مجلة السّلام للاقتصاد الإسلامي

دورية علمية محكّمة نصف سنوية

تعنى بقضايا الاقتصاد الإسلامي

السنة الأولى : العدد الأوّل

ربيع الآخر 1442 هـ - ديسمبر 2020 م

مصرف السلام

AL SALAM BANK

الجزائر Algeria

الإدارة الشرعية

تصدر عن الإدارة الشرعية لمصرف السلام الجزائر

مجلة السّلام للاقتصاد الإسلامي

دورية علمية محكّمة نصف سنوية

تعنى بقضايا الاقتصاد الإسلامي

السنة الأولى: العدد الأوّل

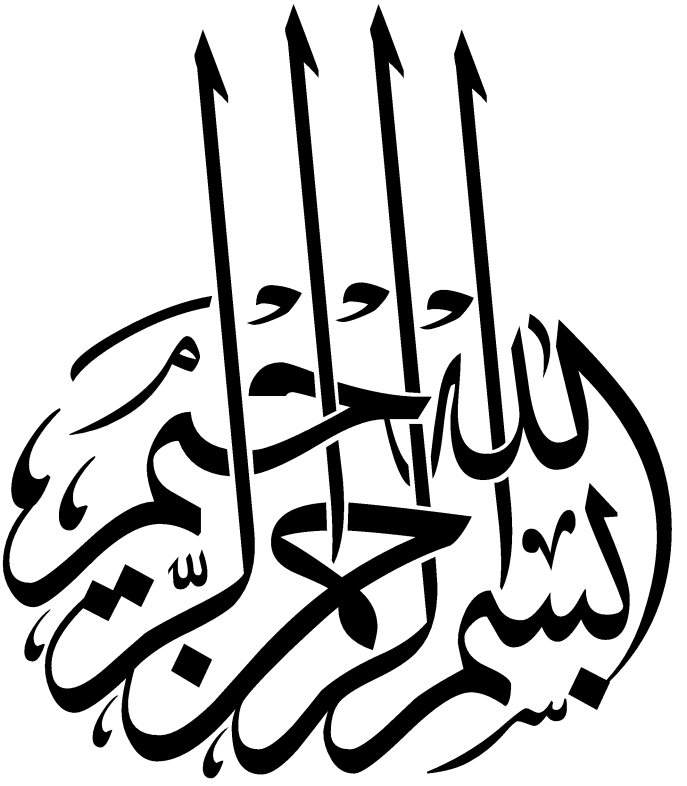
ربيع الآخر 1442 هـ - ديسمبر 2020 م

كل الحقوق محفوظة

العنوان:
233، أحمد واكد، دالي ابراهيم، الجزائر.

الاتصال:
الرقم الأرضي: 888 388 21 213+ (تحويل رقم 1007)
أرقام الجوال: 752 523 661 213+ 775 058 670 213+
majalat-salam@alsalamalgeria.com
(جميع المراسلات الموجهة للمجلة تكون باسم رئيس التحرير)

البحوث المنشورة على صفحات المجلّة تعبّر عن آراء كاتبيها، ولا تمثّل بالضرورة وجهة نظر المجلّة، أو المؤسّسة التي تصدر عنها.


بسم الله الرحمن الرحيم

هيئة تحرير مجلّة السلام للاقتصاد الإسلامي

رئيس التحرير:

د. عزالدين بن زغيبة

إدارة التحرير:

أ. علي محمد بورويبة

أعضاء هيئة التحرير:

أ. د. بوبكر لشهب

أ. د. محمد بوجلال

أ. د. صالح صالحي

أ. د. عبد القادر بن عزوز

د. محمد عبد الحكيم زعير

د. لعياشي فداد

الهيئة الاستشارية لمجلة السلام للاقتصاد الإسلامي

الشيخ محمد المامون القاسمي	الجزائر
أ. د. محمد الروكي	المغرب
أ. د. محمد قيراط	المغرب
أ. د. محمد أكرم لال الدين	ماليزيا
أ. د. عبد المجيد قدي	الجزائر
أ. د. أسامة عبد المجيد العاني	العراق
أ. د. عبد الرحمن السنوسي	الجزائر
أ. د. إلياس دردور	تونس
أ. د. سالم رحومة الحوتي	ليبيا
أ. د. سعيد بو هراوة	الجزائر
د. عزالدين خوجة	تونس
د. عبد الباري مشعل	سوريا
د. سامي بن إبراهيم السويلم	المملكة العربية السعودية
د. أسيد محمد أديب الكيلاني	الإمارات العربية المتّحدة
د. محمد البلتاجي	مصر
د. يونس صوالحي	الجزائر

فهرس المحتويات

كلمة رئيس مجلس إدارة مصرف السلام الجزائر

محمد عمير المهيري **11**

كلمة مدير عام مصرف السلام الجزائر

حيدر ناصر **13**

كلمة رئيس تحرير مجلة السلام للاقتصاد الإسلامي

الدكتور عزالدين بن زغيبة **15**

الإشكالات الشرعية لنقل حقوق الملكية في إصدارات الصكوك

الأستاذ المشارك الدكتور سعيد بوهراوة **19**

تكوين المخصَّصات في المصارف الإسلامية- نظرةٌ فقهية

الدكتور أُسَيد الكيلاني **53**

قواعد الذّرائع في المعاملات المالية

الدكتور سامي بن إبراهيم السويلم **91**

العقود الذكية

الدكتور العياشي الصادق فداد **153**

مسائل سبع في تحقيق ثبوت الإجماع في الضَّمان بالعوض

الدكتور محمّد قراط **197**

توحيد المرجعية الشرعية للصناعة المالية الإسلامية على المستوى الدولي تقييم الواقع وخارطة الطريق المقترحة

الدكتور عبد الباري مشعل **223**

الضَّمان بجعل عند المالكية

الأستاذ الدكتور قيس بن محمد آل الشيخ مبارك **263**

الإطار المقاصدي للاستثمار المسؤول اجتماعيا والوساطة المالية القائمة على القيم - ماليزيا أنموذجا

305

الأستاذ الدكتور يونس صوالحي

عقد الإجارة على عمل واستخدامه في التمويل والصكوك

الدكتور خالد بن محمد السياري **339**

أخلقة المجتمع أساساً لاستكمال منظومة التمويل الإسلامي

الأستاذ الدكتور عبد الرحمن بن معمر السنوسي **371**

كلمة رئيس مجلس إدارة مصرف السلام الجزائر

يطيب لي في هذا المقام الرفيع أن أتقدّم باسمي وباسم كافة أعضاء مجلس الإدارة والسادة المساهمين والسادة الأفاضل أعضاء هيئة الفتوى والرقابة الشرعية والإدارة التنفيذية وعلى رأسها السيد المدير العام، وكافّة موظفي المصرف بأسمى التهاني والتبريكات لكافة الشعب الجزائري عامة وللنخبة من باحثين وأساتذة وطلبة بهذا المولود الجديد الموسوم بـ "مجلة السلام للاقتصاد الإسلامي"، والتي نرجو من الله تعالى أن تكون قبس نور تضيء درب الباحثين، ونبراسا في طريق رفع راية المالية الإسلامية، ودفعة قوية بإذن الله في عجلة الاقتصاد الإسلامي.

يأتي إصدار هذه المجلة بمبادرة من فضيلة الدكتور عزّالدين بن زغيبة -نائب رئيس هيئة الفتوى والرقابة الشرعية، ورئيس اللجنة التنفيذية للهيئة- في وقت شهدت فيه الجزائر نهضة كبيرة في مجال الصناعة المالية المتوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، وتوجّهت فيه غالبية البنوك لا سيّما العمومية إلى فتح نوافذ إسلامية، وقامت بتدريب كوادرها على المعاملات المالية الشرعية، ممّا سيسهم في تطوير المعرفة العلمية لهم كما سيساعد المتعاملين معهم في فهم هندسة المالية الإسلامية من خلال الأبحاث العلمية التي تحملها المجلة في طياتها بهدف رفد المجتمع العلمي الجزائري

والعربي من خلال نافذة جديدة للنشر العلمي، وتعزيز دور الباحث العلمي في حياة المجتمع؛ لتغدو هذه المجلة -بحول الله وعونه- من الثوابت العلمية التي يستند اليها طلاب المعرفة، ولتكون إضافة نوعية في مجال الدراسات الاقتصادية الإسلامية.

وأخيرا نبارك هذا الصرح العلمي، سائلين -المولى عزّ وجلّ- أن يثبّت أجر القائمين على هذا العمل الفذّ، وأن يبارك في جهودهم، وأن يجعلها صدقة جارية لهم، فهي من العلم الذي يُنتفع به.

والله ولي التوفيق.

السيد محمد عمير المهيري

رئيس مجلس إدارة المصرف

كلمة المدير العام لمصرف السلام الجزائر

إذا ما أردنا اقتباس ثلاثية مفكرنا الكبير مالك بن نبي "عالم الأشياء وعالم الأشخاص وعالم الأفكار" يجنح التفكير بمعظم الناس نحو تصنيف العمل المصرفي ضمن الخانتين الأوليين. فمجال عمل البنوك في التصوّر العام هو عالم المال والأعمال؛ أي: الأشياء والأشخاص من حيث علاقاتهم ومبادلاتهم المادية.

وحرصا منها على إدماج البعد الفكري المعرفي للثلاثية المذكورة ضمن دائرة اهتمامات مصرف السلام الجزائر بادرت هيئة الفتوى والرقابة الشرعية للمصرف بإطلاق هذه المجلة المحكمة المخصصة لقضايا الاقتصاد الإسلامي تنظيرا وتأصيلا وتحليلا وتجديدا.

وشعورا منه بأهمية هذا المسار التأصيلي التجديدي للعمل المصرفي الإسلامي بما يحفظ له نقاءه وأصالته من جهة وقدرته على مواكبة مستجدات العصر ومتطلبات الحداثة من جهة أخرى لقيت هذه البادرة استحسان وتشجيع مجلس إدارة المصرف ممثلا برئيسه الأستاذ محمد بن عمير المهيري الذي وجّه الإدارة التنفيذية لدعم هذا المشروع العلمي الكبير وهي الدعوة التي صادفت هوى سابقا في نفوسنا وحنينا دفينا

في قلوبنا وومضة لم تَخْبُ جذوتها في عقولنا فتبنينا الفكرة وآزرناها إيمانا منا بجدواها وحاجتنا الماسة لإضفاء لمستها النبيلة على تشاط مؤسستنا.

لقد اعتمدت الهيئة الشرعية للمصرف أعلى المعايير العلمية المتعارف عليها في المجلات المحكمة في استكتاب ثلة من أهل العلم بحوثا نتوسم أن تكون دعامة لبناء الاقتصاد الإسلامي ومؤسساته وأنشطته الميدانية تزيده رسوخا وتفتح أمامه آفاقا للنمو والانتشار. وما أحوج بلادنا لهذا التلاحم والتكامل المثمر بين مضمار البحث العلمي وميدان النشاط الاقتصادي. كيف لا وقد أضحت الثقافة والمعرفة أحد أوجه الاقتصاد الحديث التي تؤثر في سلوكات المتعاملين فيه وتضفي عليه ذلك البعد الإنساني والتنموي المستدام مما يطلق عليه بالاقتصاد البنفسجي.

ومن حسن المقادير أن يتزامن صدور هذه المجلة مع هذا التوجه الحميد للسلطات العمومية للبلاد نحو توسيع نطاق تقديم الخدمات المالية الإسلامية عبر شبابيك البنوك التقليدية بدءا بالحكومية منها وكذا وضع الإطار القانوني الذي يسمح بممارسة نشاط التأمين التكافلي وإصدار صكوك الاستثمار كبديل للسندات التقليدية المشوبة بإشكالية الربا. إنها كلها مجالات تحتاج للتوجيه والتأطير من النواحي الشرعية والمهنية والبحثية مما ستسهم فيه مجلتنا الغراء إن شاء الله بكل جدارة بما سيقدمه كتابها من بحوث متخصصة قيمة تفيد المهنيين والباحثين والطلبة والدارسين على حد سواء.

قف وسطر درراً بالقلم ... واشكر الرحمن مولى النعم
فلرب العرش خير ظاهر ... علّم الإنسان ما لم يعلم
قد قضى الله بأمر أزلا ... كتبت أقدارنا بالقلم
ومداد جفّ في اللّوح بما ... تقتضي الأقدار منذ القدم

خلــق الأقــلام للإنســان في حكمـــة بالغـــة في الحكـــم
قلــم التــاريخ والــوحي ومــا قـــد يـــراه نـــائم في الحلـــم
وكذا التكليف والتوقيـع عـن ربنـــا البـــارئ عظـــيم الحكـــم
بيد الأعلام مـن أهـل التقـى مـــن لهـــم شـــأن رفيـــع القمـــم
وكذا التوقيع عـن ذي سـلطة مـــن أولي الـــرأي رعـــاة الـــذمم
وحســاب المــال والــدخل لــه قلـــم أكـــرم بـــذاك القلـــم

وفّق الله القائمين على مجلة السلام وكتابها ومحكّميها لتقديم هذه الإضافة المرجوة لصرح الاقتصاد الإسلامي في بلادنا، وأن يجعله عملا صالحا ولله خالصا.

السيد حيدر ناصر

المدير العام للمصرف

سلام على منبر السلام
في ميلادها بأرض الكرام

الحمد لله الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على من أوتي جوامع الكلم، وعلى آله وأصحابه الذين حملوا الدين للعالمين بسامي الأخلاق ونور العلم والحكم، وبعد.

فإنه لمن دواعي الغبطة والسرور أن تشهد الجزائر وهي تطرق أبواب الصيرفة الإسلامية ضمن منظومتها المالية ميلاد منبر علمي جديد يضاف إلى الجهود الخيرة المبذولة من المؤسسات العامة والخاصة، ومن قبل النفوس الطيبة الظاهرة والخفية في كل فروع الاقتصاد ومجالاته المتنوعة.

وفي معارج هذا الفكر النير، ومدارج العمل الخير تندرج مجلتنا التي وسمناها بـ: **"مجلة السلام للاقتصاد الإسلامي"**، واخترنا لها كما هو واضح من اسمها الاقتصاد الإسلامي مجالا تتلاقح فيه الأفكار، وتتقابل فيه الأنظار مرصعة بمساند من النصوص والآثار، ومؤيدة بصادق الحكمة وصحيح الحوادث والأخبار؛ حيث تلقي العقول أفكارها، وتبث الأقلام عباراتها، وتحدث فرسان الميدان أخبارها.

هذا الميدان الذي أثنى الله تعالى على المتصدين له والمتقلبين بأموالهم وأنفسهم في مناكبه، ورفع من منزلتهم وقدرهم، حتى قرن بينهم وبين المقاتلين في سبيل الله، فقال عز وجل: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضۡرِبُونَ فِي ٱلۡأَرۡضِ يَبۡتَغُونَ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ وَءَاخَرُونَ يُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: 20].

وروي عن عبد الله بن عمر –رضي الله عنهما– أنّه قال: **"ما موت أحب إلي بعد الشهادة في سبيل الله من أن أموت متجرا؛ لأن الله قرن بين التجارة والجهاد في**

قوله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضۡرِبُونَ فِي ٱلۡأَرۡضِ يَبۡتَغُونَ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ وَءَاخَرُونَ يُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾.

إن هذا المولود الجديد **"مجلة السلام للاقتصاد الإسلامي"** لم تأت لزيادة العدد في الساحة العلمية والمعرفية المزدحمة أصلا، وإنما استقدمت لتكون "الميم والرداءة أفلح أعلم"، ولتعمل جاهدة من أجل التميز بالجودة في البحث والتنقير، وغزارة المضامين في كل موضوعاتها، كما تحرص أن تكون الدراسات المنشورة على صفحاتها تمتاز بالتحليل والاستقراء والاستقصاء والنقد، وتقليب النظر الاجتهادي والتوثيق، والاستفاضة في تتبع الشوارد، وتقييد الأوابد من الأفكار المرتبطة بموضوعها، فهي بذاك لا تقل أهمية عن الكتاب.

كما ستعمل المجلة على دفع العقل الإنساني إلى النظر والتأمل في التقابل القائم بين الفكرة الإسلامية والفكرة المقابلة لها في صياغة منظومة الفكر الاقتصادي، وما يرتبط به من الجانب الاجتماعي؛ ليحكم بمعايير العلم وقواعد الاستدلال والنظر على الفكرتين، ويعطي كل واحدة منهما حقها ومستحقها؛ ليتمكن من جماع الفكرتين وخلاصة الفريقين صياغة فلسفة الحياة الرشيدة القائمة على العدالة وتكافؤ الفرص والتكافل الاجتماعي، وتمكينها لتكون سمة المجتمع الماثلة للعيان، وبناء ثروة الأمة التي هي مكمن العز وأس الأمان.

وإننا لنسعى من خلال مجلتنا هذه بإذن الله تعالى إلى الأخذ بأيدي أبنائنا الباحثين، والعروج بهم من مضايق فكر العويل إلى آفاق المنزع النبيل؛ حيث النظر الفسيح، وسعي البحث الصحيح التواق إلى البلوغ من المعرفة علمها الرجيح، وبناء عليه فإنه لا بد للباحث الذي يسعى دائما إلى تطوير إمكاناته الفكرية، وخبراته المعرفية والنقدية في مجال الاقتصاد الإسلامي والمالية الإسلامية، أن يكون متابعا لها.

ويسرني وأنا أطوي سطور هذه الافتتاحية أن أعبر عن خالص شكري وتقديري لسعادة رئيس مجلس الإدارة السيد محمد بن عمير المهيري على دعمه الكامل لإصدار هذه المجلة، والشكر موصول لجميع أعضاء المجلس كل باسمه وصفته، كما أتوجه بجميل الثناء والعرفان إلى السادة أعضاء الهيئة الشرعية، والسادة أعضاء هيئة التحرير على جهودهم المتواصلة لإنجاح هذا العمل العلمي النبيل، وفائق الشكر والتقدير موصول لأخي المدير العام للمصرف الأستاذ حيدر ناصر على الجهود التي بذلها معنا من أجل إصدار هذا المنبر العلمي، وإلى كل الإخوة في إدارة التحرير على تفانيهم وإخلاصهم في العمل.

وأخيرا نسأل الله العظيم أن يبارك في هذا العمل، وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم، وأن يسدد خطى القائمين عليه؛ لما فيه مصلحة الجزائر والعرب والمسلمين إنه سميع مجيب.

الدكتور عزالدين بن زغيبة

رئيس التحرير

الإشكالات الشرعية

لنقل حقوق الملكية

في إصدارات الصكوك

الأستاذ المشارك الدكتور سعيد بوهراوة
مدير قسم البحوث والتطوير والابتكار
الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في المالية الإسلامية إسرا- ماليزيا

مجلة السلام للاقتصاد الإسلامي، العدد (1) ديسمبر 2020

الإشكالات الشرعية
لنقل حقوق الملكية في إصدارات الصكوك

الأستاذ المشارك الدكتور سعيد بوهراوة

مدير قسم البحوث والتطوير والابتكار

الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في المالية الإسلامية (إسرا-ماليزيا)

المستخلص

هدفت هذه الورقة بحث أبرز الإشكالات الشرعية والقانونية لنقل حقوق الملكية في إصدارات الصكوك الإسلامية، وتم التركيز فيها على ضبط حقيقة ملكية الصكوك المصدرة ونوعها، والقيود الواردة على نقل ملكية هذه الأصول لاسيما السيادية، وكذا حدود التصرف فيها والإفصاح عن تفاصيلها، وتم بحث هذه الإشكالات من خلال مناقشة قضايا ثلاث رئيسة وهي: تعريف الملكية وحقوقها في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، وبحث القيود الواردة على نقل الأصول والتصرف فيها وضوابطها، وتقصي حدود المرونة التي تسمح بها الشريعة الإسلامية في التعامل مع حقوق الملكية لا سيّما ملكية الأصول السيادية المصكّكة. واعتمد في بحث هذه القضايا؛ المراجع الفقهية والمعايير الشرعية والقرارات المجمعية وتوصيات أبرز المؤتمرات التي اضطلعت ببحث هذه القضايا، أما الجوانب القانونية فيكون مرجعنا التشريعات القانونية وتكييفات المحاسبين ووكالات التصنيع، والأحكام القضائية ذات الصلة. وأبرز ما أفرزت هذه الورقة من نتائج: صعوبة الجزم في جلّ إصدارات الصكوك بأنّ حمَلَة

الصكوك يملكون الأصول المصككة ملكية صحيحة؛ لأنّ الملكية النّفعية الواردة في النشرات في غالبها لا صلة لها بالملكية النفعية المنصوص عليه في القانون العام. ومن النتائج أنّه يجوز وضع شروط تقييدية إن استقر ملك حملة الصكوك على الأصول، ولا حرج إنْ نصّ على أنّه يمكن تقييد بيع الأصول على غير المصدر، شريطة أنّه إن تعثر المصدر عن دفع مستحقات الشراء في موعده فلهم الحق في الرجوع على الأصول، وإن أفلس فلن يكون أسوة الغرماء، وأنَّ الإفصاح وإن كان جائزا في القوانين الوضعية في الإطار العام، وخالف مقتضى العقد وآثاره الطبيعية ما لم يكن مخالفاً للنظام العام، فالأمر على خلاف ذلك في الفقه الإسلامي، لأنّ إرادة العاقديْن في الشريعة الإسلامية إنَّما تنشئ العقد فقط، بينما يتم تحديد أحكام كل عقدٍ وتعيين آثاره من الشارع.

الكلمات المفتاحية.

حقوق الملكية، الصكوك الإسلامية، الملكية القانونية والنفعية، الأصول السيادية.

مقدمة

يقدم سوق رأس المال الإسلامية فرصة استثمارية كبيرة لمجموعة كبيرة من المستثمرين وبسيولة نقدية معتبرة أسهمت في تشييد مشاريع حكومية وخاصة ضخمة، حرَّكت اقتصاد البلدان الإسلامية ونشَّطت معاملاتها البينية والدولية، وبالرغم من الإنجاز الكبير الذي حققته هذه السوق من نسبة النمو المتراكمة وحجم إصدارات الصكوك، وكذا الطفرة الهائلة في تطورها واكتساحها للسوق المالية، فإنَّ هيكلة بعض منتجات هذه الصكوك وبحكم محاولتها إعمال بعض مكونات هيكلة السندات التقليدية بغرض تخفيف مخاطرها، وتحقيق الفوائد التي سعت هذه السندات التقليدية لتحقيقها؛ تعرض كثير منها للنقد من حيث التزامها بأحكام الشريعة الإسلامية، وقد تركَّز النّقد على موضوع ملكية حملة الصكوك للأصول المصكّكة. وعليه فإنَّ هذه الورقة ستحاول تسليط الضوء على أهم الإشكالات الشرعية المتعلقة بموضوع حقوق الملكية في إصدار الصكوك، واشكالية وضع القيود على الأصول السيادية المصكّكة وأثرها على الملكية، وكذا قضية الإفصاح عن الأصول المصكّكة في نشرات الإصدار، وتأثيرها على تحقق هذه الملكية لحملتها.

أما مباحث الورقة فستتناول الآتي:

المبحث الأول: تعريف الملك والمكلية.

المبحث الثاني: تعريف الصكوك وبيان أنواعها.

المبحث الثالث: الإشكالات الشرعية لنقل حقوق الملكية في الصكوك.

خاتمة ونتائج البحث.

المبحث الأول: تعريف الملك والملكية

المطلب الأول: الملك لغة واصطلاحا.

أولا: الملك لغة: الحيازة، والقدرة على الاستبداد، والانفراد بالتصرف[1].

ثانيا: الملك والملكية شرعا: الملك علاقة شرعية بين الانسان والشيء تخوله التصرف فيه، إلاّ إذا وُجد مانع شرعي كالجنون والعته والسفه، وتكون حاجزا عن تصرف الغير، إلاّ إذا كانت له صفة شرعية تبيح له التصرف كالولاية والوصاية والوكالة، وعرفه الحنفية بأنه: الْقُدْرَةُ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي المحَلِّ شَرْعًا[2]. وعرّفه القرافي في الفروق: الملك إباحة شرعية في عين أو منفعة، تقتضي تمكن صاحبها من الانتفاع بتلك العين أو المنفعة أو أخذ العوض عنهما من حيث هي كذلك"[3]. وعرَّفه ابن تيمية في مجموع الفتاوى بأَنَّه "القدرة على التصرف في الرقبة بمنزلة القدرة الحسية"[4]، وجاء تعريفه في مجلة الأحكام العدلية في المادة 125 بأنّه: "ما ملكه الإنسان سواء كان أعياناً أو منافع"[5]، وثمة تعريفات أخرى تتلخص في تعريف جامع للملك وهو "الاختصاص الحاجز"[6]. ليشمل جميع ما يمتلكه الشخص من حقوق أو ملكيات.

أمّا حقّ الملكية، فقد نصَّت مجلة الأحكام العدلية في المادة 1018 أنّ "حق

(1) انظر، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، باب الميم، مادة ملك، ص 921، الجنيدل، حمد العبد الرحمن، نظرية التملك في الإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص 13.

(2) العناية شرح الهداية، ج6، ص247.

(3) الفروق، ج3، ص368

(4) ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، ج4، ص106.

(5) مجلة الأحكام العدلية المادة 125، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (1/ 115)

(6) ابن نجيم المصري: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، ج3، ص461.

الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفا مطلقا عينا ومنفعة واستغلالا، وأنّ لمالك الشيء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة وغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً"[1].

ثالثا: الملك والملكية قانونا.

عرَّف عبد السلام داود العبادي الملكية في القانون بأنّها: "اختصاص أو استئثار إنسان بشيء، يقتضي أن له وحده حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ابتداء إلا لمانع في حدود القانون"[2]. وعرّفها المشرّع الجزائري في المادة 674 من القانون المدني الجزائري بأنها: "حقّ التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة". ويشرح عبد الرزاق السنهوري هذا الحق بقوله: "هذا الحق حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقا، بل هو جماع هذه الحقوق العينية وعنه تتفرع جميعا، فمن كان له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله وحق استغلاله وحق التصرف فيه، وبذلك يستجمع كلّ السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء[3].

المطلب الثاني: أقسام الملك والملكية في الشريعة والقانون.

أوّلا: أقسام الملك والملكية في الشريعة الإسلامية.

ينقسم الملك في الشريعة الإسلامية باعتبارات كثيرة: أهمها اعتبار المحل أو الشيء المملوك، فينقسم إلى ملك عين، وملك دين، وملك منفعة من غير ملك عين، وملك انتفاع من غير ملك المنفعة.

(1) مجلة الأحكام العدلية المادة 1018.

(2) عبد السلام داود: الملكية في الشريعة الإسلامية: مكتبة الأقصى-عمّان- الأردن-ط1-1394هـ-1974- ج1 ص153-154.

(3) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (بيروت، دار النهضة العربية، د، ت)، ج8 ص479.

وبقريب من هذا الاعتبار تقسيم الملك باعتبار حدود التصرف في المملوك إلى ملك تام وملك ناقص:

أمّا **الملك التامّ** فهو: الملك الذي ثبت على رقبة الشيء ومنفعته. وهو يعطي المالك حق التصرف في العين ومنفعتها في كلّ التصرفات السائغة شرعا من بيع وهبة وإجارة وإعارة ووصية ووقف، وغير ذلك من التصرفات التي تسيغها الشريعة الإسلامية، ولا تَنَافي في أحكامها مع مبادئها وقواعدها، ويعطيه حق الانتفاع كاملا غير مقيّد بوجه من وجوه الانتفاع، ولا بزمن ولا بحال ولا بمكان، فهو يستغل العين من غير قيد ولا شرط، والملك التام مطلقا، ليس له زمن محدود، ولا وقت معلوم ينتهي عنده، ولا يقبل التقييد بالشرط[1].

وأمّا الملك النّاقص فيعني أنّ صاحب الملكية لديه تسلّط جزئي، وسيطرة جزئية على الأصل من حيث التصرف والانتفاع، وقد يكون بملك الرقبة دون المنفعة، أو ملك المنفعة وحدها ويكون الانتفاع شخصيا، وبملك المنفعة ويكون الانتفاع عينيا[2].

ثانيا: أقسام الملك والملكية في القانون العام.

لقد تحدث القانون المدني والقانون العام الأنجلوسكسوني عن الملكية باعتبار الجهة المتفردة بالاختصاص، فتناول الملكية الفردية والملكية الشائعة والملكية العامة. كما تناول أنواعها باعتبار طرق كسبها فقسمها إلى ملكية عقْدٍ وملكية إرثٍ وشُفعة ووصية والتصاق وغيرها. غير أنّ الذي يهمنا في هذه الورقة هو التقسيم ذو الصلة بتطبيقات الصكوك، وهو الملكية القانونية والملكية النفعية، حيث إنَّ القانون العام أو

(1) انظر، أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 74.

(2) انظر، أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ص 75-78، وعلي الخفيف الملكية في الشريعة الاسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ص 28.

الأنجلوسكسوني يعدّ القانون الوحيد المتفرد بهذا التقسيم، وجلّ إصدارات الصكوك التي تناولت الملكية النفعية يحكمها القانون العام. وعليه سيتم التركيز عليه في هذ التقسيم.

وقد قسّم القانون العام الملكية إلى قسمين: ملكية قانونية أو اسمية، وملكية نفعية.

أ- تعريف الملكية القانونية (legal ownership - title ownership)

عرّف القانون العام الملكية القانونية بأنّها سند قانوني يشير إلى واجبات ومسؤوليات الحفاظ ومراقبة بعض الممتلكات، وبأنّ صاحب الملكية القانونية هو الشخص / المؤسسة الذي سجل العقار باسمه لمصلحة وفائدة طرف آخر.

وجاء في قرارات مؤتمر "إسرا" التاسع تعريف الملكية القانونية أو الاسمية (legal ownership) بأنّها: ملكية الشخص أو الشخصية الاعتبارية التي سُجِّل الأصل باسمها ولكن لفائدة طرف آخر، فهو لا يملك شيئًا، وإنّما هو أمين(Trustee) على ذلك العقار[1].

ب- تعريف الملكية النفعية (Beneficial Ownership):

عُرِّفت الملكية النّفعية بتعريفات عامة كما عرِّفت بحسب محلِّها مثل العقارات والأسهم، وعُرِّفت كذلك بحسب نوع القانون المنضوية تحته مثل قانون الأمانة (TRUST)، وقانون غسيل الأموال واتفاقيات منع الازدواج الضريبي، وضريبة الدخل، وغير ذلك.

أمّا التعريفات العامة فمنها تعريف المالك المنتفع بأنّه: المالك النِّهائي للدخل، فهو يملك الحق في الإدارة، والحق في الفصل، وصلاحية الاستهلاك أو الإتلاف،

(1) توصيات المؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، سنة 2016.

ومخاطر الإهلاك[1]، وأنّه الشخص الذي يملك **حق الاستخدام** ولا يحمل الملكية القانونية، بينما **الملكية القانونية عهد أمانة (in trust)** من قبل شخص آخر[2]، والمالك العدلي هو الشخص الذي لم تُسجّل ملكية الأصل باسمه، ولكنه **يتمتع بالحقوق المقررة للمالك على الملك**. وعرفت المنشأة التي تمتلك حق المنفعة بأنها تلك التي تتمتع **بحق الانتفاع** بورقة مالية أو عقار أو ممتلكات أخرى سواء ظهر اسمها في سجل أو صك الملكية أو لم يظهر[3].

وفي سياق الأوراق المالية، عرفت الملكية النفعية بتعريفات منها:

– **عقد ثقة أو توصية** (a trust arrangement) يكون المالك فيه **المنتفع من الأسهم**، ولديه **القدرة على التصويت والتأثير على قرارات تتعلق بالأوراق المالية**، ويحصل على الفائدة الممنوحة من الأوراق المالية، حتى وإن كان الاسم المتداول للأوراق المالية معقود قبل شخص آخر غير المالك الحقيقي، مثل وسيط، لأسباب أمان أو تسهيلات[4].

– المالك **الفعلي** للأوراق المالية **والمتلقي الشرعي للمزايا الممنوحة** هو المالك المستفيد، وغالبا ما يختلف عن حامل اللقب حيث تكون عادة مؤسسة مالية قابضة

(1) J David B Oliver, Jerome B Libin, Stef van Weeghel and Charl du Toit, 'Beneficial Ownership' Bulletin for International Taxation, vol 54 (2000)no 7, pp 310-325.

(2) Barron's Law Dictionary. (beneficial use), Klaus Vogel, "Klaus Vogel on Double Taxation Conventions", P-562, Third Ed, Kluwer Law International Ltd, London.

(3) قاموس شيبان لعلوم الإدارة 2004.

(4) .http: //www.law.cornell.edu/wex/beneficial_ownership

A trust arrangement whereby the beneficial owner of a security has the power to vote on and influence decisions regarding that security, and receives the benefit afforded by the security, even though in street name the security may be held by someone other than the true owner, such as a broker, for safety or convenience reasons.

للأوراق المالية نيابة عن العملاء[1].

– المساهم الذي لديه القدرة **على شراء أو بيع الأسهم**، ولكنه غير مسجل في دفاتر الشركة باعتباره المالك[2].

– في قانون الأوراق المالية الأمريكية، المالك المستفيد تمييزا له عن "المالك المسمى"، "المالك المسجل"، أو "حامل التسجيل" للأوراق المالية، ويشمل أي شخص، على نحو مباشر أو غير مباشر، لديه أو يتقاسم **حق التصويت وقوة الاستثمار**[3].

في سياق قانون العهدة المالية (trust law)، فإنّ مصطلح المالك المستفيد تاريخيا في دول القانون العام هدفه التمييز بين مفهوم الملكية القانونية لأغراض الأمانة، التي تشير إلى سمات رسمية تميز ملكية أمانة (المالك المؤتمن/ الحافظ: trustee ownership)، عن الملكية النفعية، التي عقدت من قبل المستفيدين الحقيقيين، الذين يمكن إنفاذ حقوقهم من أطراف ثالثة[4].

وجاء في نتائج مؤتمر "إسرا" العالمي التاسع لعلماء الشريعة أنّ "الملكية النَّفعية أو العدلية ملكية كاملة، تنتج لصاحبها بمقتضى القانون حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، لكن الأصول تكون مسجلة قانونا باسم شخص أو شخصية اعتبارية

(1) Black's Law Dictionary. "The actual owner of securities and the rightful recipient of the benefits accorded; the beneficial owner is often different from the title holder (generally a financial institution holding the securities on behalf of clients)". https: //thelawdictionary.org/beneficial-owner/

(2) Black's Law Dictionary.

(3) http: //en.wikipedia.org/wiki/Beneficial_ownership.

(4) Leonardo Freitas de Moraes e Castro, "Brazils Anti-treaty Shopping Measures: Current and Future Developments regarding Beneficial Ownership and Limitation on Benefits Clauses in Tax Treaties", Bulletin for International Taxation, Vol 65(2011) No 12, pp 662-673, p 667.

على سبيل الأمانة (trust)[1].

وخلاصة تعريفات الملكية النفعية في القانون العام أنّها ملكية كاملة وأنّها أقوى في الاعتبار القانوني من الملكية القانونية أو الاسمية المسجلة، لأنّ صاحب الأولى يملك حق الاستغلال والاستعمال والتصرف، والثاني يملكها على سبل الأمانة، ولتقديم تسهيلات لصاحب الملكية النفعية.

(1) توصيات المؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، سنة 2016.

المبحث الثاني: تعريف الصكوك وأنواعها

أوّلا: تعريف الصكوك.

عرَّفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية "صكوك الاستثمار" بأنّها: "وثائق متساوية القيمة تمثل حصصا شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص"[1].

وعرّف مجلس الخدمات المالية الإسلامية الصكوك في المعيار "رقم 7" بأنّها: "شهادات يمثّل كل صكّ منها حق ملكية لنسبة مئوية شائعة في موجودات عينية، أو مجموعة مختلطة من الموجودات العينية وغيرها، وقد تكون الموجودات في مشروع محدد أو نشاط استثماري معين، ويشترط أن يكون المشروع أو النشاط متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية"[2].

والصكوك إن تمّ إصدارها على موجودات قائمة فعلًا وأُخرجَت من ميزانية الجهة المنشئة، ولم يعد لهذه الجهة صلةٌ بها بأي صفة كانت، ولم تكن متعهدةً بشرائها من حملة الصكوك، ولم يتعهد حملة الصكوك ببيعها لها، ولو عند إطفاء (تصفية) الصَّكوك، وإنما تطفأ ببيع الموجودات للغير؛ فإنَّ هذا يعدُّ تصكيكًا (توريقًا مشروعاً – Shariah Compliant Securitization).

ثانياً: أنواع الصكوك.

يمكن تقسيم صكوك الاستثمار باعتبارات مختلفة:

فباعتبار العقود الجزئية المؤطِّرة لهيكلة الصكوك، تقسم إلى صكوك مرابحة أو

(1) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية، طبعة2010م، ص238.

(2) انظر المعيار في http: //www.ifsb.org/published.php.

مضاربة أو وكالة أو مشاركة أو غيرها، وقد أحصت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أربعة عشر نوعا من هذه الصكوك.

وباعتبار المصدر، تقسم إلى صكوك سيادية تصكّك الدولة فيها موجوداتها السيادية لدعم مشاريع البنى التحتية، وصكوك عادية تصدرها المؤسسات لرفع رأس مالها أو تحصيل سيولة للاستثمار.

أمّا باعتبار طبيعة العلاقة بين المصدر وحملة الصكوك من حيث الأصول مصدر التصكيك، فقد قسّمتها وكالة موديز (Moody's) في تقريرها عن الصكوك الصادر سنة 2006م[1]: إلى صكوك مدعومة بالأصول وصكوك قائمة على الأصول، فبيّنت أنّ الصكوك المدعومة بالأصول هي تلك التي: يتمتّع فيها المستثمرون بدعم وضمان الأصول محلَّ العقد، بحيث يتمتعون بشكل من أشكال الضَّمانات على الأصول. فهم بناء على هذا أفضل حالا من الدائنين غير المضمونين. وبمعنى آخر، فإنّه في حالة تعثر المصدر عن السداد أو سار معسرا، فإنّ حملة الصكوك بإمكانهم تجنّب المخاطر التي يتعرضون لها من خلال السيطرة على الأصول، ومن ثمَّ تحقيق القيمة منها. كما يتطلّب وجود عنصر التصكيك المتمثّل في البيع الحقيقي وإقصاء خطر الإفلاس عن المصدر Bankruptcy remoteness، وكذا إنفاذ الضَّمانات المرتبطة بعملية الإصدار.

وأمّا الصكوك القائمة على الأصول فهي الصكوك التي يتعهد منشئ الصكوك بشرائها من المصدر عند حلول الأجل، أو بالتراضي على أجل مبكّر؛ بقيمة يتفقان عليها وهي غالبا مساوية للقيمة الاسمية للصك، وعندئذ تكون القيمة السوقية الحقيقية للصك في الوعد بالشراء لا معنى لها بالنسبة لحملة الصكوك. وفي هذه الحالة

(1) انظر، A Guide to Rating Islamic Financial Institutions - Moody's Investors Service April 2006 (97226).

لا يكون لحملة الصكوك أي حق على الأصول، وإنّما يعتمدون كليًّا على المنشئ وجدارته المالية في الدفع، إما من خلال موارده الداخلية أو من خلال قدرته على إعادة التمويل. وعليه فإذا لم يستطع المنشئ الوفاء بالتزاماته بإعادة شراء الأصول، فلن يكون حملة الصكوك في موقع تفضيلي على باقي الدائنين، ولن يكونوا أيضا في موقف أضعف من الدائنين غير المضمونين، بحيث يوضعون على قدم المساواة بالنسبة لالتزامات المنشئ اتجاه حملة الصكوك غير المضمونين بقطع النّظَر عن كونهم حملة من الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية.

وقسّمها مجلس الخدمات المالية الإسلامية The Islamic Financial (Services Board IFSB) في معياره السابع حول متطلبات كفاية رأس المال بالنسبة للصكوك، والتصكيك والاستثمارات العقارية 2009م، ثلاثة أنواع من هياكل الصكوك:

أوّلا: هيكل الصكوك المدعومة بالأصول (الموجودات) Asset Backed (Sukuk ABS)، وهو "الذي يستوفي الشروط المطلوبة من قبل مؤسسة تصنيف ائتماني خارجية معترف بها يترتب عليه أن يتحمل مالكو الصكوك أية خسائر في حالة إتلاف أو انخفاض قيمة الموجودات"[(1)].

ثانيا: هيكلان من الصكوك غير مدعومة بالأصول Non –Asset Backed Sukuk (ABS) وهما:

1- هيكل الصكوك القائمة على الأصول مع وعد ملزم بإعادة الشراء من المنشئ حيث يشتري المصدر بموجب هذا الوعد الموجودات، ويؤجرها، ويصدر الصكوك، وهذه الهيكلة تتم عادة بإعادة تأجير الأصول إلى المنشئ في عملية "بيع

(1) انظر المعيار رقم 7 بند رقم 10، ص 4.

وإعادة تأجير"، وتكون مخاطر الائتمان في هذه الحالة هي تلك المتعلقة بالمنشئ، وفقا لأي تعزيز ائتماني متفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها يقدمه المصدر، ويشار إلى هذا الهيكل عادة بهيكل (الدفع من خلال الطرف الثالث (pay-through) حيث إن الدخل الناتج عن تلك الموجودات يدفع للمستثمرين من خلال المصدر.

2- هيكل الصكوك القائمة على الأصول من خلال "هيكلة التحويل Pass-through)، حيث يشتري كياناً منفصلاً بصفته مصدرا للموجودات موضوع التصكيك من المنشئ، ويضعها في مجموعة موجودات بغرض التصكيك، ويشترط الكيان المصدر من المنشئ أن يعطي لحملة الصكوك حق الرجوع إليه، غير أنَّ المصدر يقدم تعزيزا ائتمانيا متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها من خلال ضمان السداد في حالة عجز المنشئ عن السداد"[1].

وقد دقَّق مجلس الخدمات المالية الإسلامية في هذين النوعين من الصكوك القائمة على الأصول، وبيّن أنّ الصكوك القائمة على الأصول تعني أن حاملي الصكوك يرجعون في حالة التخلّف عن السّداد إمّا إلى المنشئ عن طريق الوعد بالشراء، أو المصدر عن طريق ضمان سداد المستحقات، وهو ما يعني أنَّ الصّكوك المدعومة بالأصول تقتضي التحويل الكامل للملكية القانونية بالنسبة للأصول محلِّ العقد، أما الصكوك القائمة على الأصول فتقتضي تحويل ملكية المنفعة الاقتصادية لحملة الصكوك والرجوع على المنشئ أو المصدر وليس على الأصول. وعليه فإنَّ الصكوك المدعومة بالأصول تهتم بكفاءة الأصول على درِّ الأرباح، بينما يهتم حملة الصكوك في الصكوك القائمة على الأصول بكفاءة المصدِر أو المنشئ المالية وقدرته على السداد.

(1) المرجع نفسه، ص4، و5.

بجانب وكالة موديز (Moody's) للتصنيف، فإنّ الوكالة الماليزية للتصنيف RAM Holdings (Rating Agency Malaysia Berhad قدمت التعريف نفسه للصكوك المدعومة بالأصول والصكوك القائمة على الأصول.

المبحث الثالث: الإشكالات الشرعية لنقل حقوق الملكية في الصكوك

الإشكال الأول: حقيقة ملكية حملة الصكوك للأصول.

لقد تمَّ تعريف الملكية في الشريعة الإسلامية، وبيّنّا أنّها تناولت مقاربتين: مقاربة واقع الملك ومنشؤه، حيث عُرِّفت بأنّها الاختصاص الحاجز، وبموجب هذا الاختصاص تكون للمالك قوّة وسلطة على ملكه، وبمقاربة الوصف والحكم الشرعي حيث عُرِّفت بأنها حكم شرعي أو وصف شرعي مقدّر في العين، أو في المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من الانتفاع بالمملوك ومن المعاوضة به. وأنّ أهمّ بنود معايير الصكوك الصادرة عن "أيوفي" وغيرها من المعايير تقرر في موضوع الملكية متطلبات رئيسية لتحقيق ملكية موجودات الصكوك أهمّها:

- أن تكون موجودات الصكوك مما يقبل انتقال الملك شرعًا وقانونًا إلى حملة الصكوك.
- أن يترتب على ملكية حملة الصكوك لموجوداتها القدرة على التصرف بها وتحَمُّل ضمانها واستحقاق عوائدها، أيًّا كانت الطبيعة القانونية لهذه الملكية.
- أن يكون عقد شراء أو بيع موجودات الصكوك صحيحًا ونافذًا شرعًا وقانونًا.
- أن يتم إخراج الموجودات من ميزانية الجهة المنشئة إن كانت هي البائع لها، وتقييدها في ميزانية الصكوك باسم حَمَلة الصكوك أو في ميزانية واسم من يمثلهم كالمنشأة ذات الغرض الخاص.
- إذا دعت الحاجة إلى عدم تسجيل الموجودات باسم حملة الصكوك أو من يمثلهم، وإبقائها مسجلة باسم الجهة المنشئة وفي ميزانيتها لأسبابٍ قانونية أو ضريبية أو إجرائية، فيجب ألاّ يخل ذلك بملكية حملة الصكوك أو من يمثلهم لموجوداتها، أو

يؤثر في قدرتهم على التصرف بها أو استحقاقهم لعوائدها أو تحملهم أعباء ملكيتها أو تبعة هلاكها، وألاّ يكون لدائنيه مزاحمة حملة الصكوك في تلك الموجودات حال إعساره أو إفلاسه أو تصفيته، وألاّ يؤدي ذلك إلى ثبوت رأس مال الصكوك أرباحها أو عوائدها التزاماً مباشرًا في ذِمَّة الجهة المنشئة دون الاعتداد بملكية حملة الصكوك لموجوداتها. وألاّ يكون القانون الحاكم لموجودات الصكوك مبطلًا لملكية حملة الصكوك لهذه الموجودات إذا لم تكن مسجّلة باسمهم أو باسم من يمثلهم.

وممّا أثير في وثيقة إصدارات كثير من الصكوك فيما يتعلق بالملكية، إشكالية نوع الملكية التي يكتسبها حملة الصكوك بعد شرائهم لوثيقة الصكوك. فالصكوك القائمة على الأصول (Asset Based) التي تمثل جُلَّ الصكوك المصدرة، يتم فيها إبقاء الصكوك في الميزانية العامة للجهة المنشئة، غير أنّه يتمّ فيها النص على أنَّ حملة الصكوك يملكون الصكوك ملكية نفعية، ما يفيد ظاهرا بأنّها الملكية النفعية المنصوص عليها في القانون العام. ولكن بمقارنة تعريف الملكية النفعية في القانون العام التي سبق وسقنا بعضا منها وخلصنا إلى أنَّ المالك لها، هو الشخص الذي لم تسجل ملكية الأصل باسمه، ولكنه **يتمتع بالحقوق المقررة للمالك على الملك**. وأنّ المنشأة التي تمتلك حق المنفعة تتمتع **بحق الانتفاع** بورقة مالية أو عقار أو ممتلكات أخرى سواء ظهر اسمها في سجل أو صك الملكية أو لم يظهر. وبيّنّا أيضا بأنّ مؤتمر "إسرا" الذي حضره جمهرة من العلماء المختصين خلص في توصياته المتعلقة بالملكية النفعية إلى أنّ "الملكية النّفعية أو العدلية" ملكية كاملة، تنتج لصاحبها بمقتضى القانون حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، لكن الأصول تكون مسجلة قانونا باسم شخص أو شخصية اعتبارية على سبيل الأمانة (trust)[1]. وبمقارنة هذا

(1) توصيات المؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، سنة 2016.

التعريف مع الضوابط والتقييدات التي وضعت ضمن بنود وثيقة الصكوك يتبيَّن بأنّ الملكية النّفعية المسطرة في وثيقة الصكوك غير الملكية النفعية التي يقرها القانون العام، وإنّما هي في أحسن الأحوال ملكية منفعة اقتصادية من هذه الأوراق المالية وضعت لها تعزيزات ائتمانية تؤدي إلى إنشاء مديونية على المنشئ أو المصدر للصكوك. فمن البنود الواردة في الصكوك التي تؤيد هذا التوجه، اشتراط عدم فحص الأصول المصككة أو الجدوى الاقتصادية للمشاريع محل التصكيك[1]، واشتراط عدم الرجوع إلى الأصل عند التخلف عن السداد، وإنّما الرجوع على المصدر recourse to the obligor، واشتراط عدم تصرف مالك الصك في الصك بالبيع إلاّ على المالك الأول، كون المنشئ قدَّم وعدًا بشراء الصكوك. والوعد بشراء الصكوك يكون بسعر التنفيذ exercise price[2]، الذي يتناول في الغالب القيمة الاسمية للصكوك زائد العوائد الدورية، واشتراط تنفيذ الوعد بالشراء بسعر التنفيذ وحلول الدين عند تخلف المنشئ عن سداد الأقساط ممّا ينشئ مديونية مباشرة عند التخلّف بقطع النّظَر عن المردود

(1) مما جاء في بنود العقد ما يأتي:

No investigation or enquiry will be made and no due diligence will be conducted in respect of any Wakala Assets comprised within a Wakala Portfolio"

"لا يُسمح بإجراء أي تحريات أو استفسارات ولا دراسات جدوى بشأن أي من أصول الوكالة التي تتضمنها محفظة الوكالة (الاستثمارية) " ص 25 من نشرة إصدار صكوك بنك أبو ظبي التجاري (نوفمبر 2011م – نوفمبر 2016م) متوافر على عنوان:

https://www.sukuk.com/sukuk-new-profile/adcb-islamic-finance-cayman-limited-926/

تاريخ زيارة الموقع: 6/ 2/ 2016م.

(2) من أمثلة هذه النصوص ما نصت عليه نشرة إصدار صكوك الوكالة بالاستثمار حيث جاء فيها:

Purchase Undertaking

The Purchase Undertaking will be executed as a deed on 29 June 2015 by APICORP as obligor in favour of the Trustee and the Delegate and will be governed by English law. APICORP will, in relation to each Series, irrevocably undertake in favour of the Trustee and the Delegate to purchase and accept the transfer and conveyance of all of the Trustee's interests, rights, title, benefits and entitlements, present and future, in, to and under the Wakala Assets on the Scheduled Dissolution Date or any earlier due date for dissolution following the occurrence of a Dissolution Event, as the case may be, at the Exercise Price by entering into a sale agreement.

الاقتصادي للصكوك وسبب التخلف[1]، ولأنَّ حملة الصكوك -عند تعثّر المصدِر وعجزه عن شراء الأصول أو دفع المستحقات- يصيرون أسوة الغرماء في الأصول محلَّ التصكيك pari passu، كلُّ هذه الشروط، تظهر أنَّ حملة الصكوك لا يملكون الصكوك ملكية قانونية ولا ملكية نفعية، وأنّهم يملكون في أحسن الأحوال المنفعة الاقتصادية للصكوك، وهو ما لا تجيزه المعايير الشرعية.

الإشكال الشرعي الثاني: تقييد نقل ملكية الأصول السيادية.

الصكوك السيادية هي الصكوك التي تصدرها الحكومة أو إحدى المؤسسات التابعة لها بغرض إنجاز مشاريع البنى التحتية السيادية للدولة تتحقق فيها المصلحة العامة، وهذه الصّكوك تختلف عن الصكوك الخاصة التي تصدرها الشركات ويكون غرضها تحقيق الربح التجاري لمصدرها[2]. وأهم إشكال يتعلق بالصكوك السيادية، وضع شروط تقييدية لمالكي هذه الصكوك، أهمها عدم نقل الأصول المصككة من الميزانية العمومية إلى حملة الصكوك أو من يمثلهم، وتقييد تصرف حملة الصكوك في الصكوك، وكذا إلزامهم بيع الصكوك على الحكومة، ومنع بيع الصكوك على طرف ثالث إلاّ بإذن المصدر.

ومسوّغ هذا التقييد دعوى التفريق بين الأصول التي تمثل سيادة الدولة على مرافقها الاستراتيجية وتلك التي تمثل استثمار تجارياً محضا لمؤسسات تجارية تروم الربح. فرأوا أنّ في أحكام الشريعة ما يستند إليه القول بأنّ بين الصكوك السيادية والخاصة فرق في الحكم يبنى عليه القول بإمكانية إدخال شروط لتيسير إصدار الصكوك السيادية وإن كان يظهر فيها مخالفة مقتضى عقد البيع وبخاصة من ناحية

(1) مما جاء في موضوع تعويض حملة صكوك فسخ العقد بسبب التخلف عن دفع الأقساط ما يأتي:
"The aggregate outstanding face amount of the Certificates plus all accrued and unpaid Periodic Distribution Amounts in respect of such Certificates".

(2) انظر، توصيات مؤتمر علماء الشريعة لسنة 2016م.

تضمين هيكل إصدار شروطٍ تمثّل تحجيرا على حملة الصكوك. ولكن الإشكال الشرعي اللصيق بموضوع وضع شروط تقييدية تمنع حملة الصكوك من التصرف في الأصول المصكّكة، وموضوع تقييد تصرف المالك في ملكه الذي يندرج ضمن شروط العقد، وأمّا إذا كان هذا التقييد يبطل العقد باعتبار أنّه يخالف مقتضاه أم لا.

فالذين منعوا هذه الشروط اعتمدوا مذهب جمهور العلماء من الحنفية[1] المالكية[2] والشافعية[3] –وهو المذهب عند الحنابلة[4]– الذي يرى أن الشرط المخالف لمقتضى العقد يؤدي إلى فساد الشرط وبطلان العقد، على اختلاف بينهم فيما يكون فيه فساد للشرط والعقد أو فساد للشرط دون العقد، وأبرز أدلتهم حديث قصّة السيّدة عائشة –رضي الله عنها– مع بريرة[5] في المنع من اشتراط الولاء لغير المعتق؛ لأنّه مخالف لمقتضى العقد بحيث جعلوه أصلا تقاس عليه سائر الشروط[6]. وأنَّ عقد البيع يقتضي تصرف المشتري في مشتراه على أي وجه شاء، فالتحجير عليه بألاّ يبيع أو لا يهب؛ شرط مناف لمقتضى عقد البيع، فيكون فاسداً.

ومذهب بعض العلماء مثل ابن تيمية وابن القيم، وبعض المعاصرين[7] التوسع

(1) بدائع الصنائع 7/ 14، فتح القدير 6/ 77، تبيين الحقائق 4/ 57، رد المحتار 7/ 282.

(2) شرح الخرشي 5/ 80، مواهب الجليل 4/ 373، الفواكه الدواني 2/ 89، بلغة السالك 2/ 35.

(3) الحاوي الكبير 6/ 381، المجموع شرح المهذب 9/ 363، نهاية المحتاج 3/ 450، مغني المحتاج 2/ 381.

(4) الشرح الكبير على المقنع 11/ 232، الكافي 3/ 61، كشاف القناع 4/ 1423، التنقيح المشبع ص 174.

(5) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، حديث رقم 2168)، ومسلم في كتاب العتق، حديث برقم 1504.

(6) انظر تفاصيل أدلتهم في بحث نعمان جغيم حكم الشروط المقترنة بالعقود في الفقه الإسلامي، مجلة الحكمة، عدد 16، 1998م، ويوسف الشبيلي: المواءمة بين الضوابط الشرعية ومبادئ الرقابة والتنظيم بحث مقدم للمؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، 2014م، ص10 وما بعدها، وعبد الله السلمي: عقد التصريف: توصيفه، وحكمه، مجلة العدل العدد 38، سنة 1429ه.

(7) انظر، مجموع فتاوى ابن تيميه 29/ 136، وقاعدة في العقود لابن تيمية، تحقيق: محمد حامد الفقي ص 227، وشرح ابن عثيمين على الشرح الممتع (244/ 8)، والدكتور الشبيلي: المواءمة بين الضوابط الشرعية ومبادئ الرقابة والتنظيم، والدكتور عبد الله السلمي: عقد التصريف توصيفه وحكمه.

في قبول الشروط، وعدم الأخذ بمبدأ منافاة مقتضى العقد على إطلاقه، بسبب اختلافهم في مفهوم منافاة مقتضى العقد، وأن العبرة بمنافاة الشرط لمقصود العقد لا مقتضاه فقط، وممّا مثّل له المتقدّمون حديث: **"من ابتاع نخلاً بعد أن تُؤبّر فثمرتها للذي باعها إلاّ أن يشترطها المبتاع"**[1]. ووجه الدّلالة منه: أنّ هذا الشرط خلاف مقتضى العقد المطلق، وقد جوّزه الشارع[2]. ومثّلَ له المعاصرون ببيع بيت لمن لا يحسن التصرف، ولكنّه عائلٌ محتاج، بسعر رخيص بنيّة مساعدته ومساعدة عائلته، واشتراط بيعه على المشتري إن أراد بيعه، فبيّنوا أنّ الشرط وإن كان مخالفا لمقتضى العقد وهو حرية تصرّف المشتري في المبيع، ولكنه محقق لمقصود الطرفين في العقد، لأن فيه منعا لمن لا يحسن التصرف من الإضرار بعائلته وعدم ضياع حق البائع إن قرر المشتري بيعه[3].

وقد خَلُصَت "الطاولة المستديرة للهيئة العالمية لإدارة السيولة" إلى أنّه "لا مانع من وضع شروط تقييدية تمنع حملة الصكوك من بعض التصرفات في الأصول، إذا تم فعلا نقل الملكية، وتحمل حملة الصكوك غرمها وغنمها. ولا مانع من وضع شروط تقييدية تمنع حملة الصكوك من بعض التصرفات في الأصول، إذا تم فعلا نقل الملكية، وتحمل حملة الصكوك غرمها وغنمها"[4].

ورأيي ألاّ حرج في وضع شروط تقييدية إن استقر ملك حملة الصكوك على

(1) أخرجه البخاري في كتاب المساقاة، ومسلم كتاب البيوع باب من باع نخلاً عليها ثمر برقم 1543.

(2) أعلام الموقعين 3/ 400.

(3) انظر تفاصيل أدلتهم في بحث نعمان جغيم حكم الشروط المقترنة بالعقود في الفقه الإسلامي، مجلة الحكمة، عدد 16، 1998م، ويوسف الشبيلي: المواءمة بين الضوابط الشرعية ومبادئ الرقابة والتنظيم بحث مقدم للمؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، 2014م، ص10 وما بعدها، وعبد الله السلمي: عقد التصريف. توصيفه، وحكمه، مجلة العدل العدد 38، سنة 1429ه.

(4) توصيات الطاولة المستديرة للهيئة العالمية سنة 2016م.

الأصول، وهو محلّ إشكال تمّ تناوله في موضوع الملكية النفعية لحملة الصكوك، وأنّها في فحواها ملكية غير حقيقية. ولا حرج إن نصّ على أنّه يمكن تقييد بيع الأصول على غير المصدر شريطة أنّه إن تَعثَّر المصدر عن دفع مستحقات الشراء في موعده، فلهم الحق في الرّجوع على الأصول، وإن أفلس فلن يكون أسوة الغرماء.

الإشكال الثالث: الإفصاح للمشتري عن ملكية أصول الصكوك.

خلاصة إشكالية إفصاح مصدر الصكوك عن ملكية أصول الصكوك للمشتري، هو أنّ بعض الدول ولاعتبارات سيادية، لا ترغب في الإفصاح عن الأصول محلّ التصكيك، من حيث الإفصاح عن السلعة المعقود عليها نوعًا، ووصفًا، ومقدارًا. ويحدث هذا عندما يخلو العقد من تحديد ما تم بيعه أو تمليكه حقيقةً، كما يحدث في بعض صور الصكوك السيادية (Sovereign Sukuuk)، حيث يُكتفى بالقول إنَّ الأصول محلَّ التصكيك أصول سيادية، تضمنها الحكومة أو تتعهد بإعادة شرائها عند الإطفاء. ومن أمثلته ما جاء في نشرة وعقود الإصدار العاشر من صكوك الإجارة الخاصة بحكومة مملكة البحرين بتاريخ 20/ يوليو/ 2004م، أنّ الأصول محلّ التصكيك هي: "جزء من أرض مطار البحرين الدولي"، دون إعطاء أي تفصيلات أخرى، سواء في نشرة الإصدار أو في عقود بيع الأصل، وتأجيره، وإعادة بيعه. فعبارة "جزء من أرض مطار البحرين الدولي" غير كافية في تعيين المبيع أو دفع الجهالة والغرر الفاحش عن العقد، فهذا "الجزء" من أرض المطار كم مساحته؟ وهل المقصود به الأراضي الفارغة من المطار أم يدخل فيه القسم الذي عليه البناء؟ وإذا كان الأمر كذلك فهل المباني القائمة على هذا "الجزء" داخلة في المبيع أو لا تدخل... الخ[1].

(1) انظر، الدكتور حامد ميرة: صكوك الإجارة: دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، الرياض: دار الميمان، وبنك البلاد، ط1، 1429ه/ 2008م، ص453-474)، وبحث الدكتور د. عبد الرزاق عبد المجيد ألارو: الإفصاح للمشتري عن ملكية أصول الصكوك: دراسة تحليلية فقهية، بحث مقدم للطاولة المستديرة للهيئة الإسلامية العالمية لإدارة السيولة.

وهذه المسألة تتناول إشكالين: أوّلهما حكم البيع إذا لم يُفصَح عن المبيع، ومن أمثلة ذلك ما جاء في نشرة وعقود الإصدار العاشر من صكوك الإجارة الخاصة بحكومة مملكة البحرين بتاريخ 20/ يوليو/ 2004م. حيث نصّت على أن الأصول محل التصكيك هي: "جزء من أرض مطار البحرين الدولي"، دون إعطاء أية تفصيلات أخرى، سواء في نشرة الإصدار أو في عقود بيع الأصل، وتأجيره، وإعادة بيعه. فعبارة "جزء من أرض مطار البحرين الدولي" غير كافية في تعيين المبيع أو دفع الجهالة والغرر الفاحش عن العقد، فهذا "الجزء" من أرض المطار كم مساحته؟ وهل المقصود به الأراضي الفارغة من المطار أم يدخل فيه القسم الذي عليه البناء؟، وإذا كان الأمر كذلك فهل المباني القائمة على هذا "الجزء" داخلة في المبيع أو لا تدخل... الخ[1]. والثاني: مدى سلطان الطرفين في التنازل عن حقهما في الإفصاح إذا تراضيا، بحيث يتنازل المشتري عن حقه في معرفة حقيقة ما اشترى (المثمَن) ويتنازل البائع عن حقه في معرفة بِكَمْ باع (الثمن)، كأن يقول البائع: بعتُك أحد أملاكي السيادية، ويقول المشتري: اشتريتُها أو يعلمان بها ولا يفصحا بتفاصيلها في نشرة الإصدار، وهو واقع في بعض الصكوك المصدرة من قبل الهيئة الإسلامية العالمية لإدارة السيولة (International Islamic Liquidity Management Corporation IILM).

الجمهور في الإشكال الأوَّل على أنّ العقد إذا جهلت فيه عين المبيع باطل لا تترتب عليه آثاره الشرعية لأنّه تلبّس بالغرر المنهيّ عنه في الحديث الذي رواه أبو هريرة -رضي الله عنه- مرفوعًا: "نهى رسول الله -صلّى الله عليه وسلّم- عن بيع الغرر"[2]؛ لأنَّ تعيين المعقود عليه شرط لصحة عقد البيع شرعًا. ولكن هل يجوز

(1) انظر، د. حامد ميرة: صكوك الإجارة: دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، (الرياض: دار الميمان، وبنك البلاد، ط1، 1429ه/ 2008م)، ص453-474.

(2) انظر، د. حامد ميرة: صكوك الإجارة، ص453-474)، وبحث د. عبد الرزاق عبد المجيد ألارو: الإفصاح للمشتري عن ملكية أصول الصكوك: دراسة تحليلية فقهية، بحث مقدم للطاولة المستديرة للهيئة الإسلامية العالمية لإدارة السيولة.

عدم الإفصاح لاعتبارات مصلحية استثنائية مع الإقرار بالمنع في الإطار العادي؟ أو هل يصح أن يفصح المصدر للهيئة الإسلامية العالمية لإدارة السيولة دون حملة الصكوك؟ ثمة محاولة لتسويغ عدم الإفصاح، منها ما ورد في توصيات الطاولة المستديرة الرابعة للهيئة العالمية الإسلامية لإدارة السيولة التي خلصت فيما يتعلق بالإفصاح إلى أنّه:

- مبدأ الإفصاح مؤصّل ومتقرّر في الشريعة الإسلامية في العقود المالية الإسلامية إذ به يتحقّق الرضا المشروط لصحة التعاملات المالية.

- الغرض من الإفصاح في مبدأ الشرع هو حفظ أموال المتعاقدين وحمايتهم من أكل المال بالباطل وصيانة العقود من عدم ترتب آثارها المقصودة منها، وضبط ممارسات السوق من الممارسات الضارة كالكذب والغش والغبن الفاحش والتدليس وسوء استغلال المعلومات.

- يلزم الإفصاح للمشتري عن ملكيته لأصول الصكوك إلا في الصكوك المبنية على عقود الأمانات – وهي صكوك المضاربة أو المشاركة أو الوكالة – فلا يلزم الإفصاح له بملكيته لأصول الصكوك.

- إنَّ الإفصاح في عقود المعاملات لا يعني الإخبار بكلّ صغير وكبير، وإنّما يعني الإخبار بالحقائق الجوهرية ذات التأثير في اتخاذ الطرف الآخر قراره بشأن التعاقد أو عدمه.

- بناء على ما تم بيانه للمشاركين فيما يخص صيغة وصف الاستثمار الواردة في معايير الهيئة الإسلامية العالمية لإدارة السيولة (القابضة) ("الهيئة") في إطار برنامج الوكالة والمتضمنة في التقرير الذي تقدمه الهيئة إلى المستثمر؛ فإنّ المشاركين في الطاولة المستديرة يرون فيه القدر الكافي من الإفصاح، وعليه لا حاجة لمزيد من الإفصاح،

وإنّ عدم ذكر اسم مقدم الأصول لا يتعارض مع الأحكام الشرعية في موضوع الوكالة[1].

بقطع النّظَر عن الحالة الخاصة بصكوك الهيئة الإسلامية العالمية لإدارة السيولة التي قد يحقق الإفصاح فيها الحد الأدنى، إلاّ أنَّ غيابه لاعتبارات سيادية أو عدم ذكره أو ذكر مقدم الأصول وتفاصيلها في نشرة الإصدار والاكتفاء بالتقارير التي لا تندرج ضمن العقد الناظم لإصدارات الصكوك، يمثّل في رأيي غررا فاحشا؛ لأنّه إذا لم يعرف حملة الصكوك ما يملكون، فكيف يطالبون بأصولهم عند تعثر المصدر؟

والإفصاح وإن كان جائزا في القوانين الوضعية في الإطار العام كون العقد في هذه القوانين شريعة المتعاقدين، وكل ما ارتضاه العاقدان من أحكام وشروط وتقييد في الإفصاح يكون صحيحاً ومقبولاً، وإن خالف مقتضى العقد وآثاره الطبيعية ما لم يكن مخالفاً للنظام العام، وهذا ما يسمونه مبدأ سلطان الإرادة من حيث إنشاء العقود وترتيب آثارها عليها في القانون[2]، فالأمر على خلاف ذلك في الفقه الإسلامي، حيث العبرة في العقود بما يترتَّب عليها من آثار. فثمة فرق في الفقه بين سلطة إنشاء العقد، وسلطة تعيين أحكام العقد وثبوت آثاره[3]. فإرادة العاقديْن في الشريعة الإسلامية إنّما تنشئ العقد فقط، بينما يتم تحديد أحكام كلّ عقدٍ وتعيين آثاره من الشارع، لا من العاقدين. وفي هذا يقول الإمام ابن تيمية -رحمه الله-: "الأحكام الثابتة بأفعالنا، كالمُلك الثابت بالبيع وملكِ البضعِ الثابت بالنكاح، نحن أحدثنا

(1) توصيات الطاولة المستديرة الرابعة للهيئة العالمية الإسلامية لإدارة السيولة لسنة 2016م.

(2) انظر، "مبدأ سلطان الإرادة في القانون" ومقارنة ذلك بالشريعة في: الضرير، الصديق محمد الأمين: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، (دار الجيل، بيروت، ط2، 1410ه)، ص20-22،

(3) رضوان، سمير عبد الحميد: المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر، (دار النشر للجامعات، القاهرة، ط1، 1426ه) ص494

أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا"[1].

وبموجب تفرّد الشارع بسلطان تعيين آثار العقود وأحكامها في الفقه الإسلامي، فكلّ عقد ثبت بطلانه في هذا الفقه لا يمكن أن ينقلب صحيحاً بمجرّد اتفاق المتعاقدين أو رضاهما. فتعيين محلّ عقد البيع –وهو المبيع– شرط لصحة العقد، وإذا تطرّقت الجهالة إلى هذا المحل بطل العقد شرعاً، ولا يمكن تغيير هذا الحكم أو إسقاط ذلك الشرط بحجّة رضا المتعاقدين أو اتفاقهما على ذلك[2].

فواضح ممّا تقدّم أنّ الإفصاح عن المبيع -أصول الصكوك- وتعيينه تعيينا يميّزه عن غيره من مستلزمات صحة عقد البيع في الشريعة، ولا أثر لسكوت الطرفين أو تراضيهما في تعطيل ذلك أو تعليقه.

(1) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم: مجموع الفتاوى (مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، ط1، 1416ه) 29/ 153

(2) الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، ص20، وعبد الرزاق عبد المجيد ألارو: الإفصاح للمشتري عن ملكية أصول الصكوك: دراسة تحليلية فقهية، بحث مقدم للطاولة المستديرة للهيئة الإسلامية العالمية لإدارة السيولة ص22.

نتائج وتوصيات

في ختام هذه الورقة يمكن تلخيص أهم نتائجها في الآتي:

- يقدم سوق رأس المال الإسلامية فرصة استثمارية كبيرة لمجموعة كبيرة من المستثمرين، وبسيولة نقدية معتبرة أسهمت في تشييد مشاريع حكومية وخاصة ضخمة، حركت اقتصاد البلدان الإسلامي ونشّطت اقتصادياتها.

- وبالرغم من الإنجاز الكبير الذي حققته هذه السوق؛ فإنّ هيكلة بعض منتجات هذه الصكوك وبحكم محاولتها إعمال بعض مكونات هيكلة السندات التقليدية بغرض تحقيق الفوائد التي سعت هذه السندات.

- من أبرز الإشكالات الشرعية المتعلقة بإصدارات الصكوك موضوع حقوق الملكية في إصدار الصكوك، وضع القيود على الأصول السيادية المصكّكة، وكذا الإفصاح عن الأصول المصكّكة في نشرات الإصدار.

- الملك علاقة شرعية بين الإنسان والشيء تخول له التصرف فيه؛ إلاّ إذا وجد مانع شرعي، وتكون حاجزا عن تصرف الغير، إلاّ إذا كانت له صفة شرعية تبيح له التصرف.

- حق الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفا مطلقا عينا ومنفعة واستغلالا، وأنّ لمالك الشيء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة وغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً".

- **الملك والملكية قانونا** اختصاص إنسان بشيء، يقتضي أن له وحده حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ابتداء إلاّ لمانع في حدود القانون".

– ينقسم الملك في الشريعة الإسلامية باعتبارات كثيرة: أهمها اعتبار المحل أو الشيء المملوك، فينقسم إلى ملك عين، وملك دين، وملك منفعة من غير ملك عين، وملك انتفاع من غير ملك المنفعة. واعتبار حدود التصرف في المملوك إلى ملك تام وملك ناقص.

– قسم القانون العام الملكية إلى قسمين: ملكية قانونية أو اسمية، وملكية نفعية. والملكية القانونية هي ملكية الشخص أو الشخصية الاعتبارية التي سجل الأصل باسمها ولكن لفائدة طرف آخر، فهو لا يملك شيئا، وإنما هو أمين (Trust) على ذلك العقار.

– والملكية النفعية هي ملكية الشخص الذي لم تسجل ملكية الأصل باسمه، ولكنه **يتمتع بالحقوق المقررة للمالك على الملك**. وعرفت المنشأة التي تمتلك حق المنفعة بأنها تلك التي تتمتع **بحق الانتفاع** بورقة مالية أو عقار أو ممتلكات أخرى سواء ظهر اسمها في سجل أو صك الملكية أو لم يظهر.

– الصكوك وثائق متساوية القيمة تمثل حصصا شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص".

– تنقسم الصكوك باعتبارات مختلفة، فباعتبار العقود الجزئية المؤطّرة لهيكلة الصكوك، تقسّم إلى: صكوك مرابحة أو مضاربة أو وكالة أو مشاركة أو غيرها، وباعتبار المصدِر، تقسّم إلى: صكوك سيادية وصكوك عادية تصدرها المؤسسات الخاصة لرفع رأس مالها أو تحصيل سيولة للاستثمار.

– أهمّ تقسيم له تعلّق بتطبيقات الصكوك تقسيمها إلى: صكوك مدعومة بالأصول يتمتّع فيها المستثمرون بدعم وضمان الأصول محلّ العقد، بحيث يتمتّعون بشكل من أشكال الضَّمانات على الأصول، وصكوك قائمة على الأصول تبقى في

الغالب مسجّلة على المصدر، ويتعهّد فيها منشئ الصكوك بشرائها من المصدر بقيمة يتّفقان عليها، وهي غالبا مساوية للقيمة الاسمية للصكّ.

- أهمّ الإشكالات الشرعية لنقل حقوق الملكية في الصكوك:

أ- إشكالية حقيقة ملكية حملة الصكوك للأصول تبين فيها أنّه من الصعب الجزم في جلِّ إصدارات الصكوك بأنّ حملة الصّكوك يملكون الأصول المصكّكة ملكية صحيحة، وأنّ الملكية النفعية الواردة في النشرات لا صلة لها بالملكية النفعية المنصوص عليه في القانون العام.

ب- إشكالية تقييد نقل ملكية الأصول السيادية، حيث تبيّن أنّه يجوز وضع شروط تقييدية إن استقر ملك حملة الصكوك على الأصول، ولا حرج إن نصّ على أنّه يمكن تقييد بيع الأصول على غير المصدر شريطة أنّه إن تعثر المصدر عن دفع مستحقات الشراء في موعده فلهم الحق في الرجوع على الأصول، وإن أفلس فلن يكون أسوة الغرماء.

ت- إشكال الإفصاح للمشتري عن ملكية أصول الصكوك تبين فيه أن الإفصاح وإن كان جائزا في القوانين الوضعية في الإطار العام، وإن خالف مقتضى العقد وآثاره الطبيعية ما لم يكن مخالفاً للنظام العام، فالأمر على خلاف ذلك في الفقه الإسلامي، حيث النظرة إلى العقود وما يترتب عليها من آثار. فإرادة العاقديْن في الشريعة الإسلامية إنّما تنشئ العقد فقط، بينما يتم تحديد أحكام كل عقدٍ وتعيين آثاره من الشارع.

أما التوصيات فيمكن تلخيص أهمها في الآتي:

- تعميق البحث في موضوع الملكية القانونية والملكية النفعية للفصل في حقيقة الملكية التي يختص بها حملة الصكوك.
- تخصيص البحث في موضوع مقتضى العقد ومقصود العقد في إصدارات الصكوك، وضبط القيود التي تحقق مقصود العقد، دون الإخلال بمقتضاه.
- تعميق البحث الشرعي في إمكانية إصدار الصكوك السيادية بناء على التفريق بين الأموال العامة المملوكة لعموم الأمة وأموال الدولة. كما يوصي المشاركون تعميق البحث في إصدار الصكوك السيادية على أساس بيع الانتفاع في مقابل بيع الرقبة.

قائمة المراجع

المراجع العربية

- ابن القيم، محمد بن أبي بكر: إعلام الموقعين عن رب العالمين (دار الجيل، بيروت، د.ت.).
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم: مجموع الفتاوى (مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، ط1، 1416 هـ)
- أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (بيروت، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، سنة 1977)
- تقرير الطاولة المستديرة للهيئة العالمية، مجلة إسرا الدولية العدد10، سنة2015م.
- تقرير المؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، العدد12، سنة 2016.
- الجنيدل، حمد العبد الرحمن، نظرية التملك في الإسلام، (بيروت، مؤسسة الرسالة).
- حامد ميرة: صكوك الإجارة: دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، (الرياض: دار الميمان، وبنك البلاد، ط1، 2008م)،
- رضوان، سمير عبد الحميد: المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر، (دار النشر للجامعات، القاهرة، ط1، 1426 هـ).
- شهاب الدين القرافي: الفروق (بيروت، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، ط2002م)
- الصديق محمد الأمين: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، (دار الجيل، بيروت، ط2، 1410 هـ).
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (بيروت، دار النهضة العربية، د، ت)، ج8 ص479.
- عبد الرزاق عبد المجيد ألارو: الإفصاح للمشتري عن ملكية أصول الصكوك: دراسة تحليلية فقهية، مجلة إسرا الدولية للمالية الإسلامية العدد.

- عبد السلام داود العبادي: الملكية في الشريعة الإسلامية: (عمان، مكتبة الأقصى، ط1، سنة 1974).

- علي الخفيف الملكية في الشريعة الاسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، (بيروت، دار الفكر العربي، ط2013م).

- نعمان جغيم حكم الشروط المقترنة بالعقود في الفقه الإسلامي، مجلة الحكمة، عدد 16، 1998م.

- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية، طبعة2017م.

- وعبد الله السلمي: عقد التصريف: توصيفه، وحكمه، مجلة العدل العدد 38، سنة 1429ه.

- يوسف الشبيلي: المواءمة بين الضوابط الشرعية ومبادئ الرقابة والتنظيم بحث مقدم للمؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، 2014م.

المراجع الإنجليزية:

- Barron's Law Dictionary. (beneficial use), Klaus Vogel, "Klaus Vogel on Double Taxation Conventions", P-562, Third Ed, Kluwer Law International Ltd, London.
- Black's Law Dictionary. https: //thelawdictionary.org/beneficial-owner/
- http: //en.wikipedia.org/wiki/Beneficial_ownership.
- http: //www.law.cornell.edu/wex/beneficial_ownership .
- https: //www.sukuk.com/sukuk-new-profile/adcb-islamic-finance-cayman-limited-/926
- J David B Oliver, Jerome B Libin, Stef van Weeghel and Charl du Toit, 'Beneficial Ownership' Bulletin for International Taxation, vol 54 (2000), No 7, pp 310-.325
- Leonardo Freitas de Moraes e Castro, "Brazils Anti-treaty Shopping Measures: Current and Future Developments regarding Beneficial Ownership and Limitation on Benefits Clauses in Tax Treaties", Bulletin for International Taxation, Vol 65(2011) No 12, pp 662-673, p .667
- A Guide to Rating Islamic Financial Institutions - Moody's Investors Service April 2006 (97226).

تكوين المخصَّصات في المصارف الإسلامية

نظرةٌ فقهية

الدكتور أُسَيد الكيلاني
الرئيس الدولي للقطاع الشرعي
مصرف أبو ظبي الإسلامي

مجلّة السلام للاقتصاد الإسلامي، العدد (1) ديسمبر 2020

تكوين المخصَّصات في المصارف الإسلامية
نظرةٌ فقهية

الدكتور/ أُسَيد الكيلاني
الرئيس الدولي للقطاع الشرعي
مصرف أبو ظبي الإسلامي

تمهيد:

الحمد لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على المصطفى الهادي الأمين، المبعوث رحمةً للعالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد:

فإنّ من التَّوفيق اختيار موضوعات عملية للبحث والتَّمحيص الفقهي، في المؤتمرات والملتقيات الفقهيَّة المتخصِّصة. وموضوع ((المخصَّصات)) هو من هذه الموضوعات، فهو أساسي في التكوين والبناء المالي والمحاسبي للمصارف الإسلامية، لا ينفكُّ عملها عنه، شأنها في ذلك شأن سائر البنوك أو المؤسَّسات المالية (على وجه العموم).

وتأتي أهمية هذا الموضوع، من صلته المتشابكة بحقوق أطراف العملية الاستثمارية في وعاء المصرف الإسلامي، وهم المساهمون وأصحاب حسابات الاستثمار، وما يوجبه ذلك من حفظ حقوق هؤلاء الأطراف، مع تغيُّرهم المستمر، لاسيما في جانب أصحاب الحسابات المذكورة، كما سنرى.

ومن الأسئلة المثارَة في الأروقة العلميَّة، فإنّ المطلوب بيان الحكم الفقهي في مجموعة من المسائل التي يدعو إلى بحثها وتقليب النَّظر فيها ما أقدمت عليه بعض

المصارف الإسلامية، تحت وطأة الأزمة المالية العالمية، من تكوين مخصَّصات كبيرة لمعالجة المخاطر المحتملة في الأعوام القادمة. وستقتصر هذه الورقة البحثية الوجيزة على تلك المسائل، لتجيب بها –وبجهد المقلِّ– على الأسئلة المعروضة، بعد أن تسبقها جملة من المباحث والمسائل التي هي بمثابة مقدِّمات ممهِّدات لها، تتناولها وفقاً لما استقرَّت عليه الفتوى الجماعية المعاصرة، والمعايير الشَّرعية، من غير أن تعيدها جذعة، غضَّة طريةً، بعد أن اشتدَّ عود تأصيلاتها الفقهيَّة، واستبانت مبانيها ومآخذها الشَّرعية، وغدت أشبه بمسلَّمات مستقرَّة في تطبيقات المصارف الإسلامية.

وقد جاءت الورقة في ثلاثة مطالب، هي:

المطلب الأوَّل: حقيقة المخصَّصات المقصودة.

المطلب الثَّاني: الوعاء العام وخصائصه.

المطلب الثَّالث: أحكام وضوابط تكوين المخصَّصات.

والله تعالى المستعان والموفِّق، وهو سبحانه الهادي إلى سواء السبيل.

المطلب الأوَّل: حقيقة المخصَّصات المقصودة.

أولاً: المراد بالمخصَّص.

من المعروف أنّ الرِّبح يمثِّل –على وجه الإجمال– الفرق الزائد في الإيرادات عند مقابلتها بالمصروفات. ولكي يكون الزَّائد ربحاً فعلياً، يعبِّر عن الواقع تعبيراً صادقاً، ودقيقاً، فإنّه يلزم حساب الإيرادات بنحو متأنٍّ ودقيق. ويدخل في حساب الإيرادات تقويم الموجودات، التي تتمثَّل في المصارف الإسلامية في موجودات الذِّمم المدينة، وهي مبالغ الدُّيون الناتجة عن التَّمويل بأيٍّ من صيغ المداينة ومنها المرابحة والاستصناع والسَّلم، وموجودات التَّمويل بالمشاركة أو المضاربة أو الوكالة بالاستثمار، وموجودات الاستثمار في العقارات أو الأسهم أو الصُّكوك أو غيرها من أوجه الاستثمار المختلفة[1].

فإذا كان هناك خسارة أو انخفاض يُتوقَّع حدوثه في تلك الموجودات أو فيما يمكن تحصيله منها، نتيجة الشكِّ في تحصيلها أو محافظتها على قيمتها، فإنّ التقويم السَّليم لها يستلزم أن يخصَّص مبلغٌ يضاف إلى المصروفات بمقدار ما يُتوقَّع من خسارة أو انخفاض، منعاً للمبالغة أو المغالاة في مقدار ربح الفترة المالية –التي يجري حساب ربحها– خلافاً لما تدل عليه المؤشِّرات ويسنده واقع الحال، وليكون ذلك احتياطاً للخسارة أو الانخفاض، بحيث إذا وقع شيء منهما فإنّ المصرف يكون حاضراً له، فيطفئه بالمبلغ المحتجَز في المخصَّص، دون أن يضطرب مركزه المالي نتيجة عدم وجود ما يَمتصُّ به تلك الخسارة أو يَجبر به الانخفاض، أو يُضطر لتحميل الخسارة أو الانخفاض الخاصِّ بفترة مالية سابقة على إيرادات فترة لاحقة.

(1) انظر في هذه الموجودات: معايير المحاسبة والمراجعة والضَّوابط للمؤسَّسات المالية الإسلامية ص 389، 407.

من هنا، فإنّ المخصَّص الذي نحن بصدده يعرَّف بأنّه: مبلغ يُحتجَز أو يُقتطع من الإيرادات، بإضافته إلى المصروفات، لمواجهة الخسارة أو الانخفاض المتوقَّع في الموجودات في مجموعها أو في قيمة أحدها على وجه الخصوص[1]. وبالنَّظر إلى دور المخصَّص في تقويم الموجودات، فإنّه يمكن أن يعرَّف بأنّه: حساب لتقويم الموجودات، يتمّ تكوينه باستقطاع مبلغ من الدَّخل (الإيرادات) بصفته مصروفاً[2].

وبما أنّ مبلغ المخصَّص يُقتطَع من الإيرادات، نتيجة لإضافته إلى المصروفات، فإنّ أثره المباشر تخفيض الرِّبح أو إعدامه، ولذا فإنّه يعدُّ عبئاً –ذا وطأة– على الرِّبح[3]. وبسبب طبيعته التقديرية، فإنّ مبلغه يمثِّل خسارة (أو نقصاً) تقديرية محتملة، لا خسارة فعلية محقَّقة[4]. وهو في مقصده وغايته وسيلة لمعالجة مخاطر مرتقبة، تنتج عنها خسارة (أو انخفاض) في الموجودات[5].

فهذا المخصَّص الذي يرتبط بموجودات الذِّمم المدينة والتَّمويل والاستثمار، لتوقُّع خسارة أو انخفاض فيها مرجعه الشَّك في تحصيلها أو في بقاء قيمتها على حالها، ويتم تكوينه لتقويم تلك الموجودات تقويماً سليماً، هو المقصود لنا في هذه الورقة، دون سواه من المخصَّصات الأخرى[6]. وهو الذي تناوله معيار المحاسبة المالية رقم

(1) انظر في استخلاص هذا التَّعريف: الأسس الشَّرعية والمحاسبية لتوزيع الأرباح في المصارف الإسلامية للدكتور محمد عبد الحليم عمر ص 388؛ بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة 10/ 26؛ معجم أبو غزالة للمحاسبة والأعمال ص 330.

(2) معايير المحاسبة والمراجعة والضَّوابط للمؤسَّسات المالية الإسلامية ص 389، 406.

(3) انظر: التَّنضيض الحكمي للدكتور محمود لاشين ص 91.

(4) انظر: أحكام الودائع المصرفية للدكتور على القره داغي ص 157؛ الأحكام الفقهيَّة والأسس المحاسبية لزكاة المخصَّصات للدكتور عصام أبو النصر ص 7.

(5) انظر: معجم أبوغزالة ص 330؛ معايير المحاسبة والمراجعة والضَّوابط للمؤسَّسات المالية الإسلامية ص 401.

(6) انظر في تلك المخصَّصات: دراسات في المراجعة – طبيعة المخصَّصات والاحتياطات للدكتور عصام أبو النصر ص 4–9.

(11) بشأن المخصَّصات والاحتياطات، المعتمد من مجلس معايير المحاسبة والمراجعة بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات المالية الإسلامية[1].

ثانياً: أنواع المخصَّص المقصود.

للمخصَّص الذي بيَّنا المراد به، وأوضحنا صورته، نوعان، هما:

- مخصَّص خاص (محدَّد).

فهذا المخصَّص يتم تكوينه بشأن موجودٍ بذاته من موجودات المصرف الإسلامي، سواء كان من موجودات الذِّمم المدينة أو التَّمويل أو الاستثمار، وقد تقدَّم بيان المقصود بهذه الموجودات في سياق المخصَّصات. ويعرَّف هذا المخصَّص بأنه: مبلغ يتم تجنيبه لمقابلة انخفاض (أو نقص) مقدَّر في قيمة موجودٍ محدَّدٍ، سواء كان في موجودات الذِّمم (المدينة)، وذلك لتقويم هذه الموجودات بالقيمة النَّقدية المتوقَّع تحقيقها أي القيمة المتوقَّع تحصيلها، أو كان في موجودات التَّمويل والاستثمار، وذلك لتقويم هذه الموجودات بالتَّكلفة أو بالقيمة النَّقدية المتوقَّع تحقيقها أيهما أقل[2].

- مخصَّص عامٌّ.

وهذا المخصَّص لا يرتبط بموجودٍ بذاته، وإنما يتم تكوينه لمجموع الموجودات، دون تمييز. وهو يعرَّف بأنّه: مبلغ يتم تجنيبه لمقابلة خسارة موجودات الذِّمم (المدينة) والتَّمويل والاستثمار، التي يُحتمل أن تنتج عن مخاطر حالية غير محدَّدة. وهو يمثِّل المبلغ المجنَّب لمعالجة الخسارة المقدَّرة التي تأثرت بها هذه الموجودات نتيجة لأحداث وقعت في تاريخ قائمة المركز المالي، وليس الخسارة المقدَّرة التي قد تنتج عن أحداث

(1) انظر: معايير المحاسبة والمراجعة والضَّوابط للمؤسَّسات المالية الإسلامية ص 389.

(2) معايير المحاسبة والمراجعة والضَّوابط للمؤسَّسات المالية الإسلامية ص 389-390، 406.

مستقبلية[1].

ثالثاً: الفرق بين المخصَّص والاحتياطي.

رأينا أنّ مبلغ المخصَّص يتم اقتطاعه من الإيرادات، بتحميل مبلغه على المصروفات، بغرض تقويم الموجودات تقويماً سليماً، للوصول إلى تقدير صحيح للرِّبح خلال فترة مالية معيَّنة، وهو يستخدم بعد ذلك لإطفاء الخسارة أو الانخفاض المقدَّر في الموجودات إن تحقَّق شيء من ذلك في الفترة أو الفترات المالية التالية.

أمّا الاحتياطي، فيتمّ اقتطاع مبلغه من الرِّبح الصَّافي المتحقِّق، القابل للتوزيع خلال فترة معيَّنة، بعد مقابلة الإيرادات بالمصروفات. ومن أهداف تكوين الاحتياطي، أو الاحتياطات، المحافظة على مستوىً مستقرٍّ للأرباح الموزَّعة في المستقبل، أو الوفاء بالتزامات مستقبلية معيَّنة، أو دعم وتقوية المركز المالي للمصرف – أو المؤسَّسة– بوجهٍ عام[2].

(1) المرجع السَّابق ص 390، 406.

(2) انظر: الجوانب الشَّرعية والمحاسبية لتكوين الاحتياطات والتصرُّف فيها للدكتور حسين شحاته ص 263– 265، 267؛ معجم أبو غزالة للمحاسبة والأعمال ص 359. وانظر ما سيأتي: ص 27، هامش (2).

المطلب الثاني: الوعاء العامُّ وخصائصه.

أوّلاً: هيكل ومكوِّنات الوعاء العام.

الشَّائع في هياكل الأوعية العامة للمصارف الإسلامية، أن يشتمل الوعاء العام على ((وعاء مضاربة))، ويكون الوعاء العام في ذاته بعد ذلك ((وعاء مشاركة)).

أما ((وعاء المضاربة))، فهو الذي ينشأ بين أصحاب حسابات الاستثمار - بأنواعها- بصفتهم أرباب مال، والمصرف بصفته مضارباً، وأرصدة هذه الحسابات هي رأس مال المضاربة أو رأس مال وعاء المضاربة.

