواقع... ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية»^{٥٠}.

بحيث تعتبر الحيل وصفاً يدلنا على وجود قصد الانتفاع من القرض، وهذا كاف لتحقق الحقيقة الشرعية في الحكم فيكون حراماً وهو ما يجعل مقدار المنفعة وطبيعتها غير ذات أثر في الحكم.

وعليه فكأن العميل يقرض البنك من خلال الحساب الجاري قاصداً الاستفادة من الخدمات بثمن يعتبره مقبولاً بدليل أن الزبون يفتح الحساب لهذا الغرض فيصير حينئذ قرضاً مقصود الانتفاع به وهو إدخال منفعة القرض في ثمن مجمل الباقية.

٤٩- ينظر: الفروق للقراي في ٣/٢٦٦، الموافقات للشاطبي، ٢/٣٤٨-٣٤٩.

٥٠- الموافقات ٣/٥٤.



وإن قيل كما يجب سد الذرائع فإنه يجب فتحها فيصيح حكم المسألة الجواز.

ونجيب بأن فتح الذرائع يكون عند وجود المصلحة الراجعة، وفي هذا الباب يسوق القرافي أمثلة كثيرة ومتعددة منها: «دفع مال لرجل يأكله حراماً حتى لا يزني بامرأة، إذا عُجِرَ عن دفعه عنها إلا بذلك...؛ لرجحان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة»^{٥١}.

هذا إن تأكد قطعاً أو ظناً أن الذرائع نفسها وسيلة شرعية، وأن المقصد الذي من أجله انقلب الحكم من التحريم إلى الجواز معتبر شرعاً، وهذا يقتضي كون فتح الذرائع أقل مرتبة من المقصد المعتبر، فلا يجوز اعتماد وسيلة حرام للوصول إلى مندوب.

الترجيح بالتحريم اعتباراً للأحوط.

نعرف للرجحان من خلال اعتبار الأحوط وصولاً إلى المراد لأن عدم سوق ترجيحات يجعل المسألة مباحة حيث المباح يكون حاصلًا عند انتفاء الترجيح فالباقة بالوجه السابق حكمها التحريم لانطباق «أسلفني وأسلفك» «وقرض جر منفعة» ونضيف اعتبار الأحوط استئناساً، حيث الوجهان السابقان للتحريم كافيان لقوتهما والإتيان به يفترض التسليم بتعذر الدليل الجزئي أو الكلي تجوزاً وإلا فإن أدلة التحريم سيقى في أكثر من مسألة في هذا البحث. والاحتياط تكون درجة العلم فيه أقل من مرتبة الظن، فهو تحرز زائد عن اعتبار سد الذرائع أو لنقل الاحتياط أقوى من سد الذرائع وتطبيقه أوسع. ولكن التداخل والتضايغ بينهما هو المعتبر. واعتبار الاحتياط في الترجيح لما يمثله من «حفظ النفس عن الوقوع في المآثم»^{٥٢}. هذا إن سلمنا عدم المعارض الراجع، لأنه يؤخذ به على هذا الحال، يقول ابن تيمية عن الاحتياط بأنه «اتقاء ما يخاف أن يكون سبباً للدم والعذاب عند عدم المعارض الراجع»^{٥٣}.

وهذا العمل ملائم لطبيعة الشريعة حيث إنها: «مبنية على الاحتياط والأخذ بالأحزم، والتحرز مما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة، فإذا كان هذا معلوماً على الجملة والتفصيل، فليس العمل عليه ببدع في الشريعة، بل هو أصل من أصولها»^{٥٤}. وهذا الاعتبار في الترجيح كان يدين الصحابة رضي الله عنهم وهم أئمة العلم والاجتهاد، قال الشاطبي: «إن الصحابة عملوا على هذا الاحتياط في الدين لما فهموا هذا الأصل من الشريعة، وكانوا أئمة يُقتدى بهم، فتركوا أشياء وأظهروا ذلك ليبينوا أن تركها غير قاذح وإن كانت مطلوبة»^{٥٥}.

٥١- الفروق أو أنوار البروق في أنواع الفروق مع الهوامش أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، ٢/ ٦٢.

٥٢- التعريفات، ٢٦.

٥٣- مجموع الفتاوى، لابن تيمية، ٢٠/ ١٣٨- ١٣٧.

٥٤- الموافقات، ٣/ ٨٥.

٥٥- الموافقات، ٤/ ١٠٢.



وعمدنا إلى الأخذ بالأحوط في مسألتنا هاته استلزمه أيضا المشي للخروج من الحل إلى الحرمة، يقول القرافي: «يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة، لأن التحريم يعتمد للمفاسد؛ فيتعين الاحتياط له؛ فلا يقدم على محل فيه مفسدة بأيسر الأسباب، دفعا للمفسدة بحسب الإمكان».

وتطبيقا لهذا جاء في بدائع الصنائع ما يؤكد على الاحتياط في الربا، حيث قال: «وأما الذي يرجع إلى نفس القرض، فهو ألا يكون فيه جر منفعة، فإن كان لم يجز، نحو ما إذا أقرضه دراهم غلة على أن يرد عليه صحاحا، أو أقرضه وشرط شرطا له منفعة ولأن الزيادة المشروطة تشبه الربا، لأنها فضل لا يقابله عوض، والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب. هذا إذا كانت الزيادة مشروطة في القرض»^{٥٦}.

