

بدعم



المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب  
البنية الإسلامية للتنمية



تنظيم



شورى للاستشارات الشرعية  
Shura Shoria Consultancy

مؤتمر شورة الفقهي الخامس

5<sup>th</sup> Shura Fiqh Conference

12-11 صفر 1435هـ 17-16 ديسمبر 2013 م

فندق جيه دبليو ماريوت - دولة الكويت

## البحث الثاني:

سد الذرائع في المعاملات المالية  
والمصرفية المعاصرة  
أمثلة وتطبيقات - عقبات وحلول  
لفضيلة الشيخ أ.د. خليفة بابكر الحسن

الرعاة الذهبية

البنك الأهلي المتحد  
ahli united bank

اتحاد مصارف الكويت  
KBA Kuwait Banking Association

الأهلي NCB  
together as one

الرعاة الرئيسية

النقل الداخلي

ركاب ReKab  
تأجير السيارات

بنك بوبيان  
Boubyan Bank

MASHAER  
HOLDING COMPANY  
مجموعة الماشعير للاستثمار

anon  
Real Estate Finance

رواحل  
Rawahel Holding Co.



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

الرعاة الفضية

الرعاة الاعلامية

النور

شريك استراتيجي

الاساميل  
RASAMEEL  
مجموعة الاساميل للاستثمار

النقل الخارجي

قبلة  
Qiblah  
للتأجير والتسوق



## بسم الله الرحمن الرحيم

### المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد :

فهذا بحث عن: سد الذرائع في المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة: أمثلة وتطبيقات - عقبات وحلول» أعدده لشركة شوري للاستشارات الشرعية في مؤتمرها الفقهي الخامس الذي سوف ينعقد بدولة الكويت الأبية في الفترة من ١٣ - ١٤ صفر ١٤٣٥ الموافق ١٦،١٧ ديسمبر ٢٠١٣ وقد جعلت بحثي في :

١. تمهيد عن حقيقة سد الذرائع عند الفقهاء والأصوليين وأنواعها وحكمها والفروق بينها وبين المصطلحات ذات الصلة .

٢. مبحث أول عن «الضوابط الشرعية للعمل بقاعدة سد الذرائع» .

٣. مبحث ثان عن « أمثلة وتطبيقات في المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة» .

٤ . مبحث ثالث عن « عقبات وحلول» .

٥ . الخاتمة.

أسأل الله التوفيق - فيما أنا بصده - كما أسأله أن يجعل جهدي في حسناتي يوم الدين « يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم » صدق الله العظيم.

### المؤلف

خليفة بابكر الحسن

نوفمبر ٢٠١٣ م



## تهديد عن سد الذرائع عند الفقهاء والأصوليين وأنواعها وحكمها والفرق بينها وبين المصطلحات ذات الصلة :

### حقيقة سد الذرائع عند الفقهاء والأصوليين :

الذرائع جمع ذريعة ، والذريعة في اللغة الوسيلة والطريقة إلى الشئ ، وانطلاقاً من هذا المعنى فقد أطلقها العرب حسيماً على الحيوان الذي تألفه الناقة الشاردة ليكون وسيلة لضبطها وعلى الجمل الذي يستتر به الصياد ليكون وسيلته لاصطياد فريسته<sup>١</sup> . أما السد في اللغة فهو إغلاق الخلل<sup>٢</sup> . وفي اصطلاح الفقهاء والأصوليين تطلق الذريعة على الوسيلة المباحة في ذاتها ولكنها تؤدي إلى ممنوع ، وفي هذا يعرفها الباجي: «بأنها المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل محظور»<sup>٣</sup> .

ومن هنا نصل إلى أن مصطلح سد الذرائع في جملته يعني حسم مادة وسائل الفساد دفعاً لها إذا كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة إلى المفسدة<sup>٤</sup> . بتعبير آخر سد الذرائع نظام وقائي للمحافظة على الأحكام الشرعية في أصولها الأساسية؛ ولهذا نجد أن طرفاً من قضاياها وأمثلته يدخل في مكملات المقاصد في باب مقاصد الشريعة. يتضح هذا من أن الشارع لما حرم الخمر حرم القليل منها وإن لم يسكر تكميلاً لحفظ «العقل» الذي هو من الكليات الخمس المحافظ عليها في الشرع ؛ لأن شرب القليل ذريعة ومدعاة لشرب الكثير . ولما حرم الزنا لحفظ النسل، وهو الآخر من الكليات الخمس المحافظ عليها أتبعه بتحريم الخلوة بالأجنبية ، لأن الخلوة بالأجنبية ذريعة ومدخل للشر والفساد وهكذا<sup>٥</sup> . على أننا إذا تأملنا أكثر نجد أن سد الذرائع داخل في بنية الأحكام الشرعية لأنه يعمل على درء المفسدات ويؤاخره في ذلك قسيم آخر يتمثل في جلب المصالح المتمثل في قاعدة «مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب» والشريعة جاءت لجلب المصالح ودرء المفسدات كما هو مقرر ...

هذا ولعلّه من الجدير بالملاحظة والتنبيه ونحن بصدد تعريف سد الذرائع وبيان مغزاه وحكمته الإشارة إلى أمرين :

أولهما: أن اتجاه «الأصوليين قد يختلف عن اتجاه الفقهاء في تعريف سد الذريعة فعلى حين يعرفها الباجي بأنها: المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل محظور» يعرفها الشاطبي بأنها: «التوصل بما هو مصلحة إلى مفسدة» والمؤدى واحد لأن المصلحة مباحة والمفسدة محظورة. ولعلّ اختلاف التعبير هنا وجهه أن الأصوليين يعبرون بالمصلحة والمفسدة لا أنهم يتناولون سد الذرائع من خلال دليل المصالح المرسلة، أما الفقهاء فيتناولون سد الذرائع من خلال الإباحة والمنع أو الحل والحرمة ، والمصلحة والمفسدة معيار أصولي ، والحل والحرمة معيار فقهي. على أن هذا التصور قد ينجر الى معنى آخر أبعد من ذلك هو أن حجية سد الذرائع تأتي عند الفقهاء من أنها قاعدة فقهية، ولهذا يطلقون عليها قاعدة سد الذرائع أو أنها داخلة في دليل المصالح المرسلة من الأدلة المختلف فيها، وهذا دأب الأصوليين. وفي كل الأحوال فقد يمتد التصور أيضاً إلى أن التعبير بالحل والحرمة

١. لسان العرب لابن منظور والزرقاني على مختصر خليل ٩٨: ٥ طبعة محمد افندي مصطفى

٢. لسان العرب والمصباح المنير لفيروز ابادي مادة نزع، وسد، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٤/٢٧٦

٣. الإرشادات لابي الوليد الباجي ١١٣ والمقدمات الممهدة لابن رشد الجد ص ٥٢٤ والموسوعة الفقهية ٢٤/٢٧٦

٤. حاشية العطار على جمع الجوامع ٢/ ١٩٨ / والفرق للقرائبي ١٩٨/٢ وأصول الفقه للشيخ بدران ابوو العيينين بدران ٥٣؛

٥. الموافقات للشاطبي ٢: ٦٠



لعمومية المصطلح عند الفقهاء بحيث يشمل الأمور الدنيوية والأخروية، أما الأصوليون فيعبرون بالمصالح والمفاسد لتعلقها بالجانب القضائي والدنيوي الظاهر وقد يؤازر ذلك أن ابن القيم عند تقسيمه للذرائع يجعل المعيار عنده النية والقصد وعدمه ، والتعلق بالنية يجعل سد الذرائع عاماً في الأمور الظاهرة والباطنة، أما الأصوليون فإن الشاطبي منهم يتعلق بالقطعية والظنية والندرة وهو مقياس للأمور الظاهرة كما أنه لا يفسح في تقسيمه مكاناً للنية والقصد والله أعلم .  
 ثانيهما: أن بعض الفقهاء يستخدم مصطلح الذريعة بمعنى الوسيلة مطلقاً سواء كانت وسيلة للمصلحة أم للمفسدة وعلى ذلك الاتجاه القرافي الذي يقول « أعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها » وتكره وتندب وتباح فإن الذريعة هي الوسيلة فكما أن وسيلة المحرم محرمة فإن وسيلة الواجب واجبة<sup>٦</sup> . كما أنه يقابلها بالمقصد وهو ما ينطوي على مصلحة أو مفسدة في ذاته<sup>٧</sup> .