وتأخذ هذه المضاربة صورة المضاربة المشتركة (أو الجماعية)، التي يتعدَّد فيها أرباب المال دون المضارب[1]. وهي -كما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 123 (5/ 13) الصَّادر بشأن القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسَّسات المالية- تنبني على ما قرَّره الفقهاء من جواز تعدُّد أرباب الأموال في المضاربة الواحدة، فليس شرطاً للجواز أن يتعاقد مع المضارب فردٌ واحدٌ لا يتعدَّد[2]. وتكون العلاقة بين أرباب المال -المتعدِّدين- في هذه المضاربة علاقة مشاركة، من نوع شركة العنان[3]. وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي، السَّابق، في البند (ثالثاً)، أن المستثمرين: ((بمجموعهم هم أرباب المال، والعلاقة بينهم... هي المشاركة))[4].

---

(1) وفي تعريفها، جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 123 (5/ 13)، في البند (أولاً)، أنها: ((هي المضاربة التي يعمد فيها مستثمرون عديدون - معاً أو بالتَّعاقب - إلى شخص طبيعي أو معنوي، باستثمار أموالهم)). (قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص 412).

(2) المرجع السَّابق ص 413. وفي بعض عبارات الفقهاء، انظر: روضة الطَّالبين 4/ 205؛ مغني المحتاج 2/ 315؛ المغني 5/ 146.

(3) المضاربة المشتركة في المؤسَّسات المالية الإسلامية المعاصرة للشيخ محمد تقي العثماني ص 13.

(4) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص 413.

أمّا ((وعاء المشاركة))، فيقوم بين وعاء المضاربة والمصرف (المساهمين)، ويتكوَّن من رصيد وعاء المضاربة وما يملكه المساهمون في الوعاء العام، وأهمه رأس مال المصرف وغيره مما يدخل في حقوق الملكية، وأرصدة الحسابات الجارية التي يملكها المساهمون باعتبارهم مقترضين لها من أصحاب تلك الحسابات[1]. ويكوِّن هذا المجموع رأس مال المشاركة، أو رأس مال وعاء المشاركة.

وبهذا يكون للمصرف في الوعاء العام صفتان: فهو مضارب في وعاء المضاربة، وشريك في وعاء المشاركة، وهو الشَّأن عند خلط المضارب مال المضاربة بماله. جاء في ((المغني)): ((إذا دفع إليه ألفاً مضاربة، وقال: أضف إليه ألفاً من عندك، واتَّجر بها، والرِّبح بيننا، لك ثلثاه ولي ثلثه، جاز، وكان شركة وقراضاً))[2]. وجاء في المعيار الشَّرعي رقم (40) بشأن توزيع الرِّبح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة، في البند (4/ 7)، أنّه: ((إذا خلط المضارب مال المضاربة بماله، فإنّه يصير شريكاً بماله ومضارباً بمال الآخر))[3].

وهذا الخلط جارٍ على القول بجوازه، بشرط الإذن الصَّريح أو الضِّمني من ربِّ المال[4]. جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 123 (5/ 13)، الذي مرَّ، في البند (رابعاً)، أنّه: ((لا مانع من خلط أموال أرباب المال بعضها ببعض أو بمال المضارب؛ لأنّ ذلك يتم برضاهم صراحةً أو ضمناً))[5].

(1) انظر في تفصيل مفردات أموال المساهمين في الوعاء العام: توزيع المصاريف الإدارية بين المساهمين والمودعين للدكتور حسين حامد حسان ص 228.

(2) 5/ 137.

(3) المعايير الشَّرعية ص 552. وانظر فيه: ص 186.

(4) انظر في التَّفصيل: المضاربة المشتركة للشيخ محمد تقي العثماني ص 18-20؛ القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسَّسات المالية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة ص 35-37.

(5) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص 414. وانظر: المعايير الشَّرعية ص 186.

فإذا تحقَّق ربح في الوعاء العام من أعمال التَّمويل والاستثمار، فإنّه -ودون تفصيل- يوزَّع بين طرفي المشاركة (وعاء المضاربة والمصرف)، بنسبة حصَّة كلٍّ منهما في وعاء المشاركة، ثمّ توزَّع حصَّة وعاء المضاربة من الرِّبح بين أرباب المال (أصحاب حسابات الاستثمار) والمصرف، بحسب النِّسب المتفق عليها لتوزيع ربح المضاربة[1]، وما يخصُّ أرباب المال يوزَّع بينهم بعد ذلك بحسب الأوزان المتَّفق عليها لهذا التوزيع[2].

ثانياً: خصائص الوعاء العام.

من طبيعة هيكل ومكوِّنات الوعاء العام، والغرض منه، نجد أنّه يتميَّز بجملة خصائص، نذكر منها الخصائص الآتية:

1) الاستمرار.

فالوعاء العام بمجرد إنشائه عند افتتاح المصرف يستمر في تلقي مكوِّناته من الأموال، واستثمار الأموال المتوافرة فيه في أوجه التَّمويل وأنشطة ومجالات الاستثمار، من غير أن يحدَّد وقت لتلقي الأموال يكون ميقاتاً لا يقبل ضخَّ مالٍ جديد في الوعاء بعده، أو يحدَّد وقت لوضع أموال الوعاء في الاستثمار، أو يحدَّد وقت ينتهي فيه عمر الوعاء وتجري فيه تصفيته. فالوعاء، وما فيه من مضاربة ومشاركة، يبقى قائماً، مستمراً، وإن وقع تغيُّر في موجوداته أو أطرافه.

(1) وقد نصَّت المادة (1417) من ((مجلَّة الأحكام العدلية))، على أنّه: ((إذا خلَط المضارب مال المضاربة بماله، فالرِّبح الحاصل يقسم على مقدار رأس المال، يعني أنّ ربح رأس ماله يأخذه هو، وربح مال المضاربة يقسم بينه وبين ربِّ المال، على الوجه الذي شرطاه)). (شرح المجلَّة للأتاسي 4/ 349). وانظر: بدائع الصَّنائع 6/ 98.

(2) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 123 (5/ 13) – البند (سابعاً) (قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص 415)؛ المعايير الشَّرعية ص 551-552.

وبهذا الاستمرار ينتقل الوعاء من فترة مالية إلى أخرى، ومن سنة مالية إلى أخرى، بما له وما عليه، بما فيه من موجودات وقت الانتقال، وبأطرافه الموجودين في ذلك الوقت، من غير أن تكون هناك وقفة لتصفيته تصفية فعلية، والبدء بوعاء جديد، عند نهاية كلِّ فترة أو سنة مالية.

2) **التغيُّر**.

لا تعني استمرارية الوعاء العام أن يبقى جامداً على حالة واحدة لا يتحوَّل عنها، فطبيعة العمل المصرفي تأبى ذلك، ولذا فإنّ التغيُّر يلحق الوعاء العام من وجهين:

الأوّل: المكوِّنات: فمن خلال السَّحب والإيداع من قبل أصحاب حسابات الاستثمار، وإغلاق حسابات قائمة وفتح حسابات جديدة، يتغيَّر رصيد أو رأس مال وعاء المضاربة، فيزيد وينقص باستمرار.

وإذا تغيَّر رأس مال وعاء المضاربة، فإنّ رأس مال وعاء المشاركة يتغيَّر تبعاً لذلك، وهو يتغيَّر أيضاً نتيجةً لما يحدث من تغيُّر في حصَّة مساهمي المصرف في هذا الوعاء، بسبب الزيادة أو النَّقص في حقوق الملكية، وبسبب التغيُّر المستمر في أرصدة الحسابات الجارية، نتيجة السَّحب والإيداع من قبل أصحابها، وإغلاق بعض هذه الحسابات وفتح حسابات جديدة.

ويأتي التغيُّر في المكوِّنات من وجهة أخرى، وهي التغيُّر والتبدُّل في موجودات استثمار أموال الوعاء في أوجه التَّمويل وأنشطة الاستثمار المختلفة. فهذه الموجودات تتغيَّر باستمرار في طبيعتها وفي قيمها.

الثاني: الأطراف: فبسبب إغلاق حسابات استثمارية، وفتح أخرى، تتغيَّر باستمرار أطراف وعاء المضاربة، من جهة أرباب المال، ويتغيَّر تبعاً لذلك أطراف

المشاركة من جهة حصَّة وعاء المضاربة في وعاء المشاركة.

3) التَّنضيض الحكمي (التَّقويم).

من المقرَّر فقهاً أنّه لا ربح إلاّ بعد سلامة رأس المال، فالفاضل عن رأس مال المضاربة أو المشاركة بعد تحميله بالنَّفقات والمصروفات الخاصَّة بها، هو الرِّبح الذي يستحق التوزيع على أطراف المضاربة أو المشاركة. جاء في ((المغني)): ((وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال، يعني: أنّه لا يَستحق أخذ شيء من الرِّبح حتى يسلِّم رأس المال إلى ربِّه. ومتى كان في المال خسران وربح جُبرت الوضيعة من الرِّبح... لأن معنى الرِّبح هو: الفاضل عن رأس المال، وما لم يفضل فليس بربح، ولا نعلم في هذا خلافاً))[1].

والأصل أنّ مقدار الرِّبح المتحقِّق إنما يُعرف بالتَّنضيض الفعلي لموجودات المضاربة أو المشاركة، بتحويل الأعيان والحقوق والمنافع -بالبيع الفعلي- إلى نقود، وتحصيل الدُّيون[2]. غير أن هذا النوع من التَّنضيض يتعذَّر إعماله في موجودات الوعاء العام، لما رأينا من استمراريته، وانتقاله من فترة مالية إلى أخرى دون تصفية فعلية -تنضيض فعليّ- له، فضلاً عن أن هذه التَّصفية لا تتَّفق مع طبيعة موجودات الوعاء العام، التي تشتمل على تمويلات واستثمارات تستمر لمدد متداخلة، تطول وتقصر، ويتعذَّر عملاً أن تتَّفق جميعها في بدئها وانتهائها مع بدء وانتهاء كل فترة من الفترات المالية للوعاء[3].

(1) انظر: المغني 5 / 169. وانظر: المبسوط 11/ 166؛ روضة الطَّالبين 4/ 215.

(2) انظر: المغني 5/ 179-181؛ مغني المحتاج 2/ 318؛ المعايير الشَّرعية ص 550.

(3) وانظر: المضاربة المشتركة في المؤسَّسات المالية الإسلامية المعاصرة للشيخ محمد تقي العثماني ص 25؛ الحسابات والودائع المصرفية للدكتور محمد القري ص 744-745؛ الأحكام الفقهيَّة والأسس المحاسبية للتَّنضيض الحكمي للدكتور حسين شحاته ص 23، 35.

ولذا فقد حتَّم الواقع اللُّجوء إلى بديل للتَّنضيض الفعلي، يقوم مقامه، ويحقِّق غرضه. وقد وجد البديل في التَّنضيض الحكمي (أو التَّنضيض التقديري أو التَّقويم)، الذي يقصد به: تقويم الموجودات من الأعيان والحقوق والمنافع بالقيمة النَّقدية التي يمكن تحصيلها فيما لو بيعت هذه الموجودات وقت التَّقويم، وتقويم الدَّين بما يمكن تحصيله منه وقتئذٍ[1].

وقد استقرَّ العمل بالتَّنضيض الحكمي في المصارف الإسلامية، وصار من خصائص أوعيتها العامَّة، وجرت الفتاوى الجماعية والمعايير الشَّرعية بإقراره والقول بجواز استخدامه بعد تعذُّر الأصل وهو التَّنضيض الفعلي. ويتضَّح ذلك من الآتي:

- فقد نصَّ القرار الرَّابع للمجمع الفقهي الإسلامي، الصَّادر في الدَّورة السادسة عشرة، بشأن التَّنضيض الحكمي، على الآتي: ((أوّلاً: لا مانع شرعاً من العمل بالتَّنضيض الحكمي (التَّقويم) من أجل تحديد أو توزيع أرباح المضاربة المشتركة، أو الصناديق الاستثمارية، أو الشركات بوجه عام، ويكون هذا التوزيع نهائياً، مع تحقُّق المبارأة بين الشركاء صراحة أو ضمناً. ومستند ذلك: النُّصوص الواردة في التَّقويم، كقوله -عليه الصَّلاة والسَّلام-: ((تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً، أو فيما قيمته ربع دينار فصاعداً)). رواه البخاري. وقوله -عليه الصَّلاة والسَّلام-: ((**من أعتق شِقصاً له في عبدٍ، فخلاصه في ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مالٌ قوِّم عليه العبد قيمة عدلٍ، ثم يُستسعى في نصيبِ الذي لم يُعتِق غيرَ مشقوقٍ عليه**)). رواه مسلم. ويستأنس لذلك بما ذكره صاحب المغني في حالة تغيُّر المضارب (لموته أو لزوال أهليته) مع عدم نضوض البضائع، فيجوز تقويمها لاستمرار

(1) انظر: بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة 3/ 54، 60؛ الحسابات والودائع المصرفية للدكتور محمد القري ص 745؛ المعايير الشَّرعية ص 550؛ الأحكام الفقهيَّة والأسس المحاسبية للتَّنضيض الحكمي للدكتور حسين شحاته ص 23، 39.

المضاربة بين رب المال ومن يخلف المضارب، فضلاً عن التطبيقات الشَّرعية العديدة للتَّقويم، مثل تقويم عروض التِّجارة للزكاة، وقسم الأموال المشتركة، وغير ذلك. ثانياً: يجب إجراء التَّنضيض الحكمي من قبل أهل الخبرة في كلِّ مجال، وينبغي تعددهم بحيث لا يقلُّ العدد عن ثلاثة، وفي حالة تباين تقديراتهم يُصار إلى المتوسط منها. والأصل في التَّقويم اعتبار القيمة السوقية العادلة)).

– وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 30 (5/ 4)، الصَّادر بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار، في البند (أولاً/ 6/ ب)، أنّ: ((محل القسمة هو الرِّبح بمعناه الشَّرعي، وهو الزَّائد على رأس المال وليس الإيراد أو الغلَّة. ويعرف مقدار الرِّبح إمّا بالتَّنضيض أو بالتَّقويم للمشروع بالنَّقد، وما زاد عن رأس المال عند التَّنضيض أو التَّقويم فهو الرِّبح الذي يوزَّع بين حملة الصُّكوك وعامل المضاربة، وفقاً لشروط العقد))[1].

– وذهبت فتوى ندوة البركة الثامنة للاقتصاد الإسلامي رقم (8/ 2) إلى القول: ((1– للتَّنضيض الحكمي بطريق التَّقويم في الفترات الدَّورية خلال مدَّة عقد المضاربة حكم التَّنضيض الفعلي لمال المضاربة، شريطة أن يتم التَّقويم وفقاً للمعايير المحاسبية المتاحة. 2– يجوز شرعاً توزيع الأرباح التي يظهرها التَّقويم، كما يجوز تحديد أسعار تداول الوحدات بناءً على هذا التَّقويم))[2].

– وجاء في المعيار الشَّرعي رقم (12) بشأن الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، في البند (3/ 1/ 5/ 10): أنّه: ((...يجوز أن يوزَّع الرِّبح على أساس التَّنضيض الحكمي، وهو التَّقويم للموجودات بالقيمة العادلة. وتقاس الذِّمم المدينة

(1) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص 124.

(2) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي ص 134.

بالقيمة النَّقدية المتوقَّع تحصيلها...))[1]. وقد ورد مثله في المعيار الشَّرعي رقم (13) بشأن المضاربة، في البند (8/ 8)[2].

– وذهب المعيار الشَّرعي رقم (40) بشأن توزيع الرِّبح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة، في البند (3/ 1/ 2/ 1)، إلى أن الرِّبح لا يتحقق في حسابات الاستثمار إلاّ بعد: ((تنضيض (تسييل) موجودات المضاربة، سواء كان حقيقياً بتحويل جميع الموجودات إلى نقود، وتحصيل جميع الدُّيون، أم حكمياً بالتَّقويم للموجودات غير النَّقدية من قبل أهل الخبرة، وتقويم الدَّين من حيث إمكان التَّحصيل))[3].

وهكذا، فإنّ التَّنضيض الحكمي (التَّقويم) يقوم مقام التَّنضيض الفعلي قياماً كاملاً، وتكون حصيلته نهائية كما لو أجري تنضيض فعلي للموجودات[4]. وبه تكون كل فترة مالية أجري في آخرها مستقلة عن الفترات اللاحقة لها، بأرباحها أو خسائرها، بالرغم من استمرار الوعاء العام، بمضاربته ومشاركته، وانتقاله من فترة مالية إلى أخرى بموجوداته التي تنضَّض تنضيضاً حكمياً في نهاية كل فترة.

والمخصَّصات –التي نحن بصددها– عنصر أساسي في التَّنضيض الحكمي عند الحاجة إليها، ومطلبٌ لإجرائه على وجهه وضمان صحة نتائجه، والوصول به إلى

(1) المعايير الشَّرعية ص 165.

(2) المرجع السَّابق ص 186.

(3) المرجع السَّابق ص 550.

(4) وانظر: ورقة التَّنضيض الحكمي للدكتور أحمد علي عبد الله ص 139؛ صناديق الاستثمار الإسلامية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة ص 653. وقد جاء في المعيار الشَّرعي رقم (12) بشأن الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، في البند (3/ 1/ 5/ 12)، أنه: ((لا يجوز توزيع الأرباح بشكل نهائي على أساس الرِّبح المتوقَّع، بل على أساس الرِّبح المتحقِّق حسب التَّنضيض الحقيقي أو الحكمي)). (المعايير الشَّرعية ص 165. وانظر فيه: ص 552، 553).

تحديد الرِّبح المتحقِّق فعلاً دون زيادة أو نقصان. فبالمخصَّص الخاصِّ يمكن أن يوزن تقويم أي موجودٍ من موجودات الوعاء العام للوصول إلى قيمته الصَّحيحة التي يمكن الاعتراف بها، وأظهر ما يكون ذلك في تقويم الموجودات من الذِّمم المدينة[1]. وبالمخصَّص العام يمكن أن تقابل خسائر الموجودات في مجملها، فيكون ما يُحسب من ربحٍ متحقِّقاً بعد وقاية (سلامة) رأس المال. يقول الدكتور عصام أبو النَّصر: ((إنَّ عدم تكوين المخصَّصات أو تكوينها بأقل ما يجب، يجعل الرِّبح المحاسبي مغالاً فيه بمقدار ما لم يتم تكوينه. كما أن المبالغة في تكوين المخصَّصات يؤدي إلى تخفيض الرِّبح أو زيادة الخسارة التي تظهرها النتيجة بمقدار الجزء المبالغ فيه))[2]. ويقول الدكتور محمود لاشين: ((... يعرَّف المخصَّص في الفكر المحاسبي بأنَّه عبء على الرِّبح، أي لا يمكن الوصول إلى صافي الرِّبح إلا بعد أخذ المخصَّص في الحسبان...))[3]، ويقول الدكتور حسين شحاته: ((... وفي تكوين المخصَّصات والاحتياطات مدخلٌ أو سببٌ لدرء أي مخاطر قد تمس رأس المال))[4]. ويقول أيضاً: ((يجب تكوين المخصَّصات والاحتياطات اللازمة عند تطبيق التَّنضيض [الحكمي] بما يحقِّق المحافظة على رأس المال))[5].

ولذا فقد نصَّ المعيار الشَّرعي رقم (40) بشأن توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة، في البند (3/ 1/ 2/ 1)، على أن تكوين مخصَّصٍ

(1) يقول الدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة، وهو يتكلم عن مخصَّصات الديون (الذِّمم المدينة) المشكوك فيها: ((... فهذه المخصَّصات هي لمعالجة ما قد يكشف عنه التَّنضيض الحكمي (التَّقويم) من عدم إمكانية تحصيل الدَّين جميعه بحسب التَّقدير لملاءة المدين وظروفه...)). (بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية 3/ 84).

(2) الأحكام الفقهيَّة والأسس المحاسبية لزكاة المخصَّصات ص 9.

(3) التَّنضيض الحكمي ص 91.

(4) الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للتَّنضيض الحكمي ص 31.

(5) المرجع السَّابق ص 33.

للدُّيون (الذِّمم المدينة) المشكوك في تحصيلها مطلبٌ في تقويم هذه الدُّيون، عند تطبيق التَّنضيض الحكمي. فقد جاء فيه في بيان حقيقة هذا التَّنضيض، بأنّه يتمّ: ((بالتَّقويم للموجودات غير النَّقدية من قبل أهل الخبرة، وتقويم الدَّين من حيث إمكان التَّحصيل وتكوين مخصَّصات للدُّيون المشكوك في تحصيلها...)).

4) التَّخارج.

التَّخارج من قبيل الصُّلح، وأكثر ما تكلَّم عنه الفقهاء في التركة، حيث يخرج أحد الورثة أو بعضهم عن حصَّته فيها بمقابل معلومٌ يدفعه له بقية الورثة. جاء في ((فتح القدير)): ((التَّخارج: تفاعلٌ، من الخروج. ومعناه: أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشيءٍ معلوم))[1]. وهو يجري في الأوعية الاستثمارية المشتركة[2]، ولا يُشترط فيه التكافؤ بين الحصَّة وبدلها، ويتحدَّد البدل فيه بما يتراضى عليه أطرافه ما لم تتمحَّض الحصَّة المتخارَج عنها نقوداً وديوناً[3].

وإذا كان التغيُّر من خصائص الوعاء العام، وهو يعود في جانبٍ منه إلى السِّحب المتاح لأصحاب حسابات الاستثمار، سواء كان تاماً أو جزئياً، في أثناء الفترات المالية أو في نهايتها، فإنّ هذا السَّحب يتم على أساس التَّخارج -المذكور- الذي يُعدُّ من لوازم وخصائص الوعاء العام، حيث تتم مبادلة حصَّة السَّاحب الشَّائعة في هذا الوعاء أو بعضها -بحسب الحال- بمبلغ نقدي يُدفع له من السيولة المتوافرة فيه، ويتملَّك الوعاء -بأطرافه- تلك الحصَّة، بالحالة التي تكون عليها عند

(1) 7/ 408. وانظر: رد المحتار 5/ 518؛ قواعد الفقه للبركتي ص 223.

(2) انظر: فتح الباري 4/ 367؛ فيض الباري 3/ 281؛ صكوك الإجارة للدكتور علي القره داغي ص45؛ القراض أو المضاربة المشتركة للدكتور عبد السَّتار أبوغدَّة ص 45.

(3) انظر: بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة 10/ 35؛ فتوى ندوة البركة العاشرة للاقتصاد الإسلامي رقم (10/ 8)، البند (أ)، الآتي نقله: ص 17.

المبادلة، بما قد يكون فيها من ربح أو خسارة، أو يكون لها من حصَّة في المخصَّصات أو الاحتياطات القائمة في ذلك الوقت[1].

وقد قرَّرت المعايير الشَّرعية هذا التَّخارج، حيث جاء في المعيار الشَّرعي رقم (40) بشأن توزيع الرِّبح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة في البند (4/ 9) أنّه: ((يجوز تخارج أحد أصحاب الحسابات بجميع مبلغه أو بعضه، وذلك يمثِّل مصالحة على حصَّته في موجودات المضاربة، وليس استرداداً للمبلغ النَّقدي (المودَع في الحسابات) كلياً أو جزئياً. وإذا قام المصرف بتحديد المبلغ المتخارَج به بحيث لا يربح شيئاً أو يربح أقل مما يستحقه لو بقي، فإنّ هذا جائز، وليس حرماناً من الرِّبح بل هو تخارج بحسب العرض والطَّلب))[2].

وجاء في فتوى ندوة البركة العاشرة للاقتصاد الإسلامي رقم (10/ 8) الصَّادرة في موضوع التَّخارج في الحسابات الاستثمارية والصناديق وحسابات الأرباح، في البند (أ) أنّ: ((التَّخارج عبارة عن بيع حصَّة في أعيان مشتركة بالشيوع على سبيل التسامح في تكافؤ المبيع مع الثَّمن، وهو من قبيل الصُّلح. ومع أن الأصل تطبيقه في التركات فإنّ الحاجة تدعو إلى تطبيقه في الشركات. فيجوز التَّخارج بين الشركاء في الحسابات الاستثمارية أو الصناديق، كما يجوز التَّخارج بين صاحب الحصَّة والمؤسسة أو شخص غير شريك، مع مراعاة الضَّوابط الشَّرعية المطلوبة في بيع النُّقود والدُّيون. فإن كانت الحصَّة المتخارَج عنها تمثِّل أعياناً مع النُّقود والدُّيون التابعة لها، جاز التَّخارج عنها بأي بدَل، ولو بالأجل، إذ يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً))[3].

(1) وانظر في التَّخارج (أو الاسترداد) في الحسابات الاستثمارية، وتفصيل شروطه: القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسَّسات المالية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة ص 44-45، 47، 50-51؛ أحكام الودائع المصرفية للشيخ محمد تقي العثماني ص 134-135.

(2) المعايير الشَّرعية ص 552.

(3) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي ص 178.

وجاء في البند (ب) من الفتوى نفسها أنّ: ((التَّخارج في الحسابات الاستثمارية، بسحب صاحب الحساب حصَّته –في حال السماح له بذلك ومراعاة الضَّوابط الشَّرعية– يؤدّي تلقائياً إلى سحب الرِّبح مع الأصل إن تخارج ببدلٍ يزيد عن الأصل (رأس المال)...))[1]. أي أنّ البدَل الزَّائد يكون محقِّقاً ربحاً لصاحب الحساب بمقدار الزِّيادة عن رأس ماله المودَع في الحساب. كما جاء في فتوى ندوة البركة الحادية عشرة للاقتصاد الإسلامي، رقم (11/ 5)، في موضوع توزيع ربح المعاملات الآجلة على طيلة مدَّة الأجل: ((... أنَّ من خرج في أثناء مدَّة الاستثمار أو دخل في أثنائها يحصل على نسبة من الرِّبح تتَّفق مع مقدار مبلغه ومدَّة استثماره. وتكييف ذلك شرعاً أن من خرج يبيع حصَّته في المشاركة إلى وعاء الاستثمار، ويمكن أن يكون ثمن هذا البيع ما يتَّفق عليه الطَّرفان...))[2].

(1) المرجع السَّابق ص 178.

(2) المرجع السَّابق ص 191.

المطلب الثالث: أحكام وضوابط تكوين المخصَّصات.

نتناول في هذا المطلب جملة من المسائل المتَّصلة بتكوين المخصَّصات في المصارف الإسلامية، وأحكامها وضوابطها، في ضوء ما تقرَّر في المطلبين السابقين، والمسائل التي قصدناها تجمع مضامين الأسئلة التي أوردتها رسالة الاستكتاب، وببحثها يجاب على ما أثارته الأسئلة، وطلبَت بيان الحكم فيه.

ومن المفيد قبل أن نأتي على المسائل، أن نعرض ((المشكلة)) التي أوردتها رسالة الاستكتاب، واستخرجَت منها الأسئلة التي طرحتها.

أولاً: تصوير المشكلة (النازلة).

تتمثَّل المشكلة –كما تقول رسالة الاستكتاب– فيما قامت به بعض المصارف والشركات الإسلامية مؤخَّراً بسبب الأزمة المالية من أخذ مخصَّصات كبيرة لمعالجة المخاطر المحتملة في الأعوام المقبلة، وقد تم أخذ هذه المخصَّصات من أرباح العام الحالي، من أموال المودعين والمساهمين. والإشكالية في الموضوع: لو أنَّ شخصاً وضع أمواله في المصرف في 1/ 1/ 2010م لكي يستثمرها المصرف له، ووقَّع مع المصرف عقد مضاربة لمدة سنة واحدة، أي أنَّ هذه المضاربة تنتهي في 31/ 12/ 2010م، وقام المصرف في نهاية السَّنة المالية بعمل تنضيض للمضاربة، فتبيَّن أنّ المضاربة قد حقَّقت ربحاً لربِّ المال مقداره 500 دينار، فقام المصرف باقتطاع مبلغ مقداره 200 دينار كمخصَّص للمخاطر التي قد يتعرَّض لها المصرف في عام 2011م، فإنّ ربَّ المال هنا لا علاقة له بما سيحدث للمصرف في عام 2011م، لأنّ مدّة الاستثمار بالنِّسبة له كانت سنة واحدة، وقد انتهت.

هذه هي المشكلة التي صوَّرتها رسالة الاستكتاب، وما نلاحظه عليها أنها

تتكلَّم عن مصرف يُجري التَّنضيض الحكمي، ويحسب الأرباح والخسائر، ويقوم بتكوين المخصَّصات في نهاية السَّنة المالية فقط. وقد أصبح هذا الأسلوب عتيقاً، فات زمانه، بعد أن هَجَرته معظم المصارف الإسلامية التي تستخدم أنظمة محاسبية آلية متطوِّرة. فالجاري عليه العمل اليوم، أنّ التَّنضيض الحكمي، وتكوين المخصَّصات (عند الحاجة إليها)، يتم بشكل شهري. ويتم الإعلان عن أرباح المصرف (أرباح المساهمين) في نهاية كلِّ ثلاثة أشهر من السَّنة المالية، بالإعلان عن قوائمه المالية. ولذا، فإن الإشكالية المثارة بشأن الحالة المذكورة تتعلَّق بما يتم تكوينه من مخصَّصات في أثناء السَّنة، ولا يزال قائماً، وليس بما يتم تكوينه في نهايتها فحسب.

كما يلاحظ أيضاً، أنَّ الاقتطاع تمَّ من الرِّبح، وهذا شأن الاحتياطيات، أمّا المخصَّصات فمبالغها -كما مرَّ- تضاف إلى المصروفات، وتُقابل بالإيرادات في مرحلة التَّنضيض الحكمي الذي يعرف بتمامه الرِّبح المتحقِّق[1].

ثانياً: مسائل تكوين المخصَّصات.

1) مصدَر تكوين المخصَّصات.

يعتمد مصدَر تكوين المخصَّص على نوع المخصَّص، والوعاء المراد تكوين مخصَّص لموجوداته إن كان مخصَّصاً عاماً، أو مصدر الأموال المستخدمة في الموجود (الأصل) المعيَّن المطلوب تكوين مخصَّص له إن كان مخصَّصاً خاصاً. وتفصيل ذلك في الآتي:

(أ) المخصَّص العام[2].

فإذا كان هذا المخصَّص لموجودات الوعاء العام للمصرف، في مجموعها، وهي

(1) راجع ما تقدَّم: ص 4، 14.

(2) راجع المقصود به: ص 6.

موجودات المشاركة القائمة فيه[1]، فإن مبلغه يُضاف إلى مصروفات هذا الوعاء (مصروفات المشاركة)، ويقتطَع -من ثمَّ- من إيراداته. أي أنّه يحمَّل على طرفي الوعاء العام (طرفي المشاركة)، وهما وعاء المضاربة والمصرف (المساهمون)، بحسب حصَّة كلٍّ منهما في الوعاء العام (في المشاركة) وقت تكوين المخصَّص.

أمّا إذا كان المخصَّص لموجودات وعاء المضاربة[2]، في مجموعها، وهي حصَّة هذا الوعاء في موجودات الوعاء العام، فإنَّ مبلغ هذا المخصَّص يضاف إلى مصروفات وعاء المضاربة حصراً، ويُقتطع ممَّا يخصُّه من إيرادات. ومع إمكانية تكوين مثل هذا المخصَّص، إلاّ أنّنا لم نقف على تطبيقٍ له.

(ب) المخصَّص الخاص[3].

إذا كان الموجود المعيَّن الذي يتمّ تكوين المخصَّص له معدوداً في موجودات الوعاء العام، لأنّه هو مصدر الأموال المستخدمة فيه، فإنَّ مبلغ المخصَّص يُضاف إلى مصروفات هذا الوعاء، ليقتطع من إيراداته، وحاله في ذلك حال المخصَّص العام لموجودات الوعاء العام، حيث يحمَّل على طرفيه بحسب حصَّة كلٍّ طرف فيه عند تكوين المخصَّص، كما قدَّمنا.

وإذا كان هذا الموجود خاصاً بالمصرف، استخدمت فيه أموال المساهمين، كما هو الشأن في بعض التَّمويلات أو الاستثمارات[4]، فإنَّ مبلغ المخصَّص يضاف في هذه

(1) راجع ما تقدَّم: ص 8.

(2) راجع ما تقدَّم: ص 7.

(3) راجع المقصود به: ص 5.

(4) جاء في المعيار الشَّرعي رقم (40) بشأن توزيع الرِّبح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة، في البند (2/ 1/ 3)، أن: ((الأصل المساواة في فرَص الاستثمار بين أموال المساهمين وأموال أصحاب الحسابات الاستثمارية في المضاربة المشتركة. وفي حال اتباع غير ذلك، يجب على المؤسَّسة الإفصاح عن ذلك قبل التَّصرف، مع مراعاة القيود النِّظامية المتعلِّقة بذلك وشروط الحسابات)). (المعايير الشَّرعية ص 549).

الحالة إلى المصروفات التي يتحمَّلها المساهمون، ويقتطَع مما يخصُّهم من إيرادات، ولا يكون لأصحاب حسابات الاستثمارات شأن به.

أمّا إذا كان الموجود خاصاً بوعاء المضاربة، لاستخدام أموال هذا الوعاء فيه، فإنَّ مبلغ المخصَّص يضاف إلى مصروفات هذا الوعاء، ليقابَل بالإيرادات الخاصة به، كما أوضحناه بشأن المخصَّص العام لموجودات وعاء المضاربة.

2) ضوابط تقدير المخصَّصات.

قدَّمنا أنّ تكوين المخصَّصات من عدمه، وتحديد مقاديرها عند الحاجة إليها، عنصرٌ في التَّنضيض الحكمي. وهذا يتطلَّب تقديراً دقيقاً لما هو مطلوب منها، وللمبالغ المطلوبة لها، وأيُّ خللٍ في ذلك يجعل التَّنضيض الحكمي في ذاته مختلاً، لا يعوَّل على نتيجته. فإذا كان الخلل بعدم تكوين مخصَّصات مع الحاجة إليها، أو تقدير مبالغها بأقل من الواجب، فإن هذا يزيد في مقدار الرِّبح، ويجعله ربحاً وهميَّاً، مبالغاً فيه، بمقدار ما لم يتم تكوينه منها أو ما تم إنقاصه من مبالغها. أمّا إذا كان الخلل بتكوينها مع عدم الحاجة إليها، أو تقدير مبالغها بأكثر من المطلوب، فإن هذا يُنقص الرِّبح بمقدار ما تم تكوينه منها أو ما تمَّت زيادته من مبالغها، ويكون المخصَّص عندئذٍ أو الزَّائد من مبلغه داخلاً فيما يُعرف بالاحتياطيات السِّرية[1].

وعليه، فإنَّ ضوابط تكوين المخصَّصات، وتقدير مبالغها، هي الضَّوابط الواجب الالتزام بها في التَّنضيض الحكمي على وجه العموم، وهي الضَّوابط الآتية:

(أ) أن يتم تكوين وتقدير المخصَّصات من أهل الخبرة المؤهلين لذلك تأهيلاً

(1) انظر: الجوانب الشَّرعية والمحاسبية لتكوين الاحتياطيات والتصرُّف فيها للدكتور حسين شحاته ص 266؛ الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية لزكاة المخصَّصات للدكتور عصام أبو النَّصر ص 9.

مهنياً وشرعياً[1]. جاء في البند الثاني للقرار الرَّابع للمجمع الفقهي الإسلامي، الصَّادر في الدَّورة السادسة عشرة، بشأن التَّنضيض الحكمي، أنّه: ((يجب إجراء التَّنضيض الحكمي من قبل أهل الخبرة في كلِّ مجال، وينبغي تعدُّدهم بحيث لا يقل عددهم عن ثلاثة، وفي حال تباين تقديراتهم يصار إلى المتوسِّط منها)).

وذهب المعيار الشَّرعي رقم (40) بشأن توزيع الرِّبح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة، في البند (3/ 1/ 2/ 1)، إلى أنّ التَّنضيض الحكمي بالتَّقويم للموجودات غير النَّقدية يكون من قبل أهل الخبرة[2]. وجاء في قرارات وتوصيات المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسَّسات المالية الإسلامية[3]، الخاصَّة بالمحور الثاني، وموضوعه: ((أحكام توزيع أرباح الودائع واستقطاع وتكوين مخصَّصات مخاطر الاستثمار))، في البند الأول، أنّه: ((...إذا لم تنصَّ الأنظمة على نسبة محدَّدة تستقطَع لهذه المخصَّصات، فعلى المؤسَّسة تكوينها بمعرفة أهل الخبرة والاختصاص))[4].

(ب) أن يتم الالتزام في تكوين وتقدير المخصَّصات بالمتطلَّبات والنِّسب التي تضعها الجهات الرقابية والإشرافية والتَّنظيمية، مثل البنوك أو المصارف المركزية. فما تضعه هذه الجهات، ولا يكون مصادماً لحكم شرعي، مبناه المصلحة العامة الواجب اعتبارها والعمل بمقتضاها.

(ج) أن يتمَّ الالتزام بما تتطلَّبه المعايير المحاسبية لهيئة المحاسبة والمراجعة

(1) انظر: أحكام الودائع المصرفية للدكتور علي القره داغي ص 171؛ الأحكام الفقهيَّة والأسس المحاسبية للتَّنضيض الحكمي للدكتور حسين شحاته ص 41.

(2) انظر: المعايير الشَّرعية ص 552.

(3) الذي عقد في الكويت، في 3–4 نوفمبر 2009.

(4) الأبحاث والتَّوصيات – المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسَّسات المالية الإسلامية ص 351.

للمؤسَّسات المالية الإسلامية[1]، مما يتعلَّق بالمخصَّصات[2] أو بالتَّنضيض الحكمي[3]. والالتزام بما تتطلَّبه معايير المحاسبة الدولية، ولا يتعارض مع المتطلَّبات والأحكام الشَّرعية. والالتزام بالأعراف المهنية المعتبرة شرعاً. وقد نصَّت فتوى ندوة البركة الثامنة عشرة للاقتصاد الإسلامي، رقم (8/ 2)، على أن شرط إعطاء التَّنضيض الحكمي حكمَ التَّنضيض الفعلي، أن يتم إجراؤه وفقاً للمعايير المحاسبية المتاحة[4].

(د) أن يتمَّ الالتزام في تكوين وتقدير المخصَّصات بالحيطة والحذر، وهو من الأسس المحاسبية في تكوين المخصَّصات، ويقوم على أخذ الانخفاض أو الخسارة المقدَّرة في الحسبان، بتكوين مخصَّصات مناسبة لها، وعدم أخذ الرِّبح التَّقديري في الحسبان[5]. وقد جاء في بيان المحاسبة المالية رقم (2) -المعدَّل-، في البند (6/ 3/ 3/ 2)، أن من المبادئ العامة التي يتعيَّن الالتزام بها في التَّنضيض الحكمي: ((الحيطة والحذر في التَّقدير، وذلك عن طريق الالتزام بالموضوعية والحياد في اختيار القيمة النَّقدية المتوقَّع تحقيقها))[6]. ويهدف هذا الأساس إلى تجنُّب المغالاة في تقدير الرِّبح على خلاف الواقع، لا إلى تخفيض المقدار المتحقَّق منه فعلاً[7]. ويهدف من طرفٍ آخر إلى توقِّي المساس برأس المال، الذي لا رِبْح في المضاربة أو المشاركة إلاَّ إذا تحقَّقت سلامته، كما قدَّمنا[8].

(1) انظر: الأحكام الفقهيَّة والأسس المحاسبية للتَّنضيض الحكمي للدكتور حسين شحاته ص 56.

(2) وقد أصدرت الهيئة معيار المحاسبة المالية رقم (11) بشأن المخصَّصات والاحتياطيات.

(3) انظر: معايير المحاسبة والمراجعة والضَّوابط للمؤسَّسات المالية الإسلامية ص 57-56.

(4) وقد تقدَّم نقل نصِّ الفتوى: ص 13.

(5) انظر: الأسس الشَّرعية والمحاسبية لتوزيع الأرباح في المصارف الإسلامية للدكتور محمد عبد الحليم عمر ص 383.

(6) معايير المحاسبة والمراجعة والضَّوابط للمؤسَّسات المالية الإسلامية ص 58.

(7) انظر: الأحكام الفقهيَّة والأسس المحاسبية لزكاة المخصَّصات للدكتور عصام أبو النَّصر ص 11.

(8) انظر: الأحكام الفقهيَّة والأسس المحاسبية للتَّنضيض الحكمي للدكتور حسين شحاته ص 28، 31، 38.

(هـ) أن يتمَّ اعتماد تكوين وتقدير المخصَّصات من هيئة الفتوى والرقابة الشَّرعية للمصرف، بشرط أن تستعين بخبراء محاسبيين مستقلِّين لمساعدتها في مراجعة التَّقارير التي تُعرَض عليها. ولها أن تستعين بالمدقِّق الخارجي للمصرف.

3) موافقة أصحاب حسابات الاستثمار على تكوين المخصَّصات.

ذهب بعض الباحثين إلى أنَّ عدم النَّص في عقد المضاربة (شروط فتح حساب الاستثمار) على اقتطاع وتكوين المخصَّصات، يمنع المصرف (المضارب) من تكوينها، لأنهّا من التصرُّف بأرباح أصحاب حسابات الاستثمار بعد أن أصبحت بالتَّقسيم ملكاً خاصاً لهم[1].

وهذا غير مسلَّم، لما رأينا من أنّ المخصَّصات لا تقتطَع من الأرباح التي تتحدَّد بالتَّنضيض الحكمي، وإنّما تضاف إلى المصروفات وتقتطَع من الإيرادات في مرحلة التَّنضيض، قبل تمامه، فلم يكن في تكوينها -وقتئذٍ- تصرُّفٌ بربح ملكه صاحب حساب الاستثمار[2].

يضاف إلى ذلك أنَّ المخصَّصات -عند الحاجة إليها- مطلبٌ في التَّنضيض الحكمي، لا يستقيم بدونها، وقد ذكرنا ذلك. وهذا التَّنضيض من خصائص الوعاء العام، وهو وسيلة تحديد ربحه القابل للتَّوزيع أو حساب خسارته، كما أسلفنا. فيكون قبول فاتح الحساب الاستثماري الاستثمار في وعاء المضاربة، وفي الوعاء العام الذي يكون وعاء المضاربة طرفاً فيه، قبولاً ضمنياً بالتَّنضيض الحكمي ومتطلَّباته، ومنها تكوين المخصَّصات عند الحاجة إليها، وإن لم يصرَّح بذلك في شروط فتح الحساب.

(1) انظر: أحكام الودائع المصرفية للدكتور علي القره داغي ص 178، 188.

(2) جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 30 (5/ 4) بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار، في البند (أولاً/ 7): ((يُستحقُّ الرِّبح بالظُّهور، ويُملَك بالتَّنضيض أو التَّقويم، ولا يلزَم إلا بالقسمة)). (قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص 124).

ويتأكَّد هذا القبول بأنّ فتح الحساب يقتضي القبول بالأنظمة الصَّادرة من الجهات الرقابية والإشرافية والتَّنظيمية، والمعايير المحاسبية، والأعراف المهنيَّة[1]، المعتدِّ بها شرعاً، المتعيِّن تطبيقها على الحساب، ومنها ما يتعلَّق بالمخصَّصات، وإن لم يوجد تصريح بذلك في شروط فتح الحساب.

4) حقُّ صاحب حساب الاستثمار في المخصَّصات عند التَّخارج.

يملك صاحب حساب الاستثمار حصَّة شائعة في موجودات وعاء المضاربة، ومن ثمَّ في موجودات الوعاء العام، ومبالغ المخصَّصات، سواء كانت مخصَّصات عامة أو خاصَّة، تبقى في الوعاء الذي اقتطعَت من إيراداته، معدودةً في موجوداته. وبذلك يكون لكلِّ صاحب حسابٍ استثماريٍّ حصَّة فيها، بنسبة حصَّتة في موجودات الوعاء. وهي نسبة تتغيَّر بالتغيُّر الدَّائم في مكونات الوعاء، وقد تحدَّثنا عن هذا التغيُّر من قبل[2].

فإذا خرج صاحب الحساب من الوعاء في أيِّ وقت، وكان خروجه جزئياً أو كلِّياً كما هو الحال في المثال المذكور في المشكلة التي عرضتها رسالة الاستكتاب[3]، فإن هذا يعدُّ تخارجاً منه عن بعض (في التَّخارج الجزئي) أو جميع (في التَّخارج الكلِّي) حصَّته في الوعاء، بمبلغ يُدفَع له من الوعاء نفسه، مقابل النُّزول عن بعض أو جميع الحصَّة القائمة فيه[4]. وبذلك لا يبقى لصاحب الحساب المتخارِج حقٌّ فيما كان مشمولاً ببعض أو جميع حصَّته المتخارَج عنها من مبالغ المخصَّصات، حيث ينتقل

(1) انظر في اعتبار ما عليه عمل التجار في المضاربة، وإن لم ينصَّ عليه في العقد: بدائع الصَّنائع 6/ 87، 88، 89.

(2) راجع ما تقدَّم: ص 10.

(3) راجع ما تقدَّم: ص 19.

(4) راجع ما تقدَّم: ص 16.

الحقُّ فيها إلى الوعاء بأطرافه[1].

ومن هنا يظهر أنَّ تخارج صاحب وديعة المضاربة -في المثال الذي أشرنا إليه- في نهاية مدَّتها، بعد اقتطاع المخصَّصات، يقطَع صلته بالوعاء، بعد أن تخارج عن حصَّته فيه بما لها وما عليها، بجميع حقوقها والتزاماتها، بالمبلغ النَّقدي الذي حصل عليه ورضيَه، فتخارجه لا يَبقى معه ما كان يشكِّل بعض حصَّته من مبالغ المخصَّصات مملوكاً له بعد التَّخارج، حيث تنتقل ملكية هذا البعض إلى الوعاء بعد أن خرج عن ملكه. وإذا لم يعد هذا البعض المحتجَز لجبر خسارة مقدَّرة في المستقبل مملوكاً له، وليس له أي حقٍّ فيه، فإنّه لن يكون مسؤولاً عن تلك الخسارة إن وقعت في الفترات المالية اللاحقة لتخارجه، ولن يتم جبرها -وقتئذٍ- بمبلغ يملك بعضه. وبذلك يزول ما استشكلته رسالة الاستكتاب في المثال الذي عرضَته[2].

5) أرباح استثمار مبالغ المخصَّصات.

إذا جرى استثمار مبالغ المخصَّصات، وهي من الأموال المستثمرة في الأصل، فإنّ ربح هذا الاستثمار يكون للوعاء الذي تمَّ تكوين المخصَّص له باقتطاعه من إيراداته. فإن كان مخصَّصاً للوعاء العام فإنّ الرِّبح يكون لطرفيه، أي لوعاء المضاربة والمصرف (المساهمين)[3]، شأنه في ذلك شأن الرِّبح الناتج من استثمار أي مبلغ من

(1) وحالها في ذلك حال حصَّته في ((احتياطي معدَّل الأرباح)) الذي يجنِّبه المصرف من دخل (ربح) أموال المضاربة (وعاء المضاربة) قبل اقتطاع نصيب المضارب بغرض المحافظة على مستوىً معيَّن من عائد الاستثمار لأصحاب حسابات الاستثمار وزيادة حقوق أصحاب الملكية، أو في ((احتياطي مخاطر الاستثمار)) الذي يجنِّبه المصرف من أرباح أصحاب حسابات الاستثمار بعد اقتطاع نصيب المضارب لغرض الحماية من الخسارة المستقبلية لأصحاب حسابات الاستثمار. (معايير المحاسبة والمراجعة والضَّوابط للمؤسَّسات المالية الإسلامية ص 392).

(2) راجع ما تقدَّم: ص 19.

(3) انظر: الأسس الشَّرعية والمحاسبية لتوزيع الأرباح في المصارف الإسلامية للدكتور محمد عبد الحليم عمر ص 398.

مبالغ هذا الوعاء. ولا يجوز أن يستأثر المصرف بهذا الرِّبح، ويختصَّ به دون الشَّريك الآخر.

أمّا إذا كان مخصَّصاً لوعاء المضاربة، حصراً، فإنّ الرِّبح يكون لهذا الوعاء، ويكون للمصرف فيه حصَّة المضارب بالنِّسبة المتَّفق عليها، وليس له أن يستأثر به دون أصحاب حسابات الاستثمار (أرباب المال).

6) مصير مبالغ المخصَّصات بعد انتفاء الحاجة إليها.

إذا انتفت الحاجة للمخصَّص، بزوال موجب وجوده، كما لو ارتفعت المخاطر التي تم تكوين مخصَّص عامٍّ لمواجهة الخسارة المقدَّرة التي قد تنتج عنها، أو تم تحصيل الموجود المحدَّد (سواء كان من موجودات الذِّمم المدينة أو التَّمويل أو الاستثمار)، الذي تم تكوين مخصَّص خاصٍ له لمقابلة انخفاضٍ مقدَّرٍ في قيمته، فإنَّ مبلغ المخصَّص يقيَّد من جديد في إيرادات الوعاء الذي اقتطِع من إيراداته عند تكوينه، ليمثِّل جزءاً من إيرادات الفترة المالية التي انتفت الحاجة للمخصَّص فيها، وجرى قيده في إيراداتها.

فإن كان المخصَّص قد اقتطِع من إيرادات الوعاء العام، فإنّه يقيَّد في إيراداته، وإن كان اقتطِع من إيرادات وعاء المضاربة، فإنَّه يقيَّد في إيراداته[1]. ولا فرق في ذلك بين المخصَّص العام أو المخصَّص الخاص.

وقد يقال هنا: إنّ التغيُّر (المستمر) في مكوِّنات وأطراف الوعاء العام، الذي

(1) انظر ما يفيد ذلك: معايير المحاسبة والمراجعة والضَّوابط للمؤسَّسات المالية الإسلامية ص 390-391. وقد ذهب بعض الباحثين إلى أن مبلغ المخصَّص يعود ليمثِّل ربحاً من جملة أرباح الوعاء. وهو غير دقيق. (انظر: العوامل التي تحدِّد توزيع الأرباح على المودعين في البنوك الإسلامية للدكتور عبد الباري مشعل ص 34).

سبق الحديث عنه باعتباره من خصائص هذا الوعاء[1]، يجعل نسبة حصَّة وعاء المضاربة ونسبة حصَّة المصرف في الوعاء العام (المشاركة) مختلفة – في الغالب – وقت قيد مبلغ المخصَّص في الإيرادات بسبب انتفاء الحاجة إليه عن نِسب هاتين الحصَّتين وقت تكوين المخصَّص. كما أن أطراف الوعاء، أصحاب حسابات الاستثمار الذين هم أرباب المال في وعاء المضاربة، لا يبقون –كما هو المقتضى– على الحال الذي كانوا عليه وقت تكوين المخصَّص، فبعضهم يكون قد خرج من الوعاء وانقطعت صلته به، وبعضهم يكون جديداً فتح الحساب بعد تكوين المخصَّص. فهل يتطلَّب هذا معالجة أو إجراء خاصَّاً ؟.

لا نرى أنّ ما ذكر له أيُّ تأثير، أو أنّه يتطلَّب تغييراً فيما قدَّمناه بشأن مآل مبالغ المخصَّصات التي انتفت الحاجة إليها. وبيان ذلك في الآتي:

(أ) حالة تغيُّر نِسب حصص طرفي الوعاء العام: رأينا فيما مضى أنَّ مبلغ المخصَّص الذي يتمُّ تكوينه في الوعاء العام، سواء كان مخصَّصاً عاماً أو خاصَّاً، يكون مملوكاً للوعاء، يمثِّل جزءاً من موجوداته. فإذا تغيَّرت نِسب حصص طرفي الوعاء العام، فإنَّ هذا التغيُّر يسري في جميع موجودات الوعاء العام بما فيها مبالغ المخصَّصات. فإذا كانت حصَّة وعاء المضاربة في الوعاء العام ممثِّلة النِّصف، والنِّصف الآخر لحصَّة المصرف، وقت تكوين المخصَّص، فإن هذه المناصفة تكون لمبلغ المخصَّص أيضاً. فإذا تغيَّرت نِسب الحصص بعد ذلك، وأصبحت حصَّة وعاء المضاربة ممثِّلة الثُّلثين، وحصَّة المصرف ممثِّلة الثُّلث، وقت انتفاء الحاجة للمخصَّص نفسه، فإن حصَّة وعاء المضاربة فيه ستكون –بالمثل– الثُّلثين، وحصَّة المصرف الثُّلث، ومن ثمَّ لا يظهر إشكال في قيد مبلغ المخصَّص في إيرادات الوعاء العام، دون نظرٍ

(1) راجع ما تقدَّم: ص 10.

لتغيُّر أو اختلاف نِسب الحصص أو بقائها على حالها، لأنَّ المبلغ سينتقل من وضع إلى آخر بنفس نِسب الحصص، وبدل أن يكون مبلغاً في المخصَّصات يصبح مبلغاً في الإيرادات.

(ب) حالة تغيُّر أطراف الوعاء: قدَّمنا أنَّ تغيُّر أصحاب حسابات الاستثمار يرجع إلى تخارج بعضهم، ودخول غيرهم من أصحاب الحسابات الجديدة. فمن تخارج قبل انتفاء الحاجة للمخصَّص لا يبقى له حقٌّ فيه، ومن دخل الوعاء العام بعد تكوين المخصَّص صار مالكاً حصَّة فيه، لأنّه جزء من موجودات وعاء المضاربة أو الوعاء العام الذي تملَّك حصَّة شائعة فيه. فأصحاب حسابات الاستثمار الذين يملكون حصَّة في المخصَّص، هم أولئك الموجودون –أطرافاً– في الوعاء في أيِّ وقت من الأوقات. فلا يكون في قيد مبلغ المخصَّص عند انتفاء الحاجة له، بالرَّغم من خروج طرفٍ ودخول طرف جديد، حرمانٌ لطرفٍ من مبلغٍ مملوكٍ له ودفعه لطرفٍ آخر ليس له حقٌّ فيه. وإذا فرض أن أصحاب حسابات الاستثمار تخارجوا جميعاً، فإنّ وعاء المضاربة ينقضي، وتصفو موجودات الوعاء العام، بما فيها من مبالغ المخصَّصات، للمصرف (المساهمين).

ولذا فإنَّ البحث عن صاحب حساب الاستثمار الذي تخارج قبل انتفاء الحاجة للمخصَّص، لإعطائه حصَّته في مبلغ المخصَّص عند انتفاء الحاجة له، أمر غير وارد. والنَّص في شروط فتح الحساب على المبارأة للخروج عن العهدة عند تعذُّر الوصول إليه، لا حاجة له، والقول بأنَّ المبلغ يُصرف في وجود الخير إن تعذَّر الوصول إلى صاحبه، لا محلَّ له. وهي مسائل أثارتها رسالة الاستكتاب.

وما ذهب إليه المعيار الشَّرعي رقم (40) بشأن توزيع الرِّبح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة، في البند (5/ 4)، من أن يُنصَّ في عقود الحسابات

الاستثمارية المشترَكة القائمة على أساس المضاربة التي يقع فيها التَّخارج، على مبدأ المبارأة الذي يقتضي إبراء المتخارِج لأصحاب الحسابات الاستثمارية عما يتبقى من المخصَّصات، وعلى التبرُّع بما يبقى لصالح وجوه الخير عند تصفية الوعاء الاستثماري[1] هو، في نظرنا، من قبيل الاحتياط، إبراءً للذِّمة، وإلا فالتَّخارج لا يَبقى معه لصاحب الحساب المتخارِج حقٌّ يستلزم المبارأة (الإبراء)[2]، كما أنّه يبعد أن يبقى شيء من مبالغ المخصَّصات دون مالك عند التَّصفية، لما أوضحناه قبل قليل.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربِّ العالمين

(1) انظر: المعايير الشَّرعية ص 553.

(2) وقد عرَّفت ((مجلَّة الأحكام العدلية))، في المادَّة (1536)، إبراء الإسقاط، بأنه: ((أن يُبرئ أحدٌ الآخر بإسقاط تمام حقِّه الذي هو عند الآخر، أو بحطِّ مقدارٍ منه عن ذمَّته)). (شرح المجلَّة للأتاسي 4/ 534).

المصَادر والمراجع

– الأبحاث والتَّوصيات – المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسَّسات المالية الإسلامية، المنعقد في الكويت، في 15–16 ذي القعدة 1430ه/ 3–4 نوفمبر 2009م.

– الأحكام الفقهيَّة والأسس المحاسبية لزكاة المخصَّصات مع التَّطبيق على المصارف الإسلامية للدكتور عصام أبو النصر، النَّدوة الرابعة عشرة لقضايا الزكاة المعاصرة.

– الأحكام الفقهيَّة والأسس المحاسبية للتَّنضيض الحكمي للدكتور حسين شحاته، الدَّورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي (مكَّة المكرَّمة).

– أحكام الودائع المصرفية للدكتور على القره داغي، بحث مطبوع ضمن ((الأبحاث والتوصيات – المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسَّسات المالية الإسلامية))، المنعقد في الكويت، في 15–16 ذي القعدة 1430ه/ 3–4 نوفمبر 2009م.

– أحكام الودائع المصرفية للشيخ محمد تقي العثماني، بحث مطبوع ضمن ((الأبحاث والتوصيات – المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسَّسات المالية الإسلامية))، المنعقد في الكويت، في 15–16 ذي القعدة 1430ه/ 3–4 نوفمبر 2009م.

– الأسس الشَّرعية والمحاسبية لتوزيع الأرباح في المصارف الإسلامية للدكتور محمد عبد الحليم عمر، كتاب الوقائع (الجزء الثاني)، مؤتمر دور المؤسَّسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتَّنمية، المنعقد من 25–27 صفَر 1423ه/ 7–9 مايو 2002م، كلية الشَّريعة والدِّراسات الإسلامية بجامعة الشَّارقة، إصدارات 2003.

– بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة، الجزء الثَّالث، شركة التَّوفيق (مجموعة دله البركة)، بدون تاريخ.

– بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة، الجزء العاشر، مجموعة البركة المصرفية، الطَّبعة الأولى، 1430ه/ 2009م.

– بدائع الصَّنائع في ترتيب الشَّرائع لأبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية (بيروت)، بدون تاريخ.

– التَّنضيض الحكمي للدكتور محمود المرسي لاشين، الدَّورة السَّادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي (مكَّة المكرَّمة).

– توزيع المصاريف الإدارية بين المساهمين والمودعين للدكتور حسين حامد حسَّان، بحث مطبوع ضمن ((الأبحاث والتوصيات – المؤتمر الفقهي الأوَّل للمؤسَّسات المالية الإسلامية))، المنعقد في الكويت، في 21–22 شوَّال 1427ه/ 12–13 نوفمبر 2006م.

– الجوانب الشَّرعية والمحاسبية لتكوين الاحتياطات والتصرُّف فيها للدكتور حسين حسين شحاته، حولية البركة، العدد الثالث، رمضان 1422 هـ/ نوفمبر 2001م.

– الحسابات والودائع المصرفية للدكتور محمد القري، مجلَّة مجمع الفقه الإسلامي، الدَّورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الأول، 1417 هـ/ 1996م.

– دراسات في المراجعة – طبيعة المخصَّصات والاحتياطات للدكتور عصام أبو النصر، غير منشور.

– رد المحتار على الدُّر المختار (حاشية ابن عابدين) لمحمد أمين الشَّهير بابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ.

– روضة الطَّالبين وعمدة المفتين ليحيى بن شرف النَّووي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار عالم الكتب (الرِّياض)، طبعة خاصَّة، 1423ه/ 2003م.

– شرح المجلَّة لمحمد خالد الأتاسي، مكتبة رشيد، دون تاريخ.

– صكوك الإجارة – خصائصها وضوابطها (دراسة فقهيَّة اقتصادية) للدكتور علي القره داغي، الدَّورة الخامسة عشرة، مجمع الفقه الإسلامي الدولي (جدَّة).

– صناديق الاستثمار الإسلامية – دراسة فقهيَّة تأصيلية موسَّعة للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة، مؤتمر المؤسَّسات المالية الإسلامية – معالم الواقع وآفاق المستقبل، 7–9 ربيع الآخر 1426 هـ/ 15–17 مايو 2005م، كلية الشَّريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتَّحدة، المجلَّد الثاني.

– العوامل التي تحدِّد توزيع الأرباح على المودعين في البنوك الإسلامية للدكتور عبد الباري مشعل، المؤتمر التاسع للهيئات الشَّرعية، 26–27 مايو 2010م، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات المالية الإسلامية (البحرين).

– فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني، دار إحياء التراث العربي (بيروت)، الطَّبعة الرابعة، 1408 هـ/ 1988م.

– فتح القدير (التَّكملة) لقاضي زاده، دار الكتب العلمية (بيروت)، بدون تاريخ.

– فيض الباري على صحيح البخاري لمحمد أنور الكشميري الديوبندي، المكتبة الرَّشيدية، بدون تاريخ.

– قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظَّمة المؤتمر الإسلامي، للدَّورات 1–13، القرارات 1–126، 1406–1423 هـ/ 1985–2002م، تنسيق وتعليق: الدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة، الطَّبعة الثالثة، بإشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (قطر)، 1423ه/ 2002م.

– قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي 1403–1422ه/ 1981–2001م، جمع وتنسيق: الدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة والدكتور عز الدِّين خوجة، مجموعة دله البركة الأمانة العامَّة للهيئة الشَّرعية.

– القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسَّسات المالية (حسابات الاستثمار) للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة، مجلَّة مجمع الفقه الإسلامي، الدَّورة الثالثة عشرة، العدد الثالث عشر، الجزء الثاني، 1422 هـ/ 2001م.

– قواعد الفقه لمحمد عميم الإحسان المجدِّدي البركتي، الصَّدف ببلشرز، كراتشي، 1407 هـ/ 1986م.

– المبسوط لمحمد بن أحمد بن أبي سهل السَّرخسي، دار المعرفة (بيروت)، الطَّبعة الثالثة (بالأوفست)، 1398ه/ 1978م.

– المضاربة المشتركة في المؤسَّسات المالية الإسلامية المعاصرة للشيخ محمد تقي العثماني، مجلَّة مجمع الفقه الإسلامي، الدَّورة الثالثة عشرة، العدد الثالث عشر، الجزء الثاني، 1422 هـ / 2001م.

– المعايير الشَّرعية، 1431ه/ 2010م، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات المالية الإسلامية (البحرين).

– معايير المحاسبة والمراجعة والضَّوابط للمؤسَّسات المالية الإسلامية، 1429ه/ 2008م، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات المالية الإسلامية (البحرين).

– معجم أبو غزالة للمحاسبة والأعمال لطلال أبو غزالة، بدون تاريخ.

– المغني لموفَّق الدِّين ابن قدامة المقدسي، ويليه الشَّرح الكبير لموفَّق الدِّين ابن قدامة المقدسي، دار الكتاب العربي (بيروت)، بدون تاريخ.

– مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد الشربيني الخطيب، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده (مصر)، 1377ه/ 1958م.

– ورقة التَّنضيض الحكمي للدكتور أحمد علي عبد الله، الدَّورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي (مكَّة المكرَّمة).

قواعد الذّرائع
في المعاملات المالية

الدكتور سامي بن إبراهيم السويلم
مدير المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
مجموعة البنك الإسلامي للتنمية

مجلّة السلام للاقتصاد الإسلامي، العدد (1) ديسمبر 2020

قواعد الذّرائع في المعاملات المالية

الدكتور سامي بن إبراهيم السويلم
مدير المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
مجموعة البنك الإسلامي للتنمية

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد.

فقد سبق أن أعددتُ هذا البحث أولاً لمؤتمر شورى الفقهي الخامس بالكويت، صفر 1435هـ، ديسمبر 2013م، ولكن لظروف خارجة عن الإرادة لم يتيسر لي الحضور وتقديم البحث. وحين رغب إلي فضيلة الدكتور حامد ميرة، الأمين العام لهيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) أن أشارك في مؤتمر الهيئات الشرعية للهيئة الذي سيعقد بإذن الله في البحرين في رجب 1438هـ، أبريل 2017م، رأيت الفرصة سانحة لمراجعة البحث وتنقيحه وتصحيحه ليظهر على الوجه المأمول بإذن الله.

وقد كُتب في موضوع الذّرائع الكثير من الدراسات والأبحاث والرسائل العلمية، ونوقش ضمن دورة مجمع الفقه الإسلامي التاسعة في 1415هـ، 1995م. وفي مجال المعاملات خصوصاً كتب فضيلة الشيخ العلامة عبدالله بن بيّه "سدّ الذّرائع وتطبيقاته في مجال المعاملات المالية" وهي محاضرة ألقاها في المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بجدة في رمضان 1417هـ، ثم نَشر فصلاً موسعاً عن الذّرائع ضمن كتابه "أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات"، نُشر في 1427هـ. كما نشَرَت د. أختر زيتي بنت عبدالعزيز في 2008م دراسة بعنوان "المعاملات المالية المعاصرة وأثر نظرية الذّرائع في تطبيقاتها".

ومع وفرة الدراسات في هذا المجال إلاّ أنّ جوهر الموضوع لم يأخذ حقه من الدراسة والتحليل، فالأساس الذي يقوم عليه مبدأ سدّ الذّرائع هو ثبوت خصائص موضوعية للعقود والتصرفات مستقلة عن قصد المكلف وتصوره وعلمه، وهذه الخصائص هي التي تميز بين الذريعة وغيرها. لكن الدراسات التي تُعنى باستقراء الضوابط الموضوعية وتحديد معالمها نادرة. وفي غياب هذه الضوابط فإن مبدأ سدّ الذّرائع سيظل عرضة لسوء الفهم والتطبيق ما بين إفراط وتفريط. كما أنّه في غياب هذه الضوابط فإن دراسة المقاصد، مع كثرة ما كتب حولها، ستظل قاصرة. فالمقاصد والضوابط كَفَتَا ميزان لا يعتدل إلاّ بهما معاً.

أضف إلى ذلك أنّ هناك فجوة بين التأصيل وبين التطبيق. فمبدأ سدّ الذّرائع له الكثير من الشواهد والأدلة، لكن تطبيقه يخضع لجملة من القواعد لكي يؤدي وظيفته التشريعية، ولكي تتضح الصلة بينه وبين أصول التشريع وقواعده الأخرى، كما أنَّ تنزيل هذه القواعد الكلية على أحكام المعاملات التفصيلية يحتاج إلى معالجة دقيقة تُحدِّد متى يكون الحكم مبنياً على سدّ الذّرائع ومتى لا يكون. ولم تلق هذه الجوانب فيما وقفت عليه العناية الكافية.

ومن هنا فقد حاولت في هذه الورقة معالجة هذه الجوانب، بحسب ما سمح به الوقت والجهد. وقسمت الورقة إلى ثلاثة فصول، عدا المقدمة والخاتمة:

الأول: سدّ الذّرائع في الشريعة الإسلامية، يبين حِكمة مبدأ سدّ الذّرائع وعلاقته بمنهج التشريع في مجال المعاملات.

الثاني: قواعد الذّرائع في المعاملات المالية.

الثالث: تطبيقات على فقه المعاملات.

والموضوع خصب ولا يزال يستحق الكثير، وأشكر مقدماً من يتفضل بتعليق أو تصويب أو تكميل، والله تعالى هو الموفق وهو الهادي إلى سواء السبيل.

(1)

سدّ الذّرائع في الشريعة الإسلامية

"الذّريعة" في اللغة هي الوسيلة والسبب الموصل إلى النتيجة[1]. وغلَب في اصطلاح الفقهاء استخدام هذا المصطلح فيما ظاهره الجواز لكنه يفضي إلى مفسدة أو عمل محرم لذاته[2].

وتحريم الذّرائع التي تفضي وتؤدي إلى المحرمات من كمال التشريع وتمام حكمته. قال ابن القيم -رحمه الله-: "لمّا كانت المقاصدُ لا يتوصل إليها إلاّ بأسباب وطرق تفضي إليها، كانت طرقُها وأسبابُها تابعةً لها معتبرة بها. فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غاياتها. فوسيلة المقصود تابعةٌ للمقصود وكلاهما مقصود لكنه مقصود قصدَ الغايات وهي مقصودةٌ قصدَ الوسائل. فإذا حرَّم الرّبُّ تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنّه يحرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له ومنعاً أن يُقرب حماه. ولو أباح الوسائل والذّرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراءً للنّفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كلّ الإباء"[3].

ومبدأ سدّ الذّرائع يحتلّ حيّزاً مهماً في التشريع الإسلامي. وذلك أنّ التّكليف أمر ونهي، وكلٌ منهما إما مقصود لنفسه أو وسيلة إلى المقصود. وقد ثبت بالاستقراء

(1) انظر **سد الذرائع في الشريعة الإسلامية**، محمد هشام البرهاني، ص52-56، عن **معجم مقاييس اللغة**، **وتاج العروس**، وغيرها من مصادر اللغة.

(2) انظر: **أحكام القرآن**، ابن العربي، ج2 ص798، **بيان الدليل**، ابن تيمية، ص254.

(3) **إعلام الموقعين**، ج4 ص553.

أن الشرع يأمر بالشيء وبما يوصل إليه، وينهى عن الشيء وعمّا يفضي إليه[1]. "فصار سدّ الذّرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين"[2].

والمنع من الذّرائع منهج قرآني نبوي يربي المسلم على المسؤولية عن نتائج أفعاله، ومن ثم التبصر في العمل ونتائجه قبل الإقدام عليه. قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖ﴾ (الأنعام 108). وقال النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم-: **"إِنَّ مِنْ أَكْبَرِ الْكَبَائِرِ أَنْ يَلْعَنَ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ"**. قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ يَلْعَنُ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ؟ قَالَ: **"يَلْعَنُ أَبَا الرَّجُلِ فَيَلْعَنُ أَبَاهُ، وَيَلْعَنُ أُمَّهُ فَيَلْعَنُ أُمَّهُ"**[3].

كما حذّر النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- من التساهل في الاقتراب من المحرمات في قوله: **"إِنَّ الْحَلاَلَ بَيِّنٌ وَإِنَّ الْحَرَامَ بَيِّنٌ وَبَيْنَهُمَا مُشْتَبِهَاتٌ لاَ يَعْلَمُهُنَّ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ، فَمَنِ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ، وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ، كالراعي يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَرْتَعَ فِيهِ. أَلاَ وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى، أَلاَ وَإِنَّ حِمَى اللَّهِ مَحَارِمُهُ. أَلاَ وَإِنَّ فِي الْجَسَدِ مُضْغَةً إِذَا صَلَحَتْ صَلَحَ الْجَسَدُ كُلُّهُ وَإِذَا فَسَدَتْ فَسَدَ الْجَسَدُ كُلُّهُ، أَلاَ وَهِيَ الْقَلْبُ"**[4].

ولهذا نهانا الله تعالى عن اتباع خطوات الشيطان: ﴿وَلَا تَتَّبِعُواْ خُطُوَٰتِ ٱلشَّيۡطَٰنِۚ إِنَّهُۥ لَكُمۡ عَدُوّٞ مُّبِينٌ﴾ (البقرة، 168، 208). ولم يقل: ولا تتبعوا الشيطان أو عمل الشيطان، لأن الخطوات تقود إلى عمل الشيطان، والشيطان يستدرج العبد نحو الهاوية، فلهذا حرم تعالى اتباع الخطوات لأنها هي المقدمة إلى الموبقات، كما قال تعالى:

(1) **الذرائع**، وهبة الزحيلي، ص12.

(2) **إعلام الموقعين**، ج5 ص66.

(3) رواه البخاري وأحمد وأبو داود والترمذي.

(4) متفق عليه.

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّبِعُواْ خُطُوَٰتِ ٱلشَّيۡطَٰنِۚ وَمَن يَتَّبِعۡ خُطُوَٰتِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَإِنَّهُۥ يَأۡمُرُ بِٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِ﴾ (النور، 21).

ولذا يؤكد القرآن على عدم الاقتراب من حدود الله من المحرمات، كما قال سبحانه: ﴿تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَقۡرَبُوهَاۗ﴾ (البقرة، 188). وقال: ﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلۡفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنۡهَا وَمَا بَطَنَ﴾ (الأنعام، 150)، وقال: ﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَسَآءَ سَبِيلٗا﴾، وقال: ﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ﴾ (الإسراء، 32، 34).

فالتحذير من مداخل الشر ووسائله وما يفضي إليه منهج تشريعي أصيل في الشريعة الإسلامية.

حجيّة الأخذ بالذّرائع.

ولأهمية هذا الأصل وجدنا العلماء مجمعين على أصل القول بسدّ الذّرائع، كما قال القرافي -رحمه الله-: "فليس سدّ الذّرائع خاصاً بمالك -رحمه الله-، بل قال بها هو أكثر من غيره، وأصل سدّها مجمعٌ عليه"[1]. ويؤكد ذلك الشواهد التي سردها شيخ الإسلام ابن تيمية لسدّ الذّرائع، وتبلغ الثلاثين، ثمّ قال: "ولم نذكر من شواهد هذا الأصل إلاّ ما هو متفق عليه أو منصوص عليه أو مأثور عن الصدر الأول شائع عنهم، إذ الفروع المختلف فيها يُحتج لها بهذه الأصول، لا يُحتج بها"[2]. وقال الإمام الشاطبي -رحمه الله-: "قاعدة الذّرائع متفقٌ على اعتبارها في الجملة"[3].

وهو ما انتهى إليه العلاّمة أبو زهرة -رحمه الله-، فقال: "ونحن نميل إلى أنّ

(1) **الفروق** ج2 ص33.

(2) **بيان الدليل**، ص267.

(3) **الموافقات**، ج5 ص185.

العلماء جميعاً يأخذون بأصل الذّرائع وإن لم يسمّوه بهذا الاسم"[1]. وحتى الظاهرية الذين ينكرون الذّرائع، إنَّما ينكرون ما كان منها ظنّياً، أمّا ما أفضى منها قطعاً إلى المحرم فهم يمنعون منه، كما صرح به ابن حزم -رحمه الله-، وإن كان قد عدّ ذلك من التعاون على الإثم والعدوان. فالحقيقة واحدة وإن اختلفت الألفاظ[2].

ومن خلال المقارنة يبدو أن أكثر المذاهب أخذاً بسدّ الذّرائع هم المالكية، يليهم الحنابلة، يليهم الحنفية، يَلِيهم الشافعية، ثمّ الظاهرية[3].

وذكر العلامة عبد الله دراز -رحمه الله- أنّ النّزاع في سدّ الذّرائع إنّما هو في تحقيق المناط، لا في أصل القاعدة[4]. أي في درجة العلم بإفضائها إلى المفسدة. ولهذا قسّم العلماء الذّرائع إلى ثلاثة أقسام[5]:

1. قسمٌ أجمعت الأمّة على سدّه، كحفر الآبار في طرق المسلمين، فإنّه وسيلة إلى إهلاكهم وكذلك إلقاء السمّ في أطعمتهم وسبّ الأصنام عند من يعلم من حاله أنّه يسبّ الله تعالى عند سبّها.
2. وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، فإنّه لم يقل به أحد، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزّنا.
3. وقسم اختلف فيه العلماء هل يُسد أم لا؟ كبيوع الآجال، كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر، ثمّ اشتراها بخمسة قبل الشهر دون اشتراط، فالإمام مالك يقول: إنّه أخرج من يده خمسة الآن وأخذ عشرة آخر الشهر فهذه وسيلة لسلف

(1) **مالك**، ص445.

(2) **المحلى**، ج9 ص29، **قواعد الوسائل**، مصطفى مخدوم، ص372-373.

(3) انظر: **ابن حنبل**، محمد أبو زهرة، ص375؛ **سد الذرائع عند ابن تيمية**، إبراهيم المهنا، ص127.

(4) **الموافقات**، ج5 ص185 هامش (4).

(5) **الفروق** ج2 ص32.

خمسة بعشرة إلى أجل توسلاً بإظهار صورة البيع، والإمام الشافعي ينظر إلى صورة البيع ويحمل الأمر على ظاهره في غياب الاشتراط فيجوّز ذلك.

سدّ الذّرائع وفتحها.

ذكر العلماء أنّ الذّرائع يجب سدُّها إذا أفضت إلى مفسدة راجحة، وكذلك ينبغي فتحها إذا أفضت إلى مصلحة راجحة[1].

والحقيقة أنّنا إذا قلنا إنّ الأصل في العادات والمعاملات الحِلّ، فلا نحتاج إلى القول بفتح الذّرائع، لأنّ الأصل مشروعيتها. إنّما يقال: فتح الذّرائع بعد سدها، لأنّ ما حُرّم سدّاً للذريعة يباح للمصلحة الراجحة، كما سيأتي. إلاّ إذا كان المراد: حماية أصل المشروعية عن المنع بسبب الاحتمال النادر أو القليل للإفضاء إلى المحرم. فالاحتمالات النادرة والقليلة وما في حكمها لا تكفي للانتقال عن الأصل المتيقَّن وهو المشروعية.

وقد يفضي المنع دون مراعاة ضوابط الذّرائع إلى زيادة المفسدة وليس تقليلها. فالمنع من المجاورة مثلاً خشية الزِّنا تسُدّ أبواب النكاح الذي هو أفضل علاج للزّنا. فالنكاح يتطلب المجاورة والتعارف والتقارب وبدون ذلك يتعذر حصول النّكاح، فيكون المنع سبباً في انتشار الزّنا وليس انحساره. كما أن المنع من زراعة العنب خشية استخدامه في الخمر منعٌ للشراب المشروع النافع الذي يُغني عن المحرم. ومن هذا الباب منع وسائل الاتصال أو التواصل الاجتماعي خشية الفساد. فهذه الوسائل والتقنيات يمكن أن تكون سبباً للخير وليس للشر فحسب. ومنعها جملة قد يفضي إلى مفاسد إضافية تناقض الهدف من منعها ابتداء.

وصمّام الأمان في كلّ ما سبق هو القيم الأخلاقية: فالقيم هي التي تحول

(1) **سد الذرائع** للبرهاني، ص69-71.

المجاورة إلى وسيلة للنكاح بدلاً من الزّنا، والتواصل إلى التعارف والتواصي بالخير بدلاً من نشر الرذيلة. وبدون القيم الأخلاقية لا يمكن أن يؤتي المنع ثمرته، بل على العكس. والشريعة ليست جملة من الأوامر والنواهي التشريعية فحسب، بل هي قبل ذلك مبادئ وقيم أخلاقية. ولهذا يجتمع في الشريعة أحكام الديانة وأحكام القضاء، فأحكام الديانة تُعنى بالجوانب الأخلاقية، بينما تُعنى أحكام القضاء بجوانب المنازعات التي تفصل فيها الجهات القضائية. والاقتصار على الجوانب القضائية أو القانونية فحسب خلل في فهم الشريعة وفي تطبيقها، ويعود على كثير من مقاصدها بالإبطال. وغلب للأسف في المصادر الفقهية، خصوصاً في العصور المتأخرة، العناية بأحكام القضاء مع إهمال لأحكام الديانة[1].

علاقة الذريعة بمقاصد المكلفين.

تتميّز الذّرائع بأنّه لا علاقة لها بِنِيَّةِ المُكَلَّف أو قصده، فسَبّ آلهة المشركين لا يمكن أن يقصد به المؤمن ما يؤدي إليه وهو سبّ الله تعالى. وكذلك لا يمكن للعاقل أن يقصد سب والديه، ومع ذلك فقد جعل النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- سَبِّ الرّجل لوالدَي غيره سبباً في سب والديه هو، وجعله مسؤولاً عن ذلك إلى حد استحقاقه للعن بسببه.

فدلّ ذلك على أن إفضاء الذريعة إلى المفسدة مستقل عن نية المكلف وقصده، فقد يقصد النتيجة وقد لا يقصدها. وعليه يمكن تقسيم العلاقة بين الذريعة ومقاصد المكلف إلى ثلاثة أقسام[2]:

(1) كما أكد على ذلك العلامة الكشميري رحمه الله: **فيض الباري**، ج1 ص187-189، ج3 ص258، 311-312.

(2) **بيان الدليل**، ص255؛ **الذرائع**، ص17-18.

1. ذريعة لا يقصد المكلف مآلَها، مثل سبِّ آلهة المشركين وسبِّ الوالدَين. فالمؤمن لا يمكن أن يقصد مآل هذين الأمرين، كما يقول شيخ الإسلام.

ومن هذا الباب قول الله تعالى لأمهات المؤمنين -رضي الله عنهن-: ﴿فَلَا تَخْضَعْنَ بِٱلْقَوْلِ فَيَطْمَعَ ٱلَّذِى فِى قَلْبِهِۦ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ (النور، 32). وقد طهّر الله تعالى أمهات المؤمنين من سوء القصد، فدلَّ على أنَّ الخضوع بالقول ذريعة بنفسه ولو لم يوجد القصد لما يؤول إليه.

ومن ذلك إقامة الحد في الغزو، فإن الشرع نهى عن ذلك خشية أن يلحق الجاني بالعدو، أو يفتّ ذلك في عضد الجيش المسلم[1]. وهذه نتيجة غير مقصودة لولي الأمر المؤمن.

ومن ذلك بيع الرجل على بيع أخيه، وخطبته على خطبة أخيه، والجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها[2]، فإنَّ هذه الأعمال مَظِنَّة لقطيعة الرَّحم والعداوة والبغضاء وإن لم يُقصَد بها ذلك.

ومعظم صور سدّ الذّرائع تدخل في هذا القسم، كما يشير شيخ الإسلام[3].

2. عمل يقصد المكلف مآله دون أن يكون العمل ذريعة بنفسه، مثل بيع النصاب أثناء الحول فراراً من الزكاة، وإغلاء الثمن إسقاطاً للشفعة، وتطليق المرأة في مرض الموت لمنعها الميراث.

3. ما يجتمع فيه القصد مع الذريعة، مثل الخضوع بالقول من المرأة غير العفيفة مع سوء القصد. ومثل قول الله تعالى: ﴿وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن

(1) **بيان الدليل**، ص263، **اعتبار المآلات**، ص152.

(2) **إعلام الموقعين**، ج5 ص14، 33.

(3) **بيان الدليل**، ص267.

زِينَتِهِنَّ ﴾ (النور، 31). وكذلك تعطُّر المرأة عند الرجال الأجانب. ومثل بيع الرجل على بيع أخيه، ونحوها. فهذه الأعمال قد تقع بقصد وبدون قصد، لكنها ذريعة على كل حال.

الفرق بين الحيل والذّرائع.

ويترتّب على ما سبق الفرق بين الحيل والذّرائع، فالحيل تتضمّن القصد من المكلف للتوصل للنتيجة أو المآل المحرم. أما الذريعة فلا يلزم أن تتضمن القصد ابتداء[1]. فالحيلة تقع بما هو ذريعة وما ليس كذلك، وهما القسمان الثاني والثالث أعلاه.

لكنّ وجود القصد المسبق يجعل الوصول للمآل أو النتيجة شبه مقطوع به، لأنّه مراد للمكلف مطلوب له. فإذا كانت الذّرائع إلى الحرام محرّمة مع غياب القصد، ففي وجود القصد ستكون أولى بالتحريم وآكد، لأنّ القصد يستدعي إيجاد الأسباب لإفضاء العمل إلى المقصود.

وهذا يُبيّن أنّ العلماء متّفقون على أصل منع الحيل، وهو إجماع الصحابة والسلف رضي الله عنهم[2]. فإذا كانوا مجمعين على أصل سدّ الذّرائع، وهي لا تستلزم القصد المسبق، فالحيل التي تستلزم القصد المسبق أولى بالمنع وأجدر. فاتّفاقهم على منع الذّرائع يستلزم اتفاقهم على منع الحيل من باب أولى.

يلاحظ أنّ الذريعة وإن غاب عنها القصد ابتداء، فهي تستدعي القصد لاحقاً. فيكون العمل في البداية بدون قصد، ثُمَّ مع التَّجربة والتكرار يصبح المآل مقصوداً. والسبب أنّ النّاس عقلاء، فإذا رأوا أنّ العمل من شأنه أن يفضي إلى نتيجة معينة،

(1) ونص على ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 92.

(2) **بيان الدليل**، ص31، 144، 162.

فسينتهي بهم الأمر إلى قصد هذه النتيجة. فالعاقل لا يمكن أن يعمل العمل دون أن يقصد نتيجته. لكن هذه النتيجة قد تكون غائبة عن التصور في البداية، لكن إذا علم حصولها وترتبها على هذا العمل، فلا يمكن أن تكون النتيجة إلاّ مقصودة. ومَن يطالِب الناسَ بالامتناع عن قصد النتيجة مع علمهم بترتبها على العمل، فهو يطالب بما تأباه الفطرة.

والشرع يفترض أنّ النّاس عقلاء، وأنّهم بدورهم يعتقدون كمال الشريعة، ولذا فما تجيزه الشريعة يستلزم جواز ما يؤول إليه، ويصبح هذا المآل مشروعاً لكونه مترتباً على ما يجيزه الشرع. فلهذا يمنع الشرع المعاملات التي تؤول إلى محذور ولو لم تُقصد، لئلا يُفهم خطأً أنّ هذا المآل مشروع. قال شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله-: "والغرض هنا أنّ الذّرائع حرمها الشارع وإن لم يُقصد بها المحرم، خشيةَ إفضائها إلى المحرم. فإذا قُصد بالشيء نفسُ المحرم كان أولى بالتحريم من الذّرائع. وبهذا التحرير تظهر علةُ التحريم في مسائل العِينة وأمثالها وإن لم يَقصد البائع الربا:

- لأنّ هذه المعاملة يغلب فيها قصدُ الربا فيصير ذريعة، فيُسدّ هذا الباب لئلا يتخذه الناس ذريعة إلى الربا ويقول القائل: لم أقصد به ذلك؛
- ولئلاّ يدعو الإنسانَ فعلُه مرة إلى أن يقصده مرة أخرى؛
- ولئلاّ يعتقد أن جنس هذه المعاملة حلال ولا يميز بين القصد وعدمه؛
- ولئلاّ يفعلها الإنسان مع قصد خفيٍّ يَخفى مِن نفسه على نفسه؛

وللشريعة أسرار في سد الفساد وحسم مادة الشر لعِلم الشارع بما جُبلت عليه النفوس وبما يخفى على الناس من خفيّ هواها الذي لا يزال يسري فيها حتى يقودها إلى الهلكة"[1].

(1) **بيان الدليل**، ص255-256.

علاقة الذّرائع بالمآل.

نظراً لأنّ مبدأ سدّ الذّرائع مبني على إفضاء الذريعة إلى المفسدة، دلّ ذلك على اعتبار الشرع لمآل الأعمال والتصرفات بغض النظر عن قصد أصحابها. فهاهنا نظران:

1. نَظَرٌ إلى قصد المكلف وباعثه ومراده، أخذاً بقول النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم: **"إنّما الأعمال بالنيات"**، والقاعدة المتفق عليها: "الأمور بمقاصدها" و"الوسائل لها أحكام المقاصد"[1].
2. نَظَرٌ إلى مآل التصرف أو العمل، بغضّ النّظر عن القصد والباعث أخذاً بسدّ الذّرائع.

وهذا يبيّن أن مبدأ اعتبار المقاصد ومبدأ سدّ الذّرائع يكمّل كلٌ منهما الآخر: الأوّل بالنظر إلى وقت إنشاء التصرف، والثاني بالنظر إلى ما بعد وقوعه.

واعتبار المآل من أصول التشريع، وهو "مجالٌ للمجتهد صعبُ المورد، إلاّ أنّه عذبُ المذاق، محمودُ الغِبّ، جارٍ على مقاصد الشريعة"، كما يقول الشاطبي[2] -رحمه الله-. وهو صعب لأنّ النّظر في المآل يتطلب العلم بالسنن الكونية والاجتماعية، وكيفية ترتب النتائج على مقدماتها، والمسبَبات على أسبابها. وهذا هو حقيقة الفقه بالواقع الذي عبّر عنه الإمام ابن القيم -رحمه الله- بقوله: "ولا يتمكّن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحقّ إلاّ بنوعين من الفهم: أحدهما فهم الواقع والفقهُ فيه، واستنباطُ علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علماً. والنوع الثاني فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو

(1) **قواعد الوسائل**، ص223-226، 382.

(2) **الموافقات**، ج5 ص177-178.

على لسان رسوله في هذا الواقع. ثم يطبق أحدهما على الآخر... فالعالِم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقّه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله"[1].

وعبّر الإمام القرافي عن هذا بالفرق بين دليل مشروعة الحكم، وبين دليل وقوع الحكم. فدليل المشروعية يُرجع فيه إلى المصادر الشرعية وأهل العلم بها. ودليل الوقوع يُرجع فيه إلى التجربة والمشاهدة وأهل الخبرة. فالدليل على أنّ الزّوال مثلاً سببٌ لوجوب صلاة الظهر هو قوله تعالى: ﴿ أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ ﴾ (الإسراء، 78). ودليل وقوع الزوال وحصوله فعلاً هو "الآلات الدالة عليه وغير الآلات، كالإسطرلاب والميزان وربع الدائرة... وغير ذلك من الموضوعات والمخترعات التي لا نهاية لها"[2].

وأشار الإمام ابن القيم -رحمه الله- إلى تطبيق القاعدة في مجال الغرر. فالغرر (الفاحش) محرّم شرعاً، لكن الحكم بأن بيع سلعة أو منفعة بعينها يدخل في الغرر أوْ لا، فهذا يُرجع فيه إلى أهل الخبرة. وهذا مثل بيع المغيَّبات في الأرض، مثل الجزر والقلقاس ونحوه، فالحكم بأنَّ بيع هذه المغيبات غرر أو ليس بغرر يرجع إلى الواقع؛ لأنّه من الأمور العادية المعلومة بالحس أو التجربة. "فكون الشيء متردداً بين السلامة والعطب وكونه مما يُجهل عاقبته وتُطوى مغبتُه أو ليس كذلك، يُعلم بالحس أو العادة لا يتوقف على الشرع. ومن استدل على ذلك بالشرع فهو كمن استدل على أن هذا الشراب مسكرٌ بالشرع، وهذا ممتنع. بل **دليل إسكاره الحس ودليل تحريمه الشرع**. فتأمّل هذه الفائدة ونفعها"[3].

وهذا الجانب هو الذي يتفاوت فيه الباحثون في مجال المعاملات المالية، أمّا مجرّد

(1) **إعلام الموقعين**، ج2 ص165، وانظر ج6 ص139.

(2) **الفروق**، ج1 ص128.

(3) **بدائع الفوائد**، ج4 ص1322-1323.

تصوّر المعاملة المالية، فليس بالعسير، لكن تصوّر ما يؤول إليه تطبيقها وما ينتج عنه، وكيفية تأثيره في الأسواق وفي المتعاملين، فهذا أمر يحتاج إلى خبرة وعلم في هذا الفنّ.

الحقيقة الموضوعية للمحرَّمات.

إذا كانت الذّرائع إلى المحرمات تُمنع ولو لم يقصدها المكلف، فهذا دليل على أنّ التحريم يتعلّق بوصف موضوعي للفعل المحرم وليس متوقفاً على نية المكلف. فقاعدة سدّ الذّرائع قائمة على أساس تشريعي أصيل في الشريعة الإسلامية: وهو ثبوت الفرق الموضوعي بين الحلال والحرام، وأنّ المفاسد التي لأجلها يحرم العمل ثابتة وإن لم يعلمها الفاعل، كما يقول شيخ الإسلام[1]. ويدلّ على ذلك قول النَّبيّ –صلّى الله عليه وسلّم– في الحديث السابق: **"لا يعلمهنّ كثير من الناس"**، فعدم العلم لا ينفي كونها محرّمة. ويشهد لذلك أيضاً قول النَّبيّ –صلّى الله عليه وسلّم– لبلال –رضي الله عنه–: **"أوّه، عين الربا"**[2]، مع أنّ بلالاً –رضي الله عنه– لم يكن يعلم أنّ ما فعله من الربا. ويؤيد ذلك القاعدة الفقهية: "العبرة في العقود بها في نفس الأمر لا بها في ظن المكلف"[3]. وهذا يدل على أن التحريم يتعلق بوصف موضوعي مستقل عن علم المكلف وقصده.