لأن السير في غير هذا هو توسع في المباح على غير المراد، فترك ما لا بأس به حذرا لما به البأس، من مفردات الاجتهاد المطلوبة، لما رواه الترمذي وابن ماجه عن عطية السعدي رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين، حتى يدع ما لا بأس به حذرا مما به بأس»^{٥٧}، فما ينبغي للمجتهد أن يسلك سبيل التوسع إلا إذا ربط الحكم بالعلة، لأن أصل المعاملات أنها معقولة المعنى، يقول الشاطبي: «الالتفات إلى المعاني اعتمد عليه العقلاء حتى جرت بذلك مصالحهم»^{٥٨}، وضبط الأمر واعتباره مفيد وضروري للوصول إلى حكم مناسب يوافق مقاصد الشريعة، فنظر المتسبب إلى مآلات الأسباب؛ فرمما كان باعثا له على التحرز من أمثال هذه الأشياء.

الترجيح اعتبارا للتهمة:

الترجيح باعتبار التهمة معتبر عند أهل الفقه، وفي المقدمات: «مراعاة التهمة أصل يبنى عليه الشرع»^{٥٩}، واجتماع البيع والسلف يصلح جزئيا للأصل، لأن الاتهام على الجمع مؤثر، والواقع يدلنا على أن البنوك الإسلامية وكذا الزبائن يقصدون التعاقد بالوجه المذكور وقد انتشرت المعاملة فعلا، وهذا يقوي من الترجيح بالتهمة للتأكيد على التحريم، فاجتماع القرض المجاني مع البيع إن كان المقصود من الاشتراط هو الحصول على فائدة ضمنية على القرض من خلال البيع. فإذا كان هذا هو المقصود، فالمعاملة محرمة»^{٦٠}.

٥٦- بدائع الصنائع، علاء الدين الكاساني، ٣٩٥/٧.

٥٧- سنن الترمذي، كتاب صفة القيامة والرقائق والورع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم باب ما جاء في صفة أواني الحوض، رقم: ٢٣٥٥.

٥٨- الموافقات، ٨٠/٢.

٥٩- المقدمات المهمات لابن رشد ٨٤/١.

٦٠- قواعد النزاع في المعاملات المالية لفضيلة الدكتور سامي بن إبراهيم السويلم ص ٦٥ من بحوث مؤتمر شورى الفقهي



ولهذا الجمع بين السلف والقرض محرم باعتبار التهمة أيضا التي تجر المنفعة وتقصد من المتعاقدين، ففي الشرح الكبير: «ومن ذلك بيع جائز في الظاهر يؤدي إلى بيع وسلف فإنه يمنع للتهمة على أنهما قصد البيع والسلف الممنوع^{٦١}. كأن يبيع سلعتين بدينارين لشهر ثم يشتري إحداهما بدينار نقدا فأل أمر البائع إلى أنه خرج من يده سلعة ودينارا نقدا أخذ عنهما عند الأجل دينارين أحدهما عن السلعة وهو بيع والآخر عن الدينار وهو سلف^{٦٢}، وهو اعتبر عند المالكية سببا لاعتبار سد الذرائع في عدد من صور بيوع الآجال: «لتطرق التهمة بأنهما قصدا إلى ظاهر جائز ليتوصلا به إلى باطل ممنوع حسما للذريعة^{٦٣}، إذن فإن اعتبار التهمة في الحكم مطلوب لأنها تقدر في التصرفات، وتصلح لابتناء الحكم عليها، ولهذا كان بيع العينة حراما، ففي الفروق: «ومن ذلك أن من باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر فمالك يقول: إنه أخرج من يده خمسة الآن، وأخذ عشرة آخر الشهر، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل توسلا بإظهار صورة البيع لذلك^{٦٤}، وفي حاشية الدسوقي: «مَنَعَ الْبَيْعُ الَّذِي كَثُرَ قَصْدُ النَّاسِ إِلَيْهِ لِأَجْلِ التُّهْمَةِ وَظَاهِرُهُ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْهُ فَاعْلَهُ»^{٦٥} وينبغي التأكيد في هذا أن القصد لاعتبار التهمة في الجمع بين البيع والسلف هو إذا كان الدخول على شرط الجمع بين البيع والسلف لا تهمة نفس البيع والسلف.

معارضتان ونقضهما:

١- القرض أصل والبيع تابع، والعبرة بالأصل وليس بالتابع.

إن قيل بأن القرض غير مقصود للبنك بل الخدمات التي يربح منها، خاصة تلك التي تبقى ممتدة زمتا كالبطاقات، فحينئذ يقرر الحكم بالجواز، اعتبارا لقاعدة: «العبرة بالأصل وليس التابع». «والمقاصد معتبرة في التصرفات»^{٦٦}. و «العقود لا تعتبر باللفظ وإنما تعتبر بالمعنى»^{٦٧}، وأن المسألة: «إذا دارت المسألة بين مراعاة اللفظ ومراعاة القصد فمراعاة القصد أولى»^{٦٨}.

يجاب عن هذا القول بأنه منقوض أولا لكون القرض قد جر منفعة للمقرض الذي هو الربون بغض النظر عن توفر قصد البنك لأنه وصف غير مؤثر في القرض، فالخدمات هي منافع متمحضة على القرض، ثم إنها مشترطة في بداية التعاقد؛ فحينئذ يقرر الحكم بعدم الجواز.

٦١- الشرح الكبير للدردير، ٣/٧٦.

٦٢- السابق، ٣/٧٦.

٦٣- جامع الأمهات، أبي عمرو جمال الدين عثمان بن عمر الكردي المالكي المعروف بابن الحاجب، ١ / ٣٥٢.

٦٤- انظر: الفروق، ٢/٣٢، ٣٣.