### أنواع الذرائع :

لما كانت الذرائع بحكم تكوينها دائرة بين الأحكام الدينية الأخروية والدنيوية أو القضائية من حيث المحاسبة على الفعل فقد اختلف نظر العلماء لها تبعاً لذلك فمنهم من نظر إلى الباعث الذي يحمل الشخص على الفعل من جهة قصده إلى الحلال أو الحرام ، ومنهم من نظر إلى المآلات والنتائج المجردة من غير نظر إلى البواعث والنيات<sup>٨</sup> .  
 ويدخل في النظر الأول من يعقد على امرأة عقداً لا يقصد به مقتضاه الشرعي بل يقصد به أمراً محرماً، كمن يعقد على المطلقة ثلاثاً لا يقصد العشرة الدائمة وإنما حلها لمن طلقها ثلاثاً ، وكمن يعقد بيعاً لا يقصد به مجرد نقل الملكية وقبض الثمن بل يقصد به التحايل على الربا ففي هذه الأحوال يكون العاقد آثمًا ولا يحل له ذلك ديانة<sup>٩</sup> .  
 على أن الدلائل على نيته لو قامت عند انشاء العقد اعتبرت تلك النية الظاهرة سبباً في إفساد العقد وبطلانه لأن (العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني).  
 ويدخل في النظر الثاني وهو النظر إلى المآلات من غير اعتبار للباعث وإنما للنتائج الفعلية بحيث أن المآلات إذا كانت نحو المفاسد فإنها تكون محرمة بما يتناسب مع تحريم نفس مقاصدها<sup>١٠</sup> والنظر الثاني لا يكون مبنياً على مقصد الفاعل ونيته بل الى نتيجة عمله وثمرته على أن الفاعل يحاسب في الآخرة على حسب نيته ، فالنظران في النهاية متكاملان لا متناقضان واختلافهما، يأتي فقط من جهة ما يكون التركيز عليه فالنظر الأول يركز على الثواب والعقاب الأخروي والنظر الثاني يركز على الثمرة والنتيجة العملية الظاهرة أو العقاب الدنيوي أو الحكم القضائي والله أعلم .

٦. الفروق للقرايبي ٢:٣٩ طبعة السعادة

٧. المرجع السابق

٨. أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلي ٢:٨٧٩ طبعة دار الفكر العربي.

٩. المرجع السابق والصفحة.

١٠. المرجع السابق والصفحة.



فمن يضر-مثلاً- أمراً في نفسه يكون آثماً فيما بينه وبين ربه ولكن ليس لأحد عليه سبيل من جهة العقوبة فلا يحكم على تصرفه بالبطلان أو الفساد الشرعي ولا يعاقب ، ويدخل في ذلك من يرخص في سلعته ليضر بفعله آخر ينافسه فإن فعله وتصرفه صحيح ولا يحكم عليه قضاء بالبطلان لكنه آثم ديانة<sup>١١</sup>.

وفي كل الأحوال فإن أنواع الذرائع تتحدد في ضوء النظر إليها بما يمكن أن يهدي إلى تقسيمها بحسب نتائجها والباعث عليها، فبحسب الباعث عليها وهو الاتجاه الذي اتجه إليه ابن القيم الجوزية فإن أنواعها هي :

١ . ذريعة موضوعة للمفسدة كشرب الخمر المفضي إلى مفسدة السكر وكالقذف المفضي إلى مفسدة الفرية، والزنى المفضي إلى اختلاط الأنساب.

وهذا النوع يدخل حقيقة في باب المقاصد لا الذرائع ؛ لأن شرب الخمر حرام لذاته كما أن الزنا والقذف حرام لذاتهما ، وليس ذلك من باب الذرائع .

٢ . ذريعة موضوعة للمباح قصد بها التوصل إلى المفسدة كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل أو يعقد البيع قاصداً به الربا .

٣ . ذريعة موضوعة للمباح قصد بها التوصل إلى المفسدة لكنها مفضية إليها غالباً ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها ، وأمثلة هذا الصلاة في أوقات النهي ، وسب آلهة المشركين ، وتزين المتوفى عنها زوجها في العدة .

٤ . وسيلة موضوعة للمباح لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة لكنها قد تفضي إليها إلا أن مصلحتها أرجح من مفسدتها كالنظر إلى المخطوبة ، وكلمة الحق عند السلطان الجائر<sup>١٢</sup> . وهذا النوع ليس من باب الذرائع الممنوعة لأن المصلحة فيه أرجح من المفسدة .

أما أنواعها بحسب مآلاتها وهو تقسيم الإمام الشاطبي فهي :

١ . ما يكون مؤدياً إلى المفسدة قطعاً في العادة مثل حفر البئر خلف باب الدار أو في الظلام بحيث يقع الداخل به بلا بد وشبه ذلك .

٢ . ما يكون مؤدياً إلى المفسدة نادراً - لا قطعاً ولا كثيراً - كحفر البئر بموقع لا يؤدي غالباً إلى وقوع أحد فيه ، وأكل الأغذية التي غالبها لا يضر أحداً، وهذا النوع لا تسد فيه الذرائع لأن أداءه إلى المفسدة نادر .

٣ . ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً وهو على وجهين :

أحدهما : ما يكون غالباً في كثرته بحيث يغلب على الظن أداؤه إليها كبيع السلاح وقت الحرب ، وبيع العنب لخمار ونحو ذلك مما يغلب على الظن أداؤه للمفسدة .  
وهذا النوع محل خلاف بين الفقهاء .

١١. المرجع السابق والصفحة.

١٢. إعلام الموقعين لابن القيم ١٢٠: ٣ طبعة الآداب والمؤيد ١٣١٧ هـ.



ثانيهما : ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً ولكن كثرت لم تبلغ مبلغاً تحمل الفاعل على ظن المفسدة فيه دائماً كمسائل بيوع الأجال<sup>١٣</sup> .  
وهذا النوع محل خلاف بين الفقهاء أيضاً .

### الفرق بين سد الذرائع والمصطلحات ذات الصلة :

هناك بعض المصطلحات أو القواعد أو الاستخدامات الفقهية التي تتصل بسد الذرائع بوجه من الوجوه وهي المقدمات والأسباب والحيل المذمومة ، والمخارج الشرعية ، وحالات التنطح والغلو في الدين .

أما المقدمات فهي جمع مقدمة، والمقدمة ما يتوقف عليه الشيء وارتباطها بسد الذرائع يأتي من جهة أنه قد يشتهب في التلازم بينهما إلا أنه لا تلازم بإطلاق، حيث لا يلزم في الذريعة التي يتوصل بها إلى ما فيه مفسدة أن يتوقف عليها وجود تلك المفسدة ، فقد تتحقق مفسدة الشيء من غير أن يكون فيها معنى الذريعة المفضية إليها كالسفر لمعصية فإنه يتوقف على قطع المسافة إلا أن السفر نفسه ليس من شأنه أن يفضي إلى تلك المعصية وقد نقل الدكتور وهبة الزحيلي عن الشيخ عبد الرحمن تاج اجتماع المقدمة والذريعة في شئ واحد كما في شرب الخمر المفضي إلى السكر ، والزنى المفضي إلى إختلاط الأنساب حيث أن كلا منهما مقدمة للمفسدة وذريعة إليها<sup>١٤</sup> .  
وقد سبقت الإشارة إلى أن هذا النوع ليس من باب الذرائع وإنما من باب المقاصد .

