



بدعم



المعهد الإسلامي للبحوث والتجارة
البنوك الإسلامية للتعمير

تنظيم



شورى للاستشارات الشرعية
Shura Sharia Consultancy



مؤتمر

شورى الفقهية

SHURA FIQH

Conference

7

20-19 ديسمبر 2017

2-1 ربيع الآخر 1439

البحث الرابع

تعليق العقد على شرط في عقدي (المرابحة والإجارة المنتهية بالتمليك)

المملكة الأردنية الهاشمية

فضيلة الشيخ أ. د. عبدالناصر أبوالبصل

أستاذ بقسم الاقتصاد والمصارف الإسلامية - جامعة اليرموك

الرعاية البلاتيني



الرعاية الرئيسي

الشركة الكويتية العالمية للتأمين التكافلي
KUWAIT INTERNATIONAL TAKAFUL INSURANCE CO.



الرعاية الفضي



الرعاية الذهبية





الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد،
فعلى الرغم من تطور المعاملات وتنوعها في المصارف الإسلامية؛ إلا أن (عقد المرابحة للأمر بالشراء) وتنوعه، (وعقد الإيجار المنتهي بالتمليك) يمثلان أكثر العقود تطبيقاً في عمليات التمويل، وخاصة بالنسبة للتمويل الفردي؛ حيث إن هذين العقدين يلبيان عدداً من الحاجات الأساسية أو الضرورية للأفراد، وتكون المصارف الإسلامية بابتكارها لهذين العقدين قد قدمت خدمات جلييلة للمجتمع، وخاصة الذين لم يصلوا إلى مرتبة الغنى الذي يمكنهم من شراء حاجاتهم، من السكن والأثاث ووسيلة التنقل كالسيارة وكذلك آلات الحرفة والزراعة والصناعة وغيرها، مما يمكن تمويله عبر عقدي المرابحة والإجارة المنتهية بالتمليك (1).

وعلى الرغم - أيضاً - من أن المصارف الإسلامية ومؤسسات التمويل قد اعتمدت على هذين العقدين منذ فترة ليست بالقليلة، ومنذ بدء العمل بهما تناولهما الباحثون ودور الفتوى والمعنون بأمر إبداء الرأي الشرعي في النوازل والمستجدات، فكانت الفتاوى الصادرة عن المجامع والهيئات الشرعية والرسائل الجامعية والبحوث المتخصصة، مما يؤكد القول بأن حركة الابتكار - في مجال المعاملات المصرفية تبعاً لحاجة المجتمع إلى معاملات - تلبية للمستجدات والحاجات؛ أوجد ذلك كله "حراكاً فقهياً" وبحثياً لا يزال منعقداً ومستمرًا، ومن هذا "الحراك الفقهي" ما نحن بصده اليوم في مؤتمر "شركة شورى الفقهي السابع" الذي تناول عدداً من القضايا، منها دراسة مقترح جديد مضمونه "إعادة تخريج" عقد المرابحة للأمر بالشراء على مسألة البيع المعلق وإلغاء فكرة الوعد الملزم التي بني عليها العقد ابتداءً إبان طرحه للعمل في معاملات المصارف، كما يتضمن الاقتراح "تخريج بناء نقل ملكية العين المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتمليك على الهبة المعلقة على شرط أداء أقساط الإجارة جميعها".

وقد تناولت هذين المقترحين وفق الخطة الآتية:
المطلب الأول: تعليق البيع على شرط مستقبلي.

(1) بغض النظر عن الآراء المخالفة لهذين العقدين أو لأحدهما أو لبعض المشكلات التي تعترض تطبيقهما في المصارف المختلفة.





المطلب الثاني: تخريج المراجعة للأمر بالشراء على مسألة البيع المعلق.
المطلب الثالث: تخريج تملك العين المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتمليك على البيع المعلق على شرط، أو الهبة المعلقة على شرط.

وبعد ، فما سطرته في هذا البحث مجرد رأي وحوار، وكما نقل الإمام الذهبي عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة، أن أبا حنيفة كان يقول: «هذا الذي نحن فيه رأي لا نجبر عليه أحدا، ولا نقول يجب على أحد قبوله، فمن كان عنده أحسن منه فليأت به»¹.

المطلب الأول

تعليق البيع على شرط مستقبلي

التعليق كما يقول ابن نجيم: "ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون أخرى" (2)، وبطبيعة الحال سيكون المعلق عليه أمرا مستقبليا غير مؤكد الحدوث، ولكنه ممكن وليس مستحيلا؛ ولهذا يصرح الفقهاء بأن التصرفات -ومنها العقود- إذا علق على أمور كانت من الماضي أي أنها حدثت فعلا؛ فالعقد منجز وليس معلقا إلا لفظا وليس حقيقة، أما إذا كان المعلق عليه غير ممكن الحدوث بأن كان مستحيلا كأن يقول بعتك السيارة هذه إذا عاد جدي إلى قيد الحياة وجده ميت، ففي الحالة الأولى يظهر بجلاء اتجاه ارادة المتعاقد لتنجز العقد وتأكيد انعقاده بشكل بات، وفي الثانية اتجاه إرادته إلى عدم التعاقد لتعليقه العقد على أمر مستحيل.

وإذا كان تعليق العقد يتمثل بـ "ربط انعقاد العقد بحصول الشرط المعلق عليه": فهذا يعني أن التعليق يمنع الانعقاد، لأنه- أي التعليق - يدخل على سبب نقل الملك في المبيع فيمنع حدوثه، ولا يعني تأجيل الالتزامات إلى وقت مستقبلي، فذلك أمر آخر له أحكامه.