فالخمر محرّمة بسبب الإسكار، سواء علم الشخص ذلك أو لم يعلمه. وهذا الوصف الموضوعي لحقيقة الخمر هو الأساس لقاعدة سدّ الذّرائع. ولهذا جمع النَّبيّ –صلّى الله عليه وسلّم–، الذي أوتي جوامع الكلم، بين حقيقة الخمر وبين الذريعة إليها، حين قال: **"كُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ، وَمَا أَسْكَرَ مِنْهُ الْفَرْقُ فَمِلْءُ الْكَفِّ مِنْهُ حَرَامٌ"**[4].

(1) **بيان الدليل**، ص246، 299–301.

(2) متفق عليه.

(3) **معلمة زايد للقواعد الفقهية**، ج16 ص123.

(4) رواه أحمد وأبو داود والترمذي.

فبيّن -عليه السلام- أوّلاً حقيقة الخمر، ثمَّ بيّن بناء على ذلك الذريعةَ إليها. فلولا أنّ الخمر حقيقة موضوعية تتعلق بالإسكار، لما أمكن منع القليل منها سداً لذريعة الكثير.

كما بيّن -عليه الصّلاة والسّلام- حقيقة الربا بقوله: **"إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ"**[1]. فالربا لغة وشرعاً هو الزيادة التي تكون من جنس الأصل، ولذلك يقال: رَبا الجُرح: إذا ورِم، والورم زيادة من جنس البدن. ومعنى ذلك أنَّ الرّبا يقتضي تماثل البدلين جنساً ونوعاً مع وجود زيادة في الكمية في أحدهما، لأنَّ هذا التماثل هو الذي يجعل الزيادة من جنس الأصل، ولكن الزيادة لا يمكن أن تقع في المبادلة إلاَّ بالتأجيل، ولولا الأجل لما رضي الشخص أن يبادل 100 درهم مقابل 120 كلاهما حاضراً. فدلّ الحديث على أنّ حقيقة الرّبا إنّما تتجلّى في وجود النسيئة أو الأجل، كما في مبادلة النقد الحاضر مقابل أكثر منه في الذّمّة[2].

فهذا يدلّ على أنّ الرّبا حقيقة موضوعية لا تتعلق بقصد المكلف وعلمه، فمن يبادل مائة دينار حاضرة مقابل مائة وعشرة مؤجلة فهذا قد وقع في الرّبا سواء علم أو لم يعلم، ومن باع دراهم فضية حاضرة بدنانير ذهبية مؤجلة فقد وقع في الرّبا علم أو لم يعلم. وبهذا يتبيّن خطأ من يظنّ أنّ "القرض" معاملة تتوقّف على نية المكلف وتصوّره، ويرتّب على ذلك جواز العائد المشروط على الحساب الجاري، مثلاً إذ لم يكن ببال المكلف أنّ فتح الحساب عملية إقراض وهذا خطأ فادح، فإن القرض معاملة ذات خصائص موضوعية، فحيثما وُجدت هذه الخصائص ثبت لها حكم القرض، سواء نوى ذلك المكلف أو لم ينوه، استحضره أو لم يستحضره.

ولهذا منع الفقهاءُ ضمانَ المضارب لأنّه يحيل المضاربة إلى قرض بزيادة

(1) رواه مسلم.

(2) انظر: **مدخل إلى أصول التمويل الإسلامي**، ص90-92.

مشروطة. كما منعوا العوض على الكفالة لهذا السبب أيضاً. ومنعوا تأجير النقود (وكلّ المثليات المستهلكة)؛ لأنّه ينتهي أيضاً إلى قرض بزيادة مشروطة[1]. كلُّ ذلك بالرغم من أن لفظة "قرض" لم ترد مطلقاً في هذه العقود، وربما لم تخطر على بال أي من الطرفين. وهذا يؤكّد أنّ الرّبا حقيقة موضوعية لا علاقة لها بنيّة المكلّف وتصوّره.

وكذلك القول في المحرمات الأخرى: كالميسر وأكل المال بالباطل والاحتكار والإسراف ونحوها. فهذه المحرمات ترتبط بحقائق موضوعية مستقلة عن نية المكلف وعلمه. فكون المرء يقصد الميسر أو لا يقصده، أو ينوي الاحتكار أو لا ينويه، أو يعلم ما هو الإسراف أو لا يعلم، لا يغير من الحكم بتحريم هذه الأعمال، وإن كان العلم والقصد يؤثران من جهة الإثم الذي يلحق المكلف، لكنَّه لا يؤثر في تحريم العمل نفسه.

وإجماعُ العلماء على الأخذ بقاعدة الذّرائع يؤكّد أنّ المنهيّات الشرعية، خاصة في جانب المعاملات، قائمة على حقائق موضوعية لهذه التصرفات. وهذا الأمر يستحق الكثير من العناية والاهتمام، لكنّه للأسف لم يأخذ حظّه الكافي من الدراسة والبحث والاستقراء.

كيفية العلم بالإفضاء.

يمكن تقسيم الذّرائع بحسب درجة إفضائها إلى المحرم أو المفسدة الراجحة. فهي بهذا الاعتبار مراتب، كما سبق: فهناك ما يفضي إلى المفسدة قطعاً، وهناك ما يفضي غالباً، وهناك ما يفضي كثيراً، وهناك ما يفضي قليلاً، وهناك ما يفضي نادراً.

كما يمكن تقسيم الذّرائع بحسب كيفية العلم بالإفضاء، وهي بهذا تنقسم إلى

(1) انظر: **المغني**، ج7 ص176، ج8 ص126.

نوعين:

(1) نوع يستند العلم فيه بالإفضاء إلى التجربة والمشاهدة، كما في منع النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- لبيع الثمر قبل بدو الصلاح، بعد ما رأى ما يفضي إليه من النزاع والشقاق. قال زيد بن ثابت رضي الله عنه: "كَانَ النَّاسُ يَتَبَايَعُونَ الثِّمَارَ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلاَحُهَا، فَإِذَا جَدَّ النَّاسُ وَحَضَرَ تَقَاضِيهِمْ قَالَ الْمُبْتَاعُ: قَدْ أَصَابَ الثَّمَرَ الدُّمَانُ وَأَصَابَهُ قُشَامٌ وَأَصَابَهُ مُرَاضٌ، عَاهَاتٌ يَحْتَجُّونَ بِهَا. فَلَمَّا كَثُرَتْ خُصُومَتُهُمْ عِنْدَ النبي -صلّى الله عليه وسلّم- قَالَ رَسُولُ اللهَّ -صلّى الله عليه وسلّم- كَالْمُشُورَةِ يُشِيرُ بِهَا **"فَإِمَّا لاَ فَلاَ تَتَبَايَعُوا الثَّمَرَةَ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا"**، لِكَثْرَةِ خُصُومَتِهِمْ وَاخْتِلاَفِهِمْ"[1].

فهنا نجد أنّ النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- منع بيع الثمر قبل بُدُوِّ الصّلاح لما ظهر بالتجربة والمشاهدة كثرة النزاع الناتج عن أكل المال بالباطل الذي هو مفسدة الغرر الكثير المحرم. فلما ظهر ذلك نهى عنه.

(2) ونوع يستند إلى ما يُعلم من الحوافز الفطرية والسنن الاجتماعية والكونية، وإن لم يتحقق ذلك في الواقع، وهو ما عبر عنه شيخ الإسلام بأنّ "الطبع متقاضٍ لإفضائها"[2]. ومن هذا الباب النهي عن سبّ آلهة المشركين؛ لأنّ هذا يحفّزهم على مبادلة السبّ بمثله وفق مبدأ المعاملة بالمثل، وهذا هو مقتضى الجبلّة البشرية. ولا يلزم أن ننتظر حتى يتحقّق غلبة مبادلتهم السبّ لنمتنع عن سب آلهتهم. والامتناع عن سب آلهة المشركين ليس احتراماً لآلهتهم ولكنه احترام لمبدأ المعاملة بالمثل لأنّه مبدأ شرعي أصيل، ولا يضيره سوء تطبيقه من قبل البعض، كما قال تعالى: ﴿**وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُوا۟**﴾ (المائدة، 8). وهذا من كمال هذه

(1) رواه البخاري تعليقاً وأبو داود.

(2) **بيان الدليل** ص254.

الشريعة السماوية.

ومن هذا الباب نهيه -عليه السلام- عن الخَلوة، لعلمه أنّ هذا يفضي إلى المحذور بمقتضى الميول والطباع البشرية، ولم ينتظر -عليه السلام- إلى حين تحقّق ذلك في الواقع والعلم به بالمشاهدة.

ومن ذلك أيضاً منعه -عليه السلام- للقليل من المُسكِر خشية الكثير، فلما سُئل أن يرخص لهم في القليل من المسكر، أجاب -صلّى الله عليه وسلّم-: **"إذن تجعلها مثل هذه"**[1]. ولم ينتظر -عليه السلام- حتى يرى في الواقع إن كان القليل يفضي للكثير، لعلمه أن هذا من مقتضى الحوافز والميول البشرية.

ومن ذلك أيضاً تحريم النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- لمبادلة الدينار بالدينارين والدرهم بالدرهمين خشية الوقوع في الرّبا، كما قال -عليه السلام-: **"لا تبيعوا الدّرهم بالدّرهمين ولا الدّينار بالدّينارين فإنّي أخاف عليكم الرِّما"** أي الربا[2]. ولم ينتظر النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- إلى حين تَحقُّقِ إفضاء ذلك إلى الرّبا كي ينهى عنه، لعلمه أن الطباع تقتضيه. ولو انتظر -عليه السلام- في هذه الأمثلة إلى حين تحقق غلبة الإفضاء في الواقع لكان من الصعوبة بمكان استدراك الوضع وسد الباب، ولكان ذلك نقصاً في الشريعة الكاملة.

وبالتتبع يظهر أنَّ أكثر الذّرائع المحرمة شرعاً، خاصة في مجال المعاملات، هي من هذا النوع القائم على الحوافز. وهذا يتطلب من المختصين دراسة كيفية تأثير هذه الحوافز في السلوك، وأثر ذلك على الفرد وعلى المجموع، وكيف من ثم تفضي إلى المآلات المحذورة، لأنَّ هذا مما يبين حكمة التشريع ومنهجه في سدّ الذّرائع.

(1) أخرجه النسائي وابن حبان. وانظر حاشية **إعلام الموقعين** ج5 ص8-9، ح8.

(2) رواه الإمام مالك وأحمد. انظر: **إعلام الموقعين** ج3 ص399، ح2.

وفي مجال المال والاقتصاد، فإنَّ كيفية إفضاء ربا البيوع إلى ربا القروض، وإفضاء الأخير إلى ربا الجاهلية، من أصول علم التمويل الإسلامي. وفي غياب هذه المعرفة بآلية هذا الإفضاء وكيفيته ومظاهره، سيكون من المتعذر فهم حكمة التشريع أولاً، والتطبيق السليم لقاعدة الذّرائع في باب الربا ثانياً. ومن هنا تظهر أهمية التكامل بين فقه الواجب وفقه الواقع، بين العلم بأدلة مشروعية الحكم والعلم بأدلة وقوع الحكم.

فما نهجت فيه الشريعة المطهرة نهج سدّ الذّرائع بناء على الحوافز والميول والسُّنن، فينبغي أن ننهج نحن فيه منهج الشرع في ذلك، كما هو واضح في قضايا الربا. وما نهجت فيه الشريعة منهج الاستناد إلى التجربة والمشاهدة، فيجب أن ننهج نحن فيه المنهج نفسه، كما في مسائل الغرر الذي يتردد بين اليسير والكثير، كما أوضحها حديث النهي عن بيع الثمر قبل بُدُوِّ الصلاح. أما مسائل القمار، وهو الغرر المحض، فهذا لا يحتاج فيه إلى المشاهدة، كما في نهيه -صلّى الله عليه وسلّم- عن بيع الحصاة وبيع الملامسة والمنابذة ونحوها.

وسيأتي في قواعد الذّرائع مزيد من التفصيل لبعض هذه الجوانب إن شاء الله.

تقويم الذريعة بحسب المآل.

ينبغي النظر في الذّرائع بجانب درجة الإفضاء إلى نوع المفسدة التي يفضي إليها: فهناك ما يفضي إلى مفسدة تتعلق بأصل الدين والعقيدة، مثل سب الله تعالى، ومثل رفض الدخول في الإسلام بسبب الظن أنّ النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- "يقتل أصحابه" كما ورد في الحديث. فهذه الذّرائع لا يلزم أن تصل إلى حد الغلبة الراجحة، بل يكفي أن تفضي كثيراً لنقول بمنعها.

كما يمكن تقسيمها أيضاً بحسب المصلحة الفائتة لو منعت الذريعة. فسب آلهة

المشركين لا يمثل مصلحة كبيرة، لأن السب أصلاً ليس من خلق المسلم، بخلاف بيان عجز الآلهة وأنها مخلوقة مربوبة فهذا مصلحة راجحة واجبة. بينما نجد أن معاقبة من جهر بالكفر (مثل عبدالله بن أبي) مصلحة راجحة، لكن المفسدة المترتبة على الصد عن سبيل الله بظنّ النّاس أنّ النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- يقتل أصحابه أرجح من هذه المفسدة.

فنحتاج إذن عند تقييم الذّرائع أن ننظر إلى ثلاثة أمور:

1. نوع المفسدة التي تفضي إليها الذريعة لو وقع الإفضاء.
2. درجة إفضاء هذه الذريعة إلى هذه المفسدة.
3. نوع المصلحة أو المصالح الفائتة لو مُنعت الذريعة.

ويمكن ترتيب النظر في هذه الجوانب كما يلي:

- ننظر إلى المفسدة، فإن كانت يسيرة لا تقاوم أصل المشروعية، لم تكن هناك حاجة للنظر في سد الذريعة ابتداء.
- وإن كانت المفسدة معتبرة شرعاً، نظرنا إلى درجة إفضاء الذريعة إلى هذه المفسدة:
  - فإن كان الإفضاء نادراً أو قليلاً، تبقى الذريعة مفتوحة تمسكاً بالأصل، ونقاوم المفسدة بالاعتماد على الوازع الذاتي والمسؤولية الأخلاقية. وهذا يبين أهمية الجانب الأخلاقي في الالتزام بالشريعة المطهرة، وبدون هذا الجانب تفقد الشريعة أهم مزاياها وخصائصها الربانية.
  - وإن كان الإفضاء إلى المفسدة المعتبرة غالباً، نظرنا إلى المصلحة الفائتة فيما لو

مُنعت الذريعة:

- فإن كانت المصلحة أكبر، أبقينا الذريعة مفتوحة بشرط تقليل درجة إفضائها بوضع ضوابط تجعل إفضائها إلى المصلحة أكبر من إفضائها إلى المفسدة، كما سيأتي في قاعدة: "ما حرم سداً للذريعة جاز للمصلحة الراجحة".
- وإن كانت المصلحة أقل، أخذنا بسد الذريعة.

- وكلما كانت المفسدة المحذورة أعظم وأشد، كانت درجة الإفضاء المطلوبة للأخذ بالذريعة أقل. فلا يلزم أن تكون الذريعة مفضية غالباً إذا كانت المفسدة كبيرة، بل لو كان الإفضاء كثيراً كان كافياً. وهذا عملاً بالقاعدة: "بحسب عِظَمِ المفسدة يكون الاتساعُ وَالتشدُّد فِي سدّ ذريعتها"[1].

(1) معلمة زايد للقواعد الفقهية، ج5 ص415.

(2)

قواعد الذّرائع في المعاملات المالية

يتطلّب تطبيق مبدأ سدّ الذّرائع مجموعة من القواعد التي تيسِّر على الباحث تقويم القضية محَلَّ البحث ومدى انطباق المبدأ عليها. ولم تُولِ الدراسات المعاصرة فيما وقفت عليه هذا الجانب ما يستحقه، ولعلَّ فيما يلي خطوة في هذا المسار.

1. الاستكثار من المكروه ذريعة إلى المحرم.

مستند هذه القاعدة حديث النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- الذي سبق ذكره: **"إِنَّ الْحَلاَلَ بَيِّنٌ وَإِنَّ الْحَرَامَ بَيِّنٌ وَبَيْنَهُمَا مُشْتَبِهَاتٌ لاَ يَعْلَمُهُنَّ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ، فَمَنِ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ، وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ، كالرَّاعي يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَرْتَعَ فِيهِ. أَلاَ وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى، أَلاَ وَإِنَّ حِمَى اللهِ مَحَارِمُهُ"** الحديث[1].

والمراد بالمكروه في القاعدة المكروه الاصطلاحي، وهو ما يُمدح تاركه ولا يذم فاعله، وهذا المكروه مرتبة بين المباح وبين المحرم. قال الإمام القرافي: "أوامر الشرع تتبع المصالح الخالصة أو الراجحة، ونواهيه تتبع المفاسد الخالصة أو الراجحة، حتى يكون أدنى المصالح يترتب عليه الثواب، ثُمَّ تترقَّى المصلحة والنَّدب وتعظُم رتبته حتى يكون أعلى رتب المندوبات، تليه أدنى رتب الواجبات، وأدنى رتب المفاسد يترتب عليها أدنى رتب المكروهات، ثُمَّ تترقَّى المفاسد والكراهة في العِظَم حتى يكون أعلى رتب المكروهات، يليه أدنى رتب المحرّمات"[2].

(1) متفق عليه.

(2) **الفروق**، ج2 ص126، ج3 ص94-95، وانظر: **القواعد الكبرى**، العز بن عبد السلام، ج1 ص75-79.

فالمكروه بهذا المعنى يرجع إلى مفسدة مرجوحة لكنها ليست يسيرة. ويأتي المكروه أيضاً بمعنى الذريعة، كما في كراهة القُبلة للصائم، لما يُخاف منها من إفساد الصوم، كما يقول الإمام أبو العباس القرطبي[1]. ويأتي أيضاً بمعنى ما تنازعته أدلة الجواز وأدلة المنع، سواء أدلة مشروعية الحكم أو أدلة وقوع الحكم، كما سيأتي.

وعلى كلِّ التّقديرات، فإنَّ المكروه "عقبة بين العبد والحرام، فمن استكثر من المكروه تطرق إلى الحرام" كما نقله الحافظ ابن حجر -رحمه الله-، وعلّق على ذلك بقوله: "وهو منزعٌ حسن... ولا يخفى أن المستكثِر من المكروه تصير فيه جُرأة على ارتكاب المنهيّ في الجملة، أو يحمله اعتيادُه ارتكاب المنهي غيرِ المحرم على ارتكابِ المنهيّ المحرم إذا كان من جنسه، أو يكون ذلك لسِرٍّ فيه وهو أن من تعاطى ما نُهي عنه يصير مظلمَ القلب لفقدان نور الورع، فيقع في الحرام ولو لم يَختر الوقوعَ فيه"[2].

ويشهد لهذا المعنى القاعدة الفقهية: "ما قارب الشيء يُعطى حُكمَه"[3]. فكلما كان المكروه أقرب إلى المحرم كان أجدر أن يأخذ حكمه، وهذا مدلول الحديث حيث جعل ما حول الحمى له حكم الحمى نفسه، لقوله عليه السلام: "ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام".

ويرى الإمام الشاطبي أنّ المندوب خادم للواجب، لأنّه إمّا مقدّمة له، أو تكميل له، أو تذكار به. وأنّ حال المكروه مع المحرّم؛ كالمندوب مع الواجب، فالمكروه مقدّمة للمحرّم وخادم له وتذكار به[4]. ولذا فإنّ جنس المندوب واجب؛

(1) **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**، ج4 ص489.

(2) **فتح الباري**، ج1 ص127. ووقع في الأصل: " لشبهة فيه" بدلاً من "لسرّ فيه" والتصحيح من **نيل الأوطار** ج٥ ص٢٤٨.

(3) **معلمة زايد للقواعد الفقهية**، ج8 ص427.

(4) **الموافقات**، ج1 ص239-240؛ **الاحتياط**، إلياس بلكا، ص38-39.

لأنّه سند للواجب أصالة. وكذلك جنس المكروه محرّم؛ لأنّه تمهيد للمحرم وتوطئة له. ويعبر الشاطبي عن ذلك بقوله: "الفعل إذا كان مندوباً بالجزء فهو واجب بالكلّ، وإذا كان مكروهاً بالجزء كان ممنوعاً بالكلّ. وذلك كاللعب بالشطرنج والنرد بغير مقامرة، وسماع الغناء المكروه، فإن مثل هذه الأشياء إذا وقعت على غير مداومة لم تقدح في العدالة، فإن داوم عليها قدحت في عدالته"[1].

وجاء في معلمة زايد للقواعد الفقهية: "وإنّما اختلف حكم المكروه من الجزئية إلى الكلية نظرًا إلى أن المكروهَ الحصنُ الواقي من انتهاك حرمة النواهي الشرعية، والحريمُ الحامي من تعدي حدود الله. ولما كان التجرّؤ على المكروه بريدَ وقوع المحظور، مَنَعَ الشارعُ من معالجة المكروهات على سبيل الجملة، بحيث يأتي الشخص المكروه ويداوم عليه، أو تشتغل الجماعة كلها بمكروه ما؛ لما في ذلك من الجرأة على ما هو آكدُ منه، والتوسل إلى الإخلال به؛ فصار الأخفُّ كأنّه حِمًى للآكد، والراعي حول الحمى يوشك أن يرتع فيه، فكان المُخِلُّ بما هو مكمِّلٌ كالمُخِلِّ بالمكَمَّل من هذا الوجه"[2].

ويؤيد ذلك القاعدة التي ذكرها ابن حجر الهيتمي: "يُغتفر في التوابع والأمور الخاصة ما لا يغتفر في الأصول والأمور العامة".[3] فمن الأعمال ما يكون مغتفراً لفرد أو في حالات استثنائية، كاللهو والضرب بالدف في حالات خاصة كالأعياد ونحوها، لكن لا يجوز أن يتحول هذا إلى نمط اجتماعي أو عمل مستمر على مدار العام.

(1) **الموافقات**، ج1 ص211–212. ومعنى بالجزء: أي الفعل المعين في وقت ما لشخص ما، ومعنى بالكل: دوام الشخص عليه، أو انتشاره بين الناس.

(2) **معلمة زايد للقواعد الفقهية**، ج27 ص532.

(3) **الفتاوى الفقهية الكبرى**، 2/ 89.

وقد صَحَّ عن عبد الله بن عباس -رضي الله عنهما- أنّه قال: "لا كبيرة مع الاستغفار ولا صغيرة مع الإصرار"[1]. وإذا كان الاستكثار من المباح قد يقدح في العدالة ويتحول إلى صغيرة، كما يقول الغزالي والقرافي[2]، فالمداومة على المكروه من باب أولى [3].

ولهذا عدّ الإمام الشوكاني المكروهَ كلّه من المشتبهات التي جاء الحديث بالتحذير منها. قال: "وأما المكروه فجميعُه شُبهة، لأنّه لم يأت عن الشارع أنّه الحلال البيّن ولا أنّه الحرام البيّن، بل هو واسطة بينهما، وهو أحق شيء بإجراء اسم الشُبُهات عليه"[4]. وبمثل ذلك قال الشيخ عبد الله بن بسام، فجعل المكروهات جميعها من المشتبهات، "فهي رُقية، أي سُلّم، يوصل إلى فعل المحرمات والإقدام عليها، فإن النفس إذا عُصمت عن المكروه، هابت الإقدام عليه ورأته معصية، فيكون حاجزاً منيعاً عن المحرمات"[5].

إذا انتقلنا إلى مجال المعاملات المالية، ماذا نجد؟ نجد الفقهاء من المذاهب الأربعة يصرحون بكراهة الحيل الربوية[6]. وجعلها ابن رجب الحنبلي من المشتبهات التي تدخل فيما حذر منه النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم-، فقال: "وأما المشتبه: فمثلُ

(1) **الموافقات**، ج1 ص210، الهامش ح1.

(2) **إحياء علوم الدين**، ج4 ص22، **الفروق**، ج1 ص122. ولفظ المباح قد يرد عند الفقهاء بمعنى الجائز، ولذا فهو يصدق على المكروه اصطلاحاً. **الاحتياط**، ص43.

(3) **الاحتياط**، ص39.

(4) **الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني**، ج4 ص2076.

(5) **تيسير العلام شرح عمدة الأحكام**، ص708.

(6) **طلبة الطلبة** ص242، **تبيين الحقائق** ج4 ص163، **شرح الخرشي** ج5 ص106، **حاشية الدسوقي** ج3 ص89، **الإنصاف** ج4 ص337، **الفروع** ج4 ص171، **تحفة المحتاج** ج4 ص322-323، **فتاوى السبكي** ج1 ص328-329. وانظر عرض الأقوال في: **قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي**، للكاتب، ص325-340.

أكل بعضِ ما اختلفَ في حلِّه أو تحريمِه، إمَّا من الأعيان كالخيلِ والبغالِ والحميرِ، والضبِّ، وشربِ ما اختلف من الأنبذة التي يُسكِرُ كثيرُها، ولبسِ ما اختلف في إباحة لبسه من جلود السباع ونحوها. وإما من المكاسب المختلف فيها كمسائل العِينة والتورّق ونحو ذلك، وبنحو هذا المعنى فسَّرَ المشتبهات أحمدُ وإسحاق وغيرهما من الأئمة"[1].

وبناء على ذلك وجدنا العلماء يطبقون قاعدة سدِّ ذَريعة المتشابهات في هذا الباب بأكثر من طريقة.

(1) فالمالكية منعوا كثيراً من صور العينة وبيوع الآجال (غير الصريحة) إذا كانت مع أهل العينة، وربما سمحوا بها مع غيرهم. قال الفقيه المالكي ابن شاس: "وبالجملة فهؤلاء قوم علموا فساد سلف جرّ منفعة، وما ينخرط في سلكه من الغرر والرّبا، فتحيلوا على جوازه بأن جعلوا سلعاً حتى يظهر فيها صورة الحل، ومقاصدهم التوصل إلى الحرام. وقد قدمنا أن أصلنا حماية الذّرائع وسحب أذيال التهم على سائر المتعاملين متى بدت مخايلها، أو خفيت وأمكن القصد إليها من المتعاملين"[2]. وذلك أنّ أهل العينة متفرّغون لهذا العمل، فهم قد استكثروا المكروه واستداموه، فاستحق ذلك المنع.

(2) والإمام أحمد طبّق القاعدة على نحو أكثر صرامة، فقد فسّر "العِينة" بالمداومة على البيع بأجل، فقال: "العينة عندنا أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه إلاّ نسيئة. فإن باع بنقد ونسيئة فلا بأس". وفي رواية أنّه سُئل عن العينة ما هي؟ فقال: "البيع بنسيئة"، قال: "إذا كان يبيع بنقد ونسيئة فلا بأس، وأما رجل لا

(1) **جامع العلوم والحكم**، ج1 ص194.

(2) **عقد الجواهر الثمينة**، ج2 ص453.

يبيع إلا بنسيئة فهذا ما أكرهه". وسُئل عن الرجل يعدّ الشيء ليبيعه بنسيئة إلى أجل؟ فقال: "إذا أعَدّه أن يبيعه بنسيئة ولا يبيعه بنقد فلا يعجبني لأنّه عينة حينئذ"[1]. فالبيع بأجل مشروع في أصله، لكنه يكتسب حكم الكراهة إذا كان مظنة للوقوع في العِينة، وينتقل إلى التحريم بالاستدامة والاستمرار واتخاذه نظاماً مستقراً، لأنّه في هذه الحالة ذريعة للوقوع في المحرم.

(3) ومن جهة أخرى نجد العلماء ينصّون على أنّه لا يجوز للمفتي تتبع الحيل المكروهة، فضلاً عن المحرمة. قال الإمام ابن الصّلاح: "لا يجوز للمفتي أن يتساهل في الفتوى... وقد يكون تساهله وانحلاله بأن تحمله الأغراضُ الفاسدة على تتبّع الحيل المحظورة أو المكروهة، والتمسك بالشبه للترخيص على من يروم نفعَه أو التغليظ على من يريد ضرَه. ومن فعل ذلك هان عليه دينُه ونسأل الله العافية والعفو. وأما إذا صح قصدُه فاحتسَبَ في تطلّب حيلة لا شبهة فيها ولا تجر إلى مفسدة ليُخلّص بها المستفتي من ورطة يمين أو نحوها، فذلك حسنٌ جميل، يشهد له قول الله تبارك وتعالى لأيوب -صلّى الله عليه وسلّم وعلى نبينا-، لمّا حلف ليضربنّ امرأته مائة: ﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ ﴾. وورد عن سفيان الثوري -رضي الله عنه- أنّه قال: إنّما العلم عندنا الرخصة من ثقة، فأمّا التشديد فيحسنه كلّ أحد. **وهذا خارج على الشرط الذي ذكرناه فلا يفرحنّ به من يُفتي بالحيل الجارّة إلى المفاسد أو بما فيه شبهة**، بأن يكون في النَّفس من القول به شيء أو نحو ذلك، وذلك كمن يفتي بالحيلة السُّرَيجية في سد باب الطلاق ويعلّمها وأمثال ذلك والله أعلم"[2].

(1) **مسائل الإمام أحمد** لإسحاق بن منصور رقم (28)، **مسائل ابنه صالح** رقم (664)، **بدائع الفوائد** ج4 ص11، **تهذيب السنن** ج5 ص109.

(2) **أدب المفتي والمستفتي**، ص١١١-١١٢. وانظر حول الحيلة السريجية: **إعلام الموقعين** ج٥ ص٢٠١ وما بعدها.

وتناقل هذا المعنى العلماء في كتبهم[1]، ومن ذلك ما نصّ عليه العلاّمة منصور البهوتي في كشّاف القناع شرح الإقناع: "وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَيْ لِلْمُفْتِي وَلَا لِغَيْرِهِ تَتَبُّعُ الْحِيَلِ الْمُحَرَّمَةِ وَالْمَكْرُوهَةِ، فَإِنْ تَتَبَّعَ ذَلِكَ أَيْ الْحِيَلَ الْمَكْرُوهَةَ وَالْمُحَرَّمَةَ وَالرُّخَصَ فَسَقَ وَحَرُمَ اسْتِفْتَاؤُهُ"[2].

فالعلماء متّفقون على أنَّ الحيل الربوية على أقلّ أحوالها مكروهة، وما كان كذلك فلا يجوز الاستكثار منه واستدامته وتحويله إلى نمط اجتماعي ونظام اقتصادي؛ لأنّ هذا باتفاقهم ذريعة إلى الرّبا المحرّم يجب سدّها.

وقد يكون مفهوماً استعمال بعض الصيغ المشبوهة لفترات محددة، على أمل إيجاد بدائل أبعد عن الشبهة وأقرب إلى أصول الشريعة ومقاصدها. لكن مسار الصناعة المالية في هذا الجانب بطيء ومتردّد، ولا يناسب منهج الشريعة في هذا الباب، ولا المنزلة التي تطمح إليها الصناعة على المستوى العالمي.

2. اللغو في المعاوضات ذريعةٌ إلى المحذور.

قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ عَنِ ٱللَّغۡوِ مُعۡرِضُونَ﴾ (المؤمنون، 3). قال المفسرون: اللَّغوُ هو الباطل، ويشمل الشرك، والمعاصي، وما لا فائدة فيه من الأقوال والأفعال[3].

والتعبير بالجملة الاسمية في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ عَنِ ٱللَّغۡوِ مُعۡرِضُونَ﴾ يفيد دوام الإعراض واستمراره، فشأنُ المؤمن هو اجتناب اللَّغو والانصراف عنه. وهذا الوصف، وهو المداومة على ترك اللغو، سيق ضمن صفات المؤمنين التي

(1) انظر **إعلام الموقعين** ج6 ص142، والمصادر المذكورة في الهامش.

(2) **كشاف القناع**، ج15 ص60.

(3) انظر: **تفسير الطبري، تفسير ابن كثير، أضواء البيان**، وغيرها من مصادر التفسير.

تستوجب الفلاح، وهي الإيمان، والصلاة مع الخشوع، والزكاة، وحفظ الفرج، والوفاء بالعهد والأمانة. وهذا يقتضي أنّه واجب في أصله. فدل ذلك على أن خُلُقَ الإعراض عن اللغو واجب كذلك. وهذا يستلزم أن استدامة اللَّغو محرَّمٌ. وقد قرَّر الشاطبي أن العبث مطلوب الترك بالكلِّ، بمعنى أنَّ المداومة عليه منهيّ عنها[1]. وهذا يؤكد ما سبق من أن المداومة على المكروه والاستكثار منه يفضي إلى التحريم.

وإذا كان هذا شأن المؤمنين، فمن الممتنع أنْ يأمر النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- باللَّغو أو يرشد إليه أو يحث عليه، فإذا أمر -صلّى الله عليه وسلّم- بشيء، علمنا أنّه إمّا واجب أو مندوب أو مباح على أقل تقدير. ولا يأمر النَّبيّ -عليه السلام- بالمكروه، فضلاً عن المحرّم. ولهذا قال العلماء: الأمر المطلق لا يتناول المكروه[2].

أما في مجال المعاوضات المالية، فاللَّغو يأخذ بُعداً آخر. فالمعاوضة قائمة على المشاحّة، فلا يتصرف العاقل إلاَّ لغرض. فإذا وُجدت تصرفات لا فائدة منها في نفسها، فهذا مَظِنَّة أن ينطوي التعامل على مكروهٍ شرعاً. ولهذا كره العلماء أن يقول الشخص: بعتُك السلعة إلا نصفَها، أو بعتك السلعة وَلي نصفُها، بل ينبغي أن يقول: بعتُك نصفَها. لأنّه في الحالة الأولى تتضمن الصيغة نقل ملكية السلعة كاملة من البائع إلى المشتري، ثم عودة نصفها إلى البائع، فيكون انتقال ملكية النصف الثاني لغواً. فإذا قال: بعتُك نصفَها، وقع العقد على النصف المبيع فقط، فينتفي منها اللغو. ولهذا قال السّلف: "كُره أن يقول: أبيعك هذه السلعة ولي نصفها، ولكن يقول: أبيعك نصفه". وقال معمر: "يكره أن تقول باعت شمالك من يمينك"، وقال الحسن: "وَلّيتَ شيئاً ودخلتَ فيه"[3]. ونصّ على هذا الإمام أحمد. فقد سُئل عمّن

(1) **الموافقات**، ج1 ص226.

(2) **معلمة زايد للقواعد الفقهية**، ج31 ص195.

(3) **مصنف عبد الرزاق** ج8 ص260-261.

باع شيئاً واستثنى نصفه أو ثلثه؟ فقال: "يبيع النصف ولا يستثني"[1].

وبنى العلماء على هذا الأصل ضابط تمييز الحيل، وهي أنّ ما خرج من اليد وعاد إليها فهو لغو. قال الفقيه المالكي ابن شاس: "أصل هذا الباب، وهو المعروف عند أهل المذهب ببيوع الآجال، اعتبار ما خرج من اليد وما خرج إليها، فإن جاز التعامل عليه مضى، وإلا بطل"[2]. وقال القرافي: "والأصل أن يُنظر ما خرج من اليد وما خرج إليها، فإن جاز التعامل به صح، وإلا فلا... فهذا هو تلخيص الفرق بين الذّرائع التي يجب سدها والذّرائع التي لا يجب سدها"[3].

وقد ذكر شيخ الإسلام -رحمه الله- أنّ جماع الحيل نوعان: أن يضم إلى أحد العوضين ما ليس بمقصود، كما في مسألة مُدّ عجوة، الثاني أن يضمَّ إلى العقد ما ليس بمقصود، مثل صور العينة المختلفة[4]. والمبيع إذا كان غير مقصود فهو يستلزم اللغو بالضَّرورة، لأنّه لا بد للمشتري أن يتخلص منه بشكل أو بآخر، لأنّه لا فائدة له فيه، وما لا فائدة فيه يدخل في معنى اللغو باتفاق المفسرين. وما كان كذلك فأقلّ درجاته الكراهة، فيكون المداومة عليه ذريعة إلى المحرّم، كما سبق.

وحقيقة الحيلة، أيّاً كان شكلها أو نوعها، أنَّها قائمة على ما هو لغوٌ من التصرفات أو العقود. فاللغو يتضمن إنشاء تصرف ثمّ إنشاء تصرف آخر يلغي أثر الأول وينفي مقتضاه، فيكون مجموع الأمرين انتفاءَ التصرف من أصله. فهذا جمع بين متنافيين، فيكون عبثاً ولغواً، "والشارع لا يَشرع العبث"، كما يقول ابن تيمية؛ و"لا

(1) **مسائل إسحاق بن منصور**، رقم 91.

(2) **عقد الجواهر الثمينة** ج2 ص442.

(3) **الفروق** ج3 ص269.

(4) **القواعد النورانية**، ص173-174.

عَبثَ في التشريع" كما يقول الشاطبي[1].

والجمع بين عقدين متنافيين هو حقيقة "بيعتين في بيعة" الذي نهى عنه النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم-. فإنّ الأصل في المعاملات الحل، فلا مانع من الجمع بين العقود المتعددة إلا في حالة واحدة فقط: وهو حصول التناقض والتنافر بين هذه العقود، وما كان كذلك فهو ممنوع شرعاً باتفاق الفقهاء[2]. وهذا التنافر هو الذي يُدخل على هذه العقود اللغو والعبث.

والتنافر والتناقض هو أساس ما يعرف اليوم بتضارب المصالح. وتضارب المصالح كما هو معلوم، مَظِنَّة؛ لسوء التصرف والإخلال بمقتضيات العقد، سواء من الناحية الشرعية (مثل الوقوع في الربا أو الميسر) أو من الناحية القانونية (الإضرار بالطرف الآخر). فمنع الشريعة المطهرة للتنافر والتناقض بين العقود في الصفقة الواحدة صمّام أمان من سوء استخدام العقود الشرعية في نقيض ما شُرعت له.

واللَّغو، لمّا كان غير مقصود أصلاً للمتبايعين، كان ذريعة إلى إهمال شروط البيع ومتطلباته. فلا يوجد حافز للقبض المشروع؛ لأنَّ السلعة غير مقصودة أصلاً. وهكذا في بقية شروط البيع وأحكامه. قال شيخ الإسلام: "ولهذا تجد الصحيح الفطرة لا يحافظ على تلك الشروط، لرؤيته أن مقصود الشروط تحقيق حُكم ما شُرطَت له والمنع من شيء آخر، وهو إنما قصد ذاك الآخر لا ما شُرطت له. ولهذا يكون إتيانهم بالمحرم الظاهر أنفع لهم وأقل ضرراً عليهم من الإتيان بالحيلة لو كان مقصودهم مباحاً. فعُلم أنّ مقصودهم محرم. مثال ذلك أن من كان مقصوده أخذ ألف بألف ومائتين، فأخْذُها على وجه الربا الظاهر أنفعُ له من المعاملات الرّبوية. فإنّه

(1) **بيان الدليل** ص165، أيضاً: ص167، 170؛ **الموافقات** ج1 ص249، 395.

(2) **القواعد النورانية**، ص280؛ **قضايا فقهية معاصرة**، نزيه حماد، ص268-269؛ **العقود المالية المركبة**، عبدالله العمراني، ص181-185.

يأخذها ألفاً ويبقى في ذمّته ألف ومائتان، وإذا اشترى منه سلعة ثمّ باعها لثالث، يعيدها للأول أو لا يعيدها، فإنّه في الغالب يزداد تعبه وعمله وتنقص نفقته. فإنّه يذهب بعض المال أجرة الدلال وبعضه من إعطاء الثالث المعين أو من خازنها إذا بيعت، فلا تسلم له الألف المقصودة من المعاملة الربوية كما تسلم له مع الربا الظاهر، فيكون الرّبا أنفع لهم من هذه الحيل. والشارع حكيم رحيم، لا يحرم ما ينفع ويبيح ما هو أقل نفعاً، ولا يحرم ما فيه ضرر ويبيح ما هو أكثر ضرراً منه. فإذا كان قد حرّم الربا فتحريمه لهذه المعاملات أشد. ولو قدّر أنّه أباحها، لكانت إباحته للربا الظاهر أولى"[1].

واللَّغو له مفسدة أخرى، وهي تغييب الإفصاح والوضوح في التعامل. والوضوح، كما يقرر الطاهر بن عاشور -رحمه الله-، من مقاصد الشريعة[2]. ودلّ عليه قول النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم-: **"البيّعان بالخيار ما لم يتفرّقا، فإن صدَقَا وبيّنا بورِك لهما في بيعهما، وإن كَذَبا وكَتَما مُحقت بركةُ بيعهما"**[3]. واللغو والعبث يحجب من حقيقة المعاملة والهدف منها، لأنّه يُدخل تصرفات وعقوداً إضافية ليس لها وظيفة في واقع الأمر، فتكون تعقيداً للمعاملة بما يقلل من وضوحها وبيان المراد منها. وكلما تعقدت المعاملة أكثر كانت أبعد عن الوضوح، فتكون أكثر كراهةً بناء على ذلك. وهذا يشير إلى جانب من حكمة النّهي النّبوي عن بيعتين في بيعة. فالحديث إشارة إلى كراهة التعقيد في المعاملات المالية[4].

أضف إلى ذلك أنّ اللّغو في المعاوضة يستلزم الإنفاق على ما لا فائدة فيه، وهذا

(1) **القواعد النورانية**، ص280؛ **قضايا فقهية معاصرة**، نزيه حماد، ص268-269؛ **العقود المالية المركبة**، عبدالله العمراني، ص181-185.

(2) **بيان الدليل**، ص268.

(3) متفق عليه.

(4) انظر بحث الكاتب: "صناعة الهندسة المالية"، ص24.

يدخل في الإسراف المحرم بالنصّ والإجماع، والإسراف يرجع إلى الإنفاق بما زاد عن الحاجة، وهو بمعنى التبذير المحرم أيضاً. فمن اشترى ما لا يحتاج إليه أصلاً فهو أولى بوصف الإسراف والتبذير ممّن أسرف في شراء ما يحتاج إلى أصله.

فاللَّغو والعبث في المعاوضات المالية يؤول إلى المحذور من عدة جوانب: الإسراف والتبذير، وغياب الوضوح والشفافية، وتضارب المصالح، وإهمال الشروط الشرعية في المعاملات، والوقوع في المنهي عنه من الرّبا والميسر. فدلَّ على أنَّ اللَّغو في المعاوضات المالية ذريعة إلى المحذور.

3. ما حَرُم كثيرُه فقليله حرام.

أصل هذه القاعدة حديث النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم-: **"مَا أَسْكَرَ كَثِيرُه فَقَلِيلُه حَرَامٌ"**، رواه عدد من الصحابة -رضي الله عنهم-[1]. ومجال القاعدة هو العقود المحرمة تحريم مقاصد، فالعقد المحرم تحريم مقاصد يأخذ قليلُه حكمَ الكثير منه. وذلك لأنَّه لا يوجد معيار موضوعي للتفريق بين الأمرين. وسبق أن المحرمات تحريم مقاصد لها حقائق موضوعية مستقلة عن نية الأشخاص أو علمهم أو إرادتهم. وبالنظر إلى الجانب الموضوعي لهذه المحرمات لا يوجد فرق بين القليل والكثير، لأنّ الحقيقة واحدة. فالشريعة حرمت الكلّ وهذا من كمالها وتمام حكمتها.

فمن يروم السماح بالكأس الأولى من الخمر، لا يمكنه أن يمنع الكأس الثانية، لأنّه لا يوجد معيار موضوعي يجعل الكأس الثانية تختلف عن الأولى، لأنّ حقيقة الخمر متحققة في الأمرين. وإذا سمحتَ بالكأس الأولى، فقد سمحتَ بإنتاج الخمور وتسويقها وبيعها وشرائها. ومع قيام صناعة الخمور، إنتاجاً وتجارة وتسويقاً، فمن السذاجة محاولة تقييد مقدار شربها. فالسماح بالكأس الأولى يعني السماح بصناعة

(1) **إرواء الغليل**، ج8 ص42.

كاملة، وحينها لا يوجد أي معنى لتقييد مقدار شربها. ولهذا وجدنا الشرع يُشَدِّد في الخمر من كلّ النّواحي، فقد لَعَنَ رَسُولُ اللهَّ -صلّى الله عليه وسلّم- فِي الخَمْرِ عَشَرَةً: عَاصِرَهَا، وَمُعْتَصِرَهَا، وَشَارِبَهَا، وَحَامِلَهَا، وَالمَحْمُولَةُ إِلَيْهِ، وَسَاقِيَهَا، وَبَائِعَهَا، وَآكِلَ ثَمَنِهَا، وَالمُشْتَرِي لَهَا، وَالمُشْتَرَاةُ لَهُ[1].

والمنهج نفسه ينطبق على المعاملات المالية. فإذا حرّم الله الرّبا، فلا فرق بين اشتراط درهم واحد على أصل القرض، وبين اشتراط مائة درهم، إذ لا يوجد فرق موضوعي بين الدرهم الأول والدرهم الثاني والدرهم المائة، فالزيادة المشروطة على القرض محرمة ولو كانت حبة واحدة، كما قال عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه-[2]. ومحاولة التفريق بين الفائدة اليسيرة والفاحشة ليست أحسن حالاً من التفريق بين الكأس الأولى من الخمر وبين الكأس الثانية. فالكل محرم، وإن كانت تتفاوت من حيث مقدار الإثم ومن حيث حجم المفاسد المترتبة عليه. لكن أصل الحكم واحد.

وكذلك محاولة التفريق بين الفائدة البسيطة والفائدة المركبة، وهو الذي تبناه بعض المعاصرين، فإنَّ الفائدة المركبة لا تعدو في حقيقتها أن تكون قرضاً بفائدة بسيطة لكن رأسمال القرض هنا ليس نقداً حاضراً بل هو دَين في ذمَّة المدين. فالدائن يقول للمدين عند حلول الأجل: أقرضك المال الذي لي في ذمتك إلى أجل كذا بفائدة بسيطة كذا. وقد يكون القرض نقداً من طرف ثالث لسداد الدين الأول. أي أنّ الفائدة المركبة في كل الأحوال لا تعدو أن تكون فائدة بسيطة على قرض. ومن هذه الحيثية لا يوجد فرق موضوعي بين الفائدة البسيطة والمركبة، لأنها في الحالين فائدة على قرض.

والرّبا منظومة فكرية قبل أن تكون منظومة اقتصادية. فالسماح للنقود أن تكون

(1) رواه الترمذي وابن ماجة. وفي رواية أحمد ابتدأ ب "لعن الخمر بعينها" وأسقط "المشتراة له".

(2) **التمهيد**، لابن عبد البر، ج4 ص68.

مصدراً بنفسها للمزيد من النقود، مهما كانت الفائدة يسيرة وبسيطة، سيُغيّر من طريقة تفكير الوحدات الاقتصادية وسلوكها، وسيؤدي إلى بناء نظام ماليٍّ على أساس الإقراض والاقتراض ومبادلة النَّقد بالنَّقد مع التفاضل والتأخير، فإذا أُقيم هذا البناء وبدأت عجلة المديونية بالدَّوَران، أصبح من المتعذر محاولة إيقافها. فالمؤسسات والأنظمة والقوانين والعقود والمنتجات في هذا النظام، كلُّها، تقوم على الاسترباح من القروض وعلى عائد الزمن دون أي ارتباط تعاقدي مباشر مع الإنتاج والتجارة والنشاط الحقيقي.

فالرِّبا في حقيقته فلسفة ونظام وليس مجرد عقد. والتمويل الإسلامي في المقابل فلسفة ونظام يختلف جذرياً عن الرِّبا. الرِّبا قائم على فصل التمويل عن النشاط الاقتصادي، وأول محطة في طريق الفصل هي القرض بفائدة. إغلاق هذا الطريق يستلزم بناء علاقة عضوية تكاملية بين التمويل وبين النشاط الاقتصادي يمتنع معها انفصام التمويل ومن ثم تضاعف المديونية. فالسماح بانفصام العلاقة بين المديونية وبين النشاط الحقيقي يسمح لكرة المديونية بالتدحرج، وسيكون من شبه المستحيل إيقافها بعد أن تتضخم وتندفع بأقصى سرعة.

وهكذا القول في الميسر المحرم شرعاً، فالميسر محرّم أيّاً كان مقدار المال الذي يدفعه الياسر. فلا فرق بين الميسر بدرهم والميسر بمائة ألف، فكلها ميسر محرم شرعاً، وإن كانت تتفاوت من حيث الإثم ومن حيث كثرة المفاسد المترتبة عليه. لكن أصل الحكم واحد، كما سبق. وكذلك القول في بيوع الغرر الفاحش، مثل بيع الحصاة وبيع الملامسة ونحوها من بيوع الغرر القائمة على أكل المال بالباطل. فهذه العقود لا تجوز أياً كان مقدار الخسارة التي يتعرض لها أحدهما. فإن أكل المال بالباطل كله محرّم، مهما قلّ.

والميسِر، شأنه شأن الرّبا، نمط في التفكير وفي السلوك. فالسماح به، ولو بمقادير يسيرة، يغير من سلوك الأفراد وطريقة تفكيرهم، ويسمح بنشوء صناعة قائمة عليه، ما يجعل من الممتنع إيقاف العجلة بعد دورانها.

فالعقد المحرم تحريم مقاصد لا يبيحه تقييده بالقليل أو اليسير، ولا يغيّر ذلك من حُكمه، لأنّه لا فرق بين مقدار ومقدار، بل هي مقادير بشرية تخضع للرغبات والنفوذ ولا تستند إلى ضوابط موضوعية.

وإنما يُستثنى من قاعدة "ما حرم كثيره فقليله حرام" أمران:

1. المحرم، قليله وكثيره، تحريم وسائل، مثل ربا الفضل. فهذا قد يباح القليل منه للمصلحة الراجحة، كما في بيع العرايا، كما سيأتي.
2. ما يقع تبعاً لعقد مشروع، ولم يكن عقداً قائماً بذاته، وهذا مثل وقوع الغرر اليسير تبعاً للبيع المشروع، لقاعدة يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً، كما سيأتي أيضاً.

4. ما حَرُم سدّاً للذريعة جاز للمصلحة الراجحة.

قال شيخ الإسلام: "ما كان منهيّاً عنه لسدّ الذريعة، لا لأنّه مفسدة في نفسه، يُشرع إذا كان فيه مصلحة راجحة، ولا تُفوَّت المصلحة لغير مفسدة راجحة... فإذا تعذّرت المصلحة إلا بالذريعة شُرعت واكتُفي منها إذا لم يكن هناك مصلحة... وهذا أصل لأحمد وغيره: في أن ما كان من باب سدّ الذريعة إنّما ينهى عنه إذا لم يحتج إليه، وأما مع الحاجة للمصلحة التي لا تحصل إلا به فلا يُنهى عنه"[1].

(1) **مجموع الفتاوى**، ج23 ص214. وانظر: **قواعد الوسائل**، ص311-316؛ **القواعد والضوابط الفقهية**، عبدالسلام الحصين، ج1 ص281-297؛ **قاعدة ما حرم سدا للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة**، قطب الريسوني.

وتطبيق القاعدة يخضع لأمرين:

1. الموازنة بين المفسدة التي قد تفضي إليها الذريعة وبين المصلحة التي تفوت بتحريمها.

2. تعيّن هذه الذريعة سبيلاً لتحصيل تلك المصلحة.

فإذا كانت المصلحة أرجح وتعيّنت هذه الذريعة لتحصيلها، فتُفتح الذريعة بشرط: ضبط الذريعة بما يقلل إفضاءها إلى المفسدة المرجوحة. ولهذا قال شيخ الإسلام: "الذريعةُ إلى الفساد يجب سدُّها إذا لم يعارضها مصلحةٌ راجحة؛ ولهذا كان النظرُ الذي يفضي إلى الفتنةِ محرماً إلا إذا كان لمصلحة راجحة، مثل نظر الخاطب والطبيب وغيرهما، فإنّه يُباح النظر للحاجة لكن مع عدم الشهوة"[1]. فقيّد النظر بألا يكون لشهوة، مع وجود الحاجة للنظر. فمجرد قيام الحاجة لا يكفي، بل لا بد مع ذلك من ضبط الذريعة.

ويشهد لذلك قول النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم-: "**إِيَّاكُمْ وَالْجُلُوسَ فِي الطُّرُقَاتِ**". قَالُوا: يَا رَسُولَ اللهَّ مَا لَنَا بُدٌّ مِنْ مَجَالِسِنَا نَتَحَدَّثُ فِيهَا. قَالَ رَسُولُ اللهَّ -صلّى الله عليه وسلّم-: "**إِذَا أَبَيْتُمْ إِلاَّ الْمَجْلِسَ فَأَعْطُوا الطَّرِيقَ حَقَّهُ**". قَالُوا وَمَا حَقُّهُ؟ قَالَ: "**غَضُّ الْبَصَرِ وَكَفُّ الأَذَى وَرَدُّ السَّلاَمِ وَالأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْىُ عَنِ الْمُنْكَرِ**"[2].

فالنَّبيّ -عليه السلام- نهى أولاً عن الجلوس في الطرقات لما يفضي إليه من مفاسد، لا لأن الجلوس نفسه مفسدة. فلمّا أجاب الصحابةُ -رضي الله عنهم- بتعيّن حاجتهم لذلك، أوضح -عليه السلام- الضوابط التي تجب عليهم مراعاتها في هذه

(1) **مجموع الفتاوى**، ج21 ص251.

(2) متفق عليه.

الحالة[1].

ومن ذلك أيضاً استعاذته -عليه السلام- من المَغْرَم، وهو الدَّين، فقيل له: ما أكثر ما تستعيذ من المغرِم يا رسول الله؟ فقال: **"إِنَّ الرَّجُلَ إِذَا غَرِمَ حَدَّثَ فَكَذَبَ وَوَعَدَ فَأَخْلَفَ"**[2]. فبيّن -عليه السلام- أن الدَّين ذريعة للكذب وإخلاف الوعد، فلمّا احتاج -عليه الصلاة والسلام- أن يستدين رهن دِرعَه. فهذا يبيّن أن الاستدانة مكروهة إلا لحاجة، فإذا تعيّنت الاستدانة للحاجة فيجب ضبطها بما لا يفضي إلى المكروه[3].

ولما رخّص النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- في بيع العَرَايا، قيَّده بأن يكون بخرصه، وبما لا يزيد عن خمسة أوسق، وأن يكون مع التقابض[4].

فتطبيق القاعدة يجب تقييده من جهتين: جهة المصلحة التي يراد جلبها، وجهة المفسدة التي يراد دفعها. فيراعى رجحان المصلحة، وتقليل الإفضاء إلى المفسدة، لتكون المحصلة هي غلبة الظن بتحقق المصلحة مع أقل قدر من المفسدة المحذورة.

وهذه القاعدة مبنيّة على قاعدة أخرى: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"[5]. وسبق أن المحرمات نوعان: نوع محرَّم لذاته لما فيه من المفسدة الراجحة، ونوع محرَّم لكونه يفضي غالباً إلى المفسدة، وإن لم يكن هو في نفسه مفسدة. الأوّل مُحرَّم تحريم مقاصد، والثاني محرَّم تحريم وسائل. فما كان من الوسائل يغتفر فيه ما لا يغتفر في المقاصد، فقاعدة "ما حُرِّم سدّاً للذريعة يباح للمصلحة الراجحة" خاص بما كان

(1) انظر **أمالي الدلالات**، عبد الله بن بيّه، ص623.

(2) متفق عليه.

(3) انظر في ضوابط الاستدانة: **قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي**، الفصل الأول.

(4) انظر **شرح النووي** على صحيح مسلم، ج10 ص188-189.

(5) **قواعد الوسائل**، ص287-290؛ **معلمة زايد للقواعد الفقهية**، ج4 ص293.

محرماً تحريم وسائل، كما في رِبَا الفضْل، وكما في النظر إلى المرأة الأجنبية، ونحوها، أمَّا المحرَّم تحريم مقاصد فلا يُباح إلاَّ عند الضرورة المُلجِئَة، وليس مجرد الحاجة أو المصلحة.

5. يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً.

قاعدة التبعية قاعدة أصيلة وعميقة الجذور في الفقه الإسلامي، ولا يتسع المقام لعرضها ومناقشتها[1]. لكن نكتفي هنا بما يتصل بمبدأ سدّ الذّرائع.

والقاعدة السابقة "ما حُرِّم سدّاً للذّريعة يُبَاح للمصلحة الراجحة"، تختص بالمُحَرَّم تحريم وسائل. أما قاعدة التبعية فهي أشمل: إذ تتناول ما هو محرم تحريم مقاصد وتحريم وسائل، لكنّها أخصّ من جهة أن المحرم لا يقع بعقد قائم بذاته، سواء استقل أو انضم إلى غيره، بل يقع تبعاً لعقد مشروع. ولتتضح الصورة نتناول في الفصل التالي مثالين لبيان أوجه تطبيق هذه القاعدة وبقية القواعد المذكورة.

(1) انظر بحث: "قواعد التبعية"، علي الندوي، وبحث: "قواعد الغلبة والتبعية في المعاملات المالية"، للكاتب.

(3)

تطبيقات لقواعد الذّرائع في المعاملات المالية

سنتناول هنا مثالين لتطبيق قواعد الذّرائع، أحدهما يتعلق بالرِّبا، وهو اجتماع السلف والبيع، والآخر يتعلق بالغرر، وهو التمييز بين الغرر اليسير والكثير.

الجمع بين بيع وسلف.

نهى النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- عن الجمع بين بيع وسلف، وهذا مَحَلُّ اتفاق بين الفقهاء في الجملة[1]. والمقصود هنا بالسلف القرض المجاني، أما القرض الذي شُرط فيه الزيادة فهو محرم مطلقاً، انضم إلى البيع أو لا. والمراد بالاجتماع هنا ما كان على وجه الاشتراط، صراحة أو ضمناً. أما ما انتفى فيه الاشتراط بنوعيه، فلا حرج فيه.

ويمكن تقسيم اجتماع القرض المجاني مع البيع إلى حالتين:

❖ **الحالة الأولى**: اجتماع عقدين، أحدهما قرض والآخر بيع. ويدخل في هذه الحالة صور:

1. أن يكون المقصود من الاشتراط هو الحصول على فائدة ضمنية على القرض من خلال البيع. فإذا كان هذا هو المقصود، فالمعاملة محرّمة "بلا تردّد" كما يقول شيخ الإسلام ابن تيمية[2].

ويُعرف ما إذا كان هذا هو المقصود بتخيير كلٌ من الطرفين بين القرض المجاني على حدة، وبين البيع على حدة. فإن كان المقترض يفضل القرض على البيع، والمقرض

(1) **المغني**، ج6 ص334، وانظر: **المنفعة في القرض**، عبدالله العمراني، ص207.

(2) **القواعد النورانية**، ص203.

يفضل البيع على القرض (المجاني)، علمنا أن مقصود الجمع بين العقدين هو القرض بزيادة. لأن المقترض لا يريد البيع بل يريد الاقتراض المجاني. والمقرض لا يريد أن يقرض مجاناً بل يريد الربح. فمجموع القرض والبيع إذن هو القرض بربح وهذا هو الربا.

ومستند هذا المعيار هو قول النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- لعامل الصدقة الذي جاء إلى النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- فقال: هذا لكم وهذا أُهديَ إليّ، فقال -عليه السلام-: **"أفلا قَعَدتَ في بيت أبيكَ وأمكَ فتنظرَ أيُهدى إليك أم لا؟"**[1]. قال شيخ الإسلام: "فكان هذا الحديث أصلاً في اعتبار المقاصد ودلالات الحال في العقود... يقال فيها ما قاله النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم-: أفلا أفردتَ أحد العقدين عن الآخر ثم نظرتَ هل كنت مبتاعها أو بايعه بهذا الثّمن؟" وقال: "وهذا الكلام الحكيم الذي ذكره النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- أصل في كلِّ من أخذ شيئاً أو أعطاه تبرعاً لشخص أو معاوضة بشيء في الظاهر، وهو في القصد والحقيقة لغيره، فإنّه يقال: هلا ترك ذلك الشيء الذي هو المقصود، ثم ينظر هل يكون ذلك الأمر إن كان صادقاً؟"[2].

فإذا كان مراد الطّرفين من اشتراط البيع والقرض هو القرض بربح، فهذا هو الرِّبا، سواء علم الطرفان أن هذا ربا أو لا، لأنَّ الرِّبا حقيقة موضوعية كما سبق، لا تتوقف على علم الطرفين أو نيّتهما. فما دام المقصود هو القرض بزيادة، فهو ربا. وفي هذه الحالة تحرم المعاملة بغض النظر عن مقدار البيع والقرض، لأنّه تبين أن مقصود المعاملة هو الرِّبا، فتكون المعاملة محرّمة تحريم مقاصد وليس تحريم وسائل، فتحرم مطلقاً.

(1) متفق عليه.

(2) **بيان الدليل**، ص233، 238، 234.

ومثال هذه الصورة خصم البنك رسوماً مقابل الإقراض بحجة أنَّ الرّسوم مقابل الخدمات المصرفية (التوصيل أو الخدمات الإلكترونية). فالبنك ليس مقصوده القرض المجاني بل الربح، والعميل مقصوده القرض المجاني وليس البيع، ولذا فليس لديه مانع من التنازل عن خدمة التوصيل ليحصل على القرض. لكن البنك لا يعطيه هذا الخيار أصلاً، بل يشترط البيع مع القرض، فعلم أن البنك مراده الربح من خلال القرض، وهو الربا.

ويدخل في ذلك اشتراط إقراض شركة التأمين لصندوق المشتركين حال العجز، فالمستأمن مقصوده الضَّمان الناتج عن القرض، والشركة مقصودها البيع المحقق للربح، من خلال إدارة صندوق المشتركين بأجر أو عوض. ومجموع الأمرين هو الربح من خلال القرض. لكن القرض هنا ليس للتمويل بل للضمان. فتكون المحصلة هي الضَّمان بعوض، وهو ممنوع بالإجماع. وهذا هو الوجه الآخر للربا، فإن اشتراط الزيادة في القرض للمقرض ربا، واشتراط النقص عوض على الضَّمان، وجمع بينهما قوله تعالى: ﴿لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ (البقرة، 279)[1].

2. أن يكون مقصود الطرفين هو البيع، بحيث لو خُيّر كلٌ منهما لاختار البيع على القرض، وهذا كما لو اشترى شخص سلعة ودفع أكثر من الثمن، وأخّر البائع تسليم الباقي من الثمن. فهذا مقصد مشروع، لكن يجب ألا يفضي إلى المحذور بانضمام القرض إليه، ولذلك يُنظر إلى رأسمال القرض ورأسمال البيع (أي قيمة المبيع الحاضر). فإن كان رأسمال القرض أكبر من رأسمال البيع أو يساويه، فإنّ الحكم للأغلب، وتمنع المعاملة في هذه الحالة سداً للذريعة. وهذا كما لو كان ثمن السلعة 30 ريالاً مثلاً، فدفع المشتري 100 ريالاً، وأخر البائع الباقي وهو 70 ريالاً. فمقدار القرض (70) أكبر من ثمن السلعة (30)، فتمنع هذه الصورة

(1) انظر **مدخل إلى أصول التمويل الإسلامي**، ص200-201.

سداً للذريعة. وتُمنع حالة التساوي (لو كان الثمن 50 والباقي 50)، بناء على قاعدة "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح"، حيث تطبق هذه القاعدة عند تساوي المصلحة والمفسدة وتقاربهما[1].

فالطرفان مقصودهما البيع وهذا مقصد مشروع، لكن إذا كان مقدار القرض كبيراً بما يعادل قيمة البيع أو تزيد عليه، فهذا يعطي الحافز مع التكرار إلى استخدام هذه الصيغة للتمويل بهدف الربح، فتؤول إلى الصورة الأولى، فتمنع المعاملة سداً للذريعة.

أمّا إذا كان رأسمال القرض أَقَلَّ من رأسمال البيع (ثمن السلعة 70 والباقي 30)، فلا حرج في اجتماع القرض والبيع؛ لأنَّ المقصود هو البيع، والأغلب أيضاً هو البيع، وفي هذه الحالة فإن جانب الذريعة ضعيف ولا يقوى على مقاومة أصل المشروعية.

3. أن يكون مقصود الطرفين هو القرض المجاني، ولا يريد أيٌّ منهما أن يأخذ أو يعطي زيادة فوق القرض، كما يحصل في عدد من جمعيات دعم الأعمال الصغيرة ونحوها، حيث تقدم الجمعية قرضاً مجانية ولكنها تشترط الاستفادة من بعض الخدمات بمقابل. فالمقصد في هذه الحالة مشروع لكن اشتراط البيع في القرض ذريعة إلى الربا؛ لأنَّ وجود البيع يمنح الحافز للاسترباح من القرض، فيتغير قصد الطرفين من القرض المجاني إلى القرض بربح، فتؤول المعاملة إلى الصورة الأولى، فتحرم هذه الحالة سداً للذريعة. وهذا يتطلب عدم اشتراط البيع مع القرض، لا صراحة ولا ضمناً، بل يكون للمستفيد الحق في الحصول على الخدمات من الجمعية أو من غيرها.

(1) انظر **الأشباه والنظائر** للسبكي، ج1 ص105.

❖ **الحالة الثانية**: أن يتردد العقد بين البيع وبين القرض، كما في البيع مع خيار الشرط.

فمن اشترى سلعة واشترط الخيار لمُدَّةٍ معيّنةٍ ودفع الثَّمَن، فإنّه إذا ردَّ المبيع يَسْتَرِدّ الثمن، فيكون مآل المعاملة في هذه الحالة هو القرض. وإن أمضى البيع صار المآل هو البيع. وكذلك لو باع سلعة نقداً وشرط لنفسه الخيار، فإنّه إذا رد الثمن آلت المعاملة إلى قرض. فتردد المعاملة بين القرض والبيع يثير شبهة بيع وسلف. ولهذا منع الإمام مالك -رحمه الله- اشتراط انتقاد الثمن في هذه الحالة[1]، خلافاً للجمهور[2]. والجمع بين القولين والله أعلم هو تحديد المراد من العقد. ولهذا نحتاج أن ننظر إلى احتمالات العقد:

1. فإن كان مراد الطرفين هو إلغاء البيع، كما هو الحال في بيع الوفاء[3]، تُمنع المعاملة أصالة، لأن المقصود في الحقيقة هو الربا. ويُعرف المراد بتخيير كلٌّ من الطّرفين بين الإتمام وبين الإلغاء: فلو كان الطرفان يفضلان الإلغاء على إتمام البيع، علمنا أنّ البيع هنا ما هو إلاَّ ستار للاقتراض بزيادة، فيحرم العقد أصالة، كما هو الحال في بيع الوفاء.

وكذلك لو كان أحدهما يفضل الإلغاء، وهو الغالب بالنسبة للمقترض (البائع)، لأنّه لا مصلحة له في إتمام البيع ولا يريد أن يخسر المبيع. أما المقرض (المشتري) فيمكنه بيع السلعة في السوق، فهو لا يمانع من الإتمام. وربما كان الإتمام أفضل له لأنّه يشتري السلعة بأقل من ثمن المثل بسبب شرط الخيار للمقترض

(1) **الذخيرة**، ج5 ص27، **حاشية الدسوقي**، ج3 ص96. وانظر: **أمالي الدلالات**، ص616-617.

(2) **المغني**، ج6 ص29. والقول بالجواز مقيّد بما لم يكن حيلة على الربا: **المغني** ج6 ص47، وانظر أدناه.

(3) بيع الوفاء هو أن يبيع المحتاج للنقد (المقترض) سلعة نقداً على أن له الخيار في إلغاء البيع ورد الثمن واسترداد المبيع، ومراده هو رد الثمن وإلغاء البيع. وينتفع المشتري (المقرض) خلال مدة الخيار بالمبيع، فتكون هذه المنفعة فائدة مشروطة على القرض. وقد منعه جمهور الفقهاء وبذلك صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 66.

(البائع)، إذ للشرط قسط من الثمن كما قال الفقهاء[1]. وهذا يقتضي أن يكون ثمن البيع أقل من ثمن المثل إذا كان الخيار للبائع. فإذا كان مقصود البائع هو الإلغاء أي حصول القرض، ومقصود الطرف الآخر هو الربح، سواء في حال الإلغاء أو الإتمام، علمنا أن مقصود المعاملة هو القرض بربح وهو الربا، فتحرم المعاملة أصالة وليس من باب سدّ الذّرائع.

2. أمّا إن كان مراد الطرفين هو إتمام البيع وليس إلغاءَه، فإنَّ حصول القرض في هذه الحالة أمر عارض غير مقصود لأيٍ منهما، ولا هو الغالب على المعاملة. ومن هذا الوجه يكون القرض تابعاً لعقد البيع: لأن العقد عقد بيع أصلاً، وشُرط فيه الخيار لمصلحة الطرفين أو أحدهما دون إضرار بالآخر.

وإذا كان وقوع القرض هنا نتيجة عَرَضية لعقد البيع، وليس عقداً مستقلاً، لم يكن ذلك موجباً لتحريم العقد لو ترتب عليه الانتفاع أثناء مدة الخيار إذا كان سبب الانتفاع هو البيع وليس القرض[2]. واجتماع الانتفاع مع القرض في هذه الحالة وقع تبعاً وعرضاً لعقد بيع مشروع أصالة. ولو كانت هذه النتيجة وقعت بعقد قرض مستقل اشترط فيه الزيادة لم يكن هذا مغتفراً بحال من الأحوال مهما كان مقدار الزيادة قليلاً، سواء اجتمع هذا العقد مع عقد بيع أوْ لا. لكن حصول نتيجة القرض عَرَضاً ضمن عقد البيع مع خيار الشرط يجعلها تابعة لعقد مشروع أصلاً. فإذا كانت

(1) **المغني**، ج6 ص44.

(2) وهذا كما لو اشترى سلعة بالخيار نقداً، وانتقل ضمان السلعة إلى المشتري بحيث لو هلكت تهلك عليه ويسقط خياره. ففي هذه الحالة يحق للمشتري الانتفاع بالمبيع لأن الخراج بالضمان. فإذا سَلِمت السلعة وردها المشتري خلال مدة الخيار، نتج عن ذلك قرض ومنفعة للمقرض. لكن هذه المنفعة ليس سببها القرض بل ضمان المشتري للسلعة بمقتضى عقد البيع. فإذا كان الغالب والمقصود من المعاملة هو إتمام البيع وليس إلغاءَه، فلا يكون هذا الانتفاع موجباً لتحريم شرط الخيار، وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة، انظر: **ربح ما لم يضمن**، ص٢٢٠-٢٢٤، والله أعلم.

هذه النتيجة التابعة غير مقصودة لأي منهما، وليست هي الغالب على العقد، لم يكن وقوعها موجباً لتحريم العقد ابتداء.

والحاصل أنَّ خيار الشرط مشروع إجماعاً[1]، وذلك لتكميل مصالح البيع وإتمامها. فإذا استُخدم خيار الشرط لنقيض مقصود البيع، وهو الربا -أي النقد الحاضر بأكثر منه في الذمة-، بطَل وحَرُم تحريم مقاصد، كما في بيع الوفاء. أما إذا استُخدم الخيار لاستكمال مصلحة البيع، فما قد يترتب على ذلك من حصول القرض غير مقصود أولاً، وليس هو الغالب ثانياً، فيكون مغتفراً ولا يستوجب تحريم العقد ابتداء.

التمييز بين الغرر اليسير والغرر الكثير.

تحريم الغرر هو ثاني الأصول الكبرى للمعاوضات المالية بعد تحريم الربا. والتمييز بين الغرر اليسير والغرر الكثير لا ينافي قاعدة "ما حَرُم كثيره فقليله حرام" التي سبق عرضها، لأنَّ الغرر اليسير لا يقع إلا تبعاً لعقد مشروع، وما كان كذلك فهو مغتفر عملاً بقاعدة "يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً". بخلاف ما لو تمحض الغرر بعقد قائم بذاته، كالتأمين التجاري، فهذا العقد محرم سواء كان قليلاً أو كثيراً، وسواء انضم العقد إلى عقد آخر أو لا. ولكي يتضح وجه التبعية في الغرر اليسير نحتاج أن نميز صور الغرر وأنواعه.

وأوضح صور الغرر هي القمار أو الميسر المتفق على تحريمه شرعاً. والفقهاء لا يختلفون على حقيقة القمار: وهي أن تؤول المعاملة إلى ربح أحد الطرفين وخسارة الآخر ولا بد، كما في اليانصيب ونحوه. فهذه المعاملات تنتهي إلى ربح أحد الطرفين

(1) المغني، ج6 ص30.

وخسارة الآخر. فيقول الخاسر للرابح: قمرتني[1].

وهذا وصف موضوعي لحقيقة القمار، لا علاقة له بعلم الأطراف أو نواياهم حين إبرام العقد. فالقمار حقيقة موضوعية مستقلة، حيثما وجدت فالمعاملة قمار محرم. ويؤكد هذا اتفاق الفقهاء أن القمار لا يختص باللهو، كما ظن بعض المعاصرين، بل يوجد في المعاوضات المالية بمختلف أنواعها. وإذا كان القمار حقيقة موضوعية، فتحريمه حال اللهو يقتضي تحريمه حال الجد من باب أولى.

وإذا اتضحت حقيقة القمار، فمن السهولة التمييز بين الغرر الفاحش والغرر اليسير. فإذا كانت المعاوضة أقرب إلى حقيقة القمار من حقيقة البيع، دخلت في حيز الغرر الفاحش. أما إذا كانت أقرب إلى حقيقة البيع من حقيقة القمار فهي في حيز الغرر اليسير.

والأصل أنَّ البيع يحقق مصالح الطرفين، فهذا هو البيع المشروع، وهو البيع المبرور الذي أثنى عليه النَّبيّ صلّى الله عليه وسلّم. ولا يكون البيع مبروراً إلا إذا حقق مصلحة الطرفين. أما إذا كان يحقق مصلحة أحدهما على حساب الآخر فلا يمكن أن يكون مبروراً.

وإذا كان هذا هو الأصل في البيع، فإنَّ البيع قد يعرض له ما يمنع من تحقيق مصلحة الطرفين. فالمشتري مثلاً قد لا يجد المبيع مفيداً له، بالرَّغم من اطلاعه على المبيع عند العقد. فتكون المعاوضة نافعة للبائع وليست نافعة للمشتري، وهذا ناشئ من جهل أحد الطرفين أو كلاهما ببعض جوانب المبيع أو ظروف السوق ونحو ذلك. فإن اكتمال العلم لكل منهما متعذر، بل هناك أشياء كثيرة لا يمكن أن نحيط بها علماً، ولهذا نلجأ إلى العمل بالظنّ الغالب، وهذا هو الأصل الشرعي المعتبر في عامة

(1) راجع: **مدخل إلى أصول التمويل الإسلامي**، ص146-186.

التصرفات[1].

وإذا كان التعاقد مبنياً على الظنِّ الغالب، فلا يمكن أن تنفك المعاوضة عن احتمال تضرر أحد الطرفين مقابل انتفاع الآخر. لكن الغالب المقصود هو انتفاع الطرفين، وليس انتفاع أحدهما على حساب الآخر. وإذا كان كذلك فإنَّ الحكم بأنَّ المعاوضة تدخل في حيِّز الغَرَر الكثير أو اليسير، مبني على النظر في أمرين:

1. الغالب على المعاملة. فإن كان احتمال انتفاع أحد الطرفين على حساب الآخر كثيراً أو غالباً، فالمعاملة من الغرر الفاحش، لأنها حينئذ أقرب إلى حقيقة القمار الذي هو أوضح صور الغرر، فتحرم حينئذ أصالة. أمّا إن كان الاحتمال الغالب هو انتفاع الطرفين، انتقلنا إلى الخطوة التالية.
2. مقدار الانتفاع في الحالين. فإن كان كلٌّ من الطرفين لو خُيّر، اختار الانتفاع المشترك، علمنا أنَّ مصلحة كلٍ منهما في البيع المبرور النافع. أما إذا كان أحدهما يفضل الانتفاع المنفرد على الانتفاع المشترك، فهذا ينافي أن يكون المقصود من المعاملة هو البيع النافع، فتحرم المعاملة حينئذ سداً للذريعة، لأن تعارض مصالح الطرفين يعطي الحافز لأحدهما لكي يسعى إلى تغيير نتيجة العقد ليحصل على الربح الأعلى، فيكون الغالب حينئذٍ هو خسارة الطرف الآخر.

وهذا الشرط يضمن أن مقدار الخسارة على الطرف الثاني لو وقعت قليل، بينما الشرط الأول يضمن أن احتمال وقوع الخسارة قليل. ومجموع هذين الشرطين يضمن أن حالة الانتفاع المنفرد من القليل أو اليسير المغتفر، لا من حيث احتمال الوقوع، ولا من حيث مقدار الخسارة لو وقعت.

(1) كما قرره العز بن عبد السلام في **القواعد الكبرى**، ج1 ص6 وما بعدها.

بيع العربون.

مثال ذلك بيع العربون الذي منعه جمهور الفقهاء؛ لأنَّهم يرونه من الغرَر الفاحش وأكل المال بالباطل، وأجازه الإمام أحمد وعدد من فقهاء السلف[1]. وإذا تأمَّلنا في العقد وجدنا أنَّ البيع له احتمالان:

1. احتمال الإتمام، وفي هذه الحالة تتحقق مصلحة الطرفين.
2. احتمال الإلغاء، وفي هذه الحالة ينتفع البائع ويخسر المشتري قيمة العربون.

وفي ضوء المناقشة السابقة يمكن تحديد متى يكون بيع العربون من الغرر الفاحش ومتى يكون من الغرر اليسير. فننظر أولاً إلى احتمال إتمام البيع، ثم ننظر إلى مقدار الانتفاع حال الاشتراك وحال الانفراد. فإن كان الغالب على الظن لدى المشتري هو إتمام البيع، انتفى المحذور من هذه الجهة.

وحينئذ ننتقل إلى الجانب الآخر: فالمنتفع في الحالين، حال الإتمام وحال الإلغاء هو البائع. فنحتاج لمقارنة انتفاعه حال الإتمام بانتفاعه حال الإلغاء. فإن كان مقدار انتفاعه حال الإتمام أكبر من مقدار انتفاعه حال الإلغاء (أو لا يقل عنه)، خرجت المعاملة من حيِّز الغرر الفاحش. وهذا يقتضي أن يكون مقدار العربون الذي يحصل عليه البائع حال الإلغاء أقل من هامش الربح حال الإتمام. ففي هذه الحالة تكون مصلحة البائع هي إتمام البيع وليس إلغاءه، أو على الأقل ليس له مصلحة في الإلغاء، وبهذا تتوافق مصلحة الطرفين. أمّا إذا كان مقدار العربون أكبر من هامش الربح، فسيكون من مصلحة البائع إلغاء البيع، بينما مصلحة المشتري هي إتمامه لكي لا يخسر العربون، وليس إلغاءه. وتعارض المصالح هذا ينافي مقصود البيع المشروع، وهو ذريعة لتغيير نتيجة العقد لتكون في صالح البائع ومن ثم على حساب المشتري، فيؤول

(1) **الغرر وأثره في العقود**، الصديق الضرير، ص100 وما بعدها.

العقد حينئذ إلى أكل المال بالباطل.

واشتراط أن يكون مقدار العربون أقلَّ من هامش الربح يضمن أن يكون مقدار خسارة المشتري لو تم الإلغاء قليلاً، بينما اشتراط أن يكون الغالب على الظن هو الإتمام يضمن غلبة حصول الإتمام. وبهذين الشرطين يصبح الغرر يسيراً، لا من حيث الاحتمال، ولا من حيث المقدار.

وبهذا تجتمع أقوال العلماء: فبيع العربون يدخل في الغرر الفاحش إذا لم يكن الغالب على الظن الإتمام، أو كانت مصلحة البائع في الإلغاء أكبر من مصلحته حال الإتمام. أما إذا كان الغالب على الظن هو الإتمام، وكانت مصلحة كلٍ من الطرفين حال الإتمام أكبر من مصلحة أيٍ منهما حال الإلغاء (أو لا تقل عنها على أسوأ تقدير)، فلا تدخل في الغرر الفاحش بل تُصنف ضمن الغرر اليسير.

ويتضح من خلال هذه المناقشة أن الغرر اليسير تابع لعقد البيع المشروع: فهو ليس عقداً مستقلاً ينضم لعقد آخر، بل هو أحد الاحتمالات التي يؤول إليها عقد البيع. فهو من هذا الوجه تابع لعقد البيع، كما كان القرض تابعاً لعقد البيع مع خيار الشرط. أما لو كان مستقلاً فلا يجدي انضمامه إلى عقد آخر، كما لو أبرم عقد تأمين تجاري مع عقد بيع. فعقد التأمين التجاري محرّم أصالة، ولا يجعله انضمامه لعقد البيع تابعاً ولا مرجوحاً أياً كان مقدار البيع. أما ما نحن بصدده، فهو عقد بيع قد يؤول إلى غرر وأكل المال بالباطل، وقد يؤول إلى بيع مبرور. فإذا كان الغالب على الظنِّ ومقصود الطرفين هو البيع المبرور، فلا حرج من وجود احتمال أكل المال بالباطل؛ لأنَّ المعاملات لا تنفك عن جهالة ومخاطرة قد تضر بأحد الطرفين، ولأنّه أمر يسير لا من حيث الاحتمال ولا من حيث المقدار.

ويشير إلى ذلك قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم

بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ (النساء، 29). فإنَّ الآية تنهى عن أكل المال بالباطل، وهذا محرم تحريم مقاصد وليس تحريم وسائل. ثمّ تستثني الآية ما كان من باب التجارة، وهذا إنَّما يقع إذا كان أكل المال بالباطل يقع تبعاً ونادراً، وليس قصداً ولا أصالة. فما كان كذلك فهو مغتفر لصعوبة التحرز منه، ولكونه يسيراً، ولحاجة الناس إلى الغالب المقصود من التجارة وهو البيع النافع المبرور[1].

خلاصة.

خلاصة المثالين السابقين ما يلي:

1. العقد المحرم أصالة لا يجوز إلاّ في حالة الضرورة وما في حكمها، ولا تكفي الحاجة لاستباحته، ولا يفيد تقييده بنسبة أو مقدار مُعَيَّن، ولا اجتماعه مع عقد مشروع.
2. العقد المشروع أصالة قد يؤول إلى نتيجة تُعدّ محرمة لو استقلت بالمعاوضة، كما في اجتماع القرض مع البيع، وكما في الغرر اليسير. فالأوَّل قد يؤول إلى قرض مع منفعة، الثاني إلى أكل المال بالباطل. لكن هذا المآل عارِض لعقد مشروع أصالة، وليس بعقد مستقل.
3. هذه النتيجة المحرمة إذا وقعت عَرَضاً لعقد مشروع، تُغتفر إذا استوفت شرطين:

(أ) أن يكون الاحتمال الغالب هو حصول النتيجة المشروعة للعقد المشروع وليس النتيجة المحرمة.

(ب) أن يكون مقصود الطرفين ومصلحتهما في حصول النتيجة المشروعة وليس المحرمة. فإذا كان الغالب المقصود هو المآل المشروع، اغتُفر المآل المحرم لأنّه في هذه الحالة تابع، ويجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً. والله أعلم.

(1) قارن **تفسير المنار**، رشيد رضا، ج5 ص42، **الغرر وأثره في العقود**، ص55-56.

خاتمة

كلّما تمعّن الباحث في أصول الشريعة المطهّرة وأبحر في أعماقها، تجلّت له عظمتُها وحكمتها وكمالها. ومن أصول الشريعة الكبرى: سدّ الذّرائع، وهو مما اتفق عليه العلماء، وإن اختلفوا في الفروع والتفاصيل. وهو أصل يجسد حكمة التشريع في ربط الأسباب بنتائجها، ويُربّي المسلمَ على بُعد النظر وتقدير العواقب وحسن التخطيط.

وسدّ الذّرائع مبني على السّنن الكونية والاجتماعية في ترتب النتائج على أسبابها ومقدماتها. وهذا ميدان خصب للدراسات المعاصرة خاصة في مجال الاقتصاد الإسلامي، ولم يلق ما يستحقه للأسف من قبل المختصين، مع أنّه من أهم مقومات علم الاقتصاد الإسلامي.

وتَبيّن من الفصول الماضية أنَّ سدّ الذّرائع مستقلٌ عن نيّة المكلف وظنِّه وإرادته، وهذا يستلزم أنَّ المحرمات الشرعية لها حقائق موضوعية تُعرف بمعايير محددة، فحيثما وُجدت وُجدَ الحكم، سواء نوى ذلك المكلف أو لم ينوه. فالنِّيّة تؤثر من حيث الإثم والمؤاخذة لا من حيث أصل التحريم. وللأسف فإنَّ المعايير الموضوعية للعقود لم تلق العناية الكافية من الباحثين.

وتطبيق سدّ الذّرائع يتطلب جملة من القواعد التي تضبط تنزيله على الأحكام التفصيلية. منها:

- الاستكثار من المكروه ذريعة إلى المحرم.
- اللَّغو في المعاوضات ذريعة إلى المحذور.
- ما حَرُم كثيره فقليله حرام.

- ما حَرُم سداً للذريعة جاز للمصلحة الراجحة.
- يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً.

وتمَّ تطبيق هذه القواعد على نوعين من المعاملات: أحدهما يتعلق بالرّبا، وهو الجمع بين بيع وسلف. الثاني يتعلّق بالغرر، وهو التمييز بين الغرر اليسير والكثير. ومن خلال المناقشة التفصيلية يتبين متى تُمنع المعاملة ومتى لا تمنع، وفي حال المنع متى يكون المنع أصالة أو سداً للذريعة، ومتى تكون المقاصد معتبرة ومتى لا تكون، وما هو معيار معرفة مقاصد الطرفين. وهي تفاصيل دقيقة تتطلب العناية في الربط بين القواعد وبين الأحكام.

وقد كانت هذه الورقة محاولة لدراسة هذه الجوانب وتسليط الضوء على تطبيقاتها في مجال المعاملات. والله المسؤول أن يقبل هذا العمل وأن يتجاوز عما فيه من الزلل.

المصادر

الأبحاث

السويلم، سامي "صناعة الهندسة المالية: نظرات في المنهج الإسلامي"، بحث قدم إلى مؤتمر الصناعة المالية الإسلامية، الإسكندرية، 2000م.

السويلم، سامي، "قواعد الغلبة والتبعية في المعاملات المالية"، **مجمع الفقه الإسلامي**، الدورة العشرون، 20، 1433ه، 2012م.

النفيسة، صالح "قاعدة سدّ الذّرائع بين الإعمال والإهمال"، **مجلة العدل**، ع 16، شوال، 1423ه، ص1-29.

الندوي، علي، "قواعد التبعية ومدى أثرها في العقود المالية"، **دراسات اقتصادية إسلامية**، م14، ذو الحجة 1428ه، 2007م، ص1-61.

الكتب

ابن حنبل: حياته وعصره، آراؤه وفقهه، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، د.ت.

الاحتياط: حقيقته وحجيته وأحكامه وضوابطه، إلياس بلكا، مؤسسة الرسالة، 1424ه، 2003م.

أحكام القرآن، محمد بن عبد الله بن العربي، ت علي محمد البجاوي، دار المعرفة، 1392ه، 1972م.

أدب المفتي والمستفتي، عثمان بن الصلاح، تحقيق موفق بن عبد الله بن عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، 1407ه، 1986م.

الأشباه والنظائر، عبد الوهاب بن علي السبكي، ت عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، ١٤١١ه، ١٩٩١م.

اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، عبد الرحمن بن معمر السنوسي، دار ابن الجوزي، 1424ه.

إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن القيم، ت مشهور بن حسن سلمان، دار ابن الجوزي، 1423ه.

أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات، عبد الله بن المحفوظ بن بيّه، دار المنهاج، 1427ه، 2007م.

الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرداوي، ت، محمد الفقي، دار إحياء التراث العربي، 1376ه، 1956م.

بدائع الفوائد، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، ت علي العمران، دار عالم الفوائد، 1424ه.

بيان الدليل في بطلان التحليل، تقي الدين أحمد بن تيمية، ت حمدي السلفي، المكتب الإسلامي، 1418ه، 1998م.

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي عن طبعة بولاق، 1314ه.

تحفة المنهاج شرح المنهاج، شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، دار إحياء التراث العربي، د. ت.

التطبيقات المعاصرة لسدّ الذّرائع، يوسف عبد الرحمن الفرت، دار الفكر العربي، 1423ه، 2003م.

تفسير المنار، محمد رشيد رضا، دار المعرفة، ١٣٩٣ه، ١٩٧٣م.

تفسير آيات أشكلت، تقي الدين أحمد بن تيمية، ت عبد العزيز الخليفة، مكتبة الرشد، 1415ه.

تهذيب سنن أبي داود، بحاشية مختصر المنذري ومعالم السنن للخطابي، شمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، ت أحمد شاكر ومحمد الفقي، دار الباز، 1400ه، 1980م.

تيسير العلام شرح عمدة الأحكام، عبد الله بن عبدالرحمن البسام، ت محمد صبحي حلاق، مكتبة الصحابة، 1426ه، 2006م.

جامع العلوم والحكم، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، ت شعيب الأرناؤوط وإبراهيم باجس، الرسالة، 1419ه، 1999م.

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، دار الفكر، د. ت.

الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ت محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، 1994م.

سدّ الذّرائع في السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، دار المكتبي، 1419ه، 1999م.

ربح ما لم يُضمن: دراسة تأصيلية تطبيقية، مساعد بن عبد الله الحقيل، بنك البلاد، نشر دار الميمان، ١٤٣٢ه، ٢٠١١م.

سدّ الذّرائع عند ابن تيمية، إبراهيم المهنا، دار الفضيلة، 1424ه، 2004م.

سدّ الذّرائع في الشريعة الإسلامية، محمد هشام البرهاني، مطبعة الريحاني، 1406ه، 1985م.

شرح الخرشي على مختصر الخليل، محمد عبد الله الخرشي، دار صادر، د. ت.

شرح صحيح مسلم، يحيى بن شرف النووي، المطبعة المصرية ومكتبتها، د.ت.

طلبة الطلبة، نجم الدين حفص بن عمر النسفي، ت خالد العك، دار النفائس، 1416ه، 1995م.

عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، عبد الله بن نجم بن شاس، ت محمد أبو الأجفان وعبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، 1415ه، 1995م.

العقود المالية المركبة: دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، عبدالله العمراني، دار كنوز إشبيليا، 1431ه.

الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، الصديق محمد الأمين الضرير، دلة البركة، 1416ه، 1995م.

فتاوى السبكي، علي بن عبد الكافي السبكي، دار المعرفة، د.ت.

فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المكتبة السلفية، ط1، د. ت.

الفتح الرباني، محمد بن علي الشوكاني، ت محمد صبحي حلاق، مكتبة الجيل الجديد، 1423ه، 2003م.

الفروع، شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، ت عبد اللطيف السبكي، عالم الكتب، 1379ه، 1960م.

الفروق، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، دار المعرفة، د. ت.

فيض الباري على صحيح البخاري، محمد أنور الكشميري، دار المعرفة، د.ت.

قاعدة ما حرم سدا للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة، قطب الريسوني، دار الكلمة للتوزيع والنشر، 2013م.

قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، نزيه حماد، دار القلم، 1421ه، 2001م.

قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي، سامي بن إبراهيم السويلم، دار كنوز إشبيليا، 1430ه، 2009م.

القواعد الكبرى، عبد العزيز بن عبد السلام، ت نزيه حماد وعثمان ضميرية، دار القلم، 1421ه، 2001م.

القواعد النورانية الفقهية، أحمد بن تيمية، ت أحمد الخليل، دار ابن الجوزي، 1422ه.

قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية، مصطفى بن كرامة الله مخدوم، دار إشبيليا، 1420ه، 1999م.

القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية، عبد السلام الحصين، دار التأصيل، 1422ه، 2002م.

كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، 1429ه، 2008م.

مالك: حياته وعصره، آراؤه وفقهه، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، 1952م.

مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، 1415ه، 1995م.

مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الطبعة السعودية.

المحلّى، علي بن أحمد بن حزم، ت لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، د. ت.

مدخل إلى أصول التمويل الإسلامي، سامي بن إبراهيم السويلم، مركز نماء للبحوث والدراسات، 1434ه، 2013م.

مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه، رواية إسحاق بن منصور، ت صالح المزيد، مطبعة المدني، 1415ه، 1995م.

مسائل الإمام أحمد، رواية ابنه صالح، ت طارق عوض الله، دار الوطن، 1420ه، 1999م.

مسائل الإمام أحمد، رواية ابنه عبد الله، ت علي سليمان المهنا، مكتبة الدار، 1406ه، 1986م.

المصنف، عبد الرزاق بن همام الصنعاني، ت حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، 1403ه، 1983م.

المعاملات المالية المعاصرة وأثر نظرية الذّرائع في تطبيقاتها، أختر زيتي بنت عبد العزيز، دار الفكر، 2008م.

معلمة زايد للقواعد الفقهية، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان الخيرية ومجمع الفقه الإسلامي، النسخة الإلكترونية، 1434ه، 2013م.

المغني، موفق الدين عبد الله بن قدامة، ت. عبد الله التركي، وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، 1417ه، 1997م.

المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم، أحمد بن عمر القرطبي، ت محيي الدين مستو وزملاؤه، دار ابن كثير، 1417ه، 1997م.

المنفعة في القرض، عبد الله العمراني، دار ابن الجوزي، 1424ه.

الموافقات في أصول الشريعة، إبراهيم بن موسى الشاطبي، ت مشهور بن حسن سلمان، دار ابن عفان، 1417ه، 1997م.

نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي الشوكاني، ت عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، 1413 هـ - 1993م.

العقود الذّكيّة

الدكتور العياشي الصادق فداد
كبير الباحثين في المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
البنك الإسلامي للتنمية

مجلّة السلام للاقتصاد الإسلامي، العدد (1) ديسمبر 2020

العقود الذكية

الدكتور العياشي الصادق فداد
كبير الباحثين في المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
البنك الإسلامي للتنمية

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

مقدّمة

عَقد مجمع الفقه الإسلامي الدولي ندوة حول العملات الإلكترونية في جدة خلال الفترة من 10-12 المحرم 1441 هـ الموافق 9-11 سبتمبر 2019م، درس من خلالها الإشكالات الشرعية لإصدار العملات الرقمية المَشَفَّرَة وحكم تداولها وتحدياتها ومخاطرها، واستكمالا لمحور تطبيق التقانة في المالية الإسلامية عموما (FinTech) ومنها المعاملات والعقود التي تجرى عبر الشبكة العنكبوتية وخاصة من خلال تطبيقات التقانة الحديثة وعلى رأسها سلسلة الكتل Blockchain واستكمالا لمسار البحث والمناقشة في تطبيقات التقانة المالية الإسلامية سيتم تناول بحث ومناقشة العقود الذكية (Smart Contract).

وسيتم التركيز في البحث على تناول القضايا الأساسية دون التعرض لحواشي الموضوع والمسائل الفرعية الكثيرة إلا فيما فيه تجلية لبعض الموضوعات الرئيسة. ويمكن تناول الموضوع من خلال العناصر التالية:

1. تعريف العقود الذكية وأركانها وشروطها وطريقة إجرائها.
2. تعريف البلوك تشين وعلاقتها بالعقود الذكية.

3. العملات الرقمية وعلاقتها بالعقود الذكية.

4. تطبيقات العقود الذكية في التمويل الجماعي (Crowd funding) على الأنترنت.

5. المسؤولية القانونية والقضايا القانونية والشرعية (مثلا العيوب) المترتبة على العقود الذكية.

6. الإقالة وتجنب المنازعات في العقود الذكية.

7. العقود الذكية وعقود التنفيذ الذاتي في الفقه الإسلامي (بيوع التعاطي، وبيع الاستجرار وغيرها).

8. هل من رؤية مقاصدية للعقود الذكية.

9. الحكم الشرعي للعقود الذكية ومستنده من النصوص والأصول.

وسأحاول في هذه الورقات المعدودات التعرض لمجمل المسائل السابقة بشكل موجز متسلسلة دون تقسيمها إلى فصول أو مباحث؛ مع إيراد بعض المسائل تحت عنوان واحد لوحدة الموضوع. كما أنني سأركز على القضايا الأساسية التي تؤدي إلى وضع تصور واضح للحكم الشرعي على هذه العقود، وربما لاحقا العودة لمناقشة تطبيقات هذه العقود في بحث مفصل لكلّ قضية بشكل منفرد.

سائلا المولى -عز وجل- التوفيق والسداد. شاكرا لأمانة مجلة السلام الموقّرة على تكرّمها بنشر البحث تعميما للفائدة وإثراء للمستجدات الفقه المعاصر ونوازله.

العقود الذكية

التعريف، الأركان، الشروط، الاجراءات

العقود الذكية (Smart Contracts)

والعقود الإلكترونية (Electronic contracts)

العقود الذكية: مصطلح لما هو معروف باللغة الإنجليزية Smart Contracts وكلمة Smart تعني الذكاء أو الذكي، وبشيوع تطبيقات التقانة وأدواتها ومنتجاتها في حياتنا المعاصرة، فقد صارت تضاف كلمة الذكي لكل ما يتسم بتطبيق التقنية الحديثة. حتى الحياة في ظل هذه التطبيقات وصمت بالحياة الذكية (Smart life).

ووصف الذكاء لهذه العقود لكونها ذاتية التنفيذ لا تحتاج إلى وسيط في الغالب كما هو في العقود التقليدية، كما أنّه لا وجود فعلي (حسي) للمتعاقدين في مجلس العقد، حيث إن التقنية تعوض وجودهما من خلال تمثيلهم بواسطة أساليب وادوات الرقمنة والبرمجيات.

ويحسن –في البداية– التفريق بين مفهوم العقود الذكية (Smart Contracts)، والعقود الإلكترونية Electronic contracts لشدَّة الالتباس بينهما.

فالعقود الإلكترونية.

هي: العقود التي تَتِمُّ عبر الأجهزة الإلكترونية الحديثة مثل الجوالات، والألواح الإلكترونية، والحواسيب، وغيرها من خلال الشبكة العنكبوتية (الأنترنت) بوسائل التواصل المختلفة: بالصورة، أو الصوت، أو المخاطبة الالكترونية (الرسائل) عبر البريد الإلكتروني.

والعقود الالكترونية هي بهذا أشمل نطاقا من العقود الذكية التي ينبغي أن

تتوافر فيها إجراءات وشروط معينة كما سيرد لاحقا. ولهذا فإن العقود الإلكترونية خارج محل البحث ويقتصر البحث فقط على العقود الذكية بالمعنى الوارد في البحث. ومما يجدر الإشارة إليه هو أن العقود الإلكترونية بهذا المعنى داخلة في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 52 (3/ 6) بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، في دورة مؤتمره السادس بجدة 1410هـ/ 1990م. حيث جاء فيه: [نظراً إلى التطور الكبير الذي حصل في وسائل الاتصال وجريان العمل بها في إبرام العقود لسرعة إنجاز المعاملات المالية والتصرفات، وباستحضار ما تعرّض له الفقهاء بشأن إبرام العقود بالخطاب وبالكتابة وبالإشارة وبالرسول، وما تقرر من أن التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتحاد المجلس –عدا الوصية والإيصاء والوكالة– وتطابق الإيجاب والقبول، وعدم صدور ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن التعاقد، والموالاة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف.

قرَّر ما يلي:

أوّلاً: إذا تمَّ التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول)، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب)، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجَّه إليه وقبوله.

ثانياً: إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة.

ثالثاً: إذا أصدر العارض، بهذه الوسائل، إيجاباً محدّد المدّة يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه.

رابعاً: إنَّ القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

خامساً: ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات.

وكذلك تناولتها المعايير الشرعية وبخاصة المعيار الشرعي رقم 38 بشأن التعاملات المالية بالأنترنت حيث نص البند رقم 2/ 2 على ما يلي: "يجوز إبرام العقود المالية بواسطة الإنترنت، وتخضع العقود التي تبرمها المؤسسات مع عملائها عن طريق الإنترنت للقواعد العامة للمعاملات المالية في الشريعة الإسلامية، مثل فتح الحسابات، أو إجراء الحوالات، أو العقود التجارية ونحوها".

العقود الذكية.

نظراً لأنّ موضوع العقود الذّكيّة يتّسم بالحداثة نسبيا، فإنّ الباحث في تحديد مفهوم العقد ووضع تعريف له سيجد في المواقع المتخصصة العديد من التصورات والتعريفات، سنذكر بعضها منها، ونحاول استخلاص العناصر الأساسية لهذه العقود ومكوناتها من تلك المفاهيم.

عرّفها موقع Investopedia بأنّها: "عقود ذاتية التنفيذ تبنى وتبرمج في إطار شبكة توزيع لا مركزية (البلوكتشين)[1] تنظم شروطها وأحكامها العلاقة بين البائع والمشتري (قد لا يعرف أحدهما الآخر) دون الحاجة لوجود سلطة مركزية (طرف

(1) سلسلة الكتل "BlockChain" هي تقنية تعمل على هيئة نظام سجل إلكتروني لمعالجة الصفقات وتدوينها بما يتيح لكل الأطراف تتبع المعلومات (سجل للبيانات) عبر شبكة آمنة لا تستدعي التحقق من طرف ثالث. وقد أطلق المصطلح أساسا على عمليات إنتاج الكتل المتتالية في عملة بتكوين الافتراضية التي يتم تعدينها (التنقيب عنها) بطريقة تسلسلية. انظر:
https://arabic.arabianbusiness.com/technology/2016/oct/18/424088,
https://ar.cryptonews.com/guides/what-is-blockchain.htm

ثالث)، فهي قادرة على توفير الثقة (لكونها غير قابلة للتراجع) في قيام الطرفين بتنفيذ المعاملات وفقاً لشروط وأحكام التعاقد"[1].

وعرِّفَت أيضا بأنَّها: "عقد يجمع طرفين أو أكثر، يمكن برمجته الكترونيا وتنفيذ بنوده بشكل تلقائي بمجرد تحقق أحداث معينة أو شروط محددة مسبقا"[2].

وعرِّفَت كذلك بأنّها: العقد الذي يدون باستخدام الرموز المَشَفَّرَة، حيث يمكن تفعيل الالتزامات بموجب الاتفاق وتنفيذها بصورة آلية[3].

والعقود الذكية (وتسمى أيضا العقود ذاتية التنفيذ) بهذا المعنى تعتبر عقدا بين طرفين أو أكثر ذاتي التنفيذ من خلال البروتوكول المبني أساسا على رموز رياضية تسمى الخوارزميات، وتتضمن كافة المعلومات حول حقوق وواجبات الأطراف، وتنفيذ جميع بنود العقد، وتعتمد على تقنية سلسلة الكتل (Blockchain)، وتقوم تلك البرمجيات بتقييم بنود أو شروط العقد، وفي حال توافق أو تحقق أي منها يتم إرسال تقرير دوري إلى كل من المنظمين للتحقق من مصداقية البيانات. وبمجرد تحقق البنود أو الشروط، فسيتم التنفيذ التلقائي لعملية معينة. وترسل تقارير محدثة إلى كل من المنظمين والمدققين من أجل التحقق من مصداقية البيانات الجديدة[4].

ويمكن تنفيذ العقود الذكية بأي عملة مشفرة Cryptocurrencies، أو حتى الاتفاق على عملة مُرَمَّزَة (Tokens). وتعتبر عملة الإثيريوم (Ethereum) هي أكثر استخداما في تطبيق العقود الذكية، وهي ليست مجرد عملة وإنما منصة متكاملة ذات

(1) انظر موقع: https://sa.investing.com/analysis/article-200227791.

(2) أحمد خالد البلوشي، مقدمة عن العقود الذكية، ورقة مقدمة لندوة البركة، 1440ه/ 2019م، ص5. نقلا عن ورقة Blockchain a catalyst for new approaches in insurance مقدمة من مؤسسة PWC.

(3) انظر موقع: https://bit-chain.com/2018/03/14/ .

(4) المرجع السابق.

خصائص معينة لا تتوافر في غيرها لذلك أصبحت المنصة الأكثر شهرة للتعامل مع العقود الذكية.

ويلاحظ بأنَّ العقود الذكية تتم من خلال البروتوكول الذي يتضمن كافة الشروط والأحداث المتعلقة بالعقد، ينفذ بدون واسطة، ويقوم على فكرة الند-للند (إذا حدث كذا-فيعمل كذا)، وهذه العملية سيتم مشاهدتها والاشهاد عليها من قبل آلاف من المستخدمين لهذه المنصات.

وتختلف تطبيقات ومنصات العقود وفق نظام تقنية سلسلة الكتل (Blockchain)، المختار. ومن أهم تلك الأنواع من التطبيقات نشير إلى بعضها وهي[1]:

الأول: خاص: تستخدمه الشركات والمؤسسات لتطبيقاتها المختلفة مثل ما يستخدم لتوزيع أرباح الشركات، وعمليات شركات التأمين وغيرها. وتمنح الشركة الاذن والترخيص لمنسوبيها لاستخدام الشبكة، وفي هذه الحالة ستكون الجهات والأطراف التي تقوم بعمليات الشركة ومنها إجراء العقود الذكية معروفة الهوية.

الثاني: عام: مفتوح حيث يمكن لأيّ شخص الانضمام لشبكة العقد، مثل: التعامل بعملة البيت كوين (Bitcoin).

الثالث: نوع بين المفتوح والخاص (ليس مفتوحا بإطلاق، ولا خاصا).

وسيتمُّ التركيز في البحث على النوعين الأول والثاني دون الثالث؛ لعدم شهرته في التطبيقات العملية.

(1) انظر: معتز أبو جيب، أشرف هاشم، أنواع العملات الرقمية المشفرة، بحث مقدم لندوة مجمع الفقه الإسلامي الدول بشأن "العملات الإلكترونية"، سبتمبر، 2019م، ص3.
وانظر كذلك: https: //ar.cryptonews.com/guides/what-is-blockchain.htm

مكوّنات العقود الذكية.

بناء على ما سبق بيانه في المفهوم، فإن مكونات العقد الذكي يمكن وصفها وتحديدها بما يلي[1]:

1. **أطراف العقد**: وهم الراغبون في تنفيذ العقد لتحقيق آثاره وجني ثماره وفق شروط معينة، وهم مجهولو الهوية[2] في حال كانت سلسلة الكتل من النوع المفتوح، وحتى في إطار هذه التقنية فقد أكد بعض التقنيين على أنّه يمكن العلم بهوية الأطراف بالتعقب والتتبع[3]. بمعنى أنَّ العلم قد يقع لاحقا للعقد عند حصول خلل من خلال البحث والتحري.
2. **محلّ "موضوع" العقد**: وهو ما يقوم به البرنامج بحيث يتمكن من تقييد كافة الأمور المتعلقة بالمحل للتعامل معها تقنيا.
3. التوقيعات الرقمية "الالكترونية": حيث يتاح لكافة المشاركين الدخول في الاتفاق عن طريق توقيع العقد عبر المفاتيح الخاصة لكل طرف.
4. **شروط العقد**: وتمثل سلسلة دقيقة من العمليات، التي يجب على جميع المشاركين التوقيع عليها لإبداء الرضا والموافقة عليها.
5. نظام تقني (منصة) يقوم على اللامركزية: ويتم نشر العقد الذكي في البلوكشين وإتاحته بين عقود المنصة.

---

(1) انظر المقال: ماهي وكيف تعمل العقود الذكية في موقع:
https: //www.cryptoarabe.com/2019/02/08

(2) انظر: المقالان: تعرف على العقود الذكية وطريقة عملها، في موقع:
https: //arab-btc.net/smart-contracts، دليل حول العقود الذكية.
https: //www.tokenspoken.com/ar/guides-ar/blockchain-guide-ar

(3) عرض د.هلال حسين حول العملات المشفرة، في ندوة العملات الالكترونية، التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة، 9-10 سبتمبر 2019م.

إجراءات تنفيذ العقود الإلكترونية.

تتّسم هذه الإجراءات بنوع من التعقيد، لكن يمكن تلخيصها وبيانها بشكل مبسط كما يلي[1]:

1. إنشاء عقد ذكي من خلال تحديد مجموعة من الشروط والأحداث وفق إرادة الأطراف، وبرمجتها في بروتوكول، وعند تحققها يتم تنفيذ العقد تلقائيا. وتشمل تلك الشروط:

   أ)- تحديد محل العقد، والسعر، والجهات ذات الصلة، وغيرها من البيانات.

   ب)- تحديد الأطراف ذات العلاقة بالعملية مع البيانات المالية وغيرها.

2. يقوم البرنامج بالتحقق من الشروط، فإذا تحققت نُفذ العقد تلقائيا دون الحاجة إلى تدخل وسيط، وفي حال عدم تحقق أي شرط ينتهي العقد ولا ينفذ.

لمحة تاريخية عن العقود الذكية.

أوّل من عرض فكرة "العقود الذكية" عالم الكمبيوتر المتخصص في التشفير Nick Szabo عام 1994م قبل ظهور تقنية البلوكتشين بسنوات. وقد قام آنذاك ببرمجة "مجموعة من الوعود "في شكل رقمي، بما في ذلك البروتوكولات التي تضم وعود الأطراف المختلفة، وبقيت تلك المبادرة مجرد فكرة لعدم وجود تقنية متطورة مثل البلوكتشين التي يمكن أن تعمل عن طريقها.

وفي سنة 2008م ظهرت أوّل عملة رقمية، "البيت كوين"، إضافة إلى تطوّر

(1) أحمد البلوشي، مقدمة عن العقود الذكية، ورقة مقدمة لندوة البركة 39. وكذلك انظر موقع:
https://ar.cointelegraph.com/ethereum-for-beginners/what-are-smart-contracts-guide-for-beginners
وسيتم تناولها بشكل عام دون التفرقة بين المنصات العامة المفتوحة وبين الخاصة.

تقنية البلوكتشين التي كانت الأساس لعمليات البيت كوين، ثمّ تطورت تطبيقات البلوكتشين وخاصة مع منصة الايثريوم التي تم توظيفها في استحداث أشكال مختلفة من العقود الذكية، والتي أضحت أكثر انتشارا منذ 2013م، باستخدام بروتوكول قائم على لغة برمجية مختلفة عن لغة البيتكوين، وبموجب هذا البروتوكول يمكن للمطورين إنشاء "عقود ذكية" حسب احتياجاتهم، الأمر الذي أكسب سلسلة الكتلة ميزة إضافية. ومن خلال إتاحة المجال للمطورين لإنشاء العقود الذكية أصبح بالإمكان القيام بالعديد من العمليات وحل الكثير من المشاكل والتي لم يكن من الممكن القيام بها منذ ظهور أول عملة رقمية (البيتكوين)[1].

أركان وشروط العقود الذكية.

إذا تجاوزنا الخلاف الفقهي بين الحنفية الذين يرون أنَّ ركن العقد هو الصيغة (الإيجاب والقبول)، وجمهور الفقهاء الذين يضيفون إلى الصيغة: العاقدين، والمعقود عليه (المحل). فإنّه سيتم عرض أركان العقد المتمثلة في: الصيغة، والعاقدين، والمحل وشروطها، ومدى توافرها في العقود الذكية.

إن توافر هذه الأركان بشروطها وضوابطها الشرعية، إضافة إلى إعمال مقاصد العقود ومآلاتها في العقود الذكية هو ما يحدد في تقديري الحكم الشرعي من هذه العقود في المحور الأخير المطلوب بحثه.

تطبيق أركان العقد على العقود الذكية.

سبق أن تمّ تلخيص مكونات العقد الذكي كما يسردها التقنيون، ويمكن إيجازها في ثلاثة مكونات أو أجزاء رئيسة مترابطة ومتكاملة تمثل أسس العقد الذكي

(1) https://arabfolio.com/2018/08/31,

https://sa.investing.com/analysis/article-200227791

أو أركانه التي لا يمكن أن ينفذ إلا بتوافرها وهي[1]:

1. الموقِّعون: ويشكلون بمعنى أو آخر الأطراف (أيا كان عددهم) الذين يستخدمون العقد الذكي، سواء اتفقوا او اختلفوا على الشروط.
2. المحل: أو موضوع الاتفاق (العقد). يكون من ضمن بيئة العقد الذكي، ويمكّن المستخدم من حق الوصول المباشر لهذا المكون دون عوائق.
3. البروتوكول: الذي يتضمن شروطا وبنودًا محددة بأوصافها من خلال برمجتها بواسطة رموز رياضية.

مناقشة مكونات العقد الذكي في ضوء أركان العقد.

1. العقود الذكية من العقود الحديثة المستجدة على واقع النَّاس وحياتهم، وهذه العقود تحكمها القواعد العامة التي تضبط المعاملات المالية الإسلامية ومنها: العرف الذي لا يخالف نصا ولا إجماعا ولا مبدأ من مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية. ومن المعلوم بأن الأحكام الاجتهادية التي لا نص صحيح صريح فيها -وبخاصة في المعاملات- رُوعي فيها تحكيم قواعد الشريعة العامة، مثل: تحقيق العدل في المعاوضات المالية، والإحسان في التعامل، وتحريم الظلم والغش، والتراضي بين المتعاملين، والابتعاد عن الغرر، والتدليس، والغبن، وتحريم الربا، وغيرها من القواعد والضوابط التي تحكم المعاملات.

ويأتي دور العرف بعد ذلك في تشكيل الكثير من صيغ التعامل، وقد أشار شيخ الإسلام ابن تيمية في معرض تحليله لاجتهاد الفقهاء ونظرتهم إلى العقود إلى: أن ٱلأمور التي اعتبرها الشارع في الكتاب والسنة وآثار السلف، مثل: الولي، والإشهاد،

(1) انظر: https://ar.cointelegraph.com/ethereum-for-beginners/what-are-smart-contracts-guide-for-beginners

والصداق في عقد النكاح، والتراضي في عقود المعاوضات حكمتها بينة، أما التزام لفظ مخصوص بها فليس فيه أثر ولا نظر[1]، ثمّ قرّر بأنّ هذه القاعدة الجامعة التي ذكرها، وهي أن العقود تصح بكل ما دل على مقصدها من قول أو فعل، هي التي تدلّ عليها أصول الشريعة. فإنّ الشارع قد اكتفى بالتراضي في البيع وجنس المعاوضات، وبطيب النفس في جنس التبرعات، ولم يشترط لفظا ولا فعلا معينان، يدلان على التراضي وعلى طيب النفس، وهما يُعلمان بطرق متعددة من الأقوال والأفعال. ثمّ ختم بأن صيغ البيع، والإجارة، والهبة ونحوها لم يحد الشارع لها حدا، لا في كتاب ولا سنة، ولا نقل عن أحد من الصحابة والتابعين أنّه عيّن للعقود صفة معينة الألفاظ، أو قال ما يدل على ذلك من أنها لا تنعقد إلا بالصيغ الخاصة، بل قيل إنّ هذا القول ممّا يخالف الإجماع القديم، وأنّه من البدع[2]، "والشرط بين الناس ما عدوه شرطا، كما أنّ البيع بينهم ما عدوه بيعا، والإجارة بينهم ما عدّوه إجارة..."[3].

بل إنّ القرآن الكريم حث المؤمنين على ما كلفهم به وما التزموا به من عقود ومواثيق وعاهدوا الله على أدائها وأشهدوا الخلق على ذلك ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[4]. وقال -صلّى الله عليه وسلّم- فيما يرويه أبو سعيد الخدري: **"إنّما البيع عن تراض"**[5].

وقد انتهج مجمع الفقه الإسلامي في تكييفه لهذه العقود المستجدة على قاعدة

(1) انظر: القواعد النورانية الفقهية، ص 131-132.

(2) انظر: المرجع السابق، ص132-133. مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج29، ص448.

(3) مجموع الفتاوى، ج29، ص448، 447.

(4) سورة المائدة، الآية 1.

(5) رواه ابن حبان في صحيحه، ج2، ص737. البيهقي في سننه الكبرى، ج6، ص29. وسنن ابن ماجة، ج3، ص538. قال الشيخ الألباني صحيح. انظر: إرواء الغليل، ج5، ص125، صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته، لجلال الدين السيوطي، رقم 2323.

الإباحة الأصلية ثم تحكيم القواعد والمبادئ العامة للمعاملات. وقد نص في قراره رقم 103(6/ 11) بشأن عقد الصيانة "هو عقد مستحدث مستقل تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود". وجاء في القرار رقم 182(19/ 8) بخصوص تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، "عقد البناء والتشغيل والإعادة عقد مستحدث، فهو وإن شابه في بعض صوره التعاقدات وأدوات الاستثمار المعهودة فقها، فإنّه قد لا يتطابق مع أيّ منها".

وهذه المبادئ والقواعد تفتح الباب أمام التدبر في هذه العقود المستحدثة التي لا نظير لها من العقود المسماة.

2. إنّ أساس العقد هو الصيغة (الإيجاب والقبول) الدالة على الرضا "رضا المتعاقدين"، وقد اتّفق الفقهاء على أنّ الصّيغة ركن من أركان العقد[1]، فالصيغة هي المكوّن الرئيس للعقد. بل إن الفقهاء عرّفوا العقد بما يفيد الربط بين الإيجاب والقبول، فقالوا في التعريف الخاص للعقد بأنه: ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محلّه[2].

إنّ الإيجاب والقبول في العقود الذكية الدالان على إرادة الأطراف ورضاهم

(1) معلوم الخلاف بين الفقهاء حول أركان العقد، فبينما يرى الجمهور أنها: الصيغة "الايجاب والقبول"، والعاقدان، والمحل (المعقود عليه). خلافا للحنفية الذين يرون بأن العقد له ركن واحد هو الصيغة، أما بقية الأركان الأخرى فهي من مستلزمات الصيغة، ولا بد من وجودها في العقد. انظر: المبسوط للسرخسي، ج5، ص15. تبيين الحقائق للزيلعي، ج2، ص100. التاج والإكليل للمواق، ج6، ص3. التوضيح لخليل ابن اسحاق، ج5، ص191. الوسيط للغزالي، ج3، ص5. المجموع للنووي، ج9، ص149. كشاف القناع للبهوتي، ج2، ص149.

(2) انظر: العقود والشروط والخيارات لإبراهيم بك، ص644. المدخل الفقهي العام، للزرقا، ج 1، ص291، وانظر كذلك: البحر الرائق لابن نجيم، ج3، ص87، حاشية الدسوقي للدسوقي، ج 3، ص4، المهذب للشيرازي، ج 3، ص10 –11، المغني لابن قدامة، ج 6، ص5.

يمكن القول بأنّه يتمّ تخزينها (تخزين إرادة العاقدين)[1] في بروتكول بواسطة برمجيات خاصة ويتم صياغتها في شكل "الند للند" أي إذا تطابقت الشروط (الموضوعة من الطرفين) وجميع الأحداث وتوافقت فإن البرنامج يقوم بتنفيذ العقد ذاتيا، ممّا يترتّب عنه حدوث آثاره مباشرة.

ففي عقد البيع تخزن إرادة البائع (الايجاب) بنقل المبيع (وفق شروط محددة) للراغب، كما تخزن إرادة المشتري بتملك مبيع (وفق شروط محددة) فإذا تطابقت تلك الشروط (شروط البائع والمشتري) فإن العقد ينفذ تلقائيا، ثم يرسل لعدد لا محدود من المستخدمين للتحقق منه، وبهذا يصبح هذا العقد قد يشهد عليه خلق كثير من المتعاملين مع النظام، ولا يمكن بعد ذلك تعديله أو تغيير ما فيه.

فالإيجاب والقبول المخزّنان في كود (بروتوكول) من خلال تقنية البلوك شين يمكن ترجمتها بشكل بسيط إلى أنّه إيجاب ممتد (مفتوح) مخزن، ينتهي بتطابق الشروط الذي يمثل قبولا (مخزنا) فينفّذ العقد بذلك تلقائيا.

وبناء على التوصيف السابق فتبرز قضايا فقهية مهمة ينبغي مناقشتها. تتعلق الأولى: بالإيجاب الممتد، وتختص الثانية: بتعليق تنفيذ العقد على التوافق في الشروط "تعليق العقد".

الإيجاب المفتوح أو الممتد.

1. التعريف:

خالف جمهور الفقهاء (المالكية، والشافعية، والحنابلة) الحنفية في تعريف الايجاب والقبول[2]، وتعريف الحنفية قد يكون أكثر ملاءمة لتطبيقات العقود الذكية.

(1) انظر: د.عبد الستار أبوغدة، العقود الذكية والبنوك الرقمية والبوك تشين، مقدم لندوة البركة 39، 2019م.

(2) تدور معاني الإيجاب والقبول عند جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) على أن الإيجاب: ما صدر من

وهو قولهم إن **الايجاب**: ما يصدر من أحد العاقدين أولا، **والقبول**: ما يصدر من العاقد الآخر بعد الإيجاب من الأول مصدقا وموافقا له[1]. قال ابن عابدين: الايجاب "إثبات الفِعل الخاصّ والدَّال على الرِّضا الواقع أوَّلًا سواء وقع من البائع أو من المُشتري، كأن يبْتدئ المُشتري فيقول اشتريت منك هذا بألف، والقبول الفعل الثَّاني"[2].

ومن خلال ما سبق، وبالرجوع لقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 52 (3/ 6) بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، وكذلك للمعيار الشرعي رقم 38 بشأن التعاملات المالية بالأنترنت، يمكن تقديم مفهوم للإيجاب الممتد بالقول:

- الفترة الممتدة بين إصدار الموجب وقبول الطرف الآخر خلال مجلس العقد، إذا لم يتخلل ذلك إعراض من أحد الطرفين.
- كما يمكن التعبير عنه كذلك: بفترة الاتصال والربط بين إرادة العاقدين إيجابا وقبولا.
- وعرّفه مؤتمر شورى الفقهي بأنّه: الإيجاب الذي يستمر مدة محددة ولا تقتصر صالحيته على مجلس العقد وينتهي بالقبول أو بانتهاء المدة المحددة[3].

المُملّك سواء أكان صدر منه أولا أم ثانيا، والقبول: ما كان من الآخر. فإن قال البائع بعتك، وقال: المشتري: قبلت، فالإيجاب هو قول البائع "بعتك"، والقبول: قول المشتري: "قبلت". وإذا قال المشتري أولا: بعني، وقال: البائع ثانيا: بعتك. فالإيجاب هو قول البائع: من له حق التمليك، وإن صدر منه ثانيا. والقبول: هو قول المشتري "المتملك" وإن صدر أولا. انظر: إعانة الطالبين للبكري، ج2، ص6. حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، ج2، ص129. روضة الطالبين للنووي، ج3، ص328، الغرر البهية لزكريا الأنصاري، ج2، ص287، الفروع وتصحيح الفروع، للمرداوي، ج6،

(1) انظر: العقود والشروط لإبراهيم بك، ص649.

(2) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، ج4، ص506.

(3) انظر: القرارات والتوصيات الصادرة عن مؤتمر شورى الفقهي السابع، 1439ه/ 2017م، المحزر الثالث.

2. مجلس العقد وأثره في الايجاب والقبول.

عرّف مجلس العقد بأنّه: "الحال (الظرف) التي يكون فيها المتعاقدان مقبلَيْن على التفاوض في العقد، ويبدأ بالإيجاب وينتهي بانعقاد العقد، أو افتراق الطرفين، أو الإعراض[1]. وبشكل عام فإن تحديد بداية الايجاب ونهايته مرتبط بمجلس العقد. فإذا كان العقد بين حاضرين في مكان واحد، أو من خلال وسائل الاتصال الحديثة كالهاتف أو التواصل بالأنترنت بالصورة أو الصوت، فإن المجلس يعد متحدا وهو ما يسمى "اتحاد المجلس"، ويعتبر من زمن صدور الايجاب من الموجب وحتى قبول الطرف الآخر. أما إن كان بين غائبين وذلك من خلال الرسالة أو الرسول أو البريد الإلكتروني أو ما شابه ذلك، فهو بين غائبين، ويعتبر المجلس في هذه الحالة منذ وصول الايجاب للطرف الآخر وحتى قبوله.

3. اتصال الإيجاب والقبول بين المتعاقدين عند اتحاد المجلس وافتراقه.

اختلف الفقهاء في وجوب اتصال القبول بالإيجاب مباشرة، والفورية وعدم التراخي بينهما، في حال اتحاد المجلس "بين حاضرين" إلى قولين:

الأوّل: لجمهور الفقهاء **من الحنفية والمالكية والحنابلة**[2] الذين قالوا بعدم اشتراط الفورية في الاتصال بين الإيجاب والقبول على وجه العموم مع وجود استثناءات خاصة بكل مذهب؛ إذ ليس من اللازم عندهم صدور القبول فور

(1) المدخل للزرقا، ج1، ص432 فقرة 31/ 8. نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع، لمحمد سلامة، 71. العقد في الفقه الإسلامي، لعباس حسني محمد، ج1، ص97. ضوابط العقود: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، ص 129. نظرية العقد، لمحمد نجيب عوضين المغربي، ص44.

(2) بدائع الصنائع، 2، ص232. وج5، ص137، البحر الرائق، ج3، ص89. الذخيرة، ج6، ص228. التوضيح، ج4، ص308. شرح منتهى الارادات، ج2، ص6. مطالب أولي النهى، ج3، ص6.

الإيجاب، بل لا بدّ من فترة للتروي، والتأمّل طالما أنّ مجلس العقد لا يزال منعقدا.

الثاني: **للشافعية**[1]، **الذين** قالوا بلزوم صدور القبول فور الإيجاب ليكون شرط الاتصال بينهما متحققا، ولا يتحقّق ذلك إذا وقع تراخي بين القبول والإيجاب. إلاّ أن يكون الفصل بينهما بزمن يسير بحسب ما يقتضيه العرف.

وقد أيّد قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رأي الجمهور، وهو الذي ينبغي التعويل عليه بالشروط التي ذكرها القرار. ونصه: " التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتحاد المجلس – عدا الوصية والإيصاء والوكالة – وتطابق الإيجاب والقبول، وعدم صدور ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن التعاقد، والموالاة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف"[2].

أمّا اتّصال الإيجاب والقبول بين المتعاقدين عند عدم اتحاد المجلس "بين غائبين"، عُرّف بأنّه التعاقد بين شخصين لا يجمعهما مجلس عقد واحد[3]، وقد قرر الفقهاء إجمالا صحة العقد بمثل هذه الوسائل[4]، واختلفوا في الفترة الممتدة بين الإيجاب والقبول، أو بداية المجلس وانتهائه. بين من يقول بمجرد وصول الإيجاب للطرف الآخر "المشتري"، وبين من يشترط موافقته، وفق تفصيل ليس هذا محله[5].

(1) نهاية المطلب، ج11، ص330. ج13، ص370–371. البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني، ج5، ص15.

(2) انظر قرار مجمع الفقه الدولي السابق، رقم 53، (3/ 6).

(3) الالتزامات في القانون المدني، لعمر سالم محمد، ص6.

(4) بدائع الصنائع للكاساني، ج5، ص138، شرح مختصر خليل للخرشي، ج5، ص5، حاشية الصاوي، ج3، ص14، المجموع للنووي، ج9، 167، العزيز شح الوجيز "الشرح الكبير"، للرافعي، ج7، ص495. كشف المخدرات للبعلي، ج1، ص360، كشاف القناع للبهوتي، ج3، ص148. مطالب أولي النهى للرحيباني، ج6، ص405.

(5) العناية شرح الهداية للبابرتي، ج6، ص255، الاختيار لتعليل المختار للموصلي، ج2، ص5. المجموع للنووي، ج9، ص168. كشف المخدرات للبعلي، ج1، ص360. مواهب الجليل للحطاب، ج4، ص239. التوضيح لخليل، ج5، ص193.

وقد أخذ مجمع الفقه الدولي بالرأي القائل بأنّ العقد بين غائبين ينعقد بوصول الإيجاب إلى الموجَّه إليه وقبوله[1]. وهو ما أكده المعيار الشرعي رقم 38 التعاملات المالية بالأنترنت.

والقانون المدني استمد من الفقه الإسلامي نظريات تحديد انعقاد العقد بين غائبين وأرجعها إلى[2]:

- إعلان القبول، حيث ينعقد العقد عند إعلان القبول.
- تصدير القبول، وينعقد العقد بإرسال القبول بأي طريقة للطرف الآخر.
- وصول القبول، وينعقد العقد عند وصول القبول إلى محل الطرف.
- العلم بالقبول، وينعقد العقد عند علم الموجب بالقبول الصادر من الطرف الآخر.

تقرير:

المتأمل لمكونات العقود الذكية يجد أنَّ أركان العقد وهي: الصيغة (الايجاب والقبول)، وأطراف التعامل (العاقدان أو أكثر)، والمحل (موضوع العقد) متوافرة بالشروط التي يرتضيها كل طرف، ولكنها مخزنة سلفا في بروتوكول من خلال لغة برمجة معينة على أساس (الند-للند) أي إذا تحققت وتطابقت الشروط في عقد من العقود ينفذ تلقائيا وتترتب عليه آثاره وفق المدون في الشروط الموقع عليها من الجميع.

كما أنّ جميع المقررات الفقهية المتعلقة بمجلس العقد متضمنة في العقد الذَّكي، وكونه وحدة واحدة تتلاقى فيه إرادة كلّ الأطراف بالشروط المدونة في العقد يتجاوز

(1) انظر قرار مجمع الفقه الدولي السابق، رقم 53، (3/ 6).

(2) الالتزامات في القانون المدني، لعمر سالم محمد، ص7.

موضوع اتحاد مجلس العقد (بين حاضرين) أو تَفَرّقه، واتصال الايجاب بالقبول، ومطابقة الإيجاب للقبول؛ لأن كل ذلك مدون في البروتكول ولا يتم التنفيذ إلاّ إذا توافقت إرادة الطرفين أو أكثر على الشروط والمتطلبات المدونة في العقد الذكي من خلال التوافق التلقائي بما يؤدي إلى التنفيذ الذاتي للعقد.

فتطبيق الضوابط والشروط في مثل هذه العقود لا يمكن العبث بها بالتعديل أو التغيير للرقابة الصارمة والاشهاد من جميع المتعاملين، كما أنّ إساءة التطبيق لأيِّ عقد لا يمكن تصورها لخاصية التنفيذ الذاتي المباشر دون وسيط.

إشكالات تتعلق بالعقود الذكية

فيما يلي يتمّ تناول الإشكالات الشرعية المتعلقة بالعقد الذكي ومكوناته، أما الإشكالات المطروحة على مستوى مقاصد العقود، ومخاطر العقد الذكي ومآلاته مما قد يؤثر في الحكم الشرعي النهائي فسيتم تناولها في الحكم الشرعي للعقود الذكية.

أوّلا: أطراف التعامل في العقد الذكي.

1. ثمة أنواع من المنصات الرقمية تكون هويات المستخدمين فيها معلومة، فلا يعدّ معلومية الأطراف الموقعة لتنفيذ عقود ذكية أمرا مشكلا في هذه المنصات فيمكن من خلال البيانات المسجلة التحقق من أهلية أطراف التعامل (الوجوب والأداء). ومن ذلك:

- المنصّات التي تعتمد على تقنية سلسلة الكتل الخاصة بعدد محدود من المستخدمين وفق شروط ومواصفات محددة، كالمنصات الرقمية للمؤسسات المالية والشركات وشركات التأمين وغيرها. ففي العقود الذكية التي تنفذ على هذه المنصات فإن الأطراف في أي عقد ذكي تكون هويتهم وأهليتهم معلومة، وكذلك كل ما يتعلق بهم من بيانات ومعلومات تتطلّبها العقود أو لوائح تلك المؤسسات.
- المنصّات المقيَّدة بشروط وقيود مفروضة من الدولة: مثل بعض الدول التي تشترط على مستخدمي المنصات الرقمية وفتح محافظ تداول العملات المشَفَّرَة أو العقود الذكية تسجيل هويات وبيانات المستخدمين وكل ما يبين حالة المتعاملين[1].

(1) انظر الوثيقة الصادرة عن بنك نيجارا (البنك المركزي الماليزي) بعنوان: مكافحة غسيل الأموال، ومكافحة تمويل الإرهاب، والعملات الرقمية. (بند 9-العناية الواجبة من المستخدمين أو العملاء) Customer Due Diligence (CDD). Anti-Money Laundering and Counter Financing of Terrorism (AML/CFT) – Digital Currencies

2. الإشكال في تقديري يطرح في المنصات المفتوحة التي لا تعرف هويات المستخدمين حين تنفيذ العقود، وعدم التحقق من أهلية طرفي العقد الذكي.

وسبق القول بأنّ جهالة الأطراف في هذه العقود تعتبر عرضية؛ لأنّه بالتتبع التقني المستفيض في حالات خاصة يمكن التوصل لمعرفة الأطراف. ثمّ إنّ شهرة العقد بين المستخدمين واشهاد خلق كثير عليه بما يحقق استفاضة العقد بجميع مكوناته يحمي العقود والتزامات كل الأطراف من آثار عدم معرفة حال الأطراف التفصيلية. مما يجعل العقود مستقرة ولا يمكن التبديل والتعديل والتغيير فيها، ويستأنس في ذلك ببعض الفروع والنظائر الواردة في الفقه ومنها: باب الاستفاضة.

وعرفت الاستفاضة بأنّها: "خبر جمع كثير يقع العلم أو الظن القوي بقولهم، ويؤمن تواطؤهم على الكذب"[1]. ومن أمثلتها:

- نقل الخبر أو الرواية، وكذلك عدالة الراوي حيث تعد الاستفاضة أحد طرق إثبات الصحبة او العدالة وغيرها[2].
- أصول المالكية المبنية على اعتماد السُنَن العملية المأثورة المنقولة بطريق الاستفاضة عند أهل المدينة[3].
- شَهَادَةُ الِاسْتِفَاضَةِ، وهي تُفِيدُ ظَنًّا، يَقْرَبُ مِنْ القَطْع، مثل: الهِلالُ إذا رَآهُ الجَمُّ الغَفِيرُ مِنْ أَهْل البَلَد، وَاسْتِفَاضَة العَدَالَةِ أَو الجَرْح فيسْتنِدُ لذلك، ولا يُسْأَلُ عن

(1) الأشباه والنظائر في قواعد الفقه، لأبي حفص ابن الملقن، ج2، ص459.

(2) انظر: رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام، لأبي حفص عمر بن علي اللخمي، ج4، ص94. مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، لأبي الحسن المباركفوري، ص398. الأجوبة على الأسئلة الحديثية، لمحمد بن عبد الله القناص. ص185.

(3) انظر: المسالك في شرح موطأ مالك، لأبي بكر بن العربي، ج1، ص124.

عَدَالَة المَشْهُودِين[1]. وسئل اللخمي من المالكية عن معنى شهادة الاستفاضة فأجاب بأنّه لا يراعى فيها عدالة في الناقلين ولا في المنقول عنهم[2]. بل إنّ صاحب مراقي السعود في خبر التواتر قال في نظمه[3]:

واقطع بصدق خبر التواتر ... وسوّ بين مسلم وكافر

فالخبر المتواتر يُقطع بصدقه سواء أكان المخبرون مسلمين أم كفارا أم فاسقين؛ لأنّ القطع بصدقه من جهة استحالة تواطئهم على الكذب لا عدالتهم[4].

- اعتبار الاستفاضة وجها من وجوه صفات المُسلَم فيه إذا كانت الصفات غير مشهورة، أو الأوصاف غريبة[5].

ثانيا: الغرر الذي يدخل العقود الذكية من خلال تعليقها على تقابل الشروط.

سبق القول إنّ صيغة العقود مبنيّة مقابلة الشروط بصيغة الند بالند فإذا توافقت شروط ومطالب العارض "الموجب" بشروط وإحداث القابل يتم تنفيذ العقد تلقائيا، فهذه الصيغة فيها نوع من التعليق حيث لا يقع العقد ولا تحدث آثاره إلاّ إذا توافقت الشروط المدونة في البروتوكول. حتى وجدنا من يصطلح على هذه العقود بـ"العقود الذكية الشرطية"[6]. فالتعليق هنا يقع من الجهتين، فشروط البائع مثلا معلقة على التوافق مع شروط المشتري، وكذلك العكس. والتعليق في العقود مثار نقاش طويل يمكن أن نتلمس ما يخص الموضوع فقط.

(1) انظر: شرح تحفة الأحكام للتاودي، ص96. إدرار الشروق على أنوار الفروق، لابن المشاط، مطبوع بهامش الفروق للقرافي، ج4، ص100.
(2) انظر: المعيار المعرب للونشريسي، ج1، ص229-230..
(3) مراقي السعود لمبتغي الرقي والصعود، لعبد الله ابن الحاج الشنقيطي، ص35.
(4) شرح مراقي السعود، للشيخ محمد الأمين الشنقيطي، ج2، 336-337.
(5) انظر: فتح العزيز بشرح الوجيز، للقزويني، ج9، ص325. الغاية في اختصار النهاية، للسلمي، ج3، 377.
(6) انظر موقع: https://medium.com/@Crypto4Arab.

ومعنى التعليق: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون أخرى[1]. وقال آخرون بأنَّه: ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد بأن أو إحدى أخواتها[2]، وعرفه الشيخ الزرقا بقوله: ربط وجود العقد بوجود شيء آخر لا يوجد العقد ما لم يوجد ذلك الشيء[3]. وبهذا المعنى عرف مؤتمر شورى الفقهي السابع: التعليق إنشاء العقد بصيغة ارتباط وجوده بأمر آخر معلق عليه يحتمل الوجود والعدم[4].

ومحصّل هذه التعريفات أنّ التعليق يعني[5]: تلك الشروط التي تجعل العقد مرتبطا بوقوع أمر احتمالي في المستقبل.

حكم تعليق العقود في المعاوضات المالية.

وقع الخلاف بين الفقهاء في تعليق عقود المعاوضات وبخاصة عقد البيع، ويمكن حصر ذلك في رأيين:

أوّلهما: لا يجيز التعليق على الشرط ولا يصحح العقد المعلق[6]. وهو رأي جمهور الفقهاء، من: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في مشهور مذهبهم[7].

(1) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص367. حاشية رد المحتار، ج5، 240.

(2) حاشية رد المحتار، ج5، 240.

(3) المدخل، ص571.

(4) انظر: القرارات والتوصيات الصادرة عن مؤتمر شورى الفقهي السابع، 1439ه/ 2017م، المحزر الأول.

(5) انظر في بيان معنى هذه الشروط: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج4، 305، 306. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، مسودة مشروع المعيار الشرعي: الشروط في العقود. المدخل الفقهي للزرقا، ج1، ص306. نظرية الشرط للشاذلي، ص49، 50. الشروط المقترنة بعقد البيع، لمحمود مهران، ص10.

(6) وقد استثنى هذا الرأي التعليق على المشيئة، والتعليق في بيع العربون بقوله: إنْ تمّ البيع احتسب العربون من الثمن وإلا فهو لك. انظر: البحر الرائق، لابن نجيم، ج6، ص195. الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص367. الفروق، للقرافي، ج1، ص79. المغني، لابن قدامة، ج7، ص357، 357. كشاف القناع، للبهوتي، ج3، ص195.

(7) انظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص368. حاشية رد المحتار، لابن عابدين، ج5، 240. المنثور في القواعد الفقهية، للزركشي، ج2، ص240 ، 241. الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص377. الفروق، للقرافي، ج1، ص229. كشاف القناع، للبهوتي، ج3، ص195.

ومن هنا قرّر الجمهور القاعدة المعروفة: أن البيع يقبل الشرط ولا يقبل التعليق[1]. هذا الرأي الذي أخذت به المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة في عدد من معاييرها[2].

الثاني: أنّه يجيز التعليق على الشرط، ويصح العقد عندهم مع التعليق، فإذا تحقق ما علق عليه العقد ترتبت آثاره. وهو قول عند الحنابلة[3]، اختاره شيخ الإسلام[4]، وتلميذه ابن القيم[5]. ورجّحه طائفة من المعاصرين[6].

وقد قال الإمام أحمد بجواز تعليق البيع بالشرط في بعض المسائل، بل إنّه رهن نعله وقال للمرتهن إن جئتك بالحق إلى كذا وإلاّ فهو لك. وعلق ابن القيم قائلا: فقد فعله الإمام أحمد وأفتى به[7]. وقال الحنفية والمالكية والشافعية بجواز صور شبيهة

(1) انظر: الفروق، للقرافي، ج1، ص229. الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، ص228. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص377.

(2) انظر على سبيل المثال: المعيار الشرعي رقم (7) الحوالة، المعيار الشرعي رقم (9)، الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك. المعيار الشرعي رقم (20) بيوع السلع في الأسواق الدولية

(3) قال شيخ الإسلام: (إنّه يجوز تعليق العقود بالشروط، إذا كان في ذلك منفعة للناس،... وذكرنا عن أحمد نفسه: جواز تعليق البيع بشرط، ولم أجد عنه ولا عن قدماء أصحابه نصا بخلاف ذلك). نظرية العقد، ص227. قال ابن مفلح: (الثالث: أن يشترط شرطا يعلق البيع، كقوله بعتك إن جئتني بكذا، أو إن رضي فلان. فالمذهب: أنهما لا يصحان؛ لأن مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع، والشرط هنا يمنعه، وعنه: صحة عقده لما تقدم، وعنه صحتهما). المبدع شرح المقنع، ج3، 397. وانظر: الإنصاف للمرداوي، ج4، 356.

(4) قال ابن مفلح: (اختاره الشيخ تقي الدين في كل العقود التي لم تخالف الشرع). المبدع، ج3، ص397. وقال المرداوي: (قال شيخنا: هو صحيح، وهو المختار). الإنصاف، ج4، ص356. وانظر: البعلي، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ص 123.

(5) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم، ج3، ص387-390.

(6) ممن وقفت على ترجيحهم لهذا الرأي: الشيخ مصطفى الزرقا، خالد الحافي، حسن الشاذلي، عبد الله العمار، صالح عبد الله اللحيدان. انظر: المدخل، ج1، ص493. نظرية الشرط لحسن الشاذلي، ص152. الإجارة المنتهية بالتمليك، لخالد الحافي، ص168. اشتراط الإجارة في عقد البيع، لعبد الله العمار ص19. تعليق البيع على الشرط لصالح اللحيدان، ص 7. وأشار الشيخ صالح في ورقته (ص4) إلى أنّ هذا الرأي رجّحه كذلك من المعاصرين الشيخ ابن سعدي، وتلميذه ابن عثيمين.

(7) إعلام الموقعين، ج3، ص399.

بشرط التعليق وهي التعليق على مشيئة فلان أو مشيئته مثل بعتك بكذا إن شئت أو شاء فلان من النّاس[1].

كما أنَّ بعض الحنفية قالوا بصحة صور من البيع المعلق على الشرط إذا قُيِّد التعليق فيها بمدة ثلاثة أيام[2]. وللتخفيف من الغرر الذي قد يصحب البيع المعلق اتجه بعض المعاصرين إلى تحديده بمدة معينة، كقوله بعتك إن قدم فلان من السفر خلال مدة شهر[3]. وهو بهذا يشبه البيع بشرط الخيار المتفق عليه.

وقد رأى بعض الفقهاء أنّ هذا الشرط يتواءم والإذن الأصلي للعقود والشروط الذي هو الإباحة والصحة، وليس في الأدلة الشرعية ولا القواعد الفقهية ما يمنع تعليق البيع على الشرط كما يقول ابن القيم[4].

وقد ساق الباحثون أدلة كثيرة ومتنوعة من المنقول والمعقول لجمهور الفقهاء وللمخالفين لهم، ومال كلّ واحد من الباحثين إلى أحد الرأيين[5].

(1) انظر: المدونة، ج1 ص470، ج2، ص71، ج3، 228. تبيين الحقائق، ج2، ص242. البحر الرائق لابن نجيم، ج6، ص195. مغني المحتاج، ج2، ص6.

(2) انظر: تبيين الحقائق، ج4، 131. البحر الرائق، ج6، 195، الإجارة المنتهية بالتمليك للحافي، 169.

(3) انظر: هذا التقييد بالمدة عند الحافي، الإجارة المنتهية بالتمليك، ص168. وانظر كذلك نقله نفس التقييد عن الشيخ ابن عثيمين في: الشرح الممتع على زاد المستقنع. وتبعهما في ذلك العمار، في بحثه: اشتراط الإجارة في البيع، ص9. ورغم أن الشيخ الضرير يرجح رأي الجمهور في عدم جواز البيع المعلق (انظر: الغرر وأثره في العقود، ص159). لكنه استحسن من قيده بمدة معلومة كما جاء في تعليقه على بحث العمار حيث قال: (ولكن الباحث أتى بقيود زائدة على رأي ابن تيمية تخفف كثيرا من الغرر وهو اجتهاد جيد منه). انظر: تعقيب على بحث اشتراط الإجارة في عقد البيع للعمار المقدم للملتقى الفقهي الرابع لشركة الراجحي، ص4.

(4) انظر: بدائع الفوائد لابن القيم، ج4، ص96. تعليق البيع بالشرط للحيدان، ص4.

(5) انظر على سبيل المثال: الغرر، ص159.؛ نظرية الشرط للشاذلي، ص 152.؛ الإجارة المنتهية بالتمليك للحافي، ص165؛ اشتراط الإجارة في عقد البيع للعمار، ص 10. البحوث والتعليقات المقدمة من عدد من العلماء للهيئة الشرعية لشركة الراجحي 1425.

ولعلَّه يحسن التفريق –كما ذهب إليه بعض الباحثين– بين كون التعليق في البيع هل هو للانعقاد أو اللزوم[1]. ومن حيث اللزوم فإنّ ذلك محلّ اتفاق بين كثير من الفقهاء وهو في هذه الحالة يشبه شرط خيار التروي[2]، أو يشبه الوعد الملزم الذي أجازه المجمع بإطلاق[3]، أو المواعدة الملزمة التي أقرّها مجمع الفقه الإسلامي الدولي لحالات خاصة[4]، بمعنى أنّه ينعقد صحيحا لازما أمّا آثاره فتترتب عند حدوث المعلق عليه. أمّا كونه للانعقاد فإنّ معظم الفقهاء يرون المنع.

ثالثا: مسألة القبض في العقود الذّكيّة.

أكّدت المعايير الشرعية وخاصة معيار "القبض"[5] على أنّ القبض يمثل حيازة الشيء وما في حكمها بمقتضى العرف. وهو ما يحدد كيفية قبض الأشياء، فهو إما بالقبض الحسي في بعض الأموال والقبض الحكمي في بعضها الآخر. وقد اعتمد المعيار عددا من الصور التي أكد على أنّه لا يتحقق القبض فيها إلا من خلال القبض الحكمي، كما أنَّ مجمع الفقه الإسلامي الدولي أصدر قراره رقم: 53 (4/ 6) بشأن القبض: صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامها، ونص على أن "قبض الأموال كما يكون حسّياً في حالة الأخذ باليد، أو الكيل أو الوزن في الطعام، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض، يتحقق اعتباراً وحكماً بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حسّاً. وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف

(1) انظر: الشيخ محمد ولد ددو الشنقيطي، تعليق على البيع المعلق على شرط، بحث مقدم للهيئة الشرعية لشركة الراجحي، ص4.

(2) انظر: المرجع السابق.

(3) قرار رقم: 40 – 41 (2/ 5 و 3/ 5)، بشأن الوفاء بالوعد، والمرابحة للآمر بالشراء، الكويت 1409ه/ 1988م،

(4) قرار رقم 157 (6/ 17)، بشأن المواعدة والمواطأة في العقود، 1427ه/ 2006م،

(5) انظر: المعيار الشرعي رقم (18) القبض.

فيما يكون قبضاً لها. وعدد القرار صورا للقبض الحكمي المعتبرة شرعاً وعرفاً".

وبناء على قرار المجمع فإنّ القبض الحكمي ينطبق على التعاملات التي تنفذ من خلال العقود الذكية، ومسائل القبض فيها يستوعبها القرار وكذلك المعيار الشرعي حول القبض، وقبلهما اعتماد الفقهاء القبض الحكمي في مسائل عدة[1] مثل التخلية في العقار وكذلك في الرهن وغيرها.

رابعا: علاقة العملات المشَفَّرَة بتنفيذ العقود الذكية.

العقود الذكية لا يمكن تنفيذها إلاّ بواسطة النقود المشَفَّرَة، لكن ليس بالضرورة أن ينفذ العقد الذكي بعملة البيت كوين المشهورة فقط، بل هناك عملات مشفرة كثيرة يتم تداولها، ومن أشهر منصات العقود الذكية الإيثريوم (Ethereum)، وهي عبارة عن منصة غير مركزية من أجل إبرام العقود الذكية التي تحاكي بالضبط العقود التقليدية، وهذه المنصة مبنية على تقنية سلسلة الكتل، ولها عملة رقمية يمكن إرسالها واستقبالها والاستثمار بها وهي عملة الإيثر (ether)[2].

واستعمال بعض العملات المشَفَّرَة في تنفيذ العقود الذكية يُعَدُّ إشكالاً حقيقيّاً؛ لاختلاف الرؤى حول هذه العملات، وعدم التوصل إلى رأي شرعي واضح بخصوصها، وهو ما سيتم الإشارة إليه في الحكم الشرعي للعقود الذكية.

(1) انظر على سبيل المثال: البحر الرائق لابن نجيم، ج6، ص99. درر الحكام لملا خسرو، ج2، ص352. شرح التلقين للمازري، ج3، ص388. شرح الخرشي، ج2، ص190. تحفة المحتاج لابن حجر الهيثمي، ج5، ص6.

(2) انظر موقع: https: //arincen.com/ethurium-1146

الحكم الشرعي للعقود الذّكيّة

رأى بعض الفضلاء أنّ ما هو موجود من التطبيقات الذَّكيَّة المشروعة مثل: بعض صور عقود الإذعان، وعقود المعاطاة وغيرها تغني عن العقود الذكية التي لا يمكن تطبيقها الا بالعملة الرقمية التي ذهبت معظم جهات الفتوى للمنع منها لأسباب كثيرة[1].

لكن وفق ما قدمناه من عرض حول العقود الذكية والمسائل الشرعية ذات العلاقة أخلص إلى أن الحكم الشرعي لهذه العقود يتنوع بحسب تنوع استخداماتها والمنصات والوسائل التقنية التي يتم تنفيذ العقود الذكية من خلالها.

1. العقود التي تنفذ من خلال المنصات التي تعتمد على تقنية سلسلة الكتل الخاصة وفق شروط ومواصفات محددة، كالمنصات الرقمية التي تدعم التطبيقات المختلفة للمؤسسات المالية مثل البنوك، ومنصات الشركات وشركات التأمين وغيرها. فتنفيذ العقود من خلال هذه المنصات في تقديري لا يترتب عنه محذور شرعي، ومن جهة أخرى فإنّه تتوافر في العقود الذكية -في هذه الحالة- أركان العقد من صيغة (إيجاب وقبول)، وعاقدين (أو أكثر) معلومي الهوية (تتوافر فيهما الأهلية) وكل ما يتعلق بهما من بيانات تتطلبها لوائح وأنظمة هذه المؤسسات، ومعقود عليه (محل التداول سلعة كانت أو غير ذلك). فالعقود الذكية في هذه الصورة أرى أنّه من ممكن القول بجوازها إذا أضيف إلى ما سبق الضوابط التالية:

- أن تستوفي بقية الشروط والضوابط الشرعية الخاصة بالعقود التي نص عليها أهل العلم في مظانها.

(1) العقود الذكية والبنوك الرقمية والبلوك شين، للدكتور عبد الستار أبو غدة، ص8-13.

- أن تكون العملة المَشَفَّرَة التي يتمّ تنفيذ العقود الذَّكيَّة بواسطتها عملةً أو رموزاً مُشفَّرة مدعومة من قبل المؤسسة ذاتها أو مرخَّصة من الجهات الإشرافية كالبنك المركزي بحيث لا تخالف القوانين الجارية.

2. المنصات المقيَّدة بشروط وقيود مفروضة من الدولة: مثل بعض الدول التي تشترط على مستخدمي المنصات الرقمية وفتح محافظ لتداول العملات المَشَفَّرَة أو العقود الذكية تسجيل هويات وبيانات المستخدمين وكلّ ما يبيّن حالة المتعاملين. فهذه المنصات إذا أتاحت تنفيذ العقود الذكية باستعمال عملات مشفرة مدعومة أو مرخصة كما سبق بيانه. فالعقود المنفذة بواسطة هذه المنصات حكمها حكم ما ورد في البند أعلاه.

3. المنصّات المفتوحة اللامركزية إذا كانت تستخدم عملة (رموزا) رقمية مشفرة مدعومة بأصل مالي متقوم شرعا، أو كان هناك ضمان من جهة مالية معتمدة لمبادلتها حين الحاجة بنقود أو سلع أو خدمات مباحة شرعا. وهناك جملة من هذه العملات المَشَفَّرَة المضمونة والمدعومة وهي كثيرة ومنها[1]:

- العملات الرقمية المَشَفَّرَة المضمونة من سلطة إشرافية (Guaranteed by authority) كالبنك المركزي في بعض البلدان. مثل: العملات المقترح إصدارها من البنك المركزي الأوربي، والصيني. وكذلك الهند التي تسعى إلى تطوير نسخة رقمية من الروبية الهندية.

- العملات الرقمية المَشَفَّرَة المدعومة بالذهب (Gold-backed coins) وهي ربط العملة المَشَفَّرَة بالذهب بحيث تصبح لها قيمة معلومة ومستقرة تساوي كمية من الذهب.

(1) انظر: أشرف هاشم ومعتز أبو جيب، أنواع العملات الرقمية المشفرة، ص13-15.

- العملات الرقمية المشَفَّرَة المدعومة بالأوراق النقدية (Fiat backed) كالدولار وغيرها.
- عملات رقمية مشفرة مدعومة أو مغطاة بأصول أو حقوق مالية، وهي إما مغطاة بالكامل بحيث يحق لمالك العملة المشَفَّرَة استبدالها بأصل مالي، أو مغطاة جزئيا بأن تكون مدعومة ولكن لا يحق لحاملها استبدالها.

4. حكم العقود الذكية التي يتمّ تنفيذها من خلال المنصات المفتوحة اللامركزية.

العقود الذكية في هذه الصورة أرى التوقف في الحكم عنها في المرحلة الحالية حتى تنجلي بمزيد من البحوث والدراسات، فالكثير من المسائل لا تزال محل إشكال، ومن مؤيدات التوقف في الحكم:

(أ)- أنّها تستخدم عملات رقمية مشفرة غير مرخص لها من الجهات الاشرافية، وغير مدعومة أو مربوطة بأي أصل مالي آخر مثل البيت كوين، والاثيريوم وغيرها. ويكتنفها عدم الاستقرار في قيمتها. وأقل ما يقال بأن فيها اختلافا كبيرا بين فقهاء العصر، وقد أجل مجمع الفقه الإسلامي الدولي البَتَّ في حكمها لمزيد من الدراسة والبحث[1]، وهو ما أكده في دورته الأخيرة (24) في دبي حيث جاء في القرار رقم: 237 (8/ 24) بشأن العملات الإلكترونية ما يلي: "من خلال الأبحاث المعروضة والمناقشات التي دارت تبين أن ثمة قضايا مؤثرة في الحكم الشرعي لا تزال محل نظر منها:

1. ماهية العملة المعمّاه (المشَفَّرَة) المرمَّزة هل هي سلعة أم منفعة أم هي أصل مالي استثماري أم أصل رقمي؟

(1) انظر: البيان الختامي والقرارات والتوصيات الصادرة عن ندوة العملات الإلكترونية، التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدول، جدة، سبتمبر، 2019م.

2. هل العملة المَشَفَّرَة متقوَّمة ومتمَوَّلة شرعًا؟.

نظرًا لما سبق ولما يكتنف هذه العملات من مخاطر عظيمة وعدم استقرار التعامل بها؛ فإنّ المجلس يوصي بمزيد من البحث والدراسة للقضايا المؤثرة في الحكم". ويتفرع عن هذا الحكم المتعلق بالعملات المَشَفَّرَة الحكم الشرعي للعقود الذكية في المنصات المفتوحة التي تتم من خلال هذه العملات.

(ب)- الوضع القانوني[1] حيث إنّ القوانين إلى الآن لا تعترف بالعملات الرقمية المَشَفَّرَة غير المدعومة التي تنفذ من خلالها العقود الذكية بواسطة تقنية سلسلة الكتل. وهذا له أثره المباشر على التعامل بهذه العقود.

(ج)- من حيث المقاصد والمآلات فإنّ مآلات العقد الذَّكِي في المنصات المفتوحة قد يؤدي في بعض الأحيان إلى ضرر بالغ بمستخدمي هذه العقود بسبب حداثة تقنية سلسلة الكتل وما يصحبها من أخطاء في برمجة القانون أو (الكود) أو البروتوكول الذي إذا أطلق لا يمكن تعديله، ممّا يؤدّي إلى مخاطر عالية. وقد أشارت بعض الجهات المتخصصة إلى مثل تلك الأخطاء وما تسبّبه من خسائر فادحة[2]. ناهيك عن المفاسد المالية والاحتيال واختراق الأنظمة الالكترونية التي يمكن أن تصاحب تداول هذه العقود.

(1) انظر موقع: https://www.cryptoarabe.com/2019/02/08 ، وكذلك:
https: //scienews.com/ar/bitcoin/6195-blockchain.html

(2) انظر الموقع السابق: https://scienews.com/ar/bitcoin/6195-blockchain.html

الخاتمة والخلاصة

أوّلا: العقود الإلكترونية.

هي العقود: التي تتم عبر الأجهزة الإلكترونية الحديثة مثل: الجوالات، والألواح الإلكترونية، والحواسيب، وغيرها، من خلال الشبكة العنكبوتية (الأنترنت) بوسائل التواصل المختلفة بالصورة، أو الصوت، أو المخاطبة الالكترونية (الرسائل) " البريد الإلكتروني". ولا تتوافر فيها خاصية برمجة الإجراءات والشروط في كود (Cod) أو بروتوكول (Protocol) ويتم تنفيذه تلقائيا بدون واسطة.

حكم العقود الإلكترونية:

بالمعنى الوارد أعلاه يشملها الحكم الشرعي الوارد في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 52 (3/ 6) بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة.

العقود الذكية (Smart Contracts) وأنواعها.

المفهوم: عقد بين طرفين أو أكثر، ذاتي التنفيذ من خلال البروتوكول الذي تُبرمج فيه كافة الشروط والالتزامات بواسطة رموز رياضية تسمى الخوارزميات وفي إطار شبكة توزيع لا مركزية (البلوكتشين)، ويقوم العقد الذكي على فكرة الند–للند (إذا حدث كذا– فيعمل كذا) وبمجرد تحقق البنود أو الشروط، فيتم التنفيذ التلقائي للعقد.

أنواع المنصّات سلسلة الكتل.

النّوع الأوّل: خاص: تستخدمه الشركات، والبنوك. يستعمل في تطبيقات مخصصة مثل: توزيع أرباح الشركات، وعمليات شركات التأمين وغيرها. وفي هذا

النوع تكون الجهات والأطراف التي تقوم بالعمليات ومنها إجراء العقود الذكية معروفة الهوية.

النّوع الثاني: عام: مفتوح لأيّ شخص يرغب الانضمام لشبكة العقد دون تحكم.

الحكم الشرعي للعقود الذكية.

العقود الذكية ليست نمطا واحدا، والحكم الشرعي يتناول كل نوع بمواصفاته وشروطه، كما يلي:

1. العقود التي تنفّذ من خلال المنصات التي تعتمد على تقنية سلسلة الكتل الخاصة وفق شروط ومواصفات محددة، كالمنصات الرقمية التي تدعم التطبيقات المختلفة للمؤسسات المالية مثل البنوك، ومنصات الشركات، وشركات التأمين وغيرها. فتنفيذ العقود من خلال هذه المنصات لا يترتب عنه محذور شرعي من جهة، ومن جهة أخرى فإنّه تتوافر فيه أركان العقد من: صيغة (إيجاب وقبول)، وعاقدين (أو أكثر) معلومي الهوية (تتوافر فيهما الأهلية) وكل ما يتعلق بهما من بيانات تتطلبها لوائح وأنظمة هذه المؤسسات، ومعقود عليه (محل التداول سلعة كانت أو غير ذلك). فالعقود الذكية في هذه الصورة جائزة بالضوابط التالية:

أ. أن تستوفي هذه العقود بقية الشروط والضوابط الشرعية الخاصة بالعقود مثل: ألاّ تنطوي على الربا أو تكون ذريعة إليه، وألاّ تشتمل على الغرر الفاحش، وأن يكون المحل مباحا شرعا وغيرها.

ب. أن تكون العملة المَشَفَّرَة التي يتم تنفيذ العقود الذكية بواسطتها عملة أو

رموزاً مشَفَّرَة مدعومة من قبل مؤسسة معتمدة أو مرخصّة من الجهات الإشرافية كالبنك المركزي، ولا تخالف القوانين الجارية.

2. **العقود التي تنفذ من خلال المنصات المقيَّدة بشروط وقيود مفروضة من الدولة:** مثل بعض الدول التي تشترط على مستخدمي المنصات الرقمية وفتح محافظ لتداول العملات المشَفَّرَة أو العقود الذكية تسجيل هويات وبيانات المستخدمين وكلّ ما يبيّن حالة المتعاملين وبقيّة البيات المتعلقة بالمعاملات. فهذه المنصات إذا أتاحت تنفيذ العقود الذكية من خلال عملات رقمية مدعومة أو مرخصة كما سبق بيانه. فالعقود المنفذة بواسطة هذه المنصات جائزة شرعا بالضوابط الواردة في البند أعلاه.

3. **المنصّات** المفتوحة "اللامركزية" إذا كانت تستخدم عملة (رموزا) رقمية مشفرة مربوطة بأصل ماليّ متقوم شرعا، أو كان هناك ضمان من جهة مالية معتمدة لمبادلتها حين الحاجة بنقود أو سلع أو خدمات مباحة شرعا. وهناك جملة من هذه النقود الرقمية المشَفَّرَة المضمونة والمدعومة مثل: النقود الرقمية المشَفَّرَة المضمونة من سلطة إشرافية (البنك المركزي)، والنقود الرقمية المشَفَّرَة المدعومة بالذهب، ونقود رقمية مشفرة مدعومة بالأوراق النقدية كالدولار وغيرها، ونقود رقمية مشفرة مدعومة أو مغطاة بأصول أو حقوق مالية، فهذه جائزة شرعا بالضوابط المذكورة أعلاه.

4. **العقود الذكية التي يتم تنفيذها من خلال المنصات المفتوحة اللامركزية:** الحكم الشرعي للعقود الذكية في هذه الحالة التوقف، حتى تنجلي بالبحث والتطوير كثير من المسائل التي لا تزال محل إشكال، ومن مؤيدات التوقف:

أ. أنّها تستخدم عملات رقمية مشفرة اللامركزية غير مرخصة من الجهات

الإشرافية، وغير مدعومة أو مربوطة بأي أصل مالي آخر. ومن أوضح الأمثلة على ذلك البيت كوين، والاثيريوم وغيرها. ويكتنفها عدم الاستقرار في قيمتها.

ب. لقد أفتت عدد من جهات الإفتاء في العالم الإسلامي بعدم جواز التعامل بهذه العملات، وقد أرجأ مجمع الفقه الإسلامي الدولي البتّ في حكمها لمزيد من الدراسة والبحث، فيتفرع عن ذلك الحكم الشرعي عن العقود الذكية في هذه الحالة.

ج. الوضع القانوني لهذه العملات حيث إن القوانين إلى الآن لا تعترف بالعملات الرقمية المشَفَّرَة اللامركزية وغير المدعومة التي تنفذ من خلالها العقود الذكية بواسطة تقنية سلسلة الكتل. وهذا له أثره المباشر على التعامل بهذه العقود.

د. مآلات العقد الذكي في المنصات المفتوحة الذي قد يؤدي في بعض الأحيان إلى ضرر بالغ بمستخدمي هذه العقود بسبب حداثة تقنية سلسلة الكتل وما يصحبها من أخطاء في برمجة القانون أو (الكود) أو البروتوكول الذي إذا أطلق لا يمكن تعديله، مما يؤدي إلى مخاطر عالية.

أمّا مجمع الفقه الإسلامي الدولي فقد رأى في الدورة المشار إليها آنفا (24) تأجيل البَتِّ في الحكم على أي صورة من الصور مع وضع تعريفات وممهدات للموضوع. وقد جاء نص قرار المجمع رقم 230 (24/ 1) كما يلي:

أوّلاً: التأكيد على قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 52 (3/ 6) بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، في دورة مؤتمره السادس بجدة 1410ه/ 1990م بجميع فقراته، وهذا القرار ينطبق على العقود الإلكترونية التي

هي مستقلة عن العقود الذكية.

ثانياً: مفهوم العقود الذكية: عقد بين طرفين ينفذ تلقائياً يقوم على فكرة الند للند Peer to peer (بدون وسيط) من خلال شبكة توزيع لا مركزية (سلسة الكتل Block chain) ويتم بالعملات المرمَّزَة (المشَفَّرَة) مثل البيتكوين وغيرها.

ثالثاً: تنفذ العقود الذكية من خلال منصات خاصة مركزية، أو عامة لا مركزية وتَسْتخَدِم العملات المرمَّزَة (المشَفَّرَة) غالباً.

رابعاً: قرر المجمع تأجيل البت في الموضوع إلى حين عقد ندوة متخصصة في العقود الذكية، وبعد البتّ في موضوع العملات المرمَّزَة (المشَفَّرَة) وذلك لدراسة كافة جوانب العقود الذكية مع التركيز على ما ورد في الفقرة ثانياً، ويستحسن دعوة متخصصين تقنيين في البلوك شين والعملات المرمَّزَة (المشَفَّرَة)، وغيرها.

والحمد لله ربِّ العالمين، فإن أصبت فمن الله، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان، وصلّ اللهم على سيّدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أهم المراجع المستخدمة

كتب السنة

1. ابن حبان، صحيح ابن حبان.
2. البيهقي، سنن البيهقي.
3. ابن ماجة، سنن ابن ماجه.
4. ابن العربي، المسالك في شرح موطأ مالك.
5. المباركفوري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح.

كتب الفقه

1. ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية.
2. ابن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية.
3. ابن تيمية، نظرية العقد.
4. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع.
5. السرخسي، المبسوط.
6. الزيلعي، تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق.
7. المواق، التاج والإكليل في شرح مختصر خليل.
8. خليل ابن إسحاق، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب.
9. الغزالي، الوسيط في المذهب.
10. النووي، المجموع شرح المهذب.
11. النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين.
12. البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع.
13. البهوتي، شرح منتهى الارادات (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى).

14. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق.
15. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.
16. الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي.
17. موفق الدين ابن قدامة، المغني.
18. البكري الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ الفتح المعين.
19. العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني.
20. زكريا الأنصاري، الغرر البهية شرح منظومة البهجة الوردية.
21. المرداوي، الفروع وتصحيح الفروع.
22. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار.
23. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.
24. القرافي، الذخيرة.
25. الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى.
26. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي.
27. الخرشي، شرح مختصر خليل.
28. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير.
29. الرافعي، العزيز شح الوجيز "الشرح الكبير".
30. البعلي، كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح أخصر المختصرات.
31. البابرتي، العناية شرح الهداية.
32. الموصلي، الاختيار لتعليل المختار.
33. الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل.
34. أبو حفص ابن الملقن، الأشباه والنظائر في قواعد الفقه.
35. أبو حفص اللخمي، رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام.

36. التاودي، شرح تحفة الأحكام.
37. ابن الشاط، إدرار الشروق على أنوار الفروق مطبوع بهامش الفروق للقرافي.
38. الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب.
39. عبد الله ابن الحاج الشنقيطي، مراقي السعود لمبتغي الرقيّ والصعود.
40. القزويني، فتح العزيز بشرح الوجيز.
41. العز بن عبد السلام السلمي، الغاية في اختصار النهاية.
42. الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية.
43. البعلي، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية.
44. ابن القيم، إعلام الموقعين لابن القيم.
45. ابن القيم، بدائع الفوائد
46. الامام مالك، المدونة الكبرى.
47. الشربيني، مغني المحتاج.
48. ملا خسرو، درر الحكام.
49. المازري، شرح التلقين للقاضي عبد الوهاب.
50. ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج.

الكتب المعاصرة

1. عبد الستار أبوغدة، العقود الذكية والبنوك الرقمية والبوك تشين، مقدم لندوة البركة 39، 2019م.

2. أحمد خالد البلوشي، مقدمة عن العقود الذكية، ورقة مقدمة لندوة البركة، 1440هـ/ 2019م.

3. معتز أبو جيب، أشرف هاشم، أنواع العملات الرقمية المَشَفَّرَة، بحث مقدم لندوة مجمع الفقه الإسلامي الدول بشأن "العملات الإلكترونية"، سبتمبر، 2019م.

4. هلال حسين، عرض حول العملات المُشَفَّرَة، مقدم لندوة العملات الالكترونية، التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة، 9-10 سبتمبر 2019م.

5. محمد ولد ددو الشنقيطي، تعليق على البيع المعلق على شرط، بحث مقدم للهيئة الشرعية لشركة الراجحي.

6. ابن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع.

7. محمد الصديق الضرير، الغرر وأثره في العقود، مطبوعات دلة البركة.

8. خالد الحافي، الإجارة المنتهية بالتمليك. ملتقى شركة الراجحي.

9. عبد الله العمار، اشتراط الإجارة في عقد البيع. ملتقى شركة الراجحي.

10. صالح اللحيدان، تعليق البيع على الشرط. ملتقى شركة الراجحي.

11. وزارة الأوقاف لكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية.

12. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية.

13. حسن الشاذلي، نظرية الشرط.

14. محمود مهران، الشروط المقترنة بعقد البيع في الفقه الإسلامي.

15. الشيخ محمد الأمين الشنقيطي، شرح مراقي السعود.

16. عبد الحميد البعلي، ضوابط العقود: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه.

17. محمد نجيب عوضين المغربي، نظرية العقد.

18. بنك نيجارا، (البنك المركزي الماليزي)، وثيقة مكافحة غسيل الأموال، ومكافحة تمويل الإرهاب، والعملات الرقمية.

19. عمر سالم محمد، الالتزامات في القانون المدني.

20. مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرارات وتوصيات المجمع.

21. شركة شورى، مؤتمر شورى الفقهي السابع، 1439هـ/ 2017م.

22. محمد سلامية، نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع.
23. عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي.
24. الألباني، تخريج أحاديث إرواء الغليل.
25. الألباني، صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته، لجلال الدين السيوطي،
26. إبراهيم بك، العقود والشروط والخيارات.
27. الزرقا، المدخل الفقهي العام.

المواقع الالكترونية:

https://arabic.arabianbusiness.com/technology/2016/oct/18/424088،
https://ar.cryptonews.com/guides/what-is-blockchain.htm
https://sa.investing.com/analysis/article-200227791
https://bit-chain.com/2018/03/14/
https://ar.cryptonews.com/guides/what-is-blockchain.htm
https://www.cryptoarabe.com/2019/02/08
https://arab-btc.net/smart-contracts
https://www.tokenspoken.com/ar/guides-ar/blockchain-guide-ar
https://ar.cointelegraph.com/ethereum-for-beginners/what-are-smart-contracts-guide-for-beginners
https://arabfolio.com/2018/08/31
https://sa.investing.com/analysis/article-200227791
https://ar.cointelegraph.com/ethereum-for-beginners/what-are-smart-contracts-guide-for-beginners
https://medium.com/@Crypto4Arab
https://arincen.com/ethurium-1146
https://www.cryptoarabe.com/2019/02/08
https://scienews.com/ar/bitcoin/6195-blockchain.html

مسائل سبع
في تحقيق ثبوت الإجماع
في الضَّمان بالعوض

الدكتور محمّد قراط
أستاذ الفقه والأصول والمقاصد
كلية الشريعة، جامعة القرويّين

مجلّة السلام للاقتصاد الإسلامي، العدد (1) ديسمبر 2020

مسائل سبع في تحقيق ثبوت الإجماع في الضَّمان بالعوض

الدكتور محمّد قراط

أستاذ الفقه والأصول والمقاصد

كلية الشريعة، جامعة القرويّين

الْحَمد لله حق حَمده وَصلى الله على مُحَمَّد خير خلقه وعَلى أصحابه أجمعين.

وبعد:

فلما رأيت نقاشاً كبيراً بين أهل الصَّنعة في المالية الإسلامية في قضية الضَّمان بعوض من أنحاء مختلفة، لاح لي أنّه من المفيد أن أبسط قدراً من الكلام في ناحية تحقيق ثبوت الإجماع في الضَّمان بالعوض، لأنَّ كثيراً من الكلام فيها ينبني على تحرير محل الإجماع، واعتمدت في صياغة مسائل البحث على الاختصار غير المُخِلِّ ببيان مشتملاتها وبيناتها. وقد نظمت البحث في مسائل سبع.

المسألة الأولى: حكم ضمان الديون وطبيعة عقد الضَّمان ومعنى الضَّمان بالعوض

حكم ضمان الدّيون.

ضمان الديون اللازمة أو الصّائرة إلى اللزوم جائز في الشريعة، وإليكم بعض النّقول:

- جاء في المنتقى: "وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ بَايِعْ فُلَانًا وَأَنَا ضَامِنٌ لِمَا بِعْته بِهِ لَزِمَهُ ذَلِكَ إذَا ثَبَتَ مَا بَاعَهُ بِهِ..."[1].

- قال المهلّب: "الكفالة في القرض الذي هو السلف بالأموال كلها جائزة، وحديث الخشبة أصل في الكفالة بالديون من قرض كانت أو بيع"[2].

- في أقرب المسالك: "يجوز ضمان القرض من أي شخص"[3].

طبيعة الضَّمان.

الضَّمان يسمى الكفالة والحمالة؛ ويعني ذلك أنّ الضَّامن مستعدّ وملتزم؛ لأن يدفع للدائن مبلغ الدين إذا لم يؤدّ المدين ما عليه من الدين، جاء في الفواكه الدواني: **"ضَمَانُ الْمَالِ الْتِزَامُ دَيْنٍ لَا يُسْقِطُهُ عَمَّنْ هُوَ عَلَيْه"**[4]، فتكون الْكَفَالَةَ الْتِزَام الْمُطَالَبَة، ولكونه التزاما فهو يأخذ حكم الوعد بالقرض، جاء في بدائع الصنائع "...الْكَفَالَةَ بِالْأَمْرِ فِي حَقِّ الْمَطْلُوبِ اسْتِقْرَاضٌ وَهُوَ طَلَبُ الْقَرْضِ مِنْ الْكَفِيلِ وَالْكَفِيلُ بِأَدَاءِ الْمَالِ

(1) المنتقى للباجي6/ 83

(2) شرح ابن بطال على صحيح البخاري6/ 422

(3) أقرب المسالك مع الشرح الصغير للدردير، 3/ 645 ((بتصرف قليل).)

(4) الفواكه الدواني 2/ 240

مُقْرِضُ مِنْ الْمَطْلُوبِ وَنَائِبٌ عَنْهُ فِي الْأَدَاءِ إلَى الطَّالِبِ وَفِي حَقِّ الطَّالِبِ تَمْلِيكُ مَا فِي ذِمَّةِ الْمَطْلُوبِ مِنْ الْكَفِيلِ بِمَا أُخِذَ مِنْهُ مِنْ الْمَالِ وَالْمُقْرِضُ يَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَقْرِضِ بِمَا أَقْرَضَهُ وَالْمُشْتَرِي يَمْلِكُ الشِّرَاءَ بِالْبَيْعِ لَا غَيْرَ هَذَا"[1]. كما أن ابن قدامة في المغني بعد أن بين حكم الكفالة بالمقابل بأنها حرام قال: "وَلَوْ قَالَ: اُكْفُلْ عَنِّي وَلَك أَلْفٌ. لَمْ يَجُزْ؛... فَإِنَّ الْكَفِيلَ يَلْزَمُهُ الدَّيْنُ، فَإِذَا أَدَّاهُ وَجَبَ لَهُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ، فَصَارَ كَالْقَرْضِ، فَإِذَا أَخَذَ عِوَضًا صَارَ الْقَرْضُ جَارًّا لِلْمَنْفَعَةِ، فَلَمْ يَجُزْ"[2]، فالضَّمان إذا هو من قبيل التبرعات يقول القاضي عبد الوهاب: "هو تطوع بإلزام نفسه"[3].

معنى الضَّمان بجُعل.

يعني أنَّ الضّامن يأخذ مقابلا عن مجرد الضَّمان بدون أي اعتبار آخر، جاء في المنتقى: "وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ تُعْطِيَ الْمُتَحَمِّلَ جُعْلًا عَلَى حَمَالَتِهِ"[4]، كما يأخذ المقرض زيادة على قرضه، فكل من الضَّمان والقرض عقد تبرع وتمليك، فالقرض تمليك نافذ ومنجز، والضَّمان تمليك موقوف ومعلق. وكون الضَّمان فيه معنى التوثيق فإنّه ليس مقصود المتعاقدين وإن كان مقصودا فهو وسيلة لمقصد يتمثل في تحمّل الدين، لأنّ التوثّق لصالح الدائن. فإذا ما أخذ عنه العوض صار معاوضة ربحية غير متسقة مع حقيقته التبرعية كالقرض تماما فلكون القرض تبرعا لم يجز أن يؤخذ عوض عنه.

(1) بدائع الصنائع 6/ 11
(2) المغني لابن قدامة 4/ 244
(3) المعونة 2/ 154
(4) المنتقى 6/ 84

المسألة الثانية: حكم الضَّمان بجُعل وتحرير دليل الإجماع.

حكم الضَّمان بالجعل.

حكمه: عدم الجواز، وقد ذكر عدد من أهل العلم أنّ هناك إجماعا على تحريم الضَّمان بجعل.

ومن هذه النّقول ما يلي:

- قال الحطّاب: "ولا خلاف في منع ضمان بجعل"[1].

- وفي الإشراف: "أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على أنّ الحَمالة بجعل يأخذه الحميل، لا تحلّ ولا تجوز"[2].

- قال أبو الحسن القطان: "وأجمعوا أن الحمالة بجعل يأخذه الحميل لا يحل ولا يجوز"[3].

- وقال القرافي أيضا: "لم يختلفوا لو سأل الغريم التحمل عنه بجعل أنّه ممتنع"[4].

تعليق على النُّقول.

- يفهم من عبارة القرافي والحطاب نفي الاختلاف، وليس وقوع الإجماع، وقد عرف بأنّه استقراء أقوال العلماء، فلا يجد في ذلك خلافاً، ولا يعلم أحداً أنكره واختلف الأصوليون في اعتباره أجماعا أم لا، والذي أراه أنّ في الأمر تفصيلا؛ فمتى صدر ممّن يعتبر عالما متمكنا ثقة مع القرائن الدالة فالاصطلاح معتبر.

(1) مواهب الجليل 4/ 391

(2) الأشراف على مذاهب العلماء (1/ 120، 121)

(3) الاقناع في مسائل الاجماع 2.

(4) الذخيرة 9/ 214

والغالب أنّ العلماء يستخدمون نفي الخلاف للدلالة على وجود الإجماع.

ولا ينبغي أن يفهم من عبارات المالكية أن المقصود هو اتفاق المذهب فذلك فهم بعيد غير مألوف.

- ولكن عبارة أبي الحسن القطان صريحة بوقوع الإجماع، وهو من أهل الاختصاص في الفن.
- عبارة ابن المنذر وإن كان ليس فيها تأكيدا لحصول الإجماع بالمعنى المألوف، فإنّها عبارة مؤسّسة على غلبة الظنّ وذلك كاف لإثبات الإجماع حيث لا يشترط التواتر والقطع في نقله.

نقض الإجماع ونفي ادعائه.

لنحرّر أوّلا المبتنى للتحقيق في الإجماع، وهو أن الإجماع يثبت بما يثبت به الخبر ويقدم مدعي الخلاف على مدعيه كالمثبت مع النافي[1]، ولا أعلم مدعيا ادعى الخلاف من الفقهاء الأقدمين والمتأخرين ممّن يعتدّ بأقوالهم ويعتبر خلافهم معتبرا. والذي حكي من بعض الباحثين هو ليس تأويلا بل تأوُّلا غير مبني على أساس، وتنقضه جملة من الدلائل والنقول فقائلوه يرون أن إسحاق بن راهويه خالف الإجماع، مستندين على ما ورد في الحاوي الكبير. ولكنّ النّظر غير المتأمل في العبارة يدلّنا على أنّه لا يسوغ فهم ما نقل عن إسحاق من أنّه متعلق بمخالفته الإجماع، فقد جاء في الحاوي: "فَلَوْ أَمَرَهُ بِالضَّمان عَنْهُ بِجُعْلٍ جَعَلَهُ لَهُ لَمْ يَجُزْ، وَكَانَ الْجُعْلُ بَاطِلًا وَالضَّمان إِنْ كَانَ بِشَرْطِ الْجُعْلِ فَاسِدًا بخلاف ما قاله إسحق بْنُ رَاهَوَيْهِ لِأَنَّ الْجُعْلَ إِنَّمَا يُسْتَحَقُّ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلٍ، وَلَيْسَ الضَّمان عَمَلًا فَلَا يُسْتَحَقُّ به جعلا"[2]، وإن كانت العبارة

(1) عمل من طب لمن حب156

(2) الحاوي الكبير6/ 443

تحتمل أمرين فإنّ أقرب الاحتمالين وأقواه هو أنّ لفظ "بخلاف" يعود على الأثر في حالة وقوع الضَّمان بجعل.

وإن سلّمنا جدلاً أنّ الخلاف ثابت فهل هو معتبر أم لا؟

ما دام الحكم مبنياً على أدلّة تحريم الزيادة على الدين التي تعد قطعية، فإنّه لا يعتد بهذا الخلاف الذي سلمنا به جدلا، لأنّ من أدلة التحريم الضَّمان بجعل كونه ينطبق عليه القياس الجلي لقوته، وهو الذي يعتبر من موجبات نقض حكم القاضي، ويقول العز ابن عبد السلام: "الضابط في هذا: أنّ مأخذ المخالف، إن كان في غاية الضعف والبعد من الصواب، فلا نظر إليه، ولا التفات عليه، إذا كان ما اعتمد عليه لا يصح نصه دليلا شرعا، ولا سيما إذا كان مأخذه مما يُنقض الحكمُ بمثله"[(1)]، ويقول الإمام تاج الدين السبكي أيضا –في حديثه عن شرط الخلاف المعتبر-: "أن يقوى مدرك الخلاف. فإن ضعُف ونأى عن مأخذ الشرع، كان معدودا من الهفوات، والسقطات، لا من الخلافيات المجتهدات..."[(2)].