(والأسباب) جمع سبب والسبب يلتقي في معناه اللغوي مع الذريعة في معناها اللغوي لأن السبب في اللغة ما يتوصل به إلى الشيء كالطريق ، أما في الاصطلاح الأصولي فإن السبب هو الوصف الظاهر المنضبط الذي دل الدليل على كونه مطرقاً لحكم شرعي<sup>١٥</sup> - او ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم .

وبما أن السبب منه ما هو في مقدور المكلف ومنه ما هو جبري ليس في مقدور المكلف فهو يختلف عن الذريعة التي لا بد أن تكون في مقدور المكلف وبقصده أحياناً كما أن الذريعة فعل المكلف فهي فعل دائماً أما السبب فهو أعم من أن يكون فعلاً فعلى هذا فإن السبب أعم من الذريعة .  
أما الفرق بين سد الذرائع والحيل فيأتي من جهة أن الحيلة هي تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر<sup>١٦</sup> .

والحيلة بهذا المفهوم مناقضة لسد الذرائع- كما سلف توضيحه- منع الأمر المباح إذا كان وسيلة لأمر غير مباح ؛ ولهذا فإن الذريعة التي تسد في بعض الحالات حيلة منعت.

على انه لا بد من ملاحظة أن التناقض بين الحيل وسد الذرائع يكون في حال القصد فقط أما إذا ظهر انعدام القصد كبيع العينة التي لا يصاحبها قصد، وسد الذرائع التي لا ترد فيها تهمة التحايل أصلاً كسب الأوثان فإنه ذريعة إلى سب الله تعالى عن ذلك علواً كبيراً، فهذا لا يقصد مؤمن قطعاً فهو من باب الذرائع لا من باب الحيل فالذرائع أعم من الحيل.

١٣. الموافقات ٢/٢٥٦

١٤. أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلي ٢٧٦:٢

١٥. شرح العنبر على مختصر المنتهى ١٧:١٧، وإرشاد الفحول للشوكاني ص٦

١٦. الموافقات ٤:١٣٢



ويبدو أن ابن القيم جعل المناقضة بينهما تامة لأن مذهبه يقوم - كما سبق توضيحه - على ربط الذريعة بالقصد دائماً .

وأخيراً فإن المقارنة بين الذرائع والحيل لامتد إلى الحيل بمعنى المخارج وهي الحيل التي يقصد بها التوصل إلى إثبات حق أو دفع مظلمة أو التيسير على الناس كمن يبيع أرضه أو سلعة له أو يهبها لمن يثق به خوفاً من تسلط ظالم حتى إذا اطمأن وزال خوفه عاد فاشتراها أو استرجعها منه، وكمن يبيع الذهب الرديء بالنقود الورقية ويشترى بها ذهباً جيداً خوفاً من ربا الفضل إذا تقابل الذهبان ببعضهما مع التفاضل - فإن هذه المخارج جائزة ولها شواهد في الشرع، منها قوله تعالى لأيووب عليه السلام: (وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث) <sup>١٧</sup> لير بقسمه أثناء مرضه في ان يضرب زوجته مائة ضربه وقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه البخاري ان رسول الله استعمل رجلاً على خير فجاءه يتمر «جنيب» فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفكل تمر خير هكذا؟ قال : لا والله يارسول الله « إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : {لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً} وغير هذين من الشواهد والنصوص .

أما الفرق بين سد الذرائع والتنطع فيأتي من جهة أن التنطع هو الغلو في الدين والمبالغة في الاسترسال في منع المباحات. أما سد الذرائع فلا يكون إلا عند قطعية تحقق المفسدة وأن الظن الغالب فيه محل خلاف. كما أن الكثرة من غير غلبة الظن هي الأخرى محل خلاف فيه أيضاً، وفي هذا المعنى يقول الشيخ محمد أبوزهرة : « إن الأخذ بالذرائع لا تصح المبالغة فيه فإن المغرق فيه قد يمتنع عن أمر مباح أو مندوب أو واجب خشية الوقوع في ظلم كامتناع بعض العادلين عن تولي أموال اليتامى أو أموال الأوقاف خشية التهمة من الناس ، أو خشية على أنفسهم من أن يقعوا في ظلم» ، وقد لوحظ أن بعض الناس قد يمتنع عن أمور كثيرة خشية الوقوع في الحرام الى الحد الذي حمل ابن العربي على قصر الذريعة التي تسد على الذريعة الثابتة بالنص لا بالاجتهاد والقياس . - وهذا يصل بنا الى أن سد الذرائع ينبغي عدم المبالغة والتجاوز فيه والاقتصار على ما ثبتت فيه الذرائع قطعاً، ولهذا السبب نفسه فإن ما أدى ظناً أو كثيراً كان محل خلاف بين الفقهاء والله أعلم .

#### محل النزاع في سد الذرائع :

تبين من عرض أنواع الذرائع أن بعضها مجمع على سده كما أن بعضها مجمع على عدم سده ، وقسم اختلف فيه الفقهاء وهو - عند الشاطبي - ما أدى إلى المفسدة كثيراً. وهو يقع في مرتبتين ما يكون غالباً في كثرته بحيث يغلب على الظن أداؤه إلى المفسدة كبيع السلاح وقت الحرب وبيع العنب للخمر ، والمرتبة الثانية ما يؤدي إلى المفسدة كثيراً لا غالباً كبيع الأجال ، والمربتان تدخلان عند ابن القيم في الممنوع سداً للذريعة .



في ضوء ما سلف فإن محل النزاع من سد الذرائع هو المباح الذي يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً بمرتبته السابقتين لأن هذا النوع لا يؤدي إلى المفسدة قطعاً فيمنع ولا نادراً فيباح<sup>١٨</sup> .  
وفيما وراء ذلك فإن أئمة الفقه الأربعة متفقون على الأخذ بمبدأ سد الذرائع حتى ذلك الإمام القرافي والقرطبي<sup>١٩</sup> كما أن الأدلة عليه واردة في القرآن والسنة وفتاوى الصحابة ومبسوطة في كتب الأصول والفقه وقواعده بطريقة تغني عن إيرادها في هذا البحث الذي يعني مباشرة بإيراد التطبيقات لسد الذرائع في المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة على أن موضع الخلاف وهو ما أدى إلى المفسدة كثيراً بمرتبته يتجه المالكية والحنابلة فيه إلى سد الذريعة ، والشافعية لا يسدون فيه الذريعة وبخاصة بيوع الآجال ، أما الحنفية فلهم موقف وسط كما يتبين من فروغهم الفقهية ففي بيع السلاح لمن يستعمله في حرام ، وهو مما أدى إلى المفسدة غالباً يرى الحنابلة حرمة هذا الصنيع ومثلهم المالكية في ذلك إلا أنهم يختلفون في البطلان فيرى الحنابلة بطلانه ويرى المالكية إنعقاده مع إجبار المشتري على إخراج المبيع من ملكه ببيع أو نحوه<sup>٢٠</sup> .  
أما الحنفية والشافعية فيرون صحة البيع ونفاذه إلا إذا أفصح البائع عن الغرض غير المشروع صراحة في العقد<sup>٢١</sup> .

ومثل ذلك بيع العصير لمن يتخذه خمراً - ونكاح التحليل على تفصيل فيه ذكره الفقهاء<sup>٢٢</sup> - أما بيوع الآجال وتدخل فيما أدى إلى المفسدة كثيراً وتسمى ببيوع الذرائع الربوية<sup>٢٣</sup> فيرد فيها الخلاف السابق مع تفصيل قد يكون محله الحديث عن سد الذرائع في المعاملات المالية لاحقاً .  
وأصل الخلاف في هذا النوع يرجع إلى :

١ . أن من الفقهاء من يعول على النية والقصد في الأحكام الدنيوية وبخاصة أحكام البيوع ، ومنهم من يعول على الظاهر ، والأولون هم المالكية والحنابلة الذين اتجهوا إلى سد الذرائع مطلقاً ، والآخرين هم الشافعية والحنابلة إلى قدر ، أما الأحكام الدنيوية فالجميع متفقون على سد الذرائع فيها<sup>٢٤</sup> .