آراء العلماء في تعليق العقود:

هذه المسألة بحثها فقهاء المذاهب الأربعة كما بحثها الفقهاء المعاصرون على حد سواء، وفيما يأتي خلاصة بحث الفقهاء لهذه المسألة:

(1) مناقب أبي حنيفة وصاحبيه للذهبي (34)

(2) الأشباه والنظائر\1\317





أولاً : رأي فقهاء المذاهب في مسألة التعليق:

اختلف فقهاء المذاهب في مسألة تعليق العقود والتصرفات إلى قولين رئيسين:
الأول : للجمهور وهم المذاهب الأربعة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة حيث ذهبوا إلى عدم جواز تعليق عقود التمليكات بالشرط المستقبلي (1).
والثاني: للحنابلة في رواية ثانية عن الإمام أحمد اختارها ابن تيمية وابن القيم (2) ووفق هذه الرواية يجوز تعليق العقود كافة بالشرط المستقبلي.

ومن نصوص فقهاء المذاهب في هذه المسألة:

قول الزيلعي: "التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات؛ لأنه من باب القمار وأنه منهي عنه، وما هو من باب الإسقاط المحض الذي يحلف به يجوز تعليقه مطلقاً، وذلك مثل الطلاق والعتاق، وما هو من باب الإطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم، وكذا التحريضات. قال عليه الصلاة والسلام - «من قتل قتيلاً فله سلبه»، وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة في غزوة فقال: إن قتل زيد فجعفر، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة»، رواه البخاري. فإذا عرفنا هذا جئنا إلى ما ذكر في الكتاب فنقول: البيع معاوضة مال بمال فيفسد بالشروط الفاسدة لما روينا، ولا يجوز تعليقه بالشرط مطلقاً إن كان الشرط بكلمة إن، بأن قال: بعت منك إن كان كذا، ويبطل البيع به سواء كان الشرط نافعا، أو ضارا، إلا في صورة واحدة، وهو أن يقول بعت منك هذا إن رضي فلان به، فإنه يجوز إذا وقته بثلاثة أيام؛ لأنه اشتراط الخيار للأجنبي، وهو جائز" (3)

قول الزرقاني: "لا يقبل البيع تعليقاً إلا في مسألة وهي من اشترى عرضاً أو حيواناً أو عقاراً كما في (ص) 4 وطلب البائع الإقالة فقال له المشتري: أخاف أن تبيعه لغيري، فقال: إن أو إذا بعته لغيرك فهو لك بالثمن الأول أو بالذي أبيعه به، فأقاله المشتري، فإذا باعه البائع لغيره فهو له إن باعه بالقرب كيوم ونحوه قياساً على القرب في بيع الثنيا،، ومسائل التعليق

(1) انظر: الزيلعي: تبين الحقائق 131\4 ، شرح الزرقاني على خليل 8\5 ، الشيرازي : المهذب 19\2 ،

المقديسي:الشرح الكبير85\5

(2) أنظر: ابن القيم إعلام الموقعين 23\4 ، ابن تيمية : قاعدة العقود أو (نظرية العقد) ص 209-210

(3) الزيلعي : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق 131\4

(4) يقصد الناصر اللفاني ، إليه انتهت رئاسة المالكية بمصر ،أنظر ترجمته في شجرة النور الزكية





ثلاث، الأولى، تعليق البيع، وهذا لا ينعقد به إلا في المسألة السابقة، وكذا لا ينعقد به النكاح قال (عج) (1):

لا يقبل التعليق بيع والنكاح ... فلا يصح بعت ذا إن جا فلاح

أي إن ذلك ليس بعقد لا حالاً ولا مائلاً، الثانية: تعليق لزومه كأبيعك بشرط أن (لا يمضي) (2) البيع إلا بدفع الثمن، وهذه جائزة معمول بها كما لأبي الحسن على المدونة، الثالثة: أن ينعقد البيع بينهما ثم يقول البائع إن لم تأت بالثمن لكذا فلا بيع بيننا فهذا يبطل الشرط ويجوز البيع،...، أو إن لم تأت بالثمن لكذا فلا بيع " (3).

قول الشيرازي: "ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كعميء الشهر وقدوم الحاج لأنه بيع غرر من غير حاجة فلم يجز" (4).

قول الميهوتي: "أن يشترط البائع (شرطاً يعلق البيع عليه كقوله: بعتك إن جئتني بكذا أو بعتك (إن رضي فلان) وكذا تعليق الشراء، كقبلت إن جاء زيد ونحوه فلا يصح البيع؛ لأن مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع والشرط هنا يمنعه" (5).

أما نصوص الرأي الثاني فمنها:

قول ابن القيم "إذا كان له داران فاشترى منه إحداها على أنه إن استحقت فالدار الأخرى له بالثمن، فهذا جائز؛ إذ غايته تعليق البيع بالشرط، وليس في شيء من الأدلة الشرعية ما يمنع صحته، وقد نص الإمام أحمد على جوازه فيمن باع جارية، وشرط على المشتري أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن، وفعله بنفسه كما رهن نعله، وشرط للمرتهن أنه إن جاءه بفكاكها إلى وقت كذا، وإلا فهي له بما علمها، ونص على جواز تعليق النكاح بالشرط فالبيع أولى،

(1) يقصد الشيخ علي الاجهوري ، له حاشية على خليل ، أنظر: مخلوف :شجرة النور الزكية 405\1

(2) في اصل نص الزرقاني (ينعقد) وما اثبتناه من تصحيح البناني على الزرقاني حيث قال (فما استظهره عج من خلافه لا يعتد به وقول ز كأبيعك بشرط أن لا ينعقد البيع الخ صوابه بشرط أن لا يمضي البيع كما يدل عليه سياقه) حاشية البناني 8\5

(3) شرح الزرقاني على خليل 8\5

(4) الشيرازي : المهذب 2-18-19 ، ابن الرفعة :كفاية النبيه 9\72

(5) الميهوتي : كشاف القناع 3\195 وانظر كذلك المقدسي :الشرح الكبير 4\58





ونص على جواز تعليق التولية بالشرط كما نص عليه صاحب الشرع نصا لا يجوز مخالفته"
(1).