٦٥- حاشية الدسوقي، ٢/٧٦.

٦٦- الموافقات، ٣/٣٢٤.

٦٧- المنتقى، ٣/٥٤.

٦٨- المعيار، ٤/٩٥.



ومنقوض ثانياً بأن قاعدة: «العبرة بالأصل وليس بالتابع» محلها البيوع فيما يدخل فيه الغرر بالأوصاف المؤثرة، والمتمثلة في المعقود عليه وليس الربا، والذي منه اجتماع القرض مع البيع لورود النص فيها ولاختلاف عللها المذكورة سلفاً والمبتناة على مراعاة مقاصد الشريعة. لأن «قصد الشارع من المكلف هو أن يكون قصده في أفعاله موافقاً وتابعا لقصده تعالى من التكليف، والفعل لا يحكم بصحته وجوازه إلا إذا كان على أصل المشروعية في ظاهره وباطنه؛ لأن الأحكام ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها المصالح التي شرعت من أجلها، فإذا كان العمل في ظاهره مشروعاً؛ لكنه في باطنه على غير ذلك كان غير صحيح وغير مشروع»^{٦٩}.

ومنقوض ثالثاً: وهذا النقض مبني على التسليم الجدلي، ومجراه أن التابع قد يكون مما يمكن أن ينفصل عن الأصل، وقد يكون مما لا يمكن أن ينفصل عن الأصل، ففي الحالة الأولى الغالب فيه الاشتراط بحيث يشترطه المتعاقدان ويقصدان إدخاله وهو الحاصل في اجتماع القرض مع بيع الخدمات.

وغير خاف أيضاً أن التحاق التابع بالأصل بسبب رفع المشقة التي تحصل عند الانفصال بين الأصل والتابع وهو غير حاصل في مسألتنا؛ حيث الأصل هو الفصل فيمكن الفصل بين القرض ولوازمه من الشيكات والبطائق ... مع السحب على المكشوف وليس الجمع، ومن المعلوم أن التعليل بالتخفيف من المشاق ضعيف لا ينهض تعليلاً معتبراً، وهو ما يفهم من معنى اعتبار القاعدتين.

ومنقوض رابعاً: اعتباراً لفقد القاعدة تأثيرها وذلك إذا كان التابع مقصوداً وهو الحاصل؛ حيث القاعدة مرتبطة بالثمن، فالأصل أن التابع ليس له حظ من الثمن وغير حاصل هنا ولا يصلح أن يتعاقد عليه وحده.

ومنقوض خامساً: لكون هذا النقض مبني على أن قاعدة التابع والمتبوع واردة على تلازم بين شيئين: أحدهما جائز والآخر غير جائز في حالة الانفراد، وهو ما يفهم من كلام الشاطبي رحمه الله حيث يقول: «الأمر والنهي إذا تواردا على متلازمين فكان أحدهما مأموراً به والآخر منهيًا عنه عند فرض الانفراد وكان أحدهما في حكم التبعية للآخر»^{٧٠}.

٦٩- الموافقات، ٢/ ٢٤٦.

٧٠- الموافقات، ١/ ٤٥٧.



٢- معارضة ونقضها: القرض قليل والبيع كثير: فالأقل تبع للأكثر

لعل أحدا في هذا المقام يستشعر إشكالا يعتمد على الاستدلال على الجواز، مفاده: أن الحساب الجاري قد يحتوي على مبلغ ليس ذا بال، بحيث لا يفيد البنك إلا يسيرا أو تنعدم الفائدة البتة، فيكون القصد هو بيع الخدمات المترتبة على الحساب الجاري من الشيكات والبطاقات وغيرها، فحينئذ يقرر الحكم بالجواز اعتبارا لقاعدة: «القليل تابع للأكثر».

وهذا القول من عجيب الأمر وهو خروج عن مسلك التحقيق، فظنُّ القائل انطباق القاعدة على القرض الذي يجز منفعة، منقوض من جهتين:

الأولى: محل القاعدة هو البيع وليس القرض.

الثانية: قصد المتعاقدين على القليل حاصل لما له من حظ من الثمن، بدليل إدخاله في الباقية واتفق على ذلك، فإن لم يكن له حظ فحينئذ للقائل أن يورد المورد السابق، وهذا ما يفهم من عبارات الفقهاء، فقد جاء في البحر الرائق: «الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودا»^{٧١}.

فاستبان من ذلك أن ما ذكر من سبب الجواز تعليلا بالقاعدة ليس بالمرضي في مساق التحقيق فكان تقديرا غير منصب على محل القاعدة.

وفي خاتمة المسألة الأولى لنا أن نذكر ما يلي:

- ١- الباقية بالوصف المذكور غير جائزة. من وجهين أصليين: وهما وجه القرض الذي جر منفعة، ووجه اجتماع البيع مع السلف. وغير جائزة كذلك من وجه اعتبار المآل وما في حكمه.
- ٢- المخرج الشرعي هو فصل العقود ولا تكون في باقية واحدة بحيث يتعاقد لاحقا على بطاقة الائتمان، ويتعاقد على الحساب الجاري وحده دون بقية الخدمات لتحقيق الفصل.
- ٣- درجة التحريم متعددة وفق نوع الدليل ووجهه.
- ٤- تداخل العلل في الحكم الواحد مفيد في أحيان عديدة.
- ٥- الشريعة تحيط الحكم الشرعي بأوجه مختلفة أمرا أو نهيا.
- ٦- للقصد أثر في بناء الحكم ولكن ليس دائما.
- ٧- أدلة الشرع متناسقة وخادمة لبعضها البعض.
- ٨- التعليل بالقواعد محمود بشروط.