٢ . أن الاختلاف في بعض الأحوال قد يكون اختلافاً في التقدير والموازنة بين المصلحة والمفسدة ، فمن تغلب عنده المفسدة يسد الذريعة ، ومن تغلب عنده المصلحة لا يسد الذريعة مع اتفاق الجميع على منع الذرائع إلى الفساد لأن هذا مبدأ أساسي تشهد له الشريعة في كلياتها وجزئياتها<sup>٢٥</sup> .  
على أن ابن حزم الظاهري ينكر سد الذرائع جملة وتفصيلاً بناء على مبدئه في التعلق بظاهر النصوص ورفضه الخوض فيما وراء المعاني<sup>٢٦</sup> .

١٨ . الموافقات ٢: ٢٦٦

١٩ . راجع الفروق للقرافي وإرشاد الفحول للشوكاني ص ٢١٧ وأصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلي ٢: ٢٠٣٢-٢٠٣٤

٢٠ . راجع كشف القناع للبهوتي ٣: ١٨١ ، ص ١٨٢ / طبعة عالم الكتب والمفتي لابن قدامة ، ومواهب الجليل للحطاب ٤١٨١: ٤٢٤٥: ٢٥٤

٢١ . الهداية ٤: ٩٤ طبعة الحلبي ، والام للإمام الشافعي ٦٥ : ٣ طبعة الشعب

٢٢ . راجع الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٧: ٤٨٧

٢٣ . بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢: ١٤٠٢

٢٤ . أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلي ٢: ٨٩٣

٢٥ . الموافقات ٢: ٢٤٧

٢٦ . الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٦: ٧٤٦





## المبحث الأول الضوابط الشرعية لقاعدة سد الذرائع

الضوابط جمع ضابط ، والضابط لغة بمعنى الحبس واللزوم وبالاصطلاح العام هو المقياس الذي يدل على تحقيق المعنى<sup>٢٧</sup>.

وعلى هذا فإن المقصود بضوابط سد الذرائع ما يؤدي الى ضبطها ويمنعها من الاشتباه بغيرها، وهذه الضوابط تكون في سد الذرائع الاجتهادية أما سد الذرائع الواردة فيه نصوص من القرآن والسنة وعمل الصحابة فلا يحتاج إلى ضوابط تعين فيه لورود الشواهد عليه عيناً في تلك الأدلة .  
وعلى كل حال فإن هذه الضوابط هي:

١ . قوة التهمة في التذرع بما هو مشروع إلى ما هو محظور بأن تكون الذريعة مؤدية إلى المفسدة قطعاً في العادة كحفر البئر خلف باب الدار أو في الظلام بحيث يقع الداخل فيها بلا بد وشبه ذلك أو يكون أداة إلى المفسدة غالباً في كثرته بحيث يغلب على الظن أداؤه إلى المفسدة كبيع السلاح وقت الحرب ، وبيع العنب لخمار ونحو ذلك مما يقع في غالب الظن أداؤه إلى المفسدة وهذا عند ابن القيم، أما الشاطبي فيرى انه محل خلاف ايضاً وقد تقدم. أما ما أدى إلى المفسدة كثيراً لكن كثرته لم تبلغ مبلغاً تحمل الفاعل على ظن المفسدة فيه دائماً كبيع الأجال فقد كان محل خلاف بين الفقهاء كما سبق بيانه.

وفيما عدا ذلك فإن ما أدى إلى المفسدة نادراً لا قطعاً ولا كثيراً كحفر البئر بموقع لا يؤدي إلى وقوع أحد فيه، وكالأغذية التي لا تضر غالباً أحداً فلا تسد فيه الذريعة ويظل على أصله في الإذن لغلبة المصلحة فيه وعدم اعتبارها لأنه لا توجد في الجملة مصلحة عارية عن المفسدة<sup>٢٨</sup>.

٢ . ألا تعارض العمل بسد الذرائع مصلحة معتبرة لأن المصلحة المعتبرة هي المصلحة التي اعتبرها الشارع بنص من الكتاب أو السنة أو إجماع؛ لأن سد الذرائع اجتهاد والاجتهاد لا يقوى على رفع النصوص مما يجعل المصالح المتصورة في مثل هذا الحال من المصالح الوهمية كدفع تحريم الربا الثابت بقوله تعالى: {وأحل الله البيع وحرّم الربا} <sup>٢٩</sup> والتفرقة، بين الابن والبنت في الميراث الثابت بقوله تعالى: يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين<sup>٣٠</sup>.

فضلاً عن أن المعارضة بين سد الذرائع والمصلحة المعتبرة فيه مخالفة للنصوص كقوله تعالى: {إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله} <sup>٣١</sup> وقوله تعالى: {إن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول} <sup>٣٢</sup> وقوله تعالى: {ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون} <sup>٣٣</sup>.  
هذا مجمل ما في هذا الضابط إلا أنه يخضع لاعتبارات أخرى راجعة إلى قطعية وظنية الدليل الذي

٢٧ . لسان العرب ، والضروق ٢١٩/١

٢٨ . الموافقات: ٢١٠

٢٩ . البقرة ٢٥٧

٣٠ . النساء ١١

٣١ . النساء ١٠٥

٣٢ . النساء ٥٩

٣٣ . المائدة ٤٥٤



اعتبرت به المصلحة أو لطبيعة المعارضة من حيث الكلية والجزئية ، وإمكانية الجمع بين المتعارضين وعدم إمكانية الجمع بينهما ، وهذا مبحث يطول عرضه ولا يكون الا بعرض كل جزئية وحالة وبحثها في إطار تفاصيل هذا المبدأ الواسع الكبير.

٣ . ألا تعارض العمل بسد الذرائع حاجة ماسة ، ولهذا قرر الفقهاء أن الأمانات لا تمنع لظهور الخيانة أحياناً فإن المضار التي تترتب على سدها أكثر من المضار التي تدفع بتزكها فلو تركت الولاية على اليتيم سداً للذريعة لأدى ذلك إلى ضياع اليتامى ، ولو ردت الشهادات سداً للذريعة الكذب لضاعت الحقوق وهكذا<sup>٣٤</sup>. وفي هذا المعنى يقول شيخ الإسلام ابن تيمية الشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقترضة للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة ابيح المحرم<sup>٣٥</sup> ويقول يجوز للحاجة مالا يجوز بدونها كما جاز بيع العرايا بالتمر.<sup>٣٦</sup>

٤ . ألا تعارض العمل بسد الذرائع مصلحة اهم منها أو مساوية لها ، وفقه هذا الضابط يقتضى التقيد بميزان المصالح من حيث الأهمية من حيث ذاتها بتدرج النظر إلى الكليات الخمس الدين والنفس والعقل والنسل والمال بحسب تدرجها، وبحسب درجة انقسامها إلى ضروريات وحاجيات وتحسينات ومكملاتها وهذا إذا كانت المصالح من أنواع مختلفة. وأما إذا كانت من نوع واحد فيكون النظر إليها من حيث شمولها أو عدمه فتقدم المصلحة العامة على الخاصة وتقدم المصلحة التي يتوقع حصولها في الخارج على تلك التي لا يتوقع حصولها<sup>٣٧</sup>.

٥ . عدم الإفصاح عن الغرض غير المشروع بالشرط أو بالقول .

وهذا الضابط تحته أربع نقاط :

١ . الإفصاح عن الغرض غير المشروع قولاً أو بالنص عليه في العقد ، وقد أجمع الفقهاء على سد الذريعة ديانة وقضاء .

٢ . قيام القرائن مع عدم الإفصاح أو الشرط ، وهذا لا يسد عند الحنفية والشافعية الذريعة أخذاً بظاهر التصرف، ويسدها الحنابلة والمالكية عملاً بالباعث والنية، وإن كانوا يختلفون في طبيعة الأثر المترتب على الفعل قضاء .