ويقول ابن تيمية في تعليل ما ذهب اليه:

" وذلك أن هذا عقد على صفة معينة لا يتناول غير تلك الصفة، فإن حصلت تلك الصفة حصل العقد، وان لم تحصل لم يكن هناك عقد، فهذا ليس بتغيير، وإنما التغيير أن يعقد له عقدا يأخذ فيه ماله، ويبقى في العوض الذي يطلبه على مخاطرة؛ فإن لم يحصل كان قد أكل ماله بالباطل، فهذا هو الغرر الذي يدخل يبيعه في معنى القمار والميسر الذي حرمه الله ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم تسليما" (2).

ويؤكد ابن القيم رحمه الله في تأييد مذهب شيخه ما نصه (3):

"ليس في الأدلة الشرعية ولا القواعد الفقهية ما يمنع تعليق البيع بالشرط، والحق جوازه، فإن المسلمين على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا" (4).

شروط تعليق العقود:

اشترط الفقهاء عدة شروط ليصح التعليق، معظم هذه الشروط تتعلق بشكلية انعقاد التعليق كأن تكون صيغته متضمنة أداة الشرط، وأن يكون المعلق عليه أمرا ممكنا ومستقبلا، وليس منجزا، وغير ذلك مما يتطلب في صياغة الاشتراط التعليقي؛ غير أن أهم الشروط في نظري شرطان هما:

(1) " أن يكون المتعاقد الممالك (للسلعة أو لمحل العقد) قادرا على التنجيز، أي مالكا للسلعة وقت التعليق، قال ابن مازه البخاري الحنفي: " تعليق العقد إنما يصح إذا حصل في الملك، أو مضافاً إلى ملك يوجب تيقن الجزاء عند وجوده " (5). وقال ابن نجيم في الأشباه : " قَائِدَةٌ: مَنْ مَلَكَ التَّنْجِيزَ مَلَكَ التَّعْلِيقَ " (6)، وكأن المتعاقد لا يملك القدرة على المبيع إذا لم يملك

(1) اعلام الموقعين 23\4

(2) قاعدة العقود (نظرية العقد) ص210

(3) بدائع الفوائد 96\4

(4) البيهقي: السنن الكبرى 405\7

(5) المحيط البرهاني 285\4

(6) الأشباه والنظائر مع غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي 46\4 وانظر الزركشي: المنثور

في القواعد 211\3 ، الأشباه والنظائر للسيوطي 378\1





تنجيز العقد في الحال، وهذا يفهم قول بعض علماء الأصول من الحنفية بأن "البيع مبناه على البدلين لأنه مبادلة المال بالمال عن تراض، لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن، ولهذا يشترط القدرة على المبيع ولا يشترط القدرة على الثمن، وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن، وذلك لأن المقصود من شرعيته الوصول إلى ما يحتاج الإنسان إليه من الانتفاع بالأعيان" (1).

(2) أن لا يترتب على الاتفاق محذور نهى عنه الشرع، ومنعته القواعد الضابطة للعقود، فالنظر في مآلات التصرف بعد إضافة الشروط أو تعديل الصيغ أمر ضروري لئلا يترتب محذور الوقوع في المحذور من العقود.

ثانياً: آراء العلماء المعاصرين في تعليق العقود على شرط مستقبلي.

تطرق العلماء المعاصرون لمسألة تعليق العقود بالشرط واختلفوا كما اختلف السابقون، وسنشير إلى أهم من تناول المسألة بالبحث ممن رجحوا الجواز بوجه عام دون من رجح المنع (2):

أولاً: الشيخ علي الخفيف رحمه الله:

قال الشيخ الخفيف تعليقاً على تعليل الحنفية لمنع تعليق عقود المبادلات والتمليكات والتقييدات: بوجود معنى المقامرة في هذا التعليق ما نصه:

"أقول: هذا تعليل يعم كل عقد ولا يختص بما ذكرناه، وقد لا يتحقق بالتعليق ضرب من ضروب المقامرة، كما إذا علقت المراجعة على مجيء زمن مستقبل، وقد لا تكون المقامرة ضارة، كما إذا علق عزل الوكيل على حضور وكيل آخر، ومن هذا نرى أن التعليل غير سليم، ولم نعثر لهم على تعليل مقنع يعم هذه العقود ولا يتحقق في غيرها مما أجزت تعليقه" (3). ثم ختم عرضه لمذهب الحنفية في التعليق والإضافة بقوله:

"والواقع أن الأنظار في هذا الموضوع مختلفة، وأن خير الآراء ما ذهب إليه ابن القيم وابن تيمية من الجواز إلا ما ورد بالنهي عنه نص من الشارع...." (4).

(1) البخاري: كشف الاسرار على اصول الزدوي 268\1

(2) وهم كثير منهم الشيخ تقي العثماني حفظه الله في كتابه فقه البيوع 480-477\1

(3) الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، ص 245 طبعة دار الفكر العربي

(4) الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، ص 249





فالظاهر من كلام الشيخ رحمه الله ترجيح جواز التعليق لعدم تحقق العلة التي منع بسبب وجودها.