المسألة الثانية: اجتماع الصرف ببدل المثل مع الإيداع في الحساب الجاري

تصوير المسألة:

تصوير المسألة يكون على أكثر من وجه، ومنها ما يلي:

زيد فتح حسابا جاريا في بنك الهدى بعملة الدرهم ثم أتى بمبلغ من الدولار، أو من خلال بطاقة. لوضعه في الحساب، فاشتراط عليه صرف المبلغ بعملة الدرهم ببدل المثل.

وبهذا التصوير نورد إيراد صفة المسألة بالصيغة الآتية:

- أقرضك بشرط الصرف. وكلاهما حال أو أحدهما سابق على الآخر لكنه مترتب عنه، والمقرض هنا اشتراط شرطا يناقض مقصود القرض. وفهم هذا لانعقاد العقدة عليهما معا فهما مقصودان ومعتبران عند المتعاقدين.
- اقترض منك بشرط الصرف. وكلاهما حال أو أحدهما سابق على الآخر لكنه مترتب عنه بالضرورة والتلازم.

الحكم الشرعي وفق سد الذرائع وفتحها:

الحكم الشرعي المخصص لهذه النازلة وإن كان يعتمد على ما ذكرناه في مسألة الباقية غير أنه تتميما للفائدة، فإنه لا بد من استيفاء المطلوب بالقضايا الآتية:

أولا: تعدد مناسبات المسألة وتدافعها:

بما أن الحاصل هو الجمع بين الصرف والقرض على الشرط أو العرف فإن ذلك علة على التحريم كما سقناها سلفا، لأن الصرف من البيع، بل هو أقوى منه في بعض الأحكام، حيث إن الاجتماع وصف مؤثر واعتبره الشارع بعينه علة للحكم ذاته، فصار الحكم منوطا به. ولكن هذا المنطوق غير منقطع بالمناسبات والصفات الأخرى، فإن لها تأثيرا حتما فهي متضمنات معتبرة، ولقد قلنا بأن العلل الفقهيية في مسألتنا خادمة لأصل النص ولا تخصصه ولا تعكر الاستدلال بمنطوقه.

ثانيا: الاستدلال بالبرهان الاعتلالي:

ولنا أن نصل إلى الحكم أيضا سيرا على طريق البرهان الاعتلالي بالشكل الآتي:
الجمع علة الربا [أو علة أخرى] والجمع موجود في نازلتنا فيجري الحكم نفسه عليه.
وإن قيل لا نسلم بعللة الجمع، فحينئذ تسقط النتيجة لسقوط المقدمة الأولى.



ولنا أن نقول: إن المنازعة مقبولة ولكن إن احتكمتنا إلى الأدلة الشرعية فإننا نجدها لا تخدم إلا الطريق الذي سلكناه.

ثالثا: الاستدلال على الحكم بخاصية النازلة.

إن الأصل في اختيار العقد أنه يكون على جهة الأفراد، حيث إن عمد المتعاقدان إلى إضافة غيره، فإن ذلك مقصود، أملا في تحصيل ما لا يمكن تحصيله من العقد المنفرد، وهذا من عوارض المسألة التي تعتبر أدلة عليها.

والظاهر أن الأخذ بحديث النهي عن بيع وسلف لا يفضي إلى الحرج، ومن ثم يبقى على منطوقه، لأن الخروج عن العموم معتبر إذا أفضى إلى الحرج، ف«الأصل إذا أدى حمله على عمومه إلى الحرج فهو غير جار على استقامة»^{٧٣}. وهذا ما يسمى بالاستدلال على الشيء بخاصيته، وأنها مقصودة للمتعاقدين اعتبارا ومنفعة.

رابعا: المنع بدليل سد الذرائع

وعليه نصل بذلك كله إلى منع المسألة وفق سد الذرائع؛ فالمتأمل في هذا مستصحا اتفاق أهل العلم على تحريم الجمع^{٧٣} باعتباره علة أصلية سيجد أن هذا يدخل فيما «يكثُر ويعلم على القطع والثبات أن الشرع حكم فيها بالمنع لأنها ذرائع المحرمات والربا أحق ما حميت مراتعه وسدت طرائقه»^{٧٤}.

خامسا: حكم المسألة من سد الذرائع إلى فتحها ثم إلى سدها:

عرض النازلة من جهة فتح الذرائع واجب لأمرين اثنين:
الأول: أن الأحكام منوطة بتحقيق مصلحة الإنسان، والأخذ بفتح الذرائع يؤدي إلى جلب المصالح وتحقيق المقاصد. وفتح الذرائع لها علاقة واضحة بالمقاصد فذريعة المحرم قد تكون محرمة ووسيلته غير محرمة؛ فتفتح، وذلك إذا أفضت إلى مصلحة شرعية راجحة كما سبق الحديث في مسألة الباقية.

الثاني: الوصول إلى حكم مناسب للمصالح الشرعية الراجحة يعتمد على تيقن أو ظن أنه لا تحصل إلا بفتح الذرائع، فكأن فتح الذريعة فعلا ووسيلة وحيدة ولازمة للوصول إلى مأمور به. فالنظر إلى الوجه الآخر من المسألة يفيدنا أن الصرف ببدل المثل ينفي وجود منفعة لأحدهما

٧٢- الموافقات ٢/٢٣٠

٧٣- يقول القرطبي في الجامع: واتفق العلماء على منع الجمع بين بيع وسلف « ١/٥٢٤

٧٤- الجامع لأحكام القرآن، القرطبي/١، ٦١٤.