٣ . عدم وجود قرينة على الارتياح في التصرف ، وهنا لا تسد الذريعة قضاء باجماع الفقهاء ، أما ديانة فالحكم لله العليم بالنوايا والسرائر، جاء في الحديث :«إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ ولعلّ بعضكم ألحن من بحجته من بعض فمن قضيت له بشيء من أخيه فلا يأخذه، فإنما اقتطع له قطعة من النار»<sup>٣٨</sup> .

٤ . ألا يكون في الاخذ بسد الذريعة تنطع أو مغالاة ومبالغة، لأن التنطع منهي عنه بالنصوص الشرعية الثابتة التي نهت عن التكلف في الدين كما دعت إلى التوسط والاعتدال ، ولأن المبالغة في المنع ، والإفراط في التشدد أمر يناهي الفطرة السليمة والإسلام دين الفطرة (فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم ولكن أكثر الناس لا يعلمون)<sup>٣٩</sup>

٣٤ . اصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ٢٧٦

٣٥ . فتاوي ابن تيمية ٢٩ ص ٤٦

٣٦ . المرجع السابق والصفحة وراجع بحث عن حكم الشركات التي تتعامل بالربا للشيخ عبد المنيع ٣٣٢ - ٣٣٣

٣٧ . راجع ضوابط المصلحة للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي .

٣٨ . متفق عليه .

٣٩ . الروم ٣٠ .



## المبحث الثاني أمثلة وتطبيقات في المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة

مدخل:

في مستهل الحديث في هذا المبحث تجدر الإشارة إلى أن سد الذرائع يرد ويدور في كل أبواب الفقه الإسلامي ومجالاته ، فتجده في العبادات وقد يكثر فيها لأن العبادات مبنية على النية لاتصالها مباشرة بالجانب الدياني ، ونجدها في الزواج والطلاق وسائر فقه الأحوال الشخصية ، ومثل ذلك فقه الجنائيات كما نجدها في المعاملات المالية التي يكثر فيها هذا الضرب من الفقه وخاصة في باب الذرائع الربوية التي قرر الفقهاء أنها قد تصل إلى ألف مسألة<sup>٤٠</sup> .

ومن هذا المدخل يأتي الحديث عن المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة التي ما هي في جوهرها إلا جزء من أجزاء المعاملات الشرعية ، لأن البنوك والمصارف الإسلامية نشأت في إطار فلسفة ونظام الاقتصاد الإسلامي وفقهه لتكون بديلا للبنوك التجارية التقليدية في البلاد الإسلامية محققة بذلك التواءم المطلوب بين قيم الشعوب الإسلامية ومبادئها في العقيدة والتصور والسلوك، عسي أن يكون في ذلك الربط من عوامل العزة والثبات ما يعينهم في حياتهم الحاضرة ومستقبلهم المرجو ، ويؤكد في نفوسهم معاني القوة والأمل ليندفعوا بهمة للعمل والتنمية وإعمار الأرض التي استخلفهم الله فيها ، هذا فضلا عما يمكن أن تسهم به المصارف الإسلامية من قسط في إشاعة ثقافة الاقتصاد الإسلامي في العالم رافده إياه بقيم الإسلام السمحة في الإنسانية ، والعدل والتسامح ، والانضباط والمسؤولية والتوازن بين القيم الإنسانية المركوزة في فطرة الإنسان - أيا كان - وبين المطالب المادية الآتية التي قد تغلب على حياة هذا الإنسان أحيانا .

وضمانا لتحقيق المصارف الإسلامية لأهدافها المقررة فقد صحبتها مع نشأتها هيئات للرقابة الشرعية لتقدم لها الحلول الشرعية اللازمة لممارستها ومن ثم متابعة تنفيذ وتطبيق ما تصدره من فتاوى وأحكام فقهية<sup>٤١</sup> .

ونظرا لأن المصارف الإسلامية قد مضي عليها منذ نشأتها حوالي الثلاثين عاما فقد أسهمت هيئات الرقابة الشرعية لتلك المصارف سواء في ذلك الهيئات المباشرة في كل مصرف أو الهيئات الأعلى درجة منها في توفير زاد فقهي ثري فيه حركة وجهد وإبداع ، وهذا بالإضافة إلى المجامع الفقهية الكبيرة كمجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة ومجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة ومراكز دراسات الاقتصاد الإسلامي كمركز جامعة الملك عبد العزيز بجدة ومركز صالح كامل بالقاهرة ومعهد البحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية بجدة ونشاط دلة البركة وبيت التمويل الكويتي وهيئة الرقابة الشرعية العليا بالسودان في هذا الصدد فضلا عن إسهام الجامعات العربية والإسلامية من

• ضوابط المصلحة محمد سعيد رمضان البوطي

٤٠ . الفروق الفرائض ٣٢/٢ وبداية المجتهد لابن رشد ١٤٢/٢ والزرقاني علي مختصر خليل ٩٨/٥ .

٤١ . الرقابة الشرعية والمصرفية على المصارف الإسلامية للدكتور علي عثمان حامد ص ٢٦٢



- خلال مؤتمراتها وندواتها وملتقياتها في هذا الإطار.
- وكما كان المدخل للحديث عن المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة من خلال المصارف الإسلامية فإن المدخل المباشر لسد الذرائع في المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة يأتي من خلال الأصول والركائز التي يقوم عليها فقه المعاملات والتي ردها القاضي ابن العربي المالكي<sup>٤٢</sup> إلى :
- عدم أكل أموال الناس بالباطل لقوله تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)<sup>٤٣</sup> ويشمل ذلك القمار والنصب والتعدي على الأموال ، وجحد الحقوق والسرقة والحرابة بأخذ المال وهلم جرا .
  - تحريم الربا لقوله تعالى: ( وأحل الله البيع وحرم الربا )<sup>٤٤</sup> وبناء على ذلك فإن البيع حلال كمبدأ إلا ما جاء فيه نهي بالمنع تخصيصاً أو تقييداً وتفسيراً كما أن الربا حرام ، وقد شدد الشارع في تحريمه ، وبشعه لما فيه من استغلال وظلم ، ولذلك كثر سد الذرائع إليه واعتبر الفقهاء في ذلك (كل قرض جر منفعة فهو ربا ) . على عكس البيع الذي اعتبروا الأصل فيه الحل ومن قواعدهم فيه (الأصل في المنافع الحل وفي المضار المنع)<sup>٤٥</sup> .
  - النهي عن الغرر الذي جاءت فيه عن الرسول صلى الله عليه وسلم أحاديث كثيرة ثم فصل الفقهاء أحكامه ، وأحكام ما يتبعه من النهي عن الغش والتدليس وسائر ما يفضي إلى المشاحة والنزاع .
  - تحقيق المصلحة التي قامت على ضرورة رعايتها الأدلة من القران الكريم والسنة النبوية المطهرة، وتوفرت آلياتها الأصولية في القياس والمصالح المرسله والاستحسان والعرف .
  - ويترتب على هذه الركائز أن ما أدى إلى واحد من الثلاثة الأولى فإن الذريعة إليه تسد أما الرابعة فإن الذريعة إليها تفتح ولا تسد .
- في إطار ذلك يأتي الحديث عن التطبيقات الكاشفة عن سد الذرائع في المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة على النحو التالي :

#### أولاً: في عقود الاستثمار أو الهندسة التمويلية:

- الهندسة المالية عند الاقتصاديين هي تصميم وتطوير وتطبيق عمليات وأدوات مالية مستحدثة وتقديم حلول خلاقة ومبدعة للمشكلات المالية التي تواجه منشآت الأعمال<sup>٤٦</sup>
- واشتقاقاً من هذا التعريف فإن الهندسة التمويلية في المصارف الإسلامية هي الهندسة التي قام عليها نظام التمويل الإسلامي كبديل للنظام الربوي نظام الفائدة وما تبعه من سياسات تنظيمية فيما يتصل بالرقابة الشرعية والإدارية .
- وبالنسبة لصيغ التمويل في المصارف الإسلامية فإنها تعتمد على المضاربة والمشاركة ، والمرابحة والسلم والاستصناع وقد دعت الحاجة العملية إلى بعض التقييد والتفسيرات والتطويع مثل المضاربة المشتركة، والمشاركة المتناقصة والمرابحة للأمر بالشراء والسلم الموازي ، والاستصناع الموازي مما استدعى صدور فتاوي من هيئات الرقابة الشرعية أو من المجامع الفقهية ، وقد كانت تلك