مستند الاجماع.

من الضروري تقرير ما يلي:

- من المعلوم أنّ الإجماع لا يشترط في نقله التواتر؛ لأنّه دليل ولا يشترط في الإجماع أن يكون المستند نصًّا بل يكتفى بالدليل الظاهر بل يمكن ان يكون الدليل أمارة أي قياسا على رأي عامة أهل العلم.
- كما أنّه من المهمّ أن نقرر أنّه إذا ادعي الإجماع فلا يشترط أن نعلم الدليل، فالاستصحاب حجة؛ لأنّ حكاية الإجماع يستصحب دائما وجود الدليل.

(1) قواعد الأحكام في مصالح الأنام 1/ 235

(2) الأشباه والنظائر " 1/ 112

- مستند الإجماع وإن كان يتطلب أقوى الأدلة فإنّه ينطبق عليه التدرج في أدلّة أخرى إذا لم نطلع على الأولى، حيث الأصل هو الإتيان بالدليل الجزئي ثمّ الدليل الكلي والمشترك، وهذا المستندات التي سنسوقها ممّا يدل قطعا على مشروعية الأحكام التي تستجلب أدلَّة وقوعها أيضا، وذكرنا للمستند يرتكز على صحته وجهة أخذ الحكم منه ونفي التعارض عنه وتنزيله.

- معنى العلماء وجوب مستند الإجماع معناه لا يجوز أن يحكم كل واحد من أهل الإجماع جزافاً وتبخيتاً من دون استناد إلى دليل وأمارة.

الأدلَّة هي الأدلة نفسها التي تساق على تحريم القرض الربوي، والذي أجمع العلماء على ذلك، يقول القرطبي في تفسيره ونصه فيه: «أجمع المسلمون نقلا عن نبيهم أن اشتراط الزيادة في السلف ربا، ولو كان قبضة من علف"[1]، فالشرع اقْتضى حمل مَا تنَاوله النَّهْي على الْفساد مَا لم تكن هُنَاكَ دلَالَة تصرف عَنهُ وَهُوَ حُصُول الْإِجْمَاع الْمُتَقَدّم عَلَيْهِ لِأَن الْمَعْلُوم من حَال الصَّحَابَة وَالتَّابِعِينَ أَنهم كَانُوا يحكمون بِفساد الْعُقُود وَغَيرهَا لتناول النَّهْي لَهَا ويرجحون فِي الدّلَالَة على فَسَادهَا إِلَى مُجَرّد النَّهْي الْوَارِد عَن الله تَعَالَى وَعَن الرَّسُول -صلّى الله عليه وسلّم- كرجوعهم إِلَى نَهْيه -صلّى الله عليه وسلّم- عَن بيع الْغرَر وَبيع مَا لم يقبض وَبيع مَا لَيْسَ عِنْده فِي فَسَاد هَذِه الْعُقُود من غير اعْتِبَار معنى سوى ذَلِك[2].

1- عن سَعِيدِ بْنِ أَبِي بُرْدَةَ، عَنْ أَبِيهِ، أَتَيْتُ المَدِينَةَ فَلَقِيتُ عَبْدَ اللهِّ بْنَ سَلاَمٍ - رَضِيَ اللهُّ عَنْهُ-، فَقَالَ: «أَلاَ تَجِيءُ فَأُطْعِمَكَ سَوِيقًا وَتَمْرًا، وَتَدْخُلَ فِي بَيْتٍ»، ثُمَّ قَالَ: «إِنَّكَ بِأَرْضٍ الرِّبَا بِهَا فَاشٍ، إِذَا كَانَ لَكَ عَلَى رَجُلٍ حَقٌّ، فَأَهْدَى إِلَيْكَ حِمْلَ تِبْنٍ، أَوْ

(1) الجامع لأحكام القرآن: 3/ 157

(2) الكتاب: المعتمد في أصول الفقه محمد بن علي الطيب أبو الحسين البَصْري المحقق: خليل الميس: 1/ 178.

حِمْلَ شَعِيرٍ، أَوْ حِمْلَ قَتٍّ، فَلاَ تَأْخُذْهُ فإنّه رِبًا»[1].

2- عنْ يَحْيَى بْنِ أَبِي إِسْحَاقَ الْهُنَائِيِّ، قَالَ: سَأَلْتُ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ: الرَّجُلُ مِنَّا يُقْرِضُ أَخَاهُ الْمَالَ فَيُهْدِي لَهُ؟ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهَّ -صلّى الله عليه وسلّم-: «**إِذَا أَقْرَضَ أَحَدُكُمْ قَرْضًا، فَأَهْدَى لَهُ، أَوْ حَمَلَهُ عَلَى الدَّابَّةِ، فَلَا يَرْكَبْهَا وَلَا يَقْبَلْهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ جَرَى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ قَبْلَ ذَلِكَ**»[2].

3- عن مالِك، عَنْ نَافِعٍ؛ أَنَّهُ سَمِعَ عَبْدَ اللهِ بْنَ عُمَرَ يَقُولُ: مَنْ أَسْلَفَ سَلَفاً، فَلاَ يَشْتَرِطْ إِلاَّ قَضَاءَهُ[3].

4- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ ﴾[4].

5- قول النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- في حجة الوداع: **"وربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضع ربانا، ربا عباس بن عبد المطلب فإنّه موضوع كله"**[5].

6- قول النَّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم-: **"لا ربا إلاّ في النسيئة"**[6].

7- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴾[7]، وَالْبَاطِلُ، هُوَ الَّذِي لَا يُفِيدُ وَقَعَ التَّعْبِيرُ بِهِ عَنْ تَنَاوُلِ الْمَالِ بِغَيْرِ عِوَضٍ فِي صُورَةِ الْعِوَضِ[8].

(1) الجامع الصحيح بَابُ مَنَاقِبِ عَبْدِ الله بن سَلاَمٍ رَضِيَ الله عنه رقم: 3814.
(2) سنن ابن ماجه باب القرض رقم: 2432.
(3) موطأ باب مَا لاَ يَجُوزُ مِنَ السَّلَفِ رقم: 2512.
(4) [سورة البقرة، الآية: 278].
(5) صحيح مسلم بَابُ حَجَّةِ النَّبِيِّ صلّى الله عليه وسلّم.
(6) مسند أحمد 36/ 95 وسند أبي الجعد 1/ 249
(7) [سورة النساء، الآية: 29].
(8) أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، 1/ 321.

8- قول الصحابي: قال عبد الله بن عمر -رضي الله عنه-: "السَّلَف على ثلاثة أوجه: سلف تريد به وجه الله فلك وجه الله، وسلف تريد به وجه صاحبك فلك وجه صاحبك، وسلف أسلفته لتبدل خبيثا بطيب فذلك الربا"[1].

ما يقوي الإجماع أيضا ويستند إليه.

1- القياس الجليّ: ويسميه الحنفية الثَّابِتَ بِمَعْنَى النَّصِّ وهو ما ثبتت علّته بنصّ أو إجماع، أو كان مقطوعا فيه بنفي الفارق بين الأصل والفرع. وقد ذهب جمهور الفقهاء والمتكلمين إلى أنّه يجوز بانعقاد الإجماع عن القياس. **فالضَّمان بجعل يأخذ أحكام ربا الدين؛ لأنّ الْمَنْع فِيهِ إِنَّمَا هُوَ مِنْ أَجْلِ كَوْنِهِ زِيَادَةً عَلَى غَيْرِ عِوَضٍ؛ أَلْحَقَتِ السُّنَّةُ بِهِ كُلَّ مَا فِيهِ زِيَادَةٌ بِذَلِكَ الْمَعْنَى**[2].

2- المناسبة الشرعية: يقول الشاطبي: "إِنَّ كُلَّ أَصْلٍ شَرْعِيٍّ لَمْ يَشْهَدْ لَهُ نَصٌّ مُعَيَّنٌ، وَكَانَ مُلائِمًا لِتَصَرُّفَاتِ الشَّرْعِ، وَمَأْخُوذًا مَعْنَاهُ مِنْ أَدِلَّتِهِ؛ فَهُوَ صَحِيحٌ يُبنى عَلَيْهِ، ويُرجع إِلَيْهِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ الأَصْلُ قَدْ صَارَ بِمَجْمُوعِ أَدِلَّتِهِ مَقْطُوعًا بِهِ؛ لأَنَّ الأَدِلَّةَ لا يَلْزَمُ أَنْ تَدُلَّ عَلَى الْقَطْعِ بِالْحُكْمِ بِانْفِرَادِهَا دُونَ انْضِمَامِ غَيْرِهَا إِلَيْهَا كَمَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَالْمُتَعَذِّرِ"[3].

وستظهر الملاءمة أو المناسبة من خلال ذكر العلل وتوجيهها، ولكن بداية فإنّه يلزم أن نقرر أنّ "كلّ حكم معقول المعنى فللشارع فيه مقصودان أحدهما ذلك المعنى، والثاني الفعل الذي هو طريق إليه وأمر المكلف أن يفعل ذلك الفعل قاصداً به ذلك المعنى فالمعنى باعث له لا للشارع"[4].

(1) ينظر: شرح زروق، 2/ 746.
(2) الموافقات4/ 388
(3) الموافقات. 1/ 32
(4) الابهاج في شرح المنهاج 3/ 45

المسألة الثالثة: علل تحريم الضَّمان بجعل وتوجيهها بالمناسبة

نبني العلل على اعتبار أنّ العلل الشرعية معرفات بالمعنى المؤثر[1]، والفقهاء يُعلّلُون للتوضيح، وذلك لا يعني أنّ العلّة هي الدليل. والعلل وإن كانت تعرف بالشرع فإنّ الطرف الكاشفة غير محصورة، فحينئذ لنا أن نؤكّد بأنّ العلل قد تساق بالاستنباط والنظر المعتبرين.

العلة الأولى: من أكل أموال النَّاس بالباطل.

توجيه هذه العلة: وذلك في حالة يكون المضمون عنه قد أدّى ما عليه من الدَّين بحيث لم يسدّد الضَّمان الدّينَ.

إنّ الضّامن أخذ عوضا وفق سنن متبعة ولكن لا علّة لها في الشرع، وهذا ما ستؤكده علل لاحقة. والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴾[2]، وَالْبَاطِلُ، هُوَ الَّذِي لَا يُفِيدُ وَقَعَ التَّعْبِيرُ بِهِ عَنْ تَنَاوُلِ الْمَالِ بِغَيْرِ عِوَضٍ فِي صُورَةِ الْعِوَضِ[3]، وهي آية تعتبر مِنْ قَوَاعِدِ الْمُعَامَلَاتِ، وَأَسَاسِ الْمُعَاوَضَاتِ؛ وفي الآية نهيٌ صريحٌ عن أكل مال الإنسان بدون رضاه، وهو نهي مطلق والأصل في النهي التحريم، فكلُّ عقد فيه معنى النّهْي فهو فاسد؛ لأن النهي يقتضي الفساد؛ فالله -عزّ وجلّ- أمرنا أن نأكل الحلال وهو الغالب وهو الأصل، فقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ كُلُواْ مِمَّا فِي ٱلۡأَرۡضِ حَلَٰلٗا طَيِّبٗا وَلَا تَتَّبِعُواْ خُطُوَٰتِ

(1) عمل من طب لمن حب153.

(2) [سورة النساء، الآية: 29].

(3) أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، 1/ 321.

ٱلشَّيۡطَٰنِۚ إِنَّهُۥ لَكُمۡ عَدُوّٞ مُّبِينٌ ﴾[1].

العلة الثانية: سلف جرّ منفعة.

توجيه هذه العلة: وذلك في حالة يكون الضَّامِن هو الذي دفع الدَّين. وفي المغني بعد أن بيّن حكم الكفالة بالمقابل بأنّه حرام يقول: "وَلَوْ قَالَ: اُكْفُلْ عَنِّي وَلَك أَلْفٌ. لَمْ يَجُزْ؛... فَإِنَّ الْكَفِيلَ يَلْزَمُهُ الدَّيْنُ، فَإِذَا أَدَّاهُ وَجَبَ لَهُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ، فَصَارَ كَالْقَرْضِ، فَإِذَا أَخَذَ عِوَضًا صَارَ الْقَرْضُ جَارًّا لِلْمَنْفَعَةِ، فَلَمْ يَجُزْ"[2].

إنّ الضَّامن وإن أخذ عوضا وفق سنن متّبَعة ولها عِلَّة في الشرع فإنّها ملغاة في هذا الموطن، وفي هاتين العلتين: يقول الدردير: "الغريم إن أدَّى الدَّين لربه كان الجُعل باطلاً، فهو من أكل أموال النّاس بالباطل، وإن أتاه الحميل لربه، ثمّ رجع به على الغريم كان من السلف بزيادة فتفسد الحمالة، ويرد الجعل لربه"[3]، "والْعِلَّةِ أَنَّهَا إنْ ثَبَتَ عِلِّيَّةُ شَيْءٌ لِحُكْمٍ بِنَاءٍ عَلَى مَعْنًى صَالِحٍ لِتَعْلِيلِ ذَلِكَ الْحُكْمِ بِهِ بِأَنْ يَكُونَ مُؤَثِّرًا أَوْ مُلَائِمًا فَكُلُّ شَيْءٍ يُوجَدُ فِيهِ ذَلِكَ الْمَعْنَى الْمُؤَثِّرُ أَوْ الْمُلَائِمُ فَهُوَ عِلَّةٌ لِذَلِكَ الْحُكْمِ بِلَا خِلَافٍ"[4].

ادعاء ودفعه.

وإن ادُّعي أنّ الكفالة وإن كانت تبرّعا فيمكن انقلابها إلى معاوضة، فهو ادعاء غير ذي بال؛ لأنّه لا يستقيم الانقلاب إلاّ بضوابط تتسق مع طبيعة العقد بعد الانقلاب، ومنها عدم جعل المتماثلين محلي عقد وأن الطرفين ينتفعان بالعدل وذلك

(1) [سورة البقرة، الآية: 168].
(2) المغني لابن قدامة 4/ 244.
(3) حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير 4/ 57.
(4) شرح التلويح على التوضيح 2/ 162.

منتفٍ، إن تصوّرنا تحويل الضَّمان إلى إجارة عمل، ولكن يمكن قلبه إلى بيع أو مشاركة، وعليه فالوكالة تبرع بالمنفعة ولكنها تنقلب عوضا فتكون إجارة عمل لأنّها تقبل ذلك ولا توقعنا في الربا بخلاف الضَّمان وكذلك الوديعة. فمعنى السلف فيهما غائب، ثمّ إنّ الضّامن لا يتحمل أي شيء من خسارة المضمون وهلاكه ولا المبلغ حيث له حق الرجوع على المضمون له، ولذا فالضَّمان إن أخذ الجعل فقد أخذه بدون أن يضمن فيصدق عليه قوله -صلّى الله عليه وسلّم- الذي ينهى عن ربح ما لم يضمن.

العلة الثالثة: تطرّق الغَرَر في العوض.

توجيه هذه العلة: من المعلوم أنّ الإجماع منعقد على أنّ للجهل تأثير في إفساد العوض. وإذا أثّر في غير محلّ النزاع بالإجماع، فليؤثر في محلّ النزاع. ودرك ذلك أنّ الضّامن حين يأخذ عوضا عن الضَّمان فليقدر بـ10 دراهم مقابل ضمانه 100 درهم فإنّه لا يعلم هل سيحصل على 10 ويسلم من 100 أم أنّه سيخسر 100. "إنّ ذلك من بياعات الغرر، لأنّ من أخذ عشر على أن يتحمل بمائة لا يدري هل يفلس من حمل عنه، أو يغيب فيخسر مائة ولم يأخذ إلاّ عشرة، أو يسلم من الغرامة فيأخذ العشرة"[(1)]، ثم أن المضمون له ما طلب الضَّمان إلا لمظِنَّة عدم الوفاء من المضمون عنه.

العلة الرابعة: الضَّمان معروف شرط لصحته عدم الزيادة

توجيه هذه العلة: الزيادة على القرض حرام وتلك علَّة ثابتة مختصّة بالدَّين وهي تعمّ الضَّمان أيضا للمعنى نفسه، ومن ثمّ ليس لأحدهما بأن يثبت حكمه بالآخر

(1) شرح ميارة2/ 55.

بطريق التعدية، ولعلّ هذا ما يقصده الفقهاء حين ربطوا الضَّمان بالقرض وما ساقوه يقصد به البيان درءا لعدم فهم مشترك القرض والضَّمان. يقول الأبهري: "لا يجوز ضمان بجعل؛ لأنّ الضَّمان معروف ولا يجوز أن يؤخذ عوض عن معروف وفعل خير كما لا يجوز على صوم ولا صلاة لأن طريقها ليس لكسب الدنيا[1] وقد ورد أن "ثلاثة أشياء لا تفعل إلاّ لله سبحانه ولا يجوز أخذ الأجرة عليها أحدها: الضَّمان، والثاني رفق الجاه، والثالث القرض، وقد جمعها شيخنا العالم المتفنّن المرحوم بفضل الله وكرمه أبو محمد سيدي عبد الواحد بن عاشر في بيت فقال:

القرض والضَّمان رفق الجاه*** تمنع أن ترى لغير الله[2]

وإيراد الصلاة للحمل الفقهي لا يعني اشتراكهما في كلّ العلل، فذلك غير وارد البتة ولا يليق بمقام أهل العلم، بدليل جعل الصوم أوّلا قبل الصلاة ففعلهما متعيّن يحدّد مقصد المكلّف من الفعل. وعليه فلا تجوز صلاة بنية الآخر.

(1) التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله: 5/ 111.

(2) شرح ميارة الفاسي أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي 1/ 191.

المسألة الرابعة: تحريم الضَّمان بجُعل بين سدّ الذّرائع واعتبار التهمة

أظنّ أنّ تحريم الضَّمان بجعل مردّه أمران:

الأول: سدّ الذّرائع.

الثاني: اعتبار التهمة.

فبالنسبة للأوّل: فمبتناه عدم اعتبار القصد حيث ينقطع عن سدّ الذّرائع وينفصل عنه لارتباطه بالشكل والمآل والغير، لأن ما طريقه المصالح وقطع الذّرائع لا يخصص في موضع من المواضع. ومن المعلوم أنّ سدّ الذرائع نعتبره عند عدم وجود علة ظاهرة. ولهذا العلل كلّها 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؛ لأنّه ضمان بجعل وإن لم ينصّا عليه؛ سدّا للذريعة، إلاّ أن تختلف المنفعة باختلاف أفراد الجنس الواحد فيجوز سلم بعض أفراده في بعض آخر مخالف فيها أكثر أو أقل أو أجود أو أدنى منه؛ لأنّ اختلافها يصير إفرادا لجنس الواحد كجنسين[1].
- وفي بلغة السالك: "قوله: (وما أدى إلى الحرام حرام): فالحرام؛ كسلف جرّ نفعاً أو ضمان بجعل أو شرط بيع وسلف أو صرف مؤخر أو بدل مؤخر أو فسخ ما في مؤخر أو غير ذلك..."[2].

أمّا بالنسبة للثاني: فمبتناه هو التُّهمة فحينئذ يكون سبب تحريم الضَّمان بجُعل هو التهمة التي تكون قابلة للتعميم وقد يؤول الآمر إلى دفع الدين، فيكون قد أخذ

(1) منح الجليل 5/ 344

(2) بلغة السالك أحمد الصاوي 3/ 69

قرضه مضافا إليه مقابل الضَّمان. فالتهمة تعتبر اعتبارا لمصلحة الغير، واعتبارها هو استثناء حيث تكون المسألة في أصلها جائزة ولكن اعتبار التهمة جعلتها محرمة. وهنا لا بد أن تكون التهمة قوية، فالمالكية -ولست متأكّدا عند غيرهم- يعتبرون التهمة في الضَّمان بجعل إذا كانت قويّة، فإذا كانت ضعيفة فلا تعتبر.

- جاء في الذخيرة: "يمتنع اشتراط ضمان ما يتأخر قبضه ليومين؛ لأنّه ضمان بجعل إلاّ في العين لأنّها لا تتعيّن، وجوَّزَه غيره في الجميع إذا حُبس لركوب أو خدمة لقرب الأجل، أو لأنّه لما اشترط الركوب فهو كالمكتري لذلك ومقتضى هذا: الجواز في القليل والكثير غير أنّ التهمة يقوى القصد إليها في البعيد في الضَّمان بجُعل"[1].

- وجاء في الشرح الكبير للدردير: "(كضمان بجعل) أي كبيع جائز في الظاهر يؤدي لذلك كبيع ثوبين بدينار لشهر، ثمّ 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 لقلَّة قصد الناس إلى ذلك، وأما صريح ضمان بجعل فلا خلاف في منعه لأنّ الشارع جعل الضَّمان والجاه والقرض لا تفعل إلا لله تعالى فأخذ العوض عليها سحت"[2].

(1) الذخيرة 5/ 478

(2) الشرح الكبير للدردير.3/ 77

المسألة الخامسة: حكم الضَّمان بالجعل وفق مقتضيات الحكم الوضعي

المألوف الأصولي يباين بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي، فالأول مرتبط بفعل المكلف وقدرته وعلمه، بينما الحكم الوضعي فالأصل فيه أنّه غير مرتبط بفعل المكلف وقدرته وعلمه، حيث هو إخبار فحسب، وسمي بذلك لأنّه شيء وضعه الله تعالى في شرائعه -أي جعله دليلا وسببا وشرطا- لا أنّه أمر به عباده ولا أناطه بأفعالهم من حيث هو خطاب وضع[1].

وحكم الشرط والسبب والمانع حاصل بوضع الشرع، وهي تتقدم على الحكم التكليفي. والجعل سبب للتحريم.

المسألة السادسة: معارضتان ونقضهما

معارضة أولى: قد يقول قائل بأنّ الضَّمان يجوز أخذ العوض عنه باعتباره منفعة والمنافع يجوز بيعها، وهي من باب إجارة الأعمال، لأنّ العمل عبارة عما يمكن أن يقدمه أحد الأطراف للطرف الآخر.

نقضها: وذلك قول مردود لا يتسق مع مفهوم محلّ المعاوضة وتقومه، فالمال هو: "اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التموّل والإحراز"[2]. وهذا التعريف ينصّ على عنصر التموّل والإحراز، ويضاف إلى ذلك عنصر "الانتفاع به شرعا"[3]، وقد عرفه ابن العربي بقوله: "كلّ ما تمتدّ إليه الأطماع

(1) ينظر شرح تنقيح الفصول للقرافي ص: 68.

(2) المبسوط، 12/ 178.

(3) حاشية رد المحتار، 4/ 501.

ويصلح عادة وشرعا للانتفاع به"[1] مبيّنا بعضا من خصائصه ومحددا لعنصر الانتفاع، ويأتي الشاطبي ليعرف المال تعريفا بالأثر والنوع مع ذكر القيود، فقال هو: "ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه، ويستوي في ذلك الطعام والشراب واللباس على اختلافها وما يؤدي إليها من جميع المتمولات"[2].

وعليه تكون عناصر المال الأساسية وفق الجمع بين التعاريف السابقة أربعة:

- إمكانية التمويل به.
- إمكانية الانتفاع به شرعا.
- إمكانية المعاوضة به.
- إحرازه.

ومن ها هنا فإنّ هذه العناصر تعتبر بيانا على عدم صلاحية انطباق معنى المال على منفعية الضَّمان.

ويترتب على ذلك الحكم عدم وصفها بالمال المتقوم؛ لأنّ التقوّم يثبت بالمالية وبإباحة الانتفاع به شرعا، وبتحقق حيازته، ومن ثمّ يصحّ التصرف به بالبيع والهبة والوصية والرهن وغيره...[3]. وهي عناصر بعضها غير متحقّق، كما إنّه إن قلنا بأنّ كون الضَّمان منفعة فهذا ليس محلّ اعتبار الحكم، ونحن نسلّم بكونه منفعة ولكن هل يجوز الربح بها أم لا.؟ فهي منفعة أريد لها شرعا أن تكون بدون ربح درءا للوقوع في الربا؛ فهي غير متقوّمة من هذا الوجه لارتباط حكمها بالأصل وهو القرض الذي

(1) أحكام القرآن، ابن العربي، 2/ 607.

(2) الموافقات4/ 33.

(3) ينظر المال المتقوم وغير المتقوم في: أصول الاقتصاد الاسلامي ص 51 د.رفيق يونس المصري–مركز أبحاث الاقتصاد الاسلامي، جدة–.

يمنعه أن يجر منفعة؛ لأنّ التقوّم يستدعي شرط إمكانية التمويل به. وإمكانية الانتفاع به شرعا. وإمكانية المعاوضة به وفق الشريعة الإسلامية. وهذا منتف؛ لأنّ القرض بدون جر المنفعة شرط لصحته من أجل أن يحقّق مقصوده، فالشريعة نصبت للقرض شرط عدم جره للمنفعة وانعدامه يؤدي إلى الفساد؛ لانعدام تحقّق مقاصد الشريعة. فيكون الضَّمان بجعل فاسدا لانعدام توفر الشرط، ثمّ إنّه غير خاف على ذي ناظر أنّ "المنافع والأعيان ثلاثة أقسام:

- منها ما اتفق على صحة قبوله للمعاوضة كالدار وسُكناها.
- 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 أجازه، ومنهم من منعه.

إذا تقرَّرت هذه القاعدة، فالضَّمان في الذِّمَم من قبيل ما منع الشرع المعاوضة فيه وإن كان منفعة مقصودة للعقلاء كالقبل وأنواع الاستمتاع مقصود للعقلاء ولا تصح المعاوضة عليها فإنّ صحّة المعاوضة حكم شرعي يتوقف على دليل شرعي ولم يدل عليه فوجب نفيه أو بالدليل الثاني وهو القياس على تلك الصور لا لنفي الدليل المثبت"[1].

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

(1) الذخيرة 5/ 238

وهنا ملحظ معتبر وهو أنّ الشرط يأخذ حكم العلّة؛ فإذا فقد شرط التبرع يكون سببا لتحريم القرض. وعليه فإن قياسها على قراءة القرآن وعمل المؤذن والرقية وغيرها لا يقبل؛ لأنّ من **حقّ** القياس أن يشبه محل الخلاف بمحل الوفاق وهاهنا منتف. لأن المنفعة التي تبيح المعاوضة عليها تتطلب شرط الإباحة وقبول المنفعة للمعاوضة والتقوّم وغيرها وهذا كله منتف.

معارضة ثانية: قد يقول قائل: إنّ الكفالة تأخذ أحكام المعاوضات لأن المكفول يجب عليه الرد للكفيل إذا اتفق على ذلك، وقد ورد هذا عند بعض العلماء " فِي الْكَفَالَةِ مَعْنَى التَّبَرُّعِ؛ لأنّه يُقْرِضُ الشَّيْءَ مِنْ ذِمَّتِهِ لِيَرْجِعَ عَلَيْهِ فِي الثَّانِي، فَصَارَ كَإِقْرَاضِ الْعَيْنِ، وَفِيهَا مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِمَا يُؤَدِّي، فَقَدْ أَخَذَ شَبَهًا مِنْ الْأَصْلِ: شَبَهًا بِالْمُعَاوَضَةِ مِنْ وَجْهٍ، وَشَبَهَ التَّبَرُّعِ مِنْ وَجْهٍ"[1].

نقضها: يُردّ عليه، بأنّ قول الكرابيسي لا يدل على كونها مُعاوضة بل يصرح بوجه لذلك وهو الوجه الذي لا يؤثر على صفتها الأصلية من كونها تبرعا، وعليه فإنَّ هذا لا يضر؛ لأنّ القرض فيه معنى المعاوضة من هذا الوجه، ومع ذلك أجمع العلماء على تحريم الزيادة فيه، ولم يخرجه من معنى التبرع.

(1) الفروق، أسعد بن محمد بن الحسين، أبو المظفر، جمال الإسلام الكرابيسي النيسابوري الحنفي المحقق: د. محمد طمو مراجعه: د. عبد الستار أبو غدة الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية الطبعة: الأولى، 1402 هـ - 1982م.

المسألة السابعة: الأوصاف المؤثرة في تحقق الإجماع والمكونة له

إنَّ الإجماع له محلّ والمحلّ له أوصاف جامعة مانعة حيث أي إجماع لابد له من دليل يميزه وحينئذ ينبني على الاشتراك فيه الاشتراك في الحكم.

فإذا تبيّن أنّ ذلك لا بدّ منه، فإنّنا نعرّف بتلك الأوصاف.

1- العلاقة هي كفالة وليست خدمة.

2- مضمون العقد يدل على التزام الكفيل بأداء مبلغ الدين إن تعذر أداؤه من طرف المكفول، فإذا ما كان الضَّمان لا يفضي إلى أيّ دين ولا تنشغل ذمّة الضّامن فذلك لا يدخل في محل الإجماع كالاعتماد المستندي المغطى، وخطاب الضَّمان للدخول في الصفقات العمومية التي لا ترتب شغل ذمّة البنك تجاه الدولة.

3- لا عبرة بفقر وغنى المكفول.

4- الكفالة مقصودة ابتداء حيث تعاقد عليها الطرفان.

5- قصدُ الطّرفين الضَّمان نفسه وليس الخدمة المصاحبة له.

6- الربا لا يعتبر فيها الحاجة العامة حيث الأخيرة تعتبر في الغرر. والغرر ليس علّة وحيدة.

وهذه الأوصاف كلها متحققة في الإجماع فحصل وبان وجهه.

والله الموفق.

المراجع

1) أحكام القرآن القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م.

2) أصول الاقتصاد الاسلامي، د.رفيق يونس المصري–مركز أبحاث الاقتصاد الاسلامي، جدة.

3) الإبهاج في شرح المنهاج (شرح على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي شيخ الإسلام علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد جمال الزمزمي - الدكتور نور الدين عبد الجبار صغيري الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م.

4) الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، ميارة الناشر: دار المعرفة.

5) الأشباه والنظائر تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى 1411هـ- 1991م.

6) الإشراف على نكت مسائل الخلاف القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي المحقق: الحبيب بن طاهر الناشر: دار ابن حزم الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 1999م.

7) الإقناع في مسائل الإجماع علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان المحقق: حسن فوزي الصعيدي الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م.

8) التاج والإكليل لمختصر خليل محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1416هـ- 1994م.

9) الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله -صلّى الله عليه وسلّم- وسننه وأيامه = صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) الطبعة: الأولى، 1422هـ.

10) الجامع لأحكام القرآن أَبُو عَبْدِ اللهَّ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش الناشر: دار الكتب المصرية – القاهرة الطبعة: الثانية، 1384 هـ - 1964 م.

11) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي = شرح مختصر المزني أبو الحسن علي بن محمد حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي المحقق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، 1419 هـ -1999 م.

12) الذخيرة أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي المحقق: محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد بو خبزة الناشر: دار الغرب الإسلامي- بيروت الطبعة: الأولى، 1994 م.

13) الفروق، أسعد بن محمد بن الحسين، أبو المظفر، جمال الإسلام الكرابيسي النيسابوري الحنفي المحقق: د. محمد طمو مراجعه: د. عبد الستار أبو غدة الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية الطبعة: الأولى، 1402 هـ - 1982م.

14) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي الناشر: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: 1415 هـ - 1995م.

15) المبسوط محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي الناشر: دار المعرفة – بيروت الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: 1414 هـ - 1993م .

16) المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله -صلّى الله عليه وسلّم- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت.

17) المعتمد في أصول الفقه محمد بن علي الطيب أبو الحسين البَصْري المعتزلي المحقق: خليل الميس الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت الطبعة: الأولى، 1403 هـ.

18) المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس» أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي المحقق: حميش عبد الحقّ الناشر: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز – مكة المكرمة الطبعة: بدون.

19) المغني لابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي الناشر: مكتبة القاهرة الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: 1388 هـ – 1968م.

20) المنتقى شرح الموطأ أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الناشر: مطبعة السعادة – بجوار محافظة مصر الطبعة: الأولى، 1332 هـ

21) الموافقات إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان الناشر: دار ابن عفان الطبعة: الطبعة الأولى 1417ه/ 1997م

22) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، 1406 هـ – 1986م

23) بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ) أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي الناشر: دار المعارف الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ

24) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي الناشر: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ

25) رد المحتار على الدر المختار ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي.

26) سنن ابن ماجه ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي الناشر: دار إحياء الكتب العربية – فيصل عيسى البابي الحلبي.

27) شرح التلويح على التوضيح سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الناشر: مكتبة صبيح بمصر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

28) شرح تنقيح الفصول أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي المحقق: طه عبد الرؤوف سعد الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة الطبعة: الأولى، 1393 هـ - 1973 م.

29) شرح صحيح البخاري ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم دار النشر: مكتبة الرشد - السعودية، الرياض الطبعة: الثانية، 1423 هـ - 2003م.

30) عمل من طب لمن حب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقري التلمساني الناشر دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1424 هـ -2003 م.

31) قواعد الأحكام في مصالح الأنام أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد.

32) مسند الإمام أحمد بن حنبل أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني المحقق: أحمد محمد شاكر الناشر: دار الحديث – القاهرة الطبعة: الأولى، 1416 هـ - 1995 م.

33) منح الجليل شرح مختصر خليل محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي الناشر: دار الفكر – بيروت الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: 1409ه/ 1989م.

34) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي الناشر: دار الفكر الطبعة: الثالثة، 1412 هـ - 1992م.

35) موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان.

توحيد المرجعية الشرعية
للصناعة المالية الإسلامية
على المستوى الدولي
تقييم الواقع وخارطة الطريق المقترحة

الدكتور عبد الباري مشعل
الشريك المدير - شركة رقابة
الولايات المتحدة الأمريكية

مجلّة السلام للاقتصاد الإسلامي، العدد (1) ديسمبر 2020

توحيد المرجعية الشرعية للصناعة المالية الإسلامية على المستوى الدولي
تقييم الواقع وخارطة الطريق المقترحة

الدكتور عبد الباري مشعل
الشريك المدير – شركة رقابة
الولايات المتحدة الأمريكية

ملخص البحث

تناول البحث مفهوم توحيد المرجعية الشرعية وتمييزه عن مفهوم توحيد الفتوى أو الرأي الفقهي الواحد، والدوافع لتوحيد المرجعية الشرعية وأبرزها: اعتبارات الحوكمة، واعتبارات المخاطر والتصنيف الشرعي، واعتبارات المحاسبة والتدقيق المالي، والاعتبارات القانونية والقضائية، واعتبارات النمذجة المحلية والعالمية للبديل الإسلامي، وتناول البحث أيضاً الآثار الناتجة عن توحيد المرجعية الشرعية وأبرزها: الفصل بين الفتوى والتدقيق وإعادة توصيف دور هيئات الرقابة الشرعية للمؤسسات، وتنظيم مهنة التدقيق الشرعي الخارجي، وتقنين المالية الإسلامية. كما تناول البحث منهجي تبني أو تعديل المعايير الدولية للصناعة المالية الإسلامية وهما: منهج مواءمة القوانين المحلية ومنهج مواءمة المعايير الدولية للصناعة.

وعلى صعيد تقييم دور هيئات الرقابة الشرعية يمكن التمييز بين ثلاثة نماذج: الأول: دور إشرافي بالكامل، والثاني: دور إشرافي في الجزء الذي لا تغطيه المرجعية الشرعية الموحدة، واستشاري في الجزء الذي تغطيه المرجعية الشرعية، والثالث: دور

استشاري بالكامل كما في تجربة ماليزيا وإندونيسيا وتونس حيث توجد مرجعية شرعية موحدة متكاملة، ويلحق بهذا النموذج المغرب حيث لا ينص القانون على وجوب تعيين هيئة رقابة شرعية للمؤسسة، والجزائر حيث ركّز النموذج الوليد المرجعية الشرعية في المجلس الإسلامي الأعلى مع وجود هيئات استشارية على مستوى كلّ بنك.

الكلمات المفتاحية

توحيد المرجعية الشرعية، توحيد مرجعية الفتوى، توحيد الفتوى، التدقيق الشرعي الخارجي، الفصل بين الفتوى والتدقيق، هيئة الرقابة الشرعية، المعايير الشرعية لـ"أيوفي".

مقدّمة

0.1 الالتزام الشرعي هو تنفيذ أنشطة ومعاملات المؤسسة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ويعتبر الالتزام بالشريعة سبب وجود الصناعة المالية الإسلامية[1]. ولتقييم مدى الالتزام الشرعي يجب أن توجد "مرجعية شرعية أو معايير شرعية أو ضوابط شرعية" لتقييم أنشطة المؤسسة في ضوئها. وفي الممارسة الحالية يستعمل مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" ليعبّر عن المرجعية الشرعية.

0.2 وفقاً لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) فإنّ "المرجعية الشرعية" تتمثّل في "أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية حسبما جاءت في الفتاوى والقرارات والإرشادات الصادرة عن هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة"[2]. علماً بأنَّ فتاوى وقرارات هيئة الرقابة الشرعية ملزمة للمؤسسة[3]. ووفقاً لمجلس الخدمات المالية الإسلامية فإنَّ "المرجعية الشرعية" تتمثَّل في "الفتاوى أو القرارات الشرعية التي تقدّمها الهيئة الشرعية المعينة رسمياً. وفي الدول التي توجد فيها سلطة مركزية مثل الهيئة الشرعية العليا أو مجلس الإفتاء، فإنّ تلك السلطة المركزية أيضاً تملك سلطة إصدار الفتاوى أو القرارات". وعندما يتمّ اتخاذ قرار تطبيق فتوى أو قرار شرعي، فإنّه يجب أن يكون "حكماً شرعيّاً" له الأثر القانوني الكامل الملزم للمؤسسة المالية الإسلامية. ولا يمنع ذلك الهيئة الخاصة بالمؤسسة من إصدار المعايير الشرعية شريطة ألاَّ تتعارض مع ما تصدره السلطة العليا[4]. وقد اتجهت "أيوفي" في معيار

(1) مجلس الخدمات المالية الإسلامية، معيار رقم (10): "المبادئ الإرشادية لنظم الضوابط الشرعية للمؤسسات التي تقدم خدمات مالية إسلامية"، فقرة رقم (1).

(2) معيار الحوكمة رقم (1): تعيين هيئة الرقابة الشرعية وتكوينها وتقريرها، فقرة (13). ومعيار الحوكمة رقم (2): الرقابة الشرعية، فقرة (2).

(3) معيار الحوكمة رقم (1): تعيين هيئة الرقابة الشرعية وتكوينها وتقريرها، فقرة (2).

(4) المبادئ الإرشادية لنظام الضوابط الشرعية، فقرة (3-أ).

التدقيق الشرعي الخارجي إلى إقرار ترتيب المرجعية الشرعية للمؤسسة بحيث تراعي المعايير الشرعية لـ"أيوفي"، ثم القانون المحلي، ثُمَّ الهيئة الشرعية المركزية وأخيراً قرارات الهيئة الشرعية للمؤسسة[1].

0.3 ويتداخل في هذا الموضوع مصطلحان: توحيد المرجعية الشرعية، وتوحيد الفتوى أو الإلزام بالرأي الواحد، وواقع الأمر أن توحيد المرجعية الشرعية يقصد به تنميط ومَعْيَرة الآراء المعتبرة وليس توحيد الرأي الفقهي.

0.4 إنّ أصل هذا البحث قدّم في مؤتمر "أيوفي" البنك الدولي السنوي في نسخته الثانية عشرة تحت شعار: **"المالية الإسلامية، ومرحلة تحقيق النمو النوعي وتوحيد المعايير"**، وقد جرى تنقيح البحث وتأطيره بالمستجدات التي حدثت على مستوى الصناعة المالية الإسلامية. وتناول البحث مفهوم توحيد المرجعية الشرعية ودوافعه وآثاره من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: مفهوم توحيد المرجعية الشرعية.

المبحث الثاني: دوافع وأهمية توحيد المرجعية الشرعية.

المبحث الثالث: الآثار الناتجة عن توحيد المرجعية الشرعية.

المبحث الرابع: الإلزام بتطبيق معايير شرعية واحدة على المستوى الدولي ومناهج تبني أو تعديل المعايير الدولية للصناعة المالية الإسلامية.

المبحث الخامس: الدراسة العملية: تحويل نتائج البحث إلى مشروع عمل.

(1) معيار التدقيق للمؤسسات المالية الإسلامية رقم (6) بشأن "التدقيق الشرعي الخارجي (عمليات التأكيد المستقل على التزام المؤسسة المالية الإسلامية بأحكام الشريعة الإسلامية)".

المبحث الأول: مفهوم توحيد المرجعية الشرعية

1.1 تعريف الفتوى.

1.1.1 الفتوى والاستفتاء ونطاقهما.

الفتوى هي تبيين الحكم الشرعي لمن سأل عنه في واقعة نزلت فعلاً (نازلة الفتوى) أو يتوقع حصولها (لا على سبيل الافتراض). والحكم الأصلي للفتوى أنّها واجبة على الكفاية، على من له قدرة عليها وقد تتعين إذا لم يوجد غيره. وتتعين الفتوى – في معظم التطبيقات الدولية – على هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة للارتباط بينها وبين تلك المؤسسة[1].

والاستفتاء طلب حكم المسألة النازلة أو التي يتوقع نزولها. وحكم الاستفتاء الوجوب على المؤسسة لمعرفة حكم الشرع في حادثة وقعت، أو يتوقع حدوثها كما يجب عليها الاستفتاء عن الحكم الشرعي لأي عملية يراد الدخول فيها. مع أن الأصل أن للمستفتي أن يختار –بحسب طاقته– الأعلم أو الأتقى من المفتين، ولو في كل مسألة على حدة، ولكن المؤسسات –بحسب نظمها ولوائحها– مقيدة باستفتاء هيئتها[2].

يقتصر مجال الفتوى في المؤسسات على الأحكام العملية المالية، وما يتصل بذلك، مثل بعض أحكام العبادات والحلال والحرام كالزكاة[3].

(1) المعيار الشرعي رقم (29) "ضوابط الفتوى وأخلاقياتها في إطار المؤسسات "، الفقرات: 2/ 1، 3/ 1، 3/ 2.

(2) المعيار الشرعي رقم (29) "ضوابط الفتوى وأخلاقياتها في إطار المؤسسات "، الفقرات: 2/ 2، 3/ 3، 3/ 4.

(3) المعيار الشرعي رقم (29) "ضوابط الفتوى وأخلاقياتها في إطار المؤسسات "، الفقرة: 4.

والفتوى في المعاملات المالية المعاصرة تستخدم أدوات الاجتهاد الفقهي المختلفة من تخريج المناط وتنقيح المناط وتحقيق المناط والتكييف الفقهي والسبر والتقسيم وتحرير محل النزاع، وسنتطرق إلى جميعها في الفقرات التالية.

1.1.2 تخريج المناط.

تخريج المناط هو النَّظر والاجتهاد في إثبات عِلَّة الحكم الذي دلَّ النّص أو الإجماع عليه دون علِّيته[1]. بعبارة أخرى هو الاجتهاد في استنباط علَّة الحكم الذي دلَّ النّص والإجماع عليه من غير تعرض لبيان علته لا بالصراحة ولا بالإيماء نحو قوله: "لا تبيعوا البُرَّ بالبُرِّ إلا مثلا بمثل" فإنّه ليس فيه ما يدلّ على أنّ علّة تحريم الرّبا الطعم لكنَّ المجتهد نظر واستنبط العلَّة بالطرق العقلية من المناسبة وغيرها، فكأن المجتهد أخرج العلَّة من خفاء فلذلك سمى تخريج المناط[2].

1.1.3 تنقيح المناط.

تنقيح المناط هو النَّظَر والاجتهاد في تعيين ما دلّ النّصّ على كونه علَّة من غير تعيين بحذف ما لا مدخل له في الاعتبار مما اقترن به من الأوصاف[3]. حيث يكون الوصف المعتبر في الحكم مذكورا مع غيره في النص؛ فينقح بالاجتهاد، حتى يميِّز ما هو معتبر ممّا هو ملغى[4].

(1) الآمديّ، علي بن محمّد، الإحكام في أصول الأحكام، علّق عليه الشيخ عبد العزيز عفيفي، دار الصميعي للنشر والتوزيع – المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة 2003، الجزء الثالث، ص 380 – 381.

(2) السبكي، علي بن عبد الكافي، وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، دراسة وتحقيق أحمد جمال الزمزمي ونور الدين عبد الجبار صغيري، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي الإمارات، الطبعة الأولى، سنة 2004، الجزء السادس، ص 253 –254.

(3) الآمديّ، علي بن محمّد، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 380.

(4) أبو إسحاق الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة، شرحه وخرّج أحاديثه الشيخ عبد الله دراز ووضع تراجمه محمد عبد الله دراز، منشورات محمّد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2004، ص 778.

1.1.4 تحقيق المناط.

تحقيق المناط هو النَّظَر في معرفة وجود العلَّة في آحاد الصور بعد معرفتها في نفسها وسواء كانت معروفة بنص أو إجماع أو استنباط[1]. ذلك أنّ عملية تحقيق المناط هي عبارة عن البحث عن الواقع، وملاحظة هذا الواقع حتى يطبّق عليه حكم الأصل.[2] وبعبارة أخرى، يقصد بتحقيق المناط؛ تطبيق الحكم الكلي أو القاعدة العامة، على الفروع والجزئيات، كتطبيق معنى العدالة على مكلف بعينه كشرط لقبول شهادته، وتطبيق معنى الفقر على مكلف بعينه كشرط لاستحقاقه الزكاة. ومن أمثلته في المعاملات المالية الإسلامية المستجدة تطبيق مبدأ تحريم الحيل، أو مبد سدّ الذّرائع على المعاملة المستجدة[3]. ويختلف تحقيق المناط عن تنقيح المناط في الآتي:

(أ) تحقيق المناط هو اجتهاد في تطبيق المعنى الكلي (بما في ذلك العلة) وإثباته في الفرع. وأمّا تنقيح المناط فهو اجتهاد في تعيين مناط الحكم من خلال حذف الأوصاف غير المعتبرة في الحكم.

(ب) عمل المجتهد في تحقيق المناط ينصَبُّ على الجزئيات والفروع للتحقق من وجود المناط فيها، بينما في تنقيح المناط فينصب جهد المجتهد على الأصل لتعيين العلة فيه.

وبشكل عام فإنّ عملية تخريج المناط أصعب من تحقيق المناط وتنقيحه، فعمل المجتهد في تخريج المناط هو استنباط العلة غير الموجودة أصلاً، أما في تنقيح المناط فإن

(1) الآمديّ، علي بن محمّد، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 379.

(2) ابن بيه، عبد الله، الاجتهاد بتحقيق المناط: فقه الواقع والتوقع، http: //binbayyah.net/arabic/archives/1148

(3) عبد الباري مشعل، مقال بعنوان: قضايا جدلية في التمويل الإسلامي موجهة للباحثين (6): تحقيق المناط في المعاملات المالية المعاصرة في ضوء مقاصد الشريعة.

العلة موجودة لكنها تحتاج إلى تهذيب، وفي تحقيق المناط فالعلة موجودة والاجتهاد في تحقيقها وإثباتها في الفروع والجزئيات[1].

1.1.5 التكييف الفقهي.

هو تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهيٍّ ذي أوصاف محدَّدة، بقصد إعطاء تلك الواقعة هذه الأوصاف بعد التأكد من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة[2]. وهو من أوجه تحقيق المناط.

1.1.6 السبر والتقسيم.

هو ذكر أوصاف في الأصل المقيس عليه محصورة، وإبطال بعضها بدليل فيتعيَّن الباقي للعلية[3]. ويختلف السبر والتقسيم عن تنقيح المناط في الآتي[4]:

(أ) العلَّة في السبر والتقسيم غير مذكورة في النص، أما في تنقيح المناط فهي مذكورة في النص؛ لكن ذكر معها أوصاف أخرى؛ فوجب حذف ما لا يصلح للتعليل منها.

(ب) فمسلك السَّبر والتقسيم يوجد العلة، أما مسلك تنقيح المناط فلا يُوجِد العلة بل ينقيها من الأوصاف غير الصالحة للتعليل.

(1) شرير، عصام صبحي صالح، تحقيق المناط وأثره في اختلاف العلماء، بحث مقدّم لنيل شهادة الماجستير في أصول الفقه من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، سنة 2009، ص 46.

(2) شبير، محمّد عثمان، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، دار القلم دمشق، الطبعة الثانية، سنة 2014، ص 32.

(3) المرداوي الحنبلي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، دراسة وتحقيق عبد الرحمان بن عبد الله الجبرين، مكتبة الرشد الرياض، دون طبعة، دون سنة، ص 3351.

(4) بورورو، ناصر إسماعيل، تنقيح المناط عند الأصوليين وتطبيقاته الفقهية، ولمزيد من التوضيح يرجى زيارة الرابط: http://www.alukah.net/publications_competitions/0/39830/#_ftn21.

1.1.7 تحرير محلّ النزاع.

تحرير محلّ النّزاع أن يُخرج من النزاع في أية مسألة ما ليس منها، ويستدعي إدخال ما ظُنَّ أنّه كان خارجاً عنها، ولكنه داخل فيها[1]. فغرض تحرير محل النزاع في المسائل المختلف فيها هو تقليل الخلاف في المسألة وحصره في نطاقه فقط. ويتبين من خلاله هل الخلاف هو خلاف حقيقي له أثره في الأحكام أو هو مجرد خلاف لفظي لا يفضي إلى ثمرة حقيقية[2].

1.2 توحيد الفتوى.

توحيد الفتوى هي إلزام أو التزام المفتين الإخبار عن حكم المسائل الخلافية بقول واحد منها هو قول مفتٍ أو جهة فتوى معيّنة في جميع المسائل الخلافية[3]. أي توحيد الرأي الفقهي أو الرأي الواحد.

واختلاف الأئمة رحمة بالأمّة، فلو لم يكن ثمَّة اختلاف بين المجتهدين، وسلك الجميع مذهباً واحداً لضاق الأمر على المسلمين[4]. وقد رفض الإمام مالك بن أنس -رحمه الله- تعليق الموطأ في الكعبة وأن يحمل النّاس على ما فيه، وقال: إنّ أصحاب رسول الله -صلّى الله عليه وسلّم- اختلفوا في الفروع وتفرقوا في الآفاق، وكلّ عند

(1) الجريتلي، محمّد، تحرير محل النزاع حتى نضيق هوة الخلاف،
http: //www.alukah.net/culture/0//9568

(2) ممتاز، فضل الله، منهج البحث في تحرير محل النزاع،
http: //fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=6616

(3) الجبير، هاني بن عبد الله، مقدمة في ظاهرة الاختلاف بين العلماء وكيفية التعامل معه، 1436ه، ص91.

(4) الباني الحسيني، محمد سعيد بن عبد الرحمان، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، عني به وعلّق عليه حسن السماحي سويدان وقدّم له عبد القادر الأرناؤوط، دار القادري دمشق بيروت، الطبعة الثانية، 1997، ص 97.

نفسه مصيب[1].

ولولي الأمر أن يلزم بسياسة شرعية جزئية بحسب المصلحة، تختلف باختلاف الأزمنة، ومن ذلك: اختيار عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- للناس الإفراد بالحج، ليعتمروا في غير أشهر الحج[2].

1.3 توحيد المرجعية الشرعية.

يقصد بتوحيد المرجعية الشرعية: توحيد مرجعية الفتوى أو مَعْيَرة الفتوى. أي تَنمِيط ونمذَجَة الآراء المعتبرة الحاكمة للمالية الإسلامية وليس توحيد الرأي الفقهي (الرأي الواحد). فقد يتم إثبات العمل برأيين في المسألة، كما فعلت المعايير الشرعية لأيوفي في حالات قليلة، كالعمل بالوعد الملزم والوعد غير الملزم وهما رأيان في مسألة الوعد. وكل رأي يترتب عليه اعتبارات معينة من حيث أخذ هامش الجدية، والتعويض عن الضرر. وإن عموم ما أنتجه الواقع من تطبيقات معروف ومحدود، ويمكن مراعاته في المرجعية الشرعية الموحدة إذا رأت الجهة الإشرافية اعتباره. ومن أبرز أشكال توحيد المرجعية الشرعية على المستوى الدولي الآتي:

(أ) الفتاوى والقرارات الصادرة عن المجامع الفقهية.

وقد دلّل مجمع الفقه الإسلامي الدولي لأهمية "الفتوى الجماعية" بأنّ كثيراً من القضايا المعاصرة هي معقدة ومركبة فإنّ الوصول إلى معرفتها وإدراك حكمها يقتضي أن تكون الفتوى جماعية، ولا يتحقق ذلك إلاّ بالرجوع إلى هيئات الفتوى ومجالسها

(1) الأصفهاني، أبو نعيم أحمد بن عبد الله، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، مكتبة الخانجي القاهرة ودار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دون طبعة، سنة 1996، الجزء السادس، ص 332.

(2) ابن القيّم الجوزية، محمّد بن أبي بكر بن أيّوب، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، إشراف بكر بن عبد الله أبو زيد، تمويل مؤسسة سليمان بن عبد العزيز الراجحي الخيرية، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، ص 46-48.

والمجامع الفقهية[1]. وقد أوصى المجمع -في دورتيه الحادية عشرة والسابعة عشرة- بدعوة القائمين بالإفتاء من علماء وهيئات ولجان إلى أخذ قرارات وتوصيات المجامع الفقهية بعين الاعتبار، سعياً إلى ضبط الفتاوى وتنسيقها وتوحيدها في العالم الإسلامي[2].

(ب) المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية الصادرة عن المجلس الشرعي في هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي). ومن المهام التي تشملها اختصاصات المجلس الشرعي تحقيق التطابق أو التقارب في التصوّرات والتطبيقات بين هيئات الرقابة الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية؛ لتجنب التضارب أو عدم الانسجام بين الفتاوى والتطبيقات لتلك المؤسسات بما يؤدي إلى تفعيل دور هيئات الرقابة الشرعية الخاصة بالمؤسسات المالية الإسلامية والبنوك المركزية[3].

ومن أبرز أشكال توحيد المرجعية الشرعية على المستوى المحلي الآتي:

(أ) الفتاوى والقرارات الصادرة عن هيئة الرقابة الشرعية العليا أو ما يوازيها في الدولة. مثل اللجنة الشرعية للمالية التشاركية في المغرب، والمجلس الاستشاري الشرعي في ماليزيا وغير ذلك.

(1) قرار رقم 153 (17/ 2) بشأن الإفتاء: شروطه وآدابه الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السابعة عشرة بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية) من 28 جمادى الأولى إلى 2 جمادى الآخرة 1427ه، الموافق 24 – 28 حزيران (يونيو) 2006م.

(2) قرار رقم 95 (7/ 11) بشأن الاستفادة من النوازل (الفتاوى) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الحادية عشر بالمنامة في دولة البحرين، من 25-30 رجب 1419 هـ (14-19 نوفمبر 1998). وقرار رقم 153 (17/ 2) بشأن الإفتاء: شروطه وآدابه، مرجع سابق.

(3) المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية الصادرة عن المجلس الشرعي في هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)، مقدمة المعايير، ص 29.

(ب) القوانين والتعليمات ذات العلاقة والصادرة عن الجهات الإشرافية في الدولة كالبنك المركزي أو غيره. مثل تجربة تونس، حيث يتولى البنك المركزي ذلك[1].

1.4 توحيد الفتوى أم مَعيَرة الفتوى؟

إنّ التوحيد الذي نتوخاه في المالية الإسلامية لا يهدف إلى توحيد الفتوى وإنّما معيرة الفتوى. ويتم ذلك من خلال توحيد جهة إصدار الفتوى على مستوى الصناعة المالية الإسلامية أو الدولة، ويتم إعادة إصدار المعايير كلّ عدة سنوات، بحيث يُراعى في الإصدار الجديد الملاحظات والاستدراكات الواردة من التطبيقات المختلفة واستيعاب التعديلات والمعايير الجديدة التي صدرت خلال الفترة ما بين الإصدارين.

وفي ضوء اعتماد المرجعية الشرعية الموحدة على سبيل الإلزام للمؤسسات المالية الإسلامية في دولة ما، فإنّه سيغلب على أعمال الفتوى الخاصة على مستوى المؤسسات التكييف الفقهي وتحقيق المناط.

1.5 المعايير الشرعية الصادرة عن أيوفي والمعايير الشرعية الماليزية.

تُعَدُّ المعايير الشرعية الصادرة عن "أيوفي" مشروعًا عالميًّا نوعيًّا يهدف إلى بيان الأحكام الشرعية لأعمال الصناعة المالية الإسلامية وأنشطتها ومنتجاتها بما يشمله ذلك من بنوك وشركات تمويل وتأمين وأسواق رأس المال والمصارف الاستثمارية وغيرها. وهي تصدر عن المجلس الشرعي الذي يضم 20 عالماً من قرابة 15 دولة من جميع المذاهب الفقهية المعتبرة. وتعتبر هذه المعايير من أبرز أشكال توحيد المرجعية

(1) قانون عدد 48 لسنة 2016 مؤرخ في 11 جويلية 2016 يتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية، الفصل 11.

الشرعية الدولية.

يرى جمع من الخبراء أن هناك تقارباً كبيراً بين معايير "أيوفي" الشرعية ومعايير المجلس الاستشاري الشرعي التابع للبنك المركزي الماليزي، وهيئة سوق الأوراق المالية الماليزي؛ وفيما يلي مقارنة المعايير الشرعية الصادرة عن أيوفي والمعايير الشرعية الماليزية:

مجال المقارنة	المعايير الشرعية الصادرة عن أيوفي	المعايير الشرعية الماليزية
العدد الإجمالي	عدد المعايير الشرعية الصادرة عن أيوفي 60 معياراً حتى تاريخ 6 يوليو 2020	-عدد المعايير والإرشادات الصادرة عن البنك المركزي الماليزي 298 معياراً. وهي خاصة بالمؤسسات المالية الإسلامية والتقليدية، وتوزيعها كالآتي: عدد معايير المصارف والمصارف الإسلامية: 124، وعدد معايير التأمين والتكافل: 84، وعدد معايير مؤسسات التطوير المالي: 49، وعدد معايير خدمات الأعمال: 39، وعدد معايير الوسطاء الماليين: 2. مع الإشارة إلى أن عدداً من المعايير السابقة متكررة بين الأقسام المذكورة. -وبعد الاطلاع على هذه المعايير، تم استنتاج أن المعايير المتعلقة بالنواحي الشرعية هي 14 معياراً. -عدد المعايير الشرعية الصادرة عن المجلس الاستشاري الشرعي التابع للبنك المركزي الماليزي

مجال المقارنة	المعايير الشرعية الصادرة عن أيوفي	المعايير الشرعية الماليزية
		14 معياراً و135 قراراً حتى أكتوبر 2010. -عدد القرارات الصادرة عن المجلس الاستشاري الشرعي لهيئة الأوراق المالية الماليزي 76 قراراً حتى تاريخ 31 ديسمبر 2019.
عدد المعايير المشتركة	عدد المعايير المشتركة 11 معياراً	
عدد المعايير المستقلة (غير المشتركة بين الجهتين)	عدد المعايير المستقلة الخاصة بأيوفي 49 معياراً.	-عدد المعايير المستقلة الخاصة بماليزيا 3 معايير، وهي معيار الوديعة، ومعيار الهبة ومعيار الكفالة.
هيكل المعيار	تحتوي المعايير الشرعية الصادرة عن أيوفي على الأقسام الرئيسة الآتية: التقديم، ونص المعيار، واعتماد المعيار، والملاحق وهي: ملحق نبذة تاريخية عن إعداد المعيار وملحق مستند الأحكام الشرعية	-تحتوي المعايير الماليزية بشكل عام على الأقسام الرئيسية وهي: نظرة عامة على المعيار، والمتطلبات الشرعية، والمتطلبات التشغيلية، والملاحق وهي: ملحق مستند الأحكام الشرعية للمعيار، وملحق التعريفات، وملحق القرارات الشرعية ووثائق السياسات ذات العلاقة، وملحق رسم توضيحي لشرح إجراءات التشغيل ذات العلاقة.

مجال المقارنة	المعايير الشرعية الصادرة عن أيوفي	المعايير الشرعية الماليزية
	للمعيار وملحق التعريفات.	
الإجمال والتفصيل	معايير أيوفي تتسم بالإجمال والعموم	-معايير ماليزيا تجمع بين الإجمال والتفصيل.
	-مثل معيار «إعادة الشراء» رقم (58) الصادر عن أيوفي فقد أشار إلى صور عديدة لإعادة الشراء على اعتبار أنها جميعاً من قبيل إعادة الشراء. أما ماليزيا فأفردت معياراً خاصاً ببيع العينة.	
النواحي التطبيقية والتشغيلية	معايير أيوفي أقرب إلى الضوابط الفقهية	-معايير ماليزيا فهي أقرب إلى الجانب التطبيقي، بالإضافة إلى ذلك يوجد في نهاية المعيار ملحق يتضمن رسماً توضيحياً لشرح إجراءات التشغيل ذات العلاقة كما في معيار المشاركة ومعيار الإجارة ومعيار الوعد ومعيار المضاربة.

1.6 توحيد المرجعية الشرعية لمؤسسات البنية التحتية الداعمة للصناعة المالية الإسلامية.

يثار سؤال في الصناعة المالية الإسلامية: هل من مصلحة الصناعة أن تكون هناك مرجعية شرعية واحدة لجميع مؤسسات البنية التحتية في الصناعة المالية الإسلامية (مثل البنك الإسلامي للتنمية IDB، والأسواق المالية الإسلامية الدوليةIIFM، ومركز إدارة السيولة IILM، إلخ)؟ وهل يمكن للمعايير الشرعية

لأيوفي أن تمثل المرجعية لتلك المؤسسات، على اعتبار أنها من أبرز أشكال المرجعية الشرعية الموحدة على المستوى الدولي؟

بشكل عام، إنّ اعتماد مرجعية شرعية موحدة له إيجابيات وسلبيات. أما الإيجابيات فإنّه بالإضافة إلى ما ذكر في فقرة توحيد المرجعية من هذا البحث، سيتم تخصيص المبحث الثاني لبيان أهمية توحيد المرجعية الشرعية. أما السلبيات فمنها عدم مراعاة الخصوصية على مستوى المؤسسات أو الدول. وهذا ينطبق أيضاً على مؤسسات البنية التحتية الدولية. ويمكن تجاوز هذه النقطة عن طريق تعيين هيئة استشارية شرعية وظيفتها تفسير المعايير الشرعية الصادرة عن أيوفي أو طلب إصدار معايير جديدة أو طلب مراجعة المعايير القائمة إن لزم الأمر، وتكون هذه الهيئة هي حلقة الوصل بين المجلس الشرعي لأيوفي ومؤسسات البنية التحتية الدولية.

وفي جميع الأحوال إنّ الحديث عن هيئة استشارية شرعية موحدة ليس بديلاً عن المرجعية الشرعية الدولية الموحدة المتمثلة في المعايير الشرعية، كما أنّه ليس بديلاً عن وجود هيئة استشارية شرعية جزئيًا أو بشكلٍ كاملٍ في كلِّ مؤسسة من هذه المؤسسات.

المبحث الثاني: دوافع وأهمية توحيد المرجعية الشرعية

2.1 اعتبارات الحوكمة[1].

هناك عدة اعتبارات تدعم اعتماد مرجعية شرعية موحدة وتجاوز النموذج القائم على تعدد المرجعيات، وفيما يلي أهمها:

2.1.1 عدالة المنافسة بين المؤسسات.

إنّ استمرار المرجعيات الشرعية الخاصة على مستوى كلِّ مؤسسة؛ تسبّب في عدم اتساق الفتاوى على مستوى المنتج الواحد ومن ثمّ أتاح فرصة للمنافسة على أساس نوع الفتوى، بينما تمنح المرجعية الشرعية الموحدة فرصة متساوية للمؤسسات المتنافسة.

2.1.2 تعزيز المصداقية الشرعية على مستوى التطبيق.

رغم أهمية الفتوى فإنّ المصداقية الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية تتوقف على تطبيق الفتوى وليس مجرد صدورها. وفي ظلّ غياب التدقيق الشرعي المستقل تبقى هذه المصداقية محلّ نظر. وتوحيد المرجعية الشرعية يسهم في تعزيز وظيفة التدقيق الشرعي المستقل من خلال توفير معايير شرعية موحدة على مستوى الصناعة أو الدولة.

(1) لمزيد من التفاصيل ينظر:

- مشعل، عبد الباري، "الآفاق المستقبلية للرقابة الشرعية رؤية للتطوير"، ورقة عمل مقدمة لمنتدى التمويل الإسلامي، كوالالمبور، ماليزيا، 2010م.
- مشعل، عبد الباري، "الإطار العام المتكامل لحوكمة الصناعة المالية الإسلامية"، المؤتمر الرابع عشر للهيئات الشرعية، البحرين، 22-23 مارس 2015.

2.2 اعتبارات المخاطر والتصنيف الشرعي.

يهدف التصنيف الائتماني إلى قياس مدى قدرة المؤسسة على سداد ديونها، بينما يهدف التصنيف الشرعي إلى قياس مدى الجودة الشرعية للمنتجات والمؤسسات المالية الإسلامية من خلال فحص جودة السياسات والإجراءات الشرعية.

وبصفة عامة إنّ تعدد المرجعيات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية يجعل من الصعب أيضاً تطبيق فكرة التصنيف الائتماني والشرعي للمؤسسات؛ لأنّ الثمَرة المرجُوّة من التصنيف بنوعيه المقارنة بين التطبيقات، وهذا غير ممكن في ظل تعدد الآراء أو المرجعيات.

2.3 اعتبارات المحاسبة والتدقيق المالي.

تؤثر المرجعية المحاسبية للمؤسسات المالية الإسلامية في كيفية تمثيل البيانات المالية (كمخرج نهائي) لأنشطة المؤسسة وعملياتها كما هي عليه في الواقع. ولذلك يجب أن تعكس المرجعية المحاسبية خصوصية المؤسسات المالية الإسلامية، وأن يتمَّ بناؤها وفقاً للمرجعية الشرعية. وفي حال تعدد المرجعيات الشرعية للمؤسسات؛ فإنّه يكون من الصعب إصدار معايير محاسبية ملائمة للصناعة المالية الإسلامية، ويضع عبئاً إضافياً على جهات التدقيق المالي؛ لأنّها تكون مكلَّفة بإعداد برامج وخطط للتدقيق في ضوء المرجعية الشرعية لكلِّ مؤسسة خاضعة للتدقيق.

2.4 الاعتبارات القانونية والقضائية.

يشكل غياب المرجعية الشرعية الموحدة ثغرة قانونية وقضائية مهمة في تطبيقات الصناعة المالية الإسلامية؛ لأنّ إطلاق مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية دون تحديدها لا يحقق الغرض المنشود على المستوى القانوني والقضائي، وتبقى التطبيقات ترجّح مرجعية القوانين الوضعية. وفي حال اعتماد مرجعية شرعية موحدة

-كالمعايير الشرعية الصادرة عن أيوفي كما حدث البحرين مؤخّراً[1] حيث اعتمدت مرجعاً على مستوى القضاء- فإنَّ هذا يوفر مساهمة جليلة للفصل في النزاعات طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. بالإضافة إلى أن القانون الماليزي في المادة (رقم: 56) نصّ على أنّه على الجهات القضائية الرجوع إلى المعايير والقرارات والأحكام الصادرة عن المجلس الاستشاري الشرعي التابع للبنك المركزي في القضايا المتعلقة بالمؤسسات المالية الإسلامية[2].

2.5 اعتبارات النّمذجة المحلية والعالمية.

يساهم توحيد المرجعية الشرعية في إحداث التناغم بين التطبيقات وفق نماذج عمل واضحة للمؤسسات المالية الإسلامية، وهذا سيدعم المنافسة بين المؤسسات على أسس الكفاءة والجودة ونواح أخرى لا علاقة لها بنوع الحكم الشرعي كما هو الحال عند تعدد المرجعيات الشرعية وتنوع الفتوى بين المؤسسات. كما يساهم توحيد المرجعية الشرعية في تخفيض التكلفة الإضافية المترتبة على مكونات الالتزام الشرعي وتعزيز فرص تطبيق البديل الإسلامي عالمياً.

(1) ينظر قانون رقم (14) لسنة 2020 الخاص بتعديل بعض أحكام قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية الصادر بالقانون رقم (64) لسنة 2006.
https://www.bna.bh/.aspx?cms=q8FmFJgiscL2fwIzON1%2bDmkZZGDcugQ8%2fIM4v3F7zRw%3d.

(2) https://www.sacbnm.org/?page_id=3351#1510302166746-2d250988-f44e

المبحث الثالث: الآثار الناتجة عن توحيد المرجعية الشرعية

3.1 الفصل بين الفتوى والتدقيق الشرعي.

من أبرز الآثار الناتجة عن اعتماد مرجعية شرعية موحدة على مستوى الصناعة أو الدولة ترسيخ قضايا الحوكمة المهمة وفي مقدمتها الفصل بين وظيفة الفتوى ووظيفة التدقيق الشرعي حيث تصبح الفتوى من اختصاص سلطة عليا.

3.2 إعادة توصيف دور هيئات الرقابة الشرعية للمؤسسات.

إنَّ وجود توجه دولي في أكثر من تجربة تجاه الإلزام بمعايير شرعية موحدة على مستوى الدولة كما في المغرب وتونس وأندونيسيا وماليزيا والسودان[1] والبحرين[2] والإمارات[3] والكويت مؤخراً[4] وغيرها، يدعو إلى إعادة توصيف دور الهيئات الشرعية للمؤسسات. وفي هذا الصدد يمكن التمييز بين ثلاثة نماذج، يختلف في كل منها دور الهيئة الخاصة تبعاً لمستوى الشمول في المعايير الشرعية الموحدة المعتمدة، وبيان ذلك على النحو الآتي:

(أ) النموذج الأول: دور إشرافي بالكامل "Supervisory".

(1) أحمد علي عبدالله، تفعيل الرقابة الشرعية على المصرفي، حولية البركة، ع 3، رمضان1422هـ- نوفمبر2001، ص44.

(2) ينظر قانون رقم (14) لسنة 2020 الخاص بتعديل بعض أحكام قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية الصادر بالقانون رقم (64) لسنة 2006.
https://www.bna.bh/.aspx?cms=q8FmFJgiscL2fwIzON1%2bDmkZZGDcugQ8%2fIM4v3F7zRw%3d

(3) ينظر قرار الهيئة العليا الشرعية بخصوص اعتماد المعايير الشرعية لأيوفي، رقم: 18/ 3/ 2018، أصدر بتاريخ: 4/ 7/ 2018.

(4) صدر في الكويت في تاريخ 19/ 2/ 2020 مشروع قانون يتعلق بالنقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية على نحو يسمح بإنشاء هيئة عليا للرقابة الشرعية وإحالته الى الحكومة.

وتتمثّل المرجعية الشرعية للمؤسسة حصراً في الفتاوى والقرارات الصادرة عن هيئتها الشرعية. وهذا النموذج هو السائد في معظم تطبيقات المؤسسات، والمعايير المهنية لأيوفي.

(ب) النموذج الثاني: دور إشرافي جزئي.

ويكون هذا النموذج في ظلِّ وجود معايير شرعية موحدة على مستوى الدولة أو القطاع، وفي نفس الوقت توجد هيئات رقابة شرعية على مستوى كلِّ مؤسسة. ويكون دور هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة إشرافي في الجزء الذي لا تغطيه المرجعية الشرعية الموحدة، واستشاري في الجزء الذي تغطيه المعايير الشرعية الموحدة. كما في تجربة سوريا على سبيل المثال[1].

وهذا التوجه بشأن إعادة توصيف دور هيئات الرقابة الشرعية للمؤسسات يتطابق مع ما ذهب إليه مجلس الخدمات المالية الإسلامية؛ ففي حال وجود سلطة عليا لإصدار المعايير الشرعية، ستكون مهمة هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة، التأكّد من التزام المؤسسة بتلك المعايير [وهو التدقيق]، ولا يمنع ذلك الهيئة من إصدار المعايير الشرعية شريطة ألاّ تتعارض مع ما تصدره السلطة العليا[2].

وتتّجه "أيوفي" إلى التوافق مع هذا النموذج من خلال معاييرها المهنية الجديدة، وسيكون دور الهيئة الشرعية للمؤسسة إشرافي في الجوانب التي لا تغطيها المرجعية الشرعية، ويقصد بالمرجعية الشرعية حسب معيار التدقيق الشرعي الخارجي

(1) وتفيد تجربة الباحث في الهيئة الشريعة لأحد البنوك الإسلامية في سورية بأن الهيئة الشرعية العليا في البنك المركزي تراجع فتاوى الهيئات الشرعية في البنوك وتطلب تعديلها في ضوء المعايير الشرعية لأيوفي غالباً.

(2) المبادئ الإرشادية لنظام الضوابط الشرعية فقرة (3-أ).

الآتي[1]:

- المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي).
- التعليمات ذات الصلة بالشريعة الإسلامية والصادرة عن الجهات الرقابية والإشرافية.
- القرارات الصادرة عن الهيئة الشرعية العليا للقطاع / الدولة.
- متطلبات معايير المحاسبة المالية ذات الصلة والصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي).
- القرارات الصادرة عن الهيئة الشرعية للمؤسسة والتي لا تتعارض مع ما ورد أعلاه.
- بشكل عام يمكن تبرير النَّموذج الثاني في ظل عدم اكتمال المرجعية الشرعية الموحدة. وهو بمثابة نموذج انتقالي بين النموذجين الأول والثالث.

(ج) النَّموذج الثالث: دور استشاري بالكامل "Advisory".

ويكون هذا النَّموذج في ظل وجود مرجعية شرعية موحدة على مستوى الدولة أو القطاع، وفي نفس الوقت لا توجد هيئات رقابة شرعية على مستوى كلّ مؤسسة كما في تجربة المغرب، أو في حال وجودها يكون دورها استشاري فقط بالتوافق مع مرجعية شرعية موحدة شاملة كما في تجربة ماليزيا وإندونيسيا وتونس أو يكون دورها استشاري لتهيئة الأعمال بغرض الحصول على الموافقة مع مرجعية شرعية مركزية كما

(1) معيار التدقيق للمؤسسات المالية الإسلامية رقم (6) بشأن "التدقيق الشرعي الخارجي (عمليات التأكيد المستقل على التزام المؤسسة المالية الإسلامية بأحكام الشريعة الإسلامية)".

في السودان[1]، أو الجزائر مؤخراً[2] حيث ترفع المنتجات للاعتماد من الهيئة العليا.

والتحوّل للدور الاستشاري في ظلّ المرجعية الشرعية الموحّدة أمر طبيعي، أسوة بالمرجعيات الموحدة في العالم لجميع الأعمال. ومن هذه المرجعيات: المعايير الدولية لإعداد التقارير المالية، والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، والتحصيل المستندي، وقواعد التغطية والتسوية بين البنوك، والأعراف الموحدة لخطابات الضَّمان، والأعراف الموحدة لاعتمادات الضَّمان واتفاقية الأمم المتحدة (فيينا 1980 لعقد البيع الدولي) وغيرها.

ولا شكّ بأنّ هناك إشكالات واستفسارات ومستجدات تواجه المؤسسات في التطبيق، فهذه يجب التعامل معها كما في المرجعيات الأخرى المطبقة في العالم؛ حيث توجد آلية معتمدة للاستفسار من الخبراء والمستشارين لدى جهة الإصدار، وهناك إصدار جديد من كل مرجعية كل عدة سنوات يستوعب التعديلات والملاحظات التطبيقية خلال الفترة ما بين الإصدارين.

(1) بتاريخ 2 مارس 1992 أنشئت الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية، وتعد هيئة مستقلة بقرار وزاري رقم (184) لسنة (1992) الصادر بإنشاء الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية، وفي عام 2003 تمّ التعديل على بعض اختصاصات الهيئة وفقاً لقانون تنظيم العمل المصرفي لسنة 2003. وتقوم الهيئة بالعديد من المهام منها الفتوى، والاستشارات أيضاً، وتكون الفتوى التي تصدرها الهيئة في أي نزاع في المسائل الفقهية ملزمة للبنك المركزي والمصارف والمؤسسات المالية.

https: //cbos.gov.sd/sites/default/files/hayiat%20.pdf

(2) صادق المجلس الإسلامي الأعلى على إنشاء الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية، حسبما أفاد به الاثنين بيان للمجلس. ويأتي إنشاء الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية تنفيذا للنظام رقم 20-02 المؤرخ في 15 مارس 2020 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية و قواعد ممارستها من طرف البنوك و المؤسسات المالية الصادر في الجريدة الرسمية رقم 16. وستقوم هذه الهيئة بالدور الاستشاري للبنوك والمؤسسات المصرفية وستمنحها شهادة المطابقة الشرعية وهي "المهمة التي ستكون سندا لبنك الجزائر في توطين الصيرفة الاسلامية". https://2u.pw/TZjQD

3.3 تنظيم مهنة التدقيق الشرعي الخارجي.

إنّ التدقيق الشرعي المشار إليه كوظيفة للهيئات الشرعية الخاصة في وضعها الحالي في العديد من القوانين وفي معيار الحوكمة رقم 1 و2 الصادرين عن "أيوفي"، ينتابه كثير من الضعف المهني في الممارسة ولا يتسم بالاستقلالية. وذلك للآتي:

(أ) الجمع بين الفتوى والتدقيق الشرعي قد يؤدي إلى حالة من تعارض المصالح ومن ثمّ عدم استقرار المعايير الشرعية.

(ب) تعتمد الهيئات الشرعية –بصفة غالبة– على نتائج التدقيق الشرعي الداخلي. وهذا لا يحقق الوضع المهني المستقل للمدقق الشرعي الخارجي.

(ج) عدم تفرغ أعضاء هيئات الرقابة الشرعية.

(د) تركز جهود الهيئات الشرعية في الفتوى أكثر من التدقيق الشرعي، علماً بأنّ مصداقية التطبيق تأتي من التدقيق الشرعي.

(ه) لم تشر المعايير المهنية إلى شروط تأهيل أعضاء الهيئة في مجال التدقيق الشرعي.

ولمعالجة هذا الضعف اتجهت بعض التطبيقات إلى اعتماد وظيفة التدقيق الشرعي الخارجي من خلال الترخيص لإقامة شركات تدقيق شرعي مستقلة في القطاع الخاص كما في تجربة الكويت، أو تأهيل شركات التدقيق المالي لكي تقوم بالتدقيق الشرعي إلى جانب التدقيق المالي كما في تجربة سلطنة عمان[1]. كما اعتمدت البحرين مؤخراً إلزام البنوك الإسلامية بالتدقيق الشرعي الخارجي[2].

(1) مزيد من التفاصيل ينظر: عبد الباري مشعل، التدقيق الشرعي الخارجي: رؤية جديدة وأبرز التطبيقات المعاصرة، مؤتمر أيوفي السنوي الخامس عشر للهيئات الشرعية، البحرين 12–13 أبريل 2017م.

(2) Central Bank of Bahrain Rulebook, Volume 2: Islamic Banks, Independent External Shari'a Compliance Audit.

3.4 تقنين المالية الإسلامية.

يمثل إصدار المعايير الشرعية الموحدة من جهة حكومية كالبنك المركزي أو المجلس الإسلامي الأعلى أو المجلس العلمي الأعلى كجهات مخولة في الدولة نوعاً من التقنين وحتى يأخذ وضع التقنين الكامل يستلزم التنسيق مع القوانين الأخرى ذات العلاقة، ويستتبع اعتبار الجهات القضائية لهذه المعايير في حالات النزاع بالتزامن مع القوانين الأخرى ذات العلاقة كما حصل في كل من ماليزيا[1]، والبحرين[2]، ودول أخرى[3].

(1) https://www.sacbnm.org/?page_id=3351#1510302166746-2d250988-f44e

(2) ينظر قانون رقم (14) لسنة 2020 الخاص بتعديل بعض أحكام قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية الصادر بالقانون رقم (64) لسنة 2006.
https://www.bna.bh/.aspx?cms=q8FmFJgiscL2fwIzON1%2bDmkZZGDcugQ8%2fIM4v3F7zRw%3d

(3) وفي الاتجاه نفسه تصب الجهود التي يبذلها المجلس العلمي الأعلى في المغرب عند إصدار قرارات الموافقة على المنتجات تهدف إلى ضمان الاعتبار القانوني والقضائي لتلك القرارات. وذلك في ضوء ما ذكره منسق اللجنة الشرعية للمالية التشاركية في المجلس العلمي الأعلى الدكتور محمد الروكي في مداخلته في مؤتمر أيوفي للهيئات الشرعية (16) في أبريل 2018. كما حصل الباحث على هذه المعلومة ذاتها من عضو المجلس العلمي الأعلى عضو اللجنة الشرعية المالية التشاركية الدكتور أحمد آيت عزّي في زيارة علمية له في ديسمبر 2018. وفي قراءة استشرافية للنموذج الجزائري الوليد يتوقع أن يكون نظام **الصيرفة الإسلامية في الجزائر** المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية برقم 20-2 في 15 مارس 2020

المبحث الرابع: الإلزام بتطبيق معايير شرعية واحدة على المستوى الدولي ومناهج تبني أو تعديل المعايير الدولية للصناعة المالية الإسلامية

4.1 الإلزام بتطبيق معايير شرعية واحدة على المستوى الدولي.

بشكل عام، إنّ المعايير المهنية في مجال ما هي محصلة الممارسات القائمة (الأعراف) في هذا المجال.

تصدر المعايير من جهات محلية أو إقليمية أو دولية يحظى وجودها بالموافقة وربّما الدّعم من الجهات الحكومية لكن مقرراتها ليست ملزمة لأيِّ جهة حكومية أو خاصة ما لم يصدر تشريع على مستوى الدولة يعتمدها ويلزم بها. وعليه فإنّ المعايير الشرعية لأيوفي –باعتبارها من أبرز أشكال توحيد المرجعية الشرعية على المستوى الدولي– لا تعدّ ملزمة للمؤسسات المالية الإسلامية مالم تصدر السلطات المعنية في أي دولة تشريعات تنص على الإلزام بها. وفي ضوء الإلزام بتطبيق المعايير الشرعية لـ"أيوفي" في دولة ما، سيغلب على أعمال الهيئات الشرعية على مستوى المؤسسات – إن وجدت– التكييف الفقهي وتحقيق المناط.

إنّ الإلزام بتطبيق معايير شرعية واحدة على المستوى الدولي يؤدي إلى تطوير الصناعة المالية الإسلامية عالمياً ورفع كفاءتها ومهنيّتها وتعزيز مصداقيتها، ويساهم في معالجة إشكالاتها. وقد تناولت المباحث السابقة توضيح ذلك من خلال دوافع توحيد المرجعية الشرعية وأهميته، والآثار الناتجة عن ذلك.

إنّ تنوّع الدّول مذهبياً وقانونياً وتشريعياً ومحاسبياً وضريبياً من أبرز تحديات توحيد المرجعية الشرعية على المستوى الدولي، وسيكون أمام السلطات المعنية في دولة ما خياران: إما مواءمة المعايير الشرعية لـ"أيوفي" أو غيرها من معايير الصناعة المالية

الإسلامية كالمعايير الماليزية لتتلاءم مع القوانين القائمة أو مواءمة القوانين القائمة لتتلاءم مع المعايير التي يتم اعتمادها. وسيتم توضيح ذلك في الفقرات التالية.

4.2 مناهج تبني أو تعديل المعايير الدولية للصناعة المالية الإسلامية.

يمكن اعتماد أحد المنهجيين التاليين عند تبني أو إصدار معايير الصناعة المالية الإسلامية[1]:

(أ) المنهج الأول: منهج مواءمة القوانين المحلية.

تبني المعايير الدولية للصناعة المالية الإسلامية، مثل معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)[2]، أو غير ذلك من التطبيقات الدولية الرائدة كالمعايير الشرعية الماليزية، ثمّ مواءمة القوانين المحلية لتتلاءم مع المعايير. فقد تحدّ البيئة القانونية على مستوى التشريع والقضاء في بعض الدول من تطبيق الشريعة الإسلامية، لذلك لا بدّ من إجراء بعض التعديلات لحماية المعايير التي تم تبنّيها.

أي أنّ النّتيجة في هذا المنهج على النحو الآتي:

- المعايير المطبقة: المعايير الدولية للصناعة المالية الإسلامية، دون إجراء أي تعديل عليها.

(1) لمزيد من التفاصيل انظر مشعل، عبد الباري، "هيئة الرقابة الشرعية العليا: تجارب مقارنة وإطار مقترح"، مؤتمر أيوفي العالمي بالتعاون مع البنك الدولي، المنامة – البحرين، بتاريخ 6-7 نوفمبر 2016م، ص 88-89.

(2) الجدير بالذكر أن أيوفي هي المؤسسة الوحيدة على مستوى الصناعة المالية الإسلامية التي لها معايير شرعية دولية، أما مجلس الخدمات المالية الإسلامية، فإنّ المساحة المشتركة بينه وبين "الأيوفي" هي معايير الحوكمة، وفي العام 2019 تشكلت لجنة مشتركة تبنت مشروعاً للتكامل في نموذج الحوكمة بين أيوفي ومجلس الخدمات، والباحث عضو في اللجنة المشتركة المشكلة على مستوى الصناعة المالية الإسلامية من أعضاء من المؤسستين ومن عدد من البنوك المركزية.

- القوانين المحلية: تحتاج إلى تعديل لتتلاءم مع المعايير الدولية للصناعة المالية الإسلامية التي تم تبنيها.
- النّموذج الناتج: نموذج عالمي قابل للتصدير خارج حدود الدولة التي تطبق هذا النموذج، ويعطي هذا النموذج ميزة للمؤسسات المالية الإسلامية في الانتشار عالمياً[1].

(ب) المنهج الثاني: منهج مواءمة المعايير الدولية.

تُبنى المعايير الدولية للصناعة المالية الإسلامية بعد مواءمتها وتعديلها لتتلاءم مع القوانين المحلية.

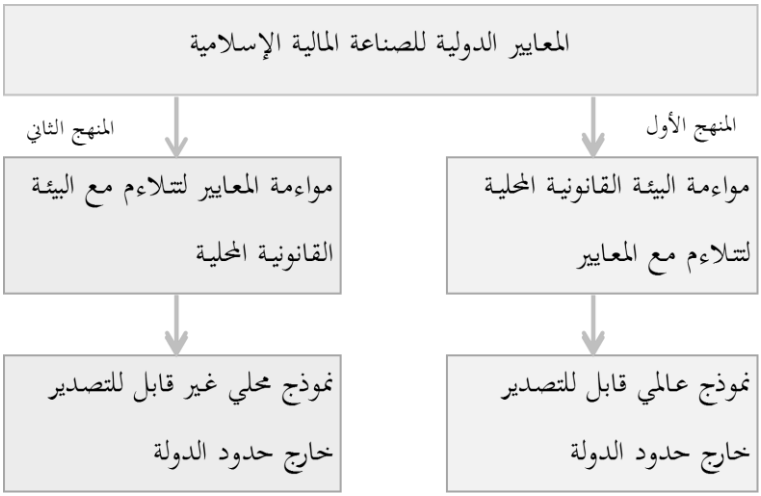
أي أنَّ النتيجة في هذا المنهج:

- القوانين المحلية: لا يتم إجراء أي تعديلات عليها.
- المعايير المطبقة: المعايير الدولية للصناعة المالية الإسلامية مع إجراء تعديلات عليها لتتلاءم مع القوانين المحلية.
- النّموذج الناتج: نموذج محلّي غير قابل للتصدير خارج حدود الدولة التي تطبق هذا النّموذج، وقد يؤثر ذلك على انتشار المؤسسات المالية الإسلامية عالمياً[2].

(1) يمكن أن يكون واقع الصناعة المالية الإسلامية في البحرين مثالاً لهذا المنهج بعد صدور المرسوم الملكي رقم (14) لسنة 2020، مادة (39) فقرة (ج) الذي نص على أنه "تخضع المعاملات والعقود التي تبرمها المؤسسات المالية الخاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية للمعايير الشرعية التي يصدر بتحديدها قرار من المصرف المركزي، ولا يُعتد بأية أحكام أخرى بخلاف تلك المعايير".

(2) في الجملة يمكن أن يمثل واقع التجربة التونسية مثالاً لهذا المنهج من حيث النتيجة حيث قيد القانون الصادر بهذا الخصوص المعايير الشرعية الدولية بما لا يتعارض مع مجلة الالتزامات والعقود ومجلة الشركات المعتمدة في الدولة، كما يمثل واقع التجربة المغربية مثالا آخر لهذا المنهج حيث اتبع المجلس العلمي الأعلى من خلال اللجنة الشرعية للمالية التشاركية إعادة إصدار الموافقات الشرعية على نحو يراعي خصوصية البيئة الاجتهادية في المغرب.

يظهر الشكل رقم (4-أ) مناهج تبني أو تعديل المعايير الدولية للصناعة المالية الإسلامية:



الشكل رقم (4-أ)

مناهج تبني أو تعديل المعايير الدولية للصناعة المالية الإسلامية

المبحث الخامس: الدراسة العملية

تحويل نتائج البحث إلى مشروع عمل

5.1 هدف الدراسة العملية.

تهدف الدراسة العملية إلى تحديد وجهة نظر العلماء والفقهاء في عموم الصناعة في نتائج البحث.

5.2 مجتمع الدراسة.

مجتمع الدراسة العلماء والفقهاء في عموم الصناعة المالية الإسلامية.

5.3 أداة جمع البيانات.

يتم الاعتماد على استبيان في جمع البيانات.

5.4 نموذج أسئلة الاستبيان.

فيما يلي نموذج مقترح للاستبيان:

- ما شكل توحيد المرجعية الشرعية الذي تراه مناسباً أكثر للصناعة المالية الإسلامية؟
  - توحيد المرجعية الشرعية للصناعة المالية الإسلامية على المستوى الدولي.
  - توحيد المرجعية الشرعية للصناعة المالية الإسلامية على المستوى المحلي.
  - أفضل نموذج هيئة الرقابة الشرعية لكل مؤسسة مع الدور الإشرافي الكامل.
- في ظلّ توحيد المرجعية الشرعية للصناعة المالية الإسلامية على المستوى الدولي أو المحلي، ما هو الدور الذي تراه مناسباً أكثر لهيئة الرقابة الشرعية الخاصة على

مستوى كلّ مؤسسة؟

- ❑ أفضل نموذج هيئة الرقابة الشرعية لكلّ مؤسسة مع الدور الإشرافي في الأمور التي لا تغطيها المرجعية الشرعية الموحدة.
- ❑ أفضل نموذج هيئة الرقابة الشرعية لكلّ مؤسسة مع الدور الاستشاري فقط.
- ❑ لا أفضل نموذج هيئة الرقابة الشرعية الخاصة على مستوى كلّ مؤسسة.

■ ما هو المنهج الذي تراه مناسباً أكثر لتوحيد المرجعية الشرعية للصناعة المالية الإسلامية على المستوى المحلي؟

- ❑ منهج مواءمة البيئة القانونية المحلية لتتلاءم مع المعايير الدولية للصناعة المالية الإسلامية.
- ❑ منهج مواءمة المعايير الدولية للصناعة المالية الإسلامية لتتلاءم مع البيئة القانونية المحلية.

الخاتمة والتوصيات

6.1 الفتوى هي تبيين الحكم الشرعي لمن سأل عنه في واقعة نزلت فعلاً (نازلة الفتوى) أو يتوقع حصولها (لا على سبيل الافتراض).