وهو الذي لا يقتضيه الحساب الجاري، وعليه تكون المسألة جائزة فتحا للذريعة.

غير أننا نؤكد على أن اعتبار فتح الذرائع يستلزم مراعاة أمرين:

الأول: التأكد من أن الذرائع نفسها وسيلة شرعية وهذا غير ظاهر عندنا في نازلتنا.
الثاني: المقصد الذي من أجله انقلب الحكم من التحريم إلى الجواز معتبر شرعا، وهذا يقتضي كون فتح الذرائع أقل مرتبة من المقصد المعتبر، فلا يجوز اعتماد وسيلة حرام للوصول إلى مندوب. وهذا ظاهر في النازلة حيث البديل متوفر والانسلاخ من الشرط ممكن.

معارضة في مساوقة ثبوت انتفاء المحاباة

إن قيل: إن بعض أهل العلم ذهب إلى أن المراد بالحديث هو تحقق شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين لا يقتضيه العقد، حيث في المسألة منفعة للمتعاقدين معا.
ونقول: هذا الحكم يسلم به إن لم نعتبر عللا أخرى سقناها في حكم الباقية. ولم نستحضر مقصد الشريعة من تحريم الربا ودرجته وما ورد فيه من تحذير، وهذا ما يجعل فتح الذرائع ليس مدخلا آمنا، فنصير إلى سدها مرة أخرى. لأننا نرى -والله أعلم- أن الجمع نفسه تهمة صالحة للتعليل بها، وليس كما يفهم من كون المحاباة في الثمن هي العلة الأظهر، فتلك نحسبها علة لاحقة أو تهمة ترتبت عن التهمة الأولى واستلزماتها.
وهنا نرى فوائد مرجوة في التأكيد على أن الذرائع ليست بابا واحدا وإنما هي أبواب متفرقة منها: - حصول الريبة اعتبارا لما رواه الترمذي وابن ماجه عن عطية السعدي رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين، حتى يدع ما لا بأس به حذراً مما به بأس»^{٧٥}، وهذا تحذير بليغ درءا للخروج عن قواعد الدين، والناس لم «يتركوا كل ما لا بأس به، وإنما تركوا ما خشوا أن يفضي بهم إلى مكروه أو ممنوع»^{٧٦}.
- اتقاء الشبهات وهذا ما تؤكدُه نصوص عديدة، ومن ذلك حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «الحلال بين والحرام بين، وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى المشبهات، استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات كراع يرعى حول الحمى يوشك أن يواقعها ألا وإن لكل ملك حمى، ألا إن حمى الله في أرضه محارمه»^{٧٧}. ومن المعلوم أن «الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبني على الاحتياط»^{٧٨}.

وهذا كله حاصل في صورتنا.

٧٥- سنن الترمذي، كتاب صفة القيامة والرقائق والورع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم باب ما جاء في صفة أواني الحوض، رقم: ٢٣٥٥.

٧٦- الموافقات ٤/٦٦.

٧٧- صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي. باب فضل من استبرأ لدينه رقم: ٥٠٠.

٧٨- المبسوط للسرخسي، ١٧/٩٩.



المسألة الثالثة: اجتماع السحب من أجهزة الصرف الآلي ATM لمصرف آخر مع أداء عمولة المثل مقابل الخدمة

يجدر ذكر أن قصدنا من المسألة اندراجها فيما سبق من أحكام في صور مشابهة درءا للتكرار،

تصوير المسألة:

في المسألة صورتان:

الصورة الأولى:

صاحب الحساب الجاري يستخدم بطاقته في جهاز صراف لغير البنك الذي فتح فيه الحساب الجاري ويتحمل العميل عمولة المثل في استخدام البطاقة في ذلك الجهاز.

توصيف العلاقة:

١- حامل البطاقة مقرض

٢- البنك الذي فتح فيه الحساب الجاري مقترض

٣- البنك الذي سحب منه مقدم خدمة توصله لماله، حيث تتم المقاصة في نفس اللحظة ليحترز بهذا عن القرض من البنك غير المصدر للبطاقة فهذا البنك هو قدم عملا اجارة أعمال.

وعليه يجوز أخذ المبلغ بالنسبة للبنوك المسحوب منها سواء كان مبلغا مقطوعا أم نسبة مئوية.

الصورة الثانية:

صاحب الحساب الجاري يستخدم بطاقته في جهاز صراف لغير البنك الذي فتح فيه الحساب الجاري ولا يتحمل العميل عمولة المثل في استخدام البطاقة في ذلك الجهاز.

توصيف العلاقة:

١- حامل البطاقة له وصفان:

الأول: مقرض من حيث علاقته مع البنك الذي أصدر البطاقة.

الوصف الثاني. ومقترض من حيث علاقته مع البنك الذي سحب منه.

بالنسبة للوصف الأول فلا ينبغي أن يستفيد من اية رسوم يدفعها البنك عنه للبنك المسحوب منه درءا للوقوع في قرض جر منفعة.



أما بالنسبة للوصف الثاني، فلا يجوز للبنك المسحوب منه أن يأخذ أية زيادة عن التكاليف الفعلية درءاً للوقوع في الربا وإن أخذها من البنك المصدر للبطاقة فلا يجوز أيضاً ما دام البنك المصدر للبطاقة سيدفعها من أجل الزبون فيكون الزبون حينئذ واقعا في قرض جر منفعة.

٢- البنك الذي فتح فيه الحساب الجاري مقترض من حيث علاقته مع حامل البطاقة ومضمون عنه من حيث علاقته مع البنك الذي سحب منه.