٤٢. أحكام القران لابن العربي ١/ ٩٦

٤٣. النساء : ٢٩

٤٤. البقرة : ٢٧٥

٤٥. شرح تنقيح الفصول القرائي ٣٥٥ وجمهرة القواعد الفقهية ١ / ٤٩

٤٦. التعريف والمشتقات الجزء الأول ( التعريف ) للدكتور منير ابراهيم هندي كلية التجارة جامعة طنطا

الفتاوى تسبقها بحوث ومناقشات عند قبولها أو الاعتراض عليها، وكان سد الذرائع حاضرا في تلك البحوث والمناقشات، وسوف نكتفي هنا بنموذجين هما المشاركة المتناقصة والتورق .

**المشاركة المتناقصة :**

عرفت الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية المشاركة المتناقصة بأنها: مشاركة يساهم فيها المصرف الإسلامي في رأس مال شركة أو مؤسسة تجارية أو بنايات أو مصنع أو زراعة مع شريك أو أكثر وحينئذ يستحق كل من الشركاء نصيبه من الأرباح بموجب الاتفاق عند التعاقد مع وعد من المصرف الإسلامي أن يتنازل عن حقوقه عن طريق بيع أسهمه إلى شركائه والشركاء يعدون بشراء أسهم المصرف والحلول محله في الملكية على دفعة واحدة أو دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها<sup>٤٧</sup> .

وهي عقد من العقود المستجدة وتتألف من عدة عقود والتزامات أبرزها الاشتراك في المشروع والمواعدة. وقد اختلف في تكييفها من حيث طبيعتها الفقهاء المعاصرون فذهب بعضهم إلى أنها من قبيل شركة الملك وذهب آخرون إلى أنها من قبيل شركة العنان .

وبالنسبة لحكمها فقد اتجه غالب الفقهاء المعاصرين إلى إجازتها وأنها صحيحة ولازمة حتى لو كانت جامعة بين عقدين لأنها تجمع بين عقد شركة وهو غير لازم وبيع وهو عقد لازم ، والممنوع هو اجتماع عقدين متضادين ولا تضاد بين الشركة والبيع حسب رأي المالكية . أما جمهور الفقهاء فيجيزون العقود حتى لو اختلفت أحكامها كما أنه لا يظهر من اجتماع العقدين المذكورين توصل إلى الربا، وجاء في هذا الصدد عن بيت التمويل الكويتي: إن صيغة المشاركة المتناقصة جائزة شرعا بشرط الالتزام بالضوابط الشرعية كمرعاة الأولويات وعدم الضرر وسد المنافذ على إمكانية النزاع.<sup>٤٨</sup> كما جاء في شأنها قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عشر حيث اعتبرها صحيحة مع وضعه للضوابط اللازمة لتلك الصحة .

هذا وينبغي أن نلاحظ هنا أن المميزين لهذا العقد قد وضعوا لذلك الضوابط اللازمة سدا لذرائع الربا، والضرر، والنزاع، وفي هذا إعمال لقاعدة سد الذرائع، إلا أن فريقا آخر من العلماء المعاصرين قد ذهب إلى القول بعدم جواز عقد المشاركة المتناقصة ، ورأيهم يعتمد على سد الذرائع نفسه من حيث أن هذه المعاملة جاءت لتكون بديلا لحصول العميل على قرض من البنك لتحقيق نوع معين من النشاط كبناء مصنع أو منزل سكني على قطعة أرض يملكها العميل، أو لشراء أصل من الأصول الرأسمالية التامة كسيارة أو شقة سكنية مكتملة ثم تنتهي المشاركة بين الطرفين بمجرد حصول كل منهما على غرضه. الممول بحصوله على التمويل الذي شارك به ، والعمليل بحصوله على ما تم إنشاؤه .

وفي كل الأحوال فقد رفض بعض المعاصرين هذه المعاملة بل رأى بعضهم أنها أسوأ من بيع الوفاء كما وصفوها بأنها احد صور بيع العينة ، وأنها وعد ببيع مضاف إلى المستقبل أو من بيع ما لا يملك<sup>٤٩</sup> .

٤٧ . الدكتور كمال توفيق خطاب البنك الاسلامي للتنمية معهد البحوث والتدريب ص ٢٩

٤٨ . بحث للدكتور كمال توفيق خطاب البنك الاسلامي للتنمية معهد البحوث والتدريب ص ٢٩

٤٩ . راجع رسالة ماجستير مخطوطة في قسم الشريعة بكلية القانون بجامعة الخرطوم للاستاذ مشاعر ادريس عن ( المشاركة المتناقصة) ١٠٦-١٢٩



وبذلك نصل إلى أن المجيزين والممانعين قد اعتمدوا على سد الذرائع باستخدام الأولين له استخداما إيجابيا وتوخي الحذر في المعاملة بتجنب الشبه في إطار من الضوابط التي وضعوها لصحتها ، أما المعارضون فقد استخدموا سد الذرائع استخداما سلبيا وحرموا هذه المعاملة وقضوا بعدم إجازتها، وكل هذا يدخل في باب تطبيقات سد الذرائع كما يكشف عن دقتها وحساسيتها والله اعلم .

## ٢- التورق :

هو شراء سلعة نسيئة ثم بيعها نقدا لغير البائع بأقل مما اشتراها به ليحصل بذلك على النقد. وقد أجازته بعض العلماء المعاصرين لأنه مخرج إلى توفير السيولة بعيدا عن الربا<sup>٥٠</sup>، واعتبره فريق آخر ذريعة إلى الربا فمنعوه سداً للذريعة ، ولا يزال موضوع التورق محل نظر ولم يصدر فيه قرار حاسم. على أن بعض المصارف قد عملت به اعتماداً على فتوى المجيزين وللحاجة المتمثلة في تخليص عملائها من الديون الربوية عند التزامهم بتجنب المعاملات الربوية حيث توفر لهم السيولة لأداء تلك الديون، وكذلك عندما يحتاج العميل لأداء رواتب موظفين وغير ذلك من الاعتبارات الدائرة في الحدود المذكورة ومن صور سد الذرائع المواطأة في عقود التوريد لتجنب بيع ما لم يملك، والمواطأة في المرابحة للأمر بالشراء<sup>٥١</sup>.

## ثانيا الخدمات المصرفية

### خطاب الضمان المصرفي :

يعرف خطاب الضمان المصرفي بأنه تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد ان يطلب المستفيد ذلك خلال مدة معينة<sup>٥٢</sup>. وفي شان تخريج خطاب الضمان وبيان حكمه الشرعي اختلفت أنظار الاجتهاد الفقهي المعاصر إذ كلفته الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية على أنه وكالة باجر ورتبت على ذلك جواز اخذ البنك الأجر على قيامه بما وكل به في إطار الوكالة بأجر. ويتفق مع هذا التكليف الدكتور سامي أحمد حمود في كتابه تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية<sup>٥٣</sup> بينما يري الشيخ محمد باقر الصدر في كتابه (البنك اللاربوي) أخذ الأجر فيه بناء على الضمان نفسه استنادا إلى ما قال به الإمامية من جواز اخذ الأجر على أساس الجعالة<sup>٥٤</sup>. ويوافقه بعض الفقهاء المعاصرين الآخرين في مبدأ أخذ الأجر على الضمان لكنهم لا يحملونه على الجعالة وإنما يجيزون اخذ الأجر على عقد الضمان نفسه استنادا إلى انه عقد جديد يجوز استحداثه مثل تحفيظ القرآن وإمامة الصلاة ونحوها ، واعتمادا على قاعدة (الغرم بالغنم)، ومن هؤلاء الفقهاء الشيخ زكريا البري والدكتور احمد علي عبد الله<sup>٥٥</sup>.