ثانياً: أستاذنا الشيخ مصطفى الزرقاء رحمه الله:

أبدى الشيخ الزرقاء رحمه الله رأيه في عدة مواضع، أهمها ما أورده في المدخل الفقهي العام (1)، ومن ذلك:

(1) قوله تعليقاً على الناحية الخامسة من النواحي التي تتجلى فيها مزايا المذهب الحنبلي في سلطان الإرادة وهي المتعلقة بجواز تعليق التصرف بشرط معلق في جميع أنواع العقود والفسوخ... " حيث قال رحمه الله:

"وصحة تعليق العقود بالشروط هو ما يقتضيه اليوم مبدأ سلطان الإرادة في القوانين الحديثة ومقتضى المادتين 266/265 من قانوننا المدني" (2).

(2) ما أورده في الفصل الثالث والأربعين من المدخل (3) الذي خصصه لأنواع الشروط العقدية (التعليق والتقييد والإضافة)، وفي خاتمة هذا الفصل قال رحمه الله: "هذه خلاصة عن تأثير الشروط في أنواع العقود والتصرفات في الاجتهاد الحنفي، أوجزناها إيجازاً لأنها لم يبق لها قيمة عملية لدينا، فإن الأحكام القانونية في قانوننا المدني وقبله المادة (64) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني السابق لدينا، تقتضي صحة التعليق والتقييد والإضافة في جميع التصرفات والعقود. وهذا التعميم القانوني موافق لآراء ومذاهب اجتهادية في الفقه الإسلامي، كما في المذهب الحنبلي..." (4).

المطلب الثاني

تخريج المرابحة للأمر بالشراء على مسألة البيع المعلق

هذا التخريج اقترحه بعض العلماء المعاصرين ومنهم فضيلة الدكتور العياشي في بحث له عن التعليق في العقود (5). حيث قال: "و ما جعلني أقترح البيع المعلق بديلاً عن الوعد الملزم

(1) الطبعة الجديدة في دار القلم

(2) المدخل الفقهي العام 1/ص 565

(3) من ص 571 - 583

(4) المدخل الفقهي 583/1

(5) د. العياشي فداد بحث بعنوان "التعليق في العقود مع الإشارة إلى بعض التطبيقات المعاصرة، مقدم إلى المؤتمر السادس للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين 14-15/1/2007.





للنظر فيه هو أنه حينما ألحق الوعد الملزم بالمراوحة لم يتم التوصل إلى الفتوى فيه إلا عن طريق التلفيق بين المذاهب كما هو معلوم، بينما بحث التعليق في البيع هو بحث أصيل تحدث فيه أهل العلم تفصيلاً واختلفوا فيه، والأخذ برأي القائلين بجوازه - في حال كونه مناسباً - يبعد المراوحة عن الصورية والاعتماد على التلفيق" (1).

وحتى تتحقق هذه النتيجة يفترض اختصار إجراءات المراوحة للأمر بالشراء إلى بيع مراوحة معلق على تملك السلعة وبهذا تلغى إجراءات أهمها:

- (1) الأمر بالشراء (للسلعة الموصوفة).
 - (2) الوعد بالشراء من قبل الأمر.
 - (3) الوعد بالبيع من قبل المصرف (حال وجوده).
- وتصبح الخطوات على النحو الآتي:
- (1) إبرام عقد بيع (مراوحة) معلق بين المشتري (الأمر بالشراء سابقاً) والمصرف، ويكون العقد متضمناً لمواصفات السلعة ومتضمناً للثمن (القسط غالباً) والمتضمن للأرباح التي سيربحها البائع (المصرف) وبقية المسائل الجوهرية.
 - ويكون هذا العقد ملزماً لطرفيه، وهو موافق للعقد المعلق على شرط واقف (موقف) الذي نصت عليه القوانين المدنية (2).
 - (2) إبرام عقد بيع بين المصرف ومالك السلعة (التي عقد عليها عقد البيع المعلق السابق).
 - (3) بمجرد تملك المصرف (للسلعة الموصوفة) تنتقل ملكية السلعة للمشتري في العقد المعلق حسب قواعد التعليق مباشرة.

وفي هذه الخطوات ووفق هذا المقترح تبرز الملحوظات الآتية:

أولاً: أن السلعة قد توارد عليها عقدان، المصرف طرف في العقدين، مرة بائع وأخرى مشتري، وهو بائع في العقد الأول الذي سبق العقد الثاني الذي كان فيه مشترياً للسلعة، حيث إن تاريخ العقد المعلق سابق لتاريخ العقد الثاني.

ثانياً: أن المصرف (البائع) في العقد المعلق قد باع السلعة على فرض تملكها أو حال تملكها (في الشرط المعلق عليه)، والمشتري علق الشراء على شرط تملك المصرف (البائع) للسلعة،

(1) د. العياشي: التعليق في العقود ص 16 (منشور على الانترنت).

(2) انظر المدخل لفتاوى الشيخ الزرقاء رحمه الله





وسواء أكان الإيجاب من المشتري (شراء معلق على تملك المصرف للسلعة) أو من المصرف (البائع) والإيجاب بيع معلق على تملك المصرف للسلعة، فالنتيجة واحدة، أننا أمام عقد بيع مرابحة معلق) المالك فيه (وهو المصرف) لا يملك السلعة محل العقد ثالثاً: أن العقد المعلق ينعقد سبباً لحكمه الذي يترتب حال وقوع الشرط المعلق عليه، وهذا يعني أن ملكية المبيع تنتقل للمشتري فور تملك المصرف لها دون حاجة إلى أي إجراء جديد، وهذا الملحوظ لا يثير إشكالاً في السلع التي لا تستلزم (التسجيل) (كالمنقولات من أثاث ومواد بناء وغيرها...) حيث القبض والتخلية متيسرة لإتمام العقود وإجراءاتها، أما العقارات والسيارات التي تستلزم (التسجيل) في الدوائر المختصة في الدولة؛ فالأمر يكتنفه بعض الصعوبات العملية ومن ذلك:

أن العقود التي محلها نقل حق عيني متعلق بعقار يجب أن تسجل في دائرة تسجيل الأراضي – قانوناً (1) - وكذلك العقود المتعلقة بالمركبات (السيارات...) فكيف سيتم تسجيل عقد متعلق بعقار أو مركبة ما، الأطراف فيها لا يملكون أي إجراء عليها؟ بل ولا يسمح لهم بذلك، وخاصة البائع الذي ليس له صفة المالك مطلقاً، وكيف يتوافق هذا مع القول بأن الملكية ستنتقل للمشتري فور تملك المصرف؟ وهو لم يسمح له بإجراء العقد رسمياً! بل لا بد من التعاقد بعد التملك، وبهذا لم نعد أمام بيع معلق بل بيع جديد كما كان في المرابحة للأمر بالشراء.

ولهذا سيقترح بعض الباحثين: أن يعتبر العقد الذي يجريه المصرف مع الشخص المشتري عقداً صحيحاً مرتباً لأناره (خلافاً للقانون) (2)، ويعقد المصرف عقداً آخر مع مالك السلعة (خارج دائرة التسجيل المختصة)، واعتبار هذا العقد صحيحاً مرتباً لأناره – فتوى مجردة- (خلافاً للقانون)، وبطبيعة الحال سيطلب من البائع (مالك السلعة) نقل الملكية للمشتري (وهو المشتري نفسه في العقد المعلق)، وسيعلق البنك التزامه بدفع الثمن للبائع على قيامه بنقل الملكية للمشتري الجديد وهو (الأمر بالشراء في المرابحة)، وبهذا نكون أمام تعليقين (3):

(1) والا اعتبرت باطلة غير منتجة للأثار

(2) كونه غير مسجل في الدوائر المختصة

(3) تقوم بعض المصارف الإسلامية (حالياً) بإجراء عقد خارج دوائر التسجيل بين المصرف ومالك السيارة (مثلاً) وعلق التزامها بدفع الثمن على قيام المالك بنقل الملكية للأمر بالشراء، وذلك اختصاراً للإجراءات ولتقليل التكاليف حيث تدفع رسوم نقل الملكية مرة واحدة، في حين كان المصرف في السابق يسجل السيارة باسمه ثم ينقل ملكيتها بعقد جديد للأمر بالشراء ويدفع رسوم نقل الملكية مرتين.





التعليق الأول: بيع معلق تملك المصرف للسلعة خارج دوائر التسجيل.
التعليق الثاني: تعليق المصرف لدفع الثمن على التزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري الجديد.

وإذا كانت الفتوى بأن لولي الأمر بأن يتخذ من التدابير والإجراءات التي يحفظ بها الحقوق وتحقق بها المصالح المعتبرة شرعاً، فإن مخالفتها حينئذ تعد أمراً غير مشروع ويترتب عليها محاذير كثيرة، وسنكون أمام عقدين أحدهما حقيقي، والآخر شكل مفرغ من محتواه قانوناً، بل تترتب الأحكام القانونية خلافاً لما اتفق عليه إذا حدث نزاع :

فالعقد القانوني هو المبرم بين مالك السلعة الأصلي والمشتري (الأمر بالشراء سابقاً)، والقانون يعد مالك السلعة بائعاً، وطالب السلعة مشترياً، تترتب الالتزامات عليهما وفق ذلك، والعقد الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين (المصرف وطالب السلعة) كان باتفاق بينهما طبق غيره قانوناً، وهذه من الصورية التي نحن بصدد الابتعاد عنها.

الرأي المختار في المقترح:

الذي يظهر لي - والله أعلم - مع تقديري البالغ لمن اقترح هذا المقترح من العلماء والباحثين ولكل من يرى تخريج المراجعة على البيع المعلق، أن الإبقاء على مسألة الوعد أفضل من مسألة البيع المعلق، بل إنني أرى الصيغة التي أوردت في البحوث التي اقترحت صيغة البيع المعلق تتضمن الوعد : حيث أن قول المشتري (الأمر بالشراء في المراجعة):

"اشتريت منك السلعة (الموصوفة) إذا اشتريتها وتملكتها بكذا (الثمن...) فيقول المصرف قبلت/ أو يقول له: إذا تملكك السلعة (الموصوفة) اشتريتها منك (بكذا ويذكر الثمن) فيقول المصرف قبلت، هذه الصيغة تحمل على الوعد من المشتري بالشراء إذا تملكها المصرف، وكأنه قال له اشتر السلعة وأنا اشتريتها منك".

والرأي هذا الذي أرجحه في مسألة المراجعة ليس مبنياً على رأي الجمهور في منع تعليق البيع، فقد رأينا مذهب ابن تيمية وابن القيم وهو القول الثاني في مذهب الإمام أحمد أولى بالأخذ والتجريح في هذا العصر، وهو قول أستاذنا الزرقا والشيخ الخفيف رحمهم الله جميعاً، وهو الموافق لما أخذت به القوانين المدنية المعاصرة.

ومن هذا المنطلق أقول: بأن المراجعة التي تجرّمها المصارف الإسلامية لا يستقيم معها القول بالبيع المعلق للحجج الآتية:





أولاً: يشترط القائلون بالتعليق جملة (الحنابلة) ومعهم الشافعية (في بعض حالات التعليق) أن يتم التعليق من قبل من يملك (التنجيز) فإذا كان التعليق ممن لا يملك التنجيز لم يصح التعليق، ومن أقوال العلماء في هذا:

- قول السبكي "التعليق قبل الملك باطل" (1) وقوله "التعليق قبل الملك كان فيما لا يملك" (2).