6.2 يقصد بتوحيد المرجعية الشرعية توحيد مرجعية الفتوى أو معيرة الفتوى. أي تنميط ومعيرة الآراء المعتبرة وليس توحيد الرأي الفقهي أو الإلزام بالرأي الواحد.

6.3 من أبرز دوافع توحيد المرجعية الشرعية:

(أ) اعتبارات الحوكمة: هناك عدة اعتبارات تدعم اعتماد مرجعية شرعية موحدة وتجاوز النموذج القائم على تعدد المرجعيات، وأهمها عدالة المنافسة بين المؤسسات وتعزيز المصداقية الشرعية على مستوى التطبيق.

(ب) اعتبارات المخاطر والتصنيف الشرعي: إنّ تعدّد المرجعيات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية يجعل من الصعب تطبيق فكرة التصنيف الائتماني والشرعي للمؤسسات، لأن الثمرة المرجوة من التصنيف بنوعيه المقارنة بين التطبيقات، وهذا غير ممكن في ظل تعدد الآراء أو المرجعيات.

(ج) اعتبارات المحاسبة والتدقيق المالي: ففي حال تعدد المرجعيات الشرعية للمؤسسات فإنّه يكون من الصعب إصدار معايير محاسبية ملائمة للصناعة المالية الإسلامية، ويضع عبئاً إضافياً على جهات التدقيق المالي؛ لأنّها تكون مكلَّفة بإعداد برامج وخطط للتدقيق في ضوء المرجعية الشرعية لكلّ مؤسسة خاضعة للتدقيق.

(د) الاعتبارات القانونية والقضائية: يشكل غياب المرجعية الشرعية الموحدة ثغرة قانونية وقضائية مهمة في تطبيقات الصناعة المالية الإسلامية؛ لأنّ إطلاق

مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية دون تحديدها لا يحقق الغرض المنشود على المستوى القانوني والقضائي، وتبقى التطبيقات ترجح مرجعية القوانين الوضعية.

(ه) اعتبارات النمذجة المحلية والعالمية: يساهم توحيد المرجعية الشرعية في إحداث وتحقيق التناغم بين التطبيقات وفق نماذج عمل واضحة للمؤسسات المالية الإسلامية. كما يساهم أيضاً في تخفيض التكلفة الإضافية المترتبة على مكونات الالتزام الشرعي وتعزيز فرص تطبيق البديل الإسلامي عالمياً.

6.4 من أبرز الآثار الناتجة عن توحيد المرجعية الشرعية الآتي:

(أ) الفصل بين الفتوى والتدقيق.

(ب) إعادة توصيف دور هيئات الرقابة الشرعية للمؤسسات: إن وجود توجه دولي في أكثر من تجربة تجاه الإلزام بمعايير شرعية موحدة على مستوى الدولة يدعو إلى إعادة توصيف دور الهيئات الشرعية للمؤسسات. وفي هذا الصدد تمكين التمييز بين ثلاثة نماذج، يختلف في كل منها دور الهيئة الخاصة تبعاً لمستوى الشمول في المعايير الشرعية الموحدة المعتمدة، وهي على النحو الآتي: النموذج الأول: دور إشرافي بالكامل "Supervisory"، والنموذج الثاني: دور إشرافي جزئي، والنموذج الثالث: دور استشاري بالكامل "Advisory".

(ج) تنظيم مهنة التدقيق الشرعي الخارجي: إنّ التدقيق الشرعي المحسوب كوظيفة للهيئات الشرعية الخاصة في وضعها الحالي، ينتابه كثير من الضَّعف المهني في الممارسة ولا يتسم بالاستقلالية، ولمعالجة هذا الضعف اتجهت بعض التطبيقات إلى اعتماد وظيفة التدقيق الشرعي الخارجي من خلال الترخيص لإقامة شركات تدقيق شرعي مستقلة في القطاع الخاص كما في تجربة الكويت، أو تأهيل شركات التدقيق المالي لكي تقوم بالتدقيق الشرعي إلى جانب التدقيق المالي كما في تجربة سلطنة عمان.

(د) تقنين المالية الإسلامية: يمثل إصدار المعايير الشرعية الموحدة من جهة حكومية في الدولة شكلاً من التقنين ويستلزم التنسيق مع القوانين الأخرى ذات العلاقة، ويستتبع اعتبار الجهات القضائية لهذه المعايير في حالات النزاع بالتزامن مع القوانين الأخرى ذات العلاقة كما حدث في كل من ماليزيا والبحرين مؤخراً.

6.5 يمكن اعتماد أحد المنهجين التاليين عند تبني أو تعديل معايير الصناعة المالية الإسلامية:

(أ) المنهج الأول: تبني المعايير الدولية للصناعة المالية الإسلامية، مثل معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)، أو معايير بعض التطبيقات كالمعايير الشرعية الماليزية، ثمّ مواءمة القوانين المحلية لتتلاءم مع المعايير. فقد تحد البيئة القانونية (على مستوى التشريع والقضاء) في بعض الدول من تطبيق الشريعة الإسلامية، لذا لا بد من إجراء تعديلات لحماية المعايير التي تمّ تبنّيها. والنتيجة نموذج عالمي قابل للتصدير خارج حدود الدولة التي تطبق هذا النموذج، ويعطي هذا النموذج ميزة للمؤسسات المالية الإسلامية في الانتشار عالمياً.

(ب)المنهج الثاني: تبني المعايير الدولية للصناعة المالية الإسلامية بعد مواءمتها وتعديلها لتتلاءم مع القوانين المحلية. والنتيجة نموذج محلي غير قابل للتصدير خارج حدود الدولة التي تطبق هذا النموذج، وقد يؤثر ذلك على انتشار المؤسسات المالية الإسلامية عالمياً.

6.6 يوصي البحث بتطبيق نموذج الدراسة العملية المقترحة في هذا البحث، وإسناد ذلك إلى إحدى الجهات المحايدة القادرة على تنفيذ مشروع العمل.

قائمة المراجع

المعايير المهنية:

1- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)، المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، 2015.

2- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)، معايير الحوكمة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، 2015.

3- معيار التدقيق للمؤسسات المالية الإسلامية رقم (6) بشأن "التدقيق الشرعي الخارجي (عمليات التأكيد المستقل على التزام المؤسسة المالية الإسلامية بأحكام الشريعة الإسلامية)".

4- مجلس الخدمات المالية الإسلامية، معيار رقم (10): "المبادئ الإرشادية لنظم الضوابط الشرعية للمؤسسات التي تقدم خدمات مالية إسلامية"، كوالالمبور، ماليزيا، ديسمبر 2009.

5- مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي:

- قرار رقم 95 (7/ 11) بشأن الاستفادة من النوازل (الفتاوى) الصادر في الدورة الحادية عشر بالمنامة في دولة البحرين، من 25-30 رجب 1419 هـ (14-19 نوفمبر 1998).
- قرار رقم 153 (17/ 2) بشأن الإفتاء: شروطه وآدابه الصادر في الدورة السابعة عشرة بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية) من 28 جمادى الأولى إلى 2 جمادى الآخرة 1427ه، الموافق 24 – 28 حزيران (يونيو) 2006م.

الكتب العلمية

6- الآمديّ، علي بن محمّد، الإحكام في أصول الأحكام، علّق عليه الشيخ عبد العزيز عفيفي، دار الصميعي للنشر والتوزيع – المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة 2003.

7- الأصفهاني، أبو نعيم أحمد بن عبد الله، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، مكتبة الخانجي القاهرة ودار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دون طبعة، سنة 1996.

8- الباني الحسيني، محمد سعيد بن عبد الرحمان، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، عني به وعلّق عليه حسن السماحي سويدان وقدّم له عبد القادر الأرناؤوط، دار القادري دمشق بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1997.

9- ابن القيّم الجوزية، محمّد بن أبي بكر بن أيّوب، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، إشراف بكر بن عبد الله أبو زيد، تمويل مؤسسة سليمان بن عبد العزيز الراجحي الخيرية، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع.

10- الجبير، هاني بن عبد الله، مقدمة في ظاهرة الاختلاف بين العلماء وكيفية التعامل معه، 1436ه.

11- المرداوي الحنبلي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، دراسة وتحقيق عبد الرحمان بن عبد الله الجبرين، مكتبة الرشد الرياض، دون ط، دون س.

12- السبكي، علي بن عبد الكافي، وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، دراسة وتحقيق أحمد جمال الزمزمي ونور الدين عبد الجبار صغيري، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي الإمارات، الطبعة الأولى، سنة 2004.

13- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة، شرحه وخرّج أحاديثه الشيخ عبد الله دراز ووضع تراجمه محمد عبد الله دراز، خرّج آياته وفهرس موضوعاته عبد السلام عبد الشافي محمّد، منشورات محمّد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2004.

14- شبير، محمّد عثمان، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، دار القلم دمشق، الطبعة الثانية، سنة 2014.

الرسائل العلمية والأبحاث والمؤتمرات:

15- شرير، عصام صبحي صالح، تحقيق المناط وأثره في اختلاف العلماء، بحث مقدّم لنيل شهادة الماجستير في أصول الفقه من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، سنة 2009.

16- مشعل، عبد الباري، التدقيق الشرعي الخارجي: رؤية جديدة وأبرز التطبيقات المعاصرة، مؤتمر أيوفي السنوي الخامس عشر للهيئات الشرعية، البحرين 12-13 أبريل 2017م.

17- مشعل، عبد الباري، الإطار العام المتكامل لحوكمة الصناعة المالية الإسلامية، المؤتمر الرابع عشر للهيئات الشرعية، البحرين، 22-23 مارس 2015.

18- مشعل، عبد الباري، الآفاق المستقبلية للرقابة الشرعية رؤية للتطوير، ورقة عمل مقدمة لمنتدى التمويل الإسلامي، كوالالمبور، ماليزيا، سنة 2010.

19- مشعل، عبد الباري، "هيئة الرقابة الشرعية العليا: تجارب مقارنة وإطار مقترح"، مؤتمر أيوفي العالمي بالتعاون مع البنك الدولي، المنامة – البحرين، بتاريخ 6-7 نوفمبر 2016م.

القوانين والتشريعات:

20- تونس، قانون عدد 48 لسنة 2016 مؤرخ في 11 جويلية 2016 يتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية.

21- المعايير والإرشادات الصادرة عن البنك المركزي الماليزي:
http: //www.bnm.gov.my/index.php?lang=en&ch=en_policy

22- قانون رقم (14) لسنة 2020 الخاص بتعديل بعض أحكام قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية الصادر بالقانون رقم (64) لسنة 2006.
https://www.bna.bh/.aspx?cms=q8FmFJgiscL2fwIzON1%2bDmkZZGDcugQ8%2fIM4v3F7zRw%3d

23- ينظر قرار الهيئة العليا الشرعية بخصوص اعتماد المعايير الشرعية لأيوفي، رقم: 18/ 3/ 2018، أصدر بتاريخ: 4/ 7/ 2018.

24- قانون النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية، 19/ 2/ 2020.
https: //cbos.gov.sd/sites/default/files/hayiat%20.pdf

25- المجلس الإسلامي الأعلى الجزائري، https://2u.pw/TZjQD
https: //www.sacbnm.org/?page_id=3351#1510302166746-2d250988-f44e

26- Central Bank of Bahrain Rulebook, Volume 2: Islamic Banks, Independent External Shari'a Compliance Audit..

مقالات:

27- ابن بيّه، عبد الله، الاجتهاد بتحقيق المناط: فقه الواقع والتوقع،

http: //binbayyah.net/arabic/archives/1148

28- مشعل، عبد الباري، مقال بعنوان: قضايا جدلية في التمويل الإسلامي موجهة للباحثين (6): تحقيق المناط في المعاملات المالية المعاصرة في ضوء مقاصد الشريعة.

29- بورورو، ناصر إسماعيل، تنقيح المناط عند الأصوليين وتطبيقاته الفقهية، ولمزيد من التوضيح يرجى زيارة الرابط:

http: //www.alukah.net/publications_competitions/0/39830/#_ftn2

30- - الجريتلي، محمّد، تحرير محل النزاع حتى نضيق هوة الخلاف

http: //www.alukah.net/culture/0/ /9568

31- - ممتاز، فضل الله، منهج البحث في تحرير محل النزاع

http: //fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=6616

32- أحمد علي عبدالله، تفعيل الرقابة الشرعية على المصرفي، حولية البركة.

الضَّمان بجعل عند المالكية

الدكتور قيس بن محمد آل الشيخ مبارك
أستاذ الفقه وأصوله
جامعة الملك فيصل بالأحساء

مجلّة السلام للاقتصاد الإسلامي، العدد (1) ديسمبر 2020

الضَّمان بجعل عند المالكية

الأستاذ الدكتور قيس بن محمد آل الشيخ مبارك

أستاذ الفقه وأصوله

جامعة الملك فيصل بالأحساء

الحمد لله وليّ كلّ توفيق ومُلهِم كلِّ خير والهادي إلى كلِّ حقّ، يا ربنا لك الحمدُ كما يليق بجلال وجهك وعظيم سلطانك.

والصّلاة والسّلام على خير خلقه سيِّدنا محمّد المبعوث رحمة للعالمين وبعد:

فهذا بحث مختصر، لَخَّصتُ فيه مذهب الإمام مالك -رحمه الله- في مسألة الضَّمان بجُعْل، فهو شرحٌ لقول الشيخ أبي المودَّة خليل بن إسحاق الجندي (ت776هـ) في مختصره: (وبطل: إن فسدَ متحمَّلٌ به، أو فسدتْ: كبجعل مِن غير ربّه لمدينه، وإن ضمان مضمونه إلاّ فِي اشتراء شَيْءٍ بينهما، أو بَيعه، كَقَرْضهما على الأصحِّ).

وقد اقتضت طبيعة هذا البحث أن يتركب من تمهيد وثلاثة مباحث.

تمهيد

تعريف الضَّمان.

لغةً: يطلق الضَّمان في اللّغة على عدَّة معان، كالكفالة والالتزام والقبالَة وغيرها، قال الفيروز آبادي: (إن قولك: ضمَّنْتُه الشيءَ تضمينًا، فتضمَّنَهُ عنِّي، بمعنى: غرَّمْتُهُ فالتَزَمَه)[1]، وقال ابن منظور: (الضَّمِينُ الكفيلُ، ضَمِنَ الشيء وبه ضَمْنًا وضمانًا: كَفَلَ به، وضمَّنه إيّاهُ كفَّله)[2].

اصطلاحاً: الضَّمان عقد من العقود، فيلزم بالقول، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾.

ويعبِّرُ المالكيةُ عن الضَّمان بألفاظ متعدِّدة، كالحَمالة، وهو أكثرُ استعمالاتهم، وكالكفالة والزعامة والقَبَالة، فكلُّها ألفاظٌ تُطلَق ويُرادُ بها الضَّمان، قال القاضي عياض: (ومعنى ذلك كلِّه واشتقاقُه، من الحفظ والحياطة)[3]، وقال ابن العربي: (والزعامة والكفالة والحمالة والقبالة بمعنى واحد وهو التزام ما على المرء للمرء)[4].

والضَّمان ثلاثة أنواع: ضمان مال، وضمان طلب، وضمان وجه.

فضمان المال: التزام دينٍ لا يسقطه ممن هو عليه.

وضمان الوجه: التزامٌ بإحضار الغريم وقت الحاجة إليه.

وضمان الطلب: التزامٌ بالتفتيش عن الغريم الذي عليه الدين، ثمّ إخبار صاحب الدين، ولا يلزم في ضمان الطلب إحضار المدين، ولا يغرم، إلاّ إذا قصّر أو فرَّط.

(1) القاموس المحيط للفيروزآبادي: مادة ضمن.

(2) لسان العرب لابن منظور: مادة ضمن.

(3) التنبيهات المستنبطة: 1707/3.

(4) عارضة الأحوذي: 1/358.

وكلامنا في ضمان المال، والذي حقيقته أن يلتزمَ رجلٌ بسداد دين عن رجل آخر، فالضّامن إذا ضمنَ فقد لزمه الدّين الذي الْتَزَمَه، فلهذا صار الضَّمان حكما مكتسبا.

والضَّمان في الاصطلاح الفقهي عند المالكية، عرّفه الشيخ خليل في مختصره بقوله: (الضَّمان شغل ذِمَّة أخرى بالحق).

غير أنَّ شغل الذمّة ليس نفسَ الضَّمان، وإنّما هو لازمٌ للضَّمان، فانشغالُ الذِّمَّة ليس حكماً يكتسبه الإنسان، بل هو حكْمٌ غير مكتسب، فلا يشمل الضَّمان، فالذِّمَّةُ إنّما تُشغَل إذا وقع الضَّمان، كما هو الشأن في سائر العقود التي يلتزمها الإنسان، والتي منها عقد البيعِ، فالبيعُ فعلٌ مكتَسَبٌ، فإذا تمَّ البيعُ حصل المِلْك.

ولذلك عرَّفه الإمامُ أبو عبد الله ابنُ عَرَفَة (803-716 هـ) بقوله: (التزامُ دَيْنٍ لا يُسقطُهُ، أو طَلَبُه ممَّن هو عليه لمن هو له)[1].

ويلاحظ أنَّ هذا الالتزامَ لا يسقط الحق عن المضمون، فالدَّين باقٍ في ذِمَّة المدين إلى أنْ يدفعه الضّامن، فالضَّمان التزامٌ، بخلاف الحوالة فإنّها طرح، فكان التزامُ قبول المحال عليه للحوالة مسقطاً للدين الذي كان للمحال على المحيل، فيصير الدَّين على المحال عليه، وليس كذلك الأمر في الضَّمان، فإنّ الضَّمان لا يُسقط الدين عن المضمون.

واستناداً إلى هذا، فالضَّمان ليس عيناً يمكن قبضها والتصرّف فيها، وليس منفعةً لعين يمكن تحصيلها والتصرّف فيها، وإنّما هو التزامٌ بسداد الدين، فهو ملزم من المضمون عنه وهو المدين، للمضمون له، وهو صاحب الدين، وإلى هذا يشيرُ

(1) شرح حدود ابن عرفة: 1/ 319.

ابن عرفة بقوله: (التزام دَينٍ) فلا يمكن الانتفاع به بالمعاوضة، لا بالبيع ولا بالإجارة، كما هو الشّأنُ في الإباحات والضيافات، فإنّ الضيافات مأذونٌ لك فيها، غير أنّك لا تملك التصرُّف فيها، وكما هو الشأنُ في الاختصاصات -كالاختصاصات بالمساجد والمدارس والطرق والأسواق- فإنّ الاختصاصات مأذونٌ لك في الانتفاع بها، فأنت تملك الانتفاع بها، غير أنّك لا تملك التصرُّف فيها، ولا أخْذ العِوَض عليها، لأنّه لا يقع عليها الملك، فإنّ الملك لا بدّ فيه من سلطان التصرف من حيث الجملة، والالتزام بسداد الدّين لا تصحُّ المعاوضةُ عليه إجماعاً، ولا ينعقد عليه بيع، فالمضمون عنه لا يملك تمكينَ غيره من الانتفاع بالضَّمان، فليس الضَّمان شيئاً يمكن المضمون عنه أن يبيعه، ولا يمكنه أنْ يُؤجره، وإنما يمكنه أن يتبرع به، أي بغير عوض، فالضَّمان عقدٌ من عقود التبرُّعات، لأنّه معروفٌ وإحسانٌ.

والضَّمان نسبةٌ، تستدعي خمسةَ أمور: ضامن، ومضمون، ومضمونٌ عنه، ومضمون له وصيغة، فأركانه خمسة:

أوّلها: الضّامن، ويصحُّ مِن كلِّ مَن كان جائزَ التصرف، أهلاً للتبرُّع.

وثانيها: المضمون، أي الدَّين، وهو الحق الذي يُضمن، فكلّ ما يلزم الذّمّة جاز ضمانه، ومن شرطه أن يكون حقّا ثابتاً يُمكن استيفاؤه من الضّامن.

وثالثها: المضمون عنه، وهو مَن عليه الدَّين، أي المدين، وربما عبَّروا عنه بلفظ الغريم.

ورابعها: المضمون له، وهو رب الدَّين أي مَن له الدَّين.

وخامسها: الصيغة، كقول الضّامن: أنا زعيم أو حميل أو كفيل أو ضامن أو قَبيل أو غريم.

صحَّة الضَّمان.

والأصل أنَّ الضَّمان يجب أن يكون صحيحاً في ذاته، بحيث لا يختلُّ شرطٌ من شروطه، ولا ركن من أركانه، ويجب كذلك أن يكون مستنداً إلى عقدٍ صحيح.

وهذا يعني أنّه لا يجوز في موضعين:

الأوّل: إذا بطل عقد الضَّمان ذاتُه، ويكون ذلك إذا اختلَّ شرط من شروطه، أو ركن من أركانه، مثل أنْ يأخذ الضّامن جعلاً مقابل الضَّمان.

الثاني: إذا بطل العقدُ الذي بُنِيَ عليه الضَّمان، بحيث يقع الضَّمان بين المتبايعين على عقد باطل، وبطلان الصفقة يكون بحصول مانعٍ، يمنع صحَّتها، أو بعدم استيفاء العقد لشروطه.

وإلى هذين الأمرين أشار الشيخ خليل في النَّص السابق، حيث نبَّه إلى أنّ الضَّمان يبطل، فلا يُعتدُّ به في حالتين:

الأولى: أنْ تبطل الصفقةُ التي وقع الضَّمان عليها، أي يبطل المتحمَّلُ به.

والثانية: أنْ يبطل الضَّمان نفسُه، وبطلان الضَّمان يكون بحصول مانعٍ، يمنع صحَّته، أو أنْ يكون الضَّمان غيرَ مُسْتَوْفٍ لشروطه، فلا يُعتدُّ به.

ومرادُ الشيخ بالبطلان، المعنى اللغوي، وهو عدم الاعتداد بالشيء.

ومرادُه بالفساد، الفسادُ الشرعي، بسبب حصول مانعٍ، يمنع صحَّة العقد أو الضَّمان، أو بسبب عدم استيفاء العقد أو الضَّمان لشروطه.

المبحث الأول: صور بطلان الضَّمان

وفيها مطلبان:

المطلب الأول: حالةُ بطلان العقد الذي وقع الضَّمان عليه.

بمعنى أنْ يقع الضَّمان بين متعاقدين على عقد غير صحيح، أي على عقدٍ باطل، غير معتدٍّ به شرعاً.

ويُتَصوَّرُ هذا في إجراء ضمان على عقدٍ ربوي، ولهذا صورٌ عديدة:

فمنها أنْ يتصارف[1] رجلان إلى أجل، فيصرف أحدُهما ريالاً نقداً، بدولارٍ مؤجَّل.

ومنها البيع بعد الأذان الذي يَلي صعود خطيب المنبر يوم الجمعة، فهذه عقودٌ محرَّمة، فلا يجوز أن يقع الضَّمان على ثمن مبيعٍ من هذه البيوع.

ومن صورها: أنْ يتقدَّم رجلٌ إلى أحد البنوك بطلب قرضٍ ربويٍّ، فيطلب البنكُ ضامناً، وهو ما يُسمَّى كفالةً بنكية، فيذهب الرجل لأحد البنوك الإسلامية التي يتعامل معها، فيطلب منه الكفالة البنكية (ضماناً بغير جُعْل) فهذا الضَّمان، وإنْ كان بغير جُعْل، غير أنَّه مبنيٌّ على عقدٍ ربويٍّ محرَّمٍ إجماعاً.

ويلاحَظ أنَّ الضَّمان إذا وقع على عقدٍ فاسد، فإنَّ له حالتين، ولكلِّ حالةٍ منهما حُكمٌ من حيث لزوم الضَّمان أو عَدَمه، وبيان ذلك في هذين الفرعين:

الفرع الأول: أنْ يقع الضَّمان بعد العقدِ الفاسد، أي بعد انبرام الصفقة الفاسدة.

فالضَّمان في هذه الحالة غير لازم، فلا يُعتدُّ به، لأنّه حصل بعد إبرام الصفقة،

(1) الصرف هو بيع النقدين عند اختلاف الجنس، مثل بيع الذهب بالفضة.

ولم أَرَ خلافاً بين المالكية في ذلك، ووجْهُ عدم لزومِه: أنَّ الصفقة التي وقع الضَّمان فيها باطلة، وما بُنيَ على باطل فهو باطل.

الفرع الثاني: أنْ يقع الضَّمان في أصْل العقدِ الفاسد.

فمعتمد المذهب أنّ الضَّمان غيرُ معتدٍّ به. وهو قول عبد الرحمن بن القاسم العُتَقِيّ(750-806 هـ) في المدوَّنة والعُتْبيَّة، ورواه عن مالك، وهو قول أشهب بن عبد العزيز القيسي (140-204 هـ) وأبي محمد ابن عبد الحكم (155- 214هـ)، ومحمد ابن المَوَّاز (ت 269 هـ) في المَوَّازية.

واستناداً إلى هذا، فلا يَلزم الضّامنَ شيءٌ، سواءٌ عَلِم الضّامنُ بحُرْمة الضَّمان على عقدٍ فاسد، أو لم يَعلم، وسواءٌ عَلِمَ المتبايعان حُرْمةَ الضَّمان على أمرٍ فاسد، أم جهلا ذلك، ووجه عدم الاعتداد بالضَّمان: أنَّ الضَّمان لا يَثبُت في معاملة فاسدة، فالعقد الفاسد لا يترتب عليه حُكم، فالثمن المضمون فاسد، وإذا فسد الثَّمنُ سقط عن المدين، وإذا سقط عن المدين سقط عن الضّامن ضرورةً، قال أبو الحسن عليُّ بن عبد السلام التُّسُولي (ت 1258هـ): (ووجهه أنّ المعاملة لما فسدت كان ما سمَّياهُ من الثمن الذي وقعت به الحمالة غير لازم، فسقط عنه بسقوطه في أصل الشراء)[1].

المطلب الثاني: حالةُ فساد الضَّمان نفسِهِ.

بمعنى أن يكون الضَّمان ذاتُه محرَّماً، أي أنْ يقع الضَّمان في عقدٍ صحيح، غير أنَّ الضَّمان نفسَه محرَّمٌ.

وإنّما يبطل الضَّمان إذا اختلّ أحد شروط صحّته، كالضَّمان بجعلٍ يُعطَى للضامن، فإنّ اشتراط الجعل يجعل الضَّمان ذاتَه محرَّماً، فقد انعقد الإجماعُ على منْع الضَّمان بجعل.

(1) البهجة: 1/305.

ويُلاحَظ هنا أنَّ للضّمان حالةً لا تدخل في الضَّمان المجمع على تحريمه، وهي التي يكون فيها الضَّمان جائزاً غيرَ محرَّم، وذلك إذا حصل الضَّمان، وَوُجِد الجُعْلُ اتِّفاقاً، فقد وقع الضَّمان فيها على جُعْلٍ، اتِّفاقاً، أي من غير أنْ يشترطاه.

ويكون ذلك إذا تداين رجلان دينًا من رجل، ثمَّ إنَّ كلَّ واحدٍ منهما، ضمن صاحبه في الدَّين الذي عليه، أو ضمنه في الدَّين الذي له على آخر، أو ضمن أحدهما صاحبه في الدَّين الذي عليه، وضمن ذلك المضمون ديناً للضامن على آخر، فالصور ثلاث:

الأولى: أنْ يضمن كلُّ واحدٍ منهما صاحبه في الدَّين الذي عليه لرب الدين.

الثانية: أنْ يضمن كلُّ واحدٍ منهما صاحبه في الدَّين الذي له على آخر.

الثالثة: أنْ يضمن أحدهما صاحبه في الدَّين الذي عليه، ويضمن ذلك المضمون-المدين- دينا للضامن على آخر.

ويلاحظ أنّ الجعل هنا هو ضمان كلُّ واحدٍ منهما لصاحبه، في هذه الحالات الثلاث.

فهذه الصّور تجوز إنْ وقعتْ من غير أن يكون بينهما تواطُؤٌ على ذلك، لأنّه إذا كان ذلك بتوافقٍ بينهما، فكأنَّ كلَّ واحد منهما قال لصاحبه: اضمنِّي وأعطيك جُعْلاً، وهو أنْ أضمنك، وفي المثال الثالث، اضمني وأنا أضمن لك مدينك، فإنْ كان بغير تواطؤ، صار كلُّ واحد منهما قد ضمن صاحبَه ضماناً بلا جعل.

فمثال الحالة الأولى، وهي أنْ يضمن كلُّ واحدٍ منهما صاحبه في الدَّين الذي عليه لصاحب الدّين: أن تَتموَّل إحدى الشركات العقارية مبلغاً ماليّاً من أحد البنوك، فتضمنها شركة مواد إنشائية في الدين المترتب نتيجة التمويل الذي على

الشركة العقارية، وبعد مدَّة تموّلت شركة المواد الإنشائية مبلغاً ماليّاً من نفس البنك أو من بنك آخر، فتضمنها الشركة العقارية في الدين المترتب عليها، نتيجة التمويل الذي على مواد الإنشائية، فهنا ضمن كلُّ طرفٍ الطرف الآخر، فوقع الضَّمان بينهما اتِّفاقاً، من غير توافق، ولا تواطُؤ بينهما.

واستناداً إلى عدم التواطُؤ بينهما، فالضَّمان الذي في المثال ضمانٌ صحيحٌ وجائزٌ. ووجه جوازه، أنّهما لم يَشترطا الجُعْلَ في الضَّمان، ولم يَقْصِدَاه، وإنّما حصل الجعلُ اتِّفاقاً، لا قَصْداً، فحصوله من غير قصْدٍ يفيدُ أنّه ليس ضماناً بجعْل، وإنّما هو ضمانٌ بجعلٍ من حيث الصورة.

ففي هذه الحالة وقع مِن كلٍّ منهما ضمانٌ لا جُعْلَ فيه، أي أنَّ صورتَه ضمانٌ بجعلٍ، فكأنَّ كلّا منهما ضمن صاحبَه فيما عليه للبنك، فنَفْسُ ضمان المدين إلى ضامنه شبيهٌ بالجعل من حيث الصورة، غير أنَّ حقيقته ضمانٌ محضٌ، لأنّه حصل بلا قصْدٍ منهما، ولا شرطٍ بينهما.

ومثال الحالة الثانية، وهي أنْ يضمن كلُّ واحدٍ منهما صاحبه في الدَّين الذي له على آخر: شارف أحدُ مصانع التمور على الإفلاس، بسبب سوء إدارة التسوق لديها، أو لغير ذلك من الأسباب، فبحثت إدارة المصنع عن بنك يموّلهم، فلم تجد بنكاً يموِّلهم إلاّ بضمانات، ثمّ إنّهم استناداً إلى ما لهم من علاقات متَميّزة مع أحد المستوردين منهم، طلبوا منه قرضاً حسناً، فقبل المستورد إقراضهم قرضاً حسنا من دون أخذ ضمان، وبعد مدّة ارتفع معدّل مبيعات هذا المستورد، ودخل في صفقات ضخمة، فاحتاج إلى شراء كمية كبيرة من التمر، فاشترى من هذا المصنع الذي له عليه قرض ثلاثة أطنان من التمر على أن يُسَدِّد قيمتها بعد تحصيل ثمنها ممّن باعهم التمر، فقبلت إدارة المصنع بيعَه التمر بثمنٍ آجل، من غير أخذ أيِّ ضمانٍ عليه.

ومثال الحالة الثالثة، وهي أنْ يضمن أحدهما صاحبه في الدَّين الذي عليه، ويضمن ذلك المضمون -المدين- دينا للضامن على آخر: أن تتفق شركة مقاولات مع جهةٍ حكومية على بناء مستشفى عام، وطلبت الشركة من البنك خطاب ضمانٍ، كمتطلّب من الجهة الحكومية على الشركة، لدخولها في الصفقة، وبعد مدّة تضامنت هذه الشركة مع شركة أخرى، في عقد تمويل الأخرى من نفس البنك.

ويلاحَظ أنّ الجُعْلَ المحرَّم هو ما أُعطيَ للضامن، غير أنّ له ثلاث حالات، فقد يكون للمقرض -أي للبائع-، وقد يكون للمقترض، أي المشتري، وقد يكون للضامن، وتفصيل القول في حكم هذه الحالات في الفروع التالية:

الفرع الأول: أن يكون الجعل للمقرض -أي للبائع- سواءٌ كان الجُعْل ضماناً، أو كان الجُعْل مبلغاً، وسواءٌ أَخَذَه من المدين أو من أجنبي، فما يأخذه المقرض من المقترض له أربعة أحوالٍ:

الأول: أن يأخذ مبلغاً، من أجْل أنْ يُحضرَ ضامناً، ليضمن له حقَّه عند أَجَلِه الذي أَجَّلاهُ إليه.

الثاني: أن يأخذ ضامنا، ليضمن له حقَّه عند أَجَلِه الذي أَجَّلاهُ إليه.

الثالث: أن يأخذ ضامنا، من أجْل أنْ يعجِّل المدينُ الدينَ، فيُؤدِّيه قبل حلول أَجَلِه الذي أَجَّلاهُ إليه.

الرابع: أن يأخذ ضامنا، مِن أجْلِ أنْ يؤخّر المدينُ الدينَ، إلى أبعد مِن أَجَلِه الذي أَجَّلاهُ إليه.

وبيان هذه الحالات في الأغصان التالية[1]:

(1) شرح التلقين للمازري: 3/197.

الغصن الأول: أن يأخذ مبلغاً، من أجْل أنْ يُحضرَ ضامناً، ليضمن له حقَّه عند أَجَلِه الذي أَجَّلاهُ إليه.

الغصن الثاني: أن يأخذ ضامنا، ليضمن له حقَّه عند أَجَلِه الذي أَجَّلاهُ إليه.

الغصن الثالث: أن يأخذ ضامنا، من أجْل أنْ يعجِّل المدينُ الدينَ، فيُؤدِّيه قبل حلول الأجل.

الغصن الرابع: أن يأخذ ضامنا، مِن أجْلِ أنْ يؤخّر المدينُ الدينَ، إلى أبعد من أجله.

الغصن الأول: أنْ يطلب المقرضُ من المقترض مبلغاً، من أجْل أنْ يُحضرَ المقرضُ ضامناً يَضمن المقترض في السداد، ذكرها جملةٌ من شرَّاح المختصر، فمنهم:

- الشيخ عبد الباقي الزرقاني (1020–1099 هـ) حيث قال في شرحه على مختصر خليل: (وأنّ الجعل لرب الدين ليأتي بضامن جائز سواء كان من المدين أو من أجنبي، وسواء حلَّ الحقُّ أم لا)[1].

- ومنهم أبو الحسن الصعيدي العدوي (ت1189 هـ) في حاشيته على شرح الخرشي بقوله: (يجوز إذا كان من المدين أو من الضّامن أو أجنبي لرب الدين)[2].

- وقال الشيخ حجازي بن عبد المطَّلب العدوي (ت1211 هـ) في حاشيته على ضوء الشموع: (كما يفسد إن كان الجعل من رب الدين للمدين على أن يأتي له بضامن، أما من أجنبيّ فجائزٌ مطلقًا، كان الجعل لرب الدين)[3].

- وقال الشيخ أبو الحسن التُّسولي: (ومفهومه أنّ الجعل إذا لم يكن للضامن بل

(1) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 6/60، ولم يتعقَّبه أبو الحسن البنّاني في حاشيته.

(2) حاشية الصعيدي على شرح الخرشي: 6/31.

(3) حاشية الشيخ حجازي العدوي على شرح المجموع: 3/333.

لرب المدين ليأتي بضامن أو للمدين ليأتي به أيضاً لم يمتنع)[1].

ولم يمثِّلوا لهذه الصورة، فلعلّ مثالها: أنْ يقول المقترضُ للمقرِض، أو المدين لصاحب الحق: لا أجدُ ضامناً يضمنني عندك، فخذ هذا المبلغَ، وأَحْضَر ضامنا يضمن لك حقّك.

ومن أمثلتها: أن يطلبُ شخصٌ تمويلاً من بنكٍ، فيدرس البنك وَضْعَه المالي، فيتبيَّن له أنَّ في تمويله مخاطرةً على البنك، لضعف ملاءته المالية وعدم تغطية رهوناته المقدّمة لمبلغ التمويل، فيشترط البنك لتمويله أنْ يأتي بكفالة بنكية، فإذا كان العميل أجنبياً مثلاً، ولم يجد من يعطيه الكفالة، فقد يعرض البنكُ على العميل خدمةً مصرفية، وهي أنْ يبحث له عن من يعطيه الكفالة، فيطلب البنك مبلغاً من المال، مقابل تلك الخدمة.

فالضَّمان في هذه الصورة جائزٌ، وهو ضمانٌ لازمٌ، سواء أكان الجعلُ من الضّامن أو من المدين أو من أجنبي، وسواءٌ حلَّ الحقُّ أم لم يحل. ووجه جوازه أنَّ الضّامن لم يأخذ جعلاً على ضمانه، لا من المتموِّل، ولا من البنك، وإنّما أخذ البنكُ جعلاً مقابل سعْيه في إحضار الضّامن.

الغصن الثاني: أن يأخذ ضامنا، ليضمن له حقَّه عند أَجَلِه الذي أَجَّلاهُ إليه. ومن أمثلتها المعاصرة:

أن يطلبَ شخصٌ تمويلاً من بنكٍ، وبعد حصوله على التمويل، يطلب البنك منه أنْ يأتي بمن يقدم له كفالة بنكية. فهذا ضمانٌ جائزٌ مطلقاً، ووجه جوازه: أنّه تبرُّعٌ وإحسانٌ من المدين إلى صاحب الدين؛ إذْ ليس فيه عوض، فقد يماطل المدين،

(1) البهجة شرح التحفة: 1/269.

فالضَّمان زيادةُ توثُّق بغير عوضٍ، والتوثيق من مصلحة العقود.

الغصن الثالث: أن يأخذ ضامنا، من أجْل أنْ يعجِّل المدينُ الدَّينَ الذي عليه، فيُؤدِّيه قبل حلول الأجل.

وذلك مثل أنْ يَطلب منه أنْ يدفعه حالاً، أو أنْ يدفعه قبل أجله بشهرٍ مثلاً أو أقلّ أو أكثر، فالمعنى واحدٌ في كلا الحالين، قال التُّسُولي: (لا فرق بين أن يضمنه على الحلول، أو لِدون الأجل)[1].

ويكون ذلك في أنْ يقول شخص لصاحب الدَّين: أنا ضامنٌ لمدينك أنْ يُعجِّل الدين الذي لك في ذمَّته، فيسدده قبل حلول الأجل، فالمقترضُ في هذه الحالة قد أسقط حقَّه في تأجيل السداد، والمقرِضُ حَصَل على ضامنٍ للدَّينَ الذي له، في المدَّة المتبقِّية.

مثال ذلك: أن يشتري رجلٌ عدداً من السيارات من أحد المعارض، بعقد المرابحة للآمر بالشراء، فيترتَّب على هذا العقد دينٌ مؤَجَّلٌ عليه، يلتزم بدَفْعه على أقساط، ثمّ إنَّه رغب في أن يعجِّل سداد ما عليه، لاحتياجه لتمويل بمبلغ آخر لبناء بيت له "تمويل إنشائي"، فوافق المعرض على التعجيل، وطلب كفالة بنكية، تضمن سداد جميع الأقساط قبل المدّة المتّفق عليها.

فنجدُ هنا أنّ هذا الرّجلَ قد عجَّلَ سدادَ الدّين الذي عليه قبل موعد حلول الأجل، فأسقط حقَّه في تأجيل الدّين، وضمنه ضامنٌ على ذلك، وإنّما قَبِلَ المعرضُ التعجيل بضامنٍ، خوف فوات حقِّه، فقد يُفلس هذا الرجلُ قبل موعد السداد، وربّما ماطل.

(1) البهجة شرح التحفة: 309/ 1.

فهذا الضَّمان صحيحٌ ولازم، حيث كان الدينُ مما يجوز للمدين تعجيله قبل أجله، مثل أنْ يحلَّ الدينُ نقداً، أو أنْ يحلَّ عرْضاً من قرض، فللمقترض عندئذٍ تعجيلُ الدَّين قبل أَجَله إنْ شاء، فإذا عجَّل دَينَه قبل أجله، وَجَب على المقرِضِ أَخْذُه، فإنْ أبى المقرضُ أن يأخذ حقَّه، فإنّه يُجبر على أخْذه قضاءً، قال الإمام مالك: (إذا كان الدين عينا، فإنّه يجبر الذي له الدين على أخذه، وإن لم يحلَّ أجلُه)[1]، وإنما يُجبر إذا لم يكن على المقرض ضررٌ في استلام حقِّه قبل الأجل.

مثال آخر: أن يشتري خالدٌ من أحد البنوك سيارات، بعقد المرابحة للآمر بالشراء، فيترتَّب على هذا العقد دينٌ مؤَجَّلٌ على خالد، يُدفع على أقساط، وقد يكون ضمن عقد المرابحة، أنّه إذا تأخَّر خالدٌ عن سداد قسطٍ واحدٍ، تَحِلُّ جميعُ الأقساط، واستناداً إلى أنَّ خالداً ينْوي السداد مِن ثمن السيارات التي سيبيعها، فيخشى أنْ يتأخَّر في السداد، فطلب إلغاءَ البند المذكور، فوافق البنك على الإلغاء، غير أنّه اشترط مقابل إلغاء البند ضامناً، يضمن أن يُسدِّد خالدٌ جميع الأقساط قبل المدة المتفق عليها. فهذا ضمانٌ جائزٌ، ووجه جوازه: أنّه من حُسن القضاء، فقد قال رسول الله -صلّى الله عليه وسلّم-: (**فإنّ خيار الناس أحسنُهم قضاءً**)[2].

وبيان ذلك: أنَّ الأجل في القرض حق للمقترض، فللمقترضِ أنْ يُبقي عنده القرضَ إلى الأجل المتَّفق عليه، وله إنْ شاء أنْ يُعجِّل دَفْعه، ليَسقط عنه الضَّمان بتعجيل الأداء، فتعجيل المقترض للدين لا يعني أنّه طلب من المقرض إسقاط الضَّمان عن نفسه في المدة المتبقية، وإنَّما اقتضتْ مصلحةُ المقرِضِ التَّوثُّقَ من تحصيل حقِّه، ورَفْعَ ما يَخشى مِن مماطلة المقترض أو إفلاسه أو غيبته، فالمسألة وإن كانت من باب "حُطَّ الضَّمان وأزيدك"، غير أنَّ "حُطَّ الضَّمان وأزيدك"، إنّما يَحرم في البيع، أما في

(1) المدونة: 4/69.

(2) الموطأ.

القرض فيجوز، لأنّ الأجل فيه من حقّ المقترض فقط، والنفع نفعٌ محضٌ للمقرض فقط، فليس للمقترض نفعٌ في ذلك، فليس فيه قرضٌ جرَّ نفعاً.

قال الدسوقي: (حطّ الضَّمان وأزيدك، إنّما يؤثّر المنع في البيع لا في القرض؛ لأنّ الأجل في القرض من حقّ المقترض إن شاء عجّل أو أبقى للأجل)[1].

غير أنَّ للجواز شرطين:

الشّرط الأول: ألاّ يترتب على استلام المقرض -البنك مثلاً- لحقِّه ضررٌ عليه، يُعرِّض مالَه للتَّلف، بحيث يَكون بين زمانَيْ الاستلام أو مكانيهما خوفٌ، بمعنى أن يكون على المقرض ضررٌ في اختلاف الزمان أو في اختلاف المكان.

ويُتصوَّر هذا في أنْ يخشى المقرضُ ضياع مالِه إذا أخذه في غير بلدِ القرض، وذلك حين يكون الطريق بين البلدين مَخوفاً، وكذلك قد يكون الدينُ عروضاً يَشُقُّ على المقرضِ حَمْلُها، فيكون عليه كلفة في حَمْلِها إلى بلدِه، وكذلك الأمر في اختلاف الزمان، إذا كان مظنَّة خوفٍ في استلام الدَّين قبل حلول الأجل.

فإذا ترتَّب على ذلك ضررٌ، فللمقرض أنْ يَمتنع عن استلام الدين الذي له قبل الأجل المتَّفق عليه، وله أن يمتنع عن أخْذ حقِّه إلا في بلد القرض، فلا يُجبر على أخْذه إلا برضاه.

قال أبو الطاهر بن بشير التنوخي المهدوي (ت536 هـ): (إلاّ أن يتّفق أن للطالب فائدة في التأخير كما لو حصل في الزمان خوف أو فيما بين البلدين، وإن كان الدين عروضا لها حمل أو طعاما فلا يجبر على قبوله)[2]، وقال الشيخ أحمد زَرُّوق (846-899 هـ): (الأجل في القرض من حقّ المقترض، فله التعجيل مطلقا، إلاّ أن

(1) الشرح الكبير: 3/332.

(2) نقله عنه في التوضيح: 6/60.

يكون في تعجيله ضرر على رب الدين)[1].

الشرط الثاني: أن يكون الدينُ الذي حلَّ مما يجوز للمدين تعجيله قبل أجله، أي ممّا يجوز إجبارُ مستحقّه على قبوله قبل أجله، وذلك أنّ الدَّين له حالان:

الحال الأوّل: أنْ يكون دينَ نقدٍ، فدين النقد يجوز تعجيله، إذا رضي المقترض، لأنّ الحق في الأجلِ لَه، إن شاء عجَّله، وإن شاء أبقاه للأجل، ولذلك فللمقترض تعجيل السداد إن شاء، وإنْ شاء أبْقَى الدَّين للأجل، فتعجيلُه سداد ما عليه مِن دين، لا يعني أنّه طلب من المقرض حطّ الضَّمان عنه، فالأجل في القرض منفعة من جهة المعطي لا من جهة الآخذ، فليس مقصوداً، وليس له قسطٌ من الثمن، يستوي في ذلك أنْ يحلَّ الدينُ نقداً من بيع، أو أنْ يحلَّ الدينُ نقداً من قرض.

الحال الثاني: أنْ يكون دينَ عَرْض[2]، ذلك أنَّ الدين قد يحلُّ عرْضاً من قرضٍ، وقد يحلُّ عرْضاً من بيع، فهما حالتان:

الأولى: أنْ يحلَّ الدينُ عرْضاً من قرضٍ.

مثاله: أن يقترض مصنعٌ للمواد الإنشائية عشرةَ أطنان من الخشب، من شركةٍ لتصنيع الأخشاب، على أن يتم إرجاع مثلها "سداد القرض" بعد سنة كاملة، وبعد مضيِّ ستّة أشهر، رغب المصنع في سداد القرض قبل حلول أجَلِه، فإنّه إذا سدَّد القرض الذي عليه، فتُجبر الشركة على قَبول أخذ حقّها "استلام الخشب المقترض"، فلا يُشتَرطُ رضاها، لأنّ الأجل ليس من حقِّها، وإنّما من حقّ مَن عليه الدَّين، فإن شاء المصنع عجَّل الدّين، وإن شاء أبقاه للأجل، إلاَّ إذا كان في تعجيله ضررٌ على

(1) شرح الرسالة: 2/749.

(2) العَرْضُ ما سِوَى النقدين مِن المتاع، وجمْعُها عروض، أما العَرَضُ فجميع متاع الدنيا، فكلُّ عَرْضٍ داخلٌ في العَرَض. أما النقود كالذهب والفضة والريال والدولار فيقال لها: عَيْن.

الشركة، فلا تجبر على استلام حقِّها قبل الأجل.

الثانية: أنْ يحلَّ الدينُ عرْضاً من بيع، مثل أنْ يحلَّ بضاعةً من بيع.

مثالها: أن تشتري شركةٌ لتأجير السيارات من أحد المصانع العالمية، مائة سيارة بمليون ريال نقداً، على أن تَسْتَلمها من المصنع بعد سنة، فالسيارات دينٌ للشركة على المصنع، وهذا الدينُ يُسمَّى موصوفا في الذمة "استصناع"، ثم رغب المصنع في اسقاط حقَّه في التأجيل، ليَسقُطَ عنه الضَّمان في المدة المتبقية عليه، فتَعَجَّل تسليمَ السيارات قبل الأجل.

فالضَّمان "الناتج عن التعجيل" هنا لا يجوز، لأنّه ليس للمصنع أنْ يُجبر الشركة على استلام السيارات قبل حلول موعد استلامها، ولو بيعتْ السيارات بقدْر ثمنها أو أكثر، ولذلك فليس للمصنع أنْ يُعطي الشركة ضامناً بالدَّين المؤجل، أي ضامنا على أنْ يُسلّم المصنع السيارات قبل حلول الأجل، ووجه منعه: أنَّ تعجيلَ الوكالة للسيارات صار ضمانا بجعل، لأنّ الأجل في الدّين الذي يحلُّ عرْضاً من بيع، من حقِّ الطرفين، فكأنّ الوكالة قالت للشركة: حُطَّ الضَّمان عنِّي في المدّة الباقية، وأزيدك توثُّقاً بضامن، يضمن استلامك السيارات قبل حلول الأجل، فالوكالة هنا لم تقصد إبراء ذمَّتها بتعجيل تسليم السيارات، بل قَصَدت منفعةً، وهي إسقاط الضَّمان عن نفسها، في المدة الباقية، كما هو الحال في العروض المؤجَّلة من السَّلَم، فالمقترض يقول للمقرض: حطَّ عنِّي الضَّمان في المدة الباقية من الأجل، لأُعجِّل لك الدين، فهو من باب "حُطَّ الضَّمان وأزيدك"، قال الدردير: (من عجّل ما في الذمة عدّ مسلفا وازداد الانتفاع بسقوط الضَّمان)[1]، فهو سلف جرّ نفعا.

(1) الشرح الكبير: 3/219.

وبيان ذلك أنَّ لكلا الطرفين غرضاً: فغرضُ المقرضِ أنْ تَبقى العروضُ في ذمَّة المقترض إلى أنْ يحلَّ أجلُها، لأنَّ ثمنها يتغيّر حسب الأزمنة، فقد تساوي قيمتُها في بعض الأوقات مائةً، وتساوي في وقتٍ آخر أكثر، فغرَضُه أنْ يرصد الأسواق، لينتفع بالربح وقت حلول أَجَلِه، قال الشيخ زرّوق: (فما يراد للأسواق لا يجبر على قبوله عند تعجيله إلاّ أن يشاء، إن كان مما يرصد للأسواق، كالعروض والطعام).

وغرض المقترِضُ أنّه أراد أنْ يُسقط الضَّمان عن نفسه، في المدّة المتبقية، فرغَّب المقرض في قبول العروض معجَّلةً قبل وقتها، فحَطَّ عن المقرض الضَّمان، ليقبل التعجيل، وأسْقَطَ حقَّه في التأجيل، ليَسقُطَ عنه الضَّمان في المدّة الباقية.

الغصن الرابع: أن يأخذ ضامنا، مِن أجْلِ أنْ يؤخِّر المدينُ الدينَ، إلى أبعد من أجله، فيتوافقا على أنْ يأخذ المقرض من المقترض ضامنا بالدّين، مِن أجْلِ أنْ يؤخّر السَّداد إلى أبعد من أجله.

فقد يتوافقان على ذلك قبل أنْ يحلَّ أجلُ الدَّين، وقد يتوافقان على ذلك بعد حلول الأجل، فهما صورتان:

الصورة الأوَّلى: أنْ يتوافقا على ذلك قبل أنْ يحلَّ أجلُ الدَّين، مثل أنْ يطلب المقترض من المقرض أنْ يؤجِّله لأجلٍ آخر، على أنْ يأتيه بضامن يضمن حقَّه عند حلول الأجل الذي أجَّلَه إليه.

مثالها: اتّفق أحد العملاء مع شركة عقارية على أنْ تبني له بيتا بمليون ريال، على أنْ يتمّ التسليم بعد سنة، فاتّفقا على مواعيد سداد الدّفعات المستحقّة عليه للشركة، والعميل معتمدٌ في سداده على التمويل المأخوذ من صندوق الدعم الحكومي، غير أنَّ العميل خشيَ أنْ تتأخر الدفعة المستحقة له من صندوق الدعم

الحكومي، فقد لا تتزامن دفعات الصندوق مع مواعيد سداد الدفعات المستحقة للشركة، فيترتَّب على ذلك التأخر في السداد، فطلب من الشركة أنْ تُمْهله لأجلٍ آخر، على أنْ يُحضرَ ضامناً يضمنه على الأجل الجديد.

حكمها: هذه الصورة لا تجوز. ووجه تحريمها: أنّ لصاحب الدَّين أنْ يُؤجِّل موعد سداد الدين، غير أنّه إذا أخذ ضماناً على التأجيل صار بمنزلة مَن أعطى منفعةً وهي التأجيل مقابل التوثُّق بالضَّمان، فتوثيقُ حقِّه بضامنٍ قابَلَ التأجيل.

وبعبارة أخرى: كأنَّ صاحب الدين -بسبب خَوْفه مِن إفلاس المدين قبل الأجل- طلب التوثُّقَ بضامنٍ، مقابل قبوله بتأخير سداد الدَّين، فبهذا يكون قد طلب منفعةً مقابل سلف، قال أبو عبد الله المازري (ت536-453 هـ): (لأنّ مَن له الدّين، يستحقُّ قَبْضَه إذا حلَّ أجلُه، فالتأخير إلى أجلٍ ثانٍ تطوَّع به، كأنّه قبض دينه ثم ردّه على من أعطاه له سلفًا منه بشرط حميلٍ يوثِّقُ به، قبل انقضاء الأجل الأوّل، فصار ذلك كسلف، وهو التأخير، جرّ منفعةً وهو توثّق الغريم بالدّين قبلَ أن يحلّ أجله)[1].

الصورة الثانية: أنْ يتوافقا على ذلك بعد حلول الأجل، مثل أنْ يحلَّ أجلُ السَّداد، فإذا حلَّ أجلُ السَّداد، طلب المقترضُ من المقرِضِ أنْ يُمهِله، فيقول المقترضُ للمقرض: أمهلني لأجلٍ آخر، وآتيك بضامن يضمن حقَّك عند حلول الأجل الثاني الذي أجَّلْتَه.

مثالها: اتّفق أحد العملاء مع شركة بناءٍ، على أنْ تبني له بيتا بمليون ريال، على أنْ يتم التسليم بعد سنة، فاتّفقا على سداد الدّفعات المستحقّة عليه للشركة، والعميل معتمدٌ في سداده على التمويل المأخوذ من صندوق الدّعم الحكومي، غير أنَّ الأجل

(1) شرح التلقين للمازري: 3/197.

حلَّ، ولم يتمكّن من سداد الدّفعة الأخيرةَ، بسبب تأخر الدّفعة المستحقّة له من صندوق الدّعم الحكومي، فقد لا يستلمها إلا بعد سنة، فطلب من الشركة أنْ تُمْهله لأجلٍ آخر، على أنْ يُحضرَ ضامناً يضمنه على الأجل الجديد.

ففي هذه الصورة، قد يكون المدينُ وقتَ حلول الدَّين قادراً على أنْ يُؤدِّي جميع ما عليه من دين، وقد يكون غير قادر على ذلك، فهما حالان:

الحال الأوّل: أن يكون المدينُ ميسوراً وقت حلول الدَّين، أي أنْ يكون قادراً على سداد جميع دينه حالاً.

ويلاحظ أنّه لا يكفي أن يكون قادراً على أنْ يُؤدِّي بعض دينه، ذلك أنّه إذا كان قادراً على السّداد الآن، فإنّه بمنزلة مَن ابتَدَأ قرضاً آخرَ بضمان، فالضَّمان هنا لم يُقابلْه عوض، وإنّما هو نَفْعٌ محض لا عوض فيه.

أمّا إذا كان المدينُ موسرا ببعض الحق، ومُعسراً بالبعض الآخر، وأعطى صاحبَ الحقِّ ضامناً، فإنّه إنْ ضمنه بجميع دينه ليؤخِّرَه، فقد صار تأخيرُه سداد ما عليه من دَين، بمنزلة السلف، لأنّ تأخيرَ الدَّين الحالِّ -الذي هو مُعْسِرٌ به- يُعدُّ سلفاً، فحيث كان هذا التَّأخيرُ عوضاً للانتفاع بالتَّوثُّق بالضَّمان، فقد صار سلفاً جرَّ نفعا، قال الشيخ خليل: (إذْ تأخيره بالمائة الموسِرِ بها، سلفٌ، وانتفع بالضَّمان في المائة التي هو معسر بها)[1].

والمقصود أنْ يَحصل له اليسارُ وقْتَ الضَّمان، أي في أوَّل الأجل، فإذا حصل اليسار في أوَّل الأجل، فقد صار قادراً على السداد، وبهذا فقد سلمتْ المعاملة مِن سلفٍ جرَّ منفعة، فإنْ حصل إعسارٌ بعد ذلك فلا يضرّ. فإنْ ضمنه بقدْر يساره جازَ.

(1) التوضيح: 6/333.

مثال ذلك: أن يكون على أحد العملاء ديونٌ بقيمة مائة ألف دينار حالَّة، لشركة استثمار وتمويل، ولدى العميل عقارٌ قيمته خمسون ألف دينار لا غير، ولم يتوفّر لديه بقيَّةُ المبلغ، فإذا ضمنه وكيله مثلاً بالخمسين الموسر بها مؤجّلة، فقال الوكيل للشركة: ضمانُ الخمسين -التي يَقْدِرُ على سدادها الآن- عليَّ إلى شهر، فقدَّم للشركة كفالةً بقيمة خمسين ألف دينار التي يَقْدِرُ العميل بها إلى شهر، وذلك إذا قام بتسييل العقار المذكور.

حكمها: تجوز هذه الصورة. ووجه جوازها: أنّ المدين إذا كان موسراً من أوّل الأجل، فإنّه حين يأتي بضامن بقدْرِ يسارِه، فإنَّ الضَّمان نفعٌ محضٌ للمقرض، لا عوض فيه، لأنَّ صاحب الدّين قادرٌ على أن يستوفي دينه من المدين حالا، فكأنّه بتأخير ذلك المقدار ابتَدَأَ سلفا بذلك القدر الذي هو موسر به، بضامن.

الحال الثاني: أن يكون المدينُ الآن معسراً بجميع ماله، أي أنْ يكون غير قادر على سداد جميع دينه، فأخَّره صاحبُ الدين إلى وقتٍ يَرَى أنّه يُيْسِرُ إليه.

حكمها: هذه الحالة يجوز أنْ يحصل صاحب الحق على ضامنٍ يضمن له حقَّه في الوقتِ الذي يَرَى أنَّ المدين يُيْسِرُ فيه. ووجه جواز ذلك: أنّه حينئذٍ أنظر معسراً، وحصل على ضمان بلا جعل، ومن باب أَولَى يجوز أن يضمنه بها إلى ما دون الوقت الذي يرى أنّه يُيْسر فيه.

ثمّ إن للإعسار حالتين:

الحالة الأولى: أنْ تكون العادة أنْ يستمر إعساره لآخر الأجل الذي ضمنه الضّامن إليه.

مثال ذلك: اشترى عميلٌ من أحد المعارض سيارةً، بمبلغ مائتي ألف ريال مقسّطة على سنتين، وبعد سنة، تمَّ فصْلُه من العمل، فصار عاجزاً عن سداد

الأقساط، لحلول جميعها بسبب الفصل، فطلب من المعرض أنْ يمدّد فترة سداد الأقساط إلى سنتين، على أنْ يُحضرَ ضامناً يضمنه إلى الأجل الجديد، فضمنه زميلٌ له، فالعميلُ معسرٌ الآن، والعادة تفيد إعساره إلى نهاية الأجل الذي ضمنه إليه زميلُه، وذلك لقلَّة الوظائف الشاغرة في سوق العمل، أو لأيِّ سبب من الأسباب.

حكم ضمانه: يجوز ضمانه. وجه ذلك: أنّ صاحب الحقّ -وهو البائع-، وإن انتفع بتوثُّقه بالضَّمان، فإنّه لا يُعدُّ مسْلِفاً، لا حقيقةً ولا حكماً، وإنّما أَنْظَرَ معسراً، وإذا كان إنظار المعسر واجباً، فلا سلف هنا.

الحالة الثانية: أنْ تكون العادةُ أنْ لا يستمر إعساره لآخر الأجل.

مثال ذلك: بسبب ركود السوق الموسمي الذي يستغرق عادة شهرين فأقل، طلبتْ شركةٌ لبيع الألبسة والعطورات من أحد البنوك خدمة السحب على المكشوف، فكان الطلب متضمناً سحب مبلغ كبير، وهو ما يسمَّى توفير سقفٍ مرتفعٍ للشركة، وهذا يستلزم من البنك أَخْذَ ضمانات عليه، وتمّ الاتفاق على أن يكون موعد سداد الدّين بعد أربعة أشهر، وقدّمت الشركة من يكفلها كفالةً بنكيةً، باعتبار أن المتوقّع ارتفاع المبيعات بعد شهرين، وأنّ الشركة يمكنها سداد جميع الدين.

فإذا كانت العادة حصول اليسار لها عند الأجل، أو أثناء الأجل، أي إلى ما قبل الوقت الذي يرى أنّه يُيْسر إليه، مثل مَن يكون معسراً الآن، وكانت عادته أن يوسر بعد شهرين منها، بما يأتيه من راتبٍ شهري، أو بما يأتيه من مستحقَّات، أو من إيجار عقارات أو غيرها، فيضمنُهُ الضّامنُ إلى أجل آخر، كأربعة أشهر مثلاً[1].

(1) وقيل يجوز ضمانه، لأنَّ الأصل استصحاب عسره، ذلك أنَّ اليسارَ المتَرَقَّبَ لا يُنزَّل منزلةَ المحقَّق، فقد لا يحصل يُسْرُه، فإذا أَعْسَر وَجَبَ على المقرض إنظارُه، فإذا كان إنظارُه واجباً على المقرض، فإنَّ الإنظار لا يُعَدُّ سلفاً حصل عليه من المقرض، فكان المقترضُ بإعساره بمنزلة المتبرِّع بالضمان.

حكم ضمانه: لا يجوز ضمانه. ووجه ذلك: أنَّ صاحب الحقّ قادرٌ على أَخْذِ حقِّه عند اليسار، فصار تأخير الأجل بعد يُسْرٍ، تسليفاً جرَّ نفعا، بتوثُّقه بالضَّمان فيما قبل يسره، فصاحبُ الحق مسلفٌ في الشهرين الأخيرين، وقد انتفع بالضَّمان الذي أخذه من المدين في الأربعة أشهر، بناء على أنّ اليسارَ المتَرَقَّبَ كالمحقَّق، فالمتوقَّع له حكم الواقع، قال الشيخ خليل: (لأنّ الزمان المتأخّر عن يساره يُعدُّ صاحب الحق فيه مسلفاً؛ لأنّه أَخَّرَ ما عجَّل، فيمتنع، لأنّه مسلف، وقد انتفع بالحميل الذي أخذه من غريمه)[1].

وفي المذهب قولٌ آخر بالجواز، ووجه جواز ضمانه: أنّ الأصل استصحاب عُسر المقترض، ذلك أنَّ اليسارَ المتَرَقَّبَ لا يُنزَّل منزلةَ المحقَّق، فقد لا يحصل يُسْرُه، فإذا استمرَّ عُسْرُه فقد وَجَبَ على المقرض إنظارُه، وإذا وجب إنظارُه، لم يُعَدَّ الإنظار سلفاً، فكان المقترضُ بإعساره بمنزلة المتبرِّع بالضَّمان.

الفرع الثاني: أن يكون الجعل للمقترض أي المشتري، على أن يأتي بضامنٍ يضمن للمقرضِ دينَه:

فقد يكون الجعل من الضّامن، وقد يكون من المقرض، أي البائع، وقد يكون من أجنبيٍّ، فهي ثلاثة أحوال، بيانها في الأغصان التالية:

الغصن الأول: أن يكون الجعل من أجنبي على أن يأتي للمقترض بضامن يضمن الدَّين للمقرض، مثل أنْ يقول شخصٌ لصاحب الدّين: حُطَّ من دينك ألفاً عن المدين وأنا ضامن لك بالباقي.

مثاله: عجز عميلٌ لبنك عن سداد دين عليه، وتمّ استدعاؤه إلى الإدارة القانونية لدى البنك لإجراءات التسوية، فطلبت الإدارة منه أن يحضر من يكفله،

(1) التوضيح للشيخ خليل: 6/332.

فأحضر ضامناً، وبعد دراسة الملاءة المالية ومفاوضة الضّامن، اشترط الضّامنُ على الإدارة أن يضمن العميل بجزءٍ من الدَّين، 75% من مبلغ الدَّين مثلاً، على أنْ يُسقط البنكُ عن المدين باقي الدين، وتم الاتفاق على قبول الكفالة وإسقاط ما بقي من المبلغ.

فهذا جائز مطلقاً، بل هو أحرى بالجواز، سواءٌ حلَّ الأجل أم لم يحلّ، قال الشيخ أحمد الدردير: (لو وقع من أجنبي للمدين على أن يأتي بضامن فجائز مطلقا)[1]، فهو نفْعٌ محضٌ للمقرض، لا عوض فيه.

الغصن الثاني: أن يكون الجعلُ مِن الضّامن.

مثاله: تقدّمت لجنة خيرية تُعنى ببناء المساجد، بطلب قرض حسن من مؤسسة خيرية، ونظراً لضعف السيولة لدى اللجنة، فقد طلبت المؤسسة الخيرية منها ضماناً، فضمنها أحد المحسنين، فتمّت عملية الإقراض، ونظراً لرغبة المحسن في عدم إشغال ذِمّته المالية بالضَّمان، رأى إبراء ذمَّته، فقدّم هذا المحسن قرضاً بكامل المبلغ المضمون للجنة الخيرية، لسداد الدين الذي عليها لدى المؤسسة، فصار هذا المحسنُ هو المقرض.

فالضَّمان هنا جائزٌ مطلقاً، سواءٌ أحلَّ الأجل أم لم يحلَّ، قال الشيخ أحمد الصّاوي(1175 –1241 هـ): (إذا كان من أجنبيٍّ، أو من الضّامن للمدين فلا يقيد الجواز بحلول الدين)[2].

الغصن الثالث: أن يكون الجعلُ من البائع، أي من المقرض، يعطيه للمقترض على أن يُحضِر المقترض ضامناً يضمن حقَّ البائع.

(1) الشرح الكبير: 3/341.

(2) الشرح الصغير: 3/442.

وذلك حين يطلب المقترضُ من المقرض أنْ يُسقط عنه بعض الدين، على أنْ يأتي بضامن يضمن للمقرض الباقي، في أجلٍ آخر، فقد يتوافقان على ذلك قبل حلول الأجل، وقد يتوافقان عليه بعد حلول الأجل، فلهذا الحال صورتان:

الصورة الأولى: أنْ يتوافقا على ذلك قبل حلول الأجل.

ويكون ذلك حين يقول المقترض للمقرض، قبل حلول الأجل: حُطَّ مِن الدين عشرة، وآتيك بضامن يضمن لك الباقي.

مثاله: اشترى مقاول من شركة تصنيع مواد إنشائية، طنّاً من الحديد، على أنْ يتم سداد الثمن بعد سنة من تاريخ العقد، على دُفعات رُبع سنوية، وفِي الربع الثاني، اقترح المقاول على الشركة، أنْ تُسقط عنه جزءاً من الثمن، على أنْ يأتي بضامن يضمن باقي المبلغ المستحق عليه، أي أنّه طلب من الشركة أنْ تَحُطَّ عنه بعض الثمن، على أنْ يأتي بضامن يضمن للشركة باقي المبلغ.

حكم الضَّمان هنا: لا يجوز، ووجه تحريمه: أنَّ ما حطَّه المقرضُ عن المقترض قبل حلول الأجل، ليأتي له بضامنٍ ليتعجَّل، إنّما حطَّه عنه مخافةَ أنْ يُعسر المقترضُ عند الأجل، فهو بمنزلة إسقاط ما قابلَه من الدين، وكأنه تَعَجَّلَ حَقَّهُ قبل الأجل بتوثُّقِهِ بضامن، فصار من باب ضع وتعجَّل، فالتوثُّق بالضّامن إلى الأجل بمنزلة التعجيل، والحطُّ للمدين بمنزلة الوضع عنه، قال الشيخ أبو الحسن اللخمي (ت478 هـ): (لأنَّ الطالب إنَّما أخذ الحميل الآن خوف أن يعسر الغريم عند الأجل، فيصير إلى أنْ ييسر فإذا أعطاه حميلًا إلى الأجل، كان قد تعجل دينه قبل الوقت الذي كان يصير إليه لو لم يعطه حميلًا، فيصير بمنزلة من وضع بعض دينه ليتعجله قبل الأجل)[1].

(1) التبصرة: ١٢/٥٦٤١، وانظر التوضيح: 6/296.

الصورة الثانية: أنْ يتوافقا على ذلك بعد حلول الأجل.

ويكون ذلك حين يحلُّ الأجل، فيُسقط صاحبُ المال عن المقترض بعض الحق، على أن يأتي المقترض بضامنٍ، يضمن له حقَّه، في أجلٍ آخر.

مثاله: اشترى مقاول من شركة تصنيع مواد إنشائية، طنّاً من الحديد، على أنْ يتم سداد الثمن بعد سنة من تاريخ العقد، على دفعات ربع سنوية، غير أن المقاول عجز عن سداد المبلغ المستحق عند حلول الأجل، وليس للشركة ضمانات كافية على الصفقة، فاقترحت الشركة على المقاول أنْ تُسقط عنه جزءاً من الدين، على أنْ يأتي بضامن آخر، يضمن باقي المبلغ المستحق عليه، في أجل آخر، أي بعد ستة أشهر مثلاً.

ومثله: أنْ تقول الشركة للمقاول: أعطني بما بقي عليك من الدين ضامناً إلى أجل آخر، وأَضع عنك عشرة آلاف ريال، أو أنْ يقول رجلٌ آخرُ للشركة: ضَعي من دَيْنك عن المقاول، وأنا أضمن لك باقيه لأجل آخر.

فالمعتمد في المذهب الجواز. ووجه الجواز: أنّه بمنزلة مَن أسقط عن المقترض بعض الحق على أن يأتيه بضامن، فهي منفعة خالصةٌ للمقترض، لا نفْعَ فيها لصاحب الحق، لأنَّ لصاحب الحقِّ أَنْ يأخذ حقه حالاً، فيكون تأخيرُه له ابتداءَ سلفٍ جديد، بضمانٍ لا جُعْلَ فيه.

وهذا القول بالجواز عدَّه الدكتور نزيه حماد –حفظه الله–، دليلاً على أنَّ المالكيةَ يبيحون الضَّمان بجعل، فقال: (فلولا أن مجرد التزام الكفيل بالدين، له قيمة مالية في ذاته، لما جاز أن يَبذل رب الدين أو الأجنبي الجعل للمدين في مقابلة تقديم كفيل بدينه).

غير أنّ الأمر ليس كما قال الدكتور نزيه –حفظه الله–، فهذا ليس ضمانا بجعل، فإنَّ لصاحب الحق أنْ يأخذ بعضَ حقِّه، إذا حلَّ أجلُ الدَّين الذي له، ثم يبتدئ

بالبعض الآخر سلفاً آخر، بضمان آخر، فالأمر في حقيقته ابْتداءُ سلفٍ بضمان، أما الضَّمان بجعل، فالمالكية لا يختلفون في منْعه، ولا يختلفون في أنَّ الضَّمان لا يُتقوَّم، وإنما أجازوا الضَّمان في هذه الصورة، لأنّه ابتداءُ سلفٍ لا جعل فيه، قال أبو عبد الله المَوَّاق: (لأنّه إذا حلَّ الدينُ وَجَبَ شرعاً، وانْجَلَبَ حكماً، فلا يقال إن التأخير هو الذي جَلَبَه، وإنْ تُصُوِّر جَلْبُه بالتأخير وجوداً عينيا)[1].

ثمّ إنَّ للمالكية قولٌ بالمنْع. وجه المنْع: تنزيل هذه الصورة منزلة قول صاحب الدين للمدين: أعطني عشرة آلاف من دَيْنك، وأنا أعطيك ضامناً بباقيه لأجل آخر، فيكون ذلك سلفًا بزيادة، وهذا التنزيلُ صحيحٌ من حيث الصورة فقط، فليس هو من قبيل ضع وتعجَّل، لا حقيقةً ولا حكما، قال المازري: (وفي العتبيّة لمالك أنّذلك لا يصلح، وشبَّهَهُ بحميل أَخَذَ[2] عوضًا عما تحمَّلَ به، فقال: لا يصلح ذلك، وهو كما لو قال له: اعطني عشرة دنانير من دينك وأنا أعطيك حميلًا)[3].

مثاله: تقدّم عميل لأحد البنوك بطلب تمويل لشراء سيارة بعقد مرابحة، والحال أن العميل مدينٌ للبنك بصفقةٍ سابقة، وقد وصل عمره إلى سنٍّ تشترط سياسات البنك لتمويله ضامناً، ولم يجد العميل مَن يضمنه، فعرض البنكُ عليه أنْ يتعجَّل 10٪ من باقي الدَّين السابق، مقابل أن يحضرَ البنك له من يكفله في صفقة المرابحة.

الفرع الثالث: أن يكون الجعل للضامن.

مثاله: أن يتمول شخصٌ من أحد البنوك لشراء منزل بعقد المرابحة للآمر بالشراء، فيطلب البنكُ كفالة بنكية من العميل، والمشتري لا يملك أصولا قابلةً

(1) التاج والإكليل: 4/547.

(2) في المطبوع: بحميلٍ آخر.

(3) شرح التلقين: 2/196.

للرهن، ولم يجد مَن يضمنه، فيعرض عليه البنك أن يأتي بمن يكفله كفالة بنكية مقابل حصوله على نسبةٍ قدْرُها 5٪ من قيمة التمويل.

فالجُعل في هذه الحالة لا يجوز، لأنّه جعلٌ أخذه الضّامن مقابل الضَّمان.

وحيث حَرُمَ فإنّه يُرَدُّ قولا واحدا، سواءٌ كان الجُعْلُ الذي أُعطيَ للضامن، من المدين، أو من رب الدين، أو من أجنبي، فالضَّمان في جميع هذه الصور ضمانٌ بِجُعل، فيَحْرُم. ووجْه تحريم الجعل على الضَّمان[1]: أنّ الضَّمان وإن كان مقصوداً للعقلاء، غيرَ أنّه غيرُ مُتقوَّمٍ عادةً، والأعْواضُ لا تُقابل بما لا تُقدَّر قيمته، لأنَّ ما لا تُقَدَّر قيمتُه يُعَدُّ مِن بياعات الغرر، فالمعاوضة على ما لا تُقَدَّر قيمتُه وَقَعَتْ على جهة الغرر، فإنَّ ثمرة هذه المعاملة مجهولةٌ للضامن، فإنَّ البنك إذا موَّل العميلَ مِائة ألف ريال، وضمنه الكفيل بجُعْلٍ أخذه من أحدهما، قَدْرُه خمسة آلاف ريال، فقد يُفلس المدين، وقد لا يفلس؛ فإنْ أَفْلَسَ المدينُ وهو العميل أو هربَ، وجب على الكفيل أن يُؤدِّي الدَّينَ الذي ضمنه، ثم يرجع الكفيلُ على العميل، فيصير الكفيل كأنه أسلف العميلَ مِائةً بعشرة، فقضاؤه عن العميل سلفٌ، والعشرةُ زيادةٌ، وهذا هو عين الربا.

وإنْ أدَّى العميل الدَّينَ للكفيل، صار الجعلُ الذي أخذه الكفيل مِن العميل، مقابل الضَّمان، من أكل المال بالباطل.

فالمدينُ بين حالين: إذا أعسر، فقد خسر الضّامنُ تسعين. وإذا لم يُعسر، فأدَّى المبلغَ الذي عليه، لم يَخسر الضّامنُ التسعين، بل سيربح عشرة. وهذا عين الغرر والمخاطرة.

(1) شرح التلقين للمازري: 3/197.

المبحث الثاني : الضَّمان بضمان

وهو أن يضمنَ رجلٌ رجلاً آخرَ، ليضمنه ذلك الآخر، والضَّمان مقابل الضَّمان، قد يكون في الذِّمَّة، أي في شيءٍ غيرِ معيَّن، وقد لا يكون في الذِّمَّة، فله حالان، بيانهما في مطلبين:

المطلب الأول: أن يكون في الذمَّة.

مثاله: أسس رجلان شركةً للمواد الغذائية، ونصَّ عقد التأسيس أنّ الربح بينهما بالسوية، وأنَّ كلَّ واحد منهما ضامنٌ لصاحبه في ثمن ما يشتريه صاحبُه، ويُتَصوَّر هذا فيما إذا كان رأس مال الشركة من تمويلاتٍ أخذها الشريكان من أحد البنوك، فيُقدِّم كلٌّ منهما إلى صاحبه كفالةً بنكية، مقابل صفقة تمويل شريكه.

حكمه: لا يجوز مطلقاً. ووجه تحريمه: أنّه إذا اشترى أحدهما بدين في ذمته، لم يكن لصاحبه شيء من ربحها، ولا عليه شيء من خسارتها، فكأنَّ كلَّ واحد منهما يقول لصاحبه: اضمنِّي ببعض ما اشتريتُ على أنْ أضمنك ببعض ما اشتريتَ، فهو من باب: اضمنِّي على أنْ أضمنك، وهذا صريحُ الضَّمان بجعل، ومن باب أسلفني وأسلفك وهو سلف جر منفعة.

ويستثنى من ذلك أنْ لا يَتَّفِقا على أنْ يَضمن كلٌّ منهما صاحبه، وإنما يحصل هذا اتِّفاقاً، فيضمن كلُّ واحد منهما صاحبه اتِّفاقا، أي بلا قصد ولا شرط بينهما، فهذا لا بأس.

مثاله: أسّس رجلان شركة للمواد الغذائية، وكان رأس مال الشركة من تمويلات طلبها الشريكان من أحد البنوك، ونصَّ عقد التأسيس أنّ الربح بينهما بالسويَّة، ولضعف الملاءة المالية لأحدهما، طلب منه البنك كفالةً بنكية مقابل

التمويل، فضمنه شريكه على ذلك، ثمّ بعد مدَّة احتاج الشريك الضّامن تمويلاً من البنك، فطلب البنك كفالةً بنكية مقابل التمويل، فضمنه شريكه على ذلك، فحصل بذلك التضامن بينهما اتِّفاقا، أي بلا قصد ولا شرط بينهما، ووجه جوازه: أنَّه ضمانٌ لا جعل فيه.

المطلب الثاني: أن يكون في ثمن شيءٍ معيَّن.

أمّا إذا لم يكن الضَّمان في الذِّمَّة، وإنما كان في ثمن شيءٍ معيَّن، فهنا ثلاث حالات في تضامن اثنين فيما ترتب عليهما في ثمن شيءٍ معيَّن، فإنَّ هذا قد يكون بسبب شراء أو بيع أو اقتراض، ولم يقع هذا اتِّفاقاً، وإنما اتَّفَقا على ذلك، أستعرضها في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: التضامن في شراء شيءٍ معيَّن.

ويكون ذلك في أن يشترك اثنان مثلاً، أو أكثر، في شراء سلعةٍ معيَّنةٍ، بثمن في ذمتيهما، بحيث يكون لأحدهما الربع أو الثلث مثلاً، على أنْ يضمن كل منهما الآخر في جميع ما عليه من ثمن السلعة. وله ثلاث صور:

أوّلا: أنْ يشتري خالدٌ وعليٌّ، شيئاً معيَّناً، يشتركان فيه، بثمن معلومٍ في ذمَّتيهما، أي مؤجَّلا عليهما إلى أجل معلوم، على أنْ يضمن خالدٌ عليّاً فيما عليه مِن دين للبائع، ويضمن عليٌّ خالداً فيما عليه مِن دين للبائع، فالجعل هنا هو ضمانُ مضمون الضّامن للضامن، لأنَّ أحدهما قال للآخر: اضمنّي وأنا أضمنك.

مثاله: تقدّمت شركة استيراد وتصدير، يمتلكها شخصان من الأفراد متضامنان مع بعضهما البعض، بطلب تمويل من أحد البنوك، بحيث يبيع البنكُ للعملاء مواداً إنشائية عن طريق المرابحة، ثم يبيعها العملاء لطرف ثالث، تتحصل من خلاله السُّيولة النَّقدية، فكلُّ واحدٍ من الشريكين يملك من السلعة بقدر حصته

في الشركة، وضمن كلٌّ منهما شريكَه فيما يترتب في ذمة شريكه تجاه البنك، فالجعل هنا هو ضمانُ مضمون الضّامن للضامن، لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما قال للآخر: اضمنِّي وأضمنك.

ثانياً: أنْ يشتريا شيئاً معيَّناً، فيضمن خالدٌ عليّاً فيما عليه مِن دين للبائع، على أنْ يضمنَ عليٌّ شخصاً مديناً لخالد، فضمانُ مضمون الضّامن يُعدُّ جعلاً مقابلاً للضمان، لكنْ ليس للضامن، وإنّما لشخصٍ للضّامن عليه دينٌ، فيقول أحدهما للآخر: اضمنِّي وأنا أضمن لك مدينَك.

مثاله: اشتركت شركتان تعملان في مجال الاستثمار والتطوير في شراء أرض حكومية طرحت في المزاد العلني، فتم الاتفاق على سداد قيمة الأرض على أربعة دفعات خلال سنة، وضمنت كلُّ واحدة من الشركتين الأخرى في الدين المترتب عليها من الصفقة، على أن تضمن الثانية ديناً على أحد عملاء الشركة الأولى في عقد إجارة سنويٍّ لأحد المجمعات التجارية التي تمتلكها.

ثالثا: أنْ يشتريا شيئاً معيَّناً، بحيث يكون لأحدهما الثلث، وللآخر الثلثين مثلا، على أنْ يضمن كل منهما الآخرَ فيما عليه من الثمن، أي في جميع ماله.

مثاله: اشتركت شركتان تعملا في مجال الاستثمار والتطوير في شراء أرض حكومية طُرحت في المزاد العلني، وتمّ الاتفاق على سداد قيمة الأرض على أربعة دفعات خلال سنة، وضمنت كلُّ واحدة من الشركتين الأخرى في الدين المترتب عن الصفقة، حيث تمتلك الشركة الأولى ثلاثة أرباع مساحة الأرض والثانية الربع الباقي.

حُكم هذه الصور الثلاث:

الضَّمان في جميع هذه الصور لا يجوز، حيث اتَّفقا على أنْ يضمن كلٌّ منهما الآخر. وجه تحريمها: لأنّ كلَّ واحد منهما قد ضمن بجعل، فقد ضمن أحدُهم ديناً

لصاحبه على آخر، وضمن مَن ضمنه الضّامن -أي مضمون الضّامن- دينا للضامن على شخص آخر، فصار الضَّمان الذي حصل عليه كلُّ واحدٍ منهما جُعلاً على ضمانه لصاحبه، من حيث إنه يغرم لصاحبه الذي ضمنه.

ويستثنى من ذلك أنْ يتساوى الشريكان، ويكون ذلك في أنْ يشتري اثنان مثلاً أو أكثر، سلعة معيَّنة، يشتركان فيها بالنصف، بثمن في ذمتيهما، فيتضامنا فيها بالسَّويَّة، أي أنْ يضمن كل واحد منهما صاحبَه بقدْرِ ما ضمنه صاحبُه.

مثاله: أنْ تشتري شركتا نقل وتصدير مائة شاحنة من إحدى الوكالات بقيمة مليون ريال مقسَّطة على سنتين، وضمنت كلُّ واحدة من الشركتين الأخرى في الصفقة، وحصَّة كل شركة منها 50٪، فكلّ شركة تملك نصف الصفقة، فضمنت كل واحدة منهما الأخرى في نصفها.

ومثله: أنْ يشتري خالدٌ وعليٌّ، شيئاً معيَّناً على أنَّ لخالدٍ الثلث، ولعليٍّ الثلثين مثلا، على أنْ يضمن خالدٌ نصف ما على عَلِيٍّ.

حكم هذه الحالة: يجوز الضَّمان، ووجه الجواز: أنّه وإن كان يؤدي إلى سلف بمنفعة، غير أنَّ استواءهما في البضاعة وثمنها، يوجب شَبَهَ مجموعِهما بشخص واحد.

الفرع الثاني: التضامن في بيع شيءٍ معيَّن.

ويكون ذلك في أن يشترك اثنان مثلاً، أو أكثر في بيع سلعةٍ معيَّنةٍ يملكانها، ويتضامنا فيها، على أنَّ كلَّ واحد منهما ضامن للآخر، فيما يلحقُه، في حال ظهور عيب بالبضاعة، أو طُرُوِّ استحقاق.

مثاله: مستثمران يملكان شركة لتصنيع الأقمشة، وضمنت كلُّ واحدة من الشركتين الأخرى في الدين المترتب عليها من الصفقة، حيث حصة ملكية أحدهما 30٪ وحصة الآخر 70٪، وبعد مدّة بدا لهما أن يغيِّرا جهة الاستثمار، فاتفقا على أن

يبيعا أحد المصانع التي يمتلكانها لأحد الموردين.

حكم الضَّمان هنا: لا يجوز، ووجه تحريمه: أنَّ كلَّ واحدٍ منهما ضمن صاحبَه بِجُعْلٍ، فالجعل هنا هو ضمانُ مَن ضمنه الضّامن -أي ضمانُ مضمون الضّامن- للضّامن، فصار للضمان ثَمنٌ.

ويستثنى من ذلك أنْ يتساوى الشريكان، ويكون ذلك في أنْ تستوي حصص ملكيتهما في الشركة، فيتضامنا فيها بالسَّويَّة، فيبيعانها على أنَّ كلَّ واحدٍ منهما ضامنٌ لصاحبِه بقَدْرِ ما ضمنه صاحبُه.

فإنَّ هذا جائز، ووجه جوازه: أنَّ استواءهما في الشركة يوجب شَبَهَ مجموعهما بشخص واحد.

الفرع الثالث: التضامن في اقتراض شيءٍ معيَّن.

مثاله: مستثمران يملكان شركة عقارية، فتقدما إلى أحد البنوك لشراء مجمَّع سكنيّ مرابحةً على أقساط، فاتفقا على إمضاء الصفقة، وضمنت كلُّ واحدة من الشركتين الأخرى في جميع مالها، أي فيما عليها من دين، حيث حصة ملكية أحدهما 30٪ وحصة الآخر 70٪، مثلا.

حكم الضَّمان هنا: لا يجوز، ووجه تحريمه: أنَّ كل واحد منهما ضمن صاحبَه بعوض، فصار ضماناً بِجُعْلٍ.

ويُستثنى من ذلك أنْ يقترض رجلان قرضاً، نقدا كان أو عرضا أو طعاما أو غير ذلك. ويكون ذلك في أن يقترض خالدٌ وعليٌّ قرضاً بينهما مناصفةً، أي يتضامنا فيه بالسَّويَّة، فيصير كلُّ واحد منهما ضامنٌ لصاحبه بقَدْرِ ما ضمنه صاحبُه.

مثاله: تاجران يملكان شركة لبيع المواد الغذائية، وكلاهما ضامن متضامن مع

الآخر في الشركة، حيث حصة ملكيتهما متساوية فيها 50٪ والآخر 50٪، فتقدما إلى البنك المتعامل معه لطلب خدمة السحب على المكشوف من خلال حساب الشركة، فاتفقا على إمضاء الخدمة.

فالحكم في هذه الصورة الجواز، ووجه جوازها: أنّ الثمن بينهما على قدر أنصبائهما، فالدين بينهما نصفان والثمن كذلك، فلم يَزِدْ أحدُهما على أن ضمان صاحبَه بقَدْرِ ما ضمنه صاحبُه، فسَلِمَ من الضَّمان بجعل.

المبحث الثالث: ما يترتب على وقوع الضَّمان بجعل

والسؤال فإذا وقع الضَّمان المحرّم، وهو الضَّمان بعوضٍ، هل يبطل البيع؟:

إذا حصل التعاقد بين اثنين -بيعاً أو شراءً أو اقتراضاً-بنسب متفاوتة، بحيث كان نصيبُ كلِّ واحد منهما غير مُساوٍ لنصيب الآخر، فضمن كل واحد منهما صاحبه، فلا يخلو الجعل أنْ يكون من البائع، أو يكون من المشتري، ولذلك كان الجواب في ثبوت الحمالة وسقوطها وفي صحة البيع وفساده على وجهين، بيانهما في المطلبين التاليين:

المطلب الأول.

أنْ يكون الجعل من البائع، أي من ربِّ الدَّين وهو المقرض، بحيث يدفع البائعُ مبلغاً للضامن، من أجل أنْ يضمن الضّامنُ له حقَّه، وذلك حين يبيع خالدٌ بضاعةً لعمر، ثم يدفع خالدٌ جُعْلاً -عشرة آلاف مثلاً- للبنك، ليضمن البنكُ لخالد ثمنَ ما باعه، إنْ وقع الاستحقاق، وعجز عليٌّ عن السداد.

ومن الصور المعاصرة: أن يتقدم أحد العملاء بطلب شراء منزل، بعقد المرابحة للآمر بالشراء، فيطلب البنكُ منه من يَكفله كفالة بنكية، حيث أن العميل لا يملك أصولا قابلة للرهن، ولم يجد مَن يكفله كفالة بنكية، فعرض البنك على عميل آخر 5٪ من قيمة مبلغ تمويل العميل الأول، مقابل تقديمه كفالة بنكية للعميل الأول.

ما يترتب على ذلك: أمّا البيع فيصحُّ، وأما الضَّمان فَيَسقط، فلا يُطالَب الضّامنُ بالضَّمان، وجه صحَّةِ البيع: أنّ المشتري، لا دَخْلَ له بما فعل البائعُ مع الضّامن، فليس له مدخل فيما بينهما، ولا غرض له فيما فعلا، لأنّه قد أَجْرَى عقد مرابحة بينه وبين البنك، مكتمل الأركان، فلا وَجْه لإبطاله.

ووجه سقوط الضَّمان: أنَّ الضّامن إنَّما ضمنَ بجعْلٍ، والضَّمان بجُعْلٍ لا يصح، ولذلك ليس للبائع أن يطالب الضّامن بضمانٍ باطل.

المطلب الثاني.

أنْ يكون الجعل من المشتري، وهو المقترض الذي عليه الثمن، أو من الأجنبيّ، مثل أن يشتري خالدٌ بضاعةً مِن سعيد، ثم يجعل جُعْلاً - ألف ريال مثلاً -للبنك، ليضمن البنكُ ثمنَها لسعيد، فيقول المشتري خالدٌ للبنك: اضمنِّي بما أشتري به هذه السلعة، ولك ألف ريال مثلاً.

مثال ذلك من الصور المعاصرة: أن يتقدم أحد العملاء بطلب شراء سيارة بعقد المرابحة للآمر بالشراء، فيطلب البنكُ[1] مِن العميل ضماناً بنكياً، فلم يجد العميلُ ضامناً، فعرض[2] على عميل آخر أن يعطيه 5٪ من قيمة مبلغ المديونية بمقابل تقديمه ضماناً بنكياً له، وكان هذا بغير علمٍ من البائع.

فهذه المسألةُ لها صورتان، بيانهما في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: ألاّ يعلم المقرضُ، بالجعل الذي جعله المشتري للضامن[3]، فوقع الضَّمان بأجرٍ بين المشتري والبنك بغير علمٍ من المقرض.

ففي هذه الصورة: صحَّ البيع، وبطل الجعلُ، ولزم الضَّمان، ورُدَّ الثمنُ للبائع إنْ وقع الاستحقاق، ووجه صحَّة البيع: أنَّ البنك إنما باعَ؛ لأنَّ العميل الآخر ضمن له حقَّه، ولَمْ يَدْرِ البنكُ بأنَّ العميل الآخر إنما ضَمن بعوض، وبهذا فإنَّ العميل الأول قد غَرَّ البنك، حتى أخرج سلعته من يده.

(1) الذي باع السيارة بأَجَلٍ، فهو المقرِض.

(2) وهو المشتري.

(3) أي العميل الأول للعميل الآخر.

فإنْ عجز المشتري عن دفع الثمن، فَللبنك أن يطالب العميل الآخر بثمن سلعته التي أَتْلفها عليه بضمانه لها. وجه لزوم الضَّمان: أنّ المشتري إذا عامل الضّامنَ معاملةً غير صحيحة، ولم يعلم بها البائع، لم يَسقط حقَّه في الضَّمان، لأنَّ الضّامن غَرَّ البائع بضمانه حتى أخذ سلعته من يده، فمن حقه أن يطالبه بثمن سلعته التي أتلفها الضّامنُ عليه بتغريره، ويُردُّ الثمنُ للبائع إنْ وقع الاستحقاق.

وجه بطلان الجعل: أنّه جعلٌ على ضمان، فصار باطلا.

الفرع الثاني: أن يعلم المقرضُ، بالجعل الذي جعله المشتري للضامن، فوقع الضَّمان بأجرٍ بين المشتري والبنك بعلمٍ من المقرض.

مثالها: أن يتقدم أحد العملاء بطلب شراء سيارة بعقد المرابحة للآمر بالشراء، فيطلب البنكُ من العميل ضماناً بنكياً، فلم يجد العميلُ ضامناً، فعرض على عميل آخر أن يعطيه 5٪ من قيمة مبلغ المديونية بمقابل تقديمه ضماناً بنكياً له، وكان هذا بعلم من البائع.

فالحكم في هذه الصورةِ أنْ يُرَدَّ الجُعل، ويسقط الضَّمان، ووجه ردِّ الجعل: أنّه جعلٌ على ضمان، ووجه سقوط الضَّمان: أنّ البنك، وهو المموِّل، حين علم أنَّ المشتري أعطى الضّامن جُعْلاً، وهو يعلم أنّ إعطاء الجعل حرامٌ، فكأنّه الجاني على نفسه في إتلاف ماله، ذلك أنّه باع بغير ضمان، فَعِلْمُه أنَّ الشرع يُسقط الضَّمان بجُعْل، يجعله بمنزلة مَن باع بغير ضمان، فلا مطالبة له على الضّامن.

هذا تلخيص مدرسة المالكية في الضَّمان بجعل، والحمد لله رب العالمين.

أهم المصادر

1. مواهب الجليل على مختصر خليل (1-6)، لأبي عبد الله محمد بن محمد الحطاب (ت954 هـ) وبهامشه التاج والإكليل، مطبعة السعادة - مصر، 1328ه.

2. وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل (1-6) لأبي عبدالله محمد يوسف المواق (ت897 هـ) مطبعة السعادة - مصر 1328ه.

3. الشرح الصغير (1-4) للشيخ أحمد الدردير (ت1201 هـ) وبهامشه حاشية الشيخ أحمد الصاوي (ت1241 هـ) الصاوي، - دار المعارف - مصر، 1394ه.

4. الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل (1-4) وبهامشه حاشية محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي.

5. الحدود لابن عرفة الورغمّي، ط1، المطبعة التونسية تونس، 1350ه

6. تاج العروس من جواهر القاموس، للزبيدي، ط1 المطبعة الخيرية، مصر 1306ه.

7. المدونة لسحنون، عبد السلام بن سعيد القيرواني (ت240 هـ)

8. عارضة الأحوذي في شرح صحيح الترمذي (1-13)، لأبي بكر ابن العربي (ت543 هـ) دار الكتب العلمية - بيروت.

9. التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة (1-4) للقاضي عياض بن موسى اليحصبي (ت544 هـ)

10. شرح التلقين (8- 1) لأبي عبد الله المازري (ت536 هـ) دار الغرب الإسلامي بيروت تحقيق محمد المختار السلامي.

11. لسان العرب (1-3) لابن منظور، جمال الدين أبو الفضل الأنصاري (ت711 هـ دار اللسان العربي - بيروت، (د-ت).

12. البهجة فى شرح التحفة (1-2)، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي دار الكتب العلمية – بيروت، سنة النشر: 1418 – 1998.

13. شرح الزرقاني على مختصر خليل (1- 8) وبهامشه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني للبناني الطبعة الأولى دار الكتب العلمية: 1422 - 2002

14. شرح أبي عبد الله محمد الخرشي(المتوفى: 1101 هـ) على مختصر خليل (1- 5) وبهامشه حاشية العدوي المطبعة الأميرية الكبرى

15. ضوء الشموع شرح المجموع لمحمد الأمير (1-4)، بهامشه حاشية حجازي العدوي.

الإطار المقاصدي للاستثمار المسؤول اجتماعيا والوساطة المالية القائمة على القيم

ماليزيا أنموذجا

الأستاذ الدكتور يونس صوالحي
كبير الباحثين، ورئيس شعبة المصرفية الإسلامية
الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في المالية الإسلامية إسرا- ماليزيا

مجلّة السلام للاقتصاد الإسلامي، العدد (1) ديسمبر 2020

الإطار المقاصدي للاستثمار المسؤول اجتماعيا والوساطة المالية القائمة على القيم
ماليزيا أنموذجا

الأستاذ الدكتور يونس صوالحي

كبير الباحثين، ورئيس شعبة المصرفية الإسلامية

الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في المالية الإسلامية (إسرا-ماليزيا)

المقدّمة

يعدّ الاستثمار المسؤول اجتماعيا، والوساطة المالية القائمة على القيَم أبرز التوجهات الجديدة في الصناعة المالية الإسلامية. وجاءت هذه التوجهات متناغمة مع حرص الهيئات العالمية كالأمم المتحدة على وضع أهداف للتنمية المستدامة، وحرص المؤسسات على الالتزام بما يعرف بثلاثية "البيئة، والمجتمع، والحوكمة"؛ وحرص كثير من الدول على الالتزام باتفاقية باريس 2015 الخاصة بالتغيّر المناخي. هذه التوجهات أثارت قريحة الفقهاء والأصوليين المشتغلين بالمالية الإسلامية، فعمدوا إلى تأصيلها وتقصيدها ومحاولة تطبيقها في مجالات المالية الإسلامية ومؤسساتها كالبنوك، وشركات التأمين التكافلي، والأسواق المالية. وفي هذا السياق، اختار هذا البحث دراسة المقاصد الشرعية في الاستثمار المسؤول اجتماعيا والوساطة المالية القائمة على القيم. ويهدف هذا البحث إلى تحديد ومناقشة أهم المقاصد الشرعية المرعية في الاستثمار المسؤول اجتماعيا والوساطة المالية القائمة على القيم مع التركيز على النموذج الماليزي. كما سيسعى البحث إلى الاستعانة بآراء الاقتصاديين الإسلاميين والخبراء الماليين في تحديد المقاصد الشرعية ذات الصِّلَة بالموضوع،

وسيشير البحث –باقتضاب– إلى بعض القضايا المنهجية المتعلقة بالنَّظَر المقاصدي في المعاملات المالية الإسلامية، وقد اتبع الباحث المنهج الوصفي والتحليلي في مناقشة الموضوع.

وسيتناول الباحث هذا الموضوع في ثلاثة مباحث رئيسية:

المبحث الأول: الاستثمار المسؤول اجتماعيا والوساطة المالية القائمة على القيم.

المبحث الثاني: سؤال المنهج في إثبات المقاصد الشرعية في المالية المعاصرة.

المبحث الثالث: المقاصد الكلية للاستثمار المسؤول اجتماعيا والوساطة المالية القائمة على القيم.

المبحث الأول: الاستثمار المسؤول اجتماعيا والوساطة المالية القائمة على القيم

برزت توجهات مالية متنوعة تبنتها هيئات عالمية كالأمم المتحدة، كما تبنّتها كلّ الدول على مستوى مشاريعها الاقتصادية التنموية المستدامة؛ وتهدف هذه المشاريع إلى تحقيق جملة من الأهداف الاقتصادية، والبيئية، والاجتماعية، كما ظهرت مسميّات كثيرة تعبر عن هذه التوجهات منها الاستثمار المسؤول اجتماعيا، والوساطة المالية القائمة على القيم. وسنلقي بعض الضوء على هذين المفهومين في العناصر الآتية.

أ. الاستثمار المسؤول اجتماعيا[1].

هو أيّ استثمار يهدف إلى الربح واعتبار الجوانب الاجتماعية والبيئية لإحداث تغيير إيجابي، وهذا القطاع يشجّع على الاستثمارات التي تحافظ على البيئة، وتحمي المستهلك، وتحافظ على حقوق الإنسان، وبموجب أهداف هذا النوع من الاستثمار، يمتنع كثير من أرباب الأموال عن الاستثمار في الكحول، والتبغ، والأكل السريع، والقمار، وصناعة الأفلام الإباحية، والأسلحة، ووسائل الإجهاض وغيرها. ويضبط هذا الاستثمار بطرق عديدة من بينها قيام الحكومة بمنع بعض الصناديق الاجتماعية كصندوق المعاشات من الاستثمار في المجالات غير المسؤولة اجتماعيا.

وفي الاستثمارات الحديثة، هناك استراتيجيات عديدة لتحفيز الاستثمارات المسؤولة اجتماعيا، فقد توجهت بعض المؤسسات الاجتماعية إلى إقناع أرباب الأموال لتمويل الفئات ضعيفة الدخل من الاستفادة من تمويلات البنوك التجارية بسبب

(1) https: //www.investopedia.com/terms/s/sri.asp.
تم الدخول على الموقع بتاريخ: 14-07-2020.

ضعف الجدارة الائتمانية لهذه الفئات، وبفضل الاستثمار المسؤول اجتماعيا تمكنت فئات كثيرة من تلبية حاجياتها الصحية، والتعليمية، والعقارية، والتجارية. وعليه فالاستثمار المسؤول اجتماعيا يهدف إلى إحداث تأثير اجتماعي واقتصادي في قطاعات حيوية مثل تمكين الفئات المحرومة من التمويل، وتوفير الضَّمانات المالية لها، وتطوير الطاقة الخضراء الصديقة للبيئة وغيرها.

بعض التطبيقات الحديثة في القطاع المالي الإسلامي كالتجربة الماليزية وضعت بيئةً وإطاراً تشغيليّاً عامّاً للاستثمار المسؤول اجتماعيا. أما البيئة فتتمثل في بعض العناصر الأساسية منها توسيع نطاق أدوات الاستثمار المسؤول اجتماعيا، وتوسيع قاعدة المستثمرين (البائعون والمشترون)، وغرس قيم الحوكمة، وتصميم هندسة معلوماتية، أما الإطار التشغيلي العام فيتمثل في تحديد طبيعة المشاريع المناسبة، ومراجعتها، ورفع تقارير دورية للمستثمرين في هذا النوع من الاستثمار[1]. ويمثل الشكل الأول والثاني الآتيين بيئة وإطار الاستثمار المسؤول اجتماعيا.

الشكل 1: بيئة الاستثمار المسؤول اجتماعيا في النموذج الماليزي[2]

توسيع نطاق أدوات SRI	توسيع قاعدة المستثمرين (المشترون)	بناء قاعدة قوية للمستثمرين (البائعون)	غرس قيم الحوكمة	تصميم هندسة معلوماتية في بيئة SRI
• طرح منتجات جديدة	• مؤسسات • أفراد	• شركات مدرجة • شركات غير مدرجة	• تطوير مؤشرات كمية للاستدامة	• تصميم قاعدة بيانات المستثمرين

يعتمد النموذج أعلاه على خمسة مبادئ أساسية:

(1) Sustainable and Responsible Investment roadmap for the Malaysian capital market, https://www.sc.com.my/api/documentms/download.ashx?id=89dea0ab-f671-4fce-b8e4-437a2606507c.

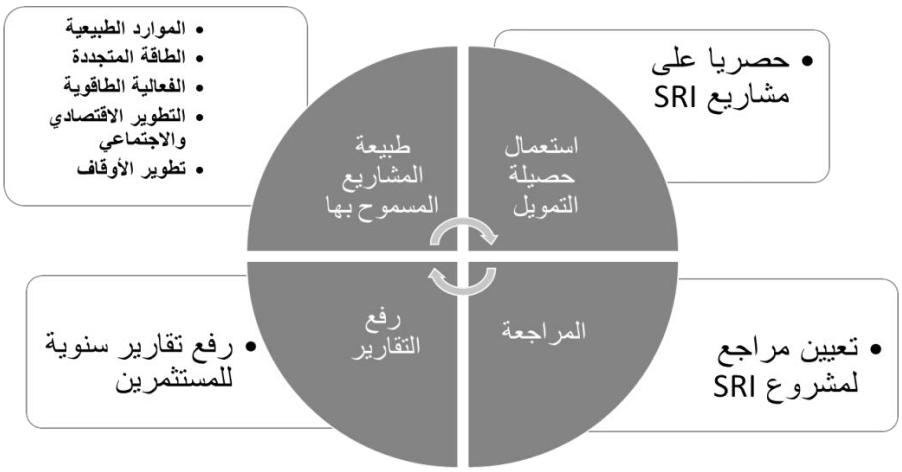
تم الدخول على الموقع بتاريخ: 5-8-2020.

(2) الشكل الأول والثاني، المرجع نفسه.

1. توسيع نطاق أدوات الاستثمار المسؤول اجتماعيا وذلك بطرح منتجات مثل الصكوك الخضراء محتفظة على البيئة، وتمويل مشاريع تحسين المستوى الدراسي، واعتماد الرقمنة للتقليل من استخدام الورق، وتدوير المادة البلاستية التي تستخدم في صنع بطاقات الائتمان، وبطاقات الحسم الفوري الإسلامية.
2. توسيع قاعدة المستثمرين من مشتري المنتجات سواء أكانوا أفرادا أم مؤسسات.
3. بناء قاعدة المستثمرين من البائعين سواء أكانوا شركات مدرجة أم غير المدرجة.
4. غرس قيم الحوكمة كالإفصاح، والشفافية، والعدالة، والاستقلالية، ووضع مؤشرات كمية للاستدامة.
5. هندسة المعلومات الخاصة بقاعدة بيانات المستثمرين.

وتتعزز هذه البيئة بإطار تشغيلي مكتمل يتمثل في الشكل الآتي:

الشكل 2: الإطار التشغيلي للاستثمار المسؤول اجتماعيا



يحدد الإطار التشغيلي للاستثمار المسؤول اجتماعيا أربعة مجالات أساسية:

1. حصر حصيلة التمويل (كحصيلة الصكوك مثلا) في مشاريع الاستثمار المسؤول اجتماعيا.

2. تحديد المشاريع المسموح بها كالطاقة المتجددة، والتنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتطوير الأوقاف.

3. القيام بالمراجعة الدورية من خلال تعيين مراجع خاص يقوم بالمهمة.

4. رفع تقارير سنوية للمستثمرين من أجل تقويم الأداء ومدى تحقق الأهداف المسطرة.

وبموجب ذلك، تم إصدار صكوك تتوافق مع الاستثمار المسؤول اجتماعيا SRI Sukuk، والصكوك الخضراء الخاصة بالطاقة الشمسية، وبطاقات الحسم الفوري المعاد تدويرها كتلك التي أصدرها بنك Islamic RHB، وصناديق استثمارية متوافقة مع ثلاثية "البيئة، والمجتمعي، والحوكمة" (ESG)، والصكوك التي أصدرها بنك HSBC Amanah والمتوافقة مع أهداف الأمم المتحدة للتنمية المستدامة SDGs.

ويوضح الشكل الآتي نموذجا من الصكوك الإسلامية الخضراء الصادرة في ماليزيا عامي 2017مو2018م.

TABLE 1: Green Sukuk Issuance in Malaysia as at April 2018

Issuer	Program size (RM Million)	Issue date	Issued amount (RM Million)	Utilization of proceeds
Tadau Energy Sdn Bhd	250.00	27 July 2017	250.00	To finance 50 megawatt (MW) solar power plants in Sabah.
Quantum Solar Park (Semenanjung) Sdn Bhd	1,000.00	6 October 2017	1,000.00	To finance three 50 MW solar power plants in Kedah, Melaka, and Terengganu.
PNB Merdeka Ventures Sdn Bhd	2,000.00	29 December 2017	690.00	To fund an 83-storey office space, forming part of the Merdeka PNB118 tower project in Kuala Lumpur.
Sinar Kamiri Sdn Bhd	245.00	30 January 2018	245.00	To finance 49 MW solar power plant in Perak.
UiTM Solar Power Sdn Bhd	240.00	27 April 2018	222.30	To finance 50 MW solar power plant in Pahang.

الشكل 3: الصكوك الإسلامية الخضراء الصادرة في ماليزيا من الفترة ما بين 2017 م و2018م

يلاحظ على معظم هذه الصكوك أنّها تهدف إلى بناء محطات الطاقة الشمسية الصديقة للبيئة، كما يلاحظ أنّه تم إصدارها في فترة وجيزة ما يعني وجود طلب عليها، ونجاح عمليات التسويق لها، وظهور شريحة جديدة من المستثمرين ينشدون الاستثمار المسؤول اجتماعيا وفق مبادئ الشريعة الإسلامية.

وظهر التمويل المسؤول اجتماعيا والوساطة المالية القائمة على القيم في مشاريع نلخصها في الجدول الآتي:

البنك	المشروع (SRIأو VBI)	الأداة
Muamalat[1]	-التعليم والصحة -إصدار بطاقة الحسم فوري المسماة "عائشة"	-جمع واستثمار الوقف النقدي. -وقف.
Bank Islam[2]	تمويل مدارس وعقارات	وقف.
HSBCAmanah[3]	تنمية مستدامة	إصدار صكوك متوافقة مع أهداف الأمم المتحدة للتنمية المستدامة.

(1) انظر نموذجا من المشاريع الوقفية في قطاعي الصحة والتعليم في تقرير بنك معاملات المنشور في10 أبريل 2017 على الرابط التالي:

http: //www.muamalat.com.my/wakafselangor/downloads/Laporan-WSM-Suku-Tahun-Pertama-Jan-Mac-2017.pdf

تاريخ الاطلاع: 17 سبتمبر، 2017م.

(2) BIMB Holdings Berhad Sustainability Report 2016.

(3) https://www.undp.org/content/undp/en/home/newscentre/news/2018/HSBC_Amanah Malaysia_issues_worlds_first_United_Nations_Sustainable_Development_Goals_sukuk.html, accessed on September 19th, 2019.

RHB Islamic[1]	استثمار مستدام يحافظ على البيئة	إصدار بطاقات حسم معادة التصنيع (إعادة تدوير).
Maybank Islamic [2]	دعم الوقف والزكاة	بطاقة ائتمان متوافقة مع الشريعة (التبرع بما يساوي 0.2 ٪ من قيمة الاستعمال خارج البلد إلى الوقف والزكاة).
تعاون ستة بنوك إسلامية لإنشاء صندوق وقفي دعما للمجتمع المسلم وهي**(3)**: Affin Islamic Bank. .Bank Islam Malaysia . .Bank Muamalat. .Bank Kerjasama Rakyat. .Maybank Islamic . .RHB Islamic.		

(1) https://www.rhbgroup.com/files/others/highlights/PRESS_RELEASE__RHB_LAUNCHES_ASIA_PACIFICS_FIRST_RECYCLED_CARD.pdf

(2) .Maybank Annual Report, 2018, p.15

(3) انظر: http://aibim.com/ver2/index.php/component/k2/item/17-islamic-banking-institutions-collaborate-to-develop-waqf-fund.

تاريخ الاطلاع20 سبتمبر، 2019م.

CIMB Islamic[1]	برنامج مشترك مع جامعة Taylor	التمكين الاجتماعي لتطوير المهارات المقاولاتية لفئة 40B ذات الدخل المحدود.

أمّا الشريعة الإسلامية فقد جاءت بمنظومة متكاملة من الأحكام والمبادئ والمقاصد لتحقيق أهداف الاستثمار المسؤول اجتماعيا كما يعرف ويطبق حديثا، وتجلّى ذلك في كثير من الأدلة الشرعية التي تحثُّ على المحافظة على البيئة، والتعليم، والتمويل الاجتماعي الربحي وغير الربحي. هذا الأخير يعتمد على الوقف، والزكاة، والصدقات، ومبادئ الحوكمة، وحقوق الإنسان، وغيرها. وقد تضمنت وثيقة التنمية المستدامة للأمم المتحدة أهدافا لا تختلف في عمومها على مقاصد الشريعة مع التأكيد أنّ بعضها مخالف لأحكام ومبادئ الشريعة؛ كالمساواة المطلقة بين الجنسين. تلك الوثيقة الأممية تبقى إطارًا عامّاً يستأنس بها في حدود ما اتفق مع الشريعة الإسلامية.

ب. الوساطة المالية القائمة على القيَم أو الدور الاجتماعي والاقتصادي للبنوك الإسلامية.

انفردت ماليزيا بمبادرة أطلقها البنك المركزي عام 2016 سميت بـ"الوساطة المالية القائمة على القيم". هي رؤية وُصفت بالتوجه الجديد للقطاع المصرفي خصوصا الإسلامي منه، وتتخلص هذه الرؤية في ممارسة الوساطة المالية بما يحقق آثار اقتصادية واجتماعية في آن واحد. ففي تقريره للاستقرار المالي لعام 2016م، شجَّع البنك المركزي الماليزي المصارف الإسلامية على الاهتمام بالأثر الاجتماعي والاقتصادي

(1) Implementation Guide for Value-based Intermediation (VBI) , BNM, 2018, p. 20.

للمالية الإسلامية. وتحدث عن رؤية جديدة للمالية الإسلامية تتمثل في الوساطة المالية المبنية على القيم Value Based Intermediation. وتهدف هذه الرؤية إلى تحقيق مقاصد الشريعة في الصيرفة الإسلامية من خلال التأثير المستدام والإيجابي على الاقتصاد والمجتمع والبيئة دون المساس بحقوق المساهمين .

يتلخص الإطار المقاصدي الجديد في تطبيق الاستراتيجيات الست التالية:

1 .تبني "الوساطة المالية المبنية على مقاصد الشريعة" كرؤية موحدة للصناعة المصرفية الإسلامية. ويتم فيها التحقق من امتثال الصناعة المصرفية الإسلامية لمقاصد العدل، والرواج، وحفظ المال كمقاصد رئيسة.

2 .تحديد الأهداف المشتركة للمصارف الإسلامية، وتتضمَّن تطوير النشاط المقاولاتي والتجاري للعملاء، وتقديم حلول مالية لهم، وتعزيز الحوكمة الذاتية للمصارف الإسلامية، وتعزيز أحسن الممارسات للمصارف الإسلامية لخدمة مختلف أصحاب المصالح.

3 .تشجيع الجهات الإشرافية للمصارف الإسلامية الممتثلة للإطار المقاصدي المنشود.

4 .الإفصاح عن نية المصارف الإسلامية في تبني الرؤية الجديدة للوساطة المالية المبنية على مقاصد الشريعةً، مع ضرورة توضيح هذه المصارف لخطة تطبيق الرؤية الجديدة.

5 .قياس الجهات الإشرافية مدى التزام المصارف الإسلامية بالوساطة المالية المبنية على مقاصد الشريعة.

6 .تطوير شبكة علاقات أصحاب المصالح تتعاون من أجل تحقيق الوساطة المالية المبنية على مقاصد الشريعة. وإلى جانب دور الخبراء الماليين في تحقيق الرؤية المقاصدية المنشودة، تمَّ اقتراح جهات أخرى مثل مؤسسات التعليم والتدريب والبحث في

المالية الإسلامية، والمؤسسات الفنية، والوكالات الحكومية، والشركاء الإعلاميين، والشركات الخاصة[1].

ولا تنحصر الوساطة المالية بالأعمال الربحية للبنك الإسلامي بل تتعداها إلى الأعمال ذات البعد الاجتماعي والتي يستفيد منها الماليزيون المسلمون وغير المسلمين.

وأشاد التقرير بالشراكات التي وقَّعتها البنوك الإسلامية مع المجالس الدينية (بوصفهم نُظّار الوقف) لكلٍّ ولاية ما تمخض عنها جملة من المنتجات ذات البعد الاجتماعي والاقتصادي، وركَّز التقرير على الصكوك ذات التأثير الاجتماعي، والتمويل المستدام، والاستثمار ذي التأثير الاجتماعي، وشباك خدمة وقف النقود، وبطاقة الحسم الفوري بخاصية الوقف، والشباك المصرفي الخيري، والتبرع الإلكتروني[2].

ووفق هذه الرؤية، فإنَّ مقاصد العدل والرواج وحفظ المال تشكل الإطار المقاصدي للوساطة المالية القائمة على القيَم التي تعكس التوجه الجديد للمصرفية الإسلامية في ماليزيا.

(1) .http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=57&pg=137&ac=612&bb=file
تاريخ الاطلاع 17 سبتمبر، 2017م.

(2) .Central Bank of Malaysia. (2016). Financial Stability and Payment Systems Report. P.96

المبحث الثاني: سؤال المنهج في إثبات المقاصد الشرعية في المالية المعاصرة

أ. أهمية النَّظَر المقاصدي في الاجتهاد.

لا تنكر أهمية المقاصد الشرعية في الاجتهاد الفقهي، إذ بها يتحدد مراد الشارع في وضع الأحكام، وبها ينضبط الاجتهاد، وتُفهم العلل، وتُجرى الأقيسة. ويتجلى النظر المقاصدي أيضا في ترتيب المقاصد، وبيان درء تعارضها، وكيفية استخدامها للترجيح بين النُّصوص المتعارضة في الظاهر. وتُعمل المقاصد أيضا في فهم النَّصّ الجزئي على ضوء معناه الكلّي. والمقاصد هي أساس سدّ الذّرائع أو فتحها، وهي أساس اعتبار مآلات الأفعال جلباً لمصلحة أو درءاً لمفسدة، وهي مهمة أيضا لبيان أوجه اتفاقها أو اختلافها مع الوسائل، والتفريق بين مقاصد الشارع ومقاصد المكلف، وبين المقاصد القطعية والظنية. وتكمن أهميتها أيضا في انعتاق قريحة الفقيه من التعصب المذهبي، وتحرر نظره الفقهي من الاجتهاد الظاهري المحض، وكبح اجتهاده في تحميل النص الشرعي معان لا يتحملها بحجة توخي المصلحة، وغلق باب الحيل المذمومة[1].

يقول الإمام الشاطبي –رحمه الله– في بيان أهميّة المقاصد للمجتهد: "إنّما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين، أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها"[2]. ويقول أيضا في بيان علاقة العلل بالمقاصد "إنّ المجتهد إنّما يتسع مجال اجتهاده بإجراء العلل والالتفات إليها، ولولا ذلك لم يستقم له إجراء الأحكام على وفق المصالح إلاّ

(1) انظر: الجويني، البرهان في أصول الفقه، (القاهرة: دار الأنار، 1400ه) م2، ص923؛ الرازي، المحصول (بدون: مؤسسة الرسالة، 1997)، م5، ص160؛ العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت)، م1، ص130–160؛ القرافي، شرح تنقيح الفصول، (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، 1393ه)، ص 392.

(2) الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، (بدون: دار ابن عفان، 1997)، م5، ص41.

بنصّ أو إجماع"[1]. واعتبر الإمام الطاهر ابن عاشور أنّ إهمال المقاصد سبب من أسباب الجمود الفقهي حيث ذكر في كتابه: "أليس الصبح بقريب" هذا المعنى بقوله: "كان إهمال المقاصد سبباً في جمود كبير للفقهاء، ومعولا لنقض أعمال نافعة، وأشأم ما نشأ عنه مسألة الحيل التي ولع بها الفقهاء بين مُكثر ومُقِلٍّ"[2]. أمّا في العصر الحديث، فأكثر باب تراعى فيه المقاصد هو المعاملات المالية الإسلامية المطبقة في المؤسسات المالية الإسلامية كالبنوك، وشركات تأمين، والأسواق المالية، وقد تمخض الاجتهاد المقاصدي في المالية الإسلامية عن مبدأ اعتبار مقاصد العقود ومعانيها عند التطبيق، وتجنب ابتنائها على محض الألفاظ والمباني. وعموماً فقد تمخَّض النَّظَر المقاصدي في إرساء نظرية شاملة ساهم في وضعها أصوليون وفقهاء عبر العصور أمثال الجويني، والغزالي، والرازي، والآمدي، والعز ابن عبد السلام، والقرافي، وابن تيمية، وابن قيم، والطوفي، والشاطبي وبن عاشور، ومحمد الغزالي والقرضاوي، وغيرهم.

أمّا الاجتهاد المقاصدي في المعاملات المالية المعاصرة فواضح من خلال الاجتهاد في النوازل التي تحل بالقطاع المصرفي الإسلامي، وقطاع التأمين التكافلي، وقطاع الأسواق المالية، وحتى القطاع الخيري.

أ. إثبات المقاصد الكلية

ثمّة سؤال منهجي عند الحديث عن التقصيد وطرقه، وهو كثرة المعاني والصفات في الفقه الإسلامي المعاصر التي يعدّها أصحابها مقاصد شرعية مرعية في باب من أبواب الفقه، أو التي يجب مراعاتها في الحكم على النوازل المعاصرة. فهل كلها ثابتة بطرق إثبات المقاصد المعروفة، وهل يتوجب علينا فعل الشيء نفسه ونحن

(1) المرجع نفسه، م1، ص319.

(2) ابن عاشور، محمد الطاهر، أليس الصبح بقريب (تونس: الشركة التونسية لفنون الرسم، 1988)، ص 200.

نتحدث عن الإطار المقاصدي للاستثمار المسؤول اجتماعيا والوساطة المالية القائمة على القيم؟

الأصل في المقاصد أنّها تثبت بطرقها المعروفة مثل النّص، والاستقراء، وعلل الأمر والنهي، وسكوت الشارع[1]. وقد كان هذا هو منهج النظر الأصولي عبر العصور الذي أصّل لمعانٍ صنفت ضمن المقاصد الشرعية حيث ثبتت بنصوص محدودة وأخرى مستفيضة. فقد أضاف القرافي مثلا مقصد حفظ العرض، وأضاف ابن تيمية مقصد الولاية، وأضاف بن عاشور في المقاصد العامة مقصد حفظ الفطرة، والسماحة، وحفظ نظام الأمة، والمساواة، والحرية، والتيسير. وتحدث الدكتور القرضاوي عن مقاصد الكرامة، وحفظ الحقوق، وبناء الأمة القوية، والتعاون العالمي. وتحدث جمال الدين عطية عن مقصد حفظ الأمن، وتحدث عبد المجيد النجار عن مقصد حفظ البيئة.

وفي الميدان الاقتصادي نظر الاقتصادي الإسلامي عمر شبرا لمقصد الرفاهية الإنسانية واعتبر سامي السويلم "خفض الديْن" مقصدا شرعيا. فهل ثبتت كل هذه المقاصد بطرقها المقررة أصوليّاً كتلك التي قرَّرها الشاطبي مستلهما منهج الجويني كمجرد الأمر والنهي الابتدائي، ومعرفة علل الأمر والنهي، والاستقراء الناقص والتام كما قرّر ذلك الشاطبي في الموافقات وابن عاشور في "مقاصد الشريعة"؟

يمكن القول إنّ تلك المقاصد التي تحدث عنها الأصوليون والفقهاء المعاصرون ثبتت إمّا بالنّص أو استقراء نصوص ومعان عديدة تضافرت لتشكل كليّةً يمكن اعتبارها مقصدا شرعيا، وهذه المقاصد لها شواهد من القرآن والسنة وقرائن حالية وقولية ومعاني عامة ملحوظة للشارع في جميع تصرفاته أو معظمها على سبيل

(1) انظر: الموافقات، تعليق عبد الله دراز، ، (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، د. ت)، مج 1، ج 2، ص299.

الاستقراء الناقص، ويكفي أن يكون استقراؤها ناقصا حتى تُثبت مقاصداً شرعيةً، ولا تهمل بحجّة أنّ الاستقراء الناقص ظني، فمعظم التكاليف الشرعية مبنية على الأدلة الظنية. وبناء على ذلك فإنَّ المقاصد التي ذكرناها في المبحث الثاني تشهد عليها أدلة كثيرة، وشواهد عديدة، وقرائن اقتصادية رغم تفاوت الالتزام بها. والمعاني التي سنذكرها في هذا البحث كإطار مقاصدي للاستثمار المسؤول اجتماعيا والوساطة القائمة على القيم ثبتت على نفس المنوال، وتدارسها الفقهاء والاقتصاديون الإسلاميون واعتبروها مقاصد شرعية يجب مراعاتها في المالية الإسلامية المعاصرة.

قياس تحقق المقاصد الكلية.

ثمة انشغال في التنظير المقاصدي المعاصر يتمثل في طريقة معرفة امتثال الصناعة المالية الإسلامية لمقاصد الشريعة، والخلاف في درجة الامتثال للمقاصد تبع للخلاف في شرعية المنتج من حيث العقد الذي يضبطه. ويتفرّع عن ذلك أمر مهمّ؛ وهو أنّه حتى مع شرعية العقد إلاّ أنّ المنع قد يأتي من جهة مآله ولو كان مباحا، كالإغراق في المرابحات التي تؤول إلى رفع الدين الخاص والعام ما يعود على الاقتصاد بالضرر. ومن هنا كان لزاما من الناحية الأصولية تقييد المباح ولو كان ثابتا بالدليل الصراح.

من ناحية أخرى، قد تختلف أنظار الفقهاء المعاصرين في تحديد المصالح ودرجتها ومدى وجودها في منتجات التمويل الإسلامي، ما جعل بعض الدراسات تقترح مؤشرات رياضية تهدف إلى قياس درجة الامتثال المقاصدي في المالية الإسلامية. وإذا نظرنا إلى المقاصد التي ناقشها الباحث نجد معظمها قابل للقياس الكمي ومن ثمة يمكن تطوير مؤشر للمقاصد المذكورة. وليس هذا مجال بحثنا لكن الباحث يدعو إلى الاستفادة من عدد لا بأس به من الأبحاث التي حاولت تطوير مؤشر كمّي لمقاصد الشريعة الإسلامية.

المبحث الثالث: المقاصد الكلية للاستثمار المسؤول اجتماعيا والوساطة المالية القائمة على القيم

تعددت اجتهادات الأصوليين والفقهاء في حصر مقاصد المال، فمنهم من بنى على اجتهاد بن عاشور في مقاصد المال الخمسة (حفظ المال، والرواج، والثبات، والوضوح والعدل)[1]، ومنهم من وسّع مجال المقاصد لتشمل مقاصد الاقتصاد الإسلامي، كالتنمية الشاملة، والرفاهية الإنسانية[2].

نقصد بالمقاصد الكلية في هذا البحث الغايات العليا التي تهم الاقتصاد في القطر الواحد، وتضطلع بملاحظاتها ووضعها في الخطة الاقتصادية الجهات الإشرافية أو السلطات النقدية أو الجهات المعنية، وتنفذها المؤسسات المالية الإسلامية في منتجاتها. وننطلق في تقرير هذا التقسيم من مبدأ أن تحقيق مقاصد الشريعة في المالية الإسلامية يتطلب رصدها وتحديد الجهة التي تطبقها. وبما أن المالية الإسلامية منظمة من قبل الجهات الإشرافية والرقابية، فإنَّ ابتناء التشريعات الحديثة للمالية الإسلامية على المقاصد الشرعية يختصر الطريق كثيرا على المؤسسات المالية الإسلامية في مراعاتها للمقاصد في أنشطتها المصرفية، وعلى مستوى نظمها ولوائحها الداخلية وتطوير منتجاتها المالية، ويسعى هذا الجزء من البحث إلى تحديد أهمّ المقاصد ذات العلاقة بالاستثمار المسؤول اجتماعيا، والوساطة المالية القائمة على القيَم الشرعية، وهي:

(1) بن عاشور، مقاصد الشريعة، تحقيق، محمد الحبيب ابن الخوجة (قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 2004)، م2، ص400.

(2) عمر تشابرا، الرؤية الإسلامية للتنمية في ضوء مقاصد الشريعة (جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، 2011)، ص 2011.

أ. التنمية المستدامة للاقتصاد الحقيقي.

ب. حفظ نظام الأمة في المعاملات المالية والاقتصادية.

ت. الاستقرار المالي.

ث. الاستقرار النقدي.

ج. الاستقلال المالي.

ح. التقليل من الدين العام.

خ. التمكين الاقتصادي.

د. البيئة.

وسنذكر بإيجاز أهمية هذه المقاصد وأصولها في النظرية العامة لمقاصد الشريعة والسياسة الشرعية.

مقصد التنمية المستدامة للاقتصاد الحقيقي.

يُعنى الاقتصاد الحقيقي بجذب المدخرات وتوظيفها لإنتاج سلع وخدمات ملموسة تساهم في رفع الناتج المحلي، والتوزيع العادل للدخل والثروة، وتحقق الأمن الغذائي، والسلم الاجتماعي، والرفاهية الإنسانية[1]. ويُذكر الاقتصاد الحقيقي في مقابلة الاقتصاد المالي الذي يعتمد على أدوات مالية كالسندات، والأسهم، والمتاجرة في الحقوق[2]. ويندرج كلّ ذلك في السياسة الشرعية المتعلقة بالمال وتدبيره، فقد ذكر الإمام الماوردي أن عمارة البلدان من أهم وظائف الحاكم

(1) انظر: أحمد نصار، مبادئ الاقتصاد الإسلامي (عمان: دار النفائس، 2010)، ص 91، و تشابرا، الرؤية الإسلامية للتنمية، ص 46.

(2) عمر خديرات، الأزمة الاقتصادية العالمية المعاصرة ومصير النظام الرأسمالي، ضمن كتاب الأزمة الاقتصادية العالمية المعاصرة من منظور إسلامي، (فرجينيا: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 2012)، 166.

والتي تتحقق بموجبها مصالح الناس[1]. وذكر ابن خلدون أن إقامة الدولة يتطلب جذب الموارد، ومراقبة الدخل، وتوثيق النفقات العامة، وبناء المساكن، والمصانع، والمدن الشاسعة، والجيوش القوية المهابة[2]. واعتبر الشيخ عبد الله بن بيّه عمارة الأرض مقصداً شرعيّاً من مقاصد المال وإن كان ليس خاصا به، فقد ذكر أنّ "عمارة الأرض تكون بطرق شتى منها التناسل، ومنها إيجاد الوسائل الضرورية للحياة بالتعامل مع الأرض وما ذرأ الباري جل وعلا...فإثارة الأرض، أساس العمران (أثاروا الأرض)"[3].

والنَّاظر في تشريعات المالية الإسلامية الصادرة عن الجهات الإشرافية والرقابية يجدها متطورة في بعض الأسواق وبسيطة في أسواق أخرى، وتكاد تكون معدومة في أسواق أعلنت تبنيها للمالية الإسلامية حديثا. فمن أجل تنمية الاقتصاد الحقيقي، يتوجب على الجهات الإشرافية وضع التشريعات لمراقبة الأدوات المالية الوهمية كالمشتقات المالية وتنظيم استعمالها في التحوط للمؤسسات التي تحتاجها للحاجة، وذلك بعد هيكلتها بما يتوافق مع الأحكام والمبادئ الشرعية. كما يتوجب عليها أيضا وضع الآليات القانونية لتسهيل تملك السلع، وانتقالها، ومراقبة سقوف الائتمان، والكفاءة المالية، وتحفيز المؤسسات المالية على الاستثمار في سلع حقيقية.

وقد تعمَّد الباحث في هذه الورقة ذكر كلمة "مستدامة" للإشارة إلى أمرين يخصان القطاع المالي وهما: استمرارية التنمية، وإدماج محدودي الدخل في الاستفادة من فرص التمويل.

(1) انظر: الماوردي، أدب الدنيا والدين (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1979)، 116-117.

(2) انظر: ابن خلدون، المقدمة (دمشق: دار البلخي، 2004)، 139.

(3) عبد الله بن بيّه، مقاصد المعاملات ومراصد الواقعات (لندن: مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، 2010)، 70.

مقصد حفظ نظام الأمة في المعاملات المالية والاقتصادية.

يُنظر إلى التعاملات المالية كنظام متماسك الأطراف، مترابط الوظائف، وهو ما يسمى اليوم بالبيئة العامة للمالية والنظام الاقتصادي. فهناك جهات تشريعية، وهيئات شرعية، ومؤسسات مالية، وجهات قضائية، ومكاتب وساطة، وتحكيم، ووكلاء بيع، وسماسرة، وعملاء، وغيرها من الجهات. ولن تحقق المالية الإسلامية مقاصدها المثلى في ظل غياب هذه البيئة أو غياب أهم مكوناتها. ومن هنا كان يتطلب حفظ المال إيجاد التشريعيات التي تحفظه من جهتي الوجود والعدم. يقول الشيخ الطاهر بن عاشور في القسم الثاني من أقسام المقاصد: ما يرجع إلى طبيعة الحكم الإسلامي أو إلى صفة من الصفات والمعاني حيث يرى أنّ "من أصول نظام الحكومة الإسلامية إقامة الخلفاء والأمراء والقضاة وأهل الشورى في الإفتاء والشرطة والحسبة ونوّاب كُلٍّ، ليتمَّ تنفيذ الأحكام المتعلقة بالحقوق العامة للأمة، والأحكام المتعلقة بالحقوق الخاصة بين أفراد الأمة"[1].

ويفترض في البيئة المالية أن تحقق التكامل بين الإطار القانوني، والشرعي، والتشريعي من طرف البنك المركزي من حيث إن غياب واحد من هذه الأطر سيعود على المعاملات المالية الإسلامية بالضرر ليس أقله التشويه، أو سوء الفهم من طرف العملاء أو المستثمرين، أو إشكالية التداخل والتقارب بين المعاملات المالية التقليدية والإسلامية. وبالنظر إلى جملة الانتقادات التي وجهها غير واحد إلى المؤسسات المالية الإسلامية، فإننا نجدها (أي الانتقادات) تتلخص في أن المالية الإسلامية تقترب إلى المعاملات الربوية صورة أحيانا ومضمونا أحيانا أخرى. كما أنّها عادة ما توصف بأنّها تستنسخ المنتجات المالية الربوية بأسماء إسلامية.

(1) الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، المحقق: محمد الحبيب ابن الخوجة (قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 2004)، 3\354.

ومن هنا يقع على عاتق الجهات الإشرافية حفظ النظام المالي عن طريق إيجاد التكامل بين الأطر القانونية، والشرعية، والتشريعية التي تمكن المؤسسات المالية الإسلامية من تحقيق مقاصد العدل، والرواج، والثبات والوضوح عبر منتجات مبتكرة تجمع بين المشاركات والمداينات، راعية لمقاصد الشريعة الكلية ومقاصد المكلفين.

مقصد الاستقلال التشريعي والمالي.

إنّ النّاظر في سوق المالية الإسلامية يجدها تابعة لا متبوعة، محكومة لا حاكمة، مقلدة لا مبتكرة. والسبب في ذلك أنها ليست خيارا اقتصاديا مهما في معظم البلاد الإسلامية فضلا عن غيرها، ومن هنا فهي ليست مستقلة. ويتصور الباحث هذا الاستقلال في محورين: الاستقلال التشريعي والاستقلال المالي الاقتصادي.

أ. الاستقلال التشريعي.

أمّا الاستقلال التشريعي فقد لاحظ بعض الباحثين بعد دراسة أجريت على تشريعات المصرفية الإسلامية لثلاث عشرة (13) دولة مسلمة وغير مسلمة خلص أصحابها إلى أنَّ تشريعات المصرفية الإسلامية قد صيغت على نمط تشريعات المالية التقليدية[1]. وتظهر حاكمية تشريعات المالية التقليدية على المالية الإسلامية في ثلاثة أشياء: صياغة عقود التمويل الإسلامية على نمط العقود التقليدية لأغراض المواءمة وصلاحية استخدامها في المحاكم المدنية، ثانيا، البيئة المالية التقليدية التي تدفع المؤسسات المالية الإسلامية إلى استغلال البنية التحتية للمؤسسات المالية التقليدية، وهو ما شجع على فتح النوافذ الإسلامية والفروع الإسلامية بدل تأسيس بنوك

(1) Muhamed Zulkhibri, Reza Ghazal, *Development of Islamic Banking Regulation in Selected IDB Member Countries: A Comparative Analysis.* (Jeddah: IRTI, **2015**), **1**

إسلامية خالصة مستقلة. ومن آثار التبعية للمالية التقليدية عدم استقلالية بعض المعاملات المالية الإسلامية كالإجارة المنتهية بالتمليك عن نظيرتها التقليدية كما هو الحال في ماليزيا[1]، الأمر الذي ترك انطباعا لدى المستثمرين والعملاء بأنّ منتجات المالية الإسلامية شبيهة جدا بالمنتجات التقليدية[2].

ومن هنا فإنّ ما يعرف بالنّظام المصرفي الإسلامي المزدوج رغم حسناته ومميزاته لكنه لا يحقق الاستقلالية التشريعية المثلى خصوصا في ظِلِّ بيئة تشجع على المداينات ونقل المخاطر، ولا تشجع على المشاركات المبني على الغنم بالغرم. ويجب التأكيد أنَّ التشريعات الاحترازية الدولية المعروفة ببازل 1و2 و3 الخاصة بكفاية رأس المال، والمعايير المحاسبية العالمية، وحوكمة المؤسسات، والتقليل من خطر تعارض المصالح وغيرها من المعايير التي تبنتها كثير من الدول أضحت ضرورية إذ علاقة لها بالاستقلالية، فلا مانع شرعا من الأخذ بها وتكييفها وفق خصوصيات البلد.

ب. الاستقلال المالي والاقتصادي.

رغم استقلال الدول سياسيا لكن ذلك لا يعني استقلالها اقتصاديا. ففي ظلّ العولمة الاقتصادية، تتداخل التدفقات النقدية وتتغير من الشرق إلى الغرب والعكس حسب آثار الأزمات المالية. ومع تفاقم المديونيات المحلية، تلجأ الدول المتأزمة اقتصاديا إلى الاقتراض من البنك الدولي، أو صندوق النقد الدولي، أو دولة أخرى وفق شروط ليس أقلها تخفيض الدعم عن السلع الأساسية، وتسريح العمال، وغلق

(1) N. Irwani Abdullah, "Implementation of Mu'amalat Hire Purchase Bill in Malaysia: Chasing the Mirage?". *The Law Journal*, Vol.17, No.1 (2009), 2.

(2) .Engku Rabia al-Adawiyah, "Constraints and Opportunities in Harmonization of Civil Law and Sharīʿah in Islamic financial services industry", in *IIiBF Series in Islamic Banking and Finance*, ed. Younes Soualhi and Kameel Meera (Kuala Lumpur: Kaci Graphics, 2009),7.

بعض المنشآت، ومن هنا تفقد الدولة المقترضة سيادتها واستقلالها الاقتصادي. ففي ظل هذه الظروف تتأثر المالية الإسلامية بربط مصير البلد بهذه المؤسسات الإقراضية العالمية.

ذكر الدكتور رفيق المصري رأي الماوردي في مكانة المال وتقديره في مهام الدولة، ففي رأي الماوردي -كما نقله المصري عنه- "أنّ الدولة يجب أن تقوم قواعدها على أمرين: تأسيس وسياسة. ويقوم التأسيس على ثلاثة أركان: دين وقوة، ومال وتقوم السياسة على أربعة قواعد: عمارة البلدان، وحراسة الرعية، وتدبير الجند، وتقدير الأموال"[(1)]. وسعيا منه لربط استقلالية النشاط الاقتصادي بوظيفة الحاكم، حدد الماوردي مجموعة من الوظائف التي يجب على الحاكم الاضطلاع بها منها، "أن ينقل إليه من أعمال أهل العلوم والصنائع ما يحتاج أهله إليه، **حتى يكتفوا بهم، ويستغنوا عن غيرهم**"[(2)]. وأكد الشيخ الطاهر بن عاشور هذا المعنى عند حديثه عن توفير المال للأمة والاقتصاد لأجله حيث قال: "أهم ما يقتضيه النظر في نظام أموال الأمة أن يتوجه النظر في وسائل توفير المال وحفظه بالاقتصاد، **لتكون الأمة في غنى عن طلب الإسعاف من غيرها** عند حاجتها، لأن الحاجة ضرب من **العبودية**"[(3)]. وعليه يتوجب على المشرع في المالية الإسلامية صياغة التشريعات بما يحقق الاستقلالية التشريعية والمالية لكون الاستقلالية مقصدا شرعيا لا تتحقق المقاصد الشرعية الأخرى بدونه.

ومن القضايا الشائكة التي تؤرّق بعض خبراء المالية الإسلامية هو عدم

(1) رفيق المصري، أصول الاقتصاد الإسلامي (دمشق: دار القلم، 1999)، 69.

(2) الماوردي، تسهيل النظر وتعجيل الظفر في أخلاق الملك وسياسة الملك (بيروت: دار النهضة العربية، بدون)، 162.

(3) محمد الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام (تونس: الشرطة التونسية للتوزيع، بدون)، 197.

استقلالية عملات العالم الإسلامي عن الدولار الأمريكي مما يجعل المالية الإسلامية رهينة الدولار، تتأثر بتقلباته، وتخضع لهيمنته كما ترسمها السياسة الاقتصادية الأمريكية. هذا الواقع هو ما جعل البعض يفكر في الذهب كمخزن للقيمة، ووسيلة للتبادل، ووحدة للقياس، وسال في ذلك حبر كثير دون فائدة. وعليه فإن استقلالية المالية الإسلامية كمقصد شرعي موضوعة في المحك.

مقصد الاستقرار المالي والنقدي:

يهدف النظام المالي الإسلامي إلى الاستقرار المالي والنقدي. **أما الاستقرار المالي** فيعني تحقيق التوازن في جذب الموارد والتخصيص الأمثل لها[1]. بالنسبة للبنوك المركزية، فإن الاستقرار المالي يعني النشاط السلس للوساطة المالية مصحوبا بثقة في المؤسسات المالية والأسواق في النظام الاقتصادي"[2]. ففي النِّظام المالي التقليدي، وتطبيقا للسياسة المالية، تسعى البنوك المركزية عموما إلى الحد من التضخم، وتحقيق نمو عال ومستقر، وضمان أسواق مالية مستقرة، ونسب فوائد مستقرة، وأسعار صرف مستقرة[3]. ونزعُم أنّ النظام المالي الإسلامي يهدف لتحقيق نفس الأهداف في إطار أحكام الشريعة ومبادئها. لكن أكبر عقبة تواجه اللاستقرار المالي الإسلامي هو التداخل بنيه وبين الاستقرار المالي التقليدي في ظِلِّ العولمة المالية. وهذا ما يبينه واقع الحال إذ لم تنج البنوك الإسلامية كلية من آثار الأزمات المالية المتعاقبة، فإذا انخفض سوق العقار، فإنّ الصناديق الاستثمارية العقارية المتوافقة مع الشريعة تتأثر عائداتها،

(1) (1) صالح صالحي، السياسة النقدية والمالية في إطار نظام المشاركة في الاقتصاد الإسلامي (القاهرة: دار الوفاء، 2010)، 39.

(2) http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=fs&pg=fs_ovr_what&ac=112 accessed on August 15th, 2018.

(3) Cecchetti, Stephen G, Money, Banking and Financial Markets.. (New York: McGraw-Hill, 2010), 356.

وإذا تهاوت العملة المحلية، فإن منتجات الاعتمادات المستندية في البنوك الإسلامية يتأثر أصحابها سواء كانوا مستوردين أم مصدرين. وإذا جرت مضاربات على العملة المحلية، فإن ذلك يخفض من قيمة الودائع وأصول البنوك سواء أكانت إسلامية أم تقليدية. وإذا تأثرت البورصات فإن ذلك يقلل من ثقة المستثمرين ويقل التداول على الأوراق المالية بما في ذلك سوق الأسهم والصكوك الإسلاميين رغم التصنيف الائتماني الجيد الذي تحصلت عليه قبل الإدراج.

وأما **الاستقرار النقدي**، فهو هدف "يضطلع به البنك المركزي لضمان السير السلس للنظام المالي من خلال ضبط المعروض النقدي ومعدلات الائتمان حيث يساهم ذلك في تحقيق الأهداف الاقتصادية"[1]. إنَّ الآليات التي تضعها البنوك المركزية لتحقيق الاستقرار النقدي كتحديد معدل كفاية رأس المال، وتحديد معدل إعادة الخصم، والمساهمة في السوق المفتوح من خلال بيع وشراء الأوراق المالية تعدّ من الوسائل المفضية إلى أحسن المقاصد وفق العلاقة بين الوسائل والمقاصد. وعليه فمن السياسات الناجحة للحفاظ على قيمة العملة المحلية هو نصح البنك المركزي المستثمرين بعدم صرف العملة المحلية بالدولار لأن ذلك يؤدي إلى زيادة قيمة الدولار وانخفاض قيمة العملة المحلية[2]. كذلك من الإجراءات التي تحمي قيمة العملة المحلية هو تنظيم سوق الاقتراض بحيث لا يسمح بالاقتراض من مؤسسات خارجية بالدولار لمدد قصيرة من أجل تمويل مشاريع بعيدة المدى إذ إن ذلك يخلق تباينا في جهتي الأصول والمطلوبات في ميزانية الشركة المقترضة في حالة ارتفاع سعر الفائدة، وهذا ما حدث لليرة التركية في إحدى تقلباتها الحديثة حسب الدكتور سامي

(1) Peter S. Rose; Sylvia C. Hudgins, *Bank Management and Financial Services.* (New York: McGraw-Hill, 2010), 52.

(2) صالحي، السياسة النقدية، 39.

السويلم[1].

مقصد التقليل من الدَّين.

للدين مزايا وآثارا سلبية في أي نظام اقتصادي، ومن الناحية الشرعية هو مباح مقيد بالأحكام الشرعية الخمسة. ويتطلب النظر المقاصدي إلى مناقشة آثار الدين على نظام واستقرار الأمة. فعلى ضوء مقصد الاستقلال المالي الذي ذكرناه آنفا، فإن من متطلبات الاستقلال التخلص من الدين لأنّه عبودية وآلية من آليات رهن الأمم بشعوبها ومواردها لدول أخرى أو مؤسسات نقدية دولية. بالإضافة إلى مصالح الدين.

ذكر الاقتصادي الإسلامي الدكتور سامي السويلم مفاسد الدَّين، وتتمثل في رأيه في ضعف المسؤولية الذاتية، والتوسع غير المبرر في الإنفاق، والميل إلى المغامرة، وعدم الاستقرار، وتفاقم التقلبات الاقتصادية، وسوء توزيع الثروة، وتراكم الدين وتضاعفه. ولذلك اعتبر التقليل من الدين مقصدا من مقاصد الشريعة في المال[2]. ووافقه الاقتصادي الإسلامي الدكتور أنس الزرقا في بيان مفاسد الدين وزاد عليها خطر الإفلاس، وتقلبات الموارد المالية، وخطر ارتفاع معدلات التعثر في سداد الديون، والتضخم، وازدياد النفقات العامة[3]. ويرجع الاقتصادي الإسلامي

(1) Sami al-Suweilem, al-Khaṭīʾah al-Aṣliyyah wa al-Līrah al-Turkiyyah, https://al-omah.com/%D8%AF-%D8%B3%D8%A7%D9%85%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%88%D9%8A%D9%84%D9%85-%D9%8A%D9%83%D8%AA%D8%A8-%D8%A7%D9%84%D8%AE%D8%B7%D9%8A%D8%A6%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B5%D9%84%D9%8A%D8%A9-%D9%88/, accessed on August 29th, 2018.

(2) سامي السويلم، قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي (الرياض: دار كنوز إشبيلية، 2009)، 13-30.

(3) أنس الزرقا، "الأزمة المالية العالمية المديونية المفرطة سببا والتمويل الإسلامي بديلا"، ضمن كتاب الأزمة الاقتصادية العالمية المعاصرة من منظر إسلامي، 211.

الإيراني عباس ميراخور أن سبب تفاقم الديون والابتعاد عن الاقتصاد الحقيقي إلى سببين رئيسين وهما نظام خلق النقود في البنوك (سواء أكانت تقليدية أم إسلامية)[1] والمضاربة في المشتقات المالية[2].

مقصد التمكين الاقتصادي.

يقصد بالتمكين الاقتصادي دعم فئات اجتماعية محرومة من التمويل إما لفقرها أو لعدم أهليتها للحصول على تمويل بسبب ضعف جدارتها الائتمانية. فلا يكفي إيجاد طرق للاستفادة من التمويل كالتمويل الأصغر، بل يجب متابعة المشاريع التي تقوم بها هذه الفئة من أجل التأكّد من أنّ ظروفها المعيشية تحسنت، وتحولت من فئات العجز إلى فئات الفائض، ومن الفقر إلى الغنى، ومن متلقي الزكاة إلى معطيها. وفي الشريعة ما يكفي من أدلة على أهمية العمل وإتقانه، ونبذ التسوّل، والحث على التجارة الصادقة، والتحفيز على اكتساب المرء الصالح للمال الصالح، وكلها شواهد تؤصل للتمكين مقصدا شرعيا. وتحقيقا لمقصد التمكين، يمكن للجهات التشريعية منح تحفيزات ضريبية للمستثمرين الذين يساعدون غيرهم على تحسين وضعهم الاجتماعي عبر مشاريع صغيرة ومتوسطة قابلة للتوسع والنمو.

مقصد المحافظة على البيئة.

يتطلب الاستثمار المسؤول اجتماعيا المحافظة على البيئة من التلوث والدمار. ويعني ذلك في سياق المالية الإسلامية تطوير منتجات تمويلية، واستثمارية، وخدماتية تراعي البيئة والمناخ عبر منتجات خضراء تقلل من الانبعاث الحراري، وزيادة حرارة المياه، والتقليل من الجفاف، والفيضانات، ونسبة الكربون، والتغير المناخي. وقد

(1) ما بين قوسين من الباحث.

(2) Othman, A; Mat Sari,N; Alhadshi, S.O; Mirakhor, A, *Macroeconomic Policy and Islamic Finance in Malaysia.* (New York: Palgrave Macmillan, 2017),31 .

طوَّرَت المالية الإسلامية منتجات واعتمدت على ممارسات تحافظ على البيئة كالصكوك الخضراء الخاصة بالطاقة الشمسية، والصيرفة الخضراء في تمويل مشاريع صديقة للبيئة، والأسهم الخضراء لشركات لا تؤثر منتجاتها على البيئة، والمؤشرات الخضراء، والتأمين التكافلي الأخضر، والرقمنة التي تقلل من استخدام الورق، ما يقلل من قطع الأشجار لصنعها.

وقد شهدت آيات وأحاديث عديدة تحثّ على المحافظة على البيئة بكلِّ ثرواتها المادية والحيوانية ما يجعل المحافظة عليها مقصدا شرعيا. حيث تضافرت آيات النهي عن الفساد في الأرض، وأحاديث نبوية عديدة على مقصد حفظ البيئة كأحاديث الحثّ على الحرث والغرس، وأحاديث النهي عن قطع الأشجار حتى في حالة الحرب، وحديث غرس الفسيلة قبل قيام الساعة بما يزيد من نسبة الأكسجين، وحديث إماطة الأذى عن الطريق، والنهي عن التبوّل في الماء الراكد. وبموجب وظيفة الاستخلاف، يتعين على الإنسان المحافظة على المحيط الذي يمكّنه من أداء هذه الوظيفة. يقول العلامة ابن عاشور متحدثا عن مفهوم الفساد في الأرض كما ورد في سورة الأعراف، الآية 56، وغيرها: "أنبأنا (الله تعالى) بأن الفساد المحذر منه هنالك هو إفساد موجودات هذا العالم، وأنّ الذي أوجد فيه قانون بقائه لا يظن فعله ذلك عبثا"[1].

(1) ابن عاشور، محمد الطاهر. **مقاصد الشريعة الإسلامية**، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي. ط 1 (عمان: دار النفائس/ كوالالمبور: دار الفجر، 1999 م، ص 201.

الخاتمة

ناقش البحث معالم الاستثمار المسؤول اجتماعيا والوساطة المالية القائمة بالتركيز على التجربة الماليزية. ثمّ عرّج على بعض القضايا المنهجية في التنظير المقاصدي في المالية الإسلامية تضمنت إثبات المقاصد الكلِّيّة ولَمَحَةً عن قياس المقاصد كنهج في ضبط الأثر المقاصدي في المعاملات المالية المعاصرة، ثمّ اتّجه البحث إلى مناقشة مجموعة من المعاني تَّم اعتبارها مقاصد شرعية يجب مراعاتها في مشاريع التنمية الاقتصادية والاجتماعية. ولا شكّ أنَّ هذه المقاصد مرعيّة في آحاد الأدلة الشرعية ويسهل استقراؤها استقراء مفيدا للقطع التشريعي المبني على الغالب الأكثري والتواتر المعنوي، سواء كان الاستقراء قطعيّاً أم ظنيا. وعليه فإنّه يتوجب على الجهات الإشرافية بالتعاون مع هيئات الرقابة الشرعية العليا والخاصة بالمؤسسات المالية الإسلامية لديها أو مجالسها الإفتائية التأكد من أن التشريعات الاحترازية، والحوكمية، والشرعية المقننة تراعي المقاصد التي ناقشتها هذه الورقة، خصوصا في الاستثمارات المسؤولة اجتماعيا أو الوساطة القائمة على القيم. ويدعو البحث إلى إيجاد آليات لتطبيق المقاصد في التمويل الإسلامي، وقياس مدى الالتزام بها. كما خلُصَ إلى أنّ أهداف الاستثمار المسؤول اجتماعياً لا يختلف في جوهره عن المقاصد الشرعية، وأنَّ الوساطة المالية القائمة على القيَم لا تخرج في عمومها عن المقاصد الشرعية، أمّا التجربة الماليزية في الوساطة الوقفية فإنّها تتناغم مع المقاصد التي أصّلنا لها في هذا البحث.

المصادر والمراجع

-الجويني، البرهان في أصول الفقه، (القاهرة: دار الآثار، 1400 هـ) م2،

- الرازي، المحصول (بدون: مؤسسة الرسالة، 1997)، م5،

-العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت)، م1،

-القرافي، شرح تنقيح الفصول، (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، 1393 هـ)

-الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، (بدون: دار ابن عفان، 1997)، م5

-الشاطبي، الموافقات، تعليق عبد الله دراز،، (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، د. ت).

-بن عاشور، أليس الصبح بقريب (تونس: الشركة التونسية لفنون الرسم، 1988)

-بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام (تونس: الشرطة التونسية للتوزيع، بدون)

-بن عاشور، مقاصد الشريعة، تحقيق، محمد الحبيب ابن الخوجة (قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 2004)، م2

- بن عاشور، محمد الطاهر. مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي. ط 1 (عمان: دار النفائس/ كوالالمبور: دار الفجر، 1999

- عمر تشابرا، الرؤية الإسلامية للتنمية في ضوء مقاصد الشريعة (جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، 2011)

-أحمد نصار، مبادئ الاقتصاد الإسلامي (عمان: دار النفائس، 2010).

-عمر خديرات، الأزمة الاقتصادية العالمية المعاصرة ومصير النظام الرأسمالي، ضمن كتاب الأزمة الاقتصادية العالمية المعاصرة من منظور إسلامي، (فرجينيا: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 2012)

-الماوردي، أدب الدنيا والدين (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1979)

-الماوردي، تسهيل النظر وتعجيل الظفر في أخلاق الملك وسياسة الملك (بيروت: دار النهضة العربية، بدون)

-ابن خلدون، المقدمة (دمشق: دار البلخي، 2004)

-عبد الله بن بية، مقاصد المعاملات ومراصد الواقعات (لندن: مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، 2010)

-رفيق المصري، أصول الاقتصاد الإسلامي (دمشق: دار القلم، 1999)

-صالح صالحي، السياسة النقدية والمالية في إطار نظام المشاركة في الاقتصاد الإسلامي (القاهرة: دار الوفاء، 2010)

-سامي السوليم، قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي (الرياض: دار كنوز إشبيلية، 2009)

-أنس الزرقا، "الأزمة المالية العالمية المديونية المفرطة سببا والتمويل الإسلامي بديلا"، ضمن كتاب الأزمة الاقتصادية العالمية المعاصرة من منظور إسلامي، (فرجينيا: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 2012)

- http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=fs&pg=fs_ovr_what&ac=112
accessed on August 15th, 2018.

- Cecchetti, Stephen G, Money, Banking and Financial Markets. (New York: McGraw-Hill, 2010), 356.

- Peter S. Rose; Sylvia C. Hudgins, Bank Management and Financial Services. (New York: McGraw-Hill, 2010), 52.

- Othman, A; Mat Sari,N; Alhadshi, S.O; Mirakhor, A, Macroeconomic Policy and Islamic Finance in Malaysia. (New York: Palgrave Macmillan, 2017),31 .

-https://www.investopedia.com/terms/s/sri.asp
تم الدخول على الموقع بتاريخ 14-07-2020

- Sustainable and Responsible Investment roadmap for the Malaysian capital market,
https://www.sc.com.my/api/documentms/download.ashx?id=89dea0ab-f671-4fce-b8e4-437a2606507c
تم الدخول على الموقع بتاريخ 5-8-2020

http://www.muamalat.com.my/wakafselangor/downloads/Laporan-WSM-Suku-Tahun-Pertama-Jan-Mac-2017.pdf
تاريخ الاطلاع 17 سبتمبر، 2017م.

-BIMB Holdings Berhad Sustainability Report 2016.
-https://www.undp.org/content/undp/en/home/news-centre/news/2018/HSBC_Amanah_Malaysia_issues_worlds_first_United_Nations_Sustainable_Development_Goals_sukuk.html, accessed on September 19th, 2019.
-https://www.rhbgroup.com/files/others/highlights/PRESS_RELEASE_-_RHB_LAUNCHES_ASIA_PACIFICS_FIRST_RECYCLED_CARD.pdf
Maybank Annual Report, 2018, p. 15
-http://aibim.com/ver2/index.php/component/k2/item/17-islamic-banking-institutions-collaborate-to-develop-waqf-fund
تاريخ الاطلاع20 سبتمبر، 2019م.
- Implementation Guide for Value-based Intermediation (VBI) , BNM, 2018, p. 20
-http: //www.bnm.gov.my/index.php?ch=57&pg=137&ac=612&bb=file
تاريخ الاطلاع 17 سبتمبر، 2017م.
-Central Bank of Malaysia. (2016). Financial Stability and Payment Systems Report. P.96
Sami al-Suweilem, al-Khaṭīʾah al-Aṣliyyah wa al-Līrah al-Turkiyyah, https: //al-omah.com/%D8%AF-%D8%B3%D8%A7%D9%85%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%88%D9%8A%D9%84%D9%85-%D9%8A%D9%83%D8%AA%D8%A8-%D8%A7%D9%84%D8%AE%D8%B7%D9%8A%D8%A6%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B5%D9%84%D9%8A%D8%A9-%D9%88/, accessed on August 29th, 2018.
-Muhamed Zulkhibri, Reza Ghazal, Development of Islamic Banking Regulation in Selected IDB Member Countries: A Comparative Analysis. (Jeddah: IRTI, 2015), 1.
- N. Irwani Abdullah, "Implementation of Mu'amalat Hire Purchase Bill in Malaysia: Chasing the Mirage?". The Law Journal, Vol.17, No.1 (2009), 2.
- Engku Rabia al-Adawiyah, "Constraints and Opportunities in Harmonization of Civil Law and Sharīʿah in Islamic financial services industry", in IIiBF Series in Islamic Banking and Finance, ed. Younes Soualhi and Kameel Meera (Kuala Lumpur: Kaci Graphics, 2009),7.

عقد الإجارة على عمل واستخدامه في التمويل والصكوك

الدكتور خالد بن محمد السياري
الأستاذ المساعد في الجامعة السعودية الالكترونية

مجلّة السلام للاقتصاد الإسلامي، العدد (1) ديسمبر 2020

عقد الإجارة على عمل واستخدامه في التمويل والصكوك

الدكتور خالد بن محمد السياري

الأستاذ المساعد في الجامعة السعودية الالكترونية

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

فإنّ سبب كتابة هذه الورقة هو ما ظهر من إشكالات عملية بعد دخول عقد (الإجارة على عمل) في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية، ولاسيما في سوق التمويل السعودي، وسوق الصكوك الخليجي.

وأرجو أن تكون هذه الورقة مع أوراق أخرى في الإجارة دونتها في مناسبات مختلفة؛ ممهدة لكتابة دراسة تستوعب مسائل هذا العقد تأصيلا وتطبيقا.

أسأل الله التوفيق في العمل، والسداد في الفهم، والصواب في القول، والبركة في الوقت.

وقد رأيت عرض الورقة في النقاط التالية:

1. تسمية عقد الإجارة على عمل.
2. تقسيمات عقد الإجارة.
3. أثر تقسيمات عقد الإجارة في التعيين والوصف.
4. الفروق بين إجارة الأشياء وإجارة الأعمال.
5. الفروق بين الإجارة المعينة والموصوفة.

6. تصنيف عقد (الإجارة على عمل) بين التعيين والوصف.
7. الفرق بين الشخص الطبيعي والمعنوي في التعيين والوصف.
8. هل المنفعة في الإجارة دين؟
9. حكم تصرف المستأجر بمنفعة (الإجارة على عمل) المعينة والموصوفة.
10. هل الخدمات المعاصرة إجارة أعيان أم أعمال؟
11. أثر استخدام عقد (الإجارة على عمل) في التمويل والصكوك.
12. الإشكالات العملية في هذا العقد.

شكر وتقدير.

أشكر د.العياشي فداد، ود.أسيد كيلاني، ود.علي نور، على جملة مناقشات مفيدة ساهمت في تقويم الورقة وإنضاجها، ومهما يكن من أمر، فإنَّ الباحث يتحمل مسؤولية ما ورد فيها من نتائج وأفكار.

وختاما.

آمل أن يكون في هذا الجمع والتحرير إضافة للقارئ والمطلع والممارس، وأن يكون فيها إيضاحا لهذه المسألة المشكلة، التي كثر فيها التردد والاختلاف في الاجتهادات المعاصرة. وأتمنى من كلِّ من يطلع على هذه الورقة مساندة الباحث في نقدها وتقويمها وإنضاجها حتى تستوي على سوقها.

والله من وراء القصد، وعليه قصد السبيل.

[1]

تسمية عقد الإجارة على عمل

شاع لهذا العقد عدة أسماء؛ منها:

1- **إجارة الأشخاص**: وبه صدر المعيار الشرعي رقم (34) الصادر عام 2008م، وهذا الاستعمال لم أقف عليه في استعمال الفقهاء المتقدمين.

2- **عقد العمل**: وهذا ما عليه المصادر القانونية والقوانين والأنظمة المعاصرة، ولا يطلقون (عقد الإجارة) إلاّ على الأشياء أو الأعيان بالمصطلح الفقهي، ويتحفظون على إطلاق مصطلح الإيجار على الإنسان من باب التكريم للآدمي. وهذا قد يشبه من بعض الأوجه تفريق المالكية بين لفظة الإجارة والكراء[(1)]. ومهما يكن من أمر فقد جاء هذا الاستعمال على لسان الشارع، **ولا تجد دليلا من الكتاب والسنة على مشروعية عقد الإجارة إلاّ على عمل الإنسان (الأجير)**، دون إجارة الأعيان؛ قال ابن قدامة: (إنّ الآية والأخبار إنّما وردت فيمن استؤجر على عمل، فأمّا ما وقعت الإجارة فيه على مدّة، فلا تعرض لها به)[(2)]. وقال ابن تيمية: (ليس في القرآن إجارة منصوصة إلاّ إجارة الظئر)[(3)].

3- **إجارة الخدمات**: وهذا المصطلح من الألفاظ المشتركة التي لها أكثر من معنى، وله استعمالات قانونية، فقد يكون محل العقد فيها منافع أشخاص، وقد يكون محل العقد: منافع أعيان (أشياء)، وقد يكون محلَّ العقد: بيع سلع أو حقوق أو

(1) الشرح الصغير 4/ 5 و6.

(2) المغني 8/ 18.

(3) القواعد النورانية ص213. كذا في أعلام الموقعين لابن القيم 2/ 264.

نقود[1]. فليس كل عقد خدمة هو عقد إجارة على عمل. ولذا فهذا لفظ لا يدل على المقصود إلا عند التقييد، ولاسيما أن الفقهاء يستخدمون مصطلح الخدمة على معنى خاص في الخادم من غلام أو جارية[2]، ويمكن التسامح في استعماله بسبب ذيوع استخدامه.

وعلى أي حال فلا مشاحة في الاصطلاح إذا ظهر المعنى، وقد رأيت الأخذ باستعمال الفقهاء المتقدمين، وهو عقد الإجارة على عمل.

(1) ينظر: حلقة الإجارة الموصوفة وتطبيقاتها على شركات الاتصال بتاريخ 13/ 4/ 1433 هـ في الرياض، منشورة على الشبكة، والإشارة إلى مفهوم الخدمات في اتفاقية منظمة التجارة العالمية.

(2) طلبة الطلبة ص176، المصباح المنير مادة (خدم) ص63، المغني 8/ 43.

[2]

تقسيمات عقد الإجارة

شاع تقسيم عقد الإجارة إلى: إجارة أعيان، وإجارة أشخاص، وهذا جارٍ عند عدد من فقهاء الحنفية. بينما يقسم جمهور الفقهاء عقد الإجارة إلى:

1- **عقد إجارة أعيان**؛ ويشمل: منفعة الدار المعيَّنة، ومنفعة المنقول المعيَّن، ومنفعة الدابة المعيَّنة، كما يشمل: منفعة الإنسان المعيَّن؛ سواءٌ حُدِّد نفعه بالزمن أو حُدِّد نفعه بالعمل مع تعيين العامل باشتراط أن يباشر العمل بنفسه.

2- **عقد إجارة الذِّمّة**؛ ويشمل: منفعة الدابة الموصوفة في الذِّمّة، ومنفعة عمل الإنسان الموصوف في الذمة (فهنا حدد نفعه بالعمل لكن لم يعين العامل).

قال في نهاية المطلب 8/ 70 و71 و73 و74: (الأعيان تنقسم إلى الجمادات والحيوانات... وأما الحيوان قسمان: آدمي وغير آدمي... ثمّ الإجارة تنقسم؛ فقد تفرض واردة على العين بحيث لا يتصور ورودها على الذِّمّة، وهذا بمثابة استئجار الأراضي والمساكن... فأما ما سواها من الأعيان وهي المنقولات، فالإجارة تنقسم فيها إلى ما يرد على العين، وإلى ما يرد على الذمة... وأما الإجارة الواردة على الذمة؛ فمثل: أن يقول ألزمت ذمتك خياطة هذا القميص أو نقل هذه الحمولة أو تنقلني إلى موضع كذا... ولو قال استأجرت هذه الدابة كانت الإجارة واردة على عينها، ولو قال للرجل استأجرتك بكذا ففي المسألة وجهان أحدهما أن الإجارة واردة على عين المخاطب، وقوله استأجرتك كقوله استأجرت هذه الدابة، والوجه الثاني: أن الإجارة تنعقد على الذمة... فعلى هذا لو أراد أن يعلق الإجارة بعين المخاطب احتاج إلى مزيد تقييد فيقول استأجرت عينك أو نفسك **أو استأجرتك لتخيط بنفسك**).

وقال في كشاف القناع 9/ 77: (إجارة العين: تارة تكون في الآدمي، وتارة تكون في غيره من المنازل والدواب)[1].

وقد اخترت في التعبير التقسيم المشهور لشيوعه، ولا سيما أنَّ هذا هو ظاهر ما عليه المعايير الشرعية، فإجارة الأعيان لها معيار رقم 9، وإجارة الأشخاص لها معيار رقم 34.

(1) ينظر بمزيد من التفصيل: كيفية تحديد الأجور، د.نزيه حماد ص19-26.

[3]

أثر تقسيمات عقد الإجارة في التعيين والوصف

يمكن تقسيم عقد الإجارة من جهة التعيين والوصف على النحو الآتي:

1- إجارة الأشخاص، وهذه تقع معينة وموصوفة، باتفاق الفقهاء[1]، ونقل الخلاف في هذه النقطة وهم وذهول.

2- إجارة الأعيان الثابتة (الأراضي)، وهذه لا تقع إلاَّ معيَّنة، ولا تصح موصوفة، باتفاق الفقهاء[2].

3- إجارة الأعيان المنقولة: والخلاف فيها محفوظ على قولين:

القول الأول: للحنفية، فلا تقع إلا معنية، ولا تصح موصوفة في الذمة من

(1) المغني 8/ 35 و41.

(2) ينظر: حاشية الدسوقي 4/ 22، الشرح الصغير 4/ 14 و36 و37 و49 و59، نهاية المطلب 8/ 71، البيان 7/ 296، نهاية المحتاج 5/ 264 و279 و307، المغني 8/ 27 و33 و51 و59 و91 و93 و95 و97 و98 و101 و123 و124 و125 و135، كشاف القناع 9/ 37 و40 و69 و83. **والتطبيقات والاجتهادات المعاصرة على خلاف ذلك، ويظهر الجواز بشروط:**

1. أن يكون محل العقد هو البناء الموصوف لا الأرض.
2. أن تعين الأرض.
3. أن تكون الأرض أو منفعتها ملكا للمؤجر أو المستأجر حين إنشاء عقد إجارة الموصوف.
4. ألا تجرى العقود الموازية الموصوفة على العقار؛ لأن من شروط العقود الموازية عدم الربط بين العقود، ويتعذر تحقيق هذا الشرط في العقار، إذ إنَّ بطلان أحدهما مؤثر في الآخر ولا بد لاتحاد محل العقدين حينئذ. وهذا خلافا للمنقول.

نعم قد يقال بالتفريق بين بيع الوحدات السكنية على الخارطة أو على المخطط أو على التصميم أو عقد البيع تحت الإنشاء أو عقد الترقية العقارية، وكلها أسماء لعقد واحد (Off Plan)، فإذا كانت أرض الوحدة داخلة في التعاقد وموقعها مقصود للمشتري فيبقى الإشكال، وإن كانت الوحدة شقق في أبراج سكنية متماثلة ليس للأرض وزن في الاختيار أو لم تكن مؤثرة، فيخف الإشكال عندئذ.

حيث الأصل إلا ما جرى به العرف، وهذا هو تحرير الفقيه الحنفي ابن عابدين، والشيخ الفقيه تقي عثماني في مباحثة خاصة مع الكاتب[1].

القول الثاني: عند الجمهور، فتصح إجارة المنقولات معينة وموصوفة. وهذا الراجح وعليه الفتوى والعمل.

(1) ورقة للكاتب بعنوان تحرير مذهب الحنفية في إجارة الأعيان الموصوفة. وكان الموجب لتحرير تلك الورقة اختلاف نسبة القول للحنفية. وقد نسب لهم المنع: الموسوعة الفقهية الكويتية، ود.نزيه حماد، وهو ما انتهيت إليه. وقد تأيد ذلك بمنع الشيخ الفقيه الحنفي مصطفى الزرقا لإجارة الأعيان الموصوفة. بينما نسب بعض فضلاء الباحثين الجواز للحنفية؛ اعتمادا على نصوص مجملة.

[4]

الفروق بين إجارة الأشياء وإجارة الأشخاص

بين العقدين فروق تحتاج إلى جمع واستقراء، ومما وقفت عليه حسب الاطلاع:

1- أطراف العقد في إجارة الأشياء: مؤجر ومستأجر. بينما في إجارة الأشخاص: أجير ومستأجر.

2- في إجارة الأشياء الأصل تسليم الأجرة بتسليم العين التي تستوفى منفعتها، بينما يكون تسليم الأجرة في إجارة الأشخاص بعد تمام العمل[1].

3- يجوز في إجارة الأشياء عند عامة الفقهاء إجارة المستأجر العين المؤجرة بشروطه[2]، ونقل فيه الإجماع[3]، بخلاف الإجارة على عمل (إجارة الأشخاص): فقد منع الحنابلة إجارة المستأجر الأجير (إجارة الأشخاص من الباطن) إذا كان الأجير حرا[4]، بخلاف الإجارة على عمل موصوف في الذمة مثل خدمة النقل فيجوز[5]. وقد جرى المعيار الشرعي رقم (34) بشأن إجارة الأشخاص كما في البند 5/ 1/ 3 على المنع كما هو مذهب الحنابلة، مالم يتفق على خلاف ذلك، وهذا ما عليه اليوم العمل المعاصر في شركات التشغيل، من النص على اشتراط التأجير لدى آخرين.

4- لا ينفسخ عقد إجار الأشياء على الراجح عند موت أحد العاقدين عند جمهور

(1) المغني 8/ 18، كشاف القناع 9/ 145. وهذا مالم يتفق على خلاف ذلك.

(2) وهو ما يسمى في القانون: الإجارة من الباطن.

(3) المغني 8/ 56، مجموع الفتاوى 29/ 508.

(4) كشاف القناع 9/ 72.

(5) المغني 8/ 53.

الفقهاء، وبه أخذ المعيار الشرعي للإجارة. خلافا لعقد الإجارة على عمل؛ فإن العقد ينفسخ إذا مات الأجير العاقد[1]، وكانت الإجارة معينة؛ لفوات المعقود عليه، وإن كانت في الذمة فسبيلها كسبيل الديون؛ فإن كان في تركته وفاء استؤجر منها من يتمم العمل في ذمته[2].

(1) يحصل الخلط هنا مع مسألتين مختلفتين: 1) أثر موت أحد العاقدين في إجارة الأعيان، 2) أثر هلاك المحل المعقود عليه في الإجارة الموصوفة.

(2) نهاية المطلب 8/ 89 و120.

[5]

الفروق بين الإجارة المعينة والموصوفة

هناك عدة فروق بين العقدين كما في مظانها عند الفقهاء، وسأقتصر على الفروق التي نحتاجها في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية:

1. منع توقيع عقد التمويل قبل تملك المنفعة إذا كانت معينة، وجواز ذلك إذا كانت موصوفة[1].

2. إن كان العميل قد تعاقد على منفعة عين معينة، فليس للمؤسسة التعاقد عليها لتمويلها إلاَّ بعد فسخ ذلك التعاقد، ولا يشترط الفسخ في الموصوفة في الذمة.

3. تنتهي الإجارة بهلاك العين المؤجرة في الإجارة المعينة دون الموصوفة في الذمة إذ يلزم المؤجر بتوفير عين بديلة.

4. منع تداول المنفعة وتصكيكها قبل تسليم العين التي تستوفى منها المنفعة أو تسليم الشخص الذي يقدم المنفعة؛ لأن ذلك من تداول الديون، فإن تسلمها فهي في حكم المقبوض؛ ويكون حينئذ من الاعتياض عن حق في عين[2].

5. عند التمويل بعقد الإجارة المعينة على عمل فسبيلها الإجارة من الباطن، لأنّه لا يجوز تمويلها قبل تملك الخدمة. وأما إن كانت موصوفة، ورغب البنك بتوقيع عقد التمويل مع العميل قبل تملك الخدمة؛ فله تمويلها بأسلوب الإجارة الموازية؛ بأن يؤجر لغيره منفعة مماثلة[3].

---

(1) معيار إجارة الأشخاص بند 5/ 1/ 6.

(2) نهاية المطلب 8/ 129 و130. ويراجع من هذه الورقة: الفقرة رقم (8) هل المنفعة في الإجارة دين؟ والفقرة رقم (9) حكم تصرف المستأجر بمنفعة (الإجارة على عمل) المعينة والموصوفة.

(3) معيار إجارة الأشخاص بند 5/ 1/ 3.

[6]

تصنيف عقد (الإجارة على عمل) بين التعيين والوصف

هذه النقطة من أكثر نقاط الموضوع إشكالا وتشويشا في الكتابات والمناقشات المعاصرة، وهي من أهمها في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية.

والذي تحصل لي بعد طول التأمل والنظر والمراجعة والمقارنة في كلام فقهاء المذاهب الأربعة[1]، أن الإجارة على عمل (حسب تقسيم الحنفية) تأتي على حالين:

الحال الأولى: الإجارة المعينة، ولها صورتان:

1- استأجر أحمد زيدا لمدة شهر.

2- استأجر أحمد زيدا ليخيط له ثوبا، على أن يتولى زيد الخياطة بنفسه، سواء بالشرط أو العرف أو القرينة أو العادة أو دلالة الحال؛ إما لحذقه ومهارته، أو لطبيعة العمل كالنسخ قديما عند الفقهاء.

- فالصورة الأولى وهي التي يحدد فيها النفع بالزمن، وأمرها ظاهر وليس محل إشكال في الغالب. وهو الذي يسميه الفقهاء الأجير الخاص ويسميه الحنفية الأجير الوحد والشافعية الأجير المنفرد. **وهي إجارة معينة**؛ إما إجارة عمل معين (على تعبير الحنفية)، أو إجارة عين معينة (على تقسيم الجمهور)[2].

- والصورة الثانية من قبيل الأجير المشترك، **وهي إجارة معيَّنة أيضا**؛ لأنَّ الأجير

(1) فتح القدير 9/ 78، بدائع الصنائع 4/ 208، تبيين الحقائق 5/ 111، الشرح الصغير 3/ 97 و4/ 14 و36 و49، البيان 7/ 296، المغني 8/ 11 و35 و36 و50 و51، كشاف القناع 9/ 62 و77 و81 و88، تحديد الأجور ص19-26.

(2) يراجع من هذه الورقة: الفقرة رقم (2) تقسيمات عقد الإجارة.

يجب عليه أن يباشر العمل بنفسه.

فالنتيجة أن حكم الأجير الخاص مثل حكم الأجير المشترك الذي اشترط عليه أن يباشر العمل بنفسه، فالعقد وقع على عين الشخص في الصورتين؛ إلاّ أنَّ نفع الأول قدر بالزمن، والثاني بالعمل، وهذا نظير استئجار سيارة لمدة ثلاثة أيام، أو استئجار سيارة للذهاب إلى مكة[1].

الحال الثانية: استأجر أحمد زيدا ليخيط له ثوبا، ولم يشترط عليه أن يعمل بنفسه.

وهذه الحال هي التي من قبيل الإجارة على عمل موصوف؛ لأنّه أجير لم يشترط عليه العمل بنفسه فتعلق العمل بذمته. وهذه هي الأغلب في التعاقد مع الأجير المشترك، وعليها يحمل كلام بعض الفقهاء المعاصرين من أن إجارة الأعمال لا تكون إلا موصوفة[2].

وكل هذا بناء على التفريق بين الأجير الخاص بأنه من حدد نفعة بالزمن، والمشترك من حدد نفعه بالعمل، كما هو ضابط المؤثر عند عدد من فقهاء الحنفية؛ وقد ذكر فقهاء الشافعية والحنابلة أن الأجير الخاص أو الأجير المنفرد (حسب تعبير الشافعية) هو الذي تعلقت الإجارة بعينه، واختص المستأجر به، فإن كان بزمن فهذا ظاهر، وإن كان بعمل فيكون العمل مستحقا عقيب العقد للمستأجر ويختص به دون غيره[3].

(1) نهاية المطلب 8/ 70 و72 و74 و196؛ المغني 8/ 36 و50.

(2) دراسات المعايير الشرعية (بحث د.حسين حامد حسان)، وأبحاث دورة مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدورة العشرين (بحث د.الشبيلي).

(3) نهاية المطلب 8/ 157 و158 و159، المغني 8/ 103. وأما المالكية فلا يفرقون بين الأجير الخاص والمشترك (ينظر: بحث د.نزيه). واشتراط أن يكون العمل المستحق عقيب العقد بناء على قول الشافعية في منع الإجارة المضافة إذا كانت معينة.

ويؤكد هذا التقسيم قول ابن تيمية في القواعد النُّورانية ص219: (لو استكرى منه جملا أو حمارا على أن يحمل المؤجر للمستأجر عليه متاعه، **وهذه إجارة عين وإجارة على عمل في الذمة، إلاّ أن يشترط عليه أن يكون هو الذي يعمل العمل، فيكون قد استأجر عينين**).

[7]

الفرق بين الشخص الطبيعي والمعنوي في التعيين والوصف

والمقصود بهذه النقطة، هل الشخصيات المعنوية مثل المستشفيات والجامعات وشركات الاتصال وشركات الطيران؛ تأخذ حكم الشخص الطبيعي في النقطة السابقة؟ فيه احتمالان:

الاحتمال الأول[1]: أنَّ الشخص المعنوي كالشخص الطبيعي ولا فرق[2]، وهذا هو الأصل في تعليق الأحكام بالأشخاص، فالتعاقد مع الشخص المعنوي يكون له حالان كما سبق[3].

ويعد عندئذ تحديد الجهة المقدمة للخدمة بمثابة تعيين مالك العين الموصوفة في الذمة، وهذا التحديد لا يجعلها من قبيل الإجارة المعنية.

فإن تمَّ تحديد من يباشر الخدمة من طبيب أو أستاذ أو سائق؛ فيكون حينئذ من إجارة العمل المعنية لا الموصوفة، فتكون هذه "من قبيل إجارة الأعمال وليس الأعيان، والجهة المتعهدة بالمنفعة (الأجير) قد تكون معينة وقد تكون موصوفة في الذمة، ومن ذلك... الخدمات التعليمية أو الطبية الموصوفة سواء حددت الجهة المنفذة كجامعة أو مستشفى بعينه أم لم تحدد؛ إذ تعد هذه الإجارة موصوفة في الذمة

(1) د.عبد الستار أبو غدة، ود.حسين حامد حسان، وقرار الهيئة الشرعية لمصرف أبو ظبي الإسلامي.

(2) قارن مع: مجلة الأحكام العدلية المواد 423 و570، الموسوعة الفقهية 1/ 289 و295.

(3) على أنّه قد يقال: إنَّ المقارنة المطلقة بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي في هذه المسألة تحتاج إلى تأمل، فالشخص المعنوي بطبيعته كيانا قانونيا معنويا لا يباشر أداء الخدمات بنفسه، فهو دوما يؤديها بالعاملين فيه. ولذا فهو أقرب إلى الشخص الطبيعي الذي يسند العمل لأجراء عنده، فترد مسألة اشتراط أجير منهم بعينه لأداء العمل أو عدم اشتراط ذلك.

لكون المنفعة كذلك، بصرف النظر عن تعيين الجهة المنفذة من عدمه"[1].

الاحتمال الثاني[2]: أن تعيين الشخص المعنوي يأخذ حكم شرط مباشرة الشخص الطبيعي للعمل، فليس للشخص المعنوي إسناد العمل لشخص معنوي آخر؛ فإذا حدد المستأجر اسم الجامعة أو المستشفى أو شركة الطيران؛ فكأنه اشترط مباشرة الشخص المعنوي للعمل؛ لأن تحديد المستأجر لاسم المستشفى أو اسم الجامعة يعني بدلالة الحال قصد الحصول على العمل من هذا الشخص المعنوي.

ويعد عندئذ تحديد من يباشر الخدمة من طبيب أو أستاذ أو سائق من قبيل الشروط المتممة التي تزيد العلم بالمنفعة، وليس لذلك أثر أكثر من ذلك. فهو مثل أن يشترط على الناسخ أن ينسخ بنفسه مع اشتراط أن يستعمل في النسخ يده اليسرى لكونها أمهر من يده اليمنى، فيكون الأطباء للمستشفى، والأساتذة للجامعة، والسائقون لشركة النقل (أو الشخص المعنوي)؛ بمنزلة أعضاء جسم الشخص الطبيعي.

فإن مات من حُدِّد من طبيب أو أستاذ أو سائق؛ خُيّر المستأجر بين البدل أو الفسخ بناء على قاعدة الشروط، بأن من فات غرضه بالشرط فله الفسخ، بخلاف ما لو مات الشخص المعنوي بالإفلاس، فينفسخ العقد حينئذ لهلاك المعقود عليه.

(1) أحكام إصدار وتداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة، د.يوسف الشبيلي ص3.

(2) المعيار الشرعي للصكوك رقم 17 بند 3/ 2/ 3.

[8]

هل المنفعة في الإجارة دين؟

طبيعة عقد الإجارة أن المنفعة فيه تحدث شيئا فشيئا، فهي غير حاضرة أو معينة عند العقد، ولذا:

1- جاء في بعض الاتجاهات الفقهية أن عقد الإجارة من التعاقد على معدوم، وقد أجيز استثناء من القواعد. فالمنفعة على هذا الاتجاه تعد دينا.

2- واتجه فقهاء آخرون من المحققين أنّه لما كانت طبيعة عقد الإجارة كذلك؛ جعلت المنافع المعدومة مقدرة الوجود[1]، **فتقوم العين التي تستوفى منها المنفعة مقامها في التعيين والتسليم، سواء أكانت منافع أشياء أم منافع أعمال**، وسواء أكانت العين معينة أم موصوفة في الذمة، وسواء أكان الأجير شرط عليه مباشرة العمل بنفسه أو تعلق العمل بذمته. ووجه الدين ظاهر في منفعة الموصوف في الذمة قبل التسليم، وهي "دين منفعي" على شاكلة "الدين السلعي" الذي يذكره المعاصرون في دين السلم والاستصناع[2].

(1) المغني 8/ 17.

(2) دراسات المعايير الشرعية 2/ 962، حولية البركة العاشرة ص217، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص221.

[9]

حكم تصرف المستأجر بمنفعة (الإجارة على عمل) المعينة والموصوفة

أولا: الإجارة المعنية:

إن كانت العين التي تستوفى منها المنفعة قد جرى تعيينها؛ جاز حينئذ تصرف المالك بالمنفعة، ولا يعد ذلك من تداول الدين، وللمستأجر إن يؤجر (من الباطن) المنفعة التي تملكها سواء أكانت منفعة أعيان أم أعمال، على أن تكون العين معينة، والشخص معينا؛ لئلا يقع في محذور التصرف قبل القبض.

ثانيا: الإجارة الموصوفة:

إن كانت منفعة العين موصوفة أو العمل موصوفا؛ ففيها احتمالان:

الاحتمال الأول: يجوز تداول المنفعة بعد تسلم المستأجر المحلَّ الذي تستوفى منه المنفعة؛ لأنَّ المستأجر لو أراد الاعتياض عن حقه قبل تسلم العين الموصوفة، لم يكن له ذلك؛ لأنّه اعتياض عن المسلم فيه، وهو ممنوع إجماعا، **ولو تسلم** العين على الصفة المطلوبة، ثمَّ أراد أن يعتاض عن حقه في تلك العين، فله ذلك، فإذا كنا **نجوِّزُ للمستأجر في إجارة الذِّمّة أن يكري العين التي قبضها**، فقد أثبتنا له حقا في عينها محققا (وهو حق الاختصاص) [(1)]، فالاعتياض من المسلم إليه يرد على حقه المتعين في تلك العين[(2)].

(1) وهذا ما انتهت له فتوى ندوة البركة، ويمكن أن يتفق الطرفان في حينه على تحويل عقد إجارة الموصوف إلى إجارة معينة باتفاق بين الطرفين عند التسليم، وأما اشتراط تحويله ابتداء عند عقد إجارة الموصوف، فيرد عليه محذور إجارة المعدوم، كما نبه على ذلك الشيخ تقي عثماني.

(2) نهاية المطلب 8/ 109 و129 و130.

جاء في نهاية المطلب 8/ 129: (**مما يتعين الاعتناء بفهمه في هذا المقام أن الدابة المسلمة في إجارة الذمة يتعلق بها حق المستأجر على التحقيق**).

الاحتمال الثاني: يجوز تداول المنفعة الموصوفة **إعمالا لقاعدة التبعية**؛ بعد تحديد مكان الأرض إن كانت العين عقارا موصوفا (بناء على القول بجوازه)[1]، أو تحديد اسم المصنع إن كانت العين منقولا موصوفا أو قيد التصنيع أو التوريد، أو تحديد اسم الجامعة أو المستشفى أو شركة الاتصال أو شركة الطيران، إن كانت عملا موصوفا[2].

قلت: أمَّا إعمال قاعدة التبعية في العقار تحت الإنشاء فله وجه؛ لأنَّ بعض المنفعة معيَّن وهي منفعة الأرض المعيَّنة، وأما إعمال قاعدة التبعية في تحديد اسم المصنع أو الجامعة أو المستشفى، فمحل تأمل، إلاَّ إن قيل إنَّ تحديد الجهة يجعل المنفعة معيّنة كما سبق في القول الثاني في الفقرة (7) فيكون للمسألة شبهان.

(1) راجع الفقرة (3).

(2) أحكام إصدار وتداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة، د.يوسف الشبيلي ص9.

[10]

هل الخدمات المعاصرة إجارة أعيان أم أعمال

من الأمثلة التي تناولها الباحثون مبكرا: خدمة الاتصالات، وفيها خلاف عند القانونيين هل هي من قبيل إجارة الأعيان أم عقود العمل، ولذا جعلها بعض القانونيين من الأمثلة المناسب نظمها تحت (**العقود المختلطة**)[1]، وهذا تقسيم قانوني لبعض التعاملات التي ترى بعض الاجتهادات الفقهية تسميته بالعقود المجتمعة كما في المعيار الشرعي رقم 25 بشأن الجمع بين العقود، والمعيار امتداد لاجتهاد فقهي لتوصية الندوة الخامسة لبيت التمويل الكويتي.

ويرى القانون أنَّ الأصل في العقد المختلط: إعمال أحكام العقود المختلفة فيه إلاَّ عند التعارض؛ ففي هذه الحال يجب تغليب أحدها الذي يعد العنصر الأساس فيه، كما في خدمة الاتصالات فتغلب أحكام عقد إجارة الأعمال عند التعارض[2].

وقد يسر الله للكاتب حضور حلقة علمية بهذا الموضوع في الرياض شهر ربيع ثاني 1433 هـ (مارس 2012م)، وحصل نقاش ثري في التخريج الفقهي لخدمة الاتصالات[3].

ويلاحظ أن ما يطلق عليه اليوم ما هو من قبيل الخدمات، ليست على وزان واحد، ولا يصح إعطاؤها تخريجا واحدا؛ فالخدمات الفندقية تختلف عن الخدمات

(1) ويقابله العقد البسيط وهو الذي لا يكون مزيجا من عقود، فإن اشتمل على أكثر من عقد واحد امتزجت جميعا فأصبحت عقدا واحدا وسمي عقدا مختلطا. نظرية العقد للسنهوري 1/ 125-126. الوسيط للسنهوري 7/ 2/ 1090.

(2) نظرية العقد للسنهوري 1/ 126.

(3) راجع تعليق د. يوسف الشبيلي في حلقة الإجارة الموصوفة وتطبيقاتها على شركات الاتصال بتاريخ 13/ 4/ 1433هـ.

السياحية وعن الخدمات الاستشارية وعن خدمات النقل ونحو ذلك، فالخدمات الفندقية مثلا يغلب عليها عقد إجارة الأعيان فهو العقد الأساس، وإن اشتمل على عقود أخرى تابعة كصندوق الأمانات والطعام وخدمة عامل الفندق[1]، وهذا نظير قول الفقهاء في:

1. إجارة دار فيها بئر ماء، فمحل العقد منفعة الدار، ويدخل تبعا: ماء البئر[2].
2. إجارة الحمام، فمحل العقد منفعة الحمام، ويدخل تبعا: ماء الحمام، وعمل الدلّاك، والمزيّن[3].
3. إجارة المرضعة (الظئر)، فمحل العقد هل هو اللبن أم الحضانة أم كلاهما[4].

(1) يراجع في كون الخدمة الفندقية عقدا مختلطا: نظرية العقد للسنهوري 1/ 126، المدخل الفقهي العام للزرقا 1/ 633 وسماه (عقد المضايفة).

(2) نهاية المطلب 8/ 78.

(3) نهاية المطلب 8/ 205، المغني 8/ 24.

(4) نهاية المطلب 8/ 79، المغني 8/ 74.

[11]

أثر استخدام عقد (الإجارة على عمل) في التمويل والصكوك

من أبرز المسائل المتعلقة بهذا الباب:

المسألة الأولى: حكم تصكيك منافع الخدمات.

أوّلا: تصكيك تذاكر الطيران:

وليس المقصود هنا تصكيك منافع طائرات موصوفة في الذِّمَّة، فهذا من قبيل إجارة الأعيان الموصوفة[1]، وإنَّما المقصود تصكيك تذاكر الطيران، فتبيع الشركة لحملة الصكوك تذاكر محددة الأوصاف، مع توكيل حملة الصكوك الشركة ببيع التذاكر لعملائها وتحصيل مبالغها، ثم توزيعها على حملة الصكوك.

ولا يظهر في هذه الصورة إشكال؛ إلا من جهة صورية المعاملة أو عدم اعتراف القانون بهذه الملكية أو عدم تأهل حملة الصكوك لتقديم هذه الخدمة أو ضمان الشركة لعوائد الصكوك.

وبتطبيق هذا النموذج على التأصيل المتقدم في الورقة لا يظهر محذور شرعي في تداول هذه المنافع، لأنها إما معنية إن قيل إن تحديد الجهة يعين المنفعة، أو موصوفة يمكن تداولها إعمالا لقاعدة التبعية بتعيين مقدمة الخدمة، أو يمكن تداولها باعتبار تسلمها الحكمي وثبوت حق اختصاص لحملة الصكوك فيها.

نعم قد يرد إشكال متى تنتقل مخاطر الملك من الشركة إلى حملة الصكوك، ثم من حملة الصكوك إلى مشتري التذاكر، وهذا يحتاج مزيدا من التحرير. ولكل خدمة

(1) الذي يظهر لي أن صكوك شركة سالك في الأمارات من هذا القبيل، لأنها تصكيك منفعة الطريق (رسوم طرق).

من الخدمات كتصكيك تذاكر الطيران وتصكيك خدمات التعليم وتصكيك خدمات التبريد وحدات قياس فنية دقيقة لتحديد محل العقد الذي وقع عليه التصكيك[1].

ثانيا: تصكيك دقائق الاتصال.

وهنا تبيع شركة الاتصال المحتاجة للسيولة دقائق اتصال محددة المواصفات لحملة الصكوك، مع توكيل حملة الصكوك الشركة ببيع منفعة الاتصال لعملائها وتحصيل مبالغها، ثم توزيعها على حملة الصكوك.

ويقال هنا ما قيل في صكوك تذاكر الطيران.

المسألة الثانية: حكم تصكيك البنك محفظته التمويلية القائمة على عقود تمويل الخدمات.

يُعدّ شراء المحافظ وتصكيكها من أبرز البدائل لتوريق الديون، فيعمد الممول إلى التخلص من محفظته التمويلية لأسباب مختلفة كأن يوسع قدرته الائتمانية، وذلك ببيع المحفظة لأحد الممولين الأقدر منه ائتمانيا، كما في بيع شركة التمويل محفظتها لأحد البنوك[2]، وكما يصكك البنك محفظته التمويلية لبيعها في السوق لحملة الصكوك.

وأبرز التطبيقات التي تختار هذا الأسلوب إما محافظ أعيان معينة مؤجرة أو أعيان موصوفة مؤجرة أو خدمات موصوفة مؤجرة، أو خلطة من ديون مرابحة مع ما سبق.

(1) صكوك التمويل الإسلامية ص183 إلى ص186.

(2) فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة 1/ 28، قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (72) عام 2006، وقرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (115) عام 2009، ورقم (186) عام 2010، ورقم (230) عام 2010، ورقم (260) عام 2011.

والأعيان خارج محل الورقة، ولكن سأشير للأعيان الموصوفة للنظر في إمكان إلحاق الخدمات بها:

- فالأعيان المؤجرة الموصوفة إن كانت عقارات؛ فالأصل في تطبيق المؤسسات المالية هو تحديد مكان الأرض.
- وكذا في إجارة المنقولات الموصوفة؛ الأصل هو تحديد اسم الشركة المصنعة.
- وكذا الحال في الخدمات؛ الأصل فيها تحديد اسم الشركة المنفذة كالجامعة أو المستشفى.

وهنا يرد السؤال في حكم تداولها؛ وفيه الاحتمالان المذكوران كما سبق في الفقرة (9) من هذه الورقة.

ورغم كل ذلك فقد صنفت بعض الاجتهادات الفقهية[1] (التي تصدر صكوك وكالة الخدمات) محفظة تمويل الخدمات ضمن الديون التي يجب أن تكون مغلوبة في المحفظة ضمن النسبة 49٪.

المسألة الثالثة: أثر تعيين اسم الشركة (مقدم الخدمة) في عقد التمويل بالإجارة على عمل.

من المنتجات التمويلية التي تطرحها بعض البنوك تمويل خدمة التعليم، وقد جاء في ضوابط التمويل الاستهلاكي الصادرة من مؤسسة النقد العربي السعودي (ساما) في أبريل 2014م ص4، شمول تعريف التمويل الاستهلاكي ما يمنح لشراء سلع أو خدمات ومنها تمويل التعليم. وسنقتصر عليها اختصارا، وإلا فالكلام يشمل الخدمة الطبية وخدمة النقل والاتصالات.

(1) قرار هيئة الفتوى والرقابة الشرعية في بنك الأمارات الإسلامي (د.يوسف الشبيلي، د.عصام إسحاق، عبدالرحيم سلطان العلماء).

عادة ما يتقدم العميل إلى البنك لتمويل خدمة التعليم[1]، مع تحديد اسم الجامعة أو المدرسة، لتقسيط رسوم تعليم أولاده؛ ويترتب على هذا:

أولا: حكم توقيع عقد التمويل قبل تملك البنك للخدمة:

1- فإن قيل إن تحديد اسم المدرسة يعين الخدمة[2]؛ فلا يجوز حينئذ توقيع عقد التمويل قبل تعاقد البنك مع المدرسة باستئجار مقعد تعليمي أو ساعات تعليمية.

2- وإن قيل إن تحديد اسم المدرسة لا يعين الخدمة فتظل حينئذ موصوفة[3]، فللبنك توقيع عقد التمويل مع العميل ولو قبل التعاقد مع المدرسة، بشرط أن يغلب على ظنه القدرة على التسليم كما هو الشأن في العقد الموصوف في الذمة، بأن يكون مستعدا لسد حاجة العميل مع مراعاة وملاحظة الطاقة الاستيعابية للمدرسة والجامعة، وانطباق شروطها الأكاديمية والنظامية على العميل.

ثانيا: نوع التمويل:

1- إن قيل إن تحديد اسم المدرسة يعين الخدمة، فيكون هذا التمويل بأسلوب إجارة الأعمال من الباطن، فيوقع البنك أولا مع المدرسة ثم يوقع من الباطن مع العميل. ويظل البنك حينئذ مسؤولا تجاه العميل وملتزما بتقديم الخدمة طول مدة العقد، وله توكيل المدرسة بتقديم هذه الخدمات.

(1) يمكن تمويل خدمة التعليم باستخدام عقد التورق، أو عقد القرض الحسن مع حصول حسم من المدرسة أو الجامعة؛ على غرار طريقة البطاقات الائتمانية في عمولة خصم التاجر، وكلا العقدين (التورق والقرض) ليس من محل البحث، فالورقة خاصة بتوظيف العقد الفقهي (الإجارة على عمل) في هذا النوع من الخدمات.

(2) باعتبار أن تحديد الشخص المعنوي من قبيل اشتراط مباشرة الشخص الطبيعي للعمل كما سبق.

(3) ما لم يحدد العميل أسماء الأساتذة المباشرين لخدمة التعليم، وهذا نادر في التطبيق.

2- وإن قيل إن اسم المدرسة لا يعين الخدمة فتظل حينئذ موصوفة، فهنا احتمالان:

الاحتمال الأول: لا يصح هنا إلا استخدام أسلوب الإجارة الموازية بأن يؤجر البنك للعميل منفعة تعليم مماثلة، دون ربط بين العقدين.

الاحتمال الثاني: إمكان التعاقد من الباطن ولا حاجة للإجارة الموازية؛ وله مأخذين :

أ. جواز بيع الدين إن كان تابعا، ويعد تحديد اسم المدرسة هنا أصلا متبوعا، بسبب تعيين الطرف المقدم للخدمة، وقد سبق ذكر هذا القول والإيراد عليه في الفقرة (9).

ب. جواز تداول المنفعة بعد تسلم المحل الذي تستوفى منه المنفعة، ويكون التسلم بالتمكن من المنفعة بعد التعاقد مع المدرسة والحصول على مستند نظامي يثبت الحق في الحصول على الخدمة.

ومن الأخطاء الشائعة وصف التمويل في هذا النوع من المنتجات بأنه عقد بيع أو عقد مرابحة:

1- أما البيع؛ فلأنَّ العقد واقع على المنافع، فهو حينئذ إجارة، وهو هنا إجارة من الباطن.

2- وأما المرابحة فهو تعبير فقهي أصيل، ولم يستخدمه الفقهاء في غير عقد البيع، بل نصَّ الفقهاء على هذه الصورة بأنها إجارة المستأجر لمنفعة الأجير بأكثر من الأجرة.

[12]

الإشكالات العملية في هذا العقد

برزت عدد من الإشكالات العملية عند توظيف هذا العقد في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية، من أبرزها أنَّ مؤسسات التمويل غير مؤهلة لتملك هذه الخدمات وتقديمها[1]، لا سيما عند حدوث طوارئ وعوارض الاستخدام عند العملاء من حذف أو تأجيل أو تعديل الخدمة.

ومن الحلول لمعالجة ذلك:

1. توقيع اتفاقية وكالة بين مؤسسة التمويل ومقدم الخدمة في متابعة تقديم هذه الخدمة مع العملاء والتعامل مع عوارض الخدمة في ضوء العقد والنظام المعلن.
2. العدول عن توظيف عقد الإجارة على عمل في تقديم هذا النوع من المنتجات التمويلية، إلى توظيف عقد التورّق، أو عقد القرض مع حسم مقدمة الخدمة على غرار أسلوب البطاقات الائتمانية. فيكون التعاقد عندئذ مباشرا بين العميل ومقدم الخدمة. وتكون العلاقة بين البنك والعميل علاقة مداينة إما ناشئة من قرض أو ثمن سلعة تورق.

هذا أبرز ما تيسر كتابته في هذه الورقة، والله من وراء القصد، وعليه قصد السبيل.

(1) كما هو رأي الشيخ تقي عثماني، كما في مناقشات معه، وفي مقابلها مناقشات أخرى مع الشيخ د.حسين حامد حسان أن هذا ليس من شروط عقد الإجارة، فقد نص الفقهاء على جواز استئجار الأعمى للحراسة، واستئجار الحائض لتنظيف المسجد، وهؤلاء الأجراء لا يمكنهم تقديم هذه الخدمات إلا بغيرهم؛ ما يعني أنه لا يلزم أن يكون الأجير مؤهلا لتقديم الخدمات بنفسه.

المراجع

1. أعلام الموقعين، ابن القيم، مجموعة محققين، طبعة دار عالم الفوائد ومؤسسة سليمان الراجحي الخيرية، الطبعة الأولى عام 1437ه.
2. بدائع الصنائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، عام 1406 هـ (1986م).
3. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، طبعة عام 1413ه، طبعة مصورة.
4. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفة الدسوقي، طبعة دار الفكر، طبعة مصورة.
5. دراسات المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، طبعة دار الميمان وبنك البلاد، الطبعة الأولى، عام 1437ه.
6. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك، أحمد الدردير، دار المعارف.
7. طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، عمر بن محمد النسفي، دار النفائس، الطبعة الثانية، عام 1420 هـ (1999م).
8. فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة، مجموعة البركة المصرفية، الطبعة الأولى، عام 1433 هـ (2012م).
9. فتح القدير، الكمال ابن الهمام، دار الفكر، الطبعة الثانية، مصورة عن طبعة الحلبي.
10. قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، موقع بنك البلاد، إصدارات الهيئة الشرعية.
11. قرارات الهيئة الشرعية، مصرف الإنماء، الطبعة الأولى، عام 1440 هـ (2018م).
12. القواعد النورانية الفقهية، شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق أحمد الخليل، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، عام 1422ه.
13. كشاف القناع عن الإقناع، منصور البهوتي، وزارة العدل السعودية، الطبعة الأولى، عام 1427 هـ (2006م)

14. كيفية تحديد الأجور، د.نزيه حماد، دار القلم، الطبعة الأولى، عام 1431 هـ (2010م).
15. مجموع الفتاوى، ابن تيمية، طبعة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف في المدينة.
16. المدخل الفقهي العام، الشيخ مصطفى الزرقا، طبعة دار القلم، الطبعة الثانية عام 1425 هـ (2004م).
17. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد الفيومي، مكتبة لبنان ناشرون، 2001م.
18. المغني، عبدالله بن أحمد بن قدامة، تحقيق د.عبدالله التركي، ود.عبدالفتاح الحلو، طبعة دار عالم الكتب، الطبعة الخامسة، عام 1426 هـ (2005م) مصورة عن طبعة دار هجر.
19. الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.
20. نظرية العقد، د.عبدالرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة عام 1998ه.
21. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن أحمد الرملي، دار الفكر، طبعة عام 1404 هـ (1984م).
22. نهاية المطلب في دراية المذهب، عبدالملك بن عبدالله الجويني، تحقيق أ.د.عبدالعظيم الديب، طبعة دار المنهاج، الطبعة الأولى، عام 1428 هـ (2007م).
23. الوسيط شرح القانون المدني الجديد، د.عبدالرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة عام 2015م.

أخلقة المجتمع
أساساً لاستكمال منظومة التمويل الإسلامي

الدكتور عبد الرحمن بن معمر السنوسي

الأستاذ بكلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1

مجلّة السلام للاقتصاد الإسلامي، العدد (1) ديسمبر 2020

أخلقة المجتمع أساساً لاستكمال منظومة التمويل الإسلامي

الدكتور عبد الرحمن بن معمر السنوسي

الأستاذ بكلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1

الملخص

يتناول هذا المقال موضوع تنظيم الإسلام للمال والقواعد الحاكمة له، والمقاصد التي استهدفها من تشريع معاملاته، والمنظومة التي تربط هذه المعاملات على نحو متكامل؛ حيث تتقوم هذه المنظومة من شعب ثلاث: مداينات، ومشاركات، وتبرعات.

كما يلقي الضوء على نشأة المصارف الإسلامية وتأسسها على مبدأ تفعيل التكامل بين صيغ التمويل الإسلامي خاصة صيغة المشاركات التي تنادى العلماء وخبراء المالية بضرورة إطلاقها وتفعيلها؛ غير أنّ هذه المصارف قد شهدت تراجعاً في معدّلات التمويل عن طريق المشاركات لأسباب شتى؛ وقد ركّز هذا المقال على أحد تلك الأسباب ألاّ وهو العامل الأخلاقي الذي يتعلق بالمتعاملين «المضاربين» الذين يستغلون خصوصية عقود المشاركة في كون مبدأ تقاسم المخاطر فيها يجعل خسارة المال على «ربّ المال»، بينما لا يخسر العامل فيها إلاّ جهده.

تناول المقال أيضاً المشكلة الأخلاقية في المجتمعات الإسلامية باعتبارها حالة عامة نتجت عن الأمراض التي أصابت منظومة القيم، وكيف انتقلت عدواها إلى حقل الاقتصاد والمال، ممّا جعل تفعيل منظومة التمويل -خصوصا المشاركات والتمويل الاجتماعي - يحتاج إلى تمهيد الأرضية الأخلاقية، وإلى ترقية المجتمع إيمانياً

وسلوكياً، وتمهيد هذه الأرضية يعتبر البديل الأنجع من تلك الأساليب التي ربما لجأت إليها المصارف في إدارة مخاطر الاستثمار؛ وذلك أنّ تلك الأساليب محدودة الأثر، محصورة النّطاق.

الكلمات المفتاحية.

التمويل الإسلامي، المصارف الإسلامية، المشاركات، المضاربة، الأخلاق والاقتصاد، القيم والاقتصاد، مقاصد المعاملات، النظام الاقتصادي.

مقدمة.

يمثل الاهتمام الدولي بالتمويل الإسلامي والصيرفة الإسلامية حالة تعكس عمق الأزمة المتكررة في اقتصادات العالم الرأسمالي الغربي الهش، وقد أبلت المؤسسات المالية الإسلامية بلاء حسنًا في الثبات والصلابة أمام الأزمات الاقتصادية العالمية الأخيرة؛ حيث ساعدتها قواعد نظامها ومبادئها الخلقية ومصداقية منتجاتها التمويلية وأدوات التحوط فيها على تخطي تلك الأزمات بشكل لافت. وهو ما دفع صناع القرار الاقتصادي في مختلف دول العالم إلى اتخاذ قرارات عاجلة تتبنى التمويل الإسلامي باعتباره أحد الأساليب التي يجب اعتمادها في سبيل استعادة العافية الاقتصادية لبلدانها.

وبمقدار مشاعر الغبطة التي يشعر بها المرء إزاء هذا التصالح الغربي مع نظام التمويل الإسلامي؛ فإنّ الإحساس بثقل المسؤولية التي تقع على رواد الصيرفة الإسلامية ومؤسساتها المرجعية والداعمة يبعث على الحرج والإشفاق؛ حيث إنّ أكثر المصارف الإسلامية اليوم لا تعبر عن التصور الكامل لنظام التمويل الإسلامي كما قررته النّصوص التأسيسية والمنظرون الأوائل؛ ولا تحقق جميع مقاصد الشريعة في

المال على النّحو الذي تغياه الشارع وفصّله الفقهاء الكبار؛ فقد كانت عقود المشاركات كالمضاربة وأنواع الشركة والمزارعة والمساقاة مثلا تعتبر هدفًا أوليًا لأنشطة هذه المصارف غداة تأسيسها؛ غير أنّ التمويل بالمشاركة انحسر بشكل رهيب في بدايات الانطلاقة الأولى لصالح عقود البيع الآجل ذات العوائد الثابتة والرساميل المضمونة.

هناك أسباب عديدة تقف وراء هذا الانحسار بلا شك؛ وتتفاوت هذه الأسباب في ثقلها وأهميتها؛ غير أنّ العامل الأهم في ذلك يرجع إلى التراجع الأخلاقي الذي أفقد عقود المشاركات قاعدتها المنشئة لها وهي «الثقة والأمانة»، وكلاهما يستمد جذوره من الإيمان والتقوى ومبدأ التعاون بين النّاس؛ ممّا يقتضي تركيزاً عميقا على استعادة المنظومة الأخلاقية في المجتمعات الإسلامية؛ ليس لأجل استكمال منظومة التمويل الإسلامي فحسب؛ بل لأجل استئناف حياة راشدة في جميع المجالات.

إشكالية البحث.

تنحصر الإشكالية الأساسية لهذا الموضوع في مدى مركزية المشكلة الأخلاقية للمجتمعات الإسلامية في تراجع صيغ التمويل التشاركية بالمصارف الإسلامية، وأثر التركيز على تمويلات البيوع الآجلة في منظومة التمويل الإسلامي التي انحسرت فيها عقود المشاركات وعقود التمويل الخيري، وما السبل التي يتعين انتهاجها لإصلاح هذا الخلل.

فرضيات البحث.

أهم الأسئلة التي يسعى المقال للإجابة عنها وفحص مكوناتها ثلاث

فرضيات:

-مدى صلة المصارف الإسلامية بالشعب الثلاث لمنظومة التمويل الإسلامي.

-وتتبع الأسباب التي تقف وراء تراجع شعبة التمويل بالمشاركة في هذه المصارف، ووزن المشكلة الأخلاقية بين هذه الأسباب.

-وأخيراً ضرورة العمل على أخلقة المجتمع الإسلامي باعتبار ذلك الطريق الأهم لاستكمال شعب التمويل الإسلامي المكونة لنظامه.

وقد اشتمل هذا المقال على خمسة مباحث:

المبحث الأول: التنظيم الإسلامي للمال ومقاصده.

المبحث الثاني: منظومة التمويل الإسلامي.

المبحث الثالث: المصارف الإسلامية ومنظومة التمويل.

المبحث الرابع: أسباب انحسار منظومة التمويل الإسلامي لصالح المداينات.

المبحث الخامس: أخلقة المجتمع سبيلاً إلى استكمال المنظومة.

* * *

المبحث الأول: التنظيم الإسلامي للمال ومقاصده

من مظاهر ربانية الشريعة المباركة أنّ تفاصيل أحكامها أحاطت بجميع الحاجات البشرية، وشملت كلّ جوانب الوجود الإنساني في تكوينه المعنوي والمادي، فوضعت مقررات صارمة ومطردة تتعلق بالمصالح الثابتة التي لا يعتورها التبدل والتغير، بينما أتاحت قواعدها وموجهاتها ومبانيها أصولاً نظرية وإجرائية تساوق المصالح المتغيرة والحاجات المتطورة والأوضاع المتبدلة لبني البشر.

وحين نظمت شريعة الإسلام شؤون المال كسباً وإنفاقاً وتدويراً؛ كانت تنطلق أيضاً من هذه القواعد العتيدة والموجهات الحكيمة؛ حيث شكلت مقاصد الشريعة مرجعية مركزية لتوجيه النشاط الاقتصادي نحو تحقيق المصالح الحقيقية للفرد وللمجتمع الإسلامي والإنساني، وتكفلت التشريعات الجزئية بتنظيم شؤون المناشط الاقتصادية والمالية على نحو عادل ومنصف، ورغم أن شريعة الإسلام اعتبرت أصالة الإباحة في العقود والمعاملات[1] مصداقا لقول الله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[2]؛ إلاّ أنّها قدمت خريطة أولية تضمنت أهم العقود التي تحكم دورة المال

(1) القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة: (1/ 155)، دار الغرب الإسلامي، بيروت سنة 1419هـ وبدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، المنثور في القواعد: (2/ 71)، وزارة الأوقاف الكويتية، 1405هـ-1985م، والجويني، إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، غياث الأمم في التياث الظلم: (ص/ 492)، تحقيق: عبد العظيم الديب، مكتبة إمام الحرمين، 1401هـ وجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر: (ص/ 60) دار الكتب العلمية، بيروت سنة 1403هـ-1983م، وزين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، الأشباه والنظائر: (ص/ 57)، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، سنة 1419هـ-1999م، وابن حزم، أبو محمد علي بن محمد، المحلى: (1/ 177)، ط. دار الفكر بيروت (د.ت.)، وابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين: (2/ 387)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت سنة 1973م.

(2) [البقرة: 275].

بين النّاس؛ حيث قررت عقود المعاوضات القائمة على قصد الربح والكسب ببذل العوض مقابل شيء آخر كالبيع والإجارة، وعقود التبرعات التي يراد بها الإرفاق والإحسان كالصدقة والهبة والوصية -ومثلها في نزعة الإرفاق القرض والعارية-، وعقود المشاركات التي يجتمع فيها شريكان أو أكثر في معاملة هدفها الربح والكسب، وعقود التوثيقات التي لا تراد لذاتها وإنما المقصود منها توثيق الحقوق بأن تكون تابعة لعقد آخر كما هو الحال في الرهن والكفالة والضمان، وعقود الأمانات التي يراد بها معنى الأمانة كالوديعة.

ثمّ ناطت الشريعة هذه المعاملات المذكورة بأصلها في أن يكون المال قياماً للنّاس، وأن يحقق مقصد الرواج والتداول كي لا يكون دولة بين الأغنياء فقط، وأن ينتقل بين الأيدي بطرق مشروعة شفافة ورافعة للتنازع؛ وههنا فرّقت الشريعة بين تصرف المالك في ماله حيث أطلقت يده فيه ما لم ينجم عن تصرفه ضرر بالآخرين أو إخلال بقاعدة الشريعة في الأموال، وبين تصرف غير المالك في هذا المال ففرّقت بين يد الأمانة ويد الضمان[1]، مراعية في هذه التفرقة طبائع الأشياء وسنن الاجتماع البشري ومنطق العلاقات بين العمل والإنتاج والتوزيع وتبادل المصالح؛ فكانت تشريعاتها في هذا الباب بياناً فذّاً خلّد فرادة الإسلام بين النّظم القانونية والاقتصادية كافة.

إنّ ما بين الأمانة والإيمان أكثر من مجرد وشيجة لفظية؛ فعقود الأمانات في

(1) الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية: (ص/ 175-183)، المؤسسة الوطنية للكتاب بالجزائر والشركة التونسية للتوزيع بتونس، سنة 1985م، ود. عزالدين بن زغيبة: المقاصد الخاصة بالتصرفات المالية: (ص/ 106) وما بعدها، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، دبي، سنة 1422هـ-2001م، وأستاذنا الشيخ أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات: (ص/ 28)، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، سنة 2000م.

الشريعة تقررت تأسيساً على ركائز الأخلاق الإيمانية الوثيقة في المجتمع المسلم، التي تجعل سلوك المسلم مشدوداً إلى جذوره الغيبية، وفي الوقت نفسه لا تعوق روح المبادرة والسعي إلى الكسب والربح لديه، ولا تحجزه عن الضرب في الأرض وعمارة الكون؛ الأخلاق التي تنظر إلى المال باعتباره قوام الحياة والعيش في هذه الدنيا التي هي مزرعة للآخرة[1]، لا باعتباره غاية نهائية يتهارش النّاس من أجل الاستئثار بها، ويبذلون في تحصيلها سبلاً غير شريفة ولا مشروعة، وههنا تكمن مركزية القيم في الاقتصاد الإسلامي مذهباً ونظاماً.

وقد تضّمن كتاب الله تعالى هذه القيم الأساسية على نحو معجز وبديع؛ وبمقدار صراحة نصوصه على إباحة جميع المعاملات إلاّ أنّه ينصّ صراحة على تحريم تلك التصرفات والعقود التي تشتمل على الظلم والغش والغرر والربا ومختلف أنواع الكسب غير الشريف؛ فقال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[2].

(1) أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات: (2/ 191)، شرح وتحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت (د.ت.).

(2) [النساء: 29].

المبحث الثاني: منظومة التمويل الإسلامي

رغم أنّ بيئة التشريع في زمن النّبوة كانت بسيطة غير معقدة، ونظم الإنتاج والتوزيع كانت قائمة على منطق الفعل الفردي لا المؤسسي، غير أنّ تشريعات المعاملات فيها بما هي وحيٌ إلهيٌّ وبيانٌ نبويٌّ قد أحاطت بأصول الأنشطة الاقتصادية الشائعة عهدئذ على نحو متكامل الصيغ؛ حيث شملت الأنشطة الزراعية والتجارية والحرفية -وإن كان ذلك على نحو بسيط ومتواضع ومتساوق مع بدائية النظم الاقتصادية في ذلك العصر-؛ وإنّ معظم الأصول الحاكمة لصيغ التمويل الإسلامية المعاصرة ترجع في جذورها إلى تلك التأصيلات الدقيقة التي قرر القرآن الكريم أصولها العامة وفصّلت السنة النبوية أحكامها ومضامينها وما يجوز فيها وما يمنع؛ وإن كانت تفاصيلها وتطبيقاتها مختلفة بحكم اختلاف الزمان وتطور العيش.

ويمكن إجمال أهم صيغ التمويل التي استخلصها فقهاؤنا من النصوص التأسيسية للفقه في شعب ثلاث: مداينات، ومشاركات، وتبرعات[1]:

أولاً- عقود المداينات.

التي محلّها الأصول والسلع والخدمات بيعاً وشراءً، سواء كان البيع والشراء لأعيانها أو لمنافعها، وتقوم على فكرة التعامل الذي يؤول إلى تقرر دين نقدي أو عيني على أحد طرفي التعاقد؛ ومدارها على ثبات العائد وضمان رأس المال، وحاصلها أنّها بيع للأصول والسلع بهامش ربح معلوم (Fixed-Returns Modes)، ومن أهم صيغ عقود المداينات المستخدمة في المصارف الإسلامية اليوم: البيع الآجل، والمرابحة

(1) د. عبد الستار أبو غدة، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية: (1/ 49)، مجموعة دلة البركة، جدة سنة 2003م. ود. محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية: (ص/ 44-56)، دار النفائس، عمّان، سنة 1430هـ-2010م.

للآمر بالشراء، والسلم، والاستصناع، والإيجار المنتهي بالتمليك.

ثانياً- عقود المشاركات.

التي محلها الاشتراك بين عنصري المال والعمل، أو الاشتراك في المال فقط، أو في العمل فقط، مع الاشتراك في الربح المتوقع أو الخسارة حسب الاتفاق في نسبة ذلك بين الطرفين، وليس فيها اعتماد على فكرة ثبات العائد وضمان رأس المال إلا في حالات التعدي أو التقصير، وأهم نماذج عقود المشاركات التي تستخدمها المصارف الإسلامية –وإن على نحو متفاوت-: المضاربة، والمشاركة بأنواعها، والمزارعة، والمساقاة، ونحوها؛ ويلاحظ أن تعاملات المصارف الإسلامية في هذا النوع قائمة على أنّ أصولها وخصومها مبنية على مبدأ الاشتراك في الربح والخسارة الذي يتجنب فكرة العائد الثابت في استثماراتها وخدماتها وتمويلاتها.

ثالثاً- عقود التبرع والتمويل الخيري.

وهي العقود التي تقوم على مبدأ الإسقاطات لصالح ضعفاء المجتمع من فقراء ومحاويج ومعسرين، عن طريق الصدقات المنثورة، والوقف، والإرصاد، وكلّ وجوه التمويل القائم على فكرة التكافل والبر والإحسان الرامية إلى تحقيق النمو العادل؛ وذلك أنّ عقود المداينات والمشاركات تتأسس على مبدأ العدل؛ بينما تقوم عقود التبرعات هذه على مبدأ الإحسان والفضل والتكافل الاجتماعي الذي يشمل مختلف النفقات الخيريّة باعتبارها معاملات تلبي حاجات تمويلية لقطاع واسع من المجتمع؛ سعياً إلى تذويب الفوارق أو تقليلها بين من يملكون ومن لا يملكون، واجتناباً لمغابّ الانفجارات الاجتماعية والحروب الاقتصادية والسياسية وتغول السوق وتعبيد

الضعفاء للأقوياء؛ وهو ما يجعل الإحسان موثّقاً للعدل في نهاية الأمر[1].

إنّ هذه الشعب الثّلاث هي التي تنتظم جميع أنواع التمويل في الفقه الإسلامي، وتجمع مختلف المناشط الاقتصادية لأيّ مجتمع فاضل، ويعتبر وجودها جميعاً في أي مجتمع من أهم عوامل استقراره الاقتصادي، ومن أفضل الأساليب لتحقيق تداول الثروة ورواجها بين أبنائه، وتوسيع قاعدة الملكية بين أكبر عدد من أفراد المجتمع؛ خاصة إذا كانت حركية هذه الشعب متوازنة في أدوارها وآثارها، ومنسجمة في حجمها وتوزعها على شرائح النظام الاجتماعي بما يجعل تراتبيتها فيه محققة لمقصد التداول ومبدأ العدالة التوزيعية.

لقد شُرعت هذه الصيغ التمويلية لا على اعتبارها خيارات متوازية يغني بعضها عن بعض، ويقوم نوع منها مقام الأنواع الأخرى؛ وإنّما شُرعت باعتبارها منظومة تعمل مجتمعة متكاملة ويقوم كلٌّ منها بعمل يكمّل عمل النوعين الباقيين؛ يربط بينها خلال ذلك خيط جامع من التشريعات الدقيقة والروابط الرفيعة التي تنظم الشأن الاقتصادي والمالي في المجتمع على أكمل وجه وأنهج سبيل، وأي اختلال أو تعطيل لإحدى هذه الصيغ فإنّ المنظومة التمويلية تؤدي إلى اختلال مظاهر العدل الاقتصادي، واضطراب نظم تداول الثروة وتبادل الأصول والسلع والمنافع، حتى لو انتظمت صيغة من هذه الصيغ منفردةً عن بقية الصيغ؛ فإن ذلك سيكون على حساب انتظام المجموع واستقراره؛ وهو ما يؤكد ضرورة تساوق هذه الصيغ الثلاث من أجل استقرار النظام الاقتصادي في المجتمع.

من اللازم القول بأن هذه الصيغ ليست كلها من واجبات المصارف الإسلامية

(1) د. عبد الرحمن السنوسي، دور الوقف في التنمية والحد من البطالة: (ص/ 251)، مجلة الأمة الوسط، المركز العالمي للبحوث والاستشارات العلمية، الدوحة- قطر، العدد التاسع (أكتوبر 2018م).

وحدها؛ وذلك أن هذه المصارف إنّما تتصرف في أموال المودعين والمساهمين وفق مبدأ العدل والتراضي في العقود بما يتضمنه ذلك من حفظ للمال، وتنمية له حسب الاتفاق، واجتناب لكلّ صور التعدي والتقصير في حفظ الرساميل أو في استثمارها وتنميتها؛ لهذا اختصت المصارف بتدوير الثروة وتعظيمها عن طريق الصيغتين الأولى والثانية؛ بل إنّ بعض الخبراء يؤكد على مركزية صيغة المشاركة في منظومة الصيرفة الإسلامية بحيث إنها تعتبر هدفاً تأسيسياً في قيامها.

يؤكد المستشار الأستاذ محسن خان -أحد خبراء المصرفية الإسلامية - على هذه الأهمية بقوله: «إنّ فكرة شرعية الأرباح -بالرغم من عدم شرعية الفائدة- هي حجر الأساس في إنشاء وتطبيق النظام المصرفي الإسلامي، وعلى أساس هذا النظام يتوقع للأرباح والخسائر أن تكون مشاركة بين البنوك وبين الوحدات الاقتصادية طبقاً لقواعد معينة محددة مسبقاً؛ فالمودع يُعامَل في النظام الإسلامي كما لو كان من حملة أسهم البنك، ويحق له نصيب في الأرباح التي يحققها البنك؛ غير أنّه لا يُعطى أي ضمانات باسترداد القيمة الاسمية لوديعته، أو بالحصول على عائد ذي معدل محدد مسبقاً على الوديعة. والنّظام متجانس؛ بحيث إنه لو لحقت بالبنك خسائر، فإن من المنتظر أن يشارك المودع في هذه الخسائر، وبالتالي ستنخفض القيمة الاسمية لوديعته. وعلى الجانب الآخر من ميزانية البنك؛ لا يُسمح للبنك أن يقوم بتحميل سعر فائدة ثابت على القروض التي يقدمها، بل عليه أن يدخل في نوع من ترتيبات المشاركة في الربح والخسارة مع المتموِّلين (من يتلقون التمويل)؛ ولذلك يمكن بوجه عام اعتبار النظام المصرفي الإسلامي نظاماً مبنياً على أساس حصص الملكية لا سعر الفائدة»[1].

(1) النظام المصرفي الإسلامي الخالي من الفائدة: تحليل نظري: (ص/ 26)، مجلة الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، (مجلد: 9- السنة: 1417هـ-1997م).

أما الصيغة الثالثة فهي في الأغلب من واجبات أفراد المجتمع ومؤسساته الأخرى؛ عن طريق الزكاة والصدقة والوقف ووجوه البر والإحسان الأخرى، سواء أداها النّاس بطرق طوعية فردية، أم بطرق تكافلية منظمة كما هو الحال في الوقف والتبرعات المؤطرة مؤسسياً على النحو الذي تقوم به الجمعيات الخيرية ومؤسسات القطاع الثالث –رغم ضعف أدائها في العالم الإسلامي–؛ وههنا يلتقي التمويل المصرفي القائم على العدل مع التمويل الاجتماعي القائم على الإحسان في سد حاجات المجتمع وتحقيق رفاهه وانتظامه[1].

(1) د. عبد الرحمن السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات: (ص/ 176)، دار ابن الجوزي، الدمام، سنة 2003م.

المبحث الثالث: المصارف الإسلامية ومنظومة التمويل

لقد فصّل الفقه الإسلامي أحكام المعاملات المالية تفصيلا دقيقا وفريدا، فقرر أصول المعاملات الجائزة والممنوعة، وبيّن مبانيها ومقاصدها العامة والخاصة؛ وأدارها على معانٍ جليلة كالتراضي والعدل والوضوح والوفاء بالعقود، وحسم وجوه الكسب الخبيث على نحو يكفل شرف التعامل وطهارة الكسب وتحقق النفع، ومنع الاكتناز والاحتكار والغش والغصب وغمط الحقوق؛ لكنّ هذه التشريعات في أغلبها تتعلق بالمعاملات الجارية بين الأفراد –الشخصيات الطبيعية – إذ لم يعرف المسلمون ولا عرفت البشرية في ذلك الوقت مفهوم المؤسسة ولا الشخصية المعنوية إلاّ في الوقف تقريباً، ولم تظهر المصارف والبنوك باعتبارها أحد أهم هياكل النشاط الاقتصادي والمالي على النحو الذي هي عليه في عصرنا، ولم يواجه الفقهاء مفهوم الذّمة المالية للمؤسسات كما هو عليه الحال اليوم، وهو ما يعني أنّ قطاع الصيرفة – التقليدية والإسلامية – جديد كلّ الجدة على منظومة الفقه الإسلامي.

وحين اجتاز ظهور المصارف الإسلامية مرحلة الترويج للفكرة والتأسيس الرسميّ، وما صاحب ذلك من توفير للهياكل التنظيمية، ووضع اللوائح اللازمة ونظم العمل والتشغيل، وإعداد الموارد البشرية المتخصصة والمدربة؛ كانت الانطلاقة الموفقة لهذه المصارف في ممارسة نشاطاتها الفعلية قد أظهرت نجاحاً لافتاً، حيث تفوّق معدل النمو في أصول المصارف الإسلامية وموجوداتها على رصيفتها التقليدية الكلاسيكية تفوقاً واضحاً دفع كثيراً من الدول خصوصاً في ظلّ الهزات الاقتصادية والمالية إلى دعم قطاع الصيرفة الإسلامية، واتخاذ القرارات والإجراءات اللازمة لإنجاحه؛ بالنظر إلى حاجتها الماسة إلى قدرة هذا القطاع على تلافي موجات الركود والكساد وتفاقم مخلفات الائتمان الربوي والقصور في تحقيق الشمول المالي لشعوبها،

رغم اضطرارنا إلى الإقرار بأنّ الظروف التشغيلية غير المواتية قد ألحقت بأدائه بعض التراجع الذي أثّر على نموه[1].

ولئن كانت منجزات الصناعة المالية الإسلامية على صعيد التنظير والتأصيل، وعلى صعيد الوعي الأفقي قد حققت نجاحات كبيرة لا تقلّ عن نجاحها إلى حدّ ما في تجاوز العوائق والعقبات التشريعية والتنظيمية في البيئات التي توطنت فيها؛ غير أنّ ثمة جوانب عديدة لا تزال تمثل نقصاً في بنيانها العام وفي تحقيقها لمقاصد التشريع المالي والاقتصادي في الإسلام، بل وفي إبقاء حالة التوجس والشك في بعض ممارساتها ومعاملاتها؛ إذ لا تزال ظلال الهندسة المالية الرأسمالية ترتسم على بعض منتجاتها وأساليبها في التصميم والتطوير والتحوط وإدارة السيولة وسياسات توزيع الأرباح، ولم تفلح في الفصل –ولو على الصعيد النظري– بين مقومات الجوهر وبين الآليات ونظم التشغيل والحوسبة والوسائل المحايدة.

وكانت أكثر الانتقادات الموجهة إلى ممارساتها ذلك التركيز على عقود المداينات التي يقلّ فيها عنصر المخاطرة؛ كالبيع الآجل والمرابحة للآمر بالشراء والإيجار المنتهي بالتمليك بحكم استقرار عوائدها وضمان رساميلها؛ أما منظومة المشاركات القائمة على المخاطرة واحتمال الربح والخسارة؛ كالمشاركة والمضاربة والمزارعة ونحوها من التمويلات التي تتأتى ربحيتها من نسبة معلومة من ناتج النشاط لا من رأس المال؛

(1) تقرير القدرة التنافسية للتمويل الإسلامي للعام (2009–2010م)، المؤتمر العالمي للمصارف الإسلامي، الدورة السادسة عشر (07/ 11/ 2009م)، مملكة البحرين، والبروفيسورة بيللا بتاييفا، المصارف الإسلامية من منظور التمويل الأخلاقي: (ص/ 25)، ترجمة: د. عبد الرحمن السنوسي، مجلة الصراط– جامعة الجزائر (المجلد 22/ العدد 42 – أغسطس 2020م)، وانظر أيضا:

· *Жданов Н.В. Исламская концепция миропорядка. М.: Международные отношения, 2003. – С. 315-319.*

فإنها انحسرت جدا في عقود المصارف الإسلامية رغم قيامها على مفهوم المشاركة بمعناها الواسع[1].

بل لقد توحل بعض هذه المصارف ولا يزال في ممارسات ما كان لها أن تمثل نموذج الإسلام وفلسفته في التمويل كما هو الحال في تطبيقات التورق المصرفي المنظم؛ مما رهنها لفلسفة الهندسة المالية الرأسمالية في نظرتها إلى متلازمة الربحية والسيولة والأمان، ولأخلاقيات الرؤية الغربية للمال والكسب[2].

وهكذا انحسرت عقود المشاركات من أدوات التمويل الإسلامي، بينما لا يزال المشهد الإسلامي العام يشكو ضعف أداء التمويل الخيري الذي يمثله القطاع الثالث بمجالاته المتنوعة؛ كالوقف الذي هو تحبيس الأصول وتسبيل المنافع على وجه القربة والاحتساب وخدمة الصالح العام[3]، والصدقات المنثورة التي هي أموال مقتطعة قد تكون كثيرة وقد تكون قليلة يخرجها أصحابها لسد حاجة الفقراء أو لخدمة المجتمع، وغيرهما من أساليب التبرع والتمويل الاجتماعي؛ وهو ما أبقى

(1) د. سامي حسن حمود، صيغ التمويل الإسلامي- مزايا وعقبات كل صيغة ودورها في تمويل ا لتنمية (ندوة مساهمة الفكر الإسلامي في الاقتصاد المعاصر): (ص/ 11)، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، محرم 1409هـ-1988م، ود. محمد عبد المنعم أبو زيد، نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية، (ص/ 214-252)، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، مكتب القاهرة، سنة 1420هـ-2000م، ود. محسن خان، النظام المصرفي الإسلامي الخالي من الفائدة: تحليل نظري: (ص/ 26)، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، (مجلد 9/ سنة 1417هـ-1997م).

(2) .:Campbell Jones; Martin Parker; René ten Bos, For business ethics; New York *Routledge, 2005. p.103., Rodney Wilson, Islamic business: theory and practice, London: Economist Intelligence Unit, 1984, p.115-116.*

(3) شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط: (12/ 27)، ط. دار المعرفة، بيروت (1409هـ)، وشمس الدين محمد بن محمد المعروف بالحطاب، مواهب الجليل: (6/ 18)، ط. دار الفكر (1412هـ)، ويحيى بن شرف النووي، تحرير ألفاظ التنبيه: (ص/ 237)، تحقيق: عبد الغني الدقر، ط. دار القلم، دمشق (1408هـ)، ، ومنصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع: (4/ 267)، ود. العياشي الصادق فداد، مسائل في فقه الوقف: (ص/ 5)، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة 2008م.

«عقود المداينات» متربعة على عرش السيادة في تمويلات المصارف الإسلامية[1]، وحصر نشاطها في حشد المدخرات من وحدات الفائض وتوجيهها إلى وحدات العجز بأسلوب يعتمد أساساً على عوائد قارّة ورأسمال مضمون اتخذت له كلّ أساليب التحوط والضمانات.

(1) وهو ما نبّه عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره الخامس بالكويت (1409هـ/ 1988م)، وأوصى بتوسيع نشاط جميع المصارف الإسلامية في شتى أساليب تنمية الاقتصاد، ولا سيما إنشاء المشاريع الصناعية أو التجارية بجهود خاصة أو عن طريق المشاركة والمضاربة مع أطراف أخرى. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، (العدد: 2/ 1599). وانظر أيضا: د. محمد نجاة الله صديقي، المصارف الإسلامية: المبدأ والتصور والمستقبل: (ص/ 54)، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، 1418هـ-1998م.

المبحث الرابع: أسباب انحسار منظومة التمويل الإسلامي لصالح المداينات

عندما انطلقت الصناعة المالية الإسلامية في تجسيد مخرجاتها النظرية من خلال مؤسساتها التطبيقية وبيئتها العملية؛ كانت مستصحبة للفكرة المركزية التي تقوم عليها منظومة التمويل في الإسلام وبلورتها في أهداف واضحة؛ وهي أن يكون المصرف الإسلامي بديلاً ناجحاً وناجعاً عن المصرف الربوي بحيث ينافسه في الكفاية ويختلف عنه جذرياً في الفلسفة وآليات الأداء، وأن يحقق المبادئ القرآنية الثلاثة للتعامل مع المال (وهي أن يكون قياماً للناس، وألاّ يكون دولة بين الأغنياء، وأن يحقق العدل بين طرفي المعاملة)، وتكوين المناخ الاستثماري المناسب في العالم الإسلامي، وتحقيق النمو الاقتصادي[1].

ورغم أن العوائق القانونية وما يتصل بها من عراقيل تنظيمية وإكراهات فيما يتصل بالاحتياطات القانونية والتسقيفات المتعلقة بالأصول ومشكلات التحوط المفروضة عليها بحكم القوانين والمعايير ونظم الائتمان ومفاهيم الملاءة المالية وغيرها من خصوصيات البيئة المصرفية التقليدية؛ إلاّ أنّها أتقنت فنّ الخطو على هذه الأرضية المليئة بالتعاريج والعوائق والقيود، وجرّبت عمليّاً ما كانت تؤمن به من مبادئ هذه المنظومة ومقرراتها وأحكامها؛ وشهدت تلك المرحلة قدراً كبيراً من الأريحية الإيمانية لدى من حملوا الفكرة وساهموا في تجسيدها أو شجعوها وباركوا نشأتها.

انطلقت المصارف الإسلامية إذن في تطبيق هذه المنظومة لكن بحذر شديد؛ فقد كان متوسط اعتمادها على المشاركات لا يتجاوز خمسة في المائة (5 ٪)، بينما

(1) الشيخ صالح الحصين، المصارف الإسلامية ما لها وما عليها: (ص/ 4)، الرياض (د.ت.).

استحوذت المرابحات وبقية البيوع الآجلة على أكثر من (60 ٪) في المتوسط[1]؛ وازدادت هذه النسبة ارتفاعاً مع الأيام؛ بسبب منزلق المحاكاة والمجاراة الذي وقعت فيه كثير من المؤسسات المالية الإسلامية، نظراً لإحجام المساهمين عن إيداع أموالهم تحت مظلة احتمال الربح والخسارة، وبسبب تراكم الخبرات المصرفية التقليدية لدي متصرفي هذه المؤسسات؛ فضلاً عن النتائج المؤسفة لحصائل التمويل بالمشاركة رغم ضآلته.

لقد اجتمعت العوامل على انحسار التمويل بالمشاركة وعلى استقرار هذا الانحسار في نسبة ضئيلة جداً؛ وكانت الظروف تميل إلى تهميش هذا النوع من التمويل بالنظر إلى ارتفاع مخاطره، وإلى افتقاره إلى الحماية القانونية والتنظيمات الداعمة والخبرة المصرفية لإدارته وتسييره، بل إلى هندسة مالية إسلامية خالصة تقوم على الابتكار لا على المحاكاة، ونظام معلوماتي تتكيف فيه الحوسبة وقيودها وتحليلاتها مع فلسفة المشاركات والمضاربات.

لكنّ ثمّة سبباً مركزياً في هذا التراجع يعتبر الأهمّ على الإطلاق بحكم ثقله وتعقيده وانتشاره الأفقي؛ ألا وهو الضعف الخلقي للمجتمع؛ ذلك الضعف الذي دفع المتعاملين –عملاء المصارف الإسلامية– إلى استغلال خاصية عدم الضمان عند الخسارة باعتبار أن يد المضارب (عامل القراض) يد أمانة لا يد ضمان، وأنّ الخسارة

(1) ينظر: د. محمد عبد المنعم أبو زيد، الدور الاقتصادي للمصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص 66، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1417هـ – 1996م، وإلياس عبد الله أبو الهيجاء، تطوير آليات التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية –دراسة حالة الأردن: (ص/ 112)،رسالة دكتوراه بجامعة اليرموك، الأردن سنة 2007م، ومحمد بوجلال، تقييم المجهود التنظيري للبنوك الإسلامية والحاجة إلى مقاربة جديدة على ضوء ثلاثة عقود من التجربة الميدانية وأثر العولمة المالية على الصناعة المصرفية: (ص/ 333)، أبحاث المؤتمر الثامن للاقتصاد الإسلامي (2008م)، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، مركز النشر العلمي سنة 2009م.

تكون عليه في جهده، بينما تكون خسارة المال على ربّه[1]؛ أي تحميلها للمصرف الذي وجد نفسه في مأزق حقيقي يفوق خسارة رأس المال ألا وهو خسارة ثقة المساهمين والمودعين الذين تكفّل لهم بحماية أموالهم وودائعهم، ليكون الفقدُ مركّباً من خسارة رأس المال، وضمانه لأصحابه، أو فقدانه لثقتهم.

يجد المتأمّل أن المبادئ التشريعية المؤسسة للمشاركة في الربح والخسارة؛ كقاعدة «الخراج بالضمان»[2]، وقاعدة «الغنم بالغرم»[3]؛ وإن انطبقت ظاهريا على حالة المشاركة بين المصرف والعميل؛ إلاّ أنّ الحقيقة تثبت خلاف ذلك، فالعميل «المضارب» ربما لم يبذل جهداً كبيراً يستحق الأسف، ولا يترجم إلى قيمة مالية ذات بال، بالمقارنة مع مبلغ التمويل الذي أخذه من المصرف «ربّ المال»؛ خصوصا في تمويلات الاستثمارات المؤسسية الكبيرة؛ وههنا يبدو جليا الفرق بين من يخسر رأس مال كبير، ومن يخسر جهد بضعة شهور –على فرض أنّه بذل فعلا جهدا حقيقيا –؛ وهو ما يجعل انطباق القاعدتين الآنفتين على هذه الصورة غير واضح ولا عادل؛ بخلاف المضاربات المعتادة بين الأفراد، وهنا تبدو المفارقة جلية بين التمويلين الربوي

(1) يقول أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد: «وأجمعوا على أن صفته أن يعطي الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال..، وأنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعدّ؛ وإن كان اختلفوا فيما هو تعدّ مما ليس بتعدّ»، بداية المجتهد: (2/ 236)، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة سنة 1401هـ–1981م، وانظر أيضا: موفق الدين عبد الله ابن قدامة، المغني: (7/ 184)، تحقيق: عبد الله التركي، عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، بيروت سنة 1426هـ–2005م.

(2) السيوطي، الأشباه والنظائر: (ص/ 135–136)، وأصل القاعدة من لفظ النبي ﷺ؛ أخرجه أحمد: (رقم: 23373، 23703)، وأبو داود (رقم: 3508، 3509) كتاب البيوع، باب فيمنِ اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبا، والنسائي: (رقم: 4490)، كتاب البيوع باب الخراج بالضمان، والترمذي: (رقم: 1285) كتاب البيوع باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، وابن ماجه: (رقم: 2242) في التجارات، باب الخراج بالضمان، وابن حبان في صحيحه: (رقم: 4928) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(3) السيوطي، المصدر نفسه: (ص/ 136)، ومجلة الأحكام العدلية: (رقم: 87)، من إعداد لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، مكتبة نور محمد، كراتشي (د.ت.).

والإسلامي في موقفهما من «تقاسم المخاطر»، بين المصرف الربوي الذي يتبنى ترحيل جميع المخاطر إلى المستثمر، وبين المصرف الإسلامي الذي يشارك المستثمرين ويقاسمهم مخاطر الاستثمار الذي يحتمل الربح والخسارة من حيث الأصل؛ لكنه فعليا يخضع لهاجس التعدي والخيانة من المستثمر على نحو يجعل مخاطر المصرف الإسلامي مخاطر جسيمة وحقيقية، بينما مخاطر المستثمرين المتمثلة في «الجهد» هي مخاطر تافهة وضئيلة وقد تكون منعدمة إذا نحن استقرينا تجربة المشاركات التي طبقتها المصارف الإسلامية بالفعل.

فضلاً عن أنّ المساهمين في المصارف الإسلامية وكذا مسيّريها المنحدرين من المؤسسات المالية التقليدية الربوية؛ يعتبرون جزءاً من هذا المجتمع؛ يحملون خصائصه وسماته، ويعتبرون صورة عن إيجابياته وسلبياته؛ فالمساهمون يحكمهم منطق التوجس من المخاطرة المرتفعة، وسلوك السحب من ودائعهم بوتائر سريعة ومتقاربة، مما يدفع المصرف إلى الدخول في تمويلات قصيرة الأجل، ضئيلة المخاطر، أو تمويلات دورية التسديد كما هو الحال في عقود المداينات التي تجريها أغلب المصارف اليوم. أما المسيّرون في هذه المؤسسات فتكوين أغلبهم تمّ تأسيسه على تقاليد التمويل الكلاسيكي الراسخة، ووفق فلسفته ومنواله وآلياته، ويشتغلون في بيئته القانونية والإجرائية.

على خلاف عقود المداينات القائمة على المشاحّة وتضمين اليد؛ فإن عقود المشاركات –خصوصا المضاربة– تعتمد بشكل رئيس على مبدأ أخلاقي[1] هو الأمانة، والتاريخ الاقتصادي للتجربة الإسلامية يؤكد بأنّ هذا النوع من العقود لا

(1) الأصل أن النسبة في اللغة العربية أن تضاف إلى المفرد؛ فنقول: خلقي لا أخلاقي؛ غير أن المواضعة أخرجت هذا المصطلح بحمولته المعنوية ليعبر عن النظام الجامع للأخلاق؛ لا عن مجرد معنى واحد هو الخلق.

يزدهر إلاّ في المجتمعات والمراحل التاريخية المزدهرة خلقياً وإيمانياً، وقد تحقق بفضل هذا النوع من التمويل إنجازات عظيمة تمازجت فيها عناصر المال والعمل حتى توسعت دائرة التجارة الإسلامية ووصلت إلى أقاصي المعمورة، وكانت تلك «التجارة المؤمنة» سبباً في اعتناق شعوب كثيرة للإسلام.

ورغم الانتقادات الموجهة إلى الصناعة المالية الإسلامية –بحق أم بغير حق –؛ إلا أن التمويل الإسلامي لا يزال يواصل تفوقه على التمويل الربوي بفضل توجيهه لعلميات التمويل صوب الاقتصاد الحقيقي لا الوهمي، ونحو الحاجات التنموية الأخلاقية لا الوجهات غير الأخلاقية، وللمشروعات ذات القيمة المضافة لا لأغراض الاستعمال المشبوه والاقتراض العدمي والخدمات التي ليس لها رقم في حصيلة النواتج الاقتصادية للدول، ولاستخدام آليات معدل الربح لا آلية سعر الفائدة التي برهنت على كارثيتها.

المبحث الخامس: أخلقة المجتمع سبيلاً إلى استكمال المنظومة

إنّ أدنى تتبّع للمنسوب الأخلاقي في مجتمعاتنا الإسلامية يعطينا مؤشرات بالغة الأهمية عن مستويات التردي القيمي ووهاء سلطان الوازع الإيماني في نفوس كثير من النّاس؛ من غشّ التّاجر وإخفائه عيوب السلعة، وتطفيفه في الميزان، واحتكار السلع الضرورية والأقوات والأدوية، ومماطلة أفراد المجتمع في قضاء الديون، وقطيعة الرحم لأسباب مادية صرفة، وعدوان الأخ على حقوق إخوته وأخواته وأقاربه في الإرث، وتلاعب التجار فيما بينهم بقوائم الأسعار ومصادر التصنيع، وإنجاز السكنات والطرق والمنشآت على غير المواصفات المشروطة ومعايير السلامة المعتمدة، وتقصير الموظف في أداء واجباته وتهربه من مكتبه قبل انقضاء الدوام الرسمي، والتزوير الذي ينتشر في مختلف القطاعات والمستويات، والفساد الإداري والمالي المستشري في أوساط النخب السياسية والمالية، بل وصل الأمر أحيانا إلى حد التجارة في آلام المرضى وأعضاء الآدميين والأدوية المغشوشة استغلالاً لحاجات الناس الصحية.

وللمرء أن يتصوّر ما النماذج التي يمكن أن يقدّمها المجتمع للمصارف الإسلامية من أجل طلب التمويل تحت مبدأ «الخسارة على رب المال في رأس ماله، وعلى المضارب في جهده» في ضوء الواقع الحي والتجارب الماضية لهذه المصارف؛ خاصة وأنّ قطاعات واسعة في المجتمع لا يزال تصور المصارف الإسلامية في مخيالها العام يمثل «هيئات خيرية» أو «جمعيات تكافلية» هدفها توزيع المساعدات الإغاثية لا الاستثمار والربح، ولا يزال حس المسؤولية تجاه تمويلاتها ضعيفا وغير مستوعب لكون هذه الأموال إنما هي ملك للمساهمين الذين دفعوها إلى المصرف الإسلامي ليستثمرها وينمّيها لهم، وهو أمر نفسي موغل في أغوار التكوين الاجتماعي لكلّ ما

هو «إسلامي» تقريبا.

ولقد كانت العوامل الآنفة سببًا في اتجاه المؤسسات المالية الإسلامية إلى الاعتماد على التمويلات ذات العوائد الثابتة ورأس المال المضمون بشتى وسائل التحوط والأمان إلى الدرجة التي لم تضمر فيها تمويلات المشاركة فحسب؛ بل إنّ بعض النوافذ الإسلامية تعتمد بشكل حصري على التمويل المبني على المرابحات وبعض الصيغ المشاكلة لها؛ وهو ما دفع كثيراً من خبراء المالية والمصارف إلى الإقرار بعمق المشكلة «الأخلاقية» في اختلال معادلة التمويل الإسلامي في تطبيقاتها العملية؛ ذلك أنّ «صيغ التمويل بفائدة وصيغ التمويل المبنية على البيوع الآجلة يكفي فيها لاتخاذ القرار الصحيح من قبل البنك الاعتماد على المعلومات التي يسهل الحصول عليها وهي تلك المتعلقة بشكل عام بملاءة العميل ومدى جودة الرهون العينية أو الضمانات الشخصية التي يقدمها العميل للبنك. في حين أن تمويل صيغ المشاركات يحتاج إلى ما هو أكثر من ذلك مثل مدى صدق العميل وأمانته ونواياه الحقيقية وهي أمور يصعب على المصارف التأكد منها»[1].

كما أنّ تجربة المشاركة التي خاضتها المصارف الإسلامية –على ضآلتها وقصر مداها – أثبتت ندرة التزام الشركاء بالخطط الاستثمارية، وإخفاء حركة المدخلات

(1) د. مقبل صالح أحمد الذكير، معالجة المخاطر الأخلاقية في الصيرفة الإسلامية، جريدة الاقتصادية، الرياض، بتاريخ: 01/ 05/ 2009م، وانظر أيضا: عدنان عبد الله محمد عويضة، نظرية المخاطرة في الاقتصاد الإسلامي: دراسة تأصيلية تطبيقية: (ص/ 47–136)، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، سنة 1431هـ–2010م، ود. محمد بوجلال، تقييم المجهود التنظيري للبنوك الإسلامية والحاجة إلى مقاربة جديدة على ضوء ثلاثة عقود من التجربة الميدانية وأثر العولمة المالية على الصناعة المصرفية: (ص/ 334–339)، أبحاث المؤتمر الثامن للاقتصاد الإسلامي (2008م)، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، مركز النشر العلمي سنة 2009م، ود. حسين حامد حسان، الطرق المقترحة للتحوط ضد مخاطر عقود الاستثمار – منشور على موقعه.

http://hh.mm-ss.com/pagedetails.aspx?id=110

والمخرجات فيها عن المصرف، وتوجيه رأس مال المشاركة إلى وجهات خارجة عن موضوع العقد، حتى في الحالات التي تتوافر فيها جميع متطلبات الكفاءة الفنية المتعلقة بمجال الاستثمار في الشريك، ويرتبط فيها التمويل بالنشاط الحقيقي المنتج؛ فقد رأينا ما خلفته مشكلة انعدام الشفافية وكيف تقضي الازدواجية المحاسبية التي تمارسها معظم المؤسسات والشركات على جدوى التمويل الممنوح لها من المصارف الإسلامية في إطار الشراكة؛ بحيث إن هذه المصارف تجهل أدنى مسارات الأداء الاستثماري الحقيقي لتلك المؤسسات والشركات.

علاوة عن أنّ غياب منظومة قانونية تفصيلية وأذرع مؤسسية داعمة للمصارف الإسلامية تضطلع بالإشراف على حركة الاستثمار بالمشاركة، وغياب اجتهاد فقهي معاصر كفؤ وشجاع يكيّف المؤيدات الفقهية التي فتح الفقهاء الأقدمون بابها ولم يحسموها كتقييد الحق وتوجيه استعماله، وإنزال التعدي والتقصير المتوقع منزلة الواقع عند غلبتهما وتفشيهما، والتضمين بالشرط، والتبرع بالضمان وغيرها؛ كل ذلك أدّى إلى سلوك انسحابي في إدارة المخاطر لجأت إليه المصارف الإسلامية اضطرارا لا اختيارا.

وإذا كانت المقترحات لحلّ مشكلة مخاطر المتعاملين كثيرة ومشكورة؛ غير أنّها تتعلق بالجوانب الإجرائية للتحوط؛ وبعضها لم يكن غائباً عن المؤسسات التمويلية الإسلامية حين دخلت في هذا النوع من التمويل منذ بواكير نشاطها؛ ورغم ذلك فإنّ دراسات الجدوى، وتقييد المتمول، وضمان الطرف الثالث من خلال الصناديق التكافلية لتعويض الخسارة والربحية الضائعة في المشاركة، وكذا أغلب تدابير التحوط الأخرى[1]؛ لم تزد هذه المؤسسات والمصارف إلاّ تراجعاً عن التكلفة الباهظة

(1) وأكثرها مستمد من أدوات التحوط وإدارة المخاطر في المفهوم الرأسمالي؛ للمقارنة ينظر:

لهذه التمويلات التي تجعلها حيال «سفه مرضي» في الأوساط الاستثمارية، والله تعالى يقول: ﴿وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفًا﴾[1].

ورغم أنّ التضمين بالشرط[2] مثلاً قد يحلّ المشكلة مؤقتًا وعلى نحو شكليّ؛ إلاّ أنّه على المدى البعيد سوف يؤثر تأثيرا سلبيًا، حيث سيتطوح مناخ الاستثمار في علاقات غير متوازنة، وتصوّحُ منابتُ المجتمع من خصال الخيرية وروح التعاون والتضامن التي هي مراد المصطفى –صلى الله عليه وسلم – من قوله: «دعوا النّاس يرزق الله بعضهم من بعض»[3]؛ بل إنه يخنق مقصود الشارع في بناء هذه الأنواع من المعاملات على الثقة والديانة لكي تحفظ توازن المجتمع في مختلف مناحيه، حيث أوكل مناشئها إلى سلطان الوازع الإيماني الخلقي حتى يحفظ ديمومتها واستقامة أمرها، وربطها بمبدأ خلقي توحي صياغة الأمر فيه بأنه موكولٌ إلى ديانة النّاس وأمانتهم فقال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[4].

يقرّر الشيخ محمد الطاهر بن عاشور –رحمه الله – أهمية الوازع الإيماني في تنفيذ

Watshman, Terry., Futures and Options in Risk Management, (London: International
Thomson Business Press, 1998), pp.7, 543-544., & Lisa, M.,"The promise and challenge of integrated Risk management", Risk management and insurance Review , 2002, Vol. 5 , No. 1, P. 55., & Blunden, Katherine: "L'appréciation du risque bancaire", La revue Analyse financière (SFAF), N° 54, 3-ème trimestre, 1983, p: 45.

(1) [النساء: 5].

(2) يراجع في المسألة: فيصل بن صالح الشمري، صكوك المضاربة: (ص/ 206–227)، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض سنة 1435هـ–2014م، ود. نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي: (ص/ 27) وما بعدها، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة سنة 2000م.

(3) أخرجه مسلم: (1/ 1157– رقم: 1522): كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي.

(4) [المائدة: 1].

الأحكام والوفاء بالعهود فيقول: «معظم الوصايا الشرعية منوط تنفيذها بالوازع الديني وهو وازع الإيمان الصحيح المتفرع إلى الرجاء والخوف؛ فلذلك كان تنفيذ الأوامر والنواهي موكولا إلى دين المخاطبين به؛ قال الله تعالى: ﴿وَلاَ يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ﴾[1]...، وغير ذلك من الآيات والآثار النبوية وفي استقرائها كثرة؛ فمتى ضعف الوازع الديني في زمن أو قوم أو في أحوال يظنّ أنّ الدافع إلى مخالفة الشرع في مثلها أقوى على أكثر النفوس من الوازع الديني هنالك يصار إلى الوازع السلطاني؛ فيناط التنفيذ بالوازع السلطاني»[2].

ولقد عمدت بعض المؤسسات المالية الإسلامية –من خلال التصكيك – إلى اعتماد المزاوجة بين صيغتي المشاركة والمرابحة من خلال «صكوك الجمع بين المضاربة والمرابحة» من باب إدارة مخاطر الاستثمار، وتقليلا للنقد الموجه إليها بسبب تركيزها على المرابحات بشكل كبير[3]؛ غير أن هذا النوع من مبتكرات الهندسة المالية وإن كفكف من وطأة التمويل بالبيع الآجل وهوامش الربح المعلوم على سمعة التمويل الإسلامي؛ إلا أنه ليس حلا نهائيا لمتلازمة «المرابحات» على الصعيد الأخلاقي على الأقل؛ ذلك أنّ مناقشة سياسات التمويل الإسلامي يجب أن تتم دوماً في ضوء فلسفة النظام ذاته، ومعلوم أن هذا النظام يقوم على تلك الشعب الثلاث التي هي عقود المداينات، والمشاركات، والتمويل الخيري؛ حيث تمثل الأولى دائرة العدل، والثالثة

(1) [البقرة: 228].

(2) مقاصد الشريعة الإسلامية: (ص/ 128)، وانظر أيضا:

Нуруллина Г. Исламская этика бизнеса. М.: УММА, 2004. – с.16-17, Козырин А.Н. Исламские финансы в системе российского образования. Международная конференция «Исламское финансирование: развитие в России» (Сборник статей). - М., Исламская книга, 2010, с. 30.

(3) د. موسى آدم عيسى، صكوك الجمع بين المضاربة والمرابحة: (ص/ 163)، بحث مقدم إلى مؤتمر الأيوفي السنوي السادس (22–23 رجب 1439هـ الموافق 8–9 أبريل 2018م)، مملكة البحرين سنة 2018م.

دائرةَ الإحسان والفضل، بينما تمثل شعبة المشاركات مزيجا من الدائرتين معاً؛ لكنه مزيج محكوم بمعايير العدل المطلق من ناحيته العملية الإجرائية.

متلازمة المرابحة –كما يسمّيها بعض الباحثين– هي التعبير الظاهر لمشكلة تعمّقت تدريجياً في المشهد الإسلامي يمكن تسميتها «رُهاب المشاركة» أو «فوبيا المشاركة»؛ وكلاهما نتيجة طبيعية للمشكلة الأخلاقية التي أثّرت سلباً على البنى الاجتماعية الداعمة للاقتصاد والسياسة وكل مناشط الحياة.

أمّا ضعف حجم التّمويل الخيري والوقفي في الناتج الإجمالي المحلي، والموازنة العامة، وفي القيام بدور ذي بال على صعيد الاقتصادين الكلي والجزئي والإيرادات المؤثرة في معدل النمو، وفي إحداث توازن بين القطاعين العام والخاص من خلال مؤسسات القطاع الثالث، وعدم ترك آليات اقتصاد السوق الاجتماعي (Social Market Economy) بروحها الغربية لتقوم بهذا الدور؛ فهو أمر يدعو فعلاً إلى ثورة أخلاقية تعيد للمجتمع الإسلامي قيم الإيمان الحضارية التي كانت سرّ نجاحه وانديا‌حه في بقاع الأرض، فقد كان قطاع الوقف والبذل الخيري في التّجربة التّاريخية الإسلامية هو الذي يتحمل عبء أغلب الحاجات الاجتماعية والاقتصادية والتعليمية والعسكرية في جميع المجالات[1]، ولم يهتز وضعنا الحضاري الشامل عن مكانته إلا حينما ضمرت مكانة العطاء الخيري، وتراجعت معه أخلاق البذل والعطاء، وأخلد فيه المسلمون إلى العاجلة.

(1) د. محمد السلومي، القطاع الثالث والفرص السانحة: (2/ 33–41)، مركز دراسات القطاع الثالث، الرياض سنة 1431هـ–2010م، ود. عبد الرحمن السنوسي، الوقف على ضعفاء المجتمع ومدى الاستفادة منه في عصرنا (باللغة الروسية):

Абдеррахман Сенуси, Вакф для социально незащищённых членов общества в истории Ислама и степень его использования в наше время, Современная наука: актуальные проблемы теории и практики (1-4-52-56), Москва 2019

هنا تأتي مهمة النخب المسلمة من قادة الفكر والعلم والسياسة والاقتصاد في القيام بدور الرافعة الاجتماعية لإصلاح المجتمع الإسلامي وترقيته خلقيا، وترميم خريطة القيم التي تشوهت بفعل عوامل التقهقر والاستبداد والتخلف المعرفي والاجتماعي، وغلبة التدين المغشوش، وشغل الساحة بالمقررات السطحية والمظهريات الخادعة، وضرب العمق الإسلامي بالأفكار المميتة والآراء المنفرة، وغربة الدين عن المشهد العام والخاص معا؛ لكي تعيد هذه النخبةُ تأسيسَ المجتمع على القيم الإسلامية الحقة، وتنشئة أفراده على روح التضامن والأخلاق العملية، وتعميق حس المسؤولية في أبنائه بحيث تستقيم لديهم ثنائية الحقوق والواجبات، وتربية ملكاتهم على نزعة البناء والتراكم والربط بين عمل الدنيا وعمل الآخرة.

وإنّ المسؤولية إذ تقع على هذه النخب التي هي مناط الإنقاذ في الأمة؛ فهي تقع على من اختار الله لهم مواقع رسمية لخدمتها، كما تقع على من هم في مختلف المواقع الأخرى، وهو اختيار لا يحيله المرء إلا على كونه تسخيرا من الله لهم حيث يرضى عنهم إن هم أحسنوا البناء وجوّدوا الأداء.

أما المصارف الإسلامية فإنّ مسؤوليتها الأخلاقية لا تقل عن مسؤولية المجتمع المسلم؛ فهي مسؤولة عن تقديم النموذج الناصع للتمويل التشاركي من خلال «منتجات ذات مصداقية» في ظل التوجه الدولي نحو التمويل الإسلامي ذي الكفاءة التمويلية المستمدة من أخلاقيته ومن تعدد صيغ التمويل فيه، ويراقب باهتمام بالغ واقع المصارف الإسلامية في بيئاتها الأصلية؛ فإذا عجزت هذه المصارف عن تقديم منتجات احترافية ذات مصداقية وشرعية حقيقية فإن نصاعة هذا التمويل سرعان ما ينسخها الأفول، وتؤثر على سمعته باعتباره بديلا ناجعا وواعدا لإنقاذ الاقتصادات الدولية من الأزمات الهيكلية لتمويلاتها الرأسمالية، وتقلباتها الدورية

التي زادتها هشاشة وإنهاكاً في ظل سياسات تأخير التصحيح، واللعب بالمشتقات، وتفاقم المديونيات، وبيع الديون وتوريقها، والمراوحة على معدلات الفائدة وأدوات الائتمان.

وإحقاقاً للحق؛ لابدّ من الإشارة إلى أنّ تحميل المصارف الإسلامية مسؤولية تفعيل التمويل بالمشاركة هو أمر يحتاج إلى إعادة نظر؛ إذ إنّ التمويل التشاركي تاريخياً نشط على الصعيد المجتمعي بين الأفراد وضمن الروابط القائمة على القرابة أو القبيلة أو الجوار أو غيرها من حواضن الثقة والتضامن؛ وهو ما يدعو اليوم إلى تفعيل عقود المشاركة كالمضاربة والمزارعة والمساقاة ونحوها خارج الأطر المؤسسية والمصرفية حيث تنحبس كميات كبيرة من المدخرات دون تدوير وتشغيل، لما في هذا التفعيل من تحقيق للشمول المالي أولاً، ولما تتضمنه المضاربة بين الأفراد المرتبطين بأصناف الروابط الجامعة من إمكانات المراقبة الحثيثة لحركة أموالهم. أما المصارف الإسلامية فلا شك أن واجبها نحو تفعيل هذه الشعبة من شعب المنظومة الإسلامية للتمويل لا سبيل إلى إسقاطه أو تناسيه؛ لكن ذلك يبقى موقوفا على منسوب الرقي الأخلاقي للمجتمع، وعلى مدى ابتكار الهندسة المالية الإسلامية لأساليب التحوط المتوافقة مع مقاصد التشريع الإسلامي وفلسفة نظامه المالي والاقتصادي، والحمد لله أولاً وآخراً.

أولاً- المصادر والمراجع

1- بتاييفا، بيللا، المصارف الإسلامية من منظور التمويل الأخلاقي، ترجمة: د. عبد الرحمن السنوسي، مجلة الصراط- جامعة الجزائر (المجلد 22/ العدد 42 – أغسطس 2020م).

2- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب، الرياض، سنة 1403هـ-1983م.

3- بوجلال، محمد، تقييم المجهود التنظيري للبنوك الإسلامية والحاجة إلى مقاربة جديدة على ضوء ثلاثة عقود من التجربة الميدانية وأثر العولمة المالية على الصناعة المصرفية، أبحاث المؤتمر الثامن للاقتصاد الإسلامي (2008م)، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، مركز النشر العلمي، سنة 2009م.

4- الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي المسمى بالجامع، تحقيق: الشيخ أحمد شاكر وآخرين، دار إحياء التراث العربي، بيروت (د.ت.).

5- الجويني، إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق: عبد العظيم الديب، مكتبة إمام الحرمين، 1401هـ.

6- ابن حبان، محمد البستي، صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت سنة 1414هـ.

7- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد، المحلى بالآثار، ط. دار الفكر بيروت (د.ت.).

8- حسان، حسين حامد، الطرق المقترحة للتحوط ضد مخاطر عقود الاستثمار –منشور على موقعه- http://hh.mm-ss.com/pagedetails.aspx?id=110

9- الحصين، صالح بن عبد الرحمن، المصارف الإسلامية ما لها وما عليها، الرياض (د.ت.).

10- الحطاب، شمس الدين محمد بن محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ، ط. دار الفكر (1412هـ).

11- حماد، نزيه ، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، سنة 2000م.

12- حمود، سامي حسن، صيغ التمويل الإسلامي- مزايا وعقبات كل صيغة ودورها في تمويل ا لتنمية (ندوة مساهمة الفكر الإسلامي في الاقتصاد المعاصر)، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، محرم 1409هـ-1988م.

13- ابن حنبل، أحمد، المسند، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وآخرين، مؤسسة الرسالة، بيروت سنة 1416هـ.

14- خان، محسن، النظام المصرفي الإسلامي الخالي من الفائدة: تحليل نظري، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، (مجلد 9/ سنة 1417هـ-1997م).

15- أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، دار إحياء التراث العربي، بيروت (د.ت.).

16- الذكير، مقبل صالح أحمد، معالجة المخاطر الأخلاقية في الصيرفة الإسلامية، جريدة الاقتصادية، الرياض، بتاريخ: 01/ 05/ 2009م.

17- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة سنة 1401هـ-1981م.

18- الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، المنثور في القواعد، وزارة الأوقاف الكويتية، 1405هـ-1985م.

19- زغيبة، عزالدين: المقاصد الخاصة بالتصرفات المالية، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، دبي، سنة 1422هـ-2001م،

20- أبو زيد، محمد عبد المنعم، الدور الاقتصادي للمصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1417هـ-1996م.

21- نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، مكتب القاهرة، سنة 1420هـ-2000م.

22- السرخسي، شمس الدين محمد بن أحمد، المبسوط، ط. دار المعرفة، بيروت (1409هـ).

23- السلومي، محمد بن عبد الله، القطاع الثالث والفرص السانحة، مركز دراسات القطاع الثالث، الرياض سنة 1431هـ-2010م.

24- السنوسي، عبد الرحمن بن معمر، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، الدمام، سنة 2003م.

25- الوقف على ضعفاء المجتمع ومدى الاستفادة منه في عصرنا (باللغة الروسية)، مجلة العلم المعاصر: (المجلد 4 – العدد 1/ 52-56)- موسكو، سنة 2019م.

26- دور الوقف في التنمية والحد من البطالة، مجلة الأمة الوسط، المركز العالمي للبحوث والاستشارات العلمية، الدوحة- قطر، العدد التاسع (أكتوبر 2018م).

27- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت سنة 1403هـ-1983م.

28- الشاطبي، أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، شرح وتحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت (د.ت.).

29- شبير، محمد عثمان، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، دار النفائس، عمّان، سنة 1430هـ-2010م.

30- الشمري، فيصل بن صالح، صكوك المضاربة، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض سنة 1435هـ-2014م.

31- صديقي، محمد نجاة الله، المصارف الإسلامية: المبدأ والتصور والمستقبل، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، 1418هـ-1998م.

32- ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب بالجزائر والشركة التونسية للتوزيع بتونس، سنة 1985م.

33- عبده، أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، سنة 2000م.

34- عويضة، عدنان عبد الله محمد، نظرية المخاطرة في الاقتصاد الإسلامي: دراسة تأصيلية تطبيقية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، سنة 1431هـ-2010م.

35- عيسى، موسى آدم، صكوك الجمع بين المضاربة والمرابحة، بحث مقدم إلى مؤتمر الأيوفي السنوي السادس (22-23 رجب 1439هـ الموافق 8-9 أبريل 2018م)، مملكة البحرين سنة 2018م.

36- أبوغدة، عبد الستار، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، مجموعة دلة البركة، جدة سنة 2003م.

37- فداد، العياشي الصادق، مسائل في فقه الوقف، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جـــدة 2008م.

38- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، تحقيق: عبد الله التركي، زعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، بيروت سنة 1426هـ-2005م.

39- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت سنة 1419هـ.

40- ابن قيم الجوزية، شمس الدين، أبو عبد الله، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت سنة 1973م.

41- لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، مكتبة نور محمد، كراتشي (د.ت.).

42- ابن ماجه القزويني، أبو عبد الله، محمد بن يزيد، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت (د.ت.).

43- مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، (العدد: 2/ 1599).

44- مسلم، ابن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، مصر سنة 1991م.

45- المؤتمر العالمي للمصارف الإسلامي، تقرير القدرة التنافسية للتمويل الإسلامي للعام (2009-2010م)، الدورة السادسة عشر (07/ 11/ 2009م)، مملكة البحرين.

46- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، الأشباه والنظائر، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، سنة 1419هـ-1999م.

47- النسائي، أحمد بن شعيب، المجتبى المعروف بسنن النسائي، دار الكتاب العربي، بيروت (د.ت.).

48- النووي، محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق: عبد الغني الدقر، ط. دار القلم، دمشق (1408هـ).

49- أبو الهيجاء، إلياس عبد الله، تطوير آليات التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية – دراسة حالة الأردن، رسالة دكتوراه بجامعة اليرموك، الأردن سنة 2007م.

ثانيا- المراجع الأجنبية

1. *Blunden, Katherine: "L'appréciation du risque bancaire", La revue Analyse financière (SFAF), N° 54, 3-ème trimestre, 1983.*
2. *Campbell Jones; Martin Parker; René ten Bos, For business ethics; New York: Routledge, 2005.*
3. *Lisa, M.,"The promise and challenge of integrated Risk management", Risk management and insurance Review , 2002, Vol. 5, No. 1.*
4. *Rodney Wilson, Islamic business: theory and practice, London: Economist Intelligence Unit, 1984.*
5. *Watshman, Terry., Futures and Options in Risk Management, (London: International Thomson Business Press, 1998).*
6. *Абдеррахман Сенуси, Вакф для социально незащищённых членов общества в истории Ислама и степень его использования в наше время, Современная наука: актуальные проблемы теории и практики (1-4-52-56), Москва 2019.*
7. *Жданов Н.В. Исламская концепция миропорядка. Москва: Международные отношения, 2003г..*
8. *Козырин А.Н., Исламские финансы в системе российского образования. Международная конференция «Исламское финансирование: развитие в России» (Сборник статей). - Москва., Исламская книга, 2010.*
9. *Нуруллина Г. Исламская этика бизнеса. Москва: УММА, 2004г.*

Advisory Editorial Board

CHEIKH MOHAMED ELMAMOUN ELKACIMI ELHASSANI	***Algeria***
Pr. MOHAMED EROUGUI	***Morocco***
Pr. MOHAMED KARRAT	***Morocco***
Pr. MOHAMED AKRAM LALDIN	***Malaysia***
Pr. ABDELMADJID KEDDI	***Algeria***
Pr. USAMA A. ALANI	***Iraq***
Pr. ABDERRAHMANE SNOUSSI	***Algeria***
Pr. ILYES DARDOUR	***Tunisia***
Pr. SALEM RAHOUMA ELHOUTI	***Libya***
Pr. SAID BOUHERAOUA	***Algeria***
Pr. YOUNES SOUALHI	***Algeria***
Dr. AZZEDDINE KHOJA	***Tunisia***
Dr. ABDULBARI MASHAL	***Syria***
Dr. SAMI AL-SUWAILEM	***K.S.A***
Dr. OSAID MUHAMMAD ADEEB KAILANI	***U.A.E***
Dr. MOHMED ALBELTAGI	***Egypt***

Editorial Board

Editor-in-Chief

Dr. AZZEDDINE BENZEGHIBA

Managing Editor

ALI MOHAMED BOUROUIBA

Editorial Boar Members

Pr. BOUBAKER LACHEHAB

Pr. MOHAMED BOUDJELAL

Pr. SALEH SALEHI

Pr. ABDELKADER BEN AZOUZ

Dr. MOHAMED ABDELHAKIM ZOEER

Dr. LAYACHI FEDDAD

All Rights Reserved© 2020

Address:
233 Ahmed Ouaked, Dely Ibrahim, Algiers, Algeria.

Contact:

Tel: **+213 21 388 888 (1007)**

Mobile: **+213 661 523 752 +213 670 058 775**

majalat-salam@alsalamalgeria.com

The opinions expressed in articles in this journal are those of the authors alone.

Alsalam Journal Of Islamic Economy

A Scientific Refereed Semi-annual Concerned with issues of Islamic economics

Year 01; Issue n°01

Rabi' al-Akhir 1442 – December 2020

Alsalam Journal Of Islamic Economy

A scientific refereed Semi-annual concerned with issues of Islamic economics

Year 01; Issue n°01
Rabi' al-Akhir 1442 – December 2020

Published by Sharia Department of AlSalam Bank Algeria