٥٠. بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية للدكتور عبدالستار أبو غدة ٣٩٢/٥

٥١. المرجع السابق ص ٣٩٦ ، ٣٩٧

٥٢. القانون المدني المصري نقلا عن تطوير الاعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ، الدكتور سامي محمود ص ٣٢٥

٥٣. المرجع السابق ص ٣٣١ ، ٣٣٢

٥٤. نقلا عن موسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ص ٣٦/١

٥٥. الرقابة المصرفية والشريعة الإسلامية للمصارف للدكتور علي عثمان حامد ص ٥٦٤

أما هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني فقد اتجهت إلى أن خطاب الضمان فيه وكالة وكفالة لكنها نظرت إليه من جهة تغطيته أو عدم تغطيته فإذا كان مغطى فهو وكالة وكفالة معاً، إذ اعتبرت البنك وكَيْلاً في هذه الحالة بالنسبة للطرف الثالث، لأن هذا الطرف لا يطالب العميل وإنما يطالب البنك بناء على ضمانه لا على وكالته، أما غير المغطى فاعتبرته من باب الكفالة بالنسبة لعلاقة البنك مع الطرفين ورتبت على ذلك جواز أخذ الأجر على إصدار خطاب الضمان مقررة أن جواز اخذ الأجر في حالة الوكالة لأن الوكالة بأجر جائزة، أما حالة الكفالة المجردة فقد أجازت فيه الهيئة جواز اخذ الأجر شريطة أن يكون محسوباً نظير ما يقوم به البنك من خدمة فعلية يتكدها في سبيل إصدار خطاب الضمان من غير أن يمتد ذلك إلى الضمان نفسه كمعنى من المعاني الخلقية التي لا يجوز اخذ الأجر عليها عند جمهور الفقهاء<sup>٥٦</sup>.

وعلى ذلك رأى مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم ٢/١٢/١٢ الصادر في مؤتمره الثاني بجدة ١٠-١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦هـ الموافق ٢٨/٢٢ ديسمبر ١٩٨٥ :

أولاً: أن خطاب الضمان لا يجوز اخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته - سواء كان بغطاء أو بدونه .

ثانياً: أن المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه جائزة شرعاً مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء والله أعلم<sup>٥٧</sup>.

وفي كل الأحوال فإن رأي هيئة الرقابة لبنك فيصل الإسلامي وقرار المجمع وهو أيضاً قرار بنك دبي الإسلامي قد استند إلى قاعدة سد الذرائع في عدم جواز اخذ الأجر على الضمان نفسه وهو رأي جمهور الفقهاء لأن الكفيل مقرض وإذا اشترط له الجعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل لأنه ربا<sup>٥٨</sup>.

على أن الرأي الذي يجيز أخذ الأجر على الضمان نفسه يمكن النظر فيه في إطار تطور الحقوق المعنوية وتمويلها أو الوكالة العامة للبنك في هذا الإطار، وجواز أخذه للأجر عموماً باعتباره وكَيْلاً بأجر والله أعلم .

٢- اجتماع الصرف مع المعاوضة ببدل المثل مع الإيداع في الحساب الجاري:

ودائع الحساب الجاري تعتبر من وجهة النظر الشرعية وديعة ابتداء قرضاً انتهاء وتطبق عليها أحكام القرض .

وعلى هذا فإن العميل يكون مقرضاً للبنك المبلغ الذي وضعه في حسابه مع ضمان البنك برد المثل لصاحبه متى ما طلب، فإذا اجتمع فيه الصرف مع المعاوضة ببدل المثل فلا يجوز أن يدفع البنك فائدة للعميل لأن ذلك ذريعة إلى الربا، مع جواز أخذ البنك أجره على الخدمات التي يقدمها للعميل، شريطة أن يتناسب مع الخدمات الفعلية التي يقدمها البنك عادة، فإن زاد ذلك الأجر على الخدمات الفعلية كان ذلك ذريعة إلى الربا<sup>٥٩</sup> والله أعلم .

٥٦. مراجع قرار الهيئة رداً على الاستفسار رقم ( ١٩ ) خطاب الضمان

٥٧. قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص ٦٥

٥٨. منحة الخالق علي البحر الرائق ٦ : ٢٤٢ وانظرتقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام مالك القسم الثاني ٢٠٢٠ : ٢٠

٥٩. موسوعة فتاوى المعاملات المالية للمصارف والمؤسسات الإسلامية للدكتور علي جمعة ومحمد احمد سراج ٢٩/١٢/٢٠٠٩



- ٣- اجتماع الحوالة المصرفية بعوض المثل مع الإيداع في الحساب الجاري :  
لا مانع من اخذ الأجر على الحوالات المصرفية على أن يكون ذلك في حدود التكلفة الفعلية سداً  
لذريعة الربا والفائدة<sup>٦٠</sup> والله أعلم .
- ٤- اجتماع السحب من أجهزة الصراف الآلي لمصرف آخر مع عمولة المثل .  
يجوز أخذ الأجر بشرط أن يكون متناسباً مع العمل الفعلي ولا يكون مقابلاً لتحصيل الديون المترتبة  
على استعمال البطاقة كما لا يجوز اخذ رسوم نسبية لأن ذلك ذريعة إلى الربا<sup>٦١</sup> .
- ٥- اغتفار تأخر القيد المصرفي للعملة المحولة :  
اغتفار القيد المصرفي لا يضر، بشرط أن تكون المحاسبة طبقاً للسعر يوم تقييد المبلغ من قبل البنك  
المراسل في الخارج لحساب البنك المحول إليه ، ويقيد المبلغ في حساب العميل بما يعادل العملة  
المحولة إليها بسعر ذلك اليوم ولا عبءة بالسعر يوم تقييد البنك المحول إليه ثانية، مع استحقاق  
البنك للعمولة المتفق عليها أو المتعارف عليها مصرفياً، وعلى البنك إعلام العميل بهذا الإجراء سداً  
لذريعة المشاحة والنزاع<sup>٦٢</sup> .

٦٠. المرجع السابق ١٢/١٤٢

٦١. المرجع السابق ١٢/١٢٦

٦٢. الفتاوى الشرعية لبيت التمويل الكويتي ٣/١ فتوى ١٨٤ .





## المبحث الثالث عقبات وحلول

لعله من الواضح من خلال عرض بعض النماذج والأمثلة التي تضمنها المبحث الثاني وجود اختلاف في وجهات النظر بين الهيئات الشرعية للمؤسسات الإسلامية من جهة موقفها من الأخذ بسد الذرائع في بعض الأحوال أو عدمه ، وأوضح النماذج لذلك منتج التورق الذي عملت به بعض المصارف في حين لم يعمل به بعضها الآخر، كما انه متوقع في أي مسألة أو منتج مستجد يكون محل النظر لإصدار فتوى بشأنه، إلا أن هذا الاختلاف يحسم في غالب الأحوال بقرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، وقد رأينا نموذجاً لذلك في المشاركة المتناقصة.

وفي كل الأحوال فإن هذا الاختلاف يمكن رده إلى سببين أساسيين هما :

١- أن سد الذرائع وبخاصة في المعاملات المالية مفصل دقيق ، وقد حدث فيه اختلاف كبير بين الفقهاء في مذاهبهم المختلفة ، وقد تضمن البحث في تمهيده شيئاً من ذلك، كما علل للعوامل التي أدت لذلك الاختلاف من جهة التعلق بالظاهر أو اعتبار الباعث، ومن جهة الموازنة بين المصلحة والمفسدة وهي الأخرى دقيقة. لأن المصالح اجتهادياً قائمة على اختلاف تقدير الفقهاء ، ومن الطبيعي ان يختلف هذا التقدير لاختلاف الفطر والمنازع وما يتبعه من اختلاف في تفسير النصوص. وقد يوجب هذا الاختلاف أكثر أن بعض الفقهاء القدامى أنفسهم لهم آراء في المسائل الفقهية المبنية على سد الذرائع قد يخالفون فيها أحياناً أمتهم، فيتمسك بها الفقهاء المعاصرون نصرته لآرائهم واتجاهاتهم، مما يجعل الخلاف في هذه المسألة خلافاً تراكمياً يصعب الفكك منه كلية .