٣- البنك الذي سحب منه ضامن للبنك المصدر للبطاقة ومقرض لحامل البطاقة. فيكون الحكم عدم جواز أخذ أكثر من أجره المثل وذلك بمبلغ مقطوع سدا للذريعة في الوقوع في الربا.

المسألة الرابعة: اجتماع الحوالة المصرفية بعوض المثل مع الإيداع في الحساب الجاري

تصوير المسألة:

١- زيد من الناس عنده حساب جار فيه رصيد في بنك الهدى وطلب من البنك نفسه أن يحول ١٠٠٠ درهم إلى عمرو مقابل عمولة قدرها ١٠ درهم وهي العمولة المتداولة. في هذه المسألة اشتراط صراحة أو عرفاً لأجل فتح الحساب الجاري في البنك، والذي يقتضي قيام البنك بعمل التحويل متى طلب العميل ذلك. فهنا جمع بين قرض والمتمثل في الحساب الجاري والحوالة باعتبارها إجارة عمل. أو قرض بوعد ملزم من البنك بالقيام بعمل بعوض المثل. وما يقوي هذا أن البنك قد يرفض القيام بعمل التحويل حتى بدون ابداء الأسباب وليس في العقد ما يدل على ذلك. وإن وجدت عقود تدل على ذلك فتكون قرضاً مقابل عمل متفق عليه من حيث المبدأ، ولكن لم ينفذ وهذا أوضح في حالة التحويل عن طريق الصراف الآلي.

٢- زيد من الناس عنده حساب جار ليس فيه رصيد في بنك الهدى وطلب من البنك نفسه أن يحول ١٠٠٠ درهم إلى عمرو مقابل عمولة قدرها ١٠ درهم. والبنك طلب من زيد أن يودع المبلغ في حسابه.



وهذه مثل سابقتها مع اختلاف ضعيف وهو: أن الحساب الجاري لم يكن فيه رصيد، وعليه فتكون أوضح في اشتراط القرض ابتداء ولكن إذا كان المبلغ الذي وضع كله سيحول فسيكون الشرط حينئذ غير ذي تأثير.

٣- زيد من الناس ليس عنده حساب جار في بنك الهدى وطلب من البنك أن يحول ١٠٠٠ درهم إلى عمرو مقابل عمولة قدرها ١٠ درهم. والبنك طلب من زيد أن يفتح حسابا جاريا مع إيداع المبلغ فيه. هذه المسألة واضحة في اشتراط القرض من أجل قيام البنك بعمل التحويل مع أخذ عمولة عوضا عن عمل البنك في التحويل.

فهنا اشكالان شرعيان:

- أ- جمع بين قرض والمتمثل في الحساب الجاري والحوالة باعتبارها إجارة عمل.
- ب- أخذ مبلغ على التعاقد وهو المتمثل في الحوالة بدليل أن البنك سيأخذ أجره على عمله.

وينطبق على حكم هذه المسألة ما ذكر سلفا

المسألة الخامسة: خطاب الضمان

طبيعة عقد الضمان:

الذين بحثوا في خطاب الضمان كثيرون وقد أكدوا أن خطاب الضمان هو مثل الضمان المعروف في الفقه الإسلامي ويعني أن الضامن مستعد وملتزم لأن يدفع للدائن مبلغ الدين إذا لم يدفع المدين ما عليه من الدين وهذا المعنى هو الحاصل في خطاب الضمان من حيث تعريفه ومفهومه.

وطبيعة الضمان أنه طلب للقرض من المضمون عنه واستعداد للقرض من الضامن، وفيه معنى الاستيثاق إذا وجد قدر من قصد المتعاقدين، ويظهر في شكله ولكن القصد الغالب هو القرض بدليل حصول الاتفاق على ضمان للقرض وتسديد الضامن دين المضمون عنه للمضمون له.

وفي البنوك الربوية يقدمون خطاب الضمان بالمقابل وحكم هذا الفعل التحريم في الفقه الإسلامي.



حكم الضمان بالجعل. عدم الجواز، قال الحطاب: «ولا خلاف في منع ضمان بجعل»^{٧٩}. والظاهر أن الجعل يحصل عليه الضامن عند انتهاء العلاقة بين المدين والدائن. ولا يمنع من الحصول عليه قبل، لأنه معلوم مسبقا.

علل تحريم الضمان بجعل وتوجيهها بالمناسبة.

العلة الأولى: من أكل أموال الناس بالباطل، وذلك في حالة يكون المضمون عنه قد أدى ما عليه من الدين بحيث لم يسدد الدين الضامن. **توجيه هذه العلة:**

إن الضامن أخذ عوضا وفق سنن متبعة ولكن لا علة لها في الشرع وهذا ما ستؤكدده علل لاحقة. والأصل في هذا قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا»^{٨٠} وَالْبَاطِلُ، هُوَ الَّذِي لَا يُفِيدُ وَقَعَ التَّعْبِيرُ بِهِ عَنْ تَنَاوُلِ الْمَالِ بِغَيْرِ عَوْضٍ فِي صُورَةِ الْعَوْضِ^{٨١}، وهي آية تعتبر من قواعد المعاملات، وأساس المعاوضات؛ والآية نهى صريح عن أكل مال الإنسان بدون رضاه، وهو نهى مطلق والأصل في النهي التحريم، فكل عقد فيه معنى النهي فهو فاسد لأن النهي يقتضي الفساد؛ فالله عز وجل أمرنا أن نأكل الحلال وهو الغالب وهو الأصل، فقال تعالى: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ»^{٨٢}.

العلة الثانية: سلف جر منفعة. وذلك في حالة يكون الضامن هو الذي دفع الدين.

توجيه هذه العلة:

أن الضامن أخذ عوضا وفق سنن متبعة ولها علة في الشرع ولكنها ملغاة في هذا الموطن، وفي هاتين العلتين: يقول الدردير: «الغريم إن أدى الدين لربه كان الجعل باطلا، فهو من أكل أموال الناس بالباطل، وإن أتاه الحميل لربه، ثم رجع به على الغريم كان من السلف بزيادة فتفسد الحماله، ويرد الجعل لربه»^{٨٣}.

٧٩- مواهب الجليل ٣٩١/٤.

٨٠- النساء ٢٩.

٨١- أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، ٣٢١/١ دار النشر: دار الفكر للطباعة والنشر - لبنان، تحقيق: محمد عبد القادر عطا.

٨٢- البقرة، آية: ١٦٨.

٨٣- حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ٥٧/٤.



العلة الثالثة: تطرق الغرر في العوض.

توجيه هذه العلة:

إن الضامن حين يأخذ عوضاً عن الضمان فليقدر بـ ١٠ دراهم مقابل ضمانه ١٠٠ درهم فإنه لا يعلم هل سيحصل على ١٠ ويسلم من ١٠٠ أم أنه سيخسر ١٠٠ «إن ذلك من بيعات الغرر، لأن من أخذ عشر على أن يتحمل مائة لا يدري هل يفلس من حمل عنه، أو يغيب فيخسر مائة ولم يأخذ إلا عشرة، أو يسلم من الغرامة فيأخذ العشرة»^{٨٤}، ثم أن المضمون له ما طلب الضمان إلا لمظنة عدم الوفاء من المضمون عنه.

العلة الرابعة: الضمان معروف شرط لصحته عدم الزيادة.

توجيه هذه العلة:

يقول الأبهري: «لا يجوز ضمان بجعل لأن الضمان معروف ولا يجوز أن يؤخذ عوض عن معروف وفعل خير كما لا يجوز على صوم ولا صلاة لأن طريقها ليس لكسب الدنيا»^{٨٥} وقد ورد أن «ثلاثة أشياء لا تفعل إلا لله سبحانه ولا يجوز أخذ الأجرة عليها أحدها الضمان والثاني رفق الجاه والثالث القرض وقد جمعها شيخنا العالم المتفطن المرحوم بفضل الله وكرمه أبو محمد سيدي عبد الواحد بن عاشر في بيت فقال: القرض والضمان رفق الجاه*** تمنع أن ترى لغير الله»^{٨٦}.

العلة الخامسة: الضمان منفعة غير قابلة للعوض.

توجيه العلة:

إن «المنافع والأعيان ثلاثة أقسام: منها ما اتفق على صحة قبوله للمعاوضة كالدار وسكناها ومنها: ما اتفق على عدم قبوله لها كالدم والخنزير والميتة ونحوها من الأعيان والقبل والعناق والنظر إلى المحاسن من المنافع ولذلك لا يوجب فيه عند الجناية عليه شيء ولو كان متقوماً لأوجبنا القيمة كسائر المنافع ومنها: ما اختلف فيه كالأزبال وأرواث الحيوان من الأعيان والأذان والإمامة من المنافع فمن العلماء من إجازة ومنهم من منعه إذا تقرر هذه القاعدة فالضمان في الذمم من قبيل ما منع الشرع المعاوضة فيه وإن كان منفعة مقصودة للعقلاء كالقبل وأنواع الاستمتاع مقصود للعقلاء ولا تصح المعاوضة عليها فإن صحة المعاوضة حكم شرعي يتوقف على دليل شرعي ولم يدل عليه فوجب نفيه أو بالدليل الثاني وهو القياس على تلك الصور لا لنفي الدليل المثبت»^{٨٧}.

٨٤- شرح ميارة ٥٥/٢.

٨٥- التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله ١١١/٥.

٨٦- شرح ميارة الفاسي أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي ١٩١/١.

٨٧- الذخيرة ٢٣٨/٥.



هذا وإن الناظر في كل العلل سيجد إحاطة الحكم بتعدد علل وكلها مفسدة. فيقوى حكم التحريم على غيره.

تحريم الضمان بجعل بين سد الذرائع واعتبار التهمة:

أظن أن تحريم الضمان بجعل يكون مرده أمرين:

الأول: سد الذرائع:

الثاني: اعتبار التهمة.

فبالنسبة للأولى:

فمبتناها عدم اعتبار القصد حيث ينقطع عن سد الذرائع وينفصل عنه لارتباطه بالشكل والمال والغير، لأن ما طريقه المصالح وقطع الذرائع لا يخصص في موضع من المواضع. ومن المعلوم أن سد الذريع نعتبها عند عدم وجود علة ظاهرة. ولهذا العلل كلها مستنبطة وليست نصية.

والنظر في كتب الفقه سنجد ما يدلنا على العلاقة بينهما :

- جاء في منح الجليل: «سلم شيء في أقل أو أدنى منه من جنسه لأنه ضمان بجعل وإن لم ينصا عليه سدا للذريعة إلا أن تختلف المنفعة باختلاف أفراد الجنس الواحد فيجوز سلم بعض أفرادها في بعض آخر مخالف فيها أكثر أو أقل أو أجود أو أدنى منه لأن اختلافها يصير أفرادا لجنس الواحد كجنسين^{٨٨}.
- وفي بلغة السالك: قوله: (وما أدى إلى الحرام حرام): فالحرام؛ كسلف جر نفعاً أو ضمان بجعل أو شرط بيع وسلف أو صرف مؤخر أو بدل مؤخر أو فسخ ما في مؤخر أو غير ذلك...»^{٨٩}.

أما بالنسبة للثانية:

فمبتناها هو التهمة فحينئذ يكون سبب تحريم الضمان بجعل هو التهمة التي تكون قابلة للتعميم وقد يؤول الأمر إلى دفع الدين، فيكون قد أخذ قرضه مضافا إليه مقابل الضمان. فالتهمة تعتبر اعتبارا لمصلحة الغير، واعتبارها هو استثناء حيث تكون المسألة في أصلها جائزة ولكن اعتبار التهمة جعلتها محرمة.

٨٨- منح الجليل ٥/٣٤٤.

٨٩- بلغة السالك أحمد الصاوي ٣/٦٩.



ومن أمثلة هذا في المذهب المالكي:

- ١- زيد باع هاتفًا بالأجل ٥ أيام لعمره بـ ١٠ درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه بـ ١٠ نقداً.
 - ٢- زيد باع هاتفًا بالأجل ٥ أيام لعمره بـ ١٠ درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه بـ ١١ نقداً.
 - ٣- زيد باع هاتفًا بالأجل ٥ أيام لعمره بـ ١٠ درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه بـ ١٠ لأجل ٥ أيام.
 - ٤- زيد باع هاتفًا بالأجل ٥ أيام لعمره بـ ١٠ درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه بـ ٩ لأجل ٣ أيام.
 - ٥- زيد باع هاتفًا بالأجل ٥ أيام لعمره بـ ١٠ درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه بـ ١٠ لأجل ٣ أيام.
 - ٦- زيد باع هاتفًا بالأجل ٥ أيام لعمره بـ ١٠ درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه بـ ٩ لأجل ٣ أيام.
 - ٧- زيد باع هاتفًا بالأجل ٥ أيام لعمره بـ ١٠ درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه بـ ١١ لأجل ٣ أيام.
- وهذه الصور محرمة كلها: لمن يتهم على ضمان بجعل، وإلا فإن التهمة إذا انتفت تصير الصور جائزة.
- وهنا لا بد أن تكون التهمة قوية، فالملكية -ولست متأكداً عند غيرهم- يعتبرون التهمة في الضمان بجعل إذا كانت قوية فإذا كانت ضعيفة فلا تعتبر.

جاء في الذخيرة: «يتمتع اشتراط ضمان ما يتأخر قبضه ليومين لأنه ضمان بجعل إلا في العين لأنها لا تتعين وجوزه غيره في الجميع إذا حُبس لركوب أو خدمة لقرب الأجل أو لأنه لما اشترط الركوب فهو كالمكتري لذلك ومقتضى هذا: الجواز في القليل والكثير غير أن التهمة يقوى القصد إليها في البعيد في الضمان بجعل»^{٩٠}.

- وجاء في الشرح الكبير للدردير: «كضمان بجعل» أي كبيع جائز في الظاهر يؤدي لذلك كبيع ثوبين بدينار لشهر ثم يشتري منه عند الأجل أو دونه أحدهما بدينار فيجوز ولا ينظر لكونه دفع له ثوبين ليضمن له أحدهما وهو الثوب الذي اشتراه مدة بقائه عنده بالآخر لضعف تهمة ذلك لقلته قصد الناس إلى ذلك وأما صريح ضمان بجعل فلا خلاف في منعه لأن الشارع جعل الضمان والجاه والقرض لا تفعل إلا لله تعالى فأخذ العوض عليها سحت»^{٩١}.

٩٠- الذخيرة ٤٧٨/٥.

٩١- الشرح الكبير للدردير ٧٧/٣.



وهذا سقناه من أجل إظهار النظر الفقهي، وإلا فإن الضمان بجعل كما في حالة خطاب الضمان لا يستدعي استحضار التهمة في تنزيل الحكم لأن القصد معبر عنه فالطرفان يقصدان ذلك ويصرحان به، ويؤكد هذا القوانين التي تعتبر الضمان تعهدا. وقال ابن بشير «ينبغي أن الخلاف خلاف في حال فمتى ظهر القصد منع»^{٩٢}.

حكم الضمان بالجعل وفق مقتضيات الحكم الوضعي.

المألوف الأصولي يباين بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي، فالأول مرتبط بفعل المكلف وقدرته وعلمه، بينما الحكم الوضعي فالأصل فيه أنه غير مرتبط بفعل المكلف وقدرته وعلمه، حيث هو إخبار فحسب، وسمي بذلك لأنه شيء وضعه الله تعالى في شرائعه (أي جعله دليلا وسببا وشرطا) لا أنه أمر به عباده ولا أناطه بأفعالهم من حيث هو خطاب وضع^{٩٣}.

وحكم الشرط والسبب والمنازع حاصل بوضع الشرع، وهي تتقدم على الحكم التكليفي.

وعلة ذلك يتقرر لدينا أن القرض بدون جر المنفعة شرط لصحته من أجل أن يحقق مقصوده، فالشريعة نصبت للقرض شرط عدم جره للمنفعة وانعدامه يؤدي إلى الفساد لانعدام تحقق مقاصد الشريعة. فيكون الضمان بجعل فاسدا لانعدام توفر الشرط. وهنا ملحظ معتبر وهو أن الشرط يأخذ حكم العلة؛ فإذا فقد شرط التبرع يكون سببا لتحريم القرض.

هذا وبالله التوفيق.

٩٢- مواهب الجليل ٣٩١/٤.

٩٣- ينظر شرح تنقيح الفصول للقرائفي ص: ٦٨.