- إن الأمثلة والأدلة التي أوردها المجيزون للتعليق - باستثناء القول بأن الأصل في المعاملات الإباحة والحل - لا تتطرق لمسألة قيام من لا يملك بتعليق العقد على الملك وخاصة في المعاوضات.

- فمثلاً ابن القيم يورد مثال "إن قدم زيد فقد بعك كذا بكذا" (3). فهذا تعليق من مالك للشئ محل البيع.

- والأثر الذي احتجوا به أن ابن مسعود اشترى من زوجته جارية فاشتريت عليه إن باعها فهي أحق بها بالثمن (4). فكذلك هذا الأثر لا يفيد قيام التعليق من غير المالك بل من المالك نفسه.

- ومما يدل على هذا القول عموم النصوص المقيدة للمعاملات من مثل: قوله صلى الله عليه وسلم: لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق لابن آدم فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك، ولا يمين فيما لا يملكه" (5).

وفي الرواية الثانية: "ليس على رجل طلاق فيما لا يملك، ولا عتاق فيما لا يملك، ولا بيع فيما لا يملك" (6). وعند أبي داود " أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ، ولا بيع إلا فيما تملك ...". قال الخطابي رحمه الله في شرحه لهذا الحديث عند قوله صلى الله عليه وسلم " ولا بيع إلا فيما تملك": لا أعلم خلافاً أنه لو

(1) السبكي: الأشباه والنظائر 30/2

(2) السبكي: الأباه والنظائر 36/2.

(3) ابن القيم: أعلام الموقعين 280/3

(4) ابن أبي شيبة: المصنف 425/2.

(5) رواه أحمد في المسند عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده، 192/11، رقم 6780 وهو حديث حسن.

(6) مسند أحمد 311\3





باع سلعة لا يملكها ثم ملكها أن البيع لا يصح فيها، فكذاك إذا طلق امرأة لم يملكها ثم ملكها" (1).

ووفق هذا المفهوم صدر قرار مجمع الفقه الاسلامي سنة 1409\1985 في دورته الخامسة (في الكويت).

والتعليق التام يجعل العقد منعقدا وتتأخر آثاره من نقل للملك وغيره إلى حين حدوث الأمر المعلق عليه، وهذا أمر غير مؤكد وغير معلوم زمن حصوله، ولهذا اشترط بعض العلماء ضرورة تحديد فترة زمنية معقولة ليخفف من آثار التعليق المؤخرة لترتب آثار العقد. ثانياً: إن بناء عملية المراجعة على الوعد لا يختلف كثيراً عن البيع المعلق، بل الوعد أفضل من البناء على التعليق وذلك من جانبين:

الأول: الخلاف الفقهي: فالمسألان فهما خلاف، بل إن مشكلة تطبيق التعليق على معاملات المصارف التي محلها سلع ليست تحت يد المصرف أكبر بكثير من مشكلة تطبيق الوعد، حيث تمنع المذاهب الأربعة تعليق التمليكات والمعاوضات، خلافاً لابن تيمية وابن القيم، والحديث عن التعليق مطلق دون تفصيل كما هو في الوعد، وفوق هذا صيغة المراجعة المعمول بها في المصارف أو قريباً منها وردت في مصنفات الفقهاء ولهم فيها إجابات وتفصيلات. أضف إلى هذا أن القواعد العامة في الشريعة من مثل الوفاء بالعهد والوعد تؤيد الإبقاء على تخريج المراجعة على الوعد.

الثاني: أن الخبرة العملية التي أصبحت لدى المصارف في موضوع المراجعة المبنية على الوعد أكبر بكثير من خبرتهم ومعرفتهم في بناء هذا العقد التمويلي على البيع المعلق.

ثالثاً: أن الهروب من الصورية والتلفيق لم ينقلنا على الحقيقة إلى إلا صورية وتلفيق من نوع آخر، ولنقل أننا أمام تخير من المذاهب شريطة أن لا يترتب على هذا التخير محذور شرعي، سواء في المراجعة أو البيع المعلق، فنجز المراجعة مع إثبات خيار للخروج من خلاف الإلزام بالوعد من جهتين، ونجز التعليق إذا كان من قادر على التنجيز.

رابعاً: أن بناء المراجعة على البيع المعلق لم يجد قبولا لدى عدد من العلماء، من مثل الشيخ تقي العثماني وكذلك أستاذنا الشيخ الدكتور عجيل النشبي حفظهم الله جميعاً:

يقول الشيخ العثماني: "والحاصل أن الأحوط في المراجعة للأمر بالشراء أن لا يكون هناك وعد ملزم من قبل الأمر، ولكن إن دعت الحاجة إليه فللجواز وجه كما ذكرنا، ولا يلزم بذلك البيع





قبل التملك، ولا البيع المعلق الذي كان علة للمنع بتصريح الإمام الشافعي رحمه الله تعالى. بل يقتصر أثر الوعد على أن الواعد يجب عليه أن يفي بوعدته وإلا فإنه يجبر الخسران الحقيقي الذي أصاب الموعد له بسبب الإخلاف ... " (1).

ويقول الشيخ النشبي: " فإننا نختلف مع فضيلة الشيخ العياشي في اعتبار البيع المعلق بديلاً عن الوعد الملزم في المربحة: فإن الوعد الملزم في المربحة لا يحرم أصل العقد، وإنما هو شرط جعلي ارتضاه الطرفان لتحقيق مصلحة حفظ أموال المساهمين في الشركات ... أما البيع المعلق فالمناقشة فيه في أصل العقد ومبناه، فهو ينافي قاعدة الملك، وهي انتقال الثمن إلى المشتري والثمن إلى البائع، ولما فيه من الضرر وعدم الجزم مع التعليق، مما ينافي عقد البيع المتفق على تنجيزه، لذا أرى أن يتحمل ما في الوعد الملزم من مناقشات في المربحة دفعا لما هو أعظم منه وهو القول بالبيع المعلق، من باب تحمل المفسدة الأخف " (2).

المطلب الثالث

تخريج تملك العين المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتملك
على البيع المعلق على شرط، أو الهبة المعلقة على شرط

أولاً: تخريج تملك العين المؤجرة على البيع المعلق:
صورة هذه المسألة بأن يتفق البائع (وهو المؤجر) مع المشتري (وهو المستأجر) بأن يبيع العين المؤجرة للمستأجر بيعاً معلقاً على شرط تتمثل بسداد كامل أقساط الإجارة في نهاية مدة عقد الإجارة، وثمن محدد للعين المبيعة (المؤجرة عند العقد).
وهذه الصورة وإن احتوت على عقدين؛ إجارة (منجز) وبيع (معلق)؛ إلا أن الإشكال يتمثل بتحديد الثمن في عقد البيع، حيث لا يخرج هذا الثمن عن حالتين:
الحالة الأولى: أن يكون الثمن حقيقياً، سواء تم الاتفاق عليه مقدماً أو بسعر السوق، وهذه الحالة، في حالة افتراض صحة تعليق البيع وصحة اجتماع عقدي الإجارة مع البيع، يمكن القول بصحتها، غير أنني لا أراها متصورة عملياً لتعذر الجمع مع الإجارة المنتهية بالتملك التي

(1) فقه البيوع 2\652

(2) مستجدات المعاملات المالية 3\429-430





تكون الأجرة فيها أعلى من الأجرة المتعارف عليها، وممكنة حال جعل الاجرة عادية والمستأجر يبتغي تملك العين كأي مستأجر يرغب بتملك العين المستأجرة بثمنها.

الحالة الثانية: أن يكون الثمن رمزياً، وهذه الحالة قد نوقشت في جلسات مجمع الفقه الإسلامي عند مناقشة موضوع الإجارة المنتهية بالتملك، وخلصت المداوولات إلى أن الثمن الرمزي يجعل البيع صورياً، بل والإجارة صورية كذلك، لأن باقي الثمن الذي يرتضيه المصرف للعين التي وعد المستأجر ببيعها له بذلك الثمن حُسِبَ ضمن الأقساط الإيجارية بما يجعل العملية بأكملها عقد بيع بالتقسيط في صورة إجارة، فالعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ولورجعنا إلى قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: 110 (12/4) الدورة الثانية عشرة سنة (1421 هـ 2000 م) الذي بحث موضوع الإيجار المنتهي بالتملك، لوجدنا أنه ينص على الآتي:

"أولاً: ضابط الصور الجائزة والممنوعة ما يلي:

أ - ضابط المنع: أن يرد عقدان مختلفان، في وقت واحد، على عين واحدة، في زمن واحد.

ب - ضابط الجواز:

1 - وجود عقدين منفصلين مستقل كل منهما عن الآخر زماناً، بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتملك في نهاية مدة الإجارة. والخيار يوازي الوعد في الأحكام.

2 - أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع.

ج - أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من غير تلف ناشئ من تعدي المستأجر أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فأت المنفعة.....

ثانياً: من صور العقد الممنوعة :

أ - عقد إجارة ينتهي بتملك العين المؤجرة مقابل ما دفعه المستأجر من أجرة خلال المدة المحددة، دون إبرام عقد جديد، بحيث تنقلب الإجارة في نهاية المدة بيعة تلقائياً.

ب - إجارة عين لشخص بأجرة معلومة، ولمدة معلومة، مع عقد بيع له معلق على سداد جميع الأجرة المتفق عليها خلال المدة المعلومة، أو مضاف إلى وقت في المستقبل.

ج - عقد إجارة حقيقي واقترن به بيع بخيار الشرط لصالح المؤجر، ويكون مؤجلاً إلى أجل طويل محدد (هو آخر مدة عقد الإجارة)،





وهذا ما تضمنته الفتاوى والقرارات الصادرة من هيئات علمية، ومنها هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية.

ومن خلال هذا القرار يظهر بجلاء أن طريقة الإجارة المنتهية بالتملك المتضمنة للإجارة مع عقد البيع المعلق على سداد كامل الأقساط الإيجارية مخالف لقرار المجمع، وهو من الصور الممنوعة غير الجائزة.

وكذلك الأمر إذا كان البيع بثمن رمزي يكون مخالفا لقرار المجمع، وينطبق عليه ضابط الصور الممنوعة حالة كون الإجارة ساترة للبيع؛ حيث إن الثمن مضمن في الأجرة التي يستوفها المصرف خلال مدة الإجارة .

ثانياً: تخريج تملك العين المؤجرة على الهبة المعلقة على سداد كامل الأقساط الإيجارية. هذا التخريج يعني أن العقد يتضمن عقدين: عقد إيجار وعقد هبة معلقا على شرط، والإيجار حددت فيه المدة، كما حددت الأجرة وأخذ في حسابها استيفاء ما يقابل ثمن العين المؤجرة التي ستكون هبة للمستأجر، وفي هذه الصورة نحن أمام مسألتين:

الأولى: تعليق الهبة على شرط هو أداء أقساط الأجرة، والفقهاء كما هو معلوم مختلفون في جواز تعليق عقود التملكيات ومنها الهبة، وانطلقنا في مناقشتنا من القول الثاني قول ابن تيمية وابن القيم الذي يريان فيه جواز تعليق العقود بضوابط وشروط، وهو الرأي الموافق للقوانين المدنية المعاصرة، ولكون الهبة من التبرعات ويغتفر فيها ما لا يغتفر في المعاوضات، مع أن هذه الهبة ليست تبرعا محضا إذا نظرنا إليها نظرة شمولية؛ حيث إن المصرف لا يتبرع بالأموال التي تحت يده لولا أنه قد استرجع رأس المال الذي دفعه وزيادة ربح أيضا.

الثانية: أن المستأجر (الموهوب له) يتحمل مخاطرة كبيرة دخل فيها بسبب عقد الهبة التي يمتد تنفيذ مضمونها (المعلق عليه) إلى نهاية مدة عقد الإيجار؛ وذلك أن الهبة عقد غير لازم، ويستطيع الواهب الرجوع بالهبة ما لم تتم بالقبض، ولهذا نحن بحاجة إلى إلزام الواهب بالهبة، ولا يتم هذا إلا باللجوء إلى الإلزام بالوعد .

لكن إذا رجعنا إلى قرار المجمع المشار إليه أعلاه لوجدنا أنه ينص على الآتي:

" ثالثاً: من صور العقد الجائزة:

أ - عقد إجارة يُمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة، واقترن به عقد هبة العين للمستأجر، معلقا على سداد كامل الأجرة وذلك بعقد



مستقل، أو وعد بالهبة بعد سداد كامل الأجرة، وذلك وفق ما جاء في قرار المجمع رقم 13(3/1).

ب - عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة، وذلك وفق قرار المجمع رقم 44(5/6).

ج - عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة، واقتنر به وعد ببيع العين المؤجرة للمستأجر بعد سداد كامل الأجرة بثمن يتفق عليه الطرفان.

د - عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجرة معلومة، في مدة معلومة، ويعطي المؤجر للمستأجر حق الخيار في تملك العين المؤجرة في أي وقت يشاء، على أن يتم البيع في وقته بعقد جديد بسعر السوق، وذلك وفق قرار المجمع السابق رقم 44(5/6)، أو حسب الإتفاق في وقته."

ففي هذا الجزء من القرار يتضح أن المجمع أجاز الهبة المعلقة على شرط دفع كامل الأجرة في نهاية العقد (عقد الايجار)؛ وواضح أن المجمع اتبع القول الذي يجيز تعليق الهبة على شرط مستقبلي، كما أجاز الوعد بالهبة ليدخل عنصر الإلزام عليها لتقل مخاطرة المستأجر ويطمئن على حصوله على تملك العين المستأجرة بعد انتهاء دفع آخر دفعة من دفعات الأجرة في نهاية المدة.

وبهذا نجد أن تخرج انتقال ملكية العين المستأجرة في الإجارة المنتهية بالتمليك جائزة وفق قرار المجمع تخريجا على الهبة المعلقة على شرط أو الوعد بالهبة في نهاية المدة، على الرغم مما يظهر في عقد الإجارة المنتهي بالتمليك من صورية الإجارة وصورية الهبة اللتين وجدتا لاعتبارين هما :

(1) إبقاء ملكية العين محل الإجارة في ملك المصرف (تحوطا) للزيادة في الضمانات لانتهاء أقساط الأجرة متضمنة للثمن (الإجارة الساترة للبيع).

(2) السماح بعقود طويلة الأجل لم يكن يسمح به وفق أحكام التمويل بالبيع (مرايحة) فتم اللجوء للإجارة المنتهية بالتمليك.

والأولى للوصول إلى الغاية الأولى (من استيفاء ضمانات كافية) أن يقوم المصرف بإجراء عقد مرايحة تام يشترط فيه عدم التصرف في العين محل العقد حتى دفع آخر قسط من الثمن.





وبالنسبة للثانية التنسيق من قبل المصارف الإسلامية للسعي لدى الجهات الرقابية من البنوك المركزية وغيرها لتمكن المصرف الإسلامي من تطبيق العقود الشرعية وفق ضوابطها تحت مظلة مجالس الفتوى ومجامع الفقه الإسلامي بالتعاون مع الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية.
هذا والله ولي التوفيق والهادي إلى الصواب.



أهم المصادر والمراجع

- إبن نجيم: الأشباه والنظائر.
الزيلعي: تبين الحقائق.
الزرقاني: شرح الزرقاني على خليل.
الشيرازي: المهذب.
المقدسي: الشرح الكبير.
إبن القيم: إعلام الموقعين.
إبن القيم: بدائع الفوائد.
إبن تيمية: قاعدة العقود أو (نظرية العقد).
إبن مخلوف: شجرة النور الزكية.
البناني: حاشية البناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل.
إبن الرفعة: كفاية النبيه.
المهوتي: منصور بن يونس. كشاف القناع.
البهقي: السنن الكبرى.
إبن مازة: المحيط البرهاني.
الحموي: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر.
الزركشي: المنتور في القواعد.
السيوطي: الأشباه والنظائر.
البخاري: كشف الأسرار على أصول الزدوي.
تقي العثماني: فقه البيوع.
الخفيف: الشيخ علي. أحكام المعاملات الشرعية، طبعة دار الفكر العربي.
الزرقا: مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام. دار القلم. دمشق.
العباشي فداد: "التعليق في العقود مع الإشارة إلى بعض التطبيقات المعاصرة، مقدم إلى المؤتمر السادس للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين 14-15/1/2007.
السبكي: الأشباه والنظائر.
إبن أبي شيبة: المصنف.
أحمد بن حنبل: المسند.
الخطابي: معالم السنن.
النشعي: عجيل جاسم: مستجدات المعاملات المالية.
الموسوعة الفقهية الكويتية.





2017  1439
7