٢- أن المستجدات التي طرحها ويطرحها التعامل المصري المعاصر كثيرة ومتشعبة وسريعة في دورانها وحركتها كما أنها وليدة مصالح زمنية لا تحكمها نظرياً ضوابط خلقية ودينية رازكة ، وأن بعض الفقهاء المعاصرين يميلون إلى الترخص فيها اعتماداً على أن المشقة تجلب التيسير، وقواعد رفع الضرر ورعاية الاستثناء إستحساناً للضرورات والحاجات التي تحمل على ذلك، فيما يتشدد آخرون إبراء للذمة بحيث يباعدون بين المصارف الإسلامية والشبه، عملاً بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم (إن الحلال بين وإن الحرام بين وبينهما أمور متشابهاً لا يعلمهن كثير من الناس فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه) <sup>٦٣</sup> وليس ثمة حرج على هؤلاء ولا على أولئك فلكل سنده ودليله .

ونتيجة لهذين السببين الأساسيين فإن الموقف دقيق ، ويثير تساؤلات كثيرة ويؤدي إلى تجاذبات متباينة من حيث لزومنا للظاهر فقط كما ذهب إلى ذلك المذهب الشافعي أم نلزم الباعث كما ذهب إلى ذلك المالكية والحنابلة أم نجتمع بين الأمرين كما ذهب إلى ذلك الحنفية ؟ أم نتجه إلى تحقيق المصلحة تخيراً من الاتجاهات والآراء المختلفة ؟ وهل نتمادى في سد الذريعة أخذاً بالآراء الفقهية لبعض الفقهاء حتى لو خالفت آراء أمتهم الأوائل، أم نتبع آراء الأولين ، ونعتمد على أدلتهم ولا نخالفهم إلا إذا اقتضى الدليل ذلك ؟ وهل من الضروري واللازم في الاجتهاد التكييفي أن يقوم



على تفكيك العقود الذي يؤدي إلى الاختلاف الناتج هو الآخر عن طبيعة كل عقد منها وأغراضه وشروطه أم تكون نظرنا للمستجدات من العقود بشكل مباشر في ضوء المقاصد الشرعية والقواعد الفقهية الكلية الأساسية ؟ هذا بالإضافة إلى التمييز بين الشبه ذات الطابع الدياني والشبه ذات الطابع القضائي من حيث تقدير المصالح والمفاسد الدنيوية .

### الحلول:

في ضوء العرض السابق توصيفا وتعقيبا فإن عقبة الاختلاف في سد الذرائع موجودة، وهي بلا شك ذات أثر على الوضع التنافسي بين المؤسسات الإسلامية فضلا عن أنها ذات أثر على سمعة تلك المؤسسات وعلى الاقتصاد الإسلامي في عمومها من عدم وحدة النظرة ، أو وصفه بالاضطراب وهو في مرحلة التكوين والبلورة في العالم المعاصر .

وفي إطار طلب الحلول فإني أرى الآتي :

- عدم حجر أو حجب الرأي المعارض لأن وجوده ضروري ليتولد الرأي أو القرار المتوازن من جدلية الخلاف نفسه فيكون رأيا قائما على استيعاب كل المتناقضات محفوفًا بالشروط والضوابط اللازمة.
- استخلاص منهجية أصولية منظمة لسد الذرائع في المعاملات تنبثق عن الضوابط الشرعية لسد الذرائع التي سلف عرضها، مضافة إليها أي ضوابط أخرى يكشف عنها البحث والنظر في البحوث الأخرى المشاركة لهذا البحث في هذا المحور، بالإضافة إلى الإجابة عن التساؤلات التي سبقت إثارها في صدر هذا المبحث .
- الاستمرار في جعل الحكم والفيصل في الاختلافات التي تنشأ من خلال أعمال سد الذرائع أو عدم إعماله للمجامع الفقهية الكبيرة كمجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة ومجمع رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة على أن ينضم إليهم رؤساء أو ممثلو هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية المختلفة.
- وأخيرا أرى لزاما على أن أشيد بالجهود المبذولة في تأصيل وضبط وتعزيز المعاملات المصرفية الإسلامية من خلال مجلس الخدمات المالية الإسلامية بلندن ، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين وشركة شورى للاستشارات الشرعية بالكويت سائلا الله للجميع التوفيق في مهامهم الكبيرة والشاقة التي تحتاج إلى تجرد وصفاء وموسوعية وبعد نظر (والله غالب على أمره ولكن أكثر الناس لا يعلمون) <sup>٦٤</sup> صدق الله العظيم، وبه ومنه الإعانة بدءا وختمًا، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .



## الخاتمة

تناول البحث قضية ( سد الذرائع في المعاملات المالية والمصرفية) من خلال تمهيد وثلاثة مباحث . في التمهيد كان التركيز على بيان حقيقة سد الذرائع عند الفقهاء والأصوليين، وأنواعها وحكمها، والفروق بينها وبين المصطلحات ذات الصلة .

وفيه بينت المراد بسد الذرائع عند الفقهاء والأصوليين مع المقارنة بين اتجاهاتهم في التعريف. ثم بينت أنواع الذرائع استنادا إلى تقسيمات الفقهاء والأصوليين لها، ثم فرقت بين سد الذرائع والمصطلحات المتصلة به ، وهي المقدمات والأسباب، والحيل المذمومة، والمخارج الشرعية، والتنطع والغلو في الدين ، وأتبع ذلك بيان محل النزاع في سد الذرائع في إطار الأنواع التي عدتها له . وفي المبحث الأول تناولت الضوابط الشرعية لقاعدة سد الذرائع ، وهي قوة التهمة، عدم التعارض بين العمل بسد الذرائع والمصالح المعتبرة، وبينها وبين الحاجة الماسة ، وعدم تعارض المفسدة مع مصلحة أهم منها أو مساوية لها، وعدم الإفصاح عن الغرض غير المشروع بالشرط أو بالقول ، وأن لا يكون في الأخذ بسد الذرائع مغالاة ومبالغة .

وفي المبحث الثاني تناولت الأمثلة والتطبيقات الكاشفة عن العمل بسد الذرائع وصدرته بمدخل للموضوع من حيث أن سد الذرائع يدور في كل أبواب الفقه ومجالاته، ومن ثم جعلت ذلك مدخلا للحديث عن المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة مع الإشارة للأصول الأساسية التي يقوم عليها نظام المعاملات في الإسلام، والتي يأتي سد الذرائع لحمايتها، وعدم الخروج عنها. ثم تناولت سد الذرائع في عقد الاستثمار من خلال مصطلح الهندسة التمويلية ، وأوردت في هذا الصدد نموذجين كبيرين هما المشاركة المتناقصة، والتورق، ثم تناولت سد الذرائع في الخدمات المصرفية ممثلة في خطاب الضمان المصرفي، واجتماع القرض مع المعاوضة ببدل المثل، بتفصيلاته الواردة في خطاب الاستكتاب .

وفي المبحث الثالث تناولت العقبات مع بيان أسبابها وأتبع ذلك بيان الحلول التي انتهت إليها وهي :

- ١- استخلاص منهجية أصولية مركزة للعمل بسد الذرائع .
- ٢- الرجوع إلى المجامع الأعلى لحسم الخلاف .
- ٣- عدم الحجر والحجب للرأي المعارض لأن وجوده لازم للوصول عبره إلى الحقيقة والضبط والتقييد .

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا .